

## مزایا و معایب «میانجی‌گری - داوری» (med - arb) همانند روش جایگزینی حل اختلافات\*

علاوه بر سازش و میانجی‌گیری که به طور سنتی در سطح ملی و بین‌المللی مورد استفاده قرار می‌گیرد، بیش از سی سال است که اشکال تازه‌ای از سازش و میانجی‌گری در ایالات متحده آمریکا تحت عنوان کلی «روشهای جایگزینی حل اختلافات» (Alternative dispute resolution «ADR») ظاهر شده، نشو و نما نموده‌اند<sup>(۱)</sup>.

روشهای معروف به (ADR) در تمامی سطوح زندگی اجتماعی نظیر خانواده، مدرسه، محله، بنگاه تجاری، اداره و غیر آن مورد استفاده قرار می‌گیرند. ارایه یک فهرست کامل از روشهای (ADR) غیرممکن است. حتی اگر به قلمرو قراردادی بسنده کنیم تعداد این روشها قابل توجه هستند. در بیشتر موارد این روشها فرمولهای کم و بیش مشابهی هستند که گاه با توقعات قراردادی و گاه با نیاز بنگاههای تجاری هماهنگ شده‌اند. دهها روش جایگزینی (ADR) را می‌توان برشمرد نظیر «داوری غیراجباری» (non binding arbitration)، «آخرین پیشنهاد داوری» (last - offer arbitration)، «دادرسی مختصر» یا «دادرسی مجازی» (mini - trial)، «میانجیگری - داوری»

---

\* - مقاله حاضر ترجمه مقاله‌ایست که از مؤلف تحت عنوان

(Les avantages et les inconvenients du «med - arb» comme mode alternatif de reglement des conflits)

در شماره ۴ سال ۱۹۹۸ مجله حقوقی فرانسوی زبان *Revue generale des procedures* به چاپ رسیده است.

(med - arb) یا (ce - med- arb)، «کمیته حل اختلاف» (dispute review board)، «کارشناس تحقیق» (expert fact - finding) و غیر آن<sup>(۳)</sup>.

در میان روشهای شمرده شده، روش «میانجیگری - داوری» توجه خاصی را به خود جلب می‌نماید. «میانجیگری - داوری» یا «سازش - داوری»<sup>(۳)</sup> اصطلاحی است که توسط امریکایی‌ها به کار برده می‌شود و ترکیب دو نهاد کاملاً متفاوت یعنی «میانجیگری» یا «سازش»<sup>۴</sup> را از یک سو و داوری از سوی دیگر را مفروض می‌دارد.

در یک «میانجیگری - داوری» (از این به بعد «med - arb») طرفین قرارداد از قبل توافق می‌نمایند در فرضی که میانجیگری به شکست بیانجامد میانجی نقش داور را به عهده بگیرد<sup>(۴)</sup>. به عبارت دیگر هنگامی که از «med - arb» سخن به میان می‌رود در وهله اول به یک یا چند شخص برای ایجاد سازش بین طرفین مأموریت داده می‌شود، اگر طرفین زیر نظر سازشگران مصالحه ننمودند یا پیشنهادهای آنان را رد کردند همان افراد متعاقباً دعوی بین اصحاب دعوی را به صورت قطعی حل و فصل می‌نمایند.

عنصر اساسی «med - arb» این است که یک شخص واحد می‌تواند دو وظیفهٔ مختلف به عهده بگیرد.<sup>\*\*</sup>

با توجه به این نکته، در فرضی نیز که طرفین یک داوری، داور را مجاز می‌دارند قبل از حل و فصل قطعی دعوی تلاش کند بین آنها را سازش دهد با یک «med - arb» مواجه هستیم. یک نوع دیگر «med - arb»، «co - med - arb» می‌باشد با این تفاوت که براساس روش اخیر، مأموریت میانجیگری و داوری به اشخاص متفاوتی واگذار

\*\* - میانجیگری (mediation) نهادی است که توسط آن طرفین دعوی تلاش می‌کنند از طریق شخص ثالث که میانجی نامیده می‌شود اختلافات خود را از طریق دوستانه حل نمایند. سازش (conciliation) نیز نهادی است که توسط آن طرفین خود یا به واسطهٔ شخص ثالث سعی می‌نمایند تا به اختلافات خود پایان دهند. در حقوق فرانسه برخی از حقوقدانان برآنند که سازشگر تنها طرفین را به سوی یک راه‌حل قابل قبول هدایت می‌نماید ولی میانجی علاوه بر آن می‌تواند پیشنهادات یا توصیه‌هایی (recommendations) برای پایان دادن به دعوی ارائه نماید. معذالک امروزه دکتربین غالب بر آن است که هیچ‌گونه تفاوت بنیادی بین این دو نهاد وجود ندارد و سازشی که با دخالت یک فرد ثالث انجام می‌پذیرد در واقع یک میانجیگری است. بالاخره لازم به یادآوری است که صلح یا مصالحه نتیجهٔ میانجیگری یا بروسهٔ سازشی است که به موفقیت انجامیده است.

\*\* - چنین شخصی را اصطلاحاً «میانجی - داور» (mediateur - arbitre) یا «سازشگر - داور» (conciliateur - arbitre) می‌نامند.

می‌شود. در یک «co - med - arb» میانجی و داور هر دو تبادل اطلاعات بین طرفین را سازمان می‌دهند. آن‌گاه، میانجی در غیاب داور یک میانجی‌گری بین آنها ترتیب می‌دهد. در صورتی که میانجی‌گری به شکست بیانجامد، دعوی یا مسائلی که در جریان میانجی‌گری حل نشده باقی مانده‌اند به داور ارجاع می‌شود تا وی آن را به صورت قطعی حل و فصل نماید<sup>(۵)</sup>. روش «co - med - arb» برخی مزایای سیستم «med - arb» را دارا می‌باشد. در هر دو مورد طرفین تلاش می‌کنند قبل از همه، دعوی‌شان را به شکل دوستانه حل و فصل نمایند. چنین تدبیری، هدف حفظ روابط قراردادی آینده و صرفه‌جویی در وقت و هزینه را تعقیب می‌کند<sup>(۶)</sup>. ولی روش «co - med - arb» همانند روش دوستانه حل اختلافات یا «ADR» فاقد هرگونه نوآوری است. در این خصوص گفته شده است که «این سیستم مطلب تازه‌ای برای ارایه ندارد چه سیستمی کاملاً شناخته شده است که در آن شرط حل اختلافی دو مرحله‌ای وجود دارد: یک سازش مقدماتی و در صورت شکست سازش، یک داوری»<sup>(۷)</sup>. تنها تفاوت بین این سیستم و «co - med - arb» این است که در فرض اخیر، داوران حتی قبل از تلاش سازش انتخاب می‌شوند. این عنصر می‌تواند موجب صرفه‌جویی در وقت و هزینه بشود و در صورت پیدا نشدن یک راه حل مبتنی بر مصالحه رجوع به داوری را تسریع نماید. با این حال این تفاوت عمده نیست چه هیچ چیز مانع از آن نیست که طرفین بتوانند داوران را در هر لحظه‌ای از تلاش سازش یا حتی قبل از سازمان دادن آن انتخاب نمایند. مفهوم «med - arb» از آنجا که جمع دو وظیفه میانجی و داور را ممکن می‌سازد مخالفان جدی هم در میان متخصصین حقوق داوری و هم در میان دست‌اندرکاران تجارت بین‌المللی دارد.

در واقع مقررات مختلف سازش و میانجی‌گری که در عرصه بین‌المللی مورد استفاده هستند دخالت میانجی را پس از شکست تلاش سازش به عنوان داور و به منظور حل و فصل دعوی حل نشده ممنوع اعلام می‌دارند<sup>(۸)</sup>.

با این حال، بخشی از اندیشه‌پردازان و نیز دست‌اندرکاران تجارت بین‌المللی از ایده «med - arb» دفاع می‌کنند و به ویژه بر فایده‌مندی عملی آن تأکید می‌نمایند. اختلاف عقیده در خصوص استفاده از «med - arb» همانند روش جایگزینی حل اختلافات،

پرداختن به مزایا و معایب آن را ضروری می‌گرداند.  
 بدین منظور مفید خواهد بود در وهله اول ببینیم در رویه تجارت بین‌الملل و نیز سیستمهای مختلف حقوقی با ایده «med - arb» به چه نحوی برخورد شده است.

### ۱- نحوه برخورد با «med - arb» در سیستمهای حقوقی مختلف

ساز و کار مورد بحث در آمریکا از سال ۱۹۷۰ در دعاوی تجاری و دعاوی ناشی از کار مورد استفاده قرار می‌گیرد<sup>(۹)</sup>. معذالک باید یادآوری نمود که ایده «med - arb» ریشه در رویه دادگاههای دولتی دارد.

برای شروع، یادآوری این نکته جالب خواهد بود که قاضی فرانسوی از نظر تاریخی و قبل از همه یک سازشگر بوده است<sup>(۱۰)</sup>. از زمان تصویب آیین دادرسی مدنی جدید فرانسه نیز ماده ۲۱ آن صراحتاً مقرر می‌دارد که: «ایجاد سازش بین طرفین از مأموریتهای قاضی محسوب می‌شود». همچنین، براساس ماده ۱۲۷ همین قانون: «در تمام طول دادرسی طرفین خود یا به ابتکار قاضی می‌توانند سازش نمایند». از این مقررات چنین برمی‌آید که قاضی در هر لحظه از دادرسی به درخواست متداعیین یا به ابتکار خود می‌تواند به یک سازشگر بدل شود. مسلماً در صورت شکست تلاش سازش، قاضی مکلف به قطع دعوی خواهد بود.

در آنچه که به داوری مربوط می‌شود مقررات راجع به داوری، آیین دادرسی مدنی فرانسه، در خصوص اختیار داور برای سازش طرفین قبل از حل و فصل دعوی ساکت است.

معذالک به نظر می‌رسد رأی که اخیراً از سوی دادگاه *grande instance* فرانسه صادر شده، صراحتاً این امکان را پذیرفته است: «هیچ یک از مقررات قانونی مانع از آن نیست که داور همانند قاضی بتواند طرفین را سازش دهد و چارچوب یک توافق را که منجر به حل و فصل دعوی در شرایط شرافتمندانه و قابل قبول برای همه گردد به طرفین پیشنهاد نماید...»<sup>(۱۱)</sup>.

حقوق فرانسه در پذیرش این ساز و کار تنها نیست بلکه همان طور که یک مؤلف آلمانی<sup>(۱۲)</sup> محقق نموده: «عملکرد دوگانه قاضی همانند دادرس و سازشگر یک روش

نمونه در آیین دادرسی مدنی اروپایی است که ریشه آن به زمانهای دوردست برمی‌گردد. تقریباً از اواخر قرون وسطی می‌توان مقرراتی در برخی از کشورها پیدا کرد که قاضی را مجاز می‌سازد نه تنها قبل از شروع دادرسی بلکه در طول جریان آن طرفین را سازش دهد.<sup>۱۳</sup> به نظر مؤلف علاوه بر آلمان بسیاری از کشورهای دیگر نظیر یونان، اتریش، ایتالیا و جمهوری چک در آیین دادرسی مدنی خود امکان تلاش برای حل دوستانه دعوی بین طرفین را گنجانده‌اند. همین شیوه در برخی از کشورهای خاور دور نیز مورد استفاده قرار می‌گیرد. از این قبیل است ماده ۳۶ آیین دادرسی مدنی ژاپن و ماده ۶ آیین دادرسی مدنی چین.<sup>۱۳</sup>

اگر به داوری برگردیم، رویه مورد تعقیب مراجع قضائی دولتی در مقررات متعدد داوری و سازش در عرصه داخلی یا بین‌المللی پی گرفته شده است. در فرانسه مقررات «انجمن سینمای حرفه‌ای» در زمینه سازش و داوری جلب توجه می‌نماید. این مقررات در ماده ۴، ۵ و ۶ خود یک روند سازش اجباری قبل از رجوع به داوری را سازمان می‌دهد: «در صورت عدم سازش یا در غیاب طرفین آن دو سازشگر به داور تبدیل می‌شوند و ظرف سه هفته از صورت جلسه عدم سازش داور سومی انتخاب می‌نمایند»<sup>۱۴</sup>.

در عرصه بین‌المللی ماده ۲۹ دادگاه داوری (Arbitration Court) وابسته به اتاق اقتصادی جمهوری چک مقرر می‌دارد: «با توجه به اوضاع و احوال پرونده دادگاه داوری می‌تواند در هر زمان طرفین را به انعقاد یک مصالحه فراخواند و پیشنهادها و توصیه‌هایی را که به نظری تسهیل احتمالی حل و فصل دعاوی را ممکن می‌سازد ارائه نماید». مقررات مشابهی توسط بخش ۱۹ از مقررات نهاد داوری آلمان پیش‌بینی شده است.<sup>۱۵</sup>

در ذیل برخی از مقررات داوری مورد استفاده در خاور دور که داوران را برای ایجاد سازش بین طرفین مجاز می‌دارد ذکر می‌شود. به عنوان مثال بخش ۲۱، «قواعد دریایی» داوری بازرگانی ژاپن اعلام می‌کند:

«۱- طرفین حتی بعد از آن که لزوم مراجعه به داوری احساس می‌شود حق خود را جمع به حل دوستانه دعوی را از دست نمی‌دهند.

۲- کمیته می تواند در هر مرحله ای از رسیدگی داوری در خصوص بخشی از دعوی یا کل آن بین طرفین میانجیگری نماید»<sup>(۱۶)</sup>.

در آنچه که به رویه تجارت بین المللی مربوط می شود شایسته است به «مقررات میانجیگری» سازمان بین المللی «مالکیت صنعتی» (WIPO) که از تاریخ اول اکتبر ۱۹۹۴ لازم الاجرا گردیده اشاره شود. براساس ماده (۴) ۱۳ این مقررات در صورت شکست تلاش سازش، میانجی می تواند با توافق صریح طرفین به عنوان داور ایفاء نقش نماید. در این صورت میانجی قادر خواهد بود اطلاعاتی را که در جریان رسیدگی میانجیگری به او منتقل شده است در رسیدگی داوری مورد استفاده قرار دهد<sup>(۱۷)</sup>.

با این حال، با ایده «med - arb» یا «سازش - داوری» در همه جا و توسط همه به طور یکسان برخورد نشده است. به عنوان مثال، مقررات داوری اتاق داوری قهوه و ادویه «هاور» Havr (در فرانسه) صریحاً مقرر می دارد: «ایجاد سازش بین طرفین در صلاحیت داوران نیست»<sup>(۱۸)</sup>.

حقوق انگلیس نیز در کلیت خود نسبت به ساز و کار مورد بحث بدبین است: حقوق انگلیس سازش را به عنوان نهادی رسمی در جریان داوری خصوصی نمی پذیرد<sup>(۱۹)</sup>. \* بالاخره همان طور که قبلاً گفته شد اغلب مقررات سازش و داوری مورد عمل در قلمرو تجارت بین المللی، ایده «med - arb» را مردود می شمارند و سازشگر یا میانجی را، در صورت شکست تلاش سازش، از اقدام به عنوان داور ممنوع می کنند<sup>(۲۰)</sup>.

در واقع در حالی که برخی بر مزایای سیستم «med - arb» پای می فشارند برخی دیگر در آن جز عیب نمی بینند.

از این رو مطالعه دلایل مخالف و موافق ایده «med - arb» اجتناب ناپذیر به نظر

\* - در حقوق ایران نیز داوران تنها در صورتی مجاز به میانجیگری هستند که این اختیار توسط اصحاب دعوی به آنها اعطا شده باشد. این معنی از مفهوم مخالف قسمت اول ماده ۴۸۳ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی راجع به داوری برمی آید: «در صورتی که داورها اختیار صلح داشته باشند می توانند دعوی را به صلح خاتمه دهند...». به عبارت دیگر اقدام داوران به عنوان میانجی نیاز به تصریح دارد و در صورت سکوت شرط یا قرارداد داوری، داور از اقدام به مصالحه طرفین و ایفاء نقش میانجی یا سازشگر ممنوع خواهد بود.

می‌رسد.

## ۲- دلایل مخالف و موافق میانجیگری - داوری «med - arb»

دلایل مخالف و موافق «med - arb» توسط دکترین رایج شده در زمینه داوری بین‌المللی و یا توسط مقررات مختلف میانجیگری یا سازش در زمینه تجارت بین‌الملل بیان شده‌اند.

### الف - دلایل مخالف میانجیگری - داوری «med - arb»

آقای هرمن (Hermann) دلیل ممنوعیت میانجی در اقدام به عنوان داور در صورت شکست تلاش سازش را به نحو زیر بیان می‌کند:

«سازشگر در جریان سازش به طور خصوصی از دعوی و نقاط ضعف و قوت موضع هر یک از طرفین آگاه می‌شود. اگر در چارچوب یک رسیدگی داوری یا قضائی مربوط به همان اختلاف، سازشگر در موقعیتی قرار گیرد که اطلاعات وی امکان صدمه زدن به منافع یک طرف را فراهم سازد (یعنی سازشگر در صورت شکست میانجیگری نقش داور، وکیل یا شاهد را به عهده بگیرد) میل طرفین برای رسیدن به یک توافق مبتنی بر مصالحه و به ویژه قصد آنها برای اعتماد به سازشگر بدون شک کاهش خواهد یافت».

برای زایل کردن این بیم طرفین، سازشگر نباید برای برخی از اقدامات در جریان رسیدگی‌های تدافعی (رسیدگی قضائی و داوری) مجاز شمرده شود.

مؤلف سپس اضافه می‌نماید که اولین اقدام از این دست داوری است: «در این صورت ترس طرفین کاملاً موجه خواهد بود زیرا همواره این خطر وجود دارد زمانی که وی (سازشگر یا میانجی) به عنوان داور یک تصمیم اجباری اتخاذ می‌کند اطلاعاتی را که در طول یک سازش مبتنی بر صداقت و دوستی به دست آورده در نظر بگیرد. این که سازشگر بتواند متعاقباً به عنوان داور انجام وظیفه نماید این خطر را به دنبال دارد که یک طرف دعوی را از برخورد صادقانه و بدون ریا منصرف سازد امری که به سازش لطمه وارد خواهد کرد»<sup>(۲۱)</sup>.

در همین راستا، برخی بر این عقیده هستند که «med - arb» از کارآیی میانجیگری می‌کاهد. چه وقتی طرفین در میانجی‌چهره یک داور آتی را می‌بینند آمادگی کمتری برای گذشت یا رایج پیشنهاد برای حل دعوی از خود نشان می‌دهند<sup>(۲۲)</sup>.

برای رد ایده «med - arb» آقای برنینی (Bernini) بر این موضوع تأکید می‌کند که دخالت داور به عنوان سازشگر این خطر را به دنبال دارد که استقلال و بی‌طرفی وی را زیر سؤال می‌برد، به ویژه اگر یک طرف دعوی از سازش امتناع نماید. به نظر مؤلف احتمال فراوانی وجود دارد که «سازشگر - داور» در جریان تلاش برای سازش بین طرفین یک نوع پیش قضاوت نسبت به دعوی (مسأله) پیدا نماید<sup>(۲۳)</sup>.

انتقاد مؤلف در حکم صادر شده توسط دادگاه *grande instance* پاریس نمود بیرونی پیدا کرده است<sup>(۲۴)</sup>. در موضوع دعوی، یک وکیل انتخابی توسط رئیس کانون وکلا برای داوری در خصوص یک اختلاف بین شرکای سابق یک شرکت مدنی حرفه‌ای وکالت (*Société civile professionnelle SCP*) برگزیده می‌شود. داور تلاش می‌کند تا دیدگاههای طرفین را به هم نزدیک سازد ولی موفق نمی‌شود. بدین منظور وی با این استدلال که مصالحه بر یک رسیدگی طولانی و پرهزینه (داوری) ترجیح دارد پیشنهادهایی به طرفین ارایه می‌دهد. به نظر یکی از طرفین داور با پیشنهادهای خود مبنی بر مصالحه در واقع به گونه‌ای در خصوص دعوی پیش قضاوت پیدا کرده است. وی بر این اساس ایرادی مبنی بر رد داور طرح می‌نماید. دادگاه ایراد را مردود می‌شمارد با این استدلال که: «دلیلی برای رد داور وجود ندارد چه هیچ مدرک یا گواهی نشان نمی‌دهد که داور منتخب رئیس کانون وکلا در لحظه‌ای از لحظات اجرای وظایفش از تکلیف بی‌طرفی خود سرباز زده باشد». تصمیم دادگاه را باید با توجه به اوضاع و احوال پرونده تحلیل نمود ولی این تصمیم به هر حال نشان می‌دهد که بیم از طرفداری داور زمانی که وی قبلاً برای سازش طرفین اقدام نموده یک بیم جدی و قابل اعتنا است. از سوی دیگر برخی از مؤلفین معایب ناشی از جمع وظایف سازشگری و داوری را یادآوری نموده‌اند. به نظر آنها: «یک طرف اختلاف ممکن است از نکته‌ای که مورد توجه خاص داور قرار گرفته است سوء استفاده کند تا وی را به اشتباه بیاندازد و در نتیجه مباحثات ناشی از آن را تحریف نماید. یک داور خوب همواره یک میانجی خوب نیست و بالعکس»<sup>(۲۵)</sup>.

به تمامی این دلایل می‌توان اضافه کرد که رفتار طرفین در جریان تلاش سازش ممکن است قاضی یا داور را که متعاقباً و در صورت شکست این تلاش، برای قطع دعوی برای



همیشه مشغول به رسیدگی خواهد شد، تحت تأثیر قرار دهد. همان طور که آقای ویدرکر (Wiederkehr) گفته است<sup>(۲۶)</sup>، این امکان وجود دارد که قاضی نسبت به کسی که برای سازش کمتر تمایل نشان داده است موضع بدبینانه‌ای اتخاذ نماید. بالاخره عنوان شده است که «med - arb» جریان عادی میانجی‌گری را مختل می‌سازد زیرا این امر که اظهارات یا مدارک ارایه شده توسط طرفین در جریان یک داوری بعدی مورد استفاده قرار خواهند گرفت مانع مذاکره آزاد طرفین (در طول میانجی‌گری) می‌شود<sup>(۲۷)</sup>.

#### ب - دلایل موافق میانجی‌گری - داوری «med - arb»

به نظر برخی مؤلفین، این امر که تعدادی از اظهارات غیرمسئولانه و کنترل نشده در طول میانجی‌گری ممکن است حکم داوری را تحت تأثیر قرار دهد ادعای موجهی است. معذالک گاه در همین نکته اغراق زیادی وجود دارد. در واقع سؤال این است که آیا رابطه‌ای مبتنی بر اعتماد از یکسو بین طرفین و از سوی دیگر بین آنها و میانجی - داور وجود دارد یا خیر؟ اگر هیچ اعتمادی در بین نیست باید داوری توسط شخصی غیر از میانجی به عمل آید. اگر بالعکس، اعتماد کامل (بین اطراف مختلف) وجود دارد در این صورت باید از میانجی درخواست نمود تا نتیجه‌گیری خود را بر دلایل رسمی مبتنی سازد و یک داوری را سازمان دهد<sup>(۲۸)</sup>.

برای رد معایب ادعایی «med - arb» به ویژه خطر پیش قضاوت از جانب قاضی یا داور، آقای نیک لیخ (Nicklisch) بر ماهیت ارادی تلاش جهت حل مسالمت‌آمیز اختلافات تأکید می‌کند: «از آنجا که اختیار دادرسی و سازش داور از قصد طرفین نشأت می‌گیرد، مسأله ورود ضرر از جانب داوری که موفق نشده است طرفین را به جانب یک راه حل دوستانه هدایت نماید مطرح نخواهد شد». مؤلف اعتقاد دارد که وظیفه دوگانه داور یا قاضی مزایای متعددی دارد:

- ترکیب سازش و قضاوت موفقیت زیادی به همراه خواهد داشت چه بیش از نصف داوری‌ها با یک توافق دوستانه به پایان می‌رسند؛

- «داور - سازشگر» می‌تواند به هر یک از طرفین میزان موفقیت یا عدم موفقیتش را

در جریان یک داوری احتمالی گوشزد نماید؛

- مدت زمان کوتاه سازش؛

- فقدان هزینه‌های اضافی در سازش؛

- اگر تلاش برای حل مسالمت‌آمیز به موفقیت نینجامد بلافاصله امکان سازمان دادن

یک داوری یا یک تلاش سازش جدید وجود خواهد داشت؛

- اعم از این که دعوی به طریق دوستانه یا یک داوری حل و فصل شرط شده باشد

رسیدگی در هر دو صورت به یک تصمیم نهایی، اجباری و قابل اجرا به پایان خواهد رسید (۲۹)\*.

بالاخره به نظر برخی مؤلفین روش «med - arb» یا «سازش - داوری» در عین حال با

ماهیت انعطاف‌پذیر سیستم، با رضای طرفین برای برپایی چنین پروسه‌ای و همچنین با

نسبیت مفهوم استقلال و بیطرفی (میانجی - داور) توجیه می‌شود (۳۰).

### ۳- برآیند و دورنما

با ملاحظه دلایل مخالف و موافق مفهوم «med - arb» به گونه‌ای که گذشت ما در

وهله اول بر این عقیده هستیم که مزایای یک سیستم مبتنی بر دو مرحله میانجیگری و

داوری غیرقابل انکار هستند. در واقع، یافتن یک راه حل قابل قبول برای دو طرف قبل از

تحمیل راه حلی که در اکثریت موارد، حداقل برای یک طرف غیرمنصفانه تلقی خواهد

شد ترجیح دارد. به علاوه حتی در صورتی که تلاش سازش به شکست بیانجامد،

«سازشگر - داور» عناصر مهمی در اختیار خواهد داشت که به او یاری خواهند نمود تا به

استناد توافقات احتمالی به دست آمده در جریان میانجیگری یا سازش قضاوت نماید.

آقای لوکن (Loquin) در این خصوص مثال جالبی ارائه می‌دهد (۳۱) در یک دعوی

ارجاعی به داوری در سال ۱۹۷۲، طرفین، (یک شرکت لهستانی و یک شرکت ایتالیایی)

قبل از رجوع به داوری تلاش می‌کنند در حضور داورانی که نقش میانجی را به عهده

داشتند توافقی مبتنی بر مصالحه انجام دهند. خواهان که ابتدا مبلغ ۱۳ میلیون لیر (ایتالیا)

به عنوان خسارت درخواست کرده بود مبلغ ۸ میلیون لیر را به عنوان حداقل غیرقابل

\* - منظور این است که نه تنها رأی داور بلکه مصالحه‌ای که در مقابل داور محقق شده، هر دو قطعی و لازم‌الاجرا هستند. در این خصوص قسمت دوم ماده ۴۸۳ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی نیز صراحت دارد: «صلحنامه‌ای که به امضای داوران رسیده باشد معتبر و قابل اجراست».

تغییر و به عنوان مبنای مصالحه پیشنهاد می‌کند. خواننده قبول می‌نماید که این مبلغ را پردازد به شرطی که پرداخت یکجا و به صورت تحویل رایگان قطعات یدکی و تدارکاتی انجام گیرد. مصالحه به دلیل عدم توافق در خصوص نحوه پرداخت مبلغ مورد توافق به شکست منتهی می‌شود. حکم داوری توافق جزئی طرفین در جریان تلاش سازش را در نظر می‌گیرد. سپس داوران در خصوص نحوه پرداخت یعنی نکته‌ای که طرفین در خصوص آن به توافق نرسیده بودند اعلام نظر می‌کنند. آنها در حکم خود دو طرف را وادار به گذشت می‌نمایند.

مزیت دیگر «med - arb» این است که ترتیب یک تلاش قبلی برای سازش یا میانجی‌گری به طرفین امکان می‌دهد تا نقاط قوت و ضعف مواضع خود را بشناسند و در نتیجه محتوی یک قضاوت احتمالی را پیش‌بینی نمایند. این شناسایی زودرس ممکن است متعاقبین را به سوی یک گذشت متقابل و یک راه حل دوستانه سوق دهد.

علی‌رغم آنچه گفته شد معایب «med - arb» بسیار بیشتر از مزایای آن است. حتی طرفداران مفهوم «med - arb» نیز اذعان نموده‌اند که اظهارات انجام شده توسط طرفین یا اطلاعات ارائه شده توسط آنها در طول سازش می‌تواند استقلال و بی‌طرفی «میانجی - داور» را که در صورت عدم مصالحه به عنوان داور در دعوی مداخله خواهد نمود به شدت تحت تأثیر قرار دهد.

در میان معایب «med - arb» مهم‌ترین عیب آن است که این روش، مسأله آیین مورد تعقیب و قواعد حاکم بر ماهیت دعوی را در یک حالت بلا تکلیفی قرار می‌دهد.

زمانی که «میانجی - داور» اقدام به تلاش سازش می‌نماید و طرفین در خصوص قواعدی که رسیدگی باید براساس آنها به عمل آید ساکت هستند سؤال این است که آیا وی باید یا نباید قواعد رسیدگی داوری را رعایت کند یا این که آیا او از همان اختیار تحقیقی برخوردار است که داور از آن برخوردار می‌باشد یا خیر؟ در خصوص قواعد حاکم بر ماهیت دعوی موضوع باز هم پیچیده‌تر است. مشخص نیست در صورت سکوت شرط ناظر بر «med - arb» آیا «میانجی - داور» باید براساس قواعد قانون قابل اعمال بر قرارداد اصلی رأی دهد یا بالعکس می‌باید همانند یک سازشگر عمل نموده و براساس انصاف، رویه‌های تجاری و غیره تصمیم بگیرد<sup>(۳۲)</sup>.

از آنچه گذشت نتیجه می‌گیریم که ایده «میانجیگری - داوری» بیشتر از این که مشکل را حل کند بر آن می‌افزاید. بنابراین بهتر خواهد بود وظیفه داوری با وظیفه میانجیگری یا سازشگری جمع نشود. امروزه علاوه بر بخش اعظم دست‌اندرکاران حقوق داوری بین‌المللی، برخی نهادهای تجارت بین‌المللی نیز نسبت به ایده «med - arb» اظهار بدبینی کرده‌اند. در ایالات متحده آمریکا، مجموعه مقررات علم‌الوظایف انجمن داوری آمریکا (AAA) و انجمن وکلای آمریکا (ABA) به عدم جمع وظایف داور و میانجی توصیه می‌کنند<sup>(۳۳)</sup>.

با این حال، برای این که دست‌اندرکاران معاملات بین‌المللی از مزایای «med - arb» محروم نشوند پیشنهاد ما این است که به دخالت سازشگر به عنوان داور یک ماهیت اختیاری داده شود. این راه حلی است که توسط مقررات سازش «سازمان بین‌المللی مالکیت صنعتی» (WIPO) پذیرفته شده است<sup>(۳۴)</sup>. تجربه سازش مورد عمل اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) نشان می‌دهد تا چه اندازه دخالت سازشگر به عنوان داور براساس رضایت طرفین می‌تواند حل رضایت بخش دعاوی را تسهیل نماید. در یک پروسه سازش که در آن تبادل یادداشتها و دفاعیات بسیار پر حجم بوده (دعوی راجع به پیمانکاری)، طرفین نه تنها تدافعی نبودن سازش را مورد ایراد قرار نمی‌دهند بلکه از سازشگر تقاضا می‌کنند به عنوان داور در داوری که پس از شکست سازش ترتیب داده شده بود شرکت کند<sup>(۳۵)</sup>. بدین ترتیب در یک شرط یا قرارداد سازش طرفین می‌باید اختیار اعطای مأموریت به سازشگر برای قضاوت در مورد دعوایشان را - در صورت عدم موفقیت سازش - برای خود محفوظ نگاه دارند. به طور دقیق‌تر، باید از هر گونه «تبدیل» خودبخودی (اتوماتیک) سازشگر یا میانجی به داور خودداری گردد. تصمیم طرفین در این خصوص بستگی به میزان اعتمادی خواهد داشت که آنها با سازشگر یا میانجی دارند.

برای احتراز از معایب «med - arb» استفاده از فرمولهای زیر را توصیه می‌نماید:  
- در یک شرط یا قرارداد سازش یا میانجیگری: «در صورت شکست تلاش سازش، طرفین می‌توانند به تراضی از سازشگر (سازشگران) دعوت نمایند تا به عنوان داور انجام وظیفه نماید. در این صورت داوری مطابق مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC)

یا انجمن داوری آمریکا (AAA) یا غیر آن صورت خواهد گرفت».

- در یک شرط یا قرارداد داوری: «طرفین دعوی می‌توانند در هر لحظه‌ای از داوری، به تراضی از داور (داوران) دعوت کنند تا بین آنها سازش ایجاد کند. در این صورت داور (داوران) باید رسیدگی سازش را مطابق مقررات سازش اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) یا مقررات سازش کمیسیون سازمان ملل متحد برای حقوق تجارت بین‌المللی یا غیر آن هدایت نماید».

مسلم است زمانی که داوری پس از سازش اعمال می‌شود، «میانجی - داور» باید تنها به قضاوت در خصوص دعاوی موضوع سازش بسنده نماید. داور نمی‌تواند جز در صورت توافق صریح متعاقدین در خصوص سایر دعاوی که بین دو طرف وجود دارد اظهارنظر نماید. این قبیل دعاوی در قلمرو صلاحیت داوری قرار دارد که براساس شرط یا قرارداد داوری انتخاب خواهد شد.

برای نتیجه‌گیری باید بگوییم «med - arb» همانند روش جایگزینی حل دعاوی «ADR» که در ایالات متحده آمریکا متولد شده و نشو و نما کرده است از زمانهای طولانی هم در فرانسه هم در اروپا و هم در رویه تجارت بین‌المللی وجود داشته است. مشروعیت رجوع طرفین به «med - arb» همانند یک شیوه حل دعاوی در حقوق فرانسه از ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی آن کشور\* سرچشمه می‌گیرد، هر چند که اجرای آن در عمل عکس‌العملهای متفاوتی را همان طور که دیدیم برانگیزد.

#### ○ منابع

۱- این عبارت در کبک به عنوان:

«Solutions de rechange au règlement de conflits»

و در فرانسه به عنوان:

«Modes alternatifs de règlement des conflits» (MARC),

شناخته شده است نک:

(Ch. Jarrosson, "Modes alternative de règlement des conflits": Justices n° 6, avril/juin

\* - در حقوق ایران نیز شرط یا قرارداد «میانجی‌گری - داوری» به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی صحیح و لازم‌الاجرا است.

1997, P.274 et s.) یا "Réglement amiable des différents" (RAD) (B.Honotiau, "Arbitrage, mediation, conciliation: approches d'Europe continentale et de common law": RDAI 1996, P.203 et s., Spec. P.217).

۲- در ایالات متحده آمریکا و در کشورهای الهام گرفته از حقوق آمریکا، برخلاف اروپای قاره‌ای، اصطلاح "ADR" شامل داوری نیز می‌شود که در مقابل رسیدگی دادگاههای دولتی قرار دارد. نک:

J-C Goldsmith, "ICC working group report on ADR", American review of international arbitration 1993, P.413. Spec. P.415.

3- N.Royce, "Conciliation in business dispute: had the future?": CLR 1989, P.34 et s.spec. P.38.

4- J-C. Goldsmith op.cit.PP.425 et 426.

5- Centre for public resources (CPR), "The ABC of ADR : a dispute resolution glossary" sur (<http://www.cprdr.org/glossary.htm>), P.3

6- Ch. Jarrosson "Les modes alternatifs...", op.cit. P.345.

7- Ibid.

۸- به عنوان مثال نگاه کنید به ماده ۱۰ مقررات سازش اتاق بازرگانی بین‌المللی

(Bull. de "ICC" la court international de l'arbitrage de la CCI nov.1994, P.18)

ماده ۵-۲ مقررات سازش اختیاری مرکز مطالعات و رویه داوری ملی و بین‌المللی بلژیک "Cepani"

نک:

("http: www. vbo - feb.be/cepani/vegfr.htm")

ماده ۱۵ قواعد میانجیگری تجاری، انجمن داوری آمریکا "AAA" نک:

: (<http://www.adr.org/rules/medrules.html>).

و ماده ۱۹ مقررات سازش کمیسیون سازمان ملل متحد برای حقوق تجارت بین‌المللی نک:

J.Robert et B.Moreau, L'arbitrage : droit international privé, éd. Dallo3 1993, P.405.

9- K.El.Hakim, "Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats": RIDC 1997, P.347 et s., spec. P.350.

10- P.Bellet, "Les conciliateurs en France", in les conciliateurs et la conciliation, une étude comparative, préface A.Tunc, sous la direction de H.Kotz et R.Ottendorf, Economica 1983, P.37 et. S.; R.Martin, "Quand le grain ne meurt... de conciliation en mediation": JCP éd.: در همین مورد نک

G 1996, doct. 3977.

11- TGL Paris, 19 déc. 1996: Rev.Arb. 1998m n° 1, P.162, note Ch.Jarrosson.

12- F.Nicklisch, "Positive experiences with conciliation intergrated in arbitration in civil law systems" : ICLR. 1997, P.289 et s. spéc. P.293.

13- K.Tashiro, "Conciliation or mediation during arbitral process, a japanese view": J.Int.Arb. 1995; P.119 et s., spec. P.125.

14- P.Ancel, E. Loquin, M-CL. Rondeau-Rivier (sous la direction de J.Rubelin Devichi) in L'arbitrage, Litec 1989, PP.7 et 8.

15- F.Nicklisch, op.cit. PP. 294-295.: نک

16- K.Tashiro, op.cit. P.124.: نک

17- (<http://www.Wipo.org/fre/arbit/rules/mediato/med/-rule.htm>)

18- R.Loquin in "Arbitrage, institutions d'arbitrage, annexes": J-CL. proc,civ (1997), Fasc, 1003.

19- M.J.Mustil et S.C. Boyd, cité par Tashiro, op.cit.P.126 و F.Nicklisch, op.cit. P.295;

با این حال بخشی از دکترین انگلیسی نسبت به استفاده از میانجی‌گری در جریان داوری نظر مساعد نشان داده‌اند نک: N.Royce,op.cit. P38 et s.

۲۰- نک به زیرنویش شماره ۸.

21- op.cit. P.367.

22- M.Mackie, D.Miles, W.March, Commercial dispute resolution, on ADR practice guide, Butterworths, London, Dublin, Edinbourg, 1995, P.44.

23- K.Tashiro, op.cit. P.126.: نک

24- 19 dec. 1996,op.cit.

25- Ch. Jarrosson, "Les modes alternatifs de règlement des conflits: présentation générale": RIDC 1997, P.325 et s.,spec. n° 50.

26- G.Wiederkehr., "Le cadre juridique de la conciliation en droit judiciaire privé francais." : Rev.jur. de L'USEK IV (Universite Saint - Esprit de Kaslik), 1995 P.84 et s.spec. P.91.

27- J.EI-Hakim, op.cit.

28- R.Hill, "Med - arb : new cook swatch": Arb-Int.1996, vol.13, n° 1, PP.105-109,

spec. P.107.

29- op.cit.P.296.

30- K.Tashiro, op.cit. PP.127-128.

31- E.Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international, contribution a l'étude du non - droit dans l'arbitrage commercial*, Litec 1980, n° 625,P.363.

۳۲- آقای تاشیرو (Tashiro) سعی نموده با ارایه پیشنهادهایی به این پرسشها پاسخ دهد. به نظر مؤلف در آنچه که به شکل رسیدگی مربوط می شود، باید یک نوع تعادل بین آیینهای مختلف ایجاد کرد و حتی اگر طرفین قبول نمودند قواعد مخصوص سازش را اجرا نمود. در خصوص قواعد ماهوی اگر رسیدگی داوری شروع شده است به نحوی که استدلالهای طرفین استماع شده و ارایه مدارک لازم انجام گرفته و مسائل به طور معمول روشن هستند، می توان گفت که طرفین خواسته اند حقوق تجارت و رویه تجاری بر دعوای آنها حاکم باشد. به نظر مؤلف، اصولاً باید قواعد خاص داوری را ترجیحاً اجرا نمود (نک، پیشین، صص ۱۳۲ - ۱۳۱۹). پیشنهادهای طرح شده توسط آقای تاشیرو هر چند قابل تأمل می باشند ولی نمی توانند مشکلات ناشی از فقدان چارچوب حقوقی مشخص برای (med - arb) را حل نماید.

33- Ch. Jarrosson, "Les modes...", op.cit.

۳۴- نک به ماده ۴ - ۳ این مقررات، پیشین.

35- E.A,Schwartz, "La conciliation international de la CCI";: *Bulletin de la cour internationale d'arbitrage de la CCI*, nov. 1994, P.5.