

## دو فصلنامه پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت

سال پنجم، شماره ۱۰، پاییز و زمستان ۱۳۹۷

### روش‌های مسالمت آمیز حل و فصل اختلافات در قراردادهای اداری با

### تاکید بر شرایط عمومی پیمان و مقررات فیدیک

میشم مرادی<sup>۱</sup>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۸/۰۵

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۱/۱۶

#### چکیده:

مدیریت و اداره امور عمومی از وظایف مهم دولت است که برای رفع نیازمندی‌های خود در این باره و بهتر انجام دادن آن، اعمال حقوقی مختلفی را انجام می‌دهد. بر این اساس، سازمان‌های عمومی به نمایندگی از دولت از طریق انعقاد پیمان، وظایفی را که قانون‌گذار بر عهده آن‌ها گذاشته است، انجام می‌دهند. به این صورت که این تکالیف را به سازمان‌های حقوقی خصوصی یا افراد حقیقی می‌سپارند بدون آن که از حقوق و تکالیف ناشی از آن امور مبری گردند. 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 حقیقی بیش‌تر از آنچه که در پیمان تعیین شده، از طرف مقابل مطالبه می‌کنند. آنچه در این مقاله مورد بررسی قرار گرفته مقوله داوری در قراردادهای پیمانکاری دولتی می‌باشد. از آنجا که در نظام حقوقی ایران در این خصوص در اصل ۱۳۹ قانون اساسی محدودیت‌هایی وجود دارد و قوانین موضوعه نیز به طور صریح به این موضوع اشاره نکرده‌اند چالش‌هایی در این حوزه به وجود آمده است که نگارنده درصدد رفع آن است.

#### واژگان کلیدی:

دولت، قرارداد اداری، پیمانکاری دولتی، داوری

## مقدمه

داوری در پیمانکاری جمله مسائل و موضوعات مهم در است که همواره مورد بحث و گفت و گو بوده است. داوری در پیمانکاری، به خصوص در قراردادهای بین‌المللی متعلق و وابسته به نظام حقوقی هیچ کشوری نیست. داوری علم یا فنی است که طرفین موضوع مورد اختلاف را به یک یا چند داور مرضی‌الطرفین داده تا با توجه به قانون مورد انتخاب آنها اختلافات را رسیدگی کرده و رأی قطعی لازم الاجرا صادر نمایند. دهه‌های بعد از جنگ جهانی دوم شاهد رشد فزاینده داوری چه از جهت گرایش بازرگانان و فعالان اقتصادی به داوری و چه از جهت مطالعات نظری و دانشگاهی بوده است. در این سال‌ها علاوه بر سطح داخلی موافقت‌نامه‌ها و کنوانسیون‌های دوجانبه و چند جانبه تأثیر گذاری در عرصه داوری تدوین شده، قوانین داوری متعددی در سطح ملی در کشورهای گوناگون تصویب گردیده است.

امروزه داوری بخش جدایی ناپذیر حقوق داخلی را تشکیل می‌دهد و همچنین بسیاری از نهادهای مربوط به حقوق تجارت بین‌الملل از طریق داوری توسعه و بسط یافته‌اند. توافق بازرگانان و فعالان اقتصادی در عرصه بین‌المللی مبنی بر ارجاع اختلافات خود به داوری به جای دادرسی امری عادی تلقی می‌شود و مقاومت در برابر آن رفتاری خلاف متعارف تلقی می‌شود و باعث افزایش هزینه‌های معاملات می‌گردد. بروز اختلافات در روابط تجاری بین‌المللی غیر عادی نیست. قراردادهای طولانی مدت از جمله پیمانکاری در مسیر خود با حوادث و وقایع غیرقابل پیش‌بینی رو به رو می‌شوند، این مسائل می‌توانند به اختلافات طرفین منجر شود. زمانی که طرفین قرارداد، اختلاف بروز می‌کند طرفین ممکن است اختلافات مزبور را به شیوه‌های گوناگون حل و فصل کنند. در این مقاله به تحلیل شیوه‌های مذکور خواهیم پرداخت.

## ۱- تعریف داوری

داوری در لغت به معنای قضاوت، حکمیت، محاکمه، حکومت و حکم است. گفته شده که داور در اصل دادور بوده، به معنای صاحب داد که برای آسانی تکلم دال دوم آن، حذف شده است. (دهخدا، محمد، ۱۳۷۲، ص ۱۳۶۵) داور کسی است که درباره موضوعی که به او ارجاع شده، قضاوت می‌کند و در مورد اینکه حق با چه کسی است، اظهار نظر می‌کند. داوری به عنوان روش حل و فصل اختلافات به صورت‌های گوناگونی تعریف شده است. مطابق تعریفی که در سال ۱۸۹۹ در کنفرانسی با حضور نمایندگان ۴۴ کشور برگزار شد، داوری چنین تعریف شده است:

«حل و فصل اختلافات طرفین بر اساس رعایت قانون توسط قضاتی که خود انتخاب کرده‌اند.» (مارتین، الیزابت، ۲۰۰۷، ص ۱۳۹)

برخی حقوقدانان داوری را به اختصار به «فصل خصومت توسط غیرقاضی و بدون رعایت تشریفات رسیدگی دعاوی» (جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۸۶، ص ۲۶۴) تعریف کرده‌اند. این امر در واقع یکی از مهمترین علل عدول از رسیدگی‌های قضایی، تشریفات بودن رسیدگی‌ها می‌باشد.

در حالی که برخی دیگر با تعریف طولانی‌تر داوری را چنین تعریف کرده‌اند:

«داوری روشی است که با استفاده از آن دو یا چند شخص ذی‌نفع حل و فصل مسئله‌ای را به یک یا چند شخص دیگر محول می‌کنند که اختیارشان را از قرارداد خصوصی و نه مقامات یک دولت اخذ کرده‌اند و بر اساس این قرارداد باید مسئله مزبور را پیگیری نمایند و نسبت به آن تصمیم بگیرند.» (شیروی، عبدالحسین، ۱۳۹۲، ص ۹)

در بند الف ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران داوری بدین ترتیب تعریف شده است: «داوری عبارت است از رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی الطرفین و یا انتصابی.» صرف نظر از اینکه در این تعریف از کلمه غیرفارسی و سنگین متداعیین استفاده شده و جمله به فعل با پایان نرسیده است، تعریف مزبور اولاً به جنبه قضایی رسیدگی در داوری توجه نکرده و به این جهت تعریف شامل سایر روش‌های حل و فصل اختلافات نظیر سازش و میانجیگری می‌شود در حالی که میانجیگری

بدون صدور رأی به اختلاف پایان می‌دهد. ثانیاً تعریف به نحوه حل و فصل اختلافات که باید مبتنی بر اصول حقوقی باشد، اشاره‌ای نکرده است. ثالثاً تعریف مزبور به لازم الاجراء بودن رأی و تصمیم داور نیز اشاره‌ای نمی‌کند. به هر حال تعریفی از داوری از نظر جامع و مانع بودن قابل انتقاد خواهد بود.

## ۲- داوری تجاری و غیرتجاری

منظور از داوری تجاری، داوری اختلافاتی است که از یک رابطه تجاری ناشی شده یا به یک رابطه تجاری مربوط است. داوری دعاوی بین افراد خصوصی غیرتاجر در مورد دعاوی ملکی، قراردادهای و الزامات خارج از قراردادهای مثل دعاوی مربوط به تعرض به حریم ملک همسایه، دعاوی موجر و مستأجر در مورد اماکن مسکونی، اختلافات بین زن و شوهر، جزو اختلافات تجاری محسوب نمی‌شود. قانون داوری تجاری بین المللی ایران که اصولاً از قانون داوری نمونه آنسیترال پیروی می‌کند، تنها داوری تجاری را تحت پوشش قرار داده است. (شیروی، عبدالحسین، ۱۳۹۱، ص ۴۸) اما بر اساس دیدگاه‌های متفاوتی که در مورد ضوابط تشخیص اعمال تجاری از اعمال غیرتجاری مطرح است، تمیز این دو نوع داوری، موکول به بررسی نظام‌های مختلف حقوقی است که موضوع به آن مرتبط می‌شود. به عبارت دیگر در هر یک از نظام‌های حقوقی، هر عملی تجاری محسوب نشود، طبعاً در همان نظام حقوقی عملی غیرتجاری است. در حالی که ممکن است همان عمل به موجب نظام حقوقی دیگری، عملی تجاری محسوب گردد. در هر حال امروزه این امر مورد قبول قرار گرفته است که توصیف عمل به وصف تجاری یا غیرتجاری به لحاظ تأثیر در تعیین قانون حاکم، باید توسط قانون مقرر دادگاه صورت پذیرد.

### ۳- تبیین مفهومی قراردادهای اداری یا دولتی

قراردادهای پیمانکاری که معادل کلمه قرارداد کار<sup>۱</sup> در زبان انگلیسی است یکی از انواع قراردادهای اداری است که در این پایان نامه به شرح آن در تطابق با اصول حکمرانی مطلوب پرداخته‌ایم.

در ادبیات حقوقی ایران تعاریف متعددی از قرارداد اداری ارائه شده است که در زیر به سه مورد اشاره می‌کنیم:

الف- «قرارداد عمومی یا دولتی قراردادی است که بین دولت یا یک سازمان دولتی، و یک شخص حقوقی حقوق خصوصی اعم از اتباع داخلی یا خارجی منعقد می‌گردد و معمولاً به منظور اداره خدمات عمومی یا بهره برداری از منابع و ثروت‌های ملی منعقد می‌گردد» (طباطبایی مومنی، منوچهر، ۱۳۷۹، ص ۳۵)

ب- به عقیده یکی دیگر از صاحب نظران: «قرارداد اداری قراردادی است که لاقلاً یک طرف آن اداره‌ای از ادارات عمومی بوده و برای تأمین پاره‌ای از خدمات عمومی و به عنوان حقوق عمومی منعقد شود» (جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۸۶، ص ۵۳۳)

ج- در تعریف دیگری از قرارداد اداری آمده است: «قراردادی که یکی از اشخاص موضوع حقوق عمومی به قصد اداره خدمات عمومی یا امور عمومی - با استفاده از «شروط غیرمعمول» در حقوق خصوصی - با شخص دیگر منعقد می‌کند، قرارداد اداری نامیده می‌شود.» (انصاری، باقر، ۱۳۸۴، ص ۳۲)

بنابر آنچه گذشت و مستفاد از نظر بیشتر حقوقدانان قرارداد دولتی ناظر به قراردادهایی است که لاقلاً یک طرف آن از اشخاص حقوق عمومی بوده و برای تأمین پاره‌ای از خدمات عمومی و به عنوان حقوق عمومی منعقد می‌شود مانند عقد راجع به خدمات عمومی. ادارات غیردولتی هم البته با اشخاص قرارداد منعقد می‌کنند. بنابراین در تعریف قرارداد بهتر است همانند برخی حقوق دانان گفته شود: «گروهی از قراردادهاست که سازمان‌ها، مؤسسات، شرکت‌ها و نهادهای دولتی و عمومی مرکزی و محلی برای اجرای طرح‌های عمرانی، انجام

خدمات عمومی و اداره و بهره‌برداری از منابع، ثروت‌ها و اموال عمومی منعقد می‌کنند که منافع و سود و زیان آن عاید اشخاص خاصی نمی‌شود و تأمین نیازها و منافع عمومی مردم یک منطقه یا کشور هدف اول این قراردادها می‌باشد.» (عراقی، سید عزت الله، ۱۳۸۸، ص ۸۲). در مورد این تعاریف دو نکته قابل ذکر است. اول آنکه در تعریف اول یکی از طرفین قرارداد اداری دولت یا سازمان دولتی است و طرف دیگر یک شخص حقوق خصوصی قرار دارد. در تعریف دوم نیز همین امر ذکر شده است. سومین تعریف اما اشاره می‌کند که برای اداری تلقی شدن یک قرارداد باید یک طرف آن اداره‌ای از ادارات دولتی باشد. در مجموع به نظر می‌رسد قرار گرفتن دولت به عنوان یک طرف قرارداد، به آن قرارداد سببه دولتی می‌بخشد و این موضوع که طرف دیگر قرارداد دولت یا شخص حقوق خصوصی باشد اهمیتی ندارد. (شمعی، محمد، ۱۳۹۳، ص ۹۴)

دومین نکته قابل ذکر در تعریف قرارداد اداری یا دولتی آن است که برخی قراردادهای داخلی دولت را تنها قرارداد اداری یا دولتی تلقی کرده‌اند و قراردادی را که دولت قرارداد با یک دولت خارجی یا یک سازمان بین‌المللی منعقد گردد آن را قرارداد بین‌المللی دولت محسوب می‌کنند. در هر حال دسته اخیر از قراردادها نیز در بسیاری از متون به عنوان قرارداد دولتی به شمار رفته‌اند. پس قراردادهای دولتی می‌تواند هم شامل قراردادهای داخلی و هم شامل قراردادهای بین‌المللی دولت باشد.

#### ۴- روش‌های جایگزین حل اختلاف در قراردادهای بیمانکاری

روش جایگزین حل اختلاف به معنای هر روش حل اختلاف غیر از رسیدگی قضایی سنتی می‌باشد که طرفین برآن به عنوان روش رسیدگی به اختلافاتشان توافق کرده‌اند. در این شیوه سرعت رسیدگی نسبت به داوری بالا بوده و تشریفات به حداقل رسیده و نوع ورود رسیدگی در کنترل کامل طرفین قرارداد. این روش‌ها الزام‌آور نبوده و حق مراجعه به دادگاه مدنی یا داوری را منتفی نمی‌کنند، اما هدفشان حل اختلافات بین طرفین در داوری است. استفاده از این شیوه‌ها اولین بار در آمریکا و سپس در جاهای دیگر افزایش یافت. به طور کلی یک روش جایگزین حل اختلاف که به خوبی اداره شده باشد:

- ۱- در مقایسه بارسیدگی قضایی هزینه کمتری دارد. (هنکین، هنری، ۲۰۰۵، ص ۸۹)
  - ۲- زمان کمتری را به خود اختصاص می‌دهد.
  - ۳- در مقایسه با دادرسی قضایی تشریفات کمتری دارد.
  - ۴- نسبت به طرح‌های مختلف و نیاز طرفین قرارداد ساخت انعطاف پذیر است.
  - ۵- این فرصت را به طرفین می‌دهد که بدون اینکه مناقشه‌ای به وجود آید، مشکلات را دوستانه مورد بررسی قرار دهند.
- با پیشرفت استفاده از این روش‌ها، موسساتی که در تدوین مقررات داوری دستی داشتند، به تدوین قواعدی در این خصوص پرداختند. یکی از این مؤسسات اتاق بازرگانی بین‌المللی بود که نمونه این قوانین را منشر کرد. قواعد روش‌های جایگزین حل اختلاف اتاق بازرگانی بین‌المللی از یک جولای ۲۰۰۱ لازم الاجرا شد. (بوسچه، آر وی، ۱۹۸۷، ص ۹۳)
- خود قواعد از یک مقدمه وهفت ماده کوتاه به اضافه یک ضمیمه درمورد هزینه تشکیل شده است. طبق این قواعد طرفین می‌توانند خودتکنیکی را که مناسب می‌بینند انتخاب کنند و در صورتی که طرفین نتوانند بر تکنیک خاصی توافق کنند، میانجیگری به عنوان پیش فرض در نظر گرفته می‌شود.

#### ۴-۱- داوری در شرایط عمومی پیمان

شرایط عمومی پیمان نوعی قرارداد است که از طرف دولت تهیه و برای استفاده ارائه گردیده است. این قرارداد نیز مانند سایر قراردادها دارای دو طرف است یک طرف کارفرما و طرف دیگر پیمانکار. البته باید توجه داشت که معمولاً در پروژه‌های موجود در داخل کشور کارفرما دولت و پیمانکار یک شخص حقوقی یا حقیقی حقوق خصوصی می‌باشد. و همان‌طور که در مقدمه تحقیق ذکر شد فعالیت‌های خصوصی اقتصادی نیز در پروژه‌های خود از این نمونه قرارداد استفاده می‌کنند. از طرفی چون دولت یک طرف این قرار داد می‌باشد محدودیت‌هایی همچون اصل ۱۳۹ قانون اساسی نیز پیش می‌آید. زیرا دولت آنقدر آزادی عمل ندارد که هر نوع قراردادی را با هر شکلی که بخواهد تنظیم و در صورت اختلاف حل و فصل کند زیرا حقوق عمومی و حقوق جامعه این محدودیت را برای دولت ایجاد می‌نماید.

#### ۴-۲- داوری مطابق ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان

با نگاهی به شرایط عمومی پیمان در می‌یابیم که ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان به بحث حل اختلاف اختصاص داده شده است. در این ماده می‌خوانیم: «هرگاه در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان بین دو طرف اختلاف نظر پیش آید در طرف می‌توانند برای حل سریع، قبل از درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری طبق بند (ج) برحسب 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 هریک 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 یادشده 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 چارچوب پیمان و قوانین مربوط انجام می‌شود، پس از اعلام نظر یاد شده طرف‌ها برطبق آن عمل می‌نمایند.» همان‌طور که اشاره رفت این ماده به جز داوری که در آن ذکر گردیده دارای دو شیوه حل و فصل اختلاف می‌باشد که بعداً به آن‌ها می‌پردازیم. ولی آنچه مورد توجه است این می‌باشد که این دو شیوه (استعلام از رئیس سازمان مربوط بند اول بخش الف وارجاع به کارشناسی بند دوم بخش الف) اختیاری می‌باشند و طرفین الزامی به پذیرفتن آن ندارند زیرا مطابق بند «ب» همان ماده در صورت عدم پذیرش مطابق بند «ج» که همان ارجاع به داوری است اقدام می‌شود. ابتدا 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. پس باتوجه به اینکه طرفین قرارداد فوق (کارفرما و پیمانکار) شرایط قراردادی را مطالعه کرده و ذیل آنرا 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 پابرجاست، شرط داوری نیز برای طرفین الزام آور است.)



مورد بعدی در خصوص آن بخش از بند «ج» است که می‌گوید: «هریک از طرف‌ها می‌تواند درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری را... ارائه نماید. برخی از نویسندگان معتقدند که اگر یکی از طرفین ارجاع موضوع به داوری را به رئیس سازمان برنامه و بودجه بدهد اول اینکه این فرد جزء طرفین قرارداد نبوده است که توافق با او صورت گیرد و دوم اینکه این قرارداد داوری، فضولی است و طرفی که علاقه‌ای به ارجاع به داوری نداشته می‌تواند در صورت ارجاع و صدور رأی ابطال آن را از دادگاه بخواهد. در صورتی که به نظر می‌رسد که همان‌طور که قبلاً گفتیم طرفین ضمن قرارداد اصلی شرط ارجاع به داوری را نیز پذیرفته‌اند که این خود نشان از آن دارد که شروط ضمن آن را نیز پذیرفته‌اند پس اگر طرفی تصمیم به ارجاع به موضوع به داوری بگیرد طبیعتاً این تصمیم اگر هم با توافق طرف مقابل نباشد صحیح است و رأی صادره نیز لازم الاجرا خواهد بود. (اشکال دیگری که در عمل ممکن است به نحو مقرر در بند (ج) ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان وارد آید این است که چون رئیس سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور از مقامات دولتی است و ارجاع اختلاف به داوری با تصویب او امکان‌پذیر است لذا محتمل است هرآنچه که از طرف کارفرما برای حل اختلاف از طریق داوری از سوی او تقاضا شود رئیس سازمان معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی ریاست جمهوری موافقت، اما با درخواست پیمانکار مخالفت نماید. پس مداخله رئیس سازمان یاد شده در ارجاع مناقشه کارفرما و پیمانکار نفیاً و اثباتاً مخالف قاعده انصاف و بی‌طرفی نیز می‌باشد.) در هر حال بازهم باید تکرار کرد که با توجه به اینکه طرفین توافق نموده‌اند و امضاء قرارداد ظهور مادی آن توافق است پس ارجاع موضوع به داوری از طریق رئیس مربوطه صحیح می‌باشد. موضوع قابل بحث دیگر درخصوص ماهیت شورای عالی فنی به عنوان داور می‌باشد. (این شورا برابر ماده واحده لایحه قانونی راجع به اصلاح تبصره ۸۰ قانون بودجه سال ۱۳۶۵ کل کشور مرکب از سه نفر به پیشنهاد رئیس سازمان راهبردی و سرمایه توسعه نیروی انسانی رئیس جمهور و تصویب هیئت وزیران تشکیل می‌گردد.) (ایزدی، منصور، ۱۳۸۳، ص ۵۶). پیمانکاری که قرارداد پیمانکاری به او به صورت یکطرفه ارائه می‌شود و چاره‌ای جز پذیرفتن آن ندارد عملاً در انتخاب شرایط داوری و داور نیز هیچ اختیاری ندارد و همین بیم عدم رعایت انصاف را در صورت بروز اختلاف بیشتر می‌کند. همان‌طور که می‌دانیم قانون‌گذار

در ماده ۴۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی از بیم اینکه طرف ایرانی دچار ضرر نگردد انتخاب داور از افرادی که تابعیتی مانند طرف مقابل قرارداد یعنی طرف خارجی رادارند را ضمن قرارداد ممنوع کرده است. ولی در شرایط عمومی پیمان با اینکه طرف پیمانکار معمولاً ایرانی است بازهم محدودیت‌های سنگینی را برای طرف مقابل قرارداد دولتی ایجاد کرده است. البته شاید این توجیه مطرح شود که دولت نماینده جامعه است و به همین دلیل از قدرت عمومی برخوردار است و این مزایا به همین دلیل به او اختصاص یافته است لکن باید گفت نباید این عدم تساوی تا جایی پیش رود که فقط یکسویه و به ضرر پیمانکار باشد. در مورد طرفین قرارداد داوری نیز باید گفت هریک از طرفین در قراردادها باید صلاحیت و اجازه انعقاد آن را داشته باشد. (طرفین قرارداد داوری برای انعقاد قرارداد یا اصیل‌اند یا نماینده. در اینجا منظور از نماینده (غیر اصیل) کسی است که به وکالت از شخص حقیقی یا حقوقی و یا به مدیریت از سوی شخص حقوقی قرارداد داوری را می‌پذیرد.) در شرایط عمومی پیمان که یک طرف آن دولت است این موضوع بسیار با اهمیت است که شخصی که ذیل قرارداد را امضاء می‌کند آیا صلاحیت پذیرفتن آن قرارداد را دارد یا نه؟ زیرا افراد در جایگاه‌های مدیریتی ثابت نیستند و اگر تغییر رخ دهد مدیر ذی‌صلاح بعد می‌تواند از پذیرفتن آن قرارداد امتناع کند یا حتی اگر در دادگاه ذی‌سمت بودن شخص امضاء کننده رد شود عملاً قرارداد بلا اثر خواهد بود و چون داوری به عنوان شرط ضم آن است و الزام آور بودنش به تبع الزام‌آور بودن قرارداد اصلی است لذا داوری هم منتفی خواهد بود. (نماینده دستگاه اجرائی که به نمایندگی از طرف دولت پیمان را امضاء می‌کند علی‌الاصول لازم است که از طرف دستگاه مربوطه به این اجازه‌نامه را داشته باشد وگرنه امضاء پیمان از سوی وی نسبت به ارجاع دعوی به داوری بلا اثر و غیرنافذ است. پیمانکار در امضاء پیمان یا شخص حقیقی است یا حقوقی. اگر شخص حقیقی بالمباشره پیمان را امضاء کند چون اصیل است طبعاً نیازی به اجازه‌نامه مخصوص جهت ارجاع دعوی به داوری ندارد اما هرگاه وکیل او پیمان را امضاء کند چنین اجازه‌نامه‌ای لازم و ضروری است و اگر بدون اجازه اصیل (پیمانکار) در خصوص ارجاع اختلاف به داوری همان را امضاء کند از شمول مفاد ۵۳ شرایط عمومی پیمان خارج خواهد شد.) (رشیدی، علی، ۱۳۹۴، ص ۹۴)

با نگاهی به ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان در میابیم که در خصوص زمان داوری سکوت شده است. پس در نهایت باید به قواعد عمومی داوری استناد کنیم. تبصره ماده ۴۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی می‌گوید: «در مواردی که طرفین به موجب قرارداد ملزم شده‌اند که در صورت بروز اختلاف بین آنان شخص یا اشخاص دیگری داوری نمایند اگر مدت داوری معین نشده باشد مدت آن سه ماه و ابتدای آن از روزی است که موضوع برای انجام داوری به داور یا تمام داوران ابلاغ می‌شود این مدت، با توافق طرفین قابل تمدید است.» (پس در صورت ارجاع حل اختلاف کارفرما و پیمانکار به شورای عالی فنی، شورای مزبور مکلف است ظرف سه ماه رأی خود را در خصوص اختلاف صادر کند و بعد از آن حل اختلاف از طریق دادگاه است زیرا دادگاه صلاحیت عام دارد.) (در پیمان هرگاه شورای عالی فنی که قبولی‌اش 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 پابرجا و طرفین به داوری شخص دیگری تمکین 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.)

#### ۴-۳- نگاهی به داوری و محدودیت‌های آن در اصل ۱۳۹ قانون اساسی

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 نیاز جامعه چه مستقیم و چه غیرمستقیم اقدام می‌کند پس تعیین چارچوب و ضابطه برای دولت امری منطقی و ضروری است. (ایزدی، منصور، ۱۳۸۳، ص ۹۵)

در کشورهای مختلف این ضابطه‌ها متفاوتند بعضی در قوانین عادی و توسط مجلس پیش‌بینی می‌شوند برخی هم مانند کشور ما در قانون اساسی. هر چند موضوع حل و فصل اختلاف توسط داوری در شرایط عمومی پیمان شده ولی اصل ۱۳۹ قانون اساسی ممنوعیتی را در این خصوص بیان کرده است. البته در گذشته نیز برای انعقاد قرارداد یا موارد دیگر ممنوعیت‌هایی وجود داشت ولی این ممنوعیت مانند اصل ۱۳۹ در خصوص داوری و صلح دعاوی نبوده است. و این امر بعد از انقلاب برای دولت به وجود آمده است. یکی از راه‌های تضمین و تأمین حقوق افراد نظارت پارلمان بر نحوه انعقاد و تصویب عهدنامه و کنوانسیون‌های بین‌المللی است. اصل ۲۴ قانون اساسی سابق ایران مورخ ۱۳۲۴ قمری می‌گفت: «بستن عهد نامه‌ها و مقاوله نامه‌ها و اعطای امتیازات... باید به تصویب شورای ملی برسد به استثنای عهدنامه‌هایی که استتار آنها صلاح ملت و دولت باشد.» که البته در اصل ۵۲ متمم قانون اساسی سابق مورخ ۱۳۲۵ هجری قمری استتار عهدنامه‌ها را تا رفع محذور می‌دانست البته این قوانین استثنا هم داشت. ولی بعد از انقلاب این موضوع مدنظر قرار گرفت. (بعد از انقلاب اسلامی به دلیل انعقاد معاهدات نامناسب در رژیم‌های سابق حساسیت‌هایی که در این زمینه وجود داشت دقت عمل بیشتری برای نظارت به تصویب عهدنامه‌ها در نظر گرفته شد تا جایی که ابتدا در نخستین پیش‌بینی رسمی قانون اساسی که به دولت موقت تقدیم شد علاوه بر توسعه صلاحیت‌های قوه مقننه در خصوص نظارت بر انعقاد قراردادها و عهدنامه‌های بین‌المللی توسط دولت صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی و ارجاع آن به داوری نیز در قانون اساسی تعیین تکلیف شد. نهایتاً مذکور به عنوان اصل ۱۱۴ در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی به شرح ذیل مورد بررسی قرار گرفت. طرح اصل ۱۱۴، صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی و ارجاع آن به داوری در هر مورد موکول به تصویب هیأت وزیران است در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به اطلاع مجلس برسد. متن مذکور در جلسات چهل و هشتم و پنجاهم در تاریخ‌های ۱۳۵۸/۷/۲۶ و ۱۳۵۸/۷/۲۹ مورد بحث و تبادل نظر خبرگان قانون اساسی قرار گرفت و نهایتاً به عنوان اصل ۱۳۹ قانون اساسی به شرح ذیل مورد تصویب قرار گرفت. (فهیمی، ۱۳۸۹، ۱۹)

اصل یکصد و سی و نه «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 خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند.» (اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و آثار آن از سال ۱۳۵۸ تاکنون موضع بحث‌ها و تفاسیر متعددی بوده و این بحث‌ها کماکان ادامه دارد. حقوقدانان و مشاوران حقوقی سازمان‌ها و دستگاه‌های گوناگون دولتی در نبود تفسیر شورای نگهبان تفاسیر متفاوتی از اصل ۱۳۹ ارائه داده‌اند بنا بر شرایط روش‌های مختلفی اختیار کرده‌اند که در یک طرف تفسیر موسع و طرف دیگر تفسیر محدود و مضیق است. برای نمونه سؤالی از شورای نگهبان در این خصوص را مطرح می‌کنیم: نخست وزیر وقت در تاریخ ۱۳۶۵/۲/۳ طی نامه‌ای از شورای نگهبان در خصوص موضوع تقاضای تفسیر قانون اساسی را کرد. در این سؤال اعلام شده بود که وزارت امور اقتصادی و دارایی به نمایندگی از دولت در بهمن ۱۳۵۳ مبلغ یک میلیارد دلار به کمیساریای انرژی اتمی فرانسه در برابر دعوی مطروحه به استناد مقررات اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران به نمایندگی خواهان در دعوی مزبور ایراد کرده و بر همین اساس تقاضای تفسیر قانونی در مورد رعایت یا عدم رعایت مقررات اصل ۱۳۹ در خصوص موافقتنامه‌های پیش از پیروزی انقلاب و قبل از تصویب قانون اساسی را کرده است. پاسخ شورای نگهبان، عطف به نامه شماره مورخ... موضوع در جلسه شورای نگهبان مطرح و پس از بحث و بررسی لازم نظر اکثریت اعضاء بدین شرح اعلام می‌گردد: برحسب اطلاق اصل ۱۳۹ در مورد موافقت نامه‌های پیش از پیروزی انقلاب هرچند در آنها ارجاع به داوری پیش‌بینی شده باشد، مقررات اصل مذکور باید رعایت گردد. با توجه به پاسخ صریح شورای نگهبان نسبت به سؤال پرسیده شده، لیکن باید گفت که این نظریه عنوان نظریه تفسیری تلقی نمی‌گردد زیرا مطابق صورت جلسات موجود هفت نفر از اعضای شورا آن را تأیید کرده باشند. به همین دلیل نخست وزیر وقت طی نامه‌ای از شورای نگهبان در خواست کرد که صریحاً نظریه تفسیری خود را پیرامون موضوع اعلام دارد که شورای نگهبان جهت حل قضیه اعلام کرد: نظر به اینکه قوانین جاریه کشور در صورتی از لحاظ قانون اساسی نسبت به قوانین جاریه به تفسیر شورای نگهبان نیاز داشته باشد مادام که شورای نگهبان نظر تفسیری نداده باشد آن

قوانین منع اجرائی ندارد و اجرای آن قوانین به اصل خود باقی است و نظر به این که در مورد شمول اصل ۱۳۹ نسبت به قرارداد مورد سؤال، شورای نگهبان به نظر تفسیری نرسیده است، ارجاع به داوری از دولت بدون کسب مجوز از مجلس شورای اسلامی با قانون اساسی مغایرت ندارد. البته شورای نگهبان در برخی موارد رویه فوق‌الذکر را رعایت نکرده و شرط داوری را مغایر با اصل ندانسته است. (شمعی، محمد، ۱۳۹۳، ص ۷۷)

از جمله می‌توان موافقتنامه حمل و نقل هوایی بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری ترکیه مصوب ۱۳۶۳/۱۰/۲۳ مراجعه نمود. (حکمیّت 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 دولتی در خصوص پیمان نیز باید لحاظ شود.) همان طور که از نام اموال دولتی پیداست به آن دسته از اموالی گفته می‌شود که در اختیار دولت است. (اموال دولتی، اموالی است که در مالکیت خصوصی اشخاص حقوقی مربوط به حقوق عمومی می‌باشد و همانند اشخاص حقوقی با رعایت پاره‌ای از تشریفات اداری با توجه به مقررات مربوط به مالکیت خصوصی از آنها استفاده می‌کنند.) در قانون مدنی نیز در ماده ۲۶ خود نام برخی اموال دولتی را ذکر کرده است. (شمعی، محمد، ۱۳۹۳، ص ۴۰)

البته در قانون مدنی در خصوص اموال عمومی مواردی ذکر شده است که از آن نمونه می‌توان به ماده ۲۵ و ۲۶ قانون مذکور اشاره کرد. (اموال عمومی موضوع مواد ۲۵ و ۲۶ قانون مدنی دارای این خصیصه هستند که برای استفاده عموم بوده و دولت در جهت منافع و مصالح عمومی در اختیار دارد «قسمت پایانی ماده ۲۶» در نهایت تعریفی که می‌توان از اموال عمومی ارائه داد عبارت است از: (اموال عمومی عبارت است از اموال مربوط به شرکتهای دولتی و مؤسسات وابسته به آنها که متعلق حق افراد و مؤسسات خصوصی نیست و صرفنظر از نحوه و منشأ تحصیل آن منحصراً برای مصارف عمومی به موجب قانون قابل دخل و تصرف می‌باشد.) موضوع قابل بحث دیگر در خصوص صدور اصل ۱۳۹ می‌باشد که می‌گوید: «ارجاع دعاوی...» باید منظور از کلمه دعاوی را متوجه شدیم. زیرا برخی افراد معتقدند که هرگونه اختلاف ناشی از قرارداد را که یک طرف آن دولت باشد باید اجازه‌های مطابق اصل ۱۳۹ را در

آن لحاظ کرد: یعنی تصویب هیئت وزیران و اطلاع مجلس و در موارد خاص تصویب مجلس. (انیسی، الهام، ۱۳۸۹، ص ۹۵)

حال باید دید که لفظ «دعوی» موجود در اصل ۱۳۹ با کدام یک مقرون می‌باشد. (تاکنون در میان حقوقدانان ایرانی عموماً لفظ «دعوی» در متن اصل ۱۳۹ به معنای هرنوع تنازع و منازعه و اختلاف و ادعا اعم از آنکه در دادگاه‌های دادگستری طرح شده یا نشده باشد فهمیده شده است... دستگاه قانونگذاری کشور نیز این لفظ را به همین معنای اعم گرفته است.) 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. باید گفت بین واژه‌های اختلاف، دعوی و ادعا تفاوت وجود دارد و نباید همه این کلمات را مترادف و در عرض هم استفاده کرد. اگر یک طرف قرارداد در خصوص موضوعی مطالبی طرح کند این امر فقط یک ادعا است و اگر طرف مقابل آن را نپذیرد آن وقت اختلاف بین طرفین به وجود می‌آید ولی هنوز دعوایی مطرح نشده است. (فقدان وحدت نظر بین طرفین چیزی نیست جز اختلاف و هرنوع تفاهم و توافق در مورد آن چیزی نیست جز مصالحه. اگر لفظ دعوا در این اصل به معنای اختلاف گرفته شود هیچ نوع اختلاف ریز و درشت در جریان اجرای روزمره قراردادها را نمی‌توان در جایی که پای اموال عمومی و دولتی در میان است، با تفاهم و توافق دوطرف حل و فصل کرد و ناگزیر باید آن‌را موکول به تصویب هیأت وزیران و حسب مورد مجلس نمود. (عباس زاده، محمد، ۱۳۹۲، ص ۱۲۹)

در قرارداد پیمانکاری خصوصاً پروژه‌های عظیم، در حین انجام ایرادات و اشکالات بسیاری پیش می‌آید که اگر قرار باشد همه آنها را «دعوی» توصیف کنیم باید برای هر مورد مسیر اصل ۱۳۹ را طی کنیم که در این صورت اجرای پروژه و اتمام آن غیرممکن خواهد بود. در صورتی که با شناخت معانی واژه‌های ادعا، اختلاف و دعوی به سادگی می‌توان موارد پیش آمده در قرارداد را حل و فصل کرد. 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 فقط محدودیت در ارجاع اختلاف به داوری وجود دارد. از طرفی همان‌طور که گفتیم نظریه تفسیری هم از طرف شورای نگهبان تا به امروز در خصوص این اصل ارائه نشده است و حقوقدانان دولتی هستند که می‌توانند با تفسیر

واژه‌های فوق به سادگی محدودیت موجود در اصل ۱۳۹ را به نحو مقتضی مرتفع کرده و قراردادهای دولتی (در اینجا شرایط عمومی پیمان) به انجام برساند. از حیث رویه قضایی نیز هیات عمومی دیوان عدالت اداری طی دادنامه شماره ۱۳۸ و ۱۳۹ مورخ ۱۳۹۱/۰۳/۲۲ با شکایت سازمان بازرسی کل کشور اقدام به ابطال مصوبه هیات وزیران به شماره ۱۶۸۶۹۲/ت/۳۶۹۵۹ - ۱۶/۱۲/۱۳۸۵ در ارتباط با تجویز ارجاع امر به داوری فی مابین سازمان منطقه آزاد کیش و شخصی حقیقی کرد. باید خاطرنشان کرد این مصوبه به جهت استدلال بکار رفته در آن فاقد هرگونه پشتوانه حقوقی و اقدامی فاقد سابقه در سطح رویه قضایی کشور می‌باشد که در نتیجه رشد یافتن آن، موجبات اضمحلال و انهدام داوری در خصوص قراردادهای دولتی را فراهم خواهد کرد.

#### ۴-۴- داوری در مقررات فیدیک

یکی از مهمترین مواردی که در قراردادهای دارای جایگاهی ویژه است ایجاد یک روش عادلانه و منصفانه برای حل و فصل اختلافات می‌باشد چنین بندی در قراردادها قابل درک است زیرا در قراردادهای بلند مدت و منحصر به فرد و پیچیده اختلاف امری اجتناب ناپذیر است. (جاگر، ۲۰۱۰، ۶۷) به طور سنتی روش‌های حل اختلاف به طور دوستانه یا با استفاده از روش‌های جایگزین نسبت به دیگر روش‌های حل اختلاف در شرق رایج‌تر شده بودند در حالی که این روش‌ها به طور گسترده در غرب قرار گرفته بود. داوری در طول قرن‌های گذشته روش موفقیت آمیز برای حل و فصل اختلاف بوده است. در شرق یک نصیحت بودایی برای داوران و قاضیان شامل ۵ مرحله جالب برای یک تصمیم‌گیری می‌شد:

۱- شما باید صحت و سقم مطالب ارائه شده را تصدیق کنید.

۲- شما باید اطمینان حاصل کنید که طرفین اختلاف قضاوت شما را قبول دارند.

۳- شما باید وارد افکار طرفین شوید به طوری که تصمیم شما بر آنها تأثیر بگذارد.

۴- باید رأی صادره را با آرامش و بدون خشم و عصبانیت ارائه کنید.

۵- باید عادلانه و صادقانه قضاوت کنید. (هار، جمول جادی، ۲۰۰۹، ص ۵۶)



البته توصیه‌های فوق امروزه نیز کاربرد دارند. درچین نیز زمانی که یکی از امپراطوران بزرگ MANCHU حکومت می‌کرد یکی از طرفداران داوری و در عین حال از مخالفان دادرسی قضایی بود.

او معتقد بود یکی از دلایل زیاد بودن مراعات در چین، روحیه دعواطلبی آنهاست. او همچنین معتقد بود دراین روش (داوری) شیطان به وسیله پایه‌ها و ریشه‌های اعتقاد خوب و خراب می‌شود و شهروندان خوب که در بین خود اختلافاتی دارند با استفاده از روش داوری بعضی از افراد ریش سفید برادر گونه با یکدیگر برخورد می‌کنند، به همان صورت برای افراد که دردرساز، لجوج و سرسخت می‌باشند، باید به آنها اجازه داد تا در دادگاه‌ها به شرمساری برسند. این عدالت است و آنها نتیجه اعمال خودشان را می‌بینند.

در غرب، به عنوان نمونه در ایرلند، گذشته داوری به قوانین Brehan در قرن پنجم باز می‌گردد که اوج پیشرفت آن در اوایل قرن ۱۸ بود. انجمنی در Dulin به نام انجمن Ouzel Galley تشکیل شد که بازرگانانی را به وجد آورد که مسئول حل و فصل اختلافات تجاری بودند. تاجران در قرن ۱۸ در هرکجا از اروپای غربی بارها حل و فصل اختلافات خود را به داوری تاجران با سابقه با استفاده از مقررات خاص خودشان محول کردند. (در کل در خصوص شرایط داور گفته شده است که باید: منصف، محکم، قانونی، دوستانه، قابل انعطاف و پایدار باشد). شرایط و چارچوب‌های رفتاری داوران مانند قضات دادگاه‌هاست؛ البته از داوران باتوجه به اینکه چارچوب اختیاراتی آنها و شیوه تصمیم‌گیری‌شان انعطاف بیشتری دارد انتظار می‌رود که بهتر از قضات رفتار کنند؛ داوران براساس تخصص فنی و شایستگی انتخاب می‌شوند. در قراردادهای فیدیک پیش از ارجاع موضوع مورد اختلاف به داوری طرفین مکلف هستند مورد اختلاف را نزد مهندس مشاور مطرح کنند و در صورت عدم پذیرش تصمیم وی به طرح دعوی در دیوان داوری بین‌المللی بپردازند. (شمعی، محمد، ۱۳۹۳، ص ۵۶)

پس ارجاع موضوع به مهندس مشاور مطابق ماده ۶۷ (چاپ سوم) کتاب قرمز را می‌توان یک پیش داوری دانست که مقدمه و لازمه ورود به داوری (در صورت خواست هریک از طرفین) می‌باشد. البته این بدان معنا نیست که طرفین در صورتی که تمایل به حل اختلافات خود از طریق شیوه‌های مسالمت‌آمیز داشته باشند این امر ممکن نباشد بلکه 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 داوری ارجاع به شخص فوق امری ضروری است. (زیرا یکی از مراحل ارجاع به دوری در دیوان بین‌المللی داوری در همان ابتدا بررسی درخواست ارائه شده از سوی دیوان مربوطه است.) مهندسی مشاور در واقع نماینده کارفرما است که بر موضوع و انجام پروژه توسط پیمانکار نظارت دارد. و 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 پیش‌داوری 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 آن اقدام نمود. (ایزدی، منصور، ۱۳۸۳، ص ۸۵)

ماده ۶۷ کتاب قرمز فیدیک در این خصوص به صراحت ارجاع به مهندس مشاور را قبل از داوری الزامی می‌داند. خلاصه ترجمه این ماده بدین شرح است: «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» برای حل و فصل به مهندس (مشاور) 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 اخطاریه می‌توانند به داوری مراجعه کنند.» (لتو، ایگور، ۲۰۰۶، ص ۴۳۸) قید کلمه باید یا همان «shoud» این الزام را می‌توان متوجه شد. با قید زمان مقرر در قرارداد فیدیک می‌توان متوجه شد که در صورت عدم اعتراض به نظر مهندس مشاور در مورد موضوع حل اختلاف نظریه وی پذیرفته شده توسط طرفین خواهد بود و طرفین ملزم به اجرای آن خواهند بود. و در غیر این صورت با اعلام عدم رضایت می‌توانند به داوری مراجعه کنند. (قربانی، علی، ۱۳۸۶، ص ۱۹۹)

داوری بعد از پیش داوری توسط دیوان داوری اتاق بین‌المللی انجام می‌گیرد. البته بدیهی است که در صورت عدم اظهارنظر 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. حال با توجه به

اینکه داوری در فیدیک به اتاق بازرگانی بین‌المللی ارجاع شده است در خصوص مقررات مربوط به این مرجع نیز توضیحاتی می‌دهیم. البته همان طور که گفته شد ارجاع به داوری پس از عدم پذیرش نظر مهندس در مدت معین است.

در مورد چگونگی و تعداد داوران نیز در ماده ۸ این مقررات مطالبی بیان نموده است با توجه به اهمیت این ماده عیناً آن را ذکر می‌کنیم:

«۱- رسیدگی و تصمیم‌گیری درباره اختلافات مطروحه توسط داور منفرد یا سه نفر داور صورت می‌گیرد. ۲- چنانچه طرفین درباره تعداد داوران توافق نکرده باشند دیوان یک نفر داور را به عنوان داور منفرد منصوب خواهد کرد، مگر اینکه به نظر دیوان اختلاف مطروحه طوری باشد که نصب سه نفر داور را اقتضا کند. در این صورت خواهان باید ظرف ۱۵ روز از تاریخ ابلاغ تصمیم دیوان در این مورد، یک نفر داور تعیین و معرفی نماید و خوانده نیز باید ظرف ۱۵ روز از تاریخ وصول ابلاغیه مربوط به معرفی داور خواهان، داور خود را معرفی کند.

۳- در مواردی که طرفین توافق کرده باشند اختلافات توسط داور منفرد حل و فصل شود، می‌توانند با توافق داور منفرد را انتخاب و جهت تأیید دیوان داوری اتاق معرفی کنند. اگر طرفین نتوانند ظرف ۳۰ روز از تاریخ وصول درخواست داوری به طرف مقابل یا ظرف هر مهلت اضافی که دبیر خانه به آنها داده به چنین توافقی دست یابند داور منفرد توسط دیوان منصوب خواهد شد.

### نتیجه گیری

دادگستری تنها مرجع حل اختلاف 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 در دادگستری صرف‌نظر کنند که قبلاً برای ارجاع اختلاف خود به داوری با هم توافق داشته باشند. هرچند موضوع حل اختلاف از طریق داوری در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان پذیرفته شده است، اما این به معنای ارجاع حل مناقشه از طریق داوری در هر مورد از پیمان‌های امضا شده نیست و بنابراین نمی‌توان کارفرما را ملزم به رعایت این شرط داوری بدون کسب تکلیف از مراجع بالایی کرد چرا که هر پیمان طبیعت ویژه خود را دارد و امضای

سند اصلی پیمان توسط کارفرما و به تبع آن شرط داوری باعث نمی‌شود که کارفرما، مورد اختلاف را به داوری ارجاع دهد. بنابراین نمی‌توان گفت که چون سند پیمان از ناحیه کارفرما به پیمانکار ارجاع داده شده و مورد قبول دو طرف است و ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان هم ارجاع اختلاف به داوری را پذیرفته است، پس اگر دیگر نیاز به کسب تکلیف از هیأت وزیران و اطلاع مجلس نمی‌باشد که کارفرما در این باره ملزم به رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی می‌باشد. 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. داور یا داوران در قبول یا عدم قبول داوری کاملاً آزاد و مختار هستند و بدیهی است که هیچ‌کس را نمی‌توان به اجبار به قبول داوری وادار کرد. به همین دلیل است که مقنن در ماده ۴۶۵ قانون آیین دادرسی مدنی تصریح کرده است ولی از طرفی باید دانست این اختیار قانونی به داور در مورد قبول یا عدم قبول داوری فقط در مرحله آغاز کار است و تا اعلام قبولی داوری. درباره این نکته در قراردادهای پیمانکاری، در پیمان هرگاه شورای عالی فنی که قبولی‌اش به هنگام انعقاد پیمان اخذ نشده، است.

## فهرست منابع و مآخذ

### منابع فارسی

- انصاری، باقر (۱۳۸۴)، درآمدی بر مکانیزم های حل و فصل اختلافات تجاری بین المللی، نشریه حوزه و دانشگاه، سال یازدهم، شماره ۴۴.
- انیسی، الهام (۱۳۸۹)، حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمانکاری دولتی، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه علامه طباطبایی.
- ایزدی، منصور (۱۳۸۳)، داوری سازمانی، تهران، نشر اندیشه عصر، چاپ اول.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۶)، ترمینولوژی حقوق، تهران، نشر گنج دانش، چاپ شانزدهم.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۲)، لغت نامه، تهران، نشر دانشگاه تهران، چاپ هشتم.
- رشیدی، علی (۱۳۹۴)، اصول تنظیم قراردادهای پیمانکاری، تهران، نشر رامن سخن، چاپ اول.
- شمس، احمد (۱۳۹۱)، بررسی تطبیقی حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمانکاری و قراردادهای فیدیک، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران مرکز.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۱)، داوری تجاری بین المللی، نشر سمت، چاپ اول.
- شمعی، محمد (۱۳۹۳)، مختصر حقوق قراردادهای اداری، تهران، نشر مجد، چاپ اول.
- طباطبایی مومنی، منوچهر (۱۳۷۹)، حقوق اداری، نشر سمت، تهران، چاپ نهم.
- عباس زاده، محمد (۱۳۹۰)، آیین داوری در قراردادهای پیمانکاری، تهران، نشر خاتم الانبیا، چاپ اول.
- عراقی، سید عزت الله و محمد کاظم حبیب زاده (۱۳۸۸)، قراردادهای دولتی در حقوق ایران، بررسی شاخص‌ها، نشریه حقوق خصوصی، سال ششم، شماره پانزدهم، پاییز و زمستان.
- فهیمی، صدیقه (۱۳۸۹)، حل و فصل اختلافات بین المللی، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی.
- قربانی، علی (۱۳۸۶) ادعای پیمانکاران، نشر گوهرشاد، چاپ اول.

### منابع انگلیسی

16. **Henkin, Henry**, "Drafting Engineering Contracts", Elsevier Applied Science, 2005.
17. **Jaeger, Axel V and Hok, Gotz S**, "FIDIC-Guide for Practitioners", Springer, 2010.

18. **Martin, Elizabeth A. and Law, Jonathan**, “Dictionary of Law”, Oxford University Press, New York, 2007.

Bosche, R. V, Condition of contract for construction, identifying construction claim, 1987.

**FIDIC**, “General Conditions of Contract for Construction, MDB Harmonised Edition, 1<sup>st</sup> Edition, Geneva, 2006.

**Hardjomuljadi, Sarwono**, “Pre Contract Strategy for Minimizing Construction Claims Impact on Hydro Electric Power Plant Projects in Indonesia”, Dissertation, Jakarta, 2009.

Igor Ietto, writing the decision of FIDIC, international construction law review, 2006.