

اسفند ماه

۱۳۹۴

لایحه دفاعیه مسابقات داوری تجاری



کد اختصاصی گروه: LO585
مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران و مرکز منطقه‌ای داوری تهران



بسمه تعالی

جناب آقای دکتر محسن محبی

رئیس محترم مرکز داوری اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران

باسلام

احتراماً، بازگشت به دادخواست خواهان محترم، شرکت کاسپین سامان، مبنی بر درخواست رسیدگی به ادعاهای وی توسط آن مرجع محترم داوری، به وکالت از خوانده محترم، شرکت ره‌آورد شمال، دفاعیاتی به شرح آتی ایفاد می‌گردد.

با تقدیم احترام

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱.....	بخش اول) سابقه امر.....
۲.....	بخش دوم) ایرادات شکلی.....
۲.....	الف) بی اعتباری قرارداد و به ویژه بی اعتباری شرط داوری ذیل آن.....
۳.....	ب) عدم طی مرحله پیش از داوری.....
۵.....	پ) عدم توافق طرفین بر ارجاع اختلافات به مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران.....
۷.....	بخش سوم) ایرادات ماهوی.....
۷.....	الف) عدم تلقی تحریم به عنوان فورس ماژور در رویه های داخلی و بین المللی و رد ادعای انفساخ قرارداد.....
۱۱.....	ب) انطباق فسخ کارفرما با شرایط قراردادی و قانونی.....
۱۳.....	پ) عدم تحقق شرایط آزادسازی ضمانت نامه های بانکی پیمانکار.....
۱۴.....	ت) فقدان شرایط لازم جهت تأیید صورت وضعیت های معطل و پرداخت صورت وضعیت های تأیید شده.....

بخش اول) سابقه امر

۱. طی یک قرارداد مهندسی، تأمین تجهیزات و ساخت،^۱ انجام عملیات طراحی، تهیه و نصب تجهیزات برقرسانی در قالب یک مجموعه واحد، یک پارچه و غیر قابل تفکیک یا تجزیه به هدف دستیابی به محصول نهایی، یعنی راه اندازی پروژه برقرسانی به شهرستان هشتگرد، به پیمانکار واحد (شرکت کاسپین سامان) واگذار شده است که علی رغم وضوح تعهدات پیمانکار ضمن قراردادهای EPC به طور کل و قرارداد فی مابین به طور جزء، آن شرکت از انجام قسمتی از تعهدات خود استنکاف نموده و موجبات ورود خسارات بسیاری را به این شرکت فراهم آورده است.

۲. عوامل متعددی در ترغیب کارفرمایان به واگذاری پروژه های خود به پیمانکاران در قالب قرارداد EPC وجود دارد. در این دسته از قراردادها سه عامل «محدوده پروژه»، «زمان» و «هزینه» که مجموعاً «محدودیت های سه گانه»^۲ نامیده می شوند تغییرناپذیر هستند و به همین سبب پیمانکار پیش از ورود به مراحل مناقصه می بایست ریسک های پروژه را به دقت محاسبه نماید، چرا که قرارداد EPC در بردارنده مسئولیت گسترده و صد در صدی برای پیمانکار خواهد بود.

۳. در قراردادهای EPC در پروژه های صنعتی، شاهد مشارکت پایین کارفرما و تخصیص ریسک پروژه به پیمانکار هستیم. قرارداد موضوع اختلاف فی مابین موکل و شرکت کاسپین سامان به صورت قرارداد دو عاملی طراحی شده است که براساس تعریف سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور در نشریه ۵۴۹۰ عبارت است از: «انجام تمام یا برخی از مراحل مختلف کارهای مهندسی پروژه، تأمین و تدارک کالاها، تجهیزات و مصالح پروژه و خدمات فنی مرتبط با آنها، عملیات ساختمان، نصب و راه اندازی و آزمایش های عملکردی و سایر خدمات جانبی مرتبط با آنها که به طور توأم توسط پیمانکار انجام می شود». به طور کلی تمام وظایف مربوط به اجرای پروژه بر عهده پیمانکار خواهد بود؛ لذا از علل مهم واگذاری پروژه های صنعتی به پیمانکاران در قالب EPC، انتقال ریسک های فنی، هزینه ای و زمانی به پیمانکار و مسدود کردن راه ادعاهای مالی ناصحیح پیمانکاران اجرایی است.

¹ Engineering, Procurement, Construction

² Triple Constraints

۴. قرارداد فی‌مابین موکل و پیمانکار به دلیل موضوعیت داشتن بحث «زمان» به سبب حساسیت پروژه برق‌رسانی و تمایل شرکت ره‌آورد شمال به واگذاری طرح به طور مجموعه‌ای واحد به منظور قرارگرفتن حداکثر مسئولیت اجرایی بر دوش پیمانکار و به حداقل رساندن مشارکت کارفرما و با تأکید بر گستردگی مسئولیت پیمانکار در قالب EPC به وی واگذار شده‌است. لیکن علی‌رغم مسئولیت صد در صدی، پیمانکار با ادعای حادث شدن تحریم‌های بانکی جهت گشایش اعتبارات اسنادی و با برشمردن این موضوع به عنوان مصداقی از فورس‌ماژور، از انجام قسمتی از تعهدات فاز دوم قرارداد سر باز زده‌است. حال آن‌که به عنوان مثال در نمونه قراردادهای تیپ EPC در سطح بین‌المللی، به صراحت اشاره شده‌است که در این قراردادها پیمانکار می‌بایست همه اطلاعات لازم در خصوص خطرات، اتفاقات و دیگر شرایط مؤثر بر کار را با توجه به هزینه و زمان، از پیش کسب نماید و با امضای قرارداد، پیمانکار به تمامی مسئولیت پیش‌بینی کلیه مشکلات و هزینه‌های تکمیل موفق کار را بر عهده دارد^۳ و حتی قیمت قرارداد با توجه به مشکلات و هزینه‌های پیش‌بینی نشده تعدیل نمی‌شود.^۴

بخش دوم) ایرادات شکلی

۵. پیش از ورود در ماهیت اختلاف مبنی بر رد ادعاهای شرکت کاسپین سامان، ایراداتی شکلی به دعوی مطروحه از جانب خواهان محترم وارد است که به شرح ذیل به استحضار می‌رساند:

الف) بی‌اعتباری قرارداد و به‌ویژه بی‌اعتباری شرط داوری ذیل آن

۶. قرارداد موضوع اختلاف توسط یکی از اعضای هیئت مدیره این شرکت به امضا رسیده‌است. حال آن‌که امضای شرکت به شرح مستندات ثبتی و روزنامه منتشره (مستند شماره ۱) عبارت است از امضای مدیرعامل به همراه مهر شرکت؛ لذا قراردادی که حاوی امضای شرکت (امضای مدیرعامل و مهر توأمان) نیست نمی‌تواند شرکت را متعهد به مفاد آن نماید. در پاسخ به بند ۱۴ دادخواست ابرازی نیز لازم به ذکر است که در نامه‌ها و اقدامات پس از امضای قرارداد نیز در هیچ مستندی امضای شرکت به نحو کامل و معتبر (امضای مدیرعامل و مهر توأمان) درج نگردیده‌است، بلکه اعضای شرکت در هر مورد شخصاً اقدام نموده‌اند. تالی فاسد تسری اقدامات و تعهدات شخصی تنی چند از مدیران به عنوان تعهدات شرکت آن است که اصل تفکیک شخصیت حقوقی شرکت از شرکا

^۳ FIDIC, Red Book, 2005, sub-clause 4.10

^۴ FIDIC, Silver Book, 1999, sub clause 4.12

(به عنوان یکی از اصول بنیادین حقوق شرکت‌های تجاری) و همچنین فلسفه تعیین امضای شخصیت حقوقی و انتشار آن خدشه‌دار می‌گردد. لذا باتوجه به ایراد قرارداد موضوع اختلاف از حیث اعتبار به موجب ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی، که به تصریح خواهان محترم در بند ۱۲ دادخواست قانون شکلی حاکم بر قرارداد و دعواست، امر می‌بایست بدو در دادگاه صالح مطرح و در خصوص آن اتخاذ تصمیم گردد.

۷. در پاسخ به بندهای ۱۶ الی ۲۲ دادخواست ابرازی که به اصل استقلال شرط داوری اشاره دارد، لازم به ذکر است که اولاً اصل استقلال شرط داوری در داوری‌های بین‌المللی و از جمله در قانون داوری تجاری بین‌المللی پیش‌بینی گردیده‌است. به موجب این اصل خدشه وارد نمودن طرفین به اعتبار قرارداد، مانع صلاحیت مرجع داوری در رسیدگی به این موضوع نمی‌باشد. اما در خصوص داوری‌های داخلی نه تنها تصریحی در این خصوص وجود ندارد بلکه به موجب ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی، به اختلافات ناشی از اعتبار قرارداد توسط مرجع صالح دادگستری رسیدگی می‌شود. نتیجه آن که با توجه به نص صریح و آمره قانونی نمی‌توان به قانون خاص داوری تجاری بین‌المللی که مختص داوری‌های بین‌المللی است و یا سوابق امر (مذکور در بندهای ۱۷ و ۱۸ دادخواست) استناد نمود. لذا از آن مرجع محترم توقف رسیدگی و ارجاع طرفین به مرجع صالح دادگستری موضوع ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی درخواست می‌گردد.

(ب) عدم طی مرحله پیش از داوری

۸. به موجب ماده ۵۳ قرارداد فی مابین: «طرفین توافق می‌نمایند که در صورت بروز اختلاف، ابتدائاً تمام تلاش خود را برای حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلاف از طریق مذاکره میان مدیران ارشد طرفین به کار می‌بندند. در صورت عدم حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلاف طرفین توافق می‌نمایند ...»

۹. بند حل و فصل اختلافات پیش‌بینی شده در قرارداد از نوع بندهای حل و فصل اختلافات چندلایه بوده که طرفین به دلایل ذیل به انجام آن متعهد می‌باشند:

۱۰. اولاً، استفاده از بندهای حل و فصل اختلافات چندلایه در قراردادهای پیمانکاری دارای سابقه می‌باشد. در واقع امروزه یکی از ویژگی‌های قراردادهای پیمانکاری آن است که اصولاً در بند حل و فصل اختلافات این قراردادها مراجعه مستقیم به داوری پیش‌بینی نشده بلکه مراحل پیش از مراجعه طرفین به داوری در نظر گرفته شده است و کمتر قرارداد پیمانی را می‌توان یافت که حاوی این نوع شرط نباشد. هدف طرفین از در نظر گرفتن این مراحل سرعت در رفع اختلاف، صرفه‌جویی در هزینه‌ها و عدم ارائه اطلاعات و اسرار پروژه به مرجعی ثالث می‌باشد. لذا با توجه به تصریح طرفین به «توافق» بر انجام مذاکرات و اصل لزوم قراردادها، مرحله پیش‌داوری می‌بایست طی گردد و ورود طرفین به پروسه داوری در این مرحله موجب تحمیل هزینه گزاف به موکل و خلاف اراده صریح قراردادی می‌باشد.

۱۱. ثانیاً، در پاسخ به بندهای ۲۴ و ۲۵ دادخواست خواهان محترم، لازم به ذکر است که به موجب ماده ۲۲۴ قانون مدنی «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه». بنابراین جهت بررسی وقوع یا عدم وقوع مرحله پیش از داوری (مذاکرات) می‌بایست به معنای عرفی «مذاکرات» نظر داشته و روابط طرفین را مورد مذاقه قرار داد؛ مذاکره، عمل یا فرآیند گفتگو با دیگری جهت دستیابی به توافق بر سر مسئله‌ای و یا رفع نقاط اختلاف بوده و شامل دو مرحله طرح مسأله یا اختلاف و مرحله گفتگو و چانه‌زنی است. آنچه بدیهی می‌نماید آن است که اختلاف، نتیجه عدم درک مشترک طرفین از عبارات قرارداد و روابط شکل گرفته می‌باشد، لذا مراسلات رد و بدل شده تنها گویای انجام مرحله اولیه یعنی طرح مسئله و نقاط اختلاف است و نمی‌توان نظر مخالف طرف مقابل را حاکی از عدم حسن نیت و عدم امکان انجام مرحله دوم یعنی گفتگو و چانه‌زنی دانست، چرا که با این رویکرد هیچ مذاکراتی برجامی (!) در پی نخواهد داشت.

۱۲. ثالثاً، مذاقه در سیر رویه داوری و آراء صادره نیز گویای آن است که در مواردی که اراده طرفین صراحتاً به انجام مراحل پیش از داوری تعلق گرفته و شرایطی از جمله مذاکره‌کنندگان (مدیران ارشد) تعیین شده‌باشد، داوران اقدام به توقف رسیدگی و هدایت آنان به طی آن مرحله نموده‌اند.^۵ در این رابطه خصوصاً رأی داوری

^۵ محبی و رضوانیان، دکتر محسن و دکتر اویس، توافقی‌های چندلایه برای حل و فصل اختلافات تجاری و صنعتی، جشن‌نامه دهمین سالگرد تأسیس مرکز داوری اتاق ایران، ۱۳۹۳، صفحه ۶۷ تا ۷۰

پرونده شماره ۶۹۹۷۷ مرکز داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی کارگشاست؛ در این پرونده توافق طرفین بر این بود که هر دعوی باید ابتدا توسط مدیران ارشد طرفین با مذاکره حل و فصل گردد و مرجع داوری نیز به دلیل تعیین شرایطی چون انجام مذاکره توسط مدیران ارشد، انجام مرحله پیش از داوری را الزامی دانسته و از ورود در دعوا اجتناب نمود؛ بنابراین رویه داوری نیز مؤید مطالب پیش‌گفته می‌باشد.

پ) عدم توافق طرفین بر ارجاع اختلافات به مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران

۱۳. بنیادی‌ترین اشکال پیش‌رو حتی در فرض پذیرش امکان ارجاع اختلاف به نهاد داوری آن است که هیچ توافقی مبنی بر ارجاع اختلاف به مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران صورت نگرفته‌است. در راستای تشریح این مطلب باید ذکر گردد که:

۱۴. اولاً، همان‌طور که استحضار دارید اصل بر صلاحیت مراجع عمومی دادگستری بوده و ارجاع اختلاف به مراجع داوری که مستلزم سلب صلاحیت از مراجع عمومی دادگستری است برخلاف اصل می‌باشد. لذا نمی‌توان شرطی را که به موجب آن نهاد داوری پذیرفته و قانون شکلی حاکم علاوه بر قانون آیین دادرسی مدنی، قواعد مرکز داوری تعیین شده‌است، تفسیر موسع نمود و به توافق ضمنی بر پذیرش ارجاع اختلاف به مرکز داوری اتاق بازرگانی رأی داد؛ چراکه چنین تفسیری به معنای سلب حق تعیین داور مقرر در مواد ۴۵۹، ۴۶۰ و ۴۶۲ قانون آیین دادرسی مدنی و هم‌چنین رسیدگی به اختلاف در اعتبار موافقت‌نامه مقرر در ماده ۴۶۱ قانون مزبور توسط مراجع عمومی دادگستری و اعطای این اختیار به مرجعی استثنایی است که به صلاحیت او توافق نشده‌است. به بیان دیگر با وجود آن‌که نحوه و طریقه حل و فصل اختلافات، داوری است و با وجود آن‌که طرفین بر قواعد و آیین مرکز به عنوان راهنمای قواعد شکلی داور توافق کرده‌اند، هم‌چنان در مواردی غیر از موارد توافق‌شده اصل بر صلاحیت دادگاه‌هاست.

۱۵. ثانیاً، در پاسخ به بند ۳۴ از دادخواست لازم به ذکر می‌نماید که مشخص نیست خواهان محترم، چگونه اراده باطنی طرفین را بر ارجاع اختلاف به مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران تفسیر نموده‌است؛ چراکه نه تنها مبرز چنین اراده‌ای در کار نیست، بلکه مؤیدات نیز بیان‌گر تعلق اراده باطنی طرفین بر تعیین نهاد و قانون حاکم و

⁶ ICC International Court of Arbitration Bulletin 14/1, 2003, p 84.

واگذاری تعیین مرجع بنا بر قواعد عام قانون آیین دادرسی مدنی است. شاهد امر آن که مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران نمونه شرطی منتشر نموده است که در سایت، کتب و ابتدای قواعد این مرکز وجود دارد و اصولاً در صورتی که طرفین قصد ارجاع هرگونه امر و اختلافی به این مرجع محترم را دارند از همان نمونه استفاده می نمایند، به خصوص که عرف حاکم بر قراردادهای پیمان آن است که در جایی که طرفین می توانند ماده ۵۳ را تغییر دهند، به دلیل شناخته شده بودن مراکز داوری اتاق های بازرگانی برای پیمانکاران داخلی و خارجی در صورت قصد واقعی بر آن، بدان تصریح می نمایند. لذا در جایی که با وجود امکان پذیر بودن درج شرط نمونه، طرفین شرط را تغییر داده و شرایط حل و فصل اختلافات را دقیقاً تعیین و در خصوص قانون و نهاد تصریح و امر تعیین داور و غیره را با سکوت خود به قواعد عمومی واگذار می کنند، چگونه ارجاع به مرکز داوری که خلاف اصل است استنباط می شود؟ این امر نه از نحوه نگارش بند و نه از اوضاع و احوال قابل برداشت نیست.

۱۶. ثالثاً، تعیین قواعد حاکم بر روند رسیدگی یک سازمان داوری به عنوان قواعد شکلی و عدم ارجاع اختلاف به آن سازمان نه تنها امری بی سابقه نبوده که رویه های داوری موجود حاکی از وقوع آن به کرات است. در مواردی قواعد اتاق بازرگانی بین المللی (ICC) به عنوان قانون حاکم تعیین اما داوری از نوع موردی بوده است. هزینه های بالاتر مراکز داوری چون اتاق های بازرگانی، میل به عدم افشای اطلاعات محرمانه تجار در حد یک سازمان داوری و غیره از علل چنین امری است. لذا طرفین با علم به امکان توافق بر صلاحیت آن مرجع محترم، متعلق اراده خود را صرفاً پذیرش قواعد و آیین رسیدگی به یک اختلاف در نهاد داوری قرارداده اند.

۱۷. رابعاً، در پاسخ به بندهای ۳۳ و ۳۵ دادخواست خواهان محترم لازم به ذکر است که بند ج از ماده ۱ قواعد و آیین داوری مرکز، به تعریف مرکز داوری پرداخته و موادی چون مواد ۶ و ۱۰ در جایی اجرایی است که طرفین توافق به ارجاع امر به مرکز داوری نموده اند. کما این که ماده ۱۰ این قواعد در تعیین داور می آورد: «در صورت فقدان چنین توافقی و نیز در صورتی که بین طرفین در این خصوص اختلاف باشد، به ترتیب زیر اقدام خواهد شد و رجوع طرفین به مرکز داوری به منزله قبول ترتیبات زیر می باشد...»

۱۸. لذا در مواردی که ارجاع امر به داوری مرکز داوری صورت نگرفته باشد این ماده و سایر تعاریف مورد اشاره خواهان محترم قابل استناد نیست. لازم به ذکر است که این امر منافاتی با تعیین قواعد مرکز نیز نداشته و توافق

را بی‌اثر نمی‌کند؛ چراکه مستنداً به بند ۱۲ دادخواست خواهان محترم که مورد پذیرش موکل نیز می‌باشد، قانون شکلی حاکم بر اختلافات طرفین با توجه به داخلی محسوب گردیدن آن، قانون آیین دادرسی مدنی می‌باشد. لذا طرفین بر قواعد مرکز داوری در کنار قواعد آیین دادرسی مدنی توافق نموده‌اند. بدین شرح که در خصوص تعیین داور براساس مواد ۴۵۹، ۴۶۰ و ۴۶۲ قانون آیین دادرسی مدنی به عنوان قانون عامی که بر خلاف آن تصریح نشده عمل می‌شود و درخصوص اختلاف در اصل قرارداد نیز ماده ۴۶۱ این قانون حاکم است، اما سایر قواعد حاکم بر رسیدگی داور چون موارد جرح، شهادت و ... طبق قواعد و آیین رسیدگی مرکز داوری (و نه توسط مرکز داوری) صورت می‌پذیرد.

بخش سوم) ایرادات ماهوی

۱۹. علی‌رغم ایرادات شکلی یادشده که مبین عدم صلاحیت مرکز داوری، ضرورت توقف رسیدگی و ارشاد طرفین جهت مراجعه به مرجع صالح دادگستری از سوی آن نهاد محترم می‌باشد و در فرض صلاحیت آن مرکز، پاسخ به ادعاهای خواهان محترم در ماهیت اختلاف، جهت دفاع از حقوق موکل به شرح ذیل تقدیم می‌گردد:

الف) عدم تلقی تحریم به عنوان فورس‌ماژور در رویه‌های داخلی و بین‌المللی و رد ادعای انفساخ قرارداد

۲۰. بنابر دلایل ذیل‌الذکر ادعای خواهان محترم مبنی بر انفساخ قرارداد به علت تحقق فورس‌ماژور فاقد توجیه حقوقی و قانونی و محکوم به رد می‌باشد:

۲۱. اولاً، همان‌طور که خواهان محترم نیز در بند ۳۹ دادخواست تقدیمی خویش اظهار داشته‌است، تحقق فورس‌ماژور یا همان قوه قاهره منوط به احراز سه شرط مهم و اساسی خارجی بودن، غیر قابل پیش‌بینی بودن و غیر قابل دفع بودن می‌باشد؛ در این که تحریم حادثه‌ای خارجی بوده تردیدی نیست، لیکن خلاف آن چه خواهان محترم در بند ۴۲ دادخواست خود بیان داشته، گسترش تحریم‌ها به بانک‌های ایرانی قابلیت پیش‌بینی را داشته‌است، چراکه حادثه زمانی قابل پیش‌بینی نیست که علت خاصی جهت تصور پیش‌آمدن آن وجود

نداشته باشد.^۷ حال آن که با توجه به اعمال تحریم‌های گسترده علیه ایران و روند رو به افزایش این تحریم‌ها تصور تسری آن به بانک‌های ایران دور از ذهن نبوده است و از سوی دیگر فورس‌ماژور به طور تخصصی در قراردادهای EPC (حسب مقدمه قرارداد موضوع دعوی حاضر از نوع قراردادهای EPC می‌باشد) براساس معیارهای بین‌المللی عبارت است از رویداد یا وضعیتی استثنایی که طرف مربوطه به گونه‌ای منطقی نمی‌توانسته است پیش از وارد شدن به پیمان ملاحظاتی را برای مقابله با این رویداد یا وضعیت منظور کند و در صورت بروز، به طور منطقی قادر به جلوگیری از آن، یا غلبه بر آن نباشد. حال آن که همان‌طور که شرح داده شد اعمال تحریم‌ها پیش از انعقاد قرارداد، در زمینه‌های مختلف دیگر علیه ایران آغاز شده بود و گسترده شدن آن‌ها به طور منطقی توسط پیمانکار قابل پیش‌بینی بوده است؛ بنابراین تحریم مصداق فورس‌ماژور در قراردادهای EPC نیز نمی‌باشد و مضافاً آن که تحریم در روبه مرکز داوری اتاق بازرگانی نیز به دلیل قابلیت پیش‌بینی آن فورس‌ماژور تلقی نگشته است.^۸ لذا شرکت کاسپین سامان موظف بوده است تدابیر احتیاطی بیشتری برای اجتناب از آن اتخاذ نماید. این در حالی است که با وجود آن که شروع فاز دوم قرارداد پایان شهریور ۱۳۹۲ بوده، شرکت مذکور ۲۷ مهرماه ۱۳۹۲ یعنی حدود یک ماه بعد از آغاز فاز دوم قرارداد مبادرت به تسلیم درخواست گشایش اعتبار به بانک سهیل نموده است، که این امر نه تنها حاکی از تقصیر و اهمال شرکت کاسپین سامان بوده بلکه اقدام آن شرکت علیه خویش می‌باشد و به مقتضای قاعده اقدام، نتایج آن متوجه خود خواهان محترم خواهد بود. ادعای دیگر خواهان محترم در بند ۴۲ مبنی بر آن که «تسری تحریم‌ها به نحوی که موضوع گشایش اعتبار اسنادی را غیرممکن نماید به حدی دور از انتظار بود که به عنوان راه مورد توافق طرفین برای اجرای قرارداد در نظر گرفته شد»، از این نظر که توافق طرفین بر امری ملاک تعیین قابلیت پیش‌بینی حادثه‌ای نبوده بلکه تعیین آن امری عقلانی بوده و متعهدی که با وجود قابل پیش‌بینی بودن حادثه‌ای که اجرای قرارداد را دشوار می‌سازد مبادرت به عقد قرارداد نموده است، نمی‌تواند چنین امری را دست‌مایه معافیت از اجرای تعهدات خویش قرار دهد.

^۷ صفایی، سیدحسین، قوه قاهره یا فورس‌ماژور (بررسی اجمالی در حقوق تطبیقی و حقوق بین‌الملل و قراردادهای بازرگانی بین‌المللی)، مجله حقوقی بین‌المللی، ش ۳، ۱۳۶۴، ص ۲۰

^۸ همانند رأی شماره ۳۶/د/۸۶/۳۸/۲۴۴ مورخ ۱۳۹۰/۱/۳۰

۲۲. ثانیاً، بر مبنای شرط سوم فورس‌ماژور، یعنی قابلیت اجتناب از آن، اجرای قرارداد چه به صورت دائم چه به صورت موقت غیرممکن می‌گردد، به بیانی بهتر فورس‌ماژور از عوامل غیرممکن شدن اجرای قرارداد می‌باشد.^۹ حال آن‌که راه‌های بسیاری جهت اجتناب از آثار تحریم‌ها وجود داشته که مورد استفاده وسیع شرکت‌های ایرانی قرار می‌گیرند، از جمله استفاده از سیستم بانکی کشورهای نظیر چین، ترکیه، روسیه و سوریه که تحریم‌ها را قبول نداشته و حتی در کمک به ایران جهت کنار زدن تحریم‌ها در راستای پرداخت قیمت کالاهای وارداتی با یکدیگر رقابت دارند، مراجعه به نهادهای مالی خصوصی بین‌المللی و استفاده از شرکت‌های کوچک دارای تابعیت کشورهای دیگر.^{۱۰} بنابراین نمی‌توان گسترش تحریم‌ها به بانک‌های ایرانی را عامل غیرممکن شدن اجرای قرارداد دانست، **چرا که صرف دشواری اجرای تعهد برای تحقق فورس‌ماژور و معافیت متعهد از مسئولیت کافی نمی‌باشد.**

۲۳. ثالثاً، عنایت دارید که در قراردادهای بلندمدت که قراردادهای پیمانکاری از آن دست می‌باشد، اصلی کلی با این مضمون که در قراردادهای مستمر اصل بر ادامه حیات حقوقی قرارداد بوده و حتی‌المقدور باید از خدشه بر اساس قرارداد جلوگیری نمود، همیشه مورد توجه قضات در رویه قضایی داخلی کشورها و رویه داورهای بین‌المللی بوده‌است؛^{۱۱} اصلی که با عنوان اصل لزوم قراردادها شامل تمامی قراردادها می‌باشد، لیکن اجرای آن درخصوص قراردادهای مستمر، خصوصاً قراردادهای EPC (همان‌طور که در مقدمه تشریح شد)، از اهمیت دوچندان برخوردار می‌باشد. لذا جای تعجب است که چگونه شرکت خواهان با وجود بقای ۶ ماه از مدت قرارداد از انفساخ آن سخن می‌گوید؛ حال آن‌که موکل حسب نامه مورخ ۱۳۹۲/۹/۲۸، ضمن توصیه به شرکت کاسپین سامان جهت خرید اقلام و تجهیزات به طرق دیگر، حسن‌نیت خویش را در اجرای قرارداد به اثبات رسانده‌است. از سوی دیگر همان‌طور که موکل در نامه مورخ ۱۳۹۲/۹/۲۸ متذکر گشته، برخلاف ادعای خواهان محترم در

^۹ ابراهیمی، سید نصرالله و اوپار حسن، شادی، آثار تحریم بر اجرای قراردادهای بازرگانی بین‌المللی از منظر فورس‌ماژور، فصلنامه دانش حقوق مدنی، ش ۲، ۱۳۹۱، ص ۱۴

^{۱۰} رک به پایگاه خبری تحلیل صراط به آدرس <http://www.seratnews.ir> و وبسایت دیپلماسی ایرانی به آدرس <http://www.irdiplomacy.ir>

^{۱۱} اسماعیلی هریسی، ابراهیم، افزایش قیمت‌ها و سرنوشت پیمان‌ها، بازبایی‌شده در ۱۳۹۴/۱۱/۱۵، وبسایت رسمی روزنامه مناقصه مزایده به آدرس <http://2rooznameh.ir>

بند ۴۲ دادخواست خویش، گشایش اعتبار اسنادی جزء تعهدات شرکت کاسپین سامان نبوده بلکه یکی از انواع روش‌ها و صرفاً متداول‌ترین روش جهت انجام تعهد آن شرکت مبنی بر خرید تجهیزات و اقلام مورد نیاز از خارج از کشور بوده‌است. به عبارت گویاتر، گشایش اعتبار اسنادی طریقت داشته نه موضوعیت. لذا حتی در فرض عدم امکان استفاده از روش‌های پیش‌گفته جهت گشایش اعتبار اسنادی، شرکت کاسپین سامان می‌توانست از طرق دیگر نظیر خرید نقدی، خرید به واسطه کشورهای نظیر چین و پرداخت به پول همان کشور با این توضیح که حوزه تسلط بانک‌های اروپایی بر یورو و دلار بوده و هیچ کنترلی بر واحد پول کشورهای دیگر ندارند، جهت خرید اقلام و تجهیزات استفاده نماید، امری که توسط موکل و به موجب نامه مارالذکر به آن شرکت توصیه شده و حسب نامه مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۱ خواهان محترم خطاب به موکل، مورد تأیید شرکت کاسپین سامان با این بیان که «به تلاش خود برای حل مشکل و یافتن راهکاری برای انجام تعهدات قراردادی ادامه خواهد داد» قرار گرفته‌است. به بیان بهتر، این عبارت شرکت خواهان مؤید پذیرش طریقت گشایش اعتبار اسنادی به عنوان وسیله پرداخت و نه تعهد اصلی آن شرکت می‌باشد.

۲۴. رابعاً، در فرض قبول تحریم به عنوان فورس‌ماژور، که البته بنا بر مطالب فوق‌الذکر تردیدی در فورس‌ماژور تلقی‌نشدن تحریم نبوده، شایان ذکر است که ماده ۴۳ شرایط عمومی پیمان به عنوان شرایط مورد توافق طرفین با این بیان که «جنگ، اعم از اعلام‌شده یا نشده، انقلاب‌ها و اعتصاب‌های عمومی، شیوع بیماری‌های واگیردار، زلزله، سیل و طغیان‌های غیرعادی، آتش‌سوزی‌های دامنه‌دار و مهارنشده، طوفان و حوادث مشابه خارج از کنترل دو طرف پیمان که در منطقه اجرای کار وقوع یابد و ادامه کار را برای پیمانکار ناممکن سازد، جزء حوادث قهری به شمار می‌آید»، حوادث اعتباری نظیر تحریم را از دایره شمول حوادث قهری مشمول این ماده خارج ساخته‌است، چرا که عبارت «حوادث مشابه» پس از بیان وقایعی آمده که هیچ‌یک جنبه اعتباری نداشته‌است و مفهوم مخالف ماده مبین عدم شمول ماده بر حوادث اعتباری می‌باشد؛ بنابراین بر خلاف بند ۴۱ دادخواست خواهان محترم، القاء خصوصیت موارد مذکور به حوادث اعتباری در تضاد آشکار با مفهوم ماده می‌باشد.

۲۵. خامساً، خواهان محترم در دادخواست تقدیمی خویش عنوان خواسته خود را عدم پذیرش فسخ به علت فورس‌ماژور و انفساخ قرارداد ذکر نموده‌است، امری که واجد ایراد اساسی می‌باشد، از این لحاظ که انفساخ قرارداد

امری اعلامی بوده و می‌بایست با اثبات دلایل وقوع انفساخ از مرجع رسیدگی تقاضای صدور حکم اعلام انفساخ قرارداد را نمود. حال آن‌که در مانحن‌فیه چنین درخواستی از سوی خواهان محترم صورت نگرفته‌است. لذا نظر به آن‌که حکم اعلام انفساخ قرارداد مقدمه واجب خواسته شرکت کاسپین سامان مبنی بر عدم پذیرش فسخ بوده و چنین مقدمه‌ای مفقود می‌باشد، این خواسته موجه نیست، چرا که با فقد مقدمه واجب، ذی‌المقدمه محقق نخواهد شد.

ب) انطباق فسخ کارفرما با شرایط قراردادی و قانونی

۲۶. خواسته شرکت کاسپین سامان از مرجع محترم داوری در خصوص اقدام کارفرما مبنی بر فسخ قرارداد مشخص نبوده و معلوم نیست مقصود خواهان از ذکر عبارت «عدم پذیرش فسخ» در بند ۴۶ و در قسمت نتیجه‌گیری بند ۴۹ دادخواست که اظهار داشته‌است فسخ قرارداد مورد پذیرش نمی‌باشد، چیست! چراکه نیازی نیست فسخ کارفرما مورد پذیرش مرجع دیگری قرار بگیرد تا بتواند از لحاظ حقوقی دارای اثر باشد. در واقع قرارداد منعقد فی‌مابین که عیناً مطابق با شرایط عمومی پیمان (به جز ماده ۵۳ آن در خصوص حل و فصل اختلافات) تنظیم شده است، به کارفرما این اختیار را می‌دهد که در صورتی که به علت تخلف یا ناتوانی پیمانکار از اجرای تعهدات ناشی از پیمان، آن را مشمول فسخ تشخیص دهد، فسخ پیمان را بدون نیاز به گذراندن تشریفات قضایی و کسب اجازه از دادگاه و یا داور به پیمانکار ابلاغ نماید.

۲۷. در پاسخ به اظهارات خواهان محترم در بند ۴۶ دادخواست، که عنوان داشته‌است تأخیر در اتمام هر یک از کارهای پیش‌بینی‌شده در برنامه زمانی تفصیلی (بند ۵ ماده ۴۶ قرارداد) در صورتی برای کارفرما ایجاد خیار فسخ می‌کند که قابل انتساب به فعل پیمانکار و تخلف او باشد، لازم به توضیح است که با توجه به مسئولیت گسترده پیمانکار در قراردادهای EPC و هم‌چنین اهمال خواهان محترم در اجرای بخشی از تعهدات قراردادی خود همان‌گونه که در بندهای ۲۱ الی ۲۵ لایحه تقدیمی به تفصیل ذکر شد، عدم ایفای تعهدات ناشی از فاز دوم پروژه در خصوص خرید اقلام از بازار خارجی و اجرا و نصب آن‌ها، ناشی از قصور پیمانکار در یافتن راه‌حل دیگر غیر از گشایش اعتبار اسنادی در تهیه این اقلام بوده‌است و در نتیجه تأخیر در اجرای فاز دوم پروژه با توجه به جدول زمان‌بندی، به علت تخلف پیمانکار در اجرای تعهدات قراردادی، به کارفرما حق می‌دهد که طبق ماده ۴۶

شرایط عمومی پیمان و با رعایت مفاد بند ۵ این ماده، قرارداد را فسخ و کلیه خسارات وارده از این رهگذر را از مرجع صالح مطالبه نماید.

۲۸. خواهان محترم در بند ۴۷ دادخواست، بیان نموده که فرصت ۱۰ روزه مذکور در بند الف ماده ۴۷ شرایط عمومی پیمان به این شرکت تعلق نگرفته است. در این خصوص شایان توجه است که شرکت ره‌آورد شمال در تاریخ ۱۳۹۲/۰۹/۲۸ با ارسال نامه‌ای خطاب به مدیر عامل شرکت کاسپین سامان، قصد خود را مبنی بر فسخ قرارداد مستنداً به ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان، خلع ید پیمانکار و مطالبه تمام خسارت وارده در صورتی که پیمانکار حداکثر تا نیمه اسفند ماه نسبت به نصب تجهیزات در مواضع قراردادی اقدام ننماید، اعلام و در تاریخ ۱۳۹۲/۱۲/۲۳ مبادرت به ابلاغ فسخ به پیمانکار نموده است. از تاریخ ۱۳۹۲/۰۹/۲۸ فرصت مزبور برای پیمانکار وجود داشته تا در صورتی که دلایلی حاکی از عدم انطباق فسخ با ماده ۴۶ دارد مراتب را به اطلاع کارفرما برساند؛ حال آن‌که شرکت کاسپین سامان با ارسال نامه‌ای در تاریخ ۱۳۹۲/۱۰/۰۱ با غیرموجه خواندن فسخ، مورد را از موارد ماده ۴۳ در خصوص بروز حوادث قهری خوانده است. چنان‌چه دلایل ابرازی از سوی پیمانکار موجه و مقرون به حقیقت می‌بود، قطعاً کارفرما را از فسخ پیمان منصرف می‌کرد، در حالی که دلایل ابرازی از نظر شرکت ره‌آورد شمال مردود بوده و بنا بر اختیار مذکور در مواد ۴۶ و ۴۷ شرایط عمومی پیمان، مبادرت به فسخ پیمان و ابلاغ آن به پیمانکار نموده است.

۲۹. در بند ۴۸ دادخواست، خواهان محترم به علت عدم رعایت تشریفات مربوط به فسخ پیمان در خصوص تشکیل هیئتی متشکل از سه نفر به انتخاب بالاترین مقام سازمان کارفرما جهت بررسی فسخ پیمان و سپس تأیید بالاترین مقام سازمان کارفرما، فسخ قرارداد را مورد پذیرش نمی‌داند، حال آن‌که تشریفات مذکور در ماده ۴۷، مربوط به رعایت ترتیباتی در پروسه داخلی سازمان کارفرما بوده که به درستی طی شده است و کلیه اسناد و مدارک آن موجود می‌باشد، لیکن از آنجایی که الزام قراردادی یا قانونی مبنی بر اعلام و ابلاغ رعایت این ترتیبات داخلی به پیمانکار وجود نداشته، شرکت کاسپین سامان در جریان امر قرار نگرفته و گمان نموده این تشریفات طی نشده است.

۳۰. علی‌هذا نظر به مطالب معنونه که مبین مطابقت اقدامات انجام‌شده در خصوص فسخ قرارداد از سوی موکل، با مواد ۴۶ و ۴۷ شرایط عمومی پیمان می‌باشد، رد خواسته خواهان مبنی بر عدم پذیرش فسخ به علت فورس‌ماژور و انفساخ قرارداد مورد استدعاست و همان‌گونه که پیش‌تر نیز ذکر گردید، مطالبه کلیه خسارات وارده ناشی از عدم انجام تعهدات شرکت کاسپین سامان، از مرجع صالح پی‌گیری خواهد شد.

پ) عدم تحقق شرایط آزادسازی ضمانت‌نامه‌های بانکی پیمانکار

۳۱. در خصوص درخواست خواهان محترم مبنی بر آزادسازی ضمانت‌نامه‌های بانکی در بندهای ۵۰ و ۵۱ دادخواست خود، مواردی به شرح ذیل لازم به توضیح می‌نماید:

۳۲. اولاً ضمانت‌نامه، تضمین و وثیقه‌ای است که پیمانکار جهت انجام صحیح و به‌موقع تعهدات قراردادی خویش در برابر کارفرما، به نفع وی ارائه می‌دهد. با توجه به این‌که خواهان محترم متعهد بوده تا پایان خرداد ۱۳۹۳ فاز دوم پروژه را به انجام برساند، لیکن تا اسفند ماه ۱۳۹۲ از انجام قسمتی از تعهدات یعنی خرید اقلامی که امکان تهیه آن از بازار داخلی وجود نداشته و نصب آن‌ها در محل اجرای پروژه، استنکاف ورزیده‌است، لذا کارفرما با استناد به بند ۵ ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان قرارداد فی‌مابین را فسخ کرده و پس از اعلام فسخ پیمان و ابلاغ آن به پیمانکار که مقدمه‌ای است بر اعمال تشریفات فسخ پیمان (ماده ۴۷ شرایط عمومی)، اقدام به ضبط ضمانت‌نامه‌های انجام تعهد و حسن انجام کار نموده‌است، چرا که پیمانکار به تعهدات قراردادی خویش عمل ننموده و ضمانت‌نامه انجام تعهدات بدون نیاز به هیچ‌گونه تشریفات قضایی (طرح دعوا در محاکم دادگستری یا از طریق داور) توسط کارفرما قابل ضبط است و همچنین از پیمانکار در نامه مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۲۳ درخواست نموده جهت رعایت ترتیبات مذکور در ماده ۴۷، نسبت به تحویل کارگاه، مصالح و تجهیزات و غیره اقدام کرده و نماینده‌ای را جهت صورت‌برداری کارهای انجام‌شده معرفی نماید. بنابراین اقدام کارفرما مبنی بر ضبط ضمانت‌نامه‌های پیمانکار با توجه به قصور شرکت کاسپین سامان در انجام تعهدات قراردادی خود که شرح آن در بندهای پیشین ذکر گردید، کاملاً موجه و منطبق با موازین قانونی و قراردادی می‌باشد.

۳۳. ثانیاً، همان‌گونه که مستحضرید آزادسازی تضمین‌های مربوط به پیمان منوط به رعایت ترتیبات مقرر در مواد ۳۴ و ۳۵ شرایط عمومی پیمان بوده و حسب مورد الف) پس از تهیه آخرین صورت‌وضعیت موقت،

ب) پس از تهیه صورت وضعیت قطعی (یا ج) پس از تهیه صورت حساب نهایی، وجوه آن قابل استرداد می باشد و خواسته خواهان مبنی بر آزادسازی ضمانت نامه ها در این مرحله، با توجه به این که تحویل موقت و قطعی انجام نشده و همچنین بخشی از پروژه نیز بلا اقدام مانده است، توجیهی ندارد.

ت) فقدان شرایط لازم جهت تأیید صورت وضعیت های معطل و پرداخت صورت وضعیت های تأیید شده ۳۴. در پاسخ به ادعای خواهان محترم مبنی بر لزوم پرداخت صورت وضعیت های تأیید شده، تأیید صورت وضعیت های معطل و خسارت تأخیر در تأدیه و رد آن ها، موارد ذیل را به استحضار می رساند:

۳۵. اولاً، در پاسخ به بند ۵۸ دادخواست خواهان محترم در خصوص عدم پرداخت ۲ فقره از صورت وضعیت های تأیید نشده از فاز اول قرارداد، کارفرما پس از بررسی صورت وضعیت ها و تطبیق لیست هزینه های انجام شده با محتوای اسناد و مدارک پیمان، متوجه اختلافات و تناقضات متعددی گردید که می بایست در خصوص آن مجدداً بررسی کامل، اصلاح و ارزیابی صورت می گرفت.

۳۶. ثانیاً، اگرچه صورت وضعیت های فاز اول قراردادی از سوی مهندس مشاور تأیید گردیده است، نظارت مهندس به هیچ عنوان مبین سلب حق بررسی و کنترل مستقیم از کارفرما نمی باشد. مفاد بند (د) ماده ۳۳ شرایط عمومی پیمان به عنوان شرایط مورد توافق طرفین نیز مؤید این امر است.

۳۷. ثالثاً مهندس مشاور، نماینده ای به عنوان مهندس ناظر جهت بررسی و نظارت همه جانبه بر روند اجرایی فعالیت پیمانکار در کارگاه، معرفی ننموده است. در نتیجه کارفرما با مشاهده اختلاف بین صورت حساب های تأیید شده و اسناد و مدارک موجود می بایست مستقیماً و با حساسیت و نظارت دقیق تری به این امر رسیدگی می نمود.

۳۸. رابعاً، در خصوص ادعای خواهان محترم در بند ۵۹ دادخواست در خصوص دستور کارفرما به مهندس مشاور مبنی بر عدم تأیید صورت وضعیت های معطل، باید اذعان داشت که عدم انجام تعهدات قراردادی بخش دوم از فاز دوم قرارداد، عدم تحویل به موقع پروژه با توجه به زمان بندی مندرج در قرارداد، معطل نگه داشتن عملیات اجرایی بدون تلاش در استفاده از سایر تدابیر و روش های ممکن و نهایتاً صرف استناد به تحریم از سوی پیمانکار که بنابر مطالب پیشین قابل اعتنا نبوده، موجب گردید تا کارفرما با توقف کامل عملیات اجرایی پروژه مواجه

گردد و از آنجا که مبالغ ضمانت‌نامه‌های پیمان‌کار، کلیه خسارت‌های گزاف وارده بر پروژه را مورد پوشش قرار نمی‌دهد، کارفرما می‌بایست با استفاده از تدابیر ممکن از ورود خسارت‌های بیش‌تر جلوگیری می‌نمود که یکی از این تدابیر ابلاغ دستور به مهندس مشاور مبنی بر جلوگیری از تأیید صورت‌وضعیت‌های معطل بوده‌است و با عنایت به آن که مهندس مشاور از نمایندگان اصلی کارفرما در قراردادهای پیمانکاری محسوب می‌گردد، تمام تلاش کارفرما صرفاً در راستای پیش‌گیری از ورود خسارت‌های غیر قابل جبران بوده‌است، امری که کاملاً منطقی و مطابق با عرف حاکم بر روابط کارفرمایان و پیمانکاران می‌باشد.

۳۹. خامساً، در ارتباط با ادعای خواهان محترم در بند ۶۰ دادخواست مبنی بر لزوم پرداخت خسارت تأخیر تأدیه، شایان ذکر است که مطابق ماده ۲۲۱ قانون مدنی، متعهد زمانی ملزم به پرداخت خسارت می‌گردد که در پی تعهد به انجام امری مرتکب تخلف گردیده‌باشد. این در حالی است که در خصوص دو فقره از صورت‌وضعیت‌های تأییدشده، اگرچه مهندس مشاور مراتب تأیید خود را اعلام نموده، لیکن کارفرما با اختلاف حساب فاحشی مواجه گردیده و عدم پرداخت نه از باب تخلف بلکه به سبب بررسی، کنترل مجدد و در صورت نیاز اصلاح مندرجات آن بوده‌است که طبیعتاً نیازمند زمان بوده و در بسیاری از قراردادهای پیمان نیز به کرات امکان مواجهه با اختلاف حساب و لزوم کنترل و بازبینی ثانویه مشاهده می‌گردد. از سوی دیگر پرداخت به موقع ۱۰ فقره صورت‌وضعیت فاز اول و اوضاع و احوال قرارداد حاکی از حسن نیت کارفرما در پرداخت‌های به‌موقع بوده و صرف استناد خواهان محترم به نامه مستند شماره ۶ دال بر تخلف کارفرما نمی‌باشد. مضافاً آن که مطالب پیش‌گفته مبین تخلف پیمانکار از تعهدات قراردادی خویش می‌باشد. بنابراین شرکت کاسپین سامان نمی‌تواند با وجود تخلف و ایراد ضرر به کارفرما، مطالبه خسارت تأخیر تأدیه نماید، چرا که هیچ مقرر قانونی و اصل حقوقی، تودیع خسارت به متخلف قراردادی را تجویز نمی‌کند.

با تجدید مراتب احترام