

بررسی شرط مذاکره در حل و فصل اختلافات تجاری با توجه به رویه قضایی بین‌المللی

عبدالحسین شیروی*

محمدجواد کاظمی**

چکیده

در قراردادهای تجاری طرفین معمولاً توافق می‌کنند قبل از اینکه اختلاف خود را نزد سیستم داوری و یا قضایی مطرح نمایند، ابتدا آن را از طریق مذاکرات دوستانه حل و فصل نمایند و بدین طریق ضمن حفظ روابط تجاری و تحمیل کمترین هزینه، زمان و خسارات، به حل و فصل اختلاف خود نائل شوند. به رغم اینکه توافقات مزبور در تجارت بسیار معمول است، وضعیت حقوقی آنها در رابطه با درجه التزام و پایبندی طرفین نسبت به حل و فصل ابتدایی اختلاف از طریق مذاکره و تبعات حقوقی نقض آن مورد بحث قرار نگرفته است. این مقاله با تبیین ماهیت حقوقی این توافقات به عنوان شرط فعل و با توجه به رویه قضایی بین‌المللی، بر این دیدگاه تأکید خواهد نمود که چنین توافقی، نه تنها طرفین را از رجوع اولیه به سیستم داوری و یا قضایی منع خواهد کرد، بلکه نسبت به آنها این الزام را ایجاد خواهد کرد که در راستای حل و فصل اختلاف خود، ابتدا فرآیند منظم و اصولی مذاکره را در پیش گیرند و با حسن نیت آن را جهت حصول نتیجه ادامه دهند. نقض این تعهد حتی می‌تواند به ایجاد مسئولیت قراردادی منجر گردد.

کلیدواژه‌ها: شرط مذاکره، روش‌های جایگزین حل و فصل اختلافات، نقض تعهد انجام مذاکره، ضمانت اجرای نقض شرط مذاکره.

Hosseinshiravi@gmail.com

* عضو هیأت علمی دانشگاه تهران

Kazemi.law@icloud.com

** دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)

تاریخ پذیرش: ۹۶/۰۲/۱۸

تاریخ دریافت: ۹۴/۰۹/۰۸

در دنیای تجارت خصوصاً تجارت بین‌المللی، تجار تمایل و اعتقاد چندانی به سیستم قضاوت رسمی ندارند چرا که آنها می‌خواهند اختلافات خود را سریع‌تر، ارزان‌تر و بدون کمترین خلل به روابط تجاری‌شان حل نمایند. همچنین تئوری‌های مبتنی بر تحلیل اقتصادی حقوق هم بر این دیدگاه اصرار دارند که در نظام قضایی کارآمد لازم نیست همه اختلافات از طریق سیستم دولتی حل و فصل شود.^۱ این دغدغه‌ها منجر به شکل‌گیری روش‌های غیر رسمی نظام حل و فصل اختلافات، تحت عنوان روش‌های جایگزین حل و فصل اختلاف (ای.دی.آر) گردیده است.

مذاکره همواره به عنوان یکی از قدیمی‌ترین روش‌های جایگزین حل و فصل اختلافات مطرح بوده است. چرا که خود طرفین در بهترین وضعیتی قرار دارند که نقاط قوت و ضعف اختلاف را می‌دانند و به بهترین وجه می‌توانند آن را حل نمایند. اهمیت بیشتر مذاکره امروزه در تجلی و تحول آن به عنوان یکی از روش‌های ای.دی.آر می‌باشد به گونه ای که در بسیاری از قراردادهای ماده‌های پایانی آن طرفین توافق می‌کنند که قبل از رجوع به سایر روش‌های حل و فصل اختلاف، ابتدائاً اختلاف از طریق مذاکره حل و فصل گردد. این روش حل و فصل اختلاف هم در مقررات بین‌المللی و هم در قوانین داخلی مورد تأکید قرار گرفته است به عنوان نمونه بر مبنای ماده ۵ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی و روش‌های جایگزین حل و فصل اختلافات^۲ طرفین می‌بایست جهت حل و فصل اختلافات خود ابتدائاً مذاکره نموده و در صورت عدم حل اختلاف، به سایر شیوه‌های ای.دی.آر متوسل می‌شوند.^۳ همچنین در ماده ۱۹ قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱ مقرر شده است: «اختلافات بین دولت و سایر سرمایه‌گذاران خارجی در خصوص سرمایه‌گذاری‌های موضوع این قانون چنان چه از طریق مذاکره حل و فصل نگردد، در دادگاه‌های داخلی مورد رسیدگی قرار می‌گیرد».

جواز بلکه تشویق به حل و فصل اختلافات از طریق مذاکره و صلح و سازش مورد تأکید آیات و روایات اسلامی است. از جمله آیه ۱۲۸ سوره نساء که می‌فرماید: «الصلح

1. Kaplow, Louis; Shavell, Steven, "Economic analysis of law", Harvard Law School publishing, 1999, p. 2.

2. Arbitration and ADR Rules, ICC, 2011.

۳. برای دیدن ترجمه فارسی آن رک: معصومی، پندار، «قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی و روش‌های جایگزین حل و فصل اختلافات»، ویژه‌نامه مجله حقوقی بین‌المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، ۱۳۹۱، ص. ۳۰۱.

خیر» و یا روایت حضرت رسول در این رابطه که می فرمایند: «الصلح جایز بین المسلمین الا صلحاً احل حراماً او حرم حلالاً».^۱ این اهمیت تا آنجاست که در فقه کتاب مستقلی به نام کتاب الصلح و در قانون مدنی، فصلی تحت عنوان «در صلح» به این عقد اختصاص داده شده است و تمام آثار و احکام آن را به تفصیل بیان کرده است. در عقد صلح ترتیبات و گذشت‌هایی پیش بینی شده است که در سایر عقود دیده نمی‌شود. مثلاً جهل در صلحی که در مقام رفع تنازع است مجاز شمرده شده است یا خیار غبن در مصالحه اختلافات راه پیدا نمی‌کند و یا عقد صلح لازم است هرچند که در مقام عقود جایز منعقد گردد.

علی‌رغم تأکید بر حل و فصل اختلافات از طریق سازش و مذاکره در فقه اسلامی و همچنین رواج و شیوع آن در عرصه قراردادهای داخلی و خارجی، هنوز وضعیت حقوقی چنین توافقاتی در رابطه با درجه التزام و پای‌بندی طرفین نسبت به حل و فصل ابتدایی اختلاف از طریق مذاکره در حقوق ایران کاملاً تبیین نشده است.^۲ اینکه آیا چنین شروطی صرفاً یک توافق مقدماتی بدون هیچ الزام حقوقی می‌باشند یا برعکس، شروطی هستند که طرفین را ملزم می‌نمایند در هنگام حدوث اختلاف فرآیند مذاکره را در پیش گیرند و به تمام مفاد آن پای‌بند باشند. این مقاله با تبیین این شروط و اوصاف و آثار آن، این دیدگاه و فرض را دنبال خواهد کرد که طرفین بر مبنای این توافقات ملزم هستند در هنگام بروز اختلاف ابتدائاً مسیر منظم و اصولی مذاکره را در پیش گرفته و سپس به سیستم داوری و یا قضایی مراجعه نمایند.

به این جهت ابتدا شرط مذاکره و اهمیت این تعهد قراردادی و سپس ویژگی‌های آن بیان می‌شود. در ادامه آثار تعهد بر مذاکره به عنوان یک شرط فعل مورد بررسی قرار می‌گیرد و ضمانت اجرای تخلف از آن با توجه به رویه قضایی بین‌المللی مورد بررسی قرار می‌گیرد و در آخر نیز اصول حاکم بر مذاکره به نحو اختصار بیان می‌گردد.

۱. مذاکره و اهمیت آن

مذاکره روشی است که طرفین در صدد هستند اختلافات خود را بدون مداخله اشخاص ثالث، به عنوان تسهیل‌کننده اختلاف، حل و فصل نمایند.^۳ فرآیندی که از

۱. حر عاملی، وسائل الشیعه، چاپ اسلامی، ج ۱۳، ص ۱۶۴.

۲. آنچه تا امروز در حقوق ایران در این رابطه بحث شده، بیشتر ناظر به بررسی کلی روش‌های جایگزین حل و فصل اختلافات (ADR) بوده است و به تحقیق، هنوز موضوع مذاکره به نحو مستقلی مورد بررسی قرار نگرفته است.

3. Connel, Mary Ellen, "International Dispute Settlement", Dartmouth Publishing, 2003, p. 37.

طریق گفتگو و ارتباطات رفت و آمدی جهت حصول توافق میان دو طرف یا بیشتر که دارای منافع متعارض هستند، طراحی شده است. امروزه تجلی این روش از حل و فصل اختلاف در قراردادهای، به صورت شرطی است که در ماده‌های پایانی قرارداد گنجانده می‌شود. شرط فعل مثبتی که پیش از وقوع منازعه و اختلاف به صورت ماهیتی غیرمستقل، ضمن عقد اصلی مورد توافق قرار می‌گیرد و بر مبنای آن، طرفین اختلاف متعهد می‌گردند از طریق گفتگو و تماس‌های مستقیم و بدون مداخله شخص ثالث اختلافات خود را حل و فصل نمایند.

منافع فردی و اجتماعی حل و فصل اختلافات از طریق درج شرط مذاکره در قرارداد، امروزه بر هیچ‌کسی پوشیده نیست. مذاکره باعث کنترل حجم دعاوی و فراوانی آن می‌شود. مذاکره نه تنها به تمرکززدایی منطقی قضایی کمک می‌کند، بلکه با اقتضائات خصوصی‌سازی و قراردادی شدن دادرسی بسیار هماهنگی و انطباق دارد. معکوس‌سازی دعاوی با استفاده از مذاکره، نوعی مهندسی مجدد از نظام مراجعات جامعه به دست می‌دهد که طی آن جاذبه حل اختلاف دادگاه‌محور، بسیار کمتر خواهد شد.^۱ با مذاکره، طرفین اختلاف خواهند توانست با کنترل و مدیریت هزینه‌ها و همچنین توجه به نقش خود به عنوان تنها بازیگران حل اختلاف، در راستای بهینه‌سازی روند حل اختلاف خود حرکت نمایند. حل اختلاف از طریق مذاکره زمان را برای طرفین ذخیره خواهد کرد. چرا که خودشان هستند که هر موقع می‌توانند به حل اختلاف بپردازند، به آسانی در دسترس هم باشند، حداکثر همکاری و مشارکت را در راستای رسیدن به نتیجه برد - برد داشته باشند و نهایتاً با حذف عوامل اطاله، در کوتاه‌ترین زمان ممکن، به حل و فصل اختلافات خود نائل آیند.

۲. ویژگی‌های تعهد به مذاکره

تعهد به مذاکره یا شرط مذاکره دارای اوصاف و ویژگی‌هایی است که این اوصاف ثمربخش بودن آن را در فرآیند حل و فصل اختلاف تضمین می‌نماید. در ادامه، با تأکید بر قانون مدنی، مهم‌ترین این اوصاف مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۱. کفایت تعیین اجمالی موضوع

قانون مدنی در مبحث سوم از شرایط اساسی صحت معامله (مواد ۲۱۴ تا ۲۱۶)، از شرایط و احکام «مورد تعهد» سخن می‌گوید. «مورد تعهد» در شرط مذاکره، فعل

1. Shavell, Steven, "Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis", Journal of Legal Studies, Volume 24, Number 1, 1995, P.2.

مثبتی است که طرفین در هنگام وقوع اختلاف متعهد به تعیین و انجام آن می‌باشند. بر مبنای ماده ۲۱۶ ق.م.ا.م. موضوع تعهد در شرط مذاکره باید معین باشد. حال شبهه‌ای که در اینجا مطرح می‌گردد، این است که شرط مذاکره زمانی توافق و تعهد می‌گردد که هنوز اختلافی محقق نشده است و مآلاً موضوع آن معین نمی‌باشد و بنابراین باطل است. در پاسخ به این شبهه و رد بطلان این گونه شرط، می‌توان چنین استدلال کرد:

۱- هر چند بر مبنای ماده ۲۱۶ قانون مدنی موضوع تعهد می‌بایست تفصیلاً معلوم و معین باشد، اما اولاً شرایط صحت موضوع تعهد را نمی‌توان با شرایط صحت شرط فعل یکی دانست، ثانیاً برخی از شرایط صحت تعهد مانند معلوم بودن تفصیلی، دلیلی بر لزوم آن در شرط وجود ندارد؛ ثالثاً مبنای تفصیلی بودن مورد تعهد، حدیث مشهور نبوی «نهی النبی عن بیع الغرر» می‌باشد. در حالی که امروزه به بعضی از تعهدات متعارف اجتماعی با گذشت و تسامح نگریده می‌شود و عرف با دید غرری به آنها نگاه نمی‌کند. به علاوه اعمال دقت و سخت‌گیری در شرایط تشکیل آنها نه تنها عادتاً امکان ندارد بلکه الزامی کردن علم تفصیلی نسبت به آنها، مانع ایجاد روابط ضروری و منظم حقوقی خواهد شد. شایان ذکر است که در قانون مدنی جهل به شرط تا حدودی که به جهل عوضین منجر نشود، فاقد اشکال است. به این جهت برخی از حقوق‌دانان صراحتاً بیان کرده‌اند که جهل در شروط فی نفسه اشکالی ندارد.^۲ همچنین مطالعه قانون مدنی راجع به وکالت، جعاله، مضاربه و ودیعه ما را به این نتیجه رهنمون می‌سازد که قانون‌گذار، آن سخت‌گیری که در رابطه با مال مورد معامله داشته، در رابطه با تعهد به انجام کاری در آینده نداشته است.^۳ برای مثال وکالت می‌تواند برای تمام امور موکل باشد در حالی که در زمان انعقاد قرارداد وکالت، این امور معین نمی‌باشد. بنابراین «قابلیت تعیین» و امکان رفع ابهام از مورد تعهد کافی می‌باشد و می‌توان با مراجعه به عرف، قلمرو و حدود موضوع تعهد را معین کرد.

۲- با عنایت به اینکه نتیجه پایانی مذاکره جلوه‌ای از عقد صلح باشد که برای پایان بخشیدن به تنازع منعقد می‌شود و همچنین ماده ۷۶۶ ق.م.ا.م. می‌توان

۱. ماده ۲۱۶ ق.م.ا.م: «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.»

۲. شهیدی، مهدی، «شروط ضمن عقد»، چاپ دوم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۷، ص. ۸۷.

۳. کاتوزیان، ناصر، «قواعد عمومی قراردادها»، جلد سوم، چاپ دوم، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۶، ص. ۲۰۹.

۴. ماده ۷۶۶ ق.م.ا.م: «اگر طرفین دعوی بطور کلی تمام دعاوی واقعی و فرضیه خود را به صلح خاتمه داده باشند

کلیه دعاوی داخل در صلح محسوب است...»

استدلال کرد که علم تفصیلی به مورد تعهد در صلح و مذاکره لازم نیست و تعهداتی که اجمالاً معلوم می‌باشد، می‌تواند مورد صلح و مذاکره قرار گیرد.

۳- اگر سبب و رابطه حقوقی که باعث اختلاف شده، در ابتدا مشخص شده باشد، بر مبنای این رابطه حقوقی می‌توان اختلافات حاصله را تعیین کرد. به عبارتی دیگر شرط مذاکره که خود به تبع قراردادی است که موضوع معین دارد، خود به خود دارای موضوع معین و مشخص خواهد شد.^۱ بنابراین به جای تعیین اختلافات طرفین، با تعیین رابطه حقوقی که به اختلاف منجر شده است، می‌توان مشکل تفصیلی نبودن مورد تعهد را در مذاکره حل کرد.^۲ در تائید این استدلال می‌توان به ماده ۷ قانون نمونه آنسیترال در رابطه با داوری تجاری، که ترجمه غیردقیق آن در بند (ج) ماده یک قانون داوری تجاری بین‌المللی آورده شده است، اشاره کرد. این ماده در تعریف موافقت‌نامه داوری بیان می‌دارد که: «موافقت‌نامه داوری توافقی است بین طرفین که به موجب آن تمام یا بعضی^۳ از اختلافاتی که در مورد یک یا چند رابطه حقوقی معین اعم از قراردادی یا غیرقراردادی به وجود آمده یا ممکن است پیش آید، به داوری ارجاع می‌شود.»^۴

۴- در ماده ۴۵۵ ق.آ.د.م، قانون‌گذار بیان می‌دارد که: «متعاملین می‌توانند ضمن معامله ملزم شوند و یا به موجب قرارداد جداگانه تراضی نمایند که در صورت بروز اختلاف بین آنان، به داوری مراجعه کنند...» حال با عنایت به اینکه داوری در این رابطه خصوصیت ویژه‌ای ندارد که قانون‌گذار در آن صراحتاً

۱. در یک مورد شعبه ۲۲۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران، به موجب دادنامه شماره ۱۰۱۲-۱۳۸۳/۰۷/۱۵، دعوای خواهان را در خصوص الزام خوانده به اجرای مفاد قرارداد مشارکت و پرداخت خسارت، به دلیل وجود شرط داوری، قابل استماع ندانست. بعد از تجدیدنظرخواهی، شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۱۴۵۳-۱۳۸۳/۱۱/۲۴ موضوع پرونده شماره ۸۳/۱۴۱۶ مقرر می‌دارد: «استناد وکیل تجدیدنظرخواهان به ماده ۴۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی مبنی بر عدم تعیین موضوع و مدت داوری که موجب بی‌اعتباری قرارداد در بخش داوری می‌باشد، بلاوجه و مردود است، زیرا تعیین داور و حکم برای رفع و حل اختلاف در موضوع قرارداد طرفین خواهد بود که موضوع قرارداد معلوم و مشخص می‌باشد...». برای دیدن آراء بیشتر در این زمینه رک: زندی، محمدرضا، «رویه قضایی دادگاههای تجدیدنظر استان تهران در امور مدنی: داوری»، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۸، ص. ۵۵.

۲. شیروی، عبدالحسین، داوری تجاری بین‌المللی، چاپ اول، انتشارات سمت، ۱۳۹۱، ص. ۹۱.

۳. منظور از بعضی در این بند، بعض معین است که ترجمه کلمه certain است نه بعض نامعین که ترجمه کلمه some باشد. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، رک: همان، ۹۲.

4. Arbitration agreement” is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not.

شرط داوری در ابتدای انعقاد قرارداد را پذیرفته است، می‌توان گفت که در شرط مذاکره هم، همین که مورد تعهد و شرط اجمالاً معلوم باشد، برای اعتبار شرط و تعهد کفایت می‌کند.

بنابراین موضوع شرط مذاکره نیازی نیست که تفصیلاً معلوم گردد، بلکه همین که رافع اشتباه باشد و حدود اختیارات طرفین مذاکره را در رابطه با نوع اختلاف مشخص نماید، کفایت می‌کند. البته می‌بایست در شرط مذاکره قید گردد که تمام اختلافات ناشیه از این قرارداد و مرتبط با آن به مذاکره ارجاع می‌شود و یا بعضی از اختلافات مثلاً تعبیر و یا تفسیر قرارداد. این امر مورد تأکید رویه قضایی هم می‌باشد.^۱

۲-۲. معین بودن مدت

یقیناً یکی از مهم‌ترین انگیزه‌های طرفین جهت ارجاع اختلافات خود به مذاکره، سرعت در حل و فصل منازعه می‌باشد. این مقصود با بی‌پایان بودن فرآیند مذاکره در تضاد است. بنابراین با توجه به این مقصود و وحدت ملاک ماده ۴۵۸ ق.آ.د.م.^۲ در رابطه با داوری، طرفین مذاکره می‌بایست مدت مذاکره را در ماده مربوطه تعیین نمایند. حال اگر مدت مذاکره تعیین نشود، ضمانت اجرای آن چیست. در رأی که از شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۱۹۴۴ مورخ ۱۳۸۴/۱۲/۱۶ در رابطه با داوری صادر شده است، عدم قید مدت در قرارداد داوری را موجب بطلان و بی‌اعتباری قرارداد داوری عنوان کرده است.^۳ حال با توجه به عدم پیش‌بینی مدت قانونی برای مذاکره در قوانین مربوطه و توجه به رویه قضایی فوق‌الذکر و همچنین با عنایت به وحدت ملاک ماده ۴۰۱ ق.م.^۴ باید بر این نظر قائل بود که عدم تعیین مدت، باعث بطلان و بی‌اعتباری مذاکره خواهد شد چرا که فی‌الواقع قرار نیست حل و فصل این منازعه به دست زمان سپرده شود و منتظر ماند که چه زمانی این مذاکرات به نتیجه رسد بلکه طرفین می‌خواهند این اطمینان را داشته باشند که پس از انقضای مدت معینی و عدم حل و فصل منازعه، مسیر دیگر حل و فصل اختلاف (داوری یا دادگاه) را شروع نمایند. البته نظر مخالف هم با این استدلال که در قوانین مربوطه نصّ صریحی مبنی بر بطلان چنین شرطی وجود ندارد و به علاوه اصل بر عدم شرطیت ذکر مدت و استثنائی بودن بطلان می‌باشد، قابل دفاع می‌باشد.

۱. خدابخشی، عبدالله، «حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی»، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱، ص. ۷۲.

۲. ماده ۴۵۸ ق.آ.د.م: «در هر مورد که داور تعیین می‌شود باید موضوع و مدت داوری و نیز مشخصات طرفین و داور و یا داوران به طوری که رافع اشتباه باشد تعیین گردد...».

۳. زندی، محمدرضا، منبع پیشین، ص. ۸۴.

۴. ماده ۴۰۱ ق.م: «اگر برای خیار شرط مدت معین نشده باشد، هم شرط خیار و هم بیع باطل می‌باشد».

۲-۳. معلق بودن

همان گونه که عقد می‌تواند منجز یا معلق باشد، شرط ضمن عقد نیز ممکن است معلق یا منجر باشد. طبق ماده ۱۸۹ ق.م، عقد منجز عقدی است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق خواهد بود. شرط مذاکره را می‌توان جزء شروط معلق دسته‌بندی نمود، زیرا اثر شرط مزبور یعنی تعهد به انجام مذاکره بر حسب انشاء منوط به امر احتمالی و نامعلومی در آینده یعنی «حدوث اختلاف بین طرفین» شده است. بنابراین تعلیق در شرط مذاکره که از نوع تعلیق در منشأ (به ضم میم) می‌باشد، صحیح است. چرا که در این صورت توافق (شرط) محقق شده است و فقط اثر آن بر حسب انشاء موکول به تحقق واقعه احتمالی در آینده می‌گردد. حتی اگر صحت تعلیق در عقود محل بحث باشد، درستی تعلیق در شرط محل نزاع نیست و همه به آن قائل هستند.

۲-۴. مستقل بودن از قرارداد اصلی

این وصف از موافقت‌نامه مذاکره را می‌توان با سؤال دقیق‌تری بدین شکل مطرح کرد که ارتباط شرط مذاکره با قرارداد اصلی چگونه می‌باشد. بدین توضیح که اگر قرارداد اصلی به هر دلیلی باطل اعلام شد، آیا شرط مذاکره ضمن آن هم، باطل خواهد بود یا خیر. در مقررات و رویه‌های داوری نظر غالب بر این است که بطلان قرارداد اصلی به شرط داوری سرایت نمی‌کند و در نتیجه داور همچنان برای رسیدگی به اختلاف صلاحیت خواهد داشت. این قاعده که به «قاعده استقلال شرط داوری» معروف شده است، در اسناد بین‌المللی و رویه قضایی کشورها منعکس گردیده و نظریه مخالف به ندرت دیده می‌شود.^۱ موضع نظام حقوقی ما در رابطه با این قاعده در داوری‌های داخلی و بین‌المللی یکسان نمی‌باشد. در داوری‌های داخلی، قانون به صراحت قاعده‌ای را بیان نمی‌کند، بنابراین عده‌ای از حقوق‌دانان با توجه به قاعده تابعیت شرط از عقد، منکر اصل استقلال شرط داوری شده‌اند.^۲ در داوری‌های خارجی، بند (۱) ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی^۳ با اقتباس از قانون نمونه داوری آنسیترال، به صراحت نظریه

۱. صفایی، سیدحسین، «سخنی چند درباره نوآوری‌ها و نارسایی‌های قانون داوری تجاری بین‌المللی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴۰، ۱۳۷۷، ص. ۱۷.

۲. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص. ۱۴۰.

۳. ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی: بند (۱): «داور می‌تواند در مورد صلاحیت خود و همچنین درباره وجود و یا اعتبار موافقت‌نامه داوری اتخاذ تصمیم کند. شرط داوری که به صورت جزئی از یک قرارداد می‌باشد از نظر اجرای این قانون به عنوان موافقت‌نامه‌ای مستقل تلقی می‌شود. تصمیم داور در خصوص بطلان و ملغی‌الایر بودن قرارداد فی‌نفسه به منزله عدم اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد نخواهد بود».

استقلال شرط داوری را مورد تأکید قرار داده است. حال در رابطه با شرط مذاکره، با توجه به نکات فوق پیرامون شرط داوری، می‌توان چنین گفت که یکی از مبانی توجیه استقلال شرط داوری، اراده ضمنی طرفین است. یعنی طرفین ضمناً توافق کرده‌اند که مرجع داوری بتواند به هرگونه اختلاف راجع به قرارداد و یا حتی صحت و بطلان آن رسیدگی کند که این امر نیز سابقه فقهی دارد. به عنوان مثال هرگاه در بیع، شرط شود که بایع برای مستحق للغير درآمدن مبیع ضامن بدهد این شرط صحیح است و چنانچه بایع به تعهد خود عمل نکند، مشتری حق فسخ معامله را دارد (ماده ۳۷۹ قانون مدنی). در صورتی که با مستحق للغير در آمدن مبیع و رد مالک عقد بیع باطل می‌شود و لاجرم شرط ضمن آن نیز باطل می‌گردد. اما قانون‌گذار با تأسی از قصد طرفین به شرط مزبور استقلال داده و شرط ضمانت را صحیح تلقی کرده است، زیرا طرفین شرط ضمانت را در صورت مستحق للغير درآمدن مورد موافقت قرار داده‌اند.

مضافاً، قاعده استقلال شرط داوری مورد تصریح قانون‌گذار قرار گرفته است و به نظر نمی‌رسد که این حکم صرفاً به داوری منحصر باشد بلکه به کلیه مواردی نیز تسری می‌یابد که طرفین ترتیبی را در صورت بطلان یا فسخ عقد در نظر می‌گیرند که این امر نشان می‌دهد که آنها تمایل دارند ترتیبات متعاقب بطلان یا فسخ را مقرر نمایند. بنابراین نمی‌توان به استناد قاعده پیروی شرط از عقد در حقوق مدنی، مشروعیت شرط مذاکره را ناشی از قرارداد اصلی تلقی کرد که با فسخ یا بطلان آن، شرط مذاکره هم باطل شود و آنچه قانون‌گذار در ماده ۴۶۱ ق.آ.د.م^۱ در رابطه با داوری داخلی مطرح کرده است، نوعی تنگ‌نظری و دخالت در داوری است نه اینکه چنین شرطی از جهت اصولی باطل است.

۳. آثار شرط مذاکره

منظور از آثار شرط مذاکره، نتایجی است که شرط پس از انشاء در عالم حقوق و به تبع در عالم خارج به وجود می‌آورد. در ادامه به بررسی مهم‌ترین این آثار و نتایج خواهیم پرداخت.

۳-۱. الزام به حل و فصل ابتدایی اختلاف از طریق مذاکره

اثر ایجابی شرط مذاکره که تجلی اراده و منافع طرفین می‌باشد، این است که در صورت تحقق مقتضای شرط (حدوث اختلاف)، می‌بایست اختلاف ابتدا به فرآیند

۱. ماده ۴۶۱ ق.آ.د.م: «هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد، دادگاه ابتدائاً به آن رسیدگی و اظهار نظر می‌نماید».

مذاکره ارجاع و از طریق آن حل و فصل شود. از منظر قانون مدنی، وجوب وفای به عقد، شامل تمام اجزاء و شروط ضمن عقد نیز می‌باشد و عمل به آنها را نیز واجب می‌سازد و به تعبیر دیگری ادله وجوب وفای به عقد، وجوب تکلیفی عمل به مفاد عقد و شروط ضمن آن می‌باشد. به علاوه، در رابطه با شرط فعل، ماده ۲۳۷ قانون مدنی چنین بیان می‌دارد: «هرگاه شرط در ضمن عقد، شرط فعل باشد، اثباتاً یا نفیاً، کسی که ملتزم به انجام شرط شده است، باید آن را به جا آورد و در صورت تخلف طرف معامله می‌تواند به حاکم رجوع نموده، تقاضای اجبار به وفای شرط بنماید». بنابراین شرط مذاکره، موجب می‌شود که طرفین ملزم به حل و فصل اختلاف خود ابتدائاً از طریق مذاکره باشند و نظری غیر از این، نه تنها به لغو و بی‌فایده بودن شرط منجر خواهد شد بلکه ذهن را به این سؤال رهنمون می‌سازد که اصلاً هدف از این توافق چه بوده است؟

۳-۲. اناطه رسیدگی داور و یا قاضی به طی فرآیند مذاکره

اثر سلبی شرط مذاکره، به این صورت متجلی می‌شود که در صورت بروز اختلاف تا زمانی که طرفین فرآیند منظم و اصولی مذاکره را طی نکرده باشند، دیوان داوری و یا سیستم قضایی می‌بایست در راستای احترام به اراده نخستین طرفین، تا زمان احراز جری تشریفات مذاکره و عدم وصول طرفین به حل و فصل اختلاف، نه تنها وارد رسیدگی نشود بلکه در صورت عدم ورود طرفین به فرآیند مذاکره، آنها را به جری تشریفات مذاکره، آن هم با رعایت مقررات مربوطه مثل ابلاغ و اصول حاکم بر آن مثل رعایت حسن‌نیت، ملزم نماید. در مباحث مربوط به داوری این قاعده پذیرفته شده است که با وجود موافقت‌نامه داوری، دادگاه‌ها نسبت به حل اختلاف صلاحیت ندارند و در صورت طرح دعوا در دادگاه باید با استناد به قرارداد داوری، قرار عدم استماع دعوا را صادر نموده و رسیدگی به اختلاف را به داوری واگذار نمایند. ماده ۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی - که مبتنی بر ماده ۸ قانون نمونه آنسیترال راجع به داوری تجاری بین‌المللی می‌باشد - مقرر می‌دارد: «دادگاهی که دعوای موضوع موافقت‌نامه داوری نزد آن اقامه شده است باید در صورت درخواست یکی از طرفین تا پایان اولین جلسه دادگاه دعوای طرفین را به داوری احاله نماید، مگر اینکه احراز کند که موافقت‌نامه داوری باطل و ملغی‌الاثرو یا غیر قابل اجرا می‌باشد. طرح دعوا در دادگاه مانع شروع و یا ادامه جریان رسیدگی داوری و صدور رأی داور نخواهد بود»^۱.

۱. در رویه قضایی نیز این قاعده مورد تبعیت قرار گرفته است؛ چنان که شعبه اول دادگاه عمومی کرج نیز در دادنامه شماره ۶۲۲ مورخ ۷۴/۶/۷ بیان داشته است: «دادگاه نظر بر اینکه بند ۷ قرارداد حکایت از انتخاب داور مرضی‌الطرفین دارد و نظر بر اینکه خواهان دلیلی مبنی بر اینکه داور نخواهد و یا نتواند رسیدگی نماید، ارائه

همان طور که ملاحظه گردید، در رابطه با داوری با توجه به ماهیت قرارداد، نفی صلاحیت دادگاهها مطلق بوده و علی‌الاصول دادگاهها هیچ گاه نمی‌توانند به آن دعوا رسیدگی نمایند. اما چنین مفهومی را نمی‌توان در رابطه با شرط مذاکره - که اصولاً حل اختلاف در آن با رضایت طرفین صورت می‌گیرد - تسری داد چرا که در این شیوه حل اختلاف، ممکن است طرفین به توافق نرسند و اختلاف حل و فصل نشود. بنابراین ما بر این باوریم که در رابطه با موافقت‌نامه مذاکره، نفی صلاحیت دیوان داوری و یا دادگاه‌های دادگستری بدین معنی است که رسیدگی به حل و فصل اختلاف توسط داور و یا قاضی تا مدتی که تلاش متعارف و مبتنی بر اصول، برای حل و فصل اختلاف از طریق مذاکره انجام نشده باشد، معلق می‌گردد و به عبارتی دیگر، نفی صلاحیت در رابطه با موافقت‌نامه مذاکره بدین معنی است که تا زمانی که تلاش‌های معقولی برای حل و فصل اختلاف از طریق مذاکره انجام نشده و یا این تلاش‌ها در جریان است، دعوا استماع خواهد نشد. بنابراین در این رابطه بر خلاف داوری، نفی صلاحیت دیوان داوری و یا دادگاه، دایمی و مستمر نخواهد بود.

دیدگاه فوق‌الذکر هر چند با قاعده کلی و سنتی صلاحیت اجباری محاکم، هماهنگ نمی‌باشد، اما به نظر می‌رسد که این رویه در حال تعدیل است. به عنوان مثال در حقوق خارجی، قانون داوری انگلیس مصوب ۱۹۶۶ در بند ۲ ماده ۹ ذیل عنوان «توقف رسیدگی‌های قضایی» مقرر می‌دارد: «درخواست توقف رسیدگی‌ها ممکن است با وجود این امر که اختلاف باید پس از طی سایر شیوه‌های حل و فصل اختلاف، به داوری ارجاع گردد، مطرح شود».^۱ در قوانین دیگری از جمله ماده ۳ «قانون یکنواخت میانجی‌گری آمریکا»^۲ به قابلیت اجرای موافقت‌نامه ای.دی.آر تصریح شده است.^۳ در بسیاری از آراء جدید، دادگاهها با قابل اجرا دانستن موافقت‌نامه‌های ای.دی.آر و از جمله مذاکره، حکم به توقف رسیدگی‌های داوری و قضایی نموده‌اند. همچنین دادگاه‌های ایالات متحده آمریکا که رویه و نگرش آنها به طور جانبدارانه‌ای در جهت

← نکرده، لذا به استناد مفهوم مخالف ماده ۶۳۹ قانون آیین دادرسی مدنی، ایراد خوانندگان وارد، رأی به عدم استماع دعوای مطروح صادر و اعلام می‌نماید...». زندی، محمدرضا، منبع پیشین، ص. ۸۵.

1. Stay of Legal Proceedings:

(1).....

(2) An application may be made notwithstanding that the matter is to be referred to arbitration only after the exhaustion of other dispute resolution procedures.

2. The American Uniform Mediation Act

۳. برای مطالعه این قاعده در میانجی‌گری، رک:

Kovach, Kimberlee, "Mediation, The handbook of dispute resolution", Jossey, 2005, p. 345.

حمایت از شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف، متمایز می‌گردد، در آرای مختلفی بر اجرای موافقت‌نامه ای.دی.آر و توقف رسیدگی‌های دادگاه تأکید نموده‌اند.^۱ یکی از قضات انگلیسی در یکی از دعاوی^۲ طرح‌شده در سال ۲۰۰۲ در همین زمینه اظهار نظر می‌نماید: «میانجی‌گری از نظر قانون اجباری نیست اما شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات از جمله میانجی‌گری و مذاکره در مرکز سیستم عدالت مدنی امری قرار دارد و هر گونه تصور غیرموجه در توجه لازم به فرصت‌های ارائه‌شده باید به عنوان یک احتمال واقعی که ممکن است نتایج نامطلوب در بر داشته باشد، در نظر گرفته شود».^۳ قاضی دیگری در این زمینه بیان داشته است: «من با این عقیده که برای مذاکره با حسن نیت هیچ تعهدی وجود نداشته باشد، موافق نیستم. من این استدلال را که چنین موافقت‌نامه‌هایی مشخص نمی‌باشند، رد می‌کنم. در اغلب شرایط تعهد برای مذاکره با حسن نیت وجود خواهد داشت، مشروط بر اینکه آن شروط دقیق باشند».^۴

در کشورهای حقوق نوشته، از جمله فرانسه، نیز دیوان عالی کشور فرانسه در دعوی پویر^۵ علیه ترییر^۶ اعلام نمود که شرط سازش که مورد توافق طرفین قرار گرفته است از هرگونه رسیدگی قضایی قبل از اتمام فرآیند سازش جلوگیری به عمل می‌آورد.^۷ از طرف دیگر، با توجه به اراده ضمنی طرفین می‌توان گفت وقتی آنها توافق (شرط) می‌کنند که اختلاف خود را از طریق ارجاع به فرآیند اصولی مذاکره حل و فصل نمایند، ضمناً بر این امر توافق کرده‌اند (هر چند گاه بر آن تصریح می‌شود) که تا تلاش‌های لازم جهت حل و فصل اختلاف از طریق مذاکره به شکست نینجامیده است، دعوی خود را نزد دیوان داوری و یا دادگاه مطرح ننمایند.^۸ هر چند دادگاه‌های داخلی هنوز نسبت به مسأله نفی صلاحیت دیوان داوری و یا دادگاه تا طی تشریفات منظم و اصولی مذاکره ورود نکرده‌اند، اما در بعضی از آراء دادگاه‌های خارجی این مسأله مورد تأکید قرار گرفته که در ادامه به چند مورد اشاره می‌گردد:

1. Redfern, Alan; Hunter, Martin, "Law and Practice of International Commercial Arbitration", London, Sweet & Maxwell, 2003, p. 40.
۲. دعوی هورست (Hurst) علیه لیمینگ (Leeming).
3. Marriot, Arthur, "ADR in civil and commercial disputes", Bernstein Handbook of Arbitration and Dispute Resolution Practice, Vol. 1, London, Sweet and Maxwell, 2003, p.466.
4. Ibid, p. 467
5. Poier
6. Tripier
7. Ibid. p. 468.
۸. درویشی هویدا، یوسف، «شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف»، چاپ اول، تهران، انتشارات بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۸، ص. ۲۱۶.

۱. دعوای اول

این دعوا میان دولت لیبی و شرکت نفتی آسیایی کالیفرنیا^۱ و شرکت نفتی خارجی تکزاکو^۲ در رابطه با امتیاز بهره‌برداری، در ژانویه ۱۹۷۹ مطرح گردید. با طرح اختلاف از سوی این شرکت‌ها در دیوان داوری، دولت لیبی دیوان را برای رسیدگی فاقد صلاحیت^۳ دانست. چرا که قبل از داوری می‌بایست فرآیند مذاکره که در قرارداد آنها پیش‌بینی شده بود را انجام می‌دادند. دیوان داوری در رأی مورخ ۱۹ ژانویه ۱۹۷۹ خود ایراد دولت لیبی را با این استدلال رد کرد که اولاً شرکت‌های نفتی تلاش‌های لازم را برای مذاکره با دولت لیبی به عمل آورده اند؛ ثانیاً این شرط بسیار مبهم بوده به گونه‌ای که معنای دقیق و مشخصی از آن نمی‌توان برداشت کرد. همان طور که ملاحظه می‌گردد درست است که دیوان در این رأی به نفع دولت لیبی اتخاذ موضع نکرد، اما به طور ضمنی عمل به شرط مذاکره و انجام تلاش‌های متعارف برای انجام آن - البته به شرطی که روشن و مشخص باشد - مورد پذیرش قرار داده است.^۴

۲. دعوای دوم

این دعوا میان دولت غنا و آنتوین بیلون،^۵ مارین درایو^۶ و مرکز سرمایه‌گذاری‌های غنا در رابطه با قرارداد تحصیل و توسعه اراضی مطرح گردید. طرفین در قرارداد خود چنین شرطی گنجانده بودند: طرفین قرارداد می‌بایست جهت حل و فصل دوستانه اختلاف، کلیه تلاش‌های لازم را از طریق مذاکرات انجام دهند. دولت غنا به عنوان خواننده مدعی بود که شرط مذاکره که پیش‌شرط رسیدگی داوری بوده، رعایت نشده است. چرا که تلاشی برای حل و فصل دوستانه اختلاف به عمل نیامده است. نهایتاً دیوان داوری ایراد دولت غنا را با این استدلال که خواهان‌ها تلاش لازم را برای حل و فصل دوستانه اختلاف از طریق مذاکره انجام داده‌اند، رد کرد.^۷

۳. دعوای سوم

این دعوا بین یک خریدار سوئدی و یک تولیدکننده چینی در رابطه با قراردادی برای ساخت باتری‌های صنعتی بوده است. بر مبنای شرط قراردادی مذکور، طرفین

1. California Asiatic Oil Company
2. Texaco Overseas Petroleum Company
3. Lacked Jurisdiction
4. Leonard, Sarah; Kanagag, Dharmananda, "Peace talks before war: The enforcement of clauses for dispute resolution before arbitration", Journal of international arbitration, Vol. 23, No.4, 2006, p. 302.
5. Antoine Biloune
6. Marin Drive
7. Ibid.

ملزم بوده‌اند اختلافات خود را از طریق مذاکره دوستانه حل و فصل نمایند. خریدار سوئدی با این ادعا که طرف چینی در اجرای قرارداد قصور ورزیده است، ضمن فسخ قرارداد، آغاز رسیدگی داوری را درخواست می‌نماید. طرف چینی بر این مبنا که خریدار سوئدی شرط حل و فصل اختلاف را رعایت نکرده است، به صلاحیت دیوان ایراد می‌کند. در پاسخ به این اعتراض دیوان، اعلام می‌نماید که طرف سوئدی در رعایت شرط مذاکره قصور نکرده و تلاش‌های متعارف و با حسن‌نیتی انجام داده است. ملاحظه می‌گردد که در این رأی هم، دیوان خاطر نشان می‌سازد که با تنظیم شرط مذاکره به نحو مناسب و دقیق، حق رجوع به دیوان منوط به تحقق شرایط خاص مذاکره و از جمله رفتار مذاکره اصولی و با حسن‌نیت می‌باشد.^۱

۴. دعوی چهارم

طرفین این دعوا شرکت کابل اند وایرلس^۲ و شرکت آی.بی.ام^۳ قراردادی منعقد کرده بودند که به موجب آن خوانده یعنی شرکت آی.بی.ام باید خدمات تکنولوژی را در سراسر جهان در اختیار خواهان‌ها قرار دهد. در قرارداد، طرفین توافق نمودند که اختلافات حاصله در وهله اول از طریق مذاکره حل و فصل شود و چنانچه روش مذاکره به نتیجه نرسید، از طریق روشی که «مرکز حل و فصل اختلاف»^۴ پیشنهاد کند، رفع شود. با حدوث اختلاف، خواهان‌ها در دادگاه اقامه دعوا کردند، اما خوانده بیان داشت در طول مدتی که اختلاف از طریق مذاکره حل و فصل می‌شود، می‌بایست رسیدگی دادگاه متوقف گردد. دادگاه ضمن پذیرش درخواست خوانده اعلام کرد که نه تنها قصد طرفین از ابتدا حل و فصل اختلاف از طریق مذاکره بوده، بلکه آنها دادگاه را به عنوان آخرین رجوع و در صورت شکست مذاکره، مدنظر قرار داده‌اند. همچنین قاضی پرونده بیان داشت: «برای دادگاه امتناع از اجرای ارجاع قراردادی به روش جایگزین حل و فصل اختلاف (در این دعوا، مذاکره) بر مبنای عدم قطعیت ذاتی، پرواز کردن در برابر نظم عمومی می‌باشد».^۵

۵. دعوی پنجم

در این دعوا که در سال ۲۰۱۰ بین آژانس تجاری امارات^۶ و شرکت صادرات معدنی پرایم^۱ در انگلستان مطرح شد، دادگاه‌های این کشور، به صراحت توافق بر

1. Ibid.
2. Cable and Wireless Company
3. IBM Company
4. Center for dispute resolution (SIC)
5. Ibid. p. 311.
6. Emirates Trading Agency LCC

مذاکره قبل از داوری را قابل اجرا اعلام کردند. ماده ۱۱.۱ قرارداد فیما بین که در رابطه با خرید سنگ آهن توسط شرکت اماراتی بود، بیان می‌داشت که در صورت بروز هر گونه اختلافی در رابطه و یا ناشی از این قرارداد ابتدائاً می‌بایست از طریق مذاکرات دوستانه حل و فصل شود. اختلاف از آن جا حاصل شد که شرکت اماراتی در طول دو سال اول قرارداد از تعهد خرید خود قصور کرد. بنابراین شرکت انگلیسی قرارداد را خاتمه یافته اعلام کرد. طرفین چندین جلسه قبل از فسخ برگزار کردند، اما به حل و فصل اختلاف خود نائل نشدند. شرکت انگلیسی ادعای خسارت نزد دیوان داوری مطرح کرد اما شرکت اماراتی مطابق قانون داوری ۱۹۹۶ نزد دادگاه عالی اعتراض کرد که در ماده ۱۱.۱ قرارداد، قبل از اقامه دعوا نزد دیوان داوی می‌بایست چهار هفته مذاکرات دوستانه انجام می‌شده است که این پیش شرط محقق نشده است. دادگاه عالی ادعای شرکت اماراتی مبنی بر پیش شرط بودن مذاکره قبل از داوری را پذیرفت و استدلال کرد که در قرارداد فیما بین عبارت "Shall" ناظر بر یک تعهد الزام آور می‌باشد و بنابراین می‌بایست این فرآیند انجام گردد و ادعای معین نبودن این تعهد مورد پذیرش نمی‌باشد.^۲

بنابراین می‌توان گفت امروزه دیگر اجرای شرط مذاکره، بر مبنای عدم قطعیت، به ویژه زمانی که توافق، به طور دقیق جزئیات، آیین رسیدگی و خصوصاً مکانیزم صریح و دقیق زمان خاتمه مذاکره را مشخص کرده باشد، نمی‌تواند مورد امتناع قرار گیرد. همچنین پذیرش توقف رسیدگی‌های دیوان داوری و یا دادگاه، نه تنها اصطکاک و برخورد کمتری با اصل صلاحیت اجباری دادگاه‌ها دارد، به علاوه مغایرتی با نصوص قانونی^۳ هم ندارد؛ چرا که طرفین از حق تظلم خواهی و رجوع به دادگاه برای همیشه چشم‌پوشی نمی‌کنند، بلکه سلب این حق برای مدت معین و اختلاف معین صورت می‌گیرد. البته شایسته است قانون‌گذار برای حمایت از حل و فصل دوستانه اختلاف در قالب مذاکرات سازمان یافته و منظم، ضمن تصویب قانونی جامع، حمایت‌های لازم را نیز، به مانند داوری، از آن بنماید.

۳-۳. نسبی بودن آثار شرط مذاکره

نتیجه شرط مذاکره همچون سایر قراردادهای تابع اصل نسبی بودن آثار قرارداد می‌باشد و بنابراین تنها طرفین شرط و یا قائم‌مقام آنها مشمول آثار و تعهدات ناشی از

1. Prime Mineral Exports Private Limited
2. Sweet, Lauren, "Obligation to Friendly negotiation; An Enforceable Condition Precedent to Arbitration", *The European, Middle Eastern and African Arbitration Review*, 2015, p. 35

۳. ماده ۹۵۹ ق.م: «هیچ کس نمی‌تواند بطور کلی حق تمتع و یا حق اجراء تمام و یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند».

آن خواهند بود. این اصل در رابطه با داوری به تصریح بیان شده است. آنجا که ماده ۴۹۵ ق.آ.د.م مقرر می‌دارد: «رأی داور فقط درباره طرفین دعوا و اشخاصی که دخالت و شرکت در تعیین داور داشته‌اند و قائم‌مقام آنها معتبر است و نسبت به اشخاص دیگر تأثیری نخواهد داشت». همچنین بر اساس ماده ۲۱۹ ق.م: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده است بین متعاملین و قائم‌مقام آنها لازم‌الاتباع است، مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود». بنابراین نتایج شرط مذاکره نسبت به اشخاص ثالث بی‌تأثیر بوده و چنانچه ثالث ادعائی در این زمینه داشته باشد، می‌بایست مستقلاً اقدام نماید.^۱

سئوالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که اگر یکی از طرفین قرارداد که شرط مذاکره نیز در آن آمده است، کلیه حقوق خود را به موجب قرارداد به شخص ثالث منتقل کند، آیا شرط مذاکره که در قرارداد ذکر شده، نسبت به شخص منتقل‌الیه نیز جاری است یا خیر. دو نظر در این رابطه می‌توان مطرح کرد. نظر اول اینکه در هر حال منتقل‌الیه یا شخص ثالثی که جانشین طرف قرارداد شده است، با در نظر گرفتن همه شرایط قرارداد اقدام به معامله نموده و با وضع موجود، آثار قرارداد اولی را پذیرفته است. در تقویت این نظر می‌توان به ماده ۲۱۹ ق.م استناد کرد. نظر دوم نیز این است که شرط مذاکره مندرج در قرارداد به منتقل‌الیه اعم از اینکه انتقال قهری باشد (مثل ارث) یا قراردادی، تسری پیدا نمی‌کند. توجیه این نظر، با توجه به تحلیل حقوقی «ترازی طرفین قرارداد برای رجوع به مذاکره» است. بدین توضیح که متعلق مذاکره «اختلاف همان اشخاصی» است که در توافق‌نامه یا شرط ضمن قرارداد، رجوع به مذاکره را توافق نموده‌اند. کسانی که توافق بر شرط مذاکره می‌نمایند، فقط اختلاف خودشان و نه اختلاف دیگران (اعم از ورثه یا منتقل‌الیه) را به فرآیند مذاکره ارجاع می‌دهند. بنابراین، توافق رجوع به مذاکره، قائم به اشخاصی است که در آن قرارداد مشارکت داشته‌اند. در مقام نقد این نظریات می‌توان گفت که نظریه دوم، علی‌رغم اینکه با مواد قانون مدنی هماهنگ نمی‌باشد، اما نشانه‌هایی از آن در قانون آیین دادرسی مدنی دیده می‌شود که نمی‌توان بی‌توجه به آنها، این نظریه را رد کرد. به عنوان مثال

۱. ماده ۴۷۵ ق.آ.د.م نیز با توجه به این اصل، بیان می‌دارد: «شخص ثالثی که برابر قانون به دادرسی جلب شده و یا قبل و یا بعد از ارجاع اختلاف به داوری وارد دعوی شده است می‌تواند با طرفین دعوی در ارجاع امر به داوری و داور و یا داوران تعیین‌شده تراضی کند و اگر موافقت حاصل نگردد به دعوی او برابر مقررات به طور مستقل رسیدگی خواهد شد». همچنین ماده ۲۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی مقرر می‌دارد: «هرگاه شخص ثالثی در موضوع داوری برای خود مستقلاً حقی قائل باشد و یا خود را در محق شدن یکی از طرفین ذی نفع بداند می‌تواند مادام که ختم رسیدگی اعلان نشده است وارد داوری شود، مشروط بر اینکه موافقت نامه و آیین داوری و داور را بپذیرد و ورود وی مورد اعتراض هیچ یک از طرفین واقع نشود».

در رابطه با داوری، در ماده ۴۵۴ ق.آ.د.م تصریح شده است که طرفین «اختلاف خود» را به داوری ارجاع دهند و یا ماده ۴۵۵ ق.آ.د.م نیز با عبارت «اختلاف بین آنان» همین مضمون را منتقل می‌کند. به‌علاوه در ماده ۴۵۸ ق.آ.د.م یکی از شرایط داوری علاوه بر ذکر نام داور و موضوع و مدت داوری، تعیین مشخصات طرفین اختلاف است.

۴. اصول حاکم بر فرآیند مذاکره

در فرآیند مذاکره، طرفین برای به ثمر رسیدن مذاکره و حل و فصل اختلافات خود، چاره ای ندارند جز اینکه اصول تضمین‌کننده این هدف را رعایت نمایند. در متمم چهاردهم قانون اساسی ایالات متحده آمریکا، قاعده‌ای کلی تحت عنوان «جریان صحیح قانونی»^۱ آمده است که بر مبنای آن می‌بایست همه رسیدگی‌ها و فرآیندهای حقوقی منصفانه باشد و نه تنها به هر یک از طرفین ابلاغ‌های لازم جهت حضور و تقدیم دلایل انجام شود، بلکه حق دفاع ایشان نیز حفظ گردد.^۲ مطابق این قاعده، طرفین مذاکره می‌بایست مسیر قانونی و شکلی مذاکره را بر مبنای توافق ابتدایی و مبتنی بر همکاری شروع کرده و بسته به نوع توافق و قرارداد از این نوع اقدامات و تشریفات پیش‌بینی شده متابعت نمایند. همچنین هر یک از طرفین «باید تلاش کنند از نظر روانی به سمت طرف مقابل حرکت کرده و با ایجاد فضایی مثبت برای تفاهم و خلاقیت در پی زمینه‌ها و منافع مشترک باشند».^۳ در ذیل بعضی از نمودهای جریان منظم و اصولی فرآیند مذاکره مبتنی بر سبک همکاری بیان می‌گردد:

– رعایت ابلاغ به موقع به طرفین مذاکره: بدین معنی که کلیه اوراق و اطلاعیه‌های مربوط به مذاکره و فرآیند حل و فصل آن باید در اولین فرصت معقول به نحوی که طرفین در قرارداد پیش‌بینی کرده‌اند، به طرفین ابلاغ گردد و در صورت اعتراض طرف مقابل می‌بایست ابلاغ این اوراق و اطلاعیه‌ها به طریق مقتضی توسط طرفین احراز گردد چرا که در غیر این صورت ممکن است طرف معترض نتوانسته باشد برای جلسه حل اختلاف، مدارک، مستندات و دلایل لازم را تهیه نماید و در نتیجه جلسه به کارآمدی مدنظر طرفین منتج نشود.

1. Due process of law

۲. الماسی، نجادعلی، «شناسایی و اجرای احکام مدنی خارجی در حقوق فرانسه، حقوق انگلیس و آمریکا»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۲۵، ۱۳۶۹، ص. ۹۵.
۳. پاکدامن، رضا، «فرآیند مذاکره و تحقق معاملات بین المللی؛ پیش‌نیازها، هدایت مذاکرات و پیگیری توافقات»، چاپ اول، تهران، انتشارات شرکت چاپ و نشر بازرگانی، ۱۳۸۹، ص. ۱۳۸.

- رعایت حق دفاع برای طرفین مذاکره: بر مبنای این اصل، هر یک از طرف‌های اختلاف باید فرصت طرح ادعا، دفاع و ارائه دلایل خود را در مقابل طرف دیگر داشته باشد. البته نباید تصور کرد که رعایت حق دفاع ناظر بر رسیدگی‌های توافقی می‌باشد، چرا که در اینجا هم، طرفین بر این مبنا و در راستای حل و فصل اختلاف، حق و تکلیف دارند ادعاهای خود را نزد طرف دیگر مطرح نمایند و همزمان و یا بعداً مستندات و مدارک آن را در اختیار طرف مقابل قرار دهند تا ایشان نیز بتواند با توجه به این مستندات، دفاعیات و مدارک مستند خود را تهیه و بر مبنای آن دفاع نماید و مآلاً به حل و فصل اختلاف نائل شوند.

- رعایت خصوصی و محرمانه بودن فرآیند مذاکره: بدین معنا که نه تنها غیر از طرفین و نمایندگان مجاز آنها، شخص دیگری نمی‌تواند در جلسات شرکت نماید، بلکه فرآیند حل و فصل اختلاف، شامل جلسات رسیدگی، مباحثات طرفین، اسناد و دلایل ارائه‌شده، نتیجه حاصل از مذاکره و به طور خلاصه کلیه اطلاعاتی که طرفین در طول فرآیند مذاکره از آنها مطلع می‌شوند باید محرمانه باقی بماند و نزد اشخاص ثالث فاش نگردد. خصوصی و محرمانه بودن مذاکرات به طرفین کمک می‌کند تا با آسودگی خاطر بیشتری و بدون ترس از افشای اطلاعات و اسناد، به‌ویژه زمانی که مذاکرات به شکست منجر شود و اظهارات و گذشت‌های متقابلی انجام شده باشد، راه‌های مختلف حل و فصل را پیشنهاد کرده و مورد بحث و بررسی قرار می‌دهند و نبود این حزم‌اندیشی در ارائه اظهارات و مدارک، به حل و فصل اختلاف بسیار کمک خواهد کرد.¹

- رعایت حسن نیت و رفتار منصفانه در فرآیند مذاکره: بر مبنای این اصل انتظار از هر یک طرفین این است که مذاکرات را به نحوی درست و منصفانه انجام دهد که عمل ایشان در عرف تجارت مقبول باشد. انتظاری که هر یک از آنها را ملزم می‌نماید در مذاکرات صادقانه و متعارف رفتار کنند (مفهوم ایجابی؛ رعایت صداقت) و از طرف دیگر به برخی رفتارهای نامناسب و نادرست مانند اهمال و طفره رفتن که با هدف کلی مذاکرات در تعارض می‌باشد، مبادرت نرزد (مفهوم سلبی؛ پرهیز از فریبکاری). همچنین از نظر تحلیلی می‌توان گفت اجرای با حسن نیت مذاکره، لازمه مفاد تراضی

1. Francis, Gurry, "Confidentiality in mediation", WIPO conference on mediation, organized by WIPO arbitration and mediation, Geneva, 1996, pp. 37-38.

می باشد و رفتار مغایر با آن با اصل الزام آور بودن قرارداد ناسازگار است. بنابراین و بر همین اساس اصل احترام به مفاد قراردادها، اقتضا می کند طرفین نه تنها در اجرای مذاکرات و مفاد آن حسن نیت داشته باشند، بلکه نهایت سعی خود را نمایند تا تعهدات قراردادی به بهترین نحو اجرا شود. لزوم رعایت حسن نیت در مذاکره را می توان از اسناد بین المللی متعددی که به تصویب رسیده است، برداشت نمود. به عنوان نمونه می توان به ماده ۱.۲.۱ اصول حقوق قراردادهای اروپایی^۱ اشاره کرد که مقرر می دارد: «۱. هر یک از طرفین باید بر اساس حسن نیت و رفتار منصفانه عمل نماید؛ ۲. طرفین نمی توانند این تعهد را محدود یا مستثنی نمایند». و یا ماده ۱.۷ از فصل اول اصول قراردادهای تجاری بین المللی^۲ که همانند اصول حقوق قراردادهای اروپایی طرفین را به رعایت حسن نیت و رفتار منصفانه الزام می نماید.^۳ همچنین ماده ۷ کنوانسیون وین ۱۹۸۰ مربوط به بیع بین المللی کالا^۴ بیان می دارد که در تفسیر این کنوانسیون باید به رعایت حسن نیت در تجارت بین الملل توجه نمود.^۵ ذیلاً بعضی از مصادیق که می تواند نقض تعهد حسن نیت در مذاکره تلقی شود، اشاره می گردد:

- ۱- گریز و طفره رفتن از هدف اصلی در مذاکرات؛
 - ۲- قطع ناگهانی مذاکرات؛
 - ۳- اهمال، کم کاری، عدم جدیت و دقت در مذاکرات؛
 - ۴- اجرای مفاد مذاکرات به نحو خودخواهانه و مبتنی بر تفسیر خود؛
 - ۵- توسل به فریب، نیرنگ و تقلب در مذاکره و همچنین اجرای نتایج آن.^۶
- نکته ای که در اینجا لازم است خاطر نشان گردد این است که رعایت این قواعد بیشتر مربوط به مواردی است که فرآیند مذاکره به صورت موردی انجام شود در حالی

1. Principal of European Contract Law (PECL)

2. Principals of International Commercial Contracts (UNIDROIT)

۳. ماده ۱.۷: «در تجارت بین الملل هر طرف قرارداد باید مطابق با حسن نیت و رفتار منصفانه اقدام کند؛ ۲.

طرفین نمی توانند این تکنیک را مستثنی یا محدود نمایند».

4. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG).

۵. برای مطالعه مبسوط در رابطه با اصل حسن نیت در تجارت بین الملل، ر.ک: جعفرپور، کوروش، حسن نیت در

تجارت بین الملل، دانشنامه حقوق و سیاست، فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی،

دوره ۱، شماره ۳، ۱۳۸۴، صص. ۱۷۸-۱۴۵.

۶. برای مطالعه مبسوط پیرامون اصول و فنون حاکم بر مذاکره و نمودهای رعایت اصل حسن نیت، ر.ک: فیشر،

راجر؛ بوری، ویلیام، «اصول و فنون مذاکره»، ترجمه مسعود حیدری، چاپ چهاردهم، تهران، انتشارات سازمان

مدیریت صنعتی، ۱۳۹۱، ص. ۱۹۲ به بعد و همچنین: آقایی، سید داود، «آداب دیپلماسی و فنون مذاکره»،

چاپ اول، تهران، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۸۷، صص. ۱۷۱ به بعد.

که اگر مذاکره به صورت نهادی پیش‌بینی گردد، مقررات آن نهاد که یقیناً مبتنی بر رعایت این جریان منظم و اصولی خواهد بود، بر فرآیند حل و فصل اختلاف حاکم خواهد بود و طرفین موظفند از این مقررات تبعیت نمایند.

نتیجه‌گیری

مذاکره امروزه بخش جدایی‌ناپذیر تجارت به خصوص در روابط بین‌المللی است؛ به گونه‌ای که کمتر موردی می‌توان یافت که شرط مذاکره در موارد اختلاف و حتی غیر اختلاف در قراردادهای تجاری پیش‌بینی نشده باشد. در قراردادهای مهم تجاری عموماً پیش‌بینی می‌شود که اختلافات، ابتدائاً از طریق مذاکره حل و فصل شود و در صورت عدم موفقیت، به سایر شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات مثل داوری یا دادگاه ارجاع شود. از لحاظ تحلیلی و منطبق بر حقوق ایران، شرط مذاکره، شرط فعل محسوب می‌شود که به موجب آن، طرفین متعهدند در صورت بروز اختلاف ابتدائاً سعی نمایند اختلاف را از طریق مذاکره دوستانه حل و فصل نمایند. پس تعهد آنها به مذاکره معلق به بروز اختلاف است. تعهد به انجام مذاکره از قرارداد پایه نشأت می‌گیرد که شرط در ضمن آن درج شده است. ابهام در کیفیت اجرای این تعهد و نحوه احراز نقض آن باعث شده است که در مورد اینکه آیا شرط مذاکره می‌تواند یک تعهد حقوقی تلقی شود، تردید ایجاد گردد.

هرچند شرط مذاکره از جهت نحوه انجام و نتیجه مترتبه با ابهاماتی روبرو است، قاضی یا داور نباید شرط مذاکره را نادیده بگیرد و با آن طوری رفتار نماید که انگار در عقد چنین شرطی ذکر نشده است. شرط مذاکره در قرارداد منجر به دو تعهد سلبی و ایجابی می‌شود که باید مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد که این تعهدات تا چه حدودی اجرا یا نقض شده‌اند. تعهد سلبی ناظر به این امر است که طرفین نباید قبل از انجام مذاکره نسبت به طرح دعوی در مراجع قضایی یا داوری اقدام کنند. چنانچه طرفین بدون انجام مذاکرات نسبت به طرح دعوی اقدام کنند، این مسلماً نقض تعهد تلقی می‌گردد و احراز آن با مشکل جدی روبرو نیست. در خصوص تعهد ایجابی یعنی الزام طرفین به انجام مذاکره، موضوع با ابهام بیشتری مواجه است. برای تعیین حدود و ثغور این تعهد ایجابی، ضروری است که قصد طرفین در زمان انعقاد عقد مد نظر قرار گیرد که منظورشان از درج این تعهد چه بوده است. در زمان انعقاد قرارداد، منظور طرفین از گنجانیدن شرط مزبور این بوده است که اگر اختلافی بروز کند، اولویت برای آنها این است که مذاکره کنند تا مشکل حل و فصل گردد. این مذاکرات بنا بوده مبتنی بر حسن‌نیت و برای دستیابی به راه‌حل مرضی‌الطرفین انجام شود، هرچند که طرفین اذعان داشته‌اند که نتیجه مورد نظر طرفین ممکن است حاصل نگردد و آنها ناگزیر شوند به داوری یا دادرسی مراجعه کنند. پس برای قضاوت در مورد اینکه آیا طرفین یا یکی از آنها از تعهدات خود در مورد شرط مذاکره تخلف کرده است یا نه موارد زیر

می‌تواند مد نظر قرار گیرد: آیا طرفین حسب اقتضای موضوع اختلاف، برای مذاکرات وقت کافی مصروف کرده‌اند؟ آیا افرادی که برای مذاکره گسیل شده‌اند، اختیار لازم برای حل و فصل اختلاف را داشته‌اند؟ آیا طرفین مذاکرات را به طور منظم پیگیری کرده‌اند؟ آیا طرفین پیشنهادهای سازنده‌ای جهت حل و فصل اختلاف ارائه کرده‌اند؟ و آیا طرف مقابل برای بررسی پیشنهادات طرف دیگر وقت کافی گذاشته است؟

منابع

- آقای، سید داود، «آداب دیپلماسی و فنون مذاکره»، چاپ اول، تهران، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۸۷.
- الماسی، نجادعلی، «شناسایی و اجرای احکام مدنی خارجی در حقوق فرانسه، حقوق انگلیس و آمریکا»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۲۵، ۱۳۶۹.
- پاکدامن، رضا، «فرآیند مذاکره و تحقق معاملات بین المللی؛ پیش‌نیازها، هدایت مذاکرات و پیگیری توافقات»، چاپ اول، تهران، انتشارات شرکت چاپ و نشر بازرگانی، ۱۳۸۹.
- توسلی جهرمی، منوچهر، «نگاهی به شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات (ADR) در مقررات جدید اتاق بازرگانی بین‌المللی»، مجله حقوقی دفتر خدمات جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲۶-۲۷، ۱۳۸۰-۱۳۸۱.
- جعفرپور، کوروش، حسن نیت در تجارت بین الملل، دانشنامه حقوق و سیاست، فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی، دوره ۱، شماره ۳، ۱۳۸۴.
- خدابخشی، عبدالله، «حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی»، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱.
- درویشی هویدا، یوسف، «شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف»، چاپ اول، تهران، انتشارات بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۸.
- زندی، محمدرضا، «رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در امور مدنی: داوری»، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۸.
- شهیدی، مهدی، «شروط ضمن عقد»، چاپ دوم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۷.
- شیروی، عبدالحسین، «داوری تجاری بین‌المللی»، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۹۱.
- صفایی، سیدحسین، «سخنی چند درباره نوآوری‌ها و نارسایی‌های قانون داوری تجاری بین‌المللی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴۰، ۱۳۷۷.
- فیشر، راجر؛ یوری، ویلیام، «اصول و فنون مذاکره»، ترجمه مسعود حیدری، چاپ چهاردهم، تهران، انتشارات سازمان مدیریت صنعتی، ۱۳۹۱.
- کاتوزیان، ناصر، «قواعد عمومی قراردادها»، جلد سوم، چاپ دوم، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۶.
- معصومی، پندار، «قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی و روش‌های جایگزین حل و فصل اختلافات»، ویژه‌نامه مجله حقوقی بین‌المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، ۱۳۹۱.

-
- Connel, Mary Ellen, "International Dispute Settlement", Dartmouth Publishing, 2003.
 - Francis, Gurry, "Confidentiality in mediation", WIPO conference on mediation, organized by WIPO arbitration and mediation, Geneva, 1996.
 - Kaplow, Louis; Shavell, Steven, "Economic analysis of law", Harvard Law School publishing, 1999.
 - Kovach, Kimberlee, "Mediation, The handbook of dispute resolution", Jossey, 2005.
 - Kramer, X. E; Van Rhee, C. H., "Civil Litigation in a Globalizing World", Springer Publication, 2012.
 - Leonard, Sarah; Kanagag, Dharmananda, "Peace talks before war: The enforcement of clauses for dispute resolution before arbitration", Journal of international arbitration, Vol. 23, No.4, 2006.
 - Marriot, Arthur, "ADR in civil and commercial disputes", Bernstein Handbook of Arbitration and Dispute Resolution Practice, Vol. 1, London, Sweet and Maxwell, 2003.
 - Redfern, Alan; Hunter, Martin, "Law and Practice of International Commercial Arbitration", London, Sweet & Maxwell, 2003.
 - Shavell, Steven, "Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis", Journal of Legal Studies, Vol. 24, Number 1, 1995.
 - Sweet, Lauren, "Obligation to Friendly negotiation; An Enforceable Condition Precedent to Arbitration", The European, Middle Eastern and African Arbitration Review, 2015.