

حقوق اختلافات

پیمانکاری

به قلم:

Cyril Chern

ترجمه:

علی ناصری

فصل اول

مقدمه ای بر اختلافات پیمانکاری

اصول با ضمانت اجرا در حقوق

همانگونه که از ظاهر پیمانکاری مشخص است، این رشته شامل ماهیتی بسیار پیچیده در مشاغل و رشته های متعددی است که تمامی آن ها تحت محدودیت های مختلفی از جمله : محدودیت های بودجه و محدودیت های زمانی برای تکمیل یک پروژه فعالیت میکنند و احتمال می رود که این محدودیت ها بتوانند به اختلافاتی در زمینه کیفیت، زمانبندی مناسب، تأخیر در تحویل پروژه و بسیاری از اختلافات دیگر، دامن بزنند.

در زمینه حل این اختلافات، قانونی وجود دارد که به قانون اختلافات پیمانکاری یا به طور عامیانه تر در کشور انگلستان و ولز به حقوق پیمانکاری شهره است. خواستگاه این قانون، حقیقتی است که اختلافات از مجموعه ی تلاش هایی ناشی میشود که متخصصان (مثل : معماران، مهندسان، نقشه برداران و پیمانکاران) پیش از شروع کار و به منظور جلوگیری از ایجاد چنین مشکلاتی، ناخواسته اقدام به ایجاد آن ها میکنند. و در واقع گریبان هر دوی متخصصان و کارفرمایان را میگیرد. اساس این امر آنست که تمام کارهای پیمانکاری توسط قرارداد ایجاد می شوند، برخی شفاهی، برخی مکتوب و برخی ضمنی. اصولاً قوانینی که بر این قراردادها تحمیل میشوند، طبق قوانین کشوری خواهند بود که این قراردادها در خاک آن منعقد شده اند (یا کشوری که مورد توافق طرفین قرار گرفته است) و همین قوانین نسبت به آن قرارداد اجرا خواهند شد.

به عنوان مثال، در قراردادهای فدراسیون بین المللی مهندسين مشاور (FIDIC) به طور خاص بیان میکند که:

"قرارداد باید توسط قانون کشور مندرج در ضمیمه مناقصه (یا حوزه قضایی دیگر) اداره شود"

به طور کلی سه نظام حقوقی اصلی در سراسر دنیا بر قراردادهای حاکم اند که عبارتند از:

۱. حقوق عرفی یا نانوشته یا رویه قضایی (Common Law)

۲. حقوق رومی ژرمنی یا حقوق مدون و نوشته شده یا حقوق مدنی (Civil Law)

۳. حقوق شریعت اسلامی و فقهی

حقوق عرفی

حقوق عرفی مجموعه ای از قوانین است که از تصمیمات دادگاه ها و رویه قضایی نشأت میگیرد و باید بین آن و حقوق مدون و نوشته شده یا رومی-ژرمنی قائل به تفکیک شویم. در اکثر کشورهایی که نظام حقوقی عرفی در آنها حاکم است، قوانین ممکن است در قالب مقررات توسط قوه مقننه در مجلس یا کنگره تنظیم شود و به تصویب برسد و یا در قالب لوایح و آیین نامه هایی که توسط قوه مجریه از طریق شعب و آژانس های مختلفی که قسمتی از اختیارات قوه مقننه به آن ها تفویض شده است، ارائه و تصویب شود. به هر حال، حقوق عرفی مشتق از تصمیمات واقعی صدها سال دادگاه یا محاکم شبه قضایی است.

در این نظام حقوقی، اصولاً تصمیمات همین دادگاه ها که از هرگونه تدوین در قانونگذاری بی بهره هستند، اساس و پایه حل و فصل اختلافات قراردادی در امور پیمانکاری قرار میگیرد. در مناطقی همچون انگلستان و ولز، کشورهای مشترک المنافع و در بیشتر ایالت های آمریکا، اصول پایه قراردادهای در قوانین مدون وجود ندارد، بلکه این موارد، تنها در حقوق عرفی و رویه قضایی وجود دارد که طبق قانون قابل تغییر است.

به عنوان مثال : قانون تجارت متحدالشکل در ایالات متحده آمریکا.

تقریباً در تمام زمینه های حقوق، قانون مدون میتواند تنها به بیان اصول پردازد، اما هرگونه تغییر یا تعریف قوانین فقط در حقوق عرفی میسر است. در واقع، در حقوق عرفی قانونی حقیقی تلقی میشود که بر اصلی ملقب به رأی بر مبنای سابقه موجود استوار باشد. این اصل این معنا را به ذهن متبادر میکند که پای تصمیماتی که از قبل اتخاذ شده است بآیستید و از هرگونه تغییر در آن پرهیز کنید. بر اساس حقوق عرفی، قضاات ملزم به رعایت این اصل در تصمیمات مقدماتی خود هستند.

تاریخچه

پیش از آنکه مفهوم حقوق عرفی در انگلستان شکل گیرد، یعنی قبل از ویلیام فاتح (یکی از پادشاهان انگلستان)، جوامعی در انگلستان و سراسر اروپا و به ویژه در میان مردم آلمان وجود داشتند که تابع آداب و رسوم محلی متنوعی بودند که عموماً نانوشته، یکنواخت و یکسان بوده و اکثراً به شکلی مستبدانه اجرا میشدند. در سال ۱۱۵۴، در زمان فرمانروایی هنری دوم، سیستم کامن لا در انگلستان به عنوان "یک نظام حقوقی واحد" نهاده شد. این نظام حقوقی عرف و قدرت محلی را در قدرت ملی که مرتبه ای عظیم تر و سطحی بالاتر بود ادغام کرد و به ارتقاء آن پرداخت. این عمل به قدرت و نفوذ عرف محلی پایان داد، راهکارهای خودسرانه را حذف کرد و سیستمی تدوین کرد که با ارزیابی دانش رایج محلی، به حل و فصل مشکلات میپرداخت. قضایانی از دادگاه مرکزی پادشاه برای رسیدگی به اختلافات مختلف در سراسر کشور اعزام می شدند. سپس این قضات، اختلافات را موقتاً بر اساس شروط و رسم و رسوم محلی، حل می کردند. آنها سپس به لندن بازگشته و پرونده های خود و تصمیماتی که گرفته بودند را با سایر قضات مورد بحث قرار می دادند و پس از رسیدن به نقطه ای مشترک اقدام به ثبت آن راه حل میکردند. با گذشت زمان، قاعده رأی بر مبنای سابقه موجود ایجاد شد، قاعده ای که در نقطه ی وجود دو پرونده با حقایق مشابه، قاضی را ملزم به اتخاذ تصمیم قاضی قبلی میکرد و وی ناگزیر بود از همان تفسیر و اصول قاضی پیشین نسبت به قانون استفاده کند. توسط قاعده رأی مسبق به سابق، تصمیمات دادگاه ها جامعه عمل پوشیده و سبب منسوخ شدن قوانین ناهمگونی شد که سیستم پیش از نورمن مقرر کرده بود، سپس این سیستم با سیستم حقوقی متحدالشکلی که در سراسر کشور مستقر شده بود، جایگزین شد.

رویه قضایی (قاعده رأی مسبق به سابق)

این قاعده دارای دو عنصر میباشد:

۱. تصمیمات دادگاه عالی برای دادگاه تالی، لازم الاتباع است. که به عنوان رویه قضایی الزام آور یا اقتدار لازم الاجرا شناخته میشود. اصولاً اینگونه رویه قضایی در سیستم حقوقی انگلستان توسط دادگاه و محاکم عالی همچون مجلس اعیان (اشراف)، اتخاذ میشود. که پس از فائق آمدن بر آیین رسمی قضائی در سال ۲۰۰۹، اکنون به عنوان دیوان عالی کشور شناخته میشود. این مسئله با نظام حقوقی رومی ژرمنی و حکومت های ائتلافی (چند حزبی)، مانند حکومت اسکاتلند که رویه قضایی را الزام آور نشناخته و به جای آن، دادگاه ها قانون مدون و نوشته را مبنای تعبیر و تفسیر تصمیماتشان قرار میدهند، بسیار متفاوت است.
 ۲. دادگاه ها نباید رویه قضایی خودشان را معلق و مضمحل سازند مگر اینکه دلیل موجهی برای اینکار موجود باشد. در صورت انجام چنین عملی، آن عمل باید منطبق با شروط و مفاهیمی باشد که در محاکم هم عرض و حتی پایین تر مورد استفاده قرار میگیرند. ممکن است این مورد به بیان رویه قضایی مجاب کننده یا مشورتی منجر شود. که الزام آور نبوده و تنها جنبه مشورتی و پند دهنده دارد و در مواقع لزوم میتوان از اجرای آن اجتناب کرد.
- در نظام حقوق عرفی کشورهایمانند انگلستان، گونه های مختلفی از محاکم وجود داشته که دادگاه بدوی، در درجه اول قرار داشته و تصمیماتش در دادگاه تجدید نظر که در درجه دوم قرار دارد، قابل بازنگری است، و در درجه سوم، دیوان عالی کشور قرار دارد که تصمیمات دادگاه تجدیدنظر را مورد بازبینی قرار داده و به امر فرجام خواهی از رأی صادره از دادگاه تجدیدنظر میپردازد. محاکم پایین رتبه، مانند دادگاه بدوی در نقطه ای قرار دارند که آغاز مسئله از آنجا نشأت گرفته و این دادگاه ها ملزم به تبعیت از تمامی تصمیمات محاکم تجدید نظر و دیوان عالی کشور که از محاکم عالی تر هستند، میباشد. جالب است بدانیم که داوری و میانجی گری کجای این سیستم قرار میگیرد؟

در اکثر میانجی گری های بین المللی مانند فدراسیون بین المللی مهندسين مشاور که مربوط به قرارداد است، ارتباطی نزدیک با داوری یافت میشود که بیشتر شبیه نوعی تجدیدنظر است و همچنین میتواند مرتبط با دادگاه بدوی و به مراتب دادگاه های بالاتر باشد. همانگونه که در فصل های بعدی کتاب بیان خواهد شد، ممکن است پیروی از قانون برای داوران الزام آور باشد یا نباشد، اما در بیان اهداف این فصل، "زنجره" تصمیم گیری رویه قضایی از دیوان عالی کشور آغاز گشته و سپس به دادگاه

تجدیدنظر، به دادگاه بدوی به داوری و در نهایت به میانجی گری خواهد رسید. توضیحی مختصر از این اصل در پرونده ای در آمریکای شمالی ارائه شد، جایی که دیوان عالی کالیفرنیا نوشت:

" بر اساس تصمیمات دکتین و اصول رویه قضایی، کلیه دادگاه هایی که دارای صلاحیت حقوقی پایین تر هستند ملزم به پیروی از تصمیمات دادگاه هایی هستند که صلاحیت برتر دارند. در غیر این صورت، رویه قضایی تهی از معنا خواهد بود. تصمیمات محاکم عالی (دیوان عالی یا دادگاه فدرال آمریکا) لازم الاجرا بوده و باید توسط کلیه دادگاه های ایالتی کالیفرنیا دنبال شود. تصمیمات هر بخش از دادگاه های تجدیدنظر منطقه که دادگاه عالی استان قلمداد میشود برای کلیه دادگاه های شهرستان، بخش و کلیه دادگاه های برتر این ایالت لازم الاجرا است و تفاوتی نخواهد داشت که دادگاه عالی به عنوان دادگاه بدوی عمل میکند یا به عنوان دادگاه تجدیدنظر، زیرا این اصل همچنان صادق است. دادگاه های دارای صلاحیت پایین باید قانون اعلام شده توسط دادگاه های حوزه قضایی برتر را بپذیرند زیرا آنها وظیفه ای نسبت به نقض تصمیمات یک دادگاه عالی ندارند."

زمانی که به بحث در این مورد میپردازیم، باید به این نکته نیز توجه کنیم که ممکن است بتوانیم تغییراتی ریز در صلاحیت دادگاه ها اعمال کنیم. به هر حال، این روش فیلتر کردن تصمیمات دادگاه عالی، به رویه قضایی عمودی مشهور است. مفهوم رویه قضایی عمودی، بر پایه نظریه ای استوار است که میگوید یک قاضی باید به دلیل ایجاد ثبات اقتصادی و اجتماعی، ملزم به تصمیمات قضات محاکم عالی تر باشد. این مسئله ممکن است شامل جنبه ای دیگر نیز باشد، که بیان میکند در عین احترام به تصمیمات دادگاه های برتر، قاضی باید به تصمیمات پیشین محاکم مشابه و هم عرض نیز توجه داشته و آن ها را نیز محترم بشمارد. که از این جنبه به عنوان رویه قضایی افقی یاد میشود.

در انگلستان، مجلس اعیان، قبل از اینکه به دادگاه عالی بریتانیا تبدیل شود، عالی ترین دادگاه استیناف (تجدیدنظر) بود و تا زمانی که خیابان راه آهن لندن در مقابل شورای استان لندن بود، این دادگاه همیشه الزام شدیدی برای دنبال کردن تصمیمات خود نداشت. در این مورد ال سی (کنت هالزبری) میگوید:

اکنون اذعان شده است که این سخنان در مقابل تصمیم مجلس اعیان بیان شده است:

" آقایان، من به نوبه خود آمادگی آن را دارم تا پابندی خود نسبت به آنچه لُرد کمپبل بیان داشته و لُرد ونسلیدیل و اشراف دیگر با آن موافقت کرده اند را اعلام کنم. پس از موافقت تمامی اعضاء، این تصمیم مجلس در تصویب قانون قطعی بوده و قابل بازنگری نخواهد بود، بنابراین به منظور هرگونه اصلاح و بازنگری، پیش از تصویب قطعی قانون اقدام نمائید. به اعتقاد من، قطعیت قانون پس از تصویب، اصلی است که چند قرن بدون هیچ مخالفتی بر خلاف آن اجرا شده است. بنابراین من معتقدم که پس از تصویب قطعی قانون، امکانی برای طرح مجدد سؤال و یا بازنگری در اصل قانونی که اخیراً تصویب شده است توسط هیچکدام از مشاورین میسر نخواهد بود."

پس از این مسئله هر زمانی که اشراف در مجلس اعیان نسبت به موضوعی، حکمی صادر میکردند، آن حکم از قطعیت کامل برخوردار بوده و تغییر در آن ممنوع، مگر به حکم قانون و توسط پارلمان ملی (که اجازه تغییرات نسبی را داشت). اما این دیدگاه نسبتاً سختگیرانه پس از صدور سند عمل که به مجلس اعیان اجازه می داد قوانین انگلیسی را برای مطابقت با شروط اجتماعی متغیر تطبیق دهند، در سال ۱۹۶۶ اصلاح شد. اگرچه تصمیمات مجلس اعیان معمولاً الزام آور تلقی می شوند، اما وقتی که ضرورت ایجاب کند، از این اصل رجوع خواهند کرد. با این حال، باید توجه داشت که بر خلاف مورد پیشین (خط قبل)، سند عمل به ندرت توسط مجلس اعیان به کار میرود و معمولاً تنها به عنوان آخرین راه حل تلقی میشود. و این مورد، یکی از تفاوت های عمده بین رویه قضایی انگلستان و ایالات متحده است. برای مثال، دادگاهی آمریکایی در مورد پرونده شرکت های نفت و گاز برنت و گرنادو، اینگونه بیان میدارد:

" رویه قضایی معمولاً سیاست عاقلانه ای است، زیرا در بیشتر مسائل، شروط حاکمیت قانون و قابلیت اجرای آن را فراهم کرده تا بتوان به طور صحیح، اقدام به حل و فصل آن نمود. اما در مواردی که شامل قانون اساسی فدرال می شود و بازنگری قوانین عملاً غیرممکن است، این دادگاه اغلب تصمیمات قبلی خود را نقض کرده است، که این مسئله به طور شگفت انگیزی در مورد پرونده های تحت تشریفات قانونی صادق است."

دیوان عالی کشور آمریکا متعاقباً در پرونده اختلافات اسمیث و آلرایت، اینگونه بیان میدارد:

" زمانی که این دادگاه نسبت به اشتباه پیشین خود، واقف شده بود، هرگز مانعی برای پیروی از رویه قضایی متصور نبوده است."

در مورد قانون اساسی، جایی که اصلاحات متکی به بازنگری قانون است و نه اقدامات قانونگذار، این دیوان در طول سابقه فعالیتش آزادانه از قدرت خود برای بازبینی بنیادین مقررات قانون اساسی استفاده کرده است. " این مسئله بسیار حائز اهمیت است که در جایی که مجلس اعیان انگلستان، به ندرت اقدام به تغییر تصمیمات اتخاذ شده میگیرد، دیوان عالی آمریکا، بین سال های 1996 تا 1992 در حدود 130 پرونده، مبادرت به تغییر رویه قضائی خویش نموده است. علاوه بر این مورد، با ظهور اتحادیه اروپا و بر اساس بخش سوم مقررۀ بین المللی جوامع اروپایی که در سال 1972 به تصویب رسید، تصمیمات دیوان عالی اروپا برای تمامی جوامع اروپایی از جمله انگلستان لازم الاجرا بود. در واقع این مقررۀ مسئله ای را بیان میداشت که محاکم انگلستان پیش از ظهور اتحادیه اروپا و تصویب این قانون، خود را ملزم به آن تلقی نمیکردند. بنابراین، ترتیب جدید رویه قضائی در انگلستان به شرح زیر بود :

1. دیوان دادگستری اتحادیه اروپا

2. دیوان عالی انگلستان (مجلس اعیان سابق)

3. دادگاه تجدیدنظر: که دادگاه تجدید نظر ملزم به تبعیت از تصمیمات دیوان عالی انگلستان است، حتی اگر آنها را اشتباه تشخیص دهد.

در پرونده دو شرکت هواپیمایی یانگ و بریسول، دادگاه تجدید نظر معتقد بود که به تصمیمات قبلی خود به شرط آن که شامل یکی از موارد زیر نباشد ملزم است :

۱. در صورت وجود دو تصمیم متضاد (که دادگاه تجدیدنظر باید تصمیم بگیرد که کدام را دنبال و کدام را رد کند)

۲. در مواردی که تصمیم توسط خود مجلس اعیان به طور ضمنی نقض شده باشد ؛

۳. تصمیم قبلی با بی احتیاطی یا اشتباه گرفته شده باشد.

۴. دادگاههای شهرستان و بخش: هر دادگاه شهرستان تابع دیوان عالی کشور و دادگاه تجدیدنظر است و از تصمیم پیشین یک دادگاه بخش دیگر نیز پیروی می کند.

۵. دادگاه عالی (شهرستان) : دادگاه عالی ملزم به دادگاه تجدیدنظر و دیوان عالی کشور است اما متعهد به سایر تصمیمات دیوان عالی کشور نیست. با این حال، سایر تصمیمات دیوان عالی دارای قدرت متقاعد کننده قوی در دیوان عالی هستند و معمولاً از آنها پیروی می شود. و تصمیمات قضات دادگاه عالی نیز، بطور جداگانه برای دادگاه های شهرستان الزام آور است.

۶. دادگاه سلطنتی: تصمیمات اتخاذ شده توسط قضات که در دادگاه کراون برگزار می شوند الزام آور نیستند، هر چند که آنها دارای قدرت متقاعد کننده هستند

۷. دادگاه های بخش و قضات: تصمیمات این دادگاه ها الزام آور نیستند.

همچنین باید به تاثیر دادگاه اروپایی حقوق بشر که در پی قانون حقوق بشر سال ۱۹۹۸ تشکیل شد اشاره داشت، که طبق آن محاکم انگلستان باید به تصمیمات دادگاه اروپایی حقوق بشر نیز توجه داشته باشند. علاوه بر این، با توجه به اصل رویه قضائی، باید ذکر کرد که تنها اظهارات واقعی قانون الزام آور هستند و دلایل تصمیم یا منطق تصمیم گیری قلمداد میشوند. تمام استدلال دیگر در یک قضاوت، که به عنوان "حکم اظهار نظر ثانویه" شناخته می شود. اگر یک ماده یا رویه قضائی پیش از تصمیم دادگاه به سماع آن نرسیده باشد، این رویه قضائی به هیچ وجه الزام آور نخواهد بود.

همچنین، اگر یک دادگاه تناسخ و ناهمگونی بین پرونده کنونی و تصمیم دادگاه پیشین پیدا کند، آنگاه می توان انتخاب کرد که از آن رویه قضائی تبعیت نکند. رأی دادگاه های پایین تر، اصولاً به عنوان رأی متقاعد کننده یا مشورتی شناخته میشود که ممکن است قانع کننده باشند، اما الزام آور نیستند. از همه مهم تر، باید توجه داشت که رویه قضائی سابق را می توان با تصمیم بعدی یک دادگاه برتر و یا با قانون پارلمان رد کرد.

کشورهای دارای نظام حقوق عرفی

نظام حقوق عرفی، قانون مشترک و اساس اکثر کشورهای انگلیسی زبان و یا کشورهای مشترک المنافع با انگلستان را تشکیل می دهد از جمله:

- جمهوری ایرلند • ایرلند شمالی • انگلستان و ولز
- نیوزیلند • استرالیا • آمریکا (بغیر از ایالت لوئیزیانا)
- هندوستان • آفریقای جنوبی • کانادا (بغیر از شهر کبک)
- پاکستان • مالزی • سری لانکا

همانگونه که در فصل بعد مشاهده خواهید کرد، رویه قضائی نمیتواند بعنوان دکترین یا اصلی حقوقی در نظام رومی-ژرمنی یا نوشته مورد استفاده قرار گیرد،

زیرا رویه قضائی با این واقعیت که فقط قوه مقننه اختیار وضع قانون و قانونگذاری را دارد، به مخالفت میپردازد. با اینحال، نظام حقوق رومی-ژرمنی نیز دارای سیستمی بعنوان فقه یا قضاوت پایدار می باشد که شباهت بسیاری با رویه قضائی در حقوق عرفی دارد که بیان میدارد: دادگاه ها ملزم هستند سیستمی هماهنگ میان (

تمامی محاکم برقرار کرده تا منافع اجتماعی و اقتصادی تضمین شود. (Jurisprudence constante)

ممکن است دادگاه های فرودست از لحاظ نظری ملزم به تبعیت و اجرای سوابق و تصمیمات دادگاه های برتر نباشند، اما با این حال، در رویه عملی و نیازی که برای پیش بینی پذیری لازم است، نشان می دهد که تصمیمات دادگاه های پایین تر معمولاً موکول به تصمیمات دادگاه های برتر هستند. به تعبیری میتوان اینگونه بیان داشت که برترین محاکم در نظام حقوق رومی-ژرمنی مانند "شورای رسیدگی" و "دادگاه تجدیدنظر" در فرانسه، به عنوان بدنه ای از یک ماهیت شبه قانونی شناخته می شوند. اصول علم حقوق و فقه یا قضاوت پایدار نیز بر چگونگی ساختار بندی تصمیمات دادگاه تاثیر میگذارد. به طور کلی، تصمیمات دادگاه هایی که در نظام حقوق عرفی ارائه می شوند به شدت با جزئیات آجین شده تا استدلال پشت این تصمیم و نحوه رسیدن به آن را بیان کند. این امر برای توجیه تصمیم دادگاه بر اساس رویه قضایی قبلی و همچنین سهولت استفاده از این تصمیم به عنوان سابقه ای برای پرونده های بعدی رخ می دهد. در نقطه مقابل، تصمیمات دادگاه در نظام حقوق رومی-ژرمنی مانند فرانسه، بسیار مختصر هستند و فقط قوانین مربوطه را ذکر کرده و در مورد نحوه تصمیم گیری به جزئیات زیادی نمی پردازند. این مسئله نتیجه دیدگاه نظریه ای میباشد که میگوید دادگاه فقط باید نظر قانونگذار را تفسیر کند و توضیح مفصل لازم نیست. در نتیجه، بیشتر توضیحات لازم در زمینه قانون توسط حقوقدانان دانشگاهی ارائه میشود، در حالی که در کشورهای دارای نظام حقوق عرفی این امر توسط خود قضات صورت می پذیرد. نظرات دادگاه در سایر کشورهای نظام رومی-ژرمنی همچون آلمان، بسیار طولانی تر از فرانسه است و دادگاهها به طور مکرر به پرونده های پیشین و نوشته های دانشگاهی استناد خواهند کرد. با این حال، برخی از این دادگاهها کمتر از دادگاههای کامن لا (حقوق عرفی) بر حقایق خاص پرونده تأکید داشته و در عوض به بحث پیرامون استدلالات مختلف از اصول حقوقی پرداخته و تلاش میکنند تفسیر صحیحی از قانون ارائه دهند.

نظام حقوق نوشته (مدون - رومی ژرمنی)

این نظام، سیستم حقوقی اغلب کشورهای جهان است. و تفاوت اصلی بین حقوق عرفی و حقوق نوشته در این است که حقوق عرفی از طریق عرف و عمل ایجاد شد، قبل از آنکه قوانین مکتوبی وجود داشته باشند فعالیت داشته و همچنین پس از وضع قوانین کتبی نیز در دادگاه ها به فعالیت خود ادامه داد، در حالی که حقوق نوشته از قانونی از امپراطوری روم که به بدنه قانون مدنی یا قانون ژوستینین معروف است، توسعه یافته. حقوق مدنی نیز، در برهه ای از زمان، حقوق عرفی بوده است که با گذشت زمان به شکلی نوشته و مدون درآمده که در بردارنده اصول و قواعد حقوقی است و بعنوان یک قانون، محترم شمرده میشود. در قرن هجدهم و در عصر روشنگری، تلاش هایی برای تدوین حقوق خصوصی به عنوان ترکیبی از حقوق طبیعی و آرمان های حقوقی آغاز شد. که دستیابی به این آرمان ها مستلزم ایجاد قانونی مطمئن بود، که این کار تنها از طریق ثبت قانون و ایجاد هماهنگی و یکپارختی بین محتوای آن میسر میشد. به تدریج بسیاری از قوانین کهنه مانند قانون روم باستان و قوانین عرفی و محلی که با آن در تعامل بودند، مانند قانون مدنی باواریا، قوانین عمومی ایالت پروس و قانون مدنی گالیسیا، ناپدید شدند. اکثر قوانین دستخوش تغییرات بودند، تا اینکه انقلاب فرانسه رخ داد و کم منجر به ایجاد قوانینی ثابت و پایدار شد. که این اتفاق با تصویب قانون ناپلئون به وقوع پیوست. این قانون، اقدام به تصویب و ثبت قوانینی پایدار کرد که این امر منجر به تغییرات حقوقی در اکثر کشورهای همسایه از جمله: اتریش، آلمان، هلند و اسپانیا شد.

قانون ناپلئونی (Napoleonic code)

قانون ناپلئون، که در اصل همان قانون مدنی فرانسه است، در سال ۱۸۰۴ توسط ناپلئون اول تنظیم شد، اما پیش نویس این قانون را ۴ حقوقدان تهیه کرده بودند. در آن زمان، این امر بسیار حیرت انگیز بود که امتیازاتی که به موجب تولد به افراد اعطا میشد را ممنوع تلقی کرده، آزادی مذهب را مجاز دانسته و مشخص می کرد که مشاغل دولتی به افراد واجد شروط برسد. اگرچه این اولین قانونی نبود که در یک کشور اروپایی با سیستم حقوقی مکتوب ایجاد شد، اما این قانون با تأکید بر قوانین واضح که در دسترس عموم قرار میداد، گامی مهم در ایجاد حاکمیت قانون بود.

از نظر تاریخی، قانون ناپلئون بازتابی از قوانین پیشین فرانسه نبود، بلکه بر اساس آداب و رسوم مختلف خارج از فرانسه و حتی به دور از لایحه عرف پاریس توسعه یافته بود، به ویژه این فرایند کدگذاری مجدد از قانون مدنی ژوستینیان الهام گرفته بود و چنین تقسیم بندی ای برای حقوق مدنی قائل بود:

۱. قانون اشخاص ۲. قانون مالکیت ۳. تملک اموال

پیش از این قانون، فرانسه قانون واحد و یکپارچه ای نداشت، بلکه به آداب و رسوم محلی و اغلب به معافیت ها، امتیازات و منشورهای ویژه ای وابسته بود که توسط پادشاهان یا امیران زیردست پادشاه اعطا می شد، که تمامی این موارد با وقوع انقلاب فرانسه حذف شدند. چنین تصمیم گرفته شد که بسیاری از سیستم های حقوقی مختلف که در مناطق مختلف فرانسه در حال استفاده بودند، با یک قانون حقوقی واحد و یکپارچه جایگزین شوند، که تدوین آن به ژان ژاک رگیس دو کامباسر، کنسول دوم در زمان ناپلئون، واگذار شد. در دوران سابق فرانسه، دادگاه های حقوقی، که در آن زمان به عنوان "پارلمان" شناخته می شدند، اغلب نقشی تقنینی به عهده داشتند که قاضی در قوانینی که از خود ارائه میداد یا به تصمیمات طبقه اشراف اعتراض می کرد، یا در مواردی از امتیازات قشر متوسط که خود قاضی نیز به آن تعلق داشت، دفاع می کرد. در سالهای پایانی قبل از انقلاب فرانسه، مورد دوم بیشتر صدق میکرد، زیرا انقلابیون فرانسه نسبت به قضاتی که خود به قانون گذاری نیز مشغول بود نظر منفی داشتند. این امر مهم در مقررات مربوط به قانون ناپلئون منعکس شد، که قاضیان را از صدور احکام فراتر از موضوع مورد قضاوت منع می کرد، زیرا وضع قوانین را در حوزه اختیارات قوه مقننه قرار میداد و قوه قضائیه از مداخله در آن منع شده بود. همانطور که در بخش قبل ذکر شد، با وجود اینکه از لحاظ تئوری هیچ رویه قضایی یا رأی مسبوق به سابق در فرانسه وجود نداشت، محاکم فرانسه مجبور بودند خلاء قوانین و مقررات موجود را به نحوی از انحاء پر کنند و این امر منجر به توسعه فقهی و اصولی زیادی شد که اگرچه هیچ تصمیم واقعی در مورد رویه قضائی وجود نداشت، اما تصمیمات دادگاه های عالی، کم و بیش معادل دادرسی یا رویه قضایی قلمداد میشدند.

کلید دستیابی به تمامی این پیشرفت ها در زمینه قانون، وضع مقررات مهمی است که حاکمیت قانون را تعیین کرده باشد. قوانین تنها در صورتی صحیح و مشروع تلقی میشوند که به طور صحیح ابلاغ شده، به طور رسمی منتشر شده و قابل استفاده باشند. این مسئله بدان معناست که هیچ قانون مخفی و محرمانه مجاز نخواهد بود. علاوه بر این، قانون عطف به ما سبق نیز ممنوع شد و مهمتر اینکه این قانون همچنین قضات را از استنکاف از دادرسی (با استناد به عدم وجود دلایل کافی در قانون) منع کرد و در نتیجه دادگاه ها را تشویق کرد تا قانون را تفسیر کنند و به جای صدور احکام عمومی که در گذشته صورت میگرفت، قضات را موظف میکرد که در هر پرونده "به طور خاص" تصمیم بگیرند و قواعد عمومی صادر نکنند.

در سال ۱۸۰۸، قانون آیین دادرس فرانسه منتشر شد که اساس "سیستم تفتیش عقاید" دادگاه های جنایی قرار گرفت و در فرانسه و بسیاری از حوزه های حقوق مدنی مورد استفاده قرار گرفت. جالب اینجاست که با توجه به روند کنونی اتحادیه اروپا در مورد دادگاه حقوق بشر اروپا، اعلامیه حقوق بشر و حقوق شهروندان، انقلاب فرانسه تقریباً ۲۰۰ سال پیش پرچم حمایت از افراد ضعیف جامعه را در مقابل خطرات یک رژیم قوی برافراشته بود. ناپلئون معتقد بود باید از آزادی های شخصی به ویژه هنگامی که پرونده در دادگاه شاهنشاهی است، مراقبت شود، زیرا این دادگاه ها دارای قدرت زیادی بوده که ممکن است از این قدرت علیه شهروندان ضعیف استفاده کنند. ناپلئون خواستار لغو چنین اعمال قدرت نامشروعی توسط دادگاه های اشرافی بود. لازم به ذکر است در حالی که تا سال ۱۸۴۶ در انگلستان به زندانیان متهم به جرائم بزرگ اجازه برخورداری از مشاور داده نمیشد، ماده ۴۹۴ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه به متهم اجازه میداد تا در دادگاه وکیل داشته باشد. همچنین در صورتی که متهم وکیل نداشت، این قانون، دادگاه را ملزم به تعیین وکیل تسخیری مینمود. که تخطی از این اصل، موجب ابطال تمام روند رسیدگی در دادگاه میشد.

اگرچه قانون ناپلئون اولین قانون مدنی و نمایانگر کل امپراتوری او نبود، اما یکی از تأثیرگذارترین قوانین بود. این قانون در بسیاری از کشورهای که در جنگهای ناپلئونی توسط فرانسه اشغال شده بود تصویب شد و باعث شد سیستم حقوق خصوصی در کشورهایی از جمله ایتالیا، هلند، بلژیک، اسپانیا، پرتغال و مستعمرات سابق آنها را تشکیل دهد. در مناطق آلمانی نیز، قانون ناپلئون تا معرفی قانون مدنی آلمان در سال ۱۹۰۰ به عنوان اولین قانون مدنی مشترک برای کل امپراطوری آلمان مورد استفاده قرار گرفت. در واقع، قانون ناپلئون در لهستان نیز از سال ۱۸۰۸ تا ۱۹۴۶ لازم الاجرا بود و همچنین در سال ۱۸۶۴ در رومانی (با برخی تغییرات) تصویب شد و هنوز هم به قوت خود باقی است. در مصر نیز، به عنوان بخشی از سیستم دادگاه های مختلط پس از سقوط خدیو اسماعیل، به تصویب رسید. قوانین دیگری نیز بر تدوین قوانین مدنی تأثیرگذار بودند از جمله: قوانین سوئیسی، آلمانی و اتریشی. اما حتی در این قوانین نیز می توان برخی از تأثیرات قوانین فرانسوی را احساس کرد، زیرا قانون ناپلئون اولین قانونگذاری

پایدار و موفق محسوب می شود. بنابراین، به استثنای روسیه و کشورهای اسکاندیناوی، قانون ناپلئون به درجات مختلف بر تمامی سیستم های حقوق مدنی کشورهای اروپای مدرن تأثیر گذاشته است. علاوه بر این، در ایالات متحده آمریکا نیز قانون مدنی ایالت لوئیزیانا ریشه های رومی خود را حفظ کرده و برخی از جنبه های آن با درج سنتهای مدنی رومی و اسپانیایی شامل تأثیرات قانون ناپلئون، است. اصطلاح "قانون ناپلئون" برای اشاره به قوانین سایر حوزه های قضایی که تحت تأثیر آن قرار گرفته بودند نیز استفاده میشد. در این مورد میتوان به قانون مدنی کبک اشاره کرد که تحت تأثیر لایحه عرف پاریس به وجود آمده بود و پس از پیمان پاریس توسط انگلستان در کشور کانادا مورد استفاده قرار میگرفت. اکثر قوانین کشورهای آمریکای لاتین نیز مؤثر از قانون ناپلئون بودند، از جمله قانون مدنی شیلی و قانون مدنی پورتوریکو.

تفاوت نظام حقوقی مکتوب و نظام حقوقی عرفی

تفاوت این دو، فقط در شیوه قانونگذاری نیست. تمایز مهم بین قوانین مکتوب و قوانین عرفی، رویکردی است که به شناخت روش هایی میپردازد که باید توسط دادگاهها در موقع تصمیم گیری به آنها توجه شود. در کشورهای دارای حقوق مکتوب، قانون مصوب مجلس به عنوان منبع اصلی حقوق تلقی می شود و دادگاه ها احکام خود را بر اساس همین قوانینی صادر میکنند که مکلفند راه حل را از آنها به دست آورند. بنابراین، دادگاه ها باید از قواعد و اصول کلی قانون، استدلال گسترده ای (تفسیر موسع) داشته باشند و به منظور جبران هرگونه خلأ در درک قانون و دستیابی به هماهنگی با مقصود آن، باید قیاس هایی را از مقررات قانونی به دست آورند. در حقوق عرفی، پرونده های مطروحه نزد محاکم، منبع اصلی قانون هستند، در حالیکه قوانین مکتوب و مصوب به عنوان تهاجم و تجاوز به حقوق عرفی تلقی شده و باید به صورت مضیق و محدود تفسیر شوند. تفاوت دیگر در روش هایی میباشد که توسط قوه قضائیه، مورد استفاده قرار میگیرد. در ایالات متحده، قضات به عنوان متعادل کننده قدرت سایر شاخه های حکومت تلقی می شوند. این در حالیست که در حقوق مدنی فرانسه، مفهوم تفکیک قوا با تعیین نقش های مختلف برای قانونگذار و قضات تطابق داشته و قاضی را به عنوان دهان یا زبان قانون معرفی میکند. به همین دلیل است که در نظام حقوق مکتوب، مفهوم رویه قضائی الزام آور به شکلی که در حقوق عرفی با آن روبرو هستیم وجود ندارد و برخی از سیستم های حقوق مکتوب، بر اساس سیستم تفتیشی (مشابه هیئت های اختلاف) بنا شده اند، نه سیستم ترافیعی که در نظام حقوق عرفی مورد استفاده است.

کشورهای دارای نظام حقوق مکتوب

حقوق مکتوب یا مدون یک نظام حقوقی است که بنیاد قوانینی است که در اکثر کشورهای جهان استفاده میشود، از جمله:

- فرانسه (و مستعمرات سابق)
- یونان
- جمهوری چین (تایوان)
- آلمان
- ایتالیا (و مستعمرات سابق)
- فنلاند
- ایسلند
- دانمارک
- چین (ترکیبی از حقوق مدنی و سوسیالیستی)
- کبک (کانادا)
- اتریش
- نروژ
- روسیه (ترکیبی از حقوق مدنی و سوسیالیستی)
- کره جنوبی
- پرتغال
- ترکیه
- پورتو ریکو (آمریکا)
- سوئد
- سوئیس
- اسپانیا (و مستعمرات سابق)
- لوئیزیانا (ایالات متحده آمریکا)
- آمریکای لاتین

نظام حقوقی شریعت (اسلام)

در حالیکه اکثر کشورها از یکی از دو نظام پیشین پیروی می کنند، نهاد سومی نیز وجود دارد که برای حل اختلافات پیمانکاری از طریق داوری یا میانجی گری وارد عمل شده و بطور مستقل یا به ضمیمه قانون مدنی مورد استفاده قرار می گیرد و در کشورهایی از جمله: عربستان، مصر و ایران رایج است.

تاریخچه

از نظر تاریخی شرع یا شریعت، مجموعه قوانین اسلامی و چارچوب قانونیست که در نظام های حقوقی مسلمان، به جنبه های حقوق تجارت و حقوق قراردادهای می پردازد. برخی از علمای اسلامی آن را به عنوان مجموعه ای از نظریه های پیشین و حقوقی که قبل از قرن نوزدهم تأسیس شده است، می پذیرند، اما برخی دیگر از محققان، شریعت را به عنوان یک نهاد متغیر می دانند که شامل نظریه حقوقی اسلامی دوره معاصر نیز می شود.

قبل از اسلام، اعراب اختلافات خود را بدون استفاده از هیچگونه سیستم رسمی قضائی حل می کردند. این کار یا از طریق داوری یا از طریق مصالحه انجام می شد و از طریق روسای قبیله یا دیگر بزرگان قبیله معتبر اداره می شد. (به صورت عشایری و توسط شیوخ و بزرگان، حل و فصل میشد)

حل و فصل اختلافات در این دوره متکی بر توافقی بود که طرفین پس از حصول اختلاف، به منظور سازش به آن تن میدادند. که این توافق برای آنها الزام آور بود.

ظهور اسلام، توسعه یک سیستم حقوقی معروف به نام {شریعت} را به همراه داشت، که روشهای حل اختلاف قبلی را به رسمیت شناخت و تأیید کرد.

توانایی حل و فصل اختلافات، به وضوح در شرع اسلام، قابل رؤیت است.

تکنیک های حل اختلاف، به ویژه داوری، در هر چهار منبع شرع که در زیر آورده شده و کلیت آن بر اساس قرآن است، مشهود می باشد:



کتاب (شامل دستورات قرآن)، سنت (اعمال و سخنان حضرت محمد (ص)؛ اجماع نظر، (که مشابه مفهوم "نظام حقوق عرفی" است)، قیاس (که استدلال به قیاس است)

الزام آور بودن حل اختلافات به قصد طرفین بستگی دارد و بهتر است که طرفین در ابتدای بحث در مورد قطعیت رأی حل اختلاف، صحبت کنند. بنابراین توافقاتی که توسط داوری یا شوراهای حل اختلاف صورت میگیرند، می توانند الزام آور باشند. مصالحه نیز، شبیه به میانجی گری، مادامی که خلاف دستورات خداوند یا محتوای مورد مصالحه نباشد، در حدود قوانین اسلامی در امور مدنی، تجاری، خانوادگی و سایر موارد مجاز است. قطعیت رأی مصالحه نیز، مانند مورد قبلی به توافقات طرفین بستگی دارد.

شرع قوانین مفصلی در مورد هر نوع حل اختلاف، ارائه نمی دهد. قرآن، اصول کلی را تعیین می کند که بر افراد حاکم است و مانند کشورهای کامن لا، این حقوقدانان هستند که در صورت لزوم، وظیفه بسط و شفاف سازی جنبه های مختلف قانون را بر عهده دارند. تفسیر قرآن، معروف به "اجتهاد"، جایی است که فقهای اسلامی توضیحات و استنباطات خود را در صورت نیاز، به جامعه ارائه می دهند و باز این تصمیم شرع است که در موضوعاتی مانند حل اختلاف حکم میکند. ذکر این نکته ضروریست که چهار مکتب اصلی و اعتقادی در شرع اسلام وجود دارد که در زمینه حل اختلافات، هر یک دیدگاهی کمی متفاوت دارند، به ویژه در مورد داوری و سازش. که هر دوی این نهاد ها مانند هیئت های حل اختلاف، بخشی از فرایند داوری بوده و بخشی از این بحث خواهند بود.

مکتب حنفی در شریعت اسلام: شریعت اسلامی حنفی تأکید زیادی بر توافق طرفین در حل و فصل اختلافات، یعنی از طریق داوری دارد، و داوری را شبیه مصالحه قلمداد میکند و داور به عنوان شخصی عمل می کند، که توسط طرفین تعیین شده است. بر اساس این مکتب فکری، نظر داور مانند حکم دادگاه نبوده و بیشتر شبیه پیشنهادی برای سازش بین طرفین است. با این حال، مؤسسان این مکتب احساس می کنند که اگر طرفین کتباً موافقت خود را با داوری اعلام کرده باشند، باید نظر داوری را بعنوان حکم بپذیرند.

مکتب شافعی: طبق اصول مکتب شافعی، روشهای حل اختلاف مانند داوری، عملی حقوقی هستند، خواه قاضی در محل اختلاف وجود داشته باشد یا نه. تفاوت در اینجا این است که داوران در سطح پایین تری از قضات قرار دارند زیرا داور می تواند در هر زمان قبل از صدور حکم برکنار شود.

مکتب حنبلی: مکتب حنبلی چنان نظری دارد که رأی داوری به منزله حکم دادگاه بوده و لازم الاجراست. در این مکتب اگر کسی که بعنوان داور برگزیده میشود صلاحیت های یک قاضی را داشته باشد، تصمیماتش در حد یک قاضی از اعتبار کافی برخوردار خواهند بود.

مکتب مالکی: مکتب مالکی این نکته را بیان میدارد که این امکان فراهم است که یکی از طرفین مورد اختلاف، توسط طرف دیگر بعنوان داور برگزیده شود. این امر منطبق بر نظریه ای است که یکی از طرفین به وجدان طرف دیگر اعتماد میکند. مکتب مالکی همچنین بیان می کند که هر کس به عنوان داور انتخاب و وارد عمل شود، دیگر پس از شروع روند داوری قابل عزل نیست.

تمام این مکاتب شریعت اسلام، توجه خود را معطوف به قواعدی میکنند که منجر به عقد یک توافقنامه جامع شده، که به طرفین مناقشه اختیاراتی می دهد تا تصمیمی الزام آور و همچنین رضایتبخش اتخاذ کنند. شاید باورکردنی نباشد، اما تصمیمی در مورد مکتوب یا شفاهی بودن این تصمیمات، در شرع ذکر نشده است. در پرونده پیش رو بین خلیفه "علی بن ابی طالب" و "معاویة بن ابی سفیان"، دو طرف مناقشه توافق کردند که در یک سند کتبی دو داور تعیین کنند که اسامی داوران، محدودیت زمانی برای صدور حکم، قانون قابل اجرا و محل صدور حکم، را در توافق ذکر کنند. در این اختلاف طرفین از داوری برای حل اختلاف استفاده کردند، اما شرط داوری مؤثر نبوده و این مسأله مطرح شد که آیا در شرع فقط می توان اختلافات موجود را به داوری ارجاع داد، یا این حکم در اختلافات «آینده» نیز، صادق است؟ زیرا هر چهار مکتب

فکری آن دوران، فقط به اختلافاتی که قبلاً وجود داشت پرداخته بودند، نه اختلافاتی که هنوز رخ نداده بود. در حالی که این موضوع مورد بحث های زیادی قرار گرفت، حکم شرع حاکی از آن است که طرفین قرارداد می توانند هرگونه تصمیمی که صلاح بدانند در توافقشان ذکر کنند (حتی داوری در مورد اختلافات آینده)، مشروط به اینکه: مخالف دستورات خاص خدا نباشد، مانند افزودن بهره در مفاد توافق. شروط حل اختلافی مانند: راه حل های سریع و معقول برای مسایل پیچیده تجاری و سودمند که با داوری سروکار دارند و مخالف هیچ یک از فرمان های خداوند نیستند، معتبر شمرده می شوند. اما دیدگاه قدیمی تر که چنین قراردادهایی را به طور کامل الزام آور نمی دانست و بیان میداشت فقط توافقی قابل فسخ هستند، نه توافقی قراردادی، برخی از حقوقدانان کلاسیک در کشورهای اسلامی را بر آن داشت تا بفهمند آیا چنین توافقی در آغاز قرارداد لازم الاجرا هستند یا پس از تکمیل نهایی؟

این موضوع بعدها در المجاله (قوانین امپراتوری عثمانی) گنجانده شد. اکنون متفکران مدرن بر این عقیده اند که مفهوم قدیمی توافق نامه های غیر الزام آور برای حل اختلافات "منسوخ، سطحی و بی اساس" است. دیدگاه کنونی تحت قوانین شرعی این است که هرگونه توافق برای حل اختلاف (مانند داوری) پس از انعقاد توافقنامه برای همه طرفین لازم الاجراست و طرفین نیز ملزم به هر تصمیمی هستند که از آن توافق حاصل می شود. علمای اسلامی سرچشمه ماهیت الزام آور توافقنامه های حل اختلاف را قرآن دانسته اند که بیان میکند: "... به منظور الزام طرف مقابل، ابتدا به عهد خودتان عمل کنید..." (اوفوا بالعقود ...)

حضرت محمد نیز، همین دیدگاه را بیان داشته و مقرر میدارد: مؤمنان باید به عهدهایشان وفا کنند. در حال حاضر به طور گسترده تصور میشود که پس از عقد قرارداد، چنین موافقت نامه های حل اختلاف، به شرطی که آزادانه منعقد شوند، مورد حمایت قرار خواهند گرفت. اما از آنجا که قرآن به قانون و رویه خاصی که چگونه داوران حل اختلاف انتخاب شوند و... اشاره ای نکرده است، خود دولت قادر به انجام این تصمیمات خواهد بود. به عنوان مثال، طرفین در نحوه انتخاب داوران یا هرگونه مسئله دیگر در حل اختلافشان مختارند تا آزادانه تصمیم بگیرند. در حالیکه طرفین مختارند شخصی را بعنوان داور انتخاب کنند، هیچکدام از مکاتب اسلامی مذکور، چنین حقی که شخص ثالثی بعنوان داور انتخاب شود را بیان نکرده و فقط از انتخاب داوری سخن گفته اند که میتواند یکی از طرفین مناقشه باشد.

علیرغم اینکه در شریعت اشاره ای به این نکته نشده ولی هیچ مانعی نیز در شریعت نمیتوان یافت که افراد را از این حق منع کرده باشد مانند: دادگاه کیفری بین المللی علاوه بر این، هیچ یک از چهار مکتب فکری محدودیتی در تعداد داوران مورد استفاده، بیان نکرده و تصمیم گیری در این مورد را کاملاً بر عهده طرفین یا داوران آنها قرار داده و همچنین، نیازی نیست که تعداد آن ها حتماً زوج باشد، بلکه فرد بودن تعداد اعضا نیز بلا مانع است. با این حال، در مورد عزل داور به طور یک طرفه توسط یکی از طرفین، اختلاف نظر وجود دارد. هر دو مکتب شافعی و حنفی اجازه عزل یک طرفه داور را در هر زمان قبل از اعطای حکم می دهند اما مکتب مالکی اجازه نمی دهد که یکجانبه پس از شروع داوری، داور عزل شود. البته توجه داشته باشید که در همه مکاتب اسلامی، اگر همه طرفین موافقت کنند، داور قابل عزل است. همچنین لازم به ذکر است که اگر یکی از طرفین اختلاف مسلمان نباشد و از رویه حقوقی غیر اسلامی استفاده شود، این امر توسط مکاتب مالکی، شافعی و حنبلی به رسمیت شناخته می شود.

همچنین، از آنجا که چندین کشور مسلمان، اقدام به امضای کنوانسیون سازمان ملل متحد در زمینه به رسمیت شناختن و اجرای احکام داوری خارجی (کنوانسیون نیویورک) کرده اند، این مسئله میتواند به منزله موافقت آنها با داوری خارجی یا غیر مسلمان باشد. هر ۴ مکتب شرع اسلامی توافق دارند تنها موضوعاتی که شامل حل اختلاف توسط داوران نمی شوند، موضوعات مربوط به "حق الله یا حقوق خداوند" است.

به عبارت دیگر، موضوعاتی مانند: مسائل خانوادگی، مسائل جنایی و حوزه های سیاست عمومی باید به دادگاه های اسلامی ارجاع داده شود. (امکان داوری در این موارد میسر نیست). به غیر از موضوعاتی که ممنوعیتشان اعلام شد، حل اختلاف با استفاده از داوری، میانجیگری، هیات های حل اختلاف، مصالحه و یا فرآیندهای مشابه را می توان مورد استفاده قرار داد. مالکی، حنبلی، حنفی و اکثریت مدارس شریعت شافعی معتقدند هنگامی که یک قاضی تصمیم رای داور را بررسی کرده و آن را قابل اجرا بداند، حکم داوری به اندازه حکم دادگاه قابل اجراست. این مکاتب همچنین معتقدند که در صورت عدم وجود خطای آشکار یا "بی عدالتی" در صورت رأی، قاضی ملزم به اجرای حکم داوری است، حتی اگر با نظر مندرج در حکم موافق نباشد. و همچنین، مجاز نیست که قاضی در اصل حکم یا استدلال واقعی داور، تفحص کند. در واقع، تنها در صورتی میتوان حکم داوری را نقض کرد که این حکم، خلاف خط مشی عمومی یا قوانین شرع باشد. شریعت قوانین یکپارچه و مدونی ندارد و از نظر روش، بیشتر شبیه نظام حقوق عرفی است زیرا اساس آن، قرآن، حدیث و قرن ها بحث، تفسیر و رویه قضائی است. همچنین، آیین دادرسی خاصی نیز در قوانین شرع وجود ندارد و هر کشوری آیین دادرسی خاص خود را انتخاب می کند. به عنوان مثال، آیین دادرسی در عربستان سعودی و ایران بسیار شبیه به قوانین کشورهای نظام رومی ژرمنی مانند مصر

و فرانسه است. در واقع قوانین سعودی که در ۶۰ سال گذشته وضع شده بر اساس قوانین مصر است. وقتی صحبت از آیین دادرسی می شود، آیین دادرسی در عربستان سعودی و ایران بسیار ساده تر از آیین دادرسی مصر است که مستقیماً از قانون مدنی فرانسه گرفته شده است. توجه داشته باشید که به دلیل عدم وجود آیین دادرسی خاص، هر داوری یا میانجیگری که از این منبع قانونی که بخشی از یک برنامه موقت میباشد، بی بهره است، باید تا حد امکان سیستم قراردادی خود را داشته باشد. این امر به آن دلیل توصیه میشود که از هرگونه ابهام یا شکاف احتمالی که منجر به اختلافات قانونی در برابر دادگاهها شده یا هرگونه مداخله قضایی در تفسیر رأی داوری یا قرارداد، اجتناب شود. به منظور جلوگیری از هرگونه "تفسیر قضایی"، بهترین گزینه یک قرارداد تفصیلی است. این اصل که به عنوان حقوق طرفین قلمداد میشود، یک اصل شرعی بوده که امروزه در سراسر جهان به رسمیت شناخته میشود.

نهادهای جایگزین در حل اختلافات

برخی اقدامات مربوط به آیین دادرسی وجود دارد که باید به تفصیل در هرگونه نهاد جایگزینی که برای حل اختلاف انتخاب میشود، اجرا شود که ممکن است تکیه گاه آن شریعت باشد. این اقدامات از این قرار اند :

مقررات اجرایی

اجرای تصمیمات نهادهای جایگزین داوری در عربستان سعودی و ایران از طریق دادگاه ها و طبق قانون داوری همان کشور اجرا می شود . قانون داوری عربستان سعودی این تصمیم را به هیئت صالح خود که به "دیوان المظالم" معروف است، میسپارد. کمیسیون تجاری دیوان، تصمیم مذکور را مورد بازبینی قرار داده و تصمیم خواهد گرفت که آیا در عربستان سعودی قابل اجراست یا نه؟ بر طبق قوانین اساسی مکتب حنبلی که پیش تر بیان شد، کمیسیون تجاری دیوان همچنین میتواند هر گونه رأی داوری را که در پی اجرایی شدن توسط محاکم عربستان است را مورد بازبینی قرار دهد. منبع قدرتی که کمیسیون تجاری به منظور بازبینی رأی داوری در اختیار دارد، ماده (۳۹) قواعد اجرایی است که دیوان محاکمات را ملزم میسازد که رأی داوری را با شریعت تطبیق دهد. که این مسأله در مورد هیاتهای حل اختلاف نیز صادق است. در ایران نیز براساس قانون داوری، دادگاه صالح نقشی مشابه به کمیسیون تجاری عربستان ایفا خواهد کرد. تفاوت اصلی اینست که قانون داوری ایران براساس قانون کمیسیون حقوق تجارت بینالملل سازمان ملل متحد است، در حالی که قانون داوری سعودی اینطور نیست. با توجه به الزامات ماده ۳۳ قانون داوری ایران، دادگاه صالح ایران، قابلیت اجرای رأی داوری را تعیین خواهد کرد.

اجرا در احکام میانبرگزر در مقابل احکام داور

قرارداد فی مابین طرفین باید بیانگر این نکته باشد که آیا آیا تصمیم نهاد جایگزین در حل اختلاف، یک حکم داوری و میانجی گری قطعی است یا مشورتی؟ و اگر ترکیبی از هر دو باشد، این نکته باید صراحتاً مشخص گردد. زیرا، اگر هریک از این موارد به صراحت ذکر نشود و موجب ایجاد اختلاف شود، از سوی کمیسیون تجاری دیوان المظالم عربستان سعودی مورد بازبینی اساسی قرار خواهد گرفت. علاوه بر این، جدیدترین شکل نهادهای جایگزین که استفاده از هیاتهای حل اختلاف می باشد، مشکلاتی در مسائل اجرایی ایجاد خواهد کرد که ممکن است ناشی از تفاوت بین توصیهها و تصمیم گیریها باشد.

این مشکلات به شرح زیر هستند:

تصمیمات هیأت حل اختلاف

نهاد جایگزین در حل اختلاف میتواند در جلسه رسیدگی به اختلافات، توصیه ای ارائه دهد که پذیرش آن آزاد است. در زمان ارائه توصیه، اگر هیچ یک از طرفین مخالفت خود را به طرف دیگر اعلام نکنند، توصیه مذکور به عنوان راه حل نهایی و لازم الاجرا برای موضوع مورد نظر تلقی خواهد شد. طرفین ملزم به اجرای آن بوده و امکان ارجاع آن به نهادی دیگر برای بازنگری، میسر نیست.

طرفی که به دنبال اجرای تصمیم هیئت رسیدگی است باید در ابتدا عدم الزام و عدم وفای به عهد توسط طرف مقابل را اثبات کند. اگر رأی داوری به نفع مدعی صادر شد، قدرت نظارتی دیوان، فقط مدعی می تواند در دیوان المظالم اقدام به اجرای آن کند. دیوان، پیش از اجرا، به بررسی حکم مذکور و انطباق آن با قوانین و شرع میپردازد. شامل اختلافات ارجاعی به داوری نمی شود، بلکه بررسی اساسی تصمیمات هیات رسیدگی به اختلاف را نیز در بر میگیرد.

تصمیمات هیأت میانجی گری در حل اختلاف

هیئت حل اختلاف، تصمیمی صادر می کند که توسط طرفین پذیرفته شده و به شکلی دوستانه اجرا خواهد شد. ممکن است یکی از طرفین ناراضی بوده که میتواند مخالفت خود را در مقابل طرف دیگر، اعلام کند. در همین حینی که به اعتراض مذکور رسیدگی میشود، طرفی که نسبت به تصمیم پیشین رضایت داشته میتواند از هیأت حل اختلاف، اجرای موقت آن را تا زمان حل نهایی موضوع، طلب کند.

به نظر میرسد، چنین تصمیم الزام آور موقتی در عربستان قابل اجرا نیست. اعلام مخالفت در درخواست پذیرفته شده برای درخواست تجدیدنظر در سیستم دادگاه در تعلیق اجرای تصمیم هیأت رسیدگی به اختلاف، تأثیر می گذارد. اعلام مخالفت و درخواست تجدیدنظر می تواند بر حکم هیئت حل اختلاف تأثیر گذاشته و اجرای آن را به تعویق بیندازد.

صفت تصمیمات هیأت حل اختلاف

هیچگونه قاعده ای در شرع وجود ندارد که به الزام آوری تصمیمات هیئت اختلاف اشاره کرده باشد. و این مسئله از تصمیم پیشین طرفین تبعیت میکند. چنانچه تصمیمی اتخاذ نشده باشد، اعضای هیأت حل اختلاف طبق صلاحدید خود، اقدام به صدور رأی در مورد آن خواهند کرد. با این حال، تصمیم هیأت حل اختلاف همواره باید مکتوب بوده و بدان عمل شود. در غیر اینصورت، این تصمیم کان لم یکن تلقی شده و این روند باید مجدداً طی شود.

جزئیات مربوط به پادشاهی عربستان سعودی

همانطور که در بالا ذکر شد، اجرای تصمیمات هیأت حل اختلاف احتمالاً در قالب یک رأی دآوری به پایان می رسد. از این رو، محدودیت های مربوط به قوانین شرعی در قانون دآوری عربستان سعودی، همان هایی هستند که در تصمیمات هیئت حل اختلاف وجود داشت. همچنین، برخی از اصول اساسی شریعت اسلام ارتباط قابل توجهی به این زمینه خواهند داشت. مهم ترین قاعده شرعی که در این زمینه میتوان یافت ممنوعیت دریافت بهره مازاد بر مبلغ قابل پرداخت در حکم است. حق اطلاع از حقوق طبیعی، مراحل قانونی و دادرسی عادلانه برای طرفین و نمایندگان آنها محفوظ بوده و باید به سمع ایشان برسد تا ثابت شود که دادرسی عادلانه صورت گرفته است. در ۸ ژوئن ۲۰۱۲، عربستان سعودی آیین نامه دآوری جدید خود را جایگزین مقررات دآوری ۱۹۸۳ و قوانین مربوط به اجرای مقررات دآوری سال ۱۹۸۵ (قطعنامه وزیران شماره ۲۰۲۱/۷) کرد، که تمامی این قوانین جدید، بر اجرای تصمیمات هیأت حل اختلاف از طریق دآوری تأثیرگذار بود. این قوانین جدیدالتأسیس اصلاحات مختلفی را در سیستم دآوری عربستان ایجاد می کردند. قبل از این قانون جدید، همه دآوری ها در عربستان تحت نظارت قضایی دادگاه های سعودی قرار داشتند که طبق قانون سابق باید به زبان عربی انجام می شد و به تشخیص دادگاه، قابل اصلاح یا رد بود. علاوه بر این، طبق قانون سابق، در صورتی که طرفین، دآوری تعیین نمیکردند، دادگاه این مسئولیت را بر عهده داشت. و از آنجا که هیچ الزام کتبی برای تأیید موافقتنامه دآوری بین طرفین پیش بینی نشده بود، این کار نیز بر عهده دادگاه بود. لازم به ذکر است که بر اساس قانون سابق، دادگاه نظارت بر احکام مربوط به رویه قضائی و آزادی های موقت را نیز، بر عهده داشت. مهمتر از همه، طبق قانون سابق، فقط دادگاه ها حق اجرای احکام دآوری (اعم از خارجی و سعودی) را داشتند و آزاد بودند این رأی را به طور خاص بررسی کرده تا از انطباق آن با شرع مطمئن شوند. گستره این حق شامل: تغییر، بازنویسی یا هرگونه حذف، در صورت رأی بوده که پس از این کار، حکم جدیدی را که مصلحت دانسته شود، صادر کند.

در حال حاضر برای دآوری در امور تجاری از قانون ۱۹۸۵، که در سال ۲۰۰۶ اصلاح شد، پیروی می شود که قوانین عربستان را با موازین دآوری بین المللی مطابقت داده، امکان کنترل بیشتر به طرفین می دهد، و شفافیت بیشتری ارائه می کند، که شامل موارد زیر است:

دستورالعملهای کتبی جدید برای تعیین اینکه آیا توافق برای دآوری ممکن است اجرا شود

روشهای شفاف و دقیق برای انتصاب و/یا برکناری داوران

در صورت سفارش هیئت دآوری یا توافق طرفین، ممکن است از زبانهای دیگری به غیر از عربی استفاده شود (هرچند قبل از اجرای احکام باید به عربی ترجمه شود)

ورود نهادهای دولتی به موافقتنامه های دآوری ممنوع است، مگر اینکه توسط نخست وزیر تأیید شود.

طرفین در حال حاضر آزادند که کدام قانون را اعمال کنند. با این حال، قانون دآوری جدید تأیید می کند که شرع مهم است و تصمیمات دآوری تنها در صورتی قابل اجرا هستند که شرع را رعایت کنند.

لازم به ذکر است که در حالی که قانون جدید انعطاف پذیری بیشتری را نسبت به بسیاری از مسائل ارائه می دهد، باز هم همه تحت نظارت و دستور دادگاه های سعودی برای اطمینان از رعایت شریعت است. برگزیدن زنان به عنوان داور، همچنان در عربستان در حال بررسی است.

در مرحله اجرای تصمیم هیأت حل اختلاف، دفاع از بطلان رأی بر عهده طرفی می باشد که این تصمیم به نفع او بوده است. اگر تصمیم هیأت حل اختلاف به عنوان مدرک مورد استفاده قرار گیرد، ممکن است این دفاع مطرح نشود. اما رئیس هیأت مدیره باید دانش کافی از اصول شریعت داشته باشد.

برای جلوگیری از امکان فسخ تصمیمات هیأت حل اختلاف، توصیه می شود به جای استفاده از زنان یا افراد غیر مسلمان به عنوان اعضای هیأت حل اختلاف، از آنها به عنوان کارشناس استفاده کنیم. و عضویت در هیأت های حل اختلاف را به مردان مسلمان واگذار کنیم.

نکته دیگر در مورد شهادت است که اگر شهادت شفاهی پذیرفته شود، شهادت دو زن برابر با یک مرد در نظر گرفته می شود. بنابراین، در هر مسئله ای که نیاز به شهادت شفاهی باشد، شهادت دو مرد، یا یک مرد و دو زن برای پذیرفتن شهادت شفاهی لازم است. این موضوع منوط به ماده ۳۱ قواعد اجرایی است، که بر اساس آن نیاز است اظهارات شهود طبق اصول شرعی ارائه شود. در مورد قرار یا غرار (موارد تقلب، خطر، و ناآگاهی)، به احتمال زیاد این مورد در قراردادهای سفارشی دیده می شود و نه در قالب استانداردی که دادگاه های عربستان سعودی اکنون کاملاً با آنها آشنا هستند.

جزئیات مربوط به جمهوری اسلامی ایران

قانون داوری ایران بر اساس نمونه قانون کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل متحد (آنستیرال) است که هیچ مفاد شرعی در آن یافت نشده، و هرگونه مسأله حقوقی مربوط به هیئت های حل اختلاف، بر مبنای مقررات سکولار است و نه مقررات شرعی. از آنجا که هیأت های حل اختلاف به صورت یکسان و برابر با طرفین برخورد می کنند و اصول داوری عادلانه را در نظر میگیرند، میتوان گفت که با قوانین شرعی منطبق بوده و ابزاری مناسب برای حل اختلاف است. موافقت نامه ای که اقدام به حل هرگونه اختلاف در هیئت حل اختلاف نموده، یک توافق قراردادیست که باید رعایت شده و طرفین را تا آنجا که قرارداد معین نموده، نسبت به آن ملزم کند.

هیئت های حل اختلاف در هر یک از نظام های حقوقی رومی ژرمنی، نظام عرفی و نظام شریعت اسلامی

از آنجا که هیئت های حل اختلاف بر اساس قوانین کشوری اداره می شود که قرارداد اساسی مورد مناقشه نیز در آن اداره می شود، اساس تصمیمات و احکام آن باید از تصمیمات کشور "میزبان" پیروی کند. به طور کلی، این مسئله توسط اصول اساسی قرارداد تنظیم می شود و تا حدی که اعضای هیأت حل اختلاف نیازمند کمک در این زمینه هستند، باید مقرراتی وضع شود که به راهنمایی مناسب و قانونی آنها کمک کند. اکثر قراردادهای چنین بیان میکنند که اگر تصمیم هیئت حل اختلاف پذیرفته نشود ممکن است مجدداً پرونده به داوری ارسال شود که احتمالاً اعضای آن مشخص شده اند. مانند: اتاق بازرگانی بین المللی. از آنجا که، این مکان یک حوزه قضائی خاص است، تصمیم داوری نیز بر اساس قانون آن حوزه قضایی خاص خواهد بود.

توسعه تاریخی حل اختلاف در مسائل ساخت و ساز

حل و فصل اختلافات پیمانکاری یا به دادگاههای کشوری که در قرارداد ذکر شده اند یا به احتمال زیاد به نهادهای جایگزین حل اختلافات مانند داوری، میانجیگری یا مصالحه ارجاع خواهد شد. اصولاً منشاء حل اختلافات پیمانکاری، در تاریخ داوری و نقش داور نهفته است.

اولین ذکر رسمی "داوری" در انگلستان ب زمان "ویلیام هنری شپرد" برمیگردد به خلاصه نظام عرفی و نظام مکتوب انگلستان که در ۱۶۷۵ منتشر شد.

این اتفاق به ۲۳ سال قبل از اولین قانون داوری در نظام عرفی و سه قرن قبل از قوانین کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل متحد (آنستیرال) برمیگردد.

این بیانیه قانونی، همانطور که شپرد آن را درک کرده بود، بیانی محض از نظام "حقوق عرفی (کامن لا)" بود، که شپرد در کتاب خود به نام "داوری و داوران" اینگونه بدان اشاره میکند:

"داوری، حکم یا قضاوتی ست که توسط یک یا چند نفر به درخواست برخی از طرفین برای پایان دادن به اختلاف بین آنها انجام می شود"

داوران، منتخب طرفیت بوده که باید رضایت متقابل طرفین دعوا نسبت به هر داور احراز شود. اختیارات داور همان است که طرفین دعوا به او میدهند تا بین آن ها حکم کند، که حکم وی میتواند الزام آور باشد. برخی افراد میگویند که حکم داوری حکمی عمومی است. شاید درست بگویند زیرا ممکن است شباهت هایی بین حکم خاص داوری با پرونده و اختلافی دیگر وجود داشته باشد و بتوان این حکم را در آنجا نیز اجرا نمود، اما اصل این حکم برای دعوایی خاص صادر شده است، نه یک اختلاف

عمومی. همچنین ممکن است حکم داور، به شکل شفاهی یا مکتوب باشد. یک سر داور و یک داور معمولی، در جایگاه مشابهی هستند. زیرا این داوران هستند که یکی از میان خودشان برمیگزینند تا اختلافات و مشکلات احتمالی در پروسه داور را بینشان حل و فصل کند.

به همین دلیل، موارد زیر را به صورت کلی عرض میکنم :

اینکه در داور پنج مورد وجود دارد: ۱. موضوع مورد مناقشه ۲. اجازه صدور حکم به افراد منتخب ۳. طرفین مناقشه ۴. داوران ۵. اعطای حکم (مکتوب یا شفاهی)

(Co.10.137. Dyerand 217.)

طرفین مناقشه باید نسبت به مفاد رأی داور پایبند بوده و هر آنچه مقرر شده را به جا آورده و مطیع آن باشند. این امر گاهی توسط قول التزام، پیمان نامه و گاهی توسط ضمانت نامه تضمین میشود، که هر کدام از این روش ها به نوبه خود خوب و مفید هستند. همچنین، ممکن است هیچکدام از این موارد به کار گرفته نشود و به یک تعهد فرضی بسنده شود. (داوران فرض میکنند که هر دو طرف وفای به عهد کرده و تعهداتشان را نقض نمیکند). همچنین ممکن است که زمان وفای به عهد مطلق یا مشروط باشد مانند اینکه بگویند تا فلان روز اگر فلان اتفاق افتاد، نسبت به مفاد رأی متعهد خواهیم بود.

(Co.10131.5.78 20 H6.18 Trin 18 Jac. Cyprian Salters Case.)

اگر مفاد حکم، متناقض، بی ربط، شک برانگیز، خلاف قانون یا... باشد، موجب ابطال رأی خواهد بود. زیرا رأی باید همان مطلوب و خواسته طرفین باشد و مطمئناً هیچ یک از طرفین نمیخواهند رأی داور شامل این موارد باشد.

verton 98. Croo.I.3, 4. Co.5.77)

اگر داور به شکل قانونی و مطلوب طرفین عمل نکند، عملی خلاف اختیارات تفویض شده انجام داده که اصلاً خوب نیست. تعدی از اختیارات ممکن است با افراط یا تفریط همراه باشد.

(Jenk. Cent.3 case 6)

داوران، حق انجام امور ذیل را نداشته، مگر اینکه در اختیاری که به آن ها تفویض شده، حق انجام چنین اموری نیز پیش بینی شده باشد :

۱. ارجاع داور خود یا تفویض اختیارات خود، به یک داور دیگر.

۲. انجام داور به نام و به منفعت خود یا به نام و به منفعت شخصی ثالث که در مفاد داور نام او ذکر نشده است.

۳. تغییر در مفاد رأی، زمانی که حکم صادر شده است.

لازم به ذکر است که فرایند حل اختلاف شپرد که به عنوان داور شناخته می شود، در واقع می تواند شامل مجموعه ای فرآیندها باشد. که این مورد به عنوان حکم یا قضاوت چند داور نسبت به امر مورد درخواست یک یا چند تن از طرفین، تلقی میشود. اگرچه مسئله الزام طرفین به رأی صادره از داور به زمان امپراطوری روم بازمیگردد، اما همانگونه که شپرد بیان میکند، در دنیای کنونی این اصل، یک اصل بنیادین باقی مانده که در سراسر جهان اجرا میشود.

سیر تکامل قانونی سایر روش های حل اختلاف

در طول ۳۰۰ سال گذشته روش های حل اختلافی که برای حل اختلافات پیمانکاری یا جلوگیری از وقوع آنها به وجود آمده، توسعه بیشتری یافته اند و هم در حوزه حقوق عرفی و هم حقوق مکتوب، ویژگی های داور استحکام بیشتری یافته که در سطح بین المللی میتوان مسئله به رسمیت شناختن حقوق اشخاص حقیقی (برخلاف حقوق دولتها در کنوانسیون ژنو) را یک پیشرفت به حساب آورد. ممکن است چنین دسته بندی ای منجر به ایجاد نهادهای همسان با داور گردد که اگرچه شبیه آن هستند اما کارایی دقیق آن را نخواهند داشت. بنابراین، هر دو نظام حقوقی عرفی و مکتوب، اقدام به اعمالی از جمله : بیان ویژگی های مطلوب متخصصان و داوران و همچنین روند داور که باید طی شود، نموده اند. این اعمال، حاصل تحقیق و ارزشیابی بسیاری از موارد در صنایع مختلف بوده است. شخصی به نام لُرد مُستیل در سخنرانی خود، در جلسه راه اندازی گروه داور بین المللی در تاریخ ۴ نوامبر ۲۰۰۴ در طاق ولینگتون در شهر لندن، این فرایند جدا سازی و تفکیک قائل شدن میان روش های داور را زیر سؤال برد.

مهندسی یا داور به عنوان قاضی

پس از انقلاب صنعتی در انگلستان، محاکم در نحوه برخورد با بندهای مختلف حل اختلاف که در قراردادهای آن روبرو میشدند، به مشکل برخوردند. و در سال ۱۸۵۰ اولین شخصی که در این مورد اظهار نظر کرده و تصمیمی ارائه داد، مهندس معروف برونل بود. در پرونده شرکت بزرگ راه آهن غرب ادعا شد که مهندس برونل که وظیفه اش سنجش و تأیید ارزش برخی آثار بود، شماری از حقایقی که بیان میداشتند وی در این معامله ذی نفع بوده را مخفی نگه داشته و گاهی ارزش را کمتر بیان کرده

و گاهی اصلاً ارزشی بیان نکرده است. به زبان ساده تر متهم به تقلب شده بود. اینگونه استدلال میشود که سپس مسئله ای مورد بحث قرار گرفت که برای تعهد قراردادی شرکت به پرداخت، باید سند رسمی صادر شود. متهمان ادعا کردند که برونل تنها عاملی در انجام کار است در حالی که شاکیان مدعی بودند که او داور یا قاضی است. مقام اعظم در داوری (لُرد) به ادعای داوری برونل اشاره نکرد، اما گفت: این به وضوح روشن است که در این پرونده شاکی نمی تواند آنچه را که از نظر حقوقی و تحت قرارداد به او اعطا شده را بدست آورد. که این ناتوانی ناشی از اقدامات متهمان یا نماینده آنهاست. یک دیدگاه دیگر در پرونده دو شرکت راه آهن غربی به نام رنجر بیان شده است که:

تمام تصمیمات آقای برونل، شامل: تمدید زمان، پرداخت برای امور و گواهی های اضافی و ...، قطعی بوده و تا پایان انجام پروژه غیرقابل تجدیدنظرخواهی میباشد. در صورت وجود هر گونه اختلاف نظر، این اختلافات پس از انجام کار و توسط مهندس اصلی و یکی از طرفین تعیین شده توسط شرکت رنجر حل و فصل خواهد شد. اگر در این مورد به تفاهم نرسیدند، شخص ثالثی تعیین خواهد شد که تصمیم وی برای همگی قطعی و لازم الاجرا خواهد بود. که این مورد به حل اختلاف دو مرحله ای معروف است که در مرحله اول توسط مهندس (ناظر) و در مرحله دوم توسط داور یا هیئت داوری بررسی و حل و فصل خواهد شد. در پرونده رنجر حین انجام امور، پیمانکار با سنگی بسیار سخت تر از آنچه برنامه ریزی شده بود روبرو میشود که شرکت راه آهن سرانجام اخطارهای لازم را داده و کارها را تصاحب میکند. در قضاوت در این مسئله، همانطور که همگی واقف هستید، مقام اعظم در داوری (لُرد) بیان داشت که قاضی یا داور باید در حل اختلاف بی طرف باشد، اما سپس اینگونه تصمیم گرفت: مشخص است که مهندس شرکت قصد نداشته قاضی منصفی باشد، بلکه شخصی که عدالت را رعایت کرده، یکی از طرفین متعهد است. پاسخ دهندگان تصریح کردند که مهندس آنها در حال حاضر، هر کسی که باشد، باید شخصی باشد که در مورد پیشرفت کارها و اختلافات تصمیم گیری کند و هرکس نسبت به آن معترض است با موافقت با این مسئله، از اعتراض خود اعراض خواهد کرد. لُرد بروگهام به تردیدهای بسیار زیاد خویش اعتراف کرد، اما در نهایت موافقت کرده و گفت:

"مسئله ای که در اینجا با آن مواجه هستیم نه قضاوت است و نه شهادتی به قضاوت دارد. حداکثر چیزی که میتوان به آن نسبت داد یک داوری است که طرفین مناقشه به آن رضایت داده اند و گزارش و تصمیمی که از آن بر می آید قابل احترام است. در بعضی موارد میتوان چنین مشاهده نمود که مهندس انتخاب شده تا جایگزینی در داوری باشند. با این فرض که تصمیمات او ممکن است کمی حالت قضاوت به خود بگیرند، من ترجیح میدهم که شخصی که از بدنه خود شرکت است به این امور بپردازد. (شاید چون نسبت به کم و کیف امور اطلاع دارد). اسم ایشان در این مورد بعنوان آقای برونل ذکر نشده، بلکه بعنوان مهندس ناظر در زمان کنونی نام گذاری شده است. بنابراین محسوس است که هیچ مانعی برای شبه قضائی نامیدن این نوع داوری وجود ندارد."

از قرائن پیداست که هم روش و منطق و هم پیمانکاری به شکلی بالقوه به کار گرفته شده اند. شما در ابتدا باید رویکرد خود را مشخص کنید: آیا مسئله قضایی است؟ اگر چنین است، قاضی باید بی طرف باشد. این مسئله که هیچ شخصی نمیتواند قاضی امور خود در داوری باشد، یکی از قدیمی ترین و بنیادی ترین آموزه های سراسر اروپاست. پتانسیل پیمانکاری، از مجموعه ای از مباحثات ناشی میشود که بیان میدارند: پیمانکار با علم پیشین خود و به صورت آزادانه موافقت میکند تا نسبت به تصمیمات عامل یا داوری که ممکن است گاهی ناعادلانه قضاوت کند، خود را ملزم کند. شاید چنین بیندیشید که هر مهندس پروژه نیز قادر به اینگونه قضاوت میباشد، اما چنان قضاوتی، شبه قضائی نخواهد بود. (شاید چون توسط شخصی غیر حقوقی انجام شده). پس شاید بهتر باشد با چنین علم و آگاهی پیشین نسبت به احتمال قضاوت ناعادلانه، دست به تضعیف خود ننزید، زیرا در هر صورت باید به قول های خود پایبند باشید.

در پرونده شهردار بیرمینگهام، جایی که معمار پروژه، عضو تصمیم گیرنده در داوری بود، توافقتنامه به شرح زیر بود:

"در صورت بروز هرگونه اختلاف نظر با پیمانکاران یا میان پیمانکاران به نحوی که مربوط به قرارداد و شروط مذکور در آن، مربوط به ساختمانها و امور کاری باشد، این اختلافات باید توسط معمار حل شود، که تصمیم او قطعی و نهایی خواهد بود."

در این مورد، با توجه به شکایت های مکرر پیمانکار مبنی بر دیرکرد در پرداخت، بنا بر تصمیم شهرداری، معمار، تمام مبلغ مذکور را بدون کسر محاسبات و بدون نیاز به اطلاع به پیمانکار، به حساب وی واریز کرد.

"دادگاه تصریح کرد: واضح است در جایی که هیچ گونه قانونی وجود نداشته باشد، هیچ حکمی نیز وجود نخواهد داشت"

بیاید این مورد را با پرونده اسکات و شرکت لیورپول مقایسه کنیم که داور اعظم آن، تحت تأثیر پرونده پیشین اسکات در مقابل آوری که ۲ سال پیش در دادگاه مطرح بود، قرار گرفته بود. که اینگونه بیان میداشت: در قراردادی که ادعاهای پیمانکار، با قضاوت شخصی خاص تعیین می شود، تا زمانی که آن شخص خاص صحبتی نکند، طبیعتاً اختلافی وجود نخواهد داشت و بنابراین، هیچ حقوقی نیز برای صاحبان سهام ایجاد نمی شود تا توسط دادگاه ها اجرا شود.

مهندس ناظر به عنوان شبه داور

توسعه این رویه فکری که "مهندسان در شروط خاص از قدرت تصمیم گیری تحت قراردادی خود استفاده می کنند باید بی طرفانه باشد"، در پرونده پاولی علیه ترنبول در سال ۱۸۶۱ که ماجرای معماری زرنگ است که طبق قرارداد داور شده و قرار بود تصمیمش نهایی و الزام آور باشد، مشهود است. وی ادامه داد که بدون اثبات تقلب در میان متهمان، روشن شد که رفتار متهم معمار، آن توصیف محتاطانه، بی طرفانه و منصفانه ای که باید داشت را نداشت. بنابراین معاون رئیس جلسه به دلیل عدم اثبات تقصیر، از رفتار نابخردانه شخص مذکور چشم پوشی کرد.

در پرونده تجدیدنظر شرکت راه آهن ساپائولو در سال ۱۸۷۳، آقای جیمز تایید کرد که اگر مهندس ناظر با عدالت و حسن نیت رفتار کند، دادگاه های منصف نباید درخواست هایی که مانند حقوق عرفی یا کامل لا طلب خسارت میکنند را، بپذیرند. خود من نیز از هرگونه دخالت در این موارد بیزار هستم، مگر اینکه مسئله مربوط به قصور یا نقض وظیفه توسط مهندس باشد، که ناگزیر از دخالت خواهم بود. این قرارداد اعلام میکرد که اظهار نظر مهندس در این مورد قطعی بوده و به جز مواردی که توسط وی تعیین می شود، هر مسئله دیگر، باید به داوری ارجاع داده شود. دادگاه در یک حکم جداگانه، اظهار داشت:

بنابر ساختار واقعی قراردادهای طرفین مناقشه در کم و کیف پرداخت، تنها باید نظر داور یا مهندس ناظر را بپذیرند و هیچ روش جایگزینی وجود نخواهد داشت. لازم به ذکر است در هرجایی که اظهارات مهندس یا داور، حاوی یک شرط در مفاد حکم بوده باشد، دادگاه حق ندارد از آنچه طرفین توافق کرده اند صرف نظر کند، مگر اینکه عمل خلافی از طرف مهندس یا شرکت صورت گرفته باشد که در این مورد باید به رویه قضایی استناد شود. در قرن نوزدهم محدوده خدمات ارائه شده و کیفیت تصمیمات گرفته شده مهندس به گستردگی امروز نبود. در واقع، با اینکه قصور و تقلبی صورت نمیگرفت، رهایی از تصمیم گیری های مغرضانه مهندسان، بسیار مشکل بود. این امر در برهه ای از زمان رخ میداد که فرم هایی استاندارد به منظور انشای رأی مهندسان در زمینه سنجش و همچنین انجام پرداخت ها، تدوین گردیده بود. در بعضی موارد، دادگاه ها به صلاحدید خود، مهندسين را در دخالت در بعضی از امور منع میکردند تا بدین وسیله از بی عدالتی جلوگیری نمایند. دادگاه ها به بهانه های مختلفی از جمله اینکه پرونده مذکور از حوزه قضائی داوران خارج است، ادامه داوری را ملغی کرده و خود، رأساً به حل اختلاف رسیدگی میکرد. با این حال، امکان اتخاذ تصمیمات ناعادلانه از سوی مهندسان در استخدام صاحبان مشاغل روشن بود و نسل بعدی قضاات، اقدام به اصلاح قانون کردند.

در مورد داوری بین هوهنزولرن اکتین گزلفاشت و شهر لندن، اختلاف قانونی خاصی با پرونده شارپ وجود نداشت اما نتیجه به طور قابل توجهی متفاوت بود. داور گفت که پول باید پرداخت شود اما مهندس از تایید، سر باز زد.

اگر این پرونده کلیمنس یا کلارک بود، پیمانکار می باخت، اما لرد اشرف، که سابقه قابل توجهی در زمینه نقض صلاحیت داوران داشت، اعلام کرد که همانگونه که داور، (به درستی یا نادرستی) تصمیم گرفته است، تا زمانی که این تصمیم در حوزه صلاحیت وی باشد، صحیح، قطعی و غیرقابل تجدیدنظر خواهد بود. این حقیقت که پیمانکار سازنده لوکوموتیو، برای کار خود غرامت گرفته بود، بدون شک در مورد این تصمیم نیز مصداق دارد.

جالب است بدانید که سرمقاله روزنامه لا-تایمز، در مورد دلیل یا منطق تصمیم گیری، اینگونه بیان میدارد: (Ratio Decidendi)

"اگر اختلافی در بند و شروط رأی داوری به وجود آید و مشخص شود که داوران از حد و حدود خود تجاوز نکرده اند، محکمه حکم به اجرای رأی مذکور میدهد. ویراستار نسخه چهارم کتاب قراردادهای پیمانکاری هادسون، که وکیل بسیار معروفی بود، در کتاب خود نوشت که دادگاهی اینگونه بیان داشت: «عدم صدور گواهی و مدرک در مورد حقوق پیمانکاران، مانع احقاق حقوق ایشان نبوده و چنین اختلافی مربوط به بخش داوری ای میباشد که رأی صادر از جانب آن معتبر تلقی شده است»

در پرونده نائل و منچستر، دادگاه تجدیدنظر به دلیل اختلافات آقای نائل با نقشه بردار شهر (داور پرونده)، از ادامه روند داوری امتناع کرده، زیرا گمان میکرد که ممکن است این اختلافات، سبب تفسیر به رأی توسط شخص داور شود. این پرونده به مجلس اعیان که پیش از این پرونده شرکت ریل های قطار جکسون و بری در آن مطرح

بود، ارجاع شد. که در وهله اول پیمانکار با مراجعه به مرجع داوری موفق به اخذ حکم علیه مهندس ناظر شده بود. اما مهندس در همان روز به عنوان مرجع رسمی حل اختلاف به او نامه ای نوشت که دیدگاه های پیشین خود را تکرار می کرد. (از نظر پیشین خود کوتاه نیامد)

دادگاه اعلام کرد که برای نقض صلاحیت مهندس، این شواهد کافی نیست. همچنین، جالب است بدانید که تبصره حل اختلافات که بیان میداشت: همه تصمیمات مهندس بعنوان مرجع حل اختلافات ارجاعی، قطعی و لازم الاجراست، بی درنگ او را به عنوان مرجع داوری در نظر گرفت.

در سال ۱۹۰۱، دادگاه تجدید نظر در پرونده شرکت چمبرز در مقابل گلدترپ، که مثال خوبی از نحوه پرداخت پیمانکاران است، تصمیم گرفت یک معمار، داور قضیه باشد که گمان میشد مرتکب اهمال و قصور نخواهد شد. این تصمیم سرانجام در پرونده سوتکلیف و تکرار لغو شد، اما مبنای حقوقی آن، که استفاده از مهارت و دانش معمار به عنوان شبه داور بود، تا حد زیادی دست نخورده باقی مانده است. یک پرونده بسیار قدیمی و قابل توجه وجود دارد، که وضعیت تصمیمات مهندس (به ویژه در مورد تغییرات) را در معرض شک و تردید قرار میدهد. در پرونده برودی علیه کاردیف، اکثریت مجلس اعیان تصریح کردند که لغو تصمیمات مهندس ناظر توسط یک داور، تأثیری عطف بماسبق شکل خواهد داشت اما بهرحال تصمیم مهندس تا پیش از چنین لغوی، پابرجا خواهد بود. جالب است توجه کنید که اصلاح رأی یا اعمال تغییر در آن توسط مهندس، هیچگونه تأثیری در این قضیه نخواهد داشت.

تصمیم نهایی مبنی بر اینکه مهندسين شخص ثالث، جایگاه «شبه داور» دارند، منجر به این شد که محاکم انگلستان به چنین دیدگاهی برسند: "در برخی از تصمیمات مهندس، که او به عنوان عامل یا جانشین کارفرما عمل نمی کند، مهندس باید «بی طرف» باشد. که این امر، ربطی به تغییرات در قوانین قراردادی نداشته و نتیجه تصمیمات قضات انگلیسی است. بنابراین، در اولین پرونده هایی که در حقوق معاصر انگلستان با آن روبرویم، میتوان شیوه های مدرن حل اختلافات از جمله میانجی گری یا شورای حل اختلاف و... را مشاهده نمود که توجه بسیاری به مشروعیت قرارداد و منصفانه بودن آن دارند.

عصر توسعه قضاوت های غیر قانونی

علاوه بر روش های مذکور حل اختلافات، روش های دیگری نیز مورد استفاده قرار میگیرند که مهم ترین آنها تصمیم، تعیین یا ارزیابی تخصصی است.

لُرد اشر در پرونده ویلسون، اینگونه بیان میدارد:

از آنجا که این پرونده فقط یک کار پیمانکاری است، نمیتوان کمک زیادی از سوی مقامات کسب کرد، اما در پاسخ به این پرسش که آیا این توافق نامه داوری است یا صرفاً به عنوان یک مورد تخصصی باید مورد بررسی قرار گیرد، آقای بولدری ما را به این پرونده ارجاع میدهد.

Re Carus-Wilson and Green (1886) 18 QBD 7

قراردادی برای فروش زمین وجود داشت که به موجب آن باید، قیمت الوار توسط دو متخصص قیمت گذاری میشد. سپس سر داوری تعیین میشد تا بر قیمت اعین شده نظارت داشته باشد. سر داور تشخیص داد که قیمت ها برابر نیستند، پس اقدام به اصلاح آن کرد. طرف زیان دیده درخواست کرد که این ارزش گذاری را به این دلیل که رأی داوری است کنار بگذارند و توسط قوانین موجود و در دادگاه به آن رسیدگی شود. دادگاه تجدید نظر، رأی داوری را معتبر تشخیص داده و از پذیرش درخواست زیان دیده خودداری کرد. در ادامه آقای بولدری، ما را به صفحه نهم از این پرونده میبرد، که لُرد اشر اینگونه بیان میداشت:

در اینجا این سوال مطرح میشود که آیا سر داور صرفاً یک ارزشیاب جایگزین ارزشیاب پیشین است که در ابتدا توسط طرفین تعیین شده بود یا در مقام حقیق یک داور عمل میکند؟

اگر از شروط توافق نامه ای که به وی تسلیم می شود، معلوم شود که قصد طرفین این بوده که در ماهیت قضایی موضوع تحقیق کرده، به پرونده طرفین رسیدگی کند، و بر اساس شواهد و مدارک مورد نظر، تصمیم بگیرد، آنگاه موضوع، یک داوری خواهد بود. هدف در این موارد این است که یک رسیدگی قضایی با یک منش قضایی انجام شود. از سوی دیگر، مواردی وجود دارد که در آن شخص، نه برای حل و فصل اختلافات بلکه به منظور جلوگیری از بوجود آمدن آنها وارد عمل میشود، که این مورد از شمول داوری خارج بوده و صرفاً یک ارزیابی است. در موارد عادی ممکن است برای حل اختلافات، شخصی تعیین شود که موظف نباشد به تمام شواهد و استدلالات گوش دهد. در چنین مواردی ممکن است پاسخ به این پرسش که آیا او قصد دارد داور باشد یا وظایفی فراتر از یک داور انجام دهد، دشوار باشد. این موارد باید هریک با توجه به شروط خاص خود تعیین شود.

در سال ۱۹۹۰، هرج و مرج به وجود آمد که در صورت وجود چه افتخارات دادگاه ها میتوانند طبق قانون داور رسمی نکنند؟

در پرونده کامرون علیه مولم، دادگاه تجدیدنظر اینگونه تصمیم گرفت که یک قاضی در نهاد داوری نمیتواند تحت یک قرارداد استاندارد انگلیسی مبنای جبران خسارت را یک ادعای واهی قرار دهد و مبلغ موضوع قرارداد را اینگونه تعیین کند. زیرا قرارداد به صراحت، حق چنین امری را از او سلب میکند. این وضعیت بغرنج در شرکت مهندسی دریگ و اسکال اشکار شد که در آن قاضی محترم آقای باشر به شکل قرارداد پیشین، حکمی مقرر داشت که اجرای تصمیم داور مبنی بر پرداخت پول به حساب ذینفعان را صادر میکرد. او چنین نوشت:

" بر این اساس، متهمان موظفند تا از دستورات دادگاه پیروی کنند و باید اینکار را قبل از تصمیم گیری داور انجام دهند "

یکی از تازه ترین پرونده های انگلستان برای رسیدگی به این مسائل، حکم دادگاه تجدید نظر در پرونده شرکت دیوید ویلسون، خدمات سروی و انور است. در این مورد دادگاه تجدید نظر باید در نظر می گرفت که آیا مرجعی که تصمیم «کیو.سی» به آن ارجاع شده، داوری است یا شکلی دیگر از حل اختلاف؟ ال جی لاندنمور در بخشی از نامه خود نوشت :

" من مباحثات آقای فیلیپس را ترجیح می دهم. زیرا برای ارجاع یک پرونده به داور و نهاد داوری، نیازی به شرط و شروط نیست."

در صفحه ۴۱ نسخه دوم کتاب ماستیل و بوید، که مربوط به داوری در امور تجاری است، شاخص های مورد نیاز نهاد داوری ذکر شده است. اما در حال حاضر، مسئله مهم این است که توافقی صورت گیرد تا اختلافات اشخاص به نهادهای غیر از دادگاه ارجاع شوند که تصمیمات آن برای طرفین، لازم الاجرا باشد. و نهاد داوری همان چیزیست که این کار را انجام می دهد. بنابراین توافق داوری داخل در مفهوم بخش ۶ قانون داوری ۱۹۹۶ است. متأسفانه، قضاوت سیمون براون هیچ کمکی نمی کرد. او در این باره چنین نوشت:

این ادعا که روش های جایگزین حل اختلاف، الزام آور نیستند، به نظر من ادعایی پوچ و بی اساس است. زیرا دایره شمول اجرای آن تا حدی است که رئیس کانون وکلا میتواند در راستای اجرای حکم داوری، از شورای ملکه (اشراف) درخواست اجرای آن را بنماید. به نظر من، این مسئله با هر گونه پیشنهادی که فرآیند مذکور را اختیاری در اجرای حکم جلوه دهد، کاملاً مغایر است. تجارت تنها زمانی معنا پیدا میکند که هر اختلافی که در زمینه آن به وجود می آید، به نحو احسن حل و فصل شود. در نتیجه آن تجارت موفق خواهد بود. در راستای اتخاذ تصمیم نهایی و الزام آور، لُرد سیمون براون، پیشینه حل اختلاف خصوصی را انکار کرد که کاربران گزارش های قانون ساختمان در این باره چنین اظهار نظر کردند: " متأسفانه ایشان تا حدی بدشانس هستند. زیرا امروزه به خوبی مشخص شده که انواع مختلفی از فرایندهای حل اختلاف از جمله : قضاوت (اعم از الزام آور یا غیر الزام آور)، تصمیم تخصصی، میانجیگری، سازش و داوری وجود دارد."

مشاجره بر سر ابهام در حل و فصل اختلافات شرکت (کیو - سی) به روش های مذکور بود. با توجه به اینکه این یک سیاست بیمه است و احتمالاً در وهله اول، ممکن است شرکت بیمه مدعی آن شود که ساختمان باید در برابر قطعنامه ای که متضمن یک نتیجه الزام آور است، بایستد. اما نظر دادگاه چنان بود که تا زمانی که حکم قطعی و الزام آور نباشد، ارجاع به چنین اختلافات و پرونده هایی، متضمن هیچگونه منفعتی نخواهد بود. در واقع، الزام آوری حکم صادره زمانی ممکن خواهد بود که در انشای حکم از ادبیات یکسان یا حداقل مشابهی استفاده شود. تحت تأثیر این امور، محاکم (شاید به غلط) بیانگر این نکته شدند که تنها داوری میتواند، خواسته غایی و نهایی طرفین مشاجره را برآورده کند. بنا به پرونده املاک و مستغلات ویلسون، دادگاه بیان داشت که روش های جایگزین در حل اختلافات، توافقی است که شماری از اختلافات موجود را بجای داوری به متخصص مربوطه ارجاع میدهد تا به اهداف معین شده در قانون داوری بتوان دست یافت. (فقط امور مشخص شده به داوری ارجاع شوند). و ادامه داد که در این پرونده اگر مطلوب مدعی الزام طرف دیگر به اجرای چیزی باشد، مطمئناً از عهده کمیسیون های تخصصی خارج است و باید به داوری مراجعه کرد و بیان داشت :

به طور خلاصه، من فکر نمی کنم هیچ یک از اعضاء دادگاه تجدیدنظر [در پرونده ویلسون] قصد ایجاد رویه ای خاص داشته باشند که میان داوری و کمیسیون های تخصصی تمایز قائل شود. به ویژه، اعضای دادگاه تجدید نظر، نمی توانند پیشنهادی کلی مطرح کنند که به حل و فصل تمام امور بپردازد.

در مورد تخصیص هزینه ها باید به بیان این نکته بپردازیم که اگر روش ارجاع به کمیسیون تخصصی انتخاب شود، برآورد هزینه ها اجتناب ناپذیر است، اما اگر روش داوری برگزیده شود نیازی به این کار نیست زیرا قانون داوری به تخصیص هزینه ها پرداخته است.

ظهور هیئت های حل اختلاف در انگلستان

اولین موردی که در انگلستان به هیئت های حل اختلاف مشروعیت می بخشد چند شرکت مسئولیت محدود از جمله: بالفور بی و... بود که مجلس اعیان معتقد بود مکانیسم های حل اختلاف قراردادی که توسط طرفین تجارت انتخاب شده اند نباید مورد مداخله قرار بگیرد. قرارداد شرکت تونل کانال نسخه ای از حل اختلاف معاصر را به کار میبرد، این هیأت به شیوه ای اداره می شد که بسیار شبیه به هیئت حل اختلاف مدرن فعلی بود. در این پرونده از روش هایی استفاده شد که برای اولین بار توسط فدراسیون بین المللی مهندسين مشاور مورد استفاده قرار گرفت. نام "هیأت" به "هیئت رسیدگی به اختلاف" تغییر یافت که در آن عبارت "تا زمان تجدیدنظر داور، طرفین باید به تصمیم هیأت تاثیر بگذارند" مورد استفاده قرار گرفت. نسبت به آن تصمیم، لورد موسستیل گفت:

من هشدارهای موجود نسبت به تجاوز به توافق طرفینی که حل و فصل اختلافات تجاری شان را توسط دادگاه منتخبشان و تحت سیاست بین المللی که نمونه آن در قوانین انگلستان است، پیگیری میکنند، تایید می کنم. و دادگاه انگلستان، باید نسبت به آن هشیار باشند.

بین دولت و شورای عالی انگلستان بر سر این مورد که آیا این تبصره کاملاً یک شرط داوری است یا شرط دومرحله ای که فقط بخش دوم آن به داوری مربوط می شد، بحث زیادی صورت گرفت. آنچه از بحث آشکار شد (و در داوری ثبت شده است) این بود که شکی وجود نداشت که دولت (اشراف) بر این عقیده بودند که کل تبصره برای طرفین الزام آور است "مگر اینکه خراب شود". علاوه بر این، لورد موسستیل اشاره کرد که: باید از دستور اجباری هیئت حل اختلاف برای عملکردی مشخص (در این مورد تداوم امور قراردادی در مسئله مورد مناقشه) پیروی شود. این اقدامی بسیار بنیادی تر از دستور پرداختیست که در بیشتر موارد درخواست می شود. تصمیم مجلس اعیان، اینگونه بیان می داشت که اهداف مذکور (تداوم توافق و...) با ماده ۲۰ مجموعه قراردادهای فدراسیون بین المللی مهندسين مشاور ۱۹۹۹ یکسان است. این ماده تصریح میکند که تصمیمات هیأت رسیدگی به اختلافات، تا زمانی که در داوری تجدید نظر نشوند، لازم الاجرا بوده و دادگاه ها باید از مشارکت در فرایند هیأت حل اختلاف، دوری جویند.

گسترش پرونده های بین المللی

حوزه هیئت حل اختلاف نسبتاً حوزه ای جدید در صحنه حل اختلاف است، به طوری که قوانین اندکی وجود دارد تا بتوان عنوان رویه قضائی را بر آن نهاد. با این حال، مفهومی که شپرد در حدود ۳۰۰ سال پیش مطرح کرد: "حکم داوری عبارتست از تصمیمی که یک یا چند نفر (داور) به درخواست طرفین مناقشه و به منظور پایان دادن به اختلاف بین آنها صادر میکنند" باید مورد تایید قرار گیرد. در اکثر کشورهای انگلیسی زبان، که نظام حقوق عرفی (کامن لا) در آنها حاکم است، نباید این مسئله مشکل باشد. بهر حال، ممکن است استثنائاتی وجود داشته باشد. در سال ۲۰۰۳ در پرونده اختلاف شرکت ولیهاکیچ و ادوتک در آفریقای جنوبی، دادگاه با شرط ضمن عقدی روبرو شد که بیان می داشت: اختلافات باید توسط شخصی مستقل و بی طرف که به عنوان متخصص یا کارشناس (نه به عنوان داور) عمل می کند حل شود " دادگاه آفریقای جنوبی بیان داشت: چه داوری مدنظر باشد چه تحقیقات کارشناسی، علاوه بر توجه به لحن کلام مرجع مذکور، باید به چگونگی اتخاذ تصمیم، ماهیت اختلاف و دامنه اختلاف نیز توجه ویژه داشت.

در این پرونده، اشاره به تقلب نیز شده بود که منطقی بنظر نمی آید، شاید تحقیقات ناقص انجام شده باشد. قاضی خاطرنشان کرد: هیچ موردی (از جمله اشاره به "متخصص") در این توافق نامه خلاف واقع نبوده است، و مسئله مورد بحث، داوری بوده است. مشکل این بود که طرفین حل اختلاف، شخص ثالثی را ایجاد کرده که تمام اختیارات خود را به او داده بودند. و صلاحیت او به عنوان داور، ممکن است اختیارات قانونی را نیز در اختیار وی قرار دهد. اشاره موضوع به شخصی که به عنوان کارشناس عمل می کند و داور نیست، سالهست که به عنوان مرجعی برای متخصص تلقی میشود. قوانین آفریقای جنوبی داوری را اینگونه تعریف میکنند: "توافق نامه ای کتبی میباشد که به حل و فصل هرگونه اختلاف موجود یا هرگونه اختلاف بعدی در رابطه با موضوع مشخص در توافقنامه میپردازد، اعم از اینکه نام داور در آن ذکر شده باشد یا خیر" این تعریف گسترده بسیار شبیه به تعریف سایر کشورهای مشترک المنافع است. قاضی در این مورد داوری را به عنوان تنها مرجع حل اختلاف غیر از دادگاه ذکر کرد که حق اتخاذ تصمیم نهایی را خواهد داشت. ممکن است در این تعریف، تمایلی که به پیش داوری در مورد موضوع آن وجود دارد، نکته منفی آن باشد اما شبیه رویکردی است که در مورد پرونده انگلیسی ویلسون، پیش تر مورد بحث قرار گرفت.

پرونده ولیهاکیچ احتمالاً به عنوان پرونده ای سخت که تفسیر نادرستی از قانون ارائه میدهند، قلمداد شود. کارشناس تحقیقات گسترده اما ناکافی را در مورد برخی

ادعاها، از جمله اتهامات کلاهبرداری انجام داده بود که ظاهراً تصمیم اشتباهی گرفته بود. جالب اینجاست که دادگاه در تصمیم خود، به تعدادی از پرونده های

انگلیسی، از جمله موسیتیل و بوید، داوری تجاری و پرونده های خاص دیگر، از جمله یک پرونده انگلیسی در سال ۱۹۸۵ در مورد این که آیا نقشه برداران میتوانند داور باشند؟ که قاضی انگلیسی چنین نظری نداشت. بنابراین آنها از شکایت به دلیل اهمال و قصور مصون نیستند. بدون تردید، حقیقت بیانگر اینست که "متخصص" برای توصیف خود عنوان "داور" را انتخاب کرده بود. در صورت توافق، اگر به عنوان تنوعی در قرارداد باشد، متخصص میتواند چنین عنوانی برای خود برگزیند، در غیر اینصورت بهانه ای برای نادیده گرفتن قرارداد خواهد بود. ارجاع به یک متخصص دقیقاً برای اینست که جلب نظر وی در حل اختلاف بسیار مؤثر است. ممکن است تصمیم اشتباهی بوده باشد اما عمل به عنوان یک متخصص به جای داور، به این منظور بیان شده است که اختلاف مورد نظر تحت ضوابط داوری قرار نگرفته و بررسی نشود. دادگاه آفریقای جنوبی نباید بر خلاف مقاصد اعلام شده طرفین عمل می کرد اما با توجه به شروط قبلی، این امر چندان تعجب آور نیست. بنابراین، درک نحوه ایجاد این سردرگمی نسبتاً آسان است. رویکرد توصیفی مبتنی بر تاریخ است و سالهاسست که توسط دادگاهها برای وارد کردن راه حلهای مبتنی بر قانون داوری در اختلافات خاص مورد استفاده قرار می گیرد و مشخص می کند که می توان غیر داوران را به جرم اهمال و قصور، تعقیب کرد. در حالی که این امر تا حدی از انعطاف پذیری مطلوبی برخوردار است، بدون شک زمان آن فرا رسیده تا همواره توافق طرفین محترم شمرده شود. مشکل روش "توصیف" واضح است. این روش میتوانست قرعه ای به نام برخی افراد بیندازد و در واقع در پرونده شرکت ویلسون همین کار را کرد:

"طرفین ممکن است با جلب توجه خود به این موضوع، یا حتی اجتناب از آن، در صورتی که قصد این کار را ندارند، به ساز و کار داوری خاتمه دهند. شکل حل اختلاف نباید به روش مورد استفاده یا ادعای مطرح شده، بلکه باید به فرم توافقنامه، بستگی داشته باشد."

سایر کشورهای مشترک المنافع نیز مشتاق به تأسیس نهادهای حل اختلاف بودند. در مورد پرونده تونل کانال در استرالیا، دیوان عالی ولز جنوبی جدید اعلام کرد که دادگاه به توافقی جهت مصالحه یا میانجی گری در این دادگاه دست خواهد یافت. دادگاه با نقض توافقنامه، داوری را متوقف کرده و موافقت نامه ای مانند پرونده اسکات و اوری را برای سازش یا میانجیگری به اجرا می گذارد. با این حال، دادگاه برای اجرای آن، معتقد بود که توافقنامه باید حاوی اطمینان کافی از رفتار طرفین فرایند حل اختلاف باشد. این ها افکاری هستند که درست ۱۰ سال بعد، در پرونده کشرکت کابل و وایرلس انگلیسی یافت شدند: موقعیت مذکور در استرالیا بدون تعدیل و اصلاح به دست نیامد. در پرونده آیتون در استرالیا، طرفین قرارداد پیمانکاری، پیش از ارائه درخواست به دادگاه، بر سر امکان ارجاع اختلاف به میانجی گری و داوری، با یکدیگر بحث و گفت و گو کردند.

به دلایل زیر استدلال شد که نهاد میانجی گری از قطعیت کافی برخوردار نیست :

۱. در صورت موافقت و انتصاب میانجی، هیچگونه قانونی برای پرداخت پاداش و حق الزحمه به وی وجود نداشت؛
۲. اگر طرفین با وجوه پیشنهاد شده توسط چنین میانجی موافق نباشند، تکلیف چیست؟
۳. اگر میانجی مورد توافق، به هر دلیلی از انتصاب صرف نظر کند چه اتفاقی خواهد افتاد؟

"نهادهای جایگزین حل اختلاف به عنوان پیش شرط اصلی مناقشه در دادگاه (عناوین ذیل همان است که در حکم قضاوت آورده شده است) :

به جز مواردی که داوری ارائه میدهد، مبنای قانونی دیگری در اجرای تصمیمات نهاد حل اختلاف، وجود ندارد. (قانون داوری تجاری ۱۹۸۴)

با این وجود، روشن است که اگر طرفین به توافق برسند، دادگاه باید دستور اجرای این توافقنامه را به عنوان پیش شرطی برای آغاز

دادرسی صادر کند. (هوپر بیلی)

42

برای دستیابی به اجرای چنین توافقی، ضروری است که توافقنامه به شکل پرونده اسکات علیه اوری باشد - یعنی به عنوان شرط قبلی بیان شده باشد. به نظر نمیرسد که چنین شرطی به اصول کلی قانون یا حقوق یکی از طرفین دعوا خدشه ای وارد کند، بلکه تنها صلاحیت دادگاه را تا زمانی که داوری به پایان برسد، به تعویق می اندازد. علاوه بر این، همانطور که قبلاً ذکر شد، رأی به وسیله منع طرفین از توسل به روش های حل اختلاف دیگر، اجرا خواهد شد. (در حین اجرای رأی داوری، طرفین حق مراجعه به نهاد حل اختلاف دیگری را ندارند.)

43

اگر رویه اجرای رأی دقیق و جامع نباشد، دادگاه با استناد به این مطلب، اقدام به تعویق اجرای رأی نخواهد کرد.

44

قاضی این پرونده، توجه زیادی به الزام حسن نیت مبذول داشت و اهمیت آن را در تعیین اینکه آیا توافق کافی برای مذاکره وجود دارد یا خیر، متذکر شد.

روشای منطقه ای متفاوت و خاص

آلمان:

در حقیقت، دادگاه های آلمان قبلاً حکم به اجراء شدن رویه های هیئت حل اختلاف داده اند. این یک پیشرفت بسیار مهم است (نه کوچک)، زیرا چندین کشور بزرگ تجاری جهان مانند: روسیه، یونان و ترکیه، دارای قوانینی هستند که از همین مدل آلمانی الهام گرفته اند. اصولاً در آلمان، نهاد سازش نهادی رایج است که پس از تحولات اخیر در اکثر ایالت های فدرال، نهاد مصالحه در شروط خاص اجباری شده است. اگر این دادرسی های اجباری در ابتدا به نتیجه نرسند، ادعایی که در دادگاه های ایالتی مطرح می شود، ناروا و غیرقابل قبول است. دیوان عالی فدرال آلمان، بارها و بارها حکم کرده که ادعایی که پیش از تلاش برای سازش مطرح شده باشد، در دادگاه غیرقابل قبول است.

در سال ۱۹۹۸، دادگاه فدرال در « قراردادهای ادغام و جمع آوری مالیات » حکمی صادر کرد که میگوید: در صورت اختلاف در چنین قراردادی، ابتدا باید هیئت مهندسين مالیاتی صالح (یک نهاد تخصصی برای افرادی مانند انجمن قانون یا شورای وکلا) تشکیل شود. و هرگونه ادعایی که پیش از تشکیل چنین هیئتی در دادگاه مطرح شده باشد، مسموع نخواهد بود. با این حال، این مسئله، در این مورد خاص صدق نمی کند، چرا که روند مصالحه آغاز شده توسط مدعی را نمی توان تکمیل کرد، زیرا متهم از پرداخت سهم خود از هزینه های هیئت خودداری کرده است. دادگاه عالی فدرال در این مورد حکم کرد که متهم در نتیجه این عمل، از تمسک به نهاد سازش و مصالحه منع شده است زیرا این امر استفاده غیرقابل قبول از حقوق است. در مورد هیئت های حل اختلاف نیز، دادگاه فدرال اظهار می دارد که این نهاد دارای همان روح و هدف و اثر نهاد داوری است. با این تفاوت که نهاد داوری برای همیشه ارجاع به دادگاه ایالتی را منع میکند. دادگاه فدرال معتقد بود که عدم پذیرش استدلال حقوقی که بخشی از اعتراض حسن نیت هستند، باید مانند موارد مربوط به بندهای داوری مورد ارزیابی قرار گیرد. در نوامبر ۱۹۸۷، دادگاه فدرال حکم کرده بود که توافق داوری، هر دو طرف را ملزم می کند تا در روند داوری همکاری داشته باشند. به ویژه اینکه اطلاعاتی که معمولاً دادگاه های داوری نیاز دارند را به طور نسبی با آنها به اشتراک بگذارند. این مسئله در مورد قرارداد صلح و سازش نیز، صدق میکند. ۲ مسئله در مورد این قضاوت اهمیت به سزایی دارند:

نخست اینکه این حکم، لایحه اولیه دیوان عالی فدرال که بیان میدارد: (تا زمانی که اقدام اشی جویانه برای نقض توافق نامه در دادگاه های دولتی مطرح نشده باشد، هیچ ادعایی قابل پذیرش نیست)، را مورد تأیید قرار می دهد. ثانیاً، دادگاه عالی فدرال با اعطای اثری مانند اثر قرارداد داوری، به طور کلی بر اهمیت توافقنامه های حل اختلاف تأکید می کند و عدم قطعیت احتمالی چنین بندهایی را کاهش می دهد. این حکم، نظر یک مقام قضایی دادگاه عالی منطقه ای فرانکفورت، را که پیشتر این چنین بیان کرده بود را (اگر نتیجه رأی بر علیه یکی از طرفین باشد، این مسئله کاملاً طبیعیت است که وی از هرگونه پیش پرداختی سر باز زند. بنابراین، بدیهی است که قصد دیوان عالی فدرال این بوده است که سیاست هایی را در مورد تأثیر توافق نامه های سازش تعیین کند.

فرانسه

رویکرد دادگاه های آفریقای جنوبی و استرالیا می تواند در مقایسه با تصمیمات اخیر دادگاه های فرانسه مفید باشد. در ۲۹ آوریل ۲۰۰۳، داور دادگاه کیفری بین المللی (آی سی سی) به طور کامل و صریح از آزادی قراردادی طرفین، حمایت کرد. در آن پرونده، ۲ شرکت ملی نفت کنگو قراردادی را در مورد فروش بنزین با شرکت توتال کنگو امضا کرد که نمونه ای از همان داوری به کار گرفته شده در دادگاه کیفری بین المللی بود. به دنبال رویه مصالحه پیش از دادرسی، دادگاه کیفری بین المللی، آقای پیر ترسیر را منصوب کرد که تصمیم گرفت، تا زمانی که دیوان داوری رای خود را نداده است، نمی توان اجرای توافق را یک طرفه متوقف کرد. این امر به طور مؤثری مانع از آن شد که تا زمانی که روند داوری یا دادرسی برقرار است، یکی از طرفین بتواند اقدام به توقف روند اجرای آن شود. مدعی از دادگاه استیناف خواست که تصمیم آقای ترسیر را به دلیل عدم احترام به حوزه قضائی خود باطل کند. وی افزود که تصمیم او تنها ارزش یک حکم داوری را دارد. دادگاه تصریح کرد که: تصمیم مصالحه پیش از دادرسی به استناد قضیه دادگاه کیفری بین المللی، معتبر بوده و طرفین بدون هیچگونه تأخیری موظف به اجرای آن هستند.

بنابراین، ادعای جمهوری کنگو و SNCP غیرقابل قبول بود. دادگاه تجدیدنظر این استدلال را که تصمیم شخص ثالثی که به عنوان داور عمل می کند باید همانند حکم داوری فرض شود را رد کرد و خاطرنشان کرد که دادگاه کیفری بین المللی به دقت از توصیف مصالحه پیش از دادرسی به عنوان داوری اجتناب کرده است. در

این نامه آمده است که طرفین توافق کرده اند که دستور مصالحه گر را بدون تاخیر اجرا کنند و آقای ترسیر، دارای اختیار مورد توافق طرفین است. بنابراین دادگاه، حکم منع این درخواست (تساوی داوری و مصالحه پیش از دادرسی) را اعلام کرد. در واقع، تاثیر الزام آور توافق نامه های صلح در محاکم فرانسه به تصمیم ۱۴ فوریه ۲۰۰۳، در پرونده پیر و تربیر باز میگردد. در این پرونده، هرگونه ضمانت نامه بانکی، پیش از دعوت به مصالحه باطل تلقی شده است. پوئر و تربیر، سهام خود را وارد سرمایه شرکتی دیگر کرده اند. قرارداد واگذاری، هم ضمانتی را به نفع عامل انجام داده بود و هم در یک بند دیگر، شرطی مقرر داشته بود که کلیه اختلافات مربوط به قرارداد، قبل از هرگونه اقدام قانونی، ابتدا باید به دو میانجی گر ارائه میشدند. پوئر (مدعی)، تربیر (متهم) را تحت ضمانت، دعوت به مصالحه کرد. متهم اینگونه استدلال میکرد که شاکی به شرط مصالحه اولیه احترام نگذاشته و برای نقض آن، بهانه ای غیر منطقی ارائه داده است. دیوان عالی مقرر داشت که: بند مصالحه قابل اجرا بود و درخواست ضمانت نامه قابل قبول نیست.

در یادداشتی در این مورد و تصمیم دیگر با همان نیروی مشابه در آن دوره، پروفیسور چارلز جاروسون اشاره می کند که ادعای مدعی، تصمیمی غیرقابل قبول است، اما زمانی که در دادگاه بیان شود، ممکن است داوران این ادعا را بپذیرند. پروفیسور جاروسون می افزاید که این تصمیم در داوری هایی که مصالحه اجباری، پیش شرط تأثیر داوری است، اهمیت به سزایی دارد. با راه حل این موضوع، دادگاه قادر خواهد بود، ادعای «غیر قابل پذیرش» را شناسایی کرده و اجرای آن را تا زمان پذیرش یا رد این ادعا به تاخیر بیندازد. داور بدون صلاحیت و بدون مسئولیت، اختیار عمل نخواهد داشت. پروفیسور جاروسون اشاره می کند که این پرونده، مشابه پرونده دادگاه عالی انگلیس در پرونده کابل و بی سیم با مسئولیت محدود ۹۳ از ۱۱ اکتبر ۲۰۰۲ است، که طی آن قاضی کولمن رسیدگی دادگاه را به تعویق انداخت و طرفین را ملزم ساخت که پیش از آن، الزامات قراردادی (مصالحه و...) را برای دادگاه تجدید نظر رعایت کنند. در واقع این راه حل مشابه آن چیز است که در بسیاری از احکام نظام کامن لا، بدان عمل میشود. پروفیسور جاروسون همچنین اشاره می کند که در تصمیم گیری بندر رویال و پبای و سمپر در ۲۳ مه ۲۰۰۱، محدودیتهایی برای این اصل وجود دارد. اما مدعی محدود به شرط اولیه سازش نیست و می تواند در موارد اضطراری، ادعایی مخالف کند. همچنین گفته می شود که دادگاه های فرانسوی در سال ۲۰۰۳ تأیید کردند که این رویکردهای حل اختلاف قراردادی، برای میانجی گری در پرونده نگره نیز بکار رفته است. در این مورد، طرفین قراردادی را امضا کردند که در آن نگره مشاور شرکت ویوندی برای دستیابی به بازار چین شده است. شرط موجود در توافق حل اختلاف مطرح در قرارداد چنان بود که تمامی اختلافات طبق قانون فرانسه و قوانین دادگاه کیفری بین المللی و در فرانسه حل و فصل خواهد شد. نگره رو به دادگاه تجاری گفت: داوری در این مورد ممکن نیست چون این قرارداد، بین المللی نیست (بلکه بین دو شهروند فرانسوی است)، دلیل برپایی داوری برای من روشن نیست و هزینه گزافی برای من در بر خواهد داشت. دیوان عالی کشور همه این استدلال ها را رد کرد و تأیید کرد که شرط داوری هنوز مؤثر است. بدون آنکه صراحتاً اعلام شود، نمیتوان توافق میانجیگری را به منزله نقض توافق داوری قلمداد کرد.

اشکال استاندارد قراردادهای پیمانکاری

اگرچه ممکن است اشکال دیگری نیز موجود باشد اما اکثر قراردادهای حل اختلاف پیمانکاری، به قواعد و رویه های مندرج در قوانین اساسی محدود می شود که اکثر آنها، بر اساس فرمی استاندارد تدوین میشوند. منابع زیادی برای دستیابی به این فرم های استاندارد در صنعت ساختمان وجود دارد. در سطح بین المللی، میتوان به آن هایی اشاره کرد که توسط فدراسیون بین المللی مهندسان مشاور منتشر شده اند. این سازمان طیف گسترده ای از فرم ها را برای استفاده در پروژه های مهندسی منتشر می کند. مشهورترینشان، آنهایی هستند که حاوی شروط قرارداد در کارهای پیمانکاری است که معمولاً به عنوان کتاب قرمز نامیده می شود، که یک فرم اندازه گیری سنتی است که توسط کارفرما تهیه و طراحی میشود. فرم های دیگری نیز وجود دارند که بیشتر در زمینه طراحی و نقشه کشی ساختمان کاربرد دارند. این کتاب به عنوان کتاب زرد شناخته می شود. همچنین کتاب نقره ای با عنوان شروط قرارداد برای پروژه های مهندسی، خرید و پیمانکاری وجود دارد. این فرم ها زمانی کاربرد دارند که یک نهاد مستقل، مسئولیت مهندسی، تهیه تجهیزات و پیمانکاری یک پروژه مهندسی را تا پایان کار و تحویل کلید بر عهده بگیرد. پس از آن به **کتاب طلایی** میرسیم که تمامی موارد کتاب نقره ای را به علاوه جنبه عملیاتی ای که به آن اضافه میکند، ارائه میدهد. همچنین فرمی تحت عنوان نسخه هماهنگ وجود دارد که مجموعه ای است که اساساً کتاب قرمز را بازنویسی می کند، با این تفاوت که توسط بانک های بزرگ جهان برای پروژه های زیربنایی بین المللی استفاده می شود. فرم کوتاهی نیز وجود دارد که برای امور با ارزش پایین تر مورد استفاده قرار میگیرد. در مقیاس محلی تر، در انگلستان، شناخته شده ترین سری از فرم های در حال استفاده توسط دادگاه قراردادهای مشترک منتشر می شود که اعضای آن بیشتر از سازمان های پیمانکاری حرفه ای، از جمله مؤسسه سلطنتی معماران بریتانیا، مؤسسه سلطنتی نقشه برداران خبره، انجمن

دولت محلی، انجمن مهندسين مشاور، انجمن معماران و سايرين هستند. جی سی تی یک فرم استاندارد از قرارداد ساخت از سال ۱۹۰۹ و همچنین تعدادی از اشکال دیگر از جمله شکل ساده قرارداد، قراردادهای فرعی کوچک، شکلی از قرارداد با طراحی پیمان کار و همچنین یک قرارداد مدیریت را منتشر کرده است. موسسه مهندسان عمران، نسخه ویژه خود از قراردادها را منتشر می کند که کاربرد بیشترشان برای استفاده در کارهای مهندسی شهری است. فرم های اندازه گیری سستی (چاپ هفتم)، فرم طراحی و ساخت و کارهای کوچک از جمله این فرم ها هستند. همچنین مجموعه یکپارچه قراردادها، قراردادهای فرعی و انتصاب مشاوران شامل سیستم قرارداد مهندسی جدید را منتشر می کند. گروه دیگری که فرم خاص خود را منتشر می کند، انجمن معماران مشاور است که قراردادهای اصلی و فرعی برای کارهای پیمانکاری را پوشش می دهند. علاوه بر این، یک شکل دولتی از قرارداد برای ساخت و مهندسی عمران وجود دارد که با نام جی سی ورکس شناخته می شود که برای کارهای کوچک، کارهای مکانیکی و الکتریکی و برای اهداف دیگر نیز شکل می گیرد. علاوه بر اینها، موسسه مهندسان مکانیک، موسسه مهندسان برق و انجمن مهندسان مشاور، فرم خود از قرارداد را منتشر می کنند.

استفاده از این فرم های توافق

مشکل استفاده از قراردادهای فرم استاندارد این است که آن ها زمینه بسیاری را باز می گذارند که ممکن است در آن خطا رخ دهد، به خصوص اگر افراد نامتخصص یا آن هایی که در ریزه کاری های قرارداد ساخت و ساز بی تجربه اند، آن ها را آماده کنند. بنابراین، در استفاده از قراردادهای فرم استاندارد، بسیاری از اوقات طرفین سعی می کنند این فرم های استاندارد را اصلاح کرده و اغلب این کار را نادرست انجام دهند یا اینکه جاهای خالی را به اشتباه پر می کنند و در نتیجه منجر به نتایج فاجعه بار در طول مراحل ساخت می شود. ممکن است به دلیل ناسازگاری در قرارداد اصلاح شده، اختلاف ایجاد شود، زیرا در صورتی که یک توافق، در فرم استاندارد ایجاد نشود، می تواند مشکلاتی را ایجاد کند که هرگز نباید به وجود می آمد.

مقررات فرم های استاندارد

اکثر فرم های پیمانکاری استاندارد حاوی مقرراتی هستند که میزان مسئولیت پیمانکار را برای طراحی و همچنین در قبال کار معیوب تعیین می کنند. افزون بر این، این فرم ها روش و شیوه ای ارائه می دهند که چگونگی برخورد با دگرگونی ها و شرایطی که پیمانکار می تواند در ازای این تغییرات یا تاخیر در پیشبرد کارها، و همچنین چگونگی جبران خسارت پیمانکار و نیز روند پرداخت ها به پیمانکار، بیان مینماید. بدون شک مسئولیت مربوط به بیمه و نقض یا فسخ قرارداد توسط هر یک از طرفین را، بندهای اضافی بر عهده می گیرند. با این حال، مقررات اصلی مورد پوشش عبارتند از "شروط قرارداد"، که شامل موارد کلی مربوط به تعهدات پیمانکار در مورد: کیفیت کار؛ زمان تکمیل؛ تغییرات؛ تمدید زمان؛ خسارت تأخیر؛ خاتمه کار؛ و برخی از انواع حل اختلاف، داوری، میانجیگری یا هیئت حل اختلاف است.

سایر موارد مورد نیاز در چنین قراردادی شامل مشخص ترین موارد - مانند نقشه برداری، صورت حساب پرداخت ها و... می باشد. بیشترین کاربرد "سند روش کار پیمانکار" در زمینه تکمیل پروژه و "برنامه ریزی سرعت پیشرفت کار" است، به ویژه هنگام تلاش برای ارزش گذاری تغییرات و مواردی که هیچ صورتحسابی وجود ندارد مورد استفاده قرار می گیرد. یک توافق فرم استاندارد مناسب، روشی را برای حل و فصل اختلافات درون مدارک ارائه می دهد که به عنوان مثال، ضمانتنامه های تابع مقالات، شروط و ضمیمه قرارداد بوده و باید با تصمیم مهندس یا معمار با این اختلاف ها برخورد شود. با این حال، در غیاب چنین رویه ای برای حل تعارض، قاعده کلی این است که همه اسناد قرارداد باید با هم خوانده شده و در صورت امکان با یکدیگر ترکیب داده شوند تا تفسیر معقول حاصل شود. اگر این کار امکان پذیر نباشد، آن قسمت از اسناد که ممکن است تصور شود قصد اصلی طرفین را دارد، دارای اولویت خواهند بود، مانند مواردی که پیش نویس سفارشی بر نسخه چاپی اولویت دارد.

روشهای پیمانکاری ساختمان

روش های مختلفی وجود دارند که در آن ها یک پروژه ساخته می شود. مسائل شامل در دسترس بودن تامین مالی، میزان ریسک که کارفرما می خواهد به عهده بگیرد و بالعکس. (این که هر پیمان کار می خواهد چه میزان از ریسک را تقبل کند) و همچنین مسائل اضافی در مورد محل پروژه، مصالح مورد استفاده و استفاده از پروژه تکمیل شده. طی سال ها روش های زیادی در قراردادهای ساخت و ساز ایجاد شده است، همه به یک طریق با تغییر خطرات (و مسئولیت ها) باید توسط کارفرما یا پیمان کار انجام شود و این روش های مختلف اساس بسیاری از اختلافات ناشی از ساخت و ساز را شکل می دهند. لازم به ذکر است که چندین روش متمایز برای انعقاد قرارداد توسعه یافته اند و ریسک ها و مسئولیت های ساخت و ساز بین کارفرمایان و پیمانکاران را به روش های مختلفی تقسیم کرده اند، مانند: مبلغی که به پیمان کار برای طراحی یا مدیریت

پروژه پرداخت می‌شود. شکل قرارداد مورد استفاده در هر شرایطی شامل تقسیم ریسک بین کارفرما و پیمان کار (و پیمانکاران فرعی) و همچنین تعیین اینکه آیا پیمان کار مسئول طراحیست یا کارفرما، میشود. مسئولیت پیمانکار نه تنها طرح و ساخت پروژه، بلکه اجرای پروژه از طرف کارفرما برای مدت زمان معینی پس از تکمیل کار را نیز به عهده می‌گیرد، که در این زمان اختلافات بیشتری به وجود می‌آید.

روش سنتی

در این روش پروژه توسط کارفرما (معمولاً معمار و یا مهندس کارفرما) طراحی می‌شود و این کارفرماست که مستقل از پیمانکار و معمار، طراحی و ساخت پروژه را به دست می‌آورد. این روش از سال‌ها پیش به طور معمول مورد استفاده قرار می‌گرفته و اساس عمده ترین شکل های مهندسی عمران از جمله کتاب قرمز فیدیک (فدراسیون مهندسان مشاور) می‌باشد. زمانی که طرح دریافت می‌شود، توسط نقشه‌بردار کارفرما به مقدار تبدیل می‌شود. سپس صورت حساب مقادیر و طراحی ها و مشخصات آن ها به مناقصه گذاشته می‌شود و پیمانکاران مختلف می‌توانند طراحی، مشخصات و صورت حساب را پیش از مناقصه بررسی کنند. پس از انتخاب، در حالی که کارفرما (و طراحان آن) مسئول هرگونه نقص در خود طرح هستند، پیمانکار مسئول شروع پیمانکاری بر اساس نقشه است. هنگامی که پیمانکار اصلی انتخاب می‌شود، ممکن است بخشی یا تمام کارها را به پیمانکاران فرعی که قبلاً توسط متخصصان طراحی کارفرما "نامزد" شده اند یا پیمانکاران فرعی "داخلی" که توسط پیمانکار اصلی انتخاب شده اند، واگذار کند. اغلب، این پیمانکاران فرعی برای تخصص خود انتخاب شده اند و مسئول جنبه های خاصی از طراحی کار خود خواهند بود.

روش طراحی-ساخت

در این روش، کارفرما با پیمانکار قرارداد می‌بندد که وی مسئول همه جنبه های پروژه، از جمله طراحی و ساخت است و کارفرما خود را از هرگونه مسئولیت مبرا کرده و کل مسئولیت ساخت را بر عهده پیمانکار می‌گذارد. این قراردادهای گاهی قراردادهای «تحويل کلید» شناخته میشوند، یعنی تمام کار را پیمانکار انجام می‌دهد و پس از تکمیل «کلید» به کارفرما می‌دهد. در این روش پیمانکاری، کارفرما شروط لازم را فراهم می‌کند و بر اساس این لیست از الزامات، پیمانکار به طراحی و ساخت می‌پردازد. چنین قراردادهایی معمولاً توافق جمعی هستند و این جمع کل، همان چیز است که کارفرما درخواست کرده است.

روش مدیریتی (در عقد قرارداد)

این روش از روش سنتی آمده است که در آن «پیمانکار ارشد» با روش سنتی مسئولیت را بر عهده می‌گیرد، اما در واقع هیچ مسئولیت مستقیمی بر عملکرد واقعی پیمانکاران آن ندارد. در حالی که کارفرما هنوز تیم طراحی حرفه‌ای خود را دارد (جایی که اغلب پیمانکار ارشد به عنوان عضوی از تیم حرفه‌ای کارفرما عمل می‌کند)، پیمانکار ارشد، تعدادی از پیمانکاران فرعی را استخدام می‌کند که در عمل پیمانکاری او را یاری دهند. نقش پیمانکار ارشد، به طور مؤثر به مدیریت و هماهنگی عملکرد پیمانکاران فرعی محدود می‌شود که معمولاً به آنها «پیمانکاران پروژه» گفته می‌شود. پیمانکار ارشد معمولاً تحت حمایت شروط قراردادی است، که در صورت عدم پرداخت تعهد پیمانکار نسبت به کارفرما، مسئولیت پیمانکار ارشد به مراتب از پیمانکاران فرعی کمتر است. پیمانکار ارشد معمولاً برای خدمات خود هزینه ای می‌پردازد که معمولاً با استفاده از یک فرمول و بر اساس هزینه واقعی کار محاسبه می‌شود و به همین دلیل قرارداد مدیریت را به جای پرداخت یک قلم قرارداد، آن را به صورت بازپرداخت اقساطی در می‌آورد.

روش مدیر پیمان

یکی از انواع مدل های قراردادی مدیریت چیزی است که به عنوان "مدیر پیمان" شناخته می‌شود. بر اساس این سیستم، مدیر پیمانکاری از زنجیره قرارداد حذف می‌شود و فقط یک مشاور دیگر ساختمان است که مستقیماً توسط کارفرما استخدام می‌شود. بر اساس این سناریو، کارفرما مستقیماً تمام مشاغل را که به عنوان روش پیمانکاری فرعی با پیمانکار اصلی به روش سنتی کار می‌کردند، به کار می‌گیرد و مدیر پیمانکاری نیز مسئول تلاش های خود برای تکمیل پروژه است. بنابراین مسئولیت مدیر پیمانکاری مانند سایر تیم‌های طراحی، محدود به استفاده از مهارت و مراقبت معقول در انجام وظایف خود است و برای عملکرد واقعی پیمانکاران تجاری هیچ مسئولیتی ندارد (مگر اینکه با کارفرما موافقت کرده باشد)

روش های متفرقه

در طی سال‌ها روش‌های مختلف پیمانکاری تکامل یافته است. بسیاری از این روش‌ها بر اساس تغییر روش‌های سنتی انجام می‌شوند و برخی از آن‌ها شکل‌های مختلفی از روابط موجود را با قالب جدیدی ترکیب می‌کنند. یکی از این روش‌ها مشارکت است که در آن، کارفرما، مشاوران، پیمانکار اصلی و متخصصان کلیدی همه یک توافقنامه مشارکت را امضا می‌کنند و طراحی، قیمت و اعضای زنجیره تامین به صورت مشترک و با یکدیگر تکمیل می‌شوند. در این توافقنامه جمعی مرکزی از افراد به نمایندگی از اعضای تیم مشارکت تشکیل می‌شود. گروه مرکزی، یک سیستم هشدار اولیه را برای مشکلات راه اندازی می‌کند و بازبینی‌های منظم پیشرفت و عملکرد را انجام می‌دهد.

موقعیت بر اساس شاخص‌های کلیدی عملکرد اندازه‌گیری می‌شود و پرداخت نیز، به عملکرد در مقابل شاخص‌های عملکرد مرتبط است. معمولاً از این نوع قرارداد برای پروژه‌های بخش دولتی استفاده می‌شود که به دلایل مالی، به کمیسیون با تجربه اجازه داده می‌شود تا در کنار هم قرار گیرند و پروژه‌های عمومی مانند مدارس، بیمارستان‌ها و زندان‌ها را بسازند و نه تنها طرح را طراحی کنند، بلکه پروژه را ساخته و نگهداری کنند و همچنین خدمات تعیین شده برای مدت زمان قرارداد که ممکن است ۲۵ یا ۳۰ سال باشد را ارائه کنند.

قالب‌های عملکرد و پرداخت‌های قراردادی

قراردادهای سنتی پرداخت به صورت یک قلم

سنتی‌ترین و قدیمی‌ترین شکل قرارداد است که این نوع قرارداد به گونه‌ای تنظیم می‌شود که پیمانکار، کاری مشخص را در مقابل مبلغی معین که از پیش توافق شده است، انجام دهد. یعنی قیمت تعیین شده برای مقدار معینی از کار، که در آغاز هم قیمت و هم کار تعیین می‌شود. گاهی از این قرارداد به عنوان "قرارداد کل" یاد می‌شود به این معنی که حق پرداخت پیمانکار بستگی به اتمام کارها دارد. برای این نوع قرارداد جای هیچ بحث و گفت و گویی بازنبوده و نقشه‌ها و مشخصات باید تمام و کمال باشد و قبل از اینکه کار به مناقصه گذاشته شود، اندازه‌گیری شود. که این کار شامل توصیف دقیق کار در حال ساخت و صورتحساب‌های کمی است که طبق یک روش اندازه‌گیری استاندارد منتشر شده، محاسبه می‌شود. در این نوع قرارداد هرگونه حذف نقشه‌ها و مشخصات منجر به آن می‌شود که پیمانکار مبلغ اضافی (خسارت) بیش از قیمت اصلی قرارداد دریافت کند. علاوه بر این، هر گونه تغییر در قرارداد به دلیل تغییر حوزه کارها یا هر شرط پیش‌بینی نشده دیگر، پیمانکار را مجاز به تقاضای بازپرداخت برای هر تاخیر بر اتمام قرارداد ناشی از امور تحت کنترل کارفرما می‌سازد. مسأله دیگری که در این نوع قراردادها ایجاد می‌شود مربوط به تغییرات هزینه مواد، تورم و سایر تحولات اقتصادی است. در این رابطه، بسیاری از این قراردادها روشی را برای محاسبه مجدد نرخ‌ها و قیمت‌های مذکور ارائه می‌دهند که تورم را در طول مدت قرارداد به طور دقیق منعکس می‌کند و این "پیوند به شاخص اقتصادی"، راهی برای تعدیل هر گونه نوسان در مواردی مانند نرخ مالیات‌های محلی و ملی، هزینه‌های کار/مواد و اقلام مرتبط، می‌باشد.

قرارداد با بالاترین قیمت تضمین شده

این شکل از قرارداد مشابه قرارداد پرداخت یک قلم است اما در واقع نوعی بازپرداخت هزینه برای پیمانکار است. هدف آن جلوگیری از تخطی هزینه بین پیمانکار و کارفرما است که ممکن است به عنوان یک نوع خاص از قرارداد بازپرداخت هزینه تلقی شود. علاوه بر آن، مکانیزمی برای کنترل میزان هزینه پیمانکار ارائه می‌شود که حداکثر قیمت را برای مبلغی که کارفرما باید برای کل پروژه بپردازد، تحمیل می‌کند. بنابراین، مسئولیت بر عهده پیمانکار گذاشته می‌شود تا اطمینان حاصل شود که هیچ خطایی در قیمت‌گذاری یا سایر جزئیات پروژه وجود ندارد. اما باید توجه داشت که این نوع قرارداد معمولاً با تغییر حداکثر قیمت تضمین شده برای برخی اقلام، در محدوده اختیارات کارفرما قابل تغییر است.

قرارداد سنجش مجدد

یک راه دیگر برای انجام این کار، فرم سنجش مجدد قرارداد است که تفاوت آن با قرارداد پرداخت یک قلم در آن است که پرداخت برای کار انجام شده به صورت کامل محاسبه می‌شود و پرداخت براساس آن صورت می‌گیرد. مزیت پیمانکار در این شروط این است که وقتی کار تمام شد، دستمزد تمامی امور انجام شده (نه فقط اموری که از قبل پیش بینی شده بود) پرداخت می‌شود. چنین قراردادهایی معمولاً در زمینه مهندسی عمران مورد استفاده قرار می‌گیرند که تعیین دقیق مقدار کار مورد نیاز، از جمله مواردی که شروط زمین نمی‌تواند به طور کامل مشخص شود، دشوار است. آن‌ها همچنین زمانی مورد استفاده قرار می‌گیرند که کار نمی‌تواند به طور کامل وارد مرحله

مناقصه شود، مانند جایی که طرح‌ها به طور کامل تکمیل نمی‌شوند. از نقطه نظر کارفرما، مقدار برآورد شده نیز مفید بوده و در نتیجه به پروژه اجازه می‌دهد تا حتی در صورت عدم وجود استراتژی و نقشه‌های کامل ادامه یابد. به طور کلی، محاسبه نهایی برای پرداخت براساس "نرخ واحد‌های ارایه‌شده" است و اغلب نوسانات و تغییرات را مانند یک قرارداد پرداخت یک قلم امکان پذیر می‌سازد.

قرارداد بازپرداخت مبلغ کل (هزینه کار + دستمزدها)

این نوع قرارداد ریسک را تا حدی کاهش می‌دهد که علاوه بر مبلغ و هزینه‌های واقعی، درصدی بعنوان پاداش به پیمانکار پرداخت میشود. این نوع قراردادها غالباً در قراردادهای دولتی (قراردادهای تأمین و قراردادهای کار) مورد استفاده قرار می‌گیرد و در شرایطی که در موقعیت‌های تحقیقاتی طولانی، بسیار مفید است. در این نوع قراردادها، هزینه‌های پیمانکار را می‌توان به طرق مختلف محاسبه کرد. متداول‌ترین روش شامل هزینه‌های واقعی آن به اضافه هزینه ثابت است که در آن هزینه به صورت یک قلم یا درصد به درصد با توجه به هزینه کلی برآورد شده آثار کار، پرداخت می‌شود. همیشه استدلالی وجود دارد که با استفاده از چنین شکلی از قرارداد، پیمان‌کار هیچ انگیزه‌ای برای حداقل نگه داشتن هزینه‌ها به میزان هزینه‌های واقعی که متحمل شده است ندارد. با این وجود، روشی برای پرداخت مبلغ به همراه هزینه‌های متغیر به پیمان‌کار است که در آن، هر افزایش قابل‌توجه یا کاهش در هزینه واقعی کارها در مقدار سرمایه اولیه تنظیم می‌شود و ممکن است براساس نوعی سیستم برآورد خطی یا استوانه‌ای با مقادیر اصلی پروژه مقایسه شوند.

قراردادهای با مبلغ هدفمند (از پیش تعیین شده)

قراردادهای هزینه هدف، در جایی مفید هستند که هزینه پیمانکار، هزینه نهایی و واقعی کارها و هزینه اولیه یا بودجه بندی شده متفاوت است، که به پیمانکار انگیزه‌ای برای کنترل هزینه‌ها می‌دهند. در این شروط کارفرما و پیمانکار هزینه مورد نظر را به عنوان برآوردی برای کارها توافق می‌کنند و همچنین فرمولی برای پرداخت مبلغی به عنوان تشویقی، تهیه میکنند که در صورت لزوم، طرفین می‌توانند این هزینه‌ها را در حین انجام کار تنظیم کنند تا تغییرات و سایر موارد را در نظر بگیرند. پس از اتمام، هزینه هدف گذاری شده با هزینه‌های نهایی واقعی مقایسه می‌شود، و هزینه اولیه توافق شده به پیمانکار طبق فرمول مورد توافق قبلی تغییر می‌کند.

فصل دوم

قرارداد پیمانکاری

نحوه شکل گیری

تمام کارهای پیمانکاری بر اساس قرارداد است، چه شفاهی باشد و چه کتبی، اما اولین سوالی که باید پرسید این است که آیا در واقع اصلاً قراردادی وجود دارد یا خیر؟ یک قرارداد ساختمان باید رابطه بین طرفین را مشخص کند تا هر یک بدانند چه چیزی قرار است ساخته شود، چقدر طول بکشد و هزینه آن چقدر است. به عبارت ساده، یک قرارداد، تبادل وعده‌هایی است که نقض آن منجر به راهکار قانونی می‌شود. بنابراین، اساس قرارداد ساختمان، مانند هر قرارداد دیگری، توافق است. باید نقطه‌ای وجود داشته باشد که طرفین در مورد شروط قرارداد که می‌خواهند به توافق برسند، یک نظر باشند و به طور کلی زمانی قرارداد ایجاد می‌شود که طرفین به آن نقطه برسند.

تعریف قرارداد

در حالی که این کتاب به مواردی می‌پردازد که در قراردادهای پیمانکاری بوجود می‌آیند و باعث حل و فصل حقوقی می‌شوند، ضروری است که ابتدا بازنگری در اصول حقوق قراردادهای انجام شود. کلمات "قرارداد" و "توافق" مترادف هستند و در کلمه "توافق" است که ماهیت واقعی قراردادهای پدیدار می‌شود.

اصل همه اختلافات قراردادی است زیرا بدون توافق طرفین در مورد اصل کار و قیمت، چیزی برای اجرا وجود ندارد، یعنی هیچ راه حل قانونی نمی‌تواند وجود داشته باشد. قراردادهای پیمانکاری از وضعیت خاصی برخوردار نیستند و الزامات اساسی برای تشکیل قرارداد که توسط قانون عادی تعیین شده است در مورد همه قراردادهای اعمال می‌شود. بنابراین، هر قراردادی در صورتی منعقد می‌شود که یک پیشنهاد (ایجاب) مناسب وجود داشته باشد، که به طور معتبر پذیرفته شده و طرفین قرارداد دارای توانایی قانونی برای عقد قرارداد و همچنین داشتن قصد لازم برای انعقاد قرارداد هستند. پس از تأیید این امر، لازم است تعیین شود که چه مواردی باید در قرارداد مطرح شود. سرانجام، این مسئله مطرح می‌شود که آیا این قرارداد به منظور غیرقانونی یا قانونی، منعقد شده است. (مشروعیت جهت معامله)

توافق زمانی حاصل می‌شود که ایجابی که قابلیت پذیرش "فوری" دارد، بدون صلاحیت پذیرفته نشود. یعنی افرادی که "در حال انجام توافق" هستند باید از اهلیت لازم برای قرارداد برخوردار باشند و قرارداد نباید نامشخص، غیرممکن یا غیرقانونی باشد. تمامی قوانین قرارداد بر اساس اصل لاتین «پیمان‌ها باید حفظ شوند» بنا شده است، که راهی برای گفتن این است که قرارداد پس از عقد، باید اجرا شود، به آن معنی که به محض عقد قرارداد، امکان نقض آن وجود دارد و برای طرفی که در نقض آن نقشی نداشته، راه حلی موجود است. به طور کلی، قراردادهای زمانی که کالاها و یا خدمات مورد توافق قانونی هستند، برای اجرا نیازی به نوشتن ندارند. توافق شفاهی میان دو طرف نیز می‌تواند یک قرارداد قانونی لازم الاجرا باشد. لازم به گفتن نیست که توافق نامه کتبی برای نشان دادن توافق طرفین بهترین است؛ با این وجود، بیشتر قراردادهای شفاهی هستند، مانند وقتی یک فنجان قهوه یا یک روزنامه می‌خرید و موافقت می‌کنید که قیمت توافق شده را بپردازید. اگرچه بیشتر قراردادهای شفاهی تحت نظامهای قضایی مجاز هستند، اما معاملات خاصی مانند خرید ملک باید به صورت مکتوب انجام شود. اما در اصل، یک قرارداد چیزی بیش از روشی برای بیان حقوق و تعهدات طرفین قرارداد نیست، تا در صورت نقض، هر یک از طرفین آنچه را که توافق کرده‌اند قابل اجرا باشد. قانون مربوط به قراردادهای فقط یک مفهوم حقوق عرفی نبوده و در حقوق مکتوب و سایر کشورها با قواعد متفاوتی بسته به حوزه قضایی مانند: قانون شریعت اعمال می‌شود.

ایجاب و قبول

بر اساس نظام عرفی، الزامات ایجاد قرارداد عبارتند از ایجاب و قبول واقعی، که دستیابی به توافق، به شدت نیازمند توجه کافی به عوض معامله است. علاوه بر این، طرفین باید قصد و نیت لازم برای ایجاد قرارداد (به عنوان مثال، هدیه دادن)، اهلیت قانونی لازم و در نهایت، بسته به حوزه قضایی، تشریفات لازم (کتابی، سند و غیره) را رعایت کنند. لازم به ذکر است که در کشورهای دارای حقوق مکثوب، عوض معامله لزوماً به اندازه حقوق عرفی حیاتی نیست. اینکه آیا قرارداد منعقد شده است یا خیر در پرونده کارلیل و کاربولیک به بهترین وجه مورد بحث قرار گرفت. اگرچه مربوط به حوزه ساختمان نبود اما هنوز عناصر لازم برای وجود ایجاب و قبول معتبر را نشان می دهد، بنابراین یک قرارداد معتبر است. در آن مورد اولیه، یک شرکت پزشکی اعلام کرد که توپ دود آن مانع از آنفولانزای افرادی که از آن استفاده می کنند، می شود و اگر اینطور نباشد، خریداران ۱۰۰ پوند دریافت می کنند. سپس شرکت توپ دودی اعلام کرد که آنها برای نشان دادن حسن نیت خود ۱۰۰۰ پوند در این بانک واریز کرده اند. متأسفانه خانم لوئیزا الیزابت کارلیک توپ دودی را خریداری کرد، از آن استفاده کرد و با اینحال آنفولانزا گرفت. او بلافاصله علیه شرکت اقدام به شکایت کرد. کربولیک استدلال کرد که تبلیغ نباید به عنوان یک پیشنهاد (ایجاب) موثر و از نظر قانونی لازم الاجرا تلقی شود.

این تبلیغ فقط یک "دعوت به معامله ساده" بود. با این حال، دادگاه اعلام کرد که به دلیل اشاره به مبلغ ۱۰۰۰ پوند واریز شده به بانک، به نظر می رسد که کربولیک ایجاب موثر داده است و مردم پول خود را بابت یک محصول ناکارآمد پرداخته بودند. دادگاه در ادامه نوشت: "آگهی را هر طور که بخوانید، و آن را به صورت دلخواه بیچانید، قول و تعهدی در آن بیان شده است که بسیار واضح و غیر قابل انکار است. کربولیک از عبارت "دعوت به معامله" استفاده می کند که از عبارت لاتین "دعوت از" ایجاب آمده است که در واقع بیانگر تمایل به مذاکره است. شخصی که دیگری را به معامله دعوت می کند، قصد ندارد به محض پذیرفتن این مورد توسط شخص مقابل، ملزم و متعهد شود. و این مورد باید از آنچه به عنوان "پیشنهاد الزام آور" که در صورت پذیرش تبدیل به یک قرارداد الزام آور می شود، متمایز شود. تمایز بین ایجاب و دعوت به معامله شامل تبلیغات روزنامه، دادن قیمت در حراج یا مهم تر از همه برای اهداف این کتاب، دعوت به مناقصه در زمینه پیمانکاری است. راه دیگر تجزیه و تحلیل این امر اینست که بدانید وقتی محصولی در روزنامه یا مجله تبلیغ می شود، در حالی که می توان آن را یک پیشنهاد در نظر گرفت، به عبارت دیگر، از تبلیغ کننده دعوت می شود تا پیشنهادات درج شده خود را بپذیرد. این ایده به پرونده پرتریج و کریستن باز می گردد، جایی که تجدیدنظرخواه تبلیغ می کرد که پرند ه های وحشی را بفروشد، اما در واقع، ایجابی برای فروش آنها ارائه نداده بود. دادگاه معتقد بود که این نوع تبلیغات، به عنوان یک ایجاب تجاری نیست، زیرا شخصی که تبلیغات را ایجاد می کند ممکن است در شرایطی قرار بگیرد که از نظر قراردادی موظف به فروش بیشتر از آنچه که متعلق به اوست باشد (به اندازه تبلیغ، کالا موجود نباشد). تمایز پرونده توپ دودی کربولیک، این بود که عوضی در تبلیغاتشان گنجانده شده بود. آنچه دادگاه ها به دنبال آن هستند اینست که آیا واقعاً طرفین ذهنیت مشابهی از قرارداد دارند یا خیر؟

برای به تصویر کشیدن این اصل، اجازه دهید دو نفر را در حال خرید و فروش یک خر در نظر بگیریم. مالک خر می گوید که ۱۰۰ پوند می خواهد و خریدار آینده نگر می گوید فقط ۵۰ پوند می پردازد اما علاوه بر پول، دو جوجه نیز به فروشنده می دهد. فروشنده و خریدار این طرف و آن طرف می روند تا زمانی که خریدار آینده نگر می گوید ۷۵ پوند به علاوه دو جوجه می پردازد و کفش هایش را به فروشنده می دهد. فروشنده موافقت می کند - توافق اراده رخ داده است.

حالا یک موقعیت آشنا تر را در نظر بگیرید. یک پیمانکار، پیشنهاد مناقصه خود را برای ساخت یک گاراژ به مبلغ ۱۰۰۰۰ پوند ارائه می دهد. هیچ اشاره ای به مصالح مورد نظر، مدت زمان ساخت و ابعاد آن نمی کند. صاحب خانه زنگ می زند و می گوید: "قبول می کنم!" آیا توافقی بین اراده ها انجام شده است؟ به دلایل واضح خیر. بنابراین ممکن است یک توافق ناقص باشد، مانند اینجا، که در آن طرفین در مورد ساختمان گاراژ توافق کرده اند اما در مورد سایر نکات مهم به توافق نرسیده اند.

در حالی که گاهی اوقات دادگاه ها می توانند کمک به ایجاد شروط مفقود شده کنند، اما اگر شروط اساسی باشند، توافق شکست می خورد. علاوه بر این، اگر طرفین به صورت "مشروط به قرارداد" توافق کنند اما هرگز در مورد شروط قرارداد توافق نکنند، معمولاً هیچ قراردادی وجود نخواهد داشت. اگر شرطی را مورد توافق قرار دهند که برخی مواقع شروط خاصی را ذکر کنند که در موقع عدم دستیابی هیچ گونه جایگزینی نداشته باشند، ممکن است توافقی غیرقابل اجرا ایجاد کرده باشند. همانطور که در آن مثال مشاهده می شود، بخش اساسی هر قرارداد این است که پیشنهاد دهنده باید جزئیات کافی را ارائه دهد تا پس از پذیرش، برای هر دو طرف لازم الاجرا باشد و توافق اراده رخ دهد. بنابراین، باید شواهدی وجود داشته باشد که نشان دهد طرفین به طور عینی در گیر رفتارهایی شده اند که رضایت خود را نشان می دهند و هنگامی که

طرفین این شروط را برآورده کنند، قرارداد منعقد می شود. "هدف" در این شروط **ظهور ایجاب و قبول** است، نه یک دیدگاه شخصی که آیا طرفین قصد دارند وارد یک قرارداد شوند یا خیر؟ همانطور که در "پرونده توپ دودی" مورد بحث قرار گرفت، تعهد "یک جانبه" در صورت پذیرش تنها بر یکی از طرفین تحمیل می شود که این تعهد می تواند انجام عمل درخواست شده در حاضر یا وعده انجام عمل درخواستی در آینده باشد.

قراردادهای ضمنی

بسیاری از موافقت نامه ها به طور خاص با ارائه پیشنهاد بوجود می آید که پس از آن پذیرفته می شود. این می تواند به صورت شفاهی یا کتبی بیان شود. بسیاری از موافقت نامه ها تحت عنوان "دلالت" ایجاد می شوند. این نوع قرارداد "قرارداد ضمنی" نامیده می شود و قراردادی است که در آن برخی از شروط با کلمات بیان نمی شوند. یک قرارداد ضمنی می تواند دو شکل داشته باشد. قراردادی که در واقع ضمنی است، قراردادی است که در آن شروط حاکی از آن است که طرفین به توافق رسیده اند، حتی اگر صریحاً این کار را نکرده باشند. به عنوان مثال، درخواست از یک سنگ تراش آجری برای ساختن دودکش در خانه، به معنی توافق برای پرداخت هزینه کار انجام شده با قیمت منصفانه است. بنابراین اگر دودکش ساخته شود و مالک از پرداخت آن خودداری کند، به دلیل نقض قرارداد ضمنی برای پرداخت هزینه دودکش ساخته شده، مسئول خواهد بود. این نوع قرارداد ضمنی "شبه قرارداد" نیز نامیده می شود، زیرا در واقع یک قرارداد نیست بلکه یک مکانیسم قانونی برای ایجاد یک قرارداد است که می تواند مبنایی برای جمع آوری وجوه نقد باشد، بنابراین به دادگاه ها اجازه می دهد شرایطی را که در آن یکی از طرفین با رعایت نکردن دقیق قوانین قرارداد به طور بلاجهت دارا می شود، اصلاح کنند. به عنوان مثال، یک پیمانکار درخواست تغییر پروژه می کند زیرا میزان بتن واقع در محل مورد استفاده ۲۰ درصد بیشتر از آنچه در صورت حساب نشان داده شده است، می باشد و کارفرما از این اشتباه سود می برد. کارفرما به طور بلا جهت دارا شده است و مسئول پرداخت آن خواهد بود. این نوع ادعا به عنوان "اجرت المثل" یا quantum meruit نیز شناخته می شود.

اهلیت

عنصر اصلی هر قرارداد اهلیت طرفین است. این یک موضوع کلیدی است و این فرض وجود دارد که هر فرد بزرگسال، شرکت، مشارکت یا شخص حقوقی دیگر حق دارد با اختیار خود قرارداد ببندد. با این حال، مسئله اهلیت پیش می آید، زیرا دسته خاصی از افراد صلاحیت عقد قرارداد را ندارند. مانند ورشکستگان، افراد زیر سن قانونی، به عنوان مثال افراد زیر ۱۸ سال، و مجانین. علاوه بر این، شرکتها و انجمنهای ثبت نشده نمیتوانند اهلیت انعقاد قراردادهای خاص را داشته باشند. قراردادهای منعقد شده با اشخاص فاقد اهلیت ممکن است قابل اجرا نباشد. به طور کلی، مسائل مربوط به ظرفیت قراردادی طرفین در قراردادهای پیمائکاری نادر است و به طور کلی به هویت طرفین قرارداد مربوط می شود، به عنوان مثال، هنگامی که یک پیمانکار فرعی هم به عنوان یک تاجر انفرادی و هم به عنوان یک شرکت با مسئولیت محدود فعالیت می کند یا کارفرما از طریق نمایندگی فعالیت می کند. (اهلیت ممکن است در این موارد پیش بیاید)

عوض معامله

عنصر اصلی دیگر قرارداد این است که برای اثربخشی، نیاز به قصد مناسب دارد، که از طریق آنچه "عوض" نامیده می شود نشان داده می شود. این مفهوم به دلیل نیاز به تمایز قراردادهای از هدایا (صلح و هبه و...) ایجاد شد. یک قرارداد دارای پیامدهای الزام آور است، یعنی دریافت خسارت ناشی از نقض آن، امکان پذیر است اما هدیه معمولاً شامل دریافت خسارت نیست. در واقع شما حق دارید به قولی که در شروط قراردادی داده شده تکیه کنید، اما در زمینه صلح و هبه نه. بنابراین، عوض آنست که شخصی که الزام یا تعهدی بر عهده دارد (متعهد) را متعهد به انجام یا خودداری از انجام کاری میکند و شخصی که تعهد به نفع اوست (متعهد له) از عوض معامله بهره مند میشود. تا زمانی که عوضی برای معامله یا تعهد موجود باشد، دادگاه ها به میزان و کم و زیادی آن توجهی نمی کنند، بنابراین توافق برای انتقال چیزی با ارزش یک پوند نیز قابل اجراست. با این حال، اگر وعده دهنده قبلاً عمل معوضی را انجام داده باشد، معمولاً "عوض گذشته" است و به عنوان عوضی مناسب تلقی نمی شود. این مسئله بعداً با جزئیات بیشتری مورد بحث قرار می گیرد. علاوه بر این، "عوض" باید توسط طرفی که می خواهد تعهدی را در قرارداد اجرا کند (اما لازم نیست به متعهد ارائه شود یا از آن سود ببرد) ارائه شود، بنابراین قول عدم شکایت از یک ادعای معتبر، می تواند به عنوان عوض معامله لحاظ شود. در صورت فقدان عوض، تنها یک راه دیگر برای لازم الاجرا کردن قرارداد موجود است که قرارداد بعنوان یک سند قانونی انشاء شده باشد. که یا: یک بهره، حق یا دارایی را منتقل می کند؛ یا دو تعهدی ایجاد می کند که برای شخص یا برخی از افراد الزام آور است. یا سه تأیید کننده عملی است که منافع، حق یا اموال را منتقل کرده است. اما باید توجه داشت که همه اسناد تحت مهر سند

نیستند. (۷) بنابراین گاهی اوقات از عوض به عنوان "قیمت تعهد" یاد می شود. در حالی که این امر در حقوق عرفی ضروری بود، در طول سالها، ضرورت عوض کمتر شده است و برخی نظام های عرفی و حقوق نوشته نیازی به عوض ندارند. هدف اصلی آن نشان دادن این بود که هر دو طرف قرارداد در واقع از چیزی با ارزش و برابر صرف نظر می کنند. بنابراین، پیمانکاری که پیشنهاد ساخت گاراژ را می دهد و کارفرمایی که موافقت می کند ۱۰ هزار پوند برای آن بپردازد، هر دو مایلند از چیزی با ارزش جدا شوند. پیمانکار در حال حاضر از مواد و مصالح کار، و نیروی کار از زمانش، تا در آینده صاحب منفعت (پول) شود. این مفهوم در حقوق عرفی به شکل فعلی از اوایل قرن نوزدهم پدیدار شد، جایی که عوض مبنای معامله و اقدامی برای نقض یک قرارداد ساده در انگلستان و ولز بود تا سال ۱۸۸۴ اشکال قدیمی این عمل لغو شد.

در این زمان، مفهوم طرفین در واقع به یک پایه قانونی اساسی در تمام نظام های حقوقی تبدیل شد که قبلاً در قرن هجدهم توسط نویسنده فرانسوی پوتیر در کتاب او (۹) مورد بحث و بررسی قرار گرفته و همچنین در آثار جان استوارت میل در مورد اراده آزاد صحبت شده است. ۱۰. تحت نظام حقوق نوشته، مبادله وعده ها، یا موافقت اراده صرف نظر از عوض آن، اساس قرارداد است. بنابراین، اگر پیمان کار وعده ساخت گاراژ را داد و کارفرما این پیشنهاد را بدون وعده پرداخت یا دادن هر چیزی در عوض قبول کرد، پیمان کار یک حق قانونی معوض خواهد داشت و نمی تواند تصمیم خود را در مورد ساختن آن به عنوان یک هدیه (مجانی) تغییر دهد.

روشی که در حقوق عرفی با آن برخورد می شود از طریق مفهوم عادلانه "استاپل" است که برای ایجاد تعهدات در مذاکرات قبل از قرارداد استفاده می شود. (عدم استماع انکار بعد از اقرار در حقوق ایران نمونه ای از استاپل است). این امر در قانون زمانی مطرح می شود که طرفی تضمینی به دیگری بدهد و طرف دیگر به این اطمینان به ضرر خود عمل کرده باشد. در طول سال ها بحث شده است که آیا مفهوم عوض باید به کلی کنار گذاشته شود، اما بعلاوه سابقه طولانی آن در قانون عرفی بعید است که این اتفاق بیفتد، اما شاید به صورت موردی و تک پرونده، قابل اعمال باشد. مفهومی که در نظر می آید اینست که هر دو طرف قرارداد باید چیزی را به توافق بیاورند. طرفی که به دنبال اجرای یک قرارداد است باید نشان دهد که منافعی به همراه داشته یا ضرری متحمل شده که توسط قانون به رسمیت شناخته شده است. به عنوان مثال، عوضین باید "کافی" باشند اما نیازی به تناسب دقیق، عادلانه و معقول با تعهد سودمند ندارند. به عنوان مثال، همانطور که قبلاً مورد بحث قرار گرفت، موافقت با پرداخت یک پوند برای گاراژ ممکن است یک قرارداد الزامی باشد. قوانین دیگر مربوط به اینست که عوض معامله نباید از معامله قبلی باشد و همچنین عوض باید از سمت متعهد یا ثالث پرداخت شود. به عنوان مثال، بهتر است شخص الف در ازای خدمات ارائه شده توسط شخص ب، به شخص پ پرداخت کند. اگر متعهد له های مشترکی وجود داشته باشد، پرداخت عوض توسط یکی از آنها کفایت میکند. همچنین عوض معامله نباید چیزی باشد که متعهد در مقابل قانون ملزم به انجام یا خودداری از انجام آن شده است، مانند: شهادت در دادگاه یا خودداری از ارتکاب جرم. وضعیت دیگری که بوجود می آید این است که فرد الف قول می دهد، در صورتی که شخص ب تعهدات قراردادی اش را به شخص پ انجام دهد، الف کاری برای شخص ب انجام دهد. این امر زمانی قابل اجرا خواهد بود که شخص ب که تحت فشار قانون برای اجرای قرارداد است، به عهدش وفا کند. مهمتر از همه، همانطور که قبلاً ذکر شد، قول برای انجام کاری که شخص قبلاً موظف به انجام آن بوده است، عوض خوبی نیست. به عنوان مثال، در مورد استیلک و مریک (۱۲)، یک صاحب کشتی قول داد که اگر به سمت خانه پارو بزنند، دستمزد دو فراری را بین خدمه باقی مانده تقسیم کند. از آنجایی که این امر، از قبل توافق شده بود، عوض اخیر معتبر نیست. مجلس اعیان بیان داشت که مقدار اندکی پول نمیتواند عوض خوبی برای یک بدهی بزرگ باشد مگر اینکه عوضی غیر پول نیز به همراه آن مقدار باشد مانند اسب یا لباس و... یا این مبلغ اندک بعنوان پیش پرداخت باشد، یا در مکانی مناسب انجام گیرد، میتواند عوض مناسبی تلقی شود. اصولاً باید به علاوه مبلغ پرداختی پیشین، عوض جدیدی نیز مشخص شود. با اینحال در پرونده ویلیامز (۱۵) دادگاه تجدیدنظر بیان داشت که تأخیر در تعهد مشترک بر اتمام پیمانکاری، میتواند دلیل خوبی باشد تا پیمانکار خسارت تأخیر را پرداخت نماید. تصمیم دادگاه این بود که قانون سختگیرانه پرونده استیلک (۱۶) دیگر ضروری نیست، زیرا قوانین انگلستان در حال حاضر دگرین فشار اقتصادی را به رسمیت شناخته شده بود که تعهدات با مبلغی بیش از یک بشکه نفت را معتبر میدانست. بنابراین قول پرداخت مبلغ اضافی می تواند به عنوان اعطای سود عملی به متعهد تلقی شود که برای تغییر عوض به عوضی مناسب در نظر گرفته میشود.

قصد تعهد قانونی

یکی دیگر از عناصر اساسی هر قرارداد این است که از نظر قانونی به مفاد قرارداد پایبند باشد، به این معنی که "توافق" به صورت بیهوده یا بدون قصد قراردادی انجام نشده باشد. در واقع، در مورد قراردادهای پیمانکاری این فرض وجود دارد که قصد طرفین این بوده است که از نظر قانونی مقید شوند، مگر اینکه طرفین به صراحت اعلام کنند که نمی خواهند مقید شوند. در واقع، برای این الزام قانونی نیازی نیست که قرارداد حتماً به صورت کتبی تنظیم شده باشد و می توان بصورت شفاهی (یا تا حدودی

شفاهی) انجام داد که قانون پیمانکاری ۱۹۹۶ بعد از اصلاحات در سال ۲۰۰۹ به، طرفین قراردادهای شفاهی نیز حق داد تا اختلافاتشان را از طریق داوری حل و فصل کنند. علاوه بر این، مورد اخیر مکینز (۱۸) است که در آن مدعی، بروس مکینز، یک بانکدار سرمایه گذاری با تجربه در اینوستک، با متهم، هانس توماس گروس، اتریشی و شخصیت اصلی پشت گروه رانینگ بال به صرف شام در رستورانی در مایفر لندن ملاقات کرد. به گفته آقای مکینز، در آن جلسه توافق شد که او کار خود را در اینوستک ترک کند و شخصاً به آقای گروس در رابطه با جنبه های مختلف رانینگ بال خدمات ارائه دهد. به ویژه، در توسعه تجارت برای افزایش بازده فروش و در عوض، وی با پرداخت ۱۵ درصد مابه التفاوت بین قیمت هدف رانینگ بال و قیمت فروش واقعی، پاداشی دریافت می کند. پس از صرف شام، در ۲۴ مارس ۲۰۱۱، آقای مکینز به آقای گروس ایمیل داد، و آنچه که او مدعی توافق بین آنها در مورد "شروط اصلی" بود را توضیح داد. آقای مکینز به درستی اطلاع داد، اما به کار خود در اینوستک ادامه داد. در دسامبر ۲۰۱۱، هنگامی که فروش احتمالی رانینگ بال شروع شد، وی یک نسخه از ایمیل ۲۴ مارس ۲۰۱۱ خود را به آقای گروس ارسال کرد و اظهار داشت که مهم است که قصد طرفین "کاملاً همسو" باشد. در پاسخ در ۷ دسامبر ۲۰۱۱، آقای گروس اظهار داشت که وقتی آنها یکدیگر را دیدند، طرفین باید "یک قرارداد مناسب" منعقد کنند. پس از فروش رانینگ بال، آقای مکینز بر اساس توافق شفاهی ادعایی ۲۳ مارس ۲۰۱۱، با درخواست ۱۳.۵ میلیون یورو ادعای پرداخت رسمی کرد. آقای گروس ادعای آقای مکینز را رد کرده و تأکید کرد که هیچ قرارداد الزام آور بین طرفین، بر اساس شروط ادعا شده یا تحت هر شرایطی وجود ندارد و، بلکه، شام مورد بحث یک شام غیررسمی بوده است که هیچ توافقی در مورد آن وجود نداشته است. آقای کولسون، پس از بررسی مقامات مربوطه، کاملاً بر این نظر بود که در پرونده آقای گروس، هیچ قرارداد الزام آوری بین طرفین در ۲۳ مارس ۲۰۱۱ منعقد نشده است، زیرا قصد لازم برای ایجاد روابط حقوقی وجود نداشته است. اول، هیچ توافقی در مورد مسئله مهم ماهیت پاداش آقای مکینز وجود نداشت. ثانیاً، شروط قرارداد ادعا شده بسیار پیچیده و بسیار نامشخص بود که قابل اجرا نبود. و سوم، هیچ توافق الزام آور در مورد طرفهای مربوطه یا کار مربوطه وجود نداشت. "قاضی در ارائه قضاوت خود به طور مستقیم محل و ماهیت نشست ۲۳ مارس ۲۰۱۱ را بیان کرد، که در حالی که "قاطع" این مساله نبود، "بخش مهمی از پس زمینه" محسوب میشد. صرف اینکه بحث و گفتگو در مورد توافق در رستورانی خاص به وقوع پیوست، به خودی خود مانع از این نمی شود که قراردادی منعقد شود. در هر شرایطی می توان قرارداد بست. اما به نظر من این واقعیت که توافق مذکور در شرایطی غیر رسمی و آرام صورت گرفته است به این معناست که دادگاه باید این نزاع را به دقت مورد بررسی قرار دهد که با وجود این شرایط، قصد ایجاد روابط حقوقی باید وجود داشته باشد". بر این اساس، با توجه به ماهیت غیررسمی محیط، و این واقعیت که خود آقای مکینز در ایمیل خود گفت که در مورد "شروط اصلی قرارداد"، توافق وجود دارد، آقای کولسون دریافت که چنین قصدی وجود ندارد، زیرا نامه آقای گروس که در آن اشاره کرد بود: "یک قرارداد مناسب" هنوز باید مورد توافق قرار گیرد نیز مفید این معناست. اگرچه ادعای آقای مکینز در این مورد با شکست مواجه شد و ادعا می شود که در این شرایط، تصمیم قاضی کاملاً صحیح بود، اما این مسئله یادآور آنی نکته است که قراردادهای واقع می توانند به صورت شفاهی در یک محیط غیر رسمی و آرام نیز منعقد شوند. همانطور که آقای کولسون گفت، قرارداد می تواند "در هر کجا و در هر شرایطی" منعقد شود. با این حال، روشن است که دادگاهها به دقت توافقات منعقد شده در چنین محیطی را مورد بررسی قرار خواهند داد. بنابراین برای ترسیم یک قرارداد کتبی برای منعکس کردن موارد توافق و تامین امنیت و اطمینان، هیچ جایگزینی جز قرارداد مشروع و صحیح وجود ندارد. در واقع، از آقای مکینز در طول بازجویی پرسیده شد که چرا او که یک بانکدار و سرمایه گذار باتجربه است، در اینکار مرتکب خطا شده است، که به گفته قاضی، پاسخ های وی در این زمینه "غیرقابل قبول" بوده است.

نسبی بودن قراردادهای

قاعده کلی این است که تنها طرفین قرارداد می توانند قرارداد را اجرا کنند و اثر قرارداد نیز نسبت به آنهاست. این اصل در حال تغییر است و گاهی اوقات افراد ثالث ذی نفع نیز ممکن است مجاز به دریافت خسارت ناشی از نقض قرارداد باشند. بنابراین، اگر پیمانکار در مثال قبلی، قرارداد ساخت یک گاراژ را امضا کرد و کارفرما موافقت کرد ۱۰۰۰۰ پوند برای آن پرداخت کند، اما این گاراژ قرار بود به نفع یک همسایه باشد (یعنی یک شخص ثالث)، همسایه می تواند اقداماتی را علیه پیمانکار برای ساخت معیوب به کار گیرد. بنابراین، در چنین مواردی افراد ذی نفع ثالث نیز میتوانند طرف قرارداد قرار گیرند. در واقع قانون ۱۹۹۹ نظام عرفی، معروف به حقوق اشخاص ثالث، استثنائاتی به اصل نسبی بودن قراردادهای وارد کرده است. این قانون به اشخاص ثالث اجازه می دهد تا شروط قرارداد را به نحوی که به نفع آنها باشد اجرا کنند. این لایحه

همچنین به آنها امکان دسترسی به یک سری راهکارها را در صورت نقض شروط می دهد. این قانون همچنین راه های تغییر قرارداد را بدون اجازه طرف ثالث که درگیر قرارداد است را محدود می کند. در همین حال این قانون، در شرایطی که اختلافی با طرف ثالث وجود داشته باشد محافظت میکند و به طرفین قرارداد اجازه می دهد تا در صورت بروز اختلاف بین طرفین با شخص ثالث، از حمایت مندرج در این قانون بهره مند شوند.

قراردادهای شفاهی

عقد قرارداد به صورت شفاهی نیز می تواند از نظر قانونی مانند یک قرارداد کتبی معتبر باشد و بر این اساس هر قراردادی که از کلمات گفتاری استفاده می کند یک قرارداد به حساب می آید. که به صورت ضمنی نیز میسر است. اکثر حوزه های قضایی دارای قواعد قانونی هستند که ممکن است قراردادهای شفاهی معتبر را غیرقابل اجرا کند. این امر به ویژه در مورد قراردادهای شفاهی که شامل مقادیر زیادی پول یا املاک است صادق است. به عنوان مثال، در ایالات متحده در صورتی که قراردادی که قوانین رایج کلاهبرداری یا قوانین ایالتی معادل آن، که مستلزم قراردادهای کتبی است را نقض کند، غیرقابل اجرا خواهد شد. یک مثال از موارد فوق یک قرارداد شفاهی برای فروش موتورسیکلت به مبلغ ۵۰۰۰ دلار آمریکاست، برای اجرایی شدن آن لازم است قرارداد فروش کالاهای بالای ۵۰۰ دلار آمریکا به صورت کتبی باشد. نکته قانون جزایی جلوگیری از ادعاهای کاذبی است که در صورت مکتوب نبودن، کأن لم یکن تلقی میشوند. (هرگز وجود نداشته اند) با این حال، یک نکته مشترک این است که بعد از قانون کلاهبرداری، کلاهبرداری بیشتر از قبل صورت گرفته است. قراردادهایی که از الزامات قوانین عرفی یا اساسنامه های قانونی کلاهبرداری برخوردار نیستند، قابل اجرا نبوده، اما لزوماً باطل نیستند و بنابراین، ممکن است از طرفی که به طور ناعادلانه توسط یک قرارداد غیرقابل اجرا غنی و ذینفع شده است، خواسته شود که ثروت ناعادلانه را جبران کند. قانون کلاهبرداری به طور معمول در قانون های دولتی که انواع خاصی از قرارداد مانند قراردادهای فروش املاک را شامل می شود، تدوین شده است.

در اکثر کشورهایی که از قوانین عرفی انگلیسی استفاده می کنند و قواعدی مشابه قانون کلاهبرداری پیش بینی کرده اند، الزامی برای نوشتن کل قرارداد وجود ندارد. (۲۰) در انگلستان برخی از قراردادها باید کتبی باشند یا فاقد اعتبار هستند، به عنوان مثال برای فروش زمین تحت بخش ۵۲، قانون مالکیت ۱۹۲۵. مسئله مهم در قرارداد شفاهی اینست که : شروط دقیقاً شامل چه مواردی می شود؟ به طور معمول، شروط یک قرارداد شفاهی مسائلی است که دادگاه ها باید بر اساس شواهد ارائه شده تعیین کنند. موارد استثنا در جایی ایجاد می شوند که شرایطی که به صراحت توسط طرفین بیان نشده است ممکن است در قرارداد "شفاهی" گنجانده شود. اولین مورد آن میتواند ناشی از یک توافقات معامله قبلی بین طرفین باشد. که طرفین با یکدیگر برخورد کرده و با پیش زمینه توافقات قبلی اقدام به توافق میکنند. بنابراین، در پرونده مک کاجن (۲۱) دادگاه در نظر داشت که هرگونه معامله جدید بین طرفین باید شرایطی را که قبلاً بین طرفین استفاده می شد، در توافقنامه جدید بین طرفین لحاظ کند، هرچند صراحتاً به آنها اشاره نشده باشد. این تصمیم بر اساس این واقعیت است که طرفین باید شروط معامله قبلی را رعایت کنند. (۲۲)

وضعیت دوم ناشی از درک مشترک بین طرفین است (که می توان به آسانی آن را تشخیص داد) و بنابراین، در پرونده بریتیش کرین (۲۳) بر اساس یک قرارداد شفاهی جرثقیل اجاره کرد. شروط چاپی بعدی به آبی سوویچ ارسال شد تا آنها امضا کنند و یکی از این شروط مستلزم جبران خسارت جرثقیل بریتانیایی در ازای استفاده از جرثقیل به کارفرما شد. نیازی به گفتن نیست که درست قبل از امضای شرایط، جرثقیل بدون هیچ سهل انگاری از جانب آبی سوویچ در زمین باتلاقی غرق شد و بر این اساس، آنها ادعا کردند که هیچ هزینه ای برای بازیابی جرثقیل ندارند، زیرا شروط در قرارداد شفاهی گنجانیده نشده است. دادگاه دریافت که هیچگونه معامله و هیچگونه شرط ضمنی برای اعمال شروط وجود ندارد، اما با این وجود، شروط مندرج در قرارداد بر این اساس است که هر دو طرف دارای قدرت چانه زنی یکسان هستند و از آنجا که هر دو طرف در کارخانه بودند، باید می دانستند که چنین شرایطی معمولاً برای اجاره تجهیزات کارخانه اعمال می شود. اگرچه بحث زیادی در مورد عادلانه بودن این تصمیم بوجود آمده است اما فرض بر این بود که طرفین موضع یکسانی دارند. همچنان این سوال باز می ماند که آیا اگر جرثقیل به جای یک کارخانه، توسط یک سازنده استخدام شده بود نیز چنین نتیجه ای رخ میداد؟ نکته کلیدی عاملی است که در تعیین شروط قرارداد، درک مشترکی از استانداردهای لازم ارائه دهد. ۲۴

کلمات بیانگر قصد و نیت

تعیین قصد و نیت واقعی طرفین بسیار دشوار است و این مسئله که آیا قرارداد توسط قصد و نیت واقعی طرفین منعقد شده است تحت چند فاکتور مهم از جمله: روابط تجاری قبلی طرفین، صراحت و قطعیت کلمات، عوض و...، بررسی میشود. بنابراین اگر کارفرما اقدام به عقد قراردادی در آینده کند که جزئیات این قرارداد مشخص

نباشد، این قرارداد به واسطه عدم قطعیت و فقدان عوض، معامله الزام آوری نخواهد بود. با این حال، کلماتی که در روابط پیمانکاری استفاده میشوند از اهمیت بیشتری برخوردارند.

بنابراین معمولاً نامه‌های ارسالی به پیمانکاران بر اساس نیاز به اجرای مراحل اولیه کار میباشد که در حین ادامه مذاکرات قراردادی صادر می‌شود و از این رو، کارهای اولیه مورد نیاز و میزان پرداخت برای این کارها معمولاً در نامه ای که بیانگر قصد است یا مدارک پیوست شده و یا در قالب اسنادی مشخص تعیین می‌گردد. اگر این نامه حاوی جزئیات کافی از کار، قیمت قابل پرداخت و تاریخ شروع باشد، می‌تواند منجر به یک قرارداد الزام آور شده و در صورت پذیرش شروط موجود در نامه توسط پیمانکار، قرارداد تشکیل میشود.

سایر مسائل مربوط به قرارداد (اشکال مختلف قرارداد و مشکلات مربوط به آن)

هنگام برخورد با فرم‌های از پیش چاپ شده، علاوه بر مسائل اساسی مانند ایجاب و قبول و عوض، مشکلات بیشتری بوجود می‌آید، به ویژه در مورد اینکه آیا توافق در قرارداد واقعی است؟ یک سناریوی معمولی به شرح زیر است:

"چهار سال قبل از پیمانکاری برای مناقصه پروژه احداث یک پل دعوت شد. این مناقصه در چندین جلسه مختلف (که گاهی اوقات صورتجلسه نوشته میشد) ارائه و مورد بحث قرار گرفت و مذاکرات بیشتر از طریق ایمیل، تماس تلفنی، جلسات سایت و سایر مکاتبات کتبی بین کارفرما و پیمانکار انجام شد. پس از تعویض چند معمار، مهندس و پرسنل، جلسات فروکش کرد و در واقع پیمانکاری با این درک آغاز شد که هر دو طرف توافق کرده اند یا قصد دارند با یکی از فرم‌های استاندارد، قراردادی را به صورت امضا شده، با جزئیات تکمیل و شروط اصلاح شده و نقشه‌هایی که علامت "برای پیمانکاری" به آن ضمیمه شده است، توافق کنند."

متأسفانه، هاینچ قرارداد به نتیجه نرسید و حدود چهار سال بعد، طرفین درگیر اختلاف شدند و هر طرف نسخه ای خاص از آنچه مورد توافق قرار گرفت، داشت. در شرایطی که طرفین قراردادی امضا نکرده اند یا حتی به توافقی نرسیده اند، مسئله اعتقاد قرارداد، به تجزیه و تحلیل عینی کل مذاکرات بستگی دارد که آیا یک قرارداد الزام آور متقابل وجود داشته است؟ در این شرایط، دادگاه با یک معضل روبرو خواهد شد و باید تمام فرم‌های ارائه شده و کلمات مورد استفاده را با توجه به معنای عادی خود به طور واقعی در نظر بگیرد. بنابراین، اگر یک معنی به طور واقعی در صورت سند روشن نباشد، یک طرف نمی‌تواند به آنچه که فکر می‌کرد نوشته شده یا به نکاتی که ظاهراً به طرف مقابل ابلاغ نشده است تکیه کند. "این مسئله معمولاً در جایی رخ میدهد که طرفین سعی می‌کنند به مجموعه رقابتی از شروط و ضوابط برای فرم‌های مورد استفاده تکیه کنند، بنابراین اصطلاح "مشاجره میان فرم‌های قراردادی" به عنوان یک قاعده کلی که آخرین مجموعه شروط و ضوابطی که مورد بحث قرار می‌گیرد را، در صورتی که هیچ مخالفتی در مقابلشان وجود نداشته باشد، مورد توافق تلقی میکند. با این حال، اگر به نظر برسد که طرفین متقابلاً نتیجه دیگری را در نظر گرفته اند، این قاعده کلی اعمال نخواهد شد. (۲۵) علاوه بر این، اگر ایجابی با رفتار پذیرفته شده باشد، قرارداد منعقد می‌شود، اما ممکن است قبولی ایجاب دهنده ابلاغ نشود. بنابراین، اگر پیمانکار مناقصه‌ای را برای کار در ساختمان کارفرما ارائه کند و کارفرما ترتیبی دهد که پیمانکار بدون خروج از چارچوب مناقصه به ساختمان دسترسی داشته باشد، پیشنهاد ارائه مناقصه، توسط رفتار کارفرما مورد پذیرش قرار می‌گیرد. مسأله واقعی این است که آیا ممکن است که پیش از پایان مذاکرات (توسط رفتار)، قراردادی منعقد شده باشد؟ اگر به نظر برسد که توافق واضحی در مورد شروط اساسی در مرحله اولیه حاصل شده است، دادگاه ممکن است دریابد که مذاکرات بعدی شرایطی را که قبلاً مورد توافق قرار گرفته بود، تغییر داده یا صرفاً بی ربط کرده است. در این زمینه، یکی از طرفین برای انکار شروط قراردادی که به نظر می‌رسد در طول مذاکرات و کارها پذیرفته شده است، مشکل خواهد بود. بنابراین، بعید است که دادگاه اینگونه بیان کند: "در صورتی که حقایق نشان دهند که طرفین توافق کرده‌اند، تا زمانی که قرارداد رسمی توافق و امضا شود، قراردادی منعقد نشده است (نقض حقایق پیشین توسط دادگاه). با این حال، اگر قرارداد طرفین با برجسب "موضوع قرارداد" برجسب زده شود، این امر احتمالاً توسط دادگاه به عنوان نشانه‌ای مبنی بر اینکه طرفین، بدون قرارداد رسمی قصد ندارند به توافقی برسند، گرفته شود. در

شرایطی که طرفین، تعهداتی را که موضوع مذاکرات آنها بوده است را انجام داده اند، نقش ایجاب و قبول کمرنگ میشود. در چنین شرایطی دادگاه نتیجه می‌گیرد که یک قرارداد قابل اجرا به وجود آمده است. در پایان، با وجود این که گفت و گوها بسیار طولانی بوده است، اما معمولاً پیش از پایان گفت و گوها، کارهای بسیاری آغاز شده و گروه‌ها به گونه ای کار خواهند کرد که گویی قرارداد بسته شده است و در این شروط دادگاه نخواهد گفت که هیچ رابطه قراردادی برقرار نشده است. در پیمانکاری فیتزپاتریک (۲۶) دادگاه با مرمت حفره جنوبی تونل بلک وال روبرو شد. فیتزپاتریک می‌خواست برای طراحی، ساخت و نصب عمده کارهای نظارت و ارزیابی در تونل

با تایکو قرارداد فرعی ببندد. مذاکرات پیمانکاری فرعی در اکتبر ۲۰۰۱ آغاز شد و تا جولای ۲۰۰۲ ادامه یافت، اما هیچ قرارداد رسمی امضا نشد. تایکو کار خود را در اوایل سال ۲۰۰۲ آغاز کرد اما در آگوست ۲۰۰۲ به نظر می رسید که اختلافاتی بین طرفین بر سر محدوده کار و تاخیر در طراحی بوجود می آید. فیتزپاتریک سرانجام ادعاهایی را به تایکو برای ۱۹ میلیون پوند تسلیم کرد که عمدتاً شامل خسارت تاخیری و کار ناقص و معیوب بود. موضع اولیه تایکو این بود که هیچ قرارداد فرعی تا به حال به توافق نرسیده بود. با این حال، وقتی فیتزپاتریک اقدام به دادخواهی کرد، تایکو پذیرفت که در حدود ۷ مه ۲۰۰۲ با یک قرارداد فرعی موافقت شده بود، اما نپذیرفت که برخی از شروط مورد استناد فیتزپاتریک در قرارداد فرعی گنجانده شده است. بنابراین دادگاه ملزم به بررسی سابقه مذاکرات و تصمیم گیری در مورد زمان و شروط انعقاد قرارداد بود. دادگاه در حکم خود به تعدادی از یافته ها دست یافت از جمله: (۱) زمان: با مرور اسناد رد و بدل شده، دادگاه دریافت که باید از معنای عادی کلمات استفاده شده باشد و دادگاه با تفاسیری که تایکو ارائه کرده بود موافقت نکرده است و نتیجه گیری کرد که "خلاف عرف تجاری" است. و (۲) طرفین در ۷ مه ۲۰۰۲ به توافق اساسی در مورد قرارداد فرعی دست یافتند که بر اساس آن هویت طرفین، قیمت، محدوده کار و همه شروط اساسی، و همچنین ادغام اسناد اصلی قرارداد و فرم استاندارد قرارداد فرعی انجمن پیمانکاران مهندسی عمران در آن درج شده بود. در ادامه دادگاه دریافت که توافق اساسی ۷ مه در نتیجه بحث های بعدی بین طرفین تا جلسه ۱۹ ژوئن ۲۰۰۲، که بر شروط اساسی مورد توافق قرار نگرفت، در حال تغییر بوده است. در ادامه دادگاه دریافت که تایکو و فیتزپاتریک هر دو توافق کرده که قراردادی فرعی تشکیل شده است، و استدلال تایکو مبنی بر اینکه طرفین توافق کرده اند که قراردادی در انتظار تکمیل یک سند امضا شده و مهر و موم شده است، را رد کرد. دادگاه دریافت که طرفین قصد متقابل ندارند که در صورت عدم وجود سند، هیچ رابطه حقوقی ایجاد شود. بنابراین، نتیجه کلی دادگاه این بود که پرونده تایکو با تاریخ واقعی مذاکرات مطابقت ندارد.

"من معتقدم که از نظر تجزیه و تحلیل، پرونده تایکو غیرقابل دوام است. این تنها با اشاره به یک شاهد، که شواهد شفاهی او نه تنها تأیید نشده است، بلکه به نظر من فاقد اعتبار است، با اسناد معاصر مغایرت دارد. این متون متکی به تفسیر حکمی دارد که مصنوعی و پیچیده بوده و نیاز به حذف و اصلاح کلمات مورد استفاده دارد"

از این رو دادگاه تأیید کرد که طرفین برای تحمیل شروط قرارداد با مشکلات زیادی روبرو خواهند شد که در آینده، ترجیح خواهند داد با آنها موافقت کنند. توجه به این نکته ضروری است که وقتی سناریوی موسوم به "مشاجره بر سر فرم قرارداد" پیش می آید، ممکن است، بدون برنده باشد.

این مورد در مورد پرونده ترانسفورمرز (۲۷) اخیر صدق می کند که از دادگاه خواسته شد تا شروط قراردادهای منعقد شده بین طرفین را تعیین کند - به ویژه در قرارداد خرید و اشر نیتریل که گفته می شود معیوب بوده و مورد تأیید طرف قرارداد نبوده است. در اینجا مدعی استدلال کرد که شروط و ضوابط اعمال می شود، زیرا در پشت سفارشات خرید آن چاپ شده است. در حالی که در مقابل این احکام هیچ گونه اشاره ای به وجود شروط و ضوابط وجود نداشت. متهم پذیرفت و گفت که مدیریت از این شروط آگاه است. از طرف دیگر، برعکس، شروط و ضوابط خاص اعمال می شود، زیرا در تایید سفارش به آنها اشاره شده است، که "قیمت ها و تحویل های نقل قول شده تحت شروط و ضوابط عادی فروش ما هستند" - و اینکه هرگونه مسئولیت نقض قرارداد با چنین شرایطی محدود یا حذف شده است. آقای ادواردز-استوارت در ابتدا معتقد بود که تی آر در لحاظ شروط و ضوابط خود در قرارداد، شکست خورده است. بیشترین تعداد سفارشات خرید آنها توسط فکس یا ایمیل به نیدز ارسال شد - مانند دو دستوری که مورد پرسش است - و تنها صفحه اول ارسال شد بدون اینکه رونوشتی از شروط موجود باشد. حتی اگر آن شروط و ضوابط در پشت سفارشات خرید که هر از گاهی از طریق پست ارسال می شد، چاپ می شد، تی آر برای نیدز روشن نکرد که به دنبال تکیه بر آنهاست. در مقابل، قاضی دریافت که، با توجه به این که تی آر از یک روش ثابت برای ضمیمه کردن شروط خود در سفارش خرید پیروی نمی کند، ممکن است که هرگز به این ضوابط پایبند نباشد. با این حال، آقای ادواردز-استوارت نیز متقاعد نشد که نیدز به اندازه کافی تلاش کرده است تا شروط و ضوابط خاص خود را مورد توجه تی آر قرار دهد. او معتقد بود که فروشنده ای که مایل است شرایطش را ذکر کند، باید حداقل در صورت تأیید، با عباراتی خاص به آنها ارجاع دهد، و اگر شروط و ضوابط به شکلی نیست که در صنعت مربوطه استفاده شود، با چاپ پشت آن یا با ارسال یک نسخه از آنها به خریدار اطلاع دهد. از آنجا که نیدز نه شروط و ضوابط خود را برعکس قوانین خود چاپ کرد و نه نسخه ای از آن را به تی آر ارائه داد، به نظر نمی آید که تی آر هرگز آنها را دیده باشد. نیدز نتوانسته بود آن شروط را به توجه تی آر برساند و سفارش خود را به یک پیشنهاد مخالف بدل کند. در نتیجه شروط هیچ یک از طرفین در دو قرارداد مربوط گنجانده نشده بود، که این مسئله، روشنگر خطر و ریسکی است که در فقدان شروط و ضوابط موجود است، و اهمیت ثبات در نحوه استفاده از چنین اصطلاحاتی را به وضوح نشان میدهد که چه شرکت در بلوغ خود و چه در اوایل راه باشد، تفاوتی نداشته و این مسائل باید به ابلاغ طرف مقابل برسند.

مناقصه پیمانکاری

همانطور که گفته شد، در همه قراردادها مفاهیم اساسی حول ایجاب و قبول می چرخد. یک طرف آن چیزی را که به عنوان یک ایجاب "استوار" شناخته می شود، ارائه می دهد، یعنی شامل تمام شروط و ضوابط است و در صورت پذیرش می تواند به طور کامل بدون مراجعه به اطلاعات دیگر، منجر به عقد قرارداد شود. مناقصه میتواند مثال خوبی برای آن باشد. که در آن پرسیده میشود: حاضرید تا در مورد معامله ای خاص پیشنهاد دهید؟ که بالاترین پیشنهاد قیمتی در آن پذیرفته میشود. در صنعت پیشنهاد انجام کار در پروژه پیمانکاری "مناقصه" نامیده می شود و مانند هر پیشنهاد دیگر، برای معتبر بودن آن باید صریح و قطعی باشد، یعنی مبهم نباشد. اگر ساختمان، شامل چنین شرایطی باشد، پذیرش آن منجر به ایجاد یک قرارداد قابل اجرا بین طرفین خواهد شد. درخواست مناقصه مانند حراج کننده ای است که خواستار مزایده شده است. پیشنهاد قیمت و شروط را همان شخصی میدهد که پیشنهادش را ارائه داده است. مشکلی در این زمینه در شورای شهر بلکپول بوجود آمد.

در این مورد، شورای ناحیه بلکپول دارای یک فرودگاه بود و امتیازاتی را در رابطه با پروازهای تفریحی به آنها اعطا کرد. در سال ۱۹۸۳، از شاکی و شش طرف دیگر دعوت کرد تا برای امتیاز بعدی سه ساله مناقصه کنند. این دعوتنامه مستلزم آن بود که مناقصه ها در پاکت ارائه شده که هیچ علامت مشخص کننده ای نداشت، قرار داده شود. علاوه بر این، مناقصاتی که پس از ساعت ۱۲ ظهر در ۱۷ مارس ۱۹۸۳ دریافت می شد، مورد بررسی قرار نمیگرفت. شاکی مناقصه خود را توسط صندوق نامه شهرداری در ساعت ۱۱ صبح در ۱۷ مارس ۱۹۸۳ ارسال کرد، اما نامه تا ساعت ۱۲ ظهر توسط کارکنان شورا ترخیص نشد. در نتیجه، مناقصه شاکی متأخر در نظر گرفته شد و از رسیدگی خارج شد. که در اینجا، دادگاه باید به وعده شورا مبنی بر در نظر گرفتن مناقصه ارائه شده به درستی توجه کند. در این زمینه دادگاه اظهار داشت: "این نوع مناقصه از بسیاری جهات به نفع دعوت کننده است. او می تواند هرکسی را بخود به مناقصه دعوت کند. لازم نیست به هیچ کدام از آنها بگوید که چه کسی یا چند نفر دیگر را دعوت کرده است. در اغلب موارد، دعوت شدگان با وجود این که در اینجا نیستند، ممکن است برای آماده کردن یک مناقصه، به طور معمول، بدون دریافت پاداش، زحمت و هزینه های زیادی را متحمل شوند. دعوت به مناقصه ممکن است در یک مورد پیچیده، زمان و هزینه ای را برای آماده سازی در بر داشته باشد، اما دعوت کننده خود را متعهد نمی کند که پروژه را ادامه دهد. لازم نیست بالاترین پیشنهاد را بپذیرد. او الزامی به پذیرش هیچ مناقصه یا نیازی به ارائه دلایلی برای توجیه پذیرش یا رد مناقصه دریافتی ندارد. ریسکی که مناقصه گر در معرض آن است به این خطر ختم نمی شود که مناقصه وی بیشترین (یا حسب مورد کمترین) نباشد. اما همانطور که در مناقصه ها همه طرفهای منتخب برای دعوت کننده شناخته شده هستند، یا جایی که دعوت مقام محلی یک روش روشن، منظم و آشناست، شکل متداول مناقصه، ارائه پاکت هایی است که برای حفظ ناشناس بودن مناقصه و مشخص شدن مهلت مناقصه طراحی شده است. به نظر من دعوت کننده در صورتی که قبل از موعد مقرر، مناقصه ای را ارائه کند تا مطمئن شود که مناقصه او بعد از ضرب العجل گشوده خواهد شد و در ارتباط با تمامی مناقصه های دیگر مورد بررسی قرار خواهد گرفت، تحت حمایت قرار می گیرد. اگر انجمن قبل از به مناقصه گذاشتن از شورا بپرسد که آیا می تواند به موقع و در عین حال با توجه به سایر مسائل به آن رسیدگی کند یا خیر و جواب این سؤال بله باشد، فکر می کنم قانون اگر به این وضع تاثیر نگذارد، معیوب خواهد بود. البته این درست است که در فراخوان مناقصه به صراحت قید نمی شود که شورا مناقصه های به موقع و منطبق بر بررسی خواهد کرد و همین، موجب نگرانی افراد نسبت به مفاهیم است. اما شورا نمی گوید که خود را متعهد به آن نمی داند و در صورتی که دعوت کننده ای معقول، مطابق با ضوابط عمل کرده باشد، شورا به آن متعهد خواهد بود."

یکی دیگر از نگرانی ها، مناقصه های جایگزین است و در پیمانکاری، رسم است که یکی از طرفین، مناقصه های جایگزین ارائه دهد. در پرونده هاربر بورد (۲۹) پیمانکار، دو مناقصه جایگزین برای ساخت پایانه حمل و نقل ارائه کرد، یکی بر اساس قیمت ثابت و دیگری بر اساس هزینه اضافه. سپس مالک مناقصه را پذیرفت اما نگفت کدام یک از این دو مورد پذیرفته شده است. سپس پیمانکار، کار را پیش برد و انجام داد و در پایان، درخواست پرداخت مبلغی را به عنوان اجرت المثل کرد. دادگاه اعلام کرد که هیچ قراردادی بین طرفین وجود ندارد زیرا در پذیرش ادعای مالک مشخص نشده است که کدام مناقصه پذیرفته شده است و در حالی که هیچ قرارداد مشخصی در کار نیست، این واقعیت که کار انجام شده و توسط مالک پذیرفته شده است منجر شد تا دادگاه اجازه دهد مبلغ پرداختی به پیمانکار بر اساس اجرت المثل آن کار پرداخت شود. در این مورد، اگر مالک مشخص می کرد که کدام یک از دو مناقصه پذیرفته شده است، مشکلی وجود نمیداشت و دادگاه، حکم به الزام آوری قرارداد صادر میکرد. باید خاطر نشان کرد که اجرت المثل، در جایی که کار انجام شده است فقط برای جلوگیری از بی عدالتی به کار می رود. معمولاً در صورت انعقاد قرارداد واقعی، شخص آسیب دیده فقط ارزش منصفانه کار انجام شده را دریافت می کند و نه سود آن را. نمونه ای از این وضعیت را می توان در پرونده قدیمی ریچارد (۳۰) یافت که در آن مالک به پیمانکار نامه ای ارسال کرده است که شامل نقشه و مشخصات است و از پیمانکار خواسته است که برای انجام برخی تغییرات اقدام به

برگزاری مناقصه کند. پیمانکار در عوض نوشت: "هزینه تخمینی ما برای انجام تغییرات مختلف در مکانهای فوق، با توجه به نقشه ها و مشخصات، مبلغ ۱۲۳۰ پوند است" روز بعد مالک، پیشنهاد پیمانکار را پذیرفت، اما بعداً پیمانکار از ادامه کار خودداری کرد. او ادعا کرد که با استفاده از کلمه "تخمین" قصد انجام آن را به عنوان کار نداشته است، و همچنین این رسم تجاری وجود دارد که نامه ای در این فرم نباید به عنوان یک ایجاب تلقی شود. در این مورد، دادگاه با این مسئله روبرو شد که آیا "تخمین" در واقع پیشنهادی است که با قبول مالک، به عنوان یک قرارداد الزام آور شناخته می شود یا خیر؟

دادگاه نوشت: "پیشنهاد شده است که تصور عادی یا شناخته شده ای وجود دارد مبنی بر اینکه نامه ای در این فرم باید به عنوان یک پیشنهاد تلقی شود. چنین عرفی وجود ندارد و در صورت وجود، خلاف قانون است"

مفهوم دیگر منحصر به فرد در حقوق قراردادهای، انصاف و برخورد منصفانه ایست که در هر قرارداد ضمنی است. نمونه ای از آن را می توانید در پرونده هارمون (۳۱) مشاهده کنید. در طی مناقصه اولیه برای یک پروژه تعمیر در ساختمان جدید مجلس عوام در خیابان بریج در وست مینستر، هارمون با ۴۰، ۴۷۹، ۴۶۹ پوند، کمترین مناقصه کننده بود. بقیه مناقصه کنندگان بالاتر از حد انتظار بودند بنابراین مشخصات تغییر کرد و مجدداً هارمون کمترین پیشنهاد را داد. این مسئله منجر به یک مناقصه دیگر شد که در آن مناقصه گران در موقعیتی قرار گرفتند که مجبور بودند برای گزینه های مختلف مناقصه کنند. معلوم شد که مدیران فرایند مناقصه، خواهان مناقصه گذار موفق یک شرکت انگلیسی هستند و در نهایت قرارداد به انجمنی واگذار شد که دارای عناصر انگلیسی بود. قاضی هافری اعلام کرد که مقامی از مجلس عوام از تعهد خود برای انجام مناقصه منصفانه و علنی تخطی کرده، در نتیجه هارمون حق بازایی هزینه های تلف شده مناقصه را داشت. او در ادامه دریافت که از آنجا که قرارداد نمایندگان مجلس عوام نمی تواند به طور قانونی منعقد شود و همچنین روند مناقصه از نو آغاز نمی شود، هارمون حق دارد خسارت ناشی از عدم عقد قرارداد را جبران کند. وی در این زمینه نوشت:

۲۱۴. به نظر من از پرونده بلکپول [۳۲] و از منابع دیگر روشن است که باید چیزی بیش از درخواست مناقصه وجود داشته باشد که باید به صورت رقابتی همراه با مناقصات دیگر ارائه شود. دعوت به مناقصه به طور معمول یک ایجاب نیست، بلکه اقدام به جذب ایجاب می کند. پذیرش هر پیشنهادی که در پاسخ به آن ارائه شود، تعهدی به همراه ندارد، حتی اگر سلب مسئولیت عادی انجام نشده باشد. اگر به مناقصه دهندگان گفته می شد که مناقصه ای در حال انجام است، از نظر قانونی به عنوان ایجابی تلقی می شود و کسانی که در مناقصه شرکت می کردند، میتوانستند انتظار رفتار منصفانه داشته باشند. این کار منجر به این می شد که به آزادی تجاری و یا درایت مردم اجازه داده شود که مناقصه را پذیرفته یا رد کنند یا با کسی که به نظرشان بهترین است، وارد مذاکره شوند. از این رو، باید دلیلی خوب برای انجام دادن وظایفی که هارمون پیشنهاد می کند وجود داشته باشد.

۲۱۵. در این مورد، از روش محدودی که مقررات ۱۹۹۱ ارائه داده است و اختیارات و صلاحیت مناقصه گران را تعیین و در مواردی محدود کرده است، استفاده می شود. این روش محدود شده هم به منظور ارائه مکانیزمی به مقامات است که بر اساس آن مناقصه ها فقط از لیست کوتاه انتخاب شده جستجو می شود و هم به اطلاع داوطلبان می رساند که رقابت از سوی رقبای واقعی رقم خواهد خورد. علاوه بر این، مناقصه گران که انتخاب نشده اند می توانند این تصمیم را به چالش بکشند. مقررات ۱۹۹۱ ظاهراً جامع است. این قانون به مناقصه گران مأیوس، حقوقی اعطا میکند که مسائلی که از رویه سوء استفاده کرده و حکم را زیر سوال میبرد، جلوگیری کنند. حتی اگر تصمیمات دیوان دادگستری اروپا در مورد تفسیر قوانین عادلانه نباشد، مسئله الزام به ارائه دلایل، به برقراری عدالت کمک میکند. بنابراین من معتقدم که مجلس عوام در ارائه اصلی خود، محق است.

۲۱۶. از طرف دیگر، روش مقررات ۱۹۹۱ رعایت نشد. مجلس عوام به سایر مناقصه گران اطلاع نداد که سیل/الویس گزینه ۸۲ مناقصه و برآورد ۱۹ را در کنار مناقصات بر اساس مشخصات جدید در نظر خواهد گرفت. اگر نتیجه گیری من مبنی بر اینکه مجلس عوام فقط به دنبال جزئیات جایگزین بود درست باشد، آیا هارمون می تواند از تصمیم در نظر گرفتن مناقصه سیل/الویس به دلیل ارائه طرح جایگزین شکایت کند؟ مباحثات پاییز ۱۹۹۵ از رویه مقررات ۱۹۹۱ منحرف شد و از مذاکرات و توضیحات فراتر رفت. آنها از طرحی جایگزین استفاده کردند که سایر مناقصه گران از آن بی اطلاع بودند (حداقل به طور رسمی). اگر هارمون نمی تواند از نتیجه تحت مقررات ۱۹۹۱ شکایت کند، آیا این بدان معنا نیست که مقررات ۱۹۹۱ به اندازه ای که در ابتدا به نظر می رسید جامع نیست؟ یا اینکه انحرافاتی را که مجلس عوام تصویب کرده است به طور موثر کنترل نمی کند؟ در قضاوت من با تکرار پیشنهاد برای در نظر گرفتن گزینه ها، در تاریخ ۱۱ سپتامبر و در تاریخ ۲ و ۳۰ اکتبر ۱۹۹۵، به این نکته اشاره

شد که با ارائه مناقصه‌ها می‌توان به طرح‌های اصلاحی دست یافت که مناقصات برای آن، در نظر گرفته شده بودند. اگرچه این گزینه‌ها محرمانه بودند و اطلاعی از آن نداشتیم، اما به نظر می‌رسد که حاوی اصلاحات جزئی در زمینه کاهش هزینه‌ها و... بودند، که در صورت عدم ذکر آنها، ناچیز و بی‌ارزش تلقی می‌شدند.

به نظر من، اگرچه تمامی مناقصه‌گران این موضوع که حق ندارند از جزئیات محرمانه تجاری آگاه شوند را پذیرفته بودند، اما مجلس عوام درخواست برگزاری مناقصه ای جدید را تحت قوانین خاص اروپایی داشت که ارائه دهنده مناقصه به طور ضمنی با شروط آن موافقت کرده و:

الف) جایگزینی که توسط هر مناقصه‌گزار ارائه می‌شود باید در کنار مناقصه تجدید نظر شده قبلی در نظر گرفته شود.

ب) هرگونه جایگزین باید در بردارنده جزئیات کامل کار بوده و ارتباطی با طراحی نداشته باشد.

ج) با مناقصه‌گرانی که به آن دعوت پاسخ داده اند، به طور مساوی و منصفانه برخورد شود.

این تعهدات قراردادی ناشی از قراردادی است که از رژیم تدارکات دستورالعمل‌های اروپایی، به تفسیر دادگاه اروپا ناشی می‌شود که بر اساس آن اصول انصاف و برابری بخشی از قرارداد اولیه ای است که پیش تر ذکر شد. امری نشان می‌دهد که چنین قراردادی ممکن است حقوق عرفی را در مقابل نظام نوشته قرار دهد، که در غیر این صورت ممکن است راه حل انحصاری ارائه شود. به نظر من در حقوق انگلیس روشن است که مناقصه‌های رقابتی که در بخش دولتی مورد تقاضا قرار می‌گیرند، قراردادی به وجود می‌آید که در آن، تمام مناقصه‌ها به طور کاملاً منصفانه برگزار شود. مجلس عوام این تعهدات را نقض می‌کرد. به نظر من، وظیفه داشت با همه‌ی کسانی که در این مناقصه شرکت می‌کردند به طور منصفانه و یکسان رفتار کند و بدون اینکه هیچ فرصت دیگری برای رقابت با آن در شروط خاص فراهم آید، به یک طرح جایگزین دست یابد.

قراردادهای یک جانبه در مقابل دوجانبه

قراردادهای یک جانبه آنهایی هستند که تنها یک طرف در آن متعهد می‌شود. به عنوان مثال، تبلیغات معمولاً قراردادهای یک طرفه هستند. در قراردادهای یک جانبه، از الزام اعلام پذیرش به ایجاب دهنده صرف نظر می‌شود. متقاضی با انجام عملی نیز، میتواند شرط را بپذیرد و عملکرد شخص متقاضی نیز به عنوان قیمت یا عوض تعهد ایجاب دهنده تلقی می‌شود. یک قرارداد دوجانبه قراردادی است که در آن وظایف هر دو طرف، حقوق هر دو طرف و عوضین، مشخص است. اگر کارفرمایی ایجاب دهد که اگر قول دهید این جاده را آسفالت کنید، من ۵۰۰۰ پوند به شما می‌دهم، پس از قبول پیمانکار، این قرارداد دوجانبه خواهد بود. زیرا هر طرف قول داده کاری را در قبال عوضی مشخص انجام دهد.

ابهام (عظم قطعیت)

اگر قراردادی مبهم یا ناقص باشد، اجرای آن غیرممکن بوده و محاکم، آن را کأن لم یکن (ناموجود) تلقی خواهند کرد. علاوه بر این در چنین شرایطی، دادگاهها سعی خواهند کرد با ایجاد ساختاری منطقی از شروط نامشخص، یک قرارداد تجاری را عملی سازند. دادگاه‌ها همچنین می‌توانند از استانداردهای خارجی برای اجرای قرارداد استفاده کنند. گاهی اوقات این استانداردها قبلاً در خود قرارداد ذکر شده اند، مانند مواردی که نوعی عملکرد در پیوست قرارداد یا در یک استاندارد خارجی وجود دارد، مثل: ارجاع به مشخصات محصول تهیه شده، توسط سازنده آن. علاوه بر این، دادگاه‌ها می‌توانند شروط قرارداد را بر اساس یک شرط ضمنی مانند افزودن قیمت "معقول" برای یک مورد نامعقول، اصلاح کنند. اگر شروط قرارداد را نتوان به این طریق "تعدیل" کرد و همه روشهای حل و فصل شکست خورده باشد، دادگاه می‌تواند شروط یا بندهای متخلف را "تجزیه" کند، اما تنها در صورتی که قرارداد پس از تجزیه، قابل اجرا باقی بماند. این امر معمولاً تنها در صورتی امکان پذیر است که قرارداد چنین شرایطی را تحت عنوان "شروط تفکیک و تجزیه" پیش بینی کند.

دو پرونده اخیر، مساله ابهام را بیشتر دنبال کرده و در "تی کی تانکرز" (۳۳)، دیوان عالی به این نتیجه رسید که قرارداد ادعایی برای ساخت نفتکش‌ها بسیار مبهم است، زیرا یک شرط اساسی آن قرارداد، مربوط به تاریخ تحویل کشتی‌ها، واضح و مبرهن نبوده است. در مقابل، موافقت نامه ای که فرمول یا ماشین آلات دیگری را برای تعیین قیمت قرارداد تعیین می‌کند، "توافق غیر قابل اجرا" نیست و لزوماً قرارداد را باطل نمی‌کند.

شروط به عنوان شروط یک قرارداد

برای تعیین اینکه آیا قرارداد نقض شده است، ابتدا باید تصمیم بگیرید که آیا قسمت های عملیاتی شروط هستند یا ضمانت. "شرط" واژه ای است که می توان آن را اصل قرارداد در نظر گرفت یا همانطور که برخی نویسندگان پیشنهاد می کنند چیزی است که "ریشه یک قرارداد" را در بر می گیرد. نقض چنین شروطی، در واقع، قرارداد را نفی می کند. با این حال، نقض ضمانت نامه، نمی تواند موجب نقض قرارداد شود. اگرچه خسارت در هر دو حالت ممکن است ایجاد شود. در برخی از حوزه های قضایی این تفاوت در مقایسه با نقض جزئی به عنوان نقض عمده نامیده می شود. شروط قرارداد چه جزئی باشند چه کلی، از اهمیت بسزایی برخوردار هستند. تعهد پیمانکار برای تکمیل پیمانکاری در یک تاریخ معین، شرطی است که نقض آن مهم تلقی شده و به اصل قرارداد صدمه میزند، در حالی که تعهد او برای انجام وظایف خاص، ضمانت بوده و اگر انجام نشود، نقض جزئی خواهد بود که اگرچه قرارداد را فسخ نمی کند، اما به کارفرما حق می دهد در صورت بروز هرگونه ضرر و زیان، مطالبه خسارت کند. علاوه بر این، قانون فروش کالا ۱۹۷۹، بخش ۱۵، مدت زمان را نیز شرط یا ضمانت اعلام کرده است. این قانون تصریح می کند که شروط همچون شرح کار، کیفیت و نمونه، شروط معتبر بوده، مگر در شروط خاص مشخص شده در قانون، مانند: هرگونه عدم ارائه جزئیات، که منجر به فسخ قرارداد میشود. در مورد پرونده هنگ کنگ و کاوازاکی (۳۵)، دادگاه یک اصطلاح جدید "قرارداد دسته بندی نشده" را ایجاد کرد - بر اساس این مفهوم، این که آیا نقض یک این نوع قرارداد، به اصل قرارداد صدمه میزند، بستگی به ماهیت نقض دارد. نقض این شروط، مانند سایر شروط، موجب خسارت می شود. اما در این پرونده، اگر منفعت قانونی قرارداد از طرف غیرناتقص دریغ شده باشد، قرارداد به عنوان رد شده و پایان یافته در نظر گرفته می شود.

شروط ضمن عقد

یک شرط ممکن است صریح یا ضمنی باشد. شروط صریح، آن است که به صراحت در قرارداد نوشته شده یا توسط طرفین توافق، شفاهاً به صراحت بیان شده است. شروط ضمنی توسط طرفین بیان نمی شود بلکه توسط دادگاه ها به عنوان بخشی از قرارداد بیان می شود.

واقعیت شروط ضمن عقد

برای تعیین اینکه آیا شروط مذکور به قانون دلالت دارند یا حقیقت، لازم است رویدادهایی را که در مرحله تشکیل قرارداد اتفاق می افتد مرور کنیم. در پرونده بی بی (۳۶) در استرالیا، شورای خصوصی یک آزمایش پنج مرحله ای پیشنهاد کرد، که شرایطی که ممکن است به حقایق یک پرونده دلالت کند را تعیین میکرد. به طور سنتی، این آزمایش، "آزمون کارآیی" و "آزمون نظارتی" بوده است. مورد اول توسط دادگاه موروک پیشنهاد شد. (۳۷) این آزمون تصریح می کند که یک شرط، تنها در صورتی ضروری است که لازم باشد به کسب و کار اثری ببخشد تا از نقصان و عیب در مواردی مهم از جمله عوض معامله جلوگیری شود. در صورت اخذ این آزمون، برای رسیدن به این هدف، فقط باید محدودترین شروط را ذکر کرد. آزمون نظارتی رسمی از قضاوت لرد اسکروتن (۳۸) منشأ گرفت. برای تعیین اینکه آیا می توان مدت قرارداد را در واقع ضمنی دانست یا خیر، باید آگاه بود که بین طرفین در حال مذاکره، ناظری ناخواسته حضور دارد. حین گوش دادن به مذاکرات، ناظر پیشنهاد می کند که آنها باید یک عبارت خاص را ذکر کنند. طرفین با یک بله حتماً دروغین از شری و خلاص میشوند. برخی از نویسندگان می پرسند که آیا این واقعاً یک آزمون جداگانه است یا فقط توصیفی است که چگونه می توان بر اساس آزمون کارآیی کسب و کار تصمیم گیری کرد؟ برخی از حوزه های قضایی، به ویژه استرالیا، اسرائیل، هند و ایالات متحده، شروطی را به منظور حسن نیت در قراردادها ذکر میکنند. در واقع، ایالات متحده نه تنها برای حسن نیت، بلکه برای برخورد منصفانه نیز مقرراتی را اضافه می کند.

اظهار خلاف واقع (تدلیس)

با اینکه در حقوق عرفی انگلیس وظیفه ای برای معامله منصفانه مشخص نشده است، کسی که با کلاهبرداری، سهل انگاری یا حتی بی گناه، حقایق مادی را نادرست نشان می دهد تا طرف را به عقد قرارداد وادار کند، ممکن است مسئول خسارت باشد. علاوه بر این، از آنجا که در چنین شرایطی نمی توان "ملاقات ذهن" را متصور شد، ممکن است طرف بی گناه حق فسخ قرارداد را داشته باشد. منظور از اظهار خلاف واقع، بیان واقعیت به شکلی نادرست است که توسط یکی از طرفین انجام شده و طرفی که آن را می شنود را قانع به عقد قرارداد میکند. این اظهار باید بدون ابهام باشد و نمی تواند بیان کننده قصد یا نظر آینده باشد. همچنین باید توسط طرف بی گناه، شناخته شده و مورد استناد قرار گیرد. جمله "من فکر می کنم این بهترین است ..." با "این بهترین است ..." متفاوت است؛ با این حال، این تمایز، اساس بسیاری از دعاوی حقوقی است. در پرونده گوردون (۳۹)، دادگاه معتقد بود که اظهار خلاف واقع، می تواند از طریق کلمات یا رفتار نادرست اظهارنظر شود، اگرچه همه چیز گفته یا انجام شده

باشد، قادر به ارائه اطلاعات نادرست است. بعلاوه، در پرونده بی ست (۴۰)، دادگاه دریافت که اظهارات در زمینه ارائه خلاف واقع، نادرست اند. با این حال، اگر یکی از طرفین ادعا کند که از دانش تخصصی برخوردار است، به احتمال زیاد، اظهار نظر او بیان یک واقعیت است و نه فقط یک نظر. این قانون دو نوع مختلف از اظهار خلاف واقع در حقوق قراردادهای را به رسمیت می شناسد. یکی به عنوان تقلب در حقایق و دیگری به عنوان تقلب در القاء (بیان) نامیده می شود. کلاهبرداری در حقایق، به کلاهبرداری ای اشاره دارد که ناشی از مواردی از قبیل ناهماهنگی بین ابزار مورد نظر برای اجرای واقعی آن است؛ برای مثال، هدایت یک نفر برای امضای قرارداد نادرست روی این موضوع تمرکز دارد که آیا طرف مورد نظر می داند که آنها در حال ایجاد یک قرارداد هستند یا خیر. اگر طرف نمی دانست که آنها در حال انعقاد قرارداد هستند، هیچ ملاقاتی بین اذهان وجود نداشته و قرارداد باطل است. تقلب در تحریک، همانطور که از نامش پیداست، انجام عملی است که طرف دیگر را وادار به انعقاد قرارداد می کند. علاوه بر این، در مواردی که شخص حقیقت واقعی را می داند و قرارداد را امضا نمیکند، مانند ارائه نادرست از یک واقعیت مهم است که منجر به ابطال قرارداد می شود. بنابراین، بسته به شرایط، اظهارات یا وعده هایی که طرفین در مورد کیفیت یا ماهیت قرارداد مورد توافق قرار داده اند، ممکن است به منزله ارائه نادرست باشد و در صورت تعیین، این امر به طرف آسیب دیده حق فسخ قرارداد را می دهد. بسته به نوع اظهار خلاف واقع، ممکن است انواع خاصی از خسارت ها، از جمله خسارت های تنبیهی برای کلاهبرداری را نیز اجازه دهد. قبل از رسیدن به این آستانه، لازم است که "طرف بی گناه" بر اظهارات غلط تکیه کرده باشد و اظهارات نادرست باید طرف بیگناه را تهییج به انعقاد قرارداد کرده باشد. اگر اظهار خلاف واقع، هیچ تاثیری بر طرف بی گناه نداشته باشد، هیچ فسخ و خسارتی نمی تواند داشته باشد. در پرونده بیمه گلاسکو (۴۲) دادگاه با وضعیتی روبرو شد که طرف بی گناه از حقیقت آگاه بود و دادگاه دریافت که در چنین موقعیتی، طرف بی گناه هیچ اظهاری خلاف واقع بیان نداشته است. لازم به ذکر است که "آگاهی از حقیقت" دفاعی در برابر هر اقدامی برای تقلب/ارائه نادرست است. علاوه بر این، همانطور که دادگاه در پرونده ادینگتون (۴۳) دریافت، هرگونه اظهار نظر خلاف واقع، فقط نیاز به انگیزه برای انعقاد قرارداد ندارد، بلکه فقط یک عامل تحریک کننده مادی است. در شرایطی که طرف بی گناه تلاش می کند تا حقیقت را به درستی بفهمد، دادگاهها متوجه می شوند که طرف بیگناه بر اظهار خلاف واقع تکیه نکرده است و بنابراین، نمی تواند یک عامل القاء کننده برای ورود به قرارداد باشد. اما در شرایطی که قرارداد از پیمانکار می خواهد تا قبوض پرداختی یا شروط محل را در مرحله مناقصه بررسی کند تا مطمئن شود که همه چیز خوب است، او چه می کند؟ لازم به ذکر است که این مسئله به طور کلی، پیمانکار را در موقعیت نامطلوبی قرار می دهد، زیرا معمولاً زمان بسیار کمی برای بررسی قبوض پرداختی به عنوان بخشی از مناقصه یا تأیید شروط زمین وجود دارد، چه برسد به تأیید اینکه آنها با هر جزئیاتی از نقشه ها مطابقت داشته باشند. در واقع، کارفرما چنین مقرراتی را، در قرارداد جای میدهد تا پیمانکار نتواند به هیچ گزاره ای در صورت حساب ها اتکا کند تا اقدامی را بر اساس اظهار خلاف واقع انجام دهد، مگر اینکه کلاهبرداری باشد. هنگامی که دادگاه ها با موقعیتی مواجه می شوند که نمایندگی در واقع کلاهبرداری بوده است، طرف زیان دیده ممکن است مستحق خسارت شود. به عنوان مثال، در پرونده پیرسون (۴۴) در سال ۱۹۰۷ برنامه هایی توسط کارفرما تهیه شد که تأسیس دیواری در عمق ۹ فوتی را نشان می داد. این دیوار برای پشتیبانی بخشی از کار در نظر گرفته شده بود. پیش از اینکه این برنامه ها آماده شود، کارفرما هیچ آگاهی از صحت این عمق ۹ فوتی نداشت. پیمانکار برای کار مناقصه ای برگزار کرد، اما به دلیل ارائه نادرست، هزینه کار بسیار بیشتر از آنچه در ابتدا برنامه ریزی شده بود، شد. در نتیجه، پیمانکار حق جبران خسارت را داشت و دادگاه دریافت که در جایی که کارفرما به پیمانکار دستور داده بود تا از صحت برنامه ها اطمینان حاصل کند، این کار کارفرما، اظهار خلاف واقع بوده است. علاوه بر این، در پرونده گوردون (۴۵) دادگاه اظهار داشت: "حتی اگر در تاریخ اتمام پرونده، شاکیان به طور کامل از تدلیسی که به آنها وارد شده بود آگاه بودند، این امر مانع از تأیید قرارداد و بررسی آن نمی شد."

تمایزها:

لازم به ذکر است که وقتی گزاره ای کاملاً غلط باشد مشکلی پیش نمی آید، بلکه مشکل زمانی بوجود می آید که حقیقت جزئی با کذب مخلوط شود. یک مثال خوب از آن، در قانون بیمه دریانوردی ۱۹۰۶ ارائه شده است، که بیان می کند، اظهارنامه ای که درست باشد به طور واقعی مورد بررسی قرار می گیرد، یعنی تفاوت بین آنچه نشان داده شده و آنچه در واقع درست است توسط یک بیمه گر محتاط، مهم تلقی نمی شود. در پرونده بیمه آوون (۴۶) دادگاه این موضع را گرفت که اگرچه این تفاوت باعث نمی شود شخص منطقی وارد قرارداد شود، اما این اظهارات درست تلقی می شود. تمایز دیگری در بیمه یونیون (۴۷) تعیین شد که در آن دادگاه معتقد بود اظهار نظر یا قصد آینده، تصور غلطی نیست مگر اینکه یا شخص اظهار کننده واقعاً نظر نداشته یا قصد آینده خود را اعلام نکرده باشد. (۴۸) اگر حقایق موجود نادرست باشند هم ممکن است باز هم گزاره نادرستی وجود داشته باشد، به عنوان مثال: هنگامی که نظر ابراز شده، دلالت بر حقایق یا اعتقادی دارد که ادعا می شود وجود داشته است (۴۹).

در چنین حالتی، در صورت فقدان دلایل منطقی برای این باور، اظهارنظر غلط رخ می دهد(۵۱). وضعیت دیگر هنگامی ایجاد می شود که سخنی ارائه می شود که هنگام بیان درست است، اما کمی بعد و قبل از تشکیل قرارداد، دیگر صادق نیست. شخصی که سخنی را ارائه می دهد باید آن سخن را تصحیح کند و در غیر اینصورت عدم تصحیح آن باعث ادعای نادرستی می شود.

بیان اظهارات نادرست

به بیان ساده، برای اینکه کلمه ای به عنوان تدلیس مطرح شود، نه تنها باید بدون اعتقاد صادقانه به حقایق بیان شود، بلکه باید آن را نادرست دانست. علاوه بر این، دادگاه در پرونده دری (۵۲) اظهار داشت که "تدلیس و تقلب زمانی ثابت می شود که اظهار خلاف واقع، آگاهانه یا بدون اعتقاد به حقیقت آن یا با بی احتیاطی صورت گرفته باشد." در اینجا منظور از "بی احتیاطی" نه تنها "سهل انگاری" بلکه "مسامحه شدید" است، یعنی شخص بی احتیاط در جایی که به معرفی محصول یا خدمات به طرف دیگر میپردازد، بدون اینکه اعتنایی به صحت و سقم آن داشته باشد، اینکار را انجام دهد. آنچه اظهارات نادرست و متقلبانه را متمایز می کند این است که وقتی مشخص شد که این اتفاق افتاده است، دادگاه سعی می کند طرف بی گناه را به جایگاهی که در آن قرارداد منعقد نشده بود بازگرداند یا به جای آن سعی به جبران خسارت او میکند. بنابراین، در پرونده دوئل (۵۳) دادگاه تصمیم گرفت که وقتی معلوم شد که اظهارات خلاف واقع رخ داده است، طرف بی گناه ممکن است از دادگاه بخواهد که قرارداد را لغو کرده و حق دریافت خسارت بابت تمام ضرر و زیان ناشی از قرارداد را به جا بیاورد. به عبارت دیگر، طرف بی گناه خسارت دریافت می کند تا او را به موقعیت پیش از عقد قرارداد بازگرداند. بعلاوه، در مواردی که دادگاه تشخیص دهد که اظهار خلاف واقع (تدلیس) صورت گرفته است، طرف بی گناه حق فسخ و دریافت خسارت را دارد. بنابراین، همانطور که دادگاه در پرونده موس (۵۴) دریافت که صاحب ساختمان یا کارفرما در مورد یک واقعیت مهم تقلب کرده است و این اظهارات نادرست، پیمانکار را مجبور به ارائه مناقصه نامطلوب کرده، پیمانکار در این مورد قادر به فسخ قرارداد یا مطالبه خسارت خواهد بود.

در چنین مواردی میزان خسارت تمام خسارت هایی است که مستقیماً از تدلیس و تقلب ناشی می شود. اگر این ضررها به طور معقول قابل پیش بینی بوده و شامل هرگونه فرصت از دست رفته ۵۵ و یا هزینه های هدر رفته شود، تفاوتی نخواهد داشت. (۵۶) چیزی که باید در نظر داشته باشیم این است که در قراردادهای ساخت و ساز، اگر تقلبی شایع باشد، اظهار خلاف واقع، بعنوان شبه جرم نمود پیدا میکند. بنابراین در پرونده کلف (۵۷) دادگاه دریافت که در مواردی که یک اظهار خلاف واقع منجر به یک معامله سودآور می شود، این سود در مورد دریافت خسارت نیز لحاظ شده و پرداخت خواهد شد. یا مانند پرونده ایست و مورر (۵۸) که یک طرف بی گناه مجبور به عقد قرارداد برای خرید ملک شده است، اگرچه معیار استاندارد به صورت انعطاف ناپذیری اعمال نخواهد شد اما باید ارزش بازار ملک را در تاریخ معامله در نظر بگیرد. یا مانند پرونده اسمیت (۵۹) که طرف بی گناه با اتکا به اظهارات خلاف واقع، قرارداد را منعقد کرده و متحمل خسارت شده است نیز، خسارات آن به طور کامل جبران میشود. علاوه بر این، همانطور که در پرونده توماس ساندروز (۶۰) در شروط شرکت نشان داده شد، به عنوان مثال شرکتهای پیمانکاری، اگر کلاهبردار و فریبنده به نظر برسند، مسئولیت اظهارات کلاهبرداری می تواند هم به شرکت و هم شخصاً به مسئول شرکت مربوط باشد.

اظهار خلاف واقع به صورت ضمنی

در حالی که اظهارات خلاف واقع صریح با اقدامات عمدی سروکار دارد، اظهارات خلاف واقع ضمنی می توانند منجر به ادعای جعل اطلاعات شود. چنین اظهارات نادرستی می تواند هم از پیامدهای برگرفته از آنچه نوشته شده یا گفته شده و هم از رفتار طرفی که باعث ارائه نادرست می شود ناشی شود. (۶۱)

به عنوان مثال، هنگامی که پیمانکار بار بتن را از تأمین کننده سفارش می دهد، سفارش نشان می دهد که پرداخت انجام شده و خریدار پولی پرداخته است. تمایز در شرایطی به وجود می آید که در مورد موضوعی، به طور کلی، چیزی گفته نمی شود، یعنی عدم افشای اطلاعات، و بنابراین، هیچ اظهار خلاف واقع ضمنی نمی تواند وجود داشته باشد، زیرا هیچ چیزی گفته نشده است، اما همانطور که دادگاه در پرونده کورتیس (۶۲) اشاره کرد، افشای جزئی به احتمال زیاد به ارائه اطلاعات نادرست خواهد انجامید، زیرا افشای جزئی اغلب نشان دهنده اظهارات ضمنی است که دیگر وجود ندارند.

اظهارات خلاف واقع سهل انگارانه

اظهارات خلاف واقع عمدی باید از اظهارات خلاف واقع سهل انگارانه یا تحریف واقعیت متمایز شود. اظهارات خلاف واقع سهل انگارانه، اظهاراتی هستند که با بی دقتی یا بدون دلایل منطقی برای باور به صحت آنها، ارائه شده اند. طبق تصمیم دادگاه در پرونده راجرسون (۶۴)، از آنجایی که موضوع پرونده تدلیس و کلاهبرداری است،

طرف بی گناه می تواند قرارداد را فسخ کرده و خسارت دریافت کند. مانند همه جرائم، اگر وظیفه ای مبنی بر حمایت پیش قراردادی از طرف بی گناه وجود داشته باشد، اظهارات خلاف واقع سهل انگارانه نیز قابلیت پیگرد قانونی خواهد داشت. با این حال، این حمایت پیش قراردادی باید برقرار شده باشد و طرف بی گناه، به جای خسارات مطرح در قانون کلاهبرداری ۱۹۶۷، فقط مجاز به دریافت خسارت شبه جرم می باشد.

اظهارات خلاف واقع بدون تقصیر

هنگامی که شخصی به تدلیس می پردازد و کار او تحت عنوان کلاهبرداری و سهل انگاری قرار نمیگیرد، راه حل اصلی فسخ است. با این حال، با توجه به بخش دو از قانون کلاهبرداری ۱۹۶۷، دادگاه می تواند، حکم به جبران خسارت دهد.

سوء تعبیر قانون علیه حقیقت

لازم به ذکر است که نمایندگی نادرست در قانون، به خودی خود قابل اجرا نیست، مگر اینکه وکالت عمداً انجام شود (همچنین سهل انگاری وکیل). به عنوان مثال، نمایندگی در قرارداد، نهادهای قانونی است. با این حال، همانطور که دادگاه در پرونده کوپارد (۶۵) اشاره کرد، نمایندگی در مورد مفاد قرارداد یک حقیقت است. بنابراین، نمایندگی در مورد معنی یا محتوای یک قانون پارلمان قانونی است، اما در پرونده کیسون (۶۶) دادگاه به این نتیجه رسید که اظهارات مربوط به محتویات یک قانون خصوصی پارلمان نمایانگر واقعیت است. علاوه بر این، دادگاه در پرونده لاورنس (۶۷) تمایز قائل شد که بیانگر آن است که به عنوان مثال می گویند که برای توسعه خاصی نیازی به اجازه برنامه ریزی نیست، اما این نشان دهنده واقعیت است که بیان می کند زمین در منطقه ای که برای استفاده اداری طبقه بندی شده یا مجوز برنامه ریزی برای توسعه مسکن داده شده است. بسیاری از قراردادهای پیمانکاری از پیمانکار می خواهد که از صحت برخی شروط مانند خطوط قطعه، طرح و نقشه، برخی شروط زمین شناسی و... رضایت داشته باشد. دادگاه در پرونده یورک (۶۹) دریافت که نماینده، مسئول نیست مگر در مواردی که قصد فریب پیمانکار وجود داشته باشد. در این شرایط، هرگونه اظهارنظر درباره شرایط، به عنوان نظر محسوب می شود. اما اغلب کارفرما اطلاعاتی را در مورد محل ساخت و شروط آن و یا سایر عناصر قرارداد ارائه می کند و به پیمانکار فرصت بازرسی شروط را می دهد، یعنی بررسی اینکه آیا آنچه گفته شده درست است یا خیر؟ دادگاه در پرونده رجر (۷۰) دریافت که اگر طرف بی گناه نتواند حقیقت موضوع را کشف کند، باز هم راهکارهای احتمالی در مورد اظهار خلاف واقع را از دست نمی دهد.

اشتباه

به بیان ساده، اشتباه عبارت است از درک نادرست یک یا چند طرف قرارداد، که ممکن است به عنوان زمینه ای برای ابطال قرارداد مورد استفاده قرار گیرد. سه نوع اشتباه در شروط قراردادی بوجود می آید: اشتباه یک طرفه، اشتباه متقابل و اشتباه رایج.

اشتباه یک طرفه

اشتباه یک طرفه زمانی رخ می دهد که فقط یکی از طرفین در مورد شروط یا موضوع قرارداد اشتباه می کند. در پرونده اسمیت در مقابل هیوز (۷۱) پس از دریافت نمونه، هیوز، مربی اسب مسابقه، ۴۰ تا ۵۰ کیلو جو دوسر را از اسمیت سفارش داد. شانزده کیلو برای شروع ارسال شد؛ با این حال، وقتی بار تحویل شد، هیوز گفت که آنها جوی دوسری که او فکر می کرد نیستند. ظاهراً او جوی دوسر قدیمی می خواست و جو تازه و سبز برایش ارسال شده بود. در واقع، نمونه اسمیت نیز، جوی دو سر سبز بود. هیوز از پرداخت پول خودداری کرد و اسمیت به دلیل نقض قرارداد، مبلغ تحویل داده شده و خسارت برای مقداری جوی دوسر که باید تحویل میگرفت، شکایت کرد. دادگاه اعلام کرد:

"در این مورد موافقم که در فروش یک جنس خاص اشتباه رخ داده است، اما اگر شرطی وجود داشته باشد که آن را جزء معامله قرار داده و کیفیت خاصی را مدنظر قرار دهد، خریدار باید کالایی را که خریداری کرده است تحویل گیرد، نه کالایی که ویژگی مذکور را برخوردار نیست. و حتی اگر فروشنده آگاه باشد که خریدار فکر می کند که این جنس دارای چنین کیفیتی است و اگر اینطور فکر نکرده باشد قرارداد را امضا نمی کند، باز هم خریدار متعهد است، مگر اینکه فروشنده، مرتکب تدلیس و کلاهبرداری شده باشد. در مواردی که تعداد زیادی از کالاها توسط یک نمونه فروخته می شوند و خریدار به سبب خرید عمده آنها را بررسی می کند نیز، قانون دقیقاً یکسان است. اگرچه، به احتمال زیاد خریدار در چنین موردی درخواست گارانتی بیشتری می کند، شواهدی برای اثبات این که در واقع، چنین گارانتی ای را در نظر گرفته بود، کافی است. اما در مورد دومین نکته مطرح شده در پرونده موافق نیستم. من درک می کنم که اگر یکی از طرفین قصد داشته باشد با شرایطی خاص قرارداد

ببندد، و دیگری قصد دارد با شروط خاص دیگری قرارداد ببندد، در واقع هیچ قراردادی در کار نیست، مگر اینکه شروط به گونه ای باشد که مانع از موافقت یکی از طرفین با شروط طرف دیگر شود. حاکمیت قانون این است که، اگر قصد واقعی یک مرد، معقول باشد و با شروط ارائه شده طرف مقابل موافقت کرده و طرف دیگر بر اساس این عقیده وارد معامله شود، که در این صورت قرارداد صحیح بوده و طرفین ملزم و مقید به رعایت آن هستند.

سپس در پرونده لوئیس علیه اوری (۷۲) دادگاه معتقد بود که در صورت وجود اشتباه در هویت طرف قرارداد، ممکن است قرارداد باطل شود. در اینجا، دادگاه تصریح کرد که تنها در صورتی می توان از قرارداد اجتناب کرد که شاکی بتواند نشان دهد که در زمان توافق، اعتقاد داشته که هویت طرف مقابل از اهمیت حیاتی برخوردار است. فقط یک باور اشتباه در مورد اعتبار طرف مقابل کافی نبود. با این حال، هنگامی که یک پیمانکار در قیمت مناقصه خود، مرتکب یک اشتباه یک جانبه میشود، مثل اشتباهات محاسباتی، پیمانکار همچنان متعهد به چنین خطاهایی است مگر اینکه کارفرما، قبل از قبول مناقصه، متوجه اشتباه غیرعمدی شود. این وضعیت در پرونده نورتامپتون (۷۳) رخ داد، جایی که هیگینز با نورتامپتون قرارداد ساخت ۵۸ خانه را منعقد کرد اما مناقصه وی صحیح نبود، او تصور میکرد که مناقصه ساخت خانه ها با قیمت ۱۶۷۰ پوند برای هر دو خانه است، در حالی که در واقع ۱۶۱۳ پوند بود.

دادگاه اعلام کرد که او به اشتباه خود مقید است و نمی تواند قرارداد را کنار گذاشته یا تصحیح کند و نوشت:

نتیجه برای شاکی بسیار مایه تأسف است و برایش دشواری بسیار به همراه دارد، اما آیا می توان قرارداد را به گونه ای اصلاح کرد که بتواند به آنچه که بدون شک قصد وی هنگام عقد قرارداد بوده است، تأثیر بگذارد؟ به نظر می رسد غیر ممکن باشد. به نظر من طرفین، متقابلاً اشتباه نمی کردند. من فکر می کنم این قرارداد بیانگر آن چیزی است که متهمان قصد بیان آن را داشتند. به هر حال این مسئله که متهم با اشتباه به کار ادامه داده مشهود نیست و بار اثبات آن بر عهده شاکی است. در این شرایط، با نهایت تأسف، به این نتیجه می رسم که نمی توانم به خواهان تسکینی که می خواهد بدهم، مگر اینکه در ساعات پایانی، متهمان بتوانند به شاکی امتیازی که لایقش است را بدهند. می ترسم که مالیات دهندگان از اشتباه صادقانه و جدی شاکی که واقعاً ناشی از بی احتیاطی برخی از مقامات شرکت متهم در تنظیم صورتحساب اصلی بود، سود ببرند. اگر آنها محاسبات را درست انجام داده و به وضوح بیان می کردند که ۵۰ یارد دودکش قبلاً در ۳۲۱ یارد دیوار وجود داشت، آقای هیگینز هرگز اشتباهی که منجر به این اقدام شود را مرتکب نمی شد.

به نظر من پرونده پیش رو مثال خوبی از اشتباه متقابل است اگرچه شاید این اشتباه اشتباهی سهوی به نظر برسد اما اشتباهی صادقانه است که آقای ویل شارژ به محض کشف آن به سرعت و با شتاب این مورد را به شاکی اعلام کرد. دقیقاً مانند همان اشتباهی که قبل از پذیرش مناقصه و ایجاب به شاکی اعلام شده بود. نتیجه ای که می توان از این موضوع گرفت این است که با توجه به شرایط، شاکی باید در هر صورت قبل از پذیرش پیشنهاد از اشتباه مذکور مطلع و آگاه شود. باید به شکلی که برای یک فرد منطقی و عاقل واضح و روشن است تأکید کرد که شخص مورد نظر در پرتو شروط پیرامونی از موضوع اشتباه آگاه شود. برای درک بهتر این موضوع به پرونده هات تک در مقابل کالین و شیلدز که مربوط به سال ۱۹۳۹ می باشد مراجعه کنید. توسط علم کامل به این اشتباه و مدارک موجود که غیرقابل انکار و غیر قابل تکذیب هستند و جدای از تصمیم شورای حل اختلاف، شاکی مدعی آن شد که مناقصه ویل شار را پذیرفته است، اگرچه که ویل شار و تلاش های او خواستار اصلاح مناقصه بودند. هیچ شکلی وجود ندارد که بین طرفین قرارداد واقعی وجود نداشته است و این اقدام تنها اقدامی شجاعانه توسط شاکی بوده تا متهم را وادار به انجام قولی کند که می دانسته که ویل شار قصد انجام آن را نداشته است و ذهن او به انجام آن رضایت نخواهد داد و بنابراین سعی کرد تا از ادامه موضوع دست بکشد. به بیان ساده این مسئله چنان است که یکی از طرفین قصد داشت قراردادی با شروط خاص موجود در ذهن خود منعقد کند اما دیگری قصد داشته با شروط دیگری آن قرارداد را تنظیم کند در نتیجه توافق ذهنیت ها وجود نداشته و قراردادی هم به تبع آن وجود نداشته است. در هر صورت من معتقدم که شروط به گونه ای بوده که اجازه دادن به شاکی برای حفظ قرارداد با توجه به رفتار مدیر پروژه غیرمنطقی، ناعادلانه و نادرست است. رفتاری که به نظر من نه تنها تقلب بلکه از معنای تقلب بسیار فراتر نیز رفته است. حتی در فرضی که قرارداد منعقد شده بود نیز، ویل شار به این دلیل می توانست آن را فسخ کند که قرارداد به دلیل اشتباه اساسی در شکل گیری آن قابل فسخ است. در جایی که چنین شرایطی به وجود می آید، شاید اشتباهی چینی دفاع خوبی در برابر اقدامی است که برای اجرای چنین قرارداد و یا جبران خسارت ناشی از نقض آن انجام می شود.

اشتباه متقابل

اشتباه متقابل زمانی اتفاق می افتد که هر ۲ طرف قرارداد در مورد مفاد قرارداد اشتباه کرده و هر یک معتقد باشند که برای چیزی متفاوت قرارداد بسته اند. دادگاه ها در صورتی که تفسیری منطقی از شروط عقد قرارداد پیدا کنند قادر خواهند بود چنین اشتباهاتی را نادیده گرفته و قرارداد را تایید کنند. پرونده رافلز در مقابل میشل هاس

(۷۵) که اغلب به عنوان پرونده ای بی نظیر و پیشرو در زمینه اشتباه، شناخته میشود. این پرونده نشان داد که وقتی طرفین قرارداد در مورد یکی از عناصر اساسی قرارداد مرتکب اشتباه می شوند دادگاه سعی خواهد کرد قبل از فسخ قرارداد تفسیری منطقی از زمینه آن اشتباه پیدا کند.

در این پرونده خواهان، قرارداد فروش ۱۲۵ بشکه پنبه سورات را با خواننده منعقد کرد. در قرارداد تصریح شده بود که پنبه ها با کشتی ای به نام پی یو یو یا بی همتا از بمبئی وارد لیورپول می شوند که روی آن کشتی نیز این اسم و مبدأ حرکت آن که بمبئی بود نوشته شده بود. همان طور که ذکر شد ۲ کشتی بنام پی یو یو یا بی همتا از بمبئی در حال ورود به لیورپول بوده که یکی در ماه اکتبر و دیگری در ماه دسامبر قرار بود برسد. اشتباه در جایی رخ داد که متهم تصور می کرد که قراردادی که برای خرید پنبه منعقد شده بود مربوط به پنبه ای است که کشتی ماه اکتبر با خود می آورد، در صورتی که شاکی معتقد بود که این قرارداد برای پنبه ای است که کشتی ماه دسامبر با خود می آورد. وقتی کشتی پی یو یو در ماه دسامبر به مقصد رسید شاکی سعی کرد آن را تحویل دهد، با این حال متهم این توافق را رد کرد و گفت که قرارداد آن ها برای پنبه در اکتبر بوده و از تحویل آن سرباز زد. دادگاه در این پرونده اعلام کرد که: "هیچ مدرکی در قرارداد وجود ندارد که نشان دهد منظور کشتی خاصی بنام پی یو یو یا بی همتا بوده است اما در مورد زمان حرکت، به نظر می رسد، ابهامی پنهان وجود داشته که طرفین در مورد زمان و کشتی مورد نظر دچار اختلاف بوده و در این صورت هیچ اجماع عقیده یا توافق ذهنیت ها وجود نداشته و به تبع آن هیچ قرارداد الزام آوری نیز وجود ندارد."

اگرچه دادگاه تلاش می کند تا تفسیر معقولی برای حفظ توافق در هر زمانی پیدا کند اما دادگاه پرونده را فائول نتوانست تعیین کند که کشتی مورد نظر در قرارداد منعقد بین طرفین کدام است. در نتیجه از آنجا که توافق ذهنیت ها بین طرفین وجود نداشته ۲ طرف با یک چیز توافق نکرده و در نتیجه هیچ قرارداد الزام آوری نیز وجود ندارد.

بنابراین متهمان در پرونده پیروز شده و نیازی به پرداخت غرامت و خسارت توسط آن ها نبود. این وضعیت ممکن است در جایی که دادگاه قرارداد را تصحیح میکند نیز رخ دهد تا به طرف بی گناه نشان دهد که چه وضعیتی در حال وقوع است. مورد مذکور در جایی اتفاق می افتد که یکی از طرفین از اشتباه دیگری که توسط طرف دیگر انجام شده است سوء استفاده ناعادلانه کند. همان طور که دادگاه در پرونده جورج ویلمی (۷۶) در انگلستان مقرر کرده بود:

برای این که مدعی به اشتباه تکیه کند قرارداد باید دارای یک عبارت اشتباه خاص بوده باشد و متهم نداند که این قرارداد شامل چه مدتی است. همان طور که در پرونده آگین (۷۷) مشخص شده است متهم باید نشان دهد که همان طور که یک فرد عاقل و معقول چشمانش را در مقابل حقیقت به طور عمدی یا از روی بی احتیاطی یا به هر صورتی نمی بندد، وی نیز چنین کاری نکرده و اشتباه از حیطه اختیارات وی خارج بوده است. علاوه بر این باید نشان داده شود که متهم نتوانسته این اشتباه را که از آن آگاه شده به اطلاع مدعی برساند و اینکه این اشتباه به نفع متهم بوده یا برای مدعی ضرر داشته است. در این شروط دادگاه حق دارد چنان نتیجه گیرد که این رفتار متهم است که باعث می شود نتوان به وی اجازه داد تا در برابر تصحیح قرارداد و شرطی که مدعی فکر می کرده در قرارداد وجود داشته است، مقاومت کند. اشتباهی که در این بین رخ داده است یک اشتباه رایج است اما تنها اشتباهی رایج که از سوی یکی از طرفین رخ داده است. (۷۸)

اشتباه رایج

اشتباه رایج شباهت بسیاری به اشتباه متقابل دارد اما تفاوت آن جاست که هر ۲ طرف یک باور اشتباه یکسان نسبت به حقایق دارند.

در پرونده آل گولینسان (۷۹) هم کارفرما و هم پیمانکار به اشتباه معتقد بودند که برنامه ساخت یک خانه دقیقاً شبیه خانه ای است که در آن زمان موجود بوده، با این حال دادگاه اعلام کرد که چنین اشتباهی برای ابطال قرارداد کافی نیست. اما مسئله مهم آنست که کدامیک از این اشتباهات آن قدر برای قرارداد اساسی است که بتوان از همان ابتدای کار آن را توجیه کرد. در هر پرونده واقعیت های آن پرونده هستند که مشخص کننده خواهند بود اما مهم تر آن است که کدام یک از طرفین موضوع را مهم تلقی کرده و کدام یک از طرفین موضوع را مهم تلقی نمی کند. به عنوان مثال چنین وضعیتی را می توان در پرونده ی بعدی که پرونده بل در مقابل برادران لور (۸۰) بوده است مشاهده کرد، جایی که مجلس اعیان اشتباه انجام شده را کافی ندانست، بنابراین نشان داد که دادگاه ها از رهایی از پیامدهای یک معامله بد اکراه خواهند داشت. شرکت لور، شرکتی بود که در نیجریه جایی که تجارت با مشکل روبرو بود فعالیت می کرد. لرد لورهام که مالک شرکت برادران لور بود، شخصی به نام داری کوپر را به عنوان رئیس و مدیریت آن بحران استخدام کرد. آقای کوپر از آنجا که اصرار داشت مدیریت حرفه ای زیرمجموعه نیجر را اداره کند برای دریافت وام با بانک بارکلیز مذاکره کرد. آقای کوپر سپس دوست خود ارنست بل که مدیر ارشد سابق بارکلیز بود را به عنوان رییس و آقای اسلینگ مشاور مالیاتی را به عنوان نایب رییس شرکت استخدام کرد. از آنجایی که در سن ۵۴ سالگی و شغل خوبی برای آقای بل در شهر وجود نداشت، وی تصمیم گرفت شرکت جدید آفریقای متحد را مدیریت کند و کوپر که صاحب قبلی آن شرکت بود موافقت کرد تا مبلغ زیادی به عنوان غرامت دریافت کرده و بازنشست شود. (مبلغی قریب به ۳۰ هزار پوند)

کمی بعد مشخص شد که آقای بل و آقای اسنینگ بخشی از کارتل منطقه‌ای کاکائو بوده و از اطلاعات مربوط به کاهش قیمت‌های آتی برای فروش کاکائو از حساب‌های شخصی خود استفاده می‌کردند. بنابراین شرکت برادران لور درخواست لغو بسته جبرانی خسارت را بر اساس اشتباه بیان کرد. یک اشتباه متقابل آن است که با قصد مشترک طرفین نسبت به محتوای یک قرارداد چه به صورت صریح و چه به صورت ضمنی فرض و اساسی را تشکیل می‌دهد که بدون آن طرفین اقدام به عقد قرارداد نمی‌کردند و در نتیجه کل موضوع عقد قرارداد را تحت تاثیر قرار داده و می‌تواند برای فسخ آن کافی باشد. در واقع چنین اشتباهی باید رضایت طرفین را باطل یا نفی کند تا منجر به ابطال قرارداد شود و برای این که قرارداد با اشتباه متقابل باطل شود این اشتباه باید شامل موضوع واقعی توافق نامه باشد که منجر به جهل نسبت به ویژگی بنیادی که فرض اساسی قرارداد را تشکیل می‌دهد، شود. بنابراین دادگاه دریافت که این اشتباه به اندازه‌ی کافی به موضوع واقعی توافق نزدیک نبوده و طرفین دقیقاً همان چیزی را که برای آن چانه‌زنی کرده بودند به دست آورده‌اند. گاهی اوقات ممکن است ۲ نوع اشتباه اخیر با هم ترکیب شوند یعنی اشتباه رایج با اشتباه متقابل، که ممکن است این اتفاق در جایی رخ دهد که برقراری ارتباط از نظر شروط موضوع یا هویت یکی از طرفین قرارداد عنصری اساسی باشد و طرفین هرگز توافق ذهنیت‌ها را نداشته و هیچ قرارداد مؤثری بین آن‌ها ایجاد نشود، یعنی منجر به رضایت منفی بین طرفین شود. اشتباهات در برقراری ارتباط با طرف دیگر ممکن است از سمت یکی از طرفین بوده یا ممکن است از سمت هر ۲ طرف باشد. از همه مهم‌تر آنکه همان‌طور که در پرونده بانک ژاپنی (۸۱) مشخص بود باید چنین ماهیت اساسی وجود داشته باشد. (۸۲)

در پرونده آفریقا لاین (۸۳) دادگاه خاطرنشان کرد که در مواردی که هر ۲ طرف در مورد مفاد قرارداد اشتباهی کند یا در صورتی که یک طرف در مورد مفاد قرارداد اشتباه کند و این اشتباه شناخته شده یا باید طرف توسط طرف دیگر شناخته می‌شد هیچ قراردادی در واقع منعقد نشده‌است. به همین ترتیب دادگاه در پرونده کالین (۸۴) دریافت که در آن‌جا قرارداد فروش کالا با قیمت مشخص به ازای هر پوند منعقد شده‌است، اما مذاکرات بر اساس عرف تجاری قیمت هر قطعه و ارزش این قطعه تقریباً یک سوم پوند بوده که با آنچه در قرارداد مشخص شده بود متفاوت بوده و بنابراین قرارداد باطل اعلام شد. همچنین در این پرونده دادگاه متوجه شد که خریداران از اشتباه فروشنده مطلع بوده‌اند. با این حال، طرفین زمانی شروع به اقدام می‌کنند که می‌دانند اشتباهی رخ داده‌است و سوالی که مطرح می‌شود این است که آیا واقعاً از آن اشتباه آگاه هستند یا خیر؟ برای مثال می‌توان قرارداد پیچ (۸۵) را مطرح کرد که یک قرارداد برای ساخت فاضلاب است که شرطی در آن مقرر شده که که بخش‌های مختلف کار با نرخ‌های مختلف پرداخت شود یعنی در هر یارد یا مترمکعب. که در این پرونده هنگام انعقاد قرارداد قیمت‌ها ۱۸ پوند برای هر ۱۰۰ وزن لوله‌های چدنی بود در حالی که قیمت مناسب کمتر از ۱۸ پوند بود. تا زمانی که مقدار قابل توجهی از کار انجام نشده بود مهندس متوجه قیمت بالای این قرارداد نشد. به محض آگاهی وی او تلاش کرد تا طرف قرارداد را راضی کند تا قیمت را در محدوده ۱۸ یورو نگه دارد و از پرداخت با نرخ بالاتر خودداری کرد. پس از امتناع شاکی از انجام کار با قیمت مذکور، متهم به مهندس خود دستور داد تا حد ممکن این کار را با این قیمت پیش ببرد و پیش از اتمام کار شاکی بابت مابه‌التفاوت بین ۱۸ پوند و مبلغی که بیش از آن بود اقدام به طرح شکایت کرد. در این بین، متهمان اعتراف کردند که یک اشتباه عملیاتی رخ داده‌است. دادگاه چنان موقعیتی اتخاذ کرد که چون قرارداد به صورت کتبی و بدون ابهام بوده و به‌ویژه پس از آنکه به مهندس خود دستور داده بودند که تا آنجا که می‌توانند در این حوزه قیمتی سفارش دهند اکنون می‌توانند به دنبال اصلاح و یا تغییر در قرارداد باشند.

با توجه به شروط مذکور می‌توان گفت که طرفین نتوانسته‌اند توافق واقعی خود را منعقد کنند اما دادگاه‌ها می‌توانند توافق نامه کتبی آن‌ها را تصحیح کرده تا منظور واقعی آن‌ها را منعکس کنند. این اتفاق ممکن است زمانی رخ دهد که در قرارداد کتبی، یک اشتباه رایج بین ۲ طرف وجود داشته باشد و نتیجه آن این است که قرارداد کتبی انعکاسی دقیق از آن چیزی نیست که آن‌ها فکر می‌کردند با آن توافق کردند.

اشتباه، قوه قاهره و عدم امکان

بین اشتباه که به عنوان راهی برای اجتناب از قرارداد است و قوه قاهره، تفاوت بسیاری وجود دارد. اگر قرارداد تحت تاثیر شروط ماقبل خود قرار گیرد و انجام آن غیرممکن شود موضوع به‌طور کلی شامل یکی از اشتباهات خواهد بود. مسئله مذکور را با مواردی مقایسه کنید که پس از عقد قرارداد به وجود می‌آیند و عملکرد را غیرممکن می‌کنند به این حالت قوه قاهره می‌گویند که باعث می‌شود انجام مفاد قرارداد غیرممکن شود. در پرونده کوئل و هنری (۸۶) فردی یک اتاق را به منظور تماشای مراسم تاج‌گذاری ادوارد هفتم اجاره کرد هنگامی که شاه بیمار شد تاج‌گذاری به‌طور غیرمنتظره به تعویق افتاد و اجاره کننده از پرداخت هزینه اتاق امتناع کرد و مالک به دلیل نقض قرارداد از وی شکایت کرد و مستاجر سپس برای بازپرداخت اجاره ۲۵ پوندی خود روانه دادگاه شد. دادگاه تعیین کرد که لغو تاج‌گذاری توسط طرفین پیش‌بینی نشده بوده و همین امر کافی خواهد بود تا قرارداد فسخ شود و طرفین را به حالت پیش از قرارداد بازگرداند. همچنین مقرر شد که اجاره کننده یک سوم ودیعه خود را از دست دهد و مالک نیز بقیه اجاره خود را از دست خواهد داد. علاوه بر این دادگاه همچنین خاطرنشان کرد که نمی‌توان دکتین عدم امکان اجرای قرارداد را به این

شکل به کار برد زیرا از نظر فنی غیرممکن بود که مستأجر یا اجاره دهنده، در آن روز مقرر در آپارتمان تصرف کند و بنشیند جلوی پنجره و خیابانی را که قرار بود مراسم تاج گذاری در آن برگزار شود مشاهده کند. درواقع چیزی که قرارداد را غیرممکن کرد بیماری پادشاه نبود بلکه لغو رژه دسته جمعی بود که قرارداد را ناکام گذاشت. قاعده اصلی آن است که اگر بعد از انعقاد قرارداد تعهدی که برعهده یکی از طرفین قرارداد است، بدون تقصیر و دخالت وی غیرممکن گردد، او از آن وظیفه بری خواهد شد و باید نسبت به وظایف محوله دیگر مسئولیت داشته باشد مگر این که اتفاق ناگوار یا قوه قاهره آن شروط دیگر هم نیز غیرممکن کرده باشد. لازم به ذکر است که فقط نشان دادن این که، عمل به شروط قرارداد سخت تر و یا گران تر از آنچه انتظار می رفت شده است، کافی نیست. چنین وضعیتی در پرونده دیویس (۸۷) رخ داد که پیمانکار موافقت کرد ۷۸ خانه شورا را در مدت ۸ ماه با قیمتی ثابت احداث کنند. بدون اینکه هیچ یک از طرفین تقصیری داشته باشند کمبود نیروی کار ماهر به وجود آمد و کار ۲۲ ماه به طول انجامید شاکیان استدلال کردند که به دلیل کمبود نیروی کار ماهر قرارداد با قوه قاهره غیرممکن شده است و به پایان رسیده است و آن ها حق دارند مبلغی بیش از قیمت ثابت و تحت عنوان اجرت المثل مطالبه کنند. که دادگاه شروط را بررسی کرد و خاطر نشان کرد که قرارداد توسط قوه قاهره غیرممکن شده است و بر این اساس طرفین به شرایطی که در ابتدا متعهد بوده اند پای بند بوده و تقصیری از آن ها سر نزده است. دادگاه نوشت:

"لرد لورنبورن انحلال را به مدت زمانی که در قرارداد ذکر شده است نسبت می دهد که این رویکرد در راستای تمایل دادگاه های انگلیسی به ارجاع همه پیامدهای یک قرارداد به اراده اشخاصی است که آن را امضا کرده اند. اما پذیرش چنین دیدگاهی بسیار دشوار است چگونه طرفین می توانند به طور ضمنی چیزی را ارائه کنند که فرضیه فرعی بوده که آن ها نه انتظار آن را داشتند و نه آن را پیش بینی کرده بودند. ادعای قوه قاهره نسبت به شروط ضمن قرارداد مورد انتقاد بسیاری از افراد قرار گرفت زیرا عمل واقعی دادگاه که شامل اجرای قاعده عینی حقوق قراردادهاست که در آن طرفین این شروط را بر خود حمل کرده اند، منتفی شده بود. اما مسئله ای که حائز اهمیت است این است که به خاطر بسیاریم اگر قرار است با اصطلاحی ضمنی به شروط ضمن عقد بپردازیم راه حل هر مورد خاص با پرس و جو در مورد این که خود طرفین در صورت توافقی چه می کردند یافت نمی شود و از آنجایی که این یک سؤال فرضی است ممکن است کسی نتواند به آن پاسخ دهد. زیرا این تصمیم باید صرف نظر از خلق و خو، شکست افراد، علاقه و بسیاری از شروط آن ها، اتخاذ شود. اثر حقوقی قوه قاهره ربطی به قصد افراد، نظرات آن ها یا حتی دانش آن ها ندارد، برعکس به نظر می رسد که هنگام وقوع رویداد معنای قرارداد است که باید در نظر گرفته شود، نه آنچه طرفین قصد آن را داشتند زیرا آن ها در مورد آن نه فکر کرده بودند و نه قصدی داشته اند، بلکه آن چیزی است که طرفین به طور منصفانه با داشتن چنین امکانی حقوق و تعهدات متعدد خود را پیش بینی کرده بودند و نسبت به آن اعلام موافقت کرده بودند. بنابراین شاید به طور ساده بتوان گفت که قوه قاهره زمانی اتفاق می افتد که قانون تشخیص دهد که متعاقدين بدون فرض قبلی نسبت به اتفاقات آینده دچار این اتفاقات شده که در شروط اجرای قرارداد نسبت به زمان انعقاد عقد بسیار متفاوت است. و دست به دامن این جمله معروف شوند که می گوید این آن چیزی نبود که قول داده بودم انجام دهم. ناگزیر هستم بگویم که اگر قانون قوه قاهره را این گونه تفسیر می کنند پرونده تجدیدنظر مذکور با قوه قاهره فاصله بسیاری دارد. در پرونده مذکور، یک قرارداد پیمانکاری توسط یک مقام ساخت مسکن و یک شرکت بزرگ پیمانکار در تمام شک و شبهه هایی که بر جهان پس از جنگ حاکم است منعقد شده است. کار اندکی قبل از اجرای قرارداد رسمی آغاز شده و با موانع و توقف های جزئی اما بدون وقفه واقعی ادامه یافته است تا زمانی که ۷۸ خانه مورد قرارداد برای همه ساخته شده بود. پس از مدتی از انجام کار شاکیان ادعا کردند که آن ها بیش از چند بار تکرار کردند که باید مبلغی بیشتر برای کارشان از قرارداد پرداخت شود اما پاسخ دهندگان از پذیرش این درخواست امتناع کردند و تا آنجا که به نظر می رسد هیچ اقدام قطعی انجام ندادند که با یکدیگر توافقی کنند و کنار بیایند. بنابراین تحت دکترین قوه قاهره می توان این گونه بیان کرد که هر چند اجرای قرارداد کاملاً غیرممکن نشده باشد اما اگر این تغییرات به وجود آمده به طور اساسی با آنچه در زمان عقد قرارداد در نظر گرفته شده بود متفاوت باشد، ممکن است تعهدات طرفین فسخ شود. در پرونده متروپولیتن (۸۸) در سال ۱۹۱۴ پیمانکار قرار بود ظرف ۶ سال مخزن آبی بسازد، اما پس از آن در فوریه ۱۹۱۶ وزارت دفاع که تحت شروط جنگ عمل می کرد به پیمانکار دستور داد کار را متوقف کند که آن ها نیز چنین کاری کردند.

درواقع پیمانکاران حق داشتند که بعد از اتمام جنگ، پروژه را پیش برده و ادامه دهند زیرا این حق برای آن ها در نظر گرفته شده بود که زمان بیشتری را تمدید کنند. اما دادگاه بیان داشت که قرارداد باید از سر گرفته شود و دوباره منعقد شود زیرا شروط پس از وقوع جنگ با شروط پیش از عقد قرارداد تفاوت اساسی دارد و همچنین نوشت:

"به نظر می رسد از آنجا که دولت به عنوان یک پیمانکار عمومی در حال فعالیت در این پرونده است، نیاز باشد برای از سرگیری قرارداد شروط متفاوتی را با شروط کار معمولی در پیش گرفت. همان طور که قبلاً نیز به تاثیر کارخانه اشاره کردم اگر قرارداد، یک قرارداد اندازه گیری و ارزش باشد ممکن است طیف وسیعی از قیمت ها

وجود داشته باشد. به نظر می‌رسد اگر این کار را از سر بگیریم به یک قرارداد جدید دست خواهیم یافت از پاسخ‌دهندگان تنها با پیروی از قوانین مدون حق دارند در دفاع از خود در این راه موفق شوند. بنابراین طبق رویه معمول این مسئله به معنای تبدیل خواهد شد که شروط قراردادهای دقیقاً چه هستند"

با توجه به رویه مذکور در قرارداد وانگ لین (۸۹) پاسخ‌دهندگان که در هنگ کنگ در حال ساخت ۲ واحد مسکونی بودند، ۲۴ قرارداد منعقد کردند تا آپارتمان‌هایی را که هنوز ساخته نشده‌اند به تجدیدنظر خواهان بفروشند که این قرارداد بین مارس و نوامبر ۱۹۷۱ منعقد شد. کار در دسامبر ۱۹۷۰ آغاز شد و مهلت تکمیل آن تا ۱۷ می ۱۹۷۳ بود که در صورت وجود شروط خاص امکان تمدید آن تا بیشتر از یک سال نیست وجود داشت. (۹۰)

پس در ژوئن سال ۱۹۷۰ قسمتی از دامنه‌ی تپه‌ی بالای محل ساختمان ریزش کرد و یک بلوک ساختمان ۱۳ طبقه را با خود نابود کرد و آثار پیمانکاری که قبلاً به پایان رسیده بود از بین رفت. بدین ترتیب کار متوقف شد و از آنجایی که ظرف ۳ ماه قابل تمدید نبود مجوز ساختمان به پایان رسید و مجوز جدید تا نوامبر ۱۹۷۵ صادر نشد.

جالب اینجاست درحالی که این مجموعه حقایق، به‌طور معمول برای قوه قاهره کافیهست، فرجام خواهان استدلال کردند که این قرار داد به دلیل قوه قاهره باطل نشده‌است و با استناد به بند ۲۲ آن قرارداد عملکرد خاصی دارد که این بند این گونه بیان می‌کرد: "علاوه بر توافقات پیشین چنین توافق شده است که هر گونه شروط پیش‌بینی نشده و خارج از کنترل فروشنده، که فروشنده را از اجرای صحیح قرارداد بازدارد، به او این امکان را خواهد داد که آزادانه بتواند توافق را فسخ کرده و تمام اقساطی که خریدار به او پرداخت کرده‌است را بدون بهره یا غرامت به او بازگرداند"

با این حال دادگاه این گونه مقرر داشت که بند ۲۰ دوم قرارداد نمی‌تواند فاجعه‌ای که رخ داده‌است را توجیه کرده و بر این اساس هدف قرارداد ناکام‌مانده است. دادگاه در این رابطه ادامه داد: "سوال این است که آیا این بند می‌تواند در این شروط خاص به کار رود و برای همین شروط پیش‌بینی شده بوده‌است یا خیر؟"

برای پاسخ به این پرسش باید یافته‌های هر ۴ قاضی که همگی آن‌ها به خوبی از شروط هنگ کنگ آگاه بودند توسط هیئت مدیره، محترم شمرده شوند.

مسلم است که این رویداد، یک فاجعه طبیعی پیش‌بینی نشده بوده‌است و هر دو قاضی دادگاه بدوی و تجدیدنظر عواقب آن را برای قرارداد حذف کردند هر دوی قضات آن را به عنوان یک قوه قاهره تشخیص دادند و تنها اختلاف آن‌ها در ساختار بند ۲۲ بود. چیزی که مهم است این است که جنبه پیش‌بینی نشده این رویداد مورد بحث نیست و بند ۲۲ نمی‌تواند به عنوان تدارک برای امکان این احتمال پیش‌بینی نشده تفسیر شود. این بند که در انتهای قرارداد آمده و مملو از مفاد و محدودیت‌های زمانی مشخص است، به‌طور واضح قصد داشته تا در صورت بروز اختلاف یا مشخص شدن این نکته که فروشنده امکان تکمیل قرارداد را ندارد و فروشنده راه‌حلی برای فسخ قرارداد بدهد، که او نیز فوراً اقدام به فسخ قرارداد کرد. همان‌طور که بیان شد بند ۲۲ شروط وقوع یک فاجعه طبیعی را مشخص نکرده بوده و در ادامه توسط قضات زیر مورد ارزیابی و تحلیل قرار خواهد گرفت:

هیئت با دیدگاه بیان شده توسط هاگینز در دادگاه تجدیدنظر موافق است. درج یک بند، مانند بند ۳۱ منشور خط بانک (۱۹۱۹) یا بند ۲۲ توافقنامه در این پرونده ... با عملیات دکترین قوه قاهره متناقض نیست و نشان نمیدهد که این دکترین نباید اعمال شود.

با تاکید بر این نکته، مسئله این نیست که آیا دکترین قوه قاهره مستثنی شده است؛ بلکه آیا مقید به رخدادی شده است که شروط اجرا را اساساً از آنچه که در قرارداد آمده است متفاوت می‌سازد. اگر چیزی غیر از زمینه و شروط قرارداد مورد نیاز باشد، کلمه «بی‌درنگ» نشانگر آن است که این «واقعۀ دلسردکننده» پیش‌بینی نشده است؛ یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های این رویداد این بود که جایگاه طرفین در اثر عدم قطعیت تیره شد (بریگز سی).

یک نشانه دیگر، عواقب عجیب و غریب درج این رویداد تحت شروط ضمن عقد است. اگر فروشنده نتواند «فورا» عمل کند و تکمیل آن به مدت نامحدودی به تاخیر بیفتد، خریدار، در حالی که طبق بند ۳ حق خود را به کار می‌گیرد، می‌تواند تا زمانی که مایل است صبر کند و سود خود را به نرخ یک درصد در ماه مطالبه کند.

شواهد دیگری دال بر وجود بند ۲۰ موجود است. احکام صرف شده در صورت عدم تامین آن می‌تواند به خوبی یک قوه قاهره باشد:

«... در واقع این یک نمونه کلاسیک در برخی شروط قوه قاهره است که طرفین بر اساس بند ۲۰ مفاد ویژه ای برای آن تهیه کردند.

علاؤناهم را

فصل سوم

طرح دعوا

و مسئولیت

متخصصان طرح دعوی

در طول تاریخ مسئولیت طرح هر گونه دعوا برعهده‌ی معمار و مهندس بوده‌است. با این حال امروزه مسئولیت طرح دعوا می‌تواند به عهده معمار، مهندس، سازنده یا پیمانکاران فرعی آن‌ها باشد و گاهی اوقات نیز می‌تواند به عهده کارفرما یا به عهده شخصی که کارفرما تعیین می‌کند، باشد. (۱)

شکل اساسی قرارداد موضوع را پیچیده‌تر می‌کند به عنوان مثال برخی از پروژه‌ها آن چیزی هستند که از آن به عنوان طراحی-ساخت یاد می‌شود. و درست همین جاست که پیمانکار مسئول طراحی و پیش بردن پروژه می‌باشد. هر گونه مشکل ناشی از کیفیت طراحی به عهده پیمانکار بوده و هر گونه ادعای ناشی از نقشه‌های نامفهوم بین پیمانکار با معمار یا مهندس است، و با مالک یا کارفرما در میان گذاشته نمی‌شود. (۲)

معمولاً این کارفرما یا مالک است که فرآیند پیشبرد کار را با گماردن متخصصین طراحی نقشه‌کشی و... اعم از معمار یا مهندس برای طراحی و ساخت یک ساختمان آغاز می‌کند. اصولاً این فرایند با اولین قرارداد بین کارفرما و متخصص طراحی شروع می‌شود. این ارتباط منجر به طراحی پروژه می‌شود که خروجی آن نقشه‌ها مشخصات صورت حساب‌ها و سایر اسناد لازم است. پس از اتمام این مرحله کارفرما قرارداد دیگری با پیمانکاری دیگر منعقد می‌کند که طبق آن موافقت می‌کنند ساختمان را مطابق طراحی معماری و مهندس پیشین بسازند. پس از آن طراح، یا بر ساخت و ساز نظارت می‌کند یا در برخی از ظرفیت‌های اجرایی تا تکمیل و انتقال آن به کارفرما، عمل خواهد کرد. در هر ۲ نوع تنظیم قرارداد تغییرات زیادی به وجود آمده که نوع جدیدتری را ایجاد کرده‌است که شامل طراحی ساخت و اجرا است که در آن پیمانکار نه تنها پروژه را طراحی می‌کند بلکه آن را می‌سازد و سپس به مدت چند سال آن را اداره کرده سپس آن را دوباره به کارفرما منتقل می‌کند.

نوع دیگر جایی است که معمار پروژه را طراحی کرده اما قسمت‌های خاصی را به پیمانکاران واگذار می‌کند تا سایر پیمانکارهای فرعی متخصص نیز برای طراحی و ساخت بخش‌های پروژه دست به عمل بزنند مانند: سیستم سرمایشی ساختمان.

بسیار خوب است که در ابتدای کار مشخص شود چه کسی مسئول چه بخش‌هایی از طراحی است تا از ایجاد مسئولیت برعهده افراد اشتباه جلوگیری شود.

این مسئله ممکن است همیشه ساده نباشد در پرونده هاجه السن در استرالیا (۳) کارفرما می‌خواست یک کارخانه ذخیره‌سازی و حمل مواد معدنی فله شامل دو سطل ذخیره‌سازی بزرگ و حجیم هر کدام به ظرفیت هشت هزار تن ساخته شود. بدین‌منظور کارفرما مهندس مشاور استفاده کرد تا مشخصات و نقشه‌ها را تهیه کند اما هیچ‌یک از نقشه‌ها مربوط به پایه سطل‌های ذخیره‌سازی نبود. در مشخصات ارائه‌شده چنان بیان‌شده بود که مناقصه‌گران صرف‌نظر از هر گونه اطلاعات مندرج در این مشخصات یا نقشه‌های مرتبط با تمام مسئولیت تامین و نصب پروژه را برعهده گیرند. پیمانکار مناقصه‌ای را برای طراحی تامین و نصب پروژه فوق مطابق نقشه و مشخصات تهیه‌شده توسط مهندس مشاور ارائه داد. این مناقصه با نقشه‌های همراه بود که در یکی از آن‌ها طرح پایه برای سطل‌های ذخیره‌سازی نشان‌داده‌شده بود. که تمامی این موارد توسط مهندس مشاور اصلاح شد و در نهایت نقشه‌ای برای طراحی ستون‌ها و ستون دیوارها طراحی شد. طبق قرارداد، پیمانکار ملزم به اجرای آثار نشان‌شده در نقشه‌ها و توصیف‌شده در مشخصات است و همچنین ملزم است این کار را به شیوه‌ای کارگران انجام دهد. در ماده دیگر آمده‌است که در صورت بروز اختلاف در شرایط، جزئیات باید نادیده گرفته شوند.

در این پرونده، متأسفانه بعدها مشخص شد که ستون‌ها به شکلی نامناسب طراحی‌شده و باید با استفاده از ستون‌ها شکل می‌گرفتند. دادگاه بیان داشت که پیمانکار متعهد شده تا کار را در چارچوب نقشه مورد توافق انجام دهد و نتیجه‌ای غیر از آن ارائه ندهد و تعهد سازنده به انجام کار مشخص‌شده را به شیوه‌ای کارگران به منصه ظهور برساند. در پرونده رویال برامپتن (۴) مسئله‌ای که مطرح بود آن بود که یکی از مهندسين مشاور و پیمانکاران فرعی شرکت هاموند، موظف به ارائه نقشه‌های هماهنگ باشد که ارتباط لوله، برق و سایر موارد در محل را به طوری نشان دهد که قرارداد اصلی را بتوان رعایت کرد. بحث بر سر آن بود که تعهد آن‌ها ارائه نقشه‌ها قبل از مناقصه بود و هنگامی که آن‌ها این کار را انجام ندادند تنها وظیفه آن‌ها این بود که نشان دهند که کوشش معقولی از خود ارائه داده بودند، نه این‌که همچنان مجبور به {ارائه مراقبت و مهارت معقول} در تأمین نقشه‌ها باشند. دادگاه معتقد بود که پیمانکاران موظف‌اند نقشه‌ها را به‌صورت معقول، مراقبت شده و با تلاش و به‌صورت منظم و به‌موقع ارائه دهند تا به شرکت هاموند، این اجازه داده شود تا نقشه‌های نصب را برای تکمیل قرارداد اصلی آماده کند. همان‌طور که مشاهده می‌کنید طراح و شخصی که مسئولیت برعهده اوست، دو شخص اولیه در تصمیم‌گیری هستند. بنابراین باید تصمیم گرفت که این وظیفه چه کسی است که نتیجه را تضمین کند و یا از مراقبت و مهارت معقول برای رسیدن به آن استفاده کند. در برخی شروط طراحان موظف هستند مطمئن شوند که طرح به‌طور معقول و درست برای هدف موردنظر مناسب است که این روش دیگری برای تضمین نتیجه کار است.

در موقعیت‌های دیگر طراح باید سعی خود را بکند تا از مهارت مناسب در زمینه طراحی استفاده کند و تا زمانی که به این روش پیش برود و طراحی را به‌صورت درست انجام دهد، هیچ‌گونه مسئولیتی در صورت نقض طرح اساسی وجود نخواهد داشت. (۵) تمامی این مفاهیم، هم در قراردادها و هم در شبه قراردادها مانند قراردادهایی که سهل‌انگاری در آن صورت گرفته است نیز وجود دارد و می‌تواند موجب مسئولیت شدید باشند (۶) تناسب کار تمام‌شده با هدف، مفهومی است که مسئولیتی سخت‌گیرانه را بیان می‌کند که هر گونه سهل‌انگاری از سوی طراح نیاز به اثبات ندارد. البته این مسئله می‌تواند موقعیت جالبی را ایجاد کند که طراح نیز سازنده آن است زیرا مفهوم مسئولیت سخت‌گیرانه می‌تواند تمایزی که بین طراحی مناسب و کیفیت کار وجود دارد را حذف کند. به‌طور کلی مسائل طراحی قراردادی هستند یعنی ای کارهای انجام‌شده توسط طراح با قرارداد الزامات آن مطابقت دارد. باین‌حال صرف‌نظر از این که مسئولیت موجود تحت کدامیک از عناوین مسئولیت شدید، سهل‌انگاری یا قرارداد قرار می‌گیرد و صرف‌نظر از این که کدام طراح در گیر در موضوع باشد، بازنگری وظایف عمومی که متخصصان طراحی باید با طراحان سنتی، معمار و مهندس انجام دهند بسیار مفید است.

وظیفه معمار/مهندس – شبه قرارداد در مقابل قرارداد

متخصصان طراحی ممکن است در برابر مشتریان اشخاص ثالث مسئول خسارت و زیان ناشی از نقض قرارداد به‌صورت عمدی یا به‌صورت سهوی باشند همچنین تا آنجا که پیمانکار در محدوده طراحی و نقشه‌برداری عمل کند نیز تحت همان قوانین مندرج مسئول خواهد بود اولین موضوعی که باید بررسی شود این است که آیا خسارت‌های ادعایی ناشی از قصور و سهل‌انگاری قابل جبران است یا خیر؟ متأسفانه مواردی وجود دارد که با توسل به ادعای نقض قرارداد برای طرف آسیب‌دیده امکان‌پذیر نیست مانند

موردی که هیچ رابطه قراردادی مستقیم بین طرفین وجود نداشته باشد یا اگر شخص مقصر ورشکسته شده باشد یا مدت مرور زمان طی شده و... باشد. در این شروط ادعای قصور و سهل‌انگاری باید جدای از پرونده اصلی مورد بررسی قرار گیرد. همان‌طور که در فصل دوازدهم به تفصیل در این مورد صحبت شده است، برای اثبات ادعای سهل‌انگاری و قصور لازم است نشان داده شود که یک: متهم وظیفه سرپرستی در مورد مذکور را برعهده داشته است، دو: رفتار متهم از استاندارد مورد نیاز پایین‌تر بوده و باعث نقض وظیفه محوله شده و سه: این که بین رفتار متهم و خسارتی که مدعی متحمل شده است رابطه علت و معلولی وجود داشته باشد. اما این وظیفه سرپرستی دقیقاً چیست و چگونه است؟

در حالی که این مبحث در فصل دوازدهم با جزئیات بیشتری پوشش داده شده است، در اینجا ذکر این نکته ضروری است که در مورد صدمات جسمانی واقعی تنها چیزی که نیاز است، پیش‌بینی منطقی آسیب ناشی از اقدامات شخص است. در محیط ساخت‌وساز می‌توان برای هر دوی زبان‌های فیزیکی به ساختمان و اقتصادی طرح دعوا کرد و این دقیقاً همان نکته‌ای است که دادگاه‌ها در طول سالیان تلاش کردند تا در مورد آن به تعادل برسند. در پرونده مورتن (۷) مجلس اعیان، یک آزمون دومرحله‌ای ارائه داد که در آن، ایجاد خسارت اقتصادی شبه جرم است. لرد ویلر فورس آزمایش را به شرح زیر بیان کرد:

برای اثبات این که وظیفه سرپرستی در امور پیمانکاری در یک موقعیت خاص به وجود می‌آید نیازی نیست که حقایق آن وضعیت را در شروط قبلی که وظیفه سرپرستی در آن وجود داشته است را بررسی کنیم، بلکه باید به این سوال در دو مرحله بپردازیم:

ابتدا باید پرسید که آیا بین مرتکب یا شخص خسارت زننده و شخصی که آسیب دیده رابطه علت و معلولی وجود دارد یا خیر که در این زمینه ممکن است بی‌احتیاطی و قصور و سهل‌انگاری و ایجاد صدمه به صورت سهوی نیز موجب مسئولیت شود. ثانیاً اگر به سوال اول پاسخ مثبت داده شود باید در نظر گرفت که آیا ملاحظات وجود دارد که محدوده مسئولیت شخص مذکور را کاهش دهد یا موجب تخفیف آن شود یا افزایش و گسترش حوزه مسئولیت او شود. این قانون تقریباً در حدود ۱۲ سال برقرار بود: اما در سال ۱۹۹۰ مجلس اعیان در دو پرونده نظر خود را تغییر داد:

پرونده مورفی (۸) و اداره محیط زیست و توماس (۹). هر ۲ پرونده مربوط به ادعای ضررهای اقتصادی ناشی از قصور و سهل‌انگاری بود که مجلس اعیان هر ۲ مورد را رد کرد. جالب است بدانید که لرد الیور در پرونده مورفی چه حکمی مقرر داشته است:

"طبق اصول پذیرفته شده قبلی در پرونده آنس، من به این نتیجه رسیدم که تطبیق مسئولیت سازنده در مورد تفسیر از دست رفته غیرممکن است و ما قادر به دیدن هیچ شرایطی نمی‌باشم که از آن بتوان یک رابطه‌ی نزدیک را استنباط کرد مانند این که به یک سازنده مسئول در برابر آسیب‌های اقتصادی که توسط یک مالک مشتق شده که با او هیچ قرارداد یا رابطه دیگری وجود ندارد"

وی سپس توضیح داد که ضرر و زیان اقتصادی در صورتی که به موجب سهل‌انگاری باشد قابل جبران نبوده حتی در صورتی که ضرر بسیار اندک یا غیرممکن باشد (۱۰): مسئله مهم ماهیت خسارت نیست چه جسمی باشد و چه مالی، بلکه این است که آیا دامنه وظیفه سرپرست در شروط پرونده به گونه‌ای است که شامل خساراتی شود که شاکی ادعا می‌کند یا خیر؟ با توجه به این که خسارت اصلی تشکیل‌دهنده عمل است، سوال اساسی که باید در هر مورد پرسیده شود این است که آیا رابطه بین شاکی و متهم چطور است؟ مجاورت کافی در این رابطه، وظیفه‌ای بار خواهد کرد که مراقب جلوگیری از گسترش ضرر و زیان موجود است. همان‌طور که بعداً مورد بحث قرار خواهد گرفت خسارت‌های اقتصادی یا شبه جرم قابل جبران نیست (۱۱) مگر این که ادعا ناشی از تحریف قصور باشد. براساس پرونده هدلی (۱۲).

تناسب کار انجام شده با هدف از پیش تعیین شده

به‌طور کلی تعهد قراردادی یک طراح حرفه‌ای با مشتری تنها شامل موافقت با انجام خدمات تعیین شده همراه با مهارت و سرپرستی و مراقبت معقول می‌باشد. ممکن است در شروط خاص استاندارد این سرپرستی توسط مهندسين متخصص بسیار سنگین‌تر از مهندسين عمومی باشد. بنابراین در پرونده تورپی (۱۳) سازمان بهداشت یک مطالعه مدیریت زباله را راه‌اندازی کرد و توصیه کرد که کوره مخصوص جدیدی در بیمارستان ساخته شود. متأسفانه کارخانه مذکور هرگز معیارهای عملکرد را برآورده نکرد و در نهایت به دلیل غیراقتصادی بودن آن تعطیل شد دادگاه علیه تورپی هم از نظر عقد قرار داد و هم از نظر حقوقی حکم کرد و معتقد بود که باید آن درجه از مهارت و سرپرستی را که معمولاً توسط مهندسين مشاور ساختمان مکانیک و برق در ساختمان‌های معقول و منطقی انجام می‌شود اعمال شود زیرا خود را دارای مهارت بالاتری نمی‌دانند. در ادامه دادگاه متوجه شد که تورپی در انجام تعهدات خود قصور و کوتاهی کرده زیرا منطقی قابل پیش‌بینی بود که زباله‌سوز هرگز به سطح توان مورد نیاز دست پیدا نمی‌کند و این پروژه را در دست کسی قرار داده‌اند که صلاحیت رسیدگی به آن را ندارد و همچنین هیچ سطح مناسبی از نظارت یا پشتیبانی سرپرستی

نیز ارائه نشده است. در راستای افزایش بیشتر مسئولیت طراح و نقشه‌بردار از مهارت و مراقبت یا سرپرستی معقول اصطلاحی استفاده شد تحت عنوان تناسب کار با هدف که به علاوه موارد پیشین تمام آنچه طراح ارائه می‌دهد شامل توصیه‌ها یا طرح‌های حرفه‌ای نیز می‌باشد. در پرونده گریوز (۱۴) دادگاه تجدیدنظر معتقد بود که آزمون آمادگی جسمانی ممکن است اعمال شود اما به حقایق پرونده بستگی دارد. در این پرونده، شرکت گریوز با مشتری برای ساختن یک انبار، قرارداد طراحی و ساخت منعقد نمود. آن‌ها طرح انبار را به باینهام مایکل که بنگاهی از مهندسین سازه و ساختمان بود سپرد، که از هدف انبار که شامل ذخیره‌سازی در طبقه اول طبل‌های نفت می‌شد آگاه شده بودند هم چنین برای جابه‌جایی و انباشت توسط کامیون‌های لیفتراک باید استفاده می‌شدند که آن نیز به نظر ایشان رسید. باین‌حال طراحی انبار توسط باینهام مایکل ارتعاشات ناشی از لیفتراک را در نظر نگرفت و در نتیجه این ارتعاشات باعث شکست بتن کف ساختمان شد. مشخص شد که شرکت گریوز در قبال این شکست در برابر مشتری مسئول است و به نوبه خود از باینهام مایکل برای هزینه تعویض کف شکایت کرد. دادگاه معتقد بود که باینهام مایکل سهل‌انگار بوده و قصور ورزیده و بنابراین مسئول است اما در ادامه اظهار داشت که حتی بدون سهل‌انگاری مشاوران نیز آن‌ها مسئول خواهند بود زیرا تعهد مناسب کار با هدف می‌تواند در قرارداد آن‌ها با گریوز دلالت داشته باشد. نیاز مشتری که توسط باینهام مایکل پذیرفته شد طراحی انبار برای هدفی خاص بود و بنابراین دلالت بر این داشت که این طرح برای هدف موردنظر مناسب است انباری که در آن کامیون‌های لیفتراک کار می‌کنند. باین‌حال دادگاه تأیید کرد که این سوال که آیا طرح مشاور، مشمول تست آمادگی با هدف است یا خیر، همیشه به حقایق پرونده بستگی دارد. در این پرونده باید توجه داشت که عبارتی صریح در قرارداد مشاور موجب نادیده گرفتن موقعیت شده که در غیر این صورت ممکن است توسط قانون همچون دلالتی به وجود بیاید. بنابراین شرط مهارت و سرپرستی و مراقبت به‌طور معقول باید برای هر مشاور پیش‌نیاز باشد. اگر طرفین صراحتاً با این بند موافقت کنند که در آن مشاور تضمین می‌کند که طرح با هدف از پیش تعیین‌شده تناسب داشته باشد، امری الزام‌آور خواهد بود. اما ممکن است چنین بندهایی به احتمال زیاد برای مشتری چندان مفید نباشند. بیمه‌نامه‌های جبران خسارت حرفه‌ای برای مشاورانی که در زمینه طراحی فعالیت می‌کنند، تنها مشاور را در برابر عدم اعمال مهارت و سرپرستی و مراقبت مناسب از کار محافظت می‌کنند و هر گونه تعهد مناسب برای مشاوران به‌طور سنتی تحت پوشش این سیاست نخواهد بود. اغلب تصور می‌شود که کارهای طراحی که توسط مشاور انجام می‌شود تنها تحت آزمایش مهارت و مراقبت معقول قرار می‌گیرد این مورد می‌تواند اغلب صحیح باشد و مرجع اصلی آن پرونده برن (۱۵) می‌باشد. دارم پرونده اعلام شد که در غیاب شروط خاص تمدید تعهدات عادی یک شخص حرفه‌ای به فراتر از تعهدات مربوط به مراقبت معقول برای دادگاه آزاد و مجاز نیست. در این پرونده دادگاه تجدیدنظر تلاش برای مسئولیت‌پذیری مهندس براساس تناسب با هدف را رد کرد و روشن کرد که اهمیت تصمیم در پرونده گریوز (۱۶) باید به حقایق خاص آن محدود شود (۱۷).

قاعده اصلی این است که یک متخصص طراحی هیچ وظیفه‌ای فراتر از وظیفه ندارد که در ارائه خدمات خود مهارت و مراقبت مقبولی را در نظر بگیرد و تلاش برای اعمال هر گونه ضمانت‌نامه برای تناسب کار به‌عنوان یک هدف ضمن قرارداد مستلزم داشتن واقعیت و موقعیتی خاص است. (۱۸)

محدوده معقول مهارت و مراقبت از پروژه

:کمیته مدیریت بیمارستان بولام (۱۹) که در آن مهارت و مراقبت معقول اغلب به‌عنوان آزمون بولام نامیده می‌شود، در دادگاه اظهار داشت:

در شرایطی که با استفاده از مهارت یا صلاحیت خاصی مواجه می‌شوید آزمون این که آیا سهل‌انگاری صورت گرفته است یا خیر معیار افراد ماهر عادی است که برای داشتن آن مهارت خاص تمرین و اظهار می‌کنند اما شخصی که بالاترین مهارت تخصصی را در زمینه کار خود دارد در معرض خطر بی‌توجهی و قصور قرار نمی‌گیرد این یک قانون ثابت شده است که اگر مهارت‌های عادی یک فرد معمولی و متخصص را که آن هنر خاص انجام می‌دهد بخواهیم بسنجیم به‌سختی می‌توان این کار را انجام داد. آقای بینگهام ال جی این موضوع را به شکلی متفاوت‌تر در پرونده بینی (۲۰) بیان کرد:

یک مرد حرفه‌ای باید به هر کار حرفه‌ای مهارت و مراقبت کمتری نسبت به دیگر اعضای ذی‌صلاح انجام دهد اما نیاز به کار بیشتر ندارد زیرا آن شخص حرفه‌ای نمونه‌ای از شخصی پیشرو و پیام‌آور در زمینه کار موردنظر می‌باشد.

از این نکته می‌توان متوجه شد که مسئولیت طراحان حرفه‌ای تنها در صورتی به وجود می‌آید که طرح معیوب ناشی از قصور و سهل‌انگاری باشد. به یاد داشته باشید که این مفهوم مسئولیت سخت‌گیرانه را شامل نمی‌شود جایی که طراحان حرفه‌ای ممکن است مسئولیت طراحی دقیق داشته باشند حتی اگر سهل‌انگار و قاصر نباشند. هنگامی که کارفرما به‌طور خاص با معماری مشارکت می‌کند که مهارت‌های بیشتری از افراد معمولی نیاز دارد (۲۱) باید این کار را با استفاده از یک عبارت واضح و صریح در این زمینه انجام دهد. علاوه بر این استاندارد که مورد استفاده قرار گیرد استاندارد حرفه‌ای در زمان طراحی است (۲۲)، یا در صورت تعهد مداوم برای بازبینی طرح، استاندارد

حرفه‌ای در زمان بررسی مورد نیاز است. (۲۳) برای تعیین که آیا متخصص طراحی با استاندارد مناسب تعیین شده مطابقت دارد یا خیر آزمون مورد استفاده ب شرح زیر است:

اگر آن شخص با عملی که مورد قبول یک شخص ماهر در آن هنر خواسته است عملکرد باشد گناهکار نخواهد بود همچنین باید در نظر گرفت که چنین آزمون موجب نادیده گرفتنش شخص مذکور نمی‌شود بلکه فقط آزمایشی است تا کار او را با یک شخص حرفه‌ای دیگر در آن مهارت سنجید. (۲۴) باین حال باید توجه داشت که آزمون آزمون تنها روش تصمیم‌گیری در مورد اصول سهل‌انگاری متخصص نیست. مواردی وجود دارد که در آن دادگاه مجاز از خود به تنهایی قضاوت کند که استاندارد مناسب مراقبت و سرپرستی از پروژه چیست که ممکن است ربطی به استاندارد مراقبت تعیین شده توسط یک نهاد مسئول حرفه‌ای نباشد (۲۵) در پرونده ویلیامز (۲۶) دادگاه تجدیدنظر اعلام کرد که این آزمون دارای سه شرط است:

اول از همه در جایی که تمرین حرفه‌ای مورد استفاده معمار نمی‌تواند در برابر بررسی منطقی مقاومت کند دوم در جایی که قاضی حق دارد به این نتیجه برسد که شواهدی که توسط معمار فراخوانده می‌شود وجود عملی را که توسط یک گروه معمار مسئول پذیرفته شده است اثبات نمی‌کند و سوم جایی که وظیفه‌ای که به معمار محول شده است از وی نمی‌خواهد که از تخصص معماری خاصی استفاده کند.

متخصص طراحی مانند هر شخص حرفه‌ای دیگر وظیفه دارد سرپرستی مراقبت و مهارت معقولی را که در انجام کارش مورد نیاز است اعمال کند. به عنوان مثال یک قرارداد معماری اغلب شامل شروط مشخصی در مورد این وظیفه‌ها می‌باشد مانند شرایطی که در قرارداد اهمیت انتصاب معمار انجمن تخصصی معماران انگلستان (ریبا) و... ذکر شده است.

پرونده جالب اخیر که به نقش مشاور طراح حرفه‌ای می‌پردازد پرونده کلی (۲۷) می‌باشد که در آن دادگاه بررسی کرد که آیا یک معمار نسبت به توصیه‌های یک ارائه شده در مورد طرح‌های احتمالی نظارت وی بر آثار مرتکب قصور و سهل‌انگاری شده است یا خیر؟ معماری که متهم نیز می‌باشد به مدعیان توصیه می‌کند که به دلیل تعهداتی که در مجوز برنامه‌ریزی به آن ملزم شده‌اند، جنبه‌ای از طرح مورد نظر خود را ایجاد نکنند. مدعیان ادعا کردند که معمار مرتکب قصور سهل‌انگاری شده زیرا حقوق توسعه ملک به این معناست که می‌تواند به ساختمان اجازه دهد تا در نتیجه کاهش ارزش خانه مدعیان مطالبه خسارت کند و هزینه ساخت آن مطابق با طرح دلخواه آن‌ها کمتر باشد. دادگاه ادعای مدعیان را که ادعا نمی‌کردند هیچ شرط یا دستورالعمل محکمی در رابطه با طرح مورد نظر خود ارائه کرده‌اند را رد کرده و به معمار این حق را داده و ملزم به قضاوت حرفه‌ای خود در رابطه با طراحی بوده و دارای رویکردی سازگار با اصول قانونی و همچنین عامل برنامه‌ریزی که با او مذاکرات اولیه داشته است، می‌باشد. دادگاه چنان بیان کرد که معمار حق دارد نظر خود را به عنوان یک مشاور در عمل ارائه دهد ۹ به عنوان مشاور تئوری یا نظری و بنابراین او قاصر یا سهل‌انگار نبود. بنابراین به نظر می‌رسد که در برخی شروط طراحان ممکن است وظیفه داشته باشند تا اطمینان حاصل کنند که طراحی آن‌ها برای هدف مورد نظر مناسب است در حالی که در موارد دیگر طراحان موظف‌اند به سادگی از دقت و مهارت منطقی در اجرای طرح استفاده کنند. در پرونده اخیر رابین (۲۸)، قراردادی برای طراحی ساخت و نصب سازه‌های پایه برای دو مزرعه بادی دریایی در سولوی فرث منعقد شد. بند هشتم قرارداد، شرطی را بیان می‌کرد که شرکت ام تی اچ، کارها را به گونه‌ای انجام دهد که برای هدف خود مطابق با مشخصات و با استفاده از شیوه‌های خوب صنعت عمل شود و این که طرح‌ها باید کاملاً مطابق با موافقت‌نامه و هرگونه مشخصات عملکردی و الزامات مندرج در آن باشد. این الزامات کارفرما بیشتر به الزامات فنی خاصی اشاره دارد از جمله جی ۱۰۱ استاندارد بین‌المللی که برای طراحی توربین‌های بادی ساحلی که توسط شرکت وریتاس (سازمان طبقه‌بندی مستقل مستقر در نروژ با هدف ارائه سطح قابل قبول بین‌المللی ایمنی با تعریف حداقل الزامات برای سازه‌ها و اجزای ساختاری) تولید و ارائه شد که ملزم به طراحی سازه‌های پایه باید یک عمر ۲۰ ساله را در هر جنبه بدون جایگزین، تضمین کند.

شرکت ام تی اچ به طور مناسب طراحی ساخت و سازه‌های فونداسیون را که بین سال‌های ۲۰۰۷ و ۲۰۰۹ نصب شده بود را پیش برد باین حال مشکلات جدی ایجاد شد و معلوم شد که این سازه‌ها معیوب هستند علاوه بر این معادله موجود در استاندارد جی ۱۰۱ با ضریب حدود دهم درصد نادرست بود و این معنی که ظرفیت اتصالات در سازه‌های فونداسیون به طور قابل ملاحظه‌ای برآورد شده بود. طرفین برای تعیین این که چه کسی باید هزینه کارهای اصلاحی را که حدود ۲۰ میلیون یورو برآورد شده است برعهده بگیرد مراحل قانونی را آغاز کردند و به طور خلاصه شرکت ام تی اچ ادعا کرد که مهارت و مراقبت معقول خود را در کار ارائه داده و به تمام تعهدات قراردادی خود عمل کرده است، بنابراین نباید هیچ مسئولیتی داشته باشد. به هر حال شرکت برق اروپایی ای آن، استدلال کرد که ام تی اچ مرتکب سهل‌انگاری و قصور شده و

مسئول نقض بسیاری از قراردادهاست و ادعا کرد که ام تی اچ مسئول پرداخت هزینه کارهای اصلاحی خواهد بود. در مرحله اول آقای ادواردز پیشنهاد سهل انگاری و قصور شرکت ام تی اچ و تعدادی از ادعاهای شرکت ای آن مبنی بر نقض قرارداد را نیز رد کرد. بالاین حال او برای شرکت ای آن عمدتاً به ۳ دلیل حق را به این شرکت داد:

۱. بند هشت قرارداد مستلزم مناسب بودن ستون ها با هدف بود ۲. تناسب به منظور با توجه به الزامات فنی تعیین می شود ۳. الزامات مستلزم آن بود که ساختارهای فونداسیون به گونه ای طراحی شوند که طول عمر آن ها ۲۰ سال باشد.

بالاین حال دادگاه تجدیدنظر تجدیدنظر شرکت ام تی اچ را مجاز دانست و پذیرفته شد که در صورت محدود بودن به شروط فنی به نظر می رسد از طرف ام تی اچ ضمانت وجود دارد که ستون ها به مدت ۲۰ سال کار کند. دادگاه به این نتیجه رسید که این موضوعی بسیار حساس بوده که می توان نتیجه گیری را مبنا را بر آن گذاشت که شرکت ام تی اچ، ۲۰ سال عمر برای ستون های ساختمان ضمانت کرده است و از سایر مفاد قرار داد که برخی از آن ها با این ۲۰ سال مغایرت دارد، میتوان این تناقض را متوجه شد، که باید چاره ای برای آن اندیشید. دیوان عالی، پس از رسیدگی به سایر مواردی که در آن ها دادگاه ها فراخوانده شدند تا قراردادهایی را که شامل ۲ شرط از بررسی کنند یک پیمانکار را ملزم کرد مقاله ای مطابق با طراحی مشخص ارائه دهد و دیگری مقاله را ملزم به رعایت معیارهای عملکرد مشخص می کند و به اتفاق آرا درخواست تجدید نظر آن را صادر کرد و و حکم به ارجاع پرونده به دادگاه تجدیدنظر که آقای ادوارد استوارت، در مورد آن اظهار نظر کرده بود، داد. دیوان عالی دریافت که شرکت ام تی اچ درواقع متعهد به ضمانت است، هرچند که طراحی آن با مهارت و دقت معقول انجام شده باشد. در این شرایط، انتظار می رفت که شرکت ام تی اچ به عنوان پیمانکار این ریسک را پذیرفته باشد. علاوه بر این، الزامات فنی تنها حداقل استانداردی را که باید در طراحی در نظر گرفته شود ارائه می دهند و بیان می کنند که مسئولیت شرکت ام تی اچ این است که زمینه هایی را که باید در آن ها نیاز به طراحی باشد مطابق با الزامات اضافی یا دقیق تر، مشخص کند دیوان عالی معتقد بود که این باید بر این استاندارد دقیق تر یا سختگیرانه تر، تسلط یافت. به علاوه، دیوان عالی کشور این ادعا را که مقررات مربوط به الزامات فنی بسیار ضعیف است و مبنایی است که براساس آن می توان ادعا کرد که ام تی اچ به مدت ۲۰ سال گارانتی برای ستون ها و ستون ها را تضمین کرده است، را رد کرد. دادگاه در مورد آن که این تفسیر تفسیری نادرست یا غیرتجاری است یا این که تعهد تنها در یک بند از الزامات فنی یافت شده است به جای آنکه در خود قرارداد شرح داده شده باشد را نپذیرفت و بیان کرد که هیچ ارتباطی با آن نداشته است. همان طور که لورن جکسون گفته بود قرارداد مذکور قراردادی عجیب و غریب است که در دادگاه تجدیدنظر اسناد و مدارک رای دارای چندین مؤلف و نگارنده بوده که حاوی کلماتی بسیار شل و ضعیف بوده اند. بنابراین برای راهنمایی کلی تر و بهتر باید به رأی دیوان عالی مراجعه کرد.

بالاین وجود به نظر می رسد که درس این مسئله برای پیمانکاران نسبتاً روشن است که گاهی اوقات رعایت صرف استانداردها و مشخصات طراحی و اعمال مهارت و مراقبت و سرپرستی معقول کافی نخواهد بود. این موضوعات و مسائل مشابه درمورد مسئولیت طراح در بخش های بعدی مورد بررسی قرار خواهد گرفت. همان طور که پیش تر ذکر شد طراحان حرفه ای وظیفه دوگانه نسبت به مشتریان خود چه در قرارداد و چه در شبه قرارداد دارند که شامل عدم قصور و دوم، انجام وظیفه ای قراردادی محوله می باشد. در این راستا پرونده هندرسون (۲۹) پرونده برجسته ای است که در آن مجلس اعیان بیان داشتند که امکان مسئولیت هم زمان در قراردادها و شبه قراردادها فراهم می باشد (۳۰). اما وظیفه مذکور در شبه قرارداد تنها یک قاعده کلی است زیرا خود وظیفه از روابط قراردادی بین طرفین ناشی نمی شود بلکه ناشی از کارهایی است که متخصصین طراحی در رابطه با مشتری خود انجام می دهند و این که آیا کار را با مسئولیت مذکور در قرارداد انجام می دهند یا خیر؟

بنابراین متخصصان طراحی معمولاً وظیفه مراقبت از خساراتی که به مشتریان یا اشخاص ثالث وارد می شود را نیز دارد مراقبت های منطقی از پروژه و کار را باید انجام دهند تا از ایجاد صدمه شخصی به مشتری یا شخص ثالث یا خسارت مالی در موضوع قرارداد جلوگیری شود. باید بین وظیفه مراقبت و توجه به نقایص در کیفیت کار که خود تابع بسیاری موارد است که توسط متخصص طراحی که یا پیمانکار است یا معمار، با طرف دیگر که متخصص در ساخت و ساز است به وجود می آید، تمایز قائل شد. همان طور که در پرونده هندرسون در مقابل مرت بیان شد، متخصصان طراحی معمولاً موظف اند که در اختلافاتی که بین آن ها و دیگر اشخاص موضوع قرارداد یا شبه قرارداد به وجود می آید از خشونت جلوگیری کرده و اقدام به ارائه کار با کیفیتی که در قرارداد به آن متعهد شده اند، بنمایند.

همان طور که قبلاً ذکر شد در رابطه با ضرر و زیان اقتصادی در پرونده مورفی علیه برنت وود (۳۱) مقام محلی متهم نتوانست ستون های یک ساختمان را به درستی بازرسی کند، در نتیجه آن ساختمان به طور خطرناکی ناپایدار شد. از آنجا که مدعی نمی توانست پول تعمیرات را جمع آوری کند مجبور شد آن خانه را با زیان قابل توجه

بفروشد که او در پی جبران آن از مقامات محلی بود. اقدام وی شکست خورد و بدین ترتیب انفجار مسئولیت خسارت اقتصادی محض طی ۲۰ سال گذشته به پایان رسید. در نتیجه معمولاً پیمانکاران از نظر کیفیت کار خود وظیفه‌ای در شبه قراردادهای ندارند.

اما باین حال باید مقایسه‌ای با پرونده بارکلیز بنک (۳۲) انجام شود جایی که یک پیمانکار فرعی متخصص که برای تمیز کردن سیمان از پشت بام استخدام شده بود وظیفه‌ای در مقابل مدیون اصلی به عهده داشت. پیمانکار از طریق کارهای اصلاحی مورد نیاز، وظیفه داشت از ایجاد ضرر اقتصادی به ساختمان جلوگیری کند زیرا اگر خسارت به ساختمان یا شخص دیگری وارد میشد، ضرر و زیان ناشی از کار معیوب ساختمان صرفاً اقتصادی می‌بود و آزمایش قبلی برای وجود وظیفه مراقبت در قبال چنین تلفاتی، دیگر کافی تلقی نمی‌شد. در نتیجه، شرکت مورفی عموماً تصور می‌کرد که دامنه تحمیل وظیفه مراقبت در قبال ضرر و زیان اقتصادی محض به شدت محدود شده است. (۳۳)

ظاهراً این وضعیت در پرونده ساموئل و جان (۳۴) متناقض و متفاوت بوده است که بحثی که در آن جریان داشته آن بوده که دادگاه به این نتیجه رسید که هم پیمانکار و هم مهندس باید وظیفه‌ای مسئولیت پذیرانه را بپذیرند تا در برابر صدمه شخصی یا اقتصادی مشتری مراقبت معقولی انجام دهد که به ساختمان یا کار پیمانکاری که خود موضوع کار آن‌هاست صدمه‌ای نیز وارد نشود. این مسئله که هیچ وظیفه عمومی برای مراقبت در رابطه با ساخت و ساز معیوبی که انجام شده است وجود ندارد و دلیل آن خسارت اقتصادی خالص است که به آن ساختمان وارد شده است دیدگاه مورفی را تایید کرد. دادگاه در پرونده هندرسون نیز بیان کرد که این یک وظیفه نسبتاً محدود مراقبت دریافتن شبه قرارداد شناخته شده است که در شروط خاص، شخص حرفه‌ای و متخصص و پیمانکار ممکن است مسئولیت اظهارات یا مشاوره‌های خاص ارائه شده به مشتری را برعهده بگیرند. در پرونده پاین و جان (۳۵) مدعیان مالکین بعدی املاک بودند که در اثر نقص طراحی فونداسیون توسط مهندس سازه متهم تهیه شده بود و مورد آسیب واقع شده بودند. مدعیان معتقد بودند که از آنجا که صاحبان اصلی کارگاه در برابر مهندسی هستند که وظیفه او در طراحی پی و تضمین تناسب آن‌ها بوده است حق دارند از مهندس شکایت کنند که چرا مهندس وظیفه‌ای به آن‌ها محول نکرده است. به عنوان خریداران بعدی شاکیان استدلال کردند که هنگام خرید املاک تحت بخش سه قانون خسارت پنهان ۱۹۸۶، دلیل مشابهی برای اقدام به دست آورده اند. در این قسمت مدعیان باید نشان می‌دادند که مهندس سازه وظیفه مراقبت از آن‌ها را برعهده داشته و عدم انجام این امر مورد ایجاد خسارت اقتصادی برای آن‌ها شده است.

در پرونده هامفری دادگاه تصمیم گرفت که از همان رویه مذکور در شرکت استوری و چارلز (۳۶) پیروی نکند و اظهار داشت:

"به نظر من با توجه به پرونده مورفی می‌توان دریافت که سیاستی که وجود دارد آنست که شخصی که کار یا خدماتی را در طول روند ساخت و ساز و پیمانکاری انجام می‌دهد معمولاً فقط برای خسارات جسمی یا خسارات اموال که مربوط به ساختمان است مسئول است اما مسئولیت سایر ضررها و خسارات اقتصادی دیگر را ندارد. و اگر مسئولیتی در قبال این ضررهای اقتصادی ایجاد شود باید به دلایل دیگری باشد، به عنوان مثال در نتیجه توصیه یا اظهاراتی که بر اساس آن، شرایطی ایجاد می‌شود که در قانون، وجود مسئولیت را ثابت می‌کند. به نظر من همان‌طور که پیمانکار مسئول نبوده طراح نیز در قبال قصوری که در قبال مشتری یا خریدار بعدی در مورد هزینه برطرف کردن نقص در طرحی که طراح تولید کرده که باعث خسارت یا صدمه فیزیکی به ساختمان شده است، مسئولیتی نخواهد داشت."

در مورد پرونده پاین و جان (۳۷) مباحث زیادی به وجود آمده است که آیا قانون درستی و رویه درستی اتخاذ شده است یا خیر زیرا براساس پرونده پیشین مورفی (۳۸) و کاستین (۳۹) رویه نادرستی اتخاذ شده بود. در این پرونده، کاستین پیمانکار طراحی یک فروشگاه بزرگ به نام تسکو بود که موضوع قرارداد، طراحی مهارکننده های آتش با قراردادی فرعی بود. زیرا هنگام وقوع آتش سوزی عدم توقف آتش باعث خسارات بسیار گسترده تری به فروشگاه آن‌ها می‌شد. تست کن معتقد بود که کاسپین مسئول طراحی سیستم اطفای حریق بوده و بنابراین وظیفه مراقبت ویژه از این سیستم در ساختمان را نیز بر عهده خواهد داشت.

قاضی اظهار داشت من با تجزیه و تحلیل قاضی لوید با تردید زیادی تفاوت دارم، اما باید بگویم که به نظر نمی‌رسد که شورای منطقه‌ای مورفی و برنت وود و سایر مقاماتی که به آن‌ها مراجعه کردند این پیشنهاد را مطرح کنند، که یک سازنده هرگز وظیفه مراقبت از ساختمان و پروژه را ندارد که تا حد ضرر اقتصادی را جلوگیری کند. اگر موقعیت فعلی آن‌طور است که من فکر می‌کنم ممکن است هر شخصی با عقد قرارداد متعهد شود خدماتی را برای دیگری تحت شرایط صریح یا ضمنی انجام دهد که خدمات با مهارت و مراقبت معقول انجام می‌شود و این مراقبت به عهده متعاقب خواهد بود به نظر می‌رسد که مانند طرف دیگر یا طرف‌های متعاقد دیگر که منجر به خسارت اقتصادی نشوند و خسارت اقتصادی ایجاد نکنند، استثناء منطقی در مورد سازنده یا طراح ساختمان وجود ندارد.

باین حال پس از این پرونده پرونده دیگری به نام می رانت (۴۰) مطرح شد که در آن دادگاه از استدلال مذکور در پرونده پایین خودداری کرد و در عوض دریافت که اصول هندرسن درمورد وظیفه موقت مهندس در مراقبت از موکل خود در رابطه با مسائل اقتصادی کاربرد بسیاری دارد که منجر به جلوگیری از تلفات مربوط به خطاهای طراحی می شود. (۴۱) در تفسیر تازه ای از قانون در پرونده رابینسون (۴۲)، دادگاه اعلام کرده است که اگرچه یک سازنده می تواند وظایف هم زمان در شبه قرار داد و قرارداد را مدیون باشد، مجدداً آن را در مورد دعاوی جبران خسارت محض اقتصادی پیدا کرده است، با این تفاوت که وظیفه شبه قرارداد با شرایطی که در قرارداد ذکر می شود حذف شده است. به نظر می رسد که این پرونده موضع دادگاه را درمورد شرایطی مشخص می کند که در آن ممکن است یک سازنده در قبال ضرر اقتصادی محض که صاحب یک ملک متحمل شده است در شبه قرارداد نیز مسئول تلقی شود.

اکثریت این گونه فکر می کنند که قانون شبه قراردادها (ماده ۶۸) وظیفه محدودی را برای مراقبت از سازندگان بیان می کند:

" اگر مسئولیتی بین طرفین بیان نشود طرفین وظایفی در مقابل تعهدات قراردادی خویش نخواهند داشت. قانون شبه قراردادها وظیفه متفاوت و محدودتری را بر تولیدکننده یا سازنده تحمیل می کند. این وظیفه محدودتر آنست که مراقبت منطقی را برای محافظت از مشتری در برابر صدمه شخصی یا اقتصادی انجام دهد. قانون شبه قراردادها بیان می کند که این وظیفه نه تنها در قبال اولین فردی که این خانه یا ساختمان را مالک می شود بلکه بر دیگران که به طور پیش بینی شده مالک آن قرار است بشود نیز تحمیل می شود." در این پرونده یک سازنده بنام جانز موافقت کرد که در سال ۱۹۹۱ یک خانه خارج از بسازد و به آقای رابینسون بفروشد. تکمیل و انتقال ملک در سال ۱۹۹۲ انجام شد در سال ۲۰۰۴ مشخص شد که دودکش های شومینه مطابق با آن ساخته نشده است. با توجه به مقررات ساخت و ساز در زمان ساخت ملک چنان نتیجه گیری می شود که یک شومینه باید ضمیمه قرارداد شود و ساخته شود. آقای رابینسون به دلیل هزینه این چنین کارهای اصلاحی علیه سازنده ساختمان در هم در قرارداد و هم در مورد شبه قرارداد اقدام کرد. ادعای قرارداد مشمول مرور زمان شد و منقضی گشت اما ادعای شبه قرارداد ادامه یافت. در وهله اول تی سی سی معتقد بود که در اصل یک سازنده می تواند وظیفه مراقبت در شبه قرارداد را به موکل خود، هم زمان با وظایف خود در قرارداد جدید ضرر اقتصادی مطرح شده است بسپارد اما در مورد فعلی هیچ وظیفه ای برای مراقبت وجود ندارد زیرا شرایطی که در قرارداد ذکر شده است چنین مسئولیتی را که به وجود آمده است مستثنی می کند.

پس از تجدیدنظر، دادگاه اقدام به بررسی مقامات پرونده مورفی و هندرسون کرد و به این نتیجه رسید که رابطه بین سازنده و مشتری در درجه اول توسط قراردادی اداره می شود که بین طرفین منعقد شده است که طبق قانون شروط ناعادلانه قرارداد مصوب ۱۹۷۷، طرفین مختارند ریسک خود را طبق قرارداد مذکور و دلخواه خودشان تخصیص دهند. به علاوه، حتی اگر شرط عدم پذیرش مسئولیت شده باشد نیز، شبه قرارداد حکم می کند که وظیفه متفاوت و محدودتری برعهده سازنده در مقابل مشتری و دفاع و مراقبت منطقی از مشتری در مقابل آسیب وی یا اموال وی انجام شود. این وظیفه به مالک اول یک ساختمان اختصاص نداشته و به کسانی که بعد از ایشان نیست مالک می شوند گسترش خواهد یافت. در این پرونده، دادگاه دریافت هیچ مسئولیتی مشخص نشده است ولی ضمانت نامه های متهم و راه های جبران خسارت مدعی وجود دارد. محدودیت قراردادی مسئولیت مسئله مسئولیت را در تردیدی غیرقابل انکار قرار می دهد، زیرا طرفین توافق می کنند که مسئولیت متهم به مدت دو سال محدود شود دادگاه دریافت که تحمیل وظیفه مراقبت در شبه قرارداد بیش از آنچه که صریحاً بین طرفین توافق شده بود، با قرارداد مغایرت دارد.

این تمایز مهم همچنین محدوده وظیفه هدلی برن را برای مراقبت از ضرر و زیان اقتصادی محدود می کند و ادعا می کند که هزینه تعمیر نقص در کیفیت یا وضعیت کالای عرضه شده یا کاهش ارزش کالای عرضه شده نمی تواند دراصل اتکایی که توسط پرونده هدلی برن تعیین شده است باشد، زیرا قبل از این که بتوان واژه اتکا به چیزی را به کاربرد، ابتدا باید صدمه و خسارتی وارد شده باشد. لرد جکسون اقدام به تشریح تفاوت های بین مسئولیت سازندگان و متخصصان براساس روابط متفاوت آن ها با مشتری خود کرد و این را قابل درک دانست که افراد حرفه ای مسئولیت ضررهای اقتصادی به مشتریان خود را مانند هدلی برن به عهده می گیرند زیرا انتظار دارند مشتریان و احتمالاً دیگران با اتکا به محصول و یا کار خود (شامل توصیه، گزارش، حساب، برنامه، و موارد دیگر) باشد که اغلب با عواقب مالی و اقتصادی همراه است. لرد جکسون گفت که سازندگان از طرف دیگر به طور معمول مسئولیت مشتریان خود را به مانند هدلی برن نمی پذیرد، اگرچه دلیل دقیق این امر در قضاوت مشخص نشده است.

لرد جاستین فراتر رفته و پیشنهاد کرد که معماران که به طور معمول در قبال مشتریان مسئول هستند در قبال نقص در کارشان که منجر به ضررهای اقتصادی می شود در قبال مشتریان خود مسئول نیستند:

"۹۳. بنابراین بین شخصی که چیزی را معیوب عرضه می کند و شخصی که چیزی را اعم از ساختمان کالا یا خدمات عرضه می کند که برای نقص های آن باعث از دست

دادن یا آسیب به چیز دیگری می شود، تمایز اساسی وجود دارد یک معمار وظیفه دارد از پیمانکاری که قرار است ساخته شود مراقبت کند، نه از ارزش نقشه ها طراحی یا

مشخصات. شخصی که با یک معمار قرارداد می‌بندد، نمی‌تواند از وی به‌خاطر قصور یا سهل‌انگاری صرفاً به دلیل این‌که این نقشه‌ها معیوب بوده و ارزش کمتری از آنچه باید داشته باشد دارد، شکایت کند. اگر طرح‌ها و نقشه‌های معماری در قرار داد که ما مشتری می‌بندد بی‌ارزش باشند، در مقابل مشتری موظف خواهد بود در صورتی که موکل است طرح‌ها استفاده کند و ساختمان ساخته‌شده با آن‌ها معیوب باشد یا باعث آسیب شود، موکل می‌تواند تحت عنوان شبه جرم شکایت کند. (طبق قوانین عادی، و جدا از وظیفه ای که توسط قانون ساختمان معیوب ۱۹۷۲ تعیین شده‌است.) در پرونده هندرسون عوامل مدیریتی وظیفه داشتند تا از نام خود مراقبت کنند زیرا آن‌ها دارای نام‌ها را مدیریت می‌کردند.

۹۴. توجه به این نکته حائز اهمیت است که شخصی که وظیفه مراقبت قراردادی را برعهده می‌گیرد، به‌همین ترتیب وظیفه مراقبت مشابهی را در قبال طرف مقابل به‌عهده نخواهد گرفت وظیفه مراقبت در قرارداد شامل هرگونه نقص در ساختمان، کالا یا خدمات ارائه‌شده تحت قرارداد، و همچنین از دست دادن یا خسارت ناشی از چنین نقشی به ساختمان کالای دیگر می‌شود وظیفه مراقبت در شبه قرارداد، اگرچه گفته می‌شود ناشی از فرض مسئولیت است، اما توسط قانون تحمیل شود.

در مواردی که خسارت و ضرر و زیان ضرر مالی صرف می‌باشد از مسئولیت به‌عنوان وسیله‌ای برای تحمیل مسئولیت در شبه قرارداد و هم به‌عنوان محدودیت برای افرادی که وظیفه یا مسئولیتی نسبت به آن‌ها موجود است استفاده می‌شود. وظیفه مراقبت در شبه قرارداد شامل خسارت به اموال دیگری غیر از آنچه ارائه می‌شود یا صدمه شخصی یا مرگ ناشی از نقص در اموال ارائه‌شده است ارائه‌دهنده خدمات مانند حسابدار یا وکیل وظیفه مراقبت در قرارداد را به موکل خود دارد زیرا سهل‌انگاری و قصور وی ممکن است باعث از دست دادن دارایی‌ها یا افشای اسرار مشتری شود من فکر می‌کنم که ۱ مشتری شبه قراردادی در برابر حسابدار یا وکیل او سهل‌انگار خود را به این دلیل داشته باشد که توصیه‌ای حسابدار یا وکیلی نادرست است و بنابراین ارزش آن کمتر از هزینه‌ای است که مشتری پرداخت می‌کند در صورتی که موکل با استفاده از مشاوره به نتیجه برسد که دارایی‌های وی کاهش یافته موکل مرتکب شبه جرم شده‌است.

۹۵. می‌تواند قضاوت من این‌گونه نتیجه گرفت که اولین تصمیماتی که جکسون در بند ۵۲ حکم خود به آن‌ها اشاره می‌کند آنست که در آن پیمانکاران ساختمان وظیفه مراقبت از خسارات ناشی از ضرر و زیان مالی ناشی از نقص ساختمان را به‌عهده گرفتند."

به‌نظر می‌رسد که قاضی دادگستری استنلی برند تان احتمال می‌دهد که ۱ سازنده یا حرفه‌ای تحت مسئولیت لیبرال تحت مراقبت از ضرر اقتصادی ناشی از نقص در اموال یا توصیه‌های ارائه‌شده باشد و همچنین به‌نظر می‌رسد که وظیفه هلی‌برن مراقبت در شبه قرارداد فقط در مورد خسارت به اموال غیر از آنچه ارائه‌شده است اعمال می‌شود. پرونده ولسلی (۴۳) که اخیراً ارائه‌شده و به وظیفه دوگانه طراحان حرفه‌ای مربوط می‌شود جایی که ولسلی، مشاوران حقوقی خود را به دلیل ضرر اقتصادی ناشی از توصیه‌های سهل‌انگازانه در تضمین قرارداد مشارکت تحت تعقیب قرار می‌دهد.

درواقع شرکت ولسلی، شرکت بانکداری و سرمایه‌گذاری است، به وکلای ویتز دستور داد تا یک قرارداد مشارکت جدید برای پذیرش سرمایه‌گذاری جدید از جمله یک بانک بحرینی معروف به نام آداکس تهیه کنند، ولسلی موافقت کرد که آداکس، حق برداشت داشته باشد که نیمی از سرمایه خود را پس از ۴۲ ماه برداشت کند باین‌حال توافق‌نامه که توسط وی تهیه و اجرا شد به آداکس اختیار در هر زمان در چهره یک‌ماهه اول پروژه داد. آداکس به‌طور مناسب گزینه برداشت و اعمال کرد تا خطاهای بیشتری است پدیدار شدی ولسلی علیه ویتز طرح دعوا کرد و به دنبال خسارت دریافت سود خود با باز کردن یک دفتر کار در ایالات متحد بود با استدلال بر این‌که برای دستیابی به این می‌سازه و سرمایه‌گذاری متکی بوده‌است. در مرحله اول، آقای ناگی معتقد بود که وی ترس در تدوین توافق‌نامه واقعاً مرتکب قصور سهل‌انگاری شده‌است و خسارات ناشی از مطالبه سود ناشی از سود در ایالات متحد را جبران کرده‌است. پیش از آنکه پرونده در دادگاه تجدیدنظر مطرح شود، ویتز استدلال کرد که قاضی به‌طور نادرست، روش محدودکننده‌ای که از خسارات واقعی فاصله دارد اتخاذ کرده‌است و باید از روش بهتری برای سنجش آن استفاده می‌کرد. ولسلی او ادعا کرد که آقای ناگی به‌اشتباه ادعای خود را به‌عنوان از دست دادن شانس توصیف کرده‌است. دادگاه تجدیدنظر با بررسی مقامات مشاهده کرد که آزمون تفکر منطقی برای دور بودن رویه مذکور از واقعیت و اصول قابل‌اجرا در قانون قرارداد درواقع محدودتر از آزمون قابل‌پیش‌بینی منطقی در شبه قرارداد است که دادگاه به این نتیجه رسید که وظایف قراردادی سرسختانه برای انجام دستورالعمل‌ها در کنار یکدیگر وجود داشته‌است، همان‌طور که در این پرونده شاهد آن بودیم. دادگاه تجدیدنظر استدلال کرد که اساس آزمایشی قراردادی برای دوری جستن از خسارت این بود که طرفین با ورود به ۱ رابطه قراردادی، از فرصت برای آگاه کردن یکدیگر و شروط خاص برخوردار خواهند بود برای اساس، آن‌ها در نظر گرفته بودند که با درک این‌که هرگونه مسئولیت نسبت به نوعی که در تفکر منطقی آن‌ها بود، محدود شود.

از آنجایی که برای این کار هیچ توجیهی وجود نداشت، دادگاه دریافت که برای اجازه دادن به عوارض هم‌زمان خسارات هم‌زمان با درک این موضوع، مدعی است که می‌تواند جبران خسارت قراردادی را برگزیند، اما پس از آن قوانین سخاوتمندانه تری از این قانون پیشین به وسیله نوعی انتخاب و ترکیب بود که اعمال میشد. باین وجود، درخواست تجدیدنظر وی طرز درنهایت مجاز شناخته نشد دادگاه تجدیدنظر معتقد بود که خسارت وارده در حین عقد، در نوع تفکر منطقی طرفین بوده است به هر حال ویتز می‌دانست که ولسلی می‌خواهد در ایالات متحده گسترش یابد و این راهی است که از سرمایه‌گذاری برای سودآوری استفاده می‌کند. بنابراین، با مطالعه این پرونده می‌توان متوجه شد که دادگاه‌ها موارد مشابه را براساس حقایق فردی خود بررسی می‌کنند و اجازه نمی‌دهند ادعاهایی مانند ادعای ولسلی در این مورد تنها به این دلیل که از واقعیات ذکر نشده دور است شکست بخورد.

غفلت عمومی

اشتباهات کوچکی که در طراحی رخ می‌دهد عموماً نمی‌توانند تحت عنوان سهل‌انگاری و غفلت قرار گیرند، اما گاهی ممکن است یک اشتباه یا یک طراحی نادرست نتیجه‌ای در برداشته باشد که سهل‌انگاری در نظر گرفته شود. برای این که بتوان سهل‌انگاری و غفلت واقعی را به اثبات رساند، باید شواهد محکمی وجود داشته باشد که نشان دهد هیچ‌گونه آگاهی منطقی در کار متخصص موجود نبوده که وی را از انجام چنین اعمال غفلت‌آمیز بازدارد. یا به زبان دیگر می‌توان گفت که هیچ طراح و نقشه‌بردار عاقل دیگری تحت شروط مشابه چنان کاری انجام نمی‌داد. نکته قابل‌توجه آنست که اگر طراح و نقشه‌برداری در پروژه‌ای فعالیت می‌کند که نیاز به تخصصی با توانایی‌های خاص می‌باشد او به عنوان آن متخصص یا مسئول اعمال آن متخصص شناخته خواهد شد حتی اگر خود او چنان شخص متخصصی نباشد. برای مثال اگر یک معمار یک قالب بتنی را طراحی کند و قادر خواهد بود و می‌تواند استانداردهای مورد نیاز یک مهندس سازه را انجام دهد حتی اگر تنها فقط معمار باشد. او حتی فراتر اگر طراح خاصی ادعا کند که مهارتی بالاتر و بهتر از حالت معمول دارد، همان شروط و مهارت‌های بالاتر برای او در نظر خواهد گرفته شد. (۴۴) طبق چیزی که بیان شد، در پرونده جی سی ورکس و در شرط دهم بیان شده است که:

«مشاور باید تحت شروط قراردادی قانونی و همچنین مهارت‌های عاقلانه و منطقی که برای انجام چنین پروژه‌ای مورد نیاز است و هر فرد عاقل دیگری در چنان شروط اقدام به انجام آن می‌کند عمل کند.»

مشکلی که در این جا ممکن است به وجود بیاید آنست که افراد عادی، و استانداری که در میان آن‌ها مقرر است، باید تلاش کنند تا به استانداردهای جدیدی که برای آن‌ها تعیین شده است دست یابند و این می‌تواند کمی مشکل باشد. در پرونده بانک میدلند (۴۵) دادگاه اظهار داشت:

«گستره و وسعت وظیفه و مسئولیتی که قانون برای اشخاص مقرر کرده است باید برای دادگاه جای سوال باشد.»

آقای هنری دیوید تورو زمانی چنان جمله‌ای گفت که «برخی مدارک در چنان شرایطی می‌تواند یافتن شان بسیار مشکل باشد مانند این که بخواهیم در شیر به دنبال ماهی قزل‌آلا بگردیم (۴۶)» و اغلب حقیقتی که یک طراحی و نقشه‌برداری به شکست می‌انجامد آنست که مدارک کافی برای اثبات سهل‌انگاری و غفلت وجود ندارد. قالب بتنی می‌شکند درحالی که مردم انتظار شکستن آن را ندارند اما این در حالی می‌شکند که یک اشتباه در طراحی آن رخ داده است. بنابراین، تفاوت زیادی ایجاد می‌شود بین زمانی که سهل‌انگاری در طراحی رخ نداده است و زمانی که چنین سهل‌انگاری موجود بوده است و برعهده دادگاه است که اقدام به تصمیم‌گیری در این مورد بکند. البته تمایلی همیشگی وجود دارد که تمام تقصیرها را بر سر طراح و نقشه‌بردار بیندازیم حتی در صورتی که طرح موجود مشکلی نداشته و یک طراحی جدید در پرونده ترنر (۴۶) دادگاه بیان داشت:

«اگر شما یک معمار را برای مهارتی که در آن حرفه‌ای نیست و تجربه در آن ندارد استخدام کنید مانند رمان‌نویسی و مشخص است که فعالیت مذکور به شکست خواهد انجامید تاریخ نشان داده است که چنین اقداماتی شکست صددرصد را در پی خواهد داشت.»

این وضعیت معمولاً در موقعی ایجاد می‌شود که طراح ایده‌ای را پیشنهاد می‌کند که در واقع بهترین و منحصربه‌فردترین راه حل است اما در مقایسه با سایر طرح‌های خطرناک هزینه‌بر است. به طور کلی، کارفرما موافقت می‌کند و طرح را تأیید می‌کند اما بعدها این طرح شکست خواهد خورد. در شروط عادی، طراح حرفه‌ای صرفاً با اخذ تأییدیه از کارفرما از مسئولیت خلاص نمی‌شود باین حال، اگر طراح بهترین طرح را ارائه دهد که در واقع به او نشان داده شده است که بهترین است، این امر متفاوت خواهد بود، به ویژه اگر مشخص باشد که طرح‌های دیگر حتی اگر ارزان‌تر باشند ریسک بیشتری به همراه دارند. طراح حرفه‌ای موظف است کارفرما را مطلع کرده و به کارفرما اجازه تصمیم‌گیری را بدهد تا زمانی که طراح تمام آگاهی خود را در مورد خطرات و مزایای آن ارائه داد و سپس تصمیم نهایی را به کارفرما بسپارد. اگر کارفرما

با طراحی خطرناک موافقت کند ممکن است طراح را از مسئولیت خلاص کند. (۴۸) مسئولیت طراح حرفه‌ای و متخصص امری ثابت نیست. این امر به‌ویژه در مواردی که طراح رابطه خود را با کارفرما حفظ کند می‌تواند متغیر باشد. این مورد در مواقعی اتفاق می‌افتد که طراح در فرایند ساخت نقشی داشته باشد چه نظارتی باشد این نقش و چه غیر آن. بنابراین، هنگامی که معمار یا مهندس بر طراحی خود نظارت می‌کنند، وظیفه مستمری داشته که طرح را تحت بازبینی قرار دهند. در پرونده بیک فیلد (۴۹) دادگاه نوشت: «معمار تحت وظیفه مستمر است تا بررسی کند که طراحی او کاربردی بوده‌است یا خیر و هر گونه خطایی که ممکن است به وجود آید را وظیفه دارد تصدیق کند.» سوالی که به‌سرعت مطرح شد این بود که آیا این وظیفه واکنشی و فعال بوده یعنی فقط در صورت بروز مشکل در طراحی مشکلی که طراح را آگاه می‌کند فعال است و او باید طرح را مرور کند یا خیر؟

در یک محیط فعال، طراح باید طرح را به‌طور فعال بررسی کند تا ببیند آیا با معیارهای متغیر مطابقت دارد یا خیر؟ اما مشکل بزرگ‌تر این است که تا چه مدت این وظیفه ادامه پیدا خواهد کرد. دادگاه لندن در پرونده مورتن و لئو (۵۰) از کشف عیب بعدی به‌عنوان فعال‌سازی مجدد یا احیای وظیفه صحبت کرد و طراح را موظف به انجام اقدامات لازم برای اصلاح نقص موجود کرد. سپس در پرونده تسکو (۵۱) قاضی لوئیس معتقد بود که معمارانی که ساختمان را طراحی کرده و کارها را اداره می‌کردند تا زمانی که وظیفه خود را تکمیل کنند و طراحی ساختمان به اتمام برسد موظف هستند هرگونه عیب و ایراد را برطرف کنند پس از این موارد در پرونده برادوی (۵۲) قاضی لوید معتقد بود که وظیفه بررسی طرح به این معنا نیست که معمار یا طراح باید کارهای قبلی را تحت بازنگری مداوم قرار دهد یا اشتباهی که کشف‌شده است را گزارش دهد، مگر در مواردی که اشخاص ثالث ممکن است تحت تاثیر قرار گیرند... اما زمانی بازنگری بکار می‌آید که یک معمار فرصت داشته باشد دوباره به طراحی نگاه کرده و جایی که شواهدی از کمبود احتمالی وجود دارد مانند این پرونده را اصلاح کند. سپس دادگاه در پرونده آستین (۵۳) ادعایی مبنی بر اینکه یک طراح یا معمار حرفه‌ای وظیفه ضمنی برای تحقیق و گزارش در مورد علل نقص موجود ارائه کرده و به مشتری تحویل دهد. مفهومی که می‌گوید متخصصان طراحی باید فعالانه نقص‌های طراحی را کشف کنند در پرونده ویلیام (۵۶) مطرح شد و قاضی نووی معتقد بود که معماران وظیفه مستمری برای بررسی طراحی اولیه دارند. تکمیل عملی و در صورت لزوم اقدامات لازم برای اصلاح طرح نیز از وظایف آن‌هاست. سپس، قاضی پیتز باشر در پرونده گلاسکو علیه ویلیام (۵۷) پیشنهاد کرد که در آن‌جا که یک معمار از وجود نقصی در پروژه و کار مطلع شده‌است وظیفه خاصی در قبال مشتری دارد که آنچه از آن مطلع شده‌است را به اطلاع ایشان برساند. این مسئله فراتر از مفهوم واکنش به اتفاقاتی که رخ می‌دهد رفت در این پرونده، طراح ملزم به تهیه گزارش در مورد آنچه می‌دانست شد. قاضی باشر همچنین نوشت که هیچ نظری برای این پیشنهاد وجود ندارد که ادامه وظیفه فقط تا اتمام عملی پروژه ادامه خواهد یافت و اصلاً دلیلی نمی‌بیند که چرا وظیفه باید با وجود این واقعیت که حقوق معمار باید این قدر محدود شود نسبت به زمان نیز محدود شود و نیاز به انجام کارهای این‌چنینی در آنست. در پرونده هاکنی (۵۸)، مستاجر جدید، در مورد سطح سروصدا در محیط آپارتمان گزارشی ارائه دادند.

که منجر شد تا کارفرما از معماران برای طراحی عایق صوتی که با مقررات ساختمان منطبق باشد درخواست کند. معماران در صورت درخواست جزئیات را ارائه کردند اما طرح عایق صوتی خود را به‌طور کامل بررسی نکردند. ارائه شد که معمار موظف به بررسی طرح تا پایان بازنگری آن خواهد بود و آقای دیکسون معتقد بود که وظیفه معمار برای بررسی طرح خود و تصحیح خطاهای طراحی، با اتمام عملی پروژه به پایان رسیده‌است و معتقد بود که معمار از هیچ مشکلی در طراحی مطلع نشده‌است، که ممکن است وظیفه او را احیا کند یا باعث ایجاد یک کار جدید شود و فقط درخواستی از اطلاعات وجود داشته‌است. آقای دهستان همچون اظهار داشت: خط بعد «اما لازم است که دامنه آن وظیفه را با جزئیات بیشتری در نظر بگیریم. وظیفه بررسی طرح شامل چه مواردی است؟ در چه شرایطی معمار ازین وظیفه تخطی می‌کند؟ بهتر است با مثالی به بررسی این موضوع بپردازیم.

اجازه دهید فرض کنیم که یک معمار برای این‌که بتواند خدمات کاملی ارائه کند، باید با شروط تعامل استاندارد هماهنگ باشد تا بتواند یک ساختمان استاندارد در قالب قرارداد جی سیتی بسازد. فرض کنید او ستون‌های یک ساختمان بزرگ اداری را طراحی می‌کند، ستون‌ها به شکلی متفاوت طراحی و ساخته می‌شوند و چندین سال بعد، تکمیل عملی پروژه به دست خواهد آمد. در فرضی که طراحی ستون‌ها معیوب بوده و هیچ معمار منطقی اقدام به ایجاد آن نمی‌کند، معمار سهل‌انگار و قاصر خواهد بود. شکی وجود ندارد که معمار وقتی پروژه را به این صورت تکمیل کرده و پیمانکار دستور می‌دهد که ستون‌ها منطبق با قرارداد نیست، اما این به چه معناست و معمار تا چه حدی موظف است پس از ساخت ستون‌ها، اقدام به بازنگری و مراقبت از آن کند؟

به نظر من در غیاب یک اصطلاح یا دستورالعمل صریح، وی وظیفه ای نسبت به بازنگری طرح مذکور نخواهد داشت، مگر اینکه اتفاقی بیفتد که لازم شود معماری باصلاحیت مقبول یا حداقل احتیاط این کار را انجام دهد. به عنوان مثال اگر قبل از اتمام ساخت ستون ها باعث شود نشانه هایی از پریشانی و سستی در ساختمان پدید آید، ممکن است وظیفه خاصی برای وی ایجاد شود. همچنین اگر معمار مقاله ای را بخواند که نشان دهد مصالحی که برای کار مشخص کرده است، نامناسب بوده، در چنین شرایطی، من شک ندارم که معمار باید طرح را بازنگری کرده و در صورت لزوم دستورالعمل های متفاوتی را برای رفع مشکل به پیمانکاران صادر کند اما در غیاب دلایلی از این قبیل، من فکر می کنم معماری که طراحی نظارت بر ساخت فونداسیون ساختمان را انجام داده است، موظف به بازنگری طرح خود باشد.

من معتقدم در هر موردی که معمار با غفلت، طرحی معیوب را به یک ساختمان وارد کرده باشد، به دلیل نقض تعهدات قراردادی، موظف به بازنگری در طرح خود خواهد بود. در پرونده بانک میدلند، آقای اولیور گفت:

« درواقع مجادله بر سر این که یک وکیل دادگستری یا مؤسسه وی مرتکب سهل انگاری شده است یا وظیفه بازنگری دارد میسر نیست. به نظر من، این مشاهدات به همان اندازه ای که برای یک وکیل دادگستری مناسب است نسبت به یک معمار نیز اعمال می شود. در جایی که معمار یا وکیل نسبت به سهل انگاری و قصور قبلی خود آگاه است، موقعیت کاملاً متفاوت خواهد بود. هنگامی که این اتفاق می افتد، ممکن است وکیل، تحت تعهد قراردادی قرار گیرد تا عملکرد قبلی خود را بازنگری کرده و نظر خود را بطور صادقانه به موکل خود ارائه دهد. و این پرسش که وقتی از نقض قرارداد قبلی خود اطلاع دارد، آیا او در واقع از چنین وظیفه ای برخوردار است، بستگی به این دارد که قرارداد هنوز در حال انجام است یا خیر؟ اگر قرارداد به هر دلیلی نقض شده باشد، ممکن است شخص متخصص و حرفه ای وظیفه داشته باشد که موکل خود را در مورد نقض قرارداد قبلی راهنمایی کند، اما دشوار است که ببیند او چگونه می تواند تحت هر گونه وظیفه قراردادی عمل کند.»

بنابراین، این دسته از موارد عموماً بر نیاز مدعیان نشان می دهد که طراح وظیفه مستمری در بازنگری طرح خود داشته است و تلاشی است برای غلبه بر این که این ادعا بیش از شش سال دیرتر از اجرای اولیه طرح باشد. در پرونده گلاسکو (۵۷) دادگاه در مورد احتمال ادامه این وظیفه فراتر از اتمام عملی در اصل و در شروط خاص صحبت کرد. باین حال، پرونده استرلینگ تن، هر گونه شانس موفقیت در این زمینه را محدود کرد. برخی استدلال می کنند که ممکن است هنوز بتوان وظیفه واکنشی معمار را در صورت اطلاع از نقص در دوره مسئولیت نقض انجام داد. (۵۸)

مسئله ادعای منع شده در پرونده چلتنهام (۵۹) مطرح شد، جایی که مهمانان از حکم داور اعتراض کردند و ادعا کردند که ادعای کالچ در مورد آثار مربوط به مخازن زیرزمینی و طراحی درهای آتش نشانی مشمول مرور زمان نشده است. معماران در ماده پنج شروط قرارداد انجمن تخصصی معماران انگلستان (ریبا) به دوره محدودیت قراردادی شش سال پس از تکمیل خدمات معمار که در آن خدمات خاص برای ساخت پروژه های توسط معمار از تاریخ تکمیل عملیات پروژه تعیین شده بود، به توافق رسیدند. پروژه زیرزمین و طراحی درهای آتش نشانی زودتر از مهلت قراردادی، انجام شد. باین حال، داور تصمیم گرفت که ادعاها مهلتی ندارند، زیرا معماران موظف بودند طرح خود را تا اتمام عملی یعنی شش سال موافقت کرده اند. براساس پرونده ایزلینگتن (۶۱)، استدلال شد که وظیفه طراح تا اتمام عملی ادامه داشته است، بنابراین باید تاریخ تعهدی علت اقدام باشد و طرفین توافق کردند که محدودیت بعد از آن تاریخ به مدت شش سال تمدید شود. بر این اساس ادعاها به موقع مطرح شد. درواقع گفته شد که مدت محدودیت قراردادی قاعده عادی شش ساله را از تاریخ نقص یا تاریخ خسارت تمدید خواهد کرد. در این جا آقای رمزی درخواست تجدیدنظر داد و پرونده را با توجه به یافته های خود به داوری بازگرداند. وی به این نتیجه رسید که ماده پنج قرارداد مذکور فقط یک محدودیت زمانی اضافی در قرارداد است که تأثیری در تمدید مدت محدودیت قانونی ندارد و اگر نیاز باشد که این کار انجام شود، باید به صراحت و توسط کلمات صریح و واضح بیان شود. ماده پنج صراحتاً حقوق معمار را برای اتکا به دفاع محدودیت قانونی محروم نکرده است. آقای رمزی این نکته را در نظر نگرفت که می توان برای تعیین زمان به وجود آمدن علت اقدام، از ماده پنج استفاده کرد.

باین حال آقای رمزی در ادامه اظهار داشت که کاملاً واضح است که وظیفه معمار به شروط انعقاد عقد بستگی دارد. بنابراین، اگر طراح فقط به انجام طراحی مشغول باشد، ایجاد یک وظیفه مستمر دشوار خواهد بود اما اگر مشارکت او شامل خدمات در حین ساخت و ساز باشد، ممکن است یک وظیفه مستمر وجود داشته باشد. همچنین، درمورد معنای ادامه وظیفه برای بازنگری در این زمینه و زمانی که علت اقدام به دست می آید، سردرگمی وجود دارد. اگر معمار طرحی را تولید کند که معیوب باشد، هنگام تولید طرح علت آن نیز ایجاد خواهد شد. علاوه بر این، این وظیفه مستمر باعث ایجاد عاملی مستمر برای اقدام نخواهد شد. بنابراین، عدم بازبینی یک طرح شکست خورده با طراحی ناقص متفاوت است زیرا این نقص ها در تاریخ های مختلف رخ داده اند.

سranجام، وی در پرونده ایزلینگتن (۶۲)، با رویکردی که برای وظیفه بازبینی باید اتخاذ شود موافقت کرد. بنابراین، این پرسش که آیا یک معمار یا متخصص طراح موظف است به طور مداوم کار خود را بازبینی کند و کارفرما را در مورد نقص‌های واقعی یا احتمالی در انجام خدمات خود هشدار دهد یا خیر، مشروط به تعهد مخالف است.

یک متخصص طراحی معمولاً هیچ‌گونه تعهدی برای بازنگری در طراحی خود پس از اتمام عملی نخواهد داشت، مگر این که اتفاقی بیفتد که به هر متخصص و طراح معقولی، وضعیتی را تحمیل کند که طرح خود را بازبینی کند. علاوه بر وظیفه حرفه‌ای طراحی برای انجام معیارهای منطقی، پیمانکار موظف است کارفرما را در مورد نقص‌های طراحی نیز هشدار دهد. اما آیا واقعاً پتانسیل طراح حرفه‌ای به مسئولیت طراحی و بازنگری ختم می‌شود؟ یک طراح حرفه‌ای اغلب اعلام می‌کند که کار معیوبی که از آن شکایت شده در محدوده وظایف او نیست. به عبارت دیگر، بازرسی‌ها یا بازبینی‌ها یا بازنگری‌ها یا سایر فعالیت‌های این چنینی، بخشی از قرارداد آن‌ها با کارفرما نبوده است و وظیفه بیشتری از آنچه در قرارداد ذکر شده است، نخواهند داشت. در پرونده میرانت و آو (۶۳) که قبلاً مورد بررسی قرار گرفت، شرکت آو مسئولیت طراحی اولیه و در نهایت طراحی دقیق ستون‌های واحدهای دیگ‌های بخار را که بخشی از نیروگاه برق زغال‌سنگ فیلیپین بودند، برعهده داشت.

شرکت آو دو قرارداد جداگانه با میرانت منعقد کرد. یکی قرارداد طراحی و دیگر قرارداد خدمات سایت بود. توافق‌نامه مذکور، طراحی قسمت نظارت بر سایت فنی را حذف کرده بود، که شامل یک تیم کوچک از مهندسان برای تأیید اجرای طرح می‌شد. دادگاه تجدیدنظر معتقد بود که این امر به جای بررسی مفروضات طراحی، فقط به این معناست که از ساخته طرح مذکور پیروی می‌کند. سرانجام شرکت آو طرح اولیه خود را در سال ۱۹۹۵ و ۱۹۹۶ انجام داد. اما تحقیقات زمینی دقیقی را انجام نداد زیرا زمینی که قرار بود ستون‌ها بر روی آن گذاشته شود، نیاز به انفجار و حفاری داشت. همچنین در به دست آوردن داده‌ها برای محاسبه تحمل فشار برای ستون‌ها و ستون‌های دیگ بخار روی زمین مشکلاتی وجود داشت. بنابراین شرکت آو یک طرح موقت براساس این فرض که زمین مربوطه دارای ظرفیت تحمل کافی نبوده و اطلاعاتی محدود برای ادامه کار دارد، ارائه کرد. شرکت آو توصیه کرد که قبل از طراحی و ساخت‌وساز، یک بررسی دقیق نسبت به زمان بندی کار و همچنین، شروط زمینی انجام شود و فرض بر این بود که این کار هنگام بازرسی فونداسیون‌ها در محل انجام شود. در ژانویه ۱۹۹۶، شرکت آو انتظار داشت که محل کار، هر دو ظرفیت مجزای مشارکت را داشته باشد اولاً، برای نظارت بر تحقیقات زمینی و ثانیاً در نقشه‌برداری سطحی بازرسی بصری، برای بررسی مفروضات مهم مربوط به زمین‌شناسی و ظرفیت تحمل بار که این اتفاق نیفتاد. توافق‌نامه خدمات سایت در مارس ۱۹۹۶ منعقد شد و شرط می‌شد که شرکت آو نظارت بر کار تحقیقات زمین و برآوردن الزامات یک مهندس از جمله تأیید شروط زمینه برای فونداسیون‌ها را برآورده کند. اگرچه شرکت آو در حین کار فونداسیون، تیمی در محل داشت، اما شروط زمینی و ساخت‌وساز را با بررسی سطح زمین تأیید کرد. سپس مشخص شد این کار شامل تأیید مفروضات طراحی نمی‌شود، و نیاز به تحقیقات گسترده‌تری خواهد داشت. بر این اساس، ساخت‌وساز براساس مفروضات طراحی تأیید نشده، آغاز شد. دادگاه بررسی کرد که آیا شرکت آو در طراحی ستون‌های دیگ بخار و تأیید فرضی که طرح بر اساس آن طراحی شده است دقت و مهارت لازم را داشته است یا خیر؟ و این که آیا در مشخصات نظارت تحقیقات زمینی از دقت و مهارت لازم استفاده کرده است یا خیر؟ دادگاه معتقد بود که شرکت آو اقدام کافی برای رضایت از این که طرح به درستی تأیید شده است، به عمل نیاورده است.

شرکت آو ادعا کرد که این یک روش مهندسی خوب است که فونداسیون‌ها براساس تحمل فشارهای احتمالی پیش برود و با بازرسی فونداسیون‌ها در محل، فرض را تأیید کنیم. دادگاه معتقد بود که شرکت آو توافق‌نامه طراحی خود را نقض کرده، زیرا مشخصاً طرح خود را با دقت و مهارت معقول تولید نکرده است.

در این مرحله، قاضی دریافت که شرکت آو توافق‌نامه خدمات سایت را نقض نکرده است که شامل تعهدی برای تأیید مفروضات طراحی نمی‌شود و شرکت آو تجدیدنظر کرد. یکی از دلایل تجدیدنظرخواهی آن این بود که معتقد بود اشتباهی رخ داده است. شرکت آو برای اینکه نقض توافق‌نامه تحقیقات زمینه را وارد نمی‌دانست، درخواست تجدیدنظر کرد. دادگاه تجدیدنظر درخواست آژانس و اروپا را رد کرد و از جمله این که شرکت آو موظف به حصول اطمینان از طرح مورد درخواست بوده است. اگر طراحی مهندس براساس مفروضات باشد این شرکت باید چنین بیان می‌داشت: «برای اطمینان از این که اطلاعات اضافی لازم برای تأیید مفروضات بدست آید و سازنده مجبور نباشد اطلاعات اضافی را شخصاً به دست آورد، باید شخصاً مراقب پیمانکاران باشد تا به اطلاع مشتری برساند که اطلاعات اضافی لازم به دست آمده است.»

در ادامه دادگاه حس کرد که در صورت عدم اخطار، سلب مسئولیت کافی نخواهد بود و طراح، طرح اولیه را براساس یک فرضیه تأیید نشده ترسیم می‌کند، اطلاعات اضافی را به دست می‌آورد و به مشتری واگذار می‌کند. در شرکت آو نیز، فرض بر این است که تأیید فرض طراحی فونداسیون فقط نیاز به بررسی سطح فونداسیون دارد، مانند یک سرپرست سایت که معمولاً این کار را انجام می‌دهد. در این جا، دادگاه احساس کرد که اگر چه ممکن است قراردادهای زیادی وجود داشته باشد که ممکن است برای آن‌ها کافی باشد اما در مورد این قرارداد این چنین نبوده و شواهد نشان می‌دهد که تحقیقات گسترده‌تری نیاز است.

دادگاه در ادامه اضافه کرد که یک طراح فونداسیون باید در شروط مناسب اطمینان حاصل کند که مفروضات وی تا حدی مورد تایید قرار گرفته است که طراحی مناسب و منطقی لازم باشد و قاضی شواهد کافی برای تعیین آنچه مورد نیاز است داشته باشد، بنابراین پرونده مذکور نمایانگر دیدگاه دقیق تری نسبت به وظیفه فعالان و کنشگران طراح حرفه ای در بازنگری یک طرح نسبت به موارد قبلی دارد. نتیجه نشان می دهد که طراحان ممکن است در قرارداد خود وظیفه ای را برای اطمینان از صحت مفروضات طراحی در نظر گرفته باشند. نیاز به بازنگری مداوم طرح در پرونده هریتیج (۶۶) نیز مطرح شد، جایی که یک طرح آزمایشی یا رویکردی غیرمعمول توسط قاضی بیان شد که وظیفه بسیار خاصی را برای طراح تحت بازنگری قرار میداد و موارد دیگری نیز وجود داشت که موضوع مسئولیت طراح را از مرزهای قرارداد بین طراح و کارفرما فراتر می برد. به عنوان مثال پرونده فیدلر (۶۶)، که در آن مهندس سازه شرکت فیدلر برای طراحی های دائمی یک خانه برای شرکت هارت برگزیده شد. این پروژه شامل حفظ دیوارهای نما و حفاری در سطح عمیق بود. پیمانکار باید پروژه ای را به عنوان بخشی از کارهای موقت مورد نیاز برای انجام کارهای دائمی ارائه میداد. به طور معمول، پیمانکار مسئول طراحی هرگونه کار موقتی است و چنین کارهایی بخشی از وظایف طراح نبوده و نیست. که به طور غیرمعمول، فیدلر کارهای موقت را برای پیمانکار تحت یک بازنگری جداگانه مشخص کرده بود و این مورد ممکن است حائز اهمیت باشد، زیرا پیمانکار از وسایل جانبی استفاده نکرد و در نتیجه دیوارهای نمای ساختمان فروریخت. به عنوان یک حقیقت مشخص شد که فقدان وسایل مورد نیاز چیزی است که فیدلر باید در حین بازرسی از محل و اندکی قبل از فروپاشی متوجه آن می شد. هارت از فیدلر شکایت کرد و بیان داشت، آیا مهندسی که در رابطه با کارهای دائمی گمارده شده بود وظیفه ای در قبال کارفرما داشته که گزارش کارهای موقت را به پیمانکار ارائه دهد و در صورت عدم، آیا او در قبال عواقب ناشی از آن باید به کارفرما خسارت پرداخت کند؟ فیدلر استدلال کرد که این بخشی از قرارداد او نبوده و او هیچ گونه وظیفه ای در قبال ضرر و زیان وارد شده به ساختمان کارفرما ندارد دادگاه معتقد بود که اگر مهندسی که در مالکیت کار دائم مشغول به کار بوده است وضعیت موقت کار را که خطرناک است و باعث خطرات فوری و آثار مخرب دائمی به ساختمان می شود مشاهده کرده باشد، موظف است اقدامی انجام دهد تا از خطر احتمالی جلوگیری کند. دادگاه این پرونده را شبیه پرونده غفلت و سهل انگاری وکیل در پرونده لیانز (۶۷) دانست، که در آن دادگاه استدلال وکیل دادگستری مبنی بر محدود بودن وظیفه بازنگری در پرونده را رد کرد و به مشاوره در مورد مفهوم توافق یا قانون تمایل نداشت. خطر آشکاری که وجود داشت آن بود که وکیل وظیفه داشت که به آن مورد اشاره کند، حتی اگر شغل وی ارتباطی با آن خطر نداشته باشد. دادگاه چنان بیان کرد:

«وکیل، بیمه گذار عمومی موکل خود نیست. وظایف وی با شروط توافق شده در قرارداد تعیین می شود. شاید این مورد حالتی عادی باشد، اگرچه پرونده جونز (۱۹۹۵) نشان می دهد که گاهی اوقات ممکن است تعهداتی خارج از شروط بازنگری که پیشتر وجود نداشته، به وجود آید. با نادیده گرفتن چنین استثنائاتی، وکیل باید زمان و تلاش خود را صرف کارهایی کند که برای انجام آن استخدام شده و موکل موظف به پرداخت مبلغ آن به وی می باشد و هیچ تعهدی ندارد که وقت و تلاش خود را برای مسائل خارج از قرارداد صرف کند. باین حال، اگر در حین انجام کاری که برای آن استخدام شده است متوجه خطر یا خطری احتمالی برای مشتری شود، وظیفه اوست که به مشتری اطلاع دهد و با انجام این کار او نه از محدوده فعالیت خود فراتر رفته و نه کارهای اضافی انجام داده که دستمزدی برای آن پرداخت شود، وی صرفاً اطلاع رسانی کرده است و در مورد موضوع مذکور، گزارش داده است. اگر از یک دندان پزشک بخواهیم بیمار را درمان کند و او با نگاه به دهان بیمار متوجه شود که دندان مجاور نیاز به درمان دارد، وظیفه اوست که به بیمار هشدار دهد و همچنین، اگر وکیل در حین انجام دستورالعمل های مربوط به حیطة صلاحیت خود متوجه مشکل یا خطری برای موکل شود منطقی است تصور کنیم که ممکن است موکل از آن مطلع نباشد، و این وظیفه وکیل است که به او هشدار دهد.»

در این پرونده دادگاه دریافت که آقای فیدلر وظیفه قراردادی خود را در مقابل مدعی نقض کرده است تا به خطری آشکار برای آثار دائمی که خود هنگام حضور در محل مشاهده کرده، اشاره کند. با توجه به وجود آن وظیفه قراردادی نیز قاضی به این نتیجه رسید که وظیفه موقت بازنگری از شبه قرارداد به اندازه کافی برای جلوگیری از ضرر اقتصادی در نظر گرفته شده توسط مجلس اعیان در پرونده هندرسون اهمیت دارد. سپس، دادگاه حتی فراتر رفت و دریافت که حتی اگر هیچ رابطه قراردادی وجود نداشته باشد نیز وظیفه مراقبت در شبه قرارداد وجود دارد تا به دلیل روابط خاص بین طرفین ضرر اقتصادی ایجاد نکند: «در صورت لزوم، آمادگی این را خواهم داشت که چنین وظیفه ای را در مورد حقایق خاص این پرونده پیدا کنیم. به نظر من می رسد که از نظر نزدیک به هم یعنی آثار دائمی کار، سرمایه گذاری شرکت هارت در واقع متکی بر کتاب جیبی آقای فیدلر بوده است. من به صراحت به غرامت حرفه ای در نامه ژوئن اشاره می کنم. ثانیاً، به نظر من وظایف مربوط به کارهای موقت و دائمی در هر صورت از نزدیک با هم در آمیخته هستند و توسط یک شخص، به نام آقای فیدلر انجام شده بوده است و تا آنجا که من میدانم او تمایزی قائل نشده است و نمی توان انتظار داشت که او دقیقاً تشخیص دهد که در چه زمانی چه کاری انجام دهد. به علاوه، من فکر نمی کنم که مدعی یا هر کس در موقعیت مدعی دقیقاً آنچه را که آقای فیدلر در طراحی آن

سایت انجام می‌داد، دقیقاً تحلیل کند. به‌طور واضح، همان‌طور که به‌نظر می‌رسد، وظیفه‌ای در قبال مدعی نخواهد بود که کارهای موقت را به روشی خاص انجام دهد، اما به‌نظر من اعمال محدودیت وظیفه در شروط خاص، برای مهندس به منظور جلوگیری از ضرر اقتصادی به سازه‌ای است که خود او به‌دنبال حفظ آن برای مدت‌زمان قابل‌توجهی باید باشد. به دلایل کوتاهی، درمورد دومین نقضی که در پرونده تشخیص داده‌ام احساس وظیفه می‌کنم حتی اگر وظیفه قراردادی نسبت به آن نداشته باشم.»

وظیفه هشدار نسبت به خطرات گذشته

این مسئله نشان‌دهنده افزایش احتمالی وظیفه و مسئولیت درمورد بلایای قابل‌پیشگیری است و در پرونده بینی (۶۸)، مهندس مسئول عواقب ناشی از انفجار متان در یک ایستگاه پمپاژ چند سال پس از اتمام آن بوده‌اند، جایی که در طرح، احتمال تجمع متان در اختلال انتقال در نظر گرفته نشده بود. در دادگاه تجدیدنظر اکثریت دادگاه معتقد بودند که قاضی دادگاه حق دارد بر اساس شواهد تشخیص دهد که خطر وجود متان وجود دارد یا خیر؟ در یک قضاوت مخالف قوی، آقای بنتهام معتقد بود که شواهد از هیچ‌گونه بی‌توجهی به بینی پشتیبانی نمی‌کند. لازم به ذکر است که قاضی محکمه پیشنهاد کرده بود که طراح ممکن است پس از اتمام پروژه همچنان در حال انجام وظیفه خود باشد تا در مورد اطلاعات جدیدی که نشان‌دهنده خطر باشد مشاوره دهد. در همین رابطه، بینگهام نوشت:

«آنچه واضح است این است که اگر قرار است چنین وظیفه‌ای تحمیل شود، باید محدوده چنین وظیفه‌ای با دقت و احتیاط مشخص شود. تدوین قانون در این مورد، در صورت وقوع، تدریجی و مشابه خواهد بود اما این مورد مناسبی برای شروع روند توسعه نیست، زیرا هیچ واقعییتی وجود ندارد که این مسئله را تأیید کند که مهندسان تا سال ۱۹۸۴، نسبت به هر گونه خطری که در زمان واگذاری به‌طور منطقی از آن بی‌اطلاع بودند، به کسی هشدار دهند. و به‌نظر من نیز هیچ مدرکی برای اثبات چنین نتیجه‌ای وجود ندارد. از این رو، من ترجیح می‌دهم در این مورد اقدام به طرح سوال حقوقی مهمی نکنم.»

در پرونده ایداک (۶۹)، یک دیوار معیوب توسط پیمانکاران فرعی شرکت آلپاین طراحی، تامین و ساخته شد. دادگاه تشخیص داد که طراحی شرکت آلپاین معیوب است، و سپس وظیفه‌ای را که پیمانکاران اصلی شرکت ماس، به توسعه‌دهندگان ایداک سپرده بودند در نظر گرفت، یعنی آیا آنها وظیفه داشتند نسبت به نقص‌های طراحی هشداری بدهند یا خیر؟ و در صورت وجود چنان وظایفی، وظایف قراردادی درمورد نقص دیوار چه بود؟ جالب اینجاست که دادگاه اعلام کرد که شرکت ماس، مسئول طراحی نیست و در نتیجه، تعهدات آن‌ها فقط اجرای آثار مطابق نقشه‌ها و صورت‌حساب‌ها و پیروی از دستورالعمل‌های معمار است. علی‌رغم موقعیت مذکور، دادگاه معتقد بود که باید در قرارداد بین ماس و ایداک مفادی وجود داشته باشد که به گونه‌ای نقص‌های طراحی را به رسمیت شناخته و یا گزارش دهد که شرکت ماس وظیفه مراقبت و بازنگری همان شروط را به معمار بسپارد. قاضی در ادامه متوجه شد که در طول کار باید برای ما مشخص شود که طراحی دیوار، مقدور نبوده و آن‌ها باید این امر را گزارش می‌کردند. درواقع، قاضی از عبارت «حتماً می‌دانست» استفاده کرد و در حقیقت دریافت که کارکنان ماس از نقص آگاه بوده اما بدون در نظر گرفتن فشار، اقدام به انجام کار کرده‌اند. دادگاه مقرر داشت:

«اگر در بررسی نقشه‌ها، شرکت ماس مقرر می‌داشت که برخی جهات این طرح کار نخواهد کرد یا رضایت‌بخش نخواهد بود، ادامه کار برای آن‌ها مضحک می‌بود. به‌نظر من، اگر از مدیران ایده‌آل ماس در زمان عقد قرارداد خواسته می‌شد که در آن شروط چه کاری باید انجام دهند، فوراً موافقت می‌کردند که نظر خود را به مورگان اعلام کنند. بنابراین، من فکر می‌کنم که برای اثربخشی قرارداد، واژه‌ای را می‌طلبید که ما را ملزم کند، نسبت به نقص‌های طراحی هشدار دهیم.»

تمایزی که در این جا بیان می‌شود آنست که آیا تعهد به هشدار زمانی ایجاد می‌شود که این نظر شکل گرفته که مشکلی پیش آمده است یا خیر؟ و بیان دیگر، تعهد پیمانکار به هشدار در مورد نقایصی است که در صورت اطلاع پیمانکار مبنی بر این که طرح کار نخواهد کرد یا رضایت‌بخش نخواهد بود، فراتر از طرح‌هایی است که پیمانکار انجام می‌دهد. بنابراین در حوزه طرح‌هایی قرار می‌گیرد که پیمانکار دانش واقعی نداشته و صرفاً نظر یا اعتقادی دارد. این مسئله در پرونده گلاسکو علیه ویلیام (۷۰) تقویت شد، جایی که ویت فیلد به‌عنوان معمار، یک گالری هنری برای دانشگاه طراحی کرد، که مشکل ناشی داشته و از تراکم رنج می‌برد. در نتیجه دانشگاه علیه آن‌ها اقدام به طرح شکایت کرد. آن‌ها به نوبه خود رویه‌ی شخص ثالث را بر این اساس صادر کردند که پیمانکار وظیفه مراقبت از دانشگاه و ویت فیلد را به‌عهده داشته و به آن‌ها درمورد نقص در طراحی هشدار دهد. دادگاه معتقد بود که له اینگ، هیچ وظیفه‌ای در قبال معماران ویت فیلد ندارد تا از آسیب‌های ناشی از طراحی معیوب در برابر دانشگاه محافظت کند، زیرا این خسارت صرفاً خسارت اقتصادی محسوب شده و پرونده یکی از موارد فوق‌العاده هدلی (۷۱) نیست. دادگاه چنان موضع‌ی اتخاذ کرد که تصمیمات شرکت ای داک (۷۲) و دانشگاه ویکتوریا (۷۳)، بر اساس وظایف ضمنی در قرارداد بین کارفرما و پیمانکار بوده‌است و بنابراین، از وظیفه مراقبت در شبه قرارداد بین پیمانکار و معمار پشتیبانی نمی‌کند. با وجود این آن‌ها در بی تحمیل هرگونه وظیفه مراقبت در شبه قرارداد بودند، اما فقط می‌توانستند در مواردی که روابط

خاص بین طرفین وجود داشت ایستادگی کنند. در ادامه دادگاه اعلام کرد که له اینگ هیچ گونه وظیفه‌ای برای مراقبت از دانشگاه ندارد زیرا وظیفه وی منحصر به مراقبت یا اجتناب از قصوری است که می‌تواند به غیر از ساختمان معیوب باعث آسیب‌رساندن به افراد یا برخی اموال شود. در مورد اینکه آیا یک اصطلاح ضمنی وجود دارد یا خیر، دادگاه معتقد است که یک اصطلاح ضمنی مبنی بر این که پیمانکار به کارفرما در مورد نقص در طرح هشدار می‌دهد، تنها در صورتی وجود خواهد داشت که کارفرما در مورد طراحی به پیمانکار اعتماد کرده باشد اما در این مورد چنین نکرده بود. پس از این قلمرو وظیفه هشدار، مورد انتشارات دانشگاه آکسفورد در مقابل گروه طراحی جان استیدمن است. (۷۴) تصور می‌شد این قضاوت، موردی است که موضوع وظیفه هشدار را هم در قرارداد و هم در شبه قرارداد خاتمه خواهد داد. دادگاه پرونده‌های قبلی را بررسی کرد و بیان داشت:

"در مورد فعلی، شرکت او یو پی طراحی داشت که توسط معماران تهیه شده بود. آن‌ها به قضاوت در مورد کیفیت طراحی متکی نبودند. من نمی‌توانم هیچ دلیلی برای دلالت بر وظیفه‌ای که شرکت آن‌ها در شبه قرارداد طراحی هشدار داده بود ملاحظه کنم، مگر این که نقضی وجود داشت که ممکن بود باعث ایجاد خطر برای ایمنی افراد و یا خسارت به برخی از املاک شود. به همین ترتیب، یک قرارداد پیمانکاری دقیق بین این دو شرکت وجود داشت. همچنین نمی‌توانم هیچ فضایی در آن قرارداد به منظور دلالت بر الزام به هشدار دادن در مورد نقص در طراحی کرده باشد، بیابم. به نظر من اگر سازندگانی که هیچ مسئولیت قراردادی مشخصی ندارند موظف باشند، با کارفرمای خود مسائلی را در میان بگذارند، ممکن است امری نامطلوب باشد، زیرا مشکلات عملی را به همراه خواهد داشت. من به طور مختصر به بیان این مسئله پرداخته‌ام، زیرا با احترام استدلال قاضی باشر در دانشگاه گلاسکو را پذیرفتم."

متأسفانه، منطق این تصمیم از تصمیم قبلی شرکت ایداک که در آن مشخص بود که جنبه قراردادی به هیچ گونه وابستگی کارفرما به پیمانکار بستگی ندارد، ناشی می‌شود. بر اساس این اصل، منطقی وجود دارد که پیمانکار و کارفرما موظفند نسبت به نقضی که قصد فرضی طرفین را زیر سوال برده است، هشدار دهند.

بنابراین، در صورتی که کارفرما در این زمان به پیمانکار اعتماد کرده باشد، می‌توان در قرارداد، به وظیفه هشدار نیز اشاره کرد، که به نظر می‌رسد در انتشارات دانشگاه آکسفورد علیه جان استیدمن تصدیق شده است. از نظر منطقی، به نظر می‌رسد حتی اگر کارفرما یک متخصص دیگر را برای نظارت بر این جور کارها استخدام کند نیز، این وظیفه اعمال می‌شود. در صورتی که کارفرما همچنان به پیمانکار متکی باشد تا به نقضی در طراحی اشاره کند که پیمانکار معتقد است این نقص وجود داشته ولی پیمانکار می‌تواند این گونه نقص‌ها را در قرارداد ساختمان قید کند. این مورد در پرونده لیندنبرگ و کینینگ، بیشتر مورد توجه قرار گرفت. در این پرونده متهم همان سازنده بود

که برای انجام کارهای اولیه تخریب در یک بلوک آپارتمان توافق‌نامه شفاهی امضا کرده بود. طرح جدیدی به او داده شد که توسط نقشه‌بردار توسعه‌دهنده شاکي تهیه شده بود و دیوارهای داخلی آن از جمله دیوار کنار دودکش، ۹ اینچ بوده و بار زیادی را تحمل می‌کردند. سازنده شروع به تخریب این دیوار را بدون تکیه بر سقف کرد اما کار متوقف شد و سرانجام دادخواهی صورت گرفت. توسعه‌دهنده ادعا کرد که سازنده در توافق‌نامه‌ای که می‌خواهد کار را با مهارت و مراقبت و به شیوه‌ای خوب انجام دهد، نقض قرارداد رخ داده است و تخریب دیوارهای باربر آشکارا بدون تکیه بر قصور و سهل‌انگاری، صورت گرفته است. دادگاه با بررسی حقایق معتقد بود که این یک قرارداد ضمنی بین سازنده و توسعه‌دهنده است که در اجرای کار خود، سازنده با مراقبت‌هایی را که از یک سازنده معمولی شایسته انتظار می‌رود، انجام دهد. این

واقعیت که یک ویژگی ساختاری مهم، مانند دیوار بارکش جنب دودکش، بدون تحمل نشان داده شده بود، باید باعث می‌شد که سازندگان در مورد طرح دچار شک و تردید شوند. سازنده باید می‌فهمید که دیوارهای ۹ اینچی باربر هستند و با بیشترین احتیاط را در قبال آن‌ها اتخاذ می‌کرد. حداقل باید با نقشه‌بردار توسعه‌دهنده در مورد آن بحث می‌کرد. حتی اگر نقشه‌بردار اطمینان می‌داد، سازنده باید احتیاط می‌کرد که موقتاً اقدام این چنینی نکند. قاضی معتقد بود که سازنده با مراقبت بسیار کمتری از آنچه که از سازنده معمولی شهر انتظار می‌رود رفتار می‌کرد و قرارداد را نقض کرد. قاضی اعلام کرد که نقشه‌بردار ۷۵ درصد مسئول و سازنده ۲۵ درصد مسئول خواهد بود. (۷۸)

در نهایت این مسئله توسط دادگاه تجدیدنظر در پرونده آدامز، حل شد. (۷۹) پلنت کانستراکشن، پیمانکاران اصلی شرکت فورد برای نصب دو دکل موتور در گودال‌های ایستگاه تحقیقاتی فورد بودند. ام‌ای‌اچ پیمانکاران فرعی بودند که توسط پلنت کانستراکشن، برای کارهای زیربنایی مختلف، از جمله نصب تجهیزات موقت، که بعداً

شکست خوردند مشارکت داشتند. مشخص شد که جی‌ام‌اچ که از نظر قراردادی مسئولیت پلنت کانستراکشن را برای طراحی وسایل و موقت برعهده نداشته زیرا جی‌اند اچ توسط مهندس کارفرما هدایت شده است، که دارای اختیار قرارداد برای حمایت از سقف در موقعیت‌ها و روش‌هایی است که جی‌ام‌اچ در واقع از آن استفاده کرده است،

علی‌رغم این واقعیت که جی‌ام‌اچ و پیمانکار اصلی تشخیص دادند که پشتیبانی این چنین، ناکافی است. در مرحله اول قاضی متوجه شد که شرکت جی‌ام‌اچ وظیفه قراردادی دارد تا به پیمانکار اصلی هشدار می‌دهد که تسهیلات آن مناسب نیست و برای انجام این وظیفه، بطور کافی عمل نکرد، هرچند که پیمانکار اصلی به‌طور

مشارکتی تا میزان ۸۰ درصد نیز مسئولیت دارد. دادگاه تجدیدنظر اعلام کرد که کارهای موقت، بااطلاع جی ام اچ آشکارا خطرناک بوده و تعهد قراردادی ضمنی برای هشدار نسبت به خطر وجود دارد. همچنین در پرونده آوون فورس (۸۰) دادگاه اعلام کرد که وظیفه اخطار ممکن است توسط یک پیمانکار فرعی به مشتری انجام شود. بنابراین رویه قانون را می توان در موارد زیر خلاصه کرد:

* هنگامی که پیمانکار می داند یا معتقد است که طرح از مواردی است که ممکن است خطری برای امنیت شخصی ایجاد کند معیوب است، معمولاً وظیفه قراردادی ضمنی برای هشدار به کارفرما در این درمورد این خطر را دارد.

* این وظیفه ضمنی قراردادی، ناشی از مدتی ضمنی است که پیمانکار کارها را به نحو احسن و با دقت و مهارت معقول انجام می دهد.

* از طرف دیگر، ممکن است موضوع یک اصطلاح خاص باشد که به منظور تأثیرگذاری بر اهداف فرضی طرفین در موردی خاص یا در مواردی که نقض قرارداد نقصی است که ممکن است ایمنی شخصی را در غیاب برخی عوامل، به وضوح نفی کند.

* این وظیفه ضمنی قراردادی، به ارتباط فی ما بین کارفرما و پیمانکار بستگی نداشته و حتی در مواردی که معمار یا مهندس کارفرما بر ساخت آثار نظارت می کند، می تواند به کارفرما نیز بدهکار باشد. باین حال، در شرایطی که پیمانکار نمی دانسته، اما باید می دانست که طراحی خطرناک است نیز، این وظیفه برای هشدار دادن به همه شروط بستگی دارد. به ویژه اینکه آیا کارفرما معمار یا مهندس را برای مشاوره اجیر کرده است یا خیر؟

باین حال، مشخص نیست که آیا یک پیمانکار وظیفه قراردادی ضمنی دارد که در مواردی که نقص طراحی وجود دارد اما خطرناک نیست نیز باید هشدار دهد؟

* وظیفه ضمنی قراردادی نه در قانون، بلکه در پرتو حقایق موارد خاص و اینکه آیا چنان وظیفه ای در هر مورد خاص وجود دارد یا خیر بستگی به همه شروط دارد. شروط مناسب شامل ماهیت آثار، تجربه پیمانکار، رابطه بین کارفرما و پیمانکار و سایر طرفین در مراحل ساخت، از جمله هر معمار یا مهندس که توسط کارفرما اجیر شده است و ماهیت آن نقص بستگی خواهد داشت. (۸۲)

* مسئله مهم این است که آیا منطقی است که وظیفه هشدار به پیمانکار تحمیل شود؟ باین حال باید به خاطر داشت که هنوز مشخص نیست که در چه شرایطی پیمانکار ممکن است وظیفه اخطار در شبه قرارداد را داشته باشد. پاسخ بستگی به ماهیت ریسک و ماهیت خسارت وارده به مدعی و این که آیا فرض مسئولیت وجود دارد یا خیر، خواهد داشت. (۸۳)

وظیفه نسبت به دیگران

هنگام برخورد با هرگونه وظیفه ای ممکن است به اشخاص ثالث ربط داشته باشد، باید تفاوت بین ضررهای صرفاً اقتصادی و خسارت های جسمی یا جراحت های شخصی را به وضوح مشخص کرد. در صورت عدم وجود رابطه ای خاص ناشی از نزدیکی یا اطلاعاتی که در آن مسئولیت شخص ثالث مورد استناد قرار گرفته باشد، خسارات صرفاً اقتصادی قابل جبران نخواهد بود. (۸۴)

خسارات صرفاً اقتصادی

در پرونده جارویس (۸۵)، دادگاه معتقد بود که یک نقشه بردار می تواند وظیفه مراقبت از پیمانکاران بالقوه را که نماینده آن ها بوده است، داشته باشد. در شروط دیگر، وظیفه مراقبت در قبال ضررهای صرفاً اقتصادی، توسط معمار یا متخصصان پیمانکاری به شخص ثالث خارجی بستگی خواهد داشت. نمونه ای از این موارد مربوط به پرونده بانک ریاض علیه بانک یونایتد (۸۶) است که شامل ارزیابی بی توجهی و قصور نسبت به تجهیزاتی می شود، که مدعی در صندوق سرمایه گذاری منطبق با شرع که توسط متهم به عنوان واسطه ایجاد شده بود سرمایه گذاری کرده بود تا از ارتباط مستقیم مدعی عربستانی به دلایل سیاسی با متهم کویتی جلوگیری کند. متهم توصیه های سرمایه گذاری را ارائه داد که می توان به آن اعتماد کرد. پرسشی که مطرح می شود آنست که آیا وجود زنجیره قراردادی بین خواهان و خوانده، مانع از تحمیل وظیفه نظارتی به این افراد می شود یا خیر؟ دادگاه فکر کرد که حتی اگر قرارداد مستقیم بین طرفین در این باب وجود داشته باشد، تحمیل عوارض هم زمان وظیفه نظارتی، ممکن است کار درستی نباشد. در جایی که زنجیره ای از امور قراردادی بین طرفین وجود دارد که ممکن است به طور کلی وجود یک وظیفه نظارتی را نفی کنند، پرسشی به وجود می آید که آیا شرایط مورد نیاز این زنجیره قراردادی فراهم شده است یا خیر؟ دادگاه در ادامه خاطرنشان کرد، که امتناع آگاهانه و عالمانه از برقراری روابط قراردادی برای حل مسئله حقوقی و ایجاد وظیفه نظارتی در قبال خسارات وارده اقتصادی، بی اثر خواهد بود. در واقع، آنچه باید به آن توجه شود شرایط قراردادهاست، چرا که طرفین تصمیم گرفته اند

تا روابط خود را به شیوه مطروح در قرارداد مذکور، به پیش ببرند. علاوه بر این، دادگاه خاطرنشان کرد که پیشنهاد یک رویکرد دوحملای در مورد وجود وظیفه نظارتی در چنین شرایطی قابل قبول است (که مرحله اول این رویکرد، استدلال این نکته است که بدون ملاحظات قراردادی، اصلاً وظیفه نظارتی وجود خواهد داشت یا خیر؟ و دوم اینکه آیا قرارداد مورد توافق طرفین، نتیجه اولیه را به دست آورده است یا خیر؟). اما مسئله اصلی آنست که آیا قاضی حق داشته است تا براساس حقایق نتیجه گیری کند که وظیفه نظارتی بین طرفین وجود داشته است یا خیر؟ انتظار می رود که عرف قراردادهای پیمانکاری تمایلی به وجود چنین وظیفه ای نسبت به نظارت در قرارداد پیمانکاری ندارند. دادگاه چنان بیان داشت که نتیجه آزمایش و پرسش های پیشین در تعیین این که آیا وظیفه نظارتی در رابطه با ضرر اقتصادی خارج از روابط قراردادی وجود داشته است یا خیر، درست قابل توجه نبوده و در نتیجه، به نیاز به بررسی حقایق خاص برای رسیدن به پاسخ سوال تأکید کرد. علاوه بر این، در پرونده کمیسیون های گمرک و بانک بارکلیز (۸۷) مجلس اعیان، ۳ مسئله پذیرفته شده برای اعمال وظیفه نظارت در موارد خسارات صرفاً اقتصادی را این گونه بیان کردند: (۱) مسئولیت داوطلبانه، (۲) آزمایش سه گانه شامل: (الف) قابلیت پیش بینی، (ب) مجاورت و نزدیکی و (ج) این که آیا تحمیل وظیفه عادلانه و معقول است و (۳) آزمون افزایشی. از بین موارد مذکور لرد بینگ هم نتیجه گرفت که: (۱) آزمون مسئولیت، شرطی کافی برای وجود وظیفه نظارتی می باشد اما یک ضرورت نیست. (۲) آزمایشی بود که باید به صورت عینی به کار گرفته شود یعنی نیاز به پذیرش آگاهانه مسئولیت نسبت به اشخاص ثالث ندارد. (۳) تنها در صورت پاسخ منفی به این آزمون، تحقیقات بیشتر در مورد حقایق مورد نیاز است. (۴) در موارد جدید، هیچ فرمول ساده ای وجود ندارد که بتوان از آن استفاده کرد. (۵) آزمون افزایشی به تنهایی کاربرد چندانی ندارد و (۶) در نهایت، بررسی دقیق حقایق یک پرونده، به ویژه ماهیت روابط بین طرفین مربوطه، همیشه لازم است.

موضوعات متفرقه: آسیب های شخصی، عیوب پنهان و متصرفین بعدی

هنگامی که با خسارات غیراقتصادی دیگر مانند صدمات فیزیکی و یا عیوب طراحی ساختمان روبرو می شویم، معمولاً وظیفه نظارت پیش می آید تا از خسارت بیشتر به اموال دیگر جلوگیری شود. جبران این خسارات به طور مستقیم متوجه شخصی می شود که این خسارات، تحت تأثیر طراحی او به وجود آمده است. پرونده کرامپ و کلی (۸۸) میتواند استثنایی بر صحبت پیشین باشد که در آن، معماری از روی سهل انگاری و غفلت اجازه داد تا دیواری که خطرناک است، استوار بماند و به تبع آن، سرکارگری مجروح شد که مسئولیت آن نیز، بر عهده معمار است، اما در آن پرونده هیچ گزارشی ارائه نشده بود که خریدار به دلیل این خسارات و صدمات، علیه معمار قاصر اقامه دعوا کرده باشد. در مورد متصرفان بعدی که در پرونده والشا (۸۹)، تعدادی واحد صنعتی برای توسعه دهندگان طراحی کرده بودند، مستأجر یکی از واحدها، به دلیل نقض وظیفه نظارت معماران نسبت به کار و نسبت به متصرفان بعدی و ایجاد سیلاب ناشی از سیستم تخلیه خراب، علیه ایشان اقدام به طرح شکایت کرد. با این حال، اعتقاد بر این بود که نقض موجود یک نقص پنهان نیست، زیرا قبل از این که نقشه بردار شرکت باکسال، علاقه ای نسبت به املاک نشان دهد، قابل تشخیص بود. بنابراین، معمار وظیفه نظارتی بر متصرف بعدی را نداشت. در موارد عدم وجود وظیفه نظارتی در پروژه، نظارتی که توسط خود مستأجر انجام می شود، بسیار حیاتی می باشد. بنابراین، وظیفه محدودی نسبت به خریداران بعدی در رابطه با خسارت به اموال دیگر ناشی از نقض در طراحی، اعمال خواهد شد. این تصمیم بیشتر در پرونده پاسکین (۹۰) اجرا شد که دادگاه دریافت در صورت عدم وجود شواهد کافی از طرف مالک بعدی، در هنگام خرید ملک، نقض مربوطه توسط یک نقشه بردار مشخص نخواهد شد. سؤال اینست که چگونه وظیفه ای برای رسیدگی به حقایق پرونده علیه معماران متهم تعریف نشده است؟

همه این ها را که به کنار بگذاریم در پرونده پیرون (۹۱) و ۵ سال پس از تصمیمی که در باکسال گرفته شد، دادگاه تجدیدنظر با حقایقی تقریباً مشابه مواجه شد. در این جا مدعی، مستأجر یک انبار بود. طوفان شدید و باران منجر به جاری شدن سیل در انبار شد و خسارت قابل توجهی به انبار و کتاب های ذخیره شده توسط مدعی وارد کرد. سیستم تخلیه نامناسب توسط معماران، باعث ایجاد این خسارات شده بود. مدعی از طراحی نامناسب مطلع نبود و و پیش از رخ دادن این اتفاق هیچ گونه برآوردی برای وقوع آن پیش بینی نشده بود. همچنین قبل از اشغال انبار توسط مدعی، حادثه ای مشابه سیل رخ داده بود که در آن زمان، به مستأجر خسارت قابل توجهی وارد کرده بود. تعدیل کنندگان ضرر که توسط بیمه گذار مستأجر اجیر شده بودند، متوجه شدند که سیستم تخلیه آب در انبار، ناکارآمد بوده است، اما آن ها این اطلاعات را به مستأجر منتقل نکرده و وظیفه ای نیز برای انجام این کار نداشتند. در پرونده پیرون متهمان استدلال کردند که در پی وقوع سیل، خساراتی ایجاد شده است که این اشخاص هیچ گونه مسئولیتی در قبال آن نداشتند. دادگاه تجدیدنظر این استدلال را رد کرد و متهمان را مسئول خسارات ناشی از سیل دوم دانست. (۹۲) لرد فیلیپس که با رد استدلال متهمان، حکم دادگاه را صادر کرده بود، در پرونده استیونس (۹۳) نیز از این مسئله که مسئولیت ایجاد نقضی خطرناک در یک ملک، به محض وجود امکان کشف نقض (توسط صاحب ملک) متوقف می شود، حمایت کرد. او گفت که در این پرونده از مداخلات قانونی ناشی از غفلت و سهل انگاری و مسئولیت مدنی مشترک تخطی شده است و در

عوض به ۳ مورد پس از آن در پرونده‌ای استیونسن تکیه کرد که نشان میداد که اگر پیش از وقوع حادثه، صاحب ملک از طریقی نسبت به این عیب و نقص در ملک آگاه شود، شخصی که از این عیب آگاهی داشته‌است و اطلاع نداده‌است، تبرئه خواهد شد و مسئولیتی نخواهد داشت. لرد فیلیپس نوشت:

«تصمیمی که در باکسال گرفته شد از ۲ اصل زیر پشتیبانی می‌کند، که هر یک می‌تواند نتیجه را در آن مورد توضیح دهد:

(۱) منطقی است انتظار داشته باشیم که متصرف قبل از ادعای مالکیت، به بازدید و بررسی ملک بپردازد، اما اگر در این بررسی عیبی آشکار نگردد، هیچگونه مسئولیتی نیز موجود نخواهد بود. (۲) در مواردی که متصرف انتظار دارد که بازرسی و نظارت و بازرگری را انجام دهد، عدم انجام چنین بازرسی با مهارت و مراقبت معقول، زنجیره علت را می‌شکند.»

لرد فیلیپس در ادامه توضیح داد که هیچ‌یک از متهمان را در این پرونده مورد تبرئه قرار نداده‌است. او گفت که اصل اول زیر سوال رفته‌است، زیرا متهمان هنگام طراحی سیستم تخلیه نامناسب انتظار داشتند که چنین نقصی با بازرسی آشکار نشود. اصل دوم نیز متهمان را تبرئه نکرد، زیرا مدعی از سیل اول اطلاع نداشت و بنابراین دلیلی برای بررسی سیستم تخلیه توسط وی وجود نداشت. وی افزود: «هیچ پایه و اساسی را نمی‌توانم متصور شوم که چنین نقصی را برای کسانی که نه می‌دانند و نه نیازی است که بدانند، بیان کنیم، چرا که این امر مربوط به متصرف است.» علاوه بر این لرد فیلیپس به نارضایتی خود نسبت به بیانات دادگاه در اصول مندرج در پرونده باکسال اشاره کرد. او نوشت که: «اگر معماری که مسئولیت اصلی تولید یک طرح ایمن را دارد، طرحی معیوب تولید کند، بدیهی است که منصفانه، عادلانه و معقول نیست که وی از هرگونه مسئولیت در رابطه با عواقب ناشی از آن معاف شود.» وی سپس ادامه داد: «واضح نیست که چرا عدم موفقیت فردی در مراقبت از خود یا اموالش، که به دلیل نقص طراحی در معرض خطر قرار گرفته‌است، باید زنجیره‌ی علت و معلولی را بشکند.»

مسائل دیگر

به غیر از وظیفه ویژه‌ای که برای عدم نظارت درست و ایجاد ضرر اقتصادی بیان شده است، طراح حرفه‌ای در قبال ضرر اقتصادی اشخاص ثالث عموماً، وظیفه‌ای ندارد. در پرونده دیوهرست (۹۴)، شرکت آربکو به عنوان مشاور اصلی طراحی و ساخت گروهی از ساختمان‌های مرتبط برگزیده شد. دیوهرست توسط آرکی تایپ برگزیده شد تا به عنوان مهندس عمران سازه عمل کند. در حین ساخت، عیوب جدی کشف شد و در نتیجه کارهای اصلاحی انجام شد، که ادعا می‌شد پروژه را به تأخیر انداخته‌است. شرکت آربکو ادعاهای خود علیه دیوهرست را به آرکی تایپ واگذار کرد و بنابراین، آرکی تایپ ادعای خسارت را هم از سمت خود و هم به عنوان تعیین کننده مطالبات آربکو علیه دیوهرست مطالبه کرد. در این نقطه، دیوهرست وظیفه نظارت نسبت به شرکت آربکو را نپذیرفت، اما این مسئله را که مهارت خاصی در مهندسی عمران و سازه دارد را قبول کرد و پذیرفت که آگاه است که طراحی‌های مهندسی آن به نفع آربکو انجام شده‌است و آربکو بر مهارت خود به عنوان مهندس متکی بوده است. علی‌رغم امتیازات خود، دیوهرست چنان موضعی گرفت که این مسئله قابل نقض نیست، زیرا پرونده متشکل از زنجیره‌ای از امور قراردادی است. بنابراین، هیچ‌گونه قرارداد خصوصی بین آربکو و آرکی تایپ وجود ندارد و همچنین هیچ مسئولیتی از طرف دیوهرست به آرکا نیز موجود نیست. آرکی تایپ این دیدگاه را داشت که حداقل می‌توان گفت دیوهرست وظیفه مراقبت از آربکو را برعهده دارد، زیرا خود را دارای مهارت خاصی می‌داند و بطور معقول قابل پیش‌بینی بود که شرکت آربکو به مهارت خاص خود تکیه کند، و در نتیجه وظیفه‌ای را ایجاد کند که مطابق اصول مندرج در پرونده هِلر (۹۵) یا جونیور بوکس (۹۶) بیان شده‌است. پس از بررسی وضعیت، دادگاه تشخیص داد که موضع آرکی تایپ، نادرست و غیر قابل بحث است، زیرا کتاب‌های خردسال یا جونیور بوکس باید به حقایق منحصر به فرد خاص خود محدود شوند و با توجه به این که حقایق پرونده حاضر با حقایق این کتاب‌ها یکسان نیست، کسی ملزم به پیروی از آنها نخواهند بود. دادگاه در ادامه تصریح کرد که در هر صورت، طرفین روابط قراردادی خود را به گونه‌ای تنظیم کرده‌اند که با فرض مسئولیت بین این دو شرکت ناسازگار است. همچنین، این مسئله که ضمانت‌نامه یا وثیقه در زمان تشکیل قرارداد پیمانکاری فرعی مطرح شد اما مورد پیگیری قرار نگرفت نیز، برای استدلال ضروری نبوده اما موجب نتیجه‌ای می‌شود که وظیفه نظارتی را در این پرونده نقض می‌کند. به دنبال این دیدگاه، در پرونده میرانت (۹۷) همان قاضی ادعایی مشابه، مبنی بر وظیفه مهندسان برای جلوگیری از ضرر اقتصادی به یک شرکت که بخشی از گروه همان شرکت‌ها بود را، رد کرد. شرکت سپاس که با شرکت آراپ قرارداد بسته بود، معتقد بود که شرکت اس‌سی‌سی در واقع بر مهارت و مراقبت مهندسان در اجرای قرارداد خود با شرکت سپاس متکی بوده‌است. زنجیره قراردادی، به شکلی خاص و پیچیده نمود یافته بود و بنابراین با فرض مسئولیت مغایر بود، اما این نکته مورد تجدیدنظر قرار نگرفت. سرانجام در پرونده ترنر (۹۸)، پیمانکار قسمت ۲۰ قرارداد را علیه معماری که پیمانکار برخی از طرح‌های یک کارخانه لبنیات را استخدام کرده بود، اعمال کرد که عمل این شخص، باعث آتش‌سوزی شد و موجب ورود خسارت به صاحبان و متصرفان بعدی ملک شد. طبق قرارداد آن‌ها با معمار، سازندگان نمی‌توانستند ادعای

خسارت کنند. بر این اساس، پیمانکار ادعای مشارکت تحت قانون مسئولیت مدنی (۱۹۷۸) را مطرح کرد. پیمانکار، برای موفقیت باید نشان می‌داد که وظیفه مراقبت از صاحبان بعدی شرکت لبنیاتی برعهده معمار بوده است. در این پرونده، دادگاه تجدیدنظر و لرد پاتر که داور اصلی را ایشان مشخص کرده بود، معتقد بود که ۴ اصل، وجود و محدوده وظیفه معمار در قبال مالک یا متصرفین بعدی را تعیین می‌کند که عبارت‌اند از:

«(۱) معمار در صورتی وظیفه پرداخت خسارت را برعهده خواهد داشت و در قبال متصرف بعدی ساختمانی که معمار آن را طراحی کرده و یا نظارتی بر آن داشته است، مسئول خواهد بود، که شرایط مناسب فراهم باشد(در قرارداد و...)».

(۲) این سوال که آیا نقص خاصی در محدوده وظیفه معمار برای مراقبت از متصرف بعدی قرار می‌گیرد یا خیر، بستگی به طرح اصلی و یا تعهدات نظارتی معمار موردنظر دارد. معمار وظیفه مراقبت از نقایصی که در ابتدای شروع طراحی، مسئولیت و نظارتی بر آن نداشته‌است را ندارد.

(۳) اگر نقص خطرناکی در اثر کوتاهی سهل‌انگارانه معمار ایجاد شود، او نمی‌تواند خود را از این مسئولیت معاف کند، مگر این که اجازه کارفرما را برای انجام این کار به دست آورده باشد، زیرا وظیفه طراحی قسمت مربوط به ساختمان را برعهده گرفته‌است.

(۴) وظایف تفصیلی یک معمار در رابطه با عملکرد طراحی وی، بستگی به کاربرد اصول کلی فوق درمورد حقایق پرونده، از جمله شرایط خاص مورد توافق دارد. محدوده دقیق چنین وظایفی معمولاً به مشاهدات تخصصی اعضای این حرفه بستگی دارد که یک معمار باتجربه و مجرب و معقول در شرایط مشابه چه خواهد کرد.» در این پرونده، دادگاه تجدیدنظر دومین و چهارمین اصل را درمورد حقایق به کار برد و در نتیجه معماران را از مسئولیت مبری داشت، زیرا مسئولیت آن‌ها توسط شرایط مشارکت آن‌ها در قرارداد ساختمان توسط پیمانکار محدود شده بود. مشخص شد که آن‌ها هیچ‌گونه تعهدی برای ارائه طرحی دقیق و مقاوم در برابر آتش نداشته و موافقت نکردند که در حین پیمانکاری بر کارها نظارت و بازرسی کنند. لازم به ذکر است که آقای می‌صراحتاً برای بررسی شرایط آینده این قرارداد این سوال را مطرح کرد که آیا دامنه وظیفه نظارتی معمار در قبال متصرف بعدی می‌تواند به ضررهای غیر مرتبط با آسیب فیزیکی به ساختمان نیز مرتبط شود یا خیر؟ درحالی که ممکن است وظیفه‌ای برای جلوگیری از ضرر اقتصادی وجود نداشته باشد، این وضعیت باید با موقعیتی مقایسه شود که طراح، شرایط خاصی را ایجاد می‌کند که می‌تواند منجر به یک رابطه ویژه شود. مثال مورد مذکور می‌تواند پرونده چارلز (۱۰۰) باشد که در آن خسارتی که در قرارداد ذکر شده بود و هزینه‌ای که از طرف پیمانکار به‌عنوان هزینه پشتوانه مورد نیاز برای اصلاح عیوب ساختاری که ممکن بود در نتیجه طراحی معیوب رخ دهد دریافت شده بود، یکسان بود. (۱۰۱) در پرونده مرت (۱۰۲) نیز، میتوان دریافت که با استخدام پیمانکار، وی مسئولیت مهارت و نظارت منطقی در طراحی را برعهده می‌گیرد و مالک برای انجام این کار به آن اعتماد کرده است. در نتیجه، اصل هدلی برن اعمال شد، این اصل بیان می‌داشت که مدعی می‌تواند خسارت اقتصادی را جبران کند. قاضی به این نتیجه رسید که از آنجایی که سازنده آن، طراح قرارداد است، چنین وظیفه‌ای اعمال نمی‌شود.

آگاهی دیگران

مسئله‌ای که به‌وجود می‌آید، دفاعی است که مدعی در سلب مسئولیت از خود در قبال ضرر و زیان بدلیل دانش یا مهارت یکی دیگر از شرکت‌کنندگان در پروژه، بیان می‌کند. اساس این دفاع آنست که متخصص طراحی از وظیفه خود تخطی نکرده باشد. شرط دیگر نیز، این است که شکست‌های شرکت‌کننده دیگر، زنجیره علت بین نقض حرفه‌ای قرارداد و ضررهای وارده را شکسته باشد. اما لازم به ذکر است که در هر یک از پرونده‌های مذکور، این دفاع ناموفق بوده‌است. برای مثال در مورد شرکت صاحب که قبلاً ذکر شد، هیچ یک از معماران باصلاحیت منطقی از خطر گسترش آتش در اثر استفاده از صفحات قابل احتراق، مطلع نبوده‌اند. بااین‌وجود، متهمان مسئول نقض قرارداد شناخته شدند زیرا در واقع از این خطر اطلاع داشتند. متهم براساس این مسئله که مدعی همه اطلاعاتی را که در اختیار متهمان قرار دارد، داشته و بنابراین از خطر نیز آگاه بوده‌است، درصدد انکار و اجتناب از مسئولیت مذکور برآمد. قاضی باشر معتقد بود که این امر هیچ ادعایی در مورد ادعای نقض قرارداد ارائه نمی‌دهد و همچنین نوشت:

«یک معمار شایسته، طرحی را که می‌داند از نظر اساسی ناقص است ارائه نمی‌دهد و سپس با مشتری درمورد رفع این نقص صحبت می‌کند. این درحالی است که هنوز در این پرونده چنین طرحی ارائه نشده‌است و گفته‌شده که من نیازی نداشتم که آن کمبود را به مشتری بگویم زیرا مشتری قبلاً می‌دانست که چنین ویژگی مورد نیاز نیست. اگر بخواهیم یک مثال ساده بزنیم، یک معمار خانه‌ای را به‌عنوان محل سکونت برای مشتریانی طراحی می‌کند که تصادفاً نقشه‌بردار هستند و فراموش می‌کند نیاز به یک دوره نظارت بر مقاومت مصالح در برابر رطوبت در زیر دیوار چوبی نیاز است. اگر بعد از پیمانکاری، مشتری شکایت کند، معمار نمی‌تواند بگوید خب شما نیز مانند من،

نظارت بر مقاومت مصالح در برابر رطوبت را می‌دانستید.» واضح است که معمار برای استفاده از مهارت و تخصصی که در این حرفه دارد استخدام شده است و منطقی نیست که مشتری از چنان مهارتی برخوردار باشد و طرح‌های معمار را بررسی کرده و به معمار بگوید که کجا اشتباه کرده است. اگر شخصی، به‌عنوان موکل، برای مشاوره به وکیل مراجعه کند و هزینه آن را به او بپردازد، مجدداً عملکرد وکیل را مورد بررسی قرار نمیدهد، زیرا به او و مهارتش اطمینان کرده است. نکته اصلی در این‌جا این است که در شغل طراحی حرفه‌ای، طراح باید از هر گونه خطر جدی که ممکن است در پروژه به وجود آید، اطلاعات کافی داشته باشد و نسبت به آن آگاه باشد، حتی مواردی مانند بی‌دقتی مشتری در بیان بعضی موارد. اگر طراح بخواهد از مسئولیت مبرا باشد، باید خطرات طرح کاهش هزینه‌ها را به‌طور واضح به‌نظر مشتری برساند و مطمئن شود که مشتری به‌طور صریح چنین خطراتی را می‌پذیرد. در پرونده کارفور (۱۰۳) به‌وضوح می‌توان این‌مورد را مشاهده کرد، که یک مدیر پروژه برای طراحی و نصب تجهیزات آشپزخانه در یک رستوران استخدام شده بود تا یک منقل کباب پزی خاص را بر روی دیواری قابل احتراق نصب کند، که باعث آتش‌سوزی شد. مدیر پروژه به مالک هشدار داده بود که روش نصب ممکن است خطر آتش‌سوزی را ایجاد کند. مالک هیچ اقدامی برای پاسخ به آن نامه انجام نداد. دادگاه تجدیدنظر اعلام کرد که هشدار مدیر پروژه کافی نبوده و حتی اگر مدیر پروژه در مورد خطر آتش‌سوزی هشدار کافی داده باشد، باز هم وظیفه خود را انجام نداده، زیرا مدیر پروژه باید از وقوع این حادثه جلوگیری می‌کرد. بنابراین، صرف اطلاع مالکان مبنی بر وجود خطر آتش‌سوزی، وظیفه مراقبت بر پروژه را زایل نمی‌کند. در این‌جا نیز باید توجه داشت که این استدلال که عدم پاسخ‌گویی مالک به هشدار، زنجیره علت بین نقص و ضرر را شکسته است نیز رد شد. سپس در پرونده لیدون (۱۰۴)، ادعایی علیه مشاوران ژئوتکنیک و مهندسی که برای بررسی محل احداث و ارائه یک طرح مناسب انجام شده بود، طرح انتخاب شد، کار آغاز شد و تنها در آن زمان مشخص شد که طرح انتخابی نامناسب است. مشاوران چنان موضع گرفتند که اگرچه آن‌ها طراحی را توصیه کرده بودند، اما حرف آخر در مورد طراحی فونداسیون به‌عهده پیمانکار متخصص مشتری بود و انتخاب طرح توسط پیمانکار متخصص، عامل مؤثر در ایجاد ضرر بود و آقای ایلن با این استدلال مخالف بود و معتقد بود که پیمانکار متخصص می‌تواند در انتخاب طرح فونداسیون به گزارش تحقیقات سایت مشاوران اعتماد کند. این گزارش با غفلت در افشای موضوعات ناکام ماند، بدین‌معنا که طرح منتخب در نهایت بی‌تاثیر شد.

مسائل دیگر به‌غیر از طراحی

وظیفه‌ای که متخصصان طراحی آن را می‌پذیرند نه تنها به طراحی بلکه به زمان به‌موقع انجام دادن طراحی نیز توسعه می‌یابد. در پرونده هاج (۱۰۵) دادگاه تصمیم گرفت که: «شرکت کانسار وظیفه داشت که نقشه‌ها و اطلاعات را در برنامه و زمان‌بندی مشخص و به‌موقع و معقول ارائه دهد. منظور از به‌موقع این است که اطلاعات در زمان نیاز به پیمانکار موردنظر منتقل شود. اگر شواهد دیگری در دسترس نبود، استنباط می‌شد که تاریخ ارائه اطلاعات در برنامه پیمانکار معقول است اما درواقع تاریخ‌ها معقول نبودند، اگرچه از نظر کانسار در آن زمان منطقی بود که آن‌ها را معقول بدانند. در چنین شرایطی، کانسار تنها در صورتی می‌توانست تاریخ‌ها را درست تلقی کند که آن‌ها را تضمین کرده باشد، اما چنین نکرده بود»

وظیفه‌ای که معمار بر کارهای طراحی دارد، مانند کارهای دیگر معمار است که تحت شرایط قراردادی مسئولیت انجام آن را پذیرفته است. مدت‌هاست که چنین جمله‌ای به‌عنوان یک قانون در قراردادهای حرفه‌ای به کار برده می‌شود. باین‌حال، وجود وظیفه قراردادی ضمنی اکنون با قانون عرضه کالا و خدمات ۱۹۸۲ و بخش سیزدهم آن قانون تأیید شده است. معیار نظارت معمار بر انجام این وظیفه همان استاندارد را خواهد داشت که سایر متخصصان در انجام تعهدات حرفه‌ای خود درخواست می‌کنند، یعنی استاندارد افراد ماهری که برای داشتن مهارت خاص تمرین دیده اند و تبحر دارند. طبق قانون ثابت شده است که اگر معمار مهارت معمولی فرد معمول با متخصص را که آن هنر و خاص را به کار می‌گیرد نداشته باشد، صالح به انجام کار نخواهد بود. استانداردهای طراحی جدید دقیق قبلاً در این فصل مورد بحث قرار گرفت، اما در مواردی ممکن است از متخصص طراحی خواسته شود طرحی جدید در این زمینه، با شخصیتی جدید و یا نیاز به نظارت‌هایی با استاندارد بالاتر از حد معمول ارائه دهد. در این شرایط، طراح باید بتواند نشان دهد که به همه روش‌های احتمالی که ممکن است نقصی به وجود آورند توجه شده است (۱۰۶) در شرایط خاص، طراح باید مراقب باشد و بفهمد که آیا چنین طرحی اصلاً امکان‌پذیر است اجرا شود یا خیر؟ این احتمال وجود دارد که طرح مذکور فراتر از محدوده توانایی طراح باشد. البته کارفرما و متخصص طراحی همیشه می‌توانند توافق کنند که متخصص طراحی از تعهد طراحی دقیق‌تری نسبت به الزام به نظارت و مهارت معقول نسبت به پروژه برخوردار باشد به‌عنوان مثال در این‌مورد طرفین توافق می‌کنند که متخصص طراحی موظف به طراحی کامل پروژه به شکلی است که برای هدف موردنظر کارفرما مناسب باشد. در صورتی که یک متخصص طراحی چنین تعهدی را به‌عهده بگیرد و پروژه با پارامترهای تعیین شده توسط کارفرما مطابقت نداشته باشد یعنی برای مقصود او مناسب نباشد، طراح قادر نخواهد بود این مسئله را بیان کند که از دقت و مهارت معقول در کارش برخوردار بوده است. همان‌طور که در پرونده جورج هاوکینز (۱۰۷) این مسئله مورد بحث قرار

گرفت، چنین تعهدی به عنوان یک قانون ضمنی نخواهد بود. در این پرونده کرایسلر علیه مهندسانی به نام برن پرونده شخص ثالث را مطرح کرد. مراحل مربوط به خسارت وارده به یکی از کارکنان کرایسلر از طریق نقص های ادعایی بود که در کف یک حمام بیان شد. این همان بخشی از تاسیسات بود که توسط برن طبق قراردادی شفاهی با کرایسلر مورد توافق واقع شده بود. در این موقعیت، برن فقط به عنوان مهندس استخدام شده بود و بررسی شرایط زمین توسط پیمانکاری انجام می شد که شرکت کرایسلر آن را استخدام کرده بود. شرکت برن با تمهیداتی سختگیرانه متهم شد که مصالح مشخص شده برای کف حمام مناسب نیست. کرایسلر بر پاسخی که یکی از شرکا در حین پرسش و پاسخ متقابل داده بود تکیه کرد، مبنی بر اینکه او کف پوشی تهیه کرده است که در صورت استحمام تعداد زیادی از افراد در شرایط گرم و مرطوب، مناسب باشد. دادگاه تجدیدنظر این پاسخ را به عنوان وارد کردن تعهدی جدی به قرارداد، مبنی بر مناسب و ایمن بودن طرح برن، رد کرد. از نظر آن ها، این قضیه کاملاً در اصل کلی قرار داشت که یک حرفه ای فقط تعهد به نظارت و مهارت معقول در کار دارد و متعهد نیست که خدماتش در هر صورت موفق باشد.

آقای فاکس اظهار داشت که قرارداد شفاهی نیز می تواند به اندازه تعهد کتبی یک طراح حرفه ای در استفاده از مهارت معقول و نظارت در اجرای کار خود از لحاظ تجاری و کاری به اندازه ی کافی کارایی داشته باشد. علاوه بر این، آقای نیل نیز اظهار داشت که در صورتی که مهندس، برای مشاوره یا طراحی استخدام شود، از نظر قانونی ضمانتی مبنی بر موفقیت ۱۰۰ درصد طرح، نخواهد داشت. ممکن است که این اصل ضمن قانون ضمانت اجرایی نداشته باشد، اما می تواند تحت هر یک از شرایط زیر به عنوان اماره محسوب شود: (۱۰۸)

* منطقی و عادلانه باشد.

* به منظور اثربخشی به مفاد قرارداد ایجاد شده باشد به طوری که بدون وجود آن قرارداد عملی نباشد، و به صورت ضمنی اجرا نشود.

* واضح باشد که بدون بیان صریح نیز ادامه یابد.

* بیان روشنی داشته باشد.

* با هیچ شرط صریح قرارداد مغایرت نداشته باشد.

مسئولیت طراحی دیگران

به طور کلی، معمار متخصص است که وظیفه کل فرایند را برعهده داشته و از متخصصان زیردست مربوطه مانند مهندسین سازه، مهندسین مکانیک، زمین شناسان و دیگران که هر یک مسئول بخش طراحی خود هستند، استفاده می کند. در این سناریو، این معمار است که مسئولیت کل طراحی را برعهده دارد و در صورت وجود نقص، معمار نمی تواند با ادعای این که نقص موجود، مربوط به دیگران بوده و به آن ها مربوط است، از مسئولیت اجتناب کند. در این شرایط، کارفرما و معمار می توانند به عنوان بخشی از قرارداد خود توافق کنند که معمار هیچ گونه مسئولیتی در قبال طرح های معیوب دیگر متخصصان نداشته باشد. باین حال، این امر معمار را در مقابل این استدلال باز می گذارد که وظیفه نظارت بر سایر متخصصان برعهده معمار باشد تا شخصی را انتخاب کند که دقت و مهارت معقولی را در انجام کار، بکار گیرد. فرم های مختلفی که از قراردادهای استاندارد وجود دارد، مقررات خاصی را ارائه می دهند، به صورتی که یک مشاور حرفه ای، که توسط کارفرما استخدام شده است، مسئولیت کار از جمله کارهای طراحی را که توسط سایر اعضای تیم حرفه انجام می شود، بپذیرد. نمونه ای از این فرم ها را می توان در موافقت نامه مختلف ای سی ای مشاهده کرد که در آن مهندس مسئول کار مشاوران فرعی است که با آن ها همکاری می کند، اما نه در مورد کار سایر مشاورانی که مستقیماً توسط کارفرما استخدام شده اند و همچنین، شرایطی که در قراردادی که برای معمار ارائه شده است بیان می دارد که معمار هیچ گونه مسئولیتی در قبال کار انجام شده توسط سایر مشاوران که توسط کارفرما استخدام شده اند، نخواهد داشت. به نظر می رسد که این بدان معناست که معمار مسئول کارهایی است که توسط مشاوران فرعی انجام می شود. لازم به ذکر است که در حالی که پرونده مورسک (۱۱۰) معتقد است معمار مسئول طراحی کامل پروژه اعضا در صورت وجود نقص است، معمار نمی تواند با ادعای نقص دیگران از مسئولیت اجتناب کند و بگوید که این مشکل مربوط به آن ها می باشد. در این شرایط، باین حال، کارفرما و معمار می توانند به عنوان بخشی از قرارداد خود توافق کنند که معمار هیچ گونه مسئولیتی در قبال نقص طراحی دیگران نداشته باشد. اما حتی با وجود چنان شرطی در قرارداد معمار وظیفه خواهد داشت تا افراد درستی را برای وظایف مختلف بکار گیرد. به دنبال این موضوع در پرونده جان آلن (۱۱۱) دادگاه بیان کرد که چه عواملی باید در تعیین این که آیا متخصصان ساختمان در جستجوی کمک متخصصان فرعی در انجام وظیفه خود در قبال مشتری منطقی عمل کردند یا خیر، سخن گفت:

۱. در پرونده مورسک در برابر هیکس، اولین استدلال این بود که یک اصطلاح ضمنی برای استخدام معمار آنست که او باید صلاحیت برخی از کارهای طراحی تخصصی را به پیمانکاران فرعی متخصص واگذار کند. این اصطلاح ضمنی به عنوان جایگزینی که معمار به طور ضمنی در اختیار دارد که به عنوان نماینده مالک ساختمان عمل کند و از پیمانکار برای طراحی سازه استفاده کند، رد شد و معمار نیز همین کار را انجام داد. استدلال نمی شود که اگر معمار، مسئولیت طراحی را بپذیرد، ممکن باشد او وظیفه انجام مراقبت و نظارت معقول را با تکیه بر توصیه یا طراحی متخصصان فرعی انجام دهد، مشروط بر اینکه چنین اتکائی منطقی باشد.

۲. این که متخصصان ساختمان می توانند با تکیه بر توصیه یا طراحی متخصص، وظیفه خود را برای نظارت مقبول بر پروژه انجام دهند، مشروط بر این است که در انجام این کار منطقی عمل کنند.

۳. در پرونده مورتن، تصمیم معمار برای استفاده از *پیروک* منطقی بود. آقای والر در اظهار نظر خود در مورد تصمیم گیری در این پرونده تمایز قائل شد که به این دلیل که معمار عملاً وظیفه طراحی را به دیگری واگذار کرده است، نمی تواند از مسئولیت کاری که قرار بود انجام دهد، فرار کند.

۴. در پرونده سیلندر تصمیم به استفاده از بتن اختصاصی فقط بر اساس نمایندگی ها و ضمانت های نماینده فروش و جزوهای بود که با استفاده از محصول به شیوه ای متفاوت برای اهداف مختلف پرداخته بود. پرس وجوهای دیگر نشان می دهد که استفاده از محصول، روش مهندسی صحیحی نبوده است. معمار قدرانی می کند که استفاده از مواد تا حدی تجربی بوده است. اعلام شد که تحقیقات بیشتری باید انجام شود. دادگاه معتقد بود با توجه به شرایط پرونده، معماران در اتکا به نماینده فروش آن ها منطقی عمل نکرده اند. اگر معمار تحقیقات بیشتری را انجام می داد و این تحقیقات بیشتر، استفاده از بتن را توصیه می کرد، به نظر می رسید که دادگاه مسئولیت معماران را رد می کرد. حتی اگر پرس وجوها منجر به مشاوره ای میشد که بدون اطلاع معماران، موجب غفلت و سهل انگاری شود، نیز چنین اتفاقی رخ می داد.

۵. در پرونده سری، معمار از بی ثباتی خاک آگاه بود و وظیفه انجام تحقیقات مناسب توسط یک متخصص را برعهده داشت. و فردی را انتخاب کرد که واجد شرایط تخصصی و مورد نیاز که برای شناخت خاک لازم بود، نبود و علی رغم این واقعیت که می دانست می تواند از متخصصی که به آن نیاز دارد استفاده کند و شرکت های متخصص در آزمایش خاک وجود دارند اما چنین متخصصی را انتخاب نکرد. به نظر می رسد اساس مسئولیت قراردادی مناسب بودن هدف بوده است، اما همچنین مشخص شد که معمار مرتکب غفلت و سهل انگاری شده است. باز هم به نظر می رسد مبنایی که معمار بر اساس آن موجب غفلت شده است اینست که با دانستن مشکلاتی در خاک، باید تحقیقات مناسب را انجام می داد، اما چنین نکرد. با این حال، به جای مراجعه به مهندسین متخصص آزمایش خاک، به سراغ افرادی رفت که مهارت چندانی نداشتند، با اینکه می دانست که مشتری به او اجازه می دهد تا با افراد شایسته مشارکت کند. در آن شرایط بدیهی است که معمار منطقی عمل نکرده است.

۶. در پرونده ریچارد، قاضی فکر نمی کرد که معماران منطقی عمل کرده باشند. تحقیقات آن ها محدود به مکالمات، نامه ها و برخی مکالمات تلفنی با تامین کنندگان بالقوه بود. آن ها از معماران یا متخصصان دیگر یا مؤسسات تحقیقاتی صالح یا انجمن های تجاری کمک نمی گرفتند. قیمت پیشنهادی تأمین کننده مواد و مصالح بسیار ارزان بود و به درستی مورد توجه قرار نگرفت. و به هشدارهایی که برخی از افراد می دادند توجهی نشد و پیشنهادهای ارائه شده برای شرکت استر بدون هیچ هشدار به مشتری داده شد. حتی اگر معماران همه تحقیقات لازم را انجام داده بودند، هنوز هم چنین مسئولیتی وجود داشت، اما آن ها به طور غیر منطقی عمل کردند و بر معماران فرعی که صلاحیت معمولی داشتند، نظارت کافی را اعمال نکردند.

۷. این که دادگاه در تعیین این که آیا متخصصان ساختمان در جستجوی کمک متخصصان فرعی برای انجام وظایف خود در قبال کارفرما منطقی عمل کردند یا خیر، باید هم شرایطی را که شامل موارد زیر است بررسی کرد:

الف) آیا کمکی از متخصص مناسب گرفته شده است یا خیر؟

ب) آیا درخواست کمک از متخصصان دیگر، تحقیقات یا انجمن های دیگر یا منابع دیگر، منطقی بوده است یا خیر؟

ج) آیا اطلاعاتی وجود دارد که باید معمار حرفه ای نسبت به مشتری و دیگر اشخاص هشدار دهد یا خیر؟

د) مشتری تا چه حدی می تواند با توجه به توصیه های متخصص دیگر گوش فرا داده و چاره ای بیندیشد؟

ه) آیا متخصصین پیمانکاری باید به کارفرما توصیه کنند که با شخصی دیگر مشورت کند یا خود باید تحت نظارتی خاص از مشاوره حرفه ای استفاده کند؟

بنابراین به نظر می رسد، این مسائل راهنمایی روشنی در مورد وضعیت فعلی قانون در مورد ارزیابی اینکه آیا یک متخصص پیمانکاری در تفویض مسئولیت های طراحی خود به دیگری، منطقی اقدام کرده است یا خیر، ارائه دهند.



فصل چهارم

شرایط محل احداث بنا

محل احداث بنا

محل احداث بنا در بیشتر قراردادهای ساختمانی به صورت زیر تعریف شده است: «... مکانی که قرار است کارهای دائمی پیمانکاری در آن انجام شود، مانند: انبار و محل های ذخیره سازی کارخانه ها که مصالح باید در آنجا تحویل داده شود، یا هر مکان دیگری که در قرارداد مشخص شده است. بنابراین، در مورد این که آیا تصمیم در مورد محل احداث بنا به پیمانکار واگذار شده است یا خیر، مسائلی به وجود خواهد آمد، که به وضعیت انتقال مالکیت ملک، شرایط پیش بینی نشده زمین، دخالت در استفاده از محل احداث بنا توسط پیمانکار، و بسیاری از مشکلات دیگر مانند دسترسی به ملک مجاور که از نظر قانونی بخشی از محل احداث نیست، بستگی خواهد داشت. مسئله مهم در این مورد آنست که بسیاری از قراردادهای ساختمانی مسئولیت اطلاعات ارائه شده توسط کارفرما در مورد محل احداث بنا را محدود می کنند، و اگرچه به طور کلی منطقی به نظر می رسد، اما بسیاری از مشکلات ممکن است ایجاد شود.

حق دسترسی

کارفرما به طور کلی موظف است اجازه دسترسی به محل احداث بنا را صادر کند، زیرا معمولاً کار پیمانکار به دلیل ماهیت آن در این محل انجام می شود. بر این اساس، اکثر قراردادهای پیمانکاری به عنوان یک اصطلاح استاندارد چنان بیان می دارند که پیمانکار می تواند محل را در زمان انجام کار، تصرف و اشغال کند تا به پیمانکار اجازه ایفای تعهدات خود را طبق قرارداد دهد. این اصطلاح معمولاً مستقیماً در قرارداد نوشته می شود و جایی برای تفسیر باقی نمی ماند و دارای چنان ماهیت انتقادی است که حتی اگر در قرارداد نیز نوشته نشده باشد، از یک عبارت مشابه استفاده می شود. این مورد به وضوح در پرونده هانس لا (۲) نشان داده شد، که دادگاه اظهار داشت: «قرارداد انجمن تخصصی معماران انگلستان (ریبا) لزوماً مالک ساختمان را ملزم می کند که مالکیت، شغل یا کاربری لازم را برای انجام قرارداد را به پیمانکار بدهد...» به علاوه در پرونده سوی من (۳) دادگاه بیان داشت: «قرارداد به وضوح متضمن این نکته است که مالک ساختمان می تواند بلافاصله پس از عقد قرارداد، کل محل احداث را به سازنده بسپارد. من فکر می کنم که یک تعهد ضمنی از طرف مالک ساختمان وجود دارد که اختیار استقرار در محل احداث را، به پیمانکار می دهد.

چه کسی اختیار تصرف و اشغال محل احداث را دارد؟

در حالی که پیمانکار برای انجام کارها دارای مالکیت موقت بر محل احداث است و برخلاف مالک واقعی محل احداث، پس از امضای قرارداد و تصرف آن به طور موقت، در اختیار پیمانکار قرار خواهد گرفت و این پیمانکار است که متصرف شناخته می شود البته موقتاً، اما این همان مفهوم تصدیق قانونی اموال نیست. در عرف پیمانکاری، کلمه مالکیت برای نشان دادن استفاده از محل احداث در پیشبرد پروژه های پیمانکاری، تصاحب قانونی ایست که حقوق مالک واقعی ملک را از بین نخواهد برد. بنابراین، ممکن است قرارداد حق تملک را به پیمانکار اعطاء کند، اما این امر رابطه بین طرفین را به جز فرآیند پیمانکاری به نتیجه ای نمی رساند. در این رابطه دادگاه در پرونده هانس لو (۴) اظهار داشت:

«من اصلاً مطمئن نیستم که موضوع با زبان قرارداد تعیین شده باشد. این یک فرم استاندارد است و ممکن است در شرایط مختلف مورد استفاده قرار گیرد. در برخی موارد، مالک ساختمان ممکن است در تصرف آشکار محل قرار داشته باشد و با وجود عملیات پیمانکاری نیز، ممکن است همچنان در آنجا باقی بماند. در موارد دیگر، مالک ساختمان ممکن است عملاً در هر شرایطی از هیچ گونه حق تملک یا کنترل برخوردار نباشد، اما پیمانکار را در کنترل انحصاری و بی چون و چرای محل قرار دهد... قرارداد لزوماً مالک ساختمان را ملزم می کند که چنین تصرفی را به پیمانکار واگذار کند زیرا استفاده از این اختیارات برای انجام قرارداد پیمانکاری ضروری است...» در پرونده ادموند دیویس (۵) بیان شده است:

«تصاحب ساختمان یک چیز است، تصاحب کارهای ساختمانی چیز دیگری است. این که آیا اولی اتفاق افتاده است، احتمال کمتری از مسئله دوم دارد.»

بحث در مورد اینکه «قرارداد» پیمانکاری شامل چه مواردی است را، ما در حوزه مجوزها ادامه خواهیم داد. برخی از مقامات معتقدند که تصاحب در مفهوم پیمانکاری واقعاً روش دیگری برای توصیف مجوزی است که توسط مالک واقعی به پیمانکار داده می‌شود. در پرونده ویلیام (۶) دادگاه معتقد بود که اگرچه در قرارداد از کلمه‌ی «تصرف» استفاده شده‌است، اما آنچه که واقعاً به پیمانکاران اعطا می‌شود، مجوز تصرف محل احداث بطور موقت تا تاریخ تکمیل پروژه است. پس از اتمام، مجوز به پایان خواهد رسید و سپس پیمانکار حق خواهد داشت تا آنجا که لازم است برای رفع نقص‌هایی که طبق برنامه دستورالعمل‌های آن توسط معمار صادر شده‌است، مجدداً وارد پروژه شود. این مجوز بیشتر در پرونده هادن (۸) مورد بحث قرار گرفت، که دادگاه به بخشی از پرونده هادسون در مورد قراردادهای ساختمانی و مهندسی به این منظور اشاره کرد و معتقد بود که پیمانکاران هیچ علاقه‌ای به فعالیت در محل احداث نداشتند.

آیا پیمانکار، مجوز ورود به محل احداث بنا را دارد؟

اگر قرارداد به طرق قانونی فسخ شود، کارفرما می‌تواند پیمانکار را از محل احداث اخراج کرده و در جریان آن مجوز قبلی را نیز لغو کند. باین‌حال، اگر کارفرما برخلاف قرارداد عمل کرده باشد، می‌تواند از پیمانکار دستور منع اخراج وی از سایت را اخذ کند. برعکس، اگر کارفرما براساس نقض معتبر قرارداد عمل کند، می‌تواند با صدور حکمی ادعا کند که پیمانکار قرارداد را به اتمام رسانده‌است و در حال حاضر متجاوز به محل است. از لحاظ تاریخی، کارفرما می‌تواند مجوز را در هر زمانی که اراده کند لغو کرده و ادعا کند که پیمانکار در حال تجاوز به ملک است، مگر این که مجوزی منافع اختصاصی به پیمانکار اعطا کرده باشد، و به تبع آن، پیمانکار مسئول جبران خسارت ناشی از تجاوز به ملک خواهد بود. بنابراین در پرونده لیدی بیچ (۱۰)، شاکی هزینه پذیرش به‌عنوان تماشاگر در مسابقه‌ای دان کاستر را پرداخت کرده بود اما بعداً از او خواسته شد که آن‌جا را ترک کند و او چنین نکرد. مقامات او را اخراج کردند که وی با ادعای حمله ایشان، اقدام به طرح دعوی کرد. باین‌حال، دادگاه معتقد بود که لغو مجوز وی باعث تجاوز وی شده و متهمان بیش از نیروی منطقی استفاده نکرده‌اند. سپس در پرونده کاور (۱۱) دادگاه عالی استرالیا به همان نتیجه رسید. که دادگاه بیان داشت:

«به‌طور مشابه یک قرارداد عادی ساختمان به پیمانکار ساختمان این امکان را می‌دهد که برای انجام عملیات ساختمان وارد محل احداث شده تا بتواند قرارداد خود را عملی کرده و سود مورد انتظار خود را به دست آورد. حتی اگر مالک ساختمان قرارداد را به‌اشتباه رد کند نیز، این حق همچنان وجود خواهد داشت. اما تنها راه حل کارفرما برای نقض قرارداد، حق دریافت خسارت است که اگر پیمانکار بر خلاف میل مالک به زمین وارد شود، ممکن است به‌عنوان متجاوز نیز، با وی رفتار شود.»

اما آیا پیمانکار نباید دارای مجوز غیرقابل برگشت برای ورود و انجام کار مطابق شرایط توافق با کارفرما باشد؟

پاسخ این پرسش در پرونده هانسلو (۱۲) مورد رسیدگی قرار گرفت که دادگاه دریافت که مالک ساختمان که تحت قرارداد ساختمان به سازنده مجوز داده بود تا در زمین خود وارد شود و کار کند، خارج از شرایط و مفاد قرارداد، اجازه خاتمه این ورود را نخواهد داشت. بنابراین تحت قرارداد ساختمانی، مالکین ساختمان در شرایط خاصی حق تعیین شغل پیمانکار را خواهند داشت که پیمانکار، تا ۱۴ روز پس از این که قصور و غفلت وی توسط معمار مورد توجه قرار گرفت، مهلت خواهد داشت تا قصور خود را در پیشرفت کارش اصلاح کند. معمار اخطار لازم را به پیمانکار داد و شاکی برای تعیین شغل خود تحت قرارداد، نامه‌ای نوشت. پیمانکار اعتبار تصمیم را رد کرده و به کار خود در محل احداث ادامه داد. تلاش‌های ناموفق برای اخراج پیمانکار از محل، باعث شد تا شورا نامه‌ای صادر کند و ادعای دستور خروج و خسارات ناشی از تجاوز را بپذیرد. چنان استدلال شد که وی حق دارد که مجوز عادی پیمانکار را برای اقامت در محل احداث، مستقل از موقعیت قرارداد تعیین کند و در عوض، قرارداد نیز به‌طوری معتبر تعیین شود. پیمانکار ادعا می‌کند که دارای مجوزی است که نمی‌تواند توسط شورا به‌طور خودسرانه لغو شود، زیرا در اطلاع‌رسانی معمار از قوانین عدالت طبیعی پیروی نشده و به پیمانکار فرصتی برای شنیده شدن اعتراضاتش داده نشده‌است.

دادگاه ادعاها را رد کرد و بیان داشت که در آن مجوزی که اعطاء شده‌است، تعهدی ضمنی از سوی شورا مبنی بر لغو مجوز ارائه نشده‌است. علاوه بر این، اگر قرارداد هنوز در قوت خود باقی بود، به‌طور خاص قابل اجرا نبود، زیرا دادگاه نمیتوانست با اعطای دستور موقت به شورا، در نقض قرارداد کمکی بکند. دادگاه چنان موضعی اتخاذ کرد که الزامات حقوق طبیعی در مورد وظیفه قراردادی معمار اعمال نمی‌شود، اما بر اساس حقایق، شورا، این امر را که قراردادی معتبر، مطمئن و قطعی وجود دارد را، نشان نداده است. به همین دلیل، اعطای دستور موقت (تأمین خواسته) امکان‌پذیر نیست.

سپس دادگاه قانون مربوط به مجوزهای قراردادی را در ۴ مطلب خلاصه کرد که عبارت‌اند از:

الف) مجوز ورود به زمین در صورتی مجوزی معتبر است که توسط قرارداد اعطا شود و این مسئله که حق ورود به زمین هدف اصلی قرارداد است یا هدف ثانویه، مهم نیست.

به) مجوز قراردادی، نهادهی متمایز از قرارداد نیست که آن را به وجود آورد، بلکه فقط یکی از مفاد آن است.

ج) تمایل دادگاه برای اعطای راهکارهای عادلانه به منظور اجرا یا حمایت از مجوز قراردادی بستگی به این دارد که مجوز به طور خاص قابل اجراست یا خیر؟

د) اما حتی اگر مجوز قراردادی به طور خاص قابل اجرا نباشد، دادگاه به منظور تهیه یا کمک به نقض مجوز، راهکارهای جبران خسارت عادلانه را اعطا نمی کند.

لازم به ذکر است که بسیاری از منتقدان این تصمیم، نگرانند که اگر کارفرما اعتماد خود را به پیمانکار از دست بدهد یا به سادگی نظر خود را در مورد ادامه پروژه تغییر

دهد، این مسئله که به پیمانکار اجازه داده شود که قراردادی غیرقابل برگشت را حفظ کرده و در محل احداث به فعالیت ادامه دهد، اشتباه است. (۱۳)

استدلال دیگر آنست که ممکن است تعداد اندکی از این شرایط وجود داشته باشد که در آن خسارت های واقعی قابل جبران نبوده و پیمانکار نتواند در محل باقی بماند و

قرارداد را تکمیل کند، به ویژه اگر در نهایت مشخص شود که تصمیم نادرست در این مورد اتخاذ شده است. (۱۴)

در مقابل، در صورت تمایل به ادامه همکاری با پیمانکار غیر حرفه ای و ورود ضرر و زیان به کارفرما تا اتمام پروژه ممکن است از نظر مالی، مسئولیتی فرض نشود.

این استدلال ها در پرونده موآنا (۱۵) شناخته شد که پیمانکار با صدور حکمی مانع از درخواست کارفرمایان مبنی بر اخراج پیمانکاران یا پیمانکاران فرعی شده و در آنجا

دعوی متقابل توسط کارفرمایان برای تصرف ملک مطرح شد، که سعی داشتند از اتمام کار پیمانکاران جلوگیری کنند.

دادگاه همان رویه موجود در پرونده هانسو را اتخاذ کرد و معتقد بود که مجوزی که صاحب ساختمان برای عملیات پیمانکاری در زمین خود می دهد، معمولاً عقدی لازم

نیست که غیر قابل فسخ باشد. با این حال، دادگاه از بیان هرگونه عهد ضمنی از طرف کارفرما مبنی بر این که مجوز نقض قرارداد را داشته باشد، خودداری کرد و اعلام نمود

که حتی اگر چنین تعهدی وجود داشته باشد، حقوق صاحبان سهام با نقض آن از طریق دستور محدود نخواهد شد. دادگاه معتقد بود که اعطای چنین حکمی به منزله اعطای

عملکرد خاص قرارداد به پیمانکار است و به این ترتیب اصل متقابل را دچار تزلزل می کند، زیرا معمولاً عملکرد خاص خود کارفرما سلب می شود. لازم به ذکر است که

دادگاه در پرونده مایکی پیشنهاد کرد که سیاست عادی قضایی برای بازگرداندن مالکیت به کارفرما باید به مواردی محدود شود که در مورد امور، اختلافاتی وجود دارد

که به بن بست می رسد، یا در صورت وجود کامل خرابی در روابط قراردادی جایی که خروج پیمانکار از شرایط قرارداد یک بحث واقعی از طرف پیمانکار است نیز،

وجود دارد. ممکن است موقعیتی پیش آید که مالکیت محل احداث به پیمانکار داده شود و درحالی که این امر به طور کلی منحصر به پیمانکار است، مالک به دیگران نیز

اجازه می دهد تا برای انجام کار در همان زمان یا قبل یا بعد از پیمانکار وارد محل احداث شوند. در صورت عدم وجود قرارداد خاص (به عنوان مثال برای بازدید معمار یا

مهندس از محل احداث)، چنین حقی ضمنی نخواهد بود. پیمانکار مجاز به دریافت خسارات مالی و زمانی خواهد بود. (۱۷) درحالی که کارفرما آزاد است به دیگران

اجازه دهد در محل احداث، مستقل از پیمانکار کار کنند، بازهم مالکیت مطلوبی از محل احداث را به پیمانکار داد تا اجازه داده شود امور بدون دخالت دیگران در محل

احداث به پایان برسد. در پرونده والتر (۱۸) موردی ارائه شد که مربوط به ساخت یک ساختمان جوجه کشی بود. قرارداد والتر یکی از شش قراردادی بود که کل پروژه را

پوشش میداد. با پیشرفت کار، پیمانکاران دیگر با تجاوز به محل احداث والتر در ادامه کار مداخله کردند. والتر در اقدامی برای نقض یک اصطلاح قراردادی، اجازه

تصاحب محل احداث را داد. دادگاه استدلال کرد که بند موجود در قرارداد به صراحت بیان می کند که عدم وجود شرایط خاص زمین، بی تاثیر است، زیرا ارائه فضای کار

برای یک قرارداد پیمانکاری اساسی است و چنین فضای کاری باید توسط مالک به شکلی بلامانع فراهم شود. دادگاه در این باره نوشت:

« تجدیدنظر کننده قرارداد، تعهد خود را با پاسخی که داده نقض کرده است، زیرا قسمتی از محل کار را که وی موظف به ارائه آن بوده است ارائه نکرده است. دومین

تخلفی که توسط قاضی محترم محکمه کشف شد این بود که تجدیدنظرخواه، شرایط مناسب استقرار پیمانکار در زمین را که در آن دارای مالکیت بی وقفه و انحصاری

کافی از محل احداث را که به آن اجازه دهد بدون مانع و با شیوه دلخواه خود کار را انجام دهد، رعایت نکرده است.

شخص فرجام خواه برای اثبات خطای ادعاشده قاضی محکمه به شرط شش قانون عمومی استناد کرد. این شرط به شرح زیر است:

۶) هیچ گونه تعهد ضمنی که توسط قانون به رسمیت شناخته نشده باشد نمی تواند در قرارداد، قرار بگیرد و عهد و پیمان های صریح موجود که توسط قانون به رسمیت

شناخته شده اند، تنها پیمان ها و موافقت نامه هایی هستند که براساس آن ها هرگونه حق و حقوقی که علیه حاکمیت قانون تاسیس شود ممنوع بوده است. باتوجه به موارد

فوق، کلیه ارتباطات، مذاکرات و توافق نامه ها، چه کتبی یا شفاهی، مربوط به کار و قبل از تاریخ قرارداد، معتبر میباشد.

به نظر من، چنین استنادی به این ماده در دادگاه هیچ کاربردی ندارد، زیرا برای قرارداد ساختمان ضروری است که فضای کار توسط مالک به شکلی بلامانع فراهم شود.

پیشنهاد قانون به طور خلاصه توسط نویسنده قرارداد پیمانکاری و مهندسی هادسون، آقای ادن (۱۹۷۰)، در صفحه ۳۱۸، به شرح زیر ارائه شده است:

(از آنجا که مقدار قابل توجهی از مالکیت سایت و محل احداث به طور واضح، پیش شرط لازم برای انجام تعهدات توسط پیمانکار است، باید شرط ضمنی وجود داشته باشد که محل احداث را در مدت زمانی معقول پس از امضای قرارداد نیز، در اختیار پیمانکار قرار دهد. در پرونده رابرتز (۱۸۷۰) در بیشتر موارد به میزان کافی تسلط بی وقته و انحصاری به پیمانکار داده شده است تا کار خود را بدون مانع و به شیوه ای دلخواه انجام دهد. این امر به شکلی ویژه در زمان تکمیل قرارداد مشخص شده بود. این بیانیه قانونی توسط آقای اسپنس در پرونده پنودیک (۱۹۷۵) تصویب شد. بنابراین، به نظر من، قاضی محکمه، وقتی دومین نقص قرارداد را یافت، کاملاً حق با ایشان بود.»

به همین دلیل پیمانکار در صورتی که به اشتباه از محل احداث خارج شود یا اگر همان طور که گفته شد، مالکیت در طول روند پیمانکاری مختل شده باشد، باید حق دریافت خسارت را داشته باشد، باید براساس این که چه کسی مداخله را انجام می دهد متفاوت باشد، یعنی اگر مالک است، خسارت به عهده مالک خواهد بود و اگر شخص دیگری است، خسارت به عهده او خواهد بود. در مواردی که تداخل از طرف شخص ثالث غیر مرتبط ایجاد می شود، خسارت از طرف کارفرما پرداخت نمی شود. این امر در پرونده تاتنهام (۱۹) نشان داده شد، که پیمانکار به دلیل تهدیدهای مالک زمین مجاور که مدعی بود پیمانکار در حال تلاش برای تخریب اموال اوست، از پیشرفت کار جلوگیری کرد. تلاش پیمانکار برای بازداشت این شخص ناکام ماند، اما پیمانکار به دلیل تاخیر ناشی از اقدامات این شخص ثالث، خسارت وارده به ملک را مطالبه کرد. دادگاه معتقد بود که این ادعا محکوم به شکست است، زیرا هیچ ضمانت ضمنی از طرف مالک در برابر دخالت های اشتباه از طرف شخص ثالث وجود نداشته است. سوالی که از وضعیت قبلی به وجود می آید در پرونده رایپد (۲۰) پاسخ داده شد که مالک موافقت کرد مالکیت قرارداد را به پیمانکار واگذار کند اما به دلیل توقف در قسمتی از محل احداث، توانست این کار را انجام دهد. کارفرما مراحل تخلیه را آغاز کرد و افرادی که در آن جا مستقر بودند خارج شدند، اما با تأخیری که موجب اشغال تقریباً ۱۹ روزه محل احداث توسط پیمانکار شد. دادگاه به این مسئله که آیا کارفرمایان مرتکب تخلفی شده اند یا خیر، به شکل زیر رسیدگی کرد:

«قاضی متوجه شد که متهمان مرتکب نقض بند ۲۱ شده اند و این نقض موجب تاخیر قابل توجهی از سوی شاکیان نیز شده است. به نظر من، هر دو یافته باید ثابت شوند. نکته اول که مربوط به بند ۲۱ بود که مقرر می داشت (در تاریخ مندرج در پیوست، مالکیت محل احداث به پیمانکار واگذار می شود) کاملاً درست بوده و به نظر من، مشخص است که متهمان در این مدت، اقدام به نقض این شرط نموده اند. من معتقدم که اصطلاح واضحی نقض شده است و در یافته های موجود، هیچ چیزی وجود ندارد که با پرونده پورتر (۱۹۱۵) ناسازگار باشد، پرونده ای که در شرایط نسبتاً مشابهی قرار داشت اما در آن جا خبری از بند ۲۱ نبود و دادگاه معتقد بود که هیچ ضمانت ضمنی وجود ندارد که محل احداث باید کاملاً محلی مشخص باشد. همچنین به هیچ وجه به پرونده سایمون (۱۹۸۱) ربطی نداشته، زیرا شرط ۲۱ وجود نداشته است.»

دسترسی و مالکیت

مسئله ای که پیش می آید اینست که آیا پیمانکار حق دارد به طور کامل و بدون ایجاد مزاحمت از محل احداث بنا استفاده کند یا خیر؟ بسیاری از قراردادهای فرم استاندارد مانند قراردادهای مهندسان مشاور بین المللی چنان ارائه می دهند که: «کارفرما به پیمانکار حق دسترسی و تملک تمام قسمت های محل احداث را در زمان مندرج در قرارداد اعطا می کند. حق تصرف ممکن است منحصر به پیمانکار نباشد و پیمانکاران فرعی نیز از این حق برخوردار شوند. اگر طبق قرارداد، کارفرما ملزم به اعطای مالکیت هرگونه بنیاد، ساختار، کارخانه یا وسایل به پیمانکار باشد، کارفرما باید این کار را در زمان و با روش مندرج در مشخصات قرارداد انجام دهد. باین حال، کارفرما می تواند تا زمان دریافت ضمانت اجرایی، از اعطای چنین حق و مالکیتی خودداری کند.»

بنابراین، بسیاری از قراردادهای روشن می کنند که تصرف لزوماً انحصاری نبوده، بلکه به سایر مفاد شرایط نیز بستگی دارد. بر این اساس، میزان استفاده پیمانکار بدون داشتن مزاحمت در محل احداث بستگی به ماهیت آثار شرایطی دارد که باید در آن انجام شود. به عنوان مثال، اگر پروژه های کاملاً مدرنی ایجاد شود، در بیشتر شرایط، پیمانکار به طور کلی حق دارد بدون هیچ مزاحمتی کل محدوده را در اختیار داشته باشد. اما در شرایطی که آثار شامل بازسازی یک ملک موجود است، عموماً باید کارها در زمان اشغال ملک توسط مالک انجام شود. همچنین لازم به ذکر است که غالباً حق کارفرمایان برای ورود پیمانکاران دیگر در محل برای انجام کارهای خاص حتی در پروژه های جدید، حفظ میشود. باین حال، پیمانکار می تواند اختیار اخراج افراد دیگر از محل احداث را داشته باشد، مگر این که شرایط مشخصی در قرارداد وجود داشته باشد که شامل تصاحب غیر انحصاری دیگران توسط پیمانکار شود. تعهد کارفرما برای واگذاری محل احداث به پیمانکار به طور کلی در یک بازه زمانی خاص براساس شرایط قرارداد یا در صورت عدم رعایت چنین مفادی، در مدت زمان معقول پس از امضای قرارداد، مؤثر واقع می شود. یا حق مالکیت نیز به طور کلی تا اتمام کارها و فراتر از آن تا زمان پایان قرارداد ادامه خواهد داشت. در این رابطه، اگر کارفرما به طور قانونی پیمانکار را عزل کند، حق پیمانکار برای تصرف در محل احداث نیز به پایان

می‌رسد، البته به شرطی که مدت‌زمان معقولی برای حذف تجهیزات توسط پیمانکار وجود داشته باشد. باین‌حال، مشکل زمانی به وجود می‌آید که فسخ غیرقانونی قرارداد وجود داشته باشد و مسئله اینست که آیا در چنین شرایطی هنوز پیمانکار حق تصرف در محل احداث را دارد یا خیر؟

دست‌رسی به محل احداث پس از اتمام کار

پس از اتمام قرارداد، پیمانکار به‌طور کلی از تعهدات خود با کارفرما خلاص می‌شود (به‌جز کارهای اصلاحی). وضعیت در جایی به پایان می‌رسد که پروژه به پایان رسیده باشد و پروژه به فروش رسیده باشد یا به دیگری منتقل شده باشد، بنابراین این مسئله مطرح می‌شود که آیا کارفرما می‌تواند حق خود را برای درخواست عملکرد بعد از آن توسط پیمانکار نیز واگذار کند، و در این صورت آیا کارفرما می‌تواند به پیمانکار اجازه دسترسی حتی اگر چه حق انجام کار در حال حاضر به خریدار واگذار شده‌است را بدهد؟ این مسئله در پرونده شارلوت (۲۲) مورد بحث قرار گرفت که در آن دادگاه معتقد بود که اگر چه کارفرما از اختیار (کلید در دست) برای پذیرش صرف‌نظر کرده‌است، اما این بدان معنا نیست که پیمانکار نمی‌تواند خدماتی در محل احداث انجام دهد، زیرا قراردادی که از طریق خرید ملک با مالک جدید منعقد شده بود، باعث می‌شد که پیمانکاران در محل احداث پذیرفته شوند و کارفرمایان مجبور به دخالت در انجام این کار نباشند. (۲۳)

شرایط مورد نیاز محل احداث بنا

سوال اینست که چه کسی مسئولیت تصدیق شرایط محل احداث بنا برای شروع عملیات پیمانکاری را برعهده دارد؟ مگر این شرایط در قرارداد مشخص نشده‌است که کارفرما تضمین می‌کند که محل احداث برای ساختمان موردنظر مناسب است یا پیمانکار می‌تواند طرح کارفرما را در محل احداث بسازد یا خیر؟ در وهله اول ما وضعیتی را بررسی می‌کنیم که محل احداث بدون هیچ تفسیری برای استفاده نامناسب می‌شود. به‌عنوان مثال در پرونده مایر (۲۴) پیمانکار با تامین و نصب ماشین‌آلات در محل موافقت کرد و پرداخت نیز در حال تکمیل بود. بخشی از کار زمانی تکمیل شده بود که آتش‌سوزی به‌طور اتفاقی در محل رخ داد و هم‌محل و هم آثار پیمانکاری را تخریب کرد. از آنجاکه هیچ‌یک از طرفین مقصر نبودند، هر دو، معافیت داشتند. در آن‌جا دادگاه حکم داد:

«کل بحث بستگی به مفاد قرارداد واقعی بین طرفین دارد. ما فکر می‌کنیم کاری که شاکی با آن موافقت کرده‌است نمی‌تواند انجام شود، مگر این‌که محوطه متهم در وضعیت مناسب به کار خود ادامه دهد تا شاکی بتواند کار را انجام دهد... و اگر در هر صورت به‌طور پیش‌فرض از طرف متهمان، این شرایط برای دریافت کار نامناسب تشخیص داده شود، شاکی می‌تواند از متهمان به دلیل این توقف شکایت کند یا قرارداد را فسخ کند و به شکلی که قرارداد نقض شده‌است برخورد کند و در مورد حق دریافت اجرت‌المثل شکایت کند، اما ما با آن‌ها موافق نیستیم که فکر می‌کنیم یک قول یا ضمانت مطلق از طرف متهم وجود داشته‌است که کار در هر شرایطی باید به شکل مذکور، ادامه یابد.»

آنچه از این امر ناشی می‌شود زمانی رخ می‌دهد که شرایط زیرزمینی خاک باعث مشکلاتی برای پیمانکار شود. در پرونده مایر (۲۵) پیمانکار موافقت کرد که فاضلاب ساختمان را احداث کند اما خاک آن‌جا نامناسب بود و باعث تأخیر و هزینه‌های اضافی در انجام پروژه شد. پس از درخواست پیمانکار مبنی بر اصلاح قرارداد، مهندس تغییرات را رد کرد و شرکت بادمز برای هزینه‌های اضافی متحمل خسارت شد. در این مورد هیچ‌یک از طرفین، بررسی خاک را انجام نداده بودند اما کارفرما به آن‌ها اطلاع داده بود که قیمت قرارداد بسیار پایین است و مطمئناً در شرایط مورد انتظار خاک، ضرر متوجه آن‌ها خواهد شد. دادگاه اعلام کرد که ادعای بادمز شکست خورده‌است، زیرا خطر شرایط نامطلوب محل احداث اعم از شناخته شده یا نهفته، با پیمانکار است. شرایط پیش‌بینی نشده زمین این مسئله که چه کسی مسئول شرایط زمین باشد (کارفرما یا پیمانکار) تقریباً ۲۵ درصد از کل تأخیر پروژه‌های عمرانی و مهندسی را ایجاد می‌کند. در واقع، این مسئله رویکردی ناسازگار است و به‌نظر می‌رسد هیچ قاعده‌ی واحدی در بین مجموعه قوانین بین‌المللی مربوط به قراردادهای پیمانکاری وجود ندارد که به‌طور مؤثر به کشف شرایط پیش‌بینی نشده زمین بپردازد. مشکل شرایط پیش‌بینی نشده زمین از جایی شروع می‌شود که مسئول تهیه گزارش اولیه زمین‌شناسی در محل احداث به‌طور کلی توسط کارفرما یا معمار یا مهندس آن محل منتصب شده و شرایط را مورد بررسی قرار داده و به‌ندرت گزارشی که توسط کسی که طراحی و ساخت واقعی را انجام می‌دهد تکمیل خواهند شد. به‌عنوان مثال، در امتداد یک خط لوله ممکن است موانع مختلفی وجود داشته باشد، اما لزوماً در امتداد مسیر واقعی آن نخواهند بود، یا در شرایط تونل موانعی باشند که در الگویی یکتواخت قرار گیرند که ممکن است مسیر بقیه تونل را مسدود کنند. اما وقتی پیمانکار متوجه شد که گودالی در آن وجود دارد ممکن است گزارشات وی، شباهت چندانی با شرایط واقعی کشف شده در محل احداث بنا نداشته باشند. همه این موارد به عدم قطعیت در مورد تخصیص خطر شرایط نامطلوب زمین که تقریباً تمام قرارداد پیمانکاری را فرا می‌گیرد،

کمک می‌کند. اگر تحقیقات زمینی به این شیوه منفرد و سطحی انجام شده باشد، اجتناب‌ناپذیر است که نویسنده آن یافته‌های خود را به‌شدت واجد شرایط دانسته و مسئولیت هرگونه اشتباه یا کوتاهی در گزارش را نادیده گرفته‌است. در چنین شرایطی، ارزش گزارش به حداقل خود خواهد رسید. علاوه بر این، ممکن است پیمانکار نتواند در مدت‌زمان موجود برای آماده‌سازی مناقصه، تحقیقات گسترده‌ای در محل انجام دهد. (۲۸) همچنین فرم‌ها و انواع مختلفی که از قراردادهای استاندارد وجود دارد نیز، در این زمینه کمک چندانی نمی‌کنند. به‌عنوان مثال، کتاب قرمز مهندسان مشاور بین‌المللی و کتاب زرد (طرح پیمانکاری) از یک آستانهٔ پیش‌بینی‌پذیری مناسب برای هرگونه شرایط فیزیکی در سایت استفاده می‌کند. زیربند ۴. ۱۰۲۹ به‌طور خاص مستلزم آنست که (حداکثر ۲۸ روز قبل از برگزاری مناقصه بیان شود):

«کارفرما باید قبل از تاریخ مندرج در قرارداد، تمام اطلاعات مربوطه را در اختیار پیمانکار قرار دهد که باید شامل شرایط سطحی و هیدرولوژیکی محل احداث و جنبه‌های زیست‌محیطی باشد. کارفرما باید به‌طور مشابه تمام داده‌هایی را که پس از تاریخ مندرج در قرارداد در اختیارش قرار می‌گیرد در اختیار پیمانکار نیز قرار دهد. پیمانکار مسئول تفسیر همه این داده‌ها است. تأآنجا که امکان‌پذیر است (با در نظر گرفتن هزینه و زمان)، پیمانکار باید تمام اطلاعات لازم در مورد خطرات، احتمالات و سایر شرایطی که ممکن است بر مناقصه یا کارها تأثیر بگذارد یا تأثیری قرار دهد را، بدست آورد و به همان میزان، تصور می‌شود که پیمانکار، محل احداث و محیط اطراف آن، داده‌های فوق و سایر اطلاعات موجود را بازدید و بررسی کرده و قبل از برگزاری مناقصه نسبت به کلیه موضوعات مرتبط، از جمله عدم وجود محدودیت، رضایت کافی داشته باشد که می‌تواند شامل موارد زیر باشد:

الف) شکل و ماهیت محل احداث، از جمله شرایط زیرسطحی

ب) شرایط آب‌وهوایی

ج) وسعت و ماهیت کار و کالاهای لازم برای اجرا و اتمام کارها و رفع هرگونه نقص

د) قوانین، رویه‌ها و شیوه‌های کاری کشور

ه) نیازهای پیمانکار برای دسترسی، اقامت، امکانات، پرسنل، نیرو، حمل‌ونقل، آب و سایر خدمات.»

زیربند ۴. ۱۱ (ب) از پیمانکار می‌خواهد که مبلغ قرارداد مورد توافق را براساس داده‌ها، تفاسیر، اطلاعات لازم، بازرسی‌ها، معاینات و رضایت از کلیه موضوعات مرتبط ذکرشده در زیر بند ۴. ۱۰ مبنا قرار دهد. درواقع، طبق این دو بند، تصور می‌شود که کارفرما صحت اطلاعات ارائه‌شده را تضمین کرده‌است و پیمانکار فقط مسئول تفسیر داده‌های ارائه‌شده قبل از برگزاری مناقصه است. ناگفته نماند که در مورد تفسیر این مفاد دعاوی حقوقی زیادی در گرفته است، زیرا طبق بند ۴. ۱۰، پیمانکار تمامی اطلاعات لازم را در مورد خطرات احتمالی که بر مناقصه تأثیر می‌گذارد را به دست آورده‌است. همچنین تصور می‌شود که پیمانکار محل احداث را مورد بررسی و بازبینی قرار داده‌است و سایر اطلاعات موجود را تحلیل کرده‌است بنابراین، این مسئله مطرح می‌شود که آیا چنین تحقیقاتی با در نظر گرفتن هزینه‌ها و زمان اضافی لازم، عملی و مورد نیاز بوده‌است؟ زیربند ۴. ۱۲ تخصیص ریسک بین طرفین را مشخص می‌کند. کارفرما خطر شرایط فیزیکی را که به‌طور منطقی توسط یک پیمانکار مجرب در تاریخ مناسب مناقصه پیش‌بینی نمی‌شود را نیز، برعهده خواهد داشت. شرایط فیزیکی چه طبیعی باشد و چه دست‌ساز بشر و سایر موانع فیزیکی آلاینده‌ها، نیز مشمول این بند خواهد شد. این امر از بند ۱۲ تثبیت‌شده مقررات قرارداد آی سی ای پیروی می‌کند. استفاده از عبارت «معقول» به‌خودی‌خود ممکن است ایجاد مشکل کند. پیمانکاران غالباً استدلال می‌کنند که اگر طراحی مهندس نشان دهد که شرایط فیزیکی خاصی را در نظر نگرفته‌است، دلیلی وجود ندارد که یک پیمانکار باتجربه آن‌ها را پیش‌بینی کرده باشد. هم چنین استدلال‌هایی در مورد این که آیا پیش‌بینی معقول باید به رویدادهایی بپیوندد که احتمال وقوع آن‌ها بسیار زیاد است یا فقط در موارد بسیار دور اعمال می‌شود، صورت گرفته است. (۳۰)

بدیهی است که یک پیمانکار نمی‌تواند برخی از مشکلات را پیش‌بینی نکرده و تا زمان کشف، اطلاعی از آن‌ها نداشته باشد و سپس ادعای شرایط پیش‌بینی‌نشده زمین را داشته باشد. موضوع این است که شرایط غیر قابل‌پیش‌بینی در مقابل آنچه که درواقعیت قابلیت پیش‌بینی آن توسط بشر ممکن نیست، قرار می‌گیرد و به‌ویژه آنکه برای یک پیمانکار مجرب امری غیر قابل‌پیش‌بینی باشد. باین وجود، طبق تعریف فوق، پیمانکار مسئول کلیه شرایط زمینی است، مگر اینکه بتواند نشان دهد که صرف‌نظر از تحقیقات انجام‌شده، شرایط تا زمانی که کار آغاز نشده بود، کشف نشد. (۳۱) لازم به ذکر است که بسیاری از شرایط غیر قابل‌پیش‌بینی در زمین وجود دارد، زیرا بررسی اولیه زمین، نه به‌اندازه کافی عمیقاً کاوش کرده و نه مناطق دقیق را که قرار بود ساختمان پیشنهادی در آن ساخته شود مورد جستجو قرار داده‌است، بنابراین از ارزیابی مناسب زمین و وضعیت موجود در محل احداث غفلت شده‌است. درحالی که کتاب‌های قرمز و زرد مهندسان مشاور بین‌المللی کارفرما را ملزم می‌کنند که تمام اطلاعاتی

را که در اختیار دارد، در اختیار پیمانکاران مناقصه گر قرار دهد، کتاب نقره‌ای که به‌عنوان قرارداد کلید در دست شناخته می‌شود، مستلزم آنست که پیمانکار، مسئول تأیید پروژه و همچنین تفسیر کامل داده‌های ارائه‌شده با حقیقت باشد. بنابراین، طبق این قرارداد خاص، کارفرما هیچ‌گونه ضمانتی در مورد کفایت یا کامل بودن اطلاعات در مورد محل احداث نخواهد داشت. بر این اساس، تحت شرایط کتاب نقره‌ای، خطر شرایط نامساعد بودن زمین در نهایت فقط برعهده پیمانکار خواهد بود. برای تثبیت بیشتر این موقعیت، زیر بند ۴.۱۲ آن بیانی‌ای را ارائه می‌دهد که در آن ظاهراً پیمانکار مسئولیت تمام مشکلات به‌وجودآمده و هزینه‌های متحمل شده در کارها را برعهده خواهد داشت. علاوه بر قراردادهای مهندسان مشاور بین‌المللی، بند ۱۲ ویرایش ششم آی سی ای نیز سعی می‌کند هرگونه ضرر و زیان ناشی از شرایط زمین را که به‌طور منطقی پیش‌بینی نشده بوده‌است را به پیمانکار تحمیل کند. بند ۱۲ همچنین، مکانیزمی را تعیین می‌کند که اگر مهندس احساس کند شرایط زمین به‌طور منطقی در زمان مناقصه توسط پیمانکار مجرب پیش‌بینی نشده بوده‌است، هزینه هرگونه کار اضافی به همان پیمانکار تحمیل خواهد شد و در صورت لزوم، برای تکوین آثار کار، تمديد زمان ممکن خواهد بود. سپس، در نسخه ۷ آی سی ای به مسئله ابهام در بند ۱۱ نسخه ۶ آی سی ای پرداخته شده‌است. بند ۱۱ در ویرایش ششم حاشیه‌ای مشروط بر این بود که «کارفرما قبل از ارائه مناقصه تمام اطلاعات مربوط به ماهیت زمین را در اختیار پیمانکار باید قرار داده باشد». بنده ۱۱.۲ پیشین تصور می‌کرد که پیمانکار از محل احداث و اسناد ارائه‌شده توسط کارفرما بازدید و بررسی مناسبی به عمل آورده‌است و تأیید می‌کند که امکان‌پذیر و منطقی بوده‌است، از نظر شکل و ماهیت زمین راضی بوده‌است. مشکل بند ۱۱ پیشین در ویرایش ششم آی سی ای این بود که کارفرمایان از عبارت مبهم برای محافظت از موقعیت خود در برابر کشف شرایط پیش‌بینی نشده زمین با مخفی نگه داشتن اطلاعات استفاده می‌کردند و متعاقباً ادعا کردند که پیمانکار باید مناقصه خود را بر اساس چنین اطلاعاتی پایه‌گذاری کند (با وجود این واقعیت که هرگز توسط پیمانکار دیده نشده‌است) (۳۲) ویرایش هفتم آی سی ای، با بیان اینکه یک پیمانکار، مناقصه خود را فقط بر اساس اسنادی که توسط کارفرما ارائه شده‌است، می‌تواند تغییر دهد. بنابراین، یک کارفرما دیگر نمی‌تواند با مخفی داشتن اسناد و مدارک از پیمانکار از خود در برابر کشف شرایط پیش‌بینی نشده زمین محافظت کند.

مفاد قرارداد نسبت به شرایط پیش‌بینی نشده زمین

قرارداد برایان (۳۳) شامل بندی بود که در آن آمده بود: «... کیفیت و کمیت کاری که در قرارداد آمده‌است باید همانی باشد که در صورت حساب‌های کمیت تعریف شده‌است، که اگر در غیر این صورت باشد و چنین اقدامی صورت نگرفته باشد، باید مطابق با روش‌های استاندارد اندازه‌گیری و سنجش که از قبل توسط مؤسسه نقشه‌برداران تعیین شده‌است، تهیه شود.»

در این پرونده، مشخص شد که معمار می‌دانسته که سطح زمین محل احداث دارای سنگ است و صاف و مسطح نبوده اما پیمانکار در هیچ‌یک از نقشه‌های ارائه‌شده، این نکته را ذکر نکرده و در صورت حساب نیز به آن اشاره‌ای نکرده‌است. با این حال، روش استاندارد اندازه‌گیری مستلزم آن بود که در صورت امکان، ماهیت خاک توصیف شود و توجه به هرگونه حفره آزمایشی موجود جلب شود و حفاری در سنگ باید، به شکلی جداگانه انجام شود. صورت حساب‌ها، پیمانکار را به نقشه‌ها، طرح بلوک و محل ارجاع می‌دادند تا از شرایط محلی و وسعت و ماهیت کامل عملیات رضایت داشته باشند، اما هیچ مورد جداگانه‌ای برای حفاری سنگ وجود نداشت. هنگامی که پیمانکار هزینه‌های بیشتری را در نتیجه این شرایط زمینی پیش‌بینی نشده متحمل شد، دادگاه معتقد بود که پیمانکار حق دارد که حفاری در سنگ را به‌عنوان حقی اضافی در نظر گرفته و دستمزد آن را نیز دریافت کند. چنین شرایط پیش‌بینی نشده‌ای در قرارداد ذکر نمی‌شود، اما با این وجود ممکن است اسنادی وجود داشته باشند که این مسئله را مطرح کنند که توصیف شرایط اساسی مطابق توضیح ارائه‌شده ممکن باشد که این مسئله می‌تواند شرطی ضمن عقد باشد. این مورد در پرونده مید لند (۳۴) اتفاق افتاد که شرکت پاسکال به‌عنوان بخشی از اسناد قرارداد، طرح‌های زیر ساختاری و صورت حساب‌های پرداخت دقیق مقدار برای شش بلوک مسکن و کارهای جانبی را ارائه کرد. اطلاعاتی که توسط شرکت نورهمپتون ارائه شده بود، نشان می‌دهد که این محل مخلوطی از ماسه و خاک بوده و بر اساس این شرایط تمام ستون‌های ساختمان طراحی شده بودند. (لازم به ذکر است که اگر اطلاعات درست بود، طرح‌ها رضایت‌بخش می‌بودند.) با این حال، در حین عملیات پیمانکاری در چندین منطقه سنگ توفان کشف شد که نیاز به طراحی مجدد ستون‌های ساختمان و انجام امور اضافی داشت. شرکت باکسال ادعا کرد که شرکت نورهمپتون شرایط ضمنی ضمانت‌نامه را نقض کرده و نیاز به جبران خسارت می‌باشد. دادگاه موافقت کرد و معتقد بود که ضمانت ضمنی که توسط پاسکال ادعا شده‌است، وجود دارد و آن‌ها را مجبور به جبران خسارت آن می‌کند و اظهار داشت:

«شرکت باکسال اظهار داشت که دلایل تجاری قوی برای دلالت بر چنین شرایطی در قرارداد وجود دارد که آن‌ها پیشنهاد کرده بودند. ابتدا، قبل از ساخت هرگونه فونداسیون برای هر بنایی، شناخت ماهیت شرایط خاک ضروری است. ثانیاً، جایی که قرارداد برای توسعه همه‌جانبه است، پیمانکار باید بر شرایط خاک محل هر بلوک،

اشراف داشته باشد و بتواند جدول زمانی خود را برنامه‌ریزی کند و الزامات خود را برای مصالح برآورد کند. این‌ها مسائلی است که مستقیماً به قیمت قرارداد مربوط می‌شود. ثالثاً، اگر کار به دلیل عوارض پیش‌بینی‌نشده متوقف شود یا به تأخیر بیفتد، بعید است که پیمانکار بتواند قرارداد خود را به‌موقع به پایان برساند. بند ۲۲ قرارداد، پیمانکار را ملزم به پرداخت یا جبران خسارت‌های موجود در چنین شرایطی می‌کند که درواقع این شرکت، مبلغ قابل‌ملاحظه‌ای از طریق خسارت‌هایی را که به ادعای خود مستحق آنست، دریافت کرده‌است، زیرا باکسال در مدت ۶۵ هفته قرارداد را تکمیل نکرده‌است.)

در بند ۲۳ قرارداد نیز تمدید مدت‌زمان قرارداد در شرایط خاص پیش‌بینی‌شده است، اما تنها شرط آن بند که احتمالاً در این موارد نیز کاربرد دارد بند ج آنست که در صورت تمایل معماران به تمدید زمان، چنین اجازه‌ای صادر خواهد شد. ممکن است دستورالعمل‌های صادر شده تحت بند ۱، بند ۱۱، یا بند ۲۱، اتمام کارها را پیش‌از تاریخ مقرر به تأخیر بیندازد. تأخیر ناشی از کشف سنگ توفا با هیچ دستورالعملی از طرف معمار صادر نشده‌است و به‌نظر من بند ۱ نمی‌تواند نسبت به این مورد اعمال شود. بند ۱۱ تنها در مواردی کاربرد دارد که معمار دستورالعمل‌هایی را صادر کرده باشد که مستلزم تغییر باشند یا تغییرات انجام‌شده توسط پیمانکار را غیر از اجرای چنین دستورالعملی نهی کرده باشد، که بند ۱۱ نیز نمی‌تواند در مورد فعلی اعمال شود، اگر ما بر اساس ساختار واقع بند ۱ هیچ‌گونه تغییر توجه نداشته باشیم، بند ۲۱ فقط در صورتی صدق می‌کند که معمار دستورالعمل تعویق هر کاری را که طبق قرارداد اجرا می‌شود صادر کرده باشد، که این مورد نیز در حال حاضر رخ نداده‌است. بنابراین، به‌نظر من، بند ۲۳ نمی‌تواند در مورد فعلی کاربرد داشته باشد. قاضی فرهیخته، استدلال باکسال را پذیرفت و معتقد بود که شرکت مشروط به ضمانت ضمنی است و من نیز با وی موافق هستم...» در پرونده آلسیز (۳۵)، مدعی ادعای اختلال و طولانی شدن روند تخلیه خطوط لوله صادرات گاز از جزایر شت لند را مطرح کردند. در قرارداد، پیش‌بینی‌شده بود که در صورت برخورد متقاضیان با شرایط زیرسطحی متفاوت از شرایط مندرج در قرارداد، که یک پیمانکار باتجربه پس‌از بررسی آن اسناد، نتواند آن را پیش‌بینی کند، و دامنه‌ی کار و قیمت قرارداد را تا حد زیادی تغییر دهد، باید اطلاع‌رسانی لازم نسبت به تغییر آن صورت گیرد. آقای گلستان در قضاوت علیه شاکیان (که تقریباً به‌طور کامل بر روی یک تحقیق که سند قرارداد نبوده استناد می‌کردند و نسبت به آن اطلاع‌رسانی نکرده بودند)، به حکم آقای آکن اشاره کرد که در پرونده هارت لاین (۳۶) که در سال ۲۰۱۵ مورد تأیید دادگاه تجدیدنظر بوده است (۳۷)، چنین ادعایی را رد کرده بود که اگر شرایط زمینی به‌طور واضح‌تر اطلاعات ژئوتکنیکی ارائه‌شده قبل از قرارداد مشخص نشده باشد، مدعیان ادعایی برای شرایط زمینی که پیش‌بینی نشده است نخواهند داشت.

«من معتقدم که یک پیمانکار باتجربه در مرحله مناقصه، تنها به تجزیه و تحلیل اطلاعات ژئوتکنیکی موجود در گزارش بررسی محل احداث قبل از قرارداد و نمونه‌گیری محدود نشود. با این کار، من نه تنها رویکردی را که آقای هال (کارشناس ژئوتکنیک متهم) به‌عنوان شاهد مطرح کرده‌است را می‌پذیرم، بلکه به نظرم این کار مشترکی است که هر پیمانکار دیگری نیز ممکن بود انجام دهد.» (۳۸)

ارائه اطلاعات نادرست نسبت به شرایط محل احداث

بین نظرات درستی که در مورد شرایط محل احداث و شرایط نادرستی که نسبت به آن مطرح می‌شود، تنها خط باریکی وجود دارد، که به‌راحتی می‌تواند به ارائه اشتباه یا خلاف واقع منجر شود. در پرونده موریسون (۳۹) پیمانکار ادعا کرد که اطلاعات قبل از مناقصه توسط کارفرما به‌شرح زیر بوده‌است:

«... درمورد خاک و محتویات آن در محل کار، پیشنهادات کاذب، نادرست و گمراه‌کننده، بوده‌است. خاک رس موجود در محل نیز، برخلاف اطلاعات ارائه‌شده، حاوی مقدار زیادی سنگ‌ریزه بوده‌است...» دادگاه اعلام کرد که:

«به‌نظر می‌رسد اطلاعات اولیه در سند اطلاعات سایت نتیجه تلاش بسیار فنی کارفرما بوده از. ای اطلاعاتی بوده‌است که پیمانکاران ۹ زمان ۹ فرصتی برای بدست آوردن آن نداشته‌اند. حتی ممکن است تردید وجود داشته باشد که آیا می‌توان انتظار داشت آن‌ها با تلاش خود به‌عنوان مناقصه‌گران بالقوه یا واقعی به آن دست یابند علامت سوال اما اگر بخواهیم درباره میزان کارهایی که با انجام شود قضاوت کنیم، در دست داشتن اطلاعات ضروری می‌باشد...»

در پرونده موریسون، دادگاه نتوانست به‌طور اولیه تعیین کند که آیا گزارش نادرست واقع‌شده است یا خیر، اما به این نتیجه رسید که چنین اطلاعاتی در مرحله قبل از مناقصه ضروری بوده است اما اگر ارائه نادرست و غیرواقعی وجود داشته باشد چه؟ این کار در پرونده هوارد (۴۰) مورد بررسی قرار گرفت. اگرچه مورد پیمانکاری موردی مستقیم نبود اما همچنان اهمیت دارد، زیرا در آن‌جا شرکت آگدن می‌خواست لنج‌هایی را برای استفاده در رابطه با کارهای حفاری استخدام کند.

در حین مذاکره، آقای هوارد مارین با بیان این که بار هر لنج ۱۶۰۰ تن بود، برخلاف این واقعیت که بار واقعی تنها ۱۰۰۰ تن بود، وزن بارها را سنگین تر و به اشتباه اعلام کرد. این اظهارات نادرست به خاطر رقمی است که در لویدز ثبت شده بود و درحالی که او می توانست وزن مناسب را از اسناد حمل و نقل هوارد مارین پیدا کند، تصمیم گرفت این کار را انجام ندهد. در این راستا دادگاه تشخیص داد که هوارد مارین مسئول نقض و قصور در بخش دوم قانون اظهار خلاف واقع ۱۹۶۷ است و اظهار داشت: «اولین سوال این است که آیا هوارد درقبال اظهارات خلاف واقعی که توسط مدیر آن ها ثبت شده است، در صورت تقلب، یعنی اگر می دانست که صحت ندارد، آیا همچنان مسئول خسارت خواهد بود؟ پاسخ مثبت به این سؤال اجتناب ناپذیر است. بیان شد که مدیر این شرکت در ظرفیت لنج ها با هدف قرارداد استخدام، اظهارات خلاف واقع داشته است. شرکت آیدن به طور واضح دروغ گویی کرد. بنابراین، از زبان ساده اساننامه چنین نتیجه می توان گرفت که، اگرچه ادعای کلاهبرداری وجود ندارد، اما مسئولیت با مدیر خواهد بود، مگر این که ثابت کند که هوارد دلایل منطقی برای باور آنچه درمورد ظرفیت لنج ها گفته شده بود، داشته است. مایه تأسف است که قاضی عاقل، هرگز ذهن خود را به این سوال که آیا مدیر، زمینه منطقی برای اعتقاد خود دارد یا خیر، معطوف نکرده است. او به این نتیجه رسید که اگر مدیر، اطلاعات نادرست را در جریان مکالمات تلفنی آوریل ارائه می داد، در این مورد سهل انگاری کرده بود، اما در شرایطی که در مصاحبه آتلی در ماه جولای به دست آمد، سهل انگاری و غفلت وجود نداشت. به نظر، من منظور او این بوده است که در موارد قبلی شرایط به گونه ای بوده که وی موظف بوده تا صحت اطلاعات خود را بررسی کند، اما در موارد بعدی از چنین وظیفه ای معاف بوده است. من اساس این تمایز را می دانم، اما به نظر می رسد که به هرگونه مسئولیت در اساننامه، کاملاً بی ربط باشد. در صورتی که نماینده، اثبات کند که کلاهبردار، خسارتی به بار آورده است، مسئولیت بلافاصله به نماینده منتقل می شود تا ثابت کند که وی دلیل منطقی برای باور واقعیت ارائه شده را دارد. به عبارت دیگر، مسئولیت نماینده بستگی به این ندارد که تحت وظیفه مراقبت و نظارت باشد و میزان آن با توجه به شرایطی که نمایندگی در آن انجام می شود، متفاوت است. در جریان مذاکرات منجر به عقد قرارداد، اساننامه، تعهد مطلق عدم بیان حقایق را که نماینده نمی تواند ثابت کند که دلایل منطقی بر اعتقاد آن را دارد را، اعلام می کند.» این مسئله مطرح می شود که آیا می توان قرارداد را به گونه ای تدوین کرد که مسئولیت پیمانکار این باشد که هرگونه اظهارات خلاف واقع را پیدا کند؟ این مورد در پرونده دابلین مورد بررسی قرار گرفت. پس از کشف این اظهارات خلاف واقع، برنامه ها مورد بازبینی قرار گرفت، که پیمانکار هزینه هایی اضافی قابل توجهی متحمل شد. مانند پیش نویس هوشمندانه مورد بحث، که چنین بود: «... پیمانکار باید از کار خود رضایت داشته باشد... و همه چیز را تا آنجا که ممکن است ارتباطی با آثار قرارداد داشته باشد و اطلاعات شخصی خود را در مورد همه مواردی که می تواند بر مناقصه وی تاثیر بگذارد، بدست آورد.» دادگاه بیان داشت: «به نظر می رسد واضح باشد که هیچ کس نمی تواند از مسئولیت اظهارات متقلبانه و خلاف واقع خود با درج شرطی در قرارداد که طرف دیگر به آن ها تکیه نخواهد کرد، فرار کند... شرکت می گوید که اگرچه مدیر اصلی، مسئول نمایندگی متقلبانه خود است اما این قانون فقط در مواردی اعمال می شود که نمایندگی درواقع توسط نماینده انجام شده باشد. من نمی توانم این ادعا را بپذیرم که مدیر پروژه و مدیر عامل یکی هستند، و این بدان معنا نیست که کدام یک از آن ها اظهارات مجرمانه بیان داشته و کدام یک از آن ها دارای اطلاعات مجرمانه بوده است.»

محل احداث بنا تحت قانون اعطای مسکن

بر اساس قانون اعطای مسکن مصوب ۱۹۹۶ محل احداث بنا به طوری تعریف شده است که به جای تعریف دقیق از محل احداث، به بیان مکان هایی که از شمول آن خارج هستند، میبردازد. بنابراین قانون، قراردادهای مونتاز، نصب یا تخریب کارخانه یا ماشین آلات و حمایت از فولادسازی را در مکانی که فعالیت اصلی یکی از لیست فعالیت های محروم مانند پردازش هسته ای، تولید برای تولید مواد شیمیایی و دارویی است، حذف می کند. این قانون به دلیل این واقعیت که ابتدا توافق نامه پیمانکاری صورت می گیرد، هر یک از سه عملکرد نامبرده را انجام می دهد، یکی از آن ها عملیات پیمانکاری است، از این تعریف نسبت به محل احداث بنا نیز حمایت می کند. عملیات پیمانکاری، که در تعریف موجود در قانون گنجانده شده است، به طور گسترده در بخش ۱۰۵ قانون که فعالیت های خارج از قانون و غیرقانونی را مشخص می کند، اصلاح شده است. (برای بحث بیشتر در مورد قضاوت تحت این قانون، به فصل دآوری این کتاب مراجعه کنید).

به دلیل این رویکرد پیچیده، ابتدا باید تعیین کنید که محل احداث قبل از تصمیم گیری در مورد فعالیت اصلی آن، کجا باشد؟ غالباً افرادی که به دنبال جلوگیری از استفاده از قانون حسن استدلال را مطرح می کنند که در مواردی که فعالیت محروم شده خاصی در محل احداث انجام می شود، به ویژه اگر فعالیتی کوچکی باشد و فقط در قسمتی از

آن انجام شود، محل احداث بزرگ‌تر، فعالیت را حذف کرده و بنابراین، قانون در وضعیت استثنا قرار می‌گیرد. به‌نظر می‌رسد سیاست عمومی حکم کند که بهتر است عملیاتی از این قبیل را به‌جای مستثنی کردن از شمول قانون، تا جایی که ممکن است حمایت کنیم.

در پرونده نُرُوست (۴۳) دادگاه مشاهده کرد که برای تعیین فعالیت اصلی شرکت، لازم است محل یا محل فعالیت موردنظر مشخص شود، ممکن است محل مورد نظر محلی فرعی برای فعالیت اصلی باشد. با انجام این کار، دادگاه از دو هدف خاص قانون یعنی حل سریع و موقت اختلافات و در نتیجه تنظیم پرداخت‌های موقت آگاه خواهد بود. سپس در پرونده زدال (۴۴) دادگاه با ایستگاه‌های تولید برق دیزلی روبه‌رو شد که در مناطق کوچک مجزا ساخته شده بودند که هر کدام توسط حصار امنیتی خاص خود احاطه شده بودند. هنگامی که متهم، که سیم‌کشی میدان‌ها را برای ایستگاه نصب کرده بود، طرح شکایت کرد، مدعی صلاحیت قاضی را به این دلیل که قرارداد بین طرفین، یک قرارداد پیمانکاری نبوده است که توسط قانون ۱۹۹۶ تعریف شده باشد، به چالش کشید و از دادگاه اعلامیه ای صریح درخواست کرد.

دادگاه معتقد بود که ابتدا ماهیت کل محل احداث را باید بررسی کرد و تعیین کرد که هدف اصلی این محل چیست، که در این وضعیت یک کارخانه چاپ بزرگ بود. بنابراین، هدف اصلی چاپ بود و نه تولید برق. درخواست مدعی شکست خورد و سپس در پرونده کانر (۴۵) دادگاه با کارخانه زباله‌سوزی مواجه شد که مقدار کمی برق نیز تولید می‌کرد. در آن‌جا، طرفین توافق کرده بودند که منظور از محل احداث، زباله‌سوزی است و نمی‌تواند محدود به منطقه‌ای باشد که عملیات مدعی در آن انجام شده است. با تقویت این مفهوم، دادگاه اسکاتلند در همان جهت حرکت کرد. همان‌طور که در پرونده میتسویی (۴۶) مشاهده می‌شود، جایی که قرارداد مونتاژ برای کارخانه دیگ بخار، تولید بخار بود که برای تولید بخار برای یک مجتمع پتروشیمی استفاده می‌شد. کارخانه در مکانی ساخته شد که تحت مالکیت خود مجتمع بود و با وجود این، دادگاه دریافت که این قرارداد، استثنایی بر بند ۱۰۵ بود.

متأسفانه، برخی از قراردادهایی که در مورد پروژه مشابه هستند ممکن است توسط قانون اداره شوند، درحالی‌که برخی دیگر چنین نیستند. این مورد در پرونده آندرو ریتز (۴۷) مورد بررسی قرار گرفت که در رابطه با یک پروژه، دو قرارداد فرعی متفاوت بین طرفین منعقد شده بود: یکی برای نصب سیم‌کشی برق و دیگری برای کارهای پیمانکاری. در این‌جا، مشکلی که ابتدا در پرونده ناروست (۴۸) ایجاد شد اجتناب‌ناپذیر به‌نظر می‌رسید، اما به‌دنبال حل تعارض احتمالی، دادگاه به‌طور کلی به ماهیت واقعی کار توجه کرد و متوجه شد که جز، موارد استثنایی بند ۱۰۵ نیست. لازم به ذکر است که در این موارد که در آن، بند ۱۰۵ قانون ۱۹۹۶ به‌طور وسیع تفسیر شده بود، در پرونده میدلند (۴۹) این رویه دنبال نشد، که در آن آقای رمزی معتقد بود که در شرایطی که بند ۱۰۵ عمداً از نظر ماهیت برای محدودیت‌های خاص تدوین شده بود، یک رویکرد ساده‌تر در ساخت آن مانند آنچه در پرونده پالمر (۵۰) اتخاذ شد، ترجیح داده شده است. به‌طوری‌که تنها عملیات خاصی از محدوده قانونی ۱۹۹۶ را حذف می‌کند. نتیجه این شد که عملیات پیمانکاری ممکن است در محدوده یا خارج از تعریف عملیات پیمانکاری قرار گیرد، درحالی‌که پیمانکار فرعی ساختمان، فونداسیون یا نقاشی که کارهای آن پیمانکار فرعی را ارائه می‌دهد، در تعریف عملیات پیمانکاری قرار بگیرد.

مسئولیت کارفرما در مورد مالکیت

مسئولیت‌های کارفرما شامل موارد ذکرشده در بالاست، مانند انتقال مالکیت به‌موقع محل احداث به پیمانکار. درواقع، قرارداد ساختمان به‌طور ضمنی مالکیت محل احداث را به پیمانکار اهدا می‌کند و این کار باید در زمان درست انجام شود تا تعهدات پیمانکار طبق قرارداد انجام شود. به‌عنوان مثال در پرونده فریمن (۵۱) که قبلاً مورد بحث قرار گرفت، طبق قرارداد ۴ ژویه، پیمانکار قرار بود خانه‌های قدیمی را تخریب کرده و خانه‌های جدید را در مدت شش ماه بسازد. براساس شرایط آن، تمام آجرکاری خانه‌های جدید باید به‌طور هم‌زمان انجام می‌شد و هیچ قسمتی بیش از ۵ فوت بالاتر از بقیه نمی‌رفت. به درخواست متهم، شاکی با تاخیر دو هفته‌ای موافقت کرد، اما تا چند هفته پس از انقضای آن زمان، تصرف بخشی از محل احداث در اختیار او قرار نگرفت. نزدیک به ۵ ماه طول کشید که شاکی کل محل را در اختیار بگیرد. شاکی ادعای خسارت ناشی از نقض قرارداد را بیان کرد و دادگاه معتقد بود که شرط ضمن قرارداد این است که بلافاصله در اختیار پیمانکار قرار بگیرد. توافق بین طرفین از این تعهد صرف‌نظر کرده و زمان معقولی را جایگزین کرده بود. از آنجا که تصرف در مدت معقولی داده نشده بود، شاکی مسبب خسارات جبران‌ناپذیر و زیان بود که به دلیل تاخیر متحمل شده بود. دادگاه نوشت:

«این قرارداد به‌وضوح شامل این می‌شود که مالک ساختمان می‌تواند بلافاصله پس از عقد قرارداد، کل محل احداث را به سازنده بسپارد. مالک ساختمان متعهد است که زمین خود را به‌منظور انجام عملیات پیمانکاری به سازندگان واگذار می‌کند، زیرا طبق قرارداد، خود را ملزم به انجام آن کرده است.»

علاقمند

فصل پنجم

قراردادهای فرعی

انواع قراردادهای فرعی

بسته به محل و نوع قرارداد مورد استفاده، قراردادهای فرعی مختلفی وجود خواهند داشت. به عنوان مثال، تحت فرم‌های استاندارد دیوان محاکمات قراردادهای مشترک (جی سی تی) یا مهندسین مشاور بین المللی (فیدیک) انواع مختلف پیمانکار فرعی نیز وجود دارد: (۱) پیمانکار فرعی نامزد، که توسط کارفرما تعیین می‌شود. یک پیمانکار فرعی شغلی تخصصی انجام می‌دهد. پیمانکار فرعی تعیین شده با پیمانکار اصلی قرارداد فرعی منعقد می‌کند و بنابراین، کارفرما کنترل خود را بر انتخاب پیمانکار یا تأمین کننده متخصص حفظ می‌کند، بدون اینکه لزوماً در تنظیمات قرارداد، با متخصص مشارکت داشته باشد. (۲) پیمانکار فرعی داخلی (مشابه یک پیمانکار فرعی نامی نامبرده شده)، این پیمانکار آنست که کارفرمایش نقشی جز دادن رضایت در مواقع ضروری تحت شرایط قرارداد اصلی نسبت به او ندارد. انتصاب پیمانکار فرعی به عنوان چیزی کاملاً به نفع پیمانکار اصلی تلقی می‌شود و بنابراین، یک مسئله داخلی است. یک تفاوت اضافی از قرارداد زیر، ساختمان استاندارد ۲۰۰۵ درمورد پیمانکاران فرعی تعیین شده وجود دارد. بر اساس این قرارداد، چیزی وجود دارد که (۱) تحت عنوان اجاره با رضایت و اجازه به پیمانکار فرعی واگذار شده و (۲) چنان شناخته می‌شود که قبلاً برای کارفرما قابل قبول بوده است. لازم به ذکر است درحالی که پیمانکار اصلی انجام بخشی از کار را به پیمانکاران فرعی داخلی خود واگذار می‌کند، پیمانکار اصلی همچنان مسئولیت کامل در قبال آثار قرارداد خواهد داشت و پرداختی به پیمانکار فرعی و کارفرما به طور پیش فرض برعهده وی خواهد بود. نوع دیگری از قرارداد فرعی به عنوان قرارداد فردی فرعی متوالی شناخته می‌شود که در آن تعهدات پیمانکار اصلی به صورت جزئی یا کامل به پیمانکار فرعی منتقل می‌شود. بنابراین، پیمانکار فرعی نسبت به پیمانکار اصلی ملزم است. اما این پیمانکار است که به کارفرما متعهد است. بر این اساس، کارفرما اجرای عملکرد خود را به همان شیوه و تحت شرایطی که پیمانکار نسبت به کارفرما انجام می‌دهد، تضمین می‌کند.

ارتباط با پیمانکار

رابطه پیمانکار فرعی با پیمانکار اصلی همان است که بین پیمانکار اصلی و کارفرما وجود دارد، یعنی براساس قرارداد، تعهدات کارفرما و پیمانکار همان است که پیمانکار به پیمانکار فرعی بدهکار است، مانند دسترسی به محل احداث، تأمین برق و آب، مانع عملکرد نشدن و مسائل مربوط به آن. با این حال، طرفین میتوانند بر خلاف آن توافق کنند، مفاد قرارداد اصلی بین پیمانکار و کارفرما به طور خودکار بخشی از قرارداد پیمانکار فرعی نخواهد بود و این حتی در صورتی می‌تواند باشد که پیمانکار فرعی موافقت کرده باشد که مطابق با شرایط و ضوابط اصلی قرارداد عمل کند بنابراین، در پرونده کانادایی (۳) پیمانکار فرعی موافقت کرد که قرارداد فرعی خود را مطابق ابعاد و مشخصات مندرج در قرارداد بین همیتون و پیمانکار اصلی انجام دهد. مسئله این بود که آیا توافق با این شرط از قرارداد اصلی نیز از همه شرایط و ضوابط قرارداد اصلی را در قرارداد فرعی خواهد گنجانید؟ دادگاه عالی آنتالیا این چنین فکر نکرد و بیان داشت:

«البته به خوبی ثابت شده است که برنامه‌ها و مشخصات موجود در قرارداد اگرچه وجود نداشته باشد اما در آن ذکر شده و ضمیمه آن شده باشد که باید در صورت مشخص شدن آن‌ها تفسیر شود. هر جا که برنامه‌ها و مشخصات فقط برای هدفی خاص ارجاع داده شود. ممکن است بخشی از قرارداد، قابل اجرا نباشد و باید برای همه هفته‌های دیگر بی‌ربط تلقی شود. میثاق شاکیان مبنی بر انجام ساخت تونل با توجه به ابعاد و مشخصات مندرج در قرارداد بین همیتون و شرکت جانسون بدون شک، شاکیان را ملزم می‌کند که یک تونل ۱۰ فوت در ۶ اینچ یا تعهد در ۶ اینچ حفر کنند. از نظر ابعاد و هر مورد دیگری که بر ویژگی‌های فیزیکی آن، تأثیری بگذارد، بدون شک برای شاکیان قابل اجرا و الزام‌آور است. اما در این زمینه من آمادگی ندارم به مشخصات مندرج در قرارداد بین شاکیان و متهم اشاره کنم، به طوری که برای شاکیان و پیمانکاران فرعی، که به شیوه‌ای بسیار کوچک عمل می‌کنند، قدرت‌های گسترده و فوق‌العاده‌ای را که توسط مهندس شهر اعمال می‌شود، الزام‌آور سازد. فقط آن قسمت از مشخصات کلی باید در قرارداد مورد نظر خوانده شود که مربوط به هدف خاصی است که در حدود همان موارد به آن اشاره شده است. وکیل توانست مرا به هیچ مرجعی ارجاع دهد که در آن کلیه مفاد و مشخصاتی که بخشی از یک قرارداد اصلی است موجود باشد، مگر آنکه مورد دوم با توجه به شرایط خود، قصد طرفین را کاملاً روشن کرده باشد که کلیه شرایط و مقررات مربوط به قرارداد، باید بخشی از توافق بین پیمانکار و پیمانکار فرعی باشد. بندهای کلی که طبق آن مهندس شهر دستور توقف کار و تغییر رویه را داد، بیشتر در رعایت مقرراتی است که احتمالاً در مشخصات ارائه شده برای راهنمایی پیشنهاددهندگان برای قرارداد اصلی آمده است. به نظر من از وضعیت و شرایط طرفین روشن است که قصد آن‌ها این بوده است که، به جز محدودیتی که قبلاً ذکر شده است، مشخصات بخشی از قرارداد اصلی باید بخشی از قرارداد فرعی باشد.»

ورشکستگی کارفرمایان و وضعیت پرداخت‌ها

تصمیمات دادگاه‌ها در این زمینه به طور کلی به قرارداد فرعی بین پیمانکار و پیمانکار فرعی می‌پردازد تا مبنای مسئولیت پیمانکار فرعی را مشخص کند و خودبه‌خود به قرارداد اصلی بازنگردد. در پرونده ویلیام (۴)، قرارداد پیمانکار اصلی متهم با کارفرما به معمار اجازه می‌داد تا پیمانکاران فرعی را معرفی کند. شاکی برای این کار اقدام به برگزاری مناقصه کرد و معمار به متهم دستور داد که قبول کند، که وی نیز چنین کرد. سپس با استفاده از فرم استاندارد که حاوی بند پرداخت در هنگام ارائه وجه بود، با شاکی توافق کردند. اما پس از آن، شاکیان نسبت به آن اقدام به طرح شکایت کردند، اما متأسفانه کارفرما قبل از پرداخت هزینه تمام کار ورشکست شد. موضوع در دادگاه این بود که آیا شاکیان باید برای کار خود دستمزد بگیرند یا مشمول شرط پرداخت در هنگام ارائه وجه می‌شوند؟ دادگاه احساس کرد که قرارداد دسترسی بین پیمانکار و پیمانکار فرعی بر اساس شرایط از پیش تعیین شده متهم شکل گرفته است که توسط شاکی پذیرفته شده است. بر این اساس، دادگاه اعلام کرد که متهم موظف است هزینه کار انجام شده به شاکی را، تنها در حدی پرداخت کند که خود پیمانکار حقوق گرفته است. در واقع، دادگاه‌ها همیشه اکراه داشتند که به یک پیمانکار فرعی اجازه دهند تا مستقیماً از کارفرما اجرت کار را دریافت کند. جایی که یک پیمانکار فرعی ادعا می‌کرد که دستورات کارفرما برای قراردادش با پیمانکار اصلی "اضافی" است و ادعا میکرد که این مبلغ به یک قرارداد "وثیقه" شباهت دارد، دادگاه در پرونده سائرن (۵) با آن مخالفت کرد و دریافت که به اندازه کافی ثابت نکرده است که "کارهای اضافی به عنوان بخشی از قرارداد اصلی گنجانده نشده است و بنابراین، پیمانکار در تلاش برای دور زدن توافق نامه فرعی شکست خورد. با این حال، مساله پرداخت مستقیم از کارفرما به پیمانکار فرعی یک موضوع طولانی است. بحث این است که چنین قراردادهایی ارزشمند هستند، زیرا می‌توانند در صورت عدم ورشکستگی پیمانکار اصلی و/یا عدم پرداخت سریع به پیمانکار فرعی، از تاخیر در انجام آنها جلوگیری کنند. زیرا بدون چنین مقرراتی در قرارداد اصلی، کارفرما حق پرداخت مستقیم به پیمانکار فرعی را ندارد. برای بدتر شدن اوضاع، در پرونده گری (۶)، دادگاه دریافت که نه تنها چنین پرداخت‌هایی بدون شرط صریح در قرارداد اصلی قابل انجام نیست، بلکه اگر پیمانکار اصلی ورشکسته شود و یکی از پیمانکار فرعی اجرت خود را به طور کامل دریافت کند (تحت یک طرح پرداخت مستقیم)، این یک ترجیح ناعادلانه نسبت به حق سایر طلبکاران و همچنین سایر پیمانکاران فرعی است که از چنین رویه‌ای برخوردار نشده‌اند. در صورتی که کارفرما بلافاصله پس از ورشکستگی پیمانکار به دلیل تأمین مواد مورد نیاز، مبلغی را به تأمین کننده مواد پرداخت کند، مشخص خواهد شد که کارفرما باید مجدداً این پول را در صورت ورشکستگی به امین پیمانکار بپردازد، به طوری که در اختیار همه پیمانکاران طلبکار قرار بگیرد. وی همچنان در برابر پیمانکار اصلی برای همان کار مسئول خواهد بود. این مفهوم در پرونده مولن (۷) تقویت شد که دادگاه چنان موضعی گرفت که حتی اگر قرارداد، اجازه پرداخت مستقیم از کارفرما به پیمانکاران فرعی را دهد، این امر به دلیل مغایرت با اصول و قوانین کلی ورشکستگی بی اعتبار است.

مسائل پیش فرض در رابطه با پیمانکار فرعی

مسائل مربوط به تاخیر

وقتی قسمتی از کار پیمانکار فرعی معیوب است، اما این عیب پس از اتمام کار کشف می شود، تأخیر ناشی از کار معیوب به مشکلی اساسی تبدیل می شود. بنابراین، سوال اینست که در جایی که پیمانکار فرعی کارش را به اتمام رسانده و به پیمانکار اصلی تحویل می دهد و سپس نقضی حادث می شود که منجر به بازگشت پیمانکار فرعی به محل می شود تا نقص را برطرف کند، آیا تأخیری اینچنینی که در کار به وجود می آید نیز قابل محاسبه است؟ این وضعیت در پرونده جارویس و پیتز لیند (۸) مطرح شد. که در آن، جارویس برای ساخت یک پارکینگ چند طبقه خودرو، اپارتمان، دفاتر، سالن همایش و کارهای جانبی برای شهر وست مینستر و لیند، نامزد طراحی پروژه شد. شرکت لیند، کار را بر اساس تاریخ تکمیل به پایان رساند و محل احداث را تخلیه کرد. چند هفته بعد مشخص شد که کار این شرکت معیوب بوده است و به این دلیل برای اصلاح کار معیوب که باعث تاخیر در کارهای اصلی قرارداد به مدت ۲۱ هفته شده بود به محل احداث مراجعه کرد. در نتیجه، جارویس به دنبال دریافت خسارت ناشی از تأخیر در قرارداد اصلی بود. مجلس اعیان در این وضعیت با «تأخیر» مواجه شده بودند، چرا که کار پیمانکار فرعی ظاهراً در موعد مقرر تکمیل شده بود. آنها معتقد بودند که «تأخیر» در معنای قرارداد، تنها زمانی رخ می دهد که پیمانکار قرارداد فرعی، قادر به تحویل به پیمانکار اصلی نباشد.

((تأخیر همان طور که گفته شد ناشی از «تنبلی» پیمانکار فرعی نیست. دست کم دو دلیل خوب برای این تأخیر وجود دارد؛ در درجه اول، اگر او مجبور به تشکیل این ایده می شد که پیمانکار فرعی به همان سرعتی که ممکن بود کار نکرده است، بار غیرممکنی بر دوش معمار قرار می داد، و اگر چنین کاری می کرد، میسجید که تا چه مدت می توانست این وضعیت را تحمل کند، که این بخش از قرارداد عملاً غیرقابل اجرا میشد. و دوم اینکه، به صورت قرارداد نیز، بی ربط است بگوئیم که آیا پیمانکار فرعی می توانسته سریعتر کار کند؟ آنچه مهم است این است که آیا آنچه را که توافق کرده است در زمان قرارداد انجام دهد، انجام داده است؟ در قرارداد مهم نیست که با چه روش هایی به هدف خود دست یافته است.)) سپس لرد ویلبرفورس نوشت:

باید به این واقعیت اشاره شود که اگر نقص مذکور قبل از تاریخ تکمیل قرارداد کشف شده باشد، ممکن است ایجاد یک دوره مشابه تأخیر در تکمیل قرارداد اصلی، منطقی به نظر برسد. اما اگر کار مذکور (با وجود نقص) در همان موعد تحویل مشخص، به پیمانکار عرضه شود، باید دانست که اگر کار فرعی ظاهراً انجام و تحویل داده شده باشد و برخی نواقص بسیار دیرتر بروز پیدا کنند، اما قبل از تاریخ تکمیل قرارداد باشد، در عملیات پیمانکاری کارفرما تأخیری ایجاد نخواهد شد، هر چند که در مورد پیمانکار فرعی چنین باشد. با این حال، اولین نوع دشواری، بیان یک نقص خیلی بزرگ و یک بازتاب جدی در تکمیل قرارداد است که عبارت است از: ((در واقع من نمیتوانم باور داشته باشم که شخصی حرفه ای حتی با توجه به معیوب بودن این بند، اجازه دهد کار به شکل فعلی خود باقی بماند. به نظر من انتخاب میان دو موضوعی که همخوانی ندارند، نه تنها خوشایند نیست، بلکه باید نسبت به آن اقدامی کرد. من به این نتیجه رسیدم که در صورتی که کارفرما تعریف خوبی از آن ندارد، این پیمانکاری چگونه با واقعیات منطبق خواهد بود؟ این موضوعی بسیار معمول است که پیمانکار فرعی «ادعا کرده است که کار خود را تا ۲۰ ژوئن ۱۹۶۶ تکمیل کرده است» و محل را ترک کرد. علاوه بر این می دانیم که «کار ساختمانی بیشتر در آن محل به دست پیمانکار انجام شد». در ۱۳ ژوئیه ۱۹۶۶، معمار نامه ای به پیمانکار نوشت و در آن به او گفت، «علاوه بر کامل کردن کار» پیمانکار فرعی می تواند در مقابل تضمین، تقاضای دریافت اجرتی برای حفظ و نگهداری پروژه کند. درست است که او در ادامه به صحت و درستی کار شک کرده و افزایش ضمانت نامه را پیشنهاد می کند، اما این نامه فقط با این نظر مطابقت دارد که کار، یک قرارداد فرعی «کامل» است.))

در حالی که کار معیوب یک پیمانکار فرعی می تواند منجر به تأخیر در کارهای اصلی قرارداد شود و منجر به درخواست تمدید زمان شود، مورد اخیر کارلیون (۹) مربوط به تأخیر در ساخت ساختمان رولز در لندن - دادگاه فناوری و ساختمان، و همچنین دادگاه عدالت، دادگاه های دریانوردی و تجاری - که کارلیون، پیمانکار اصلی آنها بود، برای آنها پیمانکاران فرعی خود، از جمله امکور را مقصر دانست. یک مسئله اولیه مطرح شد، که با فرض اینکه امکور حق تمدید زمان داشته باشد، آیا این تمدید باید از پایان دوره جاری برای تکمیل به طور مداوم اجرا شود، یا باید دوره های بیشتری را که به طوری که یک دوره کلی فراهم میکند که در طی آن آثار امکور امکور می تواند کارهای پیمانکاری فرعی خود را انجام دهد؛ که لزوماً به هم پیوسته نبودند، اما دوره ای باید به پایان برسد (همانطور که توسط امکور ادعا شده است)؛ یا را که در واقع به تأخیر افتاده بود منعکس میکرد. قرارداد مورد نظر بر اساس فرم استاندارد پیمانکار فرعی داخلی دوم - ۲ (ویرایش ۱۹۸۱) بود. در وهله اول، خانم جفورد با امکور موافقت کرد و حکم کرد که معنای طبیعی بند ۱۱.۳ قرارداد این است که هرگونه تمدیدی به طور پیوسته به پایان دوره جاری برای تکمیل، اضافه خواهد شد، به

طوری که از آنچه که قبلاً مقرر شده بود شروع می شود. دادگاه تجدید نظر موافقت کرد که بند ۱۱.۳ ممکن است در برخی موارد منجر به نتیجه نامطلوب شود، اما اظهار داشت که چنین ناهنجاری هایی برای جابجایی تفسیر طبیعی بند ۱۱.۳، که عملی، قابل اجرا و کافی است، مطابق با عقل سلیم تجاری، ناچیز و بی اثر خواهد بود.

مسائل مربوط به نقص

در مثال قبلی، کار پیمانکار فرعی معیوب بود و در آن شرایط، جدا از مسائل تأخیری که قبلاً صحبت شد، پیمانکار مستقیماً در قبال کارفرما مسئولیت دارد ولی میتواند ادعای متناظر با پیمانکار فرعی داشته باشد. در صورت اجرای ضمانت نامه، یا شاید حتی به دلیل سهل انگاری، ممکن است کارفرما مستقیماً علیه پیمانکار اقدام حقوقی کند. در پرونده مجلس اعیان (۱۰) پیمانکار اصلی برای ساختن یک دکل تلویزیونی به ارتفاع ۱۲۵۰ فوت، با پیمانکار فرعی قرارداد بست که در نوامبر ۱۹۶۶ تحویل داده شد ولی متأسفانه در مارس ۱۹۶۹ خراب شد. کارفرما پرونده ای را علیه پیمانکار اصلی آغاز کرد که بلافاصله از پیمانکار فرعی شکایت کرد. در جلسه محاکمه، دادگاه اعلام کرد که علت ریزش در درجه اول ریزش گرداب و ثانیاً بارگیری نامتقارن یخ است و پیمانکار فرعی که دکل را طراحی کرده است، نسبت به این عوامل سهل انگاری کرده است. پس از بررسی لرد فریزر اسکاتلندی نوشت: (قرارداد با مناقصه ای ام آی و پذیرش آی بی ای تشکیل شده است. بخش اصلی مناقصه که شامل نقل قولی برای کار بود، همانطور که گفتم، طراحی دکل را نیز شامل می شد. آنچه آی بی ای پذیرفت، "نقل قول شما" بود. بنابراین به نظر من مسئولیت ای ام آی برای طراحی، به طور واضح بخشی از قرارداد آنها با آی بی ای بوده است. علاوه بر این، ارجاع آی ام آی به ترسیم نمودار خطی نشان می دهد که آنها طراحی را به شیوه خود ارائه داده اند. مناقصه و پذیرش، جایگزین دعوت اولیه مناقصه شد که من آن را صرفاً به عنوان بخشی از ارتباطات قبلی منتهی به قرارداد می دانم. بنابراین من با کانر و با دادگاه تجدیدنظر موافقم، هر دوی آنها ای ام آی از نظر طراحی دکل و همچنین تهیه و تحویل آن تحت تعهد قراردادی نسبت به آی بی ای قرار داشتند.) اگر شرایط قرارداد به تنهایی جای شک و تردید را در مورد آن باقی می گذاشت، من فکر می کنم که در قراردادی از این قبیل شرط به این معناست که ای ام آی مسئولیت کیفیت دکل را پذیرفته است، از جمله طراحی آن، و احتمالاً برای تناسب آن با هدفی که در نظر گرفته شده بود، میزان مسئولیت به طور کامل در بحث مورد بررسی قرار نگرفته است و با توجه به تصمیم در مورد سهل انگاری در طراحی، نیازی به تصمیم گیری در این مورد نیست. در حال حاضر به خوبی شناخته شده است که در قرارداد ساختمان برای کار و مصالح، به طور معمول به این معنا اشاره می شود که پیمانکار اصلی مسئولیت مواد تهیه شده توسط پیمانکاران فرعی را در قبال کارفرما قبول می کند. دلیل این فرض، راحتی عملی داشتن زنجیره مسئولیت قراردادی از کارفرما به پیمانکار اصلی و از پیمانکار اصلی به پیمانکار فرعی است - رجوع کنید به پرونده مارتن (۱۹۶۹).

البته، همانطور که لرد رید در آن مورد اشاره کرد، "هیچ ضمانتی نباید در قرارداد ضمنی باشد مگر اینکه در هر شرایطی منطقی باشد." در بیشتر موارد این دلالت منطقی عمل می کند، زیرا اگر پیمانکار اصلی در قبال مواد معیوب در مقابل کارفرما مسئول باشد، او به طور کلی حق جبران خسارت علیه شخصی را که مواد را از او خریداری کرده است، خواهد داشت. در مورد کنونی توسط بی آی سی پذیرفته می شود که اگر ای ام آی در طراحی دکل متضرر خسارت به آی بی ای باشد، بی آی سی نیز به نوبه خود مسئول ای ام آی خواهد بود. بر این اساس، اصل مورد استفاده در پرونده مارتن در مورد مصالح، به نظر من باید در مورد ساختار کامل، از جمله طراحی آن، در اینجا اعمال شود. اگرچه ای ام آی هیچ دانش تخصصی در مورد طراحی دکل نداشت و اگرچه آی بی ای این را می دانست و تا حد زیادی بر مهارت آنها در طراحی تکیه نکرده بود، اما من هیچ چیز نامعقولی نمی بینم که ای ام آی مسئول آی بی ای برای طراحی با توجه به اینکه آنها می توانند به نوبه خود از بی آی سی که طراحی واقعی را انجام داده، تقاضا کنند. از سوی دیگر، بسیار بعید به نظر می رسد که آی بی ای قراردادی به این بزرگی و این درجه از خطر را منعقد کرده باشد، بدون آنکه حق رجوع از پیمانکار اصلی یا پیمانکاران فرعی را برای نقص طراحی در نظر گرفته باشد."

علاوه بر این، لرد اسکارمن اضافه کرد که میزان تعهد بدهی باید به عنوان یک اصل ساخت قرارداد تعیین شود و در غیاب یک نشانه واضح و قراردادی، او دلیلی نمی بیند کسی که در این دوره در زمینه تجارت خود، قرارداد طراحی، تهیه و نصب دکل هوایی تلویزیونی تعهدی ندارد که اطمینان حاصل کند که به طور منطقی برای هدفی که می داند از آن استفاده می شود مناسب است. سپس نوشت: "دادگاه تجدیدنظر معتقد بود که این مورد، تعهدی قراردادی است و من با آنها موافقم. واقعیت این است که آیا کسی که دکل برای او طراحی شده است به مهارت تأمین کننده (یعنی مهارت پیمانکار فرعی خود) در طراحی و تأمین دکل مناسب برای مقصودی که برای آن نیاز بوده است، اعتماد داشته است؟ وکیل تجدیدنظر خواهان اظهار داشت که در جایی که طراحی، مانند این مورد، مستلزم اعمال مهارت حرفه ای است، تعهد بیش از اعمال مراقبت و مهارت از اعضای معمولاً حرفه ای نیست. اگرچه امروزه ممکن است یک مهندس ساختمان سهل انگاری کند که متوجه خطر دکل استوانه ای نیروهای ترکیبی ریزش گرداب (با قفل شدن) و بارگیری نامتقارن یخ در اقامتگاه ها نشود، وی اظهار داشت که فروپاشی این دکل، قبلاً سهل انگاری نبوده است. زیرا این خطر در آن زمان توسط

هیچ شخص حرفه ای قابل درک نبود. به منظور استدلال، فرض می کنم (برخلاف دیدگاه من) که در طراحی دکل سهل انگاری نشده است، زیرا شخص متخصص در آن زمان از خطر بی اطلاع بود. با این حال، من نمی پذیرم که تعهد طراحی تأمین کننده برابر با تعهد یک شخص حرفه ای در انجام حرفه خود باشد. در پرونده دیویس (۱۹۴۳)، دادگاه تجدیدنظر معتقد بود، جایی که دندانپزشک متعهد می شود برای بیمار پروتز ایجاد کند، این یک قرارداد ضمنی است که پروتز به طور منطقی برای هدف مورد نظر مناسب خواهد بود. من دو قسمت از قضاوت آقای پارک را نقل می کنم:

اگر کسی به سراغ یک فرد حرفه ای برود ... و بگوید: "آیا چیزی را برایم درست می کنی که با قسمت خاصی از بدنم متناسب باشد؟" ... و شخص حرفه ای بگوید: "بله" ، سپس تضمین می کند که وقتی مواد مورد نظر را تهیه کرد ، متناسب با قسمت مورد نظر بدن باشد. وی افزود: اگر دندانپزشکی دندانی بکشد یا جراحی آپاندیسی را خارج کند ، باید مراقبت معقولی انجام دهد و مهارتهایی را که ممکن است از یک پزشک واجد شرایط انتظار داشته باشد، نشان دهد. "من معتقدم تمایزی که آقای پارک ترسیم کرده است یک تفاوت منطقی است."

مشکلات پیمانکاران فرعی منتخب

مشکلات مربوط به پیمانکاران فرعی منتخب می تواند متفاوت باشد - موارد خاصی که در آن پیمانکار فرعی از عقد قرارداد فرعی خودداری می کند، این مسئله مطرح می شود که آیا کارفرما وظیفه ای برای تمدید مجدد دارد؟ هنگامی که یک پیمانکار فرعی، در حین انجام کار، وظیفه خود را ترک می کند، کارفرما باید مبلغ قرارداد را تغییر دهد و بنابراین، پیمانکار فرعی مسئول هرگونه خسارت یا ضرر دیگر ناشی از هرگونه تأخیر در قرارداد است. با این حال ، این سوال مطرح می شود که اگر پیمانکار فرعی، اصلاً کاری انجام ندهد چه اتفاقی می افتد؟ آیا پیمانکار ملزم است یا حق دارد کار تعیین شده را خود انجام دهد؟ این مسئله در پرونده مجلس اعیان در مورد بریکتون (۱۲) روشن شد، که بیکرتون پیمانکار اصلی بود که به عنوان کارفرما ، با هیئت بیمارستان قرارداد بست تا ساختمان هایی در بیمارستان آنها بسازد. و بعنوان کارفرما، باید مقدار هزینه ها و نقشه ها را ارائه میداد. در مورد بخش عمده ای از کار، صورتحساب ها به تفصیل شرح داده شده و پیمانکار قیمت آن را تکمیل کرده بود. اما بخشهای خاصی از کار به پیمانکاران فرعی اختصاص داده شده بود تا توسط کارفرما تأیید شوند. در مورد این بخش ها هیچ جزئیاتی داده نشده و مبالغی که به عنوان " هزینه اصلی" شناخته می شود، توسط کارفرما به عنوان برآورد هزینه احتمالی آن بخش ها درج شده است. بنابراین ، پیمانکار مناقصه گر هیچ نگرانی از جزئیات این کار و یا هزینه ای که باید برای آن پرداخت شود، نداشت. این کار قرار بود بخشی از کار پیمانکاری باشد، بنابراین مناقصه پیمانکار از مبالغی بود که پیشنهاد می کرد بخشی از کار خود را همراه با مبالغ اولیه هزینه ای که کارفرما تسویه کرده است، انجام دهد. کارفرما تضمینی از متخصصانی که برای کارهای اولیه انتخاب کرده اند اخذ می کند و سپس ، هنگامی که با پیمانکار قرارداد می بندند ، به پیمانکار دستور می دهد که با پیمانکار فرعی که بر اساس شرایط تعیین کرده اند، قراردادی منعقد کنند. و این شرایط را با پیمانکار فرعی تعیین شده حل و فصل خواهند کرد. سپس، اگر مبلغی که به پیمانکار فرعی تعیین شده پرداخت می شود، با مبلغ هزینه برآورد شده اولیه متفاوت باشد، تقریباً به طور قطع، قیمت قرارداد پیمانکار برای کل کار با توجه به این تفاوت تنظیم می شود. در زمان مقرر، کارفرما شرکتی به نام اسپیدی وارم را به عنوان پیمانکار فرعی معرفی کرد که قرار بود سیستم گرمایش را تأمین کند. سپس شرکت اسپیدی وارم با پیمانکار قرارداد بست اما خیلی زود تصفیه شد و مدیر تصفیه از اجرای قرارداد امتناع کرد. سپس، بدون هرگونه تعصب به حقوق مربوطه، کارفرما و پیمانکار مقرر کردند که پیمانکار این کار را انجام دهد. در حالی که هیچ شکایتی در مورد آن کار وجود نداشت، هزینه کار به مراتب بیشتر از قیمت قرارداد فرعی با اسپیدی وارم بود. کارفرما ادعا کرد که پیمانکار فقط حق دارد، اجرت اسپیدی وارم را پرداخت کند. پیمانکار بیان کرد که وقتی با شرکت اسپیدی وارم به مشکل برخوردند، کارفرما باید پیمانکار فرعی دیگری را معرفی کرده و هزینه آن را پرداخت کند، و چون این کار را نکردند، باید به پیمانکار اجرت المثل شغل مذکور را بپردازند. قرارداد پیمانکار با کارفرما شامل مقادیر کمی، نقشه های قرارداد و شرایط مندرج در فرم قرارداد انجمن تخصصی معماران انگلستان (ریبا) بود که در شرط (۱) آمده بود:

"پیمانکار موظف است مطابق با این شرایط، کارهایی را که در نقشه های قرارداد نشان داده شده و توسط لوائح قرارداد، شرح داده شده یا به آنها اشاره شده است، انجام دهد و تکمیل کند تا رضایت معقول معمار یا افسر ناظر را جلب کند."

کارهایی که در اینجا انجام می شود شامل هزینه اولیه ای است که توسط پیمانکاران فرعی تعیین شده انجام می شود، بنابراین اگر پیمانکار اصلی قرارداد خود را با کارفرما نقض نکند، و این کارها به درستی انجام و تکمیل نشده باشد، وی میتواند از پیمانکار فرعی معرفی شده به دلیل نقض قرارداد فرعی، شکایت کند. در صورت خرابی آثار

اولیه کار، پیمانکار اصلی مسئول خواهد بود. این که تعهدات تا کجا ادامه می یابد، باید به تفسیر واقعی شرایط بعدی بستگی داشته باشد. شرط اصلی قرارداد تخصصی

معماران انگلستان (ریبا) که شرایطی را نسبت به پیمانکاران فرعی منتخب، بیان میکرد، شرط ۲۷ بود، که به شرح زیر بود:

"مفاد زیر، در مواردی که مبالغ هزینه اصلی در صورت حساب های قرارداد گنجانده شده یا در نتیجه دستورالعمل معمار یا سرپرست ناظر در مورد هزینه مبالغ موقتی، در مورد افرادی که از طرف معمار/افسر ناظر برای تأمین و تعمیر مواد یا کالاها یا اجرای کار معرفی می شوند، اعمال می شود."

الف) چنین مبالغی شامل ۲ درصد تخفیف نقدی می شود و به افرادی که مأمور ناظر یا معمار دستور می دهد پرداخت می شود و همه متخصصان یا سایر افرادی که توسط معمار/افسر ناظر معرفی شده اند، از پیمانکاران فرعی خواهند بود که توسط پیمانکار استخدام شده اند و در این شرایط به عنوان "پیمانکاران فرعی منتخب" نامیده می شوند. مشروط بر اینکه معمار/افسر ناظر نباید هیچ شخصی را به عنوان یک پیمانکار فرعی معرفی کند که پیمانکار نسبت به آن اعتراض منطقی داشته باشد (به جز مواردی که معمار/افسر ناظر و پیمانکار در غیر این صورت موافقت کرده باشند) که منجر به عقد قرارداد فرعی نخواهد شد. از جمله:

۱. اینکه پیمانکار فرعی تعیین شده باید کارهای پیمانکاری فرعی را از هر نظر با رضایت معقول پیمانکار و معمار/افسر ناظر و مطابق با تمام دستورالعمل ها و الزامات معقول پیمانکار انجام داده و تکمیل کند.

۲. اینکه پیمانکار فرعی منتخب باید کلیه مفاد این قرارداد تا آنجا که به وی مربوط می شوند را، از طرف پیمانکار رعایت، اجرا و رعایت کند.

۳. اینکه پیمانکار فرعی تعیین شده باید به پیمانکار در قبال تعهدات مشابه در قبال کارهای فرعی پیمانکاری خسارت بپردازد که پیمانکار موظف به جبران خسارت کارفرما بر اساس این قرارداد خواهد بود.

لرد رید، در مرور همه این موارد، نوشت:

مشکل اساسی، کشف معنای قسمت اول شرط ۲۷ (الف) است. چنین مبالغی باید به مبالغ هزینه اصلیدر جمله قبل اشاره شود. ... اشخاصی که معمار باید به آنها دستور دهد، باید همان "افرادی باشند که توسط معمار برای اجرای کار معرفی شده اند"، یعنی پیمانکاران فرعی منتخب.

با کلمات اولیه شرط ۲۷ (الف) هیچ مشکلی بر این نکته که "چنین مبالغی شامل ۱/۲ درصد تخفیف نقدی تلقی می شود"، وجود ندارد. من معتقدم هیچ کدام از اینها مورد مناقشه قرار نمی گیرد. بنابراین می توانم کلمات مهم را به این شکل بازنویسی کنم - "مبالغ اولیه باید به نفع افرادی که توسط معمار برای اجرای کار معرفی شده اند

پرداخت شود". این امر بی معنی است اگر "مبالغ هزینه اصلی" به معنای عادی مبالغی باشد که برای انجام کار توسط پیمانکاران فرعی تعیین شده در صورت حساب مقادیر

وارد شده یا ارائه شده، موجود است. چنین مبالغی هرگز خرج نمی شوند. آنها فقط برآوردی از مبالغی است که بعداً در قرارداد فرعی بین پیمانکار و پیمانکاران فرعی

منتخب به عنوان قیمت هایی که باید برای پیمانکاران فرعی تعیین شده برای هزینه اولیه انجام شود، نشان داده شوند. هنگامی که این قراردادهای فرعی منعقد می شود، مبالغ

اصلی هزینه جز در حسابداری که در شرط ۳۰ (۵) (ج) ارائه شده است، نقش دیگری نخواهند داشت. برای اینکه این جمله معنایی قابل فهم داشته باشد، یا "مبالغ هزینه

اصلی" یا "هزینه شده" را بدهد، باید معنایی غیرمعمول داشته باشد. از سمت کارفرمایان استدلال شد که لفظ "هزینه شده" می تواند به معنای "اختصاص داده شده" باشد.

اما این کمکی نمی کند، زیرا مبالغ اصلی هزینه هرگز به یک پیمانکار فرعی و یا شخص دیگری اختصاص داده نمی شود و در نهایت مشاوران کارفرمایان قادر به ارائه کلمه

یا عبارتی نیستند که جایگزین کلمه "خرج شده" شود. از طرف دیگر، اگر "مبالغ هزینه اصلی" را بتوان به عنوان مبالغی که برای کار هزینه اولیه قابل پرداخت است،

خواند، معنای جمله روشن می شود. و این به نظر من نقضی بر کلمات موجود در بند نیست. بنابراین، من می این بند را اینگونه میخوانم که مبالغ قابل پرداخت بابت هزینه

اولیه "باید" به پیمانکاران فرعی منتخب، پرداخت شود. "به نفع فلانی صرف شده" عبارت نسبتاً عجیبی است، اما من فکر می کنم دلیل آن این است که پرداختی برای کار

انجام شده توسط پیمانکار فرعی منتخب، در وهله اول توسط کارفرمایان به پیمانکار اصلی پرداخت می شود، اما سپس توسط پیمانکار به پیمانکار فرعی منتخب پرداخت

می شوند. فرم قراردادهای استاندارد انجمن تخصصی معماران انگلستان (ریبا) هیچ شرطی را برای رویدادی که ممکن است بسیار غیر معمول نباشد ارائه نمی دهد- زیرا ممکن

است به دلایل مختلف، قرارداد موجود بین پیمانکار اصلی و پیمانکار فرعی قبل از عقد قرارداد فرعی فسخ شود. مسئله این است که در آن رویداد چه اتفاقی می افتد؟

به نظر من سه احتمال وجود دارد، و هیچ مورد دیگری وجود ندارد. اولین مورد این است که کارفرمایان باید انتخاب جدیدی انجام دهند، یا اگر مایل به ادامه کار نیستند،

به طور متفاوتی دستورالعمل هایی را در این زمینه ارائه دهند. اگر آنها انتخاب جدیدی انجام دهند، در مورد انتخاب اول باید با منتخبین جدید چانه بزنند و سپس به

پیمانکار اصلی بگویند که نسبت به عقد قرارداد فرعی اقدام کند. سپس، اگر قیمت قرارداد فرعی دوم بیش از قیمت قرارداد فرعی اول باشد که به پایان رسیده است،

کارفرمایان باید متحمل ضرر شوند. احتمال دوم این است که، هنگامی که قرارداد با پیمانکار فرعی منتخب فسخ می شود، این حق و وظیفه پیمانکار اصلی است که خود هزینه اولیه را به قیمت تعیین شده در قرارداد فرعی که فسخ شده است، پرداخت کند. احتمال سوم این است که پیمانکار اصلی باید متعهد باشد که پیمانکار فرعی تعیین شده کار را به اتمام رساند و تا زمانی که به دلیل فسخ قرارداد فرعی، انجام آن تعهد غیرممکن شود، ممکن است نقض جبران ناپذیر قرارداد توسط پیمانکار اصلی وجود داشته باشد. کارفرمایان استدلال کردند که یکی از این تفاسیر صحیح است.

به نظر من اعتراضات غیرقابل قبولی، به اظهارات کارفرمایان وجود دارد. طرح مذکور برای پیمانکاران فرعی منتخب، روشی مبتکرانه برای دستیابی به دو هدف است که در نگاه اول ممکن است ناسازگار به نظر برسند. کارفرمایان می خواهند انتخاب کنند که چه کسی باید هزینه اولیه را انجام دهد و شرایطی را که باید انجام شود را تعیین کرده و در عین حال از خطرات و مشکلاتی که ممکن است در صورت عقد قرارداد با شخصی که با آن در ارتباط است به وجود آید، جلوگیری کند. این طرح، زنجیره ای از مسئولیت را ایجاد می کند. با توجه به حق بسیار محدود اعتراض، پیمانکار اصلی ملزم به عقد قرارداد با اشخاص منتخب کارفرمایان است، اما هیچ نگرانی نسبت به شرایط آن وجود ندارد، زیرا این شرایط توسط کارفرمایان و اشخاص منتخب آنها حل و فصل می شود. من چیزی پیدا نمی کنم که نشان دهد پیمانکار اصلی در هر صورت می تواند حق یا وظیفه انجام هرگونه کار و هزینه اصلی را داشته باشد. من فکر می کنم این مورد با تمام اهداف طرح مغایرت دارد و عجیب خواهد بود که پیمانکار مجبور شود کاری را انجام دهد که هرگز برای آن، اقدام به برگزاری مناقصه نکرده است. علاوه بر این، اگر من شرط ۲۷ را به درستی تفسیر کرده باشم، این شرط که پرداخت هزینه کار اصلی باید به نفع پیمانکاران فرعی تعیین شده باشد، نمی تواند توسط خود پیمانکار پرداخت شود، و باید چنان نتیجه گیری کرد که پیمانکار نباید کار هزینه اولیه را شخصاً بر عهده گیرد. بنابراین من اولین ادعای کارفرمایان را رد می کنم. دعوی جایگزین کارفرمایان نیز، مشکلات مشابهی را شامل می شود. اگر آنها می توانستند ثابت کنند که طبق قرارداد، هیچ وظیفه ای بر عهده کارفرما نیست که در صورت انصراف نامزد اول، پیمانکار فرعی دیگری را تعیین کند، می توان گفت که وقتی پیمانکار اصلی متعهد شد هزینه اصلی را تکمیل کند، کار همانطور که در شرط یک مشخص شده است، توسط اولین پیمانکار فرعی منتخب تکمیل خواهد شد. اما اگر با تنظیم مناسب قرارداد، کارفرمایان مجبور شوند در صورت انصراف اولین نامزد، مجدداً نامزد شوند، در این صورت هیچ تضمینی برای تضمین اولین پیمانکار فرعی تعیین شده وجود ندارد. به بیان ساده، تعهد پیمانکار واگذاری کار تکمیل شده است. اگر این کار را نکند، نقض قرارداد است. اگر خطا به خودی خود و بدون دخالت وی باشد نیز، متحمل ضرر می شود، اما اگر خطا از پیمانکار فرعی ناشی شده باشد، می تواند از پیمانکار فرعی برای خسارت هایی که باید به کارفرمایان بپردازد شکایت کند.

اعتراض دیگری به این ادعای کارفرمایان وجود دارد که اگر پیمانکار موظف باشد کار و هزینه اولیه را تقبل کند، نمی تواند تعهدات خود را طبق قرارداد انجام دهد و توسط یک پیمانکار فرعی منتخب انجام شود، زیرا نامزد اول انصراف داده و برای دومی، شرطی پیش بینی نشده است، که این مورد به بن بست برخواهد خورد. به هیچ وجه نمی توان این کار را تحت قرارداد انجام داد. گفته می شود که پیمانکار می تواند در این امر دخالت کند و کار را انجام دهد تا خسارت ها را کاهش دهد. اما پس از آن، کار طبق قرارداد انجام نمی شود و کارفرمایان و معمار آنها کنترل خود را از دست می دهند. این مورد نمی تواند عامدانه باشد، و من به شدت شک دارم که آیا پیمانکار می تواند چنین حقی داشته باشد؟ اگر ادعای پیمانکار صحیح باشد، هنگامی که هر پیمانکار فرعی معرفی شده از تکمیل قرارداد خود امتناع ورزد، مشکلات جدی و شاید غیرقابل حل به وجود بیاید. من هیچ مشکلی بزرگ در این مورد نمی بینم که در صورت انصراف پیمانکار فرعی اول، قرارداد نیاز به نامزد دومی داشته باشد. گفته می شود که هیچ پیش بینی صریحی برای این کار وجود ندارد، اما پس از آن هیچ عنوان و جایگاه مشخصی برای نامزدی اول وجود نخواهد داشت. در واقع، عدم وجود چنین مقرراتی منجر به این دیدگاه شده است که حمایت قابل توجهی را به خود جلب کرده باشد که نه تنها کارفرمایان هیچ وظیفه ای برای نامزدی نداشته باشند، بلکه فقط حق یا گزینه ای برای انجام آن خواهند داشت. اما این نمی تواند درست باشد. در قرارداد پیش بینی شده است که کار و هزینه اولیه باید انجام و پرداخت شود، و ممکن است پیمانکار نتواند کار خود را انجام دهد یا حداقل نتواند کار خود را به پایان برساند. هزینه اولیه حتی تا زمانی که پیمانکار فرعی تعیین شده وارد قرارداد نشود، مشمول هیچگونه تعریفی نخواهد بود. هیچ کس پیشنهاد نمی کند که پیمانکار اصلی، نگرانی از هزینه اولیه نداشته باشد، مگر اینکه ملزم به عقد قرارداد با یک پیمانکار فرعی دیگر باشد. اگر عدم تعیین پیمانکار فرعی مانع پیمانکار در انجام کارهای خود شود، نقض آشکار قرارداد خواهد بود. هنگامی که پذیرفته شد که پیمانکار اصلی حق و وظیفه ای ندارد که وقتی پیمانکار فرعی تعیین شده بیش از قبل از معرفی پیمانکار فرعی کنار می رود، خود او کار را انجام دهد، بنابراین این وظیفه بر عهده کارفرمایان است. نامزد جدید زمانی انتخاب خواهد شد که یک پیمانکار فرعی منتخب انصراف دهد. زیرا در غیر این صورت نمی توان کار قرارداد را به پایان رساند. علاوه بر این، شرط ۲۷ مستلزم آن است که پرداخت هزینه کار اصلی به پیمانکاران فرعی منتخب پرداخت شود. بنابراین در صورت انصراف نامزد اول، هیچگونه هزینه ای برای

کارهای اصلی که هنوز باید تحت قرارداد انجام شود، قابل پرداخت نیست، مگر اینکه این کار توسط پیمانکار فرعی منتخب دوّم انجام شود. شاید بتوانم اضافه کنم که بحثی وجود داشت که اگر حدس من درست باشد و یک پیمانکار به اشتباه قرارداد فرعی را فسخ کند، مشکل بزرگی ایجاد می شود، ممکن است به این دلیل باشد که به اشتباه فکر می کند که پیمانکار فرعی شرطی اساسی را در قرارداد، نقض کرده است. سپس، به نظر من، پیمانکار قرارداد خود را با کارفرمایان نقض می کند و یک پیمانکار فرعی جدید باید معرفی شود. اما پیمانکار باید خسارت ناشی از نقض قرارداد از جمله هرگونه ضرری را که کارفرمایان در نقض آن ایجاد می کنند، بپردازد. اگرچه من به یک نتیجه واضح رسیده ام که در این مورد وظیفه ای برای تجدید قوا وجود داشته است، اما مفاد قرارداد انجمن تخصصی معماران انگلستان (ریبا) آنقدر گیج و مبهم است که بدون یک زنجیره طولانی و پیچیده نمی توان به نتیجه ای رسید. فرم انجمن تخصصی معماران انگلستان (ریبا) از شرایطی که توسط موسساتی که از آن استفاده میکنند، بسیار حمایت می شود. مدت هاست به خوبی شناخته شده است که سوال مورد بحث در مورد حاضر باعث ایجاد شک و مناقشه شده است. اما می توان آن را با تعدیل کوچک این شرایط تصحیح کرد. اما موسسه این کار را انجام نداده است، و در نتیجه باعث دعوای طولانی و پرهزینه در پرونده کنونی شده است. من این تجدیدنظر را رد می کنم.

روابط با کارفرما

عدم وجود رابطه فصوصر

لازم به یادآوری است که هیچ رابطه خصوصی بین کارفرما و پیمانکار فرعی وجود ندارد. در نتیجه، کارفرما نمی تواند به طور مستقیم برای پیمانکار فرعی در مورد هرگونه مساله قراردادی ناشی از کار پیمانکار فرعی، مانند مطالبات تأخیری، کار معیوب و ... صحبتی کند، زیرا این مطالبات مستقیماً در اختیار پیمانکار اصلی است. عکس آن نیز صادق است و پیمانکار فرعی نیز نمی تواند مستقیماً از کارفرما درخواست پرداخت کند. این مشکل از طریق قانون قراردادها (حقوق اشخاص ثالث) ۱۹۹۹ و از طریق تصمیمات دادگاه در دو حوزه مهم برطرف شده است، در حالی که مشخص شده است که ممکن است هیچگونه ارتباط خصوصی تحت قرارداد وجود نداشته باشد، مسئولیت نقض قرارداد همچنان موجود خواهد بود.

قانون قراردادها (حقوق اشخاص ثالث) ۱۹۹۹

بر اساس این قانون، شخص ثالثی مانند پیمانکار فرعی، می تواند از یک شرط محرومیت استفاده کنند، اما حقوق آن نمی تواند بیشتر از آن باشد که در ابتدا در قرارداد مشخص شده است. این قانون به پیمانکاران فرعی حق می دهد که در صورت بهره مندی مستقیم از بخشهای اصلی قرارداد، بتوانند شرایط مفید قرارداد اصلی را اعمال کنند.

مسئولیت در برهم

مسأله ای که پیش می آید اینست که پیمانکار فرعی چه وظیفه ای در قبال کارفرما دارد؟ این موضوع در پرونده تامپسون (۱۳) مطرح شد، جایی که موضوعی در مجلس اعیان مطرح شد که آیا یک پیمانکار فرعی وظیفه مراقبت از پروژه را در قبال آتش سوزی ناشی از کار در ساختمان دارد؟ در اینجا، تامپسون به عنوان یک پیمانکار فرعی داخلی مشغول به کار بود که روی پشت بام ساختمانهای متعلق به شرکت مخابراتی بریتانیا در گلاسکو کار می کرد. ادعا شد که به دلیل سهل انگاری تامپسون، آتش سوزی آغاز شد که خسارات زیادی به سقف و فضای داخلی ساختمان وارد کرد. مشکل این بود که هیچ قرارداد مستقیمی بین شرکت مخابراتی بریتانیا و تامپسون وجود نداشت، بنابراین شرکت مخابراتی بریتانیا برای سهولت در جبران خسارت های ناشی از آتش سوزی، از روی غفلت اقدام کرد.

در اینجا، پیمانکار اصلی تحت قرارداد استاندارد بر سرتر ۸۰ عمل کرده بود و قرارداد فرعی با تامپسون یک پیربینر داشت، که بیانگر کرد:

کار شما باید با همان مشخصات، شرایط و ضوابط قرارداد که بین شما و مشتری منعقد شده بود، انجام شود. این شرایط بر هر موردی که ممکن است در پیشنهاد خود داشته باشید، اولویت دارد. قرارداد اصلی شامل بندهایی مانند بند ۲۲ سی خواهد بود که به موجب آن کارفرما ملزم به اخذ و نگهداری بیمه نامه نسبت به سازه های موجود ساختمان به همراه محتویات آنها برای هزینه کامل بازسازی، تعمیر یا تعویض یا تلف یا آسیب ناشی از یک یا چند مورد از خطرات مشخص شده، خواهد بود. بنابراین، کارفرما باید در برابر خسارات ناشی از آتش سوزی بیمه شده و خطر آن را متحمل شود. بر این اساس، تامپسون موضعی را اتخاذ کرد که آنها به درستی اقدامی برای بیمه کردن سازه های موجود و محتویات آنها در برابر خطر آتش سوزی به دلیل هرگونه عمل یا کوتاهی از طرف خود، انجام نداده بودند- بنابراین، آنها مناقصه خود را بدون چنین پوششی، ارائه کردند. تامپسون در آن زمان، چنان موضعی گرفت که نه عادلانه بود و نه وظیفه مراقبت از پیمانکار فرعی در قبال کارفرما را در چارچوب توافق نامه

ای که به موجب آن کارفرما متعهد شده بود بیمه ای را برای پوشش چنین خطراتی در نظر بگیرد، ارائه میداد. در ابتدا، دادگاه اسکاتلند با تامپسون موافقت کرد، یعنی طبق شرایط قرارداد، پیمانکار اصلی و پیمانکار فرعی در چنین شرایطی هیچ مسئولیتی ندارند، و بر این اساس، عادلانه نخواهد بود. منطقی است که وظیفه مراقبت را به پیمانکار فرعی تحمیل کنید. پرونده به مجلس اعیان رسید و در آنجا نمایندگان اظهار تردید کردند که طرح قراردادی تریبی را فراهم کرده است که براساس آن بیمه ای که توسط شرکت مخابراتی بریتانیا ارائه می شود، لزوماً به نفع یک پیمانکار فرعی داخلی عمل کند. این شروط برای به رسمیت شناختن پیمانکاران فرعی تعیین شده به عنوان بیمه شده تحت این بیمه نامه ارائه شده بود، اما هیچ اشاره مستقیمی به سایر پیمانکاران فرعی نداشت. نمایندگان مجلس اعیان همچنین، ضرورت بررسی ماهیت بیمه ای را که کارفرما باید طبق قرارداد ملزم به بررسی آن بود، و سایر مواردی را که دادگاه معتقد بود کارفرما باید تحت شرایط حداقلی بیمه جی سی تی قرار اعمال میکرد، بررسی کردند. آثار مربوط به خسارات وارده به آثار ناشی از خطرات مشخص (آتش، رعد و برق، انفجار، طوفان و غیره) ایجاد می شود و مشخص می شود که چنین بیمه ای تنها در مورد خطرات ناشی از پدیده های طبیعی، مورد نیاز است. بنابراین، بند مورد بحث، کارفرما را ملزم به بیمه شدن در برابر خطر آتش سوزی ناشی از سهل انگاری پیمانکار یا پیمانکار فرعی نمی کند. بر این اساس، این حکم این بود که پیمانکار فرعی وظیفه مراقبت از پروژه در مقابل کارفرما را بر عهده دارد که نمی تواند توسط ترتیبات بیمه ای تحت قرارداد نادیده گرفته شد، و نمایندگان مجلس اعیان بیان داشتند:

"به نظر من مفاد قراردادی به جای منفی، وجود وظیفه مراقبت از شرکت مخابراتی بریتانیا در مقابل تامپسون را در شرایط مورد فعلی تقویت می کند."

روابط پیمانکار فرعی با معمار و مهندس

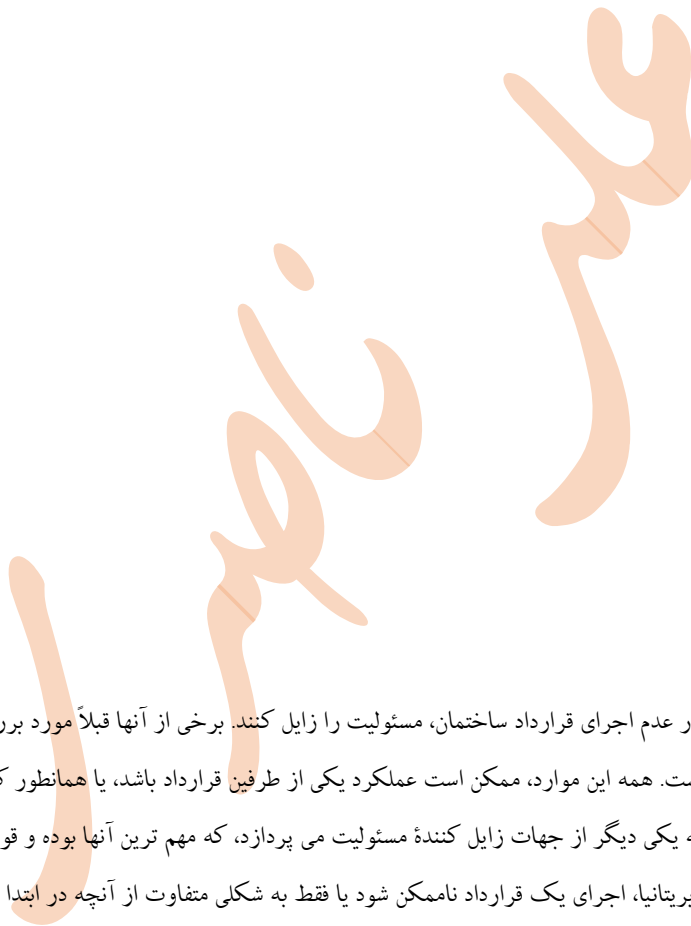
گاهی اوقات پیمانکار فرعی ادعا می کند که توافقش با پیمانکار به منزله عقد قرارداد با کارفرماست، زیرا با پیمانکاری توافق کرده است که ادعا می شود، عامل کارفرما بوده است. در صورت صحت این امر، کارفرما مستقیماً در قبال پیمانکار فرعی مسئول خواهد بود، اما برای وقوع این امر باید یک رابطه نمایندگی خاص وجود داشته باشد و اثبات این رابطه نمایندگی به عهده پیمانکار فرعی است. به طور کلی، در مورد پیمانکاران فرعی متخصص، ممنوعیت یک شرط صریح در قرارداد، پیمانکار عامل کارفرما نخواهد شد و این مسئله ویژه در شرایطی خواهد بود که کارفرما، پیمانکار فرعی را انتخاب می کند و پیمانکار فرعی کار خود را با اجرتی موقت که در قرارداد اصلی درج شده است، انجام می دهد. مسئله قابل ذکر اینست که پرونده مجلس اعیان و شورای شهر همپتون (۱۴)، جایی که پیمانکار موافقت کرد که مدرسه ای را زیر نظر معمار و کارفرما بسازد. قیمت قرارداد ۱۳،۶۰۰ پوند بود و مشخصات آن شامل مبالغ موقت بود، که شامل: "۴۵۰ پوند برای دستگاه گرمایش فشار پایین" بود. معمار به پیمانکار دستور داد تا طرحی را که توسط مهندس گرمایش به معمار ارائه شده است بپذیرد، که سیستم گرمایش با فشار پایین را به قیمت ۳۹۱ پوند ارائه دهد. در حالی که کارها در حال انجام بود، پیمانکار مبلغ ۲۰۰ پوند به پیمانکار فرعی پرداخت کرد، اما نتوانست موجودی آن را پرداخت کند و مهندس پیمانکار فرعی برای این مبلغ علیه شورا شکایت کرد. این ادعا سرانجام شکست خورد، زیرا تصور شد که پیمانکار باید مدرسه را با مبلغ یکجا، از جمله: دستگاه گرمایش تا هزینه ۴۵۰ پوند و همچنین استخدام یک متخصص برای نصب سیستم گرمایشی، احداث کند. دستگاه، به عنوان یک مدیر اصلی عمل می کرد و نه به عنوان عامل مالکین ساختمان. همچنین، در پرونده سویندل (۱۵) نیز، همین نتیجه وجود داشت. در اینجا، یک معمار به پیمانکاران فرعی کف پرداخت و آنها را متعهد به پرداخت کرد که اعتبار کارفرما را متعهد شوند، اما مشخص شد که کارفرما ترتیبات اعتباری را تأیید یا تصویب نکرده است و بنابراین، کارفرما هیچ مسئولیتی در قبال پیمانکاران فرعی نداشته باشد، اما در عوض معمار در نظر گرفته شده است. بنابراین، واضح به نظر می رسد که اگر رابطه نمایندگی خاصی وجود نداشته باشد و به معمار اجازه دهد با یک پیمانکار قرارداد فرعی ببندد، معمار چنین اختیار ضمنی نخواهد داشت.

عزیزانم

فصل ششم

جهات زایل کننده مسئولیت

در اختلافات پیمانکاری



ممکن است موارد بسیاری وجود داشته باشد، که در عدم اجرای قرارداد ساختمان، مسئولیت را زایل کنند. برخی از آنها قبلاً مورد بررسی قرار گرفته اند که شامل کلاهبرداری، اظهار خلاف واقع (تدلیس) و اشتباه است. همه این موارد، ممکن است عملکرد یکی از طرفین قرارداد باشد، یا همانطور که در اشتباه متقابل بررسی شد، عملکرد هر دو طرف قرارداد نیز، باشد. این فصل به یکی دیگر از جهات زایل کننده مسئولیت می پردازد، که مهم ترین آنها بوده و قوه قاهره (فورس ماژور) نام دارد. همانطور که قبلاً مورد بحث قرار گرفت، اگر در بریتانیا، اجرای یک قرارداد ناممکن شود یا فقط به شکلی متفاوت از آنچه در ابتدا بین طرفین توافق شده بود، بتواند انجام شود، ممکن است دکتربین "قوه قاهره" اعمال شود و به قرارداد خاتمه دهد، که ممکن است این مسئله به نفع هیچ یک از طرفینی که می خواهند قرارداد بجای فسخ در مدت زمان وقوع قوه قاهره، برای دوره ای خاص به حالت تعلیق درآید، نباشد. در مقابل، در صورت تأخیر یا عدم اجرای قرارداد توسط یکی از طرفین به دلایلی خارج از کنترل وی، ممکن است دکتربین "قوه قاهره" اعمال شود، که به جای فسخ قرارداد، به طور کلی منجر به تعلیق تعهدات قراردادی شود.

قوه قاهره (فورس ماژور)

در صورت وقوع یک رویداد مشخص، مقررات قوه قاهره در قراردادهای ساختمانی، اجرای قرارداد را مشکل می کنند و خطر وقوع رویدادهای پیش بینی نشده را نیز می به وجود خواهد آورد. مفهوم قوه قاهره (فورس ماژور) از قانون ناپلئون فرانسه سرچشمه گرفته و اغلب در اکثر قراردادهای ساختمانی استفاده می شود. به عنوان مثال، در قراردادهای دیوان محاکمات قراردادهای مشترک JCT، قوه قهریه به عنوان "رویدادی مرتبط" ذکر شده است و طبق قوانین عادی یک مفهوم مرتبط با آن "غیرقابل اجرا بودن مفهوم تجاری قرارداد" است. که در قراردادهای مهندسين مشاور بین المللی (FIDIC) در زیر بند ۱۹.۱ چنین تعریف شده است:

در این بند، "قوه قهریه" به معنی یک رویداد یا شرط استثنایی است:

الف) که خارج از کنترل یکی از طرفین قرارداد است،

ب) مواردی که قبل از انعقاد قرارداد، یکی از طرفین نمی تواند به طور منطقی اجرای آن را تأمین کند

ج) شرایطی است که به وجود آمده است و طرف مذکور نمی تواند به طرز معقولی از آن اجتناب کند

د) که به شکلی قابل ملاحظه، قوه قهریه و عدم امکان اجرای قرارداد، منتسب به طرف دیگر نباشد.

تا جایی که شرایط الف) تا د) بالا برآورده شده باشد، ممکن است قوه قاهره شامل موارد زیر باشد، اما تنها محدود به رویدادهای تمثیلی زیر نباشد و مصادیق دیگری نیز داشته باشد:

۱) جنگ یا خصومت سیاسی یا اقدام دشمنان خارجی

۲) شورش، تروریسم، انقلاب، اغتشاش یا غصب قدرت، یا جنگ داخلی

۳) بی نظمی، اعتصاب یا محاصره محل احداث توسط افرادی غیر از پرسنل پیمانکار و سایر کارکنان پیمانکار و پیمانکاران فرعی

۴) تأثیرات استفاده از مهمات جنگی، مواد منفجره، تشعشعات یونیزه کننده یا آلودگی با فعالیتهای رادیواکتیو

۵) بلایای طبیعی مانند زلزله، طوفان یا فعالیت های آتشفشانی باشد.

ممکن است قوه قاهره گاهی صراحتاً راه حلی انحصاری ارائه کند که به طور خاص خطر برخی رویدادهای غیر منتظره آینده را به یکی از طرفین واگذار کند. با این حال، باید توجه داشت که اگر در شرط فوق ذکر نشده باشد که این مورد، تنها راه حلی برای اجتناب از عدم اجرای قرارداد است، ممکن است طرف آسیب دیده به دفاع از عدم امکان اجرای تجاری قرارداد تکیه کند و تخصیص تمام این خطرات احتمالی نتواند طیف کامل امکان اجرای قرارداد را پوشش دهد. باید توجه داشت که حتی اگر قرارداد، یک رویداد خاص در مفاد قوه قاهره را لحاظ نکند، ممکن است در صورت وقوع آن رویداد خاص، یکی از طرفین همچنان از اجرای قرارداد معاف باشد. به همین دلیل است که به عنوان مثال، قرارداد مهندسین مشاور بین المللی (فیدیک) به این صورت بیان شده است و اجازه می دهد هر گونه رویداد استثنایی در محدوده شرط مذکور قرار گیرد. در پرونده پریستمن (۱) متهمان موافقت کردند که در ۲۸ فوریه ۱۹۱۳ یا قبل از آن یک کشتی یا لنج برای شاکی بسازند و به او تحویل دهند. این قرارداد شامل بند استثنائات زیر بود: اگر کشتی به طور کامل برای خریدار در زمان ذکر شده تحویل داده نشود، سازندگان موافقت می کنند که خسارت نقد شده را به خریدار بپردازند و نیز مبلغ ۱۰ پوند برای هر روز تأخیر به عنوان جریمه، پرداخت خواهد شد. با کسر قیمت مقرر در این قرارداد، صرف نظر از علت قوه قهریه، که میتواند شامل: اعتصاب کارگران کشتی سازی، کارگاه هایی که ماشین آلات در آن در حال ساخت، یا فولاد مورد نیاز کشتی در آن در حال تولید باشد، مشکلی پیش آید، مابقی مبلغ پرداخت خواهد شد. به دلیل اعتصاب جهانی کارگران زغال سنگ در سال ۱۹۱۲، متهمان نتوانستند مواد مورد نیاز خود را برای سوخت کشتی تهیه کنند و در نتیجه نتوانستند ساخت کشتی را به موقع تکمیل کنند. بر این اساس، تکمیل و تحویل کشتی شاکی با تأخیر انجام شد و شاکی مطالبه خسارت کرد. در واقع ساخت کشتی نه تنها به دلیل اعتصاب کارگران زغال سنگ، بلکه به دلیل حوادثی از جمله شرایط بد جوی، غیبت کارگران به دلیل مسابقه فوتبال و مراسم تشییع جنازه مدیر کشتی سازی نیز، به تأخیر افتاد. دادگاه چنان موضعی گرفت که این دلایل "حوادث معمول وقفه و تأخیر در کار" هستند، بنابراین قوه قاهره یا فورس ماژور محسوب نمی شوند، اما در مورد اینکه آیا اعتصاب کارگران زغال سنگ به منزله قوه قاهره بوده است یا خیر، دادگاه اعلام کرد:

الف) تغییر مشاغل متهمان و کسانی که از آنها موادی برای ساخت کشتی دریافت شده است و به طور غیرمستقیم در اتمام ساخت کشتی شاکی عمل کرده اند، میتواند یک مورد از قوه قهریه بوده، اما با توجه به تأخیر ایجاد شده، استثنائی بر این بند بوده و در نتیجه، متهمان معاف هستند؛ (ب) تأخیر به دلیل خرابی ماشین آلات، در لفظ "قوه قاهره" آمده است، که مطمئناً حوادث ماشین آلات را پوشش می دهد.

اصطلاح "فورس ماژور" را نمی توان در هر شرایط بد آب و هوا، مسابقات فوتبال یا مراسم تشییع جنازه پوشش داد. اینها حوادث معمولی هستند که موجب اخلاق در انجام کار شده که بدون شک متهمان در عقد قرارداد آنها را در نظر گرفته اند. در اینجا، قرارداد مذکور، خسارت های پرداخت شده، شامل "علل قوه قهریه" نبوده و انواع خاصی از اعتصاب را پیش بینی کرده بود. منطق در این مورد نشان می دهد که فورس ماژور به معنای هر چیزی خارج از کنترل پیمانکار است و فقط به

وقایع طبیعی محدود نمی شود. در واقع، این مفهوم در طول سالیان، مرزهای مشخصی نداشته و در برخی موارد پیشنهاد شده که حوادثی که قوه قهریه را تشکیل می دهند، باید در یکی از بندهای قرارداد قید شود و با عبارات مشخصی مانند: "در این شرایط قوانین قوه قاهره اعمال می شود"، ذکر شود. بنابراین، اصطلاح "قوه قاهره" یا همانطور که در قرارداد مهندسين مشاور بين المللی (فیدیک) که قبلاً توضیح داده شد به طور دقیق تعریف می شود، یا در قرارداد ذکر خواهد شد که در صورت وقوع حادثه قوه قاهره چه اتفاقی می افتد. به عنوان مثال، در برخی از قراردادها، قوه قاهره به معنای برخی رویدادهای مشخص مانند جنگ، تروریسم، آلودگی هسته ای و یا شیمیایی است. در واقع، برخی از قراردادها، مانند مهندسين مشاور بين المللی (فیدیک)، مشخص می کنند که در صورت وقوع قوه قاهره چه اتفاقی می افتد.

به طور کلی، چنین بندهایی ریسکی را پوشش می دهند که اگر طرفین نتوانند رویداد یا اثری که قابل پیش بینی یا کنترل نیست، غیرممکن یا غیرقابل اجرا شود. برای تعیین اینکه آیا چنین بوده است، ابتدا باید تعیین کرد که آیا رویداد پیش بینی نشده در قرارداد به عنوان یک رویداد در برگیرنده قوه قاهره تعریف شده است یا خیر؟ سپس، باید بررسی شود که چه شواهدی مبنی بر عدم کنترل منطقی شخصی که به دنبال محافظت از قوه قهریه است، وجود دارد. هنگامی که این کار با موفقیت انجام شد، باید تعیین شود که آیا هنوز می توان قرارداد را انجام داد و آیا این قرارداد شامل خسارت در تأخیر یا خسارت های دیگر است یا خیر؟ لازم به ذکر است که اکثر بندهای قوه قاهره، انواع رویدادهای غیرقابل پیش بینی را که ممکن است اجرای قرارداد را زایل کنند، بیان می کنند. بنابراین، طرف متکی به نهاد قوه قاهره، مسئولیت اثبات این موضوع را دارد که (الف) خارج از کنترل وی بوده است. (ب) نتیجه تقصیر یا سهل انگاری خود او نبوده است. نهاد قوه قاهره نمیتواند در برابر "خطرات عادی" مانند: آب و هوای بد، یا تغییر شرایط بازار و... قرار گیرد.

در صورت وقوع قوه قاهره، آیا قرارداد فسخ می شود؟

بنابر زیر بند ۱۹.۶ قراردادهای مهندسين مشاور بين المللی (فیدیک)، به طور معمول، پیمانکار از پرداخت خسارت های معاف خواهد شد و برای هر یک از طرفین اختیاری به وجود خواهد آمد تا در مدت زمانی معقول، قرارداد را فسخ کند:

"اگر تحت زیر بند ۱۹.۲، عدم اجرای قرارداد به دلایل خاص مذکور، به مدت ۸۴ روز یا با جمع چندین دلیل موجه تا ۱۴۰ روز ناممکن شود، هر یک از طرفین می توانند نسبت به فسخ قرارداد، اقدام کنند. در این صورت، چنین فسخی، ۷ روز پس از اطلاع رسانی لازم الاجرا می شود و پیمانکار مطابق با بند ۱۶.۳ (توقف کار و حذف تجهیزات پیمانکار) عمل خواهد کرد. پس از پایان کار، مهندس باید ارزش کار انجام شده را تعیین کرده و گواهی پرداخت صادر کند که شامل موارد زیر است:

(الف) مبالغ قابل پرداخت برای هر کاری که بهای آن در قرارداد قید شده است ؛

(ب) هزینه مواد و مصالح سفارش داده شده برای وظایف محوله به پیمانکار، که پیمانکار موظف به تحویل آنهاست: این مواد و مصالح باید در محدوده دارایی کارفرما قرار گیرد. پس از پرداخت هزینه توسط کارفرما، این مصالح باید در اختیار پیمانکار قرار گیرند.

(ج) هرگونه هزینه یا بدهی دیگری که در شرایطی که به طور منطقی، پیمانکار در حین اتمام کارها متحمل شده است ؛

(د) هزینه حذف آثار موقت و تجهیزات پیمانکار از محل احداث و مرجوع این تجهیزات به پیمانکار ؛

(ه) هزینه ارجاع کارکنان و کارگران پیمانکار که به طور کامل در ارتباط با کارها در تاریخ پایان پروژه به کار گرفته شده اند."

همچنین، اگر وضعیت فورس ماژور از چنان ماهیتی برخوردار باشد که امکان ادامه کار وجود نداشته باشد، طرف مدعی کاملاً از اجرای بیشتر قرارداد معاف خواهد بود. در یک بند معمولی، مانند زیر بند ۱۹.۷ مهندسين مشاور بين المللی (فیدیک) آمده است:

"صرف نظر از سایر مفاد این بند، در صورت بروز هرگونه رویداد یا شرایطی خارج از کنترل طرفین (در محدوده شمول قوه قهریه) که انجام تعهدات قراردادی هر یک از طرفین را ناممکن یا غیرقانونی کند، قانون حاکم بر قرارداد، به طرفین اجازه می دهد تا پس از اطلاع هریک از طرفین به طرف دیگر در مورد چنین رویداد یا شرایطی، از اجرای بیشتر قرارداد معاف شوند:

(الف) طرفین از هرگونه عملکرد دیگر بدون هیچ گونه خدشه ای به حقوق طرف مقابل در مورد نقض قبلی قرارداد، معاف شده باشند

(ب) مبلغ قابل پرداخت توسط کارفرما به پیمانکار که طبق زیربند ۱۹.۶ [فسخ اختیاری، پرداخت و رهایی] در صورت خاتمه قرارداد، باید پرداخت شود.

لازم به ذکر است که بند مذکور مهندسین مشاور بین المللی (فیدیک) شامل مواردی فراتر از قوه قاهره نبوده و در حصر موارد مذکور است. علاوه بر این، خواهان تمسک به نهاد قوه قهریه است باید اثبات کند راهی برای رهایی از شرایط مذکور و ادامه قرارداد برای وی وجود نداشته است.

وقایع طبیعی

اگرچه این اصطلاحات گاهی به جای یکدیگر استفاده می شوند، اما قوه قاهره و "وقایع طبیعی" مفاهیم متفاوتی هستند. واقعه طبیعی، مفهوم اختیار انسان را حذف می کند، در حالی که قوه قاهره اینطور نیست. به طور سنتی، وقایع طبیعی شامل رویدادهایی مانند گردباد، رعد و برق، سیل، زلزله، خشکسالی و شرایط آب و هوایی غیرمعمول می شود. رویدادهای قوه قاهره معمولاً نه تنها "وقایع طبیعی"، بلکه شامل وقایع انسانی مانند اعتصاب، محاصره، شورش، جنگ، انفجار، خرابکاری و اقدامات دولتی است. با این حال، طرفین قرارداد در ایجاد، شناسایی و چانه زنی برای تعیین دایره شمول قوه قاهره مختارند. همانطور که قبلاً ذکر شد، اصطلاح "قوه قاهره" از قانون ناپلئون گرفته شده است و بر این مفهوم استوار است که اگر به طرفین اجازه داده شود تا در شرایطی که انجام تعهداتشان مشکل است، از انجام آن معاف شوند، منصفانه است. در حالی که قوه قاهره ممکن است طبق قوانین فرانسه به طور جهانی قابل اجرا باشد، همانطور که قبلاً ذکر شد، طبق قانون عادی این یک حق قراردادی است که به یکی از طرفین اجازه می دهد تا در صورت وقوع برخی از وقایع تعریف شده، از مسئولیت رهایی یابد. مفهوم "عدم امکان اجرا" در قوه قاهره زمانی رخ می دهد که پس از انعقاد قرارداد، هدف اصلی قرارداد به طور اساسی بدون تقصیر طرفین در اثر وقوع رویدادی که مفروض اصلی را نفی می کند، ناممکن شود. زمانی که قرارداد منعقد شده باشد و چنین اتفاقی رخ دهد، در صورت امکان، وظایف باقی مانده انجام خواهد شد، مگر اینکه شرایط خلاف آن را نشان دهد. علاوه بر این، اگرچه عدم امکان اجرا در موارد قوه قاهره شبیه آموزه غیرقابل اجرا بودن امور تجاری است، اما در صورت امکان اجرا، متفاوت خواهد بود. همچنین ارزش مورد انتظار در اجرا، برای طرفی که می خواهد با تمسک به قوه قاهره معذور باشد، توسط یک رویداد پیش بینی نشده از بین رفته است. بنابراین، اگر رویداد ناممکن کننده در زمان عقد قرارداد قابل پیش بینی باشد، چنین مفهومی اعمال نخواهد شد. (۳)

اهداف قوه قاهره – از لحاظ تاریخی و بین المللی (۴)

همانطور که قبلاً ذکر شد، مفاد قوه قهریه برای حذف مسئولیت در مواردی وجود دارد که رویدادهای پیش بینی نشده، خارج از کنترل طرفین، مانع از انجام تعهدات قراردادی آنها می شود. دادگاه عالی کانادا تعریف بسیار خوبی از قوه قاهره در پرونده کاغذسازی آتلانتیک (۶) ارائه داد که در آن هدف از قوه قهریه به صورت زیر شرح داده شده بود:

"[قوه قهریه] عموماً زمانی عمل می کند که یک رویداد فوق العاده، بعضاً غیر طبیعی و خارج از کنترل هر یک از طرفین، اجرای قرارداد را غیرممکن کرده باشد، کنه در این شرایط، وی معاف از مسئولیت خواهد بود. موضوع مشترک نهاد قوه قاهره، موضوعی غیرمنتظره و فراتر از دوراندیشی و مهارت منطقی بشر است."

در سطح بین المللی، رویدادهای قوه قاهره نیز به عنوان "خارج از کنترل و بدون تقصیر یا سهل انگاری طرف معذور" در نظر گرفته می شوند. (۷) به طور معمول، این بندها شامل جنگ ها و بلایای طبیعی می شود و همچنین می تواند شامل رویدادهای تجاری مانند عدم امکان تأمین کالا، ناآرامی های کارگری و حتی خرابی تجهیزات باشد.

در پرونده جیکوبز (۸)، زمانی که کشتی های شخص خوانده به دلیل جنگی که در کشور الجزیره در گرفته بود، در انجام تعهداتشان نسبت به تحویل مرسوله شکست خوردند، مدعی قوه قاهره شدند. طبق قانون فرانسه در آن زمان در الجزایر، متهم نمیتوانست به چنین نهادی تمسک جوید و از آن بهره مند گردد و خسارتی دریافت کند، زیرا به واسطه نیروی برتر (قوه قاهره)، متعهد از انجام آنچه که موظف به انجام آن بوده، باز مانده است. دادگاه چنان برآورد کرد که قانون فرانسه اقدام به اعطای تخفیف یا معافیت از مسئولیت در این پرونده کرده است، در حالی که قانون انگلیس هرگز چنین تخفیفی را برای آن قائل نبوده است، زیرا در نظام حقوق نانوشته و عرفی که در انگلستان حاکم است، هیچ اصلی منطبق با چنین معافیتی وجود ندارد. در حالی که جنگ مذکور، اجرای قرارداد را مختل کرده بود، "موضوع

اصلی اجرای قرارداد" را که برای تمسک به نهاد قوه قاهره لازم است را از بین نبرده بود. این قرارداد مفهوم قوه قاهره را ارائه نکرده بود و متهمانی که حامل مصالح و مواد بودند، مسئول بودند. نیازی به گفتن نیست که این نتیجه از نظر تجاری قابل قبول نبود و در نتیجه، مدتی نگذشت که مقررات قوه قاهره بسیار خاصی به طور منظم در قراردادهای انگلیسی ظاهر شد تا به طرفهایی که اجرای قرارداد برایشان ناممکن میشود، و شرایط لازم برای دفاع از نهاد قوه قاهره در دسترسشان نبود، کمک کند. (۹) استفاده از چنین نهادی در نظام های حقوقی مختلف متفاوت است. به عنوان مثال، در ایالات متحده، بیشتر رایج است که به جای آن از آموزه غیرقابل اجرا یا عدم امکان اجرا استفاده شود.

★ رایج صفحه ۱۴۵ ★

عذر منظر