



## الزام آوری شرط داوری موضوع بند «ج» ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان

عیسی رجبی\*، شهرزاد اونق\*\*

### چکیده

به دلیل استعمال الفاظ «می‌توانند» و «می‌تواند» در بندهای الف و ج ماده ۵۳ «شرایط عمومی پیمان»، با پیش‌بینی نهادهای شبه‌داوری و داوری در قالب شرط قرارداد، این ماده در معرض تفسیرهای مختلف تعیین مرجع صالح رسیدگی ابتدایی به اختلافات ناشی از قراردادهای پیمانکاری دولتی قرار گرفته است و موجب تشتت دیدگاه اندیشه‌های حقوقی و تفسیر متعارض در آراء محاکم دادگستری در مواجهه با این قبیل اختلافات، از حیث صلاحیت یا عدم صلاحیت ابتدایی دادگاه‌ها در مقابل شرط داوری، به تبع افاده «اختیار» یا «الزام» مراجعه طرفین پیمان به مراجع حل اختلاف غیرقضایی شده است، به طوری که عدم وجود رویه قضایی واحد در این خصوص سرگردانی و صرف هزینه‌های زمانی و مالی گزاف برای طرفین دعوا (کارفرما و پیمانکار) و محاکم دادگستری را دربرداشته است. از این رو، در نوشتار حاضر برآنیم با تکیه بر شیوه استدلال و نحوه به‌کارگیری مبانی و قواعد حقوقی حاکم بر موضوع در یکی از آراء قضایی صادره از محاکم عمومی بدوی به طور تمثیلی، ضمن بررسی ساختار و تحلیل ابعاد علمی اندیشه قضایی متبلور در رأی، از جمله مفهوم و ماهیت حقوقی قرارداد پیمان و شیوه‌های حل اختلاف غیرقضایی و همچنین جایگاه مراجع حل اختلاف غیرقضایی در قراردادهای پیمانکاری دولتی، در قالب شرط قراردادی، به تبیین حدود اختیارات طرفین دعوا در انتخاب مرجع رسیدگی قضایی یا غیرقضایی پرداخته تا از این رهگذر در حد بضاعت رویکردی کارکردگرا و واحد در برخورد با این قبیل اختلافات ارائه شود.

واژگان کلیدی: پیمانکاری دولتی، شرایط عمومی پیمان، شرط داوری، مراجع غیرقضایی، شورای عالی فنی

\* قاضی دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق نفت و گاز، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران  
(نویسنده مسئول)  
Ei\_rajabi@ut.ac.ir

\*\* دکتری فقه و حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران  
shahrzadounegh@yahoo.com

## مقدمه

از جمله مقررات حاکم بر قراردادهای پیمانکاری سند «شرایط عمومی پیمان»<sup>۱</sup> است. در تنظیم قراردادهای پیمانکاری نه تنها تخلف از شرایط عمومی پیمان امکان‌پذیر نیست، بلکه شرایط خصوصی پیمان نیز لزوماً باید در راستای قواعد سند «شرایط عمومی پیمان» تنظیم شوند. بنابراین می‌توان گفت آمره و تعیینی بودن شرایط عمومی قراردادهای پیمانکاری موجب تفکیک قواعد و احکام این قراردادها از قانون مدنی است (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۳: ۳۲۷).

در این میان یکی از مسائل مورد مناقشه در شرایط عمومی پیمان، شیوه حل اختلاف در قراردادهای پیمانکاری است. ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان با عنوان «حل اختلاف» حکایت از پیش‌بینی مراجع مختلف حل اختلاف غیرقضایی اعم از «شبه‌داوری» (زرکلام، ۱۳۸۳: ۱۰۸-۱۰۷) و «داوری» دارد، به‌گونه‌ای که ماده اخیر در فصل پنجم شرایط عمومی پیمان ناظر بر قواعد حل اختلاف میان کارفرما و پیمانکار در موارد اختلاف در اجرا یا تفسیر مفاد قرارداد است. از جمله مناقشات در ماده اخیر، اختیار یا عدم اختیار (الزام و التزام) طرف‌های قرارداد پیمانکاری در انتخاب مراجع حل اختلاف قضایی یا غیرقضایی در صورت بروز اختلافات ناشی از قرارداد پیمانکاری است.

عمده منشأ مناقشه ناشی از استعمال الفاظ «می‌توانند» و «می‌تواند» در بندهای «الف» و «ج» ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان است. این امر موجب صدور آراء متناقض مراجع قضایی در برخورد با دعاوی ناشی از اجرا یا تفسیر مفاد قراردادهای پیمان از حیث شناسایی صلاحیت ابتدایی مراجع قضایی با وجود شرط قراردادی مراجعه به مراجع غیرقضایی شده است، به‌گونه‌ای که برخی از محاکم با افاده اختیار طرفین دعوا در مراجعه به محاکم قضایی یا غیرقضایی، از ظاهر الفاظ ماده اخیر، رسیدگی به اختلاف را در صلاحیت دادگاه دانسته و برخی دیگر در برداشتی متقابل، با عقیده به الزام‌آور بودن مراجعه بدوی طرفین اختلاف به مراجع غیرقضایی، دعوای مطروحه را ابتدائاً در محاکم دادگستری قابل استماع ندانسته و قرار رد دعوا صادر می‌کنند.

به‌رغم اهمیت و مبتلابه بودن اختلافات ناشی از قراردادهای پیمانکاری دولتی، پیشینه پژوهشی اندیشه‌های حقوقی ایران، در زمینه هر یک از دو رویکرد متضاد رویه قضایی موجود، تاکنون ادبیات چندانی در تبیین مفهوم و ماهیت حقوقی قرارداد پیمان و شیوه‌های «حل اختلاف» غیرقضایی موضوع ماده ۵۳ سند «شرایط عمومی پیمان» و همچنین تطبیق آن با نهادهای مرسوم حل اختلاف غیرقضایی اعم از «شبه‌داوری» و «داوری» و تحلیل ابعاد حقوقی آن از حیث نقاط اشتراک و افتراق موضوع با

۱. نک: نشریه شماره ۴۳۱۱ سازمان برنامه و بودجه

مفهوم داوری اختیاری یا اجباری ارائه نکرده است، به طوری که در این زمینه دکترین حقوقی فرصت ظهور در آراء محاکم نداشته و رویه قضایی نیز نتوانسته است در مسیر واحد با مبانی استدلالی مبین حرکت نماید تا ثمره آراء قضایی علاوه بر فصل خصومت، ایجاد وحدت رویه یا وضع قانون مناسب باشد. اگرچه بررسی برخی آراء صادره از محاکم در تقابل این دو رویکرد به غلبه گرایش دیدگاه قضایی به صدور قرار رد دعوا و عدم قابلیت استماع تمایل دارد، ولیکن غالب آراء قضایی در بخش استدلال و منطوق رأی اختصاری بوده و کمتر بیانگر مبانی استدلالی و تحلیل حقوقی علت حکم است. از این رو، در نوشتار حاضر تلاش بر این است به منظور ایجاد اندیشه واحد، با تبیین مفهوم و ماهیت قرارداد پیمان و شیوه‌های حل اختلاف غیرقضایی (با تأکید بر نهاد داوری مندرج در بندج ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان) و جایگاه آن در قراردادهای پیمانکاری، بر مبنای اصول فقهی، حقوقی، مقررات قانونی و اندیشه‌های حقوقی، به روح ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان و اراده واقعی قانون‌گذار در حدود اختیارات کارفرما و پیمانکار در انتخاب مراجع قضایی یا غیرقضایی به هنگام بروز اختلافات ناشی از قرارداد پیمانکاری دست یابیم.

در این راستا به بررسی ساختار و تحلیل علمی ابعاد حقوقی یکی از آراء بدوی محاکم عمومی دادگستری که با شیوه‌ای متفاوت از آراء دیگر به صورت تفصیلی و البته استدلالی صادر شده است پرداخته‌ایم. دادنامه صادره توسط احد از نگارندگان، فارغ از نتیجه آن در مرحله تجدیدنظر، از حیث نگاه علمی و فنی در قسمت اسباب موجه رأی درخور توجه بوده و ساختار و سبک اصدار رأی منتخب، با رعایت اصل نسبی بودن آراء محاکم، شاهدهی بر محصول اندیشه علمی متجلی در یک رأی قضایی است. هدف نوشتار حاضر فارغ از محدودیت‌ها و الزامات قانونی حاکم بر چهارچوب شکلی و ماهیتی صدور آراء قضایی، در ورای رأی و به‌عنوان تمثیلی از بازتاب رویکرد استدلالی علمی در اندیشه قضایی، مجال تحقق نگرشی نو با تبیین مفهومی از شرط داوری در قراردادهای پیمانکاری دولتی متمایز از نهاد داوری اختیاری، به‌عنوان شرط ضمن عقد موضوع باب هفتم قانون آیین دادرسی مدنی، به‌عنوان نهاد ویژه، در قالب ادبیات پژوهشی است.

### ۱. درآمدی بر ساختار رأی

نوشتار حاضر بر مبنای ساختار دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۰۰۵۶۵۰۰۴۰۰ مورخ ۱۳۹۸/۴/۱۶ صادره از شعبه ۶ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان گرگان است. دادنامه اخیر پس از طرح دعوی یک شرکت ساختمانی به طرفیت یک ارگان دولتی به خواسته محکومیت خوانده به پرداخت وجه ناشی از انجام قرارداد پیمانکاری با جلب نظر کارشناس و تعدیل صورت وضعیت به انضمام خسارات دادرسی و خسارات تأخیر تأدیه صادر شده است. در بخشی از مقدمه رأی آمده است: «وکلاهی

خواهان بیان داشته‌اند حسب قرارداد پیمانکاری شماره ۴۱/۴۱... مورخ ۱۳۸۱/۳/۱۳ احداث پروژه ساختمان... به شرکت موکل واگذار که این پروژه برابر صورت جلسه مورخ ۱۳۸۴/۹/۱۹ مورد بهره‌برداری اداره خوانده قرار گرفته لیکن اداره مزبور تاکنون از پرداخت مابقی طلب موکل به‌رغم صدور صورت وضعیت قطعی از سوی پیمانکار و تأیید آن در مراحل مختلف توسط مهندس مشاور امتناع ورزیده است. لذا تقاضای رسیدگی و صدور حکم به شرح ستون خواسته مورد استدعاست.» با صرف نظر از جزئیات، در مقابل، عمده ایراد نماینده حقوقی اداره مربوط ایراد عدم صلاحیت دادگاه رسیدگی کننده بوده است.

دادگاه رسیدگی کننده پس از ذکر مقدمه پیش از ورود در اسباب موجهه و منطوق رأی، به بیان مفهوم و ماهیت قرارداد پیمان پرداخته است و سپس در ادامه متن رأی پرسش اولیه زمینه ساز اختلاف نظرهای فراوان مبنی بر اینکه «چه مرجعی صلاحیت رسیدگی به این اختلاف را خواهد داشت؟» وارد قسمت اسباب موجهه شده است. دادگاه صادرکننده رأی بر مبنای مفاد ماده ۵۳ سند شرایط عمومی پیمان ضمن توصیف انواع مراجع حل اختلاف غیرقضایی پیش‌بینی شده در ماده اخیر به تبیین مفهوم، ماهیت و جایگاه شرط داوری در قراردادهای پیمانکاری با تأکید بر بند ج ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان پرداخته است. در این راستا دادگاه صادرکننده رأی بر دستیابی به روح قانون و هدف مقنن از پیش‌بینی مراجع حل اختلاف غیرقضایی در قراردادهای پیمانکاری دولتی از مبانی استدلالی فقهی، اندیشه حقوقی و قانونی بهره جسته است تا در نهایت، با صدور قرار عدم صلاحیت به دلیل غیرقابل استماع بودن دعوی مطروحه، الزام‌آور بودن ارجاع امر به مراجع حل اختلاف غیرقضایی پیش‌بینی شده در ماده ۵۳ سند شرایط عمومی پیمان را تبیین نماید.

## ۲. مفهوم، ماهیت و ویژگی‌های قرارداد پیمانکاری

در این قسمت نخست به شیوه رأی منتخب در بیان مفهوم و ماهیت و تبیین ویژگی‌های قرارداد پیمان پرداخته و بدین منظور ابتدا برای کشف جایگاه قانونی آن تطور تاریخی را رصد کرده‌ایم. پیمانکاری، که سابقاً مقاطعه نامیده می‌شد، برای اولین بار در قانون مالیات بر درآمد مصوب ۱۳۳۹ تحت همین عنوان مطرح شده است. ولیکن در حال حاضر در قالب موافقت‌نامه پیمان، بر اساس ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱، برای اجرای طرح‌های عمرانی دولتی منعقد می‌شود. بر اساس آخرین آیین‌نامه‌ای که ذیل موضوع این ماده تحت عنوان نظام فنی و اجرایی طرح‌های عمرانی کشور در تاریخ ۱۳۷۵/۴/۴ به تصویب هیئت وزیران رسیده است، سازمان برنامه و بودجه کشور طی دفترچه‌ای منضم به بخشنامه شماره ۵۴/۸۴۲-۱۰۲/۱۰۸۸ مورخ ۱۳۷۸/۳/۳ شکل یکنواخت پیمان را منتشر کرده است. برای یافتن معنای اولیه و آگاهی از عقود پیمان ناگزیر از

مراجعه به آن خواهیم بود. در همین راستا ماده ۱ از شرایط عمومی پیمان در تعریف «پیمان» بیان می‌دارد: «پیمان مجموعه اسناد و مدارکی است که در ماده ۲ موافقت‌نامه پیمان درج شده است.» با رجوع به ماده ۲ موافقت‌نامه مذکور، مقنن مواردی را ذیل عنوان اسناد و مدارک اشعار می‌دارد که بخش عمده آن‌ها در دفترچه منتشر شده از سوی سازمان برنامه و بودجه کشور قید شده است. در دفترچه مذکور که در نشریه شماره ۴۳۱۱ سازمان برنامه و بودجه انتشار یافته است، سه عبارت در روی جلد آن جلب توجه می‌کند: الف) موافقت‌نامه، ب) شرایط عمومی و ج) شرایط خصوصی پیمان‌ها. این سه عبارت در واقع سه جزء یا سه سند مرتبط با هم است و مستفاد از ماده ۱، شرایط عمومی پیمان به صورت خلاصه «پیمان» نامیده می‌شوند.

ماهیتاً پیمان عقدی است که اگرچه در قالب عقود معین سنتی دسته‌بندی نمی‌شود، لیکن بر اساس اصل حاکمیت اراده و در گستره ماده ۱۰ قانون مدنی قرار گرفته است و به مرور جزء عقود خاص و ویژه شناخته شده است و طبق ماده ۶ شرایط عمومی پیمان بین کارفرما و پیمانکار<sup>۱</sup> منعقد می‌شود (اسماعیلی هریمی، ۱۳۹۶: ۱۳۶). فارغ از اینکه عقد پیمان در سایه ماده ۱۰ قانون مدنی به مرور جزء عقود خاص شناسایی شده است، لیکن با توجه به ارکان و آثار اصلی عقد پیمان، امکان تطبیق آن با ماهیت عقود معین توصیف شده در قانون مدنی و دیگر قوانین عام قابل بررسی است تا شباهت‌های عقد پیمان با توصیف عقود سنتی و معین ذهن را به خاستگاه این نوع قراردادهای امروزی رهنمون شود. تعریف عقد طبق ماده ۱۸۳ قانون مدنی عبارت است از: یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد به امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد؛ حال آنکه نوع تعهد و اثر اصلی هر عقد تعیین‌کننده نوع ماهیت انشاء شده در عالم اعتبار است که اصولاً با توصیف عقد حاصل می‌شود. به طور کلی و ابتدایی در توصیف نوع عقد پیمان بر اساس ماده ۱۱ قانون مالیات بر درآمد ۱۳۳۹ می‌توان گفت «مقاطععه یا پیمانکاری» قراردادی است که به موجب آن دولت یا مؤسسات و سازمان‌های عمومی انجام عمل یا فروش کالایی را با شرایط معینی در برابر مزد و در مدت معین به شخص حقیقی یا حقوقی به نام پیمانکار (مقاطععه کار) واگذار می‌کنند. موضوع پیمان ممکن است ایجاد ساختمان یا حمل و نقل یا تهیه و تدارک کالا یا انجام عملی باشد. همچنین، مطابق ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی انتخاب پیمانکار از طریق مناقصه و مزایده انجام می‌گیرد. به عقیده نگارندگان، عناصر تعریف اخیر مبین این است که عنوان پیمانکاری (مقاطععه) مفهومی است که بر یک سری از قراردادهایی که از حیث نوع تعهد اعم از انجام عمل یا فروش کالا در

۱. مهندس مشاور برخلاف تصور برخی از نویسندگان از طرف‌های پیمان تلقی نمی‌شود.

موضوعات مختلف است اطلاق دارد. بنابراین در بادی امر از صرف استعمال لفظ پیمانکاری نمی‌توان افاده ماهیت حقوقی معین در نهاد عقود معین مدنی رسید، زیرا لفظ پیمانکاری بیانگر «نوع» در مجموعه انواع عقود و قراردادهاست که اقسام مختلفی از نظر موضوع تعهد و روش انجام کار دارد. تقسیم‌بندی قراردادهای پیمانکاری به اقسامی نظیر قرارداد بر اساس فهرست بها<sup>۱</sup>، قرارداد بر اساس برآورد کلی با قیمت ثابت<sup>۲</sup>، قرارداد هزینه به اضافه سود<sup>۳</sup>، قرارداد کلیددر دست<sup>۴</sup>، قراردادهای تأمین تجهیزات و طراحی، تأمین تجهیزات، ساخت<sup>۵</sup>، قرارداد ساخت، بهره‌برداری و واگذاری<sup>۶</sup>، قرارداد بیع متقابل<sup>۷</sup> و... مؤید نظر نگارندگان است.<sup>۸</sup> بنابراین باید به این نکته توجه کرد که آنچه به اتخاذ عنوان پیمانکاری در یک قراردادی در موضوع نوشتار حاضر خصوصیت می‌دهد اشتراک معیارهایی نظیر طرفین قرارداد از حیث دولتی بودن کارفرما و اعمال مقررات خاص شرایط عمومی پیمان در قراردادهای عمرانی و همچنین معیار انجام عمل معین در برابر مزد معین در مدت معین است که موجب می‌شود شماری از قراردادها با این مشخصات در زیر عنوان نوع قراردادهای پیمانکاری قرار گیرند. در حالی که مشترکات اقسام قراردادهای پیمانکاری فی نفسه مبین وصف حقوقی خاصی نبوده و عام و مطلق در معیار انجام عمل معین در برابر مزد معین در مدت معین هستند، زیرا بسیاری از قراردادهای خصوصی ممکن است در مفاد خود دربرگیرنده انجام عمل معین در برابر مزد معین در مدت معین باشند، ولیکن قرارداد پیمانکاری در معنای اخص خود نباشند. در نتیجه با توجه به اینکه موضوع تعهد و روش انجام کار در هر یک از اقسام قراردادهای پیمانکاری متفاوت است، ماهیت حقوقی هر یک از اقسام قراردادها نیز متفاوت است. ولیکن می‌توان قائل بر این بود که ماهیت کلیت قرارداد پیمانکاری در هر یک از اقسام خود یک عقد مرکب (مختلط) است که متشکل از انواع عقود معین و غیر معین می‌باشد که به عنوان مجموعه واحد موضوع یک ایجاب و

1. Unite rate
2. Lump Sum
3. Cost Plus
4. Turnkey Contract
5. EPC
6. BOT
7. BUYBACK

۸. لازم به ذکر است دسته‌بندی ارائه شده بر اساس مفهوم عام پیمان کاری می‌باشد، چراکه نگارندگان نیز التفات دارند که پیمانکاری در معنای خاص، صرفاً به فعالیت‌های اجرایی یا همان (Construction) تعریف می‌شود و با قراردادهای خدمات مشاوره (Engineering) به جهت اینکه بیشتر جنبه طراحی، نظارت و مدیریت دارد و همچنین قرارداد سفارش تجهیزات (Procurement) که انتقال مالکیت با تحویل نهایی کالا صورت می‌گیرد و نه به تدریج، تفاوت دارد. (برای مطالعه بیشتر نک: شیروی، ۱۳۹۳: ۳۹۵)

قبول واقع شده‌اند (خورسندیان و شینور، ۱۳۹۰: ۸۹)، به طوری که در مجموع استقلال فردی هر عقد از دست رفته و عقود در کنار یکدیگر یک قرارداد پیمانکاری را خلق کرده‌اند. از سویی دیگر، برخی از اندیشه‌های حقوقی ایران قراردادهای پیمانکاری را بر مبنای ماهیت دلالتی و حق العمل کاری تبیین نموده‌اند و در مبنای استدلالی خود از تبیین قراردادهای پیمانکاری بر مبنای یک نهاد حقوقی تجاری بهره جسته‌اند (غلامی، ۱۳۹۱: ۴۳۴)، هرچند در نظام حقوقی ایران تبیین ماهیت حقوقی واحد برای کلیت قراردادهای پیمانکاری دشوار است.

تبیین ویژگی‌های قراردادهای پیمانکاری موضوع بحث مستلزم پاسخ به این پرسش است که آیا قراردادهای پیمانکاری از جمله قراردادهای حقوق عمومی (اداری) است یا قراردادهای حقوق خصوصی (مولایی، ۱۳۹۴: ۱۲۵-۱۲۴). باید اذعان داشت که در نظام حقوقی ایران اقسام قراردادهای پیمانکاری دولتی تحت عنوان اعمال اداری دوجانبه یا قراردادهای اداری از نوع قراردادهای عمومی به شمار می‌روند (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۳: ۲۳۷). قراردادهای حقوق عمومی به‌رغم اتخاذ عنوان «قرارداد» به‌طور کامل از اصول و قواعد حاکم بر قراردادهای حقوق خصوصی پیروی نکرده و در کلیت امر از باب حفظ نظم و نفع عمومی، بر مبنای اصول حاکم بر خدمت عمومی<sup>۱</sup>، تحت الشعاع حاکمیت دولت هستند (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۳: ۳۲۵). الزامات قانونی بر قراردادهای پیمانکاری از مراحل بدوی ترتیب انعقاد و انتخاب طرف قرارداد از طریق مزایده یا مناقصه و شرایط انعقاد تا خاتمه قرارداد حکومت دارند. کارفرما، در قراردادهای پیمان، شخص حقوقی وابسته به حقوق عمومی (دولت) است. قراردادهای انعقادی از سوی سازمان‌های دولتی از حیث نظام حقوقی حاکم بر آن‌ها ممکن است تابع قواعد حقوق خصوصی، مانند بیع یا اجاره، نیز باشند (رستمی، مجیبی فر، ۱۳۹۴: ۶۰)، ولیکن این قبیل قراردادها طبق ماده ۳۲ قانون برنامه و بودجه برای اجرای طرح‌های عمرانی دولتی از سوی سازمان برنامه و بودجه منتشر شده و به تمامی دستگاه‌های اجرایی ابلاغ شده است؛ بنابراین از قراردادهای خصوصی فاصله گرفته و مشمول قراردادهای اداری حقوق عمومی هستند و به تبع ویژگی‌های خاص این قبیل قراردادها نیز بر آن‌ها نیز بار خواهد شد (اسماعیلی هریسی، ۱۳۹۶: ۵۵-۲۵). از این رو قراردادهای پیمان از عقود تشریفاتی و ناگزیر از رعایت قانون برگزاری مناقصات بوده و همچنین جزء عقود الحاقی می‌باشند. قراردادهای پیمان به علت اولویت منافع عمومی بر منافع شخص خاص، مستفاد از مواد ۴۶ و ۴۸ شرایط عمومی پیمان، نسبت به کارفرما جایز و برای پیمانکار لازم است (اسماعیلی هریسی، ۱۳۹۶: ۴۹-۴۸).

۱. اصل انطباق، اصل ثبات یا استمرار، اصل تساوی و اصل تقدم خدمات عمومی

### ۳. مبانی استدلالی اسباب موجهه رأی در تعیین مرجع صالح

ویژگی‌های خاص این قبیل قراردادها و گستردگی و پیچیدگی دامنه فعالیت طرفین موجب برداشت‌های متفاوت طرفین از امور قرارداد و تفسیر معارض از آن شده و اسباب اختلاف در قرارداد را فراهم آورده است. یکی از مسائل زمینه‌ساز اختلاف نظرها تعیین مرجع صالح رسیدگی به این اختلافات است. در دادنامه استنادی آمده است:

«... نخستین و نزدیک‌ترین پاسخی که در بادی امر و با استفاده از مفهوم اصول ۳۴ و ۱۵۹ قانون اساسی، طبق این اصول دادخواهی حق مسلم هر شخصی بوده و دادگستری مرجع رسمی شکایات و تظلمات عمومی است، به ذهن هر حقوق‌دانی متبادر خواهد شد دادگستری (دادگاه) می‌باشد. با این وصف با تأمل و تدقیق در ماده ۵۳ سند شرایط عمومی پیمان که به نوعی بیانگر شیوه‌های حل اختلاف، که ترجمه عبارت (ADR) Alternative Dispute Resolution بوده و... راهکار دیگری غیر از دادگستری به ما [ارائه] می‌دهد»؛

با پذیرش این استدلال، محل نزاع در اختیار یا الزام طرفین اختلاف در مراجعه بدوی به مراجع حل اختلاف قضایی یا غیرقضایی است. منشأ بحث راجع به استعمال الفاظ «می‌توانند» و «می‌تواند» در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان است. لازم به ذکر است اگرچه ممکن است عوامل دیگری از قبیل نوع اختلاف و دخالت اشخاص متعدد مدعی حق و ذی‌نفعانی غیر از طرفین قرارداد پیمانکاری در تعیین صلاحیت مرجع قضایی اثرگذار باشند، ولیکن فرض نوشتار حاضر فارغ از اثر متغیرهای دیگر و در شرایطی است که نوع اختلاف در محدوده مفاد ماده ۵۳ بوده و طرفین اختلاف نیز طرفین قرارداد (کارفرما و پیمانکار) باشند. همچنین ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان مراجع حل اختلاف غیرقضایی متعدد اعم از «شبه داوری» و «داوری» را در ضمن بندهای خود پیش‌بینی کرده است (آوانسیان، ۱۳۹۰: ۴۷-۵۵) که از حیث طولی یا عرضی بودن رجوع به هریک از آنها نیز قابل تأمل است، ولیکن این امر فرع بر اثبات ماهیت اختیاری یا اجباری در اصل رجوع بدوی به مراجع حل اختلاف قضایی یا غیرقضایی بوده و محل پژوهشی مستقل است. با توجه به تشتت رویه قضایی، که محل اصلی تجلی کاربردی و اجرایی اندیشه‌های علمی و حقوقی در موارد سکوت، اجمال یا ابهام قانون به تلقی از هدف مقنن و روح قانون است، رویکرد نوشتار حاضر بر عدم صلاحیت بدوی مراجع قضایی و عدم قابلیت استماع دعواست. مبنای رویکرد منتخب، ماهیت اجباری رجوع به مراجع حل اختلاف غیرقضایی تحت عنوان داوری اجباری است. در این راستا نخست به مبانی فقهی الزام‌آور بودن رجوع بدوی به مراجع حل اختلاف غیرقضایی و سپس به تبیین مفهوم جامد شرط در شرایط عمومی پیمان و ماهیت داوری اجباری در قراردادهای پیمانکاری پرداخته می‌شود.



### ۱-۳. مبانی فقهی الزام آور بودن رجوع بدوی به مراجع حل اختلاف غیرقضایی

از ظاهر الفاظ معنا و از معنای جملات منطوق و مفهوم استنباط می شود و شارع قصد خود را در قالب منطوق یا مفهوم عبارات بیان می کند. در تفسیر حکم ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان، رأی منتخب از مباحث اصولی الفاظ بهره جسته و استدلالات فقهی رأی بر چند مبحث اصولی استوار شده و چنین آمده است:

«... اگرچه کلیت ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان، تحت عنوان «حل اختلاف»، پیش بینی شده است، ولیکن نمی توان به اطلاق مراجع حل اختلاف اعم از قضایی و غیرقضایی تمسک کرد، چراکه قانون گذار در مقام بیان موضوع خاص بوده و علاوه بر آن در بندهای مختلف ماده اخیر قرینه مبنی بر تقييد وجود دارد، به نحوی که در جزء (۱) بند الف، در خصوص برداشت های متفاوت طرفین از متون بخشنامه ها، مرجع تفسیری آن را سازمان برنامه و بودجه تعیین کرده و در جزء (۲) بند الف، در مورد اختلاف نظرهای خارج از شمول بند (۱)، رسیدگی و اعلام نظر درباره آن ها را به کارشناسی یا هیئت کارشناسی منتخب دو طرف واگذار نموده که تا این قسمت بند به نوعی یادآور هیئت بررسی اختلاف<sup>۱</sup> می باشد که در قالب نهاد «شبه داوری» اخیراً در سازمان های بین المللی همچون فدراسیون بین المللی مهندسان مشاور (فیدیک) در شرایط قراردادهای ساخت (کتاب قرمز) که کارفرما خود کارهای طراحی تأسیسات را انجام داده و ساخت آن را به پیمانکار واگذار می کند، رایج می باشد. البته در ادامه و در بیان نتیجه این جزء از بند الف، بند ب ماده ۵۳ در اقدامی کاملاً عجیب و با بیان عبارت در صورتی که دو طرف در انتخاب کارشناس یا هیئت کارشناسی به توافق نرسند یا نظر اعلامی مورد قبول هریک از دو طرف نباشد، برای حل اختلاف طبق بند ج (داوری) اقدام می گردد، به کلی هدف این بند را عبث و بیهوده نموده و از آنجایی که اندراج این شرط فایده علمی نیز ندارد، حتی می توان با استفاده از مفهوم بند ۲ ماده ۲۳۲ قانون مدنی شرط را باطل (البته غیر مفسد عقد) دانست. از این رو در تلقی از معنای حل اختلاف و مراجع حل اختلاف مقدمات حکمت نسبت به اطلاق مراجع اعم از قضایی و غیرقضایی فراهم نبوده و در مانحن فیه به قدر متیقن اکتفاء کرده و نمی توان فراتر از آن پیش رفت تا مراجع قضایی را نیز شامل در حکم ماده دانست. در نتیجه قانون گذار نظر به شیوه حل اختلاف دیگری غیر از مرجع تظلم عمومی داشته است. به علاوه قرینه دیگری که در این زمینه رهنمون ما در تفسیر صدرالذکر می شود: بند ب ماده ۲۴ شرایط عمومی پیمان می باشد که در صورت بروز اختلاف بین پیمانکار کل و پیمانکار جزء کارفرما را مرجع رسیدگی و حل اختلاف

1. dispute review board

می‌داند و از آنجایی که دو طرف می‌پذیرند نظر کارفرما قطعی و لازم‌الاجراست، لذا دادن چنین اثری به نظر کارفرما نمی‌تواند غیر از داوری، برخلاف دیگر روش‌های جایگزین اختلاف که ایجاد التزام نمی‌کند، باشد...»

علاوه بر این، از نظر اصولی نیز معنای لفظ «می‌تواند» قابل تأمل است. در بند ج ماده ۵۳ از لحاظ ساختار عبارت، جمله نخست با لفظ «هرگاه» شروع شده است و لفظ «می‌تواند» حکم جمله بعد می‌باشد. لفظ «هرگاه» از ادوات شرط است؛ جمله نخست جمله شرط و لفظ «می‌تواند» جزای شرط است؛ از این رو جمله نخست قید حکم لفظ «می‌تواند» بوده و واجب از نوع واجب مشروط است (زراعت، ۱۳۹۱: ۶۵ و ۶۸-۷۱)؛ به عبارت دیگر، ساختار عبارت حاکی از ضوابط و شرایط رجوع به داوری در موارد اختلاف در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان بین طرفین است و شرطیت از احکام وضعی است. با این فرض که موضوع اختلاف ممکن است در مواردی غیر از اجرا یا تفسیر مفاد پیمان یا غیر از لزوماً طرفین حادث شود. در نتیجه لفظ «می‌تواند» مبین حکم تکلیفی اختیار طرفین در رجوع به داوری یا مرجع قضایی نمی‌باشد تا از آن اباحه و تخییر را افاده نمود، چراکه تلقی اخیر متضمن نقض غرض قانون‌گذار در درج شرط داوری است و بند ج ماده ۵۳ و تبصره آن لغو خواهد بود.

### ۲-۳. مفهوم جامد شرط در شرایط عمومی پیمان

لفظ «شرط» دارای دو معنای جامد و حدی است (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۶۲-۵۲). در معنای جامد شرط خاصیت قید را دارند (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۵۲). مصداق استعمال لفظ «شرط» در معنای جامد توسط قانون‌گذار ماده ۱۹۰ قانون مدنی است. ماده اخیر در مقام بیان «شرایط اساسی صحت عقد» بوده و استعمال لفظ «شرط» در این ماده به صورت جمع تحت واژه «شرایط» است، به طوری که از مفاد ماده ۱۹۰ قانون مدنی معنای قید و جامد شرط استنباط می‌شود. مذاقه در معنای لفظ «شرط» در عبارت «شرایط عمومی پیمان» نیز حائز اهمیت است؛ معنای شرط در عبارت اخیر جامد بوده و قانون‌گذار در مقام بیان قیود و الزامات عمومی اساسی در انشاء و خلق صحیح قراردادهای پیمان دولتی بوده است. دادنامه در این خصوص بیان داشته است:

«... به عبارتی دیگر، در تعبیری فراتر از ظاهر لفظ «شرط» در عبارت «شرایط عمومی پیمان»، قانون‌گذار با عمومیت دادن قیود و الزامات مندرج در سند «شرایط عمومی پیمان»، در صدد قاعده‌سازی برآمده است؛ بنابراین می‌توان حل اختلاف به شیوه ماده ۵۳ را به عنوان قاعده عمومی حل اختلاف در قراردادهای پیمان، به ویژه در ارجاع امر به داوری تلقی نمود؛ با این تعبیر تصور معنایی حدی از لفظ «شرط» که متضمن مفاهیمی چون «شارط»، «مشروط به» و «مشروط» است دشوار خواهد بود...»

اگرچه در دیدگاهی مخالف، برخی از اندیشه‌های حقوقی با تلقی معنای حدیثی از لفظ «شرط» عقیده بر این دارند که اصلح بود به جای عبارت «شرایط عمومی پیمان» از «شروط عمومی پیمان» استفاده می‌شد (اسماعیلی هریسی، ۱۳۹۶: ۸۶-۸۵). در تقویت رویکرد استنباط معنای جامد از لفظ «شرط» و در گواهی این مدعا این گونه استدلال شده است:

«... می‌توان به ضمانت اجرای عدم درج شرط یا توافق بر عدم وجود آن در قراردادهای پیمان رجوع کرد. چنانچه ضمانت اجرای عدم درج شرایط عمومی پیمان و حتی تغییر عبارات و یا نهایتاً توافق بر عدم وجود چنین شرطی، بی‌اعتباری و بطلان قرارداد پیمان باشد، چراکه بیان شد شرایط عمومی پیمان سند اداری و دولتی است که اگر پیمانکار هم موافق با زوال داوری باشد کارفرما به علت وابستگی به اداره متبوع خویش و اطاعت از مقررات اداری حق عدول زائل نمودن شرط داوری مندرج در بند ج ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان را نخواهد داشت (نک: عمادزاده و همکاران، ۱۳۹۵: ۹۹-۱۰۰)؛ در نتیجه شرایط عمومی پیمان در حکم شرایط صحت عقد خواهد بود...»

### ۳-۳. تبیین ماهیت داوری اجباری در قراردادهای پیمانکاری دولتی

چنان‌که پیش‌تر گفته شد آنچه محل نزاع در صلاحیت رسیدگی ابتدایی دادگاه عمومی می‌باشد، از یک سو استعمال لفظ «می‌توانند» در بند الف و «می‌تواند» در بند ج ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان است. در مقام رفع ابهام از معنای الفاظ «می‌توانند» و «می‌تواند» دادنامه موضوع نوشتار حاضر معتقد است:

«... قید «می‌توانند» موضوع بند الف به سرعت و با تأمل در نحوه نگارش ماده رفع ابهام خواهد شد، چراکه در عبارت میان دو ویرگول (،) این اختیار صرفاً تا قبل از درخواست ارجاع موضوع مورد اختلاف به داوری طبق بند ج می‌باشد و به عبارتی مقنن ارجاع به داوری موضوع بند ج را امری اجتناب‌ناپذیر تلقی می‌نماید و در مورد بند ج نیز صرف نظر از لزوم تفسیر منطقی قانون، که به موجب آن در موارد ابهام نمی‌توان یک بند یا ماده را به تنهایی تفسیر کرد بلکه لازم است با ملحوظ نظر داشتن بندهای قبلی و بعدی نسبت به تفسیر آن اقدام نمود، هم‌راستا با بند الف و با التفات به اینکه در لسان مقنن همیشه «می‌تواند» به معنای تخییر نبوده و بعضاً در مقام بیان حکم جواز می‌باشد، در این بند با ملحوظ نظر تمامی نکات سابق‌الذکر مبنی بر الزامی و غیرقابل عدول بودن شرایط عمومی پیمان و بالتبع شرط ضمن آن واژه «می‌تواند» به این معناست که هریک از طرفین در صورت بروز اختلاف حق دارد به داوری شورای عالی فنی مراجعه کند و با توجه به اینکه اختیار لازم در اعمال یا اسقاط حق خود نیز دارد، می‌تواند یا از اختلاف خود و به تبع حق مراجعه به شورای عالی فنی به کلی صرف نظر کند و یا با اعمال این حق به داوری شورای عالی فنی رضایت دهد و نمی‌تواند به جای

شورای عالی فنی به دادگاه مراجعه کند و تلقی غیر از این امر متضمن نقض غرض قانون‌گذار در درج شرط داوری است و بند ج ماده ۵۳ و تبصره آن لغو خواهد بود...»

به تعبیری دیگر از قصد قانون‌گذار از استعمال الفاظ «می‌توانند» و «می‌تواند»، می‌توان گفت قانون‌گذار در صدد شناسایی حق برای هریک از طرفین بوده است و از آن افاده ایجاد حق رجوع به مرجع حل اختلاف غیرقضایی به نفع طرفین می‌شود، نه اختیار در انتخاب نوع مرجع، چراکه حسب استدلال دادنامه منتخب:

«... موافقت‌نامه داوری چه به صورت مستقل و چه به صورت شرط ضمن عقد لازم، به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل حاکمیت اراده برای طرفین لازم‌الاتباع بوده و نظر به اینکه شرط داوری مندرج در بند ج ماده ۵۳ در قسمت شرایط عمومی پیمان درج شده که این شرایط مثل قانون حاکم بر کلیه پیمان‌ها می‌باشد و مستفاد از «بند ۲-۱ دستورالعمل نحوه تکمیل و تنظیم موافقت‌نامه، شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمان‌ها و مقررات مربوط به آن» که هرگونه تغییردادن یا افزودن مطلبی به شرایط عمومی را مجاز ندانسته و تأکید داشته که باید بدون هیچ تغییری باشد و همچنین مفاد مقدمه سند شرایط خصوصی پیمان و ماده ۴ این شرایط که بیان می‌دارد: موارد درج‌شده در این شرایط هیچ‌گاه نمی‌تواند مواد شرایط عمومی پیمان را نقض کند، از این رو بیانگر لزوم شرایط عمومی و عقد پیمان برای کارفرما و پیمانکار و بالتبع لزوم شرط داوری مندرج در شرایط عمومی بوده و در نتیجه مفاد (مندرجات) ماده ۵۳ سند «شرایط عمومی پیمان» نیز از حیث الزام‌آور بودن به جهات فوق مشمول امر قانون‌گذار است و طرفین قرارداد در انواع قراردادهای پیمان چه ماده اخیر را به عنوان ماده‌ای از مواد قرارداد در متن قرارداد ذکر نمایند یا چه حاکمیت مفاد سند «شرایط عمومی پیمان» در متن قرارداد درج کنند، ملتزم به مفاد ماده ۵۳ سند «شرایط عمومی پیمان» هستند و بند ج ماده ۵۳ در ادامه بند الف و ب ماده اخیر، اینکه در طول دیگر بندهاست یا در عرض آن‌ها اختلاف نظر وجود دارد، ناظر بر لزوم ارجاع امر اختلاف به داوری در اجرا یا تفسیر مفاد بین دو طرف می‌باشد...»

از سوی دیگر، استعمال لفظ «شرط» تحت عنوان کلی «شرایط عمومی پیمان»، در بدو امر انصراف به ماهیت «داوری اختیاری» به عنوان «شرط داوری» در ضمن قرارداد پیمان دارد. اگرچه ماهیت داوری در قراردادهای پیمان از حیث «اختیاری یا اجباری» بودن محل تأمل است، زیرا بر مبنای استدلال دادنامه،

«... استعمال لفظ «شرط» تحت عنوان کلی «شرایط عمومی پیمان»، در بدو امر انصراف به ماهیت «داوری اختیاری» به عنوان «شرط داوری» در ضمن قرارداد پیمان دارد، ولیکن چنان‌که بیان شد درج ماده اخیر در ضمن قراردادهای پیمان الزام قانونی است و اراده آزاد طرفین در خلق آن به عنوان شرط

ضمن عقد پیمان اثری ندارد، تلقی از ماهیت داوری در قراردادهای پیمان به معنای دقیق «داوری اختیاری» مشکل بوده و بلکه ماهیت امر را به «داوری اجباری» نزدیک تر ساخته است...».

اگرچه تبصره یک بند ج ماده ۵۳ تحت عبارت «چنانچه رئیس سازمان یادشده با تقاضای مورد اشاره موافقت نمود، مرجع حل اختلاف شورای عالی فنی خواهد بود»، ماهیت امر در صورت عدم موافقت رئیس سازمان برنامه و بودجه به داوری اختیاری با حاکمیت قواعد عمومی داوری داخلی در قانون آیین دادرسی مدنی در ماده ۴۶۳ متمایل است. در راستای تبیین الزام آور بودن ارجاع امر به داوری و عدم صلاحیت بدوی دادگاههای عمومی در رسیدگی به اختلافات ناشی از قراردادهای پیمان در فروض نوشتار حاضر، در این بخش، به بررسی و تبیین ماهیت داوری در قراردادهای پیمانکاری دولتی پرداخته می شود.

در حقوق داوری داخلی ایران، داوری بر مبنای آزادی اراده طرفین منازعه در انتخاب مرجع رسیدگی، به اقسام «داوری اختیاری» و «داوری اجباری» تقسیم بندی می شود (برای مطالعه بیشتر، نک: هاشمی، ۱۳۹۵؛ کریمی و پرتو، ۱۳۹۷). در داوری اختیاری، طرفین با آزادی اراده و اختیار به داوری مراجعه می کنند. این قسم از داوری مصداق داوری موضوع باب هفتم قانون آیین دادرسی مدنی در داوری داخلی است (نک: کاکاوند، ۱۳۸۹).<sup>۱</sup> داوری اختیاری در مقابل داوری اجباری قرار دارد. اگرچه اصل بر داوری اختیاری است، ولیکن در مواردی مراجعه به داوری به حکم قانون بوده و طرفین منازعه در رجوع به داوری اختیار انتخاب ندارند. در حقوق داخلی مصادیق متعددی از داوری اجباری وجود دارد. داوری اجباری نیز خود با توجه به نحوه الزام قانونی طرفین دارای تقسیم بندی تحت عناوین داوری اجباری قراردادی و قانونی قرار گرفته است، به گونه ای که در نوع داوری اجباری قراردادی مقنن گنجانیدن شرط داوری را در قرارداد اجباری کرده و در نوع دیگر مقنن ارجاع اختلافات به داوری را مستقیماً تحت عنوان قانون شناسایی کرده است و بدون وجود قراردادی حل اختلاف را در صلاحیت داوری دانسته است. برای نمونه می توان به مواد ۳۶ و ۳۷ قانون بازار کاغذ/ معامله گران، مشاوران سرمایه گذاری، ناشران، سرمایه گذاران و سایر اشخاص ذی ربط ناشی

۱. البته مستفاد از بند ۲ ماده ۲ قانون داوری تجاری بین المللی مصوب ۲۶/ ۰۶/ ۱۳۷۶ که مقرر می دارد: «کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوی دارند می توانند داوری اختلافات تجاری بین المللی خود را اعم از اینکه در مراجع قضایی مطرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله که باشد به تراضی، طبق مقررات این قانون به داوری ارجاع کنند» و با نظر به قید «می توانند» و «با تراضی» بیانگر اختیاری بودن امر داوری است.

از فعالیت حرفه‌ای آن‌ها، در صورت عدم سازش در کانون‌ها، توسط هیئت داوری رسیدگی می‌شود». به این داوری، داوری قانونی نیز گفته می‌شود.<sup>۱</sup> برخی اندیشه‌های حقوقی ایران در تبیین ماهیت داوری اجباری قراردادی و مصادیق آن بر آن است: «مقصود داوری‌هایی است که اگرچه پایه قراردادی داشته و موافقت‌نامه یا شرط داوری به امضای طرفین می‌رسد ولی نظر به الحاقی بودن قرارداد، در واقع اختیاری در کار نبوده و نپذیرفتن شرط داوری به قیمت انعقاد قرارداد منجر خواهد شد. این امر به وضوح در قراردادهایی که بین دولت و سازمان‌های دولتی با اشخاص خصوصی منعقد می‌گردد مشاهده می‌شود. برای نمونه می‌توان به ماده ۲۳ قانون نفت ۱۳۵۳ اشاره داشت که قانون‌گذار رفع اختلاف بین شرکت ملی نفت ایران و طرف‌های قرارداد را در صورت عدم حل و فصل از طرق مذاکره دوستانه از طریق داوری میسر دانسته است (نک: شیروی، ۱۳۹۱: ۲۸). همچنین است پیمان‌هایی که بین نهادهای دولتی و پیمانکار خصوصی صورت می‌پذیرد. این قبیل پیمان‌ها مشمول شرایط عمومی پیمان بوده که در ماده ۵۳ خود شرط ارجاع اختلافات آتی را به شورای عالی فنی پیش‌بینی کرده است. نمونه دیگر قراردادهای واگذاری سهام شرکت‌های دولتی است. بر اساس ماده ۲۰ قانون توسعه سوم، رسیدگی، اظهارنظر و اتخاذ تصمیم در مورد شکایت اشخاص حقیقی و حقوقی از هریک از تصمیم‌ها در امر واگذاری در صلاحیت هیئت داوری است و این موضوع در قراردادهای تنظیمی واگذاری سهام قید می‌شود و به امضای طرفین قرارداد می‌رسد.»<sup>۲</sup> در نتیجه، آن دسته از داوری‌هایی که با اختیار و رضایت به آن مراجعه می‌گردد داوری اختیاری تلقی می‌گردد و داوری‌هایی که به اجبار در قراردادها گنجانیده می‌شود اختیاری نیستند. بنابراین داوری‌های موضوع شرایط عمومی پیمان یا آیین‌نامه واگذاری شرکت‌های دولتی اختیاری محسوب نمی‌شود و تکلیف دادگاه در ارجاع طرفین به داوری اجباری مطلق است.

۱. «داوری اجباری دارای دو معنی اعم و اخص است. در معنای اعم شامل داوری قانونی و البته داوری‌ای می‌گردد که بر مبنای توافق طرفین (قبل از بروز منازعه) اجباری است و در معنای اخص، تنها شامل داوری قانونی می‌گردد». کریمی، عباس، پرتو، حمیدرضا، پیشین.
۲. «مقصود از واگذاری، قراردادهای واگذاری مالکیت (اجاره به شرط تملیک، فروش تمام یا بخشی از سهام، حق تقدم سهام و سهم‌الشرکه، حقوق مالکانه و اموال) و واگذاری مدیریت (اجاره، پیمانکاری عمومی و پیمان مدیریت)، در کلیه موارد مشمول قانون اصلاح مواد از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی است.» (بندج ماده ۲ آیین‌نامه نحوه تشکیل جلسات و چگونگی اتخاذ تصمیمات هیئت داوری موضوع ماده ۲۱ تنفیذی قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی)

#### ۳-۴. تفسیر اراده قانون گذار در ماده ۵۳ سند شرایط عمومی پیمان

در راستای دستیابی به روح قانون در این بخش به شواهد قانونی که مفسر اراده مقنن از فلسفه وجودی ماده ۵۳ سند شرایط عمومی پیمان است پرداخته می شود. دادنامه موضوع نوشتار حاضر در تفسیر اراده قانون گذار بیان داشته است:

«... می توان به مفاد ماده ۱۷ بخشنامه سازمان برنامه و بوجه کشور به دستگاه های اجرایی، مهندسان مشاور و پیمانکاران در موضوع انعقاد پیمان اجرای کارهای ساختمانی به صورت سرجمع به شماره ۹۶/۱۲۹۹۱۸۸ مورخ ۱۳۹۶/۵/۴ استناد کرد که شرط داوری در ماد اخیر به بیان و عبارت شیواتر از مفاد ماد ۵۳ شرایط عمومی پیمان پرداخته شده است و مبین الزام طرفین در رجوع ابتدایی به داوری تحت شرایط موارد اختلاف پیش بینی شده در شرط بین طرفین قرارداد پیمان است...»<sup>۱</sup>

اگرچه برخی از دیدگاه ها با استناد به پاسخ سازمان برنامه و بوجه کشور به استعلام یکی از واحدهای صنفی مبنی بر تخییری بودن مراجعه به داوری شورای عالی فنی راه ورود و بروز نظر مخالف را بسته می دانند<sup>۲</sup>، استدلال مقابل نظر اخیر در دادنامه به این صورت است:

«... صرف نظر از لزوم یا عدم لزوم قانونی تبعیت از پاسخ استعلام واصله آن سازمان در تمامی موارد مشابه دیگر، مگر نه این است که اقدام در قالب جزء (۱) از بند الف مبنی بر استعلام از سازمان برنامه و بوجه نیز با نظر به واژه «می توانند» در آن بند طی نظر همین دست از نویسندگان اختیاری و نه الزامی است، لذا چگونه این پاسخ برای طرفین قاطع و لازم الرعایه می دانند؟ به علاوه نکته مهم تر دیگر اینکه با تدقیق در عبارات قانونی بند مذکور، صرفاً اختلاف در برداشت ناشی از «متن بخشنامه» قابل استعلام از سازمان برنامه و بوجه است نه اختلاف در مفاد پیمان اعم از شرایط عمومی و شرایط خصوصی، چراکه از نظر این مرجع، پیوست بودن شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمان به بخشنامه ابلاغ شده از سوی سازمان برنامه و بوجه به معنای بخشنامه تلقی شدن شرایط عمومی پیمان و قابلیت تفسیر از سود آن نهاد نخواهد بود...»

در حالی که نظر اداره حقوقی قوه قضائیه در پاسخ به استعلام شماره ۹۰۰۰/۷۰۱۳/۱۰۰ مورخ ۱۳۹۳/۲/۸ رئیس حوزه ریاست قوه قضائیه از مدیر کل حقوقی قوه قضائیه که بیان می کند: «چنانچه طرفین قرارداد منعقد توافقی کرده باشند که بر اساس شرایط عمومی پیمان عمل کنند، طرفین ملزم به حل اختلاف طبق بند (ج) ماده (۵۳) شرایط مذکور هستند و دادگاه ها باید قرار عدم استماع دعوی صادر نمایند.»

۱. بخشنامه اخیر جایگزین بخشنامه شماره ۱۰۰/۶۴۰۵ مورخ ۱۳۹۸/۲/۴ شده است.

۲. نامه شماره ۵۱۳/۱۳۰۴۰۴ مورخ ۱۳۸۴/۸/۱۷ سازمان برنامه و بوجه.

## نتیجه

محل نزاع صلاحیت رسیدگی ابتدایی دادگاه عمومی با وجود بند ج ماده ۵۳ سند «شرایط عمومی پیمان» است. دلیل اختلاف استعمال لفظ «می‌تواند» در متن بند ج است که برخی از لفظ «می‌تواند» تخییر طرفین در انتخاب مرجع رسیدگی‌کننده اعم از قضایی و غیرقضایی افاده نموده و برخی دیگر حکم بند ج ماده ۵۳ را الزام طرفین در رجوع بدوی به داوری افاده کرده و طرح دعوای حقوقی را پیش از رجوع به داوری و عدم تحقق شرایط زوال داوری قابل استماع نمی‌دانند. دیدگاه اخیر مبتنی بر الزام‌آور بودن رجوع به داوری و تلقی ماهیت اجباری داوری در شرایط عمومی پیمان بوده و با روح قانون سازگارتر است. همچنین فارغ از اینکه ماهیت داوری را اجباری یا اختیاری تلقی کنیم، در هر یک از ماهیت‌ها، چه در قالب شرط اجباری به حکم قانون و چه در قالب شرط داوری اجباری قراردادی، به هر تقدیر این شرط در قراردادهای پیمان وجود دارد و نمی‌توان آن را نادیده گرفت و رجوع به آن الزام‌آور است، چراکه قانون‌گذار عاقل بوده و فرض قانونی بر عدم صدور احکام لغو از سوی قانون‌گذار است. بنابراین از کلیت ماده ۵۳ در سند «شرایط عمومی پیمان»، تحت عنوان «حل اختلاف»، نمی‌توان به اطلاق مراجع حل اختلاف اعم از قضایی و غیرقضایی تمسک کرد و در تلقی از معنای حل اختلاف و مراجع حل اختلاف مقدمات حکمت نسبت به اطلاق مراجع اعم از قضایی و غیرقضایی فراهم نبوده و در مانحن‌فیه به قدر متیقن اکتفاء نموده و فراتر از آن نمی‌توان پیش رفت و مراجع قضایی را نیز شامل در حکم ماده دانست. در نتیجه قانون‌گذار 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 مصوب سازمان برنامه و بودجه کشور به استناد ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه است. مفاد سند «شرایط عمومی پیمان» امر قانونی و از موارد مربوط به حفظ نظم عمومی بوده و مستند به ماده ۲ مصوبه اخیر و مواد ۳ و ۴ مندرج در سند «شرایط عمومی پیمان» از حیث درج در متن قراردادهای پیمان به عنوان قانون حاکم و تعیین‌کننده ضوابط حاکم بر روابط طرفین قرارداد پیمان و هم از حیث التزام به مفاد آن از سوی طرفین قرارداد، تخلف‌ناپذیر است. در نتیجه مفاد (مندرجات) ماده ۵۳ سند «شرایط عمومی پیمان» نیز از حیث الزام‌آور بودن به جهات فوق مشمول امر قانون‌گذار است و طرفین قرارداد در انواع قراردادهای پیمان، چه ماده اخیر را به عنوان ماده‌ای از مواد قرارداد در متن قرارداد ذکر نمایند، چه حاکمیت مفاد سند «شرایط عمومی پیمان» را در متن قرارداد درج کنند، ملتزم به مفاد ماده ۵۳ سند «شرایط عمومی پیمان» هستند.



### منابع

- آوانسیان، آیدا (۱۳۹۰)، «داوری در قراردادهای پیمانکاری»، مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش.
- اعلایی فر، محمدعلی (۱۳۸۴)، «اصول حاکم بر قراردادهای پیمان کاری دولتی»، مجله حقوقی عدالت آراء، شماره ۱.
- اسماعیلی هریسی، ابراهیم (۱۳۹۶)، شرح تفصیلی پیمان، تهران: انتشارات دادگستر.
- خسروی، وحید و افشین جعفری (۱۳۹۶)، «بررسی قراردادهای ساخت و ساز در نظام دولتی»، فصلنامه علمی-حقوقی قانون یار، دوره چهارم.
- خورسندیان، محمدعلی و قادر شینور (۱۳۹۰)، «ماهیت عقد مرکب در فقه و حقوق موضوعه»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۳، شماره ۴.
- دشتی، محمدرضا و عباس کریمی (۱۳۹۲)، «مطالعه تطبیقی قرارداد داوری؛ رضایی یا تشریفاتی»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۴، شماره ۱.
- رستمی، ولی و محمدصادق مجیبی فر (۱۳۹۴)، «داوری در قراردادهای پیمانکاری دولتی»، فصلنامه حقوق اداری، سال دوم، شماره ۸.
- زراعت، عباس (۱۳۹۱)، «مفهوم قید؛ نگرشی نو در مفهوم مخالف»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۴، شماره ۶.
- زرکلام، ستار (۱۳۸۳)، «تفکیک بین نهادهای شبه داوری و داوری در قراردادهای پیمانکاری بین المللی»، مدرس علوم انسانی (ویژه نامه حقوق)، شماره ۷۳.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۱)، داوری تجاری بین المللی، چاپ اول، تهران: دادگستر.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۳)، حقوق نفت و گاز، تهران: میزان.
- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۹۳)، حقوق اداری، چاپ نوزدهم، تهران: سمت.
- عمادزاده، محمدکاظم، غلامحسین مسعود و مصطفی مبارکی (۱۳۹۵)، «حل حقوقی اختلاف از طریق داوری در قراردادهای اداری ایران»، اندیشمندان حقوق، سال چهارم، شماره ۱۰.
- غلامی، جهانبخش (۱۳۹۱)، «پیمانکاری نهاد حقوقی مدنی یا تجاری»، تحقیقات حقوقی، شماره ۶۰.
- کاکاوند، محمد (۱۳۸۹)، «صلاحیت مرجع داوری اختیاری است نه اجباری»، ماهنامه مدرسه حقوق، شماره ۵۲.
- کریمی، عباس و حمیدرضا پرتو (۱۳۹۷)، حقوق داوری داخلی، چاپ چهارم، تهران: دادگستر.
- مافی، همایون و محمدحسین تقی پور درزی نقیبی (۱۳۹۶)، «ماهیت حقوقی داوری»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ۶، شماره ۲۱.
- مجتهدی، محمدرضا (۱۳۹۰)، «درآمدی بر حقوق حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری بین المللی بر مبنای کنوانسیون «داوری اکسید»»، نشریه علمی - پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال دوم، شماره سوم.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۰)، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

- مولایی، آیت (۱۳۹۴)، «مفهوم شناسی قرارداد اداری با تأکید بر موانع نهادینه شدن آن در ایران»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۹، شماره ۸۹.
- میربافقی، سیدحسین (۱۳۹۶)، «شیوه‌های حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمانکاری دولتی»، دانش حقوق و مالیه، سال اول، شماره ۱.
- هاشمی، مریم (۱۳۹۵)، تبیین موارد داوری اجباری در نظام حقوقی ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد مرودشت.