قبول الوساطة والدفع بعدم القبول
دراسة في ضوء الفقه والقضاء الأنجلو أمريكي
Accepting Mediation and Proving Mediation Inadmissibility in the light of Anglo-American Jurisprudence and Case Law and judiciar

مقدم من

الدكتور حسن أحمد الدسوقي

أستاذ مساعد قانون المرافعات المدنية والتجارية (القانون الخاص)

كلية ادارة الاعمال

جامعة شقراء-المملكة العربية السعودية

Dr. Hassan Ahmed Eldasoky

(private law) Assistant Professor in Civil and Commercial Procedures Law

Faculty of Business Administration

Shaqra University

Kingdom of Saudi Arabia

البريد الالكتروني: hassandasoki@su.edu.sa

Abstract:-

The present study examines the issues of accepting mediation and proving mediation inadmissibility in the light of Anglo-American Jurisprudence and Case Law. In the first part, the main concern is to investigate a set of legal precedents by using an analytical and comparative approach. The purpose is to clarify the conditions for accepting mediation and the impact of this acceptance on litigation, along with the ensuing legal right to stick to the mediation clause to settle the dispute, and to prove case or mediation inadmissibility. In the second part, the reasons why courts held that mediation is inadmissible are brought under close scrutiny. This point is of great importance in understanding the admissibility requirements and so the key factors that determine the success of the mediation efforts in resolving the conflict between the litigants from its inception by reaching an amicable settlement.

Key words: - Acceptance of mediation – Proving inadmissibility - Proving case inadmissibility - Proving mediation inadmissibility

ملخص البحث

تناولت تلك الدراسة "قبول الوساطة والدفع بعدم القبول دراسة في ضوء الفقه والقضاء الأنجلو أمريكي"، وذلك من خلال منهج تحليلي تأصيلي مقارن للسوابق القضائية، لتوضيح شروط قبول الوساطة وأثر هذا القبول على الخصومة، وما ينتج عن ذلك من حق في التمسك بوجود شرط الوساطة والدفع بعدم قبول الدعوي أو الدفع بعدم قبول الوساطة، وذلك في المبحث الاول، أما المبحث الثاني فقد تم توضيح أسباب حكم المحكمة بعدم قبول الوساطة، ومايمثله ذلك من أهمية للدراسة، لتنجب أسباب الرفض، ومن أجل نجاح جهود الوساطة في وأد الخصومة في مهدها بين الفرقاء المتنازعين، وصولا لحل ودي للنزاع وهو الهدف المنشود.

الكلمات المفتاحية: -قبول الوساطة-الدفع بعدم القبول-الدفع بعدم قبول الدعوي-الدفع بعدم قبول الوساطة

تمهيد وتقسيم: -

مع بدء تطبيق التدابير المتخذة للتخفيف من الآثار الاقتصادية المباشرة لجائحة وباء COVID-19، ومع التوقعات بأن الجائحة يمكن أن تؤدي إلى طوفان من الخلافات التعاقدية، مما يشكل ضغطا على النظام القضائي العالمي بأكمله لحل النزاعات، مما يعجل من تحويل الانتباه إلى اتباع آليات بديلة لتسوية المنازعات، فلقد وفر وباء COVID-19 حافزا للمحاكم الولايات المتحدة للتكيف بسرعة مع المشهد المتغير من خلال استخدام التكنولوجيا السمعية والبصرية للوصول إلى المزيد من الناس، حيث عرقل وباء COVID-19 إلى حد كبير حياة الأفراد الذين يسعون إلى حل المنازعات العالقة بالمحاكم، مثال دعم مكتب الوساطة لحل النزاعات في ولاية ماريلاند في الولايات المتحدة، وأستخدام الوساطة عن بُعد وحل بعض النزاعات الأسرية والمالية والادارية بين الأشخاص.

وقد تشير اليات التسوية البديلة إلى اجراءات حل النزاعات دون الذهاب إلى المحاكم، ومنها الوساطة، وهي شكل من أشكال تسوية المنازعات التي أصبحت مألوفة بشكل متزايد للأطراف المنازعات التجارية والادارية والاسرية والعمالية في السنوات الأخيرة، ويبدو الآن من المقرر أن تصبح جزءًا أساسيًا من أدوات فض النزاعات، وقد تتضاربت أراء الفقهاء في النظام القضائي الانجلوأمريكي حول الاعتقاد بأن الآليات البديلة لتسوية المنازعات هو "بديل"عن التقاضي، وليس مكملا له، أو أنها طريق "مواز للإطار القضائي"[1]، وقد أقرت وزارة العدل الامريكية بأنه لا يزال هناك نقص في المعرفة حول استخدام طرق تسوية المنازعات عن طريق الوساطة كآلية بديلة لحل النزاعات، وأن كان يري الباحث أنها هي اجراء من ضمن أجراءات المنظومة الأجرائية للتقاضي، وقد ذكر تقرير وزارة العدل الامريكية أن فلسفة التقاضي يجب أن تكون [2]، **في المقام الأول** ، لتسهيل انهاء النزاع مبكرا ، والوساطة وسيلة جديرة بذلك، **وثانيا** معالجة وتخفيف التكاليف المرتفعة للتقاضي أمام المحاكم، في ظل ضغوط مالية متزايدة على الأفراد والشركات، وقد أثبتت الوساطة أنها بديلاً فعالا للتقاضي، وهي أيضا فعالا للخصوم حيث يمكن للأطراف المشاركة في الوساطة، مما يمنحهم عنصرا إضافيا من السيطرة علي النزاع، بدلاً من تركها لممثليهم القانونيين، وتسمح للخصوم بوضع حلول فريدة لنزاعهم، و هناك زيادة مضاعفة في استخدام الوساطة، حيث بالإضافة إلى كون الوساطة سريعة وفعالة من حيث التكلفة، فهي سرية وحيادية؛ فلا يُسمح بشهادة شهود تم الادلاء بها في الوساطة لاحقًا أمام المحكمة، كما أن الطبيعة الغير رسمية والمرنة للوساطة، يمكن تعديلها لتلبية احتياجات الخصوم، لذلك فهي متجاوبة مع طبيعة العلاقات التجارية والعمالية والأسرية، وتستخدم الوساطة بشكل متزايد في مجموعة واسعة من المنازعات، التجارية والعائلية على حد سواء، ويتضح ذلك من الزيادة الملحوظة في استخدام اتفاقيات شروط الوساطة أو بنود الوساطة في العقود التجارية و العمالية كما سنرى في ثناية هذه الدراسة، فقد ذهبت بعض الولايات القضائية، مثل نيويورك وفلوريدا إلي أنها طلبت من الخصوم اللجوء الي الوساطة قبل أن تسمح المحكمة ببدء التقاضي، إلى حد جعل الوساطة إلزامية في ظروف معينة، وفي ضوء

---

(1) Lord Phillips CJ, 'Alternative Dispute Resolution: An English Viewpoint' (India, 29 March 2008; Lord Clarke, MR, 'Mediation - An Integral Part of Our Litigation Culture' (Gray's Inn, 8 June 2009).

(2) Lord Woolf MR, 'Access to Justice Final Report' July 1996.

تطورالسوابق القضائية الانجلوسكسونية علي الالتزامات التعاقدية للوساطة، وتأثير السياسة القانونية الأوروبية على الوساطة وتوجيه الوساطة الأوروبي رقم 2008/ C/52 تم إدخال الوساطة الإلزامية في العديد من الأنظمة القضائية [1]،و نتيجة لهذه العوامل، كانت هناك زيادة ملحوظة في حدوث الوساطة في السنوات الأخيرة. [2]

أما الولايات المتحدة، فلا يوجد هيئة حاكمة أو تنظيمية للوساطة، ولذلك توفر نقابة المحامين الأمريكية، ورابطة التحكيم الأمريكية معايير ممارسة الوساطة، ولدى معظم الولايات قوانين محلية تنظم عملية الوساطة، والتي تطورت بمرور الوقت، وكانت هناك محاولات عديدة لتحول من قوانين الوساطة المحلية داخل كل ولاية، الي قانون موحد للوساطة في الولايات المتحدة، ففي عام 1998م أعتمد الكونجرس بالولايات المتحدة قانون الوساطة الموحد(UMA) [3]، والذي يطالب جميع المحاكم الفيدرالية بتطبيق تسوية المنازعات بواسطة الإحالة الإلزامية، ومنح القضاة سلطة إرسال ملف القضية إلى إجراءات تسوية المنازعات البديلة، بما في ذلك الوساطة،وحاولت عدة ولايات وضع تشريعاتها تتفق مع قانون الوساطة الموحد (UMA)، حيث قد تم وضع قواعد اجرائية تنظم الوساطة داخل كل ولاية علي حدا، وقد اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة اتفاقية الأمم المتحدة لاتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة في 20 ديسمبر 2018، وتعد الاتفاقية خطوة مهمة نحو ضمان إطار فعال ومنسق لإنفاذ اتفاقيات التسوية الناتجة عن الوساطة، وقد تم توقيع الاتفاقية في سنغافورة في 7 أغسطس 2019، ودخلت الاتفاقية حيز التنفيذ بمجرد التصديق عليها من قبل ثلاث دول أعضاء على الأقل، وقد وقعت عليها المملكة العربية السعودية ودولة قطر فقط ويبقى أن نرى بقية الدول العربية التي ستوقع على الاتفاقية. [4]

وتعرف الوســـاطة بأنها عملية يطلب فيها الأطراف المتنازعة من شـــخص آخر يسمي محايد أو أشخاص آخرين محايدين ("الوسيط") مساعدتهم في سعيهم للتوصل إلى تسوية وديَّة للمنازعة القائمة بينهم، وليس للوسيط أن يفرض على الأطراف حلاً للمنازعة[5]، وطبقا لما ورد في اتفاقية سنغافورة للوساطة فقدعرفتها" بأنها وسيلة ودية لتسوية المنازعات المدنية والتجارية عن طريق وسيط يقرب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة بمناسبة علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية واقتراح الحلول لها"[6]،ولهذا تتم عملية الوساطة من خلال اتفاقيات شرط الوساطة، ولا يلزم اتفاق مكتوب بين الخصوم للدخول في عملية الوساطة، ومع ذلك فمن الحكمة اثباتها كتابة، فالكتابة شرط أثبات وليس أنعقاد، ويمكن أن تكون اتفاقية الوساطة وثيقة تثبت النية لدى الخصوم للدخول في الوساطة، وبذل الجهد وفق لمبدأ حسن نية، للتوصل إلى تسوية بناءا علي اتفاق اشتراط الوساطة أو من خلال بند الوساطة الذي

---

(1) Alassini v. Telecom Italia SpA (Joined cases C-317-320/08) [2010] 3 CMLR 17 ECJ.

(2) وقد وجد مكتب تسوية المنازعات التابع لوزارة العدل الأمريكية بشأن استخدام مزايا تسوية المنازعات عن طريق الوساطة ومنافعها في تقريره للسنة المالية 2019عام معدل حل 75٪ من الإجراءات الطوعية لتسوية المنازعات والإجراءات التي أمرت بها المحكمة (see www.justice.gov/olp/alternative-dispute-resolution-department-justice)

(3) Wirth, Steven R. & Mitchell, Joseph P., "A Uniform Structural Basis for Nationwide Authorization of Bankruptcy Court Annexed Mediation," 6 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 213, 214 (1998)\ (UMA, www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Mediation%20Act)

(4) https://uncitral.un.org/ar/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements.

(5) Definition published by the Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR) in 2008.

(6) https://uncitral.un.org/ar/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements

ذكر في تلك الوثيقة، ويجب ان يكون اشتراط الوساطة واضح ومفهوم ومحدد المدة، وقد لا يكون نموذج اتفاقية الوساطة الموحد فعالاً دائما، لأنه قد تكون الظروف المختلفة لكل نزاع قد تتطلب اشتراطات تتناسب مع كل نزاع علي حدا، ويقوم اتفاق شرط الوساطة على أركان ثلاث هي الرضا والمحل والسبب، فإذا توافرت الأركان الثلاثة كان شرط الوساطة موجودا، وكان هو شريعة المتعاقدين في الالتجاء للوساطة، و الأستمرار فيه دون الالتجاء الي القضاء مؤقتا بشأن ما يتعلق به من منازعات، الأمر الذي مقتضاه اتفاق الأطراف على اختصاص الوسيط استثناء بنظر النزاع، لذلك اتفاق الوساطة ينشئ التزامات متبادلة على عاتق اطرافه، تتمثل في الإمتناع عن اللجوء الى القضاء للفصل في موضوع المنازعة المتفق على إحالتها الى الوساطة، أما الالتزام الأخر في أجازة اللجوء الى الوساطة المتفق عليها للفصل في موضوع النزاع، فإذا التجأ أحد أطراف هذا الاتفاق للتقاضي بالمخالفة لشرط الوساطة، فقد أجاز القانون للطرف الآخر الدفع أمام المحكمة المختصة بنظر النزاع بالتمسك بوجود شرط الوساطة، والدفع بعدم قبول الدعوي، والذي يترتب نتيجة مخالفة أحد الأطراف للأثر المانع لشرط الوساطة والمتمثل في الالتزام بعدم الالتجاء للتقاضي، ويقصد بالدفع بعدم قبول الدعوي ذلك الدفع الذي يبديه الخصم بقصد إلزام خصمه بالالتجاء للوساطة دون الالتجاء الي التقاضي، وسبب الدفع بعدم قبول الدعوي هو وجود اتفاق علي شرط الوساطة بين الطرفين، وينشأ الحق في التمسك بوجود هذا الشرط من لحظة توافر المصلحة الحالة من استعمال الحق[1]، أما الحق في التمسك بوجود شرط الوساطة سواء ذاك الشرط وارد بالعقد ذاته، او بعقد مستقل فانه يخضع لنفس القواعد التي تخضع لها العقود الواردة في احكام العقد في القانون المدني والقانون التجاري، والتي ترتب الالتزامات التعاقدية ما بين الطرفين و ذلك من الناحية الموضوعية، اما من الناحية الاجرائية و الشروط الاجرائية الواجب توافرها بذاك الشرط فتطبق الاجراءات التي أوضحها قانون الوساطة الموحد، والمبادئ التوجيهية للوساطة على مستوى الانظمة القضائية بالدول المختلفة عامة والولايات المتحدة خاصة، وكونه قانون خاص ومن الواجب التقيد به و تطبيق القواعد الواردة به، ففي حالة عدم وجود نص بقانون الوساطة المحلى داخل كل ولاية ينص على الاجراءات الواجب اتباعها، فهنا تطبق القواعد الواردة في القانون الموحد للوساطة الفيدرالي.

ووجود اتفاق شرط الوساطة يتضمن جانبين، أحدهما **مانع** يتمثل في اتفاق أطراف الشرط على طرح منازعاتهم على وسيط، وقبول القرار الصادر من الوسيط في هذه الحالة، والجانب الآخر **مانع** يتمثل في امتناع كل طرف في ذاك الشرط عن الالتجاء للقضاء منفردا - ما لم يوافق الطرف الآخر صراحة بالنسبة للمنازعات التي تتعلق بموضوع اتفاقهم، و الجانب المانع لوجود الشرط ينتج عنه دفع يسمى الدفع بعدم قبول الدعوي[2]، فما فائدة ذلك اذا كان أحد الطرفين توجه الي رفع النزاع الى القضاء، دون ان يكترث الي وجود شرط الوساطة؟، في حينها يجوز للمدعى عليه وهو الطرف الاخر في الوساطة، ان يتمسك بهذا الشرط في صورة دفع بعدم قبول الدعوي، يقدم الى المحكمه المختصه بنظر الدعوي في سبيل منعها من نظر هذا النزاع، مما يجبر بالتالي الطرف الاخر علي الالتجاء الى الوساطة، وبالتالي فان التمسك بوجود ذاك الشرط في صورة الدفع بعدم قبول الدعوي،هو وسيله

---

(1) د. على سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم دراسة، في أحكام القضاء وقرارات المحكمين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٣ وما بعده.

(2) د.باسمة لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٣٤٢ وما بعدها

للتمسك بالجانب المانع للحق في المضي قدما للنظر النزاع أمام المحكمة المختصة، وهوالأداة التي أوجدتها الأنظمة القضائية للمدعي عليه امام القضاء في الدولة، للتمسك بوجود ذاك الشرط بغرض منع القضاء من السير في اجراءات الفصل في الخصومة موضوع اتفاق الوساطة، والدفع يكون شرطه وجود اتفاق الوساطة صحيحا متوفرا أركانه، وهو ما إلا نتيجة للأثر المانع المترتب على وجود اتفاق الوساطة، ويعد الدفع بعدم القبول لوجود شرط الوساطة، محور هاما في تلك الدراسة **" قبول الوساطة والدفع بعدم القبول دراسة في ضوء الفقه و القضاء الأنجلوأمريكي"**، وبما أن الدفوع ما هي إلا في الاساس أدوات وضعها المشرع الاجرائي، لكي يستطيع بها الخصم ممارسة حقه في الدفاع، ولا يمكن له ذلك إلا اذا أحاط بمكوناتها، والألمام الدقيق بقواعدها واحكامها، وبما ان التمسك بالحق في وجود شرط الوساطة يترتب عليه عدة اثار قانونية منها الحق في الدفع بعدم قبول الوساطة او الدفع بعدم قبول الدعوي، ومن الطبيعي ان تباشر المحكمة نظر ذلك الدفع حتى تصدر قرارا فيه، وهذا الحكم قد يكون بقبول الدفع بعدم قبول الدعوي لوجود شرط الوساطة، ومن ثم يترتب عليه عدم نظر الدعوي فيها واحالتها الى الوساطة، او يكون برفض الدفع نتيجه عدم قبول الوساطة، وفي هذه الحاله يترتب على ذلك السير في الخصومة أمام القضاء، لذلك حرصت اغلب التشريعات داخل الولايات المتحدة، وكثير من الدول سواء كانت تتبع النظام اللاتيني أو الانجلوسكسوني على تناوله بشكل صريح، ورغم ذلك نجد أن المشرع المصري لم يكلف نفسه عناء تنظيم الوساطة او أستحداث ادارة للوساطة، كل ما هنالك قد اقترح مشروعان للوساطة، ولم يدخل أي منهم حيز التنفيذ او المصادقة علي أي منهم حتى الان، بل أولي أهتمامه بالتنظيم القضائي، وإفرد العديد من القوانين لتنظيم القضاء حيث قانون المرافعات و التنفيذ والقوانين التي تنظم القضاء المتخصص، فلم يأتي علي غرار المشرع الأجرائي الأردني الذي إنشأ مرفق داخل مرفق القضاء يسمي أدارة الوساطة، وإفراد لها قانون اجرائيا لتنظيم الوساطة يسمي قانون الوساطة، ليضع قواعد تنظم العمل داخل أدارة الوساطة و كيفية اختيارالوسطاء، وعلى الرغم من بذل المشرع الاجرائي أقصى جهد، من اجل وضع قواعد تفصيلية لحماية الحق في التقاضي، والأجراءات القضائية، ومطابقة الحكم القضائي للواقع الحقيقي، بما يتوافق مع احكام القوانين ولا يتعارض مع الأنظمه القضائية، إلا أنه لم تنجح تلك الجهود في وأد الخصومة في مهدها بين الفرقاء المتنازعين، مما أدى الى اللجوء الى وسائل بديلة او موازية للقضاء متى أقروا بها، تتمتع بضمانات التقاضي، فلا مناص من البحث عن بدائل اخرى موازية، ومنها الوساطة، وقد قطعت التشريعات الدولية في النظام الانجلوسكسوني شوطا كبيرا في تنظيمها .

أهمية الدراسة والهدف منها: -

تعمل الوساطة على تخفيف حدة الخصومات و استئناف العلاقات بين الخصوم الفرقاء،و تستغل الوساطه الاستمرار في الاعمال التجارية والعلاقات الأسرية و العلاقات العمالية، وذلك بتدخل الشخص الثالث المحايد" الوسيط"في تقريب وجهات النظر بين الخصوم، الا انه قد تثير الوساطة العديد من الإشكاليات، والتي يترتب عليها العديد من التساؤلات، فعند اللجوء الى الوساطة اثناء مرحلة الخصومة القضائية، أو ما قبلها يظهر تأثيرها على الخصومة أجرائيا، فقد تؤدي الى إما إلي قبول الوساطة وعدم قبول الدعوي، أو رفض الوساطة والسير في الفصل في الخصومة أمام القضاء، وحق الوسيط في الأستمرار في الوساطة رغم وجود دعوى أمام القضاء، وحق الخصم

في التمسك بذلك الشرط وعدم قبول الدعوي في حالة التجاء خصمه للقضاء بالمخالفة للأتفاق، مما يؤكد أن الوساطة لها تاثير على الخصومة القضائية، وخصومة التحكيم، فقد تكون الوساطة جزء من الخصومة او جزءا من العمل الاجرائي، وصولا للهدف المنشود منها، حل النزاع وديا في أقل وقت وتكلفة، وبالتالي تثار العديد من الإشكاليات، وبالتالي ينتج عنها كثيرا من التساؤلات، وسوف يقوم الباحث بطرحها والاجابة عليها دون تخطي نطاق البحث.

اشكاليات الدراسة: -

ولعل أهم ما يثار من تساؤل عند إبرام اتفاق شرط الوساطة، هو ماذا يرتب علي هذا الاتفاق من آثار؟، وهل هذا الاتفاق يلزم أطرافه بسلوك أجرائي محدد؟، وهل الاتفاق يخول للأطراف البدء في الوساطة ؟، وماذا لو التجأ أحد أطرافه للقضاء دون اللجوء الي الوساطة ؟، وهل شرط الوساطة يخول للوسيط الفصل في المنازعة أم لا؟، وما يترتب على ذلك عدد من التساؤلات حول أثر اتفاق شرط الوساطة على المسائل الإجرائية والمواعيد والمسائل المستعجلة والموضوعية،وماذا عن سلطة الوسيط والمحكمة بالنسبة للاختصاص بالفصل في صحة وبطلان ووجود شرط الوساطة والعقود التي تتضمنت ذاك الشرط ؟، وهل الاتفاق على الوساطة يجيز لأطرافها الطعن في الحكم الصادر بعدم قبول الوساطة او عدم قبول الدعوي؟ ، هناك تساؤل يثار حول موقع الحق في التمسك بوجود شرط الوساطة في القانون الاجرائي هل يمثل دفعا بعدم القبول؟ أو ما طبيعة هذا الدفع؟ وما نتائج ذلك؟ ولا شك أن أهمية تحديد طبيعة هذا الدفع اكتسب أهمية علمية من حيث تحديد القواعد التي يخضع لها الدفع، فالامر لا يقتصرعلى مجرد وقت تقديم الدفع، بل يمتد تأثيره الى مدى جواز إثارته من قبل المحكمة؟ ووقت الفصل في هذا الدفع؟ ومدى حجيه الحكم الصادر بشأنه؟ وكيفية الطعن فيه؟ وهل يستنفذ ولاية المحكمه التي اصدرت الحكم ؟، هل يصح اللجوء الى الوساطة بعد صدور الحكم القضائي في الخصومة او عند مباشرة اجراءات الطعن، أما التساؤل الاخير هو هل اتفاق الخصوم على شرط الوساطة يحق لهم الرجوع او الانسحاب منه، هل الوسيط مسئول مسئولية تعاقدية في مواجهه الخصوم في حالة تعمده ألحاق الضرر بأحدهم لحساب نفسه او لمصلحه أحد الخصوم، وغيرها من الإشكاليات والتساؤلات التي تحتاج للدراسة داخل هذا البحث.

منهجيه البحث: -

إعتمد الباحث في دراسته لهذا الموضوع على المنهج التحليلي التأصيلي في دراسة قبول الوساطة والدفع بعدم القبول ونظرا للخلو القانون الاجرائي المصري من أحكام خاصه تنظم الوساطة، فأننا نجد أنفسنا مضطرين في أتباع النهج المقارن، وذلك من اجل ابراز تفاصيل الدفع بعدم قبول الوساطة أو الدفع بعدم قبول الدعوي لوجود شرط الوساطة، وفق أحكام قوانين الوساطة المحلية للولايات المختلفة وكذلك السوابق القضائية داخل نظام الانجلوامريكي، معتمدا على نهج التحليل القانوني والتوصيف المنطقي للمسائل التي يتعرض لها الباحث، ولذلك هي دراسة وصفية اجرائية لها إبعاد تحليلية و تأصيلية، ومع ذلك فاننا نميل الى وصفها بالنهج التأصيلي والتحليلي مع الاحتفاظ بوصف المقارن لأبعاد اللجوء الي الوساطة، وما ينتج عنها أما دفع بعدم قبول الدعوي أو الدفع بعدم قبول الوساطة .

معوقات الدراسة: -

وعلى الرغم من وجود دراسات قانونية وسوابق قضائية في النظم المقارنة، ومنها نظام الانجلو أمريكي، تعرضت للوساطة وتأثيرها الذي قد يصل الي عدم قبول الوساطة أو عدم قبول الدعوي، ورغم وجود قانون الوساطة ببعض الدول العربية مثل الاردن والجزائر والمغرب، ولكن لا توجد دراسة عربية، توضح أثار قبول الوساطة ومنها الدفع بعدم قبول الوساطة أو عدم قبول الدعوي، ولهذا وجد الباحث من أبرز معوقات هذه الدراسة هو عدم وجود دراسات سابقة عربية، أوسوابق قضائية تعرضت لهذا الموضوع.

نطاق البحث وخطتها: -

تثير تلك الدراسة الكثير من الاشكاليات والتساؤلات، يحاول الباحث الاجابة عليها، ولما كانت تلك الدراسة تقتصر علي بعض الجوانب المتعلقه بقبول الوساطة بعد تحقق المحكمة من توافر أركانها وشروط صحته من عدمه، وتأثير ذلك اجرائيا علي الوساطة والخصومة ذات الطبيعة المدنية أو المالية دون الجنائية أو الأدارية، وما يثار من دفوع قد تؤدي الي قبول الوساطة، وبالتالي عدم السير في الخصومة القضائية مؤقتا، أو رفض الوساطة وبالتالي رجوع ولاية الفصل في الخصومة الي القاضي المختص بنظر النزاع، فلن يتترك الباحث إلي تنظيم الوساطة وأحكامها، إنما ينصب نطاق هذا البحث ذو البعد الاجرائي، في ضوء ما تقدم لدينا من اشكاليات وتساؤلات لتلك الدراسة، محاولاً توفيراجابات وافية عنها، وذلك على النحو التالي من خطة الدراسة.

خطه الدراسة: -

ولعل إنتهاج الباحث في هذه الدراسة لمنهج التحليلي التأصيلي المقارن للسوابق القضائية، بغية الوصول الي تقيمها التقييم العلمي السليم، لذلك تنقسم تلك الدراسة الي مبحثين هما: -

دراسة قبول الوساطة في المبحث الاول ثم في المبحث الثاني أسباب عدم قبول الوساطة ويتناول المبحث الاول قبول الوساطة في ثلاثة مطالب، نبحث في أولهما أثار قبول الوساطة، ثم نبحث في ثاني مطلب الواجب الاجرائي وأثار الأخلال به، ثم نبحث في ثالث مطلب الأثر الاجرائي لشرط الوساطة.

ثم يأتي المبحث الثاني أسباب عدم قبول الوساطة، ولذلك يجب توضيح الاسباب المتعلقة بأطراف الوساطة في المطلب الاول ثم توضيح الأسباب المتعلقة بأتفاق شرط الوساطة في المطلب الثاني، ثم المطلب الثالث الأسباب المتعلقة بأخلال الوسيط بمبدأ السرية وتضارب المصالح، ثم المطلب الرابع موقف قضاء الولايات المتحدة من عدم قبول الوساطة في ضوء السابقة القضائية لمحكمة ولاية أوهايو، وأخيرا خاتمة الدراسة.

المبحث الاول

قبول الوساطة

تمهيد وتقسيم: -

لقد أصبح اللجوء الى الطرق البديلة لفض المنازعات إمرا ملحا في الوقت الراهن، بعدما فرضته ضرورة تخفيف العبء علي المحاكم من كثرة القضايا المعروضة عليها، الأمر الذي أثر سلبا على سيرإجراءات التقاضي بما يطول أمدها، والتي زاد من حدتها وتعقدها وسيرها البطيء، مما إدى الى الهدر الاجرائي، وإطالة أمد النزاع دون التوصل الى نتيجة عادلة، وقد أهتدت الدول الانجلوسكسونية وخاصة الولايات المتحدة الامريكية وانجلترا مبكرا الى الطرق البديلة لتسوية النزاعات، وأدماجها في أنظمتها القضائية، نظرا لما تحققه من مزايا عديدة لعل أهمها، سرعة الفصل في الخصومات، وأختصار الجهد والتكاليف على المحكمة والخصوم، ونجد أن النظام الانجلوسكسوني خاصة في الولايات المتحدة يعتمد في مجال الوساطة على القانون الموحد للوساطة، والقوانين المحلية لكل ولاية المنظمة للوساطة، سواء كان في المجال الأسري و مجال العمل و مجال البنوك و مجال العقارات والمجال الجنائي والمجال الاستهلاكي والمجال التجاري. [1]

وبما أن حق الدفاع، حق مقدس،وضمانة اساسية للعدالة، يتمتع به الانسان منذ بدء الخليقه، وقد كفلته الدساتير والاتفاقيات الدولية والشرائع السماوية، وهو يرتبط بفكرة العدل، فلا عدل بغير توافر حق الدفاع، وكل قيد يرد على ممارسته، إنما هو غل في عنق العدل، وإنحراف عن طريق الحق الذي يستهدف، وممارسة حق الدفاع مقررا للخصوم في إطار الخصومة، و أستخدام كافة الوسائل القانونية التي من شأنها تأييد أدعاءاتهم، أو لأظهار الحقيقة، فهي سلطة الخصم في ابداء الدفاع عن مصالحه بصفة عامة امام القضاء، وهي تشمل كافة الطلبات والدفوع التي يبذلها الخصم والأدلة التي يتمسك بها لتأييد إدعاءاته. [2]

فلا شك ان الدفوع تأتي كأهم الوسائل العملية في ممارسة حق الدفاع، وتهدف الى رد الدعوى سواء في موضوعها، أو من ناحية الاجراءات المتعلقة بها، أو من ناحية حق المدعي في اللجوء الى القضاء ابتداءا، وبالتالي فان حق ابداء الدفع رغم كونه حقا طبيعيا إلا أنه مقيد بالطريق الذي رسمه المشرع له، والمتمثل في النصوص المذكورة في القوانين الاجرائية شتي، وحيث ان موضوع هذه الدراسة هو **"قبول الوساطة والدفع بعدم القبول"** فإننا سنعمل من خلال تلك الدراسة علي توضيح شروط قبول الوساطة، وما يتبع ذلك من أثار اجرائية علي الخصومة القضائية، والوساطة وما ينتج عنها من دفوع بعدم القبول، أما الدعوي، أو الوساطة.

أما الدفع بعدم القبول فيعرف بإنه الوسيلة الاجرائية التي حددها المشرع للمدعى عليه للتمسك بتخلف الشروط القانونية الواجب توافرها في الدعوى القضائية،والتي تكون لازمه لقبول هذه الدعوي، فهذا الدفع لا يوجه الى موضوع الدعوي كالدفع الموضوعي، ولا يوجه الى اجراءات الخصومة كالدفع الشكلي، بل يوجه بالتحديد الى شروط قبول الدعوي ذاتها، حيث إن المدعى عليه بموجب هذا النوع من الدفوع ينكر على المدعى سلطته باستعمال الدعوي او الوساطة لعدم توافر شروط قبولها،وبالتالي فان هذا الدفع لا يتناول الحق بالانكار، ولا ينازع في نشوئه أو مقداره ولا يحتج من خلاله بأدائه أو إنقضائه، ولكنه يتناول الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق نفسه، ما اذا

---

(1) The “transformative” model of mediation was most popularly articulated in R.A.B.Bush and J. P. Folger, The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition (San Francisco: Jossey-Bass, 1994).

(2) د. أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، ٢٠١٢، ص ٢٢ وما بعدها

كان من الجائز أستعمالها أم لا، ورغم النص على الدفع بعدم القبول بشكل صريح في إغلب التشريعات، دون بيان أي أحكام او أثار قانونية او تعريف اصطلاحي له، فقد عاني الدفع بعدم القبول تاريخيا منذ نشأته من إزمة عاصرته، فطمست معالمه، وجعلته غيرواضحا بين الدفع الموضوعي والدفع الشكلى، وقد أدت هذه الازمة إلى زيادة الإمر تعقيدا، غير أننا لا نلمس جدوى من وراء هذه التفرقة، بل على العكس يفقد الدفع بعدم القبول ذاتيته، و إي ماكان فقد استقر العديد من الفقهاء على مجموعة أحكام تترتب على الدفع بعدم القبول، ومنها يجوز ابداء الدفع على أي حال تكون عليها الدعوي، و لا يستنفذ الحكم في الدفع بعدم القبول ولاية المحكمة بالنسبة للموضوع، ولا يحوز الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول حجية الأمر المقضي به[1]،وبالتالي فانه يجب توافر شروط لقبول الوساطة، حتي ترتب الوساطة أثارها القانونية والاجرائية، مما يجعلنا نتناول هذا المبحث في ثلاثة مطالب وهما: -

المطلب الاول: -أثار قبول الوساطة.

المطلب الثاني: - الواجب الأجرائي وأثار الأخلال به.

المطلب الثالث: -الأثر الأجرائي لشرط الوساطة.

المطلب الاول

أثار قبول الوساطة

ما هي الأثار المترتبة على قبول الخصوم للوساطة؟

لقد نشرت جمعية التحكيم الأمريكية ونقابة المحامين الأمريكية، مبادئ توجيهية للتنظيم اتفاق شرط الوساطة، وتخضع هذه الإجراءات للتعديل من قبل أطراف الوساطة، ويترتب على قبول الخصوم للوساطة عدة التزامات على الخصوم، وعلي الوسيط ومنها:- يجب على الخصوم تقديم مذكراتهم في غضون مدة لاتتجاوز30 يوم من تاريخ الاحالة الى الوسيط ، تتضمن ملخصا لأدعاءاتهم أودفوعهم، مرفقا بها المستندات التي يستندون اليها من دون تبادلها فيما بينهم، وحضور الجلسات، وتبدأ جلسة الوساطة مع أطراف الأتفاق [2]، ويجوز للأطراف والوســـيط أن يعقدوا اجتماعاً في مرحلة مبكرة من أجل الاتفاق على كيفية تنظيم أجراءات الوساطة، وتقوم الأطراف أيضًا بالتفاوض، وإبلاغ بعضها البعض حول من سيمثل جانبهم في المنازعة، سواء كان ذلك هم أنفسهم أو محام أو ممثل قانوني آخر، وبعد أن يتفق الطرفان على وسيط، تبدأ اجتماعات بين اطراف المنازعة والوسيط سواء بشكل منفرد او بشكل مشترك، ويجوز للأطراف أن يقدموا، في أي مرحلة من مراحل الوسـاطة، معلومات تتعلق بالمنازعة، مثل مذكرات تبيّن الطبيعة العامة للمنازعة ونقاط الخلاف، وأي مسـتندات داعمة أو معلومات إضافية يعتبرونها مناسبة، ويمكن أن تشمل تلك المعلومات أيضاً بيان أهداف الأطراف ومصالحهم واحتياجاتهم ودوافعهم، وكذلك أي مستندات ذات صلة، كما يتبادل الطرفان بعض أوجميع الادلة التي يراها الوسيط مناسبة وضرورية لغرض إيجاد حل للمنازعة المطروحة، و بمجرد أن يقوم الوسيط والأطراف بالوساطة، يُسمح للوسيط بإجراء اجتماعات منفصلة واتصالات أخرى مع الأطراف أو ممثليهم في أي وقت، ومع ذلك ، لا يجوز للوسيط فرض حل على الأطراف، ولا يجوز له إلا محاولة مساعدة الأطراف على التوصل إلى حل مرض لنزاعهم، عندما

---

(1) د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٤، ص ٧

(2) Michael A. Burns, Give Presuit Mediation a Chance, 20 L.A.LAw. 60 (1997)

يكون لدى الوسيط والأطراف اجتماعات وجلسات عامة، فإن الهدف هو الحصول على أكبر قدر من المعلومات حتى يتم التوصل إلى قرار ملائم لحل النزاع وديا. [1]

حيث دور الوسيط بذل العناية في مساعدة الأطراف بأنصاف في (1) تقريب وجهات النظر بين الخصوم؛ (2) إزالة عوائق التفاوض؛ 3)اقتراح واستكشاف مختلف خيارات وبدائل التسوية (وغالبًا ما تكون خلاقة) ؛ و (4) مساعدة المفاوضين في إبرام اتفاق تسوية نهائي، نظرًا لأن الوسيط لا يتخذ قرارًا ولا يمتلك أي سلطة لفرض تسوية من أي نوع، لأن دوره ليس تحقيق نتيجة، فإن اتفاقية التسوية النهائية، يجب أن تكون مقبولة لجميع الأطراف، وتم التأكيد على كلمة "مقبولة" لأنه في الوساطة، هناك حقيقة مهمة وبشكل عام لا يوجد أي طرف سعيد بشكل خاص بالتسوية، وبدلاً من ذلك، يجد الطرفان في معظم الحالات أن التسوية "مقبولة" ويرجع ذلك إلى حد كبير إلى حقيقة أن (أ) كان لهم دور نشط في تحديد النتيجة النهائية و (ب) أن النتيجة النهائية معروفة، مؤكدة وقابلة للقياس الكمي، فنجد الحلول التي تم الوصل لها ليست ذات طابع قانوني اكثر منها ذات طابع أقتصادي أو اجتماعي أو نفسي، علي أساس مبادئ العدالة والانصاف، وبما يحقق مصلحة لكل منهما، ووفقا لذلك يكون التزام الوسيط، و**يري الباحث** أنه التزام ببذل العناية، وليس التزام بتحقيق النتيجة، فعلي الوسيط بذل الجهد الكافي للوصول الي الغاية، وهي حل النزاع وديا، فقد يصل الي حلا للنزاع ورغم ذلك تظل الخصومة قائمة امام القضاء، ويجوز للمحكمة تعين وسيط للنزاع، وأساس سلطة المحكمة في تعيين الوسيط في كل هذه الحالات هو الولاية العامة للقضاء، والاثر المانح لاتفاق شرط الوساطة، والذي يهدف للاستمرار في عملية الوساطة. [2]

وبما أن الوساطة تصح بمقتضى اتفاق او عقد اذا استجمعت شروطها، تغليبا لسلطان الارادة، فالوساطه تتطلب ارادة موافقة الفرقاء الخصوم عليها، وقت مباشره الوسيط مهمة الوساطة، فمهمة الوسيط هي حل النزاع بشكل ودي تفاوضي توافقي، يوافق عليه الجميع مستعملا أدوات فن أدارة المفاوضات، ويترتب على قبول الخصوم اللجوء الى الوساطة واجبات اجرائية متعددة، ومنها الاتفاق على تحديد اجراءات الوساطة، واجراءات الاتصالات، والمداولات بين الاطراف المتنازعه، عدم افشاء الاسرار المتعلقه بالمعلومات والأدلة المتبادلة بين الخصوم، ومدي قبول أدلة الاثبات المتحصله عن طريق الوساطه[3].

والقرار الصادر من الوسيط لا يحوز حجية إلا بعد مصادقة قاض الدعوي، على خلاف حكم المحكم الذي لا يجوز الطعن عليه لحيازته حجية الامر المقضي به.

---

(1) Lisa B. Bingham, Tina Nabatchi, Jeffrey M. Senger & Michael S. Jackman, Dispute Resolution and the Vanishing Trial:ComparingFederal GovernmentLitigationand ADR Outcomes, 24 OHIO ST. J. ON DisP. RESOL. 225, 229-32 (2009); Gregory A. Litt, Note, and No Confidence: The Problem of Confidentialityby Local Rule in theADRAct of1998, 78 TEX. L. REv. 1015 (2000).

(2) See Burr, Anne M., "Building Reform from the Bottom Up: Formulating Local Rules for Bankruptcy Court—A Next Mediation," 12 Ohio St. J. on Dispute Resolution 311, 347 (1997).

(3) Richard M. Calkins, Mediation: The Gentler Way, 41 S.D. L.Rev. 277, 279–80 (1996)

وتتطلب الوساطة الناجحة حضور مناسب للخصوم أوممثلهم، يجوز لكل طرف أن يستعين بشخص من اختياره لتمثيله أو مساعدته في عملية الوساطة [1] ، بشرط أن يكون لديه السلطة الكاملة لتسويه النهائية، و من خلال الاستماع إلى الحجج والادلة والدفوع، قد يكون حاضرا محامي عن كل خصم في بعض الحالات، فإننا نجد ممثل الخصوم لديه الفرصة للتعرف مباشرة على احتمالية النجاح أوالفشل، وموازنة التكاليف والمخاطر المصاحبة لاستمرار التقاضي، يحتاج الخصم أيضا إلى الحصول على فرصة للتعبير من جانبه الخاص عن النزاع، ومناقشة الجوانب الدقيقة للنزاع مع كل من المحامي والوسيط، وبالتالي، من أجل الوساطة الناجحة، يجب أن تكون جميع الأطراف حاضرة لإجراءات للوساطة بأكملها، ويجب أن يمثل الخصم اذا كانت شركة تجارية، موظف تنفيذي له سلطة النهائية للتسوية (على عكس محامي الشركة) الذي قد يتمتع بالسلطة التقديرية فقط للتسوية، مما قد يؤثر علي عملية الوساطة بالسلب كما سنري لاحقا، وقد تصل الي فشل الوساطة وعدم قبولها واتخاذ عقوبات من قبل المحكمة ضد الشركة [2]،حيث يشترط اذا كان احد الخصوم شخصا معنويا ان يتم تمثيله من شخص مفوض قانونا من أدارته، لتسوية النزاع من غير الوكلاء القانونيين، و عدم تمكين الخصوم من الاطلاع على المستندات المقدمه اليه، إلا بموافقة صريحة من إطراف النزاع الذين سبق لهم أن قدموها له، وتعتمد نهاية الوساطة على قدرة الوسيط او تعنت الخصوم، او رغبتهم في حل النزاع، او التمسك بمواقفهم ومواصلة الخصومة امام القضاء، لذلك فقد يترتب على اللجوء الى الوساطة إمكانية تعديل مسار الخصومة من إنهائها امام القضاء، الى إنهائها خارج القضاء، أما بواسطة الوساطة او التحكيم، وهذا الوساطة قد تكون جزءا من الخصومة، ويترتب عليها اثار اجرائية محددة كما سنرى في مباحث هذه الدراسة ومنها(وقف الدعوي وأحاله ملف النزاع الى الوسيط، او عدم قبول الدعوي، او عدم قبول الوساطة) [3].

ويرى الباحث ان الوساطة قبل المطالبة القضائية ليست ألا عمل قانوني، اما الوساطة بعد المطالبة القضائية ما هو إلا عمل اجرائي، يجعها جزءا من الخصومة القضائية المنظورة أمام المحكمة، فكل عمل أجرائي لا بد أن يكون عمل قانونيا لكي يكون جزءا من الخصومة، لكن العكس غير صحيح، فليس كل عمل قانوني هو عمل اجرائي دائما.

ويجوزالتمسك باللجوء الى الوساطة في أي حالة كانت عليها الدعوي أمام محكمة الموضوع، أو أمام محكمة الدرجة الثانية، أذا تحقق القاضي من وجود شرط أتفاقي سابق على التقاضي، يقضي باللجوء الي الوساطة قبل اللجوء اليه، فيتولي البت في مسألة إحاله النزاع قبل او عند عرضه علي القضاء، وقبل إن يفرض علي الخصوم اللجوء الي الوساطة، فقد يكون في أحاله ملف الدعوي الى الوساطة إهدارا للوقت والتكلفة المالية الواجب مراعاتها عند إصدار الحكم القضائي، فعندما تحال الدعوي الى الوساطة ولا يرغب احد الخصوم في اللجوء اليها ابتداء، أو

---

(1) See Mabey, Ralph R., Tabb, Charles J. And Dizengoff, Ira S., "Expanding the Reach of Alternative Dispute Resolution in Bankruptcy: The Legal and Practical Bases for the Use of Mediation and the Other Forms of ADR," 46 S.C. L. Rev.

(2) Wirth Steven R. And Mitchell, Joseph P., "Note: A Uniform Structural Basis for Nationwide Authorization of Bankruptcy Court-Annexed Mediation," 6 Am. Bankr. Inst. L. Rev 213, 218 (1998)

(3) Robert E. Lovett, How to Create a Settlement Opportunity When the Court Orders Mandatory Mediation, 43 orange county law. 36 (2001)

لا يرغب احد الخصوم بشخص الوسيط، فيؤدي ذلك حتما الي هدرا أجرائيا، وعلى المحكمه التأكد من هذا الاعتراض الذي يبقى كقرينة قضائية بسيطه، تقبل اثبات العكس من اي خصم آخر، فلا يعد أعتراض أحد الخصوم مانعا من اللجوء الى الوساطة، فالأمر مرهون بسلطة القاضي التقديرية، اذا وجد في الاعتراض فائدة تحقق مصلحة للخصوم من الاستمرار في الوساطة أو من عدم الاستمرار فيها، بشرط أن لا يتعارض ذلك مع الالتزام بمبدأ حسن النية و المعقولية. [1]

ويحق للقاضي الذي ينظر الدعوي إن يعرض الوساطة من تلقاء نفسه على الخصوم، عندما يأمره أو يخاطبه القانون المحلي للولايات المختلفة او القانون الموحد للوساطة بذلك، فله الحق في المبادرة بعرض الوساطة على الخصوم من تلقاء نفسه[2]،و بالتالي يتم تأجيل حسم النزاع قضاءا، انتظارا لما ستسفر عنه مهمة الوسيط في التوصل الى حلا وديا للنزاع.

المطلب الثاني

الواجب الأجرائي وأثار الاخلال به

ماهي طبيعه الاثار المترتبه على الوساطه؟

الواجب الاجرائي: -

هو ما تم فرضه على أطراف الخصومة والوسيط وقاضي الدعوي من التزامات وواجبات، بموجب أما القانون، أو المبادئ التوجيهية، أو الأتفاق، أو العرف، وهو صورة فعالة للعمل الاجرائي، حيث يترتب عليه أثر اجرائي، أعتبار الوساطة جزءا من الخصومة القضائية.

ما هي الاثار المترتبه على عدم قيام الوسيط والخصوم بالواجب الاجرائي المفروض بموجب قانون الوساطه؟

ويترتب على مخالفه الواجب الاجرائي، جزاء مباشر دائما هو، إما عدم قبول الدعوي، او الحكم برفض الوساطة، أو رد المحكوم عليه الى المحكوم له المصاريف القضائية، وبما أن النصوص الواردة في اتفاق الوساطة تخضع لمبدأ سلطان الارادة، وهي ذات طبيعة اتفاقية الا إذا خالف هذا الأتفاق احكام القانون والنظام العام، فالحرمان من اللجوء الى القضاء مخالف للنظام العام، إلا إذا جاء ذلك، بقصد الوصول الى نتيجة محتملة من اللجوء الى الوساطة، وفق شروط صحيحة ومعتبرة ومحدد المدة. [3]

لذلك هناك صور للأخلال بالواجبات الاجرائية من قبل الوسيط او اطراف النزاع الاخرين ومنها، صدور عمل غير مشروع، او الأصرار على انتهاك الواجبات الأجرائية بسوء نية او خرق الالتزام التعاقدي بشان اتفاق الوساطة، ومن صورها حصول تواطؤ بين الوسيط وأحد أطراف النزاع،أو قدم الوسيط تقرير إلى المحكمة التي تنظر الخصومة مخالفا للواقع وما جرى امامه في احداث جلسات الوساطه، فاللخصوم إن تتطلب من محكمة

---

(1) Robert N. Dobbins, Practice Guide: The Layered Dispute Resolution Clause: From Boilerplate to Business Opportunity, 1 hastings bus. L.J. 161, 167 (2005)

(2) Amerisure Mut. Ins. Co. V. Carey Transp., Inc., 578 F. Supp.2d 888, 899 (W.D. Mich. 2008)

(3) Ontario, Memorandum ofthe Rules Secretariat-Consultation on Mandatory Mediation(Toronto: Law Society ofupper Canada, 1997)

الموضوع استبعاد الوسيط او استبعاد تقريره عند اصدار الحكم الحاسم في الدعوي، وحيث تقرير الوسيط إي كان نتيجته، لا يؤثر على سير الخصومة، حيث يحق للقاضي الأخذ به من عدمه، وبالتالي ليس للخصوم إن يطعنوا في هذا التقرير بالبطلان، وان كان يحق لهم الطعن على حكم المحكمة إذا اعتمد في رأيها على هذا التقرير المستبعد[1].

ومن صور الاخلال بالواجبات الاجرائية الاخرى اذا تأخر الوسيط في تحديد موعد أجتماع الخصوم، او ساهم في تأزم الخلاف و تفاقمه بين اطراف الخصومة، **فيري الباحث** عدم الاعتداد بهذا التقرير واعتباره كأنه لم يكن، ومن الواجبات الاخرى المبالغة بتعطيل اللجوء الى القضاء بدعوي احترام الاتفاقات او التفاهمات الثنائيه بين الخصوم، مما يؤدي الى انتهاك حقوق الانسان في لجوئه الى القضاء لسماع دعواه والفصل في النزاع مع خصومه الاخرين، لذلك ينبغي على القضاء تقيد هذه الاتفاقيات او الشروط بما يجعلها متوافقة مع القواعد الدستورية والقانون الذي يتضمن للخصوم كافة حق اللجوء الى القضاء دائما،ومن الواجبات الاجرائية المفروضة على الوسيط هي عدم قيامه بافشاء الأسرار التي سيطلع عليها من خلال جلسات الوساطة سواء كانت منفردة او مجتمعة بين الخصوم، وعدم البوح بها، وقد أوضحت قواعد الاونسيترال النموذجية تميز حالة المعلومات أو أدلة الأثبات التي يقدمها أحد الأطراف الى الوسيط، تحت شرط الأحتفاظ بسريتها، وفي هذه الحالة تعد المعلومات المقدمة الى الوسيط سرية، وبين المعلومات التي تقدم اليه من دون الاشتراط عليه بضرورة المحافظةعلى سريتها، وفي هذه الحالة لا تعد هذه المعلومات سرية، ولهذا يجب على الوسيط أن ينبه الأطراف الى ضرورة تنبيهه عن المعلومات التي يرغبون الاحتفاظ بسريتها على وجه الخصوص وابقائها في طي الكتمان، ولا سيما اذا كان مأمورا بداية بذلك بموجب الاتفاقيات الدوليه للوساطة، أو القانون الداخلي للولايات، فقد يكون الأصل هو الامتناع عن افشاء المعلومات و أدلة الأثبات دائما، والاستثناء هو أباحة الافشاء لعذر او سبب يؤكده القانون، وفي القانون النموذجي نجد أن المعلومات كلها يجوز البوح بها إلا أذا قدمت إلى الوسيط على سبيل السرية. [2]

أما حق اللجوء الى القضاء، فهو حق دستوري، ولاسيما ان التقاضي حق مصون ومكفول للجميع، لذلك يحق للخصم الانسحاب من الدعوي و في اي وقت شاء، ومن دون أية مسؤولية قانونية تذكر أتجاهه، وكذلك الأنسحاب من الوساطة غير مشروط، إلا أذا وجد في أتفاق الوساطة شرط يقضي بعدم الانسحاب منها، إلا بشروط يتراضى عليها الخصوم وتحت رقابة واشراف القضاء، ما لم يرتكب أحد الخصوم غشا او خطأ جسيما بحق الخصوم الاخرين، لأن الأصل هو الالتجاء الي طلب الحماية من القضاء لا من الوسيط[3]، ويعد الأنسحاب حالة واقعية تقع أما **بسلوك سلبي** وهو الامتناع عن التعاون مع الوسيط، او تعمد في أزعاج الخصوم الاخرين بمسائل جانبية او مقترحات غير منطقية ،أو **بسلوك ايجابي** بالتصريح الشفوي او الكتابي بانهاء اعمال الوساطة بسبب محدد

---

(1) Julie Macfarlane, 'Culture Change? Tale of Two Cities and Mandatory Court-Connected Mediation' [2002] (2) Journal of Dispute Resolution 241.

(2) J.B. Stulberg, Traking chargelmanagingconflict (New York: Lexington Books,1987); S.B. Goldberg, F.E.A. Sander & **N.H.** Rogers, disputeresolution:Negotiation,Mediation,and Other Processes (Boston: Little, Brown and Co., 1992); and J. Folberg & A. Taylor, Mediation:A comprehensiveguideto Resolving Conflicts Without Litigation(San Francisco: Jossey-Bass, 1984)..

(3) Rachel Ben-Ari, 'Procedural Justice and Conflict Management at School' (2014) 30(4) Negotiation Journal 393

ذكره الخصم المنسحب او بدون ذكره، ووجب علي القاضي تكليف مقدم طلب الأنسحاب ببيان اسباب الانسحاب من الوساطة، او بيان اسباب فشل الوساطه مع خصومه الاخرين، فقد يكون الانسحاب أما نتيجه عدم رضا احد الخصوم عن الوساطة ككل، او عدم رغبته في التعامل مع شخص الوسيط او عدم قناعته بجدوي الوساطة، او بالحلول التي يقدمها خصومه الاخرون، بينما الانسحاب من الوساطة، ميدانه احترام القاضي له المكفول دستوريا وقانونيا، فلا يجوز الانسحاب من الوساطة دون مسؤولية اذا كانت ناتجة عن غش أو خطأ جسيم تسبب فيها المنسحب لخصمه الاخر، فعند الرجوع او الانسحاب عن الوساطة تنقضي الوساطة انقضاء تاما [1]، وتعود الولاية الى القاضي.

أما اللجوء الى الوساطة قبل اللجوء الى القضاء، فهومجرد دعوة الى التفاوض علي ابرام صلح بين أطراف الخصومة او النزاع فقط، بينما يعد اللجوء الى الوساطة بعد المطالبة القضائية عملا من اعمال الخصومة و جزءا منها، فيجوز الرجوع عن الوساطة والانسحاب منها في اي وقت ممكن، شريطة إلا يوجد مانع قانوني او اتفاقي يحول دون استخدام حق الرجوع او الانسحاب[2].

كما للخصم واجب أجرائي أخر،حيث في اي وقت كان بعد وقف الدعوي لأحالتها للوساطة، ان يتقدم الى القاضي بطلب فتح باب المرافعه في الدعوي الموقوفه تعليقيا او اتفاقيا،عند فشل أونجاح مفاوضات الوساطة، فعلي خصوم الوساطة تعجيل دعواهم من الوقف، وبذلك ترجع ولاية القضاء الى القاضي الطبيعي المختص بنظر الدعوي، فالقاضي لم يفقد ولايته بسبب الوساطة، انما توقف دوره على الولاية لمدة مؤقتة هي مدة الوقف، وان ما يجلب الانتباه هو تدخل القضاء بالمساعدة والاشراف وتحت رقابته اثناء سير اجراءات الوساطة، وتحدد معالم الرقابة والاشراف بإعتبار القاضي المعروض عليه النزاع قد أطلع على مضمون النزاع المرفوع الى المحكمة، وتأكد من مشروعيته وعدم مخالفته لأحكام وقواعد القانون والنظام العام، وهل الأتفاق على الوساطة كان صحيحا أم مخالف لمقتضيات صحه العقد؟ [3].

وكما يحق للقاضي اتخاذ التدبير الوقتية والتحفظية في إطار الحماية المستعجلة، على إعتبار أن الوسيط لا يتمتع بالسلطه لمباشرة هذه المهام، ويجوز للقاضي التدخل بتعيين الوسيط والمصادقة على قرار الوساطة.

ويجوز للمحكمة أن تأمر بعقوبات مختلفة عند الاخلال بالالتزام العقدي بشأن بند الوساطة في العقد أواتفاق شرط الوساطة، أو الأصرار علي عدم القيام بالعبء الاجرائي بحسن نية، أو صدر عملا غير مشروع من أحد اطراف اتفاق الوساطة، أو أذا وجدت ان شرط الوساطة يمثل التزام غير عادل و غيرمعقول، فيجوز للمحاكم في هذه الحالة عدم قبول الوساطة والمضي قدما نحو الفصل في الخصوم، ويجوز للمحاكم إيضا شطب الدعوي جراء غياب الهمة الاجرائية عند صاحب الحق في السعي للحصول عليه أو السعي بشكل غير كافي، مما له الاثر في اعتبار الدعوي كأن لم تكن، ويجوز للمحاكم ايضا فرض الوساطة علي الاطراف وعدم قبول الدعوي، اذا كانت

---

(1) Julie Macfarlane, How Settlement istransforming the Practice of Law (University of British Columbia Press, 2008), 43–50.

(2) Tom R Tyler, 'Restorative Justice and Procedural Justice: Dealing with Rule Breaking' (2006) 62(2) Journal of Social Issues 307.

(3) J. M. Lande, "Using Dispute Systems Design Methods to Promote Good-Faith Participation in court connected Mediation Programs," University of California at Los Angeles Law Review, 2002, 50, 69–141.

شرط مسبق للتقاضي وسواء قانونا أو اتفاقا، وكان انهاء النزاع بواسطة الوساطة ممكن علي نحو مرضي للأطراف، ويجوز للطرف المتضرر طلب تعويضات إذا أخل الطرف الآخر بواجبا تعاقديا للوساطة، ويمكن أن تشمل العقوبات تكلفة أتعاب المحاماة ومصاريف الدعوي والملتزم بدفعها هو الطرف المتسبب في فشل الوساطة، حتي لو كان الطرف كاسب دعواه امام المحكمة، استثناءا من قاعدة التزام الطرف خاسر دعواه بالمصاريف واتعاب المحاماة، وهذا نابع من مبدأ حرية ممارسة الحق في الدعوي، وايضا تكاليف الاضطرار إلى التحكيم اذا كانت الوساطة شرط مسبق للجوء الي التحكيم ثم الي التقاضي، بالإضافة إلى ذلك ، كما يجوز للأطراف التنازل عن شرط الوساطة صراحة إذا قاموا باللجوء الي المحكمة بشأن موضوع كان سيخضع للوساطة بموجب الاتفاقية الحاكمة، بشرط الا يوجد مانع اتفاقي أو قانوني يحول دون استخدام حق الرجوع عن الوساطة أو الانسحاب منهما، لان الرجوع أو الانسحاب قد يكون في بعض الحالات غشا أو خطأ جسيما،و لا يجوز الاتفاق عن الاعفاء منهما اطلاقا. [1]

المطلب الثالث

الأثر الأجرائي لشرط الوساطة

يرتب شرط الوساطة عدة التزامات وواجبات علي اطراف الوساطة مما ينتج عنه العديد من الأثار الاجرائية، ومنها الأثر المانح للشرط الوساطة، والذي يتمثل في التزام أطرافه بالالتجاء الي الوساطة، ولا يمنع الأطراف من الاتفاق على تسوية النزاع الدائر بينهم أمام المحكمة عن طريق الوساطة، ويجوز أن يصدر قرار الوساطة والدعوى لا تزال منظورة أمام المحكمة[2]، فما هي تلك الأثار؟.

1-الاثر المانح لشرط الوساطة:-فقد يترتب على شرط الوساطة أثار بصدد تنفيذ عقد اشتمل على بند شرط الوساطة، فعندما يلجأ أحد طرفيه الي رفع دعوى أمام المحكمة المختصة، جاز للطرف الآخر أن يتمسك بذاك الشرط في صورة دفع بعدم قبول الدعوي [3]،ومعنى هذا، أن شرط الوساطة يمنح أطرافه صلاحية البدء في إجراءات الوساطة، في حالة وقوع نزاع يتعلق بموضوع تم النص عليه في اتفاق الوساطة، ويكون لهذا الطرف في نفس الوقت حق التنازل عن هذا الأثرللشرط، والالتجاء للقضاء مباشرة تنازلاً منه، وفي هذه الحالة يكون للطرف الآخر الحق في التمسك بوجود الشرط والدفع بعدم قبول الدعوي، مادام كان اتفاق الوساطة ملزم للجانبين بالالتجاء اليها وعدم الالتجاء للقضاء،وأن إعمال هذا الأثر المانح لشرط، لا يترتب عليه أي مسئولية لأي طرف في حالة تنازله عن هذا الحق والتجائه مباشرة للتقاضي دون الوساطة، كل ما هنالك أنه في حالة إخلاله بالتزامه في الوساطة والتجائه للتقاضي منفردا، يكون للطرف الآخر التمسك بوجود ذاك الشرط، و تلتزم المحكمة المنظورأمامها النزاع بالحكم بعدم قبول الدعوى طالما كان اتفاق الوساطة موجودا وصحيحا وغير لاغي من

---

[1] Edward F Sherman, Court-Mandated Alternative Dispute Resolution: What Form of Participation Should Be Required? SMU L. Rev. 2079, 2090-91 (1993).

[2] د. فايز رضوان، اتفاق التحكيم وفقًا للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، بحث منشور بمجلة الأمن والقانون، العدد الأول يناير ٢، ص٩٤.

[3] د. أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص151 وما بعدها.

أطرافه، بمعنى **هل الاتفاق على شرط الوساطة يمنع الأطراف من الالتجاء للتقاضي، وهل يعد الالتجاء للتقاضي في حالة الاتفاق على شرط الوساطة خرقًا لهذا الاتفاق يرتب على الشخص أي مسئولية قانونية ؟**،والحقيقة أن اتفاق شرط الوساطة لا يسلب الأطراف حق الالتجاء للتقاضي؛ لأن حق الالتجاء للتقاضي من الحقوق العامة التي لا يجوز النزول عنها، إنما يمنح الأطراف حق الالتجاء الي الوساطة، مع كفالة حقه في الالتجاء للقضاء، فكل ما هنالك أن حقه في الالتجاء للقضاء يكون معلقًا على عدم تمسك الطرف الآخر بشرط الوساطة، وبالتالي فإن عند توافرذاك الشرط يكون للطرف الآخر إجبارخصمه على اللجوء للوساطة و الاستمرار فيها، فإذا لجأ للقضاء منفردا، كان للطرف الآخر الدفع بعدم قبول الدعوي لوجود الوساطة، وفي هذه الحالة يتعين على المحكمة الحكم بعدم القبول الدعوي لوجود ذاك الشرط، و إذا التجأ الأطراف للوساطة فلا يجوز لأيهما بالإرادة المنفردة الامتناع عن الاستمرار فيها، وإلا استمرت عملية الوساطة في مواجه المنسحب، فلا يحق له الانسحاب منها، وإلا أعتبر ذلك انتهاك لمبدأ حسن النية، وسبب لفشلها، مما قد يسمح للمحكمة بتوقيع الجزاء المناسب علي الطرف المتسبب في فشل الوساطة كما سنري. [1]

-هل يعد التجاء أحد أطراف شرط الوساطة للقضاء تنازلاً عن اتفاق الوساطة ؟

وللاجابة علي هذا التساؤل ، يجب توضيح ما يتضمنه شرط الوساطة من آثار؛ إذ بموجبه يلتزم أطرافه من الناحية **المانحة** للالتجاء للوساطة، كما يلتزم كل طرف من الناحية **المانعة** بالامتناع منفردا عن الالتجاء للتقاضي أو التحكيم،ولا يترتب على شرط الوساطة سلب ولاية القضاء بنظر النزاع موضوع الاتفاق؛ إذ القضاء هو صاحب الولاية العامة في الفصل في جميع المسائل الموضوعية والمستعجلة، فيكون للخصوم العدول عن شرط الوساطة صراحة والالتجاء للقضاء، غير أنه لا يعمل بهذا العدول المنفرد عن شرط الوساطة، استنادا للقوة الملزمة لشرط الوساطة، ما لم يوافق الطرف الآخر عن هذا التنازل صراحة؛ فإذا ما التجأ الطرف الآخر للوساطة رغم التجاء الطرف الآخر للقضاء تعين الاستمرار في الوساطة [2]،ونظرا لتعلق شرط الوساطة بالنظام العام في بعض الولايات، فيجوز للمحكمة إعمال الآثار المترتبة على شرط الوساطة من تلقاء نفسها، وحتي أذا لم يتمسك أحد الخصوم بالدفع بوجود شرط الوساطة ، فالانسحاب من الوساطة يجب ان يكون صريحا ومسببا. [3]

2-الاثر المانع للشرط الوساطة

ونجد أن الاتفاق علي شرط الوساطة يقوم على أركان ثلاثة هي الرضا والمحل والسبب، فإذا توافرت الأركان الثلاث السابقة كان الشرط موجودا، وكان هو شريعة المتعاقدين في الالتجاء للوساطة و الاستمرار فيها دون اللجوء الي التحكيم أوالقضاء بشأن ما يتعلق به من منازعات، الأمر الذي مقتضاه اتفاق الأطراف على اختصاص الوسيط بنظر النزاع، فإذا التجأ أحد أطراف هذا الاتفاق للتحكيم أو للقضاء بالمخالفة لشرط، فقد أجاز القانون للطرف الآخر التمسك بوجود ذاك الشرط، و الدفع بعدم قبول الدعوي، هو نتيجة مخالفة أحد الأطراف للأثر المانع

---

(1) د. أحمد إبراهيم عبد التواب ، الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم"، دار النهضة العربية، ٢٠١٣، ص34 وما بعدها.

(2) د. إبراهيم حرب محيسن" طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية" دراسة مقارنة، المكتبة القانونية، 1999،ص ٣٠ وما بعدها

(3) Laurence Boulle, Mediation: Principles, Process, Practice(LexisNexis, 3rd ed, 2011) 224.

لذاك الشرط والمتمثل في الالتزام بعدم الالتجاء للتحكيم أو للقضاء منفردا[1]،ويقصد بالتمسك بوجود شرط الوساطة ، هوالدفع بعدم قبول الدعوي الذي يبديه الخصم بقصد إلزام خصمه بالالتجاء للوساطة دون الالتجاء الي التحكيم أو القضاء، وسبب الدفع هو وجود اتفاق علي شرط الوساطة بين الطرفين وينشأ الحق في إبداء الدفع من لحظة توافر المصلحة الحالة من استعمال الحق، وليس من لحظة إبرام اتفاق الوساطة، وهو ما يتحقق بالتجاء الطرف الآخر للتقاضي بالمخالفة لشرط ، وفي هذه الحالة يتولد الحق في الدفع بعدم قبول الدعوي من لحظة البدء في الخصومة وليس من لحظة إبرام اتفاق شرط الوساطة؛ إذ شرط الوساطة ليس إلا عبارة عن السبب في إبداء الدفع والتمسك بوجود شرط الوساطة، لأن الدفع بعدم قبول الدعوي هو صورة من صور الدفع بعدم القبول التي لا يتصور وجودها إلا بمناسبة خصومة قضائية مطروحة على القضاء، و شرط الوساطة لا يتولد على أثره حق إجرائي، الا عند البدء عرض النزاع علي الوسيط طبقا لقانون المحلي للوساطة في بعض الولايات أو عند اللجوء الي التقاضي، وهو من الدفوع التي يتعين على الخصم التمسك بها ويجوز إبداءها في اي مرحلة من مراحل الدعوى، وهو يتعلق بالنظام العام ويجوز النزول عنه صراحة، ولا يسقط الحق فيه بالكلام في الموضوع [2]، لطبيعة هذا الدفع كما سنري أنه صورة من الدفوع المتعلقة بعدم القبول.

3-التساؤل حول طبيعة الدفع بعدم قبول الدعوي تمسكا بوجود شرط الوساطة؟ وماهي شروط التمسك به؟ وماهي الآثار المترتبة على إثارته؟ يري الباحث تكييف الحق في التمسك بوجود اتفاق شرط الوساطة على أنه دفع بعدم القبول، على أساس أن الدفع بعدم قبول الدعوي يمنع المحكمة من سماع الدعوي مادام شرط الوساطة قائما؛ إذ الدفع بعدم قبول الدعوي يوقف سلطة الخصم مؤقتا في اللجوء للقضاء للمطالبة بالحق المتنازع عليه، لحين الانتهاء من أجراءات الوساطة [3]، كما أن الدفع بعدم قبول الدعوي ، يتعلق بوجود ذاك الشرط وصحته ولزومه، ولا يتعلق باختصاص المحكمة بنظر الدعوى من عدمه، وأنما علي المحكمة عندما تتحقق من وجوده تحكم بصحته وعدم قبول الدعوي والتزام أطرافه به، ويعد هذا الدفع مسألة أولية لازمة للفصل في موضوع الدعوى من عدمه؛ اذ يتعين أن يأخذ حكم المسائل الأولية السابقة على الفصل في الموضوع أو المتعلقة بإجراءاتها، والتي يتوقف عليها استمرار المحكمة في الفصل في الدعوى من عدمه، وهي تتعلق بالصالح الخاص للأفراد المتعلقة بإجراءات الدعوى، ويمكن أن تحدث أثناء السير في نظر الدعوى، ولذا هو دفع يتعلق بالنظام العام، و يجوز للمحكمة الحكم به من تلقاء نفسها، ولا يترتب على حكم المحكمة في الدفع بعدم قبول الدعوي، أن تستنفذ المحكمة لولايتها بنظر النزاع [4] .

---

(1) د. أحمد السيد صاوي، قانون التحكيم طبقًا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤وأنظمة التحكيم الدولية" دار النهضة العربية، طبعة 2013، ص٦٨ و ما بعده

(2) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الخامسة، 2007 ص ١٨٤ و ١

(3) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الخامسة، 2001 ص ١٢٥وما بعدها

(4) Mary Anne Noone and Lola Akin Ojelabi, 'Ensuring Access to Justice in Mediation within the Civil Justice System' (2014) 40(2) Monash University Law Review528.

السؤال هنا، هل يقتصر دور القاضي على بحث وجود شرط الوساطة أم يتضمن بحث وجوده صحيحا أو عدم صحته؟

لا تتخلى المحكمة عن ولاية نظر النزاع لمجرد تمسك أحد أطراف بوجود شرط الوساطة، بل يلزم أن تتحقق من هذا الاتفاق أذا كان صحيحا وموجودا ومتوافرا أركانه أم لا،وإلا أمرت بالاستمرارفي نظر النزاع والحكم بعدم قبول الوساطة اذا توافرت اسباب ذلك ، حيث لا يوجد ما يمنع من الناحية القانونية والمنطقية من اختصاص المحكمة بالفصل في صحة أو بطلان شرط الوساطة، حتي ولو كان عن طريق دعوى مبتدئه شأن أي عقد من العقود، ويكون للمحكمة في هذه الحالة الحكم بصحة أو بطلان الاتفاق، يؤكد ذلك طبيعة التمسك بوجود شرط الوساطة والدفع بعدم قبول الدعوي؛ إذ لا يعدو الدفع في هذه الحالة أن يكون طلبا من الخصم بوجود اتفاق صحيح ومطابق للقانون، مضمونه التزام أطرافه بالالتجاء للوساطة و الاستمرار فيها دون اللجوء الي القضاء منفردا، ومقتضى هذا الدفع تحقق المحكمة من وجود شرط الوساطة وتوافر أركانه وعدم مخالفته للنظام العام أو تعارضه مع الأسس التي يقوم عليها المجتمع [1].

-السؤال، هل يترتب على الحكم بعدم قبول الدعوي أو الحكم بصحة شرط الوساطة في هذه الحالة التزام المحكمة إحالة النزاع للوساطة؟

التمسك بوجود شرط الوساطة يتضمن جانبين، أحدهما **مانع** يتمثل في اتفاق أطراف ذاك الشرط على طرح منازعاتهم على وسيط وقبول القرار الصادر من الوسيط في هذه الحالة، والجانب الآخر **مانع** يتمثل في امتناع كل طرف عن الالتجاء للتقاضي منفردا، ما لم يوافق الطرف الآخر صراحة، بالنسبة للمنازعات التي تتعلق بموضوع اتفاقهم، مع التزام المحكمة بالحكم بعدم قبول الدعوي إذا تمسك هذا الطرف بوجود شرط الوساطة[2].

ويعتبر الدفع بعدم قبول الدعوي، أو الدفع بعدم قبول الوساطة يمثلان الآثار المترتبة على وجود شرط الوساطة وصحتها، ونتيجة الالتزام بمضمون شرط الوساطة، وهذه الآثار تترتب بمجرد تحقق المحكمة من وجود اتفاق علي شرط الوساطة، أما إذا أخل أحد الأطراف الالتزام الوارد في شرط الوساطة والتجأ للتقاضي، فيتوقف مصير شرط الوساطة على شرط واقف هو التمسك بوجود شرط الوساطة والدفع بعدم قبول الدعوي، و إلا عد متنازلاً عنه بصرف النظر عن تعيين وسيط من عدمه، فشرط الوساطة في هذه الحالة ملزم لجميع أطرافه فلا يجوز تعديله إلا باجتماع إراداتهم صراحة ، فلا يجوز العدول عن شرط الوساطة بالإرادة المنفردة لأي من أطرافه، استنادا للقوة الملزمة لاتفاق شرط الوساطة المستقر عليها فقها وقضاء .[3]

---

(1) L Boulle Mediution: Pritzciples, Process, Practice (Sydney: Butterworths. 1996) 142.

(2) Tania Sourdin, Alternative Dispute Resolution (Thomson Reuters, 5th ed, 2016) 17–23.

(3) Bridgecvater v Leclhy (1998) 194 CLR 457, Gleeson CJ & Callinan J 470.

4-وقف الخصومة

هل يجب على المحاكم أن توقف إجراءاتها لصالح الوساطة؟

يجوز للأطراف الوساطة ان تتطلب من المحكمة أن توقف الإجراءات القضائية تعليقيا أو اتفاقيا كلا حسب قانون الوساطة لكل ولاية الذي يخضع له النزاع، من أجل أحالة النزاع الي وسيط، و تتمتع المحكمة بسلطة تقديرية حول ما إذا كانت ستمنح قرارالوقف من عدمه، ومنح قرار وقف الإجراءات القضائية يعتمد بشكل كبيرعلى السلطة التقديرية للمحكمة علي حسب الظروف المحيطة بكل نزاع علي حدا، فقد تكون المحكمة مترددة في أخذ قرار بوقف الإجراءات القضائية، إذا كان المحكمة تري أن قرارها بالوقف، له تأثير بالسلب على جدولها الزمني وآطالة أمد النزاع وهي ما تخشاه، ونتيجة لذلك، قد ترى المحاكم أن الحفاظ على جدولها الزمني السابق علي المحاكمة،هو أفضل طريقة لتحفيز التسوية بين الأطراف، خاصة في الظروف التي تمنح فيها المحكمة وقفا اتفاقيا، وعادة ما تكون مدة وقف الاجراءات القضائية طويلة بما يكفي لإعطاء الأطراف فرصة معقولة لإكمال عملية الوساطة، حيث لم يحدد القانون مدة محددة لوقف الاجراءات القضائية وتركها كسلطة تقديرية للمحكمة المختصة بنظر النزاع حسب الظروف المحيطة بالنزاع[1]، ويعتبر قرار المحكمة بوقف الدعوي تعليقيا الى حين اتمام الوساطة، هي من قرارات الفصل في مسألة أولية، ويختلف هذا الموقف عند تطبيق اتفاقية التحكيم، حيث يتطلب قانون التحكيم الفيدرالي من المحكمة أن توقف إجراءاتها لصالح التحكيم وقفا قانونيا، ولا تملك المحكمة امامه سلطة تقديرية، فإذا لجأ الخصوم الي تسوية ودية بينهما للنزاع بعيد عن مجلس القضاء بواسطة الوساطة فأعطاهم المشرع هذه الفرصة، ولكن في حدود معينة حيث مبدأ سلطان الارادة في الخصومة، وهو ليس مطلقا، فاذا اعترف المشرع بالوقف الاتفاقي للخصومه تكريس لمبدأ سلطان الارادة ، فلا يجوز لهم طلب وقف الدعوي لمدة طويلة حتى لا يطلق لسلطان ارادتهم العنان في تعطيل الدعوي، غير انه يجوزالاتفاق على وقف الدعوي مرة اخرى ما لم يترتب على ذلك ضرر على الطرف الاخر، وأي كانت المدة المتفق عليها بين الخصوم للوقف الخصومة والمقررة قانون، يجب عليهم معاودة السير في الخصومة بعد نهاية المدة المحددة، وقد أعطاهم القانون مهله خمسة عشرة يوم من تاريخ انتهاء هذه المدة، بحيث اذا لم يعاود المدعي السير في الدعوي باعتباره الملتزم اصلا ببذل الهمة الاجرائية،أعتبر تاركا لدعواه،**هل يستطيع القاضي ممارسة سلطته التقديرية، ويقررعدم الموافقة على طلب الوساطة او وقف الدعوي، و الاحالة الى الوساطة؟** من حيث الموافقه على الوقف من عدمه، يوجد معيار محدد بناءا عليه يتخذ القاضي قراره وهو مدى جدية الخصوم في طلب الوقف بناء على الوساطة وعدم آطالة إمد التقاضي المخشي منه بشكل مبالغ[2]، وهو ماسوف نراه لاحقا، فقد يكون دلالة علي التزام الخصوم سلوك مبدأ حسن النية أو الاخلال به عند التقاضي، وهو ما تقدره المحكمة علي اختلاف ظروف كل خصومة علي حدا[3].

---

(1) H Astor & C Chinkin Dispute Resolution in Australia 2nd edn (Sydney: Butterworths,2002) 150-151.

(2) Https://www.constructionrisk.com/2019/02/filing-a-mediation-demand-does-not-toll-statute-of-limitations-for-filing-suit/.

(3) see bankruptcy court decisions (march 11, 1993)

ومثال ذلك ما تمنحه محاكم الإفلاس بالولايات المتحدة سلطة أن تأمر أطراف الخصومة بوقف الدعوي واللجوء الي الوساطة، و يشترط القانون على جميع محاكم المقاطعات الفدرالية ومحاكم الافلاس،أن تأذن بإجراء تسوية المنازعات في جميع القضايا من خلال الوساطة، بما في ذلك إجراءات التي اتخذها الخصم في الإفلاس[1]، و قبل إصدار القانون، استخدمت محاكم الإفلاس السلطات المتأصلة الممنوحة للمحاكم بموجب المادة 105 من قانون الإفلاس والأحكام المتعلقة بتعيين الفاحصين بموجب الفقرتين 1104 و 1106 من القانون لتعيين وسطاء للتوسط في المفاوضات وفي حالات خطة إعادة التنظيم، فاللجوء الي الوساطة بعد المطالبة القضائية بناءا علي قرار الاحالة الي الوساطة الصادر من المحكمة المختصة بنظر النزاع، يعد عمل أجرائي من اجراءات الخصومة، لان قانون الوساطة الموحد او قوانين الوساطة المحلية، قد رتب عليها هذه الاثار،ومنها، فقد تنشأ الخصومة بناءا علي اشتراط ان تكون الوساطة شرط مسبق للتقاضي، و قد يترتب عليها وقف الدعوي وقف تعليقي أو اتفاقي بعد اقرار المحكمة له، و للمحكمة هنا سلطة تقديرية في الموافقة علي الوقف من عدمه، وذلك حسب ما يتبين لها من جدية السبب و جدية الخصوم في طلب الوقف و عدم تعسفهم في إطالة أمد التقاضي المخشي منه .

5-أثر اتفاق شرط الوساطة على تقادم الحق الموضوعي

هل لشرط الوساطة أي أثر على تقادم الحق الموضوعي الذي يتعلق به هذا الشرط ؟

يري الباحث أنه لا يترتب على شرط الوساطة من الناحية الايجابية أي أثر على تقادم الحق موضوع النزاع، إلا إذا ترتب على شرط الوساطة اتخاذ إجراء يتعلق بالمطالبة القضائية أو بالالتجاء للوساطة، أو أقر المدين صراحة أو ضمنًا بالدين محل النزاع، والتجأ الأطراف للوساطة لتقدير مقدار هذا الدين، ففي هذه الحالة ينقطع التقادم لا على أساس وجود شرط الوساطة، بل على أساس إقرار المدين بالدين؛ إذ يعتبر هذا الإقرار اعترافًا جديدا بالحق الموضوعي، وأساس ذلك أن شرط الوساطة ليس اتفاق على وقف الخصومة أمام القضاء، ويري الباحث أنه لا يكون للشرط الوساطة هذا الأثر إلا إذا تضمن صراحة الاتفاق على وقف الخصومة، وتوافر شروط الوقف الاتفاقي، فلا يكفي مجرد الاتفاق على الوساطة دون الشروع في إجراءات الوساطة، فتكون إجراءات الوساطة هي بذاتها القاطعة للتقادم، أو باتفاق الخصوم على وقف الخصومة وموافقة المحكمة على ذلك، فيعتبر ذلك الإجراء هو وحده القاطع للتقادم وليس مجرد اتفاق شرط الوساطة .[2]

6- الطعن في الحكم الصادر من المحكمة في التمسك بوجود شرط الوساطة

هل يجوزالطعن في الحكم الصادر من المحكمة في الدفع بعدم قبول الدعوي أو بعدم قبول الوساطة؟

يجوز الطعن في الحكم الصادر من المحكمة بعدم قبول الدعوي او عدم قبول الوساطة، بناءا علي التمسك بوجود شرط الوساطة، والذي يمكن إلغائه من محكمة الاستئناف، وإلغاء الحكم الصادر من محكمة أول درجة معناه

---

[1] see hopkins, theodore s. And simmer, jarred, "local bankruptcy court to launch mediation program," 14 lawyers j. (july 2000) at 3

[2] nancy welsh, ‘making deals in court-connected mediation: what’s justice got to do with it?’ (2001) 79(3) Washington university law quarterly 787.

القضاء، أما برفض التمسك بوجود شرط الوساطة، وتأييد الدفع بعدم قبول الوساطة والعكس صحيح، الأمر الذي يؤكد أن الحكم في الدفع يقتضي على نحو ما أسلفنا التأكد من الوجود القانوني لشرط الوساطة وتوافر أركانه وصحتها، وهو ما يوجب التسليم بحق المحكمة، في الحكم برفض الدفع بعدم قبول الدعوي أو الدفع بعدم قبول الوساطة، وسلطتها في بحث وجود شرط الوساطة أو صحته أو عدم صحته، ولا يترتب على الحكم بعدم القبول للدعوي لوجود شرط الوساطة استنفاذ المحكمة ولايتها بنظر النزاع[1]؛ لأن الحكم الصادر من محكمة أول درجة بعدم القبول لا يتعلق بموضوع النزاع، بل كان فصلاً في وجود شرط الوساطة وصحته، ولا يعتبر فصلاً في النزاع، ومن ثم لا تستنفد به محكمة أول درجة ولايتها بنظر النزاع؛ إذ يترتب على إلغاء الحكم في الاستئناف، التزام محكمة الاستئناف وفقًا لمبدأ التقاضي على درجتين إحالة النزاع لمحكمة أول درجة لتفصل فيه من جديد، باعتبار القضاء هو صاحب الولاية العامة بنظر كافة المسائل، سواء كان عدم القبول يرجع لانعدام وجود شرط الوساطة أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شموله لموضوع النزاع[2] .

المبحث الثاني

أسباب عدم قبول الوساطة

تختلف القواعد الاجرائية للوساطة بناءً على الاختصاص القضائي من ولاية الي أخري داخل الولايات المتحدة، حيث قد يتم تطبيق علي الوساطة نفس القواعد المعمول بها في العقود، ويمكن تطبيقها أمام المحاكم عند بدء الدعوى القضائية، وقد تتطلب بعض الولايات القضائية عند تطبيق الوساطة، بعض الاجراءات والشروط، كشرط سابق علي التقاضي، وإلاحكمت المحكمة المختصة بنظر النزاع، بعدم قبول الوساطة، مثال ولاية مينيسوتا، يجب أن تنص التسوية علي الوساطة، إذا كانت مكتوبة، وتنص صراحة على أن اتفاقية الوساطة ملزمة، ولايجوز اللجوء الي القضاء قبل الوساطة، وأن الأطراف قد تم إخطارها كتابيًا بأن الوسيط محايد ومستقل، أو إبلاغهم بحقوقهم القانونية، وأن التوقيع علي اتفاقية التسوية قد تؤثر سلبًا على حقوقهم المالية والمدنية أو التجارية، وعليهم استشارة محامٍ قبل التوقيع، أو إذا كانت الأطراف غيرمتأكدة من تاثير الوساطة علي حقوقهم، وبالمثل، ينص قانون ولاية كولورادو للوساطة13-22-308 على أن اتفاق الوساطة غير قابل للتنفيذ ما لم يكن مكتوب، والموافقة عليه من قبل الأطراف ومحاميهم، والمقدم إلى المحكمة كشرط مسبق قبل المضي إلي التقاضي، وقد وافقت عليه المحكمة[3].

فهناك أيضا ولايات مختلفة داخل الولايات المتحدة، مثل فلوريدا وفرجينيا وتينيسي، لديها قانون محلي للوساطة، يمكن رؤية النهج الاستباقي لقضائها في اشتراط الزامية الوساطة، ففي قضيIn Atlantic Corp ، وهي قضية كانت منظورة أمام محكمة الاستئناف الدائرة الأولى بولاية نيويورك، فقررت المحكمة إن محكمة الموضوع

---

(1) د. عزمي عبد الفتاح، سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، س ٢، العدد ٤ ديسمبر ١٩٨٤، ص ١٠٨ وما بعدها،

(2) Kathy Douglas and Clare Coburn, 'Attitude and Response to Emotion in Dispute Resolution: The Experience of Mediators' (2014) 16(1) Flinders Law Journal111.

(3) Paranzino v Barnett Bank of S Fla, NA, 690 So. 2d 725 (Fla. Dist. Ct. App. 1997.

الفدرالية لديها السلطة التقديرية في الأمر بالوساطة الإلزامية إذا كان ذلك مناسبًا [1]، ولقد بينت أحكام اتفاقية سنغافورة بشأن الوساطة في المادة (5) الأسباب التي يجوز للمحكمة بموجبها أن تحكم بعدم قبول الوساطة بناءً على طلب أحد أطراف الوساطة، ويمكن تصنيف هذه الأسباب إلى: أسباب متعلقة بالأطراف المتنازعة، وأسباب متعلقة باتفاق التسوية، وأسباب متعلقة بإجراءات الوساطة، وتنصُّ المادة (5) على سببين إضافيين يجيزان للمحكمة أن ترفض، من تلقاء نفسها الوساطة، أحدهما يتعلق بالنظام العام، والآخر بعدم قابلية موضوع المنازعة للتسوية بالوساطة، وبمراجعة السوابق القضائية للمحاكم العليا بالولايات المتحدة، نجد عند النظر في طلب وقف الخصومة إمام المحكمة المختصة بنظر النزاع واللجوء الي الوساطة بموجب القانون، فإن للمحكمة تقوم بأربع مهام، قبل أن تقرر وقف الدعوي وأحالة النزاع الي الوساطة، أو تقرر عدم قبول الوساطة والسير في اجراءات الفصل في الخصومة، وهي: -

أولاً، يجب تحديد ما إذا كان الطرفان قد اتفقا على الوساطة أم لا، أي على المحكمة التأكد من وجود اتفاق شرط الوساطة ومدي صحتها ومدي توافر أركانها؛

ثانيًا، يجب أن تحدد نطاق ذلك الاتفاق؛

ثالثًا، إذا تم تأكيد المطلبات القانونية، فيجب أن تنظر فيما إذا كانت هذه المطالبات قابلة للوساطة من عدمه؛

ورابعاً، إذا خلصت المحكمة إلى أن بعض، وليس كل، نقاط الخلاف في المنازعة خاضعة للوساطة، فيجب عليها تحديد ما إذا كانت ستوقف إجراءات التقاضي بانتظار الوساطة أم لا.

ولغرض دراسة أسباب رفض المحاكم لقبول الوساطة، وأثر ذلك على الخصومة أمام المحكمة، يجب توضيح تلك الأسباب في أربع مطالب هي: -

أسباب متعلقة بأطراف الوساطة في المطلب الاول، ثم توضيح أسباب متعلقة بأتفاق شرط الوساطة في المطلب الثاني، ثم المطلب الثالث أسباب متعلقة بأخلال الوسيط بمبدأ السرية وتضارب المصالح، وأخيرا موقف قضاء الولايات المتحدة من عدم قبول الوساطة في ضوء السابقة القضائية لمحكمة ولاية أوهايو.

المطلب الاول

أسباب متعلقة بأطراف الوساطة

تنقسم دراسة أسباب عدم قبول الوساطة المتعلقة بأطراف الوساطة وتأثيرها على خصومة التحكيم والقضاء إلى فرعين هما: -

الفرع الاول: أحد أطراف الوساطة لم يكن كامل الأهلية.

الفرع الثاني: عدم التزام الخصوم بمبدأ حسن النية والمعقولية اثناء الوساطة.

---

(1) Lord Clarke, MR, 'Mediation - An Integral Part of Our Litigation Culture' (Gray's Inn, 8 June 2009); Lord Neuberger, MR, 'Educating Future Mediators', The Fourth civil Mediation Council National Conference (London, 11 May 2010).

الفرع الاول

أحد أطراف الوساطة لم يكن كامل الأهلية

وبمراجعة السوابق القضائية لتفسير أشتراط إن يكون اطراف الوساطة كامل الأهلية، نجد كلما كان أحد أطراف الوساطة كان في ظروف غير مؤاتية عند أبرامها، نتيجة عيب أو إعاقة الخاصة به، للتعامل مع الطرف الآخر بسبب المرض والجهل وقلة الخبرة والأوضاع المالية أو ظروف أخرى التي قد تؤثر على كامل أرادته وقدرته على الحفاظ على مصالحه الخاصة، والتي قد يستغلها الطرف الآخر، فهي قد تكون فرصة وضعت بين يديه، من أجل الحصول علي مصلحه لنفسه بشكل غير معقولة، فمن الضروري أن يدفع ذلك الخصم أنه كان في ظروف غير مؤاتيه عند ابرام اتفاق الوساطة، و الطرف الآخر قد استفادة منها ومن هذه الظروف[1]:-

حيث يجب على المدعي أن يثبت أنه فعند أبرام أتفاق الوساطة، كان يعاني من إعاقة أو عيب، أثرت عليه بشكل خطير علي كامل أرادته، ونجد أن السوابق القضائية، قد أعترفت بأنواع من الإعاقة، يمكن تصنيفها على النحو التالي:

-**العجز الجسدي** وهوالمرض البدني أو الشيخوخة أو أي إعاقة أخرى قد تؤثر على مدي قدرة الشخص على أبرام التصرفات لمصلحته.

-**العجز الفكري والعاطفي** وهو المرض العقلي، نقص الذكاء، الإجهاد والإعاقات التي تسببها المخدرات أو الكحول والتبعية العاطفية؛ "و

-**النقص** وهو الفقر والأمية ونقص التعليم والجهل واللغة وقلة الخبرة في الأعمال التجارية والشؤون المالية، ولن تنطوي الإعاقة أو العيب بالضرورة على "الضعف البدني" كما لاحظ قاضي المحكمة في قضية (Louth v Diprose)، حيث دفع المدعي عليه بأنه عند ابرام التصرف كان في حالة عجز وضحية تصرف غير معقول من الطرف الاخر، بأعتباره من أسباب إبطال اتفاق الوساطة، فقررت المحكمة من المبالغة أن تقرر ذلك لأن المدعى عليه تصرف وهو في كامل وعيه وادراكه وانتباه، ومع الفهم الكامل لما كان يفعله، ولم يكن موجودا في موقف العجز، وبالتالي ليس ضحية تصرف غير معقول .[2]

الفرع الثاني

عدم التزام الخصوم بمبدأ حسن النية والمعقولية اثناء الوساطة

قد يختلط مفهوم مبدأ حسن النية ببعض المفاهيم في مجال التعاقد، على النحو الذي يدفع البعض الى الاعتقاد بتطابق هذه المفاهيم، ونجدها مرادفات لمفهوم حسن النية، وان تلك المفاهيم جميعا تمثل عناصر او مكونات لمبدأ حسن النية، ومن هذه المفاهيم مفهوم التعامل العادل ومفهوم المعقولية في التعاقد، لذلك سنبين الارتباط بين

---

(1) Commercial Bank **v** Am~tdioabove n 20. Mason J 474. See also Louth **v** Dipmse (1992) 175 CLR 621, Brennan J 631-632, Deane J 637.

(2) Diprose v Lout11 [No 21 (1990) 54 SASR 450, Jacobs ACJ 453. On appeal a majority of the High Court held that the plaintiff was under a special disability despite the fact that he was a solicitor and had sufficient time to consider the merits of the transaction entered into: Louth v Diprose above n 22: but compare Toohey J 653-655 (dissenting). See also Bridgewater **v** Leahy above n 20. 491.

هذه المفاهيم ومفهوم مبدأ حسن النية من خلال بحث العلاقة بينها في بعض قوانين الولايات داخل الولايات الامريكية.

1- حسن النية والتعامل العادل:

يعتمد معنى التعامل العادل بشكل كبيرعلى النظام القانوني السائد في بلد ما وعلى السياق الذي يعرض فيه، وقد ورد مصطلح التعامل العادل في عدد من النظم القانونية على المستوى الولايات وعلى المستوى الدولي، وعلى نحو خاص في النظم القانونية الانجلوامريكية، ولاسيما لحل اشكالية الغموض الذي يحيط بمبدأ حسن النية، ففي الولايات المتحدة الامريكية ظهر عرف مفهوم التعامل العادل في القضاء منذ القرن التاسع عشر، فالسائد في الفقه الامريكي ان ظهور مفهوم التعامل العادل مقرونا بمفهوم حسن النية قد ظهر لاول مرة في حكم محكمة الاستئناف في ولاية نيويورك في قضية The Kirke La Shelle Company v. The PaulArmstrong Company الذي ذهبت فيه المحكمة الى أنه (هناك اتفاق ضمني في كل عقد، و بأنه لا يحق لاحد الاطراف ان يقوم بعمل يمنع او يضر بحق الطرف الاخر بتلقي ثمرة حقه، وذلك يعني بأنه في كل عقد هناك اتفاق ضمني على العمل على وفق حسن النية والتعامل العادل) [1]، ومما تقدم يتضح أن التزام حسن النية عند مباشرة الإجراءات هو أحد مرتكزات مباشرة الدعوى تفرضه نصوص القانون الاجرائي، وأن هذا الالتزام يقيد سلوك الخصم في استعمال الحقوق أو القيام بالواجبات، وأن الإخلال بهذا الالتزام يرتب جزاءات إجرائية، ويفترض على المتقاضين أن يستهدف نشاطهم الوصول إلى كشف الحقيقة في المراكز المتنازع عليها في أقل وقت وبأقل كلفة، وأن يتعاونا مع المحكمة لغرض الوصول إلى هذا الهدف، وهو وجوب معاونة المحكمة في الفصل في الدعوى خلال وقت معقول، وقد نص قانون التجارة الأمريكي الموحد (UCC) على (اتباع معايير التعامل العادل المعقولة في نطاق التجارة) [2]،بينما نصت مدونة اعادة صياغة قانون التجارة الموحد على أن (كل عقد يفرض على اطرافه واجب حسن النية والتعامل العادل في تكوين العقد وفي تنفيذ التزاماته) [3].

طبقا لذلك فأن عنصري النزاهة والتعامل العادل وردا في قانون التجارة الموحد في الولايات المتحدة بوصفهما عناصر لحسن النية على الرغم من عدم اعطاء معنى محدد لهذين العنصرين، لكن يمكن القول بان النزاهة تمثل

---

(1) The Kirke La Shelle Company, Appellant, v. The paularmstrong Company et al., Respondents, 263 N.Y. 79; 188 N.E. 163; 1933 N.Y. LEXIS 802. The court said in this case that " In the last analysis those cases only apply the principle that in every contract there is an implied covenant that neither party shall do anything which will have the effect of destroying or injuring the right of the other party to receive the fruits of the contract, which means that in every contract there exists an implied covenant of good faith and fair dealing." https://www.Law. Uh. Edu. The date of visit 11-8-2020

(2) Uniform commercial code of usa (ucc) article 2-103 (1) (b).

(3) farnsworth, e., 'duties of good faith and fair dealing under the unidroit principles, relevant international conventions, and national laws, tul. J. Int'l & comp. L. 47, 1995, page 53.

العنصر الذاتي في مفهوم حسن النية بينما التعامل العادل يمثل العنصر الموضوعي لذلت المفهوم بالاضافة الى اقتران التعامل العادل بمعايير التجارة المعقولة الذي يدلل على المفهوم الفضفاض لهذا العنصر [1].

2- حسن النية والمعقولية:

المعقولية هي ابتكار قانوني طورته المحاكم للوصول الى معيار موضوعي لمعرفة مدى تطابق تصرف الاطراف المتعاقدة مع معايير بيئة تعاقدية معينة، وهذا المفهوم القانوني قد ضمن في عدد من النصوص القانونية للولايات والدول النظام الانجلوسكسوني، فقد نصت مبادئ التعاقد الاوربي (PECL) على أنه (لتقييم ما هو معقول ، يجب أن يؤخذ بنظر الاعتبارطبيعة العقد و الغرض منه والظروف المحيطة بالقضية والاعراف والعادات المطبقة في نوع التجارة او الحرفة محل التعاقد) [2].

وفي العديد من النظم القانونية، اعتادت المحاكم على اتباع معيار الشخص المعقول للكشف عن مدى اتباع مبدأ حسن النية، وطبقا لذلك فان الشخص قد يعامل بحسن نية اذا كان قد تصرف على النحو الذي يتصرف به الشخص المعقول عندما يوضع بذات الظروف، وعلى ذلك فمن الممكن تتبع الربط بين حسن النية والمعقولية في تعريفات مبدأ حسن النية التي اوردتها القواميس القانونية، فعلى سبيل المثال، ذهب القاموس القانوني الكندي الى أن عمل ما يكون قد تم على وفق حسن النية اذا كان قد تم بنزاهة بدون اي ملاحظة او خطأ يمكن ان تضع الشخص المعقول في محل تساؤل اذا وضع بذات الظروف[3] فيما عرف قاموس (Black s Law Dictionary) مبدأ حسن النية على أنه ((حالة ذهنية تتكون من ١- الصدق في الاعتقاد والغرض ٢- الاخلاص نحو الواجب أو الالتزام ٣- اتباع المعايير التجارية المعقولة في التعامل العادل في نوع معين الاعمال او التبادل التجاري ٤- الابتعاد عن نية الخداع او تحين الفرصة لاستغلال غفلة الطرف الاخر)) [4].

وايضا القانون يستخدم أحيانا مصطلحات تتعلق بالمعقولية للكشف عن حسن النية الى جانب مصطلح الشخص المعقول مثل الوقت المعقول والطريقة المعقولة.

3- عقوبات الفشل في التوسط بحسن نية

وبما أن الوساطة هي طريقة فعالة لحل النزاعات، ولكن لتكون فعالة، يجب على جميع الأطراف المشاركة وفق الالتزام بمبدأحسن نية، حتي لا يتم فرض عقوبات على الفشل في المشاركة نتيجة سوء النية، حيث يتجه شرط المشاركة بحسن نية في الوساطة، الي بعض المتطلبات التي يجب توافرها في جميع اجراءات الوساطة المحالة من المحكمة ومنها:- يجب علي الأطراف حضور اجتماعات التسوية، وتقديم مذكرات كتابية موجزة قبل الوساطة حول الوقائع و نقاط الخلاف والاسباب التي يستندوا اليها، وعلى الرغم من أن الوساطة التي تأمر بها المحكمة لا

---

(1) dubroff, h., 'the implied covenant of good faith in contract interpretation and gap-filling: reviling a revered relic, 80 st. John's l. Rev. 559, 2006, page 24.

(2) maccormick, n., 'reasonableness and objectivity, 74 notre dame l. Rev., 1998, page 1576.

(3) sodhi, d., the canadian law dictionary, law and business publications, 1980, page 164.

(4) garner, b., black's law dictionary 8th edn, thomson west, 2004, page 713.

تتطلب في أمر الأحالة ان تتم المشاركة بحسن نية، فقد يتم فرض عقوبات إذا خلصت المحكمة إلى أن الوساطة لم تتم وفق مبدأ بحسن نية، وقد تتضمنت القاعدة الفيدرالية للإجراءات المدنية رقم (16) بندًا يفصل العقوبات المحتملة لعدم المشاركة بحسن نية في اجتماعات الوساطة، ولدى نسبة كبيرة من الولايات متطلبات قانونية علي التزام مبدأ حسن النية، على سبيل المثال، بموجب الفصل(8.9) من قانون الوساطة للتأمين ضد الحريق والتأمين البحري في ولاية كاليفورنيا – القسم(10089.81)، يُطلب من الأطراف عند إجراء الوساطة التفاوض بحسن نية و " يكون لديهم السلطة الكاملة لتسوية المطالبات على الفور"، ولدى العديد من محاكم المقاطعات الفيدرالية، ومحاكم الولايات قواعد محلية تتطلب مشاركة بحسن نية في الوساطة، و يُعرَّف عدم الحضور والمشاركة في الوساطة، والتجاهل الصارخ لأوامر المحكمة على أنه مشاركة سيئة النية. [1]

4 -التشريعات التي تنص على الالتزام بحسن النية في الوساطة

حيث تفرض العديد من تشريعات الولايات و الفيدرالية التزاما على الأطراف التوسط بحسن نية[2]، بالإضافة إلى ذلك، يسمح قانون الإجراءات المدنية USC § 1927 للمحكمة بفرض عقوبات في شكل زيادة التكاليف والنفقات وأتعاب المحاماة بشكل معقول، أذا تسبب أحد أطراف الوساطة أو محامي أحد أطراف "في زيادة الإجراءات المتخذة بشكل غير معقول ومرهق."

ويتطلب التزام حسن النية عند اجراء الوساطة، الصدق في غرض المرء لمناقشة الخلاف بشكل هادف، والتحرر من نية الاحتيال أو إساءة استخدام الاجتماعات الاولية للتسوية للمماطلة في آمد النزاع، وواجب الإخلاص تجاه تأمين المعلومات والأدلة والوثائق دون تدخل من المحكمة، وبناءا علي ذلك يتلاحظ وجود تعريفات محددة لحسن النية في الوساطة، وكثيرا ما يتم صياغة هذه التعريفات من خلال مفهوم المخالفة [3]،حيث يعرف حسن النية بمفهوم المخالفة، وفقا للقانون الوساطة بين الدائنين والمدينين في ولاية مينيسوتا: [4] "ويكلف الوسيط بمسؤولية إبلاغ المحكمة إذا كان أحد أطراف الوساطة لا يشارك بحسن نية، ويشمل عدم المشاركة بحسن نية ما يلي: (1) الفشل في الحضور المنتظم أو المستمر والمشاركة في جلسات الوساطة بدون سبب؛ وبدون عذر.

(2)عدم تقديم معلومات كاملة فيما يتعلق بالالتزامات المالية للأطراف والدائنين الآخرين

(3) إخفاق الدائن في تعيين ممثل قانوني للمشاركة في الوساطة مع تفويضه في تقديم تعهدات ملزمة خلال جلسة واحدة للوساطة للتسوية الكاملة ،المساومة ، أو التوسط في المسألة ؛

---

(1) Susan Douglas, 'Ethics in Mediation:Centralising Relationships of Trust' (2017) 35(1) Law in Context44.

(2) See Lande, supra note 38, at 79 (reporting that 22 states had statutes that require parties to mediate in good faith). An estlaw search in Sarah r. Cole, Craig a.mcewen & Nancy h. Rogers, mediation: law, policy & ractice (2d ed. 2005), app. C, (database "mediation") reveals over 30 state mediation statutes that refer to good faith.

(3) Minn. Stat. Ann. § 583.27(l)(a) (west 2006).

(4) Carter argues that the focus should be on defining bad faith and includes an assessment of participants' motives for their actions as a part of his test. Carter, supra note 58, at 372

(4)عدم وجود بيان مكتوب ببدائل إعادة هيكلة الديون، وبيان أسباب البدائل الغير مقبولة لأحد الأطراف ؛ (5) فشل الدائن عن الإفراج عن أموال من بيع المنتجات الزراعية إلى المدين للضرورة توفيرنفقات تشغيل المعيشة والمزرعة ؛ أو

(6) السلوكيات المشابهة الأخرى التي تقدم أدلة على عدم حسن نية الخصم، والفشل في الموافقة على التخفيض، إعادة الهيكلة، وإعادة التمويل، أو الإعفاء من الديون، في حد ذاته، مما يعد دليل على نقص حسن النية من قبل الدائن."

وحتى الان لم يتم تقديم تعريف حسن النية بعبارات إيجابية [1]، فإنه لا يزال يتم التعبير عنه في بمفهوم المخالفة، وايضا في ولاية أوهايو، يحق للطرف من كسب دعواه استرداد المصاريف على أساس الحكم في دعوى الضرر من تاريخ سبب الدعوى إذا كان ذلك قد بذل جهد بحسن نية للتسوية عن طريق الوساطة، وفشل الطرف الخاسر في بذل جهده بحسن النية لتسوية، وبالاطلاع علي قضية Kalain v. Smith [2]، قدمت محكمة ولاية أوهايو العليا تعريف لمبدأ حسن النية من خلال مفهوم المخالفة،بحسب نص قرارالمحكمة: الخصم لم "يفشل في بذل جهده بحسن نية للتسوية.. " إذا هو (1) تعاون تعاونًا كاملاً في إجراءات الجلسات الاولي، (2) تم تقييمها بعقلانية من حيث مخاطرها ومسؤوليتها المحتملة، (3) لم يحاول تأخير أي إجراءات ضرورية، و (4) قدم عرض تسوية بحسن نية الي الطرف الآخر ".

5 -محاولات الفقهية لتعريف حسن النية

حاول العديد من الفقهاء تقديم تعريف لحسن النية في سياق الوساطة [3]، حيث يقترح الفقيه كيمبرلي كوفاتش بعض الدلالات عن حسن النية، بما في ذلك بعض المتطلبات مثل الامتثال الي القانون المعمول به،أوامر المحكمة وعقد الوساطة وقواعد الوسيط ، حيث نص علي الأطراف و المحامي أن يشاركا بحسن نية دون أي قيود زمنية، ويضعوا أفضل ما لديهم من الجهود نحو التسوية، يجب التحضير للوساطة، حضور الوساطة مع سلطة التسوية، والمشاركة في مناقشات هادفة، والالتزام بواجب عدم تضليل للوسيط أو الخصم، يشمل أيضا الالتزام بعدم تقديم أي طلبات جديدة في الدعوي حتى يتم الوساطة وأنجازها.

---

(1) ohio REV. CODE ANN. § 1343.03(C) (West 2004). Because of the mediation privilege, it might be difficult or impossible to establish bad faith in mediation in other contexts in Ohio. See Anthony v. Andrews, No. 2008-P-0091, 2009 WL 4547605, at *3 (Ohio Ct. App. Dec 4, 2009) (reversing trial court determination that a party had not mediated in good faith when counsel admitted at mediation that the client, who did not attend, had not agreed to the mediation and would not give counsel authority to settle, but the mediation communication was privileged)

(2) Kalain v. Smith, 495 N.E.2d 572, 574 (Ohio 1986); see also Moskovitz v. Mt. Sinai Med. Ctr., 635 N.E.2d 331, 348 (Ohio 1994) (applying the Kalain good faith definitional standard that places the burden on the party seeking the award to present evidence of a written ("or something equally persuasive"), reasonable offer to settle and objective evidence ofa lack of good faith. The court noted that failing to act in good faith does not necessarily mean that the party acted in bad faith.).

(3) Kimberlee K. Kovach, Good Faith in Mediation-Requested,Recommended,or Required? A New Ethic, 38 S. TEX. L. Rev. 575, 616-17, 620-23 (1997) [hereinafter Kovach, Good Faith]; see also Kimberlee K. Kovach, New Wine Requires New Wineskins: Transforming Lawyer Ethics for Effective Representation in a Non adversarialapproach to Problem Solving: Mediation, 28 FORDHAM URB. L.J. 935, 961-64 (2001) (arguing for an ethical rule imposing an obligation ofgood faith).

6- صور الالتزام بمبدأ حسن النية عند أجراء الوساطة

أ. التزام مبدأ حسن النية ما قبل الوساطة

يبدأ التزام حسن النية قبل الوساطة، عندما يجب على الأطراف تحديد الوسيط، جدولة الوساطة، وتجهيز الدفاع والحجج والوثائق، والاستعداد للوساطة طبقا للقاعدة الاتحادية للإجراءات المدنية (16 (و) (1) (ب)) ويجوز للمحكمة على وجه التحديد بفرض العقوبات إذا كان الطرف أو المحامي "غير مستعدة للمشاركة بشكل فعال قبل الوساطة ". [1]

ب. واجب المشاركة والتمثيل القانوني

واجب المشاركة في الوساطة بحسن نية، ويتطلب ذلك أن يشارك شخص نيابة عن الخصم في الوساطة، وفي معظم الحالات نجد عقوبات بسبب سوء النية في الوساطة، تنطوي على مواقف لم يشارك سواء الاطراف او ممثليهم في الوساطة [2]، وتتطلب المحاكم من الخصوم، أو من الممثلين القانونين ممن لديهم سلطة تسوية، لحضورجلسات التسوية وإلا منح أتعاب المحامين عن عدم حضور المدعى عليه للوساطة عند انتهاك أمر المحكمة الذي يتطلب مشاركة بحسن نية، حيث نجد علي سبيل المثال، القواعد المحلية لمحكمة مقاطعة كاليفورنيا الشمالية "جميع الأطراف المحددة ومحاميهم" يجب حضورهم جلسات الوساطة إلا إذا وجد عذر، ففي قضية Pucci، لاحظت المحكمة أنه " فعالية أنهاء النزاع تتراجع إذا لم يحضر شخصيا جلسات الوساطة صناع القرارفي الخصومة[3] .

ج. حضور ممثل قانوني عن أحد أطراف الوساطة لديه سلطة الكاملة أمام هيئة الوساطة

عند عدم تزويد الممثل عن أحد أطراف الوساطة بسلطة تسوية كافية، فيجوز للمحكمة فرض عقوبات على عدم إرسال مدير لديه صلاحية للتسوية عند أجراء الوساطة، حيث اقترحت المحكمة أنه حتى لو طلب المدعى عليه أن يكون مدير المدرسة ممثلا عنه عبر الهاتف في جلسات الوساطة، تكون المشاركة مخالفة لمبدأحسن النية لعدم وجود صلاحية التسوية من خلال الهاتف وكان يجب حضوره فعليا، مما جعل المحكمة تفرض عقوبات عليه في صورة تعويض نتيجة عدم المشاركة بحسن نية، وتعني عبارة" **صلاحية للتسوية"** عند استخدامها في سياق هذه الحالة أن "ممثل الشركة" الذي حضر الجلسات التمهيدية، كان المطلوب أن يشغل منصب داخل الكيان المؤسسي يسمح له بالتفاوض وابرام تسوية نهائيا وإلزام الشركة بذلك في الدعوى، والحضور يعني الحضور شخصياً والمشاركة مباشرة، وليس المشاركة عبر الهاتف، و" سلطة التسوية" تعني سلطة كاملة وذات معنى، و أنه لا يحتاج الشخص الذي لديه سلطة تسوية إلى الأتصال بأي شخص آخرلأخذ منه قرار التسوية، وصنع هذا القرار، والغرض من هذا الحكم هو توضيح مدي الالتزام بوجود شخص يمكنه تسوية القضية خلال الوساطة دون استشارة شخص آخر غير موجود. [4]

---

(1) Pinero v. Corp. Courts at Miami Lakes, Inc., No. 09-20343-CIV, 2009 WL 1424173, at *2 (S.D. Fla. May 20, 2009) dismissing the complaint without prejudice as a sanction for failure to timely schedule the mediation and failure to attend a settlement conference).

(2) See Metcalf v. Lowe's Home Ctrs., Inc., No. 4:09-CV-14 CAS, 2010 WL 985293 at *2 (E.D. Mo. Mar. 15, 2010) (imposing sanctions because corporate representatives did not attend mediation as ordered by the court).

(3) Pucci v. 19th Dist. Ct., No. 07-10631, 2009 WL 596196, at *5 (E.D. Mich. Mar.6, 2009).

(4) **G.** Heileman Brewing Co. v. Joseph Oat Corp., 871 F.2d 648 (7th Cir. 1989).

د- شرط حضور جلسات متعددة

إذا أمر بالمشاركة في جلسة وساطة، فما هي المدة أو عدد الجلسات التي يجب أن يحضرها الخصوم؟ فمحكمة كاليفورنيا دائرة الاستئناف الاولي، وجدت أن يأمر طرف بالمشاركة في جلسات وساطة غير محددة المدة، يعد سلوك ينتهك مبادئ النزاهة الإجرائية، حيث يقرر قانون ولاية كاليفورنيا للوساطة، إذا قرر الأطراف مواصلة الوساطة، فيشترط أن تنتهي الوساطة عندما يستنتج الوسيط أن القرار مستحيل، (بشرط أن الوسيط يعلن الطريق مسدود و بذل المزيد من الجهود لن يكون مفيداً)، ففي قضية Brooks v. Lincoln Nat'l Life ، استدل القاضي بإنهاء المدعي عليه من جانب واحد للوساطة كأحد المبررات لفرض العقوبات عليه بسبب "الفشل في المشاركة الهادفة" حيث قرر المدعي أنه يجب تحمل تكاليف الوساطة للمدعى عليه خاسر دعواه، لأن المدعى عليه شارك في الوساطة لأقل من ساعة، وبسبب المشاركة الغير هادفة من جانب المدعي عليه فشلت الوساطة. [1]

ومما سبق يتضح أن جوهر الخلاف حول تطبيق المحكمة لأي التزام بالمشاركة في الوساطة، هو ان يتم وفق الالتزام بمبدأ حسن النية، حيث يجوز للمحكمة أن: -

(1) تجبر الأطراف على الاستماع والتواصل مع بعضهم أو الوسيط حول نقاط الخلاف في القضية ؛

(2)يشترط أن يتفاوض الطرفان بالفعل مع بعضهما البعض حول عروض التسوية.

(3)مراقبة عملية الوساطة لحماية الأطراف من السلوك سئ النية، أو أتخاذ الجهود لإساءة استخدام عملية الوساطة و أطالة أمد النزاع أو اخذ ميزة غيرعادلة، وبحسب قرار المحكمة فإن "الحضور في وساطة دون مشاركة وفق مبدأ حسن النية في المناقشة وتحليل المخاطر، والتي تعتبر من الممارسات الأساسية في الوساطة، و التي قد تؤدي الي الوصول إلى نتيجة هي فشل الوساطة لسوء نية المشاركة، ويحق للوسيط ابلاغ المحكمة بذلك، ولا يعد اخلال بمبدأ السرية، فالغرض من العقوبات التي تقررها المحاكم بسبب عدم المشاركة في الوساطة دون الالتزام بمبدأ حسن النية، هو السيطرة على التقاضي والحفاظ على نزاهة العملية القضائية"وقد نصت القاعدة الاتحادية للإجراءات المدنية (11): لا يجوز للأطراف استخدام عملية الوساطة "للمماطلة ، والتسبب في تأخير لا لزوم له أو دون داع لزيادة تكلفة التقاضي." [2]

وقد تتضمنت القاعدة علي عدد من المعايير هي[3]:-

(أ) يجب على الطرفين تقديم بيان سري قبل الوساطة إلى الوسيط متضمن، الوقائع والدفوع والحجج، نقاط الخلاف التي يتعين معالجتها في الوساطة، تاريخ المساومة الماضية، أي معوقات لعملية الوساطة الناجحة- و(ب) المدة الزمنية التي يجب أن يحضر فيها الطرفان الوساطة والأحكام الخاصة بها وتعويض الوسيط عند الاقتضاء.

---

(1) Brooks v. Lincoln Nat'l Life Ins. Co., No. 8:05CVI 18, 2006 WL 2487937, at *6 (D. Neb. Aug. 25, 2006) (discussed infra notes 237-43 and accompanying text); see also Smith Wholesale Co. v. Philip Morris U.S.A., Inc., No. 2:03CV221, 2005 WL 1230436,at *2 (addressing sanctions for terminating a planned two day mediation).

(2) A.T. Reynolds & Sons, Inc., 424 B.R. 76, 78 (Bankr. S.D.N.Y. 2010).

(3) Tamara Relis, Perceptions in Litigation and Mediation: Lawyers, Defendants, Plaintiffs, and Gendered Parties (Cambridge University Press, 2009) chs 5–6. At page 15, Relis argues that ADR, and in particular mediation, can assist with integrating clients' 'legal and non-legal interests' and promoting an 'ethic of care' in line with the aims of therapeutic jurisprudence.

(ج) الحضور المطلوب في الوساطة من وسيط، مستشار، أطراف، وممثلين لهم، أن يكون لديهم سلطة تسوية كاملة، وتكون حاضرة فعليًا وتشارك في الوساطة.

(د) تشمل المشاركة الإعداد والاستماع إلى الأطراف والوقائع ونقاط الخلاف، والادلة والوثائق، والرد، وعرض الدفوع وحجج وذلك وفق مبدأ حسن النية.

(ه) لا يشترط أن يقدم **الطرف** عرضًا للتسوية، **إذا كان** لديه موقف ثابت لا يخضع لمزيد من المفاوضات، أو لا يستطيع الطرف المشاركة الكاملة في مناقشات التسوية، حتى يتم تقديم الطلبات التمهيدية، أو أوجه النزاع الأخرى، يجب على **الطرف** أن يعلن هذا الموقف للمحكمة أو للوسيط في بيان ما قبل الوساطة.

المطلب الثاني

أسباب متعلقة بأتفاق شرط الوساطة

ولذلك يقتضي حسن العرض أن نقسم ذلك المطلب الي فرعين هما: -

الفرع الاول عدم وضوح أو فهم الالتزامات الواردة في أتفاق شرط الوساطة.

الفرع الثاني الطعن في اتفاق تسوية الوساطة في المحكمة.

الفرع الاول

عدم وضوح أو فهم الالتزامات الواردة في أتفاق شرط الوساطة

في كثير من الحالات ترفض المحاكم التمسك بوجود شرط الوساطة والدفع بعدم قبول الدعوي، من أطراف التسوية عندما تكون بنود اتفاق الوساطة أو شرط الوساطة المذكور في العقد التجاري او عقد العمل أو عقد التامين أوعقود البيع غير واضحة أو غامضة، فعندما تطبق المحاكم قانون الوساطة، يشترط أن تصاغ بنود الوساطة بعبارات واضحة ومفهومة، أو قد حددت التزامات الطرفين بوضوح، حتي تقبل تطبيق بنود الوساطة علي النزاع المطروح أمامها، وقد أعطت السوابق القضائية نتائج الاخلال بهذا الالتزام، ومنها عدم قبول المحكمة للوساطة بناء علي طلب أحد أطراف الوساطة، أو تقرر ذلك من تلقاء نفسها [1]،ومثال ذلك الأساس المنطقي لرفضها قبول تطبيق أتفاقية أو شرط الوساطة علي المنازعات المعروضة عليها، وعلة الحكم في ذلك هو بنود الوساطة الغامضة، أو بها جهالة شديدة، خاصة إذا كانت البنود غير مفهوم منها كيفية تنفيذ اتفاق الوساطة، ففي قضية utors v. Coors Brewing Co [2] ،رفضت المحكمة إنفاذ شرط الوساطة علي النزاع على أساس أن الغموض في هذه الحالة، هو أن اتفاقية الوساطة تفتقر إلى حد زمني لإكمال الوساطة المسموح بها، لذلك رفضت المحكمة تنفيذ الوساطة، بناءا علي دعوي مقامة من المدعي كرووس ضد موزعي كمبرلاند، حيث نص الاتفاق على أنه إذا نشأ أي نزاع بينهم، سيتم عرض النزاع علي الوساطة خلال ستين يوما من التاريخ الذي نشأ فيه النزاع، دون وجود حد أقصي لمدة زمنية يتم خلالها الانتهاء من عملية الوساطة، علاوة على ذلك، نص الاتفاق على أن الوساطة

---

(1) Robert N. Dobbins, Practice Guide: The Layered Dispute Resolution Clause: From Boilerplate to Business Opportunity, 1 hastings bus. L.J. 161, 167 (2005) (discussing the enforcement of mediation clauses).

(2) U.s. dist. Lexis 1962 (d. Me. 2002).

شرط سابق علي اللجوء الي التحكيم الملزم باعتباره الشكل النهائي لحل النزاع، ولم يمنح الاتفاق أي وقت كحد أقصى للفترة الزمنية لانهاء اجراءات الوساطة، لذلك سعى المدعي كورس لرفض الوساطة، حيث تبقى الدعوى في انتظار التحكيم، بحجة أن اتفاقية الوساطة جعلتها شرطا سابقة علي اللجوء الي التحكيم أو الي رفع دعوى قضائية، لذلك قررت المحكمة، أن المدعي عليه كمبرلاند لم يكن موفقا بتمسكه بالوساطة، تأسيسا علي أنه لم يكن هناك حد زمني للوساطة، ويمكن للوساطة ان تكون سببا في التأخير للوصول الي حل نهائي للنزاع، و بالتأكيد لا يجوز أن يسمح للمدعي بإطالة آمد حل النزاع بالإصرارعلى مدة الاتفاقية التي يمكن تفسيرها بشكل غير معقول وبأنها تؤدي إلى مزيد من التأخير ".

وايضا في قضية[1] HIM Portland، LLC ضد DeVito Builders، Inc ، استشهدت محكمة الاستئناف الدائرة الأولى ببنود عقد بين طرفين دعا إلى اللجوء للوساطة، ثم التحكيم في جميع المنازعات الناشئة عن العقد، و قامت الشركة المدعيةHIM Portland باقامة دعوي قضائية دون تقديم المنازعة إلى الوساطة، و بعد ذلك قدمت طلبا باللجوء الي التحكيم ووقف الإجراءات القضائية في انتظار التحكيم، فقررت المحكمة الابتدائية رفض الطلب والسماح بالدعوى للمضي قدما،علي الرغم من أن الوساطة شرط سابق علي التحكيم بموجب العقد وأن الوساطة لم تتم، وأكدت محكمة الاستئناف علي هذا في قرراها، هنا كان الاتفاق واضحا تماما بين الخصوم حيث نص على أن "الالتزامات ومسائل أخرى ناشئة عن أو تتعلق بهذا العقد. . . يجب... تخضع للوساطة كشرط سابق للتحكيم أو اللجوء الي القضاء من قبل أي من الطرفين "، مرة أخرى، فإن النتيجة لم تكن تطبيق اللجوء للوساطة كحل بديل للنزاع، لكن إبقاء المنازعة أمام التقاضي، تأسيسا على أن الأطراف لم تحاول اللجوء الي الوساطة قبل اللجوء الي التقاضي أو اثناء التقاضي أمام محكمة اول درجة لإجبار أيهم على التحكيم، فقررت المحكمة أنها فسرت بنود العقد طبقا لمبدأ حسن النية بين الطرفين لجعل التحكيم هو الملاذ الأخير، وان القضاء هو الملاذ الاول.

الفرع الثاني

الطعن في اتفاق تسوية الوساطة في المحكمة

تخضع اتفاقيات الوساطة لنفس قواعد وأحكام العقود، وبناءً على ذلك، قد يتم الاعتراض على اتفاقيات تسوية الوساطة علي ذات الاسباب التي يتم الاعتراض بها علي بنود العقود، نتيجة انها شروط تعسفية،أوالخطأ، أو الغش والتدليس، والإكراه، وعدم توازن الالتزامات و الحقوق بين الطرفين أوعدم المعقولية، وقد تخضع اتفاقيات الوساطة، للاعتراض عما إذا كانت الاتفاقية تم توقيعها من قبل الأطراف المعنية أم لا، سواء كانت الاتفاقية مكتوبة، أو ما إذا كانت الاتفاقية المكتوبة هي الاتفاقية النهائية، على سبيل المثال، يتطلب قانون الوساطة **لولاية كاليفورنيا** أن تتضمن اتفاقية التسوية على لغة مقبولة أو أنها قابلة للقبول في المحكمة، وقد تشمل الاعتراضات نقاط الخلاف حول التفسيرات أو الالتزامات ، وادعاءات بان الوساطة غير العادلة، والتأثير على الوسيط.[2]

---

(1) 317 F.3d 41 (1st Cir. 2003).

(2) Milhouse v Travelers Com Ins Co. 982 F.Supp.2d 1088, 1105 n. 10 (C.D. Cal. 2013).

كما أن بنود تسوية المنازعات التي تنص على الوساطة قابلة للتنفيذ، في كثير من الحالات، يخضع موضوع العقد لقانون الولاية، الذي يفوض الأطراف تلقائيًا اللجوء الي الوساطة عند وجود نزاع، فعلى سبيل المثال، قد تتطلب قوانين العمل الفيدرالية أو الخاصة بالولاية من الأطراف اللجوء الي الوساطة في نزاعهم إذا كانت لديهم مشكلات حول عقود العمل الخاصة بهم، وعندما لا يوجد قانون فيدرالي أو قانون ولاية مهيمن علي الوساطة يحكم العقد، سيخضع بند حل النزاع لمبادئ العقد العادية، وبناءً على ذلك، سيتعين على الأطراف تقديم أدلة كافية لإثبات وجود عقد وفقًا لقانون الولاية، والذي قد يشمل إظهار وجود اتفاق، وأن شروط بند الوساطة تم الاتفاق عليها بشكل متبادل، تنطبق نصوص العقد الأساسية على بنود تسوية المنازعات، وبالتالي، فإن المحكمة لن تطبق شرط الوساطة الغيرعادلة و الغير معقولة في العقد، ففي قضية Garrett v Hooters-Toledo، طبقت محكمة المقاطعة الشمالية لولاية أوهايو قانون الولاية للوساطة بشأن مبدأ عدم العدالة وعدم المعقولية في العقود، ووجدت أن شرط الوساطة في العقد غير مقبول لأنه يتطلب من الموظف السفر من ولاية أوهايو إلى ولاية كنتاكي للمشاركة في وساطة، وهي مسافة كبيرة تمثل أرهاق مادي وبدني علي الموظف، مما يجعل مشاركته في الوساطة غير عادلة وغير معقولة،وسوف يتم توضيح ذلك تفصيلا في المطلب الرابع من هذا المبحث. [1]

المطلب الثالث

اسباب متعلقة بأخلال الوسيط بمبدأ السرية وتضارب المصالح

ينقسم هذا المطلب الي فرعين وهم كالتالي:-

الفرع الاول الاخلال بمبدأ السرية.

الفرع الثاني تضارب المصالح.

الفرع الاول

الأخلال بمبدأ السرية

وقد ألقت عدة قرارات صدرت عن المحاكم الفيدرالية بعض الضوء على الاخلال بمبدأ السرية من قبل الوسيط، مثال ما واجه قاضي الإفلاس صعوبة عند معالجة مبدأ سرية الوساطة، لأن القواعد المحلية تنص على وجه التحديد على أنه"يجب على الوسيط الإبلاغ عن أي فشل متعمد في الحضور أو المشاركة بحسن نية ". [2]

ونتيجة لذلك، خلص القاضي إلى أن الوسيط لم يخل بمبدأ السرية في تقديم تقرير و تقديم شهادة حول تصورات الوسيط لما حدث خلال الوساطة، ومادام لم يقدم الي القاضي اي اعتراض من قبل الخصوم، علي تلك الشهادة عما تم خلال جلسات الوساطة، وحيث لم يعترض الطرفان عندما قال الوسيط أنه ذاهب لتقديم تقرير خطي إلى المحكمة[3]، وعلي الرغم من ضرورة الحفاظ على سرية الوساطة وفق قانون الوساطة الموحد، الذي يركز على

---

(1) Garrett v Hooters-Toledo, 295 F. Supp. 2d 774 (N.D. Ohio 2003).

(2) The court relied on inherent power, 28 U.S.C. § 1927 (2006), FED. R. Civ. P.16(f), and contempt powers to justify the sanction. A.T Reynolds, 424 B.R. at 94

(3) Lawrence R. Freedman & Michael L. Prigoff, Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, 2 OHIO ST. J. ON Disp. RESOL. 37, 43-44 (1986)

الحفاظ بعدم الاخلال بمبدأ السرية، وعلى افتراض أنه إذا كانت الوساطة تمت داخل جدران قوية لإبعاد أعين المتطفلين، والبوح للمحكمة، بكل ما يدور داخل غرفة الوساطة سيشجع الاطراف علي الاعتراض[1]، وعلى الرغم من أن الحفاظ علي السرية مهم لنجاح الوساطة عند الممارسة، فمن الواضح أن السرية المطلقة ليست كذلك عند الممارسة، كما أن قانون الوساطة الموحد ينص على العديد من الاستثناءات علي مبدأ السرية للوساطة، كما، تشير قررات المحاكم في كثير من الآراء التي قدمها الوسطاء او الاطراف اليها (إلى اعتبار أن سرية إجراءات الوساطة حالت دون سماع اقتراح لفرض التسوية من قبل المحكمة) لذلك يري الفقه إن تأمين عملية الوساطة بصورة عادلة، بطبيعة الحال، هو الكشف الكامل للأطراف مقدما حول الدور الذي سيلعبه الوسيط في العملية، وما هي قواعد السرية التي سيتم تطبيقها، إذا كان مطلوبا من الوسيط تقييم ما إذا كان الطرفان يتفاوضان بشكل غير مخل بمبدأ حسن النية، ومع ذلك، قد يكون الوسيط يتصرف في دور قضائي أكثر منه وسيط [2]، وبما أنه لا يتحيز الوسيط إلى جانب أي من الطرفين على حسب ظروف القضية ، كماهوالحال في قضية Macalusorqdm، حيث تمسك المحكمة بقواعد المحاكمة العادلة ونزاهتها،فلم يمنع ذلك السماح للوسيط بالتوصية بفرض عقوبات على أحد الخصوم الذي فشل في حضور جلسات الوساطة،علي الرغم أن أحد مفاهيم الوساطة هو أن الوسيط لا يمكن أن يكون محايدًا أذا كان لديه أي سلطة في صنع القرار على الأطراف وفق المبادئ التوجيهية للوساطة، والتي تفوض الوسيط في "إبلاغ المحكمة بفشل واضح خلال المشاركة في الوساطة)؛و الإذن بالكشف عن المعلومات السرية للإبلاغ عن فشل المشاركة إلى قاضي النزاع، وقانون الوساطة المحلي يسمح بذلك ("يجوز للوسيط تقديم تقرير خطي إلى المحكمة، مع نسخ إلى الأطراف، عن أي سلوك من أي طرف قد يكون فيه انتهاك لقواعد جلسات التسوية بالوساطة " حيث يكون الأمتثال لمتطلبات المشاركة بحسن نية ")[3]؛ **ويري الباحث** أن شهادة الوسيط لا تخل بمبدأ السرية إذا اقتصرت على مسائل موضوعية مثل البيانات التي تم الإدلاء بها، وسلوك الاطراف، والوثائق، حتي أذا كانت هذه الأدلة عرضت وذات صلة بمبدأ سرية الوسيط، وأيضا حيث يمكن استدعاء الوسيط لإعطاء أدلة بشأن وساطة أو قد يتم استدعاءه للإدلاء بشهادته في الحالات التي حاول فيها الأطراف فرض اتفاق شفوي تم التوصل إليه أثناء الوساطة، وقد يتم الاعتراض من قبل الخصوم علي ذلك نتيجة الاخلال بمبدأ السرية، مالم ينص القانون علي خلاف ذلك أو ما لم يتفق الطرفان علي خلاف ذلك وقد أجريت دراسة، وجد الباحثون أن عددًا كبيرًا من جلسات المنعقدة بالمحاكم يلمح إلى شهادات أو إفادات من وسطاء دون اعتراض من الخصوم في بعض الحالات، وقد تضمنت أدلة الوسطاء شهادات تتعلق بحضور الأطراف، ونوعية مشاركة الأطراف، والاعتراف من جانب الأطراف، وأوجه الخلاف التي نوقشت أو لم تناقش، وتأكيدات الوسطاء علي الوقائع التي عرضت أثناء الوساطة، وتقييم الوسطاء لحضورالاطراف، مقترحات الوسطاء، فهم الأطراف لشروط التسوية،

---

(1) Gregory Firestone, An Analysis of Principled Advocacy in the Development ofthe Uniform Mediation Act, 22 N. ILL. U. L. Rev. 265, 270 (2002)

(2) Rachael Field, 'Mediation Ethics in Australia — A Case for Rethinking the Foundational Paradigm' (2012) 19 James Cook University Law Review 41, 55–7

(3) NLRB v. Macaluso, 618 F.2d 51, 56 (9th Cir. 1980).

وادعاءات الإكراه[1]، وقد طبقت المحاكم الفيدرالية العديد من القواعد المحلية، والتي قد تختلف من حيث التزامات الوسيط تجاه السرية كما تم شرح من قبل وعلى سبيل المثال، ينص قانون ولاية ميسوري للوساطة (435.014)على أنه لا يتم استدعاء أي شخص يعمل كمحكم أو موفق أو وسيط، أو أي وكيل أو موظف، أو يتم إجباره بأي شكل آخر على الكشف عن أي أمر تم الكشف عنه أثناء إجراء التحكيم أو التوفيق أو الوساطة، وبالمثل، فإن محكمة المقاطعة للمنطقة الجنوبية من ولاية نيويورك لإجراءات برنامج الوساطة (1 (أ) و (د) تنص على أن الوسطاء ليسوا مضطرين للمشاركة في النزاعات ذات الصلة التي خدم فيها الوسيط، و الوسيط أيضا غير مطلوب منه تقديم الوثائق المستخدمة أثناء الوساطة. [2]

الفرع الثاني

تضارب المصالح

غالبًا ما يُطلب من الوسطاء الالتزام بمعايير السلوك النموذجية للوسطاء، وتتطلب المعايير من الوسطاء رفض فرصة الوساطة إذا لم يتمكنوا من إجرائها بطريقة محايدة، والوسطاء ملزمون أيضًا بالكشف عن تضارب المصالح الفعلية والمحتملة والمعروفة لدى الوسيط بشكل معقول، والتي يمكن أن تثير تساؤلات حول حياد الوسيط، ونتيجة تضارب بعض المصالح عندما يُطلب من الوسيط التوسط في نزاع بين الأطراف، حيث يكون لديه مصلحة أو علاقة مؤثرة مع أحد الأطراف المشاركة في الوساطة، أو إذا كان الوسيط في السابق وكيلا أو ممثلا لأحد الاطراف، لذلك الوسطاء مطالبون بالكشف والافصاح عن جميع الظروف التي من المحتمل أن تخلق افتراض عدم الحيدية، وعند استلام مثل هذه الإفصاحات، يجوز للطرفين اختيار التنازل عن هذه الاشكالية والمضي قدما في الوساطة، وإذا اختلف أحد الطرفين حول ما إذا كان الوسيط من الممكن المضي قدما في التوسط، أو إذا كان من الممكن اعتبار تضارب مصالح الوسيط يقوض من نزاهة الوساطة، فيتم استبدال الوسيط، و قد يؤدي عدم الكشف عن تضارب المصالح إلى عقوبات قد تصل الي عدم قبول الوساطة،[3] وبما ان دور الوسيط قائم علي تركيز جهود الأطراف، على معرفة نقاط الخلاف التي يجب معالجتها، والتكاليف والمخاطر المرتبطة بالمنازعة في حالة عرضها علي المحاكم، وتوضيح لهم انه قد يؤدي اللجوء الي التقاضي، الي أطالة أمد النزاع، ولذلك يتوجب على الوسيط أن يقوم قبل قبوله المهمة الموكلة إليه بالإفشاء عن أي ظرف قد تؤثر على استقلاليته أو نزاهته، كما أنه يكون ملزماً أيضا بالإفصاح بدون أي تأخير عن أي ظرف من نفس الطبيعة قد ينشأ لديه بعد قبوله المهمة الموكلة إليـه [4]، و لتوضيح ذلك الدور الذي يقوم به الوسيط مثال منازعات الإفلاس، بما في ذلك مفاوضات خطة إعادة التنظيم المعقدة ومتعددة الأطراف طبقا للفصل (11) من قانون الإفلاس الاتحادي، وإجراءات التفضيل والإبطال، والاعتراضات على إنهاء إجراءات الخصم الأخرى، والاعتراضات على المطالبات، وغير ذلك من

---

(1) James R Coben, Peter N Thompson, 'Disputing Irony: A Systematic Look at Litigation About Mediation', 11 Harv. Negot. L. Rev. 43, 59-61 (2006).

(2) Pac Marine Ctr, Inc v Philadelphia Indem Ins Co, 2015 WL 1565362, Case No. 1:13-CV-00992-AWI (E.D. Cal. Apr. 8, 2015).

(3) (https://www.adr.org/sites/default/files/CommercialRules_Web_FINAL_1.pdf).

(4) (https://www.barlowrobbins.com/resources/what-is-commercial-mediation).

المسائل المتنازع عليها، ومن السوابق القضائية التي توضح دور الوسيط في المنازعات الافلاس ومنها قضية[1] *شركة* Columbia Gas Transmission Corp استخدمت المحكمة إجراء الوساطة لتسوية مطالبات العقود التي تنطوي على عقود شراء الغاز المرفوضة، قبل الإفلاس، قُدر أن رفض العقد سيؤدي إلى تعويض 1.6 مليار دولار، ومع ذلك، بعد تقديم طلب الإفلاس تم جمع قيمة مطالبات الإفلاس لرفض عقود الغاز، و التي تجاوز المبلغ 15 مليار دولار، وبما أن تحديد مبلغ المطالبات هدد صلاحية إعادة التنظيم، فقد تحرك المدين لوضع إجراء تقدير شامل لتحديد تعويضات المطالبات في حالة الرفض، وعلى الرغم من تعيين "وسيط " ، إلا أن "الوسيط" في هذه القضية تخطي دوره الي ان وصل أن يكون مشاركا بفاعلية في انهاء النزاع وتقديم توصيات لانهاء النزاع،حيث تم تكليفه بمسؤولية إعداد توصيات للمحكمة بشأن أوجه النزاع والحجج القانونية واسانيدها وادلتهم في الدعوي، ثم طبق أصحاب المطالبات هذه التوصيات من أجل إعادة حساب مطالباتهم، إذا توصل المدين إلى تسوية مع المطالبين، قام الوسيط بمراجعة التسوية لتقييم الإنصاف وتقديم تقرير إلى المحكمة، ولم يعترض المدين على المطالبة المعاد حسابها، فقررالطرفان والوسيط الإجراءات الإضافية اللازمة، والجدير بالذكر أن إجراءالوساطة المحدد هذا لم يكن "وساطة" تقليدية، حيث أصبح الوسيط مشاركًا بنشاط وقام بتقييمات وتوصيات للمحكمة، ومع ذلك ، فإن الإجراء هذا كان هو الامثل والفعال لإجراءات الوساطة، التي يتم النظر فيها واعتمادها من قبل محاكم الإفلاس كوسيلة لحل المسائل المتنازع عليها،وعلي الرغم من الدور الذي قام به الوسيط لم يعترض اطراف الدعوي ولم يدفعوا امام المحكمة بتعارض المصالح بل قبلوا الدور الذي قام به وصولا الي أنهاء النزاع.[2]

فعند النظر في الدور المناسب للوسيط، أشار الفقيه سكوت جي بول على أنه لن يكون من المناسب أن يقوم الوسيط بتدخل غير مقبول، والضغط للتأثير على طرف في الوساطة، وبالنظر إلى دور الوسيط في محاولة الوصول الي الحلول المناسبة لانهاء النزاع، قال أن مستوى التدخل الذي سيكون مقبولا فيه، يجب أن يختلف حسب الظروف المحيطة بكل قضية علي حدا، و إذا أدرك الوسيط أن أحد الطرفين أقل ألماما بالنزاع من الطرف الآخر، أو أقل كفاءة من حيث التفاوض والمهارات، فمن واجبه إيجاد طريقة لمحاولة مساعدة هذا الطرف دون التأثير علي جوهر النزاع وعلي مواقفهم وآرائهم، ولهذا السبب يجب الاخذ في الاعتبار بأن مدى تأثير الوسيط يعتمد على "الفروق الدقيقة" بين الأطراف والنزاعات المختلفة والتفاعلات التي تحدث عند انعقاد جلسات الوساطة[3].

المطلب الرابع

موقف قضاء الولايات المتحدة من عدم قبول الوساطة في ضوء السابقة القضائية لمحكمة ولاية أوهايو

كان للسوابق والاجتهادات القضائية، التي فسرت نصوص قانون الوساطة في ذكر أسباب عدم قبول الوساطة، دور كبير في توضيحها، وبغض النظر عن طبيعة المنازعة سواء كانت مدنية أو تجارية أو عمالية أو أسُرية أو

---

(1) See Allison, John R., "Five Ways to Keep Disputes Out of Court," Harv. Bus. Rev. (January-February 1990) at 166.

(2) See Niemic, Robert J., "Mediation in Bankruptcy—Results of FJC Survey," Am. Bankr. Inst. J. (September 1999) at 30

(3) H Astor & C Chinkin Dispute Resolution in Australia 2nd edn (Sydney: Butterworths, 2002) 150-151

غيرها، ومِن تَتبع وتحليل تلك السابقة القضائية الذي كان لها الفضل والسبق في وضع أرساء معايير للقضاء عند الحكم بعدم قبول الوساطة، ويمكن أن تستخلص تلك المعايير التي يسترشد بها القاضي المختص بنظر المنازعة، في التحقق من توافر شروط الوساطة وصحتها من عدمه، لكي يصل الي القرار المناسب من السير في الخصومة، وبالتالي رفض تطبيق الوساطة علي المنازعة، أو أحالة المنازعة الي الوساطة وبالتالي عدم قبول الدعوي، وبناء علي تحليل قرار محكمة المقاطعة الأمريكية للمنطقة الشمالية من ولاية أوهايو، في قضية (Hooters-Toledo ضدRMD Corporation , Chris Reil) حيث صدر قرار من المحكمة برفض الوساطة لعدم المعقولية وعدم التعامل العادل [1]، والذي كان لأول مرة في تاريخ السوابق القضائية الأمريكية، أبطلت أحدي محاكم مقاطعة الولايات المتحدة شرط الوساطة لهذه الأسباب، وتعود وقائع هذه القضية الي قيام موظفة تعمل نادلة بأحد المطاعم بولاية أوهايو، بطلب ارتداء ملابس الامومة لانها كانت حامل، فرفض صحب العمل وقرر مضايقاتها، الي ان قام بطردها من العمل، مما جعلها تلجا الي تقديم شكوي في مكتب العمل، لكن بناءا علي عقد العمل الذي يشترط في حالة وجود نزاع ان يتم اللجوء الي الوساطة قبل اللجوء الي التحكيم ثم القضاء، وقد اعترضت المدعية علي عقد العمل تأسيسا علي أن اتفاقية الوساطة قابلة للإلغاء لأنها غير مقبولة (وفقًا للقانون ولاية أوهايو)، بموجب قانون ولاية أوهايو، يكون اتفاق الوساطة غير مقبول عندما يتم تضليل أحد أطراف الوساطة بشأن تفسير أحد البنود، او لـم يتمكن من الاطلاع عليها او لم يفهم المقصود من الالفاظ الواردة في بنود الاتفاقية فهما واضحا وقت ابرام العقد، فالعبارات الغامضة في العقود، قد تكون ضارة بمصلحة الطرف الاخر، أو حيث يوجد اختلال شديد في التوازن العقدي نتيجة البنود التعاقدية المحدد، والتي قد تضمنت شروطاً تعسفية ومرهقة لأحد طرفيه. [2]

مما نتج عن ذلك قرار بعدم قبول الوساطة، نتيجة التالي: "(1) عدم التعامل العادل، أي شروط العقد غير عادلة وتعسفية وغير معقولة، و (2) عدم المعقولية، أي الظروف الفردية المحيطة بكل طرف في العقد، بها اختلال واضح بحيث لا يكون هناك اجتماع طوعي ممكن لارادة الطرفين. [3]

أ. عدم التعامل العادل: -

"ينطوي عدم التعامل العادل على تلك العوامل التي تتعلق بشروط العقد نفسها، وما إذا كان التعامل عادل تجاريًا أم لا، نظرًا لأن تحديد المعاملة العادلة التجارية يختلف مع محتوى شروط العقد المعني مع نظيرها من العقود

---

(1) U.S. District Court for the Northern District of Ohio - 295 F. Supp. 2d 774 (N.D. Ohio 2003)November 24, 2003

(2) Collins v. Click Camera & Video, Inc., 86 Ohio App.3d 826, 834, 621 N.E.2d 1294 (1993).

(3) Jeffrey Mining Prods. L.P. v. Left Fork Mining Co., 143 Ohio App.3d 708, 718, 758 N.E.2d 1173 (2001). A certain "quantum" of both substantive and procedural unconscionability must be present to find a contract unconscionable. Collins, 86 Ohio App.3d at 834, 621 N.E.2d 1294.

التجارية الاخري، وتوجد قائمة من المعايير المرنة والتي استشهدت بها المحكمة لهذه الفئة من عدم التعامل العادل ومنها[1]:-

1-توفير تكلفة اتفاقية عادلة عن الوساطة: -

حيث قد إدعت المدعية أن القرار المتعلق بتقسيم التكاليف في اتفاقية الوساطة يمنع المدعي والمدعين الآخرين من الدفاع عن حقوقهم القانونية، وقررت المدعية بأن النفقات التي كانت ستتكبدها بموجب قواعد وإجراءات اتفاق الوساطة ستثنيها عن متابعة مطالبتها، وتشير إلى البند الذي يتطلب منها دفع أقل من نصف النفقات أو ما يعادل متوسط التعويض الإجمالي لمدة أسبوع على أنها باهظة التكلفة، لأنها تعيل رضيعا وتعاني من فترات طويلة من البطالة، كما قررت بأن القاعدة التي تتطلب الفصل في أي مطالبات تم تقديمها بموجب اتفاقية الوساطة في مقاطعة جيفرسون، بولاية كنتاكي، ستزيد تكاليفها بشكل مبالغ فيه لأنها ستطلب منها دفع تكلفة رعاية الأطفال أثناء سفرها خارج الولاية[2] وبموجب القانون الحالي للولاية، لا يوجد معيار واضح لتحديد ما إذا كانت الوساطة باهظة التكلفة بالنسبة للطرف الذي يسعى إلى حل نزاع مع الشركة، بحيث تصبح اتفاقية الوساطة غير قابلة للتنفيذ[3]، وقد اعترفت المحكمة العليا بالولاية بأن "وجود تكاليف وساطة كبيرة يمكن أن تمنع من اللجوء الي الوساطة، وقد قدمت محكمة الدائرة السادسة في قضية Morrison v. Circuit City Stores معيارًا لتحديد مدى وجود نفقات باهظة في اتفاق وساطة مما يجعله غير قابل للتنفيذ[4]،وخلصت إلى ما يلي:-إذا رأت المحكمة عند مراجعة اتفاق الوساطة أن بند تقسيم التكلفة من شأنه أن يمنع عددًا كبيرًا من المتقاضين اللجوء الي الوساطة، فيجب عليها رفض تطبيق بند تقسيم التكلفة من أجل خدمة العدالة الإجرائية، ويجب ان تاخذ في حسبانها وصف الوظيفة والخلفية الاجتماعية الاقتصادية، يجب أن يأخذ دخل المدعي الفعلي ومواردها كمعيارلقدرة هذا الطرف على تحمل تكاليف الوساطة، كما ذكرت المحكمة في قضية موريسون ، فإن المدعي يتكبد التكاليف إذا تم الوساطة في هذه الدعوى، حيث يجب أن يواصل الخصوم المحتملين دفع تكاليف السكن والمرافق العامة، النقل والطعام وغير ذلك من ضرورات الحياة بالإضافة إلى ذلك، تتطلب اتفاقية الوساطة من الموظفة المدعية دفع "رسوم قرار" مائة دولار للوساطة عند طلبها الحصول علي قرار، و لا يوجد ما يشير في الاتفاقية إلى أن هذه الرسوم قابلة للتنازل إذا لم تتمكن المدعية من تحمل هذه الرسوم.

---

(1) Dorsey v. Contemporary Obstetrics & Gynecology, Inc., 113 Ohio App.3d 75, 80, 680 N.E.2d 240 (1996) (citing Collins, 86 Ohio App.3d at 834, 621 N.E.2d 1294).

(2) Green Tree Financial Corp. V. Randolph, 531 U.S. 79, 90, 121 S. Ct. 513, 148 L. Ed. 2d 373 (2000).

(3) The Supreme Court and the Sixth Circuit recognize a "prohibitive cost" defense to a demand to enforce arbitration of federal statutory claims. See Green Tree Financial Corp. V. Randolph, 531 U.S. 79, 90, 121 S. Ct. 513, 148 L. Ed. 2d 373 (2000); Morrison v. Circuit City Stores, Inc., 317 F.3d 646 (6th Cir.2003). Lower courts are divided whether this defense should be analyzed in terms of unconscionability. Compare Ting v. AT & T, 182 F. Supp. 2d 902, 933 (N.D.Cal.2002) (using substantive unconscionability) with Camacho v. Holiday Homes, Inc., 167 F. Supp. 2d 892 (W.D.Va.2001) (viewing the defense as one standing alone and apart from unconscionability analysis).

(4) Morrison v. Circuit City Stores, Inc., 317 F.3d 646 (6th Cir.2003)

2-المهلة الزمنية لتقديم المطالبة: -

تنص اتفاقية الوساطة على أنه يجب تقديم جميع المطالبات ضد الشركة في غضون عشرة أيام من اليوم الأخير الذي نشأت فيه المطالبة، يُطلب من المدعيين أولاً تقديم طلب للوساطة، وهو غير ملزم ويلتزم المحامون بالمشاركة فيه، بمجرد بدء الوساطة، يجب على المدعية (طلب التحكيم أو اللجوء الي التقاضي) في غضون 180 يومًا من اليوم الأخير الذي نشأت فيه المطالبة، حتى إذا كان الطرفان لا يزالان يتوسطان في النزاع بموجب هذا البند من الاتفاقية، فيجب تقديم المطالبة خلال المهلة الزمنية للتحكيم أو يتم عدم قبول المطالبة، وتعد هذه المهلة الزمنية جزءًا أساسيًا من اتفاقية الوساطة التي تم إخبار المدعية بها، وأنها يجب أن تقبلها إذا كانت ترغب في أن تكون مؤهلة للحصول على أي ترقية أو مكافأة أو زيادة أو تحويل، ووفقًا للاتفاقية، إذا لم يقدم المدعي طلبًا للوساطة في غضون عشرة أيام من اليوم الأخير الذي نشأت فيه المطالبة، فإنه يُحظر صراحةً تقديم هذه المطالبة ضد الشركة، و على الرغم من أن الاتفاقية تنص على أنه سيتم النظر في طلبات الوساطة المقدمة بعد مهلة العشرة أيام، فإنه ليس من الواضح على أي أساس سيتم تقييم ومعالجة هذه المطالبات المتأخرة، أيضا لا توقف المهلة الزمنية العشرة أيام الوقت اللازم لتقديم طلب التحكيم ، الذي يجب القيام باللجوء اليه بعد تقديم طلب الوساطة. [1]

وقد رأت المحكمة إن مهلة العشرة أيام لتقديم المطالبة غير معقولة وغير عادلة، فإذا كان أي من المدعين سيتمكنون من تقييم وضعهم، مع أو بدون استشارة محام، خلال هذه الفترة الزمنية، من الناحية العملية، ستكون فترة العشرة أيام هذه قصيرة جدًا بحيث لا يمكن للعامل الذي تم إنهاء عقد عمله، تحديد مكان المحامي والالتقاء به، ليس لهذا التقييد المتشدد والعراقيل أي مبرر واضح، وحتى لو حاول المدعى عليه تبرير هذا المصطلح الغير واضح للمهلة الزمنية، فإن تأثيرها ضار بشدة على قدرة المدعية على تقييم حقوقها وتأكيدها بشكل هادف يفوق هذا المبرر إلى حد كبير، فالغرض الوحيد ، والتأثير الواضح لهذا القيد هو القضاء على قدرة الموظفين الذين تم تسريحهم سيطعنون علي إنهاء خدمتهم ، حتى إذا كانت اتفاقية الوساطة بخلاف ذلك معقولة وعادلة. [2]

3- متطلبات اتفاق الوساطة: -

حتى بصرف النظر عن قيد العشرة أيام، فإن متطلبات الوساطة لها جوانب أخرى تظهرعدم التعامل العادل، حيث قررت المدعية أنها قدمت الشركة المدعي عليها لها طلب "خذها أو اتركها" لتوقيع الاتفاق، مما يعد هذا إكراه إلى جانب عدم المساواة الأساسية في قوة المساومة الموجودة بين موظف سابق وحيد كطرف ضعيف في هذا الاتفاق، وصاحب عمل قوي ومحترف حسب ظروف التعاقد، مما يثير الحاجة إلى التدقيق ومراجعة اتفاقية الوساطة بعناية خاصة لضمان أن شرط الوساطة يتمتع بالمعقولية والعدالة وليس مجحفا وعائقا للانصاف.

---

(1) Alexander v. Anthony Int'l, L.P., 341 F.3d 256, 266 (3d Cir.2003)

(2) Garcia v. Wayne Homes, L.L.C., No. 01 CA 53, 2002 WL 628619, at *13 (Ohio Ct.App. Apr.19, 2002)

كما إن عدم قدرة المدّعية على أن يمثلها محامٍ يعيق الوساطة بشكل غير عادل، حيث ليس هناك ما يشير إلى أي مدى الذي يمكن للطرفين استدعاء الشهود، أو من يمثلهم قانونا، على الرغم من أن المدعى عليهم يتخلون أيضًا عن التمثيل، فقد ينشأ خلل إذا تضمن المشاركون ممثلين عن الشركة المدعي عليها، مثل موظفي الموارد البشرية، الذين لديهم خبرة في التعامل مع ادعاءات المعاملة الغير العادلة أو غير المعقولة.

كما أن الوساطة ستجرى في مقاطعة جيفرسون بولاية كنتاكي، قبل وسطاء، يتم اختيار أحدهما من قبل المدعي والآخر من قبل المدعى عليهم من قائمة الوسطاء المحايدين الذين قدمتهم الشركة المدعي عليها، ومن المحتمل أن لا يكون لدى المدعية أي أساس لاختيار وسيط، و من المحتمل أنها لن تطعن في تلك القائمة المحددة من قبل الشركة، ويدعم هذا الجانب جملة "ثقوا بنا" في الطريقة التي يتم من خلالها اختيار الوسطاء المنصوص عليها في عقد العمل، وحيث يصبح الالتزام بالسفر إلى ولاية كنتاكي أكثر صعوبة إذا أرادت المدعية أن يحضر شهود نيابة عنها، ما إذا كانت هي أو الشركة يمكنها القيام بذلك غير واضح من اتفاقية الوساطة، فمن المحتمل، من الناحية العملية، أن الشركة فقط هي التي ستكون في وضع يمكنها من القيام بذلك أذا عقدت الوساطة في ولاية كنتاكي مما يؤيد مبدأ عدم التعامل العادل وعدم معقولية لعملية الوساطة.

وحيث رأت المحكمة لا يمكن أن يكون هناك شك في أن متطلبات الوساطة ككل مكتوبة لتثني المدعين المحتملين عن متابعة مطالباتهم؛ وتفرض القواعد الاتفاقية أعباء وعوائق من شأنها ردع ومنع الموظفين السابقين بشكل روتيني من الدفاع عن حقوقهم، حتى إذا تمكنت موظفة سابقة من التغلب على هذه الحواجز بنجاح، فيبدو أنه من غير المرجح أن يكون قرار الوساطة في صالحها، لذلك، تعتبر الاتفاقية غير معقولة وغير عادلة لأنها تتطلب من المدعين المشاركة في عملية مصممة لتكون، وبشكل مفرط وغير مبرر لمصلحة الشركة المدعي عليها، حيث إن شرط الوساطة غير عادل، والذي كان يجب القيام به قبل التمكن من اللجوء الي التحكيم أو اللجوء الي القضاء، غير مقبول، وعدم قابلية هذا الشرط المسبق للتحكيم يجعل اتفاق الوساطة غير مقبول وغير قابل للتنفيذ. [1]

ب. عدم المعقولية: -

عند تحديد عدم المعقولية، تنظر محاكم ولاية أوهايو إلى "العوامل التي تؤثر على الموقف التفاوضي النسبي للأطراف المتعاقدة حسب ظروف كل تعاقد، بما في ذلك سنهم، والتعليم، والذكاء، والفطنة والخبرة، وقوة المساومة النسبية، للذين صاغوا العقد، سواء تم شرح تلك الشروط الي الطرف الأخر، وما إذا كانت التعديلات في المصطلحات المطبوعة ممكنة أم لا؟" والسؤال هنا هو ما إذا كان" كل طرف في العقد، بالنظر إلى تعليمه الواضح أو عدمه، كان لديه فرصة معقولة لفهم شروط العقد، أو كانت المصطلحات المهمة المطبوعة في العقد المهمة غير واضحة أو غامضة؟ [2]

---

(1) Comb v. PayPal, Inc., 218 F. Supp. 2d 1165, 1177 (N.D.Cal. 2002)

(2) Cross v. Carnes, 132 Ohio App.3d 157, 170, 724 N.E.2d 828 (1998).

إن اتفاق الوساطة الذي وقعته المدعية في هذه الحالة، غير مقبول، نتيجة الشروط الغير معقولة والغير عادلة ،حيث أخبرت الشركة المدعى عليها الموظفة أنه يجب عليها التوقيع وقبول الاتفاقية لتكون مؤهلة لأي تغيير في الوظيفة، بما في ذلك الترقيات، والمكافآت، أو النقل بين الوظائف، و لم يشرح المدعى عليه الاتفاقية وآثارها على الموظفين، بما في ذلك المدعية، لكنها اقترحت أذا قرأتها ان تطرح أسئلة إذا لم تفهم بعض البنود، وقد قررت المدعية أنها حاولت قراءتها، لكنها لم تفهم شروطها أو عواقبها المستقبلية، في وقت لاحق، بعد أن امتلكت المدعية الاتفاق لمدة شهر تقريبًا ،وعند مراجعتها له، أخبرتها الشركة، أنه كان عليها التوقيع والا أنها لا تستطيع العمل، وبناءً على ذلك، وقعت المدعية على الاتفاقية وقبلتها، على الرغم من أنها ذكرت أنها ما زالت لا تفهم ما تعنيه تلك العبارات الواردة في الاتفاقية، و لم يكن لدى المدعية فرصة للتفاوض على شروط اتفاق الوساطة، بالتأكيد، لو كانت قادرة على فهم تأثير الحقوق التي كانت تتخلى عنها والقيود التي كانت تقبلها وأي شخص آخر في موقعها، لكانت قد اعترضت على العديد من بنود الاتفاقية، حتى لو فعلت ذلك، فمن الواضح أن المدعية ما كانت لتستمر في العمل في الشركة لفترة طويلة جدًا، إذا كانت قد رفضت قبول اتفاقية الوساطة كما هي مكتوبة ومقدمة لها، حتى لو سمحت لها الشركة المدعي عليها بمواصلة العمل، لكانت غير مؤهلة لأي زيادة أو ترقية أو نقل[1].

لذلك، قررت المحكمة بأن اتفاقية الوساطة غير مقبولة من الناحية الإجرائية والموضوعية، وغير قابلة للتنفيذ وإلزام المدعي عليه بالتحكيم وإيقاف الدعوي، نتيجة أن المدعية كانت ستفقد وظيفتها بالتأكيد إذا لم تقبل الاتفاقية، وإن قوة المساومة غير متوازنة بين الطرفين، مما ادي الي اختلال التوازن التعاقدي، إلى جانب التعقيد والاكراه الواضح على المدعية لقبول الاتفاق مما نتج عنه شروط غير معقولة وغير عادلة، تنتهك النظام العام والقانون في ولاية أوهايو.

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة و بعد جهد مقل من الباحث حاول تناول مختلف الجوانب القانونية و الاجرائية **"القبول الوساطة والدفع بعدم القبول كدراسة في ضوء الفقه والقضاء الأنجلوأمريكي"**، حيث تناول الباحث مفهوم قبول شرط الوساطة و الاثار الاجرائية المترتبة علي وجوده وجودا صحيحا، ثم تعرض الباحث الى التمسك بوجود شرط الوساطة وما ينتج عنه من دفوع سواء بعدم قبول الوساطة أوعدم قبول الدعوي، و طبيعتها القانونية، وكيفية التمسك بها امام القضاء، وما يتعلق به الحكم الصادر بشأنها وأجراءات الطعن فيه، وتناول ايضا أسباب عدم قبول المحكمة للوساطة ومنها اسباب ترجع إلي أطراف الوساطة مثل :-أحد اطراف الوساطة لم يكن كامل الأهلية، أوعدم التزام الخصوم بمبدأ حسن النية والمعقولية أثناء الوساطة، ومنها أسباب ترجع الي أتفاق شرط الوساطة مثل :-عدم وضوح أو فهم الالتزامات الواردة في أتفاق شرط الوساطة، الطعن في اتفاق تسوية الوساطة أمام المحكمة، ومنها اسباب ترجع الي أخلال الوسيط بمبدأ السرية وتضارب المصالح،وقد يكون اصعب ما واجه الباحث في هذه الدراسة هو، عدم وجود مؤلفات أوأبحاث متخصصة في هذا الموضوع، بالأضافة الى أنه لم يوجد قانون للوساطة في النظام القضائي المصري إلى الأن، وقد سعى الباحث من خلال هذه الدراسة إلى تحليل السوابق

---

(1) Ohio Univ. Bd. of Trs. v. Smith, 132 Ohio App.3d 211, 724 N.E.2d 1155 (1999)

القضائية في النظام الأنجلوأمريكي، من اجل تأصيل وتحليل ما ينتج من أثار أجرائية إمام القضاء عند التمسك بوجود شرط الوساطة، حيث ينتج عن شرط الوساطة ،جانبان إحداهما **إيجابي** وهو التزام أطراف الوساطة باللجوء الى الوسيط لحل النزاع، و جانب أخرهو **المانع** والمتمثل في التزام أطراف الخصومة بعدم اللجوء الى القضاء مؤقتا لحين الأنتهاء من أجراءات الوساطة مما تترتب عليه، اما الدفع بعدم قبول الدعوي نتيجة صحة ووجود شرط الوساطة، او الدفع بعدم قبول الوساطة نتيجة وجود اسباب عديدة تناولها الباحث في المبحث الثاني،**وقد توصل الباحث إلي عدد من النتائج و التوصيات الذي ينبغي التوقف عندها وهي :-**

النتائج: -

1- الوساطة هي استثناء عن طريق اللجوء الى القضاء ولكنها لا تحول عنه، ولا تنتقص من اهميته، وليس بديلا عنه ابدا، وذلك لان القضاء هو الملجئ الحصين والاخير للخصوم في حاله عدم اتفاقهم على حل النزاع وديا من خلال الوساطه فيما بينهم، فاذا اتفق الخصوم قبل المطالبة القضائية او بعدها على اللجوء الى الوساطة، كان هذا الاتفاق او شرط الوساطة مانعا مؤقتا من الالتجاء الى القضاء وذلك لان حق اللجوء الى القضاء لا يجوز الاتفاق على منعه مطلقا.

2- يترتب على قبول الخصوم للوساطة عدة التزامات على الخصوم، وعلى الوسيط ويترتب على مخالفتها، الكثير من الجزاءات، ومنها: -عدم قبول الدعوي والاحالة الي الوساطة، او الحكم برفض الوساطة والسير في الخصومة أمام المحكمة، ويجوز للمحاكم ايضا شطب الدعوي جراء غياب الهمة الاجرائية عند صاحب الحق في السعي للحصول عليه أو السعي بشكل غير كافي، مما له الاثر في اعتبار الدعوي كأن لم تكن، ويجوز للطرف المتضرر طلب تعويضات إذا أخل الطرف الآخر بواجبًا تعاقديًا للوساطة.

3- تكييف الحق في التمسك بوجود اتفاق شرط الوساطة على أنه دفع بعدم القبول، على أساس أن هذا الدفع يمنع المحكمة من سماع الدعوي مادام شرط الوساطة قائما؛ ويوقف سلطة الخصم مؤقتا في اللجوء للقضاء للمطالبة بالحق المتنازع عليه.

4- يجوز للأطراف الوساطة ان تتطلب من المحكمة أن توقف الإجراءات القضائية تعليقيا أو اتفاقيا من اجل أحالة النزاع الي الوساطة، وتتمتع المحكمة بسلطة تقديرية حول ما إذا كانت ستمنح قرارالوقف من عدمه، والذي يعتمد بشكل كبير على الرجوع الي الظروف المحيطة بالنزاع.

5- لا يترتب على شرط الوساطة من الناحية الايجابية أي أثر على تقادم الحق موضوع النزاع، إلا إذا ترتب على ذاك الشرط اتخاذ إجراء يتعلق بالمطالبة القضائية أو بالالتجاء للوساطة.

6- يجوز الرجوع عن الوساطة او الانسحاب منها بشرط ان لا يوجد مانع قانوني او اتفاقي يحول دون استخدام حق الرجوع او الانسحاب.

7- يجوز الطعن في الحكم الصادر من المحكمة بعدم قبول الدعوي او عدم قبول الوساطة، بناءا على حق التمسك بوجود شرط الوساطة، والذي يمكن إلغائه من محكمة الاستئناف.

أهم المقترحات والتوصيات: -

بعد دراسة هذا الموضوع توصل الباحث الى جمله من التوصيات على النحو التالي: -

1- إصدار تشريع قانوني يعني بالوساطة، على غرار اتفاقية سنغافورة للوساطة 2018، قانون الوساطة في دولة الأردن.

2- ضرورة إفراد إحكام خاصة لبطلان الوساطة إذا شابه إجراءات الوساطة عيبا لم تتحقق بسببه الغاية المنشودة من أتباع اجراءات الوساطة بالشكل الصحيح للعمل الاجرائي.

3- النص في قانون الوساطة على تحديد مسؤولية الوسيط وأطراف الوساطة إذا تم الأخلال بمبدأ السرية والحيادية والاستقلالية.

4- النص في التشريع على عدم أقتصار دور محكمة الدرجة الأولى فقط على النظر في الطعن على الوساطة، بل يجوز الطعن في هذه القرارات امام محكمه الاستئناف.

5- النص على أختصاص محكمة الدرجة الأولى ومحكمة الطعن بفحص وجود وصحة شروط الوساطة، عندما يتمسك به أحد أطراف الخصومة، ويجوز للمحكمة من تلقاء نفسها تمارس دورها الرقابي والأشرافي على اتفاق الوساطة.

6- النص على وجوب الفصل في الدفوع المترتبة علي التمسك بوجود شرط الوساطة، سواء كان الدفع بعدم قبول الوساطة أو الدفع بعدم قبوا الدعوي أمام المحكمة، فور تمسك أحد أطراف الخصومة أمامها في تلك الدفوع، وكذلك أجازه الطعن في الحكم الصادر في شق الوساطة على وجه الاستقلال، حتى ولم يكن الحكم منهي للخصومة، مما ينعكس حتما على الدعوي كلها، ويمنع الهدر الاجرائي وهدر الوقت والتكلفة على الخصوم والمحكمة.

7- على المشرع المصري عند إصداره للقانون الوساطة إن يحدد بشكل دقيق المقصود بمبدأ سرية الوساطة، حتى يتجنب العديد من الأشكاليات، وصولا الى تسوية عادلة.

8- انشاء أدارة للوساطة يترأسها أحد قضاة محكمة الاستئناف، وقد يتولى منصب الوسيط في النزاع أحد القضاة.

9- على المشرع المصري النص في القانون على الوساطة ولزومها في المنازعات ذات الطابع المالي وتجاري والأداري والعمالي والأسرى ومنازعات المستهلكين والمنازعات العقارية.

والله ولى التوفيق

اولا: -المراجع العربية

- د. إبراهيم حرب محيسن" طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية" دراسة مقارنة، المكتبة القانونية، 1999.
- د. أحمد إبراهيم عبد التواب، الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم"، دار النهضة العربية، ٢٠١٣.
- د. أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.
- د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الخامسة، 2001.
- د. أحمد السيد صاوي، قانون التحكيم طبقًا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤وأنظمة التحكيم الدولية" دار النهضة العربية، طبعة 2013.

- د. أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، ٢٠١٢.
- د. باسمة لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، ٢٠٠٥.
- د. عزمي عبد الفتاح، سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، س ٢، العدد ٤ ديسمبر ١٩٨٤.
- د. على سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم دراسة، في أحكام القضاء وقرارات المحكمين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.
- د. فايز رضوان، اتفاق التحكيم وفقًا للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، بحث منشور بمجلة الأمن والقانون، العدد الأول يناير 2007.
- د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الخامسة، 2007.
- د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٤.

ثانيا: -المراجع الاجنبية

- Allison, John R., "Five Ways to Keep Disputes Out of Court," Harv. Bus. Rev. (January-February 1990).
- Burr, Anne M., "Building Reform from the Bottom Up: Formulating Local Rules for Bankruptcy Court—A Next Mediation," 12 Ohio St. J. On Dispute Resolution 311, 347 (1997).
- Definition published by the Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR) in 2008.
- Dubroff, H., 'The Implied Covenant of Good Faith in Contract Interpretation and Gap-filling: Reviling a Revered Relic, 80 St. John's L. Rev. 559, 2006.
- Edward F Sherman, Court-Mandated Alternative Dispute Resolution: What Form of Participation Should Be Required? SMU L. Rev. 2079, 2090-91 (1993).
- Farnsworth, E., 'Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions, and National Laws, Tul. J. Int'l & Comp. L. 47, 1995.
- Gregory Firestone, An Analysis of Principled Advocacy in the Development ofthe Uniform Mediation Act, 22 N. ILL. U. L. Rev. 265, 270 (2002).
- H Astor & C Chinkin Dispute Resolution in Australia 2nd edn (Sydney: Butterworth's, 2002).
- Hopkins, Theodore S. And Simmer, Jarred, "Local Bankruptcy Court to Launch Mediation Program," 14 Lawyers J. (July 2000).
- J. M. Lande, "Using Dispute Systems Design Methods to Promote Good-Faith Participation in courtconnected Mediation Programs," University of California at Los Angeles Law Review, 2002.
- J.B. Stulberg, Traking chargelmanagingconflict (New York: Lexington books,1987); S.B. Goldberg, F.E.A. Sander & **N.H.** Rogers, disputeresolution:Negotiation,Mediation,and Other Processes (Boston: Little,

Brown and Co., 1992); and J. Folberg & A. Taylor, Mediation:A comprehensiveguideto Resolving Conflicts Without Litigation(San Francisco: Jossey-Bass, 1984).

- James R Coben, Peter N Thompson, 'Disputing Irony: A Systematic Look at Litigation about Mediation', 11 Harv. Negot. L. Rev. 43, 59-61 (2006).
- Jeffrey Mining Prods. L.P. v. Left Fork Mining Co., 143 Ohio App.3d 708, 718, 758 N.E.2d 1173 (2001). A certain "quantum" of both substantive and procedural unconscionability must be present to find a contract unconscionable. Collins, 86 Ohio App.3d at 834, 621 N.E.2d 1294.
- Julie Macfarlane, 'Culture Change? Tale of Two Cities and Mandatory Court-Connected Mediation' [2002] (2) Journal of Dispute Resolution.
- Julie Macfarlane, How Settlement istransforming the Practice of Law (University of British Columbia Press, 2008).
- Kathy Douglas and Clare Coburn, 'Attitude and Response to Emotion in Dispute Resolution: The Experience of Mediators' (2014) 16(1) Flinders Law Journal.
- Kimberlee K. Kovach, Good Faith in Mediation-Requested, Recommended, or Required? A New Ethic, 38 S. TEX. L. Rev. 575, 616-17, 620-23 (1997) [hereinafter Kovach, Good Faith]; see also Kimberlee K. Kovach, New Wine Requires New Wineskins: Transforming Lawyer Ethics for Effective Representation in a Non adversarialapproach to Problem Solving: Mediation, 28 FORDHAM URB. L.J. 935, 961-64 (2001).
- L Boulle Mediution: Pritzciples, Process, Practice (Sydney: Butterworths. 1996).
- Lande, supra note 38, at 79 (reporting that 22 states had statutes that require parties to mediate in good faith). A estlaw search in SARAH R. COLE, CRAIG A.MCEWEN & NANCY H. ROGERS, MEDIATION: LAW, POLICY & RACTICE (2d ed. 2005).
- Laurence Boulle, Mediation: Principles, Process, Practice (lexisnexis, 3rd Ed, 2011).
- Lawrence R. Freedman & Michael L. Prigoff, Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, 2 OHIO ST. J. ON Disp. RESOL. 37, 43-44 (1986).
- Lisa B. Bingham, Tina Nabatchi, Jeffrey M. Senger & Michael S. Jackman, Dispute Resolution and the Vanishing Trial:comparingfederal governmentlitigationand ADR Outcomes, 24 OHIO ST. J. ON disp. RESOL. 225, 229-32 (2009); Gregory A. Litt, Note, and No Confidence: The Problem of Confidentialityby Local Rule in theadract of1998, 78 TEX. L. Rev. 1015 (2000).
- Lord Clarke, MR, 'Mediation - An Integral Part of Our Litigation Culture' (Gray's Inn, 8 June 2009); Lord Neuberger, MR, 'Educating Future Mediators', The Fourth civil Mediation Council National Conference (London, 11 May 2010).
- Lord Phillips CJ, 'Alternative Dispute Resolution: An English Viewpoint' (India, 29 March 2008; Lord Clarke, MR, 'Mediation - An Integral Part of Our Litigation Culture' (Gray's Inn, 8 June 2009).
- Lord Woolf MR, 'Access to Justice Final Report' July 1996.

- Mabey, Ralph R., Tabb, Charles J. And Dizengoff, Ira S., "Expanding the Reach of Alternative Dispute Resolution in Bankruptcy: The Legal and Practical Bases for the Use of Mediation and the Other Forms of ADR," 46 S.C. L. Rev.
- Maccormick, N., 'Reasonableness and Objectivity, 74 Notre Dame L. Rev., 1998 .
- Mary Anne Noone and Lola Akin Ojelabi, 'Ensuring Access to Justice in Mediation within the Civil Justice System' (2014) 40(2) Monash University Law.
- Nancy Welsh, 'Making Deals in Court-connected Mediation: What's Justice.
- Niemic, Robert J., "Mediation in Bankruptcy—Results of FJC Survey," Am. Bankr. Inst. J. (September 1999).
- Ontario, Memorandum of the Rules Secretariat-Consultation on Mandatory Mediation (Toronto: Law Society of Upper Canada, 1997).
- Rachael Field, 'Mediation Ethics in Australia — A Case for Rethinking the Foundational Paradigm' (2012) 19 James Cook University Law Review.
- Rachel Ben-Ari, 'Procedural Justice and Conflict Management at School' (2014) 30(4) Negotiation Journal.
- Richard M. Calkins, Mediation: The Gentler Way, 41 S.D. L.Rev. 277, 279–80 (1996).
- Robert E. Lovett, How to Create a Settlement Opportunity When the Court Orders Mandatory Mediation, 43 orange county law. (2001).
- Robert N. Dobbins, Practice Guide: The Layered Dispute Resolution Clause: From Boilerplate to Business Opportunity, 1 hastingsbus. L.J. 161, 167 (2005).
- Robert N. Dobbins, Practice Guide: The Layered Dispute Resolution Clause: From Boilerplate to Business Opportunity, 1 Hastings bus. L.J. 161, 167 (2005).
- Sodhi, D., the Canadian Law Dictionary, Law and Business Publications, 1980.
- Susan Douglas, 'Ethics in Mediation: Centralising Relationships of Trust' (2017) 35(1) Law in Context.
- Tamara Relis, Perceptions in Litigation and Mediation: Lawyers, Defendants, Plaintiffs, and Gendered Parties (Cambridge University Press, 2009).
- Tania Sourdin, Alternative Dispute Resolution (Thomson Reuters, 5th Ed, 2016).
- The "transformative" model of mediation was most popularly articulated in R.A.B.Bush and J. P. Folger, The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition (San Francisco: Jossey-Bass, 1994).
- Wirth Steven R. And Mitchell, Joseph P., "Note: A Uniform Structural Basis for Nationwide Authorization of Bankruptcy Court-Annexed Mediation," 6 Am. Bankr. Inst. L. Rev 213, 218 (1998).
- Wirth, Steven R. & Mitchell, Joseph P., "A Uniform Structural Basis for Nationwide Authorization of Bankruptcy Court Annexed Mediation," 6 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 213, 214 (1998)\ (UMA, www.uniformlaws.org/Act.aspx?Title=Mediation%20Act).

- -A.t. Reynolds & sons, inc., 424 b.r. 76, 78 (bankr. S.d.n.y. 2010).
- Alassini v. Telecom italia spa (joined cases c-317-320/08) [2010] 3 cmlr 17 ecj.
- Alexander v. Anthony int'l, l.p., 341 f.3d 256, 266 (3d cir.2003).
- Amerisure mut. Ins. Co. V. Carey transp., inc., 578 f. Supp.2d 888, 899 (w.d. Mich. 2008).
- Bridgecvater v leclhy (1998) 194 clr 457, gleeson cj & callinan j 470.
- Brooks v. Lincoln nat'l life ins. Co., no. 8:05cvi 18, 2006 WL 2487937, at *6 (d. Neb. Aug. 25, 2006) (discussed infra notes 237-43 and accompanying text); see also smith wholesale co. V. Philip morris U.S.A., inc., no. 2:03cv221, 2005 WL 1230436, at *2.
- Collins v. Click camera & video, inc., 86 Ohio app.3d 826, 834, 621 n.e.2d 1294 (1993).
- Comb v. Paypal, inc., 218 f. Supp. 2d 1165, 1177 (n.d.cal. 2002).
- Commercial bank **v** am~tdioabove n 20. Mason j 474. See also louth **v** dipmse (1992) 175 clr 621, Brennan j 631-632, and Deane j 637.
- Cross v. Carnes, 132 Ohio app.3d 157, 170, 724 n.e.2d 828 (1998).
- Diprose v lout11 [no 21 (1990) 54 sasr 450, Jacobs acj 453.
- Dorsey v. Contemporary obstetrics & gynecology, inc., 113 Ohio app.3d 75, 80, 680 n.e.2d 240 (1996) (citing collins, 86 Ohio app.3d at 834, 621 n.e.2d 1294).
- **G.** Heileman brewing co. V. Joseph oat corp., 871 f.2d 648 (7th cir. 1989).
- Garcia v. Wayne homes, l.l.c., no. 01 ca 53, 2002 WL 628619, at *13 (Ohio ct.app. Apr.19, 2002).
- Garner, b., black’s law dictionary 8th edn, Thomson west, 2004.
- Garrett v hooters-toledo, 295 f. Supp. 2d 774 (n.d. Ohio 2003).
- Got to do with it?’ (2001) 79(3) Washington university law quarterly.
- Green tree financial corp. V. Randolph, 531 U.S. 79, 90, 121 s. Ct. 513, 148 l. Ed. 2d 373 (2000).
- Kalain v. Smith, 495 n.e.2d 572, 574 (Ohio 1986); see also moskovitz v. Mt. Sinai med. Ctr., 635 n.e.2d 331, 348 (Ohio 1994).
- Metcalf v. Lowe's home ctrs., inc., no. 4:09-cv-14 CAS, 2010 WL 985293 at *2 (E.D. mo. Mar. 15, 2010).
- Michael a. Burns, give presuit mediation a chance, 20 l.a.law. 60 (1997).
- Milhouse v travelers com INS co. 982 f.supp.2d 1088, 1105 n. 10 (c.d. cal. 2013).
- Minn. Stat. Ann. § 583.27(l) (a) (west 2006).
- Morrison v. Circuit city stores, inc., 317 f.3d 646 (6th cir.2003).

- Nlrb v. Macaluso, 618 f.2d 51, 56 (9th cir. 1980).
- Ohio rev. Code ann. § 1343.03(c) (west 2004). Because of the mediation privilege, it might be difficult or impossible to establish bad faith in mediation in other contexts in Ohio. See Anthony v. Andrews, no. 2008-p-0091, 2009 WL 4547605, at *3 (Ohio ct. App. Dec 4, 2009).
- Ohio univ. Bd. Of trs. V. Smith, 132 Ohio app.3d 211, 724 n.e.2d 1155 (1999).
- Pac marine ctr, Inc v Philadelphia indem INS co, 2015 WL 1565362, case no. 1:13-cv-00992-awi (E.D. cal. Apr. 8, 2015).
- Paranzino v Barnett bank of s Fla, Na, 690 so. 2d 725 (Fla. Dist. Ct. App. 1997.
- Pinero v. Corp. Courts at miami lakes, inc., no. 09-20343-civ, 2009 wl 1424173, at *2 (s.d. fla. May 20, 2009).
- Pucci v. 19th dist. Ct., no. 07-10631, 2009 WL 596196, at *5 (E.D. Mich. Mar.6, 2009).
- The court relied on inherent power, 28 U.S.C. § 1927 (2006), fed. R. Civ. P.16 (f), and contempt powers to justify the sanction. A.t Reynolds, 424 b.r.
- The kirke la shelle company, appellant, v. The paularmstrong company et al., respondents, 263 N.Y. 79; 188 N.E. 163; 1933 N.Y. lexis 802.
- Tom R Tyler, ‘restorative justice and procedural justice: dealing with rule breaking’ (2006) 62(2) journal of social issues.
- U.S. dist. Lexis 1962 (d. Me. 2002).
- U.s. district court for the northern district of ohio - 295 f. Supp. 2d 774 (n.d. ohio 2003)november 24, 2003

رابعا: المواقع الالكترونية

- (https://www.adr.org/sites/default/files/CommercialRules_Web_FINAL_1.pdf).
- (https://www.barlowrobbins.com/resources/what-is-commercial-mediation).
- www.justice.gov/olp/alternative-dispute-resolution-department-justice
- https://uncitral.un.org/ar/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements.
- https://uncitral.un.org/ar/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements
- https://www.constructionrisk.com/2019/02/filing-a-mediation-demand-does-not-toll-statute-of-limitations-for-filing-suit/.