

اصل محرمانه بودن در شیوه‌های جایگزین حل اختلاف

یوسف درویشی هویدا^۱

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۱۲/۱۰ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۲/۰۵/۲۸)

چکیده

برخلاف اصل کلی علنی بودن دادرسی در دادگاه‌های دولتی، قاعده کلی حاکم بر داوری و سایر شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف همانند مذاکره، میانجی‌گری، سازش و غیره، خصوصی و محرمانه بودن رسیدگی‌هاست. به عبارتی دیگر در این شیوه‌ها، اشخاص دیگر غیر از طرفین دعوا، جز با اجازه طرفین حق حضور ندارند و نمی‌توانند همانند دادرسی دادگاه‌های دولتی، نظاره‌گر دعوای طرفین باشند و علاوه بر آن انتشار جریان رسیدگی و افشای اطلاعات و اسناد ارائه شده در طول رسیدگی چه از سوی طرفین اختلاف و چه از سوی بعضی اشخاص مرتبط با جریان رسیدگی، با محدودیت‌ها و گاه ممنوعیت‌هایی رو به رو می‌باشد. در این مقاله ضمن بررسی مفهوم و محتوای خصوصی و محرمانه بودن در داوری و سایر شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف، نحوه برخورد قوانین و مقررات مختلف را به ویژه با موضوع محرمانه بودن در شیوه‌های مزبور مورد بررسی قرار خواهیم داد.

واژگان کلیدی: خصوصی، محرمانه بودن، داوری، شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

۱- استادیار گروه فقه و حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکز.

مقدمه

یکی از اصول حاکم بر دادرسی‌ها اعم از دادرسی مدنی یا کیفری علنی یا آشکار بودن دادرسی است (کاشانی، ۱۳۸۳، ص ۲۰۳). علنی بودن دادرسی به دو معناست: اول اینکه جریان دعوا و رسیدگی و مجادلات اصحاب دعوا به صورت آشکار و غیرسری برگزار شود و هر کس بتواند در اتاق دادگاه حاضر شوند و از روند دادرسی مطلع گردد؛ دوم آنکه رأیی که پس از پایان رسیدگی صادر می‌شود در اختیار عموم نهاده شود تا مردم بتوانند از نتیجه کار دستگاه قضایی اطلاع یابند و به ارزیابی اعتبار و مشروعیت آن پردازند (غمامی و محسنی، ۱۳۸۵، ص ۲۸۲). علنی بودن دادرسی در بسیاری از اسناد بین‌المللی آمده است (خالقی، ۱۳۸۳، ص ۳۶-۳۱) و در اصل یکصد و شصت و پنجم قانون اساسی نیز صراحتاً بر آن تأکید گردیده است. طبق این اصل «محاکمات علنی انجام می‌شود و حضور افراد بلامانع است مگر آنکه به تشخیص دادگاه علنی بودن آن منافی عفت عمومی یا نظم عمومی باشد یا در دعاوی خصوصی، طرفین دعوا تقاضا کنند که محاکمه علنی نباشد».

در جهت مقابل همواره گفته می‌شود که یکی از مزایای مهم داوری و سایر شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف همانند میانجی‌گری، مذاکره، سازش و غیره خصوصی (Privacy) و محرمانه بودن (Confidentiality) جریان رسیدگی است (Banger, 2001, p. 243). هر چند این اصول، دو اصل جداگانه می‌باشد اما بین آنها ارتباط نزدیک و تنگاتنگی وجود دارد به گونه‌ای که در موارد و مصادیق زیادی وجود هر یک وابسته به وجود دیگری است. اصل خصوصی بودن بدین معناست که غیر از طرفین اختلاف و نمایندگان مجاز آنها و اشخاص ثالث بی‌طرف (داور، میانجی و غیره) و شهود و کارشناسان، شخص دیگری نمی‌تواند در جلسات رسیدگی شرکت نماید. اصلی که درست در نقطه‌ی مقابل علنی بودن جلسات دادگاه‌ها و باز بودن درب آن برای عموم مردم قرار دارد.

منظور از اصل محرمانه بودن نیز این است که جریان رسیدگی و حل اختلاف شامل جلسات رسیدگی، مباحثات و مذاکرات میان طرفین و شخص ثالث بی‌طرف، اسناد و دلایل ارائه شده، نتیجه‌ی حاصل از رسیدگی و به طور خلاصه کلیه‌ی اطلاعاتی که طرفین در طول رسیدگی‌ها

از آنها مطلع می‌شوند باید محرمانه باقی بماند و نباید برای اشخاص ثالثی که در این روند مداخله نداشته‌اند افشاء گردد. (طبق اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی که به وسیله‌ی مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی (Unidroit) تنظیم و پیشنهاد شده است در ماده‌ی ۱۶-۲ آمده است: «در جریان مذاکرات هر طرف وظیفه دارد اطلاعاتی را که طرف دیگر به عنوان اطلاعات محرمانه در اختیارش می‌گذارد افشاء نکند یا برای مقاصد شخصی استفاده‌ی نامناسب از آنها به عمل نیاورد؛ خواه بعداً قراردادی بین آنها منعقد شود یا نشود. در صورت مقتضی، یکی از طرق جبران نقص این وظیفه، غرامتی است که میزان آن بر مبنای منافع حاصل شده برای طرف دیگر تعیین می‌شود»: اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، ۱۳۷۹، ص ۷).

همان‌گونه که خواهیم دید مشابهت زیاد میان این دو اصل و داشتن هدف واحد و ارتباط متقابل بین این دو موجب شده است که غالباً در مقررات این دو با هم آورده شوند و گاه به جای هم به کار روند. در مورد حاکمیت اصل خصوصی بودن در داوری و سایر شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف همانند مذاکره سازش، میانجی‌گری و غیره تردید و ابهام خاصی وجود ندارد. طبیعت و ماهیت این شیوه‌ها به گونه‌ای است که تنها طرفین و اشخاص مجاز از سوی آنها اختیار دارند در جریان رسیدگی وارد شوند و از جلسات رسیدگی و مسائل مطرح شده در آنها مطلع گردند. به عبارت دیگر داوری و شیوه‌های مختلف جایگزین حل و فصل اختلاف به حل و فصل اختلافات معین میان اشخاص خاصی می‌پردازد که همانند حریم خصوصی اشخاص، ورود اشخاص دیگر به آن ممنوع است مگر با اجازه صریح آنان. در رسیدگی‌های دادگاه نیز عموم مردم به این دلیل می‌توانند در جلسات رسیدگی حضور یابند که قانون چنین اجازه‌ای را به آنها داده است. هر چند در همین رسیدگی‌ها نیز در موارد خاصی ویژگی خصوصی و محرمانه بودن بر نظارت عموم رجحان می‌یابد و حضور دیگران موقوف به اجازه‌ی دادگاه یا طرفین اختلاف می‌گردد (اصل ۱۶۵ قانون اساسی). به کارگیری تعبیرهایی چون حل و فصل قراردادی یا حل و فصل خصوصی اختلافات نیز در مورد داوری و سایر شیوه‌های غیرقضایی حل و فصل اختلاف همین ویژگی شیوه‌های مزبور را مورد تأکید قرار می‌دهد. زیرا اختلافات ارجاع شده به این شیوه‌ها موضوعی خصوصی و مرتبط با طرفین اختلاف است که طبق قرارداد طرفین از طریق شیوه‌های ای. دی. آر حل و فصل می‌شود.

اما در مورد اصل محرمانه بودن چنین اجماعی وجود ندارد. همان گونه که خواهیم دید در قوانین بعضی از کشورها این امر به سکوت برگزار گردیده است و گاه دادگاه‌ها صراحتاً منکر وجود این اصل شده و حاکمیت آن را بر رسیدگی‌های خارج از دادگاه (به طور مشخص داوری) مورد تردید قرار داده‌اند. به هر حال اگر در داوریه‌ها و به ویژه داوری تجاری بین‌المللی در مقابل وجود اصل محرمانه بودن نظریه‌ی دیگری وجود دارد که منکر چنین اصلی می‌باشد و اصل را بر علنی بودن داوری تجاری می‌داند و استدلال می‌کند که رفع خصومت متداعین در داوری باید با رعایت قواعد مرسوم در دادرسی که یکی از آنها علنی بودن محاکمات است توأم باشد چرا که این امر موجب حفظ منافع و تساوی طرفین اختلاف می‌گردد (عنایت، ۱۳۷۸، ص ۹۴)، در مورد سایر شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف همچون مذاکره، میانجی‌گری، سازش و غیره تردید و ابهام کمتری وجود دارد و اصل محرمانه بودن در این شیوه‌ها یک اصل اساسی و مهم است (pluyette, 1997, p. 516; Burnley and Lascelles, 2004, p. 28).

برای درک این موضوع نیاز است چگونگی و روند حل اختلاف در این شیوه‌ها مورد مرور دوباره قرار گیرد. در این شیوه‌ها که اختلافات در محیطی دوستانه و خصوصی حل و فصل می‌شوند همچون داوری اصولاً ارجاع اختلافات با توافق طرفین صورت می‌گیرد اما برخلاف داوری، هم ادامه مشارکت طرفین و هم حل و فصل اختلاف منوط به رضایت و اراده‌ی طرفین است. هیچ روش اجبارکننده‌ای که بعضاً در رسیدگی‌های دادگاه یا داوری برای ارائه‌ی اسناد و افشای پاره‌ای از اطلاعات به کار می‌رود در این شیوه‌ها برای وادار ساختن طرفین به کار نمی‌رود. هر یک از طرفین آزاد است که هر زمان از جریان رسیدگی کناره‌گیری نماید و اگر به مشارکت خود ادامه می‌دهد در هیچ زمانی نباید تحت فشار قرار گیرد که اسنادی را ارائه یا اطلاعاتی را افشاء نماید. بنابراین یک محرک محیطی برای افشاء ضروری است. محرمانه بودن با القای این امر که افشاء هیچ عواقبی برای طرفین در بر ندارد و اظهارات و اطلاعات و اسنادی که در این شیوه‌ها بیان و ارائه می‌شوند همگی محرمانه باقی خواهد ماند، این محیط را فراهم می‌کند.

همچنین محرمانه بودن در آماده کردن فضایی که راه‌حلهای مختلف جهت حل و فصل اختلاف پیشنهاد شوند و در نهایت اختلاف فیصله یابد مؤثر است. اصل محرمانه بودن از راه‌حل‌ها و پیشنهادهای ارائه شده توسط شخص ثالث بی طرف (مانند میانجی و سازش‌دهنده) و طرفین و نیز پذیرش بعضی از این راه‌حلها توسط یکی از طرفین در برابر افشاء به دنیای خارج پشتیبانی می‌کند و بدینسان طرفین با آلودگی خاطر بیشتری می‌توانند راه‌حل‌های مختلف را مورد سنجش قرار دهند و ترس از افشای اطلاعات و اسناد و به ویژه ترس از این امر که در صورت شکست تلاش‌های حل و فصل ممکن است اظهارات و گذشت‌هایی که در جریان رسیدگی انجام شده توسط طرف مقابل در رسیدگی‌های قضایی یا داوری مورد استفاده قرار گیرد آنها را به احتیاط اندیشی وادار نخواهد کرد و در نتیجه احتمال حل و فصل اختلاف از طریق این شیوه‌ها افزایش خواهد یافت (Gurry, 1996, pp. 37-38).

مبحث اول - مبنای اصل خصوصی و محرمانه بودن

علت واقعی اصل خصوصی و محرمانه بودن را باید در طبیعت و ویژگی ذاتی شیوه‌ی داوری و سایر شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف جستجو کرد. طبیعت و ماهیت این شیوه‌ها به گونه‌ای است که تنها طرفین و اشخاص مجاز از سوی آنها حق دارند در جریان رسیدگی وارد شوند و از مسائل طرح شده در آنها مطلع گردند (Misra&Jordan, 2006, pp. 39-40). همان‌گونه که گفتیم شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف به حل و فصل اختلافات معین میان اشخاص خاص می‌پردازد که همانند حریم خصوصی اشخاص، ورود اشخاص دیگر به آن ممنوع است مگر با اجازه‌ی آنان. در رسیدگی‌های دادگاه، مردم به این دلیل می‌توانند در جلسات رسیدگی شرکت کنند که قانون این اجازه را به آنها داده است. صرف‌نظر از این توجیه و علت کلی باید دید اشخاصی که تعهد محرمانه بودن بر آنها تحمیل می‌شود مبنای تعهد آنها چیست؟ آیا این امر منشاء قراردادی دارد یا ناشی از حکم قانون است و یا مبنای دیگری برای آن قابل تصور می‌باشد.

در مورد تعهد خود طرفین اختلاف به رعایت اصل محرمانه بودن، مهمترین مبنایی که به ویژه در حقوق فرانسه ارائه شده است مبنای قراردادی و وجود تعهد ضمنی میان طرفین قرارداد است. طبق این نظر، ماهیت قراردادی این شیوه‌هاست که به طرفین تعهد ضمنی دو جانبه‌ای را در خصوص رعایت اصل محرمانه بودن تحمیل می‌کند. اگر قبول کنیم که داوری و سایر شیوه‌های جایگزین حل اختلاف دارای این امتیاز هستند که محرمانه باشند و عرف نیز این ویژگی را برای این شیوه‌ها قائل است باید پذیرفت که طرفین به هنگام انعقاد موافقت‌نامه‌ی ارجاع اختلاف به شیوه‌های مزبور، به طور ضمنی توافق کرده‌اند که به این تعهد پایبند باشند (Loquin, 2006, p. 324). همین مبنا در دادگاه‌های انگلستان نیز پذیرفته شده است و این دادگاه‌ها محرمانه بودن را به عنوان شرط ضمنی موافقت‌نامه‌ی داوری تلقی کرده‌اند (Peter Berger, 2002, p. 315). رویه قضایی بعضی از کشورهای دیگر نیز که به جای بحث درباره محرمانه بودن داوری از تحمیل قاعده‌ای به نام «تکلیف صداقت» سخن به میان می‌آورد همین مبنای قراردادی را در خصوص تعهد طرفین پذیرفته است.

دادگاه تجدیدنظر سوئد در رأی مورخ ۳۰ مارس ۱۹۹۹ در مورد حکم دادگاه بدوی که قاعده محرمانه بودن داوری را امری مسلم تشخیص داده بود و تخلف از آن را سبب بطلان قرارداد و حکم داوری اعلام نموده بود اظهار داشت که هر چند قانون داوری سوئد و مقررات کمیسیون اقتصادی سازمان ملل برای اروپا صراحتاً قاعده‌ی محرمانه بودن داوری را وضع نکرده ولی در عین حال هیچ تردیدی وجود ندارد که قصد طرفین این بوده که داوری را خصوصی نگه دارند و از نظر اشخاص ثالث احتراز نمایند. بنابراین هر چند طرفین اختلاف مکلف به حفظ محرمانه بودن جریان داوری از نظر قانون نمی‌باشند موظف به رعایت تکلیف صداقت می‌باشند افشای اطلاعات و اسناد مربوط به داوری می‌تواند در پاره‌ای از شرایط نقض تکلیف صداقت تلقی گردد (عنایت، ۱۳۷۸، صص ۱۰۱-۱۰۰).

به نظر می‌رسد که می‌توان وجود این تعهد و قرارداد ضمنی را به عنوان مبنای محرمانه بودن بسیاری از مواردی که در آن اختلافات از طریق داوری و سایر شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف، حل و فصل می‌شوند مورد تأیید قرار داد. با این حال سه نکته را باید توجه داشت:

نخست: اگر قانون تعهد محرمانه بودن را به طرفین تحمیل نماید، الزام طرفین به رعایت این تعهد مستقیماً ناشی از حکم قانون است. هر چند که مبنای اصلی حکم قانون و الزام طرفین به این تکلیف قانونی به ماهیت خصوصی و محرمانه شیوهی جایگزین حل و فصل اختلاف و در نهایت به توافق ضمنی طرفین بر می‌گردد.

دوم: چنانچه طرفین به طور واضح در موافقت‌نامه‌ی ارجاع اختلاف توافق کنند که جریان رسیدگی و حل اختلاف باید محرمانه بماند و یا اگر از چنین شرطی در قرارداد طرفین ذکری به میان نیاید اما از شرایط حاکم بر قرارداد طرفین و سایر اوضاع و احوال بتوان چنین توافقی را به اراده طرفین منتسب نمود، توافق مزبور مبنای محرمانه بودن به شمار می‌رود و نوبت به توجیه تعهد محرمانه بودن بر مبنای توافق ضمنی به نحو مذکور در فوق نخواهد رسید.

سوم: در مورد اشخاص ثالث بی‌طرف مانند (داوری، میانجی‌گری، سازش‌دهنده) و نیز مؤسسات داوری در صورتی که قانون تعهد محرمانه بودن را به آنها تحمیل کند تکلیف آنها به طور مستقیم از حکم قانون نشأت می‌گیرد. اگر قانون حکمی در بر نداشته باشد حسب مورد توافق صریح یا ضمنی طرفین با شخص ثالث و یا مؤسسات مزبور مبنای تعهد محرمانه بودن به شمار می‌رود.

این نکته نیز قابل ذکر است که یکی از نویسندگان فرانسوی با پذیرش مبنای قراردادی در خصوص تعهدات داور و مؤسسات داوری، مبنای محرمانه بودن مذاکرات میان داوران را در جایی که دیوان داوری مرکب از چند داور است، ناشی از ماهیت قضایی داوری دانسته است (Ibid: 329 et 332). به نظر این نویسنده ماده‌ی ۱۴۶۹ قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه که مقرر می‌دارد:

«مذاکرات [میان] داوران محرمانه هستند (les deliberations des arbitres sont secretes)»
 مبین همین نظر است. زیرا اصل رازداری (Principles du secret) مذاکرات در این ماده بر مبنای مأموریت قضایی داوران وضع گردیده است همانند رازداری که ماده‌ی ۴۴۸ همان قانون بر قضاوت تحمیل می‌کند (Ibid, p. 329).

مبحث دوم - قلمرو اصل محرمانه بودن

۱- اشخاصی که ملزم به رعایت اصل محرمانه بودن هستند

به عنوان یک قاعده کلی می‌توان گفت که چنانچه قانون به صراحت حکمی در خصوص محرمانه بودن و تعیین اشخاصی که ملزم به این تعهد هستند در بر نداشته باشد و مبنای تعهد محرمانه بودن را ناشی از قرارداد بدانیم به دلیل ماهیت قراردادی تعهد، باید اثر نسبی قرارداد را در این خصوص نیز اعمال کنیم یعنی تنها اشخاصی ملزم به رعایت اصل محرمانه بودن هستند که طرف قرارداد مزبور بوده‌اند.

همان‌گونه که گفتیم طرفین اختلاف مهمترین اشخاصی هستند که متعهد به رعایت اصل محرمانه بودن هستند. اشخاص ثالث بی‌طرف مانند داور یا میانجی نیز بلحاظ حکم قانون یا توافق صریح یا ضمنی با طرفین نیز جزو اشخاصی هستند که باید محرمانه بودن را رعایت نمایند. همچنین مؤسسات داوری و حل و فصل اختلاف نیز که رسیدگی‌ها و حل اختلاف مطابق قواعد آنها صورت می‌گیرد نیز همانند اشخاص ثالث بی‌طرف باید به واسطه‌ی انعقاد قرارداد با طرفین، مشمول تعهد محرمانه بودن قرار گیرند (Ibid, p. 338).

مسئله اصلی در خصوص اشخاص دیگری است که در جریان رسیدگی‌ها وارد می‌شوند اما ورود آنان ضرورتاً مستلزم توافق طرفین نیست. از جمله این اشخاص شهود و کارشناسان هستند. در مورد این اشخاص ممکن است گفته شود که چون هیچگونه رابطه‌ی قراردادی میان طرفین و آنها وجود ندارد و حتی حضور آنان در اغلب موارد بدون جلب نظر هر دو طرف یا یکی از آنهاست نباید آنها را ملزم به حفظ محرمانه بودن دانست. هر چند این نظر به طور کلی درست است اما قلمرو آن به دو علت محدود می‌شود:

اول: ممکن است قانون تکلیف محرمانه بودن را به این اشخاص نیز تسری دهد که در این صورت آنها را نیز باید به تعهد مزبور ملزم و متعهد دانست.

دوم: چنانچه طرفین از قبل مقرر کرده باشند که هرگونه شخص ثالث دیگر مثل کارشناس یا شاهد نیز باید اصل محرمانه بودن را محترم بشمارد و این شخص نیز به هر نحو ولو به صورت ضمنی موافقت خود را با قرار مزبور اعلام دارد و یا قواعد مؤسسات داوری و ای. دی. آر چنین الزامی را به این اشخاص تحمیل نمایند باید آنها را نیز جزو اشخاصی بدانیم که تعهد محرمانه بودن را باید رعایت نمایند.

۲- مواردی که مشمول اصل محرمانه بودن قرار می‌گیرد

در صورتی که قانون و یا موافقت‌نامه طرفین مشخص نکند که چه مواردی از رسیدگی مشمول اصل محرمانه بودن قرار می‌گیرد طبق اصلی کلی باید کلیه اطلاعات و اسناد مرتبط با جریان رسیدگی و حل اختلاف را مشمول اصل محرمانه بودن دانست (Peter Berger, 2002, p. 41). بنابراین کلیه اطلاعاتی که افشاء می‌شوند، مراسلات کتبی که در جریان حل اختلاف رد و بدل می‌شود، اسنادی که طرفین ارائه می‌کنند اظهارات طرفین در جلسات رسیدگی و نتیجه‌ی حاصل از رسیدگی‌ها (رأی الزام‌آور یا موافقت‌نامه حل و فصل) جزو مواردی است که تعهد محرمانه بودن بر آنها حاکم است. خروج هر یک از این موارد از تعهد محرمانه بودن باید با رضایت صریح یا ضمنی طرفین همراه باشد.

با این وجود گاه بعضی از موضوعات و اطلاعاتی که در جریان رسیدگی مطرح و افشاء می‌شوند مشمول اصل محرمانه بودن نیستند و تخصصاً از شمول آن خارج هستند. یکی از موارد مزبور این است که اصل محرمانه بودن درباره اطلاعاتی که به گونه‌ی دیگری برای همه شناخته شده است و جنبه‌ی علنی دارد کارگر نمی‌افتد. همچنین اگر یکی از طرفین اطلاعات و اسنادی را در جریان رسیدگی ارائه نماید، اصل محرمانه بودن مانع استفاده از آن اطلاعات و اسناد در جای دیگر نیست. آنچه اصل محرمانه بودن در اینجا ممنوع می‌سازد ارتباط دادن اطلاعات و اسناد به روش حل اختلاف است که ممکن است با محرمانه بودن جریان رسیدگی منافات داشته باشد. یک مثال روشن در این خصوص این است که اگر یکی از طرفین در جریان رسیدگی ادعای نقض تعهدات قراردادی را مطرح کند اصل محرمانه بودن نمی‌تواند مانع از آن شود که آن طرف (مدعی) همین ادعا را در رسیدگی‌های دیگر مطرح نماید (Gurry, 1996, p. 44).

سرانجام اصل محرمانه بودن نمی‌تواند در راه استفاده از اطلاعاتی که در جریان حل اختلاف افشاء شده است و این اطلاعات قبلاً برای طرف مقابل شناخته شده بوده و یا بعداً برای وی به وسیله‌ی روش‌های مستقل دیگر افشاء شود، مانعی ایجاد نماید. در واقع می‌توان گفت آنچه مشمول اصل محرمانه بودن قرار می‌گیرد اطلاعات و اسنادی است که در جریان حل

اختلاف افشاء می‌شود و به گونه‌ی دیگری برای طرف مقابل و اشخاص دیگر شناخته شده نبوده و جنبه‌ی محرمانه داشته باشند (Ibid, p. 45).

در مورد موضوعاتی که مشمول اصل محرمانه بودن قرار می‌گیرد این نکته نیز قابل ذکر است که انتشار آرای داوری و همچنین نتایج حاصل از سایر شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف از جمله شروط حل و فصل مورد توافق طرفین و پیشنهاد و نظری که شخص ثالث مانند میانجی و سازش‌دهنده جهت تسهیل توافق ارائه می‌نماید نیز با اصل محرمانه بودن منافات دارد و تنها با رضایت طرفین اختلاف می‌توان چنین تصمیمات و آرای را منتشر نمود.

در مورد داوری این موضوع مطرح شده است که اگر قانون حکمی در خصوص محرمانه بودن در بر نداشته باشد و طرفین نیز توافق خاصی نکرده باشند آیا می‌توان رأی داوری را منتشر نمود یا خیر؟ در مورد ضرورت انتشار آراء داوری اغلب استدلال می‌شود که تنها طریقه‌ای که می‌توان رویه‌ی قضایی در این گونه موارد ایجاد نمود و یا از آن اطلاع یافت انتشار تمام آراء یا خلاصه‌ای از آن در مجلات حقوقی و تخصصی می‌باشد. همچنین انتشار این آراء به یکنواخت کردن آراء و رویه‌های داوری کمک می‌کند (عنایت، ۱۳۷۸، ص ۱۱۰). در حال حاضر اغلب قواعد مؤسسات داوری انتشار آرای داوری را به شرطی مجاز می‌دانند که طرفین صراحتاً یا ضمناً به انتشار آراء رضایت داده باشند (Peter Berger, 2002, p. 317).

۳- محرمانه بودن در مقابل چه اشخاصی باید رعایت شود

حال آنکه به اجمال دریافتیم چه موضوعاتی مشمول اصل محرمانه بودن هستند و چه اشخاصی باید این اصل را رعایت کنند به این نکته می‌پردازیم که محرمانه بودن باید در مقابل چه اشخاصی رعایت شود.

به طور کلی می‌توان گفت اصل محرمانه بودن باید در مقابل کلیه‌ی اشخاصی که در جریان رسیدگی قرار نداشته‌اند و از روند حل اختلاف و مسائل طرح شده در آن اطلاعی ندارند یعنی کلیه‌ی اشخاص ثالث رعایت شود. به تعبیر یکی از نویسندگان تعهد محرمانه بودن در مقابل کل جهان خارج وجود دارد و متعهدین این اصل باید موضوعات مشمول آن را در

مقابل همه‌ی اشخاص دیگر محرمانه نگه دارند. (در بررسی مهندسی روابط نسبت به اصل محرمانه بودن در میانجی‌گری دو مجموعه‌ی متفاوت از روابط قابل تفکیک است: الف- مجموعه‌ی روابط میان شرکت‌کنندگان در خود پروسه میانجی‌گری که به عنوان یک قرارداد مجزا از بقیه‌ی جهان تلقی می‌شود. در اینجا موضوع جریان داشتن اطلاعات میان خود شرکت‌کنندگان در میانجی‌گری مطرح است و یکی از آن شرکت‌کنندگان میانجی است که زیر این تعهد قرار دارد که اطلاعات تحصیلی از یک طرف را برای طرف دیگر افشاء نکند. ب- روابط مربوط به شرکت‌کنندگان در پروسه‌ی میانجی‌گری در مقابل کل جهان خارج. احتمال دارد هر یک از شرکت‌کنندگان در میانجی‌گری اطلاعات افشاء شده در طول میانجی‌گری را به اشخاص ثالث خارج و یا حتی زمینه‌ای خارج از آن یعنی دعوای قضایی یا میانجی‌گری منتقل سازد: Gurry, 1996, p. 39).

در دو مورد تعهد محرمانه بودن باید در مقابل خود طرفین اختلاف نیز اجرا گردد. مورد اول که قبلاً نیز از آن یاد کردیم مشورت‌ها و مذاکرات میان داوران است که ممکن است در مورد سایر شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف نیز وجود داشته باشد. در صورتی که دیوان داوری از چند داور تشکیل شده باشد هیچ یک از داوران نباید مشورت‌ها و مذاکراتی که میان آنها انجام می‌شود و نیز نظرات خاص داوران را برای هر یک از طرفهای اختلاف افشاء نماید. مورد دوم به شیوه‌هایی مربوط می‌شود که در آن شخص ثالث بی‌طرف می‌تواند برخلاف روش داوری و روش قضایی حل اختلاف که قاعداً تشکیل جلسه‌ی خصوصی و جداگانه با هر یک از طرفین با اصل بی‌طرفی منافات دارد، به منظور پیشنهاد راه‌حلهای ممکن و تسهیل حل و فصل اختلاف با هر یک از طرفین اختلاف به طور جداگانه جلسه برقرار نماید. در اینجا اطلاعات محرمانه‌ای که به شخص ثالث بی‌طرف ارائه می‌شود تنها با رضایت آن طرف که اطلاعات محرمانه را در جلسه‌ی خصوصی در اختیار میانجی می‌گذارد برای طرف مقابل قابل بازگو کردن می‌باشد. در بسیاری از مقررات مربوط به میانجی‌گری نیز بر این امر تصریح شده است به عنوان مثال در قواعد میانجی‌گری سازمان تجارت جهانی پس از ذکر این موضوع که میانجی می‌تواند با هر یک از طرفین به طور جداگانه تماس برقرار نماید مقرر شده است که این اطلاعات و اطلاعات افشاء شده در جلسات مشترک نمی‌تواند توسط میانجی افشاء شود مگر با اجازه صریح طرف افشاء‌کننده. در قواعد میانجی‌گری انجمن داوری آمریکا نیز قواعد مشابهی آمده است (Ibid, pp. 39-40).

در مورد شهود و کارشناسان نیز که ممکن است در جلسات رسیدگی شرکت کنند این سؤال مطرح است که آیا آنان را باید اشخاص ثالث محسوب نمود و تعهد محرمانه بودن در مقابل آنان نیز رعایت شود یا خیر؟ قابل ذکر است که در مورد اشخاص ثالثی که به عنوان میانجی و داور اقدام می‌کنند باید گفت که چون این اشخاص از جریان رسیدگی مطلع هستند و حتی قلمرو تعهد محرمانه بودن آنها از تعهدات طرفین نیز فراتر می‌شود چرا که گاه باید این تعهد را در برابر خود طرفین نیز رعایت کنند، طبیعتاً بحثی در خصوص رعایت محرمانه بودن در مقابل آنها مطرح نمی‌شود. به نظر می‌رسد که این اشخاص یعنی شهود و کارشناسان نیز ثالث تلقی می‌شوند و بنابراین باید اصل محرمانه بودن در مقابل آنها نیز رعایت گردد. زیرا این اشخاص تنها در مرحله‌ی خاص از رسیدگی و برای اهداف خاص (گواهی یا کارشناسی) وارد می‌شوند و در نتیجه سایر موضوعات مربوط به رسیدگی نباید برای آنها افشاء شود.

۴- استثنای اصل محرمانه بودن

در بعضی موارد تعهد محرمانه بودن اجرا نمی‌شود و طرفین و حتی اشخاص ثالث بی‌طرف مجاز و یا مکلف به افشای موضوعات مرتبط با جریان رسیدگی هستند. به طور کلی این استثناها از توافق طرفین، نظم عمومی، اعتراض به آراء و نتایج حاصل از شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف و نیز اجرای آنها، ناشی می‌شوند (Burnley & Lascells, 2004, pp.28-31). در مورد استثنای اول باید گفت که طرفین می‌توانند بعضی از مراحل و موضوعات مربوط به رسیدگی و حل اختلاف را از شمول اصل محرمانه بودن خارج سازند. به عنوان مثال آنها از این اختیار برخوردارند که تنها بعضی از اطلاعات و اسناد را تابع تعهد محرمانه بودن قرار دهند یا اینکه اجازه دهند رأیی که در پایان رسیدگی صادر می‌شود منتشر گردد. هر چند چنین توافقاتی را بلحاظ محدود کردن قلمرو محرمانه بودن جزو استثنائات بر این اصل به شمار آورده‌اند (Ibid, p. 45) به نظر می‌رسد که این امر را نمی‌توان استثنای واقعی بر اصل محرمانه بودن دانست. زیرا با توافق طرفین در حقیقت تعهدی در قابل محرمانه بودن باقی نمی‌ماند. منظور از استثنای اصل محرمانه بودن به ویژه مواردی است که نقض آن مجاز شمرده می‌شود بی‌آنکه توافقی میان طرفین در این خصوص وجود داشته باشد.

در مورد استثنای ناشی از نظم عمومی باید گفت که گاه قانون به طرفین تعهد ارائه اطلاعات، افشاء کردن و یا شفافیت را تحمیل می‌کند. اراده‌ی طرفین نمی‌تواند در چنین مواردی الزام قانون را که ناشی از نظم عمومی است منحرف سازد. بنابراین موقعی که قوانین مالیاتی یا جزایی مقرر می‌کنند که اطلاعات و یا اسناد خاصی باید ارائه گردند در این موارد اصل محرمانه بودن قدرت مقابله با حکم قانون را ندارد طرفین اختلاف و شخص ثالث بی‌طرف مکلف به اجرای این تکلیف هستند (Loquin, 2006, p. 345). همچنین اگر در جریان حل اختلاف جرم خاصی کشف گردد که به لحاظ اهمیت، قانون افشای آن را ضروری ساخته باشد باید به این تکلیف قانونی عمل گردد (Kovach, 2005, p. 313).

فرا تر از حکم قانون، چنانچه نظم عمومی به مفهوم عام کلمه در شرایط خاصی با اصل محرمانه بودن تعارض پیدا کند به گونه‌ای که نظم عمومی اقتضای افشای پاره‌ای از اطلاعات یا اسناد را داشته باشد باید نظم عمومی را مقدم شمرد. همان‌گونه که قراردادهای خلاف نظم عمومی قابلیت اجرا نخواهند داشت (Gurry, 1996, p.46).

در مورد استثنای ناشی از نظم عمومی این بحث به ویژه در مورد داوری مطرح شده است که آیا اصل جبران کامل زیان (Principe de la réparation intégrale du prejudice) نیز جزو استثنای اصل محرمانه بودن به شمار می‌رود یا خیر؟ به عبارت دیگر اگر اصل جبران کامل زیان به عنوان یکی از اصول مسؤلیت مدنی با اصل محرمانه بودن رسیدگی داوری تعارض پیدا کند کدام یک را باید مقدم دانست؟ یکی از نویسندگان فرانسوی کلاً استثنای وارد بر اصل محرمانه بودن را در دو بخش، محدودیتهای ناشی از نظم عمومی ماهوی (limites posées par l'ordre public de fond) و محدودیتهای ناشی از نظم عمومی دادرسی (limites posées par l'ordre public procédural) مورد مطالعه قرار می‌دهد. در مورد بخش اول دو محدودیت را بیان می‌کند:

۱- رعایت تعهدات ناشی از نظم عمومی شفافیت و اطلاعات

۲- احترام به اصل کامل جبران خسارت

در خصوص استثنای اخیر عقیده دارد که اصل جبران کامل زیان ممکن است در یک صورت با تعهد محرمانه بودن تعارض پیدا کند و آن حالتی است که انتشار رأی داوری تنها شوهی جبران شایسته برای جبران کامل زیان باشد. در این صورت این سؤال پیش می‌آید که آیا دیوان داوری می‌تواند تصمیم به جبران زیان از طریق انتشار رأی داوری بگیرد یا باید در این مورد نیز اصل محرمانه بودن را مقدم شمرد؟ (Loquin, 2006, pp. 344-346)

اصل جبران کامل زیان به عنوان یکی از اصول اساسی و مهم حقوق مسئولیت مدنی ممکن است با توافق طرفین دچار تعدیل‌هایی شود و طرفین نوع و میزان جبران خسارت را محدود سازند. دیوان عالی کشور فرانسه گاه حکم کرده است که اصل جبران کامل زیان به عنوان قاعده نظم عمومی بین‌المللی (order public international) محسوب نمی‌شود. به نظر می‌رسد که اصل فوق مربوط به نظم عمومی داخلی فرانسه (Order public intern Français) هم نباشد چرا که حقوق فرانسه در شرایط خاصی شروط محدودکننده‌ی مسئولیت را به رسمیت می‌شناسد.

این نویسنده در پایان نتیجه گرفته است که تعهد محرمانه بودن که بر داوران نیز حاکم است می‌تواند داوران را از حکم به جبران کامل زیان از طریق انتشار رأی ممنوع سازد (Ibid, pp. 346-349).

با این حال گاه در پاره‌ای از داوریه‌ها خلاف آن عمل شده است. به عنوان مثال در یکی از داوریه‌ها که به وسیله‌ی اتاق بازرگانی بین‌المللی برگزار گردید داوران درخواست یکی از طرفین برای جبران زیان از طریق انتشار رأی را رد کردند بر این مبنا که داوری روشی است که در صدد حل و فصل محرمانه اختلافات میان دو یا چند شخص است (Ibid, p. 367).

آخرین استثناء مربوط به اعتراض به آراء و نتایج حاصل از شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف و اجرای آنهاست که در این موارد با وجود افشای موضوعاتی که مشمول اصل محرمانه بودن است، مسئولیتی برای عامل آن در بر نخواهد داشت.

چنانچه رأی داوری و یا سایر شرایط موافقت‌نامه‌ی حل و فصل به طور اختیاری به موقع اجرا گذاشته نشود ذینفع می‌تواند جهت اجرا به دادگاه‌های دولتی متوسل شود و ارائه رأی و

توافق‌نامه و افشای جریان رسیدگی در این موارد به منظور تضمین اجرای آن مجاز خواهد بود و اصل محرمانه بودن نمی‌تواند با سلب حق رجوع به دادگاه، اجرای آراء و موافقت‌نامه‌ی مزبور را عقیم بگذارد (Gurry, 1996, p. 45). همچنین استثنای ناشی از اعتراض و استناد به آراء و نتایج حاصل از شیوه‌های جایگزین حل و فصل نیز بر مبنای حق دفاع توجیه شده است. به این معنی که هر یک از طرفین رسیدگی‌های داوری و سایر شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف می‌تواند در مواردی که دفاع از حقوق و منافع خود را مستلزم استناد به رأی یا موافقت‌نامه در دادگاه و رسیدگی داوری ببیند می‌توان آن را ارائه نماید و اصل محرمانه بودن نمی‌تواند به این حق لطمه وارد آورد. همچنین هر یک از طرفین حق دارد به آراء و نتایج مزبور در دادگاه صالح اعتراض نماید. با این اعتراض نه تنها اصل رسیدگی و ارجاع اختلاف به داوری و یا سایر شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف و مفاد رأی آشکار می‌شود (Loquin, 2006, p. 347) بلکه همچنین ممکن است تمام یا بخشی از اتفاقاتی که در جریان رسیدگی و حل اختلاف صورت گرفته است افشاء گردد (در یک مورد استثنایی رجوع به دادگاه برای اعتراض به رأی داوری ممکن است با اصل محرمانه بودن تعارض داشته باشد و برای عامل آن مسؤلیت داشته باشد. این در صورتی است که طرفی که به منظور اعتراض به دادگاه رجوع می‌کند اسنادی را ارائه نماید که این اسناد را در جریان رسیدگی از طرف دیگر دریافت نموده و از ویژگی محرمانه بودن برخوردار است و همچنین این اسناد برای توجیه رجوع به دادگاه و اعتراض به رأی نامناسب بوده و در نتیجه بلحاظ عدم ارتباط، ارائه و افشای آنها غیرضروری و تفصیر کارانه بوده است: Ibid, p. 348).

بنابراین باید گفت که «حق استناد به حکم در مقابل ثالث» (le droit d'opposer La sentence aux tiers) و «حق آزادی دفاع از خود» (La liberté de se defendre) نیز جزو استثناهای وارد بر اصل محرمانه بودن محسوب می‌شود. نتایج حاصل از شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف می‌تواند توسط طرفین آن، همانند یک وسیله‌ی دفاع یا همچون مستندی برای اثبات و اعمال یک حق علیه شخصی که در جریان رسیدگی حضور نداشته است مورد استفاده قرار گیرد. طرفین رسیدگی‌های جایگزین حل و فصل اختلاف می‌توانند در موارد خاص خود به نتایج حاصل از رسیدگی در برابر ثالث استناد کنند و در رسیدگی‌های قضایی یا داوری به منظور دفاع از خود این نتایج را افشاء نمایند (Ibid, p 388 et 349). ذکر این نکته ضروری

است که اظهارات، اقرارها و گذشتهایی که در جریان شیوه‌های دوستانه‌ی جایگزین حل و فصل اختلاف مانند میانجی‌گری از سوی طرفین به عمل می‌آید در داوری یا رسیدگی قضایی بعدی قابلیت استناد را ندارد و بسیاری از مؤسسات مربوط در قواعد حل اختلاف خود بدین موضوع تصریح کرده‌اند (Gurry, 1996, p. 46).

مبحث سوم - ضمانت اجرای نقض تعهد محرمانه بودن

مهمترین ضمانت اجرای تعهد محرمانه بودن، مسئولیت مدنی اشخاصی است که این تعهد را نقض می‌نمایند. در موردی که تعهد محرمانه بودن براساس قرارداد به متعهدین آن تحمیل می‌شود هر یک از نقض‌کنندگان بر مبنای مسئولیت قراردادی باید زیان تحمل شده به وسیله‌ی طرف دیگر را جبران کنند. زیان دیده می‌تواند به منظور جبران خسارات خود اقامه‌ی دعوا نماید.

موضوعی که در داوری مورد بحث قرار گرفته این است که آیا دیوان داوری خود برای رسیدگی به چنین دعوایی صلاحیت دارد. استدلال شده است که چنین دعوایی مربوط به اجرای قرارداد داوری است و نه اجرای قرارداد اصلی که موضوع قرارداد داوری است و با توجه به اینکه دیوان داوری برای رسیدگی به همه‌ی دعاوی که طرفین بر مبنای قرارداد داوری مطرح می‌کنند رسیدگی دارد این دعوا نیز در محدوده‌ی صلاحیت دیوان داوری قرار می‌گیرد (Loquin, 2006, p. 350).

در مورد آن داوری که اصل رازداری در مشاوره و مذاکرات میان داوران را رعایت نمی‌کند و آن را برای یکی از طرفین افشاء می‌کند، عزل داور و حتی ابطال رأی داوری ممکن است به عنوان ضمانت اجرا مطرح گردد. بدیهی است که اگر قانون در مورد بعضی از اشخاص مرتبط با امر داوری و به ویژه داور یا داوران، در خصوص عدم رعایت تعهد محرمانه ماندن جریان داوری، ضمانت اجرای کیفری قائل شده باشند، ضمانت اجرای کیفری نیز قابل طرح خواهد بود.

علاوه بر مسئولیت مدنی و کیفری ممکن است مسئولیت‌های انضباطی نیز در مورد اشخاص ثالثی که امر رسیدگی و حل اختلاف را بر عهده دارند اعمال گردد. این مسئولیت انضباطی که اغلب از سوی مؤسسات داوری و ای. دی. آر وضع می‌گردد به همراه تعهد اخلاقی و حرفه‌ای اشخاص ثالث که به ویژه در شیوه‌های دوستانه‌ای همچون میانجی‌گری (همانند تعهد وکیل در برابر موکل یا پزشک در مقابل بیمار) بر عهده دارند در بیشتر موارد از افشای مطالبی که به صورت محرمانه افشاء می‌گردند جلوگیری می‌نماید و در عمل به ندرت با مسأله‌ی نقض تعهد و جبران خسارت حاصل از این نقض از سوی این اشخاص مواجه هستیم (Gurry, 1996: 31).

مبحث چهارم- نگاهی به اصل خصوصی و محرمانه بودن در قوانین و مقررات

۱- قوانین و رویه‌ی قضایی کشورها

به طور کلی قوانین و مقررات مربوط به داوری و سایر شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف به دو صورت با موضوع خصوصی و محرمانه بودن برخورد کرده‌اند. بدین صورت که یا در مقررات خود قواعدی راجع به این اصول مقرر کرده و یا این موضوع را به سکوت برگزار کرده‌اند. دادگاه‌های بعضی از کشورها نیز قویاً از محرمانه‌بودن رسیدگی‌ها در شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف (به طور مشخص در داوری) حمایت کرده‌اند و گاه منکر حاکمیت این اصل گردیده‌اند.

در فرانسه هر چند غیر از ماده ۱۴۶۹ قانون جدید آیین دادرسی مدنی که مقرر می‌دارد: «مذاکرات میان داوران محرمانه هستند» ماده‌ی دیگری در خصوص محرمانه بودن رسیدگی‌ها وجود ندارد دادگاه‌های این کشور این اصل را به ویژه براساس ماهیت خصوصی داوری و بر مبنای تعهد ضمنی مورد تأیید قرار داده‌اند. پس از رأی دادگاه استیناف پاریس در مورخ ۱۸ فوریه ۱۹۸۶ که به وجود اصل کلی محرمانه بودن در داوری تصریح نمود، در آرای دیگری نیز شناسایی این اصل در رسیدگی‌های داوری مورد تأیید دادگاهها قرار گرفت (Loquin, 2006, pp. 327 et 328). قانون داوری انگلستان نیز جزو قوانینی است که حکمی راجع به خصوصی و محرمانه بودن در بر ندارد اما دادگاه‌های

انگلیس در آرای مختلفی حکم بر محرمانه بودن رسیدگی‌ها صادر کرده‌اند. در یکی از این آرای جدید قاضی رأی داد که تعهد محرمانه بودن یک تکلیف قانونی (Devoir legal) است (Ibid: 327; Peter Berger, 2002: 315; Misra & Jordans, 2006: 41).

رویه‌ی قضایی سوئیس نیز همچون رویه قضایی فرانسه محرمانه بودن را به عنوان ویژگی ذاتی موافقت‌نامه داوری تلقی کرده و از شمول اصل مزبور بر رسیدگی‌ها حمایت می‌کند. در جهت مقابل آن دیوان عالی سوئد صراحتاً اعلام کرده است که قانون سوئد محرمانه بودن را به عنوان بخش ذاتی پروسه داوری تلقی نمی‌کند. در آلمان نیز کتاب ۱۰ از قانون آیین دادرسی مدنی که مقررات داوری را بیان می‌کند راجع به محرمانه بودن قواعدی در بر ندارد. رویه‌ی قضایی ایالات متحده و استرالیا نیز وجود هرگونه تعهد ضمنی داور بر محرمانه بودن رسیدگی‌های داوری را انکار می‌کند (Ibid; Peter Berger, 2006, p. 316).

قانون جدید داوری ژاپن نیز هیچ‌گونه مقرره‌ای در خصوص وظیفه‌ی داور برای محرمانه بودن در بر ندارد. با این حال جایی که داور از اطلاعات محرمانه تحصیل شده در رسیدگی‌های سازش استفاده می‌کند می‌تواند طبق نظر یکی از نویسندگان ژاپنی بر مبنای بند ۱ ماده‌ی ۱۸ که مقرر می‌دارد «اوضاع و احوال موجود نشان دهد که تردیدهای موجهی در خصوص استقلال یا بی‌طرفی داور وجود دارد» مورد جرح قرار گیرد (Sato, 2005, p. 44). چنین نیز در مقررات خود به طور کلی استفاده از اطلاعات محرمانه‌ای را که در طول رسیدگی سازش تحصیل شده است در رسیدگی داوری ممنوع می‌سازد (Ibid).

سرانجام نیوزیلند نیز که در سال ۱۹۹۶ بر مبنای قانون نمونه آنسیترال قانون داوری خود را تنظیم نمود برخلاف قانون نمونه، اصل محرمانه بودن را در مقررات خود گنجانده است. طبق این قانون چنین فرض می‌شود که طرفین توافق کرده‌اند که هرگونه اطلاعات راجع به رسیدگی داوری یا رأی داوری را افشاء یا منتشر نسازند (Misra & Jordan, 2006: 41-42; Banger, 2001: 245). در مورد حقوق ایران نیز باید گفت که هر چند در قانون داوری تجاری بین‌المللی و نیز قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی در مورد خصوصی بودن رسیدگی‌ها به طور صریح قاعده‌ای بیان نشده است اما تردیدی در این امر نیست که جلسات

رسیدگی داوری و نیز سایر شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف جنبه‌ی خصوصی دارد و تنها طرفین، اشخاص ثالث بی‌طرف و اشخاصی مثل شهود و کارشناسان می‌توانند حضور داشته باشند و می‌توان سکوت قانونگذار در قوانین فوق را بلحاظ بدهت امر دانست. طبیعتاً طرفین می‌توانند ورود اشخاص دیگر را به جلسات رسیدگی مجاز بدانند.

در مورد محرمانه‌بودن نیز باید گفت با توجه به اینکه حق محرمانه ماندن نیز موضوعی مربوط به طرفین اختلاف است آنها می‌توانند در این خصوص به نحو دلخواه توافق نمایند. بنابراین طرفین می‌توانند توافق کنند که تمام جنبه‌ها و مراحل رسیدگی یا برخی جنبه‌ها و مراحل آن باید محرمانه بماند. همچنان که این اختیار را دارند که از حق محرمانه ماندن به طور کلی چشم‌پوشی نمایند. طرفین همچنین می‌توانند قلمرو تعهد مزبور را به اشخاص دیگر مثل اشخاص ثالث بی‌طرف شهود و کارشناسان تسری دهند و قبل از ورود این اشخاص به جریان رسیدگی آنها را بدین تعهد ملزم سازند.

اما در صورت سکوت طرفین نیز به نظر می‌رسد که بین طرفین نوعی توافق ضمنی وجود داشته باشد که اصل محرمانه بودن را رعایت نمایند. به ویژه در شیوه‌های دوستانه‌ی حل اختلاف مثل میانجی‌گری و مذاکره و در بعضی اختلافات خاص مثل اختلافات میان نزدیکان و اعضای خانواده، اختلافات میان شرکتهای تجاری که اطلاعات مربوط به آنها مهم و درج آن به بیرون برای شرکت زیانبار می‌باشد، این استنباط قوی‌تر می‌نماید. هر چند در وضعیت فعلی این نظر نیز قابل دفاع است که با سکوت قانون، طرفین تکلیفی به رعایت اصل محرمانه بودن ندارند و توافق ضمنی مورد استناد توافق ادعایی است که حداقل در همه‌ی موارد نمی‌توان این توافق را به اراده‌ی طرفین نسبت داد. اگر هم در مورد طرفین بتوان ادعا کرد که این توافق ضمنی وجود دارد در مورد اشخاص ثالث بی‌طرف شهود و کارشناسان به دشواری می‌توان چنین ادعایی را مطرح کرد.

به هر حال چنانچه در موارد استثنایی در اثر انتشار یا افشای ناروا و غیرمجاز آراء و اطلاعات مربوط به رسیدگی‌های ای. دی. آر به یکی از طرفین اختلاف یا هر دو زیانی وارد شود، زیان‌دیده می‌تواند بر مبنای مسئولیت مدنی جبران خسارت را از مقصر آن طلب نماید.

۲- اسناد بین‌المللی و قواعد مؤسسات داوری و ای. دی. آر

همچون قوانین ملی کشورها، اسناد بین‌المللی و قواعد مؤسسات داوری و ای. دی. آر نیز با موضوع خصوصی و محرمانه بودن رسیدگی‌ها به طور متفاوت برخورد کرده‌اند. در پاره‌ای از این مقررات حکمی در خصوص خصوصی و محرمانه بودن بیان نشده و در بعضی دیگر صراحتاً این اصل مورد تأیید قرار گرفته است.

برخلاف مقررات داوری تجاری آنسیترال ۱۹۷۶ که اصل محرمانه بودن را به رسمیت شناخته است و طبق آن جلسات داوری جنبه‌ی محرمانه دارد مگر به توافق طرفین و آرای داوری نیز تنها باتوافق هر دو طرف دعوا منتشر می‌شود قانون نمونه داوری تجاری بین‌المللی آنسیترال، در مورد محرمانه بودن مقرره‌ای را بیان نکرده است. علت سکوت قانون نمونه که به عنوان راهنمای قانونگذاران داخلی و به منظور یکنواخت کردن مقررات مربوط به داوری تجاری تدوین یافته، این است که تدوین‌کنندگان این قانون اتفاق نظر داشته‌اند که تشخیص این مسأله یعنی محرمانه بودن، همچون پاره‌ای دیگر مسائل از قبیل اهلیت انعقاد قرارداد داوری و یا مسائل قابل ارجاع به داوری باید به نظام حقوقی هر کشور سپرده شود و در قانون نمونه قاعده‌ی راهنمایی برای این مسائل وضع نشود (عنایت، ۱۳۷۸، صص ۹۶-۹۵).

برعکس در قانون نمونه سازش تجاری بین‌المللی آنسیترال (مصوب ۲۰۰۳) قواعدی در مورد محرمانه‌بودن آمده است. ماده‌ی ۸ این قانون زیر عنوان «افشای اطلاعات» مقرر می‌دارد: «در صورتی که سازش‌دهنده از هر یک از طرفین اطلاعاتی راجع به اختلاف دریافت نماید، سازش‌دهنده می‌تواند محتوای اطلاعات را برای طرف دیگر رسیدگی سازش افشاء نماید. با این حال، چنانچه طرف مزبور اطلاعات را با شرط محرمانه ماندن در اختیار سازش‌دهنده قرار دهد آن اطلاعات نباید برای طرفهای مقابل رسیدگی سازش افشاء شوند».

ماده ۹ این قانون نیز تحت عنوان «محرمانه‌بودن» (Confidentiality) مقرر کرده است: «جز در صورتی که طرفین طور دیگری توافق کرده باشند کلیه‌ی اطلاعات مرتبط با رسیدگی‌های سازش باید به صورت محرمانه نگهداری شوند مگر جایی که افشاء به

موجب قانون یا به منظور اجرای موافقت‌نامه حل و فصل ضروری باشد» (Angle & Tackaberry, 2004, p. 270).

در قواعد داوری سازمان مالکیت معنوی (wipo arbitration rules) (ماده‌ی ۷۴) نیز به محرمانه بودن اسناد و ادله‌ی ارائه شده توسط طرفین یا شهود تصریح شده است. طبق ماده ۷۵ این قواعد، رأی داوری نیز محرمانه است و تنها در موارد استثنایی و از جمله رضایت طرفین اختلاف قابل افشاء و انتشار است. ماده‌ی ۷۶ نیز قلمرو تعهد محرمانه بودن را به مرکز داوری و داوران تسری داده است (Tackaberry and Marriott, 2003, p. 565). همچنین طبق ماده ۱۵ قواعد میانجی‌گری سازمان تجارت جهانی نیز کلیه‌ی طرفهای درگیر در میانجی‌گری از جمله میانجی، طرفین اختلاف و نمایندگان و مشاوران آنها و کارشناسان باید محرمانه بودن میانجی‌گری را رعایت کنند و جز در صورت رضایت طرفین و میانجی نباید اطلاعات مربوط به رسیدگی‌ها یا تحصیل شده در جریان آن را برای اشخاص ثالث افشاء کنند. هر یک از اشخاص مزبور باید تعهد محرمانه بودن را قبل از شرکت در میانجی‌گری قبول نمایند (Francis Gurry, 1996, p. 43).

طبق بند ۳ ماده ۵ قواعد میانجی‌گری دیوان داوری بین‌المللی لندن نیز هر موضوعی که در طول جریان میانجی‌گری به طور خصوصی به میانجی‌گری اعلام می‌شود نباید بدون رضایت طرف مزبور برای طرف یا طرفهای مقابل افشاء شود. طبق ماده ۱۰ همین قواعد نیز کلیه‌ی جلسات میانجی‌گری خصوصی خواهد بود و تنها باید میانجی، طرفین و اشخاص مشخص شده در آن حاضر شوند. جریان میانجی‌گری و کلیه‌ی اظهارات، مذاکرات و اسنادی که به منظور حل و فصل اختلاف در میانجی‌گری ارائه می‌شوند بایستی محرمانه باقی بمانند. میانجی‌گری محرمانه خواهد بود و جز توافق میان طرفین و یا الزام به موجب قانون، میانجی و طرفین نمی‌توانند هرگونه اطلاعات راجع به میانجی‌گری یا شروط سازشنامه یا نتیجه‌ی میانجی‌گری را برای اشخاص ثالث افشاء نمایند (Tackaberry and Marriott, 2003: 501-502; Bagner, 2001: 244-245).

همسو با مقررات فوق در ماده‌ی ۱۴ قواعد میانجی‌گری مؤسسه‌ی ای. دی. آر کانادا نیز آمده است که میانجی‌گری باید به طور خصوصی برگزار شود. تنها اشخاص مجاز مذکور در ماده ۱۳ می‌توانند حضور یابند مگر اینکه طرفین طور دیگری توافق کرده باشند. طبق ماده ۱۵ قواعد مزبور نیز میانجی باید رسیدگی میانجی‌گری و کلیه‌ی اطلاعات افشاء شده در جریان میانجی‌گری را محرمانه نگه دارد. طرفین توافق می‌کنند که کلیه‌ی اطلاعات و مراسلات دریافت شده یا انجام شده در طول میانجی‌گری را محرمانه نگه دارند. طرفین به علاوه توافق می‌کنند که کلیه‌ی تعهدات محرمانه بودن بر همه‌ی کارشناسان، مشاوران و اشخاص دیگری که به وسیله‌ی طرفین دعوا می‌شوند اعمال گردد. میانجی نیز باید از کلیه‌ی کارشناسان و مشاوران که به وسیله‌ی وی به کار گرفته می‌شوند به طور کتبی تعهدات مشابهی در خصوص محرمانه‌بودن اخذ نماید (<http://www.ADRcanada.ca/7k>). در قواعد دیگر نیز همچون قواعد داوری دیوان داوری بین‌المللی لندن و نیز قواعد داوری و قواعد میانجی‌گری تجاری انجمن داوری آمریکا مقررات مشابهی مرجع به خصوصی و محرمانه بودن پیش‌بینی شده است (Tackaberry & Marriot, 2003, p. 249, 297-298).

نتیجه‌گیری

در مورد خصوصی‌بودن داوری و سایر شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف تردیدی وجود ندارد. ماهیت این شیوه‌ها و نحوه رسیدگی و حل اختلاف در آنها به نحوی است که دیگران نمی‌توانند با ورود به جلسات رسیدگی، نظاره‌گر دعوای طرفین باشند. در شیوه‌های دوستانه‌ی حل اختلاف مانند مذاکره، سازش، میانجی‌گری و غیره که در آنها برخلاف داوری، رأی الزام‌آور صادر نمی‌شود و حل اختلاف منوط به توافق طرفین اختلاف است محرمانه‌بودن این امتیاز را در بردارد که موجب دوری طرفین از احتیاط اندیشی و بیان همه‌ی حقایق و اطلاعات و افشای کلیه‌ی اسناد گردیده و به همین دلیل لزوم رعایت محرمانه بودن در این شیوه‌ها، احتمال حل و فصل اختلاف را افزایش می‌دهد.

اما در مورد محرمانه‌بودن به ویژه در مورد داوری چنین اتفاق نظری وجود ندارد. در قوانین و مقررات مرتبط با داوری و سایر شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف نیز به طور یکسان با این قضیه برخورد نشده است و در حالی که برخی از آنها به صراحت بر محرمانه‌بودن تمام یا برخی از موضوعات تصریح شده است در بعضی دیگر مقررهای وضع نگردیده است. در بعضی از نظام‌های ملی نیز، رویه‌ی قضایی در سکوت قانون، محرمانه بودن داوری را انکار و در بعضی دیگر به طور جانبدارانه‌ای محرمانه‌بودن داوری را مورد تأیید قرار داده است.

به هر حال، خصوصی و محرمانه بودن جریان رسیدگی در داوری و شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف می‌تواند به عنوان امتیازی برای این شیوه‌ها در مقابل رسیدگی‌های قضایی در دادگاه‌های دولتی مطرح بوده و اشخاص را به ارجاع اختلاف خود به این شیوه‌ها که ویژگی مشترک همه‌ی آنها حل اختلافات در خارج از دادگاه‌ها است ترغیب نماید.

منابع و مآخذ

الف - فهرست منابع فارسی

- اخلاقی، بهروز، (۱۳۷۱)، **اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی**، ترجمه و تحقیق: اخلاقی، بهروز و امام، فرهاد، چاپ اول، تهران، نشر مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
- خالقی، علی، (۱۳۸۳)، **علنی بودن دادرسی در پرتو اسناد بین‌المللی و حقوق داخلی**، مجله‌ی پژوهش‌های حقوقی مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، شماره ۵.
- درویشی هویدا، یوسف، (۱۳۸۸)، **شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف (ARD)**، چاپ اول، نشر میزان.
- عنایت، سید حسین، (پاییز و زمستان ۱۳۷۸)، **محرمانه یا آشکاربودن داوری تجاری**، مجله‌ی تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲۸-۲۷.
- غمامی، معجد و محسنی، حسن، (زمستان ۱۳۸۵)، **اصول تضمین‌کننده‌ی دموکراتیک در دادرسی و اصول مربوط به ویژگیهای دادرسی مدنی**، مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۷۴.
- کاشانی، سید محمود، (۱۳۸۳)، **استانداردهای جهانی دادگستری**، چاپ اول، تهران، نشر میزان.

ب - فهرست منابع لاتین

- ADR Institute of Canada, Inc. – National Mediation Rules, Available at: www.adrcanada.ca/7K.
- Anglade, Leila, and Tackaberry, John, (2004), **International Dispute Resolution**, Vol. 1: Materials, London, Sweet & Maxwell.
- Bagner, Hans, (2001), **Confidentiality a Fundamental Principle in International Commercial Arbitration**, Journal of International Arbitration, Vol. 18, No. 2.
- Burnley, Richard, and Lascelles, Grey, (2004), **Mediation Confidentiality Conduct and Communications**, Arbitration: The Journal of the Chartered Institute of Arbitrators, No. 1.
- Gurry, Francis, (1996), **Confidentiality in Mediation**, Wipo Conference on Arbitration and Mediation Center, Geneva.
- Kovach, K. K., (2005), **Mediation**, The Handbook of Dispute Resolution, Michael L. Moffitt and Robert C. Bordon (Editors), Jossey-Bass.
- Loquin, Eric, (2006), **Les Obligations de Confidentialité Dans L'arbitrage**, Revue de L'arbitrage, N°. 2.
- Misra, Joyiyoti, and Jordan, Roma, (2006), **Confidentiality in arbitration international**, Arbitration: the Journal of the Chartered Institute of Arbitrators, Vol. 23, No. 1.
- Peter Berger, Klaus, (2002), **Private Dispute Resolution: Negotiation Mediation Arbitration**, Vol. 2.
- Plyette, Gérard, (1997), **Principles et Application Récentes des décrets des 22 Juillet et 13 décembre 1996 sur la Conciliation et al Médiation Judiciaires**, Revue de L'arbitrage, N°. 4.
- Sato, Yasunobu, (2005), **The New Arbitration Law in Japan: Will it Cause Changes in Japanese Conciliatory Arbitration Practices?**, Journal of International Arbitration, Vol. 22, No. 2.
- Tackaberry, John and Marriott, Arthur, (2003), **Bernstein's Handbook of Arbitration and Dispute Resolution Practice**, Vol. 1, 4th Edition, London: Sweet & Maxwell.