



## Alternative Methods of Commercial Dispute Resolution; Legal Explanation and Economic Evaluation

Mohammad Akhlaqi\*

### Abstract

The requirement for priority in referring to non-judicial methods of resolving commercial disputes has become a principle of Modern commercial law, both national and international nowadays. This priority is due to the nature and importance of commercial relations and rules. Commercial affairs are fundamentally based and rely on gaining more profit and avoiding losses. There are a variety of "alternative dispute resolution mechanisms" (ADRM) in countries from historically and social values. However, it seems that the four alternative methods of negotiation, reconciliation, mediation, and arbitration have a valid position and base in the social and legal systems of Afghanistan and the world. Therefore, social acceptability, legal legitimacy, and economic advantage are justifications that can be cited for this prioritization.

This article aims to explain and analyze these methods of handling commercial disputes outside the judicial system in the country using an analytical descriptive method. The result of the legal and economic perspective on resolving disputes arising from commercial interactions suggests that these methods should be prioritized over judicial proceedings. Therefore, agreements and justifications for employing non-judicial methods, in addition to judicial decentralization, will reduce financial and time costs and increase commercial prosperity and trust for the parties involved and the commercial system.

**Keywords:** Alternative Methods, Commercial Dispute Resolution, Legal Explanation, Economic Evaluation

---

\* Teaching Assistant, Master of Criminal Law and Criminology, Specialist in the Law and Economics, Researcher at the Afghanistan Law and Economics Association (AFLEA) and Lecturer at the Economic Faculty of Khatam Al-Nabieen University  
mohammad.akhlaqi@gmail.com



## روش‌های بدیل حل اختلافات تجارتي؛

### تبیین حقوقی و تحلیل اقتصادی

محمد اخلاقی\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۳/۲۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۵/۵

#### چکیده

امروزه الزام به اولویت در مراجعه به کارشيوه‌های غیرقضایی حل و فصل اختلافات تجارتي، به یک اصل از اصول حقوق تجارتي مدرن اعم از ملی و فراملی تبدیل شده است. این اولویت به دلیل ماهیت و اهمیت روابط و قواعد تجارتي است. امور تجارتي اساساً مبتنی و متکی بر کسب سود بیشتر و جلوگیری از ضرر است. از نظر تاریخی و ارزش‌های اجتماعی، انواعی از مکانیسم‌های بدیل حل منازعات تجارتي در کشورها وجود دارد. اما به نظر می‌رسد، چهار روش بدیل مذاکره، مصالحه، میانجی‌گری و حکمیت از جایگاه و پایگاه معتبری در نظام‌های اجتماعی و حقوقی افغانستان و جهان برخوردار باشند. از این رو پذیرش اجتماعی، مشروعیت حقوقی و منفعت اقتصادی توجیهاتی است که برای این اولویت‌دهی می‌توان برشمرد.

این مقاله در پی تبیین و تحلیل این شیوه‌های رسیدگی خارج از سیستم قضا در حل اختلافات تجارتي در کشور به روش توصیفی-تحلیلی است. نتیجه نگرش حقوقی و اقتصادی در رسیدگی به اختلافات ناشی از تعاملات تجارتي، ایجا اولویت داشتن این کارشيوه‌ها بر رسیدگی قضایی را می‌نماید. از این رو، توافقات و توجیهات تجارتي در به‌کارگیری کارشيوه‌های غیرقضایی، افزون بر تمرکززدایی قضایی، باعث کاهش هزینه‌های مالی و زمانی و افزایش رونق و اعتماد تجارتي برای طرفین قضیه و نظام تجارتي خواهد شد.

واژگان کلیدی: روش‌های بدیل، حل منازعه تجارتي، تبیین حقوقی، تحلیل اقتصادی.

\* مدرس در پوهنځی اقتصاد پوهنتون خاتم النبیین (ص) و محقق در انجمن حقوق و اقتصاد افغانستان (رتبه علمی: پوهنپار، درجه تحصیل: ماستر حقوق جزا و جرم‌شناسی، متخصص حقوق و اقتصاد).

مقصود از شیوه‌ها یا روش‌های بدیل، مکانیسم‌هایی است که در بدل مراجعه به محکمه یا قضا، زمینه‌ساز حل اختلاف تجارتي بين طرفين می‌شود. از این جهت، به این فرایند، کار شیوه-های غیر قضایی گفته شده که خارج از سیستم قضا، منازعه را حل و فصل می‌نماید که امروزه بر مؤثریت و مثریت آن در معاملات تجارتي و معادلات حقوقی به‌ویژه با جنبه‌ای ملی، منطقه‌ای و فرامنطقه‌ای افزوده می‌شود. از سوی دیگر، ماهیت حقوقی و اهمیت اقتصادی مسئله نیز امروزه، بیش از گذشته برجسته شده است. پیشبرد این نگرش و بینش دوبرعدي در دانش بین‌رشته‌ای تحلیل اقتصادی حقوق یا حقوق و اقتصاد<sup>1</sup> موضوعیت یافته و مباحث و مسائل حقوقی از منظر اقتصادی تبیین و تحلیل می‌شوند. این همان رویکرد و نگرش نوین این مقاله است که نویسنده آن را تعقیب نموده و در بین نگارش‌های علمی به زبان دری تاکنون این رویکرد در این موضوع، مشاهده نشده است.

مقصود از تبیین حقوقی، بررسی مبانی و منابع حقوقی (مانند قرارداد تجارتي) و در مواردی از منظر قواعد حقوقی است که در رابطه با روش‌های بدیل مطرح است و منظور از تحلیل اقتصادی، توجیها و ارزیابی متکی بر علم اقتصاد است که بر اساس اصول و قواعد آن (مانند کارآمدی و هزینه-فایده) در رابطه با شیوه‌های بدیل وجود دارد.

با وقوع منازعه تجارتي، سؤال اصلی قابل طرح است: اول، ابعاد حقوقی و اقتصادی ناشی از توسل به شیوه‌های بدیل حل اختلافات تجارتي چیست؟

محقق مدعی است که عموماً بروز منازعه یا منبعث از عدم اجرای تعهدات و الزامات قانونی، عرفی و شرعی است و یا اختلاف در تفسیر این تعهدات و الزامات و یا هم در نحوه اجرای آنهاست. به‌طور کلی، در موضوعات حقوقی از جمله امور تجارتي، قرارداد و یا توافق تجارتي، یکی از مهم‌ترین اسناد و دلایل انجام فعالیت و تعهد تجارتي محسوب می‌شود که دارای ماهیت حقوقی و اهمیت اقتصادی نیز هستند. به‌دیگر سخن، بر اساس قرارداد یا توافق (صریح یا ضمنی) است که یک فعالیت تجارتي شکل می‌گیرد، سرمایه جابه‌جا می‌شود (گردش سرمایه)، منفعت تحقق می‌یابد، ادعا مطرح می‌شود، حق مطالبه شده و دفاعیه ترتیب می‌شود.

<sup>1</sup> . Economic Analysis of Law or Law and Economics (L&E)



بدین ترتیب، از نظر حقوقی، قرارداد خط یا تمایل و توافق بین طرفین تجارت، نقطه مشترک یافتن قصد طرفین و مبنا و منبع حل منازعات تجارتي می‌باشد؛ اما از منظر اقتصادی، توجه به کاهش هزینه‌های متعدد حل اختلافات تجارتي از طریق تمایل به شیوه‌های غیر قضایی، افزون بر رونق تجارت و اعتبار تجارتي تجار، نقش و کارکرد این شیوه‌ها در ساختار حقوقی و اقتصادی نیز برجسته و موجه خواهد شد.

از نظر حقوقی، مبنای قانونی مراجعه به روش‌های بدیل، ماده ۳۷ قانون اصول محاکات تجارتي<sup>۱</sup> است که براساس آن، اصحاب دعوی می‌توانند معاملات مورد اختلاف خویش را کلی یا جزئی به صلح و سازش ارجاع داده و رسیدگی قضایی را برای تعیین وضعیت منازعه به حاشیه ببرند.

قرن ۲۱، عصر تنوع روابط اقتصادی بین اشخاص، سازمان‌ها و دولت‌هاست که خود زمینه بروز اختلافات را در پی خواهد داشت. این تنوع و زمینه، باعث می‌شود تا قواعد تخصصی و مراکز مسلکی برای حل و فصل منازعات تجارتي ایجاد شود. برای مثال، قواعد نمونه آنستیرال<sup>۲</sup> و یا قواعد حکمیت اتاق بین‌المللی تجارت<sup>۳</sup> به‌عنوان قوانین تخصصی و در مورد مراکز مسلکی فصل‌کننده در کشور، مرکز حل منازعات تجارتي افغانستان<sup>۴</sup> و در سطح منطقه، مرکز حکمیت بین‌المللی آسیا<sup>۵</sup> و در سطح بین‌الملل، و در بیشتر نهادهای معتبر نیز می‌توان به آنستیرال<sup>۶</sup>، مرکز بین‌المللی برای حل اختلافات سرمایه‌گذاری (زیرمجموعه بانک

---

<sup>۱</sup> طرفین دعوی می‌توانند معاملات متنازع‌فیه خود را در هر مرحله‌ای که باشد، قبل از صدور حکم محکمه مربوطه تماماً و یا قسماً به‌صورت مصالحت فیصله نمایند.

<sup>۲</sup> UNCITRAL Law Model on International Commercial Arbitration (1985)

<sup>۳</sup> Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce (1998)

<sup>۴</sup> Afghanistan Center for Commercial Dispute Resolution (ACDR)

<sup>۵</sup> Asian International Arbitration Center (AIAC)

<sup>۶</sup> United Nation Commission on International Trade Law (UNCITRAL)

جهانی)<sup>۱</sup> و اتاق بین‌المللی تجارت<sup>۲</sup> و نیز وجود آن تقریباً در تمامی و یا شهرهای (پایتخت) اقتصادی توسعه‌یافته<sup>۳</sup> اشاره نمود.

در ضرورت و اهمیت عنوان و بحث همین بس که، امروزه افزون‌بر تبیین‌های حقوقی، تحلیل‌های اقتصادی (به‌ویژه در مسائل تجارتي) راهکاری است که بر مؤثریت قواعد و سازه‌های حقوقی خواهد افزود. از این‌رو، در این مقاله بعد از بحث مقدماتی، سازوکارهای علمی و عملی بدیل حل اختلافات تجارتي در افغانستان به‌طور فهرست‌وار به بررسی گرفته شده است.

### الف) ماهیت و اهمیت بحث

توجه و توجیه در تمایل به مذاکره و مصالحه در شرایط مخاصمه و منازعه، امری فطری و ذاتی پنداشته می‌شود. دین مبین اسلام نیز متناسب به این فطرت، بر محبت و مودت تأکید داشته و از این‌رو، یافتن ریشه‌های قرآنی موضوع چندان دشوار نیست؛ زیرا آیات متعددی در قرآن کریم به‌وضوح، بر رویکرد سلم و صلح (آیات سلمی) در روابط فردی و جمعی اشاره دارند.<sup>۴</sup>

در عصر حاضر نیز، نظام‌های اجتماعی، حقوقی و اقتصادی توجهات خاصی<sup>۵</sup> به بهره‌گیری از مزایای متنوع شیوه‌های جایگزین قضایی حل منازعات<sup>۶</sup> ناشی از امور اقتصادی (مالی

1. International Center for Settlement Investment Disputes (ICSID)-Word Bank Group

2. International Chamber of Commerce (ICC Dispute Resolution)

3. Hong Kong International Arbitration Center (HKIAC), Singapore International Arbitration Center (SIAC), Dubai International Arbitration Center (DIAC), New York International Arbitration Center (NYIAC), The London Court International Arbitration (LCIA),

۴. «وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقْتُلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ» (حجرات، ۹) یا «إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ» (حجرات، ۱۰) و یا «وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ» (نساء، ۱۲۸).

5. Special attentions

6. Alternative Disputes Resolutions Methods (ADRM)s



و تجارتي) دارند. در واقع، اعتماد به پذيرش اجتماعي<sup>1</sup>، التزام به مشروعيت حقيقي<sup>2</sup> و انتفاع از منفعت اقتصادي<sup>3</sup> آن، که همه در مسير افزايش رفاه اجتماعي<sup>4</sup> است، از جمله توجهات و توضيحاتي است که از اين شيوه‌هاي خارج از قضا وجود دارد. ازسوي ديگر، اين توجهات و توجهات، متکي به مزيت‌ها يا ويژگي‌هايي است که در نهران اين کارشيوه‌هاي بدليل نهفته است. به‌طورکلي، سريع و ساده بودن، محرمانه و بي‌طرفانه بودن، ارزان، اجرائي و کارآمد بودن، اوصاف ذاتي برجسته‌اي است که تمايل به استفاده از آنها در حل اختلافات تجارتي<sup>5</sup> را افزايش داده است.

اين همه، ناشي از طولاني بودن<sup>6</sup> و پرهزينه بودن<sup>7</sup> فرايند قضايي (اعم از رسيدگي و تطبيق احکام) در محاکم تجارتي<sup>8</sup> است که به دليل تنوع دوسيه‌ها ايجاد شده است. گفتني است اساساً ماهيت رسيدگي قضايي<sup>9</sup> در محاکم و نظر به دلایل اثبات‌کننده و نيز مهلت‌هاي قانوني<sup>10</sup> در مراحل و مسائل مختلف، به هزينه‌بر بودن و زمان‌گير شدن رسيدگي منجر مي‌شود.

به‌ديگرسخن، هزينه‌هاي زماني و مالي تطبيق فيصله محاکم در کنار فرايند رسيدگي محاکماتي براي جامعه سنگين بوده و حتي از نظر رواني نيز اقناع طرفين دعوا در بسياري از قضايای نيز حاصل نمي‌شود که اين خود، ضربه سهمگين به تداوم فضاي اعتماد در روابط تجارتي بين تجار را در پي خواهد داشت. درنتيجه، نقش ابعاد و هزينه‌هاي مالي و زماني

- 1 . Social Acceptability
- 2 . Legal Legitimacy
- 3 . Economic Advantage
- 4 . Social Welfare
- 5 . Commercial Disputes Settlement
- 6 . Time-consuming
- 7 . Expensive
- 8 . Commercial Courts
- 9 . Judicial Procedure
- 10 . Legal times





شیوه‌های بدیل در کنار، رضایت یا موافقت طرفین منازعه در مراجعه به شیوه‌های غیرقضایی، امکان و فضای تطبیق راهکارها را نسبت به فیصله محاکم فراهم خواهد کرد.

به‌طور خلاصه، این مکانیسم‌های غیرترافعی و غیرقضایی، در حال حاضر برای طرفین به‌عنوان یک فعالیت اقتصادی<sup>۱</sup> محسوب می‌شود که تمامی جوانب آن متکی بر مبنا و منطق اقتصادی<sup>۲</sup> است که قضیه (دوسیه) حقوقی، به یک فرصت طلایی در رفع اختلاف و رونق تجارت منجر شود. از این رو، مراجعه به شیوه‌های غیرقضایی و پیشبرد رفع اختلاف، دارای وصف محاسباتی و منفعت عقلانی برای طرفین است.

### ب) مفهوم و انواع منازعه تجارتي و روش‌های حل آن

«منازعه»<sup>۳</sup> در لغت از ریشه کلمه «نزع» گرفته شده و در لغت به معنای ستیز کردن، خصومت کردن، مناقشه، کشاکش کردن، نزاع و جدال کردن است. مناقشه نیز در لغت از ریشه «نقش» گرفته شده و به معنای منازعه، دعوا، سختی کردن با کسی و سخت‌گیری است (انصاری، ۱۳۸۴، ۱۹۷۳ و ۱۹۸۰). بدین ترتیب، منظور از «منازعه تجارتي» برخلاف اختلاف جزایی، اداری، مدنی و فامیلی، جنجال و مناقشه ناشی از یک عمل تجارتي یا مناسبات اقتصادی است که اصولاً بین تجار رخ می‌دهد. در این حالت، تلاش می‌شود تا از مجاری مختلف به حل و فصل این اختلافات و منازعات پایان داده شود.

به‌عبارت دیگر، نزاع تجارتي در امور تجارتي رخ می‌دهد. بدین ترتیب، مبنا بروز اختلاف تجارتي، عمل تجارتي است که عموماً در قالب معامله تجارتي تبارز می‌نماید. براساس این، «معامله تجارتي» نیز یعنی «کلیه مسائل شامل مناسبات دارای ماهیت تجارتي و اقتصادی است که به اساس قرارداد یا عرف تجارتي میان تجار و متشبهین صورت می‌گیرد» (بند ۱۹ ماده ۳ قانون قراردادهای تجارتي و فروش اموال).

بدین ترتیب، معاملات و منازعات تجارتي نیز عموماً بین تجار واقع شده که هر یک، شرایط، اقسام و قواعد خاص خود را دارد در متون تقنینی و حقوقی بازتاب یافته‌اند. برای مثال، اصول‌نامه

1. Economic activity

2. Economic logic

3. Dispute

تجارت، تاجر را شخص دارای اهلیت تجارتي می‌داند که، انجام معامله تجارتي را به حیث شغل اختیار کرده باشد (ماده ۸). در واقع، تاجر و تجارت لازم و ملزوم یکدیگرند و هر دو، بار معنایی متقابلی برای هم دارند. بدین ترتیب، تاجر با مشغولیت به تجارت، تاجر محسوب شده و تجارت نیز عموماً توسط تاجر انجام می‌شود (اخلاقی، ۱۳۹۴، ص ۱۶۱-۱۷۱).

آیا منازعه تجارتي لزوماً از طریق راهکارهای تجارتي یا غیرقضایی باید رسیدگی شوند؟ به نظر می‌رسد، بتوان مدعی شد که با توجه به ماهیت حقوقی و اهمیت این اختلافات در امور اقتصادی و مالی اشخاص، مؤسسات تجارتي و مالی و کشورها، دولت‌ها می‌کوشند به رویکردهای خارج از سیستم قضا اولویت بدهند. از این جهت، در صورت مراجعه تاجر به محکمه در همان شروع حل اختلاف، محاکم در ابتدا طرفین را به روش‌های داوری و مصالحه ملزم می‌نمایند.<sup>۱</sup> بنابراین، در صورت عدم حصول نتیجه مورد توافق، پای قضا برای حل اختلاف باز خواهد شد.

### ج) مکانیسم‌های بدیل حل و فصل منازعات تجارتي

جهت حل و ختم اختلافات تجارتي بین تاجر مراحل و مکانیسم‌های ذیل مطرح بوده و تاجر می‌تواند به اساس آن متقاضی فیصله و پایان مناقشات تجارتي خویش شوند. به طور کلی، دو سیستم عمده در حل اختلافات تجارتي موضوعیت دارد: یکی، روش غیرقضایی یا بدیل قضا که روش‌های بدیل حل اختلافات نیز نامیده می‌شود. نظر به ماهیت و اهمیت این منازعات، بر روش دوم اولویت دارد. دیگری، روش قضایی است که به دنبال بی‌نتیجه ماندن مکانیسم‌های بدیل مطرح می‌شود.

مهم‌ترین کارشویه‌های بدیل حل اختلاف که در این تحقیق بدان اشاره شده و بیشترین کاربرد را نیز دارند، شامل مذاکره، مصالحه، میانجی‌گری و حکمیت است. در کنار این موارد،

<sup>۱</sup> «محکمه مربوطه محض برای یک بار به اصحاب دعوی توصیه اصلاح را می‌نماید. در صورتی که طرفین از طریق اصلاح به حل و فصل موضوع مورد اختلاف موفق شوند، باید در ظرف مدتی که از طرف محکمه تعیین شده، صورت اصلاح را به محکمه تقدیم نمایند» (ماده ۴۰ قانون اصول محاکمات تجارتي).

مکانیسم‌های دیگری شامل رسیدگی اختصاصی<sup>۱</sup>، اجازه قاضی<sup>۲</sup> و ارزیابی بی طرفانه<sup>۳</sup> نیز وجود دارند که تعبیر به شیوه‌های جدید بدیل می‌شوند (رحیم‌زاده، ۱۳۹۸، ص ۱۶ و ۱۷).

### ۱. مذاکره

«مذاکره در لغت، مصدر باب مفاعله از ریشه «ذکر» به معنای گفتگو، یکدیگر را یاد کردن و مکالمه است. در اصطلاح فقه و حقوق، به بحث و گفتگو پیرامون موضوعی معین جهت پدیدآوردن یک واقعه حقوقی<sup>۴</sup>، مذاکره گفته می‌شود. حقوقدانان و فقیهان بر این باورند که مذاکره مقدمه یک تصرف حقوقی<sup>۵</sup> بوده و برای هیچ‌یک از طرفین الزام‌آور نخواهد بود» (انصاری، پیشین، ۱۳۸۴، ۱۷۷۴).

از گذشته‌های دور، یکی از نخستین کار شیوه‌های حل اختلافات، گفتگوی مستقیم طرفین بوده است. مذاکره یا گفتگو<sup>۶</sup>، برخلاف دیگر روش‌ها، بیشتر متکی به (نقش) طرفین است. در واقع، طرفین خودشان مستقیم نشسته و برای حل اختلاف، دوستانه گفتگو و تصمیم می‌گیرند. از این رو، شخص ثالث در این گفتگو نقشی ندارد. هر چند ممکن است وی در ابتدا، واسطه برقراری تعامل یا مذاکره را فراهم کرده باشد. از این رو، مذاکره، زمان‌بر اما اصولاً مؤثر است؛ زیرا طرفین مستقیم مطالب و مقاصد خود را شریک می‌کنند. در واقع، طرفین با داشتن نفع مشترک و اصل احترام متقابل، گفتگو کرده و می‌کوشند در مراحل مختلف، بر مشترکات تکیه کنند و گام به گام به پیش بروند.

1 . Mini-trial

2 . Rent-a-judge

3 . Neutral evaluation

۴ . «حادثه حقوقی عبارت از تصرف فعلی است که به اختیار یا بدون اختیار شخصی، واقع گردیده و قانون بر آن آثار معین را مرتب نموده باشد» (ماده ۴۹۶ قانون مدنی). «منابع حق عبارت از عوامل حقوقی‌ای است که حق را به وجود آورد و مشتمل بر تصرف حقوقی و حادثه حقوقی می‌باشد» (ماده ۴۹۲، همان).

۵ . «تصرف حقوقی عبارت از تصرف قولی‌ای است که از اراده قاطع شخص برای ایجاد اثر حقوقی معین مطابق باحکام قانون به وجود آمده باشد» (ماده ۴۹۳، همان)

6 . Negotiation or Talk

گفتگوی مستقیم، یکی از ساده‌ترین، سریع‌ترین، ارزان‌ترین، محرمانه‌ترین و کارآمدترین شیوه‌های رفع اختلافات پیش‌آمده است. بنابراین، در صورتی که، این روش مورد علاقه طرفین نباشد و یا گفتگو به نتیجه مطلوب نرسد، مکانیسم‌های بعدی می‌تواند با حضور شخص بی-طرف ثالث، نزاع پیش‌آمده را حل و فصل کند.

امروزه، مذاکره کم‌هزینه‌ترین روش و گزینه اول طرف‌های قرارداد برای حل و فصل منازعات و رسیدن به نتیجه مورد توافق است؛ گزینه‌ای که توسل به آن نه تنها در دسترس همگان است، بلکه از منظر اقتصادی نیز توجیه‌پذیر است. طرفین بدون اینکه هزینه زیادی متحمل شوند در هر مکان و زمان کنار هم می‌نشینند و برای حل و فصل اختلاف‌ها تصمیم‌گیری و راهکارهای متعدد پیشنهاد داده و در نهایت، با یک راه‌حل میانه و متعادل توافق می‌کنند. (شیروی، ۱۳۹۸، ص ۲۲۸).

درواقع، توجه و توجیه رجوع به مذاکره از ابعاد مختلف مادی و معنوی موجه، مفید و مؤثر برای طرفین و جامعه است؛ به طوری که، نه تنها از تحمیل هزینه‌های اضافی و گراف حل اختلاف جلوگیری می‌کند، بلکه منافع مادی و معنوی قابل توجهی برای تجار و نظام تجارتي، قضایی و اجتماعی که منجر به افزایش سطح رفاه خصوصی و عمومی<sup>۱</sup> می‌شود، نصیب خواهد کرد که می‌توان تعبیر به وضعیت برد-برد<sup>۲</sup> برای طرفین کرد.

ناگفته نماند که، مراجعه به مذاکره با اوصافی که دارد، در روابط سیاسی<sup>۳</sup> نیز نقش عمده‌ای دارد. به عبارت ساده‌تر، در تعاملات سیاسی اعم از مباحث داخلی و در گفتگوهای بین احزاب<sup>۴</sup> و یا مسائل خارجی و در نشست‌های بین دولت‌ها و سازمان‌ها<sup>۵</sup>، برای حل سوءتفاهمات و رسیدن به توافقات، کارساز است. این از آن جهت است که، در مذاکره، اصولاً طرفین مستقیماً و بدون واسطه، نظرات و پیشنهادات خود را رد و بدل می‌نمایند. از این رو،

1 . Private and Public Welfare

2 . Win-win Situation

3 . Political Relations

4 . Parties

5 . States and Organizations



عموماً در موضوعات سیاسی، تمایل به گفتگو توجیه و توفیق بیشتری دارد. این فعل و انفعالات سیاسی، تعبیر به «دیپلماسی» می‌شود که دولت‌ها اهداف و مقاصد خویش را نظر به شرایط زمانی و مکانی بر مبنای آن به پیش می‌برند (موحدی‌نیا، ۱۳۹۷، ص ۵۸۳). ناگفته نماند که این موضوع و فرایند در حقوق بین‌الملل<sup>۱</sup> نیز یک قاعده بین‌المللی (تحت عنوان: اصل انجام مذاکره با حسن نیت) است (شهبازی، ۱۳۹۹، ص ۳۵۴).

نقطه مشترک در مورد مذاکره در روابط تجارتي و سياسي، این است که توجه و توجیه گفتگو به عنوان گام اول و مهم در رفع منازعات تلقی می‌شود. از این رو، در صورت عدم موفقیت مذاکرات بین طرفین، شیوه‌های دیگر رفع اختلافات مطرح می‌شود. در این صورت، در اختلافات تجارتي گام دوم مراجعه به مصالحه اما در مناقشات سياسي، گام بعدی تمایل به حضور میانجی، بیشتر مقبولیت دارد. اما نقطه تقابل مذاکره بین این دو، این است که عموماً در امور تجارتي شروع و پیشرفت مذاکرات تابع تشریفات خاصی نیست؛ در حالی که در امور سياسي، به دلیل ذات سیاست، احترام و التزام به تشریفات مخصوصی نزد طرفین اهمیت دارد.

در نظام حقوقی افغانستان نیز ماده ۳۸ قانون اصول محاکمات تجارتي حکم کرده است که «طرفین می‌توانند برای صورت گرفتن اصلاح بین‌شان مستقیماً داخل مذاکره شوند...» که دلالت بر مبنای

## ۲. مصالحه

قانونی رجوع به گفتگوی مستقیم بین طرفین اختلاف است. راه حل بعدی در حل و ختم اختلافات تجارتي مصالحه<sup>۲</sup> تجارتي است. آن گونه که از نام این شیوه پیداست، مصالحه تمایل به صلح یا سازش است که باید طرفین رابطه، به دنبال تحقق آن باشند. به نظر می‌رسد در مذاکره و مصالحه طرفین باید تمایل به رفع اختلاف را داشته و حتی با گذشت و رضایت، منازعه را پایان دهند. در غیر آن، موفقیت حل اختلاف کاهش یافته و ممکن نخواهد بود.

«مصالحه در لغت مصدر باب مفاعله از ریشه «صلح» به معنای صلح کردن با همدیگر، آشتی کردن و سازش کردن است. در فقه و حقوق، عبارت از توافقی است که میان دو طرف

1. International Law

2. Conciliation



متنازع مبتنی بر پایان دادن به دعوای موجود و یا منازعه احتمالی وقوع یابنده در آینده، با صرف نظر کردن هر یک از ادعای مورد مطالبه منعقد می‌شود. بنابراین، در مصالحه آنچه مهم است تعلق اراده طرفین بر ترک منازعه به هر دلیل ممکن است. از این رو، آنچه در این تصرف حقوقی<sup>۱</sup> مورد توجه قرار نمی‌گیرد، حق است؛ زیرا مصالحه ممکن است چنان منعقد شود که هر یک از طرفین به آنچه استحقاق دارند، برسند و یا اینکه ممکن است هر یک از آنان از مقداری از ادعای مورد مطالبه خویش درگذرند و یا اینکه گذشت کنند، کاملاً یک جانبه باشد، در هر صورت از آن حیث که پدیدآورنده مصالحه اراده مختار و غیرقابل خدشه هر یک از طرفین است، به هر نحو ممکن که صورت پذیرد، صحت خواهد داشت» (انصاری، پیشین: ۱۳۸۴، ۱۸۵۷)

در ضمن، «صلح» در لغت به معنای آشتی، سلم، تراضی متنازعین، سازش، پایان دادن به جنگ و قطع نزاع است. (همان، ص ۱۲۲۳). از نظر حقوقی (مدنی) صلح - یکی از عقود معینه - مبتنی بر عقدی است که نزاع را رفع و خصومت را به اساس رضایت طرفین قطع می‌نماید (ماده ۱۲۹۷ قانون مدنی). بدین ترتیب از آثار صلح، قطع منازعه بوده که هیچ‌یک از طرفین حق رجوع از آن را ندارند (ماده ۱۲۱۳ قانون مدنی).

ناگفته نماند که ماده ۳۸ قانون اصول محاکمات تجارتي افغانستان به‌عنوان مبنای این شیوه حل منازعه بیان می‌کند که «طرفین می‌توانند برای صورت گرفتن اصلاح بین خود مستقیماً داخل مذاکره شوند و یا برای این منظور وکلای اصلاحی انتخاب و به محکمه معرفی نمایند؛ ولی درخواست اصلاح باید به هر صورت از جانب طرفین به‌طور کتبی به‌عمل آید».

### ۳. میانجی‌گری

یکی از روش‌های بدیل دیگر که استفاده و کارایی بالایی دارد، میانجی یا میانجی‌گری<sup>۲</sup> است. در این روش، شخص سوم یا میانجی<sup>۳</sup>، ناجی حفظ تعامل تجارتي شده و با پیشنهادات کارآمد خویش، می‌کوشد طرفین منازعه را به حل اختلافشان کمک و واسطه شود. برای تعریف

۱. ماده ۴۹۳ قانون مدنی

۲. Mediation

۳. Mediator



اصطلاح حقوقی، می‌توان به قانون خاص آن اشاره کرد. از این رو، «میانجیگری عبارت از عملیه لازم‌الاجرای است که به تأسی از آن میانجی به اساس درخواست و توافق طرفین، خدمات بی طرفانه را به منظور حل و فصل سریع و عادلانه منازعات اقتصادی و تجارتي انجام می‌دهد» (فقره ۲ ماده ۲ قانون میانجی‌گری (مصالحه) تجارتي). در واقع، ماده اول قانون میانجی‌گری (مصالحه) تجارتي هدف از وضع این قانون را این‌گونه تبیین می‌کند: «به منظور تشویق طرفین منازعه تجارتي به حل و فصل سریع، عادلانه و بی طرفانه از طریق میانجی‌گری (مصالحه)، فراهم‌آوری تسهیلات در زمینه و سایر امور مربوط به آن». برای تحقق سازش و مصالح، برخی از حقوقدانان هفت مرحله را بیان می‌کنند که عبارت‌اند از:

۱. معرفی و ایجاد اعتماد بین طرفین منازعه؛
  ۲. تشخیص مسائل و جوانب مورد اختلاف بین طرفین؛
  ۳. خلاقیت در ارائه پیشنهادات و راه‌حل‌های حل و فصل از طرف میانجی؛
  ۴. انجام و ادامه مذاکرات بین طرفین و اتخاذ تصمیم مقتضی؛
  ۵. تهیه مسوده یا پیش‌نویس موافقت‌نامه حل و فصل اختلاف؛
  ۶. تعیین تکلیف قضیه در مراجع حکمیت یا محکمه در صورتی که به آنها عریضه شده باشد؛
- اجرا، بررسی و اصلاح موافقت‌نامه حل و فصل اختلاف برای اطمینان از خاتمه یافتن قضیه (افضلی، ۱۴۰۰، ص ۱۸۷-۱۸۹). از سوی دیگر، در نظام حقوق تجارت افغانستان، طبق ماده ۱۶ قانون میانجی‌گری (مصالحه) تجارتي، عملیه میانجی‌گری در موارد ذیل به اتمام می‌رسد:
- در صورت عقد یا امضای موافقت‌نامه حل و فصل منازعه توسط طرفین؛
- در صورتی که میانجی اعلام نماید که مساعی در عملیه میانجی‌گری بیشتر از این قابل توجه نمی‌باشد؛
- در صورتی که طرفین، ختم عملیه میانجی‌گری را به میانجی اعلام نمایند؛
- در صورتی که یکی از طرفین به طرف یا طرف‌های دیگر میانجی، ختم عملیه میانجی‌گری را اعلام نماید.
- در ضمن، در نظام حقوقی افغانستان، مطابق به قانون بیمه، طرفین دعاوی مربوط به بیمه می‌توانند قبل از مراجعه به محکمه تجارتي مربوطه، به میانجی‌گری و حکمیت مراجعه نمایند (ماده ۴۱) که خود در حل نهایی، مفید و مؤثر آنها کمک کند.

#### ۴. حکمیت (داوری)<sup>۱</sup>

حکمیت تجارتي، امروزه از ابعاد مختلف پيشتاز در روش‌های حل منازعات تجارتي محسوب می‌شود. از نظر حقوقی، مبنای مراجعه به حکمیت، وجود «شرط تحکیم» در قرارداد تجارتي یا ارجاع قانون یا محکمه به آن است. منابع حقوقی داوری نیز شامل اسناد تقنینی داخلی از جمله قانون حکمیت تجارتي و قواعد مرکز حل منازعات تجارتي افغانستان و همچنین اسناد حقوقی خارجی مانند قواعد حکمیت آنسیترال و کنوانسیون جنوا در تطبیق قراردادهای حکمیت خارجی، قواعد حکمیت اتاق تجارت بین‌المللی و دیگر اسناد حقوقی مهم فرامرزی می‌باشد. از نظر اقتصادی، مزایای حکمیت به‌طور مستقیم با منافع تجارت (فرد یا جمع) مرتبط است. در واقع، فعالیت‌های تجارتي، متکی به گردش سریع، ساده و مطمئن سرمایه و سود است. سرعت، سهولت، منفعت، مؤثریت و قابلیت‌های حکمیت در رسیدگی به قضیه که به کاهش هزینه‌های رسیدگی<sup>۲</sup> و کارآمدی قرار صادره منجر می‌شود، توجهات اقتصادی است که در کنار توضیحات حقوقی، جایگاه بی‌بدیل آن را تقویت کرده است.

حکمیت در لغت، مصدر جعلی «حکم» بوده و به معنای کسی است که حکم می‌کند. به عبارتی، شخص دیگری را در موضوعی یا شیئی حکم یا داور قرار می‌دهد و صدور رأی را در آن موضوع یا شیء به او واگذار نماید. در این معنا، حکمیت یا تحکیم در لغت همان تسلط بر شیء یا واگذاری امری را به کسی دیگر می‌کند. یعنی زمانی که بیان شود «الف»، «ب» را بر مال خود مسلط نمود، یعنی «الف»، «ب» را داور یا حکم بر مال یا دعوای خود قرار داده است. اما لغت حکمیت در ساختار مصدر جعلی از حکم و در اصل به معنای «منع» است. البته منعی که با هدف اصلاح توأم باشد. از لغت حکم کلمات دیگری مانند حکمت، حکم، حُکم، حاکم و محکوم مشتق می‌شود که هر کدام معنای خاص خود را می‌دهند؛ اما تمام این مشتقات دارای یک اصل هستند که به معنای منع است. پس زمانی که بیان می‌شود، من فلان شخص را به امری حکم نمودم؛ یعنی آن شخص را از خلاف آن منع نمودم که خلاف آن را

1. Arbitration

2. Proceeding costs



انجام ندهد. افزون بر آن، یکی از مشتقات حکم، «حُکَم» به معنای قضاوت و داوری است.<sup>۱</sup> از این رو، حاکم و حَکَم که از مشتقات حَکَم است به معنای قاضی و داور نیز خواهد بود (افضلی، ۱۴۰۰، ص ۲۹).

اصطلاح حکمیت ریشه عربی دارد که معادل «داوری» در زبان دری است. در اصطلاح، حکمیت عبارت است از حل و فصل اختلافات بین طرفین از طریق حکم کردن بین آنها توسط ثالث. به عبارتی، حکمیت از ریشه حُکَم به معنای قضاوت و دادرسی و در اصل به معنای منع و بازداشتن آمده و تحکیم نیز از همین ریشه گرفته شده است که در اصطلاح به معنای تفویض قضاوت نسبت به کسی یعنی همان ثالث اعم از منفرد یا جمع می باشد. این همان تعریفی است که در «مجله الاحکام» بیان شده که مطابق آن، شخص یا اشخاصی از سوی طرفین برای خاتمه دادن به اختلاف تعیین می نمایند (همان، ص ۳۰). از این رو، از نظر فقهی، حکمیت همان تحکیم و حَکَم نیز همان قاضی تحکیم منصوب از سوی طرفین مخاصمه است که به فصل خصومت واقعه در حدود قواعد و شرایط مورد نظر می پردازد (قدیر، ۱۳۸۹، ص ۱۲ و ۱۳).

از نظر اصطلاح حقوقی، حکمیت، فنی است که هدف آن حل و فصل یک مسئله مربوط به روابط بین دو یا چند شخص است که به وسیله یک یا چند شخص دیگر به نام حَکَم یا حَکَم‌ها، که اختیارات خود را از یک قرارداد خصوصی می گیرند و براساس آن، رأی می دهند. بدین ترتیب، حکمیت، توافقی است بر ایجاد یک روش حل اختلاف بین اشخاص که در حدود احکام قانون انجام می شود. در نظام حقوق تجارت افغانستان، قانون حکمیت تجارتي در سال ۱۳۸۵ تنفیذ و قواعد مربوط به آن تبیین شده است. هدف از وضع این قانون مطابق به ماده اول آن قرار ذیل عبارت است از:

«به منظور تسهیل و تشویق حل و فصل سریع، عادلانه و بی طرفانه منازعات تجارتي و اقتصادی از طریق حکمیت با نظر داشت موافقت نامه های منعقد شده میان افغانستان و سایر دول در مورد حکمیت تجارتي و اقتصادی و تنظیم امور مربوط به آن».

۱. «إِنَّ اللَّهَ قَدْ حَكَّمَ بَيْنَ الْعِبَادِ» (غافر: ۴۸) و «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا» (نساء، ۳۵).

قانون حکمیت تجارتي نیز در تعريف اصطلاحی از حکمیت اشاره دارد که «عملیه لازم-الاجرائی است که به اساس آن، حکم یا حکم‌ها یا اداره حکمیت بالاثّر تقاضا و توافق طرفین یا قرار محکمه، خدمات بی طرفانه را به منظور حل و فصل سریع و عادلانه منازعات ناشی از قرارداد معاملات اقتصادی و تجارتي انجام می‌دهند» (جزء ۲ ماده ۲). حل و ختم قضایای تجارتي از طریق حکمیت، دارای سابقه طولانی در فقه و حقوق است. از نظر حقوقی مطابق به احکام قانون باید تجار منازعات تجارتي خویش را ابتدا از مجرای انتخاب حکم مرفوع کنند و در صورت عدم قناعت، با مراجعه به محاکم تجارتي راه حل قضایی را برگزینند. بدین ترتیب، حکمیت مکانیسمی است که جهت جلوگیری از ورود قضیه به محکمه و رسمی شدن آن تعیین و تطبیق می‌شود تا از ازدیاد قضایای تجارتي در قضا و افزایش هزینه‌های دادرسی نیز کاسته شود. ازسویی، سهولت و سرعت در رسیدگی به قضیه در حکمیت نیز خود مزیت دیگر آن می‌باشد. ازسوی دیگر، اصول حاکم بر رسیدگی مبتنی بر نظر حکمیت شامل موارد ذیل است:

اولویت داشتن حکمیت بر دیگر مکانیسم‌ها، رسیدگی تخصصی و فنی به قضیه، سریع و کارآمد بودن فیصله، محرمانه بودن حکمیت، کم هزینه بودن حکمیت، رعایت اصل بی طرفی در حکمیت، حل مسالمت‌آمیز اختلاف در حکمیت و انتخابی بودن حکم یا حکم‌ها. همچنین نقاط تفاوت میانجی‌گری تجارتي و حکمیت تجارتي به قرار ذیل است:

اول اینکه، میانجی‌گری دارای وصف اختیاری و داوطلبانه است. ازاین‌رو، طرفین از آزادی کامل برخوردارند که دعوای خود را از طریق آن خاتمه دهند و یا اینکه متوسل به حکم محکمه و رسیدگی قضایی شوند.<sup>۱</sup> اما حکمیت در صورتی که در قرارداد پیش‌بینی شده باشد یا بعداً با ارجاع دعوی به حکمیت توافق نمایند، خاصیت الزام‌آور می‌گیرد.

دوم اینکه، میانجی برای حل و فصل اختلاف به طرفین طرح‌های خود را پیشنهاد می‌کند؛ ولی نمی‌تواند راه حل پیشنهاد شده برای حل منازعه را به طرفین تحمیل نماید؛ در حالی که، حکم همانند قاضی، حکم می‌کند و حکم او به طرفین تحمیل می‌شود. ازاین‌رو، میانجی، راه حل منصفانه را به طرفین پیشنهاد می‌کند؛ در حالی که، حکم براساس قانونی که آنها انتخاب

۱. «میانجی نمی‌تواند راه حل پیشنهاد شده منازعه را به طرفین تحمیل نماید» (ماده ۳).





نموده‌اند، قضیه را فیصله و قرار صادر می‌نماید که این قرار همانند تصامیم قضایی می‌تواند تطبیق شود.

اما در مورد نقش طرفین باید گفت که در میانجی، این نقش برجسته‌تر است و این انعطاف بیشتر اجازه می‌دهد که طرفین میانجی‌گری را با نیازها و خواسته‌های خود منطبق کنند. این امر در کنار دیگر مزایا موجب می‌شود تا طرفین از شیوه‌های حل اختلاف، به میانجی‌گری متمایل شوند. هرچند که همین نکته می‌تواند نقطه ضعف نیز مطرح شود؛ زیرا حل اختلاف از مسیر میانجی، مستلزم توافق طرفین است و ممکن است به دلیل عدم حصول این موافقت، میانجی‌گری با شکست مواجه شده و طرفین با صرف هزینه و زمان، مجبور به رجوع به دیگر کارشیوه‌ها بشوند. (درویشی هویدا، ۱۳۹۰، ص ۱۲۵). در مقابل، تفاوت‌های مصالحه و حکمیت را می‌توان به قرار زیر برشمرد:

۱. معمولاً یک میانجی یا سازش‌گر بین طرفین به طور بی طرفانه و عادلانه وجود دارد که مورد توافق آنهاست؛ درحالی‌که در حکمیت، معمولاً هر یک از طرفین یک یا چند داور را انتخاب و موضوع توسط ایشان به طور بی طرفانه و عادلانه حل و فصل می‌شود؛
۲. میانجی‌گری یا مصالحه فقط توسط اشخاص حقیقی مسلکی انجام می‌شود؛ درحالی‌که، داوری هم توسط اشخاص حقیقی مسلکی و هم حقوقی مسلکی قابل انجام و حل و فصل است؛
۳. مراجعه به میانجی فقط از راه درخواست و توافق طرفین امکان دارد؛ درحالی‌که، مراجعه به داوری هم به درخواست طرفین و هم با قرار محکمه امکان مراجعه وجود دارد؛
۴. در حکمیت فقط اختلافات ناشی از قراردادهای تجارتي قابل ارجاع است؛ درحالی‌که، در میانجی این قید وجود ندارد و اختلافات برآمده از تمام فعالیت‌های اقتصادی و تجارتي مطرح است. در پایان این بحث باید اشاره کرد که، در مورد رسیدگی به اعتراضات اداره گمرک، «اداره حکمیت گمرکی» در چوکات وزارت مالیه ایجاد و فعالیت می‌نماید که نشان از اهمیت و جایگاه حکمیت در رسیدگی و حل مؤثر امور مربوط به گمرکات دارد (ماده ۱۹ قانون گمرکات و ماده ۳ مقرر حکمیت گمرکی).

(د تبیین حقوقی و تحلیل اقتصادی شیوه‌های غیر قضایی

امروزه بازخوانی حقوقی و اقتصادی حل منازعات تجارتي پذیرفته شده است. از این جهت که، در نگرش تحلیل اقتصادی مباحث و مسائل حقوقی، صبغه و وجهه اقتصادی داشته و با روش، مفاهیم و قواعد اقتصادی بازتیین و بازتحلیل می‌شوند. به‌دیگرسخن، تمام فعالیت‌های حقوقی باید با سنجه اقتصادی تبیین و تحلیل شود تا معیار کارآمدی آن نیز محاسبه و مشخص شود. این بیان با زبان اقتصادی نهادهای حقوقی، درک و فهم آنها را ملموس و ابعاد محاسبه و مطالعه آن را عینی خواهد کرد.

برای مثال، حقوق تجارت و حقوق حل منازعات تجارتي (اعم از ملی و فراملی)، اساساً شاخه‌ای از علم حقوق است که امور (اصول و قواعد) حقوقی حاکم بر تجارت را مورد مطالعه قرار می‌دهد. از آنجایی که، تجارت روی دیگر اقتصاد یا یکی از پایه‌های محکم نظام اقتصادی شناخته می‌شود، در تعامل مستقیم با نظام حقوقی قرار دارد که به‌دنبال تنظیم و نظارت بر فعالیت‌های اقتصادی در یک نظام اجتماعی است.

یکی از موضوعات اساسی در تأمین عدالت ناشی از قضایای تجارتي، «اطلاعات کامل»<sup>۱</sup> از قضیه و اسناد مثبت حل آن است. مقصود از اطلاعات کامل این است که طرفین قضیه باید هم خودشان، به‌طور دقیق و واقعی قضیه را در فرایند حکمیت تعیین و تفهیم نمایند و هم حکم یا حکم‌ها، واقعیت‌های حکمیت (اصول و روش کار) را به طرفین بقبولانند تا معنای واقعی از تبادل اطلاعات کامل، محقق و اقتناع طرفین در ابتدا حاصل شود.

از طرف دیگر، موجودیت اسناد واقعی اثبات حقوق و وجاهت طرفین منازعه، هم از نظر حقوقی و هم اقتصادی موجه و مورد توجه است. به‌عبارت‌دیگر، رسیدگی به قضایای تجارتي مبتنی بر اسناد بوده که می‌تواند تأمین‌کننده عدالت تجارتي و احقاق حق به صاحب حق باشد. سند نیز در قانون مدنی به رسمی و عرفی تقسیم شده است. از نظر حقوقی یا دلیل اثبات، سند رسمی چون از طرف مؤظف عمومی یا کارکن خدمات عامه به اساس احکام قانون در حدود صلاحیت اختصاصی ترتیب می‌شود، حجت شمرده شده و محکم‌تر از سند عرفی است (مواد ۲۸۲، ۲۸۳، ۹۹۱، ۹۹۲ و ۹۹۵).



1. Perfect information



یکی از مسائل مهم در امور تجارتي، «دفاتر تجارتي» است که تمام فعاليت‌های تجارتي-خانه باید طور دقيق و منظم در آن ثبت و ضبط و نگهداری شود (ماده ۹۹۸، همان). این دفاتر برای تاجر می‌تواند به‌عنوان سند، له یا علیه او استفاده شود. همچنین، وسایل ثبوت یا دلایل اثبات ادعا یا دعوا که «اسباب حکم» محکمه نیز مشخص شده است، در واقع، بعد از اقرار، اسناد، در رأس «بینه»<sup>۲</sup> قرار گرفته که نشان‌دهنده جایگاه مهم آن در حل اختلافات در دعاوی مدنی و تجارتي محسوب می‌شود.

اجراءات و اقداماتی که در راستای تأمین و تضمین حقوق طرفین دعوا و نیز اشخاص ثالث در فرایند رسیدگی اعم از قضایی و غیر قضایی صورت می‌گیرد، نیز دارای جنبه‌های اقتصادی است؛ مانند اتخاذ تدابیر حمایتی و حفاظتی از اموال و اشخاص ذیدخل در قضیه، احضار و جلب اشخاص، ضبط و مصادره اموال و تطبیق فیصله.

حل و فصل منازعات تجارتي از طریق مکانیسم‌های غیر قضایی بیشتر از دو بعد قابل توجه و سنجش است: اول، از نظر معیار زمانی و مدتی که منازعه حل می‌شود یا رأی و نتیجه اعلان و تطبیق می‌شود؛ دوم، از نظر هزینه رسیدگی و مصارفی که این رسیدگی به طرفین تحمیل می‌کند. براساس این، مؤثریت مکانیسم و فیصله‌های ناشی از حکمیت منجر به افزایش اعتماد و اعتقاد به این کارشيوه‌ها خواهد شد و این مسئله بسیار برای «ثبات و تکامل نظام حقوقی»، اساسی و حیاتی است.

یکی از جنبه‌های حقوقی حکمیت، «فسخ قرار حکمیت» است که در فرایند عادلانه حل یا ختم منازعه نقش اساسی دارد. در واقع، از نظر فنی (حقوقی) ورود محکمه به فرایند قضیه، نشان‌دهنده تحکیم و تطبیق قانون و عدالت در حل منازعات پیش‌آمده است. از این رو، «محکمه می‌تواند در صورت اعتراض یا درخواست یکی از طرفین مبنی بر فسخ قرار حکمیت، در حالات ذیل قرار حکمیت را فسخ نماید:

۱. «وسایل ثبوت که اسباب حکم را تشکیل می‌دهند به این قرار است: ۱. اقرار؛ ۲. بینه (اسناد، شهادت، قرائن قاطعه و مستنبطه)؛ ۳. یمین (سوگند)؛ ۴. نکول» (ماده ۲۷۲ قانون مدنی).
۲. «مدارک اثباتیه به این قرار است: ۱. اسناد؛ ۲. شهادت شهود؛ ۳. قرائن (ماده ۲۸۱، همان)

۱. در صورتی که یکی از عاقدین موافقت‌نامه، حکمیت مندرج ماده ۴ این قانون را فاقد اهلیت حقوقی بداند؛

۲. در صورتی که موافقت‌نامه حکمیت<sup>۱</sup>، طرفین حکمیت را در مورد حل منازعه به قانون موکول کرده باشد که قانون یادشده طبق قوانین افغانستان، فاقد اعتبار باشد؛

۳. در صورتی که به طرفین متقاضی در مورد تعیین حکم یا رسیدگی حکمیت اطلاع لازم داده نشده باشد یا طبق احکام این قانون مدعی به ارائه ادعای خود قادر نباشد؛

۴. در صورت رشوه یا تحت تأثیر قرارداد حکم یا تضاد منفعت مادی وی با یکی از طرفین، شهود یا عدم رسیدگی به موقع موضوع حکمیت، طبق احکام این قانون؛

۵. در صورتی که قرار در مورد منازعه صادر شده باشد که در موافقت‌نامه حکمیت در نظر گرفته نشده یا در ساحه تطبیق آن واقع نباشد و یا حاوی تصامیم بر موضوعاتی باشد که خارج از دایره موضوعات قابل ارائه به حکمیت قرار داشته باشد. هرگاه تصامیم بر موضوعات خارج از ساحه حکمیت از تصامیم بر موضوعات شامل در ساحه حکمیت تفکیک شده بتواند، در این صورت صرف آن بخشی از قرار که حاوی تصامیم بر موضوعات خارج از ساحه حکمیت باشد، غیر قابل اجراست؛

۶. در صورتی که ترکیب بورد حکمیت یا طرز العمل حکمیت با موافقت‌نامه طرفین مطابقت نداشته باشد، یا موافقت‌نامه طرفین با حکمی از احکام این قانون که بر طرفین قابل تطبیق است، مغایرت داشته باشد؛

۷. هرگاه موضوع حکمیت طبق قوانین افغانستان از طریق حکمیت، قابل حل و فصل نبوده یا قرار حکمیت مغایر پالیسی عامه افغانستان باشد» (ماده ۵۳، قانون حکمیت تجارتي).

«تطبیق و رد قرار حکمیت»، یکی از بخش‌های مهم در حل مناقشات تجارتي شناخته می‌شود؛ یعنی اشخاص زیدخل در موضوع داوری، باید از نظر حقوقی و شخصیتی واجد اهلیت

۱. «موافقت‌نامه حکمیت: موافقت‌نامه کتبی طرفین یا یک ماده در قرارداد میان طرفین مبنی بر احواله منازعات جهت حل و فصل از طریق حکمیت در مرکز حکمیت حل منازعات تجارتي می‌باشد» (جزء ۳ ماده ۲ قواعد حکمیت مرکز حل منازعات تجارتي افغانستان).



حقوقی یا ظرفیت احقاق حق را داشته باشند. در غیر آن، ثبات حقوقی و تحقق اهداف حکمیت را نداشته و رد خواهد شد. از این رو، «۱. قرار حکمیت صرف نظر از اینکه در کدام کشور صادر شده است، قابل تطبیق می باشد؛ ۲. قرار حکمیت در حالات ذیل رد شده می تواند:

۱. در صورتی که یکی از طرفین موافقت نامه حکمیت، فاقد اهلیت باشد؛
۲. در صورتی که قرار حکمیت به موجب قانونی که توسط طرفین در موافقت نامه مشخص شده است، صادر نشده باشد؛<sup>۱</sup>
۳. در صورتی که قرار حکمیت به موجب قانونی صادر شده باشد که قانون مذکور فاقد اعتبار باشد؛
۴. در صورتی که قرار علیه طرفی صادر شده باشد که در مورد تعیین حکم یا رسیدگی حکمیت به وی اطلاع لازم داده نشده یا طبق احکام این قانون به ارائه دفاعیه قادر نباشد؛
۵. در صورتی که قرار در مورد منازعه صادر شده باشد که در موافقت نامه حکمیت از آن تصریح نشده یا در ساحه تطبیق آن واقع نباشد و یا حاوی اتخاذ تصامیم بر موضوعاتی بوده که خارج از صلاحیت حکمیت قرار داشته باشد. در صورتی که اتخاذ تصامیم بر موضوعات خارج از ساحه حکمیت از اتخاذ تصامیم بر موضوعات شامل در ساحه حکمیت تفکیک شده بتواند، در این حالت صرف آن بخشی از قرار که حاوی تصامیم بر موضوعات ارائه شده برای حکمیت است، قابل تطبیق می باشد؛
۶. هرگاه ترکیب بورد حکمیت یا طرز العمل حکمیت با موافقت نامه حکمیت طرفین مطابقت نداشته و یا در صورت عدم موجودیت موافقت نامه حکمیت، ترکیب بورد حکمیت یا طرز العمل حکمیت با قانون کشوری که حکمیت در آن صورت گرفته است، مطابقت نداشته باشد؛

۱. یکی از مهم ترین جنبه های حقوقی حل اختلافات تجارتي، انتخاب یا گزینش «قانون حاکم بر حل قضیه» است. اصولاً اختیار انتخاب در صلاحیت طرفین اختلاف است و با انتخاب آن، براساس قانون نافذ فیصله نیز صادر خواهد شد. در صورت عدم انتخاب، حکم ها آن را تعیین می نمایند که نزدیک ترین ارتباط را با ماهیت منازعه داشته باشد (ماده ۱۹ قواعد حکمیت مرکز حل منازعات تجارتي افغانستان).

۷. در صورتی که قرار حکمیت صادر ولی تطبیق نشده و توسط محکمه کشوری که قرار به موجب قانون صادر شده، تعلیق یا لغو شده باشد.

۸. در صورتی که موضوع حکمیت، به موجب قوانین افغانستان از طریق حکمیت قابل حل و فصل نبوده و یا تطبیق قرار حکمیت مغایر قوانین و مقررات نافذ افغانستان باشد» (ماده ۵۶، همان) در پایان نقد حقوقی، باید اشاره کرد که تحقق عدالت (تجارتی) مستقیماً با تحقق رضایت طرفین دعوا (تجارت) مرتبط است. از این رو، وجود این مکانیسم‌ها افزون‌بر تحقق این اهداف قضایی، تمرکززدایی قضایی و مدیریت هزینه‌های قضایی را نیز در پی خواهد داشت. اما نکته مهم، مدیریت دوسیه‌های اختلافی است که باید با درد و درک عمیق از امور اجتماعی، اقتصادی و حقوقی مسئولین، مؤثر و مثمر تعقیب و تطبیق شود.

نگرش اقتصادی، بینش خاصی را به روی تمام اشخاصی باز خواهد کرد که مستقیم با منازعه مواجه هستند. در واقع، برای تجار، مدیریت تجارت در زمان منازعه بیش از هر زمان دیگر، دارای اهمیت است. در این مرحله، کاهش هزینه‌های مالی و زمانی حل منازعه در کنار امکان تداوم تجارت، خود منفعت است. از این رو، استفاده از روش سنجش محاسباتی منازعه و تجارت از یک سو، و اعتماد به مکانیسم‌های غیرقضایی از سوی دیگر، تمایل و رضایت به این شیوه‌ها را تقویت خواهد کرد.

از دیگر موضوعات مهم، بررسی میزان اثرگذاری فرایندهای حل منازعه از طرق غیرقضایی بر تجارت، سرمایه‌گذاری و در کل توسعه اقتصادی ناشی از کاهش هزینه‌های مالی حکمیت بر اقتصاد تاجر و دولت‌هاست که از مجال این مقال خارج است و به هر حال، بررسی طرفین از مصارف و عواید حکمیت، موضوعی منطقی و اساسی است. از این رو، رفتار محاسباتی مشخص می‌کند که آیا مراجعه و مناصفه از طریق این روش، به صرفه است یا خیر. در واقع، این محاسبه رفتاری، متأثر از اثرات حکمیت بر تجارت فعلی، آینده تجارت و مصارف مالی است که بر تاجر تحمیل می‌شود.

بدین ترتیب، از منظر تحلیل اقتصادی رسیدگی بر اساس حکمیت، اگر این روش به نحو مؤثری بتواند هزینه حل منازعه را کاهش دهد و دوام تجارت را با طرف منازعه یا سایرین توجیه نماید، تاجر (طرفین) تمایلی مطلوب به حل اختلاف از طریق حکمیت خواهند





داشت. این نکته، همان رفتار یا فعالیت اقتصادی است که در دانش حقوق و اقتصاد به عنوان یک اصل راهبردی و رفتاری برای طرفین قضیه تعبیر می‌شود. این مسئله، همان مؤثریت رسیدگی حکمیت است که مقبولیت، مشروعیت و فایده آن را نسبت به روش قضایی متمایز و برجسته می‌کند.

در کشور، مرکز حل منازعات تجارتي افغانستان (ACDR) که بر اساس قانون اتاق‌های تجارت و صنایع افغانستان (ماده ۸ حکمیت را به عنوان یکی از وظایف و صلاحیت‌های اتاق تجارت و صنایع افغانستان بر شمرده است) ایجاد شده است، تنها مرکز ثبت شده و معتبر در رسیدگی به قضایای تجارتي از طرق غیر قضایی است.

در پایان نقد اقتصادی باید اشاره کرد که، بر اساس معیارها یا اصول سنجش اقتصادی مبتنی بر معیار کارآمدی پارتو<sup>۱</sup>، شیوع و شروع در به کارگیری مکانیسم‌های غیر قضایی، افزون بر وجود دلیل یا منطق اقتصادی مانند عقلانیت (محدود) رفتاری، اطلاعات ناقص، کمبود منابع (هزینه فرصت<sup>۲</sup> بهترین انتخاب)، اصل هزینه-فایده، تحقق کارایی و رفاه، نه تنها باید از افزایش هزینه‌های اضافی برای طرفین دعوا (تجارت) جلوگیری کرد، بلکه در راستای افزایش سطح آسایش و آرامش فردی و جمعی، در کنار تحقق عدالت و رضایت طرفین، موقعیت یا وضعیت همه طرف‌ها به شمول طرفین و جامعه بهبود خواهد یافت. از این رو، معیار برتر پارتو که از طریق راهکارهای مسالمت‌آمیز و مصلحت‌گرا غیر قضایی وضعیت اجتماعی و اقتصادی همه طرف‌ها را بهبود داده، تا در کنار مصرف بهینه منابع، به حداکثرسازی منافع منجر شود.

در صورت عدم مؤثریت بدیل‌های حل اختلاف، راه‌حل قضایی از طریق محاکم تجارتي اعمال می‌شود. بدین ترتیب، آغاز این رسیدگی اقامه دعوی تجارتي به پیشگاه محکمه<sup>۳</sup> برای مطالبه حق است.<sup>۴</sup> این اقامه دعوا توسط عریضه انجام می‌شود که به ضم اسناد و مدارک

1. Pareto optimal

2. Opportunity cost

۳. محکمه: مرجع قانونی رسیدگی قضایا و اصدار حکم است (جزء ۱۸ ماده ۴ قانون تشکیل و صلاحیت‌های قوه قضائیه).

۴. دعوی: خواستن حق از غیر در پیشگاه محکمه است (جزء ۱۱ ماده ۴، همان)

مدعی (ادعاکننده حق) به محکمه تجارتي یا اداره (ریاست) حقوق ارائه می‌شود. در این حالت، محکمه ابتدائی با ثبت عریضه و مطالبه و تکمیل اسناد طرفین نسبت به موضوع رسیدگی و حکم خود را صادر خواهد نمود. در صورتی که شخص محکوم به فیصله قناعت نداشته و نهایی نیز نباشد، تا سه مرحله مطابق به احکام قانون، می‌تواند اعتراض خود را اعلام مطالبه رسیدگی مجدد شود.

### نتیجه‌گیری

اساساً مراجعه به مذاکره و مصالحه در منازعه و مخاصمه، رویکردی فطری و دینی است. از این رو، بشر ذاتاً خواهان تفاهم و صلح برای پیشبرد و رونق امور زندگی خود و دیگران است. با وجود این، این فرایند، توجهات حقوقی و توجیهای اقتصادی نیز دارد. بنابراین، تمایل و توافق اشخاص برای حل اختلافات تجارتي از مجرای مکانیسم‌های غیر قضایی، متکی به تفاهمات و تعاملات تجارتي، انعکاس یافته و طبق آن عمل می‌شود.

از ویژگی‌های قرن ۲۱، تحول و تنوع فعالیت‌های اقتصادی (تجارتي و مالی) به مقصد کسب درآمد و منفعت بیشتر را می‌توان بر شمرد. این و صف، خود وجود انواع اختلافات و منازعات تجارتي را در پی خواهد داشت. این همه، منجر به ایجاد ابعاد مختلفی از قواعد و مراکز حل و فصل اختلافات تجارتي در کشورها، مناطق و در سطح بین‌الملل شده است که به‌طور تخصصی و مسلکی به حل این منازعات کمک و اقدام می‌کنند.

از نظر حقوقی، افزون بر تمرکززدایی قضایی و کاهش حجم رسیدگی در محاکم، تسریع رسیدگی و کارآمدی نظام قضایی را در پی خواهد داشت. به‌دیگر سخن، کارآمدی قضایی بدین معناست که طرفین قضیه و افکار عمومی، متیقن شوند که «عدالت قضایی با نظارت قضایی» از مجرای این کارشویه‌ها، طور مؤثر و مثمر محقق می‌شود.

از منظر سنجش اقتصادگرا، کاهش هزینه‌های ناشی از حل منازعات تجارتي به افزایش سطح رفاه و اشتغال اجتماعی منجر خواهد شد (البته به شرط ثبات دیگر عوامل ذی‌دخل). به‌عبارت ساده‌تر، در صورتی که دیگر عوامل مؤثر در حل اختلافات تجارتي ثابت باشد، کاهش هزینه (مالی و زمانی) حل و فصل این اختلافات و تأمین عدالت، میزان سطح رفاه اجتماعی نیز افزایش خواهد یافت؛ زیرا قسمتی از هزینه‌ها در فرایند تعاملات اجتماعی

(تجارت) کاهش یافته و این هزینه تبعاً در مسیر دیگری (مانند تولید، خدمات و نوآوری) مصرف خواهد شد.

بدین ترتیب، در کنار توجیحات اجتماعی، حقوقی و اقتصادی در بهره‌گیری و اولویت‌دهی به شیوه‌های غیرقضایی، ناشی از اصول یا اوصافی است که در باطن و ظاهر آنها نهفته است؛ یعنی محرمانه، عادلانه، دوستانه، سریع، ساده، توافقی، بی‌طرفی، انعطاف‌پذیری، اجرایی، کارآمدی و کم‌هزینه‌بودن ویژگی‌هایی است که مقبولیت و مشروعیت روش‌های بدیل را برجسته کرده است.

اسناد و ساختار حقوقی، اقتصادی و اجتماعی کشور افغانستان، مستعد و متمرکز بر بهره‌برداری از راهکارهای غیرقضایی حل مناقشات تجارتي است تا از ظرفیت‌ها و ظرافت‌های متنوع آن، در رشد و انکشاف اجتماعی و اقتصادی استفاده مطلوب برده و برای افزایش مناسبات تجارتي و کاهش هزینه‌های رفع منازعات آنها، تلاش و حمایت نماید. این مقاله به‌وضوح مشخص کرد که هم‌کنش‌های تجارتي و هم‌واکنش‌های حل اختلافات تجارتي، افزون‌بر ماهیت حقوقی آنها، اهمیت اقتصادی و تقویت اعتماد و اعتبار تجارتي ملموسی برای طرفین روابط تجارتي و نیز رشد و توسعه اقتصاد محلی و ملی دارد.



## منابع

قرآن الکریم

### الف) منابع تقنینی

۱. اصولنامه تجارت، سال ۱۳۳۶
۲. قانون اصول محاکمات تجارتي، سال ۱۳۴۳
۳. قانون مدني، سال ۱۳۵۵
۴. قانون گمرکات، سال ۱۳۸۴
۵. قانون میانجی‌گری (مصالحه) تجارتي، سال ۱۳۸۵
۶. قانون حکمیت تجارتي، سال ۱۳۸۵
۷. قانون بیمه، سال ۱۳۸۷
۸. قانون اتاق‌های تجارت و صنایع، سال ۱۳۹۱
۹. قانون تشکیل و صلاحیت‌های قوه قضائیه، سال ۱۳۹۲
۱۰. قانون قراردادهای تجارتي و فروش اموال، سال ۱۳۹۳
۱۱. قواعد حکمیت مرکز حل منازعات تجارتي افغانستان، سال ۱۳۹۹
۱۲. مقررہ حکمیت گمرکی، سال ۱۳۸۴

### ب) منابع حقوقی

۱. اخلاقی، محمد، (۱۳۹۴)، تاجر و معاملات تجارتي در قوانین تجارتي افغانستان، پویش (فصلنامه علمی-تخصصی دانشگاه خاتم‌النبین)، سال ۴، شماره ۹ و ۱۰، ص ۱۶۱-۱۷۱.
۲. افضلی، عبدالواحد، و میرزایی، علی محمد (۱۴۰۰)، حکمیت و میانجی‌گری تجارتي، کابل، مرکز حل منازعات تجارتي افغانستان، چاپ اول.
۳. انصاری، مسعود، و طاهری، محمدعلی (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی (جلد ۲ و ۳)، تهران، انتشارات محراب فکر، چاپ اول.
۴. درویشی هویدا، یوسف (۱۳۹۰)، مطالعه‌ای بر میانجی‌گری به‌عنوان روش دوستانه حل و فصل اختلافات، فصلنامه حقوق (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی)، دوره ۴۱، شماره ۴.
۵. رحیم‌زاده، سمیه، احراری، فردینا، و عادل، غلام‌شاه (۱۳۹۸)، روش‌های حل منازعات تجارتي، کابل، بنیاد آسیا، چاپ اول.
۶. شهبازی، آرامش، و خسرونژاد، مژگان (۱۳۹۹)، تعهد به مذاکره در حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۵۰، شماره ۱.

