

محرماتگی در میانجیگری و تضمینات قانونی آن با بُعد بین‌المللی

مرتضی شهبازی‌نیا* - پریا ملک‌نیا**

(تاریخ دریافت ۱۳۹۴/۹/۲۲ - تاریخ پذیرش ۱۳۹۵/۴/۱۵)

چکیده

بالا بودن ضریب محرماتگی، مهم‌ترین ویژگی میانجیگری و در واقع، قلب تپنده آن است. در این مقاله، تضمینات محرماتگی میانجیگری در بُعد بین‌المللی و با مطالعه تطبیقی قانون نمونه میانجیگری تجاری بین‌المللی ۲۰۰۲ آنسترال و دستورالعمل اروپایی جنبه‌های خاصی از میانجیگری در امور مدنی و تجاری ۲۰۰۸ و مقررات میانجیگری سازمان‌های WIPO و ICC بررسی می‌شود. این تحقیق نشان می‌دهد که اصل بر محرماتگی میانجیگری است و استثنائات آن باید محدود بوده و به نحو مضیق تفسیر شود. به‌منظور پیشبرد میانجیگری لازم است در قوانین و مقررات مربوط به آن، محرماتگی اطلاعات تبادل‌شده در فرایند میانجیگری به بهترین نحو ممکن تضمین شده و درعین حال به افراد فرصت طلب، مجال سوءاستفاده از امتیاز محرماتگی میانجیگری داده نشود.

کلیدواژگان: تضمینات قانونی، شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف، محرماتگی، میانجیگری

shahbazinia@midares.ac.ir

pmaleknia@gmail.co

*دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس، (نویسنده مسئول)

** کارشناسی ارشد حقوق مالکیت فکری، دانشگاه تربیت مدرس

مقدمه

میانجیگری،^۱ یکی از شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات^۲ است^۳ که در آن طرف‌های اختلاف با توافق یکدیگر، شخص ثالث بی طرف و متبجری را به عنوان میانجی و به منظور تسهیل در روند حل و فصل اختلاف خود انتخاب می‌کنند تا آن شخص با استفاده از تکنیک‌های مناسب، مذاکرات آنان را تسهیل و اداره کرده و به آنان کمک کند تا خود آن‌ها اختلاف‌شان را حل و فصل کرده و با یکدیگر به توافق برسند. (Plant, 2003, p 7).

میانجیگری یکی از پرکاربردترین شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات است که مهم‌ترین ویژگی‌اش، بالابودن ضریب محرمانگی^۴ است. در واقع، محرمانگی قلب تپنده میانجیگری است،^۵ (Morek, 2013, p 421) چرا که میانجیگری زمانی موفقیت‌آمیز است که طرف‌های اختلاف بتوانند آزادانه و به راحتی خواسته‌ها، نیازها و توقعاتشان را با یکدیگر در میان گذاشته و به کمک میانجی، راه‌حلی برای حل و فصل اختلافشان پیدا کنند. چنانچه طرف‌های اختلاف واهمه از آن داشته باشند که ممکن است از آنچه در فرایند میانجیگری اظهار می‌کنند بر علیه آن‌ها در شیوه‌های تقابلی^۵ حل و فصل اختلاف مانند داوری و محاکم دادگستری استفاده شود، احتمال دارد از افشای اطلاعات لازم در جهت تسهیل فرایند میانجیگری و حل و فصل اختلاف خودداری کنند. (Morek, 2013, pp 421&422).

میانجیگری، به‌ویژه مناسب حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی است، چرا که اولاً، با بیشترین سرعت و کمترین هزینه و در فضایی محرمانه، اختلاف را حل و فصل می‌کند و دیگر آنکه طرف‌های اختلاف بین‌المللی بنا به دلایلی چون عدم اعتماد به دادگاه‌های ملی، عدم آگاهی به قوانین خارجی، قابل پیش‌بینی نبودن رأی دادگاه و دشواری اجرای رأی دادگاه در کشور خارجی تمایل دارند اختلافات بین‌المللی خود را برای حل و فصل به میانجیگری ارجاع داده (W.Kowalchyk, 2012, p 5) و به‌جای مراجعه به تک‌تک دادگاه‌های کشورهای درگیر قضیه و خطر رویارویی با آرای متفاوت و متهافت، تنها در یک مرجع رسیدگی واحد و طی یک مرحله به حل و فصل جهانی دست یابند. (Lack, 2010, p 19).

1. Mediation

2. ADR (Alternative Dispute Resolution)

۳. شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف، به هر فرایند و سازوکار غیرقضایی و خصوصی که اختلاف را خارج از محاکم دادگستری حل و فصل کند گفته می‌شود.

4. Confidentiality

۵. در شیوه‌های تقابلی حل و فصل اختلاف، طرف‌های اختلاف برای حل و فصل اختلاف در مقابل هم و رقیب هم هستند و نه در کنار هم یا شریک هم. نمونه شیوه‌های تقابلی، محاکم دادگستری و داوری و نمونه شیوه‌های غیرتقابلی، مذاکره و میانجیگری است.

بنابراین در این مقاله، تضمینات محرماتگی میانجیگری در بُعد بین‌المللی و با مطالعه تطبیقی قانون نمونه میانجیگری (سازش)^۱ تجاری بین‌المللی ۲۰۰۲ آنسیترا^۲ و دستورالعمل اروپایی جنبه‌های خاصی از میانجیگری در امور مدنی و تجاری ۲۰۰۸^۳ و مقررات میانجیگری سازمان‌های WIPO^۴ و ICC^۵ که در سطح بین‌المللی به میانجیگری می‌پردازند، بررسی می‌شود. به‌منظور ترویج و ارتقای میانجیگری، آنسیترا^۲ در قانون نمونه و اتحادیه اروپا در دستورالعمل اروپایی جنبه‌های خاصی از میانجیگری،^۶ موادی را به محرماتگی میانجیگری اختصاص داده‌اند. همچنین سازمان‌هایی نظیر WIPO^۷ و ICC^۸، در تهیه و تدوین قوانین و مقررات میانجیگری مناسب‌تر و جذاب‌تر برای مشتریان خود که اغلب تجاری با سطح فعالیت بین‌المللی هستند با یکدیگر رقابت داشته و می‌کوشند محرماتگی را که لازمه حل و فصل اختلافات تجاری است در قوانین و مقررات خود تقویت کرده تا بتوانند مراجعین بیشتری را برای حل و فصل اختلاف به سازمان‌های خود هدایت کنند. (Sharp, 2014, p 1).

در این مقاله از این پس از قانون نمونه میانجیگری تجاری بین‌المللی ۲۰۰۲ آنسیترا^۲ به‌اختصار، با عنوان قانون نمونه آنسیترا^۲ و از دستورالعمل اروپایی جنبه‌های خاصی از میانجیگری در امور مدنی و تجاری ۲۰۰۸ به دستورالعمل اروپایی نام برده می‌شود.

۱. نقش محرماتگی در میانجیگری

زمانی که طرف‌های یک اختلاف برای حل و فصل اختلاف خود از شیوه‌های تقابلی استفاده

۱. مطابق بند سوم ماده ۱ این قانون، سازش و میانجیگری، یک مفهوم واحد در نظر گرفته شده و تفاوتی میان آن دو قائل نشده‌اند.

2. UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002)

3. The European Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters (2008)

4. WIPO (World Intellectual Property Organization)

5. ICC (International Chamber of Commerce)

۶. لازم به ذکر است اتحادیه اروپا با تصویب دستورالعمل اروپایی ۲۰۰۸ و به‌کارگیری اصطلاح Cross-border

فرامرزی) در آن، به‌طور غیرمستقیم باب جدیدی را در حقوق بین‌الملل خصوصی و آیین دادرسی مدنی بین‌المللی گشود

زیرا تا آن زمان در مواردی که یک عنصر خارجی در موضوعی دخالت داشت، تنها اصطلاح حقوقی که به کار برده می‌شد

International (بین‌المللی) بود. اصطلاح فرامرزی در مفهومی مضیق‌تر از بین‌المللی به کار می‌رود. برای تفاوت این دو

اصطلاح، ن.ک:

Diedrich, Frank, International / Cross Border Mediation within the EU, Border Mediation within the EU

–Place of Mediation, Qualifications of the Mediator and the Applicable Law, in:

Diedrich (Ed.),

The Status Quo of Mediation in Europe and Overseas, 2014, pp. 53-79.

۷. مقررات جدید میانجیگری وایپو از اول جون ۲۰۱۴ به اجرا درآمده است.

۸. مقررات میانجیگری اتاق بازرگانی بین‌المللی از اول ژانویه ۲۰۱۴ به اجرا درآمده است.

نکرده و اختلاف خود را برای حل و فصل به میانجیگری ارجاع می‌دهند به دنبال کسب مزایایی هستند که از آنچه در محاکم دادگستری و داوری عاید آن‌ها می‌شود، بیشتر است. آنان نیاز ندارند که با تمام حقوق در موضوع مورد اختلاف برنده شوند بلکه بهره‌مندی از حقوق مشترک، مورد قبول و خوشایند آن‌ها بوده و حتی آن را ترجیح می‌دهند. آنان به دنبال حل و فصل واقعی اختلاف در فضایی مسالمت‌آمیز هستند و تمایل دارند پس از رفع اختلاف، روابط خود را ادامه داده، بازسازی کرده و حتی روابط جدیدی ایجاد کنند. (Partridge, 2009, pp 13-19)

برآورده ساختن چنین توقعاتی در فرایند میانجیگری، تنها در صورتی امکان‌پذیر است که طرف‌های اختلاف و میانجی آزادانه و در فضایی به‌غایت محرمانه با یکدیگر به بحث و گفتگو پرداخته، اطلاعاتی را افشا کرده و بتوانند پیشینه و دلایل بروز اختلاف را بررسی کنند. اگر طرف‌های اختلاف، نگران باشند که امکان دارد از هر آنچه می‌گویند و اطلاعاتی که می‌دهند در شیوه‌های تقابلی بر علیه آنان استفاده شود، احتمال آنکه طرف‌های اختلاف بتوانند با یکدیگر به توافق برسند کاهش یافته و میانجیگری با شکست روبه‌رو می‌شود. (UNCITRAL, 2004, pp 27,38&39).

دیگر آنکه محرمانگی میانجیگری در بی‌طرفی^۱ میانجی نیز مؤثر واقع می‌شود چرا که طرف‌های اختلاف به این دلیل نمی‌توانند به‌تنهایی اختلاف‌شان را حل و فصل کنند که بی‌طرف نیستند و به همین دلیل به میانجیگری روی آورده و از شخص ثالث بی‌طرفی برای حل و فصل کمک می‌گیرند که در قضیه هیچ‌گونه منفعت شخصی، مادی و روانی نداشته و از لحاظ عاطفی و روحی نیز در قضیه درگیر نبوده و بی‌طرف باشد. (Yeend & E. Rincon, 1996, p 2).

اگر فرایند میانجیگری محرمانه نبوده و میانجی، تعهد نداشته باشد که اطلاعاتی را که در طول میانجیگری به دست آورده، حفظ کند و حتی بتواند با استفاده از آن اطلاعات بر علیه طرف یا طرف‌های اختلاف در فرایندهایی نظیر دادگاه یا داوری شهادت داده یا مدارکی ارائه دهد، بی‌طرفی اش زایل می‌شود. (Alexander, 2009, p 246).

به‌علاوه، گاه موضوعات مورد اختلاف، حاوی مطالبی است که با افشای آن‌ها موقعیت طرف یا طرف‌های اختلاف به خطر می‌افتد، مانند اختلافات مربوط به اسرار تجاری که افشای آن اطلاعات می‌تواند ضرر بیشتری را متحمل طرف‌های اختلاف کند تا خود موضوع مورد اختلاف. برای مثال، کارمندی که در استخدام یک شرکت است در فرایند میانجیگری حاضر شده و شرکت می‌کند ولی پس از مدتی، در جریان میانجیگری یا بعد از آن از استخدام آن شرکت خارج شده و به استخدام شرکت رقیب در می‌آید. چنانچه محرمانگی میانجیگری تضمین نشده و این شخص، ملزم

1. Impartiality

به حفظ محرم‌انگی نباشد می‌تواند هر آنچه را در میانجیگری گذشته، برای شرکت رقیب بازگو کرده و سبب شود که شرکت اولی از تولیدکننده منحصربودن خارج شده و دچار ضرر مالی هنگفتی شود. (H. Blackmand & M. Mcneill, 1998, p 1728).

بنابراین و با توجه به این دلایل، لازم است که رژیم‌های حقوقی به منظور حفظ محرم‌انگی میانجیگری، تضمینات لازم را در نظر گیرند.

۲. دایره شمول محرم‌انگی میانجیگری

دایره شمول محرم‌انگی به این معنا که چه جنبه‌هایی از فرایند میانجیگری محرمانه بوده، چه کسانی مسئول حفظ محرم‌انگی میانجیگری هستند و چه اطلاعاتی مصون از افشا است، یا ناشی از قوانین و مقررات حاکم بر فرایند میانجیگری است یا ناشی از قرارداد یا تلفیقی از قوانین و مقررات و قرارداد است. (Plant, 2003, p 28)

در صورتی که طرف‌های اختلاف بر این باور باشند که قانون حاکم بر میانجیگری، آن میزان از محرم‌انگی را که مورد نظر آنان است پوشش نمی‌دهد، می‌توانند این خلأ را با قرارداد پُر کنند. اما باید در نظر داشت که محرم‌انگی قراردادی نمی‌تواند برخلاف قوانین آمره باشد. برای مثال، در بیشتر سیستم‌های قضایی، محرم‌انگی قراردادی به میانجی این حق را نمی‌دهد که از حضور در دادگاه کیفری و ادای شهادت و ارائه دلیل و مدرک در این دادگاه امتناع ورزد. (Morek, 2013, p 429).

۳. جنبه‌های محرم‌انگی میانجیگری

سراسر فرایند میانجیگری محرمانه است ولی برای بررسی محرم‌انگی این فرایند باید آن را به دو جنبه داخلی و خارجی تقسیم کرد. جنبه خارجی آن، حفظ اطلاعات طرف‌های اختلاف و هر آنچه در فرایند میانجیگری می‌گذرد توسط شرکت کنندگان در فرایند میانجیگری در برابر اشخاص ثالث و خارج از فرایند است. جنبه داخلی آن، روابط میان میانجی و طرف‌های اختلاف بوده و طی آن میانجی موظف به حفظ اطلاعات محرمانه اختصاصی هر یک از طرف‌های اختلاف در مقابل طرف یا طرف‌های دیگر است. (Morek, 2013, p 429).

در توضیح جنبه داخلی محرم‌انگی میانجیگری باید مجدداً متذکر شد که میانجی در روند حل و فصل اختلاف، نقش تسهیل‌کننده داشته، مذاکرات بین طرف‌های اختلاف را اداره کرده و

آسان می‌کند. به همین منظور در میانجیگری، گاه لازم است میانجی با هریک از طرف‌های اختلاف، نشست‌های خصوصی^۱ برگزار کرده و به‌طور جداگانه با آن‌ها ملاقات کند.

نشست‌های خصوصی، فرصتی است که در آن، طرف‌های اختلاف می‌توانند اطلاعات حساسی را که تمایل ندارند در نشست‌های مشترک^۲ بیان کنند با میانجی در میان گذارند؛ یا اگر گزینه‌هایی برای حل و فصل اختلاف دارند ولی مایل نیستند آن را رسماً در جلسات مشترک عنوان کنند می‌توانند آن را در نشست‌های خصوصی به آگاهی میانجی برسانند. در واقع در نشست‌های خصوصی بین میانجی و طرف‌های اختلاف، نوعی اعتماد، اطمینان و صمیمیت به وجود می‌آید. (Patterson & Grant, 2001, p 62).

اما در خصوص آنکه آیا میانجی مجاز است مفاد اطلاعاتی را که در نشست‌های خصوصی به دست آورده برای طرف دیگر بازگو کند یا خیر، دو رویکرد وجود دارد. طبق رویکرد اول، میانجی آزاد و مجاز است اطلاعاتی را که در نشست‌های خصوصی به دست آورده برای طرف مقابل افشا کند ولی تعهد و وظیفه‌ای به افشای آن ندارد. (UNCITRAL, 2004, p 39).

ماده ۸ قانون نمونه آنسیترال در خصوص میانجیگری تجاری بین‌المللی بر اساس این رویکرد تدوین شده و طبق این ماده، میانجی می‌تواند مفاد و اطلاعاتی را که از یکی از طرف‌ها در خصوص موضوع مورد اختلاف به دست آورده برای طرف دیگر افشا کند مگر آنکه آن طرف، اطلاعات را به شرط محرمانه ماندن در اختیار میانجی قرار داده باشد که در این صورت، میانجی نباید آن اطلاعات را برای طرف یا طرف‌های دیگر اختلاف، افشا کند. (UNCITRAL, 2004, pp 39&40).

طبق رویکرد دوم، اصل بر محرمانه بودن اطلاعاتی است که در نشست‌های خصوصی در اختیار میانجی قرار می‌گیرد و میانجی مجاز نیست آن اطلاعات را برای طرف دیگر افشا کند مگر با اجازه صریح طرفی که این اطلاعات را در اختیار میانجی قرار داده است. (Morek, 2013, p 425). سازمان‌های WIPO و ICC رویکرد دوم را در تدوین قوانین و مقررات مربوط به میانجیگری خود مدنظر قرار داده‌اند. طبق مقررات ICC گفتگوها و مباحثی که طی نشست‌های خصوصی میانجی و یکی از طرف‌های اختلاف، رد و بدل می‌شود محرمانه خواهد بود و میانجی نمی‌تواند آن اطلاعات را بدون اجازه صریح آن طرف، در اختیار طرف یا طرف‌های دیگر اختلاف قرار دهد. به‌هرحال، طرفی که در نشست خصوصی اطلاعات جدیدی را در اختیار میانجی قرار داده، می‌تواند از میانجی

1. Private Caucuses
2. Join Sessions

بخواهد که آن اطلاعات را برای طرف یا طرف‌های دیگر بازگو کند یا اگر میانجی تشخیص دهد که ممکن است افشای آن اطلاعات، در حل و فصل اختلاف، مؤثر واقع شود، می‌تواند اجازه افشای اطلاعات را از آن طرف بگیرد. (ICC Commission on Arbitration and ADR, 2013, p 6) همچنین طبق ماده ۱۱ مقررات میانجیگری WIPO نیز میانجی نباید اطلاعاتی را که یک طرف طی نشست خصوصی در اختیار وی قرار داده، بدون اجازه صریح آن طرف، برای طرف یا طرف‌های دیگر اختلاف، افشا کند.

هریک از این دو رویکرد، نقاط ضعف و قوت خود را دارند و میانجی وظیفه دارد صراحتاً به طرف‌های اختلاف بگوید و آنان را روشن سازد که وی کدام‌یک از این رویکردها را در نشست خصوصی مدنظر خود قرار می‌دهد. (Morek, 2013, p 425).

جنبه خارجی محرم‌انگی میانجیگری به معنای محرمانه‌بودن اطلاعات و گفتگوهای ردوبدل‌شده در طول این فرایند و هر آنچه در فرایند میانجیگری می‌گذرد نسبت به اشخاص ثالث است. بنابراین سراسر فرایند میانجیگری نسبت به اشخاص ثالث و خارج از این فرایند، محرمانه بوده و شرکت‌کنندگان در فرایند میانجیگری از افشای هرگونه اطلاعات به خارج به‌ویژه افشای آن اطلاعات در محاکم دادگستری و داوری، ممنوع هستند مگر آنکه افشای آن اطلاعات، استثنائاً تجویز شده باشد. (Morek, 2013, p 425).

WIPO محرم‌انگی میانجیگری در بُعد خارجی آن را در مواد ۱۵ و ۱۷ مقررات میانجیگری خود منعکس کرده و طبق ماده ۱۵ آن، هیچ‌یک از شرکت‌کنندگان در فرایند میانجیگری نمی‌تواند اطلاعات حاصل از میانجیگری را برای اشخاص خارج از این فرایند افشا کرده یا مورد استفاده قرار دهد مگر با موافقت میانجی و طرف‌های اختلاف. همچنین طبق ماده ۱۷ آن، میانجی و طرف‌های اختلاف نباید بیانات و اظهاراتی را که در فرایند میانجیگری می‌گذرد به‌عنوان مدرک یا به هر صورت دیگر به دادگاه و داوری ارائه دهد.

در مقررات ICC بند ۲ ماده ۹ مقررات میانجیگری آن، افشای اطلاعات مربوط به میانجیگری به‌عنوان مدرک در محاکم دادگستری، داوری و فرایندهای مشابه ممنوع است و در خصوص عدم امکان افشای آن اطلاعات در برابر اشخاص ثالث، غیر از داوری و دادگاه و فرایندهای مشابه ساکت بوده و مقررهای در نظر گرفته نشده است.

طبق ماده ۱۰ قانون نمونه آنسیترال، طرف‌های اختلاف، میانجی و هر شخص ثالثی که در میانجیگری شرکت داشته نباید در داوری، دادگستری یا فرایندهای مشابه درباره اطلاعاتی که

طی میانجیگری به دست آورده، شهادت داده یا آن اطلاعات را به عنوان دلیل و مدرک ارائه دهد. بنابراین آنچه از لحاظ بعد خارجی محرمانگی در قانون نمونه مدنظر قرار گرفته، عدم افشای آن اطلاعات در داوری، دادگستری و فرایندهای مشابه است و در خصوص عدم امکان افشای آن اطلاعات در برابر اشخاص ثالث، غیر از داوری و دادگاه و فرایندهای مشابه ساکت بوده و مقررهای در نظر گرفته نشده است.

دستورالعمل اروپایی در خصوص هر دو جنبه داخلی و خارجی محرمانگی میانجیگری ساکت است و در ماده ۷ آن، آنچه را که لحاظ کرده، صرفاً عدم امکان احضار میانجی و کسانی که در اجرای فرایند میانجیگری درگیر بوده‌اند برای ادای شهادت در خصوص اطلاعات ناشی از میانجیگری در دادگاه‌های تجاری و مدنی و داوری است و در خصوص عدم امکان افشای اطلاعات به خارج از فرایند میانجیگری و به غیر از دادگاه و داوری، مقررهای در نظر نگرفته و ساکت است. (Morek, 2013, p 426).

۴. مسئولین حفظ محرمانگی میانجیگری

اگرچه میانجیگری، فرایندی خصوصی و غیرعلنی است، ولی شرکت کنندگان در این فرایند، منحصر به طرف‌های اختلاف و میانجی نبوده و طرف‌های اختلاف، معمولاً به صورت گروهی و تیمی در این فرایند شرکت می‌کنند که این گروه به طور معمول، متشکل از طرف‌های اختلاف، نمایندگان آن‌ها، مشاوران حقوقی، وکلای طرف‌ها و کارشناسان است. همچنین ممکن است پرسنل اداری و دفتری مانند منشی‌ها، دستیاران، مترجمان و ... نیز در این فرایند حاضر شوند. (Morek, 2013, p 426).

درباره مسئولین حفظ محرمانگی میانجیگری باید این نکته را خاطرنشان کرد که حفظ محرمانگی میانجیگری برای این افراد، صرفاً ایجاد تعهد و تکلیف نمی‌کند بلکه ایجاد حق نیز می‌کند؛ یعنی این افراد با استناد به محرمانگی میانجیگری حق دارند از حضور در دادگاه داوری یا فرایندهای مشابه، جهت ادای شهادت و ارائه دلیل و مدرک خودداری ورزیده و در صورت استتکاف، هیچ مسئولیتی متوجه آنان نخواهد بود. (Association for international arbitration(ed), 2012, p 188).

طبق ماده ۱۵ مقررات میانجیگری WIPO، تمام کسانی که در فرایند میانجیگری شرکت می‌کنند به‌ویژه میانجی، طرف‌های اختلاف و نمایندگان آن‌ها، مشاورین، کارشناسان و سایر اشخاصی که در

جلساتی که میانجی با طرف‌های اختلاف و نمایندگان آن‌ها برگزار می‌کند حضور دارند باید به محرم‌انگی میانجیگری احترام گذاشته و نمی‌توانند برای کسانی که خارج از فرایند میانجیگری هستند، اطلاعات مربوط به موضوع مورد اختلاف یا اطلاعاتی را که در طول فرایند میانجیگری به دست آورده‌اند فاش کرده یا از آن استفاده کنند مگر با موافقت میانجی و طرف‌های اختلاف. همچنین هریک از شرکت‌کنندگان در فرایند میانجیگری باید تعهدنامه‌ای مبنی بر حفظ محرم‌انگی (حفظ اسرار) امضا کنند. (Plant, 2003, p 28). مقررات میانجیگری WIPO هر کسی را که به نحوی در فرایند میانجیگری دخیل بوده است مسئول حفظ محرم‌انگی میانجیگری قلمداد کرده و طیف وسیعی از افراد را دربرمی‌گیرد.

طبق ماده ۷ دستورالعمل اروپایی، کشورهای عضو اتحادیه اروپا باید تضمین کنند که نه میانجی و نه هیچ‌یک از کسانی که در اجرای فرایند میانجیگری درگیر بوده‌اند برای ادای شهادت در ارتباط با اطلاعاتی که از فرایند میانجیگری به دست آورده‌اند به دادگاه مدنی و تجاری یا داوری احضار نشوند.

از مفاد این ماده چنین برمی‌آید که دستورالعمل، صرفاً در جهت ممنوعیت احضار میانجی و شرکت‌کنندگان در فرایند میانجیگری از جمله وکلای طرف‌ها، کارشناسان و گروه مذاکره‌کننده گام برداشته و این محدودیت شامل خود طرف‌های اختلاف نمی‌شود. (Association for international arbitration(ed), 2012, p 188) به کشورهای عضو اجازه داده که قوانین سخت‌گیرانه‌تری را وضع کنند اما نمی‌توان این خلأ و نقطه‌ضعف دستورالعمل را نادیده گرفت چرا که خطر نقض محرم‌انگی میانجیگری و استفاده از اطلاعات حاصل از آن در فرایندهای تقابلی، لاحق بیش از آنچه از سوی میانجی مورد تهدید باشد از جانب خود طرف‌های اختلاف تهدید می‌شود زیرا آنان به راحتی و بدون نیاز به میانجی می‌توانند از آن اطلاعات در دفاعیات و مدارکی که در دعاوی و داوری‌های لاحق ارائه می‌دهند استفاده کنند. (Morek, 2013, p 427).

اما در ماده ۱۰ قانون نمونه آنسیترال، مسئولین حفظ محرم‌انگی میانجیگری گسترده‌تر هستند و طرف‌های اختلاف، میانجی و هر شخص ثالثی را که در اجرای فرایند میانجیگری شرکت داشته است نیز دربرمی‌گیرد و حتی در این ماده از لحاظ ترتیب نوشتاری، طرف‌های اختلاف، قبل از سایر مسئولین حفظ محرم‌انگی قرار گرفته‌اند. (Morek, 2013, p 427).

مقررات میانجیگری ICC از مسئولین حفظ محرم‌انگی میانجیگری صحبتی به میان نیاورده و در این زمینه ساکت است.

۵. اطلاعات مصون از افشا

مهم‌ترین دلیل مصونیت مذاکراتی که در طول میانجیگری و به‌منظور حل و فصل اختلافات انجام می‌شود، عدم استفاده از آن‌ها در شیوه‌های تقابلی حل و فصل اختلافات است؛ به این معنا که نتوان از اظهارات و بیانات مذکور در این فرایند، بر علیه طرف یا طرف‌های اختلاف در محاکم دادگستری و داوری و شیوه‌هایی از این دست، استفاده کرد. (Plant, 2003, p 30).

در همین راستا ماده ۱۷ مقررات میانجیگری WIPO مقرر می‌دارد که میانجی و طرف‌های اختلاف به هیچ‌عنوان نمی‌توانند از هرگونه اظهارنظر یا پیشنهاد طرف‌ها در جهت حل و فصل اختلاف، از هرگونه اقرار و اعترافی که در طول میانجیگری صورت گرفته، از هرگونه نظر یا پیشنهادی که میانجی ابراز کرده و افشای علت واقعی‌ای که یک طرف تمایل داشته یا تمایل نداشته که پیشنهاد میانجی یا طرف دیگر را به‌منظور حل اختلاف بپذیرد در محاکم دادگستری یا داوری استفاده کنند مگر آنکه برخلاف آن توافق کرده باشند.

ICC نیز در بند ۲ ماده ۹ مقررات میانجیگری خود، فهرست مشابهی را در جهت ممنوعیت به‌کارگیری آنان به‌عنوان دلیل و مدرک در محاکم دادگستری و داوری ارائه داده است، با این تفاوت که در مقررات ICC نتیجه میانجیگری نیز صراحتاً محرمانه قلمداد شده ولی در مقررات میانجیگری WIPO مقرر صریحی در خصوص محرمانه‌بودن نتیجه میانجیگری دیده نمی‌شود. مقررات WIPO، در جهت تحکیم محرمانگی میانجیگری، عودت و ازبین‌بردن اسناد و مدارک را پس از پایان میانجیگری در نظر گرفته است. ماده ۱۶ مقرر می‌دارد که پس از پایان میانجیگری، تمام کسانی که در آن میانجیگری شرکت کردند باید هرگونه خلاصه اظهارات، سند یا سایر اطلاعاتی را که هر یک از طرف‌ها ارائه کرده است، بدون آنکه از آن کپی تهیه کنند به صاحبان آن بازگردانند. همچنین هر شخصی هرگونه یادداشتی را که در ضمن ملاقات طرف‌های اختلاف با میانجی برداشته است باید در پایان میانجیگری نابود کند. ولی در ماده ۹ مقررات میانجیگری ICC این مدارک و اسناد، صرفاً محرمانه قلمداد شده و مطلبی در خصوص بازگرداندن و نابودکردن آن وجود ندارد. (Thoma, 2007, pp 155&156).

همچنین در ماده ۱۴ مقررات میانجیگری WIPO مقرر شده: به هیچ‌نحو نباید هیچ‌گونه ثبت و ضبطی از جلسات طرف‌های اختلاف و میانجی صورت بپذیرد. البته باید توجه داشت که آنچه منظور ماده ۱۴ است، ممنوعیت ضبط و ثبت واژه به واژه (در اصطلاح همان واو به واو) مطالب است ولی شرکت‌کنندگان می‌توانند از آنچه در فرایند میانجیگری می‌گذرد، یادداشت بردارند.

به‌ویژه در مواردی که نمایندگان از جانب طرف‌های اختلاف در جلسات میانجیگری شرکت می‌کنند و احتمال دارد در جلسات مختلف میانجیگری، نمایندگان متفاوتی از جانب طرف‌های اختلاف شرکت کنند، نماینده هر طرف می‌تواند برای استفاده سایر نمایندگان مربوطه و به‌منظور مدیریت امور، فقط در ارتباط با بحث‌های مربوط به حل و فصل اختلافات، یادداشت تهیه کند. البته روشن است که طرف‌های اختلاف می‌توانند از توافقاتی که در طول میانجیگری به دست می‌آورند به‌صورت رئوس مطالب و طرح کلی یادداشت بردارند. (Plant, 2003, p 28).

طبق ماده ۹ قانون نمونه آنسیترال، تمامی اطلاعات مربوط به فرایند میانجیگری باید محرمانه نگه داشته شود مگر آنکه طرف‌های اختلاف، برخلاف آن توافق کنند، به‌استثنای مواردی که قانون افشای آن را تجویز کرده یا آنکه هدف از افشای آن اطلاعات، اجرای توافقیانه حل و فصل اختلاف باشد. در این ماده، تمامی اطلاعات مرتبط با میانجیگری، محرمانه تلقی شده و واژگان «تمامی اطلاعات» به مفهوم موسع آن در نظر گرفته شده است. بنابراین، محرمانگی نه‌تنها اطلاعاتی را که در طول فرایند میانجیگری افشا شده است دربرمی‌گیرد، بلکه وقایعی که در ارتباط با میانجیگری و در راستای انعقاد قرارداد میانجیگری و قبل از شروع فرایند رخ داده، مانند بحث و گفتگوهایی که نشان‌دهنده میزان اشتیاق طرف‌های اختلاف به ارجاع اختلاف به میانجیگری بوده، شرایط و ضوابط قرارداد میانجیگری، انتخاب میانجی، دعوت به میانجیگری و رد یا پذیرش این دعوت را نیز شامل می‌شود. (UNCITRAL, 2004, p 41).

در ماده ۱۰ قانون نمونه آنسیترال، فهرستی از مواردی ذکر شده که چنانچه طرف‌های اختلاف و هر شخص ثالثی که در اجرای فرایند میانجیگری حضور دارد، این اطلاعات را از فرایند میانجیگری به دست آورد، نمی‌تواند از آن به‌عنوان مدرک و سند در دادگاه یا داوری یا فرایندهای مشابه استفاده کند، حتی اگر میانجیگری منجر به حل و فصل اختلافات نشود. (UNCITRAL, 2004, pp 43&44). در ماده ۷ دستورالعمل اروپایی نیز فهرست مشابه آنچه در ماده ۱۰ قانون نمونه آنسیترال آمده، درج شده است. (Morek, 2013, p 428).

در هر حال باید کسانی که اختلافات خود را به میانجیگری ارجاع می‌دهند و کسانی که در زمینه میانجیگری قانون وضع می‌کنند دو نکته را مدنظر قرار دهند؛ اول، حفاظت از اطلاعات ردوبدل شده و دوم، توجه به اینکه طرف مقابل ممکن است صرفاً به این دلیل برای حل و فصل اختلاف وارد فرایند میانجیگری شود که بخواهد اطلاعات، اسناد و مدارک را مسدود^۱ کند. البته قانون نمونه آنسیترال در بند ۵ ماده ۱۰ خود تلاش کرده که این مشکل را حل کند،

(Morek, 2013, pp 428&429) به این صورت که مقرر داشته اسناد و مدارکی که از قبل وجود داشته و با هدف حل و فصل اختلاف از طریق میانجیگری ارائه نشده و مستقل و جدای از فرایند میانجیگری قابل استناد است، حتی اگر در میانجیگری مطرح شود، طرف‌های اختلاف را از ارائه این اسناد و مدارک در دادگاه و داوری و فرایند‌های مشابه محروم نمی‌کند. برای مثال در موردی که موضوع مورد اختلاف، قرارداد حمل دریایی کالا باشد، بارنامه آن که مؤید نام شرکت کشتیرانی است به عنوان سند و مدرک در داوری و دادگاه پذیرفته می‌شود، حتی اگر قبلاً در فرایند میانجیگری ارائه شده باشد. اما اظهارات، بیانات و طرح‌های پیشنهادی طرف‌های اختلاف در میانجیگری، در داوری و دادگاه مسموع نیست. (UNCITRAL, 2004, p 47).

ICC نیز به منظور جلوگیری از مسدود کردن بلاوجه اطلاعات ردوبدل شده در میانجیگری در قسمت (الف) بند دوم ماده ۹ مقررات میانجیگری خود مقرر داشته، اسناد و مدارکی که طرف‌های اختلاف بتوانند مستقلاً آن را به دست آورند از مصونیت برخوردار نبوده و قابل ارائه به دادگاه و داوری است. (ICC Commission on Arbitration and ADR, 2013, p 14) ولی دستورالعمل اروپایی و مقررات میانجیگری WIPO در این خصوص راهکاری ارائه نداده و ساکت است. (Morek, 2013, p 429).

۶. استثنائات محرمانگی

اصل محرمانگی میانجیگری مانند هر اصل دیگری استثنائاتی نیز دارد ولی به منظور حفظ تمامیت میانجیگری باید این استثنائات را تفسیر مضیق کرد.

ماده ۹ قانون نمونه آنستیرال در موارد ذیل، افشای اطلاعات حاصل از میانجیگری را مجاز شمرده است:

۱- با توافق طرف‌های اختلاف

۲- با تجویز قانون، مانند مواردی که مسئولین حفظ محرمانگی میانجیگری آگاه شوند که شخصی تهدید به مرگ یا صدمه جسمی شده است. در این صورت، آن‌ها به موجب قانون، موظف به افشای آن اطلاعات بوده و تعهد به افشا دارند. یا زمانی که نظم و منافع عمومی تهدید شود، مثل خطرات زیست‌محیطی و بهداشتی یا هنگامی که خطرات امنیتی وجود دارد.

۳- افشای اطلاعات به منظور اجرای توافقنامه حل و فصل اختلاف (UNCITRAL, 2004, p 42)

در دستورالعمل اروپایی نیز استثنائات محرمانگی میانجیگری، مشابه قانون نمونه آنستیرال است و در ماده ۷ بند یک و قسمت‌های (الف) و (ب) همان بند از این دستورالعمل، استثنائات محرمانگی

میانجیگری برشمرده شده است و به‌غیر از مواردی که طرف‌های اختلاف، توافق به افشای آن اطلاعات دارند، استثنائات محرم‌انگی، مواردی را که افشای آن اطلاعات برای حفظ نظم عمومی کشورهای عضو اتحادیه اروپا ضروری است، به‌ویژه هنگامی که افشای آن اطلاعات برای حفظ منافع اولیه و اصلی کودکان ضروری است و نیز زمانی را که افشای آن اطلاعات برای حفظ تمامیت جسمی و روحی یک انسان و جلوگیری از ورود آسیب به آن لازم باشد، دربرمی‌گیرد. به‌علاوه در صورتی که افشای آن اطلاعات برای اجرای توافقنامه میانجیگری ضروری باشد، افشای آن مجاز است. (Association for international arbitration(ed), 2012, p 188)

در مقررات میانجیگری ICC، در قسمت (ب) بند یک ماده ۹ آن، افشای اطلاعات ناشی از میانجیگری در صورت تجویز قانون یا در صورتی که افشای آن اطلاعات برای اجرای توافقنامه میانجیگری لازم باشد، مجاز تلقی شده است. (Thoma, 2007, p 156). همچنین بنا بر مفهوم مخالف بند ۲ همان ماده، در صورت توافق طرف‌های اختلاف، می‌توان از اطلاعات ناشی از میانجیگری به‌عنوان مدرک در محاکم دادگستری، داوری یا فرایندهای مشابه استفاده کرد.

در مقررات میانجیگری WIPO، غیر از توافق طرف‌های اختلاف به افشای اطلاعات حاصل از میانجیگری، مقررهای برای تجویز افشای اطلاعات در نظر گرفته نشده، اما باید این نکته را خاطر نشان کرد که نمی‌توان شرکت‌کنندگان در میانجیگری را برای همیشه و تا ابد در راستای حفظ محرم‌انگی میانجیگری، محدود و محصور کرد. اگر اطلاعات ناشی از میانجیگری بدون تقصیر شرکت‌کنندگان در این فرایند علنی شود، به‌هیچ‌وجه نمی‌توان شرکت‌کنندگان را مانند گذشته، مقید به حفظ این اسرار کرد. البته این بدان معنا نیست که اگر بخشی از آن اطلاعات علنی شد، تمام اطلاعات مربوطه در خطر افشا قرار گیرد، بلکه فقط نسبت به اطلاعات افشاشده، تعهد به حفظ آن از بین می‌رود و نسبت به سایر اطلاعات، کماکان آن تقیدات باقی خواهد ماند. (Plant, 2003, p 28).

۷. ضمانت اجرای نقض محرم‌انگی^۱

ضمانت اجرای نقض محرم‌انگی، بستگی به رویکرد سیستم قضایی مربوط به آن داشته و به‌طور معمول، نقض محرم‌انگی می‌تواند ضمانت اجراهای مدنی و کیفری داشته باشد، مثل حبس، پرداخت جریمه و پرداخت خسارت. (Alexander, 2009, p 279).

قانون نمونه آنسترال، دستورالعمل اروپایی، مقررات میانجیگری WIPO و ICC درباره ضمانت

1. Sanctions for violation of confidentiality

اجرای نقض محرمانگی میانجیگری ساکت بوده و صرفاً محرمانگی میانجیگری را تضمین کرده‌اند. در دستورالعمل اروپایی، حداقل استانداردهای لازم برای حفظ محرمانگی میانجیگری در نظر گرفته شده و بند ۲ ماده ۷ دستورالعمل، دست کشورهای عضو اتحادیه اروپا را در وضع قوانین سخت‌گیرانه‌تر در جهت حفظ محرمانگی میانجیگری باز گذاشته است. برای مثال، طبق قوانین کشورهای بلژیک و کرواسی، نقض محرمانگی میانجیگری می‌تواند منجر به مسئولیت کیفری شود. (De Palo et al., 2014, pp 73&76). به‌علاوه در صورت سکوت قوانین و مقررات میانجیگری، طرف زیان‌دیده از نقض محرمانگی میانجیگری می‌تواند با استناد به قرارداد میانجیگری یا از باب مسئولیت مدنی مطالبه خسارت کند. (Morek, 2013, p 431).

نتیجه

محرمانگی، قلب تپنده میانجیگری بوده و یکی از ویژگی‌های اصلی آن است. طرف‌های اختلافی که برای حل و فصل اختلاف خود به میانجیگری روی می‌آورند به دنبال حل و فصل واقعی آن اختلاف هستند. به همین منظور، لازم است که در فضایی مسالمت‌آمیز و به‌غایت، محرمانه در خصوص موضوع مورد اختلاف به بحث و گفتگو پرداخته، اختلاف را ریشه‌یابی و دلایل بروز آن را بررسی کنند تا بتوانند با کمک میانجی، راه‌حل مناسبی برای آن بیابند. بنابراین میانجیگری، زمانی موفقیت‌آمیز است که طرف‌های اختلاف، بدون واهمه از افشای اطلاعات ناشی از میانجیگری به خارج، از فرایند و استفاده از آن اطلاعات بر علیه خودشان در شیوه‌های تقابلی یا آگاهی رقبای تجاری از آن اطلاعات، از افشای هر آنچه در جهت حل و فصل اختلاف لازم می‌دانند فروگذار نکنند.

طرف‌های اختلافی که اختلافشان را به میانجیگری ارجاع می‌دهند باید دو نکته را مدنظر قرار دهند: اول دایره شمول محرمانگی و دوم، استثنائات محرمانگی.

دایره شمول محرمانگی یا ناشی از قوانین و مقررات است یا ناشی از قانون یا تلفیقی از هر دو آن‌ها. چنانچه قوانین و مقررات، آن میزان از محرمانگی را که مورد نظر طرف‌های اختلاف است تضمین نکنند، آنان می‌توانند این خلأ را با قرارداد پر کنند اما باید توجه داشته باشند که در هر حال، محرمانگی قراردادی نمی‌تواند مخالف با قوانین آمره باشد.

اصل محرمانگی نیز مانند هر اصل دیگری استثنائات خود را دارد اما به‌طور معمول، افشای اطلاعات حاصل از میانجیگری در صورت توافق طرف‌های اختلاف، با تجویز قانون و نیز

در صورتی که افشای آن اطلاعات برای اجرای توافقتنامه حل و فصل اختلاف لازم باشد، مجاز تلقی می‌شود. در هر حال، استثنائات اصل محرم‌انگی را باید تفسیر مضیق کرد.

شایسته است قوانین و مقررات میانجیگری به گونه‌ای تدوین شود که در آن محرم‌انگی میانجیگری به بهترین نحو ممکن تضمین شده و در عین حال، مجال سوءاستفاده از امتیاز محرم‌انگی به افراد فرصت طلب داده نشود، چرا که برخی تنها به این دلیل، اختلاف را به میانجیگری ارجاع می‌دهند تا اسناد، مدارک و اطلاعات خاصی را در این فرایند ارائه داده و با بهره‌گیری از امتیاز محرم‌انگی میانجیگری، آن اسناد، مدارک و اطلاعات را مسدود کرده و با این ترفند برای طرف یا طرف‌های دیگر اختلاف در به‌کارگیری آن‌ها در شیوه‌های تقابلی ایجاد مانع کنند. بنابراین لزوم پیش‌بینی راهکارهایی برای مقابله با این ترفندها در هنگام تدوین این قوانین و مقررات، ضروری است.

ضمانت اجرای نقض محرم‌انگی میانجیگری، بستگی به رویکرد سیستم قضایی مربوط به آن داشته و می‌تواند هم مشمول ضمانت اجراهای کیفری باشد و هم مدنی. در صورتی که قوانین و مقررات میانجیگری در خصوص ضمانت اجرای نقض محرم‌انگی ساکت باشد، زیان‌دیده از نقض محرم‌انگی می‌تواند با استناد به قرارداد میانجیگری یا از باب مسئولیت مدنی مطالبه خسارت کند.

منابع

- Alexander, Nadja, (2009), *International and comparative mediation legal perspectives*, The Netherlands, Kluwer law international BV
- Association for international arbitration(ed.), (2012), *European mediation training for practitioners of justice: A guide to European mediation*, Antwerpen,Belgium, Maklu
- De Palo, Giuseppe Et al, (2014), "Rebooting the mediation directive:Assessing", European Parliament, Available at <http://www.europarl.europa.eu/studies>
- H.Blackmand, Scott & M.Mcneill, Rebecca, (1998), "ADR in commercial intellectual property dispute", the American university law review,vol 47, pp1709-1734
- ICC commission on arbitration and ADR, (2013), *Mediation guidance notes*, Paris:ICC
- Lack, Jeremy, (2010), " The growing need for ADR in IP disputes", Intellectual property magazine, December, pp19-22
- Morek, Rafal, (2013), " Confidentiality in mediation and its legal safeguards in the EU member states", Springerlink.com, published online
- Partridge, Mark V.B, (2009), *Alternative dispute resolution an essential competency for lawyers*, New York: Oxford university Press ,Inc
- Patterson, Susan & Grant, Seabolt, (2001), *Essentials of alternative dispute resolution*, second edition, Dallas, Texas: Pearson Publications Company
- Plant, D, (2003), *Dispute settlement, world intellectual property organization, 4.arbitration and mediation center*, Geneva: UNCTAD
- Sharp, Geoff, (2014), " International mediation-A comparative table of institutional mediation rules", Kluwer mediation blog, available at <http://kluwermediationblog.com>
- Thoma, Ioanna, (2007), "Mediation in an IP context:WIPO or ICC?", ADR bulletin, vol 9, N 8, article 4
- UNCITRAL (United nations commission on international trade law), (2004), *UNCITRAL model law on international commercial conciliation with guide to enactment and use*, New York:United Nations
- W.Kowalchuk, Alan, (2012), " Resolving intellectual property disputes outside of court", American arbitration association, Available at www.adr.org/aaa
- Yeend, Nancy & E.Rincon, Cathy, (1996), "ADR and inetlectual property:A prudent option", by the PTC research foundation of Fraklin Pierce Law Center IDEA: The journal of law and technology