Archive of SID

فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال هشتم، شماره 29، زمستان 1398

حل‌وفصل اختلافات قراردادهای تجاری بین‌المللی از طریق میانجیگری-داوری با تأکید بر نظام حقوقی ایران

نغمه جواد پور[1] - حمیدرضا علومی یزدی[2]- سید نصرالله ابراهیمی[3]

تاریخ دریافت: 1398/1/21 – تاریخ پذیرش: 1398/6/16

چکیده

یکی از روش‌های ترکیبی و یکپارچه حل‌وفصل اختلافات میانجیگری-داوری است که از یک‌سو مزیت فرایند منعطف، غیر قضایی و مذاکره محور میانجیگری و از سوی دیگر، مزیت قطعیت روش داوری را در قالب یک فرایند واحد رسیدگی (و نه به‌صورت روش‌های جداگانه) دربردارد. در این نوشتار، این شیوه حل و فصل اختلافات از منظر نظام‌های حقوقی معتبر ماهیت شناسی شده و رویکرد مراکز مهم حل‌وفصل اختلافات دنیا در این خصوص تحلیل گردیده و فرصت‌ها و چالش‌های اتخاذ این روش در قراردادهای بین‌المللی از منظرهای حقوقی، اقتصادی و مدیریتی تحلیل شده است. علیرغم اینکه میانجیگری-داوری به لحاظ اقتصادی کاراتر بوده و به لحاظ مدیریتی نیز به دلیل انعطاف‌پذیری، کنترل بیشتری بر فرایند به طرفین اعطا می‌کند، اما در خصوص اجرای توافقات حاصل از این روش، فروض و چالش‌هایی وجود دارد که در این مقاله به آن پرداخته شده است . در پرتو نظام حقوق داوری داخلی و بین‌المللی ایران، در فرضی که دریک فرایند واحد میانجیگری-داوری، طرفین در همان مرحله میانجیگری اختلافات خود را حل نمایند و پروسه داوری شروع نشود، امکان اینکه توافق مزبور به‌صورت رای داوری مبتنی بر رضایت صادر شود و میانجی صرفاً جهت تبدیل توافق طرفین به رای داوری تغییر نقش دهد، موجب عدم امکان بهره‌مندی این روش از حمایت‌های قانونی از داوری در اجرای رای ازجمله کنوانسیون نیویورک خواهد شد.

واژگان کلیدی: میانجیگری-داوری، کارایی اقتصادی، اصل بی‌طرفی و محرمانگی، کنوانسیون سنگاپور

1.دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی (نویسنده مسئول) naghmeh.javadpour@gmail.com

2.دانشیار حقوق خصوصی، دانشگاه علامه طباطبائی oloumi@atu.ac.ir

3.استادیار حقوق خصوصی دانشگاه تهران snebrahimi@ut.ac.ir

www.SID.ir

Archive of SID

مقدمه

انتخاب روش مناسب حل‌وفصل اختلافات در هر مورد با توجه به شرایط حاکم بر قرارداد، بسیار سخت است که به عوامل متعددی بستگی دارد. در خصوص روش‌های مسالمت‌آمیز حل‌وفصل اختلافات اعم از روش شبه قضایی (داوری) و روش‌های غیر قضایی (مذاکره، میانجیگری، سازش، کمیته‌های حل‌وفصل اختلافات و...)، ادبیات موجود هم در کشورمان و هم در سطح جهانی غنی است و محققان به بررسی انواع این روش‌ها، حیطه کاربرد آن‌ها، تفاوت‌ها و شباهت‌های این روش‌ها با یکدیگر در نظام‌های داخلی و نظام‌های حقوقی دیگر پرداخته‌اند.

امروزه استفاده از روش‌های مسالمت‌آمیز حل‌وفصل اختلافات گسترش‌یافته و صرفه‌جویی در زمان و هزینه و نیز تمایل به حفظ روابط حرفه‌ای میان فعالان گرایش‌های مختلف صنعت و تجارت، از دلایل اصلی این افزایش می‌باشد. از سوی دیگر نهاد داوری که بدون تردید یکی از بارزترین تجلیات حاکمیت اراده در نظام حل‌وفصل اختلافات می‌باشد و در طول سال‌ها در نظام‌های مختلف قضایی جهان تکامل‌یافته و تا حد زیادی نظام خودبسنده‌ای تلقی می‌شود، به دلیل هزینه‌های بالای رسیدگی و بعضاً طولانی بودن فرایند، موردانتقاد است. داوری که تصور می‌شد نسبت به سایر روش‌های حل‌وفصل اختلافات کم‌هزینه‌تر باشد، در مواردی حتی به‌اندازه رسیدگی‌های قضایی بر طرفین اختلاف هزینه تحمیل می‌کند[1] که این موضوع می‌تواند یکی از عوامل روی آوردن به روش‌های جایگزین و اقتصادی‌تر حل‌وفصل اختلافات باشد. از طرفی، روش‌های غیر قضایی حل‌وفصل اختلافات نظیر مذاکره، میانجیگری، سازش و ... علیرغم مزایای متعدد مانند مسالمت‌آمیز و غیر تقابلی بودن فرایند رسیدگی، کم‌هزینه‌تر بودن و سرعت‌بالای رسیدگی، ضمانت اجراهای لازم و مؤثری همانند روش داوری را به‌ویژه در خصوص قطعیت، دارا نیستند، لذا ایده استفاده از روش‌های ترکیبی که مزایای هر دو نظام شبه قضایی و غیر قضایی را داشته باشد، شروع به رشد کرده است که این روند افزایشی، نشان‌دهنده نیاز فعالان و بازیگران حاضر در صنعت حل‌وفصل اختلافات می‌باشد.

میانجیگری- داوری[2] یکی از مرسوم‌ترین روش‌های ترکیبی و یکپارچه حل‌وفصل اختلافات است که طبق آن طرفین اختلاف توافق می‌نمایند در صورت بروز اختلافات، بدوا از

1.Barkett, John M, 2010, "Avoiding the Cost of International Commercial Arbitration: is Mediation the Solution?" Fordham Law school papers,p.374.
2. Med-arb.

www.SID.ir

Archive of SID

روش میانجیگری استفاده شود و درصورتی‌که برخی از اختلافات (جز یا و یا کل اختلافات) از طریق میانجیگری حل‌وفصل نشد، ادامه رسیدگی در همان مرحله و از طریق روش داوری و توسط همان فرد، انجام شود. از آن جاییکه این روش در سال‌های اخیر در روابط تجاری بین المللی با استقبال گسترده‌ای مواجه شده و در دعاوی متنوعی به‌کاررفته، شناخت ماهیت، اعتبار و آثار این روش در نظام حقوقی ایران نیز ضروری می‌نماید. مضافاً آنکه ماهیت روش میانجیگری –داوری در حقوق ایران به‌خوبی شناسایی نشده است. در ادبیات این موضوع بعضاً میانجیگری-داوری با فرضی که داور، اختیار صلح دارد، خلط شده و از این روش به‌اشتباه به میانجیگری-داوری تعبیر شده[1] و تفاوت ماهیت و آثار این روش اخیر که (در حقیقت می‌توان آن را به‌نوعی داوری-میانجیگری در نظر گرفت)، با روش میانجیگری-داوری، به‌درستی تمیز داده نشده است.

در برخی موارد نیز ممکن است تصور شود که این فن، همان روش چندمرحله‌ای[2] و مرسوم رسیدگی به حل‌وفصل اختلافات است. بدین معنا که اگر طبق توافق طرفین در خصوص حل‌وفصل اختلافات، روش میانجیگری به نتیجه نرسید، مرحله بعد یعنی داوری به‌عنوان مرحله‌ای جداگانه برای رسیدگی به اختلافات آغاز شود. حال‌آنکه ماهیت حقوقی روش‌های ذکرشده، فرایندهای اجرا و آثار اتخاذ هر یک از روش‌های ذکرشده، متفاوت بوده و اساساً، روش‌هایی مجزا از یکدیگر هستند. با توجه به دلایل ذکرشده ورود عمیق‌تر به این موضوع جهت شناسایی صحیح ماهیت این روش ضروری به نظر می‌رسد. به لحاظ کاربردی نیز امروزه با توجه به این واقعیت که دعاوی بین‌المللی حجم زیادی دارند و صنعت گسترده و رو به رشدی در خصوص حل‌وفصل اختلافات در حال شکل‌گیری است[3] و مؤسسات حل‌وفصل اختلاف در سراسر دنیا در پرتو نیازهای نوین و پویای دنیای تجارت و صنعت، مدام در حال به‌روزرسانی و معرفی روش‌های نوین، سریع، کارا و خلاقانه حل‌وفصل اختلافات به متقاضیان هستند؛ شناخت روش‌های مدرن و نیز بررسی حقوقی اعتبار و آثار اتخاذ این روش‌ها، راه را برای بررسی روش‌های ممکن و معرفی آن توسط قانون‌گذار ایرانی و نیز

1.منصوری طهرانی، سید روح‌الله، افتخار جهرمی، گودرز، ۱۳۸۹،«روش برتر حل‌وفصل اختلافات بین‌المللی در قراردادهای نفت و گاز، میانجیگری-داوری»، دانشکده حقوق شهید بهشتی، ص ۴۵.

2.Multi-Tiered Process

3.Walde, Thomas, "Efficient Management of Transnational Disputes: Mutual Gain by Mediation or Joint Loss in Litigation", Arbitration International, vol. 22, No . 2, p. 71.

www.SID.ir

Archive of SID

مراکز داوری و حل‌وفصل اختلافات داخلی هموار می‌کند.

در قسمت اول این مقاله به ماهیت شناسی روش میانجیگری –داوری و تفاوت آن با برخی روش‌های ترکیبی دیگر پرداخته‌شده است. در قسمت دوم مزایا و چالش‌های استفاده از این روش به لحاظ حقوقی، مدیریتی و اقتصادی موردبحث قرارگرفته و در قسمت سوم رویکرد حقوق ایران و قواعد شکلی مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران موردمطالعه قرارگرفته و بررسی تطبیقی نیز حسب مورد و ضرورت صورت گرفته است.

1- ماهیت روش‌های انفرادی و تلفیقی میانجیگری و داوری در حل‌وفصل اختلافات قراردادهای بین‌المللی

در این قسمت از مقاله، روش میانجیگری و داوری و میانجیگری-داوری به‌طور مجزا در فصل اول ماهیت‌شناسی شده و سپس در فصل دوم برخی روش‌های مشابه موردبررسی قرارگرفته‌اند.

1-1- میانجیگری، داوری و میانجیگری-داوری

در ذیل در ذیل این مبحث، ابتدا خلاصه‌ای از ماهیت روش‌های جداگانه «میانجیگری» و «داوری» و سپس «میانجیگری-داوری» ارائه می‌شود.

1-1-1- میانجیگری

استفاده از میانجیگری به‌طور سنتی رواج بسیاری دارد به‌عنوان‌مثال اقدام به اصلاح ذات البین، صلح، آشتی و تصفیه، در فرهنگ عرفی-اسلامی جامعه ایران عمیقاً ریشه‌دار است[1]. بیشتر میانجیگری‌ها به‌صورت غیررسمی و سنتی انجام می‌شده تا اینکه به‌مرور زمان و با تشکیل دولت- ملت‌ها، رویکرد جوامع به رسیدگی قضایی در قرن نوزدهم سمت‌وسوی رسمی‌تری گرفت و روش‌های غیر قضایی حل‌وفصل اختلافات به حاشیه رانده شدند. ویژگی کلیه روش‌های دوستانه حل‌وفصل اختلافات، جلوگیری از ارجاع به رسیدگی قضایی و یا شبه قضایی در مقابل دیوان‌های داوری و یا دادگاه و نیز جایگزینی داور و یا قاضی با یک فرد

1.نیکبخت، حمیدرضا، ادیب، علی‌اکبر، ۱۳۹۵، « اصلاحگری و میانجیگری به‌عنوان جایگزین روش‌های سنتی حل اختلافات مدنی-تجاری (امکان به‌کارگیری آن‌ها در صنعت نفت)»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۸، ص ۱۲.

www.SID.ir

Archive of SID

ثالث مستقل[1] است.

خاستگاه میانجیگری مدرن، نظام حقوقی آمریکا است. بعضاً از عبارت سازش[2] و میانجیگری به‌جای یکدیگر نیز استفاده می‌شود هرچند توجه به این نکته ضروری است که در برخی از نظام‌های حقوقی، بین این دو اصطلاح تفاوت قائل می‌شوند[3]. طبق بند ۳ ماده ۱ قانون نمونه سازش تجاری بین‌المللی[4]، سازش به فرایندی اطلاق می‌شود که طرفین اختلاف از شخص یا اشخاص ثالثی تقاضا می‌کنند که به آن‌ها کمک کنند تا آن‌ها بتوانند اختلافات ناشی از رابطه قراردادی یا حقوقی خود را از طریق دوستانه حل‌وفصل نمایند و ازاین‌جهت فرقی نیست که عبارت سازش یا میانجیگری و یا امثال آن توسط طرفین به‌کاررفته باشد[5]؛ بنابراین در این مقاله تفاوت‌های جزئی که ممکن است نظام‌های حقوقی مختلف در خصوص سازش و میانجیگری در نظر بگیرند را کنار می‌گذاریم و از هر دو عبارت سازش و میانجیگری، یک معنا را اراده می‌کنیم.

در میانجیگری یک فرد ثالث به نام میانجی تلاش می‌کند تا مواضع طرفین را به هم نزدیک کند و تصمیم حقوقی الزام‌آوری برای طرفین اتخاذ نمی‌کند. تفاوت مهمی که سازش را از رسیدگی قضایی و یا داوری جدا می‌کند این است که سازش دهنده نمی‌تواند خود راسا موضوع را فیصله بدهد و یا نظر خود را بر طرفین اختلاف تحمیل کند[6]. طرفین اختلاف نیز بیشتر از آنکه به صحیح یا نادرست بودن تصمیمات خود و نیز مبتنی بر قانون و قراردادی بودن آن

1.Neutral.

2.Conciliation.

3.در حقوق فرانسه برخی معتقدند که سازشگر تنها طرفین را به‌سوی راه‌حل قابل‌قبول هدایت می‌کند درحالی‌که میانجی علاوه بر آن، می‌تواند پیشنهادها یا توصیه‌هایی برای پایان دادن به دعوا ارائه نماید . اما دکترین غالب بر آن است که تفاوت بنیادینی بین این دو نهاد وجود ندارد و سازشی که با دخالت ثالث انجام می‌شود، درواقع یک میانجیگری می‌باشد. ر. ک . به : زرکلام، ستار،۱۳۷۹،«مزایا و معایب میانجیگری- داوری همانند روش جایگزین حل‌وفصل اختلافات»، کانون وکلای دادگستری، شماره ۱۷۱. با بررسی ادبیات موجود به نظر می‌رسد که روش سازش و میانجیگری در فرایند رسیدگی ممکن است باهم تفاوت داشته باشند اما به لحاظ ماهیت حقوقی یکسان به نظر می‌رسند. ر. ک به :

LEE, Jae Sung, "work of UNCITRAL in the field of mediation and conciliation – enforceability of settlement agreements", available at: http://www.sloarbitration.eu/Portals/en-EN/UNCITRAL-LAC/Work%20of%20UNCITRAL%20in%20the% 20field%20of%20mediation%20and%20conciliation_Jae%20Sung%20LEE.pdf ,last visited: 21/3/2019.

4.UNCITRAL Model Law On International Commercial Conciliation (2002), available at: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf

5.شیروی، عبدالحسین، ۱۳۹۱،داوری تجاری بین‌المللی ، تهران، سمت، ص ۶۷.

6.همان، ص ۶۸.

www.SID.ir

Archive of SID

توجه کنند، به فهم و درک متقابل برای رسیدن به توافق در خصوص موضوع اختلاف تمرکز می‌نمایند[1] و اتفاقا توجه به همین خصیصه و ظرفیت مهم میانجیگری است که امکان موفقیت‌آمیز بودن و کارایی این روش را بالا می‌برد. در روش میانجیگری اگر طرفین اختلاف به توافق برسند، توافق مزبور در بیشتر نظام‌های حقوقی به‌موجب اصول کلی قراردادها و آزادی قراردادها معتبر و لازم‌الاجرا شمرده می‌شود[2]. بهتر است توجه شود که به‌طورکلی استقبال از میانجیگری در دعاوی داخلی نسبت به دعاوی بین‌المللی بیشتر بوده[3] و در برخی قوانین ملی (به‌ویژه نظام کامن لا)، موارد اجباری ارجاع به میانجیگری توسط دادگاه نیز وجود دارد[4].

2-1-1- داوری

شیوه داوری که فنی برای حل‌وفصل اختلافات توسط یک یا چند شخص به نام داور یا داوران است، طریقی غیر قضایی است و ازلحاظ تاریخی سابقه‌ای طولانی دارد به‌طوری‌که برخی آن را سابق بر طرق قضایی حل‌وفصل دعاوی یعنی دادگاه‌های دولتی دانسته‌اند[5]. به دلیل ناکارآمد بودن ارجاع اختلاف به دادگاه‌های دولتی، تجار تمایل دارند اختلافات خود را از طرق دیگر حل‌وفصل نمایند[6]. امروزه توافق فعالان اقتصادی در عرصه بین‌المللی مبنی بر ارجاع اختلافات خود به داوری به‌جای دادرسی قضایی امری عادی تلقی می‌شود و مقاومت در برابر آن رفتاری خلاف متعارف ارزیابی می‌گردد که باعث افزایش هزینه‌های معاملات می‌گردد[7]. هرچند بهتر است این واقعیت نیز مد توجه قرار گیرد که اشخاص در داوری مبالغ زیادی صرف حل‌وفصل اختلافات خود از این طریق می‌نمایند. بدین معنا که اکنون هم مراجعه به دادگاه و هم ارجاع اختلافات به داوری، به لحاظ مدت‌زمان رسیدگی به دعاوی و نیز هزینه‌های آن، در قراردادهای بین‌المللی موردانتقاد هستند و اصل سرعت و کارایی اقتصادی که مقتضای روابط تجارت بین‌الملل است، دیگر به‌صورت کامل با روش

1.Walde, W. Thomas, 2004, "pro-active mediation of international business and investment disputes involving long-term contracts: from zero-sum litigation to efficient dispute management", UNPAD Journal of International law, Vol. 3,p.5.

2.شیروی، همان. ص ۷۲.

3.Walde, Thomas, 2006, Opcit, p 73.

4.Walde, Thomas, 2006, Opcit, p 73.

5.جنیدی، لعیا، ۱۳۷۶، قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی، دادگستر، ص۱۳.

6. جنیدی، لعیا، ۱۳۸۰، «قانون داوری تجاری بین‌المللی از دریچه حقوق اسلامی»، متین، شماره ۱۰، ص ۱.

7. شیروی، عبدالحسین،۱۳۹۱ همان، ص ۷.

www.SID.ir

Archive of SID

داوری محقق نمی‌شود. همچنین در طول مدت رسیدگی (چه از طریق دادگاه و چه داوری)، روابط طرفین که عموماً سرمایه‌گذاری بالایی در خصوص آن انجام‌شده و طولانی‌مدت هستند، درخطر نابودی قرار می‌گیرد[1]. به نظر می‌رسد روش داوری علیرغم مزایای بسیاری که بر سایر روش‌ها دارد، ازآنجاکه خصیصه تقابلی دارد[2]، نمی‌تواند به استمرار روابط طرفین کمک نماید. البته توجه به این مسئله ضروری است که انتخاب روش مناسب حل‌وفصل اختلافات به عوامل متعددی بستگی دارد ازجمله این‌که کدام‌یک از ویژگی‌های هر روش، برای طرفین در یک اختلاف فرضی حائز اولویت بیشتری هستند[3]، به‌خصوص در پروژه‌های بزرگ‌تر کهک روش مشخص حل‌وفصل دعاوی، برای همه انواع اختلافات پاسخگو نیست[4].

3-1-1- میانجیگری – داوری

یکی از متداول‌ترین روش‌های ترکیبی حل‌وفصل اختلافات، میانجیگری-داوری «یا انجام روش داوری متعاقب میانجیگری می‌باشد. میانجیگری-داوری روشی است که تلفیق دو نهاد کاملاً متفاوت یعنی میانجیگری از یک‌سو و داوری از سوی دیگر را به‌صورت یک روش واحد و یکپارچه داراست. متداول‌ترین شیوه ترکیب میانجیگری و داوری حالتی است که طرفین توافق نمایند در فرضی که میانجیگری به شکست بینجامد و نتوانند در یک‌زمان از قبل معین‌شده از طریق میانجیگری اختلافات خود را حل‌وفصل کنند، اختلافات موردنظر کلاً و (جزئا در خصوص مسائل باقی‌مانده حل‌نشده) به داوری ارجاع شود و میانجی سابق، نقش داور را بر عهده گیرد. به‌عبارت‌دیگر در این روش ابتدائا طرفین فرایند میانجیگری را طی می‌کنند و درصورتی‌که در مرحله میانجیگری به توافق نرسیدند، همان فرد[5] متعاقباً اختلافات

1.Walde , Thomas, 2006, p. 227.

2.داوری و رسیدگی در دادگاه ازآن جهت که در هر دو یک نفر شخص ثالث به حل اختلاف می‌پردازد مشترک هستند. درعین‌حال این روش‌ها، رسیدگی‌های ترافعی ، (در مقابل رسیدگی مجادله‌ای) هستند که در آن‌ها طرفین برای رسیدگی به نتیجه‌ی مطلوب به رقابت بهکدیگر می‌پردازند. رسیدگی‌های ترافعی ویژگی‌های مشترکی دارند مهم‌ترین آن‌ها مدیریت استراتژیک اطلاعات و نتایج توزیعی (برنده –بازنده) و نه نتایج جمعی (برنده –برنده) آن‌هاست. ر. ک به: موسوی حرمی، یاسمن، نیکبخت، حمیدرضا،۱۳۸۹، "محرمانگی در داوری تجاری بین‌المللی"، شهید بهشتی، ص.۱۱.

3.Chua, Eunice, 2018, "a contribution to the conversation on mixing the modes of mediation and arbitration: of definitional consistency and process structure", transnational dispute management research, p. 6.

4.Merril , Peter, 2018, "Binding Mediation" American Bar Association of Dispute Resolution, p.4.

5.Same Neutral Med-Arb.

www.SID.ir

Archive of SID

فی‌مابین را به‌صورت قطعی و از طریق داوری حل‌وفصل می‌نماید. در این روش یک شخص واحد دو وظیفه مختلف را دارا می‌شود[1] و پس از میانجیگری نیاز به شروع فرایندی جدید نیست و خود میانجی که در مرحله قبل با ابعاد اختلاف و مسائل آن آشنا شده است، اکنون در این مرحله در مقام داور به رسیدگی به اختلافات و صدور رای می‌پردازد.

امروزه بیشتر مراکز بین‌المللی حل‌وفصل اختلاف در جهان این روش را پیشنهاد می‌دهند که در خلال این نوشتار به مطالعه برخی از این نهادها می‌پردازیم. نظام های حقوق داخلی برخی کشورها نظیر هنگ‌کنگ و سنگاپور نیز این اجازه را می‌دهند که با رضایت طرفین، فرد ثالث بتواند هم میانجیگری و هم داوری را انجام بدهد[2].

1-2- تمایز روش میانجیگری-داوری از سایر روش‌های ترکیبی مشابه

جهت تکمیل بحث ماهیت شناسی روش میانجیگری-داوری ، به‌طور خلاصه تفاوت این شیوه با چهار روش ترکیبی دیگر که به دلیل شباهت نسبی در عنوان ممکن است به لحاظ ماهیت شناسی و متعاقباً آثار حقوقی و اجرایی با این روش خلط شوند را موردمطالعه قرار می‌دهیم. این چهار روش عبارتند از: میانجیگری الزام‌آور، داوری-میانجیگری، داوری-میانجیگری-داوری و میانجیگری-داوری هم‌زمان.

1-2-1- میانجیگری الزام‌آور[3]

میانجیگری الزام‌آور ممکن است در وهله اول یک عبارت ضدونقیض و غیرکارا به نظر برسد. برخی نظام‌های حقوقی مانند آمریکا سابقه استفاده طولانی از این روش به‌ویژه برای دعاوی با حجم کوچک دارند[4]. این روش عموماً بامیانجیگری-داوری اشتباه گرفته می‌شود، درحالی‌که در ماهیت و آثار با یکدیگر متفاوت هستند و اجرای تصمیمات ناشی از

---

1. زر کلام، ستار،همان، ص. ۸.

2.Chua, Eunice, Op.cit, p. 7.

3.Binding Mediation.

4.در آمریکا شرکت‌های بیمه در دعاوی کوچک و همچنین صنعت ساخت‌وساز برای دوری از تبعات استفاده از داوری و دادگاه که زمان‌بر و پرهزینه‌تر هستند، از این روش استفاده می‌نمایند. برای مثال مرکز CDRS کهک مرکز حل‌وفصل اختلافات مربوط به صنعت ساخت‌وساز می‌باشد در قواعد خود حل‌وفصل اختلافات زیر مبلغ ۲۵ هزار دلار را با این روش پیشنهاد می‌دهند. ر. ک به :

Construction Dispute Resolution Services (CDRS) dispute resolution, available at: https://www.constructiondisputes-cdrs.com, last visited, January 12, 2019.

www.SID.ir

Archive of SID

میانجیگری الزام‌آور با اجرای آرای توافقات میانجیگری- داوری تفاوت دارد[1].

میانجیگری الزام‌آور با میانجیگری عادی شروع می‌شود و هنگامی‌که طرفین در میانجیگری به بن‌بست رسیدند، میانجی جهت صدور تصمیم قطعی و الزام‌آور در خصوص مسائل حل‌نشده، فراخوانده می‌شود. برخلاف رسیدگی داوری که الزاماً می‌بایست قواعد داوری حاکم رعایت شود -در غیر این صورت ضمانت اجراهای خاص خود را به همراه دارد-در روش میانجیگری الزام‌آور، عموماً یک سلسله قواعد منسجم و مرتبط در این خصوص وجود ندارد و نحوه رسیدگی و مقتضیات آن در اختیار توافق میانجی و طرفین است. استفاده از این روش برای دعاوی کم‌حجم و ساده که نیاز به تحقیقات وسیع ندارند (مانند خسارات جزئی و...) توصیه می‌شود چراکه هم کم‌هزینه هستند و هم قطعیت و الزام‌آور بودن را به طرفین اعطا می‌کنند. اجرای تصمیمات ناشی از میانجیگری الزام‌آور، ریشه قراردادی داشته و با نظام اجرای آرای داوری تفاوت دارد.

2-2-1 -داوری- میانجیگری[2]

در روش داوری- میانجیگری ترتیب این دو فرایند برعکس است، به این شکل که پس از انجام داوری، داور رای را تنظیم و در پاکت در بسته نگه می‌دارد اما به طرفین ابلاغ نمی‌کند سپس طرفین فرایند رسیدگی را از طریق میانجیگری ادامه می‌دهند و اگر نتیجه میانجیگری موفقیت‌آمیز بود، همین توافق مبنا قرار می‌گیرد و اگر موفق به رسیدن به توافق نشدند، پاکت رای داوری که قبلاً انشا شده، باز می‌شود و به‌صورت رای لازم‌الاجرا به طرفین ابلاغ می‌گردد. به‌این‌ترتیب طرفین در این روش این فرصت رادارند که از نقاط ضعف و قوت و مواضع یکدیگر آگاه شوند. این شیوه به لحاظ اقتصادی در مقایسه با سایر روش‌های ترکیبی (مانند میانجیگری-داوری که در ادامه این نوشتار خواهیم دید)، کارا ارزیابی نمی‌شود چراکه طرفین عملاً باید هم هزینه‌های داوری و هم هزینه‌های میانجیگری را متحمل شوند. درنتیجه این شیوه کمتر از میانجیگری-داوری موردتوجه قرارگرفته[3] که به نظر نگارنده نشان‌دهنده اهمیت پررنگ تحلیل اقتصادی اتخاذ مواضع قراردادی در روابط

1.Merril, Peter, Opcit, p. 6.
2.Arb-Med.
3.Deason, Ellen E, 2013, "Combination of Mediation and Arbitration with the Same Neutral: A Framework for Judicial Review", 5 Yearbook of Arbitration and Mediation 219, p.222.

www.SID.ir

Archive of SID

صنعتی و تجاری می‌باشد. از این روش بعضاً در اختلافات صنعتی در آمریکا و جنوب آفریقا استفاده‌شده است[1].

3-2-1- داوری-میانجیگری-داوری[2]

میانجیگری ممکن است در خلال داوری نیز مورداستفاده قرار گیرد. اصطلاح پنجره میانجیگری[3] نام دیگر داوری-میانجیگری- داوری است. در این روش فرایند داوری شروع می‌شود و قبل از آنکه اقدامات اساسی داوری مانند استماع و... شروع شود، طرفین میانجیگری را امتحان می‌کنند. این روش اغلب توسط افراد ثالث متفاوتی[4] انجام می‌شود[5] و اگر داور و میانجی فرد ثالث واحدی باشد، باید از عبارت «فرد ثالث مشابه» استفاده شود[6] تا با روش‌های دیگر خلط نگردد[7]. این شیوه منعطف بوده چراکه میانجیگری می‌تواند در هر یک از مراحل داوری انجام شود.

این شیوه رسیدگی، توسط قواعد داوری انجمن داوری امریکا[8] و مرکز داوری بین‌المللی سنگاپور[9] پیشنهادشده است. در فرهنگ حقوقی آسیایی، ترکیب داوری و میانجیگری توسط یک فرد ثالث واحد بسیار مرسوم‌تر از فرهنگ حقوقی غرب است و مشخصاً قانون داوری چین و مؤسسات حل‌وفصل اختلافات این کشور بدین‌جهت معروف هستند که ترکیب داوری و میانجیگری را تشویق می‌کنند. در نظام حقوقی چین این دو فرایند هم‌زمان ادامه پیدا می‌کنند و حتی مرز مشخص و تفکیک واضحی میان آن‌ها نیست[10].

پرونده معروف Ku-ring-gai Council علیه Ichor Constructions Pty Ltd در سال ۲۰۱۸ در خصوص استفاده از این روش رسیدگی وجود دارد که طرفین در خصوص حدود اختیار داور و این‌که اساس محق بوده که پس از شروع فرایند داوری، بین طرفین میانجیگری نماید یا خیر، اختلاف داشتند و سرانجام رای دادگاه عالی ولز بر این بود که توافق طرفین در خصوص

1.Limbury, Allan, 2010, "Hybrid Dispute Resolution Processes: Getting the Best While Avoiding the Worst of Both Worlds?" p.1.
2.Arb-Med-Arb.
3.Mediation Window.
4.Different Neutrals.
5.Deason, Ellen, opcit, p. 234.
6.Same Neutral Arb-Med-Arb.
7.Chua, Eunica, opcit, p. 5.
8.American Arbitration Association (AAA) Commercial Arbitration Rules.
9.Singapore International Arbitration Center.
10.Deason, Ellen, opcit, p. 235.

www.SID.ir

Archive of SID

این که همان داور بتواند پس از شروع فرایند داوری، میانجیگری را انجام دهد، صحیح بوده اما داور پس از میانجیگری، اختیار صدور رای (مجدداً بازگشت به قامت داور) را طبق قانون حاکم بر این پرونده نداشته مگر این که طرفین صراحتاً و کتباً این اختیار را به وی اعطا کرده باشند و در این پرونده، این رضایت وجود نداشته است[1]. تحلیل مفاد این رای، اهمیت توافق صحیح و صریح میان طرفین در خصوص روش موردنظر حل‌وفصل اختلافات مطابق با قصد و اراده آن‌ها را نشان می‌دهد.

4-2-1- میانجیگری و داوری هم‌زمان[2]

در این فرض، میانجیگری به‌عنوان شرط لازم و مقدم برای شروع داوری در مرحله بعد نخواهد بود و میانجیگری و داوری به‌صورت هم‌زمان اما توسط افراد ثالث متفاوتی انجام خواهد شد[3]. این شیوه در قواعد مرکز بین‌المللی حل‌وفصل اختلافات[4] پذیرفته‌شده است.

شروط هم‌زمان میانجیگری و داوری از این منظر منحصربه‌فرد هستند که علاوه بر صرفه‌جویی در زمان، فرایند میانجیگری، پروسه داوری را کند و یا متوقف نمی‌کند و همچنین به طرفین امکان استفاده از این روش را در اختلافات پیچیده صنعتی و تجاری اعطا می‌کند[5]. درصورتی‌که طرفین در طول رسیدگی هم‌زمان، به توافق برسند، شرط رسیدگی هم‌زمان به دیوان داوری اجازه می‌دهد که توافق انجام‌شده را در قالب رای داوری و طبق قواعد این مرکز صادر نمایند. قواعد مرکز بین‌المللی حل‌وفصل اختلافات، به‌صراحت پیش‌بینی کرده است که این دو فرایند متفاوت اما هم‌زمان می‌باشند و علی‌الاصول می‌بایست توسط افراد مستقل متفاوت انجام شود مگر این که طرفین صراحتاً توافق خلاف خود را در این خصوص به مرکز ارائه دهند و ریسک‌های این موضوع برای طرفین آشکار باشد.

---

1. https://www.caselaw.nsw.gov.au/decision/5aefb957e4b074a7c6e1efc8.
2.Concurrent Mediation-Arbitration or Co-Med- Arb.
3.Andersen, K Steven, 2010, «ICDR Offers Concurrent Mediation/Arbitration Clause», AAA/ICDR Handbook of International Arbitration, p.2.
۴.مرکز بین‌المللی حل‌وفصل اختلافات که به اختصار ICDR نیز خوانده می‌شود، در حقیقت بازوی انجمن داوری امریکا AAA در خصوص مدیریت داوری‌ها و اختلافات بین‌المللی این انجمن می‌باشد. ر. ک به: https://www.icdr.org/about_icdr.
5.Andersen, K Steven, op.cit, p. 4.

www.SID.ir

Archive of SID

2. فرصت‌ها و چالش‌های استفاده از روش میانجیگری-داوری در قراردادهای بین‌المللی

در این قسمت از نوشتار ، مزایا و چالش‌های اتخاذ روش میانجیگری-داوری در دو فصل مجزا بررسی می‌شوند.

2-1- مزایای استفاده از روش میانجیگری-داوری

در ذیل این مبحث ، موضوعات مدیریت طرفین اختلاف بر فرایند رسیدگی، استمرار روابط طرفین با روش میانجیگری-داوری و کارایی میانجیگری-داوری به عنوان مهم ترین مزایای اتخاذ این روش ، تحلیل می‌شود.

2-1-1- مدیریت طرفین اختلاف بر فرایند رسیدگی

مزیت عمده میانجیگری-داوری نسبت به اتخاذ سایر روش‌ها به‌صورت جداگانه این است که به طرفین امکان و نیز اطمینان لازم را اعطا می کند تا در فرض به نتیجه نرسیدن مرحله میانجیگری، اختلافات در همین مرحله با روش داوری –به‌عنوان شیوه‌ای قطعی و الزام‌آور- حل‌وفصل شود و مزایای استفاده از روش مسالمت‌آمیز و مذاکره- محور میانجیگری را نیز در وهله اول، به طرفین اعطا می‌نماید. این انعطاف قابلیت کنترل بر فرایند رسیدگی به حل‌وفصل اختلافات را به طرفین می‌دهد. شاید این خصوصیت در نگاه اول چندان درخور توجه نیاید، اما با بررسی اجمالی دعاوی بزرگ (خصوصاً حوزه صنعت انرژی) متوجه می‌شویم که این مسئله از اهمیت زیادی برای ذی‌نفعان برخوردار است. حل‌وفصل مسالمت‌آمیز، کم‌هزینه، کوتاه‌مدت و مهم‌تر از همه استمرار روابط طرفین که حافظ منافع اقتصادی طرفین است، ویژگی‌هایی است که با مدیریت بر نحوه حل‌وفصل اختلافات محقق می‌شود. آنچه در عمل در خصوص روند مدیریت اختلافات بزرگ بین‌المللی به‌ویژه در صنعت انرژی جهان رخ می‌دهد[1] این است که عموماً مدیران ارشد شرکت‌ها هنگام بروز اختلافات عمده، آن‌ها را به بخش حقوقی خود ارجاع می‌دهند و آن‌ها نیز متعاقباً اختلافات را به مؤسسات حقوقی بین‌المللی معتبر برون‌سپاری می‌نمایند و این مؤسسات نیز با گرایش به استفاده از روش داوری،

1. برخی معتقدند تحلیل سیستماتیک و الگوی ثابتی به لحاظ روانشناسی، مدیریتی و اقتصادی و حقوقی در خصوص نحوه مدیریت دعاوی بین‌المللی وجود ندارد. ر. ک به : Walde, Thomas, 2006, Ibid.

www.SID.ir

Archive of SID

حل‌وفصل اختلافات را ادامه می‌دهند. درنتیجه با شروع فرایند داوری، مدیریت اختلاف موردنظر عملاً از حیطه کنترل مدیریتی طرفین خارج می‌شود و در کنترل نظام پیچیده داوری قرار می‌گیرد[1]. حال‌آنکه با روش میانجیگری-داوری، مدیریت اختلافات کماکان در اختیار طرفین قرار دارد و محتمل است طرفین با صرف هزینه معقول‌تر و با حفظ روابط خود، به توافق در همین مرحله میانجیگری نائل آیند و یا حتی توافقات جدیدی بر پایه مذاکرات در این مرحله میان طرفین حاصل شود و منجر به ایجاد ارزش‌افزوده در روابط طرفین گردد[2]. همچنین طرفین می‌توانند مدیران ارشد سازمان خود را قانع نمایند که در هر مرحله که فرایند میانجیگری با شکست موجه شد، امکان تغییر سریع فرایند میانجیگری به داوری و حل‌وفصل قطعی اختلافات در همین مرحله وجود دارد، بدون این که نیاز به صرف زمان جهت نصب داور و سایر تشریفات باشد.

2-1-2- استمرار روابط طرفین با روش میانجیگری-داوری

طی نظرسنجی که در کنفرانس جهانی[3] global pound conference series انجام شد شرکت‌کنندگان تمایل به حفظ روابط فی‌مابین خود را به‌عنوان یکی از مهم ترین دلایل اصلی روی آوردن به سایر روش‌های حل‌وفصل اختلاف (ازجمله روش‌های ترکیبی) ذکر کردند. تقریباً به جرات می‌توان گفت که در تمامی روش‌های ترکیبی میانجیگری و داوری با توجه به تلفیق هر دو مرحله، مقتضای حفظ روابط طرفین-که حل‌وفصل غیرقابلی اختلافات می‌باشد- پاسخ‌داده‌شده است. البته بهتر است توجه شود کارایی این روش بستگی زیادی به زمان اتخاذ شیوه میانجیگری دارد. از بین انواع روش‌های ترکیبی میانجیگری و داوری، در میانجیگری-داوری از آن جایی که میانجیگری در مراحل اولیه اعمال می‌شود (برخلاف روش داوری-میانجیگری) طرفین فرصت حفظ و حتی ارتقای روابط خود رادارند چراکه هنوز مرحله تقابلی رسیدگی داوری شروع نشده است[4].

1.Walde, Thomas, Ibid, p.233.
2.Walde, Thomas, Ibid, p. 229.
۳.سلسله کنفرانس‌های به‌هم‌پیوسته با موضوع حل‌وفصل اختلافات در طول سال‌های ۲۰۱۶ و ۲۰۱۷ در کشورهای مختلف به ابتکار انجمن میانجیگری بین‌المللی برگزار شد. عنوان این کنفرانس‌ها تغییر اشکال حل‌وفصل اختلافات جهت رسیدن به عدالت و صلح پایدار عنوان‌شده است.ر. ک به: www.globalpound.org
4.Chua, Eunica, op. cit , p.5.

www.SID.ir

Archive of SID

3-1-2- میانجیگری-داوری از منظر کارایی اقتصادی

در علم اقتصاد عبارت ساده اما پرکاربرد هزینه-فایده استفاده بسیاری دارد. عبارت هزینه-فایده به این معناست که در یک پیش‌فرض اقتصادی، تمامی انسان‌ها عاقل و رفتار و تصمیم‌گیری آن‌ها نیز عقلایی فرض می‌شود[1] و افراد قبل از اقدام، هزینه و فایده کارهای خود را می‌سنجند و روش و کاری که هزینه‌های آن بیش از منافع آن باشد، غیراقتصادی تلقی می‌گردد. در قراردادهای بین‌المللی نه‌تنها هزینه‌های ساده و قابل‌محاسبه رسیدگی بلکه مدت‌زمان رسیدگی نیز اهمیت ویژه‌ای دارد چراکه فی‌نفسه می‌تواند حاوی ارزش اقتصادی باشد. در رسیدگی‌های طولانی‌مدت قضایی و شبه قضایی، عملاً در بیشتر موارد روابط عادی طرفین به دلیل درگیر بودن در فرایند رسیدگی به اختلافات، متوقف و یا کند و غیرکارا می‌شود و از این بابت هزینه فرصت‌های ازدست‌رفته بسیاری به آن‌ها تحمیل می‌گردد؛ بنابراین ترکیب میانجیگری و داوری به‌عنوان یکی از راهکارهای دسترسی به فرایندی منعطف‌تر، ارزان‌تر و به‌اصطلاح اقتصادی کاراتر در نظر گرفته می‌شود.[2]. در فرضی کهک فرد واحد هم میانجی و هم داور است با اختلاف و ابعاد آن آشنایی دارد بنابراین نیازی به‌صرف هزینه اضافی چه به لحاظ زمان و چه از منظر صرف منابع احساس نمی‌شود. همچنین ازآنجاکه معمولاً میانجیگری‌های ارزیابانه[3] و با رویکرد قانونی[4]، طرفین اختلاف را در شناخت صحیح ابعاد ادعاها و اختلافات و یافتن راهکارها و رسیدن سریع‌تر به توافق مناسب و کم‌هزینه‌تر یاری می‌کنند، می‌توانند منجر به افزایش کارایی شوند. همچنین در میانجیگری-داوری احتمال اینکه زمان رسیدگی کوتاه‌تر شود نیز بیشتر است چراکه میانجیگری اولیه، حتی اگر به توافق منجر نشده باشد، باعث شده ابعاد اختلاف مشخص‌تر گردد و مسائل مورد اختلاف، دقیق‌تر، واضح‌تر و کوچک‌تر شوند. با توجه به مطالب گفته‌شده به نظر می‌رسد که میانجیگری-

---

1.صادقی، محسن، ۱۳۹۴،" اصول تناسب هزینه-فایده و تحقق کارایی، اصول اقتصادی حاکم بر سیاست‌گذاری تقنینی و جایگاه آن در قانون‌گذاری حقوق مالکیت ادبی-هنری ایران، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی ، دوره ۴۵، شماره ۴، ص ۶۰۶.

2.Pappas, Brian A, 2015, "Med-Arb and The Legalization of Alternative Dispute Resolution", p.157.

3.Evaluative Mediation.

4.تکنیک‌های میانجیگری متنوع هستند، برای مثال میانجیگری مبتنی بر ارزیابی مواضع طرفین، تسهیل‌کننده و .... ر. ک به

:https://www.mediate.com/articles/zumeta.cfm.

www.SID.ir

Archive of SID

داوری به لحاظ اقتصادی نسبت به سایر روش‌ها کارایی بیشتری داشته باشد.

2-2- چالش‌های اعمال روش میانجیگری-داوری

در این قسمت از نوشتار، چالش‌های اصل محرمانگی و بی‌طرفی در قسمت اول و اجرای توافقات میانجیگری-داوری در قسمت دوم بررسی می‌شوند.

2-2-1- استقلال، بی‌طرفی و محرمانگی در میانجیگری-داوری

ابتدا بهتر است توجه شود که اصول استقلال، بی‌طرفی و محرمانگی بر هریک از روش‌های میانجیگری و داوری حاکم هستند اما حدود و مصادیق آن‌ها ممکن است با یکدیگر متفاوت باشد. در مقام ترکیب و تبدیل بهک شیوه واحد رسیدگی، اعمال این اصول ممکن است با چالش‌هایی همراه باشد.

در داوری اصل استقلال و بی‌طرفی داور ریشه در حقوق طبیعی دارد و ضامن رسیدگی‌های عادلانه و از خصایص نهاد داوری است. اصول مزبور از یکدیگر متمایز و دارای مفاهیمی جدا و مستقل هستند[1]. استقلال به روابط داور و طرفین در دنیای خارج اشاره دارد و فقدان آن سبب وابستگی و خروج داور از حالت آزادی می‌گردد. درحالی‌که بی‌طرفی به شرایط درونی و ذهنی داور برمی‌گردد، بدین معنا که داور نباید نسبت به طرفین یا موضوع اختلاف، نظر شخصی مثبت یا منفی داشته باشد. همچنین باید توجه داشت که علیرغم ریشه‌دار بودن اصل استقلال در حقوق فطری (عدالت طبیعی)، طرفین می‌توانند برخلاف آن توافق نمایند، درحالی‌که اصل بی‌طرفی، به عقیده برخی محققان از اصول تخلف‌ناپذیر بوده و توافق برخلاف آن به جهت مخالفت بانظم عمومی باطل و کان لم یکن می‌باشد[2].

در خصوص محرمانگی در داوری، بیشتر نظام‌های ملی و قواعد بین‌المللی در مورد دامنه اعمال اصل محرمانگی در داوری بین‌المللی سکوت اختیار کرده‌اند[3]. بسیاری از قواعد داوری سازمانی نیز صرفاً حاوی مقررات کلی در خصوص محرمانگی هستند[4]؛ اما به‌طورکلی می‌توان

---

1. افتخار جهرمی، گودرز، حسینی، سیریاسر، ۱۳۹۷، "اصل استقلال و بی‌طرفی داور" فصلنامه تحقیقات حقوقی، ص۱.
2. افتخار جهرمی، همان.
3.Born B Gary, Shenkman, Ethan ,2014, "Confidentiality and Transparency in Commercial and Investor-State Arbitration, The Future of Investment Arbitration, Oxford, p. 8.
4.Born B Gary, op. cit . p. 10.

www.SID.ir

Archive of SID

گفت اکثر نویسندگان تمایل به شناسایی محرمانگی به‌عنوان یکی از اصول داوری تجاری بین‌المللی دارند. هرچند تعریف، مصادیق و رویه واحدی در این خصوص وجود ندارد[1].

در خصوص میانجیگری در بسیاری از تعاریف فرایندی با کمک فرد ثالث «بی‌طرف» تعریف‌شده اما رویکرد یکسانی در این مورد نیز وجود ندارد. برای مثال مجموعه قواعد راهنمای میانجیگری اتحادیه اروپا که در سال ۲۰۱۸[2] به تصویب شورای اتحادیه اروپا رسیده، یکی از معدود اسنادی است که به‌صراحت استقلال و بی‌طرفی را تعریف کرده، مصادیق آن را تبیین و مقرر کرده استقلال و بی‌طرفی از خصائص مهم میانجی بوده و او موظف است وجود هر نوع رابطه اقتصادی و یا به‌طورکلی هر عاملی را که ممکن است استقلال و یا بی‌طرفی وی را تحت تأثیر قرار دهد، برای طرفین افشا کند. نمونه دیگر، قانون یکپارچه میانجیگری[3] در آمریکا است (به‌صورت اختیاری توسط هریک از ایالت‌ها می‌تواند تصویب شود) و بی‌طرفی را خصیصه اصلی میانجیگری بیان کرده اما ذیل قسمت ۹ همین قانون مقررشده طرفین می‌توانند به‌گونه‌ای دیگر نیز توافق کنند و فرد ثالثی که بی‌طرف نیست هم می‌تواند با توافق طرفین، میانجیگری را انجام دهد. برخی معتقدند در میانجیگری ازآنجاکه میانجی قرار نیست اساساً تصمیم الزام‌آوری برای طرفین بگیرد و فرایندی مبتنی بر توافق است، می‌توان برخلاف ویژگی بی‌طرفی میانجی توافق نمود[4].

در خصوص محرمانگی در میانجیگری باید گفت اساساً اطلاعات محرمانه‌ای که میانجی در طی جلسات خصوصی با هر یک از طرفین رسیدگی به دست می‌آورد، می‌بایست محرمانه تلقی شود هرچند حدود آن را علی‌الاصول اراده طرفین مشخص می‌کند. در بیشتر موارد به دلیل حساسیت طرفین، امکان دسترسی به محتوای پرونده‌ها وجود ندارد به‌عنوان‌مثال در تاریخ 19 ژوئن 2019 در اختلاف معروف بین بانک ملت ایران و خزانه‌داری انگلستان[5] در خصوص عدم مشروعیت تحریم‌های تحمیل‌شده در سال ۲۰۰۹، اختلافات موجود که از سال 2009 در محاکم بریتانیا مفتوح بوده، بالاخره از طریق میانجیگری بر اساس دستور و نظارت

1. حرمی موسوی، یاسمن، پیشین، ص. ۱۵.
2.European Code of Conduct for Mediation Providers.
3.The Uniform Mediation Act, 2003.
4.Born B Gary, op.cit, p.12.
5.Bank Mellat v. Her Majesty's Treasury.

www.SID.ir

Archive of SID

دادگاه انجام شد[1] ولیکن موافقت‌نامه حل‌وفصل اختلافات این دعوی به‌صورت محرمانه بوده تا حدی که قاضی دادگاه هم مجاز به دسترسی به میزان خسارت (موضوع میانجیگری و حل‌وفصل اختلافات)، نشده است.

در روش ترکیبی میانجیگری-داوری ممکن است اعمال اصول ذکرشده با چالش‌هایی مواجه باشد. یکی از انتقاداتی که در این خصوص به میانجیگری-داوری وارد می‌شود این است که در میانجیگری، میانجی ممکن است طی جلسات خصوصی[2] خود با هر یک از طرفین اطلاعات محرمانه کسب کرده باشد که همین امر ممکن است بر کارکرد «بی‌طرفی» وی در مقام داور تأثیرگذار باشد. برخی مطالعات نشان داده‌اند درحالی‌که داور یا قضات ممکن است مطمئن باشند که می‌توانند موارد غیر مرتبط بر قضاوت را در فرایند تصمیم‌گیری خود لحاظ نکنند، (مانند اطلاعاتی که در خصوص منافع طرفین، اهداف آن‌ها و ...به‌دست‌آمده)، اما در عمل این‌گونه نیست و علیرغم اطمینان اولیه، قضات و داوران در خصوص کنار گذاشتن مدارک غیرقابل‌پذیرش در فرایند تصمیم‌گیری، چالش‌های بسیاری دارند. ازآنجاکه اطلاعات با سرعت بسیار بالایی در ذهن انسان ثبت می‌شوند، اطلاعات اولیه می‌توانند در نحوه تفسیر اطلاعات در مراحل بعدی تأثیرگذار باشند. همچنین روانشناسی شناختی[3] معتقد است حتی زمانی که افراد مستقل تصور می‌کنند اطلاعات محرمانه را کنار گذاشته‌اند، اما در نحوه تفکر آن‌ها دخیل می‌شود؛ بنابراین یکی از مهم‌ترین این چالش‌ها این است که هر فرد مستقلی قادر نیست در هر دو نقش مزبور به‌طور سازنده ظاهر شود. برخی نظام‌های حقوقی نقش‌های میانجیگری و داوری باهم را ذاتاً ناسازگار با یکدیگر می‌دانند برای مثال قانون داوری ایالت انتاریو اعضای دیوان داوری را از ایفای نقش در هر قسمت از داوری به‌عنوان داور منع می‌کند. دلیل این ممنوعیت نیز به‌وضوح در این مواد حفظ بی‌طرفی ثالث مستقل در مقام تصمیم‌گیری عنوان‌شده است. البته همان‌طور که ذکر شد، این محدودیت‌ها به‌هیچ‌وجه جهانی نیست[4].

همچنین ریسک‌های ناشی از احتمال تأثیر بر کارکرد بی‌طرفی فرد ثالث می‌توانند با توافق

6. https://www.ft.com/content/58c4ae5c-91b0-11e9-b7ea-60e35ef678d2, last visited: July 8, 2019.
1.Caucus .
2.Cognitive Psychology .
3.Deason, Ellen, op.cit. p240.

www.SID.ir

Archive of SID

و رضایت صریح، شفاف، کتبی و آگاهانه طرفین و یا پیش‌بینی تدابیر مناسب در قواعد حل‌وفصل اختلافات از بین بروند. در برخی نظام‌های حقوقی مانند هنگ‌کنگ، سنگاپور و جنوب آفریقا اطلاعات محرمانه‌ای که توسط ثالث واحد در ترکیب‌های میانجیگری و داوری به‌دست‌آمده است، باید به همه طرفین اختلاف افشا شود[1]. برخی پیشنهاد داده‌اند که در این‌گونه رسیدگی‌های ترکیبی طرفین حق خود نسبت به جرح داور به دلیل نقض احتمالی بی‌طرفی را اسقاط کنند تا بدین ترتیب قابلیت اجرای این‌گونه آرا بالا برود و از رهنمودهای انجمن بین‌المللی وکلا در خصوص تعارض منافع[2] در توافقات خود بهره بگیرند[3]. در بند ۲,۱,۲ سند مذکور ذیل عنوان موارد «خط قرمز اما قابل اسقاط توسط طرفین» آمده که درصورتی‌که داور قبلاً در آن اختلاف به‌عنوان میانجی و...درگیر بوده، انتصاب وی به‌عنوان داور ممنوع است مگر با توافق صریح طرفین صورت پذیرد.

۲-۲-۲- چالش‌های اجرای توافقات میانجیگری-داوری

اجرای توافقات میانجیگری-داوری دو فرض دارد. در فرضی که پس‌ازآنکه طرفین در مرحله میانجیگری به توافق نرسیدند (و داوری با فرد واحد شروع شد)، رای داوری صادر شود؛ ازاین‌جهت که رای صادره توسط داور و طی فرایند داوری بوده، به لحاظ اجرا در عرصه بین‌المللی با چالش مواجه نیست و صراحتاً مشمول تعریف «داوری» وفق کنوانسیون نیویورک و متعاقباً حمایت‌های ناشی از آن می‌شود. در همین فرض حتی اگر طرفین خودشان در مرحله داوری به توافق برسند و توافقات خود را در قالب رای داوری بیاورند، بازهم ازآنجاکه فرایند داوری طی شده، رای مزبور رای داوری مبتنی بر توافق[4] تلقی می‌شود که در کنوانسیون نیویورک به رسمیت شناخته‌شده است و به لحاظ حمایت‌های اجرایی، با مشکلی مواجه نخواهد بود.

اما در فرضی که طرفین در میانجیگری-داوری، پس از پایان مرحله میانجیگری به توافق برسند، در این صورت توافق حاصله در عرصه قراردادهای بین‌الملل چه ماهیتی خواهد داشت و آیا مشمول حمایت‌های اجرای آرای داوری بین‌المللی می‌شود یا خیر؟

1.Eunice, Chua, Ibid.
2.IBA Guidelines on Conflicts on Interest in International Arbitration, 2014.
3.Eunice, Chua, Ibid.
4.Consent Award .

www.SID.ir

Archive of SID

برای پاسخ به این سوال بهتر است توجه شود در این فرض، فرایند داوری اساساً شروع نشده و قبل از شروع داوری، طرفین اختلافات خود را حل‌وفصل نموده‌اند. توافق طرفین معمولاً تحت نظام حقوق قراردادها و توافق میانجیگری قابل‌اجرا هستند که البته در هر نظام حقوقی ممکن است چالش‌های مختص به خود را نیز به همراه داشته باشد و موضع نظام‌های ملی در این خصوص متفاوت است.

در نظام‌های حقوقی داخلی، قابلیت اجرای توافق ناشی از میانجیگری از طرق گوناگون پیگیری می‌شود. به‌عنوان‌مثال قانون میانجیگری تجاری ایالت انتاریو کانادا، توافقات میانجیگری را مانند احکام دادگاه‌ها ترتیب اثر می‌دهد و یا برخی نظام‌های ملی مانند چین (قانون داوری این کشور)، توافقات میانجیگری را در حکم رای داوری با رضایت طرفین در نظر می‌گیرند.

روش‌های ذکرشده در سطح نظام‌های داخلی می‌توانند مؤثر باشند لیکن در سطح بین‌المللی چالش‌های فراوانی دارد[1] زیرا کنوانسیون نیویورک در خصوص شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی، تعریف خاص خود را از داوری دارد. از متن کنوانسیون نیویورک چنین استنباط می‌شود به توافقات میانجیگری که قبل از شروع فرایند داوری حاصل شوند، ترتیب اثر نخواهد داد. ماده یک کنوانسیون بیان می‌دارد این کنوانسیون مربوط به شناسایی و اجرای آرای داوری می‌باشد و اصطلاح آرای داوری نه‌تنها شامل آرای صادره از داوران موردی هر پرونده بلکه شامل آرای صادره از نهادهای دائمی داوری نیز می‌گردد. معنی این ماده به‌طور ضمنی این است که این کنوانسیون تنها آرای داوری موردی و داوری دائمی را شامل می‌شود و برخلاف داور، میانجی که در خصوص اختلاف تصمیم‌گیری نمی‌کند و رای الزام‌آور صادر نمی‌نماید، مشمول تعریف مندرج در این کنوانسیون نیست[2].

در فرض دوم در میانجیگری-داوری (حالتی که داور پس‌ازاینکه خود طرفین در مرحله میانجیگری اختلاف خود را حل نمودند و به توافق رسیدند، نصب شود)، انتقاد احتمالی این است که در زمان شروع داوری، فی‌الواقع دیگر اختلافی میان طرفین وجود نداشته که ارکان داوری را

1.Eunice, Ibid.
2.Kryvoi Yaraslau, Davydenko Dmitry, 2005, "Consent Awards in International Arbitration: from Settlement to Enforcement", Brooklyn Journal of International law, Vol 40, issue 3, p.862.

www.SID.ir

Archive of SID

شکل دهد و طرفین از قبل، دعوا را میانجیگری نموده‌اند. از تفسیر معمول کنوانسیون نیویورک نیز چنین برمی‌آید که وجود اختلاف، عنصر اساسی و پیش‌شرط اصلی رای داوری از منظر این کنوانسیون است[1]؛ بنابراین در فرضی که توافق میانجیگری قبل از شروع پروسه داوری حاصل‌شده باشد، به‌عنوان رای داوری تحت کنوانسیون نیویورک تلقی نخواهد شد زیرا از طریق داوری به دست نیامده بلکه اساساً از طریق فرایندی متفاوت حاصل‌شده است[2].

به نظرمی‌رسد تا زمانی که اسناد آنسیترال در خصوص قابلیت اجرای توافقات میانجیگری[3] در سطح بین‌الملل نهایی شود و به‌طور گسترده موردتوافق و پذیرش جامعه جهانی قرار بگیرد، توافقات میانجیگری در عرصه بین‌المللی مشمول حمایت‌های اجرایی نیستند مگر آنکه متعاقب یک فرایند داوری حاصل شوند. به‌عبارت‌دیگر، اگر داوری شروع‌شده باشد و سپس به‌عنوان‌مثال طرفین با میانجیگری توافق کنند، در این فرض ازآنجاکه در زمان تشکیل دیوان داوری (ابتدای پروسه) اختلاف وجود داشته است، توافق حاصله مشمول رای داوری مبتنی بر توافق و نهایتاً حمایت‌های کنوانسیون نیویورک خواهد شد. باید توجه داشت در سطح اتحادیه اروپا نیز موضوع اجرای توافقات میانجیگری (در اختلافات بین‌المللی) موردتوجه قرارگرفته است. اتحادیه اروپا در سال ۲۰۰۸ طی دستورالعملی ۱۴ ماده‌ای کشورهای عضو اتحادیه اروپا (به‌استثنای دانمارک) را موظف به استقرار قواعد خاصی در نظام‌های ملی خود نموده است[4]. ازجمله در حوزه اجرای توافقات میانجیگری، کشورهای عضو موظف به اجرای توافقات میانجیگری شده‌اند البته طبق ماده ۶ این دستورالعمل، توافقات میانجیگری صرفاً در صورت توافق صریح طرفین، می‌تواند «قابل‌اجرا» به معنای مقرر در این دستورالعمل باشد و تقاضای اجرای آن در هر یک از کشورهای عضو به عمل آید منوط به اینکه محتوای توافقات، طبق قانون کشوری که درخواست اجرا از آن شده، قابل‌اجرا باشد.

3- تحلیل نظام حقوقی ایران برای استفاده از روش میانجیگری-داوری در

1.Kryvoi Yaraslau, Ibid, p. 864.
2.Kryvoi Yaraslau,Ibid.
3.UNCITRAL instruments addressing the enforcement of mediated settlement agreements, available at:http://www.uncitral.org/pdf/english/commissionsessions/51st-session/ACN9-942_Draft_convention_advance_copy_website.pdf.
4.DIRECTIVE 2008/52/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters: https:// eur-lex.europa.eu/legal-content/ EN/ALL/?uri=CELEX%3A32008L0052.

www.SID.ir

Archive of SID

حل‌وفصل اختلافات بین‌المللی

در این قسمت از مقاله، ابتدا به تحلیل اعتبار و نحوه اجرای توافقات میانجیگری- داوری در نظام حقوق داوری داخلی می‌پردازیم و سپس به همین ترتیب موضوع را از منظر قانون داوری تجاری بین‌المللی بررسی می‌نماییم. در انتها میانجیگری-داوری از منظر قواعد شکلی مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران (به‌عنوان نمونه) بررسی می‌شود.

1-3- میانجیگری- داوری در پرتو حقوق داوری داخلی

همان‌طور که می‌دانیم در حقوق ایران داوری داخلی و داوری خارجی تحت دو نظام جداگانه هستند. طبق ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶، داوری بین‌المللی عبارت است از اینکه یکی از طرفین درزمان انعقاد موافقت‌نامه داوری به‌موجب قوانین ایران تبعه ایران نباشد؛ بنابراین در داوری‌های داخلی کماکان باب هفتم قانون آیین دادرسی مدنی حاکم است.

به‌موجب ماده ۴۸۳ قانون جدید آیین دادرسی مدنی، با لحاظ ماده ۴۸۸ همان قانون، هرگاه داوران اختیار صلح داشته باشند، صلح‌نامه‌ای که به امضای داوران رسیده باشد باید ظرف بیست روز اجرا شود در غیر این صورت ذی‌نفع می‌تواند اجرای آن را از دادگاهی که دعوا را به داوری ارجاع کرده و یا دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا دارد، درخواست نماید[1]. برخی محققان به استناد همین ماده نتیجه‌گیری کرده‌اند که حقوق ایران روش میانجیگری-داوری را پذیرفته است[2]. بعضی نیز در خصوص ماهیت حقوقی این روش در این ماده گفته‌اند که شاید بتوان این شیوه را یکی از اقسام داوری دانست[3] درحالی‌که صحیح‌تر به نظر می‌رسد اگر طبق تعریفی که پیش‌تر از انواع روش‌های ترکیبی بیان کردیم، روش مندرج در این ماده را با توجه به اینکه با داوری آغاز می‌شود و در حقیقت سازش مابین فرایند داوری است، داوری-میانجیگری بدانیم.

بنابراین درصورتی‌که طرفین طبق نظام آیین دادرسی مدنی به میانجیگری-داوری توافق کنند، در فرضی که در مرحله داوری به توافق برسند و یا رای داوری صادر شود، اجرای این

1. شمس.،عبدالله،۱۳۸۷، آیین دادرسی مدنی، دراک، جلدم سوم، ص ۴۹۵.
2.منصوری طهرانی.، پیشین.
3. کریمی ،عباس، پرتو، حمیدرضا، ۱۳۹۷، حقوق داوری داخلی، دادگستر، ص ۱۵۸,

www.SID.ir

Archive of SID

رای با مشکلی مواجه نخواهد شد. تنها چالش احتمالی این است که محکوم‌علیه به استناد یکی بودن میانجی و داور، ادعای نقض بی‌طرفی داور را مطرح نماید. براساس نص صریح ماده ۶۴۵ قانون آیین دادرسی مدنی که باهدف حفظ بی‌طرفی داور وضع‌شده و با ذکر مصادیقی، اشخاصی که ظن جانب‌داری در آن‌ها می‌رود را به‌عنوان داور منع کرده است[1] «مگر با توافق طرفین»، می‌توان استدلال نمود طرفین با انتخاب آگاهانه بر توافق میانجیگری-داوری و با علم به این‌که همان فرد میانجی محتمل است در فرض شکست این مرحله، در مقام داور تغییر نقش شود و به صدور رای الزام‌آور بپردازد، این روش را انتخاب کرده‌اند و دیگر مبنایی برای جرح داور به این جهت وجود ندارد. روح حاکم بر ماده ۶۴۵ قانون آیین دادرسی مدنی، رضایت طرفین است که در توافق میانجیگری-داوری لحاظ شده است. مضافاً اینکه به نظر می‌رسد در قانون آیین دادرسی مدنی، به‌وضوح از لزوم بی‌طرفی داور صحبت نشده است و عمده مبانی اعتراض و جرح مطروحه در این قانون، در بحث‌های محققان تحت عنوان عدم اهلیت داوران موردبررسی قرارگرفته است[2].

اما در فرضی که طرفین در مرحله میانجیگری به توافق برسند و اساساً فرایند داوری شروع نشده باشد، با توجه به سکوت قانون به نظر می‌رسد که ماهیتاً توافق مذکور، سازش بین افراد است که حسب مورد می‌توان الزام به رعایت آن را وفق مقررات عام از دادگاه درخواست کرد و چنین توافقی تحت حمایت‌های داوری وفق مقررات آیین دادرسی مدنی قرار نخواهد گرفت. همچنین بهتر است توجه شود سازش و میانجیگری به‌عنوان روش حل‌وفصل اختلافات در نظام دادرسی ایران از قواعد و مقررات خاصی برخوردار نیست. مواد ۱۷۸ تا ۱۹۳ قانون آیین دادرسی مدنی به قواعدی تحت عنوان سازش و مواد ۷۵۲ تا ۷۷۰ قانون مدنی ایران به‌عنوان صلح اختصاص دارد که هر دو این عناوین خارج از بحث نوشتار حاضر می‌باشند[3].

---

1. جنیدی، لعیا، نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ص ۶۰.

2. جنیدی، همان.

3. نیکبخت، حمیدرضا، ادیب، علی‌اکبر، ۱۳۹۵، "اصلاحگری و میانجیگری به‌عنوان جایگزین روش‌های سنتی حل اختلافات مدنی - تجاری (امکان به‌کارگیری در صنعت نفت)"، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۸، ص ۶۱.

www.SID.ir

Archive of SID

2-3- میانجیگری-داوری در داوری‌های تجاری بین‌المللی

قانون داوری تجاری بین‌المللی با تکیه‌بر یکی از اسناد معتبر بین‌المللی در زمینه داوری (قانون نمونه آنسیترال راجع به داوری تجاری بین‌المللی مورخ ۱۹۸۵) تهیه گردیده است[1]. ماده ۲۸ این قانون بیان می‌دارد:

«چنانچه طرفین در جریان رسیدگی اختلافات خود را از طریق سازش حل کنند، داور قرار سقوط دعوای داوری را صادر می‌کند و چنانچه یکی از طرفین تقاضا کند و طرف مقابل اعتراض نکند، موافقت‌نامه سازش را به‌صورت رای داوری مرضی‌الطرفین با رعایت ماده ۳۰ صادر می‌کند.»

با تدقیق در این ماده به نظر می‌رسد اگر بخواهیم ساختار این ماده را با انواع روش‌های ترکیبی حل‌وفصل اختلافات مقایسه نماییم، بازهم مشابه ماده ۴۸۳ قانون جدید آیین دادرسی مدنی، به نهاد داوری-میانجیگری شبیه‌تر است و با میانجیگری-داوری طبق تعریفی که بیان شد، سازگاری ندارد. چنین سازشی می‌تواند در قالب رای داوری مبتنی بر رضایت تلقی شود و از حمایت‌های قانون داوری تجاری بین‌المللی بهره‌مند گردد. همان‌طور که مشخص است این ماده صرفاً راجع به حالتی است که فرایند داوری شروع‌شده و به‌عبارت‌دیگر در زمان شروع داوری، اختلاف وجود داشته باشد؛ اما در فرضی که طرفین قبل از شروع داوری و از طریق سازش به توافق برسند و بخواهند داوران صرفاً توافق آنان را در قالب رای داوری انشا کنند، چنین فرضی قابل حمایت در قانون داوری تجاری بین‌المللی نیست. قابل‌توجه است قانون نمونه آنسیترال در خصوص داوری تجاری بین‌المللی نیز مواردی را که توافق میانجیگری قبل از شروع داوری باشد، مشمول حمایت قرار نمی‌دهد و منظور آن صرفاً حل‌وفصل و سازشی است که در جریان داوری صورت گرفته باشد[2].

سوال دیگری در این خصوص به ذهن متبادر می‌شود این است که در فرضی که در میانجیگری-داوری طرفین در مرحله میانجیگری به توافق نرسند و همان فرد میانجی به‌عنوان داور پروسه داوری را شروع نمایند و متعاقباً رای داوری صادر شود، آیا امکان جرح به استناد یکی بودن نقش‌های میانجی و داور و متعاقباً نقض بی‌طرفی به همین جهت، وجود دارد؟ و یا

1. جنیدی، لعیا ۱۳۷۸، ص ۱۸.

2.Kryvoi Yaraslau, Ibid, p. 867.

www.SID.ir

Archive of SID

اینکه ازآنجاکه طرفین خودآگاهانه و با توجه به ریسک‌های این روش، آن را اتخاذ کرده‌انـد، حق جرح خود را در این خصوص ساقط کرده‌اند؟

ابتدا باید توجه داشت که اصل رسیدگی منظم و صحیح[1] یا جریان صحیح قانونی که اول‌بار در ماده ۱۴ اصلاحی قانون اساسی ایالات‌متحده و سپس در سایر نظام‌های حقوقی مانند حقـوق فرانسه و حقوق انگلستان منعکس گردیده است، حداقل سه اصل اجباری دادرسی را به دنبـال خود آورده است. اصول مزبور که باید آن‌ها را ازجمله قواعد نظم عمومی مربوط به رسیدگی دانست عبارت‌اند از اصل بی‌طرفی و رفتار مساوی با طرفین، اصل ابلاغ به‌موقع و اصـل رعایـت حق دفاع[2]؛ بنابراین اصل بی‌طرفی و رفتار مساوی با طرفین، از منظر بسیاری از محققان یکـی از اصول اجباری دادرسی تلقی می‌شود؛ اما آیا انتخاب آگاهانه طرفین اختلاف بر اینکه فرد سابق (میانجی) که در مرحله قبل (میانجیگری) در مقام تصمیم‌گیری نبوده و اکنون در فرایند داوری قدرت تصمیم‌گیری الزام‌آور برای طرفین دارد، نقض بی‌طرفی است؟ و آیا نمی‌توان ادعا کرد طرفین با علم به همین روش، این شیوه را انتخاب کرده‌اند؟ بدیهی است اگر اوضاع‌واحوال قضیه نشان دهد که رفتار مساوی با طرفین در فرایند داوری صورت نگرفته، حق طرفین برای اعتراض محفوظ است اما آیا صرف اینکه یک فرد واحد عهده‌دار هر دو نقش میانجی و داور در یـک فرایند واحد رسیدگی شده باشد، نقض بی‌طرفی محسوب می‌شود؟

به نظر می‌رسد علی‌الاصول با توجه به ماده ۱۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی که بیان مـی-دارد: «داور در صورتی قابل جرح است که اوضاع‌واحوال موجود باعث تردیدهای موجهی در خصوص بی‌طرفی و استقلال او شود و یا این‌که واجد اوصـافی کـه موردتوافـق و نظـر طـرفین بوده است، نباشد...» عنصر توافق طرفین را می‌بایست مدنظر قرار داد و با توجه به توافق صریح و البته صحیح طرفین در خصوص این‌که همان فرد ثالث سـابق (میـانجی) بتوانـد بـه‌عنوان داور در مرحله داوری تصمیم‌گیری کند را لازم‌الرعایه دانست و صرف یکی بـودن ایـن دو مقـام را دستاویزی برای جلوگیری از اجرای رای داوری قرار نداد. مضافاً آن‌که قانون نمونـه آنسـیترال در خصوص سازش تجاری بین‌المللی سال ۲۰۰۲ نیز در ذیل ماده ۱۲ خود بیان می‌دارد سازش دهنده از این‌که در همان اختلاف یا اختلاف دیگری که دارای مبنای واحـدی اسـت، بـه‌عنوان

1.Due Process of Law.

2.جنیدی ، همان، ص ۵۸.

www.SID.ir

Archive of SID

داور منع می‌شود مگر طرفین برخلاف آن توافق کرده باشند[1]. رویکرد منعکس در این ماده نیز عنصر توافق طرفین را به‌صراحت داراست و مؤید رویکرد ذکرشده و به رسمیت شناختن این روش (هرچند به لحاظ کلی) و تشویق نظام‌های قانون‌گذاری داخلی به احترام به توافق طرفین در این راستا می‌باشد. هرچند باید توجه داشت ازآنجاکه ویژگی بی‌طرفی می‌بایست در داور دوام داشته باشد، اگر حسب مورد در قضیه‌ای اوضاع‌واحوال نشان دهد که ایفای نقش وی در مقام میانجی در مرحله قبل منجر به نقض بی‌طرفی وی در طول فرایند داوری شده است، بدون تردید امکان جرح به این دلیل وجود دارد.

3-3- بررسی نمونه قواعد شکلی: (قواعد مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران)

مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران در سال ۱۳۹۶ قواعد میانجیگری خود را تصویب کرده است[2]. در بند ۱ ماده ۱۰ این قواعد آمده است:

«میانجی نمی‌تواند در هیچ‌یک از مراجع قضایی، داوری و یا مراجع مشابهی که اختلاف موضوع میانجیگری یا سایر دعاوی مرتبط با اختلاف طرفین که به میانجیگری ارجاع شده، شرکت و دخالت کرده و یا به‌عنوان قاضی، مشاور، داور، کارشناس، وکیل یا نمایندگی از طرفین و یا شاهد در رسیدگی‌های مرتبط به اختلاف طرفین حاضر شود و یا اظهارنظر کند مگر اینکه طرفین کتباً به نحو دیگری توافق کرده باشند.»

به نظر می‌رسد که این ماده در راستای پاسخ به نیازهای طرفین اختلاف و نیز احترام به حاکمیت اراده طرفین و منطبق با بسیاری از قواعد میانجیگری و یا سازش دنیا (مانند ماد ۱۰ قواعد میانجیگری اتاق بازرگانی بین‌المللی) تدوین‌شده است و تأکید می‌کند که میانجی در مقام فرد ثالث رسیدگی‌کننده به اختلاف با توافق کتبی طرفین می‌تواند در همان دعوا به‌عنوان داور رسیدگی را ادامه بدهد. هرچند بهتر است توجه شود که مفاد این ماده در مقام ارائه شروط نمونه میانجیگری-داوری و یا مشخصاً در مقام تبیین روش میانجیگری-داوری به‌عنوان یک روش مستقل و یکپارچه حل‌وفصل اختلافات نیست، اما به مهم‌ترین انتقاد ماهوی وارده نسبت به روش میانجیگری-داوری و امکان ایفای نقش میانجی و داور توسط یک فرد واحد

3.Article 12 of UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use, 2002.
1.http://otaghiranonline.ir/news/10309.

www.SID.ir

Archive of SID

در همان دعوا پاسخ می‌دهد که این امر با توافق آگاهانه طرفین ممکن است.

بنابراین در قواعد حل‌وفصل اختلاف یکی از مهم‌ترین مراکز حل‌وفصل اختلافات در کشورمان نیز بستر لازم جهت اعمال این روش وجود دارد. هرچند پیشنهاد می‌شود این مرکز با ارائه شروط نمونه میانجیگری-داوری و نیز با تدوین قواعدی متناسب جهت استفاده از این روش مانند مدیریت اطلاعات محرمانه در میانجیگری-داوری بتواند گام مهمی در راستای پیشرفت ارائه خدمات حل‌وفصل اختلافات در کشور و نیز همگام شدن با نوآوری‌های مراکز و نهادهای داوری دنیا باشد.

نتیجه‌گیری

بهتر است به این موضوع توجه شود که انتخاب روش مناسب حل‌وفصل اختلافات به عوامل متعددی بستگی دارد و هریک از شیوه‌های حل‌وفصل اختلافات می‌تواند مزایا و چالش‌های خود را در بستر رابطه ی مورد نظر و با در نظر گرفتن ویژگی های آن، به همراه داشته باشد. در این مقاله تلاش شد ماهیت، مزایا و چالش‌های روش ترکیبی میانجیگری-داوری به عنوان یکی از شیوه های ترکیبی حل و فصل اختلاف نوین تحلیل شود. این روش ترکیبی، با انعطاف در فرایند رسیدگی و مزیت کارایی اقتصادی نسبت به سایر روش‌ها و هم‌چنین اعطای کنترل و مدیریت بر فرایند رسیدگی به طرفین اختلاف، در طول سال‌های اخیر رشد چشم‌گیری داشته است. عمده‌ترین انتقادات به این روش در خصوص نحوه مدیریت اصل بی‌طرفی و محرمانگی (با توجه به یکی بودن نقش‌های میانجی و داور) و نیز اجرای مؤثر توافقات میانجگری-داوری در سطح بین‌الملل است که به‌تفصیل به تحلیل آن‌ها پرداختیم. آنچه مسلم به نظر می‌رسد این است که در قراردادهای تجاری بین‌المللی، درصورتی‌که طرفین در این روش در همان وهله اول (مرحله میانجیگری) به توافق برسند، با توجه به این‌که هنوز اسناد بین‌المللی آنسیترال در خصوص شناسایی و اجرای توافقات بین‌المللی در عرصه جهانی تصویب نشده و موردقبول قرار نگرفته است و توجه به این نکته که کنوانسیون نیویورک، آرای داوری مبتنی بر رضایت طرفین را صرفاً در فرضی به رسمیت می‌شناسد که فرایند داوری شروع‌شده باشد، لذا این قسم از توافقات میانجیگری-داوری تحت حمایت مؤثر نظام حقوقی بین‌الملل جهت شناسایی و اجرا قرار ندارد؛ اما در فرض دوم یعنی در حالتی که

www.SID.ir

Archive of SID

طرفین در مرحله میانجیگری به توافق نرسند و فرایند داوری شروع شود، در این حالت یـا رای داوری صادر می‌شود و یا این‌که رای داوری مبتنی بر رضایت طرفین انشا می‌شـود کـه هـر دو قسم رای داوری مذکور قابل حمایت در نظام شناسایی و اجرای آرای داوری بین‌المللی تحت کنوانسیون نیویورک هستند.

www.SID.ir

Archive of SID

منابع

فارسی

- جنیدی، لعیا، «قانون داوری تجاری بین‌المللی از دریچه حقوق اسلامی»، *مجله متین (امام خمینی و انقلاب اسلامی، پژوهشکده امام خمینی)* ، شماره 10، 1380.

- _____، *نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۲۶-۶-۱۳۷۶* ،انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی، 1378.

- _____، *قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی*، (تهران : دادگستر، 1376).

- زرکلام، ستار، «مزایا و معایب میانجیگری-داوری همانند روش جایگزینی حل‌وفصل اختلافات»، کانون وکلا، شماره ۱۷۱، 1379.

- شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی*، دوره پیشرفته، جلد سوم، (تهران: انتشارات دراک، 1387).

- شیروی، عبدالحسین، «بررسی قانون نمونه آنسیترال در خصوص سازش تجاری بین‌المللی»، اندیشه‌های حقوقی، سال چهارم، شماره دهم، 1385

- _____، ۱۳۹۱، *داوری تجاری بین‌المللی*، (تهران: سمت، 1391).

- صادقی، محسن، ۱۳۹۴، «اصول تناسب هزینه – فایده و تحقق کارایی، اصول اقتصادی حاکم بر سیاست‌گذاری تقنینی و جایگاه آن در قانون‌گذاری حقوق مالکیت ادبی-هنری ایران»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۵، شماره ۴،

- منصوری طهرانی، سید روح‌الله، افتخار جهرمی، گودرز، ۱۳۸۹، «روش برتر حل‌وفصل اختلافات بین‌المللی در قراردادهای نفت و گاز، میانجیگری-داوری»، پایان‌نامه ارشد، دانشگاه شهید بهشتی.

- موسوی حرمی، یاسمن، نیکبخت، حمیدرضا، ۱۳۸۹، «محرمانگی در داوری تجاری بین‌المللی»، شهید بهشتی،

- نیکبخت، حمیدرضا، ادیب، علی‌اکبر، ۱۳۹۵، «اصلاحگری و میانجیگری به‌عنوان جایگزین روش‌های سنتی حل اختلافات مدنی- تجاری (امکان به‌کارگیری آن‌ها در صنعت نفت)»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، شماره ۷۸.

English Sources:

- Andersen K Steven, 2010, "ICDROffersConcurrent Mediation/ Arbitration

www.SID.ir

Archive of SID

Clause", AAA/ICDR Handbook on International Arbitration and ADR - 2nd Edition", available at:
https://www.cedr.com/about_us/arbitration_commission/ICDR_Concurrent_Clauses_Article.pdf, last visited: 31/2/2018.

- Barkett, John, 2010, "Avoiding The Cost of International Commercial Arbitration: is Mediation the Solution?" Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation, Fordham Law school papers 2010, MArtnus nijhoff publishers.

- Brian A. Pappas,2015, " Med-ArbandtheLegalizationof Alternative DisputeResolution" , 20 HarvardNegotiationLawReview. NegotLReview 157, 159

- Born B Gary, Shenkman, Ethan,2014, "ConfidentialityandTransparencyin CommercialandInvestor-StateArbitration", The Future of Investment Arbitration, Oxford university press.

- Chau, Eunice, 2018, "a Contribution to the Conversation on Mixing the Modes of Mediation and Arbitration: of Definitional Consistency and Process Structure Transnational Dispute Management", Research Collection School of law. available: http://ink.library.smu.edu.sg_research /2771

- Ellen E. Deason,2013, "CombinationsofMediationandArbitrationwiththe Same Neutral: A Framework for Judicial Review", 5 Y.B. Arb.& Mediation 219.

- Kryvoi Yaraslau, Davydenko Dmitry, 2005, "ConsentAwardsinInternational Arbitration: fromSettlementto Enforcement", BrooklynJournalofInternationallaw, Vol 40, issue 3.

- Limbury, Allan, 2010, "HybridDisputeResolutionProcesses: GettingtheBestWhileAvoidingtheWorstofBothWorlds?" Availableat: https:// www.imimediation.org/wp-content/uploads/2017/11/hybrid-processes-2010-article-by-alan-limbury.pdf, last visited: January 13, 2019.

- Lee, Jae Sung, "WorkofUNCITRALintheFieldofMediationandConciliation–Enforceabilityof Settlement Agreements", availableat: www.sloarbitration.eu/ .../UNCITRAL.../ Work%20of%20UNCITRAL%20in%20the%2...

- Luis M. Martinez and Thomas Ventrone, 2010, "TheInternational CenterforDisputeResolutionMediationPractice", Contemporaryissuesininternationalarbitrationandmediation, 2010, Fordham Law School,pp 484-496.

www.SID.ir

Archive of SID

- Merril,G Peter, 2018, "binding mediation" AmericanBar AssociationSectionofDisputeResolution, available at: https:// www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/dispute_resolution/news letter/may2018/merrill-binding-mediation.pdf, last visited: January 8, 2019.

- Pappas, Brian A, 2015, "Med-ArbandTheLegalizationofAlternative Dispute Resolution",
http://www.hnlr.org/wp-content/uploads/HNR104_crop.pdf, last visited: 3/11/2018.

- Thomas W. Walde,2004, "Pro-active Mediation of International Business and Investment Disputes involving Long-term Contracts: from Zero-Sum Litigation to Efficient Dispute Management, UNPAD Journal of International Law, Vol. 3 No 1.

- Walde, Thomas, 2006, "efficient management of transnational disputes: mutual gain by mediation or joint loss in litigation, Arbitration International, vol. 22, No. 2

www.SID.ir