

بقلم
المحامي الدكتور محيي الدين القيسي
استاذ الدراسات العليا في كليات الحقوق
امين عام المركز اللبناني
للمصالحة والتحكيم
بيروت - لبنان

بحث مقدم في الملتقى العربي الاول حول التحكيم والوسائل البديلة لتسوية المنازعات
المنعقد في بيروت في الفترة من ٢٠١٠/٥/٣١ - ٢٠١٠/٦/٢

الموضوع : الوساطة والمصالحة والمفاوضات ، وسائل بديلة لحل الخلافات التجارية

منذ العام 1980 قام المؤتمر الاداري للولايات المتحدة الاميركية (ACUS) (1) Administrative Conference of USA بتشجيع المؤسسات والوكالات الفدرالية الاميركية باللجوء الى الوسائل البديلة لفض المنازعات (ADR) Alternative Dispute Resolution سواء في منازعاتها التعاقدية او غيرها ، علماً ان التشريع الاميركي والفقه الاميركي يعتبران التحكيم Arbitration كأحد الوسائل البديلة لفض المنازعات .
لم يعط القانون الاميركي تعريفاً للوسائل البديلة لكنه عدّها كآلاتي :

- ١- التسوية Settlement .
- ٢- التفاوض Negotiation .
- ٣- المصالحة (او التوفيق) Conciliation .
- ٤- التسهيل Facilitation .
- ٥- الوساطة Mediation .
- ٦- تقصي الحقائق Fact-finding .
- ٧- المحاكمة المختصرة Mini-trial .
- ٨- التحكيم Arbitration .

علماً ان هذه الوسائل البديلة لا تشبه جميعها المدعاة امام قضاء الدولة او امام التحكيم لجهة انها تتعلق بمنازعات قانونية Legal disputes ، اي انها تتعلق بادعاءات قانونية متناقضة ينبغي حلها بمقتضى قاعدة قانونية Rule of Law بل يمكن ان تكون المنازعة ذات طابع اقتصادي وتحل باتفاق الفرقاء .

هذا مع العلم ان المنازعة القانونية تختلف عن المنازعة الاقتصادية Economical dispute .

فالمنازعة القانونية او الخلاف القانوني يمكن ان تحل من قبل الغير دون موافقة الاطراف لانه يفترض لحله تدخل القاضي او المحكم الذي سيغلب ادعاء على ادعاء ، عن طريق تطبيق القواعد القانونية اي ان مهمة القاضي او المحكم تتمثل في الفصل في ادعاءات قانونية متعارضة او متباينة . فالمسالة المطلوب الحسم فيها هي اذن مسألة قانونية .

(1) ان المؤتمر الاداري للولايات المتحدة (ACUS) هو وكالة تضم ممثلين عن اهم الوكالات الفدرالية الاميركية وشخصيات مستقلة مهمتها دراسة وتوصية سبل تحسين اجراءات وعمل الادارة الاميركية . وفي ١١/٢٨/١٩٩٠ صدر قانون بخصوص ADR .

اما المنازعة الاقتصادية او الخلاف الاقتصادي ، فلا يمكن ان تحل الا باتفاق جميع الاطراف على وسيلة او اسلوب الحل وعلى مضمونه . فالمسألة المطلوب التوصل الى اتفاق بشأنها هي مسألة واقع **Fact issue** وليست مسألة قانونية **Legal issue** .
مهما يكن من امر هذه التفرقة بين المنازعة القانونية والمنازعة الاقتصادية ، فان ما يهمنا في هذا البحث هو التعريف بالوساطة وانواعها وسبل اللجوء اليها ونتائجها .

اولا : الوساطة حسب غرفة التجارة الدولية (ICC) في باريس

الوساطة هي الصيغة التي بمقتضاها يتدخل الغير المحايد **Tiers impartial** بصفته مسهلا **Facilitateur** بغية مساعدة الاطراف او الفرقاء المتنازعين في بذل الجهود للوصول الى تسوية ودية لنزاعهم عن طريق التفاوض **Négociation** .
ومن اجل الوصول الى حل ودي ، يجتمع الغير عموما مع جميع الفرقاء ويمكنه ان يجتمع مع كل منهم على حدة .

وهذه الاجتماعات تسمح للغير بأن يوجد مناخا ملائما للتفاوض وان يجمع المعلومات المفيدة وان يحدد مصالح كل فريق وذلك بغية مساعدتهم على ايجاد ارضية صالحة للاتفاق وحل النزاع (علما بأن التصريحات الشفهية والمستندات الخطية التي اطلع عليها الغير من قبل الطرفين خلال الاجتماعات المنفصلة او بأي شكل كان **لا يمكن** ابلاغها للفريق الآخر دون موافقة صريحة من قبل الفريق الذي ادلى بها او زود الغير بها) .

فالغاية من الوساطة هي اذن مساعدة الفرقاء المتنازعين على التوصل الى حل ودي لنزاعهم . ومهمة الوسيط **Médiateur** هي توضيح المشكلات (او كما يقال تدوير الزوايا) وتحليل الاسباب واخيرا مساعدة الفرقاء على ان يجدوا هم بأنفسهم الحلول المناسبة ضمن اطار احترام قواعد النظام العام .

وعليه ، فالوسيط ليس قاضيا ولا محكما ولكنه فقط حقاو او محقز **Catalyseur** ويهدف في مهمته الى تسهيل المفاوضات بين الاطراف بغية مساعدتهم على ايجادهم بأنفسهم حلا لخلافهم يتوافقون عليه. ويجب على الوسيط ان يبقى متجردا ومحايذا ولا يصدر احكاما بل يتفهم ويساعد. لذلك يجب ان يكون مؤهلا للقيام بهذا الدور ويخضع لتدريب جدي وقاسي الى جانب حيازته لخبرة ومؤهلات تساعده على اتمام مهمته وانجاح وساطته.

ومن حيث المبدأ لا يعطى الوسيط رأيه الا اذا طلب اليه ذلك باجماع الفرقاء المتنازعين .

والاتفاق الذي يتوصل اليه الفرقاء - اذا اراد الفرقاء ذلك - يدون في وثيقة **تسوية** موقعة منهم وهذه الوثيقة **تتمتع في ما بين الفرقاء بحجية الشيء المقضي به** **Autorité de la chose jugée** **اي حجية شبيهة بالحكم القضائي** (المادة 2044 وما يليها من القانون المدني الفرنسي) .

اما اذا فشلت الوساطة فانها لا تمتد بصورة آلية الى التحكيم ما لم يكن الفرقاء قد توافقوا على هذا الامر مسبقا . **فالوساطة غير مرتبطة حكما بالتحكيم** . ولا يمكن فرضها على اي من الفرقاء المتنازعين .

اما **خصائص ومزايا الوساطة** فتتمحور حول ما يلي :

- ١- **الوساطة** هي رد على حاجة ملحة وعاجلة للتوصل الى تسوية عاجلة .
- ٢- **الوساطة** مدخل مفتوح ومتاح امام اي من الفرقاء المتنازعين .
- ٣- **الوساطة** مرنة ، سريعة وسرية ، فهي **مرنة** لانها غير مقيدة باجراءات وشكليات وتعقيدات ، وهي **سريعة** لانها يجب ان تنجز خلال مهلة قصيرة (شهرين مثلا) وهي **سرية** بحيث لا يمكن الادلاء بأي تصريحات او اقتراحات تمت امام الوسيط ولا يمكن استعمالها لاحقا خصوصا في اية اجراءات قضائية او تحكيمية . كما يلتزم كل من يشارك في الوساطة بما في ذلك الوسيط والفرقاء وممثليهم والمستشارين والخبراء وكل من يحضر اثناء الاجتماعات بعدم افشاء ما يطلع عليه من معلومات او الاحتفاظ بنسخ عن المستندات المقدمة .
- ٤- **الوساطة** قليلة الكلفة ، اذ من حيث المبدأ يتقاسم الفرقاء المتنازعين مصاريف الوساطة بما فيها اتعاب الوسيط اذا كان اللجوء الى الوساطة تم برضى الفريقين . وفي حال عدم التوافق على توزيع الكلفة ، فانها تكون على عاتق الطرف الذي اخذ مبادرة اللجوء الى الوساطة .
- ٥- **سيطرة الفرقاء على النزاع** في كل مراحل تسويته بحيث يمكنهم التخلي عن الوساطة في اي وقت دون ان يكون في وسع اي منهم التمسك برأي ابداه او اقتراح طرحه اثناء الوساطة .

هذا مع العلم ، ان الفرقاء المتنازعين يفتشون في الوساطة **عن قضاء توافقي او قضاء تفاوضي** . لذلك فان الوساطة التي نتكلم عنها في هذا البحث هي الوساطة التوافقية او الاتفاقية *La Médiation conventionnelle* وهي تختلف عن الوساطة القضائية *La Médiation judiciaire* والتي تنص عليها القوانين الوضعية الفرنسية حاليا علما انها مورست قبل صدور القانون بمبادرة من القضاة مستنديين الى المادة 21 من قانون اصول المحاكمات المدنية التي تنص على انه يدخل في مهمة القاضي التوفيق او مصالحة الفرقاء . وقد حصل هذا الامر في نزاع شركة سيتراون Citroën مع عمالها في العام 1968 وفي المواضيع التجارية في قضية ثل ضد مؤسسة كهرباء فرنسا في العام 1976 . وقد نص القانون اللبناني في المواد 375 و 456 و 460 و 461 و 490 من قانون اصول المحاكمات المدنية على الوساطة القضائية .

كما تختلف **الوساطة التوافقية عن الوساطة في القانون العام او في القطاع العام** ، والتي تقيمها الدولة نفسها عندما انشأت وسيط الجمهورية *Le Médiateur de la République* سواء في فرنسا او تونس او لبنان ، تشبها بفكرة *Ombudsman* المعمول بها في الدول الاسكندنافية وغيرها. علما ان بعض الفقهاء الفرنسيين يفضلون استبعاد كلمة وساطة في القطاع العام واستبدالها بكلمة مصالحة او توفيق لان التقنيات المستخدمة تشير الى المصالحة اكثر منها الى الوساطة .

ولا بد من التأكيد على ان الوساطة كما التفاوض *Negotiation* **علم بقدر ما هو فن ومهارة** . ويختلف هذا العلم من بلد الى آخر ومن ثقافة الى اخرى . اذ ان الثقافة تلعب دورا هاما في نجاح او فشل الوساطة . اذ لا تعتبر الثقافة مصدرا للنزاعات فقط بل سبيلا لحلها .

والثقافة كما هو معلوم تنبع من قيم وعادات وتقاليد واعراف المجتمع . والوساطة تخضع لاصول واجراءات ومبادئ صارمة لا يمكن تخطيها او تجاوزها او عدم التقيد بها . اما صفات الوسيط التي يجب ان يتمتع بها كل من يريد ممارسة هذا الدور فهي رباطة الجأش ، التهذيب ، اللطف ، اللباقة ، الشعور بالارتياح في الكلام . كما ان الحماسة والاندفاع هما ايضا من وسائل نجاح الوسيط في مهمته .

وعلى الوسيط ان يبتعد عن المقاربة الذاتية والشخصية للنزاع ويعتمد فقط على المقاربة المنهجية والعلمية المحايدة ، فعليه ان يبعد عواطفه الشخصية عن النزاع وان ينظر اليه من زاوية موضوعية محايدة بين الفرقاء المتنازعين .

والوساطة يتم اللجوء اليها بناء على شرط وساطة clause de médiation يدرج في العقد التجاري او المدني قبل نشوء النزاع بين الفرقاء كما يمكن ان تتم الوساطة بناء على مشاركة وساطة compromis de médiation بعد نشوء النزاع . وعليه ، اذا ورد شرط وساطة في العقد فان التزام الفرقاء بتطبيقه هو التزام بنتيجة obligation de résultat اما مواصلة الوساطة حتى نهايتها فهو التزام بوسيلة obligation de moyen او ما يسمى بالانكليزية Best efforts .

الفروق بين التحكيم والوساطة :

اولا : من حيث دور الطرف الثالث (الوسيط او المحكم) :

في **التحكيم** ينظر المحكم الى النزاع من الناحية القانونية والواقعية ويقوم باعمال حكم القواعد القانونية على الوقائع المعروضة . اما **الوسيط** فيعمل على التعرف على المعطيات الواقعية والاقتصادية من اجل معاونة الاطراف على التوصل الى اتفاق في ما بينهم .

ثانيا : من حيث سلطة الطرف الثالث :

في **التحكيم** يتمتع المحكم بسلطات كبيرة وشاملة في مواجهة فرقاء النزاع . اما في **الوساطة** فلا يملك الوسيط سوى مساعدة الفرقاء واستخدام قدرته ووسائله التي تؤدي الى توقيع الفرقاء لاتفاق معين .

ثالثا : من حيث زمن حل النزاع :

في **التحكيم** يصل المحكم الى حل لموضوع نزاع نشأ بين الفرقاء بالفعل في الماضي فيقوم بفض هذا النزاع . اما في **الوساطة** فالوسيط يساعد الفرقاء للوصول الى توقيع اتفاق محدد يحدد تصرفات الفرقاء في المستقبل .

رابعا : من حيث اداة حل النزاع :

في **التحكيم** يتم حل النزاع بقرار ملزم يصدر عن المحكم . في **الوساطة** يكون حل النزاع بالوصول الى توقيع اتفاق بين الاطراف ولا يملك الوسيط سلطة القرار في ذلك .

ولا بد من الاشارة الى انه اذا كان **التحكيم** يقوم على رد الحق الى اصحابه فان **الوساطة** يهتمها في المقام الاول المحافظة على المصالح المهنية للفرقاء في الماضي والحاضر والمستقبل على حد سواء وبالذات في المستقبل حيث ان الغرض منها يكمن في السعي الى

تجنب تأثير النزاع على العلاقات المستمرة بين الفرقاء . فضلا عن ذلك فان ما سيصدر من مقترحات او عروض للحل او حتى ما سيرتضيه الاطراف من نتائج مترتبة على ذلك لن يكون في وسع اي من الاطراف الركون اليه في معرض اي نزاع قضائي او تحكيمي آخر بين الاطراف انفسهم .
ونشير اخيرا ان لا مجال للتمسك بالوساطة في الحالات التي ينتفي فيها حسن النية كنزاعات التقليد والتزييف والقرصنة وغيرها .

ما الفارق بين المصالحة (التوفيق) Conciliation والوساطة Mediation .

الواقع انه من الصعب التمييز الدقيق بين المصالحة (التوفيق) والوساطة . غير ان المصلح Conciliator يمكنه ان يقترح حولا في القانون او في العدالة والانصاف بينما الوسيط Mediator فلا يمكنه تقديم حلول قانونية للنزاع بل جل ما يستطيعه هو مساعدة الفرقاء على التوصل بأنفسهم الى حل تفاوضي ومقبول منهم .
ان المصلح يعمل على حل نزاع litige قانوني بينما الوسيط فانه يعمل على حل خلاف conflit غير قانوني .

The negotiations المفاوضات

ان اهم معيار ينبغي مراعاته من اجل الوصول بالمفاوضات الى نتيجة مرضية للفرقاء المتنازعين هو قدرة الفرقاء واراوتهم في التركيز على مصالحهم الحقيقية في فض النزاع اكثر من التمسك بموقف ثابت لا يتحزح لان هذا الاخير يمكن ان يؤدي الى فشل المفاوضات لان يخلق وضعا ضبابيا يختلف عن المصالح الحقيقية Real interests .
وهذا يعني اولا ان الفرقاء يحتاجون الى التحضير بالعمق لهذه المفاوضات وتحديد مصالحهم الحقيقية بشكل واضح مسبقا . يستفيد الفرقاء خلال المفاوضات اذا حاولوا تفهم مصالح الطرف الآخر واذا بذلوا جهدا للتخلي عن مواقفهم الثابتة التي لا تراعي سوى مصالحهم الذاتية غير الواقعية . يجب ان يعلم كل فريق ان لدى الفريق الآخر تقييم مختلف للوقائع المعروضة مما يوصل الى نتائج مغايرة .
من هنا نجد التعارض بين المصالح الحقيقية لكل فريق وبين مواقفه الثابتة التي لا تتغير ولا تنزع مما يؤدي الى فشل المفاوضات .

هناك **مبدأ ثان** لانجاح المفاوضات هو قدره الفرقاء على عدم ارتكاب الخطأ حول تقييمهم موضوعيا للزاع the objective core of the dispute .
وهذا يعني ان كل فريق عليه ان يتلافى مقاربة عاطفية للموضوع خلال المفاوضات مما يؤدي الى اجابته بشكل عاطفي بدلا من اجابته بشكل عقلائي .

المبدأ الثالث في المفاوضات هو ان يثق كل طرف بالآخر وان يحظى بثقته ، عن طريق ايجاد مناخ عمل جيد بينهما ويتم ذلك بأن يتصرف كل فريق بما من شأنه ان يجعل الفريق الآخر يثق به وبمواقفه الموضوعية الخالية من التعنت والتصلب لاسيما عندما تكون الوقائع والمعطيات المعروضة امامهم لا تقبل الاثباتات العكسية .

المبدأ الرابع هو ان الفرقاء خلال المفاوضات عليهم ان يحددوا مصالحهم المشتركة في فض النزاع بما من شأنه تأمين استمرارية تعاملهم التجاري مستقبلا ، ذلك ان الفرقاء يعمدون خلال المفاوضات الى الاشارة الى بعض الفرص المستقبلية لاعمالهم المشتركة مما يسهل

عملية المفاوضات وان لم يكن من شأنها ان توصل حتما الى فض النزاع لكنها تسهّل اعادة الثقة بين الفريقين المتنازعين .

واخيرا لا بد من القول انه يجب ان نتخلى في منازعاتنا التجارية والمدنية عن فكرة ان المدعاة او الدعوى هي معركة ، اي ان النزاع او الخلاف ينبغي ان يخاض كمعركة للوصول الى غالب ومغلوب ، الى منتصر ومهزوم . يجب العودة الى روح المصالحة والوساطة والتفاوض في حل الخلافات ، وهي وسائل يحقق اللجوء اليها استمرار التفاهم والتعاون والمؤازرة بين الفرقاء المتنازعين في علاقاتهم التجارية والمدنية المستقبلية .

الدكتور محيي الدين القيسي