

درآمدی بر میانجیگری در اختلافات بازرگانی



محسن سلیمی^۱
دکتر مهدی زارع^۲

تاریخ دریافت مقاله: ۹۵/۰۷/۱۶ تاریخ پذیرش نهایی: ۹۵/۱۰/۱۸

چکیده

میانجیگری یکی از روش‌های جایگزین حل اختلاف است که در آن با دخالت شخص سوم به طریقی دوستانه و توافقی سعی در حل اختلاف می‌شود. این شیوه که در خارج از دادگاه به حل اختلاف می‌پردازد شیوه‌ای غیر ترافعی است که از آنجایی که اساس آن بر توافق طرفین است اختلاف را با رضایت و صمیمیت خاصی حل می‌نماید. این روش بطور خاص در دعاوی بازرگانی کارایی بالایی دارد چرا که بواسطه‌ی حل دوستانه‌ی اختلاف امید به استمرار روابط تجاری طرفین را افزایش می‌دهد. اینکه تعریف میانجیگری چیست، ارکان آن کدامند، انواع آن کدامند و چه اصولی بر آن حاکم است، سوالاتی است که این مقاله بدنبال پاسخ آنهاست. در این راستا با استفاده از روش کتابخانه‌ای منابع داخلی و خارجی مورد تحقیق قرار گرفته‌اند.

کلید واژه‌ها

میانجیگری، میانجی، اختلاف، داوری، داور

^۱ دانشجوی دکترای حقوق خصوصی و مدرس دانشگاه آزاد اسلامی، واحد شیراز، شیراز، ایران

Email: Mohsensalimi68@gmail.com

(نویسنده مسئول)

^۲ استاد یار دانشگاه آزاد اسلامی واحد لارستان، لارستان، ایران

مقدمه

از مولفه های اساسی روابط تجاری بویژه در حوزه ی تجارت بین المللی سرعت و امنیت است (اسکینی، ۱۳۷۰: ۶۸) بر این دو مولفه ی مهم باید مولفه ی بقا و تقویت روابط تجاری را افزود. عبارتی می توان گفت سمت و سوی همه ی قواعد تجاری باید بر حفظ و تقویت روابط تجاری باشد. حوزه ی حل و فصل اختلافات تجاری نیز نمی تواند از این مولفه ها بر کنار باشد. در این راستا انتخاب یک شیوه ی مناسب جهت حل و فصل اختلاف در قراردادهای تجاری نقشی بی بدیل دارد. از میان شیوه های جایگزین حل اختلاف که در سایه ی توجه به داوری مغفول مانده، شیوه ی میانجیگری (Mediation) است. در این شیوه طرفین با کمک شخص سوم در جهت حل اختلاف گام بر می دارند. در کشور ما علی رغم توجهاتی که به داوری شده اهمیت میانجیگری آنگونه که شایسته است مورد توجه قرار نگرفته است. اغلب نویسندگان در این حوزه در کنار سایر شیوه های جایگزین حل اختلاف نگاهی اجمالی و گذرا به شیوه ی میانجیگری هم داشته اند (توسلی جهرمی، ۱۳۸۱ و ۱۳۸۰) (درویشی هویدا، ۱۳۸۴) و تعداد تحقیقاتی که بطور خاص به شیوه ی میانجیگری پرداخته باشند تا آنجا که نگارندگان اطلاع دارند به تعداد انگشتان یک دست هم نمی رسد. به همین جهت برخلاف داوری در حوزه ی میانجیگری تجاری ادبیات حقوقی ما از پختگی لازم برخوردار نیست و با توجه به امتیازات مهم میانجیگری نسبت به داوری این ضرورت احساس می شود که ابعاد مختلف شیوه ی میانجیگری مورد تحقیق و مطالعه قرار گیرد. در این راستا آنچه مورد توجه است و محدوده ی موضوعی این مقاله را تشکیل می دهد میانجیگری در روابط خصوصی اشخاص و بطور خاص در روابط تجاری تابع حقوق تجارت می باشد هر چند که میانجیگری تجاری و غیر تجاری در اغلب موارد با یکدیگر هم پوشانی دارند. علاوه بر این میانجیگری موضوع این مقاله میانجیگری به عنوان یکی از شیوه های جایگزین حل اختلاف است. شیوه هایی که به نوعی جایگزین رسیدگی قضایی دادگاه ها شده اند. اینکه تعریف میانجیگری چیست، ارکان آن کدامند، انواع آن کدامند و چه اصولی بر آن حاکم خواهد بود سوالاتی است که این مقاله بدنبال پاسخ آنها می باشد. در این راستا با استفاده از روش کتابخانه ای منابع داخلی و خارجی مورد تحقیق قرار گرفته اند.

۱. معرفی کلی

۱.۱. مفهوم اختلاف (Dispute)

قبل از شناخت مفهوم میانجیگری بهتر است موضوع آن مورد شناسایی قرار گیرد. موضوع

میانجیگری یک «اختلاف» است. هر رسیدگی اعم از میانجیگری و سایر روشهای فصل خصومت متوقف بر وقوع اختلاف و منازعه است. در واقع می توان گفت تا اختلافی وجود نداشته باشد حل و فصل آن موضوعا منتفی است. بنابراین در گام نخست باید تشخیص داد آنچه که تقاضای رسیدگی بدان مطرح شده است را ماهیتا می توان اختلاف دانست یا خیر. قوانین ما اعم از قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ و قانون داوری تجاری بین المللی مصوب ۱۳۷۶ معیاری را برای تمیز اختلاف از غیر آن بدست نمی دهند. برخی اساتید اختلاف را وضعیتی دانسته اند که در آن حداقل دو شخص بر یک یا چند مسئلهی حکمی (Point of law) یا موضوعی (Point of Fact) توافق نداشته و هر یک اخبار به حقی می کند که به نفع خود و به زیان دیگری است (انصاری معین، ۱۳۹۵: ۳۱۰). برخی دیگر آنرا تعارض (Conflict)، مشاجره یا مجادله (Controversy) نام نهاده اند (Garner, 2004: 505). عدهای دیگر اختلاف را «عدم توافق ارادهها نسبت به یک موضوع خاص» تلقی نموده اند (کورنو و فوایه به نقل از محسنی، ۱۳۸۹: ۴۸). آنچه مسلم است آنکه هر اختلاف مبتنی بر عدم توافق طرفین در یک موضوع معین و تعارض منافع آندو می باشد. ذکر این نکته ضروری است که اگر چه از حیث حقوقی بن مایهی دو اصطلاح «اختلاف» و «دعوا» بر عدم توافق و تعارض منافع استوار است، منتها این دو مفهوم را باید از هم مجزا دانست. در واقع همانگونه که برخی اساتید ابراز داشته اند (محسنی، ۱۳۸۹: ۴۸) اختلاف از زمان طرح در «دادگاه» تبدیل به دعوا می شود. بنابراین اختلاف مقدمهی تحقق عنوان «دعوا» است و دعوا را باید اختلافی دانست که در دادگاه مطرح شده است. بر این مبنا موضوع میانجیگری حل یک اختلاف در خارج از دادگاه است.

۲.۱. مفهوم میانجیگری:

میانجیگری یکی از شیوه های جایگزین حل اختلاف (ADR) است که در خارج از دادگاه به طریقی دوستانه سعی در حل اختلاف دارد. این شیوه در دعاوی بازرگانی از این جهت کارایی بالایی دارد که حتا با بروز اختلاف هم علاوه بر اینکه از قطع یک رابطهی تجاری مستمر و ریشه دار جلوگیری می کند، می توان ادعا کرد اعمال این شیوه روابط تجاری را بیش از پیش تقویت می کند. چرا که در روند اجرای میانجیگری مواضع طرفین به یکدیگر نزدیک شده و احساس صمیمیت خاصی میان آنها شکل خواهد گرفت. در ایالات متحده آمریکا اهمیت میانجیگری تا بدانجاست که ۷۵ درصد از اختلافات تجاری ارجاع شده به میانجیگری نهایتا از

طریق این شیوه حل و فصل شده است (درویشی هویدا، ۱۳۸۸: ۹۲). بطور خاص در انجمن داوری آمریکا (AAA)^۱ ۸۵ درصد از اختلافات تجاری که به میانجیگری این سازمان ارجاع شده است به طور موفقیت‌آمیزی حل و فصل شده است (همان: ۹۳). تعاریف متعددی از این شیوه صورت گرفته است. در یک تعریف کلی میانجیگری روشی دانسته شده که در آن طرفین از یک شخص ثالث استفاده می‌کنند تا به آنها در جهت حل اختلاف کمک کند (Stone, 2004). چنین تعریفی از میانجیگری بسیار کلی است و سایر روش‌های جایگزین از جمله داوری را هم در بر می‌گیرد. در تعریفی دیگر بیان شده است: «میانجیگری یکی از روش‌های حل اختلاف است که بوسیله‌ی آن شخص ثالث میانجی اختلاف میان طرفین را از بین می‌برد» (Hornle, 2009: 50). این تعریف نیز دقیقاً منطبق بر تعریف اول است و مشمول همان عنوان کلیت است. در نگاهی دیگر میانجیگری اینگونه تعریف شده است: «مداخله‌ی یک شخص ثالث مورد قبول که اختیاری برای صدور رای ندارد و به طرفین درگیر در اختلاف برای اینکه بطوری اختیاری به حل و فصل دوجانبه‌ی قابل قبول راجع به موضوعات مورد اختلاف دست یابند کمک می‌نماید» (به نقل از درویشی هویدا، ۱۳۹۰: ۱۲۳). این تعریف نیز علاوه بر داشتن تکلف در بیان تمامی ابعاد میانجیگری را در بر نمی‌گیرد. به نظر می‌رسد با در نظر گرفتن ارکان اساسی میانجیگری بتوان این شیوه را بدین سان تعریف نمود: یک روش غیر ترافیعی حل اختلاف که در آن شخص ثالث بیطرف و منتخب طرفین روند حل اختلاف را تسهیل نموده و در جهت دستیابی به توافق طرفین را یاری می‌رساند. پرسش اساسی که در خصوص ماهیت میانجیگری مطرح می‌شود آن است که آیا می‌توان فرایند میانجیگری را «دادرسی» و میانجی را «دادرس» در مفهوم اعم نام نهاد؟ اهمیت پاسخ به این پرسش از آن جهت است که اگر میانجیگری را همانند رسیدگی قضایی و داوری یک دادرسی در مفهوم اعم بدانیم در فرایند اجرای آن اصول عام حقوق دادرسی^۲ باید رعایت شوند و عدم اهتمام به این اصول، موجب فقد اعتبار میانجیگری و تبعاً نتیجه‌ی حاصل از آن خواهد شد. برخی دادرسی را قواعد قضایی (Judicial rule) برای

^۱ انجمن داوری آمریکا (American Arbitration Association) در سال ۱۹۲۶ تشکیل شده است. اساساً این مرجع یک سازمان داوری است که به داوری اختلافات تجاری می‌پردازد. این سازمان علاوه بر قواعد داوری ویژه‌ی خود، یکسری قواعد میانجیگری تجاری هم برای رسیدگی به اختلافات تجاری وضع کرده است که مطابق آن به اختلافات تجاری که به میانجیگری این سازمان ارجاع می‌شود رسیدگی می‌نماید. بنابراین این سازمان، یک سازمان میانجیگری هم تلقی می‌شود.

^۲ از جمله‌ی این اصول عبارتند از: اصل ترافیعی بودن، اصل رعایت حق دفاع، اصل استقلال و بی‌طرفی دادرس و ...

رسیدگی به دعوا دانسته‌اند (Garner, 2004:1241). برخی دیگر از اساتید آنرا به رسیدگی مرجع قضائیتی به درخواست متقاضی برای صدور رای تعبیر نموده‌اند (شمس، ۱۳۸۷: ۱۱۲). عده‌ای دیگر بدون ارایه تعریفی از دادرسی موضوع آنرا ادعاها و دفاعیات، وقایع مورد دعوا و اعمال حکم بر موضوع دانسته‌اند (محسنی، ۱۳۸۹: ۵۲). تردیدی نیست که دادرسی شاخه‌ای از حقوق است که به قواعد راجع به رسیدگی به دعاوی می‌پردازد (Emery and all, 2000: 4) اما رکن اساسی هر دادرسی را باید قضاوت و صدور رای دانست. در واقع در دادرسی به ادعاها و ادله‌ی طرفین رسیدگی شده، مورد قضاوت و داوری قرار می‌گیرند و در نهایت با صدور رای، دادرسی خاتمه می‌یابد. در مقام تطبیق فرایند میانجیگری با دادرسی باید گفت حقیقتاً نمی‌توان میانجیگری را یک دادرسی حتا در معنای اعم تلقی نمود چرا که نقش میانجی در میانجیگری از یک سو با نقش قاضی و داور از دیگر سو، از حیث ماهوی با یکدیگر متفاوت است. در میانجیگری این خود طرفین هستند که تصمیم نهایی را راجع به اختلاف خویش اتخاذ می‌نمایند و میانجی جز تلاش و کوشش در جهت نزدیکی مواضع دو سوی اختلاف و وظیفه‌ی دیگری ندارد. حال آنکه قاضی و داور خود حاکم است و با حکم خویش، ختم نزاع می‌کند. در حقیقت میانجیگری را باید نوعی احقاق حق با دستان خویش دانست. در یک تحلیل فنی می‌توان گفت تعهد میانجی یک تعهد به وسیله و تعهد داور یا قاضی یک تعهد به نتیجه است. براین مبنا نه میانجیگری را می‌توان دادرسی دانست و نه میانجی را دادرسی. در نتیجه، نمی‌توان از ضمانت اجرای عدم اعمال اصول دادرسی در میانجیگری با قاطعیت سخن گفت.

۲. ویژگی‌های میانجیگری:

۱.۲. غیر ترافیعی بودن:

با در نظر گرفتن این امر که میانجیگری نمی‌تواند یک دادرسی تلقی شود در وهله‌ی دوم این پرسش به ذهن می‌آید که آیا میانجیگری یک شیوه‌ی ترافیعی است یا غیر ترافیعی. عموماً «ترافیعی بودن»^۱ را بدین مفهوم می‌دانند که در رسیدگی به دعوا هر یک از طرفین بتوانند

^۱. برخی ترافیعی بودن را تقابلی بودن و برخی دیگر آنرا تناظر نامیده‌اند به نظر می‌رسد در خصوص ترجمه‌ی صحیح اصطلاح «Contradictoire» از حقوق فرانسه در حقوق ما اختلاف نظر وجود دارد رک: محسنی، ۱۳۸۹، پاورقی صفحه ۶۰. در این مقاله صرفنظر از اختلاف نظرهای موجود به جهت جا افتادگی اصطلاح «ترافیعی بودن» این اصطلاح به استخدام گرفته شده است.

ادعاها و ادله‌ی خود را نموده و فرصت دفاع در برابر ادعاهای طرف مقابل را داشته باشد. فی‌الواقع مفهوم کلی توافقی بودن همان مشاجره‌ای و مجادله‌ای بودن است. در حقوق فرانسه توافقی بودن یک اصل عام است که در همه‌ی دادرسی‌ها به مفهوم اعم باید رعایت شود و مبنای آن حکم عقل است (به نقل از خدری، ۱۳۹۳: ۵۳۷). اساساً توافقی بودن از اقتضائات یک رسیدگی عادلانه است (Hornle, 2009: 130). بدین ترتیب توافقی بودن پایه‌ی اصلی هر دادرسی است که عدم رعایت آن پیکره‌ی دادرسی را از هم می‌پاشد. مبنای اصلی دادرسی نیل به عدالت است. همانگونه که بیان شد میانجیگری را نمی‌توان یک دادرسی دانست. بر این مبنا می‌توان پذیرفت دست یازیدن به عدالت اصلی‌ترین هدف میانجیگری نیست. به واقع این روش قبل از آنکه در پی برقراری عدالت باشد بدنبال از بین بردن اختلاف است (Cobb and Rifikin, 1991: 39). بنابراین برخلاف هر دادرسی در میانجیگری هدف غایی حل اختلاف است ولو اینکه در این مسیر عدالت نیز تحت الشعاع قرار گیرد. حال آنکه غایت هر دادرسی نیل به عدالت است^۱. باری، باید مدعی شد که نمی‌توان توافقی بودن یا تقابلی بودن را داخل در ذات میانجیگری دانست.

۲.۲. دخالت شخص ثالث در فرایند حل اختلاف:

میانجیگری روشی است که در آن طرفین اختلاف به کمک شخص ثالث موضوعات اختلافی را تحلیل می‌نمایند، راه حل‌ها را مورد شناسایی قرار می‌دهند و در جهت دستیابی به توافق و حل اختلاف تلاش می‌نمایند (Ibid). این شخص میانجی (Mediator) نامیده می‌شود. بنابراین میانجیگری همانند داوری جز آندسته از روش‌های حل اختلاف است که در آنها علاوه بر طرفین اختلاف، شخص یا اشخاص دیگری تحت عنوان میانجی دخالت دارند. اساس میانجیگری بر مذاکره‌ی طرفین است که این مذاکره با مشارکت شخص ثالث (میانجی) انجام می‌شود.

میانجی در اصل اختلاف دخالت نمی‌کند بلکه طرفین را به مذاکره ترغیب و تشویق می‌نماید، موانع را از بین می‌برد و شرایط را برای مذاکره‌ی مستقیم فراهم می‌نماید. بر خلاف داوری که در آن داور علاوه بر دخالت مستقیم در حل اختلاف، در نهایت نظر خود را تحت عنوان «رای»

^۱. البته این امر منطقی‌تر است. چراکه در میانجیگری این اراده‌ی خود طرفین است که نهایتاً با انعقاد قرارداد آنان را متعهد می‌کند در حالیکه در دادرسی تصمیم ثالث بی‌طرف دادباخنه را ملزم می‌کند.

به طرفین تحمیل می نماید. از یک نگاه کلی می توان میانجیگری را حد وسط روش های مذاکره و داوری دانست چرا که در داوری همانند میانجیگری شخص سوم سعی در حل اختلاف دارد. در روش مذاکره نیز خود طرفین با مذاکره ی مستقیم در پی حل اختلاف و یا طرح ریزی یک توافق هستند (Fangfel Wang, 2009:16). این دو ویژگی مذاکره و داوری در میانجیگری جمع شده اند با این تفاوت که در میانجیگری بر خلاف داوری شخص سوم صرفاً نقش تشویق کننده ی طرفین به ادامه ی مذاکرات را دارد در حالی که در داوری، داور «قاضی طبیعی» طرفین بوده (محبی، ۱۳۸۷: ۴۲) و در اصل اختلاف دخالت مستقیم دارد. در روش مذاکره طرفین بدون دخالت دیگری با یکدیگر در جهت حل اختلاف گام بر می دارند اما در میانجیگری این مذاکرات به کمک شخص سوم انجام می شود تا طرفین خود به توافق نهایی دست یابند. از این رو میانجیگری «مذاکره ی خصوصی مدیریت شده» نیز نامیده شده است (Ibid: 192). در واقع در میانجیگری میانجی مذاکره ی میان طرفین را مدیریت می کند.

۳.۲. توافقی بودن:

رسیدگی میانجیگرانه توافقی است چرا که علاوه بر اینکه ارجاع اختلاف به میانجیگری با توافق طرفین است، آغاز میانجیگری نیز با توافق طرفین است و فرایند حل اختلاف تا زمانی ادامه می یابد که طرفین مایل به ادامه ی آن باشند و با توافق طرفین بر ختم آن و یا رسیدن به راه حل توافقی میانجیگری خاتمه می یابد. شخص میانجی فقط برقراری ارتباط و مذاکره ی طرفین را تسهیل می نماید و هیچ قدرتی بر تحمیل تصمیم خود بر طرفین ندارد (Ibid). در این شیوه میانجی یکسری جلسات مشترک و مجزا با طرفین برگزار می کند تا تلاش نماید طرفین دعوای احتمالی آیند به توافق برسند. میانجی در پی ارتقا روابط طرفین، شناسایی موضوعات اختلافی، ارائه ی راه حل های احتمالی رسیدن به یک تصمیم ارادی طرفینی است که طرفین را بدان مقید سازد (The Harvard Law Review Association, 1990:1088). هدف اولیه میانجیگری توافق نهایی میان طرفین است. این توافق بیانگر این امر خواهد بود که هر یک از طرفین در آینده باید اقداماتی را انجام دهند مثلاً پرداخت مبلغ معینی از ناحیه ی یکی از طرفین به طرف دیگر (Lampe and Ellis, 1995: 87). روند میانجیگری احترام و فهم متقابل طرفین را افزایش می دهد و آنان کنترل قابل ملاحظه ای بر جریان حل اختلاف خواهند داشت (Ibid: 88).

۳. انواع میانجیگری:

میانجیگری قابل تقسیم به انواع زیر می باشد:

۱.۳. میانجیگری منفرد و میانجیگری مشترک (Co-mediation):

۱-۳. میانجیگری منفرد: در این نوع از میانجیگری فقط یک میانجی بر حل اختلاف طرفین تلاش می نماید. شخص سوم (میانجی) کمک کننده ی طرفین برای دستیابی به توافق است.

۲-۱-۳. میانجیگری مشترک: در این نوع از میانجیگری بیش از یک میانجی دخالت دارند. میانجیگری مشترک شکل تکامل یافته ی میانجیگری است. در این شیوه چند میانجی توسط طرفین انتخاب می شوند اما این به معنی به عهده گرفتن وکالت طرفین در دعوا نیست بلکه میانجیگران وظایفی را که یک میانجی در میانجیگری منفرد به عهده دارد میان خود تقسیم می نمایند. میانجیگران همچنین ممکن است یک یا چند جلسه ی مشترک میان خودشان برای بررسی جریان میانجیگری و ارزیابی آن برگزار نمایند. این نوع میانجیگری برای دعاوی پیچیده ی تجاری بویژه جایی که اختلاف دارای جوانب تخصصی مختلف باشد مفید است چرا که می توان هر یک از میانجیگران را با تخصص های مختلف انتخاب نمود. این امر یعنی متخصص بودن میانجیگران در میانجیگری مشترک در مقابل میانجیگری منفرد یک مزیت است. در میانجیگری مشترک، میانجیگران اقدامات یکدیگر را تکمیل می نمایند و با مشورت با یکدیگر بار خستگی و ناامیدی از حل اختلاف را میان یکدیگر تقسیم می نمایند (Spencer and Brogan, 2006:75). با این وجود میانجیگری مشترک این عیب را دارد که هزینه ی میانجیگری را بالا می برد. به عبارت دیگر طرفین اختلاف به جای پرداخت هزینه ی یک میانجی باید هزینه ی چند میانجی را بپردازند. بعلاوه میانجیگران مشترک ممکن است با شخصیتها و دیدگاههای متفاوتی باشند و چنانچه نتوانند یک تیم میانجیگری منسجم را تشکیل دهند این موضوع ممکن است تأثیر منفی بر رفتار طرفین اختلاف داشته و در نهایت میانجیگری را با شکست مواجه نماید (Boulle, 2005:201).

۲.۳. میانجیگری مصلحت محور و میانجیگری حقوق محور:

۱-۲-۳. میانجیگری سنتی (مصلحت محور) (Interest - Based Mediation): در این نوع میانجیگری تمرکز بر درک متقابل طرفین در جهت حل اختلاف است بدون اینکه در آن به ارزیابی توانایی و حقوق قانونی طرفین توجه شود. در واقع در این نوع میانجیگری تأکید بر این

است که اختلاف چگونه حل شود تا مصلحت و منافع هر دو طرف تأمین شود، بدون در نظر گرفتن این امر که هر یک از طرفین از نظر قانونی و حقوقی از چه امتیازاتی برای مطالبه‌ی حق خود برخوردار هستند. این نوع میانجیگری بیشتر در جوامع سابق و بر اساس روش کد خدامنشانه صورت می‌گرفت. ویژگی اصلی میانجیگری مصلحت محور این است که در آن طرفین تشویق می‌شوند رازهای تجارتي خود را در جهت حل اختلاف افشاء نمایند با این اطمینان که اطلاعات آنها توسط میانجی افشاء نمی‌شود و اینکه نقش میانجی در واقع کمک به دستیابی یک نتیجه‌ی توافقی است (Limbury, 2005: 1).

۲-۲-۳. میانجیگری حقوق محور (Rights – Based Mediation): در این شیوه تمرکز بر حقوق و توانمندی‌های قانونی طرفین است. در واقع تمرکز بر ابزاری است که قانون برای احقاق حق در اختیار طرفین قرار داده است. این نوع میانجیگری بیشتر شبیه شیوه‌های حل اختلاف ارزیابی کننده همانند شیوه‌ی واقعیت یابی (Fact-Finding) است.

۲،۳. میانجیگری موردی و میانجیگری سازمانی:

۱-۳-۳. میانجیگری موردی (Ad hoc Mediation): در میانجیگری موردی همه‌ی مسایل مربوط به میانجیگری از جمله آیین رسیدگی و خود میانجی را خود طرفین انتخاب می‌نمایند. بطور کلی تمامی تشریفات حاکم بر میانجیگری توسط طرفین اختلاف بدون دخالت هیچ سازمان و موسسه‌ای تعیین می‌شود.

۲-۳-۳. میانجیگری سازمانی (Institutional Mediation): در میانجیگری سازمانی همانند داوری سازمانی فرآیند میانجیگری تحت مدیریت یک سازمان یا نهاد ارایه کننده خدمات میانجیگری قرار می‌گیرد. این سازمان‌ها اغلب قواعد میانجیگری خاص خود را دارند و ارجاع اختلاف به این سازمان‌ها به منزله‌ی پذیرش آیین رسیدگی سازمان مزبور برای حل اختلاف است. این سازمان‌ها معمولاً با داوری به وجود آمده‌اند ولی در کنار آن قواعدی راجع به میانجیگری هم دارند و علاوه بر خدمات داوری خدمات میانجیگری هم ارایه می‌دهند. نظیر:

دیوان داوری اتاق بازرگانی بین المللی^۱، انجمن داوری آمریکا، دادگاه داوری بین المللی لندن و مرکز داوری و میانجیگری بلژیک.

۳،۴. میانجیگری تسهیل کننده و میانجیگری ارزیابی کننده:

۳-۴-۱. میانجیگری تسهیل کننده (Facilitative Mediation): در این نوع میانجیگری میانجی صرفاً به طرفین کمک می‌کند تا اختلافشان را حل نمایند. در واقع میانجی فقط نقش تسهیل‌گری را به عهده دارد. بن مایه‌ی اصلی میانجیگری بر تسهیل مذاکره‌ی طرفین است و تعریف اصلی میانجیگری همان میانجیگری تسهیل کننده است. میانجیگری تسهیل کننده یک روند مذاکره‌ی مدیریت شده است (Clift, 2006: 5). در انگلستان استفاده از این نوع میانجیگری در اختلافات تجاری بسیار رایج است (Ibid).

۳-۴-۲. میانجیگری ارزیابی کننده (Evaluative Mediation): منظور از ارزیابی کردن در این نوع از میانجیگری ارزیابی حقوق قانونی طرفین است. در این قسم از میانجیگری میانجی ارزیابی خود را از حقوق قانونی طرفین آرایه می‌دهد و به پیش بینی نتیجه‌ی دعوا در فرضی که اختلاف به دادگاه ارجاع شود می‌پردازد و نهایتاً نظر حقوقی خود را در این خصوص به طرفین ابراز می‌دارد.

علاوه بر گونه‌های مختلفی از میانجیگری که در بالا ذکر شد شیوه‌های دیگری از میانجیگری وجود دارد که ناشی از ترکیب آن با روش داوری است. به طور کلی میانجی باید به دنبال شیوه‌ای باشد که مصلحت و منافع هر دو طرف را روشن نماید، باید به دنبال راهی باشد که به طرفین این امکان را بدهد تا در آینده هم مطلوب‌تر به اختلافات خویش رسیدگی نمایند، شیوه‌ای که اختلافات طرفین را به فرصتی برای ارتقاء روابط تجاری آنها تبدیل نماید. در این راستا میانجی با توافق طرفین می‌تواند یک روش قابل تغییر و تبدیل برای حل اختلاف با توافق طرفین انتخاب نماید. این روشها ترکیبی از میانجیگری و داوری است که تحت عنوان میانجیگری مرکب (Mediation Hybrids) شناخته می‌شوند (Limbury, 2005:1).

^۱ قواعد جدید میانجیگری اتاق بازرگانی بین المللی در اول ژانویه ۲۰۱۴ به اجرا درآمد. این قواعد دارای ۱۰ ماده می‌باشد و مباحثی از جمله: شروع میانجیگری، مکان و زبان میانجیگری، انتخاب میانجی، محرمانه بودن و... را در بر می‌گیرد.

۵.۳. میانجیگری - داوری (Med-Arb): این شیوه ترکیبی از میانجیگری و داوری است. در این روش طرفین توافق می‌نمایند که شخص ثالث بی‌طرف ابتدا به عنوان میانجی سعی در حل اختلاف آنها نماید و چنانچه اختلاف از طریق میانجیگری حل نشد شخص میانجی داور طرفین در حل اختلاف باشد. در واقع در این شیوه شخص سوم ابتدا نقش یک میانجی را داشته و سپس در صورت لزوم نقش او تبدیل به داور طرفین می‌شود و می‌تواند یک رأی الزام آور و نهایی راجع به اختلاف صادر نماید. نکته‌ی قابل توجه در این روش این است که چنانچه از همان ابتدا میانجیگری مؤثر واقع شود و منجر به حصول توافق میان طرفین گردد شخص میانجی با رضایت طرفین می‌تواند توافق حاصله میان طرفین را به یک رأی داوری با همان قدرت الزام آوری تبدیل نماید (Limbury, 2005:3).

اولین مزیت این روش آن است که شخص ثالث هر دو نقش میانجی و داور را بازی می‌کند یعنی همان میانجی سابق تبدیل به داور می‌شود. در نتیجه نیازی نیست که شرح اختلاف و جزئیات آن برای داور توضیح داده شود. اما عیب مهم این روش این است که ممکن است طرفین با بی‌میلی در میانجیگری شرکت نمایند از این جهت که احتمال دارد اطلاعاتی را که طرفین در میانجیگری افشاء می‌نمایند متعاقباً در داوری علیه آنها مورد استفاده گیرد. در این شیوه طرفین می‌توانند توافق نمایند میانجی که تبدیل به داور می‌شود صرفاً بتواند یک رأی مشورتی و غیرالزام آور صادر نماید (Ibid).

۶.۳. داوری - میانجیگری (Arb-Med): این شیوه بر عکس شیوه ی قبل است. در این روش شخص سوم ابتدا به عنوان داور سعی در حل اختلاف دارد و پس از آن تبدیل به میانجی می‌شود. داور در این شیوه رأی خود را در ماهیت اختلاف صادر می‌نماید اما این رأی به صورت مخفی نزد او باقی می‌ماند و برای طرفین افشاء نمی‌شود. پس از صدور رأی داور تبدیل به میانجی می‌شود و از طریق میانجیگری سعی در حل اختلاف طرفین خواهد نمود. چنانچه میانجیگری منجر به حصول توافق میان طرفین گردید رأی داوری هیچگاه افشاء نخواهد شد اما چنانچه میانجیگری با شکست مواجه شود رأی داوری به طرفین تسلیم می‌شود تا بر اساس آن اختلاف حل شود. در آمریکا این روش برای حل اختلافات در صنعت هوایی این کشور پیشنهاد شده است (Limbury, 2005: 3).

همانگونه که مشاهده می شود در دو روش اخیر اساس حل اختلاف بر میانجیگری است و به دلیل ترکیب داوری با میانجیگری در هر صورت تکلیف اختلاف میان طرفین مشخص خواهد شد.

۴. اصول حاکم بر میانجیگری:

۴.۱. محرمانه (Confidentiality) و خصوصی (Privacy) بودن: هر آنچه که در جلسات میانجیگری مطرح می شود و یا مدارکی که در جریان میانجیگری ارائه می شود، کاملاً محرمانه است. در واقع طرفین اختلاف بدون ترس از افشاء گفته ها و مدارکشان باید بتوانند راجع به اختلاف بحث و تبادل نظر نمایند. هر یک از طرفین و میانجی مکلف به حفظ اسرار طرف دیگر در حین میانجیگری و پس از آن می باشند. اصل محرمانه بودن میانجیگری ناشی از عدم قصد اضرار به غیر است (Cherlton, 2000:15). اینکه میانجی گفته های طرفین را به طور محرمانه نزد خود نگه دارد صداقت در میانجیگری را افزایش می دهد. همچنین محرمانه بودن اعتماد میان طرفین و میانجی را افزایش می دهد (Deason, 2001). اصل محرمانه بودن بدین معناست که مذاکرات طرفین، اطلاعات و اسنادی که ارائه می شود و بطور کلی هیچیک از جزئیات رسیدگی و نتیجه ی حاصل از آن را نباید برای اشخاصی غیر از افراد دخیل در روند حل اختلاف افشا نمود (درویشی هویدا، ۱۳۹۲: ۴۱).

علاوه بر این منظور از خصوصی بودن آن است که به جز طرفین اختلاف، نمایندگان آنها، میانجی و اشخاصی که حضور آنها برای رسیدگی ضروری است همانند شهود، اشخاص دیگری نمی توانند در جلسه ی مشترک یا خصوصی^۱ حضور یابند (همان) مگر اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند.

محرمانه و خصوصی بودن میانجیگری یک ویژگی مهم در اختلافات تجاری است. این ویژگی در رسیدگی قضایی و حتا در داوری (آنگونه که در میانجیگری مورد تاکید است) وجود ندارد. بسته به مهارت میانجی و با توجه به امکان برگزاری جلسات خصوصی میان میانجی و هر یک از

۱. در میانجیگری میانجی ابتدا جلسه ای با حضور همه ی اطراف دعوا برگزار می کند که از آن تحت عنوان جلسه ی مشترک (Joint session) یاد می شود. پس از آن میانجی و هریک از طرفین دعوا به صورت جداگانه ممکن است در جلسه ای با هم راجع به اختلاف بحث نمایند که به چنین جلسه ای جلسه ی خصوصی (Private session) گفته می شود.

طرفین اختلاف، احساس صمیمیتی که میان میانجی و طرفین شکل می‌گیرد در داوری و رسیدگی قضایی وجود نخواهد داشت. بویژه اینکه برگزاری جلسه‌ی خصوصی میان داور یا قاضی و هر یک از طرفین ممکن است بیطرفی آنها را خدشه دار کند. همین احساس صمیمیت موجب خواهد شد تا تاجری که بعنوان طرف دعوا قرار گرفته است در جلسه‌ی خصوصی میانجی را امین خود بداند و جزییات مربوط به روابط تجاری مالی خویش و حتا نقاط ضعف خود را برای میانجی افشا نماید (Clift, 2006). قطعاً این امر کمک قابل توجهی به حل دوستانه‌ی اختلاف خواهد کرد. تحت لوای محرمانه بودن طرفین اغلب موضوعات شگفت‌آوری را برای میانجی افشا می‌نمایند که میانجی می‌تواند با مجوز خود آنها برای تعیین مدل چانه‌زنی با طرف دیگر از این موارد استفاده کند (Ibid). برخی از قواعد میانجیگری اصل محرمانه بودن را شامل خصوصی بودن جریان رسیدگی هم دانسته‌اند و هر دوی آنها را تحت عنوان محرمانه بودن قرار داده‌اند (مانند بند ۱-۱ ماده ۹ قواعد میانجیگری اتاق بازرگانی بین‌المللی) اما برخی دیگر هر کدام از این دو اصل را جداگانه مورد توجه قرار داده‌اند (همانند مواد M-9 و M-10 قواعد میانجیگری تجاری انجمن داوری آمریکا). به هر حال آنچه مهم است اینکه همه‌ی قواعد میانجیگری این دو اصل را مورد تاکید قرار داده‌اند.

۴-۲. **ارادی بودن:** ارادی بودن میانجیگری بدین مفهوم است که: ۱- طرفین به صورت داوطلبانه و اختیاری اختلاف را به میانجیگری ارجاع دهند و در جلسات آن شرکت نمایند. ۲- طرفین تحت هیچگونه اجباری بر حل اختلاف نباشند. ۳- نتیجه‌ی میانجیگری منعکس‌کننده‌ی مصالح طرفین و کنترل آنها بر تمام جریان میانجیگری باشد. ۴- طرفین در انصراف از میانجیگری و یا پذیرش یا عدم پذیرش نتایج خاصی از میانجیگری مختار باشند (Wolski, 1996:97). علاوه بر این ارادی بودن میانجیگری به معنی توافقی بودن آن و اینکه میانجی نمی‌تواند تصمیم خود را بر طرفین تحمیل نماید نیز می‌باشد. طرفین آزادند تا نتایج خاصی از میانجیگری را بپذیرند یا آن را رد نمایند (Ibid). آنها در هر مرحله‌ای از میانجیگری می‌توانند از میانجیگری انصراف دهند و میانجیگری را ترک نمایند. طرفین اختلاف ملزم نیستند که میانجیگری را تا حصول توافق و حل اختلاف ادامه دهند. از این جهت نیز میانجیگری یک روش مبتنی بر توافق و اراده‌ی طرفین است (Brown and Marriot, 1999:129).

۴-۴. بی طرفی: به طور کلی بی طرفی در میانجیگری دارای دو مفهوم کلی است: الف) اینکه میانجی تأثیری در محتوا و نتیجه‌ی میانجیگری نداشته باشد. در این مفهوم وظیفه‌ی میانجی کنترل جریان میانجیگری و حفظ چهارچوب‌های رسیدگی میانجیگرانه در طول مدت میانجیگری است تا طرفین بتوانند اختلاف خویش را حل نمایند. از این جهت بیطرفی ارتباط نزدیکی با عدم دخالت میانجی در تصمیم‌گیری نهایی توسط طرفین دارد. ب) میانجی نباید از هیچ یک از طرفین جانبداری نماید و مکلف است به شکل مساوی با طرفین اختلاف رفتار نماید و هیچکدام از آنها را بر دیگری مقدم نداند (Astor, 2007:223).

۵. نتیجه‌گیری:

مقدمه‌ی ورود به میانجیگری وقوع یک اختلاف است. اختلاف عدم توافق دو اراده‌ای است که با یکدیگر دارای منافع متعارضی هستند. علاوه بر این هدف از میانجیگری فقط حل اختلاف است و نیل به عدالت در درجه‌ی دوم اهمیت قرار دارد. بنابراین میانجیگری را برخلاف داوری نمی‌توان یک دادرسی دانست. میانجیگری یک روش غیر توافقی حل اختلاف است که در آن طرفین با کمک شخص سوم اختلاف خویش را حل می‌نمایند. این روش را با توجه به جهات مختلف می‌توان تقسیم کرد و انعطاف‌پذیری آن به حدی است که قابلیت تطبیق با اختلافات مختلف اعم از تجاری و غیر تجاری را خواهد داشت. به نظر می‌رسد در حال حاضر این روش مناسب‌ترین شیوه برای حل اختلافات تجاری باشد. در یک نگاه کلی آرمانی‌ترین مدل حل اختلاف آن است که خود طرفین و بدون دخالت دیگری اختلاف خویش را حل نمایند. اما دستیابی به چنین آرمانی در دعاوی تجاری با توجه به اینکه عرصه‌ی تجارت عرصه‌ی رقابت و کسب سود حداکثری است، قدری دشوار می‌نماید. در نتیجه، ناگزیر اختلافات تجاری باید با دخالت یک شخص سوم حل شود. در این مسیر هرچه دخالت ثالث در روند حل اختلاف کمتر باشد چنین مدل حل اختلافی به مدل آرمانی نزدیک است. با یک مقایسه‌ی کلی میان سه روش دوستانه‌ی مذاکره، میانجیگری و داوری می‌توان گفت شیوه‌ی میانجیگری در اوج روش‌های جایگزین و دوستانه‌ی حل اختلاف قرار دارد. در واقع میانجیگری ترکیبی از روش‌های مذاکره و داوری است. اگر در روش مذاکره خود طرفین با یکدیگر از طریق گفتگو اختلاف خویش را حل می‌نمایند در شیوه‌ی میانجیگری هم این خود طرفین هستند که با گفتگو اختلاف خود را حل می‌کنند. از سوی دیگر اگر در روش داوری حل اختلاف با دخالت ثالث انجام می‌شود، در روش میانجیگری نیز اختلاف با کمک ثالث حل و فصل می‌شود. اما تفاوت

اساسی میانجیگری و داوری آن است که بر خلاف داوری در میانجیگری شخص سوم نظر خود را بر طرفین تحمیل نمی کند و این امر را می توان یک حسن برای میانجیگری دانست. بطور کلی ویژگی ارادی بودن و حاکمیت اراده‌ی طرفین در میانجیگری بیش از داوری خودنمایی می کند چرا که حتا نتیجه ی میانجیگری هم یک قرارداد و توافق میان طرفین است. از این رو نگارندگان آینده‌ی میانجیگری تجاری را درخشان تر از داوری می دانند زیرا این روش سه مولفه‌ی سرعت، امنیت و تقویت روابط تجاری را به خوبی تامین خواهد کرد. ممکن است این ایراد مطرح شود که برخلاف داوری که در نهایت با صدور رای الزام آور اختلاف خاتمه می یابد در میانجیگری هیچ تضمینی برای حل اختلاف وجود ندارد. در پاسخ می توان گفت شاید این ایراد به میانجیگری وارد باشد اما به دو طریق می توان این ایراد را مرتفع کرد: نخست آنکه طرفین از قبل ضمن یک قرارداد به نتیجه ی میانجیگری پایبند شوند. دوم آنکه با بکار گیری روشهای میانجیگری ترکیبی از جمله داوری- میانجیگری این ایراد را رفع نمایند.

منابع و ماخذ:

فارسی:

۱. اسکینی، ربیعا. (۱۳۷۰). «خصایص قراردادهای تجاری». مجله حقوقی دادگستری. شماره ۸۳-۶۵.
۲. انصاری معین، پرویز. (۱۳۹۵). حقوق تجارت بین الملل. انتشارات میزان: تهران.
۳. توسلی جهرمی، منوچهر. (۱۳۸۰ و ۱۳۸۱). «نگاهی به شیوه‌های جایگزین حل اختلاف (ADR) در مقررات جدید اتاق بازرگانی بین المللی». مجله حقوقی بین المللی. شماره ۲۶ و ۲۷. ۳۶۵-۳۸۲.
۴. درویشی هویدا، یوسف. (۱۳۸۸). شیوه‌های جایگزین حل اختلاف. انتشارات میزان: تهران.
۵. _____ (۱۳۹۰). «مطالعه‌ای بر میانجی‌گری به عنوان روش دوستانه حل اختلافات». فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران. دوره ۴۱. شماره ۴. صص ۱۲۱-۱۳۷.
۶. _____ (۱۳۹۲). «اصل محرمانه بودن در شیوه‌های جایگزین حل اختلاف». مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی. شماره ۶۲. ۶۲-۳۹.
۷. _____ (۱۳۸۴). «شیوه‌های جایگزین یا غیر قضایی حل اختلاف». مجله قضاوت. شماره ۳۲. ۳۴-۳۹.
۸. محبی، محسن. (۱۳۷۸). «نظام داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی» مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران. شماره ۲۴. صص ۱۱۹-۳۱.
۹. محسنی، حسن. (۱۳۸۹). اداره جریان دادرسی مدنی. شرکت سهامی انتشار: تهران.
- ۱۰.

انگلیسی:

11. Astor, Hilary. (2007). "Mediator Neutrality: Making Sense of Theory and Practice". *Social & Legal Studies*. 16(2). p.221.
12. Boulle I. (2005). "*Mediation: Principles, Process, Practice*". 2nd edition: LexisNexis ButterWorths.
13. Brown H. and Morriott A. (1999). "*ADR Principles and Practice*". 2nd edition. London: Sweet&Maxwell.
14. Charlton R. (2000). "*Dispute Resolution Guidbook*". LBC. Information Services. Pyrmont.
15. Cobb S. and Rifikin J. (1991). "Practice and Paradox: Deconstructing Neutrality in Mediation". *Law and Social Inquiry*. No. 16. p. 25-39.

16. Emery, Jack s. and all. (2000). Civil Procedure and Litigation. West Legal Studies: USA.
17. Deason E.E. (2001). "The Quest for Uniformity in Mediation Confidentiality: Foolish Consistency or Crucial Predictability?". Marquette Law Review. No.85.
18. Fangfel Wang, Faye. (2009). "*Online Dispute Resolution*". England:Chandos Publication. Oxford.
19. Garner, A. Bryan. (2004). Blacks Law Dictionary. West Thomson: USA.
20. Hornle, Julia. (2009). "*Cross-Border Internet Dispute Resolution*". Cambridge: Cambridge University Press.
21. Limbury A. (2002). "Mediation: How to Resolve Disputes Online" Law Society Journal 60. Vol. 40. No. 9.
22. _____. (2005). "Med-Arb, Arb-Med, Neg-Arb and ODR" Paper Presented to the Institute of Arbitrators and Mediators Australia. Sydney.
23. Spencer, David and Brogan, Michael. (2006). "*Mediation Law and Practice*". Cambridge: Cambridge University press.
24. The Harvard Law Review Association. (1990). "Mandatory Mediation and Summery Jury Trial: Guidelines for Ensuring Fair and Effective Processes" Harvard Law Review. Vol. 103. No. 5. p. 1086-1104.
25. Wang, Margaret, (2000), "Are Alternative Dispute Resolution Methods Superior to Litigation in Resolving Disputes in International Commerce?" Arbitration International, Vol. 16, No. 2.
26. Wolski, B., (1994), "The Role and Limitations of Fisher and Ury's Model of Interest-based Negotiation in Mediation" Australian Dispute Resolution Journal 210.