

شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات تجاری در افغانستان

میراحمد پارسامنش^۱

چکیده

وقوع اختلاف در روابط تجاری امر اجتناب ناپذیر است، انتخاب روش مناسب حل و فصل اختلاف از اهمیت زیاد برخوردار می‌باشد. شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات تجاری اشاره به ساز و کارهای دارد که جایگزین رسیدگی قضایی شده و هدف آن، حل و فصل سریع و عادلانه اختلافات به وسیله اشخاص خصوصی است. این شیوه‌ها به رغم انواع که دارند، همه مبتنی بر تراضی طرفین بوده در عین حال، نتیجه کار در غالب آنها الزام آور نیست. تراکم کاری در محاکم و تبعات ناشی از آن و مزایایی که حل و فصل اختلاف در خارج از دادگاه‌ها برای دولت‌ها و به ویژه طرفین اختلاف در بردارد، سبب رونق بیش از پیش این شیوه‌ها گردیده است. شیوه‌های جایگزین حل اختلافات تجاری در افغانستان به عنوان یک کشور سنتی، سابقه طولانی دارد. این نوشتار با روش تحلیلی-توصیفی به معرفی شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات تجاری در نظام حقوقی افغانستان می‌پردازد.

کلیدواژه‌ها؛ حل اختلاف، حکمیت، میانجی‌گری، سازش، مذاکره.

^۱ کاندیدای دکتری حقوق خصوصی و استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی مؤسسه تحصیلات عالی زاوُل

روابط تجاری بین اشخاص نوعاً مستعد بروز اختلافاتی است که ممکن در تفسیر یا اجرای قرارداد فی مابین به وجود آید. در نظام حقوقی افغانستان روش‌های حل اختلاف یا ترک منازعه که می‌تواند برای اختلافات تجاری مورد استفاده قرار گیرند به دو دسته تقسیم می‌شود؛ دسته اول موسوم به روش‌های قضایی یا عدالت رسمی است که عبارتند از حل منازعه تجاری تحت مدیریت و کنترل مستقیم دولت و براساس قوانین و مقررات دولتی صورت می‌گیرد (رحیم‌زاده و دیگران، ۱۳۹۸: ۸). روش حل و فصل اختلاف تجاری در قالب روش رسمی به سه روش قضایی، قانونی و اداری صورت می‌گیرد. در این روش طرفین مکلف به رعایت تشریفات قانونی هستند. در رسیدگی قضایی اصول محاکمات تجاری و قواعد عمدتاً آمره‌ای که توسط قانونگذار مقرر گردیده است بطوری که در خصوص آن‌ها برای طرفین اختلاف حق انتخاب کمی وجود داشته یا در برخی موارد اساساً حق انتخابی وجود ندارد، تطبیق می‌گردد. علاوه بر این، در این روش، فرآیند حل اختلاف غالباً منجر به صدور رأی می‌شود که نهایتاً قطعی و الزام آور شده و با پشتوانه قانون به اجرا در خواهد آمد.

دسته دوم روش‌های حل اختلاف موسوم است به شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات یا شیوه‌های غیررسمی^۲ که شامل روش‌هایی از قبیل مذاکره، اصلاحگری، میانجیگری، کارشناسی و تحقیق می‌شود. وجه تمایز این روش با روش رسمی این است که در همه اشکال آن‌ها، به استثناء مذاکره، حل اختلاف با مداخله و مساعدت شخص یا اشخاص ثالث صورت می‌گیرد. شخص ثالث تلاش می‌کند حقایق

^۱ Formal Justice System

^۲ Informal Justice System

موضوع اختلاف را شناسایی و مواضع طرفین را شفاف و به هم نزدیک کرده و نهایتاً با ارائه نظر یا پیشنهادهای کارشناسانه و تخصصی یا مصلحانه به طرفین، اختلاف آن‌ها را حل و فصل نماید.

باگسترش و پیچیدگی همه جانبه تجارت هر روزه هزاران قرارداد در زمینه‌های مختلف در زیر سایه‌ی نظام‌های حقوقی متفاوت منعقد می‌گردد که در نتیجه آن بحث تفاوت و تضاد منافع و اختلاف در استنباط از قراردادها نیز بیش از پیش مطرح می‌شود. کثرت دعاوی و اختلافات طرح شده در مراجع قضایی، علاوه بر اتلاف وقت و هزینه‌ی زیاد، وقت‌گیر بودن پروسه محاکماتی، طاقت فرسای بودن رسیدگی‌ها، عدم مهارت و تخصص کافی قضات رسیدگی‌کننده، نداشتن وقت کافی در تصمیم‌گیری و صدور آرای غیر عادلانه و غیر منصفانه، نارضایتی تجار و اشخاص مرتبط با آن‌ها را در بر داشته است. بناً امروزه تاجر بیش از پیش علاقمند حل اختلاف خود با روش‌های جایگزین حل و فصل اختلاف است. از اینرو، پرسش این پژوهش آن است که ماهیت حقوقی شیوه‌های جایگزین حل اختلاف چیست؟ و چارچوب حقوقی آن در افغانستان چگونه است؟ این پژوهش با روش تحلیلی-توصیفی با مطالعه منابع مرتبط، به بررسی شیوه‌های جایگزین حل منازعات تجارته‌ی در نظام حقوقی افغانستان می‌پردازد. بدین جهت، ابتدا مفهوم این روش‌ها ارائه و سپس در مورد ویژگی‌ها، انواع و مزایای آن بحث خواهد شد.

۲. شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف

اصطلاح شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات ترجمه عبارت انگلیسی "Alternative Dispute Resolution" می‌باشد. شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات که اختصاراً (ADR) نامیده می‌شود به طرق و راهکارهای اطلاق می‌گردد که

طرفین یک اختلاف به جای توسل به رسیدگی‌های قضایی در مراجع قضایی، برمی‌گزینند تا دعوای خود را آن‌گونه که مناسب می‌دانند، فیصله نمایند (توسلی جهرمی، ۱۳۸۰-۱۳۸۱: ۳۶۷). در مورد اینکه منظور از «جایگزین» در این عبارت چیست، اختلاف نظر است. برخی آن را جایگزین رسیدگی دادگاه‌ها می‌دانند و هر شیوه حل و فصل به جز مراجعه به دادگاه را جز این روش تلقی می‌کنند. بناً منظور از روش‌های جایگزین حل و فصل اختلاف، کلیه روش‌های است که سعی می‌کنند اختلافات حقوقی را در خارج از دادگاه حل و فصل نمایند (شیروی و عبداللهی، ۱۳۹۷: ۱۶۴). بر این اساس، حکمیت جزء شیوه‌های جایگزین تلقی می‌شود. برخی دیگر آن را جایگزین رسیدگی قضایی و حقوقی می‌دانند، فارغ از اینکه این رسیدگی قضایی و حقوقی در حکمیت یا دادگاه انجام گیرد. بر اساس این دیدگاه حکمیت جزء شیوه‌های جایگزین تلقی نمی‌شود (شیروی، ۱۳۹۵: ۴۸۲).

برخی این شیوه‌ها را، راه‌کارهای خصوصی حل و فصل اختلاف از سوی افراد می‌دانند و تمام شیوه‌ها را دارای یک وجه مشترک می‌دانند و آن ماهیت غیر قضایی و غیر دولتی این شیوه‌هاست. عده‌ای دیگر هم با تعبیر شیوه‌های مذکور به عدالت خصوصی، معتقدند در این شیوه‌ها، اختلافات توسط شخص ثالثی که معمولاً به وسیله طرفین انتخاب می‌شود، و مطابق روش و آیین رسیدگی مورد توافق طرفین حل و فصل می‌شود (درویشی هویدا، ۱۳۸۴: ۴۷).

نویسندگان در تعریف شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات عناصر کم و بیش مشابه‌ای را بیان کرده‌اند که عنصر اصلی و تاکید این تعاریف بر حل و فصل اختلافات در خارج از دادگاه‌های دولتی است. بعضی از نویسندگان پس از بیان پاره‌ای از تعاریف صورت گرفته از شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات آن را به عنوان

روش حل اختلاف یا تلاش برای حل اختلافات بدون رجوع به دادگاه، همراه با اصول رسیدگی غیر رسمی تعریف می‌کنند.

طبق تعریف دیگری شیوه‌های جایگزین حل اختلافات، مجموعه از روش‌های را شامل می‌شود که به عنوان جایگزین رسیدگی قضایی به منظور حل و فصل اختلافات عمل می‌کند که معمولاً اما نه ضرورتاً متضمن مداخله و مساعدت شخص ثالث بی‌طرفی است که به تسهیل حل و فصل اختلافات کمک می‌کند (رحیم‌زاده و دیگران، ۱۳۹۸: ۱۲). در تعریف مشابه شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف به عنوان روش‌های توصیف شده است که اجرای عدالت به جای دادگاه‌های دولتی و توسط قضات به عنوان مستخدمان دولت، از طریق خود اشخاص صورت گیرد یعنی خود طرف‌های اختلاف و اغلب با کمک اشخاص ثالث بی‌طرف اختلافات را بدون مراجعه به دادگاه حل و فصل می‌کنند.

روش‌های جایگزین حل و فصل اختلاف در افغانستان به عنوان یک کشور سنتی، سابقه طولانی دارد. مطالعات صورت گرفته حاکی از آن است که بخش اعظم اختلافات با استفاده از روش‌های سنتی و غیررسمی، حل و فصل می‌گردد (Nesari and Tawfik, 2011:1; Rahimi, 2022: 151). در حل و فصل اختلافات با روش‌های غیر رسمی علما، بزرگان اقوام، شوراهای محلی و افراد با رسوخ، نقش محوری دارند. دلایل متعددی وجود دارد که تجار ممکن است شیوه‌های جایگزین را به دادگاه‌های دولتی ترجیح دهد. از جمله این دلایل می‌توان دشواری دسترسی به دادگاه‌ها در برخی مناطق، سرعت و هزینه کمتر، احتمال فساد در دادگاه‌های دولتی، عدم توجه دادگاه‌های دولتی به عدالت ترمیمی و تمرکز صرف به تعیین برنده و بازنده اشاره کرد (Alekseyeva et al., 2017: 129; Dempsey and Coburn, 2010: 2).

در افغانستان شیوه‌های جایگزین حل اختلاف به دو دسته اصلی تقسیم می‌گردد: رسمی و غیررسمی. شیوه‌های رسمی شامل میانجیگری و داوری است که در آن‌ها فردی خصوصی، معمولاً با تخصص بالا، برای حل اختلاف انتخاب می‌شود. همچنین، نهادهای دولتی نیز ممکن است برای تسهیل حل و فصل اختلافات خارج از دادگاه تشکیل شوند. به‌عنوان مثال، کمیسیون حل اختلافات مالی به اختلافات بین بانک‌ها و شرکت‌های مخابراتی رسیدگی می‌کند. ساز و کارهای غیررسمی شامل جرگه‌ها و شوراهای محلی است که عمدتاً برای حل اختلافات خانوادگی، ملکی و برخی جرایم مورد استفاده قرار می‌گیرند.

در نظام حقوقی افغانستان برای نخستین بار در قانون اصول اجراءات محاکمات حقوقی مصوب سال ۱۳۲۷ به شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف اشاره شده است. در قانون مذکور، رأی صادره توسط حکم که مورد تایید محکمه ابتدائی قرار گرفته باشد را قطعی قلم‌داد نموده است. با تصویب قانون تجارت افغانستان در سال ۱۳۳۶، مواد ۱۱۵ و ۲۲۵ به مسئله داوری و امکان مراجعه تجار و شرکت‌های تجاری به آن تصریح شده است. به همین ترتیب، مواد ۳۷ تا ۴۱ قانون اصول محاکمات تجاری مصوب ۱۳۴۳ به اصلاح‌گری و مذاکره به عنوان روش‌های حل و فصل اختلاف تجاری اشاره نموده است. قانون سرمایه‌گذاری خصوصی مصوب سال ۱۳۸۴ که به منظور تشویق و تقویت سرمایه‌گذاری خارجی و داخلی مورد تصویب قرار گرفته است برای حل و فصل اختلافات، به شیوه‌های جایگزین به عنوان روش حل و فصل اختلاف پرداخته است. سرانجام در همین راستا با استناد به ماده ۷۹ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۲، قانون حکمیت و قانون میانجی‌گری تجاری افغانستان در سال ۱۳۸۵ به صورت مستقل مورد تصویب قرار گرفت. و مرکز حل منازعات تجاری افغانستان، به عنوان مرکز حل و فصل قضایایی تجاری از

طریق پروسه های بدیل قضایی در سال ۱۳۹۴ در چارچوب اتاق تجارت و صنایع ایجاد و به فعالیت آغاز نمود.

۳. ویژه گی های شیوه های جایگزین حل و فصل اختلاف

با توجه به آنچه گفته شد، خصوصی بودن، مبتنی بر توافق طرفین و غیر الزام آور بودن را می توان از شاخصه های بارز شیوه های جایگزین حل و فصل اختلافات دانست.

۱. خصوصی بودن: این شیوه ها توسط موسسات، نهادها و حتی اشخاص حقیقی اعمال می گردند و دولت ها هیچ نقش موثری در ایجاد و اداره ی آنها ندارند.

۲. مبتنی بر توافق طرفین: در این شیوه ها، راه های حل و فصل اختلاف، بر مبنای توافق طرفین بوده و اصولاً نمی تواند به هیچ یک از طرفین تحمیل گردد. ساز و کارهای اجرای شیوه منتخب نیز توسط طرفین به صورت مستقیم یا غیرمستقیم انتخاب می شوند، به این معنا که گاهی طرفین شخص یا اشخاص ثالث را انتخاب کرده و در خصوص کلیه ی مراحل دادرسی، دلایل قابل طرح، ابلاغ تصمیمات و... توافق می نمایند و گاهی نیز به طور غیر مستقیم با ارجاع اختلاف خود به نهادها یا مؤسسات مربوطه، مقررات داخلی آن مرجع را در خصوص سازی و کارهای رسیدگی، می پذیرند.

۳. غیر الزام آور بودن: در فرآیندهای شیوه های جایگزین، فضای دوستانه و مسالمت آمیز حاکم است و اختلافات بر مبنای همگرایی و توافق طرفین حل و فصل می گردد. تصمیم شخص ثالث که منتخب طرفین است بر مبنای انصاف و عدالت و یا رعایت معیارهای دقیق و کارشناسی و توجه به تمام جوانب قضیه، اتخاذ می شود و پس از ابلاغ به طرفین آنها مختار در پذیرش آن هستند و می توانند تصمیم نهایی را رد نمایند اما در صورت پذیرش ملزم به اجرای آن هستند. در اکثر موارد مذکور، مفاد

توافق‌نامه نهایی توسط متعهد، داوطلبانه و اختیاری اجرا می‌گردد. در مواردی هم که علی‌رغم امضای توافق‌نامه از اجرای آن خوداری می‌شود، می‌توان به شیوه‌های الزام آور رجوع نمود (درویشی هویدا، ۱۳۸۴: ۴۲).

۴.۱.۴. اقسام شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف

شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف منحصر و محدود نیستند؛ زیرا تراضی طرفین اختلاف درخصوص کیفیت رسیدگی و تصمیم‌گیری و چگونگی رسیدگی، اقتضا دارد که آن‌ها دایما شیوه‌های جدیدتر و متفاوتی نسبت به شیوه‌های مورد استفاده انتخاب نمایند که هم با نوع اختلاف پیش آمده و هم باطبع طرفین اختلاف سازگاری بیشتری داشته باشد و روش رسیدگی مورد توافق نیز به گونه‌ای باشد که در سریع‌ترین زمان ممکن و با دقت هرچه تمام‌تر، منصفانه‌ترین و عادلانه‌ترین تصمیم اتخاذ گردد. در مراجع حل و فصل اختلاف نیز شیوه‌های یکسانی برای حل و فصل اختلاف وجود ندارد و علی‌رغم این که شیوه‌های اصلی در تمام مراجع حل و فصل اختلاف وجود دارند و به وفور استفاده می‌شوند اما شیوه‌های ترکیبی و فرعی نیز به صورت گزینشی و پراکنده مورد استفاده قرار می‌گیرند.

در میان شیوه‌های موجود، برخی از آن بسیار مورد استفاده بوده و در دعاوی بیشتر قابلیت اعمال را دارند. از این جهت، وصف اصلی و مهم را از آن خود کرده‌اند. تنوع این روش‌ها، این امکان را برای طرفین اختلاف فراهم می‌سازد که از میان روش‌های مختلف، روش متناسب را جهت حل و فصل اختلاف خود و گاه نیز پیش‌گیری از اختلاف انتخاب نمایند (رحیم‌زاده و دیگران، ۱۳۹۸: ۱۴). روش‌های معمولی در حل و فصل اختلاف غیر رسمی عبارت‌اند از: حکمیت، میانجگری، سازش و مذاکره است که در ادامه به بررسی آن‌ها می‌پردازیم.

۱-۴. حکمیت

اصطلاح حکمیت که ریشه عربی دارد، معادل «داوری» در زبان فارسی می‌باشد (افضلی و میرزایی، ۱۴۰۰: ۳۰). حکمیت در لغت به معنای داوری بین دو یا چند تن، رسیدگی و رای به ختم قضیه در خارج از دادگاه تحت شرایط معینی می‌باشد (معین، ۱۳۸۴: ۴۰۰). در اصطلاح، حکمیت یک روش خصوصی حل و فصل اختلافات تجارته است که صلاحیت و مشروعیت حکم‌ها در امر رسیدگی، به موجب توافق و تراضی طرفین در سندی به نام موافقت‌نامه حکمیت حاصل می‌شود. این موافقت‌نامه می‌تواند در قالب یک قرارداد حکمیت مستقل و یا به صورت شرط حکمیت در ضمن قرارداد اصلی باشد (رحیم‌زاده و دیگران، ۱۳۹۸: ۱۴). می‌توان گفت حکمیت به صورت کلی توافقی است که بر ایجاد یک روش مبتنی بر رضایت طرفین برای حل و فصل اختلافات که جایگزین مراجعه به محاکم می‌شود (افضلی و میرزایی، ۱۴۰۰: ۳۱). به عبارتی، حکمیت یعنی حل اختلاف در خارج از دادگاه توسط اشخاص ثالث (خزاعی، ۱۳۹۱: ۲۷۷).

قانون حکمیت تجارته نیز به تعریف حکمیت پرداخته و چنین بیان می‌دارد: «حکمیت عبارت از عملیه لازم الاجرائی است که به اساس آن حکم یا حکم‌ها یا اداره حکمیت بالاثر تقاضا و توافق طرفین یا قرار محکمه، خدمات بیطرفانه را بمنظور حل و فصل سریع و عادلانه منازعات ناشی از قرارداد معاملات اقتصادی و تجارته، انجام می‌دهند». حکمیت یک شیوه بسیار سنتی حل منازعه بطور خصوصی بوده و یک طرزالعمل لازم الاجراء می‌باشد. حکمیت اکثراً توسط یک نهاد خصوصی مدیریت می‌گردد. این نهاد لیستی از حکم‌های قابل دسترس را در اختیار دارند و مقرراتی را که به اساس آن حکمیت انجام می‌شود فراهم می‌سازد. این چنین مؤسسات می‌توانند حکمیت

را بصورت کلی و یا قسمتی از آنرا مدیریت نمایند. اکثراً جوانب ذیدخل در اختلاف، حکم‌ها را به اساس تخصص ذاتی انتخاب می‌نمایند.

۲-۴. میانجی‌گری

میانجی‌گری در لغت به معنای وساطت کردن و میانجی شدن می‌باشد (معین، ۱۳۸۴: ۴۰۰). در اصطلاح میانجی‌گری، روشی است که شخص ثالث مورد قبول طرفین صرفاً به آن‌ها کمک می‌کند تا طرفین خود راه‌حل اختلاف‌شان را یافته و بر شرایط مرضی الطرفین توافق کند. او مستقیماً در برطرف کردن اختلاف دخالتی ندارد بلکه صرفاً مذاکره بین طرفین را در قالب یک فرآیند چند مرحله‌ای تسهیل می‌کند و به آن‌ها کمک می‌کند تا منافع و خواسته‌های خود را برای طرف مقابل مشخص و به وی منتقل کنند (رضا نیکبخت و ادیب، ۱۳۹۵: ۶۴). میانجی قضاوت یا داوری نمی‌کند و تصمیم نمی‌گیرد؛ او در هماهنگی و پیشبرد مذاکرات بین طرفین فعالیت دارد و بین دو طرف در رفت و آمد است. وی از مهارت‌های ارتباطی و مذاکراتی متخصصانه خود استفاده می‌کند تا طرفین خود به یک راه‌حل مناسب برسند. از این منظر، میانجی‌گری را می‌توان نوعی «مذاکره با واسطه»^۱ نامید. نقش میانجی‌گری ممکن است تسهیل‌گرانه^۲ یا ارزیابی‌گرانه^۳ باشد. به عبارت دیگر، میانجی ممکن است صرفاً به تسهیل کردن روابط و مذاکرات طرفین کمک نماید یا علاوه بر آن، ارزیابی تخصصی زمینه‌های مختلف اختلاف را نیز بر عهده بگیرد. در هر دو صورت، میانجی حق تحمیل نظر خود به طرفین را ندارد.

میانجی‌گری در قانون میانجی‌گری (مصالحه) تجارتی افغانستان چنین تبیین و تعریف گردیده است: «میانجی‌گری عبارت از عملیه لازم الاجرای است که به تأسی از

^۱Mediated Negotiation

^۲Facilitative

^۳Evaluative

آن میانجی به اساس در خواست و توافق طرفین خدمات بی طرفانه را به منظور حل و فصل سریع و عادلانه منازعات اقتصادی و تجارتي انجام میدهد.» میانجی گری بدون اینکه همانند قاضی یا داور تصمیم اتخاذ و آن را به طرفین تحمیل نماید، آنان را به حل اختلاف تشویق نموده و با روشن ساختن زوایای تاریک موضوع، منافع واقعی طرفین، شناسایی و محدود کردن موضوعات اختلافی، کشف گزینه‌های محتمل برای حصول توافق، به طرفین در برقراری ارتباط موثر با یکدیگر کمک می‌کند. مفهوم «عملیه لازم الاجرا» که در فقره دوم ماده دوم قانون میانجی گری آمده است، حاکی از این است که در صورتی که میانجی گری مورد توافق طرفین قرارداد یا اختلاف قرار گرفته باشد، مراجعه به آن الزامی است (افضلی و میرزای، ۱۴۰۰: ۱۸۳). میانجی گری فرایندی است که واجد تمامی خصوصیات شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف یعنی غیرالزام آور بودن، اختیاری، مبنی بر اراده آزاد طرفین و خصوصی بودن می‌باشد و با این که شیوه‌ای غیر الزام آور است، امروزه گرایش زیادی به استفاده از این روش وجود دارد.

۳-۴. سازش

سازش در لغت به معنی اصلاح، توافق و سازگاری است. در اصطلاح سازش یکی از روش‌های حل و فصل اختلافات است که از طریق آن طرفین در صدد حل اختلاف با جستجو یک راه حل رضایت بخش، برای هردو طرف که به اختلاف خود پایان دهند (رحیم‌زاده و دیگران، ۱۳۹۸: ۱۵). و یا سازش همانند میانجی گری، روشی است که در آن شخص ثالث بی طرف از طریق مصاحبه و گفت‌وگو با طرفین اختلاف، سعی می‌کند دیدگاه‌های آنان را در موضوعات اختلافی به هم نزدیک نماید و در صورت تمایل طرفین سازش نامه‌ای را تنظیم نماید (مالکی و کدخدایی، ۱۳۹۲: ۱۳).

بند دوم ماده اول قانون نمونه سازش تجاری بین المللی^۱ سازش را چنین تعریف می‌نماید: « سازش به فرایندی اطلاق می‌شود که طرفین اختلاف از شخص یا اشخاص ثالثی تقاضا می‌کنند که به آنها کمک کنند تا آن‌ها بتوانند اختلافات ناشی از رابطه قراردادی یا حقوقی خود را از طریق دوستانه حل و فصل نمایند.» وجه افتراق میانجی‌گری و سازش در میزان نقش شخص ثالث بی‌طرف و نیز کیفیت روابط طرفین اختلاف است. از حیث ساختاری، سازش شباهت زیادی به میانجی‌گری دارد لکن در عمل تفاوت‌های فراوانی وجود دارد. در سازش طرفین با بررسی موضوع مورد اختلاف، به تبادل نظر در خصوص راه کارهای دستیابی به توافق می‌پردازند. طرف ثالثی که برای سازش بین طرفین متنازع مداخله می‌کند، به طور شخصی با آن‌ها ملاقات نمی‌کند بلکه از طریق دیپلماسی موسوم به پینگ پونگ^۲ تلاش در حل مساله می‌نماید. در حالی که در روش میانجی‌گری نمایندگان طرفین متنازع به انضمام طرف ثالث یا همان میانجی با برگزاری جلسات مشترک و بحث در زمینه یافتن راه کارهای محتمل برای حل اختلاف اقدام می‌کنند. اصول رسیدگی به سازش کاملاً در اختیار طرفین قرارداد است. ولی در مواردی که طرفین بر روش سازش به توافق نرسند، سازشگر اقدام به تعیین روش سازش می‌نماید. سازشگر با طرفین رفتار برابری خواهد داشت. سازش رسیدگی محرمانه است و در

^۱Model Law on International Commercial Conciliation

^۲ دیپلماسی پینگ پونگ به گفتگوهای پنهانی ایالات متحده آمریکا و چین در اواسط دهه ۱۹۷۰ اطلاق می‌شود. در آن زمان دو کشور هنوز روابط سیاسی با یکدیگر نداشتند و برای انجام مذاکرات برگزاری یک تورنمنت پینگ پونگ راهانه کردند. در مارس ۱۹۷۱ چینی‌ها که در جریان مذاکرات صلح ویتنام گفتگوهایی را با آمریکایی‌ها شروع کرده بودند تیم ملی پینگ پونگ آمریکا را به پکن دعوت کردند. در این تیم تعدادی از دیپلمات‌ها نیز حضور داشتند که مخفیانه با مقامات چینی گفتگو کردند. این مذاکرات سرانجام به سفر پنهانی هنری کیسینجر مشاور امنیت ملی دولت ریچارد نیکسون به پکن در سال ۱۹۷۱ انجامید.

صورت عدم موفقیت سازشگر نمی‌تواند به عنوان حکم وارد اختلاف شود (خزاعی، ۱۳۹۱: ۲۷۳).

۴-۴. مذاکره

مذاکره در لغت به معنی گفتگو کردن با کسی در موضوعی می‌باشد (معین، ۱۳۸۴: ۸۵۹). در اصطلاح مذاکره روشی است که از طریق آن، طرفین اختلاف در صدد حل اختلافات خود بدون مداخله شخص ثالث به عنوان تسهیل کننده حل اختلاف هستند و این فرایند از طریق گفتگو و تماس مستقیم صورت می‌گیرد (رحیم‌زاده و دیگران، ۱۳۹۸: ۱۶).

در میان انواع شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف، مذاکره نخستین روش متبادر به ذهن می‌باشد. در این شیوه که روشی خصوص، غیر رسمی، غیر تشریفاتی و غیر الزام آور است، طرفین برای رسیدن به توافق دستیابی به نتیجه مرضی الطرفین تلاش می‌کنند و اداره‌ی فرایند حل و فصل اختلاف را به عهده می‌گیرند، لذا در این شیوه بر خلاف سایر ساز و کارهای غیر رسمی، شخص ثالث هیچ نقش ندارد و انجام مذاکره تماماً بردوش طرفین اختلاف است. در مذاکره طرفین اختلاف به جای مراجعه به حکمیت یا دادگاه‌ها سعی می‌کنند اختلاف را از طریق مذاکره و گفتگو حل فصل نمایند. اصولاً گفتگو و مذاکره نه تنها به روابط تجاری موجود لطمه نمی‌زند، بلکه باعث تقویت روابط می‌گردد (شیروی، ۱۳۹۵: ۴۸۲).

با توجه به عدم حضور شخص ثالث و بی‌نیازی از برگزاری جلسات رسمی و تشریفاتی و دخالت خود طرفین در روند حل و فصل دعوا، امکان رسیدن به حل سریع و منصفانه اختلاف بیشتر است. با این حال، گاهی اوقات نیز ماهیت دعوا به گونه‌ای است که دخالت شخص ثالث بی‌طرف را می‌طلبد اگر چه در اغلب روش‌های جایگزین

حل و فصل اختلاف، مذاکره و گفتگوی طرفین رکن اساسی است و با یافتن راه حل مورد رضایت طرفین که در مذاکره حاصل شده، اختلاف به طور دوستانه حل شده و خاتمه می‌یابد، اما در شیوه‌ی مذاکره، گفتمان به طور مستقیم توسط طرفین و گاهی اوقات توسط وکلای آنان صورت می‌گیرد و نتیجه این‌که وجه فارق این شیوه (مذاکره)، از سایر شیوه‌های (ADR) فقدان دخالت شخص ثالث بی‌طرف برای حل و فصل اختلاف است. برخی از نویسندگان این روش را به عنوان ارتباطات رفت و آمد با رو در رو^۱ یاد می‌کنند که به منظور رفع اختلافات دو طرف که برخی منافع مشترک و برخی منافع متضاد دارند طراحی شده است (رحیم‌زاده و دیگران، ۱۳۹۸: ۱۶).

نکته‌ای که در مذاکره قابل تأمل است این‌که وجوه مختلف دعوا برای طرفین از لحاظ ثبوتی مشخص است و نیازی به جنبه‌های اثباتی نیست، از این منظر طرفین با علم به حقایق موجود و ضرر و زیان‌های واقعی و نه اثبات شده بر اساس حسن نیت تصمیمی اتخاذ می‌نمایند که در آن منافع طرفین تا حد ممکن تأمین شود. به رغم مزایای فراوان شیوه مذاکره، این روش با محدودیت‌هایی نیز مواجه است و زمانی می‌تواند مؤثر واقع شود که طرفین با تفاهم و حسن نیت مایل به رفع اختلاف خود باشند و از نظر وضعیت اقتصادی، اجتماعی و سیاسی تا حدودی مساوی باشند.

مذاکره به دو روش مستقیم و غیر مستقیم صورت می‌پذیرد؛ در روش مستقیم که عموماً طرفین اختلاف، شخصاً به طور موردی یا اتفاقی اقدام می‌نمایند به شکلی رو در رو و بدون تشریفات خاص عمل می‌کنند. در روش غیر مستقیم معمولاً از طریق ارجاع اختلاف به سازمان یا نهاد خاصی اقدام می‌کنند و آن سازمان بدون دخالت مستقیم در

^۱Back-and-Forth Communication

امر حل و فصل اختلاف تنها ارسال مکاتبات و آیین های ویژه مذاکره را برای طرفین مهیا می سازد (شیروی، ۱۳۹۵: ۴۸۳).

۵. مزایای شیوه های جایگزین حل و فصل اختلاف

مزایای زیادی برای این روش ها ذکر شده که مهم ترین فواید مراجعه به شیوه های جایگزین حل منازعات تجارتي عبارتند از :

۱. کم هزینه بودن: در بیشتر کشورهای جهان، طرح دعوی در دادگاه و تشریفات دادرسی قضایی معمولاً برای هر دو طرف دعوی پرهزینه است اما در روش های جایگزین بر حسب نوع روش انتخابی طرفین اختلاف، هزینه ها متفاوت بوده؛ با این وجود، در مقایسه با دادگاه ها بسیار کم هزینه تر است. در شیوه های جایگزین حل منازعه تجارتي سادگی رسیدگی و نبود قواعد شکلی پیچیده، عدم اجبار به استفاده از وکیل مدافع، نبود هزینه های محاکم، موجب شده است طرفین منازعه رغبت زیادتری برای استفاده از این روش ها داشته باشند (Eshetu and Getu, 2009: 18).

۲. انعطاف پذیری و سرعت: برخلاف روش قضایی که دادگاه ها ملزم به پیروی از تشریفات قانونی و اصول محاکماتی بوده و این تشریفات، که خود موضوعیت داشته و برای تضمین عدالت واجد اهمیت اساسی است؛ اغلب طولانی، زمان بر، خشک و غیر قابل انعطاف است. حال آنکه در روش های جایگزین، طرف ها و یا اشخاصی که به حل و فصل اختلاف می پردازند، تابع هیچ تشریفات نیستند، مگر آنچه که خود تعیین کنند. از این رو، حل و فصل اختلافات به شیوه های جایگزین سریع تر از روش های رسمی حل و فصل اختلافات می باشد؛ چرا که در مراجع عدلی و قضایی تراکم قضایا زیاد است و پیچیدگی و تشریفات

رسیدگی به قضایا در روش‌های جایگزین حل منازعه نسبت به روش‌های رسمی کمتر است. به همین علت سرعت و انعطاف پذیری یکی از مهمترین مزایای غیر قابل انکار روش‌های جایگزین است (رحیم‌زاده و دیگران، ۱۳:۱۳۹۸).

۳. کارآیی و اطمینان: با توجه به نقش اراده طرفین دعوی در تعیین فرایند، آیین و تشریفات حل و فصل اختلاف، و فرد یا افرادی که به حل اختلاف می‌پردازند و نیز منشاء ارادی این فرایند، باید گفت که اولاً برخلاف قضات دادگاه‌ها که طرفین اختلاف کوچکترین نقشی در تعیین ایشان نداشته و حتی شناختی از وی و صلاحیت‌های علمی و اخلاقی او ندارند، حکم‌ها و یا اشخاصی که به میانجی‌گری و سازش می‌پردازند، منتخب مستقیم و یا مع‌الواسطه، طرفین دعوی و مورد وثوق آنها بوده و لذا به جهت نقش فعال طرفین در کل فرآیند رغبت بیشتری به اجرای نتیجه و ماحصل آن دارند (پروین، ۱۳۹۷).

۴. محرمانه بودن: یکی از عوامل موفقیت در پیشرفت و جلب منفعت برای تجار، وجود اسرار تجاری است و به همین دلیل، آن‌ها نسبت به افشای آن بسیار حساس هستند و تمام اقدامات و تدابیر لازم را به کار می‌برند تا این اسرار محفوظ بمانند (افضلی و میرزایی، ۱۴۰۰: ۳۵). با توجه به اینکه این نوع دعاوی در دادگاه‌ها و محاکم قضایی پیگیری نمی‌شود، می‌توان موضوع اختلاف کاملاً محرمانه و فقط در حضور طرفین دعوا، داور و میانجی بررسی و توافقات حاصل شود، بدون اینکه اختلاف موجود در جایی ثبت شده یا اینکه کسی غیر از افراد ذکر شده در فوق از آن آگاهی داشته باشند.



۵. رسیدگی موضوع از جانب فرد متخصص: باتوجه به اینکه طرفین دعوا بر اساس نیاز خود در دعوی ایجاد شده به داور یا میانجی مراجعه می‌کنند و شخص مذکور می‌بایست در زمینه اختلاف ایجاد شده، تخصص و تبحر لازم را داشته بطوریکه برای طرفین تشخیص و رای ایشان مقبول باشد. با این وجود، الزام آور نبودن تصمیم حاصل از شیوه های مذکور و عدم قابلیت ارجاع برخی دعاوی به (ADR) نیز از نقاط ضعف این روش‌ها می باشد.

۶. نتیجه گیری

شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات تجاری، فرایندهای هستند که به‌عنوان جایگزین شیوه‌های متداول حل و فصل اختلافات یعنی رسیدگی قضایی در دادگاه‌ها مورد استفاده قرار می‌گیرند و طرفین با امضای توافق‌نامه‌ی، جنبه الزام به آن داده و اجرای آن نیز با مشکل مواجه نخواهد شد. ظهور و توسعه شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات تجاری در افغانستان گام مهمی در جهت افزایش کارایی، اثربخشی و عادلانه‌بودن حل اختلافات تجاری در این کشور است. معرفی و اجرای مفاهیم مدرن شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف تجاری، گزینه‌های امیدوارکننده‌ای برای فرایند دادرسی ارائه می‌دهند. این سازوکارها می‌تواند بار سیستم قضایی پرکار را کاهش داده، حل اختلافات را تسریع کنند و محیطی مناسب‌تر برای تجار ایجاد کنند. تأسیس نهادهای تخصصی و توسعه برنامه‌های آموزشی شیوه‌های جایگزین، برای اجرای موفقیت‌آمیز این روش‌ها در افغانستان ضروری است. با این حال، چالش اساسی در اجرای شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات، عدم آگاهی ذی‌نفعان در مورد این شیوه‌ها است. غلبه بر این چالش مستلزم تلاش‌های هماهنگ از سوی نهادهای دولتی و جامعه تجاری است.

منابع

الف) منابع فارسی

کتاب و مقالات

۱. افضلی، عبدالواحد و میرزایی، علی محمد. (۱۴۰۰). حکمیت و میانجی‌گری تجارتي، کابل: نشر واژه.
۲. توسلی جهرمی، منوچهر. (۱۳۸۰-۱۳۸۱). نگاهی به شیوه‌های جایگزین حل اختلاف ((ADR)) در مقررات جدید اتاق بازرگانی بین‌المللی، فصلنامه حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۶ و ۲۷، ۳۶۵-۳۸۲.
۳. خزاعی، حسین. (۱۳۹۱). مقدمه علم حقوق تجارت داخلی و بین‌المللی، تهران: انتشارات جنگل.
۴. درویشی هویدا، یوسف. (۱۳۸۴). شیوه‌های جایگزین و غیر قضای حل و فصل اختلافات، فصلنامه قضاوت، شماره ۳۲، ۳۴-۳۹.
۵. رحیم‌زاده، سمیه؛ احرار، فردین و عادل، غلام شاه. (۱۳۹۸). روش‌های حل منازعات تجارتي، کابل: نشر واژه.
۶. رضا نیکبخت، حمید و ادیب، علی اکبر. (۱۳۹۵). اصلاحگری و میانجگری به عنوان جایگزین روش‌های سنتی حل اختلافات مدنی-تجارتی (امکان بکارگیری آنها در صنعت نفت)، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۸، ۵۷-۸۱.
۷. شیروی، عبدالحسین. (۱۳۹۵). حقوق تجارت بین‌الملل، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه سمت.

۸. شیروی، عبدالحسین و عبداللهی، محمد جواد. (۱۳۹۷). حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات بازرگانی به روش شبه دادرسی، فصلنامه مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دور دهم، شماره دوم، ۱۶۳-۱۸۸.
۹. مالکی، جلیل و کدخدای، یعقوب. (۱۳۹۲). شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات در ورزش، تحقیقات حقوق بین الملل، ۶(۲۰)، ۱۰۷-۱۲۸.
۱۰. معین، محمد. (۱۳۸۴). فرهنگ فارسی یک جلدی، تهران: انتشارات ساحل.

وب سایت

۱۱. پروین، طیبه. (1397). روش‌های جایگزین حل اختلاف (Alternative Dispute Resolution)، قابل دسترسی در :
[https://kargosha.com/fa/content/id/2513/%D8%B1%D9%88%D8%B4-%D9%87%D8%A7%DB%8C-%D8%AD%D9%84-%D8%A7%D8%AE%D8%AA%D9%84%D8%A7%D9%81-%D8%AC%D8%A7%DB%8C%DA%AF%D8%B2%DB%8C%D9%86-\(Alternative-Dispute-Resolution\)](https://kargosha.com/fa/content/id/2513/%D8%B1%D9%88%D8%B4-%D9%87%D8%A7%DB%8C-%D8%AD%D9%84-%D8%A7%D8%AE%D8%AA%D9%84%D8%A7%D9%81-%D8%AC%D8%A7%DB%8C%DA%AF%D8%B2%DB%8C%D9%86-(Alternative-Dispute-Resolution))

۱۲. آنسیترال. (۲۰۰۲). قانون نمونه سازش تجاری بین المللی.

۱۳. وزارت عدلیه. (۱۳۸۵). قانون حکمیت تجارتي، فران تقنینی شماره ۹۱۳ جریده رسمی.

۱۴. وزارت عدلیه. (۱۳۸۵). قانون میانجیگری (مصالحه) تجارتي، فرمان تقنینی شماره ۹۱۳ جریده رسمی

(ب) منابع لاتین

15. Dempsey, J; Coburn, N. (2010). Traditional Dispute Resolution and Stability in Afghanistan. United States Institute of Peace. Available at :



<https://www.usip.org/publications/2010/02/traditional-dispute-resolution-and-stability-afghanistan>

16. Eshetu, T; Getu, M., (2009). Alternative Dispute Resolution (Teaching Material), The justice and Legal System Research Institute .
17. Nesari, Z; Karima Tawfik, K. (2011). The Kabul Courts and Conciliators: Mediating Cases in Urban Afghanistan. United States Institute of Peace. Available at: <https://www.usip.org/publications/2011/08/kabul-courts-and-conciliators-mediating-cases-urban-afghanistan#:~:text=Specifically%2C%20the%20Kabul%20courts%20frequently,and%20expeditious%20alternative%20to%20trials.>
18. Rahimi, H. (2022). Reform and Regulation of Economic Institutions in Afghanistan. New York: Routledge.