



Legal Nature of the Supreme Technical Council and Critiques on Its Duties

Ebrahim Azizi* 

Assistant Professor, Private Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

Farshad Farazmand 

Ph.D Student, Private Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

Hossein Taleqani Mansournejad 

Ph.D Student, Private Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

Mohammad Hossein Osta 

Ph.D Student, Private Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

1. Introduction

Governmental development plans have always been a point of concern for countries in terms of how to use national wealth in these projects. Governments have tried to devise possible ways to make better use of public resources in development projects. One of the solutions provided in Iranian law is the establishment of a legal body called the Supreme Technical Council. This council was established according to Article 80 (amended) of the Budget Law of 1977, approved in 1979, and was responsible for duties and powers, such as the authorization

* Corresponding Author: eazizi@modares.ac.ir

How to Cite: Azizi, Ebrahim & et al., "Legal Nature of the Supreme Technical Council and Critiques on Its Duties", The Quarterly Journal of Public Law Research, 25(79), (2023), 205-232.

Doi: 10.22054/QJPL.2023.68216.2786

of price floors and the revision of general contract rates. In 1999, according to paragraph (c) of Article 53 of the General Conditions of Construction Works Procurements (a uniform regulatory document issued by the government that prescribes some general conditions that apply to all construction projects engaged in by a public authority), it was considered to be the arbitrator in disputes arising from development projects and so, this role was added to its aforementioned capacities. In this study, by analyzing the nature of these duties, powers, and authorities of the Supreme Technical Council, we will examine whether, first of all, the assigned missions are in line with the existential philosophy of this council. Is there a need to plan such tasks? further, is there a consistency between the duties, authorities, and powers of the council? Finally, some solutions and suggestions will be provided accordingly.

4. Methodology

In this article, by collecting data through library resources, we answered questions with the analytical-descriptive method.

2. Results

1- According to parts "a" and "b" of amended Article 80, the Supreme Technical Council is responsible for reviewing and approving the basic prices and related market regulations and instructions, as well as reviewing and approving the prices of special items (which are marked with an asterisk). This has so far been the best way in preventing the unusual increase in the cost of public construction projects and the abuse and waste of public resources. In this role, the Supreme Technical Council has an executive duty.

2- According to part "c" of the amended Article 80, the duty to revise the general contract rates has also been assigned to the Supreme Technical Council. The appeal request by the general contractor is subject to the approval of the highest administrative authority of the public party (the employer) and after that, the Supreme Technical

Council makes a decision regarding the request. This type of adjustment is a contractual price adjustment and the role of the Supreme Technical Council in agreeing to the appeal is to be a part of the decision-making elements of the public party's executive body which makes it a party to the contract (on the side of the employer). Therefore, in this perspective, the legal nature of the role given to the Supreme Technical Council is as a party to the contract.

3- The last duty assigned to the Supreme Technical Council in part "D" of amended Article 80 is to review and make a decision on issues that have been raised by the public parties (employers) for which the contract has not provided a specific solution beforehand. It has been discussed that, in this role, it seems that the Supreme Technical Council is, again, a part of the decision-making side of the public party, and therefore, as a matter of its legal nature, it plays the role of party to the contract.

4- The last power that has been considered for the Supreme Technical Council is the authority of arbitration in construction projects, which is derived from paragraph "C" of Article 53 of the general conditions of Construction Works Procurement, which is a judicial role and the Supreme Technical Council acts as a judge between the parties in this role. In addition to the problems that exist in terms of the possibility of exceeding its legal powers in setting guidelines about the general and specific conditions of Construction Works Procurements, and in providing templates for drafting arbitration clauses and the terms used in them, it seems that this authority causes the litigant to be the judge of its own case. Because as mentioned, in some cases, the Supreme Technical Council is on the decision-making side of the executive board of the public contracting party and is somehow involved in this litigation.

3. Conclusion

According to the aforementioned results, the suggestions are as follows:


1- Considering the practical benefits of the duties mentioned in clauses "a" and "b" of the amended Article 80, we suggest keeping them as they are until a better solution is found in this regard.


2- Regarding clauses "c" and "d", considering their negative effects in terms of time and money, it is suggested that these powers be assigned to the highest authority of the executive body of the public contracting party just like they were before the amendment of Article 80.


3- Finally, regarding the duty of the arbitration, it is suggested that the position of alternative dispute resolution methods in the General Conditions of Construction Works Procurements should be strengthened and it should be mandatory to refer to them and not be at the discretion of the parties (as it is). Also, by amending the laws, the parties of construction projects should be given the right to choose an independent and validated arbitration authority active in the country.


Keywords: General Conditions of Construction Works Procurements, Supreme Technical Council, BOQs, Contract Rates, Development Plan, Arbitration

تحلیل ماهیت حقوقی شورای عالی فنی و نقدی بر وظایف آن

استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران |  ابراهیم عزیزی*

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران |  فرشاد فرازمند

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران |  حسین طالقانی منصورنژاد

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران |  محمدحسین استا

چکیده

طرح‌های عمرانی دولتی همواره موضعی برای دغدغه کشورها به لحاظ نحوه بکارگیری ثروت ملی در این طرح‌ها بوده‌اند؛ دولت‌ها سعی داشته‌اند تا در حد امکان روش‌هایی تدبیر نمایند که منابع عمومی مورد استفاده در طرح‌های عمرانی به شکل بهینه‌تری استفاده شود. یکی از راهکارهای پیش‌بینی شده در قوانین ایران تاسیس نهاد حقوقی به نام شورای عالی فنی است. این شورا بموجب قانون اصلاح تبصره ۸۰ قانون بودجه سال ۱۳۵۶ مصوب ۱۳۵۸ تاسیس و وظایف و اختیاراتی از جمله تصویب قیمت‌های پایه و تجدیدنظر در نرخ پیمان‌ها را عهده‌دار گردید. در سال ۱۳۷۸ و بموجب بند «ج» ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان، صلاحیت داوری در اختلافات ناشی از طرح‌های عمرانی نیز برای این شورا در نظر گرفته شد و این مورد نیز به موارد مذکور در قانون مورد اشاره افزوده شد. در این پژوهش با تحلیل ماهیت وظایف، اختیارات و صلاحیت‌های شورای عالی فنی بررسی می‌شود که اولاً آیا مأموریت‌های محوله با فلسفه وجودی این شورا سنخیت دارند یا خیر؟ آیا اساساً نیازی به تدبیر چنین وظایفی وجود دارد یا خیر؟ و همچنین آیا تجانس بین وظایف، اختیارات و صلاحیت‌های شورا وجود دارد یا خیر؟ نهایتاً راهکارها و پیشنهادهایی با توجه به مطالب عنوان شده ارائه خواهد گردید.

واژگان کلیدی: شورای عالی فنی، فهرست‌بها، نرخ پیمان، طرح عمرانی، داوری.

مقدمه

با توجه به حجم بالای سرمایه‌گذاری مورد نیاز برای انجام پروژه‌های زیرساختی، یکی از دغدغه دولت‌ها حفظ منافع عمومی در انعقاد قراردادهای مربوط به طرح‌های عمرانی بوده و این امر منجر به ایجاد قواعدی خاص در انعقاد و اجرای قراردادهای دولتی گردیده است.^۱ یکی از اقداماتی که بموجب قوانین ایران برای حفظ منافع عمومی در قراردادهای مربوط به طرح‌های عمرانی (تملك دارایی‌های سرمایه‌ای) پیش‌بینی شده، ایجاد یک تاسیس حقوقی با عنوان شورای عالی فنی است.

این شورا که بموجب لایحه قانونی راجع به اصلاح تبصره ۸۰ ماده واحده قانون بودجه سال ۱۳۵۶ کل کشور مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۳ تاسیس شد، بموجب همین ماده و در راستای رسالت خود که حفظ منافع عمومی در طرح‌های عمرانی بود چهار وظیفه را عهده‌دار شد که از جمله آنها تعیین قیمت‌های پایه و تجدیدنظر در نرخ پیمان‌ها بود. علاوه بر وظایفی که بموجب لایحه قانونی فوق‌الذکر بر عهده شورای عالی فنی قرار گرفت، این شورا از سال ۱۳۷۸ بموجب ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان، وظیفه داوری در اختلافات مربوط به طرح‌های عمرانی را نیز عهده‌دار شد.

در این پژوهش با بررسی وظایف و اختیاراتی که برای شورای عالی فنی در نظر گرفته شده است به این پرسش پاسخ خواهیم داد که این وظایف چه ماهیتی دارند؟ آیا وظایف و اختیارات در نظر گرفته شده با هدف از تاسیس این نهاد سنخیت دارند؟ و آیا ماهیت وظایف و صلاحیت‌های اعطا شده به گونه‌ای هستند که با یکدیگر قابل جمع باشند؟ پس از پاسخ به این سوالات نهایتاً با توجه به مطالب ارائه شده، پیشنهاداتی ارائه خواهد شد.

بنظر می‌رسد ماهیت وظایف و صلاحیت‌های اعطا شده به شورای عالی فنی سازمان برنامه و بودجه توسط قانونگذار، دارای چنان تعارضی با یکدیگرند که جمع آنها منطقی ناممکن است و از این رو انجام اصلاحاتی در قوانین و مقررات جاری برای اجتناب از آثار سوء آن گریزناپذیر می‌نماید.

۱. سیدحسین میرباقری، «شیوه‌های حل و فصل اختلاف در قراردادهای پیمانکاری دولتی»، دانش حقوق و مالیه، سال اول شماره ۱، (۱۳۹۶)، ص ۱۲۱.

۱. پیشینه شورای عالی فنی

حدود ۲۸ ماه پیش از پیروزی انقلاب اسلامی، با توجه به گسترش فساد در سیستم اداری ایران، شاه فرمان تشکیل کمیسیونی به نام «کمیسیون شاهنشاهی» برای بررسی فسادهای درون حکومت و مقابله با آنها را صادر کرد؛^۱ ریاست این کمیسیون را نصرت‌اله معینیان که رئیس دفتر مخصوص شاه بود عهده‌دار شد و بنابر اظهار وی در ده ماه ابتدایی از شروع کار بیش از ده هزار پروژه را ارزشیابی نمود.^۲ نتایج کار این کمیسیون به نحوی بود که نشان می‌داد گروه‌های غیرمتخصص و رانت‌خوار مجری پروژه‌ها بوده‌اند؛^۳ بر این اساس و با هدف نظارت بر پروژه‌ها و کاهش فساد و رانت‌خواری از منابع ملی، تبصره ۸۰ لایحه بودجه سال ۱۳۵۶ به دولت اجازه داد تا بر اساس قیمت‌ها و ضوابط و دستورالعمل‌های مصوب این کمیسیون، قیمت‌های پایه و نرخ پیمان‌ها را تعدیل و در آنها تجدید نظر نماید.^۴ آنچه‌آنکه مشخص است هدف از وضع این مقرره قانونی بازگرداندن منابع عمومی از رانت‌خواران و سودجویان از طریق تعدیل قیمت‌های پایه و نرخ پیمان‌ها بوده است.

در تاریخ ۲۲ دی ۱۳۵۷ شورای انقلاب جمهوری اسلامی ایران با فرمان حضرت امام خمینی (ره) تشکیل شد و تا تاریخ ۲۶ تیر ۱۳۵۹ و شروع بکار مجلس و شورای نگهبان، مسئول مواردی نظیر قانونگذاری و تشکیل دولت انتقالی شد. یکی از مصوبات شورای انقلاب، ماده واحده لایحه قانونی راجع به اصلاح تبصره ۸۰ ماده واحده قانون بودجه سال ۱۳۵۶ کل کشور بود که در تاریخ ۱۳۵۸/۱۱/۰۳ به تصویب رسید (از این پس جهت رعایت اختصار، تبصره ۸۰ اصلاحی نامیده می‌شود). صدر این ماده چنین مقرر می‌دارد: «تبصره ۸۰ قانون بودجه سال ۱۳۵۶ کل کشور به شرح زیر اصلاح می‌گردد: به جای کمیسیون شاهنشاهی مندرج در تبصره فوق، شورای عالی فنی مرکب از سه نفر به پیشنهاد وزیر

۱. محمد عادل فاریابی و علی آذری مقدم، «تاثیر ویژه‌پروری در فروپاشی و زوال حکومت پهلوی»، فصلنامه علمی پژوهش‌های راهبردی سیاست، دوره ۱۰، شماره ۳۹، (۱۴۰۰)، ص ۲۰.

۲. مصطفی الموتی، *ایران در عصر پهلوی؛ آریامهر در اوج اقتدار*، جلد هفتم، چاپ ۲ (لندن: چاپ پکا، ۱۳۷۰) ص ۵۷.

۳. محمد عادل فاریابی و علی آذری مقدم، همان، ص ۲۰.

۴. تبصره ۸۰ لایحه بودجه ۱۳۵۶: «به دولت اجازه داده می‌شود که بر اساس قیمت‌ها و ضوابط و دستورالعمل‌های مصوب کمیسیون شاهنشاهی قیمت‌های پایه، نرخ پیمان‌ها را تعدیل و تجدید نظر نماید. این حکم از اول سال ۲۵۳۵ مجری است.»

مشاور^۱ و رییس سازمان برنامه و بودجه و تصویب هیأت وزیران تشکیل و وظایف ذیل را عهده‌دار می‌گردد...».

درست است که در صدر تبصره ۸۰ اصلاحی مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب، شورای عالی فنی جایگزین کمیسیون شاهنشاهی خوانده شده است لکن هیچ یک از وظایف مرقوم در این تبصره منطبق با وظایف مذکور برای کمیسیون شاهنشاهی بموجب تبصره ۸۰ قانون بودجه ۱۳۵۶ نیست و در واقع تبصره ۸۰ اصلاحی مصوب ۱۳۵۸، شورای انقلاب نهاد حقوقی جدیدی را بوجود آورد که این نهاد از حیث وظایفی که بر عهده آن قرار داده شده است به لحاظ حقوقی قابل بحث و بررسی می‌باشد.

۲. وظایف شورای عالی فنی

وظایف شورای عالی فنی در دو قسمت بررسی می‌شود. در قسمت اول به بررسی وظایفی خواهیم پرداخت که در تبصره ۸۰ اصلاحی مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب بر عهده شورای عالی فنی قرار گرفته و در بخش دوم نیز به موضوع انجام داوری توسط این شورا که بر اساس ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان بر عهده شورای عالی فنی قرار گرفته است، می‌پردازیم.

۲-۱. وظایف ناشی از لایحه قانونی راجع به اصلاح تبصره ۸۰ قانون بودجه سال ۱۳۵۶ مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب

تبصره ۸۰ اصلاحی مصوب ۱۳۵۸ که مجوز قانونی تاسیس شورای عالی فنی می‌باشد، وظایف و اختیاراتی را برای این شورا در نظر گرفته است که عبارتند از: ۱- بررسی و تصویب قیمت‌های پایه و ضوابط و دستورالعمل‌های مربوط به آن (موضوع بند «الف») و نیز بررسی و تصویب قیمت کارهای خاص که قیمت‌های پایه قابل عمل در آنها نمی‌باشد (موضوع بند «ب»)^۲؛ ۲- تجدید نظر در نرخ پیمان‌ها در صورت لزوم و وجود توجیه کافی، مشروط بر آنکه در قالب قرارداد و ضوابط مربوط پیش‌بینی لازم برای جزییات جبران هزینه

۱. ماده ۴ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰: سازمان برنامه و بودجه مؤسسه دولتی است که زیر نظر نخست وزیر اداره می‌شود و رییس آن سمت وزیر مشاور را دارا خواهد بود.

و خسارات مورد بحث نشده باشد و ۳- بررسی و اتخاذ تصمیم در مسائلی که مورد سؤال دستگاه‌های اجرایی و کارفرمایان بوده و قرارداد در مورد آنها راه حل مشخصی ارائه ننموده باشد.

۱-۱-۲. بررسی و تصویب قیمت‌های پایه و ضوابط و دستورالعمل‌های مربوط به آن و نیز بررسی و تصویب قیمت کارهای خاص که قیمت‌های پایه قابل عمل در آنها نمی‌باشد

یکی از اسناد منضم به پیمان‌ها، فهرست بها است. پیدایش مفهوم فهرست بها^۱ ریشه در حرفه‌ای با نام «ارزیابی کمی»^۲ دارد که این حرفه در اواسط قرن هجدهم میلادی در بریتانیا رواج داشت. در آن زمان چنین رایج بود که استادکاران (بنایان) هزینه کار و مصالح را در پایان کار به کارفرما اعلام می‌نمودند و بر این اساس قیمت انجام کار را از ایشان دریافت می‌نمودند؛ برآورد این هزینه‌ها نیز بر عهده «ارزیابان»^۳ بود؛ طبیعی بود که این رویه به جهت نامشخص بودن مبلغ نهایی، کارفرمایان را در معرض ریسک‌های مالی فراوانی قرار می‌داد.^۴ افزایش تقاضای کارهای ساختمانی متعاقب شکل‌گیری انقلاب صنعتی موجب ظهور پیمانکاران ساختمانی گردید.^۵ در این دوران پیمانکاران روشی را توسعه دادند که بر اساس آن، پیش از عقد قرارداد و با توجه به طراحی و معماری ساختمان و با استفاده از ارزیابان، کلیه هزینه‌ها را برآورد و اعلام می‌نمودند. با ظهور و رونق گرفتن مناقصات رقابتی، پیمانکاران بصورت جمعی یک ارزیاب را انتخاب می‌کردند تا فهرست‌بهایی را از جانب ایشان تهیه کند تا بتوانند قیمت خود را با توجه به ارزیابی صورت گرفته در فهرست بها ارائه نمایند. پرداخت حق‌الزحمه ارزیاب مذکور نیز بدین شکل بود که تمام شرکت‌کنندگان در مناقصه آنها در پیشنهاد خود در نظر می‌گرفتند و در نهایت پیمانکار برنده مناقصه، حق‌الزحمه ارزیاب را پرداخت می‌نمود. کارفرمایان سرعت دریافتند که در

1. Bill of Quantities (BoQ-B/Q).

2. Quantity Surveying.

3. Measurers or Surveyors.

4. Tony Cunningham, "The Function and Format of Bills of Quantities: An Irish Context", Report prepared for Dublin Institute of Technology, (2016), at 1.

5. Will Hughes, Ronan Champion & John Murdoch, *Construction Contracts: Law and Management* (London: Routledge, 2015) at 3.

هر حال خودشان بطور غیرمستقیم هزینه ارزیاب را پرداخت می کنند؛ پس چه بهتر که آنها را مستقیماً بعنوان مشاور خود قرار دهند و اطلاعات بدست آمده به شکل فهرست بها را در اختیار پیمانکاران شرکت کننده در مناقصه گذارند.^۱

در ایران و در دهه ۱۳۵۰ درآمد فزاینده حاصله از صادرات نفت موجب افزایش ناگهانی حجم پروژه های عمرانی گردید و این مساله باعث شد تا مهندسین مشاور که مسئولیت تهیه فهرست بها جهت ارزیابی هزینه اجرای کار را بر عهده داشتند به دلایل مختلف اقدام به افزایش بی رویه قیمت ها نمایند. این موضوع در طرح های عمرانی دستگاه های اجرایی فراگیر شد و باعث ایجاد هزینه های غیر واقعی برای دولت گردید. بر این اساس و به استناد ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱ به سازمان برنامه و بودجه ماموریت داده شد تا به تدوین فهرست بهای استاندارد جهت تخمین هزینه اجرای پروژه ها با قیمت متعارف اقدام نماید که اولین فهرست بها در سال ۱۳۵۵ و برای کارهای ساختمانی و راهسازی انتشار یافت.^۲ با تصویب تبصره ۸۰ اصلاحی مصوب ۱۳۵۸ و بند «الف» آن تنظیم قیمت های پایه بر عهده شورای عالی فنی قرار گرفت و بدین ترتیب مبنای برآورد اولیه و نصاب معاملات عمده دولتی^۳ در طرح های تملک دارایی های سرمایه ای، فهرست بهای منتشره از جانب شورای عالی فنی قرار گرفت.^۴

البته در برخی موارد هزینه انجام بعضی از فعالیت ها در بین ردیف های فهرست بها وجود ندارد. چنانچه برای یک پروژه مشخصات فنی و اجرایی ویژه ای مورد نیاز باشد که اقلام کارهای آن با شرح ردیف های فهرست بها تطبیق ننماید، شرح ردیف مناسبی برای این اقلام تهیه و در انتهای گروه مربوط با شماره ردیف جدید درج می گردد که به این اقلام، ردیف های غیر پایه یا اقلام ستاره دار اطلاق می شود که بموجب بند «ب» تبصره ۸۰ اصلاحی مصوب ۱۳۵۸ تهیه آن نیز بر عهده شورای عالی فنی است.

1. Cunningham. op.cit. at 1.

۲. اقبال شاکری و همکاران، «چالش ها و معضلات قیمت در فهرس بها»، دومین کنفرانس مهندسی و مدیریت ساخت، (۱۳۹۱)، ص ۲.

۳. تبصره یک ماده ۸۰ قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶.

۴. نعمت اله عسگری، مقررات و روش های اجرایی طرح های تملک دارایی های سرمایه ای، چاپ ۴ (تهران: دیوان محاسبات کشور، مرکز آموزش و بهسازی منابع انسانی، ۱۳۸۶) ص ۱۹۷.

با توجه به مطالب فوق بنظر می‌رسد وجود مرجعی جهت ضابطه‌مند نمودن تعیین نرخ در پیمان‌های دولتی بمنظور جلوگیری از تضييع منابع عمومی و احتمالاً سوءاستفاده از آن مفید باشد؛ لذا می‌توان گفت که به لحاظ قانونگذاری پیش‌بینی چنین وظیفه‌ای با توجه به تجربه بدست آمده در صحنه عمل بوده و گامی مثبت تلقی می‌شود.

۲-۱-۲. تجدید نظر در نرخ پیمان‌ها

در این بخش ابتدا شرایط امکان درخواست تجدیدنظر در نرخ پیمان و مرجع درخواست آن بیان می‌گردد و پس از آن با تبیین ماهیت تجدیدنظر در نرخ پیمان، بررسی می‌شود که آیا شورای عالی فنی مرجع مناسبی برای درخواست تجدیدنظر می‌باشد یا خیر؟

الف - شرایط تجدیدنظر در نرخ پیمان‌ها

بند «ج» تبصره ۸۰ اصلاحی مصوب ۱۳۵۸ یکی از وظایف شورای عالی فنی را تجدیدنظر در نرخ پیمان‌ها در صورت لزوم و وجود توجه کافی دانسته است؛ بند ۱-۱۱ دستورالعمل نحوه درخواست تجدیدنظر در نرخ پیمان‌ها به شماره ۱۰۰/۴۷۷۰۷ مورخ ۱۳۸۹/۰۶/۲۷ سازمان برنامه و بودجه (معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی وقت) نیز در تعریف «توجه» چنین عنوان داشته است: «مجموعه شرایط، موارد و اموری است که در زمان ارائه پیشنهاد برای کارفرما و پیمانکار قابل احراز و پیش‌بینی نبوده و بر اساس دلایل و شواهدی مستند، موجب تحمیل هزینه‌هایی، در حین اجرای کار، به پیمانکار شده‌اند که جبران آن‌ها بر اساس پیمان میسر و معجز نمی‌باشد».

بنابراین شروط امکان تجدیدنظر در نرخ پیمان با توجه به بند «ج» تبصره اصلاحی و نیز دستورالعمل فوق‌الذکر عبارتند از: ۱- بروز شرایط و اوضاع و احوالی که در زمان ارائه پیشنهاد برای هر دو طرف قابل احراز و پیش‌بینی نبوده‌اند؛ ۲- تحمیل هزینه‌های اضافه به پیمانکار در حین اجرای کار و ۳- عدم پیش‌بینی جزئیات جبران هزینه و خسارات در قالب قرارداد.

۱. مشروط بر آن که در قالب قرارداد و ضوابط مربوط پیش‌بینی لازم برای جزییات جبران هزینه و خسارات مورد بحث واقع نشده باشد.

ب- مرجع تجدیدنظر در نرخ پیمان‌ها

غیر از مواردی که تجدیدنظر در نرخ پیمان‌ها توسط شورای فنی استان^۱، وزیر یا رئیس دستگاه اجرایی با تأیید رئیس سازمان برنامه و بودجه^۲ انجام می‌گیرد، بقیه موارد تجدیدنظر در نرخ پیمان توسط شورای عالی فنی صورت می‌پذیرد. لازم بذکر است حسب دستورالعمل فوق‌الذکر اختیارات شورای عالی فنی در خصوص بند «ج» تبصره ۸۰ اصلاحی علی‌الطلاق شامل کلیه طرح‌های اجرا شده از بودجه کل کشور و تبصره‌های ۲ و آن منحصر در ارتباط با پیمان‌هایی است که از محل اعتبارات تملک‌داری‌های سرمایه‌ای (عمرانی) منعقد شده‌اند.

پ- ماهیت تجدیدنظر در نرخ پیمان‌ها توسط شورای عالی فنی

تخصیص یا توزیع ریسک بین طرفین، از مسائل دشوار در تنظیم قراردادها و علی‌الخصوص قراردادهایی است که تعهدات مستمر در آنها وجود دارد.^۳ بدیهی است که همواره نمی‌توان تمام مخاطرات را از قبل مورد پیش‌بینی قرار داد؛ لذا تغییر غیرقابل پیش‌بینی برخی از

۱. شورای فنی استان‌ها به منظور تسریع و تسهیل در اجرای طرح‌ها و عملیات عمرانی در استان‌ها و افزایش کارایی دستگاه و عوامل اجرایی مستقر در مناطق مختلف کشور بر اساس لایحه قانونی واگذاری اختیارات فنی به استان‌ها مصوب ۵۸/۱۲/۱ به شماره ۲۶۵۳/د شورای انقلاب جمهوری اسلامی ایران تشکیل گردیده‌اند. بدین منظور شورایی در مرکز هر استان بنام شورای فنی استان زیر نظر استاندار تشکیل شد که یکی از وظایف آن در تبصره یک ماده واحده راجع به اصلاح تبصره ۸۰ قانون بودجه ۱۳۵۶ ذکر شده است. این تبصره مقرر می‌دارد: «در مورد پیمان‌های مربوط به طرح‌های عمرانی منطقه‌ای و خاص ناحیه‌ای، در صورتی که بار مالی ناشی از تجدیدنظر در قیمت‌ها از ۲۰٪ مبلغ اولیه پیمان و حداکثر از مبلغ ده میلیون ریال تجاوز ننماید، اختیارات شورای عالی فنی (در خصوص وظایف مقرر در بند «ج» یعنی تجدیدنظر در نرخ پیمان‌ها) با شورای فنی استان که اعضای آن بعداً اعلام می‌گردد (خواهد بود)».

۲. تبصره ۲ ماده واحده اصلاح تبصره ۸۰: در مورد پیمان‌های مربوط به طرح‌های عمرانی کشوری اختیارات فوق‌الذکر در صورتی که بار مالی ناشی از تجدیدنظر در قیمت‌ها از ۱۵٪ مبلغ اولیه پیمان و حداکثر از مبلغ پنجاه میلیون ریال تجاوز ننماید، با وزیر یا رئیس دستگاه اجرایی و بیش از پنجاه میلیون ریال تا یکصد و پنجاه میلیون ریال مشروط بر آن که از ۱۰٪ مبلغ اولیه پیمان تجاوز ننماید با وزیر یا رئیس دستگاه اجرایی و تأیید وزیر مشاور و رئیس سازمان برنامه و بودجه خواهد بود.

۳. محسن علیجانی و لعلیا جنیدی، «تخصیص ریسک در قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی»، فصلنامه علمی تخصصی دانشنامه‌های حقوقی، شماره ۸، (۱۳۹۹)، ص ۱۱۰.

شرایط و اوضاع و احوال می‌توانند چنان توازن قراردادی را بر هم زنند که اجرای قرارداد را برای یکی از طرفین مشقت‌بار نمایند.^۱ در این حالت دو مصلحت رو در روی یکدیگر قرار می‌گیرند؛ از طرفی اصل لزوم قراردادها ایجاب می‌نماید که طرفین تحت هر شرایطی به تعهدات خود عمل نمایند و از طرف دیگر قواعدی مانند «لاضرر» و «نهی عسر و حرج» اقتضای رفع حکم حرجی را دارند.^۲ در نظام حقوقی ایران، دشواری و مشقت‌بار شدن اجرای تعهد جزء استثنائات اصل لزوم قراردادها نیست و حسب مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی تنها بروز علت خارجی و خارج از کنترل، متعهد را از انجام تعهد معاف می‌نماید. فلذا تحت همه فروض به استثناء غیرممکن شدن اجرای تعهد بواسطه علت بیرونی خارج از کنترل، متعهد موظف است تا تعهد خود را به هر نحوی انجام دهد، حتی اگر در این مسیر متحمل زیان گردد.^۳ با توجه به اینکه تعدیل قرارداد در صورت تغییر بنیادین در شرایط حاکم، در اکثر نظام‌های حقوقی دنیا و رویه‌های بین‌المللی پذیرفته شده است^۴ باید اذعان داشت که بند «ج» تبصره ۸۰ اصلاحی مصوب ۱۳۵۸ با تجویز امکان تجدیدنظر (تعدیل) در قرارداد، گامی مترقی بسوی حفظ توازن و برقراری عدالت قراردادی برداشته است.

پرسش این است که تعدیل توسط شورای عالی فنی، چه نوع تعدیلی است و این شورا با چه عنوانی قرارداد را تعدیل می‌نماید؟ تعدیل به سه دسته «قانونی»، «قضایی» و «قراردادی» تقسیم می‌شود. در تعدیل قانونی بموجب حکم قانون، در تعدیل قضایی با حکم دادگاه و در تعدیل قراردادی با توافق طرفین قرارداد، قرارداد تعدیل می‌گردد. تعدیل موضوع بند «ج» تبصره ۸۰ اصلاحی، تعدیل قانونی نیست زیرا در این فرض، قرارداد مستقیماً بموجب حکم قانون تعدیل نمی‌گردد همچنین تعدیل قضایی نیز محسوب

1. Lukas Klee, *International Construction Contracts Law* (Prague: Wiley, 2018) at 84.

۲. محمدحسن صادقی مقدم، «مطالعه تطبیقی تاثیر تغییر اوضاع و احوال بر قرارداد و راه حل حقوق ایران»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۵، (۱۳۷۹)، ص ۱۶۲.

۳. قانونگذاران کشورهای مختلف تحت عناوین گوناگون راهکارهایی برای اینگونه موارد ارائه داده‌اند؛ برای مطالعه بیشتر ر.ک: محمدحسن صادقی مقدم، همان، صص ۱۶۱-۲۲۲.

۴. حمیدرضا علوم‌یزدی، «تعدیل قرارداد توسط داور»، مجله دانشنامه‌های حقوقی، شماره ۳، (۱۳۹۸)، ص ۱۸۲.

نمی‌شود؛ زیرا تعدیل قضایی مستلزم ایجاد اختلاف بین طرفین است که در مانحن‌فیه، مستنبط از دستورالعمل ۱۰۰/۴۷۷۰۷، درخواست تعدیل توسط پیمانکار به امضای بالاترین مقام دستگاه اجرایی طرف قرارداد می‌رسد و سپس این درخواست برای تصمیم‌گیری به شورای عالی فنی ارسال می‌شود که این امضا حاکی از رضایت این مقام به مفاد درخواست پیمانکار است.^۱

با نگاهی به دستورالعمل مورد اشاره، چنین استنباط می‌شود که تجدیدنظر در نرخ پیمان مستنداً به بند «ج» تبصره اصلاحی مصوب ۱۳۵۸، یک نوع تعدیل قراردادی است؛ بدین نحو که دستگاه اجرایی با پیمانکار توافق می‌کند تا به جهت افزایش هزینه‌ها و تحمیل خسارات در اثر شرایط پیش‌بینی نشده در قرارداد، در نرخ پیمان تجدیدنظر و آنرا تعدیل کند اما برای اینکه طرفین با تبانی موجبات سوء استفاده از بودجه را فراهم نکنند این توافق مشروط به تایید شورای عالی فنی است تا با بررسی فنی موضوع و اینکه آیا توجیه دارد یا خیر آنرا تایید یا رد کند. بعبارت دیگر و در واقع نفوذ اراده بالاترین مقام دستگاه اجرایی مشروط است به تایید شورای عالی فنی و عدم تایید تعدیل نرخ، توسط شورای مذکور به منزله نپذیرفتن تعدیل توسط کارفرما (دستگاه اجرایی مربوطه) است. بعبارت بهتر شورای عالی فنی در این نقش جزء سازمان و ارکان تصمیم‌گیرنده دستگاه اجرایی طرف قرارداد است.

لازم بذکر است حسب تبصره ۸۰ قانون بودجه ۱۳۵۶، تعدیل و تجدیدنظر در نرخ پیمان از وظایف کمیسیون شاهنشاهی نبود و بر اساس این ماده به «دولت» اجازه داده شده بود تا بر اساس قیمت‌ها و ضوابط اعلامی کمیسیون مزبور در پیمان‌ها تجدیدنظر نماید. فلذا وجود یک نهاد خاص دولتی که صلاحیت تجدیدنظر در نرخ پیمان را داشته باشد برای اولین بار در تبصره ۸۰ اصلاحی مصوب ۱۳۵۸ پیش‌بینی شد و پیش از آن مسبوق به سابقه نبوده است.

حال سوال این است که چه ضرورتی موجب شد تا قانونگذار ۱۳۵۸، مرجعی با مشخصات شورای عالی فنی را بعنوان ناظر بر تجدیدنظر در نرخ پیمان‌ها قرار دهد؟ مگر

۱. چنانچه مقام مورد اشاره با درخواست پیمانکار موافقت ننماید و آنرا امضا نکند می‌توان امکان یا عدم امکان مراجعه به مرجع رسیدگی صالح جهت درخواست تعدیل قضایی را مورد بررسی قرار داد.

غیر از این است که چنانچه امکان فساد توسط بالاترین مقام دستگاه اجرایی در تجدیدنظر پیمان وجود داشته باشد این امر در شورای عالی فنی نیز وجود خواهد داشت؟
باید توجه داشت که چنین وظیفه‌ای برای اولین بار در تبصره اصلاحی مصوب ۱۳۵۸ ابداع شد و بطور خلق‌الساعه اختیارات دستگاه‌های اجرایی را در تعدیل نرخ پیمان‌ها محدود نمود. بنظر می‌رسد این مقرر علاوه بر اینکه دارای توجیه و پیشینه موثری نبوده است، باعث زمان‌بر شدن فرآیند تجدیدنظر و اتلاف زمان و منابع می‌گردد.

۳-۱-۲. بررسی و اتخاذ تصمیم در مسائلی که مورد سوال دستگاه‌های اجرایی و کارفرمایان بوده و قرارداد در مورد آنها راه حل مشخصی ارائه ننموده باشد
مطابق بند «د» تبصره ۸۰ اصلاحی ۱۳۵۸؛ یکی از وظایف شورای عالی فنی، بررسی و اتخاذ تصمیم در مورد مسائلی است که مورد سوال دستگاه‌های اجرایی و کارفرمایان بوده و قرارداد در مورد آنها راه حل مشخصی ارائه ننموده باشد. بدین ترتیب شورای عالی فنی مرجع استفتاء دستگاه‌های اجرایی و کارفرمایان در خصوص دسته‌ای از روابط قراردادی قرار گرفته که در قرارداد راجع به آنها راه حل مشخصی ارائه نشده است. در این خصوص سوالاتی مطرح می‌گردد؛ اولاً آیا دستگاه‌های اجرایی و کارفرمایان مکلفند تا در مورد مسائلی که در قرارداد راه حل مشخصی برای آنها ارائه نشده است از شورای عالی فنی سوال نمایند؟ و آیا نمی‌توانند بعنوان مثال با توافق پیمانکار راه حل مشخصی پیدا کنند؟ در واقع آیا رجوع به تصمیم شورای عالی فنی در خصوص موارد سکوت قرارداد، فرع بر عدم توافق طرفین در مورد نحوه مواجهه با آن است یا اینکه در هر صورت در این خصوص باید از شورای عالی فنی سوال نمود؟ ثانیاً آیا این تصمیم شورای عالی فنی برای پیمانکار نیز الزام‌آور است؟ ثالثاً شورای عالی فنی در اتخاذ تصمیم راجع به مسائلی که در قرارداد تعیین تکلیف نشده بر اساس چه قواعدی عمل می‌نماید؟
بنظر می‌رسد با توجه به حکم قانون در بند «د» تبصره ۸۰ اصلاحی ۱۳۵۸ که ظهور در تکلیف دارد، نمی‌توان دستگاه اجرایی طرف قرارداد (کارفرما) را در تعیین تکلیف مواردی که قرارداد در خصوص آنها راه حل مشخصی ارائه ننموده، آزاد دانست و دستگاه اجرایی مکلف است تا در این موارد از شورای عالی فنی درخواست تعیین تکلیف نماید و نمی‌تواند خود مستقلاً در این خصوص با پیمانکار توافق نماید.

چنین تصمیمی برای پیمانکار طرف قرارداد الزام آور نیست و صرفاً تصمیمی در سلسله مراتب اداری دستگاه اجرایی (کارفرما) است؛ در واقع شورای عالی فنی در این نقش، مرجع فنی و تخصصی و جزء سازمان و ارکان دستگاه‌های اجرایی در قراردادهای مربوط به طرح‌های عمرانی است و بی طرف نیست. بنابراین پیمانکار می‌تواند آنرا مورد پذیرش قرار دهد یا اینکه آنرا نپذیرد.

درباره سوال آخر نیز همانطور که گفته شد، شورای عالی فنی در خصوص انجام وظیفه مذکور در بند «د» ماده واحده، جزء سازمان و ارکان تصمیم گیرنده دستگاه اجرایی است و در این راستا به مانند یک قاضی تکلیفی ندارد تا در موارد سکوت قرارداد به اراده طرفین، عرف یا قانون مراجعه نماید؛ لکن در این نقش نماینده منافع دستگاه اجرایی است و تصمیم خود را نیز با در نظر گرفتن منافع کارفرما اعلام می‌دارد.

چنین وظیفه‌ای نیز پیش از تصویب تبصره ۸۰ اصلاحی مصوب ۱۳۵۸ مسبوق به سابقه نبوده و این وظیفه در ماده واحده یاد شده برای اولین بار ابداع شده است و تا جایی که نگارندگان اطلاع دارند در هیچ نقطه‌ای از جهان نمونه مشابهی برای آن وجود ندارد. طراحی چنین وظیفه‌ای خواه یا ناخواه بدین معنی است که دستگاه اجرایی با تمام تشکیلات و نیز بالاترین مقام آن توانایی و بینش کافی راجع به موضوعات مسکوت در قرارداد را ندارند و سوالات خود در این خصوص را باید از مرجع دیگری بپرسند. علاوه بر این موضوعات، چنین مسأله‌ای نیز باعث هدر رفت زمان و هزینه‌ها می‌شود که دو امر بسیار مهم در پروژه‌های عمرانی هستند.

۲-۲. داوری اختلافات ناشی از پیمان

حسب مفاد ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱، سازمان برنامه و بودجه مسئول تهیه آیین‌نامه‌ای در جهت تعیین معیارها و استانداردها همچنین اصول کلی و شرایط عمومی قراردادهای مربوط به طرح‌های عمرانی است که این آیین‌نامه پس از تصویب توسط هیأت وزیران برای کلیه دستگاه‌های اجرایی لازم‌الاجرا خواهد بود؛ در راستای

۱. سازمان برای تعیین معیارها و استانداردها همچنین اصول کلی و شرایط عمومی قراردادهای مربوط به طرح‌های عمرانی آیین‌نامه‌ای تهیه و پس از تصویب هیأت وزیران بر اساس آن دستورالعمل لازم به دستگاه‌های اجرایی ابلاغ نماید و دستگاه‌های اجرایی موظف به رعایت آن می‌باشند.

اجرای آیین‌نامه موضوع ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه و تصویب‌نامه «نظام فنی و اجرایی طرح‌های عمرانی کشور» مصوب ۱۳۷۵/۰۴/۰۴ هیات وزیران، موافقت‌نامه، شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمان، کارهای پیمانکاری و مقررات مربوط به آنها در تاریخ ۱۳۷۸/۰۳/۰۳ توسط رئیس سازمان برنامه و بودجه خطاب به دستگاه‌های اجرایی، مهندسان مشاور و پیمانکاران ابلاغ گردید. بر اساس بند «ج» ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان؛ 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 ارائه نماید و بر اساس تبصره یک این بند نیز شورای عالی فنی در صورت موافقت رئیس سازمان برنامه و بودجه، به اختلاف رسیدگی خواهد نمود. بدین ترتیب یک صلاحیت جدید با ماهیتی متفاوت از صلاحیت‌های مذکور در لایحه قانونی راجع به اصلاح تبصره ۸۰ قانون بودجه سال ۱۳۵۶ برای شورای عالی فنی در نظر گرفته شد که سوالات بسیاری را در پی دارد. در این قسمت در ابتدا نوع اختلافات قابل ارجاع به داوری شورای عالی فنی (وظایف مربوط به داوری) و سپس اعتبار شرط داوری مورد بحث قرار خواهد گرفت.

۱-۲-۲. نوع دعاوی قابل ارجاع به داوری شورای عالی فنی

پرسش این است که شورای عالی فنی بر اساس ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان، صلاحیت رسیدگی به چه اختلافاتی را دارد؟

الف- اختلافات در اجرا یا تفسیر

بر اساس بند «ج» ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان، هرگاه در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان بین دو طرف اختلاف نظر پیش آید موضوع به داوری ارجاع می‌شود. سوال این است که آیا الفاظ «تفسیر» و «اجرا» در این بند مسامحتاً بکار رفته و هرگونه اختلاف بین طرفین باید به داوری شورای عالی فنی ارجاع گردد یا اینکه این شورا به صراحت این بند، صرفاً صلاحیت رسیدگی به اختلافات ناشی از تفسیر و اجرا را دارد؟ بنظر با توجه به جایگاه

شورای عالی فنی که مرجعی فنی و تخصصی است و استثنائی بودن صلاحیت داوری^۱ و اینکه مرجع رسمی تظلمات مطابق اصل ۱۵۹ دادگستری است باید بقدر متیقن اکتفا نمود فلذا شورای عالی فنی را برای رسیدگی به اختلاف نظرهای راجع به تفسیر و اجرا صالح دانست و در تشخیص اینکه آیا اختلاف راجع به تفسیر و اجرا است یا خیر نیز در موارد شک، با توجه به استثنائی بودن صلاحیت نهاد داوری باید دعوی را در صلاحیت مراجع عمومی دانست. رویه قضایی نیز متمایل به این تفسیر است و دادگاه‌ها در این موارد خود را صالح به رسیدگی می‌دانند.

ب- اختلافات مربوط به طرح‌های عمرانی

شرایط عمومی پیمان که در ماده ۵۳ خود در بردارنده شرط داوری با مرجعیت شورای عالی فنی است، به حکم ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه برای اعمال در قراردادهای مربوط به طرح‌های عمرانی تدوین شده است فلذا در قراردادهای غیرمربوط به طرح‌های عمرانی، الزامی به درج شرایط عمومی پیمان در قرارداد وجود ندارد؛ بر همین اساس سازمان برنامه و بودجه نیز صرفاً در خصوص طرح‌های عمرانی، داوری اختلافات را مورد پذیرش قرار می‌دهد.

منظور از طرح‌های عمرانی مطابق بند ۱۰ ماده یک قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱ 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 بصورت سرمایه‌گذاری ثابت شامل هزینه‌های غیرثابت وابسته در دوره مطالعه و اجرا و یا مطالعات اجرا می‌گردد و تمام یا قسمتی از هزینه‌های اجرای آن از محل اعتبارات عمرانی تأمین می‌شود و به سه نوع انتفاعی، غیر انتفاعی و مطالعاتی تقسیم می‌گردد.^۲

۱. مهدی دهشیری، «شرایط عمومی و اختصاصی موافقتنامه داوری»، فصلنامه حقوق ملل، شماره ۱۷، (۱۳۹۴)، ص ۸۷.

۲. الف - طرح عمرانی انتفاعی: منظور طرحی است که در مدت معقولی پس از شروع به بهره‌برداری علاوه بر تأمین هزینه‌های جاری و استهلاک سرمایه، سود متناسبی به تبعیت از سیاست دولت را نیز عاید نماید. ب- طرح عمرانی غیر انتفاعی: منظور طرحی است که برای انجام برنامه‌های رفاه اجتماعی و عملیات زیربنایی و یا احداث ساختمان و تأسیسات جهت تسهیل کلیه وظایف دولت اجرا می‌گردد و هدف اصلی آن حصول درآمد نمی‌باشد. پ- طرح مطالعاتی: منظور

هرچند منع قانونی بر پذیرش داوری در غیر از طرح‌های عمرانی توسط سازمان برنامه و بودجه وجود ندارد اما این سازمان تنها رسیدگی به اختلافات ناشی از طرح‌های عمرانی که دارای ویژگی‌های فوق‌الذکر باشند را مورد پذیرش قرار می‌دهد.

۲-۲-۲. اعتبار قانونی شرط داوری موضوع ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان

الف- مخالفت با قانون

ماهیت شرایط عمومی پیمان را از دو جهت می‌توان مورد تحلیل قرار داد. از بعد اداری، این شرایط جزئی از دستورالعمل لازم‌الاجرائی^۱ هستند که توسط رئیس سازمان برنامه و بودجه به دستگاه‌های اجرایی ابلاغ شده است و این دستگاه‌ها مکلف به رعایت آن در قراردادهای مربوط به طرح‌های عمرانی خود هستند. اما از جهتی دیگر، شرایط عمومی پیمان یک دسته از شروط قراردادی هستند که طرفین با پذیرش آن، بصورت قراردادی ملتزم به آن می‌شوند؛ فلذا باید گفت از این جهت شرایط عمومی پیمان نوعی از قرارداد ارشادی می‌باشد که توسط سازمان برنامه و بودجه تدوین گردیده و با محدود نمودن آزادی اراده، طرفین را ناچار از متابعت نموده است.

حال پرسش این است که سازمان برنامه و بودجه به چه میزان حق وضع قاعده در چارچوب شرایط عمومی پیمان داشته و به چه میزان می‌توانسته آزادی اراده طرفین را که حقی اساسی است را محدود نماید؟ ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه اشعار می‌دارد: «سازمان برای تعیین معیارها و استانداردها همچنین اصول کلی و شرایط عمومی قراردادهای مربوط به طرح‌های عمرانی آیین‌نامه‌ای تهیه و پس از تصویب هیأت وزیران ... دستگاه‌های اجرایی موظف به رعایت آن می‌باشند». همانگونه که ملاحظه می‌گردد مطابق ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه که بنیان و اساس قانونی تدوین شرایط عمومی پیمان توسط سازمان برنامه و بودجه می‌باشد؛ سازمان صرفاً صلاحیت تدوین اصول کلی و شرایط عمومی قراردادهای مربوط به طرح‌های عمرانی را دارد. با توجه به استثنائی بودن اختیار تعیین مقررات قراردادی

طرحی است که بر اساس قرارداد بین سازمان و یا سایر دستگاه‌های اجرایی با مؤسسات علمی و یا مطالعاتی متخصص برای بررسی خاصی اجرا می‌گردد.

۱. دستورالعمل صادره به شماره ۵۴/۸۴۲ - ۱۰۲/۱۰۸۸ مورخه ۱۳۷۸/۰۳/۰۳ مربوط به ابلاغ موافقتنامه، شرایط عمومی و خصوصی پیمان.

لازم‌الاتباع و تحدید آزادی اراده طرفین توسط سازمان برنامه و بودجه، این سازمان صرفاً باید در مقدار متیقن و آنچه که تحت عنوان اصول کلی و شرایط عمومی قراردادها است نسبت تدوین شروط قراردادی اقدام می‌نمود. تعیین مرجع حل اختلاف نمی‌تواند جزء اصول کلی و شرایط عمومی قراردادی تلقی شود، زیرا موضوع رسیدگی به اختلاف و قضاوت از هر نوع آن، خواه داوری باشد و خواه رسیدگی قضایی، مساله‌ای قراردادی نیست و اعطای اختیار به سازمان در خصوص تعیین مرجع صالح برای رسیدگی به اختلافات نیازمند تصریح قانون است. بنابراین بنظر می‌رسد در این مورد سازمان از حدود اختیار قانونی خود تجاوز نموده و از این‌رو دستورالعمل صادره به شماره ۵۴/۸۴۲ - ۱۰۲/۱۰۸۸ مورخه ۱۳۷۸/۰۳/۰۳ مربوط به ابلاغ موافقتنامه، شرایط عمومی و خصوصی پیمان در این قسمت مستنداً به جزء الف بند ۱ ماده ۱۰ و بند ۱ ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ قابل ابطال در این دیوان است. در هر حال از بعد قراردادی و مستنداً به مواد ۲۱۹ و ۲۲۳ قانون مدنی، این شروط صحیح بوده و با پذیرش توسط طرفین، برای ایشان لازم‌الاتباع هستند.

برخی معتقدند که رجوع به داوری این شورا اختیاری است؛ زیرا استعمال فعل «می‌تواند» در ماده ۵۳ حکایت از تخییری بودن آن دارد^۱ و هر یک از دو طرف پیمان در صورت حدوث اختلاف می‌تواند به شورای عالی فنی یا دادگاه مراجعه کند و در صورت رجوع به دادگاه، قاضی نمی‌تواند از حل و فصل اختلاف او خودداری کند؛^۲ در صورت پذیرش این نظر تا حدودی ایراد وارد شده در فوق قابل چشم‌پوشی است؛ زیرا سازمان در این باره تکلیفی فراتر از آنچه قانون به آن اختیار داده برای طرفین مقرر ننموده است. اما بنظر می‌رسد همانطور که رویه قضایی نیز غالباً بدان متمایل است^۳ و همچنین توجه به سیاق عبارات بکار رفته در متن ماده، استعمال فعل «می‌تواند» ناظر بر اختیار طرح یا عدم طرح دعوی است و نه ناظر بر اختیار طرح دعوی نزد شورا یا غیر آن.

۱. سیدقاسم قاسم‌زاده، «حل اختلافات قراردادی، دیدگاه‌های حقوق قضایی»، سال پنجم، شماره‌های ۵ و ۶، (۱۳۷۶)، ص ۵۸.

۲. ابراهیم اسماعیلی هریسی، *مبانی حقوقی پیمان*، چاپ ۴ (تهران: جنگل جاودانه تهران، ۱۳۹۰) ص ۴۳۳.

۳. عیسی رجیبی و شهرزاد اوتق، «الزام‌آوری شرط داوری موضوع بند «ج» ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۸۴، شماره ۱۱۱، (۱۳۹۹)، ص ۹۱.

ب- مخالفت با قانون اساسی

یکی از ایرادات انجام داوری توسط شورای عالی فنی، تعارض آن با اصل تفکیک قوا است. منظور از تفکیک قوا که یکی از عناصر اصلی حاکمیت قانون است^۱ و شکل نسبی^۲ آن در قانون اساسی ایران و بویژه با توجه به اصل ۵۷ نیز مورد پذیرش قرار گرفته است^۳ «شیوه سازماندهی سیاسی به منظور حفاظت از آزادی بوسیله جلوگیری از تمرکز بیش از حد قدرت است»^۴. بر این اساس کارکردهای مختلف دولت (در معنای عام) یعنی وجوه تقنینی، اجرایی و قضایی، هرچند بصورت غیردقیق از یکدیگر منفک می‌گردند تا با توزیع قدرت، شهروندان از آفات قدرت متمرکز محافظت گردند.^۵ بر این اساس و از آنجایی که سازمان برنامه و بودجه و به تبع آن شورای عالی فنی زیرمجموعه قوه مجریه هستند، بنظر می‌رسد سپردن قدرت قضاوت به آن مترادف با تمرکز قدرت و خلاف اصل تفکیک قوا است.

پ- عدم استقلال لازم شورای عالی فنی برای داوری

سوال این است که آیا شورای عالی فنی در بهترین جایگاه برای رسیدگی به اختلافات ناشی از پیمان می‌باشد یا خیر؟ شورای عالی فنی در مقام تحکیم دارای هر ماهیتی که باشد (مرجع داوری یا مرجع شبه قضایی یا قضایی) نهایتاً مبادرت به صدور رای الزام‌آور برای طرفین می‌نماید و در واقع این شورا به قضاوت بین طرفین می‌پردازد. یکی از ویژگی‌های مهم قضایی استقلال وی از قدرت حاکمه و همچنین طرفین دعوی است؛ بدین معنا که قضایی با آزادی کامل و بر مبنای واقعیت‌ها و بر پایه قانون و بی هرگونه دخالت، فشار یا

1. Todd J. Zywicki, "The Rule of Law, Freedom, and Prosperity", Supreme Court Economic Review, 10 (2003), at 16-17.

۲. برای مطالعه بیشتر در خصوص مفهوم تفکیک نسبی قوا، رک: سیدمحمد طباطبایی، «نظریه تفکیک قوا و ساماندهی

قدرت سیاسی نزد دولت»، فصلنامه دولت‌پژوهی، سال سوم، شماره ۱۲، (۱۳۹۶)، صص ۱-۳۶.

۳. منوچهر طباطبائی مومنی، حقوق اساسی، چاپ ۱۹ (تهران: نشر میزان، ۱۴۰۰)، صص ۱۸۶.

4. Edwin Cook, Legislative Guide on Separation of Powers. Legislative Service Bureau, (2002), Available at: <https://b2n.ir/d49345>, Last Visited March 10, 2022.

۵. احمد مرکز مالگیری، مفهوم حاکمیت قانون، چاپ ۳ (تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۴) ص

نفوذ نادرست از جانب هر یک از بخش‌های حکومت یا طرفین دعوی تصمیم‌گیری کند.^۱ قوانین و مقررات نیز با برشمردن جهات رد دادرس در پی تضمین استقلال قاضی از طرفین دعوی بوده‌اند.

همانگونه که در قسمت پیشینه بیان شد، فلسفه وجودی شورای عالی فنی، جلوگیری از سوءاستفاده از منابع بودجه‌ای است و در واقع این شورا بعنوان نماینده منافع عمومی، مسئولیت تعیین نحوه استعمال بودجه در طرح‌های تملک‌داری‌هایی سرمایه‌ای را بر عهده دارد و حتی در موضوع تجدیدنظر در نرخ پیمان (موضوع بند «ج» ماده واحده) و همچنین مواردی که قرارداد راه حل مشخصی را ارائه نداده است (موضوع بند «د» ماده واحده) جزء ارکان و سازمان تصمیم‌گیرنده دستگاه اجرایی تلقی می‌گردد؛ زیرا همانطور که گفته شد در این موارد تصمیمات دستگاه اجرایی بدون تایید شورای عالی فنی نافذ نمی‌باشد. با این اوصاف روشن است که داور قرار گرفتن شورای عالی فنی مستلزم قضاوت دعوی، توسط اصحاب آن یا حداقل قضاوت شخصی است که در دعوی ذینفع است و این موضوع به وضوح نشانگر آن است که شورای عالی فنی در بهترین جایگاه برای قضاوت دعاوی ناشی از پیمان نمی‌باشد.

نتیجه‌گیری

در این پژوهش وظایف و اختیارات شورای عالی فنی در دو قسمت یعنی: ۱- وظایف و اختیارات ناشی از تبصره ۸۰ اصلاحی قانون بودجه ۱۳۵۶ مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب و ۲- وظیفه ناشی از بند «ج» ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان (داوری) در دعاوی مربوط به طرح‌های عمرانی) مورد بررسی و تحلیل قرار گرفت که نتایج حاصله به شرح زیر ارائه شده و در پایان پیشنهاداتی مطرح می‌شود:

۱- شورای عالی فنی بنا به ادعای قانونگذار در تبصره ۸۰ اصلاحی قانون بودجه ۱۳۵۶ مصوب ۱۳۵۸ جایگزین کمیسیون شاهنشاهی گردید. با توجه به متن تبصره ۸۰ قانون بودجه ۱۳۵۶ مشخص می‌شود که در این ماده صرفاً به دولت اجازه (اختیار) داده شده تا بر اساس

۱. علی دهقانی، «استقلال قاضی در نظام قضایی ایران در پرتو تحولات قانونگذاری»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۵، (۱۳۸۸)، ص ۸۳.

قیمت‌ها و ضوابط اعلامی کمیسیون شاهنشاهی در نرخ‌های پایه و نرخ پیمان‌ها تجدیدنظر و آنها را تعدیل نماید؛ در حالیکه تبصره اصلاحی مصوب ۱۳۵۸، نهاد حقوقی جدیدی با عنوان شورای عالی فنی تاسیس نمود و چهار وظیفه به عهده آن قرار داد که هیچ یک از آنها در حدود وظایف و اختیارات کمیسیون شاهنشاهی که در قانون بعنوان سلف شورای عالی فنی نامیده شده، نبوده است (در بندهای بعد تفاوت وظایف آشکار می‌گردد).

۲- در بندهای «الف» و «ب» تبصره ۸۰ اصلاحی مصوب ۱۳۵۸، شورای عالی فنی مسئول بررسی و تصویب قیمت‌های پایه و ضوابط و دستورالعمل‌های مربوط به آن و نیز بررسی و تصویب قیمت کارهای خاص (اقلام ستاره‌دار) گردید که تاکنون موثرترین روش و رویکرد قانونگذار برای جلوگیری از افزایش غیرمتعارف هزینه طرح‌های عمرانی و سوءاستفاده و تضییع منابع عمومی شناخته می‌شود. شورای عالی فنی در این نقش یک وظیفه اجرایی را عهده‌دار است.

۳- در بند «ج» تبصره ۸۰ اصلاحی مصوب ۱۳۵۸، صلاحیت تجدیدنظر در نرخ پیمان‌ها به شورای عالی فنی واگذار شده است. حسب دستورالعمل شماره ۱۰۰/۴۷۷۰۷ مورخ ۱۳۸۹/۰۶/۲۷ این شورا در خصوص نحوه ارائه درخواست تجدیدنظر مشخص می‌گردد که درخواست تجدیدنظر توسط پیمانکار منوط است به موافقت بالاترین مقام دستگاه اجرایی (کارفرما) و پس از آن شورای عالی فنی در خصوص درخواست انجام شده تصمیم‌گیری می‌کند. همانگونه که در متن مقاله نیز استدلال شد این نوع تعدیل از نوع قراردادی است و نقش شورای عالی فنی در خصوص موافقت با درخواست تجدیدنظر نیز نقش طرف قرارداد (کارفرما) است و در واقع جزئی از ارکان تصمیم‌گیری دستگاه اجرایی طرف قرارداد است. بنابراین اعطای صلاحیت موافقت با درخواست تجدیدنظر در نرخ پیمان، شورای عالی فنی را در نقش یک طرف از قرارداد قرار می‌دهد.

۴- آخرین وظیفه‌ای که در بند «د» تبصره ۸۰ اصلاحی مصوب ۱۳۵۸ بر عهده شورای عالی فنی گذارده شده عبارت است از بررسی و اتخاذ تصمیم در مسائلی که مورد سوال دستگاه‌های اجرایی و کارفرمایان بوده و قرارداد در مورد آنها راه حل مشخصی ارائه ننموده باشد. با توجه به اینکه در خصوص موارد سکوت قرارداد، کارفرما ملزم است تا در این باره نظر شورای عالی فنی را اخذ نماید و با توجه به استدلال‌های انجام شده بنظر

می‌رسد در این مورد نیز شورای عالی فنی جزئی از ارکان تصمیم‌گیرنده کارفرمای دولتی است و نقشی که بر عهده دارد نقش طرف قرارداد است.

۵- آخرین صلاحیتی که برای شورای عالی فنی در نظر گرفته شده است صلاحیت داوری در طرح‌های عمرانی است که از بند «ج» ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان ناشی می‌شود که یک صلاحیت قضاوتی است و در واقع شورای عالی فنی در این نقش بعنوان یک قاضی بین طرفین به رسیدگی می‌پردازد. علاوه بر اشکالاتی که به لحاظ تجاوز از اختیارات قانونی در تنظیم دستورالعمل حاوی شرایط عمومی و خصوصی پیمان و همچنین نحوه تنظیم شرط داوری و سیاق عبارات به کار رفته در آن وجود دارد، به نظر می‌رسد این صلاحیت باعث می‌گردد تا طرف دعوی قاضی دعوای خود گردد. زیرا همانگونه که در بندهای ۳ و ۴ اشاره شد شورای عالی فنی در برخی موارد جزء ارکان تصمیم‌گیرنده دستگاه اجرایی طرف دعوی قرار گرفته است و به نوعی خود در این دعوی درگیر است.

۶- نظر به مراتب یاد شده پیشنهاد می‌گردد تا وظایف مذکور در بندهای «الف» و «ب» تبصره ۸۰ اصلاحی قانون بودجه ۱۳۵۶ مصوب ۱۳۵۸ با توجه به آثار مفید عملی آن حفظ گردد اما در خصوص بندهای «ج» و «د» (تجدیدنظر و استفتاء) با توجه به آثار سوء آنها به لحاظ تفویض زمان و هزینه، پیشنهاد می‌گردد اختیارات مندرج در آنها مانند پیش از تصویب تبصره ۸۰ اصلاحی به بالاترین مقام دستگاه اجرایی اعطا شود. در نهایت در خصوص صلاحیت داوری نیز پیشنهاد می‌گردد تا جایگاه روش‌های جایگزین حل و فصل اختلاف در شرایط عمومی پیمان تقویت و رجوع به آنها الزام‌آور گردد و نه به اختیار طرفین. همچنین با اصلاح قوانین، به طرفین طرح‌های عمرانی اختیار داده شود تا از بین مراجع مستقل و معتبر داوری فعال در کشور یکی را بعنوان آخرین حلقه زنجیره روش‌های حل و فصل اختلاف برگزینند.

تعارض منافع

تعارض منافع وجود ندارد.

ORCID

Ebrahim Azizi



<https://orcid.org/0000-0001-8741-9581>

Farshad Farazmand



<https://orcid.org/0000-0003-2708-1966>

Hossein Taleqani  <https://orcid.org/0000-0003-0503-9409>
Mansournejad
Mohammad Hossein  <https://orcid.org/0000-0002-3048-630X>
Osta

منابع

الف - کتاب‌ها

- اسماعیلی هریسی، ابراهیم، *مبانی حقوقی پیمان*، چاپ ۴ (تهران: جنگل جاودانه تهران، ۱۳۹۰).
- الموتی، مصطفی، *ایران در عصر پهلوی؛ آریامهر در اوج اقتدار*، جلد هفتم، چاپ ۲ (لندن: چاپ پکا، ۱۳۷۰).
- طباطبائی موتمنی، منوچهر، *حقوق اساسی*، چاپ ۱۹ (تهران: نشر میزان، ۱۴۰۰).
- عسگری، نعمت‌اله، *مقررات و روش‌های اجرایی طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای*، چاپ ۴ (تهران: دیوان محاسبات کشور، مرکز آموزش و بهسازی منابع انسانی، ۱۳۸۶).
- مرکز مالگیری، احمد، *مفهوم حاکمیت قانون*، چاپ ۳ (تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۴).

ب - مقاله‌ها

- دهشیری، مهدی، «شرایط عمومی و اختصاصی موافقتنامه داوری»، فصلنامه حقوق ملل، شماره ۱۷، (۱۳۹۴).
- دهقانی، علی، «استقلال قاضی در نظام قضایی ایران در پرتو تحولات قانونگذاری»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۵، (۱۳۸۸).
- رادمرد، محمد، عادل فاریابی، علی آذری مقدم، «تاثیر ویژه‌پروری در فروپاشی و زوال حکومت پهلوی»، فصلنامه علمی پژوهش‌های راهبردی سیاست، دوره ۱۰، شماره ۳۹، (۱۴۰۰).
- رجبی، عیسی، شهرزاد اونق، «الزام آوری شرط داوری موضوع بند «ج» ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۸۴، شماره ۱۱۱، (۱۳۹۹).
- شاکری، اقبال، مونا گواربزارد و سعید غیورانه، «چالش‌ها و معضلات قیمت در فهارس بها، دومین کنفرانس مهندسی و مدیریت ساخت»، (۱۳۹۱).

- صادقی مقدم، محمدحسن، «مطالعه تطبیقی تاثیر تغییر اوضاع و احوال بر قرارداد و راه حل حقوق ایران»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۵، (۱۳۷۹).
- طباطبایی، سیدمحمد، «نظریه تفکیک قوا و ساماندهی قدرت سیاسی نزد دولت»، فصلنامه دولت‌پژوهی، سال سوم، شماره ۱۲، (۱۳۹۶).
- علومی یزدی، حمیدرضا، «تعدیل قرارداد توسط داور»، مجله دانشنامه‌های حقوقی، شماره ۳، (۱۳۹۸).
- علیجانی، محسن و لعیان جنیدی، «تخصیص ریسک در قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی»، فصلنامه علمی تخصصی دانشنامه‌های حقوقی، شماره ۸، (۱۳۹۹).
- قاسم‌زاده، سیدقاسم، «حل اختلافات قراردادی، دیدگاه‌های حقوق قضایی»، سال پنجم، شماره‌های ۵ و ۶، (۱۳۷۶).
- میربافقی، سیدحسین، «شیوه‌های حل و فصل اختلاف در قراردادهای پیمانکاری دولتی»، دانش حقوق و مالیه، سال اول، شماره ۱، (۱۳۹۶).

References

Books

- Alamouti, Mustafa, *Iran in the Pahlavi era; Aria Mehr at the Peak of Power*, Volume 7 (London: Peka Press, 1991). [In Persian]
- Asgari, Nematollah, *Regulations and Execution Methods of Capital Asset Acquisition Plans* (Tehran: Court of Audit, Center for Training and Improvement of Human Resources, 2007). [In Persian]
- Hughes, Will, Ronan Champion, and John Murdoch, *Construction Contracts: Law and Management* (London: Routledge. 2015).
- Ismaili Herisi, Ebrahim, *Legal Principles of Public Contracts* (Tehran: Jangal-e-Javedaneh-e-Tehran, 2011). [In Persian]
- Klee, Lukas, *International Construction Contracts Law* (Prague: Wiley, 2018).

- Markaz Malmiri, Ahmad, "The Rule of Law: Concept, Foundation and Conceptions", (Tehran: Research Center of the Islamic Consultative Assembly, 2015). [In Persian]
- Tabatabai Motanmani, Manouchehr, *Constitutional Law* (Tehran: Mizan Publishing, 2021). [In Persian]

Articles

- Alijani, Mohsen & Laya Joneidi, "Risk Allocation in Public-Private Partnership Contracts", *Journal of Legal Encyclopedias*, No. 8, (2020). [In Persian]
- Cunningham, Tony, "The Function and Format of Bills of Quantities: An Irish Context", Report prepared for Dublin Institute of Technology, (2016).
- Dehghani, Ali, "Judge Independence in the Iranian Judicial System in Light of Legislative Developments", *Legal Research*, No. 15, (2009). [In Persian]
- Dehshiri, Mehdi, "General and Specific Conditions of Arbitration Agreements", *Quarterly Journal of Nations Law*, No. 17, (2015). [In Persian]
- Mirbafghi, Seyed Hossein, "Methods of Resolving Disputes in Government Contracting Contracts", *Knowledge of Law and Finance*, First Year, No. 1, (2017). [In Persian]
- Olumi Yazdi, Hamidreza, "Contract Modification by the Arbitrator", *Journal of Legal Encyclopedias*, No. 3, (2019). [In Persian]
- Qasemzadeh, Seyed Qasem, "Contractual Dispute Resolution", *Judicial Law Perspectives*, Nos. 5 and 6, (1997). [In Persian]
- Radmard, Mohammad, Adel Faryabi, Ali Azari Moghadam, "The Impact of Special Education on the Collapse and Decline of the Pahlavi Government", *Quarterly Journal of Strategic Policy Research*, Volume 10, Number 39, (2021). [In Persian]

- Rajabi, Issa, Shahrzad Onagh, “Mandatory Condition of Arbitration Subject to Paragraph "c" of Article 53 of the General Conditions of the Public Contracts”, Legal Journal of Justice, Vol. 84, No. 111, (2020). [In Persian]
- Sadeghi Moghadam, Mohammad Hassan, “A Comparative Study of the Impact of Situation Change on the Contract and the Solution of Iranian Law”, Legal Journal; International Law Review, No. 25, (2000). [In Persian]
- Shakeri, Iqbal, Mona Guarbzdard and Saeed Ghayouraneh, “Challenges and Problems of Bill of Quantities”, The Second Conference on Engineering and Construction Management, (2012). [In Persian]
- Tabatabai, Seyed Mohammad, “Theory of Separation of Powers and Organization of Political Power in the Government”, Quarterly Journal of Government Research, Third Year, No. 12, (2017). [In Persian]
- Zywicki, T. J, “The Rule of Law, Freedom, and Prosperity”, Supreme Court Economic Review, 10, (2003).

Document

- Cook, Edwin. Legislative guide on separation of powers. Legislative Service Bureau, (2002), Available at: <https://b2n.ir/d49345>, last visited March 10, 2022.

استناد به این مقاله: عزیزی، ابراهیم، فرازمنند، فرشاد، طالقانی منصورنژاد، حسین، استا، محمدحسین، «تحلیل ماهیت حقوقی شورای عالی فنی و نقدی بر وظایف آن»، پژوهش حقوق عمومی، ۲۵(۷۹)، (۱۴۰۲)، ۲۰۵-۲۳۲.

Doi: 10.22054/QJPL.2023.68216.2786



The Quarterly Journal of Public Law Research is licensed under a Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 International License