

A Review of the Function of Arbitration Institution in Construction Contracts Based on Judicial Practice

Seyedi Jajarm. Seyed Javad^{1*} Payan. Vahid²-Bigdeli Azari. Neda²

1: MA in Private Law, Ashraq Non-Profit Institute: (Corresponding Author)

seyedjavad.seyedi@yahoo.com

2: PhD Student in Criminal Law and Criminology, Semnan Branch, Islamic Azad University, Semnan, Iran.

Abstract: In order to create appropriate platforms and implement infrastructure projects, governments currently use contracting contracts with domestic and foreign companies. However, these contracts in some cases face problems such as interpretation and implementation methods similar to other commercial contracts. On the other hand, the nature of contracting contracts requires that disputes be resolved quickly and possibly at the project site. Dispute resolution methods, given their non-judicial approach, can be effective in resolving quickly and reducing litigation costs. One of these methods is resorting to arbitration. The Iranian legislator in Article 53 of the General Conditions of the Contract has determined the Supreme Technical Council of the Planning and Budget Organization as the arbitration body for resolving disputes. However, since the scope of the mentioned Article 53 is within the scope of Article 139 of the Constitution and Article 457 of the Civil Procedure Code, and on the other hand, due to the lack of a specific scope regarding government and public properties, this issue is a matter of debate and disagreement. The purpose of this article is to review the settlement of disputes by arbitration, as well as to explain the nature and implementation of the decisions of the arbitration institution in contracting contracts. In this research, with a descriptive-analytical method, an attempt is made to criticize and analyze the legal capacities of the arbitration institution of the Supreme Technical Council of the Planning and Budget Organization, and also the reasons for inefficiency and the occurrence of disputes in projects are discussed and the conditions and methods of dispute resolution in FIDIC are stated. In addition, the scope of acceptance of to disputes of contracts in the specific sense that have the general conditions of the contract attached to them and the method of accepting and enforcing the awards issued by the arbitration institution of the Planning and Budget Organization are reviewed and analyzed.

Keywords: Contracting Contract, General Conditions of Contract, Arbitration, FIDIC, Judicial Practice.

فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۵ - شماره ۳۳ - زمستان ۱۴۰۲

صفحات ۲۱۳-۲۵۸ (مقاله پژوهشی)

تاریخ: وصول ۱۴۰۱/۱۲/۲۲ - بازنگری ۱۴۰۲/۰۲/۰۳ - پذیرش ۱۴۰۲/۰۲/۰۵

درنگی در کارکرد نهاد داوری در قراردادهای پیمانکاری با تحلیل رویه قضائی

سید جواد سیدی جاجرم^۱ / وحید پایان^۲ / ندا بیگدلی آذری^۲

۱: دانش آموخته کارشناس ارشد حقوق خصوصی، مؤسسه غیر انتفاعی اشراق (نویسنده مسئول) seyedjavad.seyedi@yahoo.com
۲: دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم شناسی، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی، سمنان، ایران.

چکیده: در حال حاضر، دولت‌ها به منظور ایجاد بسترهای مناسب و اجرای زیرساخت‌های عمرانی، از قراردادهای پیمانکاری با شرکت‌های داخلی و خارجی استفاده می‌کنند. اما این قراردادها در برخی موارد با مشکلاتی مانند تفسیر و نحوه اجرا همانند سایر قراردادهای تجاری مواجه می‌شوند. از طرف دیگر، ماهیت قراردادهای پیمانکاری موجب می‌شود که اختلاف به سرعت و چه بسا در محل اجرای پروژه، حل و فصل شود. روش‌های حل و فصل اختلافات با توجه به رویکرد غیر قضائی آن می‌تواند نسبت به حل سریع و کاهش هزینه‌ها در رسیدگی مؤثر باشد. از جمله این روش‌ها، رجوع به داوری است. قانونگذار ایرانی در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان، شورای عالی فنی سازمان برنامه و بودجه را به عنوان مرجع داوری حل و فصل اختلافات تعیین نموده، اما از آنجایی که محدوده ماده ۵۳ مذکور در قلمرو اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ آیین دادرسی مدنی بوده و از طرف دیگر، به دلیل عدم دامنه مشخص در خصوص اموال دولتی و عمومی، این مسأله، مورد بحث و اختلاف نظر می‌باشد. هدف از نگارش این مقاله ضمن بررسی نمودن حل اختلافات توسط داوری، تبیین ماهیت و نحوه اجرای تصمیمات نهاد داوری در قراردادهای پیمانکاری نیز می‌باشد. در این پژوهش با روشی توصیفی - تحلیلی سعی می‌شود به نقد و بررسی ظرفیت‌های حقوقی نهاد داوری شورای عالی فنی سازمان برنامه و بودجه، و همچنین دلایل ناکارآمدی و بروز اختلافات در پروژه‌های عمرانی پرداخته شده و شرایط و روش‌های حل و فصل اختلافات در فیدیک را بیان می‌دارد. علاوه بر این، دامنه پذیرش رسیدگی به اختلافات قراردادهای عمرانی به معنای خاص خود که شرایط عمومی پیمان را منضم به خود دارند و نحوه پذیرش و اجرای آرای صادره از سوی نهاد داوری سازمان برنامه و بودجه مورد بررسی و تحلیل قرار می‌گیرد. راه حل اساسی و مهم آن است که هیأت وزیران به موجب مصوبه‌ای، مجوز موضوع اصل ۱۳۹ و ماده ۴۵۷ آیین دادرسی مدنی را صادر نموده و اجازه دهد دعوی ناشی از قراردادهای پیمانکاری، به مراکز داوری معتبر و مستقل مانند مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران ارجاع شده و ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان اصلاح گردد.

کلیدواژه: قرارداد پیمانکاری، شرایط عمومی پیمان، داوری، فیدیک، رویه قضائی.

- سیدی جاجرم، سید جواد؛ پایان، وحید، بیگدلی آذری، ندا (۱۴۰۲). درنگی در کارکرد نهاد داوری در قراردادهای پیمانکاری با تحلیل رویه قضائی. *مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان*، شماره ۳۳، صفحات ۲۱۳-۲۵۸.

Doi: [10.22075/feqh.2023.30182.3554](https://doi.org/10.22075/feqh.2023.30182.3554)

مقدمه

صرفنظر از این که وارد شدن به پیمان ها و انعقاد عقود، همواره یکی از راه های برطرف ساختن نیازهای اجتماعی انسان بوده است و قانونگذار برای به نظم درآوردن روابط اجتماعی قالب های مناسب را مورد تایید قرار داده است (خورسندیان و شنیور، ۱۳۹۰: ۸۸) اما در دهه های اخیر، حلّ اختلاف قراردادی، به زمینه مطالعاتی مهمّی تبدیل گردیده و در قراردادهای پیمانکاری، که در آن منابع مالی، فنی و انسانی ارزشمندی مورد نیاز است با توجه به ریسک ها و پیچیدگی های موجود در پروژه های عمرانی و نیز تضاد منافع طرفین دخیل، احتمال ایجاد اختلاف در تمام مراحل پروژه وجود دارد و گاه مطالبه هزینه، ادعای خسارت و غیره را در پی دارد. صنعت احداث از زمان های دور با شیوه های گوناگون حلّ و فصل اختلافات را تجربه نموده است و برخی گزارشات و سوابق نشان دهنده میزان و اهمیت تعیین روش حلّ اختلاف است. اختلافات به وجود آمده در قراردادهای پیمانکاری، یکی از اساسی ترین علل افزایش هزینه ها و تأخیر در زمان تحویل و اتمام پروژه بوده که موضوعی رایج در قرارداد های پیمانکاری می باشد. همچنین پروژه های عمرانی از یک طرف به جهت پیچیدگی و از طرف دیگر، به دلیل انحصار هر پروژه و عدم سابقه همکاری بین ارکان اصلی پروژه، بروز اختلافات و تناقض هایی در اسناد و مفادّ قرارداد طبیعی است و در آخر در همه قراردادهای متحد الشکل پیمانکاری، شیوه های حلّ و فصل اختلافات رایج بوده و به همین خاطر، به این موضوع در این مقاله پرداخته می شود.

داوری به عنوان یکی از روش های مسالمت آمیز در حلّ و فصل اختلاف در قراردادهای پیمانکاری است. داوری در قراردادهای پیمانکاری در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان که شرایط ضمن عقد این نوع قراردادها را معین می کند با شرایطی جهت رفع اختلاف پیمانکاری های دولتی تعیین شده است. دولت بر اساس اختیارات قانونی، انجام امور عمومی را در زمینه های خاصی با انعقاد قراردادی اداری به نام موافقت نامه پیمان به پیمانکاران خصوصی واگذار می کند. در این نوع قرارداد که فیما بین دستگاه

اجرائی به عنوان کارفرما و یک شخص حقیقی یا حقوقی به عنوان پیمانکار منعقد می‌شود، طبیعی است که ممکن است میان طرفین مذکور این پیمان، اختلافی در اجرا یا تفسیر آن پیدا شود. از آنجایی که امر عمومی باید استمرار داشته باشد، باید این اختلاف سریعاً حل و فصل شود تا انجام امور عمومی با وقفه مواجه نشود.

شرط داوری در قرارداد های پیمانکاری شرط ضمن عقد است و در قرارداد های پیمانکاری ذکر می‌شود که داوری در صورت بروز اختلاف میان آنها به چه روشی صورت گیرد. داوری در قرارداد های پیمانکاری باید به گونه ای باشد که تابع ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان در ضمن عقد درج شود. اگر به صورت یک قرارداد مستقل میان کارفرما و پیمانکار منعقد گردد باید مرجع رسیدگی در قرارداد درج شود. شخص داور باید دارای تجربه و تخصص در خصوص داوری در اختلافات پیمانکاری باشد تا داوری را به بهترین نحو ممکن انجام دهد. همچنین داوری با سرعت و همچنین با هزینه-ی اندک صورت گیرد. اما لازم به ذکر است که اگر براساس ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان عمل شود این نوع داوری زمان بر می‌باشد، زیرا لازم است که ابتدا موضوع حلّ اختلاف به رئیس سازمان برنامه و بودجه ارجاع داده شود و سپس پس از موافق رئیس سازمان برنامه و بودجه به شورای عالی فنی ارسال شود و اگر رئیس سازمان برنامه و بودجه موافقت نکند موضوع به شورای عالی فنی ارسال نمی‌شود.

بنابراین، طرفین قرارداد برای حلّ اختلاف از طریق مراجع قضایی اقدام می‌کنند. در نتیجه، افراد در قراردادهای پیمانکاری، در مرحله اول باید تابع ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان باشند. برای جلوگیری از صرف وقت می‌توانند در صورت بروز اختلاف، به مراجع قضایی به منظور داوری مراجعه کرده و داوری خود را تسریع بخشند؛ چراکه در داوری به طریق ماده ۵۳ می‌بایست مراحل طولانی تری را طی نمایند.

اهمیت این موضوع بدان جهت است که بتوان جایگاه این نهاد مهم را در پیمان-های دولتی تبیین نمود و برای حلّ اختلافات میان طرفین پیمان ضرورت دارد. اصولاً

در قراردادهای پیمانکاری ماده‌ای جهت تعیین نمودن مرجع حل اختلاف تدوین می‌گردد که یا مرجع دادگستری است یا مرجع داوری و طی این ماده معمولاً کارفرما تلاش می‌کند تا مرجع حل اختلاف را یکی از ارکان خویش به عنوان مرجع داوری قرار دهد؛ بنابراین پیمانکاران در زمان انعقاد قرارداد باید به این نکته توجه نمایند که در صورت انتخاب مرجع حل اختلاف به صورت داوری، شخص آگاه و بی‌طرفی را به این امر انتخاب نموده و زیر بار خواسته‌های نابجای کارفرما نروند.

۱- تعاریف

۱-۱- داوری

داوری در اغلب نظام‌های حقوقی نهادی شناخته شده است ولی اشکال متفاوتی دارد و البته بسته به دیدگاه هر نظام ازواژه داوری برداشت‌های متفاوت پدید آمده است. تعریف لغوی و اصطلاحی داوری بسیار به هم نزدیک است.

داور، نام خدای عزوجل است و پادشاه و عادل را نیز گویند؛ یعنی کسی که به نیک و بدی حکم باشد و فصل خصومت کند. داور را به عربی حاکم گویند و در اصل، داور بر وزن دادگر بوده و به مرور ایام تخفیف داده‌اند و داور شده است (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۰: ۲۸۳)؛ همچنین داور به معنی انصاف دهنده قاضی حکم مشترک و کسی که میان مردم حکم و فصل دعوی کند نیز آمده است (محمدی خورشیدی، ۱۳۹۰: ۱۶).

داوری در اصطلاح قضایی به فعل داور می‌گویند. در فقه آن را تحکیم یا حکومت (حکومه) می‌گویند. می‌توان داوری را بدین شرح تعریف کرد: «داوری روش حل و فصل خصوصی اختلافات است» (کریمی و پرتو، ۱۳۹۲: ۱۹). در واقع، داوری رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مورد رضایت طرفین می‌باشد.

داوری از نظر ماهیت، روشی دوستانه و غیر رسمی برای حل اختلافات است و به این سبب، آن را سیستم خصوصی قضاوت و احقاق حق هم گفته‌اند؛ هر چند در نظام‌های

حقوقی مختلف، این روش نیز همانند رسیدگی های قضائی، روشی الزام آور و به عبارت دیگر، دارای عنصر تعهد آور حقوقی به شمار می رود.

۱-۲- قرارداد پیمانکاری

در تعریف لغوی قرارداد پیمانکاری گفته شده: «قراردادی است که به موجب آن پیمانکار در قبال دریافت وجهی معین، اجرای موضوع پیمان را در مقابل کارفرما تعهد می نماید» (معین، ۱۳۸۳: ۳۴۲).

در اصطلاح، مقاطعه یا پیمانکاری قراردادی است که به موجب آن دولت یا مؤسسات و سازمان های عمومی، انجام عمل یا فروش کالایی را با شرایط معینی در برابر مزد و در مدت زمان معین به شخص حقیقی یا حقوقی به نام پیمانکار (مقاطعه کار) واگذار می کند. موضوع پیمان ممکن است ایجاد ساختمان یا حمل و نقل ویا تهیه و تدارک کالا یا انجام عملی باشد (ماده ۱۱ قانون مالیات بر درآمد ۱۳۳۹). مطابق این تعریف پیمانکاری سه نوع است: (رحمانیان، ۱۳۹۵: ۶۷).

۱. پیمانکاری ساختمان و پل و راهسازی و یا تأسیسات دیگر؛ ۲. پیمانکاری حمل و نقل مانند: نفرت یا محصولات نفتی؛ ۳. پیمانکاری فروش یا تهیه و تدارک کالا. باید افزود که قرارداد مقاطعه یا پیمانکاری، تابع قانون محاسبات عمومی و آیین نامه معاملات دولتی است و تشریفات مزایده و مناقصه نیز خاص این قراردادها است (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۴: ۴) به طور کلی قراردادهای پیمانکاری دولتی به قراردادهایی ابلاغ می شود که:

اولاً: یک طرف آن الزاماً یکی از دستگاه های اجرایی و طرف دیگر، یک شخصیت حقوقی و حقیقی خصوصی باشد که عموماً پیمانکار است.

ثانیاً: موضوع قرارداد انجام عملیات اجرایی یک طرح عمرانی از قبیل: راه، بنای ساختمان، ایجاد پل ها و سدّها، لوله کشی آب یا گاز و نظیر آن باشد.

ثالثاً: قرارداد فی مابین دستگاه اجرایی و شرکت پیمانکاری بر اساس دفتر چه پیمان و شرایط عمومی پیمان که بر مبنای آیین نامه استانداردهای اجرای طرح‌های عمرانی موضوع ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه سال ۱۳۷۱ تهیه گردید تنظیم شود.

۱-۳- رویه قضایی

رویه در لغت به معنای نظر، تفکر در امور، فکر و تأمل در کار و اندیشه بوده و قضاء نیز در لغت به معنای حکم کردن، ادا کردن، گزاردن و روا کردن است. به آرای صادره در هیأت عمومی دیوان کشور - خواه به صورت اصراری باشد خواه به صورت لازم‌الاتباع - رویه قضایی گویند. رویه قضایی، به آن نوع از تصمیمات دیوان عالی کشور اطلاق می‌شود که برای دادگاه‌های مادون، لازم‌الاتباع باشد و عدم رعایت آنها از طرف محاکم دادگستری، موجب نقص حکم می‌شود.

به بیان دیگر، رویه قضایی به شکل کلی، تصمیم مکرر قضایی گفته می‌شود. رویه قضایی به لحاظ معنوی یا الزام قانونی، مبنای حکم مرجع قضایی است. رویه قضایی جزو منابع حقوق در اکثر نظام‌های حقوقی است، ولی نقش آن در نظام حقوقی کامن لا پرننگ‌تر است (مدنی، ۱۳۹۵: ۵).

در سلسله مراتب منابع حقوق پس از قانون و عرف، سومین منبع رویه قضائی است. بدیهی است هر قانون‌گذاری در پیش‌بینی تمامی روابط افراد جامعه ناتوان است بنابراین نمی‌توان در قوانین جامعه کلیه راه‌حل‌های قانونی را ملاحظه نمود. دادرسان از طریق انطباق قواعد موجود با واقعیت‌های خارجی این نقیصه را مرتفع می‌نمایند.

منظور از رویه قضائی در معنی مطلق، مجموع آراء دادگاه‌ها و در معنی خاص، روش یکسان دادگاه‌ها یا دسته‌ای از آنها در مورد مسأله حقوقی معین و تکرار آن به صورتی می‌باشد که بتوان گفت در صورت مواجه شدن با مورد مشابه، همان روش اتخاذ خواهد می‌شود. به عبارتی، رویه قضائی را می‌توان عرف دادگاه‌ها نامید. آرای وحدت رویه قضایی در صورت مطابقت با شرع، برای کلیه شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها لازم‌الاتباع می‌باشد.

۲- عوامل بروز اختلاف در قراردادهای پیمانکاری

۲-۱- انواع دعاوی در پروژه‌های عمرانی

دعای ساده اتفاق می‌افتند؛ اگرچه اثبات آنها آسان نیست و از این جهت در حمایت از کارفرما عمل می‌کنند. اثبات دعاوی معمولاً به عهده پیمانکار است و کارفرما تنها ملزم به رسیدگی به دعاوی‌ای است که مستند به مفاد صریح و یا ضمنی قرارداد یا نظام حقوقی است. ضرر پیمانکار به معنای استحقاق وی در دریافت هر نوع غرامتی از کارفرما نیست و پیمانکار باید ثابت کند که ضرر وی ناشی از عملکرد یا تقصیر مستقیم کارفرما یا نمایندگان قانونی وی بوده است، و یا این که برخی از مفاد صریح قرارداد وی را مستحق به پرداخت می‌نماید (شاکری، ۱۳۹۱: ۱-۱۲).

الف: دعاوی قراردادی

دعای قراردادی برگرفته از متن صریح قرارداد نظیر مفاد مربوط به خسارت یا مخارج مستقیم تحت ماده‌های معین فرم‌های استاندارد حادث می‌شوند؛ مانند فرم‌های استاندارد فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور. این نوع ادعا از ساختار قرارداد برای پیش بردن دعوی و کسب نتیجه به نفع خود بهره می‌برد (کماسی، ۱۳۹۲: ۱-۸).

ب: دعاوی ضمن قرارداد

این دعاوی که گاهی به اشتباه دعاوی خارج از قرارداد یا دعاوی فراقراردی نامیده می‌شوند، در حالی که آنها قوانین بالادستی قرارداد هستند. دعاوی ضمن قرارداد، ادعاهای خسارت به موجب تخطی از قرارداد تحت قانون عرفی یا مدنی و یا تخطی از برخی جنبه‌های دیگر قانون مانند خطای مدنی یا نقض حقوق انحصاری ثبت شده که قانوناً لازم‌الاجراء هستند، می‌باشند (شاکری، ۱۳۹۱: ۵-۱۲).

ج: دعاوی ارزش‌گذاری جدید

در شرایطی که قیمت توافقی برای کار انجام شده مشخص نیست، ممکن است اختلافاتی درباره ارزش آن پیش آید. این اختلافات معمولاً در مواردی رخ می‌دهند که طرفین قبل از انجام کار، توافقی درباره قیمت نداشته باشند. به عنوان مثال، در پروژه‌های

ساختمانی ممکن است به موقعیتی برسیم که نیاز به انجام کارهای اضافی یا تغییرات در تعداد وسعت اولیه پروژه باشد. اگر طرفین قبل از این تغییرات قیمت را تعیین نکرده باشند، اختلافاتی درباره ارزش این کارهای اضافی به وجود می‌آید.

د: دعاوی مساعدتی

دعاوی مساعدتی (دعاوی به واسطه محبت)، معمولاً از سوی پیمانکار مطرح می‌شود و به ندرت پذیرفته می‌شوند، مگر آن که وجود داشته باشد. دعاوی مساعدتی، دعاوی هستند که در آنها کارفرما تحت هیچ گونه الزام حقوقی در پذیرش آن قرار ندارد، به طور مثال، جایی که استخدام پیمانکار جدید به منظور تکمیل کارهای باقی مانده، هزینه‌های بیشتری را به کارفرما تحمیل می‌نماید، کارفرما بهتر است برای جلوگیری از ورشکستگی پیمانکار اول، به پرداخت دعاوی مساعدتی مبادرت ورزد (آزاد و دیگران، ۱۳۹۴: ۱-۱۲).

۲-۲- عوامل و علل بروز اختلاف

قرارداد پیمانکاری، قراردادی نیست که به صورت آنی نتیجه آن محقق شود. پیمانکاری از جمله قراردادهایی است که در طول زمان اجرا می‌شود. بنابراین در طول اجرای موضوع پیمان ممکن است اتفاقات مختلفی رخ داده و منجر به اختلاف بین کارفرما و پیمانکار شود. که این اختلافات می‌تواند ناشی از طرفین قرارداد یا شخص خارج قرارداد یا امور طبیعی باشد که در همه موارد باعث ایجاد ضررهای مادی و معنوی برای هریک از دو طرف قرارداد می‌شود. بنابراین بهتر است این اختلاف ها را از پیش بشناسیم تا با چاره اندیشی در مورد آنها، قرارداد به راحتی به نتیجه برسد.

پروژه‌های عمرانی پیچیده و دارای ریسک زیادی هستند و جزئیات زیاد و روابط متقابل پیچیده ای بین ارکان پروژه دارند. اختلافات این توانایی را دارند که پروژه را مختل نموده و سبب افزایش هزینه‌ها، طولانی شدن زمان مدت اجرای پروژه، و تاثیر منفی بر روابط آتی بین ذینفعان پروژه گردد (Jannadia, M. . No. 1, p. 41 Osama, et al, 2000: اکثر این نوع اختلافات به دلیل پیچیدگی، عدم مدیریت و

عدم تجربه کافی ارکان پروژه است (Mahamid, 2016: Vol. 28, No.1) بنابراین حلّ و فصل اختلافات از اقدامات اساسی روزانه مدیر پروژه می- باشد و اگر این اختلافات به سرعت حل نشود پروژه را به تأخیر می‌اندازد و سرانجام ممکن است به روابط تجاری آسیب برساند (Illankoon, I. M. C. S., et al,) (2019: p. 1).

پروژه‌های ساختمانی پیچیده بوده و موجب ایجاد هزاران جزئیات و روابط متقابل پیچیده بین ارکان پروژه می‌شود (Harmon, Kathleen MJ, 2003: Vol. 3, No. 4, pp. 187-201) درگیری‌ها می‌تواند جریان کار را مختل کرده و منجر به افزایش هزینه‌ها، تأخیرها و تأثیرات منفی بر روابط و ارتباطات آینده طرفین شود. همچنین اختلافات کوچک می‌تواند وخیم شود و به اختلافاتی با عواقب فلج کننده برای شرکت کنندگان در پروژه تبدیل شود (Jannadia, M. Osama, et al.,2000: Vol. 18, No. 1, pp. 41-49.). بسیاری از ادعاها به دلیل پیچیدگی، عدم مدیریت و عدم تجربه کافی ارکان پروژه‌ها است. از مشکلات ساخت و ساز می‌توان جلوگیری کرد یا از آنها کاست؛ چراکه بیشترین دلیل تأخیرها را می‌توان به موقع شناسایی و با آنها برخورد نمود. بدین ترتیب پس از بروز اختلافات، مکانیسم حلّ اختلاف از پیش تعیین شده می‌تواند بر چندین پارامتر از جمله زمان حل اختلاف، مقدار اختلاف، جریان روند، میزان رضایت ذینفعان منفی با نتیجه نهایی و سایر فاکتورها تأثیر بگذارد (Treacy, Thomas B,1995: Vol. 11, No. 1, pp. 58-63).

۳- داوری در شرایط عمومی پیمان و حفظ محرمانگی

شرایط عمومی پیمان نوعی قرارداد است که دولت آن را تهیه و قابل استفاده نموده است. این قرارداد نیز مانند سایر قراردادها دو طرف دارد یک طرف کارفرما و طرف دیگر پیمانکار. البته باید خاطر نشان نمود که معمولاً در پروژه های موجود در داخل کشور کارفرما دولت و پیمانکار یک شخص حقوقی یا حقیقی حقوق خصوصی می باشد.

در تنظیم قراردادهای پیمانکاری آن چه از اهمیت بالایی برخوردار است، جدیدترین شرایط عمومی پیمان نشریه ۴۳۱۱ سازمان برنامه و بودجه کشور می باشد، چرا که قراردادهای پیمانکاری برخلاف سایر قراردادها که از قوانین و مقررات عام کشور از جمله قانون مدنی پیروی می کنند، از جدیدترین شرایط عمومی پیمان مصوب سازمان برنامه و بودجه کشور پیروی می کند. پیمانکاران و کارفرمایان در صورتی که یکی از این دو طرف دولتی باشد می بایست این مقرره را در تنظیم قراردادها در اولویت قرار دهند تا در آینده دچار مشکلات حقوقی نشوند.

۳-۱- داوری در شرایط عمومی پیمان

داوری در قراردادهای پیمانکاری دولتی هم کاربرد دارد. داوری در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان که شرایط ضمن عقد این نوع قراردادها را معین می کند با شرایطی جهت رفع اختلافات پیمانکاری های دولتی تصریح شده است. این ماده مقرر می دارد: «هرگاه در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان بین دو طرف اختلاف نظر پیش آید هر یک از طرفین می توانند برای حل سریع، قبل از درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری طبق بند (ج) برحسب مورد به روش تعیین شده در بند های ۱ و ۲ عمل نمایند.» در بند (ج) ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان می خوانیم: «هرگاه در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان بین دو طرف اختلاف نظر پیش آید دو طرف می تواند درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری را به رئیس سازمان برنامه و بودجه ارائه نمایند.» در تبصره ۱ این ماده آمده است: «چنان چه رئیس سازمان یادشده با تقاضای مورد اشاره موافقت نمود، مرجع حل اختلاف شورای عالی فنی خواهد بود.» و تبصره ۲ این ماده نیز بیان می دارد: «رسیدگی و اعلام نظر شورای عالی فنی، در چارچوب پیمان و قوانین مربوط انجام می شود، پس از اعلام نظر یاد شده طرف ها برطبق آن عمل می نمایند» (موسوی، ۱۳۹۷: ۲۸۹).

در تدوین شرایط عمومی پیمان، تهیه کنندگان آن به نهاد داوری توجه داشته و در ماده ۵۳ برای اولین بار، حل اختلاف بین کارفرما و پیمانکار را از راه داوری پیش بینی

کرده اند؛ اما این نهاد نتوانسته آن طور که کارساز و توانا باشد توقعات قراردادی را با توجه به ویژگی های کاملاً فنی اینگونه قراردادها و نیز لزوم اتمام موضوع آنها در مدت تعیین شده، برآورده سازد و از دو سو نتوانسته است به اهداف واقعی خود نزدیک کند: شکل نخست، از اصل ۱۳۹ و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی ناشی می شود و معضل دوم، به طرز تدوین و نگارش ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان مربوط است.

در خصوص داوری در قراردادهای پیمانکاری مشکلاتی در فرآیند اجرای آن وجود دارد؛ چه هنگام تنظیم قرارداد و یا پس از بروز اختلاف که قانونگذار استفاده از داوری را منوط به تصویب هیأت وزیران نموده است. راه حل درست آن است که هیأت وزیران به موجب مصوبه ای، مجوز موضوع اصل ۱۳۹ و ماده ۴۵۷ را صادر کند و اجازه دهد که دعوی ناشی از قراردادهای پیمانکاری که یک دستگاه دولتی است، به مراکز داوری معتبر و مستقل مانند مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران ارجاع و ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان اصلاح شود (مرادی، ۱۳۹۷: ۸).

بنابراین به جهت این که طرفین قرارداد فوق (کارفرما و پیمانکار) شرایط قراردادی را مطالعه نموده و آن را امضاء نموده اند؛ پس بند مربوط به داوری موجود در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان را نیز می پذیرند. (از نکات مهم این توافق آن است که چون شرط داوری، ضمن عقد همان سند اصلی شرایط عمومی پیمان است جای دارد لزوم خود را از عقد اصلی تحصیل نماید و تا هنگامی که عقد اصلی پابرجاست، شرط داوری نیز برای طرفین الزام آور است (رشیدی، ۱۳۹۴: ۳۸). با ملاحظه ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان متوجه خواهیم شد که در مورد زمان داوری ساکت است.

۳-۱-۱- شرط داوری در پیمان

افراد هنگامی می توانند از حل اختلاف دادگستری صرف نظر نمایند که قبلاً برای ارجاع منازعات خود به داوری، با هم توافق داشته باشند. این توافق می تواند قبل از بروز اختلاف یا بعد از آن و هم به صورت شفاهی و کتبی و همچنین طی قرارداد عادی یا

رسمی و نیز به صورت جداگانه یا ضمن قرارداد اصلی (ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی) به عمل آید.

در پیمان برای حلّ اختلاف ناشی از آن بین کارفرما و پیمانکار قراردادی وجود دارد که ضمن تراضی در اصل سند موافقتنامه ضمن شرایط عمومی پیمان چنین توافقی با هم در ماده ۵۳ دارند. لازم به ذکر است قرارداد داوری چنان چه به صورت جداگانه بین طرفین انعقاد یابد مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی جزو قراردادهای لازم است که هیچ یک از طرفین نمی‌تواند به طور یک جانبه و بدون موافقت طرف مقابل از آن صرف نظر نمایند. اما اگر قرارداد داوری ضمن قرارداد اصلی لازم و به طور شرط ضمن عقد تشکیل شود، لزوم خود را از عقد اصلی به دست می‌آورد و تا هنگامی که عقد اصلی پابرجاست قرارداد داوری و یا بهتر است گفته شود شرط داوری نیز برای طرفین الزام آور خواهد بود (هادی، ۱۳۹۸: ۲۰)؛ بدین تریب، به جهت این که دو طرف قرارداد فوق (کارفرما و پیمانکار) شرایط قراردادی را مورد مطالعه قرار داده و آن را امضاء می‌نمایند پس بند مربوط به داوری موجود در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان را نیز می‌پذیرند (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۹: ۴۳۴). از نکات مهمّ این توافق آن است که چون شرط داوری، ضمن عقد همان سند اصلی شرایط عمومی پیمان است ضرورت می‌نماید لزوم خود را از عقد اصلی به دست آورد و تا هنگامی که عقد اصلی پا برجاست، در مورد صحّت بند مربوط به ارجاع به داوری می‌توان گفت که یکی از روش‌های ارجاع به داوری، به صورت شرط ضمن عقد آوردن داوری در قرارداد اصلی است (مرادی، ۱۳۹۳: ۱۲).

۳-۱-۲- داوری از طریق شورای عالی فنی

هریک از کارفرما، پیمانکار جهت شروع داوری در شورای عالی فنی باید درخواست خود را به رئیس سازمان برنامه و بودجه، به سازمان مذکور تسلیم نماید. طبق مصوبه هیأت وزیران، رئیس سازمان نماینده ویژه رئیس جمهور جهت ارجاع اختلاف ناشی از پیمان به داوری شورای عالی فنی است. بنابراین، پیمانکار باید در

درخواست خود، نام رئیس سازمان را قید نماید؛ چراکه در صورت تغییر رئیس سازمان، نماینده ویژه رئیس جمهور نیز باید به نام همان شخص جدید تعیین و ابلاغ شود. به همین دلیل، ذکر نام رئیس سازمان به عنوان نماینده ویژه رئیس جمهور ضروری است.

ممکن است موضوع اختلاف راجع به پیمانی باشد که اعتبار مالی آن از محل طرح های عمرانی باشد. در این صورت، دبیرخانه شورای عالی فنی از متقاضی داوری می-خواهد که به منظور امکان ادامه اقدامات، مدارک لازم را در سه نسخه تنظیم و حداکثر ۱۵ روز از تاریخ این نامه به دبیرخانه شورای عالی فنی تسلیم گردد. سپس طرفین را جهت امضای قرارنامه داوری به دبیرخانه شورا فرا می خواند. در آن جلسه تقریباً در اکثر موارد، طرفین دعوا به امضای قرارنامه داوری مبادرت می ورزند.

چنان چه برخی از پیمانکاران، رسیدگی منصفانه شورای عالی فنی را قبول ندارند باید از امضای قرارنامه داوری خودداری کنند به این امید که شورای عالی فنی ظرف مهلت سه ماهه قانونی نتواند به اختلاف آنها رسیدگی کند و او با ابطال رأی داوری شورا بتواند در دادگاه، دعوی خود را طرح نماید.

پس از امضای قرارنامه داوری، اصحاب دعوا به جلسه استماع داوری دعوت می-شوند. در جلسه استماع، هر دو طرف به طور شفاهی دفاعیات خود را مطرح می نمایند. هیچ صورتجلسه ای تنظیم نمی شود، بلکه اظهارات طرفین به وسیله دستگاه ضبط صوت، ضبط می شود. پس از استماع اظهارات طرفین، پرونده به یک کارشناس ارجاع می شود و او پس از بررسی موضوع اختلاف، رأی صادر نمی کند بلکه به ادعاهای طرفین نظر می دهد (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۹: ۴۳۲).

پس از ارجاع به کارشناسی و ارائه نظریه کارشناسی، نظریه به امضای تک تک اعضای شورای عالی فنی می رسد. اعضای شورای عالی فنی از سه نفر تشکیل می شود؛ لذا باید همگی رأساً مبادرت به امضای رأی نمایند. همچنین دو طرف در انتخاب داور آزادی عمل نداشته و در صورت موافقت رئیس سازمان با ارجاع اختلاف به داوری،

خود شورای عالی سازمان مدیریت در هر حال داور می‌باشد. در حالی که برخلاف رویه بیشتر قراردادهای متحد الشکل پیمانکاری رایج در جهان که داوری به عنوان راه حلّ نهایی حلّ اختلاف به شمار آمده و رجوع به آن برای طرفین الزامی می‌باشد در شرایط عمومی پیمان، ارجاع اختلاف به داوری برای طرفین، اختیاری به حساب می‌آید و آنان می‌توانند با نادیده گرفتن این ماده اختلاف را مستقیماً به دادگاه ارجاع دهند (صفایی، ۱۳۷۵: ۸۴) ولی با وجود این، ارجاع موضوع به داوری، نیازمند توافق طرفین نبوده و هر یک از دو طرف می‌تواند بدون رضایت طرف مقابل، موضوع را برای داوری با موافقت رئیس سازمان مدیریت ارجاع دهد.

۳-۲- حفظ محرمانگی در داوری

داوری - چه به موجب توافقنامه داوری مستقلّ و چه به صورت شرط ضمن عقد باشد - از اصل حاکمیت اراده و اصل آزادی قراردادها سرچشمه می‌گیرد که امکان دارد به دو نوع داوری: موردی و یا داوری سازمانی به وسیله طرفین اختلاف معین شود. یکی از محاسن و مزیت‌های خاصی که مورد توجه تجّار و شرکت‌های دانش بنیان و دارای تکنولوژی پیشرفته در تولیدات و خدمات خود قرار گرفته، موضوع محرمانگی در فرایند حلّ و فصل اختلافات به شیوه داوری می‌باشد. هرچند در این اواخر، محرمانگی در برطرف نمودن اختلافات تجاری، به یک نگرش رو به رشد تبدیل شده است خصوصاً بودن نیز از قدیم ویژگی اساسی حقوق داوری بوده است. خصوصاً بودن داوری به معنای جلوگیری از ورود افراد ثالث در جریان رسیدگی داوری بوده مگر آن که طرفین اختلاف با حضور آن شخص به گونه‌ای روشن موافقت کرده باشند؛ لکن در محرمانگی ضرورت دارد که طرفین از افشای کلیه اسناد و مدارک و اطلاعات ردّ و بدل شده در فرایند داوری و همچنین از انتشار رأی داور بر اشخاص ثالث ممانعت به عمل آورند؛ هرچند منشأ محرمانه بودن، خصوصاً بودن است اما محدوده مشخصی در مورد محرمانگی تعریف نشده است.

۴- ارزیابی قابلیت داوری و عوامل ناکارآمدی داوری در قراردادهای پیمانکاری

امروزه اگر قابلیت داوری یا همان داوری پذیری تحت عنوان یک اصل مورد پذیرش واقع شود این مسأله بدان معنی است که کلیه اختلافات قابلیت ارجاع به داوری را دارند. در خصوص تعریف داوری پذیری، اتفاق نظری بین حقوقدانان وجود ندارد، زیرا عده‌ای داوری پذیری را شامل کلیه مواردی می‌دانند که موافقتنامه داوری غیر قابل اجراست و به نوعی تفسیر موسّع از این اصطلاح می‌نمایند و عده‌ای دیگر آن را به دو دسته قابلیت داوری موضوعی و قابلیت داوری شخصی تقسیم می‌کنند و نهایتاً عده‌ای آن را شامل مواردی می‌دانند که حلّ و فصل اختلاف از طریق داوری منع شده باشد (اسکینی، ۱۳۹۱: ۳۲۲).

۴-۱- موضع قانون اساسی بر قابلیت داوری در قراردادهای پیمانکاری

قراردادهای پیمانکاری در حقوق ایران و شروط داوری در این نوع قراردادها با چالشی مربوط به قانون اساسی مواجه است. این مسأله به اصل ۱۳۹ قانون اساسی مرتبط می‌باشد. اصل ۱۳۹ مقرر داشته: «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد، موکول به تصویب هیأت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد؛ موارد مهم را قانون تعیین می‌کند.» این اصل که در راستای حمایت از منافع عمومی و اموال عمومی به تصویب رسیده است، در سایر کشورها نیز دارای نمونه‌هایی است و خود مانعی در راستای ارجاع به داوری در قراردادهای پیمانکاری است (شیروی، ۱۳۸۰: ۴۰).

تفاسیری که حقوقدانان در مورد اصل ۱۳۹ ارائه نموده‌اند عموماً ناظر به ارتباط اثر این اصل بر قراردادهای دولتی است؛ به ویژه زمانی که طرفین قرارداد یا اختلاف، موضوع را به یک داور غیر ایرانی ارجاع می‌دهند. از تفاسیری که حقوقدانان در مورد

اصل ۱۳۹ ارائه داده‌اند که بیشتر این تفاسیر ناظر به داوری در قراردادهای خارجی است، می‌توان جهت قراردادهای داخلی نیز استفاد نمود.

اگرچه محدودیت‌های قانونی دولت‌ها (و نهادهای دولتی و شرکت‌های تحت کنترل آن) در ارجاع اختلافات به داوری را به ویژه زمانی که مشروط به اخذ مجوز قبلی از مراجع قانونگذاری یا دولتی است، باید براساس اهلیت تحلیل نمود که در این صورت، تابع قانون قابل اعمال بر شخص حقوقی خواهد بود؛ لیکن عملاً محدودیت‌هایی برای این قاعده حلّ تعارض وارد شده است. در برخی کشورها نیز دفاعیات مطروح براساس اصل ۱۳۹ قانون اساسی (یا سایر موارد مشابه) با استناد به مفاهیم اصول کلی حقوقی و نظم عمومی بین‌المللی مورد پذیرش قرار نگرفته است. همچنین در داوری‌های داخلی، مفهوم حسن نیت را نیز به این موارد افزوده‌اند^۱ و مشخص نیست چگونه می‌توان به مفهوم مزبور استناد کرد در حالی که خود طرف مقابل دعوی، ایرانی است و فرض قانونی نیز بر آن است که چنین شخصی از محدودیت تصریح شده در اصل ۱۳۹ قانون اساسی آگاه می‌باشد.

۴-۲- موضع قوانین موضوعه در خصوص قابلیت داوری

قراردادهای پیمانکاری، شیوه‌ی متداول جذب سرمایه‌گذاری خارجی برای کشورهای در حال توسعه است. به همین دلیل، این دولت‌ها تلاش نموده‌اند تا از طریق تسهیل قوانین و اعطای مشوق‌های گوناگون، سرمایه‌گذاران خارجی را به کشورهای خود جذب کنند. در حقوق ایران نیز با تصویب قانون تشویق سرمایه‌گذاری خارجی، اقدامات مثبتی در این راستا صورت گرفته است.

الف: قانون تشویق سرمایه‌گذاری خارجی

فصل ششم این قانون در خصوص حلّ و فصل اختلافات، در ماده ۱۹ بیان داشته است: «اختلافات بین دولت و سرمایه‌گذاران خارجی در خصوص سرمایه‌گذاری‌های

۱. رأی داوری شماره ۳۶/۸۴/۴۲/۱۲۱، مطابق رویه جاری در داوری‌های تجاری، پس از پذیرش شرط داوری از سوی دولت (و به طریق اولی شرکت‌های تجاری دولتی) ایراد عدم امکان رجوع به داوری مسموع نیست و چنین ادعایی خلاف اصل حسن نیت است.

مورد بحث این قانون چنان چه از طریق مذاکره حلّ و فصل نگردد در دادگاه‌های داخلی مورد رسیدگی قرار می‌گیرد، مگر آن که در قانون موافقتنامه دوجانبه سرمایه‌گذاری با دولت متبوع سرمایه‌گذار خارجی، در مورد شیوه دیگری از حلّ و فصل اختلافات توافق شده باشد. به نظر می‌رسد، هر آن چه ماهیت یا کاربرد آن برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد غیرمجاز و در واقع نامشروع است و نمی‌تواند مورد تصویب هیأت دولت قرار گیرد.

ب: قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی ایران

ماده ۸ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی ایران نحوه حلّ و فصل اختلافات را به شرح ذیل مقرر می‌دارد: «سازمان و شرکت های تابع آن مجاز هستند قراردادهای لازم را با اشخاص حقیقی و حقوقی داخلی و خارجی منعقد نمایند و با سرمایه‌گذاران داخلی و خارجی با رعایت اصول قانون اساسی برای انجام طرح‌های عمرانی و تولیدی مشارکت کنند. اختلاف ها و دعاوی ناشی از قراردادهای منعقد شده برحسب توافق ها و تعهد های قراردادی دو طرف، رسیدگی و حلّ و فصل می‌شود.»

بر مبنای قسمت اخیر ماده ۸ فوق‌الذکر، توافق طرفین برای ارجاع اختلاف های ناشی از قراردادهای منعقد شده به نهادهای حلّ و فصل اختلاف همچون داوری معتبر است. این ماده در بخش نخست اجازه انعقاد قرارداد را منوط به رعایت قوانین اساسی می‌داند. مطابق این نگارش، این سؤال مطرح می‌شود که کدام یک از اصول قانون اساسی باید مراعات شوند؟ در پاسخ می‌توان گفت اصولی از قانون اساسی مورد توجه است که به مشارکت میان طرفین تحت بخش نخست ماده ۸ ارتباط پیدا می‌کند و به معنای اصول مربوطه در قانون اساسی از جمله اصل ۸۱ قانون اساسی است. از آنجا که بخش دوم ماده ۸ صریحاً توافق میان طرفین را معتبر می‌داند، بنابراین اصل به نظر می‌رسد بررسی رویه قضایی نشانگر این مسأله است که موضع قانون تشویق و قانون مناطق آزاد مورد تأیید رویه قضایی نیست. در این خصوص، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

در رأی خود مقرر داشته است: «مستفاد از اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که مقرر می دارد: صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد موکول به تصویب هیات وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد، در مواردی که طرف دعوا خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می کند.» علی الاصول مأموران دولت در زمان انعقاد قرارداد داوری مکلف هستند حسب مورد مصوبه هیات وزیران یا مصوبه مجلس شورای اسلامی را اخذ کنند. نظر به این که مصوبه معترض عنه پس از تنظیم قرارداد داوری صادر شده است و مفاد اصل ۱۳۹ قانون اساسی در آن رعایت نشده است خلاف قانون تشخیص داده می شود و با استناد به بند یک ماده ۱۹ و ماده ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می شود.»

حتی در برخی دعاوی تلاش شد تا این اصل به قراردادهای قبل از انقلاب نیز تسری پیدا کند که این رویکرد توسط دیوان های داوری بین المللی مورد پذیرش قرار نگرفت (عابدی، ۱۳۸۵: ۱۲۰). به نظر می رسد که مسأله قابلیت امکان ارجاع دعاوی مربوط به قراردادهای ساخت با چالش های جدی روبروست. از یک سو، قانون اساسی ارجاع این دعاوی را نیازمند تصویب مجلس دانسته است و از سوی دیگر، همان طور که دیده شد رأی وحدت رویه دیوان عدالت اداری مساعدت های قانون تشویق سرمایه گذاری و قانون مناطق آزاد تجاری را تا حد زیادی کاهش داده است. این در حالی است که جذب سرمایه به کشور و تأمین سرمایه برای پروژه های زیربنایی، نیازمند تسهیل حل و فصل اختلافات از طریق داوری است. در واقع، حل و فصل اختلاف از طریق دادگاه های ملی، هیچگاه تأمین و امنیت کافی برای سرمایه گذار خارجی فراهم نمی آورد. بدیهی است که ارجاع به داوری می تواند با تعیین دیوان داوری با رویه مشخص و یا از طریق تعیین چهارچوب داوری در قرارداد سرمایه گذاری، هم منافع کشور سرمایه پذیر را تأمین نماید و هم سرمایه گذاری خارجی را به امنیت سرمایه گذاری متقاعد کند.

پروژه‌های عمرانی از جهت اجرا دارای وضعیّت تخصصی می‌باشد و از اصول فنی تبعیّت می‌نماید. بالطبع، اختلافات حاصل از روابط قراردادی طرفین، این قبیل پروژه‌ها (کارفرما و پیمانکار) از پیچیدگی خاصی برخوردار می‌باشد و حلّ و فصل آن نیز مستلزم رعایت ظرفیّت‌های ویژه‌ای است. چون امور عمرانی مرتبط با دولت و نهادهای عمومی به حکم قانون الزاماً تابع مقررات شرایط عمومی پیمان می‌باشند و در پروژه‌های متعلّق به اشخاص خصوصی با توافق طرفین پیمان، آن مقررات حاکمیّت می‌یابد. به دلیل همین پیچیدگی امور عمرانی، ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان در بند ج راه حلّ داوری را از طریق شورای عالی فنی به عنوان شیوه حلّ و فصل اختلافات پیش‌بینی نموده است. حال این که آیا شورای عالی می‌تواند مرجع شایسته‌ای به عنوان جایگزین دادگستری در رسیدگی به اختلافات مربوط به پروژه‌های عمرانی باشد یا خیر؟ دعوی مربوط به امور عمرانی جزو دعوی پیچیده و دشوار می‌باشند و علت آن ممکن است ماهیّت خاصّ این قبیل قراردادها و وضعیّت آنها باشد که از حیث رسیدگی چه از طریق داوری و چه دادگستری، باید دقیق و تخصصی صورت پذیرد. مرجع داوری پیش‌بینی شده در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان و مقررات مذکور در بند ج و تبصره ذیل آن دارای کارایی لازم برای طرفین دعوی پروژه‌های عمرانی نیست؛ بنابراین ایرادات زیر مانع از رسالت صحیح نهاد داوری پیش‌بینی شده در شرایط عمومی پیمان می‌باشد.

الف: ایراد ناشی از اختیاری بودن مراجعه به داوری

بکار بردن واژه «می‌تواند» در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان به به باور برخی از حقوقدانان جنبه اختیاری دارد و بیشتر محاکم قضایی بدان اعتقاد دارند. این دیدگاه بدین جهت تقویت می‌گردد که سازمان برنامه و بودجه در پاسخ به یکی از انجمن‌های صنفی طی نامه شماره ۵۳/۱۳۰۴۰۴ مورخ ۱۳۸۴/۸/۱۷ به جهت تفسیر ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان، مراجعه به داوری شورای عالی فنی را برای حلّ اختلافات طرفین را اختیاری می‌داند و اجباری نیست، لذا با این اوصاف و از آنجا که اختلاف توسط شورای

عالی فنی، یک حق قراردادی است و اعمال و اسقاط این حق در اختیار ذیحق است، او مختار است که در صورت اختلاف به داوری شورا مراجعه یا موضوع را در دادگاه صالح مطرح کند (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۹: ۴۲۵).

ب: ایراد ناشی از اختیار مطلق رئیس سازمان برنامه و بودجه در ارجاع به داوری شورای عالی فنی

تبصره ۱ بند ج ماده ۵۳ مقرر می‌نماید: «چنان چه رئیس سازمان یاد شده با تقاضای مورد اشاره موافقت نمود مرجع حل اختلاف شورای عالی فنی خواهد بود» این اختیار بی قید و شرط ریاست سازمان، باعث اطاله حل و فصل اختلافات شده و موجب تعطیلی و رکود پروژه می‌گردد. عده ای از حقوقدانان بر این باورند شرط داوری مذکور در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان نوعی داوری اجباری قراردادی به شمار می‌آید و هیچ کدام از طرفین نمی‌توانند شرط را قبول نکنند و در حقیقت، به قیمت عدم انعقاد قرارداد منجر می‌شود (کریمی و پرتو، ۱۳۹۲: ۵۷) بدین ترتیب به نظر می‌رسد در صورت مراجعه نمودن به داوری شورای عالی فنی، هیچ راهی بجز مراجعه به محاکم برای طرفین قرارداد بخصوص پیمانکار پروژه باقی نمی‌ماند.

ج: ایراد ناشی از عدم دخالت طرفین در انتخاب هیأت داوری

به نظر می‌رسد با توجه به الزامی بودن داوری در قراردادهای مزبور مسلماً طرفین قرارداد در حین تنظیم آن، الزاماً باید به درج داوری به عنوان مرجع حل و فصل اختلافات قراردادی و تعیین اعضای هیأت داوری بپردازند؛ زیرا با توجه به ماده ۲۰، داوری در این قراردادها بر خلاف اصل، مبتنی بر توافق طرفین نبوده و یک تکلیف قانونی است؛ لذا بعد از بروز اختلاف طرفین برای حل و فصل آن اختیاری در تعیین داوری نداشته و به عنوان یک اجبار قانونی مکلف هستند که اختلاف خود را به مرجع داوری که در قرارداد اصلی درج شده است ارجاع دهند.

ایراد قابل توجهی که به نحوه انتخاب عضو سوم هیأت داوری وارد می‌شود، دخالت یک مقام رسمی از مرجع دادگستری است و این که عموماً طرفین اختلافات در ارجاع

منازعات به داوری، در انتخاب داور و یا هیأت داوری به تراضی اقدام می‌نمایند و نباید به صرف سازمانی بودن داوری، مانع طرفین قراردادهای پیمانکاری از حق انتخاب و دخالت در تعیین هیأت داوری شد و این اجازه به هیأت دولت داده شود تا افراد محدودی را به عنوان داور انتخاب نماید. در بعضی سازمان های داوری ملاحظه می‌گردد که طرفین اختلاف، در تعیین داور نقش داشته و موجبات ترغیب و تشویق طرفین اختلاف به استفاده از روش داوری را به وجود آورده اند. به عنوان نمونه، در دیوان داوری اتاق بازرگانی بین المللی طرفین می‌توانند با توافق یک یا سه داور را تعیین نمایند و در صورت عدم توافق دیوان یک نفر را به عنوان داور مشخص می‌کند (تفرشی و اسدی نژاد، ۱۳۸۷: ۹۱).

این بخش از قانون که اساساً تشکیل هیأت داوری را باز هم منوط به مراجع دادگستری و دخالت مقام قضایی کرده است قابل تامل می باشد؛ لذا چنین استنباط می‌شود که قانونگذار در این ماده از بیان موضوعاتی غفلت کرده و همچنین در مواردی مطابق اصول حقوقی عمل نکرده است.

د: ایراد ناشی از عدم رسیدگی به دعاوی غیر مالی از سوی شورای عالی فنی

برخی اختلافات از فسخ و یا خاتمه پیمان ناشی می‌شود و از آنجایی که رئیس سازمان برنامه و بودجه از ارجاع چنین اختلافاتی به دلیل غیر مالی بودن، ممانعت به عمل می‌آورد و اساساً شورای عالی فنی به دلیل مصوبه هیأت وزیران صلاحیت داوری اموال را دارد، عملاً به این اختلافات رسیدگی ننموده و طرفین قرارداد عمرانی ناچار به مراجعه به محاکم ملی برای برطرف نمودن منازعات می باشند (خلیلیان، ۱۳۸۲: ۳). در مورد رویه قضایی در دعاوی غیر مالی قراردادهای عمرانی می‌توان به دادنامه صادره از شعبه ۸۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران استناد نمود.

۴-۴- نحوه بطلان قرارداد داوری در پیمان

الف: بطلان داوری به تبع بطلان پیمان

هرگاه این استدلال که ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان، پیمان را باطل می‌کند مورد پذیرش قرار گیرد در صورت بروز اختلاف بین کارفرما و پیمانکار اعم از این که موضوع در حال رسیدگی و داوری باشد یا بعد از صدور رأی از سوی شورای عالی فنی، امکان دارد یکی از دو طرف که رأی داور را براساس مصلحت خود نمی‌بیند اقدام به طرح دعوی در دادگاه به استناد همان ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان بنماید. بدین ترتیب بر طبق ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی، دادگاه ابتدا نسبت به اصل پیمان رسیدگی و اظهار نظر می‌نماید. هرگاه دادگاه پیمان را باطل بداند، چون بطلان آن کلیه اسناد و مدارک پیمان از جمله شرایط عمومی پیمان و بخصوص ماده ۵۳ را نیز در بر می‌گیرد؛ لذا موضوع داوری شورای عالی فنی نسبت به اختلافات آن دو منتفی است؛ اما اگر بطلان پیمان به استناد ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان مورد قبول دادگاه واقع نشود یکی از دو طرف می‌تواند به ایراد حقوقی مربوط به قرارداد داوری به کیفیت مقرر در بند (ج) ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان، بپردازد.

ب: بطلان قرارداد داوری به سبب ایرادات قانونی

آن چه در بند (ج) ماده ۵۳ عمومی پیمان در خصوص ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری مقرر گردیده اگرچه از شروط ضمن عقد برای ارجاع اختلاف به داوری می‌باشد اما به نظر می‌رسد با مبانی حقوقی جهت تشکیل عقد در تضاد باشد؛ زیرا بر فرض که یکی از طرفین پیمان برای اختلاف به داوری مراجعه کند اما این قرارداد داوری مطابق ماده مورد بحث بین او و طرف مقابلش منعقد نمی‌گردد بلکه هر یک از آنان که خواهان بر طرف نمودن تنازع به روش داوری است، با شخص ثالثی (رئیس سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور توافق می‌نماید که از اطراف پیمان نیست و اساساً نقشی در پیمان ندارد. این توافق به جهت حقوقی غیر نافذ می‌باشد؛ به جهت این که یکی از دو طرف پیمان در تشکیل قرارداد داوری دخالت ندارد و مشخص نیست چگونه شخص ثالث سرنوشت اختلاف یا اختلافات آنان را رقم می‌زند. در اصطلاح حقوقی به آن، معامله فضولی گفته می‌شود. هرگاه

دادگاه نسبت به قرارداد داوری که نحوه انعقاد آن در بند «ج» ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان و تبصره آن پیش بینی شده حکم به ابطال صادر نماید، تبعاً رأی صادر شده از سوی شورای عالی فنی نیز باطل خواهد بود. عکس آن نیز ممکن است؛ یعنی پیمانکار اختلاف موجود را به داوری ارجاع دهد و کارفرما رضایت نداشته باشد. او می تواند با همان استدلال از دادگاه ابطال رأی داور را تقاضا نماید رأی صادر شده از سوی شورای عالی فنی باطل خواهد بود (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۹: ۴۳۱).

۵- روش های جایگزین حلّ و فصل اختلاف از لحاظ الزام یا عدم الزام طرفین

روش های جایگزین حلّ و فصل اختلاف که با علامت اختصاری ای دی آر شناخته شده است، امروزه در اکثر کشورها به عنوان ابزار مؤثری برای حلّ و فصل منازعات میان افراد کاربرد دارد تا جایی که اکثر این کشورها و نهادها و سازمان های بین المللی از قبیل فیدیک^۲ با انجام اقدامات وسیعی مانند وضع و اصلاح قوانین و مقررات و ایجاد بسترهای لازم تلاش می کنند شیوه های مزبور را به جای دادگاه ها در فرایند حلّ اختلاف جایگزین نمایند.

ای دی آر، دارای قلمرو وسیعی است که موجب می شود اقسام ای ADR منحصر به یک یا چند روش ویژه نشود و اقسام متعددی دارد (Henry Brown and Arthur Marriot 1999: p.7) لذا شیوه های جایگزین به لحاظ لزوم توافق طرفین برای پذیرش رأی شخص ثالث به دو دسته تقسیم می شوند:

۱. شیوه هایی که در آنها حلّ و فصل اختلاف و پذیرش نظر شخص ثالث منوط به توافق طرفین نیست.

1. Alternative dispute resolution (ADR)

2. International federation of consulting engineer (FIDIC) (فدراسیون بین المللی)

(مهندسين مشاور)

۲. شیوه هایی که در آنها حلّ و فصل اختلاف نیاز به توافق طرفین ندارد و نظر شخص ثالث برای آنها الزام آور است.

به طور کلی، انواع متفاوتی از روش های جایگزین حل اختلاف در فرایند حل اختلافات وجود دارد که می تواند یکی از این موارد باشند: میانجیگری، سازش، مذاکره، هیأت حلّ اختلاف، کارشناسی.

۵-۱- شیوه های توافقی

شیوه هایی مورد بحث در این مبحث، شیوه هایی هستند که یا شخص ثالث حضور و دخالت ندارد (روش مذاکره) تا نظر الزام آور بر طرفین تحمیل نماید و یا اگر شخص ثالث هم در فرایند حل اختلاف حضور دارد تنها نقش تسهیل کننده حلّ اختلاف و کمک به طرفین در به دست آوردن توافق را دارد. تمام ویژگی های عنوان شده برای شیوه های جایگزین حلّ و فصل اختلافات را می توان از جمله دلایل استقبال افراد از آنها دانست. همچنین، مشارکت مؤثر افراد در پایان دادن به اختلاف ایجاد شده، یکی دیگر از دلایل این امر است. برای مثال، طرفین دعوا مستقیماً در انتخاب شخص ثالث برای داوری یا میانجی گری دخیل بوده و این امکان برای آنها موجود است که با توجه به موضوع مورد اختلاف، فردی را انتخاب کنند که دانش کافی از آن داشته باشد. همچنین تشریفات ثابت لازم در فرآیند دادرسی دادگستری در این روش ها جایگاهی نداشته و خود طرفین اختلاف می توانند آئین رسیدگی و قانون حاکم را انتخاب کنند. شیوه های مزبور متعدد می باشند که در اینجا برخی از آنها مورد بررسی قرار می گیرد:

الف: مذاکره

عمومی ترین شکل حلّ و فصل اختلاف که معمولاً نخستین روش متبادر به ذهن نیز می شود مذاکره است (مصلحی، ۱۳۸۳: ۱۳۷) مذاکره، ساده ترین روش جایگزین حلّ و فصل اختلافات است که در آن فردی که به هر دلیلی در رابطه خود با طرف دیگر اختلافی را مشاهده می کند، می تواند با دعوت از آن طرف مقابل برای رفع آن تلاش کند. در این شیوه که روشی خصوصی، غیر رسمی و غیر تشریفاتی و غیر الزام آور

است، طرفین برای رسیدن به توافق و دستیابی به حلّ و فصل اختلاف تلاش می‌کنند و اداره فرآیند حلّ و فصل اختلاف را بر عهده می‌گیرند؛ لذا در این شیوه برخلاف سایر روش‌های غیر قضایی، حلّ و فصل اختلاف شخص ثالث هیچ نقشی ندارد و بار انجام مذاکره تماماً بر دوش طرفین اختلاف است (Goldberg, S. B, 2012: p5) بدین ترتیب، مذاکره به عنوان شیوه حلّ اختلاف می‌تواند به اختلافات طرفین پایان دهد و طرفین را از ارجاع اختلاف به دادگاه یا دیگر روش‌های غیر قضایی حلّ و فصل اختلافات معاف سازد (خدابخشی، ۱۳۹۱: ۳۱).

نکته قابل توجه در مذاکره این است که مذاکره کننده باید امتیازات مشترک و منافع مورد اختلاف را مورد بررسی قرار داده و در مجموع به مصادیق صحیح و مستقلّ از اراد طرفین تأکید نماید؛ نتیجه این می‌شود که مذاکره مستدلّ باید دارای چهار عنصر اساسی زیر باشد:

۱. توجه به منافع مورد نظر؛ ۲. یافتن راه حلی که منافع مشترک را تأمین نماید؛ ۳. به کار بردن مصادیق ملموس؛ ۴. بررسی مسائل شخصی و اختلاف طرفین به طور جداگانه.

ب: میانجیگری

میانجیگری نیز روش دیگری است که در آن از فرد ثالث برای حلّ و فصل اختلافات استفاده می‌شود. به طور کلی، میانجیگری به عنوان محبوب‌ترین روش جایگزین حلّ اختلاف، مذاکره سازمان یافته‌ای است که در آن شخص ثالث به عنوان میانجیگر توسط طرفین انتخاب می‌گردد تا به آنها در حلّ اختلاف ایجاد شده مساعدت نماید. شخص ثالث سعی می‌کند پیشنهادهایی را به طرفین ارائه کند تا در نهایت، به حصول توافق ترغیب شوند. این روش هم مانند دیگر روش‌ها، غیر الزام‌آور بوده و طرفین الزامی مبنی بر قبول پیشنهادها ارائه شده ندارند. طرفین خود در رسیدن به یک توافق دو طرفه مسئول بوده و میانجیگر نمی‌تواند آنها را در رسیدن به راه حلّ مجبور نماید (Vol85, Reuben, R, No 30, 1997: p581). از آنجا که میانجیگری یک فرایند غیر الزام

آور است، هیچ قاعده سختگیرانه ای برای اجرای رویه وجود ندارد و طرفین می توانند آن را تا آنجا که می خواهند اصلاح کنند.

ج: سازش

سازش یکی دیگر از این روش ها است که کاربرد آن زمانی مشخص می شود که امکان برقراری جلسات مذاکره مستقیم به دلیل مخالفت طرفین وجود نداشته باشد. در این روش، از فرد دیگری به عنوان واسطه در حلّ و فصل اختلاف استفاده می شود. سازش به این معنی است که طرفین با ارجاع اختلاف به شخص یا اشخاص مورد اعتماد و مورد انتخاب خود از آنها می خواهند که بین آنها سازش برقرار نماید و یا راه حلّی برای سازش پیشنهاد دهد بدون این که وارد رسیدگی حقوقی و قضایی بشود و سپس یا پیشنهاد آن شخص را می پذیرند و اجرا می کنند و یا به راه و روش دیگری رو می آورند (یوسف زاده، ۱۳۸۹: ۲۷۶).

در سازش مانند میانجیگری شخص ثالث مورد اعتمادی توسط دو طرف انتخاب می شود ولی با این تفاوت که او نقش فعال تری دارد و قادر است پیشنهادهایی به عنوان راه حلّ عادلانه ارائه نماید، اما به هر صورت نمی تواند طرفین را وادار به قبول آن نماید (Merills, J.G., 4ed2005: p28).

۲-۵- شیوه های غیر توافقی طرفین

الف: هیأت حلّ اختلاف

یک هیأت حلّ اختلاف، ابزاری برای حلّ اختلاف است که به روش گسترده ای در پروژه های عمرانی مورد استفاده قرار می گیرد. به طور خلاصه، هیأت حلّ اختلاف برای نظارت بر روند محدودیت از طریق بازدید از سایت کار به صورت مرتّب و گزارشات پیشرفت و ارائه توصیه ها و مشاوره هایی برای جلوگیری از بروز اختلافات، اجرا می شود. هیأت حلّ اختلاف، نقش مهمّی در حلّ اختلاف پیش آمده بین کارگران و کارفرمایان دارد. هر کدام از این هیأت ها متشکل از افرادی هستند. وظایف معین و حدود اختیارات مشخص این هیأت ها را قانون تعیین نموده است. چنان چه طرفین دعوا قادر به سازش نباشند، اولین مرجعی که برای رسیدگی در نظر گرفته می شود، هیأت تشخیص است که

رأی این هیأت قابل اعتراض است. در گام بعدی هیأت حلّ اختلاف برای رسیدگی پرونده وارد عمل شده و آراء صادره از سوی هیأت حلّ اختلاف لازم الاجراء هستند. به طور کلی، استفاده از هیأت های حلّ اختلاف بخصوص در پروژه های سنگین، پیچیده و زمان بر، جلوی اتلاف وقت و هزینه طرفین را می گیرد، چراکه به سبب اشراف هیأت بر پروژه و آشنایی اعضای آن با جزئیات کار و ارجاع اختلاف در مراحل اولیه شکل گیری آن به هیأت، اختلافات به سرعت حلّ و فصل می شوند؛ ضمن این که به دلیل نقش پیشگیرانه این هیأت های حلّ اختلاف در بروز اختلاف، توقف کار و اختلال در اجرای پروژه به وجود نمی آید (Tweeddale, Andrew, Tewwddale, 2005, p16).

ب: حکم کارشناسی

به طور کلی، در برخی دعاوی، نظر کارشناسی به طور مستقیم مبنای حلّ و فصل اختلاف قرار می گیرد؛ در حالی که در رسیدگی های قضائی و داوری، کارشناس به داوران و قضات در تمیز حقّ و صدور رأی کمک می کند. در شیوه های جدید رسیدگی، نظر کارشناس همچون قاضی یا رأی داور، مبنای حلّ اختلاف قرار می گیرد (کاتوزیان، ۱۴۰۰: ۱۹۰).

طرفین اختلاف می توانند در خصوص ارجاع اختلاف به کارشناسی در زمینه مسائل مربوط به قرارداد با یکدیگر توافق نمایند. همچنین آنها می توانند پس از اختلاف نیز و حتی بدون موافقتنامه حلّ اختلاف، کارشناسی را به عنوان روش حلّ اختلاف انتخاب نمایند. کارشناسی معمولاً به صورت شرط در بخشی از قرارداد کتبی قید می شود. به طور مثال، این شرط در شرایط عمومی پیمان پیش بینی شده است. در بند ۲ ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان به موضوع حلّ اختلاف از طریق کارشناسی پرداخته و تصریح می نماید: «در مورد اختلاف نظرهایی که خارج از شمول بند ۱ است، رسیدگی و اعلام نظر درباره آنها به کارشناس یا هیأت کارشناسی منتخب دو طرف واگذار شود و دو

طرف طبق نظری که از سوی کارشناس یا هیأت کارشناسی، در چارچوب پیمان و قوانین و مقررات مربوط اعلام می‌گردد، عمل کنند.»

در حقیقت، این بند مربوط به اختلاف نظر نسبت به مصادیق و موارد موضوع قرارداد (به ویژگی مواردی که جنبه فنی دارد) می‌باشد؛ در این موارد، کارشناس یا هیأت کارشناسی منتخب طرفین پیش بینی شده است؛ بنابراین در صورت تعیین کارشناس یا هیأت کارشناسی منتخب طرفین، نظر آنها مبنای عمل طرفین قرار می‌گیرد؛ در صورت عدم قبول نظر کارشناس یا هیأت کارشناسی و یا عدم تمکین یکی از طرفین قرارداد از نظریه، طرف ذینفع می‌تواند از مراجع قضایی تقاضای الزام طرف مقابل به رعایت نظر کارشناس (یا هیأت کارشناسی) را داشته باشد و به آن عمل کند (امامی و استوار سنگری، ۱۴۰۱: ۲۹۴).

۶- لزوم اصلاح روش های حلّ و فصل اختلافات قراردادهای پیمانکاری در ایران

همان طور که ذکر گردید در بخش خصوصی صنعت ساختمان سازی ایران، مرجع اصلی حلّ و فصل منازعات قراردادهای پیمانکاری، دادگاه‌ها می‌باشند. در بخش دولتی نیز با وجود این که رجوع به داوری پیش بینی شده است لکن به جهت طولانی بودن نحوه رجوع، دولتی بودن، اختیاری بودن رجوع به نهاد داوری، اشخاص خصوصی طرف قرارداد خیلی تمایل ندارند از این روش استفاده نمایند و اغلب ترجیح می‌دهند که برای حلّ و فصل اختلافات به دادگاه مراجعه کنند. این بحث در زمینه های داخلی و بین المللی مشکلات مهمی را برای این صنعت ایجاد نموده است؛ زیرا از یک طرف، حلّ اختلافات ساختمانی توسط دادگاه‌ها هزینه زیادی داشته و خیلی کند صورت می‌گیرد و به نظر می‌رسد که یکی از علّت های مهمّ که پروژه های ساختمانی بیشتر با تأخیر و هزینه‌ای بیش از بودجه پیش‌بینی شده، مورد استفاده قرار می‌گیرند به سبب نامناسب بودن شیوه‌های حلّ اختلافات ناشی از اجرای پروژه‌ها می‌باشد. از طرف دیگر، در حقوق بین‌الملل، روش‌های جایگزین حلّ اختلاف، روش‌های اصلی

حلّ اختلاف پیمانکاری می‌باشند به گونه ای که شرکت های ساختمانی بین‌المللی نسبت به ارجاع اختلافات خود به دادگاه خیلی تمایل ندارند و به جهت این که شیوه حلّ اختلاف برای شرکت های بین‌المللی معیار مهمّی می باشد در نتیجه، شیوه کنونی حلّ اختلافات پیمانکاری در کشورمان و عدم استفاده از شیوه‌های جدید، سبب عدم تمایل و عدم ترغیب شرکت‌های خارجی برای انعقاد قرارداد و سرمایه گذاری در ایران خواهد شد. بدین ترتیب، ضروری است رویه کنونی حلّ اختلافات پیمانکاری اصلاح گردد (هادی، ۱۳۹۸: ۹).

۷- ارجاع اختلاف به ای دی آر الف: شروع رسیدگی ای دی آر

در شیوه های جایگزین حلّ اختلاف، شروع رسیدگی نیازمند درخواست کتبی است. اگر در قرارداد، رجوع به شیوه‌های جایگزین از قبل وجود داشته باشد هر یک از طرفین اختلاف می‌توانند درخواست خود را همزمان برای نهاد مربوطه و طرف مقابل ارسال نمایند.

اگر رجوع به شیوه‌های جایگزین به موجب قرارداد یا شرط ضمن قرارداد پیش بینی نشده باشد، هر شخص می‌تواند تقاضای کتبی خود را ارسال نموده و از طرف مقابل بخواهد که ظرف ۱۵ روز موافقت یا مخالفت خود را نسبت به مراجعه به شیوه‌های جایگزین حلّ اختلاف (ای دی آر) اعلام دارد. در صورت موافقت فرد بی طرف، پیشنهاد خود را معرفی می‌نماید و در صورتی که طرف مقابل، مخالفت خود را ابراز و یا از دادن پاسخ خودداری ورزد رسیدگی آغاز نخواهد شد؛ ولی اگر توافق هر دو طرف احراز شود رسیدگی به جریان افتاده و نوبت به مرحله بعد یعنی انتخاب و آغاز به کار فرد بی طرف می‌رسد.

بلافاصله پس از آغاز رسیدگی، فرد بی طرف با هر دو طرف دعوی وارد مذاکره می‌شود تا توافق ایشان را درباره نوع رسیدگی و شیوه مورد عمل تحصیل نماید. در

جلسه اول همچنین در مورد جزئیات نحوه رسیدگی مانند برنامه زمان بندی یا تقویم رسیدگی، روش مبادله اسناد و ارائه لایحه و یا یادداشت، احراز هویت اشخاص شرکت کننده در جریان رسیدگی و اختیارات آنان، نحوه و مکان تشکیل جلسات و سایر موارد تصمیم گیری می شود (توسلی جهرمی، ۱۳۸۰: ۳۶۵-۳۸۲).

علاوه بر ارجاع به موجب قرارداد مستقل، طریق دیگری که امروزه در اکثر قراردادهای داخلی و بین المللی مطرح است آن است که طرفین قرارداد شرطی را می- گنجانند که به موجب آن هر نوع اختلافی که در ارتباط با قرارداد واقع شود به جای طرح در دادگاه با توسل به شیوه های ای دی آر حل و فصل گردد (Gerard, Mcmeel, 2007: p5). نکته قابل توجه این است که طرفین اختلاف در هر دو نوع ارجاع (قرارداد مستقل و شرط ضمن عقد) می توانند تنها به یک شیوه، مثلاً میانجیگری یا مذاکره و ... اکتفا نموده و اختلافشان را حل کنند و یا این که از چند روش استفاده کنند.

ب: خاتمه رسیدگی ای دی آر

رسیدگی از طریق شیوه های جایگزین حل اختلاف پس از حصول نتیجه و موفقیت آن پایان می یابد، اما خاتمه زود هنگام، به دلیل ناکامی در رسیدن به نتیجه و قطع امید از این روش نیز امکان دارد. راه های خاتمه رسیدگی عبارتند از:

توافق طرفین؛ پایان مهلت رسیدگی؛ فوت یا عدم توانایی شخص ثالث بی طرف در رسیدگی های قائم به شخص؛ فوت یکی از طرفین اختلاف؛ کناره گیری یکی از طرفین اختلاف؛ بی فایده بودن رسیدگی بر اساس نظر ثالث (توسلی جهرمی، ۱۳۸۰: ۳۸۵).

به نظر می رسد راه معمولی خاتمه رسیدگی های ای دی آر، ادامه جریان رسیدگی تا پایان آن و صدور رأی الزام آور یا امضای قرارداد حل و فصل باشد، اما همیشه وضع بدین صورت نمی باشد و در این روند موانعی به وجود می آید که جلوی سپری شدن این مسیر تا پایان را می گیرد.

از دیگر موجبات خاتمه رسیدگی در ای دی آر به عنوان دومین علت، پایان مهلت رسیدگی است؛ بدین نحو که طرفین قرارداد مهلت خاصی را برای انجام رسیدگی‌های ای دی آر در نظر می‌گیرند که در این صورت، رسیدگی‌ها باید در مدت مهلت مشخص شده صورت گیرد. در حقیقت، با پایان مهلت ذکر شده، رسیدگی پایان می‌یابد مگر این که طرفین با توافق یکدیگر، مهلت زمانی انجام رسیدگی را تمدید نمایند.

با فوت یا عدم توانایی شخص ثالث بی طرف (به عنوان سومین علت) نیز ممکن است رسیدگی ای دی آر خاتمه یابد. در این فرض، در بیشتر قوانین و مقررات مقرر گردیده که طرفین اختلاف می‌توانند شخص دیگری را جایگزین وی نمایند و در صورت عدم توافق طرفین، دادگاه یا مؤسسه ای که حل اختلاف را برعهده دارد مبادرت به انجام این امر می‌نماید.

در شیوه‌های ای دی آر نباید از این موضوع غفلت نمود که وراثت یا نمایندگان قانونی طرف اختلاف متوفی یا محجور می‌توانند با طرف دیگر بر حل اختلاف از طریق ای دی آر و ادامه رسیدگی از این طریق توافق نمایند.

کناره‌گیری یکی از طرفین اختلاف از جریان رسیدگی (به عنوان پنجمین علت)، موجب خاتمه رسیدگی در شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف خواهد شد. شکل اعلام اراده طرفی که می‌خواهد به رسیدگی خاتمه دهد به توافق طرفین اختلاف وابسته است و در صورتی که طرفین توافقی در این زمینه ننمایند طرف مزبور به هر شکلی اعم از کتبی یا شفاهی می‌تواند اراده خویش را اعلام نماید.

علاوه بر موجبات فوق، گاهی اوقات شخص ثالث می‌تواند در شیوه‌های ای دی آر به رسیدگی خاتمه دهد، بدون این که چنین امری نیازمند تقاضای طرفین باشد. اگر شخص ثالث به این نتیجه برسد که به کارگیری شیوه‌های ای دی آر جهت حل اختلاف فایده‌ای ندارد (ششمین علت) و اختلاف طرفین از طریق روش مورد توافق طرفین به نتیجه نرسیده و حل نمی‌شود می‌تواند خاتمه رسیدگی را اعلام نماید.

۸- مقایسه روش های جایگزین حل اختلاف در شرایط عمومی پیمان و فیدیک

روش جایگزین حل اختلاف به معنای هر روش حل اختلاف غیر از رسیدگی قضایی سنتی می باشد که طرفین بر آن به عنوان روش رسیدگی به منازعاتشان توافق نموده اند. در این روش نسبت به داوری، سرعت رسیدگی بالا می باشد و تشریفات کاهش یافته و نوع و روند رسیدگی تحت کنترل کامل طرفین می باشد (Bosche, R. 1987: p39) در تمام نمونه قراردادهای پیمانکاری ساخت فدارسیون بین المللی مهندسان مشاور، شرطی به منظور حل اختلاف تعبیه شده است. روش های حل اختلاف در نمونه قراردادهای مزبور را می توان به روش حل اختلاف در نمونه قراردادهای قبل و بعد از سال ۱۹۹۹ تقسیم بندی نمود. در نمونه قراردادهای قبل از سال ۱۹۹۹ فیدیک، حل و فصل اختلافات توسط شخصی به نام مهندس مشاور، موضوع ماده ۶۷ نمونه قراردادهای قدیم فیدیک صورت می پذیرفته و در کلیه نمونه قراردادهای بعد از سال ۱۹۹۹ نهادی به نام کمیته حل اختلاف موضوع ماده ۲۰ نمونه قراردادهای مزبور، حل اختلاف را به عهده دارد. البته علت چنین تحولی در نحوه حل و فصل اختلافات از نهاد انفرادی و وابسته مهندس مشاور به کمیته حل اختلاف مستقل از طرفین در نمونه قراردادهای فیدیک، نتیجه انتقاداتی بود که استقلال مهندس مشاور را در مظان تردید قرار می داد.

الف: داوری در شرایط عمومی پیمان

ممکن است طرفین قرارداد پیمانکاری در ضمن قرارداد اصلی شرط داوری را قید نمایند و یا این که در شرایط عمومی پیمان به ماده ۵۳ بسنده نموده و یا در شرایط خصوصی پیمان، مرجع خاصی را به عنوان نهاد داوری مشخص نمایند. در خصوص این که طرفین، شرط داوری را ضمن عقد اصلی بر مبنای شرایط عمومی منظم به پیمان پذیرفته اند تردیدی وجود ندارد ولی در خصوص تبصره ۱ بند ج مواردی مطرح است که برخی از حقوقدانان را با تردید مواجه می نماید. برخی معتقدند که رئیس سازمان برنامه و بودجه به دلیل این که شخص ثالث بوده و جزو طرفین موافقتنامه نبوده و عملاً

نقشی در پیمان ندارد این توافق بر مبنای اصول حقوقی، غیر نافذ بوده و به دلیل این که معلوم نیست چگونه شخص ثالث، سرنوشت اختلافات را رقم می زند با مسامحه آن را تابع شرایط عقود فضولی دانسته اند (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۹: ۲۵۹).

به نظر می رسد به برخی از نظریه‌ها می توان نقد وارد نموده و معامله فضولی و اذن ضمنی را باید منتفی دانست، ولی در خصوص نحوه ارجاع به امر داوری نقش رئیس سازمان برنامه و بودجه امری پذیرفته شده تلقی می شود. کوتاه سخن آن که علیرغم این که شورای عالی فنی که برابر ماده واحده لایحه قانونی راجع به اصلاح تبصره ۸۰ قانون بودجه سال ۱۳۵۶ کل کشور مصوب ۱۳۵۸ تشکیل گردیده، لذا این شورا علیرغم سازمان‌های داوری که دارای آئین رسیدگی است و روند داوری از سوی سازمان مزبور هدایت و کنترل می شود، فاقد اساسنامه یا دستورالعمل داوری است و یا حداقل این که آئین رسیدگی خود را جهت اطلاع عموم منتشر نمی نماید. از سوی دیگر، به دلیل این که طبق مصوبه هیأت وزیران حل اختلاف راجع به اموال بوده و شورای عالی فنی صرفاً در خصوص دعاوی مالی داوری نموده و از ورود به دعاوی غیر مالی اجتناب می نماید می توان تفسیر نمود که رئیس سازمان برنامه و بودجه، از باب رسیدگی شکلی نقش ایفا می نماید، بدین معنا که پذیرش یا رد داوری انواع دعاوی را از حیث مالی و غیر مالی بودن و همچنین تفکیک قراردادهای عمرانی و پیمانکاری مورد بررسی قرار می دهد و بحث انتخاب داور مرضی الطرفین از سوی ریاست سازمان منتفی می باشد. از سوی دیگر، با توجه به امضاء طرفین موافقتنامه پیمان و قبول شرایط عمومی منضم به آن بخصوص ماده ۵۳ مزبور که طرفین طوعاً آن را پذیرفته اند، عملاً به صورت صریح، داوری شورای عالی فنی سازمان برنامه و بودجه را پذیرفته، و با توجه به جایگاه شورای عالی فنی و نحوه ارجاع داوری به آن، به نظر نمی رسد این شورا حق قبول یا رد داوری و امتناع از رسیدگی داشته باشد. با امعان نظر در مطالب فوق می توان گفت داوری این

دسته از پیمان‌ها، داوری اجباری است و طبق تبصره ۲ بند ج ماده ۵۳، برای طرفین لازم الاجراء می باشد.

در رویه قضایی با رویکردی متناقضی مواجه هستیم برای نمونه می توان به دادنامه صادره از شعبه ۳۵ دادگاه عمومی حقوقی مشهد استناد نمود که پس از تجدید نظر خواهی خواهان پرونده، شعبه ۱۸ دادگاه تجدید نظر استان خراسان رضوی رأی تجدید نظر خواسته را تأیید می نماید. از سوی دیگر و در نقطه مقابل خود می توان به دادنامه صادره از سوی شعبه ۲۸ دادگاه عمومی تهران استناد نمود که دادگاه بدوی به استناد ماده ۵۳ قرارداد طرفین نسبت به صدور قرار عدم استماع دعوا اقدام نموده ولی شعبه ۲۷ دادگاه تجدید نظر استان تهران^۱ قرار صادره دادگاه بدوی را نقض می نماید.

ب: داوری در قرارداد فیدیک

فیدیک، فدراسیون بین المللی مهندسين مشاور می باشد که در سال ۱۹۱۳ با تلاش کشورهای فرانسه، بلژیک و سوئیس تأسیس شده است و در همان سال‌های ابتدای تأسیس با دو جنگ بزرگ جهانی مواجه گشت و تا پس از جنگ جهانی دوم، همچنان یک سازمان اروپایی بود. در سال ۱۹۴۹ بریتانیا و سپس امریکا و کشورهای صنعتی در دهه هفتاد میلادی به آن پیوستند. به همین دلیل، امروزه می توان گفت که فیدیک یک سازمان بین المللی است تا صرفاً اروپایی. این نهاد ۱۷۵ عضو دارد که کشور ما نیز در سال ۱۹۹۴ به عضویت سازمان فیدیک درآمده است که به عنوان جامعه مهندسان مشاور ایران در سال ۱۳۵۲ فعالیت خود را آغاز نمودند (Bow Cock, John, 1997: p.10). زمینه کاری فیدیک تدوین استاندارد قراردادها، اسناد قراردادی و الگوهای توافق در قراردادها و همچنین تشکیلات ارائه سمینارها و ارائه اطلاعات جدید در مورد مسائل قراردادهای پروژه های عمرانی - صنعتی می باشد که مورد استفاده پیمانکاران و

۱. دادنامه شماره ۷۴ مورخ ۱۳۸۳/۱/۲۹ بیان می دارد «عدم مراجعه به حکم، موجب اسقاط حق دادخواهی برای تجدید نظر خواه به محاکم دادگستری نیست پس با پذیرش تجدید نظر خواهی و با استناد به بندهای «ج و د» ماده ۳۴۸ و ماده ۳۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی قرار معترض عنه نقض و پرونده برای رسیدگی ماهوی به دادگاه صادر کننده قرار عودت داده می شود؛ این رأی قطعی است.»

کارفرمایان در بسیاری از پروژه‌ها می‌باشد. فیدیک در مورد الگوهای مربوط به شیوه‌های حل و فصل اختلافات فعالیت می‌نماید؛ البته شیوه‌های حل و فصل اختلافات در فیدیک، مختلف اند ولی در آن ترتیب و نظم خاصی صورت نگرفته و بستگی به توافق طرفین در انتخاب یکی از روش‌های حل و فصل اختلافات دارد.

نحوه حل و فصل اختلافات در شرایط قراردادهای عمرانی فیدیک به گونه‌ای است که مستقیماً با دعاوی مطروحه میان کارفرما و پیمانکار در ارتباط است که با توجه به اصل نسبی بودن قراردادها، مانند هر شرط قراردادی دیگری صرفاً طرفین قرارداد هستند که حق استناد به شرط حل اختلاف مندرج در آن را دارند و چنین شرطی در برابر اشخاص ثالث قابل استناد نیست. با امعان نظر در قراردادهای فیدیک متوجه خواهیم شد که هرگونه دعوا یا اختلاف میان کارفرما و پیمانکار در ارتباط یا ناشی از قرارداد یا در اجرای کار، چه در جریان پیشرفت کار باشد و چه در پایان آن و پس از تکمیل پروژه باید در وهله اول به مهندس مشاور ارجاع شود تا حسب مورد ظرف ۵۶ روز پس از ارجاع کتبی موضوع از طرف یکی از طرفین، تصمیم خود را کتباً اتخاذ و به ایشان ابلاغ نماید. چنانچه مهندس مشاور، تصمیم کتبی خود را به کارفرما و پیمانکار ابلاغ نماید و در مدت ۵۶ روز، هیچ اعتراضی از سوی طرفین به آن وارد نشده و هیچ یک خواهان ارجاع موضوع به داوری نباشند تصمیم موردنظر، نهایی و لازم الاجراء باقی می‌ماند؛ به بیان دیگر، تا زمانی که تصمیم مهندس مشاور به روش دیگری مورد بازنگری قرار نگرفته است طرفین باید به تصمیم، ترتیب اثر دهند. این همان ویژگی منحصر به فرد و جنبه خاص رسیدگی به اختلافات ناشی از قراردادهای پیمانکاری است.

براساس مقررات ۱۹۹۹ فیدیک، اختلافات توسط کمیته حل اختلاف، حل و فصل می‌گردد و امکان دارد برخی استنباط نمایند که این مسأله مجدداً نوعی اعمال محدودیت نسبت به محدوده اختیار پیمانکار در ارجاع دعوا به داوری قبل از تکمیل کار پروژه، ایجاد نموده، اما طبق قراردادهای ۱۹۹۹ فیدیک نیز هر یک از طرفین آزادند

تا در هر زمانی بشرط رعایت شرط حل اختلاف مندرج در قرارداد، اختلاف را به داوری ارجاع دهند (Christopher.R.Seppala, 2009: P12) هر چند مطابق ماده ۶-۲۰ مندرج قراردادهای فیدیک (ویرایش چهارم)، صراحتاً مقرر داشته است که ارجاع به داوری در اثنای اجرای قرارداد، باعث تعلیق تعهدات طرفین نسبت به یکدیگر نخواهد شد.

۹- خوانش قضایی نسبت به شرط داوری در قراردادهای پیمانکاری

۹-۱- در خصوص تجدیدنظر خواهی شرکت سازه ها ... به طرفیت گروه صنعتی ... نسبت به دادنامه شماره (۱۳۷) در تاریخ ۱۳۸۲/۹/۲۰ صادره از شعبه ۲۸ دادگاه عمومی تهران که به موجب آن دعوی شرکت تجدیدنظر خواه به خواسته استرداد ضمانت نامه بانکی شماره (۹۷۹/۲۰۸۸) بانک تجارت به استدلال مندرج در دادنامه معترض عنه منتهی به صدور قرار عدم استماع دعوا شده است با توجه به مندرجات پرونده به نظر دادگاه اعتراض شرکت تجدیدنظر خواه بر دادنامه معترض عنه وارد است، زیرا دادگاه بدوی به استناد ماده (۵۳) قرارداد مستند دعوا که مقرر داشته هرگاه در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان بین دو طرف اختلاف نظر پیش آید هر یک از طرف ها می تواند درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری را به سازمان برنامه و بودجه آرائه نماید و در تبصره یک ماده مرقوم اضافه شده چنانچه رئیس سازمان یاد شده با تقاضا مورد اشاره موافقت نمود مرجع حل اختلاف، شورای عالی فنی خواهد بود و در ماده (۵۴) قرارداد هم آمده است که قوانین و مقررات حاکم بر این پیمان منحصراً قوانین و مقررات کشور جمهوری اسلامی ایران می باشد و دادگاه بدوی به این استدلال که قبل از این که طرفین برای رفع اختلاف خود به داور مراجعه نمایند به دادگستری مراجعه کرده اند دعوا را قابل پذیرش ندانسته است؛ حال آن که استدلال دادگاه صحیح نیست، زیرا در ماده (۵۴) قرارداد با قید کلمه «می تواند» مشخص است که اراده طرفین در این زمینه به اختیار در تعیین حکم متکی بوده و به هیچ عنوان الزامی در این خصوص برای طرفین وجود ندارد و خاصه آن که در ماده (۵۴) قرارداد هم اشاره به این امر شده که

قوانین مملکتی بر قرارداد حاکم خواهد بود. بنا بر مراتب مذکور، عدم مراجعه به حکم، موجب اسقاط حق دادخواهی برای تجدید نظر خواه به محاکم دادگستری نیست؛ پس با پذیرش تجدید نظر خواهی و با استناد به بندهای ج و د ماده (۳۴۸ ق.آ.د.م) و ماده (۳۵۳ ق.آ.د.م) قرار معترض^۱ عنه نقض و پرونده برای رسیدگی ماهوی به دادگاه صادر کننده قرار عودت داده می شود. این رأی قطعی است (دادنامه شماره ۷۴-۱۳۸۳/۱/۲۹ موضوع پرونده شماره ۱۳۸۳/۵۲ شعبه ۲۷ دادگاه تجدید نظر استان تهران).

۹-۲- در دادنامه شماره (۹۰۰۹۹۷۵۱۱۳۰۰۳۰۵) مورخ ۱۳۹۰/۳/۲۳ موضوع پرونده شماره (۸۹۱۴۸۹) شعبه ۳۵ دادگاه عمومی حقوقی مشهد آمده است: «نظر به این که مطابق بند (ج) ماده (۵۳) شرایط عمومی پیمان، اختلاف ناشی از اجرا یا تفسیر مفاد پیمان باید به داور ارجاع گردد و مدافعات و کیل خواهان مبنی بر این که ... داور، رئیس سازمان برنامه و بودجه است و در حال حاضر، چنین سازمانی وجود ندارد، مؤثر در مقام نیست زیرا ... حذف سازمان برنامه و بودجه نیز موجب انتفای داوری نخواهد شد، زیرا به موجب ماده (۴۶۳) قانون آیین دادرسی مدنی چنان چه طرفین، شخص معینی را به عنوان داور انتخاب کنند و آن شخص نخواهد به عنوان داور رسیدگی کند، موضوع در دادگاه رسیدگی خواهد شد. بدیهی است به موجب مستفاد از ماده مذکور، داور باید نخواهد یا نتواند داوری نماید و نتوانستن اعم از آن است که علت عدم توانایی، داخلی باشد یا بر اثر عوامل خارجی که در این صورت، طرفین باید به داور جدید تراضی کنند؛ در حالی که دلیلی ارائه نشده که اقدامات لازم برای انتخاب داور جدید شده باشد؛ لذا دادگاه تا قبل از ارجاع امر به داور، رسیدگی را مطابق قانون ندانسته و قرار عدم استماع دعوا را صادر می نماید.» شعبه ۱۸ دادگاه تجدید نظر استان خراسان رضوی نیز به موجب دادنامه شماره (۹۰۰۹۹۷۵۱۳۳۸۰۰۸۸۶) مورخ ۱۳۹۰/۷/۲۷ بیان می دارد: «نظر به این که قبل از اعمال بحث داوری، به استناد ماده (۵۳) قرارداد، باید طبق بندهای (۱ و ۲) ماده

مذکور اقدام نمایند که دلیلی بر اعمال آن وجود ندارد؛ لذا (دادگاه) ... رأی تجدیدنظر خواسته را تأیید می نماید.»

همان طور که برخی از نویسندگان بیان داشته اند: «در قراردادهای دراز مدت به ویژه در قراردادهای پیمانکاری بین المللی، مراجعه مستقیم به داوری اساساً پاسخگوی نیازهای قراردادی طرفین نیست. در اینگونه قراردادها که غالباً دارای پیچیدگی های فنی و فناوری خاص هستند نه تنها دعاوی اصولاً متعددند، بلکه اکثر قریب به اتفاق آنها جنبه فنی و تکنیکی دارد و کمتر دارای جنبه حقوقی صرف هستند. بدیهی است در چنین قراردادهایی، رجوع به داوری با سرعت لازم برای انجام تعهدات موضوع قرارداد منافات دارد.» (زرکلام، ۱۳۸۳: ۱۰).

با مطالعه آراء فوق الذکر می توان به این نکات اشاره نمود:

۱- محاکم نیز بر این باورند که کارکرد «شورای عالی فنی»، داوری است و از واژه «داور» برای شورای عالی فنی استفاده نموده اند.

۲- در دادنامه شماره (۹۰۰۹۹۷۵۱۱۳۰۰۰۳۰۵) مؤرخ ۱۳۹۰/۳/۲۳ شعبه (۳۵) دادگاه عمومی حقوقی مشهد، محکمه با تکیه بر مدافعات و کیل خواهان اعلام می دارد حذف سازمانی تحت عنوان سازمان برنامه و بودجه دلیل موجهی برای رسیدگی دادگاه نبوده و به موجب ماده (۴۶۳) قانون آیین دادرسی مدنی می بایست به داوری جدید تراضی کنند و چون دلایلی برای انتخاب داور جدید به دادگاه ارائه نشده، دادگاه صلاحیت رسیدگی ندارد.

نتیجه گیری

از مجموع مطالب پیشین نتایج ذیل حاصل می گردد:

۱- در اثر ایجاد اختلافات در پروژه های عمرانی، داوری یکی از روش های جایگزین دادرسی در محاکم ملی در حلّ و فصل اختلافات می باشد. در واقع، داوری نوعی تعیین شخص مرضی الطرفین است که با توجه به تجارب و صلاحیت های مدنظر او، طرفین اختلاف با انتخاب داور در رسیدن به نتیجه مطلوب و فارغ از غیر انعطاف

بودن شرایط و قواعد دادرسی تلاش می کنند. داوری در ضمن قرارداد اصلی به صورت شرط ضمن عقد و در بعضی اوقات نیز موافقتنامه داوری طی یک سند و قرارداد جداگانه بین طرفین منعقد می گردد. این داوری در هر دو شکل آن، از اصل حاکمیت اراده‌ها و اصل آزادی قراردادهای منشاء می یابد که امکان دارد به شکل داوری موردی و یا داوری سازمانی توسط طرفین اختلاف معین شود.

۲- کلیه دستگاه‌های اجرایی دولتی موظف به رعایت شرایط عمومی پیمان که منضم و جزء لاینفک قراردادهای عمرانی می باشند، بوده و حالت دیگری نمی توان متصور بود. در صورت بروز اختلاف فیما بین طرفین قرارداد باید به ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان مراجعه و طبق آن نیز عمل نمود. با مذاقه در متن ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان می توان اشاره نمود در خصوص جزء ۱ بند (الف) بحث تفسیر ابهامات بوده و بیشتر نقش رفع ابهام و توضیحات تکمیلی در خصوص بخشنامه‌ها و آیین نامه‌های ابلاغی از سوی سازمان برنامه و بودجه را دارد و بحث داوری مطرح نمی باشد؛ حال آن که صراحتاً در بند ب ماده ۵۳ قید گردیده که در صورت عدم موافقت هر یک از طرفین در تفسیر ابهامی می توانند از ظرفیت داوری پیش بینی شده در بند ج همان ماده بهره برد؛ پس می توان بیان داشت که پذیرش تفسیر ابهامات مطابق جزء ۱ بند الف اختیاری بوده و در صورت عدم پذیرش، مسیر داوری می تواند فراهم گردد.

۳- در خصوص جزء ۲ بند الف باید به چند نکته نیز اشاره نمود: اولاً، مطابق نص ماده، قبول ارجاع و تعیین کارشناس منتخب و یا پذیرش نظر کارشناس و یا هیأت کارشناسی، به صورت اختیاری بوده و همچنان در صورت عدم پذیرش شرایط مندرج در جزء ۲ بند الف، می توان انتظار داشت که مسیر ارجاع به داوری فراهم می گردد. ثانیاً، در خصوص این نوع اختلافات، هر چند شرایط عمومی پیمان ساکت است ولی نقش مهندسین مشاور به عنوان یکی از ارکان پروژه، بسیار پر رنگ بوده و در عمل، این

اختلافات با وساطت این رکن اصلی پروژه، فصل خصومت شده و پروژه را از بروز ریسک‌های بازدارنده محفوظ می‌نماید.

۴- اختلاف در تفسیر اصل ۱۳۹ قانون اساسی، همیشه یکی از چالشی‌ترین موضوعات حقوق عمومی بوده و عدم دامنه مشخص در خصوص اموال دولتی و عمومی و همچنین اعمال تصدّی یا حاکمیتی، مورد بحث و اختلاف نظر است و علیرغم استفسار از شورای نگهبان قانون اساسی در جهت تفسیر اصل فوق‌الاشاره پاسخ روشنی داده نشده است. رویه عمومی دولت در رعایت محدوده این اصل تقریباً همیشه مدنظر بوده و بخشنامه ریاست جمهوری به شماره ۳۴۸۶۰ مورخ ۱۳۸۲/۰۸/۲۷ مؤید این نظر است. ولی در برخی موارد که محدوده اصل ۱۳۹ توسط دستگاه‌ها یا شرکت‌های دولتی نیز رعایت نشده با بطلان قرارداد داوری و یا رأی داور مواجه بودیم. در قراردادهای پیمانکاری محکوم^۱ له رأی داوری در صورت مواجهه با عدم اجرای اختیاری ناگزیر به مراجعه به محاکم قضایی جهت اجرایی نمودن و دریافت محکوم^۲ به در دعای مالی از محکوم^۳ علیه است و از لحاظ رویه قضایی، آرای بسیاری ملاحظه گردیده است؛ لیکن در قراردادهای عمرانی و آرای صادره از سوی نهاد داوری شورای عالی فنی با چالش‌هایی مواجه هستیم.

۵- در حقوق ایران، شرایط عمومی پیمان، مبنای تنظیم قراردادهای پیمانکاری قرار گرفته که نمونه خارجی آن، قرارداد فیدیک است. در نمونه قراردادهای فیدیک با توجه به این که سازمان فیدیک یک سازمان خصوصی است و به طور کلی در شرایط اختصاصی پیمان، طرفین می‌توانند مفاد شرایط عمومی را تغییر، اصلاح و یا حذف کنند اصل آزادی قراردادی به شرط رعایت اصل اجرای با حسن نیت در قرارداد پیمانکاری پذیرفته شده و طرفین می‌توانند با توافق در شرایط اختصاصی پیمان، در مورد هر یک از انواع تغییر، تراضی کنند.

۶- بیشتر انواع شیوه‌های جایگزین حل اختلاف هر چند با یکدیگر فرق دارند اما همه آنها از لحاظ شرکت یک شخص ثالث، به عنوان ویژگی اصلی و مهم، مشترک اند.

استفاده از روش‌های جایگزین حلّ و فصل اختلاف مانند دیگر شیوه‌ها، مزایا و معایبی دارد که می‌تواند مبنای استفاده یا عدم استفاده از آنها قرار گیرد. اضافه بر آن، بکارگیری چنین شیوه‌هایی همواره آثار خاصی را به همراه دارد. در مجموع می‌توان تمایل افراد برای استفاده از روش‌های جایگزین را به جهت داشتن مزایایی دانست که این شیوه‌ها در مقابل راهکار قضایی دارند؛ این ویژگی‌ها می‌توانند در نظام‌های حقوقی مختلف به شکل‌های گوناگون ایجاد شوند.

منابع

- آزاد، زهرا؛ خانزادی، مصطفی؛ چاله کایی، علیرضا (۱۳۹۴)، **انواع دعاوی در پروژه های عمرانی و ارائه راهکارهایی جهت کاهش آنها**، کنفرانس توسعه محوری مهندسی عمران، معماری، برق و مکانیک ایران، گرگان، گروه آموزشی و پژوهشی شرکت مهندسی بارو گستر پارس با همکاری آکادمی آکسفورد سرت انگلستان.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۹۱)، **داوری پذیری دعاوی در حقوق ایران**، مجموع مقالات همایش صدمین سال تاسیس نهاد داوری در حقوق ایران.
- اسماعیلی هریمی، ابراهیم (۱۳۸۹)، شرح حقوقی پیمان، ج ۳، تبریز: سازمان مدیریت و برنامه ریزی.
- امامی، محمد؛ استوار سنگری، کورش (۱۴۰۱)، **حقوق اداری**، ج ۱، تهران: میزان.
- تفرشی، محمد عیسی؛ اسدی نژاد، سید محمد (۱۳۸۷)، **ویژگی های مقررات داوری سازمان جهانی مالکیت فکری و مقایسه آن با داوری تجاری بین المللی**، فصلنامه حقوق، ۳۸، ۲، ۹۱-۱۰۹.
- توسلی جهرمی، منوچهر (۱۳۸۰)، **نگاهی به شیوه های جایگزین حل اختلاف (ADR) در مقررات جدید اتاق بازرگانی بین المللی**، مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، ۲۶ و ۲۷، ۳۶۵-۳۸۲.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۴۰۰)، **ترمینولوژی حقوق** تهران: کتابخانه گنج دانش.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۱)، **حقوق اداری و دعاوی مربوط به آن در روبه قضایی**، ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- خورسندیان، محمدعلی؛ شنیور، قادر (۱۳۹۰)، **ماهیت عقد مرکب در فقه و حقوق موضوعه**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۴، ۸۷-۱۱۰.

درتگی در کارکرد نهاد داوری در قراردادهای پیمانکاری با تحلیل رویه قضائی ————— ۲۵۵

- خلیلیان، سید خلیل (۱۳۸۲)، **دعاوی حقوقی ایران و آمریکا در دیوان لاهه**، تهران: شرکت سهامی انتشار.

- رحمانیان، مسعود (۱۳۹۵)، **آثار حقوقی قراردادهای پیمانکاری دولتی**، تهران: کتاب آوا.

- رشیدی، علی (۳۹۴)، **اصول تنظیم قراردادهای پیمانکاری**، تهران: رامان سخن.

- زرکلام، ستار (۱۳۸۳)، **تفکیک بین نهادهای شبه داوری از نهاد داوری در قراردادهای پیمانکاری بینالمللی**، فصلنامه مدرّس علوم انسانی، ۳۷، ۱۰۵-۱۳۲.

- شاکری، اقبال؛ موسی خانی، احسان (۱۳۹۱)، **مدیریت ادعا و ریسک با ملاحظات قراردادی**، همایش ملی مهندسی عمران و توسعه پایدار، مشهد: مؤسسه آموزش عالی خاوران.

- شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۰)، **پروژه های ساخت، بهره برداری و انتقال (BOT)**، نامه مفید، ۲۶، ۵۰-۳۱.

- صفائی، سید حسین (۱۳۷۵)، **مقالاتی درباره حقوق بین الملل و داوری های بین المللی**، تهران: میزان.

- طباطبایی موتمنی، منوچهر (۱۳۸۴)، **مفهوم، انواع و قواعد حاکم بر قراردادهای عمومی**، مجله پژوهش های حقوقی، ۷، ۹۹-۱۲۷.

- عابدی، محمدتقی (۱۳۸۵)، **صلاحیت قضائی و صلاحیت داوری (تحلیلی بر یک رای صادره در مساله صلاحیت)**، مجله حقوقی بین المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری ۳۵، ۸۹-۱۴۶.

- کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۰)، **اثبات و دلیل اثبات (شهادت، اماره، سوگند و اصول عملی)**، ج ۵، تهران: میزان.

- کریمی، عباس؛ پرتو، حمیدرضا (۱۳۹۲)، **حقوق داوری داخلی**، ج ۲، تهران: دادگستر.

- کماسی، مهدی؛ قناتی، روح الله (۱۳۹۲)، **شناسایی و مدیریت دعاوی در قراردادهای سر جمع**، اولین کنفرانس ملی مدیریت پروژه های ساخت، تهران: مؤسسه آموزش عالی علاء الدوله سمنانی.

- محمدی خورشیدی، محمد (۱۳۹۰) **داوری در حقوق ایران**، تهران: بهنامی.

- محمدی گیلانی، محمد (۱۳۷۸)، **قضاء و قضاوت در اسلام**، تهران: عرفان.

- مدنی، سید جلال الدین (۱۳۹۵)، **رویه قضایی**، تهران: پایدار.

- مرادی، غلامرضا (۱۳۹۳)، **داوری در قراردادها**، تهران: بهنامی.

- مرادی، میثم (۱۳۹۷)، **روش های مسالمت آمیز حل و فصل اختلافات در قراردادهای اداری با تاکید بر شرایط عمومی پیمان و مقررات فیدیک**، پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت، ۱۰، ۱۳۵-۱۵۶.
- مصلحی، علی حسین؛ صادقی، محسن (۱۳۸۳)، **نگاهی به شیوه های جایگزین حل و فصل اختلاف (ADR)**، نامه مفید، ۴۶، ۱۲۳-۱۵۰.
- معین، محمد (۱۳۸۳)، **فرهنگ فارسی (معین)**، ج ۱، تهران: امیرکبیر.
- موسوی، سید حمیدرضا (۱۳۹۷)، **شرط داوری در شرایط عمومی پیمان**، مطالعات راهبردی علوم انسانی و اسلامی، ۱۳، ۲۸۵-۳۰۲.
- هادی، سالار (۱۳۹۸)، **بررسی نهاد داوری در قراردادهای پیمانکاری موضوع شرایط عمومی پیمان ماده ۵۳**، پژوهش های حقوقی قانون یار، ۵، ۷-۳۲.
- یوسف زاده، مرتضی (۱۳۸۹)، **حقوق کارشناسی**، تهران: یادآوران.
- Bosche, R.V, (1987), **Condition of contract for cosntruction**, identifying constraction claim.
- Bow Cock, John , (1997), "**FIDIC Contracts and Arbitration**", New York law Journal, March.
- Christopher.R.Seppala, "(2009), **Enforcement by an arbitral award of a binding but not final engineers or DAB's decision under the FIDIC conditions**", International Construction Law Review, January.
- Frank, susan,(2005), **The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions**, Article 10, Volume 73 | Issue 4.
- Goldberg, S. B, (2012), **Dispute Resolution: Negotiation Mediation and other process**, Wolters Kluwer; 6 edition.
- Harmon, Kathleen MJ, (2003), "**Resolution of construction disputes: A review of current methodologies**", Leadership and Management in Engineering, Vol. 3, No. 4, pp. 187-201.
- Henry Brown and Arthur Marriot,(1999), **ADR Principles and Practice** ,2nd edition,London, Sweet & Maxwell publication.
- Hunter , Martin, Redfern&, (1986), **Ladnau**,Toby,op.cit .

- Illankoon, I. M. C. S., et al, (2019), "**Causes of disputes, factors affecting dispute resolution and effective alternative dispute resolution for Sri Lankan construction industry**", International Journal of Construction Management.
- Jannadia, M. Osama, et al, (2000), "**Contractual methods for dispute avoidance and resolution (DAR)**", International Journal of Project Management, Vol. 18, No. 1.
- Mahamid, Ibrahim, (2016), "**Micro and macro level of dispute causes in residential building projects: Studies of Saudi Arabia**", Journal of King Saud University-Engineering Sciences, Vol. 28, No.1.
- Merills, J.G, (2005), **international dispute settlement**, Cambridge, university, press, 4ed.
- Pluyette, Gerard, (1997), **Principle et applications recents des decrets des 22 uillet et 13 decenber 1996 sur la conciliation et la mediation judiciaries**, revue de larbitrage, No 4.
- Reuben,R,(1997), **public justice:toward a state action theory of alternative dispute resolution** ,California law review,Vol85,No 30 .
- Treacy, Thomas B, (1995), "**Use of alternative dispute resolution in the construction industry**", Journal of Management in Engineering, Vol. 11, No. 1.
- Tweeddale, Andrew, Tewwddale, Keren, (2005) **Arbitration of Commercial Disputes: international and English law and practice**, new york oxford university press, p16.

