

نشریه علمی فقه، حقوق و علوم جزا
مقاله پژوهشی، سال نهم، شماره ۳۷، تابستان ۱۴۰۴، صفحات ۴۵ تا ۶۴
تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۳/۰۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۴/۰۱

چالش‌های نظام حل اختلاف موضوع ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان و مقایسه آن با مقررات فیدیک

طیبه خلیلی^{۱*} کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد
اسلامی، تهران، ایران.

علیرضا شمشیری^۲ استادیار گروه حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

چکیده

در عصر حاضر به جهت گسترش پروژه‌های عمرانی، قراردادهای پیمانکاری از موضوعات مطرح و مهم دنیاست. بر این اساس، سازمان برنامه و بودجه مستند به ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه جهت تعیین استانداردها و شرایط عمومی این قراردادها آیین‌نامه‌ای را تنظیم نموده است که دستورالعمل اجرایی این آیین‌نامه شرایط عمومی پیمان بوده و دستگاه‌های اجرایی در تنظیم قراردادهای مکلف به رعایت مفاد آن می‌باشند که ماده ۵۳ آن به موضوع حل اختلافات پرداخته و مواردی مانند ارجاع یک‌طرفه به داوری یا عدم توافق طرفین در انتخاب شورای عالی فنی به عنوان داور با قواعد عمومی داوری مطابقت ندارد. بنابراین داوری در اختلافاتی که موضوع قرارداد اموال عمومی باشد، با محدودیت‌های اصل ۱۳۹ قانون اساسی مواجه می‌گردد. در این راستا مقررات فیدیک نمونه بین‌المللی شرایط عمومی پیمان است که هدف آن یکسان سازی قراردادهای ساخت و ساز بوده که طرفین در انتخاب آن مخیر هستند. لذا در این پژوهش به مقایسه ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان با روش‌های حل و فصل اختلافات قرارداد فیدیک می‌پردازیم.

واژگان کلیدی: داوری، پیمان، فیدیک، کارفرما، قرارداد.

^۱ * نویسنده مسئول Email: t.khalili1363@gmail.com

^۲ Email: dr.a.shamshiri@iaau.ac.ir

مقدمه

امروزه روش‌های حل جایگزین حل اختلاف برای رفع اختلافات از روش‌های غیر دادخواهی چون سازش، میانجیگری، مذاکره و داوری است که البته داوری جزء گسترده‌ترین روش جایگزین حل و فصل نزاعات در اختلافات تجاری علی‌الخصوص در مرزهای داخلی است. برای تحقق داوری طرفینی که اهلیت دارند باید بر این داوری توافق نموده و یا اینکه موضوع قابلیت ارجاع به داوری را داشته باشد. یکی از مهم‌ترین سازمان‌های جهانی کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (آنسیترال) است که در ۱۷ دسامبر ۱۹۶۶ توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد با هدف یکسان سازی و نوسازی حقوق تجارت بین‌الملل به دو روش قانون‌گذاری و غیر قانون‌گذاری می‌باشد. یکی دیگر از این سازمان‌های جهانی فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور معروف به فیدیک است که توسط سه انجمن مهندسان مشاور در اروپا تأسیس شد. پیمان یکی از مهم‌ترین قراردادهای دولتی است که یکی از طرفین این قرارداد یک ارگان دولتی است و طرف دیگر آن اشخاص خصوصی می‌باشند. نهاد داوری یکی از نهادهای حل و فصل اختلافات می‌باشد. شرایط عمومی پیمان جدید در سال ۱۳۷۸ به‌جهت ساماندهی و مشخص نمودن قواعد حاکم بر روابط بین کارفرمای دولتی و پیمانکار توسط سازمان برنامه و بودجه ابلاغ گردید. از اهم روابط مسائل مذکور، تصویب موضوع حل اختلاف ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان می‌باشد. کاهش هزینه‌ها و رعایت اصل سرعت در دادرسی و بهتر شدن روش‌های حل اختلافات پیمانکار و کارفرما مقصود اصلی شرایط عمومی پیمان در قراردادهای پیمانکاری دولتی بوده است، اما متأسفانه با محدودیت‌هایی که اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی در امر داوری اختلافاتی که موضوع آن اموال عمومی است به مقصود خویش نائل نگردیده است. لذا دچار ابهاماتی در روند رسیدگی و نداشتن فرجه مناسبی برای حل اختلافات، بیم و تردید در بی‌طرفی داور موجب گردیده پیمانکاران و کارفرمایان گرایشی به حل اختلاف مطابق شرایط عمومی پیمان نداشته باشند. آنچه از استقبال کارفرما و پیمانکاران در تنظیم قراردادهای پیمانکاری دنیا ملاحظه می‌شود، گرایش این گروه به استفاده از مقررات و روش‌های حل و فصل اختلافات فیدیک در تنظیم قراردادهایشان است و بر این شدیم که در پژوهش پیش‌رو به مقایسه ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان با روش‌های حل و فصل اختلافات فیدیک می‌پردازیم.

۱- مفهوم و ماهیت قرارداد پیمان عمومی (دولتی)

پیمان یا مقاطعه قراردادی است که طبق مفاد شرایط عمومی پیمان تهیه شده توسط سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی فی مابین یک ارگان یا دستگاه دولتی بعنوان کارفرما و شخص یا اشخاص خصوصی اعم از حقیقی و حقوقی یا عمومی با موضوع انجام پروژه‌های عمرانی با تعیین مدت معین در ازای دریافت اجرت معلوم، منعقد می‌گردد.^۱ قراردادهای اداری را به دو دسته تقسیم می‌شوند:

^۱ انصاری، ۱۳۸۰، ص ۳۸

(۱) قراردادهای اداری به معنای عام (۲) قراردادهای اداری به معنای خاص

قراردادهای اداری عام قراردادهایی است که ادارات، سازمان، مؤسسات دولتی با هدف اعمال حقوقی دوجانبه منعقد می‌کنند، که قاعده‌تاً این قراردادها تابع قوانین و قواعد کلی حقوق مدنی هستند، و گاهی نیز با توجه به شرایط و اوضاع احوال مقررات قانون تجارت بآنها جاری می‌گردد. مانند اجاره یا رهن املاک و مستغلات اداری، که همانطور که در فوق گفته شد قراردادهایی که در مقام تصدی‌گری برای رفع نیازات اداره انعقاد می‌نمایند که معاملات را «قراردادهای خصوصی دولت» نیز می‌نامند.^۱

قراردادهای اداری به معنای خاص قراردادهایی است که ماهیتاً در قالب عقود نامعین انعقاد می‌گردند و تأسیسات حقوقی جدید می‌باشند که تابع مقررات حقوق اداری‌اند که قراردادهای مقاطعه کاری یا همان پیمانکاری دولتی یکی از بارزترین مصداق این نوع قراردادهاست. نکته لازم به ذکر و مهم این است که تأسیس حقوق اداری در ایران به تأسی از حقوق فرانسه است. در حقوق فرانسه یکی از معیارهای تفکیک قراردادهای اداری از قراردادهای عادی، مرجع صالح برای رسیدگی به دعاوی ناشی از آنها می‌باشد.^۲ این نوع از قرارداد پیمانکاری (اداری به معنای خاص) بین نماینده دولت بعنوان کارفرما و شخص حقیقی یا حقوقی بعنوان پیمانکار تنظیم و امضا می‌گردد و شخص ثالثی بعنوان مهندس مشاور که نظارت فنی بر موضوع قرارداد را بر عهده دارد. با توجه به گسترش روز افزون و حجم پروژه‌های دولتی، به موجب ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه مصوب سال ۱۳۵۱، اصول کلی و شرایط عمومی قراردادهای مربوط به طرح‌های عمرانی توسط سازمان برنامه و بودجه و تهیه دستورالعمل اجرائی مصوبه مذکور را تحت قالب دفترچه «شرایط عمومی پیمان» که شبیه قراردادهای الحاقی باشد، به دستگاه‌های اجرائی ابلاغ شده و دستگاه‌های اجرائی در تنظیم قراردادها موظف به رعایت مفاد آن می‌باشند. در ارتباط با پیمانکاری دولتی و لزوم و یا جواز آن عده‌ای معتقدند بدلیل عدم تصریح قانون‌گذار به جایز بودن این قراردادها بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی فی‌مابین طرفین قرارداد لازم می‌باشد و طرفین حق فسخ جز در موارد قانونی را ندارند. اما برخی معتقدند که طبق ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان کارفرما که دولت است می‌تواند قبل از پایان موضوع پیمان بنا به صلاحدید خود تصمیم به خاتمه دادن پیمان بگیرد حتی اگر پیمانکار مرتکب هیچ تقصیری نشده باشد. بنابراین قرارداد پیمانکاری نسبت به کارفرما جایز و نسبت به پیمانکار لازم است. عده‌ای از حقوقدانان معتقدند که این اختیاری که ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان به کارفرما داده نافی اصل لزوم پیمان نمی‌باشد، زیرا اگر کارفرما این حق خود را اعمال نماید مکلف است خسارات وارده به پیمانکار را جبران نماید. البته در ماده ۴۸ کارفرما در هر مرحله‌ای بنا بر صلاحدید خود می‌تواند قرارداد را رأساً خاتمه بدهد. چنین حقی که به نوعی فسخ یک طرفه تلقی می‌گردد، مختص کارفرما است. البته لازم به ذکر است که فسخ یک جانبه در قرارداد منطبق بر هیچ یک از فسخ‌های مذکور در قانون مدنی که مختص به عقود لازم است،

^۱ صیدی، محمد جواد؛ مظهری، حسین، ص ۶

^۲ امامی، محمد؛ استوار سنگری، کوروش، ص ۱۱۵-۱۱۶

نمی‌باشد، زیرا اگر بخواهیم فسخ یکجانبه مذکور در ماده ۴۶ و ۴۸ را خيار شرط بگیریم بدلیل مشخص نبودن مدت این بیع غرری بوده و به استناد ماده ۴۰۱ قانون مدنی مشمول بیع غرری شده فلذا شرط و عقد هر دو باطل است. بنابراین فسخ یکجانبه مذکور در ماده ۴۶ و ۴۸ شرایط عمومی پیمان خيار شرط نمی‌باشد. اگر این نوع فسخ را خيار تخلف از شرط لحاظ کنیم باز هم ممکن نیست چون در جایی از ماده ۴۸ آمده حتی کافرما می‌تواند بدون اینکه پیمانکار تقصیری مرتکب شود به صلاح دید خود پیمان را خاتمه دهد. پس مشمول خيار تخلف از شرط نیز نمی‌گردد. این نوع قراردادهای از قانون مدنی منفک بوده تابع نظامات خاص خود می‌باشد. در نتیجه باتوجه به مادتين ۴۶ و ۴۸ شرایط عمومی پیمان لحاظ حق فسخ یک طرفه پیمان توسط کارفرما ماهیت این نوع قراردادهای را لازم - جایز کرده است. مانند عقد رهن. پس فسخ یک جانبه در مواد مذکور صرفاً خاتمه پیمان است و این نوع قرارداد از جانب کارفرما جایز و از جانب پیمانکار لازم است. قابل توجه است که با دادن چنین اختیاری به کارفرما جهت خاتمه پیمان در واقع منافع عمومی برابری را به طور یکسان برای طرفین قرار داد تأمین نکرده و آزادی طرف خصوصی قرار داد را محدود می‌نماید.

قابل توجه است که در تعهدات و عقود جایز عقد به موت و جنون و سفسه متعهد یا متعهدله منفسخ می‌گردد. (ماده ۹۵۴ قانون مدنی) اما قراردادهای پیمانکاری که یک طرف (کارفرما) آن دولت است با موت کارفرما منفسخ نشده و پیمانکار موظف به انجام موضوع پیمان است.

۲- قرارداد فیدیک

قراردادهای فیدیک از قراردادهای بین‌المللی ساخت و ساز در جهان است. در واقع قراردادهای فیدیک متنی از پیش تعیین شده می‌باشند که حدود تعهدات طرفین و ضمانت اجرای آن و قانون حاکم بر نحوه حل و فصل اختلافات در آن پیش‌بینی شده، که قابلیت استفاده در موارد مشابه را دارد، و طرفین با لحاظ کردن این قراردادهای در قرارداد خویش در آن دخل و تصرف نموده و آن را برای خویش (طرفین) شخصی سازی می‌کنند.

فیدیک در سال ۱۹۱۳ در لوزان سوئیس، توسط سه انجمن مهندس مشاور از سه کشور بلژیک، فرانسه و سوئیس تأسیس شد. نام فیدیک برگرفته از سر واژه‌های عبارت (International Federation of Consulting Engineers) است که معادل فارسی آن ((فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور)) می‌باشد. اعضای فعلی فیدیک متعلق به بیش از ۶۰ کشور در جهان از جمله ایران است.

این مرکز خدمات گوناگونی به جامعه مهندسان مشاور در سطح جهان ارائه می‌کند که تهیه شرایط عمومی و قراردادهای استاندارد در زمینه ساخت و سازهای عمرانی و ساخت کارخانجات مکانیکی و الکترونیکی، ارائه خدمات مهندسی مشاور و امثال آن از جمله فعالیت‌های برجسته این سازمان می‌باشد.^۱ هدف از تأسیس ((فیدیک)) به عنوان یک سازمان حرفه‌ای، توسعه حرفه مشاوره

^۱ شیروی، عبدالحسین، ص ۸۱

بین‌المللی و تطبیق آن با نیازهایی که متغیر است. قراردادهای فیدیک بیش از ۵۰ سال توسط متخصصان صنعت اصلاح و توسعه داده شد. مجموعه فیدیک الگوهای قراردادی را ارائه می‌دهد که در سراسر جهان قابل اعتماد است. فدراسیون بین‌المللی ساختمان، فدراسیون بین‌المللی انجمن پیمانکاران آسیا و اقیانوسیه غربی، فدراسیون بین‌المللی آمریکا صنعت ساختمان، پیمان کاران عمومی وابسته آمریکا، بانک‌های توسعه چند جانبه و بسیاری دیگر از سازمان و انجمن بین‌المللی معتبر در زمینه صنعت ساخت و ساز و مهندسی قراردادهای فیدیک را تصویب کرده‌اند.

ساختار سازمانی و تشکیلات فیدیک ۱۲ کمیته وجود دارد که مهم‌ترین آنها عبارتند از:

۱. مجمع عمومی (با حضور ۲ تا ۶ نماینده از هر عضو)
۲. هیأت رئیسه (با ۹ عضو که معمولاً یک رئیس دارد که برای مدت ۲ سال انتخاب می‌شود)
۳. دبیرخانه شامل ۹ نفر پرسنل که توسط مدیرعامل اداره می‌شود.
۴. کمیته‌ها که کمیته اجرائی، کمیته قراردادهای، کمیته مدیریت ریسک، کمیته توسعه پایدار و کمیته ارزیابی داوران را می‌توان نام برد.
۵. کارگروه‌ها

فیدیک در راستای دستیابی به اهداف خود، نمونه‌های استاندارد قراردادهای مرتبط با انواع پیمان‌ها، فعالیت‌های مشاوره، نمایندگی و فعالیت‌های مبتنی بر سرمایه‌گذاری مشترک را منتشر می‌نماید. همچنین فیدیک به صورت سالیانه کنفرانس جهانی مهندسان مشاور فیدیک را برگزار می‌کند. مهم‌ترین شرایط عمومی و قراردادهای استاندارد فیدیک عبارتند از:

۱. شرایط قراردادهای ساخت (کتاب قرمز)، این نمونه قرارداد برای مواقعی مناسب است که کارفرما خود یا از طریق مشاور طراحی و مهندسی، تأسیساتی انجام داده و تمایل دارد که ساخت آن تأسیسات را بر اساس طراحی انجام شده به یک پیمانکار واگذار نماید.
۲. شرایط قراردادهای مربوط به کارخانه و طراحی (کتاب زرد)، این نمونه قرارداد برای مواقعی مناسب است که کارفرما طراحی و مهندسی و همچنین ساخت یک کارخانه مکانیکی یا الکترونیکی را یکجا به پیمانکاری واگذار کند. در این قراردادهای، تجهیزات مورد نیاز توسط کارفرما تأمین می‌گردد.

۳. شرایط قراردادهای ای پی سی / کلید در دست (کتاب نقره‌ای)، این نمونه قرارداد برای مواقعی مناسب است که کارفرما طراحی و مهندسی، تأمین کالاها و تجهیزات مورد نیاز و همچنین ساخت یک کارخانه یا تأسیساتی را به‌طور یکجا به پیمانکار واگذار می‌کند. در این نمونه، پیمانکار مسئولیت کل کار را به عهده می‌گیرد و کارخانه یا تأسیسات مورد نظر را آماده بهره‌برداری به کارفرما تحویل می‌دهد. مسئولیت هرگونه اشکال در طراحی، تأمین تجهیزات و ساخت به عهده پیمانکار می‌باشد.

۴. نمونه قرارداد مختصر (کتاب سبز)، این نمونه قرارداد برای مواقعی توصیه می‌شود که کار مهندسی و ساخت نسبتاً ارزش کمی دارد و نیازی به یک قرارداد خیلی مفصل نیست. این نمونه قرارداد برای قراردادهای با ارزش‌تری نیز مناسب است که موضوع آن فعالیت ساده و معمول

۴۹ چالش‌های نظام حل اختلاف موضوع ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان و مقایسه آن با مقررات فیدیک (طیبه خلیلی، علیرضا شمشیری)

است. هرچند این قرارداد عمدتاً در جایی مطرح می‌شود که مهندسی و طراحی توسط کارفرما یا نماینده او انجام شده است، می‌توان از این نوع قرارداد برای مواردی نیز که مهندسی و طراحی توسط پیمانکار انجام می‌شود، استفاده کرد.^۱ شرایط عمومی پیمان قرابت موضوعی با کتاب قرمز فیدیک که با موضوعیت پروژه‌های ساخت است، دارد.

۳- داوری در پیمان و فیدیک

در اکثر قراردادهای بین‌المللی از جمله فیدیک شرط داوری یکی از مواد و شروط ضمن قرارداد است، زیرا با ویژگی‌های خاصی که در داوری وجود دارد طرفین قرارداد بهتر می‌توانند حقوق خود را حفظ کنند. طبق توافقی که طرفین ضمن قرارداد می‌کنند، صلاحیت داور را رقم می‌زنند به عبارت دیگر طرفین با رضایت و توافق خود از منظر اصل حاکمیت اراده به داور صلاحیت رسیدگی می‌دهند و اولین و مهم‌ترین اثر این توافق، سلب صلاحیت محاکم دادگستری است. سازو کار حل و فصل اختلافات در قراردادهای فیدیک و داوری در آنها مبتنی بر موارد زیر است:

- الف) مهندس، کسی که نماینده کارفرما است و پروژه ساخت و ساز را مدیریت می‌کند.
- ب) تصمیم مهندس می‌تواند توسط هیأت رسیدگی به اختلافات تجدیدنظر شود که یک هیأت مستقل از یک یا سه کارشناس ساخت و ساز است که تصمیم خود را صادر می‌کنند.
- ج) طرفین باید برای حل و فصل دوستانه اختلاف خود تلاش کنند.
- د) سرانجام، آخرین راه حل برای حل و فصل اختلاف با الزام داوری یا دادگاه ملی است، بسته به توافق طرفین در شرایط خاص. نکته حائز اهمیت این است که در ویرایش نهایی فیدیک سال ۲۰۱۷، با اتخاذ رویکرد پیشگیرانه در اختلافات، رسیدگی به اختلافات سریعتر خواهد شد. حل و فصل اختلافات من جمله داوری در شرایط عمومی پیمان نیز طبق بندهای ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان مقرر گردیده است.

۳-۱- داوری در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان

شرایط عمومی پیمان در قراردادهای پیمانکاری دولتی مانند یک قرارداد الحاقی الزامی است. شرط داوری ضمن قرارداد پیمانکاری که یک عقد اصلی است در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان ذکر گردیده است.

ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان، از مهم‌ترین نهادهای داوری است که در قراردادهای اداری در نظر گرفته شده است. با توجه به متن ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان ملاحظه می‌گردد که سه مرجع جهت رسیدگی به اختلافات طرفین قرارداد پیمانکاری در نظر گرفته شده است که عبارتند از:

۱. سازمان برنامه و بودجه

۲. کارشناس یا هیأت کارشناسان (مرضی الطرفین)

۳. شورای عالی فنی

^۱ شیروی، عبدالحسین، ص ۸۲

همانطور که در متن فوق ملاحظه فرمودید علاوه بر داوری به دو روش حل اختلاف دیگر نیز اشاره شده است، که عبارتند از:

۱. استعلام از رئیس سازمان مربوط بند اول بخش الف؛
۲. ارجاع به کارشناسی بند دوم بخش الف که دو شیوه اختیاری بوده و طرفین الزامی به پذیرفتن آن ندارند.

زیرا طبق بند (ب) همان ماده در صورت عدم پذیرش مطابق بند (ج) عمل می‌شود و اختلاف به داوری ارجاع می‌گردد.^۱ البته لازم به ذکر است که در قراردادهای پیمانکاری دولتی مفاد شرایط عمومی پیمان از سوی کارفرما دولتی به پیمانکار به صورت یک طرفه ارائه شده و پیمانکار چاره‌ای جز پذیرفتن آن ندارد و هیچ گونه اختیاری در انتخاب شرایط داوری و حتی شخص داور ندارد. بنابراین اصل انصاف و بی‌طرفی در این چنین قراردادهایی رعایت نمی‌گردد. هدف و فلسفه از تأسیس روش‌های جایگزین حل اختلاف، هزینه کم و سرعت در رسیدگی است. در صورتی که در بند «ج» ماده ۵۳ شرایط مقرر داشته در صورت محقق نشدن حل و فصل اختلافات به روش مسالمت آمیز مقرر در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان می‌توانند در صورت موافقت ریاست سازمان موضوع را به داوری شورای عالی فنی ارجاع دهند و این مسیر نه تنها به اصل سرعت خدشه وارد نموده، بلکه هزینه‌های بیشتری بر طرفین تحمیل می‌گردد. یکی از مسائلی که محل نزاع در پیمان می‌باشد اختلاف برداشت از متون بخشنامه‌ها که دولت به استناد ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه تصویب و ابلاغ برای قراردادهای دارد، می‌باشد. بعنوان مثال ممکن است یک طرف برای تأمین منافع بیشتر متن بخش نامه مربوطه را به نفع خود و به ضرر طرف دیگر قرارداد تفسیر نماید. گاهی سازمان برنامه بودجه اقدام به نظریه تفسیری در خصوص بخش نامه صادر می‌کند.^۲ پذیرش این نظریه تفسیری برای طرفین به استناد متن ماده ۵۳ الزام آور نیست در صورتی که آراء داوری قاعدتاً الزام آورند. نکته دیگر اینکه نهادی که تصویب بخشنامه و تفسیر آن را برعهده دارد دولت است که یکی از طرفین قرارداد پیمانکاری محسوب می‌شود. این نگرانی است که اصل تساوی رعایت نگشته و تفسیر به نفع خویش نماید در حالی که لازم و ضروری است طرفین در قرارداد در شرایط مساوی قرار بگیرند. اصل تساوی یکی از اصول مهم و بنیادین قرار دادهای تجاری است. کارفرما و پیمانکار می‌توانند طبق قسمت دوم بند الف ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان بر حل و فصل اختلاف مسالمت‌آمیز توافق نمایند و مورد اختلاف را به کارشناس یا هیأت کارشناسی منتخب دو طرف واگذار کنند و طرفین طبق نظر کارشناس یا هیأت کارشناسی عمل می‌نمایند. الزام آور بودن نظر کارشناس بستگی به توافق طرفین اختلاف دارد زیرا بنا به نص صریح ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان طرفین اختلاف هم در تعیین کارشناس و هم عمل به تصمیم اتخاذ

^۱ مرادی، میثم، ص ۱۰

^۲ بند ۱ بخش الف ماده ۵۳: «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 دوطرف طبق نظری که از سوی سازمان برنامه و بودجه (بعنوان مرجع صدور بخشنامه) اعلام می‌شود، عمل می‌کنند.»

۵۱ چالش‌های نظام حل اختلاف موضوع ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان و مقایسه آن با مقررات فیدیک (طیبه خلیلی، علیرضا شمشیری)

شده توسط کارشناس کاملاً مختار می‌باشند. در مورد حل اختلاف از طریق داوری باتوجه به تصریح ماده ۵۳ طرفین حق ارجاع مستقیم مورد اختلاف به داوری را ندارد و اگر یکی از طرفین متقاضی ارجاع اختلاف به داوری باشد باید خواسته خود را به رئیس سازمان برنامه و بودجه (معاون طرح و برنامه‌ریزی رئیس جمهور) بدهد و پس از موافقت ایشان موضوع متنازع فیه به داوری ارجاع می‌گردد. طبق قواعد عمومی باب هفتم قانون آیین دادرسی مدنی پیرامون داوری طرفین داور خود را انتخاب می‌نمایند. اما طبق ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان طرفین داور خویش انتخاب نکرده بلکه پس از موافقت رئیس سازمان با ارجاع اختلاف به داوری، شورای عالی سازمان مدیریت داور می‌باشد.^۱ در شرایط عمومی پیمان طرفین در ارجاع اختلاف به داوری مختار می‌باشند در حالی در قراردادهای پیمان کار دنیا (فیدیک) ارجاع به داوری بعنوان راه حل نهایی الزامی است. نکته حائز اهمیت دیگر این است که برای ارجاع موضوع حل اختلاف به داوری طبق ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان نیاز به توافق طرفین نمی‌باشد بلکه یکی از طرفین تقاضای خود را به سازمان برنامه بودجه ارائه داده و در صورت تأیید رئیس سازمان برنامه و بودجه حل اختلاف به شورای عالی فنی بعنوان داور ارجاع می‌گردد. لازم به ذکر است تصریحی در ماده ۵۳ مبنی بر لازم الاتباع بودن رأی شورای عالی فنی (داور) نمی‌باشد. البته مستند به ماده ۴۸۰ قانون آیین دادرسی مدنی بعنوان یک قاعده عام در داوری، رأی داور برای طرفین اختلاف لازم الاتباع بوده و ملزم به اجرای رأی داور می‌باشد، مگر در موارد ابطال محصور شده که در ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی ذکر شده است.

۳-۱-۱- داوری در ماده ۵۳ و محدودیت‌های اصل ۱۳۹ قانون اساسی

در قراردادهای پیمانکاری دولتی که دولت یک طرف قرارداد می‌باشد، بسته به موضوع قرارداد (اموال عمومی)، با محدودیت‌های اصل ۱۳۹ قانون اساسی مواجه است. در واقع بر اساس این اصل حقوق عمومی و جامعه برای دولت چنین محدودیت‌هایی را به وجود می‌آورد. تعیین ضوابط برای دولت امری منطقی و ضروری است. در کشورهای مختلف این ضابطه‌ها متفاوت‌اند. بعضی در قوانین عادی و توسط مجلس پیش‌بینی می‌شوند. برخی هم مانند ایران در اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی محدودیت‌هایی در صلح دعاوی و داوری که موضوعات آن اموال عمومی و دولتی است برای نمایندگان دولت قائل می‌باشند.^۲ قانون‌گذار در مورد ارجاع دعاوی و اختلافات با موضوع اموال عمومی و دولتی به داوری قواعد آمره اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی را مقرر داشته است.

^۱ تبصره ۱ ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان: چنانچه رئیس سازمان یاد شده با تقاضای مورد اشاره موافقت نمود، مرجع حل اختلاف شورای عالی فنی است.

^۲ هادی، سالار، مقاله بررسی نهاد داوری در قراردادهای پیمانکاری موضوع شرایط عمومی پیمان ماده ۵۳، ص ۲۳

اصل ۱۳۹ قانون اساسی:

«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 دعا خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند.»

فلسفه وضع اصل ۱۳۹ این است که خبرگان با نهاد داوری مخالفتی ندارند بلکه نسبت به عملکرد مسئولین دولتی در زمینه ارجاع به داوری خوش بین نمی‌باشند و بیم تضییع اموال عمومی و دولتی را دارند. نگرانی خبرگان این است که مصالح کشور در انعقاد قرارداد داوری رعایت نگردد و اینکه در جایی که دادگاه‌های کشور می‌توانند دعا را رسیدگی نمایند، چرا ارجاع به داوری گردد.^۱

اصل ۱۳۹ قانون اساسی دارای دو موضوع است: صلح دعاوی و ارجاع به داوری. موافقت‌نامه داوری چه به صورت قرارداد داوری باشد و چه به صورت شرط ضمن عقد، باید دارای شرایطی باشد که عبارت است از: اهلیت طرفین موافقت‌نامه داوری و قابلیت ارجاع اختلاف موضوع موافقت‌نامه داوری تمامی استدلال‌ها بر این است که در برخی اختلافات منفعت‌هایی است که از نظر داوران ممکن است دور بماند یا دربرخی موارد ممکن است یکی از طرفین از قدرت بیشتری برخوردار باشد، بنابراین قوانین ناظر به روابط طرفین، جهت حمایت از طرف ضعیفتر این موضوعات را قابلیت ارجاع به داوری را نمی‌داند مانند نکاح، قیمومت، ارجاع دعاوی تصرف، دعاوی مربوط کارگر و کارفرما اگرچه که طرفین ((...اهلیت اقامه دعا دارند...)) (ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی) ولی موضوع آن قابل ارجاع به داوری نیست بدلیل حساسیت موضوع. حال سؤالی که مطرح می‌گردد این است که این اصل ناظر به اهلیت است یا قابلیت ارجاع؟ اگر این اصل پیرامون شخص و طرف معامله مقرر می‌شد، ناظر به اهلیت می‌بود. منتها این اصل ناظر بر موضوع است که موضوع آن (اموال عمومی و دولتی) است. لذا این اصل ناظر به قابلیت ارجاع یا عدم ارجاع به داوری است. بعنوان مثال در رویه قضایی محاکم در دادنامه‌ای انشاء کرده است:^۲ «از لحاظ منطقی فقط دعاوی راجع به اموال عمومی‌اند که قابلیت ارجاع به داوری را ندارند اموال عمومی در معنای خاص به اموالی گفته می‌شود که ملک عموم مردم بوده، اصل بر عدم امکان واگذاری آن است و اختصاص به اعمال حاکمیتی دارد. از سویی به نظر می‌رسد که مقصود قانون‌گذار در قانون اساسی از اموال دولتی که در ردیف اموال عمومی قرارداده است اموال دولتی باشد که برای مصارف و مصالح عمومی اختصاص داده شده است و ناظر به آن دسته اموال دولتی است که انتقال آن‌ها مطابق

^۱ کاویانی، کورش، ص ۸

^۲ نیکبخت، حمیدرضا؛ همتی کلوانی، احمد، ص ۲۲

۵۳ چالش‌های نظام حل اختلاف موضوع ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان و مقایسه آن با مقررات فیدیک (طیبه خلیلی، علیرضا شمشیری)

قوانین امکان پذیر نمی‌باشد»^۱. بنابراین با توجه به اینکه اصل ۱۳۹ قانون اساسی ناظر به موضوع است، بحث قابلیت ارجاع یا عدم ارجاع موضوع به داوری مطرح می‌گردد.^۲

کسب مجوزهای مندرج در اصل ۱۳۹ قانون اساسی چه زمانی باید باشد؟

پیش از حدوث اختلاف و ارجاع آن به داوری یا پس حدوث اختلاف؟ آیا همزمان با انعقاد قرارداد یا موافقت‌نامه داوری باید کسب مجوز نمایند یا پس از انعقاد قرارداد یا موافقت‌نامه داوری و حدوث اختلاف و قبل از ارجاع به داوری است باید این مجوزها اخذ شود؟ مرجع رسمی تفسیر قانون اساسی در تفاسیری که نسبت به اصل ۱۳۹ قانون اساسی داشته اخذ این مجوزها در زمان انعقاد قرارداد یا موافقت‌نامه داوری را لازم ندانسته زیرا منطقی نیست از طرفی به مسئولین مربوطه اختیار بدهیم از سوئی نیز با ایجاد محدودیت‌هایی و گذاشتن شروطی این اختیار را سلب نماییم و این با منطق تجارت بین‌الملل و اصل سرعت در آن نیز همگرایی ندارد. بنابراین شورای نگهبان بعنوان مرجع تفسیر قانون اساسی صرف درج رعایت الزامات مربوطه را کافی می‌داند و باید در زمان اختلاف مجوز مربوطه کسب به مثابه موضوع آن اخذ گردد. متأسفانه آرائی از دیوان عدالت اداری صادر شده که اخذ مجوز را مقارن با زمان انعقاد قرارداد یا موافقت‌نامه داوری دانسته و در پی آن مصوبه مربوطه ابطال گردیده است. مانند رأی شماره‌های ۱۳۹-۱۳۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری. این نظر مخالف تفسیر صریح تنها مرجع صالح تفسیر قانون اساسی شورای نگهبان می‌باشد. چنین استدلال و تفسیر مضیقی مانع بزرگی برای سرمایه‌گذاری و توسعه عوامل سرمایه‌گذاری است. نکته مهم این است که قاعده بین‌المللی وجود دارد که هر شرط داوری که میان یک دولت و یا سازمان دولتی و یک شخص بیگانه حقوقی یا حقیقی منعقد می‌شود معتبر است. بدون آنکه لازم باشد برای تعیین صحت شرط به قانون ملی خاصی رجوع کرد. (منبع از ماده ۴۶ کنوانسیون وین مصوب ۱۹۶۹). یکی از این موارد و نمونه‌های عملی مطرح در مراجع داوری داخلی و بین‌المللی در خصوص اصل ۱۳۹ قانون اساسی بحث حل اختلاف در داوری مطروحه در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان می‌باشد. آیا بدون تصویب هیأت وزیران برابر اصل ۱۳۹ قانون اساسی داوری صحیح است؟ براساس مصوبه هیأت وزیران، اختیار مقرر در اصل ۱۳۹ قانون اساسی به معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهور تفویض شده است. سؤال این است آیا احکام و تکالیف هیأت وزیران که در قانون اساسی مندرج است به سایر افراد قابل تفویض است؟

اصل ۱۲۷ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «رئیس جمهور می‌تواند در موارد خاص، بر حسب ضرورت با تصویب هیأت وزیران نماینده، یا نمایندگان ویژه با اختیارات مشخص تعیین نماید. در این موارد تصمیمات نماینده یا نمایندگان مذکور در حکم تصمیمات رئیس جمهور و هیأت وزیران خواهد بود» بنابراین اصل تصمیم هیأت وزیران صحیح است و قابلیت تفویض به فرد دیگری را دارد. در

^۱ دادنامه شماره ۹۷/۱۴/۰۲۲۲ مورخ ۹۷/۲/۳۱ شعبه ۱۴ محاکم حقوقی تهران، منتشر نشده، همچنین دادنامه شماره ۹۶/۲/۶۷۸ شعبه دوم دادگاه تجدید نظر استان کردستان، اصل ۱۳۹ قانون اساسی را منصرف از اعمال تصدی‌گری دولت دانسته‌اند

^۲ جزوه درس داوری دکتر عبدالحین صفایی. کارشناسی ارشد دانشگاه تهران مرکزی

خصوص ماهیت شورای عالی فنی باید اینگونه گفت که بر فرض صحت تفویض اختیار به معاونت برنامه ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهوری چنین عملی، در قالب اصل ۱۳۹ قانون اساسی بوده و همانگونه که ماده ۵۳ از آن به داوری تعبیر نموده است و این ارجاع به داوری صحیح است. تفاوت اعمال حاکمیتی پیمانکاری دولتی و اعمال تصدی‌گری پیمانکاری دولتی در شمولیت اصل ۱۳۹ قانون اساسی.

نکته حائز اهمیت این است که بین اعمال حاکمیتی و تصدی‌گری دولت باید قائل به تفکیک شویم. در امور حاکمیتی رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی الزامی است. ولی در امور مربوط به تصدی‌گری دولت رعایت این اصل الزام‌آور نمی‌باشد. زیرا رعایت اصل حسن نیت یکی اصول بنیادی و کلی حقوق است.^۱ چنین تحلیلی در برخی از آراء صادره از دیوان داوری دیده می‌شود من جمله یکی از آراء داوری اتاق ایران چنین انشاء گردیده است: «هنگامی که دولت به منزله یک بازرگان و تاجر به امور تجاری دست می‌زند. از این رو نمی‌توان برای دولت نسبت به سایر تجار و بازرگانان امتیازاتی را در نظر گرفت و یا محدودیت‌هایی وضع کرد. به عنوان مثال در موردی که یکی از طرفین شرکت دولتی است برای حل اختلاف از طریق داوری نمی‌توان محدودیت کسب مجوز را لحاظ کرد زیرا این محدودیت در مورد اموالی است که برای اعمال حاکمیت دولت می‌باشند و فقط در صورتی که اموال دولتی و عمومی‌باشد ارجاع اختلافات راجع به این اموال به داوری منوط به رعایت تشریفات اصل ۱۳۹ قانون اساسی است. در ادامه دیوان داوری در خصوص ایراد بعدی طرف دولتی به عدم رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی را بر خلاف اصل حسن نیت که یکی از اصول اساسی حقوق است، می‌داند».^۲ بنابراین در مورد قراردادهایی که دولت از باب تصدی‌گری منعقد می‌کند قواعد عام قانون مدنی و در جاهایی که شرایط و موضوع قرارداد اقتضاء کند، مقررات قانون تجارت جاری است. در یکی از آراء حتی با توجه به شمولیت اصل ۱۳۹ بر مبنای حسن نیت چنین تقریر می‌کند: «ایراد خوانده در حال حاضر برخلاف اقتضای حسن نیت در روابط قراردادی است زیرا که در هر حال مخاطب حکم اصل ۱۳۹ قانون اساسی، دستگاه‌ها و نهادهای عمومی و دولتی هستند و چنانچه این دستگاه‌ها در روابط قراردادی خود دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی را به داوری ارجاع دهند حداقل رعایت حسن نیت آن است که این افراد نسبت به اخذ مجوز اقدام نمایند و در صورت عدم صدور مجوز، متمسک به ایراد مذکور شوند در شرایطی که هیچ گونه امکان قانونی برای اخذ مجوز اصل ۱۳۹ توسط طرف قرارداد وجود ندارد طرح این ایراد در برابر وی منصفانه نیست».^۳ لذا جمیع موارد ذکر شده در فوق بدین نتیجه می‌رسیم که شورای نگهبان طی نظریه مشورتی و استفساریه‌ای حدود و ثغور این اصل را مشخص نماید تا باب تفسیرهای متفاوت و اختلافی و آراء متفاوت بسته گردد.

^۱ نیک بخت، حمیدرضا؛ همتی کلوانی، احمد، ص ۲۰-۲۱

^۲ رأی شماره ۳۶/۹۳/۱۸/۳۴۸ مورخ ۱۳۹۳/۱۱/۶ ص ۲۱-۴۱

^۳ رأی شماره ۳۶/۵/۹۳/۳۲/۳۹۸ مورخ ۱۳۹۵/۴/۲۱ ص ۳۱۰-۳۴۶

۵۵ چالش‌های نظام حل اختلاف موضوع ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان و مقایسه آن با مقررات فیدیک (طیبه خلیلی، علیرضا شمشیری)

۳-۱-۲- زوال داورى در قرارداد پیمانکاری

پایان مدت داورى:

ماده ۴۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد: «در هر مورد که داورى تعیین می‌شود باید موضوع و مدت داورى و نیز مشخصات طرفین و داور یا داوران به طورى که رافع اشتباه باشد، تعیین گردد...»

داور یا داوران مکلفند در مدت تعیین شده توسط طرفین اقدام به حل و فصل اختلاف و صدور رأی نمایند و اگر مدت توسط طرفین معین نشده باشد، مستند به تبصره ماده ۴۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی، مدت داورى سه ماه تلقی می‌گردد. شروع این مدت زمان ارجاع موضوع داورى به داوران می‌باشد.^۱ تراضی طرفین:

مستند به ماده ۴۷۲ قانون آیین دادرسی مدنی: «بعد از تعیین داور یا داوران، طرفین حق عزل آنان را ندارند مگر با تراضی» ماده فوق درمورد قراردادهای پیمان کاری خصوصی جاری است. اما در مورد پیمان‌های دولتی چون شرط داورى ضمن عقد لازمی انشاء می‌گردد، لزوم خویش را از عقد اصلی که طبق مفاد شرایط عمومی پیمان منعقد شده، کسب می‌کند. با توجه به مفاد مواد شرایط عمومی پیمان دولت بعنوان کارفرما و نهاد عمومی نمی‌تواند جهت الغای شرط داورى تراضی نماید و این از جنبه فرمانبرداری نشئت می‌گیرد. فوت یا حجر:

ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی مدنی چنین مقرر می‌دارد: «در موارد زیر داورى از بین می‌رود: با فوت یا حجر یکی از طرفین». اما در مورد پیمان‌های دولتی در مورد کارفرما که شخصیت حقوقی عمومی است و پیمانکارانی که شخص یا اشخاص حقوق خصوصی اند، بحث فوت و حجر منتفی است. فقط بند (الف) ماده ۴۶ شرایط عمومی مقرر کرده است، فوت یا حجر، یکی از موجبات خاتمه پیمان برای کارفرماست که به تبع خاتمه پیمان، شرط داورى نیز منتفی می‌گردد که این خود محل بحث است. از طرفی قواعد عام قانون آیین دادرسی مدنی، شرط داورى را مستقل از قرارداد نمی‌داند ولی قانون داورى تجاری بین‌الملل ایران مصوب سال ۱۳۷۶ شرط داورى را مستقل از قرارداد می‌داند.^۲

انقضاء مدت داورى

از دیگر موارد زوال داورى در پیمان خاتمه پیمان به صورت یک طرفه از سوی کارفرماست. (موضوع ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان) از آنجا که در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان مدت داورى

^۱ هریسی، اسماعیل، ۱۳۸۹، ص ۴۳۵

^۲ بند ۱ ماده ۱۶ قانون داورى تجاری بین‌الملل: (داور می‌تواند در مورد صلاحیت خود و همچنین درباره وجود و یا اعتبار موافقتنامه داورى اتخاذ تصمیم کند، شرط داورى که به صورت جزئی از یک قرارداد باشد از نظراجرای این قانون بعنوان موافقتنامه‌ای مستقل تلقی می‌شود، تصمیم داور در خصوص بطلان و ملغی الاثر بودن قرارداد فی نفسه به منزله عدم اعتبار شرط داورى مندرج در قرارداد نخواهد بود.

تعیین نگردیده است، طبق قواعد عمومی ماده ۴۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی عمل می‌گردد و مدت زمان دآوری ۳ ماه بوده و در صورت ارجاع اختلاف به شورای عالی فنی، این شورا موظف است ظرف ۳ ماه رسیدگی نموده و رأی خویش را صادر نماید. در غیر این صورت به جهت صلاحیت عام دادگستری اختلاف یا اختلافات در محاکم دادگستری رسیدگی می‌شود.^۱

۳-۱-۳- شورای عالی فنی

بر اساس ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱، سازمان برنامه و بودجه، پس از تصویب تهیه آیین نامه‌ای در جهت تعیین معیارها و استانداردها و همچنین اصول کلی و شرایط عمومی قراردادهای مربوط به طرح‌های عمرانی است که این آیین نامه توسط هیأت وزیران برای کلیه دستگاه‌های اجرایی لازم الاجراء خواهد بود؛ در راستای اجرای آیین نامه موضوع ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه و تصویبنامه «نظام فنی و اجرایی تاریخ طرح‌های عمرانی کشور» مصوب ۰۴/۰۴/۱۳۷۵ هیأت وزیران، موافقتنامه، شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمان، کارهای پیمانکاری و مقررات مربوط به آنها در تاریخ ۰۳/۰۳/۱۳۷۸ توسط رئیس سازمان برنامه و بودجه خطاب به دستگاه‌های اجرایی، مهندسان طرف‌ها مشاور و پیمانکاران ابلاغ گردید. بر اساس بند «ج» ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان؛ هرگاه در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان (بین‌دو طرف اختلاف نظر پیش آید، هریک از طرف‌ها می‌تواند درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به دآوری را به رئیس سازمان برنامه و بودجه ارائه نماید و بر اساس تبصره یک این بند نیز شورای عالی فنی در صورت موافقت رئیس سازمان برنامه و بودجه، به اختلاف رسیدگی خواهد نمود. بدین ترتیب یک صلاحیت جدید با ماهیتی متفاوت از صلاحیت‌های مذکور در لایحه قانونی راجع به اصلاح تبصره ۸۰ قانون بودجه سال ۱۳۵۶ برای شورای عالی فنی در نظر گرفته شد.^۲

الف. شورای عالی فنی بر اساس ماده ۵۳ صلاحیت رسیدگی به چه اختلافاتی را دارد:

- اختلافات در اجرا یا تفسیر

در بند «ج» ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان آمده است: «هرگاه در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان بین دو طرف اختلاف نظر پیش آید...» با توجه به اینکه صلاحیت دآوری شورای عالی فنی استثنایی است و به استناد اصل ۱۵۹ قانون اساسی اصل بر صلاحیت محاکم است. باید بند «ج» ماده ۵۳ را تفسیر مضیق نمود و به قدر متیقن اکتفاء کرد و صلاحیت دآوری شورای عالی فنی را محدود در اجرا و تفسیر مفاد پیمان دانست.

- اختلاف مربوط به طرح‌های عمرانی: ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه اعمال شرایط عمومی را در قراردادهایی که موضوع آن طرح‌های عمرانی است، الزامی دانسته است. البته منع قانونی بر پذیرش دآوری در غیر از طرح‌های عمرانی توسط سازمان برنامه و بودجه وجود ندارد.^۳

ب. ایرادات قانونی شرط داور موضوع ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان

^۱ زارعی، ۱۳۸۸، ص ۲۸

^۲ مقاله تحلیل ماهیت حقوقی شورای عالی فنی و نقدی بر وظایف آن، ص ۱۳-۱۷

^۳ مقاله تحلیل ماهیت حقوقی شورای عالی فنی و نقدی بر وظایف آن، ص ۱۸

۵۷ چالش‌های نظام حل اختلاف موضوع ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان و مقایسه آن با مقررات فیدیک (طیبه خلیلی، علیرضا شمشیری)

-مخالفت با قانون: شرایط عمومی پیمان را از دو بعد می‌توان بررسی کرد:

۱. اداری: این شرایط جزئی از دستور العمل لازم الاجرائی هستند که توسط رئیس سازمان برنامه و بودجه به دستگاه‌های اجرایی ذیربط ابلاغ می‌شود. این دستگاه‌ها موظفند که این شرایط را در قراردادهایی که موضوع آن طرح‌های عمرانی است، رعایت نمایند. ۲. قراردادی: شرایط عمومی پیمان نوعی شروط قراردادی است که طرفین با پذیرش آن، به صورت قراردادی ملتزم بدان می‌شوند. بنابراین شرایط عمومی پیمان از این بعد نوعی «قرارداد ارشادی» است که توسط سازمان برنامه و بودجه تدوین شده است و آزادی اراده طرفین را محدود نموده و آنها را ملزم به رعایت آن می‌نماید. با توجه به استثنایی بودن اختیار تعیین مقررات قراردادی لازم‌الاتباع و تحدید آزادی اراده طرفین توسط این سازمان، باید به قدر متیقن اکتفاء کرد. زیرا تعیین مرجع حل اختلاف خواه از نوع داوری باشد و خواه رسیدگی قضایی یک مسأله صرفاً قراردادی نیست و باید تجویز قانون داشته باشد مانند ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی توافق طرفین را جهت ارجاع به داوری پذیرفته است. بنابراین اعطای چنین اختیاری به سازمان برنامه و بودجه در تعیین مرجع صالح در حل اختلافات نیازمند تصریح قانون است. در این مورد سازمان از حدود اختیار قانونی خود تجاوز نموده و خود داور طرفین را انتخاب کرده (شورای عالی فنی) و به طرفین اختلاف تحمیل نموده است. از این رو دستورالعمل صادره به شماره ۸۴۲/۵۴ ۱۲ ۱۰۸۸/۱۰۲ مورخه ۰۳/۰۳/۱۳۷۸ مربوط به ابلاغ موافقتنامه، شرایط عمومی و خصوصی پیمان از بعد قانونی مستنداً به جزء الف بند ۱ ماده ۱۰ و بند ۱ ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ قابل ابطال در این دیوان است. اما از بعد قراردادی و مستند به مواد ۲۱۹ و ۲۲۳ قانون مدنی، این شروط صحیح بوده و با پذیرش طرفین قرارداد، نسبت به ایشان لازم‌الاتباع است.

-مخالفت با قانون اساسی: ایراد دیگر داوری توسط شورای عالی فنی، تعارض آن با اصل تفکیک قواست. اصل ۵۷ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران عبارتند از: قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضائیه که زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت بر طبق اصول آینده این قانون اعمال می‌گردند. این قوا مستقل از یکدیگرند.» سازمان برنامه و بودجه و پیرو آن شورای عالی فنی زیر مجموعه دولت یا همان قوه مجریه می‌باشد بنابراین ارجاع اختلافات جهت قضاوت که از بارزترین وظایف قوه قضائیه است خلاف اصل تفکیک قوای مندرج در اصل ۵۷ قانون اساسی است.

-عدم استقلال لازم شورای عالی فنی برای داوری: یکی از خصوصیات مهم قضات استقلال ایشان است. منظور از استقلال قضائی این است که دادرسان در صدور رأی تنها قانون و وجدان را حاکم بر اقدامات و صدور آراء خویش قرار دهند و توجهی به دستورها و خواسته دیگران نداشته باشند و از هیچ مانعی نهراسند و بیم انفصال و تنزیل رتبه و مقام تغییر محل خدمت و موقعیت شغلی به خود راه ندهند. در این راستا اصل ۱۶۴ قانون اساسی: «قاضی را نمی‌توان از مقامی که شاغل آن است بدون محاکمه و ثبوت جرم یا تخلفی که موجب انفصال است به طور موقت یا دائم منفصل کرد یا بدون رضای او محل خدمت یا سمتش را تغییر داد مگر به اقتضای مصلحت جامعه با تصمیم

رئیس قوه قضائیه پس از مشورت با رئیس دیوان عالی کشور و دادستان کل. نقل و انتقال دوره‌ای قضات بر طبق ضوابط کلی که قانون تعیین می‌کند صورت می‌گیرد.» در بند ۱ ماده ۱۴ کنوانسیون بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی تصریح شده است به اینکه هرکس حق دارد به دادخواهی او منصفانه و علنی در یک دادگاه صالح مستقل و بی‌طرف رسیدگی شود. استقلال در تصمیم‌گیری و صدور هر نوع حکم یا قرار لازمه قضات است. استقلال دادرسی امنیت قضائی را تضمین می‌کند. وظیفه شورای عالی فنی بعنوان نماینده منافع عمومی، جلوگیری از سوء استفاده از منابع بودجه است. در موضوع تجدید نظر در نرخ پیمان جزء ارکان تصمیم‌گیرنده دستگاه اجرایی است که این امر نه تنها نشان دهنده عدم استقلال داورى شورا عالی فنی است، بلکه بیم تعارض آن با اصل انصاف و بی‌طرفی نیز می‌رود. با توجه به موضوعات مطروحه در فوق و ایرادات داورى شورای عالی فنی پیشنهاد می‌گردد هیأت وزیران طبق مصوبه‌ای اجازه دهد، دعاوی ناشی از قراردادهای پیمانکاری دولتی که موضوع قرارداد، موارد مذکور در اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی است، به مراکز داورى معتبر و مستقل مانند مرکز داورى اتاق بازرگانی ایران ارجاع و ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان اصلاح گردد.

۴- داورى در فیدیک

در قراردادهای فیدیک قبل از ارجاع اختلاف به داورى دو طرف قرارداد «مکلف اند» موضوع اختلاف را نزد مهندس مشاور مطرح نمایند و در صورت عدم پذیرش تصمیم مهندس مشاور^۱، موضوع را به داورى ارجاع و اقدام به طرح دعوا در دیوان بین‌المللی می‌نمایند. ارجاع موضوع به مهندس مشاور طبق ماده ۶۷ کتاب قرمز چاپ سوم) را می‌توان پیش داورى دانست که مقدمه و لازمه ورود به داورى (بنابر درخواست هر یک از طرفین) می‌باشد. اصولاً در صورت شکست شیوه‌های دیگر حل و فصل اختلاف همزمان با بررسی مهندس مشاور و یا پیش از ارجاع به وی و تمایل طرفین به حل آن از طریق داورى ارجاع به شخص فوق امری ضروری است. مهندس مشاور در واقع نماینده کارفرما است که بر موضوع و انجام پروژه توسط پیمانکار نظارت دارد. با توجه به اینکه در طول پروژه حضور دارد، از جزئیات شکل‌گیری و پیش روی پروژه اطلاع دارد و گزارش خود را بنا بر درخواست کارفرما در فرجه‌های تعیینی به وی از نتیجه پیشرفت کار ارائه می‌کند. این پیش داورى توسط مهندس مشاور با توجه به حضور مستمر وی در پروژه در بسیاری از موارد خود می‌تواند اختلاف پیش آمده را حل و فصل نماید. زیرا اطلاع داشتن از جزئیات باعث می‌شود، اطلاعات کافی برای نقطه اختلاف حاصل شود و بهتر بتواند به حل اقدام نمود.^۲ ماده ۶۷ کتب قرمز فیدیک: «هرگونه اختلاف یا دعوی از هر نوع در ارتباط با قرارداد یا اجرای آن که بین کارفرما و پیمانکار ایجاد شود، در اولین قدم «باید» (در حالیکه در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان از لفظ می‌تواند استفاده شده است). برای حل و فصل به مهندس (مشاور)

^۱ ماده ۶۷، چاپ سوم کتاب قرمز

^۲ . ایزدی، منصور، ۱۳۸۳، ص ۸۵

ارجاع گردد و از طرف مهندس در یک دوره زمانی معین تصمیم‌گیری شود و به طرفین ابلاغ شود. در صورت عدم پذیرش و نارضایتی نسبت به تصمیم ظرف مدت معین با ارسال اظهاریه می‌توانند به داوری مراجعه کنند.» از کلمه «باید» می‌توان الزام را برداشت کرد. داوری پس از پیش داوری توسط دیوان داوری اتاق بین‌المللی انجام می‌گیرد. در صورت عدم اظهار نظر توسط مهندس مشاور در مدت معین راه ارجاع به داوری دیوان بسته نیست و طرفین حق خود در مورد ارجاع به داوری را اعمال می‌کنند.

شرط داوری چند لایه

داوری در فیدیک از نوع داوری چند لایه می‌باشد. شرط داوری چند لایه زمینه را برای مذاکره، میانجیگری و سازش قبل از شروع داوری فراهم می‌کند. در واقع این بندها (مذاکره، میانجیگری و سازش) اگرچه برای طرفین اختلاف یک امتیاز عالی محسوب می‌شود که قبل از شرکت در مراحل داوری طولانی‌تر و گرانتر، سعی بر مذاکره بر حل اختلاف خود داشته باشند اما ممکن است برای طرفین اختلاف به دلیل: (۱) عدم آشنایی طرفین با شرط داوری چند لایه؛ (۲) عدم قید مهلت زمانی معین جهت انجام سلسله مراتب شرط داوری پ (مذاکره، میانجیگری و سازش) موجب ورود خسارت‌هایی به طرفین اختلاف شود. عبارت دیگرگاهی توافق طرفین مبنی بر ارجاع اختلاف به داوری مقرر می‌گردد، ولی شرط می‌شود که قبل از رجوع به داوری ابتدا از طریق مذاکره، میانجیگری و سازش برای حل اختلاف خویش اقدام نمایند. چنین شرطی می‌تواند اجباری و یا اختیاری باشد. بعنوان مثال اگر طرفین از لفظ (باید) در متن استفاده نمایند دلالت بر اجبار می‌کند. به این نوع شرط داوری که دارای قیود مذکور باشد، «شرط داوری چند لایه» می‌گویند. در حقیقت بندهای داوری چند لایه که میانجیگری یا سازش را فراهم می‌کند ممکن است برای طرفین اختلاف بسیار مفید باشد که قبل از شرکت در مراحل داوری بعضاً طولانی‌تر و گرانتر، سعی در مذاکره یا حل و فصل اختلاف خود داشته باشند. مراجعه به میانجیگری یا مذاکرات و سازش، جنبه الزامی داشته باشد، پیش‌شرط قبلی برای داوری بحساب می‌آید. ولی اگر طرفین از واژگان دربردارنده مفهوم اختیار مانند (ممکن) است، استفاده کنند، این بدان معنی است که میانجیگری یا مذاکره فقط جنبه اختیاری دارد و طرفین ممکن است به محض بروز اختلاف به داوری شخص داور رجوع کنند. با وجود تمام ضرورت‌هایی که در مورد داوری چند لایه بیان شد، باید معایب این گونه شرط را نیز مورد بررسی قرارداد.^۱ اولین ایراد وارده بر شرط داوری چند لایه، عدم آشنایی طرفین قرارداد به این نوع شرط می‌باشد. در حالی که در شرط داوری که چند لایه نیست، در صورت بروز اختلاف، بدون توجه به سلسله مراتب اعم از: سازش، میانجیگری و مذاکره، اختلاف خود را مستقیماً و در همان ابتدا به داور مرضی الطرفین یا شخص ثالث به عنوان مقام ناصب داور ارجاع می‌دهند و یا مبادرت به تعیین داوران اختصاصی خود می‌نمایند. اما در شرط داوری چند لایه چنین سرعتی نمی‌باشد و این یکی از مهم‌ترین معایب

^۱ خبیری، ابوالفضل، ص ۲

آشکار در شروط داوری چند لایه در قراردادهای ساخت و ساز و پیمانکاری است. یکی دیگر از معایب شروط داوری چند لایه، عدم آشنایی داور یا داوران به این گونه شروط حل اختلاف می‌باشد. در واقع اگر فی مابین طرفین قرارداد، بدون توجه به مورد فوق الذکر، اختلاف به وجود آید و به داوری که جهت رسیدگی به اختلاف تعیین گردیده، ارجاع کنند، داور بدون توجه به سلسله مراتب مقرر در شرط حل اختلاف مبادرت به تشکیل جلسه داوری و یا تنظیم قرارنامه داوری بنماید منجر به صدور رای داوری از ناحیه داور گردد، این رای محکوم به بطلان می‌باشد و عملاً قابلیت اجرایی ندارد. عدم وجود مهلت زمانی معین جهت انجام سلسله مراتب شرط داوری چند لایه از دیگر عیوب این نوع شرط داوری می‌باشد. در حالیکه در شرط داوری یک لایه طرفین دچار ابهام در انتخاب شیوه و مرجع حل و فصل کننده اختلافشان نخواهند بود و ارجاع اختلاف مستقیماً به داور انجام می‌گیرد. به جهت تک مرحله‌ای بودن این نوع شرط داوری بار هزینه کمتر به دوش طرفین خواهد افتاد و همچنین از اطاله زمانی جهت رسیدگی به اختلاف جلوگیری می‌گردد.

۴-۱- مقررات و مواد فیدیک پیرامون داوری

معمولاً شروط کلی قرار دادهای فیدیک مقرر می‌دارد که داوری بر اساس قواعد اتاق بازرگانی (ICC) انجام شود. البته الزامی و آمره نیست. طرفین می‌توانند این شرط را تغییر بدهند و سازمان دیگری را برای داوری انتخاب کنند. روش حل اختلاف در فیدیک را باید به نمونه قراردادهای قبل و بعد از سال ۱۹۹۹ تقسیم‌بندی کرد. در اسناد قبل از ۱۹۹۹ به عنوان مثال، در متن ۶۷ کتاب قرمز قدیمی رویه رسیدگی به دعاوی توسط مهندس منصفانه و بی طرفانه و در صورت عدم مخالفت از سوی هریک از طرفین رای مهندس لازم‌الاجرا تلقی می‌شد و اگر یکی از طرفین ناراضی آن تصمیم بوده آن را به داوری ارجاع می‌نمود. فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور، طی اصلاح بند ۶۷ برای جایگزینی تصمیم مهندس مشاور با یک هیأت بررسی اختلافات مستقل، نهادی را بنام کمیته حل اختلاف قبل از رجوع به داوری پیش‌بینی کرد. تصمیم هیأت حل اختلاف توصیه‌ای بوده و طرفین در پذیرش آن آزاد بوده‌اند. در صورت رد آن موضوع را به داوری ارجاع می‌دادند. فیدیک در سال ۱۹۹۶ برای کتاب قرمز مکملی را منتشر کرد، که در واقع متن اصلاح شده بند ۶۷ می‌باشد. تصمیم فیدیک این بوده که رای و تصمیم هیأت حل اختلاف باید الزام‌آور باشد نه در حد یک توصیه؛ بنابراین هیأت داوری اختلاف را مقرر کرد. طبق فرم‌های فیدیک، ضمانت اجرای عدم رعایت این الزام، توسط پیمان کار، عدم دریافت پرداخت اضافی یا تمدید زمان تکمیل بوده و کارفرما از کلیه مسئولیت‌های مرتبط با چنین ادعایی معاف می‌گردد. هیأت حل اختلاف مسئول حل و فصل اختلافات قراردادی است ولی ماده ۲۰ کتاب قرمز مرقوم می‌دارد که این هیأت کمیته داوری نیست. مطابق ماده ۲۰ طرفین اختلاف مکلف شدند هرگونه اختلافات خود را به این کمیته ارجاع دهند و این کمیته باید در ظرف مدت ۲۸ روز از تاریخ ابلاغ موضوع اختلاف، به اختلاف رسیدگی کرده و در صورت عدم اعتراض، رای این کمیته برای طرفین لازم الاجراست مگر اینکه به طریق دیگری تغییر کند و رای قطعی نداشته باشند. اگر هیأت حل اختلاف ظرف

موعد مقرر تصمیم نگیرد، طرفین یک راه حل دوستانه را درخواست می‌دهند و اگر مذاکره دوستانه نیز منتج به نتیجه نشد اختلاف به داوری ارجاع خواهد شد. (ماده ۶/۲۰) این کمیته با تشکیل هیأت منصفه بطور معمول ۳ نفره در خصوص موضوع اختلاف اتخاذ تصمیم می‌نماید. اگر این تصمیمات الزام‌آور و نهایی اجرا نشود، یکی از طرفین بدون نیاز به تصمیم جدید هیأت یا مذاکره دوستانه می‌تواند اختلاف را به داوری ارجاع بدهد. قاعده‌ای در فیدیک مقرر شده است که اختلافات ناشی از قراردادهای فیدیک به دیوان داوری بین‌المللی مطرح می‌شود. البته این نافی حق طرفین در انتخاب مکانیسم داوری دیگر نیست.

۴-۲- مهندس مشاور و کمیته حل اختلاف

تعریف مهندس مشاور: شخص حقیقی یا حقوقی است که برای نظارت بر اجرای کار، در چارچوب اختیارات تعیین شده در اسناد و مدارک پیمان، از سوی کارفرما به پیمان کار معرفی گردد.^۱ مهندس مشاور به عنوان اولین لایه حل اختلاف، که از نزدیک بر جریان امور نظارت دارد. بهترین شخصی است که می‌تواند در مورد اختلاف بین طرفین مصالحه ایجاد و در غیر این صورت باید تصمیم الزام‌آور اتخاذ نماید. در واقع او هم میانجی است هم تصمیم گیرنده، منتها تصمیمی که در صورت اعلام نامه نارضایتی یکی از طرفین در مهلت مقرر در متن قرارداد فیدیک، قابل رسیدگی در مرحله بالاتر مطابق زمان بندی منظم و از پیش تعیین شده است. در نمونه قراردادهای قبل از سال ۱۹۹۹ فیدیک، حل و فصل اختلافات توسط شخصی بنام مهندس مشاور که کار فرما آن را تعیین می‌کرد، بوده تا بر اجرای پروژه‌هایی که توسط پیمانکار در دست اجرا است، نظارت کند. چنین شخصی علی‌الاصول نمی‌توانست مستقل از کار فرما باشد در حقیقت می‌توان گفت مهندس مشاور، به عنوان شخص ثالثی بوده که اختلافات را حل و فصل می‌کرده چون دو رکن اصلی قراردادهای پیمانکاری، کار فرما و پیمانکار است. به دلیل وابستگی مهندسان مشاور به کارفرما و امکان تضییع حق پیمانکار، فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور، نهادی را به نام کمیته حل اختلاف پیش‌بینی کرد. در واقع قراردادهای سال ۱۹۹۹ کتاب‌های (قرمز، نارنجی و نقره‌ای) مطابق با ماده ۲۰، طرفین اختلاف مکلف شدند، هرگونه اختلافات خود را به کمیته مذکور ارجاع دهند و این کمیته باید در ظرف مدت ۲۸ روز از تاریخ ابلاغ موضوع اختلاف، به اختلاف رسیدگی کرده و در صورت عدم اعتراض، رأی این کمیته برای طرفین لازم الاجرا تلقی می‌گردد.

۵- ارتباط قراردادهای فیدیک با قراردادهای پیمانکاری در ایران

در حقوق ایران، شرایط عمومی پیمان مبنای تنظیم قراردادهای پیمانکاری قرار گرفته است که نمونه خارجی آن، قرارداد فیدیک است. در نمونه قراردادهای فیدیک با توجه به این که سازمان فیدیک یک سازمان خصوصی است و به‌طور 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 است و طرفین می‌توانند با توافق در

^۱ ابراهیمی، امین؛ ابراهیمی، محمد، ص ۶

شرایط اختصاصی پیمان، در مورد هریک از انواع تغییر تراضی کنند. اما در پیمانکاری دولتی در ایران رعایت مفاد شرایط عمومی پیمان الزامی است. نکته حائز اهمیت در قراردادهای فیدیک این است که کمیته حل اختلاف فیدیک همزمان با قرارداد تشکیل می‌شود و شروع به کار می‌کند. این کمیته شباهت زیادی با داوری دارد. فیدیک ۱۲ کمیته برای حل اختلاف دارد. مهمترین شان عبارتند از:

مجمع عمومی، هیأت رئیسه، دبیرخانه، کمیته‌ها اعم از کمیته اجرایی، کمیته قراردادهای، کمیته مدیریت و...

اما چگونگی داوری در قراردادهای پیمانکاری مصوب ۱۳۷۹ بدین نحو است که: هرگاه بین کارفرما و پیمانکار اختلاف حادث شود باید تابع ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان باشند. طرفین قراردادهای پیمانکاری، به استناد بند ۲۱ ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان عمل نمایند و اگر موضوعشان مشمول بند ۲ این ماده بوده و در انتخاب کارشناس یا هیأت کارشناسی توافق نکردند و یا نسبت به نظر اعلامی کارشناس یا هیأت کارشناسی اعتراض داشته اند باید طبق بند ج همین ماده در خواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری را به رئیس سازمان برنامه و بودجه تقدیم نمایند. در صورت تأیید تقاضای ایشان توسط رئیس سازمان برنامه و بودجه با ارجاع همین سازمان مرجع حل اختلاف شورای عالی فنی خواهد بود بدون اینکه طرفین در انتخاب این مرجع نقش و یا توافقی داشته باشند. (مستفاد از ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان).

نتیجه گیری

طرفین هر قرارداد می‌توانند با تراضی اختلافات خود را جهت حل و فصل به داوری نیز ارجاع دهند. سرعت یکی از مزایای برجسته داوری می‌باشد و هر آنچه که این اصل را تحت الشعاع قرار دهد خلاف غایت و هدف نهاد داوری است. در شرایط عمومی پیمان حل و فصل اختلافات من جمله داوری دربندهای ماده ۵۳ مقرر گردیده است. این ماده شورای عالی فنی را بعنوان داور شناخته که از طریق تأیید و ارجاع رئیس سازمان مدیریت و مدیریت مسئولیت داوری به این شورا محول می‌گردد و این روش با قواعد عمومی داوری مذکور باب هفتم قانون آیین دادرسی مدنی مطابقت ندارد. در ارجاع اختلافات پیمانکاری دولتی با موضوع اموال عمومی به داوری، با محدودیت‌های اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی مواجه شده‌ایم که نه تنها به اصل سرعت خدشه وارد می‌نماید، از طرفی به نماینده دولت یا مسئول دولتی اختیار می‌دهند، از طرفی با محدودیت‌های مطروحه در اصل و ماده مذکور سلب اختیار می‌کند. امروزه شرکت‌های بین‌المللی نسبت به ارجاع اختلاف به محاکم دادگستری به دلیل طولانی بودن زمان رسیدگی در آن به شدت بی‌میل می‌باشند و روش‌های حل اختلاف و سرعت در رسیدگی معیار مهمی برایشان می‌باشد. تهیه کنندگان شرایط عمومی پیمان در ماده ۵۳ برای اولین بار حل اختلاف بین کارفرما و پیمانکار را از راه داوری پیش‌بینی کردند، اما آنچه در این ماده ذکر شده عملاً با توجه به دلایل مطروحه کارایی خود را از دست داده و نمی‌تواند به مانند ابزاری موثر در

۶۳ چالش‌های نظام حل اختلاف موضوع ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان و مقایسه آن با مقررات فیدیک (طیبه خلیلی، علیرضا شمشیری)

حل و فصل اختلافات عمل نماید. لذا اصلاح رویه کنونی حل اختلافات پیمانکاری ضروری است. مشکل و ایراد نخست از اصل ۱۳۹ و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی ناشی می‌شود و مشکل دوم به طرز تدوین ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان مربوط می‌گردد، که باید در جهت رفع این نواقص اقدام گردد. عدم شناخت فعالین بخش خصوصی پیمانکاری باعث گردیده که کشور از تحولات جهانی و مزایای استفاده از روش‌های جایگزین، محروم گردد. در نتیجه برای تحقق اصل سرعت در داوری بدین نتیجه رسیده‌ایم که در ابتدا هیأت وزیران به موجب مصوبه‌ای مجوز موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۷ قانون آیین دادرسی 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 اصلاح شود و هیأت وزیران نیز مصوبه‌ای را جهت حل محدودیت اصل ۱۳۹ قانون اساسی را لحاظ نمایند. در ابتدای امر باید بخش داوری قانون آیین دادرسی مدنی بازنگری گشته و با نزدیک شدن به مفاد قانون داوری بین‌المللی و با در نظر گرفتن از این دو قانون داوری حاکم و تأسی از قراردادهای فیدیک و بومی سازی آن، جهت رفع ایرادات بنیادین مطروحه ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان اقدامات لازم و مؤثر توسط مسئولین ذیربط صورت پذیرد.

منابع

- ۱) اسماعیلی هریسی، ابراهیم (۱۳۸۹) شرح حقوقی پیمان، چ ۳، تبریز: سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی.
- ۲) انیسی، الهام (۱۳۸۹)، حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمانکاری دولتی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه علامه طباطبائی.
- ۳) ایزدی، منصور (۱۳۸۳)، داوری سازمانی، چ ۱، تهران: نشر اندیشه عصر.
- ۴) خیبری ابوالفضل (۱۴۰۰) جایگاه شروط حل اختلاف یک لایه داوری در قراردادهای فیدیک و تطبیق آن‌ها با قراردادهای حوزه ساخت و ساز و پیمانکاری داخلی، دومین کنفرانس بین‌المللی حقوق ساخت.
- ۵) سالار، هادی (۱۳۹۸) بررسی نهاد داوری در قراردادهای پیمانکاری موضوع شرایط عمومی پیمان ماده ۵۳ نشریه پژوهش‌های قانون یار بهار ۱۳۹۸، دوره دوم شماره ۵.
- ۶) شمس، احمد (۱۳۹۱)، بررسی تطبیقی حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمانکاری و قراردادهای فیدیک، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران مرکز.
- ۷) شمس؛ عبدالله، (۱۳۹۰) جلد سوم آیین دادرسی مدنی تهران: دراک.
- ۸) شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۲) حقوق تجارت بین الملل، چاپ پنجم، تهران: انتشارات سمت.

- ۹) صیدی، محمد جواد و مظهری، حسین (۱۳۹۸) وضعیت حقوقی ماده ۳۵ شرایط عمومی پیمان در قراردادهای اداری، مجموعه مقالات هفتمین همایش ملی پژوهش‌های مدیریت و علوم انسانی در ایران.
- ۱۰) طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۷۶) حقوق اداری، تهران: انتشارات سمت.
- ۱۱) عزیزی، ابراهیم و همکاران (۱۴۰۲) تحلیل ماهیت حقوقی شورای عالی فنی و نقدی بر وظایف آن، فصلنامه علمی پژوهشی حقوق عمومی، دانشگاه علامه طباطبائی.
- ۱۲) کاویانی، کورش (۱۳۸۰) اصل ۱۳۹ قانون اساسی و شرط داوری در قراردادهای مصوب مجلس شورای اسلامی، نشریه پژوهش حقوق عمومی شماره ۵.
- ۱۳) مرادی، میثم (۱۳۹۷) روش‌های مسالمت آمیز حل و فصل اختلافات در قراردادهای اداری با تأکید بر شرایط عمومی پیمان و مقررات فیدیک؛ نشریه پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت.
- ۱۴) مرادی، میثم (۱۳۹۷) روش‌های مسالمت آمیز حل و فصل اختلافات در قراردادهای اداری با تأکید بر شرایط عمومی پیمان و مقررات فیدیک، نشریه پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت شماره ۱۰.
- ۱۵) مشهدی زاده، علیرضا و مهری، علی (۱۴۰۰) بررسی روش‌های حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمانکاری با مطالعه تطبیقی در فیدیک نشریه پژوهش‌های سیاسی و بین‌المللی، شماره ۴۸ ویژه نامه (B).
- ۱۶) موسوی، سید حمید رضا (۱۳۹۷) شرط داوری در شرایط عمومی پیمان نشریه مطالعات راهبردی علوم انسانی و اسلامی، شماره ۱۳.
- ۱۷) نیک بخت، حمیدرضا و همتی کلوانی، احمد (۱۳۹۹) اصل ۱۳۹ قانون اساسی در پرتو رویه قضایی و داوری؛ نشریه پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۳۰.
- ۱۸) گزیده آراء داوری مرکز داوری اتاق ایران، جلد سوم، ۱۳۹۰-۱۳۹۳؛ مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوق (تهران: شهر دانش، چاپ اول، ۱۳۹۶).
- ۱۹) ترجمه کتاب قرمز فیدیک.
- ۲۰) گزیده‌ای از جزوه درسی داوری بین‌الملل آقای دکتر عبدالحسین صفایی، مهر ماه سال ۱۴۰۲، دانشگاه آزاد اسلامی دانشگاه تهران مرکزی.