

ماهیت و آثار شرط مذاکره نسبت به دادگاه و طرفین قرارداد: مطالعه‌ای تطبیقی

(مقاله علمی-پژوهشی)

امیر محمود امینی*

رحیم پیلوار**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۰۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۷/۰۶

چکیده

مذاکره، یکی از شیوه‌های حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلاف است و به لحاظ حقوقی، ماهیتی مستقل از طرق مشابهی هم‌چون داوری، میانجی‌گری و سازش دارد. ضرورت مذاکره این است که چون مفادش قبل از ورود به مراجع قضایی انجام می‌پذیرد، می‌تواند در تسریع روند حل و فصل اختلاف و کاهش حجم پرونده‌ها در دادگاه‌های ایران و حفظ اطلاعات تجاری-اقتصادی طرفین قرارداد شیوه‌ای کم‌هزینه، مؤثر و کارا باشد. نوآوری این موضوع بدین جهت است که بحث مذاکره تا به حال در خصوص اثری که نسبت به طرفین و تکلیفی که دادگاه‌های ایران در برخورد با آن دارند، مستقلاً بحث و بررسی نشده‌است. پژوهش حاضر با روش توصیفی-تحلیلی و با استفاده از منابع کتاب‌خانه‌ای و آرای دادگاه‌های داخلی و خارجی انجام گرفته‌است. نتایج پژوهش نشان می‌دهد اگر شرط مذاکره را نوعی شرط فعل منفی یا شرط نتیجه سلب حق به صورت جزئی در نظر بگیریم، تا زمانی که مذاکره انجام نپذیرد، هیچ‌یک از طرفین ابتدائاً حق رجوع به دادگستری را ندارد و ضمانت اجرای نقض آن، صدور قرار عدم استماع دعوی از سوی دادگاه خواهد بود. در خصوص تکلیف طرفین حین انجام مذاکره هم می‌توان گفت صرف به رسمیت شناختن چنین شرطی برای اجرای دقیق آن کفایت نمی‌کند؛ بلکه نیاز به همکاری مداوم و رعایت حسن نیت از سوی طرفین قرارداد در فرایند مذاکره نیز الزامی است.

کلیدواژه‌گان:

مذاکره، حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات، تعهد به نتیجه، تعهد به وسیله

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران، تهران، ایران
am.amini344@gmail.com

** استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران، تهران، ایران
rahimpilvar@ut.ac.ir

مقدمه

تنوع و پیچیدگی‌های معاملات تجاری با سرعت روزافزون خود، اختلافات بسیاری را شکل داده‌است؛ در حالی که روابط اقتصادی، تاب تحمل رسیدگی‌های طولانی‌مدت در مراجع قضایی را ندارد. بنابراین، نیاز به راهکاری است که در عین سریع‌بودن، موجب حل‌وفصل اختلافات با کم‌ترین هزینه شود. «مذاکره»^۱ عملی پیش‌گیرانه جهت کم‌کردن هزینه‌ها و خطرات احتمالی در آینده است. البته، نتیجه‌بخش بودن این فرایند بدون رعایت حسن نیت ممکن نیست.

حل‌وفصل مسالمت‌آمیز اختلاف که باهدف پایان‌دادن به دعوا از طریق توافق و گفت‌وگو به اجرا درمی‌آید، صرفاً شامل سازش^۲ یا میانجی‌گری^۳ نیست. ممکن است طرفین صرفاً با هدف به تعویق انداختن طرح دعوی و استمرار موقت روابط تجاری خود، اقدام به انعقاد «تفاهم‌نامه توافق»^۴ کنند. در مورد اخیر، طرفین توافق می‌کنند به‌صورت مستقیم به دادگستری مراجعه نکنند؛ اما ممکن است در خصوص حل‌وفصل قطعی اختلاف خود نیز به نتیجه‌ای نرسند. بنابراین، اگر در قراردادی شرط مذاکره، درج شده‌باشد، علی‌القاعده یکی از طرفین قرارداد نمی‌تواند پیش از توسل به این شرط، اقدام به طرح دعوی کند. همان‌طور که بیان شده، «علی‌رغم تأکید بر حل‌وفصل اختلافات از طریق سازش و مذاکره در فقه اسلامی و رواج آن در عرصه قراردادهای داخلی و خارجی، هنوز وضعیت حقوقی چنین توافقاتی در خصوص درجه التزام و پایبندی طرفین نسبت به حل‌وفصل ابتدایی اختلاف از طریق مذاکره در حقوق ایران کاملاً تبیین نشده‌است.» (شیروی و کاظمی، ۱۳۹۶: ۲۱۹) و آن‌چه تاکنون بحث شده، بیشتر ناظر بر بررسی کلی روش‌های جایگزین حل‌وفصل اختلافات بوده‌است.

در این زمینه می‌توان به مقالاتی هم‌چون «بررسی شرط مذاکره در حل‌وفصل اختلافات تجاری با توجه به رویه قضایی بین‌المللی» نوشته شیروی و کاظمی (۱۳۹۷)، «فرایند مذاکره مجدد قراردادهای سرمایه‌گذاری، ۱۳۹۶» و «مذاکره مجدد در قراردادهای سرمایه‌گذاری نفتی، ۱۳۹۱» هر دو نوشته شیروی و شعبانی و «شرط مذاکره مجدد (هاردشیپ)» نوشته بیگدلی

1. Negotiation
2. Conciliation
3. Mediation
4. Protocole d'accord

(۱۳۸۶) اشاره کرد. صرف نظر از تفاوت میان مذاکره به مثابه روشی برای حل و فصل اختلاف و شرط مذاکره مجدد به منزله نهادی برای تعدیل قرارداد (علی رغم هم پوشانی‌ها)، تاکنون بحث شرط مذاکره در حقوق داخلی و چگونگی وظیفه دادگاه‌های ایران در برخورد با این شرط مورد مذاکره قرار نگرفته است؛ لذا بررسی این موضوع و نگارش این مقاله بدین جهت که به بررسی حقوق داخلی با بهره‌گیری از تجربیات و منابع حقوق کشورهای خارجی می‌پردازد، اهمیت پیدا می‌کند. از این رو، پرسش اصلی این مقاله این است که ماهیت و آثار مذاکره نسبت به دادگاه و طرفین قرارداد چیست؟ در پاسخ، این فرضیه بررسی می‌شود که تا قبل از اجرای این شرط، طرفین حق مراجعه به مراجع قضایی را ندارند و ضمانت اجرای آن می‌تواند صدور قرار عدم استماع دعوا باشد. در ضمن، باید دانست که صرف شرکت در جلسات مذاکره بدون قصد واقعی و حسن نیت برای پیش‌برد مسائل، تفاوتی با عدم اجرای شرط ندارد. بر همین اساس، مقاله حاضر جهت تبیین بهتر موضوع از سه قسمت تشکیل شده است: پس از ارائه تعریف مختصری از مفاهیم اساسی، در قسمت دوم، به اختصار ماهیت شرط مذاکره بررسی می‌شود. سپس در قسمت آخر، پس از نشان دادن آثار این شرط نسبت به اقامه دعوی اصلی و طاری، ضمانت اجرای نقض شرط بررسی می‌شود.

۱. نهاد مذاکره

در این قسمت ابتدا تعاریف ارائه شده از مذاکره بیان می‌گردد. سپس، چیستی و ماهیت این نهاد بررسی می‌شود. در آخر نیز با بررسی نهادهای مشابه به تمایزات و تشابهات این نهاد با سایر طرق حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلاف پرداخته می‌شود.

۱.۱. تعریف شرط مذاکره

می‌توان این نهاد را شیوه‌ای دانست که متعاملین بر آن اند اختلافات خود را بدون دخالت شخص ثالث، به‌عنوان تسهیل‌کننده اختلاف، حل و فصل کنند؛ فرایندی که از راه گفت‌وگو و ارتباطات مستقیم برای حصول توافق میان اطراف دارای منافع متعارض، طراحی شده است. شرط فعل مثبتی که به‌صورت ماهیتی تابع، ضمن عقد اصلی مورد توافق قرار می‌گیرد و بر مبنای آن

طرفین اختلاف ملزم هستند از طریق گفت‌وگو اختلاف خود را حل و فصل کنند (شیروی و کاظمی، ۱۳۹۶: ۲۱۸).

اما نهاد «مذاکره مجدد» به معنی اخص که بعضاً با نهاد مدنظر این مقاله هم‌پوشانی دارد، نهاد مستقلی است. در واقع، مذاکره مجدد نهادی است درباره تغییر اساسی عوامل و شرایط حاکم بر قرارداد به مثابه گزینه‌ای که برای هر دو طرف قرارداد قابل اعمال است (Tijani Mato, ۲۰۱۲: ۳۳). در تعریفی دیگر، بیان شده که مذاکره مجدد فرایندی است که به موجب آن، طرفین اختلاف تلاش می‌کنند قرارداد منعقدشده را با شرایط جدید حادث شده تطبیق دهند. برخی، مذاکره مجدد را این‌گونه تعریف کرده‌اند: «مذاکره مجدد به معنی تلاش مشترک طرفین برای تطبیق قرارداد با شرایط جدید از طریق تغییر مفاد آن است» (Horn, 1985: 20). گروهی نیز بر این باورند که مذاکره مجدد در واقع اندراج شرطی است که طی اجرای قرارداد در صورت وقوع حادثه‌ای، طرفین وادار می‌شوند تا به مذاکره و بازبینی آن بپردازند (Gotenda, 2003: 1462).

۱.۲. ماهیت شرط مذاکره

همان‌طور که اجمالاً اشاره شد، مذاکره در معنی مدنظر، یکی از شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات و به دیگر سخن، روش خصوصی حل و فصل اختلافات است. برای درک دقیق‌تر آن نیاز است تا با نهادهای مشابه مقایسه شود.

۱.۲.۱. وجه تمایز داوری با شرط مذاکره

داوری نیز مانند مذاکره، نهادی خارج از دادگاه در رسیدگی به اختلافات است، اما در داوری، شخص ثالث تصمیم‌گیرنده وجود دارد؛ درحالی که در شرط مذاکره، شخص ثالثی ورود نمی‌کند و طرفین با حضور فعال خود سعی در برطرف کردن اختلاف دارند. در داوری تحت شرایطی می‌توان به رأی داور اعتراض و بعضاً آن را ابطال کرد^۱، اما در مذاکره، تصمیم گرفته شده چون برگرفته از اراده آزاد طرفین است، لازم‌الاتباع می‌شود و انحلال آن تنها از راه اقاله امکان می‌یابد. در ضمن، اتمام مدت قرارداد تأثیری بر اعتبار شرط داوری ندارد و پس از انقضای مدت قرارداد اگر اختلافی باشد، شرط داوری علی‌رغم اتمام قرارداد اصلی باید اجرا شود؛ اما در مذاکره اگر مدت قرارداد پایان یابد، دیگر موضوعی برای مذاکره وجود ندارد. در این خصوص به رأی که

۱. ر.ک. به مواد ۳۳ و ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی.

در رابطه با شرط داوری صادر شده، اشاره می‌کنیم: «...اگرچه مدت قرارداد از حیث زمان ساخت آن به پایان رسیده، ولی نزاع بر سر کیفیت تقسیم، پابرجاست و ابتدا می‌بایست به حکمین مراجعه شود.»^۱

۱.۲.۲. وجه تمایز میانجی‌گری با شرط مذاکره

در میانجی‌گری شخص ثالث بی‌طرفی وجود دارد که می‌کوشد منافع طرفین را به هم نزدیک کند، اما در مذاکره، شخص ثالثی وجود ندارد. در میانجی‌گری نظر شخص میانجی‌گر برای طرفین قرارداد الزام‌آور نیست، اما در مذاکره نظر نهایی و توافق طرفین هم‌چون قانون بر اطراف مذاکره‌کننده حاکم است. تفاوت بعدی در سرعت میانجی‌گری است. از آن جا که اصولاً شخص میانجی‌گر بی‌طرف است و ذی‌نفع نیست، پس از بررسی مسئله و استماع دیدگاه‌های طرفین، نظر نهایی خود را اعلام می‌کند؛ اما در مذاکره به دلیل تضاد منافع طرفین، رایج است که رسیدن به توافق نهایی بیشتر طول بکشد.

۱.۲.۳. وجه تمایز سازش با شرط مذاکره

در مذاکره، هدف حفظ رابطه‌ی تعاملی سابق است و الزاماً اختلافی وجود ندارد؛ اما سازش اساساً برای حل یک اختلاف یا دعوا است. سازش در یک اختلاف ممکن است ناشی از قرارداد نباشد، اما مذاکره منشأ قراردادی دارد. در سازش، هدف، حفظ قرارداد یا برقراری کاراتر توافقات گذشته نیست، بلکه هدف فقط خاتمه‌دادن به نزاع است؛ در حالی که شرط مذاکره برای ادامه‌ی حیات قرارداد و انعطاف‌دادن به آن است و قرارداد را برای رویارویی با شرایط پیش‌بینی‌نشده آماده می‌کند (شیروی، ۱۳۹۴: ۵۸).

۱.۳. فواید شرط مذاکره

این شیوه باعث کنترل حجم دعاوی و فراوانی آن می‌شود. مذاکره نه‌تنها به تمرکززدایی منطقی قضایی کمک می‌کند، با اقتضائات خصوصی‌سازی و قراردادی شدن دادرسی نیز هماهنگ است. معکوس‌سازی دعاوی با استفاده از مذاکره، نوعی بازمهندسی از نظام مراجعات جامعه است که طی آن، جاذبه‌ی حل اختلاف از طریق دادگاه کمتر می‌شود. با استفاده از شرط

۱. دادگاه تجدیدنظر استان تهران، شعبه ۵۹، صدور رأی نهایی ۱۳۹۱/۱۰/۱۳، شماره رأی نهایی: <http://j.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Search.aspx> 9109970270401295-برگرفته از سایت:

مذاکره، متعاملین می‌توانند با کنترل و مدیریت هزینه‌ها و همچنین توجه به نقش خود در قامت تنها عاملان حل اختلاف در راستای بهبود یا برطرف کردن اختلاف پیش‌آمده اقدام کنند. این شیوه زمان را برای اطراف عقد ذخیره می‌کند؛ زیرا به دلیل نبود تشریفات قضایی، دسترسی راحت‌تری به یکدیگر دارند و برگزاری جلسات مذاکره سهل‌تر است (شیروی و کاظمی، ۱۳۹۶: ۲۱۸).

صرف‌نظر از فواید عنوان‌شده برای روش‌های جایگزین حل‌وفصل اختلافات نظیر سرعت، محرمانگی، انعطاف‌پذیری می‌توان گفت در مذاکره، کم‌هزینه‌بودن، محرمانگی بیشتر برجسته است و در صورت موفقیت به استحکام روابط تجاری طرفین هم کمک می‌کند.

۲. آثار شرط مذاکره نسبت به طرفین دعوا

حال باید بررسی کرد که آیا این شرط تعهدی به وسیله است یا به نتیجه. ارزش عملی هر قرارداد و شروط ضمن آن، معمولاً به میزان الزام‌آور بودن آن است. مفید فایده بودن تعهدات به‌طور چشمگیری ارتباط مستقیمی با میزان الزام‌آور بودن آن‌ها دارد. اگر تعهدی از نظر تمام اصول حقوقی صحیح باشد، اما نتوان الزام متعهد را به انجام آن خواست، به‌سختی می‌توان فایده‌ای عملی بر آن بار کرد. سؤالی که مطرح می‌شود، میزان الزام‌آور بودن این شرط است. به دیگر سخن، باید بررسی کرد که آیا مذاکره باید ثمربخش باشد یا خود مذاکره کردن ثمره‌نهایی و خواست غایی طرفین قرارداد است.

در خصوص حدود الزام‌آور بودن شرط مذاکره شاید به نظر آید از آن‌جا که قانون‌گذار ما حکم آن را مشخص نکرده، با استناد به مواد ۲۲۹ و ۲۲۷ ق.م. باید کل این فرایند را تعهدی به نتیجه دانست؛ چراکه با استناد به مواد مذکور در حقوق ایران اصل بر تعهد به نتیجه است. اما نمی‌توان به این ظاهر اعتماد کرد و باید به ماهیت و طبیعت عمل مذاکره نیز توجه داشت. باید اذعان کرد که مهم‌ترین عنصر در تشخیص نوع تعهد، مفاد قرارداد و قصد مشترک طرفین است. یعنی اگر در قرارداد ذکر شده باشد یا از قصد مشترک طرفین چنین استنباط شود که آنان خواهان این بودند که در مذاکره حتماً تعدیل هم رخ دهد (شرط مذاکره مجدد)، در چنین فرضی هم انجام شرط مذاکره و هم تعدیل، تعهداتی به نتیجه خواهند بود؛ زیرا در این صورت، صرف تلاش برای مذاکره کردن کفایت نمی‌کند، چون قصد مشترک طرفین به نتیجه معین، یعنی تعدیل، گره خورده است. اما هرگاه چنین قصدی نباشد و از مفاد قرارداد هم نتوان چنین تفسیری را برداشت

کرد، باید گفت که نفس مذاکره، مطلوب طرفین است. برای درک دقیق‌تر سازوکارهای این شرط بررسی پرونده‌ای در این زمینه حائز اهمیت است.

در سال ۱۹۴۸ میلادی شرکت نفتی امین اوایل^۱ به مدت شصت سال یک قرارداد نفتی با دولت کویت امضا کرد و در سال ۱۹۶۱ میلادی این قرارداد اصلاح و ماده ۹ جدیدی بدان افزوده شد. این ماده بیان می‌داشت اگر اوضاع و احوال تغییر کند و بر اثر آن این امکان به وجود بیاید که منافع دولت کویت افزایش یابد، طرفین باید دوباره مذاکره کنند و قرارداد متناسب با شرایط جدید اصلاح شود. به دنبال جنگ شش‌روزه اعراب و اسرائیل در سال ۱۹۷۳، قیمت نفت به طرز فزاینده‌ای افزایش یافت و شرکت‌های نفتی از این تغییر سود هنگفتی کردند. در سال ۱۹۷۴ میلادی برخی از کشورهای حوزه خلیج فارس در خصوص تعدیل قراردادهای اعطای امتیاز تصمیماتی گرفتند که به «فرمول ابوظبی»^۲ معروف شد و بر اساس آن مالیات و حق امتیاز دولت باز هم افزایش می‌یافت. دولت کویت این موضوع را مصداقی از تغییر اوضاع و احوال به نفع خودش تعبیر کرد و در سال ۱۹۷۵ به شرکت «امین اوایل» اطلاع داد که باید فرمول ابوظبی را بپذیرد، اما این شرکت امتناع می‌کرد.

پس از مذاکرات طولانی بین طرفین، دیوان داوری اصول کلی: ۱- آگاهی از منافع طرف مقابل؛ ۲- تلاش مستمر برای حصول به توافقی قابل قبول؛ ۳- تحمل مساوی هزینه‌های مذاکره برای هر دو طرف را برشمرد که همه آن‌ها ریشه در حسن نیت طرفین داشت. رأی دیوان داوری چنین بود: «...تصویب فرمول ابوظبی در دولت‌های حوزه خلیج فارس، مرتبط با قرارداد فی‌مابین دولت کویت و شرکت امین اوایل است، زیرا نمونه‌ای از رویه عملی دولت‌های نفتی حوزه خلیج فارس در زمینه قراردادهای اعطای امتیاز محسوب می‌شود که دربردارنده نفع دولت‌های مذکور است.» فرمول ابوظبی یکی از مصادیق ماده ۹ اصلاحیه سال ۱۹۶۱ بود که نیاز به مذاکره مجدد برای عادلانه کردن قرارداد به نفع دولت کویت داشت.^۳ دیوان این تعهد را فراتر از تعهد به وسیله دانست، زیرا بیان داشت که طرفین در زمینه قیمت قرارداد جدید نیز باید به مذاکره مجدد بپردازند تا در جهت تأمین منافع دولت کویت، قرارداد تعدیل شود. بنابراین، نمی‌توان همواره تعهد

1. American Independent Oil Company (AMINOIL)

2. Abu Dhabi formula

3. Government of the State of Kuwait, V. the American Independent Oil Company; ad hoc Arbitration Tribunal, 21 ILM (1982), para.24.

به مذاکره مجدد را تعهدی به وسیله یا نتیجه دانست و در این میان، برای تشخیص نوع تعهد، مهم‌ترین عنصر، مفاد قرارداد و قصد مشترک طرفین است.

دیوان رسیدگی‌کننده به این پرونده معتقد بود که تعهد به انجام مذاکره مجدد بی‌محتوا نیست و اگر این تعهد در قالب چارچوب حقوقی مشخص باشد، دارای الزامات و تکالیف حقوقی دقیقی است (Berger, 2003: 1364).

در نتیجه، با توجه به استدلال‌ات فوق و بررسی پرونده مذکور در خصوص آثار درج شرط مذاکره می‌توان چنین بیان کرد که درج چنین شرطی آثار الزام‌آوری چون انجام آن پیش از ورود به مرحله قضایی، رعایت حسن نیت، تلاش متعارف برای رسیدن به نتیجه و حل مشکل و تحمل برابر هزینه‌های مذاکره برای هر دو طرف دارد.

۳. ضمانت اجرای نقض شرط

شرط مذاکره، دو نوع مختلف از تعهدات، یعنی تعهداتی از جنس تعهد به نتیجه، هم‌چون ارائه اطلاعات به طرف مقابل و حضور در جلسات و تعهداتی به وسیله مانند رسیدن به تفاهم را به همراه دارد. دشواری عمده در اعمال ضمانت اجرا نسبت به شروط حل‌وفصل مسالمت‌آمیز اختلافات، در تعیین مصادیق نقض این تعهدات نهفته است. «هیچ شرط قراردادی نمی‌تواند از پیش، رسیدن به توافق قطعی را بر عهده طرفین قرار دهد؛ چراکه شاید چنین شرطی به منزله انصراف کلی از حق توسل به دادگستری و در نتیجه باطل باشد، اما طرفین ملزم‌اند با مشارکت صادقانه و همراه با حسن نیت، حصول چنین توافقی را ممکن سازند؛ هرچند در عمل هیچ‌گاه نتیجه‌ای حاصل نشود»^۱ (Lagarde, 2000: 389). در مقابل، امکان اعمال ضمانت اجرا در خصوص شروطی که طرفین را مستقیم و بدون دخالت اشخاص ثالث، ملزم به تلاش برای

۱. البته قانون مدنی فرانسه مصوب ۲۰۱۶، برخلاف ق.م. سابق فرانسه که تنها از حسن نیت در اجرای قرارداد سخن گفته بود (بند ۳ ماده ۱۱۳۴ ق.م. سابق فرانسه) (Terré, F. et Simler, P. et Lequette, Y. (2005), Les obligations, Dalloz, Paris, p. 186. در ماده ۱۱۰۴ ق.م. جدید مقرر کرده: «قراردادها باید با حسن نیت مورد مذاکره قرار گیرند، منعقد شوند و به اجرا درآیند. این مقرر مرتبط با نظم عمومی است». بنابراین، در مذاکره راجع به انعقاد قرارداد نیز طرفین باید حسن نیت را رعایت کنند. اما همچنان ممکن است این ایراد مطرح شود که مذاکره راجع به انعقاد قرارداد، با مذاکره برای سازش یا مذاکره متفاوت است. اما از آنجا که مذاکره جهت تعدیل نیز ممکن است منتج به انعقاد قرارداد جدید شود، مذاکره در چارچوب شروط حل‌وفصل مسالمت‌آمیز اختلافات را می‌توان مشمول تعهد موضوع این ماده دانست.

حصول سازش می‌کند، از این نیز دشوارتر است؛ چراکه برخی معتقدند برای شروطی که «طرفین ملزم می‌شوند پیش از مراجعه به دادگاه، اختلاف خود را با مذاکره و به صورت مسالمت‌آمیز حل و فصل کنند، به سختی می‌توان ضمانت اجرایی یافت. هیچ تعهدی به نتیجه‌ای در این شروط یافت نمی‌شود. اثبات نقض تعهد به وسیله نیز بدون وجود قرائن خارجی دشوار است. به همین دلیل، برخی حقوق‌دانان فرانسوی، به رغم اقرار به عدم امکان تصور تعهد بدون ضمانت اجرا، اجرای چنین شروطی را شبه‌ممتنع^۱ می‌دانند» (Ancel & Cottin, 2003: 1388).

برخی بر این باورند که «اعمال ضمانت اجرای قراردادی سنتی، در خصوص شرط مذاکره لاقلاً از دیدگاه نظری ناممکن است، زیرا ارزیابی خسارات ناشی از این تخلف به آسانی ممکن نیست. به علاوه، احراز تقصیر نیز در این موارد دشوار است؛ چراکه سنجش احتمال به نتیجه رسیدن سازش یا مذاکره با توسل به معیارهای اطمینان‌بخش، ممکن نیست. به طور خاص، در فرضی که حکم دادگاه در نهایت به نفع طرفی صادر می‌شود که از مشارکت در فرایند مصالحه امتناع کرده‌است، نمی‌توان بخت چندانی برای موفقیت فرایند مربوطه قائل شد» (Lagarde, 2000: 377)؛ اما نباید چنین پنداشت که چون ارزیابی خسارت امری دشوار است، پس ضمانت اجرایی ندارد و این با موازین حقوقی سازگار نیست.

با تعبیر شرط مذاکره به مثابه شرط ترک فعل (عدم اقامه دعوی در دادگاه قبل از انجام مذاکره برای مدت محدود)، در صورت اقدام یکی از طرفین به اقامه دعوی، طرف مقابل می‌تواند بابت این اقدام مطالبه خسارت کند (Grignon, 1998: 115) و چنانچه شرط را به مثابه شرط نتیجه سلب حق جزئی بپذیریم، یعنی آن که طرفین شرط کردند رجوع ابتدایی به دادگاه بدون طی فرایند مذاکره به صورت موقت از ایشان سلب شود^۲، در این صورت، اقدام یکی از طرفین برای اقامه دعوی بدون طی این فرایند در ابتدای امر، نفوذ حقوقی نداشته و نه تنها دادگاه با ترتیب اثر دادن به قرارداد و شروط ضمن آن به منزله قانون طرفین، ملزم به صدور قرار عدم استماع دعوی خواهد بود، بلکه طرف نقض‌کننده شرط باید خسارات ناشی از نقض شرط را پرداخت کند. این خسارت می‌تواند محدود به محکومیت به جبران هزینه‌های دادرسی باشد یا از آن فراتر رود (Ancel, 1999: 771).

1. quasi-impossibilité d'implication

۲. مفهوم ماده ۹۵۹ ق.م.

۳.۱. نقض مستقیم اصل شرط مذاکره و ضمانت اجرای آن

در قانون راههایی برای الزام و اجرای عین تعهد پیش‌بینی شده که یک‌به‌یک بررسی می‌شود تا مشخص شود کدام می‌تواند ضمانت اجرای نقض این شرط باشد:

الف) حق حبس: بدین معنا که «در عقود معوض هر یک از طرفین بعد از ختم عقد، حق دارد مالی را که به طرف منتقل کرده، به او تسلیم نکند تا طرف مقابل هم متقابلاً حاضر به تسلیم بشود؛ به طوری که در آن واحد (ی‌دا پید) تسلیم و تسلّم به عمل آید و این عمل تسلیم و تسلّم مقارن را فقها تقابض گویند...» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ۲۲۱). همان‌طور که واضح است، چنین راه‌کاری، فایده‌ای در الزام طرفین به مذاکره ندارد. برای مثال، نمی‌توان به یکی از طرفین عقد گفت تا مذاکره نکنی من هم از چنین اقدامی خودداری خواهم کرد و این سبب الزام او به انجام مذاکره شود.

ب) موضوع ماده ۲۳۸ ق.م. که شخص ثالثی به خرج ملتزم کار مورد نظر را انجام دهد. راه‌حلی که این ماده بدان اشاره می‌کند نیز نمی‌تواند راه‌گشای مشکل الزام به مذاکره باشد؛ چراکه انجام این شرط، قائم به شخص و از عهده ثالث خارج است.

ج) موضوع ماده ۲۳۹ ق.م. مقرر می‌دارد در فرض عدم امکان اعمال ماده ۲۳۸ ق.م. طرف مقابل حق فسخ دارد؛ بدین معنا که اگر نتوان متعهد به مذاکره را به انجام فرایند مذاکره ملزم کرد، از آن‌جاکه این عدم امکان سبب ورود ضرر به مشروط‌له است، لازم‌الوفا بودن تعهد اصلی مرتفع می‌شود و مشروط‌له دارای حق فسخ می‌شود (حائری شاه باغ، ۱۳۹۶: ۲۲۰).

د) جبران خسارت: اگر شخصی که از عدم انجام مذاکره آسیب می‌بیند، بتواند این خسارت مستقیم را اثبات کند، با توجه به قواعد عمومی مسؤلیت مدنی، مستحق جبران خسارت با نظر کارشناس است.

با بررسی راه‌حل‌های متفاوت، برگزیدن دو راه‌حل اخیر یعنی دادن حق فسخ یا جبران خسارت با جلب نظر کارشناس منطقی‌تر و مطابق با اصول و موازین حقوقی است.

در آخر باید اذعان داشت که اگر بپذیریم در فرض درج شرط مذاکره هم‌چنان یکی از طرفین می‌تواند مستقیماً به مراجع قضایی رجوع کند، با شرطی بی‌فایده مواجه خواهیم شد. بدین توضیح که چه شرط مذاکره درج شده باشد و چه درج نشده باشد، یکی از طرفین بدون انجام شرط هم حق رجوع به محاکم را دارد. اگر این نتیجه پذیرفته شود، شرطی بی‌فایده در قرارداد درج شده که

باطل است و به مشروطاًله حق فسخ قرارداد اصلی را خواهد داد (امامی، ۱۳۹۲: ۳۳۱). بنابراین، پذیرش حق رجوع یکی از طرفین به دادگستری قبل از انجام شرط مذاکره، قرارداد را در معرض انحلال قرار خواهد داد. امری که با لزوم استحکام معاملات و امنیت قراردادی در تضاد است. به همین دلیل پذیرش لازم‌الوفاء بودن شرط مذاکره و قائل شدن ضمانت اجرای حقوقی برای آن بیشتر با اصول حقوقی و امنیت معاملات سازگار است.

۳.۲. نقض غیرمستقیم شرط مذاکره

نقض غیرمستقیم بدان معناست که طرفین برای مذاکره حاضر می‌شوند و شروع به صحبت دربارهٔ منافع خود می‌کنند؛ اما نیت واقعی آن‌ها رسیدن به توافق نیست و حسن نیتی در این میان وجود ندارد. به همین دلیل، باید دید که مذاکره بدون حسن نیت چه ضمانت‌اجراهایی را برای ناقض آن در پی خواهد داشت. برای مشخص شدن این موضوع، ابتدا باید روشن شود که قانون‌گذار یا دکتین حقوقی تا چه میزان این اصل حقوقی را پذیرفته‌اند و برای آن اعتبار قائل‌اند.

۳.۲.۱. لازم‌الرعايه بودن اصل حسن نیت

«حسن نیت برای نزدیک کردن اصول حقوقی با موازین عدالت و انصاف شکل گرفته است؛ به‌گونه‌ای که مبنای بسیاری دیگر از تعهدات است» (دیلمی، ۱۳۸۹: ۲۸). ضمن این‌که «رعایت اصل حسن نیت در اجرای قراردادها را می‌توان از لوازم عرفی آن به شمار آورد» (صفایی، ۱۳۸۵: ۱۶۰) که بر اساس آن، طرفین قرارداد باید یکدیگر را با حسن نیت درک و اختلافات احتمالی را حل‌وفصل کنند (شیروی و شعبانی، ۱۳۹۱: ۱۷۱). در قانون ایران اصلی به نام حسن نیت صراحتاً به رسمیت شناخته نشده‌است؛ اما نبود نص کلی را نمی‌توان دلیلی قاطع بر عدم لزوم رعایت آن دانست؛ چراکه وصف تجریدی اسناد تجاری نیز هرچند مبنای قانونی ندارد، اما در میان حقوق‌دانان پذیرفته شده‌است و رویه قضایی نیز آن را رعایت می‌کند (جنیدی و شریعتی نسب، ۱۳۹۲: ۱۵).

با بررسی مواد قانونی و استقرا در آن لزوم رعایت حسن نیت نمایان می‌شود؛ مانند: الف) تبصره ماده ۱۰۹ ق.آ.د.م. که قانون برای ایذای طرف یا غرض‌ورزی وی ضمانت اجرا تعیین کرده‌است. وقتی ایذای طرف مقابل و عدم رعایت حسن نیت دارای ضمانت اجراست، طبیعتاً در این مورد اصل حسن نیت از سوی قانون‌گذار پذیرفته شده که برای نقض آن ضمانت اجرا تعیین کرده‌است. ب) مواد ۱۱ و ۱۲ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ در خصوص تقلب و بیانات کذب که نقطه

مقابل حسن نیت است، ضمانت اجرای بطلان عقد و عدم استرداد وجوه پرداختی را مقرر کرده است. (ج) ماده ۸ ق.م.ا. یکی از معدود مواردی است که صراحتاً از واژه «حسن نیت» در قانون ایران استفاده کرده و عدم رعایت آن سبب مسؤول شناخته شدن شخص می‌شود. (د) مواد ۳ و ۳۵ قانون تجارت الکترونیک نیز صراحتاً به لزوم رعایت حسن نیت اشاره دارد. بنابراین، با استقرا در مواد قانونی مختلف می‌توان نتیجه گرفت که قانون‌گذار نیز به تدریج در پی به رسمیت شناختن اصل حسن نیت به مثابه اصلی لازم‌الاجرا و دارای ضمانت اجرا است.

علاوه بر مواد قانونی یادشده، نظر دکتربین حقوقی نیز بر لزوم رعایت حسن نیت صحه می‌گذارد. به‌طور مثال، برخی معتقدند حکم ماده ۳۸۷ ق.م.ا. مبنی بر این‌که تلف مبیع قبل از قبض از مال بایع است، به دلیل رعایت حسن نیت در اجرای قرارداد و منسوب به اراده ضمنی طرفین است (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۵۵). بعضی نیز بر این باورند که حکم ماده ۲۴۰ ق.م.ا. مبنی بر ایجاد حق فسخ برای مشروط‌له به سبب ممتنع شدن اجرای شرط ریشه در لزوم رعایت حسن نیت دارد؛ چراکه رضایت مشروط‌له به انعقاد معامله منوط به تحقق آن شرط بوده‌است و با انتفای امکان اجرای شرط، وی حق فسخ معامله را خواهد داشت (اصغری آقمشهدی و ابوتی، ۱۳۸۷: ۱۵).

علاوه بر قانون و دکتربین حقوقی، در فقه نیز رد پای لزوم رعایت حسن نیت دیده‌می‌شود. در تأسیسات فقهی هم‌چون وکالت، وصایت، ولایت و تولیت در وقف رعایت مصلحت و غبطه از طرف نماینده الزامی است و رعایت نکردن آن، نفوذ حقوقی را از عمل انجام‌شده می‌گیرد. مصلحت می‌تواند تعبیر دیگری از حسن نیت از سوی نماینده باشد؛ زیرا اقدام برخلاف مصلحت نمی‌تواند با حسن نیت همراه باشد (سیمایی صراف، ۱۳۹۳: ۶۵).

۳.۲.۲. ضمانت اجرای نقض اصل حسن نیت در مذاکره

باید توجه داشت که اراده اشخاص اساس قراردادهاست و بدون قصد، عمل حقوقی شکل نخواهد گرفت. ماده ۱۹۱ ق.م.ا. مؤید همین نظر است که بیان می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء...». از طرفی قاعده فقهی «العُقُودُ تَابِعَةٌ لِلْقُصُودِ» نیز تأییدکننده این نظر است که اراده باطنی، سازنده اعمال حقوقی است و آنچه از اصالت و حقیقت برخوردار است، قصد و نیت درونی شخص است که اگر اراده ظاهر با باطن مغایر باشد، قصد و اراده باطن حاکم است (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۱: ۲۳۱). در خصوص فرایند انجام مذاکره نیز طرفین عقد موظف‌اند با قصد

باطنی و حسن نیت برای رسیدن به سازش، به صورت فعال و مستمر در آن شرکت کنند و به چارچوب مذاکرات و توافقاتی که در عقد بوده است، احترام بگذارند (Peter, 1995: 247). با این حال، تکلیف طرفین قرارداد به مذاکره، به صرف حضور در جلسه خاتمه نمی‌یابد، بلکه مذاکره باید بر مبنای اصولی همچون قاعده «نه سود، نه زیان» مبتنی باشد (Peter, 1995: 247).

موضوع مهم دیگری که باید بدان توجه کرد، جدی بودن و مصمم بودن طرفین برای رسیدن به نتیجه است؛ چراکه هدف متعاقبین باید حل مشکل پیش‌آمده باشد. «طرفین علاوه بر گوش کردن به نظرات طرف مقابل باید حاضر باشند در برخی موارد که انصاف ایجاب می‌کند، از خواسته‌های خود برای رسیدن به توافق دست بکشند» (Nassar, 1994: 181). در این زمینه اگر تکلیفی جز مذاکره صرف، بدون رعایت موارد یادشده وجود نداشته باشد، باید وجود و عدم این شرط را یکی بدانیم؛ زیرا اصولاً شخصی که در موقعیت بهتری قرار دارد و تغییر اوضاع و احوال، او را در جایگاه بهتری قرار داده است، اگر الزامی نباشد، بسیار بعید است که به دنبال منافع مشترک و بررسی خواسته‌های طرف مقابل باشد. بنابراین، منطقی است که بگوییم تعهد برای مذاکره، شرط ضمنی دیگری در دل خود دارد و آن این است که طرفین علاوه بر شرکت در جلسات مذاکره، موظف‌اند با حسن نیت و به قصد برطرف شدن اختلاف یا عدم توازن پیش‌آمده به طرح پیشنهادی واقع‌بینانه بپردازند. بنابراین، اگر شخص مذاکره‌کننده بدون حسن نیت اقدام به مذاکره کند، می‌توان گفت که او اصلاً وارد مذاکره نشده و ضمانت اجرای این کار نیز نمی‌تواند الزام به انجام مذاکره با رعایت حسن نیت باشد؛ زیرا حسن نیت امری درونی است. اجبار و الزام نفسیات درونی شخص یا تغییر آن به گونه‌ای دلخواه امری بعید است. از طرفی باید توجه داشت که مذاکره، تعهدی است قائم به شخص و اشخاص ثالث نمی‌تواند به جای طرف قرارداد، درباره قرارداد دیگری که مربوط به آن‌ها نیست، به گفت‌وگو بپردازند. به همین دلیل، ضمانت اجرای جبران خسارت و دادن حق فسخ به طرفی که از عدم حسن نیت طرف دیگر خسارت می‌بیند، منطقی است. بنابراین، «اگر مذاکرات طرفین منجر به توافق نشود این امر می‌تواند ریشه در سوءرفتار و سوءنیت طرفین داشته باشد که به زیان‌دیده حق مطالبه خسارت را می‌دهد و با استناد به تخلف از شرط، متعهد می‌تواند عقد را فسخ کند» (Momberg Uribe, 2011: 231).

دیوان عالی کشور فرانسه نیز در تاریخ ۲۲ آوریل ۱۹۹۷ در رأی مقرر کرده که تشخیص تقصیر در قطع مذاکرات امری ماهوی و در صلاحیت قضات دادگاه است (De Coninck, 2002: 24-25). داوری این موضوع را که طرفین تا چه حد باید از منافع خود کوتاه ببینند تا مشخص شود حسن نیت دارند، باید به عرف تجاری مربوط به آن قرارداد خاص واگذار کرد و نمی‌توان سنگ محک دقیقی ارائه داد که برای تمام قراردادهای قابل‌اعمال باشد؛ یعنی همان راه‌حلی که ماده ۲۴۲ ق.م. آلمان ارائه داده‌است. این ماده مقرر می‌دارد: «متعهد وظیفه دارد قرارداد را با حسن نیت و با توجه به عرف مشترک اجرا کند.» در حقوق ایران می‌توان عرف را که ملاکی برای تعیین روابط معاملی متعاقبین است، جز در برخی موارد استثنایی، جانشین حسن نیت دانست. مثلاً ماده ۲۲۰ ق.م. که طرفین را ملزم به نتایج عرفی قرارداد کرده و ماده ۲۲۵ ق.م. که متعارف بودن امری را هم‌پایه ذکر در عقد معرفی کرده، می‌تواند از مصادیق اعمال اصل حسن نیت باشد. قدری توجه در این موضوع مشخص می‌کند که برای تعیین تعهدات، حقوق و روابط متعاقبین عرف نسبت به حسن نیت، ضابطه‌ای نهایی و دقیق‌تر است؛ زیرا پس از پذیرش حسن نیت، آن‌گاه که نوبت به تشخیص مصداق حسن نیت می‌رسد، عرف باید به‌مثابه مرجع نهایی داوری کند (شهیدی، ۱۳۹۵: ۱۱۳).

۴. آثار شرط مذاکره

پس از بحث درباره ماهیت شرط مذاکره و جست‌وجو در این خصوص که مذاکره مستقل از داوری، میانجی‌گری و سازش است، حال زمان بررسی آثار شرط مذکور نسبت به دادگاه و نسبت به طرفین دعوا فرا می‌رسد.

۴.۱. آثار شرط مذاکره نسبت به دادگاه

باید بررسی شود که اگر در قراردادی شرط مذاکره پیش‌بینی شده، اما یکی از طرفین بدون انجام آن به دادگستری رجوع کند، دادگاه باید وارد رسیدگی شود یا قرار عدم استماع دعوا صادر کند. بنابراین، برای درک بهتر و دقیق‌تر با این آثار، ابتدائاً لازم است مبانی قرار عدم استماع دعوا مشخص شود و پس از آن، به بیان تکلیف دادگاه پرداخت. در قسمت دوم، به بررسی اثر شرط نسبت به اقامه دعوی طاری پرداخته می‌شود. سپس، این فرض بیان می‌شود که اگر به‌طور

مثال، در برابر اقامه دعوی خواهان مبنی بر فسخ قرارداد، خواننده دعوی تقابل مبنی بر الزام به انجام مذاکره اقامه کند، تکلیف دادگاه چیست.^۱

۴.۱.۱. مبنای صدور قرار عدم استماع دعوا

بنا به اعتقاد برخی، این قرار فقط زمانی صادر می‌شود که رسیدگی به ماهیت دعوا به علت مانعی که وجود دارد، قانوناً مجاز نباشد یا بیهوده باشد (شمس، ۱۴۰۱: ۲۴۱). از آن‌جا که قرارداد بین متعاملین در حکم قانون بین آن‌ها است، می‌توان گفت تا زمانی که مفاد شرط انجام نپذیرد، مانعی قانونی وجود دارد و باید حکم به قرار عدم استماع دعوا داد. همچنین باید توجه داشت که ماده ۲ ق.آ.د.م. و سایر مواد و قوانین مربوط به قرار عدم استماع دعوا تمثیلی است و حصری نیست و ماده ۲ مذکور به‌منزله مستند قانونی قرار عدم استماع دعوا، به‌صورت کلی وضع شده است. در ضمن، باید خاطر نشان کرد موانعی که از رسیدگی به ماهیت دعوا جلوگیری می‌کند و اسباب و موجبات صدور قرار عدم استماع دعوا است، صرفاً موانع قانونی نیست؛ بلکه جهات و موجباتی که سبب صدور قرار عدم استماع دعوا می‌شود به فراخور مبنای آن می‌تواند حتی قراردادی باشد (سربازیان و سیاوش‌پور، ۱۳۹۸: ۶۹). این‌که مانع قراردادی، یکی از اسباب و جهات صدور قرار عدم استماع دعوا شناخته می‌شود، مبنای احترام به اصل حاکمیت اراده دارد و در همه نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است.

برای تأیید نظر فوق می‌توان به رأی جدیدالاصدار اشاره کرد. در پرونده شماره ۱۴۰۰۶۸۹۲۰۰۰۲۶۱۳۱۴۷ ارجاعی به شعبه ۱۴۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران (مجتمع ویژه رسیدگی به دعاوی تجاری) شرکت خواهان با ادعای ورود خسارت، اقامه دعوی خسارت علیه خواننده کرد. وکیل شرکت خواننده ایراد عدم رعایت شرط مذاکره از سوی خواهان را بیان کرد که در ماده ۱۶ قرارداد فی‌مابین اصحاب دعوی به توافق و امضای آنان رسیده بود. در این ماده مقرر

۱. برخی برای دادگاه پیشنهادهایی بیان کرده‌اند: «۱. تأخیر انداختن یک نوبت جلسه رسیدگی به‌منظور تلاش برای مذاکره (مستنداً به ماده ۹۹ ق.آ.د.م.) و در واقع حمل شرط مذاکره بر درخواست و رضایت طرفین برابر این ماده؛ ۲. دعوت یا ارشاد به استفاده از ظرفیت ماده ۹۹ این قانون چنان‌چه دادگاه قصد ندارد شرط را چنان‌که گفته شد، حمل بر آن ماده کند؛ ۳. اختصاص بخشی از وقت جلسه رسیدگی به انجام مذاکره و تعیین تکلیف آن؛ ۴. ارجاع موقتی دعوا به مرجعی مانند شورای حل اختلاف یا بخش‌های میانجی‌گری و سازش در اتاق بازرگانی به‌منظور فراهم شدن بستر مذاکره یا حتی نصب میانجی‌گر قراردادی یا سازش‌گر قراردادی یا مذاکره‌کننده قراردادی با دعوت طرفین به این کار (ر.ک: محسنی، ۱۴۰۱: ۱۱).

شده بود: «در صورت بروز هرگونه اختلاف، هیئتی متشکل از نمایندگان تعیین خواهد شد و درباره بررسی و رفع مشکل اقدام خواهند کرد. در صورت عدم رفع مشکل، هر یک از طرفین می‌تواند موضوع را از طریق مراجع ذیصلاح پیگیری کند.» دادگاه با استناد به این ماده ضمن صدور رأی عدم استماع دعوا بیان داشت: «... شرط مذاکره، لازم‌الوفاست و مادامی که توافق اصلی پابرجاست، طرفین باید به آن عمل کنند؛ زیرا عدم رعایت این شرط به معنای بی‌اعتنایی به توافقات قراردادی طرفین است (ر.ک: محسنی و اسماعیلی، ۱۴۰۱: ۵).

بنابراین، برخی دادگاه‌های ایران برای عدم رعایت شروط حل‌وفصل اختلاف، ضمانت اجرای عدم استماع دعوی قائل‌اند. در رویه قضایی فرانسه نیز می‌توان ردپایی برای صحت صدور قرار عدم استماع دعوا در چنین مواردی پیدا کرد. «دیوان عالی کشور فرانسه در دعوای پویر^۱ علیه تریپیر^۲ اعلام کرد که با توجه به اراده ضمنی طرفین، وقتی آن‌ها توافق می‌کنند که اختلاف خود را از طریق فرایند مذاکره حل‌وفصل کنند، تا زمانی که تلاش‌های آن‌ها به شکست نینجامیده‌است، دعوای خود را نزد دیوان دآوری یا دادگاه مطرح نکنند» (درویشی هویدا، ۱۳۹۳: ۲۱۶). شعبه مشترک دیوان فرانسه نیز در رأیی ضمانت اجرای عدم رعایت شروط حل‌وفصل اختلافات را صدور قرار عدم استماع دعوا دانسته‌است (Guinchard et al. 2014: 289).

۴.۱.۲. اثر شرط مذاکره نسبت به دفاع ماهوی یا اقامه دعوی تقابل

اثر شرط مذاکره یا سایر شروط مسالمت‌آمیز حل‌وفصل اختلاف، ایجاد مانع موقتی در توسل طرفین اختلاف به مراجع قضایی است. اگر این وقفه موقتی سبب ایجاد راه‌حلی مناسب برای حل اختلاف نشود، به این دلیل که طرفین تغییری در روند حاکم بر حل‌وفصل اختلافات خود ایجاد نکرده‌اند، صلاحیت عام نظام دادرسی قضایی، احیا می‌شود. اثر ایراد دعوای تقابل در مهلت مقرر، برخورداری از مزایای قانونی آن و پیامد مناسب عدم رعایت مهلت یادشده، محروم شدن از مزایای آن است (حسن‌زاده، ۱۳۹۲: ۴۸).

اگر یکی از طرفین بدون انجام فرایند مذاکره، اقامه دعوا کند و طرف دیگر دعوای متقابل الزام به انجام مذاکره کند یا به‌مثابه ایراد مطرح کند، یعنی در صورت بروز اختلاف، تا زمانی که طرفین فرایند انجام شرط را طی نکرده‌باشند، نظام قضایی باید در راستای احترام به اراده

1. Poier
2. Tripier

نخستین طرفین، تا زمان احراز اجرای تشریفات مذاکره و عدم وصول طرفین به توافق، نه تنها وارد رسیدگی نشود، بلکه در صورت عدم ورود طرفین قرارداد به فرایند مذاکره، آن‌ها را به اجرای تشریفات مذاکره آن هم با رعایت مقررات مرتبط مثل ابلاغ و اصول حاکم بر آن مثل رعایت حسن نیت ملزم کند» (شیروی و کاظمی، ۱۳۹۶: ۲۲۶).

در ابتدای این پژوهش در خصوص تمایز شرط مذاکره و سازش بحث شد و تمایز اساسی این بود که در مذاکره الزاماً اختلافی وجود ندارد؛ اما سازش اساساً برای حل اختلاف یا دعوا است؛ لذا تفاوتی از حیث لازم‌الوفا بودن ندارند. اگر رویه قضایی انجام شرط سازش را الزامی بداند، با همان استدلال باید انجام شرط مذاکره را نیز الزامی بداند. از حیث لازم‌الوفا بودن می‌توان وحدت ملاک گرفت و گفت همان‌طور که شرط سازش، شرط فعل حقوقی و لازم‌الاجراست، شرط مذاکره نیز از این ویژگی برخوردار است.

در رویه قضایی ایران در نمونه‌ای، دادگاه بدوی به استناد شرط سازش، دعوی طرح شده را نپذیرفته و قرار عدم استماع دعوی صادر کرده‌است. شرط موضوع این دعوی، طرفین را ملزم می‌کرد تا پیش از مراجعه به دادگستری، به هیئتی با ترکیب خاص مراجعه و در صورت عدم حصول توافق به دادگستری رجوع کنند. با این حال، دادگاه تجدیدنظر چنین اثری را برای شرط سازش به رسمیت نشناخت. شعبه سوم دادگاه تجدیدنظر تهران مقرر داشت: «...پیش‌بینی روال خاص برای سعی در سازش در قرارداد قبل از طرح دعوی، نافی صلاحیت عام دادگستری در رسیدگی به اختلاف طرفین حتی بدون انجام روال پیش‌بینی شده، نیست، زیرا شرط مقرر در قرارداد شرط داوری نیست، بلکه شرط اقدام به مصالحه است و چنین شرطی نافی صلاحیت محاکم در رسیدگی به دعوی نیست» (رای مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۱ شعبه سوم دادگاه تجدیدنظر تهران).^۱

با توجه به آرا فوق شاید باید چنین پنداشت که از نظر برخی دادگاه‌ها برای شروط حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات ضمانت اجرایی وجود ندارد، اما ایراد مهمی که می‌توان طرح کرد، این است که مطابق اصول تفسیر، نباید مفاد قراردادها به نحوی تفسیر شود که اجرای تعهدات قراردادی تماماً در اختیار متعهد قرار گیرد. به عبارت دیگر، اگر بخواهیم آرای فوق را ملاک عمل برای موارد مشابه قرار دهیم، از این پس اجرای شروط مسالمت‌آمیز حل و فصل اختلاف به جز داوری، کاملاً در اختیار اراده یکی از طرفین خواهد بود که اگر خواست اجرا کند و اگر نخواست

۱. نک: پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۳: ۲۲.

مستقیماً به دادگاه رجوع کند و طبق عموماً مسلم حقوق مدنی، هرگاه انجام تعهد تماماً در اختیار و به‌دل‌خواه یکی از طرفین باشد، به علت غرری بودن و ایجاد جهل، آن تعهد از اساس باطل است (کاتوزیان، ۱۴۰۰: ۱۲۴-۱۲۵). با توجه به این استدلال و مبانی قرار عدم استماع، به نظر می‌رسد دادگاه در مواجهه با چنین مواردی به‌جای رسیدگی به دعوا، باید قرار عدم استماع دعوا صادر کند؛ چراکه این کار اولاً احترام به اراده و خواست طرفین قرارداد است و ثانیاً سبب تشویق طرفین به اجرای تمام تعهدات و شروط قراردادی می‌شود و ثالثاً کاهش حجم پرونده‌ها در مراجع قضایی را در پی دارد و رابعاً با اصول حقوقی سازگارتر است و باعث می‌شود درج چنین شروطی در قرارداد عبث و بیهوده به نظر نرسد.

در این خصوص، بررسی رویه قضایی کشور فرانسه خالی از لطف نیست. در پرونده‌ای، دو شرکت تجاری شرط میانجی‌گری را که بر اساس آن، یکی از طرق حل‌وفصل مسالمت‌آمیز اختلاف و شرط فعل است و از این جهت تفاوتی با شرط مذاکره ندارد، در قرارداد درج می‌کنند. بر اساس این شرط، در صورت ایجاد اختلاف در خصوص قرارداد، دو طرف باید بکوشند اختلاف را به‌صورت مسالمت‌آمیز حل‌وفصل کنند. در صورت نرسیدن به توافق، در طول مدت شصت روز، دو طرف به‌اتفاق یکدیگر اقدام به انتخاب یک میانجی می‌کنند که او هم شصت روز برای یافتن راه‌حلی مسالمت‌آمیز مهلت دارد. در صورت بی‌نتیجه بودن اقدامات میانجی، اختلاف نزد مراجع قضایی قابل طرح است. یکی از اطراف عقد، بعد از اقدام بی‌حاصل برای توسل به میانجی‌گری، اجرای قرارداد را از دادگاه مطالبه می‌کند. طرف مقابل هم فسخ قضایی قرارداد^۱ را به‌منزله دعوی متقابل از دادگاه می‌خواهد. دادگاه تجدیدنظر، این دعوی را غیرقابل‌پذیرش اعلام می‌کند؛ به این دلیل که هیچ‌چیز در پرونده مانع از اعمال شرط میانجی‌گری از سوی خواننده دعوی اصلی در خصوص فسخ قرارداد وجود ندارد. مطابق این رأی، خواننده در خصوص ادعای فسخ قرارداد، نخست باید به آیین مقرر در قرارداد یعنی انجام شیوه میانجی‌گری متوسل شود؛ همان‌گونه که خواهان در خصوص اختلافات ناشی از اجرای قرارداد چنین کرده است (Kebir, 2017: 2).

بنابراین، با توجه به آرای صادرشده از برخی مراجع قضایی فرانسه، می‌توان چنین استنباط کرد که نظام قضایی این کشور برای شروط حل‌وفصل اختلاف، ماهیتی الزام‌آور می‌شناسد و تا زمانی که به آن وفا نشود، استماع دعوی از سوی دادگاه ممکن نیست.

با توجه به این که قوانین و آرای قضایی فرانسه به منزلهٔ ماحصل عقل جمعی حقوق دانان فرانسوی در مواقعی منبع الهام بخش حقوق ایران بوده است، می توان گفت دست کم به مثابه مصداقی از استنباط عقلا، بتواند مورد توجه حقوق ایران قرار بگیرد.

۴.۱.۳. رجوع به دادگستری پس از وقوع اختلاف و سکوت خواننده

ممکن است پس از شکل گیری اختلاف میان طرفین و اقامهٔ دعوی از سوی یکی از آنها قبل از اجرای شرط مذاکره، طرف مقابل به جای استناد به شرط مذاکره سکوت اختیار کند. در این حالت، سؤال پیش می آید که آیا دادگاه باید رأساً خود به شرط مذاکره استناد کند و قرار عدم استماع دعوی صادر کند یا باید وارد رسیدگی شود.

در پاسخ باید اذعان داشت که اولاً، در این حالت، قانون، رویهٔ قضایی و حتی دکترین حقوقی ساکت است و شک پیش می آید که حکم چیست؛ اما می توان استدلال کرد که در موارد شک باید به اصل رجوع کرد و اصل هم بر صلاحیت عام دادگستری است. ثانیاً، باید در نظر داشت که دکترین حقوقی در خصوص طرح دعوی با وجود شرط داوری و سکوت خواننده، اعلام نظر کرده اند. از آن جا که شرط داوری و مذاکره از حیث این که هر دو جزئی از شروط حل و فصل مسالمت آمیز اختلاف و نوعی شرط فعل اند، می توان از نظر دکترین در خصوص شرط داوری دربارهٔ شرط مذاکره نیز بهره برد و بیان کرد همان طور که اگر در قراردادی شرط داوری باشد و یکی از طرفین قبل از اجرای داوری اقامهٔ دعوی کند و طرف مقابل هم ساکت بماند، دادگاه باید وارد رسیدگی شود (کریمی و پرتو، ۱۳۹۵: ۱۴۵)، در خصوص شرط مذاکره نیز وضع بر همین منوال است. ثالثاً، نباید از یاد برد که قاضی در دعاوی حقوقی، قاضی نشسته است و خود نباید به دنبال تحصیل دلیل برای یکی از طرفین یا استناد به وجود شرط مذاکره و در نهایت صدور قرار عدم استماع دعوی به نفع یکی از طرفین باشد. این کار دادگاه را از حالت بی طرفی خارج می کند. رابعاً، می توان استدلال کرد که پس از ابلاغ به خواننده، اگر وی به وجود شرط استناد نکند، او از اجرای شرط به صورت ضمنی انصراف داده است؛ چرا که اصولاً مانعی برای اقامهٔ دلیل از سوی خواننده وجود ندارد و او در مقام دفاع و بیان دلایل خود است و این سکوت در مقام بیان دلایل، نشانهٔ عدم خواست وی برای اجرای شرط است. با توجه به دلایل بیان شده، می توان بیان داشت که در فرض مذکور، صلاحیت عام دادگستری بازمی گردد و دادگاه باید وارد رسیدگی شود.

نتیجه‌گیری

شرط مذاکره نهادی مستقل از نهاد داوری، میانجی‌گری و سازش تلقی می‌شود و ویژگی‌های مختص خود را دارد؛ چراکه برخلاف داوری، شخص ثالثی وجود ندارد که رأی لازم‌الاجرا صادر کند؛ برخلاف میانجی‌گری هم شخص ثالثی وجود ندارد که سعی در نزدیک کردن منافع طرفین اختلاف داشته‌باشد؛ برخلاف سازش هم همواره ناشی از یک اختلاف نیست. شرط مذاکره سعی در برطرف کردن اختلاف یا به حداقل رساندن آن با رعایت اصولی چون انصاف و حسن نیت دارد. آثار شرط مذاکره نسبت به دادگاه این است که اگر مذاکره را نوعی شرط فعل منفی یا شرط نتیجه سلب حق به‌صورت جزئی در نظر بگیریم، یعنی طرفینی که این شرط را در عقد گنجانده‌اند موقتاً و تا قبل از اجرای آن مستقیماً حق مراجعه به دادگستری را ندارند یا ابتدائاً حق رجوع مستقیم به دادگستری را به‌صورت محدود از خود سلب کرده‌اند، در این صورت، ضمانت اجرای نقض آن، صدور قرار عدم استماع دعوا از سوی دادگاه است. ضمناً صرف شرکت در جلسات مذاکره به معنای ایفای این شرط نیست، بلکه نیاز به همکاری مداوم و نشان دادن حسن نیت در فرایند آن است. در غیر این صورت، این شرط ناتمام خواهد بود. عدم رعایت اصل حسن نیت می‌تواند ضمانت اجرایی هم‌چون جبران خسارت یا ایجاد حق فسخ قرارداد برای طرفی که از عدم رعایت حسن نیت آسیب می‌بیند، به همراه داشته‌باشد.

منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. پژوهشگاه قوه قضائیه. *مجموعه آرای قضایی دادگاه تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)*. تیر-مرداد-شهریور ۱۳۹۲، تهران: انتشارات قوه قضائیه، ص ۲۹۹.
۲. پژوهشگاه قوه قضائیه. *مجموعه آرای قضایی دادگاه تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)*. اسفند ۱۳۹۱، تهران: انتشارات قوه قضائیه.
۳. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی (جلد اول)*، ۱۳۹۲، چاپ سی و چهارم، تهران: انتشارات اسلامی.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. *ترمینولوژی حقوق*. ۱۳۹۲، چاپ بیست و پنجم، تهران: گنج دانش.
۵. حائری (شاه باغ)، سید علی. *شرح قانون مدنی*. ۱۳۹۶، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش.
۶. درویشی هویدا، یوسف. *نسیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات*. ۱۳۹۳، چاپ دوم، تهران: انتشارات میزان.
۷. دیلمی، احمد. *حسن نیت در مسئولیت مدنی*، ۱۳۸۹، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۸. شمس، عبدالله. *دوره پیشرفته آیین دادرسی مدنی*، ۱۴۰۱، جلد دوم، چاپ چهل و هشتم، تهران: دراک.
۹. شهیدی، مهدی. *آثار قراردادهای و تعهدات*، ۱۳۹۵، چاپ هفتم، تهران: مجد.
۱۰. شیروی، عبدالحسین. *داوری تجاری بین‌المللی*، ۱۳۹۴، چاپ پنجم، تهران: انتشارات سمت.
۱۱. صفایی سید حسین. *دوره مقدماتی حقوق مدنی*. ۱۳۸۵، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران: نشر میزان.
۱۲. کاتوزیان، امیرناصر. *قواعد عمومی قراردادهای*، ۱۴۰۱، جلد اول، چاپ هفتم، تهران: گنج دانش.
۱۳. کاتوزیان، امیرناصر. *نظریه عمومی تعهدات*، ۱۴۰۰، چاپ دهم، تهران: میزان.
۱۴. کاتوزیان، امیرناصر. *قواعد عمومی قراردادهای*. ۱۳۹۵، جلد سوم، چاپ دهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۵. کریمی، عباس و پرتو، حمیدرضا. *حقوق داوری داخلی*، ۱۳۹۵، چاپ چهارم، تهران: نشر دادگستر.

مقالات

۱۶. اصغری آقمشهدی، فخرالدین، ابویی، حمیدرضا. **حسن نیت در انعقاد قراردادها در حقوق انگلیس و ایران**، اندیشه‌های حقوق خصوصی، ۱۳۸۷، سال پنجم، شماره دوازدهم، صفحات ۱-۲۰.
۱۷. بیگدلی، سعید. **شرط مذاکره مجدد هاردشیپ**، فصل‌نامه حقوقی گواه، ۱۳۸۶، شماره ۸۹، صفحات ۳-۸.
۱۸. جنیدی، لعبا، شریعتی نسب، صادق. **وصف تجریدی در حقوق ایران با تأکید بر رویه قضایی**، مطالعات حقوق خصوصی، ۱۳۹۲، دوره ۴۳، شماره ۱، بهار، صفحات ۱-۱۶.
۱۹. حسن‌زاده، مهدی. **اقامه دعای طاری در خارج از مهلت**، پژوهش حقوق خصوصی، ۱۳۹۲، دوره ۲، شماره ۴، صفحات ۳۹-۶۲.
۲۰. حسینی، راحله، تقی‌پور، بهرام، عباسی سرمدی، مهدی، و امیری، فاطمه. **مذاکره مجدد در قراردادهای بالادستی صنعت نفت از منظر حقوق و اخلاق**. پژوهش‌های اخلاقی، ۱۳۹۷، سال ۹، شماره ۲، صفحات ۱۲۳-۱۴۴.
۲۱. سربازیان، مجید، سیاوش‌پور، اسماعیل. **مبانی صدور قرار عدم استماع دعوا در مواجهه با چالش‌های حقوقی پیرامون آن**، فصل‌نامه تعالی حقوق، ۱۳۹۸، شماره ۶، صفحات ۶۰-۸۴.
۲۲. سیمایی صراف، حسین. **بررسی تطبیقی حسن نیت در فقه، حقوق خارجی و اسناد بین‌المللی**، آموزه‌های فقه مدنی، ۱۳۹۳، دوره ۱۰، صفحات ۵۱-۷۴.
۲۳. شیروی، عبدالحسین؛ شعبانی، فریده. **مذاکره مجدد در قراردادهای سرمایه‌گذاری نفتی**. فصل‌نامه مطالعات اقتصاد انرژی، سال ۱۳۹۱، شماره ۳۴، صفحات ۱۶۱-۱۸۴.
۲۴. شیروی، عبدالحسین؛ شعبانی، فریده. **فرایند مذاکره مجدد در قراردادهای سرمایه‌گذاری**، فصل‌نامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۳۹۶، سال ۲۱، شماره ۳، صفحات ۱۱۰-۱۳۴.
۲۵. شیروی، عبدالحسین؛ کاظمی، محمدجواد. **بررسی شرط مذاکره در حل‌وفصل اختلافات تجاری با توجه به رویه قضایی بین‌المللی**، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۶، دوره ۸۲، شماره ۱۰۴، زمستان، صفحات ۲۱۷-۲۴۰.

۲۶. محسنی، حسن؛ اسماعیلی، حسین. آثار آیینیک شرط مذاکرات دوستانه بر حق دادخواهی، فصلنامه حقوقی رأی، ۱۴۰۱، دوره ۱۱، شماره ۳۹، صفحات ۱۰۰-۱۱۱.
۲۷. پرونده داخلی: دادگاه تجدیدنظر استان تهران، شعبه ۵۹، صدور رأی نهایی ۱۳۹۱/۱۰/۱۳، شماره رأی نهایی: ۹۱۰۹۹۷۰۲۷۰۴۰۱۲۹۵- برگرفته از سایت:
28. <http://j.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Search.aspx>

ب) منابع لاتین

کتاب

29. De Coninck B. (2002). *Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles*. In: M. Fontaine (dir.), *Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruylant: Bruxelles 2002, p. 17-137.
30. Gotenda, J. *Renegotiation and Adaptation Clause in Investment Contracts, Revisited*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003; 36 (1461), pp. 1461-1473.
31. Grignon, P. *L'obligation de ne pas agir en justice*. in *Mélanges Christian Mouly, Paris, Litec*, 1998; vol. 2, pp: 115-130.
32. Guinchard, S. & Chainais, C. & Ferrand, F. *Procédure civile: Droit interne et droit de l'Union européen*, 2014; 32 éd. Dalloz, Paris.
33. Horn, N. *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, 1st edition, London: Kluwer. 1985.
34. Nassar, N. "Sanctity of Contracts Revisited: *A study in the theory and practice of Long-Term Commercial Transactions*, Dordrecht; London. 1994.
35. Peter, W. *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*, second revised and enlarged edition, Kluwer law international. 1995.
36. Rakhtyani, R. & Rohman, A. N. & Salim, A. *Renegotiation in Business Contracts Due to the Covid-19 Pandemic, Nature Human Behaviour*, 2022; 1 (1): 82-91.
37. Russi, L. *Chronicles of Failure: From a Renegotiation Clause to Arbitration of Transnational Contracts*, *SSRN Electronic Journal*, Conn. J. Int'l L. 77.2008.
38. Terré, F & Simler, P & Lequette, Y. *Les obligations*, Dalloz, Paris. 2005.

مقالات

39. Ancel, P. & Cottin, M. "L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation", *Recueil Dalloz*, 2003. pp.1386-1391.
40. Ancel, P. "Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat", *RTD. Civ*, 1999: pp: 771-810.
41. Berger, K. "Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts the Role of Contract Drafters and Arbitrators", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003; 36: 1364.
42. Bernardini, P. "Stabilization and Adaptation in Oil and Gas Investments", *Journal of World Energy Law & Business*, 2008; 1: pp: 101-102.
43. Kebir, M. "Clause de médiation préalable: inapplication au demandes reconventionnelles", *Dalloz. Actualité*. 2017.
44. Kolo, A. & Wälde, T. "Renegotiation and Contract Adaptation in the International Investment Project: Applicable Legal Principles and Industry Practices", *the Journal of Word Investment and Trade*, 2003; 1 (1), pp: 1-55.
45. Lagarde, X (2000). "L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation", *Rev. arb*. 2000.
46. Ng'ambi, Sangwani Patrick (2014). "Efficient and Flexible: The Case for Renegotiation Clauses in Concession Agreements", *Zambia Law Journal*, 2000; pp: 1-27.
47. Tijani Mato, H. (2012). "The Role of Stability and Renegotiation in Transnational Petroleum Agreements", *Journnal of Politics and Law*, University of Abuja, Nigeria, 2012; Vol 5, No 1, pp: 33-42.

رساله (ها)

48. Abdullah hamad, S. "Renegotiation clause in international petroleum contracts", Master's thesis, Neareast university, School of social science. 2017.
49. Momberg Urbin, R. A. (2011). "The Effect of Change of Circumstances on the Force of Contracts", PhD thesis. 2011.

پرونده بین المللی

50. Government of the State of Kuwait, V. the American Independent Oil Company; (1982). ad hoc Arbitration Tribunal, 21 ILM.