

اولین دوره مسابقات داوری تجاری  
مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران با همکاری مرکز منطقه ای داوری تهران

ایران - تهران

بهمن ماه ۱۳۹۴ - خرداد ماه ۱۳۹۵

لایحه دفاعیه خوانده

گروه RO186

پاسخ به ادعای گروه شماره LO585

## فهرست مطالب

- ۱ ..... بررسی اعتبار قرارداد (بخش اول پاراگراف ۱۲ ادعانامه)
- ۲ ..... عدم استقلال شرط داوری (بخش دوم پاراگراف شماره ۱۲ ادعانامه)
- ۳ ..... لزوم رعایت مراحل پیش از داوری (بند ۱۳ ادعانامه)
- ۵ ..... حاکمیت اصل ۱۳۹ بر موضوع اختلاف (پاراگراف های ۱۴ الی ۱۷ ادعانامه)
- ۶ ..... رد صلاحیت مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران (پاراگراف ۹ و ۱۸ ادعانامه)
- ۷ ..... عدم امکان صدور دستور موقت منع ضبط ضمانت نامه ها (بند ۲۰ ادعانامه)
- ۸ ..... اعتبار فسخ قرارداد (پاراگراف ۲۱ الی ۲۵ ادعانامه)
- ۱۱ ..... عدم تحقق شرایط تحویل موقت و تنظیم صورت وضعیت قطعی (پاراگراف ۲۶ ادعانامه)
- ۱۲ ..... عدم پذیرش فسخ قرارداد به ادعای تغییر در اوضاع و احوال قراردادی (پاراگراف ۲۷ ادعانامه)
- ۱۴ ..... پذیرش مطالبات خواهان به شرح بندهای "چ" و "ح" ادعانامه
- ۱۴ ..... دعوای متقابل

## "به نام خدا"

### دبیرکل محترم مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران

۱. احتراماً اینجانب حسین بارانی مدیر عامل شرکت ره آورد شمال به نشانی تهران، ولنجک، انتهای خیابان سیزدهم، کوچه اول، نبش کوچه درنا، پلاک ۱۵۸ واحد ۴ با تلفکس ۲۲۴۸۵۵۶۳، با تقدیم تصویر دلیل سمت خود (مستند شماره ۱) برای پاسخ به ادعانامه خواهان محترم، شرکت پیمانکاری ساختمانی "کاسپین سامان" به نشانی تهران، خیابان کارگر، جنب مسجدامیر، پلاک ۲۵۶۲، واحد ۱۵ با تلفکس ۸۸۵۶۹۹۸۸، با تاکید بر آنکه ارجاع موضوع به داوری را به دلایلی که در ادامه خواهد آمد قبول ندارد و تصریح به اینکه پاسخ به موارد ادعاهای مطروحه در لایحه خواهان را به معنای پذیرش داوری و نقض ایراد مذکور نمی داند، به استحضار عالی می رساند:

### بررسی اعتبار قرارداد (بخش اول پاراگراف ۱۲ ادعانامه)

۲. در خصوص استدلال خواهان محترم در بند فوق الاشاره که به ماده ۱۱۸ لایحه اصلاح قانون تجارت استناد نموده و اعتبار قرارداد با امضاء روسای هیات مدیره که حق امضاء نداشته اند را به وسیله آن توجیه نموده است باید گفت این استناد صحیح به نظر نمی رسد چراکه اختیارات مقرر در ماده ۱۱۸ برای فرد اعضای هیات مدیره پیش بینی نشده بلکه برای مجموع هیات مدیره در نظر گرفته شده است و تصمیمات با اکثریت ماده ۱۲۱ لایحه اصلاحی اتخاذ می شود.<sup>۱</sup>

۳. شاید خواهان برای استناد به ماده ۱۱۸ لایحه اصلاحی قانون تجارت، لفظ «اداره» را متضمن مفهوم نمایندگی گرفته است، اما این برداشت و استناد منطبق با برآیند مجموع مواد مرتبط در لایحه اصلاحی

<sup>۱</sup> دکتر محمد دمرچیلی و سایر نویسندگان، قانون تجارت در نظم کنونی - چاپ هشتم - ۱۳۸۷، حاشیه ۲ ماده ۱۱۸ لایحه اصلاحی قانون تجارت، ص ۱۷۸

نیست؛ چراکه قانونگذار این دو لفظ را به یک معنا نگرفته است. به عنوان نمونه در ماده ۱۰۵ قانون تجارت آمده است: «مدیران شرکت با [مسئولیت محدود] کلیه اختیارات لازمه را برای نمایندگی و اداره شرکت خواهند داشت» لذا معقول نخواهد بود که قانونگذار اداره شرکت را شامل نمایندگی هم بداند بعلاوه باید عنایت داشت که حق اقدام مدیران شرکت در پیشینه لایحه اصلاحی قانون تجارت (مواد قانون تجارت مصوب سال ۱۳۱۱) در مقابل اشخاص ثالث، به طور صریح توسط قانونگذار بیان گردیده بود؛ در حالیکه در ماده ۱۱۸ لایحه قانونی مصوب ۴۷ از لفظ نمایندگی استفاده نشده است.

### عدم استقلال شرط داوری (بخش دوم پاراگراف شماره ۱۲ ادعانامه)

۴. استدلال خواهان محترم مبنی بر عدم خصوصیت قانون داوری تجاری بین المللی مصوب ۷۶ و اعتقاد وی به استقلال شرط داوری به عنوان یک قاعده کلی و عام الشمول منطبق با رویکرد قانون آیین دادرسی مدنی که در ماده ۴۶۱ قانون فعلی و ماده ۶۳۵ قانون سابق منعکس است نمی باشد چرا که ماده مذکور صراحتاً بیان می دارد قاضی موظف است ابتداً نسبت به اعتبار قرارداد تصمیم گیری کند. در واقع ماده ۴۶۱ ناظر بر یک قاعده عام است و منحصرناظر بر مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ نمیباشد. زیرا در واقع، اگر قائل به تفکیک رویکرد در محاکم و داوری شویم این ایراد بروز می کند که اگر اختلاف نزد داور مطرح شود، شرط صحیح است و داور میتواند حتی به بطلان معامله اصلی حکم کند، در حالیکه اگر شرط داوری نزد دادگاه مطرح شود، دادگاه شرط را به سبب بطلان معامله اصلی باطل اعلام میکند.<sup>۲</sup>

۵. همچنین لازم به ذکر است ارجاع خواهان به دکترین برای توجیه استدلال خود، نه تنها از جهت عدم ذکر منبع و عدم اشاره به حتی یک مصداق محل ایراد است، منطبق با واقع نیز نمی باشد چرا که دکترین حقوقی معتقد است شرط داوری، به طور سنتی، شرطی ضمن عقد اصلی تلقی شده و می

<sup>۲</sup> دکتر ربیعا اسکینی، نشریه نامه مفید، مرداد و شهریور ۱۳۸۳، دوره ۱۰، ش ۴۳، صص ۱۴ الی ۱۶

شود<sup>۳</sup> و در حقوق راجع به داوری داخلی ایران، شرط داوری را باید شرطی ضمن عقد تلقی کرد و هر جا که به بطلان قرارداد اصلی نظر داده شود باید به بطلان توافق داوری نیز نظر داده شود.<sup>۴</sup>

### لزوم رعایت مراحل پیش از داوری (بند ۱۳ ادعانامه)

۶. اولاً خواهان بدون ذکر حتی یک مصداق، قائل به رویه داوری و قضایی ایران بر الزام آور نبودن مراحل پیش از داوری در مواردی است که شرایط و زمان مشخصی برای آن در نظر گرفته نشده است که در پاسخ باید گفت احترام به اراده مشترک طرفین در خصوص صدر ماده ۵۳ شرایط خصوصی پیمان مبنی بر ((طرفین توافق می نمایند که در صورت بروز اختلاف، ابتدائاً تمام تلاش خود را برای حل و فصل مسالمت آمیز اختلاف از طریق مذاکره میان مدیران ارشد طرفین به کار می بندند)) نه تنها عبارت حشوی نیست بلکه عبارت "تمام تلاش" مفید تاکید بر انجام این مرحله و لازم الاجرا بودن آن است. به عبارت دیگر "تمام تلاش" یک مفهوم قابل درک است و عدم قطعیت مفهوم و کلی بودن آن به معنای نامعتبر بودن آن نیست.<sup>۵</sup> کما اینکه در موارد مشابه آرائی بر لازم الاجراء بودن شرط هایی اینچنین میتوان یافت.<sup>۶</sup>

۷. ثانیاً خواهان محترم پس از بهانه تراشی های متعدد در ایفاء تعهدات خود که این شرکت را در موقعیت فسخ قرار داد، در اقدامی دیرهنگام صرفاً یکبار در نامه مورخ ۱ دی ۱۳۹۲ (مستند شماره ۸) پیشنهاد مذاکره داده و این را مصداق عمل به شرط "تمام تلاش" می داند که قطعاً پذیرفتنی نیست و بدینوسیله اعلام می دارد اقدامات صورت گرفته حتی فسخ توسط این شرکت مانع از مذاکره برای اختلافات پیش آمده نمی باشد. بحث مرحله مذاکره و عدم قابلیت ارجاع موضوع به داوری در این

<sup>۳</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، انتشارات سهامی انتشار، سال ۱۳۹۲، ج ۳، ص ۱۲۸. همچنین ر.ک. به دکتر سید حسین صفایی، قواعد عمومی قراردادها، نشر میزان، ۱۳۸۲، ص ۱۸۵.  
<sup>۴</sup> دکتر ربیعا اسکینی، همان.

<sup>۵</sup> Refer to: United Group Rail Services (2008) NSWSC 1364 at (13)

<sup>۶</sup> Refer to: Thompson v Liquichimica of America Inc, 481 F Supp 365, 366 (SDNY 1979).

مقطع، در بند ۳ نامه مورخ ۲۶ اسفند ۱۳۹۲ (مستند شماره ۱۲) در پاسخ به اظهار خواهان برای ارجاع اختلاف به داوری، اعلام گردید و همانطور که روند موضوع حکایت دارد خواهان بدون اعتناء به این یادآوری موضوع را به داوری ارجاع داده و همین دلیل بس که قائل شویم تمام تلاش خود را برای مذاکره مصروف نداشته است.<sup>۷</sup>

۸. فلذا با تاکید بر مرحله پیش داوری، خواستار مذاکره، پیش از ارجاع موضوع به داوری بوده و از آنجا که مذاکره پیش شرط ورود به مرحله داوری دانسته شده خواهشمند است با رد درخواست ارجاع به داوری، به ایجاد فضای مذاکره برای حل و فصل دوستانه موضوع که اراده مشترک طرفین در قرارداد بوده مساعدت نمایند.

۹. ضمناً مطابق با بند ب ماده ۲۴ شرایط عمومی پیمان، در پیمان های میان پیمانکار و پیمانکار جزء، در صورت بروز اختلاف، کار فرما به مورد اختلاف رسیدگی می نماید و نظر وی در این مورد قطعی است. حال آنکه اختلاف موصوف هیچگاه از طرف خواهان محترم به کارفرمای اصلی ارجاع نشده است تا کارفرما در خصوص دخالت و یا عدم دخالت خود تصمیم بگیرد. همچنین رونوشت نمودن نامه های پیوستی نمی تواند به معنای ارجاع موضوع به کارفرما باشد زیرا کارفرما در قرارداد حاضر نقش داور را دارا می باشد و تشریفات ابلاغ ماده ۴۵۸ آیین دادرسی مدنی مبنی بر (( موضوع اختلاف باید به طور روشن و مشخص به داوران ابلاغ شود)) به درستی صورت نگرفته است.

۱۰. لذا با خواهان محترم در خصوص چند لایه بودن حل و فصل اختلافات قراردادهای پیمانکاری همسو بوده و البته نتیجه میگیرد طی کردن مراحل پیش داوری، مانند توافق بر مذاکره و همچنین ساز

---

<sup>۷</sup>دکترین حقوقی نیز موید این استدلال است و در این مورد ر.ک. دکتر محسن محبی و محمد کاکاوند، مجموعه مقالات جشن نامه سالگرد تاسیس مرکز داوری اتاق ایران، توافق های چند لایه برای حل و فصل اختلافات تجاری و صنعتی (دکتر محسن محبی و دکتر اویس رضوانیان)، ص ۷۷

و کار ماده ۲۴ شرایط عمومی پیمان لازم الاجراء می باشد<sup>۸</sup> و نتیجتاً در این مقطع نمیتوان اختلاف پیش آمده را به داوری ارجاع داد.

### حاکمیت اصل ۱۳۹ بر موضوع اختلاف ( پاراگراف های ۱۴ الی ۱۷ ادعانامه )

۱۱. نظر به ملاک ماده ۲۵ و مصادیق ماده ۲۶ قانون مدنی در خصوص اموال عمومی ظاهراً مقنن در این قانون اموال دولتی را به دو دسته تقسیم کرده است. اموال دولتی که به استفاده عموم یا جهت استفاده برای مصالح عمومی اختصاص می یابد و اموالی که جز این دسته نیستند. ظاهراً مقصود از دسته اخیر اموالی است که جهت استفاده دولت (به معنی حکومت) تخصیص می یابد. از خصایص دسته اخیر آن است که توسط اشخاص خصوصی نیز قابل تملک است؛ بدین معنی که مالکیت آن قابل انتقال به اشخاص خصوصی می باشد. ولی آن دسته از اموال دولتی که معد است برای مصالح یا انتفاعات عمومی فاقد چنین قابلیت است. مثال دسته اخیر همانی است که در ماده ۲۶ قانون مدنی و در مسئله حاضر مطرح گردیده است.<sup>۹</sup>

۱۲. نظر به اینکه طبق ماده ۶ اساسنامه شرکت توانیر، ۱۰۰٪ سهام آن متعلق به دولت است، دولتی محسوب می گردد و موضوع قرارداد فی مابین مبنی بر اجرای طرح برق رسانی شهر هشتگرد یک طرح عمرانی است و عنایت دارد که ماده ۱۱۳ قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶ اشعار می دارد: ((اموال و دارائی های منقول و غیر منقولی که از محل اعتبارات طرح های عمرانی (سرمایه گذاری ثابت) برای اجرای طرح های مزبور خریداری و یا بر اثر اجرای این طرح ها ایجاد و یا تملک می شوداعم از اینکه دستگاه اجرایی، وزارتخانه یا مووسه دولتی یا شرکت دولتی یا موسسه و نهاد عمومی غیر دولتی

<sup>۸</sup> در این خصوص میتوان به رای صادره از شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی شهرستان کنگان به شماره دادنامه ۹۷۵-۹۴ مورخ ۱۳۹۴/۰۸/۱۶ اشاره نمود که به علت عدم رعایت ساز و کار ماده ۲۴ شرایط عمومی پیمان، قرار عدم استماع دعوا صادر نموده است.

<sup>۹</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، اموال و مالکیت، سال ۱۳۸۹، ص ۶۸ همچنین ر.ک. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، حقوق اموال، ۱۳۸۰، ص ۴۶

باشد تا زمانیکه اجرای طرح های مربوطه خاتمه نیافته است متعلق به دولت است.)<sup>۱۰</sup> لذا اموال موضوع دعوا دولتی و مشمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی می باشد.

### رد صلاحیت مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران ( پاراگراف ۹ و ۱۸ ادعانامه)

۱۳. خواهان محترم، مرکز داوری اتاق بازرگانیرا مرجع صالح به داوری دانسته و استدلال خود را بر مواد ۲، ۴، ۶ و ۱۰ قواعد مرکز داوری بنا نهاده، حال آنکه این مواد به ترتیب به مباحث تعریف مرکز داوری اتاق، پذیرش آیین داوری مرکز، دادخواست داوری، تعداد و نحوه انتخاب داوران، بررسی پیشنویس رای داوری و ابلاغ آن میپردازد و هیچ صراحتی دال بر اینکه اگر طرفین مرکز صالح به داوری را مشخص نکرده باشند مرکز داوری اتاق بازرگانی مرجع صالح به رسیدگی است وجود ندارد.

۱۴. ارجحیت اراده باطنی بر اراده ظاهری در حقوق ایران پذیرفته شده است<sup>۱۰</sup> لذا در تحلیل سکوت طرفین باید به کشف اراده متعاملین و استنباط قرارداد پرداخت<sup>۱۱</sup> و به نظر می رسد طرفین قرارداد که در حال تعیین حدود و شمول شرط داوری بوده اند و دقت و موشکافی خود را در پیش بینی شرایط داوری با تعیین زبان ، مکان، قواعد و قانون حاکم بر داوری نشان داده اند، دور از ذهن است که تعیین مرکز صالح به داوری را از یاد برده باشند. همچنین عنایت دارد که طرفین با درج ماده ۵۳ شرایط خصوصی پیمان در قرارداد، صریحا قانون ایران را حاکم بر شرایط داوری قرارداده اند و طبق قانون آیین دادرسی مدنی تعیین موضوع قابل ارجاع به داوری بدون تعیین مرجع رسیدگیامری پذیرفتنی است، هرچند معمولا در قرارداد داوری، داور یا داورها تعیین میشوند اما تعیین داور یا داورها در قرارداد شرط صحت قرارداد داوری نمیباشد و طرفین میتوانند در شرط داوری نه تنها داور را تعیین نکرده باشند بلکه

---

۱۰. ر.ک. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود معین، جلد ۱، معاملات معوض، عقود تملیکی، شماره ۱۲۷ الی ۱۳۲ و قرائت و تمرین ۴ ، صص ۲۳۴ و همان نویسنده، حقوق مدنی، خانواده، ج ۱، ش ۲۵۳  
۱۱. دکتر حسن جعفری تبار، فلسفه تفسیری حقوق، ۱۳۸۸، ص ۱۸۴



تعیین آن را نیز به شخص ثالث یا دادگاه واگذار کرده باشند. به استناد مواد ۴۶۰ و ۴۶۲ قانون آیین دادرسی مدنی، دادگاهی که صالح به رسیدگی به اختلاف است، اقدام به تعیین داور خواهد نمود.<sup>۱۲</sup>

۱۵. لذا مواد فوق اشاره و سکوت معنا دار طرفین محملی برای تفسیر خواهان بر صلاحیت مرکز داوری باقی نمی گذارد و با ظهور خود بر تاویل خواهان غلبه می کند و تعیین داور را در صلاحیت دادگاه قرار می دهد.

### عدم امکان صدور دستور موقت منع ضبط ضمانت نامه ها (بند ۲۰ ادعانامه)

۱۶. این شرکت در پاسخ به بند فوق اشاره ادعانامه اعلام میدارد که قرارداد را با توجه به استدلالات بند های ۲۲ الی ۲۹ این لایحه، صحیحاً فسخ نموده و بالتبع طبق بند ب ماده ۴۷ قرارداد (شرایط عمومی پیمان) قادر به ضبط ضمانت نامه های یادشده بوده است.

۱۷. صرف نظر از اینکه طبق بند پیش گفته و ارجاعات آن، فسخ قرارداد توسط این شرکت صحیحاً صورت گرفته، بنا به دلایل ذیل نیز امکان صدور دستور موقت وجود ندارد:

۱۸. نظر به اینکه از برجسته ترین ویژگی های ضمانت نامه بانکی استقلال آن است<sup>۱۳</sup> و ضمانت نامه های مورد بحث نیز مستقل از قرارداد پایه که دارای شرط داوری است میباشد، باید توجه داشت که به موجب این ویژگی ضمانت نامه بانکی باید با اولین درخواست ذینفع پرداخت شود و هیچ عذر و بهانه ای که مبتنی بر قرارداد پایه باشد نمیتواند ضامن را از پرداخت وجه ضمانت نامه معاف کند.<sup>۱۴</sup>

---

<sup>۱۲</sup> ر.ک عبد الله شمس، آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته، جلد سه، شرایط و آثار موافقتنامه داوری، شماره ۸۸۹ و ۸۹۰ و مرجع داوری، شماره ۹۲۴ و ۹۳۹، همچنین ر.ک دکتر حیاتی، قانون آیین دادرسی در نظم کنونی، ماده ۴۶۰ حاشیه ۱ و ماده ۴۶۲ حاشیه ۱

<sup>۱۳</sup> ضمانت نامه بانکی نهادی مستقل است که در لایحه جدید قانون تجارت نیز با قید اصل استقلال تعریف شده است.

<sup>۱۴</sup> محمد سلطانی، رابطه داوری و ضمانت نامه بانکی بین المللی در حقوق ایران و فرانسه، فصل نامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۷، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۶، صفحه ۱۵۶ الی ۱۶۰، همچنین ر.ک. نظافتیان. عبدالعلی. ذینفع در ضمانت نامه های بین المللی بانکیو مجله کانون وکلا ش ۱۵۲-۱۳۶۹، ۱۵۳ و مسعود شاهسوندی، ماهیت حقوقی ضمانت نامه های بانکی. پایان نامه

۱۹. براساس اصل نسبی بودن قرارداد ها بانک (ضامن) نسبت به قرارداد پیمان و شرط داوری ان ثالث محسوب میشود و لذا شرط داوری که از اراده طرفین قرارداد پیمان نشات گرفته قابل تسری به آن نیست. به عبارت دیگر بانک (ضامن) نه میتواند به آثار شرط داوری مذکور استناد کند و نه آثار آن در مقابل وی قابل استناد است.

۲۰. لذا امکان صدور دستور موقت مبنی بر منع ضبط ضمانت نامه ها وجود ندارد و حتی در صورت پذیرش آن، داور محترم که صلاحیت او نشات گرفته از شرط داوری و اراده طرفین قرارداد است، صالح به صدور چنین دستوری نسبت به بانک نمیباشد.

۲۱. حتی اگر علیرغم استدلالات فوق، داور محترم خود را صالح به صدور دستور موقت و موضوع را واجد شرایط مربوطه بداند، این شرکت طبق بند پ ماده ۳۵ قواعد و آیین داوری مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران تقاضا دارد که در این خصوص، خواهان را ملزم به تادیه تامینی مناسب به منظور جبران خسارات ناشی از اجرای دستور موقت بنماید. همچنین وفق همین بند، اعلام مینماید که آمادگی سپردن تامین برای رفع اثر از چنین دستور موقتی را، طبق نظر داور محترم، دارد.

### اعتبار فسخ قرارداد ( پاراگراف ۲۱ الی ۲۵ ادعانامه)

۲۲. در خصوص استدلالات خواهان محترم مبنی بر بی اعتباری فسخ قرارداد از سوی این شرکت و درخواست وی بر جبران خسارات ناشی از فسخ غیر قانونی به استحضار عالی می رساند:

۲۳. اولاً، در مستند شماره ۷، عدم ایفای مقدمات تعهد خواهان مبنی بر گشایش اعتبار اسنادی و متعاقباً نصب تجهیزات، به عنوان تخلف قراردادی وی در راستای رعایت تشریفات ماده ۴۷ شرایط

---

کارشناسی ارشد.دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز. ۱۳۷۹ص ۱۰۴ به بعد و دکتر بهروز اخلاقی، بحثی پیرامون ضمانت نامه های بانکی، مجله کانون وکلا. شماره ۱۴۸-۱۴۹-۱۳۶۸ و مرتضی شهبازی نیا، بررسی مفاد مشترک ضمانت نامه های بانکی مورد استفاده در تجارت بین الملل. رساله دکتری، دانشگاه تربیت مدرس، ص ۱۲۹ به بعد

عمومی پیمان به خواهان اخطار داده شد و زمان اعمال فسخ حکایت از آن دارد که نه تنها شرکت مذکور از ۱۰ روز مهلت ماده مورد اشاره برخوردار گردیده بلکه اعمال فسخ، در مدت عرفی با اعطاء مهلت مازاد به خواهان صورت گرفته است.

۲۴. دوماً، غایت ماده ۴۷ این است که پیمانکار از دلیل تخلف خود مطلع و در صدد رفع آن در مهلت مقرر برآید، مکاتبات فی مابین بالاخص مستند شماره ۷ حکایت از اطلاع وی دارد که متأسفانه به چاره اندیشی آن نپرداخته است.

۲۵. سوماً، این شرکت قائل به غیرمقدور شدن موضوع قرارداد و حکومت ماده ۴۳ بر آن نیست بلکه همسو با مستندات فی مابین معتقد است که گشایش اعتبار اسنادی نوعی وسیله پرداخت بوده و در اجرای تعهد اصلی پیمانکار موضوعیت ندارد. در این خصوص بند ب ماده ۱۶ قرارداد بیان می دارد که پیمانکار تایید می نماید نسبت به تامین و تدارک مصالح، تجهیزات، ماشین آلات و ابزار اطمینان یافته است. همچنین پیمانکار مطابق با همین ماده تایید نموده که هنگام تسلیم پیشنهاد، مطالعات کافی انجام داده و هیچ موردی باقی نمانده که بعداً نسبت به آن ادعای جهل نماید لذا چگونه میتوان پذیرفت، پیمانکار (خواهان) که در خصوص تعهدات قراردادی خود تحقیقات و مطالعات کافی داشته، موج تحریم هایی که بانک های ایرانی را یکی پس از دیگری در می نوردید را در نظر نگرفته است؟ آیا تحریم هایی از این جنس دفعتا پس از وقوع قرارداد حادث شده اند؟! شرکت کاسپین سامان طبق ماده اخیرالذکر قرارداد به علم خود نسبت به اوضاع و احوال اقتصادی کشور و نیز در مورد اطمینان به امکان تامین مصالح لازم برای اجرای پیمان، اذعان نموده است لذا نظر به اینکه اوضاع و احوال بین المللی و احتمال گسترش تحریم ها، امری غیرمنتظره و حادث در قرارداد نبوده، ادعای جهل در این خصوص و غیر قابل اجرا دانستن پیمان، با اوضاع و احوال و مفاد قرارداد منطبق نمی باشد.

۲۶. در پاسخ به اظهارات خواهان در خصوص شرط زمانی مندرج در بند ۵ ماده ۴۶ مبنی بر « تاخیر در اتمام هر یک از کارهای پیش بینی شده در برنامه تفصیلی، بیش از نصف مدت تعیین شده برای آن کار...» نقض نگردیده است ( پاراگراف ۲۴) باید گفت ، بند ۵ مذکور ناظر به حالتی است که در مدت تعیینی برای اتمام همان قسمت از پروژه ، تاخیری بیش از نصف مدت مقرر صورت پذیرد که در موضوع اختلاف نیز این امر تحقق یافته و جدول زمانی زیر نشانگر آن و موید اعتبار فسخ این شرکت حتی به علت تخلف از قید زمان است؛

بند ۵ ماده ۴۶	تأخیر بیش از نصف مدت تعیین شده برای آن کار
مدت تعیینی برای اتمام فاز ۲ پروژه	۹ ماه ( از تاریخ ۳۰ شهریور ۹۲ تا پایان خرداد ۹۳)
زمان اعلام فسخ این شرکت	۲۳ اسفندماه ۱۳۹۲ ( یعنی ۶ ماه بعد از شروع مدت تعیینی برای فاز ۲ پروژه)
نتیجه گیری	خواهان محترم بیش از ۴,۵ ماه ( ۶ ماه ) تاخیر در انجام فاز دوم داشته است

۲۷. علاوه بر تخلف خواهان از تعهدات قراردادی، تامین منافع عمومی که بنا بر شرایط جوی حاکم بر منطقه اقتضای فسخ را برای کارفرما بوجود آورده بود و به وی اختیار تصمیم بر بقاء یا فسخ پیمان به نحوی که به بهترین شکل منافع عمومی را تامین نماید اعطاء نمود.<sup>۱۵</sup>

<sup>۱۵</sup> محمدرضا ویژه و محمدقاسم تنگستانی، تحلیل موردی مقررات شرایط عمومی پیمان، فصل نامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۴ ف ش ۱، بهار ۱۳۹۳، صص ۱۰۵ الی ۱۲۴

۲۸. خواهان محترم اظهار داشته که برای احراز تاخیر، رعایت موارد مندرج در ماده ۳۰ قرارداد لازم است (پاراگراف ۲۴ ادعانامه) حال آنکه ماده ۳۰ ناظر به تغییر مدت پیمان می باشد و شرط اصلی این تغییر مدت، همانا درخواست پیمانکار است که باید به مهندس مشاور تسلیم گردد. همانطور که مستحضرنند، چنین درخواستی از سوی پیمانکار واصل نشده و اکنون توسل به این امر توجیهی ندارد.

۲۹. لذا با عنایت به مراتب فوق علاوه بر آنکه فسخ صورت گرفته را صحیح می داند، تقاضای رسیدگی و صدور حکم مبنی بر پرداخت خسارات حاصل از عدم انجام تعهدات خواهان را با جلب نظر کارشناس استدعا دارد.

#### **عدم تحقق شرایط تحویل موقت و تنظیم صورت وضعیت قطعی ( پاراگراف ۲۶ ادعانامه)**

۳۰. در خصوص استدلال خواهان محترم مبنی بر الزام این شرکت بر اعمال مقررات مواد ۴۱،۴۰،۳۹ شرایط عمومی پیمان جهت انجام تشریفات تحویل موقت و تنظیم صورت وضعیت های قطعی نسبت به قسمتی از پیمان که عملیات اجرایی آن به پایان رسیده به استحضار عالی می رساند:

۳۱. طبق بند الف ماده ۳۹ شرایط عمومی پیمان، برای تحویل موقت سه شرط لازم است، اول: تکمیل عملیات موضوع پیمان ، دوم: آماده بهره برداری شدن موضوع پیمان، سوم: تقاضای پیمانکار از مهندس مشاور. در ما نحن فی تکمیل فاز اول پروژه که همانا مهندسی و طراحی بوده و بخش اول از فاز دوم که تهیه و نصب اقلام داخلی بوده، هیچ کدام پروژه را آماده بهره برداری نکرده است.

۳۲. همچنین تقاضای پیمانکار جهت تحویل موقت موضوع پیمان ضروری می باشد و اعمال بند ب ماده ۳۹ شرایط عمومی پیمان که ناظر بر پروژه هایی است که دارای اجزای مختلف می باشد نیز منوط بر آن است.

۳۳. نظر به اینکه منطبق با صدر ماده ۴۰ و ۴۱ شرایط عمومی پیمان تصویب صورت وضعیت قطعی و تحویل قطعی هر دو منوط به تحویل موقت می باشند و مطابق آنچه در بالا مذکور است این شرط بنایی و اولیه صورت نپذیرفته است که بتوان وارد مرحله بعدی آن شد.<sup>۱۶</sup>

۳۴. لذا بنابر مراتب فوق ادعای خواهان محترم مبنی بر الزام این شرکت به اعمال مقررات مواد ۳۹، ۴۰ و ۴۱ منطبق با موازین قانونی و عقلی نمی باشد.

### **عدم پذیرش فسخ قرارداد به ادعای تغییر در اوضاع و احوال قراردادی (پاراگراف ۲۷ ادعانامه)**

۳۵. اولاً، خواهان محترم در تمام مکاتبات فی مابین سخن از غیر ممکن شدن اجرای قرارداد نموده و نه مشقت بار شدن آن فلذا رویکرد وی برای فسخ قرارداد منطبق با پیشینه دعوا نیست، در این خصوص توجه داور محترم را به اظهارات خواهان در مستند شماره ۱۱ جلب می نماید که تحریم های بانکی را فورس ماژور دانسته و نظر بر انفساخ قرارداد به علت غیر ممکن شدن داشته که البته همین که در بند ۲۷ ادعانامه خود بر مشقت بار شدن اجرای قرارداد از طریق توسل به سایر طرق تاکید دارد به نوعی امکان پذیر بودن اجرای قرارداد را پذیرفته که این موضوع خود به معنای نفی ادعای فورس ماژور در مکاتبات قبلی خواهان و تناقض گویی وی در تعامل با این شرکت می باشد.

۳۶. دوماً، در تحلیل عبارت "تغییر اوضاع و احوال قراردادی" مورد ادعای خواهان (عنوان پاراگراف ۲۷ ادعانامه) باید توجه داشت که عدم امکان گشایش اعتبار اسنادی به تنهایی نمیتواند محملی برای استناد به آن باشد بلکه شرایط دیگری نیز برای پذیرش آن نیاز است. قطعاً توجه دارند که در زمان انعقاد قرارداد تحریم های اقتصادی وجود داشته و گسترش تحریم ها کاملاً قابل پیش بینی بوده و شرکت

---

<sup>۱۶</sup> علیرضا پوراسد و دیگر نویسندگان، قراردادهای پیمانکاری (از سری کتابهای مهندسی قرارداد)، انتشارات بهمن برنا، ج ۵، صص ۱۶۷ الی ۱۷۴

کاسپین سامان منطقاً می بایست تمهیدات لازم را در خصوص این وضعیت به عمل می آورد که این موضوع در ماده ۱۶ قرارداد ((قواعد عمومی پیمان)) منعکس است.

۳۷. سوما این شرکت اجرای قرارداد از طریق خرید نقدی را موجب مشقت بار شدن اجرای قرارداد به حدی که موجب حکومت قاعده نفی عسر و حرج و متعاقباً جواز فسخ برای خواهان باشد نمی داند چراکه در توضیح اجرای این قاعده باید گفت که قطعاً اجرای بسیاری احکام و تعهدات، سختی خاص خود را دارد فلذا نمیتوان به استناد هر نوع سختی قائل به قرار گرفتن در عسر و حرج شد و از زیر بار تعهد و مسئولیت شانه خالی نمود. مشقت و سختی ای مدنظر است که نسبت به متعهد شدت بسیار داشته باشد. عسر و حرج با معیار شخصی قابل ارزیابی است و حرج نوعی نمی تواند ضابطه مند و مشخص باشد و هدف احکام مربوطه را نیز محقق نمی کند.<sup>۱۷</sup> لذا درخواست تنفیذ فسخ بدون تبیین این موضوع قابل پذیرش به نظر نمی رسد.

۳۸. چهارماً، حتی در فرض پذیرش ادعای تعسر قراردادی، دکترین حقوقی برای جواز فسخ موضوع را نیاز به مذاکره می داند بدین ترتیب که در راستای تلاش برای اجرای بدون حرج تعهد، متعهد پیشنهادی ارائه می دهد که ضمن کاسته شدن از فشار نامتعارف وارد بر متعهد، عقد نیز به اجراء در آید، مثلاً اندکی از تعهد کاسته شود، یا به ما به ازاء افزوده شود یا هر طریق دیگری که متعهد را از فشار غیر معمول برهاند.<sup>۱۸</sup> ضمناً خواهان محترم می بایست طبق بند دال ماده ۲۰ قرارداد مراتب پیش آمده را با ذکر دلیل و ارائه اسناد از طریق مهندس مشاور به اطلاع این شرکت می رساند که اولاً هرچند به ذکر دلیل پرداخته اما اسناد مربوطه را ارائه نداده و ثانياً مراتب را از طریق مهندس مشاور انتقال نداده است، با این وجود این شرکت در مورد چگونگی تامین تجهیزات موضوع قرارداد مطابق با قسمت اخیر بند

---

<sup>۱۷</sup> مکارم شیرازی، علی اکبر کلانتری و دکتر محقق داماد بر این نظرند به نقل از دکتر سعید بیگدلی، تعدیل قرارداد، نشر میزان، چاپ سوم ۱۳۹۲، ص ۱۸۹

<sup>۱۸</sup> دکتر سعید بیگدلی، منبع پیشین، ص ۲۰۴ الی ۲۱۰

مذکور تصمیم خود را بر تامین تجهیزات از طریق پرداخت نقدی طی نامه مورخ ۲۸ آذر ۹۲ (مستند شماره ۷) به اطلاع خواهان محترم رسانده است.

۳۹. لذا با عنایت به جمیع استدلالات معروضه جواز فسخ برای خواهان منطبق با اوضاع و احوال پیرامون موضوع اختلاف و همچنین موازین فقهی و حقوقی نیست.

### پذیرش مطالبات خواهان به شرح بندهای "چ" و "ح" ادعانامه

۴۰. در خصوص صورت وضعیت های مربوط به فاز اول و صورت وضعیت های مربوط به بخش اول فاز دوم، این شرکت پس از اظهارنظر کارشناسی با حسن نیت کامل آمادگی پرداخت دارد.

### دعوای متقابل

۴۱. مستندا به بند پ ماده ۷ آئین داورى مرکز داورى اتاق ایران، ادعا و خواسته‌ی متقابل خود را به شرح ذیل تقدیم میدارد:

### ادعای متقابل، منشا و دلایل آن

۴۲. نظر به استدلالات مطروحه در بندهای ۲۲ الی ۲۹ این لایحه، این شرکت قائل به صحت فسخ خود میباشد.

۴۳. با توجه به صحت فسخ، این شرکت متعاقبا ادعا دارد که اقدامات فسخ پیمان، مندرج در بندهای ماده ۴۷ قرارداد فیما بین، باید اجرا گردد. بدیهی است که منشا این ادعا قراردادی است.

### خواسته دعوای متقابل و بهای آن



۴۴. با عنایت به اینکه دفاعیات و دعوای متقابل را به معنای نقض ایراد شکلی خود مبنی بر عدم صلاحیت آن مرکز محترم به رسیدگی این دعوا نمی داند، خواسته دعوای تقابل خود را به شرح ذیل مطرح می نماید:

اول: تعیین خواننده به عنوان نقض کننده تعهدات قراردادی (غیرمالی)؛

دوم: اعلام فسخ قرارداد فیما بین (غیر مالی) ؛

سوم: الزام شرکت کاسپین سامان به اجرای مفاد ماده ۴۷ قرارداد شامل:

۱. بند ب ماده ۴۷ : خلع ید خواهان از کارگاه و تاسیسات و ساختمان های وقت ، مصالح و

تجهیزات ، ماشین آلات و ابزار و تمام تدارکات موجود (غیر مالی).

۲. بند ط ماده ۴۷ : الزام خواهان به پرداخت نصف هزینه های مربوط به نگهداری و حفاظت

کارگاه از تاریخ ۲۳ اسفند ۱۳۹۲ تا تاریخ ۲۳ خرداد ۱۳۹۲ (مالی مقوم به سیصد میلیون ریال

با توجه به اسناد ابرازی)

چهارم: الزام شرکت کاسپین سامان به جبران کلیه خسارات وارده از باب مسئولیت قراردادی و عدم

انجام تعهد مستندا به ماده ۲۲۱ (مالی برابر نظر کارشناس رسمی).

پنجم: تعیین تکلیف در خصوص هزینه های داوری و تسهیم آن با در نظر گرفتن توفیق هر یک از

طرفین<sup>۱۹</sup> (مالی)

**با تقدیم احترامات**

**مدیرعامل شرکت ره آورد شمال**

---

<sup>۱۹</sup>- نگاه کنید به رای شماره ۳۶/۸۷/۷/۲۲۰ مندرج در گزیده آراء داوری مرکز داوری اتاق ایران(۱۳۸۷-۱۳۸۳)، به اهتمام محمد کاکاوند، تهران، موسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۰، ص ۴۳۶.