

«مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه در قراردادهای پیمانکاری»

یکم.

در کشور های جنوب (جهان سوم) به علت سو مدیریت و فقدان عقلانیت در اداره کشور براساس معیار های دقیق علمی و به تبع آن قانون گریزی و نابرابری های اجتماعی ، ارزش پول ملی همواره تنزل می یابد . در نتیجه ، هر سال تورم های معمولاً دو رقمی کمر اقتصاد آن کشورها را می شکند و روز به روز فاصله پیشرفت آنها را با کشور های مرفعی بیشتر می کند. این بی تدبیری ها باعث می شود که افراد در مناسبات اقتصادی ، بخشی از درآمد خود را از دست دهند. از دست دادن درآمد شخصی چنانچه ناشی از تخلف قراردادی طرف قرارداد (متعامل) باشد ، دانش حقوق جبران آن را به عنوان خسارتی مستقل به شمار می آورد . در واقع هر گاه طرف قرارداد در اثر تأخیر در پرداخت پول طرف مقابل سبب کاهش ارزش پول زیان دیده باشد باید مسئولیت آن را بپذیرد و در صدد جبران آن برآید . منتها این مهم به دو صورت حاصل می شود:

۱- بین طرفین ، نحوه جبران و مبدأ آن در قرارداد تعیین شده باشد .

۲- قانون به عنوان قرارداد اجتماعی در صورت فقد توافق میان طرفین چنین امری را پیش بینی کرده باشد.

مکانیزم نخست را خسارت تأخیر تأدیه قراردادی و مکانیزم دوم را خسارت تأخیر تأدیه قانونی می نامند.

با این حال جمع آن دو امکانپذیر نیست.

با وصف فوق ، چنانچه طرفین ، میزان و نحوه جبران خسارت تأخیر تأدیه را در قرارداد خویش پیش بینی نمایند نوبت به مقرر قانونی نمی رسد و در صورت طرح اختلاف در مرجع قضایی یا غیر قضایی ، مرجع ذی ربط مکلف به صدور رأی مبنی بر جبران خسارت تأخیر تأدیه طبق توافق طرفین خواهد بود .

اما سکوت طرفین در قرارداد در مورد نحوه جبران خسارت تأخیر تأدیه به معنی چشم پوشی از جبران این خسارت نخواهد بود . زیرا ، قانون به عنوان قرارداد اجتماعی بر قانون طرفین (قرارداد) حاکم خواهد شد.

دوم.

تعیین میزان خسارت تأخیر تأدیه با همه فراز و فرود هایی که در گذشته داشته اکنون در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب (در امور مدنی) تبلور یافته است. دریافت خسارت تأخیر تأدیه که احکام آن در ماده های ۷۱۲ و ۷۱۹ به بعد قانون آیین دادرسی مدنی سابق (مصوب ۱۳۱۸) پیش بینی شده بود به نظر اکثر فقهای شورای نگهبان در سال ۱۳۶۲ ، مغایر با موازین شرعی شناخته شد. قانونگذار نیز پس از نزدیک به هفده سال خودداری ، تأمل ، تردید و سکوت در برابر تبعیض بین بانکها از یک سو و سایر اشخاص حقوقی و حقیقی از

سوی دیگر ، سرانجام با توجه دقیق به ماهیت خسارت تأخیر تأدیه ، تحت این یا آن عنوان ، آن را پذیرفت .

در حقیقت به موجب ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی جدید (مصوب ۱۳۷۹) این ماده از موارد اختلافی بین شورای نگهبان قانون اساسی با مجلس بود که در نهایت در مجمع تشخیص مصلحت نظام به تصویب رسید.

ماده ۵۲۲ قانون پیش گفته می گوید: « در دعاوی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج بوده و با مطالبه داین و تمکن مدیون، مدیون امتناع از پرداخت نموده، در صورت تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت و پس از مطالبه طلبکار، دادگاه با رعایت تناسب تغییر شاخص سالانه که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می گردد محاسبه و مورد حکم قرار خواهد داد مگر این که طرفین به نحو دیگری مصالحه نمایند. »

طبق مدلول ماده بالا ، شرایط تحقق خسارت تأخیر تأدیه به شرح زیر است:

۱- موضوع دعوا باید دینی باشد که نوع آن وجه رایج است :

منظور از دین ، همان تعهدی است که بر گردن یکی از متعاملین که باید وجهی یا پولی را به طرف مقابل می پرداخته ، نپرداخته است.

بنابراین ، هرگاه موضوع دعوا ، دینی باشد که وجه رایج (پول) نباشد (مثلاً موضوع تعهد، انجام عمل یا انتقال عین مال باشد) ، مشمول ماده فوق نمی شود.

۲- داین یا طلبکار آن را مطالبه کرده باشد:

تا زمانی که بستانکار طلب یا پول خود را از بدهکار مطالبه و طرف مقابل انکاریا سکوت نکرده است موجب برای وصول خسارت تأخیر تأدیه وجود ندارد.

۳- مدیون تمکن مالی داشته باشد:

طبق این فراز از ماده ۵۲۲ قانون یاد شده بالا ، کسی که بدهکار است اما فاقد تمکن مالی است ، ظاهراً می تواند از پرداخت خسارت تأخیر تأدیه در حق طلبکار (داین) معاف شود. با این حال ، در احراز این فقره ، اختلاف نظر وجود دارد. بعضی از حقوقدانان اصل را بر تمکن مالی مدیون و برخی اصل را بر عدم آن جاری می دانند .

اجمالاً در نظام حقوقی ما با توجه به قانون نحوه اجرای محکومیتهای مالی ، اصل بر تمکن مالی مدیون است، نه اعسار وی.البته در خصوص قراردادهای پیمانکاری چون دولت دارای شخصیت حقوقی است ، عدم تمکن مالی نسبت به کارفرمای دولتی موضوعیت ندارد.

۴- خسارت تأخیر تأدیه هنگامی موضوعیت پیدا می کند که بدهکار (مدیون) از پرداخت دین خود امتناع کرده باشد:

با توجه به این قسمت از ماده مرقوم ، چنانچه اثبات شود که مدیون حاضر به پرداخت اصل بدهی خود بوده ولكن داین (طلبکار) از دریافت آن استنکاف کرده یا اصلاً مطالبه نکرده است ، در این صورت ادعای دریافت خسارت تأخیر تأدیه بلاموضوع خواهد بود.

۵- وصول خسارت تأخیر تأدیه زمانی محقق می شود که بهای کالاها و خدمات تغییر فاحش کرده باشد :

منظور از تغییر فاحش بهای قیمتها ، افزایش است . زیرا ، هرگاه تغییر ارزش پول ملی به کاهش قیمتها منتهی شود در واقع نوعی تقویت ارزش پول ملی است که طلبکار نه تنها خسارتی متحمل نمی شود بل که این بدهکار است که علی رغم تقویت پول ملی در صورت پرداخت اصل دین خود ، به نوعی مبلغ اضافی نیز به نفع داین پرداخت کرده است.

۶- مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت است:

پس ، با توجه به این بخش از ماده ۵۲۲ ، قبل از سررسید موجبی برای محاسبه خسارت تأخیر تأدیه وجود ندارد و پایان محاسبه آن تا زمان پرداخت خسارت توسط مدیون و به عبارتی زمان ایصال و وصول است.

۷- معیار کاهش پول ملی یا افزایش قیمتها ، شاخص های سالانه بانک مرکزی کشور جمهوری اسلامی ایران است :

بانک مرکزی گرچه در هر روز و هر ماه و هر فصل ، شاخصهای تغییر قیمتها را بر مبنای متوسط قیمت ۳۳۳ کالا و خدمات تعیین و اعلام می کند ، مع الوصف برای محاسبه خسارت تأخیر تأدیه محاسبه روزانه ، ماهانه یا فصل ، ملاک عمل نیست بل که شاخصهای تورم سالانه معیار ارزیابی و تعیین مقدار خسارت تأخیر

تأذیه است. از این امر می توان چنین نتیجه گرفت که این معیار دلالت بر این دارد که موضوع دین پول کشور ایران است که به عنوان ریال در کشور ما رواج دارد و طبعاً شامل ارزشهای خارجی نمی گردد.

۸- مصالحه مقدم بر حکم قانون است :

تا زمانی که طرفین پس یا پیش از طرح دعوا طور دیگری مصالحه نکرده باشند ، شرایط قانونی فوق الذکر حاکم است و در صورت تراضی و مصالحه ، شرایط مصالحه بر شرایط قانونی مقدم است. یعنی حکم ماده ۵۲۲ از قوانین تکمیلی است ، نه امری .

سوم.

۱- شرایط عمومی پیمان به گونه ای تنظیم و طراحی شده که در اکثر قریب به اتفاق یا شاید در تمام موارد پیمانکار از بابت مطالبات خود از کارفرما طلبکار است ، نه کارفرما از پیمانکار .

از طرفی در صورت بروز اختلاف مالی بین پیمانکار و کارفرما که مطالبات پیمانکار مورد مناقشه طرفین قرار می گیرد ، میزان مطالبات از طریق اظهارنظرهای کارشناس به دست می آید . در این مرحله ، کارشناس / کارشناسان فنی و گاهی همراه با کارشناسان مالی ، میزان مطالبات پیمانکار را براساس اسناد و دلایل طرفین محاسبه و به دادگاه یا مرجع داوری اعلام می نمایند. گاهی برخی از پیمانکاران تصور می کنند که گویا کارشناسان موظف هستند که خسارت تأخیر تأذیه آنان را هم باید محاسبه کنند در حالی که قانوناً و طبق رویه قضایی موجود ، برآورد

خسارت تأخیر تأدیه و تعیین مبدأ آن از اختیارات مرجع حل اختلاف (دادگاه یا داوری) است و طبعاً کارشناسان از چنین اختیاری برخوردار نیستند .

۲- از استقرا در آرای داوری و دادگاهها ، ملاحظه می شود که خسارت تأخیر تأدیه ، هم از جهت اصل خسارت و هم از جهت محاسبه مبدأ آن فاقد وحدت رویه قضایی است و هر قاضی یا داور بنا به سلیقه خود مبادرت به صدور رأی در مورد مبدأ خسارت تأخیر تأدیه می نماید.

موارد اختلاف به شرح زیر است:

الف - برخی از مراجع رسیدگی کننده (دادگاه یا داور) به تأسی از تفکر فقهایی شورای نگهبان در یک واکنش مقدس مآبانه اصلاً اعتقادی به خسارت تأخیر تأدیه ندارند و ضمن ربوی تلقی کردن آن از صدور رأی در خصوص پرداخت خسارت تأخیر تأدیه توسط کارفرما در حق پیمانکار خودداری می کنند . به نظر می رسد این جفای بزرگی در حق پیمانکاران است که اعتقادات شخص صادر کننده رأی در آن مدخلیت دارد و نوعی تمرد از اوامر قانونی محسوب می شود . زیرا، ربای پول با خسارت تأخیر تأدیه تفاوتی به فاصله زمین تا آسمان دارد. ربا یا ربح ، اجاره دادن مستقیم پول توسط ربا دهنده است که به جای سرمایه گذاری و پذیرش ریسک سرمایه خویش ، راه زالوصفتان را در پیش می گیرد. این عمل طبق آموزه های دینی عمل بسیار قبیحی است که خداوند آن را نوعی جنگ علیه خود تلقی فرموده است. در حالی که خسارت تأخیر تأدیه با یک حساب سر انگشتی و تفکر خرد گرایانه ، کاهش ارزش پول ملی است که اگر مدیون از ادای به موقع آن کوتاهی یا خودداری نمی کرد ، طلبکار متضرر نمی شد.

عدم شناسایی خسارت تأخیر تأدیه پیمانکار در احکام مراجع حل اختلاف ، یا همراه با استدلال به ربوی بودن آن است یا بدون استدلال با مسکوت ماندن در رأی ، تحقق پیدا می کند.

در صورت نخست می توان در دادگاه تجدید نظر راجع به آن اعتراض و تقاضای تجدید نظر کرد، اما در صورت دوم که رأی بدوی بدون اظهار نظر نسبت به خسارت تأخیر تأدیه صادر گردیده دادگاههای تجدیدنظر دو رویکرد متفاوت دارند:

(۱) به استناد ماده ۳۴۹ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب (در امور مدنی) که مقرر می دارد: « مرجع تجدید نظر فقط به آنچه که مورد تجدیدنظر خواهی است و در مرحله نخستین مورد حکم قرار گرفته ، رسیدگی می نماید.» ، از هرگونه اظهار نظر در آن مورد خودداری می کنند. در این حالت ، پیمانکار می تواند با تقدیم دادخواست علیحده ، مسئله وصول خسارت تأخیر تأدیه را مجدداً از دادگاه بدوی تقاضا نماید و پس از سیر مراحل قانونی نفیاً یا اثباتاً به نتیجه خود برسد. زیرا ، در این حالت موضوع مشمول قاعده قضیه اعتبار امر مختومه نمی گردد.

(۲) پس از اظهار عقیده نسبت به کل رأی اصداری ، در خصوص خسارت تأخیر تأدیه که علی رغم درخواست پیمانکار در رأی بدوی مسکوت مانده است، پرونده را جهت اظهار نظر در آن خصوص به شعبه بدوی اعاده می نمایند تا دادگاه بدوی در آن خصوص نیز نفیاً یا اثباتاً رأی مقتضی صادر نماید تا مجدداً مورد تجدید نظر خواهی قرار گیرد.

ب - برخی دیگر از قضات یا داوران ، در اصل خسارت تأخیر تأدیه تردیدی ندارند و رأی هم صادر می کنند ولی در تعیین مبدأ محاسبه آن به شرح زیر اختلاف نظر دارند:

(۱) مبدأ ، تاریخ صورت وضعیتی است که پیمانکار به کارفرما یا مهندس مشاور تسلیم کرده و پس از گذشت مدت مقرر در هر یک از ماده های شرایط عمومی پیمان (مثلاً ماده ۳۶، ۳۷، ۴۰ و ۵۲) کارفرما از پرداخت آن در مهلهای مقرر خودداری کرده است. این نظر با ماده ۵۲۲ قانون صدر الاشعار مبنایت آشکار دارد. چرا که ، در تاریخ تقدیم صورت وضعیت هنوز میزان مطالبات پیمانکار معلوم نیست و پس از طی تشریفات مندرج در شرایط عمومی پیمان طلب او معلوم خواهد شد. به عبارت دیگر ، میزان مطالبات پیمانکار وقتی بر ذمه کارفرما مشغول می شود که توسط مهندس مشاور و کارفرما رسیدگی و معلوم گردد. پس از معلوم شدن طلب پیمانکار ، چنانچه کارفرما از پرداخت آن کوتاهی نماید و پیمانکار با ارسال نامه یا اظهارنامه ، مطالبه کند اصولاً طبق مفاد ماده ۵۲۲ قانون مزبور از تاریخ ابلاغ نامه یا اظهارنامه طلب پیمانکار می تواند از آن تاریخ مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه قرار گیرد.

(۲) بعضی از مراجع حل اختلاف (دادگاه یا داوری) ملاک مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه را از تاریخ تقدیم دادخواست (یا عرضحال) متقاضی داوری قرار می دهند و در رأی خویش به همین نحو عمل می کنند . اما باید توجه داشت که هر گاه پیش از تقدیم دادخواست یا عرضحال ، پیمانکار علی رغم معلوم شدن طلب خود با ارسال نامه یا هر اعلامیه ای ، مطالبات خود را از کارفرما خواسته

باشد، اصولاً براساس ماده ۵۲۲ قانون یاد شده بالا ، مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه باید همان تاریخ ابلاغ نامه یا هر اعلامیه ای باشد که پیمانکار ارسال نموده ، نه تاریخ تقدیم دادخواست . مگر این که پیمانکار بدون ارسال هرگونه اعلامیه ای ، ابتدا به ساکن ، با تقدیم دادخواست یا عرضحال مطالبات خود را ادعا کرده باشد که در این صورت به نظر می رسد نه تنها تاریخ تقدیم دادخواست یا عرضحال ملاک مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه نیست بل که باید تاریخ ابلاغ دادخواست (یا عرضحال) باید مد نظر مرجع رسیدگی کننده به اختلاف قرار گیرد.

(۳) تعداد دیگری از مراجع حل اختلاف ، تاریخ مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه را از تاریخ صدور رأی بدوی معیار ارزیابی خسارت تأخیر تأدیه قرار می دهند و استدلال آنها این است که : چون پیش از انجام کاوشهای کارشناسی دین پیمانکار معلوم و مسلم نبوده و در نتیجه ، پس از احراز آن در مرحله کارشناسی مشخص می گردد پس باید تاریخ رأی بدوی را که بر اساس نظریه کارشناس صادر شده ، میزان تعیین مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه قرار داد . این عقیده به نظر نمی رسد که از حیث تحلیل مبانی قضیه درست باشد . زیرا ،

اولاً ، کاوشهای کارشناس علی الاصول جنبه کاشفیت دارند ، نه موضوعیت. یعنی در اصل مدیون بودن کارفرما به پیمانکار تردیدی وجود نداشته و کارفرما می توانست با طی پروسه تعیین طلب پیمانکار طبق مقررات شرایط عمومی پیمان ، آن را به وی پرداخت نماید ولیکن بدون اعتنا به این وظیفه قراردادی خویش باعث شده که پیمانکار به ناچار از طریق مجاری حل اختلاف به وصول مطالبات خویش مبادرت نماید. در نتیجه همان کاری را که کارفرما می بایست برای تعیین مطالبات

پیمانکار انجام دهد، از طریق کارشناس انجام شده است. پس، زمانی که کارشناس /کارشناسان عهده دار وظیفه کارفرما می شوند طلب پیمانکار را با محاسبات و کاوشهای خویش به دست می آورند. در واقع این طلب مربوط به زمانی بوده که کارفرما باید آن را به پیمانکار پرداخت می کرده ولی پرداخت نکرده یا من غیر حق، طلب پیمانکار را انکار کرده است.

در این باره از اداره حقوقی قوه قضاییه استعلام شده که: «الف - مواردی که خواهان بر اساس ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب (در امور مدنی) خواسته خود را در تاریخ تقدیم دادخواست تقویم نمی نماید و محکومیت نهایی خوانده به پرداخت دیون توسط هیأت کارشناسی معین می گردد، ملاک محاسبه خسارات کدامین مبلغ است: مبلغ اعلام شده توسط خواهان یا برآورد کارشناسان؟

ب - با توجه به این که عموماً نظریه کارشناسان به دفعات مورد اعتراض طرفین دعوا قرار می گیرد و فاصله زمانی قطعیت نظریه و تاریخ طرح دادخواست زیاد است، آیا دادگاهها مجاز به محاسبه برآورد نظریه کارشناسان به عنوان مبلغ مورد مطالبه دائن با وصف مقرر در ماده قانونی مبحث غنه می باشند؟»

اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه شماره ۷/۹۸/۱۸۵۳ مورخ ۱۳۹۸/۰۲/۲۵ چنین اظهارنظر کرده: «(الف و ب) - خواهان در دعاوی مالی برابر بند (۳) ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب (در امور مدنی) مکلف است بهای خواسته را تعیین کند مگر آن که امکان تعیین آن در موقع تقدیم دادخواست نباشد که در این صورت باید برابر ذیل بند (۳) ماده ۵۱ قانون صدر الذکر ناظر به

بند (۱۴) ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین رفتار شود. بنابراین، اگر در فرض سوال به تشخیص دادگاه معلوم شود مقصود خواهان از تقویم خواسته این است که میزان حداقل یا قدرمتیقن خواسته است، هرگاه پس از اعلام نظر کارشناس میزان خواسته بیش از این مبلغ باشد، صدور حکم به بیش از آن فاقد اشکال قانونی به نظر می‌رسد و ملاک محاسبه خسارت تأخیر تأدیه نیز به همین مبلغ است. به هر حال تشخیص مصداق با دادگاه رسیدگی کننده است».

ثانیاً، در اثر این تخلف قراردادی کارفرما، پیمانکار هم به مشقت افتاده و هم برای وصول مطالبات خود مخارج رسیدگی و کارشناسی را متحمل شده است. بنابراین، تاریخ صدور رأی برای محاسبه مبدأ خسارت تأخیر تأدیه عادلانه و منطقی نیست، به ویژه آن که در مرحله کارشناسی معمولاً زمان زیادی برای بررسیهای فنی و مالی صرف می‌گردد. دلیلی ندارد در اثر این تطویل مدت رسیدگی، مبدأ خسارت تأخیر تأدیه از تاریخ رأی بدوی محاسبه گردد.

ثالثاً، به نظر می‌رسد باید در این خصوص قائل به تفکیک شد:

یک - در مورد صورت وضعیتهای موقت:

مطابق بند (الف) ماده ۳۷ شرایط عمومی پیمان کارفرما مکلف است ظرف مدت ۱۰ روز از تاریخ وصول صورت وضعیت، با صدور چک به نام پیمانکار مبلغ صورت وضعیت را به پیمانکار پرداخت نماید. پس اگر کارفرما، در پرداخت آن، ظرف مهلت یاد شده تأخیر نماید پیمانکار از تاریخ ابلاغ نامه خود به کارفرما مبنی

بر درخواست وصول طلب خود از کارفرما استحقاق دریافت خسارت تأخیر تأدیه هر صورت وضعیت خود را که به ترتیب مذکور از کارفرما تأخیر کرده است ، دارد.

دو - در مورد صورت وضعیت قطعی :

این امر می تواند دو وجه متفاوت داشته باشد : یک وجه این است که هر ماه مهندس مشاور و کارفرما مجموعاً بیش از ۵ ماه از تاریخ دریافت صورت وضعیت قطعی از رسیدگی به آن خودداری نمایند و پیمانکار با ارسال اعلامیه ای به کارفرما درخواست رسیدگی و پرداخت صورت وضعیت خود را بنماید از تاریخ ابلاغ اعلامیه ، پیمانکار مستحق دریافت خسارت تأخیر تأدیه ناشی از صورت وضعیت خود را ولو این که توسط کارشناس / کارشناسان دادگاه محاسبه و تعیین شده باشد ، دارد . زیرا قصور یا تقصیر کارفرما و مهندس مشاور که نماینده کارفرماست ، باعث شده که به صورت وضعیت پیمانکار رسیدگی نگردد.

وجه دیگر این است که مهندس مشاور و کارفرما به صورت وضعیت پیمانکار رسیدگی کرده اند اما در مورد میزان آن بین طرفین اختلاف نظر است . در این صورت چون طبق قسمتی از ماده ۴۰ شرایط عمومی پیمان ، «پیمانکار می تواند برای تعیین تکلیف آن قسمت از اعتراض خود که مورد قبول کارفرما واقع نمی شود ، طبق ماده ۵۳ اقدام نماید» ، ملاک تعیین مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه نسبت به مبالغ پذیرفته شده توسط کارفرما از تاریخ اعلامیه پیمانکار به کارفرما و نسبت به موارد اختلافی از تاریخ ابلاغ دادخواست (عرضحال) به کارفرما مورد محاسبه قرار گیرد.

سه - در مورد پیش پرداخت :

گرچه پیش پرداخت به مثابه وام بدون بهره جهت تقویت بنیه مالی پیمانکار از سوی کارفرما به او تأدیه می شود مع الوصف این حق ناشی از پیمان به نفع پیمانکار شرط شده و از تعهدات قراردادی کارفرما محسوب می شود . پس تأخیر در تأدیه هر یک از اقساط پیش پرداخت می تواند مسئولیت کارفرما را به تأدیه خسارت تأخیر مدلل دارد. اما تاریخ آن از روزی باید محاسبه شود که پیمانکار نامه ای به کارفرما ارسال داشته و از تاریخ دریافت آن کارفرما از تأدیه پیش پرداخت خودداری کرده است.

چهار - در مورد ضبط به ناحق ضمانتنامه بانکی:

گاهی کارفرما بدون هرگونه سبب قانونی یا قراردادی مبادرت به ضبط ناروای ضمانت نامه انجام تعهدات (موضوع ماده ۳۴ شرایط عمومی پیمان) می نماید . در این صورت ، چنانچه پیمانکار به این عمل غیر قانونی کارفرما معترض باشد و با تقدیم عرضحال یا دادخواست به مرجع حل اختلاف (دادگاه یا داوری) در صدد استرداد وجه ضمانت نامه بانکی خود برآید ، از آنجا که رفتار کارفرما در این خصوص کاملاً غیر قانونی و غیر اخلاقی بوده ، خسارت تأخیر تأدیه مبالغ ضبط شده ضمانتنامه بانکی باید از روز ضبط و وصول غیر قانونی آن محاسبه گردد. زیرا ، این موضوع مانند دینی نیست که پیمانکار از کارفرما طلب دارد بل که دین مذکور از یک تخلف آشکار کارفرما ایجاد شده که نباید ایجاد می شد.

پنج - در مورد تسویه حساب:

تسویه حساب موضوع ماده ۵۲ شرایط عمومی پیمان می تواند دو وضعیت متفاوت برای پیمانکار ایجاد کند : (۱) از کارفرما طلبکار باشد (۲) به کارفرما بدهکار باشد. در هر دو حالت ، هر یک از دو طرف (کارفرما - پیمانکار) حسب مورد که از دیگری طلبکار شود با ارسال اعلامیه و مطالبه طلب از تاریخ ابلاغ اعلامیه، خسارت تأخیر تأدیه از طرف مقابل قابل محاسبه است.

پس ، محاسبه مبدأ خسارت تأخیر تأدیه به صورت مطلق از تاریخ صدور رأی بدوی یا قطعی تصمیم عادلانه ای نیست . چه ، کاوشهای کارشناسی علی الاصول جنبه کاشفیت دارند ، نه موضوعیت. یعنی در اصل مدیون بودن کارفرما به پیمانکار تردیدی وجود نداشته و کارفرما می تواند طلب پیمانکار را طبق مقررات و شرایط عمومی پیمان به وی پرداخت نماید که نکرده است.

(۴) بعضی از قضات محترم حتا تاریخ رأی بدوی را هم معیار مبدأ پرداخت خسارت تأخیر تأدیه به شمار نمی آورند بل که تاریخ رأی قطعی را ملاک محاسبه قرار می دهند . استدلال آنها این است که : پیش از تاریخ قطعیت رأی بدوی ، هنوز دین کارفرما به پیمانکار متزلزل است و در صورت قطعیت ، آن دین بر ذمه کارفرما مستقر می گردد. اما به همان تحلیلی که در بالا عنوان شد این نظر به هیچ وجه قابل دفاع نیست و جفای بزرگی در حق پیمانکاران بستانکار به شمار می آید.

چهارم.

نتیجه آن که :

۱- خسارت تأخیر تأدیه شناخته شده قانونی در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب (در امور مدنی) بر اساس واقعیتهای غیر قابل انکار مناسبات اقتصادی از سوی قوه قانونگذاری کشور وضع و به رسمیت شناخته شده است. لذا اعمال سلیق شخصی مبتنی بر قواعد شرعی به هیچ وجه قابل قبول نیست. زیرا، هر آنچه از سوی قوه مقننه وضع می شود پس از طی مراحل و تشریفات مندرج در قانون اساسی، مبنایت باشرع و قانون اساسی را منتفی می سازد. پس، هرگونه عملی بر خلاف ماده ۵۲۲ تخلف آشکار از قوانین کشور محسوب می گردد.

۲- مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه پس از تأیید مطالبات پیمانکار نزد مهندس مشاور و کارفرما یا خودداری آنها از تأیید مطالبات موصوف، از وقتی باید محاسبه شود که پیمانکار به هر نحوی آن را از کارفرما مطالبه کرده ولی کارفرما به هر دلیل از پرداخت آن استنکاف ورزیده است.