



ماهیت و اثر شرط حل اختلاف چندمرحله‌ای در قراردادها

لجیا جنیدی *

دانشیار، گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

ایوب منصوری رضی

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، پردیس بین‌المللی کیش، دانشگاه تهران، کیش، ایران

چکیده

به کارگیری شروط حل اختلاف چندمرحله‌ای در قراردادهای تجاری بسیار متداول است. در این شروط مراحل مختلف شیوه‌های جایگزین حل اختلاف با داوری یا دادرسی قضایی ترکیب می‌شوند. توافق یا رأی حاصل از مراحل پیش از داوری یا دادرسی قضایی نظیر نظریه کارشناس یا فرد میانجی غالباً برای طرفین الزام‌آور نیست. با توجه به همین ویژگی مهم‌ترین سؤالی که مطرح می‌گردد این است که آیا تحمل همه مراحل مندرج در این شروط برای طرفین الزامی می‌باشد یا خیر؟ و برای الزامی شدن مراحل پیش از داوری یا دادرسی قضایی وجود چه شرایطی لازم است؟ در این پژوهش دو نظر متفاوت در این زمینه تشریح و دلایل هر کدام از این نظرات مورد بررسی قرار می‌گیرند. با تطبیق رویه اتاق بازرگانی بین‌المللی، دادگاه‌های انگلستان و سایر کشورها شرایط لازم جهت اجباری تلقی شدن مراحل پیش از داوری یا دادرسی قضایی روشن می‌گردد. یافته‌ها حاکی از آن است که در صورت وجود شرایط لازم شامل الفاظ الزام‌آور، تبیین دقیق هر یک از مراحل و وجود حسن‌نیت در طرفین مراجع قضایی و داوری طی مراحل مندرج در شرط را به ترتیب مورد توافق طرفین الزامی می‌دانند. به عقیده نگارندگان همین نظر مطابق با اصل آزادی قراردادها و صحیح می‌باشد.

کلیدواژه‌ها: داوری، میانجیگری، اتاق بازرگانی بین‌المللی، شرط حل اختلاف چندمرحله‌ای.

مقدمه

اندراج شروط حل اختلاف چند مرحله‌ای در قراردادها به ویژه قراردادهای طولانی مدت شیوع بسیار دارد. به طوری که کمتر شرط حل اختلافی می‌توان یافت که دست کم شامل دو مرحله جهت حل اختلاف نباشد. تعداد مراحل تابع توافق طرفین به اقتضای شرایط حاکم بر قرارداد می‌باشد. این شروط در نهایت به داوری یا دادرسی قضایی ختم می‌شوند که تصمیم متخذه از سوی آنها لازم‌الاجرا می‌باشد، لیکن تصمیمات و توافقات حاصل از مراحل قبل از داوری یا دادرسی مثل مذاکره و میانجیگری این ویژگی را ندارد. به همین جهت گاهی یکی از طرفین مراحل قبل از داوری یا دادرسی قضایی را طی نمی‌کند و مستقیم اختلاف را به داور یا دادگاه ارجاع می‌نماید. مثلاً اگر شرطی حاوی مراحل مذاکره، میانجیگری و داوری باشد، آیا یکی از طرفین می‌تواند بدون انجام مذاکره و میانجیگری به داور رجوع نماید؟ نتیجه نادیده گرفتن مراحل پیش از داوری چه خواهد بود؟ آیا طرفین ملزم به طی مراحل پیش از رجوع به داوری یا دادگاه می‌باشند یا با عنایت به اینکه اجرای مراحل اولیه بدون رضایت طرفین بی‌ثمر خواهد بود و رجوع به مراجع قضایی حق هر شخصی می‌باشد (اصل ۳۴ قانون اساسی ایران) و مقررات ناظر بر آیین رسیدگی و تشکیلات قضایی از قواعد آمره می‌باشند؛ لذا مراحل مورد اشاره جنبه اختیاری دارند و طرفین می‌توانند با نادیده گرفتن آنها اختلاف خود را به داوری ارجاع دهند. قابلیت الزام و اجبار این شروط مشروط به وجود شرایطی در آنها می‌باشد. شناخت این شرایط و اعمال آنها در تنظیم شرط حل اختلاف اهمیت به‌سزایی دارد که این پژوهش در پی تبیین آنها و پاسخ به پرسش‌های مطروحه می‌باشد. جهت حفظ جنبه کاربردی پژوهش، رویه مراجع قضایی و دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی نیز منعکس خواهد شد.

۱. تعریف

شروط حل اختلاف چندمرحله‌ای^۱ شروطی هستند که مکانیزمی چندمرحله‌ای برای حل اختلافات مقرر می‌دارند.^۲ هدف مراحل اولیه در این شروط رسیدن به یک راه حل دوستانه میان طرفین است. در صورت عدم حصول سازش در این مراحل مقدماتی اختلاف به داوری یا دادرسی قضایی ارجاع می‌شود.

شروط مورد اشاره را نباید با شروط حل اختلاف چندگزینه‌ای که در معاهدات مختلف از جمله معاهدات سرمایه‌گذاری درج می‌شوند یکسان پنداشت. در نوع اخیر طرفین معاهده شرط می‌کنند که در صورت بروز اختلاف میان سرمایه‌گذار و دولت میزبان، خواهان حق دارد از میان طرح دعوا در مرجع داوری یا قضایی یکی را برگزیند.^۳ در اجرای این شرط نیز گاهی رسیدگی‌های موازی در بیش از یک مرجع داوری یا قضایی یا هر دو شکل می‌گیرد. در شروط چندگزینه‌ای خواهان بدو حق انتخاب یکی از گزینه‌های صالح به رسیدگی به اختلاف را دارد، اما بعد از اعمال حق انتخاب خود صلاحیت مرجع منتخب و عدم صلاحیت دیگر مراجع تثبیت می‌شود. پیش از انتخاب، همه گزینه‌ها در شرایط یکسان و هم‌عرض هستند و با انتخاب یکی فقط همین گزینه منتخب باقی می‌ماند،^۴ اما در شروط حل اختلاف چندمرحله‌ای موضوع این پژوهش، طرفین دو یا چند مرحله را به نحو طولی برای حل اختلاف خود پیش‌بینی می‌نمایند. هدف از توافق بر این شروط این نیست که یکی از طرفین حق انتخاب یکی از چند شیوه حل اختلاف را داشته باشد؛ بنابراین چنانچه یکی از طرفین بر خلاف ترتیب مقرر در شرط مرحله یا مراحل اولیه را نادیده گرفته و به سراغ مراحل بعدی برود، این انتخاب وی - در صورتی که رعایت ترتیب مراحل در شرط را الزامی بدانیم - سبب نمی‌شود که مرجعی که وی انتخاب کرده صالح برای رسیدگی به اختلاف شود و مرجعی که به موجب مفاد شرط ابتدائاً صالح به رسیدگی است صلاحیت خود را از دست بدهد. به عنوان مثال اگر شرطی واجد مراحل میانجیگری و

1 Multi-tiered Clauses

۲. این شروط به نامه‌ای دیگری از جمله ADR-first, Multi-step, Escalation نیز خوانده می‌شوند.

۳. جعفری ندوشن، شهاب، «تأثیر شروط چندگزینه‌ای و اسقاط حق طرح دعا بر صلاحیت مراجع حل اختلاف معاهده‌ای در دعاوی سرمایه‌گذاری خارجی»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، شماره ۴۹ (۱۳۹۴)، صص ۳۷-۵۶.

۴. جعفری ندوشن، شهاب، «رسیدگی‌های موازی در دعاوی سرمایه‌گذاری خارجی و روش‌های مقابله با آن»، مجله حقوقی دگستری، شماره ۸۴ (۱۳۹۲)، صص ۴۱-۶۸.

داوری باشد و یکی از طرفین مرحله میانجیگری را نادیده بگیرد و اختلاف را به داور ارجاع دهد، این انتخاب وی موجب نمی‌شود که داور صالح به رسیدگی شود. در شرط چندگزینه‌ای به لحاظ لازم‌الاجرا بودن تصمیم مراجع مندرج در شرط امکان جمع میان آن‌ها و ترتب وجود ندارد، اما در شرط چندمرحله‌ای علی‌الاصول فقط تصمیم مرجعی که اختلاف پس از دیگر مراحل در نهایت به آن ارجاع می‌شود قدرت الزامی و اجرایی دارد.

۲. محاسن و معایب این شروط

این شروط دارای محاسن و معایبی می‌باشند که در این قسمت مورد اشاره واقع می‌شوند.

۱-۲. محاسن

دلایل مختلفی وجود دارد که موجب استقبال از این شروط می‌شوند که ذیلاً بدان‌ها اشاره می‌گردد.

اولاً این شروط به طرفین این فرصت را می‌دهد که اختلافات خود را از طریق فرایندهای نسبتاً ارزان‌تر و سریع‌تر حل نمایند.^۱ ثانیاً این شروط طرفین را قادر می‌سازد که اختلافات خود را دوستانه حل و تبعاً روابط قراردادی خود را حفظ نمایند.^۲ این مسئله به‌ویژه در قراردادهای مستمر یا طولانی‌مدت حائز اهمیت است. به‌عنوان مثال با وجود جریان دعوای سامسونگ علیه اپل^۳ در انگلستان، شرکت اول همچنان به تولید صفحه‌نمایش موبایل برای شرکت اخیر ادامه داد.^۴ هراندازه که روند حل اختلاف شکلی رسمی به خود بگیرد، هزینه بالاتر می‌رود، زمان طولانی‌تری صرف می‌شود و نسبت به رابطه طرفین مخرب‌تر خواهد بود.^۵ ثالثاً طرفین کنترل بیشتری بر اجرای این مراحل و نتیجه آن‌ها دارند که باعث کاهش

1. Pryles, Micheal, "Multi-Tiered Dispute Resolution Clause", *Journal of International Arbitration*, Vol. 18, (2001), pp159-176.

2 Klaus, Peter Berger, "Law and Practice of Escalation Clauses", *Arbitration International Journal*, Vol. 22, No1, (2006), pp 1-18.

3 Samsung Electronics (UK) Limited & Anr. v. Apple Inc., High Court of Justice, Chancery Division, HC 11C03050.

4 Bhomawat, Dishi, "Multi-Tier Dispute Resolution Clauses in Contracts- With special focus on Entertainment and Construction Contracts", *International Journal of Research and Analysis*, Vol. 1, Issue 3, (2014), pp 40-61.

5 D. Halket, Thomas, *Arbitration of International Intellectual Property disputes*, New York: Juris Publishing, 2012, p 109.

ریسک می‌شود.^۱ رابعاً از آنجا که در قراردادهای پیچیده گونه‌های مختلف مناقشات میان طرفین رخ می‌دهد، این شروط حاوی روش‌های مناسبی برای این مناقشات متنوع هستند و طرفین را قادر می‌سازد که مشکلات ساده‌تر و از نظر مالی کوچک‌تر را با صرف زمان و پول کمتری حل نمایند. حتی اگر اختلاف طرفین از طریق مراحل ابتدایی پیش از داوری یا دادرسی قضایی حل نگردد، این فایده را دارد که گستره اختلافات محدودتر می‌شود و هر یک از طرفین از خواسته طرف مقابل آگاهی می‌یابد.^۲ این ویژگی که با عنوان اثر فیلترینگ این شروط شناخته می‌شود باعث می‌شود که صرفاً دعاوی پیچیده و دعاوی مستلزم دادرسی مفصل‌تر، هزینه و زمان بیشتر به داوری یا دادرسی قضایی ارجاع شود.^۳

۲-۲. معایب

از آنجا که تصمیمات متخذه در مراحل ابتدایی لازم‌الاجرا نیستند، افشای اطلاعات در مراحل ابتدایی -به‌ویژه در دعاوی مربوط به مالکیت معنوی- می‌تواند مضر تلقی شود.^۴ همچنین با افزایش تعداد مراحل، هزینه‌های حل اختلاف نیز افزایش می‌یابد. به‌ویژه اگر در مراحل ابتدایی اختلاف طرفین حل نشده و ناگزیر تمامی مراحل مندرج در شرط حل اختلاف طی شوند.

۳. مراحل مختلف

این شروط شامل مراحل مختلف شیوه‌های جایگزین حل اختلاف و داوری می‌شوند. اگرچه داوری شیوه‌ای جایگزین برای شیوه قضایی، یعنی حل اختلاف از طریق دادگاه‌های دولتی است، اما آن را نمی‌توان جز شیوه‌های جایگزین حل اختلاف به معنای خاص آن برشمرد. شیوه‌های حل اختلاف کاملاً غیرقضایی به روش‌هایی از حل اختلاف گفته می‌شود که بدون مراجعه به دادگاه‌ها و داوری و از طریق فرایندی غیررسمی صورت

1 Tevendale Craig et al, "Multi-Tier Dispute Resolution Clauses and Arbitration", *Turkish Commercial Law Review*, Vol. 1, 2015, pp 31-40.

2 Trevor Cook et al, *International Intellectual Property Arbitration*, Netherland: Kluwer publisher, 2010, p 133.

3 Tevendale Craig et al: Ibid.

4. D. Halket, Thomas, *Arbitration of International Intellectual Property disputes*, New York, Juris Publishing, 2012, p 109.

می گیرند و از آنجا که نقش داور شبه قضایی^۱ است نمی توان آن را از شیوه های جایگزین حل اختلاف در معنای اخص کلمه، یعنی شیوه های غیرقضایی برشمرد. هنگام درج شروط حل اختلاف چند مرحله ای طرفین انتخاب های متعددی دارند و می توانند هر کدام از تکنیک های مورد نظر خود را درج نمایند. هیچ محدودیتی از جهت نوع و تعداد مراحل وجود ندارد.^۲ به عنوان مثال قراردادهای نمونه فیدیک^۳ یک شرط حل اختلاف مفصل را مقرر می دارد که به نظر یکی از نویسندگان در مجموع شامل هشت مرحله می گردد.^۴ این نویسنده ارسال اطلاعات مبنی بر قصد توسل به هیئت حل اختلاف^۵ و ارسال اطلاعات برای هیئت مشارالیه را نیز به عنوان یک مرحله مجزا تلقی نموده است که صحیح به نظر نمی رسد.

هر قرارداد اقتضای مراحل خاص خود را دارد و همگی یکسان نیستند. توافق بر شروط غیر ضروری و نامتناسب در قرارداد موجب افزایش هزینه ها و پیچیدگی بی مورد روند حل اختلاف می شود. اگر طرفین روابط مستمر داشته باشند، احتمالاً مرحله مذاکره میان مدیران جهت حل اختلاف را در شرط خود مورد توافق قرار می دهند تا رابطه خود را حفظ و تقویت نمایند، اما اگر قرارداد مستمر و طولانی مدت نباشد درج شرط مذاکره در سطح مدیران ضروری نیست و فایده چندانی نخواهد داشت.^۶ مهم ترین مراحل که طرفین معمولاً در شروط خود قرار می دهند به شرح زیر بررسی می گردند.

۳-۱. مذاکره

اصولاً مذاکرات توسط نمایندگان مجاز طرفین صورت می گیرد. معمولاً طرفین می توانند توافق کنند که مذاکرات در دو یا چند سطح انجام گیرد. به عنوان مثال اگر مذاکرات در سطح پایین تر بی نتیجه ماند به سطح بالاتر مدیریتی انتقال یابد.^۷

1. Garbarino, Carlo et al, *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*, Netherland. IBFD Publishing, 2010, P 459.

2. Tevendale Craig et al: *ibid*.

3. FIDIC

4. Frank, Robert et al, *Design- Build Contracting Handbook*, New York, Aspen publishing, 2001, p 229.

5. DAB

6. Jenkins, Jane et al, *International Construction Arbitration Law*, Netherland, Publishing, 2006, p 58.

۷ شیروی، عبدالحسین، حقوق تجارت بین الملل، تهران، انتشارات سمت، چاپ ششم، ۱۳۹۲، ص ۴۸۵.

۲-۳. میانجیگری

در برخی کشورها مانند چین داوران نقشی فعال در میانجیگری جهت حصول سازش میان طرفین دارند.^۱ در ایران وفق ماده ۳۱ قانون اصلاح پاره‌ای از مقررات دادگستری و کلاهی دادگستری باید در دعاوی حقوقی و جزایی قابل گذشت قبل و پس از اقامه دعوا جهت مصالحه طرفین گام بردارند، اما این موارد متمایز از میانجیگری مصطلح در تجارت بین‌الملل می‌باشد. میانجیگری یا سازش فرایندی است که طی آن شخص ثالث طرفین را به حصول یک توافق جهت پایان دادن به اختلاف تشویق می‌کند.

۳-۳. تعیین کارشناس

طی این مرحله طرفین شخص ثالثی نظیر حقوقدان، مهندس، حسابدار و امثالهم را جهت اتخاذ تصمیم در خصوص اختلاف میان آن‌ها انتخاب می‌کنند. از پروژه‌های بین‌المللی که از این شیوه استفاده کرده‌اند می‌توان به پروژه فرودگاه هنگ کنگ و پروژه ارتن^۲ در استان سی‌چوان چین اشاره نمود.^۳ تصمیم کارشناس -برخلاف رأی داوری- به‌طور مستقیم قابل اجرا نیست. اگر یکی از طرفین تکلیف مقرر در نظر کارشناس برای وی را رعایت نکند، طرف دیگر می‌تواند اجرای عین تعهد^۴ را از دادگاه بخواهد،^۵ مشروط بر آنکه طرفین نظر کارشناس را پذیرفته و بر مبنای آن با یکدیگر توافقی منعقد نموده باشند، اما رأی داوری مستقیماً دادگاه‌ها قابل اجراست.

۴-۳. دادرسی مختصر یا شبه دادرسی^۶

در این مرحله یک هیئت مرکب از مدیران ارشد طرفین و با ریاست یک شخص بی‌طرف مانند یک قاضی بازنشسته یا حقوقدان دیگری تشکیل می‌گردد. طرفین به‌طور خلاصه اظهارات خود را به این هیئت ارائه می‌کنند. هیئت مکلف به اتخاذ تصمیم می‌باشد. این شیوه

1. Moser, Michael J, *Managing Business Disputes in Today's China: Duelling With Dragons*, Netherland, Kluwer, 2007, p 113.

2. Erten Project.

3. Jenkins, Jane et al, *International Construction Arbitration Law*, Netherland, Publishing, 2006, p 65.

4. Specific Performance

۵. جنیدی، لعیا، اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی، تهران، چاپ سوم، انتشارات شهر دانش، ۱۳۹۲، ص ۳۳.

6. Mini-trial.

نسبت به میانجیگری اختلاف طرفین را با دقت و جزئیات بیشتر و به نحو مفصل‌تری مورد رسیدگی قرار می‌دهد، اما تصمیم متخذه در این مرحله نیز برای طرفین لازم‌الاجرا نیست.^۱

۳-۵. ارزیابی اولیه (مقدماتی) بی طرفانه^۲

از طریق این شیوه طرفین می‌توانند جنبه‌های حقوقی و فنی اختلاف خود را از طریق استخدام یک کارشناس یا قاضی بی طرف مورد ارزیابی قرار دهند. این شخص در زمینه میزان احتمال موفقیت هر یک از طرفین در روند قضایی یا داوری اظهارنظر می‌نماید.^۳

۳-۶. واقعیت‌یابی^۴

در این مرحله طرفین اختلاف خود را به شخصی خارجی جهت فصل ارجاع می‌دهند. اگر شرط حل اختلاف متضمن این مرحله واجد مرحله داوری نهایی هم باشد، داور مکلف است بر مبنای یافته‌های شخص واقعیت‌یاب رأی خود را صادر کند.^۵

۳-۷. داوری

داوری روندی است که طی آن اختلاف طرفین خارج از محاکم قضایی توسط شخص یا اشخاصی منصوب از سوی طرفین یا از سوی مرجع دیگری (مثلاً دادگاه)؛ حل و فصل می‌گردد. داور تصمیمی نهایی و لازم‌الاجرا اتخاذ می‌نماید. برخی جنبه‌های داوری تابع قانون حاکم بر آن هستند. به عنوان مثال بر مبنای دیدگاه کلاسیک، شرایط صحت قرارداد داوری بر مبنای این قانون سنجیده می‌شود.^۶ در نظام‌های حقوقی مختلف ارجاع برخی

1. Jenkins, Jane et al, *International Construction Arbitration Law*, Netherland, Publishing, 2006, p 62.

2 Early Neutral Evaluation.

3. Blomgren Bingham, Lisa et al; "Dispute Resolution and the Vanishing Trial: Comparing Federal Governing litigation and ADR outcomes", OHIO State journal dispute Resolution, Vol. 24: 2, 2009, pp 225-262.

4. Fact-finding

5. Klintworth, Tim K, "The Enforceability of an Agreement to Submit to a Non-Arbitral Form of Dispute Resolution: The Rise of Mediation and Neutral Fact-Finding", *Journal of Dispute Resolution*, vol. 1995, Issue 1, Article 10, pp 181-195.

6. Pryles, Micheal, "limits to party Autonomy in Arbitral Procedure", *Journal of International Arbitration*, 2007, Vol. 24 (3), pp 327- 339.

مسائل همچون بعضی موضوعات احوال شخصیه به داوری ممنوع است. به عنوان مثال در حقوق ایران این ممنوعیت در ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی تقنین گردیده است. داوری نسبت به دیگر مراحل هزینه‌های بیشتری دارد.^۱ اکنون باید دید اثر این ترکیب در شرط چندمرحله‌ای چیست و اگر یکی از طرفین مراحل ابتدایی را اجرا ننماید و به داور یا دادگاه رجوع نماید، آیا این مراجع انجام مراحل اولیه را الزامی می‌دانند یا خیر.

۴. اثر شرط حل اختلاف چندمرحله‌ای

اثر توافق طرفین وابسته به مفاد آن و قانون حاکم -قانون منتخب طرفین و یا محل داوری- است.^۲ ابتدا نظرات صاحب نظران و رویه دادگاه‌ها و دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی را مورد مطالعه قرار می‌دهیم و سپس به تحلیل آن‌ها می‌پردازیم.

۴-۱. نظرات مختلف

در خصوص ضرورت رعایت ترتیب مقرر در این گونه شروط و الزامی بودن این ترتیب دو نظریه وجود دارد:

۴-۱-۱. اجباری نبودن ترتیب مراحل

بنا بر نظر اول مراحل مقدماتی اجباری نیستند؛ زیرا اولاً مذاکره و میانجیگری مستلزم رضایت دو جانبه هستند و انجام این مراحل کاملاً وابسته به و متأثر از شرکت طرفین در این فرایند به صورت داوطلبانه است. لذا این فرایندها را نمی‌توان بر اساس مقررات قانونی اجبار نمود.^۳ ثانیاً اجبار شخصی به مذاکره یا حضور در روند میانجیگری در حالیکه این شخص تمایلی به شرکت این مراحل ندارد، کاملاً بی‌ثمر است؛ چون بدون تعامل و رضایت طرفین هر تلاشی ناموفق خواهد بود. ثالثاً اجبار طرفین نسبت به شیوه‌های جایگزین حل اختلاف

1. Garbarino, Carlo et al, *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*, Netherland, IBFD Publishing, 2010, P 4۶۲.

2. Webster, Thomas H. Et al, *Handbook of ICC Arbitration: Commentary, Precedent, Materials*, London, Sweet & Maxwell, 2014, P 66.

3. Bhomawat, Dishy; "Multi-Tier Dispute Resolution Clauses in Contracts- With special focus on Entertainment and Construction Contracts", *International Journal of Research and Analysis*, Vol 1, Issue 3, 2014, pp 40-61.

مخرب می‌باشد؛ زیرا هدف از فرایند حل اختلاف این است که باعث تعامل و نزدیکی میان طرفین شود نه اینکه موجب تشدید مخالفت آن‌ها گردد.^۱ رابعاً رجوع به مراجع قضایی و دادگستری حق هر شخصی است. این حق بنیادین در اصل ۳۴ قانون اساسی ایران نیز مورد تصریح واقع شده است و از طریق شروط چندمرحله‌ای منتهی به دادرسی قضایی نمی‌توان این حق را محدود نمود؛ زیرا شرایط اقامه دعوا و رسیدگی به آن از مقررات آمره هستند که توافق طرفین بر خلاف آن‌ها نافذ نیست.

۴-۱-۲. اجباری بودن ترتیب مراحل

بنا به نظر دیگر طرفین در این گونه شرط انتظار دارند که مراجع قضایی یا داوری که قبل از اتمام مراحل ابتدایی - مثل مذاکره یا میانجیگری - با مسئله مواجه شوند، انجام مراحل ابتدایی را الزامی برشمرند. در خصوص کارشناسی و اجباری بودن آن در قیاس با مذاکره و میانجیگری جدل کمتری وجود دارد.^۲

در برخی مقررات نیز به لزوم رعایت این مراحل تصریح شده است: ماده ۱۳ قانون نمونه آنسترال در زمینه میانجیگری تجاری بین‌المللی^۳ اجرای توافق بر مصالحه را الزامی می‌داند. این ماده داوران و دادگاه‌ها را مکلف می‌کند که توافق طرفین در خصوص عدم مراجعه به داور و دادگاه در مهلت و شرایط مورد توافق را لازم‌الاجرا برشمرند. مقررات این ماده را می‌توان شامل دیگر شیوه‌های جایگزین حل اختلاف مثل مذاکره نیز دانست.^۴ بر اساس بند دوم ماده ۹ قانون داوری انگلیس^۵ مصوب ۱۹۹۶ درخواست توقف دادرسی به جهت الزام به داوری قابل پذیرش است هرچند بر مبنای توافق طرفین رجوع به داوری پس از خاتمه یافتن دیگر طرق حل اختلاف باشد. این ماده آمره است؛ بنابراین وفق

1. Mecar, Marko: *Enforceability of Multi-Tiered Clauses Leading to Arbitration*, Hungary, Central European University, department of Legal studies, 2015, p59.

2. Kayali. Didem, "Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses", *Journal of International Arbitration*, Vol. 27(6), 2010, pp 551 – 577.

3. UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation.

4. Garimella, Sai Ramani et al; "The Enforcement of Multi-Tiered Dispute resolution Clause: Contemporary Judicial Opinion", *IIUM Law Journal*, Vol. 24 No. 1, 2016, pp 157-191.

5. English Arbitration Act.

ماده ۹ در صورت وجود یک شرط حل اختلاف چندمرحله‌ای صحیح و معتبر، دادگاه مکلف است دادرسی را متوقف نماید.^۱ پس از مطالعه نظرات مختلف و دلایل ایشان اکنون به رویه دادگاه‌ها و مراجع داوری می‌پردازیم.

۴-۲. رویه دادگاه‌ها و مراجع داوری

رویه دادگاه‌ها و مراجع داوری مبین این مطلب است که این مراجع در هر مورد با توجه به شرایط آن رأی می‌دهند. با این وجود تشابهاتی در طریق استدلال آن‌ها دیده می‌شود. در ادامه دعاوی متعددی از نظام‌های حقوقی مختلف نقل و سپس در این خصوص نتیجه‌گیری می‌گردد.

۴-۲-۱. انگلستان

در گذشته دادگاه‌های انگلستان این شروط را توافق بر توافق تلقی و غیرقابل الزام می‌دانستند. در دعوای ولفورد به طرفیت مایلز^۲ لرد اکنر^۳ اظهار نمود که توافق به مذاکره مانند توافق به توافق قابل اجبار نیست؛ زیرا فاقد قطعیت لازم است. در گذر زمان این نظر دستخوش تغییراتی گردید. در دعوای هلیفکس فایننشال سرویسز به طرفیت اینتیوتیو سیستمز^۴ قاضی قائل به تفصیل گردید و مراحل تعیین‌کننده^۵ مثل نظر کارشناسی لازم‌الاجرا برای طرفین را قابل الزام و مراحل غیرتعیین‌کننده^۶ مانند مذاکره را غیرقابل الزام دانست. از آنجا که در شروط حل اختلاف چندمرحله‌ای معمولاً حداقل یک مرحله غیرتعیین‌کننده وجود دارد، این رویه یک گام به عقب محسوب می‌شد، اما لرد ماستیل در پرونده چنل تانل گروپ به طرفیت بلفور بتی کنستراکشن^۷ طرفین را متعهد به توافق خود دانست و طولانی بودن روند را عذری ناموجه تعبیر نمود.^۸

1. Kayali, Didem, Ibid.

2. Walford V Miles

3. Ackner

4. Halifax Financial Services Ltd V. Intuitive systems Ltd.

5. Determinative

6. Non- Determinative.

7. Clannel Tunnel Group Vs Balfour Beatty Construction Ltd

8. Jolles, Alexander, "Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement", Arbitration Journal, Vol 72, 2006, no 4, p 329-338.

اکنون گرایش مراجع به لازم‌الاجرا دانستن این شروط بیشتر شده است^۱ و مثلاً در دعوای کیبل و وایرلس پی.ال.سی به طرفیت آی.بی.ام یونایتد کینگدم^۲ در سال ۲۰۰۰ میلادی قاضی مراحل این شروط را بر مبنای قصد طرفین لازم‌الاجرا برشمرد. در شرط حل اختلاف مقرر شده بود که «... با این وجود شیوه‌های جایگزین حل اختلاف مانع ارجاع اختلاف به دادرسی نخواهند بود...». قاضی ارجاع اختلاف به مرکز حل اختلاف^۳ را نشان‌دهنده قصد طرفین در لازم‌الاجرا دانستن این شروط دانست و استدلال نمود که حکمی غیر از این با نظم عمومی مبنی بر حمایت از توافق قراردادی طرفین مغایرت دارد. البته این نظر از سوی صاحب‌نظران مورد انتقاد واقع شد؛ چراکه ضرورت صریح بودن شرط را جهت الزام آن نادیده گرفته است.^۴ سپس در دعوای هالووی به طرفیت چنسری مید^۵ در سال ۲۰۰۷ دادگاه رأی داد که جهت الزام طرفین به انجام مراحل مختلف شرط باید احراز شود که طرفین در ارجاع اختلاف به شیوه‌های جایگزین قبل از داوری یا دادرسی قاطع هستند، روند انتخاب شخصی که باید مناقشه را حل نماید و نحوه پرداخت به وی واضح است و روند انجام این مراحل به روشنی ترسیم شده است.^۶

۴-۲-۲. استرالیا

دادگاه‌های استرالیا در صورت وجود شرایط لازم انجام این مراحل را الزامی می‌دانند. در دعوای کول کلیف کولیریز علیه سیجهاما^۷ دادگاه رأی داد که توافق به مذاکره قابل الزام است. این نظر در دعوای هوپربیلی علیه شرکت ناتکون گروپ^۸ نیز دعوا در دیوان عالی متوقف و مرحله سازش الزامی تلقی گردید. در دعوای الیزابت بی دولوپمنت علیه بورال

1. Krauss, Oliver: "The Enforceability of Escalation Clauses Providing for Negotiation in Good Faith Under English Law", McGill Journal of Dispute Resolution, Vol 2, 2015-2016, pp 143-165.

2. Cable & Wireless PLC V. IBM United Kingdom Ltd.

3. Centre for Dispute Resolution.

4. Carrell, Alyson : An ADR Clause by any Other Name Might Smell as Sweet: English's High Court Of Justice Queens Bench Attempts and Fails to Define What is not an Enforceable ADR Clause , "journal of Dispute Resolution", issue 3. Article 12 , 2003 , pp 547-563

5. Holloway V. Chancery Mead Ltd.

6. Georges, Marc: "Multi-Tiered Clauses: Effectiveness and Enforceability", Eurasia Arbitration Journal, No 1, 2015, pp 1-27.

7. Coal Cliff Collieries Pty Ltd V. Sijehama Pty Ltd.

8. Hooper Bailie associate Ltd V. Natcon Group Pty Ltd.

بیلدینگ سرویسز^۱ نیز مرحله میانجیگری به جهت ابهام شرط غیرقابل اجبار محسوب شد. در دعوی ایتون استرالیا علیه ترانسفیلد^۲ نیز قطعیت و صراحت توافق طرفین جهت اجرای مرحله سازش به عنوان شرط الزام این مرحله بیان گردید.^۳

۴-۲-۳. سایر کشورها

دادگاه‌های آمریکا، کانادا، اسپانیا، فرانسه و آلمان نیز طی مراحل مورد توافق طرفین در این شروط را الزامی می‌دانند، لیکن تفصیل همه آن‌ها از حوصله این مختصر خارج است.^۴ وفق مواد ۱۱۲۵ و ۱۱۲۷ قانون آیین دادرسی مدنی اسپانیا چنانچه آغاز داوری بنا به توافق طرفین منوط به انقضای مهلتی باشد، داوری تا پایان آن مهلت آغاز نخواهد شد.^۵ در سوئیس در التزام طرفین به این شروط اختلافی وجود ندارد و در این کشور نیز طرفین مکلف به طی مراحل این شروط هستند.^۶

در رویه دادگاه‌های ایران آراء چندانی در این خصوص دیده نمی‌شود. در رأی صادره از دادگاه تجدیدنظر تهران به شماره ۹۴۰۰۱۱۵۲ مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۲۷ دادگاه به جهت عدم انجام مرحله مذاکره قبل از رجوع به دادگاه، دعوی خواهان را رد نمود. در این رأی به ماده ۱۰ قانون مدنی انجام مذاکره الزام‌آور تلقی گردیده است. طرفین توافق نموده بودند که «... اختلاف ابتدائاً از طریق مذاکره حل و فصل خواهد شد در غیراین صورت از طریق مراجع ذی صلاح قانونی اقدام خواهد گردید.»

1. Elizabeth Bay Developments Pty Ltd V. Boral Building Services Pty Ltd.

2. Aiton Australia Pty Ltd V. Transfield Pty Ltd.

3. Georges, Marc, Ibid.

4. Klintworth, Tim K, "The Enforceability of an Agreement to Submit to a Non-Arbitral Form of Dispute Resolution: The Rise of Mediation and Neutral Fact-Finding", Journal of Dispute Resolution, Vol. 1995, Issue 1, Article 10. pp 181-195. & Garimella, Sai Ramani et al; "The Enforcement of Multi-Tiered Dispute resolution Clause: Contemporary Judicial Opinion", IIUM Law Journal, Vol 24 No1 , 2016, pp 157-191.

5. Kartsivadze, Linda: *Jurisdiction of Arbitral Tribunal on The Grounds of Multi-Tiered Dispute Resolution Clause*, LLM Thesis , Central European University, 2010, p 33.

6. Erlank, wian, "Enforcement of Multi-tiered Dispute Resolution Clauses", pp 30-31, available at at: <http://ssrn.com/abstract=1491027> (last visited: July 12, 2016)

۴-۲-۴. رویه دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی

شناخت رویه اتاق بازرگانی بین‌المللی به‌عنوان مهم‌ترین مرجع داوری جهان اهمیت زیادی دارد. در ادامه پرونده‌های مرتبط با موضوع بحث تبیین می‌گردند.

الف) در پرونده شماره ۵۸۷۲ خواننده مدعی شد که مطابق قانون سوئیس طرفین پیش از رجوع به داور مکلف‌اند مذاکره نموده و شکست این مذاکرات را مکتوب نمایند. داور استدلال نمود که اگرچه قانون آیین دادرسی مدنی ژنو ادعای خواننده را مقرر داشته است، اما توافقتنامه طرفین تخصیصی بر آن بوده و بر آن مقدم است؛ بنابراین داور صالح به رسیدگی می‌باشد.^۱

ب) در پرونده شماره ۴۲۳۰ خواننده استدلال کرد که خواهان شرط مصالحه را پیش از رجوع به داوری رعایت نکرده است، اما داور خود را به لحاظ اختیاری بودن منطوق شرط صالح شناخت.^۲

پ) در پرونده شماره ۶۲۷۶ ژانویه ۱۹۹۰ قرارداد دارای شرط حل اختلاف به طریق دوستانه و سپس عندالاقضاء ارجاع آن به مهندس بود. مهندس مکلف بود ظرف ۹۰ روز از تاریخ درخواست، کتباً اظهارنظر نماید. هر یک از طرفین حق داشت ظرف نود روز پس از ابلاغ نظر مهندس و عدم رضایت نسبت به آن یا عدم اعلان نظر از سوی مهندس ظرف مهلت نود روزه به داوری رجوع نماید. مرجع داوری استدلال نمود که شرط حل اختلاف صریحاً مهندس را مکلف به اظهارنظر در مهلتی معین نموده است و این شرط معتبر و برای طرفین لازم‌الاجرا می‌باشد.^۳

پ) در پرونده شماره ۹۹۷۷ قرارداد حاوی شرط مذاکره با حضور نماینده مدیریت ارشد جهت مصالحه ظرف ۱۴ روز از تاریخ تسلیم دعوا به ایشان در مرحله اول و ارجاع به داوری در صورت عدم حصول بود. خواهان پس از چند جلسه مذاکره، نزد داور اقامه دعوا نمود. خواننده ایراد کرد که در هیچ یک از جلسات، نماینده مدیریت ارشد حضور نداشته است، بلکه فقط نماینده حقوقی حاضر شده است. داور ایراد خواننده را نپذیرفت و استدلال نمود

1. Jimenes Figures, Dyala; "Multi-tiered dispute resolution clauses in ICC Arbitration", ICC Bulletin, Vol 14, No.1, spring 2003, p 71-88.

2. All disputes related to the present contract may be settled amicably.

3. Garimella, Sai Ramani et al; "The Enforcement of Multi-Tiered Dispute resolution Clause: Contemporary Judicial Opinion", IIUM Law Journal, Vol 24 No1, 2016, pp 157-191.

که این ایراد از سوی خواننده می‌بایست در مرحله مذاکرات مطرح می‌شد تا خواهان بتواند آن را اصلاح کند.^۱ عدم اعتراض به موقع از سوی خواننده به عنوان قصد وی جهت سوءاستفاده از حق تلقی گردید.^۲

ت) در پرونده شماره ۱۰۲۵۶ اتاق بازرگانی بین‌المللی داور استدلال نمود که منطوق شرط که بیان می‌دارد: «هر یک از طرفین.... می‌تواند اختلاف را به کارشناس ... ارجاع دهد»، الزامی نیست و هر یک از طرفین حق دارد که به داوری رجوع کند.^۳

۴-۳. بررسی نظرات و پرونده‌های مرتبط

این توافق مصداقی از اصل آزادی قراردادهاست؛ بنابراین اگر شرط حل اختلاف چندمرحله‌ای قصد طرفین را نشان دهد و روند مراحل را به طور واضح معین کند هر مرحله از این شرط باید مراعات شود. باید توجه داشت که برای طرفین صرفاً مشارکت در اجرای مراحل شرط مورد توافق الزامی است، اما ایشان به حل مناقشه در این مراحل مکلف نیستند. به همین جهت دادگاه استرالیایی در دعوی شرکت هیلز به طرفیت آرکوس^۴ تعهد به مذاکره را حتی با احتمال بی‌ثمر بودن آن الزامی دانست.^۵ البته برخلاف نظر مخالفان، الزام این شروط بی‌ثمر نمی‌باشد و فوایدی همچون ارزانی، سهولت، حفظ رابطه تجاری طرفین و کوتاه بودن مدت آن‌ها مهم‌ترین فواید و علت محبوبیت آن‌ها در جهان تجارت می‌باشد. در پاسخ به دلیل دیگر مخالفان مبنی بر عدم امکان منع مراجعه به دادگستری باید گفت که اولاً این دلیل صرفاً راجع به شروط حل اختلاف چندمرحله‌ای منتهی به دادرسی قضایی می‌باشد و در خصوص شروطی که به داوری ختم می‌شوند، صادق نیست. ثانیاً مراجعه به دادگاه‌ها یک حق است که طرفین با رضایت و قصد در قرارداد آن را مشروط می‌نمایند؛ ثالثاً اثر مراحل اولیه این شروط غالباً مشروط نمودن رجوع به دادگاه به تحمل این مراحل

1. Jimenes Figures, Dyala; "Multi-tiered dispute resolution clauses in ICC Arbitration", ICC Bulletin, Vol 14, No.1, spring 2003, p 71-88.

2. Webster, Thomas H. Et al, Handbook of ICC Arbitration: Commentary, Precedent, Materials, London, Sweet & Maxwell, 2014, P 66.

3. Jimenes Figures, Dyala, Ibid.

4. Hillas Co Ltd V. Arcos Ltd.

5. BORN, Gary and Marija ŠĆEKIĆ. Chapter 14: Pre-Arbitration Procedural Requirements. 'A Dismal Swamp' in CARON, d. David et al. Practising Virtue: Inside International Arbitration. Oxford University Press, 2015, p 240.

است و حق طرفین سلب نمی‌گردد. در شرط داوری حق مراجعه به دادگاه‌ها علی‌الاصول ساقط می‌شود،^۱ با این حال هیچ تردیدی در صلاحیت داور و عدم صلاحیت یا دست‌کم عدم قابلیت استماع دعوی در دادگاه‌ها وجود ندارد؛ بنابراین جهت توجه به رضایت طرفین و نیز نیازهای جامعه تجارت بین‌المللی، مراحل پیش از داوری یا دادرسی قضایی که در شروط حل اختلاف مورد توافق طرفین واقع می‌شود و دارای وضوح کافی می‌باشند را باید الزامی دانست.

حال باید دید وجود چه شرایطی جهت اجبار لازم است. با نگرش در رویه متخذه از سوی مراجع داوری و قضایی شرایط لازم جهت قابلیت الزام مراحل مختلف شروط حل اختلاف چندمرحله‌ای استنباط می‌گردد. در بخش بعدی این شرایط مورد بحث قرار می‌گیرند.

۵. شرایط لازم جهت قابل اجبار بودن شرط

در مرحله توافق بر شروط حل اختلاف به لحاظ وجود فضای مسالمت، دوستی و خوش‌بینی چه بسا دقت لازم را جهت تدوین این شروط صرف نکنند،^۲ اما پس از بروز اختلاف ممکن است یکی از طرفین ارجاع اختلاف به مذاکره، میانجی‌گری، کارشناسی و دیگر مراحل پیش از داوری را بی‌فایده و صرفاً مُتلف وقت، موجب تأخیر و به جهت افشاء اطلاعات، مضر پندارد^۳ و از تن دادن به این مراحل امتناع نماید. از بررسی پرونده‌های فوق می‌توان نتیجه گرفت که منطوق صحیح یک شرط حل اختلاف چندمرحله‌ای برای قابلیت الزام آن حائز اهمیت است. دادگاه‌ها و مراجع داوری در تعیین قابلیت الزام شرط داوری موارد زیر را در نظر می‌گیرند: آیا منطوق و عبارت مندرج در این شروط صراحت و وضوح لازم را دارند؟ آیا طرفین یک مکانیزم دقیق دارای مهلت‌های زمانی معین ترسیم کرده‌اند؟ و آیا طرفین مناقشه با حسن نیت عمل می‌کنند؟^۴ حسن نیت ناظر بر عملکرد طرفین در اجرای شرط است. در ادامه این شرایط مورد مطالعه قرار می‌گیرند.

۱. تنها در فرضی که داوری قابل انجام نباشد، راه رجوع به دادگاه گشوده می‌شود.

2. Belohlavek, Alexander J.; *Rome Convention-Rome Regulation*, New York, juris publishing, 2010, p374.

3. Webster, Thomas H. Et al, *Handbook of ICC Arbitration: Commentary, Precedent, Materials*, London, Sweet & Maxwell, 2014, P 67.

4 Mecar. Marko: Ibid.

۵-۱. به کارگیری الفاظ مناسب

اولین مشکل در زمینه قابلیت الزام شرط چند مرحله‌ای استفاده از الفاظ غیرالزامی مانند «می‌تواند یا مختار است» (May) به جای الفاظ تعهدآور مثل باید (Shall) است. دادگاه‌ها و مراجع داوری اهمیت زیادی به منطوق این شروط می‌دهند. اگر عبارت این شروط اجباری بود، رویه نشان می‌دهد که در این موارد قضات و داوران خواهان را ملزم به تبعیت از ترتیب مقرر در آن می‌دانند. چنین ماهیت اجباری برای این شروط می‌تواند از طریق به کارگیری الفاظ ایجاد گردد. خواه به صورت تصریح به اینکه طی این مراحل الزامی است و خواه از طریق استفاده از کلماتی همچون «باید» در این شروط. در پرونده‌های شماره ۴۲۳۰ و ۱۰۲۵۶ اتاق بازرگانی بین‌المللی دیوان داوری شرط را جهت به کار بردن واژه «می‌تواند» اختیاری، اما در پرونده شماره ۹۹۷۷ به خاطر استفاده از واژه «باید» اجباری بر شمرد. گاه به کارگیری هر دو واژه «می‌تواند» و «باید» در یک شرط نیز از سوی مراجع ذیصلاح به عنوان الزام آور بودن شرط تعبیر شده است. به عنوان مثال در دعوی امارات تریدینگ ایجنسی به طرفیت پرایم مینرال اکسپورت^۱ دادگاه تجاری انگلیس این گونه شرط را اجباری تلقی نمود.^۲ این رویه از دیوان عالی سوئیس نیز گزارش شده و در دکتترین نیز مورد تأیید قرار گرفته است.^۳

۵-۲. تبیین دقیق روند هر یک از مراحل

در این زمینه طرفین باید مسائلی همچون معیار و زمان دقیق گذر از یک مرحله و ورود به مرحله دیگر، روند و مکانیزم دقیق جریان هر یک از مراحل را مدنظر قرار دهند. اصولاً

1 Emirates Trading Agency LLC V. Prime Mineral Exports , “In case of any dispute of claim arising out of or in connection with or under this LTC..., the parties shall first seek to resolve the dispute or claim by friendly discussion. Any party may notify the other party of its desire to enter into consultation to resolve a dispute or claim. If no solution can be arrived at in between the parties for a continuous period of four weeks then the non-defaulting party can invoke the arbitration clause and refer the disputes to arbitration.”

2. Garimella, Sai Ramani et al; “The Enforcement of Multi-Tiered Dispute resolution Clause: Contemporary Judicial Opinion”, *IIUM Law Journal*, Vol. 24 No1, 2016, pp 157-191.

3 Mecar. Marko: Ibid, p 25.

هراندازه مکانیزم حل اختلاف از این جهت دقیق تر و صریح تر باشد، تمایل مراجع جهت اجبار به طی مراحل مندرج در آن افزایش می یابد.

۵-۲-۱. تعیین انتقال دهنده

نقطه شکست و گذر از یک مرحله به مرحله دیگر و به ویژه از مرحله شیوه های جایگزین حل اختلاف به مرحله داوری باید با وضوح کامل ترسیم گردد؛ بنابراین صرف بیان این مطلب که اگر طرفین نتوانند مناقشات را از طریق مذاکره و میانجیگری حل نمایند وارد داوری شوند، به حد لازم روشن و قطعی نیست و جهت الزام طرفین کافی نخواهد بود. جهت اطمینان در تدوین شروط و اطمینان از عدم اختلاط میان این مراحل می توان از یک ملاک عینی استفاده کرد. مرور یک مقطع زمانی و اعلام کتبی به طرف مقابل از متداول ترین مکانیزم های محسوب می شوند. تعیین دقیق زمان آغاز و پایان هر مرحله روشی مناسب جهت اجتناب از موانع اجبار از این جهت می باشد.^۱

۵-۲-۲. ترسیم دقیق مکانیزم انجام هر مرحله

در کنار تعیین زمان و ملاک گذار از یک مرحله به مرحله دیگر باید روند انجام هر مرحله نیز به طور دقیق توضیح گردد. در اشتراط این شروط باید از عباراتی کلی مثل «نشست با حسن نیت»^۲ یا «تلاش برای حل مشکل»^۳ پرهیز نمود و روند انجام آن ها و تکالیف طرفین با جزئیات دقیق ترسیم گردد. مثلاً اشخاصی که در مذاکره شرکت خواهند کرد و نیز مکان و چگونگی انجام مذاکرات و پایان آن و نیز در صورت حصول توافق در پایان مذاکره ماهیت الزام آور بودن یا نبودن آن نیز باید درج شود. تردیدها در خصوص الزام مرحله مذاکره بیشتر است، اما باید توجه داشت اولاً بنا به اصل حاکمیت اراده، زمانی که طرفین قصد دارند در خصوص اختلافات خود مذاکره کنند و یک شرط چند مرحله ای الزامی واضح در قرارداد درج می کنند که با مذاکره آغاز می گردد، اراده آن ها باید مورد احترام باشد. ثانیاً تنها تفاوت میان مذاکره و میانجیگری صرفاً مداخله شخص ثالث در مرحله اخیر الذکر می باشد؛ بنابراین نگاه متفاوت به مذاکره و میانجیگری از جهت قابلیت الزام

1. Klaus, Peter Berger: "Law and Practice of Escalation Clauses", Arbitration International Journal, Vol. 22, No1, 2006, pp 1-18.

2. Meet with good faith.

3. Attempt to resolve the dispute.

منطقی نیست. ثالثاً لزوم رعایت حسن نیت نیز طرفین را ملزم می‌کند مذاکرات را به نحوی صحیح و سازنده انجام دهند؛ بنابراین طرفین متعهد هستند به آغاز مذاکرات و داشتن حداقلی از مشارکت در آن‌ها، اتخاذ موضعی مثبت نسبت به پیشنهادهای طرف مقابل برای حل مناقشه و اراده لازم برای ارائه پیشنهاد و نیز عدم کناره‌گیری از مذاکرات بدون اینکه از قبل دلیل و فرصت مناسب به طرف مقابل برای پاسخ داده باشند. از آنجا که میانجیگری با مداخله یک شخص ثالث صورت می‌گیرد، علاوه بر مسائل مطروحه در خصوص کارآمدی مرحله مذاکره، مرحله میانجیگری باید متضمن مکانیزم انتخاب شخص میانجی و پرداخت دستمزد وی باشد.^۱ دادگاه استرالیایی در دعوای ایتون استرالیا به طرفیت ترانسفیلد میانجیگری را صرفاً به جهت اینکه در خصوص دستمزد و پاداش شخص میانجی تدبیری اتخاذ ننموده بود، لازم‌الاجرا ندانست.^۲ مرحله کارشناسی نیز از باب قیاس تابع همین شرایط می‌باشد. در پرونده شماره ۶۲۷۶ ژانویه ۱۹۹۰ اتاق بازرگانی بین‌المللی اختلاف طرفین در خصوص نحوه اعلام نام مهندس را می‌توان ناشی از عدم ترسیم دقیق مکانیزم برشمرد.

نظر دادگاه عالی فدرال سوئیس نیز در پرونده شماره ۴۶/۲۰۱۱-A در حکم مورخ ۱۶ می سال ۲۰۱۱ ماده ۲۰ قرارداد طرفین مقرر می‌داشت: «در صورت اختلاف ... ابتدا جهت حل مسالمت‌آمیز اختلاف میان طرفین باید تلاش گردد. در صورت عدم حل اختلاف، باید به داوری ارجاع گردد...». مرجع داوری و دیوان عالی سوئیس این شرط را مبهم دانست و انجام مرحله سازش و مصالحه را غیرقابل الزام تلقی نمودند.^۳ هرچند که از واژه «باید» استفاده شده بود. دکترین نیز این نظر دادگاه‌ها و مراجع داوری را تصدیق می‌نماید. این نظر در رویه و نظر حقوقدانان مخالفی ندارد^۴ و صحیح به نظر می‌رسد؛ زیرا هراندازه که شرط دقیق‌تر و صریح‌تر باشد، کشف قصد مشترک طرفین با دقت بیشتری توأم خواهد بود.

1. Georges, Marc: "Multi-Tiered Clauses: Effectiveness and Enforceability", Eurasia Arbitration Journal, No 1, 2015, pp 1-27.

2. Garimella, Sai Ramani et al; "The Enforcement of Multi-Tiered Dispute resolution Clause: Contemporary Judicial Opinion", *IIUM Law Journal*, Vol. 24 No1, 2016, pp 157-191.

3. Garimella, Sai Ramani et al; Ibid.

4. Mecar. Marko: Ibid, p29.

به نظر نگارندگان رأی دادگاه ایرانی -در بخش رویه مراجع قضایی گزارش گردید- قابل انتقاد است؛ زیرا در این رأی انجام مرحله مذاکره الزامی تلقی شده بود، بدون اینکه شرایط فوق در شرط موجود باشد. در صورت وجود شرایط لازم، توافق طرفین مطابق اصل آزادی قراردادها که در ماده ۱۰ قانون مدنی ایران تصریح شده است، محترم و لازم‌الرعايه است.

۵-۳. حسن نیت طرفین

در حقوق ایران نیز مقرراتی همچون اصل ۴۰ قانون اساسی، ماده ۱۳۲ قانون مدنی و... متضمن رعایت حسن نیت و عدم سوءاستفاده از حق هستند. دادگاه‌ها و مراجع داوری چنانچه الزام خواهان را خلاف حسن نیت، ناعادلانه و بی‌فایده بدانند، وی را از این ناعدالتی رهانیده و اجازه سوءاستفاده از حق را به خوانده نمی‌دهند. اگر خوانده از مشارکت در مراحل پیش از داوری بدون عذر و دلیل موجه خودداری می‌نماید، دادگاه‌ها، مراجع داوری و صاحب‌نظران، خواهان را مجاز به مرحله بعد و در نهایت به داوری می‌دانند.^۱ البته باید توجه داشت که حسن نیت در نظام‌های حقوقی مختلف تعاریف متفاوتی دارد^۲ و این تفاوت‌ها می‌تواند منشأ اختلافاتی در پرونده‌های مختلف گردد.^۳ در شرایطی که خوانده در مراحل حل اختلاف مشارکت نمی‌کند، اجبار خواهان به طی این مراحل و عدم پذیرش دعوی وی نزد داوری غیرعقلایی و دور از انصاف می‌باشد. مثلاً در پرونده کلاسه ۱۲۴/۲۰۱۴- 4 A، حکم مورخ هفتم جولای ۲۰۱۴ دادگاه عالی سوئیس مرجع داوری را صالح به رسیدگی دانست، هرچند که مراحل پیش از داوری انجام نشده بود. دادگاه اعتراض خوانده را رد نمود؛ زیرا خواهان تلاش لازم را جهت طی این مرحله انجام داده بود و پس از گذشت پانزده ماه و عدم تشکیل هیئت حل اختلاف، معذور محسوب می‌گردید.^۴ مبنای تصمیم دادگاه عدم حسن نیت و سوءاستفاده از حق خوانده است هرچند که به آن تصریح نشده است.

1. Mecar. Marko; Ibid, p 32.

2. Krauss, Oliver: "The Enforceability of Escalation Clauses Providing for Negotiation in Good Faith Under English Law", *Mcgill Journal of Dispute Resolution*, Vol. 2, 2015-2016, pp 143-165.

3 Moens, Gabriel A et al: *Arbitration and Dispute Resolution in the Resources Sector: An Australian Perspective*, Switzerland, springer, 2015, p 114.

4 Mecar. Marko; Ibid, p 35.

اصل ۴۰ قانون اساسی ایران صراحتاً سوءاستفاده از حق را منع می‌نماید؛ بنابراین چنانچه معلوم شود که یکی از طرفین با سوءنیت در مراحل مقدماتی شرط شرکت نمی‌نماید، داور یا دادگاه می‌تواند طرف دیگر را از طی این مراحل معاف می‌نمایند.

نتیجه

مزایایی همچون ارزانی، سرعت، فقدان ریسک، اثر فیلترینگ و حفظ فضای مسالمت در روابط میان طرفین باعث افزایش محبوبیت شروط حل اختلاف چندمرحله‌ای در قراردادهای گردیده است. در صورتی که قصد طرفین اجرای تمامی مراحل مقرر در این شروط پیش از رجوع به داوری یا دادگاه باشد، بنا به اصل آزادی اراده و قطع نظر از مفید بودن، دلیلی برای نامعتبر شمردن آن وجود ندارد. اصولاً در اغلب موارد شرط نمی‌تواند برای هردو طرف مضر یا خالی از فایده باشد. توافق بر حل مناقشات از طریق غیر از رجوع به دادگاه‌ها مخالفتی با نظم عمومی جوامع ندارد، همان‌گونه که امروزه کسی تردیدی در صحت و نفوذ شرط حل مناقشات از طریق داوری - موجد صلاحیت برای داور و سالب صلاحیت مراجع قضایی است - ندارد. به‌ویژه که دیگر مراحل به جهت عدم تحمیل تصمیمی لازم‌الاجرا به طرفین رجوع به مراجع قضایی را صرفاً مشروط به طی تشریفات پیش از آن می‌کنند، نه اینکه به مانند شرط داوری، آن را اساساً منع نمایند.

سیاق و منطوق این شروط باید به نحوی باشد که قصد طرفین مبنی بر لازم‌الرعايه بودن تمامی مراحل مندرج در آن‌ها را به‌خوبی نشان دهد. شروط مبهم و مردد قابل الزام نیستند. استفاده از الفاظ موجد تکلیف مانند «باید» یا «می‌بایست»، درج معیارهای آغاز و پایان هر یک از مراحل، ترسیم دقیق و قطعی هر کدام از مراحل در هنگام تنظیم این شروط و داشتن حسن نیت در مرحله اجرای آن‌ها تضمین‌کننده قابلیت الزام آن‌ها هستند. مراجع قضایی و داوری نیز در صورت وجود شرایط لازم و احراز قصد طرفین مبنی بر لزوم اجرای همه مراحل پیش از رجوع به دادگاه یا داوری، تردیدی در الزام طرفین به متابعت از توافق خویش، به خود راه نمی‌دهند.

منابع

- جعفری ندوشن، شهاب، «تأثیر شروط چندگزینه‌ای و اسقاط حق طرح ادعا بر صلاحیت مراجع حل اختلاف معاهده‌ای در دعاوی سرمایه‌گذاری خارجی»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، شماره ۴۹ (۱۳۹۴)، صص ۳۷-۵۶.
- جعفری ندوشن، شهاب، «رسیدگی‌های موازی در دعاوی سرمایه‌گذاری خارجی و روش‌های مقابله با آن»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال ۷۷، شماره ۸۴ (۱۳۹۲)، صص ۴۱-۶۸.
- جنیدی، لعیا، *اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی*، (تهران: انتشارات شهر دانش، چاپ سوم، ۱۳۹۲).
- حاتمی، علی و کریمیان، علی، *حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در پرتو قانون و قراردادهای سرمایه‌گذاری*، (تهران: انتشارات تیسرا، چاپ دوم، ۱۳۹۴).
- شیروی، عبدالحسین، *حقوق تجارت بین‌الملل*، (تهران: انتشارات سمت، چاپ ۶، ۱۳۹۲).

References

- Belohlavek, Alexander J. *Rome Convention-Rome Regulation*, (New York, juris publishing, 2010).
- Bhomawat, Dishi; "Multi-Tier Dispute Resolution Clauses in Contracts- With special focus on Entertainment and Construction Contracts", *International Journal of Research and Analysis*, Vol. 1, Issue 3, (2014), pp 40-61.
- Blomgren Bingham, Lisa; Nabatchi, Tina; Senger, M Jefferey and Jackman, Michael Scott; "Dispute Resolution and the Vanishing Trial: Comparing Federal Governing litigation and ADR outcomes", *OHIO State journal dispute Resolution*, Vol. 24: 2, (2009). pp 225-262.
- BORN, Gary and Marija ŠČEKIĆ. Chapter 14: Pre-Arbitration Procedural Requirements. 'A Dismal Swamp' in CARON, d. David et al. *Practicing Virtue: Inside International Arbitration*. (London: Oxford University Press, 2015).
- Carrell, Alyson., "An ADR Clause by any Other Name Might Smell as Sweet: English's High Court Of Justice Queens Bench Attempts and Fails to Define What is not an Enforceable ADR Clause", *journal of Dispute Resolution*, issue 3. Article 12, (2003), pp 547-563.
- Erlank, wian; "Enforcement of Multi-tiered Dispute Resolution Clauses", (2003), pp 30-31, available at <http://ssrn.com/abstract=1491027> (last visited: July 12, 2016)
- Frank, Robert and Loulakis, Michael C.; *Design- Build Contracting Handbook*, (New York, Aspen publishing, 2001).
- Garbarino, Carlo and Lombardo, Marina. "Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics", (Netherland: IBFD Publishing, 2010).

- Garimella, Sai Ramani and Siddigui, Nizamuddin Ahmad. "The Enforcement of Multi-Tiered Dispute resolution Clause: Contemporary Judicial Opinion", *IIUM Law Journal*, Vol. 24, No1, (2016), pp 157-191.
- Georges, Marc, "Multi-Tiered Clauses; Effectiveness and Enforceability", *Eurasia Arbitration Journal*, No 1, (2015), pp 1-27.
- Halket, Thomas D. *Arbitration of International Intellectual Property disputes*, (New York: Juris Publishing, 2012).
- Hatami, A & Karimiyan. E (2014), *Foreign Investment Law: Investment Act and Contracts*, Teesa Publication, Tehran. [In Persian]
- Jafari Nedoushan. Sh & Sadeghi Moghadam. M.H. (2016), The Effect of "Fork in the Road" and on Jurisdiction of Investment Treaty Arbitral Tribunal in Foreign Investment Disputes, *QJPL*, 17(49), 37-56. [In Persian]
- Jafari Nedoushan. Sh. (2013), Parallel Proceedings in Foreign Investment Disputes and Preventing them, *JLJ*, 77(84), 41-69. [In Persian]
- Jenkins, Jane and Stebbings, Simon; *International Construction Arbitration Law*, (Netherland: Kluwer Publishing, 2006).
- Jimenes Figures, Dyala, "Multi-tiered dispute resolution clauses in ICC Arbitration", *ICC Bulletin*, Vol. 14, (2003), p 71-88.
- Jolles Alexander, "Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement", *Arbitration Journal*, Vol 72, No 4, (2006). P 329-338.
- Joneydi, L. (2013), *Enforcement of Foreign Commercial Arbitral Award*, Tehran, The S.D. Institute of Law. [In Persian]
- Kartsivadze, Linda. "Jurisdiction of Arbitral Tribunal on The Grounds of Multi-Tiered Dispute Resolution Clause", LLM Thesis, Central European University, (2010).
- Kayali. Didem. "Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses", *Journal of International Arbitration*, Vol 27 (6), (2010), pp 551 – 577.
- Klaus, Peter Berger, "Law and Practice of Escalation Clauses", *Arbitration International Journal*, vol 22, No. 1, (2006), pp 1-18.
- Klintonworth, Tim K; "The Enforceability of an Agreement to Submit to a Non-Arbitral Form of Dispute Resolution: The Rise of Mediation and Neutral Fact-Finding", *Journal of Dispute Resolution*, Issue 1, Article 10, (1995), pp 181-195.
- Krauss, Oliver, "The Enforceability of Escalation Clauses Providing for Negotiation in Good Faith Under English Law", *Mcgill Journal of Dispute Resolution*, Vol. 2, (2015-2016). pp 143-165.
- Mecar, Marko. "Enforceability of Multi-Tiered Clauses Leading to Arbitration", Hungary, Central European University, department of Legal studies, (2015).
- Moens, Gabriel A and Evans, Philip, "Arbitration and Dispute resolution in the Resources Sector: An Australian Perspective", (Switzerland: Springer, 2015).
- Moser, Michael, *Managing Business Disputes in Today's China: Duelling With Dragons*, (Netherland: Kluwer Law international, 2007).
- Pryles, Micheal, "limits to party Autonomy in Arbitral Procedure", *Journal of International Arbitration*, Vol. 24 (3), (2007), pp 327- 339.

- Pryles, Micheal, "Multi-Tiered Dispute Resolution Clause", *Journal of International Arbitration*, Vol 18, No 2, (2001), pp159-176.
- Shiravi, A.(2014), *International Trade law*, Samt Publication, Tehran. [In Persian]
- Tevendale Craig; Ambrose, Hannah and Naish, Vanessa, "Multi-Tier Dispute Resolution Clauses and Arbitration", *Turkish Commercial Law Review*, Vol. 1, (2015), pp 31-40
- Tochtermann, Peter, "Agreements to Negotiate in the Transnational Context-Issues of Contract Law and Effective Dispute Resolution", *Uniform Law Review*, Vol 13, Issue 3, (2008), pp.687-708.
- Trevor Cook; Grcia, Alejandro, *International Intellectual Property Arbitration*, (Netherland: Kluwer publisher, 2010).
- Webster, Thomas H; Buhler, Michael, *Handbook of ICC Arbitration: Commentary, Precedent, Materials*, (London: Sweet & Maxwell, 2014).