

سال دوازدهم، شماره ۳۱، زمستان ۱۳۸۹

## روش های حل اختلاف در قراردادهای ساختمانی

دکتر رضا سکوتی

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه تبریز

دکتر غلامرضا حاجی نوری

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه تبریز

یوسف مولائی

کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تبریز

تاریخ دریافت: ۸۷/۱۰/۲ تاریخ پذیرش نهایی: ۸۷/۷/۸

### چکیده

وجود اختلاف در قراردادهای ساختمانی امری طبیعی بوده و پیشگیری از بروز اختلاف و حل و فصل آن یکی از مشکلات اساسی صنعت ساختمان سازی در سطح جهان و ایران می باشد و با توجه به اینکه روش های سنتی حل اختلاف به دلیل پرهزینه و کند بودن، و همچنین نداشتن جنبه پیشگیرانه، جوابگوی حل این مشکل نمی باشند در دو دهه اخیر شیوه حل اختلافات ناشی از قراردادهای ساختمانی در سطح دنیا دچار تحولاتی اساسی شده است و دست اندرکاران صنعت ساختمان سازی اقدام به ابداع روش های نوین حل اختلاف نموده اند به طوری که امروزه ارجاع اختلافات ناشی از قراردادهای ساختمانی به دادگاه امری نادر و خلاف اصل می باشد. در این مقاله تحولات صورت گرفته در روش های حل اختلافات ساختمانی بررسی شده، همچنین رویه عملی کشورهای امریکا، انگلیس و ایران در حل اختلافات مزبور مورد بحث قرار گرفته است و بر لزوم اصلاح روش های فعلی حل اختلافات ناشی از قراردادهای ساختمانی در ایران تاکید شده است.

**واژه های کلیدی:** قراردادهای ساختمانی، حل اختلاف، شیوه های جایگزین حل اختلاف، قراردادهای متحد الشکل، داور.

صنعت ساختمان سازی در سطح جهان با دو مشکل اساسی و بزرگ رو در رو است. یکی از مشکلات اصلی این صنعت هزینه های بالای انجام پروژه های ساختمانی است، به ویژه در پروژه- های پیچیده و بزرگ که همیشه با هزینه ای بیش از بودجه پیش بینی شده، به بهره برداری می- رسند. مشکل دوم نیز مربوط به مدت اجرای پروژه می باشد که اغلب در زمانی بیش از زمان برنامه ریزی شده به اتمام می رسند. (Van Den Berg and Kamminga, abstract, 2005) این دو مشکل در صنعت ساختمان سازی ایران حادثتر از سایر کشورهاست به طوری که کمتر پروژه ای (به خصوص پروژه های ساختمانی دولتی) می توان یافت که مطابق برنامه زمانی و با بودجه پیش بینی شده اولیه به بهره برداری رسیده باشد.

بروز اختلافات بین دست اندرکاران اجرای پروژه یکی از دلایل اصلی افزایش هزینه ها و تاخیر در زمان اجرای پروژه می باشد. امری که در این صنعت متداول است زیرا قراردادهای ساختمانی از نوع قراردادهای پیچیده می باشد که در آن اشخاص مختلفی همچون کارفرما، پیمانکار اصلی، پیمانکار جزء، معمار، مهندس ناظر، مدیر پروژه و تهیه کننده مصالح دخالت دارند و این اشخاص در اجرای قرارداد ساختمانی با یکسری نقشه ها و مشخصات پیچیده سروکار دارند، به علاوه هر پروژه ساختمانی جنبه های منحصر به فرد خود را دارد که در سایر پروژه های ساختمانی یافت نمی شود، همچنین بسیاری از این اشخاص معمولاً سابقه همکاری با یکدیگر ندارند. بنابراین نباید انتظار داشت که طراحان قرارداد تمام جنبه های آن را پیش بینی کنند و در نتیجه طبیعی است که سهوها و در مواردی تناقض هایی در اسناد و مفاد قرارداد دیده شود. همچنین امکان بروز اختلاف بر سر تفسیر قراردادها بین طرفین قرارداد زیاد می باشد نهایتاً، اینکه بروز اختلاف بین طرفین در قراردادهای ساختمانی امری عادی و معمولی است به همین علت تقریباً در همه قراردادهای متحدالشکل ساختمانی، شیوه های حل اختلافات پیش بینی شده و فصل جداگانه ای به این موضوع اختصاص داده می شود.

با توجه به آنچه که گفته شد جلوگیری از وقوع اختلاف و نحوه حل و فصل اختلافات یکی از مشکلات اساسی صنعت ساختمان سازی است و پیش بینی مکانیسم هایی که از بروز و گسترش اختلاف جلوگیری نماید، همچنین انتخاب شیوه های مناسب حل اختلاف، می تواند کمک زیادی به کاهش هزینه ها و مدت اجرای پروژه های ساختمانی نماید و به دنبال آن نیز ریسک اجرای پروژه و سرمایه گذاری کاهش یافته و موجب شکوفایی این صنعت شود. با

توجه به اینکه دادگاهها در حل این مشکل موفق عمل نکرده اند برای حل این مشکل، شیوه های حل اختلافات ساختمانی در کشور های مختلف جهان به خصوص در سالهای اخیر تحولات شگرفی یافته است و دست اندرکاران قراردادهای ساختمانی اقدام به ابداع روش های نوین حل اختلاف نموده تا با حل سریع و ارزان اختلافات و جلوگیری از وقوع اختلافات بیشتر به پیشرفت این صنعت حیاتی کمک نمایند. به طوری که امروزه از این صنعت به عنوان ابداع کننده روش های جدید حل اختلاف یاد می شود. (ENR 2000) Engineering news – record., 2000, p.254 (7), 37; Hinchey. J. and I. schor, 2002, p.13.) با این وجود حقوقدانان و دست اندر کاران صنعت ساختمان سازی ایران از تحولات کشورهای مختلف غفلت نموده اند و با وجود اینکه در کشورهای صنعتی ارجاع اختلافات ساختمانی به دادگاهها به شدت محدود شده است در حقوق ایران اختلافات ساختمانی هنوز در اکثر موارد از طریق دادگاهها حل می شود حتی با وجود این که مقررات داوری در ایران سابقه صد ساله دارد از این روش حل اختلاف نیز استقبال قابل توجهی توسط دست اندرکاران صنعت مزبور صورت نگرفته است که این موضوع می تواند ریسک اقتصادی حضور و سرمایه گذاری شرکت های ساختمان سازی خارجی را در کشورمان بالا ببرد. چرا که شرکت های خارجی به شدت خواهان درج شرط داوری و سایر روش های حل اختلاف غیر دولتی در قراردادهای ساختمانی بوده و از ارجاع اختلافات خود به دادگاه اکراه دارند و در نتیجه رویه موجود در حل اختلافات ساختمانی در ایران در سطح بین المللی، شاهد زیان اقتصادی هنگفتی بر صنعت ساختمان سازی کشور هستیم. این در حالی است که کشور مان، کشوری در حال توسعه و نیازمند انتقال تکنولوژی است و یکی از ابزارهای انتقال تکنولوژی انجام فعالیت های ساختمانی با مشارکت شرکت های بین المللی می باشد و همسو شدن روش های حل اختلاف با رویه بین المللی یکی از ابزارهای جلب مشارکت شرکتهای بین المللی و انعقاد قرارداد با آنها است. به همین جهت در این مقاله به بررسی شیوه های حل اختلافات ساختمانی در حقوق امریکا، انگلیس و ایران پرداخته شده است. همچنین در حقوق ایران، وضعیت این روشها در قراردادهای ساختمانی متحدالشکل دولتی با توجه به اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی بررسی خواهد شد.

## ۲. گرایش به روش های خصوصی و غیردولتی

در صنعت ساختمان سازی مسئله زمان و بودجه دو عنصر حیاتی می باشند و بروز اختلال در هریک از این دو عنصر به احتمال زیاد به کند شدن یا توقف پروژه و حتی در برخی موارد موجب شکست اجرای قرارداد شده و خسارت مالی زیادی نیز به طرفین وارد می نماید. بنابراین صرفه جویی در زمان و بودجه، نقش اساسی را در تعیین شیوه های حل اختلاف در قراردادهای ساختمانی دارند. همچنین همانطور که گفته شد با توجه به پیچیده بودن قراردادهای ساختمانی، اختلافات ناشی از آن نیز پیچیده می باشد، در نتیجه شخص یا هیئت رسیدگی کننده به این اختلاف نیز باید شخص یا اشخاصی متخصص و صاحب تجربه در این زمینه باشند. بنابراین شیوه مورد استفاده برای حل اختلافات ساختمانی باید دارای سرعت بالا، هزینه کم و تخصص لازم باشد؛ در حالی که حل اختلاف توسط دادگاه با توجه به دلایل زیر فاقد خصوصیات مزبور می باشد:

الف- حل اختلاف به وسیله دادگاهها بسیار کند می باشد و حتی با توجه به اینکه این اختلافات پیچیده و اغلب بزرگ بوده، مدت رسیدگی در دادگاه خیلی طولانی تر از رسیدگی به دعاوی معمولی می باشد.

ب- دادرسان دادگاهها با توجه به پیچیدگی این اختلافات، تخصص لازم برای رسیدگی به این اختلافات را ندارند و این یکی از دلایل اطاله بیش از حد رسیدگی به این اختلافات می باشد.

ج- رسیدگی توسط دادگاه بسیار پرهزینه است. زیرا هزینه های حل اختلافات ساختمانی توسط دادگاه نه تنها شامل هزینه های مستقیم سنگینی از جمله حق الوکاله، هزینه کارشناسان و هزینه های دادرسی و غیره می باشد بلکه خسارت غیر مستقیم زیادی نیز به طرفین وارد می کند از جمله اینکه منابع و انرژی طرفین به سمت حل اختلاف منحرف می شود به ویژه که طولانی شدن حل و فصل اختلاف موجب تاخیر در اتمام پروژه و نهایتاً از دست رفتن فرصت های تجاری می گردد علاوه بر این هزینه زیادی نیز صرف نگهداری از پروژه در مدت رسیدگی به اختلافات می شود. همین طور ارجاع اختلاف به دادگاه موجب به وجود آمدن سوء تفاهم بین طرفین شده و روابط تجاری طرفین و اعتماد متقابل که اغلب در طول زمان طولانی و با تلاش طرفین به تدریج به دست آمده، صدمه می بیند و حتی امکان دارد این رابطه قطع شده و ضررهای زیادی از این حیث به طرفین وارد شود. از سوی دیگر بروز اختلاف و

طولانی شدن حل آن اغلب موجب تاخیر در اجرا و حتی شکست اجرای پروژه می شود که این موضوع موجب صدمه به حسن سابقه، اعتبار و حیثیت حرفه ای و تجاری طرفین خواهد شد. بنابراین حل و فصل اختلافات ساختمانی توسط دادگاه بسیار پر هزینه است به طوری که مطابق مطالعه انجام شده در امریکا در دهه ۱۹۹۰ هزینه حل اختلافات ساختمانی در امریکا با رشد ۱۰ درصدی مواجه شده است و میزان این هزینه ها در سال ۲۰۰۰ حدود ۵ میلیارد دلار رسیده است (Michel, H. L, 1998, pp.26-23).

د- از طرف دیگر جهانی سازی و توسعه سریع تجارت جهانی، صنعت ساختمان سازی را نیز تحت تاثیر خود قرار داده است و موجب افزایش حضور شرکتهای ساختمانی در سطح بین المللی شده است. به طوری که امروزه در پروژه های بزرگ ساختمانی حضور شرکت های ساختمانی از کشور های مختلف جهان به امری عادی مبدل شده است. به طور مثال در اجرای طرح توسعه فرودگاه بین المللی هنگ کنگ<sup>۱</sup>، شرکتهای ساختمانی بین المللی از کشورهای مختلفی همچون امریکا، انگلیس، استرالیا، فرانسه، آلمان، ژاپن و چین حضور داشته و با یکدیگر همکاری می - نمودند. (Edwin h.w. Chan and Henry, C.h. saen, 2004 (p3), در قراردادهای ساختمانی بین المللی به علت اینکه اولاً، طرفین از سیستم حقوقی کشورهای خارجی اطلاع زیادی نداشته اقامه دعوا در دادگاه برای طرفین نگران کننده می باشد، و به گفته یکی از حقوقدانان ورود به یک دالانال تاریک پر پیچ و خم می باشد. (Ibid) (p2) ثانیاً، حل اختلاف با رجوع به دادگاهها در سطح بین المللی همیشه دور از تبعیض نمی باشد. ثالثاً، ارجاع اختلاف به دادگاه، طرفین و دادگاه را با مشکل حل تعارض قوانین گرفتار کرده، که این امر خود انرژی زیادی را از دادگاه و طرفین خواهد گرفت و بر هزینه حل اختلاف نیز خواهد افزود. طرفین به شدت از ارجاع اختلافات به دادگاهها اکراه داشته و همواره سعی می نمایند که از ارجاع اختلاف به دادگاه جلوگیری نمایند.

بنا به دلایل فوق حل اختلافات ساختمانی توسط دادگاه روش مناسبی نبوده و انتخاب این روش باعث مشکلات زیادی برای طرفین خواهد شد و به همین جهت طرفین قرارداد تا حد امکان سعی می کنند از ارجاع اختلافات خود به سیستم دادگستری اجتناب نموده و شیوه های حل اختلاف جایگزین<sup>۲</sup> را که نسبت به دادگاهها خیلی ارزانتر و سریعتر می باشند انتخاب

1. The development of the Hong Kong International Airport.

2. Alternative dispute resolution (ADR).

نمایند. به طوری که امروزه در قراردادهای ساختمانی مراجعه به دادگاهها برای حل اختلافات امری استثنائی و غیر معمول بوده و شیوه های جایگزین حل اختلاف نقش اساسی را در حل و فصل اختلافات قراردادهای ساختمانی ایفاء می کنند، به طور مثال در سال ۲۰۰۵ میلادی بیش از ۹۹ درصد پروژه های ساختمانی در امریکای شمالی از شیوه های جایگزین حل اختلاف<sup>۱</sup> به جای دادگاه استفاده نموده اند.(Peter G. Merrill, 2007, p.94).

### ۳. شیوه های جایگزین حل اختلاف

#### ۳-۱. مفهوم شیوه های جایگزین حل اختلاف

شیوه های جایگزین حل اختلاف، مجموعه ای از مکانیسم ها و راه حل های غیر قضایی و غیر دولتی هستند که طرفین اختلاف آنها را به جای دادگاه به عنوان مرجع حل اختلاف خود بر می -گزینند تا اختلافات خود را بدون مراجعه به دستگاه قضائی و به شیوه ای که خود مناسب می دانند حل و فصل نمایند(توسلی جهرمی، ۱۳۸۱-۱۳۸۰، ص ۱۲۸). شیوه های جایگزین حل اختلاف بسیار متنوع بوده، ولی ماهیت اصلی و مشترک همه این شیوه ها غیردولتی، غیرقضایی و خصوصی بودن آنها می باشد و تفاوت اصلی آنها در آیین های انتخاب، میزان رسمیت، نحوه رسیدگی و قدرت و اعتبار رای آنها می باشد، مثلاً از میان این شیوه ها فقط آرای داوری برای طرفین لازم الاجرا بوده و توسط دادگاهها قابلیت اجرا دارند ولی تصمیمات سایر شیوه های حل اختلاف غیر الزام آور بوده و این شیوه ها زمانی موفق می شوند که طرفین اختلاف از روی رضایت تصمیمات آنها را اجرا کنند. (Katharine v.w. stone, 2006, p.3)

اتخاذ این شیوه ها توسط طرفین اختلاف نشانگر گرایش آنها از دادرسی دولتی به سمت دادرسی خصوصی می باشد در واقع شکل گیری و گسترش روش های جایگزین حل اختلاف نشانگر ناکارآمدی و نارضایتی جامعه از روش های سنتی حل اختلاف در حل و فصل اختلافات، و پاسخ جامعه به این ناکارآمدی می باشد(باقری، ۱۳۸۶، ص ۴۰). حقوق آمریکا بنیانگذار و احیاء کننده این روش ها محسوب می شود در دهه ۱۹۷۰ میلادی به دلیل اطاله دادرسی، هزینه زیاد و عدم انعطاف پذیری مقررات دادرسی انتقادات شدیدی به دستگاه قضایی آمریکا وارد شد و بسیاری از منتقدان، دستگاه قضایی آمریکا را در اجرای عدالت ناتوان

اعلام کرده و در مقابل استفاده از روش های جایگزین (ADR) را به عنوان راه حل این مشکل ارائه نمودند (Ibid, p.4). به دنبال حقوق آمریکا در کشور های دیگر نیز شیوه های مزبور بکار گرفته شد به طور مثال از دهه ۱۹۸۰ روش های جایگزین حل اختلاف در حقوق آلمان (Katja Funken, LL.M, 2005, p3) و حقوق انگلیس مورد استفاده وسیع قرار گرفت.<sup>۱</sup> حتی اتاق تجارت بین الملل (Icc) نیز به دنبال افزایش هزینه های داوری در سال ۲۰۰۰ میلادی مقررات خاصی را در مورد روشهای جایگزین حل اختلاف تدوین نموده است. لازم به ذکر است که حقوق تجارت بین الملل، روشهای جایگزین داوری را شامل نمی شود (توسلی جهرمی، همان، ص ۳۶۹).

### ۲-۳. انواع روش های جایگزین حل اختلاف مورد استفاده در قراردادهای ساختمانی

از میان شیوه های حل اختلاف، جایگزین چهار روش مذاکره، هیات بررسی اختلافات، میانجیگری و داوری در صنعت ساختمان سازی روشهای معمول و پر طرفداری می باشند که در اکثر قراردادهای متحدالشکل ساختمانی این روشها برای حل اختلافات پیش بینی می شوند. در ادامه به صورت مختصر این چهار روش را مورد مطالعه قرار می دهیم.

۱-۲-۳. مذاکره: اختلافات در قراردادهای ساختمانی اکثراً از مسائل کوچک شروع می شوند و اگر طرفین بتوانند در همان ابتدا این اختلافات را بر طرف نمایند کمک بزرگی در اجرای پروژه خواهند نمود. مذاکره مستقیم طرفین یکی از بهترین ابزارهایی است که در همان ابتدا می تواند اختلاف را حل و فصل و جلوی پیشرفت آن را بگیرد به همین منظور طرفین قراردادهای ساختمانی نخستین راه حل برای حل اختلافات خود را مذاکره قرار می دهند. بدین ترتیب طرفین قبل از هرگونه اقدام و ارجاع اختلاف به داوری یا سایر روش های حل اختلاف باید به طور مستقیم در مورد حل اختلافات خود مذاکره کنند. به عبارت دیگر طرفین

---

۱. شایان ذکر است که سابقه حل و فصل کدخدانمانه و خصوصی اختلافات (روش جایگزین حل اختلاف) بدون مراجعه به دستگاه قضایی بیش از دادگستری دولتی می باشد و جوامع اولیه اختلافات خود را با استفاده از روش های خصوصی مانند میانجیگری داوری و غیره حل می نمودند. ولی احیا کننده مجدد این روشها را حقوق آمریکا محسوب می شود بسیاری از حقوقدانان سخنرانی فرانک سندر (Frank E A sander) استاد حقوق دانشگاه هاروارد در کنفرانس پوند (Pound) در سال ۱۹۷۶ را تاریخ احیا روش های جایگزین حل اختلاف می دانند. رجوع شود به Katrina v. w. Stne, 2006

قبل از انجام مذاکره حق انجام اقدامات بعدی را ندارند و تنها در صورت شکست مذاکرات و ادامه اختلافات می توانند اختلاف خود را در صورتی که مرجع خاصی را در قرارداد تعیین کرده باشند از طریق آن، و در غیر این صورت با مراجعه به دادگاه حل نمایند. مهمترین مزیت مذاکره مستقیم و دوستانه طرفین جنبه پیشگیرانه آن می باشد و در واقع طرفین با نشان دادن حسن نیت و انعطاف در مذاکرات می توانند از بروز اختلافات بزرگتر جلوگیری نمایند. همچنین این روش، خیلی ارزان، سریع و بدون تشریفات خاص می باشد (هینزی، ترجمه بانکی، ۱۳۷۷، ص ۴۸۰).

به طوری که می توان گفت مذاکره ارزاترین و محرمانه ترین روش حل اختلاف است چرا که برخلاف همه روش های حل اختلاف، در این روش هیچ شخص دیگری در حل اختلاف دخالت نداشته و از افتادن اسرار کاری و تجاری طرفین به دست شخص ثالث جلوگیری می شود. همچنین طرفین در مذاکره روابط تجاری خود را در نظر داشته و با حفظ روابط تجاری خود، از بهم خوردن روابط خود و در نتیجه انعقاد قرارداد با شرکت های دیگر جلوگیری می کنند. (Howard Klein, op.cit, p4.)

**۲-۲-۳. میانجیگری:** میانجیگری روشی است که در آن طرفین اختلاف، شخص ثالث بی طرفی را که میانجی نامیده می شود برای کمک و تسهیل حل اختلاف خود بکار می گیرند. (Brooker, 2007, P. 221). هدف میانجیگری این است طرفین با مشاوره و کمک میانجی اختلاف خود را به صورت خصوصی و مسالمت آمیز حل نموده و سازش نامه کتبی امضا نمایند. (Katharine v. w. stone, op.cit, p. 1.)

نحوه رسیدگی میانجی را اغلب طرفین تعیین می کنند و بر خلاف داوری مقررات خاصی در این مورد وجود ندارد. ولی غالباً میانجی بعد از انتخاب شدن، اسناد، مدارک و دلایل طرفین را مطالعه نموده و بعد از آشنایی با موضوع اختلاف، در ابتدا با هریک از طرفین اختلاف به طور جداگانه ملاقات می کند و نقاط ضعف و قوت پرونده را به آنها اعلام نموده و سعی می کند با کاستن از انتظارات طرفین، توقعات و خواسته های طرفین اختلاف را به هم نزدیک کند و زمانی که مواضع و خواسته های طرفین به هم نزدیک شد طرفین را به ملاقات و مذاکره با هم دعوت می نماید تا طرفین با گفتگو اختلافات خود را حل نموده و توافق نامه سازش را امضاء نمایند. بنابراین میانجی برخلاف داور رای صادر نمی کند بلکه سعی می کند با کاستن از انتظارات و خواسته های طرفین، آنان را به سازش ترغیب نماید (Howard Klein, op.cit, p. 1.)



(op.cit, p.12) اگر میانجی، شخصی متخصص و با تجربه در امر قراردادهای ساختمانی و میانجی گری باشد احتمال موفقیت اش زیاد می باشد به عنوان مثال بر اساس یک آمار جالب در آمریکا حدود ۹۵ درصد میانجی گری ها در حل اختلافات ساختمانی موفق عمل کرده اند (Peter G. Merrill, 2007, p.47).

وقتی که میانجی نتواند طرفین را به سازش ترغیب نماید و آنها بر مواضع خود پا فشاری نمایند میانجی به اقدامات و فعالیت های خود خاتمه می دهد و طرفین اختلاف خود را به روش نهایی که اغلب داوری و یا دادگاه می باشد ارجاع می دهند.

از مزایای میانجی گری می توان به ارزان بودن و سرعت آن اشاره نمود همچنین یکی از فواید اصلی استفاده از این روش حل تجاری اختلاف طرفین است به این معنی که در حل اختلاف، روابط تجاری طرفین هم در نظر گرفته می شود و سعی می شود اختلاف به نحوی حل شود که منجر به قطع روابط تجاری طرفین نشود. در نتیجه به استفاده از این روش به حفظ روابط تجاری طرفین کمک می گردد و از میان رفتن حسن نیت موجود در رابطه طرفین جلوگیری می شود. در حالی که وصول به این هدف به وسیله تفسیر نوعی مفاد و شرایط قرارداد و تنها با در نظر گرفتن قانون و قرارداد و بدون توجه به روابط تجاری طرفین امکان پذیر نمی باشد. همچنین این روش سری بوده و میانجی حق افشاء اطلاعات پرونده را ندارد.

**۳-۲-۳. هیئت بررسی اختلاف:** یکی از روش های جدید و پرتعداد حل اختلاف در قراردادهای ساختمانی، هیئت بررسی حل اختلاف می باشد. این هیئت متشکل از ۳ عضو بی طرف می باشد هر طرف یک نفر را انتخاب و این دو نفر نیز نفر سوم را انتخاب می کنند. هیئت بررسی اختلاف پس از انعقاد قرارداد، تشکیل شده و به طور مرتب تشکیل جلسه می دهد و با بازدید منظم از پروژه، در جریان پیشرفت کار و مشکلات بالفعل و بالقوه قرار گرفته و پیشنهادهای لازم را برای جلوگیری از وقوع اختلاف در آینده و حل اختلافات موجود، به دست اندرکاران پروژه ارائه می - دهند تا مبنای سازش طرفین قرار گیرد. برخلاف روشهای جایگزین دیگر در این روش شروع بررسی اختلاف نیازمند درخواست طرفین نبوده و هیئت در صورت مطلع شدن از اختلاف به هر طریق ممکن، می تواند با بررسی اختلاف، پیشنهادهای ضروری را به طرفین ارائه نماید. شایان ذکر است که در پروژه های پیچیده و بزرگ ممکن است چندین هیئت بررسی اختلاف با تخصص - های مختلف تشکیل شود،

مثلاً در یک پروژه راه سازی در ایالت بوستون آمریکا ۴۶ هیئت بررسی اختلاف با تخصص های مختلف تشکیل شده بود.(Peter G. Merrill, 2007, p.37).

این روش امروزه در پروژه های بزرگ به شدت مورد استقبال قرار گرفته، به طوری که مقامات اجرایی المپیک ۲۰۱۲ لندن، تشکیل هیئت بررسی اختلاف در ساخت پروژه های مربوط به این بازی ها را اجباری کرده اند.(Howard Klein, op.cit. p.15).

اما با توجه به اینکه این هیئت دائمی بوده، تشکیل آن هزینه زیادی می خواهد، این روش حل اختلاف برای پروژه های کوچک توصیه نمی شود برای رفع این مشکل اداره بزرگراه های فدرال آمریکا پیشنهاد نموده که در پروژه های کوچک از هیئت های تک نفره استفاده شود همچنین اتاق تجارت بین الملل نیز علاوه بر هیئت بررسی اختلاف ۳ نفره، بکارگیری هیئت بررسی اختلاف یک عضوی را نیز پیش بینی نموده است. (Peter G. Merrill, 2007, p.94.)

**۳-۲-۴. داوری:** قدیمی ترین و مشهورترین روش جایگزین حل اختلاف داوری می باشد که در حقوق اکثر کشورها و همچنین در تجارت بین الملل، مقررات خاصی در مورد داوری تدوین شده است. و در قراردادهای متحدالشکل ساختمانی نیز قدیمی ترین روش حل اختلاف محسوب می شود. داوری روشی است که به موجب آن اختلاف بین طرفین به وسیله شخص یا اشخاصی که طرفین انتخاب نموده اند بدون مراجعه به دادگاه حل و فصل می شود.

داوری تفاوت عمده و ماهوی با روشهای جایگزین حل اختلاف دیگر دارد. زیرا: اولاً، برخلاف روش های دیگر داور رای صادر می نماید در حالی که در روش های دیگر تنها پیشنهاد و مشاوره های متناسب برای نحوه حل اختلافشان داده می شود و تلاش می شود که طرفین با رضایت خودشان سازش نمایند. ثانیاً، رای داور الزامی و به جز در موارد استثنائی قطعی بوده و طرفین ملزم به اجرای رای داور می باشند در حالی که تصمیمات شیوه های دیگر از قطعیت و قدرت الزام آور برخوردار نمی باشند. ثالثاً، مقررات خاصی در مورد نحوه انتخاب، رسیدگی، صدور رای و اجرای رای داور و همچنین در مورد نحوه اعتراض به رای داور وجود دارد ولی در سایر شیوه های چنین مقرراتی یافت نمی شود هرچند در سالهای اخیر به تدریج مقررات خاصی نیز برای این روشها تدوین شده است به طور مثال در سال ۲۰۰۰ میلادی اتاق تجارت پاریس مقررات خاصی را در مورد روشهای جایگزین حل اختلاف تدوین نموده است. (توسلی جهرمی، همان، ص ۳۶۹). به دلیل همین تفاوت های اساسی و

ماهوی، بعضی از حقوقدانان داوری را از سایر روش های جایگزین حل اختلاف جدا نموده و اعلام می کنند که داوری جزو شیوه های جایگزین نمی باشد. (Jean r. stermlight, Michael and Sonja saltman,2006, p. 269.)

تا دهه ۱۹۷۰ میلادی داوری اصلی ترین و آخرین روش حل اختلاف در صنعت ساختمان سازی بود. اما از دهه ۱۹۷۰ به بعد با ابداع و رواج شیوه های جایگزین دیگر، به دلیل کم هزینه و سرعت بالای و سایر مزایایی که این روشها نسبت به داوری دارند روش های مزبور نسبت به داوری از اولویت برخوردار بوده و تنها زمانی که سایر روشهای جایگزین با شکست مواجه شدند به داوری مراجعه می شود و در واقع داوری به عنوان آخرین گزینه برای حل اختلافات ساختمانی به کار گرفته می شود. (Howard klein, op.cit, p.3.)

### ۳-۳. انتقادات وارده بر روش های جایگزین حل اختلاف

همانطور که گفته شد استفاده از روش های جایگزین حل اختلافات ساختمانی نسبت به دادگاهها مزایای فراوانی دارد و همین امر هم موجب گسترش روزافزون استفاده از روش های جایگزین برای حل اختلافات ساختمانی، و کاهش مشکلات ناشی از حل اختلافات، در قراردادهای ساختمان سازی شده است ولی با این وجود استفاده از این روش ها مصون از انتقاد نمانده است. منتقدین ایراداتی را بر رویه حاضر حل اختلافات ساختمانی وارد کرده اند که در ادامه به بررسی این ایرادات می پردازیم:

۳-۳-۱. **عدم انعطاف پذیری:** قراردادهای ساختمانی اغلب با استفاده از قراردادهای متحدالشکل منعقد می گردند. در قراردادهای متحدالشکل ساختمانی نیز روش های حل اختلاف در زمان انعقاد قرارداد معین می شوند. در واقع شیوه حل اختلاف قبل از بروز اختلاف تعیین می گردد. این امر موجب می شود که در تعیین روش حل اختلاف ماهیت و ویژگی های اختلاف در نظر گرفته نشود. این مسئله انعطاف ناپذیری رویه مزبور را نشان می دهد عدم انعطاف پذیری ممکن است منجر به بروز نتایجی برخلاف انتظار طرفین شود. مطالعات انجام گرفته در سال ۱۹۹۰ در آمریکا نشان داده است که میزان موفقیت روش های حل اختلاف که بعد از بروز اختلاف تعیین می شوند بسیار بیشتر از روش هایی است که قبل از به وجود آمدن اختلاف تعیین شده اند. (Hinchey, J. (Chairman),1990.)

۳-۲. سوء استفاده شرکت های بزرگ: بعضی از منتقدین نیز اعلام می دارند که گسترش استفاده از روش های جایگزین موجب پایمال شدن حقوق اشخاص ضعیف جامعه خواهد شد برای مثال وقتی که یک شرکت بزرگ از قراردادهای متحدالشکل برای انعقاد قرارداد با مشتریان و کارگران خود استفاده می کند و در این قراردادها استفاده از روش های جایگزین برای حل اختلاف را شرط می کند این امر موجب می شود که شرکت بتواند نحوه رسیدگی به اختلاف را به سود خود منحرف نماید. (Jean r. stermlight, Michael and Sonja saltman, op.cit, p.270.)

#### ۴. شیوه حل اختلافات ساختمانی در حقوق آمریکا

در حقوق آمریکا قبل از دهه ۱۹۷۰ میلادی، دادگاهها و داوری شیوه های اصلی حل اختلافات ساختمانی بودند ولی از اوایل دهه ۱۹۷۰ روش های جایگزین حل اختلاف در حقوق آمریکا به سرعت رشد نمود. (Katharine v.w. stone, op.cit, p.1.) زیرا همانطور که پیشتر گفته شد علت اصلی شکل گیری و گسترش استفاده از شیوه های جایگزین حل اختلاف، کندی و پرهزینه بودن حل و فصل اختلافات از طریق دادگاهها می باشد که این مسئله در صنعت ساختمان سازی نسبت به موضوعات دیگر بسیار عینی تر می باشد و به همین دلیل است که در حقوق آمریکا از صنعت ساختمان سازی به عنوان ابداع کننده شیوه های جدید حل اختلاف نام برده می شود. (Engineering news – record, 2000, op.cit; Hinchey and schor, Op.cit, p.10-20.) به طوری که قائم مقام رئیس انجمن داوران آمریکا در سال ۲۰۰۰ صنعت ساختمان سازی را به عنوان اسپانسر اصلی داوری در آمریکا اعلام کرد. (ENR 2000) Engineering news – record. op.cit.) به هر حال هم اکنون در حقوق آمریکا ارجاع اختلافات ساختمانی به دادگاه امری استثنائی تلقی شده و شیوه های جایگزین حل اختلاف (ADR) روش های اصلی حل و فصل اختلافات ساختمانی به شمار می روند.

در قراردادهای متحدالشکل ساختمانی مورد استفاده در صنعت ساختمان سازی آمریکا نیز شیوه های جایگزین حل اختلاف به عنوان روش های اصلی و نهایی حل اختلافات پیش بینی و قید شده اند.

در سری جدید قراردادهای متحدالشکل ساختمانی موسسه معماران آمریکا<sup>۱</sup> میانجیگری و در صورت شکست میانجی گری داوری به عنوان شیوه حل و فصل همه اختلافات ساختمانی مقرر شده اند.<sup>۲</sup> همچنین موسسه معماران آمریکا مجموعه ای از اسامی اشخاص متخصص میانجی گری را تهیه نموده است که طرفین اختلاف می توانند از میان آنها برای حل اختلاف خود میانجی انتخاب نمایند. (Bob Greenstreet, Karen Greenstreet, Brian Scherer, 2007, p.121.)

در قرارداد متحدالشکل ساختمانی کمیته مشترک اسناد قراردادی مهندسین ساختمان<sup>۳</sup> مقرر شده است که طرفین قراردادهای ساختمانی برای حل اختلافات خود ابتدا باید به مدت ۳۰ روز با حسن نیت مذاکره نموده، در صورت عدم حل اختلافات طرفین باید اختلافات خود را به منظور حل و فصل به میانجی یا داور ارجاع دهند بنابراین ارجاع اختلاف به دادگاه در این قرارداد متحدالشکل نیز پیش بینی نشده است.<sup>۴</sup>

همچنین مطابق قرارداد متحدالشکل ساختمانی انجمن طراحی و ساخت آمریکا<sup>۵</sup> اولین مرحله حل اختلاف، مذاکره طرفین بوده و در صورت شکست مذاکرات طرفین باید اختلاف خود را به میانجی ارجاع دهند و نهایتاً در صورت ناکامی میانجی در ایجاد سازش بین طرفین، داوری به عنوان راه حل نهایی و الزام آور پیش بینی شده است.<sup>۶</sup> همانطور که ملاحظه می شود در هر سه قرارداد متحدالشکل ساختمانی شایع و پر طرفدار آمریکا شیوه های جایگزین حل اختلاف به عنوان راه حل های اصلی و نهایی حل اختلاف مقرر شده اند و اثری از ارجاع اختلافات ساختمانی به دادگاهها دیده نمی شود.

## ۵. شیوه حل اختلافات ساختمانی در حقوق انگلیس

تا اواخر دهه ۱۹۸۰ میلادی در صنعت ساختمان سازی انگلیس داوری به عنوان روش اصلی و نهایی حل اختلافات ساختمانی محسوب می شد. به طوری که در بیش از ۹۸ درصد

1. American Institute of Architects (AIA).

2. AIA 1997a, AIA1997b, AIA1997c, AIA1997d.

3. Engineers joint contract documents committee (EJCDC)

4. EJCDC 1998.

5. Design – Build Institute of America (DBIA)

6. DBIA, 1998a, 1998b.

قراردادهای ساختمانی، داوری به عنوان روش اصلی و نهایی حل اختلافات ساختمانی قید می شد. (Howard Klein, op.cit, p.3.)

با وجود این به دلیل کندی و پیر هزینه بودن داوری، حل اختلاف ساختمانی یکی از مشکلات اصلی صنعت ساختمانی انگلیس به شمار می رفت به طوری که مطابق یک بررسی انجام شده، هزینه های صرف شده برای حل اختلافات ساختمانی موجب افزایش حدود ۲۵ درصد هزینه های اجرای پروژه می شد. (Ibid, p.1)

بنابراین برای کاهش هزینه ها و سرعت بخشیدن به اجرای پروژه های ساختمانی در دهه ۱۹۸۰ و ۱۹۹۰ میلادی روشهای جایگزین حل اختلاف (ADR) برای حل اختلافات ساختمانی در حقوق انگلیس شکل گرفته و به سرعت رشد نمود به طوری که امروزه در اکثر قراردادهای ساختمانی روش های جایگزین حل اختلاف به عنوان شیوه اصلی حل اختلاف در قراردادهای ساختمانی برگزیده می شوند و تنها در صورت شکست این روشها در حل و فصل اختلاف، موضوع به داوری یا به دادگاه تکنولوژی و ساختمانی ارجاع داده می شوند.

قانون داوری ۱۹۵۶ به دلیل انتقادات وارده به آن در سال ۱۹۹۶ اصلاح شد و به موجب اصلاحات انجام شده توانایی داور در مدیریت هزینه ها و برنامه زمانی حل اختلاف افزایش یافته است که این امر نیز موجب افزایش سرعت و کاهش هزینه های حل اختلاف به وسیله داوری شده است، بعلاوه در همین سال به موجب قانون اصلاح قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه اختصاصی به منظور تسریع در رسیدگی به اختلافات ساختمانی و تکنولوژی به نام «دادگاه تکنولوژی و ساختمانی»<sup>۱</sup> تاسیس شد. (Ibid, p.1.)

همچنین به دلیل اینکه اختلاف در پرداخت مبالغ قراردادی موجب مشکلات مالی و حتی ورشکستگی پیمانکاران اصلی و جزء می شد این موضوع تهدید جدی بر علیه صنعت ساختمان سازی تلقی شده و برای اینکه پیمانکاران در مورد دریافت مبالغ قراردادی مطمئن شوند و از ریسک سرمایه گذاری در صنعت مزبور کاسته شود مطابق ماده ۱۰۸ قانون وامهای بلاعوض خانه سازی و بازسازی ساختمان مصوب ۱۹۹۶ قید شرط داوری<sup>۲</sup> برای حل اختلافات مربوط به پرداخت مبالغ قراردادی اجباری اعلام شد ولی دو سال بعد از تصویب این مقررات در سال ۱۹۹۸ اجباری بودن این شرط حذف و طرفین در قید این شرط در قرارداد مختار اعلام شدند. (Ibid, p.9.)

1. Court construction and technology  
2. Adjudication

بر اساس مقررات فوق، زمانی که در پرداخت مبالغ قرارداد بین طرفین اختلاف حاصل شود اختلاف به داور ارجاع شده و داور موظف به رسیدگی و صدور رای در ظرف ۴ الی ۶ هفته می باشد. رای صادره توسط داور الزامی بوده و طرفین ملزم به اجرای رای مذکور می باشند. با این حال این رای موقتی بوده و تا زمانی معتبر می باشد که اختلاف به وسیله سازش طرفین یا رای داور و یا حکم دادگاه حل نشده است. در واقع این روش راه حل موقتی است برای اینکه تا حل نهایی اختلاف، پیمانکار با مشکلات مالی روبه رو نشود و بتواند به تعهدات مالی خود عمل نماید.

مقررات مربوط به داوری حل اختلافات ناشی از پرداخت مبالغ در حقوق انگلیس بسیار موفق عمل نموده و در عمل با استقبال زیادی روبرو شده است به طوری که مطابق یک نظر سنجی انجام شده در سال ۲۰۰۱ بیش از ۸۰ درصد پاسخ دهندگان اعلام کرده اند که آراء داوران مذکور را به عنوان راه حل نهایی و الزام آور قبول دارند. (Glaister. A, 67(3), (2001, p. 263-266) و این تجربه موفق موجب شده است که این شیوه توسط سیستم های حقوقی مشابه حقوق انگلیس الگوبرداری شود. (Edwin h.w. Chan and Henry, c.h. saen, p.cit, p.11.)

#### ۶. شیوه های حل اختلافات قراردادهای ساختمانی در حقوق ایران

با توجه اینکه از یک سو قراردادهای ساختمانی بخش خصوصی در ایران تابع قواعد عمومی بوده و مقررات خاصی بر آنها حاکم نیست و از سوی دیگر قراردادهای ساختمانی دولتی تابع مقررات خاص می باشد، قراردادهای ساختمانی را باید به قراردادهای خصوصی و عمومی تقسیم نموده و شیوه حل اختلاف را در آنها به طور جداگانه بررسی کنیم.

#### ۶-۱. شیوه های حل اختلاف در قراردادهای ساختمانی بخش خصوصی

برخلاف کشورهایمانند انگلیس و آمریکا که انواع مختلف قراردادهای متحدالشکل ساختمانی که توسط اشخاص حرفه ای و متخصص تنظیم شده، وجود دارد و به طور وسیع توسط دست اندرکاران صنعت ساختمان سازی مورد استفاده قرار می گیرد، صنعت ساختمانی بخش خصوصی ایران فاقد هرگونه قرارداد متحدالشکل ساختمانی بوده و تشکل های حرفه ای و متخصص خاصی که متولی تهیه و تنظیم این قراردادها باشند، وجود ندارد. در نتیجه در ایران

قراردادهای ساختمانی خصوصی هنوز به شکل سنتی منعقد می شوند بدین ترتیب که طرفین قرارداد کلیه مفاد و شروط قرارداد را خودشان تنظیم می نمایند و عدم آشنایی دست اندرکاران قراردادهای خصوصی با شیوه های حل اختلاف ساختمانی موجب شده است که دادگاهها، مرجع اصلی حل اختلافات در قراردادهای خصوصی ایران باشد. این در حالی است که یکی از اشکالات اساسی این نوع قراردادها عدم توجه به تمامی نکات ریز و درشت قراردادهای پیچیده ای مانند قراردادهای ساختمانی می- باشد. در نتیجه امکان بروز اختلاف خیلی بیشتر از قراردادهای متحدالشکل می باشد. زیرا با توجه به این که قراردادهای متحدالشکل حاصل سالها تجربه اشخاص مرتبط با قراردادهای ساختمانی می باشد نکات مبهم خیلی کمتری نسبت به قراردادهای سنتی دارند. با وجود این امر نسبت به شیوه های حل اختلاف در این قراردادها توجه لازم صورت نمی گیرد و دادگاه به عنوان شیوه اصلی حل و فصل اختلافات محسوب می شود.

به نظر می رسد که عدم آشنایی فعالین بخش خصوصی ساختمان سازی کشورمان از تحولات جهانی و مزایای استفاده از روش های جایگزین، علت اساسی رویه کنونی باشد. بنابراین با آشنا کردن اشخاص مزبور با روشهای نوین و القاء مزایای استفاده از این روش ها می تواند کمک زیادی به حل این مشکل نماید. همچنین تدوین قراردادهای متحدالشکل ساختمانی توسط انجمن ها و سازمان های فعال در این صنعت، علاوه بر اینکه می تواند با پیش بینی نکات مبهم و ریز این قراردادها امکان بروز اختلاف در حین اجرای پروژه را کم کند و این امکان را می دهد تا پیش بینی استفاده از روش های نوین حل اختلاف در این قراردادها استفاده از این روش ها را در ایران معمول گردد.

#### ۶-۲. شیوه های حل اختلافات در قراردادهای ساختمانی بخش دولتی

مطابق ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۷۵ قراردادهای ساختمانی دولتی باید در قالب سند متحد الشکل پیمان منعقد شوند. طرفین قرارداد حق تغییر مفاد و شروط قرارداد متحد الشکل مزبور را ندارند. در این قرارداد نحوه حل اختلافات ساختمانی پیش بینی شده است و در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان، ۳ روش مختلف برای حل اختلافات پروژه های ساختمانی مقرر نموده است.



## ۶-۲-۱. حل اختلاف توسط معاونت مدیریت و نظارت راهبردی ریاست جمهوری

بر اساس ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۷۵، بخشنامه هایی که از طرف معاونت برنامه ریزی و نظارت راهبردی ریاست جمهوری (سازمان مدیریت و برنامه ریزی سابق) ابلاغ می شوند جزء اسناد و مدارک پیمان (قرارداد) محسوب می شوند. به طور طبیعی ممکن است طرفین با توجه به منافع خود از بخشنامه های مزبور برداشت های متفاوت نموده و در تفسیر آنها با یکدیگر اختلاف پیدا نمایند. برای حل سریع این اختلافات احتمالی، بند ۱ قسمت «الف» ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان اعلام می دارد که «در مورد مسائل ناشی از برداشت متفاوت دو طرف از متون بخشنامه هایی که به استناد ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه از سوی سازمان برنامه و بودجه ابلاغ شده است، هریک از دو طرف می توانند از سازمان برنامه و بودجه چگونگی اجرای بخشنامه های مربوط را استعلام نمایند و دو طرف طبق نظری که از سوی سازمان برنامه و بودجه اعلام می شود عمل کنند».

همانطور که ملاحظه می شود طرفین بر اساس این بند می توانند اختلافات ناشی از تفسیر بخشنامه- های سازمان مدیریت را از طریق استعلام از این سازمان حل نمایند. در مورد این روش باید توجه کرد که اولاً، رجوع به آن الزام آور نمی باشد چرا که مطابق صدر قسمت «الف» ماده ۵۳ طرفین در استفاده از این روش مختار می باشند.<sup>۱</sup> ثانیاً، نظر سازمان در مورد اختلاف برای طرفین لازم الاتباع نمی باشد. زیرا به موجب قسمت «ب» ماده ۵۳ در صورتی که نظر اعلام شده طبق بند های ۱ و ۲، مورد قبول هریک از دو طرف نباشد، برای حل اختلاف طبق بند «ج» اقدام می گردد. بنابراین هم رجوع به سازمان برای حل اختلاف ناشی از تفسیر بخشنامه های سازمان مدیریت اختیاری بوده و هم عمل به نظر سازمان اختیاری می باشد. (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۳، ص ۳۲۸) با این وجود به نظر می رسد که برای ارجاع اختلاف توافق طرفین لازم نیست. به عبارت دیگر اگر یکی از طرفین با استعلام از سازمان موافق نباشد نمی تواند مانع استعلام طرف مقابل شود هر چند طرف مخالف می تواند با عدم متابعت از نظر سازمان، اقدام طرف مقابل را خنثی کند.

۱. به موجب صدر بند الف ماده ۵۳ «هرگاه در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان دو طرف اختلاف نظر پیش آید، دو طرف می توانند برای حل سریع آن، قبل از درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری طبق بند «ج» بر حسب مورد به بند های ۱ و ۲ عمل نمایند.

### ۶-۲-۲. حل اختلاف به وسیله کارشناس یا هیات کارشناسی منتخب

روش دوم حل اختلاف، ارجاع اختلاف به کارشناس یا هیات کارشناسی منتخب می باشد. در این روش طرفین می توانند کلیه اختلافات خود را به استثناء اختلافات ناشی از تفسیر بخشنامه ها به کارشناس یا هیات کارشناسی منتخب ارجاع دهند. بند ۲ قسمت «الف» ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان، در این زمینه اعلام می دارد: «در مورد اختلاف نظر هایی که خارج از شمول بند ۱، است رسیدگی و اعلام نظر درباره آنها به کارشناس یا هیات کارشناسی منتخب دو طرف واگذار شود و دو طرف باید طبق نظری که از سوی کارشناسان یا هیات کارشناسی، در چارچوب پیمان و قوانین و مقررات اعلام می گردد، عمل کنند».

در مورد این شیوه حل اختلاف نیز باید گفت که اولاً، طبق بند «الف» ماده ۵۳ دو طرف در رجوع به این شیوه مختار می باشند، ثانیاً، در صورت توافق طرفین برای استفاده از این روش، به موجب بند «ب» ماده مزبور انتخاب کارشناس یا هیات کارشناسی باید با توافق طرفین انجام شود و در صورت عدم توافق طرفین، اختلاف طبق بند «ج» به داوری ارجاع خواهد شد. ثانیاً، براساس بند «ب» نظر کارشناس یا هیات کارشناسان برای طرفین الزام آور نیست و در صورت عدم اجرای رای کارشناس یا هیات کارشناسی توسط هریک از طرفین موضوع به داور موضوع بند «ج» ارجاع خواهد شد.

در صورتی که طرفین اختلاف خود را به کارشناس یا هیات کارشناسی ارجاع دهند و نظر کارشناس یا هیات کارشناسی را بپذیرند محصول این رسیدگی سازش و مصالحه می باشد. در مورد اینکه آیا موضوع مشمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی می شود یا خیر؟ در آینده بحث خواهد شد.

### ۶-۲-۳. حل اختلافات بوسیله داوری

روش دیگر حل اختلاف پیش بینی شده در شرایط عمومی پیمان، ارجاع اختلاف به داوری می باشد. به موجب بند «ج» ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان « هرگاه در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان بین دو طرف اختلاف نظر پیش آید، هریک از طرفین می تواند درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری را به رئیس سازمان برنامه و بودجه ارائه نماید». همچنین طبق تبصره ۱ ماده مزبور «چنانچه ریس سازمان با تقاضای یاد شده موافقت نمود مرجع حل اختلاف شورای عالی فنی خواهد بود».

مطابق ماده فوق طرفین حق ارجاع مستقیم مورد اختلاف به داوری را ندارند و چنانکه یکی از طرفین خواهان ارجاع اختلاف به داوری باشد باید تقاضای خود را به رئیس سازمان برنامه و بودجه (معاون طرح و برنامه ریزی رئیس جمهور) ارائه نماید و تنها بعد از موافقت وی موضوع به داوری ارجاع می شود. همچنین طرفین در انتخاب داور آزادی عمل نداشته و مطابق تبصره ۱ در صورت موافقت رئیس سازمان با ارجاع اختلاف به داوری، شورای عالی سازمان مدیریت در هر حال داور خواهد بود.

برخلاف رویه اکثر قراردادهای متحدالشکل ساختمانی متداول در دنیا که داوری به عنوان راه حل نهایی حل اختلاف محسوب شده و رجوع به آن برای طرفین الزامی می باشد. در شرایط عمومی پیمان ارجاع اختلاف به داوری برای طرفین اختیاری محسوب می شود و آنان می توانند با نادیده گرفتن این ماده اختلاف را مستقیماً به دادگاه ارجاع دهند. ولی با وجود این ارجاع موضوع به داوری نیازمند توافق طرفین نمی باشد و هریک از طرفین می تواند بدون رضایت طرف مقابل موضوع را برای داوری با موافقت ریس سازمان مدیریت ارجاع دهد. بر اساس اصول کلی داوری به نظر می رسد که در صورت ارجاع اختلاف توسط یکی از طرفین به داور، طرف مقابل حق اقامه دعوی نداشته باشد. همچنین برخلاف دو شیوه قبلی که طرفین در اجرای نظرات سازمان مدیریت و کارشناس یا هیئت کارشناسی مختار بودند در مورد لازم اتباع بودن رای داور (شورای عالی فنی) ماده ۵۳ حکم صریحی ندارد. ولی مطابق مقررات عام حاکم بر داوری (ماده ۴۸۰ قانون آیین دادرسی) می توان گفت که طرفین ملزم به تبعیت از رای داور (شورای عالی فنی) و اجرای آن می باشند و فقط در مواردی که مقررات داوری تعیین کرده، می توانند به رای داور در دادگاه صالح اعتراض نمایند.

شیوه اعلام شده در ماده ۵۳ برای ارجاع اختلاف به داوری به دلیل اینکه با هدف ارجاع اختلاف به داوری در تعارض می باشد قابل انتقاد است. زیرا: اولاً، لزوم موافقت معاون برنامه ریزی و نظارت راهبردی ریس جمهور با ارجاع اختلاف به داوری مهمترین حسن داوری که همانا سرعت بالای آن می باشد را از بین می برد. چرا که تشریفات اداری تقاضا و موافقت معاون برنامه ریزی و نظارت راهبردی ریس جمهور پیچیده و طولانی بوده و باعث از بین رفتن سرعت داوری خواهد شد. ثانیاً، یکی از اصول اساسی داوری، بی طرفی داور می باشد در حالی که مطابق ماده ۵۳ مرجع داوری منحصراً شورای عالی فنی می باشد که یک نهاد دولتی است. این امر موجب نگرانی اشخاص خصوصی و خارجی برای ارجاع اختلاف به داوری و بی میلی

آنها به این امر می شود. ثالثاً، برخلاف اکثر قراردادهای متحدالشکل ساختمانی مطرح در دنیا و حتی قراردادهای تجاری که ارجاع اختلاف به داوری را امری اجباری می دانند، مطابق ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان، رجوع به داوری برای طرفین اختیاری می باشد. البته به نظر می رسد که اختیاری بودن ارجاع به داوری با توجه به پیچیده و طولانی بودن تشریفات ارجاع به داوری و انحصاری و بی طرف نبودن مرجع داوری در پیمان، صحیح و موجه باشد.

سوالی که در اینجا مطرح می شود این است که آیا ارجاع اختلاف به داوری در قراردادهای ساختمانی دولتی، علاوه بر تایید معاون برنامه ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهور، طبق اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی باید به تصویب هیات دولت نیز برسد؟ برای پاسخ به این سوال در ابتدا به بررسی اصل ۱۳۹ قانون اساسی می پردازیم. البته با توجه به اینکه ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی عین اصل ۱۳۹ می باشد برای جلوگیری از اطلاع بحث از بررسی این ماده احتساب می شود.

اصل ۱۳۹ قانون اساسی در مورد صلح دعوی مربوط به اموال عمومی و دولتی و ارجاع آن به داوری مقرر می دارد: «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد موکول به تصویب هیات وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوی، خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می کند».

به نظر می رسد که این اصل تنها شامل اختلافاتی می باشد که در دادگاه به عنوان دعوی طرح شده- اند. زیرا: اولاً، واژه دعوی در معنای اخص و اصطلاحی خود به آن تنازع و اختلافی اطلاق می- شود که به منظور رسیدگی و صدور حکم به دادگاه صالح ارجاع شده است. در فرهنگ حقوقی ایران نیز غلبه قطعی با مواردی است که لفظ دعوی به معنای اخص به کار رفته است. چنانچه در اصل ۱۶۷ قانون اساسی نیز لفظ دعوی به همین معنا استفاده شده است. ثانیاً، اصطلاح «طرف دعوی» نیز که در اصل ۱۳۹ قانون اساسی بکار رفته است اماره بر این است که اصل ۱۳۹ تنها شامل اختلافاتی می شود که در دادگاه به عنوان دعوی مطرح شده اند. بدین ترتیب اختلافاتی که هنوز به عنوان دعوی در دادگاه طرح نشده اند مشمول اصل ۱۳۹ نمی شوند. (توسلی جهرمی، همان، ص ۳۸۲؛ شهابی، ۱۳۷۰، ص ۱۵)

بدیهی است که اگر تفسیر اصل ۱۳۹ به غیر از این باشد، یعنی همه اختلافات مشمول این اصل شود، عملاً اجرای پروژه های ساختمانی عمومی به ویژه در مواردی که طرف قرارداد یک

شخص خارجی باشد موقوف خواهد ماند و ضررهای اقتصادی زیادی بر کشورمان وارد خواهد نمود.

علاوه بر آنچه که گفته شد به نظر ما حکم اصل ۱۳۹ منصرف از مواردی است که مرجع داوری یک نهاد دولتی است و با توجه به اینکه مرجع داوری در پیمان به موجب ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان شورای عالی فنی معاونت مدیریت و نظارت راهبردی ریاست جمهوری که یک مرجع دولتی است، می باشد در نتیجه ارجاع اختلافات ناشی از اجرای پیمان به داوری (شورای عالی فنی) مشمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی نمی باشد.

### ۶-۳. لزوم اصلاح روش های حل اختلافات قراردادهای ساختمانی در ایران

همانطور که ملاحظه شد در بخش خصوصی صنعت ساختمان سازی ایران، دادگاهها مرجع اصلی حل و فصل اختلافات ساختمانی می باشند. در بخش دولتی نیز با وجود اینکه رجوع به داوری پیش بینی شده است ولی به دلیل طولانی بودن نحوه رجوع، اختیاری بودن رجوع به داوری و دولتی بودن نهاد داوری، اشخاص خصوصی طرف قرارداد به استفاده از این روش بی میل بوده و اغلب ارجاع اختلاف به دادگاه را ترجیح می دهند. این امر در زمینه های داخلی و بین المللی موجب بروز مشکلات اساسی برای این صنعت شده است، زیرا از یک طرف همانطور که بحث شد حل اختلافات ساختمانی توسط دادگاهها بسیار پرهزینه و کند می باشد و به نظر می رسد که یکی از عوامل مهمی که پروژه های ساختمانی اغلب با تاخیر و هزینه ای بیش از بودجه پیش بینی شده به بهره برداری می رسند به دلیل نامناسب بودن شیوه های حل اختلافات ناشی از اجرای پروژه ها می باشد. از طرف دیگر در حقوق بین الملل شیوه های جایگزین حل اختلاف روش های اصلی حل اختلافات ساختمانی می باشند به طوری که شرکتهای ساختمانی بین المللی نسبت به ارجاع اختلافات خود به دادگاه به شدت بی میل هستند و به دلیل اینکه شیوه حل اختلاف برای شرکتهای بین المللی معیار مهمی می باشد در نتیجه شیوه کنونی حل اختلافات ساختمانی در کشورمان و عدم استفاده از شیوه های نوین موجب بی میلی شرکتهای خارجی برای انعقاد قرارداد و سرمایه گذاری در ایران خواهد شد. بنابراین اصلاح رویه کنونی حل اختلافات ساختمانی ضروری و حیاتی می باشد.

با آشنا نمودن فعالین صنعت ساختمانی با شیوه های نوین حل اختلاف و مزایای استفاده از این شیوه ها می توان گامی بزرگی در اصلاح رویه کنونی برداشت. البته اصلاح مقررات مربوط

به شیوه حل اختلاف در قراردادهای دولتی نیز ضروری به نظر می‌رسد و در این زمینه باید به اصل بی‌طرفی و اجباری بودن داوری توجه شود. البته اصل ۱۳۹ قانون اساسی مانع بزرگی در استفاده و گسترش این شیوه در بخش دولتی می‌باشد. که اصلاح این اصل کمک بزرگی می‌تواند به صنعت ساختمان سازی ایران بنماید. با این حال نباید تصور کرد که اصل ۱۳۹ به کلی استفاده از شیوه های جایگزین حل اختلاف را در قراردادهای ساختمانی دولتی نفی می‌نماید. زیرا اصل مزبور شامل دعاوی مالی می‌باشد در حالی که اختلافات زیادی ممکن است در اجرا و تفسیر این قراردادها رخ دهد که جنبه مالی نداشته، بلکه مر بوط به جنبه های فنی باشد، بنابراین می‌توانیم حل اختلافات فنی را بدون هیچ مانع قانونی به شیوه های جایگزین حل اختلاف ارجاع دهیم. همچنین همانطور که گفته شد یکی از نکات مثبت شیوه های جایگزین حل اختلاف جنبه پیشگیرانه آنها می‌باشد. بنابراین می‌توانیم از روشهای جایگزین حل اختلاف همچون هیئت بررسی اختلاف در جهت پیشگیری از وقوع اختلاف در حین اجرای پروژه استفاده نماییم بدون اینکه با اصل ۱۳۹ تعارضی پیدا نماید.

### نتیجه گیری

با توجه به آنچه که بحث شد یکی از مشکلات اساسی صنعت ساختمان سازی، حل اختلافات ناشی از اجرا و تفسیر قراردادهای ساختمانی می‌باشد. به دلیل پرهزینه و کند بودن حل و فصل اختلافات ساختمانی به وسیله روش های سنتی، شیوه های حل اختلافات ساختمانی در سالهای اخیر دچار تحولات اساسی شده است و طرفین قراردادهای ساختمانی به شدت به استفاده از روش های جایگزین حل اختلاف روی آورده اند. زیرا روش های جایگزین حل اختلاف اولاً، سریع و ارزان می‌باشند. ثانیاً، دارای جنبه پیشگیرانه هستند در حالی که روش های سنتی فاقد جنبه پیشگیرانه می‌باشند. به طوری که در کشورهای آمریکا و انگلیس ارجاع اختلافات ساختمانی به دادگاهها به امری استثنائی و غیر معمول مبدل شده است و شیوه های جایگزین حل اختلاف به طور گسترده در این کشورها مورد استفاده قرار می‌گیرد. به حدی که در قراردادهای متحدالشکل ساختمانی مورد استفاده در صنعت ساختمان سازی این کشورها معمولاً ترکیبی از روش های جایگزین حل اختلاف برای حل و فصل اختلافات ناشی از اجرا و تفسیر این قراردادها قید شده است.

در حقوق ایران در قراردادهای خصوصی، علیرغم تحولات سریع جهانی هنوز هم دادگاهها به عنوان مرجع اصلی حل اختلافات در این قراردادها محسوب می شوند. علت این امر به نظر می رسد ناشی از ناآشنایی فعالین بخش خصوصی صنعت ساختمانی کشور با روشهای نوین حل اختلاف و فقدان قراردادهای متحدالشکل در این بخش باشد. در قراردادهای ساختمانی دولتی، رجوع به کارشناس یا هیات کارشناسی و داوری برای حل اختلافات پیش بینی شده است. به نظر ما تصویب ارجاع اختلافات ناشی از اجرای این قراردادها به داوری توسط هیات وزیران و مجلس ضروری نمی باشد. چرا که اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی تنها اختلافاتی را که در دادگاه به عنوان دعوی مطرح شده اند را شامل می شود. همچنین اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ منصرف از مواردی هستند که مرجع داوری یک نهاد دولتی می باشد و مطابق ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان نیز مرجع داوری برای حل اختلافات ناشی از این قرارداد شورای عالی فنی که یک نهاد دولتی است، می باشد. ولی با این وجود به دلیل تشریفات زیاد موافقت معاون برنامه ریزی و نظارت راهبردی، دولتی بودن مرجع داوری و اختیاری بودن رجوع به داوری، طرفین قرارداد رجوع به دادگاه را به داوری ترجیح می دهند. نتیجتاً در قراردادهای ساختمانی دولتی نیز رجوع به دادگاه شیوه اصلی حل اختلافات ساختمانی محسوب می شود.

رویه کنونی حل اختلافات ساختمانی در ایران موجب بروز مشکلات زیادی برای این صنعت مخصوصاً در سطح جهانی خواهد شد. چرا که شیوه حل اختلاف برای شرکت های بین المللی معیار مهمی برای عقد قرارداد و سرمایه گذاری در یک کشور خارجی می باشد. رویه کنونی کشورمان باعث بی میلی شرکت های ساختمانی خارجی برای انعقاد قرارداد با طرف ایرانی و سرمایه گذاری در کشور ما خواهد شد. در جهت رفع این مشکل، آشنا نمودن فعالان خصوصی صنعت ساختمانی کشورمان با روش های نوین حل اختلاف و تدوین قرارداد متحد الشکل ساختمانی امری حیاتی می باشد. در بخش دولتی نیز اصلاح قراردادهای متحد الشکل ضروری به نظر می رسد.

### فهرست منابع

#### - فارسی

- اسماعیلی هریسی، ابراهیم (۱۳۸۳)، شرح حقوقی پیمان، سازمان مدیریت و برنامه ریزی، چاپ سوم، تبریز.
- باقری، محمود (۱۳۸۶)، «حدود آزادی طرفین دعوی در تعیین صلاحیت قضایی بین المللی»، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
- توسلی جهرمی، منوچهر (۱۳۸۱-۱۳۸۰)، «نگاهی به شیوه های جایگزین حل اختلاف در مقررات جدید اتاق تجارت بین الملل»، نشریه مرکز امور حقوق بین المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، شماره بیست و ششم و بیست و هفتم، تهران.
- شهابی، مصطفی (۱۳۷۰)، داوری و قانون اساسی، تهران، انتشارات کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین المللی.
- هینزی، جمی (۱۳۷۷)، قراردادهای ساختمانی، ترجمه محمد تقی بانکی، چاپ اول، تهران، انتشارات اطلاعات.

#### - لاتین

- (AIA 1997a) The American Institute of Architects (AIA 1997a) standard form of agreement between owner and Architect with standard form of Architect's services, AIA document B141- 1997, **The American Institute of Architects**, Washington, DC.
- (AIA 1997a) The American Institute of Architects (AIA 1997a) standard form of agreement between owner and Contractor, AIA document A101- 1997, **The American Institute of Architects**, Washington, DC.
- Bob Greenstreet, Karen Greenstreet, Brian Schemer, **Law and Practice for Architects**, Architectural Press, London, 2007.
- BUNNI, N.G.(200) Notes and current developments: recent developments in construction contract. **Journal of international arbitration**, 17(4).



- (DBIA 1998a) Design-Build Institute of America, **standard form of General Conditions between owner and Design-Builder**. Document No. 535, First Edition, Design-Build Institute of America, Washington, DC, 1998.
- Donald Keating, **Building contracts**, sixteen edition, sweet & Maxwell. London, 1995.
- Edwin h.w. Chan and Henry, c.h. saen, Legal issues of dispute management in international construction projects contracting. **Construction law journal**, Feb 2004.
- (ENR 2000) Engineering news – record, “ **Arbitrators Found on the web.**” Engineering news – record, 254 (7), 37, 2000.
- Hinchey. J. and I. schor, The Quest for the right Question in the construction industry, **dispute resolution journal**, august/October 2002.
- Hinchey, J. (Chairman), **Task Force Report on Special procedures For complex construction Cases**, presented to the American Bar Association, Forum on the Construction Industry, Annual Meeting, Boston, MA, May 11, 1990.
- Howard Klein,( 2006) , **alternative dispute resolution used to resolve construction dispute in the UK**, shaping the change XXIII fig congress, Munich, Germany, October 8-3.
- Glaister. A, a fair wind for adjudication – where to arbitration? **Journal of institute of arbitrators**. 67(3),. 2001.
- Jean r. stermlight, Michael and Sonja saltman,, **is alternative dispute resolution consistent with the rule of law?**, 56 de Paul law review 569, 2006.

- Katharine v.w. stone, Alternative dispute resolution encyclopedia of legal history, <http://ssrn.com/abstract=631346>, 2006.
- Katja Funken, LL.M, Alternative Dispute Resolution in Japan, <http://ssrn.com/abstract=458001>, 2005.
- Matton van Den Berg and Peter Kamminga,. Optimizing contracting for alliances in infrastructure projects, <http://ssrn.com/abstract=934569>, 2005.
- Michel, H. L.. The Next 25 Years: The Future of the Construction Industry. **Journal of Management in Engineering**, 14(5), 1998.
- Penny Brooker, An investigation of evaluative and facilitative approaches to construction mediation, Structural Survey, Vol. 25 No. 3/4,. [www.emeraldinsight.com/0263-080X.htm](http://www.emeraldinsight.com/0263-080X.htm), 2007.
- Peter G. Merrill, December, Dedicated exclusively to solving the problems of construction contract, **construction claims monthly**, 2007.
- -----, Alternative dispute resolution, **handing construction dispute**, management, September 2007.
- -----, Construction Dispute Review Boards, **contract management**, May 2007.