

فصلنامه حقوق اداری (علمی - پژوهشی)

سال دوم، شماره ۸ تابستان ۱۳۹۴

## داوری در قراردادهای پیمانکاری دولتی

ولی رستمی<sup>۱</sup> محمدصادق مجیبی فر<sup>۲</sup>

دریافت: ۱۳۹۳/۱۲/۱۸

پذیرش: ۱۳۹۴/۲/۲۸

### چکیده

دولت بر اساس اختیارات قانونی، انجام امور عمومی را در زمینه‌های خاصی با انعقاد قراردادی اداری به نام موافقت‌نامه پیمان به پیمانکاران خصوصی واگذار می‌کند. در این نوع قرارداد که فی‌مابین دستگاه اجرایی به عنوان کارفرما و یک شخص حقیقی یا حقوقی به عنوان پیمانکار منعقد می‌شود، طبیعی است که ممکن است میان طرفین مذکور این پیمان، اختلافی در اجرا یا تفسیر آن پیدا شود. از آنجایی که امر عمومی باید استمرار داشته باشد، باید این اختلاف سریعاً حل و فصل شود تا انجام امور عمومی با وقفه مواجه نشود.

داوری از بهترین سازوکارهایی است که در این خصوص کاربرد دارد. این شیوه علاوه بر سرعت در رسیدگی از دقت و اطمینان لازم در حل و فصل اختلاف نیز برخوردار است و در قراردادهای پیمانکاری دولتی هم کاربرد دارد. داوری در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان که شرایط ضمن عقد این نوع قراردادها را معین می‌کند، با شرایطی جهت رفع اختلافات پیمانکاری‌های دولتی تصریح شده است. در این مقاله در صدد تبیین این مسأله هستیم که داوری به چه نحوی در قراردادهای پیمانکاری دولتی شکل می‌گیرد، اجرا می‌شود و زوال می‌یابد.

**واژگان کلیدی:** داوری، قراردادهای پیمانکاری دولتی، شرایط عمومی پیمان، شورای عالی فنی.

۱. دانشیار گروه حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران؛ [vrostami@ut.ac.ir](mailto:vrostami@ut.ac.ir)

۲. دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه علامه طباطبایی؛ [smojibifar@yahoo.com](mailto:smojibifar@yahoo.com)

مدیریت و اداره امور عمومی از وظایف مهم دولت است که برای تأمین و رفع نیازمندی‌های خود در این باره و بهتر انجام دادن آن، اعمال حقوقی مختلفی را انجام می‌دهد. یکی از روش‌های رایج در این خصوص، استفاده از قرارداد به عنوان عمل حقوقی دو یا چندجانبه است. بر این اساس، سازمان‌های دولتی به نمایندگی از دولت از طریق انعقاد قرارداد، زمینه انجام وظایفی را که قانون‌گذار بر عهده آنها گذاشته است فراهم می‌کنند. به این صورت که از این طریق انجام برخی از وظایف خود را به اشخاص حقوقی حقوق خصوصی یا افراد حقیقی می‌سپارند بدون آنکه از تکالیف و مسئولیت‌های ناشی از آن امور مبری گردند.

قراردادهایی که سازمان‌های دولتی منعقد می‌نمایند از حیث نظام حقوقی حاکم بر آنها دو گونه‌اند. یک دسته، قراردادهای تابع حقوق خصوصی مثل بیع و اجاره می‌باشند و دسته دوم قراردادهای تابع حقوق عمومی هستند که از احکام و قواعد ویژه این رشته، شامل قواعد اقتداری، ترجیحی و حمایتی تبعیت می‌کنند که اصطلاحاً قرارداد اداری نامیده می‌شوند. البته این عنوان در قوانین و مقررات اداری ایران، علی‌رغم وجود مصادیق آن مانند قرارداد پیمانکاری تجلی ندارد و تعریف نشده است و تعاریف آن در ادبیات حقوق اداری ایران برگرفته از نظام حقوق اداری فرانسه است.

مطابق یکی از این تعاریف، «قرارداد اداری، قراردادی است که یکی از سازمان‌های اداری یا با نمایندگی از آنها از یک‌سو با هر یک از اشخاص حقیقی و حقوقی از سوی دیگر، به هدف انجام یک عمل یا خدمت مربوط به منافع عمومی، طبق احکام خاصه (نوعاً ترجیحی یا امتیازی و بعضاً حمایتی) منعقد می‌کند و رسیدگی به اختلافات ناشی از چنین قراردادی در صلاحیت دادگاه‌های اداری می‌باشد.» (انصاری، ۱۳۸۰: ۳۲). این تعریف نسبی است و در نظام حقوقی ایران کاملاً صدق نمی‌کند؛ زیرا عنصر صلاحیت رسیدگی دادگاه اداری به اختلافات ناشی از این نوع قراردادهای با توجه به رویه قضایی سلبی دیوان عدالت اداری در این خصوص، وجود ندارد.

قراردادهای اداری از تنوع زیادی برخوردارند به نحوی که می‌توان آنها را به دسته‌های مختلفی تقسیم‌بندی کرد. که از مهم‌ترین و رایج‌ترین آنها قراردادهای پیمانکاری است. (ر ک:

حبیب زاده، ۱۳۹۰: ۸۴-۶۴)

پیمان یا به عبارتی قرارداد پیمانکاری، قراردادی است که به موجب قوانین و مقررات مربوط به اجرای طرح‌های عمرانی کشور، تحت عنوان «موافقت‌نامه پیمان» توسط دولت تهیه و میان یک سازمان دولتی به عنوان کارفرما از یک طرف و یک شخص حقیقی یا حقوقی به عنوان پیمانکار از طرف دیگر امضا و منعقد می‌شود. در این ارتباط، حدوث اختلاف امری طبیعی و محتمل است و ممکن است طرفین نسبت به حقوق قراردادی خود (تفسیر و اجرا قرارداد) دچار اختلاف شوند.

از نهادهایی که برای حل اختلاف در این رابطه وجود دارد، نهاد داوری است. از مزایای این نهاد، سرعت رسیدگی و جلوگیری از اطاله دادرسی است و این امر در پیمان‌های دولتی که انجام امور عمومی هدف آن است، بسیار اهمیت دارد؛ چرا که وفقه در انجام امور عمومی خلاف اهداف و منافع عمومی است.

حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا در قراردادهای پیمانکاری دولتی چنین نهادی وجود دارد؟ و اگر وجود دارد، سازوکار و شرایط آن در این باره چگونه است؟

بررسی قوانین و مقررات مربوط نشان می‌دهد که در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان، منضم به موافقت‌نامه پیمان، این سازوکار طی فرایند ویژه‌ای جهت حل و فصل اختلاف این نوع قرارداد پیش‌بینی شده است و به نظر می‌رسد که نهاد مذکور به طور نسبی در قراردادهای یاد شده، فصل خصومت می‌کند.

هدف این مقاله آن است که جایگاه این نهاد مهم را در پیمان‌های دولتی و ضرورت آن را به عنوان شیوه مطلوب و مؤثری برای حل و فصل اختلافات میان طرفین پیمان مذکور تبیین کند. در این نوشتار پس از مقدمه در حوزه اول، قرارداد پیمانکاری و جایگاه نهاد داوری در دعاوی دولتی تبیین و بررسی می‌شود و سپس در حوزه دوم، فرایند شکل‌گیری و زوال داوری در این نوع قراردادهای تحلیل می‌گردد و سرانجام با نتیجه‌گیری، به جمع‌بندی موضوع پرداخته خواهد شد.

## حوزه اول: قرارداد پیمانکاری و جایگاه نهاد داوری در دعاوی دولتی

در این حوزه برای ورود به بحث ابتدا در بند (الف) به تعریف و مفهوم قرارداد پیمانکاری و مبانی قانونی آن در نظام حقوقی ایران و ضرورت استفاده از نهاد داوری در حل و فصل اختلافات ناشی از این نوع قراردادهای اداری پرداخته می‌شود و سپس تعریف و مفهوم نهاد داوری، جایگاه آن در نظام حقوقی ایران و شرایط و قواعد قانونی ارجاع دعاوی دولتی به داوری در بند (ب) بررسی می‌شود تا با دستمایه لازم در حوزه بعدی به تحلیل مباحث آن در قراردادهای یاد شده پرداخته شود.

### الف. قرارداد پیمانکاری

این نوع قرارداد که قبلاً مقاطعه نامیده می‌شد برای اولین بار تحت همین عنوان در قانون مالیات بر درآمد مصوب ۱۳۳۹ مطرح و تعریف شد که مقرر می‌داشت: «مقاطععه قراردادی است که به موجب آن اداره یا مؤسسه دولتی، انجام عمل و یا فروش کالایی را با شرایط معینی در قبال مزد یا بها و در مدت معینی به شخص یا اشخاص معینی به نام مقاطعه‌کار واگذار می‌کند. موضوع مقاطعه ممکن است ایجاد ساختمان یا حمل و نقل یا راه‌سازی یا تهیه و تدارک کالا یا انجام عمل دیگری باشد.» (ماده ۱۱ قانون مالیات بر درآمد مصوب ۱۳۳۹). طرفین این قرارداد را پیمانکار و کارفرما تشکیل می‌دهند. پیمانکار «شخص حقیقی یا حقوقی است که برای انجام کار طبق مقررات و شرایط مندرج در آیین‌نامه طبقه‌بندی و تشخیص صلاحیت پیمانکاران، گواهی صلاحیت پیمانکاری دریافت کرده باشد» (حبیبی، ۱۳۸۵: ۳۶). همچنین «کارفرما شخص حقوقی است که یک سوی امضا کننده پیمان است و عملیات موضوع پیمان را بر اساس اسناد و مدارک پیمان، به پیمانکار واگذار کرده است. نمایندگان و جانشین‌های قانونی کارفرما، در حکم کارفرما می‌باشند» (ماده ۶ شرایط عمومی پیمان). در این باره باید گفت منظور از «کارفرما»، دستگاه اجرایی است که تأمین منافع و امور عمومی را طی قرارداد پیمانکاری به پیمانکار تفویض می‌کند. در حال حاضر، این نوع قرارداد در قالب موافقت‌نامه پیمان براساس ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱ برای اجرای طرح‌های عمرانی دولتی منعقد می‌شود. این ماده مقرر می‌دارد: «سازمان (سازمان برنامه و بودجه اسبق و سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور فعلی) برای تعیین

معیارها و استانداردها، همچنین اصول کلی و شرایط عمومی قراردادهای مربوط به طرح‌های عمرانی، آیین‌نامه‌ای تهیه و پس از تصویب هیأت وزیران براساس آن دستورالعمل لازم به دستگاه‌های اجرایی ابلاغ می‌نماید و دستگاه‌های اجرایی موظف به رعایت آن می‌باشند.»

آخرین آیین‌نامه موضوع این ماده تحت عنوان «نظام فنی و اجرایی طرح‌های عمرانی کشور» در تاریخ ۱۳۷۵/۴/۴ به تصویب هیأت وزیران رسیده است و بر اساس آن سازمان مذکور طی بخشنامه‌ای شکل یکنواخت موافقت‌نامه پیمان را به همراه شرایط عمومی و خصوصی پیمان، کارهای بیمانکاری که از نوع گروه اول (لازم‌الاجرا) می‌باشد به دستگاه‌های اجرایی ابلاغ کرده است.

سازمان‌های عمومی از امتیازات قدرت عمومی برخوردار می‌باشند و می‌توانند این اقتدارات را تا حدود مقرر در قانون، به پیمانکار تحمیل کنند. از طرفی هم باید توجه کرد که قراردادهای بیمانکاری مانند قراردادهای خصوصی، ثابت و تغییرناپذیر نیستند؛ چرا که قرارداد، کارفرما (دولت) را مقید نمی‌کند ولی متعهد می‌کند. تعهدات دولت به قدری انعطاف‌پذیر است که اراده یک طرفه دولت می‌تواند آن را تغییر دهد؛ زیرا کارفرما (دولت) مظهر و نماینده قدرت عمومی است و قرارداد خیلی ضعیف‌تر از آن است که بتواند دست و پای کارفرما را در انجام امور عمومی ببندد (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۱: ۳۳۰). بر این اساس، کارفرما ممکن است بنا بر اختیارات حاکمیتی خود، به طور یک‌جانبه تعهدات جدیدی به پیمانکار تحمیل کند یا تعهدات او را به میزان قابل توجهی کاهش دهد یا اصلاً قرارداد بیمانکاری را فسخ کند (همان، ص ۳۷۴). علت این امر آن است که کارفرما (دولت) به عنوان حافظ منافع عمومی باید قرارداد مذکور را مدیریت و نظارت کند و آن را با توجه به تحولات جامعه و مقتضیات اداری بررسی کند و تطبیق دهد تا منافع بیت‌المال متضرر نشود. این امر علت وجوب چنین اقتداراتی است که قانون‌گذار به کارفرمای دولتی داده است که از مظاهر امتیازات قدرت عمومی به شمار می‌رود و در این چارچوب قابل بررسی است.

بر این اساس بروز اختلافات در مناسبات قراردادی بین کارفرما و پیمانکار امری طبیعی و محتمل است؛ زیرا کارفرما با توجه به این اختیارات و اقتدارات، سعی در تغییر شرایط قرارداد می‌کند و از طرفی هم پیمانکار با بررسی منافع خود ممکن است به درخواست کارفرما جامه عمل

نپوشاند و هرگونه تغییر در قرارداد پیمانکاری را ضرر برای خود بداند. اینجاست که ضرورت وجود نهاد «حل و فصل اختلاف» مطرح می‌شود. همچنین تخلف هر یک از طرفین در اجرای تعهدات نیز وجود این نهاد را توجیه می‌کند.

حل اختلاف را در وهله اول باید در صلاحیت دادگاه‌های دادگستری دانست؛ چرا که مطابق اصل ۱۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، «مرجع تظلمات و شکایات، دادگستری است...». بر این اساس قانون‌گذار ابتدائاً برای دادگاه‌ها، صلاحیت عام در نظر گرفته است. همچنین اصل ۶۱ قانون اساسی حل و فصل دعاوی و حفظ حقوق عمومی را از طریق دادگاه‌های دادگستری دانسته است ولی از آنجایی که «مراجعان به دادگستری همواره از کندی جریان امور شکایت داشته‌اند» (هاشمی، ۱۳۷۹: ۵۲۰)؛ به همین دلیل، نهاد حل اختلاف از طریق دادگاه همواره به عنوان آخرین نهاد فصل خصومت مطرح شده است. زیرا طبیعت کار قضایی و تشریفات الزامی دادرسی، اطاله رسیدگی را سبب می‌شود و این نکته در مورد حل اختلاف ناشی از قرارداد پیمانکاری مهم است؛ چرا که موضوع این نوع قراردادها، معمولاً اداره و اجرای امر عمومی است که طبق اصل تداوم در حقوق اداری، نمی‌توان به صرف ادعای حل اختلاف از طریق دادگاه، اجرای امر عمومی را معلق کرد (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۱: ۲۶۱-۲۶۰). پس باید برای حل اختلافات ناشی از قراردادهایی که هدف آن انجام امر عمومی است، راهکاری پیشنهاد کرد که زمان لازم برای حل اختلاف را کم کند و در عین حال دقت و اطمینان خاطر طرفین دعوی را برای فصل خصومت به همراه داشته باشد. این نهاد، داور است (البته داور تنها نهاد در این خصوص نیست و تنها دلیل انتخاب داور نیز حل اختلاف قراردادی نمی‌باشد).

### ب. جایگاه نهاد داور در دعاوی دولتی

با توجه به مباحث پیش گفته، قوانین موضوعه به منظور ایجاد سرعت، دقت و اطمینان خاطر طرفین دعوی، برای حل و فصل خصومت از سازوکار مناسب دیگری تحت عنوان «داوری» استفاده کرده‌اند.

داوری در اصطلاح حقوقی، «فنی است که هدف آن، حل و فصل یک مسأله مربوط به روابط بین دو یا چند شخص است به وسیله یک یا چند شخص دیگر به نام داور یا داوران که اختیارات خود را از یک قرارداد خصوصی می‌گیرند و بر اساس آن قرارداد رأی می‌دهند بی‌آنکه دولت چنین وظیفه‌ای را به آنان محول کرده باشد.» (داوید، ۱۳۷۵: ۸۴)

مقنن در باب هفتم قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ به جزئیات این نهاد پرداخته است ولی در این قانون، داوری را تعریف نموده است؛ اما بند (الف) ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶، آن را چنین تعریف نموده است: «داوری عبارت است از رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی‌الطرفینی یا انتصابی.» (بازگیر، ۱۳۸۶: ۲۵)

موضوع ارجاع اختلاف بین کارفرما و پیمانکار به داوری، در شرایط عمومی پیمان منضم به موافقت‌نامه پیمان پیش‌بینی شده است. در بند (ج) ماده ۵۳ شرایط مذکور مقرر شده است: «هرگاه در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان، بین دو طرف، اختلاف نظر پیش آید، هریک از طرف‌ها می‌تواند درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری را به رئیس سازمان برنامه و بودجه (سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور) ارائه نماید.» تبصره این بند اضافه می‌نماید: «چنان‌چه رئیس سازمان یادشده با تقاضای مورد اشاره موافقت نمود، مرجع حل اختلاف شورای عالی فنی خواهد بود.»

اما از آنجا که ارجاع دعاوی دولتی به داوری با محدودیت‌هایی در قانون اساسی مواجه است، ابتدا باید به این موضوع پردازیم. اصل ۱۳۹ قانون اساسی، محدودیت‌هایی را در این خصوص برقرار نموده است و مقرر می‌دارد: «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد موکول به تصویب هیأت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند.»

بر این اساس، ارجاع دعاوی دولتی به داوری موکول به رعایت تشریفات خاص و کسب مجوز از مراجع تقنینی یا اجرایی بالاتر است (محبی و ترابی، ۱۳۸۷: ۲۱۸)

مبنا و علت تحصیل اجازه در خصوص صلح دعاوی دولتی و عمومی و ارجاع آن به داوری این است که سازمان‌های دولتی و مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی که اموال دولتی و عمومی را در اختیار دارند، نماینده دولت و عموم مردم در اداره این اموال تلقی می‌شوند و از نظر وضعیت حقوقی شبیه وکیل هستند و همان طوری که طبق ماده ۶۲ قانون آیین دادرسی مدنی وکالت وکیل در ارجاع به داوری و تعیین داور باید در وکالت‌نامه تصریح شود، ارجاع دعوی مربوط به اموال عمومی و دولتی توسط سازمان‌ها و نهادهای مذکور نیز باید با اجازه مخصوص از سوی هیأت وزیران یا مجلس شورای اسلامی باشد. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز نشان می‌دهد که هدف از تنظیم اصل مذکور این بوده که به منظور حفظ منافع عمومی و حقوق دولت، امکان توسل به طرق غیرقضایی مثل داوری که در آن امکان سوءاستفاده و تبانی وجود دارد محدود شود و مجلس و دولت بر این موارد کنترل و نظارت داشته باشند. (محمدزاده اصل، ۱۳۷۹: ۱۵۹-۱۵۸)

به تعبیر دیگر از آنجا که سرنوشت اموال عمومی و دولتی به دست اوضاع و احوال حاکم بر جریان قرارداد سپرده می‌شود، لذا منطقی است که اجازه و نظارت مقنن در این باره را لازم تلقی کنیم (هاشمی، ۱۳۷۹: ۲۳۲). در نتیجه پس از تصویب هیأت وزیران نسبت به ارجاع دعوی به داوری، موضوع صرفاً به اطلاع مجلس می‌رسد و این در مورد دعاوی عادی داخلی است ولی در مورد دعاوی مهم داخلی و زمانی که طرف دعوی خارجی باشد، علاوه بر تصویب هیأت وزیران، تصویب مجلس نیز ضرورت دارد؛ چرا که به دلیل اهمیت دعوی و معتنا به بودن مبالغ مورد اختلاف، حقا نظارت قوی تری را می‌طلبد. (هاشمی، ۱۳۷۹: ۲۳۳)

علاوه بر این اصل، در ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی، مفاد اصل فوق به نحو مشابهی درباره ارجاع دعاوی راجع به به اموال عمومی و دولتی به داوری بدین نحو مطرح شده است: «ارجاع دعاوی راجع به به اموال عمومی و دولتی به داوری پس از تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی صورت می‌گیرد. در مواردی که طرف دعوی خارجی یا موضوع دعوی از موضوعاتی باشد که قانون آن را مهم تشخیص داده، تصویب مجلس شورای اسلامی نیز ضروری است.»



اموال عمومی مذکور در اصل و ماده مذکور، اموالی است که تحت مالکیت عمومی است و به موجب قانون مال خصوصی کسی به شمار نمی‌رود و قابل تملک خصوصی نیست مگر با اجازه قانون. مصادیق این اموال در اصل ۴۵ قانون اساسی تحت عنوان انفال و ثروت‌های عمومی از قبیل زمین‌های موات یا رها شده، معادن، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها، کوه‌ها، دره‌ها، جنگل‌ها، نیزارها، بیشه‌های طبیعی، مراتعی که حریم نیست و ... در مواد ۲۳ تا ۲۸ قانون مدنی تحت عنوان اموال عمومی و مشترکات عمومی از قبیل طرق و شوارع عمومی، پل‌ها، موزه‌ها، کتابخانه‌های عمومی، آثار تاریخی و مانند اینها آمده است قوانین ملی شدن برخی اموال مانند جنگل‌ها و مراتع و آب‌ها مصادیق اموال عمومی را گسترش داده‌اند و قوانین دیگر مثل قانون شهرداری مصوب ۱۳۴۵ و قانون اراضی ساحلی مصوب ۱۳۴۶ نیز مصادیقی از این اموال را برشمرده‌اند (رک: محمدمزاده اصل، ۱۳۷۹: ۱۵۲-۱۵۱). اموال مذکور در اختیار سازمان‌های دولتی و عمومی (مثل شهرداری‌ها) قرار دارد و به نمایندگی عموم جامعه آنها را اداره می‌کنند.

اموال دولتی اموالی است که مطابق قانون اختصاصاً در مالکیت دولت یا یکی از سازمان‌های دولتی مثل وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی قرار دارد. مع‌الوصف مطابق ماده ۲ آیین‌نامه اموال دولتی مصوب ۱۳۷۲/۴/۲۷ (اصلاحی مصوب ۱۳۷۰/۱۰/۷) هیأت وزیران: «اموال دولتی، اموالی است که توسط وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی خریداری می‌شود یا به هر طریق قانونی دیگر به تملک دولت درآمده یا در می‌آیند.» در این تعریف ذکر از شرکت‌های دولتی نشده است و لذا تابع آیین‌نامه مذکور نیستند و هرکدام آیین‌نامه اموال خاص خود را دارند.

ارجاع دعوی راجع به پیمانکاری به داوری، علی‌الاصول از قاعده مندرج در اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی پیروی می‌کند؛ زیرا اولاً قرارداد پیمانکاری به عنوان قراردادهای مالی دولت با طرف داخلی یا خارجی تلقی می‌شود و بار مالی برای دولت دارد؛ ثانیاً مربوط به اجرای طرح‌های عمرانی است و در نهایت منجر به تولید اموال دولتی می‌شود و بر این اموال تأثیر می‌گذارد؛ لذا اصولاً تابع قواعد عمومی حاکم بر حل و فصل اختلافات مربوط به دعوی راجع به اموال دولتی و عمومی از جمله ارجاع این دعوی به داوری است.

البته نظر مخالفی در این زمینه وجود دارد که معتقد است با توجه به اینکه ملهم از قانون اساسی و قوانین عادی، به ویژه قانون محاسبات عمومی و آیین نامه اموال دولتی، منظور از اموال عمومی و دولتی در اصل ۱۳۹ قانون اساسی وجوه نقد نیست بلکه اشیایی هستند که ارزش آن با پول سنجیده می شود در نتیجه قراردادهای دولتی (مثل پیمانکاری) که تعهد دولت در مقابل طرف قرارداد پرداخت وجه است مشمول این اصل نمی شود. (امامی و استوارسنگری، ۱۳۹۱: ۳۰۳-۳۰۵)

عدهای دیگر با تکیه بر معنی اخص و اصطلاحی دعوی که به نوعی منازعه و اختلاف اطلاق می شود که جهت رسیدگی و صدور حکم به دادگاه صلاحیتدار رجوع شده باشد؛ معتقدند که ابتدا باید اختلافی بین طرفین حادث شود و این اختلاف نیز در دادگاه مطرح و تبدیل به دعوی گردد و سپس دعوی مذکور به داوری ارجاع شود تا موقعیتی برای اعمال اصل ۱۳۹ قانون اساسی فراهم آید و الا چنانچه طرفین قبل از مراجعه به دادگاه اختلاف خود را از طریق توافق به داوری ارجاع کنند دیگر موقعیتی برای اعمال این اصل باقی نمی ماند. (شهبازی، ۱۳۷۰: ۱۶-۱۵)

لازم به ذکر است اگرچه مطابق ماده ۲ آیین نامه اموال دولتی (اصلاحی مصوب ۱۳۷۰/۱۰/۷) هیأت وزیران که در بالا بیان شد؛ اموال شرکت های دولتی در زمره اموال دولتی قرار نمی گیرند مع الوصف طبق نظریه شماره ۴۶۰۶ مورخ ۱۳۷۲/۱/۱۷ شورای نگهبان: «اصل ۱۳۹ قانون اساسی به لحاظ صراحت و وضوح نیازی به تفسیر ندارد و اعضای شورای نگهبان به اتفاق آراء اصل مذکور را شامل اموال شرکت های دولتی نیز می دانند.» (معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، ۱۳۸۶: ۱۹۸)

البته تاکنون قانونی درباره اصل مذکور و ابعاد آن به ویژه تبیین موارد مهم که بنابه تصریح این اصل نیاز به تصویب مجلس دارد به تصویب نرسیده است؛ لذا اقدام تقنینی در این خصوص لازم و ضروری می باشد.

## حوزه دوم: فرایند شکل‌گیری و زوال شرط داوری در بیمانکاری‌های دولتی

مطابق موازین قانونی (ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی) داوری مستلزم تراضی و توافق طرفین و تشکیل قرارداد داوری در ضمن قرارداد اصلی یا مستقل از آن است. این موضوع در مورد قراردادهای بیمانکاری دولتی با توجه به مفاد ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان بحث‌انگیز است و از سوی دیگر قرارداد داوری مثل هر قرارداد دیگری در مواردی زایل می‌گردد. این موارد با توجه به ماهیت پیمان‌های دولتی، بعضاً در این نوع قراردادها قابل طرح نیست. در این حوزه به ترتیب فرایند شکل‌گیری و زوال شرط داوری در بیمانکاری‌های دولتی طی دو بند جداگانه مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

### الف. فرایند شکل‌گیری شرط داوری در پیمان

قبلاً گفته شد که دادگستری تنها مرجع حل اختلاف نیست بلکه در صورت تراضی، اشخاص می‌توانند اختلافات خود را جهت حل و فصل به داوری نیز ارجاع دهند. پس اشخاص زمانی می‌توانند از حل اختلاف در دادگستری صرف‌نظر کنند که قبلاً برای ارجاع اختلاف خود به داوری با هم توافق داشته باشند. این توافق طبق ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی می‌تواند قبل از بروز اختلاف یا بعد از آن به صورت شفاهی یا کتبی و نیز طی قرارداد عادی یا رسمی و به طور جداگانه یا ضمن قرارداد اصلی به عمل آید. لذا حل اختلاف از طریق داوری نیازمند قرارداد و توافق طرفین معامله است (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۹: ۳۲۴)؛ ماده مذکور مقرر می‌دارد: «متعاملین می‌توانند ضمن معامله ملزم شوند یا به موجب قرارداد جداگانه تراضی نمایند که در صورت بروز اختلاف بین آنان به داوری مراجعه کنند و نیز می‌توانند داور یا داوران خود را قبل یا بعد از بروز اختلاف تعیین کنند.»

حال آیا در پیمان برای حل اختلاف ناشی از تفسیر یا اجرای آن بین کارفرما و بیمانکار

توافقی مبنی بر ارجاع به داوری وجود دارد؟

در پاسخ می‌توان گفت از آنجایی که ضمن تراضی در اصل سند شرایط عمومی پیمان بین کارفرما و پیمانکار توافقی مبنی بر ارجاع به داوری وجود دارد، پاسخ مثبت است؛ چرا که در بند (ج) ماده ۵۳ سند مذکور، این شرط به عنوان شرط داوری در پیمان پذیرفته شده است.

شرط داوری در پیمان با توجه به مفاد بند (الف) ماده مذکور پس از عدم استفاده طرفین پیمان یا عدم حصول نتیجه از روش مسالمت‌آمیز حل اختلاف مندرج در این بند شکل می‌گیرد. این بند مقرر می‌دارد: «هرگاه در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان بین دو طرف اختلاف نظر پیش آید، دو طرف می‌توانند برای حل سریع آن، قبل از درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری طبق بند (ج) برحسب مورد، به روش تعیین شده در بندهای ۱ و ۲ عمل نمایند.

۱. در مورد مسائل ناشی از برداشت متفاوت دو طرف از متون بخشنامه‌هایی که به استناد ماده ۵۳ قانون برنامه و بودجه از سوی سازمان برنامه و بودجه ابلاغ شده است، هر یک از دو طرف از سازمان برنامه و بودجه چگونگی اجرای بخشنامه مربوط را استعلام نماید و دو طرف طبق نظری که از سوی سازمان برنامه و بودجه اعلام می‌شود، عمل کند.

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

مفاد بند (الف) طرفین را مخیر به انتخاب دو گزینه حل اختلاف به روش مسالمت‌آمیز یا حل اختلاف به طریقه داوری می‌کند که بیانگر در عرض هم بودن دو گزینه است؛ اما بند (ب) این ماده در صورت عدم ایصال به مطلوب به روش مسالمت‌آمیز، هر یک از طرفین را به استفاده از سازوکار دوم سوق می‌دهد که مبین در طول هم بودن گزینه‌های مذکور است و لذا فحوی ماده یاد شده معلوم نمی‌دارد که این دو گزینه در طول هم قرار دارند یا در عرض هم (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۹: ۳۲۶). بند (ب) چنین اشعار می‌دارد: «در صورتی که دو طرف در انتخاب کارشناس یا هیأت کارشناسی موضوع بند ۲، به توافق نرسند یا نظر اعلام شده طبق بندهای ۱ و ۲، مورد قبول هر یک از دو طرف نباشد، برای حل اختلاف طبق بند (ج) اقدام می‌گردد.»

از نکات مهم این توافق آن است که چون شرط داوری در شرایط ضمن عقد (که همان سند شرایط عمومی پیمان است) جای دارد لزوم خود را از عقد اصلی کسب می‌کند و تا زمانی که عقد اصلی یا برجاست، شرط داوری نیز برای طرفین الزام‌آور است.

با توجه به مواد ۴۰، ۳۰ و ۵۳ شرایط عمومی پیمان می‌توان گفت که موضوع داوری در بیمانکاری‌های دولتی شامل اختلاف در تغییر مدت پیمان (بند ه ماده ۳۰)، اختلاف در صورت وضعیت قطعی (ماده ۴۰) و اختلاف در تفسیر یا اجرای مفاد پیمان (بندهای الف و ج ماده ۵۳) می‌باشد. پس از تبیین وجود شرط داوری باید گفت که هر چند موضوع حل اختلاف از طریق داوری در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان پذیرفته شده است و اگرچه موافقت‌نامه پیمان به استناد ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه و آیین‌نامه اجرایی آن تنظیم گردیده است؛ اما این به معنای ارجاع حل مناقشه از طریق داوری در هر مورد از پیمان‌های امضا شده نیست و بنابراین کارفرما قادر به استفاده از شرط داوری بدون کسب تکلیف از مراجع بالاتر نمی‌باشد؛ چرا که هر پیمان طبیعت ویژه خود را دارد و امضای سند اصلی پیمان توسط کارفرما و به تبع آن شرط داوری باعث نمی‌شود که کارفرما، مورد اختلاف را به داوری ارجاع دهد. به عبارت دیگر نمی‌توان گفت که چون سند پیمان از ناحیه کارفرما به پیمانکار ابلاغ شده و مورد قبول دو طرف است و ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان هم ارجاع اختلاف به داوری را پذیرفته است، پس دیگر نیاز به کسب تکلیف از هیأت وزیران و اطلاع مجلس یا تصویب مجلس حسب مورد نمی‌باشد بلکه باید گفت کارفرما در این باره ملزم به رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی و اخذ مجوزهای مذکور می‌باشد. اما در عمل هیأت وزیران همواره با تصویب و صدور تصویب‌نامه‌ای به استناد اصل ۱۲۷ قانون اساسی، معاون رئیس جمهور و رئیس سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور را با ذکر نام به عنوان نماینده ویژه رئیس جمهور برای ارجاع اختلاف‌های ناشی از اجرا یا تفسیر قراردادهای مربوط به طرح‌های عمرانی (بیمانکاری) به داوری تعیین کرده است و تصمیم ایشان را در حکم تصمیم رئیس جمهور و هیأت وزیران قرار داده است که آخرین تصویب‌نامه در این خصوص (در زمان نگارش این مقاله) به شماره ۱۷۹۶۱۱/ت/۵۰۱۵۱-ه مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۳ در خصوص تعیین آقای محمداقبر نوبخت (معاون وقت رئیس جمهور و رئیس

سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور) به این عنوان می‌باشد. به این ترتیب هیأت وزیران زمینه اجرای بند (ج) ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان را فراهم کرده است.

البته درباره زمان اخذ مجوزهای یاد شده اختلاف نظر وجود دارد برخی معتقدند چون هنگامی که طرفین نسبت به تنظیم قرارداد و شرط داوری در آن مبادرت می‌کنند هنوز دعوی تحقق نیافته نیازی به تصویب هیأت وزیران یا مجلس نیست (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۹: ۳۲۳). مع‌الوصف اخیراً هیأت عمومی دیوان عدالت اداری طی دادنامه شماره ۳۷۶-۶۵۴/۹۰ مورخ ۱۳۹۱/۳/۲۲ برخلاف این نظریه رأی داده و مصوبه هیأت وزیران درباره موافقت با ارجاع به داوری مندرج در یک فقره قرارداد را ابطال نموده است. این رأی اشعار می‌دارد: «مستفاد از اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، علی‌الاصول مأموران دولت در زمان انعقاد داوری مکلف هستند حسب مورد مصوبه هیأت وزیران یا مصوبه مجلس شورای اسلامی را اخذ کنند. نظر به اینکه مصوبه معترض‌عنه پس از تنظیم قرارداد داوری صادر شده است و مفاد اصل ۱۳۹ قانون اساسی در آن رعایت نشده است خلاف قانون تشخیص داده می‌شود و با استناد به بند یک ماده ۱۹ و ماده ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌شود.» (پتفت، ۱۳۹۲: ۱۱۹)

چنانچه در تعریف داوری گفته شد، داوری بر اساس تعهدی است که افراد در مورد اختلاف و دعوی محقق شده بین خود و یا اختلاف احتمالی خود، رسیدگی و اظهار نظر شخص یا اشخاصی دیگر غیر از مراجع رسمی قضایی را قبول می‌کنند. (مدنی، ۱۳۶۸: ۶۷۶)

با توجه به این تعریف و مفاد بند (ج) ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان، کارفرما و پیمانکار، با موافقت رئیس سازمان فوق، اختلاف احتمالی خود را به مرجعی غیر قضایی مذکور در این ماده که شورای عالی فنی است ارجاع می‌دهند. این شورا برابر ماده واحده لایحه قانونی راجع به اصلاح تبصره ۸۰ قانون بودجه سال ۱۳۵۶ کل کشور مصوب ۱۳۵۸ مرکب از سه نفر به پیشنهاد رئیس سازمان یاد شده و تصویب هیأت وزیران تشکیل می‌گردد.

شورای مذکور، از ارکان یک شخص حقوقی است و لذا دارای شخصیت حقوقی است و تعیین داوری آن به منزله داوری شخص حقوقی در مورد اختلاف بین کارفرما و پیمانکار است. البته در مورد تعیین اشخاص حقوقی به عنوان داور اختلاف نظر وجود دارد لیکن در برخی قوانین از جمله

ماده ۲۶ لایحه قانونی تأسیس اتاق‌های بازرگانی مصوب ۱۳۳۳/۱۰/۷ و ماده ۵۳ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۰/۶/۱۳ داور شدن اشخاص حقوقی تصریح شده است. (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۹: ۳۴۳-۳۴۴)

شخص حقوقی به اجتماع اشخاص، اموال یا منافی برای دستیابی به هدف‌های مشترک گفته می‌شود که قدرت عمومی آن را به عنوان واحدی مستقل از عناصر تشکیل دهنده‌اش مورد شناسایی قرار داده است (ابوالحمد، ۱۳۵۳: ۸۴ به نقل از عباسی، ۱۳۸۹: ۵۹). اشخاص حقوقی بر دو دسته، شامل اشخاص حقوقی حقوق خصوصی و اشخاص حقوقی حقوق خصوصی هستند. دسته اول شامل شرکت‌های تجاری و مؤسسات و تشکیلات غیرتجاری می‌باشند. اشخاص حقوقی حقوق عمومی نیز شامل دولت، مؤسسات دولتی، شرکت‌های دولتی، مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی و شوراهای محلی می‌گردند. دولت بزرگ‌ترین شخص حقوقی عمومی محسوب می‌شود. «از نظر حقوقی، دولت به معنای عام کلمه شامل همه قوای عمومی و دستگاه‌های حاکمیتی می‌باشد ولی به معنای خاص کلمه شامل قوه مجریه می‌گردد» (عباسی، ۱۳۸۹: ۶۲). دولت در معنی اخیر شامل وزارتخانه‌ها می‌باشد.

شورای عالی فنی مذکور در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان که در زمره شوراهای عالی اداری قرار می‌گیرد در زیر مجموعه سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور قرار دارد و یکی از واحدهای تشکیلات اداری آن می‌باشد. سازمان مذکور، مؤسسه‌ای دولتی موضوع ماده ۲ قانون مدیریت خدمات کشوری به شمار می‌رود که یکی از اقسام اشخاص حقوقی عمومی است. لذا شورای یاد شده نیز به عنوان یکی از ارکان و تشکیلات سازمان موصوف در حکم شخص حقوقی حقوق عمومی محسوب می‌گردد.

نکته مهم و بحث‌انگیز دیگر این شرط داوری، اجباری یا اختیاری بودن آن است. در بادی امر به نظر می‌رسد چون در پیمان، شرط داوری ضمن موافقت‌نامه (که عقد اصلی است) در ماده ۵۳ شریط عمومی پیمان منضم به آن درج شده است لذا علی‌الظاهر برای طرفین حل اختلاف از طریق داوری لازم است. اما همان طوری که از واژه می‌تواند در بند (ج) ماده مذکور استنباط می‌شود حل اختلاف برای پیمانکار و کارفرما اختیاری است و اجباری در کار نیست لذا در صورت

عدم اختیار هر یک از آنها به طریقه داوری، حل اختلاف می‌تواند از طریق دادگاه به عمل آید (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۹: ۳۲۵). ظاهراً رویه دادگاه‌ها نیز چنین است و حتی در صورت رجوع مستقیم هر یک از آنها به دادگاه، دعوی ایشان را پذیرفته‌اند و ادعای طرف مخالف مبنی بر عدم صلاحیت دادگاه به علت شرط داوری در پیمان را رد کرده‌اند.

نکته آخر اینکه از آن جایی که اعضای این شورا از طرف مقامات عمومی انتخاب می‌شوند، محل تردید است که بتوانند بی‌طرفانه نسبت به حل اختلاف داوری کنند. از سوی دیگر همان طوری که در تعاریف داوری مطرح شد، این طور به نظر می‌آید که دو طرف اختلاف در تعیین داور نقش داشته‌اند؛ در حالی که طبق تبصره این ماده ارجاع به داوری نهاد مذکور موقوف به موافقت رئیس سازمان موصوف می‌باشد که ممکن است به علت مسئولیت و نظارت قانونی بر اجرای پیمان‌های دولتی با درخواست پیمانکار موافقت نکند که در این صورت مداخله ایشان خلاف موازین انصاف و بی‌طرفی است و بنابر این محل ایراد و اشکال است. اگرچه با توجه به تصویب‌نامه‌های هیأت وزیران، به عنوان نماینده ویژه رئیس جمهور موضوع اصل ۱۲۷ قانون اساسی و جانشین هیأت وزیران در این خصوص اقدام می‌کند.

### ب. زوال شرط داوری در پیمان

پس از توافق بر سر داوری و رسیدگی به اختلافات ارجاعی به آن، نوبت به زوال این نهاد می‌رسد. یکی از موارد زوال داوری، تراضی برای عزل داور است. بر اساس ماده ۴۷۲ قانون آیین دادرسی مدنی «بعد از تعیین داور یا داوران، طرفین حق عزل آنان را ندارند مگر با تراضی.» در مورد زوال داوری در قراردادهای پیمانکاری باید گفت از آنجا که شرط داوری در پیمان به صورت شرط ضمن عقد پیمان انشا می‌شود، لذا هم به تبع زوال عقد اصلی و هم به صورت مستقل می‌تواند با تراضی طرفین الغا شود ولی باید گفت کارفرما که دستگاه اجرایی است همانند مقاله نمی‌تواند برای الغای شرط داوری تراضی نماید و این منع نه به لحاظ حقوقی بلکه به جهت فرمانبرداری نماینده دستگاه اجرایی از قوانین اداری است و چنین اختیاری از حیث اداری برای او پیش‌بینی نشده است. (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۹: ۳۳۷)



مورد دیگر زوال داوری، فوت یا حجر هر یکی از طرفین است. ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی در بند ۲ به این مورد اشاره کرده است ولی در مورد قراردادهای پیمانکاری باید گفت که چون کارفرما یک شخص حقوقی حقوق عمومی است، این سبب در مورد کارفرما موضوعاً منتفی است؛ زیرا شخصیت آن ناشی از شخصیت زوال‌ناپذیر کشور است و از بین نمی‌رود. البته اگر کارفرما، مؤسسه دولتی یا شرکت دولتی باشد که دارای شخصیت حقوقی مستقل می‌باشد در صورت انحلال قانونی، این موضوع می‌تواند مطرح شود.

درباره پیمانکار هم باید گفت اگر وی شخص حقیقی باشد، زوال داوری با فوت یا حجر او ایجاد می‌شود و اگر شخص حقوقی باشد با انحلال یا ورشکستگی آن می‌توان قائل به زوال داوری شد؛ زیرا به استناد اجزای ۱۰ و ۱۱ بند (الف) ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان، انحلال و ورشکستگی پیمانکار از موجبات خیار فسخ پیمان برای کارفرما است که در صورت فسخ پیمان، شرط داوری مندرج در آن نیز به تبع فسخ آن، زایل می‌شود.

از موارد دیگر، انتقای موضوع داوری است. بنابراین در صورتی که موضوع داوری به جهتی از بین برود، داوری نیز به خودی خود از بین می‌رود؛ مثلاً موضوع داوری در پیمان، اختلاف در اجرا یا تفسیر پیمان است هرگاه اصل پیمان به جهاتی منحل شود یا باطل گردد، موضوعی برای داوری در مورد اجرا یا تفسیر مفاد پیمان باقی نمی‌ماند تا نیازی به داوری داشته باشد. (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۹: ۳۳۹)

از اسباب دیگر، انقضای مهلت داوری است. ذیل ماده ۴۷۴ قانون آیین دادرسی مدنی تلویحاً بر این موضوع اشاره می‌کند و مقرر می‌دارد: «در صورتی که داوران در مدت قرارداد داوری یا مدتی که قانون معین کرده است، نتوانند رأی بدهند و طرفین به داوری اشخاص دیگری هم تراضی نکرده باشند، دادگاه به اصل دعوا وفق مقررات قانونی رسیدگی و رأی صادر می‌نماید.»

از آنجا که مدت داوری در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان ذکر نشده است، لذا مفاد تبصره ماده ۴۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی که مدت قانونی برای داوری را سه ماه تعیین کرده است، به این مورد تسری می‌دهیم. بنابراین در صورت ارجاع حل اختلاف کارفرما و پیمانکار به شورای عالی

فنی، شورای مزبور مکلف است ظرف سه ماه رأی خود را در خصوص اختلاف صادر کند و بعد از آن، حل اختلاف از طریق دادگاه است؛ زیرا دادگاه صلاحیت عام دارد.

یکی دیگر از موارد زوال داور، امتناع داور یا داوران از رسیدگی و صدور رأی است. داور در ابتدا و قبل از قبولی، ارادی است و قانون هیچ کس را به پذیرش آن مجبور نکرده است ولی وفق ماده ۴۷۳ آیین دادرسی مدنی، داور پس از قبول داور، بدون عذر موجه حق استعفا و امتناع از دادن رأی را ندارد. تخلف از این حکم موجب محرومیت موقت به مدت پنج سال از داور و جبران خسارات وارده می‌گردد.

داور یا داوران در قبول یا عدم قبول داور کاملاً آزاد و مختار هستند و بدیهی است که هیچ کس را نمی‌توان به اجبار به قبول داور و ادار کرد. به همین دلیل است که مقنن در ماده ۴۶۵ قانون آیین دادرسی مدنی تصریح کرده است که «در هر مورد که داور یا داوران به وسیله یک طرف یا طرفین انتخاب می‌شوند، انتخاب کننده مکلف است قبولی داور را اخذ نماید...» ولی از طرفی باید دانست این اختیار قانونی به داور در مورد قبول یا عدم قبول داور فقط در مرحله آغاز کار تا اعلام قبولی داور می‌باشد. (واحدی، ۱۳۸۶: ۳۵۹-۳۵۸)

به هر حال چنانچه طرفین قبولی داور یا داوران معینی را اخذ نکنند و یا پس از ارجاع اختلاف به داور، داور یا داوران (با عذر موجه یا حتی بدون آن) از داور و صدور رأی امتناع کنند، رسیدگی در صلاحیت دادگاه خواهد بود.

البته پذیرش این نکته در قراردادهای پیمانکاری جای تردید وجود دارد؛ زیرا با توجه به جایگاه شورای عالی فنی و نحوه ارجاع داور به آن به نظر نمی‌رسد این شورا حق قبول یا رد داور و امتناع از رسیدگی داشته باشد به علاوه می‌توان گفت که با امضای موافقت‌نامه پیمان توسط طرفین و پیش‌بینی این نهاد به عنوان داور در شرایط عمومی منضم به آن، نوعی قبولی ضمنی توسط این شورا وجود دارد.

درباره این نکته در قراردادهای پیمانکاری، باید گفت در پیمان هرگاه شورای عالی فنی که قبولی‌اش به هنگام انعقاد پیمان اخذ نشده، از رسیدگی و صدور رأی خودداری کند، به نظر می‌رسد این وضعیت به منزله عدم قبول داور از سوی شورای عالی فنی است که در این

صورت، حل اختلاف بین کارفرما و پیمانکار از طریق داوری منتفی و الزاماً باید از طریق دادگاه حل اختلاف و فصل خصومت شود.

### نتیجه گیری

دستگاه‌های اجرایی بر اساس اختیارات قانونی حاصله از قانون برنامه و بودجه و آیین‌نامه اجرایی آن و مطابق دستورالعمل‌های صادره از سوی سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور، انجام برخی امور عمومی در خصوص اجرای طرح‌های عمرانی را با انعقاد یک قرارداد اداری به نام «موافقت‌نامه پیمان» به اشخاص حقیقی و حقوقی خصوصی واگذار می‌کنند که اصطلاحاً پیمانکاری نامیده می‌شود. چارچوب وظایف و اختیارات این دستگاه‌ها به عنوان کارفرما و تکالیف و حقوق طرف مقابل به عنوان پیمانکار در شرایط عمومی پیمان منضم به «موافقت‌نامه پیمان» تنظیم می‌گردد که در واقع شرایط ضمن عقد این قرارداد محسوب به شمار می‌رود. دولت در اجرای این قرارداد به موجب شرایط عمومی مذکور از امتیازات قدرت عمومی مثل حق فسخ یک‌جانبه قرارداد به علت مقتضیات اداری برخوردار می‌باشد. بنابراین طبیعی و محتمل است که دستگاه‌های اجرایی در به کارگیری این اقتدارات با اشخاص طرف قرارداد دچار اختلاف شوند. از سوی دیگر، این اختلاف باید به سرعت حل و فصل شود تا اجرای امر عمومی به تأخیر نیفتد.

داوری از جمله سازوکارهای مناسب و مطلوبی است که در این زمینه به عنوان یک مرجع حل اختلاف نام برده می‌شود؛ چرا که رسیدگی و حل اختلاف توسط این نهاد با سرعت، دقت و اطمینان بیشتری نسبت به مراجع عمومی انجام می‌گیرد. بدین لحاظ شرایط عمومی پیمان هم در بند (ج) ماده ۵۳، این نهاد ارزشمند را با فرایند ویژه‌ای جهت حل اختلاف پیمانکاری‌های دولتی پیش‌بینی کرده و در تبصره ذیل این بند، شورای عالی فنی را به عنوان داور برای حل اختلاف، تعیین نموده است که شخص حقوقی محسوب می‌گردد و تعیین آن به عنوان داور به منزله داوری شخص حقوقی در حل اختلاف بین طرفین این نوع قرارداد می‌باشد.

داوری توسط شورای عالی فنی در این قراردادها مستلزم شناخت جایگاه نهاد داوری در دعاوی دولتی است که با محدودیت‌های قانونی مواجه است؛ زیرا به موجب اصل ۱۳۹ قانون

اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی، ارجاع دعوی راجع به اموال دولتی و عمومی به داور در هر مورد موکول به تصویب هیأت وزیران است و باید به اطلاع مجلس شورای اسلامی برسد. در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس برسد. این محدودیت در مورد داور در قراردادهای مذکور نیز صدق می‌کند اگرچه نظرات مخالف شاذی در این خصوص وجود دارد.

در فرایند شکل‌گیری داور در این قراردادها به شرط داور به صورت تراضی در ضمن سند شرایط عمومی پیمان (ماده ۵۳) منضم به موافقت‌نامه پیمان اشاره کردیم و بیان داشتیم که این فرایند ابتدا مستلزم عدم استفاده یا عدم حصول نتیجه از روش مسالمت‌آمیز موضوع بند (الف) این ماده می‌باشد که طولی یا عرضی بودن آن با روش داور مصرح در بند (ج) ماده مذکور با توجه به مفاد بندهای (الف و ب) آن محل ابهام است. به علاوه با توجه به واژه «می‌توانند» در بند (ج) ماده یاد شده، از مفاد آن داور اختیاری استنباط می‌شود. ارجاع اختلاف به داور شورای فوق نیز منوط به موافقت رئیس سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور می‌باشد که معمولاً هیأت وزیران در راستای اجرای اصل ۱۳۹ قانون اساسی، به استناد اصل ۱۲۷ قانون اساسی، در هر دوره وی را به عنوان نماینده ویژه رئیس جمهور برای ارجاع اختلاف‌های ناشی از اجرا یا تفسیر قراردادهای مربوط به طرح‌های عمرانی (پیمانکاری) به داور تعیین کرده است. مضافاً آنکه اظهار داشتیم ممکن است این مقام به علت مسئولیت و نظارت قانونی بر اجرای پیمان‌های دولتی با درخواست پیمانکار موافقت نکند که در این صورت مداخله ایشان خلاف موازین انصاف و بی‌طرفی است.

در پایان هم به بررسی زوال داور در این قراردادها اشاره کردیم که در شرایط عمومی پیمان مسکوت مانده است و با توسل به مواد قانونی آیین دادرسی مدنی به تبیین آن پرداختیم و کاستی‌های شرایط عمومی پیمان در این خصوص را تحلیل کردیم.

در خاتمه پیشنهادهایی در این زمینه ارائه می‌شود: اولاً ابهامات و اشکالات شرط داور در قراردادهای پیمانکاری دولتی از جمله موارد فوق مرتفع شود. ثانیاً شرایط زوال داور در شرایط عمومی پیمان با توجه به ماهیت قرارداد اداری بودن موافقت‌نامه پیمان تصریح گردد تا از ابهام و

سر در گمی پیمانکار و معلق بودن امر عمومی جلوگیری شود؛ زیرا ممکن است بعد از طی مراحل داوری با زوال این نهاد بر اساس قانون آیین دادرسی مدنی مواجه شویم و دوباره جهت حل اختلاف به مراجع عمومی مراجعه شود که این خود اطاله حل اختلاف را دو چندان می کند. ثالثاً با توجه به دولتی بودن اعضای شورای عالی فنی که طبق قانون با پیشنهاد رئیس سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور و تصویب هیأت وزیران تعیین می شوند، شایسته است که در تعیین اعضای این شورا، پیمانکار هم به عنوان طرف مورد اختلاف نقشی داشته باشد.

Archive of SID

## فهرست منابع

### الف. کتاب‌ها و مقالات

۱. اسماعیلی هریسی، ابراهیم (۱۳۸۹)؛ شرح حقوقی پیمان، چاپ چهارم، تهران: معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهور.
۲. امامی، محمد و کورش استوارسنگری (۱۳۹۱)؛ حقوق اداری، جلد ۲، تهران: نشر میزان.
۳. انصاری، ولی... (۱۳۸۰)؛ کلیات حقوق قراردادهای اداری، تهران: نشر حقوقدان.
۴. بازگیر، یدا... (۱۳۸۶)؛ داورى و احکام راجع به آن، تهران: انتشارات فردوسی.
۵. پتفت، آرین (۱۳۹۲)؛ «بررسی تطبیقی ارجاع به داورى موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی: ایران، فرانسه و مالزی»، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد رشته حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۶. حبیب‌زاده، محمدکاظم (۱۳۹۰)؛ اصول حاکم بر قراردادهای دولتی، تهران: انتشارات جاودانه، جنگل.
۷. حبیبی، یدا... (۱۳۸۵)؛ حقوق و مقررات معاملات دولتی، تهران: انتشارات مجد.
۸. داوید، رنه (۱۳۷۵)؛ مفهوم و نقش داورى در بازرگانى بین‌المللى، مترجم سیدحسین صفایی، تهران: نشر میزان.
۹. شهبابی، مصطفی (۱۳۷۰)؛ داورى و قانون اساسی، تهران: کمیته ایرانی اتاق بازرگانى بین‌المللى.
۱۰. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۱)؛ حقوق اداری، چاپ هفتم، تهران: انتشارات سمت.
۱۱. عباسی، بیژن (۱۳۸۹)؛ حقوق اداری، تهران: نشر دادگستر.
۱۲. محبی، محسن و مقداد ترابی (۱۳۸۷)؛ «قراردادهای دولتی و ویژگی‌های نظام‌های حقوقی دوگانه‌گرا»، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال دهم، شماره ۲۵.
۱۳. محمدزاده اصل، حیدر (۱۳۷۹)؛ داورى در حقوق ایران، تهران: ققنوس.
۱۴. مدنی، جلال‌الدین (۱۳۸۶)؛ آیین دادرسی مدنی، جلد ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۵. معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری (۱۳۸۶)؛ مجموعه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، چاپ ششم، تهران: معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات.
۱۶. واحدی، قدرت... (۱۳۸۶)؛ بایسته‌های آیین دادرسی مدنی، تهران: نشر میزان.
۱۷. هاشمی، محمد (۱۳۷۹)؛ حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (حاکمیت و نهادهای سیاسی)، جلد ۲، تهران: نشر دادگستر.

### ب. قوانین، مقررات و اسناد

۱. آیین‌نامه اموال دولتی، مصوب ۱۳۷۲

۲. قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، مصوب ۱۳۷۹

۳. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۵۸ و بازنگری مصوب ۱۳۶۸

۴. قانون برنامه و بودجه کشور، مصوب ۱۳۵۱

۵. قانون مالیات بر درآمد، مصوب ۱۳۳۹.

۶. قانون مدیریت خدمات کشوری، مصوب ۱۳۸۶

موافقت‌نامه پیمان و شرایط عمومی پیمان

Archive of SID