



اولین دوره مسابقات داوری تجاری

لایحه دفاعیه خوانده

کد تیم: FN۲۷۱

فهرست:

- دفاعیات شکلی ----- ۳
- عدم رعایت مقررات شکلی آیین داورى اتاق----- ۳
- ایراد در طرح خواسته----- ۳
- ایراد در ارجاعات و رفرنس های وکلای خواهان ----- ۴
- ایراد صلاحیت ----- ۴
- ایراد در انعقاد قرارداد اصلی----- ۶
- ایراد به تایید عملی قرارداد از طریق پرداخت صورت وضعیت
ها----- ۷
- ایراد به استقلال شرط داورى----- ۸
- ایراد عدم طی تشریفات پیش داورى----- ۸
- دفاعیات ماهوى----- ۹
- شمول اصل ۱۳۹ بر موضوع----- ۱۰
- عدم صدق مفهوم فورس ماژور در موضوع----- ۱۱
- تحریم از مصادیق فورس ماژور نیست----- ۱۲
- امکان پرداخت از سایر طرق برای خواهان----- ۱۲
- انتفاء خسارت تاخیر تادیه----- ۱۳
- وضعیت فسخ معامله و شرایط آن----- ۱۴
- ماهیت صورت وضعیت های پرداختى----- ۱۴
- لزوم وجود ناظر برای امکان تادیه صورت وضعیت----- ۱۵

اعضای محترم هیئت داوری

با عرض سلام و ادب

احتراماً از سوی آن نهاد محترم دعوی مطروحه از سوی شرکت کاسپین سامان (سهامی خاص) به شماره ثبتی ۵۲۳۶۵ به طرفیت موکل اینجانبان شرکت ره آورد شمال (سهامی خاص) به شماره ثبتی ۱۷۶۵۲۱ ارسال شده و مقرر گردیده که دفاعیات خود را در خصوص آن در مهلت مقرر شده قانونی تقدیم نمایم، علیهذا با توجه به مراتب ضمن تاکید بر اینکه شرکت موکل آن سازمان محترم را به عنوان مرجع داوری منتخب طرفین به رسمیت نمی شناسد و معتقد است که توافقی جهت ارجاع اختلافات پیش آمده به آن مرجع بین طرفین وجود ندارد مطالب ذیل را به استحضار عالی میرسانیم:

الف- دفاعیات شکلی

۱- خواهان محترم دعوا با اینکه به زعم خود آن مرجع محترم را صالح به رسیدگی به اختلافات پیش آمده می داند، در ارجاع دعوی خود به آن مرجع داوری محترم قواعد شکلی تقدیم دادخواست را مطابق آیین نامه داوری اتاق رعایت ننموده است. و اساساً صرف نظر از قواعد شکلی داوری سازمانی اتاق وکلای محترم خواهان از حداقل اصول کلی دادرسی در طرح دعوا که در ایران و اغلب کشورهای دنیا پذیرفته شده است تبعیت ننموده اند.

وفق بند ۳ از ماده ۶ آیین داوری اتاق داوری ایران دادخواست شامل تعیین خواسته و مبلغ آن مگر در دعاوی غیر مالی، باشد. مفهوم تعیین علی القاعده باید شامل تحدید موضوع خواسته و مطالبه مشخص آن باشد نه صرفاً طرح یک موضوع در قالب یک جمله خبری. (دکتر شمس،؛ ۱۳۸۴) از طرف دیگر با توجه به ادعای خواهان مبنی بر حکومت قواعد اتاق و صلاحیت رسیدگی آن نهاد به دعوی فی مابین قواعد مطروحه در ماده ۶ از قواعد داوری اتاق رعایت نشده و نه فقط در خصوص خواسته و تعیین آن بلکه در خصوص سایر موارد نیز قواعد شکلی رعایت نشده است.

۲- با اینکه هدف از طرح دعوی بیان مستدل خواسته های خود و تنجیز آن می باشد، متأسفانه در دادخواست تقدیمی خواهان محترم بدین نکته توجهی نشده و خواسته های ایشان از مرجع رسیدگی کننده به صراحت بیان نشده و ادعای ایشان صرفاً در قالب انبوهی از مطالب تئوریک و دانشگاهی ارائه شده که بیشتر شباهت به مقاله ای علمی-پژوهشی دارد. اساساً برای اینجانبان به عنوان وکلای خوانده هنوز روشن نیست که خواسته یا خواسته های خواهان منجزاً چه مطلب یا مطالبی است تا در برابر آن دفاع مقتضی در رد خواسته های مذکور بنماییم. صرف شکایت از عدم پرداخت چند صورت وضعیت معوق تاکنون یا دچار تحریم شدن قرارداد و شکات از فسخ قطعا برای هیچ محکمه ای ولو با قواعد منعطف دآوری در قیاس با دادگاه دلیل کافی برای رسیدگی به موضوع نمی باشد. فی المثل در خصوص فسخ صورت گرفته که مورد اعتراض خواهان محترم است، مشخص نیست که خواهان دقیقاً چه خواسته ای در این خصوص از هیئت محترم داوران دارد؟! خسارت ناشی از فسخ یا تنفیذ فسخ یا اعلام عدم اعتبار فسخ یا اعلام تعلیق قرارداد به استناد فورس ماژور!

۳- از طرفی ارجاعات آن به رویه قضایی و برخی دادنامه ها دارای ایرادات تکنیکی فراوانی است نه تنها دسترسی به برخی از آن آنها با این نحوه ارجاع ممکن نیست و شایسته بود به عنوان پیوست ادعاینامه (دادخواست) در اختیار خوانده قرار داده می شد، بلکه با مراجعه به برخی از آرا استنادی در دسترس نیز متوجه گردیدیم که اساساً موضوع دادنامه های استنادی غالباً ارتباط کافی با دعوی حاضر ندارد لذا در جهت تقویت استدلال ها و ادله ی خواهان نمی تواند باشد. فی المثل صرف اینکه دادنامه های متعددی در خصوص اصل ۱۳۹ قانون اساسی یا موضوع فورس ماژور موجود باشد دلیل بر ارتباط آن با وجه خاصی از این موارد در پرونده حاضر نخواهد بود.

از طرف دیگر در این خصوص باید به روح و ذات مفهوم دآوری نیز توجه گردد. اساساً دآوری یک نهاد فراقانونی بوده و فقط در اصول کلی تابع قوانین آنهم با وصف قوانین موجد حق بوده و ارائه نظریات و آرائ هرچند در تنویر ذهن داور مفید و قابل توجه می باشد لیکن استناد در این حجم به

آرای صادره و کاستن از استدلال مبتنی بر خود خواسته و اوضاع و احوال آن در فرایند داوری قابل توجیه نیست بلکه مناسب آن است که خواهان محترم بیشتر به خود دعوا و عرف و اصول بازرگانی حاکم بر دعوا و شرایط آن متمرکز شود.

۴- در خصوص امکان ارجاع این پرونده به مرجع محترم داوری بدیهی است که این مورد، نیاز به نص صریح قراردادی دارد. در خصوص صلاحیت بنا به دلایل ذیل مراجع محترم داوری اتاق بازرگانی صالح به رسیدگی نمی باشد چراکه

- اولاً اعتبار قرارداد دچار خدشه است فلذا شرط داوری آن نیز معتبر نمی باشد

- ثانیاً ارجاع به داوری خلاف اصل است و اصل صلاحیت عام مراجع دادگستری است مگر در دعاوی قراردادی اراده ی صریح طرفین قرارداد بر حل و فصل اختلاف از طریق داوری باشد و ارجاع به داوری سازمانی نیز نیازمند تصریح خاص طرفین است وگرنه ارجاع داوری به طور کلی دلالت بر ارجاع به داوری سازمانی نخواهد کرد و در مقام تردید اصل بر عدم ارجاع به داوری سازمانی است. آنچه از ظاهر عبارات " قواعد داوری اتاق " بدست می آید آن است که طرفین باید صراحتاً در خصوص مرجع داوری به اتاق داوری اشاره کنند چنانکه در بند الف و ب از ماده ۳ و ماده ۴ قواعد داوری اتاق این مساله ذکر شده . ماده ۴ قواعد مذکور از لازم الاجرا بودن قواعد اتاق در خصوص کسانی که صلاحیت اتاق را پذیرفته اند حکایت داشته لیکن در موارد عکس یعنی جایی که به قواعد اتاق ارجاع شده دلیل منطقی بر الزامی به پذیرش صلاحیت اتاق نمی باشد . اساساً طرفین داوری می توانند نحوه رسیدگی و نظام حاکم بر آن را خود تعیین کنند ولی این امر مساوی با پذیرش صلاحیت مراجع نمی باشد . کما اینکه طرفین در همین قرارداد به قانون جمهوری اسلامی ایران اشاره کرده لیکن این ارجاع مساوی با حکومت و صلاحیت نظام قضایی ایران در این دعوا نمی باشد .

۵- به نظر می رسد حتی در چارچوب تفسیر غایی و نزدیک شدن به اغراض واقعی طرفین نیز هیچ دلیل منطقی بر ارجاع به

داوری سازمانی وجود ندارد چراکه در این قرارداد طرفین بر قواعد حاکم و محل داوری تصریح کرده و بیان نموده اند که قواعد شکلی حاکم بر آن قواعد داوری اتاق بازرگانی باشد. تفسیر منطقی این مورد اخیر صرفاً این می تواند باشد که قانون حاکم بر روابط طرفین قواعد آمره قانون آیین دادرسی مدنی است و تصریح طرفین بر قواعد اتاق بازرگانی صرفاً می تواند به منزله عدول از قواعد تکمیلی قانون آیین دادرسی مدنی و جایگزینی قواعد شکل دیگری بر روند داوری است تا از این حیث برای داوران مرضی الطرفین ابهام زدایی شود و مشخص گردد بر اساس کدام مقرره و آیین شکلی رسیدگی نماید. هرچند این شرط قراردادی موثر است لیکن نمی توان از آن تفسیر خلاف نص کرد و اراده ی طرفین را به چیزی بیش از آنکه مدلول آن است نیز سرایت داد.

۶- علاوه بر این قرارداد منعقد شده طرفین بی اعتبار می باشد چرا که تشریفات شکلی امضای قرارداد توسط صاحبان حق امضای مجاز اشخاص حقوقی رعایت نگردیده است و هنگامی که قرارداد به نحو معتبر و توسط افرادی که از لحاظ قانونی مجاز به امضا و انعقاد آن باشند تنظیم نشده باشد فاقد هرگونه اثر قانونی بوده و به تبع باطل بودن قرارداد، شرط داوری مندرج در آن نیز باطل خواهد بود.

۷- اگرچه در نگاه نخست ممکن است به نظر برسد که امضای قرارداد توسط مدیری که حق امضا ندارد صرفاً مسئولیت های درون شرکتی برای وی در برابر مجامع و سهامداران و هیئت مدیره را ایجاد می کند لیکن توجه به این نکته ضروری است که این مورد نمیتواند از موارد غیر قابل استناد به ثالث باشد اساساً در حقوق شرکت از میان تصمیمات متعدد و گسترده ای که در مدیریت یک شرکت اتخاذ می شود قانون گذار تصمیمات اندکی را ضروری دانسته است که در روزنامه ی رسمی منتشر گردد و به اطلاع عموم برسد. لذا ادعای جهل نسبت به این موارد مسموع نیست و به دلیل دسترسی ساده و آسان برای همگان نسبت به صاحبان امضای مجاز هر شرکت، عدم امضای قرارداد توسط افراد دارای اختیار قابل استناد و ایراد و در برابر ثالث است چون از موارد عقاب بلا بیان نیست بلکه از مصادق قاعده ی اقدام است. لذا سهل انگاری در طی

تشریفات امضای یک قرارداد توسط ارکان شرکت ها در برابر هر دو طرف قرارداد قابل استناد است و نمی توان هیچ یک از طرف های مستقیم قرارداد را ثالث با حسن نیت تلقی نمود چراکه عرف نیز بر ضمیمه نمودن روزنامه رسمی شرکت یا ارسال آن به عنوان امری لازم جهت امضای قرارداد و مثبت سمت به شمار می آورد و چنین سهل انگاری قابل دفاع و حمایت قانونی نمی باشد

به اضافه مسئولیت حرفه ای که به عنوان قاعده ای عام بر روابط هر دو طرف حکومت دارد - چراکه هر دو طرف شرکت تجاری بوده و به صورت حرفه ای باید از قواعد آمره حاکم بر روابط شرکتی اطلاع می داشته اند- اقتضا دارد طرفین از قواعد اصلی حاکم بر روابط شرکتی اطلاع داشته و ملزم به رعایت آن باشند .

۸- حقوق شرکت ها یک حقوق شکلی است اعلام اراده در اشخاص حقوقی با طی تشریفات مقرر در قانون تجارت محقق می شود لذا در این زمینه بر خلاف موارد دیگر شکل موضوعیت دارد و نه طریقی و ضمانت صحت و اعتبار قرارداد است تا زمانی که این تشریفات انجام نشود اساسا اعلام اراده ای محقق نشده که منشا اثر باشد

۹- در مقام شک در وقوع قرارداد اصل عدم حاکم می شود چراکه مجرای اصل صحت در جایی است که تردیدی در وقوع قرارداد وجود نداشته باشد . در واقع در فرض قضیه قاعده ی صحت با اصل عدم تعارض داشته و در این خصوص باید به چند نکته توجه کرد:

اول : اجرای قاعده صحت در فرض وقوع عقد است . طبق اشاره قانون مدنی در ماده ۲۲۳ عقودی که واقع شده محمول به صحت است . اشاره به عبارت واقع شده دارای معنا می باشد لذا در شک در وقوع باید به جانب اصل عدم را گرفت.

ثانیا : آندسته از قواعد شکلی در خصوص شرکت های تجاری که الزامی بوده را باید در زمره اصول اراده ی شخص حقوقی به شمار آور و در صورت عدم رعایت آن وقوع رابطه قراردادی

را دچار اخلاق دانست. بر این اساس در ما نحن فیه به دلیل عدم رعایت مفاد آگهی ثبتی باید عقد را واقع نشده دانست.

۱۰- در خصوص تحلیل عمل صورت گرفته متعاقب طرفین بر انجام بخش عمده ای از فاز ۱ قرارداد و پرداخت ده فقره صورت وضعیت باید بیان شود اراده به موضوع یک قرارداد بدون امضای صحیح یک قرارداد به متن آن سند قراردادی اعتبار نمی بخشد بلکه بر اراده ی فعلی صورت گرفته و بر آن اقدامات اعتبار می بخشد. اعتبار یک سند منوط به امضای آن است و در صورت انجام موضوع آن سند بدون وقوع امضای آن باید قائل بر آن شد که اراده ی فعلی دیگری جز آن متن قراردادی به طور صحیح واقع شده است اساساً قواعد مربوط به استیفا و یا عقود معین برای همین مواقع نگارش یافته اند تا در صورتی که سند قراردادی موجود نبود قصد و اعمال طرفین در آن چارچوب های قانونی تفسیر شود و در موارد اختلاف طرفین قواعد حقوقی حاکم بر آن ها از متن قانون استخراج گردد. بر این اساس هر پرداخت صورت وضعیت مطابق قانون اجرت عمل خاص بوده که خود رابطه ی قراردادی مستقلاً به شمار می آید نه اجرای یک قرارداد.

۱۱- اساساً هدف قانون گذار از تکلیف کردن لزوم درج برخی اطلاعات شرکت در روزنامه ی رسمی برای این است که امکان بهانه و استناد سایرین را مبنی بر جهل نسبت به آن موضوعات افشا شده ی شرکت از میان بردارد لذا اگر همچنان به امضای خلاف این افشای الزام آور قانونی اعتبار دهیم الزام قانون گذار و قواعد شکلی آمره ی حقوق شرکت ها در این خصوص را ابتر و بی حاصل انگاشته ایم.

۱۲- در پاسخ به استدلال وکلای محترم خواهان دعوی مبنی بر فضولی بودن قرارداد توجه به این نکته ضروری است که در صورتی که شرایط شکلی وقوع معامله و به بیان دقیقتر شرایط شکلی اعلام اراده محقق نشده است و اساساً قراردادی واقع نشده تا فضولی باشد. در خصوص عقد فضولی باید نظر داوران محترم را به این نکته جلب نمود که ، مساله قرارداد فضولی را باید به عنوان یک مورد خلاف اصل در نظر گرفت . طبق اصول

تفسیری در موارد استثناء باید به قدر متیقن اکتفاء نمود .
لذا عقد فضولی را باید در مواردی که :

اول : شخصی غیر از مالک در خصوص اموال مالک
دوم : با قصد و سلامت اراده
سوم : قرارداد از لحاظ شکلی به صورت صحیح منعقد شده
باشد

در هر مورد که دچار تردید شده و یا انطباق وجود نداشته
باشد باید به استناد به خلاف اصل بودن صحت قرارداد فضولی
، رابطه را از دایره قرارداد فضولی خارج دانست . در ما
نحن فیه نیز به نظر می رسد انطباق چندانی میان وضع رابطه
ی طرفین با قرارداد فضولی وجود نداشته لذا استدلال وکلای
محترم خواهان صحیح به نظر نمی رسد

۱۳- در خصوص استدلال وکلای محترم خواهان مبنی بر استقلال شرط
داوری از قرارداد نیز باید بیان نمود: استناد به این اصل
استقلال صرفاً بر اساس قانون داوری تجاری بین المللی ایران
و قواعد داوری اتاق بازرگانی است لیکن بر اساس عموماً
قانون آیین دادرسی مدنی (ماده ۴۶۱) در صورتی که در صحت
قرارداد تردید باشد محکمه ابتدا به صحت قرارداد رسیدگی
می نماید چراکه صحت قرارداد در صحت شرط داوری موثر است
لذا در صورت حکم به عدم صحت قرارداد شرط داوری نیز باطل
است

۱۴- از طرف دیگر در این قرارداد مرحله ی پیش داوری پیش
بینی شده است و لذا حتی اگر بر خلاف استدلالات پیش گفته
قرارداد و شرط ارجاع به داوری را صحیح تلقی کنیم بازهم
ابتدا طرفین باید نسبت به مذاکره دوستانه اقدام نمایند و
سپس به داوری رجوع کنند لذا یک مرحله مذاکره قبل از
مرحله قرارداد متصور است. لازم به ذکر است که امروزه در
دکترین داخلی و بین المللی طرق متعددی جهت حل و فصل
دوستانه اختلافات پیش بینی شده است که معروف به **ADR**
(Alternative dispute settlement) است که مذاکره (Negotiation) ، سازش
(Conciliation) و میانجی گری (Mediation) از جمله مصادیق
آن است. (شیروی ، ۵۷؛ ۱۳۹۲) لذا مذاکره دوستانه خود یک
مرحله مستقل از حل و فصل اختلافات محسوب می شود و تا این
رکن با رعایت تمام تشریفات آن به طریق صحیح سپری نشود

نمی‌توان دآوری را آغاز نمود. استناد به چند مکاتبه و طرح اختلاف از سوی طرفین به هیچ وجه نمی‌تواند دلیل منطقی بر گذراندن مرحله مذاکره باشد. این مکاتبات صرفاً طرح موضوع اختلاف است و هیچ دلالتی مبنی بر اجرای بند حل و فصل اختلافات از طریق مذاکره و دعوت به آن و رد از سوی خواننده نمی‌نماید. استناد وکلای محترم خواهان به این عبارت از دکتر کاتوزیان که باید الفاظ قرارداد را به نحوی تفسیر نمود که موجب بی‌اثر شدن قرارداد نشود (کاتوزیان، ۱۶۲؛ ۱۳۸۳) را باید در این محل نیز در نظر گرفت. در واقع اشاره طرفین به تلاش برای حل و فصل مسأله آمیز اختلافات در قرارداد را باید فرای از اعمال یک طرفه از سوی یکی از طرفین قلمداد نمود بلکه بهتر است آن را فرایند مستقل به حساب آورد که در ارجاع امر دآوری نقشی تأثیرگذار دارد.

۱۵- همچنین به علت وجود تردید و اختلاف در صحت قرارداد منعقد شده بین طرفین وفق ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی که مقرر میدارد هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به دآوری بین طرفین اختلافی باشد دادگاه ابتدا به آن رسیدگی و اظهارنظر می‌نماید، چون اختلاف ناشی از انعقاد اصل معامله وجود دارد با توجه به حاکمیت قوانین ایران بر قرارداد ابتدا میبایست موضوع در دادگاه مطرح و رسیدگی گردد و بعد در صورتی که صحت آن توسط دادگاه احراز شد سایر موضوعات اختلافی توسط دآوری بین طرفین حل و فصل شود. (شمس، ۵۴۰؛ ۱۳۸۷)

ب- دفاعیات ماهوی

۱۶- از آنجا که مطابق قوانین ایران و رویه حاکم و علی‌الخصوص مقرر ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی، خواننده ضمن بیان ایرادات خود از قبیل صلاحیت، عدم توجه دعوی و... در ماهیت نیز وارد شده و پاسخ دعوی مطروحه را نیز بدهد در ادامه ضمن تأکید بر توجه به ایرادات مطروحه در بندهای فوق الذکر، نظر به اینکه در ماهیت دعوی نیز حقی برای شرکت خواهان متصور نمی‌باشد، توجه آن مرجع محترم را به مراتب ذیل جلب مینماید:

۱۷- در خصوص دفاعیات خواهان محترم دعوی در خصوص ایراد اصل ۱۳۹ قانون اساسی در این دعوی نیز ذکر نکاتی ضروری به نظر می‌رسد. نخست آنکه شرکت توانیر یک شرکت دولتی بوده و به هیچ عنوان متعلق به بخش خصوصی نیست. این موضوع از مراجع قانونی متعدد و از جمله سازمان خصوصی سازی نیز قابل استعلام است. از طرف دیگر توانیر در تعریف شرکت خصوصی مندرج در قانون محاسبات عمومی^۱ و مقررات خاص شرکتهای دولتی نیز نمی‌گنجد و از این حیث یک سازمان دولتی زیر مجموعه وزارت نیرو به نظر می‌رسد.

۱۸- اگرچه طرف قرارداد خواهان محترم مستقیماً شرکت توانیر نمی‌باشد لیکن کارفرمای اصلی این پروژه توانیر است و رونوشت و مکاتبه‌ی مستقیم خواهان محترم با توانیر نیز بر قبول حکومت اراده‌ی عالییه توانیر بر پروژه موضوع قرارداد و دعوی فی مابین دلالت دارد. در عرف قواعد پیمانکاری وجود پیمانکاران فرعی و واگذاری تمام یا بخشی از قرارداد به پیمانکاران متعدد امری متداول است لیکن امکان اعمال اراده و دخالت کارفرمای اصلی و حکومت اراده و مداخله‌ی او بر پروژه در برابر کلیه‌ی پیمانکاران فرعی عرف مسلمی است و تبعیت و تمکین پیمانکاران فرعی از کارفرمای اصلی

۱در ماده (۴) قانون محاسبات عمومی کل کشور و قانون مدیریت خدمات کشوری تعریف شرکت دولتی ذکر شده است. در قانون محاسبات عمومی می‌خوانیم: «شرکت دولتی واحد سازمانی مشخصی است که با اجازه قانون به صورت شرکت ایجاد شود و یا به حکم قانون و یا دادگاه صالح ملی شده و یا مصادره شده و به عنوان شرکت دولتی شناخته شده باشد و بیش از ۵۰ درصد سرمایه آن متعلق به دولت باشد. هر شرکت تجاری که از طریق سرمایه گذاری شرکت های دولتی ایجاد شود، مادام که پنجاه درصد سهام آن متعلق به شرکت های دولتی است، شرکت دولتی تلقی می شود.

تبصره- شرکت هایی که از طریق مضاربه و مزارعه و امثال اینها به منظور به کار انداختن سپرده های اشخاص نزد بانک ها و مؤسسات اعتباری و شرکت های بیمه ایجاد شده یا می شوند از نظر این قانون شرکت دولتی شناخته نمی شوند.»

قانون مدیریت خدمات کشوری که حاکم است، این تعریف را آورده است:

«ماده ۴- شرکت دولتی: بنگاه اقتصادی است که به موجب قانون برای انجام قسمتی از تصدی های دولت به موجب سیاست های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی، ابلاغی از سوی مقام معظم رهبری جزو وظایف دولت محسوب می گردد، ایجاد و بیش از پنجاه درصد سرمایه و سهام آن متعلق به دولت می باشد. هر شرکت تجاری که از طریق سرمایه گذاری وزارتخانه ها، مؤسسات دولتی و شرکت های دولتی منفرداً یا مشترکاً ایجاد شده مادام که بیش از پنجاه درصد سهام آن منفرداً یا مشترکاً متعلق به واحدهای سازمانی فوق الذکر باشد شرکت دولتی است.

تبصره ۱- تشکیل شرکت های دولتی تحت هریک از عناوین فوق الذکر صرفاً با تصویب مجلس شورای اسلامی مجاز است. همچنین، تبدیل شرکت هایی که سهام شرکت های دولتی در آنها کمتر از پنجاه درصد (۵۰٪) است با افزایش سرمایه به شرکت دولتی ممنوع است.

تبصره ۲- شرکت هایی که به حکم قانون یا دادگاه صالح ملی و یا مصادره شده و شرکت دولتی شناخته شده یا می شوند، شرکت دولتی تلقی می گردند.

تبصره ۳- احکام «شرکت های دولتی» که در این قانون ذکر شده بر کلیه شرکت هایی که شمول قوانین و مقررات بر آنها مستلزم ذکر یا تصریح نام است نیز اعمال خواهد شد.»

به عنوان مالک پروژه امری بدیهی است. در واقع از آنجا که شرکت توانیر بهره بردار اصلی از اجرای طرح می باشد و از طرف دیگر از آنجا که میان شرکت توانیر و شرکت ره آورد شمال قراردادی وجود داشته که دراری شرایط خاص خود می باشد شرکت ره آورد شمال صرفا برای در جریان گذاردن بهره بردار اصلی اقدام به ارسال رونوشت برای شرکت توانیر نموده است و این مکاتبات ایجاد هیچ گونه رابطه ی قراردادی و تعهد آوری میان شرکت ره آورد شمال با شرکت توانیر نخواهد داشت .

۱۹- متاسفانه وکلای محترم خواهان در استدلالی عجیب عنوان نموده اند محدودیت اصل ۱۳۹ قانون اساسی مربوط به اموال دولتی است نه قراردادها! لیکن باید پاسخ داد که هر اعمال حق و دخل و تصرف در اموال به موجب یک قرارداد صورت می گیرد لذا تفسیر فوق عملا موضوعی برای اعمال اصل ۱۳۹ باقی نمی گذارد و آن را از معنا تهی می سازد .

۲۰- در لایحه وکلای محترم خواهان نیز در چند مورد اقرار صریح بر دولتی بودن یک طرف دعوا ملاحظه می شود لذا مانع اصل ۱۳۹ قانون اساسی در ارجاع این دعوا به داوری محرز است از جمله در بند ۲۴ لایحه خواهان و یا در جاییکه جهت لزوم تشریفات فسخ اذعان داشته اند که این فسخ جهت نهایی شدن نیاز به تشکیل هیئت سه نفره وزیران دارد که این امر خود نشان دهنده اعلام و اقرار وکلای محترم بر دولتی بودن طرف و موضوع قرارداد، فلذا حکومت اصل ۱۳۹ قانون اساسی مورد قبول شرکت خواهان نیز می باشد

۲۱- وکلای محترم خواهان چنین استدلال نموده اند که به دلیل تراضی طرفین بر حکومت داوری بر دعاوی آتی عدول از اصل ۱۳۹ صورت پذیرفته است لیکن باید توجه داد که قواعد مندرج در اصول قانون اساسی مصداق اتم و اکمل قواعد آمره می باشند که امکان تراضی بر خلاف آن وجود ندارد .

۲۲- وکلای محترم خواهان در بند ۱۲ لایحه خود چنین استدلال می نمایند که دارایی اشخاص حقوقی از دارایی سهامداران آن متمایز است این تفسیر در حوزه ی حقوقی خصوص و حقوق تجارت منطقی به نظر می رسد لیکن در خصوص شرکت ها و سازمان

های دولتی اساساً شخصت حقوقی دولت متشکل از همین اشخاص حقوقی و دارایی هاست و تفکیک میان آن دو قابل تعیین نیست و این تفسیر باعث بی موضوع و مصداق ماندن اصل ۱۳۹ قانون اساسی می شود

۲۳- به نظر می رسد روح حاکم بر اصل ۱۳۹ بر آن است که در عرصه داخلی مبنی بر ارجاع دعاوی مربوط به حقوق ملت به محکمه دادگستری است و غالب تفاسیر دکتترین مورد استناد وکلای محترم خواهان مربوط به داوری های بین المللی است که به دلیل تداخل صلاحیت های سرزمینی دادگاه ها و عبور از اصل ۱۳۹ و رجوع به داوری مد نظر مفسرین و دکتترین است لیکن در دعوی حاضر که یک دعوی داخلی است و در خصوص پروژه های ملی و دستگاه های دولتی مثل برق رسانی به مردم که از وظایف حاکمیتی وزرات نیرو است که توسط توانیر انجام می دهد، ارجاع به محکمه و پایبندی به اصل ۱۳۹ با هدف و غایت و روح حاکم بر این اصل قانون اساسی سازگار تر است.

۲۴- در بند ج ۴ لایحه وکلای محترم خواهان استدلال عجیبی مطرح شده است مبنی بر اینکه چون اموال عمومی طرف دولتی قرارداد در مقام خواننده و دفاع است و نه در مقام خواهان و طرح دعوا لذا می توان از اصل ۱۳۹ عدول نمود! در پاسخ باید بیان نمود اصل عدم صلاحیت در مورد خواهان و خواننده تفاوتی نمی نماید و حق ایراد عدم صلاحیت برای خواهان از همین حیث مقرر گردیده است. با مراجعه به متن رفرنس ارائه شده از سوی وکلای محترم به درستی در می یابیم (شیروی، ۶۴۲؛ ۱۳۹۳) که نویسنده این مساله را به عنوان یک فرض مطرح و برای تقویت آن عنوان کرده در رویه عملی تا کنون اعتراضی به حضور شرکت نفت به عنوان خواننده در داوری به عنوان خواننده نشده است. به نظر می رسد علاوه بر احترام به تخصص نویسنده ی رفرنس باید گفت این رویه ای خلاف نص صریح قانون بوده و در حقوق عمومی چنانکه می دانیم اصل بر عدم صحت بوده و اصل منع مگر در موارد مشخص معتبر است. (رستمی، ۲۴؛ ۱۳۹۲)

۲۵- نظر به استدلال وکلای محترم خوان در بند ج ۴ مبنی بر شرکت دولتی بودن خواننده دعوی، قواعد عمومی پیمان به عنوان قواعد آمره بر طرف های دولتی هر پیمان حاکم است و

دیگر نمی تواند قواعد عمومی پیمان را به عنوان شروط استاندارد درج شده در قرارداد به موجب تراضی صریح طرفین بر توافق آن ها بر پیمان استناد نمود. لذا تراضی خلاف هر یک از بنده های قواعد عمومی پیمان نیز فاقد اثر خواهد بود.

۲۶- در خصوص استدلال های وکلای محترم خواهان در ارتباط با توجیه عدم اجرای قرارداد با استناد به تحریم های جدید و تفسیر آن به یکی از مصداق های فورس ماژور ذکر چند نکته ضروری است: اولاً تحریم در هیچ یک از کتب معتبر حقوق داخلی و خارجی و اسناد قانونی داخلی و بین المللی به عنوان یکی از مصداق بارز فورس ماژور تلقی نشده است و به نظر می رسد از مصداق دشوار شدن اجرای قرارداد (Hardship) باشد لیکن تحریم از مصداق فورس ماژور و قوه قاهره (موضوع ماده ۲۲۹ قانون مدنی) به نظر نمی رسد.

۲۷- بالاخص در ایران چندین دهه است که تحریم های گوناگون به ویژه پس از پیروزی انقلاب اسلامی بر شرایط اقتصادی کشور حاکم بوده است و انتظاری عقلایی که طرفین با در نظر گرفتن امکان مواجهه با تحریم به عنوان یکی از شرایط محل انعقاد معامله تعهدات خود را سامان دهند. از تحریم داماتو تا کنون هزاران قرارداد و پروژه در ایران با مسائل تحریم دست به گریبان بوده است لذا عنصر غیر قابل پیش بینی بودن قوه قاهره که در قانون مدنی و اصول کلی حقوقی داخلی و خارجی محرز است در خصوص تحریم در ایران ملاحظه نمی شود. همچنان که در ماده ۷-۱-۷ از مقررات متحد الشکل بازرگانی بین المللی نیز چنین عنوان شده: هرگاه یکی از طرفین ثابت نماید که عدم ایفاء به واسطه ی مانعی خارج از اقتدار او بوده و ثابت کند که نمی توان عرفاً از او انتظار داشت که در زمان انعقاد قرارداد آن را ملحوظ داشته یا از آثار آن اجتناب نموده یا آنها را دفع کرده باشد مسئول نخواهد بود (نوری، ۱۹۷؛ ۱۳۷۸) در نتیجه دو عامل باید جمع شوند تا فورس ماژور محقق شود:

اول: خارج از اقتدار بودن

دوم: عدم امکان پیش بینی

در ما نحن فیه چنانکه در فوقا توضیح داده شد تحریم نه تنها قابل پیش بینی بلکه با توجه به سیاست های سالهای انعقاد قرارداد محتمل الوقوع بوده است .

۲۸- هم چنین در صورت عدم امکان انجام تعهد توسط شرکت خواهان به دلیل تحریم های بانکی، به نظر میرسد چون امکان انجام تعهد به طریق دیگر ممکن بوده است، امکان استناد به این موضوع وجود نداشته باشد چرا که اولاً از فحوای بند قراردادی به هیچ وجه نمی توان استنباط نمود که پرداخت از طریق گشایش ال سی و از طریق شرکت خواهان موضوعیت دارد بلکه نحوه ی پرداخت طریقتی دارد و آنچه موضوع تعهد خواهان در قرارداد بوده انجام خرید قطعات خارجی بوده است . ثانیاً مطابق ماده ۳۲۸ قانون مدنی و ۲۶۸ قانون مدنی امکان انجام موضوع تعهد توسط دیگری وجود داشته است به عبارتی شرکت کاسپین سامان می توانسته است به صورت نقدی و از طریق صرافی ها و یا با دستور به پرداخت به یکی از نمایندگان خود در خارج از ایران اقدام به پرداخت ثمن نماید. لذا تحریم باعث غیر مقدور شدن انجام تعهد وی نشده است. ثالثاً یکی از شرایط و اوصاف شرکت کاسپین سامان که باعث واگذاری قرارداد به وی شده است دارا بودن عنوان نمایندگی یک شرکت ایتالیایی و سهام داران خارجی بوده است لذا در مورد این شرکت بسیار سهل و آسان بوده است که خرید ها و پرداخت های آن از طریق طرف خارجی خود انجام دهد. چه بسا که علت ارجحیت این پیمانکار بر سایر پیمانکاران داشتن همین نمایندگی خارجی بوده است تا امر خریدهای خارجی موضوع قرارداد تسهیل گردد. رابعاً این موضوع حتی در بند دال ماده ۲۰ شرایط عمومی پیمان نیز آمده است "د) درموردی که مصالح و تجهیزات بایدبوسیله پیمانکار از خارج از کشور تهیه شود، کارفرما کارفرما اجازه ورود آنها را از سازمانهای ذیربط به هزینه پیمانکار تحصیل می نماید. هر گاه ضمن اجرای کار، محدودیتهای جدیدی پیش آید که به علت آن، پیمانکار نتواند مصالح و تجهیزات مورد نیاز اجرای کار را، درمدتی که برنامه پیشرفت کار ایجاب می کند، از خارج از کشور تهیه و وارد کند، مراتب را با ذکر دلیل و ارائه اسناد از طریق مهندس مشاور به اطلاع کارفرما می رساند تا با توجه به برنامه زمانی اجرای کار، کارفرما

در مورد چگونگی تأمین این مصالح و تجهیزات، تصمیم‌گیری نماید". بر این اساس چنانکه در مکاتبات نیز ملحوظ است کارفرما پس از استعلام پیمانکار اعلام کرده از طرق دیگر اقدام به تأمین ادوات نماید. لذا استناد به غیر مقدور شدن بلاوجه است. خامساً تحریم در خصوص ممنوعیت ورود برخی کالاها به ایران ممکن است پذیرفتی باشد لیکن در خصوص پرداخت به هیچ‌عنوان قابل‌پذیرش نمی‌باشد چرا که در طول وضع تحریم‌های بانکی بسیاری دیگر از شرکت‌های داخلی مشابه به طرق مختلف به اجرای تعهدات قراردادی خود و انجام خریدهای خارجی خود مبادرت ورزیدند. لذا نهایتاً می‌توان تحریم را موجب دشوار شدن اجرای قرارداد یا افزایش هزینه‌های اجرای تعهد دانست شاید در سهل‌گیرانه‌ترین تحلیل موجب توجیه‌کننده‌ی تاخیر یا تعلیق قرارداد باشد لیکن هیچ‌وجدان منصفی تحریم را در شرایط موضوع دعوا بهانه‌ی قابل‌توجیه برای سرباززدن از انجام تکلیف قراردادی به‌طور کلی نمی‌داند.

۲۹- در خصوص خواسته‌ی وکلای محترم خواهان مبنی بر خسارت تاخیر تادیه باید عنوان نمود اوصاف تحقق خسارت تاخیر تادیه در فرض دعوای حاضر محقق و محرز نمی‌باشد. وفق مواد قانونی از جمله مواد ۵۲۰ و ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی خواهان با اثبات شرایطی می‌تواند مطالبه خسارت کند که از جمله آنها قطعی بودن اصل طلب و رسیدن موعد پرداخت آن است. در حالیکه نه تنها صحت قرارداد منشا اصل طلب محل خدشه است بلکه صورت وضعیت‌های تایید نشده قابل جرح و تغییرند و این امر از بررسی شرایط عمومی پیمان برمی‌آید و مضافاً صورت وضعیت‌های صادره به امضاء و تایید مهندس ناظر نرسیده تا امکان مطالبه قانونی آن فراهم باشد، لذا مبلغ دقیق طلب هنوز قطعی نشده تا نسبت به آن بتوان خسارت مطالبه نمود. همچنین مستنداً به بند ۴ ماده ۴۶ قواعد عمومی پیمان و با توجه به فазبندی پروژه تا زمانی که یک فاز به انتها نرسیده است امکان مطالبه خسارت تاخیر تادیه و سایر خسارات ممکن نیست. طبق عرف و شرایط عمومی پیمان میزان صورت وضعیت‌های دوره‌ای قطعی نبوده و اولاً در صورت عدم تایید نهایتاً تا ۷۰ درصد قابل پرداخت است (ماده ۳۰ شرایط عمومی پیمان) ثانیاً تا پیش از تحویل قطعی و صورت

وضعیت نهایی امکان کاستن یا افزودن به مبلغ وجود داشته و نباید آن را قطعی تلقی کرد .

۳۰- لازم به ذکر است در پاسخ به ایراد وکلای محترم خواهان مبنی بر عدم رعایت تشریفات فسخ ، توجه به این نکته ضروری است عدم رعایت تشریفات فسخ در قرارداد و قواعد عمومی پیمان فاقد ضمانت اجراست و اساسا این ضمانت اجرا هرچه که باشد منطقا به وقوع و صحت فسخ نمی تواند خلی وارد آورد .

۳۱- وکلای محترم خواهان جهت لزوم تشریفات فسخ اذعان داشته اند که این فسخ جهت نهایی شدن نیاز به تشکیل هیئت سه نفره وزیران دارد این امر خود نشان دهنده اعلام و اقرار وکلای محترم بر دولتی بودن طرف و موضوع قرارداد، فلذا حکومت اصل ۱۳۹ قانون اساسی و قواعد آمره ی پیمان است در واقع دفاع از لایحه ای که در موارد مختلف خود را بین قواعد حاکم بر داوری در اموال عمومی و داوری در اموال خصوصی معلق نموده از این حیث دشوار به نظر می رسد که وکلای محترم خواهان بدون توجه به اثر این دو نوع استدلال (دولتی بودن یا نبودن شرکت) در برخی موارد اصل دعوا را به دلیل خصوصی بودن شرکت قابل داوری دانسته و در برخی موارد برای دفاع از برخی موارد شرکت را دولتی قلمداد کرده است . اگر این قرارداد بین دو شرکت خصوصی بسته شده ، شرایط عمومی پیمان حکم شرط استاندارد را داشته و اساسا هیئت مورد پیش بینی در شرایط اساسی پیمان وجود نداشته و اگر این شرایط عمومی به حکم قانون بر رابطه قراردادی طرفین حاکم است پس با دولت مواجه بوده و امکان داوری نخواهیم داشت . در فرض داوری پذیر بودن دعوا نیز باید عنوان کرد حسب قواعد عام قانون مدنی ایران فسخ قرارداد یک عمل حقوقی یک طرفه بوده و مراتب اعلام آن نه برای صحت بلکه برای اثر بخشی و اطلاع می باشد . در این صورت عدم رعایت مراتب فسخ از سوی شرکت ره آورد شمال خلی به صحت فسخ وارد نمی کند بلکه در این خصوص حق خواهان برای مطالبه اعلام فسخ و جبران خسارات در صورت بروز و اثبات باقی است

۳۲- در خصوص خواسته پرداخت صورت وضعیت های معطل باید توجه نمود که قرارداد موضوع دعوا دارای دو فاز است و تا زمانی که فاز ۲ کامل نشده است تعهد و الزام به پرداخت موضوعیت

نمی یابد. ثانیاً با توجه به اینکه قرارداد از اساس معتبر نمی باشد الزام به پرداخت بر اساس آن فاقد وجاهت حقوقی است.

۳۳- هم چنین خواهان محترم پرداخت ها را مستند به قرارداد مورد مطالبه قرار می دهد و نه از باب استیفا بایستی توجه نماید که مطابق قرارداد و قواعد عمومی پیمان که به استناد تصریح طرفین در قرارداد و دولتی بودن یک طرف قرارداد بر آن حاکم است. قرارداد بایستی ناظر داشته باشد و تا ناظر تعیین نشود و تایید صورت وضعیت ها توسط وی صورت نگیرد کارفرما تعهد به پرداخت پیدا نمی کند. تراضی طرفین بر خلاف قواعد آمره قواعد عمومی پیمان و از جمله الزام به وجود ناظر و لزوم تایید وی جهت پرداخت فاقد اثر است.

۳۴- علیهذا نظر به دفاعیات به عمل آمده متمنی است با لحاظ ایرادات به عمل آمده علی الخصوص در خصوص اعتبار اصل قرارداد و عدم توافق بر ارجاع به داوری آن مرجع محترم تصمیم شایسته مبنی بر اعلام عدم صلاحیت اتخاذ گردد. بدیهی است در فرض بعید عدم پذیرش ایرادات مطروحه صدور حکم بر رد دعوی بی اساس خواهان مورد استدعاست.

با احترام مجدد

گروه FN۲۷۱

فهرست منابع اشاره شده در متن:

الف : کتب :

۱. کاتوزیان ، امیر ناصر ، ۱۳۸۳ ، اعمال حقوقی، تهران ، سهامی انتشار.
۲. شمس، سید عبدالله، ۱۳۸۳ ، آیین دادرسی مدنی، تهران، میزان، ج ۲
۳. شمس، سید عبدالله، ۱۳۸۷ ، آیین دادرسی مدنی ، تهران ، میزان، ج ۳
۴. شیروی، عبدالحسین، ۱۳۹۲ ، دآوری تجاری بین المللی، تهران، سمت
۵. شیروی، عبدالحسین، ۱۳۹۳ ، حقوق نفت و گاز، تهران، میزان
۶. نوری ، محمد علی، ۱۳۷۸ ، اصول قراردادهای بازرگانی بین المللی، تهران، گنج دانش

ب : مقاله :

- رستمی، ولی؛ کتابی رودی، احمد، ۱۳۹۲ ، اختیارات و اقتدار دستگاه مالیاتی، مطالعات تطبیقی، دوره ی ۴ شماره ۲