السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في الإثبات
(دراسة تأصيلية مقارنة)

إعداد

د./ طلعت يوسف خاطر
أستاذ قانون المرافعات المساعد
كلية الحقوق - جامعة المنصورة

مقدمة

يعد التحكيم من أهم وسائل فض المنازعات فى الوقت الحاضر، لما يتميز به من السرعة والسرية والمرونة وحرية طرفي التحكيم فى اختيار هيئة التحكيم، واختيار إجراءات التحكيم، وبالتالي يتجنب بعض سلبيات قضاء الدولة(١).

ويعد الإثبات في مجال الدعوي التحكيمية من أهم إجراءاتها التي يتعين إدارتها من قبل هيئة التحكيم بعنأية وحرص، ليتمكن كل طرف من أطراف خصومة التحكيم من تقديم أساس وحجج دافعة للحصول علي حقه، فكل خصم يتبارى في تقديم الأدلة التي تبرهن صدق دعواه، ودحض أدلة خصمه تحت رقابة وتقدير هيئة التحكيم(٢). لذا كان اهتمام مختلف التشريعات التحكيمية وقواعد التحكيم الصادرة عن مراكز التحكيم بموضوع الإثبات.

ويلاحظ أن ازدياد ثقة الخصوم بدور هيئة التحكيم وحسن استخدامها سلطتها في الإثبات يساعد فى التنفيذ الاختياري لحكم التحكيم، ومنع تعريض الحكم للبطلان أو الطعن عليه بالاستئناف في بعض الأنظمة القانونية التي تأخذ بهذا الطعن مثل القانون الفرنسي، كما أن سلطة هيئة التحكيم في الإثبات تتأسس على قاعدة أصولية قوامها

(١) د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط١،دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص ١٤، بند ٢؛ د/ أمال الفزايري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٧، ص ٧ وما بعدها.

(٢) د/ علي أبو عطية هيكل، القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين، دار الجامعة الجديد، ٢٠١١، ص ٦.

وجوب اطمئنان المتقاضي إلى قاضيه، وأن قضاءه لا يصدر إلا عن الحق وحده دون تحيز أو هوى[١]، كما يقوم على أساس التزام أخلاقي[٢] والتزام قانوني[٣].

ونظرا لأن هيئة التحكيم يتم تشكيلها عن طريق الخصوم[٤]، ومن أشخاص عاديين وقد يكونون غير قانونين، وهنا تكمن خطورة تعيين محكَّم غير قادر علي تقدير الأدلة بشكل صحيح من الناحية القانونية، وهذا يختلف فيه المحكم عن القاضي، فالقاضي له خبره قانونية طويلة، ولا يتقلد الحكم في النزاع إلا إذا كان كفئا[٥]. كما أن الفقه أثار العديد من الشكوك حول الطبيعة القضائية للتحكيم، مما كان له أثر على تطبيق الأحكام الخاصة بالسلطة التقديرية لهيئة التحكيم في الإثبات، مقارنة بالسلطة التقديرية لقاضي الدولة.

ونشير فى هذه المقدمة إلى النقاط الآتية:

١- أهمية الدراسة وتساؤلاتها.
٢- أهداف الدراسة.
٣- منهج الدراسة.
٤- خطة البحث.

---

(١) استئناف القاهرة، د ٩١ تجاري، ٢٠٠٣/٤/٢٩، رقم ٢٠١، س ق ١٢٠، غير منشور؛ استئناف القاهرة، د ٩١ تجاري، ٢٠٠٣/٦/٢٩، طعن رقم ١٦٠، س ق ١٢٠، غير منشور.

(2) X. de MELLO, «réflexion sur les règles déontologiques élaborées par l'international bar association pour l'arbitres internationaux», Rev. arb., 1988, p. 339.

(3) CA Paris, 20 novembre 1997, Rev. arb., 1999, p. 329.

(4) X. de MELLO, «réflexion sur les règles déontologiques élaborées par l'international bar association pour l'arbitres internationaux», Op. cit., p. 339, spec. P.343.

(5) Ph. GRANDUEAU, note sous la CA Paris, 28 octobre 1999 et CA Paris, 30 novembre, Rev. arb., 2000, p. 299, spec. p. 309.

وذلك علي النحو التالي:

١- أهمية الدراسة وتساؤلاتها:

تحتل قواعد الإثبات أهمية خاصة، هو الوسيلة التي يتوصل بها صاحب الحق علي إقامة الدليل علي قيامة هذا الحق أمام التحكيم، فالحق موضوع التقاضي يتجرد من كل قيمة ما لم يقم الدليل علي قيامه. فالدليل قوام حياة الحق، بل هو الذي يحيي الحق ويحميه، ويشغل الإثبات الجانب الأكبر من نشاط الخصوم والمحكم. فمن يدعي حقا يتعين عليه تقديم الأدلة والمستندات التي تبرهن علي وجود الحق، فعبء إثبات الادعاء يقع علي عاتق من يدعيه مراعيا في ذلك الشروط القانونية الواجبه.

وإذا كان القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة عندما يقوم بعمل قضائي[١]، فإن للمحكم سلطات تقديرية واسعة في وصوله لإصدار حكم في النزاع المعروض عليه، وإذا كان القانون والفقه قد عالجا السلطة التقديرية للقاضي خاصة في تقدير الأدلة، سواء في المجال المدني أو الجنائي، إلا أنهم لم يتعرضا للسلطة التقديرية لهيئة التحكيم بشكل كاف، وهذه السلطة التقديرية مازالت محل نقاش وخلاف، وذلك لعدم وجود نصوص تعرفها أو تحدد حالاتها وآثارها.

---

(١) د/ عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي،ط١، ١٩٨٣، ص ٤٠، د/ أحمد ابو الوفا، التعليق علي نصوص قانون الإثبات، ط٤، منشأة المعارف، ١٩٩٤، ص ٥٠، د/ سليمان مرقص، في طرق الإثبات، قواعد تقييد الادلة واطلاقها، ج١٩٧٤،،٤، مطبوعات معهد البحوث والدراسات العربية ص ٥٠

Marcel o stati, Le standard juridique, These, Paris, 1927, p. 30

وفي الواقع أن سلطة المحكم التقديرية ترتبط أوثق الارتباط بتحديد دور إرادة المحكم في تكوين العمل التحكيمي. ودور المحكم مثل دور القاضي، حيث يعتبر العمل القضائي ككل مجرد نشاط ذهني إرادي لاكتشاف حقائق موجوده فعلا[١].

ويرجع اختيارنا لموضوع البحث إلى أهمية الإثبات في مرحلة خصومة التحكيم، خاصة و أنه لا يوجد دراسة متخصصة تتناول دور المحكم وسلطته التقديرية في الإثبات بشكل كامل. كما أن هناك الكثير من المشكلات التي يثيرها موضوع الإثبات أمام هيئة التحكيم، كما أنه يوجد اختلاف في الحلول التشريعية والقضائية بشأن سلطة هيئة التحكيم في الإثبات. وذلك لأن هيئة التحكيم غير مقيدة بإجراءات المرافعات بصفة عامة ما لم يوجد اتفاق علي خلاف ذلك، لذا ذهب جانب من الفقه إلى أن الإجراءات المتبعة أمام هيئة التحكيم لا تعتبر قضائية[٢]،لأنها لا تتصل بخصومة أمام محكمة تتبع جهة قضائية[٣].

ويكتسب البحث في هذا الموضوع " السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في الإثبات " أهمية كبري، باعتباره يتناول أهم الموضوعات التي يقوم عليها التحكيم، وهي دور هيئة التحكيم في خصومة التحكيم، وإذا نظرنا إلى عناصر التحكيم، فإننا نجد أن أهم واخطر عناصر التحكيم هي خصومة التحكيم، وأدق الموضوعات في خصومة التحكيم تتعلق بالسلطة التقديرية لهيئة التحكيم في الإثبات، وخاصة تحديد مدي سلطتها في الأمر والإلزام بتقديم أدلة الإثبات، وذلك بهدف الوصول إلى حل للنزاع المطروح على هيئة التحكيم، بما يحقق العدالة والاستقرار لمراكز الخصوم. ومن هنا تمثل السلطة

(١) د/ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، دار الجامعة الجديد، ٢٠٠٨. ص ١٠٢.

(٢) د/ منير يوسف حامد المناصير، سلطة المحكم في الإثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي، دراسه مقارنه، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠١٤، ص ٦٢.

(٣) د/ أحمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، ٢٠٠٠، ص٢١٦.

التقديرية لهيئة التحكيم في الإثبات أهمية عملية، لأن عدالة التحكيم تقتضي حسن استخدام هيئة التحكيم لسلطتها في الإثبات [1]. فبقدر دقة هيئة التحكيم ومهارتها تكون سلامة إجراءات التحكيم وصحة الحكم الصادر.

ولاشك في أن الدراسة التجريدية ولو في بعض مراحلها هي من أشق الأمور وأصلبها، وإذا ما حاولنا البحث عن تحديد منضبط للسلطة التقديرية لهيئة التحكيم بوجه عام، فإن الصعوبة تظهر بشكل حاد، وبالذات حينما نحاول البحث عن نقطة البدأية والنهأية التي منها ننطلق إلى التحديد المجرد لحدود هذه السلطة. وذلك لتشعب الموضوعات، فهل نبحث في طبيعة النزاع المطروح علي هيئة التحكيم لكشف حدود سلطتها التقديرية؟ أم ننظر لجوهر نشاط المحكم؟ واذا نظرنا إلى جوهر نشاط المحكم، هل نرتكز علي محل هذا النشاط أي وقائع النزاع والقانون المطبق عليه؟ أم ننظر إلى المجهود العقلي الذي يغلف هذا المحل بغية إعمال القانون أو قواعد العدالة؟ وهل يجب أن نمد نطاق البحث إلى المساهمة التي يقدمها الخصوم في أعمال وتكوين هذه السلطة التقديرية؟

ونظرا لأن التحكيم يتولاه أفراد غير معينين من قبل الدولة، حيث يعينهم الخصوم ويخولونهم السلطة القضائية بناء على اتفاقهم، فإنه يثار تساؤل حول الطبيعة القانونية لدور المحكم في الإثبات؛ هل لهم دور أيجابي أم دور سلبي، ومن ثم هل من

(1) J.-Cl. DUBARRY et E. LOQUIN, «la désignation comme arbitre de l'avocat de l'une des parties», obs. sous CA Versailles, 14 novembre 1996, RTD com. 1997, p 234; CA Paris, 6 avril 1990, Rev. arb., 1990, p. 880; M. HENRY, Le devoir d'indépendance de l'arbitre, thèse, Paris, sous la direction de P. MAYER, soutenue le 28 novembre 1996, p. 59; M. HENRY, " Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente' Rev. arb., 1999, p. 194.

الضروري أن يتقيد المحكم بنفس السلطات المخولة للقاضي؟ أم لا يشترط ذلك؟ كما يثور التساؤل عن الحالات التي يستخدم فيها المحكم سلطته التقديرية في الإثبات، فما مدي نطاق سلطته في الإثبات ؟ وما هي الضوابط التي تحكم هذه السلطة. وما هي الجزاءات التي تترتب علي الانحراف في هذه السلطة؟ وهل دور هيئة التحكيم في الإثبات توجيهي إرشادي فحسب؟ أم أنه يتدخل بهدف الكشف عن الحقيقة غير مرهون بمواقف الخصوم؟ وهل هيئة التحكيم يتوقف دورها علي الترجيح بين أدلة الخصوم وتوازن بينها؟ أم أنها تملك زمام المبادرة بالسعي لمعرفة الحقيقة كما هو الشأن بالنسبة للقضاء؟

وإذا كان موضوع السلطة التقديرية لهيئة التحكيم يزخر بالعديد من التساؤلات التى تبحث عن إجابة، فإن القانون – للأسف - لم يجب عن الكثير منها، ولم نجد دراسة تعالج الموضوع من كافة جوانبه بالعمق المطلوب، ولا شك أن الإجابة على هذه التساؤلات تقتضى التعرض لبيان مفهوم الإثبات ودور الخصوم فيه، ثم بيان سلطة هيئة التحكيم في الإثبات، ومدي نطاق هذه السلطة، والضوابط التي تلتزم بها الهيئة عند ممارستها لسلطتها، وأثر مخالفة هذه الضوابط.

في الواقع هناك ثمة صعوبة في بحث هذا الموضوع،وذلك لكونه موضوعا يتسم بالطابع العملي، الأمر الذي أثار عند اختياري لهذا الموضوع بعض الصعوبة، وخاصة وأنه لم يكن الطريق سهلا ولا ممهدا، خاصة في مرحلة جمع المعلومات من مختلف المراجع القانونية والأحكام والنصوص القانونية. يضاف إلي ذلك تنوع صور السلطة التقديرية لهيئة التحكيم وتناثرها في شتي جوانب القواعد الإجرائية، واختلاف الفقه والقضاء في تطبيقها، فضلا عن قصور الدراسات الفقهية، يجعل هذه الدراسة محفوفة بالصعوبات، وهذه الصعوبة لم تحل دون التعرض لهذا المسألة القانونية نظرا لأهميتها وخطورتها في الواقع العملي. وبالرغم من هذه الصعوبات إلا أنها لم تكن بحال من

الأحوال لتثبط من عزيمة الباحث، أو تضعف من همته في البحث، وذلك تحقيقا للغأية، ألا وهي ضبط السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في الإثبات. وذلك بهدف تحقيق فائدة عملية وعلمية في ذات الوقت.

٢- أهداف البحث:

تهدف الدارسة إلى بحث السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في الإثبات في خصومة التحكيم، وتهدف إلى الآتي:

- بيان مفهوم الإثبات أمام هيئة التحكيم، ودور الخصوم في الإثبات
- تحديد أدلة الإثبات التحكيمية، ومدي تشابها بأدلة الإثبات أمام القاضي المدني.
- بيان موقف الأنظمة التحكيمية من أدلة الإثبات أمام هيئة التحكيم.
- تحديد مفهوم السلطة التقديرية لهيئة التحكيم.
- تحديد دور هيئة التحكيم في الإثبات
- بيان نطاق السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في الإثبات
- رسم الضوابط التى يتعين على هيئة التحكيم الالتزام بها في حالة استخدام سلطتها التقديرية في تقدير الأدلة.
- بيان قواعد الرقابة علي السلطة التقديرية لهيئة التحكيم مقارنة بقضاء الدولة.
- بيان الجزاء المترتب علي مخالفة قواعد الإثبات.
- رسم حدود المسئولية المدنية لهيئة التحكيم عند إخلالها بواجب التقدير المنطقي.
- الخروج ببعض النتائج والتوصيات

٣- منهج الدراسة:

نظرا لأن موضوع الإثبات له شق عملي وشق نظري، فإننا سنتبع المنهج التالي، سنتبع المنهج الاستقرائي للنصوص القانونية في التشريع المصري والفرنسي،

وقواعد المراكز وغرف هيئات التحكيم، ثم نتناول تلك النصوص بالتحليل المنهجي، ثم المنهج التأصيلي في رصده لما تتضمنه أحكام القضاء المصري والفرنسي وأحكام مراكز التحكيم، ومحاولة تأصيلها للخروج منها بالمبادئ التي يمكن أن تشكل عددا من القواعد العامة القابلة للتطبيق علي ما يثيره موضوع الدراسة من إشكاليات.

وبالتالي سوف نستخدم المنهج التحليلي المقارن، وذلك بدارسة وتحليل سلطة الهيئة التحكيمية في تقدير الأدلة، ثم القيام بمقارنة هذه السلطة في بعض القوانين وأنظمة هيئات التحكيم اعتمادا علي الآدبيات السابقة التي تناولت هذه السلطة من مؤلفات.

ونستند في هذه الدراسة إلى كل من القانون المصري والقانوني الفرنسي – دراسة مقارنة- نتعرف من خلالها علي حدود السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في الإثبات.

٤- خطة الدراسة:

يدور موضوع البحث حول السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في الإثبات، ولهذه الإشكالية طبيعة خاصة، وذلك لأن هيئة التحكيم يتم اختيارها من أشخاص قد يكون ليست لديهم درأية قانونية بحكم اختيارهم من غير القانونية. وأمام الرغبة في التعرف علي الإجابات الدقيقة والأقرب إلى الصواب علي هذه التساؤلات التي أشرنا إليها في هذه المقدمة، وكون هذا الموضوع يغلب عليه الطابع العملي أكثر من النظري، فقد رأيت أن نعالج موضوع الدراسة من خلال الخطة الآتية:

- مبحث تمهيدي: مفهوم الإثبات أمام هيئة التحكيم ودور الخصوم.
- الفصل الأول: دور هيئة التحكيم في الإثبات وسلطتها التقديرية.
- الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية هيئة التحكيم في الإثبات.

المبحث تمهيدي
مفهوم الإثبات أمام هيئة التحكيم ودور الخصوم

تعد إجراءات الإثبات من أهم مراحل الخصومة، حيث تؤدي إلى إثبات الحقوق، وبالتالي الفصل في النزاع، فكل خصم يتباري في تقديم الأدلة التي تبرهن صدق دعواه، ودحض أدلة خصمه تحت رقابة وتقدير هيئة التحكيم(١). ويلاحظ أن الحق موضوع التحكيم يتجرد من كل قيمة إذا لم يقم الدليل على وجوده(٢)، وبالرغم من أن الإثبات ليس عنصرا من عناصر الحق، وإنما أمر خارج عنه، حيث إن الحق ينشأ من مصادره طبقا للقانون بصرف النظر عن وسيلة إثباته إلا أن وجود الحق مرتبط بإثباته. إذن يعد الإثبات في الدعاوي التحكيمية من أهم إجراءتها التي يتعين إدراتها من قبل هيئة التحكيم بعنأية وحرص، ليتمكن كل من طرفي الخصومة التحكيمية من تقديم أسس وحجج دفاعه للوصول إلى حقه.

ويقتضي بحث السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في الإثبات التمهيد له بما يثيره هذا الموضوع من مفاهيم، وما يقترن به من مصطلحات، ونري أنه من المفيد بيان مفهوم الإثبات أمام هيئة التحكيم. ثم نعالج دور الخصوم في الإثبات أمام هيئة التحكيم.

سنشير في هذا المبحث إلى ماهية الإثبات أمام هيئة التحكيم، ودور الخصوم في الإثبات أمام هيئة التحكيم، وذلك في المطالب الآتية:

---

(١) د/ علي ابو عطيه هيكل، القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين، ومرجع سابق، ص ٦.

(٢) د/ أحمد أبو الوفا، التعليق علي نصوص قانون الإثبات، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٦، ص ١١، د/ نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديد، ٢٠٠٨، ص ٧.

المطلب الأول
ماهية الإثبات التحكيمي

في الواقع، يقوم تنظيم الإثبات على التوازن بين اعتبارين أساسيين: العدالة واستقرار التعامل، والإثبات التحكيمي يؤدى إلى حقيقة واجبة الاحترام، وهذه الحقيقة قد تتعارض مع الحقيقة الواقعية أو قد تتباعد عنها أو تتقارب منها أو قد تتفق معها، ومع ذالك فيجب احترام الحقيقة التي توصلت إليها هيئة التحكيم، وهذا ما أخذ به المشرع المصري، حيث نص في المادة ٥٠ تحكيم علي أن أحكام التحكيم تحوز الحجية.

سنشير في هذا المطلب إلى تعرف الإثبات أمام هيئة التحكيم، وخصائصه، ومحله، وذلك في الفروع الآتية:

الفرع الأول
تعريف الإثبات

سنشير إلى تعريف الإثبات في اللغة، ثم تعريفه الاصطلاحي في علم القانون، وذلك في النقاط الآتية:

أولاً: التعريف اللغوي للإثبات:

هو من فعل ثبت وثبت-وثباتا-وثبوتا أى استقر[1]، ويقال صح وتحقق والتثبيت أي الحجة والمثبت أي كلام مثبت غير منفى، ومعناه أنه إذا ثبت الشيء أي عرفه حق المعرفة. وجاء في تاج العروس: ثبت الشئ، يثبت ثباتا بالفتح وثبوتا بالضم فهو ثابت

(١) د/ نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ١١.

وثبت وشئ ثبت: أي ثابت، وأثبته هو، وثبته بمعني، وأثبته إثباتا إذا عرفه حق المعرفه[١]. وجاء في لسان العرب، تأكيد الحق بالبينة، والبينة هي الدليل أو الحجة[٢]، وفي المعاجم الفرنسية جاء الإثبات بمعني تأكيد حقيقة الشئ[٣].

ثانيا: التعريف القانوني للإثبات:

ذهب البعض إلى تعريف الإثبات بأنه تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق[٤]، وعُرف أيضا بأنه اقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت أثارها[٥]، وذهب البعض إلى تعريفه بأنه إقامه الدليل أمام القضاء بطريق من الطرق التي يحددها القانون علي وجود أو صحه واقعة قانونية متنازع فيها بين الخصوم[٦].

ويري البعض أن الإثبات إقامة الدليل أمام هيئة التحكيم بطريق من الطرق التي حددها القانون الواجب التطبيق أو يتفق عليها أطراف الخصومة التحكيمية وإقناعها بوجود واقعة قانونية متنازع عليها تؤثر في الفصل في القضية التحكيمية[٧]، فهو إقناع هيئة التحكيم بادعاء أو بآخر من جانب هذا الخصم أو ذاك.

---

(١) الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، المطبعة الخيرية، ط١، ٦، ج١، ص ٥٣٣، ٥٣٤.

(٢) أبن منظور، لسان العرب، بيروت، دار صادر، المجلد الثاني، ص ١٩.

(٣) Henri Bejoint, le Robert Methodique du france actuel.

(٤) د/ أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ط٦، دار الفكر العربي، ١٩٧٢، ج١، ص ٢٩.

(٥) د/ أحمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ١١، د/ رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديد، ٢٠١٢، ص ٧. د/ نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ١١.

(٦) د/ عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظريه الالتزام، الإثبات، دار النهضة العربية، ١٩٥٦، ج٢، ص ١٣.

(٧) د/ منير يوسف حامد المناصير، سلطة المحكم في الإثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ١١.

حيث إن الدليل يقدم من قبل الخصوم أمام القضاء أو التحكيم وبالطرق المعتبرة قانوناً على وجود واقعة قانونية تختلف عليها فيما بين الخصوم. فالإثبات بمعناه القانوني ينصب على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها، فمحل الإثبات ليس هو الحق المدعى به بل المصدر القانوني الذي أنشأ هذا الحق. والإثبات يهدف إلى إقناع هيئة التحكيم بصحة الواقعة التي يرد عليها، ويتحقق هذا الهدف بتوافر عناصر إقناع كافية بصحة الواقعة لدي المحكم(١).

ومن جانبنا نري بأن الإثبات في الخصومة التحكيمية هو إقامة الدليل أمام هيئة التحكيم لإقناعها بحقيقة واقعة مادية أو قانونية متنازع عليها، وذلك طبقا للقواعد الواجب التطبيق أمام هيئة التحكيم.

الفرع الثاني
خصائص الإثبات أمام هيئة التحكيم

في الواقع، يري بعض الفقه أن الإثبات يجري أمام هيئة التحكيم، كما يجري أمام قضاء الدولة، ويكون بأدلة الإثبات المقررة قانونا بالنسبة للواقعة المراد إثباتها وبالنظر إلى قوة كل دليل وأهميته في تكوين اقتناعها(٢). في حقيقة الأمر، هذا الاتجاه محل نظر من جانبا، فليس هناك تطابق كامل بين الإثبات أمام القضاء المدني والإثبات أمام هيئة التحكيم، وذلك لأن لهيئة التحكيم حرية أكثر في تكوين اقتناعها من المحكمة المدنية، كما أنه لا يوجد رقابة علي سلطات هيئة التحكيم في الإثبات، علي عكس

(١) د/ علي ابو عطيه هيكل، القواعد الإجرائية للإثبات امام المحكمين، المرجع السابق، ص ٧.
(٢) د/ عاشور مبروك، النظام الاجرائي لخصومة التحكيم، دارسة تحليلية مقارنة، ط١، الجلاء الجيده، ١٩٩٦، ص ٢٨٣، د/ علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ٣٧٣.

قاضي الدولة، لذا نري أن خصائص الإثبات أمام هيئة التحكيم لها طبيعة خاصة، تتميز عن الإثبات الذي يجري أمام قضاء الدولة. كما أن أدلة الإثبات وإن كانت متشابه في النظم القانونية المختلفه إلا أن بعضها يعد في مجال التحكيم له خصوصيه معينة.

في حقيقة الأمر، يخضع الإثبات في مجال التحكيم لقواعد عامه مشتركه في مختلف النظم القانونية التي لا تختلف بحسب طبيعة التحكيم، سواء كان تحكيما دوليا أم تحكيما داخليا.

ويتمثل خصائص الإثبات أمام هيئة التحكيم في الآتي:

١- حرية الخصوم وهيئة التحكيم في تحديد إجراءات الإثبات:

نصت المادة ٢٥ من قانون التحكيم المصري، علي أن "لطرفي التحكيم الاتفاق علي الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم...، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة"، وقد نص قانون المرافعات الفرنسي الجديد في المادة ١٤٦٠ علي أن ينظم المحكمون إجراءات التحكيم دون أن يكونوا ملزمين باتباع القواعدالمعتمده أمام المحاكم، إلا إذا كان الأطراف اتفقو علي خلاف ذلك في اتفاق التحكيم. فيستفاد من هذه النصوص أن هيئة التحكيم لها حرية في تنظيم إجراءات الإثبات أمامها، في حالة عدم وجود اتفاق من جانب أطراف التحكيم علي قواعد إثبات معينه، كما أنه لا يشترط أن تطبق هيئة التحكيم قواعد الإثبات المتبعه أمام قضاء الدولة.

في الواقع، نظام الإثبات أمام هيئة التحكيم له خصوصيه يتميز بيها وتتفق مع طبيعه التحكيم، حيث يمكن اللجوء إلى تطبيق قواعد إثبات لقانون معين، أو يتم إنشاء قواعد إثبات خاصة من جانب هيئة التحكيم أو أطراف التحكيم، أو يمكن للأطراف تخويل هيئة التحكيم سلطة تحديد هذه الإجراءات، أو يخويل شخص من الغير تولي

تحديد قواعد الإثبات الواجبه التطبيق أو اللجوء إلى مركز تحكيم تتضمن لائحته قواعد للإثبات.

إذا في نظام التحكيم، يكون الإثبات الحر، هو المسيطر علي نظام التحكيم، علي عكس نظام الإثبات أمام قضاء الدوله، حيث يحدد القانون أدله الإثبات وقوة كل دليل، ويمنح القاضي بعض السلطات التقديرية في الأدله التي لم يحدد القانون قوتها مثل الشهاده والقرائن القضائية(١).

ونخلص من ذلك أن نظام الإثبات أمام هيئة التحكيم أكثر مرونة من الإثبات أمام القضاء، بمعنى أن الإثبات أمام قضاء الدولة لا يتم إلا بالطرق القانونية وفقا للإجراءات المرسومة لكل منها، كما أن القاضي لا يستطيع تكوين عقيدته بغير هذه الطرق(٢).

٢- عدم مراقبة هيئة التحكيم في تطبيق قواعد الإثبات.

في الواقع، نظام الإثبات أمام هيئة التحكيم يمنح المحكم سلطة كبيرة في أن يكون له دور أيجابي في التحكيم، فهو يملك مساعدة الخصوم في استكمال ما نقص من أدلتهم، بل وله الحق في أن يقضي بعلمه الشخصي بالوقائع بعد أن يكون قد أجري بشأنها مبدأ المواجهة، وله أن يأخذ بكل طرق الإثبات من أجل الوصول إلى الحقيقة. فهذا النظام يهدف إلى اطلاق حريه المحكم في تكوين عقيدته في الدعوي بالطريقة التي يراها مناسبة(٣)، دون الرقابة عليه من محكمة الطعن. وذلك علي عكس نظام الإثبات

(١) نقض مدني، ١٩٧٥/١١/٢٦، س ١٢، مج نقض، ص ١٤٨٢.

(٢) د/ رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٧.

(3) T. CLAY, L'arbitre, D., 2001, n° 209; CA Paris, 15 sept. 1998, Rev. Arb., 1999, p. 103, note lalive; Cass. Civ., 1re, 20 fev. 2000, Rev. Arb., 2001, p. 54, note T. Caly.

أمام قضاء الدوله، حيث يتقيد القاضي بقواعد معينة يجب مراعاتها، ولا يملك الخصوم الاتفاق علي عدم تطبيقها أمام القاضي، ولا يملك القاضي مخالفتها، حيث يترتب علي ذلك بطلان حكم القاضي أمام محكمة الاستئناف.

ونلاحظ أنه لا يوجد رقابة علي هيئة التحكيم عند حدوث خطأ من هيئة التحكيم في فهم أو تفسير قواعد الإثبات، أو الخطأ في الواقع، وذلك لأن حكم التحكيم في النظام المصري غير قابل للطعن عليه بطرق الطعن المنصوص عليها قانونا، ولا يخضع إلا لدعوي البطلان، وليس من ضمن حالاتها المنصوص عليها علي سبيل الحصر، مراقبة هيئة التحكيم في فهم وتفسير قواعد الإثبات[١]، أو الخطأ في الواقع.

٣- الطبيعة القضائية للإثبات أمام هيئة التحكيم

في حقيقة الأمر، بالنسبة لإجراءات الإثبات التي تكون هيئة التحكيم قد أمرت بها أو اتخذتها قبل انتهاء الاتفاق علي التحكيم، فقد ذهب البعض من الفقه علي عدم الاعتداد بها علي أساس أنها لا تعتبر إجراءات قضائية[٢]. ويري البعض إمكانية الاستئناس بها إذا كانت مدونة في محاضر أو تقارير[٣].

(1) Cass. Civ. 2e, 29 nov. 1995, Rev. Arb., 1996, p. 235, note E. Loquin. B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, D,. 2014, no 222. Cass. Civ., 2e 17nov. 1976, D. 1977, p. 577 note Boré, Rev. Arb. 1977,p. 281, note Robert; Cass. Civ., 2e, 28 avr. 1980, Bull. Civ., II, no 88, Gaz. Pal., 1980, p. 490, note Viatte; CA paris, 1re dec. 1995, Rev. Arb., 1996, p. 529, obs. Fouchard.

(٢) د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختيار والاجباري، المرجع السابق، ص ١٥١

(٣) د/ مصطفي الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية،ج١، الفتح للطباعه والنشر، ١٩٩٨، ص ٥٧٠.

في الواقع نري أن الإثبات أمام هيئة التحكيم يتفق مع الإثبات أمام المحاكم القضائية بأن له حجية الأمر المقضي، وذلك نظرا للطبيعة القضائية للإثبات[١] وهذه الطبيعة تثبت للإثبات أمام القضاء وأمام هيئة تحكيم. وأن تحديد نطاق الإثبات القضائي على هذا النحو يؤدى إلى نتيجة منطقية، وهى أن ما يثبت عن طريق القضاء أو التحكيم يصبح حقيقة قضائية واجبة الاحترام، أما ما يثبت عن غير طريق القضاء أو التحكيم، فلا يعتبر حقيقة ثابتة لا تتغير وإنما هي قابلة للتغيير والتبديل وإثبات عكسها بكل الوسائل الممكنة.

وتطبيقا لذلك يجب علي المحكمة القضائية إذا رفعت أمامها دعوي صدر فيها حكم تحكيم أن تحكم بعدم قبولها لسبق الفصل فيها بحكم تحكيم. وذلك احتراما للحجية التي يحوزها الإثبات في حكم التحكيم.

ونخلص من ذلك إلى أنه إذا وقع الاختيار علي قانون إثبات معين سواء من جانب الأطرف أو من جانب هيئة التحكيم تعين الالتزام بقواعده الموضوعية والإجرائية وإلا كان الحكم عرضة للبطلان، مع مراعاة أن لهيئة التحكيم الحرية في تقدير الأدلة المقدمة، وهذا التقييم للأدلة لا يخضع للمراجعة القضائية[٢]، مثال ذلك إذا رفضت هيئة التحكيم سماع شهادة أو طلب اللجوء إلى خبير، فإن قرارها عادة لا يؤثر علي صحة حكم التحكيم، لان هذا القرار نابع من حريتها في التقدير، مع مراعاة حقوق الدفاع في ذلك.

(١) د/ رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٧

(٢) د/ ياسر عبد الهادي مصلحي سلام، أثر الخطأ في إجراءات التحكيم علي حكم التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠١٢، ص ٢٦٤.

الفرع الثالث
محل الإثبات أمام هيئة التحكيم

سنشير إلى ماهية محل الإثبات، وشروطه، وذلك في النقاط الآتية:

أولا: ماهية محل الإثبات

محل الإثبات ليس الحق المتنازع عليه، بل إن محله الواقعة القانونية المنشئة لهذا الحق[١]، سواء فى ذلك كانت هذه الواقعة تصرفا قانونيا كالبيع أو الوكالة، أم كانت واقعه ماديه كالعمل غير المشروع أو الأثراء بلا سبب. إذن ينصب الإثبات على الواقعة التي يرتب عليها القانون أثرا قانونيا، ويشترط في هذه الواقعة أن تكون متنازعا عليها وأن تكون معتبرة كأساس للحق المدعى به، بحيث لو ثبتت الواقعة تؤدى إلى إقناع هيئة التحكيم بوجود الحق المدعى به[٢].

وبالتالي فإن محل الإثبات ينصب أساسا على الواقعة مصدر الحق المدعى به وليس الحق ذاته. فمن يدعي أن له حقا أمام التحكيم عليه أولا أن يبين القاعدة القانونية التي تقرر له هذا الحق، ثم يبين أن الشروط التي تتطلبها القاعدة القانونية تنطبق عليه وتقرر له هذا الحق، فالإثبات ينصب علي الواقعة القانونية التي تولد عنها الحق[٣].

---

(١) د/ أحمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ١١. د/ رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٧.

(٢) د/ نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٥١.

(٣) د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني الجديد، نظرية الالتزام، الإثبات، المرجع السابق، ص ٤٦.

يتحدد نطاق محل الإثبات بالآتي:

١- محل الإثبات ينصب علي الواقعة مصدر الحق وليس الحق ذاته:

عندما يثور النزاع بين الخصوم فإن محل النزاع يكون حول وجود الحق أو زواله أو إلحاق وصف به أو عليه، فيجب على الخصم الذى يدعى هذا أن يثبت ذلك، فمحل الإثبات إذن هو الادعاء بوجود الحق أو زواله.

والواقعة القانونية التي ينصب عليها الإثبات، إما أن تكون تصرفا قانونيا (كابرام العقود) أو مجرد أفعال مادية من فعل الإنسان كارتكاب جريمة أو من فعل الطبيعة كالفيضان(١). فهي كل حدث أو أمر يقع بصفة طبيعية أو اختيارية يرتب القانون عليها أثرا، إما انشاء لحق جديد أو تعديل أو انقضاء لحق قائم، والوقائع المادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، فهي تقع دون سبق توقع أو إعداد، فطبيعه هذه الوقائع لا تستلزم نوعا معينا من الأدله(٢)، أما التصرفات القانونية فهي علي خلاف ذلك، فقد نص المشرع علي قواعد معينة لإثباتها، سواء بطريق الكتابة أو بالطرق الآخري في الإثبات. فيجب تهيئة الدليل مقدما ولا يجوز فيها الإثبات بالبينة والقرائن إلا استثناء بالنسبة لبعض التصرفات القانونية(٣)، باعتبار أن هذه التصرفات من أعمال الإرادة. ونري أنه يمكن للهيئة أو لأطراف التحكيم، الاتفاق علي أن يكون الإثبات في التصرفات القانونية بكافة طرق الإثبات.

---

(١) د/ أحمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٧٥.

(٢) د/ منير يوسف حامد المناصير، سلطة المحكم في الإثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ٢٠.

(٣) مادة ٦٠ من قانون الإثبات المصري.

٢- محل الإثبات هو الواقع لا القانون[١]:

محل الإثبات هو الواقعة القانونية، وبهذا فإن مهمة الخصم هي اقامة الدليل على وجود أو صحة واقعة معينة، أما الأثر القانوني المترتب عليها فلا يكون محلا للإثبات، ولا شأن للخصم به، وإنما مهمة هيئة التحكيم تطبيق القانون على تلك الواقعة، فقواعد القانون إذن لا تكون محلا للإثبات. لأن المحكم هو قاض، وهو خبير بقواعد القانون الواجبه التطبيق علي النزاع. فهناك تشابه بين علاقة المحكم بالقانون الذي يطبقة وعلاقة القاضي بالقانون الأجنبي، فهو بالنسبة له يعتبر واقعة مهمته بالنسبة له تقتصر علي التأكد من وجوده.

ووجه ذلك أن الغأية من الإثبات هي أن يؤكد كل خصم من الخصوم مزاعمه للمحكم الذي أقام حكما يفصل بينهم، وذلك حتى يحظى باقتناعه فيصدر الحكم لصالحه، ومن هنا كان عنصر الواقع هو المحل الذي يطالب الخصوم بإثباته للمحكم.

ويري بعض الفقه أنه وإن كان الإثبات يرد علي الوقائع، فلا يلزم الأطراف طبقا للقواعد العامة بإثبات القانون، وذلك لعلم القاضي المفترض بالقانون، فإن هذا الافتراض لا يوجد بالنسبة للمحكم، خاصة إن كان من غير رجال القانون، فيجب علي الخصم الذي يستند إلى قاعدة قانونية أن يشير إلى هذه القاعدة وإلى تفسيرها وانطباقها علي الوقائع التي أثبتها، وللمحكم أن يطلب من الطرف إقامة الدليل علي وجود هذه القاعدة، سواء كان مصدرها قانونا وطنيا أو أجنبيا، كما ان له أن يطلب منه إقامة الدليل علي وجود عرف أو عادة معينة تمسك بها[٢]. علي أنه يجب ملاحظة أن

---

(١) د/ رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٦١.

(٢) د/ منير يوسف حامد المناصير، سلطة المحكم في الإثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ٢٢.

اقامة الدليل علي وجود قاعدة قانونية لا يعتبر إثباتا بالمعني القانوني، فالدليل الذي يقدمه الخصم ليس له سوي قيمة إعلامية يخضع لتقدير المحكم[١].

في الواقع، لا نتفق مع الرأي السابق، فالمحكم يقوم بعلم القاضي، وبالتالي يفترض علمه بالقانون، افتراضا لا يقبل إثبات العكس، وهذه القاعدة تطبق أمام المحكم وكذلك أمام القاضي، ذلك علي أساس أن القاضي منوط به من قبل الدولة تطبيق القانون، كذلك المحكم منوط به من قبل أطراف اتفاق التحكيم علي تطبيق القانون علي النزاع أو الحكم طبقا لقواعد العدالة.

فيجب إذن إثبات الواقعة التي يترتب علي وجودها الأثر القانوني المتنازع عليه، ولكن لا يجوز إثبات أن هذا الأثر يترتب علي وجود هذه الواقعة بإثبات القاعدة القانونية التي تقضي بترتيب ذلك الأثر علي وجود هذه الواقعة[٢]. وذلك لأن الإثبات يرد علي الوقائع وليس القانون، ومهمة هيئة التحكيم هي تطبيق القانون علي الواقعة التي يتم الدليل عليها بالطرق المحدده لتستخلص أثرها القانوني وتقتضي في الخصومة وفقا له، فالقاعدة القانوني ليست محلا للإثبات[٣].

في الواقع هذه القاعدة يرد عليها بعض القيود، فيما يتعلق بإثبات العرف أو القانون الأجنبي أو العادة الاتفاقية، وذلك علي النحو التالي:

---

(١) د/ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا، منشاة المعارف، ٢٠١٤، ص٤٣٦.

(٢) د/ منير يوسف حامد المناصير، سلطة المحكم في الإثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ٢٠.

(٣) د/ علي ابو عطيه هيكل، القواعد الإجرائية للإثبات امام المحكمين، المرجع السابق، ص ٩.

أ. العرف

يعترف القضاء للعرف بقمية القاعدة القانونية التي يجوز التمسك بها أمام المحاكم، كما يجوز لهذا الأخير تطبيقا تلقائيا في حالة ثبوت العرف لديه ثبوتا تاما، والعرف يشكل مصدرا مستقلا للقواعد القانونية عندما يقوم بذاته ولا يحال إليه بنص في القانون. والعرف كقاعدة قانونية يفترض مبدئيا علم القاضي به، غير أنه يصعب علي القاضي العلم بكل الأعراف، لذا إذا تمسك الخصم بعرف معين وكان القاضي علي غير علم به، فأنه يكلف الخصم بتقديم الدليل علي وجوده وتحديد مضمونه.

وإذا كانت القاعدة أن العرف يتسأوى مع القاعدة التشريعية في افتراض علم القاضي به والمحكم[١]، إلا أن العمل قد جري علي أن يقوم الخصوم بتأكيده وإثباته جريا وراء مصالحهم،أما العرف المحلي، فلا يفترض علم القاضي به ولا علم المحكم به[٢]. ومن ثم يقوم صاحب المصلحة من الخصوم بإثباته شأنه شأن الوقائع.

والواقع أنه إذا كان اختيار المحكم علي أساس أنه علي علم بالعرف التجاري في مهنة معينة، فيجب عليه أن يكون ملما بهذا العرف، لأنه شرط في اختياره من قبل الأطراف، فلا حاجة للأطراف في إثبات العرف أمام المحكم.

ب. القانون الأجنبي

قد يكون القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع قانونا اجنبيا، وذلك بمقتضى اتفاق الخصوم، في الواقع في المجال القضائي ذهب جانب من الفقه إلى

(١) د/ رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٦٤.
(٢) د/ نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٥٧.

افتراض علم القاضي به، بينما ذهب رأي آخر إلى أن القانون الأجنبي بمثابة واقعة من وقائع الدعوي يلزم الخصوم إثباته[١]، ويجوز إثباته بكافة الطرق.

وإذا كان موضوع الإثبات ينصب أساسا علي الوقائع المتنازع عليها بين طرفي الخصومة، سواء كانت وقائع مادية أو تصرفات قانونية، فإنه يمكن أن ينصب الإثبات علي أمور فنيه تخضع لتقدير الخبراء، ومن المتصور في مجال التحكيم أن تخضع بعض جوانب أحدي القوانين المختلف عليها بين الأطراف للإثبات، ويصدق ذلك علي إجراءات التحكيم التي تتبني النظام القانوني الانجلو الأمريكي، إذ يتم إثبات الجوانب المختلف عليها في أحدي القوانين الأجنبية بالاستعانة بشهادة خبير قانوني في شأن القانون الأجنبي[٢]. أما في النظم القانونية الآخري فيعد تطبيق القانون الأجنبي من المسائل القانونية التي يقتضي من المحكم العلم بها[٣].

ونري أنه في مجال التحكيم، فأنه يجب إثبات القانون الأجنبي أمام هيئة التحكيم عن طريق الخصوم، ولا يفترض علم هيئة التحكيم به، وذلك لأن الأطراف هم من اتفقو علي اختيار تطبيقه علي النزاع، كما أنه من الصعوبة بمكان معرفة المحكم لهذا القانون، وبتطبيقاته القضائية، خاصة وأن المحكم قد يكون من غير رجال القانون.

ج. العادة الاتفاقية

العادة الاتفاقية تستمد قوتها من اتجاه إرادة المتعاقدين إليها صراحة أو ضمنا، ومن ثم فإن إثباتها يقع على عاتق الخصم الذى يتمسك بها، وإذا كان لا يجوز للقاضي

(١) د/ أحمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ١٣.

(٢) د/ منير يوسف حامد المناصير، سلطة المحكم في الإثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ٨

(٣) د/ محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠١١، ص ٣١٥.

أن يقضى في شأنها بعلمه الشخصي[١]. إلا أننا نري أنه يمكن أن يكون اختيار المحكم من بين فئة التجار الذين لديهم علم بالعادة الاتفاقية في مجال النزاع، ويكون اختياره علي أساس هذا العلم، فيمكن له أن يحكم بمقتضي علمه بالعادة الاتفاقية بشرط تحقيق مبدأ المواجهة بشأن هذه العادة الاتفاقية واحترام حقوق الدفاع.

ثانيا شروط محل الإثبات أمام هيئة التحكيم

نصت المادة ٢ من قانون الإثبات المصري علي أنه " يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزا قبولها". فيشترط في الواقعة محل الإثبات أن تكون واقعة محددة، وممكن إثباتها وجائز قبولها، ومتنازعا عليها، ومتعلقة بالدعوي ومنتجة فهيا،وهذه الشروط عامة تطبق علي محل الإثبات أمام قضاء الدولة، وأمام التحكيم.

فيشترط في الواقعة محل الإثبات الشروط الآتية:

١- يجب أن تكون الواقعة محددة[٢]:

وهذا الشرط منطقي، لأنه من يطرق باب القضاء أو التحكيم يجب أن يدعى بشيء محدد، لأن الواقعة غير المحددة تبقى بطبيعتها غير قابلة للإثبات[٣].

وكذلك يجب أن تكون الواقعة محددة تحديدا كافيا حتى يمكن التحقق من أن الدليل الذى سيقدم يتعلق بها لا بغيرها. وبالتالي إذا كانت الواقعة لم تكن واضحة

(١) د/ رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٦٤. د/ نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٥٨.

(٢) د/ رمضان أبو السعود، الاشارة السابقة، ص ١٠٧.

(٣) د/ نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٦١.

الحدود ظاهرة المعالم فسوف تكون مجهولة، والمجهول لا يقبل الإثبات الذي يعتبر تأكيدا ويقينا، فمن يدعي ملكيته لشيء معين يجب عليه أن يعين سبب كسبه لهذه الملكية (تصرف قانوني – ميراث – تقادم)

وقد تتنوع الواقعة إلى إجابية وسلبيه، فالواقعة الأيجابيه يسهل إثباتها بإثبات الأمر الوجودي الدال عليها – مثل: واقعة التعاقد أو وقوع الفعل الضار أو النافع. أما الواقعة السلبيه، وهي يمكن إثبتاتها عن طريق إثبات واقعة أيجابية منافية لها – مثل: ادعاء المريض أن الطبيب قصر بعلاجه.

٢- يجب أن تكون الواقعة ممكنة:

يقصد بذلك أن تكون الواقعة ممكنة الحدوث حتى يمكن إثباتها[١]، فالمستحيل لا يصح عقلا إثباته ولا يجوز السماح به حرصا على وقت المحكمة. فلا يكون إثبات الواقعة مستحيلا، لأنه اذا كان كذلك فلا يصح عقلا طلبه فلا تكليف بمستحيل، وحتى تكون الواقعة ممكنة الإثبات يجب أن تكون ممكنة الوقوع عقلا ولو في حالات نادرة، وقد تكون الواقعة متصورة أو مقبولة عقلا، ومع ذلك يستحيل إثباتها.

٣- يجب أن تكون الواقعة متنازعا فيها:

إن الإثبات لا يكون إلا أمام القضاء أو التحكيم ولا يرفع إليهما الا الوقائع المتنازع حولها بين الخصوم[٢]، فإذا لم تكن الواقعة محل نزاع، فليس هناك ما يدعو إلى رفعها، ولا تكون هناك حاجة لإثباتها. لأن الخصم مسلم بصحتها، فهنا يجب علي المحكم اعتبار الواقعة ثابتة إذا سلم بها الخصم الآخر، ولا يجوز له مهما كان شعوره

(١) الإشارة السابقة، ص ١٠٩.

(٢) د/ نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٦٣.

أو اعتقاده أن يجعل ثبوتها محل تقدير من جانبه، ويكفي لاعتبار الواقعة ثابتة، وبالتالي عدم تكليف المدعي باقامة الدليل عليها، عدم المنازعة فيها ولا يستلزم إقرار المدعي عليها أو اعترافه بها بل يكفي سكوته[١].

ويجب لاعتبار الواقعة متنازعا فيها كما قالت محكمة النقض المصرية أن يكون الاعتراض علي الواقعة قاطعا وصريحا وشاملا وغير مخالف للنظام العام[٢].

٤- يجب أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى:

يشترط أن تكون الواقعة متصلة بموضوع النزاع، أو بالحق المتنازع فيه أو المطالب به، وذلك لعدم إضاعة وقت المحكمة أو هيئة التحكيم، فاذا لم تكن متصلة بموضوع الدعوى، فلا يجوز أن تكون محلا للإثبات. وجب علي هيئة التحكيم أن تقضي برفض التحقيق ولو من تلقاء نفسها[٣].

ويمكن للخصم التمسك أمام هيئة التحكيم بواقعة بديله للواقعة الأصلية، وهي التي يكون من شأنها إذا تم ثبوتها أثبتت الواقعة الأصلية، مثال ذلك، أن يقوم تاجر بتوريد بضاعة لآخر، وهذا التاجر قد ورد له صنفا رديئا، فيتقدم التاجر بدليل لإثبات أن كل عملائه الآخرين الذين اعتاد توريد هذه البضاعه إليهم لم يمتدحوا بضاعته، هنا تكون الواقعة متعلقة بالدعوي وإن لم تكن منتجة إلا أنها مقبوله في الإثبات[٤].

---

(١) د/ علي ابو عطيه هيكل، القواعد الإجرائية للإثبات امام المحكمين،المرجع السابق، ص ١٠.

(٢) نقض مدني مصري، ١٩٧٧/١/١٢، غير منشور.

(٣) د/ أحمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٧٧.

(٤) د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،نظرية الالتزام، الإثبات، المرجع السابق، ص ٦٢.

وتكون الواقعة متعلقة بالدعوي في حالتين هما:

أ. يجب أن تكون الواقعة المطلوب إثباتها مصدر الحق المدعى به.

ب. أن تكون الواقعة المطلوب إثباتها ليست متعلقة بموضوع الدعوى، ولكنها متصلة اتصالا وثيقا بالواقعة المتعلقة بموضوع الدعوى.

٥- يجب أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى(١):

يشترط أن يكون الوقعه منتجية في الدعوي التحكيمية، ويكون ذلك إذا كان شأن الواقعة إذا ثبتت أن توصل إلى إقناع المحكم بأحقية ما يدعى به أو تؤدى إلى قيام الحق أو الأثر القانوني المدعى به، وإلا فلا تصلح أن تكون محلا للإثبات ولو تعلقت بموضوع الدعوى.

٦- تكون الواقعة جائزة الإثبات قانونا:

يجب أن تكون والواقعة جائزة القبول وليست واقعة مستحيلة الوقوع أو غير قابلة للإثبات، ويجب أن لا يمنع القانون إثباتها، وقد يمنع القانون إثبات واقعة ما لأنها:

أ. مخالفة للنظام العام أو الأداب[٢] (إثبات دين مصدره المقامرة)

ب. يعد إثباتها افشاء لسر المهنة (حفاظا على أسرار المهنة)

ج. إذا كان إثباتها يتعارض مع قرينة قانونية قاطعة، فلا يجوز إثبات عدم صحة حكم قضائي لمخالفة ذلك لحجية الأمر المقضي.

---

(١) د/ رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ١١٧.
د/ نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٦٥.

(٢) د/ أحمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٧٩.

ونخلص مما سبق إلى أن المحكمين لا يملكون رفض إثبات وقائع النزاع التي تدخل في نطاق اتفاق التحكيم، وتوافر فيها شروط الواقعة القانونيه محل الإثبات، وهي أن تكون واقعة محددة ومتعلقة بالدعوي ومتنازعا فيها وأن تكون جائزة القبول ومنتجة في الدعوي[١]. وعند توافر الشروط المشار إليها في الواقعة محل الإثبات ينشأ الحق في الإثبات، وعلي هيئة التحكيم أن تسمح لمن يتمسك بها أن يثبتها بجميع الطرق القانونية، وعدم توافر تلك الشروط أو بعضها ينشئ للخصم الآخر الحق بالطلب من هيئة التحكيم استبعاد إثباتها.

المطلب الثاني
دور الخصوم في الإثبات أمام هيئة التحكيم

يخضع الإثبات أمام هيئة التحكيم لقواعد عامة مشتركة في مختلف النظم القانونية، وقد ذهبت بعض الانظمة القانونية إلى النص علي قواعد خاصة بأدلة الإثبات أمام المحكمين، مع منح الأطراف الحق في الاتفاق علي مخالفتها، وإذا لم يوجد اتفاق وجب مراعاتها.

في الواقع حق الخصم في الإثبات هو حق مقدس، ومكمل لحقه في الالتجاء إلى القضاء أو إلى التحكيم، ويقابل حق الخصم في إثبات ما يدعيه، حق خصمه في نفيه. فالمبدأ في نظام الإثبات بشكل عام أن الدعوى ملك الخصوم،[٢] وعلى ذلك فإن الإثبات

(١) د/ منير يوسف حامد المناصير، سلطة المحكم في الإثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ٢٢.

(2) MOTULSKY, Relation méthodique de droit positif, these, loyon,1947, p. 25.

أيضا حق للخصوم[١]. فإذا كان الإثبات عبئا يفرض على المدعى لإثبات ما يدعيه وتقديم الدليل على ادعائه، فهو فى نفس الوقت حق له لا يستطيع القاضي أو المحكم أن يحرمه منه أو يحجبه عنه، وإلا كان حكمه مشوبا بعيب ويستوجب نقضه.

ويعد تعيين الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات في غاية الأهميه، وذلك أن تكليف أحد أطراف الخصومة بالإثبات يجعل الخصم الآخر في مركز أفضل، لأنه يقف موقفا سلبيا، فيمكن أن يكسب الدعوي إذا عجز الخصم الآخر عن إقامة الدليل. لذلك يجب علي هيئة التحكيم أن تحدد الخصم الذي يتحمل عبء الإثبات، كما يجب عليها أثناء الخصومة أن تمكن الخصم من إبداء ما لديه من أدلة ومستندات، كما عليها أن تستجيب لطلبات إجراء الإثبات التي يطالبها، كسماع الشهود أو ندب الخبير، وعليها أثناء إصدار التحكيم، أن تشير إلى أدلة الخصوم وطلباتهم، وتبين أسباب قبولها أو رفضها. ويجب عليها أن تعتد بالأدله، وأن تفحصها وتقدرها وتستند إليها في حكمها. وألا تكون قد أخلت بحق الخصم في الدفاع.

سنشير إلى دور الخصوم في تحديد إجراءات الإثبات، وذلك في الفرع الأول، ونبحث حدود حق الخصوم في الإثبات، وذلك في الفرع الثاني، ثم نعالج عبء الإثبات، وذلك في الفرع الثالث.

الفرع الأول
دور الخصوم في تحديد إجراءات الإثبات

في الواقع يحكم سير إجراءات الإثبات أمام القضاء لنظام رسمه القانون، فلا يجوز للقاضي أو للخصوم مخالفته، أما بالنسبة لخصومة التحكيم، فنجد أن إرادة

(١) د/ أحمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص٧. د/ نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص٢٥.

الأطراف لها دور كبير في تنظيم هذه القواعد، وذلك لنشأة الاتفاقية للتحكيم، كما أن سلطة هيئة التحكيم لها دور في هذا المجال، طالما احترمت الضمانات الأساسية الواجب مراعاتها(١).

أولا: تحديد إجراءات الإثبات في التشريعات الوطنية

في حقيقة الأمر، من المستقر عليه في كافة أنواع التحكيم إعمال مبدأ " سلطات إرادة الخصوم في تحديد النظام الإجرائي لخصومة التحكيم"(٢)، ومع منح المحكمين سلطة في حالة عدم وجود اتفاق للخصوم، ولكن الأصل هو مبدأ سلطان إرادة الخصوم في تحديد النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، نظرا للطبيعة الإرادية لعملية التحكيم،وباعتبار أن التحكيم اتفاقي النشأة قضائي الأثر(٣).

ولا يوجد شكل معين يحكم وينظم إجراءات الإثبات أمام هيئة التحكيم، فالمسألة خاضعة لاجتهاد هيئة التحكيم، ولما اتفق عليه الأطراف(٤). فالأصل أن الخصوم هم

---

(١) د/ عاشور مبروك، النظام الاجرائي لخصومة التحكيم، مرجع سابق، بند ٨٥، ص ١٨٤، د/ صبري محسن الديابات، إجراءات التحكيم التجاري الدولي، رسالة عين شمس، ٢٠٠٤، ص ٢٥٠.

(2) Ph FOUCHARD, L'arbitrage commercial international, D., 1965, no 471 et s; J. ROBERT, l'arbitrage droit interne et droit interntional, Dalloz., 6e éd.1993, p. 54 et s.

د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختيار والاجباري، المرجع السابق، بند ٦، ص ٢٢، د/ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي،، دار النهضة، ١٩٩٧، ص ٨٣٧، د/ أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون ر٤م ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وانظمة التحكيم الدولية، المؤسسة العامة للطباعه والنشر، ٢٠٠٤، ص ١٠٧، د/ مصطفي الجمال ود/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، بند ١٣٨، ص ٢١١.

(٣) د/ محمود السيد التحيوي، الاتجاهات النظرية والحلول الوضعية في تحديد التنظيم الاجرائي لخصومة التحكيم، المرجع السابق، ص١٢٢.

(٤) د/ سامي محسن حسين السري، بعض الجوانب في القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، رسالة، حقوق عين شمس، ٢٠٠٤، ص٣٢٢.

المعنيون بتنظيم إجراءات الإثبات أمام هيئة التحكيم، ولهم سلطة واسعة في هذا الصدد. حيث لهم الاتفاق علي تحديد القواعد التي تنظم هذه الإجراءات، سواء بالإحالة إلى قواعد قانونية، أو القيام بتنظيم خاص لها بشرط ألا يخالف القواعد المتعلقة بالنظام العام في الإثبات. مثل مراعاة حقوق الدفاع.

في الواقع يخضع الإثبات أمام هيئة التحكيم لقواعد عامة مشتركة في مختلف النظم القانونية، أما أدلة الإثبات فبعض القوانين نصت علي قواعد خاصة بأدلة الإثبات أمام المحكمين، غير أن هذه القواعد الخاصة يجوز للأطراف الاتفاق علي مخالفتها، فإذا لم يوجد اتفاق وجب مراعاتها[١].

ويلاحظ أنه إذا لم يتفق أطراف التحكيم علي تحديد القواعد الواجب التطبيق علي الإثبات فيكون لهذه الهيئة سلطة اختياره، وقد يرجع عدم الاتفاق بين الأطراف إلى الإهمال أو النسيان، أو ترك هذه المسألة لهيئة التحكيم، أو اختلاف في وجهات النظر، ويتصور انعقاد الاتفاق علي التحكيم دون أن يشتمل علي تحديد قواعد الإثبات الواجبة التطبيق، فذلك ليس شرطا لانعقاده، إلا إذا علق الانعقاد علي شرط الاتفاق علي هذه القواعد، واختيار هيئة التحكيم للقانون الواجب التطبيق هو اختيار له بصفته قانونا حاكما لقواعد الإجراءات أمام هيئة التحكيم.

وحرية هيئة التحكيم في تحديد التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم ليست مطلقة، بأن تختار ما تشاء من الانظمة الإجرائية بحيث تخالف التوقعات المشروعة للطرفين[٢]، بل عليها أن تدخل هذه التوقعات في الحسبان. بأن تختار نظاما إجرائيا،

(١) د/ محمود حسن شعيب، النظام القانوني لخصومة التحكيم في ضوء قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي وقانون التحكيم المصري، رسالة، ج اسكندرية، ٢٠١٣، ص٢٢٧.

(٢) د/ مصطفي الجمال ود/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص ٢٢٩.

وطنيا أو اجنبيا أو دوليا، أكثر ملاءمة، أي له علاقة بالنزاع، مثل قانون بلد المقر أو قانون بلد التنفيذ، أو قانون بلد القانون الموضوعي الواجب التطبيق علي النزاع موضوع، مع مراعاة أنه عند اختيار نظاما إجرائيا يكون معتمدا لدي أحد مراكز التحكيم المؤسسي، فإنه يجب مراعاة أن هناك مراكز تحكيم متخصصه في نوع معين من المنازعات مثل مراكز تحكيم منازعات الاستثمار.

ولم تنص المادة ٢٥ تحكيم علي قواعد المتعلق بتحديد الإجراءات الإثبات، لذا فالأصل أن يتولي الخصوم وهيئة التحكيم تحديد هذه الإجراءات، ولا تتقيد الهيئة في ذلك بقواعد قانون المرافعات أو قانون الإثبات، ولا تلتزم إلا بما اتفق عليه الأطراف من قواعد وإجراءات تنظيمية تتعلق بالإثبات. حيث إن الالتجاء إلى التحكيم يهدف إلى السرعة وسهولة الإجراءات تفاديا لطول الإجراءات أمام القضاء[١].فطبقا لنص المادة ٢٥ تحكيم، لا يلزم الأطراف باتباع الإجراءات التي ينص عليها قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨، فيجوز للأطراف الاتفاق علي إجراءات إثبات مختلفة عن تلك التي ينص عليها هذا القانون، أو علي إخضاعها لقانون أو نظام قانوني معين[٢]. وقد أقر اتحاد المحاميين الدوليين، ويعرف اختصارا ب IBA قواعد للإثبات في التحكيم، وهذه القواعد مكملة للقواعد القانونية واجبة التطبيق، ويمكن للأطراف الاتفاق علي تطبيق بعض نصوصها دون البعض الآخر، ولكن الاتفاق عليها لا يخل بالقواعد الأمره التي ينص عليها القانون واجب التطبيق[٣]. وقد يتفق الأطراف علي إضافة إجراء آخر غير

(١) د/ محمود حسن شعيب، النظام القانوني لخصومة التحكيم في ضوء قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي وقانون التحكيم المصري،المرجع السابق، ص ١٩٤.

(٢) د/ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا، المرجع السابق، ص ٤٦٥.

(٣) د/ محمود سمير الشرقاوي، ود محمد صلاح الدين عبد الوهاب، قواعد الإثبات في التحكيم الدولي كما وضعتها النقابة الدولية للتحكيم، مجلة التحكيم العالمية، العدد ١٥، يوليو ٢٠١٢، ص ٢٤ وما بعدها.

التي ينص عليها القانون الذي يحكم الإجراءات، كالاتفاق علي تطبيق نظام الشهادة الكتابية بدلا من الشفوية، أو تطبيق نظام توجيه الأسئلة المتبأدلة من الطرفين إلى الشهود، أو الأخذ بنظام الكشف المتبادل للطرفين علي مستنداته للطرف الآخر(١)، وإذا اتفق الأطراف علي إجراءات إثبات معينة، فيجب علي هيئة التحكيم احترامها، كما أن لهيئة التحكيم – عند عدم اتفاق الأطراف- أن تقرر إجراءات الإثبات التي تراها مناسبة، فهي ليست ملزمة بإجراءات الإثبات التي ينص عليها قانون الإثبات، وتكون سلطة الأطراف أو سلطة الهيئة في هذا الشأن، هي نفس سلطتهم بالنسبة لإجراءات التحكيم التي تنص عليها المادة ٢٥ تحكيم. ويجب دائما احترام الضمانات الأساسية للتقاضي، فيجب علي هيئة التحكيم احترامها ولو اتفق الأطراف علي إجراءات إثبات تخالفها، وبصفة خاصة يجب مراعاة احترام حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة(٢). ويجب علي هيئة التحكيم مراعاة الأمور الآتية عند تنظيمها لإجراءات الإثبات، وهي احترام مبدأ المسأواه، وذلك بإعطاء كل طرف نفس المساحة الزمنية لعرض حججه وأدلته دون زيادة أو نقصان، وكذلك مراعاة أن يكون المحتكم أول من يترافع ويتكلم، والمحتكم ضده التالي له، يعقبة ويقدم دفاعه وردوده وطلباته المقابلة(٣).

ويجب علي هيئة التحكيم أن تحترم مبدأ المواجهة أثناء تنظيم إجراءات الإثبات، وذلك بتمكين كل خصم من معرفة ما قدمه الخصم الآخر. ويجب عليها أن تثبت في حكمها أنها اكتفت بتقديم المستندات المكتوبة، وأنه تم تبادلها بالنحو الصحيح بين الأطراف، وتم تمكينهم من الاطلاع عليها ومناقشة والرد علي ما جاء بها، كل ذلك حتي

(١) د/ أكثم الخولي، بدء التحكيم وسيره طبقا لنظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي، مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث، ص ١٢.

(٢) استئناف القاهرة، د.٧ تجاري، ٢٠٠١/٣/١٢، دعوي رقم ٤٩ لسنة ١١٧ق، غير منشور.

(٣) د/ أحمد عبد الكريم سلامه، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ٥٠٨.

لا يتعرض الحكم للطعن عليه بالبطلان لخروجه عي مبدأ المواجهة[١]. ويمتد التنظيم إلى الإجراءات الكتابية التي توضح موقف كل طرف ورؤيته في الرد علي ادعاءات الطرف الآخر وتقديك سائر دفوعه، لذا يمكن للهيئة أن تسمح بتقديم الطلبات والمستندات المكتوبة دون استلزام حضور الخصوم بأنفسهم أو من يمثلهم ودون إجراء مناقشة شفهية[٢]. ويلجأ إلى ذلك عادة في تحكيم الصنف أو النوع في البضائع والمعدات، عندما يثور الخلاف حول مدي مطابقتها للمواصفات في تجارة تلك البضائع والمعدات ولما اتفق عليه الطرفان.

ويري جانب من الفقه[٣]، أن هناك تعارضا ظاهريا بين نص المادة ٢٥ تحكيم والتي كرست مبدأ سلطان الإرادة للخصوم في تحديد التنظيم الإجرائي بصفة عامة لخصومة التحكيم، وبين مجمل نصوص قانون التحكيم المصري، والتي تحمل علي الاعتقاد بأن المشرع المصري قد اعتنق مبدأ خضوع إجراءات التحكيم لدولة المقر، سواء في خصومة التحكيم أو في الخصومة القضائية، والذي يؤكد هذا الاعتقاد المادة الأولي من قانون التحكيم والتي تنص علي سريان أحكام هذا القانون علي كل تحكيم أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان يجري في مصر. كما أن المادة ٢٥ تحكيم أقرت بحرية الطرفين المحتكمين في إخضاع خصومة التحكيم لنظام إجرائي يكون معتمدا لدي مركز تحكيم مؤسسي مصري أو أجنبي لم تأت علي ذكر حريتهما في إخضاع خصومة التحكمي لقانون وطني من قوانين الدول الآخرى، ويذهب جانب آخر من الفقه إلى أن هذا التعارض يكون ظاهريا، حيث يتميز قانون التحكيم

(١) د/ محمود حسن شعيب، النظام القانوني لخصومة التحكيم في ضوء قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي وقانون التحكيم المصري، المرجع السابق، ص ١٩٥.

(٢) د/ علي بركات، خصومة التحكيم في المصري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص ٣٣٦.

(٣) د/ مصطفي الجمال ود/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص ٢٢٤.

المصير بنزعة تحررية واضحه، وبصفة خاصة في تحديد النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، تنسجم مع القانون النموذجي للتحكيم الذي اقرته لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام ١٩٨٥ والذي استمد منه قانون التحكيم المصري أحكامه(١).

وهناك ما يؤكد حرية الأطراف في اختيار أي قانون وطني إجرائي تخضع له خصومة التحكيم – سواء كان هو قانون التحكيم أو أي قانون آخر، وسواء كان التحكيم يجري في مصر أو في الخارج، وسواء كان التحكيم دوليا أو داخليا. فمن ناحية اختيار الطرفين لقانون إجرائي أجنبي في حالة التحكيم الذي يجري في مصر لا يحول دون خضوع خصومة التحكيم لقانون التحكيم المصري، وذلك إعمالا لنص المادة الأولي منه، حيث يطبق القانون الأجنبي المختار في حالة المسأل التي أورد في شأنها قانون التحكيم المصري قواعد مكملة أو المسائل التي لم يرد في شأنها نصا(٢).

أما فيما يتعلق بسلطة المحكمين في تحديد النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، فهي سلطة احتياطية، ولا تظهر إلا إذا لم يستعمل الطرفين المحتكمين خيارتهم المتاحه لهم، بشكل كلي أو جزئي، وفي هذه الحالة فقد نصت المادة ٢٥ تحكيم أنه إذا لم يوجد اتفاق بين الطرفين علي الإجراءات الواجبة الاتباع كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذه القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة.

وقد ذهبت التشريعات الوطنية المختلفة إلى إعطاء الأطراف الحرية الواسعة في تنظيم إجراءات الخصومة بكافة مراحلها، بما في ذلك إجراءات الإثبات، وبالتالي فإن هيئة التحكيم تدير إجراءات الإثبات وفقا لما اتفق عليه الأطراف، ونظرا لعدم خبرة الأطراف ومقدرتهم علي تنظيم إجراءات الإثبات لخطورتها وأهتميتها، فعادة ما يترك

(١) د/ أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، بند ٩٠، ص ١٠٧.

(٢) د/ مصطفي الجمال ود/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص٢٢٥.

أمر تنظيمها لهيئة التحكيم لتقرر الإجراءات التي تراها صالحة ومناسبة وفقا لما نصت عليه المادة ٢٥ تحكيم، إلا أنه قد تغفل الأطراف وهيئة التحكيم عن تنظيم إجراءات الإثبات بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وبالتالي يثور التساؤل عن مدي إمكانية تطبيق قواعد الإثبات المطبقة أمام المحاكم، خاصة في حالة غياب نصوص التحكيم عن تنظيم هذا الموضوع.

نلاحظ أن التشريعات المختلفة قد اتبعت أحد الاتجاهين الآتيين:

الاتجاه الأول: يري تطبيق إجراءات الإثبات المطبقه أمام المحاكم في حالة غياب اتفاق الأطراف وعدم تنظيم الهيئة لهذه القواعد، كما في نص المادة ٧٥٤ مرافعات الليبي(١).

ويلاحظ علي هذا الاتجاه الآتي:

الفرض الأول: أن يتفق الخصوم علي كافة مراحل الإجراءات بما في ذلك إجراءات الإثبات ولاقيد عليهم في ذلك.

الفرض الثاني: في حالة غياب إرادة الأطراف في الاتفاق علي إجراءات معينة، يكون لهيئة التحكيم تنظيم هذه الإجراءات، وسلطتهم في ذلك هي نفس سلطة الأطراف، فلا يوجد أي قيد علي إرادة هيئة التحكيم، فيما عدا وجوب احترام المبادئ الأساسية للتقاضي، فهذه لا تحتاج إلى نص، فيجب علي المحكمين احترامها ولو اتفق الأطراف علي إجراءات الإثبات تخالفها.

الفرض الثالث: إذا غاب اتفاق الأطراف ولم ينظم هيئة التحكيم هذه الإجراءات، وجب مراعاة قواعد الإثبات المتبعة أمام المحاكم، وهذا لا يعني التطبيق المطلق لهذه القواعد، بل لابد من مواءمتها بما يتفق ونظام التحكيم.

(١) د/ محمود حسن شعيب، النظام القانوني لخصومة التحكيم في ضوء قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي وقانون التحكيم المصري، المرجع السابق، ص ٢٣٠.

وقد ذهب بعض الفقه[١] إلى أن القاعدة العامة هي تطبيق المحكمين القواعد والمواعيد المقررة في الأحكام الخاصة بإجراءات الإثبات في قانون المرافعات أو في القانون الخاص بالإثبات، ما لم يتفق الأطراف علي إعفائهم من التقيد بقواعد المرافعات أو كانوا مفوضين بالصلح، وتتبع هذه القواعد بالنسبة لجميع طرق الإثبات، فتتبع في استجواب الخصوم، وفي توجيه اليمين الحاسمة والمتممة، وعند الانتقال للمعأينة وسماع الشهود وندب الخبراء وفي تحقيق الخطوط.

الاتجاه الثاني: يمنح هيئة التحكيم ذاتها مهمة تحديد إجراءات الإثبات المناسبة، في حالة غياب اتفاق الأطراف، وذلك بمراعاة ما هو منصوص عليه في قانون التحكيم. وهذه ما قررته المادة ٢٥ تحكيم، عندما نصت علي أنه "لطرفي التحكيم الاتفاق علي الإجراءات التي تتبعها الهيئة بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذه في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر أو خارجها، فإن لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذه القانون أن تختار إجرءات التحكيم التي تراها مناسبة. وهذا ما أخذ به القانون الفرنسي. والواقع أن دور مركز التحكيم هو مساعدة الأطراف في تحديد الإجراءات، وليس له دور قضائي، حيث إن الدور القضائي يكون لهيئة التحكيم[٢].

وبالنسبة للمشرع المصري فنجد أنه يطلق الحرية للأطراف في الاتفاق علي القواعد الإجرائية في الإثبات أمام المحكمين دون أي تقييد بالقواعد المنصوص عليها

---

(١) د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء والصلح، دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٧، ص ٢٣٢.

(2) T. CLAY, L'arbitre, op. cit., n° 209, CA Paris, 15 sept. 1998, op. cit., n°,p. 103, note lalive; Cass. Civ., 1 re, 20 fev. 2000, op. cit., n°, p. 54, note T. Caly.

في قانون الإثبات، غير أن هذه الحرية لا تمتد إلى المبادئ الأساسية للتقاضي باعتبارها من النظام العام[١]، مثل مراعاة حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة.

وفي حالة غياب الاتفاق، يكون لهيئة التحكيم اختيار إجراءات الإثبات المناسبة، ولكن علي عكس سطلة الأطراف، فسلطتها هنا مقيدة بموجوب مراعاة إجراءات الإثبات المنصوص عليها في قانون التحكيم، وبالتالي لا يجوز لهيئة التحكيم تجاهل هذه القواعد وتنظيمها قواعد جديدة، وكل ما علي هيئة التحكيم هو تكملة هذه القواعد بما تراها مناسبا.

وقد ذهب بعض الفقه إلى أنه يتقيد المحكم بطريق الإثبات التي عينها المشرع في القانون، وبذلك يمكن للقانون حمأية أطراف النزاع من مخاطر تحكم هيئة التحكيم وأخطائها عند اختيار البينه، ولا يكفي أن تكون الواقعة جائزة الإثبات فحسب، بل يجب أن تكون جائزة الإثبات بالدليل المطلوب تقديمه، وفقا لنظام الإثبات الواجب التطبيق، ولهذا فإنه لا يقبل سماع شاهد لإثبات واقعه لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة، ولا يقبل توجيه اليمين المتممة إذا انعدم الدليل أو وجد دليل كامل في الدعوي[٢].

ونري أن للمحكم سلطات واسعة في تحديد إجراءات الإثبات لخصومة التحكيم، إلا أن هذه السلطات ينبغي ألا تترك طليقة، وذلك ضمانا لحقوق أطراف التحكيم، ويمكن رصد أهم القيود الواردة في هذا الشأن بما يلي:

---

(1) B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 211.

(٢) د/ منير يوسف حامد المناصير، سلطة المحكم في الإثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ٢٦.

القيد الأول: الالتزام بفحوي ما اتفق عليه الخصوم:

يقتضي مبدأ حياد المحكم ألا يخرج عن حدود ولأيته كما حددها الاتفاق علي التحكيم، ليس فقط في عناصر النزاع الثلاثة وإنما في السلطة الإجرائية التي يمارسها عند تحديد قواعد الإثبات، فإذا اتفق الخصوم علي ضرورة المرافعات الشفوية فإنه لا يجوز للمحكم أن يضع نصا يحظر ذلك، ويكتفي بالمستندات المكتوبة[1].

القيد الثاني: ملاءمة الإجراءات للنزاع:

ينبغي علي المحكم أن يأخذ بعين الاعتبار عناصر الملاءمة، وملاءمة الإجراءات لطبيعة النزاع، وهي سلطة موضوعيه لا تقوم علي الاعتبار الشخصي التقديري لوجهة نظر المحكم، ومن مقتضيات ذلك المواءمة بين طبيعة النزاع وظروف نشأته، وأساسه القانوني ومفاصله، وبين الإجراءات الازمة لحسمة، ومع إقامة التوازن بين مختلف عناصر شريعة التحكيم من سرعة وسرية ومرونة، ولا ينبغي أن يطغي عنصر علي عنصر أخر. فإذا كانت فكرة الوقت فيمة غالية من مكونات فكرة العدالة ذاتها، باعتبار أن العدالة هي إعطاء كل ذي حق حقة في الوقت المناسب، إلا أنه ينبغي أن تطغي هذه الفكرة علي باقي مكونات فكرة العدالة.

وتكون سلطة هيئة التحكيم بالنسبة لاتخاذ إجراءات الإثبات المتعلقة بالدعوي هي نفس سلطة المحكمة، ويعتبر قيامها بهذه الإجراءات أحدي وظائفها الأساسية، فلهيئة التحكيم ولو من تلقاء نفسها أن تسمع الشهود أو تقرر الانتقال للمعأينة أو تندب أحد أعضائها للقيام بذلك، أو تقرر الاستعانه بالخبراء في مسائل معينه، كما لها أن تأمر بإخطار الخصوم من أجل استجوابهم، وهي لا تتقيد عند اتخاذها هذه الإجراءات

(١) د/ محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، دار الفكر العربي، ١٩٩٠، ص ٢٣٥.

بمكان معين، فيمكن أن تتم هذه الإجراءت بأكثر من مكان، وهذه ما نصت عليه المادة ٢٨ تحكيم.

والأصل أن تتخذ هذه الإجراءات من هيئة التحكيم مجتمعة في حالة تعدد المحكمين، إلا أنه قد لا يكون ميسرا في جميع الأحوال لكون المكان الواجب إجراء الإثبات فيه بعيدا عن مقر الهيئة، لهذا يمكن لهيئة التحكيم السماح بانتداب أحدهم للقياك بأحدي إجراءات الإثبات بشرط إثبات ذلك في محضر الجلسة. كما هو منصوص عليه في المادة ١٤٦١ مرافعات فرنسي، ولم ينص قانون التحكيم المصري علي هذا الأمر، إلا أن الفقه لا يمانع من قيام الهيئة بانتداب أحدهم بالقيام بالإجراء.

ثانيا: تحديد قواعد الإثبات في التحكيم الدولي

وإذا كان الأصل هو ترك المجال بشكل مباشر أمام إرادة الخصوم في تحديد قانون الإثبات المطبق علي خصومة التحكيم أو بشكل غير مباشر بطريق الإحالة إلى نظام إجرائي معين، ففي الواقع العملي لا يستعمل الخصوم هذا السلطة من حيث المبدأ، أو يستعملونها ولكن بشكل غير كاف، بحيث لا يغطي اتفاقهم كل المسائل الإجرائية في خصومة التحكيم، نظرا لعدم إلمامهم بعلم المرافعات والإثبات وتطبيقاته في الدول المختلفه، وعندئذ يثور التساؤل وبصفة خاصة في مجال التحكيم الدولي، عما إذا كان يجب البحث عن حل وضعي في تنازع القوانين، وذلك بتطبيق قاعدة اسناد معينة، أم أن الحل يتم خارج نطاق نظرية تنازع القوانين، ويمكن التمييز بين اتجاهين في هذا الصدد، اتجاه تقليدي يربط الحل بنظرية تنازع القوانين[1]، واتجاه حديث، يحرر الحل من

(١) يري انصار هذا الاتجاه أن القانون الإجرائي الواجب التطبيق علي خصومة التحكيم الدولي هو قانون المحكم، علي غرار خضوع الخصومة القضائية في المنازعة ذات العنصر الأجنبي لقانون القاضي، إلا انهم اختلفوا حول المقصود بقانون المحكم، وظهر في هذا الصدد رأيان هما: الرأي الأول: قانون المحكم هو قانون الإرادة: يذهب انصار هذا الاتجاه إلى أن القانون الواجب التطبيق =

هذه النظرية، ويترك المسألة برمتها لمبدأ سلطان إرادة الخصوم في تحديد النظام الإجرائي – خاصة قواعد الإثبات – لخصومة التحكيم، وسلطة المحكمين(١).

وتنتجة أغلبية نظم التحكيم ومؤسساته إلى تحرير مسألة تحديد النظام الإجرائي – خاصة نظام الإثبات – لخصومة التحكيم الدولي من قيد نظرية تنازع القوانين، وإعطاء المجال فسيحا أمام سلطة المحكمين وإرادة الخصوم في تحديد القواعد

=

من الناحية الإجرائية هو القانون الذي اختاره الطرفان بإرادتهما، ويسمي قانون المحكم، وقد يكون الاتفاق صريحا أو ضمنيا يستفاد من اتفاق الطرفين علي التحكيم في دولة معينة، فيكون القانون الإجرائي لهذه الدولة هو قانون خصومة التحكيم Ph FOUCHARD, L'arbitrage commercial international, op, cit, p, 499. ويستند انصار هذا الرأي إلى الطبيعة الاتفاقية للتحكيم والي ولاية المحكم لا تستند إلى قانون دول معينة. واختيار الخصوم علي تطبيق قانون معين يصبح قواعد الأجرائية جزء ماديا من الاتفاق علي التحكيم تطبق بشكل مباشر علي خصومة التحكيم د/ مصطفي الجمال ود/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص ٢١٤. ويلاحظ أن المشكلة في هذا الاتجاه تظهر عندما يخلو اتفاق التحكيم من الإشارة إلى قانون معين.

الرأي الثاني: قانون المحكم هو قانون دول مقر التحكيم: يسود هذا الرأي في الدول الانجلوامريكية، ويذهب إلى أن القانون الإجرائي الواجب التطبيق علي خصومة التحكيم هو قانون دولة مقر التحكيم، وهو يعتبر بهذه المثابة قانون المحكم، سواء اتفق الأطراف المحتكمون علي ذلك أم لم يتفقوا، فإذا اتفقو علي قانون إجرائي اخر، فإنه تبقي لقانون دولة المقر السيادة، بحيث إذا خالفت القواعد الإجرائية المتفق عليها النظام العام في القانون الاجرائي لدولة المقر، فانه يعني استبعاد القانون المتفق عليه. ويطبق قانون دولة المقر، اعمالا الآثار فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص. د/ محمود حسن شعيب، النظام القانوني لخصومة التحكيم في ضوء قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي وقانون التحكيم المصري، المرجع السابق، ص ١٢٨. ويستند انصار هذا الرأي إلى الطبيعة القضائية للتحكيم علي طبيعة العقدية والي مبدأ أقليمية القانون الإجرائي. والنقد الذي وجه لهذا الرأي يكمن في صعوبة استنباط إرادة الأطراف المحتكمين واتجاهها نحو تطبيق قانون اجرائي معين لمجرد اختيار التحكيم علي ارضي دولة معينة، فقد يكون هذا الاختيار لاعتبارات اخري بعيدة تمام عن رغبتهم في تطبيق القانون الإجرائي لهذه الدولة، وقد يرجع إلى ما يسمي بالمزاج السياحي.

(١) د/ محمود السيد التحيوي، الاتجاهات النظرية والحلول الوضعية في تحديد التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم، المرجع السابق، ص ١٢٢.

الإجرائية الواجبة التطبيق علي خصومة التحكيم الدولي، بغير ارتباط بقانون إجرائي معين، سواء كان هو قانون دولة المقر، أو قانون دولة القانون الواجب التطبيق علي موضوع النزاع.

ويرجع ذلك لصعوبة تطبيق فكرة الإسناد، فليس النظام الدولي قاعدة إسناد خاصة في هذا الشأن، كما أنه لا يمكن تفضيل قاعدة إسناد وطنية علي قاعدة إسناد وطنية أخري، لأنه لا يتوافر لدي المحكمين عناصر هذا التفضيل(١).

وقد انتقد الاتجاه الحديث في تحديد التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم علي أساس أنه قد يهدد الضمانات الأساسية للتقاضي عن التحرر من القيود الإجرائية لقانون دولة المقر، كما أن المحكم في تحديده لنظام الإجرائي قد يضطر إلى إعمال قانون إجرائي وطني معني لضمان فاعلية التنفيذ(٢).

ويلاحظ أن الشريعات الداخلة ومراكز التحكيم المؤسسي، والتشريعات الدولية لم تترك حرية المحكمين مطلقة في تحديد التنظيم الإجرائي – خاصة نظام الإثبات - لخصومة التحكيم، بل قيدت هذه الحرية بقيدين أساسيين:

القيد الأول: احترام النظام العام الدولي في التحكيم الدولي، واحترام النظام العام الداخلي في التحكيم الداخلي.

القيد الثاني: احترام ضمانات التقاضي الأساسية بشكلها التقليدي علي الأقل، والمتمثل في احترام حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة، وبما تقتضية من المساواة بين الخصوم.

---

(١) د/ مصطفي الجمال و د/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، بند ١٤٢، ص ٢١٨.

(٢) الاشارة السابقة.

في الواقع للأطراف والمحكمين الخيار في حديد إجراءات الإثبات بين الأوضاع الآتية:

الوضع الأول: خلق قواعد الإثبات المطبقة علي خصومة التحكيم المنظورة بين عدة قواعد، وطنية أو أجنبية أو دولية، دون ردها إلى أصل نشأتها.

الوضع الثاني: اختيار قانون معين للإثبات، سواء كان وطنيا أو أجنبيا، دون التقيد بقانون دولة المقر، أو قانون دولة التنفيذ بالضرورة.

الوضع الثالث: الإحالة إلى نظام يكون معتمدا في دولة أو مركز تحكيمي مؤسسي وطني أو اجنبي أو دولي.

الوضع الرابع: الإحالة إلى قانون دول المقر،أو قانون دولة التنفيذ.

والغالب يكون ذلك في التحكيم الدولي، ولكن لا مانع من تطبيق نفس الآليات علي التحكيم الداخلي[1]، وخاصة التحكيم المؤسسي، بل إن اختيار الطرفين لمركز تحكيم معين، يعني بذاته اتفاقهم علي تطبيق القواعد الإجرائية علي خصومة التحكيم المعمول بها في هذا المركز.

بالنسبة لأنظمة التحكيم في الدول العربية، فإن منها ما لا يقيم التفرقة بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي، أو علي الأقل فيما يتعلق بمسألة تحديد التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم. ومنها ما يقيم التفرقة، ويذهب القسم الثاني إلى الأخذ بالتفرقة ولكن لا يرتب عليها نتائجها في مجال الإثبات. ودون أن ترتب علهيا نتائجها فيما يتعلق بالمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق علي الإثبات. مثل القانون

(١) الاشارة السابقة.

المصري، والقانون السوري والقانون الأردني، والقانون العماني، والقانون السعودي، والقانون الإماراتي، والقانون الكويتي، والقانون العراقي.

فمن الملاحظ أن قانون التحكيم المصري لم يفرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي فيما يتعلق بنظام الإثبات في خصومة التحكيم. مع أن هذا القانون يطبق علي كافة أنواع التحكيم، سواء كان دوليا أو داخليا أو مدنيا أو تجاريا.

إذا الأصل طبقا لنص المادة ٢٥ تحكيم هو إعمال مبدأ سلطان إرادة الخصوم في تحديد النظام الإجرائي للإثبات لخصومة التحكيم، فإذا لم إذا لم يجد اتفاق فإن هيئة التحكيم تتولي تنظيم مسألة الإجراءات، وسلطة المحكمين سلطة احتياطية. يلاحظ علي نص هذه المادة أن المشرع المصري لم يأخذ فيما يتعلق بتحديد التنظيم الإجرائي للإثبات في خصومة التحكيم بالاتجاه القائل بأن يتم ذلك علي ضوء نظرية تنازع القوانين في التحكيم الدولي، فلم يرجح بين قانون دولة دون قانون دولة أخري، وانما ترك الحرية لهيئة التحكيم[١]. ولهيئة التحكيم نفس الخيارات المتاحه للخصوم في هذا الشأن أيا كان نوع التحكيم، مع مراعاة أن التحكيم الوطني الذي يجري في مصر يخضع أصلا لقانون التحكيم المصري، وتظل للقانون المختار من قبل هيئة التحكيم ولأية احتياطية في حالة القواعد المكملة فيه، وفي حالة سكوته عن حكم مسألة معينة.

ففي الواقع العملي في مصر كما هو الغالب في اغلب الدول العربية، نجد أن الخصوم ليست لديهم القدرة العملية الكافية لتحديد قواعد الإثبات لخصومة التحكيم، ولذلك فهم عادة ما يكتفون بالإحالة إلى قانوني إجرائي معين، أو نظام إجرائي يكون

(١) الاشارة السابقة، ص ٢٢٠

معتمدا لدي مركز أو منظمة تحكيم مؤسسي. وقد يتم اتفاق الأطراف صراحة أو ضمنيا علي نظام الإثبات المصري.

وبالنسبة للنظام الفرنسي، فقد فرق القانون الفرنسي بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي في التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم، وقد أخذت عنه العديد من أنظمة التحكيم في الدول العربية، منها قانون أصول المحاكمات اللبناني، والقانون الجزائي، والقانون التونسي، والقانون المغربي، والقانون البحريني.

وقد نصت المادة ١٤٦٠ من قانون المرافعات الفرنسي في شأن التحكيم الداخلي، إجراءات خصومة التحكيم وذلك بقولها" ينظم المحكمون الإجراءات التحكيمية دون أن يكونوا ملزمين باتباع القواعد المعتمدة من قبل المحاكم، إلا إذا كان الأطراف قد اتفقوا علي خلاف ذلك في عقد التحكيم، إلا أن المبادئ الأساسية للدعوي المنصوص عليها في المواد ٤ إلى ١٠، ١/١١، ومن ١٢ إلى ٢١ تطبق علي خصومة التحكيم، وإذا وجد أحد عناصر الإثبات في حيازة أحد الأطراف يجوز للمحكم أن يأمر بإبراز دليل الاثبات". وهذه المواد المحال إليها تهدف إلى تحقيق ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم(١).

أما بشأن التحكيم الدولي، فقد نصت المادة ١٤٩٢ مرافعات فرنسي علي أنه يجوز أن يحدد اتفاق التحكيم مباشرة أو بالإحالة إلى نظام تحكيم الإجراءات التي يجب اتباعها في خصومة التحكيم، ويجوز أيضا إخضاع هذه الدعوي إلى قانون إجراءات معين يحدده اتفاق التحكيم، وفي حالة غياب النص علي ذلك في اتفاق التحكيم. يطبق

(1) R. PERROT, l'application a l'arbitrage des regles de nouveua code de procedure civile, Rev. Arb., 1980,p. 643

المحكم الإجراءات التي يراها مناسبة إما مباشرة أو بالإشارة إلى قانون معين أو إلى نظام تحكيمي معين".

فيلاحظ أن المشرع الفرنسي طبق القاعدة العامة وهي مبدأ سلطان إرادة الأطراف المحتكمين في تحديد التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم في شأن التحكيم الدولي، وقد منح لهيئة التحكيم سلطة واسعة في تحديد هذا النظام الإجرائي، وكان أقل حرصا علي النص علي وجوب احترام ضمانات التقاضي الأساسية والتي حصر علي الإشارة إليها في التحكيم الداخلي.

ويلاحظ أن المشرع اللبناني قد أخذ موقفا مغايرا لموقف المشرع الفرنسي، حيث ألزم الخصوم باتباع قواعد المرافعات العادية إلا إذا اتفق الأطراف المحتكمون علي عكس ذلك، أما المشرع اللبناني، فقد ألزم المحكمين بتطبيق أصول المحاكمات المدنية إلا ما لا يتفق منها مع القواعد الخاصة بالتحكيم[1]. ومن ناحية أخري فقد خول المشرع اللبناني للخصوم سلطة إعفاء المحكم أو المحكمين من تطبيق أصول المحاكمة العادية أو بعضها. ويقصد بالأصول القواعد العادية، ولا يقصد بها ضمانات التقاضي. حيث ذهب المشرع إلى استثناء القواعد التي تتعلق بالنظام العام. مثل مبدأ حياد المحكم، ومبدأ المواجهة وحقوق الدفاع. وأما في التحكيم الدولي، فقد نصت المادة ٨١١ أصول محاكمات، علي أنه " يجوز أن تحدد اتفاقية التحكيم مباشرة أو بالاحالة إلى نظام للتحكيم الأصول التي تتبع في الخصومة التحكيمية، ويجوز أيضا إخضاع هذه الخصوم لقانون معين من قوانين أصول المحاكمة يحدد في الاتفاقية، إن لم يرد نص في الاتفاقية يطبق المحكم بحسب مقتضي الحال الأصول التي يراها مناسبة أمام مباشرة أو بالالتجاء إلى قانون معين أو إلى نظام للتحكيم". فيلاحظ علي المشرع اللبناني أنه

(١) د/ عبد الحميد الاحدب، موسوعه التحكيم، الكتاب الأولي، دار المعارف، ١٩٩٨، ص ٨٥١.

كرس مبدأ سلطان الإرادة في تحديد التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم الدولي، كما هو سائد في التشريعات المقارنة، سواء بجواز الاتفاق مباشرة علي وضع قواعد إجرائية خاصة بكل خصومة علي حده، أو بالاحالةإلى قانون إجراء معين. سواء كان القانون اللبناني أو غير أو الإحالة إلى نظام تحكيمي معين.ويلاحظ أن هذه الحرية ليست مطلقة بل مقيدة باحترام ضمانات التقاضي الأساسية، وبصفة خاصة بمبدأ المواجة بين الخصوم.

والواقع أن التحرر من الشكليات الإجرائية ليس تحررا كاملا، وذلك حتي يمكن إخضاع حكم التحكيم للرقابة القضائية للاحقة. ويلاحظ أن المشرع اللبناني قد حدد ثلاثة مستويات لاختيار التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم شأنه شأن القانون الفرنسي: وتتمثل في الآتي:

- ترك للخصوم حرية وضع التنظيم لخصومة التحكيم بأنفسهم.
- ترك للخصوم حرية اختيار تنظيم إجرائي معين، اما مباشرة أو بطريق الإحالة إلى قانون معين أو مركز تحكيم معين.
- إمكانية الاتفاق علي تطبيق قانون المرافعات لدولة المقر، وعندئذ قد يكون هو قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

تنظيم إجراءات الإثبات في التشريعات الدولية ومراكز التحكيم

يلاحظ أن التشريعات الدولية في التحكيم قد اتخذ بعضها موقفا معينا وصريحا من مسألة تحديد التنظيم الإجرائي للإثبات لخصومة التحكيم، ولم تشذ أنظمة مراكز التحكيم الدولية الدائمة عن تكريس مبدأ سلطان إرادة الخصوم في تحديد التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم، مع منح المحكمين سلطة تحديد النظام الإجرائي لخصومة التحكيم.

لقد نظمت قواعد اليونسترال الصادرة عن الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي القواعد الاجرأيئة للتحكيم في الفصل الثالث، حيث جاء في المادة ١٥ أنه مع مراعاة أحكام هذه القواعد، لهيئة التحكيم ممارسة التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة شريطة أن تعامل الطرفين علي قدم المساواة وان تهيأ لك منها في جميع مراحل الإجراءات فرصه كاملة لعرض قضيته" ومفاد ذلك أن قواعد التحكيم التجاري الدولي التي وضعتها لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي لم تشر صراحة إلى مبدأ سلطان إرادة الخصوم في تحديد التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم، بل عهدت بذلك إلى هيئة التحكيم مباشرة، وخولت لها سلطة واسعه، إلا أنها قد حرصت علي التأكيد علي أهم ضمانات التقاضي، وهو مبدأ المساواة بين الخصوم في خصومة التحكيم. وخصوصا في استعمال حقوق الدفاع، وبعض النصوص ألزمت الهيئة بمبدأ المواجهة (م١٦،١٥).

وقد أفرد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الفصل الخامس لسير إجراءات التحكيم، واستهلة بالمادة ١٨ مبدأ المسأوه بين الخصوم في إجراءات خصومة التحكيم، باعتباره من الضمانات الأساسية للتقاضي، ثم نصت المادة ١٩ منه علي كيفية وضع النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، وقد اختلف في ذلك عن وقواعد لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي الصادر ١٩٧٦، وقد كرس مبدأ سلطان الإرادة الخصوم في تحديد التنظيم الإجرئي لخصومة التحكيم، بأن منحهم مكنة الاتفاق علي الإجراءات الواجب اتباعها في خصومة التحكيم، فإن لم يكن ثمة مثل هذا الاتفاق، فقد خول لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تسير في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة، وتشمل السلطة المخولة لهيئة التحكيم البت في قبول الأدلة المقدمة وصلتها بالموضوع وجدواها.

وقد نصت المادة ١٥ من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس إلى ضرورة تطبيق القواعد الإجرائية الواردة في نظام التحكيم لدي غرفة التجارة الدولية بباريس، لأننا بصدد مركز تحكيم مؤسسي، مع عدم إغفال مبدأ سلطان إرادة الخصوم في إمكانية تكملة ما نقص من هذه القواعد، وفي حالة عدم الاتفاق، يؤول الأمر إلى هيئة التحكيم، وقد أشارت هذه المادة إلى إمكانية الإحالة إلى قانون إجرائي وطني معين يطبق علي الإثبات في خصومة التحكيم. وقد نصت المادة ١٥ علي إلزام محكمة التحكيم بأهم ضمانات التقاضي وهي العدالة وعدم الانحياز، والمسأواه بين الخصوم في إجراءات التحكيم. وإلى ضمانة التسبيب للأحكام الصادرة.

وقد كرس نظام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم مبدأ سلطان الإرادة في تحديد التنظيم الإجرائي – خاصة الإثبات – لخصومة التحكيم، بشكل واضح، حيث نصت المادة الأولي منه علي أنه " إذا اتفق طرفا عقد كتابة علي إحالة المنازعة المتعلقة بهذا العقد إلى التحكيم وفقا لنظام التحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي وجب عندئذ تسوية هذه المنازعات وفقا لهذا النظام مع مراعاة التعديلات التي قد يتفق عليها الطرفان كتابة. وتنظم هذه القواعد التحكيم إلا إذا تعارض بين قاعدة فيها ونص من نصوص القانون الواجب التطبيق علي التحكيم، لا يجوز للطرفين مخالفته، إذ تكون الأرجحية عندئذ لذلك النص. وقد نصت المادة ١٥ من نظام مركز القاهرة الإقليمي علي أنه " مع مراعاة أحكام هذه القواعد، لهيئة التحكيم ممارسة التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة شريطة أن تعامل الطرفين علي قدم المساواة وأن تهيئ لكل منهما في جميع مراحل الإجراءات فرصة كاملة لعرض قضيته".

تنظيم قواعد الإثبات في التحكيم المطلق أو الحر

ويلاحظ أنه في التحكيم الحر [١] وهو الذي يعفي فيه المحكم من تطبيق قواعد قانون المرافعات وقواعد الإثبات والذي لا يوجد ما يمنع من الأخذ به في القانون المصري، فيكون لهيئة التحكيم سلطة واسعة في إجراءات الإثبات، ويحكم المحكمة بمقتضي قواعد الإنصاف علي أن يستثني من الإعفاء قواعد النظام العام والقواعد الأساسية في الإثبات والقواعد الخاصة بنظام التحكيم[٢]. وذلك علي عكس التحكيم المقيد، حيث يلتزم المحكم بالقواعد التي اتفق عليها الأطراف، ويلتزم كذلك بالقواعد القانونية التي اتفق علي تطبقها في إجراءات الإثبات.

ويكون للمحكم حرية واسعه في إجراءات التحكيم، ويبرز الفارق الهام بين هذا المحكم وقاضي الدولة، حيث يتضمن استبعاد تطبيق قاعد القانون التي يعملها قاضي الدولة، إذا إراد المحكم المطلق هذا الاستبعاد. والتحكيم المطلق يشيع في التحكيم الدولي لفوائده الجمة، ولكنه ينطوي علي مخاطر كثيرة تنشأ عن احتمال وقوع المحكم في غلط أو حتي صدور غش منه، لذا فإن الأطراف لا يعتمدون إلا بترو وحذر بعد تحري صفات المحكم من الناحية الفنية أو العملية أو الخلقية[٣]. وقد نصت المادة ٧٧٧

---

(١) في حالة الشك في وصف نظام تحكيم، فإنه يكون تحكيما عاديا، ويتم تحديد نوع التحكيم في الاتفاق علي التحكيم ذاته سواء اتخذ شكل الشرط أو المشارطة، وإذا لم يحدد في هذا الاتفاق أو في أيه وثيقة أخري نوع التحكيمن فإنه يعتبر تحكيما عاديا، ولا يوجد ما يمنع من تحديده في أية وثيقة اخري أثناء الخصومة، كما يجوز الاتفاق أثناء سير الخصومة أمام هيئة التحكيم علي اختيار نوع أخر من التحكيم غير العادي.

(٢) ويرجع ذلك إلى أن التحكيم الحر ينصب علي الحقوق التي تكون للطرفين حرية التصرف بها، وبالتالي ينطوي علي التنازل عن الطعن في الحكم الصادر، أما الحقوق التي لا يجوز للأطراف حرية التصرف فيها والتي لا يصح التحكيم المطلق بشأنها فهي حقوق يحميها النظام العام.

(٣) المحكم الحر أو المفوض بالصلح، يستمد من إرادة الأطراف المحتكمين سلطة الفصل في النزاع باستبعاد تطبيق القانون وإجراءات الإثبات، وعلي ذلك ينظر إلى هذا النوع من التحكيم علي أنه تنازل عن حق، ويتعين بالتالي تحديد موضوع هذا التنازل والنطاق الذي يتسع له.

أصول محاكمات علي أنه " في التحكيم المطلق يعفي المحكم أو المحكمون من تطبيق قواعد القانون وأصول المحاكمة العادية ويحكمون بمقتضي الإنصاف، وتستثني من هذا الاعفاء قواعد القانون المتعلقة بالنظام العام والمبادئ الأساسية لأصول المحاكمة لاسيما المتعلقة بحق الدفاع، وبتعليل الأحكام وأيضا القواعد الخاصة بنظام التحكيم". ويلاحظ أن الإعفاء المحكم المفوض بالصلح هو إعفاء تشريعي وليس اتفاقيا. مع إلزام المحكم بتطبيق القواعد المتعلق بضمانات التقاضي، وضرب لذلك مثالا بالقواعد المتعلقة بالنظام العام وحقوق الدفاع، وتعليل الأحكام.

الفرع الثاني
حدود حق الخصوم في الإثبات أمام هيئة التحكيم

في الواقع يجوز للأطراف الاتفاق علي عدم تطبيق القواعد القانونية في إجراءات الإثبات الواجبه التطبيق، سواء بالنسبة لقبول الدليل أو بالنسبة لقوة الدليل في الإثبات. ويري البعض أنه يمكن أن يتم هذا الاتفاق ضمنيا، ويعني الاتفاق علي محكم من غير رجال القانون ضمينا الاتفاق علي إعفاء المحكم من اتباع القواعد القانونية في الإثبات، سواء بالنسبة لإجراءات الإثبات أو لقبول الدليل[1]. ونري أنه لا يجوز الاتفاق الضمني علي الإعفاء من اتباع قواعد الإثبات، فاختيار محكم من غير رجال القانون لا يشير ضمنيا إلى الاعفاء من اتباع القواعد القانونية في الإثبات.

ويتقيد حق الخصوم في الإثبات بمجموعة من المبادئ تتمثل في تقيد الخصوم بالطرق القانونية في الإثبات، فلا يجوز للخصم أن يصطنع دليلا لنفسه، ولا يجبر الشخص على تقديم دليل ضد نفسه ما لم ينص القانون علي ما يخالف ذلك، والإثبات جائز إلى قفل باب المرافعه، وسنشير إلى ذلك في النقاط الآتية:

(١) د/ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا، المرجع السابق، ص ٤٦٤.

أولا: تقيد حق الخصوم في الإثبات بالطرق القانونية للإثبات[١]

إذا اختار أطراف التحكيم أو هيئة التحكيم قانونا معينا لتطبيقه علي إجراءات الإثبات، فيجب علي أطراف التحكيم التقيد بالإجراءات التي نص عليها القانون في تقديم الأدلة، فالإثبات ليس واجبا على الخصوم فحسب، بل هو حق لكل خصم[٢]، ولذلك فإن الواجب يقتضي ألا يثبت ادعاءه نفيا أو إثباتا بطريق لم يشرعه القانون المتفق علي تطبيقه لإثبات مثل هذا الادعاء، وإنما عليه أن يلتزم باستعمال حقه بالإثبات بالطرق التي يحددها القانون، ومتى التزم بذلك فليس للقاضي أو المحكم أن يمنعه من إثباته، وإلا عد ذلك إخلالا بحقه في الدفاع مما يجعل الحكم مخالفا للقانون. وحق الخصم في الإثبات لا يقتصر فقط على استعمال طرق الإثبات التي يحددها القانون، وانما يتسع ليشمل حق الخصم في مناقشة ما يقدمه خصمه من أدلة لإثبات ادعائه نفيا أو إثباتا والرد عليها وإثبات عكسها وعلى القاضي أو المحكم أن يمكنه من ذلك، وإلا كان ذلك إخلالا بحق الخصم في الدفاع الأمر يشوب حكمه بمخالفة للقانون.

النتائج المترتبة عليه:

١- يتقيد حق الخصوم بالطرق التي حددها القانون[٣]، فلا يجوز له إثبات بغير الكتابة ما لا يجوز إثباته إلا بها. كما لا يجوز أن يجتزئ من الإقرار ما يقيده، حيث لا يجوز تجزئة القرار.
٢- ويتقيد حق الخصوم أيضا بالإجراءات والأوضاع التي رسمها القانون لتقديم الدليل.
٣- حق الخصوم في طلب التأجيل تمكينا لهم من الاطلاع على الأدلة المقدمة من الخصم والرد عليها

(١) د/ رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص٢٩.
(٢) الاشارة السابقة، ص ٥٢.
(٣) د/ نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٢٧.

٤- لا يجوز للمحكم أن يتحرى أدلة الإثبات بنفسه بعيدا عن الخصوم وأن يقضي بعلمه الشخصي عن وقائع الدعوى[١].

٥- الحق في نفي أدلة الخصم، وهذا يجسد مبدأ المساواة بين الخصوم في المراكز الإجرائية.

٦- الاعتراض على تقديم الدليل، وذلك لعدم مراعاة طرق الإثبات أو إجراءات الإثبات.

٧- الحق في توجيه اليمين الحاسمة للخصم. (مقيد بعدم جواز التعسف في استعمال الحق)

٨- حق الخصم في الاستشهاد بالشهود، إجراء المعأينة، المطالبة بتعين الخبير، إلزام الخصم أو الغير بتقديم الدفاتر و السندات في حوزته.

٩- يتقيد كذلك الخصم بما بنص عليه القانون من دور أيجابي لهيئة التحكيم في إجراءات الإثبات، ومن سلطة تقديرية في تقدير الأدلة.

ثانيا: لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلا لنفسه[٢].

ومن المبادئ التي يتقيد بها الخصوم في الإثبات، عدم جواز أن يصطنع دليلا لنفسه، فيجب أن يكون الدليل الذى يقدمه الخصم محتجا به على خصمه صادرا من هذا الأخير[٣]، إذ لا يلتزم الشخص إلا بما يصدر عنه، فالورقة المكتوبة لكى تكون دليلا كاملا في الإثبات يجب أن تكون موقعة أو بخط يد من تنسب إليه. إذن الشخص لا يلتزم الا بناء على قول أو فعل صدر منه شخصيا أو بناء على نص في القانون يقضي بإلزامه، ومن ثم لا يملك شخص إلزام غيره بقول أو فعل لم يصدر عنه صراحة أو ضمنيا.

---

(١) مادة ٢١٣ مرافعات

(٢) د/ رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص٢٩،

(٣) د/ أحمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٥٣، د/ نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٢٨.

ولكن يلاحظ أن هذه القاعدة يرد عليها بعض الاستثناءات تتمثل في الآتي:

١- دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار، ومع ذلك فإن البيانات المثبتة فيها تصلح أساسا يجيز للقاضي والمحكم أن يوجه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يجوز إثباته بشهادة الشهود.

٢- تكون دفاتر التجار إلزامية حجة لصاحبها ضد خصمه التاجر إذا كان النزاع متعلقا بعمل تجاري متى كانت الدفاتر منتظمة.

وتسقط هذه الحجية بالدليل العكسي، والذي يجوز أن يؤخذ من دفاتر الخصم المنتظمة

ثالثا: لا يجبر الشخص على تقديم دليل ضد نفسه ما لم ينص القانون علي ما يخالف ذلك[١].

كقاعدة عامة، لا يجوز إجبار الخصم علي تقديم دليل ضد نفسه ما لم ينص القانون علي ما يخالف ذلك، ويوجب عليه تقديم مستند ما. وذلك لأنه أذا كان الإثبات حقا للخصم الا أن هذا الحق في الإثبات مقيد بألا يصطنع الشخص دليلا لنفسه وألا يجبر على أن يقدم دليلا ضد نفسه[٢].

فالواقع أنه لا يجوز إجبار الخصم على أن يقدم دليلا ضد نفسه، وإذا كان الإثبات واجبا على الخصم ادعاء أو نفيا، فإنما المقصود بذلك هو الإثبات لصالح الخصم إثباتا لحق يدعيه أو نفيا لحق يدعى به عليه، وأما أن يقدم دليل إثبات ضد صالحه فيما يدعيه أو ينفيه ليتمخض لصالح خصمه، فهذا إلزام ما لا يلزم وهو لا يجوز.

---

(١) د/ رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٣١، د/ أحمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٥٣. د/ نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٣٠.

(٢) د/ أحمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٥٣.

استثناء من هذه القاعدة

يجوز للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية أوراق منتجة في الدعوى تكون تحت يده، وذلك في الأحوال الآتية[١]:

١- إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمها أو بتسليمها.
٢- إذا كانت مشتركة بينه وبين خصمه. وتعتبر الورقة مشتركة على الأخص إذا كانت محررة لمصلحة الخصمين أو كانت مثبتة لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة.
٣- إذا استند إليها خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى.

رابعا: الإثبات جائز إلى قفل باب المرافعه

في الواقع، من مقتضيات حق الإثبات توفير الفرصه حتي اللحظة الأخيره لكل الخصوم لإبداء ما يعين لهم من أدله الإثبات، غير أن ذلك لابد وأن يكون محددا بوقت معقول وهو قفل باب المرافعة، إلا أن قفل باب المرافعة لا يكون نهائيا، بل لابد من الاستجابه لمعطيات الواقع العملي التي قد تبرر وفي ظروف استثنائية تأخر الخصم في تقديم دليل، فيمكنه تقديمه بعد قفل باب المرافعة[٢]. ولهذا فقد ذهبت قواعد الأونسيتيرال لعام ٢٠١٠ في المادة ٣١ إلى أنه "يجوز لهيئة التحكيم أن تستفسر من الأطراف عما إذا كانت لديهم أدله أخري لتقديمها أو شهود أخرون لسماعهم أو أقوال أخري للإدلاء بها، فإذا لم يكن لديهم شئ من ذلك جاز لهيئة التحكيم أن تعلن اختتام جلسات الاستماع.

---

(١) مادة ١٦٨ مرافعات.

(٢) د/ طلعت محمد دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، دار الجامعة الجديد، ٢٠٠٩، ص ١٨٠.

ويجوز لهيئة التحكيم أن تعيد فتح باب المرافعة من جديد بمبادرة من تلقاء نفسها أو بناء علي طلب أحد الأطراف، وذلك لوجود أدله تري أنها ضرورية للحكم في النزاع. وقد نصت المادة ٢٢ من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس لعام ١٩٨٨ تحت بند قفل باب المرافعة علي أنه " تعلن محكمة التحكيم عن قفل باب المرافعه إذا رأت أنها قد أتاحت فرصه كافية لسماع الأطراف، ولا يجوز بعد هذا التاريخ تقديم أية مذكرة كتابية أو ادعاء أو دليل، إلا إذا طلبت محكمة التحكيم ذلك أو سمحت به" وهذه المادة عدلت في عام ٢٠١٢ حيث نصت المادة ٢٧ علي أنه " في أقرب وقت بعد عقد آخر جلسه مغلقة متعلقة بالمسائل التي سيفصل فيها بحكم أو بعد تقديم أخر مذكرات مسموح بها بخصوص تلك المسائل إذا حصل ذلك بعد الجلسة المذكورة تقوم هيئة التحكيم: بإعلان قفل باب المرافعات الخاصة بالمسائل التي سيتم الفصل فيها بحكم. ولا يجوز بعد قفل المرافعات تقديم أي مذكرة أو حجة أو أي دليل بخصوص المسائل التي سيتم الفصل فيها بحكم، إلا إذا طلبت هيئة التحكيم أو سمحت به.

وبالتالي فإن إعادة فتح باب المرافعه هو من صلاحية هيئة التحكيم وهذا ما نصت عليه المادة ٣١ من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي. ولكن هذا بشروط وهو أن يكون قبل إصدارها لقرار التحكيم ورأت ضرورة لذلك كتقديم مستند أو ملاحظة، أو إذا رأت ضرورة استيضاح الأطراف في تفسير مستند يشوبه الغموص، وهذا ما نصت عليه المادة ٢٩ من القواعد السويسريه للتحكيم الدولي. والمادة ٢٥ من نظام تحكيم الهيئة الأمريكية للتحكيم.

ويلاحظ أن قانون التحكيم المصري والفرنسي لم يعالجا هذه الجزئية. ونري أنه يفضل أن يعالج المشرع المصري والفرنسي هذه الجزئية نظرا لأهميتها في الواقع العملي، خاصة وأن هيئة التحكيم لا تلتزم بتطبيق قواعد قانون المرافعات، كما أنه لا

يجوز استئناف الحكم الصادر من الهيئة في النظام المصري، فلا يمكن للخصوم تدارك ما فاتهم من وسائل دفاع.

الفرع الثالث
الخصم المتحمل عبء الإثبات أمام هيئة التحكيم

إن تعيين الخصم الذى يكلف بالإثبات أمر بالغ الخطر في سير الدعوى وفى نتيجتها، لأنه يلقى على هذا الخصم عبئا ثقيلا يكلفه أمرا أيجابيا تتوقف عليه نتيجة الدعوى بينما يكتفى من خصمه بأن يقف في الدعوى موقفا سلبيا مما يجعله بذلك في مركز دون مركز خصمه. فمن يقع عليه واجب أو عبْ الإثبات للواقعة محل النزاع يكون في مركز أضعف من مركز خصمه. وفي الواقع القاضى والمحكم لا يملكان تحدد الخصم الذي يحمل عبء الإثبات، وذلك لأنه لا يتفق ومبدأ حياد القاضى في النزاع المطروح عليه، لذلك يتولى المشرع نفسه وضع القاعدة التى تعين من يقع عليه عبء الإثبات.

المقرر قانونا أن يقع علي من يدعي وجود واقعة معينة عبء إثباتها، وقد نصت المادة الأولي من قانون الإثبات المصري علي أنه " علي الدائن إثبات الإلتزام وعلي المدين إثبات التخلص منه". وقد نصت المادة ١٣١٥ من القانون المدني الفرنسي علي أن من يطلب تنفيذ التزام معين أن يقدم الدليل علي وجوده، وحق الخصم الآخر في إثبات العكس. وقد أكدت علي ذلك محكمة النقض الفرنسية[١]. وبالتالي من ادعي وجود حق فعليه أن يلتزم بإثباته[٢]. فحقيقة المقصود من ذلك أن يكون علي الخصم إثبات ما

(1) Cass. Com, 10 dec. 2004, Gaz. Pal., N026, 2005, p. 36.

(2) Loen Mazeaud, J. Mazeaud et F. chabas, lecons de droit civile introduction a l etude du droit, 12 èd. Montchrestien, 2000, p. 510.

يدعيه ولخصمة نفيه، سواء أكان هذا الخصم أو ذاك هو المدعي أو المدعي عليه، أو خصم متدخل في الدعوي أو مختصم فيها، وسواء كان ما يدعيه أو طلب أصلي أو عارض أو دفع موضوعي أو دفع شكلي أو دفع بعدم القبول الدعوي[١]. في الواقع هذا النص يعتبر تطبيقا لمبدأ عام يسرى على جميع أنواع الروابط المالية[٢] فحسب، فالمبدأ إذن " أن البينة على من ادعى "والمقصود بالبينة الإثبات الذى يتطلبه القانون وليس المقصود بالمدعى هو رافع الدعوى وإنما إلى كل خصم يدعى على خصمه أمرا فالمدعى عليه في الدعوى اذا ما ابدى دفعا معينا يصبح مدعيا به، ويقع عليه عبء إثباته طبقا لقاعدة "صاحب الدفع مدع" وعلى ذلك فإن عبء الإثبات يمكن أن ينتقل من خصم إلى اخر.

وقد نصت المادة ٢٧ من قواعد الأونسيتيرال للتحكيم ٢٠١٠ علي أنه " يقع علي عاتق كل طرف عبء إثبات الوقائع التي يستند إليها في تأييد دعواه أو دفاعه". وهذا ما نصت عليه المادة ٢٧ من قواعد مركز القاهرة للتحكيم، وكذلك هذا ما نصت المادة ٢٤ من قواعد السويسريه للتحكيم الدولي ٢٠١٢.

وبالتالي فإن عبء الإثبات يقع علي عاتق المحتكم في الخصومة التحكيمية، ويقع علي عاتق المحتكم ضده نفي ما اثبته المحتكم. وللطرفي التحكيم أن يلجأ إلى كافة طرق الإثبات، سواء كانت تقليدية أو حديثة، وإطلاق مبدأ حرية الإثبات في أي تحكيم يجري[٣]. وتحديد الخصم الذي يتحمل عبء الإثبات يكون بناء علي الطلب، إلا أنه يمكن أن يقدم الطلب من طرفي التحكيم، كما هو الشأن فيما نصت المادة ١٤٦٢ مرافعات

(١) د/ أحمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص٦٧.
(٢) د/ نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٧٢.
(٣) د/ منير يوسف حامد المناصير، سلطة المحكم في الإثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص٢٩.

فرنسي المعدل بموجب المرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١. والتي أجاز للطرفين تقديم الطلب، فعليهما إثبات طلب كل وأحد منهما.

ويلاحظ أن من يتحمل عبء الإثبات ليس مطالبا بإثبات كامل قاطع للحق، وإنما يكتفى منه بأن يقنع هيئة التحكيم بأن الأمر الذي يدعيه مرجح الوقوع، بحيث يكون من المعقول التسليم بوقوعه فعلا، والأساس النظري لهذه القاعدة يكمن فى أن الأصل هو الشيء الأقرب إلى التصديق، وفقا لما تقبله العقل وما يستسيغه المنطق، فنظرية الإثبات تقوم كلها على أساس الاحتمال الراجح، فإذا كان هذا الأخير في جانب أحد الخصمين، فإن الأصل يكون فى جانبه أيضا ولا يقع عليه عبء إثبات ما يتمسك به، بل يكون على خصمه الذى يدعى عكس الراجح أن يثبت ما يدعيه. كما أن المحكم لا يقف عند دليل وأحد بعينه وإنما يكمل الأدلة بعضها ببعض، فيجمع بين الأدلة التى تساند وجهة النظر التى يرجحها.

هناك بعض المبادئ التي تحكم عبء الإثبات تتمثل في الآتي:

١- القاعدة: البينة على من ادعى خلاف الثابت أصلا أو عرضا أو ظاهرا[١]، ومقتضى ذلك أنه إذا قدم المدعى البينة على ما ادعى حكم له، وإلا رفضت الدعوى، وهذا إذا كانت الواقعة المراد إثباتها أيجابية أم سلبية.

٢- الثابت اصلا: يختلف باختلاف نوع الحق المطالب به حسب ما اذا كان (حقا شخصيا أو حقا عينيا)

(١) د/ رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص٢٩.

أ. ففي نطاق الحقوق الشخصية:

الثابت اصلا هو براءة الذمة والعارض شغلها[١]، إذ الالتزام أمر عارض في حياة الأشخاص، فمن يدعي شغل ذمة شخص ما بدين مثلا إنما يدعي أمرا عارضا على خلاف الأصل الثابت، ومن ثم يتعين عليه إثباته، وذلك عن طريق إثبات الواقعة مصدر هذا الدين، فاذا اخفق بذلك خسر دعواه، وأما اذا أثبت المتحكم الواقعة مصدر الدين، فأنه يكون قد أثبت الأمر العارض الذي يدعيه، ومتى اثبت ذلك فلا يطلب منه إثبات صحة دينه، بل يقع ذلك على عاتق المتحكم ضده اذا هو ادعى بأن الدين غير صحيح أو أنه قد أوفى به قبل ذلك، فيقع عليه عبء إثبات ما يدعيه لا لأنه يدعي خلاف الأصل الثابت، إذ الثابت أصلا يشهد له، وإنما لأنه يدعي خلاف الأمر العارض الذي أثبته عليه خصمه، لذلك ففي نطاق الحقوق الشخصية يحمل عبء الإثبات من يدعي خلاف الثابت أصلا أو عرضا.

ب. أما في نطاق الحقوق العينية:

الأصل في الحقوق العينية هو الأمر الظاهر، فالثابت أصلا يقتضي القول بأن حائز العين أو الحق العيني هو صاحبه، ومن ثم فحائز العين يعتبر مالكا لها، فاذا ادعى غير الحائز ملكيته للعين كان مدعيا خلاف الأصل الظاهر فيتعين عليه إثبات دعواه، وذلك بإثبات الواقعة سبب اكسابه ملكية العين، فاذا لم يستطع إثبات ذلك رفض المحكم دعواه، وأما إذا استطاع المتحكم إثبات ملكيته للعين، فقد أثبت أمرا عارضا على خلاف الوضع الظاهر، فاذا لم يسلم المتحكم ضده بالملكية للمدعي بعد إثباته دعواه كان عليه أن يثبت عكس هذا الأمر العارض الذي أثبته المتحكم في جانبه بأن يثبت أن الملكية قد

---

(١) الاشارة السابقة.

انتقلت إليه بعد ذلك بأي سبب من أسباب كسب الملكية، وحينئذ يصبح هو مدعيا خلاف الثابت عرضا، ومن ثم ينتقل إليه عبء الإثبات، والأصل في العقود الصحة، ومن يدعى بطلان العقد يقع عليه عبء إثبات ذلك، لأنه يدعى على خلاف الثابت أصلا وهو صحة العقد.

ج. **بالنسبة للأهلية**: الأصل هو كمال الأهلية للشخص البالغ سن الرشد ما لم تسلب منه اهليته

د. **بالنسبة للإرادة**: الأصل فيها أن تكون سليمة خالية من العيوب.

هـ. **بالنسبة للسبب**: فإن كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك.

٣- عبء الإثبات في حالة القرائن القانونية:

والقرائن القانونية هي نتائج تستخلص من واقعة معروفة للاستدلال على واقعة غير معروفة، ويلجأ المشرع إلى هذه الوسيلة في الحالات التي يبدو فيها عبء إقامة الدليل على أمر معين عبئا بالغا جدا، والقرينة القانونية ليست دليلا من الأدلة التي يثبت بها المدعى دعواه، وإنما هي قاعدة يعفى بها المشرع المدعى في ظروف معينة من عبء الإثبات كله أو بعضه بأن يعتبر مدعيا بأمر ثابت فرضا، وبالتالي يلقى على المدعى عليه عبء إثبات العكس، حيث أنه خلاف الثابت فرضا.

في حقيقة الأمر، القاعدة هي "البينة على من ادعى خلاف الثابت فرضا"، وبالتالي فمن يدعي عكس القرينه فعليه إثبات ما يدعيه.

والقرائن القانونية يجوز إثبات عكسها لذلك، فهي تسمى بالقرائن البسيطة أو غير القاطعة، ولا يترتب عليها سوى تخفيف عبء الإثبات أو نقل محل الإثبات من الواقعة الأصلية إلى واقعة بديلة سهلة الإثبات.

٤- تنقل عبء الإثبات بين طرفي الدعوى:

القاعدة هي "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه" وضح هذا النص كيف ينتقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين[١]، فاذا افلح الدائن فى إثبات الالتزام، بإثبات الواقعة المنشئة له، انتقل عبء الإثبات منه إلى المدين ليثبت الواقعة التى يدعى أنها قد ترتب عليها انقضاء ذلك الالتزام.

فالواقع أن الأمر الغالب هو أن المتحكم إنما يدعي خلاف ما هو ثابت أصلا، ومن يدعي خلاف الثابت أصلا يقع عليه عبء الإثبات لأن الأصل الثابت لا يشهد له، بل يشهد لغيره وهو المتحكم ضده، ولذلك يحمي القانون هذا الأخير والقصد من هذه الحمأية هو توفير الثقة في الروابط القانونية، وحمأية الحقوق وبعث الطمأنينة في نفوس الأفراد.

٥- عدم تعلق قاعدة " البينة علي المدعي" بالنظام العام:

إن تطبيق القاعدة البينه علي المدعي لا تتعلق بالنظام العام[٢]، وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفتها، كأن يقوم بالإثبات من لا يقع عليه عبؤه، فإن عجز عن اقناع هيئة التحكيم بما تطوع لإثباته حكم ضده، وامتنع عليه أن ينعى على هيئة التحكيم مخالفتها قاعدة توزيع عبء الإثبات، ويرجع عدم تعلق القاعدة بالنظام العام أن هذه القاعدة، وإن كانت تضع من الاصول التي ينضبط بها المحكم، إلا أنه يغلب عليها ما تؤدى إليه من تحديد مراكز المتقاضين أنفسهم، من حيث حق كل منهم وواجبه فى إثبات الدعوى أو نفيها.

---

(١) الاشارة السابقة، ص ٥٥.

(٢) الاشارة السابقة، ص ١٤٧. د/ نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٧٦.

خلاصة المبحث التهميدي

في الواقع مرحلة إثبات الحقوق المتنازع عليها هي المرحلة الشائكة في مراحل الدعوي التحكيمية، بل هي محور الخصومة، يتعاون فيها كل من المحكم وأطراف التحكيم، ويختلف دور كل منهم باختلاف مراكزهم في الدعوي: المحتكم يقع عليه عبء إثبات الواقعة التي يدعيها، والمحتكم ضده يتعين عليه نفي هذا الادعاء بتقديم الوقائع التي تدحض حجج خصمه.

ويجب علي هيئة التحكيم أن تحدد الخصم الذي يتحمل عبء الإثبات، كما يجب عليها أثناء الخصومة أن تمكن الخصم من إبداء ما لديه من أدلة ومستندات، كما عليها أن تستجيب لطلبات إجراء الإثبات التي يطالبها، كسماع الشهود أو ندب الخبير.

والمحكم الذي يمحص ويدقق في الوقائع والأدلة والبراهين المقدمة في الدعوي من أجل التوصل من خلال الوقائع والأدلة والبراهين المقدمة في الدعوي إلى الحقيقة، وهذا الدور الذي يؤديه المحكم في هذه المرحلة الهامة من مراحل الدعوي يختلف بحسب الإجراء أو الدليل الذي ارتكن إليه الخصم، وهذا ما سنشير إليه في الفصل الأول.

الفصل الأول
دور هيئة التحكيم في الإثبات وسلطتها التقديرية

يحكم سير إجراءات الإثبات أمام القضاء لنظام رسمه القانون، فلا يجوز للقاضي أو للخصوم مخالفته، وسلطة القاضي في الإثبات قد نظمها القانون بقواعد محددة يلتزم بيها القاضي، حيث بين وسائل الإثبات وسلطة المحكمة بشأن الإثبات ودور الخصوم، وذلك حتي يتمكن القاضي من الوصول إلى الحقيقة. وقد تبني المشرع المصري والمشرع الفرنسي نظام الإثبات المختلط[١]، وابتعد عن نظام الإثبات الحر ونظام الإثبات المقيد.

أما بالنسبة لخصومة التحكيم، فنجد أن إرادة الأطراف لها دور كبير في تنظيم إجراءات الإثبات، وذلك لنشأة الاتفاقية للتحكيم، كما أن لهيئة التحكيم دوراً في تنظيم هذه الإجراءات، ولا قيد علي سلطة الأطراف وهيئة التحكيم غير احترام الضمانات الأساسية للتقاضي مثل حقوق الدفاع ومواجهة والمساواة بين الخصوم[٢].

ومن الجدير بالذكر أن دور هيئة التحكيم في الإثبات وسلطتها التقديريه يثير العديد من التساؤلات، وتتمثل في: هل هيئة التحكيم ستتبع نظام الإثبات الحر أم المقيد أم المختلط؟ هل المحكم يملك سلطة تقديرية واسعه يستطيع بموجبها أن يحكم في

(١) د/ أسامه روبي، الوجير في القواعد الإجرائية للإثبات، دار النهضة، ٢٠٠٢، ص ٣٥.

(٢) د/ عاشور مبروك، النظام الاجرائي لخصومة التحكيم، مرجع سابق، بند ٨٥، ص ١٨٤، د/ صبري محسن الديابات، إجراءات التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ٢٥٠. د/ محمود حسن شعيب، النظام القانوني لخصومة التحكيم في ضوء قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي وقانون التحكيم المصري، المرجع السابق، ص ١٨٠.

الدعوي بحسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته، دون أن يتقيد في ذلك بطرق معينة في الإثبات؟، وما هو نطاق وحدود السلطة التقديرية لهيئة التحكيم؟ وهل هي سلطة مطلقة أم مقيده؟، وما هي شروط ممارسة تلك السلطة؟ وهل تملك هيئة التحكيم سلطة الأمر والإجبار للخصوم بشأن الإثبات والتي يحوزها قضاء الدولة؟ أم يجب عليها الاستعانه بقضاء الدولة في كل إجراء يتطلب الأمر والإجبار؟

سنشير في هذا الفصل إلى دور هيئة التحكيم في الإثبات، وذلك في المبحث الأول، ونعالج سلطة هيئة التحكيم في تقدير أدلة الإثبات في المبحث الثاني، وذلك علي النحو التالي:

المبحث الأول
دور هيئة التحكيم في الإثبات

إذا كانت القاعدة بالنسبة للمحكمة القضائية تملك الأمر من تقاء نفسها أو بناء علي طلب أحد الخصوم باتخاذ ما تراه مناسبا من إجراءات الإثبات وأدلة الإثبات، بشرط أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوي ومنتجة فيها جائزا قبولها، كما تملك العدول عما تأمر به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر[١]، وتملك عدم الأخذ بنتيجة الإجراء، وتستخلص قضاءها من جميع طرق الإثبات، مما أمرت به، وما في ملف الخصومة من مستندات وقرائن[٢].

تسبيب العدل عن الإجراءات الإثبات

في الواقع، لهيئة التحكيم دور أيجابي في إجراءات الإثبات في التحكيم، فلها الأمر بأي إجراء من إجراءات الإثبات[٣]، فيمكن لها أن تطلب من الخصوم تقديم مستندات أخري غير التي قدموها، أو دعوة شهود آخرين للإدلاء بشهادتهم إذا كانت الأقول التي أدلي بها الشهود السابقون غير كافية، كذلك للهيئة الاستعانة بخبير أو أكثر

(1) CA Paris, 27 fev. 1964, Rev. Arb., 1964, p. 49, B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial,op. cit., no 222.

محكمة النقض، ٢٠١٧/٤/٨، الطعن رقم ١٠٤٩٠، س ٧٥ق، غير منشور.

(٢) د/ أسامه روبي، الوجير في القواعد الإجرائية للإثبات، المرجع السابق، ص ٣٥.

(3) B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 222.

لابداء رأيه حول نقطة محددة في النزاع[١]، وشأن الهيئة في ذلك شأن قضاء الدوله بالنسبة لوسائل الإثبات التي يمكن استخدامها للوقف علي حقيقة النزاع.

سنشير إلى سلطة الهيئة في اتخاذ أو رفض إجراءات الإثبات وذلك في المطلب الأول، أما المطلب الثاني، فيخصص لبحث سلطة هيئة التحكيم في إلزام الخصوم أو الغير بإجراءات الإثبات، وذلك علي النحو التالي:

المطلب الأول
سلطة الهيئة في اتخاذ أو رفض إجراءات الإثبات

يتمتع المحكم بسلطات واسعه في مجال الإثبات تمكنه من تحقيق العداله بين أطراف التحكيم، مثل قاضي الدولة، إلا أن هذا الأخير يتقيد بتشريعات الدولة والتي تهدف إلى تحقيق الصالح العام والخاص، ولكن المحكم يقدم بتحقيق المصلحة الخاصة للخصوم[٢].

سنعالج الاتجاهات التحكيمية في الاتجاهات التحكيمية في تحديد نطاق سلطة هيئة التحكيم في الإثبات، وذلك في الفرع الأول، ثم نبين سلطة هيئة التحكيم في اتخاذ إجراءات الإثبات الوقتية أو التحفظية، وذلك في الفرع الثاني، ونبحث أدلة الإثبات التي تملك هيئة التحكيم اتخاذها أو رفضها، وذلك في الفرع الثالث.

---

(1) Cass. Civ., 2e 25 mars 1999, Rev. Arb., 2000, p. 267.

(٢) طارق فهمي الغنام، طبيعة مهمة المحكم، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٤٩.

الفرع الأول

الاتجاهات التحكيمية في تحديد نطاق سلطة هيئة التحكيم في الإثبات

سنشير إلى الاتجاهات الدولية في تحديد نطاق سلطة هيئة التحكيم في الإثبات، ثم نبين موقف المشرع المصري والفرنسي، وذلك في النقاط الآتية:

أولا: الاتجاهات الدولية في تحديد نطاق سلطة هيئة التحكيم في الإثبات

لقد اختلفت الاتجاهات حول المذهب الذي يجب علي القاضي أن يسلكه في الإثبات للوصول إلى الحقيقة فيما يعرض عليه من منازعات، حتي يتمكن من منح الحمأية القضائية المطلوبة[1]، فهناك مذهب الإثبات الحر أو الطليق، " Systéme de la prevue Morale au libre" الذي يعطي للقاضي سلطة تكاد تكون غير محدودة في تحري الحقيقة والتنقيب عنها بأية وسيلة يراها مناسبة، وهذا هو السائد في النظم القانونية الجرمانية والأنجلوأمريكية. وهناك مذهب الإثبات المقيد "Systéme de la prevue Légale" حيث يلتزم القاضي بأدلة وطرق الإثبات معينة يحددها القانون، ولا يسمح للخصوم بأن يسلكوا غيرها في إثبات حقوقهم أو مراكزهم القانونية، ودور القاضي في هذه الاتجاه كان لترجيع كفة أحد الخصوم في ضوء الأدلة والأسانيد المقدمة فيها دون أن يكون له أدني دور في تحريكها، بل إن السير فيها وإجراءاتها والدفاع والدفوع فيها متوقف علي إرادة أطرافها، فشخصية القاضي تكاد تختفي تماما، إذا كان بمثابة حكم عادل يعلن نتيجة في ضوء ما قدمه أطرافها.

---

(١) د/ أحمد ابو الوفا، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ١٦.

وهناك مذهب الإثبات المختلط، وهو الذي يجمع بين الإثبات المطلق والمقيد، بحيث يكون الإثبات في المواد التجارية في الأصل حرا ما لم يفيد بما قد يقيده به الشارع، ويكون الإثبات في المواد المدنية في الأصل مقيدا بطرق محددة مع بعض المرونة التي تعطي للقاضي سلطة فعالة في تيسير الإثبات وإدارته[١].

ويلاحظ أن هذا الاختلاف في مذاهب الإثبات في النظام القضائي قد انعكس علي نظام الإثبات أمام هيئات التحكيم[٢]. ففي النظم الأنجلوأمريكية، يكون لهيئة التحكيم سلطة كبيرة في توجيه وإدارة عملية الإثبات وتوظيف الأدلة، حيث تعطي اهتماما أكبر لإجراءات التحقيق والإثبات الشفوي، ويكون من حق محامي الخصم استجواب الشهود مباشرة وكذلك مواجهتهم طبقا لما هو معروف هناك بنظام المكاشفة أو الاستجواب المباشرة، فالاهتمام ينصب في تلك النظم علي البحث عن الحقيقة وجوهر الوقائع التي حدثت، والتي يستطيع الأطراف الكشف عنها بكل الطرق، ويكون لكل طرف من أطراف التحكيم حق الاطلاع علي كل وثائق ومستندات القضية، حتي يتمكن من إعداد وتهيئة دفاعه.

في النظم اللاتنية وما تأثر بها، تكون سلطة هيئة التحكيم شبة مقيدة، فينصب الاهتمام علي الأدلة الكتابية، ولا يكون للخصم إلا أن يختار وينتفي من المستندات والوثائق المكتوبة ما يؤيد ادعاءاته، كما أن هيئة التحكيم تركز إهتمامها في الفصل في ادعاءات الخصوم النظرية وحقيقتها كما تبدو من المستندات والوثائق المقدمة، وليس كما تجسدها الوقا ئع التي حدثت.

---

(١) الإشارة السابقة، ص ١٧.

(2) J. THORENS, l'arbitre international au point de rencontre des traditions de droit civil et de la common law, Melange, P. LALIVE, , 1993, p.693

وإذا كانت النظم القانونية الأنجلوأمريكية تجعل للشهادة دورا كبيرا في مجال الإثبات، وذلك علي عكس النظم القانونية الاتينية التي تهتم بالأدلة الكتابية، إلا أنه في مجال التحكيم يضيق الفارق بين تلك النظم بالنظر إلى السلطة الكبيرة التي تتمتع بها هيئة التحكيم تجاه تقدير قيمة الدليل المستمد من شهادة الشهود، فلا تثريب علي هيئة التحكيم إن هي طرحت شهادة الشهود في التحقيق الذي تجرية لعدم اقتناعها.

وأصبح دور المحكم مثل القاضي في أغلب الانظمة القانونية، فله دور في إدراة الخصومة وتقدير الأدله المعروضه عليه، ولم يعد دور المحكم مقصورا علي مراقبة توافر الشروط المطلوبه في الدليل محل الإثبات، أو في تقدير ما يعرض عليه من أدلة الإثبات، وإنما له حرية في أن يأمر بإجراء تحقيق من تلقاء نفسه من أجل تأكيد اقتناعه في الدعوي المعروضه عليه[١].

ثانيا: اتجاه النظام المصري والفرنسي في الإثبات أمام هيئة التحكيم

طبقا للنظام المصري والفرنسي تدير هيئة التحكيم إجراءات الإثبات وفقا لما انتهي إليها اتفاق الأطراف، أما إذا أغفل الأطراف تنظيم ذلك تعهد لهيئة التحكيم ذاتها مهمة تحديد إجراءات الإثبات المناسبة[٢]. ولا يمكن لهيئة التحكيم إصدار حكم في النزاع إلا بعد فحص وتمحيص لأدلة الخصوم وحسم كافة طلباتهم ودفوعهم التي ساقوها. ويقتضي قيام هيئة التحكيم بدورها في حسم النزاع تمكين كل خصم من تقديم

(١) د/ منير يوسف حامد المناصير، سلطة المحكم في الإثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ٥٠.

B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 222.

(٢) د/ ياسر عبد الهادي مصلحي سلام، أثر الخطأ في إجراءات التحكيم علي حكم التحكيم، المرجع السابق، ص ٢٦٣.

B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 222.

مستنداته وأدلته التي يرتكز عليها، سواء بنفسه أو بواسطة من يمثله، ثم تقوم هي بعد ذلك بتقييم الأدلة وتقرر الأخذ بها أم لا[١].

في النظام المصري والفرنسي، لهيئة التحكيم السلطة الكاملة في الأمر بأدله الإثبات التي تراها مناسبة لتحقيق في النزاع وتكوين عقيدتها، وسلطتها في ذلك نفس سلطة المحكمة[٢]، فلها من تلقاء نفسها أن تسمع الشهود وتعأين الامكنه أو تستعين بخبير أو توجيه اليمين المتممة[٣]، أو الأمر بإحضار الخصوم واستجوابهم[٤]. وبالنسبة لليمين الحاسمة، فيري البعض عدم جواز توجيهها في التحكيم[٥].

وقد نص المشرع المصري إلى ذلك بشكل صريح، عندما نص في المادة ٢٨ تحكيم علي أنه: لهيئة التحكيم أن تجتمع في أي مكان تراه مناسبا للقيام بإجراء من إجراءات التحكيم كسماع أطراف النزاع أو الشهود أو الخبراء، أو الاطلاع علي مستندات أو معأينة بضاعة أو أموال أو إجراء مدأولة بين أعضائها أو غير ذلك[٦]. كما

---

(١) د/ ياسر عبد الهادي مصلحي سلام، الاشارة السابقة، ص ٢٦٤.

(2) Cass. Civ. 2e, 29 nov. 1995, op. cit., p. 235, note E. Loquin. B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 222.

(٣) د/ فتحي والي التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا، المرجع السابق، ص ٣٦٠.

B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 204

(٤) د/ علي ابو عطيه هيكل، القواعد الإجرائية للإثبات امام المحكمين، المرجع السابق، ص ٦٠.

(٥) د/ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا، المرجع السابق، ص ٣٦٠.

(6) B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 222.

نص المشرع الفرنسي في المادة ١٤٦٧ مرافعات فرنسي علي حق هيئة التحكيم سماع الشهود، ولها أن ترفض سماعهم[١].

وللهيئة كما تملك الأمر باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات في النظام المصري والفرنسي، فهي تملك سلطة رفض ما تراه من إجراءات الإثبات، إذا تبين لها أنه غير مجد بالنظر إلى ظروف الدعوي، وهو ما ثابت فيها من أدلة والوقائع التي تكفي لتكوين عقيدتها، فلها ألا تقبل طلب الخصم بسماع شاهد إذا وجدت أن سماعه غير مجد[٢]، ويجب أن تستعمل سلطتها هذه بحذر[٣]، فيجب أن تبين في حكمها الأسباب التي اعتمدت عليها في عدم إجابتها لهذا الطلب، وإلا كان حكمها باطلا لمخالفته حقوق الدفاع[٤].

وتملك الهيئة العدول عما أمرت به من أدلة الإثبات، وذلك إذا وجدت في أوارق الدعوي ما يكفي لتكوين عقيدتها، أو إذا قدم لها دليل يغني عما امرت به، لا تجبر هيئة التحكيم علي تنفيذ إجراء لم تعد تري ضرورته، كما أنه من باب المحافظة علي الوقت والجهد عدم الإصرار علي تنفيذ إجراء لم يعد منتجةا في الدعوي[٥]، وبذلك يمكن لهيئة

---

(1) CA Paris, 15 mars 1984, Rev. Arb., 1985, p. 287.

(2) CA Paris, 15 mai 1984, Rev. Arb., 1985, p. 287.

(٣) د/ عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مؤسسة دار الكتاب، ط٢، ٢٠١٢، ص ٢٨٦.

(٤) د/ محمود حسن شعيب، النظام القانوني لخصومة التحكيم في ضوء قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي وقانون التحكيم المصري، المرجع السابق، ص ٢٠٠.

CA Paris, 10 nouv. 1989, Rev. Arb., 1991, p. 651, obs. Pellerin, CA paris, 11 juill. 1991, Rev. Arb., 1991, p. 671, obs. Loquin, CA Paris, 13 mars 1992, Rev. Arb., 1993, p. 107, obs. Jarrosson, CA Paris, 13 nouv. 1997, Rev. Arb., 1998, p. 719, obs. Derains.

(٥) د/ أحمد أبو الوفا، التعليق علي نصوص قانون الإثبات، المرجع السابق، ص ١٠٧، د/ أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم،المرجع السابق، ص ٢٣٤.

التحكيم أن تعدل عن قرارها باستجواب أحد الخصوم، متي رأت في عناصر الدعوي ما يغنيها عن ذلك [١] ، وهو أمر خاضع لتقديرها، كما لها أن تعدل عن إلزام خصم بتقديم وروقة تحت يده[٢]، كما لها أن تعدل عن انتداب خبير [٣] .

واذا طلب أحد أطراف التحكيم اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات، فإن لهيئة التحكيم السلطة التقديرية الكاملة في الاستجابة له أو رفضه، ولهذا فإن لها ألا تقبل طلب الخصم سماع شاهد إذا وجدت أن سماعه غير مجد[٤]. علي أنها يجب أن تستعمل سلطتها هذه بحذر. فإن قررت الهيئة رفض طلب اتخاذ إجراء معين في الإثبات، فإن عليها أن تسبب هذا الرفض، وإلا فإن حكمها قد يعتبر منتهكا لحقوق الدفاع إذا ترتب علي الحكم الإخلال بهذا الحق[٥].

وإذا حجزت الدعوي التحكيمية للحكم، وقدم أحد الطرفين طلبا لتفح باب المرافعة لاتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات كسماع شهود أو معأينة أو إحالة إلى خبير، أو طلب إتخاذ الإجراءات في مذكرته في فترة حجز الدعوي للحكم، فإن إجابته إلى طلبه تتوقف علي ما بقي من معاد التحكيم، فإن كان يكفي فقط للمداولة أو لإتمامها فإن لهيئة التحكيم رفض الطلب، أما إذا كان الميعاد ممتدا، فإن هيئة التحكيم تقدر جديه الطلب وتفتح باب المرافعة أو تقبل الطلب إذا كان الطلب مبنيا علي سبب جدي[٦].

---

(١) محكمة النقض، ٢٠١٧/٤/٨، الطعن رقم ١٠٤٩٠، س ٧٥ق، غير منشور.

(2) B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 204.

(٣) محكمة النقض، ٢٠١٧/٤/٨، الطعن رقم ١٠٤٩٠، س ٧٥ق، غير منشور.

(4) CA Paris, 15 mai 1984, op. cit., p. 287.

(٥) د/ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا، المرجع السابق، ص ٤٦٤.

(6) B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 285.

وقد حكم في فرنسا بأنه إذا حجزت هيئة التحكيم الدعوي للحكم مع السماح بمذكرات بالنسبة لنقطة معينة، فأنها تكون محقة في رفضها طلب اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات متعلقة بنقطة اخري غير التي سمح بالمذكرات لتوضحيها[١].

ويلاحظ أن سلطات هيئة التحكيم في شأن تنظيم إجراءات الإثبات في خصومة التحكيم تتقيد باحترام الشروط الورادة في اتفاق التحكيم[٢]، وقانون التحكيم المصري فيما يتعلق بالقواعد الإجرائية، خاصة ضمانات التقاضي أمام هيئة التحكيم[٣].

ويثار التساؤل حول ما إذا كان هيئة التحكيم ملزمة بتسبيب قرارها في قبول الإثبات بدليل معين أو العدول عن الدليل؟

في الواقع اختلف الفقه حول هذه المسألة، وذلك علي النحو التالي:

يري جانب من الفقه أنه يجب علي هيئة التحكيم تسبيب قراراها إذا تضمنت قضاء قطعيا في قبول الإثبات بطريقة معينة، فإنه يتعين تسبيب الحكم فيما يتعلق بالشق الذي احتوي قضاء قطعيا[٤]. فلهيئة التحكيم أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات

---

(1) Cass. Civ., 31 mai 1976, Rev. Arb., 1977, p. 50.

(٢) وينشأ بين المحكمين والأطراف رابطة الخصومة، وهذه الرابطة تعني الطرفين المرتبطين باتفاق التحكيم وتعني أيضا المحكمين، وتختلف رابطة الخصومة امام هيئة التحكيم عنها امام محاكم الدولة، لان هذه الأخير تقوم في إطار قانوني تنتظم فيه علاقات الخصوم في الدعوي وأوضاع التقاضي، بينما خصومة التحكيم تقوم علي أساس تعاقدي، وهذا الأساس هو الذي يكون مصدرا للاختصاص أو السلطة التي يمارسها المحكمون في نظر النزاع والفصل فيه. د/ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا، المرجع السابق، ص ١٨٣.

(٣) د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، المرجع السابق، ص ١٩٤.

B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 211.

(٤) د/ أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص٢٣٣.

بشرط أن تبين أسباب العدول بمحضر الجلسه، كما يجوز لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها[١]، وعليه فهي تقدر كل دليل أو مستند أو واقعه وفق ما تراه مناسبا، وتوازن بين تلك الأدله مراعية عدم الإخلال بدفاع جوهري من شأنه لو صح لتغير به وجه الرأي في الدعوي[٢]. وإلا يكون من شأنه مخالفة لقاعدة موضوعية من قواعد الإثبات، حينما تكون مقيدة بمراعاة أحكامها، وأن يكون تقديرها للوقائع مستساغا ومقبولا[٣].

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية الي أن " من المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن حكم الإثبات لا يحوز قوة الأمر المقضي طالما قد خلت أسبابه من حسم مسألة أولية متنازع عليها بين الخصوم وصدر بالبناء عليها حكم الإثبات، ومن ثم يجوز للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات إذا ما وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها للفصل في موضوع النزاع كما لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء بعد تنفيذه، والمشرع وإن تطلب في نص المادة التاسعة من قانون الإثبات بيان أسباب العدول عن إجراء الإثبات في محضر الجلسة، وبيان أسباب عدم الأخذ بنتيجة إجراء الإثبات الذي تنفذ في أسباب الحكم إلا أنه لم يرتب جزءا معينا على مخالفة ذلك فجاء النص في هذا الشأن تنظيميا، وكان من المقرر قانونا طبقا للمادة ٢٥/٦ من

(١) وقد رتب بعض الفقه البطلان علي عدم بيان الأسباب، د/ أحمد أبو الوفا، التعليق علي نصوص قانون الإثبات، المرجع السابق،، ص ٦٤، إلا أن محكمة النقض قضت بأن النص المذكور نص تنظيمي، ولا يترتب علي مخالفته أي بطلان، نقض ١٩٧٩/١٠/١٩، رقم ٧٧٥، س ٤٦٠، نقض، ٢٠١٧/٤/٨، الطعن رقم ١٠٤٩٠، س ٧٥ق، غير منشور.

(٢) نقض مدني، ١٩٧٨/٦/٢٧، طعن رقم ٨٠٦، س ق ٤٣، مج نقض، ص ١٥٦١، نقض مدني، ١٩٧٣/١/٢٥، س ق ٢٤، مج نقض، ص ٩٨.

(٣) د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص ٢٤٤، د/ جميل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، ١٩٨٣، ص ٢٦، نقض مدني، ١٩٧٣/١/٢٥، رقم ٥١٣، س ٣٧ق،مج، ص ٩٨.

قواعد اليونسترال أن هيئة التحكيم هي التي تقرر قبول الأدلة المقدمة أو رفضها، ووجود صلة بينها وبين موضوع النزاع أو انتفاء هذه الصلة، وأهمية الدليل المقدم، ومن ثم فإن وسائل الإثبات ومنها ندب الخبراء هي من المسائل التي تخضع لتقدير هيئة التحكيم وصولا لوجه الحق في الدعوى شأنها شأن المحاكم"[١].

ويذهب جانب آخر من الفقه[٢] أنه لا تلتزم هيئة التحكيم بتسبيب قرارها باتخاذ إجراء معين أو العدول عن إجراء من إجراءات الإثبات، لان لها سلطة تقديريه في ذلك. كما أن هيئة التحكيم لا تلتزم بإصدار حكم إذا أمرت باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات، ما لم يكن ملزما باتباع قواعد قانون المرافعات أو قانون الإثبات، أو عارض أحد الخصوم لأي سبب من الأسباب في اتخاذ ذلك الإجراء، كما إذا رفض مثلا أن يستمع إلى شهادة شاهد معين[٣].

وفي حالة كون المحكم مفوض بالتحكيم بالصلح، فهو غير مقيد بإصدار حكم بالإثبات بطريقة معينه، إلا أنه ملزم بإخطار جميع الخصوم باتخاذ ما يأمر به من إجراءات الإثبات، وإلا كانت الإجراءات باطله.

ومن جانبا نري أنه لا تلتزم الهيئة بتسبيب ما تأمر به من إجراءات الإثبات، وذلك علي أساس أن لها في هذا الشأن سلطة تقديرية، فلا يعيب حكمها عدم استعمالها هذه السلطة، ولكن نري أنه إذا رفضت اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات أو عدلت عن اتخاذ إجراء معين، فإنه يجب عليها تسبيب قرارها علي أساس احترام حقوق الدفاع.

---

(١) محكمة النقض، ٢٠١٧/٤/٨، الطعن رقم ١٠٤٩٠، س ٧٥ق، غير منشور.

(٢) د/ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا، المرجع السابق، ص ٤٦٥.

(٣) د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء والصلح، المرجع السابق، ص ٢٣٢.

ويلاحظ أن العدول عن إجراءات الإثبات يتعلق فقط بما اتخذته من إجراءات فلا يتعداها إلى ما قد يكون الهيئة قد أصدرته من أحكام باتخاذ إجراءات الإثبات، إذا كانت هذه الأحكام تتضمن قضاء قطعيا في مسألة تتعلق بجواز الإثبات أو عدم جوازه[١].

ولهيئة التحكيم كما هو الشأن بالنسبة للمحكمة، أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات[٢] ، ذلك أنه قد تقدم للهيئة، بعد الأمر، أدلة إثبات تغني عن الدليل الذي امرت بتقديمه، أو قد تبين لها أن الدعوي من الأدلة الآخري ما يكفي لتكوين اقتناعها، ويري البعض أنه لا تلتزم الهيئة علي خلاف القاضي بتسبيب عدولها عن الأمر[٣].

وتطبيقا لذلك فقد نصت المادة ٣٠ من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي علي أنه " لهيئة التحكيم أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول في محضر الجلسة، ويجوز للهيئة إلا تأخذ بنتيجة الإجراء مع بيان أسباب ذلك بالحكم".

ونخلص مما سبق أن لهيئة التحكيم السلطة التقديرية الكاملة في اتخاذ إجراءات الإثبات[٤]

---

(١) د/ عاشور مبروك، النظام الإجرائي، مرجع سابق، ص ٢٩٢.

(٢) محكمة النقض، ٢٠١٧/٤/٨، الطعن رقم ١٠٤٩٠، س ٧٥ق، غير منشور.

(٣) مادة ٩ إثبات، د/ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا، المرجع السابق، ص ٤٦٦.

(٤) د/ وجدي راغب الرسالة، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٧٤، ص ٣٤٢.

في النظام المصري والفرنسي، سواء من تلقاء نفسها أو بناء علي طلب أحد الخصوم، ولها نفس سلطات قضاء الدولة[١]، متي تطلبت ظروف النزاع ذلك، ففي حالة عدم كفاية المستندات التي قدمها الخصوم لتكوين عقيدتها، وذلك مع مراعاة ما اتفق عليه الخصوم، أو ما ورد بشأنه نصوص خاصة تتعلق بالنظام العام[٢].

الفرع الثاني
سلطة هيئة التحكيم في اتخاذ الإجراءات التحفظية والوقتية المتعلقة بالإثبات

تثير الإجراءات التحفظية والوقتية والسلطة التي تملك الأمر بها مشكلة حقيقية عند وجود اتفاق علي التحكيم حول النزاع الذي يطلب بصدده اتخاذ مثل هذه الإجراءات، خاصة في مسائل الإثبات. حيث قد يتطلب طبيعة النزاع اتخاذ بعض الإجراءات الوقتية أو المستعجلة، مثل الأمر بإجراء معأينه حالة متعلقة بالنزاع وبيان الأضرار التي لحقت بها والتي يخشي زوال معالمها، أو سماع شهادة شاهد مشرف علي الموت.

ويثور التساؤل هل تملك هيئة التحكيم اتخاذ الإجراءات التحفظية والوقتية في النزاع المطروح عليها؟

لقد اختلفت الآراء حول هذا الموضوع، ويمكن إجمال ذلك في الاتجاهات الآتية:

الاتجاه الأول: يري اختصاص قضاء الدولة باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية المتصلة بالمنازعة المتفق بشأنها علي التحكيم علي نحو قاصر عليه، وحظر بصفة

(1) E. Loquin note sous Cass. Civ. 2e, 29 nov. 1995, op. cit., p. 235.

(٢) د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء والصلح، مرجع سابق، ص ٢٣١.

مطلقة علي هيئة التحكيم الأمر باتخاذ أي إجراءات تحفظية أو وقتية، ولا يجوز للهيئة ممارسة هذه الإجراءات ولو اتفق الخصوم علي حقها في إصدار قرارات وقتية وأو تحفظية، علي أساس أن السلطة الولائية لا تكون إلا لقضاة الدولة، فالمحكم لا يملك سلطة الأمر(١).

ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى الحجج الآتية:

- المحكم لا يملك سلطة الإجبار، لا في مواجهة الأطراف ولا في مواجهة الغير. ولا يملك سلطة تنفيذ الأوامر التي يصدرها سواء كانت موضوعية أو قتية، مما يضطر الخصوم إلى اللجوء إلى القضاء لإصدار أمر بالتنفيذ(٢).
- قد تجد أحداث تتطلب اتخاذ إجراءات وقتية أو مستعجلة، في وقت غير أوقات انعقاد هيئة التحكيم، أو يصعب انعقادها بالسرعة الكافية لاتخاذ الإجراء المطلوب، وذلك بعكس القضاء المتاح دائما وبصورة مستمرة(٣).

الاتجاه الثاني: يستند هذه الاتجاه علي إرادة الأطراف ذاتها، فإذا كانت هذه الإرادة قد خولت المحكم سلطة الفصل في المنازعة القائمة بينهم، فأنها أيضا يمكنها أن تخول لهذا المحكم الفصل في المسائل التحفظية والوقتية المتصلة بالمنازعة المتفق

(١) انظر د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، ١٩٧٨، ص ٩٢٢، د/ أحمد السيد صاوي، الوسيط في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، بدون سنه نشر، ص ٣٦٨.

(٢) د/ حفيظة السيد الحداد، مدي اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، دار الفكر الجامعي، ١٩٩٦، ص ١٩.

FOUCHARD Ph., GAILLARD E. et GOLDMAN B., traite de l' arbitrage commercial international, LITEC, 1996, p. 720.

(٣) د/ حفظية السيد الحداد، الإشارة السابقة.

بشأنها علي التحكيم، سواء عبرت الأطراف عن تلك المنازعة بشكل صريح أو من خلال الإشارة إلى لائحة من اللوائح المنظمة للتحكيم(١).

ويذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن الهيئة المختصة بنظر الطلبات الوقتية والمستعجلة، لأنها أقدر من غيرها علي تحديد الإجراء الأكثر ملاءمه، فضلا عن توفير الوقت والنفقات وسهلة تنفيذ ما تأمر باتخاذه من إجراءات وقتية أو مستعجلة(٢)، وهذا ما أخذت به المادة الحادية عشر من غرفة التحكيم بباريس بقولها بأن أطراف التحكيم لا يمكنهم بعد تشكيل محكمة التحكيم تقديم مثل تلك الطبات إلا أمام محكمة التحكيم أو رئيس بحسب الأحول.

أسانيد هذا الرأي:

يري أنصار هذه الاتجاه أن منح هيئة التحكيم سلطة اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية يرجع بصفة أساسية إلى القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، وإلى مبدأ سلطان الإرادة، فالأطراف باتفاقهم علي اللجوء أي التحكيم يكونون قد أعلنوا عن رغبتهم في استبعاد القضاء عن نظر النزاع من جميع جوانبه، وبالتالي فالسماح للمحاكم بالتدخل لاتخاذ أي إجراء يعد خرقا للقوة الملزمه لاتفاق التحكيم ومبدا سلطان الإرادة(٣).

المحكم هو الأقدر علي تقدير مدي جدية الإجراء المطلوب والوقت المناسب للقيام به، بحكم خبرته بموضوع النزاع.

---

(١) د/ فاطمة صلاح الدين، دور القضاء في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، بند ٥٠٢، ص ٢١٥، د/ عبد المنعم زمزم، الإجراءات التحفظية والوقتية قبل وأثناء وبعد انتهاء خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص ٣٠.

(٢) د/ محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، المرجع السابق، ص ٢٤٥، د/ عاشور مبروك، النظام الاجرائي لخصومة التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٧١.

(٣) د/ فاطمة صلاح الدين، دور القضاء في خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص ٢١٧.

إذا كان المحكم فاقداً لسلطة الإجبار، إلا أنه يحظى بالاحترام التلقائي من قبل الأطراف، ويمكن للمحكم يأخذ بعين الاعتبار مسلك الطرف سئ النية عند إصداره للحكم النهائي.

وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا الرأي في بعض أحكامها، حيث قضت بأنه لا يجوز للدائن بعد تشكيل هيئة التحكيم أن يلجأ إلى القضاء طلبا لنفقة وقتية وإنما تملك هيئة التحكيم وحدها الفصل في مثل هذا الطلب(١). وقد أيد الفقه الفرنسي هذا الاتجاه(٢).

الاتجاه الثالث: يتوسط هذا الرأي الاتجاهين السابقين، حيث يقرر إمكانية التعاون بين كل من القضاء والتحكيم في الحصول علي الحمأية الوقتية أو المتسعجلة، حيث يكون للأطراف حرية الالتجاء إلى أيهما، أو يقرروا ولأية أحدهما علي الآخر. فلا يمكن لهم قصر الاختصاص علي هيئة التحكيم فقط، فقد توجد بعض العقبات القانونية والمادية تحول دون قيام المحكم باتخاذ الإجراءات الوقتية أو المستعجلة، لذا فقد تتطلب الضرورة الاستعانه بقضاء الدولة، لذا فقد ذهبت أغلب التشريعات الحديثة وقواعد التحكيم إلى تقرير إمكانية اللجوء إلى قضاءالدولة لمعاونة هيئة التحكيم في اتخاذ الإجراءات الوقتية والمستعجلة(٣).

في الواقع نري أن الرأي الثالث هو الأقرب إلى الصواب، وذلك لأنه يحقق الفائده العملية للتحكيم، حيث يكون لهيئة التحكيم والقضاء سلطة اتخاذ الإجراءات

(1) Cass. Civ. 14 mars 1984, Rev. Arb., 1985, p. 69; Cass. Civ., 6 mars 1990, Rev. Arb., 1990, p. 633.

(2) B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 202.

(3) T. Clay, L'appui du juge à l'arbitrage, Cah. Arb., 2011, p. 331.

الوقتية والمستعجلة المتعلقة بالإثبات، لأن هناك بعض حالات الاستعجال التي تتطلب السرعة اللازمة لاتخاذها مثل إجراء سماع شاهد مشرف علي الموت أو إجراء معأينة شئ تضيع معالمه إذا مر وقت من الزمن، ونظرا لأن هيئة التحكيم قد تأخذ وقتاً من الزمن لانعقادها، لذا يكون للأطراف الحق في اللجوء إلى القضاء، والواقع اللجوء إلى القضاء يكون ضروريا قبل تشكيل الهيئة، أما بعد تشكيل الهيئة، فيكون الأصل هو اللجوء إلى هيئة التحكيم لاتخاذ الإجراءات التحفظية.

ولا شك أن الضرورة العملية تقتضي بقاء القضاء العادي أو المستعجل مختصا بنظرالمسائل الوقتية والمستعجلة، حتي في ظل وجود القضاء، وأن ذلك لا يتعارض مع اختصاص هيئة التحكيم بنظر المسائل المرتبطة بموضوع اتفاق التحكيم، وأن اللجوء إلى القضاء لنظر هذه المسائل الوقتية والمستعجلة، لا يعتبر نزولا عن اتفاق التحكيم(١).

وبالتالي يجوز لهيئة التحكيم أو لأي من الطرفين بموافقة الهيئة، طلب المساعدة من المحكمة القضائية المختصة في الحصول علي أدلة الإثبات، وللمحكمة القضائية أن تبذل قصاري جهدها في تنفيذ الطلب في حدود سلطتها، ووفقا للقواعد المعمول بها أمامها بشأن الحصول علي أدلة الإثبات(٢). فقد تم الاستقرار منذ أمد طويل علي اختصاص القضاء المستعجل بالمسائل الوقتية والمستعجلة، رغم وجود شرط أو مشارطة التحكيم، لأن ذلك لا يمنع من اللجوء إلى القاضي لطلب إثبات حالة، وأن لهذا الأخير الحق في تقدير مدي توافر عنصر الاستعجال(٣).

(١) د/ علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة، حقوق القاهرة، ١٩٩٦، ص ٤٠٦.

(٢) مادة ١/٢٤ من قواعد اليونسيترال لعام ١٩٧٦.

(٣) د/ شحاته غريب شلقامي، إشكالات اتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديد، ٢٠١٥، ص ١١٥.

وهذا ما نصت عليه المادة ٢٦ من قواعد اليونسترال، حيث قضت بأنه" لهيئة التحكيم أن تتخذ بناء علي طلب أحد الطرفين ما تراه ضروريا من تدابير مؤقتة بشأن الموضوع محل النزاع، بما في ذلك إجراءات المحافظة علي البضائع المتنازع عليها، كأمر بأيداعها لدي الغير أو بيع السلعة القابلة للتلف" ثم جاءت الفقرة الثالثة، ونصت علي صلاحية قيام المحاكم باتخاذ التدابير الوقتية، بقولها بأن " الطلب الذي يقدمه أحد الطرفين إلى سلطة القضائية لاتخاذ تدابير مؤقتة لا يعتبر مناقضا لاتفاق التحكيم".

وهنا بعض التشريعات تعقد الاختصاص أصالة لهيئة التحكيم واستثناء لقضاء الدولة، فعلي سبيل المثال النظام التونسي الذي يسند إلى محكمة التحكيم فقط الأمر باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية طالما بدءأت إجراءات التحكيم، إلا أن هذا لا يحول دون استعانتها بقضاء الدولة لتذليل الصعوبات التي قد تواجهها[1].

في حين أن بعض الأنظمة تعقد هذا الاختصاص أصالة لقضاء الدولة، ولكنها لا تمانع في نفس الوقت من اسنادة إلى هيئة التحكيم عن طريق اتفاق الخصوم، وهذا ما ذهبت إليه المادة ١٧٣ مرافعات كويتي من أنه لا يشمل التحكيم المسائل المستعجلة ما لم يتفق علي ذلك صراحة.

وبالنسبة للقانون المصري، فقد وزع الاختصاص بين قضاء الدولة والتحكيم، فقط نصت المادة ١٤ و٢٤ من قانون التحكيم علي أنه، يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة ٩ من هذا القانون أن تأمر بناء علي طلب أحد طرفي التحكيم، باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية، سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو اثناء سيرها. كما نصت المادة ٢٤ من نفس القانون علي أنه " يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق علي أن يكون

(١) د/ عاشور مبروك، النظام الاجرائي لخصومة التحكيم، مرجع سابق، بند ١٦١، ص ٢٧٤.

لهيئة بناء علي طلب أحدهم، أن تأمر أيا منهم باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع، وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذي تأمر به، وإذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه، جاز لهيئة التحكيم بناء علي طلب الطرف الآخر، أن تأذن لهذا الطرق في اتخاذ الإجراءات الازمه لتنفيذه، وذلك دون إخلال بحق هذا الطرف في أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة ٩ من هذا القانون الأمر بالتنفيذ".

ويستفاد من نص قانون التحكيم المصري في المادة ١٤ علي أن النص علي اختصاص القضاء بنظر المسائل الوقتية والمستعجلة، يعتبر امرا جوازيا. حيث أن وجود اتفاق التحكيم لا يمنع القضاء من نظر هذه المسائل، كما أنه يمكن للخصوم الاتفاق في اتفاق التحكيم علي قصر اتخاذ التدابير الوقتية أو التحفظية علي هيئة التحكيم، في حال طلب أحدهما ذلك(١).

ففي النظام المصري قضاء الدولة هو صاحب الاختصاص الأصيل باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، وهنا يثار التساؤل هل يمكن اتفاق الخصوم علي استبعاد قضاء الدولة في منح الحمأية الوقتية أو المستعجلة؟ في الواقع يذهب بعض الفقه إلى أن اختصاص القضاء المستعجل يتعلق بالنظام العام، ولا يجوز للخصوم التنازل مسبقا عن الضمانات التي يوفرها هذا القضاء(٢). ويمكن تأسيس ذلك علي أن الاختصاص بالمسائل الوقتية والمستعجلة يكون من المسائل أو الموضوعات المتعلقة بالاختصاص النوعي لقاضي الأمور المستعجلة، ومن المعروف أن قواعد الاختصاص النوعي تتعلق

(١) د/ ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ٢٤٢.

(٢) د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم في القوانين العربية، منشأة المعارف، ٢٠٠٢، بند ١٢، ص ٢٤.

بالنظام العام، ولا يجوز الاتفاق علي ما يخالفها، وبالتالي هي من الاختصاص الأصيل للقضاء، ولا يمكن قبول التحكيم بشأنها علي الاستقلال، كما أنها لا تعد من الاختصاص الأصيل لهيئة التحكيم وإن كان ذلك لا يمنع المسائل الوقتية والمستعجلة إذا كانت تتعلق بموضوع اتفاق التحكيم دون سواه[١].

وبالتالي فالاتفاق علي التحكيم لا يعني ذلك سلب جهة القضاء ولأيتها بنظر المسائل الوقتية والمستعجلة، فإذا كان الاتفاق علي التحكيم يعد استثناء علي الأصل العام، وهو اختصاص قضاء الدولة، فإن ذلك يعني الأخذ بهذا الاستثناء، وعدم العودة إلى الأصل وهو قضاء الدولة، ولكن في حدود موضوع اتفاق التحكيم فقط، ودون سلب لحق القضاء المستعجل في نظر تلك المسائل باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل[٢].

الفرع الثالث

أدلة الإثبات التي تملك هيئة التحكيم اتخاذها أو رفضها

قد يتفق الأطراف علي تطبيق قواعد قانونية معينه علي الإثبات، فيجب علي هيئة التحكيم الالتزام بها، في بعض الأحوال لهيئة التحكيم الفصل دون التقيد بقواعد المرافعات أو قواعد قانون الإثبات، وجدير بالإشارة في هذا الصدد أن المشرع إذا أعفي المحكم من التقيد بقواعد المرافعات، فإن هذا الاصطلاح ينطبق علي إجراءات الإثبات، سواء أكانت ورادة في صلب المرافعات أم كانت واردة في القانون المدني، أم كانت ورادة في قانون مستقل للإثبات، وعلي العكس فإن هذا الإعفاء يمتد إلى القواعد الموضوعيه للإثبات ولو كانت ورادة في قانون المرافعات.

---

(١) د/ شحاته غريب شلقامي، إشكالات اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص ١١٣.

(٢) د/ أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار الجامعة الجديد، ٢٠٠٩، ص ١٢٣.

وكقاعد عامة في التشريعات التي توجب علي المحكمين اتباع قواعد المرافعات يكون عليهم اتباع الأصول والمواعيد المقررة في قواعد الإثبات أو في باب إجراءات الإثبات بحسب مكانه في التشريعات، ما لم يكن قد اتفق الخصوم علي إعفائهم من التقيد بقواعد المرافعات أو كانوا مفوضين بالصلح.

وتتبع هذه القواعد بالنسبة لجميع طرق الإثبات، فتتبع في استجواب الخصوم، وكان الاتجاه قبل تعديل القانون الفرنسي أن المحكم لا يملك استجواب الخصوم، ولا يملك تحقيق الخطوط، ولكن أصبح الآن في القانون المرافعات الفرنسي الجديد الملك يملك كافة إجراءات الإثبات، بل ويملك الحكم علي الخصم المتخلف بالغرامة التهديده، والقاعدة في فرنسا وبجليكا ومصر هي أن المحكم يملك الأمر بما يراه من إجراءات الإثبات فيما عدا ما اتصل بالتزوير[١].

وتتبع الإجراءات المنصوص عليها في القانون في حالة توجيه اليمين الحاسمه أو المتممه وعند الانتقال، وعند سماع الشهود وعند ندب أحد الخبراء وفي تحقيق الخطوط.

أولا: مدي حرية هيئة التحكيم في اتخاذ إجراءات الإثبات

إذا كان القاعدة في قانون الإثبات المصري أن المحكمة القضائية تملك من تلقاء نفسها أو بناء علي طلب أحد الخصوم، اتخاذ ما تراه من إجراءات الإثبات، بشرط أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوي منتجة فيها وجائزا قبولها، وتملك المحكمة العدل عما تأمر به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر[٢]،

(١) انظر تعدل قانون المرافعات الفرنسي بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١.

(2) CA Paris, 27 fev. 1964, op. cit., p. 49.

وكذلك تملك عدم الأخذ بنتيجة الإجراءات بشرط أن تبين أسباب ذلك في الحكم، وإذا كانت عند الحكم تكون لها الحرية التامة في أن تستخلص قضاءها من جميع طرق الإثبات، مما أمرت به، وما في ملف المدعي أو المدعي عليه[١]

وهنا يثار التساؤل عن مدي حرية هيئة التحكيم في اتخاذ أدلة الإثبات؟، ومدي التزامها بقواعد وإجراءات الإثبات المنصوص عليها في القانون؟

في الواقع، هيئة التحكيم تملك ما تملكه المحكمة من اتخاذ أدلة الإثبات من تلقاء نفسها أو بناء علي طلب أحد الخصوم[٢]، فليس من المتعذر القول بأن هيئة التحكيم أن تأمر باتخاذ ما تراه ملائما، سواء من تلقاء ذاتها أو بناء علي طلب أحد الخصوم، من إجراءات الإثبات، طالما كانت الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوي ومنتجة فيها وجائزة قبولها، كما أن لها أن تعدل عما أمرت به من تلك الإجراءات بشرط أن تثبت ذلك في محضر الجلسة[٣] ، كما تملك عدم الأخذ بنتيجة الإجراء بشرط أن تبين أسباب ذلك في الحكم[٤]. ولا تملك هيئة التحكيم مساعدة أحد الخصوم في تقديم أدلة الإثبات، لأنه ذلك يخالف مبدأ الحياد، وبالتالي تطبق هيئة التحكيم قاعدة البينة علي المدعي، ويقع علي عاتق كل من الطرفين عبء إثبات الوقائع التي يستند إليها لتأييد دعواه.

وفي هذا المعني نصت المادة ٦/٢٥ من قواعد اليونيسترال لعام ١٩٧٦، والمطبقة أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي علي أن " هيئة التحكيم

(١) د/ أسامه روبي، الوجير في القواعد الإجرائية للإثبات، المرجع السابق، ص ٣٥.

(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تنظير وتطبيق مقارن، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٩١٢.

(٣) محكمة النقض، ٢٠١٧/٤/٨، الطعن رقم ١٠٤٩٠، س ٧٥ق، غير منشور.

(٤) مادة ٣٠ من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي الصادر عام ١٩٨٥، د/ أحمد عبد الكريم سلامةالاشارة السابقة، ص ٩١٠.

هي التي تقرر قبول الأدلة المقدمة أو رفضها، ووجود صلة بينها وبين موضوع الدعوي أو انتقاء هذه الصلة، وأهمية الدليل المقدم"[١]. وهذا ما نصت عليه لائحة إجراءات التحكيم لمركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الدولي الخليج العربية لعام ١٩٩٤وذلك في المادة م٢١/٥.

والواقع أن قانون التحكيم المصري لا يتعارض مع ذلك التحليل، فالمادة ٢٥ تحكيم تشير إلى ذلك صراحة بقولها لطرفي التحكيم الاتفاق علي الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم... فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة".

وبالتالي يكون لهيئة التحكيم مع احترام اتفاق الأطراف إن وجد، أن تسلك أي طريق إثبات، أو تستعين بأي دليل من الأدلة التي تراها ملاءمة، ومتعلقة بالدعوي ومنتجة فيها كما لها بالمقابل أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات، ويجوز لها ألا تأخذ بنتيجة تلك الإجراءات مع بيان أسباب العدول[٢].

ويذهب البعض إلى أنه إذا رغب المحكم أن يأمر باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق فهو لا يلزم باصدار الحكم بذلك، ما لم يكن ملزما باتباع قواعد المرافعات أو قواعد قانون الإثبات، وللمحكم أن يأمر بالإجراء، حتي لو عارض أحد الخصوم لأي

---

(1) CA Paris, 12 juill. 1971, Rev. Arb., 1973, p. 74.

(٢) محكمة النقض، ٢٠١٧/٤/٨، الطعن رقم ١٠٤٩٠، س ٧٥ق، غير منشورد/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تنظير وتطبيق مقارن، المرجع السابق، ص ٩٣٠.

CA Paris, 27 fev. 1964, op. cit., p. 49, B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 222.

سبب من الأسباب في اتخاذ ذلك الإجراء كما إذا رفض مثلا أن يستمع إلى شاهدة شاهد[١].

ومن ناحية أخري، لهيئة التحكيم أن تطلب من أحد الطرفين أن يقدم إليها وإلى الطرف الآخر، خلال المدة التي تحددها، ملخصا للوثائق والمستندات والأدلة الثبوتية الآخرى التي يعتزم تقديمها لتأييد الوقائع المتنازع حولها، والمحددة في بيان دعواه أو مذكرة دفاعه.

ويثور التساؤل مدي التزام هيئة التحكيم بإجابه أحد الخصوم إلى طلبه باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات، مثل سماع شاهد معين.

في الواقع لهيئة التحكيمية سلطة تقديرية في أتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات، فلها إجابه الخصم إلى الاستماع إلى شاهد كدليل في الإثبات من عدمه، ولها أن تقرر عدم الحاجة إلى سماع الشهود إذا كانت أوراق الدعوي كافية لتكوين عقيدتها[٢]. ويجب عليها أن تمارس سلطتها التقديرية مع مراعاة حقوق الدفاع[٣]، وإلا تعرض الحكم للبطلان لإخلاله بحقوق الدفاع. فلا يجوز لها أن تستند في رفض الطلب إلى أن

(١) د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، المرجع السابق، ص ٢٥٢.

(٢) د/ علي بركات، خصومة التحكيم في المصري والقانون المقارن، المرجع سابق، بند ٣٥١، ص ٣٤٦.

René David, l'arbitrage dans le commerce international, Economica, 1982, no 323,p. 413.

(3) CA Paris, 10 nouv. 1989, op. cit., p. 651, obs. Pellerin, CA paris, 11 juill. 1991, op. cit., p. 671, obs. Loquin, CA Paris, 13 mars 1992, op. cit., p. 107, obs. Jarrosson, CA Paris, 13 nouv. 1997, op. cit., p. 719, obs. Derains.

ميعادالحكم قد قارب علي الانتهاء، وإنما يجب أن تبني قرارها بالرفض علي أسباب موضوعية، فلا يجوز مخالفة حقوق الدفاع تحت أي مبرر.

وقد ذهبت محكمة استئناف باريس إلى أنه إذا كانت سلطة المحكم في قبول أو رفض الدليل لإثبات تقديم به أحد الخصوم سلطة نهائية ولا معقب عليها، فأنها ينبغي مع ذلك أن يبني المحكم قراره بالرفض علي أسس سائغه كعدم أهمية الدليل المقدم وكونه غير منتج في الدعوي، وإذا تبين من ظروف الدعوي وطبيعة الدليل المقدم أهميته البالغة فإن المحكم يكون قد انتهك حقوق الدفاع، إذا لم يبين في قراره الرفض الأسباب الجدية التي بني عليها قراره[١].

بالتالي يمكن لمن قدم الدليل أن يطعن علي قرار هيئة التحكيم بالرفض بالبطلان لإخلاله بحقوق الدفاع، وهذا ما أكدته المادة ٥٣ تحكيم مصري، حيث يكون الحكم باطلا في حالة تعذر علي أحد الأطراف تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلانا صحيحا بتعيين محكم، أو بإجراءات التحكيم، أو لأي سبب آخر خراج عن إرادته.

وقد ذهب جانب من الفقه[٢] إلى أنه يجوز لأحد الأطراف اللجوء مباشرة إلى المحكمة المختصة بموجب دعوي أصلية، ودون تدخل من هيئة التحكيم، ويطلب منها سماع شاهد كإجراء وقتي تحفظي في حالة خشية وفاته أو سفره. وهذا ما نصت عليه المادة ١٤ من قانون التحكيم بقولها يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة ٩ تحكيم أن تأمر بناء علي طلب أحد طرفي التحكيم باتخذا تدابير مؤقتة أو تحفظية، سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها. فيجوز لأحد الأطراف اللجوء إلى القضاء الوقتي

(1) CA Paris, 27 fev. 1964, op. cit., P.49. CA Paris, 4 avr. 1968, Rev. Arb., 1968, p. 19.

(٢) د/ رضا السيد، مسائل التحكيم، دار النهضة، ٢٠٠٣، ص ٥٤

بتقديم مطالبه بسماع شاهد لو توافرت الشروط التي يتطلبها القانون، وذلك لأن الحكم الوقتي لا يتعارض مع اتفاق التحكيم. كما أن سماع الشاهد أمام المحكمة القضائية قد يكون له فائدة للخصوم، وتتمثل في تجنب التكلفة الباهظة لانتقال الشهود، فضلا عن تفادي تعطيل النزاع إذا ما تعذر حضور الشاهد، كما أن سماع الشاهد أمام المحكمة يوفر الضمانات القضائية لصحة الشهادة[١]. ويتقدم الطرف الذي طالب سماع الشهادة إلى هيئة التحكيم كدليل فقط، سواء للنفي أو الإثبات، وللهيئة السلطة في أن تأخذ بها أو ترفضها[٢].

في الواقع نري أنه إذا رفضت هيئة التحكيم سماع شاهد، فأنه ليس للخصم اللجوء إلى قاضي المختص للأمر بإحضار الشاهد متي رفضت هيئة التحكيم سماعه، وذلك لأن لهيئة التحكيم السلطة التقديرية في قبول شهادة الشاهد أو رفض الشهادة.

ثانيا: أدلة الإثبات أمام هيئة التحكيم:

لقد كان النص القيدم في لائحة غرفة تحكيم باريس علي أن هيئة التحكيم لا تملك اتخاذ إجراءات الإثبات من تلقاء نفسها إعمالا لمبدأ حياد المحكم، إلا أنه قد عدل عن ذلك وأجازت المادة ٢٧ من لائحة غرفة تحكيم باريس لهيئة التحكيم اتخاذ إجراءات الإثبات من تلقاء نفسها. كما سمحت بهذا المادة ١٠ من قانون المرافعات الفرنسي، وكذلك المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري.

في الواقع، كل وسائل الإثبات التي يجوز تقديمها أمام القضاء يجوز تقديمها أمام هيئة التحكيم دون التزام باتباع القواعد الإجرائية الواردة في قانون الإثبات أو

(١) د/ هدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص٢٣٢.

(٢) د/ علي ابو عطيه هيكل، القواعد الإجرائية للإثبات امام المحكمين، المرجع السابق، ص ٢٠٥.

قانون المرافعات، إلا إذا قيدها الخصوم باتباع هذه القواعد. وبالتالي، يمكن لهيئة التحكيم أن تستعين بأدلة الإثبات الآتية: سماع الشهادة والمعأينة والخبرة واستجواب الخصوم أو توجيه اليمين، كما تتولي هيئة التحكيم، بكامل أعضائها، إجراءات الإثبات ويوقع كل منهم علي المحاضر، هذا ما لم تكن الهيئة قد ندبت وأحدا من أعضائها لاتخاذ إجراء معين، وأثبتت ذلك في محضر الجلسة، وإلا كان الإجراء باطلا[١].

وسينشير إلى هذه الأدلة علي النحو التالي:

١- سماع الشهادة

- **المقصود بالشهادة**

يقصد بسماع الشهادة، وهي إدلاء الشخص بأقواله حول صحة واقعة حدثت، سمعها ورآها، ونشأ عنها حق أو مركز قانوني لغيره[٢]، كمن حضر توقيع علي عقد مقأولة أو عقد توريد أو عقد بيع، وتعد الشهادة من اهم طرق الإثبات التي تملك هيئة التحكيم اتخاذها سواء من تلقاء نفسها أو بناء علي طلب أحد الخصوم أو كليهما، وفي العادة تلجأ هيئة التحكيم إلى سماع الشهود في حالة عدم كفاية المستندات التي قدمها الخصوم لتكوين عقيدتها، ويستوي في ذلك أن يكون الشهود أشخاصاً عاديين يدلون بشهادتهم حول الوقائع أم خبراء فنيين يدلون بشهادتهم حول مسألة فنيه عاصروها[٣].

---

(1) R. DAVID, l'arbitrage dans le commerce international, op. cit., no 328, p. 417.

(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامه، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص ٥٢٨.

(٣) د/ عاشور مبروك، النظام الاجرائي لخصومة التحكيم، مرجع سابق، بند ١٨٦، ص٣٠٨.

في الواقع، الشهادة ليست من الأدلة القطعية ذات القوة المطلقة في الإثبات والتي لا يملك المحكم سوي الأخذ بها وإعمالها مثل الإقرار واليمين الحاسمه، ولكنها وحدها تعد من الأدلة ذات الحجية النسبية، أي أن الأخذ بها وإعمالها يخضع لتقدير المحكم، فقد يأخذ بنتيجتها أو يرفضها إذا سأوره شلك حولها، أو إذا وجدها متعارضه مع أدله أخري، أو إذا رأي أنها غير مجديه أو غير مؤثره وأن ما تحت يده من أدلة ومستندات يكفي للفصل في النزاع[١].

- **سلطة هيئة التحكيم في الأخذ بالشهادة**.

ولهيئة التحكيم سلطة تقديريه في الاستعانة بشهادة الشهود كدليل في الإثبات من عدمه، كما أنه لا تثريب عليها إن قررت عدم الحاجة إلى شهادة الشهود، إن كانت رؤيتها قد اكتملت حول الجوانب الموضوعية والقانونية للنزاع[٢]. كما أن لها تقرير الفصل في النزاع علي أساس المستندات والوثائق المكتوبة وحدها إن رأت ذلك كافيا[٣]. فلا يوجد سوء إداره للإجراءات إذا رفضت هيئة التحكيم سماع أحد الشهود المقدم من أحد الأطراف[٤].

---

(١) د/ سامي محسن حسين السري، بعض الجوانب في القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ٣٣٩.

(2) Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, traite de l'arbitrage commercial international, op. cit., no 1277, p. 713.

(٣) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تنظير وتطبيق مقارن، المرجع السابق، ص ٩١٣.

(٤) د/ ياسر عبد الهادي مصلحي سلام، أثر الخطأ في إجراءات التحكيم علي حكم التحكيم، المرجع السابق، ص ٢٧٦

ولكن علي هيئة التحكيم التقيد بما اتفق عليه الأطراف في هذا الشأن[١]، بحيث إن كانوا قد اتفقوا علي عدم الحاجة إلى شهادة الشهود، فلا يجوز لها أن تلجأ إليها. وعلي العكس تكون هيئة التحكيم ملزمة بالاستماع إلى الشهود المعينين من الخصوم في عقد التحكيم[٢]، كما أنها تكون ملزمة بالاستماع إلى الشهود في الحالة التي لا يوجد لديها فيها عناصر كافية للفصل في النزاع، وتكون الشهادة جائزة فيها، ويمكن لهيئة التحكيم أن تلفت نظر أحد الأطراف لتقديم شاهد إذا ما رأت ذلك ضروريا لتوضيح بعض الامور الغامضه في القضية[٣]،

وتخضع أقوال الشهود لتقدير هيئة التحكيم فلها ألا تأخذ بشهاد شاهد لم تطمئن إلى شهادته مادامت قد اقامت قضاءها علي أسباب تكفي لحمله[٤]. وفي حالة رفض سماع الشاهد، فعليها أن تسبب قراراها الصادر بعدم الاستماع إلى الشهود، ويجوز لها الاستناد إلى القرائن البسيطة فيما يجوز فيه الشهادة[٥]. وعلي هيئة التحكيم أن تضع في اعتبارها العلاقة بين الشهود والأطراف[٦] عند تقييمها شهادة الشهود[٧].

---

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامه، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص ٥٣٠.

(٢) د/ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا،المرجع السابق، ص ٤٧٤.

(3) Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, traite de l'arbitrage commercial international, op. cit., p. 698.

(٤) استئناف القاهرة، ٢٢/١١/ ٢٠٠٣، ق ٢٦ لسنة ١٢٠تحكيم، غير منشور

(٥) د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديد، ٢٠١١،، ص ٢٠١

(6) Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, traite de l'arbitrage commercial international, op. cit.,p .699.

(٧) د/ ياسر عبد الهادي مصلحي سلام، أثر الخطأ في إجراءات التحكيم علي حكم التحكيم، المرجع السابق، ص ٢٧٨.

- **تحليف الشاهد اليمين**

في الواقع إذا كانت قوانين الإثبات في بعض الدول تجعل حلف اليمين إجباريا، فإن الأمر يختلف في شأن الإثبات أمام هيئة التحكيم. فلقد نص المشرع المصري في المادة ٣٣ من قانون التحكيم صراحة علي أنه يكون سماع الشهود والخبراء بدون أداء اليمين، وهو حكم له نظير في بعض القوانين، مثل المادة ١٤٦٧ من قانون المرافعات الفرنسي، والمادة ٣٣ من قانون التحكيم العماني، و القانون التحكيم السويدي لعام ١٩٩٩ (٣/٢٥)، ويرجع السبب في عدم تحليف اليمين إلى أنه يتضمن نوعا من الإجبار مما يحتاج إلى سلطة الأمر[١]، وهو مما لا تملك هيئة التحكيم، حيث تستمد سلطتها من اتفاق التحكيم المبرم بين الخصوم، وهم لا يملكون هذه السلطة، فلا يمكنهم نقلها إلى غيرهم، ففاقد الشئ لا يعطيه، فتحليف اليمين لا يكون إلا أمام الجهات القضائية، فإن كذب في حلف اليمين فيكون مرتكبا لجريمة الشهادة الزور المعاقب عليها جنائيا، ولا تملك هيئة التحكيم سلطة توقيع عقوبات جنائية عن أفعال إجرامية[٢].

كما أن هناك بعض التشريعات أخذت بالحل المعمول به في نظم الإثبات الداخلية، حيث يلزم حلف الشهود اليمين حتي تكون أقوالهم محل اطمئنان من قبل هيئة التحكيم، ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٢١١ من القانون الإمارات ١٩٩٢، وذلك بقولها علي المحكمين أن يحلفوا الشهود اليمين وكل من أدي شهادة كاذبة أمام المحكمين يعتبر

---

(1) Cass. Civ., 2e 25 mars 1999, op. cit., p. 267.

(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامه، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص ٥٣٢،

J. ROBERT, l'arbitrage droit interne et droit international privé, Dalloz., 6e éd.1993., p. 178

مرتكبا لجريمة شهادة زور، وكما تنص علي ذلك م ٣١ من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم السعودي الصادرة ١٩٨٥[١].

وتذهب بعض الانظمة إلى جعل تحليف اليمين من إطلاقات هيئة التحكيم، بحيث يكون لها أن تطلب منهم حلف اليمين أو أن تعفيهم من ذلك، ويأخذ بهذا الحل قانون التحكيم الإنجليزي لعام ١٩٩٦، حيث تقرر المادة ٣٨ أن لهيئة التحكيم سلطة سماع أي طرف أو شاهد بدون أو بعد حلف اليمين، وهي التي تقوم بتوجيه اليمين وليس الخصم.

وهذا ما يثير التساؤل عما إذا كان لهيئة التحكيم أن تطلب إلى رئيس المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع تحليف الشاهد قبل ادائه للشهادة؟ يذهب البعض[٢] إلى أنه يجور لهيئة التحكيم اللجوء إلى المحكمة المختصة لتحليف اليمين، وهذا ما نص عليه القانون الليبي، خاصة وأن القانون الليبي قد عالج مسألة الامتناع عن الشهادة أو حلف اليمين.

- **كيفية أداء الشهادة**:

لم ينص قانون التحكيم المصري علي إجراءات خاصة لسماع الشهود، وبالتالي فقد ترك الأمر لتقدير هيئة التحكيم ما لم يتفق الأطراف علي إجراءات خاصة لذلك. ولهيئة التحكيم الاستعانة ببعض إجراءات سماع الشهود التي ينص عليها قانون الإثبات، ولكنها لا تتقيد بهذا الإجراءات[٣].

---

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامه، الاشارة السابقة، ص ٥٣٣.

(٢) د/ محمود حسن شعيب، النظام القانوني لخصومة التحكيم في ضوء قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي وقانون التحكيم المصري،المرجع السابق، ص ٢٥٧.

(٣) وهنا لأوائح لمراكز التحكيم نصت علي هذه الإجراءات، فقواعد مركز القاهرة الاقليمي نصت علي إجراءات سماع الشاهد، حيث حددت المادة ٢/٢٨ إجراءات سماع الشاهد علي النحو التالي:في حالة المرافعة الشفوية تخطر هيئة التحكيم الأطراف قبل الجلسة بمدة ١٥ يوم علي الأقل بتاريخ =

وقد يقيد الخصوم المحكم بطريق الإثبات التي عينها المشرع في القانون، وبذلك يمكن للقانون حمأية أطراف النزاع من مخاطر تحكم هيئة التحكيم وأخطائها عند اختيار البينة، ولا يكفي أن تكون الواقعة جائزة الإثبات فحسب، بل يجب أن تكون جائزة الإثبات بالدليل المطلوب تقديمه، وفقا لنظام الإثبات الواجب التطبيق، ولهذا فأنه لا يقبل سماع شاهد لإثبات واقعة لا يجوز إثباتها إلا بالكتابه، ولا يقبل توجيه اليمين المتممة إذا انعدم الدليل أو وجد دليل كامل في الدعوي[١].

لهيئة التحكيم سلطة تقديرية في سماع الخصوم[٢] والشهود ومناقشتهم في جو خال من الشكليات المتبعة أمام المحاكم وفقا للموادة ١٨٩ مرافعات مصري، و١٠٥ إثبات مصري، وإذا كان القاضي هو الذي يوجه الأسئلة إلى الشهود، أما في نظام التحكيم فالمحكم أو الخصم هو الذي يوجه الأسئلة للشهود أو للخصم الآخر، وله مناقشتهم[٣].

وبالتالي في النظام المصري هيئة التحكيم لا تكون مقيدة بإجراءات الشهادة المنصوص عليها في القانون إلا إذا كان الطرفان قد اتفقا علي ذلك، لكنها علي أي حال

=

انعاقدها ومكانها.يجوز الاستماع ومناقشة الشهود بما فيهم الشهود الخبراء، وفقا للشروط والطريقة التي تحددها هيئة التحكيم. تكون جلسات المرافعة الشفهية مغلقة، ما لم يتفق الاطراف علي غير ذلك، ولهيئة التحكيم أن تطلب من أي شاهد أو اي عدد من الشهود، بمن في ذلك الشهود الخبراء، الخروج من قاعة الجلسة أثناء إدلاء شهود اخرين بشهادتهم.، لهيئة التحكيم أن تأمر بمنافسة الشهود بمن في ذلك الشهود الخبراء بواسطة وسائل الاتصال التي لا تتطلب حضورهم شخصيا في الجلسة.

(١) د/ منير يوسف حامد المناصير، سلطة المحكم في الإثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ٢٦.

(2) CA Paris, 15 mai 1984, op. cit., p. 287.

(٣) د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية،المرجع السباق، ص ١٩٤.

مقيدة باحترام المبادئ الأساسية في الإجراءات[١]. ولا تلتزم الهيئة بإصدار حكم تمهيدي بسماع الشهود[٢] وعلي هيئة التحكيم إتاحه الفرصة لأطراف النزاع لمناقشة الشهود[٣]، واستجوابهم من قبل الهيئة ذاتها أو من قبل الخصوم وممثليهم[٤]. وفي النظم الانجلو أمريكية للخصم أن يستجوب الشاهد،حتي لو كان الخصم الذي أحضر الشاهد أو الخصم الآخر[٥].

والأصل أن تؤدي الشهادة شفاهة ولا يجوز للشاهد أن يستعين بمذكرات مكتوبة إلا إذا سمحت له هيئة التحكيم بذلك، واقتضت ذلك طبيعة النزاع، ويجوز تقديم الشهادة في صورة بيانات مكتوبة تحمل توقيعات الشهود لإثبات نسبتها إليهم، فإذا لم يتيسر حضور الشاهد[٦]، فيمكن للطرف الذي يستشهد به أن ويوثق شهادته بمكتب من مكاتب التوثيق، ويقدمها موثقة إلىهيئة التحكيم، وهذا الشهادة المكتوبة ذات قوة أقل في الإقناع[٧]، إذ الشاهد الذي يحضر يمكن مناقشته في شهادته.وقد نصت المادة ٢٥ من

---

(١) د/ مصطفي الجمال ود/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق،٧٠١.

(٢) د/ علي بركات، خصومة التحكيم في المصري والقانون المقارن، رسالة، المرجع سابق الاشارة، بند ٤٠٠ ص ٣٩١.

(3) CA Paris, 13 mars 1973, Rev. Arb., 1973, p.176.

(4) Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, traite de l'arbitrage commercial international, op. cit., p. 701, Cass. Civ., 2e 25 mars 1999, op. cit., p. 267.

د/ أحمد عبد الكريم سلامه، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، ص .534

(٥) د/ أحمد عبد الكريم سلامه، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تنظير وتطبيق مقارن، المرجع السابق، ص ٩٢٢.

(٦) د/ ياسر عبد الهادي مصلحي سلام، أثر الخطأ في إجراءات التحكيم علي حكم التحكيم، المرجع السابق، ص٢٧٧.

(٧) د/ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا، مرجع سابق، ص ٣٦٩.

لائحة مركز القاهرة الإقليمي" يجوز أن تكون الشهادة في صورة بيانات مكتوبة موقعة". وقد ذهب البعض إلى أن يجوز له الاخذ بالشهادة المكتوبة دون حضور أحد[١].

وقد جري العمل في التحكيم التجاري الدولي علي أن تطلب هيئة التحكيم من الشهود كتابة أقوالهم قبل سماعها، وأن يتم تبادل هذه الكتابة بين الطرفين وعندما يحضر الشاهد يسأله محامي الطرف الذي استشهد به ما إذا كان مصرا علي ما جاء بما كتبة، أو كان يريد الإضافة إليها[٢]، وميزة هذه الطريقة هي اختصار وقت سماع الشاهد أمام هيئة التحكيم، ومعاونة هيئة التحكيم لوجود الشهادة مكتوبة، وتيسير قيام الطرف الآخر بمناقشة الشهاد في شهادته[٣].

وإذا كان المحكم ملزما باتباع قواعد القانون فهو لا يملك سماع شهادة الشهود إلا في الأحوال التي يجوز فيها ذلك بمقتضي القانون، وعليه أن يلتزم حكم القانون الموضوعي[٤] بالنسبة إلىجميع طرق الإثبات، فلا يأمر بإجراء من إجراءات الإثبات إلا إذا كان القانون يجير الإثبات به. ويلتزم المحكم إذا لم يكن مصالحا بنص المادة ٦٠ إثبات الذي لا يجيز إثبات التصرف القانوني الذي تزيد قميته علي ألف جنيه أو كان غيرمحدد القيمة بشهادة الشهود ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك[٥].

---

(١) د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية،المرجع السباق، ص ٢٠١.

(٢) د/ عبد الحميد الاحدب، إجراءات المحاكمة التحكيمية الدولية وقواعد الإثبات، مجلة الدراسات القانونية، بيروت، العدد الثاني، المجلد الثاني، كانون الثاني ١٩٩٩.

(٣) د/ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا، المرجع السابق، ص ٤٧٥.

Cass. Civ., 2e 25 mars 1999, op. cit., p. 267

(4) Cass. Civ. 2e, 29 nov. 1995, op. cit., p. 235, note E. Loquin.

(٥) د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، المرجع السابق، ص ٢٥٦.

فطبقا لنص المادة ١٤٧٨ مرافعات فرنسي، يجب علي المحكم الفصل في منازعة التحكيم طبقا لأحكام القانون إلا إذا اتفق علي غير ذلك. وفي الواقع إذا أخطأ المحكم في تطبيق القانون لا يمكن إبطال الحكم إلا إذا كان الطعن بالاستئناف جائزاً طبقا للقانون الفرنسي، وذلك لأن مخالفة قواعد القانون ليست سببا من أسباب الطعن بالبطلان(١).

ويجوز للمحكم الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة (م٦٢ إثبات)، ويجوز له الإثبات أيضا بشهادة الشهود إذا وجد مانع مادي أو ادبي يحول دون الحصول علي دليل كتابي أو إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب اجنبي لا يد له فيه(٢).

ويجب علي الشهود الحضور في اليوم المحدد لسماع الشهود، إما بناء علي إخطار من الهيئة أو دعوه من الخصوم أنفسهم، ويجب أن يكون الطرف الذي طالب بسماع الشهود، أن يخبر الهيئة بأسماء الشهود وعنوأينهم، والمسائل التي سيدلي الشهود بشهادتهم بشأنها، واللغة التي تستخدم في أداء الشهادة(٣).

وفي حالة تعدد الشهود، فيؤدي كل شاهد شهادته بمفرده حتي لا يؤثر بعضهم علي بعض، ويتاح الفرصه للخصوم لمناقشة الشهود(٤)، ويتم استجوابهم من قبل الهيئة ذاتها، أو من قبل الخصوم وممثلوهم(٥).

---

(1) B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 210.

(٢) مادة ٦٣ إثبات.

(٣) د/ اسامه روبي، الوجيز في القواعد الإجرائية للإثبات المدني، مرجع سابق، ص ٢٢٢.

(4) CA Paris, 13 mars 1973, op. cit., p.176.

(5) René David, l'arbitrage dans le commerce international, op. cit. no 324, p. 414.

ولهيئة التحكيم أن تجتمع بالشهود في أي مكان تراه مناسبا للقيام بذلك، وهذا ما أكدته المادة ٢٨ تحكيم. وإذا تم أداء الشهادة في حضور الخصوم جميعا، فلهم الحق في الاعتراض عليها،أما إذا تم سماعها في غيابهم جميعا أو بعضهم، فأنه يجب علي هيئة التحكيم في تلك الحالة أن تحرر محضرا بمضمونها، حتي يتمكن الخصوم من الاطلاع عليها والاعتراض إن بدا لهم ذلك، تحقيقا لمبدأ المواجهة[١].

٢- الانتقال للمعأينة

يمكن لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها، أن تقرر الانتقال لمعأينة بعض الإمكان والوقائع والبضائع المتنازع عليها أو أي أمر آخر منتج في الدعوي، وتحرر محضرا بإجراءات المعأينة[٢]، ويجوز لأي من الطرفين التقدم بطلب إلى هيئة التحكيم لإثبات حالة يخشي تغيير معالمها، فتقوم بهذه المعأينة قبل نظر موضوع النزاع، وإعمالا لمبدأ المواجهة[٣] فأنه يجب علي هيئة التحكيم في تلك الحالة إخبار جميع الأطراف بمكان إجراء تلك المعأينة، كما تحرر محضرا بما تمت معأينته وانتهت إليه الهيئة من نتائج، خاصة في حالة عدم حضور الخصوم جميعا أو بعضهم[٤]، ومن حق جميع الأطراف في

---

(١) د/ أحمد أبو الوفا، د/ طلعت محمد دويدار،، التعليق علي نصوص قانون الإثبات، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٦، ص ٣٤٦.

CA Paris, 2 fev. 1988, Rev. Arb., 1989, p. 62, note Couchez, Cass. Civ., 2e, 10 nov. 1998, D., 1999,IR, p. 1.S, CA Paris, 21 nov. 1967, Rev. Arb., 1967, p. 122.

(٢) مادة ٤٣ من اتفاقية واشنطون لعام ١٩٦٥، والمادة ٢٣ من لائحة إجراءات مركز التحكيم التجاري بالدول بمجلس التعاون الخليج العربي لعام ١٩٩٤.

(3) CA Paris, 2 fev. 1988, op. cit., 1989, p. 62, note Couchez, Cass. Civ., 2e, 10 nov. 1998, op. cit.,p. 1.S.

(٤) د/ عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، مرجع سابق، بند ١٩١، ص ٣١٥.

كل الأحوال مناقشة الهيئة فيما انتهت إليه من نتائج[١]، كما أن الهيئة بإمكانها رفض الانتقال للمعأينة علي الطبيعة مع وجوب بيان أسباب رفضها للطلب المذكور[٢]، حتي وإن كانت قد قررت من قبل الانتقال للمعأينة، فهي غير مقيدة بهذا القرار إن وجدت بعد ذلك في أوراق الدعوي ما يكفي لاقتناعها بالفصل فيها، أو تبين لها بعد إعادة دارسة أوراق الدعوي أن الانتقال للمعأينة غير منتج أو غير متعلق بها، ولكن يجب علي الهيئة في هذه الحالات أن تبين أسباب العدول في المحضر أو في حكمها [٣] ، وفي جميع الأحوال علي هيئة التحكيم أن تضع في اعتبارها المبادئ الحاكمه لخصومة التحكيم، خاصة حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة والمساواه بين الأطراف.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف باريس، بأن المحكم إذا قدر أنه استكمل التحقيق في النزاع وأن القضية أصبحت جاهزة للحكم فيها، فأنه يملك رفض طلب الذي تقدم به أحد الخصوم لإجراء معأينة دون أن يكون قد أخل بحق الدفاع، خاصة إذا رأي أن هناك صعوبات عملية في إجراءت تلك المعأينة، فالمحكم هو الذي يقدر وحده مدي مناسبة أي إجراء من إجراءات التحقيق، وما إذا كان منتجا في الدعوي من عدمه"[٤]. كما قضت محكمة استئناف باريس بأنه إذا رفضت الهيئة الانتقال للمعأينة وجب عليها ذكر أسباب الحكم الصادر منها بالرفض[٥]

وتلجأ هيئة التحكيم إلىالإثبات بالمعأينة عندما يكون من الضروري معأينة محل النزاع، وفحص حالته لتتمكن الهيئة من تكوين اعتقاد صحيح عن حقيقة المنازعة،

(1) CA Paris, 13 mars 1973, op. cit., p.176.

(٢) د/ عزمي عبد الفتاح/ قانون التحكيم الكويتي، المرجع السابق، ص ٢١٦.

(٣) محكمة النقض، ٢٠١٧/٤/٨، الطعن رقم ١٠٤٩٠، س ٧٥ق، غير منشور.

(4) CA Paris,8 Jull. 1982, Rev. Arb., 1983, p. 345.

(5) CA Paris,15 mars 1984, Rev. Rrb., 1984, p. 285.

وكيفية استخلاص وجه الحكم فيها، فهي تعمد إلى الانتقال لتباشر هذه المعاينة والفحص بنفسها ولجوء الهيئة إلى الإثبات بالمعاينة مقيد بعدم اتفاق أطراف التحكيم علي استبعادها كوسيلة الإثبات.

وقد نصت المادة ٢٨ تحكيم علي أن لهيئة التحكيم أن تجتمع في أي مكان تراه مناسبا للقيام بالمعاينة[١]، كما نصت علي ذلك المادة ١٦ من قواعد اليونسترال علي أن " للهيئة التحكيم أن تجتمع في أي مكان تراه مناسبا لمعاينة بضائع أو أموال أخري..."، ولم ينص القانون الفرنسي علي حكم هذه الحالة، ولكن ليس هناك ما يمنع هيئة التحكيم أن تقوم بالمعاينة في أي مكان، ولم ينص المشرع المصري والفرنسي علي إجراءات معينة تلتزم بها الهيئة أثناء المعاينة، فيترك الأمر لتقدير الهيئة، فهي وحدها تقدر جدية الانتقال للمعاينة من عدمه.

والأصل أن يتم المعاينة بواسطة جميع المحكمين، ولكن لا يوجد ما يمنع من ندب أحدهم للقيام بذلك بشرط إثبات هذا القرار في محضر الجلسة. وليس من صلاحية هيئة التحكيم ندب شخص من الغير للقيام بالمعاينة[٢]. غير أنه يمكنها طلب الإنابة القضائية من المحكمة للقيام بإجراء المعاينة[٣].

---

(١) طبقا لنص المادة ٢٨ تحكيم مصري لطرفي التحكيم الإتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها فإذا لم يوجد إتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملاءمة المكان لأطرافها، ولا يخل ذلك بسلطة هيئة التحكيم في أن تجتمع في أي مكان تراه مناسبا للقيام بإجراء من إجراءات التحكيم كسماع أطراف النزاع أو الشهود أو الخبراء أو الإطلاع على مستندات أو معاينة بضاعة أو أموال أو إجراء مداولة بين أعضائها أو غير ذلك.

(٢) د/ مصطفي جمال وعكاش عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة، مرجع سابق، بند ٤٨٤، ص ٧٠٨.

(٣) د/ محمود حسن شعيب، النظام القانوني لخصومة التحكيم في ضوء قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي وقانون التحكيم المصري، المرجع السابق، ص ٢٦١

وقد يجري المعاينة في أثناء جلسة التحكيم إذا تعلق الأمر بمنقول مثل معاينة قطعة من الأسمنت أو قطاع معدني، أو غير ذلك مما يمكن نقلة إلى الجلسة، وقد يجري المعاينة بعد الانتقال لمحل المعاينة كما هو الحال بالنسبة لمعاينة مبني أو كوبري أو سد مائي أو غير ذلك، وإذا حدث هذا الانتقال فيجب علي هيئة التحكيم أن تحدد تاريخ ومكان المعاينة، ليتمكن الطرفان أو ممثلاهما من الحضور لمعاينة، ويمكن لكل منهما لفت نظر المحكم إلى بعض ما يهم لفت نظر المحكم عند المعاينة[١].

وقد نصت المادة ١٣١ من قانون الإثبات علي تحرير محضر تبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعاينة، كما اشترط المادة ٢٥ من قانون المرافعات حضور كاتب في إجراءات المعاينة يحرر المحضر ويوقعه مع القاضي، وقد رتب القانون بطلان العمل جزاء لعدم تحيرير محضر بجميع الأعمال المتعلقة بالمعاينة أو لعدم تحرير المحضر بمعرفة كاتب المعاينة، كذلك أوجب قانون التحكيم في المادة ٣١ علي هيئة التحكيم أن ترسل إلى كل من الطرفين صورة مما يقدم إليها من أدلة، كما ألزمها أيضا تدوين خلاصة وقائع كل جلسة تعقدها في محضر تسلم صورة منه إلى كل من الطرفين، ولا يعتبر الخطاب الصادر من رئيس هيئة التحكيم والمحرر علي مطبوعات مكتوبه، ولا يعتبر بحال محضرا يبين فيه جميع الأعمال المتلعقة بالمعاينة، وذلك لخلوة من بيان حضور كاتب وتوقيعه إلى جانب رئيس هيئة التحكيم، وخلوه من بيان الأعمال المتعلقة بالمعاينة والوقائع التي اثبتتها وملاحظات الهيئة ومشاهدتها، والحال الذي كانت عليه الأماكن موضوع المعاينة[٢]، فلا تتحقق الغأية التي من أجلها اشترط المشرع تحرير

(١) د/ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا، المرجع السابق، ص ٤٧٢.

(٢) وفي حالة قررت هيئة التحكيم الانقتال للمعاينة، فإنه يجب إعلان الاطراف بميعاد ومكان الانقتال وأن يتم تحرير محضر بهذا المعاينة،وأن يتمكن الأطراف من مناقشة النتائج التي توصل اليها المحكمون من هذا المعاينة.

محضر تبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعأينة التي أجرتها هيئة التحكيم عملا بنص المادة ١٣١ إثبات والمادة ٢٥ مرافعات[١].

وقد قضت محكمة استئناف القاهرة[٢] بأنه "إذا كان الثابت أن هيئة التحكيم قد قامت بمعأينة الأرض محل النزاع، بل اكتفي رئيسها بإرسال خطاب إلى مركز القاهرو الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي يشير فيه إلى حصول المعانية وكان هذا الخطاب لا يعتبر محضرا تبين فيه جميع الأعمال، وذلك لخلوه من بيان حضور كاتب وتوقيعه إلى جانب رئيس هيئة التحكيم وخلول من بيان الأعمال المتلعقة بالمعأينة لوقائع التي أثبتتها وملاحظات الهيئة ومشاهداتها والحال التي كانت عليه الأماكن موضوع المعأينة كما خلا من بيان ماهية الأسئلة والاستيضاحات التي طرحتها الهيئة علي الطرفين وإجابتهم علي كل منها، فجاء الخطأ في صياعة عامة أومجهلة تصلح لأية معأينة ولا تحقق الغأية التي من أجلها اشترط المشرع تحرير محضر تبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعأينة ويوقعة كاتب حضر إجراءاتها، فإن المعأينة تكون باطلة عملا بالمادتين ١٣١ إثبات و٢٥ مرافعات، وحكم التحكيم الذي استند إلى هذا المعأينة يكون باطلان لوقوع بطلان في الإجراءات اثر في الحكم عملا بالمادة ٥٣/ز تحكيم.

وقد نقضت محكمة النقض[٣] هذا الحكم مقررة أن "نص المادة ٢٥ مرافعات والمادة ١٣١ إثبات بشان المعأينة لا ينطبقان علي إجراءات المعأينة من هيئة التحكيم لأن قانون التحكيم لم يتضمن نصا بالإحالة إلى أي من القانونين فيما لم يرد بشأنه نص

(١) استئناف القاهرة، د. ٩١ تجاري، ٢٠٠٣/٥/٢٨، في الدعويين ٧١-٧٢، س ق ١١٩، غير منشور.

(٢) استئناف القاهرة،، دائرة ٩١ تجاري، ٢٠٠٣/٥/٢٨، في الدعويين رقمي ٧١و ٧٢ لسنة ١١٩تحكيم، غير منشور.

(٣) نقض مدني، ٢٧ ديسمبر ٢٠٠٧، طعن رقم ٤٧٢١ س ق ٧٣، غير منشور.

خاص، كما أن نظام التحكيم له طبيعة خاصة تتسم بتبسيط الإجراءات، ومرونتها بما لا يجوز التقيد بالإجراءات التي ينص عليها قانون المرافعات أو قانون الإثبات، فضلا عن أن نص المادة ٢٨ من قانون الإثبات قد خلا من وجوب التوقيع علي محضر المعانية من كاتب إلى جانب رئيس الهيئة، ولو كان المشرع أراد ذلك لنص عليه صراحة"، وانتهي حكم النقض إلى أن الحكم المطعون فيه إذ قضي ببطلان حكم التحكيم استنادا إلى المادة ٢٥ مرافعات والمادة ١٣١ إثباتا لبطلان المعانية التي أجرتها هيئة التحكيم بدون حضور كاتب يحرر محضرا بالأعمال المتعلقة بها يكون قد خالف القانون.

ويلاحظ علي حكم محكمة النقض أنه قد ألغي حكم الاستئناف الذي أبطل حكم هيئة التحكيم مستندا في هذا البطلان إلى عدم حضور كاتب وتوقيعه علي محضر المعأينة، ولهذا فأنه ليس مؤدي حكم النقض أن المعأينة التي تجريها هيئة التحكيم تكون صحيحه ولو لم يحرر محضراً بها يتضمن أعمال المعأينة وما اثبتته الهيئة من وقائع وملاحظات ومشاهداتها والحال التي كان يجب عليها الأماكن محل المعأينة، مع تمكين الطرفين من حضور المعأينة وإبداء الملاحظات عليها، إذ بغير هذا تكون المعأينة قد أخلت بحق الدفاع، مما يبطل حكم التحكيم المستند إليها[1].

٣- استعانة هيئة التحكيم بخبير

الخبرة هي أحدي وسائل الإثبات المتاحة أمام الأطراف والمحكمين، من خلالها يمكن الاستعانة بخبير متخصص في أحدي النقاط التي يثيرها النزاع المعروض ليفحص وقائعها، ثم يبين رأية الاستشاري بشأنها. والواقع أن للخبره أهمية كبيرة في مجال الإثبات، وتبدو أهميتها بصفة خاصة في تحكيم المنازعات البحرية، نظر لما تنطوي

(١) د/ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا، المرجع السابق، ص٤٧٣.

عليه هذه المنازعات من إشكاليات فنية دقيقة لا يستطيع معرفة أغورها سوي خبير متخصص[١].

وتثير استعانة هيئة التحكيم بالخبرة عدة إشكاليات، منها ما هي نطاق سلطة هيئة التحكيم في الاستعانه بالخبرة؟ وما هي المسائل التي تخضع للخبرة؟ وما هي الإجراءات الواجب عليها اتباعها؟ وما مدي إلزامية تقرير الخبير لهيئة التحكيم؟ وذلك علي النحو التالي:

أ. سلطة هيئة التحكيم في الاستعانة بالخبرة

في الواقع تثير الاستعانه بالخبراء في مجال التحكيم خلافا بين الفقه وحتي بين الأنظمة القانونية فيما يتعلق بسلطة هيئة التحكيم في الاستعانه بخبير، وذلك علي النحو التالي:

حيث يذهب الفكر القانوني في البلاد الأنجلوسكسونية إلى أن الطابع الشخصي لمهمة التحكيم يتعارض مع ندب خبير أمام هيئة التحكيم[٢]، وذلك علي أساس أنه يراعي في تشكيل هيئة التحكيم أن يكون فيها من ذوي الخبرة الفنية في مجال المنازعة المطروحه كأن يكون مهندسا أو محاسبا، كما أن اللجوء إلى الخبراء يجرد التحكيم من أهم صفاته المميزه، وهي السرعة وقلة التكاليف، بالاضافة إلى أن اللجوء إلى الخبراء قد يثير مسألة الحياد والاستقلال، لان كل خبير يتأثر برأي من استعان به، مما يخلق تعارضا بين آراء الخبيرين في نفس الدعوي[٣].

---

(١) د/ طلعت محمد ديودار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، المرجع السابق، ص ١٨٤.

(٢) د/ عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، المرجع السابق، ص ٤٠٨، د/ علي بركات، خصومة التحكيم في المصري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص ٣٩٦.

(٣) د/ عاطف الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ٤٣٨.

وقد أيد بعض الفقه هذا الاتجاه[١]، وإن كان لا يسلم بالنتيجة بالقول بالاستغناء الكامل والمطلق بالخبراء في مجال التحكيم، وإنما أكد علي ضرورة التدقيق في اختيار هيئة التحكيم من خبراء متخصصين في حل المنازعات المعروضة، حتي يمكن للمحكمين الفصل في النزاع بكفاءة في أسرع وقت ممكن، وبأقل تكاليف دون الاستعانة بالخبراء.

وتتجه الأنظمة اللاتنية إلى عكس الاتجاه الأول[٢]، فترى أن اللجوء إلى الخبرة في التحكيم من عدمه أمر جوازي لهيئة التحكيم، يمكنها أن تأمر بها من تلقاء نفسها أو بناء علي طلب من أحد الأطراف أو كلهما، وذلك علي أساس أن ندب خبير أمام هيئة التحكيم لا يعني تفويض المحكم سلطاته لهذا الخبير، فمهمة الخبير تقتصر علي ابداء الرأي في مسألة معينة غير ملزم للمحكم، كما أن الحاجة تدعوا إلى ندب خبير كمهندس أو محاسب إذا كان المحكم من رجال القانون[٣]. ويجو لهيئة التحكيم أن تعرض عن ندب الخبير إذا وجدت في أوراق الدعوي ما يكفي لتكوين عقيدتها دون حاجة إلى خبير[٤].

ونري أنه من سلطة هيئة التحكيم الاستعانه بخبير، وذلك علي أساس أنه لا يشترط قانونا في تشكيل هيئة التحكيم أن يكون المحكمون من الخبراء، كما أن المحكم وظيفته تختلف عن الخبير، فالخبير يحكم بمقتضي علمه الشخصي وخبرته في مجال الواقعة محل الخبرة، كما أن توافر صفة الخبير في عضو هيئة التحكيم يتعارض مع

(١) الاشارة السابقة، ص ٤٣٩.
(٢) المادة ٣٦ تحكيم مصري والمادة ١٤٦١ مرافعات فرنسي، والمادة ١٧٩ كويتي.
(٣) د/ عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، المرجع السابق، ص ٤٠٩.
(٤) الاشارة السابقة، ص ٤١٠.

مبدأ القضاء بمقتضي علمه الشخصي. والخبرة طريق من طرق الإثبات المباشر، حيث تتصل ماديا ومباشرة بالواقعة محل الإثبات. وتقرير اللجوء إلى الخبرة من عدمه جوازي لهيئة التحكيم

وقد نظم المشرع المصري في قانون التحكيم مبدأ الاستعانه بخبير وكيفية قيامه بعمله، وذلك في المادة ٣٦ تحكيم، والتي قررت أن لهيئة التحكيم أن تعين خبيرا أو أكثر لتقديم تقرير مكتوب أو شفهي يثبت في محضر الجلسة بشأن مسائل معينة تحددها، ويتضح من ذلك أن تقرير اللجوء إلى الخبرة من عدمه جوازي لهيئة التحكيم، فيمكنها أن تأمر به من تلقاء نفسها أو بناء علي طلب الأطراف، أحدهم أو كلهم. بل لا تثريب عليها إن هي لم تستجب إلى ذلك الطلب متي وجدت في أوراق الدعوي ومرافعات الخصوم وأدلة الإثبات الآخري ما يكفي لتكوين عقيدتها حول الفصل في النزاع. دون أن يشكل ذلك إخلالا بحق الدفاع[١]. وقد نصت المادة ٢٩ من قواعد مركز القاهرة الإقليمي، علي أنه لهيئة التحكيم بعد التشأور مع الأطراف، تعيين خبير مستقل أو أكثر لتقديم تقرير كتابي بشأن مسائل معينة تحددها، وترسل هيئة التحكيم للأطراف صورة من بيان مهمة الخبير المعد بمعرفتها[٢].

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامه، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص ٥٣٧.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, traite de l'arbitrage commercial international, op. cit., pp. 703.

(٢) وقد نصت المادة ٢٩ من قواعد مركز القاهرة الاقليمي علي أنه يقدم الخبير قبل تعيينه إلى هيئة التحكيم والي الاطراف بيان بمؤهلاته واقرارا بحيدته واستقلاله، ويبلغ الاطراف هيئة التحكيم خلال المهلة التي تحددها هيئة التحكيم بما قد يكون لديهم من اعتراضات علي مؤهلات الخبير أو حيدته أو استقلاله، وتفصل هيئة التحكيم في مدي هذه الاعتراضات، وبعد تعيين الخبير لا يجوز الاعتراض عليه، إلا لاسباب لم يعلم بها الا بعد التعيين.

وتطبيقا لذلك فقد ذهبت محكمة استئناف القاهرة إلى أن " من المقرر أن وسائل الإثبات ومنها ندب الخبراء هي من الأمور التي تخضع لتقدير هيئة التحكيم التي لها السلطة المطلقة في الفصل في أية طلبات تري من الضروري اتخاذها للفصل في النزاع المعروض عليها توصلا لوجه الحق في الدعوي. وذلك طبقا لسلطتها التقديرية المخوله لها، كما أن لها أن ترفض ندب أية لجان خبره سواء هندسية أو محاسبية متي رأت من عناصر الدعوي مجتمعه ما يكفي لتكوين عقيدتها[١]". كما أكدت محكمة استئناف القاهرة علي أن لهيئة التحكيم السلطة التقديرية لندب خبير في الدعوي، فإن لها العدول عن هذا الندب متي وجدت في مستندات الدعوي الآخري ما يكفي لتكوين عقديتها للفصل في موضوع النزاع[٢]. ولا يتطلب هذا العدول صدور حكم من الهيئة به، فإذا ندبت الهيئة خبيرا ولم يباشرة الخبيرة مأموريته لسبب أو لآخر، فإن لها دون قرار منها بالعدول عن ندبة القيام بالفصل في الدعوي استنادا إلى ما في الدعوي من أدلة أخري[٣].

وفي الواقع لم ينظم المشرع الفرنسي مدي إمكانية لجوء هيئة التحكيم إلى الخبرة، ولكن الفقه والقضاء مستقر علي حق هيئة التحكيم في اللجوء إلى الخبرة[٤]. وقد أخذت محكمة استئناف باريس بامكانية لجوء هيئة التحكيم إلى الاستعانة بالخبرة في حكمها في قضية Air Intergulf [٥]، وبالرغم من أن القانون السويسري يعتبر عدم الموافقة علي تعيين خبير سببا لبلطان الحكم، فإن المحكمة الفيدرالية رأت أن

(١) استئناف القاهرة، د. ٧ تجاري، ٢٠٠١/١٢/٢٦، د. رقم ١٤٠٤٥، س ق ١١٧، غير منشور.

(٢) استئناف القاهرة، د.٩١ تجاري، ٢٠٠٣/١٢/٣٠، دعويين رقم ٩١، ٩٦، س ق ١١٩ تحكيم، غير منشور.

(٣) استئناف القاهرة، د. ٥٠ تجاري، ٢٠٠٠/١٢/٢٥، رقم ٤٠ لسنة، س ق ١١٧، غير منشور.

(4) B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 222.

(5) CA Paris, 6 sept. 1996, Rev. Arb. 1997, p. 24.

إلغاء الحكم يجب أن يكون في حالات محددة فقط من حالات تعيين الخبير(١)، وفي حالة اتفاق الأطراف علي عدم الاستعانه بالخبير، فيجب علي هيئة التحكيم احترام هذا الاتفاق، ويري هذا الفقه أن انتهاك مثل هذا الاتفاق لا يكون سببا كافيا لبطلان الحكم(٢). وقد ذهب القضاء المصري إلى تأكيد السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في الاستعانة بالخبير(٣).

ونري أنه يجوز للأطراف الاتفاق علي إلزام هيئة التحكيم بالاستعانة بأهل الخبرة أو بخبير معين. وقد ذهبت محكمة استئناف القاهرة إلى رفض دعوي البطلان (كان الأطراف قد اتفقو علي ندب لجنة خبراء هندسيين ومحاسبين للمعأينة، ولم تنفذ هيئة التحكيم اتفاقهم، فقضت المحكمة برفض دعوي بطلان حكم المحكمين استنادا إلى أنه " من المقرر أن وسائل الإثبات ومنها ندب لجان الخبراء هي من الأمر التي تخضع لتقدير هيئة التحكيم التي لها السلطة المطلقة في الفصل في أيه طلبات تري من الضروري اتخاذها للفصل في الموضوع المفروض عليها توصلا لوجهة الحق في الدعوي وذلك طلبقا لسلطاتها التقديرية المخولة لها كما أن لها أن ترفض ندب أية لجان خبرة سواء هندسية أو محاسبية متي رات من عناصرالدعوي مجتمعة ما يكفي لتكوين عقيدتها"(٤) وهو حكم محل نظر إذ سطلة هيئة التحكيم مقيدة بما يتفق عليه الطرفان من جراءات، وتتقيد الهيئة به إذا قبل أعضاؤها مهمة التحكيم علي أساسه(٥).

(١) د/ ياسر عبد الهادي مصلحي سلام، أثر الخطأ في إجراءات التحكيم علي حكم التحكيم، المرجع السابق، ص ٢٨٤.

(٢) الاشارة السابقة.

(٣) استئناف القاهرة، د. ٨ تجاري، ٢٠٠٠/١١/٢٠، في الدعويين ٦١ و٦٦ لسنة ١١٧ ق، استئناف القاهرة، د. ٩١ تجاري، ٢٠٠٤/٤/٢٩، الدعويين ١٠، ٧٧، س ق ١٢٠ تحكيم، غير منشور.

(٤) الاشارة السابقة.

(٥) د/ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا، المرجع السابق، ص ٤٧٦.

وكما نري أن سلطة هيئة التحكيم في الاستعانه بخبير مقيدة بما اتفق عليه الخصوم[١]، فيمتنع عليها الاستعانه بالخبراء، إذا وجد اتفاق علي ذلك، ولو أثناء سير الخصومه، ومخالفة ذلك يعد تعديلا لمهمة المحكم[٢]، واتفاق الخصوم علي منع الاستعانة بخبير قد يكون صريحا أو ضمنيا، كما لو رعي في تشكيل هيئة التحكيم أن يكون أحد المحكمين خبيرا في مجال النزاع، فهنا يدل علي الاتفاق الضمني علي عدم الاستعانه بخير طالما اتفق الخصوم علي اسم المحكم الخبير.

ب. المسائل التي تخضع للخبرة

لقد اختلف الفقه حول المسائل التي يجوز فيها ندب الخبراء، فاتجه جانب منهم[٣] إلى مهمة الخبير تنحصر في مسائل الواقع، ولذا لا تستطيع هيئة التحكيم أن تندب خبيرا لإبداء رأيه في مسألة قانونية، ولا أن تلجأ إلى القضاء لنفس الغرض، فإذا حدث ذلك يكون المحكم قد فوض سلطاته وخرج عن اتفاق التحكيم، وهو ما يؤدي إلى بطلان حكمه. ويري هذا الجانب أن المحكم مثل القاضي يفترض فيه العلم بالقانون ويلتزم بتطبيقه، أما المسائل الفنية فلا يفترض علمه بكل جوانبها. ويمنع القانون علي المحكم كما هو الشأن بالنسبة للقاضي أن يكلف الخبير باعطاء رأي قانوني أو حل قانوني للنزاع، أو ابداء تقرير له طابع قانوني، أو القيام بمهمة الصلح بين الخصوم، وإذا حدث مثل هذا التكليف، فيكون عمل باطلا لمخالفة اتفاق التحكيم[٤].

(١) د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، هامش ١١، ص ٣٧٠.
(٢) د/ علي بركات، خصومة التحكيم في المصري والقانون المقارن، مرجع سابق، ص ٣٩٧.
(٣) الإشارة السابقة، د/ تبيل عمر، التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٠٢.
(٤) د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية،المرجع السباق، ص ٢٠٣.

ويري هذا الفقه أنه يقصد بالقانون الذي يفترض علم القاضي به القانون بمعناه الواسع، فيشمل: التشريعات المكتوبة[١] مثل الدستور والقانون واللوائح، كذلك يشمل القواعد العرفية، وكذلك القوانين الأجنبية[٢]. وبالنسبة للمسائل الفنية والواقعية، فهي التي صعب علي المحكم بثقافته معرفة كل جوانبها، لأنها تحتاج إلى دراسة متعمقة واستعمال أجهزة دقيقة وخبرة عملية، كمضاهاة الخطوط والمسائل الميكانيكية، وبراءات الاختراع، ومسائل الطبيعية، والمسائل الزراعية والبحرية. فندب الخبير لعمل بحث فني متعلق ببعض التحاليل الكيميائية أو الزراعيه أو تقدير الاضرار الجسدية، فهذه أعمال فنية لا خلاف عليها في أنها تدخل في اختصاص القاضي أو المحكم، أما إذا كانت مهمة الخبير تنصب علي تفسير اتفاق أو تحديد المسئولية في مسألة الحوادث، أو البحث عن النصوص القانونية المطبقة علي النزاع، فهذه تعتبر مسائل قانونية لا يجوز ندب خبير لها[٣]. ويخلص هذا الاتجاه إلى أنه يمكن لهيئة التحكيم أن تعهد بأي مهمة للخبير، سواء حسابية أو هندسية أو طبية، أو قانونية، وذلك لأيضاح حكم القانون

(١) د/ علي الحديدي، دور الخبير الفني في الخصومة، بدون دار نشر، ١٩٨٩، ص ٢٣٧.

(٢) بالنسبة للقوانين الأجنبية، فقد ثار خلاف في الفقه حول مدي اعتبارها من المسائل القانونية التي يفترض علم القاضي بها،فذهب اتجاه إلى أن القانون الأجنبي يفقد صفته كقانون بمجرد عبوره حدود دولته التي صدر فيها، ويصبح عنصرا من عناصر الواقع التي يجب علي الخصوم إقامة الدليل عليها، في حين ذهب الرأي الغالب في الفقه إلى أن القانون الأجنبي ويحتفظ بطبيعته كقانون ولا يكون مجرد عنصر من عناصر الواقع، فمتي كان القانون الأجنبي هو واجب التطبيق اعتبر أحكام هذا القانون جزءا من القانون الوطني د/ نبيل إسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، بند ٣٩، ص ٥١، د/ علي الحديدي، الإشارة السابقة، ص ٢٤١ وما بعدها.

(٣) في الواقع التمييز بين المسائل القانونية والفنية ليس بالأمر اليسير دائما، فقد تعهد الهيئة للخبير بمسائل قانونية لفحصها، فمثلا في مسائل إيجار الأراضي الزراعية قد تكون مهمة الخبير هي بحث ما إذا كان المستأجر يستغل الأرض الزراعية استغلالا سليما ومألوفا أو لا، ولا يكمن ممارسة هذه المهمة بدون معرفة القوانين الزراعية. فتقدير الخبير ليس فنيا فقط بل يدخل فيه بعض العناصر القانونية. د/ علي الحديدي، الاشارة السابقة، ص ٢٥٠.

بالنسبة لمسألة معينة[١]، وذلك في حالة كون الهيئة مشكلة من غير رجال القانون، أو القانون الواجب التطبيق اجنبي.

واتجه رأي اخر إلى جواز الاستعانة بخبير أمام المحكمين دون تمييز بين المسائل الفنية والقانونية[٢]، وذلك علي أساس أن ما ذهب إليه الاتجاه السابق ينطبق أمام قضاء الدولة، لان القاضي خبير قانوني بحكم مؤهله واحترافه العمل القضائي، ووظيفته في حمأية القانون[٣]. لذا نصت المادة ٢٣٨ مرافعات فرنسي علي أنه يجب علي الفني ألا يتعرض مطلقا لتقدير مسألة قانونية. وهذا الأمر يختلف بالنسبة لهيئة التحكيم الذي قد يكون كل أعضائها غير قانونية، وتثور أمامهم بعض المسائل القانونية التي يستعصي عليهم حلها دون استشارة خبير قانوني، خاصة أن التشريعات المنظمة للتحكيم لم تشترط أن يكون المحكم خبيراً قانونياً، فيمكن أن يكون المحكم اميا ولا يعرف الكتابة، فافتراض علم القاضي بالقانون لا ينطبق علي المحكم، فيجوز ندب خبراء قانونيين ولا يعد ذلك تخليا عن مهمتهم طالما بقي رأي الخبير استشاريا.

ونري أنه لا يستعان بالخبير القانوني في مجال التحكيم، وذلك لأن العلم بالقانون هو علم عام ومشهور، وحتي لو كان المحكمون غير قانونين فيجب أن يكونوا علي علم بالقاعدة القانونية بالنسبة للمسألة التي يثيرها موضوع التحكيم[٤]. كما أن

(١) استئناف القاهرة، د. تجاري ٩١، ٢٠٠٤/٢/٢٨، ق. ٨٩ لسنة ١٢٠، غير منشور.

(٢) استئناف القاهرة،٩١ تجاري، ٢٠٠٤/٢/٢٨، دعوي ٨٩، س ١٢٠ق، غير منشور.

(٣) د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٢٠٦، ص ٣٧١، د/ وجدي راغب، هل التحكيم نوع من القضاء، مجلة الحقوق الكويتية، س ١٧، ع١،-٢، مارس – مايو ١٩٩٣، ص ١٦٥-١٦٦، د/ أحمد صادق القشيري، دراسة تحليلية للمشكلات العملية والقانوني في مجال التحكيم، دار النهضة، بدون سنه نشر، ص ١٤٠.

(٤) والواقع أن المسأل القانونية لا تعد من العلم الشخصي بالنسبة للقاضي، لانه يعلم القانون وجوهر مهمته هو تطبيقه، وبالتالي لا يعتبر من المسائل العلم الشخصي له، د/ نبيل إسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، المرجع السابق، بند ٣٨، ص ٤٩.

مهمة المحكم هي الفصل في النزاع، سواء بالتقيد بالقانون أو علي أساس قواعد العدالة والقانون الطبيعي، وهذا يفترض علمه بالقانون أو قواعد العدالة والقانون الطبيعي.

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن العلم الشخصي يتعلق بالوقائع الخاصة بالدعوي، وليس بأحكام القانون لأنها مشهورة، وفي متناول الكافة[١]. وبالتإلى يجب علي المحكم أن يكون عالما بالقانون، ويحكم بمقتضاه، لأنه مهمته هي الفصل في النزاع.

ج. إجراءات اللجوء إلى الخبرة

ولا تتقيد هيئة التحكيم عند ندب الخبير بالإجراءات المتبعة أمام القضاء، وقد نصت المادة ٣٦ تحكيم مصري علي إجراءات استعانة هيئة التحكيم بالخبرة، حيث قررت أن لهيئة التحكيم أن تعين خبيرا أو أكثر لتقديم تقرير مكتوب أو شفهي يثبت في محضر الجلسة بشأن مسائل معينة تحددها، وترسل إلى كل من الطرفين صورة من قرارها بتحديد المهمة المسندة إلى الخبير، ويتم تعيين الخبير بقرار من الهيئة يثبت في الجلسة ولا تتقيد هيئة التحكيم عند ندب الخبير بما نص عليه قانون الإثبات من إجراءات، فيمكن أن تعين خبير اتفق عليه الأطراف أو أي خبير آخر. ويتضمن قراراً بالتعيين مهمة الخبير وتقديم تقريره كتابة أو شفويا. ويجب أن تحدد مهمة الخبير علي نحو غير مخالف لاتفاق الأطراف[٢]، وترسل صورة من القرار إلى الأطراف.

---

(١) نقض مدني، ١٩٧٨/٤/١٢، مج نقض، س٢٩.

(٢) د/ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا، المرجع السابق، ص ٤٧٧.

Cass. Civ., 2e 25 mars 1999, op. cit., p. 267

وقد نصت المادة ٢/٣٦ من قانون التحكيم علي أنه يجب علي الخصوم تقديم كل العون للخبير للقيام بمهمته، حيث ألزمت هذه المادة الخصوم بتقديم المعلومات المتعلقة بالنزاع، وتمكين الخبير من معأينة وفحص ما يطلبه من وثائق أو بضائع أو أموال أخري متعلقة بالنزاع. فجيب علي طرفي اتفاق التحكيم أن يقدم إلى الخبير المعلومات المتعلقة بالنزاع، وتفصل هيئة التحكيم في كل نزاع يقوم بين الخبير وأحد الطرفين في هذا الشأن.

وقد يحدث اتفاق الأطراف علي الخبرة في مرحلة لاحقة اثناء سير الخصومة أمام المحكمين، وعندئذ يعتبر الاتفاق تعديلا للمشارطة، ويلزم عندئذ قبول المحكمين لهذا التعديل صراحة أو ضمنيا إذ أنه يتضمن تعديلا لمهمتهم التي قبلوا مهمة التحكيم علي أساسها. ولا يؤدي قرار هيئة التحكيم بالاستعانه بالخبراء إلى وقف ميعاد التحكيم، ما لم يتفق الأطراف علي هذا الوقف أو الاتفاق علي مد مهلة التحكيم. لأن مهمة الخبير تستغرق عادة مدة طويلة. لذا يفضل اضافة نص في قانون التحكيم يقضي بعدم احتساب مدة مباشرة الخبير لمهمته ضمن ميعاد التحكيم(١).

فيجب علي هيئة التحكيم أن تصدر قرارا يحدد فيه اسم الخبير والنقاط أو المسائل التي سيبدي فيها رأيه والمدة اللازمة لاتمام المهمة، ولا يحلف الخبير يمينا قبل مباشرة مهمته أو بعدها(٢)، ويجب علي هيئة التحكيم أن ترسل نسخة من تقرير

(١) د/ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا، المرجع السابق، ص ٤٧٦.

(٢) ويري جانب من الفقه أنه علي المحكم - إذا كان ملزما باحترام قواعد المرافعات وقانون الإثبات سواء بنص القانون أو باتفاق الخصوم- أن يلتزم بالقواعد المقررة في قانون الإثبات أو قانون المرافعات والقوانين المكملة له بالنسبة إلى ندب الخبراء، وإذا كان الخبير غير مقيد اسمه في الجدول وجب أن يحلف يمينا بأن يؤدي علمه بالأمانة وإلا كان عمله باطلا، د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختباري والاجباري، المرجع السابق، ص ٢٥٤.. وقد نصت المادة ١٣٩ إثبات أن حلف =

الخبير فور تسليمها أياه إلى الأطراف[١]، وتتيح لهم الفرصة لإبداء رأيهم في التقرير كتابة. ولكل طرف الحق في فحصة أي وثيقة استند إليها الخبير في تقريره. وتعطي فرصة للأطراف لتكوين رأيهم بشأن التقرير[٢]، ولا تحدد جلسة لمناقشة التقرير دون اعطاء فرصة لتكوين فكرة عن التقرير[٣]. ويجوز بناء علي طلب أي طرف، سماع أقوال الخبير في جلسة تتاح للأطراف فرصه حضورها واستجواب الخبير. ويجوز لأي طرف أن يقدم في هذه الجلسة شهودا من خبراء ليدلو بشهادتهم، ومخالفة ذلك يترتب عليه البطلان[٤]، لإخلال ذلك بحقوق الدفاع.

ونري أنه يشترط للاستعانه بالخبير الأتي:

- تحديد المسألة التي يستعان بالخبير فيها علي وجه الدقة، وذلك حفاظا علي الوقت وحتي لا تتخذ الاستعانه بالخبرة كذريعة للتخلص من عبء الفصل في النزاع.
- يجب أن تكون المسألة متعلقة بالواقع، وليس متعلقة بالقانون.

=

اليمين يكون امام قاضي الامور الوقتية. ويذهب رأي في فرنسا أن يتم حلف اليمين امام المحكم وإذا لم يكن المحكم مقيدا بقواعد قانون المرافعات، فانه يملك ندب أي خبير ولو بغير اتباع الإجراءات المقررة في القانون.

(1) CA Paris, 7 dec. 1965, JCP, 1966, II, 14625, note Boulbles; Cass. Civ., 2e 25 mars 1999 op. cit., p. 267.

(2) Cass. Com, 30 juill. 1952, D., 1952, p. 724.

(3) CA Paris, 13 mars 1973, op. cit., p.176.

(٤) د/ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا، المرجع السابق، ص ٤٧٩.

- **يجب مراعاة حقوق الدفاع والمساواة بين الخصوم أثناء عمل الخبير، وبعد انتهاء الخبير من عمله وتقديمه تقريره شفاهة أو كتابة، يجب علي الهيئة احتراما لحقوق الدفاع، أن تطلع الخصوم علي التقرير المقدم من الخبير، وأن تعطي لكل خصم الفرصة الكافية لمناقشة هذا التقرير والرد علي كل ما جاء فيه[١].**
- **يجب أن يكون الخبير محأيدا ومستقلا، وإلا طلب رده[٢].**

---

(1) CA Paris, 13 mars 1973, op. cit., p.176. Cass. Com, 30 juill. 1952, op. cit., p. 724.

(٢) وقد ثار خلافا في الفقه حول الجهة المختصة بالفصل في طلب الرد الخبير، فذهب جانب من الفقه،(د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، المرجع السابق، بند ١٠٨، ص ٢٤٤) إلى أن هيئة التحكيم غير مختصة بالفصل في طلبات رد الخبير، لأن خصومة الرد تخرج عن اختصاصها المخول لها بمقتضي اتفاق التحكيم، كما أن الخبير وهو خصم في طلب الرد ليس طرفا في اتفاق التحكيم، فالجهة المختصة هي المحكمة المختصه أصلا بنظر النزاع. وقد ايدت بعض أحكام القضاء المصري هذا الاتجاه، حيث ذهبت محكمة استئناف القاهرة إلى عدم اختصاص هيئة التحكيم بطلب رد الخبير وذلك قياسا عي حكم سابق صدر من المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص المادة ١٩ تحكيم والتي كانت تخول الهيئة سلطة الفصل في طلب ردها. استئناف القاهرة، ٦٣ تجاري، ٦/١٩/ ٢٠٠٢،، دعوي رقم ٣٦ س ق ١١٧، غير منشور.

في حين ذهب جانب اخر من الفقه، إلى اختصاص هيئة التحكيم بطلب رد الخبير، وذلك استنادا إلى:

أن تخويل هيئة التحكيم صلاحية الأمر بتعيين خبير وصلاحية اختياره، يقتضي الضرورة صلاحية الفصل في طلب رده، ولا يحول ذلك عدم النص علي هذا الصلاحية في اتفاق التحكيم، فما دامت صلاحية تعيين الخبير تقوم حتي في حال عدم النص عيها في اتفاق، فإن صلاحية النظر في طلب الرد تقوم بالتالي دون حاجه إلى مثل هذا النص. ولا يحول دون ذلك أ، الخبير ليس طرفا في اتفاق التحكيم.

كما أن القياس علي عدم اختصاص هيئة التحكيم بطلب ردها، قياس مع فارق، لان الحكمة من عدم دستورية نص المادة ١٩ تحكيم هي إلا يكون هيئة التحكيم خصما وحكما في أن واحد، ولا يتحقق في حال اختصاصها بطلب رد الخبير لانه ليس حكما في التحكيم.

نص المشرع في المادة ٣٦ تحكيم علي اختصاص هيئة التحكيم في كل نزاع بين الخبير وأحد الخصوم في هذا الشأن. د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق،مرجع سابق،ص٣٧٤، د/محمود مصطفي يونس،المرجع في أصول التحكيم،دار النهضة العربية،٢٠٠٩، ص٣٧٢.

د. خضوع تقرير الخبير للسلطة التقديرية لهيئة التحكيم

ويري جانب من الفقه أن تقرير الخبير يتعلق بمسألة فينة، فيجب الالتزام برأي الخبير في هذه المسألة[1]. والواقع أن هذا الرأي لا يمكن الاخذ به، وذلك لأن تقرير الخبير من مسائل الإثبات التي تملك هيئة التحكيم سلطة تقديريه بشأنها.

والواقع أن هيئة التحكيم لا تتقيد بالرأي الذي انتهي إليه الخبير في تقريره، فيكون لها أن تأخذ به ولها أن تطرحه، والواقع أن هذا الوضع يتفق مع القواعد العامة التي بمتقضاها يكون لهيئة التحكيم أن تختار الإجراءات التي تراها مناسبة، ولها أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات، ويجوز لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء، هذا ما لم يتفق الأطراف علي غير ذلك.

وكان من المقرر قانونا طبقا للمادة ٢٥/٦ من قواعد اليونسترال أن هيئة التحكيم هي التي تقرر قبول الأدلة المقدمة أو رفضها، ووجود صلة بينها وبين موضوع النزاع أو انتفاء هذه الصلة، وأهمية الدليل المقدم، ومن ثم فإن وسائل الإثبات ومنها ندب الخبراء هي من المسائل التي تخضع لتقدير هيئة التحكيم وصولا لوجه الحق في الدعوى شأنها شأن المحاكم.

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية الي أن " من المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن حكم الإثبات لا يحوز قوة الأمر المقضي طالما قد خلت أسبابه من حسم مسألة أولية متنازع عليها بين الخصوم وصدر بالبناء عليها حكم الإثبات، ومن ثم يجوز للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات إذا ما وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها للفصل في موضوع النزاع كما لها ألا تأخذ بنتيجة

(١) د/ ياسر عبد الهادي مصلحي سلام، أثر الخطأ في إجراءات التحكيم علي حكم التحكيم، المرجع السابق، ص ٢٨٦.

الإجراء بعد تنفيذه، والمشرع وإن تطلب في نص المادة التاسعة من قانون الإثبات بيان أسباب العدول عن إجراء الإثبات في محضر الجلسة، وبيان أسباب عدم الأخذ بنتيجة إجراء الإثبات الذي تنفذ في أسباب الحكم إلا أنه لم يرتب جزءا معينا على مخالفة ذلك فجاء النص في هذا الشأن تنظيميا، ومن المقرر قانونا طبقا للمادة ٢٥/٦ من قواعد اليونسترال أن هيئة التحكيم هي التي تقرر قبول الأدلة المقدمة أو رفضها، ووجود صلة بينها وبين موضوع النزاع أو انتفاء هذه الصلة، وأهمية الدليل المقدم، ومن ثم فإن وسائل الإثبات ومنها ندب الخبراء هي من المسائل التي تخضع لتقدير هيئة التحكيم وصولا لوجه الحق في الدعوى شأنها شأن المحاكم. وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدفع المبدي من الطاعنين على سند من أن هيئة التحكيم هي الخبير الأعلى وأنها أفصحت عن سبب عدولها عن حكم ندب الخبير بالاكتفاء بما قدم في الدعوى، فضلا عن أن الطاعنين لم يتمسكا ببطلان إجراءات الخصومة لعدم إصدار هيئة التحكيم قرارا بإعادة الدعوى للمرافعة أمام محكمة الاستئناف فلا يجوز لهما التحدي أمام محكمة النقض. ومن ثم فإن النعي عليه بهذا السبب يكون على غير أساس" [١] .

وبالتالي يخضع تقرير الخبير للسلطة التقديرية للمحكم، فعمله لا يعدو أن يكون عنصرا من عناصر الإثبات الواقعيه في الدعوي، فللمحكم سلطة الأخذ بما انتهي إليه الخبير إذا رأي فيه ما يقنعه ويتفق مع وجه الحق في الدعوي، ويقوم علي أسباب لها اصلا في الأوراق، وإذا أخذ المحكم بما انتهي إليه الخبير، فأنه ليس ملزما بالرد استقلالا علي ما اثير من اعتراضات عليه، إذا في اخذه به محمولا علي أسبابه ما يفيد

(١) محكمة النقض، ٢٠١٧/٤/٨، الطعن رقم ١٠٤٩٠، س ٧٥ق، غير منشور.

أنه لم يجد في الاعتراضات الموجهة إليه ما يستحق الرد عليها مما تضمنه التقرير[١]. ومن ناحية أخري، فإن الهيئة ليست ملزمة بإجابة طلب الخصم إلى إعادة المأمورية إلى الخبير متي اقتنعت بكفاية الابحاث التي أجراها وبسلامة الأسس التي بني عليها رأية[٢]. يجور لأي من الأطراف أن يستعين برأي خبير استشاري يستند إلى رأيه الفني بالنسبة لبعض وقائع النزاع، ولهيئة التحكيم أن تأخذ بما جاء بتقرير الخبير الاستتشاري، أو أن تلتفت عنه دون حاجة للرد علي ما ورد في التقرير[٣]، إذا لا تتقيد هيئة التحكيم بالرأي الذي انتهي إليه الخبير في تقريره، فيكون لها أن تأخذ به ولها أن تطرحه حتي ولو كان تعيينه بمعرفتها بشرط أن تبين أسباب عدم الاخذ بالتقرير في الحكم[٤]. ولا يجوز لهيئة التحكيم أن تلزم نفسها سلفا بتقرير الخبير، وإلا تكون قد تخلت عن سلطاتها القضائية، وجاز إبطال حكمها بدعوي البطلان[٥].

هـ. المحكم الخبير والعلم الشخصي

وقد يختار الخصوم المحكم علي أساس خبرته في مجال النزاع محل اتفاق التحكيم[٦]، وهنا يثور التساؤل عن مدي استعانة المحكم الخبير بعلمه الشخصي في النزاع.

---

(١) استئناف القاهرة، د. ٦٣ تجاري، ٢٠٠٢/٦/١٩، دعوي رقم ٣٦، س ١١٧ ق، غير منشور.

(٢) استئناف القاهرة، د. ٩١تجاري، ٢٠٠٤/٩/٢٩، دعوي ٢٨ لسنة ١٢١ ق تحكيم، غير منشور.

(٣) الاشارة السابقة.

(٤) د/ عاشور مبروك، النظام الاجرائي لخصومة التحكيم، مرجع سابق، بند ١٨٩، ص ٣١٤.

(٥) د/ عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، المرجع السابق، ص ٢٩٣.

(٦) وأساس ذلك أن اختيار المحكم قد يكون لاسباب متعلقة بخبرته، فقد يتم اختياره بسبب ما يحوزه من معلومات شخصية وخبرة فنية تؤهلة للقيام بالمهمة المسندة اليه، كما قد يتم اختياره بسبب معاصرته لمراحل النزاع المختلفه، ففي غالب الفروض يكون المحكم علي علم بالاعراف التجارية لأنه من التجار أو رجل أعمال علي معرفة بمختلف الأوساط التجارية، وهذه المعلومات قد دفعت الخصوم إلى اختيار المحكمين.

طبقا للقواعد العامة وإعمالا لمبدأ الحياد، فلا يجوز للقاضي أن يحكم بمقتضي علمه الشخصي(١)، بل يجب أن يؤسس عمله علي أقوال التي سمعها والمستندات التي قدمت في الخصومة، فهل ينطبق هذا المبدأ علي المحكم كما هو الحال بالنسبة للقاضي؟ أم يجوز للمحكم أن يبدي رأيه الشخصي في مسألة فنية معينة مستعملا معلوماته الفنية لترجيح رأي أحد الطرفين علي الآخر؟

ذهب جانب من الفقه إلى أنه لا يجوز للمحكم أن يبني حكمه علي معلوماته الخاصة إلا بعد تمكين الخصوم من الإطلاع عليها وإتاحة الفرصه أمامهم للرد عليها، احتراما لحقوق الدفاع ومبدأ المواجهة(٢). وبالتالي إذا بني المحكم حكمه علي معلومات فنية تقنية يلم بها المحكم، بحكم بتخصصه الفني(٣)، فإن يكون قد أخل ليس فقط بمبدأ

(١) د/ نبيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، المرجع السابق، ص٤٠ وما بعدها.

(٢) د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء وبالصلح، المرجع السابق، ص ٢٢٦، د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، المرجع السباق، ص ٢٠٥، د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع سابق، ص ٣٠٧.

CA Paris, 3 dec. 2002, Rev. arb., 2003, p. 931.

CA Paris, 2 fev. 1988, op. cit., p. 62, note Couchez, Cass. Civ., 2e, 10 nov. 1998, op. cit.,p. 1.S.

(٣) ويعد من قبيل العلم الشخصي ترجمة المستندات إلى لغة المرافعة ولغه الحكم، فإذا قام المحكم بإجراء هذه الترجمه بنفسه سيكون قد قضي بعلمه وهو ممنوع من هذا، فقد يسئ الترجمه أو يخطئ بصددها أو يكون علمه الشخصي غير مستكمل مما يؤثر في التقدير، اللهم إلا إذا اتفق الخصوم علي قيام المحكم بإجراء الترجمه بنفسه. د/ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ٢٤٨.

CA Paris, 2 fev. 1988, op. cit., p. 62, note Couchez, Cass. Civ., 2e, 10 nov. 1998, op. cit.,p. 1.S.

الحيدة، ولكن بحقوق الدفاع ومبدأ المواجهة[١]، وخالف حدود ولأيته، مما يعرض الحكم بالبطلان طبقا لنص المادة ٥٣ تحكيم.

وإذا كانت هيئة التحكيم هي التي تقدر شأنها شأن المحكمة، مدي الحاجة إلى الاستعانة بخبير، فأنه إذا تعلق الأمر بمسائل فنية لا تعتبر من قبيل المعلومات العامة ولا يعلمها إلا أهل الخبرة، فإن علي الهيئة - كما هو الحال بالنسبة للمحكمة – أن تفصح في حكمها عن مصدر علمها بها من أوراق القضية وإلا اعتبر حكمها قضاء بعلمها الشخصي غبر جائز، ويكون الحكم قد استند إلى واقعة لم تثبت بطرق الإثبات القانونية، مما يؤدي إلى بطلان الحكم[٢].

في الواقع نري أنه لا يجوز أن يستند المحكم في حكمه أو يكون عقيدته بناء علي معلومات خارج نطاق الخصومه وصلت إلى علمه من غير طريق الخصوم، وبالتالي يجب لاعتبار المحكم الذي قضي بعلمه الشخصي أن تكون المعلومات المتحصل عليها لا صلة للخصوم بها، ولم تقدم منهم ولم يقع عليها إثبات، ولم تطرح للمناقشة[٣].

ولكن هل يعتبر من قبيل العلم الشخصي ما يمارسه المحكم بنفسه من إجراءات الكشف عن الحقيقة؟ ويقصد بذلك ما يجمعه المحكم بنفسه من أدلة إثبات خارج رقابة

(1) CA Paris, 10 nouv. 1989, op. cit., p. 651, obs. Pellerin, CA paris, 11 juill. 1991, op. cit., p. 671, obs. Loquin, CA Paris, 13 mars 1992, op. cit., p. 107, obs. Jarrosson, CA Paris, 13 nouv. 1997, op. cit., p. 719, obs. Derains.

(٢) د/ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا، المرجع السابق، ص ٤٧٨.

CA Paris, 13 mars 1973, op. cit., p.176.

(٣) د/ طلعت محمد دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، المرجع السابق، ص ٢١٢.

الأطراف، في الواقع لا يجوز للمحكم الحصول علي معلومات من الغير بأساليب لا يعلمها الخصوم، كالاستفسار في السوق علي أسباب الخلاف بينهم، ولكن ما يقوم به المحكم أثناء المعاينة، ويعتمد علي ما تحقق منه بنفسه من معلومات، فإنما يمارس سلطته التي تسمح له بالقيام بمثل هذا الإجراء، وبالتالي فلا يعد ما يحصل عيه إثر هذا الإجراء علما شخصيا، ولكن يجب علي المحكم تمكين الخصوم من العلم به، تحقيقا لمبدأ المواجهة(١).

ومع ذلك يمكن للمحكم أن يحكم استندا إلى الوقائع العامة التي تكتسب نوعا من الشهرة، ومن أمثلة ذلك انخفاض قيمة البترول في فترة معينة، فهذه الوقائع لا تعد من قبيل العلم الشخصي. وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية علي اعتبار أنها معلومات يفترض في الكافة الالمام بها(٢).

ويرجع أساس عدم الحكم بمقتضي العلم الشخصي للمحكم إلى الآتي:

الأساس الأول: التزام المحكم بالحياد إزاء التشييد البناء الواقعي للخصومة(٣)، فهو يقع علي عاتق الخصوم. ولا يجوز للمحكم أن يتخذ مبادرة في هذا المجال. وذلك تطبيقا لنص المادة ٧ مرافعات فرنسي والتي أحالة إليها المادة ١٤٦٠ مرافعات.

---

(١) د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق،ص ٢٧٧.

CA Paris, 2 fev. 1988, op. cit., p. 62, note Couchez, Cass. Civ., 2e, 10 nov. 1998 op. cit.,p. 1.S.

(٢) نقض مدني، ١٩٧٨/٤/١٢، سابق الاشارة اليه.

(٣) إذا حكم المحكم بعمله الشخصي فإنه يدخل في اعتباره وقائع لم يتمسك بها الخصوم، ومن ثم يعدل في البنيان الواقعي الذي هو عمل الخصوم، ويغير بذلك سبب الطلب، فالقاعدة علي المحكم أن يؤسس حكمه علي المعلومات التي سمعها والمستندات التي قدمها الخصوم، وإذا فعل عكس ذلك فإنه يكون قد حكم بمقتضي علمه الشخصي.

الأساس الثاني: التزام المحكم بمواجهة الخصوم بالوقائع وأن يسمح لهم بمناقشتها إذا كان عند المحكم معلومات خاصة، استمدها من خبرته الفنية، فإن يجب عليه مواجهة الخصوم بها، تطبيقا لمبدأ المواجهة[١]، وهذا ما نصت عليه المادة ٧ مرافعات فرنسي. والتي نصت علي أنه يجب علي المحكم ألا يؤسس حكمه علي وقائع خارج نطاق المناقشة[٢].

وقد قضت محكمة استئناف باريس[٣] ببطلان حكم التحكيم لعدم إعمال مبدأ المواجهة[٤]، لأن هيئة التحكيم استندت اثناء المداولة علي معلومات شخصية لأحد أعضائها تحصل عليها أثناء ممارسته لنشاطة المهني، دون أن تطرح هيئة التحكيم هذه

(1) CA Paris, 2 fev. 1988, op. cit., p. 62, note Couchez, Cass. Civ., 2e, 10 nov. 1998, op. cit.,p. 1.S.

(٢) إذا كان المحكم ذات خبرة بتفاصيل النزاع، كما لو كان طبيب أو مهندسا، ووجد أن المعلومة المقدمه من شاهد فني أو خبير لا تتفق مع ما يعرفه هو، فإن علي المحكم أن ينبهة أثناء مناقشته ويلفت نظر الخصوم إلى ذلك، ويبدي لهم رأيه المخالف ويدعوهم لمناقشته وسماع وجهة نظرهم د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٣٠٨. وبالتالي يجب علي المحكم أن أراد أن يعتد بوقائع أو وسائل طرحت في المناقشة لكن الخصوم لم يتمسكوا بها أن يلفت نظرهم بشأنها وسماع وجهة نظرهم فيها. فإن لم يواجه الخصوم بها، فان الحكم إما أن يصدر مستندا إلى الوقائع الفنية التي أبدها الخبير أو الشاهد والتي تعتبر غير صحيحه في رأيه، واما أن يصدر الحكم مستندا إلى معلوماته الفنية الخاصة، وبالتالي يصبح معرضا للبطلان لقضائه بعلمه الشخصي الذي لم يكن محل مناقشة.

CA Paris, 13 mars 1973, op. cit., p.176.

(3) CA Paris 12 mars 1963, Rev. Arb., 1963, p. 21; CA Paris, 10 juin 1995, Rev. Arb., 1995, p. 440.

(4) CA Paris, 2 fev. 1988, op. cit., p. 62, note Couchez, Cass. Civ., 2e, 10 nov. 1998, op. cit.,p. 1.S. CA Paris,3 dec. 2002, op. cit., p. 931.

المعلومات للمناقشة والرد عليها من جانب أطراف الخصومة، بالرغم من التأثير الواضح لهذه المعلومات علي القرار الذي أصدرته الهيئة[١].

٤- الاستجواب واليمين

القاعدة أن وسائل الإثبات المقبولة أمام القضاء تكون مقبولة أمام المحكم، إلا أن هناك بعض وسائل إثبات أثار اختلاف الفقه حول سلطة المحكم في استعمال بعضها كتوجيه اليمين. سنشير إلى استجواب الخصوم وتوجيه اليمين، وذلك في النقاط الآتية:

أ- استجواب الخصوم

يعتبر الاستجواب من طرق الإثبات التي يمكن لهيئة التحكيم أن تلجأ إليها لحسم بعض نقاط الخلاف عند التحقيق في خصومة التحكيم، ومقتضي الاستجواب أن تقوم هيئة التحكيم أو أحد الأطراف أو ممثله، بتوجيه أسئلة محددة إلى الطرف الآخر حول وقائع ونقاط معينة ليصل في النهاية إلى الحصوص علي إقرار منه. وإذا كان من الممكن لهيئة التحكيم أن تتصدي لموضوع النزاع وإصدار الحكم الفاصل فيه دون توقف علي حضور الخصوم، وذلك للمرونه والسرعة التي تتسم بها خصومة التحكيم، طالما أعملت مبدأ المواجهة الذي يعد أهم تطبيق لحق الدفاع[٢]، وكانت تحت بصرها من المستندات ما يكفي لتكوين عقيدتها وإصدار الحكم الفاصل في النزاع، ويكون ذلك عادة عندما تكتفي هيئة التحكيم بتقديم المستندات والمذكرات. غير أنه في بعض الأحيان لا يكفي ما يكون تحت يد الهيئة من بيانات ومستندات لتحكم في النزاع، حيث قد تري أثناء سير الخصومة ضرورة حضور الأطراف أمامها، لاستيضاح بعض جوانب

(1) CA Paris, 13 mars 1973, op. cit., p.176.

(٢) د/ سامي محسن حسين السري، بعض الجوانب في القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق،، ص ٣٠٩.

النزاع، بل كذلك لاستكمال تقديم مستندات والأوراق المتعلقة بالخصومة، وبالتالي يجب عليها إخطار الخصوم جميعا بمواعيد الجلسات كي يتمكنوا من المثول أمامها في الزمان والمكان المحددين لذلك. وهذا ما نصت عليه المادة ٣٣ تحكيم. كما أن بعض مراكز التحكيم تؤكد علي ضرورة مراعاة مواعيد المسافة الواجبه كمركز أبو ظبي للتوفيق والتحكيم لعام ١٩٩٣[١].

والاستجواب أمر تقرر إجراءه هيئة التحكيم من تلقاء نفسها إن رات فيه ضرورة لإظهار الحقيقة، كما يمكن أن يتم بناء علي طلب أحد الأطراف، وفي هذه الحالة الاخيرة يعتين علي طالب الاستجواب أن يعرض علي هيئة التحكيم المسائل التي سيستجوب فيها خصمه لتقدر مدي تعلقها بالدعوي ومدي كونها منتجة فيها من عدمها، وأن يكون الاستجواب صدر في أمور يكون جائزا فيها، أي في أمور يجوز فيها التنازل أو الصلح أو إقامة الدليل عليها، وعلي الوقائع المنتجة والجائز إثباتها بخصوصها[٢]. ولهيئة التحكيم أن تعدل عن إجراء الاستجواب إذا كان قد توفر لها من البيانات والأدلة الآخرى ما يكفي لتكوين عقيدتها[٣] وبشرط أن تبين أسباب العدول في محضر الجلسة[٤].

---

(١) د/ محمود حسن شعيب، النظام القانوني لخصومة التحكيم في ضوء قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي وقانون التحكيم المصري، المرجع السابق، ص ٢٠٠.

(٢) د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، المرجع السباق، بند ١٧١، ص ٢٠٤.

(٣) الإشارة السابقة، بند ١٧٢، ص ٢٠٥، محكمة النقض، ٢٠١٧/٤/٨، الطعن رقم ١٠٤٩٠، س ٧٥ق، غير منشور.

(٤) نقض، ٢٠١٧/٤/٨، الطعن رقم ١٠٤٩٠، س ٧٥ق، غير منشور، د/ أحمد عبد الكريم سلامه، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، المرجع السابق، ص ٢٠٠، ص ٥٤٠.

CA Paris, 27 fev. 1964, op. cit., p. 49

ويشترط للجوء هيئة التحكيم إلى استجواب الخصوم بالذات أن ترى لذلك ضرورة أو جدوي منه، ويعود للمحكم تقدير الصفة المنتجة للوقائع المراد الاستجواب عليها، فإذا رأي أن هذه الوقائع غير منتجة أو أن الأدلة علي صحة المطالب أو الدفوع الخاصة بها مكتملة أو مقنعه فأنه يرفض الاستجواب.

وإذا قرر هيئة التحكيم استجواب الخصوم فلا تلتزم بالقواعد المقررة أمام القضاء التي تحكم سماع الخصوم[١]، وكل ما عليه هو احترام حقوق الدفاع والمواجهة[٢]. ويجري استجواب الخصوم بحضور وكلائهم المحامين أو بعد دعوتهم إلى الحضور. ويتم تحديد المكان والزمان الذي تجتمع وتجلس فيه هيئة التحكيم مع الخصوم أو ممثليهم، وذلك لاستجوابهم، وذلك في الزمان والمكان المحدد في اتفاق الأطراف أو الذي تحدده هيئة التحكيم[٣].

ويجب أن تتم إجراءات الاستجواب بحضور كل اعضاء هيئة التحكيم، ما لم يفوض أحدهم في إجراء الاستجواب، وكان ذلك غير مخالف لاتفاق التحكيم واشير إليه في محضر الجلسة، ويتم الاستجواب في مواجهة من طلب الاستجواب إذا كان حاضرا، وعند غيابه، ويكون لهيئة التحكيم أن تجري الاستجواب بنفسها طالما قدرت أهميته[٤].

---

(1) CA Paris, 15 mai 1984, op. cit., p. 287.

(2) CA Paris, 2 fev. 1988, op. cit., p. 62, note Couchez, Cass. Civ., 2e, 10 nov. 1998, op. cit.,p. 1.S.,CA Paris, 10 nouv. 1989, op. cit., p. 651, obs. Pellerin, CA paris, 11 juill. 1991, op. cit., p. 671, obs. Loquin, CA Paris, 13 mars 1992, Rev. Arb. 1993, p. 107, obs. Jarrosson, CA Paris, 13 nouv. 1997, op. cit., p. 719, obs. Derains.

(٣) د/ أحمد عبد الكريم سلامه، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص ٥٠٣. د/ محمود حسن شعيب، النظام القانوني لخصومة التحكيم في ضوء قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي وقانون التحكيم المصري، المرجع السابق، ص ١٩٠.

(4) J. ROBERT, l'arbitrage droit interne et droit international privé, op. cit., p. 156.

ويعد محضرا بالاسئلة المطروحة عليهم وأجابتهم معا، ويوقع عليه المحكمون والخصوم الذين تم استجوابهم، وإذا امتنع المستجوب عن الإجابه، أو عن التوقيع، فأنه يجب ذكر سبب امتناعه، ويكون تحرير هذا المحضر وجوبيا لضبط وقائع جلسة الاستجواب بكاملها، نظرا لما يترتب علي بعضها من نتائج هامة للحكم في النزاع. لأن تخلف الخصم عن الحضور أو الإجابة بغير عذر مقبول أو مبرر قانوني يخول المحكم أن يتخذ منه مسوغا لاعتبار الوقائع التي تقرر استجوابه عنها ثابتة، كما أن احتجاج المستجوب بالنسيان، أو الجهل بالوقائع يجيز للمحكم قبول شهادة الشهود طالما لم يرفض الخصم الإجابة[١].

ونادرا ما يلجأ المحكم إلى استدعاء الخصوم لاستجوابهم، لأن الخصوم عادة يحضرون أمام المحكم من تلقاء أنفسهم دون حاجة إلى استدعاء، كما أن المحكم يكتفي في غالب الأحوال بتقديم المستندات متي كانت كافية لتكوين قناعته، وليس هناك ما يمنع المحكم من استدعاء الخصوم لاستجوابهم أو لمناقشتهم فيما تم اتخاذه من إجراءات أو ما تم تجميعه من أدلة إثبات. متي رأي ضرورة لذلك[٢]

إذا كان الهدف من حضور الخصوم أمام هيئة التحكيم، هو مساعدتها للوقوف علي حقيقة النزاع، وتنوير عقيدتها بعد سماع أقوالهم وإتاحة الفرصة لهم لتقديم ما لديهم من ملاحظات أو مستندات تفيد للفصل في الخصومة، فإن تخلفهم جميعا يحول دون تحقيق ذلك إذا لم تكن المستندات كافية لتنوير عقيدتها[٣]. وقد خول المشرع المصري هيئة التحكيم في حالة غياب الخصوم أن تسير في الإجراءات إذا كان ذلك

(١) د/ علي ابو عطيه هيكل، القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين، مرجع سابق، ص ٢٢٣.

(٢) د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، المرجع السباق، بند ١٧١، ص ٢٠٤.

(٣) د/ عاشور مبروك، النظام الاجرائي لخصومة التحكيم، مرجع سابق، ص ٤٢٥.

ممكنا أو إنهاء الإجراءات ما لم يتفق الخصوم علي غير ذلك[١]، فيمكن للهيئة أن تعتمد علي تبادل المستندات المقدمة من الخصوم[٢].

ب - توجيه اليمين:

يمكن للقاضي طبقا للقواعد العامة أن يجأ الي تحليف أحد الخصوم يمنا طبقا لديانته، كما يمكن لأحد الخصوم أن يطلب من القاضي تحليف الخصم اليمين، ويسمي ذلك يمينا حاسما في النزاع. وبالنسبة لهيئة التحكيم فأنه يثور التساؤل حول سلطتها في توجيهها إلى أحد الخصوم اليمين؟

في الواقع لقد اختلف الفقة حول مدي سلطة هيئة التحكيم في توجيهها اليمين إلى أحد الخصوم، وانقسم الفقه إلى اتجاهات الآتية:

الاتجاه الأول[٣]: لا تملك هيئة التحكيم توجيه اليمين إلى الخصوم

يذهب رأي في الفقه إلى أن هيئة التحكيم لا تملك سلطة الأمر التي تخولها توجيه اليمين لا للشهود ولا للخصوم، وانما سبيلها في ذلك هو اللجوء إلى القضاء

(١) طبقا لنص المادة ٣٥ تحكيم مصري، لم يقرر المشرع الشطب كجزاء كما هو المنصوص عليه في الخصومة القضائية، وإنما أجاز لهيئة التحكيم الاستمرار في الإجراءات، ويهدف المشرع إلى تفويت الفرصة علي الطرف المتخلف عن الحضور من تعطيل إجراءات التحكيم. ويلاحظ أن المشرع ساوي بين تخلف أحد الأطراف عن حضور إحدي الجلسات وبين تخلفه عن تقديم ما يطلب منه من مستندات أو أوراق خاصة بالدعوي، فلا يؤثر مسلك المتخلف عن سير إجراءات التحكيم. فيجوز لهيئة التحكيم متابعة السير حتي صدور الحكم. إذا كان توفر لديها عناصر الإثبات التي تشكل عقيدتها. نقض مدني، ٢٠٠٥/٤/٢٤، طعن رقم ٩٣٥١، س ٦٤ ق، غير منشور. و يستفاد من نص المادة ١٤٦٤ مرافعات فرنسي إلى أن غياب أحد الطرفين أو كلاهما لا يؤثر بحسب الأصل علي سير إجراءات الخصومة، فلا يؤدي إلى عدم نظرها، أو إلى انقضاء تلك الخصومة بغير الحكم في موضوعها، أو إلى شطبها، وإنما يكون لهيئة التحكيم الاستمرار في نظرها أو تؤجل النظر فيها إلى جلسة أخري، إذا قدرت أهمية حضور الطرف الغائب أو كليهما. فلا تطبق هيئة التحكيم القواعد المنصوص عليها في قانون المرافعات الفرنسي علي إجراءات التحكيم.

(٢) CA Paris, 12 juill. 1971, op. cit., p. 74.

(٣) د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية،المرجع السباق، بند ١٧٢، ص ٢٠٥.

لتوجيهها، ويكون اللجوء إلى القضاء من حق الخصم صاحب المصلحة وحدة في حالة اليمين الحاسمة. ويمكن للمحكم أن يلجأ إلى القضاء في حالة اليمين المتممة. ويقتصر دور المحكم علي إثبات مضمون اليمين الذي أداه أمام القضاء[١].

ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى المادة ٣٣تحكيم مصري والمادة ١٤٦١ مرافعات فرنسي، والتي نصت علي أنه يتم سماع الشهود والخبراء بدون أداء يمين، وترجع العلة من استبعاد اليمين من مجال التحكيم إلى أنه القانون يحرم شهادة الزور ويعاقب عليها، في حين أن المحكم لا يملك توقيع عقوبات علي ذلك. كما أن اليمين الحاسمة تؤدي إلى حل النزاع بدلا من حله بطريق التحكيم، وذلك في حالة رفض ادائه أو احالته إلى الخصم الآخر.

الاتجاه الثاني[٢]: يملك المحكم توجيه اليمين إلى الخصوم

يذهب اتجاه في الفقه إلى أن المحكم يملك من تلقاء نفسه توجيه اليمين المتممة إلى أحد الخصوم، كما يستطيع بناء علي طلب أحد الخصوم أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الطرف الآخر[٣] دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء مع التزامه بشروط توجيه اليمين ونتيجة حلفها أو النكول منها أو ردها وكافة القواعد التي تحكمها.

---

(١) الاشارة السابقة.

(2) J. ROBERT, l'arbitrage droit interne et droit international privé, op. cit., p. 196, p. 237

د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء وبالصلح، مرجع سابق، بند ١٠١، ص ٢٣٢، د/ علي بركات، خصومة التحكيم في المصري والقانون المقارن، مرجع سابق، بند ٤٠٣، ص ٣٩٤، د/ عاشور مبروك، النظام الاجرائي لخصومة التحكيم، مرجع سابق، هامس ٤٩، ص ٣٠٧.

(٣) د/ علي بركات خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة مرجع سابق، بند ٤٠٣، ص ٣٩٣.)

ويرجع ذلك إلى أن اليمين ما هو إلا دليلا من أدلة الإثبات التي ورد النص عليها في القانون ولا يوجد سبب يمنع المحكم من اللجوء إليها، وهو ما أخذت به العديد من المنظمات التحكيمية، حيث أعطت المحكم الحق في اتخاذ ما يراه مناسبا ومنتجا في الدعوي دون تفرقة بين دليل وأخر.

الاتجاه الثالث: تملك هيئة التحكيمة توجيه اليمين الحاسمة

يري جانب من الفقه جواز توجيه اليمين الحاسمة وعدم جواز تقديم اليمين المتممة[1]. وذلك علي أساس أن اليمين الحاسمة مقدمة من الخصم، ولا يجوز للهيئة من تلقاء نفسها توجية اليمين.

في الواقع نري أنه يجوز لهيئة التحكيم توجيه اليمين إلى أحد الخصوم، وذلك علي أساس أن القانون المصري و الفرنسي لم يمنع حق هيئة التحكيم في توجيه اليمين، حيث إن سلطة هيئة التحكيم المقيدة في النص متعلقة بالغير في تحليفة اليمين وليس بالأطراف، ولو أراد المشرع تقييد هيئة التحكيم في عدم توجيه اليمين إلى الخصوم لنص علي ذلك صراحة كما فعل بالنسبة للشهود والخبراء.

ونتيجة علي ذلك يتسطيع المحكم أن يوجه اليمين بنوعيها إلى الخصوم بنفس الشروط المطبقة أمام القاضي، دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، ما لم يكن المحكم مفوضا بالصلح، فيعفي من تطبيق القواعد المطبقة أمام القضاء.

٥- القرائن والإقرار

هناك طرق إثبات أخري مثل القرائن والإقرار الذي يمكن لهيئة التحكيم أن تلجأ إليه، وذلك لما يتمتع به التحكيم من مرونه مصدرها هيمنة إرادة الأطراف علي مختلف

(١) د/ محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، بند ٢٦٤، ص ٣٥٤.

مراحل عملية التحكيم، ولهيئة التحكيم السلطة التقديرية في تقدير مدي اللجوء إلى الدليل وأهميته في إظهار والوصول إلى الحقيقة.

سنشير إلى القرائن، ثم الإقرار، وذلك في النقاط الآتية:

أ- القرائن

تتنوع القرائن إلى قرائن تحكيمية وقرائن قانونية، وذلك علي النحو التالي:

- **القرائن القضائية**:

في الواقع من أدلة الإثبات القرائن القضائية، وهي تلك التي يستنبطها القاضي من ظروف الدعوى وملابستها بما له سلطة التقدير، فله أن يختار واقعة معلومة ثم يستدل بها على الواقعة المراد إثباتها. ونري أن هذه القرائن يمكن للمحكم أن يستند إليها في أدلة الإثبات.

لا شلك أن للمحكم سلطة تقديرية واسعة فى استنباط القرائن التحكيمية، فللمحكم سلطة مطلقة في اختيار أية واقعة ثابتة في الدعوى لكى يستنبط منها القرينة، فقد يقتنع بقرينة وأحدة قوية الدلالة وقد لا يقتنع بقرائن متعددة ضعيفة الدلالة. ولا يوجد رقابة علي سلطة المحكم في القرائن، وذلك لأن أسباب الطعن بالبطلان منصوص عليها علي سبيل الحصر، وليس منها ما يتعلق بمراقبة هيئة التحكيم في استنباط القرائن التحكيمية.

وبالتالي لهيئة التحكيم سلطة واسعة في تقدير الوقائع، والاعتماد عليها واتخاذها أساساً لاستنباط القرائن القضائية منها، وتستطيع هيئة التحكيم عن طريق الاستنباط العقلي أن تستدل على الواقعة المطلوب إثباتها. فاستنباط القرينة التحكيمية متروك إلى حكمة هيئة التحكيم، ويصعب حصر القرائن التحكيمية نظراً لاختلاف الوقائع وظروف الدعوى.

- **القرائن القانونية**

يقصد بالقرينة القانونية، افتراض قانوني يجعل الشيء المحتمل أو الممكن صحيحاً، وفقاً لما هو مألوف في الحياة أو وفقاً لما يرجحه العقل، والقرينة القانونية وسيلة من وسائل الصياغة القانونية التي يحاول القانون عن طريقها الإمساك بالواقع بشيء من اليقين والتحديد. فالقرينة القانونية استنباط المشرع لواقعة لم يقم عليها دليل مباشر من واقعة نص هو عليها، فإذا ثبتت فيستدل بها على ثبوت تلك الواقعة المطلوب إثباتها.

وبالتالي فالقرينة القانونية هى ما يقوم به المشرع نفسه من استخلاص واقعة معروفة للاستدلال على واقعة غير معروفة تأسيسا على فكرة الغالب المألوف أي على فكرة الاحتمال والترجيح[1].. فأساس القرينة القانونية هو نص القانون الذى يقررها فهو ركنها المنشئ لها فلا تقوم بدونه، والنصوص المقررة لقرائن قانونية تعد استثناء من القواعد العامة في الإثبات. وهناك أمثلة عديدة على القرينة القانونية منها يعتبر دفع العربون دليلاً على أن العقد اصبح باتاً لا يجوز العدول عنه إلا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك (١٠٠ مدني).

ويجب عدم الخلط بين القرائن والدلائل، فالقرينة هي الصلة الضرورية التي تنشئها القانون بين وقائع معينة، أو هي نتيجة يتحتم علي القاضي أن يستنتجها من واقعة معينة، وقد يكون للقرينة حجية مطلقة في الإثبات، فلا يجوز إثبات عكسها، ومع ذلك فيوجد من القرائن ما يجوز اثبات عكسها، ويطلق عليها القرائن البسيطة أو المؤقتة.

---

(١) د/ رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٧٣.

وبالنسبة للدلائل ويطلق عليها أحيانا القرائن الفعلية، تميزا لها عن القرائن القانونية، وهذه الدلائل لا تدخل تحت حصر ويستنتجها القاضي من الوقائع الثابتة أمامه. ويوجد فارق أساسي بين القرائن والدلائل، فالأولي تصلح دليلا كاملا، أما الدلائل فلا ترقي إلى مرتبة الدليل. وبالتالي لا يجوز الاستناد عليها وحدها في الإدانه. وقد يقال إن الدلائل تستمد من الوقائع، وإذا جاز أن يكذب الشاهد فالوقائع لا تكذب، ويرد علي ذلك بأن الوقائع التي تستنتج منها الدلائل قد تكون مُلفقه، كما أن ضعف الدلائل قد يقوم في استنتاجها من وقائع لا تؤدي إليها بالضرورة(١).

ب- الإقرار

يقصد بالإقرار اعتراف الخصم أمام هيئة التحكيم بواقعة قانونية يدعى بها عليه(٢)، وذلك أثناء السير فى الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة(٣). فهو اعتراف شخص بأمر مدعى عليه به لآخر قصد اعتبار هذا الأمر ثابتاً في ذمته واعفاء الآخر من إثباته.

والإقرار قد يكون صريحاً عندما ينصب التعبير مباشرة على أمر معين، فيعترف المقر صراحة لصحة الوقائع المنسوبة إليه، وهذا التعبير قد يكون شفهياً أو كتابة، كما قد يكون الإقرار ضمنياً، وهذا ما يستدل عليه من موقف الخصم وتصرفاته وأقواله من ظروف الدعوى وملابساته. والإقرار الضمني يكون في صورة السكوت. والأصل في الإقرار عدم جواز.

---

(١) د/ نبيل اساعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، المرجع السباق، ص ٥٠

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٢٢١.

(3) CHEVAILIER J., Cours de droit civil approfondi, la charge de la preuve, Les Cours de droit, 1959, p. 119.

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أنه يملك المحكم ولو لم يكن مصالحا، الاعتداد بالإقرار القضائي وغير القضائي، وفق الشروط والضوابط المقررة في القانون. مع مراعاة أن المحكم المصالح يتقيد بالإقرار القضائي متي توافرت شروطة القانونية، لأنه يعتبر حجة قاطعة في الدعوي[١].

ويشترط لصحة الإقرار:

أ. صدورها عن الخصم.

ب. أن يصدر الإقرار أمام هيئة التحكيم

ج. أن يصدر الإقرار اثناء سير الدعوى:

الإقرار حجة قاطعة على المقر، وقاصرة عليه[٢]. ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه، فلا يؤخذ منه الضار به ويترك الصالح له بل يؤخذ جملة وأحدة. ومع ذلك يتجزأ الإقرار إذا انصب على وقائع متعددة، وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الآخرى وحدث تناقض في أقوال المقر، أو إذا تبين للمحكم أن الواقعة الثانية مستحيلة الوقوع أو غير متوقعة الحصول أو الكذب فيها ظاهر[٣]، ويعد الإقرار حجة بذاته على المقر فلا يكون الخصم الآخر فى حاجة إلى تقديم دليل آخر كما لا يجوز للمقر الرجوع فيه أو العدول عنه الا اذا أثبت الغلط فى الواقع[٤].

(١) نقض مدني، ١٩٥٧/٣/١٤، س ق ٨، مج نقض، ص ٢٢٩.

(٢) د/ سحر عبد الستار يوسف، دور القاضي في الإثبات، دراسة مقارنة، رسالة، حقوق عين شمس، ٢٠٠١، ص١٠٥.

(٣) د/ أحمد نشأت رسالة الإثبات، المرجع السابق، ص ٣٢.

(٤) د. نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص٢٢٥.

إذا اتخذت إجراءات إثبات أمام هيئة التحكيم، وبدر من جانب الخصوم عند تنفيذها إقرار أو اعتراف أو تنازل عن حق أو عن أمر متنازع فيه، جاز الاستناد إليه بعدئذ بشرط أن يكون قد ثبت هذا الإقرار في محضر الجلسة ووقع عليه المحكم والمقر عليه.

وقد اختلف الرأي في صدد طبيعة الإقرار الذي يتم أمام هيئة التحكيم، فقيل أنه يعتر إقرارا قضائيا، استنادا إلى أن المحكم يحل محل القضاء في صدد النزاع المتفق فيه علي التحكيم، فيعتبر هو جهة القضاء المقصودة في المادة ١٠٣ إثبات ما دام موضوعه يتصل بذات ما اتفق فيه علي التحكيم [١].

ويري جانب من الفقه أن الإقرار لا يعتبر بمثابة إقرار قضائي، لان المحكم أيا كانت سلطته ليس بقاض[٢]. حيث إن الإجراءات المتعبه أمام المحكم ليست بإجراءات قضائية. وانما هذا الإقرار الذي يتم أمام المحكم إذا لم يعقبه صدور الحكم منه فأنه لا يعتبر إقرارا قضائيا أمام أيه محكمة أو محكم آخر. وإذا نفذت إجراءات إثبات أمر بها المحكم، فأنه لا يعتد بنتيجتها في خصومة أخري أمام القضاء أو أمام محكم آخر إلا علي سبيل الاستئناس فقط[٣].

ونري أن الإقرار أمام هيئة التحكيم له نفس نتائج الإقرار أمام المحكمة، فهو يعد بمثابة إقرار قضائي، فهو يعتبر حجة قاطعة علي المقر عملا بالمادة ١٠٤ إثبات، ونري أن الإقرار الذي يصدر من الخصم يمكن الأخذ به أمام أي جهة أخرى سواء

(١) د/ عبد الرزاق السنهوري،الوجيز في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، ١٩٦٦، رقم ٧٣١، محكمة التمييز البناني، ١٩٦٧/٢/٢٨، النشرة القضائية ٢٥، ص ٢٢٥.

(٢) د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختيار والاجباري، المرجع السابق، ص ١٥١.

(٣) د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختيار والاجباري، المرجع السابق، ص ١٥٢.

قضائية أو تحكيمية، لأن هيئة التحكيم تعد بمثابة هيئة قضائية، لأن المحكم يقوم بعمل القاضي، فهو قاض خاص، وبالتالي الإقرار أمام يعد بمثابة إقرار قضائي[١].

٦- سطلة هيئة التحكيم في الفصل في صحة المستندات:

قد يكون مع الخصم دليل كتابي ويقصد بهذا الدليل، المحررات التي يتم بها الإثبات بالكتابة، وهذه الأوراق تتفاوت من حيث حجيتها، وتنقسم إلى أوراق رسمية وأوراق عرفية[٢]. وقد ينازع أحد الخصوم في صحة المستندات التي يقدمها الخصم الآخر، بأن يطعن فيها بالتزوير أو ينكر صدورها عنه بأن ينكر خطه أو إمضاءه أو ختمه أو بصمته، فهل تملك الهيئة الفصل في هذه المسائل؟

سنشير إلى سلطة هيئة التحكيم في تحقيق الخطوط الأصلية، وسلطتها في الحكم بتزوير الورقة الرسمية، وذلك في النقاط الآتية:

أ- تحقيق الخطوط:

قد ينكر أحد الأطراف التوقيع علي ورقة عرفية، فهذا الإنكار أو التمسك بجهل التوقيع رخصة مخولة لمن يحتج عليه بورقة عرفية، وذلك لإطراح حجيتها مؤقتا دون حاجة إلى سلوك سبيل الادعاء بالتزوير إلى أن يثبت صدورها من الشخص المنسوبة إليه، ويقع عبء الإثبات كاملا على عاتق الخصم الذى يتمسك بالورقة العرفية الذى يجد نفسه بين أن ينزل عن التمسك بهذه الورقة أو اللجوء إلى إتخاذ إجراءات تحقيق الخطوط.

(١) الاشارة السابقة، ص ١٥١.

(٢) د/ رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٢٣٨.

وتحقيق الخطوط قد يبدو في صورة دعوي تسمي دعوي تحقيق الخطوط الأصلية، وتعد هذه الدعوي من الدعاوي التحفظية الوقائية،يلجأ إليها المستفيد من المحرر العرفي ليطمئن إلى إعتراف خصمه به مستقبلا أو إلى تحقيق صحة توقيع خصمه علي الورقة قبل أن يرفع بها دعوي موضوعية عليه. فهي إذن دعوي ذات طابع وقائي يلوذ بها المستفيد خشية إنكارها من المنسوب إليه فيما بعد، حيث اكتفي المشرع بوجود مصلحة محتملة جديرة بالرعأية.

وقد تظهر تحقيق الخطوط في صورة دفع فرعي ينشأ اثناء نظر خصومة التحكيم، هي دفع فرعي ينشأ ضمن الدعوي الأصلية بموضوع الحق الذي تشهد عليه الورقة التي حصل الإنكار بشأنها.

ونري أن اختصاص هيئة التحكيم يكون في حالة دعوي تحقيق الخطوط الفرعية، وليس بنظر دعوي تحقيق الخطوط الأصلية، فيمكن اللجوء إلى القضاء لتقديم الدعوي. وترجع الحكمة من ذلك أن دعوي تحقيق الخطوط الفرعية متفرعة عن الدعوي الأصلية، وهي دفع موضوعي يتصل بإثبات الدعوي ومستنداتها، وبالتالي فالمحكم يكون مختصا، علي أساس قاعدة قاضي الأصل هو نفسه قاضي الفرع.

لقد نصت المادة ١٤٧٠ من قانون المرافعات الفرنسي علي حق الخصم في أن يطلب من هيئة التحكيم تحقيق الخطوط والفصل في الادعاء بالتزوير محررا عرفيا طبقا لنصوص المواد من ٢٨٧ إلى ٢٩٤ من قانون المرافعات، ما لم يوجد اتفاق علي خلاف ذلك. وبالتالي إذا لم يوجد اتفاق علي منع المحكم من الفصل في هذه الدفوع، فإن للمحكم أن يأمر بالتحقيق بالمضاهاة أو بسماع الشهود أو بكليهما طبقا للإجراءات المنصوص عليها في المواد ٢٨٧ إلى ٢٩٤ مرافعات فرنسي.

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا المعني بقولها إذا أنكر أحد أطراف التحكيم توقيعه علي أحد الأوراق المقدمه إلى المحكم، فإن المحكم يمكنه الفصل في هذ العارض دون أن يجبر علي إرجاء الفصل في هذا النزاع[١]. وبالتالي لا يجوز للمحكم أن يوقف الدعوي لحين الفصل في الادعاء بالتزوير أو المضاهاة أمام قضاء الدولة[٢].

ومن الملاحظ أنه لم يرد نص في قانون التحكيم المصري يعالج هذه المسألة، وهنا يثار التساؤل حول سلطة هيئة التحكيم في الاختصاص بنظر طلب الطعن بالتزوير أو تحقيق الخطوط؟ في الواقع اختلفت كملة الفقه حول هذه المسأل، وذلك علي النحو التالي:

يري جانب من الفقه أن إجراء تحقيق الخطوط والتزوير هو أمر يتصل بأحكام القانون الجنائي والقوانين الآمره، التي يخرج عن اختصاص هيئة التحكيم ويتعين علي ذلك أحلتها إلى القضاء[٣]. وبالتالي لا تملك الهيئة سوي وقف الإجراءات حتي يتم الفصل في المسألة المعروضة.

ويذهب جانب آخر من الفقه[٤] أنه يجب إعطاء المحكم سلطة الآمر بالتحقيق بالمضاهاة أو بسماع الشهود أو بكليهما. فالمحكم يحتفظ بالأوراق محل التحقيق، ويحدد جلسة للاتفاق علي ما يصلح منها للتحقيق واستكتاب الخصم الذي ينازع في

---

(1) Cass., Req., 5 fév.1900 , S. 1900 ,1, p. 280

(2) Cass. 1re civ., 27 nov. 1961, Bull. Civ., 1.no 554.

(٣) د/ هدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، مرجع سابق، ص ٢٣٦.

(٤) د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٣٦٦، د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية،المرجع السباق، ص ١٩٨، د/ عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص ٢٨٠، د/ علي بركات، خصومة التحكيم في المصري والقانون المقارن، مرجع سابق، ص ٣٩٠.

المحرر، فإذا امتنع الخصم عن الحضور بنفسه للاستكتاب بغير عذر مقبول جاز الحكم بصحة المحرر، وفقا لنص المادة ٣٤ إثبات مصري. وإذا كان المحرر تحت يد الغير، يمكن للمحكم الاستعانة بخبير ليبدي رأيه في الخطوط محل النزاع، فإذا ثبت صحة المحرر الذي أنكره أحد الخصوم فلا يمكن الحكم عليه بالغرامة. وإذا كان المحكم مفوضا بالصلح، فيعفي من اتباع القواعد الورادة في نصوص الإثبات بخصوص هذه المسألة[١].

ويري أنصار هذا الاتجاه أن للمحكم سلطة مماثلة لقاضي الدولة، بصدد تحقيق الادعاء بصحة الخط المسند إلى الخصم الماثل أمامه، وذلك في السند العرفي الذي أنكر الخصم المنسوب إليه السند خطه أو توقيعه عليه، وله سلطة تقديرية واسعه في إجراء التحقيق أو في النتيجة التي يصل إليها، سواء كانت نتيجة أيجابية أو سلبية، وله في الحالة الأولي أن يهمل الاحتجاج بالسند المذكور[٢]. وهو في قيامه بهذه المهمة له أن يقوم بها بنفسه عن طريق المطابقة بين الأوراق أو بواسطة خبير، ويجوز له سماع شهادة الشهود.

ويري أنصار هذا الاتجاه أنه إذا وجد اتفاق بين الأطراف علي غير ذلك من الإجراءات، كأن اتفق الأطراف علي الفصل في تحقيق الخطوط من قبل المحكمة المختصة، ففي هذه الحالة تعبر هذه المسألة أولية يتعين علي المحكم وقف النظر في النزاع حتي الفصل فيها من المحكمة المختصة[٣].

---

(١) د/ علي بركات، الاشارة السابقة، ص ٣٩١.

(٢) د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية،المرجع السباق، ص ١٩٩.

(3) J. ROBERT, l'arbitrage droit interne et droit international privé, op. cit., p. 137, no 161.

=

ومن جانبنا نري أنه يجب التفرقة بين الطعن بالتزوير، وهذا ممنوع علي هيئة التحكيم وذلك طبقا لنص المادة ٤٦ تحكيم، وبين تحقيق الخطوط الأصلية والمضاهاة، فنري أن لهيئة التحكيم سلطة في تحقيق الخطوط الأصلية، وذلك لأن من سلطة المحكم التأكد من صحة المحرر، كما أنه من أجل سرعة الفصل في النزاع فإن المحكم يملك تحقيق الخطوط، وكما أنه لا يوجد نص يمنع من لجوء المحكم إلى تحقيق الخطوط، خاصة بالنسبة للمحررات العرفية.

وبالنسبة للأوراق والمستندات المطلوبة للمضاهاة والموجودة في يد الغير فإن سلطة المحكم في إلزام هذا الأخير بتقديمها إليه لا وجود لها[١]، لأنه فاقد لسلطة الأمر، ويمكن له اللجوء إلى القضاء لتقديم المساعدة في الحصول علي هذه الأوراق، أو يحق له الانتقال إلى الدوائر الرسمية بنفسه أو بمن يندبه للاطلاع علي الأوراق الموجودة بها، وقد يصطحب معه خبيرا إلى هذا المكان للاطلاع دون نقل الأوراق.

وبالتالي إذا قدم مستند عرفي إلى هيئة التحكيم، فجحده الطرف الآخر توقيعه عليه، كان للهيئة أن تتخذ الإجراءات اللازمة للتحقق من صحة توقيعه[٢]، وذلك بسماع الشهود أو بأن تحيل المستند إلى خبير أو أكثر للتحقق من الكتابة أو التوقيع بسماع الشهود، أو بالمضاهاة أو بكليهما[٣]. وذلك دون أن تلتزم الهيئة بالتنيظم الإجرائي الذي

=

د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية،المرجع السباق، ص ١٩٩.

(١) مادة ١٤٦٩ مرافعات فرنسي.

B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 204.

(٢) د/ عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، المرجع السابق، ص ٢٨٠.

(3) J. ROBERT, l'arbitrage droit interne et droit international privé, op. cit., p.136

ينص عليه قانون الإثبات وقانون المرافعات بالنسبة لتحقيق الخطوط[١]، ما لم يوجد اتفاق علي غير ذلك، ويلتزم المحكم بتحدد الأوراق التي تقبل للمضاهاة[٢].

ب- الادعاء بالتزوير:

والادعاء بالتزوير قد يرد علي سند رسمي[٣] أو سند عرفي[٤] مقدم في الخصومة ويعمد المحكم أولا إلى الاطلاع علي السند للوقوف علي مدي تأثيره علي الحكم في الموضوع المتنازع عليه. وإذا أراد أحد أطراف الادعاء بالتزوير مستندا مقدما لهيئة التحكيم[٥]، فقد نصت المادة ٤٦ تحكيم مصري علي أن نظر هذا الادعاء يخرج عن ولأية هيئة التحكيم، وعلي الهيئة إذا وجدت أن المستند المطعون بتزويره

(١) د/ مصطفي الجمال ود/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، بند ٢٧٩، ص ٦٩٨.

(٢) المادة ٣٧ إثبات مصري، في القانون المقارن كالقانون اللبناني تنص المادة ٧٨٣ أصول محاكمات علي أنه لا يفصل المحكم بنفسه في الادعاء بالتزوي الفرعي، بل يوقف سير الإجراءات وتقف مهلة التحكيم إلى حين الفصل في الادعاء بالتزوير من المحكمة المختصة ولا تعود الخصومة للسير إلا بعد تبليغ المحكمين بالحكم الصادر في التزوير.

(٣) د/ أحمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٩١.وقد نصت المادة ١٠ من قانون الإثبات علي أن المقصود بالورقة الرسمية هي " المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما يتم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

(٤) نصت المادة ١٤ من قانون الإثبات علي أنه "يعتبر المحرر العرفي صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة".

(٥) يقصد التزوير، هو تغيير الحقيقة في محرر بإحدى الطرق التى بينها القانون تغييرا من شانه أن يسبب ضررا للغير. والتزوير يكون موضوعا لدعأوى مدنية منها دعوى الضرر الناشئ عن التزوير، وكذلك يرد التزوير على الأوراق الرسمية والعرفية، اما الرسمية يكون على ما اثبته الموظف في الورقة مما اعدت الورقة لإثباته باعتبار أنه عاينه وشاهده بنفسه. اما الأوراق العرفية فيكون التزوير شريطة الا كون قد سبق الاعتراف بتوقيعها أو بصحة الامضاء اعترافا صريحا أو ضمنيا أو الحكم بصحتها بعد تحقيق أو دون تحقيق.

لازم للفصل في موضوع النزاع، ولهذه المحررات أثر حاسم وهام للفصل في النزاع، يجب عليها أن توقف خصومة التحكيم حتي يصدر حكم نهائي من المحكمة المختصة في الطعن بالتزوير، وتقوم بعد ذلك بإصدار حكمها في ضوء ما انتهي إليه هذا الحكم. وإذا قدرت الهيئة أن المحرر محل الطعن النزاع بالتزوير غير منتج في الدعوي، بحيث تستطيع الفصل في موضوع النزاع استنادا إلى عناصر الإثبات المتوفرة تحت يدها، والتي تراها كافية لتكوين عقيدتها، فلها أن تواصل إجراءاتها وإصدار حكمها[١]. وإذا وجد المحكم أن الوقت المحدد لإصدار حكمه قارب علي الانتهاء، فأنه يملك رفض قبول المستندات المقدم إليه من أحد الخصوم، حيث لا يمكنه اطلاع الخصم الآخر عليه لضيق الوقت[٢].

والدفع بالتزوير يكون في شكل طلب عارض أثناء سير خصومة التحكيم، وقد يتم هذا الاعتراض بصورة مبتدأة أمام القضاء، وفي الحالتين تقوم المسئولية التي تفرض علي المحكم التوقف عن نظر النزاع وتقف معها مهلة التحكيم حتي الفصل في هذا الادعاء، ويشترط طبقا لنص المادة ٤٦ تحكيم أن يكون هذا المحرر لازما للفصل في الدعوي،فإن لم يكن لازما للفصل في الدعوي، فأنها تستمر في إجراءات التحكيم بصرف النظر عن الادعاء بالتزوير[٣]، ويدخل تقدير لزوم المستند أو عدم لزومه للفصل في الموضوع في السلطة التقديرية لهية التحكيم، علي أن قرار الهيئة لا يخل بحق الطرف في التمسك بتزوير المستند بدعوي اصلية أمام المحكمة المختصة.

---

(1)Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, traite de l'arbitrage commercial international, op. cit., P.703.

(2) Lecuyer, Arbitrage, J. cl., proc. Civ., fasc., 20, no 56.

(٣) نقض مدني، ١٩٩٨/٣/١٢، رقم ٩٥، س ق ٩٧، مجلة التحكيم العربي، العدد الأول،١٩٩٩، ص ١٥١.

وبالتالي إذا وجدت هيئة التحكيم أنه لا تأثير لهذا السند علي الحكم المزمع إصداره في النزاع كان لها أن تهمله، أو تخرجه من إطار المحاكمه، وذلك بعد أن يكون قد ناقشته مع الخصوم، أما في حالة العكسية فأنه يعرض علي الخصم الذي قدم السند بناء علي طلب الخصم الآخر أن يعلن ما إذا كان يصر علي استخدامه أو أنه يعدل عن ذلك، فإذا أختار الحل الأخير أنتهت المشكلة واسترد الخصم سنده، أما إذا أصر علي استعماله فيكون للخصم الآخر أن يتقدم بالادعاء بالتزوير أمام المحكمة المختصة بشكل أصلي.

في الواقع قد ذهبت المادة ١٤٧٠ مرافعات فرنسي في تعديل رقم ٢٠١١/٤٨ بتخويل المحكم نظر الادعاء بالتزوير إذا تعلق بورقة عرفية أو رسمية، وهذا الحكم لا يمكن الاخذ به في مصر دون نص تشريعي.

وإذا اتخذت الإجراءات الجنائية بالفعل بشأن المحرر الذي قدم للهيئة، فإعمالا للقاعدة العامة التي تقضي بأن الجنائي يوقف المدني، فعلي الهيئة أن تقضي بالوقف متي كان المحررلازما للفصل في النزاع. وعادة يكون طلب الوقف بناء علي طلب أحد الخصوم، ولهيئة التحكيم سلطة في الاستجابة لهذا الطلب من عدمه بناء علي مدي تأثير الحكم الجنائي علي الخصومة التحكيمية، فإذا استجابت وقف الخصومة فقرارها غير قابل للطعن فيه، فإن رفضت الوقف وصارت في الإجراءات حتي أصدرت حكمها في الموضوع، فأنه يكون قابلا للطعن بالبطلان متي كان الحكم الجنائي له اثر علي الدعوي التحكيمية، متي كان هذا الحكم متناقضا مع الحكم الصادر في الدعوي الجنائية[1].

(١) د/ مصطفي الجمال ود/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص ٦٩٩.

ويتم وقف مدة التحكيم منذ اليوم الذي تم فيه تقرير هذا الوقف من قبل هيئة التحكيم[١]، ويأخذ التحكيم مجراه بمجرد تقديم إشعار من الطرف المعجل بالتسوية القضائية في الدفع الجنائي[٢].

المطلب الثاني
سلطة هيئة التحكيم في إلزام الخصوم أو الغير بإجراءات الإثبات

في حقيقة الأمر، يملك القاضي أمر أطراف النزاع بأي إجراء من إجراءات الإثبات، كما يملك إلزام الغير بتقديم مستند تحت يده يفيد في الكشف عن الحقيقة، وهنا يثار التساؤل عن هل يملك المحكم أمر الأطراف أو الغير باتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات؟ وهذا التساؤل سنجيب عليه في هذا المطلب.

سنشير في هذا المطلب إلى مدي سلطة هيئة التحكيم ي في إجبار الخصوم والغير باتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات، وذلك في الفرع الأول، ونعالج في الفرع الثاني، سلطة هيئة التحكيم في توقيع الجزاءات علي مخالفة قواعد الإثبات، وذلك في الفرع الثاني، أما الفرع الثالث، فيعالج، الدور المساعد للقضاء في الإثبات أمام هيئة التحكيم.

(1) B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 220.

(2) J. ROBERT, l'arbitrage droit interne et droit international privé, op. cit., p. 141

الفرع الأول

مدي سلطة هيئة التحكيم في إجبار الأطراف والغير علي إجراءات الإثبات

المحكم ليس مثل القاضي في سلطة الأمر، سواء بالنسبة للأطراف أو للغير[١]، وذلك نتيجة طبيعية للأثر الاتفاق للتحكيم. حيث إن للقاضي كامل السلطة في إلزام أطراف النزاع أو الغير باتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات، خاصة إلزامهم تقديم مستندات تحت أيديهم إذا قدر أنها ضرورية للفصل في النزاع، ،إذا كان المحكم ليس له سلطة الإجبار، فهنا يثار التساؤل عن سلطة المحكم في إلزام أطراف التحكيم والغير بتقديم مستند تحت يدهم.

وسنشير إلى سلطة هيئة التحكيم في إلزام الأطراف بإجراء من إجراءات الإثبات، وسلطتها في ذلك في مواجهة الغير، وذلك في النقاط الآتية:

أولا: سلطة هيئة التحكيم في إلزام أطراف خصومة التحكيم بإجراء من إجراءات الإثبات:

يعد المستند بما يتضمنه من بيانات ومعلومات من أهم وسائل الإثبات الكتابية في الدعوي التحكيمية، ويلجأ إليه المحكم عادة لاستخلاص دليل ما بعينه، متي كان ضروريا لإظهار وجه الحق في النزاع المعروض عليه[٢]. فقد نص المشرع المصري علي حق هيئة التحكيم الطلب من الخصوم تقديم ما تحت أيديهم من مستندات، حيث نصت المادة ٣٥ تحكيم علي أنه "إذا تخلف أحد الطرفين عن حضور أحدى الجلسات أو

---

(1) B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, OP. CIT., no 203.

(٢) د/ هدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، مرجع سابق، بند ٢٣٣، ص ٢٢٤

عن تقديم ما طلب منه من مستندات جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات التحكيم وإصدار حكم في النزاع استناداً إلى عناصر الإثبات الموجودة أمامها".

والفرض الذي تعالجة هذه المادة أن المستندات التي قدمها الخصوم غير كافية لتكوين عقيدة المحكم، ففي هذه الحالة يجوز للمحكم أن يطلب من الخصوم تقديم مستندات أخري، فلهيئة التحكيم طبقا للنظام المصري بناء علي طلب أي من الطرفين، تكليف الطرف الآخر بتقديم مستند تحت يده، وذلك بمراعاة الشروط التي ينص عليها قانون الإثبات لهذا الإلزام في المادة ٢٠ وما بعدها من قانون الإثبات.

وبالنسبة للنظام الفرنسي فقد نصت المادة ١٤٦٠ من قانون المرافعات الفرنسي القديم، وأخذت بنفس الحكم المادة ١٤٦٧ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد علي أنه للمحكم السلطة في أن يأمر أحد الخصوم في تقديم ما تحت يده من مستندات وأدلة إذا رأت الهيئة أنها ضرورية للفصل في النزاع[١].

وتنص المادة ٣٧ من قواعد اليونسترال، والمادة ٢٧ من قواعد مركز القاهرة الإقليمي علي أن لهيئة التحكيم أن تطلب من الأطراف في أي وقت أثناء إجراءات التحكيم أن يقدموا خلال المدة التي تحددها وثائق أو مستندات أو أية أدلة أخري.

وبالتالي فإن لهيئة التحكيم سلطة بالنسبة للأمر للأطراف بأي دليل من أدلة الإثبات وهي نفس سلطة المحكمة، وإذا أمر المحكم بإجراء من إجراءات الإثبات يتطلب مشاركة أيجابية من الأطراف، فأنه يقع عليهم واجب قانوني في القيام بها، فإن لم يقم الخصم بهذا الواجب، أثبت المحكم تخلفة ولكنه لا يستطيع إجباره علي القيام به[٢].

---

(1) B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, OP. CIT., no 203.

(٢) د/ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا،المرجع السابق، =

ويلاحظ أنه ليس للمحكم أن يأمر بتحقيق أيه واقعة خارج الوقائع التي تمسك بها أحد الأطراف مهما بدت له أهميتها، ذلك أنه اذا لم يتمسك أحد الأطراف بواقعة معينة، فإن إثارة المحكم لها يعتبر خروجا عن طلبات الخصوم لا يملكه المحكم(١).

ويثار التساؤل، هل لهيئة التحكيم سلطة إجبار أحد الأطراف أن يحضر شاهده ؟

في الواقع لا تملك هيئة التحكيم سلطة الأمر، وذلك لأنها هيئة قضاء خاص بعيد عن السلطة العامة، فهي لا تستطيع أن تأمر أحد الأطراف بإحضار شاهد ولا الأمر بحضور شاهد، وتوقع جزاء علي ذلك، ولكنها عندما تقدر أهمية وضرورة اللجوء إلى الشهاد لإظهار الحقيقة التي تبحث عنها، أن تطلب ذلك من محاكم الدولة التي يجري التحكيم علي أرضها، أو يوجد فيها الشاهد المرغوب في سماعه. وهذا ما نصت عليه المادة ٣٧ تحكيم بقولها" يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة ٩ من هذا القانون بناء علي طلب هيئة التحكيم بما ياتي: الحكم علي من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة بالجزاءات المنصوص عليها في المادتين ٧٨ و٨٠ من قانون الإثابت في المواد المدنية والتجارية.

ثانيا: سلطة هيئة التحكيم في إلزام الغير بإجراء من إجراءات الإثبات

في الواقع، في النظام المصري والفرنسي(٢) لا تملك هيئة التحكيم إلزام الغير الذي ليس طرفا في خصومة التحكيم بتقديم مستند تحت يده ولا بأي إجراء من إجراءات الإثبات مثل الالتزام بتقديم شاهده أمام هيئة التحكيم، ذلك لأنه ليس لهيئة

=

ص ٤٦٥.

(١) الإشارة السابقة، ص ٤٦٦.

(2) B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, OP. CIT., no 205.

التحكيم ولأية علي غير أطراف التحكيم. ففي تلك الحالات وأمثالها لا يملك المحكمة إلا الاستعانة بقضاء الدولة للحصول علي مساعدته مع توقف الفصل في سير الخصومه إذا كان السير فيها متوقفا علي اتخاذ هذه الإجراءات[١].

حيث نصت المادة ١٤٦٩ مرافعات فرنسي جديد علي أن المحكم ليس له أن يلزم الغير بتقديم ما تحت يده من ادله، ولكن يمكن أن يكلف الخصوم اللجوء إلى قضاء الدولة لإلزام الغير بتقديم ما تحت يده من مستندات. والقاضي له سلطة تقديرية في الأمر بإلزام الغير بتقديم المستند أو رفضه الطلب، أو الحكم عليه الغير بالغرامة التهديديه[٢].

ففي النظام الفرنسي القاضي المختص باللجوء إليه هو رئيس المحكمة الابتدائية المختصة، وتختص محليا طبقا للقواعد العامة (م ١٤٦٩ مرافعات)، ويشترط للجوء إلى القضاء موافقة هيئة التحكيم، إذا قدرت أهمية المستند اتحت يد الغير. ويمكن لرئيس المحكمة الابتدائية أن يحكم علي الغير بالغرامة التهديدية إذا لم ينصاع لما يطلبه القاضي[٣]. ويكون اللجوء إلى القضاء بطريق الأوامر علي عرائض وليس طريق الدعوي، وينظر القاضي الطلب المقدم إليه، طبقا لنظام الأوامر علي عرائض، وعلي عكس القواعد العامة، لا ينفذ قرار القاضي تنفيذا مجلا، ولكنه يخضع للتظلم منه خلال ١٥ يوم من تاريخ إعلانه للغير (م ٥/١٤٦٩ مرافعات)، وذلك لأن الغير هو شخص اجنبي عن اتفاق التحكيم، وبالتالي مقتضيات العدالة تستوجب أن يمنح فرصه

(١) د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء وبالصلح، مرجع سابق، ص ٢٣٣، د/ عاشور مبروك، النظام الاجرائي لخصومة التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٩٣.

(2) B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, OP. CIT., no 236.

(3) Id. 206.

للتظلم من القرار قبل تنفيذه، وهذا يتفق مع روح التحكيم وقواعد العدالة. والتعاون بين المحكم والقاضي والأطراف[١]. ويمكن للقاضي أن يحكم بالتنفيذ المعجل لقراره[٢].

ولكن إذا قام الغير بعد مطالبته، بتقديم المستند من تلقاء نفسه، فإن للمحكم بعد إرساله إلى الطرفين، الاعتداد به في التحكيم[٣]. ويري بعض الفقه أنه يجب علي هيئة التحكيم أن تأذن بإدخال الغير لتقديم مستند تحت يده إذا وافق الغير وباقي أطراف التحكيم علي ذلك[٤]. ويذهب رأي آخر من الفقه إلزام الغير رغم إرادته بالتدخل في الخصومة التحكيم[٥]. ونري أنه لا يمكن إلزام الغير بالدخول في الخصومة لتقديم مستند تحت يده. وذلك لأن التحكيم قائم علي أساس اتفاق التحكيم، ويلتزم المحكم بحدود اتفاق التحكيم من حيث الأطراف والموضوع. ولا يمكن للغير التدخل في خصومة التحكيم بدون موافقه الأطراف، لأن هيئة التحكيم تلتزم بحدود اتفاق التحكيم. لذا يلزم موافقة جميع الأطراف علي تدخل الغير في خصومة التحكيم.

الفرع الثاني

سلطة هيئة التحكيم في توقيع الجزاء علي مخالفة ما أمرت به من إجراءات الإثبات

قد يكون هناك مستند مهم للفصل في الدعوي في يد أحد الخصوم، أو يرغب المحكم سماع شاهد عن طريق الخصم، فيطلب المحكم بضرورة تقديمه أو اخطار

(1) Id., no 208.

(2) Id., no 238.

(٣) د/ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا، المرجع السابق. ص ٤٧٠.

(٤) د/ محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، بند ٢٤٤، ص ٣٢٩.

(٥) د/ محمود مصطفي يونس، المرجع في اصول التحكيم، المرجع السابق، بند ١٦٧، ص ١٤١.

الشاهد بالحضور، ولا يستجيب الخصم لتقديم ما طلب منه أو الشاهد، وإذا كانت هيئة التحكيم لا تملك سلطة الجبر مثل قضاء الدولة، وبالتالي لا يمكنها إجبار الشاهد أو الخصوم علي الحضور أو إجبارهم علي الإجابه علي الأسئلة التي توجه إليهم كما هو شأن قواعد الإثبات أمام قضاء الدولة[1]. فهنا يثار التساؤل هل تملك هيئة التحكيم سلطة ترتيب آثار امتناع الخصم أو الشهود عن الحضور أو عن الإجابة أو تقديم ما تحت يده؟

سنشير إلى موقف المشرع المصري، المشرع الفرنسي من هذه المسألة، وذلك علي النحو التالي:

أولا: موقف المشرع المصري

سنشير إلى موقف المشرع المصري بالنسبة للجزاءات الموقعة علي الخصم، والجزاءات الموقعة علي الشاهد، وذلك علي النحو التالي:

١- الجزاءات الموقعة علي الخصم

لقد نصت المادة ٣٥ من قانون التحكيم المصري علي أنه "إذا تخلف أحد الطرفين عن حضور أحدى الجلسات أو عن تقديم ما طلب منه من مستندات جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات التحكيم وإصدار حكم في النزاع إستناداً إلى عناصر الإثبات الموجودة أمامها"، كما نصت المادة ٤٨ تحكيم علي أنه: "١- تنتهي إجراءات التحكيم... إذا رأت هيئة التحكيم لأي سبب آخر عدم جدوى استمرار إجراءات التحكيم أو استحالته".

(١) د/ رضا السيد، مسائل التحكيم، المرجع السابق، ص ٤٨، د/ أحمد عبد الكريم سلامه، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، مرجع سابق، ص ٥٢٩.

فيستفاد من نص المادتين ٣٥ و٤٨ تحكيم أنه إذا امرت هيئة التحكيم بإجراء من إجراءات الإثبات، مما يدخل في سلطتها الأمر به من تلقاء نفسها، ولم يستجب أحد الطرفين لما طلب منه، فإن الهيئة تفصل في الدعوي بالنظر إلى الأدلة المتاحة أمامها. وبالتالي لا تملك هيئة التحكيم توقيع جزاء الغرامة التهديدية ولا جزاء الوقف الجزائي لخصومة التحكيم كما هو الشأن بالنسبة لما تملكه المحكمة القضائية من جزاءات.

وترجع الحكمة في ذلك إلى قوة الأمر الصادر من هيئة التحكيم ليس مثل قوة الأمر الصادرة من قاضي الدولة، لأنه هيئة التحكيم لا تمتلك سلطة الأمر الذي تملكها المحكمة القضائية، وبالتالي فهي لا تستطيع إقران قرارها بالغرامة التهديديه مثل المحكمة، لأنه سلطة الهيئة ناشئة عن إرادة الخصوم، وليس عن حكم القانون كالمحكمة، وبالتالي لا يستطيع المحكم إرغام أحد الخصوم أو الغير علي تقديم مستند أو دليل في حيازته. وفي حالة رفض الخصم إبراز الدليل الذي في يده الذي صدر قرار المحكم بتقدميه، جاز للمحكم استخراج النتيجة التي يراها من هذا الامتناع(١). ولا يمكن توقيع جزاء ولا الغرامة التهديدية.

وبالتالي إذا لم يمتثل الخصم لتكليف هيئة التحكيم بتقديم مستند تحت يده، فأنه ليس لهيئة التحكيم أن تلزمه بتقديمه، وفقا للمادة ٢٣ إثبات إذ ليس لها سلطة الأمر، وليس لهيئة التحكيم أن تلجأ إلى المحكمة التي تنص عليها المادة ٩ تحكيم لإلزام الخصم بتنفيذ الأمر الصادر له من الهيئة بشأن الإثبات، إذا لم يخولها المشرع هذه السلطة(٢)، ومن ناحية أخري، فأنه ليس لهيئة التحكيم أن تُعمل ما تنص عليه المادتان

(١) د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية،المرجع السباق، ص ١٩٨.

(٢) د/ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا، المرجع السابق، ص ٤٧١.

٢٣/ ٢٤ إثبات[١] فليس لهيبة التحكيم أن تطبق نص المادتين سالفتي الذكر في حالة إنكار الخصم وجود السند أو إذا لم يقم بتقديمه[٢]، وإنما يجوز لهيئة التحكيم نظر الدعوي بافتراض عدم وجود هذا المستند، وتأكيدا لفقدان صفة الأمر أو الإلزام من قبل هيئة التحكيم، أن هيئة التحكيم ليس لها سلطة تحليف اليمين، وفقا لنص المادة ٣٣ تحكيم، حيث يكون سماع الشهود والخبراء بدون أداء اليمين.

وإذا كانت المحكمة القضائية تملك الحكم بالوقف كجزاء يترتب علي تخلف الخصم القيام بإجراء يكلف به من قبل المحكمة، وهنا يثار التساؤل هل تملك هيئة التحكيم الوقف الجزائي لخصومة التحكيم،في حالة تخلف الخصم عن القيام بإجراء كُلف به من قبل الهيئة؟

في الواقع الوقف الجزائي في نظام التحكيم، لم يتعرض المشرع المصري، ولكن المتأمل جيدا في نصوص التحكيم المصري يجد المشرع يمنح المحكم سلطة إنهاء إجراءات التحكيم في حالة عدم جدوي استمرارها، حيث نصت المادة ٤٨ علي أنه تنتهي إجراءات التحكيم بقرار من هيئة التحكيم إذا رأت لأي سبب آخر عدم جدوي استمرار إجراءات التحكيم أو استحالتها.

---

(١) تنص المادة ٢٣ إثبات علي أن إذا أثبت الطالب طلبه وأقر الخصم بأن المحرر فى حيازته أو سكت أمرت المحكمة بتقديم المحرر فى الحال أو فى أقرب موعد تحدده. و إذا أنكر الخصم ولم يقدم الطالب إثباتا كافيا لصحة الطلب وجب أن يحلف المنكر يمينا بأن المحرر لا وجود له أو أنه لا يعلم وجوده ولا مكانه وأنه لم يخفه أو لم يهمل البحث عنه ليحرم خصمه من الاستدلال به

وتنص المادة ٢٤ مادة ٢٤ - إذا لم يقم الخصم بتقديم المحرر فى الموعد الذى حددته المحكمة أو أمتنع عن حلف اليمين المذكورة اعتبرت صورة المحرر التى قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها. فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة من المحرر جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكله وموضوعه.

(٢) د/ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا، المرجع السابق، ص ٤٧١.

وبالتالي، وإذا طالبت هيئة التحكيم باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات، ولم يستجب الخصم الموجه له الطلب، أمام الهيئة أحد أمرين، الأمر الأول، تفصل الهيئة في النزاع استنادا إلى الأدلة المتاحة أمامها طبقا لنص المادة ٣٥ تحكيم. متي كانت عناصر الإثبات الآخرى كافية للفصل في الدعوي. وتملك الهيئة العدول عما أمرت به من أدلة الإثبات، وذلك إذا وجدت في أوارق الدعوي ما يكفي لتكوين عقيدتها، أو إذا قدم لها دليلا يغني عما أمرت به، لا تجبر هيئة التحكيم علي تنفيذ إجراء لم تعد تري ضرورته، كما أنه من باب المحافظة علي الوقت والجهد عدم الإصرار علي تنفيذ إجراء لم يعد منتجةا في الدعوي[١].

والأمر الثاني، وهو كون عناصر الإثبات غير كافية للفصل في النزاع فلهيئة التحكيم أن تقضي بإنهاء الإجراءات إذا رأت عدم جدوي الاستمرار في التحكيم. وفي هذه الحالة قد يساعد ذلك المحتكم الممتنع في عدم تقديم ما طلب منه، وذلك رغبه منه في إنهاء الإجراءات، خاصة إذا رأي أنها في غير صالحه لذلك يمتنع عن تقديمها إضرارا بخصمه.

قد يتفق أطراف التحكيم فيما بينهم علي منح المحكم سلطة إلزامهم بتقديم ما تحت أيديهم من مستندات، لكن ماذا لو اعتراض أحد الخصوم علي تقديم تلك المستندات رغم اتفاقهم، فهل يستطيع المحكم إجباره علي تقديم ما بحوزته؟ بمعني هل يملك المحكم سلطة الحكم بالغرامة التهديدية كجزاء علي تعنته و التي يتمتع بها القاضي؟

(١) د/ أحمد أبو الوفا، التعليق علي نصوص قانون الإثبات، المرجع السابق، ص ١٠٧، د/ أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص ٢٣٤.

نظرا لعدم وجود نص تشريعي، فقد اختلف الفقه في الاجابة علي هذا التساؤل، حيث ذهب بعض الفقه[١] إلى أن للمحكم أن يلزم أحد الخصوم بتقديم ما تحت يده من أدله إثبات، فإن امتنع أصدر المحكم حكما تمهيديا بإلزامه بتقديم هذا المستند مع الحكم عليه بغرامه تهديدية لحمله علي التنفيذ تحقيقا لمصلحة العدالة واحتراما لنظام التقاضي.

ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى الأتي:

- حيث إن الغرامة التهديدية ليست طريقا من طرق التنفيذ الجبري الذي لا تملك الأمر به إلا سلطات الدوله التي تتمتع بسلطة الجبر، وإنما هي مجرد وسيلة لحمل وإجبار الخصم الممتنع عن تنفيذ التزامه.
- منح المشرع المحكم العديد من السلطات والتي تمكنه من حسن أداء مهمته، ومن هذه السلطات قيامه باتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات الإثبات أو العدول عنها، ولكن تنفيذ هذه السلطات لابد من أن تكون له سلطة الأمر والجبر، وبهذا القدر يملك المحكم الأمر بالغرامة التهديدية التي يمكن اعتبارها هنا أحدي الوسائل الفعاله لحسن أداء المحكم لمهمته القضائية[٢]، والقيد الوحيد الذي يرد علي سطلة المحكم هو عدم تنفيذ ما حكم به بغرامة إلا بعد حصول الحكم الصادر بالغرامة علي أمر التنفيذ من جانب المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع.
- في فرنسا طبقا لتعديل المشرع بالمرسوم٤٨ لسنة ٢٠١١ يستطيع المحكم الحكم علي الخصم بغرامه تهديدية إذا لم ينفذ ما أمر به، (م ١٤٦٧ مرافعات فرنسي)

---

(١) د/ علي بركات، خصومة التحكيم في المصري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص ٣٨١.

(2) B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 202.

وقد ذهب اتجاه آخر في الفقه[١] إلى أنه إذا امتنع أحد الخصوم عن تقديم ما طلب منه، فلا يجوز للمحكم إجباره علي تقديمه لكون لا يملك سلطة الإجبار، حيث أنه لا يملك ما يملكه قاضي الدولة من سلطة توقيع غرامة تهديدية علي الخصم الممتنع عن تقديم ما بحوزته من مستندات، وأيضا لأن الغرامة ليس لها طابع تهديدي فقط وإنما هي عقوبة لا يملك الأمر بها إلا القاضي، وهذا بعكس المحكم الذي يستمد سلطته من اتفاق التحكيم الذي يبرمه الأطراف المتخاصمه.

والواقع أن هذ الرأي الأخير هو الأقرب إلى الصواب، لأن القانون المصري لم ينص علي سلطة الإجبار والالزام بالنسبة للمحكم، ودليل ذلك أن المشرع المصري الزم المحكم بالرجوع إلى القضاء في حالات معينه تقتضي الإلزام مثل الرجوع للمحكمة علي من يتخلف من الشهود، كما أن توقيع الغرامة التهديدية إلزام للخصم ممتنع يعتبر مسألة خارجة عن مهمة هيئة التحكيم ما لم ينص علي ذلك في اتفاق التحكيم[٢].

في الواقع لا تملك هيئة التحكيم الحكم علي الخصوم أو الغير بأيه غرامات لصلاح الخزانه العامة، كتلك المقررة في المادة ٤٣ من قانون الإثبات، لأنه لا يعتبر موظفا عموميا، كما لا يملك الرجوع في هذا الصدد إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع لأنه لا يملك ذلك إلا في الأحوال المقررة في التشريع علي سبيل الحصر، لان هذا الرجوع بمثابة إنابة للمحكمة عنه في توقيع الجزاء، وهذا ما لا يملكه هو أيضا، أي لا يملك إحالة الأمر لها في هذا الصدد، فالمخالفة التي يرتب المشرع علي ارتكابها توقيع

(١) د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، بند ٢٠٢، ص ٣٦٥، د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، المرجع السباق، ص ١٦٨، د/ عاشور مبروك، النظام الاجرائي لخصومة التحكيم، المرجع السابق، ص ٢٩٣، د/ فاطمة صلاح الدين، دور القضاء في خصومة التحكيم، المرجع السابق، ص ١٧٩.

(٢) د/ فتحي وإلى، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٢٤٥

غرامة لصالح الخزانه العامة هي تلك التي تقع من الخصم أمام المحكمة لا أمام المحكم[١].

ونري أنه إذا ارتكب أحد الخصوم ما يبرر – بحكم القانون – معاقبته فإن المحكم يملك تطبيق القواعد المقررة في قانون الإثبات في هذا الصدد. ولو كان غير مفوض بالصلح، فمثلا اذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع عن الإجابة بغير الإثبات جاز للمحكم – ولو كان مقيداً بقواعد المرافعات – أن يقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك (م ١٣ إثبات)، كذلك إذا امتنع الخصم عن تقديم ورقة منتجة تحت يده جاز للمحكم أن يعتبر صورة الورقة التي قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها عملا بالمادة ٢٤ إثبات.

علي أنه يجوز للطرفين الاتفاق في مشارطة التحكيم علي تخويل هية التحكيم سلطة إلزام أي من الطرفين بتقديم مستند تحت يده وفقا للمادة ٢٠ إثبات، مع إعمال ما تنص عليه المادة ٢٣ و٢٤ إثبات من أثار، إذ تخول المادة ٢٥ تحكيم الطرفين الاتفاق علي ما يرونه من إجراءات الإثبات.

---

(١) ويري جانب من الفقه أن "المحكم سواء في التحكيم بالصلح أو بالقضاء وهو ليس بموظف عمومي ولا يملك، ولو باتفاق الخصوم، الحكم بتوقيع ايه غرامة لصالح الخزانه العامة علي خصم أو شاهد وهو لا يملك الا إحالة الامر علي المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع في الحالة الخاصة المقررة في المادة ٥- ٦.بحيث لا يجوز له الرجوع إلى تلك المحكمة لتوقيع غرامة في غير تلك الحالات، وإذا كان المشرع يقصد أن يمنح المحكم سلطة الإحالة علي المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع للحكم علي الخصم باية غرامة يقررها قانون المرافعات لنص علي ذلك صراحة.وليس ثمة ما يمنع من هذا، وانما قرر المشرع صراحة في المادة المتقدمة أن الإحالة علي المحكمة مقصورة علي الأحوال المقرر فيها. ويلاحظ أن المحكم لا يرجع إلى المحكمة عملا بالمادة ٥٠٦ إلا إذا كانت قد تحققت موجبات الحكم بالغرامة، أي توافرت الشروط الازمة للحكم بالغرامة عملا بالمادة ٧٨ والمادة ٨٠ من قانون الإثبات". د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تنظير وتطبيق، المرجع السابق، ص ٩١٥.

وإذا استعانت هيئة التحكيم بخبير، وامتنع الخصم عن معاونة الخبير في فحص البضائع بحجة عدم تعلقها بالنزاع، أو تعمد إخفاء وثائق في حوزته، فطبقا لنص المادة ٣٦ تحكيم تتولي هيئة التحكيم سلطة الفصل في أي نزاع يقوم بين الخبير وأحد الخصوم. ومن هنا يثار تساؤل هل يجوز لهيئة التحكيم إرغام الخصم علي تقديم الوثائق والمعلومات التي يحجبها عن الخبير؟

يري جانب من الفقه[١]، أن هيئة التحكيم تملك الحكم بحق الخبير في فحص الوثيقة أو البضاعة أو المال الذي طلب من أحد الخصوم، ولكن لا يمكن أن تجبر هذا الخصم علي القيام بالإجراء الذي طلبه الخبير لعدم تمتعها بسلطة الالزام أو الأمر. ولم تعط المادة ٣٦ تحكيم لهيئة التحكيم حق اللجوء إلى القضاء للاستعانة به في إجبار الخصوم علي تقديم ما يطلبه الخبير منهم، وذلك بتوقيع الجزاءات عليهم في حالة الرفض، كما هو منصوص عليه في المادة ١٤٨ إثبات. كما لم ترتب المادة ٣٦ تحكيم أي أثر لتخلف الخصم أو امتناعه عن القيام بالإجراء الذي طلبه منه الخبير، فلم تعتبر هذا التصرف من قبل الخصم قرينة ضده، ولم تقرر حق الهيئة في الاستمرار في إجراءات التحكيم وإصدار حكم في النزاع استنادا إلى عناصر الإثبات الموجودة أمامها، كما هو الحالة في حالة امتناع عن تقديم المستند طبقا للمادة ٣٥ تحكيم.

في الواقع يفضل إعادة النظر في المادة ٣٦ تحكيم[٢]، لأن النص الحالي سيفقد جانبا هاما من فاعليته في شأن الخبرة، لأن أداء الخبير لمهمته سيتوقف رهنا في نهأية المطاف بمشئية الخصوم الذين كثيرا ما يختلفون ويلجأون إلى إعاقة عمل الخبير إذا

(١) د/ محمد مختار البريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، بند ٦٩، ص ١١٤.

(٢) د/ رضا السيد، مسائل في التحكيم، المرجع السابق، ص ٦٤.

شعروا أن تقريره لن يكون في صالحهم، وهذا ما يدعوا إلى ضرورة النظر في هذه المادة، بما يكفل لهيئة التحكيم الحق في اللجوء إلى القضاء لإلزام الخصوم بتمكين الخبير من أداء مهمته، أو يمكن المشرع هيئة التحكيم من وضع جزاء مناسب علي تعنت الخصم في معاونة الخبير. حيث يكون من الأفضل أن ينص المشرع علي أنه إذا تخلف أحد الخصوم عن تقديم ما طلبه منه من مستندات، رغم تقديمه خصمه الدليل القاطع علي وجود هذه المستندات تحت يده، جاز للهيئة اعتبار امتناع الخصم قرينة ضده في إثبات ما يدعيه الخصم الآخر[1].

٢- الجزاءات الموقعه علي الشاهد

في حالة قدرت الهيئة أهمية وضرورة اللجوء إلى الشهادة لإظهار الحقيقة التي تبحث عنها، أن تطلب ذلك من محاكم الدولة التي يجري التحكيم علي أرضها أو يوجد فيها الشاهد المرغوب في سماعه(٢)، وهذا ما نص عليه المشرع المصري في حق الهيئة في طلب المساعدة من القضاء في هذا الخصوص، حيث نصت المادة ٣٧ تحكيم علي إمكانية رجوع المحكمين إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر الإجراء. وذلك بالحكم علي من يتخلف عن الشهود عن الحضور بالجزاء المقرر في المادة ٧٨ إثبات واتخاذ الإجراء المنصوص عليه في المادة ٨٠ إثبات بشأن من يمتنع عن الإجابة، وبالتالي لا تملك الهيئة توقيع الجزاء علي امتناع الشاهد عن الحضور أو الاجابة. وبالتالي لا يملك المحكمون ما يملكه القضاة في صدد أدلة الإثبات، خاصة من ناحية توقيع العقوبات علي من يخالف إجراءات الإثابت من الشهود أو الخصوم، فلا يملك المحكم توقيع الغرامة ولا الحكم بعقوبة الشهادة الزور، ولا إلزام خصم بتقديم مستند تحت يده. فكل

(١) الاشارة السابقة، ص ٥٩.

(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامه، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، المرجع السابق، ص ٥٣٠

ما تملكه هيئة التحكيم هو تحرير محضر وأحالة الأمر إلى القضاء[١]، مع توقف الفصل في سير الخصومة إذا كان السير فيها متوقفا علي اتخاذ هذه الإجراءات[٢].

ويثور التساؤل عما إذا كان الرجوع إلى القضاء قاصراً علي هذه الجزاءات أم من الممكن أن تشتمل علي جزاءات أخري يقررها القانون؟ يري جانب من الفقه[٣] أن هيئة التحكيم لا يمكنها الاحالة إلى القضاء للحكم علي الشهود بأي جزاءات أخرى غير المنصوص عليها في المواد ٧٨ و٨٠ إثبات، وذلك لأن المشرع لو كان يريد أن يمنح المحكمين سلطة الإحالة إلى القضاء للحكم بأي جزاءات أخري يقررها قانون لنص علي ذلك صراحة.

وليس للقاضي المختص أن يسمع الشاهد بل تقتصر سلطته علي أحد أمرين: الأول: توجية الأمر إلى أحد الأطراف بإحضار شاهده أو تكليف شاهد بعينه بالحضور لأداء الشهادة والأمر الثاني، الحكم علي الشاهد الذي كلف بالحضور تكليفا صحيحا ولم يحضر بالجزاءات المنصوص عليها في المواد المذكوره، وبناء علي ذلك فإن سماع الشاهد يكون من اختصاص هيئة التحكيم دون أن يحلف اليمين.

ثانيا: موقف المشرع الفرنسي

وفي النظام الفرنسي، إذا كانت المادة ١٤٦٠مرافعات قديم نصت علي حق المحكم في امر أحد الخصوم بتقديم دليل تحت يده، إلا أنها لم تضع جزاء علي مخالفة ذلك، ولذا ذهب الفقه أن المحكم لا يملك إلا أن يأخذ في الاعتبار مدي تعنت الخصم في

(١) د/ محمود حسن شعيب، النظام القانوني لخصومة التحكيم في ضوء قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي وقانون التحكيم المصري، المرجع السابق، ص ٢٠٠.

(٢) د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء وبالصلح، مرجع سابق، ص ٢٣٣، د/ عاشور مبروك، النظام الاجرائي لخصومة التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٩٣.

(٣) د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، المرجع السابق، ص ٢٤٥.

تقديم دليل تحت يده، ومدي أثره في الحكم في الدعوي، ويحكم بناء علي ذلك[١]. ولكنها في قانون المرافعات الجديد نص المشرع في المادة ١٤٦٧ علي أنه يمكن مجازاة الخصم الممتنع عن تقديم دليل تحت يده بالغرامة التهديدية، ويجب علي المحكم أن يأخذ في الاعتبار طبيعة خصومة التحكيم عند صدور حكم بالغرامة التهديدية، فيمكن أن تكون المستندات الملزم الخصوم بتقديمها تتمتع بالسرية، وعندما يصدر المحكم حكمه بالغرامة التهديدية، فيجب عليه أن يتبع القواعد العامة في إصدراها والتي يطبقها القاضي[٢].

وفي الواقع المشرع الفرنسي أخذ بهذا الحكم في تعديله لنص المادة ١٤٦٧ سنة ٢٠١١، حيث أجاز للمحكم أن يحكم علي الخصم الممتنع عن تنفيذ ما طلبته هيئة التحكيم من تقديم مستندات تحت يده بالغرامة التهديدية، فأصبح لهيئة التحكيم سلطة في الأمر بالغرامة التهديدية، وهذا السلطة لم تكن موجوده في قانون المرافعات القديم، وهذا لا شك يساهم في سير خصومة التحكيم، ويدعم التحكيم، لان الغرامة التهديدية المحكوم بها تكون عامل ضغط وتهديد للخصم الذي طلب منه تقديم مستند تحت يده، وقد أيد الفقه[٣] والقضاء[٤] هذا الاتجاه، فإذا كان المحكم ليس له سلطة جبر، إلا أنه يملك إصدار حكم بالغرامة التهديدية، في جميع الأحوال التي يمكن للقضاء أن يحكم فيها الغرامه التهديديه. وفي كل عمل يكون لازما للتحكيم[٥].

(1) B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 204.

(2) Id. no 205.

(3) Id.

(4) CA Paris, 7 oct. 2004, Rev. Arb., 2004, p. 737, note Jeuland, JDI, 2005, p. 341, note Maurre et Prerdone, JCP, 2005, II, 10071, note Jacquet.

(5) CA Paris, 19 mai 1998, Rev. Arb., 1999, p. 601, not. Jarrosson.

ونري أنه يفضل أن يأخذ المشرع المصري بهذا الاتجاه وهو حق هيئة التحكيم بالحكم بالغرامة التهديديه وبالجزاءات المنصوص عليها في قانون الإثبات، وذلك تحقيقا لفاعلية نظام التحكيم. كما أن الاتجاه الحديث يمنح هيئة التحكيم سلطات تعادل سلطات قضاء الدولة.

الفرع الثالث
الدور المساعد للقضاء في الإثبات أمام هيئة التحكيم

سنشير إلى النص علي معاونة القضاء لهيئة التحكيم فيما يخرج عن سلطتها في مجال الإثبات، ثم نبين الانابه القضائية، وذلك في النقاط الآتية:

أولا: النص علي معاونة القضاء لهيئة التحكيم فيما يخرج عن سلطتها:

إذا كان لهيئة التحكيم دور أيجابي في تنظيم إجراءات التحكيم، فلها الأمر بأي إجراء من إجراءات الإثبات، فيمكن لها أن تطلب من الخصوم تقديم مستندات أخري غير التي قدموها، وشأن الهيئة في ذلك شأن قضاء الدوله بالنسبة لوسائل الإثبات التي يمكن استخدامها للوقوف علي حقيقة النزاع.

ونظرا لحرمان هيئة التحكيم من سلطة الجبر، فإن ذلك يؤثر علي سلطة هيئة التحكيم عند البحث عن أدلة الإثبات سواء تجاه الخصوم أو تجاه الغير. ويتضح ذلك في الأحوال التي يوجد فيها أحد أدلة الإثبات المنتجة في الدعوي في يد الخصم وامتنع عن تقديمها، ونظرا لأن القانون المصري منع المحكم من سلطته في الأمر بالغرامة التهديدية، فهل يجوز اللجوء إلى القضاء في هذه الحالة لإجبار الخصم أو الغير علي تقديم المستند إذا كان لازما أو الادلاء بالشهادة؟ وقد ثار الخلاف حول من الذي يلجأ إلى القضاء هل هو هيئة التحكيم أم الخصم صاحب المصلحة؟

وقد ذهب رأي إلى أن المحكم هو الذي يلجأ إلى القضاء لإلزام الخصم بتقديم ما لديه[١]، انتقد هذا الرأي علي أساس انعدم الصفة والمصلحه، وذهب رأي آخر إلى أن الخصم وحده هو صاحب الصفة والمصلحة في اللجوء إلى القضاء في مثل هذه الحالة[٢].

ويري بعض الفقه أن " التحكيم لا يمكن أن يقوم بدوره الفعال في حسم المنازعات المنبثقة من المعاملات التجارية الدولية بمنأي عن مساعدة القضاء الوطني، فالعدالة الخاصة تنعم في أحضان العدالة العامة التي تهيمن عليها الدولة، ونظرا للفائدة التي تعود علي السلطة العامة من تحقيق السلام والأمن القانوني في المعاملات الدولية، فقد أصبحت العلاقة بين القضاء والتحكيم علاقة تعاون أو تكامل"[٣].

وبالنسبة للموقف التشريعي من معاونة القضاء لهيئة التحكيم في إجراءات الإثبات، فنجد أنه ذهبت بعض التشريعات إلى جواز اللجوء إلى القضاء لإجبار الخصم المتعنت أو الغير علي تقديم ما تحت يده من مستندات، ومنها علي سبيل المثال، المادة ١٨٠ من القانون الكويتي، والتي أوجب علي المحكم أن يوقف عمله للرجوع إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع للحكم بالجزاء المقرر قانونا علي من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة، أو الحكم بتكليف الغير بإبراز مستند في حوزته ضروري للحكم في الدعوي[٤].

---

(1) B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 222.

(٢) د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية،المرجع السباق، ص ١٩٦.

(٣) د/ ابو العلا النمر، دراسة تحليلية للمشكلات العملية والقانونية في مجال التحكيم التجاري الدولي، ابو المجد، ٢٠٠٤، ص ٣٥٣،

(٤) د/ عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، المرجع السابق، ص ٣٩٨.

أما بالنسبة للنظام المصري فقد نصت المادة ٣٧ تحكيم علي أنه يجوز لهيئة التحكيم أن تطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة ٩ تحكيم الحكم علي من يتخلف من الهشود عن الحضور، أو يمتنع عن الاجابه بالجزاءات المنصوص عليها في المواد ٧٨ و٨٠ من قانون الإثبات المصري.[١]. وبالتالى تضطر هيئة التحكيم إلى الاستعانة بالقضاء فيما يخرج عن ولأيتها وسلطتها، وذلك في الأحوال التي يكون فيها الشاهد المراد سماعه أو الخصم المطلوب استجوابه أو المال المراد معأينته في الدولة أخري غير الدولة التي توجد فيها المحكمة أو مكان إجراء التحكيم أو غير متيسر لهيئة التحكيم الانتقال إليه إلا بمشقة كبيرة[٢].

ولم ينص المشرع علي أي آثار لامتناع الخصم عن تقديم مستند تحت يده، كما أن المشرع لم يمنح هيئة التحكيم حق اللجوء إلى القضاء لإلزام الخصم الممتنع أو ترتيب أثار لامتناعه عن تقديم ما تحت يده، وعلي عكس ما ذهب إليه بالنسبة لمن يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابه حيث أجاز لهيئة التحكيم اللجوء إلى القضاء في هذه الحالات.

وقد اختلفت كلمة الفقه حول حق اللجوء إلى القضاء لإلزام الخصم أو الغير بتقديم ما تحت يده من مستندات، فقد ذهب بعض الفقه إلى القول بعدم جواز اللجوء إلى القضاء لإلزام الخصم الممتنع علي تقديم ما بحوزته[٣]، وذلك لأن نص المشرع علي الجوء إلى القضاء قاصر علي حالتين، وهما في حالة تخلف الشهود عن الحضور

(١) مادة ٣٧ تحكيم مصري.

(٢) د/ محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ٧١.د/ خالد عبد العزيز ابو غابه، التحكيم وأثره في فض المنازعات، دار الفكر الجامعي، ٢٠١١، ص ٥٩.

(٣) د/ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا، المرجع السابق، ص ٤٧٠.

وكذلك الإنابة القضائية، ولم ينص علي إلزام الخصم أو الغير علي تقديم ما تحت يده من مستندات. كما أن المشرع نص علي استمرار الهيئة في الفصل في النزاع دون أن يرتب أي جزاء علي تخلف الخصم عن تقديم ما تحت يده، ولم ينص علي إلزام الخصم علي تقديم ما تحت يده، وهو ما يؤكده قانون الإثبات في المادة ٢٠ والتي تنص علي يجوز للخصم في حالات الآتية طلب إلزام خصمه بتقديم أي محرر منتج في الدعوي تحت يده، إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه وتسليمه. وهذا لم ينص عليه قانون التحكيم[١]. ويجوز للمحكم أن يستنبط النتائج المنطقية التي ترتبت علي الرفض[٢]. وقد ذهبت بعض أحكام القضاء المصري إلى أنه لا يجوز تقديم هذا الطلب إلى المحكمة المختصة بمسائل التحكيم وفقا للمادتين ٩ و١٤ تحكيم، إذ هذا الطلب ليس طلبا بإجراء وقتي أو تحفظي[٣].

وقد ذهب رأي أخر[٤] إلى جواز اللجوء للقضاء لإلزام الخصم أو الغير لتقديم ما بحوزته، وذلك لاعتبارات الآتية:

- إذا كان القانون يجيز اللجوء إلى القضاء في حالة الشهود والإنابة، فيمكن القياس علي ذلك في كل حالة تخرج عن اختصاص هيئة التحكيم، كتكليف من ألزمته الهيئة بتقديم ما يطلب منه.

---

(١) د/ أحمد أبو الوفا، التعليق علي نصوص قانون الإثبات، المرجع السابق، ص ١٩٥.

(٢) د/ عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، المرجع السابق، ص ٢٨٧، د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، المرجع السابق، ص ٢٥٥.

(٣) استئناف القاهرة، دائرة ٨ مدني، ١٩٩٥/١٢/٢٠، ق رقم ٤ لسنة ١٩٩٥ تحكيم، غير منشور.

(٤) د/ أحمد السيد صاوي، الوجير في التحكيم، المرجع السابق، بند ١٧٠، ص ٢٤١، د/ علي بركات، خصومة التحكيم في المصري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص ٣٨٥، د/ فاطمة صلاح الدين، دور القضاء في خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص ١٧٩، د/ حمزه أحمد الحداد، دور المحكمة في التحكيم، مجلة التحكيم العربي، العدد التاسع، ٢٠٠٦، ص ٦٥.

- الاتجاه العام للقانون الذي جعل القضاء سلطة معاونة ومساعدة للتحكيم للتدخل في كل حالة تتعرض فيها الخصومة التحكيمية لصعوبات تعوق سيرها طالما لا يمس الموضوع.

ونري أنه يمكن للمحكم اللجوء إلى القضاء للمساعدة في إلزام الخصم أو الغير علي تقديم مستند تحت يده، وإذا كان القانون لم ينص علي ذلك، فإنه لم يمنع اللجوء إلى القضاء في مثل هذه الحالات، وفي الواقع لحل هذه الإشكالية، يمكن للأفراد الاتفاق علي لجوء هيئة التحكيم للقضاء لمطالبة مساعدة القضاء للحصول علي أدلة الإثبات، حيث إجازة المادة ٢٧ من القانون النموذجي للتحكيم إمكانية هذا الاتفاق.

وبالنسبة للغير الذي يحوز بعض وسائل الإثبات التي تكون تحت يده، فإن المحكم لا يملك أيه سلطة في إلزامه نظرا للطابع الاتفاق للتحكيم. كما أن هذا الأصل يحول دون الغير والتدخل أو إدخاله، إلا بشروط محدده. وبالتالي لا يجوز إجبار الغير علي تقديم مستند تحت يده، كما لا يجوز إجبار شاهد علي الحضور. ويكون اللجوء إلى القضاء في هذه الحالات هو الوسيلة الوحيده لتقديم هذا الدليل[١].

ثانيا: الإنابة القضائية:

نصت المادة ٣٧ تحكيم علي أنه " يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة ٩ من هذا القانون بناء علي طلب هيئة التحكيم بما يأتي: الحكم علي من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة بالجزاءات المنصوص عليها في المادتين ٧٨ و ٨٠ من قانون الإثابت في المواد المدنية والتجارية. الأمر بالإنابة القضائية.

(١) د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية،المرجع السباق، ص ١٩٧.

ويقصد بالإنابة القضائية التي نصت عليها المادة ٣٧ من قانون التحكيم علي اختصاص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة ٩ من هذا القانون بناء علي طلب هيئة التحكيم الأمر بالإنابة القضائية. والأصل في هذه الإنابه أنها ترد علي أي إجراء من إجراءات التحقيق أو الحصول علي أدلة الإثبات الموجودة في الخارج. أي أن الإنابة القضائية تنصب علي إجراءات الإثبات أو التحقيق كالالزام بتقديم مستند، شهادة الشهودر، معأينة، خبرة، فحص دفتر شركة، استجواب، إجراء تحقيق، استلام كفالة أو تلقي قبول تركة[١].

ويتضح من هذا النص الآتي:

١- وإذا كان الأمر يقتضي القيام بإجراء من إجراءات الإثبات في الخارج، فليس لهيئة التحكيم إصدار الأمر بإنابة قضائية لمحكمة في الخارج للقيام بهذا الإجراء. إذ تنص المادة ٣٧ تحكيم علي أن " تختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة ٩ من هذا القانون بناء علي طلب هيئة التحكيم بما يأتي:..... ب الأمر بالإنابة القضائية " ولهذا فأنه إذا رأت هيئة التحكيم ضرورة سماع شاهد مقيم في الخارج تمنعه ظروفه من الحضور أمامها، أو معأينة عقار أو منقول أو مكان معين بالخارج يلزم معأينته للفصل في النزاع، فأنها تطلب من المحكمة التي تنص عليها المادة ٩ تحكيم إصدار الأمر بإنابة المحكمة القضائية المختصة بالخارج للقيام بهذا الإجراء، ويكون لما تقوم به المحكمة الأجنبية في هذا الشأن قوته في الإثبات أمام هيئة التحكيم[٢].

---

(١) د/ عكاشة عبد العال، الانابة القضائية، ١٩٩٧، ث ٥٠.

(٢) د/ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا، المرجع السابق، ص ٤٦٦، د/ مصطفي الجمال ود/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، بند ٤٨٧، ص ٧١٤.

٢- المختص بمساعدة هيئة التحكيم في مجال الشهادة هو رئيس المحكمة المختصة اصلا بنظر النزاع في التحكيم الداخلي، وهو رئيس محكمة الاستئناف بالقاهرة إذا كان التحكيم تجاريا دوليا سواء جري التحكيم في مصر أو في خارج مصر، أو رئيس أية محكمة استئناف يتفق أطراف التحكيم علي اختصاصها.

٣- وليس للقاضي المختص أن يسمع الشاهد بل تقتصر سلطة علي أحد أمرين: الأول: توجيه الأمر إلى أحد الأطراف باحضار شاهده أو تكليف شاهد بعينه بالحضور لآداء الشهادة والأمر الثاني، الحكم علي الشاهد الذي كلف بالحضور تكليفا صحيحا ولم يحضر بالجزاءات المنصوص عليها في المواد المذكوره، وبناء علي ذلك فإن سماع الشاهد يكون من اختصاص هيئة التحكيم دون أن يحلف اليمين. ويثبت الحكم في المحضر ولا يكون قابلا للطعن، وفي غير أحوال الاستعجال إذا تخلف الشاهد عن الحضور رغم إعادة تكليفة الحضور حكم عليه بضعف الغرامة المذكورة.

٤- أن المحكمة المختصة لا تتدخل علي النحو المشار إليه إلا بناء علي طلب هيئة التحكيم، وذلك عملا بمبدأ الاختصاص الكامل لقضاء التحكيم وعدم افتئات قضاء الدول عليه.

ويلاحظ أن هذا ما نص عليه القانون النموذجي للتحكيم الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام ١٩٨٥. كما أن له نظيرا في تشريعات التحكيمية المقارنة منها القانون التحكيم الإنجليزي لعام ١٩٩٦، في المادة ٤٣، وفي القانون الهولندي لعامة ١٩٨٧، في المادة ١٠٤١ إجراءات مدنية. والقانون الألماني لعام ١٩٩٧، (م ١٠٥٠ إجراءات مدنية).

المبحث الثاني
سلطة هيئة التحكيم في تقدير أدلة الإثبات

سنشير في هذا المبحث إلى ماهية السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في الإثبات، وذلك في المطلب الأول، ونعالج نطاق السلطة التقديرية لهيئة التحكيم، وذلك في المطلب الثاني.

المطلب الأول
ماهية السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في الإثبات

سنعالج في هذا المطلب، المقصود بالسلطة التقديرية لهيئة التحكيم في الإثبات، وخصائص السلطة التقديرية لهيئة التحكيم، وذلك في الفروع الآتية:

الفرع الأول
المقصود بالسلطة التقديرية لهيئة التحكيم في الإثبات

في الواقع تعترف الدولة للمحكمين بسلطة الفصل في بعض المنازعات التي تحددها القوانين، فالتحكيم يعد صوره خاصة من صور القضاء، أو أحد الأنظمة البديلة للحمأية القضائية[1]، يتفق فيه الأطراف علي منح المحكم سلطة في الفصل في النزاع. ولقد سعي المشرع المصري إلى تحقيق الفاعلية والأيجابية لهيئة التحكيم عن طريق تزويده بمزيد من حرية الحركة في الخصومة، وذلك حتي لا يترك كشف الحقيقة رهنا

(١) د/ سحر عبد الستار يوسف، دور القاضي في الإثبات، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٤٩.

بمبادرة الخصوم وحدهم، وحرص علي سد باب الحيل والكيد. وكما منح هيئة التحكيم سلطة أوسع من سلطة المحكمة القضائية، حيث منع الطعن علي قرار هيئة التحكيم بأي طريق من طرق الطعن(١)، ولم يُجيز مراجعة حكم التحكيم إلا بطريق دعوي البطلان وحدد أسبابها علي سبيل الحصر، وليس منها ما يتعلق بالرقابة علي سلطة هيئة التحكيم في تقدير وتفسير أدلة الإثبات. وذلك علي عكس بعض الأنظمة التي أخذت بنظام الطعن بالاستئناف ضد حكم التحكيم كالنظام الفرنسي.

فنلاحظ أن السلطة التقديرية لهيئة التحكيم واسعة المجال فهي تمتد إلى إسباغ التكييف القانوني الصحيح علي الادعاء، إما بتكييفه بداءة أو بإعادة التكييف للوقائع المتنازع عليها، وذلك بتعديل التكييف المقترح من الخصوم، فهي ملتزم بإسباغ الوصف القانوني الصحيح علي ادعاءات الخصوم، دون التقيد بتكييف الخصوم لها في حدود سبب الدعوي، فالعبرة بحقيقة المقصود من الطلبات لا بالألفاظ التي صيغت بها(٢)،فتكييف المدعي لدعواه، لا يقيد هيئة التحكيم، ولا يمنعها من بحث حقيقة الطلبات، وإعطاء الدعوي وضعها الحق، وتكييفها القانوني الصحيح(٣). ومعني ذلك أن عملية المقارنة التي يقوم بها المحكم، وهو بصدد التكييف القانوني للنزاع قد لا تكون صحيحة نتيجة لخطأ المحكم في عملية القياس التحكيمي التي تتم بني الواقع وبين القانون. لأن المحكم اذ يمارس سلطتة التقديرية في هذا المجال قد لا يجانبه التوفيق، فيقدر الوقائع بفهم مغلوط، وبالتالي يخطئ في اعمال التكييف، وبالتالي يخطئ في تطبيق القانون. فالمحكم يقدر الوقائع، وهو يقدر مدي تطابقها مع المفترض الكامن في

(١) مادة ٥٢ تحكيم مصري، والمادة ١٤٨٩ مرافعات فرنسي.
(٢) نقض مدني، ١٩٨١/٤/٢٢، س ٣٢، مج نقض، ص ١٢١٢.
(٣) د/ سحر عبد الستار يوسف، دور القاضي في الإثبات، المرجع السابق، ص٦٣.

القاعدة القانونية، وأخيرا يقدر أن أثر معينا لقاعدة قانونية معينة هو الذي ينطبق علي واقع معين متنازع عليه، وبالتالي ينحسم النزاع علي هذا الواقع نتيجة لأعمال القانون. في الواقع عمل المحكم في خصومة التحكيم، عمل ذهني وفني وإرادي، وليس عملا آليا.

وإذا كان الخصوم أحراراً في اختيار الأدلة التي يرون أنها تؤدي إلى إقناع هيئة التحكيم، فإن الهيئة حرة في تكوين اعتقادها وقناعتها من أي دليل يقدم إليه، بل إن المحكم يستطيع أن يقوم بدور أيجابي في تحري الحقيقة بجميع الطرق التي يراها مؤدية إلى ذلك، فالأمر يرمته متوقف علي قناعة المحكم.

ويعتمد المحكم علي فهمة الشخصي لأدلة الإثبات وللقواعد الواجب التطبيق علي الإثبات، ولا يقيده في ذلك فقه أو قضاء سابق، ولأيخضع لرقابة محكمة النقض في ذلك، لأنه الحكم غير قابل للطعن، وتتلخص ماهية السلطة التقديرية الممنوحه لهيئة التحكيم حينما تفصل في الدعوي التحكيمية في إمكانية التوصل إلى تكوين عقيدتها من خلال ما يطرح عليه من وقائع وأدله وما يقوم به من عملية تدليل، وفيما ينتهي إليه من إعمالها النص القانوني أو قواعد العدالة التي تراها صاحة للإعمال علي وقائع النزاع. ومعني ذلك أن سلطة هيئة التحكيم التقديرية في زمن أول تنسبط علي كافة عناصر الدعوي. وعلي كل ما يلحق بها وما يتبعها. ومعني انبساط هذه السلطة يقصد به أن نشاط المحكم الذهني ينصب علي الواقع وعلي القانون في عملية مركبة شديدة التعقيد[1].

(١) د/ نبيل اساعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، المرجع السباق، ص ٧٣.

متي توافرت أدلة الإثبات التي أمرت هيئة التحكيم باتخاذها، سواء من تلقاء نفسها أو نباء علي طلب الخصوم، كان لها مطلق الحرية في تقديرها، وسلطتها في ذلك هي نفس سلطة المحكمة القضائية بالنسبة لتقدير الأدلة المقدمة إليها[١]. فلهيئة التحكيم السلطة التقديرية في أن تأخذ بنتيجة ما أمرت به من إجراءات الإثبات أو ألا تأخذ به، وفي أن تكون عقيدتها مما أمرت به من إجراء أو من غيره مما في الدعوي من القرائن والمستندات، غير أنها إذا لم تأخذ بنتيجة ما أمرت به، وجب عليها أن تبين أسباب ذلك في حكمها[٢].

ويقوم المحكم باستخلاص ثبوت الواقعة عن طريق الاستنتاج مما يتكشف له من الظروف والقرائن وترتيب النتائج علي المقدمات. ومعني ذلك أن الجهد الاستنباطي الذي يقوم به المحكم، لفرز الحقيقة عن الدليل المقدم إليه يجب أن يتم في اطار ذات هذا الدليل وليس في معزل عنه، ويقوم المحكم عند بحث الأدلة بنشاط ذهني معين، وله حدود تتمثل فيما هو مطروح علي المحكم من عناصر واقعية وما هو منصوص عليه قي اتفاق التحكيم. وخلاصة النشاط الذهني تتمثل في تقدير كفاية وقوة الدليل من أجل حسم النزاع، وسلطة المحكم التقديرية هي مجرد نشاط يرمي إلى التوصل إلى أيجاد حدث معين،هذا الحدث هو تطبيق القانون أو القواعد المتفق عليها.

ونري أنه يقصد بالسلطة التقديرية لهيئة التحكيم في الإثبات، هي حرية ومكنة هيئة التحكيم في القيام بعملية نشاط ذهني تعتمد علي استنباط من الدليل المقبول

(١) د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص ٥٠٧.

(٢) د/ محمود حسن شعيب، النظام القانوني لخصومة التحكيم في ضوء قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي وقانون التحكيم المصري، المرجع السابق، ص ٢٣٨.

الاحتجاج به، والاقتناع الذي يدفع الهيئة إلى الحكم علي نحو معين، بعد تقديرها كفاية الدليل وقوة الدليل في الوصول إلى حقيقة النزاع.

ويقوم المحكم اثناء ممارسة سلطته التقديرية، بحصر إطار الدعوي التحكيمية، ثم بعد ذلك يقوم بفحص الأدلة المطروحه عليه، ويزن حقيقتها وقيمتها في الإثبات وكفأيتها. فالقاعدة أنه حر في تكوين عقيدته. هذه الحرية مقيدة بأن هذه العقيدة يجب أن تولد من العناصر المطروحة عليه. بمعني أن سلطته مطلقة في تكوين عقيدته. بشرط أن تستخلص هذه العقيدة من عناصر طرحت أمامه. أي أنه حريته في تكوين عقيدته وان كانت في الظاهر طليقة من أي قيد، إلا أنها مقيدة في الحقيقة بضرورة ميلادها من عناصر الخصومة التحكيمية.

ونري أن الهدف الأساسي من ممارسة المحكم لسلطة التقديرية هو الوصول إلى عقيدة معينة، وتستخلص هذه العقيدة، من تقدير المحكم للقوة التدليلية للأدلة، وهو يتمتع بسلطة تقديرية بشأنه. ويستخلص المحكم قناعته في هذا المجال من كافة عناصر النزاع الشخصية والعينية. وهيئة التحكيم في هذا الصدد هي الخبير الأعلي في كل ما تستطيع أن تشق طريقها فيه بنفسها.

و يذهب رأي إلى أن أساس تقدير القاضي أو المحكم في نطاق الأدلة مستوحاة من الخبرة، ولا يقوم بأي تقدير للعدالة أو الملاءمة لحمأية المصالح المتعارضة[1]. ومعني ذلك أن القاضي أو المحكم بصدد تقدير الأدلة ليس أمامه متي اقتنع بحقيقة الوقائع غير قبول الطلب أو رفضه، إذا لم يقتنع، فهو لا يستطيع أن يري الوقائع ثابتة حسبما يبدوا له الطلب عادلا أو غير عادل وإنما هو يؤسس حكمه علي مطابقة الحقيقة.

(١) وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص ٣٤٥.

ويري البعض الآخر من الفقه أن هذا المنطق يجافي الطبيعة التقديرية لعملية الإقتناع، فالاقتناع ذاته هو عمل تقديري، يرجع فيه القاضي أو المحكم لضميره ليستخلص الانطباعات التي تركتها الأدلة، المقدمة في القضيه في نفسه، وهذا المسلك من جانبه يعتبر في النهأية شعورا نفسيا يتأثر بفرديته[١]. ولا يلزم لكي نكون بصدد سلطة تقديرية أن يكون التقدير بعدالة الطلب، وإنما يكفي أن ينصب التقدير علي ملاءمة النشاط لهدفه المباشر. والهدف المباشر بالنسبة للدليل هو إظهار حقيقة الواقعة المراد إثباتها. وهذا الهدف بالذات هو محل تقدير القاضي أو المحكم، وهذا التقدير لا يخضع لرقابة محكمة الطعن، كما أن القاضي غير ملزم ببيان أسباب اقتناع بالدليل[٢]. ويميز جانب آخر من الفقه بين تسبيب الاقتناع بمعني إعطاء تفاصيل تقدير المحكم للأدلة، وتحديد مدي نفوذ كل منها في ضميره وتحليل طريقة تكوين اقتناعه، فكل هذا يعفي منه المحكم، أما تسبيب الحكم بالأدلة فيلزم به المحكم، لأن الأدلة هي العناصر أو المصادر التي يستمد منها المحكم اقتناعه وليست أسباب هذا الاقتناع[٣].

الفرع الثاني
خصائص السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في الإثبات

في الواقع تجد السلطة التقديرية للقاضي أساسها الشكلي في جميع الحالات التي يخول فيها القانون للقاضي حرية التقدير خلال قيامه بالعمل القضائي، سواء عند مباشرة نشاطه الإجرائي أو عند اقتناعه بالواقع أو تقدير للحل الموضوعي. حيث

(١) د/ نبيل اساعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية،المرجع السابق، ص ١١٢.

(٢) د/ وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص ٣٤٦، هامش ٣، د/ مفيد سعد سويدان، نظرية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي، رسالة حقوق القاهرة، ١٩٨٥، ص ٢٠.

(٣) الاشارة السابقة.

يتنازل المشرع عن إرداته في التحديد، وترك القاضي ليقوم بذلك بدلا منه. وجوهر فكرة السلطة التقديرية يتمثل في أن يكون للقاضي حرية تقدير نشاطه في كل حالة علي حدة وفقا لملابساتها الخاصة مما يتلاءم مع أهداف وظيفته[١].

في الواقع السلطة التقديرية لهيئة التحكيم تتمثل لها خصائص مميزة، وتتمثل في الآتي:

أولا: حرية الهيئة في تقدير كفاية الأدلة:

للمحكم الحرية المطلقة في تكوين عقيدته كقاعدة عامة. ومعني ذلك أن المحكم مطلق الحرية في تقديره الأدلة، وله أن يأخذها بها كما أن له أن يطرحها. فالعبرة في المحاكمة التحكيمية هي اقتناع المحكم بناء علي الأدلة المطروحه عليه، ولا يقيد المحكم إلا اتفاق الأطراف والنظام العام، فيمكن للأطراف الاتفاق علي علي تقييد المحكم بالأخذ بدليل بعينه.

ولا يلزم في الأدلة التي اعتمد عليها الحكم أن يقطع كل دليل منها في كل جزء من جزئيات الدعوي، اذ الأدلة في التحكيم متساندة يكمل بعضها بعضا ومنها مجتمعة تتكون عقيدة المحكم.

ثانيا: حرية الهيئة في تقدير قوة الدليل:

تقوم الأدلة في التحكيم علي الاقتناع، للمحكم أن يلتفت عن دليل نفي ولو حملته أوراق رسميه ما دام يصح في العقل أن يكون غير ملتئم مع الحقيقة التي أطمانت إليها من باقي الأدلة[٢].

---

(١) ولا تنتفي السلطة التقديرية للقاضي بمجرد تقييدها بالغاية الموضوعية من النشاط، لأن ارادة القاضي هي التي تحدد وسيلة تحقيق هذه الغاية الموضوعية.

(٢) د/ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، المرجع السباق، ص٦٦.

ومن الملاحظ في التحكيم، أن من سلطة هيئة التحكيم أن تزن قوة الإثبات وأن تأخذ منها أي بينة أو قرينة ترتاح إليها دليلا لحكمها[1]. فيحق لهيئة التحكيم تقدير القوة التدليلة لكل دليل يعرض عليها، كتقرير الخبير المقدم إليها. ويجب أن تبني حكمها علي الجزم واليقين من الواقع الذي يثبته الدليل المعتبر، ولا تؤسس علي الظن والاحتمال، ولا يقوم حكمها علي الفروض والاعتبارات المجردة.

وتقدير القوة التدليلية وإن كانت سلطة مخولة للمحكم، إلا أنها ليست سلطة مطلقة، بل مقيدة ومنحصرة في نطاق العنصر أو العناصر التي استمد منها المحكم هذا الدليل وفي حدود اتفاق التحكيم والقواعد المتلعقة بالنظام العام. هذا القيد يعتبر حدا يرد علي الاطلاق الذي قد يتصور البعض تركه لسلطة المحكم.

ويجب أن يكون استخلاص هيئة التحكيم سائغا وأن يكون دليلها قائمة في الأوراق. وسلطة هيئة التحكيم في هذا المقام مقيدة بقدين:

١- ما طرح عليها وكان ثابتا في الأوراق وتم تحصليه بإجراءات صحيحة.
٢- ما هو قائم في النص القانوني المتفق علي تطبيقة أو الذي اختارته هيئة التحكيم.

وسلطة المحكم التقديرية تنشط بين هذين الحدين. ولا يمكن تجاوزهما. وتختلف سلطة هيئة التحكيم في تقدير الدليل المقدم، بحسب أنواع الأدلة، فالدليل القانوني الذي وضع له المشرع شروطاً معينه مثل الدليل الكتابي تنحصر سلطة هيئة التحكيم في التأكد من توافره من عدمه فليس له تقدير قوة الدليل إذا حددها المشرع مسبقا، وما علي المحكم إلا مراقبة توافر الشروط المطلوبه قانونا في الإجراء أو الدليل الذي استند إليه الخصم في الإثبات ادعاؤه، وبالتالي علي المحكم إعمال أثره، ولو كانت قناعته

(١) الإشارة السابقة، ص٦٥.

الداخلية متناقضة مع الحكم الذي أصدره، فمثلا الأدلة الكتابية أو المحررات المكتوبة بنوعيها تقليدية أو إلكترونية لها حجية ملزمة للمحكم كدليل إثبات للواقعه المتنازع عليها، متي كانت مستوفية لشروط المطلوب توافرها قانونا ودور المحكم إزاءها يقتصر علي مراقبة المحررات من حيث مظهرها وصحتها. أما بالنسبة لأدلة الإثبات الآخرى، لا يقف دور المحكم بصددها عند مراقبة الدليل، بل يتعداها، أي ممارسة السلطة المطلقة في تقدير قوة كل دليل، ويبني حكمه علي ما يطمئن إليه وجدانه وشعوره، ويوزان بين تلك الأدلة مفضلا بعضها علي بعض، فيأخذ بما اطمأن إليه ويطرح ماعداه مما لم يطمئن إليه، مراعيا في ذلك عدم الإخلال بحقوق الدفاع[1]. ومراعاة دفوع الخصوم والتي من شأنها لو صحت لتغير به وجه الرأي في الدعوي

وتطبيقا لذلك، فلهيئة التحكيم سلطة تقدير قيمة الشهادة للأخذ بها من عدمه، وله الأخذ بتقرير الخبير للأسباب الورادة به متي اطمئن إليه، وله استنباط القرائن التحكيمية التي يعتمد عليها في حكمه، ولا يلتزم بإبداء أسباب ترجيحه دليلا علي آخر، مادام حكمه يقوم علي أسباب تكفي لحمله وتسوغ النتيجة التي انتهي إليها[2].

ومن تطبيقات ذلك ذهبت محكمة استئناف القاهرة إلى أنه إذا أتفق أطراف التحكيم علي ندب لجنه خبراء هندسيين ومحاسبين للمعأينة، فإن هذا الاتفاق غير ملزم لهيئة التحكيم، لأن وسائل الإثبات ومن بينها لجان الخبراء هي من الأمور التي تخضع

(١) د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، بند ١٩٨، ص ٣٦٢، د/ علي هيكل، القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين، المرجع السابق، ص ٦٦،

CA Paris, 10 nouv. 1989, op. cit., p. 651, obs. Pellerin, CA paris, 11 juill. 1991, op. cit., p. 671, obs. Loquin, CA Paris, 13 mars 1992, op. cit., p. 107, obs. Jarrosson, CA Paris, 13 nouv. 1997, op. cit., p. 719, obs. Derains.

(2) Id.

لتقدير هيئة التحكيم التي لها السلطة المطلقة في الفصل في أي طلبات تري من الضروري اتخاذها للفصل في الموضوع المعروض عليها توصلا لوجه الحق في الدعوي، وذلك طبقا لسلطتها التقديرية المخولة لها[1].

ثالثا: عدم الرقابة علي السلطة التقديرية لهيئة التحكيم:

في الواقع،ازاء تعذر الرقابة الحقيقية المطلقة للوقائع، يقتنع المشرع باليقين الشخصي الذي يتحقق باقتناع القاضي. وليس معني ذلك أن رأي القاضي في الوقائع متروك لمطلق حريته وتحكمه دون ضابط أو رقيب. فالاقتناع هو اتجاه نفسي لشخص، ولكنه يختلف عن مجرد الاعتقاد الشخصي، فهذا الأخير يقوم علي المشاعر والانطباعات العابرة. والاقتناع يبدأ من مقدمات موضوعية يفترض بحثها وتمحيصها وتقديرها لاستخلاص نتائجه المنطقية، أي أن القاضي يقوم لتكوين اقتناعه بتفكير منطقي، وذلك لأيجاز رابطة عقلية بين وقائع معلومة وأخري غير معلومة. وأسباب الحكم يجب أن تدل علي رأي القاضي، وتتضمن نتيجة منطقية لمقدمات تؤدي إليه وفقا للمنطق العادي المقبول، وتتحقق الرقابة علي القاضي من خلال التسبيب.

يثار تساؤل هل المحكم، يخضع لرقابة القضاء فيما يتعلق بالسلطة التقديرية، فهل إذا أثبت المحكم مصدرا وهميا للواقعة، لا وجود له، أو موجودا ولكنه مناقض لوقائع أخري ثابتة، أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلا استخلاص الواقعة منه كما فعل هو، فهل يكون حكمه مخالفا للقانون وواجبا نقضه. هذه الأعمال تؤدي إلى بطلان حكم القاضي.

(١) استئناف القاهرة،د. ٩١ تجاري، ١٢/٢٦/ ٢٠٠١، الدعويين رقم ١٤، ٤٥ س ١١٧ق، غير منشور.

يري بعض الفقه أنه لا يمكن مراقبة خطأ المحكم في تطبيق القانون إذا كان ملتزما به إلا إذا كان هناك طعن بالاستئناف، أما الطعن بالبطلان فلا يمكن مراقبة عمل المحكم إذا أخطا في تطبيق القانون علي الوقائع[١]. وذلك لأن أسباب الطعن البطلان محددة علي سبيل الحصر، وليس من ضمنها مراقبة المحكم في الخطأ في فهم أو تفسير القانون. ومن جانبنا نري أنه يمكن الاعتراض علي حكم التحكيم بطريق البطلان، وذلك علي أساس وجود خطأ أثر في الحكم.

في الواقع يجب علي قاضي الموضوع القيام بتسبيب الحكم موضوحا وقائع الدعوي، وما استند إليه من أسباب لقضائة هذا، ويخضع في هذه المسألة لرقابة محكمة النقض ومحكمة الاستئناف، وبالتالي فإن محكمة النقض تمارس دورا رقابيا علي وقائع الحكم برقابتها علي التسبيب[٢].

وبالنسبة للتحكيم، فلقد نصت المادة ٤٣ من قانون التحكيم علي أنه يجب أن يكون حكم التحكيم مسببا إلا إذا اتفق طرفا التحكيم علي غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق علي إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم، كما أن المادة ٥٢ تحكيم نصت علي أن حكم التحكيم لا يقبل الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن، سواء كانت طرق عادية أو طرق غير عادية، ويترتب علي ذلك عدم جواز إعادة نظر موضوع النزاع من جديد أمام محكمة الطعن، وبالتالي لا يمكن مراقبة حكم التحكيم من ناحية كفاية الأسباب والقصور في الأسباب، خاصة وأن أسباب دعوي البطلان

(1) B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 239.

(٢) ضوابط تسبيب العمل القضائي هي الأدوات الفنية التي عن طريقها تراقب محكمة النقض سلطة القاضي. وتراقب والاسباب القانونية والاسباب الواقعية للحكم القضائي، وهي ليست سوي بيان للاسانيد والأدلة التي قادت القاضي إلى تكوين رأيه في القانون وفي الواقع، والاسباب تكشف عن الطريق المنطقي الذي اتبعه القاضي في تكوين رأيه.

منصوص عليها علي سبيل الحصر، ولا تتضمن الإشارة إلى مقاربة أسباب التي بنى عليها المحكم حكمه. سواء من حيث القصور أو عدم كفاية التسبيب، أو عدم منطقية الأسباب.

وترجع الحكمة في منع الطعن علي حكم التحكيم بالاستئناف،إلى أن نظام التحكيم يهدف إلى الابتعاد عن الإجراءات المعقدة في نظام التقاضي، وتعدده درجاته، بالإضافة، إلى اللجوء السماح باللجوء إلى محكمة الاستئناف يجعل هيئة التحكيم كأنها درجة تقاض أولي، وينتهي النزاع في النهأية إلى صدوره من القضاء، وهذا لا شك يقضي علي مميزات التحكيم، باعتباره طريقا سريعا وسريا للفصل في المنازعات.

ونري أن مبدأ عدم مراقبة هيئة التحكيم في سلطتها التقديرية، وإن كان يحمل في طياته بعض مخاطر التحكم أو الخطأ في التقدير، إلا أن هذا المبدأ يتفق مع طبيعه التحكيم، وكما أن الخصوم علي علم مسبقا بهذا الأمر، وقد قبلوه، وذلك لما يحققه التحكيم من مميزات كثيره ومن أهمها السرعة والسرية وبساطة الإجراءات، وكما يخفف من هذه المخاطر أن التحكيم لا يكون في المسائل التي تتعلق بالنظام العام.

ونري أنه لتحقيق العدالة، ومنح الخصوم مكنة مراجعة تقدير هيئة التحكيم، أن يمنح المشرع المصري سلطة للخصوم في الاتفاق علي إمكانية الطعن في حكم التحكيم بالاستئناف، فيكون الأصل عدم الطعن إلا إذا اتفق الأطراف علي الطعن في الحكم بالاستئناف، وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي في تعديله لقانون المرافعات بالمرسوم رقم ٢٠١١/٤٨.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه حكم المحكم المخالف لقواعد القانون لا يكون قابلا للطعن عليه في النظام الفرنسي إلا اذا اتفق الأطراف علي وجود

الاستئناف، وذلك لأن دعوي البطلان حالاتها علي سبيل الحصر وليس من ضمنها حالات الخطأ في تطبيق أو تفسير القانون(١).

خلاصة ما تقدم، في الواقع السلطة التقديرية للمحكم تؤثر في مضمون عمله، فقد تجعله ملائما أو غير ملائم، وبالتالي عادلا أو غير عادل، كما في حالة إذا رفض المحكم الأمر بإجراء تحقيق، حيث يكون في هذا التحقيق فائدة لإظهار الحقيقة. مما يؤثر ذلك في تحقيق أو عدم تحقيق العدالة. ورغم ذلك لا رقابة علي سلطة المحكم بصدد تقدير الأدلة فإن القانون يترك له حرية التقدير، حيث يقدر حالة بحالة قوة الدليل وكفأيته.

المطلب الثاني
نطاق السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في الإثبات

إذا كان الخصم مكلفا بعبء الإثبات، فلا يعني ذلك أن يقف المحكم مكتوف اليد منحسرا دوره في تلقي الأدلة دون أن يمارس دورا فعالا إزاءها، إذ اتجهت التشريعات الحالية نحو العمل علي زيادة فاعلية دور المحكم في إدارة الدليل متخذة خطوات جدية. ولبيان نطاق السلطة التقديرية لهيئة التحكيم بوجه عام، يجب علينا أن نهتم ببيان كيف يسلك المحكم عند إصداره للعمل التحكيمي، وكيف يكييف المحكم الواقع المجرد بهدف إعادة مطابقته للقانون أو للعدالة، وكيف يقدر المحكم هذه الوقائع؟ وما هو مقدار التقدير الموضوعي المجرد في العمل التحكيمي، وما هو مقدار التقدير الشخصي في هذا العمل؟ وما الذي يخضع والذي لا يخضع لرقابة علي عمل هيئة التحكيم؟

(1) Cass. Civ., 2e, 29 nov. 1995, op. cit., note. E. loquin.

في الواقع هذا التحديد ليس سهلا، وانما يحتاج لفحص أعمال هيئة التحكيم المختلفه اثناء سير خصومة التحكيم لمعرفة ماهية السلطة التقديرية للمحكم، ولكن سيكون بحثنا قاصراً علي سلطة هيئة التحكيم في مجال الإثبات. ومقارنة هذه السلطة بسلطة قاضي الدولة، وهذه الأخيرة تختلف باختلاف الموضوعات التي ينظمها القانون مدنيا كان أم جنائيا(١).

ويلاحظ أن السلطة الممنوحة للمحكم تكون مقيدة عندما توجد شروط معينة لمباشرتها، وتكون تقديرية حينما يترك المشرع أو اتفاق الأطراف لها مجالا حرا للتقدير. ويترتب علي ذلك أن المحكم المقيد بقواعد القانون له سلطة تقديرية، تختلف عن السلطة التقديرية للمحكم الطليق أو الحر أو المصالح. وعلي ذلك يمكن القول بأن السلطة تكون تقديرية حينما يترك للمحكم عادة الحرية لتقدير مناسبة إعمال قواعد العدالة والقانون الطبيعي أو قاعدة قانونية معينة علي واقع معين، وتمارس هذه السلطة في مجال الواقع وليس في مجال القانون في حالة المحكم المقيد بالقانون، والسلطة التقديرية لهيئة التحكيم في هذه الحالة تؤدي بنفس الوظيفة التي تؤدي بها أمام القضاء.

وسنقتصر دراستنا في هذ الموضوع علي نطاق السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في الإثبات. سواء بالنسبة للمحكم المقيد أو بالنسبة للمحكم الطليق أو الحر، والمحكم المعفي من القواعد الإجرائية، وذلك في الفروع الآتية:

(١) د/ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، المرجع السباق، ص ٤٢.

الفرع الأول
نطاق السلطة التقديرية للمحكم المقيد

سنشير إلى المقصد بالمحكم المقيد، وأنواع السلطة التقديرية للمحكم، وتطبيقات السلطة التقديرية للمحكم، وحدود سلطته التقديرية في الإثبات، وذلك في النقاط الآتية:

أولا: المقصود بالمحكم المقيد:

لقد نص المشرع المصري والمشرع الفرنسي في المواد ٣٩ تحكيم و ١٤٧٨ مرافعات علي أن المحكم يلتزم بالحكم طبقا لقواعد القانون ما لم يخوله الأطراف سلطة المحكم الحر أو المصالح[١]، ويستفاد من هذه النصوص أن الأصل هو التزام المحكم بتطبيق قواعد القانون المختارة من قبل أطراف التحكيم. ويلتزم المحكم بتطبيق قواعد القانون كما هو الشأن بالنسبة للقاضي.

ويقصد بالمحكم المقيد، هو ذلك الذي يتقيد فيه المحكم بتطبيق قواعد القانون الموضوعي والإجرائي عدا تلك القواعد التي لا تتفق مع أصول التحكيم، وهذا النوع

(١) طبقا للمادة ٣٩ تحكيم علي أن الأطراف إذا اختارو قانون معين لحكم النزاع التزم به المحكم، واختيار الأطراف ينصب علي الأحكام الموضوعية في القانون الذي اختاره الأطراف، وليس قواعد التنازع، ويجري هذا الحكم علي التحكيم الداخلي والدولي، كما يجوز الاتفاق علي تطبيق قانون أجنبي ولو كان التحكيم وطنيا، ويجوز الاتفاق علي إعمال أحكام وبنود العقو النموذجية المنظمة للتعامل في نوع السلع أو الخدمة محل التعاقد، وكما يجوز للأطراف إعمال المبادئ العامة والأعراف الدولية. وفي المجال الداخلي والدولي تطبق الأعراف السائدة في المجال المهني الذي ينتمي اليه الخصوم، أو السائدة في مجال التجارة الدولية بصفة عامة والعادات لتجارية، والمبررات النظرية التي توجب علي المحكم تطبيق القواعد العرفية التي يري مجالا لإعمالها ترجع إلى أن العرف يلعب دورا رئيسيا في التجارة الدولة، وهذه الأعراف سواء كانت مقننه أم تعرف باسم Lex Mercatoria ومن الناحية العملية، فهي تشكل نظاما قانونيا مستقلا كافيا لحكم النزاع، وحتي لو تم اختيار قانون وطني معين ليحكم النزاع، فإن ذلك لا يمنع المحكمين من تطبيق قواعد واعراف التجارة الدولية علي سبيل الاحتياط.

هو الأصل في التحكيم، ولا يحتاج في الأخذ به إلى نص صريح علي ذلك في اتفاق التحكيم، وتقوم قرينة التحكيم العادي أو المقيد في حالة عدم وصف نوع التحكيم في الاتفاق علي التحكيم بأي وصف، وتستند هذه القرينة إلى إرادة الأطراف في التمسك بالضمانة الناتجة عن تطبيق القانون. أما التحكيم المطلق فلا بد من النص عليه، لأنه يشكل عدولا اتفاقيا لا لبس فيه عن حق التمسك بتطبيق القانون[١].

ويقوم المحكم بتطبيق قواعد القانون علي النزاع المطروح عليه، ويرجع بشأنه إلى إرادة الأطراف إذا كانوا قد اختاروا قانونا للانطباق علي النزاع، والقاعدة في هذا الشأن هي حرية الإرادة في اختيار القواعد الموضوعية والإجرائية التي تطبق علي النزاع المطروح علي التحكيم، وذلك سواء تم الاتفاق مباشرة علي هذه القواعد، أو بطريق غير مباشر، أي تفويض هيئة التحكيم أو مركز تحكيم أو الغير علي تحديد هذه القواعد القانونية، وهناك اتجاه عام نحو إلزام المحكم بإعمال القانون الذي يتفق عليه الطرفان أو يتبين من الظروف أنه هو المراد تطبيقة[٢]. وحرية الطرفين في اختيار القانون الواجب التطبيق أمام المحكم أوسع من حريتهم أمام القاضي، وأساس هذه الحرية يرجع إلى قاعدة دولية موضوعية أو مادية مضمونها أن لطرفي التحكيم إختيار القانون الذي يطبقة المحكم علي النزاع المعروض عليه دون قيد. وعند قيام هيئة التحكيم بتطبيق القانون الذي اختاره الطرفان فأنه يطبقة باعتبارها قواعد قانونية تنتمي لنظام قانوني معين إختاره الطرفان، وليس بصفته امتدادا لنصوص عقد التحكيم المبرم بينهما[٣].

---

(1) Cass. 30 sept. 1981, Rev. Arb., 1982, p. 431.

(٢) د/ مصطفي الجمال ود/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص ٢٣٨، ٢٣٩، ٢٤٠

(٣) الاشارة السابقة.

القواعد القانونية التي يتعين علي المحكم تطبيقها إما أن تكون قواعد قانونية إجرائية، أو قواعد قانونية موضوعية أو الإثنين معا. فالمحكم العادي يطبق القواعد الإجرائية التي تطبق أمام المحاكم وهي، قواعد الإثبات بشهادة الشهود، والخبرة، تحقيق الخطوط، ويعمل مواعيد المسافة، وقواعد تبادل المذكرات، ولا تطبيق الإجراءات التي لا تتلاءم مع أصول التحكيم والقوعد الإجرائية التي أوجد القانون للتحكيم قواد بديلة عنها.

وتتلخص سلطة المحكم العادي في خصومة التحكيم في أنه يتبع إجراءات المرافعات العادية إلا ما لا يتفق مع أصول التحكيم، ومع ذلك لا يوجد ما يمنع من قيامه بإعمال قواعد الإنصاف بشرط ألا يخالف القانون، وذلك في الحالة التي ينتفي فيها وجود نص قانوني يحكم النزاع، وواجب المحكم في إعمال قواعد القانون يستمد من إرادة الطرفين الصريحة أو الضمنية أو المفترضه في قيام قرينة التحكيم العادي.

ويري البعض أن سلطة المحكم في تطبيق القاعدة القانونية يترتب عليها فقدان هذه القاعدة لقوتها الملزمة أو المكمله القررة لها بمقتضي النظام القانوني السائد، بحيث تصبح قاعدة قانونية تستمد قوتها الملزمة من مجرد إرادة الأطراف، وينتج عن ذلك تجميد القانون بالحالة التي كان عليها وقت الاتفاق علي التحكيم، بحيث تندمج القاعدة القانونية في هذا الاتفاق، وتصبح مماثلة للشروط التعاقدية وملزمة للمحكم علي هذا الأساس، وذلك رغم التطور الذي قد يلحق بهذه القواعد فيما بعد[1].

(١) طبقا لهذا الاتجاه فإن المحكم مقيد بإعمال قواعد القانون الذي إختاره الأطراف عليه الخضوع لهذه القواعد وتصير أحكامها بمثابة الشروط العامة للعلاقات القانونية الناشئ عنها النزاع، والعبرة بهذا القانون من وقت تمام اختياره ولا عبرة بما قد يطرأ عليه من تغيير حتي لو تعلق الأمر بقواعد آمره. الاشارة السابقة، ص ٤٥٠.

ويجوز للأطراف إعمال المبادئ العامة والأعراف الدولية. وفي المجال الداخلي والدولي تطبق الأعراف السائدة في المجال المهني الذي ينتمي إليه الخصوم، أو السائدة في مجال التجارة الدولية بصفة عامة والعادات التجارية، وجوهر هذه القواعد هو نظام مستمد من العادات والممارسات السائدة في التجارة الدولية والمبادئ العامة المسلمة بين الدول وتعرف بقانون التجارة الدولية. وهي عبارة عن مجموعة قواعد حاكمة للمعاملات التجارية الدولية، ولا تنتمي إلى نظام أو آخر من النظم القانونية الوطنية، وإنما تقف إلى جانبها مستقلة عنها(١).

ويلاحظ في نطاق قيام المحكم بإعمال القواعد العرفية أنه لا يصح افتراض أقتران التحكيم بالأعراف كطريق لحل النزاع إلا إذا انتمي كل الخصوم إلى نفس الوسط المهني أو المجال التجاري الذي يدور فيه النزاع، ولا يصح للمحكم أن يطبق هذه الأعراف إلا إذا انتمي هو شخصيا إلى نفس الوسط أو المجال، أما إذا كان المحكم من خارج الوسط الذي يدور فيه النزاع، فينبغي عليه أن يتأكد من الخصوم أو من غيرهم عن وجود القاعدة العرفية التي ينوي تطبيقها ومن مدي قوتها الملزمة(٢)، وينبغي القول بأنه يمتنع علي المحكم تطبيق الأعراف مهما كانت قوتها الملزمة إذا أدرج الخصوم بندا صريحا بذلك في اتفاق التحكيم، وإلا تعرض حكمه للإبطال لاستبعاده تطبيق القانون الذي تم الاتفاق علي تطبيقة كما تنص علي ذلك المادة ٥٣ تحكيم، ولكن نري أن اتفاق الخصوم ليس شرطا لتطبيقها ويستطيع المحكم إعمالها من تلقاء نفسه،

(١) وهناك فقه ينكر علي هذه القواعد صفة القاعدة القانونية، وفقه آخر يؤكد هذه الصفة لها د/ محمد محسوب، نظرية قانون التجار الدولي بين الوهم والحقيقة،مطبعة حمادة، ٢٠٠٣، ص ٧٠ وما بعدها.

(٢) د/ أبو زيد رضوان، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، ١٩٩٨، ص ٥٠.

وهذه الأعراف لا تطبق إلا في أوساطها المهنية. ويجب علي المحكم الالتزام باحترام مبدأ المواجهة وعدم مخالفة النظام العام حينما يتصدي لإعمال القواعد العرفية.

ثانيا: أنواع السلطة التقديرية للمحكم المقيد:

ينقسيم نطاق السلطة التقديرية التي يتمتع بها المحكم إلى نوعين: النوع الأول: التقدير الموضوعي الذي يتمتع به المحكم، والنوع الثاني: التقدير الشخصي الذي قد يقوم به المحكم.

ويقصد بالتقدير الموضوعي، هو بحث النشاط الذي يقوم به المحكم بهدف إعمال القانون علي المركز المتنازع عليه، والذي طرحه الخصوم علي المحكم، حيث يكون المحكم إزاء واقع يتطلب حلا قانونيا، وعلي المحكم أن يعطيه هذا الحل وإلا عد مخالفا لقبول مهمة التحكيم، ويلتزم بالتالي بالتعويض، والمحكم المقيد بالقانون ازاء هذا المركز المتنازع عليه يملك ترسانة من أدوات الفن القانوني، ونشاطه كله ينحصر في إصدار عمل قضائي يعمل بمقتضاه حكم القانون علي هذا الواقع، ولكي يتم إعمال القانون، يجب علي المحكم أن يقوم بعمل تقديري، وهذا التقدير يكون موضوعيا[1].

ويقصد بالتقدير الشخصي للمحكم، هو الذي يراعي فيه عناصر شخصية في النزاع، ومن الناحية العملية فإن سيادة أي تقدير علي الآخر تتوقف علي ما إذا كان الأخذ في الاعتبار عناصر شخصية سوف يؤثر ام لا علي مضمون الواجب أو الالتزام الذي حصل الإخلال به. ففي أحوال الخطأ مثلا، هل من الملائم ترك الاعتبارات الذاتية جانبا لتحديد مضمون الالتزام الذي ترتب علي مخالفته وقوع الخطأ، وهذا هو المعيار الموضوعي، أم أنه يجب أن تؤخذ في الاعتبارات الشخصية في الحسبان عند تقدير

(١) د/ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق ص ١٤٠ وما بعدها.

مضمون الالتزام الذي أخل الخطأ به، وكذلك الأمر، تقدير قيمة الشهادة، ومدي قبولها قوتها في الإقناع، فهذا تقدير شخصي من المحكم.

ثالثا: تطبيقات للسلطة التقديرية للمحكم المقيد

وإذا كانت سلطة المحكم المقيد تتحدد بنطاق القانون أو النظام الذي اتفق الأطراف علي تطبيقة، فإن هذا التقيد لا يلغي سلطة المحكم التقديرية، فالمحكم هو الذي يقدر متي يخرج الأيجاب في التعاقد من مرحلة المفاوضة ومن مرحلة التعليق علي شرط إلى مرحلة الأيجاب البات، وفقا لإرداة المتعاقدين، ووفقا لظروف كل حالة، حيث إن ذلك من مسائل الواقع لا من مسائل القانون، وذلك وفقا للأدلة التي يقتنع بها.

والمحكم المقيد لا يقتصر سلطته علي تفسير العقد بل يساهم في صنعته من خلال الأدلة المقدمة إليه، ولا شك في أن تقدير جوهرية المسائل المختلف فيها جوهرية أم لا، وبالتالي يبرم العقد أم لا من المسائل التي تدخل في السلطة التقديرية للمحكم، ويقوم المحكم أيضا بتقدير الظروف الملابسة في السكوت لبيان دلالته علي الرضاء، وإذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفيه، جاز لمحكم أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، وهنا أيضا يقوم المحكم بإعمال سلطته التقديرية لبيان مقدار التعسف في الشروط، وبيان مقتضيات العدالة.

والمحكم هو الذي يقدر قيام الغلط الجوهري من عدمه ذلك الذي يعيب الرضا ويجعل العقد قابلا للبطلان، وقد ذهبت محكمة النقض إلى أن تقدير ثبوت أو عدم ثبوت التدليس الذي يجيز إبطال العقد هو من المسائل التي تستقل بها محكمة الموضوع[1].

(١) نقض مدني، ١٩٦٤/٢/٢٠، س ق ١٥، مج نقض، ص ٢٦٣.

ويراعي المحكم في تقديره للإكراه طبقا لنص المادة ١٢٧ مدني جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية، وكل ظروف آخري من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه، وللمحكم السلطة التامة في أن يستخلص من الوقائع تقدير درجة الإكراه، وهل هو مؤثر أو غير مؤثر، مسترشدا في ذلك بالمعيار الذاتي للشخص الواقع عليه الإكراه[١]. وللمحكم سلطة تقديرية في نطاق إثباب الخطأ في نطاق المسئولية المدنية الذي هو أنحراف في السلوك، ويقع هذا الانحراف إذا تعمد الشخص الإضرار بالغير، أو إذا أهمل الشخص وقصر في سلوكه فأضر بالغير دون أن يتعمد هذا الإضرار[٢]. ويحكم بالتعويض والذي هو جزاء مدني ينظر فيه إلى التعدي، وليس جزاء جنائيا ينظر فيه إلى شخص المعتدي.

وفي نطاق فكرة النظام العام والآداب يظهر دور المحكم بسلطته التقديرية، فهو يقدر مدي اعتبار المسالة متعلقة بالنظام العام أم لا، ويقدر مدي تطبيق هذه القواعد المتلعقة بالنظام العام، ويعتبر مشرعا في هذه الدائرة المرنة فهو يتحري آداب المجتمع ومصالحه.

وتلعب السلطة التقدير للمحكم دورا بارزا في تفسير اتفاق التحكيم والعقد الأصلي ما لم تكن العبارات واضحه، مثله في ذلك مثل القاضي المدني[٣]. وقد نصت المادة ١٥٠ مدني مصري علي أنه اذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف عند المعني الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف

(١) نقض مدني، ١٩٥٥/١٢/١٥، س ق ٦، مج نقض، ص ١٥٨٢.

(٢) د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، ط٢، ٢٠١١، ص ٨٤٧ وما بعدها.

(٣) د/ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، المرجع السباق، ص ٨٣.

الجاري في المعاملات، ويعمل المحكم المقيد مثل القاضي المدني سلطته التقديرية في تحديد نطاق العقد، وذلك طبقا لنص المادة ١٤٨ مدني، التي تنص علي أن " يقتصر العقد علي إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكنه يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام". وبالتالي يمكن للمحكم اللجوء إلى قواعد العدالة في استكمال شروط العقد لتحديد نطاقه(١).

ونري أن للمحكم سلطة تقديرية في نظرية الظروف الطارئة مثل القاضي، فيقوم بتقدير توافر أو عدم توافر شروط الواجب توافرها لقيام هذه النظرية، وهو يقدر علي وجه الخصوص نطاق الإرهاق الذي يصيب المدين من تنفيذ الالتزام عندما يتوافر الظروف الطارئة(٢). ويعمل المحكم سلطته التقديرية في نطاق المسئولية التقصيرية، فيقدر كفأيتها وقيام أركانها ويستخلص كافة النتائج المترتب عليها.

وبالتالي فلكي يقوم المحكم بسلطته التقديرية، يجب عليه القيام بنشاط الذهني في فهم الواقع المطروح عليه، واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معنية، ويقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه، ويملك المحكم سلطة تفسير أحكام القانوني، فهو المنوط به تفسير القانون وتطبيقة تطبيقا صحيحا علي الواقع الذي يثبت أمامه، وقدم يقوم الخصم بتفسير القاعدة القانونية، قاصدا حمل المحكم علي أن يفهم القانون الفهم الذي يتفق مع مصلحته، وهي لا تعدو مجرد محاولة، للمحكم القول الفصل فيها، مستعينا في تحصيل هذا العلم بمراجعة نصوص

(١) د/ عبد الرزاق السنهوري،الوجيز في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص ٢٣٦ ،وما بعدها.
(٢) د/ نبيل اساعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص٨٦.

القانون، وما وضعه الفقه من شرح لهذه النصوص، وما قرره القضاء من مبادئ في تطبيقها[١].

ويقوم المحكم بدور كبير في تقدير الأدلة وبيان حجيتها، وإثبات الواقع الذي يطبق عليه القانون، ولا نبالغ في القول بأن عماد تطبيق القانون يرجع أساسا إلى سلطة المحكم التقديرية. فنلاحظ أن للمحكم سلطة كاملة في بحث الدلائل والمستندات المقدمة له[٢]، وفي عدم الأخذ بما لم يقتنع به ويطمئن إليه وجدانه منها، ويحسبه أن يقيم قضاءه علي أسباب تحمله، وتؤدي إلى النتيجة التي انتهي إليها، وكذلك استخلاص المحكم علاقة السببية بين الخطأ والضرر، هو مما يدخل في تقديره[٣].

رابعا: حدود السلطة التقديرية للمحكم

ولا شك في أن سلطة المحكم في تقدير الأدلة تشبه سلطة القاضي المدني، وقد قضت محكمة النقض بأن" لمحكمة الموضوع سلطة مطلقة في تقدير الأدلة المطروحة عليها، وفي استخلاص القرائن لما تحت يدها من أوراق وظروف الدعوي، وأنه لقاضي الموضوع السلطة التامة في فحص المستندات المقدمة في الدعوي لاستنتاج ما يمكن استنتاجه عقلا من وقائعها"[٤]. وقد ذهبت محكمة استئناف القاهرة إلى أن " من المقرر أن وسائل الإثبات ومنها ندب الخبراء هي من الأمور التي تخضع لتقدير هيئة التحكيم التي لها السلطة المطلقة في الفصل في أية طلبات تري من الضروري اتخاذها

(1) Ph. BERTIN, L' indication du fondement juridique de la demande, Gaz pal, 1987, 2 oct., p. 839.

(2) CA Paris, 12 juill. 1971, op. cit., p. 74.

(٣) نقض مدني، ١٩٧١/١١/٩، س ق ٢٢، مج نقض، ص ٨٧٢.

(٤) نقض مدني، ١٩٦٧/١١/١٩، مج نقض، س ١٨، ص ٧٦٠.

للفصل في النزاع المعروض عليها توصلا لوجه الحق في الدعوي. وذلك طبقا لسلطتها التقديرية المخولة لها"[١]. وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أنه إذا اعتد حكم التحكيم بصورة ضوئية لمستندات جحدها الخصم، فزالت حجيتها في الإثبات، فإن النعي عليه هو نعي علي سلطة هيئةالتحكيم في تقدير الأدلة، ولا يتسع له نطاق دعوي البطلان[٢].

ويتقيد المحكم العادي في ممارسة سلطاته في الخصومة القائمة أمامه وأعمال القانون علي النزاع المطروح عليه فيما يتقيد به قاضي الدولة، وبالتالي فهو لا يملك في أعمال القانون إلا بالقيام بتفسيره وتطبيقه علي ضور التفسير المعتمد في العمل القضائي، فالقواعد التي يطبقها تعتبر مفروضه عليه كواقعة، إذ إن الأطراف قد اعتمدوا قواعد تطبيق القانون الوضعي بحالته وقت توقيع اتفاق التحكيم، وهذه القواعد هي التي تلقي المحكم مهمة تطبيقها.

في الواقع للسلطة التقديرية للمحكم حدود تتمثل في الآتي:

- بالنسبة لبعض الأدلة كالإقرار والأدلة الكتابية مثل المحررات، ليس من سلطة المحكم تقدير قوة الدليل إذ هذه حددها المشرع مقدما، ولهذا تنحصر سلطته في التأكد من توافر الدليل، وعندئذ عليه إعمال أثره القانوني في الإثبات[٣]، ويجب علي المحكم احترام ما ينص عليه قانون الإثبات إذا كان واجب التطبيق خاصة القواعد التي تتعلق بقوة الدليل، ولهذا فإذا كان قانون الإثبات المصري هو الواجب

(١) استئناف القاهرة، د. ٧ تجاري، ٢٠٠١/١٢/٢٦، سابق الاشارة اليه.
(٢) نقض تجاري، ٩ /١١/ ٢٠١٠، طعون أرقام ٤٤٥٧، ٤٤٦٣، ٤٨٥٣، لسنة ٧٧ق، غير منشور.
(٣) د/ سحر عبد الستار يوسف، درو القاضي في الإثبات، دراسة مقارنة، المرجع السابق نصى ٦١.

التطبيق، فلا يجوز لهيئة التحكيم الاستناد إلى صورة ضوئية لورقة عرفية إذا كان الطرف الآخر قد جحدها أو جحد توقيعه عليها[1].

- بالنسبة لأدلة الإثبات الآخري، للمحكم السلطان المطلق في تقدير الدليل المقدم إليه لكي لا يبني حكمه إلا علي ما يطمئن إليه وجدانه، ولهذا فإن للمحكم سطلة تقدير قيمة الشهادة للأخذ بها من عدمه، وله الأخذ بتقرير الخبير للأسباب الورادة به متي اطمأن إليه، وله استنباط القرائن القضائية التي يعتمد عليها في حكمه، ولا رقابة عليه في ذلك.
- إن سلطة المحكم في تقدير توافر الدليل لا تعني التعسف، وانما تعني استعمال المنطق والإحساس وخبرة الحياة من أجل تقدير توافر الدليل أو تقدير قيمته وفاعليته في الإقناع، ولهذا ليس للمحكم في تقدير أقوال الشاهد أن يستند إلى ما يخرج بها عما يؤدي إليه مدلولها أو ما يتضمن تحريفا لها أو ما ينبغي عليه مخالفة للثابت من الأوراق.
- للمحكم في تقديره للأدلة أن يوازن بينها مفضلا بعضها علي بعض، فيأخذ بما اطمأن إليه ويطرح ما عداه مما لم يطمئن إليه، ولا يلتزم بأيداء أسباب ترجيحه دليلا علي اخر ما دام حكمه يقوم علي أسباب تكفي لحمله وتسوغ النتيجة التي انتهي إليها، وللمحكم أن يطرح دليلا لم يطمئن إليه، ولو كان هذا الدليل نتيجة إجراء أمر به دون حاجة إلى إبداء سبب لذلك.

---

(١) نقض تجاري، ٩ /١١/ ٢٠١٠، سابق الاشارة.

- والواقع أن سريان سلطات القاضي علي المحكم لا يأخذ بها علي إطلاقها فيما يتعلق بأدلة الإثبات، ذلك أن هناك بعض الأدلة التي يملك القاضي الأمر باتخاذها لما له من سلطة جبر، والتي سيتمدها من صفته كعضو في السلطة القضائية[١]. ويرجع ذلك إلى أن هيئة التحكيم تستمد سلطتها من اتفاق الأطراف، وبالتالي فهي لا تملك سلطة الجبر التي تملكها المحكمة باعتبارها سلطة عامة.
- أن لهيئة التحكيم السلطة الكاملة في الأمر بأدلة الإثبات التي تراها مناسبة للتحقيق في النزاع وتكوين عقيدتها، وسلطتها في ذلك نفس سلطة المحكمة، فلها من تلقاء نفسها أن تسمع الشهود وتعأين الأمكنه أو تستعين بخبير أو توجيه اليمين المتممة[٢]، أو الأمر بإحضار الخصوم واستجوابهم[٣]. وبالنسبة لليمين الحاسمة فيري البعض عدم جواز توجيهها في التحكيم[٤].
- وفي الواقع، الجزاء علي مخالفة التزام المحكم بإعمال القواعد المتفق عليها هو بطلان الحكم الصادر بناء علي هذه المخالفه، ويؤسس هذا البطلان علي فكرة إتصاب المحكم المقيد بقواعد القانون لسلطات المحكم المفوض بالصلح، علي أساس أن المحكم في مثل هذه الحالة يكون قد تعمد عدم احترام القانون، ويتحقق ذلك بتعمده أن يؤسس حكمه علي أسباب أخري غير تلك الأسباب المستمدة من نصوص القانون.

---

(١) د/ محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ٣٢١.

(٢) د/ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا، المرجع السابق، ص ٣٦٠.

(٣) د/ علي ابو عطيه هيكل، القواعد الإجرائية للإثبات امام المحكمين، المرجع السابق، ص ٦٠.

(٤) د/ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا، المرجع السابق، ص ٣٦٠.

الفرع الثاني
نطاق السلطة التقديرية للمحكم المفوض بالصلح أو الحر

سنشير إلى المقصود بالمحكم المفوض بالصلح أو الحر، وحدود سلطاته، والقيود التي ترد علي سلطته، وذلك في النقاط الآتية:

أولا: المقصود بالمحكم المفوض بالصلح أو الحر:

يقصد بالمحكم المفوص بالصلح أو الحر، هو المحكم غير مقيد بقواعد القانون[1]، وذلك بناء علي تفويض أطراف التحكيم له، فهو يحكم بناء علي قواعد العدالة[2] والقانون الطبيعي[3]، ولا يمنعه صفته هذه من أن يكون له السلطة في أن يحكم طبقا لقواعد أي قانون يراه مناسبا، باعتبارها تمثل قواعد العدالة. ويقصد بمبادئ القانون الطبيعي حاجات العدل التي يستلهما النظام القانوني، أما العدالة فهي فكرة

(1) B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 210

(2) Cass. Civ., 2e, 25 juin 1981, D., 1998, R., 185; Cass. Civ., 2e , 13 mai 1991, D., 1991, IR, 153, CA Paris, 28 nov. 1996, Rev. Arb., 1997, p. 380, note loquin.

في الواقع،المهمة التي يتولاها المحكم الحر هي مهمة تهدئة، فقبل نشوء النزاع فإن الطرفين اعلنا إرادتهما في التعاون بصدق وعن استعدادهما للتخلي عن بعض حقوقهما تسهيلا لهذا التعاون، وقد ظهر ذلك في اتفاقهما علي التحكيم الحر سواء ورد هذا النوع من التحكيم في صورة شرط أو مشارطة تحكيم، والتحكيم الحر يهدف إلى تحقيق أغراض غير التي تهدف اليها الإجراءات القضائية التقليدية، فهو يتميز بإضعاف الصفة القانونية للنزاع وبهيمنة مظاهر الفنية والنفسية والتجارية والتقنية، فهو يعتبر كأداه لتحقيق تعايش هادي بين المتنازعين ولا سيما بين المؤسسات المختلفة، ولذلك فإن قرار المحكم الحر يتميز بالسعي لإيجاد حل عادل ومنصف من جهة ولاقرار حل مقبول للأطراف من جهة أخري.

(3) E. Lquin, l'amiable composition en droit compare et international, 1981, litec, p. 10.

أغريقية الأصل، تنسب إلى أرسطو الذي حددها بأنها عدل الحالة الفردية[١]. أي المرونة في تطبيق القاعدة القانونية المجردة حيث توجد، وملاءمتها من الواقع، وبحيث يتفق هذا التطبيق مع مهمة القاعدة وغأيتها، لا مع حرفيتها. ومعني ذلك أن المحكم حينما يحكم في القضية، فأنه يستلهم مباشرة حاجات العدل بالنسبة لملابسات القضية التي يفصل فيها، دون أن تكون قاعدة قانونية مسبقة.

وقد أجاز المشرع المصري في المادة ٣٩ من قانون التحكيم كلا من التحكيم طبقا لقواعد القانون والتحكيم مع التفويض بالصلح[٢]، وأتي بقرينة في صالح التحكيم طبقا لقواعد القانون، حيث ينبغي علي الخصوم إذا أرادوا إعفاء المحكم من أعمال القانون أن ينصوا علي ذلك صراحة بتفويضه بالصلح[٣]، واستبعاد تطبيق القانون يتم بناء علي هذه الإرادة، بمعني يتنازل الأطراف في التحكيم عن الاستفادة من تطبيق القانون بواسطة المحكم،والواقع أنه من الصعب وضع تحديد منضبط ودقيق لمصطلح التفويض بالصلح، ويجب الرجوع إلى إرادة أطراف التحكيم لتحديد طبيعة ونطاق شروط التفويض بالصلح لأنها تلعب دورا رئيسيا في تحديد نظامه القانوني[٤].

---

(١) د/ عبد المنعم البدرأوي، تاريخ القانون الروماني، دار نشر الثقافة، ط١، ١٩٤٩، ص٧١، بند ٤٧. د/ مصطفي صقر، مبادئ تاريخ القانون، بدون سنة نشر، وبدون دار نشر، ص٢٩.

(٢) ومعني ذلك أن شرط التفويض بالصلح يعني بالنسبة للخصوم التنازل عن التمسك بالحقوق الشخصية التي يمكن أن يكتسبوها من تطبيق قواعد القانون الموضوعي وقبولهم الفصل في النزاع الناشئ بينهم طبقا لقواعد أخري غير قواعد القانون هي قواعد العدل والإنصاف كما يرها المحكمون، كما يعني هذا الشرط بالنسبة للمحكمين التزامهم بالبحث عن الحل الأكثر عدالة لموضوع النزاع المعروض عليهم دون التقيد بتطبيق أحكام القانون الواجب التطبيق أو بنود العقد الذي يربط الخصوم.

(3) B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, D. 2014, no 212.

(4) E. Loquin, l'amiable composition en droit copmparé et international, Litec, 1981, p. 40 et s.

ونري أن شرط التفويض بالصلح يفهم بصورة إجمالية علي أنه تنازل عن التزام المحكم التطبيق للقانون. وأعطي المشرع الخصوم الحرية الكاملة في تحديد القواعد القانونية التي يرغبون في تطبيقها علي موضوع النزاع. كما استخدام المشرع لفظ أحكام القانون ولم يستخدم مصطلح التشريع، ويقصد بالقواعد القانونية أية قاعدة قانونية تحكم موضوع النزاع في القانون وطني معين، أو في أعراف التجارة الدولية، أو المبادئ العامة للقانون، وإذا لم يتفق الأطراف علي القواعد القانونية التي تحكم النزاع، فهذا يعني أنهم قد فوضوا المحكمين السلطة في تحديدها. والمحكم المصالح إذا يقضي وفقا لما يراه من مقتضيات العدل والإنصاف، أيا كانت طبيعة التحكيم وطنيا كان أو دوليا.

وقد نصت المادة ١٤٧٨ مرافعات فرنسي علي أن المحكم يلتزم بالحكم طبقا لقواعد القانون ما لم يخوله الأطراف سلطة المحكم الطليق أو الحر، ويستفاد من هذا النص أن الأصل هو التزام المحكم بتطبيق قواعد القانون المختار سواء من قبل الأطراف أو الغير أو هيئة التحكيم نفسها، ولكن المحكم الطليق لا يتقيد بهذه القواعد، حيث خوله الأطراف هذه السلطة وسمح المشرع لأطراف التحكيم علي تخويل المحكم سلطة عدم التقيد بقواعد القانون، ولكن يجب عليه أحترام القواعد المتعلقة بالنظام العام.

ويلاحظ المحكم المفوض بالصلح وإن كان معفيا من التقيد بأحكام القانون التي لا تتعلق بالنظام العام إلا أنه لا يوجد ما يمنعه من إعمالها إذا أراد، فالمحكم المصالح له رخصة استبعاد قواعد القانون أو الأخذ بها وذلك وفقا لمقتضيات العدل والإنصاف[1].

(١) د/ علي بركات خصومة التحكيم في المصري والقانون المقارن، مرجع سابق، ص ٤٦٦.

E. Loquin, l'amiable composition en droit copmparé et international, op. cit., p. 60 et s.

والمحكم المفوض بالصلح لا يقضي طبقا لقواعد العدالة كمصدر مستقل للقواعد القانونية، وإنما بالنظر إلى العدالة كغأية يجب البحث عنها في كل مصادر القانون من تشريع وعرف ومبادئ عامة، والتفويض بالصلح يشمل في وقت وأحد رخصة تطبيق قواعد القانون، وواجب استبعاد أي حل يتعارض مع مبادئ العدل والإنصاف، وبالتالي ينبغي علي المحكم المفاوض أن يمتنع عن تطبيق القواعد القانونية إذا أدي تطبيقها في الحالة المعروضه عليه إلى نتائج غير عأدلة وإلا يكون قد خالف واجبات مهمته[١].

من المعروف أن التحكيم الحر يظهر في المجال التجاري، ويعتمد المحكم في عمله علي ما يجب اعطاءه لمعني العدالة في محيط الأعمال، ويلاحظ أن شرط التحكيم الحر أو مع التفويض بالصلح يدرج في معظم اتفاقات التحكيم سواء كانت دولية أو وطنية، وأسباب ذلك ترجع إلى معاداة اللجوء إلى القضاء التابع للدول بصفة عامة، وذلك اقتناعا بعدم توافق نصوص القانون الوطنية لحكم الروابط التعاقدية نظرا لطابعها الدولي، أو للمسائل الفنية التي تثيرها هذه المنازعات، أو لتوجس الأطراف من إعمال قانون وطني تقليدي علي علاقات تجارية حديثة متقدمة[٢].

وفي هذا النوع من التحكيم نجد أن المحكم يبحث عن حل للنزاع وفقا لقواعد العدالة، وذلك باستلهام ضمير العدل والجماعه للتوصل إلى حل لهذا النزاع، أي أن المحكم يتصور قاعدة قانونية تصلح للتطبيق علي النزاع، وهو في بحثه هذا يملك سلطة تقديرية في البحث والتقدير والملاءمة، فهو يخلق قاعدة قانونية لها مفترضا ولها حكما صالحا للإعمال علي الواقع المطروح عليه.

---

(١) د/ علي بركات، خصومة التحكيم في المصري والقانون المقارن، مرجع سابق، ص ٤٧٣.

(2) E. Loquin, l'amiable composition en droit copmparé et international, op. cit., p. 40 et s.

ثانيا: حدود سلطات المحكم المفوض بالصلح

في الواقع هناك مبادئ قانونية مشتركة بين مختلف أنواع التحكيم سواء كان مقيدا أو حرا، وهذه المبادئ يجب علي هيئة التحكيم التمسك بها واحترامها، ويترتب علي مخالفتها بطلان حكم التحكيم، مثال ذلك المبادئ المتعلقة بالنظام العام والمبادئ المتعلقة بأصول الإجراءات التحكيمية، والمبادئ الأساسية في المرافعات، كمبدأ المواجهة ومبدأ احترام حقوق الدفاع، ومبدأ تسبيب الأحكام، واحترام الأساس القانوني لخصومة التحكيم المحدد بواسطة الخصوم.

وعند طرح نزاع علي المحكم المفوض بالصلح، فأنه يبحث مسألة نطاق اختصاصه، في حدود اتفاق التحكيم، فاذا وجد أنه مختص به، فأنه يتعين علي المحكم حسم هذا النزاع، وذلك بتطبيق القواعد التي يراها مناسبة وتحقق العدالة ومن وجهة نظره[1].

ولا شك أن المحكم الحر يقوم بدور المشرع، وله سلطة تقديرية واسعة في الرجوع إلى النصوص القانونية المكتوبة أو القواعد العرفية، أو يرجع إلى مبادء القانون الطبيعي وقواعد العأدلة، ويلاحظ أنه حينما يرجع المحكم إلى مبادئ العدالة وقواعد القانون الطبيعي، فأنه لا يخلق فقط المعيار في فرض القاعدة التي يتوصل إليها، بل أكثر من هذا فأنه يخلق حكم هذه القاعدة أو أثرها القانوني، كما أن الرجوع إلى قواعد القانون الطبيعي، لا يرجع المحكم إلى فراغ ليستمد منه هباء، وإنما يرجع لا شعوريا إلى المبادئ العامة في القانون الوطني، أو المقارن، وقد يرجع إلى أحكام الشريعة الاسلامية، وقد يرجع إلى بعض القواعد المقررة في تشريعات أجنبية أو

(1) Id., p. 20 et s

معاهدات دولية، وقد يستخدم أحكاما استوجبتها طبيعة الروابط الاجتماعية، دون أن يكون لها سند في سوابق التشريع أو العرف(١). والواقع أن ثقافة المحكم تؤثر عليه في هذه المسألة.

والمحكم المفوض بالصلح في نطاق عمله، يجب الاعتماد علي مجموع واقعي مطروح عليه بهدف حسم النزاع الناشئ بصدده، وفي ضوء قيام المحكم باختيار قواعد العدالة التي يراها هو بحسب سلطته في التقدير أنها محتملة التطبيق علي هذا النزاع، ثم بعد ذلك يعمل المحكم نشاطه في فهم المعيار المجرد والوارد في هذه الأحكام، لكي يقوم بإعماله بعد ذلك علي مجموع الوقائع التي تستجيب موضوعيا لهذا المعيار، فدور السلطة التقديرية للمحكم في هذا النطاق أوسع من دور المحكم المقيد(٢).

في مرحلة نظر النزاع، فالمحكم المفوض بالصلح يتمتع بسلطة تقديريه واسعة النطاق(٣)، تتمثل في النشاط الذهني الذي يقوم به، وهذا النشاط يمر بالعديد من المراحل التي يستطيع المنطق رسم حدودها، ففي المراحلة الأولي يبحث المحكم في مدي تعلق وقائع النزاع بالدعوي، أي مدي قدرة وكفاءه هذه الوقائع في إثبات الواقعة الأصلية، ثم يبحث مدي إنتاج الواقعة في الإثبات أي دورها في إثبات الواقعة الأصلية. حيث يتعاصر في ذهن المحكم مجموعة من الوقائع تتعلق بالإثبات أو بالموضوع أو

---

(١) د/ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص ١٨٥.

(2) E. Loquin, l'amiable composition en droit copmparé et international, op. cit., p. 40 et s; M. Maurin, le rôle reateur du juge dans les jurisprudances canadienne et francaise comparées, paros Rousseau, 1938, p. 13.Et s.

(3) E. Loquin, id., CA Paris,2 fev. 1988, op. cit., p. 68, note Couchez, CA Paris, 5 fev. 1976, Rev. Arb., 1976,p. 255.

بالإجراءات، كما يقوم في ذهن المحكم مجموعة من المبادئ تتعلق بالعدالة. كل ذلك يبحث مدي تعلق وإنتاجية الواقعة بالدعوي المطروحة علي المحكم.

ونخلص من ذلك أن نطاق سلطة المحكم الحر أكثر اتساعا من المحكم المقيد بقواعد القانون، حيث يملك المحكم تطبيق ما تراه مطابقا للعدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون، فالمحكم المفوض بالصلح غير ملزم بتطبيق قواعد المرافعات العادية، فيجوز للمحكم الأخذ بالقواعد الإجرائية التي يراها أكثر ملاءمة للفصل في النزاع بشرط مراعاة المبادئ الأساسية للتحكيم والقواعد المتعلقة بالنظام العام وأصول التحكيم، ففي التحكيم المطلق تنحسر القيود علي سلطة المحكم إلى حدها الأدني إذ يتحرر في نظر النزاع والفصل فيه من تطبيق قواعد القانون الموضوعية والإجرائية ويحكم بمقتضي العدل والإنصاف بشرط أن يراعي القواعد المتعلقة بالنظام العام والمبادئ الأساسية في الخصومة والمرافعات والقواعد الخاصة بالتحكيم.

وفي هذا الصدد يجب ملاحظة أن التحكيم المطلق ليس صلحا، بل هو عمل قضائي، إذ أنه يتم عن طريق فحص ما إذا كان مطلب الفريق الذي يتمسك بالإجحاف الظاهري الذي يلحق به الشرط المتنازع عليه هو مبرر أم غير مبرر إلا بالنظر للظروف ولمفهوم الإنصاف لدي المحكم. في حين أن الوكيل المشترك الذي يجري الصلح بين الأطراف لا يقوم بهذا الفحص، بل يحاول فقط التوفيق بينهما وإجراء تسوية بين مطالبهما المتعارضة.

ويجير البعض للمحكم الطليق سلطة تعديل أثار العقد المبرم بين الأطراف، فقد اعتبرت بعض أحكام القضاء الفرنسي أن مبدأ عدم تعديل العقد أو المساس به ليس من النظام العام، وهو لا يفرض علي المحكم المطلق، كما أن الأطراف بالاتفاق علي التحكيم

المطلق يكونون قد قبلو التنازل والذي يمنح حرية التصرف فيها[١]، وعلي ذلك يستوي أن يحصل هذا التنازل عن حق يكون ناشئا عن القانون أم ناشئا عن العقد، إذ لا محل للاعتداد في هذا المجال بمصدر الحق بل المهم أن تكون للطرفين حرية التصرف بهذا الحق[٢]. ووقد أكدت بعض أحكام القضاء الفرنسي هذا الاتجاه بإعطاء المحكم المطلق سلطة تعديل الحقوق الناشئة عن العقد[٣]، فقد أقرت سلطة المحكم المطلق في تعديل أثار العقد، حيث قررت وجود هذه السلطة حين قضت بأن المحكم المطلق الذي يرفض تقرير دين لأسباب بينها في حكمه، وهي تستند إلى مفهومة للإنصاف لا يعد متجاوزا لسلطاته كمحكم مطلق، وكانت القضية الصادر فيها هذا القضاء تتعلق بعقد توزيع أفلام سينمائية، وهو يتضمن حدا أدني من الأيراد للمنتج، ونظرا لعدم نجاح الفيلم في التوزيع لم يحكم المحكم بمنح المنتج إلا جزاء من المبلغ المتفق عليه في العقد[٤]. ويتضح من القرارات القضائية الصادرة في هذا المجال أن المحكم المطلق له سلطة في تعديل آثار العقد، فله استبعاد تطبيق الحقوق الناشئة عن العقد، أو إنقاص مداها أو توسيع هذا المدي، وذلك تحقيقا للعدل والإنصاف، وتشبه سلطته في ذلك سلطة قاضي الدولة في تعديل الشرط الجزائي المنصوص عليه في العقود، وذلك تحقيقا للعدل والإنصاف، ومع ذلك يبقي ثمة فارق بين سلطة المحكم المطلق وسلطات قاضي الدولة في تعديل آثار العقد، إذ إن المحكم المطلق يمارس سلطته تلك في نطاق شامل وكمبدأ

(1) CA Paris, 12 mars 1985, Rev arb., 1985, p. 299, CA Paris, 6 janv. 1984, Rev. Arb., 1984, p. 279

(٢) د/ محمود حسن شعيب، النظام القانوني لخصومة التحكيم في ضوء قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي وقانون التحكيم المصري،المرجع السابق، ص ٢٥٧

(3) CA Paris, 12 mars 1985, Id., p. 299, CA Paris, 6 janv. 1984, id., p. 279

(4) CA Paris, 10 mars 1981, Rev. Arb., 1982, p. 214.

عام، بينما قاضي الدولة الملتزم بتطبيق القانون يملك هذه السلطة بشكل استثنائي محصور في الحالات التي يسمح له بها القانون.

بينما يري جانب آخر من الفقه أن الاتفاق علي التحكيم المطلق لا يمكن أن يخول المحكم الخروج عن الإرادة المعلنة في العقد، ولا يتصور أن يعطي الأطراف مثل هذا المدي لتنازلهم، ويؤكد بعض الفقه في هذا المجال علي أن التحكيم الحر يفترض احترام العقد علي المحكم احتراما وثيقا، ومع ذلك يمكن اعتبار أن الاتفاق علي التحكيم الحر يخول المحكم استعمال سلطاته لمجرد أن يكون تطبيقة القانون بدقة علي العقد مؤديا إلى نتيجة غير عأدلة، وبالتالي يملك أطراف العقد أن يقصروا التحكيم المطلق علي الحقوق الذاتية الناشئة لهم عن القانون، دون تلك الناشئة عن العقد المتنازع عليه.

ثالثا: القيود التي ترد علي سلطة المحكم المفوض بالصلح

سلطة المحكم المفوض بالصلح ليست مطلقة، ولكن يرد عليها بعض القيود[1] تتمثل في الآتي:

١- الحد من مخاوف السلطة الواسعة للمحكم الحر: في الواقع هناك مخاوف من السلطة الواسعة التي يمارسها المحكم المفوض بالصلح، ولكن يتخفف من مخاطر التعسف الذي قد يلازم هذا التحكيم بالقدر الذي يعتمده المحكم كحل متوافق مع الإدراك الجماعي في محيط العمل لمفهوم الإنصاف ومعني العدالة، فالإنصاف يعتمد علي قيام المحكم بإعادة التوازن الاقتصادي للعقد عندما يظهر أن هذا الأخير قد اختل نتيجة لتطور محيطه الاقتصادي أو الفني، والإنصاف لدي المحكم الحر يرمي إلى المحافظة علي التوازن الأصلي للعقد، وفي نظر الأطراف يقوم الإنصاف

(١) د/ سحر عبد الستار يوسف، درو القاضي في الإثبات، دراسة مقارنة،المرجع السابق، ص ٥٠.

بالتوازن العقدي كما كان متحققا عند إجراء المفاوضات وابرام العقد، ويختل هذا التوازن مثلا عندما تتغير الظروف التي تعاقد الطرفان تحت حكمها مما أدي إلى زيادة الأعباء علي أحدهما زيادة بالغة بالنسبة إلى الفائدة التي توخاها الأصل، وأيضا عندما يطرأ حدث لاحق لإبرام العقد يجعل أحد طرفية مستأثراً بمنافع فاحشة دون أن يصيب الآخر شيئ منها، بينما تركز اتفاقهما علي تقاسم المنافع بينهما[١]. وعلي المحكم المفوض بالصلح أن يلجأ إلى مبادئ العدل مع الاعتداد بالظروف والملابسات الخاصة بالقضية المطروحة عليه[٢]. وعلي المحكم أن يجتهد علي أن لا يصدر ذلك عن معتقداته الذاتية، بل بناء علي اعتبارات موضوعية، وهذا المسلك يتطلب أن يجتهد المحكم في تقييم ادعاءات الخصوم، وفقا للشعور العدل في ضمير الجماعة، آخذ في اعتباره الملابسات الخاصة لهذه الادعاءات، ومعني ذلك أن المحكم يمارس سلطة تقديرية لتحديد مضمون نشاطه، وذلك علي النحو الذي يراه أكثر ملاءمة للغأية النهائية لهذا النشاط

(١) يوجب التحكيم الحر علي المحكم البحث عن حل للنزاع يقبله الطرفان بسهوله، وعليه من اجل ذلك الاعتداد بإرادة الطرفين المفترضة في متابعة التعاون بينهما والسعي من جانب المحكم الحر قبل أي شيء لتحقيق تسوية عادلة بين مطالب الخصوم، وغالبا ما يستند قراره إلى إرادة صريحة تفترض قيام علاقات اعمال حسنه بين الطرفين ويلاحظ أن الحل الذي يتوصل إليه المحكم يكون في الغالب مستوحي من مفاوضات التوفيق التي قد تسبق مرحلة التنفيذ، ويعتمد المحكم في حكمه علي المقترحات الأخيرة المقدمة من الطرفين قبل وقف تلك المفاوضات التوفيقية، وعلي ذلك يفصل المحكم الحر في النزاع مع اعتداده بالتنازلات التي سبقت موافقة الطرفين عليها، بحيث يصير الحكم التحكيم الصادر وفقا لهذه التنازلات كأنه تتمه مباشرة لمرحلة التوفيق أو الصلح، ولا يفرض المحكم الحر علي الطرفين سوي التنازلات الإضافية التي تراجعا عنها لاجل حل النزاع وديا، وهكذا يتيح التحكيم الحر تسهيل الانتقال من الوساطة إلى التحكيم، أو من الاتفاق الودي إلى العمل القضائي، وقد اعتمد العمل التحكيمي هذه الحلول.

(2) E. Loquin, l'amiable composition en droit copmparé et international, op. cit., p. 40 et s. CA Paris,2 fev. 1988, op. cit., p. 68, note Couchez, CA Paris, 5 fev. 1976, op. cit., p. 255.

٢- الرقابة علي أعمال المحكم المفوض بالصلح: في الواقع عندما يكون المحكم مفوضا بالصلح، فأنه يحال إلى قواعد العدالة والإنصاف، ويقصد بها القواعد التي تستنبط من الأعراف والأحكام الدولية، وقواعد الفقيه في مجال التحكيم، وهذه المسألة لو اخطأ فيها المحكم فأنه يترتب علي ذلك بطلان حكم التحكيم علي أساس بطلان الإجراءات التي لها أثرت في الحكم، وبالتالي تخضع لرقابة محكمة الطعن بالبطلان.

٣- تقيد المحكم بحدود الطلب: إذ يجب ألا يحكم في غير ما طلب منهم، وألا يخرج عن حدود الاتفاق علي التحكيم. فلا يجوز للمحكم أن يعدل الوصف أو الأساس القانوني عندما يكون هناك اتفاق صريح بين الخصوم بشأن الحقوق التي يملكون حرية التصرف بها، فقد قيدوه بوصف ونقاط قانونية أرادوا حصر المناقشة فيها، وهذا الوضع يطبق أمام المحكم نظرا لارتكاز التحكيم علي أساس عقدي، وعلي ذلك لا يجوز للمحكم أن يعدل الوصف الذي أعطاه الأطراف للعقد، كما لا يجوز له تعديل الأساس القانوني الذي اتفق الطرفان علي إسناد الحق المتنازع عليه إليه، كما لو حدد هذا الأساس بأنه مسئولية تعاقدية، فلا يمكنه اعتباره مسئولية تقصيرية أو العكس، أما إذا قام نزاع بين الأطرف علي وصف العمل أو التصرف القانوني واتفقا علي عرضه علي التحكيم، فيكون للمحكم أن يفصل في هذا النزاع مقررا الوصف الحقيقي للعمل أو التصرف والذي قد يطابق الوصف الذي يتمسك به الخصوم.

٤- لا يجوز للمحكم القضاء بحقوق لا تستند إلى الوقائع التي ظهرت في القضية أمامه: يتعين علي المحكم لدي إثارته للأسباب القانونية الصرفه أن يسندها إلى الوقائع المؤسس عليها النزاع المعروض عليه، إذ لا يجوز له الاستناد إلى وقائع خارجه عن إطار الخصومة عند الفصل في النزاع، وعليه في مثل هذه الحالة دعوة

الطرفين للمناقشة وتقديم الملاحظات بشأن هذه الأسباب[١]. والأسباب القانونية الصرفة يمكن أن تكون مستمدة من قواعد قانونية مكملة أو متعلقة بالنظام العام أو قواعد العدالة والقانوني الطبيعي.

٥- لا يجوز للمحكم الحر مخالفة النظام العام: يجب مراعاة حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة والمساواة بين الخصوم[٢]، وقد ذهبت محكمة النقض إلى وجوب التزام المحكمين المفوضين بالصلح بالمبادئ الأساسية في التقاضي، وأهمها احترام حقوق الدفاع[٣]. ويجب علي المحكم القيام اخطار جميع الخصوم باتخاذ ما يأمر به من إجراءات الإثبات، فلا يأمر بها في غفلة من البعض، ولا ينفذ إجراء التحقيق في حضور البعض دون تمكين البعض الآخر من الحضور[٤]. ويترتب علي مخالفة هذه القيود بطلان حكم التحكيم[٥]. وذلك لأن سلطة المحكم مستمدة من سلطة الأطراف، وهي بالتالي تقف عند حدودها في التصرف في الحقوق الخاصة بها، وبالتالي يكون للمحكم المطلق حرية التصرف كاملة في نطاق القواعد القانونية المكملة التي للطرفين حرية التصرف فيها، وبالتالي يكون له استبعاد القواعد

(1) CA Paris, 13 mars 1973, op. cit., p.176.

(2) CA Paris, 10 nouv. 1989, op. cit., p. 651, obs. Pellerin, CA paris, 11 juill. 1991, op. cit., p. 671, obs. Loquin, CA Paris, 13 mars 1992, op. cit., p. 107, obs. Jarrosson, CA Paris, 13 nouv. 1997, op. cit., p. 719, obs. Derains.

(٣) نقض مدني، ١٩٧٦/١٢/١٦، الطعن رقم ١٧٧، س ٤٠ق.

(4) CA Paris, 3 dec. 1965, Rev. Arb., 1966, p. 22, JCP, 1966, II, 14625, note Boulbes. Cass. 2e, 16 dec. 1985, Rev. Arb., 1987, p. 390, CA Paris, 2 fev. 1988, op. cit., p. 62, note Couchez.

(5) CA Paris, 3 dec. 1965, id.; Cass. 2e, 16 dec. 1985, id., CA Paris, 2 fev. 1988, id.

المكملة. ويلاحظ من جهة اخري أن سلطات المحكم المطلق لا تتقيد في جميع الحالات بقواعد النظام العام، لأنه في نطاق هذه القواعد يميز بين القواعد المتعلقة بالنظام العام الرامي إلى الحمأية وتسمي بالنظام العام الحمائي[١] وغيرها المتعقة بالنظام العام الأساسي، فالنسبة للأولي يجوز التنازل عن الحقوق الناشئة عنها عندما تكون الحقوق التي يحميها القانون قد اكتسبت فعلا، وبالتالي يجب علي هيئة التحكيم تحديد قواعد النظام العام الواجبه التطبيق حتي لا يتعرض حكمها للبطلان[٢].

٦- احترام المحكم المصالح لحقوق الدفاع، يجب علي المحكم المصالح أن يلتزم باحترام حقوق الدفاع، وذلك لتعلقها بالنظام العام.

الفرع الثالث

نطاق السلطة التقديرية للمحكم المعفي من القواعد الإجرائية فقط

سنشير إلى المقصود بالمحكم المعفي من القواعد الإجرائية، وضوابط سلطته وذلك في النقاط الآتية:

أولا: المقصود بالمحكم المعفي من القواعد الإجرائية

في الواقع إذا كان يوجد نظام التحكيم المقيد والتحكيم الطليق أو الحر، فإن هناك نوعا آخر من التحكيم يندرج في مرحلة تتوسط التحكيم المقيد والمطلق، ففي هذا النظام تبقي سلطة هيئة التحكيم مقيدة بقواعد القانون الموضوعية كالتحكيم المقيد، ولكنه يعفي من إعمال قواعد المرافعات، وقد جري العمل كثيرا إلى الاخذ بهذا النوع من

(1) CA paris, 25 mars 1982,Rev. Arb., 1982, p. 467. E. Loquin, l'amiable composition en droit copmparé et international, op. cit., p. 279 et s.

(2) CA paris, 25 mars 1982, id., E. Loquin,id.

التحكيم، لأنه يبقي علي ضمانة إعمال القانون الموضوعي والتحرير من إعمال القواعد الإجرائية، ويترك للهيئة إعتماد القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة للتواصل إلى حل النزاع بأسرع طريقة ممكنة مع ضمان حقوق الدفاع، ومراعاة الأصول الخاصة بالتحكيم، وهذا النوع من التحكيم يحتاج وجوده لنص صريح في اتفاق التحكيم.

وفي التحكيم المعفي من تطبيق قواعد المرافعات العادية يجوز للمحكم الأخذ بالقواعد الإجرائية التي يراها أكثر ملاءمة للفصل في النزاع بشرط مراعاة المبادئ الأساسية للتحكيم والقواعد المتعلقة بالنظام العام وأصول التحكيم، علي أن يبقي خاضعا في إصداره لقراراه لقواعد القانون الموضوعي. أما في التحكيم المطلق فتنحسر القيود علي سلطة المحكم إلى حدها الأدني إذ يتحرر في نظر النزاع والفصل فيه من تطبيق قواعد القانون الموضوعية والإجرائية ويحكم بمقتضي العدل والإنصاف بشرط أن يراعي القواعد المتعلقة بالنظام العام والمبادئ الأساسية في الخصومة والمرافعات والقواعد الخاصة بالتحكيم.

في حقيقة الأمر، لهيئة التحكيم سلطه واسعه ودورا أيجابيا في إجراءات الإثبات، فيمكن لهيئة التحكيم أن تأمر بأي إجراء من إجراءات الإثبات، فلها أن تطلب من الخصوم تقديم مستندات أخري غير التي قدموها، أو دعوة شهود آخرين للإدلاء بشهادتهم إذا كانت الأقول التي أدلي بها الشهود السابقون غير كافية، كذلك للهيئة الاستعانة بخبير أو أكثر لإبداء رأيه حول نقطة محددة في النزاع، وتملك هيئة التحكيم أن تعدل عن قرارها باستجواب أحد الخصوم، متي رأت في عناصر الدعوي ما يغنيها عن ذلك، وهو أمر خاضع لتقديرها، كما لها أن تعدل عن إلزام خصم بتقديم وروقه تحت يده، كما لها أن تعدل عن انتداب خبير أو أي إجراء من إجراءات الإثبات [1] .

(١) محكمة النقض، ٢٠١٧/٤/٨، الطعن رقم ١٠٤٩٠، س ٧٥ق، غير منشور.

وكما يملك المحكم استجواب الخصوم فأنه يملك العدول عنه، إذا كانت الأدلة مقنعه. وتطبيقا لذلك فقد نص المشرع المصري إلى ذلك بشكل صريح، عندما نص في المادة ٨٢ تحكيم علي أنه: لهيئة التحكيم أن تجتمع في أي مكان تراه مناسبا للقيام بإجراء من إجراءات التحكيم كسماع أطراف النزاع أو الشهود أو الخبراء، أو الاطلاع علي مستندات أو معاينة بضاعة أو أموال أو إجراء مداولة بين أعضائها أو غير ذلك.

ثانيا: القيود التي ترد علي سلطة هيئة التحكيم

ونلاحظ علي سلطة هيئة التحكيم في هذا النوع من التحكيم ما يلي:

١- وفي الحالة التي تقوم فيها هيئة التحكيم بخلق قواعد إجرائية مخصوصة لخصومة التحكيم المنظورة أمامها، فأنها لن تستطيع أن تضع نظاما إجرائيا مكتملا خاصا بالنزاع المعروض عليها، وإنما هي فقط تقوم بتكملة النظام الإجرائي، الوارد في قانون التحكيم[١]، حيث نصت المادة الأولي من قانون التحكيم علي ضرورة مراعاة أحكام القانون علي التحكيم الذي يجري في مصر، سواء كان تحكيما دوليا أو داخليا، وكذلك التحكيم الذي يجري في الخارج إذا كان الأطراف قد اتفقوا علي إخضاعه لهذا القانون، وقد أكدت ذلك المادة ٢٥ من قانون التحكيم، حيث قيدت حرية هيئة التحكيم بمراعاة أحكام هذا القانون.

٢- لهيئة التحكيم سلطة في اعتماد القواعد التي تراها أكثر تماشيا مع طبيعة النزاع وظروف المنازعة والوصول إلى الحل النهائي بأسرع وقت ممكن، فقد يميل إلى استبعاد مبدأ شفاهية المرافعات، عندما تبعد المسافات بين الخصوم، ويستبدلها بالكتابة نظرا لصعوبة تنيظم الاجتماعات وكلفتها العاليه. كما قد يستبعد المذكرات

(١) د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية،المرجع السباق، ص ١٥٠.

المكتوبة وتبادلها إذا كان محل النزاع مواداً قابلة للتلف وتحتاج إلى قرارات سريعة.

٣- ويلاحظ أن المشرع المصري، وإن كان قد اعتد بمعيار شخصي بحت في اختيار هيئة التحكيم للتنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم، حيث جعل لها حرية اختيار الإجراءات، التي تراها مناسبة، فهي ليست حرية مطلقة، فهي تتقيد بمضانات التقاضي الأساسية، ولذلك فقط حرصت المادة ٢٦ تحكيم النص علي أن يعامل طرفا التحكيم علي قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه، كما تتقيد الهيئة بالنظام العام[١]. وبالتالي يظل المحكم في هذا النوع من التحكيم مقيدا بالإجراءات التالية: الإجراءات المتعلقة بالنظام العام: ومنها المبادئ الأساسية للخصومة وحقوق الدفاع وتسبيب الأحكام وسائر البيانات الالزامية للحكم، ويشترط أن تكون هذه القواعد – في هذا الإطار – متفقة مع قواعد الإجراءات المتصلة بنظام التحكيم التي لا يمكن إعفاء المحكم منها، مثال ذلك قواعد رفع النزاع أمام المحكم، وقواعد التدخل ومهلة إصدار حكم المحكم وطرق الطعن في حكم المحكم. والواقع أن الإعفاء من قواعد المرافعات لا يشمل الإعفاء من القواعد المتعلقة بقبول الطلبات الموضوعية والتي تظل خاصعة للمبادئ التي يخضع لها موضوع النزاع.

٤- كما يتقد المحكم بالقواعد التي تتفق الأطراف علي استمرار إعمالها رغم إعفاء المحكم في هذه النوع من التحكيم من قواعد الإجراءات، مثال ذلك القواعد المتعلقة بمواعيد وكيفية تبادل المذكرات وتقديم المستندات[٢].

---

(١) الإشارة السابقة.

(٢) Ca Paris, 21 fev. 1966, Som. Jurid, 1966, 2, 14828; CA Paris, 12 juill. 1971 op. cit., p. 74.

٥- يترتب علي مخالفة هيئة التحكيم لإجراءات التي تتعلق بالنظام العام بطلان حكم التحكيم، فقد نصت المادة ٥٣ تحكيم علي أن مخالفة النظام العام سبب في بطلانه، تقضي المحكمة بالبطلان من تلقاء نفسها، ويفهم النظام العام بالمعني الواسع، ليشمل النظام الإجرائي، والنظام العام الموضوعي، مع مراعاة النظام العام في الدولة المطلوب تنفيذ حكم التحكيم فيها. حيث نصت المادة ٥٨ تحكيم علي عدم تنفيذ الحكم في حالة مخالفته للنظام العام.

خلاصة الفصل الأول

لقد خلصنا إلى أن نشاط المحكم التقديري يرمي إلى ازالة التجهيل الذي أحاط بالمركز القانوني للخصوم، والوصول إلى العدالة.وما يعرض علي المحكم ليس هو المراكز القانونية الموضوعية، وانما هو آراء الخصوم عن هذه المراكز الموضوعية، وذلك في صورة ادعاءات. ويقوم المحكم من خلال الإجراءات بنشاط ذهني وتقديري الهدف منه تقييم ادعاءات الخصوم مقيدا في هذا بقواعد القانون الموضوعي واتفاق الخصوم والأدلة المقدمة إليه كمعأيير لهذا التقييم. ويصل المحكم بهذا النشاط إلى تكوين رأي قانوني في ادعاءات الخصوم، وهذا هو الرأي التحكيمي.

لقد خلصنا إلى أن يستفاد من المادة ٢٥ تحكيم علي أنه مع مراعاة ما يتطلبه مبدأ احترام حقوق الدفاع، للمحكم كامل السلطة في نطاق الاتفاق علي التحكيم في استخدام كافة طرق الإثبات كالكتابة، القرائن،شهادة الشهود، الخبرة، المعأينة

نخلص مما سبق إلى أن لهيئة التحكيم سلطة واسعة ودور أيجابي في إجراءات الإثبات، سواء كان المحكم مقيدا بالقانون أو مفوضا بالصلح، فيمكن لهيئة التحكيم أن تأمر بأي إجراء من إجراءات الإثبات، فيمكن لها أن تطلب من الخصوم تقديم مستندات أخري غير التي قدموها، أو دعوة شهود آخرين للإدلاء بشهادتهم، كذلك للهيئة

الاستعانه بخبير أو أكثر لإبداء رأيه حول نقطة محددة في النزاع، وشأن الهيئة في ذلك شأن قضاء الدولة بالنسبة لوسائل الإثبات التي يمكن استخدامها للوقف علي حقيقة النزاع، وتملك هيئة التحكيم أن تعدل عن قرارها باستجواب أحد الخصوم، متي رأت في عناصر الدعوي ما يغنيها عن ذلك، كما لها أن تعدل عن إلزام خصم بتقديم وروقه تحت يده، كما لها أن تعدل عن انتداب خبير أو أي إجراء من إجراءات الإثبات. وكما يملك المحكم استجواب الخصوم فأنه يملك العدول عنه، إذا كانت الأدلة مقنعه.

ولهيئة التحكيم السلطة التقديرية الكاملة في اتخاذ إجراءات الإثبات وتقدير الأدلة، سواء من تلقاء نفسها أو بناء علي طلب أحد الخصوم، ولها نفس سلطات قضاء الدولة،ويلاحظ في تقدير الأدلة، فأنه اذا كان القانون يلزم القاضي والمحكم بحجية بعض الأدلة وهي الكتابة واليمين والإقرار والقرائن القانونية، ويحدد حجية بعضها الآخر كالبينه والقرائن القضائية، فيمنع من قبولها في إثبات بعض الوقائع، فأنه يترك للقاضي والمحكم، وفقا لمبدأ الإثبات الاقناعي، حرية الاقتناع بالأدلة خارج هذه القيود. ولا يعيب حكم هيئة التحكيم عدم استعمالها لهذه السلطة، وإذا أمرت الهيئة بأي إجراء من إجراءات الإثبات، فلا تلتزم بتسبيب ذلك لسرعة الفصل في النزاع، وإذا امرت بإجراء، ولم يستجب أحد الطرفين لما طلب منه، فإن الهيئة تفصل في الدعوي بالنظر إلى الأدلة المتاحة أمامها أو تحكم بإنهاء الإجراءات إذا رأت عدم جدوي الاستمرار في التحكيم لعدم كفاية عناصر الإثبات.

أيا كانت سلطة هيئة التحكيم بالنسبة لإجراءات الإثبات، فإن سلطتها هذه تحدها قاعدة، وهي أنه ليس لها سلطة الجبر، ذلك أن المحكم هو شخص خاص، ولا يمثل السلطة الدولة، ولهذا ليس لهيئة التحكيم توقيع غرامة علي من لم حضر من الشهود أو من يمتنع منهم عن الإجابة علي ما توجهه له من أسئلة، وعلي الهيئة عندئذ أن تلجأ إلى القضاء.

ولقد خلصنا مما سبق إلى أنه في غير الحالات التي يحل فيها المحكم النزاع باللجوء إلى قواعد القانون الطبيعي ومبادئ العدالة، فأنه يلتزم بتطبيق القانون، وهو في هذا العمل ليس مجرد آله، بل هو صاحب نشاط هذا النشاط يوجد به جانب تقديري دائما، هذا التقدير يظهر في كافة مراحل تكوين العمل التحكيمي، ففي مجال الوقائع يقوم المحكم بعمل تقديري في بحثه الذهني لما اذا كانت وقائع النزاع المتعلقة بالدعوي ومنتجة فيها أم لا، صحيح أنه يوجد في هذا المجال العديد من القيود التي ترد علي سلطة المحكم في التقدير، ولكن هذه القيود لا تنفي السلطة التقديرية بل تؤكدها.

ولقد خلصنا إلى أن سريان سلطات القاضي علي المحكم لا يأخذ بها علي إطلاقها فيما يتعلق بأدلة الإثبات، ذلك أن هناك بعض الأدلة التي يملك القاضي الأمر باتخاذها لما له من سلطة جبر، والتي سيستمدها من صفته كعضو في السلطة القضائية. ويرجع ذلك إلى أن هيئة التحكيم تستمد سلطتها من اتفاق الأطراف، وبالتالي فالمحكم لا يملك اتخاذ إجراء إثبات يتطلب سلطة الأمر، مثل الأمر بإحضار شاهد لسماعه، أو إجبار الغير الذي ليس طرفا في الخصومة بتقديم مستند تحت يده، ففي تلك الحالات وأمثالها لا يملك المحكمة إلا الاستعانة بقضاء الدولة للحصول علي مساعدته مع توقف الفصل في سير الخصومة إذا كان السير فيها متوقفا علي اتخاذ هذه الإجراءات.

الفصل الثاني
ضوابط السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في الإثبات

وإذا كان المشرع لم يتدخل فيما يتعلق بكيفية ممارسة القاضي لنشاطة العقلي، أي كيفية ترجمة السلطة التقديرية إلى واقع منتج. فالمشرع لم يرسم للقاضي كيف يفكر. ولم يرسم له كيف يشكل معادلاته الذهنية. وإنما وضع حدودا، وبين ضوابط. وحدد نتائج تترتب فور قيام مقدماتها. ووظيفة القاضي التقديرية هي استخلاص هذه المقدمات الموصلةإلى النتائج التي حددها القانون. وأي خطأ في ذلك يؤدي إلى مخالفة القانون. فأنه من باب أولي تطبيق ذلك علي نظام التحكيم، حيث يكون لهيئة التحكيم سلطة تقديرية في نشاطها العقلي، وعليها أن تلتزم فقط بالمبادئ الأساسية واتفاق الخصوم.

ولهيئة التحكيم أن تأمر باتخاذ ما تراه ملائما، سواء من تلقاء نفسها أو بناء علي طلب أحد الأطراف من إجراءات الإثبات، طالما توافرت شروط معينه في الواقعة محل الإثبات[1]، وإذا كان لهيئة التحكيم سلطة تقديرية في الإثبات[2]، فهذه السلطة ليست طليقة من أي قيد، بل هي مقيدة بالعديد من القيود التي تهدف إلى ضبط هذه السلطة التقديرية، ولا تملك هيئة التحكيم الخروج علي هذه القيود التي تشكل نطاق هذه السلطة. ويرجع أساس ذلك إلى أنه قد يحدث خطأ صادرا عن حسن نية أو عن سوء قصد أو عن أهمال من جانب المحكم، وقد يكون نتيجة القصور العلمي أو الثقافي أو القانوني لدي المحكم، لذلك يجب إحاطه السلطة التقديرية لهيئة التحكيم بمجموعة من

(١) د/ عاشور مبروك، النظام الاجرائي لخصومة التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٨٨.

(2) CA Paris, 12 juill. 1971, op. cit., p. 74.

الضمانات والقيود التي تمثل سياجا ضد التعسف أو الغلو في استخدامها والاعتماد عليها.

في الواقع هذه الضوابط الواجب مراعاتها أثناء اتخاذ إجراءات الإثبات تتمثل في الآتي: وجوبد مراعات المبادئ الأساسية للتقاضي، مثل حقوق الدفاع والمساواة والمواجهة، كما يجب اشتراك جميع المحكمين في إجراءات الإثبات، كما يجب مراعاة الشروط الواجب توافرها في الواقعة، فيجب أن تتقيد سلطة هيئة التحكيم بوجب أن تكون الواقعة جائزة الإثبات بالدليل المطلوب تقديمه، وفقا لنظام الإثبات الواجب التطبيق، ولهذا فأنه لا يقبل سماع شهود لإثبات واقعة لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة[١]، ويجب لقبول إثبات الواقعة أن يكون من الجائز إثباتها، فلا يجوز إثبات واقعه مستحيلة أو منع القانون إثباتها حمأية للنظام العام أو الآداب العامة، كما يجب أن يكون إثبات الواقعة مجديا، بأن تكون واقعة محددة، ومتعلقة بالدعوي ومنتجة فيها بأن يكون من شأنها لو ثبتت أن تساهم في تكوين اقتناع المحكم لمنح الحمأية القضائية المطلوبة، لهذا لا يقبل إثبات أن حارس الشئ لم يرتكب خطأ، إذ مسئولية الحارس تثبت ولو لم يثبت أي خطأ منه، ولضمان تقييد هيئة التحكيم بالضوابط المحددة أثناء اتخاذها إجراءات الإثبات التي يستوجب تحقيق العدالة، يجب الرقابة علي هيئة التحكيم من خلال دعوي البطلان[٢].

سنشير في هذا الفصل إلى التزام هيئة التحكيم بمبادئ التقاضي في الإثبات، وذلك في المبحث الأول، أما المبحث الثاني، فيخصص لبيان الرقابة علي سلطة هيئة التحكيم في الإثبات، وذلك علي النحو التالي:

---

(١) د/ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا، المرجع السابق، ص، ٤٣٥.

(٢) د/ عاشور مبروك، النظام الاجرائي لخصومة التحكيم، مرجع سابق، بند ٨١، ص ١٨١.

المبحث الأول
التزام هيئة التحكيم بمبادئ التقاضي في الإثبات

إذا كان الثابت أن هيئة التحكيم تتمتع بدور أيجابي في البحث عن الحقيقة، مما حدا بالمشرع إلى أن يحررها من قيود الإثبات التي يتقيد بها القاضي المدني، فإن ذلك يرجع بصفه أساسية إلى أن الخصومة التحكيمية تتصل بمصلحة الأفراد وأن التحكيم قائم علي الرضا، ومن ثم فإن هيئة التحكيم مخولة من قبل الأطراف بالبحث في حكمها عن الحقيقة، وذلك بالأدلة التي تسوقهاإلى ذلك. ولما كان الاعتراف بسلطة واسعة لهيئة التحكيم قد يؤدي إلى إساءة استخدام هذه السلطة، مما يدفع إلى حدوث مشكلات متفاوتة في الأحكام التحكيمية التي تؤثر في قيمة الحكم التحكيمي، حيث إن العديد من أحكام محاكم الموضوع علي المستوي القضائي تتعرض للنقض. لذا كان من الأهيمة بمكان وضع ضوابط لسلطة هيئة التحكيم[١].

ولضمان عدم تعسف هيئة التحكيم أو تجنب أخطائها، يجب علي هيئة التحكيم أن تلتزم بمجموعة من المبادئ والقواعد الإجرائية اثناء تصديها لإجراءات الإثبات، وذلك سواء كان التحكيم مقيداً أو تحكيما مع التفويض بالصلح، وسواء كان تحكيما حرا أو تحكيما مؤسسيا، وسواء كان تحكيم وطنيا أو تجاريا دوليا[٢]، وهذه الضوابط مسلم بوجوب مراعاتها في جميع أنظمة التحكيم في العالم دون حاجة إلى اتفاق الخصوم

(١) حسين علي محمد علي الناعور النقبي، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الادلة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص ٢.

(٢) د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ١٥٦، ص ٣٠١، د/ عاشور مبروك، النظام الاجرائي لخصومة التحكيم، مرجع سابق، ص ٤٧، د/ علي بركات، خصومة التحكيم في المصري والقانون المقارن، مرجع سابق، بند ٣٠٥، ص ٣٠٤.

عليها أو النص الصريح عليها، باعتبارها ضرورية لتحقيق العدالة[١]. ومع ذلك نجد بعض التشريعات نصت صراحة علي بعض هذه القواعد منها القانون الفرنسي والتي نصت المادة ١٤٦٠ علي أنه يجب اتباع المبادئ الأساسية المبينة في المواد من ٤ إلى ١٥ في قانون المرافعات الفرنسي. واما بالنسبة للقانون المصري، فقد وردت الإشارة إلى بعض هذه القواعد في بعض المواد مثل المادة ٢٦ والتي نصت علي أنه يعامل طرفا التحكيم علي قدم المساواة وتُمنح لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه.

وإذا كانت القاعدة الذهبية في المواد التحكيمية هي حرية المحكم في تكوين عقيدته واقتناعه، فإن المشرع يتدخل في بعض الأحيان لوضع عدة قيود، وهذه القيود تمثل ضمانات للتقاضي، ويقصد بضمانات التقاضي الواجب احترامها أثناء الإثبات أمام هيئة التحكيم، احترام حقوق الدفاع[٢]، ومبدأ المواجهة[٣]، والمساواة بين الأطراف، كما تتقيد هيئة التحكيم بما اتفق عليه الخصوم في إجراءات الإثبات، بالإضافة إلى ضرورة مشاركة جميع المحكمين في الإثبات، وذلك في حالة تعددهم، وهذه المبادئ الأساسية في التقاضي التي تكفلها كل الشرائع، وهذه الضمانات يجب أحترامها أيا كان نوع أو شكل التحكيم وأيا كانت سلطات المحكم، سواء كان مقيدا أو طليقا أي مفوضاً أو غير مفوض بالصلح[٤].

---

(١) استئناف القاهرة، ٩١ تجاري، ١٢/ ٢٠٠١/٣، رقم ٤٩، لسنة ١٧ق تحكيم، غير منشور.

(2) CA Paris, 27 fev. 1964, op. cit., p. 49. CA Paris, 10 nouv. 1989, op. cit., p. 651, obs. Pellerin, CA paris, 11 juill. 1991 op. cit., p. 671, obs. Loquin, CA Paris, 13 mars 1992, op. cit., p. 107, obs. Jarrosson, CA Paris, 13 nouv. 1997, op. cit., p. 719, obs. Derains.

(3) CA Paris, 3 dec. 2002, op. cit., p. 931.

(4) E. Loquin, l'amiable composition en droit copmparé et international, op. cit., p. 40 et s. CA Paris,2 fev. 1988, op. cit., p. 68, note Couchez, CA Paris, 5 fev. 1976, op. cit., p. 255.

سنشير إلى التزام هيئة التحكيم بمبدأ المواجهة وحقوق الدفاع والمساواة في الإثبات، وذلك في المطلب الأول، أما المطلب الثاني، فيعالج التزام هيئة التحكيم بإجراءات الإثبات التي اتفق عليها الخصوم، ويعالج المطلب الثالث، التزام هيئة التحكيم بالإثبات الجماعي. أما المطلب الرابع، فيخصص لالتزام هيئة التحكيم بالحياد في الإثبات، وذلك علي النحو التالي:

المطلب الأول
التزام باحترام مبدأ المواجهة وحقوق الدفاع والمساواة في الإثبات

يقوم المحكم بإدارة الخصومة والتحقيق فيها، وله ما للقاضي في هذا الشأن من سلطات ومكنات، فيمكنه من تلقاء نفسه ودون طلب أن يأمر بإجراء تحقيق، كما له أن يطلب من الخصوم أيضاحات بشأن الواقع أو القانون بما يلزم له للفصل في النزاع، كما أنه يستطيع الأمر باتخاذ تدابير تحقيق حتي بدون طلب من الخصوم، ومع ذلك يجب احترام مبدأ المواجهة، ويجب تبليغ الخصوم بنتيجة التحقيق أو الخبرة حتي يمكنهم مناقشة كل ذلك وجاهياً[١].

وتخضع خصومة التحكيم لمبادئ لا يمكن مخالفتها[٢] مثل مبدأ المواجهة، واحترام حقوق الدفاع والمساواة بين الأطراف[٣]. وتتمتع هيئة التحكيم بالعديد من

(1) Cass., 3 nouv. 1978, Rev. Arb., 1979, p. 343

(2) B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 212

(3) CA Paris, 10 nouv. 1989, op. cit., p. 651, obs. Pellerin, CA paris, 11 juill. 1991, op. cit., p. 671, obs. Loquin, CA Paris, 13 mars 1992, op. cit., p. 107, obs. Jarrosson, CA Paris, 13 nouv. 1997, op. cit., p. 719, obs. Derains.

السلطات ويقع عليها بعض الواجبات في مجال الإثبات، ويرجع ذلك إلى أن التحكيم يعد نوعا من القضاء، لذا يجب علي هيئة التحكيم في جميع الأحوال سواء أكان التحكيم بالصلح أو التحكيم المقيد، أن تكون ملزمة باتخاذ إجراءات الإثبات في مواجهة جميع الخصوم حتي لا تصدر الإجراءات في غفلة منهم(١). كما يجب احترام حق الخصم في تقديم كل وسائل الإثبات، ويجب مراعاة المساواة بين الخصوم في تقديم أدلة الإثبات.

وسنشير إلى ذلك في الفروع الآتية:

الفرع الأول: التزام هيئة التحكيم بمراعاة مبدأ المواجهة بين أطراف التحكيم

الفرع الثاني: التزام هيئة التحكيم بمراعاة حقوق الدفاع أثناء إجراءات الإثبات

الفرع الثالث: التزام هيئة التحكيم بمبدأ المساواة بين الخصوم أثناء إجراءات الإثبات

الفرع الأول
التزام هيئة التحكيم بمبدأ المواجهة

سنشير إلى تعريف مبدأ المواجهة، ومقتضيات المبدأ، وذلك في النقاط الآتية:

أولا: تعريف مبدأ المواجهة:

يقصد بمبدأ المواجهة أن لكل خصم الحق في أن يبلغ بالأوراق والطلبات والدفوع التي يقدمها الخصم الآخر لهيئة التحكيم. ويعتبر هذا المبدأ من النظام العام(٢)، يترتب علي مخالفته بطلان الحكم، وقد عرف مبدأ المواجهة بأنه التزام علي هيئة

(١) د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختيار والاجباري، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٧، ص ٢٥٣.

(2) B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 211.

التحكيم بإعلام[١] كل طرف بما يقدم في الخصومة من مزاعم وطلبات ودفوع وأدلة إثبات[٢]. فهو يهدف إلى إعلام الخصم الآخر بكل المبادرات التي يتخذها المحكم للفصل في النزاع، سواء تلك المتعلقة بالواقع وتحصيلها وفهمها وتقديره، وسواء المتعلقة بالقانون وتفسيره وتطبيقه[٣]. وذلك في الوقت المناسب[٤]، بما يمكن الخصم من الاعتراض والرد عليها ومناقشتها[٥]، كذلك عرف البعض مبدأ المواجهة بين الخصوم بأن تتم إجراءات الخصومة من سماع أو إقرار أو إنكار أو شهادة أو غير ذلك في حضور الخصم الآخر أو وكيله[٦]. ويؤدي هذا الحق إلى تمكين الخصم من الرد علي كل ادعاء موجه من الخصم الآخر، كما يفيد في إعطاء الخصم الحق في مناقشة دفاعات خصمه[٧].

ونظرا لأهمية مبدأ المواجهة فقد افردت له العديد من التشريعات فرعا مستقلا في قانون الإجراءات المدنية، وذلك ما فعله المشرع الفرنسي في الباب التمهيدي، وأفرد له عنوان (المواجهة)، وقد خصص قانون المرافعات الفرنسي في المواد ١٦-١٥-١٤ بيانا تفصيليا لهذا المبدأ، فالمادة ١٤ نصت علي أنه لا يجوز الحكم علي

(1) CA Paris, 18 sept. 2012, Rev. Arb., 2012, p. 867.

(٢) د/ عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص ٣٤٩.

(٣) د/ علي ابو عطيه هيكل، القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين، المرجع السابق، ص ٨٩.

CA Paris, 18 sept. 2012, op. cit., p. 867.

(4) R PERROT, Principe de la contradiction et les faits dans le débat , RTD civ. 2011. 590

(٥) د/ محمود حسن شعيب، النظام القانوني لخصومة التحكيم في ضوء قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي وقانون التحكيم المصري، المرجع السابق، ص ١٧٩.

(6) CA Paris, 7 janv. 1963, Gaz. Pal., 1963, 1, p. 435, CA Paris, 14 fevr. 1985, Rev. Arb., 1987, p. 325, note level.

(7) CA Paris, 18 sept. 2012, rev. arb., 2012, p. 867.

الخصوم دون أن يستدعي ويسمع له، ونصت المادة ١٥ علي أن من حق كل خصم أن يعلم في وقت مناسب بالوقائع التي يستند إليها خصمه ووسائل الإثبات التي يقدمها ومواد القانون التي يثيرها حتي يتمكن كل منهم من إعداد دفاعه، ثم نصت المادة ١٦علي أن يحترم القاضي – والمحكم – دائما مبدأ المواجهة، فلا يستند في حكمه إلى وقائع وأدلة إثبات ومستندات قدمها أحد الخصوم ولم تكن محلا للاطلاع، ويجب دعوة الخصوم إلى إبداء ملاحظاتهم(١).

وقد نص المشرع المصري في المواد من ٣١ إلى ٣٥ تحكيم علي أحكام تتضمن احترام مبدأ المواجهة، حيث نصت المادة ٣٣ علي إلزام هيئة التحكيم بعقد هيئة التحكيم جلسات مرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوي وعرض حججه وادلته، كما يجب إخطار طرفي التحكيم بمواعيد الجلسات والاجتماعات التي تقرر هيئة التحكيم عقدها قبل التاريخ الذي تعينه لذلك بوقت كاف تقدره هذه الهيئة حسب الظروف، ويقتضي مبدأ المواجهة أن تسمع هيئة التحكيم الشهود والخبير في مواجهة جميع الخصوم، وتدون إجابات الشهود في محضر الجلسة، ثم تتلي عليهم وتسلم صورة منها إلى كل من الطرفين.

ويكيف مبدأ المواجهة علي أنه من المبادي الأساسية في الخصومة المدنية وسواء تمت أمام قضاء الدولة أو أمام التحكيم، وسبب أهمية هذا المبدأ أنها تحقق العدالة(٢). وبالتالي تهيمن علي جميع الأعمال في الخصومة منذ رفع الدعوي وحتي

(١) د/ عيد محمد القصاص، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ١٥١، د/ علي بركات، خصومة التحكيم في المصري والقانون المقارن، مرجع سابق، بند ٣٠٨، ص ٣٠٣.

(٢) د/ سيد تمام، مبدأ المواجهة في التحكيم، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ٣٣.

تاريخ قفل باب المرافعة[١]، كما يعد مبدأ المواجهة من أهم تطبيقات حق الدفاع[٢]. ويعد ضمانة أساسية في الإجراءات، فإذا لم يحترم مبدأ المواجهة فلن تكون هناك عدالة.

وتطبيق مبدأ المواجهة في مجال التحكيم يتلازم مع الطبيعة القضائية للتحكيم[٣]، وعلي ذلك يتعين علي هيئة التحكيم التقيد به، وإلا يفقد عملها الصفة القضائية، ويتعين علي الطرف الذي يزعم عدم احترام هذا المبدأ إثبات ذلك.

ثانيا: مقتضيات مبدأ المواجهة:

فحتي لا تخرج هيئة التحكيم علي مبدأ المواجهة يجب عليها عندما يقدم أحد الأطراف مستندات ووثائق أن تطلع الطرف الآخر عليها، وتمنحه الوقت الكافي للرد علي ادعاءات خصمه الواردة بها[٤]، وإبداء ملاحظاته ودفوعه بخصوصها، وإذا تم قبول مستند أو وثيقة في وقت متأخر، فيجب مد الموعد حتي يتمكن الطرف الآخر من الاطلاع عليها ومناقشتها وإبداء ملاحظاته عليها، وإذا اعتمدت هيئة التحكيم في حكمها علي المستندات المكتوبة فقط فإن يجب أن تثبت حكمها، أنها اكتفت في القضية بالمستندات المكتوبة، وأنه قد تم تبادلها بالنحو الصحيح بين الأطراف[٥]، وتم تمكينهم من الاطلاع عليها ومناقشتها والرد علي ما جاء بها، حتي لا يتعرض الحكم للبطلان لخروجه علي مبدأ المواجهة[٦].ويقتضي مبدأ المواجهة أن يسمح المحكم لجميع

(1) B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 285.

(2) CA Paris, 18 sept. 2012, op. cit., p. 867.

(3) CA Paris, 3 dec. 2002, op. cit., p. 931.

(4) CA Paris, 3 dec. 2002, op. cit., p. 931. CA Paris, 12 juill. 1971, op. cit., p. 71, CA paris, 20 mai 1983, Rev. Arb., 1984, p. 389.

(5) CA Paris, 12 juill. 1971, id.

(٦) د/ ياسر عبد الهادي مصلحي سلام، أثر الخطأ في إجراءات التحكيم علي حكم التحكيم، المرجع السابق، ص ٢٨٢.

CA Paris, 24 mai 1974, Rev. Arb., 1975, p. 246.

الخصوم إبداء ما لديهم من دفوع ودفاع، ويكفي تمكين الخصم من استخدام هذا الحق[١].

يتضمن مبدأ المواجهة العديد من الأحكام تتمثل في الآتي:

١. حق الخصم في العلم والاطلاع[٢]:

يقتضي مبدأ المواجهة أن يكون هناك علم بالإجراءات[٣]، وهذا العلم ضروري لمباشرة حق الدفاع، فالخصم لا يمكن أن يباشر حقه في دحض أدلة الإثبات التي قدمها خصمه إلا إذا علم بها. ولا يمكن له تقديم أي دفع إلا إذا علم بالإجراءات التي يتخذها خصمه أو تتخذها الهيئة، ولا يمكن مباشرة حقه في المرافعة (شفوية أو كتابية) إلا إذا علم بما قدم خصمه من وسائل دفاع واقعية أو قانونية أو حجج أو أوراق ومستندات.

وقد نصت المادة ٧ تحكيم علي قواعد أكثر تحررا من القيود المتبعة في الإعلان القضائي. ويجب لتحقيق الإعلان غأيته أن يحقق العلم باعتباره أهم تطبيقات حق الدفاع وإلا كان قرار التحكيم معرضا للبطلان لابتنائه علي إجراء باطل[٤].

ويقتضي العلم أن يبلغ الخصم بالأوراق التي يقدمها الخصم الآخر، فليس للمحكمة أن تستند إلى ما يقدم إليها من خصم دون سماع أقوال الخصم الآخر، وتمكينه من إبداء ملاحظاته[٥]، وتهدف المواجهة إلى تحقيق حرية المناقشة بين الخصوم وذلك

---

(١) CA Paris, id. CA Paris, 3 dec. 2002, op. cit., p. 931.

(2) CA Paris, 18 sept. 2012, op. cit., p. 867.

(3) CA Paris, 3 dec. 2002, op. cit., p. 931.

(٤) د/ عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، المرجع السابق، ص ٣٤٧. CA Paris, 21 nov. 1967, op. cit., p. 122.

(٥) د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، بند ٢٦٠.

بسماع القول والقول الآخر[١]، وحتي تتحقق المناقشة يجب أن يكون كل خصم علي علم بما قدمه الخصم الآخر حتي يمكنه مناقشته، فإعطاء المحكم الفرصة لكل خصم كي يعبر عن وجهة نظرة وأن يعلم بذلك الخصم الآخر. والاعلام يمتد إلى المدعي والمدعي عليه ولا يقتصر علي المدعي عليه فقط. ويمتد العلم إلى كل إجراء أتخذ اثناء الخصومة[٢]. والأصل أن يكون العلم فعليا، إلا أن هناك بعض الحالات يكتفي باتخاذ الوسائل التي تكفل العلم[٣] وأن لم يتم العلم بشكل فعلي، كما في حالة العلم في الموطن لأحد الأشخاص الموجودين في الموطن.

ويعد من أهم مقتضيات مبدأ المواجهة تمكين الخصم من الاطلاع علي ما قدمه الخصم الآخر[٤]، فيجب أن يكون للخصم الحق في تبادل المستندات[٥]، فلاطلاع يعد حقا للخصم، والتزاما علي هيئة التحكيم في تمكين الخصم من الحضور والاطلاع[٦]، وعدم مراعاة ذلك الالتزام يترتب البطلان علي مخالفته[٧]. وقد نصت المادة ٥٢ من قانون

(1) CA Paris, 13 mars 1973, op. cit., p.176.

(2) CA Paris, 18 sept. 2012, op. cit., p. 867.

(3) CA Paris, 12 juill. 1971, op. cit., p. 71, CA paris, 20 mai 1983, op. cit., p. 389.

(4) CA Paris, 2 fev. 1988, op. cit., p. 62, note Couchez, Cass. Civ., 2e, 10 nov. 1998, op. cit.,p. 1.S.

(٥) د/ عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره اهم تطبيق لحق الدفاع، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ٣٣.

CA Paris, 13 nouv. 1980, Rev. Arb., 1984, p. 12, CA Paris, 24 oct. 1991, Rev. Arb., 1994, p.110.

(6) CA Paris, 24 mai 1874, op. cit., p. 246. CA Paris, 1995, Rev. Arb., 1996, p. 530, obs. L.K. CA Paris, 12 juill. 1971, op. cit., p. 74.

(7) CA Paris, 24 oct. 1980, Rev. Arb., 1982, p. 54, note fouchard.

المحاماة علي التزام الخصم بتمكين الخصم الآخر أو وكيله من الاطلاع علي ما تحت يده من مستندات لم يعلن بها أو لم يبدها شفويا في حضوره.

وحق الاطلاع يكون علي كافة المستندات مثل مذكرات الدفاع وتقرير الخبراء وإجراءات الإثبات ومحاضر التحقيق (سماع الشهود والمعأينة) وهذا الحق واجب التطبيق أمام القضاء وأمام التحكيم(١). وقد نص القانون الفرنسي في المادة ١٣٤ مرافعات ونص القانون المصري في المادة ٩٧ مرافعات علي حق الخصم في طلب الاطلاع من القاضي، وعلي القاضي أن يمكنه من هذا الاطلاع. وهذه الأحكام تطبق علي التحكيم. وإذا كان المشرع اعطي سلطة لهيئة التحكيم في اتخاذ ما تراه مناسبا من إجراءات الإثبات للفصل في النزاع، فإن ذلك يستوجب بالضرورة علي كل خصم من الخصوم العلم بما تم اتخاذه من إجراءات في غيبته، وتطبيقا لذلك نصت المادة ٣١ تحكيم مصري علي أن ترسل إلى الطرفين صورة من كل ما يقدم إلى هيئة التحكيم من تقارير الخبراء والمستندات وغيرها من الأدلة. كما تنص المادة ٣٣ تحكيم أن تدون خلاصة وقائع كل جلسة تعقدها هيئة التحكيم في محضر تسلم صورة منه إلى كل من الطرفين ما لم يتفقا علي غير ذلك. وقد أكدت علي حق العلم أيضا المادة ٣٣ تحكيم مصري، فقد نصت هذه المادة علي أن " تدون خلاصة وقائع كل جلسة تعقدها هيئة التحكيم في محضر تسلم صورة منه إلى كل من الطرفين ما لم يتفقا علي غير ذلك(٢).

ويلاحظ أن المواجهة لن تحقق هدفها إلا إذا كان العلم في وقت نافع، ويقصد بذلك الوقت الذي يمكن الخصم من تنظيم دفاعه للرد علي ما علمه، فالمواجهة تهدف

---

(1) CA Paris, 13 nouv. 1980, op. cit., p. 12, CA Paris, 24 oct. 1991, op. cit., p.110.

(٢) د/ علي بركات، خصومة التحكيم في المصري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص ٣٠٨.

إلى تمكين الخصم من العلم توصلا للرد عليه[١]. وقد نصت المادة ١٥ مرافعات فرنسي علي ضرورة العلم في وقت نافع[٢]، فيجب منح الخصم فرصة من الوقت ليتمكن من تدبر أمره مع محاميه وأن يجري بعض الأبحاث القانونية اللازمة وأن يفكر ويتروى. وإذا تقاعس الخصم عن الاطلاع، فيمكن للمحكم أن يأخذ بالمستند الذي قدم ولم يطلع عليه لخطأ منه. ولا يمثل ذلك اخلالا بحق الدفاع أو المواجهة[٣].

وقد تضمن قانون المرافعات المصري بعض الأحكام التي تحث علي العلم في وقت نافع، مثل المادة ٦٥ والتي توجب علي المدعي عليه في جميع الدعاوي عدا المستعجلة والتي أنقص ميعاد الحضور فيها أن يودع قلم الكتاب مذكرة بدفاعه يرفق بها مستنداته قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوي بثلاثة أيام علي الأقل، وهذا الميعاد تنظيمي.

إذن يستوجب مبدأ المواجهة أن يكون كل خصم علي علم بما قدمه الخصم الآخر من مستندات أو مطالب[٤]، حتي يمكنه مناقشته[٥]، وإعمالا لذلك نصت المادة ١٥ مرافعات فرنسي علي أن يعلن الخصم بشكل تبادلي وفي وقت مناسب بجميع الأسباب

(1) CA Paris, 2 fev. 1988, op. cit., p. 62, note Couchez, Cass. Civ., 2e, 10 nov. 1998, op. cit.,p. 1.S.

(2) CA Paris, 12 juill. 1971, op. cit., p. 71, CA paris, 20 mai 1983, op. cit., p. 389.

(٣) د/ عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره اهم تطبيق لحق الدفاع، المرجع السابق، ص ٣٥.

CA Paris, 24 mai 1874, op. cit., p. 246.

(4) CA Paris, 18 sept. 2012, op. cit., p. 867.

(5) CA Paris, 3 dec. 2002, op. cit., p. 931.

الواقعية التي يؤسس كل منهم عليها ادعاءاته، وكذلك جميع أدلة الإثبات التي يقدمونها والأسباب القانونية التي يثيرونها في الدعوي حتي يتمكن كل منهم من تجهيز دفاعه[١].

ولا يوجد شكل معين يجب اتباعه للاطلاع والعلم علي ما يقدمه الخصم في نظام التحكيم علي عكس الأمر بالنسبة للنظام القضائي[٢]، وإنما كل ما ينبغي مراعاته هو احترام مبدأ مواجهة الأدلة تحت أي شكل كان، والأصل أن يتم تبادل الاطلاع بين الخصوم بطريقة تلقائية، حيث يلزم كل من يستند من الخصوم إلى مستند ما أن يطلع عليه غيره من الخصوم، وإلا تدخل المحكم لفرضه عليهم[٣]، فقد الزمت المادة ١٤٦٧ مرافعات فرنسي الأطراف بتبادل المستندات وإلا تدخلت هيئة التحكيم بتنظيم عملية الاطلاع، ومع الأخذ في الاعتبار طبيعة بعض الوثائق - أثناء الاطلاع والتبادل- التي تحمل جانباً من السريه في المعاملات، فيجب اتباع طريقة مناسبة للمحافظة علي السرية[٤]، وإذا رفض الخصم تقديم المستند المطلوب الاطلاع عليه، فيمكن لهيئة التحكيم أن تحكم عليه بالغرامة التهديدية، وإذا لم ينصاع الخصم للحكم بالغرامة التهديدية، فعلي هيئة التحكيم أن تحكم في النزاع، وأن تراعي تعنت الخصم أثناء حكمها.

(١) د/ محمود حسن شعيب، النظام القانوني لخصومة التحكيم في ضوء قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي وقانون التحكيم المصري، المرجع السابق، ص ١٨٣.

(٢) حيث يجب أن يتم الاعلان في الشكل الذي رسمه القانون. لانه اتباع الشكل يكون قرينة علي العلم. سواء علم فعلا أو لم يحدث. ويجب أن يكون الاعلان في الوقت الذي حدده القانون حتي يكون صحيحا. ويجب أن يكون الاعلان في مواجهة من يكون ممثلا في الخصومة، فلا يجوز الاعلان في مواجهة من لا يتمتع بالاهلية سواء اهلية التقاضي أو الاختصام. ويجب أن يتم الاعلان بواسطة المختص وهو المحضر. وقد نظم المشرع المصري الاعلان في الموادة ٥-١٤ مرافعات.

(3) CA Paris, 1995, Rev. Arb., 1996, p. 530, obs. L.K.

(4) B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 235.

وتحدد هيئة التحكيم موعدا للخصوم لتقديم مستنداتهم ومذكراتهم وأوجه دفاعهم، ويحدد هذا المواعد حسب ظروف سير الدعوي. ويجب تمكين كل خصم من الاطلاع علي المستندات المقدمة[١]، ويمكن أن يحدث دون إعلان الخصم الآخر عن طريق مندوب الإعلان، حيث يكفي أن يدعو المحكم الخصوم لديه، ويقدم لهم المستندات المقدمة ليطلع كل خصم علي ما قدمه الخصم الآخر ويبدي ملاحظاته بشأنها. ويمكن لكل خصم في جلسة التحكيم تقديم المستندات التي تدعم وجهة نظره بحيث يتحقق العلم ويحترم مبدأ المواجهة[٢]. وإذا أقام المحكم قضاءه علي مستند قدم من أحد الخصوم دون أن يطلع عليه الخصم الآخر، فإن حكمه يكون جدير بالبطلان لإخلاله بحق الدفاع.فإذا لم يتم إعلام الخصم بالدليل أو المستند المقدم، فعلي المحكم أن يمتنع عن الآخر بهذا الدليل أو تلك المستند في أسباب حكمه وإلا كان باطلا، وإذا تم الإعلان أو الاطلاع علي الدليل أو المستند قبل عدة ساعات من قفل باب المرافعة لا شكل مخالفة لمبدأ المواجهة طالما لم يثبت أن الحكم تأثر بهذا الدليل أو تلك المستند أو دعم لدفوع سبق تأكيدها[٣].

تلتزم الهيئة احتراما لمبدأ المواجهة بين الخصوم[٤] بأن ترسل لكل طرف صورة من كافة المستندات والوثائق أو أي تقرير يقدمها الطرف الآخر، كما يجب أن توافي الأطراف بكل المستندات التي قد تحصل عليها الهيئة مباشرة عن غير طريق الأطراف،

(1) CA Paris, 13 nouv. 1980, op. cit., p. 12, CA Paris, 24 oct. 1991, op. cit., p.110.

(2) R. David, l arbitrage dans le commerce international, op. cit., no 320, p. 410.

(٣) د/ علي هيكل، القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين، مرجع سابق، ص ٩٩.

(4) CA Paris, 3 dec. 2002, op. cit., p. 931.

كما لو ندبت خبيرا فقدم لها تقريره بشأن ما طلب منه، أو استعملت من إحدي الجهات المتصلة بالنزاع عن معلومات أو طلبت منها بيانات معينة، كطلب صورة من خطابات أو مستندات بنكية متعلقة بموضوع النزاع أو سندات شحن أو تقارير من شركات الشحن والتفريغ، ففي هذه الحالات يجب إرسال صور من كافة ما تحصل عليه إلى الأطراف حتي يكونوا علي درأيه بما تحت يد الهيئة من مستندات تستند إليها وتؤثر في اتخاذ قراراها، ويجب علي الهيئة التأكد من استيفاء هذا المبدأ الأساسي، حيت يترتب علي انتهاكه بطلان الحكم أو رفض التنفيذ[١].

ويجب أن ينصب العلم علي كل عناصر الخصومة من ادعاء و ما قدمه الخصم من مستندات ووسائل الدفاع وجميع الحجج، وكل ما يحدث في الخصومة[٢]. فيجب العلم بسبب الطلب، ويمتد هذا الالتزام في جميع مراحل الخصومة، سواء كانت هذه الوسائل قدمت وقت رفع الدعوي أو اثناء الخصومة، ويجب العلم بوسائل الدفاع القانونية التي يقدم الخصم بهدف تأسيس طلب قضائي أو لإفشال ادعاء تقدم به الخصم الآخر. فهذه الوسائل تتعلق بالإجراءات. كما ينصب العلم بالحجج التي يقدمها الخصم، ويقصد بهذه الحجج ما يقدم لأيضاح وسائل الدفاع، وذلك بتوضيح مضمونها وتفسيرها، وذلك لإقناع المحكم بها. ومن أمثلة الحجج الأحكام القضائية غير المنشورة التي يستدل بها الخصم. ويجب أن يتضمن العلم وسائل الإثبات التي يقدمها الخصم الآخر فإذا كانت وسيلة الإثبات دليل كتابي تعين أيداعه حتي يمكن للخصم الآخر

(١) د/ مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، بند ٦٦، ص ١١٧.

(٢) د/ عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره اهم تطبيق لحق الدفاع، المرجع السابق، ص ٢٦ وما بعدها.

الاطلاع عليه[١]. وإذا اتخذ القاضي دليلا للإثبات من تلقاء نفسه، فيجب عليه أن يعلم به كافة الخصوم، ويجب إعلانهم بالنتيجة التي أدت إليه.

ويشترط أن تكون المستندات التي يجب أن تبادل الاطلاع عليها مؤثره ومفيدة في الدعوي[٢]، أما إذا كان المستند غير مؤثر أو غير مفيد لسبق تقديمه أو لسبق الاطلاع عليه، حتي لو عاد طرحه من جديد، فإن لا يتطلب الاطلاع عليه. ويلتزم المحكم بألا يعتمد في تكوين اقتناعه علي ما لم يتم الاطلاع عليه من مستندات بمعني أن يستبعد من الأسس التي يؤسس عليها قراءة هذه المستندات التي لم يطلع عليها الخصم الآخر[٣].

٢. حق الخصم في الحضور

لتحقيق مبدأ المواجهة يجب تمكين الخصم من الحضور، ويهدف حضور الخصم إلى وجود صله مباشرة في الجلسة بين الخصوم وهيئة التحكيم، لمحاولة تفهم حق الخصم وإقناع الهيئة بادلته، كما يعمل الحضور إلى اعمال بعض وسائل التحقيق كان يتيح للخصوم مثلا أثناء إدلاء الشاهد بمناقشته عن طريق توجيه من أسئلة للشاهد، كما يمكنه الحضور من تقديم معلومات أو إبداء ملاحظات ومناقشة تقرير الخبير أو المعأينة[٤]. ومن أجل احترام مبدأ المواجهة، يجب علي هيئة التحكيم ألا تسمع الشاهد

(1) CA Paris, 13 nouv. 1980, op. cit., p. 12, CA Paris, 24 oct. 1991, op. cit., p.110.

(2) CA Paris, 13 nouv. 1980, id.; CA Paris, 24 oct. 1991, id.

(٣) د/ عيد محمد القصاص، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة، مرجع سابق، ص ٦٦.

(٤) د/ علي ابو عطيه هيكل، القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين، مرجع سابق، ص ٩٢.

إلا بحضور جميع الأطراف وفي مواجهتهم، وهذا ييسر إمكانية قيام الحضور بمناقشة الشهود في أقوالهم، بل واستجوابهم في ذات الوقت.

لذلك حق الخصم في الحضور ضمانة أساسية لتحقيق العدالة[١]، ويجب عدم التشدد والمبالغة في وجوب دعوة الخصوم للحضور باعتباره كأحد مظاهر احترام مبدأ المواجهة[٢]، حيث يذهب بعض الفقه إلى أن هذا الالتزام يجب ألا يحمل علي مفهوم ضيق، وإنما ينبغي التعويل علي النتيجة التي يمكن أن تترتب علي عدم استدعائهم للقول بمدي احترام مبدأ الحضورية كأوجه من وجوه مبدأ المواجهة من عدمه، لذلك فعدم استدعاء الخصم يمكن أن يشكل مخالفة لمبدأ المواجهة، إذا كان يؤدي إلى عدم تمكين الخصم من الاطلاع علي ما قدمه الخصم الآخر من أدلة[٣]، وعدم معرفة كيفية سير الخصومة أمام المحكمين، وعلي ذلك فإن وجود تكليف بالحضور لا يكفي لضمان احترام مبدأ الحضورية إذا تم ذلك في وقت متأخر، ولم يترك الفرصة للخصوم لإعداد أدلتهم ودفاعهم[٤]، وعدم حصول دعوة الخصوم علي الاطلاق يرتب بطلان الحكم الصادر، كما لا يلزم دعوة الخصوم إلى حضور جميع الجلسات، طالما كانوا قد حضروا بعضا من الاجتماعات فقط، وكان في إمكانهم إبداء ما يشاؤون من أقوال. ويمكن إصدار القرار في غيابهم بشكل صحيح[٥].

---

(1) CA Paris,7 janv 1963, Rev. Arb., 1963, p. 75.

(2) CA Paris, 7 janv. 1963, op. cit., p. 435, CA Paris, 14 fevr. 1985, op. cit., p. 325, note level.

(3) CA Paris, 24 mai 1874, op. cit., p. 246.

(٤) د علي ابو عطيه هيكل، القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين، مرجع سابق، ص ٣٠٦.

(5) Cass., civ., 12 Janv. 1968, Bull. Civ., n03, 15, CA, Paris, 5 juill. 1963, Rv. Arb., 1965, p. 152.

ولا يشترط صدور الحكم إلا بعد سماع أقوالهم ودفاعهم، وإنما يقصد بذلك إتاحة الفرصة لكل خصم لتقديم دفاعه، فإذا لم يشأ استعمال هذا الحق أو أصر علي الامتناع عن الحضور دون عذر مقبول، فيمكن للمحكم إصدار قراره دون سماع أقوال الخصم أو في غيبته، ويجب علي المحكم أن يكون حريصا علي صحة الإعلان وتفاهة الأعذار التي يختلقها الخصم الغائب(١). يجب علي المحكم أن يتأكد من أن المدعي قد اتخذ الإجراءات التي من شأنها إعلام المدعي عليه بالإجراءات المتخذة ضده(٢).

٣. حق كل خصم في أن يسمعه المحكم:

يقتضي مبدأ المواجهة دعوة كل خصم لسماع أقواله(٣)، وهذه الدعوة ضمانة أساسية لتحقيق العدالة، ويعتبر من أهم حقوق الخصم هو العلم واستدعاء الخصوم للحضور، وإتاحة الفرصة لهم لتقديم أدلتهم وحججهم، ويقتضي احترام مبدأ المواجهة أن يسمع المحكمون الخصوم إذا ما تم دعوتهم(٤)، وهذا ما نص عليه القانون الفرنسي في المادة ١٤ مرافعات، ويجب أن يسمح لكل خصم علي قدم المساواه من تقديم أدلته وحججه، سواء كانت المرافعة ستتم شفويا أم كتابيا، وذلك وفقا للأسلوب المنصوص عليه في اتفاق التحكيم، أو المحدد من قبل هيئة التحكيم(٥). وهذا ما نصت علية المادة ٣٣ من قانون التحكيم المصري. وحتي لو حصلت دعوه للخصوم، فإن مبدأ المواجهة

(١) د/ محمود حسن شعيب، النظام القانوني لخصومة التحكيم في ضوء قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي وقانون التحكيم المصري، المرجع السابق، ص ١٨١.

(2) CA Paris, 3 dec. 2002, op. cit., p. 931.

(3) id.

(4) id.

(٥) د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، المرجع السابق، ص ١٥٦،

لا يكون قد تم احترامه إذا حصلت هذه الدعوة في وقت متأخر، ولم يكن لدعوة الخصوم مهلة كافية لتحضير دفاعهم. وإذا تمت الدعوة في وقت مناسب فلا عبرة بعدم حضورهم.

ونظرا لأن المواجهة تقوم علي أساس حرية النقاش، وهذا الأمر يتطلب أولا:منح الخصم الحق في تقديم ما يدعم وجهة نظرة، والأمر الثاني: أن يعلم كل طرف بما قدمه الخصم الآخر من عناصر دفاع (دفاع، حجج، مستندات)، وبالتالي يحق للخصم في أن يعلم المحكم والخصم الآخر بكل ما من شأنه أن يدعم ادعاءاته. وجرت العادة في التحكيم علي أن الملاحظات والمستندات المقدمة من أحد الخصوم يتم بتبادلها للطرف الآخر بمجرد وصولها من أحد الخصوم إلى هيئة التحكيم(١).

ويمكن تحقيق مبدأ المواجهة أمام المحكمين بأي شكل كان(٢)، ويجب أن يمكنوا وفقا للأسلوب المنصوص عليه في الاتفاق علي التحكيم، أو المحدد من قبل هيئة التحكيم من إبداء حججهم أمام المحكمين شفويا أو كتابيا، ولا يجوز للمحكمين رفض ذلك بحجة أنهم لا يلتزمون بسماع الخصوم إلا إذا وجدوا حاجة لأيضاحات، وهم قد قرروا في نطاق مهمتهم أنهم مستنيرون كفاية حول القضية(٣). في الواقع صفة المواجهة أمام التحكيم لا تفرض بالضرورة حضور الخصوم ووكلائهم أمام المحكمين، بل يكفي تقديم أوجه الدفاع كتابيا، لأن مبدأ المواجهة يكون قد احترم في الحالات فقط التي يتم فيها أيصال حجج وأدله الخصوم إلى كل المحكمين، ويجب أن يتم تقديم المذكرات قبل ختام المحاكمة وإلا جاز لهيئة التحكيم صرف النظر عنها، ويجب سماع الخصوم من كامل هيئة التحكيم إذا كانت متعددة، إذ لا يكتمل ولا يتحقق مبدأ المواجهة

(1) CA Paris, 12 juill. 1971, op. cit., p. 74.

(2) CA Paris, 3 dec. 2002, op. cit., p. 931.

(3) CA Paris, 22 mars 1965, Rev. Arb., 1966, p. 107.

إلا إذا وصلت حجج الخصوم إلى جميع المحكمين. وهذه القاعدة لا تلزم إشراك جميع المحكمين في التحقيق، وإنما يجب تمكين جميع المحكمين بأي طريقة كانت من الوقوف علي جميع عناصر الملف والمذكرات الأطراف، ولا يمكن لهيئة التحكيم أن تصدر حكما صحيحا إذا بقي أحد أطرافها علي جهل بعناصر علم بها المحكمون الآخرون[١]. كما يجب إعطاء الخصوم الوقت الكافي لتقديم مذكرات الخصوم.

ويجب عند مخالفة مبدا المواجهة أن يدفع الخصم بذلك، فقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أنه عدم دفع الخصم بمخالفة مبدأ المواجهة أمام هيئة التحكيم، قد يأخذ منه علي أنه قرينة علي التنازل عن هذا الدفع في دعوي البطلان[٢].

٤. حق الخصم في مناقشة الأدلة

يقتضي مبدأ المواجهة التزام علي المحكم هو ألا يؤسس حكمه علي وقائع خارج نطاق المناقشة أو المرافعة[٣]، وقد نص المادة ٢ مرافعات فرنسي علي هذا الالتزام ليس فقط بالنسبة للوقائع، ولكن بالنسبة لكافة الوسائل، سواء التي أثارها الخصوم أو أثارها المحكم، وبشرط أن تكون قد نوقشت حضوريا وفي المواجهة[٤]، فقد نصت هذه المادة علي أنه علي المحكم أن يطرح علي الخصوم كل ما جمعه من أدلة أثناء نظر النزاع، وكل ما يستند إليه من نصوص قانونية حتي تكون محلا للمناقشة بينهم.

---

(1) Cass., 31 janv. 1979, Rev. Arb., 1979, p. 366.

(2) B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 213.

(3) CA Paris, 13 mars 1973, op. cit., p.176. CA Paris, 3 dec. 2002, op. cit., p. 931.

(٤) د/ طلعت محمد دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص ٢١١.

وإذا كان مبدأ المواجهة يستوجب أن يخضع كل ما يجمعه المحكم من مسائل واقع وقانون للمناقشة من ذوي الشأن كأول مراحل الخصومة، فالمبدأ يفرض نفسه وبصورة واضحة في مرحلة الإثبات لخطورة هذه المرحلة، فمثلا لو أمر المحكم بندب خبير تعين منح الخصوم فرصة العلم بمضمون التقرير لمناقشة نتائجة، والا يكون قد خالف مبدأ المواجهة لاعتداده بعناصر وقائع لم يمنح الخصوم فرصة لمناقشتها[١]. ويجب علي المحكم أن يمنح الخصوم مناقشة وسائل القانون، خاصة تلك التي يثيرها من تلقاء نفسه، سواء تعلقت بالنظام العام أو لا تتعلق به، بل ولو كانت وسيلة واقع آثارها الخصوم ولكنهم لم يتمسكوا بها صراحة، فيجب أن يخضع كل ذلك للمناقشة قبل إصدار الحكم[٢].

ويجب علي المحكمة أن يحترم مبدأ المواجهة إذا استند في حكمه إلى معلوماته الشخصية، فلا يقضي بعلمه الشخصي عن وقائع تتعلق بالنزاع الذي ينظره، إلا إذا كان قد واجه الخصوم بها[٣]. وقد حكم في فرنسا بأنه يمكن للمحكم أن يجمع معلومات من خارج نطاق الأطراف، طالما أنها معلومات عامه[٤]. ومبدأ المواجهة يجب أن يراعي حتي في استعمال المحكم معلوماته العامة بصورة مجردة لأجل تقدير الموضوع المتنازع عليه، وقد حكم بأنه إذا كان من حق المحكم استيفاء معلوماته من رجل

(1) CA Paris, 18/1/1983, Rev. Arb., 1984, p.87.

(٢) د/ علي بركات، خصومة التحكيم في المصري والقانون المقارن، مرجع سابق، بند ٣١٤، ص ٣١٠.

(٣) الاشارة السابقة، ص ٣١٠.

(4) CA Paris, 24 oct. 1980, op. cit., p. 54, note fouchard.

متخصص بدون علم الخصوم حلول الأثر الذي يترتب علي طريقة حساب مؤشر الأسعار، فذلك بشرط أن يكون الخصوم قد مكنوا من مناقشة هذه المعلومات[١].

ويقتضي هذا الحق الاتي:

- **حق كل خصم بأن يناقش وجاهيا مستندات ومطالب خصمه**:

مبدأ المواجهة يستلزم أن يتقيد المحكم به ويفرض علي الخصوم التقيد به[٢]، وهو يستلزم إبراز المستندات حتي يمكن للخصم الآخر مناقشتها وإبداء ملاحظاته عليها في الوقت المناسب[٣]. ويجب علي المحكم أن ينظم كيفية تبادل المستندات[٤]، وأن يرفض أي مستند لا يتم إعلانه للخصم الآخر، وكل إخلال بهذا الالتزام يعرض الحكم للبطلان[٥]. ويترتب علي ذلك إذا تم سماع كل خصم في جلسة منفردة، ولم يجر أي إعلان لباقي الخصوم بأقواله يخالف مبدأ المواجه ويؤدي إلى بطلان الحكم، والواقع أن إقامه الدليل علي عدم إبلاغ المستند المقدم قد يكون صعبا، خاصة وأن القضاء يقرر قرينة في هذا المعني تقضي بأن كل مستند أشير إليه في القرار يفترض أنه قد جري إبلاغه[٦].

---

(1) Id.

(2) CA Paris, 3 dec. 2002, op. cit., p. 931.

(3) CA Paris,24avril 1980, Rev. Arb., 1981, p. 177.

(4) CA Paris, 13 nouv. 1980, op. cit., p. 12, CA Paris, 24 oct. 1991, op. cit., p.110. CA Pris, 1995, op. cit., , p. 530, obs. L.K.

(5) CA Paris, 13 nouv. 1980, id., CA Paris, 24 oct. 1991, id.

(٦) د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية،المرجع السباق، ص ١٥٧.

- **حق كل خصم في مناقشة عناصر الواقع والقانون التي تلقاها وأثارها المحكم**:[١]

يجب تطبيق مبدأ المواجهة في كل مراحل الخصومة، لأنه من المبادئ الأساسية في كل أنواع الخصومات، وتشكل أساس لمبدأ احترام حقوق الدفاع، ويترتب عليها ضرورة حضور الخصمين لمناقشة جميع عناصر الخصومة، ويطبق ذلك علي كل أعمال الخصومة، سواء كان تحقيقا أو خبره أو معأينة، ويكفي أن تضع هيئة التحكيم الخصوم في موضوع يمكنهم من مناقشة ذلك. ويجب احترام مبدأ المواجهة والمساواة في خصوص ما يقوم به الخبير من أعمال، يجب أن يحضر الأطراف أو ممثلوهم، كل إجراء يتخذه أو اجتماع يعقده، وأي اتصال بين الخبير وهيئة التحكيم يجب أن يحاط به الأطراف، كما أن لهم مناقشة الخبير في أعماله وإبداء ملاحظاتهم عليها، كما أن لهيئة التحكيم استداعاء الخبير لجلسة تحددها وتقوم هي والأطراف بمناقشة الخبير في تقريره. وهذا ما اخذ به القانون المصري للتحكيم في المادة ٣٦ تحكيم، وقد تبنت ذلك المادة ٢٠ من لائحة غرفة التجارية الدولية باريس ١٩٩٨. والمادة ٣٦ من قواعد اليونسيترال لعام ١٩٧٦.

ويلاحظ أن المبادئ العامة للخصومة تفرض علي المحكم والقاضي أن لا يستند في حكمه إلى اسباب قانونية أثارها من تلقاء نفسه دون أن يدعو الخصوم مقدما إلى تقديم ملاحظاتهم بشأنها، ويطبق هذا المبدأ عندما تكون القاعدة المثارة هي عرف اعتبرها القرار عينه معادلا لقاعدة قانونية[٢].

---

(1) CA Paris,21 mars 1963, Rev, Arb., 1963, p. 21

(٢) د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية،المرجع السباق، ص ١٥٨.

وهناك خلاف في الفقه[١] حول ضرورة تبادل وسائل الدفاع القانونية ومصادر القانون كالعرف والعادة وهل يجب علي المحكم اطلاع كل خصم علي ما استند إليه خصمه؟ هناك رأي يري أن هذه الوسائل غير ملزمة للمحكم، وبالتالي فهو غير ملزم بتبادلها مع الخصوم، لأنه يفترض علم الكافة بها. وهناك رأي آخر يلزم المحكمين بتبادلها لأن مجرد إبدائها قد يؤثر في رأي المحكم. وهناك رأي آخر يلزم المحكمين بتبادلها لأن مجرد إبدائها قد يؤثر في رأي المحكم.

وخلاصة القول، تحقيقا لمبدأ المواجهة يجب إخطار الخصوم بميعاد ومكان الانتقال للمعأينة، ليتمكن الطرفان أو من يمثلهما من الحضور وقت المعأينة، ويكون لكل طرف لفت انتباه المحكم إلى ما أغفل عنه، ويجب علي الهيئة تحرير محضر بالمعأينة، وتمكن الأطراف من مناقشة النتائج التي توصل إليها المحكمون من هذه المعأينة. وذلك حتي لا يتعرض الحكم الصادر للبطلان. وهذا ما قضت به محكمة استئناف القاهرة، بقولها بأن المعأينة التي استندت إليها هيئة التحكيم في حكمها لن يتم تحرير محضر بشأنها، وإنما اكتفت الهيئة بإرسال خطاب يشير فيها إلى حصول المعأينة وما تم فيها، غير أن الخطاب جاء في صياغة عامة ومجهولة لا تحقق الغأية التي من أجلها اشترط المشرع تحرير محضر تبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعأينة ويوقعه كاتب حضر إجراءاتها، وحكم التحكيم الذي استند إلى هذه المعأينة يكون باطلا لوقوع بطلان في الإجراءات أثر في الحكم عملا بالمادة ٥٤ تحكيم[٢].

(١) د/ محمود حسن شعيب، النظام القانوني لخصومة التحكيم في ضوء قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي وقانون التحكيم المصري، المرجع السابق، ص ١٨٢.

(٢) استئناف القاهرة، د. ٩١ تجاري، ٢٠٠٣/٥/٢٨، سابق الاشارة.

الفرع الثاني
التزام هيئة التحكيم بمراعاة حقوق الدفاع

حرية ممارسة الدفاع من أهم ضمانات التقاضي المقررة لصالح كل من المدعي والمدعي عليه، وذلك لأنه يتيح لكل منهما تقديم الاسانيد المثبتة لدعواه أو دفوعه، أو التي تدحض أدلة خصمه الموجهة ضده، وذلك من خلال استخدام كل منهما حقه في الدفع والإثبات والمرافعة الشفوية أو الكتابة[١].

وقد نصت المادة ٣٣ تحكيم علي إلزام هيئة التحكيم بعقد جلسات مرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوي وعرض حججه وأدلته، وللحق الحق في طلب عقد جلسة مرافعة ولهيئة التحكيم أن تستجيب لهذا الطلب إن كان هناك ما يبرر ذلك، وله الحق في أن يستعين بمن يراه أقدر علي أيصال ما يريده إلى هيئة التحكيم[٢].

ويري الفقه أن حق الدفاع صابر يعبر عنه بحرية الدفاع، وليس مجرد حق، وذلك لأهميته البالغة[٣]، فهو حق عام يجب احترامه في جميع الحالات التي يفصل فيها شخص في نزاع، سواء كانت المختصة محكمة قضائية أو هيئة تحكيم[٤]. وحق الدفاع يجب أن يكون مكفولا من جانب هيئة التحكيم، فحق الدفاع يعد التزاما علي هيئة التحكيم، فيجب عليه تمكين جميع الخصوم من ممارسته أثناء اتخاذ جميع إجراءات الخصومة.

---

(١) د/ أمال الفزايري، ضمانات التقاضي، منشأة المعارف، ١٩٩٠، ص ٦٩.

(٢) د/ محمد علي عويضه، حق الدفاع كضمانه إجرائية في خصومة التحكيم، منشاة المعارف، ٢٠٠٨، ص ١٣٥.

(٣) د/ أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، ١٩٧٨ص ٣٧٦.

(٤) د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص ٢٨٠.

سنشير إلى ماهية حقوق الدفاع، وأنواع حقوق الدفاع، ومقتضياته، وتطبيقات حقوق الدفاع، وذلك في النقاط الآتية:

أولا: ماهية حقوق الدفاع

سنشير إلى تعريف حقوق الدفاع، والأساس القانوني لحقوق الدفاع، والتمييز بين حقوق الدفاع وبعض الحقوق الإجرائية الآخرى، وذلك في النقاط الآتية:

١- تعريف حقوق الدفاع

ليس من السهل وضع تعريف محدد ودقيق لمفهوم حق الدفاع، ولكن المفهوم التقليدي له ينصرف إلى حق الخصم في أن يسمع المحكم وجهة نظره[١]، و إلى تمكين الخصم من مناقشة الخصم الآخر فيما قدمه من وسائل دفاع وأدله إثبات في الخصومة[٢]. ويري البعض أن حق الدفاع هو مجموعة من المكنات أو الرخص المخولة للخصم والتي ترمي إلى تكوين الرأي القضائي لصالحه[٣]. ويري جانب أخر من الفقه أن حق الدفاع هو قدرة كل طرف علي إبداء وجهة نظره أمام القضاء[٤]. فحق الدفاع يقتضي تمكن الخصم من الإدلاء بما يعن له من طلبات ودفوع، وتمكينه من إثبات ما يدعيه، وتمكين الخصم الآخر من نفيه، ويستوي أن يستخدم الخصوم حق الدفاع أم لا طالما منح الفرصة لاستخدامه[٥]. وذلك بمنح كل خصم من الخصوم الفرص

(١) د/ عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٠، ص ٢٦٠.
(٢) د/ أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص ١١٣.
(٣) د/ وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٤٤٤.
(٤) الاشارة السابقة.
(٥) د/ سيد أحمد محمود، التقاضي بقضيه وبدون قضيه في المواد المدنية والتجاريه، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ٢٣٢، د/ عاشورة مبروك، التحكيم،المبادىء التى تحكم خصومة التحكيم، دار الفكر والقانون، ٢٠١٤، ص ٢٩٨.

والمهل اللازمة أو المناسبة لعرض ادعاءاته أو دفاعه وما لديه من أدله[١]. فهذا الحق يقتضي ألا يصدر المحكم حكمه في القضية إلا بعد سماع دفاع جميع الأطراف عن حقوقهم حتي يتمكن من الوقوف علي الحقيقة. ومع مراعاة أن استعمال هذا الحق يتحدد بالقدر اللازم للغرض منه. ومن المتفق عليه أن صيانة حق الدفاع لا يحول دون تنظيم المحكم لاستعماله.

وحقوق الدفاع تقتضي إتاحة الفرصة الكاملة لكلا الخصمين في المثول أمام هيئة التحكيم لشرح ادعاءاتهم وتفنيد مزاعم الخصم الآخر، وهذا يقتضي الاطلاع علي ما قدمه خصمه من مذكرات أو مستندات وحجج، ومنحه الفرصة الكافية للرد علي المذكرات أو المستندات والطلبات المقدمة من خصمه[٢].

الواقع أن جميع التعريفات تدور حقوق تمكين كل خصم من الإدلاء بما يعن له من طلبات ودفوع وتمكينه من إثبات ما يدعيه[٣]، وتمكين الخصم الآخر من نفيه. ويكفي أن يمكن الخصم من ابداء وجهة نظره وأوجه دفاعه، واتاحة الفرصة له لاستخدام كل حقوق دفاعه. ويقتضي ممارسة حقوق الدفاع[٤]، أن يعلن الخصم بقيام

---

(١) انظر د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، رقم ٢٦٠، وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص ٢٤١.

(٢) د/ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، بند ١٦٧، ص ٢٤٤، د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، بند ١٦٠، ص ٣٠٦، د/ أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص ٢٠٢. د/ أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة ١٩٩٨، ص ٢٥٤.

(3) CA Paris, 24 mai 1874, op. cit., p. 246. CA Paris, 10 nouv. 1989, op. cit., p. 651, obs. Pellerin, CA paris, 11 juill. 1991, op. cit., p. 671, obs. Loquin, CA Paris, 13 mars 1992, op. cit., p. 107, obs. Jarrosson, CA Paris, 13 nouv. 1997, op. cit., p. 719, obs. Derains.

(4) CA Paris, 10 nouv. 1989 op. cit., p. 651, obs. Pellerin, CA paris, 11 juill. 1991, op. cit., p. 671, obs. Loquin, CA Paris, 13 mars 1992, op. cit., p. =

خصومة التحكيم، وأن يمنح فرصة للحضور لتمكينه من تحضير دفاعه، كذلك لا يجوز للمحكم ان يقضي بعلمه الشخصي وأن يلتزم بالحياد. ويلتزم المحكم بالرد علي أوجه دفاع الخصم أثناء التسبيب، وذلك احترام لحق الدفاع(١).

في القانون المصري يعد حق الدفاع حق من الحقوق المتعلقة بالنظام العام، وهذا الحق نص عليه الدستور، وذلك لأهميته. فنصت المادة ٦٩ علي حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول، وقد نظم قانون المرافعات المصري ضمانات هذا الحق منذ بدء الخصومة حتي انتهائها. وفي فرنسا يعد مبدأ احترام حقوق الدفاع من المبادئ الجوهرية في النظام القضائي(٢)، فهذا الحق يعد حقا طبيعيا، وقد أكدت ذلك محكمة النقض الفرنسية هذه النظرة منذو القرن التاسع عشر(٣). وقد نظم قانون المرافعات الفرنسي إجراءات الخصومة علي أساس احترام مبدأ المواجهة بين الخصوم واحترام حقوق الدفاع، بحيث يتمكن كل الخصوم من عرض دفاع ودفوعه، كما يتيح مبدأ المواجهة بين الخصوم للقاضي الوقوف علي وجه الحق في الدعوي، وذلك من خلال مقارنة الأدلة المقدمة من كل خصم، وقد تتضمن قانون المرافعات الفرنسي العديد من النصوص التي تستوجب احترام حقوق الدفاع، فنصت المواد ١٤الي ١٧ علي ضرورة

=

107, obs. Jarrosson, CA Paris, 13 nouv. 1997, op. cit., p. 719, obs. Derains.

(١) د/ وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم امام القضاء المدين، مجلة العلو القانونية والاقتصاديه، ١٩٧٦،ع١، ص ١٣٠.

(2) CA Paris, 10 nouv. 1989, op. cit., p. 651, obs. Pellerin, CA paris, 11 juill. 1991, op. cit., p. 671, obs. Loquin, CA Paris, 13 mars 1992, op. cit., p. 107, obs. Jarrosson, CA Paris, 13 nouv. 1997, op. cit., p. 719, obs. Derains.

(3) Cass. Civ., 7 mai 1828, S. 1828, I, 93. cité par, Gerard couchez, procédure civil, 12e éd., Armand colin,p. 239.

حقوق الدفاع، وذلك في جميع مراحل الخصومة، سواء مرحلة البدء أو مرحلة التحقيق أو مرحلة المرافعة الشفوية أو مرحلة إعداد الحكم(١).

ويتميز حق الدفاع بأنه حق عام وشامل، فهو حق عام لأنه يطبق علي جميع أنواع المنازعات وأمام جميع الجهات التي تفصل في نزاع أو تحقق في النزاع، وحق شامل وذلك لأن يجب احترامه في كافة مراحل الخصومة، سواء أكانت مرحلة افتتاح الخصومة أو مرحلة سيرها أو المرحلة الختامية.

ويقوم حق الدفاع علي أساس عملية الاستنباط الفعلي والمنطقي التي يمارسها كل خصم في مواجهة الخصم الآخر، مثل الرد علي الحجة ورد الرد، وإبراز وجه التناقض في أقوال الخصم الآخر(٢). فحق الدفاع هو حق للمدعي في الدفاع عن دعواه وحق المدعي عليه في الدفاع للرد علي الدعوي المرفوعة ضده، وتمكين المدعي والمدعي عليه من تقديم كافة الدفوع والأسانيد المثبتة لحق كل منهما، وسماع وجهة نظر الخصوم في الطلبات والدفاع، ومنحهم الوقت الكاف للاطلاع وسماع ردهم وتحقيق دفاعهم(٣).

٢- الأساس القانوني لحق الدفاع

يلاحظ أن التزام المحكم باحترام حقوق الدفاع، نصت عليه العديد من التشريعات الوطنية(٤) والاتفاقيات الدولية، ورتبت البطلان علي مخالفة

(١) انظر المواد: ٢٤، ١٣٢، ١٣٣، ١٣٤، ١٣٥، ١٣٦، ١٣٧، ٤٩٦، ٧٥٢ من قانون الإجراءات الفرنسي الجديد.

(٢) د/ طلعت محمد دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، المرجع السابق، ص ١٧٠.

(٣) د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية،المرجع السباق، ص ١٥٤.

(4) CA Paris, 10 nouv. 1989, op. cit., p. 651, obs. Pellerin, CA paris, 11 juill. 1991, op. cit., p. 671, obs. Loquin, CA Paris, 13 mars 1992, op. cit., p. 107, obs. Jarrosson, CA Paris, 13 nouv. 1997, op. cit., p. 719, obs. Derains.

ذلك الحق، وذلك لأنه يعد أهم أسس التقاضي، فهو من الحقوق الأساسية التي لا يمكن إنكارها[١].

ولقد تعددت النظريات في تحديد الأساس القانوني لحق الدفاع، فالبعض أسس حق الدفاع علي أساس المبادئ العامة، والبعض الآخر اسس حق الدفاع علي أساس القانون الطبيعي، ويري البعض أن أساس حق الدفاع هو النص عليه في الدستور.

- **حق الدفاع تقرره المبادئ القانونية العامة**

هناك مبادئ عامة تحكم القواعد القانونية، وتعد أصول عامة للتقاضي، وهذه المبادئ تتعلق بالعدالة، وظهرت نتيجة لما جري عليه الواقع العملي، فالقضاء والفقه كان لهما الدور في تحديد هذه القواعد بناء علي ما يستشعر القضاء والفقه من حاسة الشعور بالقانون ومتطلبات العدالة.

ويقتضي المبادئ العامة التي تحكم نظام العدالة، تمكين كل شخص من الدفاع علي حقوقه أمام القاضي أو المحكم، واتاحه الفرصة له لمناقشة دفاع ودفوع الخصم الآخر، وهذا الحق يهدف إلى تحقيق المساواة في المراكز الإجرائية بين الخصوم، وهو أحد المبادئ القانونية العامة التي تتقرر ولو لم ينص عليه صراحة، لأنه مبدأ لا غنى عنه في أي نظام تسوده فلسفه سياسية تقوم علي الديمقراطية[٢].

(١) د/ منير يوسف حامد المناصير، سلطة المحكم في الإثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ١٤٨.

(٢) د/ عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره اهم تطبيق لحق الدفاع، المرجع السابق، ص ١٣.

- **حق الدفاع يقرره القانون الطبيعي**

يذهب البعض إلى أن أساس حق الدفاع هو القانون الطبيعي[١]، وتقوم فكرة القانون الطبيعي علي أساس أن هناك قواعد ذات قيمة قانونية عالمية، وهذه القواعد ترتكز علي الضمير الإنساني. وأن فكرة العادلة تتجاوز مفهوم القانون، وأن مهمة رجل القانون هي السعي إلى تحقيق العدالة. وقواعد القانون الطبيعي ثابته لا تتغير في الزمان ولا المكان وتعلو علي القواعد الموضوعية. وذهب البعض إلى أطلاق مسمي آخر علي هذه القواعد هو القواعد العامة، بحيث يترادف الاصطلاحان. بينما فرق بينهم البعض، وذلك لان المبادئ العامة شيئ مختلف لأنها مبادئ وضعية، وليست مبادئ فلسفية[٢].

ويلاحظ أن هناك قواعد نتجت عن القانون الطبيعي، منها قاعدة ألا يكون القاضي خصما وحكما، ومنها عدم الحكم علي شخص دون أن يسمع دفاعه، فمثل هذه الحقوق التي تثبت للإنسان لمجرد كونه انسانا وهي تسمي بحق الدفاع الذي يعد أصلا من أصول علم الإجراءات.

- **الأساس الدستوري لحق الدفاع**

يعد حق الدفاع من المبادئ الدستورية، وتنظيم القانون لهذا المبدأ يعد تكملة لمبدأ دستوري، حيث نص الدستور المصري علي حق الدفاع في المادة ٦٩ علي أن "

---

(1) Charmont, La reconnaissance du droit naturel, 2 éd., Paris, 1927, p. 80, BARRET-KRIEGEL B. Les droits de l'homme et le droit natural, Paris, PUF, 1989, p. 41.

(٢) د/ عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع، المرجع السابق، ص ١٤.

حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول"، ويلا حظ علي هذا النص أنه موجز، وبعض الدساتير نصت علي هذا الحق بالتفصل مثل الدستور اليوناني، في المادة ١٢٠ علي أن " لكل فرد الحق في أن يجد حمأية قانونية أمام المحاكم وأن يستطيع عرض وجهة نظره التي تدعم حقوقه أمامها وأن يعرض مصالحه التي تتوافق مع نصوص القانون، ومن حق كل صاحب شأن أن يسمع قبل صدور الحكم، وهو حكم يطبق علي كل دعوي أو إجراء إداري يكون من شأن التأثير علي حقوقه أو مصالحه.

وقد اتجهت بعض التشريعات إلى النص علي هذا الحق في الدستور أو في التشريع، والبعض نص علي تطبيقا لهذا الحق في اماكن متفرقة من التشريع.

وهناك إجماع في الفقه الإجرائي علي أن مبدأ احترام حق الدفاع مبدأ أساسي ثابت وأنه ضمان لحسن أداء العدالة[١]. وإذا لم ينظم القانون حق الدفاع بصورة كاملة فإن الالتجاء إلى حقوق الدفاع وتنظيمها إنما يكون بهدف تكملة مبدأ دستوري وليس مجرد سند نقص في التشريع، فكل ما يضمن حقوق الدفاع هو مبدأ ذو قيمة دستورية.

٣- التمييز بين حقوق الدفاع وبعض الحقوق الإجرائية الآخرى:

سنشير إلى حق الدفاع ومبدأ المواجهة، وحق الدفاع ومبدأ المساواة.

- **حق الدفاع ومبدأ المواجهة.**

من مقتضيات مفهوم حق الدفاع أن يناقش الخصم ما يقدمه الخصم الآخر من دفاع في الخصومة توصلا لدحضه واقناع المحكم بإصدار حكم لصالحه[٢]. ولكي يتمكن

(١) الاشارة السابقة.

(٢) د/ عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع، المرجع السابق، ص ٦.

الخصم من الدفاع فيجب أن يمنح الحق في العلم[١] بما لدي الخصم الآخر من ادعاءات ووسائل دفاع قانونية وحجج ومستندات، وهذا ما يطلق عليه مبدأ المواجهة.

ويتضمن حق الدفاع تطبيقات عديدة تستهدف تحقيق غأيته، ويعد مبدأ المواجهة من أهم تطبيقاته[٢]. ويقصد بمبدأ المواجهة العلم بما لدي الخصم الآخر من وسائل دفاع وغيرها[٣]، وأن يكون هذا العلم في وقت نافع يسمح للخصم الآخر بتنظيم دفاعه في الرد[٤].

ولقد خط البعض بين مبدأ المواجهة وحق الدفاع[٥]، وذلك لأنه يقصد بحق الدفاع، حق كل خصم في أن يسمع أمام القاضي كي يعرض ادعاءته ووسائل دفاعه وأن يفند ادعاءات الخصم الآخر ووسائل دفاعه. واتجاه آخر يري أن حق مبدأ المواجهة مجرد تطبيق من تطبيقات حق الدفاع، وذلك للأتي: أولا: أن المواجهة هي أداة فنية إجرائية تهدف إلى تحقيق مبدأ أكثر عمومية وهو احترام حق الدفاع، وثانيا: أن احترام المواجهة لا يكفي وحده لاحترام حق الدفاع فهذا الحق لا يحترم إلا إذا احترمت كافة تطبيقاته[٦]. ولا شك في أن المواجهة بين الخصوم تمكن الخصم من

---

(1) CA Paris, 21 nov. 1967, op. cit.,p. 122.

(٢) د/ عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع، المرجع السابق، ص ٢.

(3) CA Paris, 21 nov. 1967, op. cit., p. 122.

(٤) د/ عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع، المرجع السابق، ص ٢.

CA Paris, 21 nov. 1967, op. cit., p. 122.

(5) Emmanuel Blanc, principes generaux de la nouvelle procedure civile, JCP, 1973, 2559.

(٦) د/ عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره اهم تطبيق لحق الدفاع، المرجع السابق، ص ٢٠.

الوقوف علي طلبات ودفاع خصمه وبالتالي تتاح له فرصة الرد عليه[١]. مع ذلك فإنه حق المواجهة مختلف عن حق الدفاع، كل من المبدأين لا يغني أحدهما عن الآخر، فهناك ارتباط بينهما، فكلاهما من ضمانات التقاضي الجوهرية[٢]. ويلاحظ أن هناك ارتباطا بين المبدأين من حيث الوسيلة، بمعني أن المواجهة بين الخصوم هي الوسيلة المباشرة لاحترام مبدأ حق الدفاع[٣].

وقد ربط المشرع المصري ممارسة حق الدفاع بمبدأ المواجهة، وتطبيقا لذلك، لا يجوز الحكم علي شخص إلا بعد سماع دفاعه أو علي الأقل منحه الفرصة للازمة أو المناسبة لإبداء دفاعه. ولذلك يجب عند نشأ الخصومة إعلان المدعي عليه بالحضور، لإبداء دفاعه، ويكون المدعي عليه أخر من يتكلم(مادة ١٠٢ مرافعات). ويتم تمكن الخصم من العلم عن طريق الإعلان أو الاطلاع أو المواجهة الشفوية في الجلسة[٤]. ولا يجو للهيئة التحكيم أن تسمع الخصم أو دفاعه إلا بعد حضور خصمه أو علي الاقل دعوته للحضور، وبالتالي لا يجوز للمدعي أن يبدي في الجلسة التي تخلف فيها المدعي عليها طلبات جديده أو أن يعدل أو يزيد أو ينقص في طلباته الأولي، ومن ناحية أخري لا يجوز للمدعي عليه أن يطلب في غيبة المدعي الحكم عليه بطلب ما (مادة ٨٣

(1) CA Paris, 2 fev. 1988, op. cit., p. 62, note Couchez, Cass. Civ., 2e, 10 nov. 1998, op. cit.,p. 1.S.

(٢) د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني،المرجع السابق، ط ١٩٩٣، ص ٩٢٠، عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، المرجع السابق، ص ٢٨٧، د/ محي الدين علم الدين، احترام مبدأ المواجهة في التحكيم، الأهرام الاقتصادي، العدد ١٤١٢، بتاريخ ١/٢٩/ ١٩٩٦، ص ٦١، والعدد ١٤١٣، بتاريخ ٥/٢/ ١٩٩٦، ص ٥٥.

(٣) د/ أمال الفزايري، ضمانات التقاضي، المرجع السابق، ص ٧٢.

(4) CA Paris, 13 nouv. 1980, op. cit., p. 12, CA Paris, 24 oct. 1991, op. cit., p.110. CA Paris, 21 nov. 1967,op. cit.,p. 122.

مرافعات). ولا يجوز للمحكم في مرحلة المداولة أن تسمع خصم بدون حضور الخصم الآخر أو تسمح بقبول أوراق أو مذكرات دون اطلاع الخصم الآخر وتمكنيه من الرد عليها، وإلا كان العمل باطلا (ماد ١٦٨ مرافعات).

- **حق الدفاع ومبدأ المساواة**

يعد حق الدفاع من أهم الضمانات التي يجب توافرها لتحقيق المحاكمة العادلة. وتحقيق حق الدفاع يؤدي إلى تحقيق المساواة في المراكز الإجرائية للخصوم أمام المحكم، وحيث تختل هذه المساواة تختل فكرة العدالة ذاتها(١). كما أن الإخلال بحق الدفاع يؤدي إلى أوخم العواقب علي المجتمع، لأنه يجعل القواعد الموضوعية التي تنظيم العلاقات بين الأفراد لا قيمة لها. كما أنه يؤثر سلبا علي نظام التحكيم. ويري البعض أن مبدأ احترام حقوق الدفاع نتيجة مباشرة لمبدأ المساواة بين أطراف التحكيم(٢).

ويقتضي مبدأ المساواة بين الخصوم أمام هيئة التحكيم، أن تعامل طرفي التحكيم علي قدم المساواة دون تفريق بينهما أو تمييز(٣). والمساواة بين الأطراف أمر بديهي لا يحتاج إلى نصوص تقرره لأنه سمة من سمات العدل التي لا يتصور أن تنفصل عنه، والمحكم عندما يساوي بين الأطراف يمنح حكمه صفة القبول والرضا لدي أطراف التحكيم(٤).

---

(١) د/ عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره اهم تطبيق لحق الدفاع، المرجع السابق، ص ٢.

(٢) د/ محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق السابق، بند ١٨٣، ص ٢٦٢، د/ طلعت محمد دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، المرجع السابق، ص ١٦٥.

(3) Ph. Pinsolle et R. Kreindler, les limites du role de la volonte des parties dans la conduit de l'instance arbitrale, Rev. Arb., 2003, p. 60.

(4) S. Guinchard, L'arbitrage et le respect du principe du contradictoire, Rev. Arb., 1997, p.1.

ثانيا: انواع حقوق الدفاع

تتميز حقوق الدفاع بأن مضمونها تمكين الخصم من تقديم مادة دفاعه إلى المحكم، ولذا فإن واجب المحكم باحترام هذه الحقوق لا يقف عند تمكين الخصم من مباشرة هذه الحقوق أثناء الخصومة، وإنما يمتد إلى وجوب الاعتداد بها في الحكم.

في الواقع يقسم بعض الفقه[١] حقوق الدفاع إلى حقوق دفاع أساسية: ومضمونها تمكين الخصم من تقديم مادة دفاعه إلى المحكم، وهذه الحقوق هي (الحق في الدفع ـ الحق في الإثبات ـ الحق في المرافعة)، والنوع الثاني: حقوق دفاع مساعدة: ومضمونها تمكين الخصم من إعداد دفاعه وتقديمه، وهذه الحقوق هي: حق الخصم في العلم بإجراءات الخصومة بالوسيلة التي يحددها القانون[٢]، وحق الحضور وحق الاستعانة بمحام، وحق التأجيل للاستعداد وحق الإعلان، وهذه الحقوق الأخير تعتبر من وسائل حق العلم أو المواجهة[٣].

سنشير إلى حقوق الدفاع الأساسية، وحقوق الدافع المساعدة، وذلك في النقاط الآتية:

أ- حقوق الدفاع الأساسية

وتتنوع هذه الحقوق إلى: الحق في الدفع والحق في الإثبات، والحق المرافعة.

الدفوع

وتتنوع الدفوع إلى الآتي: دفوع الإجرائية أو الشكلية، ودفوع موضوعيه، ودفوع بعدم القبول

---

(١) د/ محمود حسن شعيب، النظام القانوني لخصومة التحكيم في ضوء قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي وقانون التحكيم المصري، المرجع السابق،ص ١٨٣.

(2) CA Paris, 21 nov. 1967, op. cit., p. 122.

(٣) د/ وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، المرجع السابق، ص ٢٤٢.

الدفوع الشكلية أو الإجرائية:

هي التي تتعلق باعتراض الخصم علي الإجراءات عن طريق تأكيد واقعة تؤثر في وجودها أو صحتها أو سيرها، وتهدف هذه الدفوع إلى استصدار حكم ينهي الخصومة دون الفصل في موضوعها[١]. وترمي هذه الدفوع إلى تعطيل نظر موضوع القضية أو منعه لسبب يتعلق باختصاص هيئة التحكيم أو بإجراءات الخصومة[٢].

الدفوع الموضوعية:

ويقصد بالدفوع الموضوعية كل ما يعترض به المدعي عليه علي الحق المطلوب حمأيته من المدعي، أو هو سلطة المدعي عليه في تأكيد واقعة مانعة أو منهية للواقعة المنشئة التي أكدها المدعي، وليس من شأنها رفض الدعوي ما لم يتمسك بها المدعي عليه[٣]، وهي التي تتعلق باعتراض الخصم علي موضوع الحق المدعي به عن طريق انكاره أو تأكيد واقعة تؤثر في وجوده أو استحقاقه أو مقداره.

ولهذا الدفوع ثلاثة صور.

الصورة الأولي: أن ينكر المدعي عليه الوقائع التي يتمسك بها المدعي، كما لو أنكر المدعي عليه العقد مصدر الالتزام، أو إنكر أنه يلتزم بشئ وفقا لهذا العقد.

---

(١) د/ وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم امام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والاقتصاديه، ص ١١٦.

(٢) د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، بند ٢٨٤.

(٣) الإشارة السابقة

الصورة الثانية: أن يتمسك المدعي عليه بواقعة معاصرة لنشأة الواقعة التي يتمسك بها المدعي من شأنها منع هذه الواقعة الأخيرة من إنتاج كل أو بعض آثارها القانونية. كما لو تمسك المدعي عليه بصورية العقد أو بإبطاله للغلط.

الصورة الثالثة: أن يتمسك المدعي عليه بواقعة من شأنها إنهاء آثار الواقعة التي يتمسك بها المدعي. كما لو تمسك المدعي عليه بالوفاء بالالتزام.

ويجب علي المدعي عليه أن يثبت إنكاره للوقائع التي يتمسك بها المدعي حتي يكون محل نظر من المحكم، ولكن مجرد الإنكار بدون إثبات لا يعتبر من قبيل الدفاع في القضية، ويلاحظ أن هناك وقائع لا يمكن للمحكم أن ينظرها إلا إذا طلب الخصم الدفع بنقص الأهلية أو التدليس أو الغلط. وتتميز وسائل الدفاع الموضوعي بأنها ليست واردة علي سبيل الحصر، حيث لم ينص القانون علي ترتيب معين بينها أو علي وجوب إبدائها في وقت معين. حيث لا يؤدي تأخير أحدها إلى سقوط الحق فيها. كما يمكن التمسك بها في أية حالة كانت عليها الخصومة ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.

الدفع بعدم القبول:

وهو عبارة عن اعتراض الخصم علي ما يسمي بحث الدعوي، وتتضمن تأكيد بعدم توافر شرط من الشروط الدعوي.

الحق في الإثبات:

وهو حق الخصم في تقديم الأدلة المثبتة لدعواه أو دفوعه وفي دحض أدلة خصمه[1]، ويقتضي حق الإثبات حق الخصم في إقامة الدليل أمام القضاء علي وجود

(١) د/ عبد الباسط جميعي، نظام الإثبات في القانون المدني المصري، ط٢، ١٩٥٣، بدون دار نشر، ص ٤٨.

واقعة قانونية مطروحة أمامه، وحق الخصم في الإثبات يقابله واجب يلقي علي عاتق الخصم الآخر، في ألا يعطل هذا الحق بعنت منه أو سوء نيه. و لا يجوز مساس المحكم بسبب الطلب أو محل الطلب، لان في هذا المساس إخلالا بحق الدفاع[١].

الحق في المرافعة:

ويقصد به حق الخصم في مخاطبة المحكمة موضحا وقائع أو القانون، ويمكن أن تكون شفاهه أو كتابة، ويعد الحق في المرافعة حقا أساسيا من حقوق الدفاع التي يعترف بها القانون للخصم، فالحق في الإثبات والحق في المرافعة والحق في الدفع يمثلون حقوق الدفاع[٢].

ب- حقوق الدفاع الثانوية:

ومضمون هذه الحقوق هو تمكين الخصم من حسن إعداد دفاعه وتقديمه أثناء الخصومة، وهذه الحقوق هي:

- حق الخصم في العلم بالإجراءات، وذلك بالوسيلة التي يحددها القانون أو اتفاق الأطراف أو هيئة التحكيم. ويتم الإعلان طبقا للقواعد التي تفرضها الأحكام العامة.
- حق الخصم في طلب مدة لإعداد دفاعه: لا يجوز مفاجأة الخصم بطلب، فيجب إعطاء الخصم مهله لتحضير دفاعه، ومنحه اجلا وذلك احتراما لحقوق الدفاع.

(١) د/ عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره اهم تطبيق لحق الدفاع، المرجع السابق، ص ٩.

(٢) د/ وجدي راغب، تأصيل الجانب الإجرائي في هيئة التحكيم، بحث منشور في مجلة حقوق الكويت، س ٧، العدد ٤، ديسمبر ١٩٨٣.ص ١٤٢.

حق الخصم في الحضور، وهذا يقتضي تكليف الخصم بالحضور -أمام هيئة التحكيم، وتبدو أهمية الحضور في أيجاد صلة مباشرة بني الخصم وهيئة التحكيم لمحاولة إقناعها بوجهة نظره حول الحق المتنازع عليه، كما يتيح الحضور أيضا الإسهام في إعمال بعض وسائل الإثبات مثل الخبرة والمعأينة، لتقديم معلومات إلى الخبير أو المعأينة وإبداء ملاحظات، ولذلك كان لابد من النص عليه. وإذا لم يحضر أحد من الخصوم فلا مجال للشطب في خصومة التحكيم، وإذا دعا المحكم الخصوم ولم يحضر فلا يفترض نفسه معزولا عنهما، بل عليه متابعة مهمته حتي النهأية تحت طائلة المسئولية الواقعة علي امتناعه، كما أن له أن يدعو الأطراف بكتاب موصي عليه إلى إبداء ما يرغبان في القضية ويعتبر الحكم باطلا إذا صدر ضد خصم لم يدع للحضور وفقا للأصول أو لعدم علمه بالخصومة[1].

حق الخصم في المناقشة، وهذا الحق يقتضي تمكين الخصم من مناقشة الشهود وتقارير الخبير. ولا شك في أن تمكن الخصم من الدفاع يؤدي إلى إصدار حكم عادل، ولهذا فإن حق الدفاع يلزم المحكم بالعديد من الواجبات، من أهمها تحقيق المساواة في المراكز الإجرائية للخصومة. وإذا قررت هيئة الدفاع سماع شهود، وجب أن تحدد الوقائع التي تري سماع الشهود بشأنها، وإذا لم تحدد هذه الوقائع، فإن لهيئة التحكيم أن ترفض طلب سماع الشاهد[2]، وأن تعين أشخاص الشهود، ويجب أن يمكن الأطراف من مناقشة الشهود ومن تقديم شهود نفي، وأن تثبت أقوال الشهود في محضر الجلسة، وإذا سمعت الهيئة الشهود، وجب أن تسمعهم في حضور جميع أعضاء هيئة

(1) CA Paris, 7 janv. 1963, op. cit., p. 435, CA Paris, 14 fevr. 1985, op. cit., p. 325, note level.

(٢) د/ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا، المرجع السابق، ص ٤٧٤.

التحكيم وجميع لأطراف، ولا يجوز للهيئة سماع الشهود دون حضور الأطراف أو دعواتهم للحضور، فإن دعت الهيئة الأطراف لحضور جلسة سماع الشهود ولم يحضروا، فيجب ارسالة صورة من المحضر المثبت لاقوال الشهود إليهم واعطائهم الفرصة لمناقشتها، وإلا كان الحكم المبني علي هذه الاقوال باطلا[١]. وإن كانت بعض أحكام القضاء الفرنسي إلى أنه يكفي تمكين الأطراف من الحضور، فإذا لم يحضر أحدهم فلا يترتب علي ذلك مخالفة لمبدأ المواجهة أو حقوق الدفاع[٢].

حق الخصم في تقديم الطلبات، سواء كانت طلبات جديده أو متقابلة أو تعديل الطلبات السابقة أو استكمالها، وذلك في حدد اتفاق التحكيم. وقد هذا ما نصت عليه المادة ٢١ و٢٢ من مركز القاهرة الإقليمي، فالمبدأ إذن علي حريه الخصوم في الدفاع عن وجهة نظرهم بالطريقة التي يرونها مناسبة، وأن سلطة المحكم التقديرية ويجب أن يتمتع به من سرعة ومرونة يجب أن لا يؤدي إلى الإخلال بحق الأطراف في خصومة عأدلة.

ثالثا: مقتضيات حقوق الدفاع

يقتضي حقوق الدفاع، أن تمكن هيئة التحكيم جميع الخصوم من سماع وجهة نظرهم في الطلبات والدفاع ومنحهم كل المهل والآجال المطلوبة لتقديم هذه المسائلة

(١) د/ علي بركات، خصومة التحكيم في المصري والقانون المقارن الرسالة، مرجع سابق، بند ٤٠١، ص ٣٩٢.

(2) CA Paris, 24 mai 1874, op. cit., p. 246. CA Paris, 10 nouv. 1989, op. cit., p. 651, obs. Pellerin, CA paris, 11 juill. 1991, op. cit., p. 671, obs. Loquin, CA Paris, 13 mars 1992, op. cit., p. 107, obs. Jarrosson, CA Paris, 13 nouv. 1997, op. cit., p. 719, obs. Derains.

ومنحهم الوقت الكافي للدراسة والاطلاع وسماع ردهم وتحقيق دفاعهم[١]، فإذا أصدر المحكم حكمه دون سماع الخصم أو تمكينه من اسماع المحكم دفاعه كان الحكم باطلا لإخلاله بحق الدفاع، ويعتبر حق الدفاع حقا طبيعيا ودستوريا لتحقيق العدالة[٢]، فلا عدالة بلا دفاع[٣]، وهو من أهم الوسائل التي تمكن الخصم من توضيح موقفه للمحكم وتكوين رأيه لصالحه، وبالتالي لا يجوز الإخلال به بأي حال من الأحوال[٤].

يقتضي حق الدفاع أن تمكن هيئة التحكيم كل الخصوم من الآتي:

١- حق الخصم في ابداء ما لدية من دفوع:

يجب علي هيئة التحكيم تمكين كل طرف من إبداء ما لديه من طلبات والرد علي طلبات خصمه، والاطلاع علي ما قدمه خصمه من مستندات ومذكرات، وكذلك منحه ميعاد للرد والاطلاع. وعلي هيئة التحكيم أن تراعي قاعدة أن المدعي عليه هو أخر من يتكلم. وعلي الهيئة أن تتبع قواعد تؤدي إلى تمكين الخصم من تقديم ما يدعم وجهة نظره، وأن يعلم الخصم الآخر بشكل كتابي، وذلك بإعلان كل خصم بمستندات خصمه التي تتضمن ادعاءاته ووسائل دفاعه الواقعية والقانونية والحجج التي يستند إليها،

(١) د/ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق ص ١٤٥.

(٢) نص المادة ٩٨ من الدستوري المصري. د/ عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره اهم تطبيق لحق الدفاع، المرجع السابق، ص ٩٢.

(٣) د/ منير يوسف حامد المناصير، سلطة المحكم في الإثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي، ص ١٥٠.

(٤) د/ سامي محسن حسين السري، القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ١٤٦.

وما يطرأ عليها من تغيرات أو تعديلات وتمكينه من ذلك في وقت يمكنه من الرد[١]. وهذا ما نصت عليه المواد ٣١ و٣٢ و٣٣ من قانون التحكيم المصري.

ويقتضي ممارسة حق الدفاع اخطار الخصم بمواعيد الجلسات، وقد نص قانون التحكيم المصري في المادة ٣٣ علي حق الخصم في الحضور أمام هيئة التحكيم في الجلسات المحددة لنظر النزاع، سواء في ذلك جلسات المرافعة أو في إجراءات التحقيق، ولم تقيد التشريعات من حيث المبدأ باتباع وسيلة معينة أو باتباع ترتيب معين لطريقة لإعلان الخصوم، وإنما الأمر علي العكس تماما فالأصل هو إطلاق حرية الاختيار في سلوك الوسيلة الأكثر ملاءمة لطرفي التحكيم أو للطرف الذي يقع عليه عبء مباشرة الاعلان، اللهم إلا إذا اتفق الأطراف علي تطبيق قانون إجرائي معين، حيث يلزم في تلك الحالة سلوك الوسيلة التي يتعين اتباعها في القانون الإجرائي المتفق عليه، وذلك إعمالا لإرادة الأطراف.

٢- اتاحة الفرصة للخصم في إثبات دعواه:

يقتضي احترام حق الدفاع أمام هيئة التحكيم، تمكين كل خصم علي قدم المساواة من إبداء ما لديه من أدله، وإعطائه الحق في إثبات ما يدعيه بكافة طرق الإثبات[٢]. فكل خصم أن يقيم الدليل علي واقعة معينه وخصمه الآخر الحق في نفيها بالدليل، فإذا اثبت خصم الدليل بطريق الشهود فللخصم الآخر نفيه بنفس الطريقة، ولهيئة التحكيم سلطة تقديرية في ترجيح أي من أدلة الخصمين.

---

(1) E. Loquin, l'instance de l'arbitrage, J. CL, Proc. Civ., facs, no 36.

(٢) د/ إبراهيم نجيب سعد، قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم، منشأة المعارف، ١٩٨١، ص ٦٠.

٣- يكفي لإعمال الحق في الدفاع أن يمكن الخصم من إبدائه[١].

حيث إن للخصم الحرية في إبداء دفاعه علي الوجه الذي يريده، لأن الدفاع حق للخصم وليس واجبا عليه. ويجب لقبول دفاع الخصم أن يقيم الدليل عليه، وألا يجب علي هيئة التحكيم إغفاله[٢]. كما أنه ما دامت الهيئة منحت الخصم فرصة لتقديمه دفاعه، فهي ليست ملزمة بإجابته إلى طلب التأجيل لإبداء دفاع أو تقديم مذكرة به.

٤- للهيئة التحكيمية أن تنظم كيفية استخدام الخصم لحقه في الدفاع

إن احترام حق الدفاع ووجوب كفالته للخصوم لا يحول دون تنظيمه من أجل ضمان الممارسة السليمة وتحقيق الأهداف المرجوة من ورائه[٣]، لذلك فإن لهيئة التحكيم أن تحدد المواعيد لتقديم الدفاع أو الادعاءات وكذلك المستندات والمذكرات، ولها حق الرفض إذا تم الإخلال أو عدم الالتزام بهذه المواعيد، وبالتالي يمكن للهيئة عدم قبول الطلبات والمستندات المقدمة بعد الميعاد المحدد للخصوم، واعتبار الوارد بها غير مطروح عليها، دون أن يعد ذلك إخلال بحق الدفاع، وللهيئة سلطة في ذلك حتي ولو كانت قد حددت تواريخ أيداع مذكرات دون مراعاة الاتفاق المبرم بين الطرفين، طالما كفلت لكل من الأطراف الرد علي المذكرات التي تقدم بها الطرف الآخر خلال مدة معقولة[٤]. ومن هذا المنطلق فعلي المحكم أن يراعي حسن سير الخصومة التحكيمية وفق القواعد الإجرائية التي تضمن حقوق الخصومة الرئيسية.

---

(1) CA Paris, 24 mai 1874, op. cit., p. 246.

(٢) نقض مدني، ٣/٨/ ١٩٦٧، س ق ١٨، مج نقض، ص٩٣.

(٣) د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص ٩٦٧.

(٤) د/ طلعت محمد دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، المرجع السابق، ص ١٧٧.

ويجوز لهيئة التحكيم أن تقبل مستندات جديدة أو تعيد فتح باب المرافعة بشرط علم الطرف الآخر بها، وتمكينه من مناقشة أي ادعاءات أو دفوع جديدة، ويجب أن يكون المدعي عليه أخر من يتكلم، وذلك حتي تتاح له الفرصة لتقديم دفاعه بشأن ما يقدمه المدعي.

ويشترط في تنظيم الهيئة للإجراءات أن تمكن الخصم من ممارسة هذا الحق، بمعني أن تمنح الخصم الفرصة اللازمة لممارسة هذا الحق. وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكمها من أن للمحكمة أن ترفض قبول المذكرات المقدمة بعد الميعاد[١]. ولكن يمكن للمحكم قبول المذكرات بعد الميعاد الذي حددته، لأن هذا الميعاد يلزم الخصم وليس المحكم. ونظرا لأن بعض الخصوم قد يستخدم حق الدفاع لإطالة أمد النزاع، فلقد نظم المشرع قواعد من شأنها عدم إضاعة وقت المحكمة[٢].

وبالتالي فحرية ممارسة حقوق الدفاع تستوجب أن يعطي المحكم الفرصة الكافية لكل خصم في تقديم دفاعاته ورد دفوع خصمه. فمقتضيات العدالة تستوجب أن يستمع المحكم إلى أقوال الخصوم جيدا، وأن يعطي كل خصم الفرصة الكافية للحصول علي ما يراه مؤيدا لدعواه، حتي يتمكن من إكمال دفاعه وتدعيمه بالأدلة الكافية والحجج القوية.

ويلاحظ أن حق الدفاع مقيد بقيد أساسي وهو احترام قيمة الوقت في خصومة التحكيم خاصة من ناحية كونه محدداً بمدة معينة[٣]، وأن يكون هناك حسن نية، فلا يتخذ هذا الحق بهدف تعطيل الفصل في الخصومة بحجة استعمال الخصم لحقه.

---

(١) نقض مدني، ١٩٦٥/٦/١٠، س ق ١٦، مج نقض، ص ٧٦٠.

(٢) المادة ٣/٦٥ مرافعات مصري.

(3) B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 220.

وبالتالي يتقيد حق الخصم في الدفاع بضرورة تقديم وسائل الدفاع قبل قفل باب المرافعة، ويجب أن يلتزم أثناء دفاعه باحترام هيئة التحكيم والخصم الآخر. (م ١٠٥ مرافعات مصري ـ م ٢٤ مرافعات فرنسي). وقد نصت المادة ١٤٧٦ مرافعات فرنسي علي أن المحكم يحدد الوقت الذي يتم فيه قفل باب المرافعة، ولا يجوز قبول أي طلب أو مستند أو أي دليل في الخصوم، ويمكن للمحكم أن يسمح بتقديم مستندات أو مذكرات بعد قفل باب المرافعة، ولكنه يجب عليه مراعاة مبدأ المواجهة[١].

ويري بعض الفقه[٢]، أن اتفاق الأطراف علي تقديم المستندات فقط إلى هيئة التحكيم حفاظا علي سريتها، يعتبر انتهاكا لحق الدفاع مما يؤدي إلى بطلان الحكم، حيث إن لهيئة التحكيم الحق في الفصل في مدي سرية المستندات إذا طلب أحد الأطراف تقديمها، ورفض الطرق الآخر ذلك بحجة سريتها[٣].

٥- حرية الخصم في إبداء دفاعه في شكل مرافعة شفاهة أو في شكل مذكرات مكتوبة.

في الواقع، حق الدفاع هو حق للخصوم وليس التزاما عليه، ويمكن لهيئة التحكيم تنظيم هذا الحق، ولها تحديد مواعيد للخصوم. وقد نصت المادة ١٤ من ٤ قانون المرافعات الفرنسي علي أنه لا يجوز محاكمة أي شخص من دون استدعائه أو

---

(1) Id., no 285.

(2)Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, traite de l'arbitrage commercial international, op. cit.,p. 703.

د/ ياسر عبد الهادي مصلحي سلام، أثر الخطأ في إجراءات التحكيم علي حكم التحكيم، المرجع السابق، ص ٢٧٩.

(٣) د/ محمود حسن شعيب، النظام القانوني لخصومة التحكيم في ضوء قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي وقانون التحكيم المصري، المرجع السابق، ص ١٨٤

الاستماع إلى دفاعه، ويعد هذا المبدأ من النظام العام الذي تبطل به إجراءات المحاكمة إذا لم يستوفى. ويجب علي هيئة التحكيم منح الخصوم فرصه كافية للرد علي الطلبات وأوجه الدفاع والدفوع التي يقدمها الخصم الآخر(١).

ويلاحظ أن الدفاع أمام هيئة التحكيم شأنه شأن الدفاع أمام القضاء، فهو حق للخصم في استعماله أو لا دون تقييد، والهيئة ليست ملزمة بأن تلفت نظر الخصم إلى حقه في الدفاع وتكلفه بتقديم الدليل عليه، ويكفي إتاحة الفرصه للخصم لاستعمال حقه في الدفاع دون تقييد(٢).

وعلي أن ممارسة هذا الحق مقيد بالقدر اللازم للغرض منه، فإذا تجاوزه الخصم بنسبة أمور شائنة لخصمه مما يمس شرفه أو كرامته، فأنه يكون مسئولا عما ينشأ عن هذا من أضرار ومسئولية قانونية.

ويفضل البعض وسيلة المناقشة المكتوبة، وذلك لأن المناقشة الشفوية قد تفاجأ الخصم في الجلسة بأمور لا يجد وقتا الكافيا للرد عليها، وترتيب دفاعه بشأنها، وهو ما يخل بحق الدفاع(٣).

٦- حق الخصم في الاطلاع علي جميع المذكرات والمستندات التي يقوم بأيداعها الخصم الآخر

وذلك حتي يتمكن من ممارسة حقه في الدفاع بصددها. ولهذا لا يجوز لهيئة التحكيم قبول أي مذكرة دون إطلاع الخصم الآخر عليها أو إعلانه بها. وإذا قبلت الهيئة

(١) د/ عزمي عبد الفتاح، إجراءات خصومة التحكيم، بحث مقدم في الدوره العامة لإعداد المحكم، مركز تحكيم حقوق عين شمس، ص ٢١٣.

(٢) د/ طلعت محمد دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص ١٧٠.

(٣) د/ عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره اهم تطبيق لحق الدفاع، المرجع السابق، ص ٤٦.

هذه المذكرة يجب ألا تعول عليها أو تتأثر بها وإلا كان حكمها باطلاً إلا إذا كانت المذكرة لا تتضمن دفاعا جديداً.

في الواقع خصومة التحكيم مستقله بذاتها وتنظيمها وأدواتها عن الخصومة القضائية، ولذلك فإن إعمال كافة وسائل الدفاع في خصومة التحكيم لا يكون بنفس الألية الإجرائية الشكلية في الخصومة القضائية أمام المحاكم، وذلك نظرا لما تفتضيه خصومة التحكيم من مرونة وسرعة وسرية[١].

رابعا: تطبيقا حقوق الدفاع

إذا كان حق الدفاع يقتضي إبداء الخصم لوجهة نظره أمام هيئة التحكيم فيما يقدمه هو أو قدمه خصمه من ادعاءات[٢]. ويعتبر الحق في الدفاع من الحقوق الأساسية التي يقوم عليها أي نظام قضائي، ويترتب علي مخالفة هذا المبدأ بطلان الحكم الصادر. وهذا الحق مكفول للخصم في أية حالة تكون عليها الإجراءات. وبالتالي أن تمكن هيئة التحكمي جميع الخصوم من إبداء وجهة نظرهم، فليس لها القيام بأي إجراء من شأنه انتهاك هذا الحق.

ولا يمكن أن تتحقق المناقشة الحرة وحقوق الدفاع إلا إذا سمح للخصم بإعلام المحكم بكل ما من شأنه أن يساعده علي حسن تأسيس ادعاءته، فهذا الإعلام شرط أولي لكل ممارسة حق الدفاع[٣]، وقد أكد القضاء في مصر وفرنسا علي أن عدم جواز منع الخصم من تقديم ما لديه من مستندات. ويتمتع الخصم بحصانة قضائية في

---

(١) د/ محمود حسن شعيب، النظام القانوني لخصومة التحكيم في ضوء قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي وقانون التحكيم المصري، المرجع السابق، ص ١٧٣.

(٢) د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق،المرجع السابق، بند ٢٨٠.

(3) CA Paris, 13 mars 1973, op. cit., p.176.

استعماله لحريته تقديم دفاعه، بحيث لا تكون حريته في هذا الشأن سببا لمجازاته بجريمة قذف أو سب، وتنصرف هذه الحصانة إلى ممثل الخصم، ولذلك نصت المادة ٤٧ محاماة علي أنه لا يجوز مساءلة المحامي عما أورده في مرافعته كتابية أو شفويا مما يستلزمه حق الدفاع.

ويقتضي حق الدفاع أنه لا يجوز رفض طلب أحد الخصوم بتحقيق أمر يعد جوهريا في تدعيم وجهة نظره، كذلك لا يجوز للهيئة أن ترفض منح أحد الخصوم المهل اللازمة أو المناسبة لتأييد ادعاءاته أو دفوعه بالأدلة المختلفة.

وقد نصت المادة ١٩ من الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي الموقعة ١٩٦١ علي أن للخصم الحق في إبطال قرار التحكيم إذا ثبت أنه استحاله عليه تقديم دفاعه في المنازعة الصادر فيها الحكم. وقد نصت المادة ٥ من اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ علي جواز إبطال قرار التحكيم إذا استحاله علي أي من الخصوم أن يقدم دفاعه، أو كان القرار قد فصل في نزاع غير وارد في مشارطة التحكيم. وقد رتب المشرع المصري والفرنسي البطلان علي الإخلال بحقو ق الدفاع بكل أنواعها.

في الواقع هناك بعض الحالات لا تعد اخلالا بحقوق الدفاع، وتتمثل في الآتي:

- الحكم علي الخصم في غيبته ودون سماع دفاعه، وذلك في حال ما إذا كان امتناعاً عن الحضور بسبب غير مقنع وبغرض المماطلة وعرقلة سير إجراءات التحكيم، أو بسبب عدم رغبته بممارسة هذا الحق[١].

(١) د/ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ٢٤٤.

- رفض هيئة التحكيم للمستندات أو المذكرات التي يقدمها الأطراف إذا قدمت بعد فوات هذه المواعيد التي حددها الأطراف مسبقا، حيث إن وجوب احترام حق الدفاع لا يحول دون تنظيمه، وإلا فتح الباب للمماطلة وعرقلة الإجراءات[١].
- لا يعد اخلال بحق الدفاع، الاكتفاء بتقديم المذكرات المكتوبة والوثائق دون الحاجة إلى المرافعة الشفوية إذا قررت هيئة التحكيم ذلك[٢]. ولا يعد إخلالا بهذا الحق أن ترفض الهيئة طلب الخصم بالمرافعة الشفوية ما لم يتفق الخصوم علي غير ذلك، (م ٣٣ تحكيم). كما لا يعد اخلال بحق الدفاع أن تفصل الهيئة في موضوع النزاع دون تحديد جلسة للمرافعة بعد استئناف الخصوم لسيرها بالفصل في طلب الرد، إذا كانت الهيئة قد سمعت دفاع الخصم قبل الوقف وكانت المستندات المقدمة كافية، كما لا يعد إخلالاً بحقوق الدفاع، أن ترفض الهيئة سماع الشهود بما لها من سلطة تقديرية.
- لا يعد إخلالا بحق الدفاع، قضاء المحكم بعلمه الشخصي في حاله ما إذا كان اختياره بسبب علمه وخبرته بالموضوع محل النزاع، وذلك من أجل تسخيرها في الفصل فيه، بشرط أن يطرح ما عنده من معلومات علي الطرفين ومناقشتهم وسماع رأيهم حولها قبل بناء حكمه عليها[٣]. ويذهب الفقه إلى أنه لا يجوز للمحكم بأي حال من الأحوال أن يبني حكمه علي معلومات أيا كان مصدرها إلا بعد تمكين

(١) د/ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا، المرجع السابق، ص ٩٦٧.

(٢) د/ أحمد السيد صاوي، دعوي بطلان حكم التحكيم، دراسة مقدمة لمركز عين شمس للتحكيم، الدورة المتعمقة الثانية لإعداد المحكم، نوفمبر ٢٠٠٠، ص ١١٦.

(٣) د/ أحمد ابو الوفا، التحكيم الاختيار والاجباري، دار المطبوعات، المرجع السابق، ص ٢٣٣.

الخصوم من الاطلاع عليها وإتاحة الفرصة أمامه للرد عليها، وهو ما يعبر عنه بأعمال مبدأ المواجهة[١]. ويستوي في ذلك المعلومات العامة أو الخاصة، طالما وضعت تحت نظر الخصوم ومكنوا من الوقوف عليها والاعتراض عليها إذا ما عن لهم ذلك، وبالتالي فلا حرج علي المحكم من استخدام معلوماته الشخصية طالما أعمل مبدأ المواجهة[٢]. وبالتالي يجب علي المحكم ألا يؤسس حكمه علي وقائع لم تكن محل مناقشة من الخصوم، ويجب علي المحكم تأجيل الدعوي في الحالات التي يتطلب فيها القانون التأجيل، وإلا عد ذلك إخلالا بحقوق الدفاع.

- لا يعد إخلالا بحق الدفاع إعطاء الخبير فرصة للخصوم ليقدم مستنداته وأوراقه لتصحيح أخطاء وتنظيم دفاتره، ولم يمتثل الخصم لذلك، بالرغم من قيام الخبير بارسال خطاب موصي عليه بعلم الوصول[٣]. وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه لا يعتبر التحقيق الخبير غير قانوني في حالة عدم دعوة الخصوم إليه وعدم اشتراكهم في أعمال، طالما أنهم قد استطاعوا فيما بعد مناقشة تقرير الخبير الذي وضع نتيجة هذا التحقيق. ولا يلزم مناقشة تقرير الخبير بين الخصم أمام المحكم طالما أنهم اطلعوا علي نتيجته ولم يعترض عليه[٤].

---

(1) CA Paris, 10 nouv. 1989 op. cit., p. 651, obs. Pellerin, CA paris, 11 juill. 1991, op. cit., p. 671, obs. Loquin, CA Paris, 13 mars 1992, op. cit., p. 107, obs. Jarrosson, CA Paris, 13 nouv. 1997, op. cit., p. 719, obs. Derains.

(٢) د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختيار والاجباري، المرجع السابق، ص ٢٣٨، د/ عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، المرجع السابق، ص ٢٨٨، د/ عيد محمد القصاص، التزام القاضي باحترام بمبدأ المواجهة، المرجع السابق، بند ٢١١، ص ٣١٥.

(٣) مركز القاهرة الاقليمي، القضية التحكيمية رقم ٩٦/٨٦، ٢٠٠٠/٤/٥، غير منشور.

(4) Cass. Civ., 31nouv. 1978, Rev. Arb., 1978, p. 343.

- ولا يعد إخلالا بحق الدفاع رفض هيئة التحكيم سماع جميع الشهود المطلوبين، حيث يظل من حقها رفض سماع الشهود الذين تهدف شهادتهم إلى إثبات وقائع غير منتجة في الدعوي، ويمارس المحكمون حقهم في هذا بحرص شديد حتي لا يتعرض حكم التحكيم للبطلان لإخلاله بحق الدفاع[١]. إلا إذا كان سلوك وسيلة معينة أمرا وجوبيا أو محظورا علي هيئة التحكيم وفقا لاتفاق التحكيم، حيث تلتزم الهيئة باحترام الاتفاق مصدر ولأيتها، وإلا كان حكمها معرضا للبطلان، لذا ذهبت بعض الأحكام إلى أن محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابة الخصوم إلى ما يطلبونه من إحالة النزاع إلى التحقيق لإثبات دعواهم، إلا أنها ملزمة إذا رفضت الاستجابة لهذا الطلب أن توضح الأسباب التي أدت إلى الرفض[٢]. وفي أحكام أخري ذهبت إلى أن طلب إجراء التحقيق ليس حقا للخصوم وإنما هو من الرخص التي تملك محكمة الموضوع عدم الاستجابة إليها متي وجدت في أوراق الدعوي ومستنداتها ما يكفي لتكوين عقيدتها دون أن تلتزم بتسبيب الرفض[٣]. ويري جانب من الفقه أن هيئة التحكيم يجب عليها أن تلتزم بالتسبيب لأن فيه درءاً للشبهات عن المحكم[٤].

---

(١) د/ أكثم الخولي، بدء التحكيم وسيره طبقا لنظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي، المرجع السابق، ص ٢٤. د/ ياسر عبد الهادي مصلحي سلام، أثر الخطأ في إجراءات التحكيم علي حكم التحكيم، المرجع السابق، ص ٢٦٧.

M. de BOISSESON, le droit français de l'arbitrage interne, droit international, préface de P. BELLET, GLN Joly, 1990, n. 292, p. 249.

(٢) نقض مدني، ١٩٧٦/١٢/١٦، رقم ٢٠، س ٤٥ق، مج ص ١٧٤٨.

(٣) نقض مدني، ١٩٧٣/٢/١٤، رقم ٣١٠ س ق ٣٥، مج نقض، ص ٢٤٢.

(٤) د/ ياسر عبد الهادي مصلحي سلام، أثر الخطأ في إجراءات التحكيم علي حكم التحكيم، المرجع السابق، ص ٢٨٦،د/ عاشور مبروك، النظام الاجرائي لخصومة التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٩٠.

الفرع الثالث

التزام هيئة التحكيم بمراعاة مبدأ المساواة بين الأطراف في الإثبات

سنشير إلى المقصود بمبدأ المساواة، و أهمية المساواة، ومقتضيات مبدأ المساواة، وتطبيقات مبدأ المساواة، وذلك في النقاط الآتية:

أولا: المقصود بمبدأ المساواة:

يقصد بالمساواة أمام هيئة التحكيم أن يكون لكل خصم الحق في عرض دعواه، دون تمييز بين المتقاضين[١]، فلا يجوز التمييز أو تفرقة بينهم بسبب الأصل أو الجنس أو اللون أو اللغة أو العقيدة أو الآراء السياسية[٢]. كما أن المساواة تعني أن جميع الخصوم تستفيد بنفس الحقوق وتتحمل نفس الواجبات[٣]. والمساواة هنا تنصب علي المساواة الإجرائية بين الخصوم، أي منحهم فرصا متساوية لإبداء طالبتهم ودفاعهم، ولا يجوز التمييز بين الأطراف، سواء في المعاملة أو في مجلس التحكيم، أو حتي في النظر إلى أحدهما والإعراض عن الآخر، والتزام هيئة التحكيم بهذا المبدأ يبدأ في وقت مبكر، منذ استهلال عملية التحكيم حتي صدور الحكم المنهي للخصومة[٤].

---

(١) د/ أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٤٢، بند ١٧؛ د/عاشور مبروك، الوسيط في قانون القضاء المصري، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ط٢،٢٠٠٠، ص ٩٠، بند ٨٤.

(٢) د/ عبد الغني بسيوني عبد الله، مبدأ المسأواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، منشأة المعارف، ١٩٨٣، ص ١٦؛ د/ حامد ابو طالب، نظام القضاء المصري في ميزان الشريعة، دار الفكر العربي، ١٩٩٣، ص ٢٣.

CA Paris, 5 juin 1998, GP, 1999, Com, n°2, note Mvereon.

(٣) د/ سيد أحمد محمود، التقاضي بقضية وبدون قضية في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٢٢٨.

(٤) د/ محمود حسن شعيب، النظام القانوني لخصومة التحكيم في ضوء قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي وقانون التحكيم المصري، المرجع السابق، ص ١٦٩.

فالمساواة تقتضي عدم التفرقة بين الأفراد ذوي المراكز القانونية المتماثلة[١]. والمساواة بين الخصوم تقتضي منح الخصوم فرصا متساوية لإبداء دفاعهم وطلباتهم ومستنداتهم. وعلي ذلك لا يجوز لهيئة التحكيم منح طرف ميعاد لتقديم مذكرة بدفاعه، وتمنح الطرف الآخر ميعاد أطول أو أقصر، أو أن يفسح المجال لأحد المحتكمين لشرح دعواه أو توكيل محام ويحرم الطرف الآخر من ذلك[٢].

وبالتالي بحق كل طرف في المساواة مع الطرف الآخر في الاستماع إلى قضيته ووسائل دفعه ودفوعه، وتقديم أدلته وإتاحة الفرصة له لكي يناقش ما قدمه الطرف الآخر من ادعاءات ووسائل إثبات، بمعني أنه إذا سمحت هيئة التحكيم لطرف بتقديم مستند أو دفاع أو مذكرة، كان عليها أن تسمح للطرف الآخر بالمثل، وبالاطلاع علي ما قدمه ذلك الطرف من أجل إعداد دفاعه، ولا يجوز لهيئة التحكيم أن تمنح أحد الطرفين ميعادا لتقديم مذكرة بدفاعة وتمنح الطرف الآخر ميعادا أطول أو أقصر، ولا أن تسمح لممثل أحد الطرفين بالمرافعة الشفوية أمامها ولا تمنح هذا الحق للطرف الآخر مكتفية بما يقدمه من مذكرات مكتوبة، كما لا يجوز لها أن تمنح أحد الأطراف دون الآخر بالاطلاع علي تقرير الخبير أو المستندات، وليس لها أن تتصل بأحد الطرفين أو تقابله في غيبة الطرف الآخر[٣]، ولا الإذن لأحد الخصوم بتوكيل محام وحرمان الطرف الآخر من هذا الحق، أو حضور ذي خبره لمساعدة أحد الأطراف ولا تإذن للطرف الآخر[٤].

---

(١) د/ أحمد قطب عباس، إساءة أستعمال الحق في التقاضي، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦، ص ١١١.

(٢) د/ منير يوسف حامد المناصير، سلطة المحكم في الإثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ١٥٤.

(3) CA Paris, 3 dec. 1965, op. cit., p. 22, op. cit., 14625, note Boulbes. Cass. 2e, 16 dec. 1985, op. cit., p. 390, CA Paris, 2 fev. 1988, op. cit., p. 62, note Couchez.

(٤) د/ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، بند ١٦٩ ص ٢٤٨، د/ محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، بند ١٥٨، ص ٣٠٣، د/ محمد علي عويضه، حق الدفاع كضمانه إجرائية في خصومة التحكيم، منشاء المعارف، ٢٠٠٨، ص ٧٥ وما يليها.

ولا يقصد بالمساواة هنا المساواة المطلقة، وإنما المقصود منها أن تنظيم مركز الخصومة بما يحقق العدالة، حيث إن مراكز الخصوم تختلف باختلاف موقعهم في الخصومة، فمثلا عندما لا يقدم المحتكم بيانا بدعواه دون عذر مقبول يجب علي المحكم أن ينهي إجراءات التحكيم، ما لم يتفق الطرفان علي غير ذلك، في حين عدم تقديم المحتكم ضده مذكرة بدفاعه لا يؤثر علي استمرار إجراءات التحكيم، فلا يعتبر متعارضا مع مبدأ المساواة رفض طلب لأحد الطرفين باعتبار أن نظره يعطل الفصل في النزاع والفصل في طلب للطرف الآخر أبدي في وقت متأخر[١]، فلا شأن للخصم بما تقضي به هيئة التحكيم أو بما تقوم به استعمالها لسلطته التقديرية في تقديم الأدلة المقدمة من الخصوم[٢].

ثانيا: أهمية مبدأ المساواة

في الواقع المساواة في معاملة طرفي التحكيم، وتهيئة الفرصة المتكافئة والكاملة لكل منهما لعرض قضيته من المبادئ الأساسية للتقاضي[٣]و لضمان العدالة، وترسيخ ثقة الخصوم في نظام التحكيم، كما يعد تطبيقا لمبدأ حياد هيئة التحكيم واستقلالها[٤]. وهناك ارتباط وثيق بين المساواة أمام القضاء والتحكيم وتحقيق العدالة[٥]، لأنه لا عدالة بدون مسأواة حيث إن المساواة تقتضي أن يطبق علي الخصوم

(١) استئناف القاهرة، ٩١ تجاري، ١١/٢٧/ ٢٠٠٢، دعأوي رقم ١١، ١٤، ٢٤، س ١١٩ق تحكيم، غير منشور.

(٢) استئناف القاهرة،٩١ تجاري، ٢٠٠٤/٢/٢٨، سابق الاشارة.

(٣) استئناف القاهرة، د. ٨ تجاري، ١٩٩٩/٧/٢٠، دعوي رقم ٧، س ١١٦ ق، غير منشور.

(٤) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية،المرجع السابق، بند ١٩٦، ص ٥٢٣.

(٥) د/ أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ١٨٥؛ د/ محمود مصطفي يونس، الحماية الاجرائية لحقوق الانسان في القانون القضائي، ط ١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، بند ٦، ص ١٥.

نفس القانون فيما ينشأ بينهم من منازعات، وتوقيع ذات الجزاء المقرر لنفس المخالفات علي جميع مرتكبيها[١]. ونظرا لأهمية مبدأ المساواة في تحقيق العدالة، فقد اهتمت جميع النظم القانونية بهذا المبدأ، حيث ضمنتها نصوص دساتيرها ومواد قوانينها، بل أكدت عليها المواثيق الدولية[٢]. وقد نص المشرع المصري علي تأكيد هذا المبدأ بنصه في المادة ٢٦ تحكيم، علي أن يعامل طرفا التحكيم علي قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه، كما نص علي هذا المبدأ في المواد ٣٠ و٣١و٣٢ و٣٦ تحكيم. وهذه النصوص مأخوذة عن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي نص عليه في م ١٨. فقد نصت المادة١٨ من القانون النموذجي للتحكيم، علي أنه يجب أن يعامل الطرفان علي قدم المساواة، وأن تهيأ لكل منهما فرصة الكاملة لعرض دعواه.

والواقع أن مبدأ المساواة أمام القضاء الدولة أو قضاء التحكيم من أهم المبادئ التي تحكم النظام القضائي في أي دول من دول العالم[٣]، فالمساواة حق من حقوق

---

(١) د/ أحمد قطب عباس، إساءة أستعمال الحق في التقاضي، المرجع السابق، ص ١٢٠.

(٢) المادة الأولي والثانية من الاعلان العالمي لحقوق الانسان، عام ١٩٤٨.

(٣) د/ أمال الفزايري، ضمانات التقاضي، المرجع السابق، ص ٤٥. وقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أن "مبدأ مسأواة المواطنين أمام القانون رددته الدساتير المصرية جميعها، بحسبانه ركيزة أساسية للحقوق والحريات علي اختلافها، وأساسا للعدل والسلام الاجتماعي غايته، صون الحقوق والحريات في مواجهة صور التمييز التي تنال منها، أو تقيد ممارستها، وباعتباره وسيلة لتقرير الحماية المتكافئة للحقوق جميعها، إلا أن مجال إعماله لا يقتصر علي ما كفله الدستور من حريات وحقوق وواجبات، بل يمتد - فوق ذلك - إلى تلك التي يقررها التشريع، وإذا كانت صور التمييز المجافية للدستور يتعذر حصرها، إلا أن قوامها كل تفرقة أو تقييد أو تفضيل، أو استبعاد ينال بصورة تحكميه من الحقوق والحريات التي كفلها الدستور أو القانون، سواء بإنكار أصل وجودها أو تعطيل أو انتقاص آثارها، بما يحول دون مباشرتها علي قدم المسأواة الكاملة بين المؤهلين قانوناً للانتفاع بها". محكمة الدستورية العليا، ٢٠٠١/٨/٤، س ق ٢٢، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية، ج٩، ص ١٣١٣، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا في أربعين عاماً، ١٩٦٩- ٢٠٠٩، ص ١٢٧٥.

الإنسان الطبيعية، والقضاء بصفة عامة سواء قضاء الدولة أو قضاء التحكيم اكتسب شرعيته من مراعاة حقوق الانسان[١]. كما أن المساواة تؤدي إلى اطمئنان نفوس المتقاضين في التحكيم، فالمساواة حق مقدس في جميع الأنظمة القانونية في العالم.

فقد قررت المواثيق الدولية الخاصة بحقوق الإنسان مبدأ المساواة أمام القضاء، ومنع كل أشكال التمييز، وهذه المواثيق الدولية لها قوة تعلو علي القانون في مصر بعد التصديق عليها[٢]، ومن هذه المواثيق ما نصت عليه المادة الأولي من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨ علي " أن جميع الناس أحرار ومتسأوون في الكرامة والحقوق"، ونصت المادة الثامنة من هذا الإعلان علي أن " لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق الحريات المذكورة في هذا الإعلان، دونما تمييز من أي نوع، ولا سيما التمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو غير السياسي أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو المولد أو أي وضع آخر". وكما نصت المادة العاشرة من نفس المصدر السابق علي أن " لكل إنسان الحق علي قدم المساواة التامة مع الآخرين في أن تنظر قضيته أمام محكمة نزيهة نظرا عادلا علنيا للفصل في حقوقه والتزاماته وأية تهمة جنائية توجه إليه". وقد أكدت هذا المعني المادة ١٤ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦. وقد جاء في المادة السابعة من إعلان الأمم المتحدة للقضاء علي جميع أشكال التمييز العنصري أن " لكل انسان حق في المساواة أمام القانون وفي العدالة المتساوية في ظل القانون...".

---

(١) د/ أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الإجراءات الجنائية،المرجع السابق، ص ١٨٥

(٢) مصر ملتزمة بأحكام الاعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في سنة ١٩٤٨ والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والاتفاقية الدولية للقضاء علي جميع أشكال التمييز العنصري.

وقد نصت المادة الخامسة من الاتفاقية الدولية للقضاء علي أوجه التمييز العنصري علي الحق في المعاملة علي قدم المساواة أمام المحاكم وجميع الهيئات الآخرى التي تتولي إقامة العدل. وقد نصت علي هذا المعني أيضا الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان.

كما أن المادة ١١ من ميثاق حقوق الإنسان والشعب في الوطن العربي الصادر عن المعهد الدولي لدراسات في العلوم الجنائية ديسمبر ١٩٨٦ نصت علي مبدأ المساواة أمام القضاء والقانون، حيث نصت علي أن الناس متسأوون أمام القانون، والناس متسأوون أمام القضاء، وتكفل الدولة استقلال القضاء وحياده، وتكفل الدولة استقلال مهنة المحاماة.

ثالثا: مقتضيات مبدأ المساواة أمام هيئة التحكيم في الإثبات:

يقتضى مبدأ المساواة أمام هيئة التحكيم الآتي:

١- تهيئة هيئة التحكيم فرصة متكافئة وكاملة لكل خصم لعرض دعواه وتحقيق دفاعه، ولا يمنح أحد الخصوم حقا دون منح الآخر نفس الحق.

٢- معاملة الخصوم علي قدم المساواة[١]، فتلتزم هيئة التحكيم بتحقيق المساواة في المراكز الإجرائية للخصوم أثناء إدارتها لوسائل الإثبات، بحيث لا تفضل خصما علي آخر أو تراعي مصالح أحدهما دون الآخر، بل يجب معاملتها علي قدم المساواة. فيستلزم مبدأ المساواة أمام التحكيم أن تكون معاملة المتقاضين وأحدة بلا محاباة أو تمييز، وهذا يقتضي أن يطبق عليهم نفس الإجراءات بالنسبة

(١) د/ عاشور مبروك، النظام الاجرائي لخصومة التحكيم، مرجع سابق، بند ١٧٩، بند ١٧٩، ص ٢٩٩.

لاستدعاء الخصوم أو في الاستماع إليهم والتحقيق معهم، وذلك سواء من جانب المدعي ببيان دعواه وبينته، أم من المدعي عليه برد الاتهام وشرح أوجه الدفاع عن نفسه.

إذا فشرط المساواة أمام هيئة التحكيم أن يكون لجميع الخصوم علي السواء حق في الإثبات، ولا فرق في مباشرة هذا الحق بين الأطراف مهما تفأوتت منازلهم، ويلاحظ أنه لا يتنافى مع مبدأ المساواة، إعطاء حرية لهيئة التحكيم لكي تحكم بالعقوبة الملاءمة تبعا لاختلاف ظروف كل مركز للخصوم.

٣- يجب علي هيئة التحكيم مراعاة المساواة بين الخصوم في تحديد الوقت الكافي والمفيد، وذلك بأن تمنح كل خصم الميعاد الذي يتناسب معه، ومسأواة كل خصم بالآخر حتي يتمكن كل منهما من تنظيم دفاعه وحمأية مصالحه، حسبما نصت المادة ٢٦ تحكيم، وهذه المساواة نوعية، وعليها أيضا أن تأخذ في الاعتبار ظروف كل خصم علي حدة فيما يتعلق باللغة أو المسافة[١]. ويجب تحقيق المساواة بين الأطراف بالنسبة للقوانين الإجرائية، أي أن تكون الإجراءات المنصوص عليها في القانون علي جميع الأطراف بشكل موحد، ويجب أن تطبق علي جميع المتقاضين نفس الضمانات من حيث حقوق الدفاع وعلانية المحاكمة[٢]، والمواعيد وإجراءات، حيث يكون للجميع الحق في استخدام هذه الإجراءات دون تمييز.

---

(1) Kessed J. principe de la contradiction et arbitrage, Rev. arb., 1995, p. 393.

(٢) د/ أحمد قطب عباس، إساءة أستعمال الحق في التقاضي، المرجع السابق، ص ١١٤، د/ مصطفي محمود عفيفي، الحقوق المعنوية للإنسان بين النظرية والتطبيق، دار الفكر العربي، بدون تاريخ نشر، ص ٤٠.

CA Paris, 10 nouv. 1989, op. cit., p. 651, obs. Pellerin, CA paris, 11 juill. 1991, op. cit., p. 671, obs. Loquin, CA Paris, 13 mars 1992, op. cit., p. 107, =

٤- ويجب لضمان المساواة بين الخصوم أمام المحكم أثناء إجراءات الإثبات، تمكين كل خصم من معرفة تطور المحاكمة، ومتابعة ما تم فيها وأبداء أقواله، ودفاعه فيها وإلا كان حكم المحكم الذي لم يراع كل ذلك باطلا[١]. ويقتضي مبدأ المساواة أن يشترك جميع الأطراف في اختيار إجراءات الإثبات سواء بشكل مباشر أو بتفويض الغير.

رابعا: تطبيقات مبدأ المساواة

يعتبر مبدا المساواة من المبادئ المتعلقة بالنظام العام[٢]، وبالتالي لا يجوز التنازل عنه إلا بعد بدء الخصومة، ويعتبر الحكم باطلا إذا أخلت الهيئة بهذا المبدأ في حكمها، وتطبيقا لذلك يجب احترام مبدأ المساواة في خصوص ما يقوم به من أعمال الخبرة[٣]، فيجب أن يحضر الأطراف، أو ممثلوهم[٤]، كل إجراء يتخذ الخبير أو اجتماع يعقده، وأي أعمال يقوم بها الخبير أو هيئة التحكيم يجب أن يحاط به الأطراف علما بشكل متساو، كما أن لهؤلاء مناقشة الخبير في أعماله وإبداء ملاحظاتهم عليها بالمساواة بينهم، كما أن لهيئة التحكيم أن تأمر باستدعاء الخبير في جلسة تحددها كي

=

obs. Jarrosson, CA Paris, 13 nouv. 1997, op. cit., p. 719, obs. Derains.

(1) CA Paris,24fev. 1984, Rev. Arb., 1985, p. 175.

(2) Cass. Civ. 7 janv. 1992, Rev. Arb., 1992, p. 470; B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 211.

(3) CA Paris, 10 nouv. 1989, op. cit., p. 651, obs. Pellerin, CA paris, 11 juill. 1991, op. cit., p. 671, obs. Loquin, CA Paris, 13 mars 1992, op. cit., p. 107, obs. Jarrosson, CA Paris, 13 nouv. 1997, op. cit., p. 719, obs. Derains.

(4) CA Paris, 2 fev. 1988,rev. arb., 1989, p. 62, note Couchez, Cass. Civ., 2e, 10 nov. 1998, op. cit.,p. 1.S.

تقوم هي والأطراف بمناقشة في التقرير الذي يضعه في نهاية أعماله، إن رأت حاجة في ذلك، ويبدي الخبير رأيه وردوده مؤيدة وأسبابها، ولكل من الطرفين أن يقدم في جلسة خبيرا أو أكثر من طرفه لإبداء الرأي في المسائل التي تناولها تقرير الخبير الذي عينته الهيئة، ما لم يتفق طرفا التحكيم علي غير ذلك[1]. وتطبيقا لذلك رفضت محكمة استئناف باريس إلغاء حكم التحكيم عندما رفضت هيئة التحكيم أن تضع في اعتبارها حقيقة أن الخبير اتخذ بعض الخطوات في غياب أحد الأطراف، حيث اعتبرت هيئة التحكيم إن هذا الطرف كان لديه فيما بعد فرصة الكاملة للطعن علي ما توصل إليه الخبير، وما توصل اليه الخبير يدون في تقرير كتابي، ترسل هيئة التحكيم صورة منه بمجرد إيداعه إلى كل من الطرفين مع إتاحه الفرصة المتساوية لهما لإبداء الرأي فيه، ولكل منهما الحق في الاطلاع علي الوثائق التي استند إليها الخبير في تقريره وفحصها[2].

وإذا كانت هيئة التحكيم تملك إدارة إجراءات الخصومة، إلا أنها ملزمة بتهيئة الفرصة أمام كل خصم أو وكيله ليقدم الشرح الشفوي لمختلف جوانب طلباته، وادعاءاته في حضور الطرف الآخر. فيمكن للخصوم تقديم طلباتهم ودفاعهم ودفوعهم في شكل شفهي دون الالتزام بالشكل الكتابي، ويتم تدوين الطلبات والحجج المقدمة شفويا في محاضر، وهذا ما نصت عليه المادة ٣٣ تحكيم. ويجب علي هيئة التحكيم مراعاة الأمور الآتية عند تنظيمها لإجراءات الخصومة، إعطاء كل طرف نفس المساحة الزمنية لعرض حججه وأدلته دون زيادة أو نقصان، وكذلك مراعاة أن يكون المحتكم

(1) Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, traite de l'arbitrage commercial international, op. cit.,p. 705.

(2) CA Paris, 13 mars 1973, op. cit., P. 176, CA PARIS, 12 fev. 1993, Rev. Arb., 1993, p. 255.

أول من يترافع ويتكلم، والمحتكم ضده التالي له، يعقبه ويقدم دفاعه وردوده وطلباته المقابلة[١]. ولكل طرف الحق في تقديم ما يوضح موقفه ورؤيته في الرد علي ادعاءات الطرف الآخر وتقديم سائر دفوعه، لذا يمكن للهيئة أن تسمح لكل طرف بشكل متساو بتقديم الطلبات والمستندات المكتوبة دون استلزام حضور الخصوم بأنفسهم أو من يمثلهم ودون إجراء مناقشة شفهية[٢]. ويلجأ إلى ذلك عادة في تحكيم الصنف أو النوع في البضائع والمعدات، عندما يثور الخلاف حول مدي مطابقتها للمواصفات في تجاره تلك البضائع والمعدات ولما اتفق عليه الطرفان.

ويجب علي هيئة التحكيم أن تحترم مبدأ المواجهة أثناء الإجراءات بشكل متساو أثناء المرافعة الشفوية أو المكتوبة[٣]، وذلك بتمكين كل خصم من معرفة ما قدمه الخصم الآخر، ويجب عليها أن تثبت في حكمها أنها اكتفت بتقديم المستندات المكتوبة، وأنه تم تبادلها بالنحو الصحيح بين الأطراف، وتم تمكينهم من الاطلاع عليها بشكل متساو[٤] ومناقشة والرد علي ما جاء بها، كل ذلك حتي لا يتعرض الحكم للطعن عليه بالبطلان لخروجه عي مبدأ المساواة.

---

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامه، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، مرجع سابق، ص ٥٠٨.

(٢) د/ علي بركات، خصومة التحكيم في المصري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص ٣٣٦.

(3) CA Paris, 10 nouv. 1989, op. cit., p. 651, obs. Pellerin, CA paris, 11 juill. 1991, op. cit., p. 671, obs. Loquin, CA Paris, 13 mars 1992, op. cit., p. 107, obs. Jarrosson, CA Paris, 13 nouv. 1997, op. cit., p. 719, obs. Derains.

(4) CA Paris, 24 mai 1874, op. cit., p. 246.

المطلب الثاني
التزام هيئة التحكيم باتفاقات الخصوم في الإثبات

سنشير إلى الأساس القانوني لالتزام هيئة التحكيم باتفاق الخصوم في وقواعد الإثبات، وذلك في الفرع الأول، أما الفرع الثاني، فيخصص لنطاق التزام هيئة التحكيم باتفاق الخصوم في الإثبات.

الفرع الأول
الأساس القانوني لالتزام هيئة التحكيم باتفاق الخصوم في قواعد الإثبات

في حقيقة الأمر، من المستقر عليه في كافة أنواع التحكيم إعمال مبدأ " سلطات إرادة الخصوم في تحديد النظام الإجرائي لخصومة التحكيم"[١]، ومع منح المحكمين سلطة في حالة عدم وجود اتفاق للخصوم، ولكن الأصل هو مبدأ سلطان إرادة الخصوم في تحديد النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، نظرا للطبيعة الإرادية لعملية التحكيم، وباعتبار أن التحكيم اتفاقي النشأة قضائي الأثر[٢].

---

(1) Ph FOUCHARD, L'arbitrage commercial international, op. cit., no 471 et s; J. ROBERT, l'arbitrage droit interne et droit international privé, op. cit., p. 54 et s.

د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختيار والاجباري، المرجع السابق، بند ٦، ص ٢٢، د/ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ٨٣٧، د/ أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون ر٤م ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وانظمة التحكيم الدولية، المرجع السابق، ص ١٠٧، د/ مصطفي الجمال ود/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، بند ١٣٨، ص ٢١١.

(٢) د/ محمود السيد التحيوي، الاتجاهات النظرية والحلول الوضعية في تحديد التنظيم الاجرائي لخصومة التحكيم، المرجع السابق، ص١٢٢.

في الواقع يتميز التحكيم عن القضاء بأساسه الاتفاقي، فالقضاء أساسه القانون وولأيته عامه، ونظرا لأن الإجراءات هي الوسائل الفنية التي حددها القانون لحمأية الحق الموضوعي وفض المنازعات التي تثار بشأنه، والقاعدة أنه تغاضي المشرع عن تنظيمه لإجراءات أمام هيئة التحكيم[١]. وقد ترك المشرع للأطراف الحرية في اختيار النظام الإجرائي المحقق لهذه الأهداف، وإذا اختارت الخصوم إجراءات الإثبات أمام هيئة التحكيم فيجب الالتزام بها، بشرط أن لا يكون هذا الاتفاق مخالفا لقواعد النظام العام في الإثبات.

ويرجع أساس التزام هيئة التحكيم بتطبيق اتفاق الأطراف في تحديد إجراءات الإثبات إلى الأتي:

الأساس الأول: **إرادة المشرع**:

في الواقع مصدر التحكيم إرادة المشرع، حيث إن الأفراد لا يستطيعون اللجوء إلى التحكيم إلا من خلال إقرار المشرع لنظامه[٢]. فرغبة من المشرع فى التيسير على الأطراف ولتحقيق مصالحهم، اعترف بقضاء التحكيم ونظمه تنظيما دقيقا وترك فيه مساحة كبيرة لإرادة الأطراف. وقد أسند المشرع لهيئة التحكيم اختصاصا قضائيا بالفصل فى المنازعات التى يتفق الأطراف على اللجوء فيها إلى التحكيم. كما أن المشرع يحيط إجراءات التحكيم بضمانات معينة، ولم يترك للأطراف الحرية المطلقة، وإنما فرض العديد من القيود رعأية لهم ولحسن أداء العدالة[٣]. فيجب الالتزام بالمبادئ

(١) د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية،المرجع السباق، ص ١٥٠.

(٢) د/ أحمد أبو الوفا، تكييف وظيفة المحكم، مجلة المحاماة، ١٩٥٧، السنة السابعة والثلاثون، العدد السادس، ص ٨٨٩ و٨٩٠.

(٣) د/ أبو العلا علي النمر ود/ أحمد الجداوي، المحكّمون، دراسة خاصة لطلبة الدراسات العليا بدبلوم التحكيم، مركز تحكيم، حقوق عين شمس، ٢٠٠٢، ص ١٦.

الأساسية للتقاضي مثل حقوق الدفاع والمواجهة والمساواة، ويجب أن يكون المحكَّم محايدا ومستقلا مثل القاضي.

وتطبيقا لذلك نصت المادة ٢٥ تحكيم مصري، علي أن للأطراف في اتفاق التحكيم اختيار الإجراءات مباشر أو إخضاع التحكيم للإجراءات النافذة في منظمة تحكيم أو مركز من مراكزه[١]، وإذا لم يوجد اتفاق علي ذلك فتنص المادة علي أن هيئة التحكيم تختار الإجراءات. إذا سلطة هيئة التحكيم في تحديد إجراءات الإثبات تتقيد باتفاق الأطراف علي هذه الإجراءات، فطبقا لنص المادة ٢٥ لهيئة التحكيم في حالة عدم وجود الاتفاق أن تضع بنفسها القواعد الإجرائية المناسبة لكل مسألة من مسائل التحكيم الإجرائية، ولها صياغة هذه القواعد جملة عند اتصالها بالموضوع، كما لها أن تضع ما تحتاج إليه من هذه القواعد أولا بأول، ويجوز لها اتباع النظام الإجرائي المعمول به في هيئة تحكيم أو منظمة تحكيم دولية، ويجو لها اتباع الإجراءات النافذة في دولة معنية تختارها هي.

وقد نصت المادة ١٤٦٠ من قانون المرافعات الفرنسي في شأن التحكيم الداخلي، إجراءات خصومة التحكيم، وذلك بقولها" ينظم المحكمون الإجراءات التحكيمية دون أن يكونوا ملزمين باتباع القواعد المعتمدة من قبل المحاكم، إلا إذا كان الأطراف قد اتفقوا علي خلاف ذلك في عقد التحكيم[٢]. أما بشأن التحكيم الدولي فقد نصت المادة ١٤٩٢ مرافعات فرنسي علي أنه يجوز أن يحدد اتفاق التحكيم مباشرة أو

(١) ولا يوجد ما يمنع الأطراف من الاتفاق علي قانون إجرائي أيا كانت البلد التي ينتمي اليها، مع مراعاة أن التحكيم الذي يجري في مصر سواء كان وطنيا أو دوليا يخضع بصفة أساسية للقانون المصري ما لم يوجد اتفاق علي خلاف ذلك.

(2) R. PERROT, l'application a l'arbitrage des regles de nouveua code de procedure civile, op. cit., p. 643

بالإحالة إلى نظام تحكيم الإجراءات التي يجب اتباعها في خصومة التحكيم، ويجوز أيضا إخضاع هذه الدعوي إلى قانون إجراءات معين يحدده اتفاق التحكيم، وفي حالة غياب النص علي ذلك في اتفاق التحكيم. يطبق المحكم الإجراءات التي يراها مناسبة إما مباشرة أو بالإشارة إلى قانون معين أو إلى نظام تحكيمي معين". فيلاحظ أن المشرع الفرنسي طبق القاعدة العامة وهي مبدأ سلطان إرادة الأطراف المحتكمين في تحديد التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم في شأن التحكيم الدولي، وقد منح لهيئة التحكيم سلطة واسعة في تحديد هذا النظام الإجرائي، وكان أقل حرصا علي النص علي وجوب احترام ضمانات التقاضي الأساسية والتي حصر علي الإشارة إليها في التحكيم الداخلي.

في الواقع يضبط المشرع إعمال إرادة الأفراد وشروط اللجوء إلى التحكيم وضوابط تحديد إجراءات الإثبات. فإذا خالفت إرادة الأفراد نص المشرع كانت باطلة، حيث يقتصر دور إرادة الأفراد على تنظيم القواعد غير المتعلقة بالنظام العام. ولولا إرادة المشرع ما كانت إرادة الأفراد تكفى لقيام المحكَّم بالفصل فى النزاع وإصدار حكم قابل للتنفيذ الجبرى. فالمسائل المتعلقة بالنظام العام منع المشرع التحكيم بشأنها، وإرادة الأفراد لا يمكنها الاتفاق على التحكيم بشأن هذه المسائل.

الأساس الثاني: إرادة الأطراف

في الواقع سلطة المحكَّم مستمدة من إرادة الخصوم. فالخصوم هم الذين منحوا المحكَّم سلطة الفصل فى النزاع[1]. وهذه الإرادة مسيطرة علي كل إجراءات التحكيم، فنلاحظ أن لإرادة الخصوم دور بارز فى تنظيم عملية التحكيم، يظهر دور الإرادة فى تعيين المحكَّم وتحديد القانون الواجب التطبيق وحدود ولأية المحكَّم، والتشريعات التى

(1) F.E. KLEIN, "autonomie de la volonté et arbitrage", Rev. crit. DIP, 1958, p. 280.

تسنها الدولة في شأن التحكيم لا تضع أحكاما آمرة إلا فى أضيق الحدود، وأكثرها قواعد مكملة لإرادة الأطراف. أما بدء التحكيم وسيره وصدور الحكم، فيجد أساسه فى اتفاق الأطراف على التحكيم. فالمحكَّم يعتبر قاضيا بالمعنى الفنى[١] ولكنه قاض خاص، وذلك لأنه يستمد سلطته من اتفاق الأطراف على التحكيم[٢]، وهو يستند فى عمله إلى اتفاق التحكيم وإرادة المشرع التى تعترف به وتجعل حكمه قابلا للتنفيذ الجبرى.

والأساس الاتفاقي لهيئة التحكيم لا ينفي عنها صفة الهيئة القضائية ذات الطبيعة الخاصة، حيث ذهب البعض إلى القول بأنه "من الصعب اعتبار هيئة التحكيم جهة قضائية بالمعنى الفنى الدقيق لتمتعها بطبيعة خاصة تدخلها فى مصاف الهيئات ذات الاختصاص القضائى مما يقتضى تمييزها عن أية جهة قضائية"[٣]. وقد تبنّت المحكمة الدستورية العليا وجهة النظر هذه باعترافها لهيئة التحكيم بالطبيعة القضائية الخاصة، وذلك باعتبارها هيئة قضائية خاصة[٤]. أما بالنسبة لمحكمة النقض فقد اعتبرتها طريقا استثنائيا للفصل فى النزاع[٥].

---

(1) VINCENT et GUINCHARD, procedure civile, 26 éd. Dalloz, p. 1108, no 1667 ; P. LEVEL, " Brèves réflexions sur l'office de l'arbitre", Mélanges Perrot, Dalloz, 1995, p. 259.

د/ أسامة الشناوي، المحاكم الخاصة فى مصر، بدون سنة نشر، وبدون مكان نشر، ص ٤٥٧.

(2) VINCENT et GUINCHARD; Ibid.

(٣) د/ أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص٩٥.

(٤) محكمة دستوريه، ١٢/١٧/ ١٩٩٤،، رقم ١٣ س ١٥ ق، موسوعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، من عام ١٩٧١ حتى عام ٢٠٠٨، ج الثالث، ص ١٢٨٤، محكمة دستورية، ١٩٩٨/٦/٦، رقم ١٤٥ س ١٩ق، موسوعة المحكمة الدستورية العليا، من عام ١٩٧١ حتي ٢٠٠٨، ص١٢٩١.

(٥) نقض مدني،١٩٧٦/١/٧، طعن رقم ١٧ س ق ٢٧، مج المكتب الفني، ص ١٣٨.

وبالتالي نخلص إلى أن أساس التزام هيئة التحكيم باتفاقات الأطراف إلى أن المحكَّم شخص عادى خوله القانون مباشرة وظيفة القضاء بناء على اتفاق الأطراف [١]. فالمحكَّم يستمد سلطته من تفويض الأطراف له، فهو قد يفصل فى النزاع دون التقيّد بالقانون الموضوعى أو القواعد الإجرائية فى حالة اتفاق الأطراف على ذلك، فى حين أن القاضى يتقيّد بالقانون الموضوعى والقانون الإجرائى من أجل إعلاء كلمة القانون.

الفرع الثاني

نطاق التزام هيئة التحكيم باتفاق الأطراف في تحديد إجراءات الإثبات

يحكم اختيار إجراءات الإثبات بواسطة الأطراف في الاتفاق التحكيم مجموعة من الضوابط الفنية، الأصل فيها ترك الحرية في تحديد الإجراءات لإرادة الأطراف، ويتم هذا التحديد بالاتفاق المباشر بين الأطراف علي هذه الإجراءات في ذات الاتفاق علي التحكيم أو في اتفاق لاحق، وقد يتم هذا الاتفاق بالإحالة علي لائحة مركز تحكيم[٢]، بحيث يصبح الإجراءات الموجودة في هذه اللائحة جزءا من الاتفاق علي التحكيم، ولكن قد لا يتفقوا علي هذا الاختيار أو يكون اتفاقهم غير كاف، فهنا يقع عبء علي هيئة التحكيم في تحديد هذه الإجراءات[٣].

وبصفة عامة تتقيد سلطات هيئة التحكيم باحترام الشروط الواردة في اتفاق التحكيم وقانون التحكيم فيما يتعلق بالقواعد الإجرائية، سواء ما تعلق منها بإجراءات

(١) د/ عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، المرجع السابق، ص ٢٤.

(٢) د/ مصطفي الجمال ود/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص ٢٢٤ وما بعدها.

(٣) الاشارة السابقة.

الإثبات، أو ضمانات التقاضي أمام هيئة التحكيم. وإذا لم يوجد اتفاق للخصوم علي تحديد إجراءات الإثبات التي يجب علي الهيئة اتباعها، فقد نصت المادة ٢٥ تحكيم مصري علي أن هيئة التحكيم تختار الإجراءات، ويكون لها الحرية في اختيار الإجراءات غير مقيدة بأي قانون(١). ويلاحظ أن قانون التحكيم المصري يتميز بطابع تحرري واضح حيث يسمح بحرية الطرفين في إخضاع التحكيم للقواعد الإجرائية السائدة في قانون وطني يختار سواء كان التحكيم يجري في مصر أو في الخارج.

واذا كانت هيئة التحكيم مقيدة باتفاق الخصوم في تطبيق إجراءات الإثبات، فليس معني ذلك أنها ليس لها سلطة تقديرية في الإثبات. فالهيئة التحكيم في نظرها للدعوي ملزمة بتطبيق القانون علي الوقائع التي تفصل فيها تطبيقا صحيحا بعد تمحيصها لجميع كيفياتها وأوصافها، وهي غير مقيدة بالوصف الذي تسبغه عليها أطراف التحكيم، لأن الهيئة من اختصاصها إظهار الحقيقة من خلال الإثبات، وهذا يتطلب تكييف الوقائع المراد إثباته، وتقدير النتيجة التي تترتب علي وسائل الإثبات، فقد تطمئن إلى دليل، وترفض الأخذ بنتيجة دليل آخر، وحق هيئة التحكيم في التكييف وتغير الوصف هو حق أصيل لها، ويثبت لها حق دون طلب الخصوم، فلها استبعاد بعض الوقائع من الإثبات إذا لم يكن لها ضرورة في الإثبات أو خارجه عن اتفاق التحكيم.

ولهيئة التحكيم تملك تغيير الوصف بناء علي الوقائع التي استخلصتها. ويشترط لذلك:

١- أن تكون العناصر التي استندت إليها الهيئة في إعطاء الوصف الصحيح للواقعة قد استخلصتها من التحقيقات التي أجرتها بمعرفتها أو من المرافعة في الجلسة.

---

(١) د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية،المرجع السباق، ص ١٥١.

٢- ألا يتضمن تغيير الوصف إضافة وقائع جديدة.

وهنا قيود ترد علي سلطة هيئة التحكيم في تحديد إجراءات الإثبات المتبعة[١] وتتمثل في الآتي:

١. إذا كان التحكيم يجري في مصر وطنيا كان أم دوليا ستكون هيئة التحكيم ملزمة باتباع الإجراءات المنصوص عليها في القانون المصري وفقا للمادة الأولي منه، وكذلك يسري هذا القانون علي التحكيم التجاري الدولي الذي يجري في الخارج ويتفق الأطراف علي إخضاعه للقانون المصري.

٢. في حالة التحكيم الذي يجري في مصر فإن ولأية هيئة التحكيم في اختيار الإجراءات تقتصر علي الحالات التي لا يواجهها قانون التحكيم المصري أو لم يشر إليها.

٣. اما التحكيم الذي يجري في الخارج ولا يتفق الأطراف علي إخضاعه لقانون التحكيم المصري، فلا تتقيد هيئة التحكيم في اختيارها للإجراءات بالقانون المصري.

٤. لهيئة التحكيم سلطة واسعة في الحالات التي تعمد فيها إلى وضع قواعد إجرائية مادية بطريقة مباشرة حسب طبيعة النزاع، ولا قيد عليها إلا النظام العام. ولكن إذا لم تضع هيئة التحكيم قواعد إجرائية مباشرة واختارت نظاما إجرائيا تنتسب إلى دولة من الدول، فعليها أن تختار نظاما إجرائيا له صله بالموضوع المطروح عليها، ولا يجوز لها أن تختار نظاما إجرائيا لا صلة له بموضوع النزاع، وعند

(١) د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية،المرجع السباق، ص ١٩٥، محكمة النقض، ٢٠١٧/٤/٨، الطعن رقم ١٠٤٩٠، س ٧٥ق، غير منشور.

تعدد القوانين ذات الصلة بموضوع النزاع فعليها اختيار القانون الأكثر صلة بهذا الموضوع.

٥. وفكرة النظام العام تشكل مبدأ يقيد سلطة هيئة التحكيم في اختيار الإجراءات في الأحوال التي يكون لها فيها سلطة الاختيار، فيجب احترام الأصول العامة في الإجراءات والتي تتعلق بالنظام العام الإجرائي. وهذه الأصول العامة تجد مكانها في كافة النظم الإجرائية بصفة عامة، وتشكل نوعا من النظام العام الدولي الذي لا يجوز المساس به بالاتفاق بين الأطراف، وتلتزم به هيئة التحكيم ولو وجد اتفاق مغاير، وقد يضع المشرع الوطني قواعد إجرائية داخلية مغايرة ويجعلها قواعد آمره لا يجوز الخروج عليها. ويشكل ذلك نظاما عاما وطنيا خاصا به ويفرض إعمالها علي التحكيم الخاضع له.

ويجب التمييز بين التحكيم في العلاقات التجارية الدولية وفيه يتعين علي هيئة التحكيم في اختيارها للإجراءات أن تتقيد بالنظام العام الدولي وحده، أما في التحكيم في العلاقات الداخلية فيجب علي هيئة التحكيم التقيد بالنظام العام الداخلي. وبالتالي يجب استبعاد الإجراءات التي يختارها الطرفان أو تقررها هيئة التحكيم كلما كانت مخالفه للنظام العام واحلالا القواعد التي يفرضها هذا النظام.

ويترتب علي مخالفة النظام العام بنوعية الدولي والداخلي ما يلي:

- إذا صدرت المخالفة من طرفي النزاع عند الاتفاق علي القواعد الإجرائية فعلي هيئة التحكيم استبعاد الحكم المخالف وإحلال مقتضي النظام العام مخلفه وإلا كان حكمها باطلا.

- إذا خالفت هيئة التحكيم النظام العام بنوعية الدولي والداخلي عند تصديها لاختيار الإجراءات بنفسها، فهنا يتقرر بطلان حكمها بناء علي إجراءات رفع دعوي البطلان.

المطلب الثالث
التزام هيئة التحكيم بالإثبات الجماعي

من المبادئ العامة في التقاضي ضرورة اشتراك جميع المحكمين في اتخاذ إجراءات الإثبات، وذلك في الأحوال التي يتعددون فيها، وبالتالي لا يجوز الانفراد من جانب أحدهم في اتخاذ إجراءات الإثبات دون علم الآخرين.

سنشير إلى الأساس القانوني لالتزام هيئة التحكيم بالإثبات الجماعي، وذلك في الفرع الأول، أما الفرع الثاني، فنعالج فيه الاستثناءات علي مبدأ الإثبات الجماعي.

الفرع الأول
الأساس القانوني لالتزام هيئة التحكيم بالإثبات الجماعي

الأصل أن يقوم بالتحقيق المحكمون مجتمعين ما لم ينص الاتفاق علي التحكيم علي تفويض أحدهم بهذه المهمة[١]، وبالتالي يجب في حالة تعدد المحكمين أن يشتركوا جميعا في التحقيق[٢]، وكذلك يجب أن يشترك جميع المحكمين في جلسات التحكيم والمناقشات التي تتم، ولا يشذ عن ذلك إلا في الحالة إلى يرد بالاتفاق علي التحكيم نص مغاير، كأن يجيز تفويض أحدهم فقط بإجراء التحقيق في النزاع.

---

(1) B. Moreau, A. Beregoi, et autre, Arbitrage commercial, D., 2014, no, 204.

(٢) م ١٤٦١ مرافعات فرنسي جديد.

وقد نصت المادة ٨٣٧ من قانون المرافعات المصري القديم لسنة ١٩٤٩ علي أنه يتولى المحكمون مجتمعين إجراءات التحقيق، ويوقع كل منهم علي المحاضر مالم يكونوا قد ندب أحدهم لإجراء معين، وأثبتوا ندبه في محضر الجلسة. غير أن هذه القاعدة لم ترد في قانون المرافعات الحالي لسنة ١٩٦٨، ولا قانون التحكيم الحالي رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، غير أن الفقه المصري ذهب إلى أن هذه القاعدة يعمل بها ولو بدون نص(١).

وقد نصت علي هذه القاعدة قانون المرافعات الفرنسي الجديد في المادة مادة ١٤٦٧: يتولى المحكمون مجتمعين إجراءات التحقيق ويوقع كل منهم علي المحاضر ما لم يخولهم عقد التحكيم ندب أحدهم.

وبالتالي يجب علي هيئة التحكيم أن تقوم بنفسها بإجراءات الإثبات، فليس لها أن تفوض أحد اعضائها في ذلك، ما لم يخولها القانون أو اتفاق الأطراف هذه السلطة(٢)، فإذا خولت هذا الحق كان لأحدهم المحكمين القيام بمعأينة بضاعه أو مناقشة خبير، فيجب إذن أن يتولى ا لمحكمون لو تعددوا بأنفسهم إجراءات التحكيم، ولا يجوز ندب الغير للقيام بالتحقيق أو أن يتدأول معه ولو كان خبيرا معينا في الدعوي، وبالتالي لا يجوز لهيئة التحكيم في حالة التعدد أن تجتمع بعضوين فقط في أي جلسة أو عضو فقط.

وقد ذهبت محكمة استئناف القاهرة إلى أنه إذا كان الثابت أن بعض محاضر جلسات هيئة التحكيم قد تضمنت اسم رئيس الهيئة فقط دون باقي الأعضاء الهيئة

(١) د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، بند ١٠٨، ص ٢٥٦، د/ علي بركات، خصومة التحكيم في المصري والقانون المقارن، مرجع سابق، بند ٢٨٨، ص ٣٧٦.
(٢) د/ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ٢٤٩،

وبعض الآخر تضمنت حضور رئيس الهيئة وأحد المحكمين دون المحكم الآخر، فإن إجراءات التحكيم تكون باطلة، ويتعين القضاء ببطلان الحكم. ويجب أن تلتزم الهيئة بهذا المبدأ حتي ولو كانت الهيئة مفوضة بالصلح، وذلك لأهمية وسائل التحقيق والدور الحاسم لها في بيان وجه الحقيقة في موضوع النزاع. فإذا كان التفويض بالصلح يعفي هيئة التحكيم من اتباع الإجراءات والمواعيد المطبقة أمام المحاكم وحرية الهيئة في تطبيق قواعد العدالة علي موضوع النزاع إلا أنه لا يعفيها من اتباع القواعد التي تقرر ضمانات أساسية للخصوم ويؤدي عدم اتباعها تجاوزا من هيئة التحكيم لمهمتها المعهود بها إليها، ويترتب عليه بطلان الحكم التحكيم[١].

ويرجع الأساس القانوني لقاعدة التحقيق الجماعي إلى الآتي:

أولا: أن إثبات الإجراءات يجب أن يشارك فيه كل المحكمين حتي يتسني لهم نظر النزاع باعتبارهم هيئة تحكيم[٢]. فالأساس في ذلك يرجع إلى اشتراكهم جميعا في نظر النزاع باعتبارهم هيئة وأحده.

ثانيا: لا يجوز توزيع المهام بين المحكمين، لأن ذلك سوف يضر الخصوم ويعد انتهاكا لحقوق الدفاع[٣].

ثالثا: الالتزام بالتحقيق الجماعي ضمان ضد التمييز والتحيز المحتمل لو انفرد أحد المحكمين باتخاذ إجراء ما أو بنظر جزء من النزاع[١]. فقد يحتمل أن يتحيز المحكم

---

(١) د/ علي بركات، خصومة التحكيم في المصري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص ٣٧٩.

(٢) د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختيار والاجباري، المرجع السابق، ص ٧٣، د/ نور شحاته، سلطة التكييف في القانون الاجرائي، دراسة مقارنة لقانون الإجراءات المدنية والجنائية والإدارية، دار النهضة، ١٩٩٣، ص ٣٢٠.

(3) J. ROBERT, l'arbitrage droit interne et droit international privé, op. cit., p. 153.

للخصم الذي اختاره بتفسير التحقيق لصالحة إذا ما سمح بجواز التحقيق أمام المحكمين.

رابعا: وقد ذهب رأي إلى أن ذلك يعد تطبيقا لمبدأ المواجهة، علي اعتبار أنه في حالة تعدد المحكمين يكون اثنان منهم معينا من كل من الطرفين في الاتفاق علي التحكيم بغية إعطاء هؤلاء الأطراف ضمانا خاصا، فإذا ما توزع العمل بين المحكمين، فيخشي وقوع ضرر للطرفين ومساس بحقوق الدفاع فيما إذا انفرد أحد المحكمين بالتحقيق(٢).

فهذه القاعدة لا تتأسس علي أساس احترام حقوق الدفع، إذا احترام حقوق الدفاع لا يفرض مباشرة التحقيق بصورة جماعية، إذا يجب أن يحصل التحقيق بدون تحيز وأن يطلع المحكمون جميعا علي النتيجة التي توصل إليها، فيتحقق بذلك احترام حقوق الدفاع(٣).

ونري أن هذه القاعدة يرجع أساسها القانوني إلى أنه لصحة الحكم يجب أن يصدر من المحكمين الذين شاركوا بأنفسهم في نظر جميع أوجه النزاع، وخاصة أدلة الإثبات التي بني عليها الحكم. وهناك قاعدة أصولية مقتضاها وجوب سماع كل أعضاء المحكمة لموضوع الدعوي، وتكتسب هذه القاعدة ميزه خاصة في موضوع التحكيم في

=

(1) E. Loquin, l'instance de l'arbitrage, op. cit.., NO 97.

(٢) نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية،المرجع السباق، ص ٢٠٨.

(3) CA Paris, 10 nouv. 1989, op. cit., p. 651, obs. Pellerin, CA paris, 11 juill. 1991, op. cit., p. 671, obs. Loquin, CA Paris, 13 mars 1992, op. cit., p. 107, obs. Jarrosson, CA Paris, 13 nouv. 1997, op. cit., p. 719, obs. Derains.

حالة تعدد المحكمين[١]. ويترتب علي مخالفة ذلك البطلان، ويمكن إثبات هذه المخالفة بكافة طرق الإثبات لأنها واقعه مادية[٢].

كما يلاحظ أن عدم التقيد بالقاعدة التحقيق الجماعي يخالف المهمة الموكلة للمحكمين، ذلك أنه عندم وجود اتفاق علي السماح بإجراء التحقيق من قبل أحد المحكمين، فأنه يفترض أن الطرفين قد أراد إجراء التحقيق بصورة جماعية، إذ تعتبر هذه القاعدة قاعدة مكملة للإرادة ولا يجوز استبعاد تطبيقها إلا بنص مخالف. وبالتالي عدم مراعاة هذه القاعدة يترتب عليه بطلان الحكم لمخالفته حدود المهمة الموكلة للمحكمين[٣]. كما أن قاعدة التحقيق الجامعي قاعدة مكملة، فإن المحكم المطلق له سلطة استبعادها، ذلك أنه ما دام الطرفان لهما حق العدول عن تطبيقها، فإن المحكم المطلق الذي يستطيع عدم التقيد بجميع قواعد القانون المكملة في إجراءات التقاضي العادية، ويمكنه استبعاد القواعد المكملة في إجراءات وأصول التحكيم.

والتزام هيئة التحكيم بأعمال قواعد الإثبات يختلف تبعا لكونها موضوعية أو إجرائية، فبالنسبة للإجرائية تكون هيئة التحكيم معفاة من اتباع أحكامها إلا إذا اتفق علي وجوب مراعاتها أو كانت تتعلق بالنظام العام[٤]، أما القواعد الموضوعية فالمحكم

(1) R. David ; L'arbitrage dans le commerce international, op. cit. no 328 p. 418,

(2) CA Paris, 18 nov. 1952, D., 1952, p. 804. B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit.,no 204.

(٣) د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية،المرجع السباق، ص ٢٠٨.

(٤) د/ عاشور مبروك النظام الإجرائية لخصومة التحكيم، مرجع سابق، بند ١٨٢، ص ٣٠٣.

يكون مقيدا من حيث الأصل باتباع أحكام القانون الموضوعي ومنها القواعد الموضوعية في الإثبات[١].

وبالتالي يمكن القول بأن التحقيق الجماعي هي قاعدة يمكن أن تضمن واقعيا احترام حقوق الدفاع، غير أن عدم احترام هذه القاعدة لا يشكل بذاته وبصورة حتمية مخالفة لحقوق الدفاع، وقد تأييد هذا في أحكام القضاء. فقد حكمت محكمة استئناف باريس بأنه إذا تم بعض إجراءات التحقيق من قبل محكم وأحد مفوض بالصلح من المحكمة التحكيمية لا يخالف مبدأ المواجهة والدفاع الذي يفرض تمكين كل خصم من مناقشة مطالب وأدلة وحجج خصمه[٢].

الفرع الثاني
الاستثناءات من الالتزام بالإثبات الجماعي

إذا كان من الضروري اشتراك جميع المحكمين في اتخاذ إجراءات الإثبات، وذلك في الأحوال التي يتعددون فيها، وبالتالي لا يجوز الانفراد من جانب أحدهم في اتخاذ إجراءات الإثبات دون علم الآخرين، ومع ذلك فهذا الالتزام ليس مطلقا، حيث يوجد استثناءات أجاز فيها القانون علي هيئة التحكيم الخروج علي هذا المبدأ.

فإذا كان الأصل أن تتخذ هذه الإجراءات من هيئة التحكيم مجتمعة في حالة تعدد المحكمين، إلا أنه قد لا يكون ميسرا في جميع الأحوال لكون المكان الواجب إجراء الإثبات فيه بعيدا عن مقر الهيئة، لهذا يمكن لهيئة التحكيم للسماح بانتداب أحدهم للقيام بأحدى إجراءات الإثبات بشرط إثبات ذلك في محضر الجلسة. كما هو منصوص عليه

(١) د/ عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، المرجع السابق، ص ٢٨٨، د/ عاشور مبروك، النظام الاجرائي لخصومة التحكيم، مرجع سابق، بند ١٨٢، ص ٣٠٣.

(2) CA Paris, 29 avril 1985, Rev. Arb., 1985, p. 311.

في المادة ١٤٦١ مرافعات فرنسي، ولم ينص قانون التحكيم المصري علي هذا الأمر، إلا أن الفقه لا يمانع من قيام الهيئة بانتداب أحدهم بالقيام بالإجراء. المحكم المنتدي يقوم ببحث مدي تعلق الدليل بموضوع النزاع وكونه مقبولا أو غير مقبول، وبالتالي سقوط الحق في عرضه علي هيئة التحكيم بعد ذلك (م١٧ تحكيم) ويجوز له اصدار قرار مؤقت يمكنه من السير في إجراءات الإثبات إذا لم ير جدية المنازعة العارضة، ويكون قراره واجب النفاذ، ويحق للخصم إعادة عرض هذه المسائل علي هيئة التحكيم بكامل هيئتها عند انتهاء العضو المنتدب من مهمته وإحالة النزاع إلى الهيئة ما لم ينص القانون علي غير ذلك (م٧ إثبات مصري).

ويجب علي العضو المنتدب بعد أن يتخذ الإجراء المطلوب أن يعرض علي بقية أعضاء هيئة التحكمي نتيجة عمله قبل إصدار قراره[١]. ويجب اطلاع الخصم الآخر علي ما تم من إجراءات وتمكينه من الرد، وإلا تعرض الحكم الصادر للبطلان. لإخلاله بحقوق الدفاع.

وقد حكم بأنه لا تثريب علي المحكمين إذا انفرد أحد المحكمين ببعض إجراءات التحقيق بناء علي تفويض ضمني من هيئة التحكيم المشارك فيها، لأن ما يسفر عنه التحقيق يخضع في النهأية إلى تقدير المحكمين مجتمعين عند الفصل في موضوع النزاع، ولم يدع الطرف أنه قد حيل بينه وبين تقديم دفاعه أو بينته، ولهذا لا محل للقول ببطلان حكم التحكيم لهذا السبب[٢].

(١) د/ أحمد السيد صاوي، الوجير في التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٣٢.
(٢) محكمة تمييز دبي، ٢٣ ابريل ٢٠٠٠، طعن رقم ١٩٩٩/٥٣٧، مجلة التحكيم، س ٦، ص ٢٧٩.

ويمكن لأحد أعضاء هيئة التحكيم القيام ببعض إجراءات الإثبات منفردا في الحالات الآتية:

١- إذا كان عقد التحكيم يجيز لأحد أعضاء الهيئة القيام بالإجراء بمفرده، وهذا ما نصت عليه المادة ١٤٦٧ مرافعات فرنسي جديد. وكذلك نص المادة ١٧٩من قانون المرافعات الكويتي. ولم ينص القانون المصري علي مثل هذه القاعدة. إلا أن الفقه لا يمانع من الأخذ بهذا الاستثناء، لأننا بصدد قضاء مصدره إرادة الأطراف، فيمكن للأطراف الاتفاق علي تخويل هيئة التحكيم سلطة ندب أحدهم في القيام بأي إجراء من إجراءات الإثبات كسماع شهود أو الانتقال للمعأينة، وعلة ذلك أن قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام[١].

٢- إذا أجمع المحكمون علي ندب أحدهم لاتخاذ إجراء معين، وإثبات ندبه في محضر الجلسة: لم ينص قانون المرافعات الفرنسي ولا قانون التحكيم المصري علي مثل هذا الاستثناء، ولكن قانون المرافعات الليبي نص عليه في المادة ٧٥٦، ولكن الفقه المصري يري أنه يجوز العمل به بدون حاجة إلى نص[٢]، بينما يري جانب آخر من الفقه أنه ليس لهيئة التحكيم أن تندب عضوا منها لاتخاذ إجراء من الإجراءات إلا إذا كان يجوز لها ذلك، سواء بنص قانون التحكيم أو باتفاق الأطراف، فإذا لم يوجد هذا النص أو الاتفاق فليس لهيئة أن تخول لنفسها هذه السلطة وتفوض أحد أعضائها للقيام بهذا الإجراء، وإلا كان الإجراء باطلا[٣]. ويري البعض من الفقه أن ذلك لا يجوز في حالة التحكيم بالصلح[٤].

(١) د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٣٠٩.
(٢) د/ علي بركات، خصومة التحكيم في المصري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص ٣٧٧.
(٣) د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ١٦٢، ص ٣٠٩.
(٤) د/ علي بركات، خصومة التحكيم في المصري والقانون المقارن، مرجع سابق، ص ٣٨٠.

وبالنسبة للنظام الفرنسي فإذا لم يسمح اتفاق التحكيم بهذه الرخصة، وقامت الهيئة بانتداب أحد أعضائها، فقد رأي القضاء الفرنسي أن مخالفة حكم المادة ١٤٦٧ في حد ذاته لا يشكل إخلالا بحق الدفاع أو بمبدأ المواجهة بصفة خاصة، وبالتالي فإن حكم التحكيم لا يكون معرضا للبطلان وفقا للمادة ١٤٨٤ مرافعات، طالما وقف المحكمون جميعا والخصوم علي حقيقة ما دار بواسطة أحد المحكمين فقد، بل ذهب البعض إلى أنه لا مانع طالما كان الإجراء المتخذ ذات طابع مادي بحت[١].

وقد ذهب بعض الفقه[٢] إلى أنه يجب علي هيئة التحكيم أن تقوم بنفسها بإجراءات الإثبات، فليس لها أتفوض أحد اعضائها في ذلك، ما لم يخولها القانون أو اتفاق الأطراف هذه السلطة، وذلك تطبيقا لما نصت عليه المادة ١٤٦٧ مرافعات فرنسي.

ويمكن أن يتم الاتفاق بين أعضاء هيئة التحكيم صراحة أو مضنيا، ويمكن أن يثبت في محضر الجلسة بموافقة جميع الأطراف أو وكلائهم في الخصومة، وإذا خولت هيئة التحكيم أحد اعضائها في القيام بإجراء من إجراءات الإثبات دون موافقة طرفي الخصومة، فإن هذا الإجراء يكون باطلا، ولكن لا يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم إلا إذا كان بطلان الإجراء قد أثر في الحكم وفقا للمادة ١/٥٣/ز تحكيم.

ويلاحظ أن عدم إطلاع المحكم المفوض بالتحقيق لسائر المحكمين علي نتائج هذا التحقيق يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم، وذلك لإخلاله بالقاعدة التي توجب تسبيب هذا القرار نظرا لأن هذا التسبيب لم يشر إلى نتائج هذا التحقيق الذي لم تطلع عليه هيئة التحكيم.

---

(1) CA Paris, 26 avril 1985, Rev. Arb., 1985, p. 311. Note Mezger.

(٢) د/ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا، المرجع السابق، ص ٤٦٩.

المطلب الرابع
التزام هيئة التحكيم بالحياد

لا يجوز للمحكم كما هو الحال بالنسبة للقاضي التابع للدول أن يحكم بناء علي معلوماته الشخصية في القضية، وهذه القاعدة هي تطبيق لمبدأ المواجهة[١]، ويجب أن تراعي بالتالي في كافة صورة وأشكال التحكيم. غير أنه يجوز للمحكم الاستناد إلى معلوماته الشخصية المستقاة من خبرته في الشئون العامة المفروض إلمامه الكافي بها[٢].

سنشير إلى المقصود بالحياد، وذلك في الفرع الأول، أمام الفرع الثاني، فيخصص للحياد الأيجابي لهيئة التحكيم، وذلك علي النحو التالي:

الفرع الأول
المقصود بحياد هيئة التحكيم

فى الواقع ليس من السهل تعريف حياد المحكَّم[٣]، فحياد المحكَّم يتميز بالمرونة كما أن صفة الحياد صفة متغيرة[١]، لكونها حاله ذهنية ونفسية لها طابع ذاتي شخصي أكثر مما هو موضوعي[٢].

---

(1) CA Paris, 3 dec. 2002, op. cit., p. 931.

(٢) د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية،المرجع السباق، ص ٢٠٥.

CA Paris, 3 dec. 2002, op. cit., p. 931. CA Paris, 24 oct. 1980, op. cit., p. 54, note fouchard.

(3) Ch. JARROSSON, la notion d'arbitrage, préface de B. OPPETIT, LGDJ, 1987, n° 451-477.

وقد عبر البعض عن الحياد بكونه التجرد فى العمل عن أى مصلحة ذاتية له أو لغيره[٣]. وقيل بأن حياد المحكَّم عدم ميله أو تحيّزه لأحد الأطراف[٤]. فالمحكَّم يكون محايدا إذا بحث النزاع دون تصور سابق تجاه موضوع النزاع[٥]، بل يبحث الموضوع مع خلو الذهن[٦]. وقيل بأن حياد المحكَّم يقصد به أن يقف موقفا سلبيا من كل من الخصوم على حد سواء[٧]، وقيل إنه التزام المحكَّم نطاق الادعاء سبباً وموضوعاً وإثباتا كما قدّمه الخصوم، وذهب البعض إلى أنه مباشرة المحكَّم إجراءات التقاضي ويصدر حكمه دون تحيز لخصم أو ضد خصم تأثرا باعتبارات غير موضوعية[٨]. فعدم الحيدة هى حالة نفسية تتعلق بالعاطفة (مصلحة شخصية أو صلة مودة أو عداوة بأحد

=

(1) J. VIATTE, «la récusation des arbitres», Gaz. pal, 1973, 2, doctr., 719; T. Clay, L'arbitre, op. cit., p 234.

(2) CA Paris, 20 novembre 1997,op. cit., p. 329 ; M. HENRY, «les obligations d'indépendance et l'information de l'arbitre à la lumière de la jusprudence récente», op. cit., p.193 spéc. P. 195.

(٣) د/ وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص ٢١٨.

(٤) د/ هدي عبد الرحمن، دور المحكَّم فى خصومة التحكيم وحدود سلطاته، المرجع السابق، ص١٦٦، بند ١٣١، د/ أبو العلا على النمر، د/ أحمد الجداوي، المحكَّمون، المرجع السابق، ص ١٠١، د/ نبيل إسماعيل عمر، امتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصي، المرجع السابق، ص١٣١، د/ محي الدين علم الدين، منصة التحكيم التجارى الدولى،بدون دار نشر، الجزء الأول، ١٩٨٦، ص٥٤.

(5) T. Clay, L'arbitre, op. cit., p. 241.

(6) P. LALIVE " sur l'impartialité de l'arbitre international en suisse' semaine judiciaire, 1990, p. 3- 64.

(7) P. AZARD, l'immutabilité de la demande en droit judiciaire français, thèse, Paris, 1936, p. 148.

(٨) د/ عبد الرءوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص١٠٢٠.

الخصوم) يرجح معها عدم استطاعة المحكَّم الحكم بغير تحيز[١]، وقيل إنه ألا تكون له عند مباشرته وظيفته مصلحة ذاتية قد يميل إليها وتؤثر فى تقديره على نحو أو على آخر على حساب التطبيق الموضوعى المتجرد لإرادة القانون[٢].

ونري أن الحياد يعنى تجرد المحكَّم من أية ضغوط خارجية تمليها عليه مشاعره الخاصة (ضغوط معنوية) أو المصلحة المادية الذاتية (ضغوط مادية) التي تحيد به عن التطبيق القانونى الصحيح. فالحيدة هى عدم انحياز المحكَّم إلى أى من طرفى التحكيم أو ضده لأسباب شخصية أو أسباب خاصة، وإنما يلتزم أن يكون عادلاً بين الطرفين متجردا عن كل ما ينأى عن اعتبارات العدالة[٣].

وقد ذهبت محكمة استئناف القاهرة إلى أن عدم الحيدة عبارة عن "ميل نفس أو ذهنى للمحكَّم يكون لصالح أو ضد أحد أطراف النزاع أو الغير أو الدولة، بحيث يرجح معه عدم استطاعته الحكم بغير ميل لأحد ممن ذكروا ضده"[٤].

والواقع أن الحياد يرتبط باستقلال المحكَّم، وهو ألا توجد للمحكَّم صلة أو مصلحة بموضوع النزاع أو ارتباطات بأحد الأطراف أو ممثليهم[٥]، وأن ما ينتهى إليه

(١) د/ فتحي وإلى، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٢٤٥.

(٢) د/ أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ١٤٣.

(٣) د/ نبيل عمران، قواعد رد المحكَّمين فى قانون التحكيم المصرى، محاضرة ألقيت فى الدورة التخصيصية لإعداد المحكَّمين الدوليين فى مركز اتحاد المحامين الدولي والأفريقي للتحكيم، فى الفترة من ٢٠٠٤/٩/٢٥ إلى ٢٩ /٢٠٠٤/٩،ص ١٢، د/ عبد الحميد عثمان الحنفى، دروس فى قانون الإثبات، بدون دار نشر، ٢٠٠٤، هامش ص ٢١.

(٤) استئناف القاهرة، د ٩١ تجاري، ٢٠٠٤/٣/٣٠، طعن رقم ٧٨، س ق ١٢٠، غير منشور.

(٥) د/ هدي عبد الرحمن، دور المحكَّم فى خصومة التحكيم وحدود سلطاته، المرجع السابق، ص١٠٢، بند ٧٠.

من رأى فهو غير متأثر فيه بعلاقة تربطه بأحد الطرفين[١] سواء أكانت علاقة مالية أم اجتماعية أم مهنية سابقة أو حالية[٢]. ويرى البعض أن معنى الاستقلال عدم وجود مصلحة أو ارتباط أو تبعية من جانب المحكَّم بأى من طرفى التحكيم[٣]. وحتى يكون المحكَّم محايدا و مستقلا يجب أن لا تكون له صلة بأطراف النزاع، وعلى الأخص الطرف الذى شارك فى تعيينه[٤]، فلا يكون تابعا لأحدهم[٥].

في الواقع حياد واستقلال هيئة التحكيم يعد روح التحكيم وجوهر العدالة التحكيمية، وحقا من حقوق الإنسان[٦]. كما أنه من أهم ضمانات العدالة التي تبعث الاطمئنان في نفوس المتقاضين[٧]، لأن المحكم لن يصدر حكمه متأثرًا باعتبارات شخصية أو ضغوط خارجية، ولهذا يعد مبدأ حياد المحكم في النظم الحديثة من المبادئ الأساسية في التقاضي[٨]. ومن أجل الحياد والاستقلال، يجب اختيار المحكمين ممن تتوافر فيهم صفات الوعي والشجاعة والموضوعية والإنسانية والمعرفة والتعالي علي

---

(1) CA Paris, 28 octobre 1999, Rev. Arb., 2000, p. 299, note ph. GRADJEAU; CA Paris, 20 novembre 1997, op. cit., p. 329.

(٢) د/ فتحي وإلى، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص ٢٤٨؛ د/ هدي عبد الرحمن، دور المحكَّم فى خصومة التحكيم وحدود سلطاته، المرجع السابق، ص، ص ١٠٢، بند ٧٠.

(٣) د/ محي الدين علم الدين، منصة التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص٥٤.

(٤) د/ نبيل عمران، قواعد رد المحكَّمين فى قانون التحكيم المصرى، المرجع السابق، ص ١٣.

(٥) د/ محمود مختار بريري، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ٨٨، بند ٥١.

(6) Cass., 2e civ., 27 mai 2004, Recueil Dalloz, 2004 p. 1863.

(7) R. De GOUTTES, "L'impartialité du juge", Revue de science criminelle, 2003, p. 63.

(٨) محكمة الدستورية العليا، ١٩٩٦/١١/١٦، رقم ٣٨، س ق ١٦، موسوعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، من عام ١٩٧١ حتي عام ٢٠٠٨،ج الثالث، ص ١٣٣٧، ص٩٦٩.

الأهواء والذات، لأن هذه الصفات هي المستلزمات الأساسية للمحكم العادل الجدير بالثقة والحكم وفقا لمقتضيات العدالة.

ويري البعض أن حياد المحكم وإن كان أمرا مرغوبا فيه، إلا أنه يجب التسليم باحتمالات خضوع المحكم لهذه المؤثرات، وهناك صعوبة في إثبات تحيز المحكم، وإذا أثبت الخصم تحيز المحكم فلن يفيد الخصم في أي شيء، لأن مثل هذا التحيز لا يصلح بذاته سببا لإلغاء أو إبطال الحكم(١). والواقع أن الحياد والاستقلال أمر لازم لتحقيق العدالة (٢)، ذلك أن استقلال يعني أن تعمل بعيدا عن أشكال التأثير الخارجي التي توهن عزائم رجالها، فيميلون معا عن الحق إغواء وإرغاما، ترغيبا أو ترهيبا، فإذا كان انصرافهم عن إنفاذ الحق تحاملا من جانبهم علي أحد الخصوم وانحيازا لغيره، كان ذلك منافيًا لضمانة الحياد أثناء الفصل في الخصومة.

وعندما صدر قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ نصّت المادة ٣/١٦ من هذا القانون على اشتراط الحياد والاستقلال، وذلك بقولها " يكون قبول المحكَّم القيام بمهمته كتابة، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيدته". كما أن قانون التحكيم قد وضع الجزاء المترتب على تخلف مبدأ حياد المحكَّم واستقلاله، حيث نصّت المادة ١٨ على أنه "لا يجوز رد المحكَّم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكا جدية حول حيدته أو استقلاله.

---

(١) د/ محمد عبد الخالق عمر، النظام القضائي المدني، دار النهضة العربية، ١٩٧٦، ص٢٧.

(2) S. JOSSERAND, L'impartialité du magistrat en procédure pénale, préface de J. FRANCILLON, L.G.D.J., 1998, n° 128, p. 133 ; M-A. FRISON-ROCHE, «l'impartialité du juge», Recueil Dalloz, 1999, chronique p. 53, n° 12.

وقد ذهبت محكمة استئناف القاهرة إلى أن "الحيدة التى هى جوهر الاستقلال ليست حكرا على العمل القضائى بل هى لازمة كذلك فى العمل التحكيمى لأن المحكَّم وإن كان يشترك مع القاضى فى وظيفته الأساسية المتمثلة فى حسم المنازعات، فأنه أيضا يتبع المنهج القضائى فى مراعاة الضمانات الأساسية للتقاضى عند تحقيق الادّعاءات ونظر الطلبات وأسلوب فض المنازعة سواء بهدف إنزال حكم القانون عليها أو إجراء تسوية وفقا لقواعد العدالة والإنصاف. فطبيعة مهمة المحكَّم ذات طابع موضوعى غير شخصى"[١].

وفى حكم آخر ذهبت محكمة استئناف القاهرة إلى أن "اشتراط الحيدة والاستقلال باعتبارهما ضمانتين أساسيتين للتقاضى- قاعدة مجمع عليها، بل وتنص عليها غالبية النظم القانونية للدول والاتفاقيات الدولية للتحكيم فضلا عن اللوائح الخاصة بمراكز التحكيم"[٢].

وقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أن استقلال السلطة القضائية، وحيدة قضاتها ضمانتان تنصبان معًا علي إدارة العدالة بما يكفل فعاليتها، وهما بذلك أمران متلازمان، والواقع أن الخصومة القضائية لا يستقيم الفصل فيها حقًا وعدلا إذا خالطتها عوامل تؤثر في موضوعية القرار الصادر بشأنها، فقد صار أمرًا مقضيًا أن تتعادل ضمانتا استقلال السلطة القضائية وحيادها في مجال اتصالهما بالفصل في الحقوق انتصافا، لتكون لهما معًا القيمة الدستورية ذاتها، فلا تعلو أحداهما علي الآخرى أو تجبها، بل تتضامان تكاملاً، وتتكافآن قدرًا[٣].

(١) استئناف القاهرة، د ٧ تجاري، ٢٠٠٢/١/٨، طعن رقم٧٢، س ق ١١٧، غير منشور، استئناف القاهرة، د ٩١ تجاري، ٢٠٠٣/٤/٢٩،سابق الاشارة.

(٢) استئناف القاهرة، د ٩١ تجاري، ٢٠٠٣/٤/٢٩، الاشارة السابقة.

(٣) المحكمة الدستورية العليا، ١٩٩٦/١١/١٦، رقم ٣٨، س ق ١٦،سابق الإشارة، ص٩٧٨.

في الواقع تنص معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات ومراكز التحكيم على ضرورة توافر حياد المحكَّم واستقلاله، وإن كان الملاحظ فى قوانين التحكيم الدولية مرور المشرع بجانب هذا الموضوع دون تأكيد وإشارة واضحة إليه، بينما فى قوانين التحكيم الداخلية هناك تأكيد صريح على أن المحكَّم يجب أن يكون مستقلا وحياديا[١]. فقد نصت المادة ١٤٥٢ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد على إلزام المحكَّم بأن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيدته. وأكَّد القضاء الفرنسى على وجوب حياد واستقلال جميع المحكَّمين، بل اعتبرها صفة أساسية لكل من يمارس مهنة القضاء سواء كان قاضيا أو محكما[٢].و علي الرغم من أن المشرع الفرنسى لم يشر إلى استقلال وحياد المحكَّم فى التحكيم الدولى، فقد حرص القضاء[٣] الفرنسى على ضرورة توافر الحياد والاستقلال، سواء

(1) J. L. DELVOLVE, " devoirs et responsabilités de l'avocat exerçant la fanction d arbitres", Rev. arb., 1984, p. 435; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, traite de l'arbitrage commercial international, op. cit., p. 592, no 1045.

(2) La Cour de cassation a dispose que "l'independence d'esprit est indispensable à l'exercice du pouvoir jurisdictionel quelle qu'en soit la source, qu elle est l'une des qualité essentielle des arbitres." Cass. 2 civ., 13 avril 1972, Bull. civ., 11, n° 91 , Rev. arb., 1975, p. 235, note E. LOQUIN ; D. com, 1973, 2, note J. ROBERT ; JCP, 1971, II, 17189, note P. LEVEL ; RTD civ., 1973, p. 769, obs. Y. LOUSSIUAR; CA Paris, 2 juin 1990, Rev. Arb., 1991, p. 87, obs. Cl. REYMOND; CA Paris, 28 juin 1991, Rev. arb., 1992, p. 568, note P. BELLET; CA Paris, 12 décembre 1996, Rev. arb., 1998, p. 699, note D. B.

(3) CA Paris, 8 juin 1972, Rev. arb., 1973, p. 38, note J. RUBELLIN-DEVICHI; Cass. 2e civ. 20 février 1974, Rev. arb., 1975, p. 238; TGI Paris, 28 octobre 1988 et 29 juin 1989, Rev. arb., 1990, p. 497, obs. M. de BOISSESON; TGI Paris, ref., 22 mars 1983 Rev. arb, 1983, p. 479, note =

كان التحكيم داخليا أم دوليا. وقد استقر القضاء الفرنسى على وجوب حياد المحكَّم واستقلاله فى التحكيم الدولى(١).

وقد استوجب القانون الإنجليزى للتحكيم الصادر فى ١٧ مأيو ١٩٩٦ ضرورة توافر شرط الحياد والاستقلال بالنسبة للمحكمين باعتباره من المبادئ العامة للتحكيم(٢). كما نصت المادة ١/٧ من قانون التحكيم السويدى لعام ١٩٩٩ على أنه " يجب أن يكون المحكَّم محأيدا". وذهبت العديد من القوانين فى هذا الاتجاه، مثل قانون التحكيم الدولى فى البحرين. أما قانون الإمارات العربية المتحدة فاشترط فى المحكَّم الشروط المستوجبة فى القاضى(٣). كما اشترط القانون التونسى فى المحكَّم الاستقلالية والحياد(٤). ونص القانون الفيدرإلى فى الولأيات المتحدة على أن يكون كل المحكَّمين مستقلين وحياديين، وأن المحكَّمين الذين يختارهم كل طرف يجب ألا يعتبروا أنفسهم ممثلين لهذا الطرف أو محامين له، وبمجرد تسميتهم يجب أن ينهوا أى ارتباط مع الذى سمّاهم إذا كان ثمة ارتباط سابق.

=

B. MOREAU; TGI Paris, ref., 21 septembre 1989, Rev. arb., 1990, p. 176, note Ph. KAHN; M. HENRY, " Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre a la lumière de la jurisprudence récente", op. cit., p. 194, spec. p. 196.

(1) CA Paris, 8 juin 1982, Rev. arb., 1983, p. 38; TGL Paris, ref, 22 mars 1983, op. cit., p. 479, note B. MOREAU.

(2) Loi anglaise sur l'arbitrage du 17 juin 1996 (1re art.), sur cette question v. V. VEEDER «la nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage de 1996, la naissance d'un magnifique éléphant», Rev. arb. 1997, p. 3, sép. 9et 15.

(٣) مادة ٢٠٧ من قانون المرافعات المدنية فى الامارات العربية المتحدة.

(٤) مادة ٥٧ من قانون التحكيم التونسي.

وقد نص القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى على اشتراط تمتع جميع المحكَّمين بالحيدة والاستقلال[1]، ووفقا للمادة ١/١٢ من هذا القانون فأنه يجب "على الشخص حين يطالب بتعيينه محكَّما أن يصرّح بكل الظروف التى من شأنها أن تثير شكوكا لها ما يبررها حول حيدته واستقلاله، وعلى المحكَّم منذ تعيينه وطوال إجراءات التحكيم، أن يفضى بلا إبطاء إلى طرفى النزاع بوجود أى ظروف من هذا القبيل، إلا إذا كان قد سبق له أن أحاطهما علما بها". بل يمكن عزل المحكَّم إذا كانت هناك ظروف تثير شكا حول حياده واستقلاله. وبالنسبة للاتفاقيات الدولية نجد أن اتفاقية واشنطن الصادرة فى ١٨ مارس ١٩٦٥ والخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدولة ومواطنى الدول الآخرى والتى اعتمدت نظام اللائحة لاختيار المحكَّمين قد نصّت فى المادة ١/١٤ على أن " الأشخاص الذين يعيّنون بالقوائم يجب أن يكونوا من ذوى الأخلاق العالية ويكون مسلّما بمقدرتهم فى ميادين القانون أو التجارة أو الصناعة أو المال، ويمكن الاعتماد على استقلالهم فى الرأى".

بل إن بعض الاتفاقيات تجعل مبدأ الاستقلال مبدأ مقدسا يتعين الحلف بالالتزام به. فقد نصت المادة ٢/١٤ من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجارى عام ١٩٨٧ على أن " يؤدى المحكَّمون قبل مباشرة مهامهم اليمين أمام رئيس المركز أو من ينيبه (اقسم بالله العظيم أن أحكم بالعدل وأن أرعى القانون الواجب التطبيق، وأؤدى مهمتى بأمانه ونزاهة وتجرد)".

وقد حرصت لوائح هيئات ومراكز التحكيم على اشتراط ضرورة توافر حياد واستقلال المحكَّمين، نذكر منها على الأخص، نظام التحكيم والمصالحة لغرفة التجارة الدولية بباريس سنة ١٩٩٨، حيث نصّت فى المادة ٧ على التزام المحكَّم بالحياد

(١) مادة ١٢ من القانون النموذجي للتحكيم.

والاستقلال وأن يؤكد استقلاله قبل تعيينه. وبل تذهب إلى أبعد من ذلك إلى إجازة عزل المحكَّم فى حال إخلاله بواجب الحياد أو لأى سبب آخر[١]. وقد نصت المادة ٢/١١ من نظام مركز التحكيم التجارى لدول مجلس التعاون الخليج العربية لعام ١٩٩٣ و المادة ٣ من لائحة لندن للتحكيم الدولى ١٩٨٥، على نفس مضمون النصوص السابقة.

الفرع الثاني
الحياد الأيجابي لهيئة التحكيم في الإثبات

اذا كان حياد القاضي لم يعد يملي عليه ضرورة الالتزام بالسلبية المطلقة[٢] إزاء عناصر النزاع وإزاء توجيه وإدارة الخصومة المدنية. بل أصبح يلتزم بالحياد الأيجابي الذي يسمح له بدور في حدود معينة. ويظل حياد القاضي قائما كمبدأ أساسي في الخصومة. فالبنيان الواقعي الأساسي الذي تقدم به الخصوم إلى القاضي طالبين منه تطبيق حكم القانون في شأن النزاع الذي ثار بصدده يظل القاضي محايداً، يعني أن عبء الادعاء والإثبات يقعان علي الخصوم بشكل مباشر، وفي الحدود التي رسمها

(١) مادة ٢من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس.

(٢) مبدأ الحياد يعد حجر الزاوية في التنظيم القضائي. فهو المصدر والأساس للعديد من القواعد الأساسية التي تحدد واجبات القضاة وضماناتهم د/ أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، المرجع السابق، ص١٤٤. ولقد استند التصور التقليدي في الفقه الإجرائي إلى هذا المبدأ لينكر علي القاضي أي دور إيجابي في الخصومة H. SOLUS et R. PERROT, droit judiciaire prive, t1, 1961, p. 286.
فالقاعدة وفقا لهذا التصور هي أن السيادة علي الخصومة للخصوم أنفسهم، فنشأتها ومباشرتها تعتمد بالقدر الأكبر علي نشاطهم، وهم يتنأوبون الإثبات فيها، كما أنهم يملكون إنهاءها قبل الحكم فيها بمطلق إرادتهم، أي هم الذين يقررون الاستمرار فيها أو تركها، حيث أن في هذه الفترة زمام الخصومة في يد الخصوم، هم الذين يطرحونها علي القاضي، محددين وقائعها ونطاقها، مطالبين بما يرغبون من حقوق، وبالتالي ساد مبدأ المذهب الفردي وعلي الأخص مبدأ سيادة الخصوم NORMAND, le juge et le litige; thèse, lille, 1965, p. 30.

القانون. ويقع علي القاضي عبء تقدير الأدلة، وإعطاء الوصف القانوني للنزاع وتطبيق القانون عليه. ويرجع ذلك إلى أنه في ظل النظم القانونية الحديثة تتسع فكرة النظام العام، وتؤدي إلى الاعتراف للقاضي بسلطات واسعة في الخصومة المدنية، سواء في مجال الإثبات وإجراءات التحقيق وطلب تكملة وقائع النزاع. وفي الواقع حياد القاضي يعبر عن دوره في الخصومة، وما إذا كان دورا سلبيا أم أيجابيا[١]، ويربط بمجموعة الأفكار القانونية التي تسود بلدًا ما في زمان ما. فقد ظهر اتجاه يساند الحياد المطلق للقاضي، ودوره السلبي في الخصومة المدنية، واتجاه ثان يري الحياد الأيجابي للقاضي في الخصومة المدنية، وقد اتبع المشرع الفرنسي والمصري موقفا وسطا من هذه الاتجاهات.

وقد انتقد الفقه الحديث نظرية الحياد المطلق للقاضي[٢]، حيث بدأت الأفكار القانونية والاقتصادية تبتعد في فترات معينة عن المذهب الفردي وتميل إلى المذهب الاشتراكي، وقد انعكس كل ذلك علي فكرة الحقوق الخاصة، حيث نظر إليها علي أنها محملة بوظيفة اجتماعية يتعين أن تؤديها ليس لصالح صاحبها فقط وإنما لصالح المجتمع. ومن هنا تظهر الوظيفة الاجتماعية للحقوق والمراكز القانونية[٣].

وأخذ مبدأ الحياد الأيجابي للقاضي في الظهور، وذلك لأنه يؤدي إلى تحقيق العدالة[٤]، حيث إن وظيفة شاغلي القضاء في المقام الأول هي إقامة العدل الاجتماعي،

---

(١) د/ طلعت محمد دويدار، تطور الحماية التشريعية لمبدأ حيدة القضاة،، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص٩.

(2) SOLUS H. et PERROT R., droit judiciaire prive, , op.cit., p. 285.

(3) ANDRE, Du principe de la neutralité du juge dans l'instruction des affaires civiles, Paris, 1910, p. 14.

(4) SOLUS H. et PERROT R., droit judiciaire prive, op.cit., p. 285

ولا يقتصر فقط علي تحقيق العدل الفردي، وهذه الأفكار أثرت علي مضمون الحياد التقليدي للقاضي[١].

ونري أن حياد هيئة التحكيم كما هو الشأن بالنسبة للقاضي، حياد إيجابي، فهي التي تتولي مسائل الإثبات، وتقدر الأدلة، وتعطي الوصف القانوني للنزاع. ويتمتع المحكَّم فى ظل نظام التحكيم المصرى والفرنسى بسلطات قضائية، تبدأ من الفصل فى الدفع بعدم الاختصاص أو الدفوع المتعلقة بموضوع النزاع، واتخاذ إجراءات الإثبات، وتنتهى بإصدار حكم التحكيم وتفسيره وتصحيحه. وكان لابد من تطلب بعض الضمانات فى المحكَّم لكى تضمن حسن سيره وتحقيقه للعدالة بين أطراف النزاع[٢]. ومن أهم الضمانات الواجب توافرها فى المحكَّم الحيدة والاستقلال عن أطراف النزاع. وهذه الحيدة لا تقتضتي أن يكون سلبيا، ولكن حياد إيجابي للبحث عن العدالة.

(١) فالقاضي طبقا للمذهب الحديث، لن يظل متخذا موقفه السلبي التقليدي، وإنما سوف يتزود بسلطات واسعة في سبيل استكمال عناصر النزاع، لكي يشبع العدل الذي ينادي به المذهب السياسي والاجتماعي الذي يعمل في ظله. وبالتالي فإن الدور الذي يقوم به القاضي أثناء الخصومة يوجه ضد مبدأ السيادة التامة للخصوم علي الخصومة وإثبات النزاع، حيث يكون للقاضي حق في الإدارة والتوجيه لاعتبارات العدالة وإظهار الحقيقة. وبذلك فالسلبية المطلقة التي كانت للقاضي المدني أصابها العديد من التعديلات مما سمح للقاضي ببعض السلطات في توجيه ودفع الخصومة المدنية والبحث عن الحقيقة وإعمال العدالة. فقد منح القانون القاضي سلطات يستطيع من خلالها أن يؤدي دورًا إيجابيًا في تقدير الأدلة واستكمالها، حتى يتمكن من الوصول إلى الحقيقة، فأصبح للقاضي دور في إشباع مقتضيات النظام العام. وإذا كان التصور الحديث لم يفلح في إقصاء التصور التقليدي تماما، فإنه وبالتأكيد قد نجح أن يقاسمه المكانة في التأثير علي القواعد التي تتعلق بالخصومة المدنية في النظم القانونية الحديثة. ومحصلة ذلك أن الخصومة لم تعد مجالا يستأثر الخصومة بالسيادة المطلقة فيه، وإنما آلت إلى أن تكون منطقة سيادة مشتركة للقاضي والخصوم معا .J وبالتالي فقد وجد إلى جوار التصور التقليدي، تصور حديث لا يري في أن الاعتراف بدور إيجابي للقاضي في تسيير الخصومة وتوجيهها ما يخل بحياده.

VINCENT S. GUINCHARD, procédure civile, op. cit., n° 378.

(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامه، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، المرجع السابق، ص٧٠٥، بند ٢٠٣.

ومع ذلك تلتزم هيئة التحكيم الحياد اتجاه صفة أطراف التحكيم وطلبات الخصوم، فلا يجوز لها أن تقضي للخصم بغير ما طلبه. كما لا يجوز لها أن تقضي بما طلبه في مواجهة شخص آخر لم يختصم في الدعوي. ويعبر عن ذلك بأن للدعوي التحكيمية قيدين يقيدان سلطة هيئة التحكيم، أحدهما شخصي، والآخر عيني. ويلاحظ أنه تلتزم هيئة التحكيم بالإضافة إلى تقيدها بالوقائع تتقيد بالأشخاص المرفوعة عليهم الدعوي. فلا يجوز لها إدخال أشخاص آخرين حتي ولو استبان من التحقيقات والمرافعة أن هناك أشخاص آخرين يجب إدخالهم في الدعوي. وكل ما تملكه المحكمة في مثل هذه الفروض هو أن تلفت نظر الخصوم إلى ضرورة ادخال اشخاص اخرين وذلك لتعديل اتفاق التحكيم.

ويلاحظ أن الإثبات في موضوع الدعوي لابد وأن يكون مرتبطا بالطلبات التي رفعت بها والتي يتضمنها اتفاق التحكيم، ولا يجاوزها إلى غيرها، وهذه الطلبات تتحدد بالوقائع المرفوعة عنها الدعوي. فيجب التزام هيئة التحكيم بالوقائع ولا تتجأوزها إلى غيرها حيث تتحدد بما هو ثابت باتفاق التحكيم.

وإذا تجاوزت هيئة التحكيم هذا القيد وحكمت في واقعة لم ترد باتفاق التحكيم أو طلبات الخصوم، فأنها تكون قد اخطأت القانون في أمرين:

١- أنها أضافت علي نفسها سلطة مخولة لأطراف اتفاق التحكيم في تحديد الوقائع التي يتضمنها الاتفاق.
٢- أنها فصلت في غير ما طلبة الخصم رافع الدعوي.

ولا يؤثر في ذلك أن تكون الوقائع الجديدة واضحة من الأوراق ولم تسع إليها الهيئة وإنما ظهرت أثناء المرافعة أو من التحقيق. وعلي ذلك يجب تماثل الواقعة المطلوب إثباتها مع الواقعة المرفوع عنها الدعوي والتي يضتمنها اتفاق التحكيم،

ويتحقق هذا التماثل اذا كانت الواقعة التي أثبتتها الهيئة تملك ذات المقومات المادية والمعنوية التي يتكون منها الواقعة محل اتفاق الأطراف في اتفاق التحكيم.

ويثور التساؤل حول مدي سلطة هيئة التحكيم في استبعاد عنصر من عناصر الواقعة المرفوع بها الدعوي التحكيمية، مما ينفي التماثل، في الواقع لا تملك هيئة التحكيم مثل هذا الاستبعاد، لأنها مقيده باتفاق الخصوم وطلباتهم، وهذا الاستبعاد قد يترتب عليه مخالفة اتفاق الأطراف مما يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم، ولكن لا يتأثر التماثل بين الواقعة الأصلية والواقعة التي تم إثباتها إذا ما أجرت الهيئة تعديلات في وقائع الدعوي دون أن تتأثر الطلبات المقدمة من الخصوم، وذلك بهدف اظهار الحقيقة.

والواقع أن للحكم دوراً أيجابياً في الخصومه التحكيمية، ويتمثل ذلك في الآتي: يملك المحكم القيام بندب خبير أو إجراء معأينة أو استدعاء أحد الخصوم لسماع قوله أو طلب استدعاء شاهد من أجل إظهار مصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة. وكذلك لمحكم توجيه اليمين المتممة، وتملك هيئة التحكيم إنهاء إجراءات الخصوم كجزاء علي الخصوم، إذا لم يقدر عدم قدرتها علي السير فيها. فإذا استحال علي هيئة التحكيم الاستمرار في الإجراءات لأي سبب أو قدرت عدم جدواها وفقا لما تنص علي المادة ٤٨/ج تحكيم. إذا قدرت الهيئة تعذر تجميع المستندات الكافية لتبين وجه الحقيقة، ويترتب علي انتهاء الإجراءات زوال خصومة التحكيم بإنهاء مهمة المحكم تماما، فلا يكون لها أي صفة في اتخاذ الإجراءات، ولا تستجيب لأي طلب يقدمه الأطراف بعد صدوره قرارها بانتهاء الإجراءات.

كما يتمتع المحكم بسلطة تقديرية واسعة، فيما يتعلق بوقائع الدعوي، مع عدم خضوعه في ذلك لرقابة القضاء، فله أن يعتمد علي قرينة دون أخري أو يفضل قول شاهد علي آخر أو رأي خبير علي آخر، بشرط احترام قواعد الإثبات، وقيام المحكم بدور فعال في توجيه وإدارة الخصومة التحكيمية، وقيامه بدفع عملية الإثبات للتحصيل عناصر يري هو وفقا لتقديره أنها تنقص النزاع المدني المطروح أمامه، كل ذلك يعطي لمبدأ حياد المحكم لونا جديدا ينحو به نحو الفاعلية بدلا من السلبية الكاملة.

المبحث الثاني
الرقابة علي سلطة هيئة التحكيم في الإثبات

إذا كانت لهيئة التحكيم سلطة تقديرية في الإثبات، إلا أن هذه السلطة يرد عليها بعض القيود التي تتعلق بحقوق الدفاع ومبدأ المواجهة والمساواة بين الخصوم، وكذلك التزام الهيئة بالحياد والتحقيق الجماعي.

والواقع أن وجود سلطة بلا رقابة يؤدي إلى التحكيم والتعسف في استخدام هذه السلطة، ومن هذا المنطلق نظم المشرع رقابة للقضاء علي سلطة هيئة التحكيم، وذلك عن طريق دعوي البطلان، وقد أخذت بعض الأنظمة بنظام الطعن بالاستئناف ودعوي البطلان كما هو الشأن في النظام الفرنسي.

وسنشير في هذا المبحث إلى سلطة القضاء في الرقابة علي هيئة التحكيم، وذلك في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فيعالج نطاق الرقابة علي هيئة التحكيم في الإثبات، وذلك علي النحو التالي:

المطلب الأول
سلطة القضاء في الرقابة علي هيئة التحكيم

سنشير إلى طرق الرقابة علي حكم التحكيم، وذلك في الفرع الأول، أما الفرع الثاني، فيخصص لبيان إجراءات الرقابة علي هيئة التحكيم.

الفرع الأول
طرق الرقابة علي حكم التحكيم

تقتضي العدالة أن يمنح المحكوم عليه الفرصة لإعادة النظر في الحكم الصادر ضده، وذلك لتدارك ما لحق الحكم من عوار، ويعتبر قضاء الدولة هو الأولى بالاختصاص بمراقبة عيوب حكم التحكيم، لأنه لا يمكن لهيئة التحكيم التي أصدرت الحكم أن تراقب عيوب الحكم الصادر منها، ولا يمكن عمل هيئة تحكيم عليا للطعن أمامها فى الحكم الصادر، لأن في ذلك تكلفة للخصوم، وبالإضافة إلى أن قضاء الدولة لا يراقب عدالة الحكم إنما يراجع حالات في أغلبها شكلية أو متعلقة بالنظام العام.

ونظرا لطبيعة التحكيم التي لا تتفق مع طرق الطعن المنصوص عليها ضد أحكام القضاء، فقد نص قانون التحكيم المصري فى المادة ٥٢ على أن لا تقبل أحكام التحكيم التى تصدر طبقا لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية. ولكنه نصّ فى الفقرة الثانية من هذه المادة على أنه يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقا للأحكام المبينة فى المادتين التاليتين (٥٣ و٥٤ من قانون التحكيم).

وتعتبر دعوى البطلان طريقا خاصا للاعتراض على أحكام التحكيم ولا يمكن استخدامها ضد الأحكام القضائية[١] بصفة عامة. فالهدف من الاعتراض على أحكام المحكَّمين بطريق البطلان الوصول إلى تقرير بطلان الحكم[٢]. وطريق البطلان ضد حكم

(١) د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص٦٦٣، بند ٣٤٧؛ د/ أحمد المليجي، التعليق علي قانون المرافعات، دار النهضة، ١٩٨٦، ص ١٠٤؛ د/ عبد الحكم فوده، البطلان في قانون المرافعات، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٧، ص ٨٠.

(٢)استئناف القاهرة، د ٩١ تجاري، ٢٠٠٦/٣/٢٩، طعن رقم ١٢٨ س ق ١٢١ تحكيم، غير منشور، استئناف القاهرة، د ٧ تجاري، ٢٠٠٥/٣/٣٠، طعن رقم ٤١ س ق ١٢٠ تحكيم؛ غير منشور، استئناف القاهرة،٩١ تجاري، ٢٠٠٥/٤/٥، طعن رقم ٦٢، س ق ١٢١ تحكيم، غير منشور.

التحكيم تأخذ به معظم أنظمة العالم. ويترتب على حكم المحكمة ببطلان حكم التحكيم زوال الحكم كله، وإذا حكمت المحكمة بالبطلان انتهت الخصومة أمامها، فلم ينص قانون التحكيم المصرى على قيام المحكمة بنظر موضوع التحكيم كما فعل المشرع الفرنسى، وذلك لأن دعوى البطلان فى القانون المصرى ليست طريقا للاستئناف(١).

وبالنسبة للنظام الفرنسي فقد كان الاتجاه في القانون الفرنسي قبل تعديل رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ علي أن الأصل هو قابلية حكم التحكيم الداخلي للطعن عليه بالاستئناف، وطريق الطعن بالبطلان هو الاستثناء، فجيب أن يتفق الأطراف علي جواز الطعن علي الحكم الصادر بالبطلان.

وبمقتضي التعديل الأخير لسنة ٢٠١١ نصت المادة ١٤٨٩ مرافعات علي أن حكم التحكيم لا يكون قابلا للطعن عليه بالاستئناف إلا إذا أتفق الأطراف علي الطعن بالاستئناف، وقد نصت المادة ١٤٩١ المعدلة بالمرسوم سنة ٢٠١١ علي أن حكم التحكيم يكون قابلا للطعن عليه بالبطلان إلا إذا كان قابلا للطعن بالاستئناف طبقا لاتفاق الخصوم، فأصبح طبقا للتعديل الأخير أن الأصل هو الطعن بالبطلان والاستئناف هو الطريق الاستثنائي.

ونري أن ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في تعديله الأخير يتفق مع طبيعة التحكيم التحكيم، حيث لا يجوز الطعن في الحكم الصادر إلا بالبطلان، ولكنه راعي ذلك سلطة الأطراف في التحكيم، فنص استثناء جواز الطعن بالاستئناف، ونري أنه يفضل أن ياخذ المشرع المصري بهذا الاتجاه.

(١) استئناف القاهرة، د ٩١ تجاري، ٢٠٠٤/٤/٢٨، طعن رقم ٢٧، س ق ٢٠٠٢، غير منشور، د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص ٦٢٥، بند ٣٤٦.

وبالنسبة للتحكيم الدولي فقد نصت المادة ١٥١٨ مرافعات علي أن حكم التحكيم الدولي الصادر في فرنسا لا يكون قابلا إلا للطعن عليه بالبطلان. وبالنسبة للحكم الصادر خارج فرنسا لا يكون قابلا للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن.

الفرع الثاني
إجراءات الرقابة علي هيئة التحكيم

سنشير إلى المحكمة المختصة بالاعتراض علي حكم التحكيم، وإجراءات رفع الاعتراض علي حكم التحكيم، وذلك في النقاط الآتية:

أولا: المحكمة المختصة بالاعتراض علي حكم التحكيم

وقد نصت المادة ٥٤ من قانون التحكيم المصري على تحديد المحكمة المختصة بدعوى البطلان وفرقت بين التحكيم التجاري الدولي والتحكيم الداخلي: فبالنسبة للتحكيم التجاري الدولي تختص بدعوى البطلان المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) وهى محكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الخصوم على محكمة استئناف أخرى[١]. وبالنسبة للتحكيم الداخلي يكون الاختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع. ويطبق فى تحديد المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع قواعد الاختصاص، سواء النوعى أو القيمى أو المحلى. وإذا تعدد الاختصاص المحلى للمحاكم، وذلك فى حالة تعدد موطن المدعى عليهم، فالدعوى ترفع أمام محكمة الاستئناف التي تتبعها أى منها[٢]. وبالتالي لا تختص المحاكم المصرية ولائيا بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم الأجنبي[٣].

---

(١) استئناف القاهرة، د ٧١ تجاري، ٢٠٠٥/١١/٢٩، طعن رقم ١١ س ق ١٢٢، غير منشور.

(٢) استئناف القاهرة، ٩١ تجاري، ٢٠٠٥/٦/٢٩، الطعن رقم ٣٩و٧١و١٠٧و١٢٦، لسنة ١٢١ ق تحكيم، غير منشور.

(٣) استئناف القاهرة د ٦٣ تجاري، ١٩٩٧/٣/١٩، رقم ٦٨ س١١٣ ق، استئناف القاهرة، د٩١تجاري، ٢٠٠٣/١/٢٩، رقم ٤٠ لسنة ١١٤ ق جلسة.

ويرى البعض أن المشرع خالف القاعدة العامة فى الاختصاص الذي تقضى باختصاص محاكم أول درجة بالدعاوى التي ترفع ابتداء، كما خالف مبدأ التقاضي على درجتين. ويرى أنصار هذا الرأي أن الباعث هو سرعة الفصل فى دعوى البطلان[1].

وفى حقيقة الأمر فإننا نرى أن المشرع لم يخالف مبدأ التقاضي على درجتين، وذلك لأن هذه الدعوى هي طريق طعن خاص للطعن ضد حكم التحكيم، وبالتالي فالاعتراض على حكم التحكيم الذى يشبه حكم قاضى أول درجة يطعن عليه أمام ثاني درجة، ولا يطعن عليه أمام أول درجة.

وبالنسبة للنظام الفرنسي فقد نصت المادة ١٤٩١ تحكيم علي أن المحكمة المختصة بالطعن بالبطلان أو الاستئناف ضد حكم التحكيم الداخلي هي محكمة الاستئناف التي صدر حكم التحكيم في دائرتها، ويرجع في ذلك إلى الاختصاص المحلي لكل محكمة. وبالنسبة للتحكيم الدولي، فقد نصت المادة ١٥١٩ مرافعات علي أن المحكمة المختصة هي محكمة الاستئناف التي صدر في حدود اختصاصها الحكم المطعون عليه بالبطلان.

وفي الواقع هذا الاتجاه في النظام الفرنسي قد يواجه ببعض العقبات في تحديد اختصاص المحكمة، وذلك في حالة صدور حكم التحكيم من هيئة مشكلة من ثلاثة محكمين أو أكثر، وقاموا بالمداولة علي الحكم بطريق الاجتماع بطرق التكنلوجيا الحديثه أي الاجتماع بطريق الإنترنت، وأصدروا الحكم بهذا الطريق، وكان كل وأحد منهم في مكان بعيد عن الآخر، ففي أي مكان يكون الحكم قد صدر في هذه الحالة. لذا

(١) د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص ١٠٢٥، بند ٥١٠.

نفضل أن يأخذ المشرع الفرنسي بطريق محكمة الدرجة الثانية للمحكمة المختصة أصلا بنظر موضوع النزاع كما فعل المشرع المصري.

ثانيا: إجراءات الاعتراض علي حكم التحكيم

ترفع دعوى البطلان في النظام المصري أمام المحكمة المختصة، وذلك طبقا للإجراءات العادية لرفع الطعون، وذلك بأيداع صحيفة دعوى البطلان قلم كتاب محكمة الاستئناف المختصة، حيث نصت المادة ٦٣ مرافعات على أن ترفع الدعوى إلى القضاء بصحيفة افتتاح الدعوى، وهذه الورقة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك، حيث يقوم المدعى بتحرير صحيفة ثم يودعها قلم كتاب المحكمة ويطلب قيدها فى السجل المعد لذلك. وتنتج الدعوى آثارها بمجرد أيداع الصحيفة قلم الكتاب بعد أداء الرسم كاملاً. ولكن لا يترتب أي بطلان لصحيفة الدعوى لعدم أداء الرسم المستحق على الدعوى[١].

وتخضع خصومة الطعن بالبطلان للقواعد الإجرائية التي نص عليها قانون المرافعات لنظر الدعأوى أمام المحاكم. وبالتالي يكون للمحكمة نفس السلطات الإجرائية التي تكون لها عند نظر أى خصومة[٢]. فيجب عليها احترام الضمانات الأساسية للتقاضي، ويجوز التدخل فى الخصومة تدخلا انضماميًا ممن له مصلحة طبقا لنص المادة ١٢٦ مرافعات[٣].

(١) نقض مدني، ١٩٧٢/٤/١١، الطعن رقم ٣١٨، س ق ٣٧،، مج الكتب الفني، س٢٣، ص٦٨٦، نقض مدني، ١٩٧٣/٢/٦، طعن رقم ٤٩٠، س ق ٣٧، مج المكتب الفني، ٢٤، ص١٤٤.

(٢) الاشارة السابقة.

(٣) استئناف القاهرة، د.٩١تجاري، ٢٠٠١/١٢/٥، طعن رقم١٠، س ق ١١٧ تحكيم، غير منشور.

وقد نصّت المادة ٥٤ تحكيم على ميعاد رفع دعوى البطلان، فيجب أن ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال التسعين يوما التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه، ويجب أن يتم الإعلان بواسطة قلم المحضرين طبقا للقواعد التي نص عليها قانون المرافعات فى هذا الشأن، ولا يغيّر من ذلك علم المحكوم عليه به ولا عبرة بتحقق الغأية من الإعلان[١]، وذلك لأن قانون التحكيم أوجب الإعلان، وهذا قانون خاص يقيد قانون المرافعات، وبالتإلى فلا عبرة بتسليم صورة من حكم التحكيم للمحكوم عليه بواسطة أمين سر هيئة التحكيم أثناء جلسة الحكم[٢].

وقد ذهبت محكمة استئناف القاهرة إلى أن "ميعاد رفع دعوى البطلان لا ينفتح إلا من تاريخ إعلان هذا الحكم للمحكوم عليه إعلانا صحيحا وفقا للقواعد المتبعة فى إعلان أوراق المحضرين وتسليمها وأنه لا يغنى عن هذا الإعلان أى إجراء آخر، كما لا يغنى عنه كذلك علم المحكوم عليه بأية طريقة أخرى ولو كانت قاطعة"[٣]، وبالتإلى عدم إعلان حكم التحكيم يجعل ميعاد إقامة دعوى البطلان مفتوحا[٤].

وينتقد البعض هذا الميعاد، وذلك لأنه من الضروري أن يبدأ ميعاد الدعوى من وقت صدور الحكم، وذلك حتى لا يكون هناك مزيد من تضييع الوقت بسبب تعقيد

(١) نقض مدني، ٢٠٠١/٣/٢٢، رقم ٤٣١، س ق ٦٩، غير منشور، نقض مدني، ١٩٩٤/١/١٩، س ق٤٥، مج المكتب الفني، ج ١، ص ١١٧.
(٢) استئناف القاهرة، د ٩١ تجاري، ٢٠٠٥/٩/٢٥، طعن رقم ٢٩، س ق ١٢٢، غير منشور.
(٣) استئناف القاهرة، د ٩١ تجاري، ٢٠٠٥/٧/٢٧، طعن رقم ١١٣، س ق ١٢١ تحكيم، غير منشور، استئناف القاهرة، د ٩١ تجاري، ٢٠٠٣/٢/٢٦، طعن رقم ٥٦، س ق ١١٩، غير منشور.
(٤) استئناف القاهرة، د ٩١ تجاري، ٢٠٠٥/٤/٢٧، طعن رقم ٩٥، س ق ١٢٠، غير منشور.

إجراءات إعلان الحكم للمحكوم عليه فى موطنه، وخاصة إذا كان المحكوم عليه مقيما فى الخارج[١]، وينتقد البعض هذا الميعاد لأنه يتميز بالطول النسبى[٢].

ونرى أنه من الأفضل أن ينص المشرع على أن يبدأ ميعاد التسعين يوما من صدور الحكم بالنسبة للأحكام الحضورية ومن إعلان الحكم بالنسبة للأحكام الغيابية.

ويلاحظ أن هذا الأجل الذى حدده المشرع لاتخاذ إجراءات رفع الدعوى يترتب على فواته سقوط الحق فى رفع الدعوى، وجزاء السقوط يتعلق بالنظام العام[٣]، وبالتإلى لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة ميعاد رفع الدعوى. وعلى القاضى أن يقضى من تلقاء نفسه. ولا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول الخصم عن حقه فى رفع الدعوى قبل صدور حكم التحكيم. أما إذا كان النزول عن الدعوى بعد صدور الحكم، فيؤدى ذلك إلى عدم قبول الدعوى.

وبالنسبة للقانون الفرنسى، فقد نصت المادة ١٤٩٥ مرافعات علي أن تتبع القواعد العامة في رفع الطعن بالبطلان والطعن بالاستئناف، وقد نصت المواد ١٤٩٤ و١٤١٩ مرافعات علي أن يبدأ ميعاد الطعن بالبطلان أو الاستئناف من وقت صدور الحكم، وينتهي بمرور شهر من إعلان المحكم، وبالتالي يترتب علي انتهاء مدة الشهر من اعلان الحكم سقوط الحق في الطعن.

(١) عثمان حسين، قانون التحكيم الجديد، مجلة المحاماة، ١٩٩٥، عدد يناير، ص ٢٢٥، د/ عبد الحكيم مصطفي عبد الرحمن، تعليق علي قانون التحكيم المصرى، رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٤، مقارنا بالاتجاهات الحديثة في التحكيم التجاري الدولي الخاص، دار النهضة، ١٩٩٥، ص ١٦٥.

(٢) د/ حفيظة الحداد، الطعن بالبطلان علي أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، ١٩٩٧، ص ٢٣٢.

(٣) استئناف القاهرة،، د. ٩١ تجاري، ٢٠٠٥/٦/٢٩، دعوى رقم ٥، س ق ١٢١، غير منشور.

وفى حقيقة الأمر المشرع الفرنسى جعل انتهاء ميعاد الطعن مرتبطاً بإرادة من صدر الحكم لصالحه، وذلك حتى يسرع فى طلب استصدار أمر بالتنفيذ وينتظر مدة شهر لانتهاء ميعاد الطعن. وبالتإلى في ميعاد الشهر مدة مناسبة لنظام التحكيم.

وميعاد إقامة دعوى بطلان حكم التحكيم لا يوقف إقامتها أمام محكمة غير مختصة، حيث يسقط الحق فى دعوى البطلان لإقامتها بعد الميعاد ولا يغير من ذلك إقامتها فى الميعاد أمام محكمة غير مختصة(١). فلا يقف ميعاد رفع الدعوى إلا بموت المحكوم عليه أو بفقده أهليته للتقاضى أو بزوال صفة من كان يباشر الخصوم عنه(٢).

المطلب الثاني
نطاق الرقابة علي سلطة هيئة التحكيم في الإثبات

سنشير إلى حالات الرقابة علي سلطة هيئة التحكيم في الإثبات، وذلك في الفرع الأول، أما الفرع الثاني، فيخصص لاثر مخالفة قواعد الإثبات علي حكم التحكيم. وذلك علي النحو التالي.

الفرع الأول
حالات الرقابة علي سلطة هيئة التحكيم في الإثبات

سنشير إلى حصرية حالات الرقابة علي سلطة هيئة التحكيم، وأسباب الرقابة علي سلطة هيئة التحكيم في الإثبات، وذلك في النقاط الآتية:

(١) استئناف القاهرة، د ٧ تجاري، ٢٠٠٦/١/٣، طعن رقم ٢٢، س ١٢٢ ق تحكيم، غير منشور.
(٢) استئناف القاهرة، د ٧ تجاري، ٢٠٠٥/١١/٢٩،سابق الاشارة.

أولا: حصرية حالات الرقابة علي سلطة هيئة التحكيم

في الواقع لم يسمح المشرع المصري إلى فتح باب الطعن بالاستئناف ضد حكم التحكيم لمراقبة كل اعمال هيئة التحكيم، ولكنه نص علي حالات معينه للدعوي البطلان، علي عكس القانون الفرنسي الذي نص علي أن الأصل هو الطعن بالبطلان إلا إذا اتفق الأطراف علي الطعن بالاستئناف.

والحالات منصوص عليها في دعوي البطلان علي سبيل الحصر في المادة٥٣ تحكيم، حيث نصت المادة ٥٣ تحكيم علي أنه، لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية"

أ- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلا أو قابلا للإبطال أو سقط بانتهاء مدته.

ب- إذا كان أحد طرفى اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقا للقانون الذى يحكم أهليته.

ج- إذا تعذر على أحد طرفى التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلانا صحيحا بتعيين محكَّم أو إجراءات التحكيم أو لأى سبب آخر خارج عن إرادته.

د- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذى اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

ه- إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكَّمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين.

و- إذا فصل حكم التحكيم فى مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق. ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له، فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها.

ز- إذا وقع بطلان فى حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلانا أثر فى الحكم". ويستفاد من هذه المادة أن المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان لا تنظر حكم التحكيم كانها محكمة طعن، فلا تنظر موضوع الحكم من حيث الواقع والقانون(١)، وإنما تنظر بطلان الحكم فى حدود الأسباب المنصوص عليها فى المادة ٥٣ تحكيم. ويمكن للمحكمة أن تقضى بوقف تنفيذ حكم التحكيم خلال نظرها لدعوى البطلان، ويجب عليها فى هذه الحالة أن تفصل فى دعوى البطلان خلال ستة أشهر من تاريخ صدور الأمر، وهذا الميعاد تنظيمى، لا يترتب عليه سقوط أو بطلان.

وبالنسبة للقانون الفرنسي فقد نص على الأسباب التي تؤدى إلى بطلان حكم التحكيم فى المادة ١٤٩٢ والمادة ١٥٢٠ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد، وهذه الأسباب منصوص عليها على سبيل الحصر، وهى تتشابه مع أسباب البطلان المنصوص عليها فى القانون المصرى، ولكن المشرع الفرنسي قد سمح للطعن بالاستئناف إذا اتفق الأطراف علي ذلك، وحالات الطعن بالاستئناف تشمل الواقع والقانون، وبالتالي سيكون هناك رقابة عامة وشامله علي سلطة هيئة التحكيم في الإثبات.

ونري أن يفضل أن يأخذ المشرع المصري بهذا الاتجاه، وهو أن يسمح بالاتفاق علي الاستئناف في اتفاق التحكيم. لأن قاضي الاستئناف سيراقب ما انتهي إليه المحكم في تكوين عقيدته هو أمر يمكن الوصول إليه من الثابت بالأوراق وما طرح من أدله

(١) د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص ٦٢٢، بند ٣٤٥.
Cass. Civ., 2e, 17nov. 1976, D. 1977, p. 577 note Boré, Rev. Arb., 1977,p. 281, note Robert, Cass. Civ., 2e, 28 avr. 1980, op. cit., CA paris, 1re dec. 1995, op. cit., p. 529, obs. Fouchard.

بالجلسة، وذلك وفقا لمقتضيات العقل والمنطق، بمعني أن تكون الأدلة في مجموعها مؤدية إلى ما قصده الحكم منها في إثبات اقتناع المحكم مادام تخلص إليه لا يخرج عن الاقتضاء العقلي والمنطقي.

ونظرا لأن حكم التحكيم فى أغلب نظم التحكيم غير قابل لطعن عليه إلا بدعوى البطلان ولأسباب محددة على سبيل الحصر، فالحكمة تقتضى أن يتجه قضاء الدولة إلى إعطاء مفاهيم مرنة لأسباب الطعن بالبطلان حتى تستوعب كافة احتمالات الخطأ التى يمكن أن تصيب الحكم. فإذا صدر الحكم فلا سبيل للنعى على مسلك المحكَّم إلا من خلال طلب إبطال الحكم استناداً إلى أحد الأسباب التى أوردها القانون على سبيل الحصر. ويجب أن تتسع هذه الأسباب لتشمل حالة الخطأ في إجراءات الإثبات، لأنه لا يمكن قبول حكم من محكَّم غير عادل ولم يتمكن الخصوم من ممارسة حقوقه في الإثبات لسبب خارج عن إرادته اثناء خصومة التحكيم.

ثانيا: أثر مخالفة قواعد الإثبات علي حكم التحكيم

ويلاحظ أن المادة ٥٣ تحكيم لم تشر صراحة إلى أن الرقابة علي سلطة هيئة التحكيم في الإثبات ضمن حالات البطلان، ولكن هذه الحالات تتسع لتشمل هذا السبب[١]، حيث يدخل هذا السبب ضمن حالة " إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلانا صحيحا بتعيين محكَّم أو إجراءات التحكيم أو لأى سبب آخر خارج عن إرادته. إذا تعذر على أحد طرفى التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه

(١) د/ بليغ حمدي محمود، الدعوي ببطلان أحكام التحكيم الدولية، دار الجامعة الجديد، ٢٠٠٧، ص٤١٧.

Charles JARROSSON, note sous Cass. 2e civ., 19 avril 1985, , Rev. Arb., 1986, p. 57, spec. p. 62.

إعلانا صحيحا بتعيين محكَّم أو إجراءات التحكيم أو لأى سبب آخر خارج عن إرادته. "، حيث لو خالفت هيئة التحكيم حقوق الدفاع أو المواجهة أو المساواة بين الأطراف أثناء اتخاذ إجراءات الإثبات، فيمكن اللجوء إلى هذا السبب للطعن علي حكم التحكيم بالبطلان، وكذلك يمكن في حالة " إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذى اتفق الأطراف على تطبيقه" فلو اتفق الأطراف علي تطبيق قانون إثبات معين وخالفت أحكامه هيئة التحكيم، ففي هذه الحالة يمكن الطعن علي قرار هيئة التحكيم بالبطلان. وكذلك كان هناك بطلان في إجراءات الإثبات وأدي ذلك إلى التأثير في الحكم الصادر، فيمكن طلب بطلان حكم التحكيم، بالاضافة إلى أنه إذا كانت بعض قواعد الإثبات متعلقة بالنظام العام وخالفت ذلك هيئة التحكيم، فيمكن للمحكمة المختصة بالبطلان أن تحكم بالبطلان من تلقاء نفسها.

وبالنسبة للنظام الفرنسي فلم يُشر صراحة في الطعن بالبطلان إلى الرقابة علي إجراءات الإثبات التي تتخذها هيئة التحكيم، ولكن حالات البطلان تتسع لتشمل هذا السبب. فقد أسس البعض بطلان إجراءات الإثبات يؤثر على حقوق دفاع الخصم مما يبرر بطلان الحكم[1]، حيث إن المحكَّم إذا خالف المبادئ الأساسية في الإثبات يعتبر ذلك اعتداءً من قبل المحكَّم على حقوق الدفاع للخصوم، لأن من شأن ذلك حرمان أحد الخصوم من بعض حقوقه[2]. وهذه الحالة تدخل ضمن حالات البطلان التى نص عليها قانون التحكيم المصرى وقانون المرافعات الفرنسى، حيث نصّت المادة ١/٥٣-ج تحكيم والمادة ١٤٩٤ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد على جواز إبطال حكم التحكيم إذا تعذر على أحد طرفى التحكيم تقديم دفاعه لأى سبب آخر خارج عن إرادته. بل يمكن أن

(1) CA Paris, 13 mars 1981, Rev. arb, 1983, p. 63, note B. MOREAU; CA Paris, 28 octobre 1999, op. cit., p. 299, note ph. GRADJEAU.

(2) CA Paris, 12 décembre 1996, op. cit., p. 699, note D. B.

يؤدى الإخلال بقواعد الإثبات إلى الإخلال بمبدأ المساواة بين الخصوم[١] الذي يعد من النظام العام الإجرائى التى تؤدى إلى بطلان حكم التحكيم.[٢]. وقد ذهب اتجاه في الفقه والقضاء الفرنسي إلى أنه إذا أخطأ المحكم في تطبيق قانون الإثبات لا يمكن إبطال الحكم إلا إذا كان الطعن بالاستئناف جائزاً طبقا للقانون الفرنسي، وذلك لأن مخالفة قواعد القانون ليست سببا من أسباب الطعن بالبطلان[٣].

وبالتالي إذا كانت المادة ٥٣ تحكيم لم تشر صراحة إلى أن خطأ هيئة التحكيم في تطبيق قواعد الإثبات يترتب عليها البطلان، إلا أنه يمكن القول بأن مخالفة بعض قواعد الإثبات يترتب عليها بطلان حكم التحكيم، ويمكن أن يؤسس ذلك علي الآتي:

١- تعذر تقديم الدفاع لمخالفة قواعد الإثبات

نظرا لأهمية حقوق الدفاع في الخصومة، فلا يمكن أن تتحقق العدالة بدون مراعاة حقوق الدفاع[٤]، لذا ذهبت الكثير من التشريعات إلى أن تتضمن نصوصها ما

(١) د/ أبو العلا علي النمر، د/ أحمد الجداوي، المحكَّمون، المرجع السابق، ص ١٠٤.

CA Paris, 20 novembre 1997,op. cit., p. 329.

Charles JARROSSON, note sous Cass. 2e civ., 19 avril 1985, op. cit., p. 57, spec. p. 62.

(2) ID.; M. HENRY, «les obligations d'indépendance et l'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente», op. cit., p.193 spéc. P. 215.

(3) B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 210. Cass. Civ., 2e 17nov. 1976, op. cit., p. 577 note Boré, Rev. Arb. Op. cit,p. 281, note Robert, Cass. Civ., 2e, 28 avr. 1980, op. cit., CA paris, 1re dec. 1995, op. cit., p. 529, obs. Fouchard.

(4) CA Paris, 10 nouv. 1989, op. cit., p. 651, obs. Pellerin, CA paris, 11 juill. 1991, op. cit., p. 671, obs. Loquin, CA Paris, 13 mars 1992, op. cit., p. 107, obs. Jarrosson, CA Paris, 13 nouv. 1997, op. cit., p. 719, obs. =

يفيد إلزام المحكم باحترام حقوق الدفاع ويفرض رقابة علي أحكامه، حيث إن الأحكام التي يصدرها في ظل عدم احترام أي من حقوق الدفاع تعد باطلة[١]. وقد نصت المادة ٥٣ تحكيم علي أن يبطل حكم التحكمي إذا تعذر علي أي من طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم تبليغه تبليغا صحيحا لتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم، أو لأي سبب أخر خارج عن إرادته، ويلاحظ أن تعذر تقديم الدفاع من جانب أحد الأطراف قد يكون بسبب عدم إعلانه إعلانا صحيحيا، وهذا علي سبيل المثال، وليس علي سبيل الحصر، فقد تكون هناك أسباب اخري ربما تبطل حكم التحكيم لأنها اثر علي حقوق الدفاع. أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة ١٤٩٢ مرافعات علي جواز رفع دعوي بطلان إذا كان حكم التحكمي قد صدر مخالفا لمبدأ المواجهة.

وبالتالي إذا أدت مخالفة قواعد الإثبات إلى عدم تمكين الخصم من الدفاع يكون الجزاء هو البطلان في النظام المصري والفرنسي، فإذا كانت المخالفة منصبة علي تبادل بعض المستندات، أو لأنها قدمت بعد قفل باب المرافعة[٢]، وثبت أن المحكمين قد استندو إلى هذه المستندات في حكمهم، فيترتب علي ذلك البطلان، أما إذا ثبت أن المحكمين لم يستندوا إلى هذه المستندات في حكمهم، فإن هذه المخالفة لا يترتب عليها البطلان[٣]. ولكن إذا كانت لهذه المستندات قيمة في الخصومة ولو اعتمد عليها وراعي حقوق الدفاع بشأنها لأدي ذلك إلى تغير وجه الحكم في الدعوي، فنري أن يكون لها أثر في بطلان حكم التحكيم.

=

Derains.

(١) د/ محمد علي عويضه، الدفاع كضمانه إجرائية في خصومة التحكيم، المرجع السابق، ص ١٣٨.

(2) B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 285.

(٣) د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص ٣٠١، د/ منير يوسف حامد المناصير، سلطة المحكم في الإثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ١٨٤.

ونظرا لأهمية حقوق الدفاع فقد نصت اتفاقيه نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في المادة الخامسة علي أن يرفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم في حالة عدم قدرة الخصم علي تقديم دفاعه أو عدم إعلانه إعلانا صحيحا بإجراءات التحكيم أو تعيين المحكم. ويلاحظ من خلال استقرار هذا النص أن احترام حقوق الدفاع مطلب أساسي في مجال إجراءات التحكيم(١).

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن تمكين المدعي عليه من إبداء دفاعه وتقديم مستنداته يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم(٢). وفي أحكام اخري ذهبت محكمة النقض إلى بطلان حكم التحكيم، وذلك بسبب الإخلال بحقوق الدفاع(٣).

وتثور اشكاليه كيفية إثبات أن هيئة التحكيم قد تجاوزت حقوق الدفاع، وذلك في ظل عدم التزام هيئة التحكيم بالأشكال والإجراءات المتبعة أمام محاكم القضاء، والتي تفرض علي القاضي التقيد بها لضمان مراعاة حقوق الدفاع؟ في الواقع، يلتزم الخصم الذي يدعي عدم مراعاة حقوق دفاعه، عند نظر القضية أن يثبت بالدليل أن هذه الحقوق قد انتهكت بالفعل، ولا يكفي أن يتمسك بعدم التزام المحكم بتطبيق الإجراءات والإشكالات، لأن طبيعة نظام التحكيم تقتضي عدم الالتزام بكافة الإجراءات المتبعه في القضاء.

---

(١) د/ جمال محمود الكردي، جنسية حكم التحكيم وأثرها في تحديد مركزه في الإقليم الوطني، دار النهضة العربية، ط١، ٢٠٠٧، ص ٨٦.

CA Paris, 10 nouv. 1989, op. cit., p. 651, obs. Pellerin, CA paris, 11 juill. 1991, op. cit., p. 671, obs. Loquin, CA Paris, 13 mars 1992, op. cit., p. 107, obs. Jarrosson, CA Paris, 13 nouv. 1997, op. cit., p. 719, obs. Derains.

(٢) نقض، ١٩٩١/٣/٢٤، طعن رقم ٩٠، س ق ٨٥، غير منشور.

(٣) نقض مدني، ٢٠٠٢/١٠/١٣، طعن رقم ٢٧٧، س ق ٢٠٠٢، غير منشور.

وبالتالي إذا أقام المحكم قضاءه علي مستند قدم من أحد الخصوم دون أن يطلع عليه الخصم الآخر، فإن حكمه يكون جديراً بالبطلان لإخلاله بحق الدفاع[١]. وتحدد هيئة التحكيم موعدا للخصوم لتقديم مستنداتهم ومذكراتهم وأوجه دفاعهم، ويحدد هذا المواعد حسب ظروف سير الدعوي. ويجب تمكين كل خصم من الاطلاع علي المستندات المقدمة[٢]، ويمكن أن يحدث دون إعلان الخصم الآخر عن طريق مندوب الإعلان، حيث يكفي أن يدعو المحكم الخصوم لديه، ويقدم لهم المستندات المقدمة ليطلع كل خصم علي ما قدمه الخصم الآخر ويبدي ملاحظاته بشأنها. ويمكن لكل خصم في جلسة التحكيم تقديم المستندات التي تدعم وجهة نظره بحيث يتحقق العلم[٣] ويحترم مبدأ المواجهة[٤]. وتطبيقا لذلك فقد ذهبت محكمة استئناف باريس إلى بطلان حكم التحكيم على أساس مخالفة حقوق الدفاع [٥].

٢- بطلان في إجراءات الإثبات أثر ت في الحكم:

لقد نصت المادة ٥٣ تحكيم علي أنه يترتب البطلان إذا كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم، فإذا وقع بطلان في إجراءات الإثبات وأثر ذلك في حكم التحكيم، وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن بطلان الإجراءات يؤثر في الحكم[٦].

---

(1) Chainis, l'arbiter, le droit et la contradiction, Rev. Arb., 2010, p. 3.

(2) CA Paris, 13 nouv. 1980, op. cit., p. 12, CA Paris, 24 oct. 1991, op. cit., p.110.

(3) CA Paris, 21 nov. 1967, op. cit., p. 122.

(4) R. David, l arbitrage dans le commerce international, op. cit., n- 320, p. 410.

(5) CA Paris, 20 novembre 1997, op. cit., p. 329.

(٦) نقض، ١٩٩١/٣/٢٤، سابق الاشارة.

وهذا البطلان يأخذ العديد من الصور، ويمكن تصور ذلك في الفروض الآتية:

- **مخالفة قاعدة الإثبات الجماعي**:

الأصل أن يتم التحقيق الجامعي لخصومة التحكيم، ولكن استثناء من ذلك سمح اتفاق التحكيم أو إذا أجمع المحكمون علي ندب وأحد منهم لإجراء معين وأثبتوا ندبه في محضر الجلسة، فيجب عرض نتيجة عمله علي هيئة التحكيم قبل إصدار الحكم(١). وعدم مراعاة ذلك يترتب عليه البطلان، و إذا اشترط اتفاق التحكيم اتخاذ كل الإجراءات الإثبات بمعرفة كل المحكمين فإن حكم التحكيم يقع باطلان إذا قام أحدهم فقط بإجراء الإثبات(٢). وتجدر الإشارة إلى أنه لا يكفي للحكم بالبطلان أن يثبت صاحب المصلحة مخالفة هيئة التحكيم لقاعدة التحقيق الجماعي بل يلزمه أيضا إثبات أن الحل الذي انتهت إليه هيئة التحكيم كان سيتغير لو لم ترتكب هذه المخالفة(٣)، وهذا ما اكدته المادة ٥٣ تحكيم بأنه لا يحكم بالبطلان إلا إذا كان من شأن بطلان إجراءات التحكيم التأثير في الحكم الصادر في الدعوي. ولا يلزم لإثبات أن الإجراء قد تم بواسطة بعض المحكمين دون تفويض إتباع طريق الادعاء بالتزوير، إذ يتعلق الأمر بإثبات واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات(٤).

وقد ذهبت محكمة استئناف القاهرة إلى أنه إذا كان الثابت أن بعض محاضر جلسات هيئة التحكيم قد تضمنت اسم رئيس الهيئة فقط دون باقي أعضاء الهيئة بحيث

---

(١) د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختيار والاجباري، المرجع السابق، ص ٢٣٨، د/ عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، المرجع السابق، ص ٢٨٥.

(٢) د/ عزمي عبد الفتاح، الاشارة السابقة.

(٣) د/ مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، بند ١٣٥، ص ٢٤٨.

(4) J. ROBERT, l'arbitrage droit interne et droit international privé, op. cit., p.154, no 177.

تضمنت حضور رئيس الهيئة وأحد المحكمين دون المحكم الآخر، فإن إجراءات التحكيم تكون باطله، ويتعين القضاء ببطلان الحكم. ويجب أن تلتزم الهيئة بهذا المبدأ حتي ولو كانت الهيئة مفوضه بالصلح، وذلك لأهمية وسائل التحقيق والدور الحاسم لها في بيان وجه الحقيقة في موضوع النزاع. فإذا كان التفويض بالصلح يعفي هيئة التحكيم من اتباع الإجراءات والمواعيد المطبقة أمام المحاكم وحرية الهيئة في تطبيق قواعد العدالة علي موضوع النزاع إلا أنه لا يعفيها من ابتاع القواعد التي تقرر ضمانات أساسية للخصوم ويؤدي عدم اتباعها تجاوزا من هيئة التحكيم لمهمتها المعهود بها إليها، ويترتب عليه بطلان الحكم التحكيم[١].

- **مخالفة الإجراءات المتعلقة بمبدأ المواجهة والمساواة بين الأطراف**.

وتحقيقا لمبدأ المواجهة يجب إخطار الخصوم بميعاد ومكان الانتقال للمعأينة[٢]، ليتمكن الطرفان أو ممثلاهما من الحضور وقت المعأينة، ويكون لكل طرف لفت انتباه المحكم إلى ما أغفل عنه، ويجب علي الهيئة تحرير محضر بالمعأينة، وتمكن الأطراف من مناقشة النتائج التي توصل إليها المحكمون من هذه المعأينة[٣]. وذلك حتي لا يتعرض الحكم الصادر للبطلان. وهذا ما قضت به محكمة استئناف القاهرة، بقولها بأن المعأينة التي استندت إليها هيئة التحكيم في حكمها لن يتم تحرير محضر بشأنها، وإنما اكتفت الهيئة بإرسال خطاب يشير فيها إلى حصول المعأينة وما تم فيها، غير أن الخطاب جاء في صياغة عامة ومجهولة لا تحقق الغأية التي من أجلها اشترط المشرع تحرير محضر تبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعأينة ويوقعه كاتب حضر إجراءاتها،

---

(١) د/ علي بركات، خصومة التحكيم في المصري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص ٣٧٩.

(2) Cass. Civ., 2e 25 mars 1999, op. cit., p. 267

(3) CA Paris, 13 mars 1973, op. cit., p.176.

وحكم التحكيم الذي استند إلى هذه المعاينة يكون باطلا لوقوع بطلان في الإجراءات أثر في الحكم عملا بالمادة ٥٤ تحكيم[١].

وقد نصت المادة ١٥ مرافعات فرنسي علي ضرورة العلم في وقت نافع[٢]. فيجب منح الخصم فرصة من الوقت ليتمكن من تدبر أمره مع محاميه وأن يجري بعض الأبحاث القانونية اللازمة وأن يفكر ويتروي. وقد ذهب القضاء الفرنسي بأنه يعد مخالفة لحقوق الدفاع، وبالتالي بطلان حكم التحكيم إذا سمحت هيئة التحكيم بسماع أحد الأطراف في غيبة الطرف الآخر ولم تدع للحضور[٣]. وعلي المحكم أن يحدد الوقت الكافي، فإذا وجد المحكم أن الخصم لم يتمكن من العلم في وقت نافع، فعليه أن يستبعد المستند (مادة ١٣٥ مرافعات فرنسي)، ويترتب البطلان علي اتخاذ الإجراء في وقت لا يسمح بالعلم والرد في وقت كاف. وذلك لأن العلم في وقت غير كاف يؤدي إلى الإخلال بحقوق الدفاع مما يؤدي إلى البطلان[٤]، وعدم الاعتراض علي مخالفة مبدأ المواجهة أمام هيئة التحكيم، قد يأخذ منه علي أنه قرينة علي التنازل عن هذا الدفع في دعوي البطلان[٥]. ويمكن تصحيح هذه البطلان بإجراء مواجهة لاحقة وبذلك يصح البطلان[٦].

---

(١) استئناف القاهرة، د. ٩١ تجاري، ٢٠٠٣/٥/٢٨، سابق الاشارة.

(2) CA Paris, 21 nov. 1967, op. cit., p. 122.

(3) CA Paris, 3 dec. 1965, op. cit., p. 22, op. cit., 14625, note Boulbes. Cass. 2e, 16 dec. 1985, op. cit., p. 390, CA Paris, 2 fev. 1988, op. cit., p. 62, note Couchez.

(4) CA Paris, 21 nov. 1967, op. cit.,p. 122.

(5) B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 213.

(٦) د/ عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره اهم تطبيق لحق الدفاع، المرجع السابق، ص ٥٢.

ويجب علي هيئة التحكيم مراعاة القواعد والإجراءات التي تحقق المساواة بين أطراف التحكيم، ومخالفة ذلك يترتب عليه البطلان، وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن قبول شهادة شخص قدم شهادته في أخر وقت ودون أن يتقرر سماع شهادته قبل ذلك ليس إخلالا بقاعدة المساواة بين الطرفين، وقد بينت في قرار أخر لها أن استجواب المفاجئ لا يشكل انتهاكا لقاعدة المساواة، إذ لم يبد طالب الإبطال الاعتراض لحظة إجراء الاستجواب المفاجئ[١].

وبالتالي يجب علي هيئة التحكيم أن تتخذ إجراءات الإثبات مثل استجواب الخصوم، أو توجيه اليمين أو المعاينة أو سماع الشهود في مواجهة كل الخصوم، وكما تتولي هيئة التحكيم بكامل أعضائها إجراءات الإثبات ويوقع كل منهم علي المحاضر، ما لم تكن الهيئة قد ندبت وأحدا من أعضائها لاتخاذ إجراء معين، وأثبت ذلك في محضر الجلسة وإلا كان الإجراء باطلا[٢]. وهذا ما يطلق عليه واجبات هيئة التحكيم في مجال الإثبات.

- **مخالفة قواعد التسبيب**.

لقد نص القانون المصري في المادة ٤٣ تحكيم علي أنه يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم. كما نصت المادة ١٤٩٢ مرافعات فرنسي علي بطلان حكم التحكيم إذا كان غير مسبب. وهنا يثار التساؤل هل يترتب البطلان لحكم التحكيم في القانون المصري في حالة عدم تسبيبه، بالرغم من عدم النص الصريح علي ذلك كما فعل المشرع الفرنسي؟

---

(1) CA Paris, 13 juill. 1987, Rev. Arb., 1988, p. 50.

(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص ٥٢٧.

في الواقع نري أنه يترتب البطلان علي عدم تسبيب حكم التحكيم في القانون المصري إذا كان واجب التسبيب ولم تقم هيئة التحكيم بالتسبيب، وذلك لأن هيئة التحكيم تلتزم بأحكام القانون التحكيم، كما أن المشرع امر الهيئة بالتسبيب، وإذا خالفت الهيئة نص المادة ٤٣ تحكيم، ولم يوجد جزاء البطلان، فيترتب علي ذلك اعتبار كل نصوص قانون التحكيم مكملة لهيئة التحكيم وغير ملزمة لها، وهذا ما لم يشر إليه المشرع المصري، بالإضافة إلى أن البطلان هنا يؤسس علي أساس بطلان في الإجراءات أثراً في حكم التحكيم.

وللتسبيب أهمية عظيمة في شأن التحكيم، لا يمكن التغافل عنها، حيث إن التسبيب يؤدي إلى إقناع الخصوم والرأي العام بعدالة الحكم مما يكسب الثقة في عدالته ويدفع عنه مظنة الريبة الشك[١]. كما أنه ضمان ضد تعسف الذي قد يصدر من هيئة التحكيم، وضمان لسلامة العمل الصادر منهم من حيث الواقع ومن حيث القانون، كما أنه ضمان للخصوم بتعريفهم كيف فصل المحكم في نزاعهم وعلي أي أساس[٢]. كما أنها تساعد الخصوم في بناء الطعن علي الأحكام، كما أن الأسباب تمكن محكمة الطعن من مراقبة عمل المحكم. كما أن تسبيب الاحكام يؤدي إلى بيان مدي احترام حقوق الدفاع[٣]، كما أن الأسباب تؤدي إلى تبرير منطوق الحكم[٤]، فلا يكون المنطوق مجرد عبارات ليس لها أساس منطقي من خلاله وصل المحكم إلى المنطوق. لذلك نري أنه

(١) د/ عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة، المرجع السابق، ص ٢٣.

(٢) د/ نبيل إسماعيل عمر، تسبيب الأحكام القضائية،، دار الجامعة الجديد، ٢٠١١، ص ٥.

(3) CA Paris, 10 nouv. 1989, op. cit., p. 651, obs. Pellerin, CA paris, 11 juill. 1991, op. cit., p. 671, obs. Loquin, CA Paris, 13 mars 1992, op. cit., p. 107, obs. Jarrosson, CA Paris, 13 nouv. 1997, op. cit., p. 719, obs. Derains.

(٤) د/ نبيل إسماعيل عمر، تسبيب الأحكام القضائية، المرجع السابق، ص ٦.

يفضل أن ينص المشرع علي اعتبار تسبيب الحكم سببا من أسباب البطلان بشكل صريح. فالوقائع ترتبط بالحكم الذي يتوصل إليه المحكم، فيجب أن يصدر حكما تؤول الوقائع المطروحة عليه إلى حتمية اصداره، وضمان هذه النتيجة يوجد في رقابة محكمة النقض علي التسبيب في النظام القضائي(١).

ومن وجهة نظرنا، محكمة البطلان لا تراقب هيئة التحكيم من حيث كفاية التسبيب ومنطقية التسبيب، ولكن تراقب الوجود الشكلي للأسباب وعدم انعدامها. وذلك لأن محكمة البطلان ليس طريقا للاستئناف ضد حكم التحكيم، فلا يجوز لها أن تقوم بدور محكمة الاستئناف، لأن ذلك يخالف اتجاه المشرع المصري والفرنسي في شأن تنظيمه لدعوي البطلان، حيث إنها رقابه شكليه وحالاتها محدده علي سبيل الحصر.

ومن جانبا نري أنه لا تلتزم الهيئة بتسبيب ما تأمر به من إجراءات الإثبات، وذلك علي أساس أن لها في هذا الشأن سلطة تقديرية، فلا يعيب حكمها عدم استعمالها هذه السلطة، ولكن نري أنه إذا رفضت اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات أو عدلت عن اتخاذ إجراء معين، فإنه يجب عليها تسبيب قرارها علي أساس احترام حقوق الدفاع.

ويجب أن تكون أسباب الحكم تشتمل علي الأسباب الواقعية والأسباب القانونية، ويجب أن يكون استخلاص هيئة التحكيم للنتائج المستفادة من الأدلة استخلاصا سائغا وفقا لمقتضيات العقل والمنطق(٢). ويجب ألا يكون هناك انعدام للأسباب، وهذا الانعدام قد يكون كليا أو جزئيا، ويقصد بانعدام الأسباب خلو الحكم من أي سبب يحمل منطوقه، اما إذا وجد ولو سبب وأحد، حتي لو كان غير كاف، فإن عيب الانعدام لا يتوافر. وذلك

(1) CH. PERELMAN et P. FORIERS, la motivation des decisions de jusitice, D., 1978,p. 6 et s.

(٢) د/ نبيل اساعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص٧١.

لأن عدم الكفاية يتعلق بالقصور أو عجز في الأسباب ولا تبطل حكم التحكيم، أما الانعدام فيتعلق بعدم الوجود. والجزاء الذي يترتب علي انعدام الأسباب هو بطلان الحكم(١).

ويجب أن توجد الأسباب في ذات ورقة الحكم، وذلك لأن السند يجب أن يجتمع فيه شروط صحته دون حاجة إلى دليل آخر(٢). ولا يجوز للمحكم أن يعتمد في الأسباب علي علمه الشخصي، ويقصد بذلك عدم الاعتماد علي الوقائع حصل عليها بغير طريق الوقائع المطروحة عليه من الخصوم، والتي تم إثباتها بمعرفته، وهذا الحظر متعلق بمسائل الواقع دون مسائل القانون.

ويثور التساؤل عن التزام المحكم بتسبيب كل أعماله؟ في الواقع لإرادة المحكم دور في إصدار الأحكام، وهذه السلطة قد تتسع وقد تضيق، فقد يكون له سلطة مطلقة لا معقب عليه من القضاء، وقد تضيق هذه السلطة فتراقبه محكمة الطعن. والأصل أن سلطة المحكم غير مطلقة، ويجب أن نفرق بين فرضين:

الفرض الأول: في الأحوال التي تنعدم فيها سلطة المحكم التقديرية لا يكون هناك أي التزام عليه بالتسبيب. وذلك لان عمل المحكم يكون تقريرياً يهدف إلى إعلان إرادة المشرع أو إرادة الخصوم فقط، ولا دخل لإرادته في هذا العمل. فمثلا يقوم المحكم بإعلان إرادة المشرع في حالة انقطاع الخصومة قانونا طبقا لنص المادة ٣٨ تحكيم، ففي هذه الأحوال لا يشترط التسبيب.

الفرض الثاني: في حالة تمتع المحكم بسلطة تقديرية غير كاملة فإنه يلتزم بالتسبيب(٣). وهذا يرجع إلى أنه من المتصور أن يسئ المحكم في استعمال سلطته،

(١) د/ نبيل إسماعيل عمر، تسبيب الأحكام القضائية، المرجع السابق، ص ٥٨.
(٢) الإشارة السابقة، ص ٤٢.
(٣) د/ نبيل إسماعيل عمر، تسبيب الأحكام القضائية، المرجع السابق، ص ٢٩.

فيجب التسبيب لمراقبة المحكم في عمله. وهذه الرقابة تهدف إلى معرفة ما إذا كان المحكم قد التزم الحدود المرسومة له في استعمال سلطته كما نص عليها القانون أم لا[1]. ففي هذا الفرض يكون الدور التقديري للمحكم أضيق الأدوار نطاقا وتحجيما في مرحلة الإثبات، إذ لا مجال له لعمل تقديره أو أن يقضي وفق ما يقتنع به، حين يتعين عليه إعمال لهذا الدور المحدود أن يراقب توافر الشروط المطلوبة قانونا في الإجراء أو الدليل الذي استند إليه الخصم لإثبات إدعائه، وأن يقضي به حتي ولو كانت قناعته الداخلية متناقضة مع الحكم الذي أصدره.

لذا فالأصل أن يقوم المحكم بتسبيب حكمه. ويترتب علي مخالفة ذلك بطلان حكم التحكيم، وذلك علي أساس بناء الحكم علي إجراءات باطلة، وهذا البطلان يتعلق بتسبيب الحكم، ومن مقتضي صحة التدليل ضرورة الاستناد إلى أدلة طرحت بالجلسة. ولها اصل بالأوراق. ونري أن القاعدة في الأحكام التحكيمية هي تكامل الأدلة، بمعني أن الأدلة التي يذكرها الحكم في أسبابه تساند بعضها البعض وتتكامل فيما بينها لتدعيم النتيجة التي خلصت إليها هيئة التحكيم من حكمها وتكونت علي أساسها عقيدتها. ولا يلزم كل دليل منها يقطع في كل جزئية من جزئيات الدعوي. فالقاعد أن المحكم حر في تكوين عقيدته، وهذه الحرية مقيدة بأن هذه العقيدة يجب أن تولد من العناصر المطروحة عليه.

غير أن هذا المبدأ لا يحول دون القول بأن العيب الذي يشوب التدليل بالنسبة لدليل معين لا يترتب عليه بطلان الحكم طالما أن الأدلة الآخرى كافية لحمل النتيجة التي خلص إليها الحكم. والمعيار في ذلك هو فيما اذا كان العيب الذي أصاب التدليل قد انصب علي دليل لو استبعد لتغير رأي المحكم أم لا.

---

(١) الإشارة السابقة، ص ٢٦.

٣- مخالفة إجراءات الإثبات التي اتفق عليها الخصوم يترتب عليها البطلان:

لقد نصت المادة ٥٣ تحكيم علي أنه كون الحكم باطلا إذا فصلت هيئة التحكيم في مسألة متجاوزة حدود اتفاق التحكيم، فإذا اتفق الأطراف علي أن وسائل الإثبات الوحيدة هي الإثبات بالكتابة، ولم تلتزم هيئة التحكيم بذلك فإنها تكون مخالفة لاتفاق الخصوم، ويترتب علي ذلك البطلان.

ويجب لصحة الدليل أن يكون التدليل واضحا، وأن يكون التدليل مستساغا. ،وأن يكون التدليل مستندا إلى أدلة طرحت في الجلسة واستندت إلى إجراءات صحيحة. وأن يذكر مضمون الأدلة دون غموض أو إبهام. بمعني أنه لا يكفي الإشارة فقط إلى الأدلة بل يجب ذكر مضمونها، ويكفي أن تذكر هيئة التحكيم مضمون الدليل، ويجب أن يخلو التدليل من التناقض، بين عناصر الحكم ذاته.

وبالتالي يجب علي المحكم مراعاة اتفاق الخصوم، وعدم مراعاة الإجراءات الجوهرية، مما يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم، ويجب ألا تخالف اتفاق الخصوم النظام العام، فلا يجوز للخصوم الاتفاق علي مخالفة حقوق الدفاع، أو مبدأ المواجهة أو المساواة بين الخصوم، ويجب لبطلان الحكم علي أساس مخالفة أتفاق الخصوم أن يكون الاتفاقات جوهرية، فإذا تقيد المحكم بقواعد قانون المرافعات فإن حكمه يكون صحيحا ولو خالف بعض قواعده مادامت هذه المخالفة لا تؤدي إلى إهدار حقوق الدفاع، ولا تخل بما جاء في قانون التحكيم(١).

وإذا اشترط الخصوم تسبيب الأحكام الصادرة بالتسبيب أو إحالة إلى قانون يوجب تسبيب إجراءات الإثبات، فأنه يجب مراعاة أن الأصل أن أحكام الإثبات لا يجب

(١) أحمد ابو الوفا، التحكيم الاختيار والاجباري، المرجع السابق، ص ٢٠٥.

تسبيبها، فقد نصت المادة ٥ من قانون الإثبات علي عدم تسبيب الأحكام التي تصدر باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات. مثل الحكم بالإحالة لخبير أو بإجراء معاينة أو بتخاذ إجراء أو تقديم ورقة. ولكن مع ذلك قد ينص المشرع علي وجوب تسبيب بعض الأحكام المتعلقة بالإثبات وهي:

- أحكام الإثبات التي تتضمن قضاء قطعيا، حيث نصت المادة ٥ من قانون الإثبات علي ضرورة تسبيب الحكم القطعي، مثل الحكم بإجازة الإثبات بطريق معين، والحكم الصادر في ذات الوقت في الموضوع وفي الإجراءات كالحكم بالمسئولية وندب خبير لتقدير التعويض.

الحكم الصادر بالعدول عن إجراءات الإثبات، فإذا عدلت هيئة التحكيم عن إجراءت الإثبات التي أمرت بها جاز ذلك بشرط بيان أسباب العدول في محضر الجلسة [١] ، ولا يشترط أن يذكر الأسباب في ذات الحكم الصادر بالعدول، وذلك لعدم مساس هذا الحكم بمصالح الخصوم[٢]. ولا يشترط هذا التسبيب في حالة ما إذا كانت هيئة التحكيم من تلقاء نفسها هي التي أمرت بالإجراء الذي عدلت عنه.

- تسبيب الأحكام التي ترفض اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات، فإذا طلب أحد الخصوم من هيئة التحيكم الأمر باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات، ورفضت المحكمة إجابة طلبه، ففي هذه الحالة طبقا لنص المادة ٥ من قانون الإثبات المصري يجب علي المحكم تسبيب حكمها.

(١)محكمة النقض، ٢٠١٧/٤/٨، الطعن رقم ١٠٤٩٠، س ٧٥ق، غير منشور.
(٢) د/ نبيل إسماعيل عمر، تسبيب الأحكام القضائية، المرجع السابق، ص ١٣.

- تسبيب الحكم الصادر بعدم الأخذ بنتيجة إجراء الإثبات، لقد نص المشرع علي عدم إلزام المحكم بالأخذ بنتيجة إجراء الإثبات، ولكنه نص في المادة ٩ من قانون الإثبات علي إلزام المحكم بذلك الأسباب التي أدت إلى عدم الاخذ بنتيجة إجراء الإثبات، ويكفي ذكرها في محضر الجلسة.

ويترتب علي مخالفة ذلك بطلان حكم التحكيم، وذلك بشرط أن يكون الأطراف قد اتفقوا علي التسبيب أو أحالوا إلى قانون الإثبات المصري.

٤- مخالفة قواعد الإثبات التي تتعلق بالنظام العام

لقد نصت المادة ٥٣ تحكيم علي أن تقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية، وهذا ما نصت عليه المواد ١٤٩٢ و١٤٩٢ مرافعات فرنسي. فإذا خالفت هيئة التحكيم النظام العام بنوعية الدولي والداخلي عند تصديها لإجراءات الإثبات، فهنا يتقرر بطلان حكمها[١].

في الواقع يترتب علي مخالفة مبادئ التقاضي الأساسية بطلان الحكم، مثل مخالفة مبدأ المواجهة وحقوق الدفاع[٢]، ويعد مبدأ المواجهة متعلقا بالنظام العام

(1) CA Paris, 3 dec. 1965, op. cit., p. 22 op. cit., 14625, note Boulbes. Cass. 2e, 16 dec. 1985, op. cit., p. 390, CA Parism 2 fev. 1988, op. cit., p. 62, note Couchez.

(2) CA Paris, 7 janv. 1963, op. cit., p. 435, CA Paris, 14 fevr. 1985, op. cit., p. 325, note level. B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, op. cit., no 212.

الحمائي[١]، وبالتالي يمكن الطعن في الحكم الذي يخل بهذا المبدأ بالبطلان علي أساس إخلاله بقاعدة تتعلق بالنظام العام[٢].

وبالتالي يجب علي المحكم أن يحترم النظام العام الإجرائي، لأنه الموطن الطبيعي لأكثر ضمانات التقاضي الأساسية أهمية هو ما يعرف بالنظام العام الإجرائي، فينبغي علي المحكم أن يضع من القواعد الإجرائية ويطبقها بما يكرس هذه الفكرة، وإلا كان حكمه عرضه للبطلان وعدم التنفيذ.

وهناك ما يعرف بالنظام العام الدولي والنظام العام الداخلي، وهي تفرقة مسلم بها وتظهر في أحكام القضاء وآراء الفقه، وأخذ بها المشرع الفرنسي، ولكن المشرع المصري لم يشر إليها إلا أنها واجبة التطبيق بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي، ويلاحظ عدم توصل فقه إلى وضع مفهوم منضبط لفكرة النظام العام الإجرائي الدولي، وأن أغلب الأمثله التي ساقها هذا الفقه لما أسماه بالنظام العام الإجرائي الدولي، مثل مبدأ المواجهة بين الخصوم، والتزام الحياد، هي أفكار وطنية بحته، نشأت في أحضان قانون المرافعات، وتقبلها الفقه والقضاء الدوليان بقبول حسن، وهي في حقيقتها ضمانات التقاضي الأساسية في خصومة التحكيم[٣].

---

(1) B. Moreau, A. Beregoi, et autre, id., no 211.

(٢) د/ عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع، المرجع السابق، ص ٢٣.

CA Paris, 3 dec. 2002, op. cit., p. 931.

(٣) د/ محمود حسن شعيب، النظام القانوني لخصومة التحكيم في ضوء قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي وقانون التحكيم المصري، المرجع السابق، ص ١٣٧.

الفرع الثاني
عدم الرقابة علي السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في الإثبات

سنشير إلى الأساس القانوني لعدم الرقابة علي سلطة المحكم التقديرية في الإثبات، ثم نعالج حدود عدم الرقابة علي السلطة التقديرية للمحكم في الإثبات، وذلك في النقاط الآتية:

أولا: الأساس القانوني لعدم الرقابة علي سلطة المحكم التقديرية في الإثبات.

في الواقع يختلف سلطة المحكم عن القاضي المدني فيما يتعلق بالسلطة التقديرية في الإثبات، حيث إن المحكم يتمتع بحرية كاملة في تكوين عقيدته علي عكس القاضي المدني فهو مقيد في الإثبات بطرق معينة. ومعني ذلك أن المحكم يوجه تحقيقه في الجلسة بالشكل الذي يراه مناسباً وملائماً للوصول إلى الحقيقة والكشف عنها دون أن يتقيد في ذلك باتباع وسائل معينة للكشف عنها.

ويلاحظ أن المشرع المصري نص صراحة في المادة ٥٢ تحكيم علي عدم قابلية حكم التحكيم لأي طريق من طرق الطعن، ولا توجد رقابة علي حكم التحكيم إلا بطريق دعوي البطلان، وحالات البطلان منصوص عليها علي سبيل الحصر في المادة ٥٣ تحكيم، ولا يوجد من ضمن هذه الحالات الرقابة علي السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في الإثبات، أما في فرنسا فقد نظم المشرع طريق الطعن بالبطلان، ونص علي حالات محددة علي سبيل الحصر، وهناك سبيل أمام الخصوم في اللجوء إلى الاستئناف إذا اتفقوا علي ذلك، طبقا لتعديل ٢٠١١ لقانون المرافعات الفرنسي. ولا شك أن طريق الاستئناف يسمح للقاضي أن يراقب تقدير المحكم من حيث الواقع والقانون.

لا شك السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في الإثبات لا تتأثر بنوع التحكيم، فللهيئة سلطة تقديرية سواء كان التحكيم مقيد أو حرا، وسواء كان التحكيم داخليا أو دوليا،

وذلك لأن هيئة التحكيم تقوم في جميع الحالات بالبحث عن الحقيقة وتقييم أدلة الخصوم، والوصول إلى حل عادل للنزاع[١]. وإن كان للهيئة سلطة تقديرية أوسع في حالة التحكيم مع التفويض بالصلح أو التحكيم الحر أو المطلق. ولهيئة التحكيم في كافة الأحوال السلطة التقديرية في تحديد مضمون المستندات ومحتواها ومدي لازم التبادل بين الأطراف بشأنها، تحقيقا لمبدأ المواجهة[٢]. ولا رقابة لمحكمة البطلان علي سلطة هيئة التحكيم في هذا الشأن، فهي سلطة مطلقة لها بشرط مراعاة المبادئ الأساسية للتقاضي.

وإذا كان الثابت أن المحكم يتمتع بدور أيجابي في البحث عن الحقيقة، مما حدا بالمشرع إلى أن يحرره من قيود الإثبات التي يتقيد بها القاضي المدني، فإن ذلك يرجع بصفه أساسية إلى أن الخصومة التحكيمية تتعلق بالمصالح الخاصة بالأفراد. وإذا كانت القاعدة الذهبية في التحكيم هي حرية المحكم في تكوين عقيدته واقتناعه. وبالتالي هذه السلطة التقديرية تتميز بأن إرادة المحكم لا تكون حرة في تحديد غأياتها، وانما فقط حرية اختيار السلوك الملائم للغأيات التي يحددها القانون[٣]. ولا تعني السلطة التقديرية بصفة عامة عدم خضوع النشاط تماما للتنظيم التشريعي، وإنما يمكن أن يقيدها المشرع في شكلها، أو سببها أو محلها، ويترك مجالا تقديريا جزئيا في إصدارها أو مضمونها.

---

(1) CA Paris, 12 juill. 1971, op. cit., p. 74.

(2) Id.

(٣) د/ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق ص ١٠٢، د/ وجدي راغبت النظرية العامة في العمل القضائي في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص ٣٣٠.

وإرادة المحكم تكون مستقلة بالقدر الذي تتمتع فيه بسلطة تقديرية، لأنها تفرض حينئذ بنفسها لنفسها قاعدة سلوكها. قاعدة السلوك هذه تستمدها من طبيعتها الذاتية ومن الأهداف الموضوعية التي ترمي إليها.

ويرجع أساس سلطة هيئة التحكيم التقديرية إلى أنه من الضروري منح هيئة التحكيم سلطة إتمام مهمتها بإصدار حكم ينهي موضوع النزاع وذلك بتطبيق القواعد المختارة علي موضوع النزاع، ولكي يطبق المحكم القواعد المختارة لابد من أن يقوم بنشاط ذهني للتأكد من توافر مقتضيات أعمال القواعد، يتعلق هذا النشاط ذهني بتقدير صحة الوقائع، وكونها منتجة أو غير منتجة، وكونها مطابقة أو غير مطابقة للنموذج في القاعدة الموضوعية أيا كانت هذه القاعدة قانونية أو عرفية أو قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

والواقع أن السلطة التقديرية للهيئة التحكيم تجد أساسها في نصوص المشرع واتفاق الأطراف علي التحكيم[١]، حيث خول المشرع لهيئة التحكيم سلطة الفصل في النزاع، بعد اتفاق الأطراف علي ذلك، وقد خول الأطراف سلطة لهيئة التحكيم للفصل في نزاع معين بمقتضي اتفاق التحكيم. وهذه السلطة تتلخص في القيام بمجموعة جهود ذهنية بهدف تقدير إمكانية توليد نزاع ما لأثر قانوني معين. أي ترمي هذه السلطة إلى التوصل إلى ما إذا كان النزاع المطروح عليه في وقائعه المادية وعناصره الواقعية يعتبر صالحا أو غير صالح لتوليد الأثر القانوني الذي يطلبه المتقاضون أم لا[٢].

وهذه السلطة تكون مقيدة عندما يوجد شروط معينة لمباشرتها وتكون تقديرية حينما يترك المشرع أو الأفراد لها مجالا حرا للتقدير، وعلي ذلك يمكن القول بأن

(1) CA Paris, 15 mai 1984, op. cit., p. 287.

(٢) د/ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص٩٤.

السلطة تكون تقديرية حينما يترك لهيئة التحكيم عادة الحرية لتقدير مناسبة إعمال قاعدة قانونية معينة علي واقع معين. وتمارس هذه السلطة في مجال الواقع وليس في مجال القانون، بل في مجال وسائل الإثبات. وعندما يمنح المحكم سلطة تقديريه فالمنطق يقتضي عدم رقابته. والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى إنهاء الآثار الإنجابية للسلطة التقديرية للمحكم، فالرقابة تتنقي مع السلطة التقديرية.

وامتناع محكمة البطلان عن رقابة السلطة التقديرية يرجع إلى أن هذا المحكمة تواجه حقيقة موضوعية تعترض رقابتها، ويقصد بهذه الحقيقة ذات السلطة التقديرية المخولة للمحكم[1].

ثانيا: حدود عدم الرقابة علي السلطة التقديرية للمحكم في الإثبات

يثار التساؤل هل كل أعمال المحكم في الإثبات غير قابلة للرقابة؟ في الواقع يجب علينا أن نفرق بين الفروض الآتية:

الفرض الأول: في الأحوال التي تنعدم فيها سلطة المحكم التقديرية يكون هناك رقابة من القضاء علي سلطة المحكم، فمثلا إذا نص المشرع علي شروط معينة للإقرار، فلا يكون للمحكم سلطة في هذه الحالة، ودوره يقف عند التحقق من هذه الشروط، والخطأ فيها يترتب عليه بطلان حكم التحكيم. وذلك لأن عمل المحكم يكون تقريرياً يهدف إلى إعلان إرادة المشرع أو إرادة الخصوم فقط، ولا دخل لإرادته في هذا العمل. فمثلا يقوم المحكم بإعلان إرادة المشرع في حالة انقطاع الخصومة قانونا طبقا لنص المادة ٣٨ تحكيم، ففي هذه الأحوال لا يوجد سلطة تقديرية للمحكم، ويخضع لرقابة القضاء في هذه الحالة.

(1) CA Paris, 15 mai 1984, op. cit., p. 287.

الفرض الثاني: في حالة تمتع المحكم بسلطة تقديرية غير كاملة فإنه يخضع لرقابة القضاء، ويلتزم بتسبيب عمله[١]. وهذا يرجع إلى أنه من المتصور أن يسئ المحكم في استعمال سلطته، فيجب الرقابة في هذه الحالة. وهذه الرقابة تهدف إلى معرفة ما إذا كان المحكم قد التزم الحدود المرسومة له في استعمال سلطته كما نص عليها القانون أم لا[٢].

الفرض الثالث: في حالة تمتع المحكم بسلطة تقديرية كاملة، ففي هذا الفرض لا يخضع المحكم لرقابة القضاء. فلهيئة التحكيم السلطة التقديرية الكاملة في اتخاذ إجراءات الإثبات، كما أن للهيئة السلطة الكاملة في العدول عما أمرت به من إجراءات الإثبات، كما أن لهيئة التحكيم سلطة تقديرية في سماع الشهود، فلها الحق في رفض سماع شهادة شاهد. وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أن لهيئة التحكيم الحرية في رفض سماع أحد الخصوم، وذلك بناء علي سلطتها التقديرية[٣]. وللمحكم سلطة مطلقة في تقدير كل دليل لكي لا يبني حكمه إلا علي الدليل الذي يقتنع به. لذلك لا يجوز إثارة المنازعة أمام محكمة البطلان في تقدير المحكم لشهادة الشهود[٤].

ففي المجال التحكيم لا رقابة علي هيئة التحكيم في تقدير الوقائع، والبحث عن الحل الملائم ليحكمها، والبحث عن القاعدة الملاءمة للواقع، وتكييف هذه الوقائع لإعمال القواعد المطبقة عليها، وبالتالي يستخدم المحكم خبرته وفكرة للبحث عن الحقيقة، ويستند إلى وسائل منطقية للوصول إلى الأحكام.

---

(١) د/ نبيل إسماعيل عمر، تسبيب الأحكام القضائية، المرجع السابق، ص ٢٩.

(٢) الإشارة السابقة، ص ٢٦.

(3) CA Paris, 15 mai 1984, op. cit., p. 287; CA Paris, 12 mars 1998, Rev. Arb., 1999, p. 95, note flecheux.

(٤) نقض مدني، ١/١١/ ١٩٩٠/ طعن رقم ١٣٩٠، س ق ٥٤.

وإذا كان المحكم يتمتع بسلطة تقديرية بهدف حل النزاع المطروح عليه، ولكن هذه الحرية تتقيد بمحل هذا النشاط، سواء كان المحل هو مجرد وقائع أو قواعد قانونية[١]. فوقائع النزاع التي يطرحها الخصوم علي المحكم يكون إزاءها محأيدا، حيث للخصوم السيادة علي هذه الوقائع، يطرحونها منها ما يشاؤون ويتركون منها في الظل بعيدا عن ساحة التحكيم ما يريدون. فالمحكم لا يستطيع أن يتجاوز هذا الإطار الواقعي للنزاع والا كان متجاوزا لسلطته[٢]. والمحكم لا يستطيع أن يؤسس حكمه إلا علي الوقائع مطروحة عليه بطريقة قانونية، وعبء الادعاء بالوقائع المتنازع عليها يقع علي عاتق الخصوم يتحلل إلى عنصرين: ادعاء الوقائع المتنازع عليها، إثبات هذه الوقائع، وللمحكم حرية التقدير في بيان الوقائع التي تتعلق بالدعوي ومنتجة فيها، الا أن هذه الحرية يريد عليها العديد من القيود، فجيب احترام القواعد الموضوعية في الإثبات التي تحدد طرق الإثبات المتفق عليها، وكذلك هو مقيد باحترام القواعد الإجرائية في هذا المجال. ومقيد بعدم القضاء بعلمه الشخصي، ومن خلال الوقائع المطرحة علي المحكم يقوم باستخلاص الوقائع الضرورية والأساسية التي تصلح كوقائع ذات دلاله لتحقيق الفروض القانونية وإصدار حكم، وله سلطة تقديرية في ذلك لا رقابة عليه من محكمة البطلان.

والواقع أن الصحة أو الخطأ الذي قد يشوب اعمال السلطة التقديرية للمحكم، ويتولد ذلك نتيجة للفروق الفردية التي تختلف من محكم إلى آخر، ونتيجة للمستوي الذهني الذي يختلف من محكم إلى آخر. والسلطة التقديرية لهيئة التحكيم، هي نشاط عقلي يجد مجال أعماله في نطاق عناصر مادية. هذه العناصر المادية إما مجردة

(١) د/ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص ١٢٥.
(٢) الاشارة السابقة، ص ١٢٦.

ومنظمة في نص تشريعي. وأما في مرحلة أولي، مادية وغير منظمة تطرح علي المحكم لحسم النزاع الناشئ بصددها. في الواقع رأي المحكم هو معيار صحة الشكل المتخذ أمامه، بمعني أن له مطلق التقدير في هذا الصدد، وبشرط عدم مخالفة المبادئ العامة في التقاضي مثل حقوق الدفاع، وإذن هو غير مقيد في القانون المصري بنصوص المرافعات التي توجب الحكم ببطلان الإجراءات.

ورقابة محكمة البطلان علي أساس بطلان الإجراءات التي بني الحكم عليها، فهي لا تحكم به ألا عند إغفال ما لا يجوز إغفاله من أسس الإجراءات ـو عند اهدار حقوق الخصوم المتعلقة بالمبادئ الأساسية للتقاضي، أو مخالفة القواعد المنصوص عليها في قانون التحكيم، حيث يلتزم المحكم سواء كان التحكيم بالصلح أو بالقضاء، باحترام جميع الإجراءات المقررة في قانون التحكيم لأنها جاءت علي سبيل الخصوص لتنظيمه(١).

ونخلص من ذلك إلى أن علي المحكم أن يحكم في الدعوي حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته، ولا رقابة عليه في ذلك من محكمة البطلان. ولذا يجب أن يبني الحكم علي العدالة، وأن يكون ثبوت إسناد الفعل إلى الأطراف مؤكدا أي مبنيا علي الجزم واليقين، لا علي الظن والاحتمال. لذا فالمحكم مطلق الحرية في تقديره لأدلة الدعوي، فله أن يأخذ بها وله أن يطرحها، كل ذلك بناء علي ما يميل إليه من تقدير وليس تحكما منه، وهو غير ملزم بإبداء أسباب الأخذ بالدليل أو طرحه. ولا يلزم أن يناقش المحكم كل دليل علي حده، بل له أن يكون عقيدته من الأدلة في مجموعها طالما

(١) د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية،المرجع السباق، ص ١٥٢.

أنها منتجة في إثبات اقتناعه، مؤدي ذلك أنه لا يجوز تقيد المحكم في الحكم بقرائن أو افتراضات قانونية.

وحرية المحكم في تكوين عقيدته يشترط أن تمارس في ظل مجموعة من الشروط تهدف إلى ضمان حق الخصم وضمان منع المحكم من التعسف(١).

وهذه الشروط هي:

١- يجب أن يتولد اقتناع المحكم من أدلة طرحت في الجلسة، وبالتالي لا يجوز للمحكم أن يستند في حكمه إلى دليل ليس له أصل في الأوراق، ولم يحققه بالتالي في الجلسه، ويقع بذلك الحكم باطلا اذا استند علي شهادة شاهد لم تدون في الأوراق. ومن جهة أخري لا يكفي أن يكون ثابتا بالأوراق واقعة حصول الدليل، بل يلزم أن يكون ما استمده المحكم من هذا الدليل قائما فعلا في الأوراق. أي يلزم أن يستبين من الأوراق عينها قيام علاقة السببيه بين النتيجة التي توصل إليها وبين الدليل الثابت بالأوراق(٢).

ونري أن المحكم ليس ملزما باخذ الدليل بأكمله أو طرحه بأكمله، بل من حقه أن يجزئه فيأخذ ما يطمئن إليه ويطرح الباقي كل هذا دون أن يؤول علي مفهومه الخاص. ولا يشترط أن يكون الدليل مستمدا من واقعة معروضة من النزاع، بل يمكن للهيئة أن تستند إلى وقائع سابقة أو لاحقه علي موضوع النزاع متي كانت متصلة بها وتفيد في الوصول إلى حقيقة من حيث الثبوت أو النفي. وللمحكم أن

(١) د/ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص ٤٦.
(٢) نقض مدني، ١٩٨٦/١/١٩، س ق ٤١، مج نقض ص ١٩.

يستعين في تكوين اقتناعه بالقرائن التي تعزز الأدلة وتساندها، غير أن استعانة الهيئة بالقرائن المختلفة يجب أن تكون لتعزيز أدله تحقق شرط الاستناد إليها.

٢- يجب أن يكون اقتناع المحكم مبنيا علي دليل مستمد من إجراء صحيح، فلا يجوز الاستناد إلى دليل استمد من إجراء باطل وإلا أبطل معه الحكم، وذلك تطبيقا لقاعدة ما بني علي الباطل فهو باطل. فنلاحظ أن سلطة هيئة التحكيم مقيدة بالنسبة لأدلة الإثبات القانونية مثل الإقرار، حيث تنحصر سلطة الهيئة في التأكد من توافره. إذا ليس للمحكمة سلطة في عدم الأخذ به. وقد ذهبت محكمة النقض إلى أن "المقرر أن محكمة الموضوع لا تلتزم بالرد إلا على الدفاع الجوهري الذى يقدم الخصم لها عليه دليله أو يطلب منها تمكينه من إثباته بأحدى طرق الإثبات المقررة قانونا"[١].

٣- يجب أن يكون اقتناع المحكم مبينا علي أدله مستساغه عقلا. فالمحكم في تكوين عقيدته وإن كان حرا في اختياره للأدلة التي يطمئن إليها في حكمه الا أن ذلك مشروط بأن يكون استنتاج المحكم لحقيقة الواقعة، وما كشفت عنها من أدلة لا يخرج عن مقتضيات العقل والمنطق[٢]. وبناء علي ذلك يجوز للمحكم أن يبني عقديته علي الثقافه العامة السائدة والتي يفترض علمها في كل شخص يتواجد في ذات الزمان والمكان ودون أن يكون ذلك قضاء بعلم الشخصي. إذن كل ما يشترط في الدليل الذي يبني عليه حكم هو أن يكون له أصل في الأوراق والا كان القضاء معيبا يستوجب نقضه.

(١) نقض مدني، ١٧/ ١٩٩٣/١، رقم ٨٣١ س ق ٥٨، مج نقض، ص ٢٢٨.
(٢) د/ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص٤٧.

خلاصة الفصل الثاني

خلصنا مما سبق إلى أنه في المجال التحكيم لا رقابة علي هيئة التحكيم في تقدير الوقائع، والبحث عن الحل الملائم ليحكمها، والبحث عن القاعدة الملاءمة للواقع، ولكن حرية هيئة التحكيم ليست مطلقة، فهناك ضوابط تلتزم بها هيئة التحكيم عند قيامها بالإثبات في خصومة التحكيم، وهذه الضوابط تعد قيودا علي سلطة هيئة التحكيم، وتتمثل في الآتي:

- مراعاة المبادئ الأساسية في التقاضي، والتي تتمثل في حقوق الدفاع والمساواة والمواجهة، والتحقيق الجامعي في حالة تعدد المحكمين، والحياد.
- التزام هيئة التحكيم بإجراءات الإثبات التي اتفق عليها الخصوم.
- يجب علي المحكم ألا يكون عقيدته الابناء علي عناصر الإثبات التي قدمت له طبقا للإجراءات المنظمة له.
- ضرورة اشتراك جميع المحكمين في اتخاذ إجراءات الإثبات، وذلك في الأحوال التي يتعددون فيها.

وقد خلصنا كذلك في هذا الفصل إلى أن هناك رقابة علي سلطة هيئة التحكيم، وهذه الرقابة محدود علي سبيل الحصر في النظام المصري، وتتمثل في دعوي البطلان، علي عكس النظام الفرنسي الذي أجاز بناء علي اتفاق الخصوم اللجوء إلى الطعن بالاستئناف.

وقد عالجنا في هذا البحث إجراءات الرقابة علي حكم التحكيم. من حيث المحكمةالمختصة وكذلك إجراءات رفع دعوي البطلان. ولقد أشرنا إلى أن حكم التحكيم يكون باطلا إذا خالفت هيئة التحكيم إجراءات الإثبات والتي أثرت في الحكم، وكذلك حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة والتحقيق الجماعي، والحياد.

ولقد خلصنا إلى أن المحكم يقوم بعمل شديد التعقيد، فهو يفحص الوقائع، وهو مقيد بالوقائع، لا يستطيع ابدا تجاوزها، وهو يبحث في إثبات هذه الوقائع، ويستخلص المنتج منها ويستبعد غير المنتج، ثم هو يعطي التكييف القانوني لهذه الوقائع، أي يطابق بينها وبين ما هو ثابت في الفرض النموذجي المجرد القائم في القاعدة القانونية الموضوعية أو العرفية أو قواعد العأدلة والقانون الطبيعي. فإذا تطابق الواقع المجرد مع الواقع المحدد، منح المحكوم له الحمأية التحكيمية. ولا رقابة علي المحكم في نشاطه الذهني في الإثبات.

كما لاحظنا أنه لا رقابة علي هيئة التحكيم في تقدير الوقائع، والبحث عن الحل الملائم ليحكمها، والبحث عن القاعدة الملاءمة للواقع، فلا رقابة علي هيئة التحكيم، بشأن اتخاذ إجراءات الإثبات المناسبة، كذلك الأخذ بنتيجة الإجراء أو العدول عنها، كما لا رقابه علي العدول عن إجراءات الإثبات. ومبدأ عدم مراقبة هيئة التحكيم في سلطتها التقديرية، وإن كان يحمل في طياته بعض مخاطر التحكم أو الخطأ في التقدير، إلا أن هذا المبدأ يتفق مع طبيعة التحكيم، وكما أن الخصوم علي علم مسبقا بهذا الأمر، وقد قبلوه، وذلك لما يحققه التحكيم من مميزات كثيرة، ومن أهما السرعة والسرية وبساطة الإجراءات، وكما يخفف من هذه المخاطر أن التحكيم لا يكون في المسائل التي تتعلق بالنظام العام.

نتائج البحث

من خلال هذا البحث، يمكننا الخروج بالعديد من النتائج علي السلطة التقديرية لهيئة التحكيم، كما يمكننا إبداء بعض التوصيات التي تعالج بعض القصور التشريعي في معالجة هذا الموضوع، وذلك علي النحو التالي:

أولا: ملاحظات البحث

١- لقد توصلنا إلى أن المقصود بالسلطة التقديرية لهيئة التحكيم في الإثبات، هي حرية ومكنة هيئة التحكيم في القيام بعملية نشاط ذهني يعتمد علي استنباط من الدليل المقبول الاحتجاج به، إلى القناعة التي تدفع الهيئة إلى الحكم علي نحو معين، بعد تقديرها كفاية الدليل وقوة الدليل في الوصول إلى حقيقة النزاع.

٢- لقد خلصنا من خلال هذا البحث إلى أن لهيئة التحكيم السلطة التقديرية الكاملة في اتخاذ إجراءات الإثبات، سواء من تلقاء نفسها أو بناء علي طلب أطراف اتفاق التحكيم، كما للهيئة السلطة التقديرية في العدول عن إجراءات الإثبات التي أمرت بها، دون أن تلتزم بتسبيب أمرها بالإجراء أو عدلوها عن الأمر، ولها سلطة تقديرية في عدم الاخذ بنتيجة الإجراءات الذي أمرت به، ولا رقابة علي سلطة الهيئة في ذلك.

٣- لقد لاحظنا من خلال هذا البحث أن هيئة التحكيم تملك اتخاذ كافة إجراءات الإثبات الآتية: ندب خبير أو أكثر من تلقاء نفسه أو بناء علي طلب أحد المحتكمين، وسماع الشهود من تلقاء نفسه أو بناء علي طلب أحد المحتكمين، والمعأينة، والدليل الكتابي، وتوجيه اليمين التممه من تلقاء نفسه أو بناء علي طلب أحد المحتكمين. وتوجيه اليمين الحاسمة بناء علي طلب أحد المحتكمين، ولا يختلف

سلطة هيئة التحكيم في ذلك عن سلطة قضاء الدولة، وذلك بالنظر إلى قوة كل دليل وأهميته في تكوين اقتناعها.

٤- ولقد توصلنا إلى أن خصائص الإثبات أمام هيئة التحكيم لها طبيعه خاصة، تتميز عن الإثبات الذي يجري أمام قضاء الدولة. كما أن أدلة الإثبات وإن كانت متشابه في النظم القانونية المختلفة إلا أن بعضها يعد في مجال التحكيم له خصوصية معينة. فيمكن للهيئة أو لأطراف التحكيم، الاتفاق علي أن يكون الإثبات في التصرفات القانونية بكافة طرق الإثبات. كما أنه لا يفترض علم المحكم بالقانون الأجنبي فيجب إثباته أمام هيئة التحكيم عن طريق الخصوم.

٥- ولقد لاحظنا من خلال هذا البحث إلى أنه في غير الحالات التي يكون فيها المحكم مفوض بالصلح، فإنه يلتزم بتطبيق قواعد الإثبات الموضوعية، وهو في هذا العمل ليس مجرد آلة، بل هو صاحب نشاط هذا النشاط يوجد به جانب تقديري دائما، هذا التقدير يظهر في كافة مراحل الإثبات، ففي مجال الوقائع يقوم المحكم بعمل تقديري في بحثه الذهني لما اذا كانت وقائع النزاع المتعلقة بالدعوي ومنتجة فيها أم لا، صحيح أنه يوجد في هذا المجال العديد من القيود التي ترد علي سلطة المحكم في التقدير، ولكن هذه القيود لا تنفي السلطة التقديرية بل تؤكدها. فكون الوقائع قد طرحت علي المحكم من جانب الخصوم، وكون هذه الوقائع مستمدة من الأوراق والمستندات وأنها أثبتت بمعرفة الخصوم، وأن القانون قد أقام بشأنها قرائن قانونية تعفي من الإثبات، كل ذلك يعتبر قيودا ترد علي سلطة المحكم التقديرية، ومع ذلك فهذه القيود لا تنفي هذه السلطة بل تؤكدها. فعمل المحكم في جوهره نشاط ذهني إرادي يقوم به.

٦- ولقد توصلنا في هذا البحث إلى أنه لا رقابة علي هيئة التحكيم في تقدير الوقائع، والبحث عن الحل الملائم لحكمها، والبحث عن القاعدة الملاءمة للواقع، ويستخدم

المحكم في ذلك خبرته وفكره للبحث عن الحقيقة، ويستند إلى وسائل منطقية للوصول إلى الأحكام.

٧- ولقد خلصنا من هذا البحث إلى أنه إذا كانت هيئة التحكيم تملك السلطة التقديرية الكاملة في الإثبات، إلا أن هذه السلطة يرد عليها بعض القيود وتتمثل في الآتي:

- الالتزام بالمبادئ الأساسية للتقاضي: فيجب مراعاة حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة بين أطراف التحكيم والمساواة.
- الالتزام بالحياد في الإثبات: يمتنع علي المحكم أن يكون عقيدته وفقا لمعلوماته الشخصية التي حصلها من واقع النزاع، والا كان قراره معيبا بعيب تجاوز السلطة، إلا أنه يمكن أن يكون اختيار المحكم من بين فئة التجار الذين لديهم علم في مجال النزاع، ويكون اختياره علي أساس هذا العلم، فيمكن له أن يحكم بمقتضي علمه بشرط تحقيق مبدأ المواجهة بشأن هذه المعلومات واحترام حقوق الدفاع.
- الالتزام بالتحقيق الجماعي: فيجب أن يشترك كل أعضاء هيئة التحكيم في التحقيق. ما لم يتفق الأطراف علي خلاف ذلك، أو تندب الهيئة أحد اعضائها ويعرض نتيجة التحقيق علي كامل الهيئة. والأساس في ذلك يرجع إلى اشتراكهم جميعا في نظر النزاع باعتبارهم هيئة وأحده.

٨- كما توصلنا من خلال هذا البحث إلى أن هيئة التحكيم تملك اختيار القواعد المعلقة بالإثبات في حالة عدم وجود اتفاق من الخصوم علي هذه القواعد أو عدم كفاية الاتفاق عليها، ولا رقابة علي سلطة الهيئة في ذلك، إلا أن هذه السلطة لا تترك طليقة من كل قيد، وذلك ضمانا لعدم التعسف ومراعاة لحقوق أطراف التحكيم، ويمكن رصد أهم القيود الواردة في هذا الشأن بما يلي:

القيد الأول: الالتزام بما هو منصوص عليه في قانون التحكيم: القواعد المتعلقة بالإجراءات المنصوص عليها في قانون التحكيم تعد الحد الأدنى الذي يجب أن يلتزم به المحكمين.

القيد الثاني: ملاءمة الإجراءات للنزاع: ينبغي علي هيئة التحكيم أن تأخذ بعين الاعتبار عناصر الملاءمة، وملاءمة الإجراءات لطبيعة النزاع، وهي سلطة موضوعيه لا تقوم علي الاعتبار الشخصي التقديري لوجهة نظر المحكمين، ومع إقامة التوازن بين مختلف عناصر شريعة التحكيم من سرعة وسرية ومرونة.

٩- لقد توصلنا إلى أن هيئة التحكيم تلتزم باتفاقات الخصوم فيما يتعلق بقواعد الإثبات الواجبة التطبيق علي النزاع، ومخالفة ذلك يترتب عليه البطلان، بشرط ألا يخالف هذا الاتفاق القواعد المتعلقة بالنظام العام.

١٠- لقد توصلنا في النظام المصري إلى أن هيئة التحكيم لا تملك سلطة الجبر في مواجهة طرفي التحكيم في الإثبات، فإذا امرت هيئة التحكيم بإجراء من إجراءات الإثبات، مما يدخل في سلطتها الأمر به، ولم يستجب أحد طرفي التحكيم لما طلب منه، فإن للهيئة أن تفصل في الدعوي بالنظر إلى الأدلة المتاحة أمامها، أو تحكم بإنهاء إجراءات التحكيم لعدم كفاية الأدلة، ولا يجوز لها اللجوء إلى القضاء لإلزام الخصوم، وذلك علي عكس القانون الفرنسي في تعديله رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ والذي منح لهيئة التحكيم سلطة في توقيع الجزاءات علي الخصم، كما هو الشأن بالنسبة لقاضي الدولة.

١١- لقد توصلنا إلى أنه في النظام المصري، لا تملك هيئة التحكيم سلطة الجبر في إجراءات الإثبات في مواجهة الغير، ولهذا ليس لهيئة التحكيم توقيع غرامة علي

من لم يحضر من الشهود أو من يمتنع منهم عن الاجابة علي ما توجيهه له من أسئلة، ولا إجبار الشاهد علي حلف اليمين، وعلي الهيئة عندئذ أن تطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة ٩ تحكيم، الحكم علي من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة بالجزاءات المنصوص عليها في المادتين ٦٨ و٨٠ من قانون الإثبات. وذلك علي عكس النظام الفرنسي الذي أعطي لهيئة التحكيم سلطة الجبر في هذا الفرض طبقا لتعديل رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١.

١٢- لقد توصلنا في هذا البحث إلى التزام هيئة التحكيم ببعض القواعد الأساسية في الإثبات، سواء من حيث عبء الإثبات، و من حيث عناصر الإثبات التي قدمت له وفقا للإجراءات المنظمة له. ويجب لقبول إثبات الواقعة أمام هيئة التحكيم أن يكون من الجائز إثباتها، ومجدية، ومحددة، ومتعلقة بالدعوي ومنتجة فيها.

١٣- لقد لاحظنا أن المشرع المصري لم ينص علي أي رقابة علي حكم التحكيم إلا بطريق البطلان، وحالات البطلان محددة علي سبيل الحصر، ولا تتضمن الرقابة علي تسبيب أحكام التحكيم، ولا الرقابة علي سلطة هيئة التحكيم في الإثبات، علي عكس النظام الفرنسي الذي أجاز للخصوم الاتفاق علي الطعن بالاستئناف، وذلك طبقا لتعديله رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١.

١٤- لقد توصلنا إلى أنه في النظام المصري يمكن مراقبة هيئة التحكيم في مجال الإثبات من النواحي الآتية:

- مدي تطبيق حقوق الدفاع والمواجهة والمساواة والحياد أثناء إجراءات الإثبات.
- مدي تطبيق أحكام قانون التحكيم واتفاق الأطراف بشأن قواعد الإثبات.
- مدي مخالفة هيئة التحكيم لقواعد الإثبات المتعلقة بالنظام العام.

١٥- ولقد توصلنا إلى أنه بالرغم من عدم النص الصريح علي البطلان علي عدم تسبيب هيئة التحكيم لحكمها، إلا أنه يترتب البطلان علي عدم تسبيب حكم التحكيم في القانون المصري، وذلك لأن هيئة التحكيم تلتزم بأحكام القانون التحكيم، كما أن المشرع أمر الهيئة بالتسبيب، وإذا خالفت الهيئة نص المادة ٤٣ تحكيم، ولم يوجد جزاء البطلان، فيترتب علي ذلك اعتبار كل نصوص قانون التحكيم مكمله لهيئة التحكيم وغير ملزمه لها، وهذا لم يشر إليه المشرع المصري، بالإضافة إلى أن البطلان هنا يؤسس علي أساس بطلان في الإجراءات أثر في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة ٥٣ تحكيم.

ثانيا: الاقتراحات المتعلقة بالبحث

لقد لاحظنا أثناء عرضنا للبحث أن هناك بعض القصور في بعض المسائل تحتاج إلى إعادة النظر فيها، ويتمثل ذلك في الآتي:

١- لقد نصت المادة ٣٦ من قانون التحكيم المصري علي أن " وعلى كل من الطرفين أن يقدم إلى الخبير المعلومات المتعلقة بالنزاع وأن يمكنه من معاينة وفحص ما يطلبه من وثائق أو بضائع أو أموال أخرى متعلقة بالنزاع وتفصل هيئة التحكيم في كل نزاع يقوم بين الخبير وأحد الطرفين في هذا الشأن"، في الواقع هيئة التحكيم لا تملك إجبار الخصم الممتنع عن معاونة الخبير، ولا تملك اللجوء إلى القضاء في هذه الحالة لإجبار الخصم علي المعاونة،ولم ترتب المادة ٣٦ تحكيم أي أثر لتخلف الخصم أو امتناعه عن القيام بالإجراء الذي طلبه منه الخبير، فلم تعتبر هذا التصرف من قبل الخصم قرينة ضده.

ونري أنه يفضل إعادة النظر في المادة ٣٦ من قانون التحكيم المصري، لأن النص الحالي سيفقد جانبا هاما من فاعليته في شأن الخبرة، لأن أداء الخبير

لمهمته سيتوقف رهنا في نهاية المطاف علي مشيئة الخصوم الذين كثيرا ما يختلفون ويلجأون إلى إعاقة عمل الخبير إذا شعروا أن تقريره لن يكون في صالحهم، وهذا ما يدعو إلى ضرورة النظر في هذه المادة، بما يكفل لهيئة التحكيم سلطة إجبار الخصم علي معاونة الخبير. ونقترح أن يرد في نص هذه المادة الآتي" لهيئة التحكيم أن تحكم بالغرامة أو تاخذ بصحة المستند إذا تخلف أحد الخصوم عن مساعدة الخبير أو عدم تقديم المستند المكلف بتقديمه، ويمكن أن يعفي من ذلك إذا امتثل لطلب الخبير وأبدي عذراً مقبولاً".

٢- لمدة التحكيم اهمية في مجال التحكيم، وقد تستغرق خصومة التحكيم مدة طويلة لأسباب لا دخل لهيئة التحكيم فيها، لذا نقترح إضافة نص في قانون التحكيم يقضي بعدم احتساب مدة مباشرة الخبير لمهمته ضمن ميعاد التحكيم، خاصة وأن الاستعانة بالخبير تأخذ مدة طويلة في إعداد تقريره، وهذا المدة تحتسب من مدة التحكيم في النص الحالي.

٣- نظرا لأهمية سلطة الأمر في مجال التحكمي، نري أنه يفضل أن يمنح المشرع المصري هيئة التحكيم سلطة الالزام في مجال الإثبات في مواجهة أطراف التحكيم والغير، وحقها في توقيع بعض الجزاءات والتي تتفق مع طبيعة التحكيم مثل الغرامة التهديدية، وذلك تحقيقا لفاعلية نظام التحكيم، وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي في تعديله لأحكام التحكيم بالرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١، ونقترح أن ينص المشرع في قانون التحكيم علي حق هيئة التحكيم في جبر الأطراف علي تقديم مستند تحت يده، وبالنسبة للغير يمكن لها أن تلجأ إلى القضاء من تلقاء نفسها في هذا الشأن، لأن الغير ليس طرفا في اتفاق التحكيم.

٤- نظرا لأن هيئة التحكيم لا تملك الجزاءات التي تمنحها القدرة علي منع عرقلة إجراءات التحكيم، لذا نقترح أن ينص المشرع علي بعض الجزاءات التي تملك

هيئة التحكيم، فإذا ارتكب أحد الخصوم ما يبرر معاقبته لعرقة إجراءات الإثبات علي خصمه جاز أخذ سلوكه كقرينة ضده، أو جاز الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك، أو جاز للمحكم أن يعتبر صورة الورقة التي قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها، في حالة امتناع الخصم عن تقديم ورقة منتجة تحت يده.

٥- إذا كانت هيئة التحكيم تملك سلطة تقديرية واسعه في مجال التحكيم، وهذا قد يؤدي إلى التحكيم وعدم تدارك خطأ الهيئة مما يضر بمصلحة الخصوم، وخاصة وأن قانون التحكيم المصري لا يسمح إلا بالاعتراض بطريق البطلان، فنري أنه يكون من الأفضل أن يسمح المشرع المصري للخصوم الاتفاق علي اللجوء إلى الاستئناف، حيث يكون الأصل هو دعوي البطلان، ولكن يمنح الخصوم الحق في الاستئناف إذا اتفقوا صراحة علي ذلك، وذلك التعديل يؤدي إلى تمكين الخصوم من التقاضي علي درجتين، وحمأيتهم من خطأ هيئة التحكيم، وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي في تعديله رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١، ونري أن ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في تعديله الأخير يتفق مع طبيعه التحكيم، حيث لا يجوز الطعن في الحكم الصادر إلا بالبطلان، ولكنه راعي ذلك سلطة الأطراف في التحكيم.

٦- ونري أنه نظرا لأن حكم التحكيم فى أغلب نظم التحكيم غير قابل لطعن عليه إلا بدعوى البطلان ولأسباب محددة على سبيل الحصر، فالحكمة تقتضى أن يتجه قضاء الدولة إلى إعطاء مفاهيم مرنة لأسباب الطعن بالبطلان، حتى تستوعب كافة احتمالات الخطأ التى يمكن أن تصيب الحكم. ونري أنه يفضل أن ينص المشرع علي بطلان حكم التحكيم لعدم تمكين الخصوم من ممارسة حقوقهم في الإثبات، والخطأ في قواعد الإثبات وكان لها أثر في الحكم، لأنه لا يمكن قبول حكم من

محكَّم غير عادل، ولم يتمكن الخصوم من ممارسة حقوقه في الإثبات لسبب خارج عن إرادته أثناء خصومة التحكيم.

٧- نظرا لأهمية التسبيب، لذا نقترح أن ينص المشرع المصري في قانون التحكيم صراحة علي البطلان لعدم تسبيب الحكم إلا إذا أعفي الأطراف هيئة التحكيم من التسبيب أو كان القانون الواجب التطبيق لا يشترط التسبيب، خاصة وأن المشرع أمر الهيئة بالتسبيب في المادة ٤٣ تحكيم، وإذا خالفت الهيئة هذه المادة، ولم يوجد جزاء البطلان، فيترتب علي ذلك اعتبار كل نصوص قانون التحكيم مكملة لهيئة التحكيم وغير ملزمه لها. كما أن التسبيب يمنع هيئة التحكيم من التحكيم ويمنح الأطراف سلطة في الرقابة علي إجراءات الإثبات التي قامت بيها هيئة التحكيم. ونري أن يكون النص علي التحقق من وجود التسبيب وعدم الانعدام، سواء أكان انعداماً كلياً أو جزئياً، ولا رقابة من حيث كفاية التسبيب ومنطقية التسبيب، فالرقابة تكون شكلية علي الأسباب. وذلك لأن محكمة البطلان ليس طريقا للاستئناف ضد حكم التحكيم، فلا يجوز لها أن تقوم بدور محكمة الاستئناف، لأن ذلك يخالف اتجاه المشرع المصري في شأن تنظيمه لدعوي البطلان. وقد أخذ المشرع الفرنسي بهذا الاتجاه فنص صراحة علي بطلان حكم التحكيم لعدم تسبيبه.

٨- لم ينص المشرع المصري ولا المشرع الفرنسي علي جواز إعادة فتح باب المرافعة بقرار من هيئة التحكيم، وذلك لوجود أدله تري أنها ضرورية للحكم في النزاع، ونري أنه يفضل أن يعالج المشرع هذه الجزئية نظرا لأهميتها في الواقع العملي، خاصة وأن هيئة التحكيم لا تلتزم بتطبيق قواعد قانون المرافعات، كما أنه لا يجوز استئناف الحكم الصادر من الهيئة في النظام المصري، فلا يمكن للخصوم تدارك ما فاتهم من وسائل دفاع. فنقترح إضافة النص الآتي إلى قانون التحكيم "لا

يجوز بعد قفل المرافعات تقديم أي مذكرة أو حجة أو أي دليل بخصوص المسائل التي سيتم الفصل فيها بحكم، إلا إذا طلبت هيئة التحكيم أو سمحت به".

٩- نظرا لما لهيئة التحكيم من حق في التأكد من صحة المحرر، لذا نقترح أن ينص المشرع المصري علي حق هيئة التحكيم في تحقيق الخطوط الأصلية والمضاهاة ودعوي التزوير، وهذا ما أخذت به المادة ١٤٧٠ من قانون المرافعات الفرنسي المعدلة بالمرسوم رقم ٢٠١١/٤٨ بتخويل المحكم نظر الادعاء بالتزوير إذا تعلق بورقة عرفية أو رسمية، وهذا الحكم لا يمكن الأخذ به في مصر دون نص تشريعي.

١٠- لليمين في الإثبات أهمية كبيرة، لذا نقترح أن ينص في قانون التحكيم علي حق هيئة التحكيم في توجيه اليمين إلى أحد الخصوم خاصة اليمين المتممه، وبالنسبة لليمين الحاسمة يكون بناء علي طلب الطرف الآخر.

١١- إذا لم يمتثل الخصم لتكليف هيئة التحكيم بتقديم مستند تحت يده، فإنه ليس لهيئة التحكيم أن تلزمه بتقديمه، وفقا للمادة ٢٣ إثبات إذ ليس لها سلطة الأمر، وليس لهيئة التحكيم أن تلجأ إلى المحكمة التي تنص عليها المادة ٩ تحكيم لإلزام الخصم بتنفيذ الأمر الصادر له من الهيئة بشأن الإثبات، إذ لم يخولها المشرع هذه السلطة، ومن ناحية أخري، فأنه ليس لهيئة التحكيم أن تعمل ما تنص عليه المادتان ٢٣/ ٢٤ إثبات، فليس لهيبة التحكيم أن تطبق نص المادتين سالفة الذكر في حالة إنكار الخصم وجود السند أو إذا لم يقم بتقديمه، ونقترح أن ينص المشرع علي حق هيئة التحكيم في اللجوء الي القضاء في مثل هذه الحالة لأعمال نص المادتين ٢٣، ٢٤ من قانون الاثبات.

قائمة المراجع

أولًا: مراجع عربية

١. د/ إبراهيم نجيب سعد، قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم، منشأة المعارف، ١٩٨١.

٢. د/ أبو العلا النمر، دراسة تحليلية للمشكلات العملية والقانونية في مجال التحكيم التجاري الدولي، أبو المجد، ٢٠٠٤.

٣. د/ أبو العلا علي النمر ود/ أحمد الجداوي، المحكّمون، دراسة خاصة لطلبة الدراسات العليا بدبلوم التحكيم، مركز تحكيم، حقوق عين شمس، ٢٠٠٢.

٤. د/ أبو زيد رضوان، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، ١٩٩٨.

٥. د/ أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار الجامعة الجديد، ٢٠٠٩.

٦. د/ أحمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق.

٧. د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، ٢٠٠٠.

٨. د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء والصلح، دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٧.

٩. د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم في القوانين العربية، منشأة المعارف، ٢٠٠٢.

١٠. د/ أحمد أبو الوفا، التعليق علي نصوص قانون الإثبات، ط٤، منشأة المعارف، ١٩٩٤.

١١. د/ أحمد أبو الوفا، التعليق علي نصوص قانون الإثبات، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٦.

١٢. د/ أحمد أبو الوفا، تكييف وظيفة المحكم، مجلة المحاماة، ١٩٥٧، السنة السابعة والثلاثون، العدد السادس.

١٣. د/ أحمد أبو الوفا، د/ طلعت محمد دويدار، التعليق علي نصوص قانون الإثبات، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٦.
١٤. د/ أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون ر٤م ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وانظمة التحكيم الدولية، المؤسسة العامة للطباعه والنشر، ٢٠٠٤
١٥. د/ أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠١٠.
١٦. د/ أحمد السيد صاوي، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، بدون سنه نشر.
١٧. د/ أحمد السيد صاوي، دعوي بطلان حكم التحكيم، دراسة مقدمة لمركز عين شمس للتحكيم، الدورة المتعمقة الثانية لإعداد المحكم، نوفمبر ٢٠٠٠.
١٨. د/ أحمد المليجي، التعليق علي قانون المرافعات، دار النهضة، ١٩٨٦.
١٩. د/ أحمد صادق القشيري، دراسة تحليلية للمشكلات العملية والقانوني في مجال التحكيم، دار النهضة، بدون سنه نشر.
٢٠. د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تنظير وتطبيق مقارن، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.
٢١. د/ أحمد عبد الكريم سلامه، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
٢٢. د/ أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.
٢٣. د/ أحمد قطب عباس، إساءة أستعمال الحق في التقاضي، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦.
٢٤. د/ أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
٢٥. د/ أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، ١٩٧٨.
٢٦. د/ أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ط٦، دار الفكر العربي، ١٩٧٢، ج١.
٢٧. د/ أسامة الشناوي، المحاكم الخاصة فى مصر، بدون سنة نشر، وبدون مكان نشر.

٢٨. د/ أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.
٢٩. د/ أسامه روبي، الوجير في القواعد الإجرائية للإثبات المدني، دار النهضة، ٢٠٠٢.
٣٠. د/ أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة ١٩٩٨.
٣١. د/ أكثم الخولي، بدء التحكيم وسيره طبقا لنظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي، مجلة التحكيم العربي، ع٣.
٣٢. د/ أمال الفزايري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٧.
٣٣. د/ أمال الفزايري، ضمانات التقاضي، منشأة المعارف، ١٩٩٠.
٣٤. د/ بليغ حمدي محمود، الدعوي ببطلان أحكام التحكيم الدولية، دار الجامعة الجديد، ٢٠٠٧.
٣٥. د/ جمال محمود الكردي، جنسية حكم التحكيم وأثرها في تحديد مركزه في الإقليم الوطني، دار النهصة العربية، ط١، ٢٠٠٧.
٣٦. / جميل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، ١٩٨٣.
٣٧. د/ حامد أبو طالب، نظام القضاء المصري في ميزان الشريعة، دار الفكر العربي، ١٩٩٣.
٣٨. د/ حسين علي محمد علي الناعور النقبي، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الادلة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧.
٣٩. د/ حفيظة الحداد، الطعن بالبطلان علي أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، ١٩٩٧.
٤٠. د/ حفيظة السيد الحداد، مدي اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، دار الفكر الجامعي، ١٩٩٦.
٤١. د/ حمزه أحمد الحداد، دور المحكمة في التحكيم، مجلة التحكيم العربي، العدد التاسع، ٢٠٠٦.

٤٢. د/ خالد عبد العزيز أبو غابه، التحكيم وأثره في فض المنازعات، دار الفكر الجامعي، ٢٠١١.
٤٣. د/ رضا السيد، مسائل في التحكيم، دار النهضة، ٢٠٠٣.
٤٤. د/ رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديد، ٢٠١٢.
٤٥. د/ سامي محسن حسين السري، بعض الجوانب في القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، رسالة، حقوق عين شمس، ٢٠٠٤.
٤٦. د/ سحر عبد الستار يوسف، دور القاضي في الإثبات، دراسة مقارنة، رسالة، حقوق عين شمس، ٢٠٠١.
٤٧. د/ سليمان مرقص، في طرق الإثبات، قواعد تقييد الادلة واطلاقها، ج ٤، ١٩٧٤، مطبوعات معهد البحوث والدراسات العربية.
٤٨. د/ سيد أحمد محمود، التقاضي بقضيه وبدون قضيه في المواد المدنية والتجاريه، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.
٤٩. د/ سيد تمام، مبدأ المواجهة في التحكيم، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
٥٠. د/ شحاته غريب شلقامي، إشكالات اتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديد، ٢٠١٥.
٥١. د/ صبري محسن الديابات، إجراءات التحكيم التجاري الدولي، رسالة عين شمس، ٢٠٠٤.
٥٢. د/ طارق فهمي الغنام، طبيعة مهمة المحكم، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٨.
٥٣. د/ طلعت محمد دويدار، تطور الحماية التشريعية لمبدأ حيدة القضاة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩.
٥٤. د/ طلعت محمد دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، دار الجامعة الجديد، ٢٠٠٩.
٥٥. د/ عاشور مبروك، التحكيم، المبادىء التى تحكم خصومة التحكيم، دار الفكر والقانون، ٢٠١٤.

٥٦. د/ عاشور مبروك، النظام الاجرائي لخصومة التحكيم، دارسة تحليلية مقارنة، ط١، الجلاء الجيده، ١٩٩٦.
٥٧. د/ عاشور مبروك، الوسيط في قانون القضاء المصري، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ط٢، ٢٠٠٠.
٥٨. د/ عاطف الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.
٥٩. د/ عبد الباسط جميعي، نظام الإثبات في القانون المدني المصري، ط٢، ١٩٥٣، بدون دار نشر.
٦٠. د/ عبد الحكم فوده، البطلان في قانون المرافعات، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٧.
٦١. د/ عبد الحكيم مصطفي عبد الرحمن، تعليق علي قانون التحكيم المصرى، رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٤، مقارنا بالاتجاهات الحديثة في التحكيم التجاري الدولي الخاص، دار النهضة، ١٩٩٥.
٦٢. د/ عبد الحميد الأحدب، إجراءات المحاكمة التحكيمية الدولية وقواعد الإثبات، مجلة الدراسات القانونية، بيروت، العدد الثاني، المجلد الثاني، كانون الثاني ١٩٩٩.
٦٣. د/ عبد الحميد الاحدب، موسوعه التحكيم، الكتاب الأولي، دار المعارف، ١٩٩٨.
٦٤. د/ عبد الحميد عثمان الحنفى، دروس فى قانون الإثبات، بدون دار نشر، ٢٠٠٤.
٦٥. د/ عبد الرءوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧.
٦٦. د/ عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظريه الالتزام، الإثبات، دار النهضة العربية، ١٩٥٦، ج٢.
٦٧. د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، ط٢، ٢٠١١.
٦٨. د/ عبد الرزاق السنهوري،الوجيز في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، ١٩٦٦.

٦٩. د/ عبد الغني بسيوني عبد الله، مبدأ المسأواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، منشأة المعارف، ١٩٨٣.
٧٠. د/ عبد المنعم البدراوي، تاريخ القانون الروماني، دار نشر الثقافة، ط١، ١٩٤٩.
٧١. د/ عبد المنعم زمزم، الإجراءات التحفظية والوقتية قبل وأثناء وبعد انتهاء خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧.
٧٢. د/ عزمي عبد الفتاح، إجراءات خصومة التحكيم، بحث مقدم في الدوره العامة لإعداد المحكم، مركز تحكيم حقوق عين شمس.
٧٣. د/ عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي،ط١، ١٩٨٣.
٧٤. د/ عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٠.
٧٥. د/ عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مؤسسة دار الكتاب، ط٢، ٢٠١٢.
٧٦. د/ عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره اهم تطبيق لحق الدفاع، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.
٧٧. د/ عكاشة عبد العال، الانابة القضائية، ١٩٩٧.
٧٨. د/ علي أبو عطية هيكل، القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين، دار الجامعة الجديد، ٢٠١١.
٧٩. د/ علي الحديدي، دور الخبير الفني في الخصومة، بدون دار نشر، ١٩٨٩.
٨٠. د/ علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة، حقوق القاهرة، ١٩٩٦.
٨١. د/ علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.
٨٢. د/ علي هيكل، القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين، مرجع سابق.
٨٣. د/ عيد محمد القصاص، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.

٨٤. د/ فاطمة صلاح الدين، دور القضاء في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠١٠.
٨٥. د/ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا، منشاة المعارف، ٢٠١٤.
٨٦. د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، ١٩٧٨.
٨٧. د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧.
٨٨. د/ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة، ١٩٩٧.
٨٩. د/ محمد عبد الخالق عمر، النظام القضائي المدني، دار النهضة العربية، ١٩٧٦.
٩٠. د/ محمد علي عويضه، حق الدفاع كضمانه إجرائية في خصومة التحكيم، منشاء المعارف، ٢٠٠٨.
٩١. د/ محمد محسوب، نظرية قانون التجار الدولي بين الوهم والحقيقة،مطبعة حمادة، ٢٠٠٣.
٩٢. د/ محمد مختار البريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.
٩٣. د/ محمود السيد التحيوي، الاتجاهات النظرية والحلول الوضعية في تحديد التنظيم الاجرائي لخصومة التحكيم، المرجع السابق.
٩٤. د/ محمود حسن شعيب، النظام القانوني لخصومة التحكيم في ضوء قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي وقانون التحكيم المصري، رسالة، ج اسكندرية، ٢٠١٣.
٩٥. د/ محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠١١.
٩٦. د/ محمود سمير الشرقاوي، ود محمد صلاح الدين عبد الوهاب، قواعد الإثبات في التحكيم الدولي كما وضعتها النقابة الدولية للتحكيم، مجلة التحكيم العالمية، العدد ١٥، يوليو ٢٠١٢.
٩٧. د/ محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، دار الفكر العربي، ١٩٩٠.

٩٨. د/ محمود مختار بريري، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ٨٨.
٩٩. د/ محمود مصطفي يونس، الحماية الاجرائية لحقوق الانسان في القانون القضائي، ط ١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.
١٠٠.د/ محمود مصظفي يونس،المرجع في أصول التحكيم،دار النهضة العربية،٢٠٠٩.
١٠١.د/ محي الدين علم الدين، احترام مبدأ المواجهة في التحكيم، الأهرام الاقتصادي، العدد ١٤١٢، بتاريخ ١/٢٩/ ١٩٩٦، والعدد ١٤١٣، بتاريخ ٥/٢/ ١٩٩٦.
١٠٢.د/ محي الدين علم الدين، منصة التحكيم التجارى الدولى،بدون دار نشر، الجزء الأول، ١٩٨٦.
١٠٣.د/ مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق.
١٠٤.د/ مصطفي الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية،ج١، الفتح للطباعه والنشر، ١٩٩٨.
١٠٥.د/ مصطفي صقر، مبادئ تاريخ القانون، بدون سنة نشر، وبدون دار نشر.
١٠٦.د/ مصطفي محمود عفيفي، الحقوق المعنوية للإنسان بين النظرية والتطبيق، دار الفكر العربي، بدون تاريخ نشر.
١٠٧.د/ مفيد سعد سويدان، نظرية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي، رسالة حقوق القاهرة، ١٩٨٥.
١٠٨.د/ منير يوسف حامد المناصير، سلطة المحكم في الإثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي، دراسه مقارنه، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠١٤.
١٠٩.د/ ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.
١١٠.د/ نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديد، ٢٠٠٨.
١١١.د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديد، ٢٠١١.

١١٢.د/ نبيل إسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، منشأة المعارف، ٢٠٠٤.
١١٣.د/ نبيل إسماعيل عمر، تسبيب الأحكام القضائية، دار الجامعة الجديد، ٢٠١١.
١١٤.د/ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، دار الجامعة الجديد، ٢٠٠٨.
١١٥.د/ نبيل عمران، قواعد رد المحكَّمين فى قانون التحكيم المصرى، محاضرة ألقيت فى الدورة التخصيصية لإعداد المحكَّمين الدوليين فى مركز اتحاد المحامين الدولي والأفريقي للتحكيم، فى الفترة من ٢٠٠٤/٩/٢٥ إلى ٢٩ /٢٠٠٤/٩.
١١٦.د/ نور شحاته، سلطة التكييف في القانون الاجرائي، دراسة مقارنة لقانون الإجراءات المدنية والجنائية والإدارية، دار النهضة، ١٩٩٣.
١١٧.د/ هدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.
١١٨.د/ وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٧٤.
١١٩.د/ وجدي راغب، تأصيل الجانب الإجرائي في هيئة التحكيم، بحث منشور في مجلة حقوق الكويت، س ٧، العدد ٤، ديسمبر ١٩٨٣.
١٢٠.د/ وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم امام القضاء المدين، مجلة العلو القانونية والاقتصاديه، ١٩٧٦،ع١.
١٢١.د/ وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
١٢٢.د/ وجدي راغب، هل التحكيم نوع من القضاء، مجلة الحقوق الكويتية، س ١٧، ع١،-٢، مارس – مايو ١٩٩٣.
١٢٣.د/ ياسر عبد الهادي مصلحي سلام، أثر الخطأ في إجراءات التحكيم علي حكم التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠١٢.

ثانيًا: مراجع أجنبية

1. ANDRE, Du principe de la neutralité du juge dans l'instruction des affaires civiles, Paris, 1910.
2. BARRET-KRIEGEL B. Les droits de l‧ homme et le droit natural, Paris, PUF, 1989
3. B. Moreau, A. Beregoi, et autre, arbitrage commercial, D,. 2014.
4. Ch. JARROSSON, la notion d'arbitrage, préface de B. OPPETIT, LGDJ, 1987.
5. CH. PERELMAN et P. FORIERS, la motivation des decisions de jusitice, D., 1978.
6. Chainis, l‧ arbiter, le droit et la contradiction, Rev. Arb., 2010.
7. Charles JARROSSON, note sous Cass. 2e civ., 19 avril 1985, , Rev. Arb., 1986, p. 57, spec.
8. Charmont, La reconnaissance du droit naturel, 2 éd., Paris, 1927.
9. CHEVAILIER J., Cours de droit civil approfondi, la charge de la preuve, Les Cours de droit, 1959.
10. E. Loquin, l‧ amiable composition en droit copmparé et international, Litec, 1981.
11. F.E. KLEIN, "autonomie de la volonté et arbitrage", Rev. crit. DIP, 1958.
12. FOUCHARD Ph., GAILLARD E. et GOLDMAN B., traite de l' arbitrage commercial international, LITEC, 1996.
13. Gerard couchez, procédure civil, 12e éd., Armand colin،

14. H. SOLUS et R. PERROT, droit judiciaire prive, t.1, 1961.
15. Henri Bejoint, le Robert Methodique du france actuel.
16. J. L. DELVOLVE, " devoirs et responsabilités de l'avocat exerçant la fanction d arbitres", Rev. arb., 1984.
17. J. ROBERT, l'arbitrage droit interne et droit international privé, Dalloz., 6e éd.1993., p. 178
18. J. THORENS, l· arbitre international au point de rencontre des traditions de droit civil et de la common law, Melange, P. LALIVE, 1993.
19. J. VIATTE, «la récusation des arbitres», Gaz. pal, 1973, 2, doctr., 719
20. J.-Cl. DUBARRY et E. LOQUIN, «la désignation comme arbitre de l'avocat de l'une des parties», obs. sous CA Versailles, 14 novembre 1996, RTD com. 1997.
21. Kessed J., principe de la contradiction et arbitrage, Rev. arb., 1995.
22. Lecuyer, Arbitrage, J. cl., proc. Civ., fasc., 20, no 56.
23. Loen Mazeaud, J. Mazeaud et F. chabas, lécons de droit civile introduction a l· étude du droit, 12 èd. Montchrestien, 2000.
24. M. de BOISSESON, le droit français de l'arbitrage interne, droit international, préface de P. BELLET, GLN Joly, 1990.
25. M. HENRY, " Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente' Rev. arb., 1999.

26. M. HENRY, Le devoir d'indépendance de l'arbitre, thèse, Paris, sous la direction de P. MAYER, soutenue le 28 novembre 1996.
27. M. Maurin, le rôle reateur du juge dans les jurisprudances canadienne et francaise comparées, paros Rousseau, 1938.
28. M-A. FRISON-ROCHE, «l'impartialité du juge», Recueil Dalloz, 1999, chronique.
29. Marcel Stati, Le standard juridique, These, Paris, 1927.
30. MOTULSKY, Relation méthodique de droit positif, these, loyon, 1947.
31. NORMAND, le juge et le litige; thèse, lille, 1965.
32. P. AZARD, l'immutabilité de la demande en droit judiciaire français, thèse, Paris, 1936.
33. P. LALIVE " sur l'impartialité de l'arbitre international en suisse' semaine judiciaire, 1990.
34. P. LEVEL, " Brèves réflexions sur l'office de l'arbitre", Mélanges Perrot, Dalloz, 1995.
35. Ph FOUCHARD, L' arbitrage commercial international, D., 1965.
36. Ph. BERTIN, L' indication du fondement juridique de la demande, Gaz pal, 1987, 2., p. 839.
37. Ph. GRANDUEAU, note sous la CA Paris, 28 octobre 1999 et CA Paris, 30 novembre, Rev. arb., 2000.

38. Ph. Pinsolle et R. Kreindler, les limites du role de la volonte des parties dans la conduit de l‧ instance arbitrale, Rev. Arb., 2003,p.60.
39. R PERROT, Principe de la contradiction et les faits dans le débat, RTD civ. 2011.
40. R. David, L'arbitrage dans le commerce international, Economica, 1982.
41. R. De GOUTTES, "L'impartialité du juge", Revue de science criminelle, 2003, p.63.
42. R. PERROT, l‧ application a l‧ arbitrage des regles de nouveua code de procedure civile, Rev. Arb., 1980، p. 643.
43. S. Guinchard, L‧ arbitrage et le respect du principe du contradictoire, Rev. Arb., 1997, p.1.
44. S. JOSSERAND, L'impartialité du magistrat en procédure pénale, préface de J. FRANCILLON, L.G.D.J., 1998.
45. T. Clay, L‧ appui du juge à l‧ arbitrage, Cah. Arb., 2011.
46. T. CLAY, L'arbitre, D., 2001
47. VINCENT et GUINCHARD, procedure civile, 26 éd. Dalloz
48. V. VEEDER «la nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage de 1996, la naissance d'un magnifique éléphant», Rev. arb. 1997.
49. X. de MELLO, «réflexion sur les règles déontologiques élaborées par l'international bar association pour l'arbitres internationaux», Rev. arb., 1988.