



واکاوی صلاحیت شورای عالی فنی در انتظام بخشی پیمان‌های دولتی با نگاهی

به ماده (۵۳) شرایط عمومی پیمان نشریه ۴۳۱۱ سازمان برنامه و بودجه

▪ محمد مهدی رضوانی^۱

▪ زهرا سلیمی^۲

چکیده:

شورای عالی فنی مستقر در سازمان برنامه و بودجه، پنج صلاحیت منحصر به فرد در رابطه با پیمان‌های دولتی بر عهده دارد. این مرجع به نمایندگی از دولت با بررسی و تصویب قیمت‌های پایه، تصویب قیمت کارهای خاص که قیمت پایه ندارند، تجدید نظر در نرخ پیمان‌ها، ارائه طریق در خصوص موضوعاتی که در قرارداد برای آنها راه‌حلی ارائه نشده و همچنین داوری در اختلافات حادث شده بین پیمانکار و دولت، چارچوب قراردادهای دولتی و نتایج احتمالی ناشی از آنها را دستخوش تغییر می‌کند. صلاحیت اخیر در ماده (۵۳) شرایط عمومی پیمان به این مرجع اعطا شده است. در این مقاله با تمرکز بر مفهوم عام و خاص داوری دولتی و توجه به رویه این مرجع کوشش خواهد شد ضمن آسیب‌شناسی عملکرد شورای مذکور با لحاظ صلاحیت‌های سازمان برنامه و بودجه در سیاستگذاری مالی کشور، نقش شورای عالی فنی در انتظام بخشی پیمان‌های دولتی در پرتو صلاحیت داوری در اختلافات پیمانکاری واکاوی گردد.

کلید واژگان: شورای عالی فنی، سازمان برنامه و بودجه، پیمان، قراردادهای دولتی، داوری.

^۱. دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی - تهران. نویسنده مسئول

rezvanifar1388@yahoo.com

^۲. کارشناس ارشد حقوق خصوصی - دانشگاه امام صادق علیه السلام

۱- مقدمه

قراردادهای پیمانکاری دولتی در قالبی از پیش تدوین شده و به صورت فرم استاندارد موافقت‌نامه، شرایط عمومی و خصوصی پیمان و تحت عنوان نشریه ۴۳۱۱ بر اساس اختیارات حاصل از ماده (۲۳) قانون برنامه‌بودجه کشور مصوب سال ۱۳۵۱ و در قالب بخشنامه شماره ۵۴/۸۴۲-۱۰۲/۱۰۸۸ مورخ ۱۳۷۸/۰۳/۰۳ از سوی سازمان برنامه‌بودجه ابلاغ گردیده است. دستگاه‌های اجرایی در انعقاد قراردادهای پیمانکاری عمرانی که از محل اعتبارات تملک دارایی‌های سرمایه‌ای تأمین اعتبار می‌گردند مکلف به استفاده از نشریه مذکور می‌باشند. مطابق صدر بخشنامه مذکور مجموعه شرایط عمومی، خصوصی و موافقت‌نامه پیمان از نوع گروه اول و لازم‌الاجرای موضوع بند اول ماده (۷) آئین‌نامه استانداردهای اجرایی طرح‌های عمرانی است لذا پیمانکاران طرف قرارداد نیز پس از طی مراحل قانونی مناقصه، اختیاری در رد مندرجات نشریه مذکور نداشته و فرم مذکور صرفاً بر اساس محتوای پیمان و شرایط حاکم بر فرآیند مناقصه تکمیل می‌گردد.

با لحاظ جواز قانونی مندرج در ماده (۲۳) قانون برنامه‌بودجه، دستورالعمل‌هایی که مطابق ماده مذکور از سوی سازمان برنامه‌بودجه تدوین می‌شوند نیازی به تصویب هیئت وزیران نداشته و ماهیتاً مقرر اجرای محسوب می‌شوند بنابراین با عطف توجه به آئین‌نامه اجرایی ماده (۳۴) قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور باید قائل بر این شد که سازمان برنامه‌بودجه کشور به صورت عام و با توجه به ماده واحده قانون اصلاح تبصره (۸۰) قانون بودجه سال ۱۳۵۶ کل کشور، شورای عالی فنی به صورت خاص نقشی اساسی در انتظام بخشی به قراردادهای دولتی دارد.

همان‌گونه که سازمان برنامه‌بودجه بر اساس صلاحیت‌های مندرج در ماده (۵) قانون برنامه‌بودجه کشور به مثابه رصدخانه امور فنی و اجرایی کشور عمل می‌کند شورای عالی فنی نیز با مهندسی سند پیمان از طریق اعمال صلاحیت‌های خویش می‌تواند تأثیرگذار باشد. این اثرگذاری مخصوصاً با رفع اختلافات فی مابین دستگاه اجرایی و پیمانکاران طرف قرارداد در مقام تفسیر شرایط عمومی پیمان منصفه ظهور دارد. نکته حائز اهمیت و فارغ از صلاحیت‌های دیگر شورای عالی فنی این است که جنس این «تفسیر» چیست و چگونه می‌تواند باشد؟ به گونه‌ای که هم منافع عمومی حفظ شود و هم تعادل اقتصادی در پیمان‌های دولتی رعایت شود. از سوی دیگر بخشی از شأن نظام

فنی و اجرایی و شورای عالی فنی پاسخ به استعلامات و رفع ابهامات دستگاه‌های اجرایی، مشاوران و پیمانکاران است. نکته ظریف در بررسی عملکرد شورای عالی فنی این است که گاهی در پاسخ به استعلامات به جای رفع ابهامات با توسعه دامنه مقرر قانونی یا تضييق آن، منافع عمومی یا پیمانکاران خدشه پیدا نکند.

بر پایه مطالب معنون به نظر می‌رسد شورای عالی فنی می‌تواند ضمن اعمال صلاحیت‌های قانونی خویش نقش انتظام بخشی به پیمان‌های دولتی را داشته باشد با تأکید بر اینکه لزوماً اعلام نظر به نفع دولت و یا تأمین حداکثری منافع دولتی به معنای درستی کار نظام فنی و اجرایی نیست. واقعیت این است که برهم خوردن تعادل اقتصادی و دست یازیدن به تعدیل‌های متعدد و سرانجام فسخ و یا خاتمه قرارداد به معنای رعایت غبطه دولت نیست. وقتی تعادل اقتصادی به هم می‌خورد پیمانکار بخش خصوصی، پروژه‌های دولتی را به صحت و سلامت به پایان نمی‌برد. کثرت پرونده‌های مطروحه در دادرسی دیوان محاسبات کشور با محوریت پروژه‌های دولتی که علی‌رغم پرداخت تعدیلات مختلف ناتمام مانده‌اند مؤید این ادعاست. در این نوشتار با ترکیب بررسی صلاحیت و واکاوی آسیب‌ها سعی خواهد شد فرضیه اصلی پژوهش که در عنوان مقاله نمودار شده است، بررسی گردد.

۲. سؤال پژوهش

با لحاظ صلاحیت‌های شورای عالی فنی مقرر در ماده واحده اصلاح تبصره (۸۰) قانون بودجه سال ۱۳۵۶ کل کشور، این مرجع چگونه می‌تواند بر پیمان‌ها و امور فنی قراردادهای پیمانکاری اثر گذاشته و با رعایت اصل تعادل اقتصادی ضمن رعایت غبطه عمومی، بر مبنای موازین قانونی از تضییع حقوق پیمانکاران طرف قرارداد جلوگیری کند؟

۳. فرضیه‌ها

۱- هرچند قراردادهای پیمانکاری بر اساس اسناد همسان قراردادی تنظیم می‌شوند و پیمانکار اختیاری در جرح و تعدیل مفاد آن ندارد لیکن با لحاظ قوانین و مقررات مبنای اعطای صلاحیت به سازمان برنامه و بودجه و همچنین شورای عالی فنی، این مراجع می‌توانند بدون محدودیت مفاد پیمان را بر اساس حداکثر منفعت عمومی تغییر دهند.

۲- در فرض عدم تغییر اسناد همسان یا متن نشریه ۴۳۱۱ به دلیل حفظ ثبات در نظام قراردادهای پیمانکاری، به نظر با لحاظ صلاحیت‌های شورای عالی فنی به‌ویژه مفاد بند «ج» ماده (۵۳) شرایط عمومی پیمان می‌توان از صلاحیت «تفسیری» این شورا برای پویایی متن نشریه مذکور استفاده کرد. این امر به معنای زنده و فعال بودن شرایط عمومی و تطبیق آن با شرایط زمانی، مکانی و حتی شخصیت پیمانکار طرف قرارداد است.

سابقه پژوهش و نوآوری پژوهش حاضر، ابراهیم عزیزی و همکاران در مقاله «تحلیل ماهیت حقوقی شورای عالی فنی و نقدی بر وظائف آن» چاپ‌شده در فصلنامه پژوهش حقوق عمومی شماره (۷۹) به بررسی صلاحیت‌های شورای عالی فنی پرداخته و کارکرد آن را در رابطه با فلسفه وجودی شورا که مبارزه با فساد است سنجیده‌اند. ولی رستمی و همکار در مقاله «داوری در قراردادهای پیمانکاری دولتی»، چاپ شده در فصلنامه حقوق اداری، شماره هشتم و عیسی رجبی و همکار در مقاله «الزام‌آوری شرط داوری موضوع بند ج شرایط عمومی پیمان» چاپ شده در مجله حقوقی دادگستری شماره صد و یازدهم صرفاً در خصوص صلاحیت داوری نهاد شورای عالی فنی بررسی‌های انجام داده و در مقام تبیین و نقد این صلاحیت شورا برآمده‌اند.

در پژوهش حاضر ضمن استفاده از نتایج مقالات مذکور با لحاظ تجربه نویسنده در حوزه رسیدگی به پرونده‌های مرتبط با قراردادهای پیمانکاری با تأکید بر لزوم شفافیت در دو صلاحیت «پاسخ به ابهامات و استعلامات دستگاه‌های اجرایی» و «داوری در اختلافات و تفسیر شرایط عمومی پیمان» کوشش شده است ظرفیت‌های قانونی شورای عالی فنی در انتظام بخشی به پیمان‌های دولتی با توجه به آسیب‌های رویه‌ای بازشناسی شود.

۱- جایگاه شرایط عمومی پیمان در مهندسی پیمان‌های عمرانی

دو کلیدواژه «عمومی» و «عمرانی» نقطه افتراق قواعد حاکم بر نحوه انعقاد و اجرای قراردادهای عمرانی در بخش عمومی است. واژه «عمومی» نقطه مقابل «خصوصی» و درست جایی است که اراده آزادی وجود ندارد و همه‌چیز مبتنی بر قانون و جهت حفظ حقوق عامه است. بر این اساس می‌بایست وجه تمایز قراردادهای عمومی از قراردادهای خصوصی و نسبت آن‌ها با یکدیگر بازشناخته شود تا ضمن تشریح فلسفه خلق «شرایط عمومی پیمان»؛ نسبت این امر مستحدثه در عالم قراردادهای اداری؛ با دیگر قراردادهای بخش عمومی بازشناخته شود.

بند (۱۰) ماده یک قانون برنامه و بودجه کشور مصوب سال ۱۳۵۱ معیارهایی را برای شناسایی طرح عمرانی تعریف کرده است؛^۱ بر اساس مستند قانونی مذکور مهم‌ترین معیار برای تلقی عمرانی از یک طرح «تأمین تمام یا قسمتی از هزینه‌های اجرای آن از محل اعتبارات عمرانی» است. بند (۷) ماده مذکور نیز پیش‌بینی اعتبار در قانون برنامه عمرانی پنج‌ساله و در بودجه عمومی برای اجرای پروژه‌ای را «اعتبار عمرانی» قلمداد کرده است. پس مشخصه یک طرح عمرانی تأمین اعتبار از محل اعتبار عمرانی است و مشخصه اعتبار عمرانی درج و پیش‌بینی آن در سند قانون برنامه و سند بودجه است. برای شناخت این خصوصیات و درک نقاط افتراق آن در عمل باید نسبت قراردادهای عمومی و خصوصی را بازشناخت تا بتوان مختصات قراردادهای عمرانی و خصوصاً قرارداد پیمان را شناخت.

۱-۱- نسبت قراردادهای عمومی با قراردادهای خصوصی

قراردادهای عمومی یا دولتی، قراردادی است که بین دولت یا یک سازمان دولتی و یک شخص حقوق خصوصی اعم از اتباع داخلی یا خارجی منعقد می‌گردد (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۸۴: ۱۰۲) پس مشخصه اصیل و کانونی قرارداد عمومی، طرف قرارداد گرفتن دولت است. قرارداد خصوصی نشأت گرفته از دو اراده آزاد است و قانون حاکم بر توافق نیز با رعایت ماده (۱۰) قانون مدنی همان متن قرارداد منعقد است اما قرارداد عمومی بر مبنای اصل عدم صلاحیت در حقوق عمومی و در محدوده مجوزهای قانونی از سوی نماینده دولت امضا می‌شود و مجموعه مقررات و قواعد عمومی بر سطر سطر قرارداد حاکم است. پس در پاسخ به این سؤال که چه تمایزی بین دو قرارداد موصوف برقرار است باید گفت قرارداد عمومی بر مبنای اصل عدم صلاحیت در حقوق عمومی در محدوده تجویز قانونی و متکی به حمایت قانونی و دایر مدار منفعت عمومی و به نمایندگی دستگاه دولتی با اشخاص منعقد می‌شود.

^۱ منظور از طرح عمرانی مجموعه عملیات و خدمات مشخصی است که بر اساس مطالعات توجیهی فنی و اقتصادی یا اجتماعی که توسط دستگاه اجرایی انجام می‌شود طی مدت معین و با اعتبار معین برای تحقق بخشیدن به هدفهای برنامه عمرانی پنج‌ساله به صورت سرمایه گذاری ثابت شامل هزینه های غیر ثابت وابسته در دوره مطالعه و اجرا و یا مطالعات اجرا می گردد و تمام یا قسمتی از هزینه های اجرای آن از محل اعتبارات عمرانی تأمین می شود. طرح عمرانی به سه نوع انتفاعی، غیرانتفاعی و مطالعاتی تقسیم می گردد.

۲-۱- نسبت قراردادهای عمومی با قراردادهای عمرانی

در تعریف طرح عمرانی گفته شد که با لحاظ بند (۱۰) ماده یک قانون برنامه و بودجه کشور، مهم‌ترین خصیصه این طرح استفاده از اعتبار عمرانی در بودجه کشور است و چون قراردادهای مربوط به این طرح‌ها عموماً مبتنی بر موافقت‌نامه متبادله بین دستگاه اجرایی و سازمان مدیریت و بر اساس فهرس بها منعقد می‌شود لذا در قالب قراردادهای همسان تعریف می‌شوند. آخرین قرارداد یکسان طرح‌های عمرانی یا همان پیمان و مشهور به قراردادهای پیمانکاری مستند به ماده (۲۳) قانون برنامه و بودجه و مبتنی بر صلاحیت‌های سازمان برنامه و بودجه طی نشریه شماره ۴۳۱۱ در مورخ ۱۳۷۸/۳/۳ ابلاغ گردیده و مبنای قراردادهای عمرانی هست. پس باید گفت که قرارداد عمرانی اخص از قرارداد عمومی بوده و یک نوع از انواع قراردادهای عمومی می‌باشد که بر اساس ضوابط قانونی و از پیش تعیین شده و به منظور هدایت و مدیریت امور عمرانی کشور تدوین شده است.

۳-۱- نسبت قراردادهای عمرانی با قرارداد مبتنی بر شرایط عمومی پیمان

با لحاظ قرینه مصرح در بند (۱۳) ذیل ماده (۲) آئین‌نامه اجرایی بند (ج) ماده (۱۲) قانون برگزاری مناقصات؛ کار پیمانکاری عبارت از فعالیت‌هایی برای ساخت تمام یا بخشی از یک طرح یا پروژه که مشتمل بر یک یا چند نوع از خدمات ساخت، ساخت و نصب، خدمات طراحی همراه با ساخت، خدمات نگهداری و بهره‌برداری و مشارکت مالی همراه با ساخت است، می‌باشد. همان‌گونه که بیان گردید قرارداد عمرانی اخص از قرارداد عمومی است و لذا چنین نتیجه می‌شود که قرارداد مبتنی بر شرایط عمومی پیمان اخص از قراردادهای عمرانی است و علاوه بر ضوابط حاکم بر قراردادهای عمومی، شرایط و ضوابط خاص حاکم بر قرارداد پیمان که در متن همسان قراردادی تحت عنوان نشریه ۴۳۱۱ از سوی سازمان برنامه و بودجه انتشار یافته است بر این دسته از قراردادها حاکم است.

تمامی (۵۳) ماده شرایط عمومی پیمان بر اساس حفظ منافع عمومی تدوین شده و حتی زمانی که به علتی از قبل تعریف شده، پیمان به نفع پیمانکار خاتمه می‌یابد باز هم مینا حفظ منافع عمومی است؛ بنابراین هر چند جریان پرداخت‌های مبتنی بر پیمان با اهرمی به نام تعدیل آحاد بهاء موازنه می‌یابد ولی واقعیت آن است که قرارداد پیمانکاری میل به حفظ منافع عمومی دارد. نکته

مهم آن است که ضوابط مندرج در قرارداد پیمانکاری دایر مدار فهرست بهایی است که از سوی سازمان برنامه و بودجه تهیه شده است؛ یعنی قرارداد مبتنی بر شرایط عمومی پیمان لزوماً بر اساس اعتبار تملک دارایی‌های سرمایه‌ای و لزوماً در قالب فهرست بها تهیه می‌شود.

۲- سازمان برنامه و بودجه؛ راهبری سیاست‌های بخش عمومی در قراردادهای عمومی

پیشینه سازمان برنامه و بودجه^۱ هم‌داستان با فلسفه تشکیل شورای اقتصاد در سال ۱۳۱۷ شمسی است و وظیفه اصلی این سازمان مهم که همواره در چالش با دولت‌های مختلف بوده سامان دادن به برنامه و بودجه کشور است.^۲ صلاحیت‌های قانونی سازمان برنامه و بودجه به صراحت در ماده ۵ قانون برنامه و بودجه کشور مصوب سال ۱۳۵۱ درج شده است. نقطه ثقل این وظائف تأکید بر «سامان دادن»، «تدوین» و «انتظام بخشی» امور مالی کشور است.

مهم‌ترین اهرم اعمال قدرت دولت‌ها در سطح اجتماع، کنترل ثروت‌های عمومی است و قوانین بودجه سنواتی که نموداری از «درآمدها» و «هزینه‌ها» برای اداره امور عمومی است مهم‌ترین وسیله برای راهبری سیاست‌های دولتی است. سازمان برنامه و بودجه در مرحله تهیه پیش‌نویس قانون بودجه از طریق نیازسنجی و مطالعه منابع و مصارف محتمل و در مرحله ارزیابی سیاست‌های مندرج در قوانین بودجه، اثرگذاری تامی بر چگونگی اعمال سیاست‌های بخش عمومی دارد. لذا مطالعه صلاحیت‌ها و ارزیابی عملکرد سنواتی این سازمان به خصوص در نحوه هدایت اعتبارات تملک دارایی‌های سرمایه‌ای می‌تواند در انتظام بخشی سیاست‌های بخش عمومی اثرگذار باشد.

^۱ برای اجتناب از خروج موضوعی از عنوان مقاله تاریخچه سازمان و سیر تحول آن در این مقال بحث نشده است. برای مطالعه تاریخ و سیر تطور این سازمان به منابع زیر رجوع شود:

* مسعود نیلی و محسن کریمی، ۱۴۰۰؛ برنامه ریزی در ایران ۱۳۵۶-۱۳۱۶؛ تحلیلی تاریخی با تمرکز بر تحولات و نقش و جایگاه سازمان برنامه و بودجه، نشر نی

* خاطرات عبدالمجید مجیدی، وزیر مشاور و رئیس سازمان برنامه و بودجه، ۱۳۹۸؛ ۱۳۵۶-۱۳۵۱؛ انتشارات گام نو

^۲ - یکبار در سال ۱۳۳۷ سازمان برنامه و بودجه و یکبار در سال ۱۳۸۶ سازمان مدیریت و برنامه ریزی منحل و ساختار جدیدی زیر نظر مستقیم رئیس دولت یافتند.

۱-۲- نگاهی گذرا به صلاحیت‌های سازمان برنامه‌بودجه کشور

اساسنامه سازمان برنامه‌بودجه کشور مصوب سال ۱۳۳۱، ماده (۵) قانون برنامه‌بودجه کشور مصوب سال ۱۳۵۱ و مصوبه شماره ۷۹۲۰۵۴ مورخ ۱۳۹۵/۷/۲۷ شورای عالی اداری صلاحیت‌های نه‌گانه‌ای را برای سازمان برنامه‌بودجه تدارک دیده است. شرح وظائف این سازمان در مصوبه شورای عالی اداری موسع تراست لیکن مهم‌ترین صلاحیت این سازمان که باید با اتکای بر آن دیگر وظائف قانونی سازمان برنامه را تفسیر کرد درواقع «سیاست‌گذاری، خط‌مشی‌گذاری و راهبری» امور بودجه کل کشور به پشتوانه برنامه‌های میان‌مدت و در رأس آن قوانین برنامه‌های توسعه است.

بر همین اساس یکی از دلایل اهمیت سازمان برنامه‌بودجه کشور این است که علاوه بر تنظیم و اجرای بودجه‌های سالانه و تنظیم برنامه‌های میان‌مدت، نقش مدیریت کلان و تنظیم‌گری قراردادهای عمرانی را بر عهده دارد. در واقع تشکیل جلسات شورای اقتصاد و شکل‌دهی به امور پیمانکاری و مشاوره‌ای در ساختار نظام فنی و اجرایی و مدیریت نظام آماری کشور از مهم‌ترین وظائف این سازمان است. (نیلی و دیگران، ۱۴۰۰: ۲۳) که این امر خود تابعی از نقش سیاست‌گذاری سازمان برنامه‌بودجه در امور مالی کشور است. مهم‌ترین بخش بودجه عمومی کشور که ارتباط وثیقی با امر توسعه دارد اعتبارات تملک دارایی‌های سرمایه است و مهم‌ترین ابزار برای هزینه‌کرد این اعتبارات، قراردادهای پیمانکاری و عمرانی دستگاه‌های اجرایی است، لذا مدیریت این بخش می‌تواند موجب اصلاح روند تأمین مالی در امور عمرانی کشور شود.

البته واقعیت آن است که بهبود ساختار تصمیم‌گیری دولت در بخش مالی، مستلزم ارائه یک چارچوب منسجم، گسترده و نهادمند است که بتواند نهادهای پیرامون تصمیم‌گیری‌های عمومی را به‌گونه‌ای سازمان‌دهی کند که در فرآیند انتخاب و تصمیم‌گیری، سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی و بودجه‌ریزی کاملاً متصل و مؤثر برهم باشند (جوادی و همکار، ۱۳۸۴: ۴۹). فلسفه تشکیل شورای عالی فنی، ایجاد مرجعی کاملاً تخصصی برای رصد و راهبری امور فنی و اجرایی کشور است و لذا در تحلیل عملکرد این نهاد می‌بایست به صلاحیت‌های قانونی سازمان برنامه‌بودجه مراجعه نمود.

۲-۲- جلوه‌های سیاست‌های بخش عمومی در قراردادهای عمومی

اصولاً قرارداد عمومی و خصوصی به لحاظ محتوا نباید تفاوتی داشته باشند. قرارداد، قانون حاکم بر روابط دو طرف است و تعهدات بر اساس اراده آزاد باید شکل بگیرد؛ اما واقعیت آن است که در طرف دولتی اولاً اراده آزادی وجود ندارد و ثانیاً همین اراده مقید که در قالب صلاحیت تخییری به مأموران دولتی داده شده است همراه با محدودیت‌های فراوان می‌باشد. الزامات قانونی مندرج در قوانین مالی و محاسباتی همچون مقررات مناقصه و مزایده در مرحله قبل از انعقاد قرارداد، محدودیت ناشی از اخذ مجوز یا مصوبه از مراجع عالی در انعقاد برخی قراردادهای، محدودیت ناشی از تأمین اعتبار و متعاقب آن چالش‌های همیشگی مربوط به تخصیص بودجه در مرحله اجرا و محدودیت‌های عدم ابتکار عمل در نگارش قرارداد با لحاظ ترتب وصف عمومی بر قرارداد و همچنین اصل عدم صلاحیت در حقوق عمومی از جمله موضوعات حاکم بر جریان قراردادهای بخش عمومی است.

اصول حاکم بر قراردادهای عمرانی عمومی را می‌توان در چهار هدف اصلی خلاصه کرد؛ حفظ منافع عمومی، جلوگیری از فساد و حیف و میل بیت‌المال، اجرای پروژه‌های دولتی به بهترین کیفیت و معقول‌ترین قیمت، حمایت از بخش خصوصی. مهم‌ترین شاخص و جلوه حفظ حقوق عمومی در متن قراردادهای عمرانی بسته بودن و از قبل تدوین شدن مواد آن است. به بیان دیگر متن قرارداد از قبل توسط یک مرجع قانونی تصویب شده و طرف دیگر فقط می‌تواند بخشه‌ای باز قرارداد را با لحاظ الزامات قانونی تکمیل نماید. بر این اساس ماهیتاً این قراردادها مقرره‌ای قانونی هستند و طرف قرارداد با درج موارد مجاز، تعهدات و منافع احتمالی را می‌پذیرد. در یک نظر قرارداد مبتنی بر شرایط عمومی پیمان یک نوع قرارداد نمونه با منشأ قانونی است لذا مقرر قانونی در معنای عام محسوب می‌شود و لاجرم تأیید آن به معنای قبول تعهدات آن است.^۱

۲-۳- حفظ منفعت عمومی در قراردادهای عمرانی؛ انگاره‌های حقوقی

گفته شد که قرارداد عمرانی به لحاظ شکل و عنوان «قرارداد» است اما ماهیتاً مقرره‌ای است صادره از ناحیه سازمان برنامه‌بودجه. این ویژگی به خاطر قرارداد همسانی است که به شکل فرم

^۱ برای مطالعه این نظر نگ: منصور فرجی و اکبر میرزا نژاد جویباری، ۱۴۰۱، درآمدی بر قراردادهای نمونه با منشأ قانونی، فصلنامه

پژوهشهای نوین حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۱

استاندارد و بر اساس صلاحیت‌های قانونی منبعث از ماده (۲۳) قانون برنامه‌بودجه کشور، بر اساس ضوابط قانونی از قبل نگاشته شده است. درواقع در تعریف فرم‌های استاندارد باید گفت که متنی از پیش تهیه شده می‌باشد که حقوق و تعهدات هر کدام از طرفین، موارد نقض قرارداد و ضمانت اجرای آن، نحوه حل و فصل دعاوی، قانون حاکم و سایر جزئیات مهم در آن پیش بینی شده است و با پرکردن جاهای خالی مندرج در آن فرم، متن مزبور به یک قرارداد کامل تبدیل می‌شود (اوجاقلو، ۱۴۰۲: ۳۵) بدین سان موقعیت طرف قرارداد «بپذیر یا رهان کن»^۱ است.

مهم‌ترین نگره حقوقی در خصوص نحوه مهندسی منافع عمومی در قرارداد عمرانی این است که قرارداد باید صریح و بدون ابهام باشد تا ضمن آنکه اختلافات به حداقل برسد نیازی به استعلام از شورای عالی فنی نباشد. این مهم منوط به آن است که پیکره قرارداد پویا باشد که البته در فقر قوانین ارگانیک مالی که شبکه‌ای از سیاست همگن را ترتیب دهد این هدف دور از دسترس است. یکی از چالش‌های مرتبط با قوانین بودجه در کشور ما، تعدد قوانین و مقررات است که برخی از آنها بعضاً با یکدیگر در تعارض و تناقض قرار دارند که اصولاً باید تعداد آنها کاهش یابد و تعارضات آنها بر طرف شود (مقیم و همکاران، ۱۳۹۵: ۴۷) ولی رسیدن به این مرحله به اندازه یک سیاستگذاری شفاف زمان‌بر است. در غیاب چنان سیاستگذاری شفاف، متولیان برای حفظ منافع عمومی باید سراغ «اصول» و «قواعد» حاکم بر منافع عمومی بروند. واقعیت آن است که از یک طرف قانونگذار با تصویب قوانینی چون قانون برگزاری مناقصات و لایحه قانونی منع مداخله کارکنان دولت در معاملات دولتی در پی به حداقل رساندن فساد احتمالی در معاملات دولتی است و از طرف دیگر با قوانینی چون قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، سعی در توانمندسازی بخش خصوصی دارد.

همسان بودن قراردادهای عمرانی همچون نشریه ۴۳۱۱ منبعث از اهداف فوق‌الذکر است ولی واقعیت این است که قرارداد در خلأ اجرا نمی‌شود. عدم تعادل اقتصادی در قرارداد اگر در مرحله نظارت و رصد مورد توجه قرار نگیرد موجب می‌شود که پیمانکار با توسل به اعمال خلاف عقد و بعضاً خلاف قانون منفعت خود را پیگیری کند. ظرفیت «تعدیل» که قابل پیش‌بینی در متن قرارداد

¹ Take it or leave it.

است، دقیقاً مبتنی بر همین فلسفه است که اینک صدور دستورالعمل نحوه جبران آثار ناشی از افزایش قیمت ارز در پیمانهای ریالی که مستند به نظام فنی و اجرایی کشور و ماده (۲۳) قانون برنامه بودجه ابلاغ می‌گردد نیز بر همین اساس توجیه می‌شود.

قرارداد پیمان بخشی از فرآیند اقتصادی و تجاری است که از یک سو دولت را منتفع می‌کند و از سوی دیگر برای پیمانکار منفعت مادی دارد. بر همین اساس است که اصل حسن نیت در تفسیر قراردادهای اداری جزو اصول مهم حقوق تجارت بین‌الملل قلمداد می‌شود (Magnus, 1998, p94) و در تفسیر قراردادهای عمرانی نیز باید بر اساس آن قصد طرفین را شناسایی کرد. دولت با هزینه‌ای معقول مالک پروژه‌ای می‌شود و پیمانکار با منفعتی عادلانه کسب سود می‌کند. توجه به این نگره حقوقی به معنای رصد صحیح قراردادهای عمرانی است.

۳- صلاحیت‌های شورای عالی فنی

گفته شد که بر اساس ماده واحده اصلاح تبصره (۸۰) قانون بودجه سال ۱۳۵۶ کل کشور مصوب شورای انقلاب، چهار صلاحیت منحصر به فرد به شورای عالی فنی اعطا شده است. الف- بررسی و تصویب قیمت‌های پایه و ضوابط و دستورالعمل‌های مربوط به آن. ب- بررسی و تصویب قیمت کارهای خاص که قیمت‌های پایه قابل عمل در آنها نمی‌باشد. ج- تجدیدنظر در نرخ پیمان‌ها در صورت لزوم و وجود توجیه کافی، مشروط بر آن که در قالب قرارداد و ضوابط مربوط پیش‌بینی لازم برای جزئیات جبران هزینه و خسارت مورد بحث نشده باشد. د- بررسی و اتخاذ تصمیم در مسائلی که مورد سؤال دستگاه‌های اجرایی و کارفرمایان بوده و قرارداد در مورد آنها راه‌حل مشخصی ارائه ننموده باشد از صلاحیت‌های خاص این شورا است.

مستند به بند «و» ماده واحده مذکور مصوبات شورای عالی فنی برای دولت لازم‌الاجرا است. مفهوم مخالف این بند آن است که پیمانکاران می‌توانند در خصوص آرای صادره از شورا مستند به اصل ۱۵۹ قانون اساسی به دادگستری به‌عنوان مرجع عام تظلم‌خواهی مراجعه کنند درواقع با عنایت به آنکه شورای عالی فنی در عداد گروه‌های شبه قضایی موضوع بند (۲) ماده (۱۰) قانون دیوان عدالت اداری نمی‌باشد لذا آراء صادره در صورتی که در تضاد با منافع افراد باشد قابل‌رسیدگی در مراجع دادگستری است.

اما دو صلاحیت مورد بحث در این تحقیق یکی صلاحیت داوری در اختلافات فی مابین پیمانکار و کارفرمای دولتی موضوع بند «ج» ماده (۵۳) شرایط عمومی پیمان و دیگری اعلام نظر تفسیری در خصوص متون بخشنامه‌های صادره از سازمان برنامه و بودجه است که به نظر با توجه به مطالب پیش گفته و سیاق حکم قانون‌گذار در ماده واحده مورد بحث و متن ماده (۵۳) شرایط عمومی پیمان هر دو اعلام نظر «تفسیری» این مرجع در خصوص بخشنامه‌های صادره و متن شرایط عمومی پیمان است. این ادعا به سه دلیل است اولاً همان‌گونه که بحث شد قرارداد پیمان ذاتاً قرارداد نیست بلکه نوعی مقرر قانونی است چرا که هیچ اراده آزادی نه از طرف دستگاه دولتی و نه از طرف پیمانکار در جرح و تعدیل مفاد قرارداد وجود ندارد و ثانیاً داوری مصطلح شورای عالی فنی، داوری به معنای حقوقی آن نیست چون ذات داوری اراده آزاد طرفین در انتخاب داور است.

آزادی اراده رکن رکین صلاحیت داور در داوری است و از آنجا که نمی‌توان نقش حیاتی اراده طرفین در ایجاد، اداره و انحلال نهاد داوری و همچنین کارکرد قضایی داور را انکار کرد (شمس و همکار، ۱۳۹۴: ۲۵) لذا باید قائل به این بود که کارکرد این شورا در رفع اختلاف و پاسخ به استعلام ذاتاً «تفسیری» است. از آنجا که تفسیر عبارت است از رفع ابهام از قرارداد در راستای احراز قصد مشترک طرفین و این ابهام ممکن است به واسطه تعارض اجزای قرارداد با یکدیگر یا تعارض آن با اوضاع و احوال و شرایط پیرامونی محقق شود (موسوی و دیگران، ۱۳۹۱: ۲۰۸) لذا شورای عالی فنی نیز با توجه به مقررات قانونی و حفظ هدف قانون‌گذار می‌بایست صلاحیت قانونی خود را اعمال کند.

۱-۳- معیار مختار برای اعمال صلاحیت شورای عالی فنی؛ آسیب‌های عدم

اعمال صلاحیت

مستند به ماده (۲۳) قانون برنامه و بودجه کشور، سازمان برنامه و بودجه برای تعیین معیارها و استانداردها و همچنین اصول کلی و شرایط عمومی قراردادهای مربوط به طرح‌های عمرانی آیین‌نامه‌ای تهیه و پس از تصویب هیئت وزیران بر اساس آن دستورالعمل لازم به دستگاه‌های اجرایی ابلاغ می‌نماید و دستگاه‌های اجرایی موظف به رعایت آن می‌باشند. مطابق ماده (۴) آیین‌نامه استانداردهای اجرایی طرح‌های عمرانی موضوع تصویب‌نامه شماره ۹۹۷۴ مورخ ۱۳۵۲/۴/۳۱ هیئت وزیران سازمان برنامه و بودجه موظف است در تهیه استانداردهای اجرایی طرح‌های عمرانی به نحوی

عمل نماید که از مجموع مفاد قوانین و آئین‌نامه‌ها و همچنین دستورالعمل‌هایی که طبق این آئین‌نامه تهیه و ابلاغ می‌شود مجموعه‌هایی در جهت نظام فنی و اجرایی تدوین گردد به طوری که این مجموعه‌ها به تدریج به صورت زبان مشترک فنی و اجرایی بین دستگاه‌های اجرایی، مؤسسات مشاور، پیمانکاران و سازندگان و سایر عوامل اجرایی درآید.

بر اساس قسمتی از ماده (۶) مصوبه مذکور، سازمان هر پیش‌نویس را که بدین طریق تهیه شده پس از اخذ نظر از دستگاه‌های ذی‌ربط و در صورت لزوم از مؤسسات و دستگاه‌ها و یا کارشناسان صاحب‌نظر، در کمیته‌های کارشناسی خاص که بدین منظور از کارشناسان خبره تشکیل می‌دهد مطرح و پس از کسب نظر اصلاحی کمیته کارشناسی متن نهایی را آماده و با توجه به مواد (۷) و (۸) این آئین‌نامه دستورالعمل لازم را تهیه نموده و پس از تأیید رئیس سازمان به دستگاه‌های اجرایی و مهندسان مشاور و پیمانکاران و مؤسسات ذی‌ربط ابلاغ خواهد نمود. طبق ماده (۱۰) دستورالعمل مذکور، در صورتی که دستگاه‌های اجرایی در رعایت دستورالعمل‌های موضوع این آئین‌نامه مواجه با مسائل و یا ابهاماتی گردند که به تشخیص آن‌ها در پیشبرد طرح مورد عمل اشکالاتی پدید می‌آورد و مراتب را کتباً به سازمان اعلام دارند، سازمان موظف است سریعاً موضوع را با همکاری دستگاه مربوط رسیدگی و ابهام را مرتفع و یا در صورت لزوم در مفاد دستورالعمل تجدیدنظر نموده و دستورالعمل جدیدی به جایگزینی دستورالعمل قبلی تهیه و ابلاغ نماید.

با عنایت به موارد معنون و مفاد قانونی صدرالاشاره چنین به نظر می‌رسد صلاحیت و حدود اختیارات سازمان برنامه‌بودجه در ماده (۲۳) قانون برنامه‌بودجه محدود به تعیین معیار، استاندارد، نقشه تیپ، ضوابط فنی، دستورالعمل فنی و یا اصول کلی و شرایط عمومی خواهد بود و به عبارت دیگر سازمان در خصوص موضوعاتی که در محدوده معیار، استاندارد، نقشه تیپ، ضوابط فنی، دستورالعمل فنی و یا اصول کلی و شرایط عمومی نباشد حق اظهارنظر ندارد.

نکته دیگر اینکه سؤالات دستگاه‌های اجرایی از سازمان برنامه‌بودجه نیز از باب رفع ابهام در محدوده نحوه اجرای دستورالعمل‌های صادره و ابلاغی از سوی سازمان خواهد بود؛ به عبارت دیگر سؤالات دستگاه‌های اجرایی نمی‌تواند در خصوص مسائلی باشد که توسط سازمان برنامه‌بودجه برای آنها دستورالعملی صادر و ابلاغ نگردیده است چرا که در این صورت خارج از صلاحیت‌های

این مرجع می‌باشد. نکته مهم اینکه ابلاغ این دستورالعمل‌ها نیز پس از تأیید رئیس سازمان به دستگاه‌های اجرایی و مهندسان مشاور و پیمانکاران و مؤسسات ذی‌ربط صورت خواهد گرفت. در بررسی سؤالاتی که از سازمان برنامه‌وبودجه (نظام فنی و اجرایی) و از ناحیه دستگاه‌های اجرایی مطرح و توسط سازمان نیز بدان پاسخ و در سامانه سؤال و جواب نظام فنی و اجرایی^۱ (سازمان برنامه‌وبودجه کشور) انتشار و مورد استناد و عمل قرار می‌گیرد چنین استنباط می‌شود که اولاً: بسیاری از این سؤالات که توسط سازمان برنامه‌وبودجه (نظام فنی و اجرایی) برای آنها پاسخ ارائه شده است در محدوده معیار و ضوابط فنی اجرایی و اختیارات سازمان نبوده بلکه متولی قانونی و اجرایی آن، سازمان دیگری است. همانند مباحث مربوط به قانون تأمین اجتماعی، مالیات، مالیات بر ارزش افزوده، نحوه تعیین نصاب معاملات و غیره که به نظر بی‌ارتباط با صلاحیت‌های نظام فنی و اجرایی و به‌تبع آن شورای عالی فنی باشد.

ثانیاً: چنانچه بیان گردید سازمان برنامه‌وبودجه در خصوص مباحثی می‌تواند رفع ابهام نماید که قبلاً دستورالعملی طبق ماده (۲۳) برای آن تهیه و ابلاغ نموده باشد. در حالی که همان‌گونه که بحث شد اولاً در برخی مباحثی که سازمان به سؤالات دستگاه‌های اجرایی در مقام رفع ابهام و تفسیر مباحث قانونی و بخشنامه‌ای پاسخ می‌دهد، دستورالعملی برای آن توسط سازمان برنامه‌وبودجه تهیه نگردیده، بلکه دستورالعمل موضوع مربوط توسط سازمان‌های دیگر تدوین و ابلاغ گردیده است. ثالثاً: چنانچه در ماده (۶) دستورالعمل مذکور اشاره صریح گردیده پاسخ‌های صادره توسط سازمان برنامه‌وبودجه در رفع ابهام دستورالعمل‌های اصداری می‌بایست با تأیید رئیس سازمان به دستگاه‌های اجرایی و مهندسان مشاور و پیمانکاران و مؤسسات ذی‌ربط ابلاغ گردد. این در حالی است که اکثر این پاسخ‌ها از طریق رئیس نظام فنی و اجرایی ابلاغ می‌گردد و فرآیند مذکور طی نمی‌گردد. نتیجه آنکه اولاً تفسیر فقط مربوط به متون بخشنامه‌های سازمان برنامه‌وبودجه و با رعایت ماده (۲۳) قانون برنامه‌وبودجه باید صورت پذیرد و ثانیاً از آنجاکه این تفسیر در موارد مشابه هم تأثیرگذار خواهد بود می‌بایست مبتنی بر دستورالعمل صدرالاشاره و به‌صورت رسمی ابلاغ گردد.

¹ <https://sama.mporg.ir/sites/publish/SitePages/Home.aspx>

۲-۳- شورای عالی فنی به مثابه رصدخانه قراردادهای عمرانی

واقعیت آن است که قرارداد در محیطی مستقل از وقایع پیرامونی منعقد نمی‌شود بلکه بر اساس روابط طرفین شکل گرفته و بر همان اساس نیز باید تفسیر شود (Mitchell, 2007, p.51). بنابراین نمی‌توان انتظار داشت متن قرارداد همسان نشریه ۴۳۱۱ که در سال ۱۳۸۷ ابلاغ شده است با شرایط پیرامون و حادث بر قراردادهای سال ۱۴۰۳ تطابق داشته باشد. لذا به نظر به همان دلیلی که قیمت‌های مندرج در فهرست‌های بهای اعلامی از سوی سازمان برنامه و بودجه در مقاطع سه ماهه بروز رسانی می‌شود به همان دلیل باید همه واژگان ۵۴ ماده شرایط عمومی پیمان با رعایت دو اصل حفظ منافع عمومی و رعایت اصل تعادل اقتصادی رصد شود.

گفته شد که در صورت استفاده از اعتبارات تملک دارایی‌های سرمایه‌ای در اجرای پروژه‌های عمرانی قالب قرارداد شرایط عمومی پیمان است و فهرست بهای ابلاغی سازمان برنامه که با توجه به واحدهای مورد نیاز، مصالح پای کار، دستمزد نیروی انسانی و هزینه ساعتی ماشین‌آلات برای دوره‌های سه‌ماهه با توجه به قیمت‌های سه ماه چهارم سال قبل از اجرایی شدن فهرست بها - با استناد به ماده (۳۴) قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه و ماده (۲۳) قانون برنامه و بودجه - تهیه می‌شود ملاک تعیین و پرداخت قیمت‌ها خواهد بود. همچنین با لحاظ بند (ه) ماده (۲۹) شرایط عمومی پیمان و دستورالعمل نحوه تعدیل آحاد بهای پیمان که از نوع اول و لازم‌الاجراست و عطف توجه به بند «ب» ماده (۲۳) قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) باید قائل بود که هرچند وجود شرط تعدیل منوط به پیش‌بینی آن در متن قرارداد و توافق طرفین است لیکن به نظر سازمان برنامه و بودجه با لحاظ همان اصل «تعادل اقتصادی» در پی اعمال این شرط در همه قراردادهای منعقد شده است. شاهد مثال، دستورالعمل نحوه جبران ناشی از افزایش قیمت ارز در پیمان‌های ریالی فاقد تعدیل می‌باشد.

واقعیت آن است که بروز رسانی قیمت‌ها و تعیین قیمت‌های پایه منوط به لحاظ شرایط عینی قراردادها در سطح کشور و اقلیم‌های متفاوت است و به خاطر همین موضوع است که در بسیاری مواقع پیمان‌های منعقد شده حتی با افزایش مقادیر در سقف ۲۵ درصد و پرداخت تعدیلات مختلف نهایتاً فسخ شده یا خاتمه می‌یابند. وقتی شرایط تورمی ارزش پول را هر روز کاهش می‌دهد تکیه بر روش متصلبی که با لحاظ چند آیت تأثیرگذار از قبل تدوین شده، نمی‌تواند برآورنده غرض اصلی

پیمانکار که کسب سود است باشد. تأکید بر شروط از پیش تعیین شده موجب می‌شود که پیمانکار به مسیرهایی غیرقانونی برای به حداقل رساندن هزینه‌های خود متوسل شده یا با صورت وضعیت‌های صوری برای کار انجام نداده از دستگاه اجرایی طلب پول کند. شورای عالی فنی در نقش رصدخانه پروژه‌های عمرانی قبل از هرگونه اختلاف و درخواست، باید نقاط ثقل قراردادهای عمرانی را شناسایی و در مقام ابهام‌زدایی از آنها برآید.

فلسفه وجودی شورای عالی فنی، جلوگیری از سوء استفاده از منابع بودجه‌ای است و درواقع این شورا به‌عنوان نماینده منافع عمومی، مسئولیت تعیین نحوه استعمال بودجه در طرح‌های تملک دارائی‌های سرمایه‌ای را بر عهده دارد (عزیزی و دیگران، ۱۴۰۲: ۲۲۶) بنابراین در تفسیر چگونگی اعمال صلاحیت دآوری موضوع ماده (۵۳) شرایط عمومی پیمان باید به این مسئله بنیادین توجه کرد. شورای عالی فنی مفسر بخشنامه‌های صادره از سوی سازمان برنامه‌وبودجه در خصوص قراردادهای عمرانی است و دآوری این شورا نیز درواقع تطبیق ادعای خواهان با نظرات سازمان برنامه‌وبودجه است. تأکید بر نقش تصحیحی و اصلاحی شورا از آن جهت است که همان‌گونه که گفته شد مکانیزم دآوری شورا درواقع همان «اعلام نظر تفسیر» پیرامون قرارداد مبتنی بر شرایط عمومی پیمان است ازاین‌روی در واقع شورا رویه‌ای اشتباه را که بر اساس آن اختلاف ایجاد شده است را تصحیح می‌کند.

۴- اختلافات پیمان و مسئله دآوری اجباری

ارجاع دعاوی راجع به پیمانکاری به دآوری، علی‌الاصول از قاعده مندرج در اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده (۴۵۷) قانون آئین دادرسی مدنی پیروی می‌کند زیرا اولاً: قرارداد پیمانکاری به‌عنوان قراردادهای مالی دولت با طرف داخلی یا خارجی تلقی می‌شود و بار مالی برای دولت دارد. ثانیاً: مربوط به اجرای طرح‌های عمرانی است و درنهایت منجر به تولید اموال دولتی می‌شود و بر این اموال تأثیر می‌گذارد. لذا اصولاً تابع قواعد عمومی حاکم بر حل‌وفصل اختلافات مربوط به دعاوی راجع به اموال دولتی و عمومی ازجمله ارجاع این دعاوی به دآوری است (رستمی، ۱۳۹۴: ۶۷) اما سؤال اینجاست که آیا دآوری شورای عالی فنی دآوری به معنای حقوقی آن است. گفته شد که ذات دآوری بر بنیان اراده آزاد طرفین نهاده شده است یعنی طرفین قرارداد با اراده‌ای آزاد با سلب اختیار

خود از مراجعه به دادگستری، بر داوری شخصی خارج از مرجع قضایی توافق می‌کنند و این توافق صرفاً با یک توافق دیگر منتفی می‌شود.

موارد مصداقی داوری اجباری یا داوری قانونی که در آن رجوع به جریان داوری نه بر اساس توافق که با الزام قانونی مشخص شده است محدود است مثل داوری موضوع قانون پیش‌فروش ساختمان یا داوری در هیئت داوری بازار بورس و سازمان خصوصی‌سازی و همچنین داوری شورای عالی فنی موضوع ماده (۵۳) شرایط عمومی پیمان. در این موارد آنچه باعث شده تا قانون‌گذار برخلاف قاعده، متداعیین را الزام به رجوع داوری کند ضرورت اجتماعی یا مصلحت عمومی است. به بیان دیگر قانون‌گذار با علم به اینکه ذات داوری «توافق» است صرفاً در موارد مشخصی بنا بر مصالحی طرفین را قبل از رجوع به مرجع قضایی مکلف به رجوع به داور یا هیئت داوری نموده است. به نظر مسئله داوری مندرج در شرایط عمومی پیمان از این قاعده مستثنی نباشد.

۱-۴- داوری در دعاوی دولتی؛ از ضرورت امکان تا مصلحت امتناع

ویژگی اموال عمومی و دولتی و ضرورتی که در راستای حفظ حقوق بیت‌المال وجود دارد مبنای اصل ۱۳۹ قانون اساسی بوده است. اصل مذکور با اعمال محدودیت‌هایی به این امر منجر شده است که دعاوی دولتی در خصوص اموال عمومی و دولتی در خارج از فرآیند قضایی صرفاً با مجوز هیئت‌وزیران و در مواردی با مصوبه مجلس قابل صلح یا ارجاع به داوری است.^۱ در جلسه پنجاهم مجلس نهایی بررسی قانون اساسی، شهید دکتر بهشتی نائب رئیس مجلس به‌خوبی علت ضروری بودن اخذ مصوبه از هیئت‌وزیران در خصوص صلح دعاوی دولتی و یا ارجاع آن به داوری و تفاوت آن با طرح موضوع در مرجع قضایی را شرح داده‌اند^۲، بخشی از فلسفه وضع این اصل به

^۱ نظریه مشورتی شماره ۷/۹۶/۱۱۰۶ مورخ ۹۶/۵/۱ اداره حقوقی قوه قضاییه حل اختلاف فی مابین کارفرمای دولتی با پیمانکار خصوصی اعم از شخص حقیقی یا حقوقی وفق شرایط عمومی پیمان و بند ج ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان با ارجاع اختلاف به داوری شورای عالی فنی موضوع مصوبه ۲۸۵۹۱/۵۰۰۵ مورخ ۱۳۸۳/۳/۱۲ هیئت وزیران که به منزله مجوز قانونی در اصل ۱۳۹ قانون اساسی است بلاشکال است؛ البته رأی شورای عالی فنی مانند سایر آرای داوری قابل اعتراض در محاکم دادگستری است ولی قبل از اظهار نظر و رأی شورای عالی فنی دعاوی موضوع پیمان استماع نمی‌شود.

^۲ «آنجا که تصمیم بگیرند اقامه دعا کنند و محاکمه کنند آنجا اجازه نمی‌خواهد نه از طرف هیئت وزیران و نه از مجلس؛ احتیاج به اجازه ندارد ولی اگر دولت خواست به عنوان نماینده ملت و طرف دعا چه داخلی باشد و چه خارجی؛ خواستند با هم صلح کنند یعنی اگر خواستند پای دادگاه در بین نباشد؛ آنجایی را که دادگاه دخالت می‌کند هیچ تصویب مجلس لازم ندارد ولی جایی که دادگاه دخالت نمی‌کند و صرفاً دولت از در صلح وارد می‌شود می‌گوییم نتیجه کار را از طریق نمایندگان ملت به ملت می‌رساند... ارجاع

شرایط پیرامونی انقلاب و حساسیت ویژه به اموال عمومی که بعد از انقلاب عنوان «بیت المال»^۱ یافته بود دارد و بخشی نیز کاملاً منطبق بر حفظ غبطه‌های عمومی است، هرچند مسئولان دستگاه اجرایی مستند به مواد (۱۰۶)، (۱۱۴)، (۳۷) و (۳۱) قانون محاسبات عمومی و مقررات مندرج در آئین‌نامه اموال دولتی در نحوه مدیریت دعاوی عمومی با ملاحظه ماده (۱۲۶) قانون محاسبات عمومی و شرح وظائف سازمانی وظائفی بر عهده دارند. لیکن به لحاظ حفظ منافع عمومی، منوط کردن صلح دعاوی و ارجاع به داوری که امری غیر قضایی است به اخذ مجوز از مرجعی عالی مستحسن به نظر می‌رسد.

با لحاظ فلسفه وضع اصل ۱۳۹ قانون اساسی باید گفت هرچند علی‌القاعده داوری دارای منشأ قراردادی است و با اراده انشایی طرفین منعقد می‌شود و اساس آن بر تراضی است (moses, 2014, p14) اما داوری اموال عمومی و دولتی مطابق اصل معنون، متکی به حفظ منافع عمومی بوده و بر این اساس چارچوب داوری از ذات آن تهی شده و اراده قانونی بر اراده آزاد افراد توفیق یافته است؛ بنابراین هرچند اصل داوری به لحاظ سهولت در رسیدگی و رجحان تخصص در امر قضاوت، ضرورت ارجاع دعاوی به داوری را تثبیت می‌کند. لیکن با لحاظ ویژگی اموال دولتی باید قائل بود که داوری اموال عمومی و دولتی صرفاً در «شکل» داوری بوده و در «ماهیت» تصمیم‌گیری مرجع داوری تعیین شده که عمده‌تاً مثل شورای عالی فنی مستقر در سازمان برنامه‌بودجه دولتی می‌باشند تلقی می‌گردد.

۲-۴- نگره‌ای حقوقی بر نحوه حل اختلاف در دعاوی دولتی و پیمانکاری

اصولاً شرط داوری در قراردادهای داوری و تجاری بین‌المللی بر اساس اصل حاکمیت اراده و به‌عنوان سیستم قضاوت خصوصی مورد توافق قرار می‌گیرد و اصل بر ارادی و اختیاری بودن شرط داوری و انجام آن توسط شخص حقیقی است (moses, 2017, p35) این مکانیزم در واقع مزیتی است

داوری این است که اصولاً در بعضی از قراردادها قبل از اینکه به محکمه ارجاع کنند به قاضی تحکیم می‌دهند؛ یعنی به داوری رجوع می‌کنند. صورت مشروح مذاکرات مجلس نهایی قانون اساسی، چاپخانه مجلس شورای اسلامی. قابل دسترس در وبسایت پژوهشکده شورای نگهبان به آدرس <https://www.shora-gc.ir>

^۱ ماده یک قانون دیوان محاسبات کشور مصوب سال ۱۳۶۱ در مجموعه قوانین اقدام به وضع واژه «بیت المال» برای اموال و دارایی‌های عمومی کرد.

برای طرفین قرارداد تا ضمن برآورد شرایط عینی قراردادهای منعقد و ظرفیت‌های خویش در اجرای تعهدات قراردادی، قبل از بروز اختلافات محتمل مرجع حل اختلاف را شناسایی کنند.

شرایط عمومی پیمان از یک فرم قراردادی معروف جهانی موسوم به قرارداد فیدیک^۱

اقتباس شده است و تهیه‌کنندگان متن شرایط عمومی پیمان با اقتباس از آن، شرایط عمومی پیمان را تدوین کرده‌اند. به استناد شرایط عمومی پیمان یا همان نشریه ۴۳۱۱ ابلاغی سازمان برنامه و بودجه، شورای عالی فنی مرجع حل اختلافات در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان بین دو طرف اختلاف است. این شورا دارای شخصیت حقوقی در مورد یا موارد اختلاف بین کارفرما و پیمانکار است و می‌تواند بر اساس صلاحیت‌های خود که برگرفته از اقتدار عمومی است رفع اختلاف نماید. هرچند موضوع میانجیگری یا سازش در جزء دوم بند «الف» ماده (۵۳) فاقد ضمانت اجرا است (داراب پور، ۱۴۰۰: ۱۹۰) ولی اثر وضعی داوری موضوع ماده (۵۳) شرایط عمومی پیمان قطعی است و محکوم‌علیه صرفاً می‌تواند با طرح دعوا در مرجع قضایی نسبت به رأی صادره از سوی مرجع مذکور معترض شود.

به‌کارگیری هیئت حل اختلاف در عرصه بین‌المللی اولین بار به‌صورت رسمی در کتاب نارنجی فیدیک در سال ۱۹۹۴ و در کتاب قرمز آن در سال ۱۹۹۶ به‌عنوان گزینه پیشنهادی مورد حمایت قرار گرفت و پس از آن در ویرایش قراردادهای فیدیک در سال ۱۹۹۹ به‌عنوان روش اجباری حل اختلاف در قراردادهای پیمانکاری ارائه شد (داراب پور، ۱۴۰۰: ۹۸). نکته اینجاست که در عرصه تجارت بین‌الملل آزادی اراده است که شرایط را مشخص می‌کند و اموال عمومی و دولتی یا اراده حاکمیتی، بنا بر اقتضائات تجارت بین‌الملل جایگاه ویژه یا خاصی ندارد؛ بنابراین اینکه شرایط عمومی پیمان، نسخه‌ای از قرارداد فیدیک است به معنای آن نیست که داوری شرایط عمومی پیمان همان داوری قرارداد فیدیک است.

^۱ فیدیک در سال ۱۹۱۳ با هدف ترویج و ارتقای اهداف راهبردی صنعت مهندسی مشاوره به نیابت از انجمن‌های عضو آن و انتشار منابع حرفه‌ای و اطلاعات ساختار یافته (یا همان استانداردها) تشکیل شد. امروزه ۹۴ کشور دنیا که ایران نیز جزو آن هاست، عضو فیدیک می‌باشند. **جامعه مهندسان مشاور ایران که رسماً در سال ۱۳۵۲ تأسیس شده است، نماینده ایران در این فدراسیون می‌باشد.** فیدیک در راستای دستیابی به اهداف خود، فرم‌های استاندارد قراردادهای مرتبط با انواع پیمان‌ها، فعالیت‌های مشاوره، نمایندگی و فعالیت‌های مبتنی بر سرمایه‌گذاری مشترک را منتشر می‌نماید. همچنین فیدیک به صورت سالیانه کنفرانس جهانی مهندسان مشاور فیدیک را برگزار می‌کند. <https://fidic.org>

اما این موضوع به معنای آن نیست که اصل موضوع داوری نمی‌تواند از اسلوب‌های تجاری و بین‌المللی تبعیت کند. یکی از این اسلوب‌ها لحاظ شرایط و تغییر اوضاع و احوال حاکم بر قراردادها است. اصولاً در صورت تغییر اوضاع و احوال قراردادی به نحوی که اعتقادی به روند سابق نباشد قاعداً نمی‌توان روند معامله کنونی را معتبر دانست (Honold, 1999, p126) و بر این اساس شرایط بر اساس قاعده انصاف باید مورد تفسیر قرار گیرد. این نکته از آنجا حائز اهمیت است که با توجه به ویژگی‌های حاکم بر قراردادهای عمومی و بالأخص قرارداد پیمانکاری آنچه شورای عالی بر اساس آن باید ابهامات را مرتفع و یا داوری مصطلح را انجام دهد تطبیق موضوع قرارداد با شرایط روز البته با معیار حفظ حقوق عمومی است.

واقعیت این است که از یک سو قانون‌گذار ایرانی نظر به شیوه حل اختلاف دیگری غیر از مرجع تظلم عمومی داشته است و الزام و التزام طرفین قراردادهای پیمان دولتی به مفاد سند شرایط عمومی پیمان ناشی از الزام قانونی به موجب بخشنامه ۸۴۲ سازمان برنامه‌وبودجه و به استناد ماده (۲۳) قانون برنامه‌وبودجه است (رجبی و اونق، ۱۳۹۹: ۱۰۴) و از سوی دیگر افزایش روزافزون دخالت‌های قانون‌گذار در چگونگی انعقاد قرارداد و وضعیت پیچیده قراردادهای الحاقی، تردیدهایی در خصوص نقش اراده در حقوق قراردادها به وجود آورده (Robertson, 2006, p26) و بنابراین باید معتقد بود مهندسی داوری در شورای عالی فنی می‌بایست با لحاظ این دو مسئله باشد، از یک طرف اعمال قدرت عمومی از طریق خوانشی روز آمد از متون بخشنامه‌های سازمان برنامه‌وبودجه و از سوی دیگر حفظ تعادل اقتصادی در این خوانش جدید.

دقیقاً بر اساس همین ویژگی است که می‌توان گفت اصولاً در قراردادهای درازمدت، به‌ویژه در قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی، مراجعه مستقیم به داوری اساساً پاسخگوی نیازهای طرفین قرارداد نیست، در این گونه قراردادها که غالباً دارای پیچیدگی‌های فنی و فناوری خاص هستند نه تنها دعاوی اصولاً متعدّدند بلکه اکثریت قریب به اتفاق آنها جنبه فنی و تکنیکی دارند و کم‌تر دارای جنبه حقوقی صرف هستند. بدیهی است در چنین قراردادهایی، رجوع به داوری با سرعت لازم برای انجام تعهدات موضوع قرارداد منافات دارد (زرکلام، ۱۳۸۳: ۱۰۷) پس سه اصل پیچیدگی فنی اختلافات، توقف بعد فنی بر حقوقی و اهمیت سرعت در رسیدگی، مقوم نوع خاصی از داوری هستند که شکلاً

داوری و ماهیتاً نوعی کدخدامنشی فنی برای حل اختلاف و رعایت انصاف در نیل به منفعت دو طرفه است.

در خصوص اخذ نظریه کارشناس موضوع بند «ب» ماده (۵۳) شرایط عمومی پیمان نیز موضوع بر همین مسئله استوار است. اگر طرفین آزاد باشند که نظر کارشناس را قبول یا رد کنند، در صورتی که آن را بپذیرند این پذیرش، نه از جهت داوری یا قبول نظر است. بلکه به جهت قرارداد تازه‌ای است که مضمون آن پذیرش نظر کارشناس است (خدابخشی، ۱۶۸: ۱۴۰۱). درواقع کارشناس با لحاظ شرایط حاکم بر قرارداد نظر می‌دهد و این نظریه بر اساس پذیرش دو طرف اصلاح جدیدی در قرارداد تلقی شده و مجدداً موردپذیرش دو طرف قرار می‌گیرد.

۵- پیشنهادات

۱-۵- پیشنهادات سیاستی

واقعیت آن است که داوری موضوع ماده (۵۳) شرایط عمومی پیمان، داوری به معنای مصطلح نیست. اساس داوری تراضی دو طرف برای حل اختلاف خارج از چارچوب قضایی است و الا بنابر اصل، این دادگستری است که مرجع عام رسیدگی به اختلافات می‌باشد. به بیان دیگر خود نهاد «داوری» خلاف اصل و منوط به رضایت طرفین است. از آنجا که نمی‌توان نقش حیاتی اراده طرفین در ایجاد و انحلال نهاد داوری و همچنین کارکرد قضایی داور را انکار کرد (شمس و دیگران، ۱۳۹۴: ۲۵) لذا نظر قانون‌گذار بر این بوده که اصل داوری موضوع بند «ج» ماده (۵۳) شرایط عمومی بر مبنای بند «الف» مستند قانونی مذکور صورت گیرد؛ یعنی شورای عالی فنی در مقام «تفسیر» و از طریق «داوری» نظر درست را بیان کند. نکته اساسی این است که با لحاظ ماده (۲۳) قانون برنامه‌بودجه و آئین‌نامه استانداردهای اجرایی طرح‌های عمرانی مرجع مسلط به پیمان‌های منعقدہ طرح‌های عمرانی، شورای عالی فنی است و لذا همین مقام می‌تواند در مقام داوری به تفسیر قرارداد بر اساس اسناد و بخشنامه‌های مورد عمل خود بپردازد.

برخی شرط داوری موضوع ماده (۵۳) را از نوع داوری اجباری می‌دانند^۱ ولی زمانی می‌توان داوری را مصداق شرط داوری اجباری تلقی کرد که علیرغم الزام قانونی طرفین قرارداد در مرحله تکوین و پذیرش شرط داوری یا در مرحله تعیین شرط داوری قادر به مذاکره و تراضی بوده باشند و یکی از این دو مرحله در قلمرو اراده و تراضی واقع شده باشد. در این وضعیت تفسیر شرط داوری تابع شیوه تفسیر قراردادها خواهد بود؛ اما اگر اراده طرفین در ارجاع اختلاف به داوری و یا تعیین مفاد شرط داوری فاقد اثر باشد بر حسب مورد و موضع از شیوه تفسیر قوانین استفاده خواهد شد (امینی و دیگران، ۱۳۹۹: ۷۸) لذا باید گفت داوری موضوع ماده (۵۳) شرایط عمومی پیمان نیز همان تفسیر قرارداد است.

همان‌گونه که در فقره نهایی بحث شد اعلام نظر کارشناس موضوع بند «ب» و اعلام نظر داور موضوع بند «ج» ماده (۵۳) شرایط عمومی پیمان به معنای فنی آن «نظریه کارشناسی» یا «داوری» نیست. این اعلام نظر خوانشی جدید از متن قرارداد است و با لحاظ تأیید و امضای قرارداد پیشاپیش نوع نظر مورد توافق دو طرف قرار گرفته و بر این اساس می‌توان گفت که بر مبنای همین نظر جدید، متن قرارداد در خصوص موضوع متنازع فیه دچار تحول شده است. تحول قرارداد نوعی مراجعه به اراده فرضی مشترک متعاقدين بر مبنای غرض عملی آنهاست که از این طریق قرارداد از بطلان رهایی یافته و علاوه بر تأمین منافع متعاقدين منافع جامعه نیز لحاظ می‌شود (شهابی و دیگران، ۱۳۹۸: ۴۱) لذا باید گفت متن نظریه یا رأی شورای عالی فنی پیوستی جدید به قرارداد محسوب می‌گردد.

بنا بر آنچه در این مقاله بحث شد قانون‌گذار باید تکلیف خود را با چند مسئله روشن کند. اول اینکه اموال عمومی و دولتی دقیقاً چه مختصاتی دارند و چه مواردی را شامل می‌شود. دوم بحث مهم اموال شرکت‌های دولتی است که نسبت آن با اموال عمومی و دولتی می‌بایست مشخص گردد و نهایتاً آئین داوری و تصریح به اینکه نظریه داور دقیقاً چه تأثیری بر قرارداد دارد. از سوی دیگر اصل ۱۳۹ قانون اساسی در شق آخر بیان داشته که موارد خاص را قانون مشخص می‌کند که تاکنون

^۱ نگ: رجبی، عیسی و شهرزاد اونق؛ ۱۳۹۹، الزام آوری شرط داوری موضوع بند ج شرایط عمومی پیمان، مجله حقوقی

قانونی در این خصوص تصویب نشده است. تصویب قانون ارگانیک مربوط می‌تواند بخشی از ابهامات را مرتفع کند.

دوران موضوع بین رفع اختلاف، داوری، تفسیر و کدخدانمشی با وضع قانون یا اصلاح در ماده (۵۳) و حداقل در خصوص پیمان‌های عمرانی می‌بایست مرتفع شود. هرچند با عنایت به ظاهر اصل ۱۳۹ قانون اساسی و مبتنی بر اصله الظهور و از سویی دیگر مذاقه در صورت مذاکرات تصویب این اصل، این نظر که معتقد است اتخاذ روشی که مبین حل و فصل قطعی اختلافات می‌باشد مشمول اصل ۱۳۹ است بنیه حقوقی قوی‌تری دارد چرا که اتخاذ روش‌های کدخدانمشی و میانجی‌گری، یقیناً الزام حقوقی برای تبعیت ایجاد نمی‌کند و مبنای اصل ۱۳۹ نیز حمایت از اموال عمومی و دولتی بوده و محل آن در جایی است که اتخاذ روش‌های غیر دادگستری به حل و فصل اختلافات قطعی منجر می‌گردد (دشتی و همکار، ۱۳۹۹: ۱۴۰) ولی تحول در بنیاد قرارداد و اعمال قدرت عمومی در نحوه داوری شورای عالی داوری نیز می‌تواند ابهامات را مرتفع کند.

توازن میان حقوق پیمانکار و واگذارنده پیمان یعنی دولت، یکی از چالش‌های نوظهور در زمینه قراردادهای اداری است؛ زیرا دولت تصمیم‌گیرنده مطلق، انحصارطلب و دیوان‌سالار نمی‌تواند مدیریت مطلوبی بر منابع مالی و انسانی داشته باشد. در حکمرانی مطلوب، انحصار تصمیم‌گیری در مورد پدیده‌های عمومی از دست دولت خارج می‌شود و با مشارکت شهروندان، گروه‌های ذینفع و بنگاه‌های خصوصی صلاحیت‌دار، امور عمومی جامعه اداره و اجرا می‌شود (اسماعیلی و همکاران، ۱۴۰۰: ۴۱) و دقیقاً بر همین اساس است که به نظر، شورای عالی فنی به‌عنوان مرجع تخصصی پیمان‌های دولتی می‌تواند مبتنی بر شرح وظائف اصلاح شده و تعریف شده توازن را برقرار سازد.

۲-۵- پیشنهادات در خصوص اصلاح رویه‌ها

شورای عالی فنی فقط در خصوص پیمان‌های عمرانی به‌شرط طرح موضوع ورود کرده و رأی صادر می‌کند و اصولاً این شورا به اختلافاتی که موضوع پیمان غیر عمرانی باشد ورودی ندارد. با تأکید بر تحفظ بر صلاحیت‌ها، به نظر معیار صلاحیت از نحوه تأمین اعتبار می‌تواند به شخصیت حقوق دولتی یکی از طرفین نهاده شود. سرعت رسیدگی در این نوع داوری کم بوده و اساسنامه یا دستورالعمل داوری نیز ندارد و دادرسی فوری نیز امکان‌پذیر نیست. درحالی‌که در قراردادهای

پیمانکاری عنصر زمان مهم‌ترین مسئله است (یارارشدی و دیگران، ۱۴۰۲: ۱۱۳) این موضوع می‌تواند با تصویب اساسنامه‌ای صریح مرتفع شود.

در مسئله پاسخ به استعلامات توجه به مرجع صدور بخشنامه مهم است. شورای عالی فنی فقط در خصوص بخشنامه‌های ابلاغی از سوی سازمان برنامه‌وبودجه صلاحیت اظهار نظر دارد. اقدام سازمان برنامه‌وبودجه و نظام فنی اجرایی کشور به جهت ذیصلاح نبودن در تفسیر و ارائه راهکار و ارشاد و رفع ابهام در خصوص مباحثی که متولی مشخصی غیر از سازمان برنامه‌وبودجه دارد و یا برای این موضوعات دستورالعملی صادر نشده است عموماً منجر به تعیین خطمشی غیرتخصصی و غیرقانونی و راهنمایی اشتباه و بدون پایه و اساس دستگاه‌های اجرایی گردیده و سبب بروز اختلافات مالی و فنی متعددی بین دستگاه‌های اجرایی با پیمانکاران می‌شود ضمن آنکه در بسیاری از موارد تفسیر اشتباه و نابجای سازمان مذکور سبب تضییع و حیف‌ومیل منابع دولتی نیز می‌گردد.

باید مشخص شود که اختیارات سازمان برنامه‌وبودجه در ماده (۲۳) قانون برنامه‌وبودجه در چه محدوده‌ای قابل اعمال است؟ آیا سازمان برنامه‌وبودجه در خصوص مباحثی غیر از تدوین معیارها و استانداردها همانند بیمه و مالیات یا قانون برگزاری مناقصات و محاسبات عمومی و ... مجوز اظهار نظر دارد؟ سؤالات دستگاه‌های اجرایی از سازمان برنامه‌وبودجه در چه محدوده‌ای قابل استعلام است؟ آیا در محدوده رفع ابهام در اجرای دستورالعمل‌های ابزاری سازمان برنامه‌وبودجه در ماده (۲۳) خواهد بود یا فراتر از آن؟ اگر به هر شکلی سازمان برنامه‌وبودجه در خصوص مباحثی از قبیل بیمه، مالیات و قوانین دیگر در مصرف اعتبارات تملک دارائی‌های سرمایه‌ای، مجوز و حق اظهار نظر دارد طبیعتاً وظیفه تهیه و تدوین آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های مرتبط با این قوانین نیز می‌بایست بر عهده این سازمان قرار گیرد آیا چنین اقدامی قابل تصور است؟ پاسخ سازمان به سؤالات دستگاه‌های اجرایی در خصوص مباحثی که از ناحیه سازمان برای آنها دستورالعملی صادر نگردیده توسط دستگاه‌های اجرایی لازم‌الاتباع می‌باشد؟ تمامی این موضوعات در قالب تقنین یا اصلاح مقررات موجود قابل اعمال است.

داوری شورای عالی فنی منوط به طرح اختلاف در این مرجع است اما ظرفیت مهم دیگر سازمان پاسخ به «استعلام» دستگاه‌های اجرایی یا پیمانکاران در خصوص متون بخشنامه‌های صادره

از سازمان مذکور است. بسیاری از این استعلامات ناشی از عدم تطابق یا نقض متون بخشنامه‌ها با واقعیت‌های قراردادهای پیمانکاری است با توجه به صلاحیت خاص سازمان برنامه‌بودجه این نهاد نباید منتظر استعلام باشد بلکه با رصد شرایط عینی پروژه‌های عمرانی مناطق با آئین‌نامه نظام فنی و اجرایی کشور رأساً نسبت به به‌روزرسانی بخشنامه‌ها اقدام نماید. صلاحیت اعطایی در ماده (۲۳) قانون برنامه‌بودجه به سازمان برنامه‌بودجه و شرح وظائف این سازمان در نظارت بر اجرای طرح‌های عمرانی مستلزم رصد نحوه اجرای بخشنامه‌ها در عمل است. این سازمان به‌مثابه دیده‌بان پروژه‌های عمرانی می‌بایست ابتکار عمل در این خصوص را به دست گیرد.

واقعیت آن است که متون بخشنامه‌های سازمان برنامه‌بودجه خصوصاً متن نشریه ۴۳۱۱ بر اساس نفع حداکثری دولت از یک سوی و تعادل اقتصادی به‌منظور نفع طرف مقابل بر اساس عرف معاملی تنظیم شده است. لذا با لحاظ تغییر شرایط زمانی می‌بایست این دو عنصر دائماً بازبینی شوند. در تفسیر و پاسخ به استعلامات نیز به طریق اولی این دیدگاه باید حاکم باشد چرا که رویه معاملی و متعارف مجموعه رفتارهایی است که عرف انتظار تداوم آن را دارد و مادامی که حذف آن از سوی طرفین تصریح نشده باشد در تکمیل قرارداد و تعیین قصد طرفین قابل استناد است (Ch- Pamboukis, 2005, p.113) لذا این تفسیر یا تأویل نباید یک‌طرفه باشد. همان فلسفه‌ای که اقتضای پیش‌بینی پرداخت تعدیل را دارد باید در تفسیر متون نیز مدنظر قرار گیرد.

۳-۵- پیش به‌سوی قانون‌گذاری شفاف

قانون‌گذار با توجه به حجم قراردادهای مبتنی بر جریان مناقصه و آگاهی به بروز اختلافات محتمل، در ماده (۷) قانون برگزاری مناقصات مصوب ۱۳۸۳ تمهید تشکیل هیئتی برای رسیدگی به اختلافات بین مناقصه‌گر و مناقصه‌گذار را کرده است. اساسنامه هیئت مذکور در مورخ ۱۳۸۸/۱۲/۱۶ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است. تصویب اساسنامه هیئت مذکور توسط مجلس و شأن قانونی آن مؤید اهمیت موضوع نزد قانون‌گذار است. چرا که ابتکار تشکیل این هیئت می‌توانست به دولت واگذار شود. وقتی هیئت رسیدگی به اختلافات مناقصات، مستظهر به قانونی مصوب مجلس باشد اصولاً و قاعدتاً دارای فرآیندی شفاف و ضابطه‌مند خواهد بود.

هر چند شورای عالی فنی مستند به ماده (۵۳) شرایط عمومی پیمان و ماده واحده اصلاح تبصره (۸۰) قانون بودجه سال ۱۳۵۶ کل کشور شخصیت حقوقی جهت رفع اختلاف و تفسیر

قراردادهای عمرانی را یافته است ولیکن مانند هیئت موضوع ماده (۷) قانون برگزاری مناقصات ضابطه‌ای نظام‌مند، قابل رصد و شفاف در خصوص نحوه اعمال صلاحیت‌های قانونی خود را ندارد. این آشفتگی همان‌قدر که ممکن است موجب تضییع حقوق افراد شود زمینه را برای تضییع حقوق بیت‌المال فراهم می‌کند. دو مستند قانونی در خصوص نحوه اعمال صلاحیت‌های شورای فنی و نحوه دریافت هزینه‌های مترتب بر داوری وجود دارد ولی هیچ‌کدام صلاحیت‌های کلی این مرجع را تبیین و تشریح نکرده است. آئین‌نامه روش کار شورای عالی فنی استان ابلاغی ۱۳۹۷/۱/۲۸ که در راستای بند (۵) ماده واحده لایحه قانونی واگذاری اختیارات فنی به استان‌ها مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب تدوین و ابلاغ شده است و آئین‌نامه نحوه دریافت هزینه‌های انجام داوری شورای عالی فنی مصوب ۱۳۸۵ هیئت وزیران که صرفاً در خصوص هزینه‌های داوری مواردی را پیش‌بینی کرده است. در نهایت به نظر می‌رسد همین قدر که قانون‌گذار موضوع تعدیل قراردادها را پذیرفته یعنی شرایط عینی معاملات را در نظر داشته است که هر دو طرف منتفع شوند با همین استدلال می‌توان برای سامان دادن پیمان‌های دولتی از ظرفیت شورای عالی فنی به شرط مستندسازی صلاحیت‌ها بهره‌برداری کرد.

منابع

الف: کتب

- اوجاقلو، رسول (۱۴۰۲). «شرایط عمومی پیمان در نظام حقوقی ایران با بررسی رویه قضایی». انتشارات کتاب آوا.
- مجیدی، عبدالمجید (۱۳۹۸). «خاطرات عبدالمجید مجیدی وزیر مشاور و رئیس سازمان برنامه‌وبودجه»، انتشارات گام.
- نیلی، محسن و کریمی، محسن (۱۴۰۰). «برنامه‌ریزی در ایران ۱۳۵۶-۱۳۱۶، تحلیلی تاریخی با تمرکز بر تحولات نقش و جایگاه سازمان برنامه‌وبودجه»، نشر نی.
- طباطبائی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۴). «مفهوم، انواع و قواعد حاکم بر قراردادهای عمومی»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره هفتم.

داراب پور، محراب و داراب پور، محمدرضا (۱۴۰۰). «حقوق و مسئولیت‌های فرا قراردادی مهندسان»، چاپ اول، نشر جنگل.

خدابخشی، عبدالله (۱۴۰۱). «حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی»، چاپ یازدهم، شرکت سهامی انتشار.

ب: مقالات

اسماعیلی، میترا، توسلی، منوچهر و رادان، جلیلی علی (۱۴۰۰). «نظام حقوقی حاکم بر پیمان‌های دولتی در ایران در پرتو اصول حکمرانی مطلوب». فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، شماره ۷.

امینی، عیسی، اسکینی، ربیعا و رشیدی، امید (۱۳۹۹). «تفسیر شرط داوری اجباری». فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۳۲.

داراب پور، مهرباب و انیسی، الهام (۱۴۰۰). «اجرایی شدن آرای حل اختلاف فیدیک، نقطه عطفی برای کارآمدی اقتصادی پروژه‌ها و عدم توقف آن‌ها؛ با رویه‌سازی با رأی دادگاه سنگاپور در پرونده پرسور». مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۶۴.

دشتی، تقی و حائری اصفهانی، شهاب (۱۳۹۹). «داوری در دعاوی دولتی با نگاهی تحول‌گرایانه به اصل ۱۳۹ قانون اساسی». فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، شماره ۲.

جوادی، شاهین و زنگنه، محمد (۱۳۸۴). «ارتباط سیاستگذاری، برنامه‌ریزی و بودجه‌ریزی». فصلنامه مجلس و پژوهش، شماره ۴۷.

رجبی، عیسی و اونق، شهرزاد (۱۳۹۹). «الزام‌آوری شرط داوری موضوع بند ج شرایط عمومی پیمان». مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۱.

رستمی، ولی و مجیبی، فر، محمد صادق (۱۳۹۴). «داوری در قراردادهای پیمانکاری دولتی». فصلنامه حقوق اداری، شماره ۸.

زرکلام، ستار (۱۳۸۳). «تفکیک بین نهادهای شبه داوری در قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی». فصلنامه مدرس علوم انسانی، دانشگاه تربیت مدرس، شماره ۳۸.

فرجی، منصور و میرزا نژاد جویباری، اکبر (۱۴۰۱). «درآمدی بر قراردادهای نمونه با منشأ قانونی». فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۱.

موسوی، سید فضل ...، وکیلی، سید مهدی و غلامی، مهدی (۱۳۹۱). «مطالبه تطبیقی اصول تفسیر قرارداد»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی.

عزیزی، ابراهیم (۱۴۰۲). «تحلیل ماهیت حقوقی شورای عالی فنی و نقدی بر وظائف آن»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، شماره ۷۹.

شهابی، مهدی، افضلی، عبدالواحد و شریف، محمدمهدی (۱۳۹۸). «عبور از تفسیر قرارداد به تحول قرارداد؛ تأملی در اجتماعی شدن حقوق قراردادها»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۲۷.

شمس، عبد... و بطحائی، سید فرهاد (۱۳۹۴). «ماهیت حقوقی داوری». فصلنامه تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۷۰.

مقیم، سید محمد، پورعزت، علی اصغر، دانایی فرد، حسن و احمدی، حیدر (۱۳۹۵). «تبیین عناصر حکمرانی خوب در سیاستگذاری نظام بودجه‌ریزی کشور»، فصلنامه مطالعات راهبردی سیاستگذاری عمومی، شماره ۲۱.

یارارشدی، محمد، یعقوبی مقدم، آرمان و غلام پور ویشکایی، محمد (۱۴۰۲). «روش‌های حل و فصل اختلافات در قراردادهای فیدیک». فصلنامه تمدن حقوقی، شماره ۱۷.

Ch. Pamboukis, The concept and function of usages in the united nations convention on the international sale of goods, journal of law and commerce, vol. 25:107, 2005-06.

Mitchell Catherine, (2007). Interpretation of Contract, Routledge Cavendish. Magnus Honorable Ulrich, "Remarks on Good Faith", Pace International Law Review.

Robertson Andrew, the Limits of Voluntariness in Contract, Melbourne Law School, Legal Studies Research Paper No.140, January 2006.

Moses, Margaret L, The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, (New York, Cambridge, University Press, 2014), p14.

Moses, Margaret L, Ibid,p1,18_& Singh, Avtar, Law of Arbitration and Concilation, (New Delhi, Eastern Book Company,2017.)