النّظام القانوني للوساطة الإجبارية كوسيلة لتسوية المنازعات دراسة تحليلية مقارنة

The legal system of mandatory mediation as a mean of setting disputes Comparative analytical study

شهد ريا مشعل

جامعة بغداد- كلية القانون

أستاذ دكتور حيدر فليح حسن

جامعة بغداد- كلية القانون

الكلمات الافتتاحية:

وساطة، إجبارية، شبه إجبارية، سابقة، لاحقة

Keywords:

mediation, mandatory, almost mandatory, advance, later.

Abstract

The mediation system is based on settling the dispute amicably through the intervention of a third party by bringing views closer away from the judiciary, which is an amicable way to settle disputes, which disputants resort to voluntarily, but some Western legislation has begun to impose resorting to mediation to settle disputes compulsorily, to take advantage of its advantages, get rid of the disadvantages of resorting to the judiciary in some disputes, and relieve pressure on the courts. This trend began in Italy and many Western countries followed in adopting compulsory mediation, until it became a companion to the judiciary and an alternative to it in some disputes. This research attempts to define compulsory mediation through a comparative analytical study in the legislation that has adopted the compulsory mediation system, and to identify its types and advantages.

الملخص

يقوم نظام الوساطة على تسوية النزاع ودياً عبر تدخل طرف ثالث بتقريب وجهات النظر بعيداً عن ساحات القضاء، وهي طريقة ودية لتسوية النزاعات، يلجأ إليها المتنازعون طواعية، غير أن بعض التشريعات الغربية بدأت بفرض اللجوء إلى الوساطة لتسوية النزاعات بشكل إجباري، للاستفادة من ميزاتها، والتخلص من سلبيات اللجوء إلى القضاء في بعض المنازعات، وتخفيف الضغط عن المحاكم. وقد بدأ هذا الاتجاه في إيطاليا وتبعتها الكثير من الدول الغربية في تبني الوساطة الإجبارية، حتى باتت رديفاً للقضاء وبديلاً عنه في بعض المنازعات. يحاول هذا البحث التعريف بالوساطة الإجبارية من خلال دراسة تحليلية مقارنة في التشريعات التي أخذت بنظام الوساطة الإجبارية، والتعرف على أنواعها ومزاياها.

المقدمة

تُعد الوساطة إحدى أشكال الوسائل البديلة لحل النّزاعات، والّتي تلقى إقبالاً من المتنازعين على المستويين الوطني والدولي[1] لتسوية منازعاتهم عن طريقها ودّياً وبعيداً عن الخصومات القضائية، عن طريق شخص يدعى "الوسيط"، يتوافق عليه الأطراف، ويعمل على تقريب وجهات النّظر للوصول إلى تسوية مرضية للأطراف. وبالنّظر للفوائد العملية للوساطة، فقد اتّجهت تشريعات دول الاتحاد الأوروبي لفرض اللجوء إليها وتسوية المنازعات من خلالها، ضمن شروط وضوابط معينة، تتعلق بنوع النّزاع أو بقيمته، مما يخفف من زخم النزاعات المعروضة على القضاء ويحقق الاقتصاد في الجّهد والوقت والنفقات لأطراف النزاع. وكأي اتجاه تشريعي، فإنّ الوساطة الإجبارية لم تلقَ إجماعاً لدى التّشريعات الأوروبية، سواء من حيث جواز اعتمادها، أو من حيث نطاقها عند اعتمادها، كما ثار خلاف وجدل فقهي حول جواز الإجبار على حل

النزاعات عن طريق الوساطة، بحسبان أنَّ القضاء يشكل أحد مظاهر سيادة الدول، وإسناد مهمة تسوية النزاعات إلى أشخاص آخرين قد يُعد خصخصة لمرفق القضاء، وهو ما يشكل انتهاكاً لسيادة الدولة ولحقوق الأفراد. أهمية موضوع البحث: ظهر أهمية البحث بالنظر لندرة الدراسات العربية التي تناولت الوساطة الإجبارية في تسوية المنازعات، ولما يمثله هذا الشّكل من الوساطة من خروج على القواعد العامة المألوفة والمستقرة في قواعد الطرق البديلة لتسوية المنازعات بشكل عام، والوساطة بشكل خاص، والتي تقضي بالرّضائية في اللجوء إليها لتسوية النّزاع، وعدم جواز الإجبار عليها. كما تتمثل أهمية موضوع البحث في محاولة تحديد المفاهيم والمصطلحات القانونية وضبط تعريفاتها والتمييز فيما بينها وبين ما يتشابه معها من مفاهيم أخرى والتعرض للنظام الإجرائي للوساطة الإجبارية، لتحديد مدى أمكانية اعتمادها في النظام القانوني العراقي.

إشكالية البحث: تتمثل إشكاليّة البحث في بيان مدى إمكانية إجبار الأطراف المتنازعة على اللجوء إلى الوساطة لتسوية نزاعاتهم، والتعرف على اشكال الإجبار على الوساطة والنزاعات الصالحة لتسويتها من خلال الوساطة.

أهداف البحث: يهدف البحث إلى الوقوف على مَاهِيَّة الوساطة الإجبارية، وأهميتها القانونية والعملية ومبرراتها؛ وتحديد أساسها ومصدرها القانوني؛ سَواءً من الفقه أو القضاء أو تشريعات دول الاتحاد الأوروبي.

منهجية البحث: لتحقيق الأهداف لمرجوة من البحث فقد تمّ الاعتماد على المنهج الوصفي والتّحليلي المقارن، من خلال استعراض ودراسة النّصوص القانونية والأحكام القضائية والآراء الفقهية ذات الصّلة، في التّشريعات والسّوابق القضائية

الّتي تبنت الوساطة الإجبارية، وتحليل هذه النصوص والأحكام للوصول إلى فهم فلسفة الوساطة الإجبارية وشروطها وضوابطها في هذه التشريعات.

خطة البحث: تقوم خطة البحث بالاعتماد على خطة من مبحثين، ثم ختم الموضوع بخاتمة تتضمن النّتائج التي تم التوصل إليها، وكذلك بعض التّوصيات التي نراها ناجعة، وذلك على الشّكل الآتي:

المبحث الأول: تناولنا فيه ماهية الوساطة الإجبارية، وذلك من خلال مطلبين: المطلب الأول تناولنا فيه التّعريف بالوساطة الإجبارية، والمطلب الثاني تناولنا فيه تمييز الوساطة الإجبارية عن غيرها من وسائل تسوية المنازعات.

المبحث الثاني تناولنا أنواع الوساطة الإجباريّة، من خلال ثلاثة مطالب، تناولنا في المطلب الأول أنواع الوساطة الإجبارية من حيث المصدر، وتناولنا في المطلب الثاني أنواع الوساطة الإجبارية من حيث وقت اللجوء إليها، فيما خصصنا المطلب الثالث لدراسة أنواع الوساطة الإجبارية من حيث الطبيعة.

ثم انتهينا في الخاتمة لبيان أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها من خلال البحث.

المبحث الأول: ماهية الوساطة الإجباريّة : تقوم فكرة الوساطة على حلّ المنازعات ودّياً فيما بين الأطراف عن طريق شخص ثالث يقوم بالتّقريب فيما بين وجهات النظر، بهدف الوصول إلى تسوية ودّية مرضية لأطراف النّزاع، وهي طريقة معروفة منذ القدم سبقت ظهور القضاء الرّسمي، بل سبقت ظهور الدّولة، فمن المعلوم أنّه في ظل الواقع العشائري يقوم وجهاء القبيلة بالتّوسط بين المتخاصمين لحل النّزاع ودّياً، غير أنه مع ظهور الدّولة احتكرت سلطة القضاء باعتباره أحد مظاهر سيادة الدّولة، فأخذ دور الوساطة بالتّراجع. ومع بدايات القرن العشرين، بدأت نظريات الفلسفة السياسية

في تغيير موقفها من وظيفة الدّولة، وبدأت الدولة بالتّخلي عن فكرة الدّولة الحارسة التي تقتصر مهامها على تثبيت الأمن وإقامة العدل، والانتقال نحو فكرة دولة الرّفاه، الّتي تضطلع فيها الدّولة بمهام تأمين مستوى معيشي جيد للمواطنين بالدّرجة الأولى، فقامت الدول المعاصرة بالتشجيع على حل المنازعات الخاصة بين الأفراد عن طريق الوساطة، لإتاحة المجال لقضاء الدّولة للتّفرغ للدّعاوى المتعلقة بالنّظام العام.وبالنظر لحداثة فكرة الوساطة الإجبارية وغرابتها عن مجتمعنا، لا بد من التعرف على ماهيتها، وهو ما سنقوم بدراسته في هذا المبحث من خلال مطلبين، حيث سندرس في المطلب الأول التّعريف بالوساطة الإجبارية، ونخصص المطلب الثاني لتمييز الوساطة الإجبارية عن غيرها من وسائل تسوية المنازعات.

المطلب الأول : التّعريف بالوساطة الإجباريّة : تقوم فلسفة الوساطة على مبدأ معروف في الفكر الحقوقي، مؤداه تسوية المنازعات خارج دور القضاء، عن طريق وسيط يتوافق عليه أطراف النّزاع، يعمل على تقريب وجهات النّظر للوصول إلى تسوية مرضية للأطراف، وهي تستند من حيث المبدأ على الرّضا المشترك لأطراف النزاع، وقبولهم بفكرة الوساطة وبشخص الوسيط. وللتّعريف بالوساطة الإجبارية، سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، ندرس في الفرع الأول تعريف الوساطة الإجبارية، وندرس في الفرع الثاني خصائص الوساطة الإجبارية وتمييزها عن الطوعية.

الفرع الأول: تعريف الوساطة الإجباريّة : من القواعد المعروفة المقررة أنَّ الحكم على الشّيء فرع عن تصوره، فلا يمكننا الحكم على الشّيء، إلا بعد تصوره تصوراً تاماً، حتى يكون الحكم مطابقاً للواقع. ولبناء موقف من الوساطة الإجبارية لا بد من الوقوف على تعريفها، حيث تقوم المصطلحات القانونية على مبدأ جوهري مؤداه صعوبة وضع تعريف جامع ومانع لها، وينطبق هذا المبدأ على مصطلح الوساطة

الإجبارية، غير أنَّ حداثة المفهوم وغرابته عن مجتمعنا تحتّم علينا التّعرف على كنه هذا المصطلح، والوقوف على تعريفه في اللغة العربية والاصطلاح القانوني. أولاً: التّعريف اللغوي للوساطة الإجبارية: يتكون مصطلح الوساطة الإجبارية من مفردتين، هما (الوساطة) و(الإجبارية)، وبالتالي لا بد من تحديد المعنى اللغوي لكل مفردة على حدة للوصول إلى تحديد المعنى اللغوي للمصطلح ككل. الوساطة في اللغة هي مصدر للفعل الثّلاثي (وَسَطَ)، الّذي يأتي بمعنى وعد[٢]، والوساطة عمل الوسيط، والوسيط هو المتوسط بين المتخاصمين[٣]، والوسيط لغةً معناه: الحَسَنْ والخَيّر، فيقال: رجل وسط ووسيط بمعنى حسن من ذلك، ويُقال: مرعى وسط؛ أي خيار[٤]، وفي القاموس، الوسيط هو المتوسط بين المتخاصمين، وتوسط بينهم؛ أي عمل الوساطة[٥]. ومن المعاني اللغوية للوساطة، المعنى المكاني، فيقال: وسط فلان جماعة من النّاس وهو يسطهم؛ إذا جاء في وسطهم، وسمي واسط الرّحل لأنه وسط بين الآخرة والقادمة[٦]. أما الإجبار في اللغة فهو مصدر للفعل الثّلاثي (جَبَرَ)، ويقال: جبر الرّجل على الأمر، ويجبره جَبراً وجُبوراً[٧].

وأجبره بمعنى أكرهه[٨]، وعامة العرب يقولون: أجبره، والجبر تثبيت وقوع القضاء والقدر، والإجبار في الحكم، يقال: أجبر القاضي الرجل على الحكم، إذا أكرهه عليه[٩]، ويأتي بمعنى قوة وبأس، يقال: جبراً وقهراً؛ أي بالقوة والقسر[١٠].

وبذلك فإنَّ المعنى اللغوي للوساطة الإجبارية يشير إلى الإكراه أو القسر على التّوسط بين المتخاصمين، لتسوية نزاعهم ودّياً بعيداً عن القضاء.

ثانياً: التّعريف الاصطلاحي للوساطة الإجبارية: على الرّغم من عديد الدّراسات الأجنبية الّتي تناولت موضوع الوساطة الإجبارية، بيد أنها جميعاً جاءت خالية من تعريف للوساطة الإجبارية؛ ولعل ذلك يعود لحداثة الموضوع، من هنا، فإننا سوف نعمد إلى

بيان تعريف الوساطة اصطلاحاً، لننتهي بدورنا إلى وضع تعريف خاص بالوساطة الإجبارية. تم تعريف الوساطة اصطلاحاً في القاموس القانوني بأنها: "تقنية إجرائية لحل النّزاعات الّتي تنشأ بين الأشخاص، أو الّتي يرغبون في منع حدوثها باستخدام المساعي الحميدة لشخص يسمى الوسيط، وتتم الوساطة إما من قبل الأشخاص أو يقررها القاضي الّذي رفع الخصوم النّزاع أمامه"[١١]. ويلاحظ على هذا التّعريف أنه تعرّض إلى نوعين من الوساطة، هما الوساطة الاتفاقية الّتي تتم باتفاق الخصوم، والوساطة القضائية الّتي يقررها القاضي. كما وضعت غرفة التّجارة الدّولية في باريس (ICC) تعريفاً للوساطة مؤدّاه: "هي الصّيغة الّتي بمقتضاها يتدخل الغير المحايد بصفته مسهلاً، بغية مساعدة الأطراف أو الفرقاء المتنازعين في بذل الجّهود للوصول إلى تسوية ودّية لنزاعهم عن طريق التّفاوض"[١٢].

ويُعرّف قانون الأونسيترال النّموذجي الوساطة بأنّها: "أي عملية، سواءً أشير لها بتعبير الوساطة أو التّوفيق أو بتعبير آخر ذي مدلول آخر مماثل، تطلبُ فيها الأشخاص إلى شخص آخر أو أشخاص آخرين (الوسيط او الوسطاء) مساعدتها في سعيها للتوصّل إلى تسوية ودّية للمنازعات القائمة فيما بينها، والنّاشئة عن علاقات تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى، أو المتصلة بتلك العلاقة، ولا يكون للوسيط صلاحية فرض حل للمنازعة على الأطراف"[١٣]. أما على المستوى المحلّي، نجد أنَّ المشرّع العراقي قد أشار في المادة (٦٩٨) من القانون المدني إلى أنَ: "الصّلح عقد يرفع النّزاع ويقطع الخصومة بالتّراضي"[١٤]، من دون بيان الوسائل الّتي قد تفضي إلى الصّلح. كذلك لم يهتم المشرّع العراقي بوضع تعريف للوساطة في قانون العمل، في معرض تنظيمه لتسوية المنازعات النّاشئة عن عقد العمل في الفصل الأول من الباب الثّامن من قانون العمل[١٥]. أمّا على المستوى العربي، فقد عرّف المشرّع اللبناني الوساطة بأنها: "وسيلة بديلة لحل النّزاعات يستند فيها الأطراف إلى طرف ثالث محايد

(الوسيط)، يتمثل دوره في مساعدتهم وتشجيعهم على التّواصل والتّفاوض لحل النّزاع الّذي نشأ فيما بينهم"[١٦]. ويلاحظ أنَّ المشرّع اللبناني قد أخذ بالوساطة في جميع المنازعات المدنية والتجارية، بما لا يتعارض مع النّظام العام والقوانين الإلزامية النّافذة. وكذلك عرّف المشرّع الإماراتي الوساطة بأنّها: "وسيلة اختيارية وبديلة لتسوية المنازعات المدنية والتّجارية الّتي نشأت، أو الّتي قد تنشأ بين أطراف علاقة قانونية، عقديّة كانت أو غير عقديّة، ويستعينون بطرف ثالث يسمى الوسيط، سواء كانت وساطة قضائية أو غير قضائية، وينظمها قانون اتحادي خاص بها"[١٧]. ويلاحظ أنَّ المشرّع الإماراتي أعلى من شأن سلطان الإرادة للأطراف، عندما سمح لأطراف العلاقة القانونية بالاتفاق مسبقاً على تسوية نزاعاتهم عن طريق الوساطة، كما تطرّق إلى الوساطة القضائية الّتي يقررها القاضي. كما عرّف المشرّع المصري الوساطة في قانون الإفلاس بأنها: "وسيلة ودّية لتسوية المنازعات التّجارية عن طريق وسيط يتولّى تقريب وجهات النّظر بين الأطراف المتنازعة، بمناسبة علاقة عقديّة أو غير عقدية، ويقترح عليهم الحلول المناسبة"[١٨]. أما على الصّعيد الغربي، فقد عرف القانون الكندي الوساطة بأنها: "طريقة لتسوية النّزاعات بين شخصين أو أكثر، توافق الأطراف المعنية على العمل مع شخص غير متحيز يسمى الوسيط، والّذي يساعدهم في إيجاد أرضية مشتركة"[١٩]. ويلاحظ أنَّ القانون الكندي تطرّق إلى الوساطة الاتفاقية الّتي تتم بالاتفاق بين المتنازعين فقط، ولم يُشر للوساطة الّتي تتم بأمر القاضي. أما على صعيد الفقه، فقد تطرق الفقه العربي لتعريف الوساطة، حيث عرّفها جانب من الفقه بأنها: "إجراء يقوم بموجبه عرض كل النّزاع أو جزء منه على شخص أو جمعية، يكون خارج الخصومة القضائية، محاولة منه لإيجاد حل للنزاع"[٢٠].

ويلاحظ على هذا التّعريف أنه يتفق مع التّعريف السّابق بأنّ الوسيط فيه يمكن أن يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً أو جمعية، ولكنه ينفرد بإمكانية عرض النزاع أو جزء منه

فقط للوساطة. وعرّفها رأي ثانٍ بأنها: "نظام يهدف إلى حل المنازعات بين الأطراف وتقييم المراكز القانونية لأطراف النّزاع تحت غطاء السّرية، بحل اتفاقي بديل، إلى جانب الحل القضائي الأصلي، والتّركيز على المصالح المشتركة بين الخصوم وتقويتها عن طريق شخص يسمى الوسيط"[٢١]. يلاحظ على هذا التعريف أنه ذكر الوساطة الاتفاقية، وجعلها بديلاً إلى جانب الحل القضائي الأصلي؛ أي أنه يتم اللجوء إلى الوساطة أثناء التقاضي، كما أنه ذكر مصطلح السّرية الّذي يعد من أهم خصائص الوساطة، وهذه نقطة محمودة، غير أنه غفل عن تحديد الوسيط. ويعرفها رأي آخر بأنها: "وسيلة لحل المنازعات من خلال تدخل شخص ثالث نزيه وحيادي ومستقل يزيل الخلف القائم، وذلك باقتراح حلول عملية ومنطقية، وتقريب وجهات النّظر، بهدف إيجاد صيغة توافقية، وبدون أن يفرض عليهم حلاً أو يصدر قراراً ملزماً"[٢٢]. ويلاحظ على هذا التّعريف، كبقية التعريفات السابقة، الّتي ذكرت مصطلح نزاعات أو نزاع دون بيان طبيعة النّزاع، وهذا يعني أن يشمل جميع أنواع النّزعات، غير أنّ هذا التّعريف ينفرد بأنه ذكر صفات الوسيط، بان يكون نزيهاً وحيادياً ومستقلاً، وهذه نقطة محمودة، وإن كان قد أهمل تحديد طبيعة الوسيط، في كونه شخصاً طبيعياً أو معنوياً. أما على صعيد الفقه الغربي، فقد عرّفها رأي فيه بأنها: "إجراء حوار أخلاقي مبني على المسؤولية واستقلالية الأطراف، يقوم به شخص ثالث محايد ومستقل، ليس له سلطة القرار، يساعد عن طريق الحوار على بناء أو إعادة بناء الرّوابط الاجتماعية"[٢٣]. ويؤخذ على هذا التّعريف أنه لم يتناول المسائل الّتي يتم اللجوء إلى الوساطة بشأنها، ولم يحدد طبيعتها.

كما عرفها رأي آخر بأنها: "طريقة ودية لحل المنازعات بين شخصين أو أكثر، تحت قيادة شخص محايد ومؤهل، ليس له سلطة الإلزام، ولكن لديه سلطة التّوجيه ومحاولة التّقريب بين وجهات النّظر، بهدف التّوصل إلى حل رضائي دائم يتم بموافقتهم"[٢٤].

وباستعراض التعريفات السّابقة، نجد أنّ اغلبها تتفق على العناصر الآتية في تعريفها للوساطة:

١- الوساطة طريق أو آلية لحل النّزاع: فالوساطة تحل محل القانون الجّامد، وتعمل على الوصول إلى حل يعتمد على استلهام الضمير لمبادئ العدل والإنصاف.

٢- الوساطة عملية طوعية وإرادية: فإرادة الأطراف تلعب دوراً كبيراً في الوساطة، فلا يمكن إجراؤها إلا بقبول جميع الأطراف المتخاصمة.

٣- الوساطة آلية من آليات الحوار: فالحوار أساس الوساطة، ويقصد به الحوار الهادئ والواعي بإدراك كل أطراف النزاع لحقوقهم ومصالحهم المشتركة.

٤- إنَّ أساس الوساطة تدخل شخص ثالث محايد: ويقصد بالشّخص الثالث، شخص أجنبي عن الطّرفين المتنازعين، يقوم بتقريب وجهات النّظر، وإعطاء الحلول المناسبة.
وبعد أن انتهينا من تعريف الوساطة بصورة عامة، وبالنّظر لعدم وجود تعريف للوساطة الإجبارية بصورة خاصة، سوف نعرض التّعريف الخاص بنا لهذا النّوع من الوساطة، فنقول: هي وسيلة لحل المنازعات، يُجبر الأطراف على اللجوء إليها، سواء في مرحلة التّقاضي وقبل صدور الحكم في الدّعوى، أو قبل تلك المرحلة، ويتعرض الممتنع عن قبولها لجزاءات مدنية من قبيل عدم الحكم له بمصاريف الدعوى في حالة كسبها.

الفرع الثاني: خصائص الوساطة الإجبارية وتمييزها عن الطّوعية: يتضح من تعريف الوساطة الإجبارية أنها تنفرد بخصائص خاصة تمتاز بها، كما تتمايز عن الوساطة الطّوعية بجملة من الفوارق.

أولاً: خصائص الوساطة الإجبارية

أ- الإحالة التّعسفية للقضايا: بمقتضى هذه الخصيصة تلتزم المحكمة بعدم النّظر ابتداءً بجميع القضايا المشمولة بالوساطة الإجبارية، وإلزام أطراف النّزاع بضرورة اللجوء إلى هذه الأخيرة لفض نزاعهم، وفي حال فشل تلك الوساطة في تسوية النّزاع، يتم الرجوع عندها مرة ثانية للقضاء لحسمه.

ومن المآخذ على ذلك أنَّ الإحالة التّعسفية لفئة معينة من القضايا، دون الأخذ بعين الاعتبار ظروف كل قضية على حدة إنما يسلب المحكمة سلطتها التقديرية في تقدير تلك الظروف.

ب- فرض جزاءات في حال عدم امتثال الأطراف للوساطة الإجبارية: خوّلت التّشريعات التي أخذت بالوساطة الإجبارية المحكمة فرض جزاءات مدنية -التي قد تكون مفرطة في بعض الأحيان- بحق من يمتنع من الأطراف عن اتباع الوساطة، وتهدف هذه الجزاءات إلى تغيير سلوك الأطراف[٢٥]، وتعويدهم على اتباع الوساطة، غير أنَّ فرض الجزاءات له محاذيره، حيث قد يفضي في بعض الأحيان إلى مشاركة صورية وغير حقيقية فقط لتجنب تلك الجزاءات.

ج- التّدقيق المفرط في مشاركة الأطراف في الوساطة: إذا كانت المحاكم عند نظرها في مدى امتثال أطراف النّزاع للوساطة الإجبارية تتولى التدقيق في سلوكهم أثناء جلساتها، وهو أمر قد يثير مخاوفهم بشأن عنصر السّرية الذي يجب أن تقترن به عملية الوساطة بنوعيها الطوعية والإجبارية[٢٦]، ولعل ما يزيد من تلك المخاوف قيام المحكمة في بعض الأحيان باستدعاء الوسطاء للإدلاء بشهاداتهم حول سلوك الأطراف في تلك الجلسات، وهو الأمر الذي قد يتقاطع كما أسلفنا وتصورات الأطراف عن السّرية فيها ويحول بالتّالي دون مشاركتهم فيها بحرية وانفتاح. باختصار، يمكننا القول أنَّ الوساطة الإجبارية لا ينبغي لها أن تتعارض أو تقوض من الطبيعة الأصلية للوساطة

من حيث كونها عملية طوعية وتوافقية، من هنا فإن الوساطة الاجبارية باعتبارها مجرد وسيلة موقتة يجب أن تعاد صياغتها كعملية غير رسمية يشعر معها أطراف النّزاع بالراحة، ولن يكون هذا ممكناً إذا كانت هنالك جزاءات مفرطة أو كانت هناك إحالة تعسفية لقضايا الوساطة دون أي حكم للإعفاءات، أو إذا لم يكن لدى الأطراف تأكيدات بأنَّ المحكمة لن تدقق في سلوكهم خلال عملية الوساطة.

د- المستوى المطلوب للمشاركة في الوساطة الإجبارية: لضمان فعالية الوساطة الإجبارية يجب أن تكون مشاركة الأطراف فيها مُقترنة بحسن نيتهم ورغبتهم الحقيقية في حسم نزاعهم من خلالها، وهذا يتطلب:

١ً- يجب أن يكون الأطراف أو ممثلوهم حاضرون في الوساطة، على نحو يمكّنهم من الوقوف على حقيقة الإجراءات المتحققة فيها، ويساعدهم لاحقاً على اتخاذ القرارات المناسبة بشأنها .

٢ً_ يجب أن يتمتع الأطراف، أو ممثلو الأطراف بالسّلطة اللازمة لتقديم المقترحات اللازمة لتسوية النّزاع، وهذا مطلب أساسي للأطراف أو ممثلوهم ليكونوا صانعي القرار الأساسيين الذين لا يحتاجون إلى استشارة الأطراف الأخرى غير الحاضرة في الجّلسة.

٣ً_ يجب على كل طرف تقديم ما لديه من براهين وحجج وأدّلة يمكن أن تساهم في تبيان الحقائق في النزاع.

ثانياً: التّمييز فيما بين الوساطة الإجبارية وبين الوساطة الطّوعية: إذا كان شكلي الوساطة الطّوعي والإجباري يشتركان في طبيعتهما من حيث كونهما من الوسائل

البديلة لحل المنازعات، وفي وسيلتهما من حيث محاولة حل النّزاع عن طريق وسيط، فإنهما يختلفان ويتمايزان في نواحٍ متعددة، أبرزها:

أ- من خصائص الوساطة الطّوعية أنها تتم بتراضي الطّرفين، على خلاف الوساطة الإجبارية الّتي يتم إجبار الأطراف على اللجوء إليها.

ب_ تتميز الوساطة الطّوعية بالسّرية؛ بمعنى أنَّ جميع إجراءات الوساطة ومداولاتها لا يجوز الكشف عنها أو الاحتجاج بها لدى المحكمة أو أي جهة أخرى[٢٧]، وهذه السّرية قد تكون مفقودة في الوساطة الإجبارية، كما بينا أعلاه في خصائص الوساطة الإجبارية.

ج- إنَّ الوساطة الطّوعية لا جزاءات فيها تفرض على الممتنع من الأطراف في الاستمرار فيها، بخلاف الوساطة الإجبارية الّتي تتضمن جزاءات مدنية يتم فرضها على الطّرف الممتنع عن المضي فيها أو التّعامل معها بحسن نية.

المطلب الثاني : تمييز الوساطة الإجبارية عن غيرها من وسائل تسوية المنازعات :

تشترك وسائل تسوية المنازعات، سواء كانت رسمية أم بديلة، في وحدة الغاية منها، وهي الوصول إلى حسم النّزاع وتسويته، وإعطاء كل ذي حق حقه، غير أنَّ لكل من هذه الوسائل إجراءاته ومزاياه الخاصة التي ينفرد بها ويتميز بها عن الوسائل الأخرى، مما يجعل كلاً منها مناسباً لصنف معين من المنازعات، ويفردها بسلبيات وإيجابيات خاصة بها. وبالنّظر لتعدد وسائل تسوية النزاعات من قبيل التّحكيم والتوفيق وقبل ذلك القضاء، سنحاول التمييز فيما بين الوساطة الإجبارية من جهة وبين تلك الوسائل من جهة أخرى. من هنا فإننا سنعمد الى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نميز في أولهما فيما بين الوساطة الإجبارية وبين غيرها من الوسائل البديلة لتسوية النزاعات، وفي الثاني تمييزها عن التقاضي.

الفرع الأول: تمييز الوساطة الإجبارية عن غيرها من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات: إنَّ الإقبال المتزايد على اللجوء إلى الوسائل البديلة لتسوية المنازعات المدنيّة والتّجارية، والحِراك التّشريعي المتنامي على المستويين الوطني والدّولي لتنظيم أحكام هذه الوسائل، مرجعه المزايا الّتي تتمتع بها هذه الوسائل، وما تحققه من مكاسب لأطراف النّزاع وللدّولة.

ويمكن إجمال المزايا الّتي تتمتع بها الوسائل البديلة لحل النّزاعات في النّقاط الآتية:

أ- تحقيق العدالة السّريعة: إنّ سرعة حسم المنازعات عن طريق الوسائل البديلة يشجّع أطراف النّزاع على اللجوء إليها، لا سيما في العلاقات التّجارية الدّولية الّتي تتأثر بتقلبات أسعار البضائع وسعر الصّرف، حيث يستغرق حل النّزاع عن طريق القضاء مدّة طويلة قد تؤدي لإلحاق أضرار بالغة بأطراف النّزاع[٢٨]، فيفضل الأطراف التّنازل عن جزء من الحق المتنازع عليه لتجنب الخسائر الناجمة عن طول أمد التقاضي.

ب- الاقتصاد في النّفقات: فالوسائل البديلة لحل النّزاعات –باستثناء التّحكيم- لا تحتاج إلى محامين أو مصاريف شهود وخبراء، فضلاً عن تجنّب الخسائر النّاجمة عن تقلب الأسعار والخدمات[٢٩].

ج- المحافظة على العلاقات الودّية: قد تقتضي مصلحة المتنازعين الاحتفاظ بالعلاقات التّعاقدية، لا سيما في حالة العقود طويلة الأجل، وإنّ اللجوء إلى القضاء ووقوف الأطراف موقف الخصوم من شأنه إنهاء العلاقات التعاقدية بين الأطراف، وقد يجد الأطراف أنّ من مصلحتهم الإبقاء على المعاملات التّجارية المستقبلية، لأن مصالحهم مترابطة، ويكون من الضّروري محاولة حسم النّزاع بشكل ودّي، وتفادي الخصومة القضائية، فتجد ضالّتها في الوسائل البديلة لحل المنازعات[٣٠].

د- كما تؤدي سرية الإجراءات في الوسائل البديلة إلى المحافظة على العلاقات والتعايش الإيجابي بين المتعاقدين في المستقبل، فضلاً عن المحافظة على الأسرار التجارية أو الصّناعية، الّتي تحرص الشّركات على إبقائها سراً غير معروف للغير، وإنّ مبدأ العلانية في إذاعتها أمام القضاء قد يلحق بها خسائر فادحة[٣١].

ومع هذا فإن الوساطة الإجبارية، باعتبارها إحدى الوسائل البديلة لتسوية النزاعات، تمتاز عن غيرها من تلك الوسائل كالتّحكيم والتوفيق والتّحكيم الإجباري، وهو ما سنحاول بيانه في أدناه:

١- تمييز الوساطة الإجبارية عن التّحكيم: يعد التحكيم نظاماً خاصاً للتقاضي في المسائل المدنية والتّجارية والإدارية –الّتي يجوز فيها الصّلح ولا تتعارض مع النّظام العام-، يلجأ بمقتضاه أطراف اتفاق التّحكيم إلى محكّم أو أكثر، دون قضاء الدّولة، للفصل فيما يُثار بينهم من نزاعات تتعلق بمعاملاتهم العقدية أو غير العقدية بحكم ملزم[٣٢]، فالتّحكيم نظام قانوني يعفي المحكّم المستقل أو هيئة التّحكيم من الخضوع إلى بعض أو كل القواعد الموضوعية والشّكلية الوارد ذكرها في التّشريعات الوطنية، لا سيما إذا كانت لا تتفق مع طبيعته وخصوصيته[٣٣].

ويتم اللجوء إلى التّحكيم إما بناء على اتفاق سابق على نشوء النزاع، وهو ما يعرف بشرط التّحكيم، أو بموجب اتفاق لاحق على نشوب النزاع، وهو ما يعرف بمشارطة التّحكيم[٣٤].

يُعدّ التّحكيم أقدم أشكال تسوية النّزاعات الّتي عرفتها البشرية، حيث سبق القضاء في الظّهور، ويرجع البعض وجود التّحكيم إلى بداية وجود الإنسان على الأرض[٣٥].

وبما أن كلّاً من الوساطة الإجبارية والتّحكيم يعدّان من الوسائل البديلة لتسوية النّزاعات، فلا بدّ من تحديد الفروقات الأساسية بينهما، والتي يمكن إيجازها بالآتي:

أ- من حيث المصدر: إنَّ مصدر الوساطة الإجبارية الوحيد هو (القانون) وبالتالي فأمر اللجوء إليها غير متروك لإرادة اطراف النزاع، بخلاف التحكيم فمصدره الوحيد هو إرادة الاطراف. تلك الإرادة التي يجب تضمينها بشكل مكتوب حتى يمكن اعتمادها، وبتخلفها يبطل الاتفاق على التحكيم[٣٦].

ب- من حيث تحديد الجّهة التي تتولى تسوية النزاع: يتولى القانون تحديد جهات معينة متخصصة تتولى تسوية النزاعات من خلال الوساطة الإجبارية، وذلك حسب طبيعة النزاع، في حين يترك تحديد تلك الجهة في حال تسوية النزاع عن طريق التحكيم لإرادة أطراف النزاع.

ج- من حيث توافر السّرية في الإجراءات: إذا كان الأصل في الوسائل البديلة لتسوية النزاعات ان تتم وفق إجراءات سرية يحافظ من خلالها طرفي النزاع على سرية ما يدلون به من معلومات، فإن مثل هذه السرية قد تنعدم في الوساطة الإجبارية سيما في حالة فشلها واضطرار أطراف النّزاع للجوء إلى القضاء، إذ ستعمد الجهة المختصة بالوساطة الإجبارية إلى إعداد تقرير كامل ومفصل عمّا دار في جلساتها وترفعه إلى المحكمة المختصة.

د- من حيث الجّزاء: إذ يتعرض من يتخلف من أطراف النزاع عن الخضوع لأحكام الوساطة الإجبارية أو لا يبدي حسن النية الواجب في جلساتها إلى جزاء تحدده القوانين، من قبيل حرمانه (رغم كسبه للدعوى بعد فشل الوساطة الإجبارية بسببه) من الحكم له بمصاريف الدعوى من الطرف الخاسر فيها، في حين أنّ مثل هذا الجّزاء معدوم في التحكيم.

ويرى الفقه أنّ أخلاقيات الوساطة تقتضي ألّا يكون الوسيط محكّماً في القضيّة الّتي سعى فيها بالوساطة؛ وذلك مرجعه أنّه قد اطّلع على تفاصيل القضيّة وكوّن فيها رأيه بشكل مسبق، ومن ثم يفقد صفة الحياد،[٣٧] كما أنه سمع في غير مجلس الحكم إقرارات ونحوها، وقد أفضى له الخصوم في مأمن، لكن يجوز للمحكّم والقاضي أن يعرضا الصّلح على الأطراف المتنازعة أمامهما، لبقاء حيادية المحكّم والقاضي في النّظر في القضيّة[٣٨].

٢- تمييز الوساطة الإجبارية عن التّوفيق: يُعرف التّوفيق بأنه "عبارة عن سعي شخص ثالث للتّقريب بين وجهات نظر الخصوم، والدّخول معهم في مناقشات، بهدف الوصول إلى حل مناسب للنّزاع"، والتّوفيق بهذا المعنى يقترب كثيراً من الوساطة، حتى أنّ السّائد في دول القانون العام (Common law) أنّ التّوفيق والوساطة وسيلة واحدة، ولذلك يطلقون على الموفق "الوسيط"[٣٩].

وتعرف المادة (٣/١) من القانون النّموذجي للتّوفيق التّجاري الدّولي التّوفيق بأنّه: "أي عملية، سواء أُشير إليها بتعبير التّوفيق أو الوساطة أو بأي تعبير آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر، أو إلى أشخاص آخرين (الموفِّق) مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودّية لنزاعهما النّاشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى، أو لنزاع متصل بهذه العلاقة"[٤٠]. فيما تم تعريف التّوفيق في الفقه بأنّه "طريق ودّي لفض النّزاع الناشئ بين الخصوم، إما بواسطة موفق أو هيئة توفيق، وذلك بالتّشاور والاجتماع فيما بينهم للوصول إلى حل للخصوم غير ملزم، وكل ذلك يتم تحريره في محضر موقع من قبل الأطراف والموفق معاً"[٤١]. وقد تزايد استخدام التّوفيق في الممارسة العملية في الوقت الحاضر في تسوية المنازعات في مختلف دول العالم، إذ تفضّله المحاكم والأجهزة الحكومية

وتشجع عليه، فضلاً عن رواجه في المعاملات والمجالات المجتمعية والتّجارية، وقد دفع ذلك بالمشرعين إلى وضع تشريعات وطنية تنظم التوفيق في الكثير من الدول[٤٢]. وبما أنَّ كلّاً من الوساطة الإجبارية والتّوفيق يعدّان من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، فلا بدّ من تحديد الفروقات الأساسية بينهما، والتي يمكن إيجازها بالآتي:

أ- من حيث المصدر: إنَّ مصدر الوساطة الإجبارية الوحيد هو (القانون) وبالتالي فأمر اللجوء إليها غير متروك لإرادة أطراف النّزاع، بخلاف التّوفيق فمصدره الوحيد هو إرادة الأطراف، تلك الإرادة التي يجب تضمينها بشكل مكتوب حتى يمكن اعتمادها، وبتخلفها يبطل الاتفاق على التّوفيق[٤٣].

ب- من حيث تحديد الجّهة التي تتولى تسوية النّزاع: إذ يتولى القانون تحديد جهات معينة متخصصة تتولى تسوية المنازعات من خلال الوساطة الإجبارية وذلك حسب طبيعة النّزاع، في حين يترك تحديد تلك الجّهة في حال تسوية النّزاع عن طريق التّوفيق لإرادة أطراف النّزاع.

ج- من حيث توافر السّرية في الإجراءات: إذا كان الأصل في الوسائل البديلة لتسوية المنازعات أن تتم وفق إجراءات سرية يحافظ من خلالها طرفي النّزاع على سرية ما يدلون به من معلومات، فإنّ مثل هذه السّرية قد تنعدم في الوساطة الإجبارية، سيما في حالة فشلها واضطرار أطراف النّزاع للجوء إلى القضاء، إذ ستعمد الجّهة المختصة بالوساطة الإجبارية إلى إعداد تقرير كامل ومفصل عما دار في جلساتها وترفعه إلى المحكمة المختصة.

د- من حيث الجّزاء: يتعرض من يتخلف من أطراف النزاع عن الخضوع لأحكام الوساطة الإجبارية أو لا يبدي حسن النّية الواجب في جلساتها إلى جزاء تحدده القوانين، من

قبيل حرمانه (رغم كسبه للدعوى بعد فشل الوساطة الإجبارية بسببه) من الحصول على مصاريف الدعوى من الطرف الخاسر فيها. في حين أن مثل هذا الجزاء معدوم في التوفيق.

ويذهب جانب من الفقه[٤٤] إلى القول بأن التّوفيق والوساطة نظامان متمايزان، رغم تقاربهما، فإذا كان كلٌّ من التّوفيق والوساطة يتضمنان تدخل شخص من غير المتنازعين بالسّعي بينهم لتخفيف حدّة الخلاف، وإقامة جسور الاتّصال وتقريب وجهات النّظر، وتقصّي نقاط النّزاع ومحاولة تبسيطها وتخطيها، وتوضيح مخاطر عدم الوصول إلى تسوية ودّية رضائية، والذّهاب إلى الخصومة القضائية، فإنّ التمايز يظهر بجلاء في الوسائل المتبعة في كل منهما، فالموفق يحاول فقط تأمين جو ودّي وتهدئة الخواطر، والتودد للأطراف، وتقريب وجهات نظرهم، وكيفية التّغاضي عن بعض ادّعاءاتهم، واستنهاض قرائنهم لكي يقدّموا لأنفسهم بوادر حلٍّ نابع منهم لنزاعاتهم، بحيث يعكس هذا الحل ما يعتقده كل منهم هو الحق، ليتم الالتزام به واحترامه عن تراضٍ. أمّا الوسيط، فهو أكثر نشاطاً من الموفق، حيث لا يكتفي بالموقف السّلبي تجاه الخصومة بل يوازن ما بين المواقف، ويقدم الرّؤى والخيارات، ويبصّر الأطراف بحقيقة ادّعاءاتهم،[٤٥] فإذا توصّلوا إلى حل ذاتي نابع منهم، فإنه يباركه ويدعوهم إلى تحريره والتوقيع عليه ومصادقته، أما إذا كانت وجهات النظر متباعدة، وتعذّر الوصول إلى حل ذاتي، فإنّ الوسيط يساعد أطراف النّزاع ويقدم لهم رؤيته ومقترحاته في التّسوية، ويسعى لإقناعهم بها، فإذا نجح في مساعيه واقتنع المتنازعون بالتّسوية وقبلوها، فإنهم يحررونها ويوقعونها، أما إذا رفضوها فلا تثريب على الوسيط، حيث يكون قد أدى مهمته، وفي هذه الحال يبقى الخلاف قائماً، ويرفع المتنازعان به دعوى إلى القضاء أو التّحكيم لينظر فيه. ويتبين لنا أنّ الفارق بين الوساطة والتّسوية دقيق جداً، وهو يتمثل في الدور الذي يلعبه الغير في تسوية

النّزاع، فأبرز ما يميز التوفيق عن الوساطة هو الدّور الّذي يؤديه كل من الموفق والوسيط في حسم النّزاعات الّتي يتدخل في تسويتها، فالمساحة الّتي يستطيع الوسيط التّحرّك من خلالها تمكنه من أداء دور أكثر فاعلية وإيجابية، على عكس الموفق الّذي يفتقد إلى هذه المساحة ويكتفي بالدّور السّلبي، حيث نعتقد أنّ هذا الدّور الّذي يؤديه الوسيط يُعدّ أبرز العوامل الّتي منحت الوساطة أهميتها وأدت لتزايد اللجوء إليها من قبل المتنازعين، وتبنيها من قبل المشرّعين، على المستويين الوطني والدّولي، حتى وصلت إلى مصافي الوسائل الأساسية لتسوية نزاعات التجارة الدولية.

٣- تمييز الوساطة الإجباريّة عن التّحكيم الإجباري: التّحكيم الإجباري هو الّذي ينص القانون على الالتزام بالالتجاء إليه كطريق لحل النّزاع، وغالباً ما تسبقه إجراءات للتفاوض نصَّ عليها القانون، حتى إذا تعذّرت التّسوية الودية، تعيّن طرح النّزاع على هيئة التّحكيم الّتي نصّ القانون على تشكيلها[٤٦].

ويختلف التّحكيم الإجباري عن الاختياري بأنَّه في الأول لا يكون هناك اتفاق تحكيم في صورة شرط، وإن كان يتصور وجود مشارطة للتّحكيم بعد قيام النّزاع بين الأطراف، حيث يقوم التّحكيم في هذه الحالة على افتراض قبوله من المتعاملين في تلك الجّهات[٤٧]. ونظام التّحكيم الإجباري معروف في بعض الأنظمة القانونية على نطاق ضيق، لا سيما في منازعات العمل الجّماعية، غير أنَّ بعض الأنظمة القانونية الغربية توسعت في الأخذ به، كالولايات المتّحدة الأمريكية الّتي اعتمدت التّحكيم الإجباري بشكل متزايد[٤٨]، واستخدمته بشكل شائع في مجموعة من السّياقات، بما في ذلك المعاملات التّجارية، وعقود العمل، ومطالبات المستهلكين، بحيث أصبح التّحكيم الإجباري يطال سائر مناحي الحياة اليومية تقريباً، حيث تحكم العقود المتعلقة

بالخدمات المالية -مثل الرّهون العقارية وبطاقات الائتمان والقروض الأخرى-، وبيع البضائع، وحتى الرّعاية الصّحية ودور رعاية المسنين، والمؤسسات التّعليمية[٤٩].

وإذا كان التّحكيم الإجباري يشترك مع الوساطة الإجبارية في جوانب معينة فإنه يتمايز عنها في جوانب أخرى؛ حيث يشترك التّحكيم الإجباري مع الوساطة الإجباريّة في أنَّ كليهما من الوسائل البديلة الودّية لتسوية المنازعات، وأنه يتم إجبار أطراف النّزاع على اللجوء إليهما، وأنهما يتسمان بالسّرعة وتوفير النفقات على الأطراف، ومن شأن اللجوء إليهما تخفيف العبء عن القضاء الرّسمي.

فيما يختلف التّحكيم الإجباري عن الوساطة الإجبارية من حيث دور سلطان الإرادة للأطراف ومدى الإجبار في اللجوء إليهما، ومن حيث علانية الإجراءات، وكذلك يختلفان من حيث مؤيّد اللجوء إليهما.

أ- من حيث مدى الإجبار عليهما: يُعدّ التّحكيم الإجباري طريقاً إجبارياً لحل النّزاع، وبديلاً عن القضاء الرّسمي، بحيث لا يملك الأطراف عرض النّزاع على القضاء، لأنَّ فئة النّزاعات المشمولة بالتّحكيم الإجباري تخرج عن ولاية القضاء، وبالتالي لا يختص بالنظر فيها، بل يجب اللجوء إلى التّحكيم لتسويتها، وذلك على خلاف الوساطة الإجبارية؛ فإنَّ مستوى الإجبار فيها لا يتعدى حث الأطراف على الولوج في الوساطة لمحاولة تسوية نزاعهم من خلالها، ولا يفقد القضاء ولايته للنظر في النّزاع، بل يقتصر دور الوساطة على كونها شرطاً إجرائياً لعرض النزاع على القضاء.

ب- من حيث علانية الإجراءات: تتسم الوساطة بسرية إجراءاتها، باعتبارها غير معدّة لاطلاع أو تدخل الغير، وتقتصر على محاولة الوسيط تقريب وجهات نظر الأطراف للوصول إلى تسوية مرضية لهم، على خلاف التّحكيم الّذي يتّسم بالعلانية، سواء من حيث إجراءاته الّتي تكون متاحة للاطلاع عليها، كما يمكن توكيل محامين للدفاع عن

الأطراف، أو من حيث أحكامه الّتي تكون معدّة للاطلاع عليها، كما يتم عرضها على القضاء للطعن فيها أو لإكسائها صيغة التنفيذ.

ج- من حيث مؤيّد اللجوء إليهما: يمكن أن تفرض بعض التّشريعات الّتي أخذت بنظام الوساطة الإجبارية جزاءات مدنية على الطّرف الّذي يمتنع عن اللجوء إلى الوساطة أو لا يظهر جدّية أو حسن نيّة في اللجوء إليها، وتتمثل هذه الجزاءات غالباً في الحكم عليه بمصاريف الدّعوى، أما التّحكيم الإجباري، فإنه ينزع ولاية القضاء عن النّظر في النّزاع، وبالتالي لا يملك الأطراف عرض نزاعهم على القضاء، مع بعض الاستثناءات المحدودة الّتي يسمح فيها القضاء الأمريكي للجنة تكافؤ الفرص رفع دعوى قضائية في نزاع معيّن[٥٠].

ولا يلقى التّحكيم الإجباري بشكل عام قبولاً لدى الفقه والقضاء العربي[٥١]، إذ يعتبره غير دستوري، حتى ولو قام القانون بتنظيم قواعد وإجراءات تحكيم إجباري خاصة وألزم الأطراف باتباعها بالنسبة لعلاقة قانونية معينة[٥٢].

الفرع الثاني: تمييز الوساطة الإجبارية عن التّقاضي: يُعدّ القضاء هو الطّريق الرئيس لتسوية النّزاعات بين الأفراد، فيما تمثل الوساطة الإجبارية إحدى الوسائل البديلة والرّديفة للقضاء في هذه المهمة، وإذا كان كلا لنظامين يشتركان في ذات الغاية، فإنهما يختلفان من نواحٍ متعددة أبرزها:

أولاً: من حيث الاختصاص المكاني: الوساطة بنوعيها (الطّوعية والإجبارية) أوسع من القضاء لجهة الاختصاص المكاني، حيث تصح الوساطة بين الطرفين ولو اختلفت أمكنتهم، وبالتالي يجوز للوسيط النظر في النّزاع ولو كان المدعى عليه أو الحق المتنازع عليه خارج بلد الوساطة[٥٣]، أما القضاء فإنه مقيّد بالنظر وفق الاختصاص

المكاني الّذي تحدده قوانين المرافعات وفقاً لموطن المدعى عليه أو مكان الحق المتنازع عليه.

ثانياً: من حيث الجّزاء: إذ يتعرض من يتخلف من أطراف النّزاع عن الخضوع لأحكام الوساطة الإجبارية، أو لا يبدي حسن النية الواجب في جلساتها إلى جزاء تحدده القوانين، من قبيل حرمانه (رغم كسبه للدعوى بعد فشل الوساطة الإجبارية بسببه) من الحصول على مصاريف الدعوى من الطرف الخاسر فيها. في حين أن مثل هذا الجزاء معدوم في التقاضي.

ثالثاً: من حيث علانية الإجراءات: تتسم إجراءات الوساطة من حيث الأصل بالسّرية، إذ تكون جلساتها غير علنية، وهو ما يكفل المحافظة على أسرار أطراف النّزاع[٥٤]، كما أن قراراتها لا يتم نشرها[٥٥]، ولكن يستثنى من ذلك حالة فشل الوساطة واضطرار أطراف النزاع للجوء إلى القضاء، إذ ستعمد الجهة المختصة بالوساطة الإجبارية إلى إعداد تقرير كامل ومفصل عما دار في جلساتها وترفعه إلى المحكمة المختصة. أما إجراءات التقاضي، فهي تتسم من حيث الأصل بالعلانية، طبقاً لمبدأ دستوري وهو علانية التقاضي الّذي يقضي بأن تكون الجلسات علنية أمام الجمهور، ويسمح بنشر الأحكام.

المبحث الثاني : أنواع الوساطة الإجبارية : تنقسم الوساطة (باعتبارها إحدى الطرق البديلة لتسوية النزاعات) من حيث الأصل، إلى نوعين رئيسيين، هما: الوساطة الطوعية أو الاختيارية، والوساطة الإجبارية، إذ تقوم الأولى على توافق إرادتي أطراف النزاع على اللجوء إليها لحل نزاعهم والقبول بالتسوية التي يتم التوصل إليها من خلالها، فيما يتم فرض الوساطة الإجبارية بقوة القانون أو بقرار من المحكمة التي تنظر في النزاع وبغض النظر عن قبول أطراف النزاع بها أو رفضهم إياها، وقد عرفت دول الاتحاد الأوروبي، نوعاً ثالثاً من الوساطة يتوسط بين النوعين السابقين هو

الوساطة الطّوعية المقترنة بثواب أو جزاء يفرض على أطرافها. وقد تباينت مواقف تشريعات الدول الأوروبية في تبنيها لنوع الوساطة تبعاً للدعاوى المعروضة، ففيما يتعلق بالدّعاوى المدنية والتجارية، تبنّت معظم دول الاتحاد الأوروبي الوساطة الطوعية، وهي كل من (النمسا، بلجيكا، قبرص، أستونيا، فنلندا، فرنسا، ألمانيا، لاتفيا، ليتوانيا، لوكسمبورغ، هولندا، البرتغال، رومانيا، إسبانيا، السويد، المملكة المتحدة)، أما كل من إيطاليا وتركيا والنمسا، فقد تبنّت بشأن الدعاوى المذكورة النوع الثاني من الوساطة، وهي الوساطة المقترنة بثواب أو جزاء. أما في دعاوى الأحوال الشّخصية، فقد تبنّت بعض دول الاتحاد الأوروبي الوساطة الإجبارية لتسوية النزاعات اللاحقة للانفصال وترتيبات تقاسم الأموال وحضانة الأولاد، مثل إنكلترا وويلز وأستراليا. وفيما يتعلق بنزاعات العمل، فتميل بعض الدول الاوربية للأخذ بالوساطة الإجبارية لحل نزاعات العمل الجماعية، ونزاعات المتدرب مع رب العمل في عقد التدريب المهني، من قبيل النمسا وهولندا[٥٦]. أما فيما يتعلق بتقسيم الوساطة الإجبارية، فثمة ثلاثة تقسيمات رئيسة لها، الأول: من حيث مصدرها، والثاني: من حيث وقت اللجوء إليها، والثالث من حيث طبيعتها. وسنتناول هذه التقسيمات الثلاثة في هذا المبحث من خلال ثلاثة مطالب، ندرس في المطلب الأول أنواع الوساطة من حيث مصدرها، وندرس في المطلب الثاني أنواع الوساطة من حيث وقت اللجوء إليها، فيما نخصص المطلب الثالث لدراسة أنواع الوساطة من حيث طبيعتها.

المطلب الأول : أنواع الوساطة الإجبارية من حيث المصدر : تنقسم الوساطة الإجبارية من حيث مصدرها إلى قسمين: وساطة إجبارية مصدرها القانون، ووساطة إجبارية مصدرها القضاء، ويقصد بالمصدر في هذا السياق، المصدر المنشئ الّذي تستمد منه عملية الوساطة وجودها الشّرعي. وسنتعرض لدراسة لنوعي الوساطة من حيث

المصدر في فرعين، ندرس في الفرع الأول الوساطة التي تستمد مصدرها من القانون، فيما ندرس في الفرع الثاني الوساطة التي مصدرها القضاء.

الفرع الأول: الوساطة الإجبارية التي مصدرها القانون: يقصد بالقانون في هذا السّياق القانون بمعناه الضيق، الذي يشير للنص التشريعي، وبالتالي يخرج من نطاقه المصادر الأخرى كالعرف ومبادئ العدالة وغيرها. ويعد القانون المكتوب هو المصدر الرّئيس للوساطة في البلدان الّتي تعتمد التّشريع المكتوب، مثل إيطاليا، وألمانيا، وفرنسا، وغيرها. وتستند الوساطة التي يكون مصدرها القانون إلى نص تشريعي ينظم اللجوء إليها، ويحدد النزاعات التي يجب إحالتها إلى الوساطة، سواءٌ على أساس قيمة الحق المتنازع عليه أو على أساس نوعه، كما ينظم التشريع إجراءات الوساطة والمكافآت المقررة في حال اللجوء إليها أو الجزاءات المترتب في حال الامتناع عنها، وتنفيذ التسوية التي يتم التوصل إليها. ونظراً لحداثة الوساطة وعدم استقرارها في سائر التشريعات، فقد ذهبت بعض التشريعات إلى إصدار قانون خاص بالوساطة، مثل التشريع الإيطالي الذي أصدر قانون الوساطة بالمرسوم التشريعي رقم (٢٠١٠/٢٨)، والتشريع التركي الذي نظم الوساطة بالقانون رقم (٦٣٢٥) الذي يعرف بقانون الوساطة التركي. وتقوم الوساطة التي مصدرها القانون على مبدأ فرض اللجوء إلى الوساطة قبل رفع الدعوى القضائية بالنسبة لفئة معينة من النزاعات، ويتم تحديد هذه النزاعات على أسس موضوعية، سواء على أساس قيمتها أو نوعها، ومتى تبين أنَّ النزاع ينطوي تحت إحدى هذه الأنواع تحتّم على أطرافه اللجوء لها، وامتنعت المحكمة عن نظر الدعوى دون إثبات أن الأطراف قد لجؤا للوساطة وفشلوا في التوصل إلى تسوية، أو الحكم بالمصاريف على الطرف الممتنع عن اللجوء للوساطة. غير أنَّ فرض اللجوء المسبق إلى الوساطة وامتناع المحكمة عن نظر الدعوى عند تخلّف هذا الشرط تعرض للنقد من قبل الفقه والقضاء، كونه ينتهك الحق الدستوري في

اللجوء إلى عدالة الدولة، كما يخالف نص المادة (٦) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تضمن للجميع الحق في في محاكمة عادلة وجلسة استماع علنية في غضون فترة زمنية معقولة من قبل محكمة مستقلة ومحايدة مُشكلة بموجب القانون، مما يعني أن باب القضاء ينبغي أن يبقى مفتوحاً أمام الكافة لعرض نزاعاتهم والوصول إلى حقوقهم، خلال فترة معقولة، وهذا مبدأ أساسي من مبادئ سيادة القانون[٥٧]، وهو ما جعل محكمة العدل الأوروبية تنظر فيما إذا كان قانون الوساطة الإجباري الإيطالي يتعارض مع مبدأ الحماية القضائية الفعالة للحقوق بموجب المادة (٦) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وقد توصلت بعد مناقشة حجج المعارضين لهذا القانون إلى النقاط الآتية:

١- إنّ إجراء التسوية الإجبارية لا يجعل من المستحيل أو من الصعب للغاية ممارسة الحقوق التي يستمدها الأفراد من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وتوجيه الخدمة الشاملة للاتحاد الأوروبي[٥٨].

٢- إن نتيجة التسوية ليست ملزمة للأطراف المعنية، وبالتالي لا تمس بحقهم في رفع الدعوى القضائية.

٣- لا تؤدي إجراءات الوساطة في الظروف العادية إلى تأخير كبير لرفع الدعوى القضائية، فقد حدد المشرّع الإيطالي مهلة زمنية اقصاها ثلاثون يوما لحل النزاع من تاريخ تقديم الطلب، وعند انتهاء هذه المدة يحق للأطراف رفع الدعوى، حتى ولو لم تنتهي إجراءات الوساطة.

٤- إن إجراءات الوساطة لا تتضمن رسوماً أو مصاريف كبيرة قد يكون من شأنها إرهاق المتنازعين وتعسر لجوئهم إلى المحكمة.

٥- أما بشأن الادعاء بأنَّ جعل مقبولية الإجراءات القانونية مشروطة بتنفيذ محاولة اجبارية للتسوية وهو الامر الذي من شأنه الإخلال بمبدأ الحماية القضائية الفعالة، فقد ردت المحكمة بالقول بأن "الحقوق الأساسية لا تشكل امتيازات غير مقيدة، بل يمكن تقييدها، شريطة أن تتوافق تلك القيود مع أهداف المصلحة العامة التي يسعى التدبير إلى تحقيقها، وألا تنطوي على تدخل غير مقبول وغير متناسب من شأنه انتهاك الحقوق المضمونة"[٥٩]. ويمكن ملاحظة تردد التشريعات في تبني الوساطة الإجبارية التي مصدرها القانون وذلك بسبب النظرة التقليدية لدور الدولة في إقامة العدالة بين الأفراد وهو واجب دستوري على سلطات الدولة، كما أن من حق الأفراد اللجوء إلى محاكم الدولة لعرض نزاعاتهم والتوصل إلى حقوقهم من خلالها، إن هذه النظرة التقليدية تعيق تبني التشريعات للوساطة الإجبارية، رغم ثقل النزاعات التي ترهق كاهل المحاكم وبالتالي تساهم في تأخير حسمها، فضلاً عن التكاليف المادية لإنشاء دور قضاء جديدة. الفرع الثاني: الوساطة الإجبارية التي مصدرها القضاء: يُعدّ القضاء السّلطة صاحبة الاختصاص الأصيل في فض النزاعات وتطبيق القانون، كما يمارس دوراً ثانوياً في تفسير القانون وتكميله، لا سيما من خلال اجتهادات المحاكم العليا، غير أنَّ ذلك لا يمنع من تمتع القضاء بسلطة تقديرية عند تطبيق القانون، وكذلك يساهم الاجتهاد القضائي في تطوير قواعد القانون في معرض تطبيقه للقوانين، مستخدماً أدوات التفسير والقياس والاستثناء والتّكميل[٦٠]، وتتسع هذه الصلاحية في دول القانون العام (common law)، حيث يتمتع القضاء بسلطة إنشاء القاعدة القانونية. وتقوم الوساطة التي مصدرها القضاء على أساس منح القاضي سلطة تقديرية تخوله إحالة ملف الدّعوى إلى الوساطة، أو عدم إحالتها والنّظر فيها من قبله، حيث ينظر القاضي في كل ملف على حدة قبل إحالته إلى الوساطة، وتسمى هذه الوساطة بـ (الوساطة التقديرية أو الوساطة بالإحالة أيضاً)،

وهذا الشّكل من الوساطة يطبق بشكل خاص في ويلز وأستراليا وكوينزلاند[٦١]، حيث يتعيّن على القاضي الّذي يقرر عدم إرسال الملف إلى الوساطة أن يبرر قراره، وليس العكس[٦٢]، بما معناه أنَّ سائر النزاعات صالحة من حيث المبدأ للإحالة إلى الوساطة، إلا ما يستثنيه القاضي ويقرر الإبقاء عليه لنظره والفصل فيه، فإذا قرر القاضي الاحتفاظ بملف الدّعوى فإنَّ عليه تبرير وليس العكس[٦٣]، بما معناه أنَّ سائر النزاعات صالحة من حيث المبدأ للإحالة إلى الوساطة، إلا ما يستثنيه القاضي ويقرر الإبقاء عليه لنظره والفصل فيه، فإذا قرر القاضي الاحتفاظ بملف الدّعوى فإنَّ عليه تبرير قراره هذا.

وقد أخذت تشريعات بعض الولايات في الولايات المتحدة الأمريكية بنظام الوساطة التي تستند إلى القضاء، من قبيل ولاية تكساس، الّتي أقرّت الهيئة التّشريعية فيها قانون تسوية النّزاعات البديلة (ADR Act)، حيث خوّل القسم (٢١ .١٥٤,) منه المحكمة إحالة أي نزاع إلى الوساطة، إذا رأت ذلك مناسباً، أي يعود تقدير صلاحية إحالة النزاع للوساطة لتقدير المحكمة، بغض النظر عن نوع النزاع او مقداره[٦٤]. وسمح القسم (١٥٤,.٢٢) من القانون المذكور لأطراف النّزاع الاعتراض على الوساطة أمام ذات المحكمة الّتي قررت الإحالة للوساطة، خلال مدة عشرة أيام من تاريخ تبلّغهم بقرار الإحالة، وإذا وجدت المحكمة أنَّ هناك أسباباً معقولة للاعتراض فعليها الرجوع عن قرارها والاحتفاظ بالملف للفصل فيه[٦٥]. كما منح قانون الإجراءات المدنية العام الأسترالي للمحاكم في بعض الولايات مثل (جنوب أستراليا وفيكتوريا ونيو ساوث ويلز) سلطة إحالة أطراف النزاع إلى الوساطة بموافقتهم أو من دون موافقتهم[٦٦].

وقد تعرّضت الوساطة التي مصدرها القضاء للنقد من قبل بعض الفقهاء[٦٧]، حيث يرون أن العيب الرّئيسي فيها هو الطّريقة غير المتّسقة الّتي تمارس بها، حيث يعود قرار الإحالة إلى الوساطة للقاضي وحده، وهذا من شأنه التناقض في التعامل مع الحالات المتشابهة، حيث يتم إحالة بعض الملفات إلى الوساطة وعدم إحالة البعض الآخر رغم

التشابه فيما بينها، تبعاً لاختلاف القضاة الناظرين في الدعاوى وتبعاً لقناعتهم، كما قد يتم إحالة بعض الملفات دون الأخرى في المحكمة ذاتها، ويرى هؤلاء الفقهاء ضرورة تنظيم الإحالة إلى الوساطة تشريعياً وتقليص السلطة التقديرية للقضاء في هذا المجال. وتكمن الأهمية العملية لتقسيم الوساطة من حيث المصدر في أن هذا التقسيم يعكس السياسة التشريعية للدولة، ورغبتها في إحالة بعض النزاعات لتسويتها عن طريق الوسائل البديلة، حيث تتعلق الوساطة التي مصدرها القانون غالباً بالنظام العام ولا يملك أي من طرفي النزاع أو القاضي التخلي عنها، أما الوساطة التي مصدرها القضاء فهي تدخل في نطاق السلطة التقديرية للقاضي، وبالتالي يملك إحالة النزاع للوساطة أو النظر في الدعوى من قبل المحكمة.

المطلب الثاني : أنواع الوساطة من حيث وقت اللجوء إليها : تنقسم الوساطة من حيث وقت اللجوء إليها إلى: وساطة سابقة على اللجوء إلى المحكمة، ووساطة لاحقة على ذلك اللجوء، ففي بعض الدول الأوروبية تُعدّ الوساطة إجبارية قبل بدء إجراءات المحاكمة في حالات معينة، كما يجوز للمحاكم في دول أوربية اخرى تعليق النظر في القضية لفترة معينة من الزمن بغية السماح لأطراف النزاع فيها لمحاولة حله بوسيلة بديلة، بما في ذلك الوساطة. وسندرس في هذا المطلب أنواع الوساطة من حيث وقت اللجوء إليها في فرعين، ندرس في الفرع الأول الوساطة السابقة على اللجوء للمحاكم، فيما ندرس في الفرع الثاني الوساطة اللاحقة على ذلك اللجوء.

الفرع الأول: الوساطة السّابقة على اللجوء للمحاكم: تعد جلسات الوساطة الإجبارية في النزاعات الأسرية، سيما تلك المتعلقة منها بالترتيبات اللاحقة لعملية الانفصال، كحضانة الأطفال والشؤون المالية[٦٨]. واحدة من الوسائل البديلة لحل النزاع التي يشجع عليها التوجيه العملي في انجلترا وويلز بشأن السّلوك المسبق " Practice

direction on pre-action conduct"، وهو التوجيه الذي ينظم سلوك الأطراف قبل الذهاب إلى المحاكم، إذ يشجع هذا التوجيه المدعي على إبلاغ المدعى عليه، بأي شكل من اشكال حل النزاع بالطرق البديلة، بما في ذلك الوساطة، وعلى هذا الأخير أن يذكر ما إذا كان يوافق على اقتراح المدعي لتسوية النزاع ام لا، فإذا لم يوافق وجب أن يكون قراره معللاً وأن يقترح شكلاً آخر من الوسائل البديلة لحل النزاع. حيث نصّت المادة (٨) من التوجيه العملي من قواعد إجراءات الأسرة على "يجب أن يكون التقاضي هو الملاذ الأخير، وكجزء من بروتوكول ما قبل إجراءات التقاضي، يجب على الأطراف النظر فيما إذا كان الوساطة أو أي شكل آخر من أشكال الحلول البديلة لتسوية النزاعات قد يُمكّنهم من تسويتها دون بدء الإجراءات المذكورة"[٦٩]. وعند اللجوء للمحكمة يجب على الأطراف إثبات قيامهم بالالتزامات السابقة، حيث يمكن للمحكمة أن تفرض جزاءات معينة إذا تبين لها عدم قيامهم بما سلف ذكره، ومن تلك الجزاءات إلزام الطرف الممتنع عن اللجوء إلى الوساطة بدفع جزء من مصاريف الخصم، حيث نصت المادة (١١) من التوجيه سالف الذكر على "في حالة قبول الدعوى، قد تطلب المحكمة من الأطراف تقديم دليل على أنه تم النظر في الحل البديل لتسوية النزاع، وقد تعتبر المحكمة صمت أحد الأطراف رداً غير مقبول على دعوته للمشاركة في حل بديل للنزاع، وقد يؤدي إلى إصدار أمر من المحكمة بدفع تكاليف إضافية للمحكمة"[٧٠]. أما في إيطاليا، فيجب إجراء الوساطة الإجبارية من قبل أحد مقدمي خدمات الوسائل البديلة لحل النّزاعات المعتمدين من قبل وزارة العدل قبل اللجوء إلى المحكمة، ويجب على الأطراف المشاركة فيها الاستعانة بمحامٍ، بموجب المادتين (٣، ٤) من المرسوم التشريعي رقم (٢٨) لعام ٢٠١٠ المعدّل[٧١]، ويتعين على هذا الأخير، بموجب المادة (٣/٢٧) من مدونة قواعد سلوك المحامين، إبلاغ الموكل كتابياً وبشكل واضح عن الوساطة الإجبارية، وعن مزايا المشاركة فيها، وأن يقدم له معلومات كافية

عن الطّرق البديلة لحل النّزاعات المنصوص عليها في القانون، وبخلافه يُعد التّوكيل لاغياً[٧٢]. ويجب أن تُعقد جلسة الوساطة الإجبارية في غضون ٣٠ يوماً من تقديم طلب الوساطة، وخلال هذه الجلسة يجب على الوسيط والأطراف ومحاميهم النظر فيما إذا كانت الوساطة ممكنة، ولا يلتزم الأطراف بالدفع مسبقاً للوسيط سوى الرسوم الأولية (٤٠ يورو بالإضافة إلى ضريبة القيمة المضافة)[٧٣]. وإذا قرر الطرفان الاستمرار في الوساطة فيمكن القيام بذلك في الجلسة الأولى أو خلال جلسات تالية، وهنا يمكننا التمييز بين احتمالين، الاحتمال الأول أن يتم التوصل إلى تسوية عن طريق الوساطة، وفي هذه الحالة يقوم الوسيط بصياغة وثيقة تتضمن التسوية، ويقوم الأطراف ومحاميهم والوسيط بالتوقيع عليها، وتكون صالحة للتنفيذ مباشرة، أما إذا لم يتم التوصل إلى تسوية، فيقوم الوسيط بتقديم اقتراح غير ملزم حول كيفية حل النزاع، ويملك الأطراف الحرية في قبول هذا الاقتراح أو رفضه، وفي حال الرفض تُعد الوساطة قد فشلت وعندها يمكن رفع الدعوى القضائية امام المحاكم، غير أنه إذا كان حكم المحكمة موافقاً لاقتراح الوسيط، فقد يؤثر ذلك على المسؤولية عن النفقات القضائية، حيث تأمر المحكمة الطرف الفائز بدفع تكاليف وأتعاب المحكمة للطرف الخاسر[٧٤].

كما يسمح القسم (15/A) من الباب التمهيدي لقانون الإجراءات المدنية الألماني للولايات الفيدرالية بتجربة الوساطة السابقة، ويذكر القسم (15/A) النزاعات التالية باعتبارها مناسبة للوساطة السابقة (المطالبات الصغيرة التي لا تتجاوز ٧٠٠ يورو، الخلافات بين الجيران، التشهير الذي لم يحدث من خلال وسائل الإعلام، النزاعات بموجب القانون العام للمساواة في المعاملة)[٧٥]. وقد جرّبت العديد من الولايات الألمانية بالفعل الوساطة الاجبارية السابقة على اللجوء للمحاكم، سيما في النزاعات الصغيرة، مثل (بافاريا، وبراندنبورج، هيسن، سارلاند، شليسفيغ هولشتاين،

وستفاليا، ساكسونيا السفلى)، غير أن معظم تلك التجارب لم تنجح، وقوبل إدخال الوساطة الاجبارية السابقة بمعارضة شديدة، تم على أثره تعديل التشريعات المتعلقة بالموضوع أو إلغائها[٧٦]. كما أدخل المشرع النمساوي في عام ٢٠٠٤ الوساطة الإجبارية لتسوية بعض النزاعات خارج المحكمة، كشرط مسبق لرفع الدعوى القضائية، مثل خلافات الجيران في حالة حرمان الأشجار والنباتات الموجودة في ممتلكات الجار من الضوء، حيث يتعين على الجار قبل رفع الدعوى للمحكمة أن يحيل الأمر إلى مركز مصالحة معترف به، أو التقدم بطلب للحصول على اتفاقية تسوية أولية عن طريق التوفيق القضائي، أو إحالة الأمر للوساطة بموافقة الخصم، وأي دعوى لا يتم فيها التقيد بهذه الإجراءات ترفضها المحكمة، حيث يجب على المدعي أن يرفق بيان تأكيد الدعوى من قبل مجلس التوفيق أو الوسيط، يبين فيه أنه لا يمكن الوصول إلى تسوية ودية للنزاع[٧٧]. يتبين لنا من خلال هذا عرض أنَّ الوساطة قبل بدء التقاضي تُعد الطريقة المفضلة للتسوية، حيث تجنب أطراف النزاع تكاليف التقاضي، كما تخفف العبء عن المحاكم، فضلاً عن المحافظة على علاقات جيدة نسبياً بين المتنازعين، وبالتالي تزيد من فرص التسوية الودية، على عكس التقاضي في المحاكم الّذي تؤدي الخصومة فيه إلى تدهور العلاقات بين المتنازعين بسبب طابعها العدائي.

الفرع الثاني: الوساطة اللاحقة على اللجوء للمحاكم: تقوم الوساطة اللاحقة على إحالة النزاع إلى الوساطة من قبل المحكمة التي تنظر في الدعوى، متى رأت أن النّزاع صالح للتّسوية عن طريق الوساطة.

وتأخذ دول القانون العام (common law) بطريقة الوساطة اللاحقة، حيث تترك للمحاكم السّلطة التّقديرية لفرض الوساطة من عدمه، في ضوء الظّروف الموضوعية

لكل نزاع على حدة، ولا يشترط قبول أطراف النزاع للوساطة، حيث تكون إلزامية بالنسبة لهم، وقد أخذ القضاء الإنكليزي بهذا الشّكل من الوساطة[٧٨].

وفي نظام الوساطة التي تستمد مصدرها من القضاء –وهو النظام المعمول به في النظم الأنجلوسكسونية- يأمر القاضي الذي ينظر الدعوى الأطراف بتسوية النزاع عن طريق الوساطة، وفي هذه الحالة يتولى القاضي ذاته القيام بالوساطة من خلال جلسات استماع فردية أحياناً، وجماعية أحياناً أخرى، إذ يقوم القاضي هنا بدور الوسيط وليس دور القاضي، ويتعين عليه الحفاظ على سرية المعلومات التي يفصح عنها الطرفان. وفي حالة الفشل في التوصل إلى تسوية، يُحظر على القاضي الذي قام بدور الوسيط النظر في الدعوى في المحكمة، حيث تتم إحالتها إلى قاضٍ آخر لا علاقة له بالنزاع، وإلا جاز للطرفين طلب ردّ القاضي[٧٩].

وقد أحاط المشرع الإنكليزي الوساطة اللاحقة بجزاء مدني، بمقتضاه يُتاح للمحكمة أن تحكم بمصاريف الدعوى على الطرف الذي يرفض اللجوء إليها، غير أن ذلك لا يتحقق دائماً بشكل عملي، حيث ترى بعض المحاكم أنَّ إلزام الأطراف غير الراغبة حقاً بإحالة نزاعاتهم إلى الوساطة سيكون بمثابة عائق غير مقبول على حقهم في الوصول إلى المحكمة؛ لذلك لا يرفضون بشكل قاطع أي ادعاء لم يتم التوسط فيه، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تحكم بمصاريف الدعوى على الطرف الذي رفض اللجوء للوساطة رغم قبول المحكمة للدعوى[٨٠]. وقد تعرض هذا النوع من الوساطة للنقد من قبل الفقه[٨١]، لأن منح القاضي السلطة التقديرية لإحالة القضايا للوساطة قد يؤدي به إلى إساءة استخدام سلطته التقديرية –حسب رأيهم-، وبالتالي إحالة جميع القضايا للوساطة كقاعدة عامة، وبالتالي سيشعر جميع الأطراف المتنازعة بأنهم يتعرضون للإكراه وأنه تم حرمانهم من اللجوء إلى عدالة الدولة، لأن قضاياهم يتم إرسالها للوساطة بغض

النظر عن ظروف القضية، وهذا يؤدي لخروج الوساطة عن أهدافها في التيسير على المتقاضين.

المطلب الثالث : أنواع الوساطة من حيث الطّبيعة : يقوم هذا التّقسيم على اعتماد معيار طبيعة الوساطة من حيث درجة الإجبار في اللجوء إليها والالتزام بالتسوية التي يتم التوصل إليها، حيث يمكن تمييز شكلين رئيسين للوساطة وفق هذا المعيار، وهما: الوساطة الإجبارية، والوساطة شبه الإجبارية.

الفرع الأول: الوساطة الإجبارية: تُعدّ الوساطة الإجبارية إحدى أشكال الوساطة الّتي تستخدم في حل النّزاعات، وتمتاز بأنها تتم بصورة إجبارية في فئات معينة من النزاعات، ويتم تحديد تلك الفئات غالباً وفق لمعايير قانونية معينة، من قبيل قيمة الحق المتنازع فيه، أو طبيعة أطراف النزاع فيما إذا كانوا أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين[٨٢].

ويقتضي نظام الوساطة الإجبارية من أطراف النّزاع اللجوء إلى الوساطة كشرط مسبق قبل رفع الدعوى القضائية. وللاستفادة من مزايا الوساطة كإحدى الطرق البديلة لحل النزاعات، قامت التّشريعات الّتي اعتمدت نظام الوساطة الإجبارية بتوسيع النّطاق الموضوعي لها، وتُعدّ التجربة الإيطالية رائدة في هذا المجال[٨٣]،حيث يُعد اللجوء إلى الوساطة إجباريا وفقاً للقانون الإيطالي بموجب المرسوم التشريعي رقم (٢٨) لسنة ٢٠١٠، في النزاعات الّتي تنصب على الممتلكات العقارية، ومنازعات التّأمين، والمصارف، والتّمويل، وتقسيم الميراث، والمنازعات المشمولة بقانون العائلة، وقانون الإيجار، ونزاعات الجيران، والقروض مجانية الاستخدام، ومطالبات التعويض عن حوادث السّيارات أو القوارب، ودعاوى الإهمال الطبي، والتّشهير في الصحافة ووسائل الإعلام الأخرى[٨٤]. كما أصدر المشرّع الفرنسي المرسوم رقم (١٠١-

٢٠١٨) بتاريخ ١٦ شباط لعام ٢٠١٨ بفرض تجربة الوساطة الإجبارية في منازعات الوظيفة العامة ومنازعات الإعانات الاجتماعية[٨٥]، وذلك استناداً إلى المادة (١١٤) من مدونة تطوير العدالة الإدارية في القرن الحادي والعشرين الّتي تنص على وجوب اللجوء إلى الوساطة قبل رفع الدّعوى القضائية الإدارية في منازعات الوظيفة العامة ومنازعات الإعانات الاجتماعية[٨٦]، كما أصدر المشرّع الفرنسي اللوائح التنظيمية بتاريخ ١ -٢ -٦ آذار لعام ٢٠١٨، الّتي تضمنت تحديد المناطق الجغرافية الّتي ستفرض فيها الوساطة الإجبارية[٨٧]. ولتشجيع اللجوء إلى الوساطة الإجبارية، فقد أحاطها المشرّع الفرنسي بضمانات إجرائية، على خلاف كل من الوساطة الاتفاقية والقضائية، حيث قضى بموجب المادة (٣) من التوجيه رقم ٢٠١٨-٢-١٠ المؤرخ في ١٦ فبراير ٢٠١٨ بشأن تجربة إجراء الوساطة المسبقة الإجباري في منازعات الخدمة المدنية والنزاعات الاجتماعية، بعدم قبول الدّعوى في المنازعات الّتي حددها، في حال عدم المرور بالوساطة، كما حدد مدة إجراءات الوساطة بما لا يزيد على شهرين كحدّ أقصى[٨٨]، بالإضافة لإقرار مجانية الوساطة الإجبارية.

كما تلجأ بعض المنظمات والشّركات إلى الوساطة الإجبارية، وهذا هو الحال بالنسبة لمركز تسوية النزاعات الرّياضية الكندي، الّذي يفرض على الأطراف اللجوء إلى الوساطة، وكذلك تستخدم بعض الشركات الخاصة مثل شركة (E. bay) شكلاً من أشكال الوساطة الإجبارية لمستخدميها عبر منصة على الإنترنت[٨٩]. ومع أنَّ الوساطة الإجبارية تتفق مع تشريعات القانون المكتوب الّذي يفرض اللجوء إلى الوساطة بموجب التّشريع، فقد وجدت لها طريقاً إلى الدول التي تتبع أسلوب القانون العام (common law)، حيث كانت أستراليا –وهي من بلدان القانون العام- في طليعة الدول التي تبنت الوساطة الإجبارية، وعلى وجه الخصوص في ولاية (نيو ساوث ويلز)، حيث منحت المحكمة صلاحية فرض اللجوء إلى الوساطة كشرط مسبق لرفع الدعوى،

ومن أمثلة الوساطة الإجبارية في القانون الأسترالي، قانون ديون المزارع لسنة ١٩٩٤، وقانون عقود إيجار التجزئة لسنة ١٩٩٤، وقانون المهن القانونية لسنة ٢٠٠٤[٩٠]، كما باتت المحاكم في أستراليا تتمتع بسلطة تقديرية واسعة للأمر بالوساطة دون موافقة أطراف النّزاع، حيث صدرت التّشريعات الّتي تسمح للمحكمة العليا بأصدار أمر بالوساطة الإجبارية لأول مرة في عام ٢٠٠٠، كما عززت المذكرات الإجرائية للمحكمة العليا سلطة القضاة في إصدار هذه الأوامر[٩١]. يتبين لنا مما تقدم أنَّ الوساطة الإجبارية تقوم على فرض اللجوء إلى الوساطة في مجموعة من المنازعات الّتي تتشابه في موضوعها، كالمنازعات الّتي تخضع لقانون معيّن، أو الّتي يتحدد قيمة النّزاع فيها بمقدار معيّن، حيث قد يرى المشرّع أنّ هذه المنازعات يمكن حلها عن طريق الوساطة، وبالتالي يخفف العبء عن القضاء في نظرها. الفرع الثاني: الوساطة شبه الإجبارية: في هذا الشّكل من الوساطة على الرّغم من أنَّ اللجوء إلى الوساطة لا يكون إجبارياً من الناحية القانونية، غير أنَّ أطراف النّزاع يكونون مجبرين فعلياً عليها بسبب العقوبات المالية التي يتم فرضها عليهم، أو على أحدهم إذا لم يتم تنفيذها قبل البدء بالإجراءات القضائية، حيث تُشكل إمكانية الحكم بالمصاريف القضائية عاملاً قوياً يدفع أطراف النّزاع إلى اللجوء للوساطة[٩٢].

وتطبق الوساطة شبه الإجبارية على نطاق واسع في إنجلترا، حيث يرفض القضاء فرض الوساطة الإجبارية على أطراف النزاع، ويرون أنَّ إلزام الأطراف غير الراغبة حقاً بإحالة نزاعهم إلى الوساطة سيكون بمثابة فرض عوائق غير مقبولة في سبيل وصولهم إلى المحاكم، فضلا عن امكانية انتهاك الوساطة الإجبارية لنص المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام ١٩٥٠[٩٣]. فقد ركّز قانون الإجراءات المدنية الانجليزي الّذي دخل حيز التنفيذ في عام ١٩٩٩ بشدّة على الإجراءات المسبقة، حيث كلّف المحاكم بتشجيع تّسوية المنازعات، وقدّم القانون نظاماً شبه

إجباري لتسوية النزاعات بعيدا عن سوح القضاء، على الرّغم من تمتع أطراف النّزاع بسلطة تقديرية كبيرة لتحديد مدى ملاءمة الوساطة لنزاعهم، إذ نصت المادة الأولى منه على "تشجع المحاكم الأطراف على استخدام وسائل بديلة لحل النزاعات قبل التقدم بدعوى قضائية، وتشمل هذه الوسائل البديلة التفاوض والوساطة والتحكيم، يهدف هذا التوجيه إلى تشجيع حل النزاعات بطرق غير قضائية وتخفيف الضغط على المحاكم"[٩٤]. ومنذ بدء العمل بقانون الإجراءات المدنية، انخفضت حالات التقاضي أمام المحكمة العليا الإنجليزية ومحاكم المقاطعات بنسبة ٨٠ في المائة و٢٥ في المائة على التوالي، بين تموز / يوليو ٢٠٠٧ و٢٠٠٩، وازداد عدد الوساطات التي أجراها أعضاء مجلس الوساطة المدنية بنسبة ١٨١ في المائة[٩٥]. وعلى الرغم من أن قانون الإجراءات المدنية سالف الذكر يشجع إجراءات حل النزاعات بالطرق البديلة بشكل عام، فقد أظهرت المحاكم الإنجليزية دعما للوساطة في إنفاذها لمتطلبات الإجراء المسبق. على سبيل المثال، في قضية Dunnett v Railtrack plc، أصدرت المحكمة أمراً بالمصاريف ضد الطرف (الرابح للدعوى) لرفضه التوسط، وقد أكدت محكمة الاستئناف الإنجليزية في هالسي (والتي لا تزال هي القضية الرئيسية فيما يتعلق بالوساطة الإجبارية) على سلطات المحكمة فيما يتعلق بالوساطة[٩٦]، ومع ذلك فإن القرار في القضية المذكورة خلق عائقاً أمام تقدم الوساطة الإجبارية في إنجلترا، حيث رأت محكمة الاستئناف في هالسي أن المحاكم لا تملك سلطة إصدار أوامر للأطراف بالتوسط ضد إرادتهم لأن هذا سيشكل انتهاكا للمادة (٦) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان[٩٧].

لقد تبنت إنكلترا الوساطة بشكليها، الوساطة الإجبارية والوساطة شبه الإجبارية، غير أنَّ الوساطة الإجبارية من قبل المحاكم ما زالت تواجه مقاومة عنيفة من قبل الفقه الإنجليزي بسبب التّأثير القوي للمادة (٦) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على

الفقه القانوني الإنجليزي[٩٨]. كما جرّبت الولايات المتحدة الأمريكية الوساطة شبه الإجبارية في بعض المحاكم، حيث يُطلب من اطراف النزاع النظر في استخدام الوساطة، ويتم الوقوف على وجهة النظر تلك من خلال تقديم مستند إلى المحكمة يتضمن إجابة اطراف النزاع على أسئلة المحكمة فيما يتعلق بمدى ملاءمة عملية الوساطة لهم، فيما تطلب محاكم اخرى من الأطراف حضور جلسة القضية الذي ستتم فيها مناقشة الوساطة، حيث تتحول هذه الجلسة - في بعض الأحيان- إلى جلسة وساطة أولية، وتطلب محاكم ثالثة من الأطراف صراحة حضور جلسة توجيه أو وساطة أولية، وبعد أن يكمل الطرفان هذا الالتزام تتاح لهما الفرصة لتطوير تصوراتهما لعملية الوساطة وقدرات الوسيط المعين، ويحق لهما تحديد ما إذا كانا يرغبان في مواصلة العملية ام لا. واخيرا تطلب العديد من المحاكم من الأطراف المشاركة في عملية وساطة كاملة. بشكل عام، على الرغم من ذلك، لا تحدد المحاكم المدة التي يجب أن تستمر فيها الوساطة أو عدد الجلسات التي يجب على الأطراف حضورها. لذلك، لن تستمر الوساطة إلا إذا رغب الطرفان في الاستمرار بها[٩٩]. وتفرض بعض المحاكم التزاماً على الأطراف المشاركة بحسن نية في الوساطة، لكن معظم المحاكم فسرت ذلك على أنه يتطلب فقط الحضور وتقديم المستندات المطلوبة من قبل الوسيط[١٠٠]. نستنتج من خلال هذا العرض أنَّ الوساطة يمكن أن تتخذ عدة أشكال، وفق المعيار الذي يتم النظر إليها من خلاله، غير أنَّ القواسم المشتركة الثابتة في سائر أشكال الوساطة هي وجود وسيط، والتواصل والتفاوض بين الأطراف، واتخاذ القرارات الطوعية من قبلهم. كما يمكن أن تتخذ آليات تنفيذ الوساطة الإجبارية عدة أشكال، فبعض برامج أو بنود الوساطة الإجبارية أوسع وأكثر تلقائية من غيرها، حيث تعمل التّشريعات الّتي أخذت بنظام الوساطة على فرض اللجوء إليها بشكل إلزامي للاستفادة من مكتسباتها وما تحمله من آثار إيجابية على المصلحتين العامة الخاصة.

وعلى الرغم من التباين في أشكال الوساطة الإجبارية، إلا أنها ترمي جميعها إلى تحقيق هدف واحد هو توسيع نطاق النزاعات التي يمكن إحالتها إلى الوساطة، من خلال فرض اللجوء إليها في فئة محددة من النزاعات بمقتضى نص تشريعي، أو من خلال توسيع السلطة التقديرية للقضاء في إحالة النزاعات التي يُقدّر إمكانية حلها عن طريق الوساطة، أو فرض اللجوء إلى الوساطة بشكل غير مباشر، من خلال الضغط على إرادة أطراف النزاع لاتباع طريق الوساطة، وهذه الوساطة شبه الإجبارية. ولكلٍّ من أشكال الوساطة الإجبارية او شبه الإجبارية بعض المزايا، وكذلك عليه بعض المآخذ، غير أننا نعتقد أنَّه يمكن للمشرّع العراقي الأخذ بالوساطة شبه الإجبارية كمرحلة أولى في حال قرر الأخذ بالوساطة الإجبارية، وذلك لأن مجتمعنا وكذلك دور القضاء لدينا غير معتادة على هذا الشكل من وسائل حل النزاعات.

الخاتمة

تتجه تشريعات الاتحاد الأوروبي نحو فرض الوساطة الإجبارية لتسوية النزاعات بشكل مضطرد، من حيث النوع والقيمة، وذلك بعد أن أثبتت تجربة الوساطة الإجبارية نجاعتها وحققت فوائد لأطراف النزاعات وللقضاء الرّسمي، وإذا كانت تجربة الوساطة الإجبارية ما تزال مدار جدل فقهي بين مؤيد ومعارض، فإنَّ الواقع العملي والفوائد المتحققة منها كفيلة بتوسيع التجربة أفقياً وشاقولياً. وقد خلصنا من خلال الدراسة إلى مجموعة من النتائج، كما توصلنا إلى جملة من التوصيات التي نقترح على المشرّع العراقي أخذها بعين الاعتبار عند أي إصلاح تشريعي يتم إدخاله على القوانين الإجرائية.

النتائج

أولاً: يُعد الوساطة الإجبارية تكريساً لغايات وفلسفة التقاضي، والمتمثلة في اختصار الوقت والجهد والنفقات على أطراف النزاع ، وقد أخذت بها غالبية تشريعات الاتحاد الأوروبي والولايات المتحدة وأستراليا وكندا.

ثانياً: تتفق الوساطة الإجبارية مع الوسائل البديلة الأخرى لحل النزاعات من حيث حل النزاع خارج قضاء الدولة، غير أنَّ الوساطة من شأنها إعلاء مبدأ سلطان الإرادة، بحسبان أنَّ الوسيط يسعى لتقريب وجهات نظر الأطراف للوصول إلى تسوية مرضية.

ثالثاً: يسعى الاتحاد الأوروبي لتشجيع الدول الأعضاء على تبني الوساطة الإجبارية في تشريعاتها، من خلال إصدار التوجيهات للدول الأعضاء لاعتمادها.

رابعاً: تتعدد أشكال الوساطة الإجبارية التي يمكن فرضها، سواءً من حيث وقت اللجوء إليها، او من حيث طبيعتها، أو من حيث مصدرها، وذلك يضفي عليها المرونة اللازمة لمناسبة النّزاع.

التوصيات

أولاً: ضرورة توجه التّشريع العراقي نحو تشجيع المواطنين على اللجوء إلى الوساطة لتسوية منازعاتهم، بما يخفف حجم النزاعات المعروضة على القضاء.

ثانياً: ضرورة الاستفادة من التطورات التي طرأت على مبادئ وقواعد وأحكام الوساطة، ومن ضمنها الوساطة الإجبارية، وفرض اللجوء إليها في المنازعات قليلة الأهمية، كخطوة أولى، بهدف تأهيل المتنازعين لتقبل تسوية منازعاتهم خارج القضاء الرّسمي.

ثالثاً: تنظيم النّدوات للتعريف بالوساطة ودورها في تسوية النزاعات بأقل تكلفة وأسرع وقت ممكن.

رابعا: الدعوة لعقد مؤتمر عربي للوساطة يكون محوره الرئيس "تبني الوساطة الإجبارية لتسوية النّزاعات" على كافة المستويات، فقهاً وتشريعاً وقضاءً، ليكون هدفه الأساسي تعميق ثقافة الوساطة الإجبارية كسبيل إجرائي يعزز التخفيف عن كاهل القضاء الرّسمي .

خامسا: ندعو الباحثين لدراسة تطبيقات الوساطة الإجبارية، بما يساهم بإثراء المكتبة القانونية العربية بالدراسات والأبحاث حول إمكانية تبني هذا النظام في العراق والبلدان العربية بشكل عام.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

أ- معاجم اللغة

- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرّازي، مختار الصّحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ١٩٨١.
- المنجد في اللغة والإعلام، ط ٢٧، دار المشرق، بيروت، لبنان، ١٩٧٣.
- ابن منظور، لسان العرب، ج ١٥، دار صادر، بيروت، لبنان، دون تاريخ نشر.
- المنجد الأبجدي، ط ٨، دون ناشر، الجزائر، دون تاريخ نشر.
- الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، ترتيب ومراجعة الدكتور داوود سلوم، مكتبة لبنان، ناشرون، بيروت، ٢٠٠٤.
- ابنهار تدوزي، تكملة المعاجم العربية، ترجمة محمد سليم النعيمي، دار الشيد للنشر، دون مكان نشر، ١٩٨٠.

ب- الكتب القانونية

- أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم: مفهومه- أركانه وشروطه- نطاقه، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ.

- أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والسّلبي لاتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣.
- أحمد السيد صاوي، التّحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التّحكيم الدّولية، دون ناشر، ٢٠٠٢.
- أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠١٣.
- أحمد مصطفى رجب زايد، الوساطة الخاصة والقضائية كسبيل داعم وبديل لتسوية المنازعات التجارية، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٢٢.
- زينب وحيد دحام، الوسائل البديلة عن القضاء لحل النزاعات، ط ١، مطبعة الثقافة، أربيل، ٢٠١٢.
- عبد الحميد الشّواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء، ط ٢، منشأة المعرفة، الإسكندرية، مصر ١٩٩٩.
- علاء أيا ريان، الوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية: دراسة مقارنة، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨.
- فتحي والي، قانون التّحكيم في النّظرية والتّطبيق، ط ١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- محمود السّيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٣.
- محمود عمر محمود، التحكيم علماً وعملاً وفقاً لقوانين التّحكيم بدول مجلس التعاون الخليجي: دراسة مقارنة، ط ١، دار القرار، مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، البحرين، ٢٠٢٠.

ج- الرّسائل الجّامعية

- خالد محمد طعامنه، الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية النزاعات التجارية في القانون الأردني، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية القانون، جامعة جدارا، الأردن، ٢٠١١.

- فاتح خلاف، مكانة الوساطة لتسوية النّزاع الإداري في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، ٢٠١٤-٢٠١٥.

د- الأبحاث

- ابراهيم هزاع سليم، الوساطة التجارية كحل بديل في المنازعات التجارية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، مج ٩، العدد ٣٢٥، ٢٠٢٠.

https://maal.journals.ekb.eg/article_201872_44178f45cbd0144113b2f75a18b6b20pdf

- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرات في القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الدولي، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد ٨، ٢٠٠٣.

https://search.mandumah.com/Record/115334

- آلاء ناصر حسين وسحر عباس خلف، الوساطة الجنائية كنظام بديل عن الدعوى الجزائية في التشريع العراقي، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، مج ٣٦، ٢٠٢١.

https://doi.org/10.35246/jols.v36i0

- حيدر فليح حسن، أدوات القضاء في تطوير قواعد القانون المدني: فرنسا أنموذجاً، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الخاص لبحوث مؤتمر فرع القانون الخاص المنعقد تحت عنوان "استدامة قواعد القانون الخاص والتحديات المعاصرة" للمدة ٦-٢٠١٩/١١/٧.

https://doi.org/10.35246/jols.v34is

- رضوى صلاح الدين محمد السمان، الوساطة الإجبارية كوسيلة فعالة لحل منازعات عقود التجارة والاستثمار: دراسة للتجربة الإيطالية كتجربة رائدة وبحث كيفية تطبيقها في مصر، مجلة الدراسات القانونية، العدد ٥٩، ج ١، ٢٠٢٣.

https://maal.journals.ekb.eg/article_300396.html

- رؤى علي عطية، النّظام القانوني للتّحكيم كوسيلة لتسوية نزاعات الاستثمار الأجنبي في التّشريع العراقي وإقليم كردستان، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، مج ٣٢، العدد ٢، ٢٠١٧.
https://doi.org/10.35246/jols.v32i2

- سلمان بن صالح الدّخيل، الوساطة وأثرها في حل المنازعات، مجلة قضاء، الجمعية العلمية القضائية السّعودية، العدد ٦.
https://qadha.org.sa/ar/books/90

- سماح خمان، التنظيم التشريعي الجديد للوساطة في المنازعات الإدارية في القانون الفرنسي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد ٢، ج ٢، ٢٠٢٠.
https://journal.kilaw.edu.kw/%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%86%D8%B8%D9%8A%D9%85-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%B4%D8%B1%D9%8A%D8%B9%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D8%AC%D8%AF%D9%8A%D8%AF-%D9%84%D9%84%D9%88%D8%B3%D8%A7%D8%B7%D8%A9-%D9%81%D9%8A-%D8%A7%D9%84/

- صدام المحمدي، التوفيق بين الخصوم على وفق أحكام اتفاقية قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لعام ٢٠٠٢، مجلة رسالة الحقوق، المؤتمر الوطني العاشر، ٢٠١٣.
https://www.researchgate.net/publication/322096045_altwfyq_byn_alkhswm_ly_wfq_ahkam_atfaqyt_qanwn_alawnstral_alanmwdhjy_lltwfyq_altjar_aldwly_lam_2002

- غاية الخاطري وسيد أحمد محمود، الغش في حكم التّحكيم التجاري الدولي: مشكلات وحلول، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، مج ٣٧، ج ٢، ٢٠٢٣.

https://doi.org/10.35246/jols.v38i2

- ماهر السعيد محمد جبر، الوساطة كوسيلة لفض المنازعات التجارية: دراسة مقارنة، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، العدد ٣٩، ٢٠٢٢.

https://jlr.journals.ekb.eg/article_265753.html

- محمد علي عفلوك، الوساطة في حل النّزاعات بالطّرق السّلمية في التّشريع العراقي: دراسة مقارنة، مجلة رسالة الحقوق، العدد ٢، ٢٠١٥.

https://www.iasj.net/iasj/pdf/ecea964376620008

- محيي الدين القيسي، الوساطة والمصالحة والمفاوضات: وسائل بديلة لحل الخلافات التّجارية، الملتقى العربي الأول: التّحكيم والوسائل البديلة لتسوية المنازعات (التّوفيق- الوساطة- الخبرة الفنية)، بالتعاون بين المنظمة العربية للتنمية الإدارية والمركز اللبناني للتّحكيم ببيروت، ٢٠١٠.

https://search.mandumah.com/Record/121345

- مروة العيسوي، التوفيق بوصفه آلية فاعلة لتسوية المنازعات التجارية والاستثمار، مجلة القانونية، العدد ١١.

https://www.lloc.gov.bh/QTopics/Q11T04.PDF

- مزادي رشيد، الطرق البديلة لحل المنازعات طبقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، نشرة القضاء، ج ١، العدد ٦٤، ٢٠٠٩.

https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/18/25/1/94229

- وحيد هداج وأحمد شامي، نحو تبني إجراءات الوساطة كآلية بديلة لحل النزاعات الأسرية في التشريع الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد ٨، العدد ١، ٢٠٢٢.

https://www.asjp.cerist.dz/en/article/190502

- يوسف الإكيابي، الوسائل البديلة لتسوية المنازعات: دراسة في أحكام الوساطة، القانونية، العدد ٨.

https://www.lloc.gov.bh/qanoniya/category/%D8%A7%D9%84%D9%88%D8%B3%D8%A7%D8%A6%D9%84%20%D8%A7%D9%84%D8%A8%D8%AF%D9%8A%D9%84%D8%A9%20%D9%84%D9%81%D8%B6%20%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%86%D8%A7%D8%B2%D8%B9%D8%A7%D8%AA

ثانياً: باللغة الإنجليزية

- C.H. Van Rhee, Mandatory mediation before legislation in civil and commercial matters: A European perspective, access to justice in eastern Europe, 4, no 12, 2021.

- Civil justice council, Compulsory ADR, June 2021, P 16-17.

- Doras Quek, Mandatory mediation: an oxymoron? Examining the feasibility of implementing a court-mandated mediation program, Cardozo j. of conflict resolution, vol 11, no 479, 2010.

- Janna Giesbrecht-McKee, The fairness problem: mandatory arbitration in employment contracts, Willamette law review, vol 50, no 259, 2014.

- Jean R. Sternlight, Creeping mandatory arbitration: is it just?, Stanford law review, vol 57, no 1631, 2005.

- Jeffry s. Abrams. Compulsory mediation: The Texas experience, LC paper no. CB (2) 1574/01-02(02).

- Lejla Ramovic, Compulsory mediation and article 6 EHCR, master letter, Amsterdam university, 2018.

- Lukasz Rozdeiczer & Alejandro de la Campa, Alternative dispute resolution manual: implementing commercial mediation, 1st ed, international finance corporation, world bank group, USA, November 2006.

- M Jashim Ali Chowdhury, Is Mandatory Mediation the future? Experiences in the UK, SCLS Law Review Vol. 3, No.3, Sept 2020.

- Magdalena McIntosh, A Step Forward - Mandatory Mediations, Australasian Dispute Resolution Journal, Volume 14, Number 4, November 2003.

- Melissa Hanks, Perspectives on mandatory mediation, UNSW law journal, vol 35, no 3.

- Michael Bartlet, Mandatory mediation and the rule of law, Amicus Curiae, series 2, vol 1, no 1, 2019.

- Miles B. Farmer, Mandatory and fair? A better system of mandatory arbitration, the yale law journal, 2012, p. 2351.

- Nancy A. Welsh, Mandatory mediation and its variations, Texas A&M university, school of law, Texas A&M law scholarship, 2011.

- Philip McNamara, compulsory and semi-compulsory mediation, Australian bar association, 2019.

- Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Mediation and other forms of alternative dispute resolution (ADR), Note by the Secretariat, the UNCITRAL Secretariat,2021.

- Richbell. D, Mediation of construction disputes, Black well, 2008.

- Tsormpatzoglou Stavors, Compulsory mediation: A contradiction?, LL.M in traditional and European commercial law & alternative dispute

resolution, school of economics, business administration and legal studies, International Hellenic university, 2012-2013.

ثالثاً: باللغة الفرنسية

- Joëlle Duranleau, La médiation obligatoire en droit civil comme outil pour favoriser l'accès à la justice, Mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de L.L.M. en droit, Faculté de droit, Université de Montréal, Université de Montréal, 2017.
- L'expérimentation de la médiation préalable obligatoire dans la fonction publique territoriale, guide relation social, le service Statuts-Rémunération du Centre de Gestion, France, 26 juillet 2018.
- M. Guillaume Hifnung, La médiation , puf, 2002.
- Monte pierre Yves, De la médiation comme mode de résolution de conflits et de ses différentes application.
- Véronique Mirouse, La médiation administrative vers une nouvelle façon de percevoir le règlement des litiges pour les personnes publiques (spécificités, intérêt et actualité), journal spécial des sociétés, Mercredi 18 juillet 2018, no° 62.
-Derge Braudo, Dictionnaire du droit prive, médiation définition, dictionnaire, juridique.

الهوامش

[1] تتجه اتفاقيات الاستثمار إلى التشجيع على اتباع طريق الوساطة لتسوية النزاعات الناشئة عن الاتفاقية، وتتفاوت هذه المعاهدات في درجة التشجيع، حيث تحتفظ معظم اتفاقيات الاستثمار بالوساطة إلى مرحلة ما قبل التحكيم خلال التسوية الودية أو فترة التهدئة، في حين تسمح بعض الاتفاقيات للأطراف المتنازعة بإحالة نزاعها، بالاتفاق المتبادل، إلى وساطة أو مصالحة خاصة أو مؤسسية قبل التحكيم أو أثناء الإجراءات، وبالتالي السماح بالوساطة في أي وقت، مثل اتفاقية الاستثمار بين كولومبيا وتركيا، واتفاقية كولومبيا والإمارات، واتفاقية المغرب واليابان، حيث تنص بنود الاتفاقية على آلية قائمة بذاتها للوساطة، حيث تكون الوساطة اختيارية وتخضع لاتفاق على الوساطة بين المستثمر والدولة.

في حين اتجهت بعض اتفاقيات الاستثمار إلى إجبار المستثمر على الدخول في عملية الوساطة مع الدولة لتسوية أي نزاع، ومن هذه الاتفاقيات، الاتفاقية الأندونيسية الأسترالية لعام ٢٠١٩ الّتي تنص على إجراء مشاورات في المرحلة الأولية، وتنص المادة (١٤/٢٣) من الاتفاقية على أنّ: ""[i] لا يمكن حل النزاع في غضون ١٨٠ يوماً من تاريخ استلام الطرف المتنازع للطلب الكتابي بالنسبة للمشاورات، يجوز للطرف المتنازع [أي الدولة الطرف في النزاع] الشروع في عملية مصالحة، والتي ستكون إلزامية للمستثمر المتنازع ، بهدف التوصل إلى تسوية ودية"، ويجري نص المادة باللغة الإنجليزية كما يلي:

"[i]f the dispute cannot be resolved within 180 days from the date of receipt by the disputing Party of the written request for consultations, the disputing Party [i.e., the State party to the dispute] may initiate a conciliation process, which shall be mandatory for the disputing investor, with a view towards reaching an amicable settlement."

للمزيد انظر:

Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Mediation and other forms of alternative dispute resolution (ADR), Note by the Secretariat, the UNCITRAL Secretariat,2021, p. 5.

[٢] محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرّازي، مختار الصّحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ١٩٨١، ص ٧٢٠.

[٣] المنجد في اللغة والإعلام، ط ٢٧، دار المشرق، بيروت، لبنان، ١٩٧٣، ص ٩٠٠.

[٤] ابن منظور، لسان العرب، ج ١٥، دار صادر، بيروت، لبنان، دون تاريخ نشر، ص ٢٩٦.

[٥] المنجد الأبجدي، ط ٨، دون ناشر، الجزائر، دون تاريخ نشر، ص ١١٥٣.

[٦] الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، ترتيب ومراجعة الدكتور داوود سلوم، مكتبة لبنان، ناشرون، بيروت، ٢٠٠٤، ص ٩٠١.

[٧] ابن منظور، لسان العرب، مج ٢، مرجع سابق، ص ٧.

[٨] محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرّازي، مرجع سابق، ص ٣٩.

[٩] ابن منظور، لسان العرب، مج ٢، مرجع سابق، ص ٧.

[١٠] ابنهار تدوزي، تكملة المعاجم العربية، ترجمة محمد سليم النعيمي، دار الشيد للنشر، دون مكان نشر، ١٩٨٠، ص ١٣٧.

[١١] Derge Braudo, Dictionnaire du droit prive, médiation définition, dictionnaire, juridique, p. 1.

[١٢] محيي الدين القيسي، الوساطة والمصالحة والمفاوضات: وسائل بديلة لحل الخلافات التجارية، الملتقى العربي الأول: التحكيم والوسائل البديلة لتسوية المنازعات (التوفيق- الوساطة- الخبرة الفنية)، بالتعاون بين المنظمة العربية للتنمية الإدارية والمركز اللبناني للتحكيم ببيروت، ٢٠١٠، ص ٣.

[١٣] المادة (٣/١) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الوساطة التجارية الدولية واتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة لعام ٢٠١٨، المعدّل لقانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لعام ٢٠٠٢.

[١٤] المادة (٦٩٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

[١٥] المادة (١٣٠) وما بعدها من قانون العمل العراقي رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧.

[١٦] المادة (١/أ) من القانون رقم (٨٢) لسنة ٢٠١١ بشأن الوساطة المدنية والتّجارية، الجّريدة الرّسمية، العدد ٤٥، تشرين الأول، ٢٠١٨.

[١٧] المادة (١) من القانون الاتحادي رقم ٥٦ لسنة ٢٠٢١، المتضمن تعديل بعض أحكام القانون الاتحادي رقم ١٧ لسنة ٢٠١٦ بشأن مراكز التوفيق والمصالحة في المنازعات المدنية والتجارية، الجّريدة الرّسمية، العدد ٧٠١، السنة ٥١.

[١٨] المادة (١) من قانون تنظيم إعادة الهيكلة والطّلح الواقي من الإفلاس، الجّريدة الرّسمية، العدد ٧ مكرر، ١٩ فبراير ٢٠١٨.

[19] Bureau du surintendant des faillites Canada: La médiation en matière de faillite. https://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/fra/br0283.html

[20] مزادي رشيد، الطرق البديلة لحل المنازعات طبقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، نشرة القضاء، ج ١، العدد ٦٤، ٢٠٠٩، ص ٤٩٥.

[21] ابراهيم هزاع سليم، الوساطة التجارية كحل بديل في المنازعات التجارية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، مج ٩، العدد ٣٢٥، ٢٠٢٠، ص ١٦٥.

[22] علاء أيا ريان، الوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية: دراسة مقارنة، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨، ص ٦٥.

[23] M. Guillaume Hifnung, La médiation , puf, 2002, p. 71.

[24] Monte pierre Yves, De la médiation comme mode de résolution de conflits et de ses différentes application.

[25] Philip McNamara, compulsory and semi-compulsory mediation, Australian bar association, 2019, P. 231.

[26] M Jashim Ali Chowdhury, Is Mandatory Mediation the future? Experiences in the UK, SCLS Law Review Vol. 3, No.3, Sept 2020, P. 36.

[27] خالد محمد طعامنه، الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية النزاعات التجارية في القانون الأردني، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية القانون، جامعة جدارا، الأردن، ٢٠١١، ص ٥٠.

[28] محمود السّيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٣، ص ١٧.

[29] محمود عمر محمود، التحكيم علماً وعملاً وفقاً لقوانين التحكيم بدول مجلس التعاون الخليجي: دراسة مقارنة، ط ١، دار القرار، مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، البحرين، ٢٠٢٠، ص ٤٣؛ وحيد هداج وأحمد شامي، نحو تبني إجراءات الوساطة كآلية بديلة لحل النزاعات الأسرية في التشريع الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد ٨، العدد ١، ٢٠٢٢، ص ٥٩٤.

[30] L'expérimentation de la médiation préalable obligatoire dans la fonction publique territoriale, guide relation social, le service Statuts-Rémunération du Centre de Gestion, France, 26 juillet 2018, p. 3.

محمد علي عفلوك، الوساطة في حل النزاعات بالطّرق السّلمية في التشريع العراقي: دراسة مقارنة، مجلة رسالة الحقوق، العدد ٢، ٢٠١٥، ص ١٩٢.

[31] أحمد مصطفى رجب زايد، الوساطة الخاصة والقضائية كسبيل داعم وبديل لتسوية المنازعات التجارية، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٢٢، ص ٣٣؛ عبد الحميد الشّواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء، ط ٢، منشأة المعرفة، الإسكندرية، مصر ١٩٩٩، ص٢١.

[32] أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والسلبي لاتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص ٥.

[33] رؤى علي عطية، النظام القانوني للتحكيم كوسيلة لتسوية نزاعات الاستثمار الأجنبي في التشريع العراقي وإقليم كردستان، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، مج ٣٢، العدد ٢، ٢٠١٧، ص ٤٦٧.

[34] غاية الخاطري وسيد أحمد محمود، الغش في حكم التحكيم التجاري الدولي: مشكلات وحلول، مجلة العلوم القانونية، كاية القانون، جامعة بغداد، مج ٣٧، ج ٢، ٢٠٢٣، ص ٨٠٢.

[٣٥] لعل أقدم صور التحكيم كانت حين قام نزاع بين قابيل وهابيل حول الزواج من الأخت التوأم، وكان الحل المقبول منها هو الاحتكام إلى السماء، ومن الرجوع إلى الكتابات التاريخية نجد أن القانون السومري قد عرف نظاماً للتحكيم شبيهاً بالقضاء، حيث كان يتوجب عرض النزاع على محكّم عام، كما عرفت الحضارة اليونانية التحكيم في تشريعات صولو، كما عُرف التحكيم في القانون الروماني، وكلك عرف العرب التحكيم عن طريق ما يسمى المنافرة، حيث كان الطرفان يحتكمان إلى محكّم لحسم النزاع بينهم بمسائل الشرف، كما أجاز الإسلام التحكيم بالدعوى المتعلقة بحقوق الناس، ولعل ابرز صور التحكيم عند المسلمين هي التحكيم عند نشوب خلاف بين الزوجين.

انظر: زينب وحيد دحام، الوسائل البديلة عن القضاء لحل النزاعات، ط ١، مطبعة الثقافة، أربيل، ٢٠١٢، ص ٨١.

[٣٦] أحمد عبد الكريم سلامة، نظرات في القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الدولي، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد ٨، ٢٠٠٣، ص ٧٩.

[٣٧] آلاء ناصر حسين وسحر عباس خلف، الوساطة الجنائية كنظام بديل عن الدعوى الجزائية في التشريع العراقي، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، مج ٣٦، ٢٠٢١، ص ٢٢٢.

[٣٨] سلمان بن صالح الخليل، الوساطة وأثرها في حل المنازعات، مجلة قضاء، الجمعية العلمية القضائية السعودية، العدد ٦، ص ١٩٢.

[٣٩] J.L. Vivier: La reforme de la conciliation et lintroduction de la mediation dans la procedure les petites affiches, civile, 25 nov, 1996, n 142, p 12.

مشار إليه لدى: يوسف الإكيابي، الوسائل البديلة لتسوية المنازعات: دراسة في أحكام الوساطة، القانونية، العدد ٨، ص ١٠٧.

[٤٠] المادة (٣/١) من القانون النموذجي للجنة العامة للأمم المتحدة، الصادر بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (٥٣/٣٥) تاريخ ٢٠٠٢/١١/١٩، وقد أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNICITRAL).

[٤١] صدام المحمدي، التوفيق بين الخصوم على وفق أحكام اتفاقية قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لعام ٢٠٠٢، مجلة رسالة الحقوق، المؤتمر الوطني العاشر، ٢٠١٣، ص ١١٩.

[٤٢] عرف نظام التوفيق في فرنسا كوسيلة لفض المنازعات رسمياً في عام ١٩٨١، عندما أنشأت اللجنة الوطنية الاستشارية لتسوية المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية وديّاً (CCRA)، وقد توسع به التشريع الفرنسي في عام ١٩٩٥، وفي الولايات المتحدة الأمريكية تم الاعتراف بالتوفيق رسمياً في قانون إصلاح العدالة الصادر في عام ١٩٩٠، كما أصدر المشرّع المصري القانون رقم (٧) لعام ٢٠٠٠ الخاص بتنظيم عملية التوفيق في المنازعات الإدارية، حيث نصت المادة (١) منه على أنّ: "ينشأ في كل وزارة أو هيئة عامة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، لجنة أو أكثر للتوفيق في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التي تنشأ بين الجهات والعاملين بها، وبينها وبين الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة"، كما أقرّ المشرّع الأردني التوفيق كوسيلة لتسوية المنازعات المدنية دون التجارية في القانون رقم (١٢) لعام ٢٠٠٦ المتعلق بالوساطة لتسوية النزاعات المدنية.

للمزيد انظر: صدام المحمدي، مرجع سابق، ص ١٣٦-١٣٧.

[٤٣] أحمد عبد الكريم سلامة، نظرات في القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الدولي، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد ٨، ٢٠٠٣، ص ٧٩.

[٤٤] أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠١٣، ص ٢٥٦ وما بعدها؛ مروة العيسوي، التوفيق بوصفه آلية فاعلة لتسوية المنازعات التجارية والاستثمار، مجلة القانونية، العدد ١١، ص ٣١٥ وما بعدها.

[٤٥] فاتح خلاف، مكانة الوساطة لتسوية النزاع الإداري في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، ٢٠١٤-٢٠١٥، ص ٦٢.

[٤٦] أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، دون ناشر، ٢٠٠٢، ص ١٢.

[٤٧] أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم: مفهومه- أركانه وشروطه- نطاقه، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ، ص ١٠٥.

[٤٨] بدأ اعتماد التحكيم الإجباري بشكل ملموس في الولايات المتحدة الأمريكية منذ أواخر القرن العشرين، ويرتبط صعوده بإصدار المحكمة العليا لسلسلة من القرارات التي سمحت للشركات باستخدام التحكيم في مواقف لم يعتقدوا من قبل أنها مسموح بها. في حين أن صناعة الأوراق المالية طالبت مستثمريها منذ فترة طويلة بتوقيع اتفاقيات نموذجية توافق على التحكيم بدلاً من التقاضي في النزاعات المستقبلية، وهذا يمثل انعطافاً في موقف المحكمة العليا الّتي سبق أن رفضت تطبيق مثل هذه البنود على دعاوى الاحتيال في الأوراق المالية في قضية (Wilko v. Swan) بحجة أنّ تفسير قانون ١٩٣٣ يحظر الاستخدام الإلزامي للتحكيم، وشددت المحكمة على أن القانون تمت صياغته مع مراعاة المساوئ التي يعمل بموجبها المشترون، وأوضحت المحكمة أن التحكيم لا يقدم نفس سبل الانتصاف مثل التقاضي، من حيث أنه يجوز للمحكمين إصدار قرارات" دون توضيح أسبابهم ودون توضيح السجل الكامل لإجراءاتهم ، ولأن مفهوم المحكم للمعنى القانوني للمتطلبات القانونية لا يمكن الطعن فيه بشكل فعال. ومع ذلك، تغير موقف المحكمة العليا تجاه التحكيم التجاري بشكل كبير في بداية السبعينيات والثمانينيات. في حين أن أولى القضايا التي تشير إلى هذا التحول تضمنت التحكيم بين كيانين تجاريين، بحلول عام ١٩٨٩ ، طبقت المحكمة هذه السوابق على قضية ويلكو وطلبت من المحاكم إنفاذ شروط التحكيم التي تفرضها بيوت السمسرة في الأوراق المالية على مستثمريها، فقد أعلنت المحكمة في قضية (Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp) فكرة أنّ السياسة الفيدرالية تفضل التحكيم في المنازعات التجارية، وفي عام ١٩٩١، في قضية (Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp) قضت المحكمة بأنه يمكن إجبار سمسار أوراق مالية على التحكيم في دعوى التمييز على أساس السن الفيدرالية ضد صاحب العمل. افترضت سابقاً أن مخاوف السياسة العامة ستمنع المحاكم من إجبار الموظفين على حل دعاوى التمييز الوظيفي من خلال التحكيم الملزم، وبمجرد أن بدأت المحكمة العليا في إصدار قرارات تنص على "تفضيل" التحكيم التجاري وأنه يمكن السماح بالتحكيم في دعاوى التوظيف، استغلت الشركات الفرصة لإجبار التحكيم في السياقات التي اعتقدت سابقاً أن اتفاقيات التحكيم لن يتم إنفاذها. في السابق كانوا يخشون من جوانب التقاضي بما في ذلك العلانية، وقرارات هيئة المحلفين، والأضرار العقابية، والاكتشافات الواسعة، والإجراءات الجماعي ، رأت الشركات أن التحكيم يحتمل أن يحميهم من كل هذه "الشرور". وبالتالي، سرعان ما اتبعت الشركات في مجموعة واسعة من المجالات ريادة صناعة الأوراق المالية وبدأت في استخدام اتفاقيات نموذجية لتطلب من عملائها الموافقة على حل جميع النزاعات المستقبلية من خلال التحكيم بدلاً من التقاضي. من خلال قراءة القرارات في الحالات المبلغ عنها ، يمكن للمرء أن يرى أن التحكيم سرعان ما بدأ يفرضه مجموعة واسعة من الصناعات ، بما في ذلك المؤسسات المالية (فيما يتعلق بالحسابات الشخصية ، وقروض المنازل والسيارات، وبطاقات الائتمان)، ومقدم خدمة (مبيدات النمل الأبيض، وصالات الألعاب الرياضية، وشركات الهاتف، ومحضري الضرائب)، وبائعي البضائع (المنازل المتنقلة، وأجهزة الكمبيوتر، و(eBay تم تفويض التحكيم فيما يتعلق بالألعاب التي ترعاها سلسلة مطاعم ماكدونالدز للهامبرغر وفي هذه الألفية الجديدة، توسع تحكيم المستهلك بسرعة أيضًا ليشمل الرعاية الصحية (المستشفيات ومنظمات الصيانة الصحية)، دار رعاية المسنين، والمؤسسات التعليمية. أيضاً تستخدم بعض الشركات الآن التحكيم بشكل عدواني، للحصول على أحكام تقصير سريعة ضد المستهلكين الذين يُزعم أنهم مدينون لهم بالمال.

انظر:

Jean R. Sternlight, Creeping mandatory arbitration: is it just?, Stanford law review, vol 57, no 1631, 2005, p. 1636-1637.

[٤٩] لا توجد إحصائيات دقيقة تحدد عدد شروط التحكيم الإجباري في الولايات المتحدة الأمريكية، غير أنه من الواضح أنه يستخدم على نطاق واسع في جميع أنحاء المجتمع الأمريكي، فعلى سبيل المثال تعد جمعية التحكيم الأمريكية (The

(American arbitration association) مجرد واحدة من العديد من مقدمي خدمات التحكيم الكبيرة، وهي تجري التحكيم في أكثر من ١٠٠٠٠٠ قضية سنوياً.

انظر:

Miles B. Farmer, Mandatory and fair? A better system of mandatory arbitration, the yale law journal, 2012, p. 2351.

٥٠ Janna Giesbrecht-McKee, The fairness problem: mandatory arbitration in employment contracts, Willamette law review, vol 50, no 259, 2014, p. 264.

٥١ استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر على عدم دستورية النص التشريعي الذي يفرض التحكيم إجباراً على الخصوم، فحكمت في جلسة ٢٠٠٣/٥/١١ في القضية رقم ٣٨٠ لسنة ٢٣ ق. دستورية، بأنه: "لا يجوز بحال من الأحوال أن يكون التحكيم إجبارياً يذعن إليه أحد الطرفين إنفاذاً لقاعدة قانونية آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها، ذلك أنّ التحكيم مصدره الاتفاق ... وإليه ترتد السلطة الكاملة الّتي يباشرها المحكّمون"، كما حكمت بأنّ: "التحكيم وسيلة فنية لها طبيعة قضائية، غايتها الفصل في نزاع مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها وركيزته اتفاق خاص يستمد المحكّمون منه سلطاتهم، ولا يتولون مهامهم بالتالي بإسناد من الدّولة، ولهذا فإنه إذا ما قام المشرّع بفرض التحكيم قسراً بقاعدة قانونية آمرة دون خيار في الالتجاء إلى القضاء، فإنّ ذلك يُعد انتهاكاً لحق التّقاضي الّذي كفله الدّستور لكل مواطن بنص مادته الثّامنة والستين، إذ أنّ المقرر أنّ التحكيم لا ينزع من القضاء ولايته في الفصل في كافة المنازعات ابتداءً إلا إذا كان متولداً عن الإرادة الحرة الطليقة". حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ٢٠٠٢/١/١٣ في القضية رقم ٥٥ لسنة ٢٣ ق. دستورية. مشار إلى هذا الحكم وغيرها لدى: فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط ١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٣٣-٣٤.

٥٢ فتحي والي، مرجع سابق، ص ٣٤.

٥٣ ماهر السعيد محمد جبر، الوساطة كوسيلة لفض المنازعات التجارية: دراسة مقارنة، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، العدد ٣٩، ٢٠٢٢، ص ٤٦٩.

٥٤ سماح خمان، التنظيم التشريعي الجديد للوساطة في المنازعات الإدارية في القانون الفرنسي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد ٢، ج ٢، ٢٠٢٠، ص ١٢١.

٥٥ أحمد مصطفى رجب زايد، مرجع سابق، ص ٣٣.

٥٦ C.H. Van Rhee, Mandatory mediation before legislation in civil and commercial matters: A European perspective, access to justice in eastern Europe, 4, no 12, 2021, p. 12.

٥٧ Lejla Ramovic, Compulsory mediation and article 6 EHCR, master letter, Amsterdam university, 2018, p 16.

٥٨ التوجيه (EC / ٢٢/٢٠٠٢) بشأن الخدمة الشاملة وحقوق المستخدمين المتعلقة بشبكات وخدمات الاتصالات الإلكترونية (توجيه الخدمة الشاملة) [٢٠٠٢] OJ L108 / 51.

Directive 2002/22/EC on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services (Universal Service Directive) [2002] OJ L108/51.

٥٩ Civil justice council, Compulsory ADR, June 2021, P 16-17.

٦٠ حيدر فليح حسن، أدوات القضاء في تطوير قواعد القانون المدني: فرنسا أنموذجاً، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الخاص لبحوث مؤتمر فرع القانون الخاص المنعقد تحت عنوان "استدامة قواعد القانون الخاص والتحديات المعاصرة" للمدة ٦-٧/١١/٢٠١٩، ص ٢٥٠ وما بعدها.

[٦١] إذ تنص المادة رقم ٢٦ من قانون الأجراءات المدنية لويلز رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ على "١. إذا رأت المحكمة ان الظروف مناسبة ، يجوز للمحكمة ان تأمر بإحالة أي أجراء امامها، أو اي جزء من من ذلك الإجراء، إلى الوساطة بواسطة وسيط، ويجوز لها ان تفعل ذلك إما بموافقة الأطراف او من دونها".

26 Referral by court(cf Act No 52 1970, section 110K; Act No 9 1973, section 164A; Act No 11 1970, section 21L)

(1) If it considers the circumstances appropriate, the court may, by order, refer any proceedings before it, or part of any such proceedings, for mediation by a mediator, and may do so either with or without the consent of the parties to the proceedings concerned.

وتنص القاعدة رقم ٥٠ من قواعد المحكمة العليا الاسترالية في فقرتها السابعة (الإجراءات المدنية العامة) لعام ٢٠٠٥ (SR رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠٥)، على " ١. يجوز للمحكمة، في أي مرحلة من مراحل الإجراءات، بموافقة أي طرف أو بدونها، أن تأمر بإحالة الإجراءات أو أي جزء من الإجراءات إلى وسيط."

SUPREME COURT (GENERAL CIVIL PROCEDURE) RULES 2005 (SR NO 148 OF 2005) - REG 50.07

(1) At any stage of a proceeding the Court may, with or without the consent : Reference to mediator of any party, order that the proceeding or any part of the proceeding be referred to a mediator.

ونصت القاعدة رقم ٣١٩ من قانون القسم لعام ١٨٦٧، قانون المحكمة العليا في كوينزلاند لعام ١٩٩١، قواعد الإجراءات المدنية الموحدة، ١٩٩٩، في فقرتها الاولى على "١. يجوز للمحكمة توجيه المسجل لتقديم اشعار كتابي إلى الاطراف (إشعار الإحالة) بإحالة نزاعهم إلى عملية وساطة، يتم -إجراؤها من قبل وسيط ..". وتنص الفقرة الثانية من القاعدة ذاتها على "٢. يجوز لأي طرف ان يعترض على الإحالة، عن طرق تقديم أشعار اعتراض إلى المسجل"، وتنص الفقرة الثالثة على "٣. يجب ان يتضمن الاشعار: أ. ذكر اسباب اعتراض الطرف على الإحالة. ب. ان يتم تقديم الاعتراض في غضون سبعة أيام من تاريخ استلام الطرف المعترض لأشعار الإحالة."، وتخيف الفقرة الرابعة " ٤. إذا تم تقديم إشعار بالاعتراض، يجوز للمحكمة أن تطلب من الأطراف أو ممثليهم الحضور أمامها."، والامر بعد ذلك يعود لتقدير المحكمة وفق ما نصت عليه الفقرة الخامسة والتي نصت على "٥. يجوز للمحكمة ان تصدر ما تراه مناسبا من أمر في ضوء الظروف.".

Oaths Act 1867, Supreme Court of Queensland Act 1991, Uniform Civil Procedure Rules,1999, 319 "Registrar to give notice of proposed reference to ADR process

(1) The court may direct the registrar to give written notice to the parties (the referral notice) that the parties' dispute is to be referred, by order, to an ADR process to be conducted by a specified mediator or case appraiser.

(2) A party may object to the reference by filing an objection notice in the registry.

(3) The objection notice must—

(a) state the reasons why the party objects to the referral; and

(b) be filed within 7 days after the objecting party receives the referral notice.

(4) If an objection notice is filed, the court may require the parties or their representatives to attend before it (the hearing).

(5) The court may make an order at the hearing it considers appropriate in the circumstances".

للمزيد يُنظر:

Tsormpatzoglou Stavors, Compulsory mediation: A contradiction?, LL.M in traditional and European commercial law & alternative dispute resolution, school of economics, business

Magdalena administration and legal studies, International Hellenic university, 2012-2013, p 18. McIntosh, A Step Forward - Mandatory Mediations, Australasian Dispute Resolution Journal, Volume 14, Number 4, November 2003, p. 280.

[٦٢] Joëlle Duranleau, op. cit, p 26.

[٦٣] Joëlle Duranleau, op. cit, p 26.

[٦٤] Sec. 154.021. REFERRAL OF PENDING DISPUTES FOR ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION PROCEDURE. (a) A court may, on its own motion or the motion of a party, refer a pending dispute for resolution by an alternative dispute resolution procedure.

[٦٥] 154.022. NOTIFICATION AND OBJECTION. (b) Any party may, within 10 days after receiving the notice under Subsection (a), file a written objection to the referral. (c) If the court finds that there is a reasonable basis for an objection filed under Subsection (b), the court may not refer the dispute under Section 154.021.

[٦٦] Supreme court general civil procedure rules, 2005, s 50.07 (Austl). (1) At any stage of a proceeding the Court may, with or without the consent of any party, order that the proceeding or any part of the proceeding be referred to a mediator. (2) Except so far as the Court otherwise orders, an order for reference to mediation shall not operate as a stay of the proceeding.

Available at: https://www.austlii.edu.au/au/legis/vic/consol_reg/sccpr2005433/s50.07.html

Supreme court amendment (referral of proceedings) Act 2000, c.36, s 110K (Austl)

Available at: https://www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/num_act/scaopa200n36488.pdf

Supreme court Act 1935, c.4, s 65 (1) (Austl)

Available at: https://www.austlii.edu.au/au/legis/sa/consol_act/sca1935183/s65.html

District court of Queensland act 1967, c. 7, s97

Available at: https://www.austlii.edu.au/au/legis/qld/consol_act/dcoqa1967308/s97.html

[٦٧] Jeffry s. Abrams. Compulsory mediation: The Texas experience, LC paper no. CB (2) 1574/01-02(02), p 14-15.

[٦٨] Children and family act 2014, chapter 6, part 2, section 10.

Available at the link: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/6/section/10/enacted

Family procedure rules, part 3, non-court dispute resolution.

Available at the link: https://www.justice.gov.uk/courts/procedur-rules/family/parts/part-03

Family procedure rules, practice direction 3a- family mediation information and assessment meeting (MIAMS).

Available at the link: https://www.justice.gov.uk/courts/procedur-rules/family/practice-para8 #directions/pd-part-03a

Accessed 26/6/2023.

[٦٩] Art (8) of the practice direction: "Litigation should be a last resort. As part of a relevant pre-action protocol or this practice direction, the parties should consider whether negotiation or some other form of ADR might enable them to settle their dispute without commencing proceedings".

[٧٠] Art (11) of the practice direction: "If proceedings are issued, the parties may be required by the court to provide evidence that ADR has been considered. A party's silence in response to an invitation to participate or a refusal to participate in ADR might be considered unreasonable by the court and could lead to the court ordering that party to pay additional court costs".

[٧١] Art (3) of legislative decree no 28 of 2010: "There is no free-lance mediation in Italy. A mediator has to be enrolled at a mediation centre in order to perform mediations and has to be trained by approved mediation training centres, also enrolled at the ministry of justice".

=Art (4) of legislative decree no 28 of 201o: "Parties choose the mediation provider, even though there is territorial competence criteria-disposable by agreement of all the parties involved".

See: Italian mediation system "decree 28/2010" in English, available at the link: https://www.camera.arbitrale.it/en/mediation/italian-mediation-system-decree-28-2010.php?id=372

Accessed 29.6.2023.

[٧٢] Art (27/3) of code of conduct for Italian lawyers: "Upon entrusting with the representation, a lawyer shall inform the assisted party clearly and in writing about the possibility to take advantage of the mediation provided for by law, he shall give information about the alternative methods to legal arguments, provided for by law as well".

[٧٣] F Maiorana, Mediation in Italy: how does it differ?

Available at the link: https://www.londonschoolofmediation.com/story/2019/02/06/mediation-in-italy-how-does-it-differ-/107/

Accessed 30.6.2023.

[٧٤] C.H. Van Rhee, op. cit, p 14.

Available at the link: https://doi.org/10.33327/AJEE-18-4.4-a000082

[٧٥] Part (15/a/1) EGZPO: "...pecuniary disputes before the district court over claims whose object in money or monetary value does not exceed the sum of 750 euros, ... disputes over claims from neighboring law according to art 910-911-923 of the civil code and according to section 906 of the civil code and according to the provisions of state law within the meaning of article 124 of the introductory act to the civil code, provided that it is not a question of the effects of a commercial operation,... disputes about claims due to injury to personal honor, that have not been committed in the press or on the radio,... disputes about claims according to section 3 of general equal treatment act".

[٧٦] C.H. Van Rhee, op. cit, p 16.

[٧٧] C.H. Van Rhee, op. cit, p 16.

[٧٨] Richbell. D, Mediation of construction disputes, Black well, 2008, p 6.

[٧٩] رضوى صلاح الدين محمد السمان، الوساطة الإجبارية كوسيلة فعالة لحل منازعات عقود التجارة والاستثمار: دراسة للتجربة الإيطالية كتجربة رائدة وبحث كيفية تطبيقها في مصر، مجلة الدراسات القانونية، العدد ٥٩، ج ١، ٢٠٢٣، ص ٤٢٤-٤٢٥.

[٨٠] Transforming mediation: from alternative to compulsory dispute resolution; from a gentlemen's agreements to enforceable instruments.
Available at:
https://www.changing-perspectives.legal/transforming-mediation-from-alternative-to-compulsory-dispute-resolution-from-gentlemens-agreements-to-enforceable-instruments-2/?lang=de#

[٨١] Doras Quek, Mandatory mediation: an oxymoron? Examining the feasibility of implementing a court-mandated mediation program, Cardozo j. of conflict resolution, vol 11, no 479, 2010, P. 490-491.

[٨٢] Joëlle Duranleau, La médiation obligatoire en droit civil comme outil pour favoriser l'accès à la justice, Mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de L.L.M. en droit, Faculté de droit, Université de Montréal, Université de Montréal, 2017, p 22.

[٨٣] عانت إيطاليا من تراكم كبير في الدعاوى المنظورة أمام المحاكم، مع تأخر كبير في مدة حسمها، حيث وصل متوسط مدة حسم الدعوى اما المحاكم إلى قرابة ثلاث سنوات، وقد تم وصف هذا الوضع بأنه كارثي ومروّع، وله عواقب وخيمة على الحكومة الإيطالية التي دفعت بحلول عام ٢٠٠٠ أكثر من (٦٠٠) مليون يورو كتعويضات للأفراد عن التأخير في الوصول إلى عدالة الدولة، وقد حاولت الحكومة الإيطالية منذ أوائل تسعينيات القرن الماضي تقليل التأخير من خلال تعيين حوالي (٤٠٠٠) قاض من قضاة الصلح الذين يتمتعون بصلاحية نظر الدعاوى الصغيرة والتوسّط في النزاعات المدنية، ومن خلال منح غرف التجارة المحلية سلطة تقديم خدمات الوساطة، وتم تقديم خطة وساطة إجبارية لأول مرة في إيطاليا في عام ١٩٩٨، من خلال ثلاثة قوانين تلزم اللجوء إلى الوساطة قبل المحاكمة في منازعات المستهلكين والتعاقد من الباطن ونزاعات العمل.
للمزيد انظر:
Melissa Hanks, Perspectives on mandatory mediation, UNSW law journal, vol 35, no 3, p. 336-338.

[٨٤] Art (5/1) of legislative decree no 28/2010 provides: "Any person who intends to bring legal proceeding a dispute over joint ownership, property rights, division, inheritance rights, family contracts, leases, loans-for-use, leases of businesses, compensation for damage resulting from vehicle and boat traffic, medical liability and defamation through the press and other media, or insurance, banking and financial contracts, shall be required, as a preliminary step, to use mediation within the meaning of the present decree...".

[٨٥] Art (1) du décret n◈ 2018-101 du 16 février 2018 portant expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux: «1- A titre expérimental, sont, à peine d'irrecevabilité, précédés d'une médiation les recours contentieux formés par les agents publics civils mentionnés au 2 à l'encontre des décisions administratives suivantes:
1◈ Décisions administratives individuelles défavorables relatives à l'un des éléments de rémunération mentionnés au premier alinéa de l'article 20 de la loi du 13 juillet 1983 susvisée.

2◈ Refuse de détachement, de placement en disponibilité ou de congés non rémunérés prévus pour les agents contractuels aux articles 20, 22, 23, et 33-2 du décret du 15 février 1988 susvisé.

«3◈ Décisions administratives individuelles défavorables relatives à la réintégration à l'issue d'un détachement, d'un placement en disponibilité ou d'un congé parental ou relative au réemploi d'un agent contractuel à l'issue d'un congé mentionné au 2◈ du présent article.

4◈ Décisions administratives individuelles défavorables relatives au classement de l'agent à l'issue d'un avancement de grade ou d'un changement de corps obtenu par promotion interne.

5◈ Décisions administratives individuelles défavorables relatives à la formation professionnelle tout au long de la vie article 6 sexies de la loi du 13 juillet 1983 susvisée.

6◈ Décisions administratives individuelles concernant l'aménagement des conditions de travail des fonctionnaires qui ne sont plus en mesure d'exercer leurs fonctions dans les conditions prévues par les articles 1ers des décrets du 30 novembre 1984 et du 30 septembre 1985 susvisés.

2_ Les agents publics civils concernés par l'expérimentation prévue au I sont:

1◈ Les agents de la fonction publique de l'Etat affectés dans les services académiques et départementaux, les écoles maternelles et élémentaires et les établissements publics locaux d'enseignement du ressort des académies dont la liste est fixée par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice et du ministre chargé de l'éducation nationale.

2◈ Les agents de la fonction publique territoriale employés dans les collectivités territoriales et les établissements publics locaux situés dans un nombre limité de circonscriptions départementales, choisies en raison de la diversité des situations qu'elles présentent et dont la liste est fixée par un arrêté conjoint du garde des sceaux, ministre de la justice, et du ministre chargé des collectivités territoriales, et ayant conclu au plus tard le 31 décembre avec le centre de gestion de la fonction publique territoriale dont ils relèvent une convention lui confiant la mission de médiation préalable obligatoire en cas de litige avec leurs agents.

3_ La médiation préalable obligatoire prévue au 1 est assurée:

1◈ Pour les agents des services du ministère chargé des affaires étrangères, par le médiateur des affaires étrangères.

2◈ Pour les agents du ministère chargé de l'éducation nationale, par le médiateur académique territorialement compétent.

3◈ Pour les agents des collectivités territoriales et des établissements publics locaux, par le = centre de gestion de la fonction publique territorialement compétent, proposant la mission de médiation préalable obligatoire au titre de la mission de conseil juridique prévue au premier alinéa de l'article 25 de la loi du 26 janvier 1984».

Art (L114-1) code de justice administrative: «Lorsque le conseil d'Etat est saisi d'un litige en premier et dernier ressort, il peut, après avoir obtenu l'accord des parties, ordonner une médiation pour tender de parvenir à un accord entre celles-ci selon les modalités prévues au chapitre 3 du titre ler du livre 2»

[٨٧] Véronique Mirouse, La médiation administrative vers une nouvelle façon de percevoir le règlement des litiges pour les personnes publiques (spécificités, intérêt et actualité), journal spécial des sociétés, Mercredi 18 juillet 2018, no◈ 62, P. 14.

[٨٨] Art (3) du décret n◈ 2018-101 du 16 février 2018 portant expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux: «La médiation préalable définie aux articles 1er et 2 s'exerce dans les conditions prévues à la section 1 du chapitre 3 du titre 1er du livre 2 du code de justice administrative, sous réserve des dispositions du présent décret, Elle doit être engagée dans de délai de recours contentieux de deux mois prévue à l'article R.421-1 du code de justice administrative, majoré, le cas échéant, dans les conditions prévues à à l'article R.421-7 du même code, auprès du médiateur compétent. L'autorité administrative doit informer l'intéressé de cette obligation et lui indiquer les coordonnées du médiateur compétent. A défaut, le délai de recours contentieux ne court pas à l'encontre de la décision litigieuse.

La saisine du médiateur comprend une lettre de saisine de l'intéressé et, lorsque la décision contestée est explicite, une copie de cette décision ou, lorsqu'elle est implicite, une copie de la demande ayant fait naitre cette décision».

[٨٩] Joëlle Duranleau, op. cit, p 23.

[٩٠] C.H. Van Rhee, op. cit, p 17.

[٩١] Melissa Hanks, op. cit, p 946.

[٩٢] Tsormpatzoglou Stavors, op. cit, p 19.

[٩٣] Halsey v Milton Keynes NHS Trust 2004. .

Michael Bartlet, Mandatory mediation and the rule of law, Amicus Curiae, series 2, vol 1, no 1, 2019, p 58.

[٩٤] Art (1) of English civil procedure rules of 1999: "The courts encourage parties to use alternative means of resolving disputes before commencing legal proceedings. These alternative means include negotiation, mediation, and arbitration. The aim of this guidance is to promote the resolution of disputes through non-judicial methods and alleviate the burden on the courts".

[٩٥] Tsormpatzoglou Stavors, op. cit, p 27.

[٩٦] في هذه القضية قررت المحكمة الحكم بالمصاريف على السيدة "دونيت" بسبب رفضها التفكير في الوساطة، فطعنت السيدة المذكورة بالحكم أمام محكمة الاستئناف لأنه ينتهك حقها الدستوري في اللجوء إلى محاكم الدولة، كما يخالف نص المادة (٦) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، ـفقررت محكمة الاستئناف رد الطعن ، وقالت بأنه "على الرغم من أن اللجوء إلى الوساطة ليس إجبارياً في النزاع، غير أنّ محكمة الموضوع تملك توجيه الأطراف للتفكير في الوساطة، وتستطيع فرض المصاريف على الطرف الممتنع". انظر تفاصيل القضية على الرابط:
https://www.isurv.com/diectory_record/3346/dunnet_v_railtrack

[٩٧] Tsormpatzoglou Stavors, op. cit, p 28.

[٩٨] Melissa Hanks, op. cit, p. 944.

[٩٩] Lukasz Rozdeiczer & Alejandro de la Campa, Alternative dispute resolution manual: implementing commercial mediation, 1st ed, international finance corporation, world bank group, USA, November 2006, p. 2.

[١٠٠] Nancy A. Welsh, Mandatory mediation and its variations, Texas A&M university, school of law, Texas A&M law scholarship, 2011, p 110.
Available at: https://scholarship.law.tamu.edu/facscholar/974