

بررسی تطبیقی کارآمدی مراجع حل اختلاف در شرایط عمومی پیمان و فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور (فیدیک نسخه ۲۰۱۷) با تمرکز بر هیئت‌های حل اختلاف درون‌پروژه‌ای

سهراب سلامت*

مهدی باقری سرشکی**

فرانک جوادی***

تاریخ تألیف: ۱۴۰۱/۱۲/۲۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۱۶

چکیده

یافتن علل فرآیند ناکارآمد حل اختلاف در پروژه‌های پیمانکاری و عدم ایفای مناسب نقش مراجع حل اختلاف در شرایط عمومی پیمان مستلزم پاسخ‌گویی به این پرسش است که سیر و اهداف قانونگذاری در این حوزه چه بوده و چه خلأهای قانونی باقی است؟ همچنین موفقیت‌الگویی فیدیک در حل اختلاف پروژه‌های عمرانی تا چه حد بوده و نظام حقوقی مربوطه چگونه از تبدیل ادعا به اختلاف پیشگیری کرده است؟ با بررسی مقررات فیدیک ۲۰۱۷، به عنوان نمونه بین‌المللی موفق و بهینه‌کاو و تطبیق مراجع پیش‌بینی‌شده در شرایط عمومی با فیدیک درمی‌یابیم فرایند نامناسب رسیدگی و عدم رعایت زمان‌بندی کارآمد، عملاً مشکلات پروژه‌ها را دوچندان کرده است، اگرچه سعی شده تا با تاسی از فیدیک، حل اختلافات به مراجع غیرقضایی سپرده شود. رفع این معضل مستلزم اصلاح ماده ۵۳ شرایط پیمان برای الزام‌آور کردن مراجعه به مراجع غیرقضایی، لحاظ‌نمودن هیئت‌های حل اختلاف درون‌پروژه‌ای، تغییر شورای عالی فنی به عنوان مرجع داوری به یک مراجع داوری کارآمد و پیش‌بینی زمان‌بندی در مراحل حل اختلاف است.

واژگان کلیدی: حل اختلاف، داوری، شرایط عمومی پیمان، فیدیک ۲۰۱۷، پروژه‌های پیمانکاری.

* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد تهران مرکز (sohrabsalamat@yahoo.com)

** کارشناسی ارشد رشته مدیریت پروژه و ساخت دانشگاه شهیدبهشتی تهران و کارآموز کارشناسی رسمی

دادگستری کانون تهران/ نویسنده مسئول (mbs3727@gmail.com)

*** دانشجوی کارشناسی ارشد رشته معماری منظر دانشگاه آزاد تهران جنوب (faranakjavadi64@gmail.com)

مقدمه

شرایط عمومی پیمان جدید در سال ۱۳۷۸ به جهت ساماندهی و مشخص نمودن قواعد حاکم بر روابط بین کارفرمای دولتی و پیمانکار توسط سازمان برنامه و بودجه ابلاغ گردید. از اهم روابط و مسائل مذکور، موضوع حل اختلاف مصرح در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان می باشد که با هدف تسهیل حل اختلاف در مرجع داوری و جلوگیری از روند سابق یعنی مراجعه به دادگستری تصویب شد. درست است که مطابق اصل ۱۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مرجع رسمی تظلمات دادگستری است ولی نظر به ماهیت پیمان های دولتی و رعایت اصل سرعت در رسیدگی و کاهش هزینه ها و محرمانگی، تصویب شرایط عمومی پیمان تلاشی بود در جهت بهینه سازی شیوه حل اختلافات پیمانکار و کارفرما که نتایج آن می بایست به پروژه ها تسری یافته و با حل و فصل سریع تر اختلافات سبب کاهش هزینه و زمان معطلی و توقف آنها گردد، اما در عمل چنین امری محقق نشد و باتوجه به ایرادات ماده ۵۳ و برداشت های متفاوت از آن در رویه قضایی و حتی شورای عالی فنی به عنوان مرجع پیش بینی شده جهت داوری و حل اختلاف، عملاً نتیجه مطلوب حاصل نگردید و کماکان عمده اختلافات بر اساس اصل ۱۵۹ قانون اساسی با ابتر ماندن بحث داوری در محاکم عمومی حقوقی رسیدگی می شوند. امری که با روح شرایط عمومی پیمان و غرض اصلی آن در تعارض می باشد.

نتیجه آن شد که در عمل به دلیل سردرگمی در فرآیندهای رسیدگی، نداشتن زمان بندی متناسب برای حل اختلافات، برخورد انفعالی با ادعاها، تخییری و غیرقاطع بودن مراجع مربوطه، وجود شائبه در بی طرفی داور و غیره حل اختلاف مطابق شرایط عمومی پیمان مورد استقبال کارفرمایان و پیمانکاران قرار نگرفت و به تبع آن تطویل زمان رسیدگی و تحمیل هزینه های مضاعف، بار سنگینی را بر دوش پروژه ها نهاده و خسارات غیرقابل جبرانی را در تکمیل آنها برجای گذاشته است. آنچه از آمار و نتایج منتشره از منابع معتبر برمی آید آن است که نهادهای مجرب بین المللی مانند فیدیک که سابقه مشارکت در پروژه های عظیم را دارند، توانسته اند با حل این معضلات در قراردادهای همسان خود، تنش ها و اختلافات طرفین را کاهش و کارایی ارکان پروژه را بالا ببرند و در نهایت از تطویل زمان پروژه و تحمیل هزینه های مازاد به طرفین جلوگیری به عمل آورند؛ لذا با رویکرد تحلیلی به نهادهای مذکور و یافتن روش مناسب حل معضلات و ریشه یابی علل این ناکارآمدیها و چگونگی ایفای نقش مراجع مذکور در پروژه های تحت سیطره شرایط عمومی پیمان می توان موجبات

مانع‌زدایی از کارکرد مطلوب مراجع حل اختلاف را به وجود آورد.

برای این امر باید به این سؤالات پاسخ داد که سیر قانونگذاری چگونه بوده است که منجر به ایجاد معضلات گردیده و اینکه چه خلأهایی باقی مانده که موجب عدم رفع این معضلات شده است؟ الگوهای موفق در این حوزه چیست و چگونه شکل گرفته‌اند؟ نظام حل اختلاف در فیدیک چگونه توانسته است از تبدیل ادعا به اختلاف جلوگیری کرده و به تبع آن بار فرآیند رسیدگی را کاهش دهد؟ در نهایت این سؤال مطرح است که چگونه می‌توان بر اساس الگوی فیدیک خلأهای نظام حل اختلاف در ایران را اصلاح کرد به طوری که به رفع معضلات مذکور منجر شود.

قانونگذار در شرایط عمومی پیمان جدید سعی نمود تا با تأسی از روشهای به روز حل اختلاف، از نتایج کارآمد آنها بهره‌برد لیکن با انتخاب نامناسب مراجع حل اختلاف و عدم پیشنهاد فرآیند رسیدگی مدون، مشکلات در این زمینه را دوچندان نمود. برای حل این مشکل با توجه به سابقه نهادهای پیشرو مرتبط با پروژه‌های زیرساختی و قراردادهای پیمانکاری یکی از روشهای معتبر و نتیجه‌بخش بهینه‌کاو عملکرد و مراجعه به بنیان‌های تجربی این نهادهاست. می‌توان الگوهای موفق حل اختلاف در صنعت را بررسی کرد و ضمن بررسی مزایا و معایب آنها، نقاط قوت شرایط عمومی پیمان را تقویت و نقاط ضعف را حتی‌الامکان امحاء نمود. برای نیل به این اهداف، مقررات فیدیک با توجه به مقبولیت حرفه‌ای جهان‌شمول آن انتخاب گردید. فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور (فیدیک - Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils) توانسته است از طریق پیش‌بینی مراجع و فرایند حل اختلاف درون پروژه تا حد زیادی زمان و هزینه حل اختلاف را کاهش دهد. این فدراسیون در سال ۱۹۱۳ تأسیس شده و با تنظیم مقررات کارآمد در حوزه حل اختلاف در سال ۱۹۹۹ که مقارن با تصویب شرایط عمومی پیمان جدید با رویکردی مشابه بود توانست تا حدودی زیادی اهداف غیرقابل دستیابی توسط شرایط عمومی پیمان را محقق سازد و با ویرایش نسخه نهایی در سال ۲۰۱۷ روندی رو به رشد را در حل اختلافات کارفرما و پیمانکار طی نماید.

بررسی تطبیقی فیدیک و شرایط عمومی پیمان نشانگر رویکردی مشترک و مشابه در ارجاع اختلافات به سازوکارهای غیرقضایی است ولی خروجی و نتایج حاصله به شدت متفاوت هستند. بررسی مراجع حل اختلاف در این دو نظام حل اختلاف دلیل این تفاوت معنادار در نتایج را روشن می‌سازد؛ براین اساس در فصل اول نوشتار به سیر تطور و نقش مراجع حل اختلاف در دو نظام

حقوقی بررسی شده و وضع موجود آنها مورد توجه قرار گرفته است. در فصل دوم مراجع حل اختلاف در فیدیک مورد مطالعه قرار گرفته و به نتایج و مزایای بهره‌گیری عملی از آنها اشاره می‌گردد. در فصل سوم مراجع حل اختلاف پیش‌بینی شده در شرایط عمومی پیمان و علل ناکارآمدی آنها مورد بررسی قرار گرفته و پیشنهادات اصلاحی برای رفع این معضلات باتوجه به نظام فیدیک در شرایط نظام حقوقی ایران ارائه می‌گردد.

۱. پیشینه و نقش مراجع حل اختلاف در پروژه‌های پیمانکاری

بروز اختلاف در قراردادهای پیمانکاری به دلیل احتمال ایجاد تعارض در سطوح مختلف نیروهای کار و پیچیدگی در صرف هزینه‌های هنگفت مالی و همچنین وجود ریسک‌های پیش‌بینی نشده برای طرفین قرارداد، امری اجتناب‌ناپذیر است و لازم است آن را به عنوان واقعیت موجود اینگونه قراردادها پذیرفت و به جای برخورد «انفعالی» درصدد برخورد حرفه‌ای با این اختلافات و حل و فصل مناسب آنها برآمد. برای تحقق این امر نهادهای بین‌المللی دست اندرکار در پروژه‌های پیمانکاری از قبیل فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور (فیدیک)، بانک جهانی، مرکز مدارک جماعی (امریکا)، کالترانس هرکدام به نوبه خود مجموعه قوانینی را وضع نمودند (Charrett, 2009, p.5) که مطابق رویکردهای مترقی بین‌المللی برای به‌کارگیری «هیئت‌های حل اختلاف» (Dispute Board) به منظور اخذ تصمیم و یا اخیراً پیشگیری از بروز اختلافات، تلاش نمودند تا اجرای پروژه‌های پیمانکاری که نقش مهمی را در توسعه و پیشرفت جوامع به عهده دارند، با کمترین خدشه‌ای رو برو گردند.

باتوجه به بیش از یکصد سال قدمت مجموعه مقررات فیدیک، مقبولیت این نهاد حرفه‌ای در جامعه جهانی^۱ و همچنین تجاربی که این نهاد از طریق تنظیم، بررسی و تدوین استانداردهای تصویب شده خود در سراسر جهان دارد و با نگاهی به بازخوردها و نتایج حاصله از این مقررات در قراردادهای مشمول آن بخصوص کتاب قرمز فیدیک که با موضوعیت پروژه‌های ساخت، قرابت موضوعی با شرایط عمومی پیمان دارد، شایسته است ابتدا به صورت اجمالی سیر تطور مراجع حل اختلاف پیشنهادی این نهاد بررسی گردد. در مقابل نیاز به نظاره بر سیر این مراجع و یا مراجع مشابه

۱. جامعه مهندسان مشاور ایران که در سال ۱۳۵۲ تأسیس گردیده است به عنوان نهاد متخصص مهندسی کشور در سال ۱۹۹۴ به عضویت رسمی سازمان فیدیک درآمده است.

پیش‌بینی شده در شرایط عمومی پیمان که به نوبه عمر کوتاه‌تری دارند در سیستم حقوقی فنی ایران نیز لازم می‌باشد.

۱-۱. پیشینه و نقش مراجع حل اختلاف در فیدیک

یکی از ابتکارات فیدیک در حل اختلافات، بهره‌گیری از نهادی به نام «هیئت‌های حل اختلاف» درون پروژه‌ای می‌باشد که دارای موفقیت‌های چشمگیر و کارکرد مقبول اجرایی بوده است. البته فیدیک در جدیدترین ویرایش خود از مهندس مشاور و داوری نیز در حل اختلاف بهره برده ولی به دلیل اهمیت موضوعی هیئت‌های مزبور در این نوشتار، به تشریح پیشینه آنها پرداخته می‌شود.

هیئت‌های حل اختلاف اولین بار در صنعت ساخت و ساز برای حل و فصل سریع، غیررسمی، بی‌طرفانه و مقرون به صرفه اختلافات مورد بهره‌گیری قرار گرفت. در دهه ۱۹۶۰ میلادی، پروژه سد مرزی واشنگتن اولین جایی بود که از یک هیئت فنی به نام «هیئت مشاوره مشترک» خواسته شد تا در مورد اختلافات مطرح‌شده تصمیم‌گیری کند. با توجه به موفقیت‌های حاصله، ایده استفاده از این روش در سایر پروژه‌ها مطرح گردید. اکنون بیش از ۵۰۰ پروژه با ارزش بیش از ۶۰ میلیارد دلار از این هیئت‌ها در قراردادهای خود بهره می‌گیرند.

در حال حاضر هیئت‌های حل اختلاف در ۱۲ کشور^۲ مقبولیت عام یافته و برای پروژه‌های عظیم و بین‌المللی از قبیل راه‌آهن، حمل و نقل، نیروگاه و غیره مورد استفاده قرار می‌گیرند. به غیر از حل و فصل سریع موارد اختلافی سه راهبرد الزامات بانک جهانی از سال ۱۹۹۵، الزامات فیدیک از سال ۱۹۹۹، الزامات قانون جدید قضاوت منفرد در بریتانیا از سال ۱۹۹۸ در ترویج بهره‌گیری از این هیئت‌ها بسیار موثر بوده است (Chapman, 2004, p.2).

همانگونه که اشاره شد در سال ۱۹۹۹، فیدیک ماهیتی به‌عنوان «هیئت حل اختلاف» (DAB: Dispute Adjudication Board) که دارای ویژگی اخذ تصمیم الزام‌آور بود را در قراردادهای خود نسبت به سایر مفاهیم متصور برای هیئت‌های حل اختلاف پیشنهاد نمود. از ابتدای سال ۲۰۰۰، هیئت‌های حل اختلاف نقش اصلی در پروژه‌های بین‌المللی ساخت به عهده داشتند به نوعی که در

۲. ایالات متحده، بریتانیا، فرانسه، سوئد، دانمارک، نیوزلند، آفریقای جنوبی، اوگاندا، هنگ کنگ، چین، هند و بنگلادش

این دوره، نهادهای بسیاری از جمله اتاق بازرگانی بین‌المللی، انجمن دآوری امریکا و بنیاد هیئت‌های حل اختلاف (DBRF: Dispute Resolution Board Foundation) تجارب ارزنده‌ای در ارتباط با رویه‌ها و نتایج بهره‌گیری از هیئت حل اختلاف اندوخته و توانستند با پیشنهاد ایده «هیئت‌های حل اختلاف ترکیبی» تأخیرات و هزینه پروژه را کاهش داده و از بروز اختلافات پیچیده پیشگیری کنند. این هیئت‌های حل اختلاف نوظهور چنان محبوبیتی یافتند که در ویرایش ۲۰۱۷ کلیه قراردادهای فیدیک موسوم به «رنگین کمان فیدیک» (FIDIC rainbow suite of contracts)، جایگزین هیئت‌های قبلی گردیدند. فیدیک نام «هیئت حل اختلاف پیشگیرانه و اخذ تصمیم» (DAAB: Dispute Avoidance and Adjudication Board) را برای این هیئت‌ها برگزید زیرا که هم قابلیت مشاوره زود هنگام و غیررسمی برای پیشگیری از بروز اختلافات را داشتند و هم در مواقع مورد نیاز تصمیمات لازم‌الاجرا اخذ می‌نمودند. حضور این هیئت‌ها از ابتدای پروژه، جهشی عظیم در ایفای نقش آنها در صنعت ساخت ایجاد کرده و در نگرش به نحوه کارکرد آنها در عمل تفاوت جدی ایجاد نمود (Bates & Torres, 2020, pp.245-246). در جدول شماره ۱ پیشنهاد هیئت‌ها در فیدیک و مراحل تبدیل آنها به نهادی الزامی و مترقی در پروژه‌های پیمانکاری آورده شده است (Seppala, 2015, p.9).

مشاهده می‌گردد که در عمل هیئت‌های حل اختلاف جدید در هر یک یا هر دو نقش زیر ظاهر می‌گردند: (۱) پیشگیری زود هنگام از بروز اختلاف از طریق ارائه مشاوره غیررسمی (۲) اخذ تصمیم رسمی به صورت الزام‌آور و یا غیرالزام‌آور (Bates & Torres, 2020, p.248).

جدول شماره ۱ - پیشینه هیئت‌های حل اختلاف در فیدیک	
دوره زمانی	اقدامات فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور (فیدیک)
۱۹۹۳-۱۹۸۷	بهره‌گیری موفقیت‌آمیز از نوع خاصی از هیئت حل اختلاف اخذ تصمیم در پروژه تونل کانال انگیس - فرانسه
۱۹۹۵	معرفی هیئت حل اختلاف اخذ تصمیم (DAB) در کتاب نارنجی
۱۹۹۶	معرفی هیئت حل اختلاف اخذ تصمیم به‌عنوان «جایگزین قابل قبول» مهندس مشاور در امور حل اختلاف در کتاب قرمز
۱۹۹۹	الزام‌آور اعلام‌نمودن هیئت حل اختلاف اخذ تصمیم
۲۰۰۵	موافقت با هیئت مندرج در کتاب قرمز توسط بانک جهانی و سایر بانکهای توسعه چندجانبه
۲۰۱۷	معرفی هیئت حل اختلاف پیشگیرانه و اخذ تصمیم (DAAB)

۱-۲. پیشینه و نقش مراجع حل اختلاف در قانون شرایط عمومی پیمان ایران

در قانون اساسی و قوانین موضوعه، مرجع رسمی تظلمات و شکایات دادگستری است. بر اساس همین اصل سالها اختلافات میان کارفرمایان و پیمانکاران به محاکم دادگستری ارجاع می‌گردید. حتی پس از تدوین شرایط عمومی پیمان برای اولین بار در سال ۱۳۵۳ و همچنین در ماده ۵۳ (ماده حل اختلاف) شرایط عمومی نسخه سال ۱۳۵۹^۳ باتوجه به تفکر غالب، دادگستری به‌عنوان تنها مرجع حل و فصل اختلافات معرفی شده است. این رویه تا سال ۱۳۷۸ ادامه داشت که در این سال مقنن سعی نمود در شرایط عمومی پیمان جدید موسوم به نشریه ۴۳۱۱^۴، سازوکارهای دیگری را نیز برای حل اختلاف به ماده ۵۳ اضافه کرده و میزان اختلافات ارجاعی به دادگستری را کاهش دهد؛ لذا برای اولین در تاریخ قوانین پیمانکاری از موضوعاتی نظیر نظر کارشناس (خبره) یا هیئت کارشناسی و داوری استفاده گردید. باتوجه معذوریتهای قانونی، شورای عالی فنی با تفویض اختیارات خاص از هیئت وزیران به‌عنوان تنها مرجع داوری بدون توافق قبلی با پیمانکاران معرفی گردیده است. البته باتوجه به متن ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان که در آینده به تفصیل به آن پرداخته می‌شود، مطابق شرایطی، امکان ارجاع اختلافات به دادگاه نیز وجود دارد که عملاً در تناقض با هدف قانونگذار برای ارجاع امور به داوری تخصصی و سریع بمنظور جلوگیری از توقف و یا معطلی پروژه‌ها می‌باشد.

در شرایط عمومی پیمان جدید به درستی سعی گردیده تا به تاسی از تجارب بین‌المللی، برای حل اختلافات پروژه‌های پیمانکاری شیوه‌ها و مراجع حل اختلاف مناسب معرفی گردد چرا که باتوجه به ذات پروژه‌های پیمانکاری، ماهیت دعاوی در آنها از سایر دعاوی (به‌طور اخص دعاوی تجاری) متفاوت است. این دعاوی معمولاً پیچیده و مملو از امور فنی — تخصصی بوده و به‌دلیل اهمیت برجسته زمان و صرف هزینه‌های هنگفت که اختلاف در آنها آثار، عواقب و خسارات بزرگی برای طرفین به‌دنبال دارد، دارای حساسیت ویژه‌ای می‌باشند.

۳. ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان ابلاغی سال ۱۳۵۹: در صورتیکه اختلافاتی بین کارفرما و پیمانکار پیش آمد کند اعم از اینکه مربوط به اجرای عملیات موضوع پیمان و یا مربوط به تفسیر و تعبیر هریک از مواد پیمان و شرایط عمومی و سایر اسناد و مدارک پیوست پیمان باشد چنانچه طرفین نتوانند موضوع اختلاف را از راه توافق رفع نمایند از طریق مراجعه به محاکم و مراجع صالحه دادگستری حل و فصل خواهد شد.

۴. شرایط عمومی پیمان جدید مطابق بخشنامه شماره ۸۴۲-۱۰۲/۱۰۸۸/۵۴ مورخ ۱۳۷۸/۳/۳ موسوم به نشریه ۴۳۱۱ به دستگاههای اجرایی کشور از نوع گروه اول (لازم‌الاجرا) ابلاغ گردیده است.

باتوجه به این که در فرآیند رسیدگی این دعاوی، عامل زمان (سرعت رسیدگی) از منظر طرفین از اهمیت خاصی برخوردار است^۵ (اسماعیلی هریسی، ۱۴۰۰، ص ۱۰۳۳)؛ لذا برای تسریع در حل و فصل اختلافات می‌توان از سازوکارهای غیرقضایی بهره جست که نیروی الزام‌آور خود را از توافق طرفین به دست آورده، باعث کاهش هزینه‌های رسیدگی و فاصله گرفتن از آیین دادرسی غیر منعطف دادگاهها می‌گردد. این سازوکارها از قبیل مذاکره، سازش، میانجیگری، کارشناسی، داوری و غیره به «شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف» (ADR: Alternative Dispute Resolution) موسوم‌اند که به‌علت دارابودن مزیت‌های (۱) سرعت رسیدگی و صرفه جویی در زمان (۲) غیررسمی بودن روند رسیدگی (۳) حفظ محرمانگی در رسیدگی‌های غیرقضایی، مورد استقبال قرار گرفته‌اند هر چند که محدودیت‌های زیر در مورد این روشها وجود دارد: (۱) امکان سو استفاده از روش جایگزین حل و فصل بدلیل عدم نظارت عمومی و بازرسی آرا نهایی (۲) پرداخت هزینه‌های اضافی مانند زمانیکه باید برای اجرای رأی داوری به دادگاه متوسل شد (۳) نبود قوانین لازم، کمبود مراکز معتبر و فعال و فقدان فرهنگ مراجعه به این روشها در میان مردم (مشهدی‌زاده و مهری، ۱۳۹۹، ص ۳۹-۴۲).

صرفنظر از اینکه آیا شرایط عمومی پیمان جدید در رسالت خود در این بخش موفق بوده، می‌توان استنباط نمود که در مورد رسیدگی به دعاوی در این پروژه‌ها، هدف صحیحی را دنبال کرده است. باتوجه به اهمیت عامل زمان در پروژه‌های مشمول شرایط عمومی پیمان که دارای دو نمود طول انجام پروژه و طول زمان حدوث ترافع تا حل اختلاف می‌باشد این نوشتار مترصد مقایسه و یافتن بهترین روش موجود برای بهبود شرط حل اختلاف در شرایط عمومی پیمان نظام فنی و اجرایی کشور است لذا برای این امر کتاب قرمز فیدیک را باتوجه به قرابت ماهوی با شرایط عمومی و تصریح بر اهمیت زمان در بندهای مرتبط با حل اختلاف و همچنین قوانین رویه‌مند رسیدگی در هیئت حل اختلاف آن برگزیده‌ایم که در بخشهای آتی این نوشتار با مقایسه موارد کلیدی در شرط حل اختلاف فیدیک ویرایش سال ۲۰۱۷، به خلأهای قانونی و ایرادات وارد بر شرایط عمومی پیمان و پیشنهادهای اصلاحی در مورد آن می‌پردازیم.

۵. مطابق تحقیقی در دانشگاه ژنو در سال ۲۰۱۳

۲. مراجع حل و فصل اختلافات در فیدیک و مزیت‌های آن

باتوجه به تجارب بدست آمده در حل و فصل اختلافات در پروژه‌های عظیم و بین‌المللی توسط نهادهای معتبر از جمله فیدیک، امروزه حل اختلافات بصورت سلسه مراتبی و لایه‌ای صورت می‌پذیرد. به نوعی که طرفین برای حل و فصل آنها، الزاماً باید در مسیر چندلایه و از پیش طراحی شده‌ای قرار بگیرند تا بسیاری از اختلافات در همان گامهای ابتدایی مرتفع گردیده و به مراجع بالاتر ارجاع نگردد. این امر به دلیل پی‌بردن ایشان به اهمیت زمان و حفظ روابط دوستانه میان ارکان پروژه به منظور دستیابی به اهداف پروژه در محدوده توجیه اقتصادی آن می‌باشد.

همانطوری که از متن مواد قراردادی ۲۰ و ۲۱ فیدیک (ویرایش سال ۲۰۱۷م) برمی‌آید، حل اختلاف بین طرفین قرارداد در سه لایه پیش‌بینی شده است: (۱) مهندس مشاور (۲) هیئت حل اختلاف پیشگیرانه و اخذ تصمیم (۳) داوری.

۲.۱. مراجع حل و فصل اختلافات در فیدیک

۲.۱-۱. مهندس مشاور

مهندس مشاور به‌عنوان 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 اینصورت باید تصمیم الزام‌آور اتخاذ نماید. در واقع او هم میانجی است هم تصمیم‌گیرنده، منتها تصمیمی که در صورت اعلام نامه نارضایتی یکی از طرفین در مهلت مقرر در متن قرارداد فیدیک، قابل رسیدگی در مرحله بالاتر مطابق زمان‌بندی منظم و از پیش تعیین شده است.

در کتاب قرمز فیدیک این مرحله در ماده ۲۰ به‌عنوان ادعاهای کارفرما و پیمانکار (Employer's and Contractor's Claims) بدین شرح مقرر شده است که اگر یکی از طرفین خود را مستحق دریافت پول (پرداخت اضافی برای پیمانکار یا کاهش قیمت قرارداد برای کارفرما) یا تمدید زمان (تمدید مدت ساخت‌وساز برای پیمانکار یا تمدید مدت زمان دوره تضمین برای کارفرما) بداند، ممکن است در این خصوص ادعایی مطرح نماید که در اینصورت طرف مدعی باید ظرف ۲۸ روز پس از اطلاع از ادعای فوق، اعلامیه ادعا (Notice of Claim) برای طرف مقابل ارسال کند. در صورت عدم ارسال، طرف دیگر از هرگونه مسئولیتی در رابطه با ادعای مطروحه مبرا گردیده

و دیگر قابلیت استماع ندارد.

همانطور که در شکل ۱ مشاهده می‌شود، چنانچه مهندس مشاور اعلامیه را به درستی دریافت نکرده باشد، باید ظرف ۱۴ روز از دریافت اعلامیه ادعا، ابلاغیه‌ای (همراه با دلایل) صادر کند و درخواست ارسال اسناد و مدارک موردنیاز را نماید که شامل مستندات است که به کشف صحت و سقم ادعای مطروحه بر مبنای موارد قراردادی و یا قانونی، به همراه کمیت دقیق خواسته‌های (های) مدعی کمک می‌کند. این موضوع تا حد زیادی مشابه الزامات ویرایش قبلی در سال ۱۹۹۹ می‌باشد. مدارک تفصیلی ادعا با ریز جزئیات حداکثر ظرف ۸۴ روز پس از ارسال اعلامیه ادعا باید ارائه شود که به طور خاص مبنای قراردادی و یا قانونی آن را در بر می‌گیرد. عدم رعایت این شرط باعث می‌شود مهندس مشاور ظرف ۱۴ روز پس از انقضای مهلت ۸۴ روزه ابلاغیه‌ای صادر کند و اعلامیه ادعا را منقضی شده و فاقد اعتبار اعلان نماید.

مهندس مشاور، باتوجه به نقش‌های مشخص شده در ذیل بند ۷.۳، برای دستیابی به توافق با هر دو طرف مشاوره می‌کند. اگر ظرف ۴۲ روز پس از دریافت مدارک تفصیلی ادعا، توافقی حاصل نشود، یا اگر هر دو طرف به مهندس مشاور اعلام کنند که توافقی حاصل نخواهد شد، مهندس مشاور موظف است ظرف ۴۲ روز، نسبت خواسته‌های (های) مورد ادعا با ارائه نظریه، اخذ تصمیم منصفانه نماید. سپس طرفین و مهندس مشاور، ۱۴ روز فرصت دارند تا اشتباهات تایپی یا محاسباتی در نظریه مذکور را تصحیح کنند و مهندس مشاور موظف است ظرف ۷ روز پس از اصلاح ایرادات، اصلاحیه را با ذکر توافق یا تصمیم اصلاح شده و یا عدم اصلاح نظریه، برای هر دو طرف ارسال کند.

اگر یکی از طرفین از تصمیم الزام‌آور مهندس مشاور ناراضی باشد، آن طرف نامه ناراضی (NOD: Notice Of Dissatisfaction) خود را به همراه دلایل آن به طرف دیگر و مهندس مشاور ارسال می‌کند. این نامه باید حداکثر ظرف ۲۸ روز پس از ابلاغ تصمیم مهندس مشاور به طرف مقابل ارسال گردد. طبق بند ۷.۳.۵، نامه ناراضی ممکن است فقط در رابطه با بخش‌هایی از تصمیم ابلاغی، صادر شود فلذا بخش‌های باقیمانده نهایی و لازم‌الاجرا شود. اگر مهندس مشاور نتواند طی ۴۲ روز (یا هر بازه زمانی توافق شده دیگری) نظریه را ابلاغ کند، موضوع ادعا در این مرحله منتفی شده و به صورت اختلاف درآمده و اختلاف مطروحه می‌تواند بدون اعلام نامه ناراضی فوق الاشعار طرفین به هیئت حل اختلاف پروژه ارجاع شود (Abdul-Malak & Senan, 2019, pp.2-).

(3).



شکل شماره ۱: دوره زمانی بررسی ادعا در قرارداد فیدیک نسخه ۲۰۱۷

همانگونه که مشاهده شده، جایگاه ویژه مهندس مشاور در پیشگیری از شکل گیری یک اختلاف محرز است. یکی از اصول مترقی در خصوص ظرفیت مهندس مشاور در ویرایش ۲۰۱۷ فیدیک آن است که مهندس مشاور برای بررسی و ارائه نظریه خود درباره ادعای مطروحه صرفاً باید جنبه بی طرفی را رعایت کرده و لازم نیست که در این موارد صرفه و صلاح کارفرما را در نظر بگیرد. همچنین با تفکیک زمانهای مورد نیاز برای مراحل مشاوره با طرفین و اخذ تصمیم و ارائه نظریه به دو مرحله ۴۲ روزه، ضمن برجسته شدن نقش مشورتی مشاور، احتمال حل ادعا در مراحل اولیه میسر و از تبدیل آن به اختلاف اجتناب می گردد (Barakat et al., 2019, p.9). نکته قابل توجه در ویرایش جدید، قطعی شدن نظر مهندس مشاور در صورت عدم اعتراض طرفین است که تکلیف ادعاها را مشخص کرده و از تطویل آنها جلوگیری می کند.

۲-۱-۲. هیئت حل اختلاف پیشگیرانه و اخذ تصمیم

پس از تبدیل یک ادعا به اختلاف، همانطور که در بخش قبل توضیح داده شد، هیئت حل اختلاف موظف است در این مورد تصمیم لازم الاجرا صادر کند. براساس ماده ۲۱ با عنوان اختلافات و داوری (Disputes and Arbitration) در کتاب قرمز فیدیک ۲۰۱۷، اعضای هیئت حل اختلاف (یا تنها عضو منتخب آن) باید ظرف ۲۸ روز پس از دریافت نامه پذیرش قرارداد توسط پیمانکار، منصوب شوند (و یا هر زمان دیگری که در قرارداد ذکر شده باشد). چنانچه طرفین در مورد تک عضو هیئت حل اختلاف به توافق نرسند، و یا به انتخاب ایشان در قرارداد اشاره ای نشده باشد، هیئت حل اختلاف متشکل از سه عضو خواهد بود. بدین ترتیب هریک از طرفین یک عضو را

انتخاب می‌کند و اعضای منتخب در مورد انتخاب عضو سوم که به‌عنوان رئیس هیئت عمل می‌کند، توافق می‌نمایند. در صورت عدم انتصاب اعضای هیئت، یا عدم انتصاب عضوی که جایگزین یکی از اعضای مستعفی می‌شود، نهاد منصوب‌کننده که در قرارداد ذکر شده با مشورت طرفین، اعضا را منصوب می‌کند. مدت زمان تصدی اعضای هیئت، طبق بند ۲۰.۱، پس از تسویه حساب کامل پروژه یا ظرف ۲۸ روز پس از صدور تصمیم در مورد آخرین اختلاف، هرکدام که دیرتر باشد، به پایان می‌رسد. طرفین ممکن است از هیئت بخواهند که در همه بحث‌ها، بازدیدهای سایت و جلسات غیررسمی حضور داشته باشد تا به آنها در حل و فصل هر موضوع یا اختلاف نظر پیش از تبدیل شدن آنها به دعوی کمک کند. این سازوکار اجتناب از اختلاف می‌تواند در هر زمانی غیر از زمانی که مهندس مشاور مطابق با بند ۳.۷ به بررسی و اخذ تصمیم می‌پردازد، انجام شود.

همانطور که در شکل ۲ نشان داده شده است، ارجاع پرونده به هیئت حل اختلاف باید ظرف ۴۲ روز پس از صدور نامه عدم رضایت یکی از طرفین به تصمیم مهندس مشاور انجام شود که در صورت عدم انجام این مهم، ارجاع به هیئت منقضی شده و اعتبار خود را از دست می‌دهد. طرفین موظفند کلیه گزارشها، اسناد و تسهیلات لازم برای بازدید از سایت پروژه را در دسترس اعضای هیئت قرار دهند. هیئت باید ظرف ۸۴ روز پس از دریافت پرونده ارجاعی، تصمیم خود را صادر و بصورت کتبی به طرفین و مهندس مشاور با استدلالات مربوطه ابلاغ کند. عدم صدور تصمیم در این مدت، مبنایی برای اعلام نامه نارضایتی توسط هریک از طرفین است. از سوی دیگر، اگر هریک از طرفین از تصمیم هیئت نارضایتی باشد، باید حداکثر ظرف ۲۸ روز از تاریخ تصمیم، اعلامیه‌ای برای طرف مقابل با احصا دلایل نارضایتی صادر کند. همانند نظریه توسط مهندس مشاور که در بخش گذشته به آن اشاره شد، ممکن است یکی از طرفین فقط از بخش‌هایی از تصمیم هیئت نارضایتی باشد، که باعث می‌شود تا سایر قسمت‌های مطلوب، پس از انقضای دوره ۲۸ روزه الزام‌آور و نهایی گردند.

پس از صدور اعلامیه نارضایتی توسط هریک از طرفین، ایشان ۲۸ روز فرصت دارند تا به توافقی دوستانه (Amicable Settlement) با یکدیگر دست‌یابند که این مدت با توافق طرفین قابل تمدید است. با این حال، در صورت عدم حصول توافق دوستانه، فرآیند داوری می‌تواند در روز بیست و هشتم یا پس از آن آغاز گردد. همچنین ممکن است یکی از طرفین عدم تمکین طرف مقابل از تصمیم الزام‌آور هیئت یا تصمیمی که در اثر عدم ارسال اعلامیه نارضایتی طرف مقابل

نهایی شده است را به داوری ارجاع نماید (Abdul-Malak & Senan, 2019, pp.3-4).



شکل شماره ۲: دوره زمانی بررسی اختلاف در قرارداد فیدیک نسخه ۲۰۱۷

همانگونه که ملاحظه گردید، فیدیک در هیئت‌های حل اختلاف خود، اخذ تصمیم‌های الزام‌آور را به صرفاً ارائه پیشنهاد ترجیح می‌دهد. این تصمیمات در ادامه تصمیمات الزام‌آور مهندس مشاور اتخاذ شده و مهمتر آنکه تصمیم‌گیری الزام‌آور در قراردادهای بین‌المللی و دولتی بسیار مناسب‌ترند زیرا متولی این قراردادها عمدتاً نهادهای دولتی می‌باشند که کارمندان آنها اغلب تمایلی به اتخاذ تصمیمات مهم ندارند (Seppala, 2015, p.12). برای این منظور فیدیک در قراردادهای خود به رویه‌مند نمودن قوانین رسیدگی به اختلافات و اخذ تصمیمات الزام‌آور در هیئت‌ها پرداخته است که مسائل و ایرادات فراوانی از قبیل فواصل زمانی بین بازدیدهای هیئت از سایت پروژه، زمان بندی و دستورکار بازدیدها از سایت، نحوه استماع اظهارات طرفین، نحوه ابلاغ تصمیم و... را به نحو مطلوبی پوشش می‌دهد (Charrett, 2009, p.11).

۲-۱-۳. داوری

در صورتی که کلیه گامهایی که در موارد فوق الاشارة و در مسیر حل اختلاف وجود دارند (مهندس مشاور و هیئت حل اختلاف) توسط طرفین برداشته شود ولی هنوز اختلاف وجود داشته یا در خصوص آن، رأی قطعی و لازم‌الاجرا نشده باشد، در نهایت توسط داوری بین‌المللی حل و فصل می‌گردد. البته طرفین می‌توانند در مورد مرجع داوری با یکدیگر توافق نمایند. چنانچه در این باره توافقی حاصل نگردد اختلاف مطروحه باید توسط یک یا سه داور مطابق قوانین داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی و زبان حاکم بر قرارداد در بند ۴.۱، حل و فصل گردد.

داور(ان) دارای اختیارات کامل برای بررسی مجدد کلیه مدارک، گواهیها، تصمیمات هیئت‌ها (غیر از تصمیمات نهایی) و نظریه مهندس مشاور خواهد بود. حتی امکان احضار مهندس مشاور

به‌عنوان شاهد در این مرحله وجود خواهد داشت.

هریک از تصمیمات هیئت‌ها به‌عنوان اماره مدنظر قرار می‌گیرد و طرفین امکان ارائه مدارک جدید را خواهند داشت. چنانچه یکی از طرفین در مرحله بررسی هیئت، در پرداخت حق الزحمه کوتاهی کرده باشد، امکان دریافت آن در این مرحله وجود دارد. در زمان بررسی اختلاف در داوری چه در ابتدا یا انتهای پروژه، تعهدات طرفین مطابق قرارداد پابرجاست و چنانچه یکی از طرفین در داوری محکوم به پرداخت مبلغی گردد، بدون هیچگونه درخواست مجددی باید سریعاً در وجه وی پرداخت گردد.

همانگونه که ملاحظه گردید در همه لایه‌های حل اختلاف بالا، اختلاف باید در یک زمان مشخص حل و فصل گردد در غیر اینصورت به لایه بعدی منتقل می‌شود، این روش خللی به فعالیتهای پروژه وارد نمی‌کند و موجب اطاله رسیدگی نمی‌شود، بلکه لایه‌های مختلف موجب می‌گردد که رسیدگی به‌صورت فوری و در زمان معقول توسط اشخاص متخصص در امور پیمانکاری و به‌طور منصفانه صورت پذیرفته و تصمیم لازم اتخاذ گردد. بدین ترتیب دعاوی کمتری به داوری ارجاع می‌شود و بسیاری از آنها در مراحل پایینتر مرتفع می‌گردند. (اسماعیلی هریسی، ۱۴۰۰، ص ۱۰۳۵) در مرحله داوری که آخرین مرحله رسیدگی به حل اختلاف است، رأی داوری همانند رأی دادگاه قاطع دعواست و طرفین باید از رأی داور تمکین کنند، مگر اینکه رأی داور واجد اشکالات اساسی قانونی باشد که محکوم علیه رأی داوری طبق قانون، جهت ابطال رأی داوری، حق رجوع به دادگاه را دارد.

نکته قابل توجه دیگر آنکه در جریان رسیدگی به اختلافات، هرگز از دادگاه به‌عنوان مرجع حل اختلاف یاد نشده و برای رفع اختلافات در امور تخصصی از سازوکارهای حرفه‌ای غیرقضایی استفاده گردیده است.

۲-۲. مزیت‌های کاربردی و عملی مراجع حل اختلاف در فیدیک

بهره‌گیری از مراجع حل اختلاف به‌صورت چند لایه و بخصوص استفاده از هیئت‌های حل اختلاف قبل از ارجاع اختلاف به داوری باعث موفقیت بسیاری در قلع نزاع و سبب همکاری دوستانه طرفین در طی اجرای پروژه در مراحل اولیه ایجاد اختلاف گردیده است.

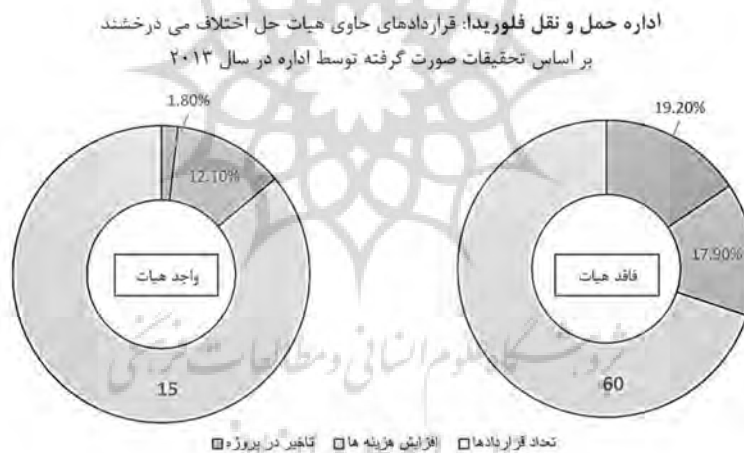
بنیاد هیئت‌های حل اختلاف در سال ۱۹۹۶، به‌عنوان شخصیتی حقوقی مستقل توسط عده‌ای

از متخصصین که در حل اختلاف پروژه‌های ساخت فعالیت داشتند تأسیس شد. هدف آن ترویج فرآیند هیئت‌های حل اختلاف و ارائه منابع آموزشی و تبادل اطلاعات میان کارفرمایان، پیمانکاران و اعضای هیئت‌ها می‌باشد. این بنیاد، به جمع‌آوری اطلاعات پروژه‌هایی که دارای هیئت حل اختلاف بوده و میزان موفقیت این هیئت‌ها می‌پردازد و به‌صورت آماری در کتاب، وبسایت و مجلات خویش منتشر می‌کند. این هیئت در کتاب چاپ شده در سال ۲۰۱۹ مزیت‌های زیر را با توجه به موفقیت هیئت‌ها برشمرده است (DRBF Manual, 2019, p.17):

یکی از مزیت‌های بهره‌گیری از هیئت‌های حل اختلاف استفاده از آنها به‌عنوان ابزاری برای مدیریت ریسک از طریق انتقال ریسک، همانند هزینه بیمه‌نمودن پروژه می‌باشد. اصلی‌ترین ریسک‌هایی که در هیئت‌های حل اختلاف بررسی می‌گردند ریسک زمان و هزینه پروژه می‌باشند. هنگامی که مشکل زمانی و یا هزینه‌ای در یک پروژه به وجود می‌آید و طرفین در خصوص مسئولیت خود در قبال آن دارای اختلاف نظر هستند، هیئت حل اختلاف با ارائه نظر مشورتی و راهنمایی طرفین به حل مشکل کمک می‌کند. در واقع با بهره‌گیری از نقش پیشگیرانه خود، به طرفین برای مدیریت و حل مشکلات مستمر و تفسیرهای مختلف قراردادی کمک می‌کند و اجازه تبدیل آنها به یک اختلاف جدی را نمی‌دهد. در نگاه برخی از طرفین اختلاف، هیئت‌ها به جای عامل کاهش هزینه‌های پروژه به‌عنوان هزینه اضافی تلقی می‌گردند. حال آنکه در اینجا مقایسه این موضوع با هزینه بیمه پروژه کارساز است. کارفرمایان و پیمانکاران بدون هیچگونه تردیدی مبالغ هنگفتی را برای انواع بیمه‌های پروژه‌ها هزینه می‌کنند. هدف از بهره‌گیری از این بیمه‌ها اجتناب و یا کاهش ضرر (همانند عملکرد پیشگیرانه هیئت‌ها) و یا پرداخت خسارات از طریق انتقال آنها به بیمه‌گر (همانند عملکرد اخذ تصمیم هیئت‌ها) می‌باشد. این کارکردهای بیمه، شباهت بسیاری با نقش هیئت‌ها در پروژه دارد هر چند که کارکرد هیئت‌ها بسیار گسترده‌تر و دارای اثربخشی بیشتری بر نتایج پروژه می‌باشد (DRBF Manual, 2019, pp.19-22).

مزیت دیگر وجود تحلیل هزینه — منفعت (Cost-Benefit Analysis) در خصوص بهره‌گیری از هیئت حل اختلاف در پروژه‌هاست. این تحلیل از طریق سنجش هزینه‌های نسبتاً ثابت بهره‌گیری از هیئت‌ها در مقابل منافع حاصل از کاهش اثرات اختلاف بر زمان و هزینه پروژه می‌باشد. هزینه بهره‌گیری از هیئت‌ها در مقابل هزینه کل پروژه بسیار اندک است. این هزینه در محدوده ۰/۰۵ الی ۰/۱۵ درصد هزینه‌های پروژه متغیر است. هیئت‌ها درون ساختار مدیریتی پروژه برای

حداقل نمودن هزینه‌ها فعالیت می‌کنند. برای نمونه، در جلسات مدیریت ارشد پروژه در تعامل با هیئت‌ها، حضور دارد. همچنین با تمایل طرفین جلساتی را در سایت پروژه ترتیب می‌دهد که نتایج پروژه را بهبود می‌بخشد. هزینه نهایی هیئت‌ها در مقابل سایر روشهای رسمی حل اختلاف کمتر است، چرا که هیئت‌ها نسبتاً غیر رسمی هستند و اغلب فاقد وکلا و کارشناسان خارج از پروژه و رویه‌های کشف اسناد می‌باشند و از اطلاعات واقعی و به‌روز که در اختیار همه ارکان پروژه می‌باشد استفاده می‌کنند. مطالعات مقایسه‌ای بین پروژه‌های فاقد و واجد هیئت حل اختلاف مطابق شکل شماره ۳ نشان می‌دهد که پروژه‌های واجد هیئت دارای افزایش هزینه‌ها و تأخیرات زمانی کمتری نسبت به پروژه‌های فاقد هیئت می‌باشند. به‌طور اجمالی، هزینه هیئت‌های حل اختلاف دارای بازگشت مثبت در سرمایه‌گذاری است که از طریق تحویل سریع‌تر پروژه، افزایش حداقلی هزینه‌ها، پیشگیری از بروز بسیاری از اختلافات و هزینه‌های بسیار اندک حل و فصل اختلافات ناگزیر محقق می‌گردد (DRBF Manual, 2019, p.22-23).



شکل شماره ۳ - میزان تأخیر و افزایش هزینه در پروژه‌های واجد و فاقد هیئت حل اختلاف

در سال ۲۰۱۸، بانک توسعه آسیایی از بنیاد هیئت‌های حل اختلاف خواست تا مطابق تحقیقی، کارایی این هیئت‌ها را بررسی نموده و پیشنهاداتی را برای پیاده‌سازی این هیئت‌ها در پروژه‌های تحت حمایت آن بانک ارائه دهد. جامعه آماری این تحقیق بیش از ۲۳۰ پروژه را شامل

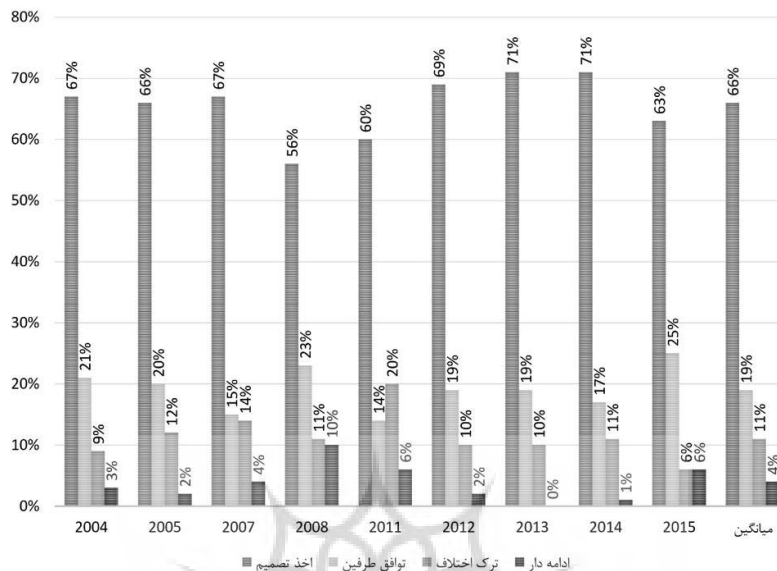
می‌گردید. بنیاد هیئت‌های حل اختلاف در این پروژه به استخراج آمارهای مربوط به نرخ موفقیت حل اختلاف در مراجع مختلف پرداخته است که می‌توان از این نرخ موفقیت مزیت برداشت کرد. نتایج این مطالعه به شرح زیر است:

- بهره‌گیری از هیئت مستقر دائم در پروژه ترجیح قوی بر هیئت موقت و موردی دارد.
- هیئت‌ها به‌طور قطع (۹۵٪) باید فرآیندهای پیشگیری از اختلاف را در خود داشته باشند.
- در صورت وجود اقدامات پیشگیرانه از بروز اختلافات، احتمال ارجاع آن به داوری بسیار اندک (۶٪) می‌باشد.

- از ۳۳۷ نظر مشورتی ارائه شده توسط هیئت، فقط ۷٪ آنها بصورت رسمی برای اخذ تصمیم به هیئت ارجاع گردید و بقیه مورد توافق طرفین قرار گرفت و به مراجع بالاتر ارجاع نگردید.
- از ۵۱۲ مورد اخذ تصمیم هیئت، فقط ۶٪ از آنها به داوری ارجاع گردید و فقط در ۷ مورد، رأی هیئت‌ها در نهایت نقض گردید.

۲۰۱ — فرآیند هیئت‌های حل اختلاف، دارای موفقیت ۹۴ درصدی در جلوگیری از حل و فصل اختلافات هزینه بر در مراجع بالاتر است (DRBF Manual, 2019, p.24).

در تحقیقی دیگر مطابق شکل شماره ۴، میزان موفقیت در اخذ تصمیم در هیئت‌های حل اختلاف قبل از ارجاع به داوری به‌طور میانگین در سالهای مورد بررسی، حدود دو سوم (۶۶٪) موارد ارجاعی بوده است. در ۱۹٪ موارد طرفین با تشویق هیئت در خارج از هیئت با یکدیگر به توافق رسیده‌اند. ۱۱٪ موارد به دلایل قراردادی، مالی، فنی و یا شخصی بدون نتیجه رها شدند و ۴٪ هم در مسیر ادامه مراحل حل اختلاف قرار داشتند (Abdul-Malak & Senan, 2019, pp.11).



شکل شماره ۴ - میزان موفقیت هیئت‌های حل اختلاف در اخذ تصمیم

در برخی منابع دلایل نرخ بالای موفقیت و حل و فصل اختلاف در مرحله هیئت‌های حل اختلاف بررسی شده است که به طور خلاصه شامل موارد ذیل می‌شود:

- هیئت‌ها دارای سازوکار بی‌طرفانه، آگاهانه و منطقی برای حل «سریع» مسائل هستند.
- اعضای هیئت دارای دانش و تجربه در مسائل طراحی و ساخت مرتبط، تفسیر و کاربرد اسناد قراردادی، فرآیند کلی حل اختلاف بوده و شناخت اختصاصی از پروژه در دست ساخت دارند.
- با توجه به انتخاب اعضای هیئت توسط طرفین، ایشان به پیشنهادها و تصمیمات ایشان اعتماد کرده و به آن احترام می‌گذارند.
- طرفین خود همه اعضای هیئت را انتخاب یا تأیید می‌کنند و به مهارت و تجربه آنها به‌عنوان تسهیل‌کننده و یا حل‌کننده اختلافات اطمینان دارند.
- فرآیند هیئت‌ها در مقایسه با داوری و دادگاه مقرون به صرفه‌تر است، بخصوص به لحاظ زمان.
- در زمانی که برای انتخاب هیئت داوری و یا تنظیم دادخواست برای دادگاه صرف می‌شود می‌توان موضوعات اختلافی بسیاری را بررسی، استماع و حل نمود.
- مسائل به محض وقوع توسط هیئت بررسی می‌گردند. این در حالی است که وقایع و اثرات آنها هنوز موجود می‌باشند لذا با توجه به حضور شاهدان عینی، هیئت می‌تواند راه‌حلهای

آگاهانه‌تری اتخاذ نموده و در میانه میدان به آنها بپردازد.

— جلسات بررسی و استماع هیئت در زمان وقوع صورت می‌گیرد و لذا هزینه‌های رسیدگی را حداقل می‌سازد.

— هزینه‌های گزاف حقوقی و مشاوره‌ای بسیار اندک گردیده و یا حذف می‌شوند.

— زمان و هزینه‌های مرتبط با مدیریت داخلی بسیار نازل گردیده و یا حذف می‌شوند که این موضوع مهمی برای کارفرمایان و پیمانکاران است (Charrett, 2009, pp.19-20).

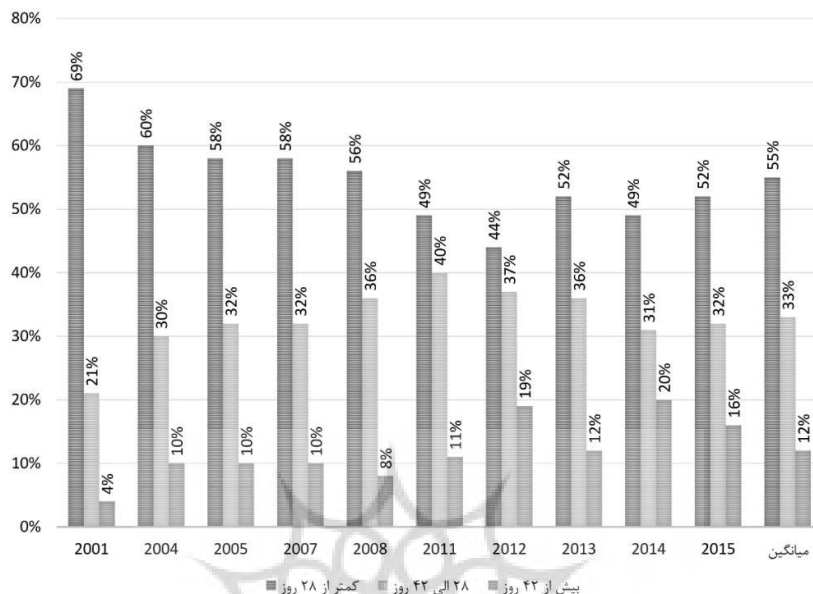
مهم‌ترین مزیت بهره‌گیری از هیئت‌های حل اختلاف بهینه گردیدن رسیدگی به حل اختلاف، از سه طریق پیشگیری از بروز اختلافات، تسریع در رسیدگی و کاهش هزینه‌هاست.

۲-۲-۱. پیشگیری از بروز اختلافات

آنچه مسلم است این است که در ویرایش نهایی فیدیک سال ۲۰۱۷، با اتخاذ رویکرد پیشگیرانه در اختلافات، بدون تردید پیگیری ادعاها و زمانبندی رسیدگی به اختلافات به مراتب بهتر شده است (Barakat et al., 2019, p.11). آمارهای فوق‌الاشاره حاکی از آن است که فقط ۶٪ اختلافات با پیاده سازی این فرآیند در هیئت‌ها حل نشده و به داوری ارجاع داده می‌شود. این رویکرد باعث می‌گردد تا توافقات دوجانبه بیشتری صورت پذیرد؛ روابط مثبت، اعتماد و همکاری، ارتباطات باز بین طرفین قرارداد تسهیل گردد؛ تجمع ادعاها را تا اواخر یا در پایان پروژه حداقل شده و انحرافات قراردادی کاهش یابد؛ همچنین شناسایی، ارزیابی و رسیدگی به ادعاها به شیوه‌ای سریع و تجاری صورت پذیرد (Charrett, 2009, p.19).

۲-۲-۲. تسریع در رسیدگی و اخذ تصمیم

همانطوری که شکل شماره ۵ نشان داده شده، مطابق تحقیقات به عمل آمده به صورت میانگین در سالهای مورد بررسی در بیش از نصف (۵۵٪) موارد ارجاعی به هیئت‌ها در مدت ۲۸ روز و در حدود یک سوم (۳۳٪) از موارد ارجاعی در مدت بین ۲۸ تا ۴۲ روز، نسبت به اخذ تصمیم اقدام گردیده است. فقط ۱۲٪ موارد نیاز به زمانی بیش از ۴۲ روز برای بررسی و ارائه تصمیم هیئت داشتند و در ۸۸٪ مواقع در کمتر از آن حل و فصل شده‌اند (Abdul-Malak & Senan, 2019, pp.10-12).



شکل شماره ۵ - مدت زمان موردنیاز برای اخذ تصمیم در هیئت‌های حل اختلاف

۲-۲-۳. کاهش هزینه

واضح است که حضور هیئت حل اختلاف در پروژه دارای هزینه‌های قابل توجهی نسبت به عدم حضور آن می‌باشد که البته این هزینه‌ها کمتر از ۰/۲۵٪ مبلغ نهایی قرارداد است. باتوجه به سازوکار پیشگیرانه هیئت‌ها، باید این هزینه را به‌عنوان «هزینه بیمه» پروژه در قبال اختلافات جدی و هزینه‌بر در نظر گرفته شود. اگر حضور هیئت در یک پروژه بزرگ موثر واقع شود، هزینه آن که معمولاً بطور متوسط ۰/۱۵٪ تا ۰/۲۶٪ مبلغ نهایی قرارداد است که هزینه قابل قبولی برای بیمه‌نمودن سرمایه در پروژه می‌باشد. این موضوع را می‌توان در جامعه آماری قراردادهای ساخت بررسی نمود. باتوجه به آمار در ۱۰٪ از پروژه‌های ساخت، بین ۸ تا ۱۰٪ هزینه‌های پروژه به هزینه‌های حقوقی و قانونی اختصاص می‌یابد که ۵۰٪ آنها به اختلافات مرتبط است. بدین ترتیب ریسک بروز اختلافات حاصلضرب اعداد فوق و به شرح زیر محاسبه می‌گردد:

$$\text{نهایی قرارداد} * ۰/۴ = ۵۰\% * ۸\% * ۱۰\%$$

باتوجه به اوصاف فوق‌الاشعار، هزینه بهره‌گیری از یک هیئت حل اختلاف دارای وجه

پیشگیرانه، از منظر «بیمه» توجیه اقتصادی دارد زیرا که پرداخت مبلغی معادل ۰/۱۵٪ از مبلغ نهایی پروژه برای حضور این هیئت در مقابل ریسک ۰/۴٪ دارای منطق بوده و می‌تواند پرداخت هزینه‌های رسیدگی قانونی را که احتمالاً بیش از ۱۰ درصد مبلغ نهایی پروژه است را به حداقل برساند (Charrett, 2009, pp.15-16).

در جدول زیر (جدول شماره ۲) ماهیت مراجع حل اختلاف درگیر در پروژه‌ها به صورت کیفی بررسی گردیده است. همانگونه که ملاحظه می‌گردد با توجه به زمان مفروض برای هیئت حل اختلاف، رسیدگی در این هیئت‌ها از هزینه کمتری نسبت به سایر مراجع برخوردار است (DRBF Manual, 2019, p.29).

جدول شماره ۲ - مقایسه ماهوی در مراجع و روشهای حل اختلاف				
تعداد اعضا	هیات حل اختلاف	میانجیگری	قضاوت خبره	داوری
۱ تا ۳ عضو	۱ تا ۳ عضو	۱ عضو	۱ عضو	۱ تا ۳ عضو
نحوه تشکیل	توافق طرفین	توافق طرفین	توافق طرفین	توافق طرفین یا انتخاب شخص ثالث
زمان تشکیل	شروع پروژه	پس از بروز اختلاف	پس از بروز اختلاف	معمولاً پس از اتمام کار
سرعت رسیدگی	سریع و درجا	متغیر، احتمال تسریع	متغیر، احتمال تطویل	طولانی و کند
ماهیت رسیدگی	فعالانه در برابر کلیه مسائل	انفعالی در برابر اختلافات	انفعالی در برابر اختلافات	انفعالی در برابر اختلافات و شبیه رسیدگی رسمی قضایی
زمان اعلام اختلاف	به محض بروز. اغلب مسائل قبل از تبدیل به اختلاف حل می‌شوند	در اثنای پروژه	در اثنای یا انتهای پروژه	معمولاً در انتهای پروژه
تاثیر بر روابط طرفین	ایجاد روابط مثبت	کمک به ایجاد روابط مثبت	تخاصمی - عدم کمک به ایجاد روابط مثبت	تخاصمی - از بین برنده روابط مثبت
زمان بر بودن	کم تا متوسط	کم تا متوسط	متوسط تا زیاد	زیاد

جدول شماره ۲ - مقایسه ماهوی در مراجع و روشهای حل اختلاف				
هزینه	کم	کم تا متوسط	متوسط	خیلی زیاد
پیشگیری از اختلاف	تنها فرآیند موثر	-	-	-
حل و فصل اختلاف	ارائه پیشنهاد یا اخذ تصمیم الزام آور	ارائه پیشنهادهایی برای توافق	تصمیم الزام آور	تصمیم قطعی و الزام آور
قوانین فرآیند رسیدگی	مندرج در متن قرارداد	توافق بین طرفین و میانجی	غالباً مطابق قوانین سازمانی	طبق قوانین موضوعه یا قوانین نهادی

۳. مراجع حل و فصل اختلافات در شرایط عمومی پیمان ایران و راه‌های اصلاح آنها

همانگونه که اشاره گردید، مطابق شرایط عمومی پیمان تا سال ۱۳۷۸ دادگاه صالح به رسیدگی به کلیه اختلافات میان کارفرمایان و پیمانکاران بود. پس از ابلاغ شرایط عمومی پیمان جدید^۶ در سال ۱۳۷۸ در ماده ۵۳ آن مراجع حل اختلاف جدیدی مورد توجه قرار گرفت. زیرا باتوجه به ماهیت پروژه‌های پیمانکاری و فنی و تخصصی بودن موضوعات مبتلابه، حل و فصل اختلافات در مراجعی خارج از دادگستری و با دید تخصصی و در زمان کوتاهتر مدنظر قرار گرفت. قانونگذار در این ماده تلاش نموده تا با معرفی مراجع مختلف به حل و فصل لایه‌ای اختلافات با تأسی از نهادهایی مانند فیدیک در دیگر نظام‌های حقوقی بپردازد. لیکن عملاً شیوه ارجاع به این مراجع به گونه‌ای صورت گرفته که کارایی لازم در حل و فصل اختلافات را نداشته و یا هرگز به طرز مناسب در مسیر حل و فصل اختلافات قرار نگرفته و حتی به ایشان مراجعه نمی‌گردد.

ابعاد این ناکارآمدی به‌طور خاص با مقایسه ماده ۵۳ این قانون با ساختار نظام مند و منسجم فیدیک در حل و فصل اختلافات از طریق مراجع غیرقضایی روشن می‌شود درحالی که در شرایط عمومی پیمان انتخاب روش حل اختلاف غیرقضایی کاملاً تخییری است و نظام خاصی ندارد. همچنین روش فیدیک در برخورد با بروز اختلافات «فعالانه» است؛ یعنی از ابتدا دارای سازوکار

۶. شرایط عمومی پیمان جدید مطابق بخشنامه شماره ۸۴۲-۱۰۲/۱۰۸۸/۵۴ مورخ ۱۳۷۸/۳/۳ موسوم به نشریه ۴۳۱۱ به دستگاههای اجرایی کشور از نوع گروه اول (لازم‌الاجرا) ابلاغ گردیده است.

پیشگیرانه از ادعاست. حال آنکه روش شرایط عمومی پیمان «انفعالی» است؛ یعنی پس از بروز اختلاف، پیشنهاداتی برای نحوه رفع آنها داشته و از به وجود آمدن اختلافات پیشگیری نمی‌کند. در ادامه به بررسی مراجع حل اختلاف در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان و چرایی ناکارآمدی آن در برابر نظام حل و فصل اختلاف فیدیک پرداخته‌ایم.

۳-۱. کارشناس یا هیئت کارشناسی

آنچه در جز ۲ بند الف^۶ ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان به‌عنوان یک شیوه حل اختلاف از طریق کارشناسی پیش‌بینی شده، به معنای دقیق هیئت حل اختلاف مورد استفاده در فیدیک نیست، زیرا از آغاز عملیات اجرایی پیمان کارشناس یا هیئت کارشناسی از ناحیه طرفین برگزیده نمی‌شود. بلکه پس از حدوث اختلاف چنین اختیاری را پیدا می‌کنند. روش کارشناسی از تاریخ تدوین و تصویب شرایط عمومی تاکنون مورد استقبال کارفرمایان و پیمانکاران قرار نگرفته است. به‌طور خلاصه دلایل زیر برای ناکارآمدی این مرجع قابل بررسی است.

۲۰۷

قاطع دعوا نبودن: روش حل اختلاف کارشناسی شرایط عمومی، به روش حل اختلاف دوستانه و مسالمت‌آمیز غیرالزام‌آور است نزدیک است. با توجه به اینکه حل مسالمت‌آمیز و صلح در مورد اموال عمومی و دولتی بی‌معنا و غیر قانونی است این روش به اعتقاد برخی کاملاً عبث و بیهوده است (اسماعیلی هریسی، ۱۴۰۰، ص ۹۹۵). همچنین آنگونه که از متن بند ب^۷ ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان برمی‌آید، طرفین هم در انتخاب کارشناس و هم در قبول نظریه کارشناسی مخیر بوده و در صورت عدول می‌توانند از طریق داور یا دادگاه حل اختلاف نمایند. بدین ترتیب ملاحظه می‌گردد که اینگونه نگارش در متن قرارداد، مانع قاطع بودن و باعث ناکارآمدی مرجع می‌گردد. برخلاف این نحوه ارجاع اختلاف، در نگاه فیدیک عدم بهره‌گیری از مراجع ناکارآمد با عدم تضعیف قطعیت نتیجه تصمیم ایشان از همان ابتدا در متن قرارداد تضمین گردیده است.

منطق اسلامی / بررسی تطبیقی کارآمدی مراجع حل اختلاف در شرایط عمومی پیمان و فدراسیون

۷. جز ۲) در مورد اختلاف نظرهایی که خارج از شمول بند ۱ است، رسیدگی و اعلام نظر دوباره آنها به کارشناس یا هیئت کارشناسی منتخب دو طرف واگذار شود و دو طرف طبق نظری که از سوی کارشناس یا هیئت کارشناسی، در چارچوب پیمان و قوانین و مقررات مربوط اعلام می‌گردد، عمل کنند.

۸. ب) در صورتی که دو طرف در انتخاب کارشناس یا هیئت کارشناسی موضوع بند ۲، به توافق نرسد یا نظر اعلام شده طبق بندهای ۱ و ۲، مورد قبول هریک از دو طرف نباشد، برای حل اختلاف، طبق بند (ج) اقدام می‌گردد.

اعمال اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی ۹: معاذیر قانونی از جمله اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب مانع از آن بوده که شرایط عمومی پیمان بتواند نتیجه الزام آور برای تصمیمات کارشناس قائل شود.

۳-۲. داوری

بند ج^{۱۰} ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان داوری را به عنوان یکی از مراجع حل اختلاف دانسته و «شورای عالی فنی» را به عنوان داور مقرر کرده است. نخستین شرایط عمومی پیمان در سال ۱۳۵۳ از سوی سازمان برنامه و بودجه به استناد ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه تهیه گردید که مطابق ماده ۵۳ آن، اختلاف بین کارفرما و پیمانکار توسط دادگاهها حل و فصل می شد. این رویه ادامه داشت تا این که در سال ۱۳۷۸ شرایط عمومی پیمان اصلاح شد ولی تغییرات بنیادین در جهت تعدیل و متوازن شدن حقوق و تعهدات طرفین در آن سند مهم صورت نپذیرفت.

در پاسخ به این پرسش که آیا داوری شورای عالی فنی اجباری است یا اختیاری، دو نظر قضایی وجود دارد:

۱. استعمال واژه «می تواند» در بند جماده ۵۳ مبتنی بر مسامحه است. برخی از صاحب نظران بر این اعتقاد هستند که باید با استفاده از استدلال فقهی و اندیشه حقوقی، به هدف قانونگذار از پیشنهاد مراجع حل اختلاف غیرقضایی در ماده مذکور دست یافت لذا باتوجه به روح قانون ارجاع امر به مراجع غیرقضایی را تجویز می نمایند. یکی از مصادیق این موضوع دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۰۰۵۶۵۰۰۴ مورخ ۱۳۹۸/۴/۱۶ است. همچنین پاسخ اداره حقوقی قوه قضائیه به استعلام شماره ۱۳۰۱۳/۱۰۰/۷۰۱۳ مورخ ۱۳۹۳/۲/۸ رییس حوزه ریاست قوه قضائیه موبد این امر است (رجبی و اوتق، ۱۳۹۹، صص ۹۱ و ۱۰۳).

۹. مطابق این مواد قانونی، امکان صلح و ارجاع دعاوی اموال عمومی و دولتی با تصویب هیئت وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی میسر می باشد؛ لذا هر روشی که دارای مجوز قانونی نباشد باتوجه به نص صریح قوانین فوق عملاً محکوم به بطلان است.

۱۰. (ج) هرگاه در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان دو طرف اختلاف نظر پیش آید، هریک از طرفها می تواند درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری را به رئیس سازمان برنامه و بودجه ارائه نماید.

۱۱. «چنانچه طرفین قرارداد منعقد شده توافق کرده باشند که بر اساس شرایط عمومی پیمان عمل کنند، طرفین ملزم به حل اختلاف طبق بند (ج) ماده ۵۳ شرایط مذکور هستند و دادگاهها باید قرار عدم استماع دعوی صادر نمایند».

۲. واژه «می تواند» مفهوم این معناست که در دل پیمان ولو اینکه پیمان از عقود لازم است، شرط ضمن عقد به صورت تخییری آمده و مراجعه به داوری شورای عالی فنی در هر حال اساساً اختیاری است، نه الزامی. به گونه‌ای که در صورت مراجعه به شورای عالی فنی جهت حل اختلاف موافقت طرف دیگر ضروری است. این نظر باتوجه به پاسخ سازمان برنامه بودجه در نامه شماره ۵۱۳/۱۳۰۴۰۴ مورخ ۱۳۸۴/۷/۱۸ به استعلام یکی از انجمنهای صنفی، مراجعه به داوری شورای عالی فنی را اجباری نمی‌داند. همچنین مطابق دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۰۹۲۵۲۰۱۹۱۴ مورخ ۱۳۹۷/۵/۳۰ شعبه ۳۷ دیوان عالی کشور، که دادگاه عمومی به صلاحیت شورای عالی فنی و نفی صلاحیت خویش اظهار نظر کرده بود، دیوان مذکور رأی را نقض و اذعان نمود که طرفین نسبت به مراجعه داوری یا کارشناسی مخیر هستند (اسماعیلی هریسی، ۱۴۰۰، ص ۱۰۵۷).

به نظر می‌رسد به این اختلاف رویه باید در قالب مقرر و یا با صدور رأی وحدت رویه خاتمه داده شود. حال آنکه در فیدیک رویه واحد است و به سلسله مراتب اجباری و الزام آور مراجع حل اختلاف هم از جهت لزوم ارجاع رسیدگی و هم از لحاظ قاطعیت رأی ایشان تأکید بسیار شده است.

پس از درخواست داوری از سوی هریک از طرفین، برخلاف رویه در نظر گرفته شده در بند جمادّه ۵۳ همه تقاضاهای تقدیمی به رییس سازمان بدون مخالفت وی، عیناً به دبیرخانه شورای عالی فنی ارسال می‌گردد. در صورتیکه اعتبار مالی پروژه از محل پروژه‌های عمرانی باشد، دبیرخانه شورای عالی فنی به متقاضی مهلت ۱۵ روزه برای تکمیل مدارک مورد نیاز می‌دهد. نکته قابل تامل اینکه شرایط عمومی پیمان در مورد پروژه‌های عمرانی و غیرعمرانی دو رویکرد مختلف دارد حال آنکه یکسان بودن نحوه برخورد فیدیک با کلیه اختلافات در پروژه‌های گوناگون که امکان استانداردسازی و بررسی آمارها و نتایج تنوع و میزان ادعاهای مطروحه را میسر می‌سازد.

پس از تکمیل مدارک فوق الذکر، دبیرخانه شورا از طرفین می‌خواهد که قرارنامه داوری را امضا کنند. با این حال ممکن است برخی از اشخاص با فرض عدم منصفانه بودن رسیدگی، نسبت به امضا قرارنامه اقدام ننموده و با امید به مضمی مدت سه ماهه داوری، نسبت به ابطال رأی داوری در دادگاه و سپس رسیدگی به اختلاف در دادگاه اقدام نمایند. پس از امضا قرارنامه داوری، طرفین به جلسه استماع داوری دعوت می‌شوند. در این جلسه بدون تنظیم صورتمجلس، اظهارات طرفین با دستگاه ضبط صوت ضبط می‌شود. سپس موضوع به کارشناس (مهندس) که لزوماً کارشناس رسمی

دادگستری نمی‌باشد، ارجاع می‌شود که ایشان نسبت به ادعاهای طرفین نظر می‌دهد و نظر ایشان بصورت امر و نهی در کادر معینی قید می‌شود؛ یعنی باتوجه به اینکه ایشان دانش حقوقی ندارد لذا هیچ استدلالی در کار نیست و ماده ۴۸۲ ق. آ. د. م رعایت نمی‌شود. سپس نظر کارشناس در خصوص هریک از شقوق خواسته‌های خواهان، مورد تأیید تک تک اعضای شورای عالی فنی می‌رسد. بدین ترتیب رأی شورای عالی فنی اصدار یافته و به امضای اعضا رسانده می‌شود. هر چند که باتوجه به شخصیت حقوقی شورای عالی فنی، نیازی به امضا توسط اعضا شورا نمی‌باشد و این شورا می‌تواند با بهره‌گیری از داور یا داوران حقیقی ثالث نسبت به سازماندهی و نظارت بر داوری اقدام کند و اعضای شورا را باتوجه به عدم دانش حقوقی مکفی ایشان، درگیر مسائل رسیدگی نکند. (همان، ص ۱۰۷۶-۱۰۷۷).

رای صادره مطابق تبصره ۲ بند جماده ۵۳ و مخصوصاً بند ۱۱-۹-۱۱ قرارنامه داوری توافق شده توسط طرفین که در ابتدای ارجاع امر به داوری به امضا ایشان رسیده، برای طرفین لازم‌الاجراست مگر اینکه رأی اصرداری دارای شرایط حقوقی لازم نباشد و در دادگاه بطلان و یا زوال آن مورد پذیرش قرار بگیرد. باتوجه به سازمانی بودن داوری شورای عالی فنی بحث مربوط به فوت یا حجر داور را منتفی می‌سازد، اما داوری می‌تواند به دلایل غیر عمرانی بودن محل اعتبار موضوع پیمان، صدور رأی با تأخیر بیش از سه ماه یا مدت مندرج در قرارنامه داوری، صدور حکم دادگاه بر بطلان رأی شورای عالی فنی، زوال دعوا، انتفای موضوع داوری زایل گردد.

در مورد انتخاب شورای عالی فنی به‌عنوان مرجع داوری در دعاوی دولتی انتقادهای زیادی وجود دارد زیرا که این انتخاب از ابتدا دارای تعارض منافع می‌باشد. نکته قابل توجه در انتخاب اعضای این شورا آن است که به استناد ماده ۸ لایحه قانونی منع مداخله کارکنان دولت در معاملات دولتی مصوب ۱۳۳۷/۱۰/۲۲ و اصلاحات بعدی به‌طور کلی کارکنان دولت و اقربای درجه یک آنها از داوری در دعاوی دولتی منع شده و در صورت داوری، رأی و نظر آنها باطل و مستحق مجازات حبس دانسته شده‌اند، از همین رو می‌بایست کارکنان دولت بنا بر تعریف این لایحه قانونی به عضویت این شورا تعیین نشوند. انتظار می‌رفت باتوجه به مزایای نهاد داوری در دعاوی پیچیده و تخصصی، انتخاب شورای عالی فنی رغبت بیشتری برای طرفین در حل منازعاتشان ایجاد کند که البته در عمل شاهد این مهم نمی‌باشیم. باتوجه به دیدگاه فیدیک در این خصوص درمی‌یابیم که

۱۲. رأی صادر شده از طرف داوران (شورای عالی فنی) برای دو طرف لازم‌الاجرا می‌باشد.

فیدیک از تخصصی شدن امور به نحوی که در هر لایه حل اختلاف، امور توسط متخصصین همان فن صورت پذیرد استقبال می‌کند که این موضوع باعث نشان دادن اقبال کارفرمایان و پیمانکاران برای مراجعه به قراردادهای آن نهاد شده است حال آنکه شورای عالی فنی به‌عنوان مرجع داوری در شرایط عمومی تخصص این امر را نداشته و اصلاً ماهیت حقوقی ندارد و از قواعد و آیین رسیدگی مناسبی برخوردار نمی‌باشد. همچنین با توجه به سطح بالای اعضای شورای عالی فنی در نظام حکمرانی دولتی، در عمل ارجاع اختلافات پیمانکاری به این شورا با مشکل مواجه شده است. به‌طور خلاصه ایرادات زیر مانع از دستیابی به اهداف و رسالت صحیح نهاد داوری پیش‌بینی شده در شرایط عمومی پیمان می‌شوند:

۱. ایراد ناشی از اختیاری بودن مراجعه به داوری؛
۲. ایراد ناشی از اختیار مطلق رییس سازمان برنامه و بودجه در ارجاع به داوری شورای عالی فنی؛
۳. ایراد ناشی از عدم دخالت طرفین در انتخاب هیئت داوری؛
۴. ایراد ناشی از عدم رسیدگی به دعاوی غیرمالی از سوی شورای عالی فنی از قبیل فسخ و خاتمه پیمان (مشهدی‌زاده و مهری، ۱۳۹۹، ص ۲۹-۳۲)؛
۵. ایراد عدم رعایت اصل بی‌طرفی در رسیدگی با توجه به اینکه نهاد داوری ماهیت دولتی دارد و یک طرف قرارداد است. قراردادهای فیدیک بر بی‌طرفی مرجع حل اختلاف تأکید دارند حال آنکه در شرایط عمومی پیمان شائبه جهت‌گیری شورای عالی فنی با توجه به ماهیت دولتی بودن آن وجود دارد؛
۶. ایراد ناقص بودن قواعد و آیین داوری شورای عالی بر خلاف جایگاه داوری سازمانی؛
۷. ایراد وجود تعداد نفرت‌اندک شورای عالی فنی در مقابل موارد زیاد اختلافات که مطابقتی با آمار ورودی پرونده‌ها ندارد و باعث می‌گردد تا دقت در رسیدگی به نازلترین حد خود برسد.

۳-۳. دادگاه

اگر بنا به هر دلیل^{۱۳} شورای عالی فنی مرجع رسیدگی به اختلافات طرفین پیمان قرار نگیرد؛

۱۳. دلایل عدم رسیدگی شورای عالی فنی موارد ذیل دانسته شده است:

- اعتبار اجرای موضوع پیمان از محل اعتبارات غیرعمرانی باشد؛
- شورای عالی فنی نتواند در مهلت قانونی یا قراردادی رأی صادر کند؛
- چنانچه شورای عالی فنی از رسیدگی به حل اختلاف طرفین پیمان استتکاف نماید؛
- چنانچه دادگاه راساً مصوبه هیئت وزیران در مورد صلاحیت داوری شورای عالی فنی را غیرقانونی تشخیص دهد.

مطابق اصول ۱۵۹ و ۳۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران دادگاههای صالحه، شایستگی رسیدگی به این اختلافات را دارند. پس اگر شرط داوری به هر دلیلی از بین برود، ذی حق می تواند در دادگاه مطابق روشهای جاری در دادگاهها بر اساس قانون آیین دادرسی مدنی اقامه دعوا نماید اقدام کند. البته در برخی از پروژه های دولتی لزوم محرمانه بودن اطلاعات وجود دارد که با ارجاع به دادگاه در دسترس همگان قرار می گیرد حال آنکه محرمانگی اطلاعات چنین پروژه هایی با بررسی توسط روش فیدیک حفظ می گردد.

به جهت اینکه رسیدگی در دادگاهها تابع قوانین موضوعه خود بوده و نحوه مراجعه به آن روشن است از مباحث این نوشتار خارج است. با توجه به روح قوانین فیدیک و شرایط عمومی پیمان و توجه این قوانین به مراجع حل اختلاف غیرقضایی، ناکارآمدترین مرجع رسیدگی به امر تخصصی و فنی پیمانکاری دادگاه است که ناقض غالب مزایای هیئت های حل اختلاف می باشد. نگاه فیدیک در عدم ارجاع حل و فصل اختلافات به دادگاه بدلیل تخصصی بودن امور و لزوم تسریع در رسیدگی ها و کاهش هزینه می باشد حال آنکه مطابق روح شرایط عمومی نیز همین هدف مدنظر مقنن بوده، لیکن به دلیل نگارش نامناسب متن ماده ۵۳ و همچنین انتخاب ناصواب مراجع حل اختلاف، عملاً از آن هدف متصور فاصله گرفته است.

آنچه در سازوکار پیشنهادی شرایط عمومی در خصوص فرآیند رسیدگی به اختلافات مغفول مانده است، بهره گیری از هیئت های حل اختلاف با وجود موفقیت و کارایی اثبات شده آنهاست که به تفصیل درباره آن توضیح داده شد. در متن ماده ۵۳ سعی شده است تا به نوعی از هیئت کارشناسی استفاده شود ولی این هیئت نمی تواند کارکرد هیئت مدنظر فیدیک را داشته باشد چون حضور هیئت حل اختلاف همچون مهندس مشاور از ابتدای پروژه در کنار سایر عوامل و ارکان پروژه و به تبع آن اطلاع از کلیه مسائل و مشکلات پروژه به صورت شفاف باعث عملکرد مناسب آن می شود. ضمن اینکه امکان بهبود در سازوکار هیئت های حل اختلاف با صدور ویرایش های جدید در فیدیک وجود دارد حال آنکه دادگاهها تابع قوانین جاریه کشور بوده و انعطاف لازم در برخورد با مسائل تخصصی جدید و به روز را ندارند.

نکته دیگری که در دعاوی پیمانکاری بسیار حائز اهمیت است زمان بندی مناسب در رسیدگی و تخصیص کمترین زمان ممکن برای حل و فصل اختلافات مخصوصاً در مقیاس قراردادهای عظیم بین المللی از طریق تعیین بازه های زمانی ثابت برای پیشبرد رسیدگی هاست که توسط سازوکار

پیشنهادی فیدبک در ویرایش ۲۰۱۷ رعایت گردیده و کاستی‌های ویرایش‌های قبلی برطرف شده است. حال آنکه در شرایط عمومی به عامل زمان آنگونه که شایسته است پرداخته نشده و برای دعاوی احتمالی تدبیری اندیشیده نشده است. در فیدبک حتی محدودیت زمانی برای اعلام دعاوی از زمان بروز آنها وجود دارد که امکان طرح دعاوی واهی را کاهش داده و سعی دارد بازه بروز و ختم دعاوی را به حداقل ممکن محدود کند. با وجود این نحوه برخورد «فعالانه» فیدبک با اختلافات در پروژه، هزینه اندک پیش‌بینی شده در جریان رسیدگی چند لایه باعث می‌گردد تا با حل سریع اختلافات، پروژه در مسیر پیشرفت به سمت هدف خود قرار بگیرد.

نتیجه

ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان تلاشی نه چندان موفق برای ارائه راهکارهای حل اختلاف در دعاوی بین کارفرما و پیمانکار بود و معضلاتی مانند سردرگمی در فرآیندهای رسیدگی، نداشتن زمان‌بندی متناسب برای حل اختلافات، برخورد انفعالی با ادعاها، تخییری و غیرقاطع بودن مراجع مربوطه، وجود شائبه در بی‌طرفی داور به همراه داشته است. نتیجه این کاستی‌ها تطویل زمان حل اختلافات و به تبع آن، افزایش قابل توجه زمان اتمام پروژه و تحمیل هزینه‌های قابل توجه به طرفین بوده است. این پیامدها در مقیاس پروژه‌های عمرانی و دولتی (هم از نظر حجم و هم از نظر مبلغ) و ملی به یک معضل غیر قابل اغماض تبدیل شده و در زمان حاضر نیز اثرات این امر در مراجع قضایی و داوری دیده می‌شود. چنانکه معطل ماندن این قبیل پروژه‌ها در مواقع تنازع به سبب عدم وجود مراجع حل اختلاف مناسب امری معمول می‌باشد. در مقابل فیدبک با به‌روز رسانی‌های متعدد به ویژه در نسخه ۲۰۱۷ نشان داده است برای رفع معضلات فوق‌الذکر می‌توان راهکارهای حقوقی مناسب و عملی پیش‌بینی نموده و از گسترش یک ادعا به دعاوی قضایی جلوگیری و یا به بهینه‌سازی فرایندهای رفع تنازعات پرداخت که آثار عملی و ارزیابی هزینه — فایده آن در این مقاله بررسی شد. به اختصار تاثیر راهکارهای فیدبک برای کاهش زمان حل اختلاف و هزینه‌های ناشی از آن قابل توجه بوده و بررسی‌های آماری نشان از موفقیت بالا در تسریع و افزایش کیفیت تصمیم‌گیری و حل اختلاف دارد. آثار اعمال شرایط عمومی پیمان در دو دهه گذشته در پروژه‌های عمرانی و صنعتی در ایران نشان می‌دهد نشان می‌دهد نیاز به بازنگری اساسی و اصلاحات بنیادین در شرایط عمومی پیمان وجود دارد.

بر همین اساس در این تحقیق به ریشه‌یابی علل این ناکارآمدیها، بررسی رویکرد فیدیک برای سامان‌دهی مراجع حل اختلاف، آمار مربوط به عملکرد آن به ویژه در پیش‌بینی هیئت‌های حل اختلاف درون‌پروژه‌ای، محدودیت‌ها و معاذیر نظام حقوقی ایران برای استفاده از راهکارهای مشابه و مانند آن صورت گرفت. بر اساس بررسی‌های مذکور پیشنهادات عملیاتی ذیل برای اصلاح ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان و تعیین تکلیف قطعی روند حل اختلاف آن با قیود و مهلت‌های معین ارائه می‌شود که بخشی از معضل را در ناکارآمدی روش‌های حل اختلاف غیرقضایی می‌کاهد. اگرچه این حوزه نیازمند تدوین نظام و قانونی جامع است که این امر مستلزم مطالعات متعدد و ملی در این حوزه است.

۱. همانگونه که در مقررات فیدیک ملاحظه گردید به دلیل حضور مهندس مشاور به‌عنوان رکن فنی — تخصصی از ابتدای پروژه و قابلیت میانجیگری در مرحله مشاوره با طرفین و سپس توانایی اخذ تصمیم در صورت عدم مصالحه، بسیاری از ادعاها در همان مراحل اولیه حل گردیده و از بروز اختلاف پیشگیری شده است؛ لذا استفاده از مهندس مشاور به‌عنوان مرجع حل اختلاف با قابلیت‌های مشاوره و اخذ تصمیم الزام‌آور غیرقطعی پیشنهادی می‌شود. هرچند تصمیم مهندس مشاور باید بی‌طرفانه اتخاذ شود ولی چون در برابر دستمزد کارفرما اقدام می‌کند ممکن است به رعایت صرفه و صلاح وی متمایل گردد؛ لذا پیشنهاد می‌شود در موضوعات اختلافی پرداخت دستمزد توسط طرفین صورت بگیرد و در نهایت در صورت اثبات ذیحق بودن یکی از طرفین، امکان مطالبه از طرف دیگر وجود داشته باشد.

۲. هیئت حل اختلاف از ابتدای پروژه توسط طرفین منصوب و از ابتدا در جریان روند پیشروی پروژه قرار گیرد. باتوجه به آمار موفق این روش، بهره‌گیری از آن به کاهش قابل توجه زمان و هزینه حل اختلاف می‌انجامد. نظر این مرجع الزام‌آور ولی غیرقطعی است که در صورت عدم اعتراض طرفین قطعی و لازم‌الاجرا خواهد بود. هزینه رسیدگی به اختلافات در هیئت نیز توسط طرفین پرداخت می‌شود و در صورت اثبات ذیحق بودن یکی از طرفین، امکان مطالبه از طرف دیگر وجود دارد.

۳. بهره‌گیری از یک نهاد دولتی یا خصوصی در حل اختلافات پیمانکاری یا تأسیس آن و با استفاده از سایر مراجع تخصصی حقوقی مانند اتاق داوری ایران به‌عنوان مرجع داوری به‌جای شورای عالی فنی پیشنهاد می‌شود. زیرا شورای عالی فنی ماهیت حقوقی نداشته و تحلیل و اعمال

قوانین موضوعه و آیین دادرسی از تخصص آن خارج است. شورای عالی فنی صرفاً نهادی فنی متعلق به سازمان برنامه و بودجه می‌باشد که خود به نوعی در پروژه‌های عمرانی از باب تأمین بودجه و نظارت ذینفع است.

۴. رویکرد اختیاری در ارجاع به مراجع حل اختلاف غیرقضایی باید به رویکرد الزام‌آور تغییر کند. این امر باعث می‌شود از برداشت‌های متفاوت و ایجاد رویه‌های غیرهمسو پیشگیری شود. همچنین یک روند منطقی در حل اختلاف از ابتدای طرح ادعا تا حل و فصل آن وجود داشته باشد و مراجع حل اختلاف به صورت ترتیبی به حل اختلاف بپردازند و بدون وجود نظریه مرجع قبلی نتوان به مرجع بعدی مراجعه کرد، مگر اینکه طرفین توافق کنند نظر کدام مرجع فصل الخطاب است و برای حل اختلاف صرفاً به همان مرجع مراجعه کنند.

۵. پیش‌بینی زمان‌بندی مشخص در حل اختلاف به طوری که تکلیف یک ادعا از روز مطرح‌شدن توسط یکی از طرفین تا روز حل و فصل نهایی دارای زمان معقول و منطقی برای رسیدگی باشد و ابهامی در این باره وجود نداشته باشد.

۶. تعیین تعرفه برای رسیدگی به اختلافات در مراجع مختلف توسط نهادهای معتبر با هدف کاهش هزینه‌های رسیدگی.

۷. پیشنهاد می‌گردد روش فوق به صورت آزمایشی در پروژه‌های تحت کنترل مراجع ذیصلاح اجرا گردد و در صورت بازخورد مناسب به صورت قانون در شرایط عمومی لحاظ گردد. در این مدت لازم است تا میزان پیشگیری از بروز اختلافات، تسریع در فرآیند رسیدگی و هزینه‌های مترتب به طرفین رصد شود.

مزیت‌ها و آثار راهکار پیشنهادی فوق را در مقایسه با راهکار شرایط عمومی پیمان و فیدیک می‌توان در جدول ذیل (جدول شماره ۳) خلاصه کرد:

وضعیت رسیدگی در مراجع فیدیک	وضعیت پیشنهادی رسیدگی در مراجع در ماده ۵۳	وضعیت فعلی رسیدگی در مراجع شرایط عمومی در ماده ۵۳	
سریع و درجا	متوسط	کند و طولانی	سرعت رسیدگی
فعالانه	فعالانه	انفعالی	ماهیت رسیدگی
ایجاد روابط مثبت	کمک به ایجاد روابط مثبت	تخاصمی و از بین برنده روابط مثبت	تأثیر بر روابط طرفین

زمان بر بودن	بیش از ۲ سال	کمتر از ۱/۵ سال	کمتر از یکسال
هزینه رسیدگی	زیاد	متوسط	کم
پیشگیری از اختلاف	فاقد پیشنهاد	واجد پیشنهاد	پیشنهاد مدون
حل و فصل اختلاف	تخیری	الزام آور و قطعی	الزام آور و قطعی
قوانین فرآیند رسیدگی	فاقد فرآیند منظم	واجد فرآیند منظم	واجد فرآیند منظم و مدون در متن قرارداد



منابع

۱. اسماعیلی هریسی، ابراهیم؛ شرح تفصیلی پیمان؛ چ ۳، تهران: انتشارات دادگستر، ۱۴۰۰.
۲. داراب‌پور، مهرباب و الهام انیسی؛ «اجرائی شدن آرای هیئت حل اختلاف فیدیک، نقطه عطفی برای کارآمدی پروژه‌ها و عدم توقف آنها (با رویه‌سازی از رأی دادگاه سنگاپور در پرونده پرسرو)»، مجله حقوق بین‌المللی؛ ش ۶۴، بهار و تابستان ۱۴۰۰، ص ۹۷-۱۲۲.
۳. رجبی، عیسی و شهرزاد اونق؛ «الزام‌آوری شرط داوری موضوع بند ج ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان»، مجله حقوقی دادگستری؛ ش ۱۱۱، پاییز ۱۳۹۹، ص ۸۹-۱۰۶.
۴. سازمان برنامه و بودجه؛ شرایط عمومی پیمان؛ چ ۲، تهران: چاپخانه وزارت ارشاد اسلامی، ۱۳۶۲.
۵. سالار، هادی؛ «بررسی نهاد داوری در قراردادهای پیمانکاری موضوع شرایط عمومی پیمان ماده ۵۳»، نشریه پژوهش‌های حقوقی قانون‌یار؛ ش ۵، بهار ۱۳۹۸، ص ۷-۳۲.
۶. مرادی، میثم؛ «روش‌های مسالمت‌آمیز حل و فصل اختلافات در قراردادهای اداری با تأکید بر شرایط عمومی پیمان و مقررات فیدیک»، پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت؛ ش ۱۰، پاییز و زمستان ۱۳۹۷، ص ۱۳۵-۱۵۶.
۷. مشهدی‌زاده، علیرضا و علی مهری؛ «بررسی روش‌های حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمانکاری با مطالعه تطبیقی در فیدیک»، نشریه پژوهش‌های سیاسی و بین‌المللی؛ ش ۴۸، پاییز ۱۴۰۰، ص ۲۱-۴۵.
8. Abdul-Malak, Mohammad-Asem, Mohammad Hasan Senan; “Operational Mechanism and Effectiveness of Adjudication as a key Step in Construction Dispute Resolution”; **Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction**, Dec 14, 2019.
9. Adel, Morteza, Elham Anisi; “Dispute Adjudication Boards: A New Approach to Dispute Settlement”; **International Journal of**

Humanities, Vol. 24, 2017.

10. Barakat, Mohammad, Mohammad-Asem Abdul-Malak and Hiam Khoury; "Pivotal New Roles and Change Introduced by the 2017 FIDIC's Claim and Dispute Resolution Mechanism"; **Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction**, Dec 12, 2019.
11. Bates, Albert, R. Zachary Torres-Fowler; "Dispute Boards: A Different Approach to Dispute Resolution"; **Comparative Law Yearbook of International Business**, available on <https://www.constructlaw.com/2020/04/02/dispute-boards-a-different-approach-to-dispute-resolution/>, April 2, 2020
12. Chapman, Peter; "Dispute Boards"; www.fidic.org, 2004
13. Charrett, Donald; "Dispute Boards and Construction Contracts"; **The Victorian Bar Continuing Professional Development Program, Seminar627**, Oct 20, 2009.
14. DBRF; **Dispute Board Manual: A Guide to Best Practices and Procedures**; North Carolina USA: SPARK Publications, 2019
15. FIDIC; **Conditions of Contract for Construction, for Building and engineering works designed by the employer**; 2nd Edition; 2017.
16. Mahnken, Volker; "On Construction Adjudication, the ICC Dispute Board Rules, and the Dispute Board Provisions of the 2017 FIDIC Conditions of Contracts"; **McGill Journal of Dispute Resolution**, Vol. 5, 2018-2019.
17. Seppala, Christopher R. ; "Fidic and Dispute Adjudication Boards (DAB (S)) "; www.fidic.org, Mar 18, 2015.