

همایش ملی مطالعات و پژوهش های علمی علوم انسانی

نهاد برگزار کننده همایش: موسسه قانون یار با حمایت معنوی دانشگاه آزاد اسلامی واحد کرمانشاه
سردبیر علمی و مسئول برگزاری همایش: دکتر بهنام اسدی شماره مجوز: ۴۸۵۳-۷۸۸۶۴
سال برگزاری همایش: ۱۳۹۷ شماره مقاله: ۸۲۵/۱۶۸ رده بندی کنگره: ج ۵۲۳/۲

بررسی نهاد داوری در قراردادهای پیمانکاری موضوع شرایط

عمومی پیمان ماده ۵۳

سالار هادی^۱

دانشگاه آزاد واحد سلماس، رشته عمران

دکتر سولماز هادی

مدرس دانشگاه

چکیده

در این مقاله هدف آن است تا ضمن بررسی چگونگی حل اختلاف توسط نهاد داوری، ماهیت و نحوه اجرای تصمیمات این نهاد را در قراردادهای پیمانکاری تحلیل خواهد شد. در تدوین شرایط عمومی پیمان تهیه کنندگان آن به این نهاد مهم توجه داشته و در ماده ۵۳ برای اولین بار حل اختلاف بین کارفرما و پیمانکار را از راه داوری پیش بینی کردند. اما این نهاد نتوانسته آنطور 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 به اهداف واقعی خود نزدیک کند. مشکل 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

^۱ نویسنده مسئول

۱۳۹ و ماده ۴۵۷ را صادر کند و اجازه دهد که دعاوی 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.

بخش اول: کلیات

دادگستری تنها مرجع حل اختلاف اشخاص نیست، بلکه در صورت تراضی، اشخاص می‌توانند اختلافات خود را جهت حل و فصل، به داوری نیز ارجاع دهند. پس اشخاص زمانی می‌توانند از حل اختلاف دادگستری صرف نظر کنند که قبلاً برای ارجاع اختلاف خود به داوری با هم توافق داشته باشند. این توافق می‌تواند قبل از بروز اختلاف یا بعد از آن و هم می‌تواند شفاهی و هم کتبی و نیز طی قرارداد عادی یا رسمی و هم به طور جداگانه یا ضمن قرارداد اصلی به عمل آید. لذا حل اختلاف از طریق داوری نیازمند قرارداد و توافق طرفین معامله است. پیمان یکی از مهم‌ترین قراردادهای دولتی است. این قرارداد از یک طرف از جانب یک ارگان دولتی تهیه و از طرف دیگر با امضای افراد خصوصی منعقد می‌شود. در این ارتباط، حدوث اختلاف در این رابطه امری طبیعی است و این در حالی است که طرفین حقی بیش‌تر از آنچه که در پیمان تعیین شده، از طرف مقابل مطالبه می‌کنند. از نهادهایی که برای حل اختلاف در این رابطه وجود دارد، نهاد داوری است. از مزایای این نهاد، سرعت رسیدگی و جلوگیری از اطاله دادرسی است و این در پیمان‌های دولتی که انجام امور عمومی هدف آن است، بسیار اهمیت دارد چرا که وقفه در امور عمومی خلاف هدف و منافع عمومی است. حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا در قراردادهای پیمان دولتی چنین نهادی وجود دارد؟ و اگر وجود دارد نحوه و مکانیسم آن در این باره به چه شکل است؟ در این باره ما با بررسی مقررات مربوط به این حوزه (شرایط عمومی پیمان) به این مطلب می‌پردازیم که این نهاد به طور نسبی فصل خصومت می‌کند. اهمیت این موضوع آن است که بتوان جایگاه این نهاد مهم را در پیمان‌های دولتی تبیین کرد و ضرورت آن را می‌توان برای حل اختلافات میان طرفین پیمان قلمداد کرد. معمولاً در قراردادهای عمرانی ماده‌ای جهت مشخص کردن مرجع حل اختلاف تدوین می‌گردد

که یا مرجع دادگستری است یا مرجع داوری و طی این ماده معمولاً کارفرما کوشش می‌کند تا مرجع حل اختلاف را یکی از ارکان خویش به عنوان مرجع داوری قرار دهد. لذا پیمانکاران در زمان انعقاد قرارداد می‌بایستی به این نکته توجه وافیه مبذول دارند و در صورت انتخاب مرجع حل اختلاف به صورت داوری، شخص مطلع و بی‌طرفی را به این امر انتخاب نمایند و زیر بار خواسته‌های بعضاً نابجای کارفرما نروند. بطور معمول در قراردادهای پیمانکاری، شرایط عمومی پیمان حاکم است. به موجب بند «ج» ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان، طرفین در صورت عدم موفقیت در حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات خویش، می‌توانند موضوع را به داوری شورای عالی فنی احاله نمایند و مرجع اخیرالذکر، در صورت موافقت ریاست سازمان، به موضوع رسیدگی می‌کند. در تدوین شرایط عمومی پیمان فعلی تهیه‌کنندگان آن به این نهاد مهم توجه داشته و در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان برای اولین بار حل اختلاف بین کارفرما و پیمانکار را از راه داوری پیش‌بینی کردند. اما این نهادی که می‌توانست کارساز و توانا باشد، از دو سو نتوانست به اهداف واقعی خود نزدیک کند و فصل خصومت بین کارفرما و پیمانکار را به یک معضل جدید و کلاف سردرگم تبدیل کرد. مشکل نخست از اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی ناشی می‌شود و معضل دوم به طرز تدوین و نگارش ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان مربوط است. متأسفانه، علیرغم تحولات سریع جهانی هنوز هم در قراردادهای پیمانکاری دولتی تصویب ارجاع اختلافات ناشی از اجرای این قراردادها به داوری توسط هیأت وزیران و مجلس ضروری نمی‌باشد. چرا که اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی تنها اختلافاتی را که در دادگاه به عنوان دعوی مطرح شده‌اند را شامل می‌شود. همچنین اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ منصرف از مواردی هستند که مرجع داوری یک نهاد دولتی می‌باشد و مطابق ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان نیز

مرجع داوری برای حل اختلافات ناشی از این قرارداد شورای عالی فنی که یک نهاد دولتی است، می‌باشد. ولی با این وجود به دلیل تشریفات زیاد موافقت معاون برنامه ریزی و نظارت راهبردی، دولتی بودن مرجع داوری و اختیاری بودن رجوع به داوری، طرفین قرارداد رجوع به دادگاه را به داوری ترجیح می‌دهند. راه حل درست آن است که هیأت وزیران به موجب مصوبه ای، مجوز موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) را صادر 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. با توجه به موضوع مقاله ابتدا به تبیین مبانی و کلیات این موضوع می‌پردازیم و سپس به تحلیل جایگاه داوری در این باره اشاره می‌کنیم و در پایان با نتیجه‌گیری بحث را به پایان می‌بریم. یکی از مشخصه‌های توسعه اقتصادی هر کشور طرح‌های عمرانی است که به عنوان معیار و شاخصی عمده مبنای رونق اقتصادی آن کشور قرار می‌گیرد، طراحی و مهندسی پروژه از منظر حقوقی است. از مهمترین قراردادهایی که سالیانه میلیاردها ریال از وجود کشور به وسیله آن مبادله می‌شود و یکی از عواملی که بنیان اعتباری طرح عمرانی بر روی آن استوار است. برای واگذاری و اجرای طرح‌های عمرانی قالب حقوقی‌ای که از سوی عالی‌ترین ارگان اداری کشور طراحی گردیده، سندی است به نام "پیمان". (میلانی-زاده، ۱۳۹۲، ص ۲۳). این سند بین نماینده دولت (کارفرما) از یک سو و شخص حقیقی یا حقوقی (پیمانکار) از سوی دیگر به امضاء می‌رسد و شخص ثالثی (مهندس مشاور) نیز نظارت فنی آن را به عهده می‌گیرد. عباراتی مانند عقد، قرارداد، معامله، عهد و پیمان، تفاوت اندکی از نظر مفهوم با هم دارند اما جملگی در یک چیز مشترک‌اند و آن "

ترازی" است. مطابق ماده ۱ شرایط عمومی و ماده ۲ موافقتنامه پیمان می‌توان پیمان را چنین تعریف کرد: «توافقی که به همراه شرایط و مدارک الحاقی در یک مجموعه غیر قابل تفکیک بین کارفرما و پیمانکار منعقد می‌گردد پیمان نامیده می‌شود.» پس پیمان از نوع عقود است. در اصطلاح حقوقی به وجود آمدن پیمان را انشاء می‌گویند. انشاء یعنی خلق و ایجاد کردن چیزی. در نتیجه، آن دو سندی را امضاء می‌کنند یا بهتر است بگوییم موجودی حقوقی را به وجود می‌آورند که به پیمان مرسوم است (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۹، ص ۱۳).

بخش دوم: چگونگی روند حل اختلافات در قراردادهای پیمانکاری دولتی «مطابق ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان»

برای سهولت در مطالعه، مطالب ابتدا به داوری مطابق ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان می‌پردازیم، سپس به بررسی محدودیت‌های اصل ۱۳۹ قانون اساسی می‌پردازیم. مطابق ماده ۲۳ قانون برنامه بودجه مصوب ۱۳۷۵ قراردادهای پیمانکاری دولتی باید در قالب سند متحدالشکل پیمان منعقد شوند. تا قبل از سال ۱۳۷۸ که مفاد شرایط عمومی پیمان تغییر نکرده بود، منازعات پیمانکار و کارفرما در دادگاه‌های دادگستری حل و فصل می‌شد اما در سال ۱۳۷۸ که شرایط عمومی پیمان تغییر کرد حل اختلاف طرفین (کارفرما و پیمانکار) با ارجاع امر به داوری پیش‌بینی شد. طرفین قرارداد حق تغییر مفاد و شروط قرارداد متحد-

۱. پیمان مجموعه اسناد و مدارکی است که در ماده ۲ موافقتنامه پیمان گنجانده می‌شود پیمان شامل تمام تعهدات قراردادی می‌باشد.

الشکل (شروط پیمان) را ندارند، در ماده ۵۳^۱ شرایط عمومی پیمان، ۳ روش مختلف برای حل اختلافات پیش‌بینی شده است:

۱.۱. استعلام نظر سازمان از برداشت متفاوت دو طرف از متون بخشنامه‌ها:

هرگاه در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان بین دو طرف اختلاف نظر پیش آید، هر یک از طرفها می‌تواند درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری را به رئیس سازمان برنامه و بودجه ارائه نمایند. چنانچه رئیس سازمان یاد شده با تقاضای مورد اشاره موافقت نمود، مرجع حل اختلاف شورای عالی فنی خواهد بود، رسیدگی و اعلام نظر شورای عالی فنی در چار چوب پیمان و قوانین مربوط انجام می‌شود، پس از اعلام نظر شورای یاد شده طرفها بر طبق آن عمل می‌نمایند. (میلانی‌زاده و همکاران، ۱۳۸۶، ص ۴۲۹). یکی از مسائلی که ممکن است محل نزاع در پیمان باشد اختلاف برداشت از متون بخشنامه‌هایی است. همانطور که اشاره رفت یک طرف قرارداد در شرایط عمومی پیمان دولت است لذا آن بخش که متصدی تنظیم قواعد و مقررات مربوط به قرارداد است به استناد ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه صلاحیت تصویب بخشنامه و ابلاغ آن برای قراردادهای را دارد. از طرف دیگر هر یک از طرفین برای تأمین منافع بیشتر خود ممکن است متن

۱. در ماده ۵۳ می‌خوانیم: «هرگاه در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان بین دو طرف اختلاف نظر پیش آید دو طرف می‌توانند برای حل سریع، قبل از درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری طبق بند (ج) بر حسب مورد به روش تعیین شده در بندهای ۱ و ۲ عمل نمایند. در بند (ج) ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان می‌خوانیم: «هرگاه در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان بین دو طرف اختلاف نظر پیش آید هر یک از طرفها می‌تواند 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 که: «چنانچه رئیس سازمان یاد شده با تقاضای مورد اشاره موافقت نمود، مرجع حل اختلاف شورای عالی فنی خواهد بود و تبصره ۲ این ماده مرقوم می‌دارد: «رسیدگی و اعلام نظر شورای عالی فنی در چار چوب پیمان و قوانین مربوط انجام می‌شود، پس از اعلام نظر شورای یاد شده طرفها بر طبق آن عمل می‌نمایند.»

بخشنامه‌ای را به گونه‌ای تفسیر کند که به نفع خود و به ضرر طرف مقابل باشد. برای اینکه به چنین اختلافاتی پایان داده شود برای حل سریع موضوع، قانونگذار چگونگی اجرای بخشنامه مربوط را استعلام می‌نماید و دو طرف طبق نظری که از سوی سازمان برنامه و بودجه (به عنوان مرجع صدور بخشنامه) اعلام می‌شود، عمل می‌کنند.^۱ (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۹، ص ۴۲۶). در قرارداد هر یک از طرفین سعی بر تفسیر به نفع خود دارد و این به خاطر سود طلبی هر یک از طرفین قرارداد است. تفسیری که در اینجا، سازمان ذیربط انجام می‌دهد در واقع یک نوع تفسیر قانونی است. زیرا همان مرجعی که خود، قواعد و مقررات مربوط را تنظیم کرده است، خود بهتر به هدف واقعی ناشی از آن قانون یا مقررات، آگاه است. جا دارد اشاره شود که سازمان مذکور اقدام به نظریه تفسیری در خصوص بخشنامه صادره خود می‌نماید و هیچ الزامی در پذیرش آن مطابق متن ماده ۵۳ برای طرفین وجود ندارد (قاسمزاده، ۱۳۹۳، ص ۱۲). در حالی که اصولاً رأی داور برای طرفین الزام‌آور می‌باشد حال آنکه هیچ اجباری برای طرفین در تبعیت از نظر تفسیری فوق وجود ندارد (اتحاد، ۱۳۸۸، ص ۱۳۱). ولی ایرادی که بتوان بر این طریقه وارد آورد این باشد که نهادی که تصویب بخشنامه و تفسیر آن را بر عهده دارد از همان گروهی است که یک طرف قرارداد پیمانکاری را بر عهده دارد یعنی دولت. و این شاید بیم تفسیر به نفع طرف خود را برای اشخاص پیش آورد. زیرا همانطور که می‌دانیم طرفین در یک قرارداد باید شرایط برابر و مساوی داشته باشند تا عدالت قراردادی بر آن حاکم باشد. اما این امر در

^۱. بند ۱ بخش الف ماده ۵۳ را بدین گونه نگاشته است: «در مورد مسائل ناشی از برداشت متفاوت دو طرف از متون بخشنامه‌هایی که به استناد ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه چگونگی اجرای بخشنامه مربوط را استعلام نماید و دو طرف طبق نظری که از سوی سازمان برنامه و بودجه (به عنوان مرجع صدور بخشنامه) اعلام می‌شود، عمل می‌کنند.»

قراردادهای تجاری اصل برابری طرفین قرارداد را زیر سؤال می‌برد. (هاشمی، ۱۳۸۸، ص ۱۱۸).

۲. اجرای موضوع پیمان به وسیله کارشناس یا هیأت کارشناسی منتخب: در

این روش طرفین می‌توانند کلیه اختلافات خود را به استثناء اختلافات ناشی از تفسیر بخشنامه‌ها به کارشناس یا هیأت کارشناسی منتخب ارجاع دهند. در بخش ۱ چون بخشنامه توسط نهاد مشخصی صادر می‌شد تفسیر آن نیز به عهده همان مرجع قرار گرفته بود در حالی که در مواردی غیر از تفسیر حل اختلاف، بر عهده کارشناسی یا هیأت کارشناسی قرار گرفته است، که به نظر منطقی‌تر و عادلانه‌تر است؛ زیرا همانطور که توضیحی در خصوص انتخاب کارشناس یا هیأت کارشناسی ارائه نشده است می‌توان تعبیر کرد که هیأت مذکور یا کارشناس مربوطه با توافق طرفین می‌توانند انتخاب شوند. از اختلافاتی که خارج از تفسیر می‌باشند می‌توان به اختلاف نظر در مورد اجرای موضوع پیمان، فسخ پیمان، خاتمه پیمان، تعلیق و موارد دیگر در شرایط عمومی پیمان اشاره کرد. (در این صورت هرگاه کارفرما و پیمانکار مطابق جزء ۲ بند الف ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان به حل اختلاف مسالمت‌آمیز رضایت دهند، رسیدگی و اعلام نظر درباره آنها به کارشناس یا هیأت کارشناسی منتخب دو طرف واگذار می‌شود و دو طرف طبق نظری که از سوی کارشناس یا هیأت کارشناسی اعلام می‌گردد، عمل می‌کنند) به نظر می‌رسد، این بند از بخش الف به عدالت حقوقی نزدیکتر باشد زیرا طرفین با اراده خود و بدون دخالت نهاد دولتی که توازن قراردادی را به هم می‌ریزد، می‌توانند با تعیین افراد اهل فن و متخصص خارج از نهاد دولت بپردازند تا آنها با بررسی موضوع مورد اختلاف نظر خود را اعلام نمایند. در صورتی که طرفین، اختلاف خود را به کارشناس یا هیأت کارشناسی ارجاع دهند و نظر کارشناس یا هیأت کارشناسی بپذیرد محصول این رسیدگی سازش و مصالحه می-

باشد. همانطور که می‌دانیم در مورد اینکه حکم کارشناسی الزام‌آور است یا غیرالزام‌آور نیز باید گفت بسته به نظر طرفین اختلاف می‌تواند حکم کارشناسی در قراردادهای عادی الزام‌آور باشد یا غیرالزام‌آور. لکن با صراحتی که در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان وجود دارد در شرایط عمومی پیمان هم تعیین کارشناس یا هیأت کارشناسی و هم تصمیم گرفته شده توسط آنها در هر دو حال اختیاری است (موسویان، ۱۳۸۷، ص ۳۰۴).

۳. حل اختلاف به طریقه داوری شورای عالی فنی «مطابق ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان»

مطابق ماده فوق طرفین حق ارجاع مستقیم مورد اختلاف به داوری را ندارند و چنانکه یکی از طرفین خواهان ارجاع اختلاف به داوری باشد باید تقاضای خود را به رئیس سازمان برنامه و بودجه (معاون طرح و برنامه ریزی رئیس جمهور) ارائه نماید و تنها بعد از موافقت وی موضوع به داوری ارجاع می‌شود. همچنین طرفین در انتخاب داور آزادی عمل نداشته^۱، در صورت موافقت رئیس سازمان با ارجاع اختلاف به داوری، شورای عالی سازمان مدیریت در هر حال داور خواهد بود. در حالیکه برخلاف رویه اکثر قراردادهای متحدالشکل پیمانکاری متداول در دنیا که داوری به عنوان راه حل نهایی حل اختلاف محسوب شده و رجوع به آن برای طرفین الزامی می‌باشد. در شرایط عمومی پیمان ارجاع اختلاف به داوری برای طرفین اختیاری محسوب می‌شود و آنان می‌توانند با نادیده گرفتن این ماده اختلاف را مستقیماً به دادگاه ارجاع دهند. (صفائی، ۱۳۷۵، ص ۸۴) ولی با وجود این ارجاع موضوع به داوری نیازمند توافق طرفین نمی‌باشد و هر یک از طرفین می‌تواند بدون رضایت طرف مقابل موضوع را برای داوری با موافقت رئیس سازمان مدیریت ارجاع

۱. تبصره ۱ ماده مزبور «چنانچه رئیس سازمان یاد شده با تقاضای مورد اشاره موافقت نمود، مرجع حل اختلاف شورای عالی فنی خواهد بود».

دهد. بر اساس اصول کلی داوری به نظر می‌رسد که در صورت ارجاع اختلاف توسط یکی از طرفین به داور، طرف مقابل حق اقامه دعوی نداشته باشد (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۹، ص ۴۳۲). برخلاف دو شیوه قبلی که طرفین در اجرای نظرات سازمان مدیریت و کارشناس یا هیأت کارشناسی مختار بودند در مورد لازم‌الاتباع بودن رأی داور (شورای عالی فنی) ماده ۵۳ حکم صریحی ندارد. ولی مطابق مقررات عام حاکم بر داوری (ماده ۴۸۰ قانون آیین دادرسی) می‌توان گفت که طرفین ملزم به تبعیت از رأی داوری (شورای عالی فنی) و اجرای آن می‌باشند و فقط در مواردی که مقررات داوری تعیین کرده، می‌توانند به رأی داور در دادگاه صالح اعتراض نمایند (مولایی، ۱۳۸۹، ص ۱۸۶). شیوه اعلام شده در ماده ۵۳ برای ارجاع اختلاف به داوری به دلیل اینکه با هدف ارجاع اختلاف به داوری در تعارض می‌باشد قابل انتقاد است. زیرا: اولاً، لزوم موافقت معاون برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهور با ارجاع اختلاف به داوری مهمترین حسن داوری که همانا سرعت بالای آن می‌باشد را از بین می‌برد. چرا که تشریفات اداری تقاضا و موافقت معاون برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهور پیچیده و طولانی بوده و باعث از بین رفتن سرعت داوری خواهد شد. ثانیاً، اشکال دیگری که در عمل ممکن است به نحوه مقرر در بند (ج) ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان وارد آید این است که یکی از اصول اساسی داوری، بی‌طرفی داور می‌باشد در حالی که مطابق ماده ۵۳ مرجع داوری منحصراً «شورای عالی فنی» می‌باشد که یک نهاد دولتی است. پس مداخله رئیس سازمان یاد شده در ارجاع مناقشه کارفرما و پیمانکار نفیاً و اثباتاً مخالف قاعده انصاف و بی‌طرفی نیز می‌باشد. این امر موجب نگرانی اشخاص خصوصی و خارجی اختلاف، به داوری و بی‌میلی آنها به این امر می‌شود. پیمانکاری که قرارداد پیمانکاری به او بصورت یکطرفه ارائه می‌شود و چاره‌ای

جز پذیرفتن آن ندارد عملاً در انتخاب شرایط داوری و داور نیز هیچ اختیاری ندارد (میلانی‌زاده و همکاران، ۱۳۸۶، ص ۲۷۲).

ثالثاً، بر خلاف اکثر قراردادهای متحدالشکل ساختمانی مطرح در دنیا و حتی قراردادهای تجاری که ارجاع اختلاف به داوری را امری اجباری می‌دانند، مطابق ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان، رجوع به داوری برای طرفین اختیاری می‌باشد البته به نظر می‌رسد که اختیاری بودن ارجاع به داوری با توجه به پیچیده و طولانی بودن تشریفات ارجاع به داوری و انحصاری و بی‌طرف نبودن مرجع داوری در پیمان، صحیح و موجه باشد (مولایی، ۱۳۸۹، ص ۱۸۵).

بخش سوم: بررسی و تحلیل ماهیت شورای عالی

چنانچه در تعریف داوری گفته شد، داوری براساس تعهدی است که افراد در مورد اختلاف و دعوای محقق شده بین خود و یا اختلاف احتمالی خود رسیدگی و اظهارنظر شخص یا اشخاصی دیگر غیر از مراجع رسمی قضایی را قبول می‌کنند (مدنی، ۱۳۶۸، ص ۶۷۶). با توجه به این تعریف، کارفرما و پیمانکار، ارجاع اختلاف احتمالی خود را به مرجعی غیرقضایی را در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان قبول کرده‌اند که مرجع مذکور، شورای عالی فنی است که مرجعی غیرقضایی است. طبق بند فوق نهاد داوری به صورت عام در شرایط عمومی پیمان پذیرفته شده است و طرفین برای حل اختلافات خود می‌توانند از داوری استفاده کنند اما ارجاع به داوری باید به تقاضای یکی از طرفین از رئیس سازمان مدیریت و برنامه ریزی انجام شود و موافقت رئیس سازمان مذکور برای ارجاع به داوری شرط است، مرجع حل اختلاف در این بند (شورای عالی فنی) از سوی رئیس سازمان تعیین می‌شود، شورای عالی فنی به موجب ماده واحده مورخ ۱۳۵۸/۱۱/۳۰ شورای انقلاب

اسلامی مصوب شده است. این شورا مرکب از ۳ نفر که به پیشنهاد رئیس سازمان مدیریت و برنامه ریزی تشکیل می‌شود. بر طبق لایحه قانونی واگذاری اختیارات فنی به استان‌ها مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ شورای انقلاب در مرکز استان نیز شورایی به نام شورای فنی استان زیر نظر استاندار تشکیل می‌شود. شورای مذکور، دارای شخصیت حقوقی است و تعیین داور آن به منزله داور شخص حقوقی در مورد اختلاف بین کارفرما و پیمانکار است.

البته این جای تردید دارد که از آن جایی که اعضای این شورا از طرف مقامات عمومی انتخاب می‌شوند، بتوانند بی‌طرفانه نسبت به حل اختلاف داور کنند چرا که در تعاریف داور که مطرح شد، این‌طور به نظر می‌آمد که دو طرف اختلاف در تعیین داور نقش داشته‌اند در حالی که در این شورا، پیمانکار هیچ نقشی ندارد و این جای تردید را در این‌باره نگه می‌دارد. چون اصولاً داور باید بی‌طرف و مرضی الطرفین باشد و انتصاب نماینده دولت (شورای عالی) که خود یک طرف قرارداد است بر خلاف اصل بی‌طرفی است. در مجموع شورای عالی فنی یک نهاد داور تحمیلی به طرف مقابل دولت در قرارداد پیمانکاری است (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۹، ص ۴۳۴).

بند اول: وظایف شورای عالی فنی

- ۱- بررسی و تصویب قیمت‌های پایه و ضوابط و دستورالعمل‌های مربوط به آن.
- ۲- بررسی و تصویب قیمت کارهای خاصی که قیمت پایه قابل عمل در آنها نیست.
- ۳- تجدید نظر در نرخ پیمان‌ها در صورت لزوم و وجود توجیه کافی، مشروط بر آنکه در قالب قرارداد و ضوابط مربوط پیش‌بینی لازم برای جزئیات جبران هزینه و خسارت مورد بحث نشده باشد.

- ۴- بررسی اتخاذ تصمیم در مسائلی که مورد سؤال دستگاه‌های اجرایی و کارفرمایان بوده و قرارداد در مورد آنها راه حل مشخصی ارائه ننموده باشد.

با توجه به مراتبی که فوقاً اشارت رفت، به رغم این که اساس قانونی رسیدگی شورای عالی فنی به عنوان داور مرضی‌الطرفین کارفرما و پیمانکار، دارای شبهات حقوقی فراوانی است، مع‌الوصف در حال حاضر شورای عالی فنی به دعاوی طرفین رسیدگی می‌کند. اما رسیدگی شورای عالی فنی هنوز نتوانسته منویات کارفرما و پیمانکار را آن طوری که از یک مرجع داوری قاطع انتظار می‌رود، اجابت کند. این نارسایی‌ها را می‌توان به شرح زیر برشمرد:

اولاً: همان‌طوری که می‌دانیم دعاوی در دادگستری از یک منظر به دعاوی مالی و غیرمالی تقسیم می‌شود و هر دو مورد نیز از طرف دادگاه مورد رسیدگی قرار می‌گیرد. در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان نیز مطلق دعاوی طرفین در صلاحیت رسیدگی شورای عالی فنی است. ولی شورای عالی فنی با یک برداشت نادرست از یک عبارت مصوبه هیأت وزیران که گفته اختلاف «راجع به اموال باشد»، متأسفانه از رسیدگی به دعاوی غیرمالی استنکاف می‌نماید و دعاوی غیرمالی را که فاقد تبعات و جنبه‌های مالی نباشد مورد رسیدگی قرار نمی‌دهد. به عنوان مثال، هرگاه موضوع اختلاف فسخ یک جانبه پیمان از ناحیه کارفرما باشد و پیمانکار بخواهد در مورد اعلام بی‌اعتباری این عمل کارفرما موضوع را به داوری شورای عالی فنی ارجاع دهد، شورای مزبور از رسیدگی بدان امتناع می‌کند با این استدلال که این نوع دعوا راجع به اموال نیست (سیفی، ۱۳۸۷، ص ۵).

در حالی که فلسفه و هدف از مصوبه هیأت وزیران در مورد جواز رسیدگی شورای عالی فنی به دعاوی مالی رعایت مفاد اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) راجع به اموال عمومی و دولتی بوده است و خواسته است از طرح و تصویب مورد به مورد دعاوی پیمانکاری که حجم و تعداد

زیادی دارد در هیأت وزیران اجتناب کند و آن را به شورای عالی فنی واگذار کرده است، در واقع مجوز تصویب هیأت وزیران برای رجوع به داوری فراهم شده است (کشاورز، ۱۳۷۳، ص ۳۱). بنابراین، با توجه به مطلق حل اختلاف دعاوی از سوی شورای عالی فنی، به طریق اولی رسیدگی به دعاوی غیرمالی از سوی شورای یاد شده فاقد اشکال قانونی است.

ثانیاً: گفتیم یکی از مزایای ارجاع اختلاف به داوری همانا سرعت رسیدگی آن نسبت به دادگاه‌های دادگستری است. در حالی که با ارسال سیل عظیم اختلافات بین پیمانکاران و کارفرمایان به شورای عالی فنی، متأسفانه هنوز شورای پیشگفته نتوانسته تمهید مناسبی برای سرعت دادن به رسیدگی‌های خود بیندیشد و این امر باعث شده که پیمانکاران طرح دعاوی خود را در دادگاه‌ها بر رسیدگی شورای عالی فنی ترجیح دهند.

ثالثاً: شورای عالی فنی تاکنون فاقد اساسنامه یا دستورالعمل داوری است و اگر اساسنامه یا دستورالعملی هم داشته باشد، تا بحال آن را برای آگاهی عمومی یا طرفین اختلاف منتشر نکرده است.

رابعاً: چون رسیدگی شورای عالی فنی به اختلافات کارفرمایان و پیمانکاران از نوع داوریهای سازمانی است از این رو شورا لاجرم دعاوی را باید به داورانی که خود از اشخاص طبیعی وابسته به شورا انتخاب و تعیین می‌نماید، ارجاع دهد. لکن مطابق روال حاکم بر شورا متأسفانه به جای تعیین شخص حقوقدان واجد صلاحیت از سوی شورا، پرونده به کارشناسی که معمولاً در یکی از رشته‌های مهندسی تخصص دارد احاله می‌شود و پس از بررسی توسط کارشناس مربوط، حکم تهیه شده با امضای اعضای شورا صادر می‌شود. این روش، روش درستی نیست زیرا به لحاظ طبع حقوقی داوری، داور علی‌الاصول

باید از حقوق‌دانان مجرب برگزیده شود و آنگاه که نیاز به بررسی فنی قضیه احساس گردد، داور می‌تواند از نظرات کارشناسان فنی نیز برخوردار شود. در پیمان هرگاه شورای عالی فنی که قبولی‌اش به هنگام انعقاد پیمان اخذ شده از رسیدگی و صادر کردن رأی خودداری کند. آیا قرارداد داوری در مورد اختلافات ناشی از پیمان بین کارفرما و پیمانکار منتفی خواهد بود یا اصل قرارداد داوری پا برجا و طرفین به داوری شخص دیگری تمکین منتفی خواهند کرد؟ این موضوع در پیمان مبهم است اما به نظر می‌رسد در صورت عدم قبول داوری از سوی شورای عالی فنی حل اختلاف از طریق داوری بین کارفرما و پیمانکار منتفی است و الزاماً باید از طریق دادگاه حل اختلاف صورت گیرد. به ویژه آنکه کیفیت ارجاع اختلافات پیمانکار و کارفرما به داوری طبق بند ج ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان از استحکام کافی برخوردار نیست (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۹، ص ۴۳۳). راه حل درست آن است که هیأت وزیران به موجب مصوبه‌ای، مجوز موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) را صادر و اجازه دهد که دعاوی 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.

بند دوم: شرط داوری در پیمان

اشخاص زمانی می‌توانند از حل اختلاف دادگستری صرف‌نظر کنند که قبلاً برای ارجاع اختلافات خود به داوری با هم توافق داشته باشند. این توافق می‌تواند قبل از بروز اختلاف یا بعد از آن و هم می‌تواند شفاهی و کتبی و نیز طی قرارداد عادی یا رسمی و هم به طور

جداگانه یا ضمن قرارداد اصلی (ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی) به عمل آید. (شمس، ۱۳۸۲، ص ۹). در پیمان برای حل 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 یادآوری است قرارداد داوری اگر به طور جداگانه بین طرفین منعقد شود بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی از جمله قراردادهای لازم است که هیچ یک از آن دو نمی‌تواند به طور یک جانبه و بدون موافقت طرف مقابل از آن عدول کند. اما اگر قرارداد داوری ضمن قرارداد اصلی لازم و به صورت شرط ضمن عقد تشکیل شود، لزوم خود را از عقد اصلی کسب می‌کند و تا زمانی که عقد اصلی پابرجاست قرارداد داوری و یا بهتر است بگوییم شرط داوری نیز برای طرفین الزام آور است (شمس، ۱۳۸۲، ص ۹). در پیمان چون شرط داوری ضمن موافقتنامه (که عقد اصلی است) در شرایط عمومی پیمان ماده ۵۳ قید گردیده است لذا علی‌الظاهر برای کارفرما و پیمانکار حل اختلاف از طریق داوری لازم است (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۹، ص ۴۳۴). پس با توجه به اینکه طرفین قرارداد فوق (کارفرما و پیمانکار) شرایط قراردادی را مطالعه کرده و ذیل آن را امضاء می‌کنند پس بند مربوط به داوری موجود در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان را نیز می‌پذیرند. (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 کسب می‌کند و تا زمانی که عقد اصلی پا بر جاست، در خصوص صحت بند مربوط به ارجاع به داوری یادآور می‌شویم که یکی از طرق ارجاع به داوری، به صورت شرط ضمن عقد آوردن داوری در قرارداد اصلی است (مرادی، ۱۳۹۳، ص ۱۲). معمول و متعارف این است که طرفین قرارداد اصلی، نحوه ارجاع حل اختلاف به داوری را در آن قرارداد قید می‌کنند و

^۱. متعاملین می‌توانند ضمن معامله ملزم شوند و یا به موجب قرارداد جداگانه تراضی نمایند که در صورت بروز اختلاف بین آنان به داوری مراجعه کنند و نیز می‌توانند داور یا داوران خود را قبل و بعد از بروز اختلاف تعیین نمایند.

این شرط ضمن عقد برای طرفین لازم‌الاتباع (الزام‌آور) است چون پیمان از عقود لازم است. ولی در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان چنین نیست. (مصباح ایران دوست، ۱۳۸۹، ص ۷۷). همانطوری که از واژه «می‌توانند» استنباط می‌شود، حل اختلاف از طریق داوری در ماده ۵۳ برای پیمانکار و کارفرما اختیاری است و اجباری در کار نیست؛ فقط چگونگی حل اختلاف و تشکیل قرارداد داوری را پیش‌بینی کرده است. لذا در صورت عدم اختیار هر یک از آنها به طریقه داوری حل اختلاف می‌تواند از طریق دادگاه به عمل آید. در این ماده دو موضوع مورد اختلاف از هم تفکیک شده است:

۱- اجرای موضوع پیمان ۲- تفسیر مفاد پیمان

برای حل اختلاف موارد فوق‌الذکر دو مرحله و دو مکانیزم و یا بهتر است بگوییم دو گزینه متفاوت در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان تعیین گردیده‌است. یکی حل اختلاف به روش مسالمت‌آمیز و دیگری ارجاع به داوری. فحوای ماده یاد شده معلوم نمی‌دارد که این دو گزینه یا مکانیزم در طول هم قرار دارند یا در عرض هم. یعنی ابتدا باید روش مسالمت‌آمیز را در پیش گرفت و بعد اختلاف را به داوری ارجاع داد یا هر یک از آن دو را می‌توان مقدم بر دیگری انجام داد. در شرایط عمومی پیمان و ماده ۵۳ نامی از حل اختلاف به روش مسالمت‌آمیز نمی‌باشد (هریسی ۱۳۹۴، ص ۴۱۹).

بند سوم: نحوه بطلان قرارداد داوری در پیمان

۱. بطلان داوری به تبع بطلان پیمان: هرگاه این استدلال که ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان مبطل پیمان است، پذیرفته شود در صورت بروز اختلاف بین کارفرما و پیمانکار اعم از اینکه موضوع در حال رسیدگی و داوری باشد یا پس از صدور رأی از سوی شورای عالی فنی، ممکن است یکی از دو طرف که رأی داور را مطابق منافع و مصالح خود نمی‌بیند اقدام به طرح دعوی در دادگاه به استناد همان ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان بنماید. در این

صورت وفق ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه ابتدا نسبت به اصل پیمان رسیدگی و اظهار نظر می نماید. هرگاه دادگاه پیمان را باطل اعلام کند، چون بطلان آن کلیه اسناد و مدارک پیمان از جمله شرایط عمومی پیمان و به ویژه ماده ۵۳ را نیز شامل می گردد، لذا موضوع داوری شورای عالی فنی نسبت به اختلافات آن دو منتفی است. لکن هرگاه بطلان پیمان به استناد ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان مورد پذیرش دادگاه واقع نشود یکی از دو طرف می تواند به ایراد حقوقی مربوط به قرارداد داوری به کیفیت مقرر در بند (ج) ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان، پردازد که شرح آن را ذیلاً توضیح خواهیم داد.

۲. 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 است اما به نظر می رسد با مبانی حقوقی جهت تشکیل عقد مابینت دارد. زیرا بر فرض که یکی از طرفین پیمان اختلاف را به داوری ارجاع دهد اما این قرارداد داوری طبق ماده مورد بحث بین او و طرف مقابلش منعقد نمی گردد بلکه هر یک از آنان که خواهان حل اختلاف از طریق داوری است، با شخص ثالثی (رئیس سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور) توافق می نماید که از اطراف پیمان نیست و اساساً نقشی در پیمان ندارد. این توافق از حیث حقوقی غیر نافذ است. چرا که یکی از دو طرف پیمان در تشکیل قرارداد داوری دخالت ندارد و معلوم نیست چگونه شخص ثالث سرنوشت اختلاف یا اختلافات آنان را رقم می زند. در اصطلاح حقوقی به چنین قرارداد یا عقدی، معامله فضولی می گویند. 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 امکان پذیر است یعنی پیمانکار اختلاف موجود را به داوری ارجاع دهد

و کارفرما راضی نباشد. او می‌تواند با همان استدلال از دادگاه ابطال رأی داور را تقاضا نماید رأی صادر شده از سوی شورای عالی فنی باطل خواهد بود (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۴، ص ۴۳۱).

بخش چهارم: موانع قانونی داوری در شرایط عمومی پیمان

در قراردادهای پیمانکاری خصوصی که دولت مداخله ندارد اصولاً بخشی هم به عنوان محدودیت و ممنوعیت به وجود نمی‌آید مگر در چارچوب موارد حمایتی مانند ماده ۴۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی ولی در قراردادهایی که یک طرف آن دولت قرار می‌گیرد بخش حمایت و حفاظت از اموال عمومی پیش می‌آید زیرا دولت به نمایندگی از جامعه و برای رفع نیازهای جامعه چه مستقیم و چه غیرمستقیم اقدام می‌کند پس تعیین چارچوب و ضابطه برای دولت امری منطقی و ضروری است. در کشورهای مختلف این ضابطه‌ها متفاوتند بعضی در قوانین عادی و توسط مجلس پیش‌بینی می‌شوند برخی هم مانند کشور ما در قانون اساسی یکی از محدودیتها در مورد صلح دعوی مربوط به اموال عمومی و دولتی و ارجاع آن به داوری است و ماده ۴۵۷^۱ قانون آیین دادرسی مدنی معترض این موضوع گردیده است. این قید قانونی نشان می‌دهد که اموال عمومی و دولتی چون متعلق به عموم مردم است به راحتی نمی‌توانند مورد مصالحه و داوری قرار گیرند. (مولایی، ۱۳۸۸، ص ۱۸۶). زیرا داوری در واقع پذیرفتن حل مناقشه از سوی مراجع غیررسمی و غیر-قضایی است. داوری اگر چه از ناحیه قانونگذار مجاز شمرده شده است لکن مرجع حل اختلاف (داور) دارای مقام رسمی حکومتی نیست بلکه داور از سوی طرفین دعوی و با

^۱. ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی: «ارجاع دعوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری پس از تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی صورت می‌گیرد. در مواردی که طرف دعوا خارجی و یا موضوع دعوا از موضوعاتی باشد که قانون آن را مهم تشخیص داده، تصویب مجلس شورای اسلامی نیز ضروری است.»

ترازی آنها انتخاب می‌شود. رسیدگی داور تابع تشریفات قانونی نیست ولی باید رأی او مخالف قوانین موجد حق نباشد، که قانونگذار در مورد ارجاع دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی، تصویب هیأت وزیران را لازم دانسته است (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۲۲۱).

بند اول: داوری و محدودیتهای آن در اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی

در اصل ۱۳۹ قانون اساسی آمده است که: «موارد مهم را قانون تعیین می‌کند». تا به حال نه قانون خاصی در خصوص نحوه ارجاع دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی نه در خصوص قرارداد ویژه‌ای که مهم تلقی شده باشد در سایر قوانین از سوی مجلس شورای اسلامی به تصویب نرسیده است لذا این مسأله باعث اختلاف برداشت‌های متفاوتی از اصل مزبور گردیده و علیرغم استفسار شورای نگهبان نتوانسته آن را به نحو جامع و مانع تفسیر نماید حقوقدانان دولتی هستند که می‌توانند با تفسیر واژه‌های فوق به سادگی محدودیت موجود در اصل ۱۳۹ را به نحو مقتضی مرتفع کرده، بدیهی است که اگر تفسیر اصل ۱۳۹ به غیر از این باشد، یعنی همه اختلافات مشمول این اصل شود، عملاً اجرای پروژه‌های پیمانکاری عمومی به ویژه در مواردی که طرف قرارداد یک شخص خارجی باشد موقوف خواهد ماند و ضررهای اقتصادی زیادی بر کشورمان وارد خواهد نمود. لذا ضروری است طرح یا لایحه قانونی از سوی نمایندگان یا هیأت دولت تهیه شود تا در خصوص تعیین موارد داوری در مورد اموال عمومی و دولتی جهت تصویب به مجلس شورای اسلامی ارائه شود. بدین ترتیب موارد مهم که نیاز به تصویب مجلس دارد به صراحت معین و مشخص می‌گردد. (محمدزاده اصل، ۱۳۷۹، ص ۱۴۵).

زیرا: اولاً، واژه دعوی در معنای اخص و اصطلاحی خود به آن تنازع و اختلافی اطلاق می‌شود که به منظور رسیدگی و صدور حکم به دادگاه صالح ارجاع شده است. در قرارداد پیمانکاری خصوصاً پروژه‌های عظیم، در حین انجام قرارداد ایرادات و اشکالات بسیاری پیش می‌آید که اگر قرار باشد همه آنها را «دعوی» توصیف کنیم باید در هر مورد مسیر اصل ۱۳۹ را طی کنیم که در این صورت اجرای پروژه و اتمام آن غیر ممکن خواهد بود. در صورتی که با شناخت معانی واژه‌های ادعا، اختلاف و دعوا به سادگی می‌توان موارد پیش آمده در قرارداد را حل و فصل کرد. (شهابی ۱۳۷۰، ص ۲۴).

ثانیاً، اصطلاح (طرف دعوی) نیز که در اصل ۱۳۹ قانون اساسی بکار رفته است اماره بر این است که اصل ۱۳۹ تنها شامل اختلافاتی می‌شود که در دادگاه به عنوان دعوی مطرح شده‌اند. بدین ترتیب اختلافاتی که هنوز به عنوان دعوی در دادگاه طرح نشده‌اند مشمول اصل ۱۳۹ نمی‌شوند (توسلی جهرمی، ۱۳۸۰، ص ۳۸۲). در نتیجه ارجاع اختلافات ناشی از اجرای پیمان به داوری (شورای عالی فنی) مشمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی نمی‌باشد مثلاً اگر طرفین بخواهند اختلاف پیش آمده ناشی از قرارداد پیمانکاری که مطابق شرایط عمومی پیمان تنظیم شده است را به داوری ارجاع نمایند هیچ ایراد حقوقی بر آن بار نخواهد شد زیرا در اصل ۱۳۹ تنها شامل اختلافاتی می‌شود که در دادگاه به عنوان دعوی مطرح شده‌اند. برای اینکه ممنوعیت و معذوریت اصل ۱۳۹ را به ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان تسری ندهیم باید تفسیر دیگری را از این اصل ارائه کنیم. (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۶۷).

اگر لفظ دعوی در این اصل به معنای اختلاف گرفته شود هیچ نوع اختلاف ریز یا درشت در جریان اجرای روزمره قراردادها را نمی‌توان در جایی که پای اموال عمومی و

دولتی در میان است، با تفاهم و توافق دو طرف حل و فصل کرد و ناگزیر باید آن را موکول به تصویب هیأت وزیران و حسب مورد مجلس نمود» (شهابی، ۱۳۷۰، ص ۲۰). حکمیت و داوری راجع به پیمان که مربوط به اموال اعم از مشترکات عمومی یا اموال دولتی است، علی‌الاصول از قاعده مندرج در اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ آیین دادرسی مدنی پیروی می‌کند. پس محدودیتهای مربوط به داوری اموال عمومی و عمومی در خصوص پیمان نیز باید لحاظ شود (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۹، ص ۴۴۱). علیهذا چنانچه در هر یک از پیمان‌ها، اختلافی بین کارفرما و پیمانکار بروز کند اولاً باید هیأت وزیران آن را تصویب کند و ثانیاً به اطلاع مجلس هم برسد و ثالثاً در موارد مهم نیاز به تصویب مجلس دارد. همه این قیودات بدین منظور است که اختلاف مربوط به اموال عمومی و دولتی به سهولت مورد تعرض قرار نگیرد و نمایندگان مردم در جریان چنین امری بوده و نظارت دقیق داشته باشند (شیخ‌نیا، ۱۳۷۳، ص ۱۴۱).

بند دوم: لزوم اصلاح روش‌های حل و فصل اختلافات قراردادهای پیمانکاری در ایران

همانطور که ملاحظه شد، در بخش خصوصی صنعت ساختمان‌سازی ایران، دادگاهها مرجع اصلی حل و فصل اختلافات پیمانکاری می‌باشند. در بخش دولتی نیز با وجود اینکه رجوع به داوری پیش‌بینی شده است ولی به دلیل طولانی بودن نحوه رجوع، دولتی بودن اختیاری بودن رجوع به نهاد داوری اشخاص خصوصی طرف قرارداد به استفاده از این روش بی‌میل بوده و اغلب ارجاع اختلاف به دادگاه را ترجیح می‌دهند. این امر در زمینه‌های داخلی و بین‌المللی موجب بروز مشکلات اساسی برای این صنعت شده است. زیرا از یک طرف همانطور که بحث شد حل اختلافات ساختمانی توسط دادگاهها بسیار پر هزینه و کند می‌باشد و به نظر می‌رسد که یکی از عوامل مهمی که پروژه‌های ساختمانی اغلب با

تأخیر و هزینه‌ای بیش از بودجه پیش‌بینی شده به بهره‌برداری می‌رسند به دلیل نامناسب بودن شیوه‌های حل اختلافات ناشی از اجرای پروژه‌ها می‌باشد. از طرف دیگر در حقوق بین‌الملل شیوه‌های جایگزین حل اختلاف روش‌های اصلی حل اختلاف پیمانکاری می‌باشند به طوری که شرکتهای ساختمانی بین‌المللی نسبت به ارجاع اختلافات خود به دادگاه به شدت بی‌میل هستند و به دلیل اینکه شیوه حل اختلاف برای شرکتهای بین‌المللی معیار مهمی می‌باشد. در نتیجه شیوه کنونی حل اختلافات پیمانکاری در کشورمان و عدم استفاده از شیوه‌های نوین موجب بی‌میلی شرکتهای خارجی برای انعقاد قرارداد و سرمایه‌گذاری در ایران خواهد شد. بنابراین اصلاح رویه کنونی حل اختلافات پیمانکاری ضروری و حیاتی می‌باشد. با آشنا نمودن فعالین صنعت ساختمان‌سازی با شیوه‌های حل اختلاف و مزایای استفاده از این شیوه‌ها می‌توان گامی بزرگی در اصلاح رویه کنونی برداشت. البته اصلاح مقررات مربوط به شیوه حل اختلاف در قراردادهای دولتی نیز ضروری به نظر می‌رسد و در این زمینه باید به اصل بی‌طرفی و اجباری بودن داوری توجه شود. البته اصل ۱۳۹ قانون اساسی مانع بزرگی در استفاده و گسترش این شیوه در بخش دولتی می‌باشد: که اصلاح این اصل کمک بزرگی می‌تواند به صنعت ساختمان‌سازی ایران بنماید. با این حال نباید تصور کرد که اصل ۱۳۹ به کلی استفاده از شیوه‌های جایگزین حل اختلاف را در قراردادهای پیمانکاری دولتی نفی می‌نماید. زیرا اصل مزبور شامل دعاوی مالی می‌باشد در حالیکه اختلافات زیادی ممکن است در اجرا و تفسیر این قراردادها رخ دهد که جنبه مالی نداشته، بلکه مربوط به جنبه‌های فنی باشد. بنابراین می‌توانیم حل اختلافات فنی را بدون هیچ مانع قانونی به شیوه‌های جایگزین حل اختلاف ارجاع دهیم. همچنین همانطور که گفته شد یکی از نکات مثبت شیوه‌های جایگزین حل اختلاف جنبه پیشگیرانه آنها می‌باشد. بنابراین می‌توانیم از روشهای جایگزین حل اختلاف همچون هیأت بررسی اختلاف

در جهت پیشگیری از وقوع اختلاف در حین پروژه استفاده نمایم بدون اینکه با اصل ۱۳۹ تعارضی پیدا نماید (مولایی، ۱۳۸۹، ص ۱۸۸). به نظر می‌رسد که عدم آشنایی فعالین بخش خصوصی پیمانکاری کشورمان از تحولات جهانی و مزایای استفاده از روش‌های جایگزین، علت اساسی رویه کنونی باشد. بنابراین با آشنا کردن اشخاص مزبور با روش‌های نوین و القاء مزایای استفاده از این روش‌ها می‌تواند کمک زیادی به حل این مشکل نماید. همچنین تدوین قراردادهای متحدالشکل پیمانکاری توسط انجمن‌ها و سازمان‌های فعال در این صنعت، علاوه بر اینکه می‌تواند با پیش‌بینی نکات مبهم و ریز این قراردادها امکان بروز اختلاف در حین اجرای پروژه را کم کند و این امکان را می‌دهد تا پیش‌بینی استفاده از روش‌های نوین حل اختلاف در این قراردادها استفاده از این روش‌ها را در ایران معمول گردد (مولایی، ۱۳۸۹، ص ۱۸۱).

نتیجه‌گیری

حاصل بررسی‌های به عمل آمده در این مقاله می‌توان نکات زیر را نتیجه گرفت: داوری از جمله مکانیزم‌هایی است که در قراردادهای پیمانکاری دولتی از آن به عنوان یک مرجع حل اختلاف نام برده می‌شود. این نهاد دارای اهمیت ویژه است، چرا که رسیدگی و حل اختلاف توسط این نهاد با سرعت، دقت و اطمینان بیش‌تری نسبت به مراجع عمومی انجام می‌گیرد. شرایط عمومی پیمان هم در این رابطه در ماده ۵۳ خود به این نهاد ارزشمند اشاره کرده است و شورای عالی فنی را با این عنوان برای فصل خصومت ارجاع شده، صالح می‌داند. داوری توسط شورای عالی فنی در این قراردادها مستلزم شناخت جایگاه این نهاد بود که با تعریف آن و روند شکل‌گیری نهاد مزبور به این نتیجه رسیدیم که در ارجاع

اختلافات ناشی از قراردادهای پیمانکاری محدودیت‌هایی مانند موارد اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی وجود دارد که دست داوری شورا را نسبت به

این روند تا حدودی کوتاه کرده است. در تدوین شرایط عمومی پیمان فعلی تهیه‌کنندگان آن به این نهاد مهم توجه داشته و در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان برای اولین بار حل اختلاف بین کارفرما و پیمانکار را از راه داوری پیش‌بینی کردند. اما این نهادی که می‌توانست کارساز و توانا باشد، از دو سو نتوانست به اهداف واقعی خود نزدیک کند و فصل خصومت بین کارفرما و پیمانکار را به یک معضل جدید و کلاف سردرگم تبدیل کرد. مشکل نخست از اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی ناشی می‌شود و معضل دوم به طرز تدوین و نگارش ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان مربوط است که هنوز خلاء و ایراداتی وجود دارد که قانونگذار باید در جهت رفع این نواقص بکوشد. راه حل درست آن است که هیأت وزیران به موجب مصوبه‌ای، معجز موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) را صادر کند و اجازه دهد که دعاوی 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. همچنین در روند شکل‌گیری داوری در این قراردادها به شرط داوری در ضمن تراضی در اصل سند شرایط عمومی پیمان اشاره کردیم و بیان داشتیم که این شرط در ماده ۵۳ سند مزبور، بیان گردیده است. مضافاً آن که مقرر داشتیم که بهتر بود در تعیین افراد منصوب در شورای عالی فنی، پیمانکار هم به عنوان طرف مورد اختلاف نقشی داشت. در پایان هم به بررسی ابطال داوری در این قراردادها اشاره کردیم که با توسل به مواد قانونی آیین دادرسی مدنی به تبیین آن پرداختیم. پیشنهادی که در این زمینه ارایه می‌شود، آن است که شرایط ابطال داوری در شرایط عمومی پیمان مطرح شود تا از ابهام و سر در گمی پیمانکار و معلق بودن امر عمومی جلوگیری شود زیرا ممکن است بعد از طی مراحل داوری، با زوال این نهاد مواجه شویم و دوباره جهت حل

اختلاف به مراجع عمومی مراجعه شود که این خود اطاله حل اختلاف را دو چندان می‌کند. ولی با این وجود به دلیل تشریفات زیاد موافقت معاون برنامه ریزی و نظارت راهبردی، دولتی بودن مرجع داوری و اختیاری بودن رجوع به داوری، طرفین قرارداد رجوع به دادگاه را به داوری ترجیح می‌دهند. رویه کنونی حل اختلافات پیمانکاری در ایران موجب بروز مشکلات زیادی برای این صنعت مخصوصاً در سطح جهانی خواهد شد. باعث بی میلی شرکت‌های پیمانکاری خارجی برای انعقاد قرارداد با طرف ایرانی و سرمایه‌گذاری در کشور ما خواهد شد. در جهت رفع این مشکل، آشنا نمودن فعالان خصوصی صنعت ساختمانی کشورمان با روش‌های نوین حل اختلاف و تدوین قرارداد متحدالشکل پیمانکاری امری حیاتی می‌باشد. برخی از مواد قانونی قواعد داوری در قانون آیین دادرسی مدنی نیز، نیازمند اصلاح و تغییر است. کامل بودن قواعد و اصول رسیدگی و شفاف سازی آنها کمک شایانی به حل اختلافات احتمالی اشخاص و رسیدگی بهتر داور یا داوران خواهد نمود و این خود پیامدهای مطلوبی را خواهد داشت که دعاوی بیشتری به داوران ارجاع گردد و این کار کاهش حجم ورودی پرونده‌ها به محاکم خواهد بود. زیرا ترویج داوری و استفاده از آن، از حجم دعاوی در محاکم دادگستری می‌کاهد و به قضاوت دادگاهها فرصت می‌دهد که با تأمل و دقت بیشتر به دعاوی رسیدگی کنند، و ذهن و زبان خود را از «آمار» و کمیت آزاد کنند و به «آثار» و کیفیت بیندیشند. به علاوه، رواج داوری و حمایت از یکی از شاخصه‌های استحکام و انسجام نظام حقوقی هر کشور و حتی نشانه پیشرفت و شکوفایی اقتصادی و تجاری است و به نوبه خود در شمار پیش شرط‌های ورود ایمن و مشارکت اقتصاد جهانی به شمار می‌رود.

منابع و مآخذ

الف) کتب:

۱. اسماعیلی هریسی، ابراهیم، شرح حقوقی پیمان، سازمان مدیریت و برنامه ریزی، تبریز: چاپ سوم، ۱۳۸۹.
۲. انیسی، الهام، حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمانکاری بین المللی، تهران: انتشارات موسسه حقوقی منشور مهر و داد، چاپ اول، ۱۳۹۰.
۳. اتحاد، علی مراد، دانستنی‌های حرفه پیمانکاری، چاپ چهارم، تهران: انتشارات کوه نور، ۱۳۸۸.
۴. ایوبی فر، فاطمه، چگونه با داوری اختلافات حقوقی خود را مسالمت آمیز کنیم؟ سخن گستر/ ژیان، تابستان ۱۳۸۴.
۵. بازگیر، یدالله، داوری و احکام راجع به آن، تهران: انتشارات فردوسی، چاپ اوت، ۱۳۸۰.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش، شماره ۵۳۹۲، ۱۳۷۳.
۷. جلال الدین مدنی، آیین دادرسی مدنی، تهران، کتابخانه گنج دانش، جلد دوم، ۱۳۶۸.
۸. شهابی، مصطفی، داوری و قانون اساسی، تهران: انتشارات کمیته ایرانی و اتاق بازرگانی بین المللی ۱۳۷۰.
۹. شیخ نیا، امیر حسین، آیین دادرسی مدنی، انتشارات گنج دانش، جلد سوم، ۱۳۷۳.
۱۰. صفائی، سید حسین، مقالاتی درباره حقوق بین الملل و داوری های بین المللی، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۷۵.

۱۱. کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، تهران: نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۵.
۱۲. گیلانی، محمدی، من حکم بین اثنین فتراضیا به فلم يعدل فعلیه لعنه الله، ۱۳۶۲.
۱۳. محبی، محمد، انیسی، الهام، مجموعه مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی برای حل و فصل اختلافات تجاری، تهران: جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۰.
۱۴. محمدزاده اصل، حیدر. داوری در حقوق ایران، انتشارات ققنوس، چاپ اول، ۱۳۷۹.
۱۵. محبی، محسن، نظام داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، تهران: انتشارات کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین‌المللی
۱۶. مرادی، غلامرضا، داوری در قراردادها، انتشارات بهنامی تهران، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۱۷. مصباح ایران دوست، فرهاد. کلیدهای شرایط عمومی پیمان، چاپ اول، تهران: انتشارات شهر آشوب، ۱۳۹۰.
۱۸. موسویان، محمد رضا، آشنایی با اصول مدیریت و ساختمان، تهران: انتشارات دل آرنگ، چاپ چهارم، ۱۳۸۷.
۱۹. نیکبخت، ح، (۱۳۸۴)، "مروری بر تنظیم قراردادهای دولتی در حقوق تجارت بین‌المللی"، مجله الهیات و حقوق
۲۰. ولی... انصاری، کلیات حقوق قراردادهای اداری، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۸۰.
۲۱. واحدی، قدرت الله، آیین دادرسی مدنی، نشر میزان، جلد ۱، ۱۳۵۶.
۲۲. هاشمی، شرط داوری در مواد شرایط عمومی پیمان، انتشارات چاپ دوم، ۱۳۸۸.
۲۳. هنیزی، جیمی، ترجمه: محمد تقی بانکی، قراردادهای ساختمانی، تهران: انتشارات اطلاعات، چاپ اول، ۱۳۷۷.

(ب) نشریات یا مقالات:

۱. بی‌نا. فصل‌نامه مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران، شماره ۱۳۹۱۴۵۲، ۱۳۸۵.
۲. توسلی جهرمی، منوچهر، نگاهی به شیوه‌های جایگزین حل اختلاف در مقررات جدید اتاق تجارت بین الملل، تهران: نشریه مرکز امور حقوق بین المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، شماره بیست و ششم و بیست و هفتم، ۱۳۸۱.
۳. سیفی، سید جمال، تحولات مسائل و دور نماهای داوری بین المللی ایران، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، دوره جدید، شماره ۳، ۱۳۸۷.
۴. شمس، عبدالله، موافقنامه داوری و صلاحیت دادگاه، مجله تحقیقاتی حقوقی، شماره ۳۷، پاییز ۱۳۸۲.
۵. قاسم زاده، سید قاسم، (۱۳۷۶)، حل اختلافات قراردادی، نشریه دیدگاه‌های حقوق قضایی، سال پنجم، شماره ۵.
۶. محسن محبی و مقداد ترابی، قراردادهای دولتی و ویژگی‌های نظام‌های حقوقی دوگانه گرا، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال دهم، شماره ۲۵، ۱۳۸۷.
۷. مصلحی، علی حسین، صادقی، محسن، نگاهی به شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف ADR، مقاله‌نامه مفید، شماره ۴۶، ۱۳۸۳.