

بهمن ماه

۱۳۹۴

دادخواست مسابقات داوری تجاری



کد اختصاصی گروه: LO585

مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران و مرکز منطقه‌ای داوری تهران



بسمه تعالی

جناب آقای دکتر محبی
رئیس محترم مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران

احتراماً حل و فصل اختلافات فیما بین شرکت «ره‌آورد شمال» و شرکت «کاسپین سامان» به وکالت از شرکت «کاسپین سامان» به قرار ذیل تقدیم می‌گردد:

مشخصات طرفین	نام
خواهان	شرکت کاسپین سامان (سهامی خاص) به شماره ثبت ۵۲۳۶۵
خوانده	شرکت ره‌آورد شمال (سهامی خاص) به شماره ثبت ۷۶۵۲۱
وکیل یا نماینده قانونی	گروه شماره LO585
خواسته	۱. درخواست صدور دستور موقت مبنی بر منع ضبط ضمانت‌نامه‌های انجام تعهد و حسن انجام کار ۲. اعلام بی‌اعتباری فسخ قرارداد از سوی کارفرما و جبران خسارات ناشی از فسخ غیرقانونی کارفرما ۳. الزام خوانده مبنی بر اعمال مقررات مواد ۳۹، ۴۰ و ۴۱ شرایط عمومی پیمان (قرارداد فیما بین) جهت انجام تشریفات تحویل موقت و تنظیم صورت وضعیت قطعی نسبت به قسمتی از پیمان که عملیات اجرایی آن به پایان رسیده است ۴. تنفیذ فسخ قرارداد به علت تغییر در اوضاع و احوال قراردادی ۵. محکومیت خوانده به پرداخت صورت وضعیت‌های تأیید شده و خسارت تأخیر تأدیه ۶. محکومیت خوانده به تأیید و پرداخت صورت وضعیت‌های معطل و خسارت تأخیر تأدیه ۷. محکومیت خوانده به پرداخت خسارات و هزینه‌های داوری
مرجع حل و فصل اختلافات	مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران

<p>دلائل و منضمات دادخواست</p>	<p>۱. تصویر مصدق قرارداد منعقدہ فیما بین طرفین</p> <p>۲. تصویر مصدق آخرین روزنامہ تغییرات شرکت کاسپین سامان</p> <p>۳. تصویر مصدق مکاتبات صورت گرفته فیما بین طرفین</p> <p>۴. تصویر مصدق ۱۲ صورت وضعیت تائید شدہ توسط مهندس مشاور</p> <p>۵. تصویر مصدق صورت وضعیت‌های معطل</p> <p>۶. تصویر مصدق مدارک مبنی بر ارائه درخواست گشایش اعتبار اسنادی و وثایق لازم بہ بانک سہیل</p> <p>۷. تصویر مصدق رسید تحویل ضمانت‌نامہ‌های انجام تعہد و حسن انجام کار</p> <p>۸. وکالتنامہ</p>
------------------------------------	--

شرح دادخواست

<p>بہ شرح لایحہ پیوست</p>

فهرست

عنوان	صفحه
الف) سابقه امر	۱
ب) اثبات صلاحیت مرجع داوری	۲
پ) درخواست صدور دستور موقت مبنی بر منع ضبط ضمانتنامه های انجام تعهد و حسن انجام کار	۷
ت) اعلام بی اعتباری فسخ قرارداد از سوی کارفرما و جبران خسارات ناشی از فسخ غیرقانونی کارفرما	۸
ث) الزام خوانده مبنی بر اعمال مقررات مواد ۳۹، ۴۰ و ۴۱ شرایط عمومی پیمان (قرارداد فیما بین) نسبت به قسمتی از پیمان که عملیات اجرایی آن به پایان رسیده است	۹
ج) تنفیذ فسخ قرارداد به علت تغییر در اوضاع و احوال قراردادی	۱۰
چ) محکومیت خوانده به پرداخت صورت وضعیتهای تأیید شده و خسارت تأخیر تأدیه	۱۱
ح) محکومیت خوانده به تأیید و پرداخت صورت وضعیت های معطل و خسارت تأخیر تأدیه	۱۳
خ) محکومیت خوانده به پرداخت خسارات و هزینه های داوری	۱۵
منابع و مأخذ	۱۵

الف) سابقه امر

۱. خواننده‌ی محترم، شرکت «ره‌آورد شمال»، بر اساس اصل حاکمیت اراده و برابر مقررات حاکم بر قراردادهای خصوصی انجام عملیات «طراحی، تهیه و نصب تجهیزات برق‌رسانی» را که در سطح کلی یک پروژه صنعتی محسوب می‌گردد، عیناً مطابق با شرایط عمومی پیمان، به خواهان، شرکت «کاسپین سامان» واگذار می‌نماید. شرح مختصری از قرارداد و تعهدات و توافقات قراردادی طرفین در ذیل ارائه می‌گردد:

۲. براساس قرارداد فی‌مابین شرکت ره‌آورد شمال و کاسپین سامان، انجام پروژه به دو فاز اصلی تقسیم می‌گردد:

الف) فاز اول: مهندسی و طراحی و ب) فاز دوم: تهیه، خرید، اجرا و نصب

۳. پیمانکار فاز اول را در موعد مقرر به انجام می‌رساند و مجموعاً ۱۲ صورت‌وضعیت که به تأیید مهندس مشاور نیز رسیده است، تقدیم کارفرما می‌نماید که پرداخت ۲ فقره صورت‌وضعیت بلا اقدام مانده است.

۴. فاز دوم از قرارداد نیز شامل دو بخش بوده است: الف) خرید و نصب اقلامی که امکان تهیه آن در بازار داخلی وجود دارد و ب) خرید و نصب اقلامی که پیمانکار می‌بایست از بازارهای خارجی مبادرت به تهیه آن‌ها نماید.

۵. پیمانکار بخش الف) از تعهدات فاز دوم را در موعد مقرر به انجام می‌رساند.

۶. بخش ب) از فاز دوم قرارداد علی‌رغم اقدام به‌موقع پیمانکار جهت گشایش اعتبار اسنادی برای خرید تجهیزات از بازارهای خارجی، به دلیل اعمال تحریم‌های اقتصادی اتحادیه اروپا گشایش اعتبار اسنادی متعذر می‌گردد و پیمانکار در جهت رعایت حسن نیت و پیش‌گیری از تأخیر در اتمام فاز دوم پروژه با توجه به برنامه زمانی اجرای کار، مراتب را بدون فوت وقت به کارفرما اطلاع می‌دهد تا در صورت امکان از رهنمودهای وی در جهت رفع مشکل به وجود آمده بهره‌برد. در ادامه با توجه به عدم تغییر در اوضاع و احوال پیش‌آمده و تلاش بی‌فایده پیمانکار نسبت به افتتاح اعتبار اسنادی پس از مذاکره با بیش از ۷ بانک داخلی و حتی با قبول کارمزد بالاتر و وثایق بیش‌تر، پیمانکار مجدداً به اعلام مراتب عدم امکان گشایش اعتبار اسنادی به کارفرما مبادرت نموده است.

۷. طی مکاتبات متعدد صورت گرفته بین طرفین (مطابق مستندات پیوستی)، کارفرما ضمن عدم دخالت و همکاری با پیمانکار در رفع مشکل عدم امکان گشایش اعتبار اسنادی، شرکت کاسپین سامان را متعهد و مسئول

دانسته و در نهایت در اسفند ماه ۱۳۹۲ با وجود آن که سه ماه تا پایان موعد انجام تعهد فاز دوم قرارداد باقی است، کارفرما یک طرفه مبادرت به فسخ قرارداد و ضبط ضمانت نامه انجام تعهد و حسن انجام کار پیمانکار نموده و همچنین از پرداخت صورتحساب کارهای انجام گرفته پیمانکار امتناع می نماید.

۸. با عنایت به شرح فوق درخواست حل و فصل اختلافات فی مابین به وکالت از شرکت کاسپین سامان به شرح ذیل تقدیم می گردد:

ب) اثبات صلاحیت مرجع داوری

۹. به موجب ماده ۵۳ قرارداد منعقد فی مابین شرکت محترم ره آورد شمال به عنوان کارفرما و شرکت کاسپین سامان به عنوان پیمانکار، حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد به مرجع داوری ارجاع گردیده است. لذا اختلافات مطروحه در دادخواست حاضر با عنایت به آن که ناشی از قرارداد مارالذکر می باشد در صلاحیت مرجع داوری قرار دارد.

۱۰. در وهله اول و در خصوص امکان تغییر در مفاد ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان لازم به توضیح است که تصویب دفترچه شرایط عمومی پیمان توسط سازمان مدیریت و برنامه ریزی فعلی (برنامه و بودجه سابق) در راستای اجرای ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱ بوده که مقرر داشته است: "سازمان برای تعیین معیارها و استانداردها و همچنین اصول کلی و شرایط عمومی قراردادهای مربوط به طرح های عمرانی آیین نامه ای تهیه و پس از تصویب هیئت وزیران بر اساس آن دستورالعمل لازم به دستگاه های اجرایی ابلاغ می نماید و دستگاه های اجرایی موظف به رعایت آن می باشند." طرح های عمرانی در بند ۱۰ ماده ۱ قانون فوق مورد تعریف قرار گرفته و عبارت است از "مجموعه عملیات و خدمات مشخصی که بر اساس مطالعات توجیهی فنی و اقتصادی یا اجتماعی که توسط دستگاه اجرایی انجام می شود... مستفاد از مواد فوق، شرایط عمومی پیمان ضوابطی است حاکم بر قراردادهای پیمان منعقد توسط دستگاه های اجرایی. حال آنکه در ما نحن فیه، قرارداد منعقد میان شرکت ره آورد شمال و شرکت کاسپین سامان از شمول مواد فوق خارج می باشد؛ با این توضیح که اگرچه سازمان تأمین اجتماعی به عنوان مالک بیش از ۵۰ درصد سهام شرکت ره آورد شمال، مستنداً به بند ۱۰ ماده واحده قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی مصوب ۱۳۷۳، موسسه عمومی غیردولتی است و چنین

مؤسساتی به تصریح ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری در زمره دستگاه‌های اجرایی کشور قرار دارند، اما آنچه در این میان شایان توجه می‌نماید این است که طرف پیمان مورد بحث، نه سازمان مذکور بلکه یکی از شرکت‌های متعلق به آن می‌باشد. مستنداً به ماده واحده فوق‌الاشاره و تبصره ذیل آن، واحدهای وابسته به مؤسسات عمومی غیردولتی، در صورتی عیناً دارای چنین ماهیتی خواهند بود و نتیجتاً دستگاه اجرایی محسوب خواهند شد که "به صورتی غیر از شرکت و برای مقاصد غیر تجارتي و غیرانتفاعی توسط یک یا چند مؤسسه و نهاد عمومی غیردولتی تأسیس و اداره می‌شوند..." حال آنکه شرکت ره‌آورد شمال یک شرکت سهامی خاص بوده که حسب قانون تجارت شرکتی تجاری و تاجر محسوب می‌گردد لذا فاقد شرایط مقرر در تبصره بوده و عنوان دستگاه اجرایی بر آن صدق نمی‌کند. نتیجه آن که هیچ الزام قانونی در ارتباط با حاکمیت شرایط عمومی پیمان مصوب سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور بر پیمان مذکور وجود نداشته و پذیرش آن از سوی طرفین مبنی بر اصل حاکمیت اراده در قراردادهای خصوصی و به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی صورت گرفته است. لذا تغییر مفاد آن نیز در زمان انعقاد قرارداد، با توسل به اصل فوق توجیه‌پذیر و البته لازم‌الاتباع است. با عنایت به توضیحات فوق، توافق اراده طرفین بر تغییر ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان حاصل شده و ایشان ارجاع اختلافات مربوطه به داوری شورای عالی فنی را نپذیرفته و در قرارداد خود سازوکار دیگری را برای حل اختلافات احتمالی پیش‌بینی نموده‌اند.

۱۱. در مقام اثبات صلاحیت مرجع داوری و پاسخ به اظهارات مندرج در نامه مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۲۶ ره‌آورد شمال (مستند شماره ۱۲) نکات ذیل شایان توجه است:

۱۲. اولاً بنا بر اظهار خواننده محترم، "قرارداد طرفین بی‌اعتبار بوده و لذا شرط داوری مندرج در قرارداد نیز نمی‌تواند مؤثر و اجرایی باشد." شرکت ره‌آورد شمال در نامه موصوف علت بی‌اعتباری قرارداد را مشخص ننموده است، حال آن که دلایل بسیاری مثبت اعتبار این روابط قراردادی است: اولاً قرارداد توسط مدیران هریک از شرکت‌ها منعقد گردیده است که به موجب ماده ۱۱۸ قانون لایحه اصلاحی قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ دارای اختیارات عام بوده و محدود کردن این اختیارات در مقابل ثالث قابل استناد نیست. ثانیاً خواننده محترم به انحاء مختلف در جهت اجرایی نمودن این قرارداد قدم برداشته که خود گویای تنفیذ عملی قرارداد مدیر می‌باشد.

مکاتبات صورت گرفته مبنی بر درخواست اجرای فاز دوم قرارداد که توسط مدیرعامل محترم آن شرکت صورت گرفته است، پرداخت‌های صورت گرفته مربوط به فاز اول قرارداد، دادن مأموریت نظارت بر عملکرد پیمانکار به شرکت ناظر سنج دقیق به‌عنوان مهندس مشاور پروژه تماماً گواه صحت و اعتبار روابط قراردادی فی‌مابین است. مهم‌تر از همه آن‌که شرکت ره‌آورد شمال در نامه مورخ ۱۳۹۲/۹/۲۸ در خصوص امکان فسخ قرارداد از جانب آن شرکت سخن گفته است. سؤال آن‌که چگونه ممکن است قرارداد باطل و فاقد اثر را فسخ نمود؟ ثالثاً ادعای کارفرمای محترم مبنی بر بی‌اعتباری قرارداد نیز تأثیری در مرجع حل و فصل اختلاف نداشته و اختلافات می‌بایست به مرجع داوری ارجاع گردد؛ چراکه شرط داوری مستقل از قرارداد اصلی معتبر و مورد توافق است. اصل استقلال شرط داوری همواره از اصول بنیادین و مقبول نهاد داوری محسوب گردیده است. در این راستا بند یک ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ استقلال شرط داوری از قرارداد را پذیرفته است. به‌طوری‌که مقرر می‌دارد: "داور می‌تواند در مورد صلاحیت خود و همچنین درباره وجود و یا اعتبار موافقت‌نامه داوری اتخاذ تصمیم کند. شرط داوری که به‌صورت جزئی از یک قرارداد باشد از نظر اجرایی این قانون به‌عنوان موافقت‌نامه‌ای مستقل تلقی می‌شود. تصمیم داور در خصوص بطلان و ملغی‌الاثربودن قرارداد فی‌نفسه به‌منزله عدم اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد نخواهد بود." به نظر می‌رسد وجود این ماده متضمن قاعده کلی است و حکم خاص نمی‌باشد. لفظ شرط داوری به مفهوم سنتی شرط ضمن عقد و گویای رابطه تبعی عقد و شرط مندرج در آن نیست بلکه همان‌طور که دکترین مدنی استدلال نموده‌اند "قراردادی مستقل است که گاهی با تسامح آن را شرط مستقل می‌نامند. این شرط خود بنا بر اراده باطنی طرفین، عقدی مستقل است." لذا حکم قانون داوری ۷۶ متضمن قاعده و اصل عقلی است که طبعاً بر همه قراردادهای داوری حکومت می‌کند والا داوری بین‌المللی خصوصیتی ندارد. همین مطلب در بند ب از ماده ۲۹ قواعد و آیین داوری مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران منعکس گردیده است.

۱۳. ثانیاً در مقام پاسخ به ایراد عدم طی مراحل پیش از داوری باید گفت در وهله نخست، همان‌طور که آن مرجع محترم مستحضر است، امروزه یکی از ویژگی‌های قراردادهای پیمانکاری چندلایه بودن بند حل و فصل اختلافات این قراردادهاست. بدین معنا که اصولاً در بند حل و فصل اختلافات این قراردادهای مراجعه مستقیم به

داوری پیش‌بینی نشده بلکه مراحل پیش از مراجعه طرفین به داوری در نظر گرفته شده است. در خصوص الزامی بودن گذراندن مراحل پیش از داوری با توجه به اتکای نظام حقوق مدنی جمهوری اسلامی ایران بر اولویت مقصود واقعی طرفین، در این مورد نیز مهم‌ترین وظیفه داور و یا دادگاه آن است که با مراجعه به مفاد قرارداد و سایر اوضاع و احوال قصد واقعی آن‌ها را از پیش‌بینی این مراحل احراز نماید. رویه داوری و قضایی حاکی از آن است که مراحل قبل از رجوع به دادگاه یا داوری به‌خصوص در مواردی که زمان و یا شرایط مشخصی برای آن تعیین شده است پیش‌شرط صلاحیت داور و یا دادگاه تلقی می‌شود و در جایی که شرایط و زمان آن تعیین نشده باشد الزامی برای طرفین در بر نداشته و صرف انصراف یکی از طرفین به‌منزله عبور از آن مرحله است. (محبی و رضوانیان، ۱۳۹۳، ص. ۶۹)؛ مضافاً بر فرض الزامی بودن چنین امری مکاتبات صورت گرفته میان مدیران مبنی بر طرح اختلاف و بررسی راه‌های موجود حاکی از مذاکرات دوجانبه می‌باشد که متأسفانه نه‌تنها راه به‌جایی نبرده که اختلاف را عمیق‌تر نموده است، تا جایی که شرکت محترم خواننده در آخرین مکاتبه خود قرارداد را به کل بی‌اعتبار خوانده است.

۱۴. ثالثاً کارفرما اظهار نموده است که "امکان ارجاع اختلاف به داوری به دلیل موضوع مورد اختلاف (اموال عمومی و دولتی) و نیز به دلیل شخصیت دولتی مالک پروژه (شرکت توانیر) وجود ندارد." خواننده محترم در این بند به اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی اشاره دارد. در خصوص این اصل و ماده قانونی تفاسیر متفاوتی ارائه گردیده است. در دو صورت از مهم‌ترین تفاسیر صورت گرفته یک تفسیر اصل را بیان‌گر عدم اهلیت مراجع عمومی و دولتی در انعقاد قرارداد داوری می‌داند و تفسیر دیگر موضوع این اصل و ماده قانونی را غیرقابل ارجاع به داوری محسوب می‌نماید. آنچه پیداست کارفرمای محترم به هر دو تفسیر توأمان پرداخته و بدین مستمسک خواهان بی‌اعتباری بی‌چون و چرای توافق طرفین بر داوری است.

۱۵. در ابتدا در خصوص دولتی بودن طرف قرارداد و عدم اهلیت وی باید مطرح نمود که: ۱- همان‌طور که به‌مرور، دکتربین و پس‌از آن رویه مراجع داوری و حتی قضایی بیان داشتند آنچه مشمول ممنوعیت اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی می‌باشد، ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی به داوری است. درواقع مقنن در این موارد به موضوع دعوا نظر داشته است و نه شخصیت طرفین، لذا وصف خواننده یا

خواهان (دولتی بودن یا نبودن شخص) فی نفسه تأثیری در قابلیت ارجاع موضوع دعوا به داوری ندارد. (جنیدی، ۱۳۷۶، صص. ۹۲-۹۴)، ۲- به علاوه، در فرض قائل بودن بر این نظر نیز باید اذعان داشت که شرکت ره‌آورد شمال، همان‌گونه که پیش‌تر شرح آن رفت دولتی محسوب نمی‌شود و ۳- دولتی بودن کارفرمای اصلی در روابط داخلی خواننده محترم و این شرکت بی‌تأثیر است.

۱۶. همچنین در خصوص عدم قابلیت ارجاع موضوع به داوری نیز باید اذعان داشت که در این تفسیر منظور از اموال دولتی و عمومی اموالی است که بر اساس تعاریف قانونی به‌خصوص تعریف مقرر در ماده ۲ آیین‌نامه اموال دولتی مصوب ۱۳۷۲ مصداق این عنوان باشد و در دفاتر دولت به‌عنوان مال دولتی ثبت و ضبط شده باشد. در این صورت و با گزینش این تفسیر درجایی که موضوع دعوی مطالبه وجوه ناشی از قرارداد و یا مطالبه خسارت و یا استرداد تضمین متعلق به خواهان باشد مصداق اموال دولتی نبوده و لذا در صورت ایراد طرف دعوی به دلیل عدم انطباق موضوع دعوا با اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۷۵ قانون آیین دادرسی مدنی ایراد مذکور مردود است.

۱۷. مضافاً در فرضی که موضوع دعوی مشمول عنوان دعوی راجع به اموال دولتی و عمومی باشد، شرایط مذکور در اصل ۱۳۹ قانون اساسی باید فراهم باشد اما لازم به توجه است که در این فرض نیز باز هم این تکلیف طرف دولتی است که برای اخذ مصوبه لازم جهت ارجاع دعوی حاصله به داوری اقدام کند. در واقع دولت که با علم و اطلاع از محدودیت‌های مقرر در اصل ۱۳۹ قانون اساسی اقدام به پذیرش شرط داوری می‌نماید از باب اصل حسن نیت قراردادی متعهد است که قبلاً یا متعاقباً اقدامات لازم را به عمل آورد و عدم اقدام وی برای درخواست مجوز موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی حمل بر عدول عملی وی از این مصونیت است.

۱۸. رابعاً خواننده محترم در نامه اخیر خود متعرض ارجاع امر داوری به مرکز داوری اتاق گردیده است و ماده ۵۳ را صرفاً در مقام تعیین قانون و قواعد حاکم می‌داند. حال آنکه این تفسیر قابل خدشه است؛ در مقام تفسیر عبارات قراردادی می‌بایست اراده باطنی طرفین کشف گردد که با اندک بررسی و دقت نظری حاصل می‌آید که طرفین سازمان‌دهی حل و فصل اختلافات خود را به مرکز داوری اتاق بازرگانی ارجاع نموده‌اند. همان‌طور که خواننده محترم اشاره می‌نماید طرفین صراحتاً قانون حاکم بر نحوه حل و فصل اختلافات را قواعد و آیین مرکز

داوری قرار داده‌اند، قواعدی که در جای جای خود چون مواد ۲، ۴، ۶، ۱۰ و ۵۳ به فعالیت‌های سازمان‌دهی آن مرکز اشاره دارد. حال چگونه اراده طرفین به قواعد تعلق گرفته و به موادی چون ماده ۱۰ که نحوه انتخاب داور در صورت عدم تعیین طرفین را بیان می‌دارد تعلق نگرفته باشد؟ و یا چگونه می‌توان به‌عنوان یکی از تشریفات نهایی شدن رأی داور طبق این قواعد، امر را بدون دخالت مرکز داور به دیوان آن ارجاع نمود؟ نتیجه آن که عدم پذیرش ارجاع اختلافات ناشی از این قرارداد به مرکز داور موجب حرکت در مسیر خلاف اراده باطنی طرفین و درنهایت عبث گردیدن توافق صورت گرفته بر قواعد مرکز داور است.

۱۹. نکته دیگری که در این میان قابل توجه می‌نماید این است که اولاً شرکت کاسپین سامان به‌عنوان نماینده شرکت ایتالیایی AIKAW در ایران ثبت شده است و ثانیاً مرکز اصلی فعالیت و محل اداره امور آن نیز در ایران می‌باشد، لذا مستفاد از ماده ۵۹۱ قانون تجارت که اشخاص حقوقی را تابع مملکتی می‌داند که اقامتگاه آن‌ها در آن مملکت است، این شرکت ایرانی محسوب شده و در ارجاع اختلافات مربوطه به داور رعایت حکم موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی مبنی بر لزوم تصویب مجلس، فاقد موضوعیت می‌باشد.

پ) درخواست صدور دستور موقت مبنی بر منع ضبط ضمانت‌نامه‌های انجام تعهد و حسن انجام کار

۲۰. همان‌گونه که پیش‌تر شرح آن رفت، خواننده محترم، ضمن اعلام فسخ قرارداد و ابلاغ آن به پیمانکار، دستور ضبط ضمانت‌نامه‌های انجام تعهدات و حسن انجام کار پیمانکار را به بانک عامل داده‌است. از مرجع محترم داور تقاضا می‌گردد پیش از ورود به ماهیت دعوی، مستنداً به ماده ۳۵ قواعد و آئین داور مرکز داور اتاق بازرگانی ایران، دستور موقت مبنی بر منع ضبط ضمانت‌نامه‌های انجام تعهدات و حسن انجام کار شرکت کاسپین سامان، صادر نماید؛ با این توضیح که ضبط ضمانت‌نامه به‌موجب بند (ب) ماده ۴۷ شرایط عمومی پیمان از اقدامات فسخ پیمان بوده و در ما نحن فیه فسخ قرارداد با توجه به بند (ت) دادخواست حاضر، محل سؤال است و همچنین با عنایت به این نکته که بانک عامل نسبت به نقض تعهد یا عدم وقوع آن وارد رسیدگی نمی‌شود و صرفاً بنا به دستور کارفرما نسبت به ضبط ضمانت‌نامه و اعلام آن به پیمانکار اقدام می‌نماید، در نتیجه رسیدگی فوری به موضوع ضبط ضمانت‌نامه‌ها ملازمه با ورود به ماهیت دعوی نداشته و عدم صدور آن ممکن است در آینده موجبات خسارت احتمالی که جبران آن متعذر بوده را فراهم نماید.

ت) اعلام بی‌اعتباری فسخ قرارداد از سوی کارفرما و جبران خسارات ناشی از فسخ غیرقانونی

کارفرما

۲۱. در خصوص اقدام خوانده‌ی محترم به فسخ قرارداد فی‌مابین، نکات ذیل قابل تأمل است:

۲۲. اولاً مطابق با بند الف ماده ۴۷ شرایط عمومی پیمان، چنانچه به‌موجب قصور پیمانکار، کارفرما خود را محق فسخ قرارداد تشخیص دهد، می‌بایست نظر خود را مبنی بر فسخ قرارداد با ذکر مواردی که به استناد آن‌ها اقدامات پیمانکار را مشمول فسخ می‌داند به وی ابلاغ نماید تا پیمانکار در مقام دفاع بتواند چنانچه دلایلی حاکی از عدم انطباق نظر کارفرما با موارد اعلام‌شده داشته‌باشد، بیان نماید. منظور از مواردی که به کارفرما حق فسخ پیمان می‌دهد، شقوق ۱ الی ۱۳ ماده ۴۶ قرارداد و یا شرایط عمومی پیمان که عیناً قرارداد بر طبق آن تنظیم شده‌است، می‌باشد. حال آن‌که در مکاتبات شرکت ره‌آورد شمال با کاسپین سامان صرف تخلف پیمانکار و عدم انجام تعهد قراردادی مستمسک فسخ قرار گرفته و مشخص نیست خوانده محترم به استناد کدام بند از بندهای ماده ۴۶، اقدام به فسخ پیمان نموده است.

۲۳. ثانیاً علاوه بر آنچه در بند پیشین گفته شد، شایان ذکر است که فاز اول پروژه در خصوص انجام مهندسی و طراحی در موعد مقرر تکمیل گشته و بخشی از فاز دوم پروژه نیز با خرید اقلامی که می‌بایست از بازار داخلی تهیه می‌شد در موعد مقرر در محل اجرای پروژه نصب گردیده است و اجرای بخش دیگری از فاز دوم نیز با توجه به شرح مبسوط در بند (ج) دادخواست، برای شرکت کاسپین سامان غیر مقدور گردیده‌است فلذا مورد با هیچ‌یک از شقوق ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان، مطابقت نداشته و در نتیجه اعلام فسخ قرارداد به استناد ماده ۴۶ و متعاقب آن اقدام جهت ضبط ضمانت‌نامه‌های انجام تعهدات و حسن انجام کار وجهه قانونی ندارد.

۲۴. ثالثاً در خصوص قسمتی از موضوع قرارداد که بلااقدام مانده‌است ممکن است تصور شود موضوع با مورد ۵ مذکور در ماده ۴۶ شرایط عمومی که مقرر می‌دارد تأخیر در اتمام هر یک از کارهای پیش‌بینی‌شده در برنامه تفصیلی، بیش از نصف مدت تعیین‌شده برای آن کار با توجه به ماده ۳۰ به کارفرما حق فسخ می‌بخشد، منطبق است؛ ولی باید توجه داشت علی‌رغم اینکه شرط زمانی قیدشده در این بند نقض نشده‌است، تأخیر در اتمام هر یک از کارهای پیش‌بینی‌شده در برنامه زمانی تفصیلی نیز در صورتی برای کارفرما ایجاد خیار فسخ می‌کند که

ناشی از فعل و در واقع قصور پیمانکار باشد. (اسماعیلی هریسی، ۱۳۹۴، ص. ۳۴۶) آنچه در این میان اتفاق افتاده است وقوع محدودیت برای ورود مصالح و تجهیزاتی است که می‌بایست از خارج از کشور تهیه می‌گردید. بنابراین همان‌گونه که به‌درستی در بند مزبور تصریح شده است، برای احراز تحقق تأخیر، رعایت موارد مندرج در ماده ۳۰ شرایط عمومی پیمان لازم است.

۲۵. لذا با عنایت به نکاتی که ذکر شد، موکل تقاضای رسیدگی آن مرجع محترم به فسخ غیرقانونی قرارداد را از سوی کارفرما داشته تا با استناد به عدم رعایت تشریفات مربوط به فسخ پیمان و همچنین عدم مطابقت مورد با موارد ذکر شده در ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان به‌عنوان موجبات فسخ پیمان، بی‌اعتباری فسخ قرارداد را از سوی کارفرمای محترم اعلام نماید. همچنین جبران کلیه خسارات ناشی از فسخ قرارداد نیز در این بخش مورد تقاضا می‌باشد.

ث) الزام خواننده مبنی بر اعمال مقررات مواد ۳۹، ۴۰ و ۴۱ شرایط عمومی پیمان (قرارداد فیما بین) جهت انجام تشریفات تحویل موقت و تنظیم صورت‌وضعیت قطعی نسبت به قسمتی از پیمان که عملیات اجرایی آن به پایان رسیده است

۲۶. با عنایت به این مسئله که تقسیم انجام پروژه به دو فاز اصلی و تعیین مهلت برای اجرای هرکدام دال بر این واقعیت است که پیمان منعقد از نظر عملی دارای اجزای مختلف بوده و همان‌گونه که در ماده ۳۹ قرارداد فیما بین قید شده است، در صورتی که در اسناد و مدارک پیمان برای تکمیل و تحویل موقت قسمت‌های مستقلی از کار زمان‌های مجزایی پیش‌بینی شده باشد، کارفرما با رعایت مقررات این ماده قسمت‌های تکمیل‌شده را تحویل موقت گرفته و اقدامات پس از تحویل موقت را مانند آزاد نمودن تضمین انجام تعهدات، استرداد کسور تضمین حسن انجام کار و غیره به تناسب آن قسمت از کار که تحویل گرفته است، طبق اسناد و مدارک پیمان به‌صورت مستقل انجام می‌دهد؛ از مرجع محترم داوری درخواست می‌گردد کارفرما را به اعمال مقررات مواد ۳۹، ۴۰ و ۴۱ شرایط عمومی پیمان جهت انجام تشریفات تحویل موقت و تنظیم صورت‌وضعیت قطعی قسمتی از موضوع قرارداد که عملیات اجرایی آن به پایان رسیده است، ملزم نماید. همچنین ضمانت‌نامه انجام تعهدات و

حسن انجام کار متناسباً تقلیل یابد و سایر مقررات ناظر بر تحویل موقت نسبت به فاز اول پروژه در خصوص انجام مهندسی و طراحی که در موعد مقرر به انجام رسیده و نصب به موقع اقلام و تجهیزاتی که از بازار داخلی تهیه گشته و مربوط به فاز دوم پروژه است، به اجرا در بیاید.

ج) تنفیذ فسخ قرارداد به علت تغییر در اوضاع و احوال قراردادی

۲۷. همان طور که شرح داده شد به دلیل تحریم بانک‌های ایرانی امکان گشایش اعتبار اسنادی جهت خرید اقلام و تجهیزات به منظور اجرای بخشی از فاز دوم قرارداد وجود ندارد و مشخص نیست که تحریم مذکور در چه زمانی منتفی خواهد گردید؛ به بیانی دیگر امکان پیش‌بینی زمان رفع تحریم‌ها وجود ندارد. حال نظر به آن که اولاً امکان خرید تجهیزات به طرق دیگر برای پیمانکار مقدور نبوده، موکل جهت اجرای بخش مذکور مواجه با سختی و دشواری بسیاری بوده که منجر به ضرر و زیان فاحشی نسبت به شرکت کاسپین سامان می‌گردد. به عبارت دیگر موکل جهت خرید تجهیزات چاره‌ای جز استفاده از روش‌های نامتعارف نظیر دور زدن تحریم‌ها که نه در توان و نه در تخصص موکل بوده، ندارد. از سوی دیگر موکل الزامی مبنی بر استفاده از چنین روش‌هایی ندارد چراکه توافق طرفین بر روش خاصی از پرداخت یعنی گشایش اعتبار اسنادی بوده حال نظر به آن که طرفین قرارداد بر مبنای اصل لزوم در حدود چارچوب و مفاد قراردادی ملزم به اجرای قرارداد می‌باشند، شرکت کاسپین سامان تعهدی مبنی بر خرید اقلام و تجهیزات به طرق و روش‌های دیگر به غیر از آنچه در قرارداد تصریح شده، ندارد؛

۲۸. ثانیاً مستحضرید که انعقاد یک قرارداد به طور متعارف متضمن پذیرش ضمنی شرایط و اوضاع و احوالی است که هنگام انعقاد هر معامل عاقلی به آن توجه می‌کند، حال با عنایت به آن که در زمان انعقاد قرارداد مستند دعوی، تحریم متوجه بانک‌های ایران نبوده و طرفین بر همین مبنا خرید تجهیزات از طریق گشایش اعتبار اسنادی را پیش‌بینی نمودند، لیکن با وضع تحریم‌ها علیه بانک‌های ایرانی شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر زمان انعقاد قرارداد مواجه با یک تغییر فاحش و ناگهانی گشته که چنین تغییری منجر به دشواری نامتعارف و بیش از حد اجرای قرارداد برای موکل شده، از سوی دیگر حادثه مذکور یعنی تحریم خارج از حیطه اقتدار موکل بوده، با این وجود ایشان تمامی تلاش خود را جهت رفع معضل مذکور به کار بسته، به عبارت بهتر در اجرای قرارداد حسن نیت لازم را داشته است؛ بنابراین به مقتضای قاعده نفی عسر و حرج که مستلزم نفی حکم حرجی اعم از

تکلیفی و وضعی بوده و علاوه بر پشتوانه بلاتردید فقهی (یزدی، ۱۳۸۸، ص. ۸۲) با وحدت ملاک از مواد ۲۷۷، ۶۵۲ و ۱۱۳۰ قانون مدنی و ماده ۹ قانون روابط مؤجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۲ و مواد ۲۹ و ۳۰ شرایط عمومی پیمان (صادقی مقدم، ۱۳۷۸، صص. ۹۰-۹۷) توسط دکترین و رویه قضایی ایران مورد پذیرش قرار گرفته و نیز قاعده لاضرر که مبین نفی هرگونه حکم ضرری است، الزام ناشی از قرارداد نسبت به موکل مرتفع و حق فسخ قرارداد به‌عنوان ابزاری جهت جلوگیری از ضرر ناروا به شرکت کاسپین سامان برای وی ایجاد می‌گردد. (اسماعیلی هریسی، بی‌تا) همچنین شایان ذکر است که حساسیت‌های مرتبط با پیمان‌هایی که یک‌طرف آن‌ها دستگاه اجرایی است ایجاب می‌نماید، تفسیر از مفاد شرایط عمومی پیمان به گونه‌ای باشد که پیمانکار اختیار برهم زدن یک‌طرفه قرارداد را نداشته باشد؛ حال آنکه در پیمان موضوع بحث، شرایط عمومی پیمان بر اساس حاکمیت اراده طرفین بر قرارداد حاکم شده است و این امر ناقض حقوقی که طرفین به‌موجب اصول و قواعد کلی دارا می‌شوند، نخواهد بود؛ مضافاً آن که طرفین با قبول حاکمیت قوانین ایران بر قرارداد خویش اراده خود مبنی بر پذیرش اصول و قواعد عمومی حاکم بر قراردادها را اعلام کرده‌اند؛ لذا موکل ضمن اعلام فسخ قرارداد نسبت به بخشی از فاز دوم آن که امکان اجرای آن برای موکل وجود ندارد، خواستار تنفیذ آن از سوی آن مرجع محترم و معافیت وی از اجرای بخش باقی‌مانده قرارداد می‌باشد.

چ) محکومیت خواننده به پرداخت صورت‌وضعیت‌های تأییدشده و خسارت تأخیر تأدیه

۲۹. همان‌گونه که ابتدای دادخواست حاضر عنوان شد، ۱۲ فقره صورت‌وضعیت‌های مربوط به فاز اول به تأیید مهندس مشاور رسیده، لیکن از صورت‌وضعیت‌های مذکور ۲ فقره صورتحساب جمعاً به مبلغ ۲۱۰۰۰۰۰۰۰ ریال علی‌رغم پیگیری‌های مکرر موکل بلااقدام و پرداخت‌نشده باقی مانده است.

۳۰. پس از مکاتبات متعدد موکل با کارفرما، این شرکت در اسفندماه ۱۳۹۲ اعلام نموده است که بر اساس ماده ۳۷ شرایط عمومی پیمان صورت‌وضعیت‌های پیمانکار منحصراً می‌بایست از طریق مهندس ناظر به مهندس مشاور تحویل می‌شده، لیکن مقامی به‌عنوان مهندس ناظر از سوی مهندس مشاور به وی معرفی نگردیده است. فلذا صورت‌وضعیت‌های موکل تا زمان معرفی مهندس ناظر امکان پرداخت نخواهد داشت. در این رابطه، مواردی به شرح ذیل به استحضار می‌رسد:

۳۱. اولاً بند (ب) ماده ۹ قرارداد تنها به تعریف مهندس ناظر پرداخته که وی نماینده مهندس مشاور در کارگاه می‌باشد. از مفاد ماده فوق هیچ تکلیف و الزامی در تعیین مهندس ناظر برداشت نمی‌شود. (اسماعیلی هریسی، ۱۳۹۴، صص. ۱۰۸-۱۰۹)

۳۲. ثانیاً بند الف ماده ۳۳ نظارت و مراقبت مهندس ناظر را صرفاً بر اجرای کار پیش‌بینی نموده و در خصوص تأیید صورت‌وضعیت‌های پیمانکار تکلیفی مقرر نکرده‌است. مضافاً این‌که با استناد به بند (د) ماده فوق، علی‌رغم نظارتی که از طرف مهندس ناظر در اجرای کارها به عمل می‌آید، کارفرما و مهندس مشاور هر دو حق دارند مصالح مصرفی و کلیه کارهای انجام‌یافته را رأساً مورد رسیدگی قرار دهند و درهرحال نظارت مهندس ناظر هیچ‌گونه سلب حقی از مهندس مشاور جهت رسیدگی به امور نمی‌نماید. نتیجه آن‌که ماده ۳۷ مطابق با نظریه نمایندگی بوده و تفویض‌کننده اختیار شخصاً امکان رسیدگی به امور را دارا می‌باشد به دیگر سخن تفویض اختیار به معنای سلب اختیار نیست. (اسماعیلی هریسی، ۱۳۹۴، صص. ۵۹-۶۳)

۳۳. ثالثاً مطابق ماده ۳۷ شرایط عمومی پیمان در خصوص نحوه پرداخت‌ها، شایان ذکر است در آخر هر ماه پیمانکار می‌بایست وضعیت کارهای انجام‌شده را اندازه‌گیری نموده و صورت‌وضعیت را به مهندس ناظر تسلیم نماید تا مهندس ناظر صورت‌وضعیت را در اختیار مهندس مشاور قرار دهد و کلیه مراحل ارزیابی، کنترل و تطبیق صورت‌وضعیت‌ها بر عهده مهندس مشاور می‌باشد. در نتیجه مهندس ناظر در این مرحله تنها وظیفه انتقال صورت‌وضعیت به مهندس مشاور را داشته و مطابق با ماده مذکور هیچ‌یک از امور کنترل، انطباق و ارزیابی صورت‌وضعیت‌ها بر عهده وی نبوده که درواقع بیان‌گر این امر می‌باشد که نبود مهندس ناظر در فرآیند پرداخت صورت‌وضعیت‌ها موضوعیتی ندارد.

۳۴. رابعاً ۱۰ فقره صورت‌وضعیت تأییدشده در فاز اول قراردادی به همین ترتیب یعنی بدون حضور مقامی به‌عنوان مهندس ناظر و صرفاً با تأیید مهندس مشاور توسط شرکت ره‌آورد شمال پرداخت گردیده است. حال آن‌که خواننده محترم، به ناگاه تغییر رویه داده و به‌موجب نامه مورخ ۲۴ اسفند ۱۳۹۲ خود عدم حضور مهندس ناظر را مستمسکی برای عدم پرداخت صورت‌وضعیت‌های تأییدشده در میانه راه قرار داده است. به نظر می‌رسد ۱۰ نوبت پرداخت به ترتیب صورت گرفته نشان از رضایت کارفرما و اعتبار پرداخت‌ها به ترتیب یادشده دارد.

۳۹. ثانیاً نه تنها در هیچ یک از مواد موافقت نامه، شرایط عمومی یا خصوصی پیمان چنین حقی برای کارفرما وجود ندارد بلکه مطابق ماده ۳۷ شرایط عمومی پیمان در پایان هر ماه پیمانکار می بایست وضعیت کارهای انجام شده را اندازه گیری نموده و جهت تأیید به مهندس مشاور تحویل دهد. کارفرما نیز موظف است ظرف ۱۰ روز مبالغ تأیید شده را پرداخت نماید و یا چنانچه نظر به اصلاح ارقام دارد طی مواعد مشخص در ماده ۳۳ نسبت به اصلاح آن اقدامات لازم را انجام دهد.

۴۰. ثالثاً نحوه پرداخت در پیمان مطابق ماده ۳۳ شرایط عمومی پیمان تدریجی و به صورت مرحله ای در پایان هر ماه می باشد. لذا منوط نمودن پرداخت به انجام کامل پروژه برخلاف مفاد قرارداد می باشد.

۴۱. رابعاً پیمان از عقود معوض بوده و با انتقال هر یک از عوض و معوض طرف مقابل مالک مابه از خود می گردد. حال آن که اقسام اول از فاز دوم قرارداد از سوی موکل تهیه و در محل پروژه نصب گردیده و متقابلاً موکل می بایست مالک قسمتی از مبلغ پیمان، تقریباً به همان میزان انجام کار خود، گردد. لیکن تاکنون عوض این بخش از قرارداد پرداخت نگردیده است.

۴۲. خامساً شرایط عمومی پیمان از این مرحله نیز فراتر رفته و ماده ۳۷ اشاره دارد چنانچه پیمانکار در موعد مقرر صورت وضعیت را به مهندس مشاور تسلیم ننماید، مهندس مشاور با تأیید کارفرمای خود می بایست شخصاً اقدام به تهیه آن نموده و اقدامات بعدی به ترتیب بند (الف) ماده ۳۷ به عمل آید. بدین معنا که حتی با وجود عدم تهیه صورت وضعیت از سوی موکل، وظیفه مذکور به عهده مهندس مشاور و کارفرما بوده تا ترتیبات پرداخت تا آن مرحله از قرارداد که به اجرا رسیده است انجام پذیرد. (اسماعیلی هریسی، ۱۳۹۴، صص. ۲۶۷-۲۷۸)

۴۳. با این اوصاف درخواست می گردد صورت وضعیت های راجع به بخش اول از فاز دوم از تعهدات پیمانکار در خصوص اقلامی که از بازار داخلی تهیه شده و در موعد مقرر در محل اجرای پروژه نصب گردیده است، تأیید و پرداخت گردد. همچنین محاسبه و پرداخت خسارت تأخیر تأدیه صورت وضعیت های معطل نیز مورد تقاضای موکل می باشد.

خ) محکومیت خواننده به پرداخت خسارات و هزینه‌های داوری

۴۴. در پایان محکومیت خواننده به پرداخت کلیه هزینه‌های مقتضی از جمله هزینه‌های داوری، کارشناسی، حق‌الوکاله وکیل از باب تسبیب مورد استدعا می‌باشد.

با تجدید مراتب ادب و احترام

منابع و مأخذ:

۱. اتحاد، علی مراد (۱۳۹۳). *دانستنی‌های حرفه پیمانکاری*، تهران: نشر ایساتیس.
۲. اسماعیلی هریسی، ابراهیم، افزایش قیمت‌ها و سرنوشت پیمان‌ها، بازیابی شده در ۱۳۹۴/۱۱/۱۵، از وبسایت رسمی روزنامه مناقصه مزایده [/http://2rooznameh.ir](http://2rooznameh.ir)
۳. جنیدی، لعیا (۱۳۷۶). *قانون حاکم در داوریه‌های تجاری بین‌المللی*، تهران: نشر دادگستر.
۴. صادقی‌مقدم، محمدحسن (۱۳۷۸). *نظریه تغییر اوضاع و احوال در فقه و حقوق ایران*، مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش ۱۵ و ۱۶، (صص. ۹۰-۹۷)
۵. محبی، محسن و رضوانیان، اویس، توافق‌های چند لایه برای حل و فصل اختلافات تجاری و صنعتی، جشن نامه دهمین سالگرد تأسیس مرکز داوری اتاق ایران.
۶. هریسی اسماعیلی، ابراهیم (۱۳۹۴). *مبانی حقوق پیمان*، تهران: نشر جنگل.
۷. یزدی، سید مصطفی محقق داماد (۱۳۸۸). *قواعد فقه*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی