



Mediation and Arbitrability of Commercial Disputes (A Comparative Study in the Laws of Afghanistan, Iran, and the Singapore Convention 2019)

Hafizullah Mohammadi*

Abstract

Commercial mediation is a modern mechanism for resolving commercial disputes, which has gained increasing popularity and acceptance among litigants in the current century. The cultural background and compatibility of mediation with the Asian region have further underscored the importance of developing and expanding this method. This article, employing an analytical-descriptive method and utilizing library resources, examines and elucidates the concept of mediation and its scope in the laws of Afghanistan, Iran, and the Singapore Convention 2019. The findings of the research indicate that the concept of mediation is identical in all three aforementioned legal systems, and paragraph 2 of Article 2 of the Afghan Commercial Law is considered a result of the legislator's negligence. Furthermore, the scope and arbitrability of commercial disputes in Afghan law are broader than in Iranian law; in Iranian law, disputes related to competition, the stock exchange market, shares, and securities are not arbitrable. However, in all three legal systems, there are limitations on the scope of arbitrability, which are addressed in this research. This study can significantly assist mediators and practitioners of modern methods of resolving commercial disputes.

Keywords: Mediation, Scope of Commercial Mediation, Commercial Disputes, Bankruptcy, Laws of Afghanistan, Iran, and the Singapore Convention 2019.

* Master's Graduate in Private Law, University of Tehran.
Email: hf.mohamadi@ut.ac.ir



میانجیگری و میانجی‌پذیری منازعات تجاری

(مطالعه تطبیقی در حقوق افغانستان، ایران و کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹)

حفیظ الله محمدی^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۹/۱۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۱/۱۲

چکیده

میانجیگری تجاری سازوکار نوین برای حل و فصل اختلافات تجاری است، در قرن حاضر از محبوبیت و استقبال فزاینده‌ای از سوی اصحاب دعوا برخوردار است. پیشینه فرهنگی و سازگاری میانجیگری با منطقه آسیا، بر اهمیت توسعه و گسترش این روش افزوده است. این مقاله با روش تحلیلی-توصیفی و استفاده از ابزار کتابخانه‌ای، به بررسی و تبیین مفهوم میانجیگری و قلمرو آن در حقوق افغانستان، ایران و کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ پرداخته است و هدف تحقیق مطالعه تطبیقی و شناسایی نقاط قوت و ضعف حقوق داخلی است. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که: مفهوم میانجیگری در هر سه نظام حقوقی مذکور یکسان است و بند دوم ماده ۲ قانون تجارت افغانستان ناشی از سهل‌انگاری قانون‌گذار تلقی می‌شود. همچنین، قلمرو و امکان میانجی‌پذیری اختلافات تجاری در حقوق افغانستان گسترده‌تر از حقوق ایران است؛ به‌طوری‌که در حقوق ایران، دعاوی مرتبط با رقابت، بازار بورس، سهام و اوراق بهادار، قابلیت میانجی‌پذیری ندارند. با این حال، در هر سه نظام حقوقی محدودیت‌هایی در قلمرو میانجی‌پذیری وجود دارد که در این پژوهش به آنها پرداخته شده است. این تحقیق می‌تواند به میانجیگران و دست‌اندرکاران روش‌های نوین حل و فصل اختلافات تجاری کمک شایانی نماید.

کلیدواژه: میانجیگری، قلمرو میانجیگری تجاری، منازعات تجاری، ورشکستگی، حقوق افغانستان، ایران و کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹.

^۱ دانش‌آموخته کارشناسی ارشد گروه حقوق خصوصی، پوهنتون تهران ایمیل: hf.mohamadi@ut.ac.ir

میانجیگری یکی از شیوه‌های جایگزین^۱ حل و فصل اختلاف است. در جوامع ساده و قبل از شکل‌گیری نهاد دولت و دادگستری یکی از رویه‌های خردمندانه رجوع به یک فرد قابل اعتماد و امین بوده است. اندیشه رجوع به شخص ثالث در آغاز در قالب میانجیگری ظاهر شد (جنیدی، ۱۳۹۹: ۴۹۷). امروزه میانجیگری نظام‌مند و با عرف بین‌المللی در حوزه سیاسی و تجاری عجین شده است. در راستای نظام‌مندسازی میانجیگری، افغانستان «قانون میانجیگری» را در سال ۱۳۸۵ تصویب نمود. در حقوق ایران تا کنون قانون مشخص تسوید و تصویب نشده است. باین حال اتاق بازرگانی ایران مقررات و قواعد با عنوان «قواعد و آیین میانجیگری» در سال ۱۳۹۶ تصویب نموده است. اما آگاهی‌های تخصصی، علمی و تحقیقات حقوق‌دانان و نویسندگان ایرانی، در توسعه و گسترش میانجیگری تأثیر چشم‌گیر داشته است. در سطح بین‌المللی نیز کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ گسترش و نظام‌مندسازی موافقتنامه‌های ناشی از میانجیگری نقش مهم داشته و دارد. کنوانسیون سنگاپور و میانجیگری در کل به‌ویژه در منطقه آسیا از حیث عملی و نظری دارای اهمیت دوچندان است، چون در این منطقه میانجیگری شیوهی مقبول حل و فصل اختلاف و منطبق با حساسیت‌های فرهنگی است. نیز اهتمام عملی برخی از دولت‌ها از جمله چین، هند و سنگاپور نشان‌دهنده اهمیت فراوان میانجیگری در منطقه آسیا است (حسینی، ۱۴۰۰: ۵۷). ایران و افغانستان در ۷ آگوست ۲۰۱۹ کنوانسیون را فقط امضا نموده است.^۲

در سالیان اخیر روابط تجاری دو کشور ایران و افغانستان افزایش زیاد داشته است. قاعدتاً، تولید، صنعت و دیگر فعالیت‌های تجاری اختلافات و منازعات تجاری قراردادی یا غیرقراردادی نیز در پی داشته و خواهد داشت. ازاین‌جهت باتوجه به اهمیت و محبوبیت میانجیگری بررسی تطبیقی میانجیگری و قلمرو آن، در حقوق افغانستان، ایران و کنوانسیون

^۱. در مقصود از عبارت «شیوه‌های جایگزین» اختلاف است. برخی از عبارت «جایگزین» جایگزین دادگاه‌ها می‌داند و هر شیوه حل و فصل اختلاف به جزء مراجعه به دادگاه را، از جمله شیوه‌های جایگزین می‌دانند. اما بغضی دیگر منظور از عبارت «جایگزین» را جایگزین مطلق قضایی و حقوقی می‌داند و مهم‌ترین ویژگی آن را تصمیم‌نگرفتن خلاف رضایت و علیه دو طرف اختلاف است. (شیروی، عبدالحسین، داوری تجاری، ۱۳۹۵: ۵۷)

^۲. کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ در لایحه مجلس شورای ملی جمهوری اسلامی ایران به هدف بررسی و تصویب قرار گرفته است. در صورت تصویب گام دیگر در گسترش میانجیگری و اهمیت آن برداشته خواهد.



سنگاپور ۲۰۱۹، مهم و ارزشمند است. آنچه در این مقاله به دنبال آن هستیم، شناساندن مفهوم میانجیگری و قلمرو میانجیگری در حقوق ایران، افغانستان و کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ است. هدف پژوهش حاضر در ضمن توسعه و تطبیق حقوق داخلی با حقوق خارجی، پاسخ به این پرسش اصلی است که: میانجیگری تجاری در حقوق ایران، افغانستان و کنوانسیون چگونه است و چه موضوعات قابلیت میانجیگری را در حقوق افغانستان، ایران و کنوانسیون سنگاپور دارند؟ بنابر این، میانجیگری سیاسی، مدنی و... خارج از موضوع مقاله است، پژوهش حاضر فقط به میانجیگری تجاری می‌پردازد. از این جهت در گام نخست به مفهوم میانجیگری و سپس به قلمرو میانجیگری می‌پردازیم.

الف) مفهوم میانجیگری تجاری

میانجیگری نسبت به شیوه‌های دیگر از محبوبیت و کارایی بیشتر برخوردار است. به همین دلیل برخی اساتید فرموده است: اگر قرن بیستم، قرن داوری بود؛ بدون شک قرن بیست و یکم، قرن میانجیگری است (Alexander, 2019: 446).^۱

خاستگاه میانجیگری مدرن، نظام حقوقی آمریکا است (جوادپور و همکاران، ۱۳۹۸: ۸۷). میانجیگری (MEDIATION) یکی از روش‌های (ADR)^۲ است که به موجب آن شخصی ثالث بی‌طرف، به عنوان میانجی از طریق تشکیل جلسات و گفتگو با طرفین در خصوص موضوع اختلاف، جستجوی همه راه‌حل‌ها، حل و فصل اختلاف را تسهیل می‌کند (رحیم‌زاده و همکاران، ۱۳۹۸: ۱۵؛ داراب‌پور، ۱۴۰۱: ۱۱۷؛ رحیمی و افضلی، ۱۳۹۵: ۷۵). میانجی به آنها کمک می‌کند تا منافع و خواسته‌های خود را برای طرف مقابل مشخص و به وی منتقل کنند. به همین جهت می‌توان میانجیگری را نوعی «مذاکره با واسطه» نامید (نیک‌بخت، ۱۳۹۶: ۶۴). منظور ما از میانجیگری در این پژوهش نیز میانجیگری به مفهوم خاص است. میانجیگری به این مفهوم دارای اصول، قواعد و آیین رسیدگی خاص است.

قانون میانجیگری افغانستان (مصوب ۱۳۸۵) در فقره دوم و ماده دو، میانجیگری را چنین تعریف نموده است: «میانجیگری (مصالحه) عبارت از عملیه لازم الاجرائی است که به تاسی از آن میانجی به اساس در خواست و توافق طرفین، خدمات بی طرفانه را به منظور حل و فصل

^۱. If the 20th century was the arbitration century then the 21st century, without a doubt, is the mediation century

^۲. Alternative dispute resolution.

سریع منازعات اقتصادی و تجاری انجام می‌دهد.» قانونگذار افغانستان هرچند در پی تعریف میانجیگری بوده است، اما بیشتر به وظایف میانجی پرداخته است تا تعریف میانجیگری. علاوه بر آن به کارگری جمله‌ی «عملیه لازم الاجرائی» در تعریف میانجیگری مبهم یا نادرست است، چون میانجیگری یک روند و عملیه لازم الاجراء نیست، بلکه روند و رسیدگی اختیاری است که بر اساس توافق دو طرف صورت گرفته و در هر مرحله یکی از دو طرف می‌تواند انصراف بدهد. افزون بر این «عملیه لازم الاجرائی» با روح و مواد کلی خود قانون میانجیگری در تعارض است. جای شگفت است که با تبدیل کلمه «میانجی» به «حکم» و اضافه کردن قید «قراردادی» برای منازعات، همین تعریف برای مفهوم حکمیت/داوری در ماده دوم قانون حکمیت (۱۳۸۵) ذکر شده است.^۱ به نظر می‌رسد از آنجایی که قانون میانجیگری و حکمیت هم‌زمان تسوید شده است، در تعریف، یکسان‌سازی و الگوپذیری از یکدیگر، سهل‌انگاری صورت گرفته است.

افزون بر این نقد، در تعریف به ویژگی‌های میانجیگری پرداخته شده است؛ زیرا قیده‌های «سریع» و «بی‌طرفانه» از ویژگی میانجیگری محسوب می‌گردد که غالباً در تعریف یک مفهوم به گونه حد تام ذکر نمی‌شود. شاید به همین دلیل باشد که ویژگی «سریع» میانجیگری در تعریف که از قواعد و آیین میانجیگری اتاق بازرگانی ایران ۱۳۹۵ ارائه شده، آن ویژگی نیامده است. در بند دوم ماده ۲ قواعد مذکور، میانجیگری چنین تعریف شده است: «میانجیگری یکی از روش‌های حل و فصل اختلافات است که به موجب آن شخص ثالث بی‌طرف (میانجی) طرفین را در حل اختلافاتشان یاری و مساعدت کرده و پیشنهاداتی در مورد حل و فصل اختلاف ارائه می‌کند». نتیجه‌ی مقایسه این دو تعریف نسبت به تعریف کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ و قانون نمونه آنسیترا ۲۰۱۸ این است که: هیچ کدام از ویژگی‌ها و لوازم فوق در تعریف ارائه شده توسط کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ و قانون نمونه‌ی آنسیترا ۲۰۱۸ ذکر نشده است. کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ تعریف جامع‌تر و خلاصه‌ی نسبت به همه‌ی تعاریف مزبور ارائه نموده است. در بند سوم ماده دو، چنین نوشته است: «میانجیگری به معنای

^۱ بند دوم ماده ۲: حکمیت عملیه‌ی لازم الاجرائی است که بر اساس آن حکم یا حکم‌ها یا اداره‌ی حکمیت بالاثر تقاضا و توافق طرفین یا قرار محکمه، خدمات بی‌طرفانه را به منظور حل و فصل سریع و عادلانه‌ی منازعات ناشی از قرارداد معاملات اقتصادی و تجاری انجام می‌دهند. (قانون حکمیت تجارتی افغانستان ۱۳۸۵)



فرایندی است که طرفین از طریق آن تلاش می‌کنند با مساعدت شخص یا اشخاص ثالث (میانجی) به یک راه‌حل مسالمت‌آمیز برای حل‌وفصل اختلاف دست یابند، بدون اینکه میانجی اختیار الزام راه‌حل به طرفین اختلاف داشته باشد).

خوبی و ویژگی این تعریف در کنار جامع و خلاصه بودن آن، آوردن قید «بدون اینکه میانجی اختیار الزام راه‌حل به طرفین اختلاف داشته باشد» و قید «شخص ثالث» است، آوردن این دو قید تبارز دهنده‌ی «فصل»^۱ مفهوم میانجیگری در تعریف و جداکننده میانجیگری از مفهوم داوری و مذاکره است. حسن و خوبی دیگر این تعریف دوری کردن از ذکر لوازم و ویژگی‌های میانجیگری مانند «بی‌طرفی» و «سریع» در تعریف است.

ب) قلمرو میانجیگری تجاری

میانجیگری که در میان اصحاب دعوا و طرفین اختلاف نسبت به دیگر شیوه‌های جایگزین استقبال خوب داشته و استفاده از این روش برای حل منازعات تجاری روبه‌افزایش است. پرسش که اینجا مطرح می‌گردد این است: همه‌ی موضوعات تجارتی و مالی قابلیت ارجاع به میانجیگری در حقوق افغانستان، ایران و کنوانسیون سنگاپور را دارد یا خیر؟ به‌خصوص دعاوی ورشکستگی. پاسخ به این پرسش در حقیقت مباحث قلمرو میانجیگری را شکل می‌دهد.

این مبحث به هدف معرفی محدودیت‌ها و دایره‌ی میانجیگری نسبت به دعاوی، به بررسی قلمرو میانجیگری در حل‌وفصل اختلاف تجاری می‌پردازد. به دلیل روشنی و شهرت بین‌المللی داوری، قلمرو میانجیگری با قلمرو داوری مورد مقایسه قرار گرفته است. از این جهت، ابتدا به قلمرو مشترک میانجیگری با داوری و پس از آن، به ورشکستگی؛ در پایان به دعاوی مربوط به بازار سرمایه و سهام پرداخته می‌شود.

۱. دعاوی قابل میانجیگری

رویکرد قانون‌گذار داخلی و کارگزاران قوانین نمونه و کنوانسیون‌ها، متفاوت است. قاعدتا قلمرو اعمال قوانین و کنوانسیون‌ها هم متفاوت خواهد بود. بر این اساس، ابتدا قلمرو

۱. فصل اصطلاح منطقی و فلسفی است که در مقابل جنس به کار می‌رود و مقصود این است: کلی ذاتی است که یک نوع را از سایر انواع داخل در یک جنس متمایز و جدا می‌کند مثل ناطق که انسان را از جنس آن یعنی حیوان متمایز و جدا می‌کند.

میانجیگری در حقوق دخی و پس از آن قلمرو میانجیگری در کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱.۱ حقوق داخلی (افغانستان و ایران)

اصل آزادی و حاکمیت اراده، به دو طرف اجازه می‌دهد که در انتخاب روش حل و فصل اختلاف آزاد هستند و در صورت اهلیت هیچ ممنوعیت برای ارجاع دعای به میانجیگری یا داوری و یا رسیدگی قضایی نیست. اما به جهت اینکه اصل حاکمیت اراده محدودیت‌های قانونی دارد. طرفین نیازمند شناخت قلمرو میانجیگری تجاری است، خارج از قلمرو میانجیگری محاکم و دولت اعتبار و ارزش برای توافق و میانجیگری قائل نیست.

بر اساس بند یکم و ماده ۲ قواعد و آیین میانجیگری اتاق بازرگانی ایران ۱۳۹۶: «کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می‌توانند اختلافات خود را به میانجیگری ارجاع بدهد.» در این ماده تنها ملاک برای پذیرش دعوا، اهلیت دو طرف اختلاف است و بیش از آن معیار و شرط برای حل منازعات از طریق میانجیگری مشخص نشده است. در قوانین دیگر مانند آیین دادرسی مدنی و قانون تجارت ایران نیز محدودیت در خصوص میانجیگری نیامده است. طبق بند یکم ماده دو قانون داوری تجاری بین المللی ایران ۱۳۷۶: «داوری اختلافات در روابط تجاری بین المللی اعم از خرید، فروش، کالا و خدمات، حمل و نقل، بیمه، امور مالی، خدمات مشاوره‌ای، سرمایه‌گذاری، همکاری‌های فنی، نمایندگی، حق العمل کاری، پیمانکاری و فعالیت‌های مشابه مطابق مقررات این قانون صورت خواهد پذیرفت» این قلمرو در میانجیگری نیز قابل تطبیق است؛ زیرا پرداخته نشدن به قلمرو میانجیگری در قواعد و آیین میانجیگری اتاق بازرگانی ایران ۱۳۹۶، به این گمان و احتمال صحت می‌بخشد که قلمرو میانجیگری و داوری از نگاهی آنها در هردو یکی است و نپرداختن به آن به قلمرو در قواعد و آیین میانجیگری، یک نوع احاله به قلمرو داوری است. علاوه بر این در قانون میانجیگری افغانستان نیز یک نوع قیاس و هم‌سان‌سازی و برادری میان حکمیت و میانجیگری وجود، چون در ماده ۱۵ قانون میانجیگری افغانستان ۱۳۸۵ حکمی اسناد مورد پذیرش در میانجیگری را قیاس به حکمیت نموده است. افزون بر این‌ها هردو یکی از روش‌های جایگزین و رسیدگی غیر قضائی است. بنابراین، یک نوع مشابهت بین میانجیگری و داوری در ذهن قانونگذار بوده است. حتی در سطح بین المللی و کنوانسیون‌ها هم این نگرش به چشم می‌خورد، از همین جهت کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ شباهت به کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ دارد.



به روش دیگر؛ طبق بند دوم ماده ۲ قانون میانجیگری افغانستان هر منازعات اقتصادی و تجارتی را می‌توان به میانجیگری ارجاع داد. در اینکه مراد از منازعات تجارتی و اقتصادی چه معاملات را شامل می‌شود تا در صورت اختلاف و منازعه آن به میانجیگری ارجاع داد؟ در بند سوم همین ماده مشخص شده است. در بند سوم ماده ۲ در تعریف معامله تجارتی چنین انگاشته‌اند: «معامله تجاری شامل کلیه مناسبات دارای ماهیت تجاری و اقتصادی می‌باشد که به اساس قرارداد یا غیر آن استوار باشد» بر این اساس هر دعوی که ماهیت تجاری و اقتصادی داشته باشد و لو اینکه قراردادی نباشد از طریق میانجیگری حل و فصل می‌گردد. تعمیم تجارتی به قراردادی یا غیر قراردادی به دلیل تاثیر پذیری از قانون نمونه آنسترال ۲۰۰۲ است. چون از قید «تجاری» در بند یکم و ماده ۱ قانون نمونه آنسترال در مورد میانجیگری تفسیر عام صورت گرفته و شامل تجاری قراردادی و غیر قراردادی دانسته است؛ زیرا «قید تجاری الزاما منعکس کننده مفهوم نیست که این اصطلاح در کشورهای حقوقی نوشته (رومی-ژرمنی) در مقابل «مدنی» دارد. همان‌طور که در پانوش قانون ذیل کلمه «تجاری» آمده است، عبارت «تجاری» باید به نحو وسیع تفسیر شود، به‌طور که بتوان کلیه روابط تجاری اعم از قراردادی و غیر قراردادی را پوشش دهد» (شیروی، ۱۳۸۵: ۵۰). به هر صورت بر اساس قوانین داخلی قلمرو میانجیگری کلیه دعاوی است که ماهیت تجاری و اقتصادی داشته باشد.

پرسش که اینجا مطرح می‌گردد این است که: چه معاملات ماهیت تجارتی و اقتصادی دارد؟ از کدام منبع بایست در یافت که معاملات مشخص ماهیت اقتصادی و تجارتی دارد و معاملات مشخص دیگر دارای این ماهیت نیست؟

از آنجا قانون میانجیگری مزبور در حیطه‌ی جغرافیایی افغانستان تسوید و تصویب شده است قاعداً بایست برای تفسیر و رفع ابهام آن به قوانین افغانستان مراجعه کرد. قانون تجارت افغانستان ۱۳۳۶ مجموع فصل سوم یعنی از ماده ۱۵ الی ۲۴ به تعریف و بیان معاملات پرداخته و تفسیر موسع از مصادیق معاملات تجارتی ارائه کرده است که: حمل و نقل، بیمه، معاملات بانکی، برات، سفته و چک، معاملات صرافی، تأسیس فابریکه، توزیع آب، برق، گیس، عکاسی، حق‌العمل‌کاری، کمیشن‌کاری و هر معاملات که تاجر انجام می‌دهد، معاملات او تجارتی است



مگر دلیل بر خلاف او باشد. نزدیک به همین موارد، البته با ادبیات حقوقی و مفاهیم شناخته شده‌ی در حقوق تجارت، در ماده ۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ ایران ذکر شده است.^۱

احتمال دیگر در تبیین مراد قانون‌گذار افغانستان از عبارت «ماهیت تجارتی و اقتصادی» در ماده دوم قانون میانجیگری مطرح می‌گردد، معاملات تجارتی است که هدف آن اقتصادی و سودآوری است، در مقابل معاملات که طرفین برای مقاصد شخصی و امور خانوار دادوستد می‌کنند. مزیت این احتمال نزدیکی با کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ و شامل نشدن برخی معاملات تاجر است، یعنی معاملات که برای مقاصد غیرتجاری انجام می‌دهد هست. نظیر این استثنا در کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ هم وجود دارد، چون در بند دوم ماد ۱ کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ آمده است: معاملات که برای مقاصد شخصی، خانوادگی یا امور مربوط به خانوار صورت می‌گیرد، از قلمرو کنوانسیون استثنا شده است و نمی‌توان این معاملات را از طریق میانجیگری حل و فصل کرد. افزون بر این، عرف تجارتی نیز معاملات که برای مقاصد شخصی و امور خانوار صورت می‌گیرد، معاملات تجارتی محسوب نمی‌کنند. به‌علاوه از آنجایی که افغانستان کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ را امضا نموده است، هم بایست تفسیر از مواد قانون میانجیگری همسویی کنوانسیون باشد.

در جمع‌بندی مطالب فوق بایست گفت: در حقیقت بین دو تفسیر از عبارت «ماهیت تجارتی و اقتصادی» تفاوت نیست. تفسیر اول در واقع بیان مصادیق معاملات تجارتی است که برای مقاصد شخصی و امور خانوار نمی‌باشد؛ بلکه معاملات است که برای مقاصد اقتصادی و تجارتی به وجود می‌آید. در نهایت حقوق افغانستان کلیه‌ی دعاوی تجارتی و اقتصادی، قابلیت‌پذیری میانجیگری دارد. فرق نمی‌کند که موضوع دعوی ورشکستگی باشد یا مالکیت فکری و یا دعاوی مربوط به سهام و بازار سرمایه.^۲ در نظام حقوق ایران نیز می‌توان ادعا نمود که کلیه‌ی دعاوی به جزء دعاوی معاملات که مقاصد شخصی و خانوار و یا ارث

^۱. بندیکم ماده ۲: داوری اختلافات در روابط تجاری بین‌المللی اعم از خرید و فروش کالا و خدمات، حمل و نقل، بیمه، امور مالی، خدمات مشاوره‌ی، سرمایه‌گذاری، همکاری فنی، نمایندگی، حق العمل کاری، پیمانکاری و فعالیت‌های مشابه مطابق مقررات این قانون صورت خواهد پذیرفت.

^۲. ذکر نشدن دعاوی ناشی از حقوق رقابت، در متن تعمدی است، به این توضیح: دعاوی ناشی از حقوق رقابت اصولاً و معمولاً مربوط حقوق عمومی می‌گردد، حقوق عمومی قابلیت‌پذیری داوری و میانجیگری را ندارد. از این جهت رسیدگی به دعاوی ناشی از حقوق رقابت در ایران، دارای رسیدگی خاص است.



ایجاد شده، قابلیت‌پذیری میانجیگری دارد استثنا دعاوی ارث مانند آن مثل دعاوی مربوط به اصل نکاح... واضح است، چون در ضمن اینکه این دعاوی تجاری نیست، دعاوی ارث و مانند آن دارای آئین و تشریفات خاص است که مخالف آئین و اصول میانجیگری است.

۱-۲. کنوانسیون سنگاپور

تاکنون بررسی قابلیت ارجاع‌دهی دعاوی به میانجیگری در حقوق ایران و افغانستان بود. در حقوق تجارت بین‌الملل در خصوص حل و فصل اختلاف از طریق میانجیگری قوانین ایجاد شده است یکی از منابع مهم میانجیگری در حقوق بین‌الملل که تحول بزرگ در راستایی شناسایی و افزایش میانجیگری ایجاد کرد کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ است. در این کنوانسیون برای شناسایی توافقنامه میانجیگری و اجرای آن موافقتنامه سه شاخص ذکر شده است که عبارت از: «انعقاد سازش‌نامه در اثر فرایند میانجیگری»، «وصف تجاری سازش‌نامه» و «وصف بین‌المللی سازش‌نامه»، در کنار این سه شاخص اصلی کتبی بودن موافقت‌نامه هم شرط شده است.

۱-انعقاد سازش‌نامه در اثر فرایند میانجیگری

یکی از شاخص اصلی به‌وجودآمدن موافقت‌نامه از اثر فرایند میانجیگری است. در بند یکم ماده ۱ مقرر شده است: «این کنوانسیون ناظر بر موافقتنامه‌های حل و فصلی است که از میانجیگری ناشی می‌شوند...» بنابر این بایست دعاوی از طریق میانجیگری و حل فصل شده باشد؛ یعنی وجود شخص بی‌طرف به عنوان میانجی در فرایند حل و فصل اختلاف ضروری است.

استناد موافقت‌نامه به روش میانجیگری نیز دارای شرایط است در صورت می‌توان موافقت‌نامه‌ی را حاصل از میانجیگری دانست که آن شرایط را داشته باشد. در بند ب ماده چهارم مقرر شده است: «طرفی که به سازش‌نامه استناد می‌کند باید مستندات ذیل را به مرجع صالح کشور عضو کنوانسیون کشور محل طرح ادعا، تقدیم کند: (ب) ادله مبنی بر اینکه موافقت‌نامه حل و فصل ناشی از میانجیگری بوده است، از جمله: ۱- امضای میانجی در موافقت‌نامه حل و فصل؛ ۲- سندی که به امضای میانجی رسیده باشد و نشان بدهد میانجیگری انجام شده است؛ ۳- تصدیق‌نامه مؤسسه که میانجیگری را اداره کرده است؛ ۴- در صورت فقدان دلیل ۱، ۲ یا ۳، هر دلیل دیگری که بنا بر نظر مرجع صالح قابل قبول باشد.»

در صورتی که میانجیگری آنلاین بوده در بند ۲ شرایط برای استناد را مشخص کرده است. به هر صورت طرف که در خواست اجرای موافقت نامه حل و فصل نموده بایست اثبات نمود که موافقت نامه حل و فصل ناشی از روند میانجیگری بوده است.

۲- وصف بین المللی

دومین شاخص برای شناسایی موافقت نامه بین المللی بودن موافقت نامه است. وجود وصف بین المللی بودن موافقت نامه حل و فصل اختلاف است.

در بند یکم ماده یک کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ چنین مقرر شده است که: این کنوانسیون ناظر بر موافقت نامه های حل و فصلی است که از میانجیگری ناشی می شود و به منظور حل و فصل یک اختلاف تجاری به طور کتبی توسط طرفین منعقد می شوند و در زمان انعقاد واجد وصف بین المللی نیز باشد. اما مفهوم وصف بین المللی روشن و واضح برای همه نیست. از این جهت کنوانسیون در ماده یکم معیارهای برای بین المللی بودن یک موافقت نامه ذکر نموده است:

(الف) محل کسب و کار حداقل دو طرف از طرف های موافقت نامه حل و فصل در کشورهای متفاوت واقع شده باشد.

این معیار ناظر بر آن موارد است که اقامتگاه و تابعیت دو طرف مختلف است؛ مانند یکی از طرفین موافقت نامه در ایران و دیگری در افغانستان اقامت دارد. بر این اساس تفاوت اقامتگاه دو طرف، نشان بین المللی و بیرون مرزی بودن موافقت نامه حل و فصل اختلاف است.

(ب) کشور محل کسب و کار طرف های موافقت نامه حل و فصل از (۱) کشوری که بخش عمده از تعهدات ناشی از موافقت نامه حل و فصل در آن انجام می گردد؛ یا (۲) کشوری که موضوع اصلی موافقت نامه حل و فصل با آن نزدیک ترین ارتباط را دارد، متفاوت باشد.

ملاک مذکور ناظر به موارد است که اقامتگاه دو طرف در یک کشور است. مثلاً محل کسب و کار کشوری ج.ا.ایران باشد؛ اما بخش عمده از تعهدات توسط کشوری چین صورت گیرد؛ مانند تولید، بارگیری، تحویل تا مبدأ و بیمه؛ در این صورت موافقت نامه حایز وصف بین المللی است؛ چون کشور محل کسب و کار (ایران) با کشور که بخش عمده تعهدات را انجام می دهد (چین) متفاوت است در حالی که اقامتگاه هر دو و محل کار در یک کشور است.





از نگاه حقوق ایران بر اساس بند ب ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران ۱۳۷۶ معیار وصف بین‌المللی این است که: در زمان انعقاد موافقت‌نامه یکی از طرفین تبعه ایران نباشد. برخی از اساتید بر این معیار ایراد گرفته و از لحاظ جامع‌و مانع بودن، این معیار را درست ندانسته است.^۱ اما در حقوق افغانستان بر اساس بند دوم ماد ۳ قانون حکمیت ۱۳۸۵ موارد ذیل بین‌المللی است: ۱- در قرارداد به بین‌المللی بودن تصریح شده باشد. ۲- معاملات تجاری و اقتصادی بین چند کشور باشد. ۳- بر اساس کشور محل که طرفین معاملات انجام می‌دهد، قرارداد بین‌المللی توصیف شده باشد. بر خلاف قانون داوری ایران، قانون داوری افغانستان تفاوت تابعیت را معیار قرار نداده است.

۳- تجاری بودن موافقت‌نامه

سومین شاخص، تجاری بودن موافقت‌نامه حل و فصل میانجیگری است که در ماده یکم کنوانسیون مشخص شده است. کنوانسیون بر خلاف دو شاخص اصلی، مفهوم تجاری را تبیین نکرده است. روشن نیست که کدام مصادیق از معاملات تجاری هستند؟ و بایست برای توصیف مفهوم تجاری به قوانین داخلی و حقوق داخلی کشورهای مراجعه نمود. اما با وجود این از مفهوم بند دوم ماده ۱ قاعده کلی به دست می‌آید که بیان‌کننده مفهوم تجاری بودن موافقت‌نامه است. چون ظاهراً کنوانسیون سنگاپور در حال ایجاد و توسعه معیار سوم (استثنا) در شناخت مفاهیم حقوق؛ مانند تجارت است.^۲ به این منظور: اصل اولی مشمول شدن احکام قانون به همه دعاوی تجاری است مگر دعاوی که استثناء شده است. بنابر این، جز دعاوی مربوط ارث، خانواده و دعاوی که ماهیت اقتصادی ندارد برای مصارف شخصی داد و ستد صورت می‌گیرد، مشمول احکام کنوانسیون می‌گردد و قابلیت میانجیگری پذیری را دارد. قلمرو میانجیگری در حل و فصل اختلافات تجاری در حقوق تجارت بین‌الملل گسترده‌تر از حقوق داخلی است.

^۱مراجعه شود به: جنیدی، لعیا، بررسی تطبیقی قانون نمونه، تهران: دانشگاه تهران، چ اول، ۱۳۷۸

^۲لازم به ذکر است: در توصیف مفهوم گاهی معیار شخصی و گاهی معیار نوعی به کارگرفته می‌شود، آنچه ما در حقوق افغانستان شاهدیم استفاده از هر دو معیار است. یکی در قانون تجارت و دیگری در قانون میانجیگری. اما کنوانسیون سنگاپور بدون پیروی از معیار نوعی یا شخصی، فقط موارد استثناء را بیان می‌کند تا هم شامل معیار نوعی و هم شامل معیار شخصی گردد. اگر یکی از نوآوری‌های آن کنوانسیون شمرده شود، انتخاب گزاف نخواهد.

۱-۳. ورشکستگی

لزوما ورشکستگی زیر عنوان «دعای قابل میانجیگری» (بند یکم) مطرح می‌شود؛ اما به دلیل اهمیت و متفاوت بودن ماهیت ورشکستگی، آن را اضطرابا جداگانه مورد بحث قرار می‌دهیم. در قوانین ایران و افغانستان، نص قانونی پیرامون عدم ارجاع دعای ورشکستگی به میانجیگری نداریم یا حداقل به آن نگارنده دست نیافت است. اما در خصوص داوری نص قانون وجود دارد. بر اساس ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی ایران که مقرر می‌دارد «دعای زیر قابل ارجاع به داوری نیست: ۱- ورشکستگی. ۲- دعای راجع به اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب.» در قانون اصول محاکمات تجاری افغانستان ۱۳۴۳ نیز این ممنوعیت وجود دارد. در ماده ۲۲۹ آن قانون مقرر شده است: «دعای متعلق به امور افلاس و ورشکست قابل ارجاع به حکمیت نیست». در نتیجه در نظام حقوق داخلی ایران و افغانستان ورشکستگی قابلیت‌پذیری داوری را ندارد.

برخی این ممنوعیت را به میانجیگری هم سرایت داده است. زیرا «وقتی در داوری که رأی صادر می‌شود و رأی برای طرفین الزام‌آور است این دعای قابل ارجاع به داوری نیست، پس به‌طریق‌اولی این دعای نیز قابل ارجاع به میانجیگری نمی‌باشد.» در قانون میانجیگری افغانستان نیز مشابه همین قیاس را می‌توان به دست آورد به این مقصود که: پذیرش اسناد و مدارک در میانجیگری، قیاس به حکمیت و روش‌های دیگر حل و فصل اختلاف شده است؛ یعنی هر اسناد و مدارک در داوری و حکمیت مورد پذیرش باشد، در میانجیگری هم مورد پذیرش است. از این جهت در ماده پانزدهم قانون مذکور تصریح می‌کند که: «مدارکی که در روند، حکمیت، رسیدگی قضایی و روندهای مشابه دیگر قابل پذیرش باشد، در عملیه میانجیگری نیز پذیرفته شده می‌تواند.» بر اساس این ماده یک سنخیت میان میانجیگری و داوری شکل می‌گیرد که طبق آن می‌توان در موارد مسکوت، از احکام و قانون داوری برای رفع خلأ استفاده کرد.

لیکن در نقد این استدلال بایست گفت: در اصل حجیت قیاس اولویت جای شک و تردید نیست. اما استفاده از قیاس اولویت در صورت درست است که میان دو مفهوم رابطه و سنخیت وجود داشته مثل رابطه بین فرع و اصل، در صورتی که احکام بر اصل جاری نباشد، می‌توان به قیاس اولویت به فرع هم جاری ندانی‌ست. درحالی که میانجیگری و داوری دو مفهوم مستقل و متغایر از همدیگر است. افزون بر این در داوری خصوصیت (الزام‌آوری)



وجود دارد که در میانجیگری آن خصوصیت نیست. شاید همین خصوصیت باعث شده که قانون‌گذاران داخلی ارجاع دعاوی ورشکستگی به داوری منع کرده باشد؛ زیرا الزام‌آوری باعث می‌گردد توافق ایجاد قابلیت اصلاح و بررسی دوباره را نداشته باشد و این امر مختومه بودن مانع از ورود کشورها و مانع حمایت از طلبکاران می‌گردد. درحالی‌که در میانجیگری چنین امر نیست، در نهایت نه تنها قیاس اولویت در درسته است، بلکه متمایز بودن آن دو نهاد نتیجه عکس می‌دهد.

اما پاسخ درست این پرسش را که: دعاوی ورشکستگی قابلیت‌پذیری میانجیگری دارد یا خیر؟ بایست در جای دیگر جستجو کرد و صرفاً به ظاهر خشک ماده قانون نگریست. پاسخ این پرسش در ریشه‌ها و مبانی این ممنوعیت است. به این جهت شایسته مبانی و ریشه‌های ممنوعیت بررسی و تحلیل شود که آیا آن مبانی در میانجیگری هم می‌توان وجود داشت یا خیر؟ آن مبانی قرار ذیل است:

۱- نظم عمومی یا سرزمینی بودن ورشکستگی

مفهوم نظم عمومی در جوامع متخلف متفاوت است و تعیین دقیق آن مکان‌پذیر نیست. همچنین این مفهوم نسبی تلقی می‌شود و به اقتضای زمان و مکان قابل‌تغییر است. ولی نظم عمومی بر مبنای قلمرو و طبیعت، نظم عمومی سیاسی و نظم عمومی اقتصادی در بر می‌گیرد. مراد از نظم عمومی اقتصادی این است: دولت در پی رهبری اقتصاد و نظارت بر قراردادهای خصوصی است. نظم عمومی اقتصادی به نظم عمومی حمایت‌کننده و نظم عمومی اقتصاد هدایت‌کننده تقسیم می‌شود. ورشکستگی از زیر مجموعه نظم عمومی اقتصادی حمایت‌کننده است؛ زیرا یکی اهداف مهم نهاد ورشکستگی حمایت از غرما است (شهبازنیا، ۱۳۹۸: ۱۶۵). برخی عدم قابلیت داوری‌پذیری ورشکستگی را مرتبط به نظم عمومی می‌دانند. دادگاه اختیار دارد هر مورد که ارجاع به داوری با نظم عمومی در تضاد باشد، از اعتباردهی داوری خودداری کند (کریمی و پرتو، ۱۳۹۱: ۱۶۹؛ شهبازنیا، همان: ۱۶۷)؛ بنابراین ارجاع دعاوی ورشکستگی به میانجیگری چون مخالف نظم عمومی اقتصادی حمایت‌کننده است. قابلیت‌پذیری میانجیگری را ندارد. به موجب ماده ششم قانون آئین دادرسی مدنی ایران «عقود و قراردادهای که مخل نظم عمومی یا بر خلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشد در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست» و نیز بر اساس ماده ۳۵ و بند ۲ ماده ۵۰۲ قانون مدنی افغانستان عقود و قوانین خارجی که خلاف نظم عمومی است، اثر بر

آن مترتب نمی‌گردد. بر پایه این مواد قانونی دادگاه این اختیار را دارد که موافقت‌نامه میانجیگری را به دلیل تضاد با نظم عمومی، شناسایی و اعتباردهی نکند.

۲- نسبیت قرارداد

قرارداد و عقد نسبی است؛ یعنی اثر عقد فقط به اشخاص که قرارداد بسته‌اند، مؤثر است. نسبت به اشخاص ثالث هیچ حق یا دینی ایجاد نمی‌کند (شهبازنیا، همان: ۱۷۰)؛ بنابراین قرارداد و موافقت‌نامه‌ی که بر اساس آن دعاوی ورشکستگی به میانجیگری ارجاع داده می‌شود، صرف نسبت به یکی غرما و ورشکسته، نافذ است و نسبت به دیگر غرما اثر ندارد. این از یک سو. از سو دیگر بایست دعاوی ورشکستگی هم‌زمان از طرف همه طلبکاران مطرح شود تا رسیدگی صورت گیرد. درحالی‌که این امر در دعاوی ورشکستگی ممکن نیست. زیرا توافق قبل از ورشکستگی با یکی از غرما بوده و همه طلبکاران دخالت در تراضی نداشته‌اند، قاعدتاً نسبت به دیگر غرما اثری ندارد و نمی‌توان طلب این طلبکاران را از طریق میانجیگری رسیدگی نمود توافق. اما توافق‌نامه بعد از ورشکستگی اثر و اعتبار حقوقی ندارد، چون با صدور حکم ورشکستگی از تمامی تصرفات ممنوع می‌گردد. در نتیجه طرح دعاوی ورشکستگی به میانجیگری امکان ندارد.

نسبیت قرارداد یک اصل است و نسبت به آن تردید نیست. اما در مورد ورشکستگی، توافق بعد از حکم ورشکستگی ممکن است. هرچند طرف قرارداد تاجر ورشکسته قرار نمی‌گیرد، اما مدیر تصفیه به‌عنوان قائم‌مقامی برخی تصرفات و اعمال حقوقی انجام دهد. ماده ۴۱۸ قانون تجارت ایران مصوب ۱۳۱۱ چنین مقرر کرده است: «تاجر ورشکسته از تاریخ صدور حکم از مداخله در تمام اموال خود حتی آنچه که ممکن است در مدت ورشکستگی عاید او گردد ممنوع است. در کلیه اختیارات و حقوق مالی ورشکسته که استفاده از آن موثر در تادیه دیون او باشد مدیر تصفیه قائم‌مقام قانونی ورشکسته بوده و حق دارد به جای او از اختیارات و حقوق مزبوره استفاده کند». بر اساس مفاد این ماده انعقاد توافق‌نامه دارای اعتباری حقوقی است. در نتیجه نسبیت قرارداد مانع برای ارجاع دعاوی ورشکستگی به میانجیگری نیست.

۳- نقض اصل محرمانگی

آئین رسیدگی دعاوی ورشکستگی با آئین رسیدگی میانجیگری و شیوه‌های جایگزین متفاوت است، چون یکی از اصول رسیدگی میانجیگری است دو طرف اختلاف و میانجی حق ندارد



معلومات و داده‌های که هنگام رسیدگی مطرح می‌شود، فاش و به دیگران اطلاع دهد. درحالی‌که در دعاوی ورشکستگی بایست همه‌ی غرما و دیگران اطلاع داشته باشد.

۴- عدم اعتماد دولت‌ها-نگرانی از عادلانه نبودن حل و فصل

برخی از موضوعات حساس و مهم محدودیت‌های را در ارجاع به داوری وضع می‌کنند؛ زیرا دولت‌ها معتقدند تنها دادگاه‌ها می‌توانند حقوق عمومی را به درستی تفسیر کنند. داوران نیز به علت فقدان توانایی لازم اجرای مقررات عمومی جامعه را متصور می‌کنند. از دیگر سو آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم راه تقلب نسبت به قانون را باز می‌کند (شهبازنیا، همان: ۱۷۴). هرچند این استدلال خصوص داوری صورت گرفته است؛ اما در مورد میانجیگری نیز صادق است، حتی بیشتر از داوری، میانجیگری نگرانی و بی‌اعتماد دولت‌ها را در پی دارد. زیرا در میانجیگری رعایت و پیروی از قوانین و حقوق هدف اصلی میانجی و طرفین نیست، بلکه مهم تسهیلات برای رسیدن به توافق دو طرف است. افزون بر این میانجی نقش کم‌تر و مؤثریت پائین نسبت به داوران دارد.

از لحاظ حقوقی نظم عمومی، نسبت قرارداد، نقض محرمانگی و عدم اعتماد دولت، مبانی و ریشه‌های هستند که مانع قابلیت‌پذیری دعاوی ورشکستگی در داوری شده است. به جزء نسبت قرارداد، مبانی دیگر نسبت به میانجیگری همان‌گونه که دانسته شد، صادق است و قدرت دارد که از ارجاع دعاوی ورشکستگی به میانجیگری جلوگیری نماید و دادگاه‌ها مانع شناسایی توافق‌نامه میانجیگری در خصوص ورشکستگی گردد. اما از نگاه قانون و مقررات در حقوق داخلی (ایران و افغانستان) و کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ که منبع مهم میانجیگری در حقوق تجارت بین‌الملل است نص قانونی برای عدم ارجاع دعاوی ورشکستگی به میانجیگری ندارد. هرچند از لحاظ حقوقی ریشه‌ها و سرمنشأ ممنوعیت در هر دو یکی است. در قوانین ایران و افغانستان نه تنها نص قانونی در خصوص منع آن وجود ندارد، بلکه با جستجو به قوانین تجاری دو کشور می‌توان مواد قانونی را یافت که بر پذیرش صلح و میانجیگری در دعاوی ورشکستگی سخن رانده است. از مواد ۴۵۸ و ۴۵۹، ۴۷۶، ۴۸۰^۱ و

۱. ماده ۴۸۰ - قرارداد ارفاقی فقط وقتی منعقد می‌شود که لاقط نصف به علاوه یک نفر از طلبکارها با داشتن لاقط سه ربع از کلیه مطالباتی که مطابق مبحث پنجم از فصل ششم تشخیص و تصدیق شده یا موقتاً قبول گشته است در آن

۵۱۰ قانون تجارت ۱۳۱۱ استفاده می‌شود که میانجیگری در دعاوی ورشکستگی درست است؛ زیرا در ماده ۴۵۸ قانون مذکور مشخص شده است که: «نسبت به تمام دعاوی که هیأت طلبکارها در آن ذینفع می‌باشند مدیر تصفیه با اجازه عضو ناظر می‌تواند دعوی را به صلح خاتمه دهد اگر چه دعاوی مزبوره راجع به اموال غیر منقول باشد و در این مورد تاجر ورشکسته باید احضار شده باشد» از آنجایی که قبلاً دانست شد میان میانجیگری و صلح فرق نیست، پس دعاوی ورشکستگی قابلیت پذیری میانجیگری دارد و مانع قانونی ندارد. صرفاً در ماده ۴۵۸ قانون تجارت صحت و درستی صلح مشروط به اجازه ناظر شده است: «با اجازه عضو ناظر می‌تواند دعوی را به صلح خاتمه دهد...».

افزون بر این، اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران ۱۳۵۸ نیز تأکید بر صلح و میانجیگری نموده است. تنها میانجیگری و داوری پذیری اموال «عمومی» و «دولتی» مشروط شده است. در ماده مذکور مقرر شده است: «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد موکول به تصویب هیأت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوا خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند» همین مفاد در ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی ایران مصوب ۱۳۷۹ که در خصوص «داوری» می‌باشد هم ذکر شده است. بنابر این منع قانون برای ارجاع دعاوی ورشکستگی به میانجیگری نیست. حتی در صورت استدلال به اینکه دعاوی ورشکستگی از موضوعات مهم می‌باشد و داخل در ذیل ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی، می‌باشد و نبایست بدون اجازه هیأت وزیران یا تصویب مجلس به میانجیگری ارجاع داد. بازهم مانع برای میانجیگری ورشکستگی نیست. زیر به تصریح اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ ق.آ.د.م موارد مهم را قانون بیان می‌کند: «موارد مهم را قانون تعیین می‌کند». از آنجایی که قانون در خصوص میانجیگری وجود ندارد. از دیگر سو «قواعد و آئین میانجیگری» اتاق بازرگانی هم منع ندارد، در نتیجه ارجاع دعاوی ورشکستگی به میانجیگری درست است. اما با وجود این ممکن است داده‌گاه به دلیل آن حساسیت‌های حقوقی، از تطبیق و اجرای توافقنامه ابراء ورزند.

قرارداد شرکت نموده باشند و الا بلااثر خواهد بود. مراد از قرارداد ارفاقی در ماده ۴۷۹ و ۴۸۰ همان قرارداد صلح و مصالحه بین دو طرف است.



در قانون افلاس^۱ افغانستان ۱۳۹۶ نیز مصالحه با طلبکاران پذیرفته شده است. در فقره پنجم ماده نهم قانون افلاس ۱۳۹۶ مقرر شده است: متولی دارای صلاحیت‌های ذیل می‌باشد: «... ۵- مصالحه با داین یا شخصی که علیه تاجر مفلس دین را ادعا دارد یا شخصی که مدعی طلبی دین را ادعا دارد یا شخصی مه مدعی طلبی از تاجر مفلس به شمول دین در زمان حال یا آینده، دین معین یا مشروط و دین ثابت یا پرداخت بوده...» بر این اساس میانجیگری در دعوای ورشکستگی در حقوق افغانستان پذیرفته شده است.

نقد: استدلال بر اساس مواد مذکور در حقوق ایران و افغانستان نقدپذیر است، چون مواد مذکور راجع به تصفیه و مدیر تصفیه است، نه مربوط اصل دعوای ورشکستگی. به عبارت دیگر آنچه در داوری پذیری ورشکستگی نفی شده دعوای اصل ورشکستگی است و دعوای مربوط ورشکستگی داوری پذیری دارد؛ بنابراین از صلح و مصالحه میان طلبکاران توسط مدیر تصفیه، میانجیگری اصل دعوای ورشکستگی نتیجه گرفته نمی‌شود.

لیکن با وجود این نگرش قانون‌گذار به صلح و میانجیگری نسبت به داوری آزادتر و وسیع‌تر بوده است؛ زیرا مثل همین مفاد را مربوط به داوری وجود ندارد، به علاوه اینکه منع در ماده ۴۹۶ قانون آئین داری مدنی ایران و ماده ۲۲۹ اصول محاکمات تجارتي افغانستان مطلق می‌باشد و قید «اصل» وجود ندارد، بر خلاف نکاح و طلاق که مقید به کلمه «اصل» شده است. به هرصورت حتی در صورت عقیم بودن این استدلال و نادرست بودن نتیجه از مواد قانونی مربوط تصفیه، فقدان منع قانون در کنار پذیرش آزادی اراده در میانجیگری پذیری ورشکستگی کافی است. افزون بر آن، امروزه حتی داوری پذیری دعوای ورشکستگی پذیرفته شده است و کشورها انعطاف بیشتر نسبت به گذشته در قوانین شان نشان داده‌اند. برای مثال در پرونده سوناتراخ علیه دیستریگس داوری پذیری ورشکستگی را تأیید کرد و اعلام نمود «واقع‌گرایانه نخواهد بود، اگر وانمود کنیم که حقوق ورشکستگی برای نظام سرمایه‌داری دموکراتیک ما، دارای اصول بسیار اساسی‌تر از حقوق بورس و حقوق رقابت است» (جنیدی و نبازپور، ۱۳۹۹: ۵۰۲) اما اثبات ورشکستگی از این جهت که مقید به «حکم دادگاه» می‌باشد، نمی‌توان از طریق شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف، اصل ورشکستگی را اثبات کرد.

^۱ در ادبیات حقوقی افغانستان از ورشکستگی به «افلاس» از تاجر ورشکسته به «تاجر مفلس» تعبیر می‌شود.

لازم به ذکر است تأکید بر فقدان منع قانونی و نبود ماده قانونی نظام حقوق ایران و افغانستان ارزشمند و سودمند است. زیرا رویکرد نظام حقوق ایران و افغانستان نسبت به قابلیت پذیری داوری و موارد عدم قابلیت پذیری بوده احصاء است. بر خلاف نظام کامن لا و کشورهای که دادگاه قابلیت پذیری و یا عدم آن را بر اساس نظم عمومی و سیاست عمومی ارزیابی می کنند. در حقوق اخیر تکیه بر فقدان ماده قانونی ارزشمندی و ثمره‌ی ندارد، زیرا معیار سنجش به دست قضات و دادگاه است.

از کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ نیز رویکرد بر پذیرش ورشکستگی استنباط می شود؛ زیرا هنگام استثنا و خارج کردن مواردی که قابلیت پذیری میانجیگری را ندارد، نام از ورشکستگی برده نمی شود. مطابق معیار استثنا بایست همه موارد استثنا ذکر گردد و در صورت ذکر نشدن مشمول احکام قانون می گردد. اما این احتمال هم وجود که به دلیل جنبه نظم عمومی داشتن ورشکستگی عدم قابلیت پذیری میانجیگری آن واضح بوده است و همین دلیل از نام برده نشده است.

۲. محدودیت های میانجیگری

حاکمیت اراده هر چند به عنوان اصل پذیرفته شده است و ستون قرارداد به محسوب می شود. اما محدودیت در قوانین برای آن در نظر گرفته است و هر توافق قابلیت شناسایی و اعتباردهی را ندارد. با وجود اینکه اصل حاکمیت اراده در میانجیگری بسیار برجسته و چشمگیر هست. دارای محدودیت های نیز هست و منازعات تجاری را نمی توان به شیوه میانجیگری رسیدگی کرد. بنابر این، نخست به محدودیت های قلمرو میانجیگری در حقوق داخلی و در پایان به محدودیت قلمرو میانجیگری در کنوانسیون سنگاپور پرداخته می شود.

۲-۱. حقوق داخلی

بازار سرمایه، یکی دیگر از موارد است که دعاوی مربوط به آن، قابلیت ارجاع به میانجیگری دارد یا حداقل منع قانونی نسبت به آن وجود ندارد. از ماده ۳۷ قانون اوراق و بهادار ایران ۱۳۸۴ استنباط می شود که داوری پذیری مطلق نسبت دعاوی سهام و بورس وجود ندارد، به این مقصود که: حل و فصل چنین اختلافات از طریق داوری، بایست بر اساس گروه داوران حل و فصل گردد که یکی از آنها و رئیس هیئت، رئیس قوه قضائیه باشد. در ماده ۳۷ چنین قانون اوراق بهادار مقرر شده است: «هیئت داوری متشکل از سه عضو می باشد که یک عضو



توسط رئیس قوه قضاییه از بین قضات باتجربه و دو عضو از بین صاحب نظران در زمینه‌های اقتصادی و مالی به پیشنهاد سازمان و تأیید شورا به اختلافات رسیدگی می‌نماید. رئیس قوه قضاییه و سازمان با تأیید شورا علاوه بر نماینده اصلی خود، هر یک، عضو علی‌البدل تعیین و معرفی می‌نمایند تا در صورت غیبت عضو اصلی مربوط در هیئت داورى شرکت نماید. شرایط عضو علی‌البدل همانند عضو اصلی می‌باشد. تبصره ۱ - ریاست هیئت داورى با نماینده قوه قضاییه خواهد بود...» هرچند ظهور بدوی این ماده داورى پذیرى را می‌رساند، اما در حقیقت داورى مصطلح تجارى نیست، بلکه یک نوعی صلاحیت انحصاری است.

نگارش ماده ۳۷ مطابق نگرش بوده است که دعاوی بورس و سهام و سرمایه را تحت نظم عمومی می‌شمردند و دخالت دولت را در آن لازم می‌دانسته‌اند. اما این نگرش و رویکرد به مرور زمان رو به افول گراید. به هرصورت در خصوص ارجاع چنین دعاوی به میانجیگری از آن جهت که مواد قانونی در خصوص منع ارجاع به میانجیگری وجود ندارد، حل و فصل این اختلافات به شیوهی میانجیگری مانع ندارد. در حقوق افغانستان مطابق ماده ۱۲۶ قانون سرمایه‌گذاری داخلی و خارجی میانجیگری، شیوه‌های حل و فصل دوستانه پذیرفته شده است. در نهایت دومین گستردگی میانجیگری از لحاظ قلمرو نسبت به میانجیگری، دعاوی بازار سرمایه و سهام است.

دعاوی راجع به سهام و بورس، مالکیت فکری و حقوق رقابت در حقوق ایران دارای آئین خاص است و مطابق آن، اختلافات حل و فصل می‌گردد. اما در حقوق افغانستان در صورتیکه با نظم عمومی اساسی تعارض نداشته باشد، دعاوی مذکور قابلیت میانجیگری پذیرى دارد. چون اولاً- منع قانونی وجود ندارد، طرفین بر اساس آزادی می‌توانند روش رسیدگی به حل و فصل اختلاف بین خودشان را انتخاب نمایند. ثانیاً- انعطاف کشورها نسبت به چنین اختلاف و رسیدگی آن از طریق داورى، رغبت و تمایل حقوق دانان؛ داوران و میانجیگران را به سمت تأیید و پذیرش چنین اختلافات توسط شیوه‌های جایگزین - حداقل در حوزه خلأ قانونی - می‌کشاند. مانند میانجیگری.

۱. ماده ۲۶: اختلاف بین سرمایه گذاران خارجی و داخلی از یک سو؛ و اداره سرمایه‌گذاری و اشخاص و مؤسسات دولتی از سوی دیگر، مستقیماً دوستانه و از طریق مفاهمه با رعایت احکام این قانون، اسناد تثبیت منظوره شده و قراردادهای خاضیکه در رابطه به سرمایه گذاری به امضاء رسیده، حل و فصل می‌گردد.

۲-۲. کنوانسیون سنگاپور

کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ بر خلاف حقوق داخلی و برخی کنوانسیون‌ها، قلمرو شمول میانجیگری را نامبرده است، بلکه از معیار استثنا برای تعیین قلمرو اعمال احکام کنوانسیون بهره برده است و هر منازعات تجاری که استثنا نشده باشد، احکام کنوانسیون قابلیت اعمال بر آن منازعات تجاری را دارد. در بند دوم ماده ۱ کنوانسیون محدودیت میانجیگری را ذکر نموده است و موضوعات که قابلیت میانجیگری پذیری ندارند، استثنا کرده است. در بند دوم ماده ۱ چنین مقرر شده است: این کنوانسیون بر موافقتنامه‌های حل و فصل ذیل قابل اعمال نیست:

الف- اختلافات ناشی از معامله‌ی که یکی از طرف برای مقاصد شخصی، خانوادگی یا مربوط به خانوار منعقد کرده؛

ب- موافقتنامه‌های کاری حل و فصل مربوط به حقوق خانواده، حقوق ارث یا حقوق کار. از مفهوم این ماده استفاده می‌شود که غیر این موافقتنامه‌ها، کلیه موافقتنامه‌ها که ماهیت اقتصادی و تجاری دارد به جزء موافقتنامه حقوق کار، قابلیت پذیری میانجیگری دارد. همانگونه قبلاً (بند یکم) بیان شد.

نتیجه

میانجیگری و کدخدامنشی به عنوان روش‌های سنتی حل اختلاف، سابقه‌ای طولانی در منطقه آسیا دارند و از دیرباز با فرهنگ و ارزش‌های این منطقه سازگار بوده‌اند. با این حال، خاستگاه میانجیگری تجاری به شکل نوین و نظام‌مند، به ایالات متحده آمریکا بازمی‌گردد. میانجیگری تجاری امروزه با اصول و چارچوب‌های مشخص، به عنوان یک روش جایگزین حل اختلافات تجاری (ADR) مورد استفاده قرار می‌گیرد. این مقاله با هدف پاسخ به این پرسش‌ها تدوین شده است: میانجیگری چیست و کدام اختلافات تجاری قابلیت میانجی‌پذیری دارند؟ برای دستیابی به پاسخ این پرسش‌ها، مطالعه تطبیقی در حقوق افغانستان، ایران و کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ انجام شده است. یافته‌های این پژوهش به نتایج ارزشمند زیر منجر شده است:

۱. میانجیگری تجاری به عنوان یک مکانیسم نوین برای حل و فصل اختلافات تجاری، در حقوق افغانستان و ایران ماهیتی غیرالزام‌آور دارد. برخلاف داور، پیشنهاد و پذیرش





- میانجیگری برای طرفین الزامی نیست و اراده آن‌ها از آغاز تا پایان فرایند حاکم است. این ویژگی «غیرالزام‌آوری» یکی از وجوه تمایز میانجیگری از داوری محسوب می‌شود.
۲. فقره دوم ماده دوم قانون میانجیگری تجاری افغانستان، میانجیگری را به‌عنوان «عملیه لازم‌الاجرا» تعبیر کرده است. این تعبیر با ماهیت غیرالزام‌آور میانجیگری در تضاد است و باید آن را ناشی از سهل‌انگاری قانون‌گذار دانست؛ بنابراین، این تعریف نیازمند بازنگری و اصلاح است.
۳. در حقوق افغانستان، ایران و کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹، کلیه اختلافات با ماهیت تجاری و اقتصادی، قابلیت میانجی‌پذیری دارند و طرفین می‌توانند از این روش برای حل اختلافات خود استفاده کنند. با این حال، در حقوق ایران، دعاوی مربوط به رقابت، بازار سهام، بورس، اوراق بهادار، اموال عمومی و دولتی، قابلیت میانجی‌پذیری ندارند. همچنین، مطابق کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹، دعاوی ناشی از ارث، خانواده و مصارف شخصی نیز قابل ارجاع به میانجیگری نیستند.
۴. کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ عمدتاً به تنظیم قواعد و مقررات پس از فرایند میانجیگری می‌پردازد. این کنوانسیون موافقتنامه‌های ناشی از میانجیگری را شناسایی و اعتبار بخشیده و دولت‌های عضو را ملزم به پذیرش و اجرای این موافقتنامه‌ها می‌کند. از این جهت، کنوانسیون سنگاپور سازوکاری مشابه کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ (در مورد اجرای آرای داوری خارجی) را دنبال می‌کند و گامی مهم در جهت تقویت اعتبار و کارایی میانجیگری تجاری در سطح بین‌المللی محسوب می‌شود.

منابع و مآخذ

۱. جوادپور، نغمه، علمی یزدی، حمیدرضا و ابراهیمی، نصر اله، حل و فصل اختلافات قراردادهای تجاری بین المللی از طریق میانجیگری- داوری با تأکید بر نظام حقوق ایران، نشریه حقوق خصوصی، ۱۳۹۸، شماره ۲۹.
۲. جنیدی، لعلیا (۱۳۷۸)، بررسی تطبیقی قانون نمونه، تهران: دانشگاه تهران، چ اول.
۳. --- و نیازپور (۱۳۹۹)، امیر حسین، دانشنامه سیاستگذاری حقوقی، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی رئیس جمهور.
۴. حسینی اکبری نژاد، حوریه، چشم انداز آینده کنوانسیون سنگاپور در مورد میانجیگری در منطقه آسیا، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، ۱۴۰۰، ش ۴.
۵. دارابپور، مهرباب (۱۴۰۱)، اصول و مبانی حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات داوری تجاری بین المللی، تهران، گنج دانش، چاپ سوم.
۶. درویشی، هویدا، یوسف (۱۳۹۳)، شیوه های جایگزین حل و فصل اختلاف، تهران: میزان، چاپ دوم.
۷. رحیمزاده و جمع نویسندگان (۱۳۹۸)، روش های حل منازعات تجاری، کابل، وزارت تحصیلات عالی افغانستان، چاپ اول.
۸. رحیمی، محمد اسحاق؛ افضل، عبدالواحد (۱۳۹۵)، حقوق حکمیت تجاری بین المللی، کابل: بنیاد اندیشه چاپ اول.
۹. شهبازنیا، مرتضی و جمع نویسندگان، مطالعه تطبیقی جهات محدودیت داوری در ورشکستگی در حقوق ایران و آمریکا، پژوهش های حقوقی تطبیقی، ۱۳۹۸، ش ۱، دوره ۲۳.
۱۰. شیروی، عبدالحسین (۱۴۰۰)، حقوق تجارت بین الملل، تهران: سمت، چاپ سیزدهم.
- a. بررسی قانون نمونه آنسترال، نشریه حقوق خصوصی دانشگاه تهران، ۱۳۸۵، شماره ۱۰.
۱۱. ؛ (۱۳۹۱)، داوری تجاری بین المللی، تهران: سمت، چاپ اول.
۱۲. کریمی، عباس و پرتو، حمیدرضا، داوری پذیری دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی، فصلنامه پژوهش، ۱۳۹۱، ش ۳۶.
۱۳. نیکبخت، حمیدرضا، ادیب، علی اکبر، اصلاحگری و میانجیگری به عنوان جایگزین روش های سنتی حل و فصل اختلافات مدنی- تجاری امکان به کارگیری آنها در صنعت نفت، نشریه تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۶، شماره ۷۸.

14. Alexander, Nadja, TEN TRENDS IN INTERNATIONAL MEDIATION, Singapore Academy of Law(2019)

15. The United Nation Convention on International settlement Agreements Resulting From Mediation, 2019 Singapore.

قوانین

۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۵۸ ش
۲. قانون مدنی ایران، مصوب ۱۳۰۷ ش
۳. قانون داوری تجاری بین المللی، مصوب ۱۳۷۶ ش
۴. قانون مدنی افغانستان، مصوب ۱۳۵۵ ش
۵. قانون میانجیگری (مصالحه) افغانستان، مصوب ۱۳۸۵ ش
۶. قانون حکمیت افغانستان، مصوب ۱۳۹۵ ش
۷. قانون سرمایه‌گذاری داخلی و خارجی افغانستان، مصوب ۱۳۸۱ ش
۸. قانون آئین دادرسی کیفری ایران، مصوب ۱۳۹۲ ش
۹. قواعد و آئین میانجیگری اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران، ۱۳۹۶ ش
۱۰. قواعد میانجیگری تجاری مرکز حل منازعات افغانستان، ۱۳۹۳ ش
۱۱. قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۸۴ ش
۱۲. قانون آنستیرال میانجیگری تجاری بین المللی، ۲۰۱۸.

منابع انگلیسی

1. Javadpour, N., Eloumi Yazdi, H., & Ebrahimi, N. . Settlement of International Commercial Contract Disputes throug
2. h Med-Arb with Emphasis on Iran's Legal System. Private Law Journal, 2019, No. 29.(In Persian)
3. Janidi, L. (1999). Comparative Study of the Model Law. Tehran: University of Tehran, First Edition.(In Persian)
4. Janidi, L. & Niazpour, A. H. (2020). Encyclopedia of Legal Policy-making. Tehran: Department for Compilation, Revision and Publication of Laws and Regulations of the Vice Presidency for Legal Affairs of the President.(In Persian)
5. Hosseini Akbari Nejad, H. Future Perspective of the Singapore Convention on Mediation in the Asian Region. Public Law Studies Quarterly, 2021, No. 4.(In Persian)



6. Darabpour, M. (2022). Principles and Foundations of Peaceful Settlement of International Commercial Arbitration Disputes. Tehran: Ganj-e Danesh, Third Edition.(In Persian)
7. Darwishi, H. Y. (2014). Alternative Dispute Resolution Methods. Tehran: Mizan, Second Edition.(In Persian)
8. Rahimzadeh & Co-authors (2019). Commercial Dispute Resolution Methods. Kabul: Ministry of Higher Education of Afghanistan, First Edition.(In Persian)
9. Rahimpour, M. I., & Afzali, A. (2016). International Commercial Arbitration Law. Kabul: Andisha Foundation, First Edition. (In Persian)
10. Shahbaznia, M., & et al. A Comparative Study of the Grounds for Limitation of Arbitration in Bankruptcy in Iranian and American Law. Comparative Legal Research, 2019, Vol. 23, No. 1. (In Persian)
11. Shirovi, A. (2021). International Trade Law. Tehran: Samt, 13th Edition. (In Persian)Shirovi, A. A Review of the UNCITRAL Model Law. Private Law Journal of the University of Tehran, 2006, No. 10. (In Persian)
12. Shirovi, A. (2012). International Commercial Arbitration. Tehran: Samt, First Edition. (In Persian)
13. Karimi, A., & Parto, H. Arbitrability of Disputes Concerning Public and State Property. Research Quarterly, 2012, No. 36. (In Persian)
14. Nikbakht, H., & Adib, A. A. Conciliation and Mediation as Alternatives to Traditional Methods of Settling Civil-Commercial Disputes (The Possibility of Their Application in the Oil Industry). Legal Research Journal, 2017, No. 78. (In Persian)
15. Alexander, Nadja, TENTRENDS IN INTERNATIONAL MEDIATION, Singapore Academy of Law(2019).
16. The United Nation Convention on International settlement Agreements Resulting From Mediation, 2019 Singapore.