القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين

دكتور/ على أبو عطية هيكل

القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين

دكتور/ على أبو عطية هيكل
أستاذ قانون الإجراءات المدنية
والتجارية المساعد كلية القانون جامعة صحار
سلطنة عمان

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

١- أهمية الإثبات وماهيته:

الإثبات ليس ركناً من أركان الحق. فالحق يوجد بقوة القانون متى توافرت الشروط اللازمة لنشوئه، وبغض النظر عن وسيلة إثباته، غير أنه من الناحية العملية لا مبالغة فى أن الحق مجرداً من دليله، يصبح عند المنازعة فيه هو والعدم سواء[(١)]. لذلك يعتبر الإثبات أداة ضرورية ووسيلة عملية، دفعت التشريعات وأنظمة التحكيم إلى تنظيم قواعده، وإن تباينت فيما بينها فى أسس هذا التنظيم[(٢)].

---

(١) ولقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى قبل الغائها بقانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ "أن الحق يتجرد من قيمته ما لم يقم الدليل على الحادث المبدى له، قانونياً كان هذا الحادث أو مادياً. والواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع فيه".

(٢) ويظهر تباين الشرائع فى أن بعضها أدرج قواعد الإثبات الموضوعية والشكلية معاً فى تقنين واحد خاص بالإثبات، وهو منهج التشريعات الانجلوسكسونية، مثل القانون الانجليزى والأمريكى. بينما ذهبت تشريعات أخرى مثل القانون الألمانى والسويسرى إلى دمج قواعد الإثبات الموضوعية والشكلية جميعاً فى تقنين المرافعات على النقيض تذهب أكثر التشريعات اللاتينية إلى إلحاق القواعد الموضوعية للإثبات بالقانون المدنى، والقواعد الشكلية بقانون المرافعات، وهو مسلك القانون الفرنسى والإيطالى، وكان مسلك القانون=

والإثبات كأداة ضرورية تعول عليها هيئة التحكيم فى التحقق من الوقائع القانونية. ووسيلة عملية يعتمد عليها الأطراف فى صيانة حقوقهم المترتبة على تلك الوقائع، حتى أنه ليصح القول بأن كل نظام قانونى وكل تنظيم قضائى أو تحكيمى يقتضي حتماً وجود نظام للإثبات. والواقع أن جميع التشريعات المنظمة للتحكيم وأنظمة التحكيم المعاصرة نزلت على حكم هذه الضرورة وتلك الوسيلة وعنت بالإثبات.

والخصومة التحكيمية كمجموعة من الإجراءات التحكيمية المتتابعة التى يساهم فيها أطراف التحكيم وممثليهم، وهيئة التحكيم وأعوانها بغرض الحصول على حكم فى الموضوع. تلك الخصومة تمر بمراحل تبدأ بالطلب التحكيمى، مروراً بمرحلة الإثبات، والمرافعة، ووصولاً إلى الحكم فى الموضوع. ولا شك أن أهم هذه المراحل وأخطرها، مرحلة الإثبات، حيث يتبارى كل خصم فى تقديم الأدلة التى تبرهن صدق دعواه، ودحض أدلة خصمه تحت رقابة وتقدير هيئة التحكيم، ومن ثم فهذه المرحلة تستلزم بالضرورة نشاط من الخصوم وممثليهم، وهيئة التحكيم وأعوانها.

ونشاط الخصم – محتكم أو محتكم ضده – يتمثل فى سعيه جاهداً لإثبات أحقيته فيما يدعيه ودحض أدلة خصمه بتقديم كافة الأدلة لإثبات دعواه، ودحض أدلة الخصم الآخر أو إلزامه بتقديم مستند تحت يده. أما الهيئة فهى تسعى لكشف الحقيقة الموضوعية، فغايتها هى بلوغ العدالة عن طريق إعمال قناعة أعضائها وتقديرها للوقائع المدعاة، ولقيامها بهذا

=المصرى قبل إصدار قانون الإثبات ٢٥ لسنة ١٩٦٨، أما فى ظل هذا القانون قد تبنى المشرع المصرى مذهب التشريعات الانجلوسكسونية الذى اشتمل على قواعد الإثبات الموضوعية والشكلية معاً أنظر فى تفصيل ذلك: د. عبد الرزاق السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء الثانى – الإثبات – دار النهضة العربية ١٩٨٢ ص ٢٤. وما بعدها بند ١٢. د. سليمان مرقس: أصول الإثبات وإجراءاته فى المواد المدنية – الجزء الأول – عالم الكتب – بدون تاريخ نشر ص ٢٩ وما بعدها بند ١٠.

الواجب اقتضى الأمر تزويدها بالمكنات والرخص التى تتمكن من خلالها الكشف عن الحقيقة وتحقيق العدالة.

والإثبات بمعناه القانونى[1] هو إقامة البرهان على حقيقة واقعة يؤكدها فى الخصومة أحد طرفيها وينكرها الطرف الآخر[2] مع تمكين كل خصم من الحصول على الدليل من خصمه[3] أو من الغير[4]. ومن ثم يكون الإثبات[5] هو سلاح الخصوم فى معركة الخصومة التحكيمية، وهو فى جوهره إقناع للهيئة بإدعاء أو بآخر من جانب هذا الخصم أو ذاك، وقد نظم

---

(١) والإثبات لغةً هو تأكيد الحق بالدليل أو الحجة ويقال لا أحكم بكذا إلا بثبت بفتح الياء أى بحجة، وأثبت الحق أى أقام حجته، وأثبت حجته أى أقامها ووضحها. والإثبات مشتق من فعل ثبت بمعنى استقر ويقال ثبت الشئ أى أثبته، وثبت فلاناً أى مكنه من الثبات عند الشدة، وفى الكتاب العزيز قوله تعالى "يثبت الله الذين آمنوا بالقول الثابت" والتثبيت أى الحجة، والمثبت أى كلام مثبت غير منفى المعجم الوسيط ج١، باب الثاء، ص ٩٣، الأمام محمد بن أبى بكر الرازى، مختار الصحاح، باب الثاء، ص ٣٥.

(٢) **"La Preuve est la demonstration de la vérite d'un fait qui est affirmé dans une instance par L'unve des Parties et qui est nié Par L'autre" Vincent et Guinchord: Proceédure civile 23 éd entieroment refondu Dalloz 1994. p. 612. N. 994.**

(٣) اعترفت التشريعات المختلفة للمحكم بدور إيجابى فى إدارة عملية الإثبات، ونص العديد منها صراحةً على ولاية المحكمة فى إصدار أمر لأحد الخصوم بإبراز دليل فى حوزته لصالح الخصم الآخر فنصت المادة ٧٨٠ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانى على أنه "إذا وجد فى حيازة أحد الخصوم دليل ما جاز للمحكمين أمره بإبرازه" والمادة ١/٢٨ من مجلة التحكيم الفرنسية، المادة٣/١٤٦٧ مرافعات فرنسى. أنظر فيما يلى بند ٧٤.

(٤) نظراً لأن التشريعات وأنظمة التحكيم المقارن لم تصل بعد إلى الدرجة التى تعترف فيها للمحكم بسلطة الأمر بإدخال الغير لتقديم ما تحت يده من أدلة، لهذا عهدت بهذه المهمة إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع تتولاها إما بناءً على طلب أحد الخصوم بموافقة هيئة التحكيم، وأما من تلقاء نفس الهيئة أنظر فيما يلى بند ٧٦.

(٥) د. أحمد مسلم: أصول المرافعات ١٩٦٩ دار الفكر العربى ص ٥٨٩، ٥٩٠ بند ٥٥٢.

القانون سلاح الإقناع هذا – وكما سنرى – تنظيماً فيه قيود وفيه حرية سواء بالنسبة لهيئة التحكيم أو الخصوم[1].

ويهدف الإثبات إلى اقتناع المحكم أو هيئة التحكيم بصحة الواقعة التى يرد عليها، ويتحقق هذا الهدف إذا توافرت لدى المحكم عناصر اقناع كافية بصحة الواقعة، ويختلف الإثبات على هذا النحو – الإثبات القانونى – عن الإثبات فى معناه التاريخى أو العلمى اللذين يتمتع فيهما الباحث بحرية كاملة[2]. حين لا يعتمد المحكم فى تكوين اقتناعه إلا على ما يقدم فى الدعوى بالطرق التى رسمها القانون الذى اختاره الأطراف أو فوضوا فى اختياره لهيئة التحكيم[3] وإن كان الإثبات القانونى يتفق مع الإثبات التاريخى فى أنه لا يؤدى إلى يقين كامل[4].

ويجرى الإثبات أمام هيئة التحكيم، كما يجرى أمام محاكم الدولة، ويكون الإثبات بأدلة الإثبات المقررة قانوناً بالنسبة للواقعة المراد إثباتها، بالنظر إلى قوة كل دليل وأهميته فى تكوين اقتناعها[5]، وعلى من يدعى

---

(١) أنظر فيما يلى بند ١٩ وما بعده.

(٢) أنظر فى الفروق بين الإثبات القانونى والإثبات التاريخى والإثبات العلمى. د. السنهورى: المرجع السابق ص ٢٠ وما بعدها بند ١١.

(٣) أنظر فيما يلى بند ٧ وما بعده.

(٤) د. محمود جمال الدين زكى: المبادئ العامة فى نظرية الإثبات. مطبعة جامعة القاهرة ٢٠٠١ ص ١٠، ١١ بند ١.

(٥) د. فتحى والى: قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق. الطبعة الأولى ٢٠٠٧ منشأة المعارف ص ٣٥٨ بند ١٩٥. د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية: الجزء الأول ١٩٩٨ الطبعة الأولى بدون ناشر ص ٦٨٢ بند ٤٦٨. د. نبيل عمر: التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية دار الجامعة الجديد. الطبعة الثانية ٢٠٠٥ ص ١٩٣ بند ١٦١. د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم فى القانون الكويتى. مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٠ ص ٢٨٣. د. عاشور مبروك: النظام الإجرائى لخصومة التحكيم الطبعة الأولى بدون ناشر وسنة طبع ص ٢٨٣ بند ١٦٦. د. عاطف محمد الفقى: التحكيم فى المنازعات البحرية ٢٠٠٧ دار النهضة العربية ص ٤٣٠. د. علي بركات: خصومة التحكيم فى القانون المصرى والقانون المقارن ١٩٩٦ دار النهضة العربية ص ٣٧٣ بند ٣٧٨. د. رضا السيد عبد الحميد: =

واقعة عليه عبء إثباتها[1] فمن يتمسك من الطرفين بواقعة من مصلحته الاستناد إليها يتحمل عبء إثباتها سواء كان محتكم أم محتكم ضده. على أن هذه القاعدة لا تتعلق بالنظام العام، فيمكن للطرفين الاتفاق على نقل عبء الإثبات من إحداهما على الآخر، فإذا لم يثبت أحد الطرفين الواقعة، فلا يجوز لهيئة التحكيم الاستناد إليها فى حكمها ولو كان – حسب علم أعضائهما الخاص – متأكداً من ثبوتها[2].

ولهيئة التحكيم أن تتخذ إجراءات الإثبات المختلفة من تلقاء نفسها[3] أو بناء على طلب أحد الخصوم، وذلك بحكم تصدره بإجرائها فلها أن

=مسائل فى التحكيم دار النهضة العربية ص ٤٧ وما بعدها. د. عبد الحميد الأحدب: إجراءات المحاكمة التحكيمية وقواعد الإثبات فى القوانين المدنية مجلة الدراسات القانونية جامعة بيروت العدد الثانى المجلد الثانى يناير ١٩٩٩ ص ٩٩. د.احمد هندى: المشكلات العملية نظام المرافعات الشرعية فى نظام التحكيم السعودى ٢٠٠٨ دار الجامعة الجديدة ص ١٤٢ ومابعدها بند ٢١ – التحكيم دراسة اجرائية ٢٠١٣ دار الجامعة الجديدة ص ٥٠ بند ١٣، د. عيد القصاص: قانون التحكيم، الطبعة الأولى بدون ناشر ٢٠١٥ ص ٣١١ بند ١٠٥. د. على اسماعيل غازى: موسوعة المحكم فى التحكيم ٢٠١٥ دار الفتح ص ٣٥٤.

PERROT: L'administration de la Preuve en matiere d'arbitrage Rev. arb. 1974. 159.
MOREAU: Lintervention du Tribunal au Cours de la Procédure arbitrale en droit Français et droit Compare. Rev. arb 1978. p. 336.
VINCENT et GUINCHARD: op. cit. p. 972 ets N 1653.
CADIET: droit judicioire prive. Litec 1992. p 89. N. 1531. Paris. 22 sept. 1994. Rov. Arb. 1994. p. 495. Coss. Civ. 30 Nov. 1978. Rov. Arb. 1979. p. 343.

(١) حيث نصت المادة ١/٢٧ من قواعد اليونسترال على أنه "يقع على كل من الطرفين عبء إثبات الوقائع التى يستند إليها فى تأييد دعواه أو دفاعه" والمادة ١/٢٤ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى.

(٢) د. فتحى والى: قانون القضاء المدنى ٢٠٠١ دار النهضة العربية ص ٥٠٥ بند ٢٩١.

(٣) قارن حيث كان السائد قديماً لا يملك المحكم اتخاذ إجراءات الإثبات من تلقاء نفسه على أساس أنه قاض خاص، ينبغى أن يقف من النزاع والخصوم موقف محايد، فلا يقضى بناءً على دليل أو إجراء لم يطلبه الخصوم. د. عزمى عبد الفتاح: المرجع السابق: الإشارة السابقة.

تجتمع فى أى مكان تراه مناسباً للقيام بإجراء من إجراءات الإثبات كسماع الخصوم أو الشهود أو الخبراء أو الإطلاع على المستندات أو معاينة بضاعة أو أموال أو إجراء مداولة بين أعضائها أو غير ذلك تطبيقاً للمادة ٢٨ تحكيم مصرى.

٢- ويرد الإثبات على الوقائع لا القانون، ومهمة هيئة التحكيم تطبيق القانون على الواقعة التى يتم الدليل عليها أمامها، بالطرق الجائزة لتستخلص أثرها القانونى، وتقضى فى الخصومة وفقاً له. فالقاعدة القانونية ليست محلاً للإثبات.

وإذا كان الفرض [1] هو علم القاضى بالقانون، فإن هذا الافتراض لا يوجد بالنسبة للمحكم خاصة إذا كان من غير رجال القانون. ولذا يحسن أن يشير الخصم الذى يستند إلى قاعدة قانونية إلى هذه القاعدة، وإلى تفسيرها ونطاقها على الوقائع التى أثبتها، وللمحكم أن يطلب من الطرف إقامة الدليل على وجود هذه القاعدة سواء كان مصدرها قانون وطنى أم أجنبى، كما أن له أن يطلب منه إقامة الدليل على وجود عرف أو عادة معينة تمسك بها، على أن ما يجب ملاحظته أن إقامة الدليل على وجود قاعدة قانونية لا يعتبر إثباتاً بالمعنى القانونى، فالدليل الذى يقدمه الخصم ليس له سوى قيمة إعلامية يخضع لتقدير هيئة التحكيم.

ويجب أن يتوافر فى الواقعة محل الإثبات عدة شروط، بعضها يقتضيه نظام الإثبات التحكيمى، هى أن تكون الواقعة متنازعاً فيها، وأن تكون محددة، والآخر يستلزمه القانون، أن تكون الواقعة منتجة فى الدعوى، وجائزة الإثبات غير مستحيلة. [2]

---

(١) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٥٨ وما بعدها بند ١٩٥. د. عزمى عبدالفتاح: أساس الإدعاء أمام القضاء المدنى ١٩٩١ ، دار النهضة العربية، ص ١٦١ ومابعدها.
Cass. Soc. 23 mai 1953. R.T.D.Civ. 1953, P. 735 abs. Hébraud.

(٢) ومما يجدر ملاحظته أنه قد يتمتع الأطراف بالإعفاء من إدعاء الواقعة فى بعض الأحيان. فقد يستعمل الأطراف أفكاراً قانونية عامة لوصف الحالة المعروضة، ومثال ذلك عقد البيع، عقد الإيجار، عقد المقاولة ... الخ. كما قد يعفى=

فيجب أن تكون الواقعة متنازع فيها[1] فإذا خلت من النزاع لا تكون محلاً للإثبات، ويجب على المحكم اعتبارها ثابتة، ولا يجوز له مهما كان شعوره أو اعتقاده أن يجعل ثبوتها محل تقدير من جانبه. ذلك أن الإثبات أمام هيئة التحكيم، معناه دفع أعضائها إلى الإقتناع بوجود أو بصحة واقعة متنازع فيها. فالواقعة المعترف بها أو الثابتة لا يجوز المطالبة بإثباتها[2]. فالمنازعة هى المقدمة الضرورية للإثبات[3] وتظهر هذه الحقيقة واضحة إذا اقتضى الإثبات إجراء تحقيق أو ندب خبير، فلا يجوز للمحكم حينئذ الالتجاء إلى هذا الإجراء أو ذاك إلا بظهور منازعة فى بعض الوقائع، فوجود منازعة هى التى عليها يتحدد محل الإثبات.

=القانون صراحة أو ضمناً من إدعاء الواقعة فمثلاً لا يلزم إدعاء حُسن النية، لأن ذلك مفترض دائماً تطبيقاً للمادة ٢٢٧٤ مدنى فرسى.

انظر T. Le BARs; La Théorie du Fait Constant. J.C.P. 1999-1-178.

(١) د. سليمان مرقس: ص ٦٨ بند ١٩. د. محمود جمال الدين: ص ١١٩ وما بعدها بند ٣. د. أحمد هندى: الوسيط فى المرافعات المدنية والتجارية ٢٠١٥، دار الجامعة الجديدة، ص ٢٣٤.

NORMAND: le juge et le Litige. Thé. L. G. D. i. 1965. p. 303. N 288.

(٢) ويكفى لاعتبار الواقعة ثابتة، ولا يجوز تكليف المدعى بإقامة الدليل عليها، عدم المنازعة فيها، ولا يستلزم إقرار المدعى عليه أو اعترافه بها، بل يكفى سكوته.

NORMAND. Op. cit. ,P. 305. N 289.

وقضى تطبيقاً لذلك، بأنه إذا كان من الشروط الواجب توافرها فى محل الإثبات أن تكون الواقعة المراد إثباتها متنازعاً فيها، فإن كانت مسلماً بها من الخصم الآخر، فتنتفى الغاية من إثباتها، إلا أنه ينبغى أن يكون هذا الاعتراض قاطعاً وصريحاً وشاملاً وغير مخالفاً للنظام العام، بحيث يمحو كل حاجة أو فائدة من وراء الإثبات. نقض مدنى ١٩٧٧/١/١٢ فى الطعن رقم ٣٧٥/ ٤٣ من غير منشور مشار إليه لدى د. سليمان مرقس: ص ٦٩.

(٣) د. محمود جمال الدين: ص ١٢١ بند ٢٣.

ويجب أن تكون الواقعة محددة[1] لأن الواقعة غير المحددة تبقى بطبيعة الحال مجهله، وتجهيلها يجعلها غير قابلة للإثبات، لأن الإثبات اقناع، والإقناع لا يرد على أمر مبهم أو ليست له حدود، ويجب أن يكون تحديد الواقعة كافياً حتى يمكن التحقيق من أن الدليل الذى سيقدم يتعلق بها لا بغيرها، فإذا كان محل الإثبات عقد وجب بيان نوعه وتعيين محله، كان يذكر مثلاً أنه عقد شحن، ونوع الشحنة وتعيين تاريخ الشحن ... الخ.

والواقعة المطلوب إثباتها، إما أن تكون إيجابية، أى أمراً وجودياً، كما فى المثال السابق، وأما أن تكون سلبية، أى نفياً لأمر وجودى، كنفى التقصير فى الالتزام بالمحافظة على الشحنة، والواقعة الإيجابية يمكن إثباتها من طريق مباشر، إثبات حصول التعاقد، والواقعة السلبية المحددة يمكن إثباتها من طريق إثبات أمر وجود مناف لها[2] فإذا أراد الناقل أن يثبت أنه لم يقصر فى المحافظة على الشحنة أمكنه ذلك بإقامة الدليل على أنه قام بكل ما يفرضه عليه واجب النقل، وأنه اتخذ فى ذلك كل الاحتياطات اللازمة.

ويجب أن تكون الواقعة منتجة فى الدعوى[3] فلا يكفى أن تكون الواقعة المراد إثباتها متصلة بموضوع الدعوى، بل يجب أن يكون من شأنها – لو ثبت – أن تساهم فى تكوين إقناع المحكم لمنح الحماية القضائية التحكيمية المطلوبة. فالواقعة المنتجة هى الواقعة التى يؤدى إثباتها إلى قيام الأثر القانونى المدعى به، ولهذا فإنه لا يقبل إثبات أن حارس الشئ لم يرتكب خطأً، إذ مسئولية الحارس تثبت ولو لم يثبت أى خطأ منه.

---

(١) د. السنهورى: ص ٧٩ بند ٤٠. د. سليمان مرقس: ص ٦٤ بند ١٧. د. محمود جمال الدين: ص ١٢٥ بند ٢٤. د. أحمد هندى، المرجع السابق، الإشارة السابقة.

(٢) نقض مدنى ١٩٧٦/٢/٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ٣٩٨.

(٣) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٥٩ بند ١٩٥ د. السنهورى: ص ٨٥ بند ٤٣. د. سليمان مرقس ص ٧٠ بند ٢١. د. محمود جمال الدين: ص ١٣٠ بند ٢٥. د. أحمد هندى: المرجع السابق، ص ٢٣٦ بند ١٥٢.

وأخيراً، يجب أن تكون الواقعة جائزة الإثبات، أى أن القانون لا يمنع إثباتها، والمنع إما أن يكون لسبب يتعلق بالنظام العام أو الآداب، كمنع إثبات دين قمار. وإما أن يكون لسبب اقتضته ضرورة الصياغة الفنية، كما فى القرائن القانونية القاطعة، والقواعد الموضوعية المبنية على الغالب فى الأحوال، فلا يجوز مثلاً إثبات عدم صحة حكم قضائى لمخالفة ذلك لحجية الأمر المقضى [1].

ولا يكفى أن تكون الواقعة جائزة الإثبات فحسب، بل يجب أن تكون جائزة الإثبات بالدليل المطلوب تقديمه، وفقاً لنظام الإثبات الواجب التطبيق، ولهذا فإنه لا يقبل سماع شاهد الإثبات واقعة لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة [2] ولا يقبل توجيه اليمين المتممة إذا انعدم الدليل أو وجد دليل كامل فى الدعوى.

٣- موضوع الدراسة واختيارنا لها:

استقر الفقه الراجح [3] فى مجال الإثبات على التفرقة بين ما هو من قبيل القواعد الإجرائية بالمعنى الدقيق، وما هو من قبيل القواعد الموضوعية. والقواعد الإجرائية هى تلك القواعد المتعلقة بتقديم الأدلة وتحقيقها أمام هيئة التحكيم. أما القواعد الموضوعية، هى القواعد المتصلة بعبء الإثبات ومحله وقبول الدليل وقوته فى الإثبات، وهى قواعد موضوعية لاتصالها الوثيق بالحق على نحو يتوقف عليها الاعتراف به لصاحبه، وتمكنه من التمتع به بهدوء وطمأنينة، ودراستنا سوف تقتصر على القواعد الإجرائية دون الموضوعية، لأن الأخيرة موطن دراستها القانون المدنى.

---

(١) د. سليمان مرقس: ص ٧١ بند ٢٢. د. السنهورى: ص ٧٦ وما بعدها بند ٤٤.

(٢) د. فتحى والى: الإشارة السابقة.

(٣) أنظر فى تفصيل ذلك. د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٦٨٤ بند ٤٧١ وقارن د. فتحى والى قانون القضاء المدنى: ص ٥٠١ بند ٢٨٩ حيث يرى سيادته أن قواعد الإثبات أياً كانت ذات طبيعة واحدة وهى جزء لا يتجزأ من قانون القضاء المدنى وهى جميعها قواعد إجرائية متعلقة بالخصومة.

واختيارنا لهذه الدراسة، فضلاً عن كون القواعد الإجرائية للإثبات تمثل أهم مراحل الخصومة التحكيمية، وهى مرحلة الإثبات، والتى فى حاجة إلى دراسة وعناية، فسوف تكشف هذه الدراسة عن تطور دور المحكم فى نطاق الخصومة التحكيمية، خاصةً فى مرحلة الإثبات، كما أن القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين تفتقر فى عموميتها إلى دراسة خاصة تبين أصولها وتحدد هيكلها فى صعيد دراسة واحدة والتى على حد علمنا تفتقدها المكتبة العربية والأجنبية.

٤ـ خطة الدراسة:

دراسة القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين، نتعرض فيها للأحكام الإجرائية العامة للإثبات، والقواعد الإجرائية الخاصة بأدلة الإثبات المختلفة أمام المحكمين وذلك فى غضون فصلين تباعاً على النحو التالى:

الفصل الأول: القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين.

الفصل الثانى: القواعد الإجرائية الخاصة بأدلة الإثبات أمام المحكمين.

الفصل الأول
القواعد الإجرائية العامة للإثبات أمام المحكمين

٥ـ تمهيد وتقسيم:

تدور القواعد الإجرائية العامة للإثبات حول سلطة تنظيم إجراءات الإثبات أمام المحكمين، ودورهم فى الإثبات وما يرد عليه من قيود، ودور الخصوم فى الإثبات وما يرد عليه من قيود، والسلطة التى يجرى أمامها الإثبات، والقواعد الخاصة بالأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات، ذلك فى غضون مباحث خمس على النحو التالى:

المبحث الأول: سلطة تنظيم إجراءات الإثبات.

المبحث الثانى: دور المحكمين فى الإثبات وما يرد عليه من قيود.

المبحث الثالث: دور الخصوم فى الإثبات وما يرد عليه من قيود.

المبحث الرابع: السلطة التى يجرى أمامها الإثبات.

المبحث الخامس: القواعد الخاصة بالأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات

المبحث الأول
سلطة تنظيم إجراءات الإثبات

٦- تمهيد:

يتميز التحكيم عن قضاء الدولة بأساسه الاتفاقى وصفته وولايته الخاصة[١] وأهم ما يميز التحكيم هو السرعة والسرية وضرورة التخفيف من الإجراءات[٢]. ولكون التحكيم اتفاقى النشأة، فإن إرادة الأطراف هى التى تختار القانون الذى يحكم إجراءات الإثبات، ولكن الأطراف قد لا يتفقوا على هذا الاختيار، ويتفقوا على تفويض هيئة التحكيم فى اختيار القانون الذى يحكم إجراءات الإثبات سواء بصورة كلية أو تكميلية[٣] وسلطة هيئة التحكيم فى هذه الحالة هى نفس سلطتها بالنسبة لأى إجراء من إجراءات التحكيم[٤]. فثمة قاعدتين، إحداهما أصلية ممثلة فى حرية

---

(١) أما قضاء الدولة فأساسه نظامى وولايته العامة شاملة لجميع المنازعات. د. نبيل عمر: التحكيم: ص ١٠٥ بند ١٢٠.

(٢) JALLAMION (C) arbitrage et Pouvoir Politique en France du Xvlléme au Xixéme Sitecle. Rev. arb. 2005. P. 3.

(٣) ومسألة اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة التحكيمية ومنها إجراءات الإثبات، لا تعد مسألة نظرية فحسب، وإنما ذات أهمية عملية وذلك من ناحيتين: الأولى: أن هذا القانون سيكون هو المرجع الذى يزود الأطراف والمحكمين بمجموعة القواعد القانونية اللازمة لحسم المسائل الإجرائية المتعلقة بالإثبات والتى تثور أثناء خصومة التحكيم كتبادل المستندات، سماع الشهود، الخبرة ... الخ. والثانية: أن هناك اختلافات متعددة فيما بين الأنظمة الوطنية فيما يتعلق بالعديد من المسائل الإجرائية، وخاصة مسائل الإثبات، وهو ما يثير التساؤل حول القانون الواجب التطبيق الذى يستعان به بشأنها. د. جمال الكردى: القانون الواجب التطبيق فى دعوى التحكيم دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٥ ص ٤٧، ٤٨.

ومن الأمثلة على ذلك: بعض أنظمة التحكيم تستلزم فى حالة الاستعانة بمترجم يكون بعد أدائه اليمين أمام هيئة التحكيم مادة ٢/٢٢ من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجارى الدولى. فى حين بعض الأنظمة تكفى فى أن يوقع المترجم فى محضر الجلسة على الأقوال التى نقلها ٢/٢٩ من نظام التحكيم السعودى الجديد رقم ٣٤ لسنة ٢٠١٢.

(٤) د. فتحى والى: التحكيم ص ٣٦٣ بند ١٩٩.

الأطراف فى اختيار القانون الذى يحكم إجراءات الإثبات. والثانية احتياطية تتمثل فى اختيار هيئة التحكيم للقانون الذى يحكم هذه الإجراءات. فى مطلبين متتالين نتناول ذلك:

المطلب الأول: حرية الأطراف فى اختيار القانون الذى يحكم إجراءات الإثبات.

المطلب الثانى: اختيار هيئة التحكيم للقانون الذى يحكم إجراءات الإثبات.

المطلب الأول
حرية الأطراف فى اختيار القانون الذى يحكم إجراءات الإثبات

٧- اعتمدت التشريعات الحديثة تنظيماً إجرائياً مستقلاً يتوافق وطبيعة نظام التحكيم[(١)] فأعطت للأطراف حرية اختيار القانون الذى يحكم إجراءات الخصومة التحكيمية بكافة مراحلها، ومنها مرحلة الإثبات، سواء بطريق مباشر، أو بتفويضهم للغير، أو وفقاً للقواعد الإجرائية التى تنظمها إحدى لوائح هيئات ومراكز التحكيم الدائمة، فنصت المادة ٢٥ تحكيم مصرى على أن "لطرفى التحكيم الاتفاق على الإجراءات التى تتبعها هيئة التحكيم بما فى ذلك حقهما فى إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة فى أى منظمة أو مركز تحكيم فى جمهورية

---

(١) أما التشريعات القديمة، كانت تلزم الخصوم والمحكمون باتباع إجراءات ومواعيد التقاضى والمعمول بها أمام المحاكم فقانون المرافعات المصرى الملغى ٧٧ لسنة ١٩٤٩ فى المادتين ٨٣٤، ٨٣٥، والمادة ١٠٠٩ من قانون المرافعات الفرنسى السابق نصا على أن يتبع الخصوم والمحكمون إجراءات وقواعد التقاضى المعمول بها أمام المحاكم ما لم يتفق الخصوم على غير ذلك، بهذه النصوص أراد كل من المشرع المصرى والفرنسى – فى ظل التشريع السابق – أن يجعل من خصومة التحكيم صورة مطابقة للخصومة القضائية. أنظر د. علي بركات: ص ٢٦٦ بند ٢٧٠.

وإن كان هناك بعض التشريعات ما زالت تلزم المحكمين باتباع الأوضاع والإجراءات المقررة فى قانون المرافعات إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك المادة ٢٦٥ مرافعات عراقى، المادة ٥٢١ من قانون أصول المحاكمات السورية. أنظر د. عاشور مبروك: ص ١٠٠ حاشية ٤.

مصر العربية أو خارجها"[1] وهو ما اعتمده المشرع الفرنسى فى المادتين ١٤٦٤، ١/١٥٠٦ مرافعات[2]، وفقاً للتعديل الجديد بالمرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١.[3] ومعظم التشريعات المعاصرة[4]

---

(١) وإن كان المشرع المصرى قد بدأ بهذا التطور فى ظل قانون المرافعات الحالى تطبيقاً للمادة ٥٠٦ الملغاة بقانون التحكيم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، والتى كانت تنص على أن المحكمين يصدرون حكمهم غير مقيدين بإجراءات المرافعات عدا ما نص عليه فى باب التحكيم ووفقاً لهذا النص كان المحكم معفياً من التقيد بإجراءات المرافعات ما عدا الإجراءات والأوضاع والمواعيد المقررة فى باب التحكيم المواد ٥٠١ – ٥١٣ حيث كانت تقرر ضمانات أساسية للخصوم فى هذا الصدد، وهو ما قبلوا الاتفاق على طرح النزاع على غير المحكمة المنظمة إلا على أساس احترام الأحكام التى تقررها تلك المواد. أنظر فى تفصيل ذلك د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم وإجراءاته دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٧ ص ٢٣٧ وما بعدها بند ٩٢.

(٢) فنصت المادة ١٤٦٤ مرافعات بشأن التحكيم الداخلى على أن هيئة التحكيم تحدد الإجراءات الواجبة الاتباع دون تقيد بقواعد وإجراءات التقاضى أمام المحاكم، إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك.
وبشأن التحكيم الدولى نصت المادة ١٥٠٦/ ١ على أن للأطراف حرية تنظيم إجراءات التحكيم بطريق مباشر أو بالإحالة إلى لائحة تحكيم أو لقانون مرافعات معين، وفى الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أنه فى حالة غياب اتفاق الأطراف فإن هيئة التحكيم تتولى تنظيم تلك الإجراءات بطريق مباشر أو بالإحالة إلى قانون أو لائحة معتبرة. أنظر المراجع المشار إليها ص ٢١ حاشية ١.

(٣) والذى صدر ونشر فى ٢٠١١/١/١٣ بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية.

(٤) حيث اعتمدت معظم التشريعات المعاصرة النظام الإجرائى الذى يعطى للأطراف حرية اختيار القانون الذى يحكم إجراءات التحكيم والتى من بينها إجراءات الإثبات. فنصت المادة ١٨١ مرافعات كويتى على أن "يصدر المحكم حكمه غير مقيد بإجراءات المرافعات عدا ما نص عليه فى هذا الباب. ومع ذلك فيجوز للخصوم الاتفاق على إجراءات معينة يسير عليها المحكم" ونصت على نفس الأحكام المادة ٢١٢ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتى.
والمشرع اللبنانى وضع نصوصاً خاصة للتحكيم الداخلى وآخرى للتحكيم الدولى. فالنسبة للتحكيم الداخلى نصت المادة ٧٧٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية، على تطبيق أصول المحاكمة العادية على التحكيم العادى ما لم يتفق الأطراف على إعفاء هيئة التحكيم منها كلها أو بعضها أو تكون غير متفقة مع أصول التحكيم. كما نصت المادة ٧٧٧ منه على إعفاء المحكم من=

وأنظمـــة التحكـــيم المقارنـــة[1] كمـــا نـــصت عليـــه الاتفاقيـــات

=قواعد القانون وأصول المحاكمة العادية فى حالة التحكيم المطلق – التحكيم بالصلح – أما بالنسبة للتحكيم الدولى فقد نصت المادة ٨١١ على أنه يجوز أن تحدد اتفاقية التحكيم مباشرة أو بالإحالة إلى نظام تحكيم أو إلى قانون معين، الأحكام التى تتبع فى الخصومة التحكيمية، فإن لم تنص الاتفاقية= = على شئ من ذلك، طبق المحكم، بحسب مقتضى الحال، الأصول التى يراها مناسبة أو مباشرة وإما بالالتجاء إلى قانون معين أو إلى نظام التحكيم، ونص على نفس الأحكام المشرع الليبى فى المادة ٧٥٤ مرافعات، والمادة ١٦٩٣/ ١ من القانون القضائى البلجيكى على أن المحكمين يحددا قواعد وإجراءات التحكيم ومكانه طالما لم يحددها الخصوم.

وهو ما قررته المادة ٨١٦ مرافعات إيطالى التى تنظم الإجراءات المتعلقة بسير خصومة التحكيم.

أنظر: Bernadini L'abitrage en Italie après La récente reforme. Rev. arb. 1994. P. 490.

(١) واعتمدت أغلبية أنظمة التحكيم المقارنة النظام الإجرائى الذى يعطى للأطراف حرية اختيار القانون الذى يحكم الإجراءات ومنها إجراءات الإثبات. فنصت المادة ١٩ من قواعد القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى على أن "مع مراعاة أحكام هذا القانون يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التى يتعين على هيئة التحكيم اتباعها عند السير فى التحكيم" فإن لم يكن ثمة مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تسير التحكيم بالكيفية التى تراها مناسبة وتشمل السلطة المخولة لهيئة التحكيم على سلطة تقدير جواز قبول الأدلة المقدمة وصفها بالموضوع وجدواها وأهميتها". المادة ١/٢٥ من نظام التحكيم السعودى الجديد.

أنظر فى ذلك: ROBERT et MOREAN. L'arbitrage droit interne, droit international prive Paris Dalloz 1993. P. 399.

وكذلك المادة ١١ من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس للتحكيم الصادر فى يناير ١٩٨٨ على أن "تخضع الإجراءات أمام محكمة التحكيم لهذا النظام وفى حالة إغفاله تخضع سير الإجراءات للقواعد التى يحددها الأطراف ...".

أنظر: ROBERT et MORENAU: op. cit. p. 431.

ونصت على نفس الأحكام المواد ١٧ من قواعد اليونسترال، ١٥ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى، ٢١ من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجارى الدولى.

الدولية [1] حيث أعطت للأطراف حرية تحديد إجراءات التحكيم ومنها إجراءات الإثبات بما يتوافق وظروف النزاع [2] إذ يمكن للأطراف الاتفاق على إجراءات إثبات بسيطة للأنزعة البسيطة، مما يسمح بانتهاء التحكيم فى وقت قصير ونفقات قليلة [3].

ويقصد بالإجراءات التى نبحث القانون الواجب التطبيق عليها تحديداً إجراءات الإثبات، تداول الأدلة وكيفية تبادلها والرد عليها، أو على الكل كافة وسائل الإثبات اللازمة للفصل فى الدعوى، والتى تعد مرحلة من مراحل الخصومة التحكيمية. والطبيعي أن يطبق على هذه المرحلة القانون الإجرائى محل التطبيق على الخصومة بكافة مراحلها، لكن هذا لا يمنع الأطراف من الاتفاق على قانون إجرائى آخر يطبق على مرحلة الإثبات، أو قانون إثبات مستقل عن القانون الإجرائى محل التطبيق على الخصومة التحكيمية، كالإثبات وفقاً لقانون التوقيع الإلكترونى [4] أو الإثبات وفقاً لقانون المرافعات الفرنسى.

---

(١) وجاءت الاتفاقيات الدولية متضمنة قاعدة حرية اختيار الأطراف للقانون الذى يحكم الإجراءات، فنصت المادة ٤٤ من اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥ على أنه "يتم السير فى إجراءات التحكيم طبقاً لأحكام هذا القسم وتبعاً لقواعد التحكيم السارية فى يوم الاتفاق على التحكيم ما لم يتفق الأطراف المعنية على خلاف ذلك، وإذا عرضت مسألة تتعلق بإجراءات غير مدرجة فى هذا القسم أو فى نظام التحكيم أو أى قواعد أخرى يتفق عليها الطرفان، فإن المحكمة هى التى تفصل فى أمرها" ووفقاً لهذا النص فقد أعطت الاتفاقيات الأولوية لما اتفق عليه الطرفان بخصوص إجراءات التحكيم بما فيها= =إجراءات الإثبات. ونصت على نفس الأحكام المادة التاسعة من الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجارى الدولى المبرمة فى عام ١٩٦١، والمادة ٥/ ١ من اتفاقية نيويورك المبرمة فى عام ١٩٥٨.

(٢) د. على بركات: ص ٢٦٨ بند ٢٧٢.

MAYER (P): le pouvair des arbilres de regler le procedure. Rev. arb. 1995. p. 163 ets. JALLAMION (C) arbitrageet Pouvoir, op.cit. P.5.

(٣) د. فتحى والى: التحكيم ص ٢٩٥ بند ١٥٤.

(٤) د. حسام الدين ناصف: التحكيم الإلكترونى فى منازعات التجارة الدولية ٢٠٠٥ دار النهضة العربية ص ٣٤. =

٨- وللأطراف حرية الإتفاق على إجراءات الإثبات فى نفس مشارطة التحكيم أو فى اتفاق مستقل قبل بدء إجراءات التحكيم أو بعد بدئه، كما يمكن لأحد الأطراف اللجوء إلى القضاء بدعوى مستعجلة لسماع شاهد أو إجراء معاينة قبل ضياع الدليل، وخاصة قبل بدء إجراءات الخصومة التحكيمية. كما يمكن للأطراف الاتفاق على بعض إجراءات الإثبات دون البعض الآخر، ويكون للأطراف فى هذا الشأن حرية كاملة فى تحديد إجراءات الإثبات سواء بطريق مباشر، أو بتفويضهم للغير فى اختيار القانون الذى يحكم إجراءات الإثبات، كما يمكنهم اختيار هذا القانون وفقاً للقواعد الإجرائية التى تنظمها إحدى لوائح هيئات ومراكز التحكيم الدائمة.

فمن ناحية: لأطراف التحكيم الاتفاق بطريقة مباشرة وصريحة على اتباع إجراءات إثبات تخضع لقانون خلاف قانون الإثبات المصرى ٢٥ لسنة ١٩٦٨. كما لو اتفقوا على اتباع إجراءات الإثبات المنصوص عليها فى قانون المرافعات الفرنسى أو قانون التوقيع الإلكترونى ووسائل الإثبات الالكترونية أو الاتفاق على إضافة إجراءات أخرى غير التى ينص عليها القانون الذى يحكم الإجراءات، كالاتفاق على الأخذ بنظام الكشف المتبادل للطرف على مستند الطرف الآخر، أو الأخذ بنظام التبادل الشفهى للمستندات بدلاً من التبادل الكتابى أو العكس بالعكس، أو الأخذ بنظام

=وفى تطبيق ذلك تنص المادة ١٤ من قانون التوقيع الالكترونى المصرى رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ على أن "للتوقيع الإلكترونى فى نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للتوقيعات فى أحكام قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية، إذا روعى فى انشائه وإتمامه الشروط المنصوص عليها فى هذا القانون والضوابط الفنية والتقنية التى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون" وهو ما أكدته المادة ١٣١٦/ ١ مدنى فرنسى مضافة بالقانون رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠، حيث أكدت أن الكتابة على دعامة الكترونية تعتبر دليل إثبات شأنها فى ذلك شأن الكتابة على دعامة ورقية، بشرط أن يكون من الممكن تمييز الشخص التى صدرت عنه وأن تعمد وتحفظ فى ظروف تضمن سلامتها".

الشهادة المكتوبة بدلاً من الشفوية تفادياً لمشقة وتكاليف الشهود والأطراف [1] أو الاتفاق على سماع الشاهد فى المحكمة المنصوص عليها فى المادة ٩ تحكيم مصرى توفيراً للضمانات الإجرائية لعملية الشهادة. أو الإتفاق على انتقال المحكم أو هيئة التحكيم لسماع الشهود فى محال إقامتهم تيسيراً لهذا الإجراء تطبيقاً للمادة ٢٨ تحكيم مصرى. أو الإتفاق على أن هيئة التحكيم يمكنها سماع الشهود دون حضور الخصوم، أو على أن يقوم أحد أعضاء الهيئة التحكيمية وحده بسماع الشهود أو بإجراء المعاينة أو باستجواب الخصوم دون باقى أعضاء الهيئة.

وحرية الأطراف فى اختيارهم بطريق مباشر على اتباع إجراءات إثبات معينة، لا يقتصر على اختيارهم لإجراءات تخضع لقانون معين، وإنما تتسع هذه الحرية لتشمل اتفاقهم على انتقاء إجراءات إثبات من عدة قوانين تطبيقاً لفكرة إجراءات التحكيم العائم [2] ووفقاً لهذه الفكرة لا تخضع إجراءات التحكيم ومن ثم إجراءات الإثبات لقانون معين، وإنما يتفق الأطراف على عمل "توليفة" أو انتقاء قواعد إجرائية من عدة قوانين وطنية

---

(١) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٦٢، ٣٦٣ بند ١٩٩. د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٢٢١ بند ١٤٤، د. عاشور مبروك: ص ١٠٤ وما بعدها بند ٣٤، د. نبيل عمر: التحكيم: ص ١٥٠ بند ١٢٠ د. عزمى عبد الفتاح: قانون التحكيم ص ٢٤١. د.احمد هندى: التحكيم ص ٥١ بند ١٢.
Boissesn: Le droit Français de L,arbitrage Paris 1983 p. 233.
Loquin: L'instane arbitrale jur clasc. Fosc. 1063 N' 16 P. 233.
Mayer: Le pouvoir Rev. arb op. cit. 164.
Fillam – Dufovleur et Leboulanjer: Le Nouveau droit egyption de L'arbitrage Rev. arb. 1994. p. 665.
CADIET: op. cit. p. 789. N'1531. CORNU et Foyer: op. cit. p. 749 ets N'195. Paris 2 mai 1973. Rev. arb. 1973. p. 182.

(٢) ويقصد بإجراءات التحكيم العائم، التحكيم الذى يتحرر فيه الأطراف من كل القواعد الوطنية، حيث تقوم إرادة الأطراف بصياغة أو تقنين القواعد الإجرائية التى تحكم سير المنازعة بشكل مفصل، فيتحرر التحكيم فيما يتعلق بإجراءاته من الخضوع لأى قانون وطنى، ليخضع لقواعد إجرائية من خلق وإنشاء الخصوم أنفسهم. أنظر فى معنى التحكيم العائم وأساسه. د. جمال الكردى ص ٦٣ وما بعدها.

لتحكم إجراءات الإثبات. كأن يتفق الأطراف على أن يتم تبادل المستندات وفقاً لما هو منصوص عليه فى قانون التحكيم المصرى مادة ٣٠، وعلى أن تتم الشهادة فى صورة بيانات مكتوبة موقعة وفقاً للمادة ٢٥/ ٥ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى، وعلى أن تجرى المعاينة بمعرفة القضاء المستعجل إذا كانت المنازعة التحكيمية لم تبدأ بعد وفقاً للمادة ٤٥ مرافعات مصرى[١] وعلى أن تجرى الخبرة وفقاً لقانون الإثبات المصرى المادة ١٣٥ وما بعدها[٢].

واتفاق الأطراف المباشر والصريح على إتباع إجراءات إثبات تخضع لقانون معين، أو لعدة قوانين معينة، لا يمنع من جواز أن يتم هذا الإتفاق ضمنياً، كما لو اتفق الأطراف على أن يجرى التحكيم فى دولة معينة، أو فى عدة دول معينة، دون اختيار صريح لإجراءات الإثبات التى يتم الفصل فى الخصومة التحكيمية تبعاً لها، فاتفاق الخصوم الصريح على أن يجرى التحكيم فى دولة أو دول معينة، يعنى ضمنياً اختيارهم لقانون هذه الدولة أو تلك الدول ليطبق على إجراءات التحكيم، ولا خلاف بأن إجراءات الإثبات من بين تلك الإجراءات التى تم اختيارها ضمنياً.

ومن ناحية ثانية: تجنباً للاختلاف حول تفضيلات الخطة الإجرائية[٣] لمرحلة الإثبات كإحدى مراحل الخصومة التحكيمية، وأن الأطراف غالباً

---

(١) فالاتفاق على التحكيم لا يمكن أن يشكل عائقاً أمام قاضى الأمور المستعجلة لممارسة اختصاصه. أنظر فى تفصيل ذلك:
Cass. Civ. 7 Juin 1979 Bull civ. 111. N. 122. Paris. 30 Juill 1986. Rev. arb. 1989. P. 113. Note Pelleriv.

(٢) أنظر فيما يلى بند ١٢٦ وما بعده.

(٣) ويعبر الفقيه "Jenard" بقوله أنه مهما بذلت من مجهودات تشريعية تظل القواعد على درجة من التعقيد إذا ما تصدت لإجراءات التحكيم مقالة بعنوان:
Le reglement d'arbitrage de la Commission des Nation Unis Pour le droit international Commercial. Rev. du. Cro. Int. et Comp. 1977 p. 201.
مشار إليه لدى هدى عبد الرحمن: دور المحكم فى خصومة التحكيم ١٩٩٧ دار النهضة العربية ص ٢٠٤.

لا يتوافر لهما الخبرة القانونية اللازمة لاختيار إجراءات الإثبات المناسبة للفصل فى النزاع، فيلجأ إلى الاستعانة بشخص معين باسمه أو بصفته لاختيار إجراءات الإثبات التى يتمسك بها الأطراف، وكذلك القانون الذى تخضع له تلك الإجراءات. كالإتفاق على تعين عميد كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، أو نقيب المحامين فى هذا الخصوص. والغالب [1] أن يركز هؤلاء على النواحى الهامة التى تلوح لهما ذات أثر على نتيجة الفصل فى النزاع.

ومن ناحية أخيرة: لأطراف التحكيم الحق فى إخضاع التحكيم بما فيها إجراءات الإثبات للقواعد النافذة فى أى منظمة أو مركز تحكيم داخل مصر، أو خارجها تطبيقاً للمادة ٢٥ تحكيم مصرى [2] فيمكن للأطراف الإتفاق على تحكيم يجرى فى مصر وفقاً لإجراءات الإثبات المتبعة أمام مركز القاهرة الإقليمى أو وفقاً للإجراءات المتبعة أمام محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس، أو وفقاً لإجراءات الإثبات المنصوص عليها فى نظام التحكيم السعودى. ويعتبر مجرد الإتفاق صراحةً أو ضمنياً على إسناد التحكيم إلى مركز تحكيم معين اتفاقاً على اتباع لائحة هذا المركز بما تتضمنه من إجراءات الإثبات [3] وتطبيقاً لذلك قضى [4] بأنه "إذا كان التحكيم المبرم بين طرفى التداعى ... قد أحال إلى القواعد والإجراءات المتبعة فى مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى، فإن هذه القواعد والإجراءات تكون هى الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم بما فى ذلك وسائل الإثبات ...".

---

(١) د. مصطفى الجمال، عكاشة: ص ٢٢٠ بند ٤٤.

(٢) فى تطبيق ذلك انظر: الطعن رقم ٤١٤ لسنة ٧١ق جلسة ٢٠٠٩/١/٨ المبادئ القانونية لمحكمة النقض فى التحكيم التجارى ٢٠١٤ إعداد ابراهيم عبد الغنى، وائل راضى ص ٩١ قاعدة ٩٣.

(٣) د. محسن شفيق: التحكيم التجارى الدولى طبعة ١٩٧٣، ١٩٧٤ ص ٢٩٣ بند ٢٠٥.

(٤) استئناف القاهرة أو تجارى ٢٠٠٣/٦/٢٧ فى الدعوى رقم ٥١ لسنة ١٢٠ ق تحكيم.

وإذا حدث تعديل فى لائحة منظمة أو مركز تحكيم فى الفترة بين اتفاق التحكيم، وبين بدء إجراءات التحكيم وفقاً لها، فإن تعديلات اللائحة تسرى رغم أنها تمت بعد الإتفاق ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك[1].

وتظهر أهمية إحالة الأطراف إلى إجراءات الإثبات المعمول بها فى منظمة أو مركز للتحكيم الدائم، فى أن هذه المنظمات أو تلك المراكز لديها لوائح إجرائية خاصة بها تحدد الإجراءات الواجبة الإتباع بشأن التحكيم وإجراءات الإثبات به، بدءاً من الإعداد لها، ومروراً بالتمسك بها، وانتهاءاً بالأمر باتخاذها. أو على الأقل تبين مجموعة أو أخرى من المجموعات الإجرائية الخاصة بالإثبات، والمقبول العمل بها فى مجال العلاقات الدولية بصفة عامة، أو فى مجال العلاقات المتعلقة بتجارة أو صناعة أو نشاط إقتصادى أو أخر بعينه. وهى عادة إجراءات متحررة مما تتطلبه القوانين الوطنية من شكليات لا تتلائم مع السرعة والتخفيف من الإجراءات اللذين ينشدهما الإلتجاء إلى التحكيم بصفة عامة[2].

وإذا اتفق الأطراف – بالنسبة لتحكيم يجرى فى مصر – على اختيار قانون إثبات خلاف قانون الإثبات المصرى، أو على اختيار قانون إجرائى أجنبى أو لائحة إجرائية دولية أو لائحة يتبعها مركز تحكيم مصرى أو أجنبى ليطبق على إجراءات الإثبات اللازمة للفصل فى الخصومة التحكيمية، فإن هذا القانون أو اللائحة هو الذى يسرى على إجراءات الإثبات دون قانون الإثبات المصرى أو قانون التحكيم المصرى[3] وهو ما يعنى عدم تطبيق نصوص قانون التحكيم[4] طوال مرحلة الإثبات. ذلك ما لم يكن هناك نقص فى نصوص القانون أو اللائحة المتفق على تطبيقها،

---

(١) د. فتحى والى: الإشارة السابقة. د. محسن شفيق: ص ١٧٧ بند ١١٣.
Paris 14 Fev. 1985. Rev. arb. 1987. p. 325. Nate Level.

(٢) د. مصطفى الجمال، وعكاشة عبد العال: ص ٢٢٢ وما بعدها بند ١٤٥.

(٣) د. أبو زيد رضوان: الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى ١٩٨١ ص ٤٠،
ص ١٤٠ وما بعدها مشار إليه لدى د. فتحى والى: ص ٢٩٧.

(٤) قارن د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٢٢٥ بند ١٤٦.

فعندئذ يقوم المحكمون بتكملتها مع مراعاة أحكام قانون التحكيم المصرى[1].

٩- وإذا تم الإتفاق بين الأطراف على القانون الذى تخضع له إجراءات الإثبات، أو على الإجراءات ذاتها، سواء كان قانون معين، أو عدة قوانين وطنية – التحكيم العائم – فعلى هيئة التحكيم احترامه والالتزام به[2] شريطة ألا يتضمن إخلالاً بالمبادئ الأساسية فى مجال الإجراءات، كمبدأ المساواة بين الخصوم، ومبدأ المواجهة، ومبدأ ضمان حق الدفاع، وغيرها من المبادئ التى تعد من النظام العام[3] والتى لا يجوز للأطراف المساس بها[4] وإلا وقع الإجراء مخالفاً، فإذا صدرت منهم المخالفة، تعين على هيئة التحكيم استبعاد الإجراء المخالف، وإحلال مقتضى النظام العام محله، وإلا كان حكمها باطلاً[5] مع مراعاة أن التزام هيئة التحكيم بما اتفق عليه الأطراف من إجراءات الإثبات والقانون التى تخضع له هذه الإجراءات، لا يمنع هيئة التحكيم من أن تأمر بما تراه لازماً من إجراءات الإثبات تكون لازمة للفصل فى الدعوى استعمالاً لسلطتها التقديرية[6].

---

(١) د. فتحى والى: الإشارة السابقة.

(٢) Loquin: L'instance arbitrale. Jur. Class. Fasc. 1063 op. cit N. 16.
د. الأنصارى النيدانى: القاضى والوسائل الإلكترونية الحديثة: دار الجامعة الجديدة بدون تاريخ نشر ص ٥٥.

(٣) أنظر فيما يلى بند ٢٦.

(٤) فالأطراف لا يجوز لهم الإتفاق على الإثبات بوسيلة لا تقرها القوانين، فطرق الإثبات محددة فى القانون على سبيل الحصر، ولا يجوز القياس عليها أو الإضافة إليها فمثلا لا يجوز الإثبات بالفراسة أو بالقرعة أو القسامة أو بالماء أو بالرؤيا أو بقراءة الكف أو الفنجان ... الخ أنظر فى توضيح ذلك د. الإنصارى النيدانى، المرجع السابق ص ٣٢ – ٣٥ والأحكام المشارة لديه.

(٥) د. نبيل عمر: ص ١٥٣ بند ١٢٣: د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٦٨٦ بند ٢٧٢.

(٦) أنظر فيما يلى بند ٢٤.

وترتيباً على ما سبق، إذا وضع الأطراف فى اتفاقهم سواء فى مشارطة التحكيم أو فى اتفاق مستقل تنظيماً إجرائياً، لإجراءات الإثبات اللازمة للفصل فى الخصومة التحكيمية، سواء كان هذا التنظيم كلياً، أى شاملاً لكل إجراءات الإثبات، أو جزئياً، أى خاصاً ببعض الإجراءات دون البعض الآخر، وسواء كان القانون الذى تخضع له هذه الإجراءات قانون إثبات، أم قانون إجرائى يحكم إجراءات الإثبات، فإن هيئة التحكيم تتعهد بهذا التنظيم وتلتزم به.

ويمتد هذا التقيد، وذلك الإلتزام، ليشمل الحالة التى يكتفى فيها الأطراف، بالإحالة إلى لائحة مركز تحكيم دائم، فى هذه الحالة تندمج نصوص اللائحة المختارة فى إتفاق التحكيم وتصبح لها طبيعة تعاقدية[1] لأن ما تم اختياره باتفاق الأطراف صراحة أو ضمنياً من إجراءات إثبات، وكذا القواعد القانونية التى تحكم تلك الإجراءات تعد بمثابة قواعد اتفاقية تفرض على هيئة التحكيم، وتتقيد بها فى حكمها، وإلا تعرض هذا الحكم للبطلان، لعدم التزام الهيئة بحدود المهمة التى عهد إليها بها وفقاً للمادة ١٤٨٤ / ٣ مرافعات فرنسى أو لبطلان إجراء من إجراءات التحكيم أثر فى الحكم تطبيقاً للمادة ٥٣ / ١ تحكيم مصرى[2].

---

(١) د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم: ص ٢٤٢. د. علي بركات: ص ٢٩٧ بند ٣٠٢.

(٢) ولعدم إساءة الخصم فى استعمال حقه فى طلب بطلان الحكم، حالة مخالفة هيئة التحكيم للتنظيم الإجرائى الذى اتفق عليه الخصوم، فقد تصدى القضاء الفرنسى لهذه المجالات وتوافرت أحكامه على أنه لم يبطل أحكام المحكمين لمجرد أن إدعاء أحد الخصوم أن هيئة التحكيم قد خالفت أحد الإجراءات التى كان من الواجب إتباعها، وإنما اشترط للحكم بالبطلان أن تكون المخالفة من الجسامة بحيث تعد إخلالاً بحق الدفاع: د. علي بركات: ص ٢٩٨ وما بعدها من الأحكام المشارة لديه.

Paris 28 Fév 1980 Rev. arb. 1980. p. 538. Paris 3 juin 1980 Rev. arb. 1982 47. Cass. Civ. 30 Sept. 1981 Rev. arb. 1982. P. 431. Cass. Civ. 30 mai 1980 Rev. arb. 1981. 137 Cass. Civ. 17 Juin 1981 Rev. arb. 1985. 458.

المطلب الثانى
اختيار هيئة التحكيم للقانون الذى يحكم إجراءات الإثبات

١٠- قد يصعب على أطراف التحكيم الإتفاق على القانون الذى يحكم إجراءات الإثبات، أو على القانون الإجرائى بصفة عامة الذى يحكم إجراءات الخصومة التحكيمية، والتى من بينها إجراءات الإثبات، نظراً لرغبة كل طرف فى تطبيق قانون من اختياره وحده، حيث يجهل كل طرف بأحكام قانون الطرف الآخر، وحيث يجعل كلاهما أحكام قانون محايد، وبالتالى فلا يكون أمام الأطراف إلا عدم الإتفاق على القانون الذى يحكم إجراءات الإثبات، وترك الإختيار لهيئة التحكيم. ففى هذا الفرض وغيره[١] تقوم هيئة التحكيم بوضع إجراءات الإثبات اللازمة للفصل فى النزاع، واختيار القانون الذى تخضع له تلك الإجراءات. كما يكون لها عند اتفاق الأطراف على إجراءات إثبات معينة تكمله هذه الإجراءات[٢].

١١- وقد نصت المادة ٢٥ تحكيم مصرى، ٢/٢٥ من نظام التحكيم السعودى وغيرهما من نصوص التشريعات المعاصرة وأنظمة التحكيم المقارنة[٣] على أنه "إذا لم يوجد إتفاق من الطرفين على الإجراءات الواجبة الإتباع، كان لهيئة التحكيم أن تضع الإجراءات التى تراها مناسبة" فلهيئة

---

(١) ويحدث أيضاً عندما يكون أطراف التحكيم من جنسيات مختلفة، أو العلاقة التحكيمية متعددة الجنسيات، وخاصة عندما يكون أحد الطرفين، طرف ضعيف ينتمى إلى أحد الدول النامية، وطرف قوى ينتمى إلى إحدى الدول المتقدمة، حيث لا يثق الطرف الأول فى سلامة نوايا الطرف الثانى، كما لا يثق الطرف الثانى فى كفاءة قانون الطرف الأول. أنظر فى هذا الافتراضات. د. عاطف الفقى: المرجع السابق ص ٤٨٤ وما بعدها. د. علي بركات: ص ٢٦٨ بند ٢٧٢، ص ٢٩٦ وما بعدها بند ٣٠٢.

(٢) ويساعد على الأخذ بهذا الأسلوب فى الواقع كثرة المعوقات العملية والقانونية التى تواجه الأطراف عند معالجة التفاصيل الخاصة بالمسائل الإجرائية فى التحكيم. د. جمال الكردى: ص ٦٦. وفى تطبيق ذلك انظر: الطعن رقم ٤١٤ لسنة ٧١ق جلسة ٢٠٠٩/١/٨ مشار إليه سابقاً.

(٣) انظر فيما سبق حاشية رقم ٣ ص ١٨ ومابعدها.

التحكيم أن تضع الإجراءات التى تراها مناسبة للفصل فى النزاع[1].

على أن سلطة هيئة التحكيم فى هذا الشأن ليست مطلقة، وإنما ينبغى عليها وهى بصدد تأدية هذه المهمة[2] أن تحترم ما ورد عليه النص فى اتفاق التحكيم من اشتراطات تتعلق بإجراءات الإثبات كإحدى إجراءات الخصومة التحكيمية، هذا من ناحية. ومن ناحية ثانية، تلتزم هيئة التحكيم باحترام الضمانات الأساسية لحق التقاضى على اعتبار أن مثل هذه الضمانات من المسائل المرتبطة بفكرة العدالة نفسها. كما تلتزم هيئة التحكيم من ناحية ثالثة وهى بصدد اتخاذها لإجراء من إجراءات الإثبات أو فى تحديدها لتلك الإجراءات أو فى تكملتها، أو فى اختيارها للقانون الذى تخضع له هذه الإجراءات مراعاة أحكام قانون التحكيم المصرى تطبيقاً للمادة ٢٥ تحكيم مصرى.[3]

ولكن عبارة "مع مراعاة أحكام هذا القانون" تثير مشكلة بالنسبة لتحديد مدى سلطة هيئة التحكيم فى اختيارها لتلك الإجراءات – عند عدم اتفاق الأطراف – لم يتفق بشأنها الفقه على رأى موحد[4].

---

(١) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٢٢٧ بند ١٤٧. د. حسام الدين ناصف: المرجع السابق ص ٣٩ وما بعدها. د. على اسماعيل غازى: المرجع السابق ص ٣٥٦.

Pobert et Moreau: op. cit. p. 232. N 263.
MOREAU: Rev.arb. 1978 op. cit p. 330 ets.

(٢) د. علي بركات: ص ٢٦٩ بند ٢٧٣. د. فتحى والى: ص ٣٠٠ بند ١٥٥، ص ٣٦٣
بند ١٩٩. د. نبيل عمر: ص ١٥٢ وما بعدها بند ١٢٢ وما بعده. د. عاشور مبروك: ص ١٠٥ بند ٣٥ د. عزمى عبد الفتاح: الإشارة السابقة.
Fillon – Du FolEUR et LE BOULAN GER: Lenouveau droit égyption. Rev. arb. Op. cit. P. 676.

(٣) وفى تطبيق ذلك انظر: الطعون أرقام ٦٤٨ لسنة ٧٣ق، ٥٧٤٥، ٦٤٦٧ لسنة ٧٥ق جلسة ٢٠٠٥/١٢/١٣ المبادئ القانونية، ص ٩٠ قاعدة ٨٢.

(٤) د. فتحى والى: ص ٢٩٨ بند ١٥٥.

يرى الفقه الفرنسي[1] أن نطاق سلطة هيئة التحكيم فى هذا الشأن هى نفسها السلطة التى للأطراف عند اتفاقهم على هذه الإجراءات. ففى حالة غياب هذا الإتفاق، فإن هيئة التحكيم هى التى تتولى تلك الإجراءات بطريق مباشر أو بالإحالة إلى قانون أو لائحة معينة تطبيقاً لنص المادة ١٤٩٤/ ٢ مرافعات[2] ولهذا الفقه والتشريع أنصار فى الفقه[3] والقضاء المصرى[4] حيث يرى أن لهيئة التحكيم – عند غياب اتفاق الأطراف – أن تقرر إجراءات الإثبات التى تراها مناسبة، فهى ليست ملزمة بإجراءات الإثبات التى ينص عليها قانون الإثبات المصرى، فللهيئة أن تضع إجراءات معينة أو أن تحيل إلى قواعد مركز تحكيم معين، أو إلى قانون وطنى كقانون التحكيم المصرى، أو قانون تحكيم أو إجرائى أجنبى، كما لها أن تقرر ذلك جملة عند اتصالها بالنزاع، أو أن تضع ما تدعو الحاجة إليه فيها أولاً بأول مع تقدم السير فى نظر النزاع.

ولكن هذا الرأى يتعارض مع القيد الذى وضعه المشرع المصرى على سلطة هيئة التحكيم[5]، وهو إلزامها بوجوب مراعاة أحكام قانون التحكيم المصرى، دون تفرقة بين أحكام آمرة أو أحكام مكملة[6]، وهو

---

(١) MAYER: Le pouvoir des arbitres Rev. arb. Op. cit. P. 164. Loquin: Linstance jer. Class op. cit. Fasc. 1036 N 16 ets
CADIET: op. cit. p. 807 N 1568.

(٢) Art. 1494 – 2 "L'arbitre régte La procedure autant qu'il est besoin directement, soit Par reference à Une Loi au â un reglement d'arbitrags".

(٣) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٢٢٧ بند ١٤٧. د. جمال الكردى: ص ٦٧ وما بعدها.

(٤) استئناف القاهرة – ٦٣ تجارى – ٢٠٠٣/٦/١٩ – فى الدعوى ٣٦/ ١١٧ ق تحكيم والذى قضى بأن "هيئة التحكيم تصدر أحكامها غير مقيدة بإجراءات المرافعات إلا إذا أراد طرفا التحكيم أو هيئة التحكيم تطبيق إجراءات المرافعات فى قانون معين".

(٥) د. فتحى والى: ص ٢٩٨ بند ١٥٥. وكذلك عبارة "بشرط عدم مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية"، المادة ١/٢٥ من نظام التحكيم السعودى الجديد.

(٦) د. علي بركات: ص ٣١٣ بند ٣١٧. د. نبيل عمر: الإشارة السابقة قارن د. عاشور مبروك، حيث يرى التزام هيئة التحكيم بالنصوص الآمرة فى قانون=

أمر واجب الاحترام فى كل تحكيم يجرى فى مصر، سواء كان تحكيماً وطنياً أو كان تحكيماً تجارياً دولياً، إذ نص المادة ٢٥ تحكيم يسرى على نوعى التحكيم حالة غياب اتفاق الأطراف على إجراءات الإثبات، أو الإحالة إلى لائحة مركز تحكيم دائم تخضع لها تلك الإجراءات هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية، أن هذا القيد ليس له مقابل فى القانون الفرنسى حتى يمكن التدليل به، فالمشرع الفرنسى فى قانون المرافعات الذى ينظم قواعد التحكيم لم ينص فى المادتين ١٤٦٤، ١٥٠٦ على الزام هيئة التحكيم حالة وضعها لإجراءات الإثبات بطريق مباشر أو بالإحالة إلى قانون أو لائحة معينة على الزامها بأحكام هذا القانون.

ونرى مع البعض [1] أن سلطة هيئة التحكيم عند تحديدها لإجراءات الإثبات عند عدم اتفاق الأطراف، تقتصر على تكملة الإجراءات التى ينص عليها قانون التحكيم، فليس لهيئة التحكيم أن تقوم ببناء نظام إجرائى كامل، ومن ثم نظام إثبات كامل خاص بالنزاع المطروح مخالفاً للنظام الذى ينص عليه قانون التحكيم. كما أنه ليس لهيئة التحكيم أن تقرر تطبيق قانون إثبات أجنبى أو قانون إجرائى أجنبى ليحكم إجراءات الإثبات فى الخصومة التحكيمية أو قانون تحكيم أجنبى أو لائحة مركز تحكيم دائم، إذ مثل هذا الاختيار يتعارض مع ما تنص عليه المادة ٢٥ تحكيم من وجوب مراعاة أحكام هذا القانون.

ومع اعتماد ذلك، يمكن لهيئة التحكيم الخروج عن هذا القيد – "مع مراعاة أحكام هذا القانون" – وتضع نظام كامل لإجراءات الإثبات التى تتبعها للفصل فى النزاع، كما لو اختارت إجراءات الإثبات المنصوص عليها فى لائحة نظام التحكيم السعودى، وتضعها فى وثيقة تحمل –

=التحكيم دون غيرها. ص ١٠٥ وما بعدها خاصة ص ١٠٧ بند ٣٥ ولكن هذا الرأى يخالف عموم نص قانون التحكيم. د. فتحى والى: ص ٩٨٩ حاشية رقم ٤.

(١) د. فتحى والى: ص ٢٩٨ وما بعدها بند ١٥٥.

فضلاً عن توقيع أعضاء الهيئة التحكيمية – توقيع أطراف التحكيم، فعندئذ تأخذ هذه الإجراءات حكم الإجراءات التى اتفق عليها الأطراف، وهنا لا تلتزم هيئة التحكيم بالقيد الوارد فى المادة ٢٥ تحكيم مصرى، ٢٥ من نظام التحكيم السعودى مع مراعاة أحكام هذا القانون إذ أنها تأخذ حكم مشارطة التحكيم.[١]

١٢- وأياً كانت الإجراءات[٢] التى تضعها هيئة التحكيم، واختيارها للقانون الذى تخضع له تلك الإجراءات – قانون إثبات، أو قانون إجرائى – فإنه يجب أن يحاط أطراف الخصومة التحكيمية علماً بقرارها فى هذا الشأن[٣] متحية لهم فرص التعليق واقتراح إجراءات إثبات بديلة، وإحاطتهم بأية تعديلات لاحقة يقتضيها حسن سير الإجراءات. ويتم ذلك ببيان هذه الإجراءات فى محضر جلسة يحرر فى بداية التحكيم، ويوقع المحضر من هيئة التحكيم ومن الأطراف أو ممثليهم فى التحكيم، أو بإبلاغ الأطراف بمجرد صدور قرار الهيئة بإجراء إثبات أو إجراءات معينة، ويمكن أن تحدد هيئة التحكيم الإجراء فى حكم من الأحكام المتعلقة بتهيئة الدعوى للحكم فيها[٤] كالإحالة للخبرة أو المعاينة: أو فى شكل أمر تصدره الهيئة كالأمر بسماع شاهد أو استجواب خصم، كما يمكن أن تصدره فى شكل طلب كطلب الإنابة القضائية من محكمة المادة ٩ تحكيم[٥] وعندئذ يجب أن يعلن الحكم أو الأمر أو الطلب إلى الأطراف.

---

(١) ومشارطة التحكيم عبارة عن اتفاق بمقتضاه يتفق الأطراف فى نزاع قائم على إخضاع نزاع إلى التحكيم مادة ٣/١٤٤٢ تحكيم فرنسى.

(٢) د. فتحى والى: الإشارة السابقة.

(٣) وذلك لتلافى ما قد يؤدى إليه اختيار هيئة التحكيم للإجراءات من نتائج غير عادلة، أما لعدم عدالة الإجراء فى ذاته، أو لاستقلال المحكم بتحديد القواعد الإجرائية وفقاً لما يراه ملائماً على نحو قد يخل بتوقعات الأطراف د. هدى عبد الرحمن: ص ٢٠٥ بند ١٦٤. د. أحمد هندى: المرجع السابق ص ٥٠ بند ١٣.

(٤) انظر فيما يلى بند ٥٤.

(٥) أنظر فيما يلى بند ٤٩.

وبذلك فإن اتفاق الأطراف هو الذى يحدد قدر المرونة التى تتمتع بها هيئة التحكيم فى اتخاذها وتحديدها لإجراءات الإثبات، فقد يقيدونها بقانون إثبات معين، وقد يحددوا إجراءات الإثبات ذاتها. أو يقيدونها بلائحة مركز تحكيم دائم، وقد لا يتفق الأطراف إلا على مبدأ التحكيم دون تحديد اجراءاته، وبذلك يكون لهيئة التحكيم تكملة الإجراءات، فتختار من إجراءات الإثبات ما تراه لازماً للفصل فى الدعوى. مع وجوب مراعاة أحكام التحكيم المصرى. ومع ذلك يمكن لهيئة التحكيم الخروج عن هذا القيد وتضع نظاماً كاملاً للإثبات إذا تضمنته وثيقة تحمل توقيعات أعضائها، وتوقيع أطراف التحكيم، فتأخذ هذه الوثيقة حكم مشارطة التحكيم التى يضعها الأطراف، مع ضرورة التقيد بقواعد النظام العام[1].

المبحث الثانى
دور المحكمين فى الإثبات وما يرد عليه من قيود

١٣ - تمهيد وتقسيم:

المحكم شأن القاضى ليس له مطلق السلطة فى إدارة الدعوى وتوجيهها بكافة الطرق والوسائل دون أن يكون مقيداً باتباع مسلك معين[2] كما أن

---

(١) وفكرة النظام العام تشكل قيد يرد على سلطة هيئة التحكيم فى اختيارها للإجراءات بصفة عامة، وذلك فى الأحوال التى يكون لها فيها سلطة هذا الإختيار، وتهدف الإجراءات بصفة عامة إلى تحقيق غاية معينة هى إزالة مخالفة القانون وتأكيد الحقوق والمراكز القانونية وإزالة التجهيل الذى يحيط بها، ولا يتصور الوصول إلى هذا الهدف دون احترام الأصول العامة فى الإجراءات بما فيها إجراءات الإثبات. د. نبيل عمر: ص ١٥٢، ١٥٣ بند ١٢٣.

Mayer (P.) La sentence Contraire à L'ordre public ou Fond. Rev. arb. 1994. P. 615.

وفى تطبيق ذلك انظر: الطعن رقم ٣١٨٨ لسنة ٦٩ جلسة ٢٠١٢/٢/٢٠ الطعن رقم ١٢٧٩٠ لسنة ٧٥ق جلسة ٢٠١١/٣/٢٢ المبادئ القانونية لمحكمة النقض، مشار إليه سابقاً ص ١٤٦ ومابعدها.

Coss. Civ, 4 juin 2008, N. 06-15, 320. Coss. Civ. 29 Jain 2007 N. 6-13-293.

(٢) وهو ما يعبر عنة فى الإثبات بالمذهب المطلق: أنظر فى هذا المذهب مزاياه وعيوبه د. السنهورى: ص ٣٩ وما بعدها بند ٢٢. د. عصام سليم: قواعد الإثبات ٢٠١٥ دار الجامعة الجديدة، ص ٨ د. سحر عبد الستار يوسف: دور القاضى فى الإثبات ٢٠٠٢ بدون ناشر ص ١٥ وما بعدها بند ٧.

دوره فى الدعوى ليس سلبياً يقتصر على الفصل فى النزاع فى ضوء الطلبات المقدمة فى الدعوى والأدلة التى يستند إليها الخصوم[1] وإنما دوره مزيجاً بين هذا وذاك[2] فله دور فى إدارة الدعوى وتيسيرها وتوجيهها وكذلك فى تقديره للأدلة المطروحة عليه إلا أنه ملتزم بمراعاة المبادئ الأساسية فى التقاضى، فيلتزم المحكم أو هيئة التحكيم بمبدأ الحياد ومقتضياته وإن كانت لها الحرية فى إدارة الدعوى وتقدير الأدلة المطروحة فيها. وهو ما نتعرض إليه تباعاً فى مسألتين: الأولى: مبدأ حياد المحكم. الثانية: سلطات المحكمين فى اتخاذ إجراءات الإثبات وما يرد عليها من قيود. وذلك فى غضون مطلبين:

المطلب الأول: مبدأ حياد المحكم.

المطلب الثانى: سلطات المحكمين فى اتخاذ إجراءات الإثبات وما يرد عليها من قيود.

المطلب الأول
مبدأ حياد المحكم

١٤ ـ مبدأ الحياد ليس مرادفاً لمبدأ الحيدة:

خلط البعض[3] بين المبدأين بحيث اعتبرهما مترادفين، فعرف مبدأ

---

(١) وهو ما يعبر عنه فى الإثبات بالمذهب المقيد. أنظر فى هذا المذهب مزاياه وعيوبه. د. السنهورى: ص ٤١. وما بعدها بند ٢٣. د. عصام سليم: المرجع السباق ص ٩ ومابعدها.

(٢) وهو ما يعبر عنه فى الإثبات بالمذهب المختلط. أنظر فى هذا المذهب مزاياه وعيوبه د. السنهورى: ص ٤٢ وما بعدها بند ٢٤. د. سحر يوسف: ص ١٨ وما بعدها بند ١٠. د. عصام سليم: الإشارة السابقة.

(٣) د. أحمد ماهر زغلول: أصول وقواعد المرافعات دار النهضة العربية ص ١٤٣ وما بعدها بند ٧٢. د. عزمى عبد الفتاح تسبيب الأحكام وأعمال القضاء دار النهضة العربية الطبعة الأولى ١٩٨٣ ص ٢٠٦ د. محمد نور شحاته: استقلال القضاء من وجهة النظر الدولية والعربية والإسلامية دار النهضة العربية ١٩٨٧ ص ١٥٣. النشأة الإتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين دار النهضة العربية بدون تاريخ نشر ص ٣١٦. د. وجدى راغب مبادئ القضاء المدنى دار النهضة العربية ٢٠٠١ ص ٢١٨. د. هدى عبد الرحمن: ص ١٦٦ وما بعدها بند=

الحياد وهو بصدد تعريفه لحياد القاضى بأنه "لا تكون له عند مباشرته وظيفته مصلحة ذاتية قد يميل إليها وتؤثر فى تقديره على نحو أو آخر على حساب التطبيق الموضوعى المتجرد لإرادة القانون، فالحياد يعنى تجرد القاضى من أية ضغوط داخلية تمليها عليه مشاعره الخاصة – ضغوط معنوية أو مصالحه الذاتية – ضغوط مادية – تحيد به عن التطبيق القانونى الصريح" فالحياد يعنى عدم الميل أو الحكم بالهوى لصالح أحد الخصوم[1] فالقاضى يمنع من نظر الدعوى إذا توافرت أسباب معينة يخشى معها ألا يكون محايداً، أو أن يتأثر بميوله ومصالحه الشخصية[2].

كل ذلك فى صحيح النظر ليس هو الحياد[3] – كما سنرى – ولكنه الحيدة والتى يقصد بها عدم انحياز المحكم ضد طرف أو إلى جانب طرف[4] كمبدأ لا غنى عنه لإمكان ممارسة الوظيفة القضائية[5] وبديهية لا يتصور أن تقوم بغيرها سلطة قضائية[6] فعدم الحيدة حالة نفسية تتعلق

=١٣٠. د. سحر عبد الستار دور القاضى المدنى فى الإثبات ٢٠٠٢ ص ٢١ وما بعدها بند ١٢ والمراجع المشارة لديها. د. شحاته غريب شلقامى: عقد المحكم ٢٠١٥ دار الجامعة الجديدة، ص ١٠١. والحكم المشار لديه. استئناف القاهرة الدائرة ٩١ جلسة ٢٠٠٤/٣/٣٠ القضية ٧٨٠ لسنة ١٢٠ تحكيم.

(١) د. أحمد السيد صاوى: التحكيم دار النهضة العربية ٢٠٠٢ ص ٩٥ بند ٧٩.

(٢) د. إبراهيم نجيب سعد: قانون القضاء الخاص. منشأة المعارف الجزء الأول ص ٢٧٥ بند ١٢٢.

(٣) د. طلعت دويدار: تطور الحماية التشريعية لمبدأ حيدة القضاة بدون تاريخ طبع وناشر ص ٧ وما بعدها. ضمانات التقاضى فى خصومة التحكيم دار الجامعة الجديدة بدون تاريخ طبع ص ٨١ وما بعدها. د. معتز عفيفى: نظام الطعن على حكم التحكيم ٢٠١٢ دار الجامعة الجديدة ص ٥٩٧ ومابعدها.

(٤) د. فتحى والى: ص ٢٤٥ بند ١٢٨. د. أحمد هندى: التحكيم ص ٦٦ بند ١٦. د. على اسماعيل غازى: المرجع السابق، ص ٣٦٠.

(٥) Cass. Civ. 13 avr. 1972. D. 1973. p. 3 ets. Cass. Civ. 13 avr. 1972 J. C. P. 1972. 11. 17189. Cass. Civ. 13 avr. 1972 Rev. arb. 1975. 237.

(٦) قارن ما يراه البعض بقوله أن مبدأ الحيدة لا يستلزم فى المحكم إلا إذا كان مجهولاً للطرفين، لأن الخصوم لا يتفقوا على التحكيم إلا لحسم خلافاتهم فى جو عائلى أو خاص لا يسوده ما يسود جو المحاكم من رسميات ومظاهر=

أساساً بالعاطفة – مصلحة شخصية أو صلة مودة أو عداوة بأحد الخصوم – يرجح معها عدم استطاعة المحكم الحكم بغير تحيز [1].

ويرتبط مبدأ الحيدة بأخلاقيات الوظيفة التى تقوم على فكرة التجرد من الأهواء والميول، وعدم التحيز إلى أحد الخصوم على حساب الخصم الآخر رغباً أو رهباً، والتشبث بأهداب الموضوعية فى الحكم والاستقامة فى السلوك. فمبدأ حيدة القاضى أو المحكم يختلف عن حياده، فهو يعنى – ارتباطاً بفكرة الأخلاق – النزاهة التى هى روح القضاة [2] وذلك حتى يطمئن المتقاضى إلى قاضيه وإلى أن قضاءه لا يصدر إلا عن الحق وحده دون تحيز أو هوى [3].

وإن كان مبدأ الحيدة يجد أساسه ومبناه فى قاعدة استقلال القضاء [4]

=وشكليات قد تؤثر على العلاقات العائلية أو الودية القائمة بينهم، وكثيراً ما يكون أساس التحكيم والغرض الرئيسى منه وضع النزاع فى يد شخص أمين حريص على تلك العلاقات كرب الأسرة أو صديق حميم، فأدون الرباط الوثيق بين المحكم والخصوم أو بينه وبين إحداهم لا يؤثر فى صحة اختياره، ومن ثم لا يستلزم توافر الحيدة، بعكس لو كان مجهولاً للطرفين. د. أحمد أبو الوفا: التحكيم بالقضاء وبالصلح دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٧ ص ١٤٣ بند ٦٤.

(١) د. فتحى والى: الإشارة السابقة والحكم المشار لديه استئناف القاهرة دائرة ٩١ – ٢٠٠٤/٣/٣٠ فى القضية ٧٨ لسنة ١٢٠ ق تحكيم.

(٢) د. أحمد مسلم: أصول المرافعات. دار الفكرى العربى طبعة ١٩٦٩ ص ٣٩.

(٣) د. فتحى والى: ص ٢٤٤ بند ١٢٦.

(٤) د. أحمد فتحى سرور: استقلال القضاء حق من حقوق الإنسان فى القانون المصرى. مجلة القانون والاقتصادة السنة ٥٠ عام ١٩٨٠ عدد خاص دراسات فى حقوق الإنسان فى الشريعة الإسلامية والقانون الوظيفى ص ١٣٣. د. شحاته شلقامى: الإشارة السابقة.

Fouchard et Gaillard et Goldman: Traité de L'arbitrage dommercial International Paris 1996. P. 338.

ويقصد بقاعدة استقلال القضاء أن من يمارس الوظيفة القضائية لا يخضع فى عمله لغير القانون وفقاً لما يمليه عليه اقتناعه وضميره. وجدى راغب: مبادئ ص ٢١٧.

وإن كان البعض يفرق بين الحيدة ومبدأ الاستقلال بالقول بأن الحيدة ترتبط باعتبارات شخصية. د. فتحى والى: ص ٢٤٥ بند ١٢٧. أحمد صاوى: ص=

فإننا نميل مع البعض [1] إلى ما ذهب إليه رأى فى الفقه [2] من تأصيل لمبدأ الحيدة بالنسبة للقضاة تأصيلاً منطقياً وراء أبعاد ثلاثة الأول، ظروف النزاهة فى أداء القضاء. والثانى، فى حماية القضاة فى نزاهتهم. والثالث: فى حماية نزاهة القضاء.

وبخصوص البعد الأول: ظروف النزاهة فى أداء القضاء، فقد حصرها صاحب الرأى فى ظرفين: الأول: صون القضاء عن التدخل فيه، أو كفالة استقلال القضاء عن السلطتين التشريعية والتنفيذية. الثانى: فرض العلانية فى أداء القضاء، بعلانية الجلسات، وشفوية المرافعة، وتسبيب الأحكام.

أما فى البعد الثانى: وحيث يجب حماية القضاة فى نزاهتهم، فيرتكز على ثلاث محاور. الأول: ضمانات المسئولية، فلا مسئولية ولا جزاء على مجرد الخطأ الثانى، كفالة الاحترام الأدبى، الثالث: كفالة المركز المالى للقضاة.أما فى البعد الثالث: حماية نزاهة القضاء، فقد رصد صاحب الرأى الجزاءات الوقائية والعلاجية لمخالفة مبدأ الحيدة ممثلة الجزاءات الوقائية فى أحوال عدم صلاحية القضاة وتنحيتهم وردهم والجزاءات العلاجية فى مخالفة القضاة، والمسئولية التأديبية والجنائية.

وما يقال عن حيدة القاضى، يقال عن حيدة المحكم، حيث يذهب الفقه الغالب إلى التعبير عن مقتضيات حيدة المحكم بمصطلح الحياد [3] ومن ثم فإن ما يمس الحيدة ويأتى بعكسها هو كل ما من شأنه التأثير النفسى والعاطفى للمحكم تجاه أحد الخصوم سلباً وإيجاباً [4].

---

٩٥ بند ٧٩. د. محمد سليم العوا: سلوك المحكمين مجلة التحكيم العربى أكتوبر ٢٠٠٠ العدد ٣ ص ٤٣.

(١) د. طلعت دويدار ضمانات التقاضى: ص ٨٥، مبدأ الحيدة: ص ١١ وما بعدها.

(٢) د. أحمد مسلم ص ٤٠ – ٤٧.

(٣) د. أحمد صاوى: التحكيم الإشارة السابقة، د. على بركات: المرجع السابق ص ٢٠٤. د. فتحى والى: ص ٢٤٤ وما بعدها بند ١٢٦. د. هدى عبد الرحمن: دور المحكم فى خصومة التحكيم: ص ١٦٧ بند ١٣٠.

(٤) د. طلعت دويدار: ضمانات التقاضى ص ٨٩، وفى التطبيقات المتعددة لعدم الحيدة أنظر د. فتحى والى: الإشارة السابقة، د. محمد سليم العوا: المقال ص ٤٤، ٤٥. د.احمد هندى: المرجع السابق، ص ٦٨ بند ١٦.

وإذا كان مبدأ الحيدة – على النحو السابق – يتعلق بأخلاقيات الوظيفة القضائية، بما يوجب على المحكم عدم الميل وعدم التحيز لأحد طرفى الخصومة على حساب الطرف الآخر. فمبدأ حياد من يمارس الوظيفة القضائية قاضى أو محكم له مقصوداً ودوراً آخر.

١٥- ويقصد بمبدأ حياد القاضى، فى نظرية الإثبات انحصار مهمته فى القيام بدور المحكم بين أطراف الخصومة بحيث يكون موقفه سلبياً[١] شأن كل محكم فى مباراة أو مبارزة، فيقتصر عمله على تقدير ما يقدمه الخصوم بالطرق التى حددها القانون، ووفقاً للإجراءات التى وضعها من أدلة فى الدعوى، ليعتبر الوقائع المدعاة ثابتة، أو غير ثابتة[٢].

فيمتنع على القاضى أن يدخل فى إقامة حكمه وقائع لم يدعها الخصوم، ولا أدلة لم يقدموها إليه؛ ويلتزم بانتظار تقدمهم إليه بعناصر اقتناعه، دون أن يعمد من تلقاء نفسه إلى البحث عن الحقيقة[٣]. فمبدأ حياد القاضى يعبر عن دور القاضى فى الخصومة فى علاقته بدور الخصوم[٤] كأداة فنية من أدوات آلية أداء داخل الخصومة، فبقدر ما يرتبط مبدأ حيدة

---

(١) د. نبيل عمر: امتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى منشأة المعارف ١٩٨٩ ص ١٣٦ بند ٩٦.
NORMAND: le juge et Litigé Théser. L. G. D. J. 1965. P. 330 ets N. 311.

(٢) د. عصام سليم: المرجع السابق، ص ١٣. محمود جمال الدين زكى: المبادئ العامة فى نظرية الإثبات ص ٣٠، ٣١ بند ٨.
MOREL: Traité élémentaire de Procédure civile. Sirey 1949. P. 379 N 471.

(٣) NORMAND: op. cit. P. 330 N. 311.

(٤) ومن المعلوم أن دور القاضى فى الخصومة قد تطور تطوراً كبيراً ارتباطاً بالتوجهات السياسية السائدة، فحيث كانت تسودتعاليم المذهب الفردى المتمثلة فى إطلاق الحريات الفردية مقابل تقيد سلطات الدولة وإحجامها عن التدخل فى الحياة الاقتصادية والاجتماعية وظهور مبدأ سلطان الإرادة، كان للقاضى دور سلبى، وبالمقابل كان للخصوم دور إيجابى يربط سيادتهم على النزاع بسيادتهم على الخصومة. هذا الاتجاه التقليدى، المعروف باسم النظام الإتهامى، تراجع أمام الاتجاه الحديث الذى عبر عنه الفقه بالمبادرة القضائية

حيدة القاضى بأخلاقيات الوظيفة القضائية، يرتبط مبدأ حياد القاضى بآلية أداء الوظيفة القضائية [1] كأصل من أصول التقاضى. [2]

وما يقال عن حياد القاضى يقال عن حياد المحكم [3] فيعبر عن مبدأ حياد المحكم عن دوره فى الخصومة فى علاقته بدور الخصوم، كأحد الآليات الفنية لممارسة مهمته، حيث أن المحكم لا يتولى الدعوى من تلقاء نفسه، وإنما يتولاها بناء على طلب [4] فيمتنع على المحكم أن يدخل فى إقامة حكمه وقائع لم يدعها الخصوم ولا أدلة لم يقدموها إليه، وإنما عليه أن يلتزم بالحدود الموضوعية لولايته، كما حددها اتفاق التحكيم أو اتفاق لاحقاً عليه.

التى تعبر عن إيجابية دور القاضى فى الخصومة المدنية. وقد جاء هذا التطور نتيجة تطرف المذهب الفردى فى تقديس الحرية الفردية وإطلاق مبدأ سلطان= =الإرادة فى الخصومة، فظهر المذهب الاجتماعى الذى قام على إطلاق سلطات الدولة بما فى ذلك السلطة القضائية، وتقيد سلطات إرادة الخصوم لحساب سلطات القاضى. وفى هذا الموضع يعترف للقاضى بسلطات فعالة فى الخصومة المدنية سواء فى مجال الإثبات، وإجراءات التحقيق، وطلب تكملة وقائع النزاع وأصبح لمبدأ سلطان الخصوم معنى متواضعاً يتناسب مع الوظيفة الاجتماعية الجديدة للحقوق كذلك تأثير مبدأ ثبات النزاع فى المعنى الذى يسمح للقاضى بأداء دور فى إشباع مقتضيات النزاع أنظر فى تفصيل ذلك: د. نبيل عمر: ١٢٦ وما بعدها بند ٩٦، د. فتحى والى: الوسيط فى القضاء المدنى ص ٨ بند ٤. وجدى راغب: ص ٨، ٩. د. إبراهيم نجيب سعد ج ١ ص ٥٩٤ وما بعدها بند ٤٣. د. طلعت دويدار: ص ٨٣ وما بعدها.
NORMAND. Op. cit. P. 22 ets N 25 ets Morel: op.cit. P. 15. N 9.

(١) د. طلعت دويدار: ص ٨٥. د. نبيل عمر: ص ١٤٠ بند ٩٨.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٥٢ لسنة ٢٠ق دستورية، جلسة ٣ يونيو ٢٠٠٠ المحكمة الدستورية العليا ج ٩ رقم ٧٤ ص ٦٢٧.

(٣) Fauchard: op.cit P. 338.

(٤) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٠٢ بند ١٥٧، د. طلعت دويدار ص ٢٢٥.

١٦- ومبدأ حياد المحكم شأن حياد القاضى فى القانون المصرى والمقارن ما زال محافظاً على سماته التقليدية[١]. فعبء إدعاء الوقائع المكونة لأصل الحق المتنازع عليه وسببه، وعبء الإثبات، وتوسيع نطاق الخصومة من حيث النطاق الموضوعى والشخصى يحدده اتفاق التحكيم أو اتفاق لاحق عليه، وأيضاً وضع حد نهائى للخصومة قبل الفصل فى الخصومة التحكيمية بحكم صادر فى الموضوع يملكه الخصوم.

كما يملك الخصوم إبداء ما يشاءون من وسائل الدفاع والدفوع فى الحدود المسموح بها قانوناً، والمحكم أو هيئة التحكيم إزاء كل ذلك محايدة، وكل ما لها وما فى سلطتها بصفة أساسية هو إعمال حكم القانون المتفق عليه، أو المفوض لها فى اختياره ليحكم النزاع المطروح عليها[٢].

ومع ذلك فالحياد السلبى الذى كان للمحكم أو هيئة التحكيم أصابه العديد من التعديلات فى المعنى الذى جعل لهذا المحكم العديد من السلطات فى توجيه ودفع الخصومة التحكيمية والبحث عن الحقيقة وإعمال العدالة، ليصبح معه حياد المحكم إيجابى، وإن كانت هذه الإيجابية يحددها اتفاق الأطراف.

ومن مظاهر هذا الدور الجديد للمحكم دوره فى تحقيق الدعوى، فللمحكم أو هيئة التحكيم ولو من تلقاء نفسها أن تسمع الشهود أو تعاين الأمكنة، أو تستعين بخبير أو خبراء، أو توجه اليمين المتممة، ولها بناء على طلب الخصم توجيه اليمين الحاسمة، كما أن للمحكم الأمر بإحضار الخصوم، وأن يقوم باستجوابهم، وسلطته فى إلزام الأطراف بتقديم المستندات التى فى حوزتهم[٣] وفقاً للمواد ١٠، ١٤٣، ١٤٦٧مرافعات فرنسى، ٢٤/ ٣ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى، ٢٠/ ٥ من لائحة

---

(١) د. نبيل عمر: ص ١٢٧ بند ٩٧.

(٢) أنظر فيما سبق بند ١٤.

(٣) أنظر فيما يلى بند ٦٨ وما بعده.

غرفة تحكيم باريس، ١/٣٣ تحكيم مصرى، ٢٩/ ج من التحكيم الأردنى، ٢٩ من لائحة نظام التحكيم السعودى ... الخ[١].

وبالإضافة إلى ذلك، يتمتع المحكم بسلطات معينة لها قدر كبير من الفاعلية داخل الخصومة التحكيمية، كسلطته فى اختيار مكان التحكيم، إذا لم يتفق الأطراف على مكان التحكيم مادة ٢٨ تحكيم مصرى[٢]، وسلطته فى اختيار لغة التحكيم إذا لم يتفق الأطراف عليها وفقاً للمادة ٢٩ تحكيم مصرى، ١٧ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى ١٦ من لائحة غرفة تحكيم باريس. وسلطة المحكم فى مد الميعاد الذى يجب أن يصدر الحكم خلاله لمدة لا تتجاوز ستة أشهر وفقاً للمادة ١/٤٥ تحكيم مصرى، وسلطته بوقف الإجراءات إلى حين الفصل فى المسألة الأولية وهى المسألة التى تخرج عن ولاية المحكم وفقاً للمادة ٤٦ تحكيم مصرى[٣]، وسلطته فى

---

(١) حيث تنص المادة ٣/٢٤ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى على أن "للهيئة أن تطلب من الطرفين أن يقدما وثائق أو مستندات أو أية دولة أخرى" والمادة= =٥/٢٠ من لائحة غرفة تحكيم باريس على أن "لهيئة التحكيم أن تطلب من الأطراف تقديم عناصر إثبات إضافية" والمادة ١/٣٣ تحكيم مصرى على أن ".... ولها الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".
والمادة ٢٩/ ج من قانون التحكيم الأردنى على أن "تطلب الهيئة أصول المستندات المشار إليها فى بيان الدعوى أو مذكرة الدفاع ...".
والمادة ٢٩ من لائحة نظام التحكيم السعودى على أنه "لهيئة التحكيم أن تأمر بوسائل التحقيق المنتجة فى الدعوى متى كانت الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالمنازعة ومؤثرة فيها وجائزاً قبولها ولهيئة التحكيم أن تعدل ما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول فى محضر الجلسة، ويجوز للهيئة ألا تأخذ بنتيجة الإجراء مع بيان سبب ذلك فى الحكم".

(٢) والمادة ٢٩ من نظام التحكيم السعودى الجديد. وفى تطبيق ذلك انظر: الطعن رقم ٦٥٤٦ لسنة ٧٩ق جلسة ٢٠١٠/٥/٢٥ المبادئ القانونية لمحكمة النقض ص ٨١ قاعدة ٦٩.

(٣) أنظر فى تفصيل فكرة المسائل الأولية د. على هيكل: الدفع بإحالة الدعوى رسالة الإسكندرية ٢٠٠٤ ص ٩٤ وما بعدها بند ٨٩ وما بعده. د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ١٩٤ وما بعدها بند ١٢٧.
Robeit et Moreau op.cit. 140 et, N. 165.

أن يقضى بعدم قبول الدعوى التحكيمية[1] وسلطته فى إنهاء الإجراءات إذا رأى عدم جدوى استمرار إجراءات التحكيم وفقاً للمادة ٤٨/ ١ تحكيم مصرى. وما تنص به المادة ٣٦ من نظام مركز أبو ظبى للتوفيق والتحكيم التجارى، والتى تخول لهيئة التحكيم إذا تخلف أطرافه جميعاً عن الحضور فى أى جلسة من جلسات التحكيم دون عذر خطى تقبله هيئة التحكيم، فتوجب إعلانهم إلى جلسة أخرى، أو لهيئة التحكيم أن تقرر شطب القضية وإعلانهم فى حالة عدم الحضور فى الموعد المحدد بهذا الإعلان.

ونلاحظ أن مثل هذه السلطات التى منحت للمحكم فى إدارة الخصومة تواجهه فى المقام الأول مبدأ سيادة الخصوم على الخصومة[2] بحيث يكون للمحكم نصيب فى هذه الإدارة وهذا التوجيه، فأى إجراء من إجراءات الإثبات سواء كانت معاينة أو خبرة أو شهادة الشهود أو استجواب أو توجيه يمين أو إجراء تحقيق، أو سلطة المحكم بناء على اتفاق الأطراف فى الزام أى من الطرفين بتقديم مستند تحت يده وفقاً للمادة ٢٠ إثبات مع مراعاة ما تنص عليه المادة ٢٥ تحكيم مصرى، كل ذلك لا يمكن أن يتم إلا بالشكل المحدد فى القانون وباحترام حقوق الدفاع بصدده.

وقيام المحكم إذن بدور فعال فى توجيه الخصومة، وقيامه بدفع عملية الإثبات للحصول على إجراء أو عناصر يرى هو وفقاً لتقديره أنها منتجة فى النزاع المطروح أمامه، ووفقاً للشكل المرسوم فى القانون واحترام

---

(١) كما لو رفعت دعوى تحكيمية بقسمة المال الشائع من أحد الشركاء دون الباقين وفقاً للمادة ٨٣٦/ ١ مدنى، فعلى هيئة التحكيم تكيفه باختصام باقى الشركاء فى ميعاد محدد، فإن لم يفعل فعلى الهيئة أن تقضى بعدم قبول الدعوى د. فتحى والى: ص ٣٤٠ بند ١٨١.

(٢) NORMAND: op.cit. P. 24 N 28.
أما فيما يتعلق بالبيان الواقعى للنزاع ويقصد به سبب الطلب وموضوعه، فما زال للخصوم كامل السيطرة عليه، فعليهم يقع بصفة أساسية عبء الإدعاء وعبء الإثبات د. نبيل عمر: ص ١٣٩ بند ٩٧.

حقوق الدفاع بصددها يعطى لمبدأ حياد المحكم لوناً جديداً ينحو به نحو الإيجابية بدلاً من السلبية، وبالتالى يمكن القول أن العناصر المتحصل عليها من قيام هيئة التحكيم أو المحكم بمثل هذا النشاط فى الخصومة التحكيمية قد تم الحصول عليها عن طريق أطرافها، وأنه قد تم إزاءها احترام حقوق الدفاع. وبالتالى يعتبر الدليل أو العنصر المستمد من هذه الإجراءات وكأنه صادراً من الخصوم، ولا يعد علماً شخصياً للمحكم، ويستطيع بناء حكم سليم على مثل هذه الوقائع التى التزم فى تحصيلها صحيح القانون [1].

وحياد المحكم منظور إليه من خلال السلطات الممنوحة له، والتى لا يستطيع أن يمارسها إلا بالشكل المرسوم فى القانون، وباحترام حقوق الدفاع، لم يعد يملى على المحكم ضرورة الالتزام بالسلبية إزاء توجيه وإدارة الخصومة، بل أصبح حياد إيجابى فى الحدود التى يسمح بها القانون أو اتفاق الأطراف، ومن ثم يظل حياد المحكم والالتزام به قائماً كمبدأ من المبادئ الأساسية لأداء الوظيفة القضائية، عادية أم تحكيمية.

والتزام المحكم بالحياد، من المبادئ المعتمدة فى معظم التشريعات، وفى التحكيمين الوطنى والدولى، بالقضاء أو بالصلح، وسواء كان المحكم فرداً أم تعدد المحكمون، وهذا ما أكدته قواعد الشرف المهنى للمحكمين الدوليين الصادر عام ١٩٨٧، والمادة ١٩ من لائحة جمعية المحكمين الأمريكية، والمادتين ٣/١٦، ١/١٨ تحكيم مصرى، والمادة ٩ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم، والمادة ١/١١ من قواعد اليونسترال، ونصت عليه المادة ١١/ ٥ من القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى، والمادة ١٠ من لائحة محكمة تحكيم باريس بنصها على ضرورة أن يكون المحكم محايداً. والمادة ٢/١٤٥٦ مرافعات فرنسى.

ومبدأ حياد المحكم يجد أساسه الفنى ومبناه فى مبدأ المواجهة والتزام المحكم باحترامه، ومضمونه بالنسبة للمحكم، هو ضرورة إحاطة الخصوم

---

(١) د. نبيل عمر: الإشارة السابقة.

علماً بكل المبادرات التى يتخذها للفصل فى النزاع، سواء تلك المتعلقة بالواقع وتحصيله وفهمه وتقديره، أو القانون تفسيره وتطبيقه، وتمكين الخصوم من مناقشة كل ذلك بعد منحهم الوقت الكافى، كما يفرض هذا الالتزام على المحكم، عدم تأسيس قراره على الأوجه الواقعية أو القانونية التى آثارها من تلقاء نفسه إلا بعد دعوى الخصوم مسبقاً إلى تقديم ملاحظاتهم بشأنها[1].

١٧- ويعد مبدأ المواجهة من المبادئ المميزة للخصومة عادية أم تحكيمية، حيث لا يجوز الحكم على خصم دون سماع دفاعه أو على الأقل دعوته للدفاع عن نفسه فيما يوجه إليه من طلبات[2]. ولذا يمثل هذا المبدأ

---

(١) د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم ص ٢٦٠/ ٢٦١، واجب القاضى فى تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع ١٩٩٢ – ١٩٩٣ دار النهضة العربية ص ٢٠ وما بعدها. د. محمود جمال الدين: المرجع السابق ص ٤١ وما بعدها. د. السيد تمام: مبدأ المواجهة وخصومة التحكيم ٢٠٠٠ دار النهضة العربية ص ٧٥ وما بعدها بند ٣٩. د. عاشور مبروك: ص ٥٦ وما بعدها بند ٢٠. د. علي بركات: ص ٣٠٣ بند ٣٠٨٧. د. إبراهيم نجيب سعد: قاعدة "لا تحكم دون سماع الخصوم" ١٩٨١ منشأة المعارف ص ٩بند ٣. د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم: ص ٢٦٠ وما بعدها بند ١٠٦. د. محمد نور شحاته: النشأة الاتفاقية ص ٣٢٤.

NORMAND: op. cit. P. 219 ets N 225> Fouchard, Gaillard et Galdman: op. cit. P. 962. Kessedjian: Principe de La Contradiction et arbitrage. Rev. arb. 1995. P. 381.

(٢) أنظر فيما يلى بند ٢٦. وفى التشريع الإسلامى من قديم الزمان وضع أصول مبدأ المواجهة سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم عندما بينا لنا وجوب سماع الخصم الآخر عسى أن تكون له حجة ترد على الخصم الحاضر دعواه، فعن علي رضى الله عنه أنه قال بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم قاضياً إلى اليمين، فقلت يا رسول الله، ترسلنى وأنا حديث السن ولا علم لى بالقضاء، فقال صلى الله عليه وسلم "إن الله سيهدى قلبك، ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول فإنه أحرى بك أن يتبين لك القضاء، قال فما زلت قاضياً أو ما شككت فى قضاء بعد". نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار للشوكانى ج ٨ دار الحديث القاهرة ص ٢٧٤.

مركز الخطورة فى الواجبات الملقاة على عاتق المحكم لضمان حياده[1] مما يوجب على المحكم إجراء مناقشة بين الخصوم فى المسائل التى يتصدى للفصل فيها، فتمكنه هذه المناقشة من استيضاح حقيقة الدعوى التحكيمية تحقيقاً لمبدأ المساواة بين الخصوم[2] بحيث لا يتم إجراء بتفضيل خصم ومراعاته دون الخصم الآخر[3] وهو ما اعتمدته التشريعات المعاصرة[4]

---

(١) د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم الإشارة السابقة.

(٢) ويقصد بمبدأ المساواة أن يعامل المحكم أطراف الخصومة التحكيمية على قدم المساواة، وأن تمنح لهم فرص متكافئة لإبداء ما لديهم من دفوع وأوجه دفاع د. عزمى عبد الفتاح: مبدأ المواجهة ص ١٥ وما بعدها، د. إبراهيم نجيب سعد قاعدة لا تحكم ص ٤٤، د. نبيل عمر: التحكيم ص ١٥٤ بند ١٢٤، د. وجدى راغب: دراسات فى مركز الخصم ص ١١٥ د. أحمد السيد صاوى: التحكيم ص ١١٤ بند ٩٦.

Morel: op. cit. p. 426.
Kessedjian: Principe de La Contradiclion op. cit. P. 386.

وليس المقصود بمبدأ المساواة فى هذا الصدد المساواة المجردة، وإنما المقصود بها المساواة الإجرائية، حسب ظروف كل طرف فى الخصومة، فالإجراءات والسلطات تختلف باختلاف مركز الخصوم، فمثلاً، عندما لا يقدم المدعى بياناً مكتوباً بدعواه دون عذر مقبول، يجب على المحكم أن ينهى إجراءات التحكيم، ما لم يتفق الطرفين على غير ذلك، فى حين أن عدم تقديم المدعى عليه مذكرة بدفاعه لا يؤثر على إجراءات التحكيم، ويكفى لاحترام مبدأ المساواة أن يمنح كل خصم بالتساوى وبدون تميز نفس الفرص لإبداء دفاعه ولو لم يستعملها بالفعل. د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٠٣ وما بعدها بند ١٥٩ د. إبراهيم نجيب سعد: المقال ص ٤٥ وما بعدها. د. عاشور مبروك: ص ٦٣ وما بعدها بند ٢٢.

La Leve: Le regles de Conflit de Loid appliqués au Fond du Litige par L'arbitre international Rev. arb. 1976 1. 3.

(٣) د. عزمى عبد الفتاح: الإشارة السابقة. د. محسن شفيق: المرجع السابق ص ١٥٨.

(٤) أنظر فى التشريع البلجيكى تطبيقاً للمادة ١٦٩٤ من القانون القضائى ونصه على حق الدفاع بصفة عامة، ومبدأ المواجهة بصفة خاصة وبطريقة لا تختلف عن ما نص عليه المشرع الفرنسى. أنظر:

Kessedjian: op. cit. P. 384
Bernardini: L'arbitrage en italie. Op. cit. Rev. arb. P. 490.

وأنظمة التحكيم المقارنة[1] فنصت المادة ١٤ مرافعات فرنسى على أنه لا يمكن الحكم على خصم ما لم يسمع أو يدع لذلك، والمادة ١٥ من القانون المذكور على أنه يجب أن يعلم كل الأطراف أو يمكنوا من العلم والإطلاع بطريق التبادل وفى وقت مناسب على وسائل الدفاع والحجج التى يستندون عليها. والمادة ١٦ من نفس القانون على أن تطرح للمناقشة الوجاهية لكل أطراف خصومة التحكيم ...[2] والمواد ٢٦، ٣١، ٣٣، ٣/٣٦ تحكيم مصرى على ضرورة أن يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة، وإلا وجب البطلان حاله عدم احترام المحكم لمبدأ المواجهة تطبيقاً لنص المادة ٥٣/ ١ تحكيم مصرى، المادة ١٤٩٢/ ٤ مرافعات فرنسى.

ويجب توافر حياد المحكم طوال إجراءات التحكيم، وحتى صدور حكم التحكيم المنهى للخصومة كلها، وانتهاء ميعاد الثلاثين يوماً التى يقدم طلب تصحيح الحكم وتفسيره[3] فإذا تم احترام مبدأ الحياد وكان فعالاً فلن تثور لدينا مشكلة حقوق الدفاع، لأن المحل الذى كان من الممكن أن يمارس عليه لم يوجد من الأصل[4].

ولا يخل بحياد المحكم أن يطلب من تلقاء نفسه من الخصوم – كما سنرى – إيضاح العناصر الضرورية لحل النزاع، وهذه إحدى نتائج التحول من المدلول السلبى لحياد المحكم إلى المدلول الإيجابى للحياد، ويؤكد ذلك المادة ٨ مرافعات فرنسى[5] حيث نصت على أن القاضى –

---

(١) المادة ١/١٧ من قواعد اليونسترال نصت على أن يعامل الطرفين على قدم المساواة وأن تهيئ لكل منهما فى جميع مراحل الإجراءات فرصة كاملة لعرض قضيته. المادة ٢٧ من نظام التحكيم السعودى الجديد حيث تنص على أن " يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما الفرصة الكاملة والمتكافئة لعرض دعواه ودفاعه" وكذلك المواد ٣٢، ٣٣ من هذا النظام.

(٢) أنظر فيما يلى بند ٢٦.

(٣) د. فتحى والى: ص ٢٥٠ ١٣٠.

(٤) ويقتصر استعمال حقوق الدفاع على عناصر النزاع الأصلى الذى طرحه الخصوم. د. نبيل عمر: عدم قضاء القاضى بعلمه الشخصى ص ١١٤ بند ٩٦.

(٥) " Le juge peut inviter les parties â fovmin les exptications de fais qu'il estime nécessaries â la solution du Litge".

المحكم – يستطيع دعوى الخصوم لتقديم الإيضاحات المتعلقة بالوقائع والتى يراها ضرورية لحل النزاع.

١٨- النتائج المترتبة على مبدأ حياد المحكم:

لا يستطيع المحكم تكوين عقيدته وإصدار حكمه فى الدعوى التحكيمية إلا بناء على الوقائع والأدلة التى عرضت عليه بمعرفة الخصوم، وكانت موضع مناقشة. هذا الواجب يفرض على المحكم ألا يحكم بعلمه الشخصى، وأن يتقيد بموضوع وسبب النزاع، ، وأن يحترم مقتضيات الدفاع. ذلك على النحو التالى:

أ- المحكم لا يحكم بعلمه الشخصى:

القاعدة، لا يجوز للمحكم أن يبنى حكمه على معلوماته الشخصية، فلا يؤسس حكمه على وقائع خارج نطاق المناقشة أو المرافعة وفقاً للمادة ٧ مرافعات فرنسى، أو خارج المحاكمة وفقاً للمادة ٣٦٨ من قانون أصول المحاكمات اللبنانى. وهذه القاعدة تكمل فى الواقع القاعدة التى تقضى ألا يغير المحكم موضوع وسبب الطلب المقدم له. إذ أن المحكم عندما يحكم بعلمه الشخصى يدخل فى اعتباره وقائع أو أدلة لم يتمسك بها الخصوم، ومن ثم فإنه يعدل بذلك فى البنيان الواقعى الذى هو من عمل الخصوم، ويغير بذلك موضوع وسبب الطلب، ولذا كانت القاعدة على المحكم أن يؤسس حكمه على الأقوال التى سمعها والمستندات التى قدمها الخصوم، لأنه إن فعل عكس ذلك يكون قد حكم بعلمه الشخصى، والمحكم[(١)] كالقاضى[(٢)] لا يجوز أن يقضى بعلمه الشخصى، وألا يكون قد أخل ليس

---

(١) د. فتحى والى: التحكيم ص ٣٠٧ وما بعدها، د. طلعت دويدار: ص ٢١١ وما بعدها. د. عصام سليم: المرجع السابق ص ٢٤ ومابعدها، د. على اسماعيل غازى: ص ٣٥٩.

Reymand (C.): des Connaissance Personnelle de Lorbitre Son informatim Privilige. Rev. arb. 1991. P. 3. Paris 6 mars 1986. Rev-a76. 1989.390.

(٢) أنظر فى قاعدة عدم قضاء القاضى بعلمه الشخصى د. نبيل عمر: المرجع السابق. د. إبراهيم نجيب سعد: المقال ص ٦٦ وما بعدها.

NORMAND: op. cit. P. 286 ets N 217.

فقط بمبدأ الحيدة الذى يقتضى احترام حقوق الدفاع ومنها حق العلم، وإنما أخل أيضاً بمبدأ حياده، الذى يقتضى أن يلتزم المحكم بحدود ولايته كما حددها اتفاق التحكيم بصفة مبدئية أو تراخى الخصوم أثناء الخصومة بصفة نهائية[1].

ويترتب على الإخلال بمبدئى الحيدة والحياد أن يكون حكم المحكم أن صدر محلاً للبطلان تطبيقاً للمادة ٥٣/ ١ تحكيم مصرى، وعرضه للطعن بالطرق المقررة وفقاً للمادة ١٤٨٤ مرافعات فرنسى والمادة ٣٤/ ٢/ ٣ من القانون النموذجى كوجه من أوجه البطلان، أو كمانع من موانع تنفيذ الحكم تطبيقاً للمادة ٣٦/ ١/ أ/ ٣ من القانون السابق. المادة ٥٠ من نظام التحكيم السعودى.

وما أعتمدته التشريعات استقر عليه الفقه[2] مقرراً بأنه لا يجوز للمحكم أن يبنى حكمه على معلومات أياً كان مصدرها إلا بعد تمكين أطراف التحكيم من الإطلاع عليها ومناقشتها والرد عليها إعمالاً لمبدأ المواجهة، يستوى فى ذلك أن تكون تلك المعلومات، عامة أو شخصية، فإذا كان لدى المحكم معلومات شخصية استمدها من معاصرته للنزاع[3]

---

(١) د. طلعت دويدار: ص ٢١٢.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم ص ٢٦٠ بند ١٠٦، التحكيم بالقضاء والصلح دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٧ ص ٢٢٦ بند ١٠٠. د. نبيل عمر: التحكيم ص ١٢٧ بند ١٠٢، ص ١٥٥ بند ١٢٦. د. فتحى والى: ص ٣٠٧ وما بعدها بند ١٦١، د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم ص ٢٨٨، د. عاشور مبروك: ص ٣٠٠ وما بعدها وحكم النقض المشار لديه نقض مدنى إمارات الطعن رقم ١٧٦/ ١٦ من تاريخ ١٩٩٥/١١/٢١. د. طلعت دويدار: ص ٢١١ وما بعدها. د. السيد تمام: ص ٨٥ وما بعدها بند ٤٤. د. أحمد صاوى: ص ١١٦ بند ٩٨. د.على اسماعيل غازى: المرجع السابق: ص ٣٥٩.
Reymond: Lic. Cit. Mayser: le pouvoir des arbitres: op. cit. Rev. arb. P. 164.
Perrot: L'adminstration de la Preuve en matiere d'arbitrage. Rob. Arb. 1974 P. 164.

(٣) فالمحكم قد لا يتم اختياره إلا لسبب ما يحوزه من معلومات شخصية أو خبرة تؤهله للقيام بالمهمة المسندة إليه، كما قد يتم اختياره بسبب معاصرته لمراحل

وتطوره أو من خبرته الفنية، فإن عليه أن يواجه الخصوم بها قبل بناء حكمه عليها. وبالتالى فلا حرج على المحكم فى استخدام معلوماته الشخصية طالما أعمل مبدأ المواجهة.

وما استقر عليه الفقه أكده القضاء بتواتر أحكامه على احترام مبدأ المواجهة حتى مع إعمال المحكم للمعلومات العامة بطريقة مجردة لتقدير المسألة المتنازع عليها، وقضى تطبيقاً لذلك[1] بأنه ليس هناك محل للنعى على المحكم فى أن يستعلم من فنى بدون علم الخصوم بأهمية طريقة من طرق حساب مؤشرات الأسعار، فإن هذا يكون شريطة أن يتمكن الخصوم من مناقشة المعلومة. كما قضى[2] ببطلان حكم التحكيم بعدم إعمال مبدأ

النزاع المختلفة، وبالتالى وقوفه على كافة أبعاده، مما يسهل عليه مهمة القيام بالفصل فى النزاع.

(١) Cass. Civ. 30 Nov. 1978 Rev. arb. 1979. 355 abs. Fouchard.
Cass. Civ. Mai 1975 Rev. arb. 1976. 186 obs. Brentana
Cass. Civ. 15 Oct. 1980 Rev. arb. 1982 P. 40.
فالمحكم لا يكون قد قضى بعلمه الشخصى إذا قضى بواقعة مشهورة فى أوساط معروفة فى أوساط المهنة لأن المحكم يختار لصفاته الفنية أكثر من صفاته القانونية د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم ص ٢٥٩. وكذلك لا يعد قضاء بعلمه الشخصى إذا اتفق الأطراف على أن يقوم المحكم بترجمة المستندات إلى لغة المرافعة ولغة الحكم، وإلا وجب أن تقدم المستندات بلغة المرافعة والحكم أو تترجم إليها بمعرفة الخصوم أو محاميهم د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم: ص ٢٦١ بند ١٠٦. كما لايعد قضاء بعلم المحكم الشخصى تأكيده فى حكمه على أنه بماله من خبرة فنية فى المسائل المتصلة بالنزاع المطروح على التحكيم يقتنع بسلامة أو صحة دليل ما بما يطرح عليه فى التحكيم، لأنه بذلك لايتجاوز ولايته المحكمة الاتحادية بدولة الإمارات ١٩٩٥/١١/٢١ فى الطعن ١٧٦ لسنة ١٧ق مشار إليه لدى د. على غازى ص ٣٥٩.

(٢) Paris 10 jun. 1993. Rev. arb. 1995. P. 440 Paris 12 mars 1963. Rev. arb. 1963. P. 21.
ويعد من قبيل العلم الشخصى ترجمة المستندات إلى لغة المرافعة ولغة المحكم بواسطة المحكم نفسه، فإذا قام بإجرائها بنفسه يكون قد قضى بعلمه وهو ممنوع من ذلك، فقد يسيئ الترجمة أو يخطئ بصددها أو يكون علمه الشخصى غير مستكمل مما يؤثر فى التقدير. د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم الإشارة السابقة.

المواجهة، لأن هيئة التحكيم استندت أثناء المداولة على معلومات شخصية لأحد أعضائها تحصل عليها أثناء ممارسته لنشاطه المهنى دون أن تطرح هيئة التحكيم هذه المعلومات للمناقشة والرد عليها من جانب أطراف الخصومة، بالرغم من التأثير الواضح لهذه المعلومات على القرار الذى أصدرته الهيئة.

ب - تقيد المحكم بموضوع وسبب النزاع التحكمى:

وهو فى ذلك كقاضى الدولة، مقيد بإطار النزاع الواقعى كما طرحه الخصوم[1] أو كما رغب أطراف الاتفاق على التحكيم فى خصوص تحديدهم للنزاع أمامه. كما أن المحكم مقيد بالوقائع التى عرضها الخصوم وتمت المناقشة بصددها، وليس له أن يخالف ما هو ثابت بأوراق الدعوى[2].

فمن ناحية: يتقيد المحكم بطلبات الخصوم[3] فليس له أن يحكم فى غير هذه الطلبات، أو يتجاوز حدودها، بأن يغير مضمونها، أو يستحدث طلبات جديدة لم يطرحها عليه الخصوم، فيقضى بأكثر مما طلب منه، ولو كان مرتبطاً بالطلب أو مكملاً له، أو كان الطالب – حسب وقائع الدعوى ومستنداتها – يستحقه ما دام لم يطلبه، ولو كان لا يستحقه إلا إذا رفض طلبه، فقضاء التحكيم يجب أن يقتصر فقط على ما تنصرف إليه إرادة

---

(١) أنظر فى أساس الإدعاء أمام القضاء العادى د. عزمى عبد الفتاح: أساس الإدعاء أمام القضاء المدنى دار النهضة العربية ١٩٩١.
NABIL OMAR: La Cause de La demande en jusliece Bordeaux 1977.

(٢) د. نبيل عمر: التحكيم: ص ١٢٥ – ١٢٧ – بند ١٠٢. د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم: ٢٥٩. د. محمد نور شحاته: ص ٣٢٠. عاشور مبروك: ص ٨٠ وما بعدها بند ٢٧. نقض ١٩٧٢/٥/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ٩٩.

(٣) والطلب عبارة عن تقرير وجود أو عدم وجود حق أو مركز قانونى، أو إنشاء أو تعديل أو إنهاء هذا الحق أو المركز أو إلزام المدعى عليه بأداء معين، وتتمثل عناصر هذا الطلب فى نوع الحماية المطلوبة وبنوع الحق المطلوب حمايته، وبذاتية الشئ محل هذا الحق أنظر فى توضيح ذلك: د. على هيكل: المرجع السابق ص ٢٣٥ وما بعدها بند ٢٢١.

المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم[1]. وهو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع الفرنسى وفقاً للمادة ٤ مرافعات والتى تنص على أنه " يتحدد محل النزاع من خلال إدعاءات الأطراف".

ومن ناحية ثانية : يتقيد المحكم بسبب النزاع الذى قدم له[2] فيمتنع عليه أن يبنى حكمه على وقائع ليست فى المرافعة تطبيقاً للمادة ٧ مرافعات فرنسى. وألا يكون قد غير أساس الإدعاء، كما لا يجوز له لنفس السبب أن يبادر باتخاذ أى مبادرة فى مجال الواقع[3] ولذا يظل المحكم محصوراً داخل السياج الواقعى الذى أقامه الخصوم بحيث إذا جاوزه يكون قد غير أساس طلب التحكيم[4]. فالمحكم لا يمكنه أن يبنى قراره على وقائع لم يدعى بها الأطراف. وهذا التقيد مبنى على توزيع الأعباء الإجرائية – كما فى الخصومة العادية – التى تقع على كاهل كل من الخصوم والمحكم[5]

---

(١) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٠٢ بند ١٥٧ والحكم المشار لديه نقض مدنى ١٩٨٨/٢/١٤ فى الطعن ١٦٤٠/ ٥٤ ق.
Boisséson: op.cit. P. 229. N. 259.

(٢) وسبب الدعوى هو مجموعة القواعد القانونية المنتجة التى يتمسك بها المدعى كسبب دعواه، فالسبب الذى يحدد معالم دعوى معينة ليس هو النص القانونى المجرد، ولا القاعدة القانونية، ولا التصرف القانونى الذى يستند إليه المدعى فى دعواه وإنما هو مجموعة الوقائع المولدة للحق المدعى به، والتى يقدمها المدعى لتأييد دعواه، والتى بناء على تقديمه لها يقع على عاتقه عبء إثباتها، فما يعجز عن إثباته لا يصلح أن يكون أساساً لدعواه، ودون الاعتداد بتكييفه لهذه الوقائع. د. على هيكل: ص ٢٤٠ بند ٢٢٥. د. عزمى عبد الفتاح: أساس الإدعاء ص ٥٥ وما بعدها.
Nabil Omar op. cit. p. 223,

(٣) د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم ص ٢٥٩.

(٤) د. عزمى عبد الفتاح: أساس الإدعاء ص ٣١٧.

(٥) يسود النظام الإجرائى بصفة عامة قاعدة راسخة هى قاعدة أعطنى الواقع أعطك القانون. وطبقاً لهذه القاعدة، فإن المهام الإجرائية فى الخصومة المدنية تتوزع على أساس أن الواقع من عمل الخصوم، وأن القانون من عمل القاضى – المحكم – ولا يوجد فى التشريع المصرى تنظيم عام يحدد دور القاضى والخصوم فى نطاق كل من الواقع والقانون، وذلك على العكس من قانون المرافعات الفرنسى الذى أفرد فصلاً لكل من الواقع والقانون فى باب تمهيدى، واعتبر هذا التشريع أن القاضى هو السيد فى مجال القانون، وأن الخصوم هم

فالخصوم يوضحوا سبب الطلب، بمعنى الوقائع المركبة التى تكون العناصر الجوهرية التى تصلح لتطبيق القاعدة القانونية التى يستندون إليها وفقاً للقانون الذى تم اختياره وفقاً لاتفاقهم، أو فوضوا فى اختياره لهيئة التحكيم.

وتقيد المحكم بموضوع وسبب النزاع، لا يقتصر فقط على التحكيم العادى، وإنما يتقيد به المحكم مع التفويض بالصلح[1]. ذلك أن تفويض المحكم فى الصلح وأن وسع من سلطاته بعدم تقيده بقواعد القانون الموضوعية، فإنه لا يؤدى إلى إعطاء المحكم سلطة الفصل فى مسائل لم يشملها اتفاق التحكيم أو على وقائع لم ترد فى طلبات الخصوم أو بأكثر مما طلبوه، ولو كان مرتبطاً بالطلب الأصلى أو مكملاً له، طالما لم يطلبه الخصوم[2].

وعدم تقيد المحكم بموضوع وسبب النزاع، والخروج عليهما يجعل حكم المحكم باطلاً. فالمحكم الذى يقضى فى غير ما طلب منه، أو فى أكثر مما طلب منه، أو يبنى حكمه على وقائع لم يتحقق بمقتضاها مبدأ

السادة فى مجال الواقع. أنظر فى تفصيل ذلك: د. عزمى عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون – كحل تأصيلى لمشكلة تغير أساس الإدعاء – سبب الدعوى بحث منشور فى مجلة المحامى الكويتية أكتوبر ١٩٨٦.

MIGUET: immutabilite et evolution du Litige: Thése. L.G.D.J. 1977. P. 54 ets N 44.

(١) التحكيم بالصلح شأنه شأن التحكيم العادى يلتزم فيه المحكم باحترام موضوع النزاع كما حدده الخصوم، وشرط التفويض بالصلح يخول للمحكم فقط وفى إطار طلبات الأطراف حرية أوسع فى البحث فى عناصر الواقع المطروحة فى المناقشات أو فى القانون عن الحل الأكثر عدالة، لذا فإن اتفاق التحكيم يحدد فى الواقع سلطات المحكم المفوض بالصلح، كما يقيد سلطات المحكم العادى. د. محمد نور شحاته: ص ٣٢٠ والحكم المشار لديه.

Limoges 25 Nov. 1986 Rev. arb. 1988, 143.

قارن:

Cass. Civ 16 juin 1967 Bull. Civ. 1. 217.
Rev. arb. 1977. 269.

(٢) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٠٣ بند ١٥٧ د. محمد نور شحاته. الإشارة السابقة، د. عاشور مبروك: الإشارة السابقة.

المواجهة، أو على وقائع ليست فى المرافعة، يكون المحكم قد تجاوز ولايته التى يحددها ليس فقط اتفاق التحكيم، وإنما أيضاً ما يطلب منه الحكم به[1] كما يعد هذا الخروج انتهاكاً لكل من مبدأ المواجهة والحق فى الدفاع، إذ يكون المحكم قد قضى فى مسألة لم يتحقق بمقتضاها المواجهة بين الأطراف، ولم يمكن الخصوم من إبداء دفوعهم بشأنها، وهو ما يتعلق بالنظام العام[2].

جـ- احترام مقتضيات الدفاع:

لا تثور صعوبة عندما تكون الوقائع اللازمة لتطبيق قاعدة قانونية آمرة قد نوقشت بمعرفة الخصوم، إذ يجب على المحكم أن يحكم بها من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك الخصوم بهذه القاعدة أمامه[3] وإنما الصعوبة عندما تكون الوقائع الأساسية لتطبيق هذه القاعدة قد عرضت بصفة عارضة، دون أن يتمسك بها الخصوم، أو تمنح لهم فرصة لمناقشتها. ترى مع البعض[4] أنه على المحكم تطبيق هذه القاعدة، إلا أنه يلتزم فى نفس الوقت

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٨/١/٢٥ فى الطعن ٧٥٤/ ٤٠ مشار إليه لدى د. فتحى والى: الإشارة السابقة.
Cass. Civ. 30 Mai 1980 Rev. arb. 1981. P. 137. =
=Cass. Civ. 20 dec. 1971 Rev. arb. 1972. obs. Loquin. Paris 6 Avril 1995 Rev. arb. 1995. P. 448. Paris 31 Nov. 1980 Rev. arb. 1984. P. 129.

(٢) د. عاشور مبروك: ص ٨٤ وما بعدها بند ٢٨. د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم ص ١٠٩. د. فتحى والى: ص ٣٠٣ بند ١٥٧.
Paris 16 janv, 2003. Rev. arb 2004-369 Note Jaeger. Paris 24 mai 1974, D. 1974 Note Robert. P. 706.

(٣) فالمحكم يتقيد دائماً بالأحكام الآمرة فى القانون الإجرائى الواجب التطبيق حتى عند تفويضه بالصلح، ويمتنع عليه أن يطبق القواعد الإجرائية التى يتفق عليها الأطراف، إذا تبين له أنها مناقضة للقواعد الآمرة أو الأسس الجوهرية التى يقوم عليها النظام القانونى الإجرائى، ويؤكد ذلك المادة ٢٢ من قواعد اليونسترال على عدم إمكانية اتفاق الأطراف على الخروج عن القواعد التى لا يجوز الخروج عليها فى القانون الإجرائى الواجب التطبيق.

(٤) د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم: ص ٤٨. واجب القاضى فى احترام مبدأ المواجهة ص ٤٨. د. طلعت دويدار ضمانات التقاضى: ص ٢١٣. د. إبراهيم

– احتراماً لمبدأ المواجهة – أن يلفت نظر الخصوم إلى ذلك حتى يستطيع هؤلاء إثبات هذه الوقائع، أو منازعتها ومناقشتها، حتى لا يكون تطبيق القاعدة مفاجأة لهم، مما يعد إخلالاً بحقوق دفاعهم.

وإعمال المحكم لهذه القاعدة، والتزامه بلفت نظر الخصوم بشأنها، يجد له أساساً تشريعياً في نصوص قانونية معتمدة، حيث تنص المادة ٨ مرافعات فرنسي، على أنه يجوز للقاضي، ومن ثم المحكم أن يدعو الأطراف لتقديم إيضاحات حول الواقعة الضرورية لحل النزاع، وهو ما نصت عليه المادة ٣٧١ من قانون أصول المحاكمات اللبناني بقولها "للقاضي – والمحكم – أن يطلب من الخصوم بشأن الوقائع أو النقاط القانونية الإيضاحات التي يراها ضرورية للحكم في النزاع".

وترتيباً على ذلك، إذا أراد المحكم أن يأخذ في اعتباره عنصراً واقعياً قدمه الخصوم، ولكنهم لم يتمسكوا به بشكل خاص لتأسيس إدعاءاتهم، تعين عليه لفت نظر الخصوم إلى هذا العنصر وسماع وجه نظرهم بشأنه احتراماً لمبدأ المواجهة[1] والقول بذلك لا يعد خروجاً على قاعدة أن من يمارس الوظيفة القضائية قاضي أو محكم غير ملزم بأن يلفت نظر الخصوم لمقتضيات دفاعه[2] وإنما هو احترام المحكم لمقتضيات الدفاع. وتعد سلطة المحكم في هذه الحالة مظهرة وموضحة لما قدمه الخصوم من وقائع عن طريق استخراجها من ملف القضية وإبرازها[3] وهو ما يتفق وطبيعة التحكيم الذي ينطوي على قدر كبير من المرونة والسرعة والتخفيف من الإجراءات.

نجيب سعد: قاعدة لا تحكم: ص ٦٥ وما بعدها. د. علي هيكل: ص ١٥٢ وما بعدها بند ١٤٤ وما بعده.

(١) Couchez (G.) Principe directeure du Procés Principe Comtradiction. Jur. Class. Pre. Civ. 1973 Fasc. 156 N 54.
ثم أنظر المراجع المشار إليها في الهامش السابق نفس الإشارات.

(٢) د. هدى عبد الرحمن: المرجع السابق ص ٢١٦.

(٣) د. عزمي عبد الفتاح: أساس الإدعاء: ص ٣٢١ وما بعدها. د. أحمد هندي: المشكلات ص ١٣٩ بند ٢٠.

المطلب الثانى
سلطات المحكمين فى اتخاذ إجراءات الإثبات وما يرد عليهم من قيود

١٩ـ تمهيد:

لم يعد دور المحكم قاصراً على مراقبة توافر الشروط المطلوبة قانوناً فى الدليل محل الإثبات. أو فى تقديره لما يطرح عليه من أدلة، وإنما يملك اتخاذ زمام المبادرة ويأمر بإجراء تحقيق من تلقاء نفسه لتنوير عقيدته أو تأكيد اقتناعه بصدد المنازعة المطروحة أمامه. وقد أعطت منظمات ومراكز التحكيم للمحكمين سلطة اتخاذ ما يرونه مناسباً من إجراءات التحقيق والإثبات[(١)]. كما اعتمدت التشريعات المعاصرة ونصت على أن للمحكم أن يأمر من تلقاء نفسه بإجراءات التحقيق المقبولة تطبيقاً للمادة ١٠ مرافعات فرنسى[(٢)]. وهو ما يكشف عن إرادة التشريعات الصريحة على أن لهيئة التحكيم حرية تقدير إجراءات الإثبات، كما تملك اتخاذ ما تراه من إجراءات الإثبات تكون لازمة للفصل فى النزاع. وإذا كانت هيئة التحكيم تملك هذا وذاك، فهى شأن قضاء الدولة تملك العدول عن أى إجراء من إجراءات الإثبات، كما تملك رفض اتخاذ أى إجراء من إجراءات الإثبات.

وإذا كانت أنظمة التحكيم والتشريعات المعاصرة قد أعطت للمحكمين – وكما سنرى – سلطة اتخاذ كافة إجراءات التحقيق، والأمر بما يرونه مناسباً من إجراءات الإثبات، فإن الطبيعة الخاصة لنظام التحكيم تقتضى تقيد هذه السلطة بقيود، ممثلة هذه القيود فى ضرورة احترام المبادئ

---

(١) نصت المادة ٢٠ من لائحة غرفة تحكيم باريس على أن "لهيئة التحكيم وهى بصدد التحقيق فى النزاع سلطات واسعة وتملك الأمر بإجراءات الإثبات التى تراها مناسبة، وهو نفس ما نصت عليه المواد ٣/٢/٢٤، ٣/٢٥، ١/٢٧ من قواعد اليونسترال، ٢٣، ٢٥ من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجارى الدولى. المواد ٣٣ – ٣٨ من لائحة نظام التحكيم السعودى. المادة ٢١ من لائحة غرفة تحكيم ستراسبورج.

(٢) والمادة ٢٥ تحكيم مصرى بعد أن أوردت مبدأ عام بمقتضاه يملك المحكمون سلطة تحديد إجراءات التحكيم كسماع أطراف النزاع أو الشهود أو الخبراء أو الإطلاع على المستندات أو معاينة بضاعة أو أموال أو إجراء مداولة ..." المواد ٢، ٧، ١٠٦، ١٣١، ١٣٥ إثبات مصرى. والمواد ٢٨، ٢/٣٣، ١/٣٦ من نظام التحكيم السعودى المادة ٣/٢٧ من قواعد اليونستيرال.

الأساسية للتقاضى فى مجال الإثبات، وضرورة اتخاذ هذه الإجراءات بمعرفة هيئة التحكيم مجتمعة. وأن هيئة التحكيم لا تملك سلطة الجبر. فى مسألتين متعاقبتين نتناول ذلك.

أولاً: سلطات المحكمين فى اتخاذ إجراءات الإثبات.

ثانياً: القيود الواردة على المحكمين فى اتخاذهم لإجراءات الإثبات.

أولاً: سلطات المحكمين فى اتخاذ إجراءات الإثبات:

٢٠- تمهيد:

لهيئة التحكيم سلطة اتخاذ أى إجراء من إجراءات الإثبات. وسلطتها فى رفض إجراء من تلك الإجراءات. وسلطتها فى العدول عنه، وسلطتها فى تقدير هذه الإجراءات. فى مسائل أربعة متعاقبة نتناولها على النحو التالى:

٢١ - ١ - سلطة هيئة التحكيم فى اتخاذ أى إجراء من إجراءات الإثبات:

القاعدة العامة أن إجراءات الإثبات تتخذ بناءً على حكم يصدر بإجرائها سواء كان ذلك بناء على طلب أحد الخصوم، أو من تلقاء نفس هيئة التحكيم. ذلك لأن المحكم يصدر حكماً فى المنازعة المعروضة عليه، هذا الأمر يتطلب منه السعى لتكوين عقيدته واقتناعه بالحكم الذى يهدف إلى الوصول إليه لحل المنازعة المطروحة أمامه، والوصول لهذا الحكم قد لا يتم إلا عن طريق الأمر باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات، كالأمر بإلزام الخصم بتقديم مستند تحت يده سواء بناء على اتفاق الخصوم، أو أن يأمر بالاستجواب أو المعاينة أو الخبرة، حيث يكون لهيئة التحكيم سلطة اتخاذ أى إجراء من هذه الإجراءات ولو من تلقاء نفسها.

وهيئة التحكيم فى ممارستها لهذه السلطة، يكون شأنها شأن قضاء الدولة، فيمكنها الأمر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم – إذا تطلبت ظروف المنازعة، كما فى حالة عدم كفاية المستندات التى قدمها الخصوم لتكوين عقيدتها – باتخاذ ما تراه من إجراءات الإثبات اللازمة

للفصل فى الخصومة التحكيمية، مع مراعاة ما اتفق عليه الأطراف، أو ما ورد بشأن نصوص خاصة[1].

ومنح هذه السلطة لهيئة التحكيم يقصد به إعطاءها الصلاحيات التى يمكن من خلالها ممارسة دور فعال فى مرحلة الإثبات، ومنحها سلطة الأمر باتخاذ ما تراه مناسباً لهذه المرحلة، للوصول إلى الحقيقة الموضوعية فى النزاع المطروح أمامها. وليس القصد منه رفع عبء الإثبات عن كاهل الخصم المكلف به، فالخصم هو المكلف بإثبات ما يدعيه[2]، ومشاركة هيئة التحكيم فى هذه المرحلة وسلطتها فى اتخاذ ما تراه مناسباً للفصل فى النزاع، الهدف منه تكملة الأدلة المقدمة فى الدعوى أو لتقدير اقتناعها بهذه الأدلة.

ومن الثابت، أن الأمر باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات يكون جوازى لهيئة التحكيم حسب ما يتراءى لها من ظروف الدعوى، فإذا تبين لها عدم أهمية هذا الأمر، وأن الأدلة المقدمة فى الدعوى كافية لتكوين عقيدتها والحكم فيها، لها ألا تجيب الخصوم إلى طلبهم، وليس للخصوم

---

(١) د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم: ص ٢٦٥ بند ١٠٨، د. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار التعليق على قانون الإثبات ط ٤ منشأة المعارف ١٩٩٤: ص ٩٠، د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٦٩٠ بند ٤٧٥. د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم ص ٢٨٦ د. محمد نور شحاته: ص ٣٤٦ وما بعدها. د. عاشور مبروك: ص ٢٨٨ بند ١٧١. د. عاطف الفقى ص ٤٣٠. نجيب أحمد الجبلى: التحكيم فى القانون اليمنى رسالة الإسكندرية ١٩٩٦ ص ٣٧٣. د. عيد القصاص: قانون التحكيم: ٢٠١٥، الطبعة الأولى، ص ٣٠٧= =ومابعدها =بند ١٠٢. د. أحمد هندى: المشكلات: ص ١٤٢ بند ٢٢. د.على اسماعيل غازى: المرجع السابق ص ٣٥٦.

MAYER: le Pouvoir des arbitres Rev. arb. Op. cit. p. 163.
Perrat L'adminsitration de la Preuve Rev. arb. Op. cit. P. 167
Boisseson: op. cit. p. 248
Robert et Moreau: op. cit. N 236. Cornu et Foyer: op. cit. P. 750 N 195.
CADIET: op. cit. P. 790 N 1533.

(٢) وعبء الإثبات يقع على كاهل الخصم المكلف به هو ماصادف اعتماد ثابت من جانب المشرع الفرنسى حيث تنص المادة ٦ مرافعات على أنه " يلتزم الأطراف بإقامة الدليل على إدعائاتهم.."

Le Juge Ne Peut Fonder Sa décision sur de faits quine sont pas dansle débat'

الحق فى أن يعيبوا عليها موقفها هذا، لما لهيئة التحكيم من سلطة تقديرية فى إجابة طلب الخصومة أو على العكس عدم إجابته إذا تبين لها أنه غير مجد بالنظر إلى ظروف الدعوى، وما هو ثابت فيها من الأدلة والوقائع التى تكفى لتكوين عقيدتها، وبحسبها أن تبين فى حكمها الأسباب التى اعتمدت عليها فى عدم إجابتها لهذا الطلب.

والسلطة الممنوحة للمحكم أو هيئة التحكيم فى اختيارها لإجراء التحقيق المناسب والكافى لتكوين عقيدتها، أو لتعزيز اقتناعها، وكذلك سلطتها فى الأمر به يجد أساسه ومبناه فى نصوص تشريعية ثابتة[1] كما حرصت أنظمة التحكيم المعاصرة بالنص عليها صراحةً "لهيئة التحكيم أن تجتمع فى أى مكان تراه مناسبا للمداولة بين أعضائها ولسماع أقوال الشهود والخبراء أو طرفى النزاع أو المعاينة محل النزاع أو لفحص المستندات أو الإطلاع عليها" مادة ٢٨ من نظام التحكيم السعودى. "يجوز لمحكمة التحكيم أن تطلب من الأطراف تقديم أدلة إضافية فى أية مرحلة من مراحل التحكيم" مادة ٥/٢٠ من لائحة غرفة تحكيم باريس[2]. فهذه النصوص وغيرها خولت لهيئة التحكيم رخصة فى أن تأمر باتخاذ ما تراه لازماً من إجراءات الإثبات للفصل فى النزاع، ودون أن تكون ملزمة باستخدام هذه الرخصة، طالما أنها قدرت أن الأدلة المقدمة إليها تكفى لتكوين عقيدتها والحكم فى الدعوى[3].

وإذا كان الثابت أن لهيئة التحكيم سلطة فى أن تأمر ولو من تلقاء نفسها باتخاذ ما تراه مناسباً من إجراءات الإثبات، إلا أن هذه السلطة

---

(١) أنظر فيما سبق بند ١١.

(٢) أنظر فيما سبق بند ٧.

(٣) Cass. Civ. 7 mai 1996 Bull. Civ. 111. 1996. P. 71 N 110.
Cass. Civ. 1. juin 1976. j. c. p. 1976. Iv. 282.
مع ملاحظة إذا لم يكن للخصم وسيلة إثبات أخرى لما يدعيه تعين على المحكمة أو هيئة التحكيم إجابته إلى طلبه، وألا تكون قد أخلت بحقوق الدفاع. نقض مدنى جلسة ١٩٧٣/٦/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٤٦.

ليست مطلقة، وإنما مقيدة بقيود بعضها مستمد من طبيعة الأشياء، والبعض يفرضه المشرع، والبعض الآخر هو مدى ملائمة الإجراء للنزاع.

أما القيد المستمد من طبيعة الأشياء، تقتضى هذه الطبيعة بأن الواقعة المراد إثباتها محددة وممكنة الحصول ومتنازعاً فيها[1]. والقيد الذى يفرضه المشرع حرصاً على سير العمل التحكيمى، وتحقيقاً لمصلحة عليا تتعلق بالنظام العام، فنص صراحة على أنه يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى منتجة فيها جائزاً قبولها مادة ٢ إثبات مصرى[2] وغير مخالفة للنظام العام مادة ١١ تحكيم مصرى ٥٥١ مدنى مصرى[3]. وأخيراً، ملائمة الإجراء لطبيعة النزاع تشكل قيداً على سلطة هيئة التحكيم عند اختيارها لإجراء الإثبات، فيتم بناء على تقدير موضوعى، وفى ضوء المسائل التى يثيرها النزاع، فتتمكن من المواءمة بين الاحتفاظ بالجوهر القضائى للخصومة، وبين اختيار القواعد الملاءمة لطبيعة النزاع، واضعة فى الاعتبار أن عدالة الإجراءات لا تعنى عدالة الإجراء فى ذاته، وإنما تعنى أيضاً ملائمة الإجراء للنزاع المطروح فى كافة جوانبه، فمثلاً قد تكون المرافعة الشفوية أمراً لازماً فى نزاع، وقد يكتفى بتقديم المستندات فى نزاع آخر، دون حاجة لإجراء مرافعة أو سماع شهود، وهكذا[4].

٢٢ـ٢ ـ سلطة هيئة التحكيم فى رفض إجراء من إجراءات الإثبات:

إذا كان المحكم يستطيع اتخاذ أى إجراء من إجراءات الإثبات لتكوين عقيدته أو لتعزيز اقتناعه، فهو يستطيع رفض اتخاذ إجراء الإثبات الذى قد يطلبه أحد الخصوم، إذا قدر المحكم أن هذا الإجراء لن يزيد شيئاً فى اقتناعه أو غير متعلق بالدعوى، أو غير منتجة فيها، أو على الكل ليس

---

(١) أنظر فيما سبق بند ٢.

(٢) أنظر فيما سبق بند ٢.

(٣) د. فتحى والى: التحكيم: ص ١٢٣ وما بعدها بند ٥٩.
Boisséon: op. cit. P. 38.

(٤) د. هدى عبد الرحمن: ص ٢١٢ بند ١٦٨. د. على اسماعيل غازى: المرجع السابق ص ٣٥٦.

له قيمة إجرائية، أو أن الخصم لا يستهدف من طلبه سوى التسويف وإطالة إجراءات الخصومة حتى تفوت مهلة التحكيم [1].

وبصدد ذلك، يقول بعض الفقه [2] "لا تلزم هيئة المحكمين بسماع جميع الشهود المطلوبين ويظل من حقها رفض سماع الشهود الذين تهدف شهادتهم إلى إثبات وقائع غير منتجة فى الدعوى، ويمارس المحكمون حقهم هذا بحرص شديد حتى لا يتعرض حكم التحكيم للطعن عليه لإخلال بحق الدفاع".

ومن تطبيقات ذلك، سلطة هيئة التحكيم فى رفضها لندب خبير، إذا وجدت فى وقائع الدعوى والأوراق والمستندات عناصر تكفى لتكوين عقيدتها لإصدار الحكم فى الدعوى دون الرجوع إلى الخبرة [3]، أو قدرت أن الخبرة غير مفيدة أو غير منتجة ولن تضيف جديداً فى الدعوى، أو أن طلب الخبرة ليس وثيق الصلة بموضوع النزاع [4] أو لتحقيق وقائع غير متنازع فيها [5] أو أن الخصم اساء استعمال حقه فى طلبه للخبرة، كما لو

---

(١) د. أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة، د. عاشور مبروك: ص ٢٨٩ بند ١٧٢. د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم ص ٢٨٦. د. نجيب الجبلى: ص ٣٧٣ د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٦٩٠ بند ٤٧٥. د. عبد الباسط جميعى: الإساءة فى المجال الإجرامى، مجلة القانون والاقتصاد، عدد خاص ١٩٨٣.

Pererat: L'adminstration de la Preuve Rev. arb. Op. cit. P. 167
Robert et Moreau: op. cit. N. 236
Loquin op. cit. Jeur. Calis. Fosc. 1036 N 44.

وفى تطبيق ذلك أنظر: نقض مدنى ١٩٧٢/٣/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ٥٢١ قاعدة ٨٢. نقض مدنى ٢٥ يونية ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ١٠٧٦ قاعدة ١٧٣.

- Coss. Req 5 jvin 1926.S. 1926-1.202.

(٢) د. أكثم الخولى: بدء التحكيم وسيره طبقا لنظام التوفيق والتحكيم التجارى لغرفة تجارة وصناعة دبى ص ٢٤ مشار إليه لدى د. عاشور مبروك: الإشارة السابقة.

(٣) Coss. Com. 11. déc. 1979. Bull. Civ. IV. P. 263. N 334.

(٤) Coss. Civ. 26 Nov. 1980 Goz Pal. 3. 5. moi 1981.
Coss. Civ. 24 Fev. 1993. N. 78.

(٥) د. محمود جمال الدين زكى: الخبرة فى المواد المدنية والتجارية ١٩٩٠ مطبعة جامعة القاهرة ص ٧٧ بند ١٨.

كما لو قصد من ورائه كسب الوقت والمماطلة لإطالة أمد التقاضى[1]. وما ينطبق على الخبرة ينطبق على أى دليل من أدلة الإثبات. اللهم إلا إذا كان سلوك دليل أو وسيلة معينة أمراً وجوبياً أو على العكس محظوراً على هيئة التحكيم وفقاً لاتفاق التحكيم[2] حيث تلتزم الهيئة باحترام الاتفاق مصدر ولايتها وإلا كان حكمها معرضاً للبطلان[3] وتطبيقاً لذلك نصت المادة ٣/١٤ من لائحة غرفة تحكيم باريس من أن للمحكم الفصل فى الوثائق وحدها إذا طلب الأطراف ذلك أو اتفقوا عليه.

وإذا كانت هيئة التحكيم تملك رفض اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات وفقاً لسلطتها التقديرية، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة، وإنما مقيدة بضرورة تسبيب الحكم الصادر بالرفض، لكون هذا الحكم قد سبق مناقشته حول جدوى إجراء الإثبات الذى تم رفضه، وهى مسألة قد تمت المواجهة بشأنها بين أطراف الخصومة التحكيمية، ومن ثم إذا رفضت الهيئة إجراء من إجراءات الإثبات ينبغى عليها تسبيب رفضها[4].

---

(١) محمود جمال الدين: المرجع السابق ص ٨٣ بند ٢٠. د. على الشحات الحديدى: دور الخبير الفنى فى الخصومة دار النهضة العربية طبعة ١٩٩٣ ص ١١٨.

(٢) ولكن ما الحكم لو حظر أطراف التحكيم على هيئة التحكيم اللجوء إلى وسيلة معينة من وسائل الإثبات، كما لو كانت المعاينة مثلا، بينما أصبحت هذه الوسيلة من حيث الواقع هى السبيل الوحيد لتمكين الهيئة من التصدى للنزاع والفصل فيه نرى مع البعض أنه لا مناص فى تلك الحالة سوى محاولة هيئة= =التحكيم من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الأطراف فى الحصول على موافقة الأطراف فى الحصول على المعاينة، وذلك لتقيد هيئة التحكيم بمصدر ولايتها وسلطتها وفى حالة فشلها فى تلك المحاولة فإنه يتعين عليها إصدار قرار بإنهاء الإجراءات لعدم جدوى استمرار إجراءات التحكيم= = وفقاً للمادة ١/٤٨ تحكيم مصرى، فإن لم تفعل هذا أو ذاك، بل استمر الحال على ما هو عليه حتى انقضى الأجل المحدد للتحكيم، فإن الخصومة سوف تنقضى بالتبع لانقضاء مدته. د. عاشور مبروك: ص ٢٩٠ بند ١٧٣.

(٣) د. عاشور مبروك: الإشارة السابقة.
Boissieon: op. cit. p. 249. N 292. Fouchard. Coldman, Gaillord: op.cit. P. 952 N 1026.

(٤) أنظر فيما يلى بند ٦١.

٢٣ – ٢ – سلطة هيئة التحكيم فى العدول عما أمرت به من إجراءات الإثبات:

إذا كانت هيئة التحكيم تملك الحرية فى اختيار الإجراء المناسب لتنوير عقيدتها بصدد النزاع المطروح أمامها. وإن كان المشرع الفرنسى وفقاً لنص المادة ١٤٧ مرافعات وضع نصاً توجيهياً كإرشاد لكل من القاضى أو المحكم فى اختياره لإجراء الإثبات، بأن يختار إجراء الأكثر بساطة والأقل تكلفة[١] نتيجة ذلك يملك المحكم العدول عن إجراء الإثبات الذى سبق وأن أمر به، إذا وجد أن ما فى أوراق الدعوى وظروفها وما وجد فيها كافياً لتكوين عقيدته، أو تعزيز اقتناعه، لأن تنفيذ الإجراء دون جدوى هو والعدم سواء. كما أن الإصرار على تنفيذ الإجراء رغم عدم جدواه سيخرج إجراءات الإثبات عن الهدف المرجو منها كوسائل تعين المحكم على سرعة البت فى المنازعات، لا كوسائل لإطالة أمد النزاع وضياع الوقت والجهد والمصاريف[٢].

ومن تطبيقات عدول هيئة التحكيم عما سبق وأن أمرت به من إجراءات الإثبات، كأن تعدل عن تنفيذ قرارها باستجواب أحد الخصوم استناداً إلى ما قررته فى الدعوى تستقيم بغير حاجة إلى إجراء الاستجواب. أو عدولها عما كلفت به الخصم من إثبات دعواه فعجز، ما دام قد أقامت قضاءها على ما يؤدى إليه من أوراق الدعوى، أو عدولها عن إلزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده، كما يجوز لها أن تعدل عن ندب الخبير الذى انتدبته لبيان أجرة المثل إذا ما تبينت الأجرة الحقيقة من أوراق الدعوى[٣].

---

(١) Coss. Civ. 22 janv. 1980 Goz Pal. 1980 – 1 – p. 235.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم: ص ٣٦٥ بند ١٠٨. التعليق على قانون الإثبات: ص ١٠٧. د. فتحى والى التحكيم: ص ٣٦١ بند ١٩٧. د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال. ص ٦٩٠ بند ٤٧٥. د. عاشور مبروك ص ٢٩١ بند ١٧٤.

(٣) نقض مدنى ١٩٦٤/٢/٢٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ٢٤٤ قاعدة ٤٣. نقض مدنى ١٩٨٤/٦/١٢ مجموعة أحكام النقض ٣٥ ص ١٦٢٣، نقض مدنى ١٩٧٠/٢/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ٣٨١.

Coss. Civ. 9 Nov. 1977 Bull. Civ. 111. P. 292. N 383.

وعدول هيئة التحكيم عن الإجراء الذى سبق وأن أمرت به كما يكون صراحةً، يمكن أن يكون ضمنياً، كأن تذكر فى مدونات الحكم أنها وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها للحكم فى موضوع النزاع دون حاجة إلى تنفيذ ما سبق وأن أمرت به، فلا يعيب الحكم عدم الإفصاح صراحة فى محضر الجلسة أو فى مدوناته عن أسباب هذا العدول[1].

وهيئة التحكيم وإن كانت تملك العدول عما سبق وأمرت به من إجراءات الإثبات[2] إلا أن هذا العدول مقيد من ناحية أولى بألا يكون هذا العدول قد تضمن قضاءً قطعياً فى مسألة تتعلق بجواز الإثبات أو عدمه، فإذا كانت هيئة التحكيم قد فصلت فى حكمها الذى أمرت فيه بالإحالة إلى التحقيق فى أمر جواز إثبات الواقعة موضوع التحقيق بالمعاينة، فإنها لا تملك العدول عن هذا الحكم، لأنه لا يقتصر على الأمر بإجراء المعاينة فحسب، بل يتضمن فوق ذلك قضاءً قطعياً بجواز الإثبات بهذا الطريق[3].

وعدول هيئة التحكيم عما سبق وأمرت به من إجراءات الإثبات مقيد من ناحية أخرى، بأنه قاصر على ما سبق وأمرت به الهيئة من إجراءات، فلا يتعداها إلى ما قد تكون المحكمة قد أصدرته من أحكام باتخاذ إجراءات الإثبات، إذا كانت هذه الأحكام تتضمن قضاءً قطعياً فى مسألة تتعلق بجواز الإثبات أو عدم جوازه[4].

وفى حالة عدول هيئة التحكيم عن إجراء من إجراءات الإثبات، تملك الأمر بإجراء تحقيق آخر، حيث أن أمرها بالإجراء السابق والتى عدلت عنه

---

(١) د. سليمان مرقس: ص ١٢١ بند ٣٦. وفى تطبيق ذلك أنظر الأحكام السابقة.

(٢) وإذا كان قضاء الدولة يملك العدول عن إجراءات الإثبات، أو عدم الأخذ بنتيجة الإجراء، فمن باب أولى أجازتها لقضاء التحكيم الذى يمتاز بالمرونة والسهولة واليسر د. عاشور مبروك: الإشارة السابقة.

(٣) نقض مدنى ٢٥ يناير ١٩٤٥٦ مجموعة عمر ص ٥٥١ رقم ١٩٦ مشار إليه لدى محمد وعبد الوهاب العشماوى: قواعد المرافعات فى التشريع المصرى والمقارن المطبعة النموذجية ج ٢، ١٩٥٨ ص ٤٨٥.

(٤) محمد عبد الوهاب العشماوى: ج ٢ ص ٤٨٥ بند ٩١٨. د. سليمان مرقص: الإشارة السابقة.

لا يعنى إهدار حقها فى اللجوء إلى وسائل أخرى لتحقيق الدعوى، ما لم تفصح عن ذلك صراحة، حيث أن الأمر بإجراء أو العدول عنه يدخل فى السلطة التقديرية لهيئة التحكيم [1].

وسلطة هيئة التحكيم لا تقف عند حد العدول عن الإجراء التى سبق وأمرت به، بل أنها حتى بعد اتخاذ الإجراء تكون غير مقيدة بما أسفر عنه من نتائج [2] فهيئة التحكيم لها مطلق الحرية – وكما سنرى – فى تقدير إجراء الإثبات التى تأمر به، فتأخذ بنتيجته أو على العكس عدم الأخذ بها. وفى أن تكون عقيدتها مما أمرت به من إجراء أو من غيره بما فى الدعوى من قرائن ومستندات [3]. ذلك أن طرق الإثبات مقصود بها تمكين هيئة التحكيم من الوصول إلى الحقيقة فى النزاع المعروض عليها حتى تحكم بما تقتنع به ويرتاح إليها ضميرها، فإذا لم ترتح إلى ما شهد به الشهود أو إلى ما انتهى إليه الخبير، كان لها أن تطرحه وأن تلتمس طريقاً غيره لتكوين عقيدتها [4].

وعدول هيئة التحكيم عما أمرت به من إجراء الإثبات، وكذا عدم تقيدها بما أسفر عنه الإجراء من نتيجة يجد أساسه ومبناه فى نصوص تشريعية معتمدة، حيث تنص المادة ٩ إثبات مصرى كقاعدة عامة على أن للمحكمة العدول عما أمرت به من إجراءات الإثبات .... ويجوز لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء".

---

(١) أنظر فيما يلى بند ٢٤.

(٢) محمد وعبد الوهاب العشماوى: الإشارة السابقة.

(٣) د. أحمد السيد صاوى: التحكيم: ص ١٣٦ بند ١١٣.

(٤) د. سليمان مرقص: ص ١٢٢ بند ٣٦. وفى تطبيق ذلك أنظر نقض مدنى ١٩٦٥/١١/٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ٩٣٥ قاعدة ١٥١، نقض مدنى ١٩٦٤/١٢/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ١٢٨٨ قاعدة ١٨٥.
Coss. Civ. 9 Nov. 1977. R. T. D. Civ. 1978. P. 728. abs. Perrot.

غاية الأمر، أن القانون أوجب على هيئة التحكيم فى هذه الحالة – ضماناً للخصوم – أن تبين أسباب عدولها عن الإجراء فى محضر الجلسة[1] أما إذا عدلت عن نتيجة الإجراء، تعين عليها أن تبين فى حكمها الأسباب التى دعتها إلى طرح نتيجة إجراء الإثبات التى باشرته حتى ييسر لأطراف التحكيم سبيل مناقشة هذه الأسباب إذا ما رفعوا دعوى أصلية ببطلان حكم التحكيم الصادر فى الموضوع.

وعليه فالمشرع اكتفى وفقاً لصراحة النصوص السابقة فى حالة العدول عن إجراء الإثبات تلتزم هيئة التحكيم ببيان أسباب العدول فى محضر الجلسة. أما فى حالة إطراح نتيجة الإجراء بعد تنفيذه فقد اشترط بيان الأسباب فى الحكم الصادر فى الموضوع، يعد تكوين هيئة التحكيم عقيدتها من إجراء إثبات آخر غير الإجراء الذى لم تأخذ بنتيجته.

٢٤-٤- سلطة هيئة التحكيم فى تقديرها لأدلة الإثبات:

ويقصد بتقدير أدلة الإثبات، تلك العملية الذهنية التى تنتهى بإقتناع المحكم أو عدم اقتناعه بوجود الوقائع التى يدعيها أو يحتج بها الخصوم[2]. والمحكم وهو بصدد تقديره لأدلة الإثبات المقدمة إليه يكون له نفس الدور

---

(١) مع ملاحظة أنه لا يلزم ذكر أسباب العدول فى محضر الجلسة فى حالتين. الحالة الأولى: إذا كانت هيئة التحكيم هى التى أمرت من تلقاء نفسها باتخاذ إجراء الإثبات. الحالة الثانية: إذا كان العدول قد تم ضمنياً، فهيئة التحكيم ليست ملزمة بأن تصدر قراراً صريحاً يتضمن عدولها عن إجراء الإثبات. د. عزمى عبد الفتاح: تسبيب الأحكام ص ١٤٠. محمد عبد الوهاب العشماوى الإشارة السابقة.

(٢) وتقدير الإثبات يختلف عن قبول الإثبات، الذى يدخل فيه بحث إنتاج الواقعة، ثم تطبيق قواعد قبول الإثبات وفقاً لطبيعة هذه الواقعة. كما يختلف تقدير الإثبات عن التكييف، فتكييف الواقعة بالنظر إلى قاعدة قانونية، معناه التحقق من قدرة هذه الواقعة، كما أقيم الدليل عليها أو كما أدعى بها على انتاج الأثر القانونى الذى تفرضه هذه القاعدة: أنظر فى تفصيل ذلك. د. محمود جمال الدين زكى: المبادئ العامة فى نظرية الإثبات ص ١٨٠ وما بعدها بند ٣٨. د. على هيكل: رسالة: ص ١٣٦ وما بعدها بند ١٢٧ وما بعده. د. عيد القصاص: قانون التحكيم ص ٣١٠ بند ١٠٣.
NORMAND: Thés. Op. cit. p. 144 N 156.

والسلطة التى للقاضى[1] فقد يكون له مجرد دور رقابى للدليل الذى استند إليه الخصم لإثبات إدعائه. وقد يكون دور تقديرى فلا يبنى المحكم قضاءه إلا على ما يطمئن إليه وجدانه وشعوره. فدور وسلطة المحكم بالنسبة لأدلة الإثبات القانونى تختلف عن دوره وسلطته بالنسبة لأدلة الإثبات الأخرى.

فبالنسبة لأدلة الإثبات القانونى، كالإقرار، أو اليمين الحاسمة، أو الكتابة يكون للمحكم بصددها مجرد دور رقابى، يراقب توافر الشروط المطلوبة قانوناً فى الإجراء أو الدليل الذى استند إليه الخصم لإثبات أدعاءه، لا يستطيع المحكم تقدير الدليل أو أن يقضى وقف ما يقتنع به، بل تنحصر سلطته فى التأكيد من توافر الدليل، وعندئذ عليه إعمال أثره، فيقضى به ولو كانت قناعته الداخلية متناقضة مع الحكم الذى أصدره، إذ يحل محل تقدير المحكم تقدير مسبق من المشرع[2].

فالإقرار، تصرف قانونى من جانب واحد ملزم لصاحبه بمجرد صدوره غير موقوف على رضا المقر له[3] فإذا صدر صحيحاً مستوفى أركانه وشروطه، يكون الواجب الملقى على عاتق المحكم التقيد به، ويتعين عليه اعتبار الواقعة المعترف بها ثابتة بمجرد صدورها من المقر، إذ أن الواقعة تثبت بإقرار المقر وليس بحكم المحكم. ويعد الحكم الذى يصدر فى هذه

---

(١) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٦٢ بند ١٩٨ – قانون القضاء المدنى: ص ٥١٠ بند ٢٩٢. ثم أنظر الدراسة التفصيلية لأدوار القاضى فى الإثبات د. سحر يوسف: دور القاضى فى الإثبات مرجع مشار إليه سابقاً. د. عصام سليم: المرجع السابق، ص ١٣ ومابعدها.

(٢) د. فتحى والى: الإشارة السابقة: محمد وعبد الوهاب العشماوى: ص ٤٨١ بند ٩١٦ د. سحر يوسف ص ٦٥ بند ٤٥.

(٣) Coss. Civ. 25 janv. 1967 Bull. Civ. 1967. P. 24. N 35.
ويترتب على الإقرار نتيجة مؤداها أنه لا يجوز للمقر أن يتحلل من إقراره بالعدول عنه إلا إذا ثبت أنه وقع فى غلط، مما يتعين عليه أن يثبت هذا الغلط.
أنظر:
Coss. Civ. 26 janv. 1972. Bull. Civ. 111. N 27.

الحالة، يثبت فيه المنازعة باعتراف المقر بالواقعة القانونية محل الإدعاء، مما يمتنع على المحكم أن يجرى تحقيقات سواء بنفسه أو بواسطة أعوانه للبحث عن أدلة أخرى بشأن الواقعة محل الإقرار.

واليمين الحاسمة[1] يقتصر دور المحكم على مراقبة حق الخصوم فى توجيهها، فيراقب المحكم استعمال الخصوم لهذا الحق، وعدم التعسف فى استعماله دون تقدير، بحيث لا يستطيع المحكم أن يرفض توجيهها متى كانت اليمين مستوفية الشروط المطلوبة قانوناً، ولم يكن هناك مظهر للتعسف فى طلب توجيهها، وفى حالة رفض الطلب يتعين عليه أن يوضح الأسباب التى دفعته إلى رفض هذا الطلب وفقاً لنص المادة ١١٤/ ١ إثبات مصرى.

أما الدليل الكتابى، أو المحررات المكتوبة بنوعيها[2] تقليدية أم الكترونية لها حجية ملزمة للمحكم كدليل إثبات للواقعة المتنازع عليها، متى كانت مستوفية الشروط المطلوب توافرها قانوناً، ودور المحكم إزاءها يقتصر على مراقبة المحررات من حيث مظهرها وصحتها.

فالدور الرقابى يقتصر دور المحكم فيه على مراقبة توافر الشروط المطلوبة قانوناً فى الدليل محل الإثبات لانزال حكم القانون عليه، ونتيجة لهذا الدور يتقيد المحكم بالدليل أو الإجراء الذى استند إليه الخصم لإثبات إدعائه دون أن يمارس المحكم دوراً تقديرياً إزاءه، أو أن يقضى وفق ما يقتنع به.

أما بالنسبة لأدلة الإثبات الأخرى، لا يقف دور المحكم بصددها عن حد مراقبة الدليل، بل يمارس سلطة تقديرية إزاء دليل الإثبات، فيكون للمحكم السلطان المطلق فى تقدير كل دليل أو مستند يقدم إليه، لكى لا يبنى حكمه إلا على الدليل الذى يطمئن إليه وجدانه وشعوره[3] ويوازن

---

(١) أنظر فيما يلى بند ١١٧.

(٢) أنظر فيما يلى بند ٦٧.

(٣) د. فتحى والى: التحكيم الإشارة السابقة، قانون القضاء المدنى: الإشارة السابقة.

بين تلك الأدلة مراعياً عدم الإخلال بدفاع جوهرى من شأنه لو صح لتغير به وجه الرأى فى الدعوى [1] وألا يكون من شأنه مخالفة لقاعدة موضوعية من قانون الإثبات حينما يكون مقيداً بمراعاة أحكام قانون التحكيم وفقاً للمادة ٢٥ تحكيم مصرى، وأن يكون تقديره للوقائع مستساغاً ومقبولاً [2] باعتبار أن الدليل أداة اقتناع يهدف صاحبه من ورائه إلى اقناع المحكم بأحقيته مما يدعيه، ولهذا فإن للمحكم سلطة تقدير قيمة الشهادة للأخذ بها من عدمه، فيمكن له أن يأخذ بالشهادة المكتوبة مرجحاً إياها عن أدلة ومستندات أخرى واردة فى الدعوى، أو أن يأخذ بشهادة مكتوبة دون الأخرى [3] أو لا يأخذ بها، والاكتفاء بالأدلة التى يراها كافية لبناء حكمه عليها وأدت إلى تكوين عقيدته [4].

وللمحكم الحرية فى استنباط القرائن، فله أن يأخذ بالقرائن التى يقتنع بها وتؤثر فى وجدانه ويرتب حكمه عليها [5] ما دامت القرينة التى إعتبرها المحكم دليلاً تؤدى عقلاً ومنطقاً إلى ثبوت الواقعة المرتبة للأثر القانونى المدعى به وفقاً لنص المادة ١٠٠ إثبات مصرى، وسلطة المحكم فى إلزام الخصم بتقديم مستند تحت يده [6] وسلطته فى الأخذ بتقرير الخبير للأسباب

---

(١) نقض ١٩٧٨/٦/٢٧ الطعن رقم ٨٠٦/ ٤٣ق السنة ٣٩ ص ١٥٦١، نقض ١٩٧٣/١/٢٥ السنة ٢٤ ص ٩٨ مشار لهذه الأحكام: د. عاشور مبروك: ص ٢٩١.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم: ص ٢٦٥ وما بعدها بند ١٠٨ د. عاشور مبروك: ص ٢٩٢ بند ١٧٤ والأحكام المشارة لديه نقض ١٩٧٣/١/٢٥ الطعن رقم ٥١٣/ ٣٧ ق السنة ٢٤ ص ٩٨. نقض ١٩٧٣/٤/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٥٥٩. وتنص المادة ٤/٢٧ من قواعد اليونسيترال على أن "هيئة التحكيم هى التى تقرر مدى مقبولية الأدلة المقدمة وصلتها بالدعوى وطابعها الجوهرى ووزنها".

(٣) Coss. Civ. 6 Fev. 1975. Bull. Civ. 11. P. 33 N 39.

(٤) Coss. Civ. 29 Avril 1981. Bull. Civ. 1. 1981. P. 118. N. 143.

(٥) نقض ١٩٤٦/١٠/١٠ مجموعة عمر ج ٥ ص ١١٣ رقم ٩٧
Coss. Civ. 13 Janv. 1993. Bull. Civ. P. 8. N 11.

(٦) أنظر فيما يلى بند ٦٨.

الواردة به متى اطمأن إليه [1] كما أن للمحكم الحرية الكاملة فى تحديده لكيفية الإطلاع على المستندات التى يحتوى عليها ملف الدعوى، فيمكنه الالتجاء إلى إجراءات شفوية بحته فى دعوى الخصوم للحضور أمامه للإطلاع على كل ملف [2] ويمكنه أيضاً أن يأمر بتقديم وتبادل المستندات كتابياً [3].

وسلطة المحكم فى تقدير توافر الدليل القانونى لا تعنى التعسف، وإنما تعنى استعمال المنطق والإحساس وخبرة الحياة من أجل تقدير توافر الدليل أو تقدير قيمته، وفاعليته فى الإقناع، ولهذا ليس للمحكم فى تقديره لأقوال الشهود أن يستند إلى ما يخرج بها عما يؤدى إليه مدلولها أو ما يتضمن تحريفاً لها [4] وليس للمحكم فى تقدير طلب أحد الطرفين بشأن تكليف الطرف الآخر بتقديم مستند تحت يده أن يستند إلى غير الحالات التى حددها المشرع وفقاً لنص المادة ٢٠ إثبات مصرى [5] وليس للمحكم — ولو كان مفوضاً بالصلح — أن يأمر بإدخال الغير لإلزامه بتقديم ورقة تحت يده، لأنه لا سلطان له على غير أطراف التحكيم [6] كما ليس للمحكم أن يبنى حكمه على واقعة استخلصها من مصدر لا وجود له، أو موجود ولكنه متناقض لما أثبته أو غير متناقض ولكنه من المستحيل عقلاً استخلاص تلك الواقعة منه أو على الكل الواقعة التى استخلصها غير

---

(١) أنظر فيما يلى بند ٢٤.

(٢) Limoges. 25 Nov. 1968. Rev arb 1968. 143.

(٣) Paris. 12. jull. 1971. Rev. arb. 1973. 73 Not. Fouchard.

(٤) د. فتحى والى: التحكيم: الإشارة السابقة. قانون القضاء المدنى. الإشارة السابقة. د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: الإشارة السابقة محمد وعبد الوهاب العشماوى ص ٤٨١ بند ٩١٦.

(٥) أنظر فيما يلى بند ٦٩.

(٦) د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم ص ١٦٩ بند ١٠٨.

منتجة فى الدعوى [1] فشأن كل ذلك يجعل تقدير المحكم لواقعة الإثبات معيباً، ومن ثم يكون حكمه باطلاً.

والمحكم فى تقديره للأدلة أو المستندات أو الوقائع أن يوازن بينهما مفضلاً بعضها على بعض، فيأخذ بما اطمأن إليه ضميره ووجدانه ويطرح ما عداه مما لم يطمئن إليه ليتغير به وجه الرأى فى الدعوى. ودون أن يلتزم بإبداء أسباب ترجيحه دليلاً على آخر ما دام حكمه يقدم على أسباب تكفى لحمله وتسوغ النتيجة التى انتهى إليها، وللمحكم أن يطرح دليلاً لم يطمئن إليه، ولو كان هذا الدليل نتيجة إجراء أمر به [2] ما دام بين أسباب ذلك فى حكمه تطبيقاً لنص المادة ٩ إثبات مصرى، المادة ١٤٨٢ مرافعات فرنسى [3].

ثانياً: القيود الواردة على سلطات المحكمين فى اتخاذ إجراءات الإثبات:

٢٥- تمهيد:

يرد على سلطة هيئة التحكيم وهى بصدد اتخاذ إجراءات الإثبات اللازمة للفصل فى النزاع قيود ثلاثة: الأول: ضرورة احترام المبادئ الأساسية للتقاضى فى مجال الإثبات. والثانى: مبدأ التحقيق الجماعى، والثالث: تجرد هيئة التحكيم من سلطة الجبر التى يحوزها قضاة الدولة.

٢٦- القيد الأول: ضرورة احترام المبادئ الأساسية للتقاضى فى مجال الإثبات:

نظراً لأن ما يصدر عن قضاء التحكيم هو حكم بالمعنى الفنى [4] ويحوز الحجية التى تحول دون عرض موضوعه من جديد أمام القضاء [5]

---

(١) نقض ١٨ مايو ١٩٣٩ مجموعة عمر ج ٢ ص ٥٦٠ رقم ٨٣. نقض ٢٢ فبراير ١٩٤٠ مجموعة عمر ج ٣ ص ٩١٣ رقم ٣٣.

(٢) د. فتحى والى: التحكيم الإشارة السابقة. د. عاشور مبروك: ص ٢٩١ بند ١٧٤. د.عيد القصاص: الإشارة السابقة.

(٣) قارن د. فتحى والى: الإشارة السابقة.

(٤) د. فتحى والى: ص ٣٩٧ بند ٢٢٩. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم: ص ٢٧٢ وما بعدها بند ١٠٩. د. احمد هندى: التحكيم ص ٩٥ ومابعدها، بند ٢٤. د. عيد القصاص: حكم التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠ ص ٦٨.

(٥) د. فتحى والى: ٤٦٠ بند ٢٦٤، د. أحمد أبو الوفا: ص ٢٩٤ بند ١١٦.
JAPIOT.R. Traité élémentoire de Procedure Civile et Commerciale 1939 P. 633. N. 980.
Fauchard. Gaillard, Goldmarn: op.cit, P. 792.

مادة ٥٥ تحكيم مصرى ١/١٤٨٤ مرافعات فرنسى ، وبه تستنفد هيئة التحكيم ولايتها [١] لذا يجب على تلك الهيئة أثناء إدارتها لوسائل الإثبات أن تلتزم بنفس المبادئ التى تلتزم بها محاكم الدولة فى مجال الإثبات [٢] وهى مبادئ مسلم بوجوب مراعاتها والالتزام بها فى جميع نظم التحكيم فى مختلف الدول دون حاجة للنص عليها أو اتفاق الأطراف على مراعاتها ، فبدونها لا يتصور إقامة عدالة حقيقية [٣] فهى مفترض ضرورى لإقامة العدالة [٤]. وهو ماصادف اعتماد ثابت من جانب المشرع الفرنسى حيث تنص المادة ٢/١٤٦٤ مرافعات على أن " تطبق دائما فى التحكيم المبادئ المنظمة للدعوى المنصوص عليها فى المواد من ٤ — ١٠ والمادة ١/١١ والمواد ١٣ حتى ٢١ ، ١/٢٣ مرافعات.

والمبادئ الأساسية للتقاضى فى مجال الإثبات يجب على المحكم احترامها ، ولو اتفق الأطراف على ما يخالفها أو خوله القانون ، أو اتفاق الأطراف أوسع السلطات لتنظيم إجراءات التحكيم فى هذا المجال ، ولا يجوز بأى حال إعفاء المحكم من أى منها ، فإذا انتهك المحكم مبدأ من هذه المبادئ ، فإن الإجراء الذى انتهك المبدأ يكون باطلاً ، مما يؤدى إلى بطلان حكم التحكيم إذا كان بطلان الإجراء قد أثر فى الحكم [٥].

CADIET: op. cit. p 789 N 1533.

الطعن رقم ١٠٠٤ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٧ — ص ٤٨ ع ، ص ١٥٤٧ ، الطعن رقم ٢٠١٠ لسنة ٦٤ق دلسة ٢٠٠٨/١/٢٢ المبادئ ص ١١٨ قاعدة ٢١٠.

(١) د. محمود هاشم : استنفاد ولاية المحكمين مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة ٢٦ يناير ويوليو ١٩٨٤ ص ٥٧. د. عيد القصاص : ص ٣١٠ بند ١٠٤. Fauchard. Gaillard, Goldmarn: op.cit, P. 788 N 1414.

(٢) د. عاشور مبروك : ص ٢٩٧ بند ١٧٧. د. فتحى والى : ٣٦٣ بند ١٩٩٨. د. عزمى عبد الفتاح : ص ٢٨٨.

(٣) د. فتحى والى : ص ٣٠١ بند ١٥٦. د. نبيل عمر : التحكيم : ص ١٥٤ بند ١٢٤.

(٤) استئناف القاهرة — ٧ تجارى — ٢٠٠١/٣/١٢ الدعوى ٤١ لسنة ١١٧ ق تحكيم.

(٥) د. فتحى والى : ص ٣٠١ بند ١٥٦ ، ص ٣٦٣ بند ١٩٨.

ومع اعتماد هذا القيد وضرورة الالتزام به [1] فقد يعفى المحكم أو يتحلل جزئياً من هذا الالتزام أثناء إدارته لوسائل الإثبات، نظراً للنشأة الاتفاقية لخصومة التحكيم من جهة، وما تتطلبه تلك الخصومة من جهة أخرى من مرونة وسرعة ومواءمة، مما يجعل هيئة التحكيم لا تتقيد دوماً بإعمال كافة هذه المبادئ [2] وما يتصور لها عدم التقيد به أو استبعاده من المبادئ مبدأ علانية الجلسات، حلف اليمين، وبصفة عامة المبادئ التى ترتبط بتنظيم مرفق القضاء كمجانية القضاء، وفيما عدا ذلك يلتزم المحكم بكافة المبادئ الأساسية للتقاضى فى مجال الإثبات، كمبدأ الحيدة، والحياد [3]، ومبدأ المساواة [4] وعدم القضاء بعلمه الشخصى [5] والطلب المقدم إليه سبباً وموضوعاً [6]. ومبدأ المواجهة ليس فقط فى جلسات المرافعة أو جلسات التحقيق، بل وعند اتخاذ أى إجراء من إجراءات الإثبات المختلفة سواء تمت أمام هيئة التحكيم أو أمام أحد أعضائها أو أمام خبير [7] مادة ٤/٣٦ من نظام التحكيم السعودى ويكفى لتحقيق مبدأ المواجهة تمكين

---

(١) وفقاً للمواد ٢٦، ٣٠، ٢/٣٣ تحكيم مصرى. والمادة ٥/ ١ من قواعد اليونسترال على أن حرية المحكمين بالنسبة للإجراءات مشروطة بوجوب احترام حقوق الدفاع، وأجازت الخصوم بالترافع أمامها، والمادة ١/٥ من اتفاقية نيويورك رفض تنفيذ حكم التحكيم إذا ما هدرت حقوق الدفاع ....".

(٢) عاشور مبروك: ص ٢٩٧ بند ١٧٧.

(٣) أنظر فيما سبق بند ١٤.

(٤) أنظر فيما سبق بند ١٧.

(٥) أنظر فيما سبق بند ١٨.

(٦) أنظر فيما سبق بند ١٨.

(٧) د. أحمد أبو الوفا: ص ٢٥٩ بند ١٠٦، فتحى والى: ص ٣٠٤ وما بعدها بند ١٥٩. عزمى عبد الفتاح: ص ٢٨٧.
Porret: rov. Arb. 1974. P. 161. Boisséon: op. cit. P. 449. N 292.
وقد أكد القضاء على تطبيق المبدأ فى أعمال الخبرة، فلا يجوز الاحتجاج بالخبرة إلا على الخصم الذى استدعى أو حضر أعمال الخبرة، وهذه القاعدة تستند إلى ضرورة احترام حقوق الدفاع. نقض ١٩٨١/١/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٢ ص ٣١٧.
Coss. Civ. 8 Juin 1979 Goz. Pal. Sept. 1979.
Coss. Civ. 17 Janv. 1985. D. 1985. 320.

الخصوم من إبداء دفاعهم مواجهة، ولهذا يكفى إخبار الخصم بالطلبات المقدمة من خصمه، ويكون المبدأ قد احترم سواء حضر لإبداء دفاعه أو لم يحضر، وسواء حضر ولم يبد دفاعاً أو حضر وأبدى دفاعه، وسواء كان فعالاً أو بغير فاعلية[١].

ومن المبادئ أيضاً التى يتقيد بها المحكم مراعاة مقتضيات الدفاع[٢] وإحاطة الأطراف بكافة جوانب النزاع، والإطلاع على الأدلة والمستندات المقدمة، وكل ما يقدم فى الدعوى من دفوع وأوجه دفاع وإتاحة الفرصة لمناقشتها والرد عليها، وفق ظروف كل طرف فى الخصومة[٣].

والتقيد بهذه المبادئ والالتزام بها يظل قائماً طوال مرحلة الإثبات وتجاه جميع الأطراف حتى الخصم الغائب، حيث تلتزم هيئة التحكيم بإخطاره بكافة المراحل الإجرائية وخاصة مرحلة الإثبات متيحة له فرصة التعليق عليها والانضمام إليها فى أى وقت، فلا تستنتج الهيئة من مجرد غياب المدعى عليه أو مقاطعته للإجراءات سوء نيته وتحكم عليه بطلبات خصمه وإلا كان إخلالاً بأهم المبادئ الإجرائية وهو الحق فى الدفاع مما يترتب عليه بطلان الحكم[٤].

٢٧ـ القيد الثانى: مبدأ التحقيق الجماعى: المبدأ والاستثناء عليه:

فالمبدأ يجب على هيئة التحكيم مجتمعة أن تقوم بإجراءات الإثبات، فليس لها أن تفوض أحد أعضائها القيام بذلك، ما لم يخولها الأطراف هذه السلطة، أو يخولها القانون الذى تطبقه بالنسبة للإجراءات[٥]. فإذا تعدد المحكمون يجب أن يشارك كل منهم بالتحقيق فى اتخاذ جميع الإجراءات التى تزودهم بمختلف عناصر الإثبات، التى تساعد على

---

(١) د. فتحى والى: ص ٣٠٦ بند ١٥٩.

(٢) أنظر فيما سبق بند ١٨. وفى تطبيق ذلك انظر: استئناف القاهرة ٦٣ تجارى ١٩٩٥/١٢/٢٠ الدعوى رقم ١٩ لسنة ١٩٩٤.

(٣) Paris 13 – 11 – 1980 Rov. Arb. 1984. P. 129. Coss. Civ. 31 – 1 – 1979 Rev. arb. 1979. P. 360.

(٤) Paris. 8 – 11 – 1980 Rev. arb. 1983. P. 507.

(٥) د. فتحى والى: ص ٣٦٤ بند ٢٠٠.

تكوين قناعتهم. فالمبدأ ضرورة اشتراك جميع المحكمين فى اتخاذ جميع إجراءات الإثبات وطوال فترة الخصومة، وبالتالى لا يجوز الانفراد من جانب أحدهم فى اتخاذ إجراءات الإثبات دون علم الآخرين [1].

والتقيد بمبدأ التحقيق الجماعى والالتزام به يطبق على هيئة التحكيم ولو كانت مفوضة بالصلح [2] لأن الأهمية التى تكتسبها وسائل الإثبات والدور الحاسم الذى تلعبه فى بيان وجه الحقيقة فى موضوع النزاع تجبر هيئة التحكيم على الالتزام بالمبدأ سواء كانت مفوضة بالصلح أو غير مفوضة به [3] لأن شرط التفويض بالصلح وإن كان يعفى المحكم من اتباع الإجراءات والمواعيد المطبقة أمام المحاكم إلا أنه لا يعفيه من اتباع القواعد الواردة فى قانون التحكيم باعتبار أنها تقرر ضمانات أساسية للخصوم ولابد من مراعاتها وعدم الخروج عليها [4] وإلا اعتبر هذا الخروج تجاوزاً من هيئة التحكيم لمهمتها المعهود بها إليها ويترتب عليه بطلان الحكم

---

(١) أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم ص ٢٦١، ٢٦٢ بند ١٠٦، د. نبيل عمر: ص ١٩٥
بند ١٦٢ د. محمد نور شحاته: النشأة الإتفاقية ص ٣٥٥ وما بعدها. د. علي بركات: ص ٣٧٦ بند ٣٨١. د. أحمد هندى: التحكيم ص ٥١ بند ١٣.
Robert et Moreau: op. cit. P. 153. N 177.
Eloquin: inslance arbitrale. Jur. Class. Pre. Civ. Fasc. 1063 N 97.

(٢) قارن حيث يرى البعض أنه يجوز لهيئة التحكيم المفوضة بالصلح الخروج على مبدأ التحقيق الجماعى ولو من تلقاء نفسها شريطة احترام مبدأ المواجهة، لأن المشرع وفقاً لنص المادة ١٤٦١ مرافعات فرنسى رخص للخصوم الخروج على مبدأ التحقيق الجماعى، ومن ثم فالنص لا يتضمن قاعدة أخرى. محمد نور شحاته ص ٣٥٧، ٣٥٨. وفي تطبيق ذلك أنظر:
Coss.. réq 27 janv. 1879. D. 1879. 1. 262.
مشار لهذا الحكم لدى على بركات ص ٣٧٨.

(٣) د. علي بركات: ص ٣٧٩ بند ٣٨٦.

(٤) د. أحمد أبو الوفا: ص ٢٦٢ بند ١٠٦، ص ٢٦٥ بند ١٠٧. د. عزمى عبد الفتاح: ص ٢٨٥.
Garsonnet et Cézar – Bnru: Traite Théorique et Pratique de Procédure Civile et Commerciale. Sirey 3 ed 1913 P. 545 N 270
Robert et Moreau: op. cit. P. 153. N 177.

من هيئة التحكيم لمهمتها المعهود بها إليها ويترتب عليه بطلان الحكم التحكيمي، لأن الهيئة لم تراعى القواعد المحددة لإطار وحدود سلطاتها[1].

وبالرغم من اعتماد الفقه لهذا المبدأ وما ذهب إليه من ضرورة قيام هيئة التحكيم مجتمعة بإجراءات الإثبات، إلا أنه لم يقف حول أساس موحد بشأن هذا المبدأ. فالبعض يرى[2] أن أساس هذا المبدأ يرجع إلى اشتراكهم جميعاً فى نظر النزاع باعتبارهم هيئة واحدة، ويرى البعض[3] أن أساس هذا المبدأ هو أنه لا ينبغى توزيع المهام الإجرائية بين المحكمين، بحيث يقوم كل منهم بدور منفرد عن الآخرين، لأن شأن ذلك يضر بحقوق الدفاع. كما يرى البعض[4] أن هذا المبدأ يوجه فكرة المحكم ممثل الخصم، ويؤكد مبدأ حياد المحكمين، كما أن فى التزامهم بالتحقيق الجماعى ضمان ضد التحيز المحتمل لو انفرد أحدهم به. ومع تعدد هذه الآراء وتباينها الظاهر حول الأساس الفنى للمبدأ، إلا أنها متفقة فى مضمونها له، وتعد فى مجملها أساساً سليماً لمبدأ التحقيق الجماعى[5].

والمبدأ يجد أساسه التشريعى فى نصوص قانونية معتمدة، فنصت المادة ١٤٦١/ ١ مرافعات فرنسى على أنه "يجب أن تتم أعمال الإثبات بواسطة جميع المحكمين ...." والمادة ١٧٩/ ٢ مرافعات كويتى على أن "إجراءات التحقيق والمحاضر الرسمية يتم اتخاذها بمعرفة جميع المحكمين ..." والمادة ٨٣٧ من قانون المرافعات المصرى الملغى ٧٧ لسنة ١٩٤٩ بنصها على أن "يتولى المحكمون مجتمعين إجراءات التحقيق ...". ورغم غياب النص

---

(١) Cass. Civ. 17 – 6 – 1981. rev. arb. 1985. 458. Paris 26 avril 1985 rev. arb. 1985. 311. Note Mezget. Civ. 25 mars 1999. 30 sep. 1999 Rev. arb. 2000 N.2 267 Note Georges-Betto.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: ص ٢٦٢ بند ١٠٦، د. محمد نور شحاته: الإشارة السابقة.

(٣) Robert et Moreau: op. cit: p. 153. Ni 77. D. Boissesson. Op. cit. 246 ets N 291

(٤) Loquin: op. cit. N 97.

(٥) د. علي بركات: ص ٣٧٧ بند ٣٨٨. د. نبيل عمر: ص ١٩٥ بند ١٦٢.

الصريح على المبدأ فى قانون التحكيم المصرى الحالى [1] إلا أنه نص عليه ضمنياً فوفقاً للمادة ٥٣/ ١ لا يحكم بالبطلان إلا إذا كان من شأن بطلان إجراءات التحكيم التأثير فى الحكم الصادر فى الدعوى. وعلى فرض عدم النص فمبدأ التحقيق الجماعى يعمل به ولو بدون نص [2].

٢٨- الاستثناء على المبدأ:

قلنا أن المبدأ أنه يجب على هيئة التحكيم مجتمعة أن تشترك فى اتخاذ جميع إجراءات الإثبات، فليس لها أن تفوض أحد أعضائها فى ذلك، ما لم يخولها الأطراف هذه السلطة، أو القانون الذى تطبقه بالنسبة للإجراءات. وفضلاً عما قد يخوله الأطراف لهيئة التحكيم بشأن هذه السلطة، فقد أجاز القانون لهيئة التحكيم الخروج عن مبدأ التحقيق الجماعى فى حالتين:

٢٩- الحالة الأولى: إذا كان اتفاق التحكيم يخول لأحد أعضاء الهيئة التحكيمية القيام بإجراءات الإثبات:

وذلك لأننا بصدد قضاء خاص مصدر وحدود ولايته اتفاق الأطراف، حيث تنص المادة ١٤٦٧/ ١ مرافعات فرنسى على أنه يجب أن تتم إجراءات الإثبات بواسطة المحكمين ما لم تفوض المشارطة أحدهم فى القيام وحده بها [3] والمادة ١٧٩/ ٢ مرافعات كويتى على أنه "إجراءات التحقيق ... يتم اتخاذها بمعرفة جميع المحكمين، ما لم يتفق الخصوم فى اتفاق التحكيم على إمكان السماح لأحدهم باتخاذ إجراء ما بمفرده "ولو كانت هيئة التحكيم مقيدة بقواعد القانون" [4]. والمادة ٣/٣٩ من نظام التحكيم السعودى على أنه " يجوز أن تصدر القرارات فى المسائل الإجرائية من المحكم الذى يرأس الهيئة إذا صرح طرفا التحكيم.

---

(١) وكذلك قانون المرافعات المصرى الحالى ١٣ لسنة ١٩٦٨ فى باب التحكيم الملغى لم ينص على المبدأ.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: ص ٢٧٠ وما بعدها بند ١٠٨، د. فتحى والى: ص ٣٦٤ بند ٢٠٠، محمد نور شحاته ص ٣٥٥.

(٣) Boisséon: op. cit: P. 248. N 290.

(٤) د. عزمى عبد الفتاح: ص ٢٨٤. د. احمد هندى: التحكيم ص ٥١ بند ١٣.

ورغم غياب النص التشريعى فى قانون التحكيم المصرى على هذه الحالة، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من الأخذ بها[1] فيمكن للأطراف الاتفاق فى مشارطة التحكيم على تخويل هيئة التحكيم سلطة تفويض أحدهم فى القيام بأى إجراء من إجراءات الإثبات كسماع الشهود أو استجواب الخصوم أو توجيه اليمين المتممة أو الانتقال إلى المعاينة. ومبرر ذلك أن قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام، فلا يوجد ما يمنع من إعمال إرادة الخصوم فى هذا الشأن سواء كان المحكم مقيد أو غير مقيد بقواعد القانون[2].

ويؤكد القضاء الفرنسى[3] أن الخروج عن مبدأ التحقيق الجماعى إذا اتفق الخصوم على تفويض أحد أعضاء الهيئة التحكيمية القيام وحده بإجراءات الإثبات لا يشكل إخلالاً بحق الدفاع أو مبدأ المواجهة بصفة خاصة، وبالتالى لا يكون حكم التحكيم معرضاً للبطلان وفقاً لنص المادة ١٤٩٢ مرافعات فرنسى. طالما وقف المحكمون جميعاً وأطراف الخصومة التحكيمية على حقيقة ما تم اتخاذه من أعمال الإثبات بواسطة أحد أعضاء الهيئة التحكيمية[4].

٣٠- الحالة الثانية: إجماع المحكمون على ندب أحدهم لاتخاذ إجراء معين ويثبتوا ندبه فى محضر الجلسة:

حيث تنص المادة ١٧٩ مرافعات كويتى على أنه إذا تعدد المحكمون وجب أن يتولوا مجتمعين إجراءات التحقيق ما لم يجتمعوا على ندب واحد منهم لإجراء معين ويثبتوا ندبه فى محضر الجلسة، كما نصت على هذه الحالة صراحة المادة ٨٣٧ مرافعات مصرى ملغى على أن "يتول المحكمون

---

(١) د. أحمد أبو الوفا: ص ٢٦٢ بند ١٠٦، د. فتحى والى: الإشارة السابقة. د. نبيل عمر: الإشارة السابقة.

(٢) د. عزمى عبد الفتاح: الإشارة السابقة، د. على بركات: ص ٣٧٧.

(٣) Paris. 20 Svril 1985. rev. arb. 1985. 311. Note Mezger. Coss. Civ. 2e 16 Nov. G. P. 1989. 1. Ponor. 2 rev. arb 1989. 490 Note. R.

مشار لهذه الأحكام لدى عاشور مبروك: ص ٣٠٢.

(٤) Robert et Moreau: Lic. Cit. Perrot: L'adminstration de La Prauve: op. cit. P. 176.

مجتمعين إجراءات التحقيق .... ما لم يكونوا قد ندبوا واحداً منهم لإجراء معين وأثبتوا ندبه فى محضر الجلسة" ، " أو أذن له جميع أعضاء هيئة التحكيم" مادة ٣/٣٩ من نظام التحكيم السعودى، وفى هذه الحالة فإن المحكم الذى أجمع المحكمون على ندبه يعرض نتيجة عمله على هيئة التحكيم بأكملها قبل إصدار حكمها وإلا كان الحكم باطلاً[١] وتطبيقاً لذلك قضى بأن انفراد أحد المحكمين باتخاذ بعض إجراءات التحقيق لا يشكل فى ذاته مخالفة لمبدأ المواجهة متى كان كل خصم قادراً على مناقشة أدلة الإثبات التى تم جمعها[٢].

والسماح لهيئة التحكيم بالخروج عن مبدأ التحقيق الجماعى وإجماعهم على ندب إحداهم للقيام بإجراء معين مقيد بألا يكون اتفاق الخصوم يستوجب اتخاذ إجراءات الإثبات بمعرفة هيئة التحكيم مجتمعة، فشأن هذا الإتفاق يجعل ما قام به أحد أعضاء هيئة التحكيم ولو بإجماع منهم باطلاً، ويؤدى إلى بطلان حكم التحكيم إذا كان بطلانه قد أثر فى الحكم وفقاً لنص المادة ٥٣/ ١ تحكيم مصرى ١٨٦/ ١ مرافعات كويتى، ١٤٩٢ مرافعات فرنسى، ٥٠/و من نظام التحكيم السعودى.

والمشرع الفرنسى وإن نص على الحالة الأولى من حالتى الخروج عن مبدأ التحقيق الجماعى – على نحو ما سبق – وفقاً لنص المادة ١٤٦٧/ ١ مرافعات فلم تتناول هذه المادة الحالة التى نحن بصددها، وهى حالة إجماع المحكمين على ندب أحدهم للقيام بإجراء معين من إجراءات الإثبات، مما أثير خلاف فى الفقه الفرنسى، عليه ذهب البعض[٣] إلى القول بأن المشرع اشترط موافقة كل الخصوم لصحة قيام المحكمين بندب أحدهم لاتخاذ إجراء معين، ووفقاً لهذا الاتجاه، فإن الإجراء الذى تم بواسطة أحد المحكمين دون

---

(١) د. أحمد أبو الوفا: ص ٢٦١ بند ١٠٦. د. عزمى عبد الفتاح: ص ٢٨٥. عاشور مبروك ص ٣٠١، د. علي بركات: ص ٣٧٨ بند ٣٨٤.

(٢) E. Loquin. Op. cit. N 58.
Paris. 26 avril. 1985. rev. arb. 1985. P. 116.

(٣) R. David: L'arbitrage dans Les Commerce international E Comonica 1981. P. 418. N 328.

المحكمين دون اتفاق الخصوم على تخويل هيئة التحكيم هذه السلطة يقع باطلاً. فى حين ذهب الاتجاه الغالب فى الفقه[1] إلى جواز ندب المحكمين لواحد منهم لاتخاذ إجراء إثبات إذا كان هذا الإجراء ذا طابع مادى بحت. ومبرر هذا الفقه ومبناه، أن مثل هذا الإجراء لن يغير من الحكم الذى سيصدر، خاصة إذا تعددت الإجراءات وتعقدت، وبالتالى لن تكون هناك ضرورة تستدعى مشاركة جميع المحكمين.

٣١ـ القيد الثالث: تجرد هيئة التحكيم من سلطة الجبر:

يملك قاضى الدولة الحكم بالإكراه المالى[2] والإكراه البدنى[3] والحكم بالحبس على من يخل بنظام الجلسة أو من لم يمتثل إلى أمره بالخروج من الجلسة[4] وحكم القاضى بكل ذلك لما له من سلطة إذا امتنع الخصم عن تقديم مستند أمره بتقديمه[1] أو أخل بنظام الجلسة؟.

---

(١) Perrot: op. cit. rev. arb. 1974. p. 175. N 19 Robert et Moreau: op. cit. p. 153 ets. N 177. Coss. Civ. 7 oct. 1987 rev. arb. 1988. 649 Note. M.

(٢) فالقاضى يحكم بالغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار المدين على التنفيذ – أنظر فى توضيح ذلك المرحوم د. بخيت محمد بخيت: الغرامة التهديدية أمام القضاء المدنى ٢٠١٠ دار الجامعة الجديدة ص ١٠٦ وما بعدها.
Perrot. R. L'astrente ses aspects Nouveu. Gaz Pol 1991 – 2 – Doct. P. 801.
MARRUD. C. "Le droit de la Preuve La Production Forcéedes Preuves en justice. J. c. p. 1973. 2572.
ويحكم القاضى بالغرامة إذا امتنع الخصم أو الغير عن تقديم مستند الزامه القاضى بتقديمه.
أنظر فى توضيح ذلك د. سحر عبد الستار يوسف: المرجع السابق ص ٣٨٥ وما يليها.

(٣) والإكراه البدنى يكون بالحبس كوسيلة لإجبار المدين على التنفيذ، ويقتصر الحبس حالياً على ما جاء بالمواد من ٥١١ – ٥٢٣ إجراءات جنائية والمادة ١٣ = =من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية، وهو مشروط بأن يقبت لدى المحكمة قدرة المدين على الوفاء، وعدم امتثاله لما أمرته به المحكمة ولا يحبس المدين لأكثر من شهر ويفتدى الحبس بالضمان. أنظر: د. عزمى عبد الفتاح: قواعد التنفيذ الجبرى ٢٠٠١ دار النهضة العربية ص ١٦ – ٢٢.

(٤) أنظر فى جرائم الجلسات وفقاً لنص المادة ٢٢٣ إجراءات جنائية. محمد زكى أبو عامر الإجراءات الجنائية ١٩٩٤ منشأة المعارف ص ٣٣٧ وما بعدها بند ١٥٦.

والفقه والقضاء لم يتفق على رأى موحد بشأن هذه المسألة، فذهب اتجاه منهم [٢] إلى أن المحكم يستطيع أن يلزم الخصم بتقديم ما لديه من أدلة إثبات، وإذا أخل الخصم بهذا الالتزام كان للمحكم الحكم عليه بالغرامة التهديدية لحمله على التنفيذ تحقيقاً لمصلحة العدالة واحتراماً لنظام التقاضى عام أو خاص. وصادف هذا الاتجاه اعتماد ثابت من جانب المشرع الفرنسى حيث تنص المادة ٣/١٤٦٧ مرافعات على أنه "إذا كان هناك دليلاً ... جاز لهيئة التحكيم أن تلزمه بتقديمه .. وعند الحاجة يجوز لها أن تفرض عليه غرامه تهديدية".

ومبرر هذا الاتجاه ومبناه، أن الغرامة التهديدية ليست طريقاً من طرق التنفيذ الجبرى الذى لا يملكه إلا سلطات الدولة التى تملك سلطة الجبر، وإنما هى مجرد وسيلة للإكراه والإجبار للقيام أو الامتناع عن عمل، وكان

=وفى المادة ١٠٤ مرافعات: د. أحمد هندى التعليق على قانون المرافعات الجزء الأول دار الجامعة الجديدة.

(١) أنظر فيما يلى: بند ٦١.

(٢) د. علي بركات: ص ٢٨٤ بند ٣٩٢. د. شحاته شلقامى: المرجع السابق: ص ١٣١ ومابعدها. د. معتز عفيفى: المرجع السابق ص ٥٤٩. د. عيد القصاص: التحكيم ص ٣١٤ بند ١٠٦.

Boisséon: op. cit. P. 260 ets N 306 Paris. 7 Juin 1990 rev. arb. 1990 P. 917 etss. Nots. J. H. Moity et vergne. C. Revvos 26 Sept. 1984. rev. arb. 1986. 441.

وأنظر فى العديد من أحكام المحاكم الأمريكية التى أجازت منح المحكم سلطة الجبر وصحة قضاءه بالتعويضات فى حالات لم تكن التعويضات العادية كافية لجبر الأضرار ومنها فى إحدى المنازعات قبلت محكمة استئناف نيويورك الحكم بالتعويضات العقابية والتى تمثلت فى الفارق بين السعر المعروض من جانب المشترى والسعر الذى تم البيع به بالفعل، وذلك كتعويض عقابى لتراجع الطرف الآخر عن الشراء. أنظر في هذا الحكم هدى عبد الرحمن ص ٣١٢ بند ٢٤١.

وفى القضاء الفرنسى انظر:

Paris 7 oct. 2004, Rev. arb. 2005-No, 3. 737 etss Pris. 24 mai 1991: Rev. arb. 1992 636. obs. 1. Pellerin. Rennes, 7 act. 2004. Rev. arb. 2005. 737, Note jeuland.

القيام بالعمل أو الامتناع عنه يقتضى تدخل الخصم شخصاً، ومن ثم فالغرامة التهديدية مجرد وسيلة لحمل الخصم الذى يمتنع عن المشاركة فى إجراءات التحكيم على تقديم ما لديه من أدلة إثبات منتجة فى الدعوى، كما أن الأمر يتعلق بجزاء مستمد من الغاية من امتناع الخصم عن تقديم الدليل، وهى الحيلولة دون وصول العدالة إلى مبتغاها، ولذا فلا شئ يحول بين المشرع وبين أعماله أمام هيئة التحكيم[1]. هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، أن المحكم يمارس مهمة قضائية، وفى سبيل أداء هذه المهمة منحه المشرع العديد من السلطات التى تمكنه من حسن وسير أداء هذه المهمة، ومنها سلطته فى أن يأمر باتخاذ ما يرى اتخاذ من إجراءات الإثبات أو العدول عنها. وهو ما يعنى أن المحكم يملك قدراً من سلطة الجبر، وهو القدر اللازم لأداء مهمته، أى القدر الذى يرتبط ارتباطاً وثيقاً بهذه المهمة، وبهذا القدر يملك المحكم الأمر بالغرامة التهديدية باعتبارها إحدى الوسائل الفعالة لحسن أداء المحكم لمهمته التحكيمية. ولا يعتبر تعدى من جانبه على أداء مهمته، والقيد الوحيد الذى يرد على سلطة المحكمين فى هذا الصدد هو عدم جواز تنفيذ ما حكم به من غرامة إلا بعد حصول الحكم الصادر بالغرامة على أمر التنفيذ، من جانب المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، وبهذا الحل سوف يشعر كل خصم أنه لا فائدة من المماطلة لحسن سير الخصومة التحكيمية. بينما يذهب الاتجاه الغالب فى الفقه[2] مؤيداً ببعض أحكام القضاء[3] إلى أن سلطة المحكم بالنسبة لإجراءات

---

(١) د. عيد القصاص: الإشارة السابقة.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم ص ٢٢٧ بند ٨٨، د. عزمى عبد الفتاح: ص ٢٨٧، د. فتحى والى: ص ٣٦٣ بند ١٩٩، د. نبيل عمر: ص ١٩٦ بند ١٦٢، محمد نور شحاته: ص ٣١٢ عاشور مبروك ص ٢٩٣ بند ١٧٥، ص ٣٢١ بند ١٩٤. د. احمد هندى: المرجع السابق، ص ٥٢ ومابعدها بند ١٣.
Robert et Moreau: op. cit. P. 151 N 175. Perrot: rev. arb. 1974. op. cit. P. 169. N 13. Eloquin. Op. cit. N 21. Moreau. B. "Intervention du Tribnol Cours de La procedure arbitrale en droit Français et droit Compare. Rev. arb. 1978. p. 332.

(٣) حيث قضت إحدى محاكم نيويورك أن المحكمين لا يمكنهم الحكم بتعويضات عقابية باعتباره جزاء محجوز لقضاء الدولة، وفى حكم آخر رفضت محكمة=

الإثبات تحددها قاعدة هامة، وهى أنه ليس له سلطة الجبر، لأن المحكم هو شخص خاص ولا يمثل سلطة الدولة، وبهذا لا يملك المحكم الأمر بغرامة تهديدية على الخصم الذى يخل بنظام الجلسات أو يمتنع عن تقديم ما لديه من مستندات أو أدلة إثبات، ولا على الشاهد الذى لم يحضر أو من يمتنع من الشهود عن الإجابة على ما توجهه له من أسئلة. كما ليس للمحكم الحكم على من يخل بنظام الجلسة أو من يمثل إلى أمره بالخروج من الجلسة، وذلك لأن الإكراه المالى – الغرامة التهديدية – أو الإكراه البدنى – الحبس – ليس لهما فقط طابع تهديدى، وإنما هما عقوبة لا يملك الأمر أو القضاء بهما إلا من القاضى ممثل سلطة الدولة التى تملك سلطة الجبر.

ومبرر هذا الاتجاه، أن المحكم أو هيئة التحكيم تستمد سلطتها وولايتها من اتفاق التحكيم الذى تبرمه الأطراف المتعاقدة، وهؤلاء الأطراف لا يملكوا من حيث المبدأ سلطة الأمر التى يحوزها قضاء الدولة، وبالتالى لا يستطيع نقلها إلى غيرهم، فمن المسلمات أن فاقد الشئ لا يعطيه، هذا من ناحية[1].

ومن ناحية أخرى، أن المشرع الفرنسى وهو بصدد المادة ١٤٦/ ٢ مرافعات والذى أحال فيها إلى المبادئ الأساسية للتقاضى والمنصوص عليها فى صدور قانون المرافعات وعدد المواد التى تطبق على خصومة التحكيم ولم يذكر من بين هذه المواد المادة ١١/ ٢ مرافعات والتى تجيز للقاضى أن يأمر بالغرامة التهديدية، وهو ما يعنى أن المحكم لا يملك هذه السلطة، وإنما يملك فقط ووفقاً للمادة ١/١١ مرافعات والتى تنطبق على خصومة التحكيم، حالة رفض أحد الخصوم المشاركة فى إجراءات التحقيق أو

=المقاطعات الفيدرالية الأمريكية تنفيذ حكم تحكيم قرر فيه المحكم طبقاً للقانون الفرنسى أن معدل الفائدة سيرتفع إذا لم تدفع قيمة الحكم خلال شهرين لمخالفته للنظام العام. أنظر فى هذه الأحكام هدى عبد الرحمن: ص ٣١٢، ٣١٣ بند ٢٤١.

(١) عاشور مبروك: ص ٢٩٢ بند ١٧٥.

تقديم أدلة الإثبات، أن يستنبط النتائج المنطقية التى تترتب على هذا الرفض [1].

أما إذا رأى المحكم أنه لا يمكنه الفصل فى النزاع بدون الإطلاع على المحررات التى يحوزها أحد الخصوم ولم يوجد اتفاق يلزمه بتقديم هذا المحرر فلا مناص فى هذه الحالة من اللجوء إلى القضاء لإجبار هذا الخصم على تقديم المحررات المطلوبة[2]، وهو ما اعتمده المشرع المصرى فى قانون التحكيم الحالى وفقاً للمواد ٤٦ [3] والمادة ٣٥ من نظام التحكيم السعودى ولكن من يرجع إلى قضاء الدولة، أى من يقدم الطلب المحكم أم الخصم صاحب المصلحة فى تقديم المحرر المطلوب؟

تباينت النظم القانونية بشأن المسألة [4] ومن ثم اختلف موقف الفقه، فيمن يقدم الطلب إلى قضاء الدولة للحصول على المساعدة المطلوبة. فذهب اتجاه[5] إلى أن المحكم يستطيع اللجوء إلى القضاء من تلقاء نفسه

---

(١) ويترتب على ذلك، إذا امتنع أحد الخصوم عن تقديم أحد المحررات التى أمر به المحكم بناء على طلب أحد الخصوم، فإنه يحق للمحكم أن يعتبر أن صورة المحرر التى قدمها الخصم مطابقة لأصلها أنظر فى توضيح ذلك فيما يلى بند ٧٥.

(٢) قارن د. أحمد هندى: التحكيم ص ٥٣ بند ١٣.

(٣) تنص المادة ٤٦ تحكيم على أنه "إذا عرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة تخرج عن ولاية هيئة التحكيم أو طعن بالتزوير فى ورقة قدمت لها ... جاز لهيئة التحكيم الاستمرار فى نظر موضوع النزاع إذا رأت أن الفصل فى هذه المسألة أو فى تزوير الورقة أو فى الفعل الجنائى الآخر ليس لازماً للفصل فى موضوع النزاع، وإلا أوقفت الإجراءات حتى يصدر حكم نهائى فى هذا الشأن ...".

(٤) فالمشرع الأسبانى وفقاً للمادة ٢٧ من قانون التحكيم ٣٦ لسنة ١٩٨٨ خول لهيئة التحكيم الرجوع إلى قضاء الدولة للحصول على المساعدة المطلوبة. بينما المشرع الألمانى يقصر الرجوع لقضاء الدولة على الخصوم دون سواهم للحصول على المساعدة المذكورة. أنظر: عزمى عبد الفتاح: التحكيم ص ٢٨٦، ٢٨٧. عاشور مبروك: ص ٢٩٤.

(٥) د. عزمى عبد الفتاح: ص ٢٨٧، د. فتحى والى: الإشارة السابقة، د. على بركات الإشارة السابقة.

لاستصدار حكم بإلزام الخصم بتقديم ما لديه من مستندات، فى حين ذهب اتجاه ثانى [1] إلى أن هذا الحق يمارسه فقط الخصم صاحب المصلحة فيه، لأن المحكم لا يستطيع استعمال سلطة الجبر من تلقاء نفسه، وإنما فقط بناءً على طلب الخصم صاحب المصلحة.

بينما يجمع بين الاتجاهين اتجاه فقهى ثالث [2] يرى أنه بإمكان كل من المحكم والخصوم أن يثير تلك الطلب، وذلك لما لخصومة التحكيم من مرونة ومواءمة، اللهم إلا إذا قصر الأطراف المتعاقدون استخدام تلك المكنة على طلب الخصوم دون سواهم. ودلل هذا الاتجاه على صحة ما ذهب إليه بما تقررة المادة ٢٧ من القانون النموذجى للتحكيم بخصوص إجراءات التحكيم من أنه يجوز لهيئة التحكيم أو لأى من الطرفين بموافقتها طلب المساعدة من محكمة مختصة فى هذه الدولة للحصول على أدلة، ويجوز للمحكمة أن تنفذ الطلب فى حدود سلطتها وفقاً للقواعد الخاصة بالحصول على الأدلة.

وفى تصورنا أن الاتجاه الثانى الأولى بالتأييد، لأن المحكم شأن القاضى لا يستطيع استعمال سلطة الجبر من تلقاء نفسه، وإنما فقط بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة. وقياساً على أنه لا يملك إلزام الخصم بتقديم المحرر الذى تحت يده من تلقاء نفسه، وإنما بناء على طلب من الخصم صاحب المصلحة فى تقديم المحرر [3].

المبحث الثالث

دور الخصوم فى الإثبات وما يرد عليه من قيود

٣٢ـ تمهيد:

الدور الإيجابى الذى يلعبه المحكم فى عملية الإثبات – على النحو الفائت – لا يمكن بحال أن يعلو فوق الحق المؤكد لأطراف الخصومة

---

(١) Perrot: rev. arb. 1974. P. 169. N 13.

(٢) د. عاشور مبروك: ص ٢٩٥ بند ١٧١ والمراجع المشارة لديه. د. نجيب الجبلى: المرجع السابق ص ٣٧٤.

(٣) أنظر فيما يلى بند ٦٨.

التحكيمية فى الإثبات، فالإثبات حق لهم، بل أنه كذلك واجب عليهم أمام القضاء التحكيمى، حيث يحكم إجراءاته فى عمومها مبدأ أساسى هو أن الدعوى ملك للخصوم، لكل منهم الحق فى تقديم الأدلة الكافية لتأييد إدعاءاته أو لتقصى إدعاءات خصمه وإثبات عكسها.

ومع ذلك فهذا الحق ليس مطلقاً، بل يرد عليه بعض الضوابط والقيود التى يحددها القانون، فالدعوى التحكيمية ترفع بطلب من أحد الخصوم، المحتكم الذى يقع عليه عبء إثبات ما يدعيه، والطرف الآخر المحتكم ضده يقوم بدفع طلبات المحتكم بكل وسائل الإثبات الممكنة. وإذا تقدم أحد الخصوم فى الدعوى بدليل كان من حق الخصم الآخر الإطلاع عليه ومناقشته وفقاً لمبدأ المواجهة. وأثر ذلك، أن للخصوم دوراً إيجابياً كبيراً فى عملية الإثبات، هذا الدور الإيجابى يظهر جلياً ويتحدد مداه من خلال دراسة نطاق حقهم فى عملية الإثبات وما يرد على هذا الحق من قيود. فى مطلبين متعاقبين نتناول فى الأول دور الخصوم فى الإثبات وفى الثاني : ما يرد على هذا الدور من قيود.

المطلب الأول: دور الخصوم فى الإثبات.

المطلب الثانى: القيود الواردة على دور الخصوم فى الإثبات.

المطلب الأول

دور الخصوم فى الإثبات

٣٣ – ١ – الإثبات حق للخصم صاحب الإدعاء:

للخصم دائماً حق إثبات ما يدعيه لمصلحته، فله الحق فى أن يقدم إلى المحكم جميع العناصر التى تقيم صحة إدعاءه أو الأدلة التى يراها سنداً لما يدعيه[1] فمن يدعى بوجود حق معين أن يقدم بالطرق القانونية الدليل المؤيد لهذا الحق. مادة ١/٢٧ من قواعد اليونسترال.

---

(١) د. وجدى راغب: دراسات فى مركز الخصم مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يناير ١٩٧٦ العدد الأول السنة ١٨ ص ١٣٧ بند ٣٢. د. السنهورى: المرجع السابق ص ٤٧ وما بعدها بند ٢٧. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار التعليق على قانون الإثبات: ص ٥٥ وما بعدها. د. محمود جمال الدين زكى: المرجع السابق: ص ٣٦ بند ٩. د. فتحى والى: قانون القضاء المدنى ص ٥٠٦ بند=

وحيث أن إجراءات الخصومة التحكيمية تبدأ بطلب التحكيم الذى يوجهه المحتكم إلى المحتكم ضده، والذى يتضمن رغبته فى الفصل فى النزاع القائم بينهما بطريق التحكيم فقد أوجب المشرع وفقاً لنص المادة ٣٠/ ١ تحكيم مصرى على المدعى أن يرسل خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذى تعينه هيئة التحكيم إلى المدعى عليه وإلى كل واحد من المحكمين بياناً مكتوباً بدعواه وشرح لوقائع الدعوى وتحديد المسائل محل النزاع وطلباته. وفى الفقرة الثانية من هذه المادة أوجب المشرع على المدعى عليه أن يرسل إلى المدعى وكل واحد من المحكمين مذكرة مكتوبة بدفاعه رداً على ما جاء ببيان الدعوى. وفى الفقرة الثالثة من ذات المادة يكون لكل من الطرفين أن يرفق ببيان الدعوى أو بمذكرة الدفاع صوراً من الوثائق التى يستند إليها وأدلة الإثبات التى يعتزم تقديمها وذلك حتى يتمكن كل خصم من معرفة المطلوب منه على وجه التحديد والأساس الذى يستند إليه خصمه فيستطيع بذلك إعداد أوجه دفاعه قبل الخصوم أمام هيئة التحكيم[1]. المواد ٣٠، ٣١، ٣٢ من نظام التحكيم السعودى.

=٢٩١. د. إبراهيم نجيب سعد: قاعدة لا تحكم ص ٢٥، ٢٦. د. أسامة المليجى: شرح القواعد الإجرائية فى الإثبات ١٩٩٧ ص ٥٥ بند ١٢. أسامة الروبى: الأحكام الإجرائية للإثبات بالدليل الكتابى ص ٨٤ بند ٣٦. د. الأنصارى النيدانى: المرجع السابق ص ٣٧. د. عصام سليم: المرجع السابق، ص ١٥. طعن رقم ٤٤/ ٣٤ ق نقض مدنى ١٩٦٨/٣/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٥٨٩.

TERRE (F) introduction générale au drait éd 4. 1998. P. 498 N 499.

Paris 11 mars. 1969. D. 1970 P. 310 Note Robert.

(١) ووفقاً للمادة ٣/٤ من لائحة الـ **I.C.C.** يجب أن يتضمن الطلب بيانات الأطراف وطبيعة النزاع والطلبات والمبالغ المطالب بها ... والقواعد الموضوعية التى تحكم النزاع. والمادة ٣/ ٣، ٤ من قواعد اليونسترال والمادة ١٨ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى.

ومعنى ذلك، أن عبء الإثبات فى الدعوى يقع على عاتق المحتكم كقاعدة عامة[1] حيث يجب عليه أن يقدم لهيئة التحكيم جميع الأدلة المتاحة إليه والتى تثبت إدعاءاته حتى يستطيع الحصول على حكم يؤكد حقه ويقرره. مع ملاحظة أن مركز الخصم فى الدعوى واعتباره محتكم أو محتكم ضده لا يتم تحديده فقط بناءً على طلب التحكيم، فهذا الطلب يمكن أن يقدم من الخصمين معاً، وفقاً لنص المادة ١٤٦٢ مرافعات فرنسى[2] كما أن النزاع قد يتطور[3] ويقدم المحتكم ضده طلباً عارضاً رداً على طلب المحتكم الأصلى، فيتحول المركز الشخصى للخصومة فيصبح المحتكم ضده محتكم، والمحتكم محتكم ضده فى خصوص هذا الطلب، وعلى هذا فإن عبء الإثبات سينتقل فى تلك الحالة إلى صاحب الإدعاء الجديد، أى على من تقدم بالطلب العارض[4]. فللخصم أياً كان مركزه الإجرائى أن يقدم لهيئة التحكيم جميع ما تحت يده أو ما يستطيع إبرازه من

---

(١) وهذه القاعدة الأصولية قررتها السنة النبوية الشريفة، حيث روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال "البينة على من أدعى واليمين على من أنكر" رواه البخارى ومسلم والبيهقى بإسناد صحيح. وهو ما أكده المشرع المصرى وفقاً للمادة الأولى من قانون الإثبات بنصها "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه" والمادة ١٣١٥ مدنى فرنسى والتى أوجبت على من طلب تنفيذ التزام معين أن يقدم الدليل على وجوده، وحق الخصم الآخر فى إثبات العكس. وأكدتها كذلك المادة ٩ مرافعات فرنسى وهى ذات القاعدة التى عبر عنها القانون الرومانى بالعبارة الشهيرة.

Actori incumbit Probalio.

أنظر: أسامة الروبى ص ٨٥.

TERRE: lict.cit.

(٢) **Robert et MOREAU: op. cit. P. 73. N 91.**

(٣) أنظر فى تطور الخصومة التحكيمية: د. فتحى والى: التحكيم ص ٣٣٨ وما يليها بند ١٨٠ وما يليه. د. أحمد هندى: التحكيم: ص ٣٠ ومابعدها بند ٨.
Loquin: op. cit. jun. clir. 1032. N 24.

(٤) وجدى راغب: المقال ص ١٣٢ بند ٢٥ سليمان مرقس: ص ٩٩ وما بعدها بند ٢٩. الطعنان رقما ٢٥٢/ ٣٣ق، ٢٨/ ٣٤ ق نقض ١٩٦٧/١/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ١٩٠.

الأدلة التى يسمح القانون بها تأييداً لما يدعيه، بل أن وقوع عبء إثبات واقعة معينة على أحد الخصوم لا ينفى أن لهذا الخصم حق فى إثباتها، وهو حق فى مواجهة الخصم الآخر. ومن ثم فيقع على عاتق كل طرف إقامة الإثبات طبقاً لأحكام القانون بصدد الوقائع اللازمة لصحة إدعائه، مادة ٩ مرافعات فرنسى.[١]

وعبء الإثبات لا يقتصر على كونه حق للخصم فى مواجهة الخصم الآخر فحسب، بل قبل هيئة التحكيم التى تلتزم باحترامه سواء أثناء الخصومة أو فى حكمها[٢]، ففى أثناء الخصومة، يجب على هيئة التحكيم تمكين الخصم من إبداء ما لديه من أدلة مقبولة أثناء الخصومة، فلا يجوز لها أن تمنعه من تقديم ما لديه من مستندات، كما عليها أن تستجيب لطلبات إجراء الإثبات التى يطالبها مثل سماع الشهود أو ندب خبير أو غير ذلك، ما دامت قد توافرت شروط قبولها. وفى الحكم، يجب على هيئة التحكيم أن تعتد بطلبات الخصوم بإجراء الإثبات إذا رفضتها أو عدلت عنها، فتبين أسباب الرفض أو العدول، كما يجب عليها أن تعتد بالأدلة التى قدمت فعلاً فتفحصها وتقدرها وتستند إليها فى حكمها وألا تكون قد أخلت بحق الخصم فى الدفاع.

وحق الخصم فى الإثبات يقابله التزام الخصم الآخر بعدم تعطيل هذا الحق بتعنت منه أو بسوء نيته، وبناء عليه فإذا كان إثبات حق الخصم يعتمد على تقديم مستندات معينة فى حوزة الخصم الآخر، فلا يجوز له الإمتناع عن تقديمها، حتى لا يحرم خصمه من الإستناد إليها والاستدلال بها، بل يجب عليه أن يتعاون مع خصمه فى الحصول على الدليل[٣] وهو ما أكدته

---

(١) Le juge a le pouvion d'ordonner d'office. Loules les measures d'instruction. Legalement adminssibles"

(٢) د. وجدى راغب: ص ١٣٨، ١٤٠ بند ٣٣، ٣٤. د. عصام سليم: ص١٨

(٣) د. السنهورى: ص ٥٠ وما بعدها بند ٢٨، د. وجدى راغب: المقال ص ١٣٧ بند ٣٢، د. إبراهيم نجيب سعد: قاعدة لا تحكم ص ٣٠.

المادة ٢٣ إثبات مصرى، المادة ٣٠ من نظام التحكيم السعودى[١]. (المادة ١٠ مدنى فرنسى) والمادة ١/١١ مرافعات فرنسى والتى تنص على واجب الأطراف أن يقدموا المساعدة اللازمة أثناء إجراءات التحقيق".

٣٤ – ٢ – حق الخصم الآخر فى إثبات العكس:

كل دليل يتقدم به الخصم لإثبات دعواه يكون للخصم الآخر الحق فى نقضه وإثبات عكسه، وذلك سواء قبل أن يقدم الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات بأداء واجبه أو بعد ذلك[٢] وهو ما صادف اعتماد ثابت من جانب التشريعات الحديثة، فالمشرع المصرى فى المادة الأولى من قانون الإثبات نص على أن الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات العكس، وهو نفس ما عبر عنه المشرع الفرنسى فى المادة ١٣١٥ مدنى[٣] وتطبيقاً لذلك نصت المادة ١٦٩ إثبات مصرى على أن "الإذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بهذا الطريق". فهذا النص وإن ورد فى خصوص الشهادة إلا أن القاعدة العامة فى حق الخصم له نقض أو دحض كل دليل يقدمه خصمه. فحق الخصم فى إثبات ما يدعيه يقابله حق الخصم الآخر فى إثبات العكس.

ويتمتع الخصم بنوع من الحصانة القضائية **immutabitie judiciaire** فى استعماله لحريته فى تقديم وسائل الإثبات أو على العكس دحضها، بحيث لا تكون حريته فى هذا الشأن سبباً لمجازاته بجريمة قذف أو سب[٤] تطبيقاً لنص المادة ٣٠٩ عقوبات، وتنصرف هذه الحصانة إلى من يمثله قانوناً، لذلك نص قانون المحاماة المصرى رقم ١٩٧ لسنة ٢٠٠٨ فى المادة

---

(١) حيث تنص المادة ٢٨ تحكيم سعودى على أنه "يجوز لهيئة التحكيم بمبادرة منها أو بناء على طلب أحد المحتكمين إلزام خصمه بتقديم أى محرر منتج فى الدعوى يكون تحت يده".

(٢) د. السنهورى: ص ٥٢ بند ٢٩، محمود جمال الدين زكى ص ٣٧ بند ٩. فتحى والى: قانون القضاء المدنى. ص ٥٠٧ بند ٢٩١. د. عصام سليم: ص ١٧.

TERRE: op. cit. P. 498 N 499.

(٣) أنظر فيما سبق بند ١.

(٤) COUCHEZ: Principes op. cit. jur. Clas Fosc. 156 . 1973 N 23.
Coss. Civ 10 Juin. 1968 D. 1965 P. 24.

٤٧ على أنه لا يجوز مساءلة المحامى عما يورده فى مرافعة كتابية أو شفوية مما يستلزمه حق الدفاع، وذلك مع عدم الإخلال بأحكام قانون الإجراءات الجنائية وقانون المرافعات المدنية والتجارية.

وإذا كان تقديم الأدلة أو على العكس دحضها جائزاً إلى حين إقفال باب المرافعة[١] فإنه يجب مع ذلك تقديمها قبل إقفال باب المرافعة بوقت كاف يسمح بإعمال مبدأ المواجهة[٢] أما إذا قدمت أدلة أو مستندات متأخرة بعد قفل باب المرافعة، فإن المحكم يكون بالخيار أما أن يقرر إعادة فتح باب المرافعة لتمكين الخصم الآخر من الإطلاع عليها ومناقشتها أو استبعادها والفصل فى الدعوى على أساس ما قدم إليه من مستندات أثناء المرافعة[٣]. أما إذا ثبت لهيئة التحكيم أن المستندات التى قدمت فى وقت متأخر أطلع عليها الخصم الآخر، فإنها تستطيع الاعتماد عليها فى تأسيس حكمها، لأن الشكل الذى تم به الإجراء لا يؤثر فى صحة الحكم، ما دام أن الهيئة احترمت مبدأ المواجهة[٤]. وهو ما أكدته المادة ٣١/ ٢ من قواعد اليونسترال[٥].

٣٥- ويتفرع على الحق فى الإثبات مبدأ المواجهة بالأدلة، أحد وجوه مبدأ المواجهة الذى يهيمن على جميع إجراءات الخصومة[٦] ويقصد

---

(١) Coss. Civ. 12 avr 1968 D. 1968 D. 108.

(٢) أنظر فيما يلى بند ٣٩.

(٣) Paris 14 juin 1985. Rev. arb. 1987. P. 395. obs. J. Pellerin.

(٤) Paris. 6 Mars. 1986. Rev. arb. 1987. P. 390 obs. J. pellerin. Paris; 18 Nov, 2004 Rev. arb. 2004 N°4 somm. P. 989.

(٥) بأنه إذا وجد بعد قفل باب المرافعة سبباً يستوجب فتح باب المرافعة قد يتغير به وجه الحكم فى الدعوى، جاز لهيئة التحكيم بناء على طلب أحد الخصوم فتح باب المرافعة، بل لها ذلك من تلقاء نفسها إذا قدرت أن هناك ضرورة لذلك، كما إذا أرادت استوضاح الأطراف فى أمر أو تفسير المستند من المستندات يشوبه الغموض.

(٦) فمبدأ المواجهة يعد فكرة محورية تسيطر بقوة على جميع إجراءات الخصومة وتهيمن على جميع الأعمال فيها منذ رفع الدعوى حتى تاريخ قفل باب المرافعة باعتبار أنها ترجمة العدالة، وتطبيق المحكم أو القاضى للمبدأ على الوجه الصحيح واحترامه له يتم عن إحساس قوى لديه بالعدالة ويدل على=

به إحاطة الخصوم علماً بكل المبادرات التى يتخذها المحكم للفصل فى النزاع سواء تلك المتعلقة بالواقع وتحصيله وفهمه وتقديره، والقانون تفسيره وتطبيقه، وتمكنهم من مناقشة كل ذلك بعد منحهم الوقت الكافى[1]. ومواجهة الأدلة هى خضوع عناصر الإثبات لمناقشة الخصوم فى الدعوى[2] بعد منحهم الوقت الكافى للتحليل والرد بعد التأمل والتروى وهو حق يثبت للخصوم بالتبادل ولا يقتصر على إحداهما[3].

=التزامه بتحقيق المساواة الكاملة بين الخصوم، وهو المعيار الأساسى الذى يمكن من خلاله الوقوف على مدى نجاح أو إخفاق القاضى أو المحكم فى مهمته.

أنظر فى مبدأ المواجهة فى الخصومة التحكيمية: د. السيد تمام: مبدأ المواجهة فى التحكيم مشار إليه سابقاً. د. معتز عفيفى: المرجع السابق، ص ٦٢٨ ومابعدها.

Kwssedjian: Principe de La Contradiction et arbitrage Rev. arb. 1995 P. 381.

وفى تطبيقات المبدأ أنظر:

Coss. Civ. 5 Fev. 1991. Rev. 1991. P. 625. Coss. Civ. 5 fév 1991. Rev. arb. 1991 P.625.
Paris. 14 Oct. 1993. Rev. arb. 1993. P. 664. Note Bureau.
Paris. 10 juin 1993. Rev. arb. 1995. P. 440.

وأنظر لمبدأ المواجهة فى الخصومة العادية: د. عزمى عبد الفتاح: تحقيق مبدأ المواجهة مشار إليه سابقاً. د. إبراهيم نجيب سعد: قاعدة لا تحكم، عيد القصاص: التزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة دار النهضة العربية ١٩٩٤.

WIDERKHER: le Principe du Contradictaire op. cit. COUCHEZ: op. cit.

(١) فالمواجهة فى معناها الحديث لم يعد يقتصر على الحق فى الحضور أو المجادلة بين الخصوم وإنما يقصد به الحق فى أن يقول الإنسان كل ما يريد، وأن يكون له الحق فى أن يعلم علماً كاملاً بما قدمه خصمه توصلاً للرد عليه.

والعلم فى وقت يمكن من الرد، هو حق وواجب فى ذات الوقت. فهو حق من ناحية أن تلقى المعلومة من الخصم الآخر يجب أن يتم فى وقت كاف يسمح لمن تلقاها بالرد، وهو التزام من زاوية أن من يعلم الخصم الآخر بشئ مما ينصب عليه المواجهة، يجب عليه أن يعطى من يعلمه الوقت الكافى لكى يتمكن من الرد. د. عزمى عبد الفتاح: مبدأ المواجهة ص ٣٦.

(٢) محمود جمال الدين: ص ٤٣ بند ٩.د. عصام سليم: المرجع السابق ص ٢٣.

(٣) عزمى عبد الفتاح: التحكيم ص ٢٦٢. د. نبيل عمر: التحكيم ص ١٥٥ بند ١٢٦.

وفى خصوص ذلك، اهتمت التشريعات الحديثة بالمبدأ وما ينصب عليه وما يجب على المحكم بالنسبة له، فالمشرع الفرنسى تناوله فى المواد ١٤، ١٥، ١٦ مرافعات[1] فالمادة ١٤ نصت على أنه "لا يجوز الحكم على الخصم دون أن يستدعى ويسمح له". والمادة ١٥ على أن "من حق كل خصم أن يتعرف – فى وقت مناسب – على الوقائع التى يستند إليها خصمه ووسائل الإثبات التى يقدمها ومواد القانون التى يثيرها حتى يتمكن كل منهم من إعداد دفاعه" والمادة ١٦ على أن "يحترم المحكم دائماً مبدأ المواجهة، فلا يستند فى حكمه إلى وقائع وأدلة إثبات ومستندات قدمها أحد الخصوم ولم تكن محلاً للإطلاع والمناقشة الحضورية من الخصم الآخر، ولا يجب عليه أن يؤسس حكمه على مسائل قانونية آثارها من تلقاء نفسه إلا إذا دعى الخصوم إلى إبداء ملاحظاتهم" وسلك المشرع المصرى نفس المسلك وفقاً للمواد ٣١ إلى ٣٥ تحكيم مما يضمن به احترام المحكمين لمبدأ مواجهة الأدلة.

ووفقاً لما أعتمده المشرع الفرنسى والمصرى يمكن القول أن احترام مبدأ مواجهة الأدلة - كأهم تطبيقات احترام حقوق الدفاع – يدور فى فلك أمور ثلاثة: أولها حق كل خصم فى أن يسمعه المحكمون. وثانيها: حق كل خصم فى أن يناقش أدلة وحجج خصمه. وثالثها: حق الخصوم فى مناقشة الأدلة والقانون التى جمعها المحكم. وذلك على النحو التالى:

---

(١) ومبدأ المواجهة يحكم كل منازعة معروضة أمام القضاء ولو خاص، مدنية أم إدارية، أم جنائية أم تأديبية، وإن كان المبدأ تأخر بظهوره فى المنازعة المدنية عن غيرها من المنازعات فذلك نظراً لسيادة مبدأ ملكية الخصومة لأطرافها لفترة طويلة، وعندما بدأ الاتجاه الحديث نحو اتساع سلطة المحكم أو القاضى فى الخصومة المدنية فى الظهور، بدأ الاهتمام بمبدأ المواجهة، باعتباره أمر ضرورى لتحقيق التوازن من سلطات الخصوم وسلطات المحكم أو القاضى المتزايدة فى الخصومة المدنية:

أنظر: WIDERKHER: op. cit. N 73.
NORMAND: op. cit. Thés P 219. N 225.
Kessedjian: op.cit., P. 382.

٣٦ – ١ – حق الخصوم فى أن يسمعهم المحكمون:

هذا الوجه من وجوه مبدأ مواجهة الأدلة يلتزم المحكمين بمراعاته من خلال أمرين. الأول: دعوى الخصوم لحضور إجراءات الإثبات. والثانى: الالتزام بسماع كل خصم من الخصوم.

٣٧ – أ – دعوى الخصوم لحضور إجراءات الإثبات:

لا يقتصر حق الخصوم على حضور جلسات المرافعة [١] وإنما يعترف له القانون بحق حضور إجراءات الإثبات ولو كانت تتم أمام المحكمة أو الجهة المنابة للقيام ببعض أو كل إجراءات الإثبات [٢] أو أمام الخبير المنتدب فى القضية، وسواء فى ذلك، كان يتم أمام هيئة التحكيم أو فى أى مكان خارج مكان انعقاد الهيئة، كما فى حالة انتقال هيئة التحكيم للمعاينة أو لسماع شاهد تعذر انتقاله لهيئة التحكيم.

وتبدو أهمية حضور الخصوم لإجراءات الإثبات، فيما يتيح مثلاً للخصم أثناء إدلاء الشاهد بشهادته مناقشته عن طريق ما يطلب توجيه من أسئلة للشاهد، كما يتيح حضوره أثناء قيام الخبير بمأموريته أو قيام هيئة التحكيم بالمعاينة توجيه لمحل الخبير أو هيئة التحكيم عن طريق ما يقدمه من ملاحظات أثناء العمل ذاته، ولا تحقق أى وسيلة أخرى الفائدة التى يحققها حضور الخصم فى هذه الحالات مما يساهم فى تكوين الرأى التحكيمى.

---

(١) إذا اتفق الأطراف على عقد جلسة أو جلسات مرافعة سواء فى مشارطة التحكيم أو فى اتفاق لاحق، فإن هيئة التحكيم تلتزم بعقدها وفقاً لنص المادة ١/٣٣ تحكيم مصرى، وعندما تقرر عقد جلسة وتحدد ميعادها فإن عليها أن تخطر طرفى التحكيم بميعاد الجلسة قبل انعقادها بوقت كاف لتمكين الأطراف من الاستعداد لها، وهو ما تقدره الهيئة تبعاً لظروف القضية وفقاً للمادة ٢/٣٣ تحكيم مصرى والمادة ١/٢٥ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى، والمادة ١/٢١ من لائحة الـ I.C.C. والمادتين ١٨، ١٤٧٢/ ٦ مرافعات فرنسى. أنظر فى جلسات المرافعة أمام هيئة التحكيم: د. فتحى والى: التحكيم ص ٣٣٢ وما بعدها بند ١٧٧. د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم: ص ٢٦٧ وما بعدها. د. علي بركات: ص ٣٢٩ وما بعدها بند ٣٣٢.
ROBERT MEROU: op. cit. P. 147 ets N 174.
Loquin: op. cit. jur. Clis. Fasc. 1036. N 88 ets.

(٢) أنظر فيما يلى بند ٥٢.

ولذا يوجب قانون الإثبات المصرى فى المادة ٥ / ٢ إعلان الأوامر الصادرة بتعيين تاريخ إجراء الإثبات للخصم [١] وإلا كان العمل باطلاً.

وبما أن تمكين الخصم من هذا الحضور يتيح له الإسهام فى تكوين الرأى التحكيمى لصالحه، توصلاً فى النهاية إلى الحكم لصالحه، فإن هذا الحضور يعد حقاً من حقوق الدفاع، وهو حق يعين الخصم على ممارسة حقه فى الإثبات، فحق الخصم فى حضور إجراءات الإثبات لا يقل – أن لم يفق – فى أهميته حضور جلسات المرافعة [٢].

وقد بلغ من اهتمام القانون بتكليف الخصم بحضور إجراءات الإثبات [٣] أن نصت المادة ٣٦/ ٤ تحكيم مصرى على أنه "بعد تقديم تقرير الخبير أن تقرر هيئة التحكيم من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد طرفى التحكيم عقد جلسة لسماع أقوال الخبير مع إتاحة الفرصة للطرفين لسماعه ومناقشته بشأن ما ورد فى تقريره" [٤] وفى المادة ٥٣/ ١ من القانون السابق على أنه تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إذا تعذر على أحد طرفى التحكيم تقديم دفاعه وأدلته بسبب عدم إعلانه إعلان صحيح بإجراءات التحكيم". والمادة ١٤٩٢/ ٤ مرافعات فرنسى بنصها على أنه يقع باطلاً

---

(١) ولمرونة التحكيم وتيسيراً لإجراءاته، نص المشرع المصرى فى قانون التحكيم على أحكام خاصة بتسليم الأوراق أكثر يسراً من تلك التى ينص عليها قانون المرافعات، فوفقاً للمادة ١/٧ تحكيم "ما لم يوجد اتفاق خاص بين طرفى التحكيم، يتم تسليم أى رسالة أو إعلان إلى المرسل إليه شخصياً أو فى مقر عمله أو فى محل إقامته أو فى عنوانه البريدى المعروف للطرفين أو المحدد فى مشارطة التحكيم أو فى الوثيقة المنظمة للعلاقة التى يتناولها التحكيم، وهو نفس ما نصت عليه المادة ١/٢ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى والمادة ١/٢ من قواعد اليونسترال، والمادة ٣/٣ من لائحة الـ I.C.I.

(٢) د. وجدى راغب: المقال: ص ١٦٢ بند ٥٥.

(٣) ويكون الحضور أحياناً واجباً على الخصم وليس مجرد عبء أو حق له؛ كما لو أمرت هيئة التحكيم بحضور الخصم لاستجوابه أنظر فيما يلى بند ١٠١.

(٤) وقد وجهت إلى ذلك المادة ٣/٣٦، ٤ من نظام التحكيم السعودى المادة ٣١ من قواعد اليونسترال، حيث نصت على أن لهيئة التحكيم أن تستفسر من الطرفين عما إذا كان لديهما أدلة أخرى لتقديمها أو شهود آخرين لسماعهم أو أقوال أخرى للإدلاء بها قبل قفل باب المرافعة، وهو ما لا يتأتى بإخطار سابق بذلك للأطراف يعلمون به للحضور بجلسة سابقة على الجلسة الأخيرة.

يقع باطلاً حكم المحكمين الذى صدر فى خصومة كان فيها أحد الخصوم فى وضع لا يسمح له بمعرفة كل إدعاءات وأدلة خصمه. وتطبيقاً لذلك قضى[1] بأنه إذا لم يتمكن أحد الخصوم فى أن يوضح وجهة نظره حضورياً فى النزاع وأدلته المطروحة على هيئة التحكيم، فإنه يوجد ثمة محل لإبطال حكم المحكمين.

إلا أنه ومراعاة لطبيعة التحكيم وما تتميز به خصومته من السهولة وبساطة الإجراءات[2] ينبغى عدم التشدد أو المبالغة فى التزام المحكمين بدعوى الخصوم لحضور إجراءات الإثبات كأحد مظاهر احترام مبدأ المواجهة. فالمبدأ قد يتحقق من خلال وسائل اتصال لا تتطلب حضور الأطراف شخصياً فى جلسة الاستماع مثل التداول بالاتصالات المرئية مادة ٤/٢٨ من قواعد اليونسترال، وكما يرى البعض[3] أن هذا الالتزام يجب ألا يحمل على مفهومه الضيق ولا يختلط مع الالتزام الذى يقع على كاهل المحكم والمتمثل فى دعوته للخصوم فى كل إجراءات التحكيم.

وإنما ينبغى التعويل على النتيجة التى يمكن أن تترتب على عدم استدعاءهم للقول بمدى احترام مبدأ الحضورية كأوجه من وجوه مبدأ المواجهة من عدمه[4] وأثر ذلك فإن عدم استدعاء الخصوم يمكن أن يشكل مخالفة لمبدأ المواجهة إذا كان من شأنه عدم تمكين أحد الخصوم من الإطلاع على ما قدمه أحدهم من أدلة، أو على الكل من عدم معرفة كيفية سير

---

(١) Paris 24 Fév 1984. Rev. arb. 1985. 175. Pari. 19 janv. 1990 Rev. arb. 1991. 125. Paris. 7 janv. 1963. Rev. arb. 1963. 21. Coss. Civ. 7 Janv. 1992. Rev. arb. 1992. P. 656. ops. Bureau.

(٢) أنظر فى الفوائد والمزايا التى يحققها اللجوء إلى نظام التحكيم: عاشور مبروك: ص ٨ – ١٧ حاشية.

(٣) د. محمد نور شحاته: ص ٣٢٧.

(٤) د. على بركات: ص ٣٠٥ وما بعدها بند ٣١١. د. وجدى راغب: المقال ص ١٦٠
بند ٥٣. د. عزمى عبد الفتاح: مبدأ المواجهة ص ٣٦. د. محمد نور شحاته: ص ٣٢٩.
Loquin: op. cit. N 87.

سير الخصومة أمام المحكمين. وقضى تطبيقاً لذلك[1] بأن المحكمين لا يتلزمون بدعوة الخصوم إلى كل جلسات التحكيم أو إجراءات الإثبات، طالما أن هؤلاء الخصوم قد حضروا بعض هذه الجلسات أو تلك الإجراءات وأتاح لهم المحكمون إمكانية التعرف على ما تم فى الجلسات أو إجراءات الإثبات التى لم يحضروها وأعطوهم الوقت الكافى لتقديم حججهم ودفاعهم[2].

وعلى العكس، فإن وجود دعوة أو تكليف الخصوم بحضور إجراءات الإثبات لا يكفى لضمان احترام مبدأ الحضورية إذا تم ذلك فى وقت متأخر، ولم يترك للخصوم الفرصة الكافية لإعداد أدلتهم ودفاعهم[3] وتطبيقاً لذلك قضى[4] بأنه إذا تبين من مجموع المراسلات والمكاتبات المتبادلة وكذلك إشعار الخطاب المسجل المرسل إلى المدعى عليه علمه بسير إجراءات التحكيم وإجراء الإثبات، ومع ذلك امتنع عن الحضور، فإنه لا يحق له النعى على الخصم الآخر، أو هيئة التحكيم بمخالفة مبدأ المواجهة، لأن الخصم يكون قد منح الفرصة الكاملة للعلم[5].

---

(١) Coss. Civ. 12 Janv. 1968. Rev. arb. 1969. P. 27. Paris. 13. mai 1988. Rov. Arb. 1989. P. 251. Note. 4. Derain. Paris. 26 avril. 1085. Rev. arb. 1985. P. 311. Note. Emezger.

(٢) والوقت الكافى يعد عنصر من عناصر الحق فى الرد، وبديهى أنه لا يتصور إجبار الخصم على الرد فور العلم، وإنما لابد من فوات مهلة من الوقت تسمح للخصم أن يحلل وسائل الدفاع والحجج والمستندات، وأن يطلع على ما يكون الخصم الآخر قد قدمه من مستندات، وأن يكون لديه فرصة لكى يدبر أمره، وأن يجرى بعض الأبحاث القانونية اللازمة التى قد تكون ضرورية لإعداد الرد، وأخيراً، أن يفكر ويتأمل ويتروى قبل إعداد الرد. فالوقت الكافى هو الوقت الكافى للتحليل والرد بعد التأمل والتروى. أنظر د. عزمى عبد الفتاح: الإشارة السابقة. Kessedjian: op. cit. p. 393.

(٣) د. محمد نور شحاته: الإشارة السابقة، علي بركات: الإشارة السابقة. Loquin: lic. Cit.

(٤) Paris. 25 mars. 1983. Rev. arb. 1984. p. 363. Note j. Robert.

(٥) وإذا كان الأصل فى العلم هو العلم الفعلى، وهو الذى يضمن تحقيق المواجهة، فإن ثمة حالات لا يمكن فيها تحقيق ذلك العلم، ولذلك يكتفى فى هذه الحالة بإتخاذ الوسائل التى تكفل تحقيق العلم وإن لم يتم العلم بشكل=

٣٨ ـ ب ـ الالتزام بسماع كل خصم من الخصوم:

يجب السماح للخصم دائماً أن يسمعه المحكم إذا أراد. فهذا الأمر يعد في الواقع نتيجة لازمة لمبدأ المواجهة[١]. واحترام المبدأ يستلزم أن يسمع المحكمون الخصوم إذا ما تم دعوتهم، وهو ما اعتمده المشرع الفرنسي في المادة ١٤ مرافعات "أن يستدعى ويسمع له" وأن كل خصم من الخصوم يجب أن يتمكن من تقديم أدلته وحججه سواء شفاهةً أو كتابةً، وذلك حسب النموذج الذي يحدده اتفاق التحكيم أو هيئة التحكيم. وهو ما صادف اعتماد ثابت من تشريعات ولوائح التحكيم المختلفة[٢] فالمادة ١/٣٣ تحكيم مصري نصت على أن "تعقد هيئة التحكيم جلسات مرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته". المادة ١/٢٨، ٢ من قواعد اليونستيرال.

وتحقيقاً لذات الفرض نصت المادة ٢/٣٣ تحكيم على أنه "يجب إخطار طرفي التحكيم بمواعيد الجلسات والاجتماعات التي تقرر هيئة التحكيم عقدها قبل التاريخ الذي تعينه لذلك بوقت كاف تقدره هذه الهيئة حسب ظروف كل دعوى على حده. وتطبيقاً لذلك قضي[٣] بأنه لا يجوز لهيئة التحكيم أن ترفض سماع أحد الخصوم – رغم طلب هذا الخصم سماع أقواله – اكتفاءً بالرد بأن هيئة التحكيم تسمع الخصوم إذا رأت أن الحاجة تستدعي سماع أقوالهم وبالقدر الذي يرونه كافياً لتنويرهم.

ويجب أن يسمع جميع أعضاء الهيئة التحكيمية الخصوم[٤] كما يجب أن يمكن هؤلاء من ذلك. مع مراعاة أنه لا يفترض بالضرورة أن يقوم المحكمون بحضور كل إجراءات التحقيق أو الإثبات، وإنما ينبغي أن يكون

=فعلى، متى اتخذت هذه السبل، فلا إخلال بمبدأ المواجهة. أنظر د. إبراهيم نجيب سعد المقال: ص ٨. د. عزمي عبد الفتاح: مبدأ المواجهة ص ٢٤.

(١) COUCHEZ: op. cit. N 25.

(٢) أنظر فيما سبق حاشية رقم ٣ ومابعدها ص ١٨، ١٩.

(٣) Paris. 25 mars. 1984. arb. 1984. p 363 Note Robert.
Paris 22 Mars. 1965. Cité per. Loquin. Op. cit N 89.

(٤) أنظر فيما سبق مبدأ التحقيق الجماعي بند ٢٧.

كل المحكمين على علم تام بطلبات وحجج وأدلة كل خصم، وذلك بأى طريقة كانت، لأن مبدأ المواجهة يكون قد أحترم فى الحالات فقط التى يتم فيها إيصال حجج وأدلة الخصوم إلى كل المحكمين[1]. وتطبيقاً لذلك قضى[2] بأنه يعد مخالفاً لمبدأ المواجهة حكم المحكمين الذى صدر من هيئة تحكيم مكونة من ثلاث محكمين إذا ثبت أن الخصوم لم يتم استدعاءهم لتقديم حججهم ودفاعهم أمام المحكم الثالث. وهو ما يؤكد أن تحقيق مبدأ المواجهة بشكل فعال يستلزم السماح كل محكم من أعضاء الهيئة التحكيمية بأن يسمع كل خصم من الخصوم.

٣٩-٢ - حق كل خصم فى مناقشة أدلة وحجج خصمه:

وذلك بسماع القول Dire والقول الآخر Contre Dire[3] وحتى تتحقق حرية المناقشة بشكل يضمن تحقيق المساواة، فإن ثمة متطلب بديهى لإجرائها، وهو أن يكون كل خصم على علم بما قدمه الخصم الآخر حتى يمكنه مناقشته. فإعطاء المحكم الفرصة الكاملة لكل خصم كى يعبر عن وجهة نظره لا جدوى منها إذا سمح للخصم الآخر أن يخفى مستندات تحت يده، ونتيجة لذلك فإن العلم أو إمكانية العلم المتبادل بين الخصوم هى المفترض المنطقى لإمكانية المواجهة وأداة العلم هى الإعلام[4].

وفى خصوص ذلك، قد بلغ اهتمام القانون الإجرائى ولوائح التحكيم مداها بتنظيم الوسائل التى تكفل عملية الإعلام، فالمادة ١٥ مرافعات فرنسى نصت على أن يعلن الخصم بشكل تبادلى وفى وقت مناسب بجميع الأسباب الواقعية التى يؤسس كل منهم عليها إدعاءاته، وكذلك بجميع

---

(١) محمد نور شحاته: الإشارة السابقة. د. على بركات: ص ٣٠٨ بند ٣١٢.

(٢) Loquin: op. cit. N 95.
Coss. Civ. 31. Janv. 1979. Rev. arb. 1979. 366 Note BM.

(٣) د. عزمى عبد الفتاح: مبدأ المواجهة ص ٢٣. د. نبيل عمر: التحكيم ص ١٥٧ بند ١٢٨.

(٤) د. عزمى عبد الفتاح: ص ٢٤. د. وجدى راغب: المقال: ص ١٥١ بند ٤١ وما بعده. د. إبراهيم نجيب سعد: المقال: ص ٥٧. د. عصام سليم: المرجع السابق ص ٢٣.
COUCHEZ: op. cit. N 10.

أدلة الإثبات التى يقدموها والأسباب القانونية التى يثيروها فى الدعوى حتى يتمكن كل منهم من تجهيز دفاعه [1]. والمادة ٣٣ تحكيم مصرى على أن ترسل صورة بما يقدمه أحد الطرفين إلى هيئة التحكيم من مذكرات أو مستندات أو أوراق أخرى إلى الطرف الآخر. وأكدت على ذلك أيضاً الفقرة الثالثة من المادة السابقة على أن "تدون خلاصة وقائع كل جلسة تعقدها هيئة التحكيم فى محضر تسلم صورة منه إلى كل من الطرفين ما لم يتفقا على غير ذلك [2]. مادة ٣٣ من نظام التحكيم السعودى.

ووفقاً للنصوص السابقة ينصب العلم والإطلاع على وسائل الإثبات التى يقدمها الخصوم أو يأمر بها المحكم، وعلى الحجج المقدمة لإيضاح وسائل الدفاع، ويعامل الإعلام مثل الإيداع. فينصب العلم على وسائل الإثبات التى يقدمها، فإذا كانت وسيلة الإثبات دليلاً كتابياً تعين إيداعه حتى يمكن الخصم الآخر من الإطلاع عليه. وإذا اتخذ المحكم إجراء من إجراءات الإثبات من تلقاء نفسه، فإنه يجب أن يعلم به كافة الخصوم حتى يمكن دراسة ما يسفر عنه الإجراء من وجهة نظر الخصوم. كما ينصب العلم أيضاً على الحجج وهى ما يقدم لإيضاح وسائل الدفاع، بتوضيح مضمونها وتفسيرها وتحديدها لاقناع المحكم. وقضى تطبيقاً لذلك [3] بأن مبدأ المواجهة الذى يلتزم به كل من المحكم والقاضى، يقتضى على وجه الخصوص تبادل المستندات والأدلة بين الخصوم بصورة تسمح لكل منهم بإبداء ملاحظاته، والرد على الحجج التى ساقها الخصم الآخر استناداً إلى تلك الأدلة أو المستندات. وحيث يتبادل الخصوم ملاحظاتهم والرد على حججهم يتحقق مبدأ المواجهة.

---

(١) وقد أكدت ذلك أيضاً المادة ١٣٢ مرافعات فرنسى، حيث أوجبت على الخصم الذى يتمسك بمحرر فى الدعوى أن يقوم من تلقاء نفسه بإطلاع كل من خصومه الآخرين عليه.
Cass. Civ. 24. act. 1986. 1986. G0Z Pol-2-284.

(٢) أنظر فيما سبق بند رقم ٣٣.

(٣) Paris. 24 Avril. 1980. Rev. arb. 1981. 176.

وحق كل خصم فى مناقشة أدلة وحجج خصمه، والذى يتعين على المحكم مراعاته والالتزام به، ولو كان مفوضاً بالصلح[1] تحقيقاً لاحترام مبدأ المواجهة. يفرض هذا الالتزام على المحكم من ناحية أن يأمر بما يراه مناسباً وكافياً من إجراءات لإمكان تبادل المستندات[2] ومن ناحية ثانية أن يرفض كل دليل يقدمه أحد الخصوم طالما أنه لم يتم تبادله مع الخصم الآخر[3] ومن ناحية أخرى ألا يستند فى حكمه على دليل أمر به أو ساقه أحد الخصوم دون أن يتحقق بمقتضاه مبدأ المواجهة.

وحق الخصم فى تقديم ما يدعم وجهة نظره من أدلة وحجج، وحق الخصم فى الإطلاع وتبادل المستندات على ما قدمه الخصم الآخر لا يخضع لشكل معين، وكل ما ينبغى مراعاته هو احترام مبدأ مواجهة الأدلة تحت أى شكل كان. فإذا لم يتم إعلام الخصم بالدليل أو المستند المقدم، فعلى المحكم أن يمتنع أن يأخذ بهذا الدليل أو تلك المستند فى أسباب حكمه وإلا كان باطلاً[4] وعلى العكس فإن الإعلام أو الإطلاع على الدليل أو المستند قبل عدة ساعات من قفل باب المرافعة لا يشكل مخالفة لمبدأ المواجهة، طالما لم يثبت أن الحكم تأثر بهذا الدليل أو تلك المستند المنعى عليه، أو دعم لدفوع سبق تأكيدها[5].

٤٠-٢- حق الخصوم فى مناقشة الأدلة والقانون التى جمعها المحكم: إذا اتخذ المحكم دليل إثبات من تلقاء نفسه[6] فإنه يجب عليه أن يعلم به الخصوم كافة حتى يمكن دراسة ما يسفر عن الدليل من وجهة نظر الخصوم. فمثلاً لو

---

(١) Paris. 12 Nov 1967. Rev. arb. 1967. 123. Paris 13 Mars. 1973. Rev. arb. 1973. Paris 3 Mars 1992. Rev. arb. 1993. 107. Paris. 14 Oct. 1993. Rov. Arb. 1994. 380.
مشار لهذه الأحكام لدى د. محمد نور شحاته ص ٣٣١، د. علي بركات ص ٣٠٩.

(٢) أنظر فيما سبق بند ٢١.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٢٢.

(٤) Paris. 31 Fev 1980. Rev. arb. 1984. P. 129.

(٥) Paris. 18 Janv 1983. Rev. arb. 1984. 87 Note Moyer.

(٦) أنظر فيما سبق بند ٢١.

أمر المحكم بندب خبير، تعين منح الخصوم فرصة العلم بمضمون التقرير لمناقشة نتائجه [1]. كما يجب على المحكم أن يخضع للمناقشة وسائل القانون [2] خاصة تلك التى يثيرها من تلقاء نفسه سواء تعلقت بالنظام العام أو لا تتعلق به بمناسبة ما أمر باتخاذه من إجراءات الإثبات. بل ولو كانت وسيلة واقع آثارها الخصوم ولكنهم لم يتمسكوا بها صراحةً، فيجب على المحكم أن يخضع كل ذلك للمناقشة الحرة من ذوى الشأن قبل إصدار حكمه.

وإذا كان مبدأ المواجهة يوجب على المحكم أن يخضع كل ما يجمعه من مسائل واقع وقانون للمناقشة من ذوى الشأن طوال مراحل الخصومة. فالمبدأ يفرض نفسه وبصورة واضحة فى مرحلة الإثبات لخطورة هذه المرحلة لأنها تمثل التكملة الضرورية لحق الدعوى والحق فى الدفع [3] وما منحته التشريعات المقارنة من سلطة للمحكم فى اتخاذ ما يراه من إجراءات الإثبات، وإمكانية الإسناد فى حكمه على معلوماته الشخصية [4].

وسلطة المحكم ولو من تلقاء نفسه باتخاذ ما يراه من إجراءات الإثبات يكون لازم للفصل فى الدعوى فذلك مقيد بضرورة علم كل خصم من الخصوم بما تم اتخاذه من إجراءات الإثبات فى غيبته، وتمكينه من الإطلاع

---

(١) أنظر فيما يلى بند ١٣٦.

(٢) أنظر فى التزام المحكم باحترام مبدأ المواجهة عند أثارته لوسائل القانون. السيد تمام: ص ٨٦ وما بعدها بند ٤٥ وما بعده.
Kessedjian: op. cit. P. 403.

(٣) فالمحتكم يستند فى دعواه إلى وقائع معينة يتخذها سببا للدعوى. وذلك مثل عقد البيع فى دعوى المطالبة بتسليم المبيع. كما أن المحتكم ضده يدفع هذه الدعوى استناداً إلى إنكار أو تأكيد وقائع معينة، مثل نفى وجود عقد البيع، أو تأكيد عملية تسليم البضاعة، وإذا كان الغرض من أتاحة هذه الوسائل هو تمكين المحتكم ضده من العمل على تكوين الرأى التحكيمى لصالحه، فإن هذا لا يتحقق بمجرد تمسكه به، وإنما هذا يقتضى أيضاً تمكين المحتكم ضده من إقناع المحكم بالوقائع التى يستند إليها. نفس المعنى د. وجدى راغب المقال: ص ١٣١ بند ٢٤.

(٤) أنظر فيما سبق بند ١٨.

عليه ومناقشته، وقضى تطبيقاً لذلك[1] بأنه إذا انتهت هيئة التحكيم إلى ضرورة اللجوء إلى خبير لأستشارته فى مسألة فنية معينة، فإن التقرير الذى يعده هذا الخبير يجب عرضه على كل من الخصمين لمناقشته وإبداء ملاحظاته، والحكم الذى يصدر استناداً إلى تقرير خبير لم يتم تبادله ومناقشته بين الخصوم يقع باطلاً لمخالفته حقوق الدفاع.

وإمكانية إستناد المحكم فى حكمه على معلوماته الشخصية مقيد هو الآخر باحترام مبدأ المواجهة، فلا يقضى بعلمه الشخصى عن وقائع تتعلق بالنزاع الذى ينظره إلا إذا تواجه بشأنه مع الخصوم وتمت المناقشة بينهم، وانتهوا إلى الأخذ به. وقضى بأنه لا يمكن النعى على الحكم أنه استعلم من أحد الفنيين – دون علم الخصوم – من أهمية أو جدوى طريقة معينة من طرق حساب مؤشرات الأسعار وذلك بشرط أن يكون قد مكن الخصوم من مناقشة ما انتهى إليه من معلومات[2]. وفى الحالتين ومثلهما يكفى لاحترام مبدأ المواجهة أن يضع المحكمون الخصوم فى موقف يستطيعون فيه مناقشة ما انتهى إليه بناءً على علمه الشخصى أو ما انتهى إليه تقرير الخبير[3].

وحق الخصوم فى مناقشة ما جمعه المحكمين من أدلة طوال مراحل الخصومة، وما اتخذوه بصددها من وسائل واقع أو قانون يجد أساسه ومبناه فى نصوص قانونية مغتمدة، فالمادة ١٦ مرافعات فرنسى، تفرض على المحكم أن يطرح على الخصوم كل ما جمعه من أدلة أثناء نظر النزاع، وكذلك ما يستند إليه من نصوص قانونية، حتى تكون محلاً للمناقشة بين الخصوم والمادة ٣٣ تحكيم مصرى على أن ترسل إلى كل من الطرفين

---

(١) Paris 2 Mai 1973 Rev. arb. 1973. P. 182.

(٢) Coss. Civ. 30 Nov.. 1978. Rev. arb. 1979. 355. Note. Fouchard.
Coss. Com. 30 Juill. 1952. D. 1952. P. 724. Paris. 10 Juin. 1993. Rev. arb. 1995. P. 440.

(٣) Coss. Civ. 16 Fev. 1978. Rev. arb. 1978. 469.

صورة من كل ما يقدم إلى هيئة التحكيم من تقارير الخبراء والمستندات وغيرها من الأدلة. كما تدون خلاصة وقائع كل جلسة تعقدها هيئة التحكيم فى محضر يسلم صورة منه إلى كل من الطرفين، ما لم يتفقا على خلاف ذلك. المواد ٣١، ٣/٣٣ من نظام التحكيم السعودى.

المطلب الثانى
القيود الواردة على دور الخصوم فى الإثبات

٤١ ـ تمهيد:

إذا كان للخصم الحق فى تقديم الأدلة الكافية لتأييد إدعاءاته أو لنقض إدعاءات خصمه وإثبات عكسها، فهذا الحق ليس مطلقاً بل ترد عليه بعض القيود. فالخصم مقيد فى إثبات ما يدعيه بطرق الإثبات المقررة فى القانون الذى يحكم الخصومة التحكيمية، ولا يجوز له أن يصطنع دليلاً لنفسه، كما لا يجوز إجبار أحد الخصوم على تقديم دليل ضد نفسه وأخيراً الالتزام بالأمانة عند ممارسة الحق فى الإثبات. ذلك على النحو التالى:

٤٢ ـ ١ ـ أن يكون الدليل قانونياً:

ويقصد به أن يكون الدليل جائزاً قبوله أمام هيئة التحكيم بصفة مجردة، ولا يقبل أمامها إلا إحدى الأدلة التى نظمها القانون الذى أتفق الأطراف على تطبيقه ليحكم إجراءات الخصومة أو فوضوا فى اختياره هيئة التحكيم [(١)] فإذا كان الإثبات حق للخصم فى تأكيد ما يدعيه أو العكس دحضه. فالحق فى وجهيه يتقيد بقواعد القانون التى تحدد الواقعة محل الإثبات وما يشترط فيها [(٢)] فلا يجوز للخصم أن يقيم الدليل على واقعة لا يجيز القانون إثباتها، ولا أن يثبت على الخصوص الواقعة الجائزة بطريقة لا يعترف بها القانون. كما لا يجوز للخصم الآخر دحض هذه الواقعة بطريقة غير مشروعة أو بطريقة تأباها سنن المجتمع وتحرمها قواعد النظام العام [(٣)]. وأثر

---

(١) أنظر فيما سبق بند ٧ وما بعده.

(٢) أنظر فيما سبق بند ٢.

(٣) وقضى تطبيقاً لذلك بأن المشرع قد بين الأدلة التى يمكن بها إثبات الحقوق وحدد نطاقها، وقيد القاضى – المحكم – بوجوب التزامها بها حماية للحقوق المتقاضية، فلا ينبغى تجاوزها أو الإتفاق على مخالفتها بإضافة وسيلة أخرى=

ذلك، يتعين على الخصم مراعاة الاعتبار الموضوعى لممارسة الحق فى الإثبات كأحد مقتضيات حق الدفاع [1]، حتى لا يتعسف الخصم عند ممارسة الحرية الممنوحة له لإثبات إدعاءاته أو لنقض إدعاءات خصمه وإثبات عكسها. [2]

وإذا كانت القاعدة أنه لا يوجد وقت معين لمباشرة الحق فى الإثبات، فيجوز التمسك به فى أية حالة كانت عليها الإجراءات، ولا يسقط هذا الحق بإقفال باب المرافعة، وإنما يصبح ذلك متروك لتقدير هيئة التحكيم [3] وإنما قد يرتب القانون محل التطبيق أحياناً على عدم اتخاذ إجراء معين من إجراءات تنفيذ الدليل سقوط الحق فى تقديمه، كأن يسقط حق الخصم فى الاستشهاد بشاهد معين إذا لم يحضره أو يكلفه بالحضور للجلسة الثانية المحددة لهذا الغرض [4].

٤٢ـ ثانياً: لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلا لنفسه:

من القواعد الهامة التى تقيد حق الخصوم فى الإثبات قاعدة أنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلاً لنفسه. بمعنى أنه لا يجوز للخصم أن يقدم فى الدعوى دليلاً من صنع نفسه ضد مصلحة خصمه. فلا يسمح له أن يستند على مجرد أقواله الخاصة أو على مستندات وأوراق قام بصنعها بنفسه لكى يؤكد عن طريقها صحة إدعاءاته. وهذه القاعدة فضلاً عن كونها منطقية فهى تفرضها طبيعة الأشياء [5] فلو سمح للخصم اصطناع دليل لنفسه ضد مصلحة خصمه لما آمن الناس على أنفسهم وأموالهم ولتعرض الكثيرون

=لا يقرها القانون، نقض مدنى ١٩٥٥/٥/٩ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ١٩٨٥ المجلد الأول ج ١ رقما ٧، ٨.

(١) د. إبراهيم نجيب سعد المقال ص ٣٣ وما بعدها.

(٢) الإمام ابن كثير "تفسير القرآن العظيم"، طبعة دار الحديث، القاهرة، ج١، ص ٢٣٤، ٢٣٣.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٢٤.

(٤) وفقاً لنص المادة ٧٦ من قانون الإثبات المصرى لو كان هو المطبق على إجراءات الإثبات فى الخصومة التحكيمية.

(٥) الشيخ أحمد إبراهيم: طرق الإثبات الشرعية: إعداد المستشار واصل علاء الدين طبعة نادى القضاة ١٩٨٥ ص ٣٢ وما بعدها.

منهم لإدعاءات باطلة لا أساس لها من الصحة، ولامتلأت المحاكم بدعاوى الكذب والافتراء، وهذا ما تأباه أسس المنطق والعدل.

وتتأسس هذه القاعدة على احترام حرية الأشخاص واستقلال كل منهم عن الآخر. فالشخص لا يمكن أن يلتزم إلا بما يصدر عنه، ولا يجوز، من ثم، الخصم أن يحتج على خصمه بدليل يصنعه لنفسه لمحرر أو فعل أو قول صادر منه [1] وقد جاء فى السنة النبوية الشريفة عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال "لو يعطى الناس بدعواهم لأدعى أناس دماء رجال وأموالهم".

وقد أكدت محكمة النقض على هذه القاعدة، وتواترت عليها أحكامها، فقضت بأنه "لا يجوز للشخص الطبيعي أو المعنوى، أن يتخذ من عمل نفسه دليلاً يحتج به على الغير" [2] أو دليلاً لصالحه [3] كما قضت بأنه "لا يستطيع الإنسان أن يتخذ من عمل نفسه دليلاً لنفسه يحتج به على غيره بغير سند من القانون" [4].

ومع اعتماد القاعدة، فقد يرد عليها استثناءات قليلة أظهرها ما نصت عليه المادة ٢٨ من القانون التجارى المصرى من أنه يجوز بناء على طلب الخصم أو من تلقاء نفس هيئة التحكيم أن تأمر بالإطلاع على دفاتر التاجر فى الأموال المشاعة ومواد التركات والشركات ويكون للمحكم توجيه اليمين المتممة إلى أى من الطرفين، وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة [5].

---

(١) د. السنهورى: ص ٥٢ بند ٣٠. د. عصام سليم: المرجع السابق، ص ٢٧.

(٢) نقض ١٩٧٩/٣/١٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ٦٧١ قاعدة ١١٢، نقض ١٩٧٣/٦/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٨٩٤ قاعدة ١٥٧، نقض ١٩٨٩/٥/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٤٠ ج ٢ ص ٣٤٥ قاعدة ٢١٥.

(٣) نقض ١٩٨٩/٥/٢٢ مشار إليه.

(٤) نقض ١٩٨١/١/٢٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٢ ص ٢٤٠ قاعدة ٤٩.

(٥) أنظر فيما يلى بند ١٢١.

٤٤ ـ ثالثاً: لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه:

إذا كان لكل شخص الحق فى إثبات ما يدعيه، فللخصم دائماً، رخصة تقديم مستند يحوزه، يمكن أن يؤثر فى تكوين اقتناع المحكم فى جانب إدعائه، هذا الحق لا يخول للخصم إرغام خصمه على أن يقدم له ما يمكن أن يكون دليلاً ضده، لأن فى هذا القاء لتبعية الإثبات على هذا الأخير.

وتتأسس هذه القاعدة هى الأخرى على فكرة احترام الحرية الشخصية للإنسان، باعتبار أن هذه القاعدة هى الوجه المقابل لقاعدة لا يجوز للخصم أن يصنع دليلاً لنفسه [١]. فحق كل خصم أن يحتفظ لنفسه بأوراقه الخاصة به ولا يجبر على تقديمها. وقضى تطبيقاً لذلك [٢] بأنه "لا يجبر خصم على أن يقدم دليلاً يرى أنه ليس فى مصلحته، لأن من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة به، وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم مستند يملكه ولا يريد أن يقدمه".

وفى الواقع أن هذه القاعدة، وتأسيسها على فكرة احترام الحرية الشخصية للإنسان باتت مهجورة لأنها تصطدم من ناحية، بما نصت عليه التشريعات وأنظمة التحكيم المقارنة صراحةً أو ضمنياً بالدور الإيجابى للمحكم فى إدارته لعملية الإثبات، والتى من مظاهرها سلطته فى إصدار الأمر لأحد الخصوم بإبراز دليل فى حوزته لصالح الخصم الآخر [٣]. ومن ناحية أخرى مخالفة القاعدة للواجب الأخلاقى الذى يقع على عاتق كل خصم اتجاه خصومه – وهو كما سنرى – واجب الأمانة الإجرائية. فضلاً عن هذا أو ذاك فإن القاعدة لا تحول دون أن يجد الخصم دليلاً لمصلحته من محرر قدمه خصمه فى الدعوى باختياره [٤].

---

(١) د. أسامة الروبى: المرجع السابق ص ٩٩ بند ٤٢. د. عصام سليم: المرجع السابق، ص ٢٨.

(٢) نقض مدنى ١٩٤٠/٤/١١ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض المجلد السابق رقم ٦.

(٣) أنظر فيما يلى بند ٦٨.

(٤) د. السنهورى: ص ٥٥ وما بعدها بند ٣١. د. عصام سليم: الإشارة السابقة.

ونتيجة لذلك، تطورت التشريعات – فى القوانين المقارنة – وأنظمة التحكيم المختلفة سواء فى نطاق الخصومة العادية[1] أو التحكيمية، نحو اتجاه تقوية الحق فى الإثبات على حساب حق الخصم فى الإمتناع عن تقديم دليل ضد نفسه. والتى بلغت هذه التطورات مداها بالواجب الملقى على عاتق كل شخص فى أن يقدم معاونته للعدالة من أجل إظهار الحقيقة، ومن هنا أصبحت القاعدة هى إلزام الخصم بتقديم محرر تحت يده[2] متى اتفق الأطراف على ذلك، أو لكون القانون أو اللائحة التى اتفقوا على اختيارها لتحكيم مرحلة الإثبات أو الاجراءات تتضمن النص على ذلك.

٤٥ - رابعاً: ضرورة الالتزام بالأمانة الإجرائية عند ممارسة الحق فى الإثبات:

لا يكفى لممارسة هذا الحق توافر المقتضيات الموضوعية للحق فى الإثبات، وهو ما يطلق عليه بالاعتبار الموضوعى[3] وإنما يكمله اعتبار آخر هو الالتزام بالأمانة عند ممارسة الحق فى الإثبات، وهو ما يعبر عنه[4] بحسن نية الخصم أو بالاعتبار الشخصى لممارسة هذا الحق كأحد مقتضيات الحق فى الدفاع.

والتزام الخصم بالأمانة، ولو لم ينص عليه صراحةً كل من المشرع المصرى والفرنسى، لكن الفقه مجمع على ضرورته[5] ويؤكد على أن الخصم ملزم باتباع حد أدنى من الأمانة وحسن النية أثناء نظر الخصومة فى

---

(١) د. طلعت دويدار: دعوى العرض منشأة المعارف ص ٧ وما يليها.

(٢) أنظر فيما يلى بند ٦٨.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٢.

(٤) د. إبراهيم نجيب سعد: المقال: ص ٣٠. د. أحمد ابراهيم عبد التواب: النظرية العامة للحق الإجرائى، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص ١٦٦ ومابعدها، بند ١٠٤.

(٥) د. وجدى راغب: المقال: ص ١٦، د. إبراهيم نجيب سعد: ص ٣٠ وما بعدها، د. عزمى عبد الفتاح: مبدأ المواجهة: ص ٣٨ وما بعدها المراجع المشارة لديه.
د. محمد عبد الخالق عمر: الحقوق الشخصية لأطراف الخصومة المدنية، مجلة مصر المعاصرة، السنة ٦١، العدد ٣٣٩ يناير ١٩٧٠ ص ٢٢٤ ومابعدها.
COUCHEZ: op. cit. N 23.

كافة مراحلها وخاصة مرحلة الإثبات. وتجمع كل التشريعات على ضرورة هذا الالتزام. فالمشرع الإيطالى يفرض على الخصوم ووكلائهم أن يكون سلوكهم أمام القضاء بأمانة وحسن نية وفقاً للمادة ٨٨ مرافعات [١].

ولا يقصد بالأمانة الالتزام بذكر الحقيقة كما نصت عليه بعض التشريعات [٢] وذهب إليه البعض [٣] ولا بعدم الكذب [٤] ولا بأن يقول الخصم بالضبط ما يعتقده [٥] ولا بالنزاهة فى الإجراءات [٦] وإنما يقصد بها أن يصل إلى علم الخصم الآخر كل ما قدمه خصمه من أدلة وحجج وأن يعلم بها فى الوقت المناسب كى ينظم دفاعه ويتمكن من الرد عليها. فيجب ألا يسئ الخصم ممارسة حقه فى الإثبات باستعمال وسائل كيدية أو اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات بسوء نية [٧].

والالتزام بالأمانة الإجرائية أوسع نطاقاً من مبدأ المواجهة لأنها لازمة فى غيره، وأن كانت ألصق به من غيره، فالمواجهة لا بد لها من أرضية

---

(١) مشار إليه لدى د. وجدى راغب: الإشارة السابقة.

(٢) فالمادة ١٣٨ مرافعات ألمانى توجب على الخصم التزام الحقيقة. وقانون المرافعات الفرنسى فى المادة ١١ يفرض على الخصوم الإسهام فى إظهار الحقيقة، وفى المادة ١٣٢ ينص على أن يتم إعلان الخصم بالمستندات تلقائياً مشار لذلك لدى د. إبراهيم نجيب سعد الإشارة السابقة.

(٣) Couture: El deber de decir La verdad en juici civil
مشار إليه لدى د. إبراهيم نجيب سعد الإشارة السابقة.

(٤) فقانون الإجراءات الجزائية الكويتى لا يعاقب المتهم على شهادته الزور بالنسبة للأقوال التى يبديها دفاعاً عن نفسه وفقاً للمادة ١٥٨.

(٥) د. عزمى عبد الفتاح: ص ٣٩.

(٦) "يلتزم الأطراف والمحكمين بالسرعة والأمانة فى الإجراءات" مادة ٢/١٤٦٤ مرافعات فرنسى:
"Les Parties et les arbitres agissent avec célérilé et layaute dans conduite de preécédure"

(٧) "والمقصود بسوء النية فى هذا المقام هو أن يكون الخصم وهو يتخذ إجراء أو طلب أو دفاعاً عالماً أن لا حق فيه وإنما قصد بإبدائه مجرد تعطيل الفصل فى الدعوى أو الإضرار بالخصم الآخر" المذكرة الإيضاحية المادة ١٨٨ من قانون المرافعات المصرى.

أخلاقية وهى عماد ما يمكن أن يسمى بالأخلاق الإجرائية L'ethique Procédurale[1].

وتتضمن تشريعات وأنظمة التحكيم المقارنة بعض الوسائل التى تناهض عدم الأمانة، ومثال ذلك ما تنص عليه المادة ٣٤/ ١ تحكيم مصرى على أنه يجب أن تأمر هيئة التحكيم بإنهاء إجراءات التحكيم إذا لم يقدم المدعى دون عذر مقبول بياناً مكتوباً بدعواه فى الميعاد المتفق عليه أو التى تحدده هيئة التحكيم. وهو نفس ما نصت عليه المادة ٢٨/ ١ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى. ونصت المادة ٣٧ تحكيم مصرى على أن يختص رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ من هذا القانون بناء على طلب هيئة التحكيم بالحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة بالجزاءات المنصوص عليها فى المادة من ٧٨، ٨٠ من قانون الإثبات. وتنص المادة ١/٣٤ من نظام التحكيم السعودى "إذا لم يقدم المدعى – دون عذر مقبول – بياناً مكتوباً بدعواه وفقاً للمادة ١/٣٠ من هذا النظام وجب على هيئة التحكيم إنهاء إجراءات التحكيم ...". ووفقاً للمادة ٣٥ من النظام السابق على أنه "إذا تخلف أحد الطرفين عن حضور إحدى الجلسات، بعد تبليغه أو عن تقديم ماطلب منه من مستندات جاز لهيئة التحكيم الاستمرار فى اجراءات التحكيم".

ومن الصور أيضاً التى تظهر فيها سوء نية الخصم وعدم اتباعه السلوك الواجب أثناء ممارسة حقه فى الإثبات، عندما يقدم الخصم أدلة مزورة أو يكون قد حصل عليها عن طريق الغش أو التحايل مثل التسجيلات الصوتية والتليفونية المسجلة لشخص دون رضائه أو علمه وفى غير الأحوال المصرح بها[2].

---

(١) BOCARA: La procedure dnas le desorde – La desert du Contradctoire. J. C. P. 1981. 3004 N 38.
مشار إليه لدى عزمى عبد الفتاح الإشارة السابقة.

(٢) د. وجدى راغب: المقال ص ١٣٤ بند ٢٨. د. إبراهيم نجيب سعد: المقال: ص ٣٢، ٣٣. =

المبحث الرابع
السلطة التى يجرى أمامها الإثبات

٤٦- الأصل أن هيئة التحكيم التى تنظم الدعوى، هى التى تتولى اتخاذ كافة إجراءات الإثبات المتعلقة بها. فإذا تعذر عليها القيام بذلك، طلبت الإنابة القضائية من المحكمة المنصوص عليها فى المادة ٩ تحكيم فى مطلبين متعاقبين نتعرض للآتى:

المطلب الأول: هيئة التحكيم تتولى اتخاذ كافة إجراءات الإثبات المتعلقة بالدعوى.

المطلب الثانى: الإنابة القضائية.

المطلب الأول
هيئة التحكيم تتولى اتخاذ كافة إجراءات الإثبات المتعلقة بالدعوى

٤٧- تنص المادة ٢٤/ ٣ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى على أن "للهيئة أن تطلب من الطرفين أن يقدما وثائق ومستندات أو أية أدلة أخرى" وهو ما نصت عليه لائحة نظام التحكيم السعودى القديم[1] تفصيلاً على أن "لهيئة التحكيم أن تأمر بوسائل التحقيق المنتجة فى الدعوى" وفقاً للمادة ٢٩، وتأمر بإلزام الخصم بتقديم محرر منتج فى الدعوى يكون تحت يده مادة ٢٨، وتأمر باستجواب المحتكمين مادة ٣٢، والاستعانة بخبير أو أكثر لتقديم تقرير فنى بشأن بعض المسائل أو الوقائع الفنية والمادية المنتجة فى الدعوى مادة ٣٣، وسلطتها فى تكليف الخبير بتقديم تقرير تكميلى لتدارك أى نقص أو قصور فى تقديره السابق مادة ٣٤، كما لها أن تنتقل للمعاينة وفقاً للمادة ٣٥،

=Cass. Com. 13 act. 2009. N' 08-19-525 juris. Data. N' 2009. 049941. Procédures. 2009: comm.. 390 Par, R. Perrot et comm. 403. Par. A-Bugade.

(١) المواد ٢/٢٩، ٣١، ٣٢، ٣٣، ٢/٣٤، ٣٥، ٤٢١/٣٦ من نظام التحكيم السعودى الجديد.

وهو ما أعتمدته العديد من التشريعات وأنظمة التحكيم المقارنة صراحةً[1] أو ضمنياً[2].

٤٨- ورغم غياب النص التشريعى فى قانون التحكيم المصرى، إلا أن الفقه مجمع[3] على أن سلطة هيئة التحكيم بالنسبة لإتخاذ إجراءات الإثبات المتعلقة بالدعوى هى نفس سلطة المحكمة. فتقوم هيئة التحكيم بإجراءات الإثبات، ويعتبر قيامها بهذه الإجراءات إحدى وظائفها الأساسية، فلهيئة التحكيم ولو من تلقاء نفسها تأمر بإلزام الخصم بتقديم مستند تحت يده، وتسمع الشهود، أو توجه اليمين المتممة، ولها – بناء على طلب الخصم – توجيه اليمين الحاسمة، وتقرر الانتقال للمعاينة أو ندب أحد أعضائها للقيام بها، وأن يندبوا الخبراء للاستعانة بهم فى المسائل الفنية، كما أن للهيئة الأمر بإحضار الخصوم وأن تقوم باستجوابهم[4].

وإذا أمرت هيئة التحكيم بإجراء من إجراءات الإثبات، مما يدخل فى سلطتها الأمر به من تلقاء نفسها، ولم يستجيب أحد الأطراف لما طلب منه، فإن الهيئة تفصل فى الدعوى بالنظر إلى الأدلة المتاحة أمامها تطبيقاً

---

(١) فالمادة ٣/٢٧ من قواعد اليونسترال تنص على أن "لهيئة التحكيم أن تطلب من الطرفين فى أى وقت أثناء إجراءات التحكيم أن يقدما خلال المدة التى تحددها، وثائق ومستندات أو أى أدلة أخرى"، وكذلك المادة ١/٣١ من القواعد السابقة تنص على أن لهيئة التحكيم أن تستفسر من الطرفين عما إذا كان لديهما أدلة أخرى لتقديمها أو شهود آخرين لسماعهم أو أقوال أخرى للإدلاء بها".

(٢) وتنص المادة ٢٢ من لائحة تحكيم الغرفة التجارية بباريس على أن "تعلن محكمة التحكيم عن قفل باب المرافعة إذا رأت أنها قد أتاحت الفرصة كافية لسماع الأطراف، ولا يجوز بعد هذا التاريخ تقديم أى مذكرة كتابية أو إدعاء أو دليل، إلا إذا طلبت محكمة التحكيم ذلك وسمحت به".

(٣) د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم: ص ٢٦٦ وما بعدها بند ١٠٨. د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٦٠ بند ١٩٧. د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم: ص ٢٨٩. د. عاشور مبروك: ص ٣٠٥ بند ١٨٣. د. احمد هندى: التحكيم ص ٥٠ بند ١٣، د. على اسماعيل غازى ص ٣٥٤.
Perrot: L'adminstration. Rev. arb. Op. cit. P. 163. Robert et Moreau: op. cit. P. 151. N 175.

(٤) أنظر فيما يلى بند ١٠١.

للمادة ٣/٢٨ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى، حيث تنص على أنه "إذا طلب من أحد الطرفين تقديم وثائق للإثبات وتخلف دون عذر مقبول جاز للهيئة إصدار حكم التحكيم بناء على الأدلة الموجودة أمامها. مادة ٣٥ من نظام التحكيم السعودى.

وتجرى هيئة التحكيم إجراءات الإثبات باللغة التى اتفق عليها الأطراف، وإلا باللغة التى تقررها هيئة التحكيم، ويكون إقرارها ملزم لأطراف التحكيم [١] كما تجرى فى المكان الذى أتفق عليه الأطراف سواء فى مصر أو فى الخارج تطبيقاً للمادة ٢٨ تحكيم مصرى. مع مراعاة أن اختيار مكان معين لاتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات لا يعنى بالضرورة وجوب اتخاذ الإجراء فى هذا المكان، فيمكن أن يتم فى أكثر من مكان. ولهذا يجوز لهيئة التحكيم رغم هذا الاختيار، الاجتماع فى أى مكان آخر تراه مناسباً للقيام بإجراء من إجراءات الإثبات كسماع أطراف النزاع أو الشهود أو الإطلاع على المستندات أو معاينة بضاعة أو أموال أو إجراء مداولة بين أعضاء الهيئة بشأن أى إجراء من هذه الإجراءات وفقاً للمادة السابقة.

ولا تؤدى مخالفة الهيئة للغة أو المكان الذى اتفق عليه الأطراف أو قررت الهيئة اختياره لاتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات إلى بطلان الإجراءات التى قامت بها[٢]، وإنما يمكن أن يتيح لأى من الطرفين دعوى ضد الهيئة للتعويض عما أصابه من ضرر من جراء هذه المخالفة. ذلك ما

---

(١) متى استندت الهيئة فى قرارها بشأن تحديد اللغة على معيار موضوعى، كأن يكون المعيار هو لغة العقد أو المستندات المتبادلة بين الطرفين بشأن النزاع أو لغة الأدلة التى اتفق عليها الأطراف، أو لغة الدولة التى انعقد بها العقد محل النزاع وجرى تنفيذه أو كان يجب تنفيذه فيها أنظر فى تفصيل ذلك د. فتحى والى: ص ٣١٥ وما بعدها بند ١٦٥. وتطبيقاً لذلك نصت المادة ١٦ من لائحة I. C. C. على أنه "ما لم يتفق الأطراف لهيئة التحكيم تحديد لغة أو لغات التحكيم وتأخذ فى اعتبارها كافة الظروف المؤثرة بما فيها لغة العقد" وهو نفس ما نصت عليه المادة ١٧ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى.

(٢) الطعن رقم ١٠٩ لسنة ٧١ق جلسة ٢٠٠٨/١٢/٢٢ مبادئ أحكام محكمة النقض فى التحكيم التجارى ص ٨٥ قاعدة رقم ٧٥.

لم يتبين أن اختيار الهيئة للغة أو المكان قد أخل إخلالاً جوهرياً بمبدأ المساواة بين الطرفين، أو لم يتمكن أحد الطرفين من تقديم أدلته أو الرد على خصمه[1].

المطلب الثانى
الإنابة القضائية

٤٩ ـ تعريف الإنابة القضائية ومبرراتها:

قلنا الأصل أن هيئة التحكيم التى تنظر الدعوى، تتولى اتخاذ كافة إجراءات الإثبات المتعلقة بها. ومع ذلك فقد يوجد من الناحية العملية موانع أو عقبات يتعذر بسببها على هيئة التحكيم أن تتخذ تلك الإجراءات بنفسها، فقد يكون الشاهد المراد سماعه أو الخصم المراد استجوابه أو المال المراد معاينته فى مكان آخر بعيد عن مقر هيئة التحكيم داخل الدولة، أو يصعب الوصول إليه لكونه خارج الدولة. فى مثل هذه الحالات يعطى المشرع فى قانون التحكيم المصرى لهيئة التحكيم التى تنظر الدعوى أن تطلب من المحكمة المنصوص عليها فى المادة ٩ من هذا القانون إصدار أمر بإنابة الجهة القضائية المختصة للقيام بهذه الإجراءات تطبيقاً للمادة ٣٧ تحكيم[2] وهو ما أعتمدته التشريعات المقارنة[3] والاتفاقيات الدولية[1] سواء كانت الإنابة داخلية أو خارجية، كإحدى صور المساعدة التى يقدمها قضاء الدولة لنظام التحكيم[2].

---

(١) د. فتحى والى: ص ٣١٤ بند ١٦٤.
Paris 18 Nov. 1987 et 4 mai 1988. Rev. arb. 1988, 657 Note. Ph. Fouchard.

(٢) وقانون التحكيم بعد التعديلات التى صاحبت مرحلة إعداد صياغته أصبح قانوناً موحداً يمثل الشريعة العامة للتحكيم الدولى والتحكيم الداخلى. أنظر المذكرة الإيضاحية لقانون التحكيم المصرى ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ملحق رقم ١ من مضبطة مجلس الشعب ٥١ دور الانعقاد العادى الرابع من الفصل التشريعى السادس فى ١٩٩٤/٢/٢٠ ص ٥٧ مشار إليه لدى محمود مصطفى يونس: الإنابات القضائية ٢٠٠٢ الطبعة الأولى دار النهضة العربية ص ١٠ حاشية رقم ١٠.

(٣) فقد نظم المشرع الفرنسى موضوع الإنابة القضائية الداخلية والخارجية فى المواد ٧٣٠ وحتى ٧٤٨ مرافعات، والقانون اللبنانى فى المادة ٨٣١ أصول محاكمات والمشرع الأردنى فى المادة ٦ من قانون البينات والمادة ٩ من قانون الإجراء=

والمقصود بالإنابة القضائية الداخلية هى حالة قانونية، بموجبها تقوم المحكمة المنيبة بتكليف المحكمة المنابة فى اتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق أو الإثبات أو التنفيذ يلزم اتخاذه للفصل فى المسألة المنظورة أمام المحكمة المنيبة، لأنه ليس فى مقدورها القيام به فى نطاق دائرة اختصاصها[٣].

ويقصد بالإنابة القضائية الخارجية، طلب من السلطة القضائية المنيبة إلى السلطة القضائية المنابة قضائية كانت أو دبلوماسية أساسه التبادل، باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق أو جمع الأدلة أو أى إجراء قضائى آخر يلزم اتخاذه للفصل فى المسألة المنظورة أمام السلطة القضائية المنيبة والتى ليس فى مقدورها القيام بها فى نطاق اختصاصها[٤].

=والمادة ٤ إثبات مصرى. مادة ٢/٢٣ من نظام تحكيم غرفة باريس، المادة ٢/٢٢ من نظام التحكيم السعودى.

(١) أنظر فى العديد من الإتفاقات الدولية الثنائية والجماعية التى أبرمت بين الدول بشأن الإنابة القضائية د. عكاشة عبد العال: الإنابة القضائية فى نطاق العلاقات الخاصة الدولية طبعة بيروت ص ١١١ وما بعدها.

(٢) لكى يزيد من فاعلية التحكيم فى الفصل فى الخصومات، باعتباره وسيلة مساعدة لقضاء الدولة لتحقيق هذا الغرض، وبما لقضاء الدولة من سلطة= =عامة فى تكملة القصور فى سلطة المحكم على خصومة التحكيم، فى كل حالة يكون فيها تدخل قضاء الدولة ضرورياً لتحقيق فعالية التحكيم. د. محمد نور شحاته: المرجع السابق ص ٣١٥. فاطمة صلاح الدين يوسف: دور القضاء فى خصومة التحكيم دار النهضة العربية ٢٠١٠ ص ١٧٢ وما بعدها بند ٤١٠ وما بعده.

(٣) محمود مصطفى يونس: ص ١٦. د. أحمد هندى: التحكيم: ص ٥٣ ومابعدها بند ١٤. د. سيد أحمد محمود: المسائل والمشاكل المتعلقة بالسلطة الولائية للمحكم. محاضرة بالمؤتمر الدولى الأول للتحكيم الهندسى – البحرين ١٥- ١٧ مايو ٢٠٠٠ ص ٤ ومابعدها.

CADIET: op. cit. P. 498 N 946.

وفى الشريعة الإسلامية للقاضى أن يكتب إلى غيره من القضاة بما وجب عنده من حكم أو ثبت عنده من حق. أبو الحسن الماوردى: أدب القاضى ج ٢ ص ٩٥.

(٤) د. عكاشة عبد العال: ص ١٤ وما بعدها. د. أحمد عبد الكريم سلامة: مسائل الإجراءات فى الخصومة المدنية الدولية – مجلة البحوث القانونية والإقتصادية حقوق المنصورة عدد أكتوبر ١٩٨٧ العدد الثانى ص ٩٦ بند ٦٦. =

والإنابة القضائية داخلية أو خارجية بصدد الدعوى التحكيمية المنصوص عليها فى المادة ٩ تحكيم لإصدار الأمر أو الإثبات أو جمع الأدلة أو أى إجراء قضائى آخر يكون لازم للفصل فى المسألة المنظورة أمام هيئة التحكيم والتى يتعذر عليها القيام بأى من هذه الإجراءات بنفسها، تطبيقاً للمادة ٣٧ تحكيم مصرى[١]. المادة ٢/٢٢ من نظام التحكيم السعودى.

فقد أعطت المادة ٣٧ تحكيم الأمر بالإنابة القضائية لمحكمة المادة ٩ تحكيم بناء على طلب هيئة التحكيم بحيث لم تجيز تلك المادة لهيئة التحكيم أن تأمر بالإنابة القضائية مباشرة، فليس لها أن تنيب عنها محكمة أخرى فى اتخاذ إجراء قضائى معين، ولكنها تطلب من محكمة المادة ٩ إصدار الأمر بالإنابة إلى السلطة المنابة قضائية كانت أو دبلوماسية لتقوم بالإجراء نيابة عنها[٢] وتتقيد هيئة التحكيم فى طلبها للإنابة بالإجراءات التى تملك اتخاذها، دون أن تمتد إلى الإجراءات التى لا تملك اتخاذها[٣].

=CHATIN: Etudes sur les Commissi ans ragataire. La Notification des actes à L'etranger et L'aide judiciaire. Rév Crit. 1977. P 610.

GAVALDE "ch" Les Commissions ragatoire internationals matiere civile et Commerciale. Rév Crit. 1964. P. 15.

(١) وغير صحيح قصر النص على الإنابة الداخلية، فالنص جاء عاماً، وليس تخصيصه بغير مُخصص، سيما وأن الحكمة من اللجوء إلى الإنابة فى صورتيها واحدة. د. عكاشة عبد العال: ص ١٢٢ وما بعدها.

(٢) د. رضا السيد: المرجع السابق: ص ٥٥ وما بعدها. قارن حيث يرى البعض رخصة الأمر بالإنابة القضائية مباشرة لهيئة التحكيم نظراً لطبيعة أعمالها القضائية د. محمود مصطفى يونس: ص ١٥٣ بند ٧٠.

(٣) فلا تملك هيئة التحكيم على سبيل المثال أن تطلب من محكمة المادة ٩ تحكيم أن تنوب عنها فى طلب توقيع الحكم على أحد الخصوم بأية غرامات لصالح الدولة من محكمة أخرى. د. أحمد أبو الوفا: ص ٢٧٠ بند ١٠٨. وتطبيقاً لذلك نصت المادة ١٧ من اتفاقية التعاون القضائى بين مصر ورومانيا الموقعة فى ١٩٧٦/٨/١٧ على أنه "لا يجوز طلب الإنابة لتمكين الأطراف من الحصول على وسائل إثبات لا تكون معدة للاستعمال فى إجراءات قضائية قائمة أو مستقبلية".

وتجد الإنابة القضائية مبرراتها، فى كونها ضرورة إجرائية، لأنها قد تمثل الحاجة الماسة للخصوم، كما تمليها اعتبارات التيسير على الشهود أو من يساهم فى إظهار الحقيقة، وأيضاً تقتضيها اعتبارات التعاون القضائى وفكرة التعايش المشترك بين الدول[1].

وكون الإنابة القضائية ضرورة إجرائية، فذلك لضمان صدق سير العدالة، والوصول إلى قضاء عادل، فالعدالة تتأذى، من صدور حكم بالحق أو نفيه عن صاحبه، بموجب ما قدم إلى هيئة التحكيم من مستندات وأدلة ووقائع لا تستطيع الهيئة الوقوف على حقيقتها. فإذا تطلب الأمر اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات وكان لازماً للفصل فى الدعوى، وتعذر على هيئة التحكيم أن تقوم به بنفسها، فلها أن تطلب من المحكمة المنصوص عليها فى المادة ٩ الأمر بالإنابة القضائية إلى الجهة أو المحكمة المنابة، ومن هنا تظهر حاجة الخصوم الماسة إليها كى يستطيع أن يقيم بينته أو أن يقدم حجته[2] كما تمليها اعتبارات التسير على من تسمع شهادته، أو من يساهم فى إظهار الحقيقة، كأن تؤخذ شهادتهم فى مكان دائرة السلطة المنابة التى يتبعونها، ذلك لدرء المشقة عنهم، لهذا كانت الإنابة الداخلية واجبة وملزمة، لخضوع الجهة طالبة الإنابة والمحكمة الآمر بها والجهة المنابة لسيادة دولة واحدة مع وجوب احترام القانون.

---

(١) د. محمود مصطفى يونس: ص ٢٠ وما بعدها. عكاشة عبد العال: الإنابة القضائية ص ٢١ وما بعدها مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧١٥ وما بعدها.

(٢) وفى هذا يقول فقهاء الشريعة الإسلامية بأنه "إذا تقدم رجل إلى القاضى، فسأله أن يقبل بينته على حق على رجل فى بلد آخر، ليكتب له كتاباً، إلى قاضى ذلك البلد، فالقاضى يسمع من شهوده على حقه الذى يدعى، لأن الحاجة ماسة إلى هذا، فإن الإنسان قد يتعذر عليه الجمع بينه وبين خصمه والشهود فى مجلس القاضى، فكان فيه حاجة ماسة إلى تجويز كتاب القاضى إلى القاضى، كما فى الشهادة على الشهادة، فجعلت حجة لمساس الحاجة. كتاب معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام للإمام علاء الدين أبو الحسن الطرابلسى طبعة ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ ص ١١٥.

أما الإنابة القضائية الدولية تجد مبررها فى فكرة التعايش المشترك بين النظم القانونية والقضائية الدولية، وهو تعايش تبرره ضرورات عملية، تتمثل فى الاستحالة على هيئة التحكيم فى أن تضطلع بنفسها باتخاذ كافة إجراءات التحقيق والإثبات في شأن الخصومة الأصلية المنظورة أمامها، يمكن معه القول بأن هناك عرفاً دولياً ملزماً بتنفيذ الإنابة القضائية، متى تعلق الأمر بمسألة يجوز فيها هذه الإنابة، وهو ما اعتمده المشرع الفرنسى فى المواد ٧٣٣ : ٧٤٨ مرافعات.

٥٠ ـ طلب الإنابة وموضوعها:

يحرر طلب الإنابة من هيئة التحكيم المنظور أمامها النزاع، ليرسل إلى محكمة المادة ٩ تحكيم لتأمر بالإنابة، ويجب أن يكون الطلب مؤرخاً[(١)] وموقعاً عليه من رئيس هيئة التحكيم وجميع أعضائها، وإذا تعلق الأمر بإنابة خارجية فإن الطلب يحرر وفقاً لقانون الدولة الطالبة[(٢)].

ويجب أن يكون طلب الإنابة واضحاً[(٣)] ومبيناً فيه المهمة المطلوبة على وجه الدقة، وكل ما يعين على حسن تنفيذها، فيجب أن يتضمن نوع القضية وجميع البيانات التفصيلية المتعلقة بوقائعها والإجراء المطلوب تنفيذه، وبيان تفصيلى ودقيق عن كل من هيئة التحكيم طالبة الإنابة، ومحكمة المادة ٩ مصدرة قرار الإنابة، والجهة المنابة. والإجراء موضوع الإنابة، وأى بيانات أخرى لازمة لتلقى الأدلة بناء على يمين أو إثبات أو أى نموذج يتعين استخدامه ويكون ضرورى لتنفيذ الإنابة.

ويمكن لهيئة التحكيم أن تطلب من محكمة المادة ٩ تحكيم أكثر من إنابة قضائية بخصوص منازعة واحدة، لأكثر من دولة، متى اقتضى الأمر اتخاذ

---

(١) للتأكيد من أن هيئة التحكيم قائمة ولم يلحق بأعضائها عارض من العوارض الخاصة بها من عزل أو تنحية أنظر فى العوارض الخاصة بهيئة التحكيم د. فتحي والى: ص ٢٥٣ وما بعدها بند ١٣٢ وما بعده.

(٢) وفقاً للمادة ١٧ من اتفاقية التعاون القضائى بين مصر والإمارات العربية المتحدة.

(٣) د. محمود مصطفى يونس: ص ١٤٥ — ١٥٢ بند ٦٨ وما بعده. د. أحمد عبد الكريم سلامة: المقال ص ١٠٠ بند ٧٣.

عدة إجراءات من إجراءات التحقيق أو جمع الأدلة المتناثرة بين هذه الدول، وكان من شأنها جميعاً أن تتضافر لإظهار الحقيقة فى المنازعة المثارة، ومثال ذلك، كأن تطلب هيئة التحكيم من المحكمة المنيبة إنابة قضائية فى بلد لسماع شاهد وأخرى فى بلد ثان للإطلاع على مستندات معينة أو معاينة عقار أو منقول أو استجواب خصم وهكذا[1].

وبناء على ما سبق، فإن الأمر بالإنابة القضائية من محكمة المادة ٩ — المنيبة إلى المحكمة المنابة متوقف على طلب الإنابة من هيئة التحكيم التى تنظر الدعوى، ومن ثم تتقيد المحكمة المنيبة فى أمرها بالإنابة بما ورد فى الطلب المقدم إليها من هيئة التحكيم، أى أن هيئة التحكيم هى التى تحدد الموضوع محل الإنابة، ولا يجوز للمحكمة المنيبة الخروج عن ذلك المحل فى أمرها بالإنابة والذى يعد فى تصورنا عمل من أعمال الإدارة القضائية[2].

وموضوع الإنابة القضائية ينصب على اتخاذ إجراءات التحقيق[3] أو الإثبات أو جمع الأدلة التى يتعذر على هيئة التحكيم أن تقوم بها بنفسها، أو أى إجراء قضائى آخر تطلبه هيئة التحكيم لكونه لازم للفصل فى موضوع الدعوى المنظورة أمامها[4].

---

(١) د. عكاشة عبد العال: الإنابة القضائية: ص ١٢٧.

(٢) قارن: حيث يرى البعض أن قرار الإنابة القضائية مجرد إجراء قضائى. د. عكاشة عبد العال: ص ١٢٨ ولكن هذا الرأى لم يبين طبيعة القرار.

(٣) وإجراءات التحقيق: هى إجراءات قضائية تدخل فى تكوين الخصومة القضائية بوصفها مجموعة من الإجراءات القضائية المتتابعة، والتى يعد كل إجراء منها عملاً قانونياً قائماً بذاته، وقانون المرافعات باعتباره القانون الإجرائى يختص بضبط عناصره ويبين أثره ويرتب جزاء على مخالفة قواعده. أنظر فى تفصيل ذلك. د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى: منشأة المعارف ١٩٧٤ ص ٦٢٢ وما بعدها، مبادئ القضاء المدنى ٢٠٠١ دار النهضة العربية ص ٣٨٧ وما بعدها.

(٤) د. عكاشة عبد العال: ص ٦٦ وما بعدها، د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: التحكيم: ص ٧١٧ بند ٤٨٨. محمود مصطفى يونس: ص ٨٥ وما بعدها بند ٥١ وما بعده.

GavaldaL Rév Crit 1964: op. cit. P. 15 ets. Chatin: Rév. Crit 1977. P. 611 ets. =

٥١- ومن تطبيقات الإنابة القضائية فى نطاق إجراءات التحقيق والإثبات، كإلزام الخصم الموجود فى الخارج بتقديم مستند تحت يده منتج فى الدعوى[١] سماع شاهد مقيم فى الخارج أو فى الداخل تمنعه ظروفه من الحضور أمام هيئة التحكيم، أو معاينة عقار أو منقول أو مكان معين بالخارج يلزم معاينته للفصل فى النزاع[٢] فحص الدفاتر التجارية الموجودة بالخارج أو أخذ صورة منها، وكذا إرسال المستندات المتعلقة بمضاهاة الخطوط للوقوف على صحتها، أو استجواب خصم موجود بالخارج أو توجيه يمين[٣] أو الاستعانة بخبير للقيام بعمل من أعمال الخبرة الفنية[٤].

وقد يكون إجراء التحقيق لجمع الأدلة والحصول على المعلومات التى تساعد هيئة التحكيم فى تكوين عقيدتها للوقوف على وجه الحقيقة فى المنازعة المنظورة أمامها[٥].

وقد يكون موضوع الإنابة القضائية أى إجراء تحكيمى يصدر عن هيئة التحكيم بمناسبة أداء وظيفتها التحكيمية كوظيفة قضائية، ترى أنه من الضرورى اتخاذه حتى يتسنى لها الفصل فى النزاع المنظور أمامها، ومن ثم يخرج عن موضوع الإنابة أى عمل إدارى أو تنظيمى يناط بهيئة التحكيم، ومن أمثلة الإجراءات التحكيمية القضائية كمحل لطلب الإنابة من محكمة

=ثم أنظر فى تطبيقات أخرى غير الواردة بالمتن للإنابة القضائية كاتخاذ إجراء من إجراءات التنفيذ د. محمود مصطفى يونس ص ٩٧ وما بعدها بند ٥٤ وما بعده.

(١) Coss. Civ. 22 Fev. 1978. Rév. Crit. 1979. P. 593. Note. Couchez cette per CADIET: op. cit. P. 499.

(٢) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٦١ بند ١٩٧. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: التحكيم ص ٧١٨ بند ٤٨٨. د. أحمد هندى: التحكيم ص ٥٤ بند ١٤. د. على اسماعيل غازى ص ٣٨٧ حاشية رقم ٢.

(٣) Gavalda: op. cit. P. 18 ets.

(٤) Maurice: الإنابات القضائية فى القانون الدولى الخاص رسالة باريس ١٩٠٢ ص ١٥ مشار إليه لدى عكاشة عبد العال: الإنابة القضائية ص ٧٠.

(٥) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: التحكيم: الإشارة السابقة. د. أحمد عبد الكريم سلامة المقال ص ١٠٤ بند ٧٨.

المادة ٩ تحكيم طلب تعين مصفى للشركة، أو مدير لإدارة المال الشائع، أو حارس على المنقولات أو العقارات المتنازع عليها.

٥٢- طرق تنفيذ الإنابة القضائية الداخلية والخارجية:

والإنابة الداخلية تنفذ دائماً بالطريق القضائى، وذلك عن طريق الطلب المقدم من هيئة التحكيم التى تنظر الدعوى إلى محكمة المادة ٩ تحكيم، والتى تأمر بالإنابة إلى المحكمة المنابة التى يجرى اتخاذ الإجراء أو يوجد المال أو الأشخاص فى دائرتها.

والمحكمة المنابة قد تكون محكمة أول درجة جزئية عادية أو خاصة أو متخصصة، أو محكمة ابتدائية، وقد تكون محكمة ثان درجة، لأنها تبحث مسائل الواقع والقانون شأن محكمة أول درجة، ولكن لا يجوز أن تكون محكمة النقض[١] لأنه ليس لمحكمة النقض أن تتخذ إجراء التحقيق أو الإثبات أو جمع الأدلة، أو على العموم الإجراء القضائى المتعلق بالإنابة القضائية، لكونها محكمة قانون تراقب صحة تطبيق القانون على القضية المطعون فى حكمها أمامها[٢].

أما الإنابة القضائية الخارجية يتم تنفيذها أمام القضاء المصرى بأحد طريقين: الأول: الطريق القضائى، بأن تتم الإنابة من محكمة المادة ٩ تحكيم مصرى بناء على طلب هيئة التحكيم المنظور أمامها النزاع، إلى الجهة القضائية المختصة بالخارج، ويكون ذلك عن طريق إرسال طلب الإنابة عن طريق وزارة العدل التى ترسلها بدورها إلى وزارة الخارجية التى تقوم بإرسالها إلى وزارة العدل فى الدولة الأجنبية لتقوم بتنفيذ الإنابة وهو

---

(١) د. عكاشة عبد العال: ص ١٢٥.

(٢) د. نبيل عمر: الوسيط فى الطعن بالنقض: دار الجامعة الجديدة ٢٠٠١. وفى الشريعة الإسلامية، الإنابة جائزة على اختلاف درجات القضاة أو مراتبهم، فيكتب القاضى إلى من هو أعلى منه أو أدنى، وإلى خليفته ومستحلفه، فالرسول صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل خبر فى أحد القتلى وهم أدنى منه درجة بإجماع الأمة: أدب القاضى للماوردى: الجزء المشار إليه سابق ص ٩٥.

ما اعتمده الفقه [1] والقضاء [2] وأقرته الاتفاقات الدولية [3]. الثانى: الطريق القنصلي، والذى يتم بناء على طلب الإنابة من هيئة التحكيم إلى محكمة المادة ٩ تحكيم ومنها إلى وزارة العدل والتى ترسله إلى وزارة الخارجية والتى بدورها ترسل طلب الإنابة إلى ممثليها الدبلوماسيين أو القنصليين فى الخارج لتقوم بتنفيذ طلب الإنابة ثم إعادتها إلى وزارة الخارجية والتى تبلغها بدورها إلى وزارة العدل، فالمحكمة التى أمرت بها، فهيئة التحكيم التى طلبتها.

ويقتصر موضوع الإنابة فى حالة أن عهد بها لرجال السلك الدبلوماسى أو القنصلى على إجراءات التحقيق وسماع الشهود، دون الإجراءات الأخرى التى تتناول عملاً قضائياً فنياً، وهو ما لا يملكه [4] ويتعين أن يكون تنفيذ الإنابة على وجه الاستعجال [5].

٥٣- الأثر القانونى للإنابة القضائية [6]:

القاعدة أن الإجراء الذى تم بطريق الإنابة، يكون له نفس الأثر القانونى، كما لو كان قد تم أمام هيئة التحكيم المنظور أمامها النزاع، فما قامت به المحكمة المنابة بشأن موضوع الإنابة، له قوته فى الإثبات أمام هيئة التحكيم، ذلك سواء كانت الإنابة القضائية داخلية أو خارجية.

---

(١) د. عكاشة عبد العال: ص ١٥٨، د. محمود مصطفى يونس ص ١٦٦ وما بعدها بند ٧٤. د. أحمد عبد الكريم سلامة ص ٩٩.
Chatin: Rév. Crit: 1977. op. cit. P. 614
CADIET: op. cit. P. 499.

(٢) Coss. Civ. 22 Fév. 1978. Rév Crit.
مشار إليه سابقاً.

(٣) الاتفاقية العربية الإماراتية الموقعة فى القاهرة فى ٢٠٠٠/٢/٥.

(٤) Chatin: Lic. Cit.

(٥) وفقاً للمادة ٢١ من اتفاقية التعاون القضائى بين مصر والمغرب بتاريخ ٢٢ مارس ١٩٨٩. والمادة ١٨ من اتفاقية التعاون القضائى بين كل من مصر وفرنسا الموقعة فى باريس ١٥ مارس ١٩٨٢.

(٦) أنظر فى الأثر القانونى للإنابة القضائية أمام محاكم الدولة د. محمود مصطفى يونس ص ١٩٣ وما بعدها بند ٨٢ وما بعده.

المبحث الخامس
القواعد الخاصة بالأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات

٥٤- وصف حكم هيئة التحكيم الصادر بإجراءات الإثبات:

تملك هيئة التحكيم إصدار مختلف أنواع الأحكام[1]. كأحكام القضاء

---

(١) فهيئة التحكيم وهى بسبيل حسم خلافات الخصوم لها سلطة إصدار أى حكم يتفق مع حقيقة ما طلبه الخصوم، ويتمشى مع أسس المرافعات، فمن ناحية: تصدر هيئة التحكيم الأحكام المتعلقة بتنظيم سير الخصومة التحكيمية وفقاً لما اتفق عليه الأطراف، أو وفقاً لما تختاره الهيئة التحكيمية، سواء بصورة كلية أو تكميلية، وعلى النحو الذى تراه ملائماً لحسن نظر الخصومة والفصل فيها. وتعرف الأحكام الصادرة فى هذا الخصوص بطائفة الأحكام المنظمة لسير= =الخصومة، ويجمع هذه الطائفة كافة الأحكام التى تصدر بغرض تنظيم الخصومة وضمان حسن سيرها، كالأحكام الصادرة بالتأجيل، أو بإقفال باب المرافعة وفقاً للمادة ٢٨ من لائحة تنظيم التحكيم السعودى، ٢٥ من لائحة التحكيم التجارى الدولى لهيئة التحكيم الأمريكية لعام ١٩٩٢، ١/٢٩ من قواعد اليونسترال. والحكم يفتح باب المرافعة وفقاً للمادة ٢/٢٩ من قواعد اليونسترال. والحكم بضم الخصومات التحكيمية كما نصت عليه بعض التشريعات المادة ٦ من قانون التحكيم بهنج كونج الصادرة ١٩٨٢ وأيده القضاء الأمريكى. أنظر فى الحكم الأخير هدى عبد الرحمن: المرجع السابق ص ٢٦١ بند ٢٠٧.

ومن ناحية: تصدر هيئة التحكيم أحكامها المتعلقة بالدفوع الإجرائية وفقاً لنص المادة ٢٢ تحكيم مصرى، كالأحكام الصادرة بإنهاء الخصومة لعدم الاختصاص، أو بنقضائها أو ببطلان الإجراء والمادة ١٦ من القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى. أنظر: د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٥٠ وما بعدها بند ١٩٠ وما بعده د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم ص ١٥٣ وما بعدها د. محمود هاشم: استنفاد ولاية المحكمين مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ١٩٨٤ يناير العدد الأول والثانى السنة ٢٦ ص ٨٤ وما بعدها. د. على بركات: ص ٣٤٧ بند ٣٥٢. د. عيد القصاص: حكم التحكيم، دار النهضة العربية ٢٠٠٠ ص ٦٨، د. أحمد هندى: التحكيم ص ٩٥ ومابعدها بند ٢٤٠.

Boisseson: op. cit. P. 215. N 245. Loquin: jur. Clss. Fasc. 1032 op. cit. N 19 ets. Molulsky: question Préalable et question prejudicielle en Motiére de Competence arbitrale. J. C. P. 1957. 1 – 1383 N 4.

Fouchard, Gaillard, Gold man; op.cit., P. 792. =

تماماً[1] والتى من بينها – وما يهمنا فى هذا الصدد – تلك الأحكام

=ومن ناحية: تصدر هيئة التحكيم أحكامها بعدم قبول الدعوى التحكيمية، عدم قبول موضوعى لتخلف أحد شرطى المصلحة أو الصفة وفقاً لنص المادة ٣ مرافعات مصرى، وتقضى بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسها، أو بناء على دفع من أحد الخصوم، وفى أية حالة كانت عليها الدعوى. د. محمود هاشم: المقال السابق= =ص ٨٤. وتطبيقاً لذلك قضى بأن الدفع بانتفاء الصفة أمام هيئة التحكيم يتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجب على هيئة التحكيم التصدى له من تلقاء نفسها" استئناف القاهرة ٩١ تجارى فى ٢٠٠٣/١٢/٣٠ القضية ٥٤ لسنة ١٢٠ ق تحكيم.

وتصدر هيئة التحكيم أحكاماً وقتية تجنباً لأضرار بالغة قد تلحق بأحد الخصوم نتيجة الانتظار حتى صدور حكم التحكيم المنهى للخصومة كلها وفقاً للمواد ٢٤ تحكيم مصرى، ١٧ من القانون النموذجى للتحكيم، ١/٢٣ من نظام= =غرفة التجارة الدولية بباريس، ٢٦ من قواعد اليونسترال، ٤٧ من اتفاقية واشنطن. وفى تطبيق ذلك أنظر استئناف القاهرة ١٩٩٥/١٢/٢٠ فى التحكيم رقم ٤ لسنة ١٩٩٥.

وتصدر هيئة التحكيم أحكاماً غير منهية للخصومة فاصلة فى الموضوع بالنسبة لبعض الطلبات الموضوعية وتسمى بالأحكام الجزئية تطبيقاً للمادة ٤٢ تحكيم مصرى حيث تنص على أنه "يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاماً فى جزء من الطلبات، وذلك قبل إصدار الحكم المنهى للخصومة كلها" أنظر د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٩٧ وما بعدها بند ٢٣٠.

وأخيراً، تصدر هيئة التحكيم الأحكام المنهية للخصومة كلها، وذلك خلال ميعاد معين اتفاقى أو قانونى. أنظر فى تفصيل ذلك. د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم: ص ٢٧٠ وما يليها بند ١٠٩. د. فتحى والى: ص ٣٩٧ وما يليها بند ٢٢٩ وما بعده د. نبيل عمر: التحكيم: ص ٢٨١ وما يليها بند ٢٣٩ وما بعده.

(١) د. أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة. محمود هاشم: المقال ص ٦٩ وما بعدها. وجدى راغب: تأصيل الجانب الإجرائى فى هيئة تحكيم معاملات الاسهم بالأجل مجلة حقوق الكويت السنة السابعة العدد الرابع ديسمبر ١٩٨٣ ص ١١٢ وما بعدها. د. عادل الطبطبائى: الجوانب الدستورية والقانونية فى عملية إنشاء هيئة التحكيم. مجلة حقوق الكويت العدد السابق ص ١٣٨. د. حسن بغدادى: القانون الواجب التطبيق فى شأن صحة شرط التحكيم مجلة القضاة يناير ١٩٨٦ المجلد الأول ص ٨٨. د. عيد القصاص: حكم التحكيم ص ٦٨، د. أحمد هندى: التحكيم ص ٩٥ ومابعدها بند٢٤. =

المتعلقة بتهيئة الدعوى وإعدادها للحكم فيها، والتى ترمى إلى التحقيق من الوقائع القانونية موضوع الإدعاءات المتبادلة بين الخصوم [1] والتثبيت منها، وتندرج فى هذه الطائفة كافة الأحكام التى تأمر باتخاذ إجراء تحقيق أو تتعلق بإجراء من إجراءات الإثبات، كالحكم بإحالة الدعوى إلى التحقيق أو الانتقال إلى المعاينة أو استجواب أحد الخصوم أو سماع شاهد أو توجيه اليمين أو ندب خبير للتحقيق من وجود الحقوق أو مداها، أو من صحة المحررات المتعلقة بها، وتصدر هذه الأحكام [2] أما بناء على طلب الخصوم أو أحدهم وأما من تلقاء نفس هيئة التحكيم.

=JAPIOT: op. cit. P. 632 ets. Boisseon: op. cit. P. 331 R. Rivire: La Sentence arbitrale. Jur. Cliss. Pre. Civ. Fosc. 1046. CADIET: op. cit. P. 791 N 1538 ets. Vincent et Guinchard. Op. cit. P. 983. N 1676. Cornu et Foyer: Procedure civil 1996. P. 753 N 197.

وفى تطبيق ذلك أنظر:

الطعون أرقام ٦٤٨/ ٧٣ ق، ٥٧٤٥، ٦٤٦٧، ٦٧٨٧ جلسة ٢٠٠٥/١٢/١٣ المحاماة العدد ٦٢٥ لسنة ٢٠٠٧ ص ٤٩٨ نقض ١٩٨٦/٢/٦ مجلة القضاة – ٢١ – ١ – ص ٣١٤. نقض ١٩٩٥/١/٢٣ مجلة القضاة العددان الأول والثانى رقم ٤٧ ص ٥٩٣.

Paris. 9 juill. 1992. Rev. arb. 1993. 303 Not. Jarrosson. Paris 15 Oct. 1991. Rev. arb. 1991. 643. Not. Jarroasson. Coss. Civ. 12 Oct. 2006. Rev. arb. 2008 P. 429 obs. CuniBerti.

(١) وتتقيد سلطة هيئة التحكيم فى اتخاذ إجراءات الإثبات بالوقائع التى آثارها الخصوم فى الدعوى، فيحظر على المحكم التعرض لوقائع لم تطرح فى الخصومة، ومن ثم يمتنع عليه الأمر باتخاذ إجراء إثبات بشأنها، ويجد هذا الحظر أصوله فى مبادئ أساسية تحكم الخصومة التحكيمية وقواعد مباشرتها أنظر فى مبدأ حياد المحكم والنتائج المترتبة عليه، انظر فيما سبق بند ٢٥ وما بعده.

(٢) وتهيمن على هذه الطائفة من الأحكام مجموعة من المبادئ الأساسية: أولها: أن تقدير الحاجة إلى إجراء تحقيق أو اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات يخضع لمطلق السلطة التقديرية لهيئة التحكيم. ونتيجة لذلك إذا وجدت هيئة التحكيم فى الأوراق والمستندات المقدمة عناصر أساسية كافية لإثبات الوقائع، فلا=

وهذه الطائفة من الأحكام جرى الفقه التقليدى [1] والقضاء القديم [2] على تقسيمها إلى أحكام تمهيدية وأحكام تحضيرية [3] وراح الفقه يميز بين ما يعد تمهيدياً وما يعد تحضيرياً [4] نظراً لأن القانون المقارن

=تثريب عليها إذا اقتنعت بهذه الوسائل، ورفضت الطلب المقدم إليها باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات. أنظر فيما سبق بند ١٩ ومابعده.

وثانيها: لهيئة التحكيم وهى بصدد تكوين عقيدتها كامل الحرية فى تقدير الأدلة ووسائل الإثبات المتعلقة بوقائع الدعوى فلا تعتمد إلا ما تطمئن إليه. إلا أنه استثناءً فإن المشرع يقيد سلطة هيئة التحكيم فى تقدير بعض أدلة الإثبات كما هو فى الدليل الكتابى، اليمين الحاسمة، والإقرار. فسلطة هيئة التحكيم تنحصر فى الحالات الثلاثة فى التأكيد من توافر الدليل، فإذا ثبت لديه ذلك، التزام بأعمال أثره ومقتضاه أنظر فيما سبق بند ١٩ وثالثها: اعتداداً بحرية المحكم فى تقدير الحاجة إلى إجراء من إجراءات الإثبات، ومن باب التيسير عليه لا يلتزم بتسبيب حكمه الصادر باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات وفقاً للمادة ١/٥ إثبات مصرى أنظر فيما يلى بند ٥٩.

(١) أحمد نشأت: رسالة الإثبات ج ٢ ص ٢٢٧ وما بعدها بند ٦٢٥. أحمد أبو الوفا: قانون المرافعات ص ٧٢١ بند ٥٣٠.

GLASSON: Tissier et Moral: Trait Theaique et Pratique d'organisation judiciaire de Compétence et de Pracédure civile. T. 3. 1929 P. 5. N. 732.

GARSONNET et CEZAR – Bru: Tratie Thearique et civile et Commercaile 3e ed. T. 3. Srey 1913. P. 276 ets N 622 ets.

JAPIOT: op. cit. p. 389 ets N 535.

(٢) استئناف مصر ١٩٣٧/١١/٢٥ المحاماة السنة ١٨ عدد ٩ ص ٨٧٠ رقم ٤٠١. استئناف مختلط ١٨٩١/٥/١٤ مجلة التشريع والقضاء السنة الثالثة ص ٣٣٣ استئناف مختلط ١٩١٦/٥/٤ مجلة التشريع والقضاء السنة ٢٨ ص ٢٩٨.

Coss. 19 Mars 1879. D. 1880 – 1 – 392. Coss. Civ. 31 Oct. 1888. D. 1889 – 1 – 56.. Coss. 3 de 1890 D. 1891 – 1 – 105.

(٣) أنظر فى تعريف كل من الحكم التمهيدى والتحضيرى. أحمد نشأت: الإشارة السابقة. أحمد أبو الوفا: الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٧ ص ٧٨ وما بعدها بند ٦٤.

PuyBusque: jugement "Preporatoire" appel et autorié de chose jugée Goz Pol 1986. 133.

(٤) بتعبيرات شتى فى مناط التمييز بين ما بعد حكم تمهيدى، وما بعد تحضيرى. فذهب البعض إلى القول بأن الحكم يكون تمهيديا إذا كان يفصح عن اتجاه المحكمة بالنسبة للحكم فى الدعوى، ويكون تحضيريا إذا لم يقم بهذا الدور.=

القديم [1] كان يغاير فى القواعد التى تحكم هذين النوعين من الأحكام. وأهمها أنه كان يجيز الطعن المباشر فى الحكم التمهيدى دون التحضيرى، وأن الأول يستنفد ولاية القضاء دون الثانى.

هذه المغايرة، نتج عنها سلبيات لم يستقيم معها العمل، فجاء تطبيقها مضطرباً بعيداً عن الانتظام، وتخلف عنها العديد من المشاكل التى لم تفلح الجهود المبذولة سواء على الصعيد الفقهى والقضائى فى تذليلها والتغلب

=GLASSON, Tissier et Morel: Lic. Cit.

ولهذا الاتجاه أنصار فى الفقه المصرى. محمد حامد فهمى، عبد الحميد أبو هيف، أحمد نشأت، وهو المعيار الذى أخذ قانون المرافعات الأهلى والمختلط فى المادة ٣٦١/ ٤٠٥، أنظر فى عرض هذا الاتجاه د. أحمد أبو الوفا: الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع: ص ٦٧ بند ٥٩.

وذهب البعض إلى القول بأن الحكم يكون تحضيرياً إذا كان صادراً من تلقاء نفس المحكمة أو بناء على اتفاق الأطراف أو طلب من أحد الأطراف دون معارضة من الآخرين.

GARSONNET et CEZAR – Bru op. cit. P. 624.

وأخذ بهذا الاتجاه بعض أحكام القضاء فى مصر وفرنسا.

أنظر فى عرض هذا الاتجاه ونقده د. أحمد أبو الوفا: المرجع السابق ص ٧٠.=

=وذهب البعض إلى القول بأن الحكم يكون تمهيدياً إذا كان من شأنه تحسين مركز أحد الطرفين دون الآخر، كما لو أمر بتحقيق وقائع لا يفيد من ثبوتها إلا أحدهم، أما إذا ظل الخصوم – رغم الحكم – فى نفس المركز فلا يكون تمهيدياً. Japiat: Lic. Cit ولهذا الاتجاه أنصار فى الفقه الفرنسى. أنظر فى عرض الاتجاه ونقده د. أبو الوفا: ص ٧٣ وما بعدها.

وذهب البعض إلى القول بأن الحكم الصادر من المحكمة باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات يعتبر تمهيدياً إذا كانت المحكمة قد أرجأت به الفصل فى دفع شكلى أو موضوعى أو دفع بعد القبول أبداه خصم طالب التحقيق، وكان من شأن هذا الدفع لو أن المحكمة تعرضت للحكم فيه ثم قبلت أن يصبح إجراء التحقيق غير منتج فى الدعوى، أما الحكم التحضيرى ليس الغرض منه سوى إنارة المحكمة أمام أقوال الخصوم المتعارضة. جلاسون أنظر فى عرض هذا الاتجاه ونقده. أبو الوفا: ص ٧٥ وما بعدها.

(١) مثل القانون المصرى القديم الأهلى والمختلط فى المادتين ٣٦١/ ٤٠٥ وقانون المرافعات الإيطالى الملغى الصادر فى عام ١٨٦٥ وقانون المرافعات الفرنسى الملغى فى المادة ٤٥٢.

عليها[1] فكان لازم من تدخل تشريعى يعالج مواطن الخلل والقصور، فأخذ بزمام المبادرة المشرع الفرنسى[2] وتبعه المشرع المصرى[3] بالغاء التفرقة التقليدية بين الحكم التمهيدى والتحضيرى، والعمل على دمج هذه الأحكام فى تنظيم واحد أطلق عليه بالأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع[4] وبهذا التنظيم خضعت كافة الأحكام المتعلقة بالتحقيق والإثبات لقواعد موحدة سواء فيما يتعلق بتنظيم الطعن فى الأحكام الصادر منها أمام القضاء العادى، أو دعوى بطلان أحكام المحكمين، أو فيما يتعلق بالفاعلية الداخلية والخارجية للأحكام.

---

(١) د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى التى تحوز الحجية دار النهضة العربية بدون تاريخ نشر ص ١٢٦ بند ٦٦، محمود هاشم استنفاد ولاية القاضى المدنى المحاماة السنة ٦١ العددان ٥، ٦ عام ١٩٨١ ص ٨٨.

(٢) والتى بدأها المشرع الفرنسى بالقانون الصادر فى ٢٣ مايو ١٩٤٢ والقاعدة التى اعتمدها المشرع فى هذا التشريع هى قابلية كافة الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع للطعن المباشر استقلالاً عن الحكم الصادر فى الموضوع أنظر فى توضيح ذلك:

HEBRAUD: Réc. Crit. De juris. Et de Leg. 1943. 4 ets. Vizioz j. c. p. 1943. 1. 307. N 21 – 33. Cette Per. Vincentet Guinchard: op. cit. P. 715. N 1206.

(٣) وذلك وفقاً للمادة ١٦٥ من قانون المرافعات ٧٧ لسنة ١٩٤٩ والتى جاء بالمذكرة التفسيرية تعليقاً على هذه المادة من أن القانون الجديد جاء به تعديلاً جوهرياً لتخليص الإجراءات المدنية من إحدى علل التعقيد والتعطيل القائمة فى ظل القانون السابق. أنظر فى ذلك د. محمود جمال الدين زكى: المرجع السابق ص ١٧٦ حاشية.

(٤) أنظر الدراسة التفصيلية للأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع. د. أحمد أبو الوفا: الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع مشار إليه سابقاً، نظرية الأحكام، دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٧ ص ٤٠٦ وما يليها بند ١٩٦ وما يليه.

Bosquet "y" jugements avant dire droit jur. Closs. Pre. Civ. 1989 Fosc. 532.

Loquin: arbitrage Competence arbitrale jur. Class. 1994. Fasc. 1034. N 93 ets.

قارن: د. معتز عفيفى: المرجع السابق، ص ٤١٠ ومابعدها.

٥٥ـ وفيما يتعلق بتنظيم الطعن: فقد منعت التشريعات الحديثة[١] الطعن المباشر فى كل الأحكام المتعلقة بتهيئة الدعوى للحكم فيها، ولم يخرج قانون التحكيم المصرى عن هذا النهج، فنص فى المادة ٣/٢٢ على أنه لا يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم بشأن الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع إلا مع الحكم المنهى للخصومة كلها، وجاء قضاء النقض مؤكداً على ذلك فقضى بأنه[٢] "إذا كانت الأحكام التى تصدر أثناء سير الدعوى التحكيمية ولا تنتهى بها الخصومة لا يجوز النيل من سلامتها إلا مع الحكم المنهى للخصومة كلها، تعد من القواعد الإجرائية الأمرة فى قانون المرافعات المصرى – قانون البلد الذى أقيمت فيه الدعوى وبوشرت فيها إجراءاتها – لتعلقها بحسن سير العدالة، وهو ما أخذت به وسارت

---

(١) أدخل المشرع الفرنسى تعديلاً على المادة ٥٢٨ مرافعات ملغى بمقتضى المرسوم المؤرخ فى ١٩٥٨/١٢/٢٢ والذى بمقتضاه ضيق من قابلية الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع للطعن المباشر، فالأحكام الصادرة بالتحقيق أو التى تصدر برفض الطلب المقدم لهذا الغرض لا يجوز استئنافها إلا مع استئناف الحكم الصادر فى الموضوع، ثم تحول هذا الاستثناء إلى قاعدة عامة بمقتضى المرسوم المؤرخ فى ١٩٧١/٩/٩ وفقاً للمادة ٤٣ مرافعات، ثم أكد المشرع على هذه القاعدة وعممها على كافة الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع بمقتضى المرسوم بقانون الصادر فى ١٩٧٢/٨/٢٨ ووفقاً لهذه القاعدة، فإن الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع والتى يندرج فيها الأحكام المتعلقة بالتحقيق والإثبات لا تقبل الطعن المباشر استقلالاً عن الحكم فى الموضوع وفقاً للمواد ١٥٠، ١٧٠، ٥٤٤، ٥٤٥، ٦٠٦، ٦٠٨ مرافعات. أنظر فى تفصيل ذلك:

Vicent et Guinchard: op. cit. P. 791 ets N 1342 ets.

وقانون المرافعات المصرى الملغى كان يحظر الطعن المباشر مع الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع، وجاء مؤكداً على ذلك فى قانون المرافعات الحالى وفقاً للمادة ٢١٢ بعدم جواز الطعن على استقلال فى الأحكام الصادرة أثناء سير الخصومة قبل الحكم الختامى المنهى للخصومة، وذلك فيما عدا الحالات الاستثنائية والتى ليس من بينها الأحكام المتعلقة بالتحقيق والإثبات. والمادة ١٢٨ مرافعات كويتى.

(٢) الطعون أرقام ١٦٤٨ لسنة ٧٣ ق، ٥٧٤٥، ٦٤٦٧، ٦٧٨٧ لسنة ٧٥ ق جلسة ٢٠٠٥/١٢/١٣ المحاماة العدد ٥، ٦ لعام ٢٠٠٧ ص ٤٩٩.

Coss. Civ. 6 Dec 2001 Rev. arb. 2002. N. 3. P. 697.

على نهجه المادة ٢٢ من قانون التحكيم ٢٧/ ١٩٩٤ بما قررته من عدم جواز رفع دعوى بطلان حكم هيئة التحكيم فى الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً، إلا مع الحكم المنهى للخصومة كلها".

وعليه فإذا قضت هيئة التحكيم بحكم من الأحكام المتعلقة بتهيئة الدعوى للحكم فيها، فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم المنهى للخصومة كلها، أى أنها تستمر فى نظرها للدعوى، وعلى الخصم صاحب المصلحة الانتظار حتى تفرغ هيئة التحكيم من النزاع بحكم منهى له، فلا يجوز الطعن فيما قضت به فى إجراءات التحقيق أو الإثبات على استقلال، وإنما السبيل إلى ذلك إثارته فى دعوى بطلان حكم التحكيم المنهى للخصومة كلها.

وعليه فإذا قضت هيئة التحكيم بحكم من الأحكام المتعلقة بتهيئة الدعوى للحكم فيها، فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم المنهى للخصومة كلها[1]، أى أنها تستمر فى نظرها للدعوى، وعلى الخصم صاحب المصلحة الانتظار حتى تفرغ هيئة التحكيم من النزاع بحكم منهى له، فلا يجوز الطعن فيما قضت به فى إجراءات التحقيق أو الإثبات على استقلال، وإنما السبيل إلى ذلك إثارته فى دعوى بطلان حكم التحكيم المنهى للخصومة كلها.

٥٦- أما فيما يتعلق بالفاعلية الداخلية أو الخارجية للأحكام: فلا يوجد شك حول تكييف الأحكام المتعلقة بإجراءات التحقيق أو الإثبات[2]، أى

---

(١) انظر: د. معتز عفيفى: المرجع السابق ص ٤١١ ومابعدها، والمراجع المشار إليها.
قارن: Boisseson: op.cit., P. 287.

(٢) أحمد نشأت: المرجع السابق ص ٢٢٧ وما بعدها. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ص ٥٢٣ وما بعدها بند ٢٥٥ وما بعده، محمد وعبد الوهاب العشماوى: ج ٢ ص ٦٦٢ بند ١٠٥٤، د. أحمد مسلم: أصول ص ٦٦٨ بند ٩٦٥ د. محمود هاشم: استنفاد ولاية القاضى المدنى ص ٨٩، استنفاد ولاية المحكمين ص ٨٧ بند ١٦، د. فتحى والى: قانون القضاء المدنى: ص ٦٧٠ =

الأحكام المتعلقة بتهيئة الدعوى للحكم فيها لا تعد أحكاماً قطعية[1] باعتبار أنها لا تبرز عقيدة هيئة التحكيم فى شأن إحدى المسائل التى تطرحها الخصومة، بل أن الأمر باتخاذ هذه الإجراءات يكشف عن افتقاد عقيدة هيئة التحكيم لجانب من عناصرها الأساسية يتم التحقيق أو الإثبات سعياً وراء تحصيلها[2].

=وما بعدها بند ٣٤٩، التحكيم ص ٣٦١ بند ١٩٧، وجدى راغب مبادئ القضاء المدنى: ص ٦٨٩. د. نبيل عمر: النظام القانونى للحكم القضائى ٢٠١٥ دار الجامعة الجديدة. ص ١٥٠ وما بعدها بند ١٠٣. د. أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق ١١٩ بند ٦٤.

Vincent et Guinchard: op. cit. P. 716. N 1208.
CADIET: op. cit. P. 613. N 1175.
CORNU et FOYER: op. cit. P. 641 ets N 159.

وفى تطبيق ذلك أنظر: نقض مدنى ١٩٦٣/١/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص ٨٩، نقض مدنى ١٩٦٧/٣/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٧٥١، نقض ١٩٧٨/٦/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص ١٥٢٠ نقض ١٩٨٠/١/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٣١ ص ٢٨٦. نقض ١٩٨٥/١٢/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٦ ص ١٢٧٢.

Coss. 19 Mai 1965. D. 1965. 485. Note P. B. J. C. P. 1965. 11. 14347 Note. J. A. 15 Mai 1979. J. C. P. 1979. IV. 224 Soc. 6 juill. 1979. J. C. P. 1979. IV. 305. act. 1979. J. C. P. 1980. IV. 3.

(١) والأحكام غير القطعية، هى التى لا تستنفد ولاية هيئة التحكيم التى أصدرتها فى ذات الخصومة الصادرة فيها. ومعيار عدم القطعية يرجع إلى عدم سقوط المراكز الإجرائية التى تحيط بهذه الأحكام وتكون أساساً لها، فبصدور هذه الأحكام لا تكون هذه المراكز قد تم استنفادها، بل تظل باقية رغم صدور هذه الأحكام. وهى فى بقائها يمكن لهيئة التحكيم الرجوع فى هذه الأحكام، وتظل هيئة التحكيم محتفظة بسلطتها تلك التى تكنها من الرجوع فى القضاء السابق صدوره منها، فهذه الأحكام غير القطعية لا تؤثر فى المراكز الإجرائية فى المعنى الذى يؤدى إلى سقوطها، أى سقوط هذه المراكز. أنظر فى تفصيل ذلك د. نبيل عمر: الإشارة السابقة.

(٢) أحمد ماهر زغلول: ص ١١٩ وما بعدها بند ٦٤، د. محمود هاشم: استنفاد ولاية القاضى: ص ٨٩.

وتأسيساً على ذلك، فإن هذه الأحكام لا ترتب الفاعلية الخاصة بالأحكام القطعية، وهى استنفاد المحكم لولايته [1] كما لا تقترن بها فاعلية الأحكام الموضوعية التأكيدية، وهى حجية الأمر المقضى به [2]. وبغياب الصفة القطعية يتخلف أحد المفترضات الأساسية للحكم التأكيدى الموضوعى، فالحكم الموضوعى يفترض إعلان عقيدة لهيئة التحكيم، يتمثل محلها فى الحقوق والمراكز الموضوعية التى رفعت الدعوى بشأنها، ولا تتوافر فى الأحكام المتعلقة بالإثبات والتحقيق هذه المفترضات، سواء ما تعلق منها بوجود عقيدة لهيئة التحكيم أو ما تعلق بمحل هذه العقيدة [3].

وحيث أن الأحكام المتعلقة بتهيئة الدعوى للحكم فيها، لا تعد أحكاماً قطعية، فإن النتيجة المترتبة على ذلك، هى نفى ترتيبها للفاعلية اللصيقة بهذه الأحكام، سواء الفاعلية الداخلية المتمثلة فى استنفاد المحكم لولايته والتى تقترن بالأحكام القطعية فى عمومها. أو الفاعلية الخارجية المتمثلة فى حجية الأمر المقضى التى ترتبها الأحكام الموضوعية.

وعلى هذا التأسيس اعتمدت التشريعات المقارنة [4] وأنظمة التحكيم بأن ما يصدره المحكم من أحكام على سبيل تهيئة الدعوى للحكم فيها لا تعد أحكاماً قطعية، وبالتالى لا تستنفد ولايته، ومن ثم يملك المحكم الرجوع عنها أو تعديلها، وتطبيقاً لذلك نصت المادة ٣٠ من لائحة التحكيم السعودى القديم على أنه "لهيئة التحكيم أن تعدل عما أمرت به

---

(١) د. محمود هاشم: استنفاد ولاية المحكمين: ص ٨٧ بند ١٦، د. علي هيكل: الدفع بإحالة الدعوى ص ١٨٣ وما بعدها بند ١٦٨.
PERROT: ops. R. T. D. civ. 1993. P. 195.

(٢) د. أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة، د. علي هيكل: ص ١٨٢ وما بعدها بند ١٦٧ والمرجع المشار لديه.
Coss. Civ. 25 Mai 1978 R. T. D. civ. 1979. 437 abs. Perrot.
Civ. 1 er 10 Oct. 1979. Ret. D. Civ. 1980. 415 obs. Perrot.

(٣) أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق ص ١٢٠ بند ٦٤.

(٤) أنظر المواد ١٦٥ مرافعات مصرى ملغى، ٩ إثبات مصرى، ٤٨٢، ٤٨٣، ١٧١ مرافعات فرنسى.

من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول فى محضر الجلسة، ويجوز للهيئة أن لا تأخذ بنتيجة الإجراء مع بيان أسباب ذلك فى الحكم".

٥٧- ونفى الفاعلية الداخلية، والممثلة فى استنفاد ولاية المحكم عن الأحكام المتعلقة بإجراءات التحقيق والإثبات، فذلك لغياب صفة القطعية – على نحو ما سبق – فالاستنفاد يرتبط بالصفة القطعية للأحكام. وتتوافر هذه الصفة فى الحكم حينما يكشف عن عقيدة محددة لهيئة التحكيم فى شأن مسألة من مسائل الخصومة التحكيمية. ويتحقق ذلك استثناءاً فى شأن مسائل الإثبات، إذا كشف الحكم عن عقيدة محددة لهيئة التحكيم فى شأن مسألة من هذه المسائل. فقضاء هيئة التحكيم بجواز الإثبات قانوناً بطريق معين أو عدم جوازه، هو قضاء قطعى يعلن على عقيدة هيئة التحكيم فى شأن جواز الإثبات بهذا الطريق، وهو بهذه الصفة يستنفد ولاية هيئة التحكيم التى أصدرته ولا يجوز لها المساس به أو العدول عنه[1] فالحكم الذى يعتمد توجيه اليمين الحاسمة وفقاً للمادة ١١٤ إثبات مصرى، ويحدد صفتها وفقاً للمادة ١٢٣ إثبات، هو حكم قطعى يعلن عن عقيدة هيئة التحكيم فى توافر مفترضات اليمين وشروطها، وبهذه الصفة يستنفد ولاية هيئة التحكيم التى أصدرته فيمتنع عليها المساس به[2].

---

(١) ويقصد باستنفاد الولاية، هى عدم مباشرة المحكم لوظيفته التحكيمية أكثر من مرة واحدة بصدد المسألة الواحدة، فالمحكم يستفرغ جهده وسلطته فى شأن هذه المسألة بالحكم فى موضوعها، ولا يمكنه المساس به على أى نحو أياً كان بتعديله إضافة أو حذفاً أو بالغائه والعدول عنه، ولو كان ذلك باتفاق الخصوم د. علي هيكل: المرجع السابق ص ١٨٣ وما بعدها بند ١٦٨ والمراجع المشارة لديه.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع ص ٥٧ وما بعدها بند ٤٧. د. أحمد ماهر زغلول ص ١٢٧ وما بعدها بند ٦٨ والأحكام المشارة لديه، د. فتحى والى: قانون القضاء المدنى ص ٥١٦ بند ٢٩٤ نقض مدنى ١٩٦٣/١/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص ٨٩، نقض ١٩٧٢/٣/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ٣٤١ نقض ١٩٩٦/٣/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٤٧ ص ٤٩٣.

وإذا كان الحكم المتعلق بإجراء من إجراءات الإثبات، يعد فى بعض الأحوال حكماً قطعياً، ومن ثم يستنفد المحكم به ولايته، إلا أنه يظل مع ذلك عديم الحجية خارج الإجراءات التى صدر فيها[1] فالحجية أو الفاعلية الخارجية للأحكام أثر قاصر على أعمال الحماية القضائية التأكيدية، وهى الأحكام الموضوعية دون غيرها من الأحكام[2] وتأسيساً على ذلك، فإن استنفاد الولاية الذى يترتب على الأحكام القطعية الصادرة استثناءً فى مسائل الإثبات، ينحصر فى إطار إجراءات الخصومة التى صدرت فيها هذه الأحكام[3].

---

(١) فالاستنفاد إذن لا يعمل إلا داخل الخصومة التى صدر فيها الحكم بتهيئة الدعوى للحكم فيها، فلا عمل له خارجها د. محمود هاشم: استنفاد ولاية المحكمين ص ٨٩، وجدى راغب: نظرية العمل القضائى: ص ٢١٥ وما بعدها. د. علي هيكل: الإشارة السابقة:
Paris 30 mars 1962, 11.12843. Note. P. Level.

(٢) والحجية وفقاً لمفهومها العادى، هى نوع من الحرمة تتمتع بها الأحكام الفاصلة فى الحقوق والمراكز الموضوعية المتنازع عليها، فى أثر قاصر على أعمال الحماية القضائية التأكيدية، هذه الحماية هى ما تصدر عن القاضى أو المحكم فى خصوص الحقوق أو المراكز القانونية الموضوعية المتنازع عليها. فالحجية لا= =يمكن أن تنصرف إلا لهذه الحقوق أو هذه المراكز لتعمل على حمايتها خارج الإجراءات التى صدرت فيها.
أنظر فى كون الحجية أثر قاصر على أعمال الحماية القضائية التأكيدية. د. أحمد ماهر زغلول: ص ٣٤١ وما يليها بند ١٦٩ وما يليه والمراجع المشار لديه.

(٣) فإن الحكم المستنفد لولاية المحكم لا يستنفد إلا ولاية هذا الحكم، وفى خصوص المسألة التى صدر فيها الحكم بإجراء الإثبات القطعى. ولو صدر المحكم حكمه فى النزاع، وتنازل الخصوم عنه، واتفقوا على عرض ذات النزاع مع محكم آخر، فإن هذا المحكم يملك ولاية القضاء فى هذا النزاع. هذا من ناحية. د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم ص ٢٩٩ بند ١١٨.
ومن ناحية أخرى، فإن هذا الاستنفاد لا يؤثر على سلطة المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، إذا ما رفع إليها دعوى بطلان حكم التحكيم، إذا تملك هذه المحكمة الفصل فى النزاع، وإصدار كافة الأحكام المتعلقة بإجراءات الإثبات، لأنها لم تكن قد استعملت سلطتها القضائية بشأنه د. محمود هاشم: الإشارة السابقة.

٥٨- ويدق الأمر بالنسبة لما اصطلح على تسميته بالأحكام المركبة أو المختلطة[١] ومفترضها، أن يصدر حكم التحقيق أو الإثبات مدموجاً فى حكم آخر يتناول شق من موضوع الدعوى أو مسألة أخرى من المسائل المثارة فى الخصومة، ومما لا شك فيه أن المحكم يملك إصدار هذه الأحكام[٢] ومن ثم تستنفد ولايته بالنسبة للشق القطعى فى الحكم، وبالتالى لا يملك الرجوع فيه أو العدول عنه، بعكس الشق غير القطعى من الحكم، فلا تستنفد ولايته، ومن ثم يملك المحكم الرجوع فيه والعدول عنه، مثال ذلك الحكم الصادر بندب خبير لتقرير التعويض المستحق لأحد طرفى الخصومة[٣] بمعنى أن كل شق فى الحكم المركب يخضع للنظام القانونى الخاص به.

٥٩- عدم تسبيب الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات:

القاعدة، هى عدم تسبيب الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات، والاستثناء، هو تسبيب هذه الأحكام إذا تضمنت قضاءً قطعياً، ما لم يتفق الأطراف على عدم تسبيبها، أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم القطعى الصادر بإجراءات

---

(١) وفكرة الأحكام المختلطة هى نتاج للترابط الوثيق بين مختلف أعمال الحماية القضائية، وصورها المتنوعة من ناحية، وبين أعمال الحماية القضائية ووسائل تحقيقها من ناحية أخرى، وهو ترابط يجد مصدره فى وحدة الغاية النهائية لأعمال الحماية القضائية مهما اختلفت مظاهرها وتنوعت صورها، فضلاً عن أن العمل القضائى يشكل غاية مباشرة للأعمال الوسيلية التى تؤدى إليه، وهى صلة تفرض حداً من الترابط والتداخل بين الغاية والوسيلة. حول فكرة الأحكام المختلطة وتعريفها ونطاقها أنظر: د. أحمد ماهر زغلول: ص ١٣٠ بند ١٣٢ حاشية.

Vincent et Guinchard: op. cit. P. 717 ets. N 1209 ets
DURRY: les "jugements Mixtes" R. T. D. Civ. 1960. P. 5.
CADIET: op. cit. P. 615 ets N 1197 ets.

(٢) د. محمود هاشم: الإشارة السابقة.

(٣) د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام: ص ١٨٠ بند ٦٩ مكرر، محمود هاشم: المقال ص ٨٨ بند ٢٦.

Vincent et Guinchard: op. cit. P. 718. N 1211.

الإثبات. فما هى القاعدة ومبرراتها والاستثناء الوارد عليها والقيود الواردة على هذا الاستثناء.

٦٠- أولاً: القاعدة ومبرراتها:

تنص المادة ١/٥ من قانون الإثبات المصرى [١] على أن "الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات لا يلزم تسبيبها" وهى قاعدة خاصة تتعلق بالأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات ما لم تتضمن قضاءً قطعياً، وأحكام الإثبات لا تخضع بمقتضى هذه القاعدة للقواعد العامة فى التشريعات المقارنة [٢]

---

(١) أما المشرع الفرنسى فقد اعتمد قاعدة مختلفة فى خصوص تسبيب الأحكام المتعلقة بالإثبات، فوفقاً للمادة ١٥١ مرافعات ميز بين طوائف ثلاثة: الطائفة الأولى تشمل أعمال تحقيق لا تسبيب ويكفى بالنسبة لها مجرد التأشير فى دوسيه القضية، مثالها ما يقوم به القاضى أو المحكم من تلقاء نفسه من أعمال لسماع الخصوم وفقاً للمادة ٧٦٧ مرافعات، أو الأعمال التى تتعلق بمطابقة أصل مستند على صورته مادة ٧٦٥ مرافعات. والطائفة الثانية: هى أعمال تحقيق يصدر بها قرار مسبب ومثالها تبادل المستندات وفقاً للمادتين ٧٧٠، ٧٧٣ مرافعات، وما يصدر من القاضى أو المحكم من أعمال تتعلق بالخبرة وفقاً للمادتين ٧٧١، ٧٧٣/ ٣ مرافعات. أما الطائفة الثالثة، يكون للقاضى أو المحكم سلطة تقديرية بشأن أعمال التحقيق، أما أن يصدر بها أمراً مسبباً، وإما أن يكتفى فقط بالتأشير بها فى دوسيه القضية وتشتمل هذه الطائفة كل ما يتعلق بأعمال التحقيق كالانتقال للمعاينة، سماع خبير، سماع شاهد ... الخ. باستثناء ندب خبير يجب تسبيبه. أنظر:

Vincent et Guinchard: op. cit. P. 730 elss. N 232 etss. TOUFFATT et TUNC. "Pour une motivation plus explicite des decisions de justice notamment celles de la Cour de Cassation. R. T. Civ. 1974. P. 487 Sa Sentence Rev. arb. 1976. 223.

(٢) والقاعدة العامة توجب تسبيب كل حكم يصدر بصورة صريحة أو ضمنية فى طلب أصلى أو احتياطى، أو عارض، أو دفع موضوعى أو شكلى أو دفع من الدفوع بعدم القبول، أو فى دفع رداً على دفع آخر، متى قدم الطلب. أو الدفع إلى هيئة التحكيم أو المحكمة تقديماً صحيحاً وصريحاً. د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ص ٢٩٤ بند ١٢٤ ثم أنظر فى الالتزام بالتسبيب لدى التشريعات المقارنة. د. عزمى عبد الفتاح: تسبيب الأحكام ص ٢٩ وما بعدها.

وأنظمة التحكيم المختلفة[1] التى توجب أن تشتمل الأحكام على أسبابها، ولو كان المحكم مفوضاً بالصلح وإلا كان الحكم باطلاً[2].

والمقصود بعدم تسبيب الحكم، فى هذا الصدد[3] عدم الحاجة إلى بيان وقائع الدعوى، والأسباب الواقعية التى يستند إليها المحكم فى بناء حكمه، اكتفاء منه بأن مجرد اتخاذ الإجراء من إجراءات الإثبات يدل بذاته ويفصح عن سبب إصداره[4].

ويبرر الفقه عدم تسبيب الأحكام غير القطعية الصادرة فى مسائل الإثبات بمبررات عدة[5] أولها: أن سبب صدور هذه الأحكام لا يحتاج إلى

---

(١) الأغلبية العظمى من أنظمة التحكيم تشترط تسبيب الأحكام، لكونه الضمانة الأوفى للخصوم فى مواجهة هيئة التحكيم وحثهم على العناية بحكمهم، وتوخى الدقة فى إصدارها، وإلا أصاب الحكم العوار بما يبطله وتطبيقاً لذلك نصت أنظمة التحكيم على 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" مادة ٢/٤٣ تحكيم مصرى، المادة ٢/١٤٨٢ مرافعات فرنسى "يشترط فى الحكم التحكيمى أن يكون مسبباً"، المادة ١/٤٢ من نظام التحكيم السعودى الجديد" يصدر حكم التحكيم ويكون مسبباً". المواد ٣٤/ ٣ من قواعد اليونسترال، ٢٥/ ٢ من لائحة غرفة باريس ٣٢/ ٣ من قواعد تحكيم الأمم المتحدة ٣١/ ٢ من القانون النموذجى للتحكيم. قارن بعض القوانين لا تشترط تسبيب الحكم وفى مقدمتها القانون الإنجليزى، النمساوى، السويدى، النرويجى، الدنماركى.

(٢) د. أبو الوفا: عقد التحكيم: ص ٢٧٧ وما بعدها بند ١١٢.

(٣) د. أبو الوفا: نظرية الأحكام: ص ١٨٠ بند ٦٩ مكرر. التعليق على قانون الإثبات ص ١٠١.

(٤) أما التسبيب فيقصد به، مجموعة الأسباب الواقعية والقانونية التى قادت القاضى أو المحكم إلى التقرير وإصدار حكمه أو إقراره على نحو معين د. عزمى عبد الفتاح: ص ١٨ وما بعدها. د. معتز عفيفى: المرجع السابق ص ٦٦٢ ومابعدها.

TOUFFATT et TUNC: Lic. Cit.

(٥) د. عزمى عبد الفتاح: ص ١٢٩ وما بعدها، د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام: ص ١٧٩ وما بعدها بند ٦٩ مكرر ص ٢٩٥ بند ١٢٥. المرافعات المدنية والتجارية دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٧ ص ٦٦٤ وما بعدها بند ٤٩٨ مكرر. د. فتحى والى: قانون القضاء المدنى: ص ٥١٥ وما بعدها بند ٢٩٤.

بيان، وهو أن المحكمة أو هيئة التحكيم لم تجد ما يكفى لتكوين عقيدتها، لذلك فمجرد اتخاذ المحكم لإجراء من إجراءات الإثبات يدل بذاته على سبب صدوره لهذا الحكم، ولا يكون ثمة فائدة للتسبيب.

وثانياً: أن هيئة التحكيم تباشر فى هذا الصدد سلطة تقديرية واسعة[1] وأن قضاءها باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات يخصها وحدها ولا شأن به للخصوم، كما أنها تكون محايدة عند الأمر باتخاذ إجراءات الإثبات، خاصة إذا أمرت بها من تلقاء نفسها، ودون مناقشة مسبقة من الخصوم، أو طلبها أحد الخصوم ولم ينازعه الخصم الآخر، أو طلبها كل الخصوم، كما لو طلبوا إحالة الدعوى إلى التحقيق مثلاً، أو على الكل إذا كان الأمر لا يمس النظام العام[2].

وثالثاً: أن عدم تسبيب الأحكام المتعلقة بإجراءات الإثبات[3] يؤدى إلى سرعة الفصل فى القضايا، لأنه يسمح للمحكم بالأمر بإجراء الإثبات عند توافر العناصر اللازمة لتقدير مناسبته، دون حجز الدعوى للحكم لتحرير الأسباب كما أن الحكم بإجراء الإثبات لا يكون محلاً لرفع دعوى بطلان حكم المحكم إلا مع الحكم المنهى للخصومة كلها[4].

وانطلاقاً من قاعدة عدم تسبيب الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات[5] وتطبيقاً لمبرراتها، أجاز المشرع لهيئة التحكيم العدول عما أمرت به من إجراءات الإثبات، كما يجوز لها ألا تأخذ بنتيجتها وفقاً للمادة ٩ إثبات مصرى، ٣٠ من لائحة نظام التحكيم السعودى القديم.

---

(١) أنظر فيما سبق بند ٢٤.

(٢) د. عزمى عبد الفتاح: ص ١٣٠، د. فتحى والى: ص ٥١٢ وما بعدها بند ٢٩٢.

(٣) د. عزمى عبد الفتاح: ص ١٣٠، د. فتحى والى: ص ٥١٢ وما بعدها بند ٢٩٢.

(٤) أنظر فيما سبق بند ٥٥.

(٥) قارن د. رمزى سيف: الوسيط فى شرح قانون المرافعات ٦٩/ ١٩٧٠ ط ٩ ص ٦١٧ وما بعدها بند ٤٨٨.

وحيث أن القاعدة هى عدم تسبيب الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات، فإنه لو فرض وسبب المحكم قضاءه فى هذا الشأن، وجاءت أسبابه ناقصة أو مشوبة بالقصور، فإن ذلك لا يؤدى إلى بطلان الحكم، طالما لم يتضمن قضاءً قطعياً فى مسألة الإثبات[1].

٦١- الإستثناء: تسبيب الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات إذا تضمنت قضاءً قطعياً:

وفقاً للمادة ١/٥ إثبات مصرى لا يعفى القاضى أو المحكم من بيان أسباب حكمه إلا إذا تعلق الأمر بحكم غير قطعى. فإذا تضمن الحكم الصادر بإجراءات الإثبات قضاءً قطعياً، فإنه يتعين فى هذه الحالة العودة إلى القواعد العامة [2]التى توجب تسبيب الأحكام وإلا كانت باطلة[3].

ويقصد بالحكم القطعى، وعلى حد تعبير محكمة النقض المصرية[4] "ذلك الحكم الذى يضع حداً للنزاع فى جملته أو فى جزء منه أو فى مسألة متفرعة عنه بفصل حاسم لا رجوع فيه من جانب المحكمة أو الهيئة التى أصدرته". فالقطعية صفة أو حالة قانونية فى الحكم تمنع من جواز المساس به بعد إصداره[5] ومثال الأحكام القطعية الصادرة بالإثبات، الحكم الصادر بجواز الإثبات بطريق معين أو عدم جوازه[6] والحكم ببطلان تقرير الخبير وندب خبير آخر[7] فكل ذلك يلزم تسبيبه لأنه يتضمن قضاءً قطعياً.

---

(١) د. عزمى عبد الفتاح: ص ١٣٠ والحكم المشار لديه نقض ١٩٨٠/٤/٢٨ الطعن رقم ٤٨/ ٤٧ ق.

(٢) أنظر المراجع المشار إليها بند ٦٠.

(٣) Paris 20 Avr. 1972 Rev. arb. 1973. P. 85. Paris 18 Nov. 1982. Rev. arb. 1983 P. 197. Note Level. Paris. 15 Oct. 1991. Rev. arb. 1991. 643 Note jarrosson. Coss. Civ. 11 Fev. 2009 Rev. arb. 2009. P. 517. Note jarrosson.

(٤) نقض مدنى ١٩٥٨/١١/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص ٦٧٧.

(٥) د. علي هيكل: الدفع بالإحالة ص ١٧٩ بند ١٦٤.

(٦) نقض مدنى ١٩٦٢/٢/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٢٧٩.

(٧) د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ص ١٨١ بند ٦٩ مكرر. د. عزمى عبد الفتاح: ص ١٣٨.

فالأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات والتى تتضمن قضاءً قطعياً يجب تسبيبها[1] وهو ما اعتمدته التشريعات وأنظمة التحكيم المختلفة[2] فيجب أن يكون الحكم مسبباً ولو كان التحكيم مع التفويض بالصلح وهو ما نص عليه قانون المرافعات المصرى الملغى فى المادة ٨٤٠ وفى المادة ٥٠٧ ملغاة من قانون المرافعات الحالى وواظب عليه قانون التحكيم المصرى وفقاً لنص المادة ٤٣/ ٢ والمادة ٦١ من القانون التجارى الفرنسى ونصت عليه المادة ١٤٨٢ مرافعات فرنسى، وهو الاتجاه الذى أيده الفقه[3] وأكده

---

(١) لأن تسبيب أحكام المحكمين، من أهم ضمانات التقاضى أمامهم، إذا هو يضمن حسن أدائهم لمهمتهم، والتحقيق من حسن استيعابهم لوقائع النزاع ودفاع الخصوم، فالتزام المحكمين بكتابة أسباب الحكم يدفعهم الترو، والتفكير فى الحكم قبل إصداره أنظر فى معيار التسبيب لدى المحكمين د. فتحى والى: التحكيم ص ٤٤٣ بند ٢٥٥. د. احمد هندى: التحكيم ص ١١١ بند ٢٧.

وفى تطبيق ذلك انظر:

Coss. Civ. 14 juin 2000 et paris 28 juin 2001, Rev. arb. 2001. N. 4. P. 729.

(٢) فوفقاً لنص المادة ٣٤/ ٣ من قواعد اليونسترال تنص على "يجب أن تسبب هيئة التحكيم قراراتها ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على عدم تسبيبها" والمادة ٣١/ ٢ من القانون النموذجى للتحكيم تنص على أنه "يجب أن يبين فى قرار التحكيم الأسباب التى بنى عليها القرار ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على عدم بيان الأسباب، ما لم يكن القرار قد صدر بشروط متفق عليها بمقتضى المادة ٣٠" والمادة ٢٥/ ٢ من لائحة غرفة تحكيم باريس والمادة ٣٢/ ٣ من قواعد الأمم المتحدة.

(٣) د. فتحى والى: التحكيم ص ٤٤٥ وما بعدها د. عزمى عبد الفتاح: تسبيب الأحكام: ص ٩٢ قانون التحكيم الكويتى ص ٣١٧. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم ص ٢٧٧ وما بعدها بند ١١٢. أحمد صاوى: التحكيم ص ١٣٥ بند ١١٣. د. أحمد هندى: الإشارة السابقة.

Boisseson: op. cit. P. 310 ets N 364. Robert et Moreau: op. cit. P. 178. CADIET: op. cit. 722. N 1540 Loquin: Labligation Pour Lamioble. Op. cit. Rev. arb 1976. 223. Vicent et Guinchard op. cit. P. 984. N 1676. Cornu et Foyer: op. cit. p. 753. ets N 197.

القضاء[1] ولا توجد استثناءات على مبدأ تسبيب أحكام المحكمين القطعية. فليس هناك إعفاء من تسبيب هذه الأحكام[2].

٦٢- ومع اعتماد قاعدة تسبيب كافة أحكام المحكمين القطعية، ومنها الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات والمتضمنة قضاءً قطعياً، فإن هذا التسبيب غير لازم فى حالتين، نصت عليهما أغلب أنظمة التحكيم[3] الأولى: إذا اتفق الأطراف صراحة على صدور الحكم دون أسبابه. والثانية: إذا كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم والتى تحكم قواعد الإثبات لا تشترط ذكر أسباب الحكم الصادر بإجراء من إجراءات الإثبات تطبيقاً للمادة ٤٣ / ٢ تحكيم مصرى[4]. فإذا اتفق الأطراف على تطبيق قانون إثبات معين، أو قانون إجرائى معين يحكم مرحلة الإثبات، أو على اتباع إجراءات التحكيم النافذة فى أى منظمة أو مركز تحكيم فى مصر أو الخارج، وكان هذا القانون، أو تلك الإجراءات لا توجب ذكر الأسباب فى حكم هيئة التحكيم الصادر بإجراء الإثبات، فيجوز أن يصدر الحكم دون أسباب[5]. وفى غير هاتين

---

(١) استئناف القاهرة ٩١ تجارى ٢٠٠٣/١١/٢٢ فى القضية ١١٩/٤٢ تحكيم، استئناف القاهرة ٦٣ تجارى ١٩٩٨/٢/١٨ فى الدعوى رقم ١١٤/٢٦ ق تحكيم.

Paris. 28 Oct. 1962. Goz pal 1962 P. 762. Paris 26 janv. 1988 Rov. Arb. 1988. 307 Note jarroson Paris. 18 Nov. 1982. Rov. Arb. 1983. 197 Note Level Coss. Civ. 19 avril. 1985. Rov. Arb. 1986. 53 Note jarrosson.

(٢) د. عزمى عبد الفتاح: تسبيب الأحكام: الإشارة السابقة.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٦٠.

(٤) د. أحمد هندى: المرجع السابق ص ١١٢ بند ٢٧. نقض مدنى ١٩٩٨/٧/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ٤٩ ع ٢ ص ٥٩٣.

(٥) أما إذا سكت القانون الإجرائى عن مسألة التسبيب فذلك السكوت يتساوى مع النص على عدم التسبيب. د. عيد القصاص: حكم التحكيم ص ١٢٣. قارن: حيث قضى أن سكوت القانون عن التسبيب لا ينفى التزام هيئة التحكيم بتسبيب حكمها.

Appel. Paris 1re 30 mars 1995. Rev. arb. 1996 P. 137 Note. 1. Pellerin.

الحالتين[1] إذا لم يسبب الحكم فإنه يكون باطلاً.

٦٣- تسبيب الأحكام الصادرة برفض إجراء من إجراءات الإثبات:

قد ترفض هيئة التحكيم طلب الإثبات إذا رأت أن الطلب غير منتج فى الدعوى، أو إذا رأت فى وقائع الدعوى ما يكفى للفصل فيها أو إذا وجدت فى أدلة الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها، ففى كل ذلك تقضى برفض إجراء الإثبات المطلوب[2].

وإذا كانت القاعدة الخاصة وفقاً للمادة ١/٥ إثبات مصرى تنص على أن الأحكام الصادرة باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات لا يلزم تسبيبها ما لم تتضمن قضاءً قطعياً، فوفقاً للنص لا تشمل عباراته الأحكام الصادرة برفض إجراء من إجراءات الإثبات. كما أن القاعدة الخاصة التى يتضمنها النص السابق، وكما ذهب إليه الفقه[3] وبحق يجب أن تفسر تفسيراً ضيقاً لا يقبل القياس عليه.

وتأسيساً على ذلك، لا يجوز أن يمتد نطاق تطبيق القاعدة السابقة إلى الأحكام الصادرة برفض إجراء من إجراءات الإثبات، كالحكم الصادر برفض طلب أحد الخصوم بإجراء التحقيق أو القيام بالمعاينة أو رفض سماع الشهود، أو رفض طلب الإحالة إلى خبير، فى كل ذلك يتضمن الحكم قضاءً قطعياً، ويلزم تسبيبه حتى لا يتعرض حكم التحكيم للتجريح لإخلاله بحق الدفاع وفقاً للمستفاد من نص المادة ٣٠ من لائحة التحكيم السعودى القديم والمادة ٩ إثبات مصرى.

ومع اعتماد كون الحكم الصادر برفض إجراء من إجراءات الإثبات يتضمن قضاءً قطعياً تردد القضاء[4] والفقه بشأن تسبيب هذا الحكم. فذهب

---

(١) د. فتحى والى: التحكيم الإشارة السابقة. د. احمد هندى: المرجع السابق ص ١١٢ بند٢٧.

(٢) أنظر فيما سبق بند ٢٢.

(٣) د. فتحى والى: قانون القضاء المدنى ص ٥١٥ بند ٢٩٤. د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ص ١٨١ بند ٦٩ مكرر.

(٤) وبصدد ذلك، تقول محكمة النقض، إذا كانت محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابة الخصوم إلى ما يطلبوه من إحالة القضية إلى التحقيق لإثبات مدعاهم، =

اتجاه[1] إلى رفض تسبيب هذا الحكم، بينما يقصر اتجاه ثان[2] هذا الرفض على حالات معينة، فى حين ذهب الاتجاه الراجح[3] إلى تسبيب كل حكم يصدر برفض اتخاذ إجراء الإثبات، لأن هذا الحكم قد سبقته مناقشة حول جدوى إجراء الإثبات، وهى مسألة قد تمت المواجهة بشأنها بين الخصوم، والحكم الصادر فيها هو حكم قطعى صادر فى منازعة بالمعنى الفنى الدقيق، ومن ثم فينبغى تسبيبه لأن هذا التسبيب هو الذى يسمح ببيان

=إلا أنها ملزمة إذا هى رفضت الاستجابة لهذا الطلب أن توضح الأسباب التى دعتها إلى هذا الرفض. نقض مدنى ١٩٧٦/٢/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٤٠١. نقض مدنى ١٩٨٦/١/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٧ ص ١٦٢، نقض مدنى ١٩٩١/١/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٤٢ ص ٢٧٩. إلا أنها فى أحكام أخرى قررت، أن طلب إجراء التحقيق لإثبات وقائع يجوز إثباتها بالبينة ليس حقاً للخصوم، وإنما هو من الرخص التى تملك محكمة الموضوع عدم الاستجابة إليها متى وجدت فى أوراق الدعوى ومستنداتها ما يكفى لتكوين عقيدتها، دون أن تلتزم ببيان سبب الرفض. نقض مدنى ١٩٧٣/١٢/١٩ مجموعة أحكام النقض المجموعة ٢٤ ص ١٣١٠، نقض مدنى ١٩٧٦/٣/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ٨٢٣. أنظر فى موقف محكمة النقض المتردد د. عزمى عبد الفتاح: تسبيب الأحكام ص ١٤٢ وما بعدها. وفى تعيب هذا الموقف د. محمود جمال الدين زكى: المرجع السابق ص ١٧٩ بند ٣٧.

(١) وحجة الاتجاه الرافض لتسبيب الحكم الصادر بإجراءات الإثبات بالأمر أو بالرفض، أن الأمر يتعلق بحرية المحكمة – هيئة التحكيم – فى تكوين عقيدتها، وإنها تباشر رخصة فى هذا الصدد، وأنه ليس حق للخصوم فى هذه الحالة. د. رمزى سيف: الإشارة السابقة.

(٢) ويرى أنصار هذا الاتجاه، أن الأصل هو تسبيب الحكم الصادر برفض اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات، لكن هناك حالات معينة لا يلزم تسبيبها، وهى إذا كان سبب الرفض هو اكتفاء المحكمة أو هيئة التحكيم بالأدلة المقدمة، أو أن الوقائع التى يراد إثباتها غير متعلقة بالدعوى أو غير منتجة فيها.
د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ص ٨١٢ بند ٦٩ مكرر، ص ٥٢٥ بند ٢٥٧.

(٣) د. عزمى عبد الفتاح: الإشارة السابقة، د. فتحى والى: قانون القضاء ص ٥١٥
بند ٢٩٤، التحكيم الإشارة السابقة. د. عاشور مبروك: ص ٢٩٠ حاشية.
Paris 8 Juill 1982 Rev. arb. 1983. 346. Note. Bernard.

كيفية اقتناع هيئة التحكيم من أدلة أثبات أخرى غير الذى رفضتها، وهو الذى يسمح بالتأكيد من احترام حقوق الدفاع[1].

وتسبيب الحكم الصادر برفض إجراء من إجراءات الإثبات مقيد بألا يكون الأطراف اتفقوا صراحةً على صدور الحكم دون أسباب، أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم والتى تحكم قواعد الإثبات لا يشترط ذكر أسباب الحكم الصادر برفض إجراء من إجراءات الإثبات.

٦٤- تسبيب الأحكام الصادرة بعدم الأخذ بنتيجة إجراء الإثبات:

قلنا من قبل أن هيئة التحكيم لها مطلق الحرية فى اتباع طريق من طرق الإثبات دون غيره[2] كما أنها لا تكون ملزمة بما أمرت به من إجراءات الإثبات، بل تملك العدول عنه بشرط أن تبين أسباب العدول بمحضر الجلسة وفقاً للمادة ٣٣ من لائحة التحكيم السعودى، المادة ٩ إثبات مصرى وإذا كانت هيئة التحكيم تملك هذا وتلك، فإنها تملك أيضاً فى أن تأخذ بنتيجة إجراء الإثبات أو لا تأخذ به، أو أن تكون عقيدتها من الإجراء الذى أمرت به، أو من غيره من وقائع الدعوى[3]. فالمحكم، يحكم فى الدعوى بما يمليه عليه اقتناعه، وله حرية كاملة فى اختيار العناصر التى يبنى عليها هذا الاقتناع، ما دامت هذه العناصر قد قدمت إليه بالطرق الجائزة، وله فى هذا السبيل أن يطرح ما أسفرت عنه بعض الأدلة، إذا لم يطمئن إليها، ويعتمد على البعض الآخر الذى نال ثقته وارتاح إليه ضميره. وتطبيقاً لذلك قضى[4] بأن لهيئة التحكيم أن تأخذ بما جاء بتقرير

---

(١) د. عزمى عبد الفتاح: الإشارة السابقة.

(٢) أنظر فيما سبق ٢٤.

(٣) نقض مدنى ١٩٦٤/١٢/٣١ مجموعة أحكام النقض المجموعة ١٥ ص ١٢٨٨.
Coss. Civ. 9 Nov. 1977. R. T. D. Civ. 1978 P 728. Note. Perrot.

(٤) استئناف القاهرة ٩١ تجارى ٢٠٠٤/٩/٢٩ فى الدعوى ٢٨ لسنة ١٢١ ق تحكيم.
Paris. 8 Juill 1982. Rev. arb. 1993. P. 346.

الخبير أو أن تلتفت عن الأخذ به، طالما أنها وجدت فى الأدلة الأخرى المقدمة فى الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها[1].

وإن كان لهيئة التحكيم مطلق الحرية فى أن تأخذ بنتيجة إجراء الإثبات أو لا تأخذ به، إلا أن عدم أخذها بنتيجة الإجراء ليس مطلقاً، وإنما مقيدة بأن تذكر فى أسباب حكمها الأسباب التى دفعتها إلى عدم الأخذ بنتيجة الإجراء التى أمرت به. فلا يكفى أن تذكر الأسباب فى محضر الجلسة، وإنما يتعين أن تذكر هذه الأسباب فى الحكم[2] ما لم يتفق الأطراف على عدم تسبيب الحكم، أو القانون محل التطبيق على الإجراءات لا يشترط ذكر الأسباب.

وإلزام هيئة التحكيم، بأن تذكر فى أسباب حكمها الأسباب التى دفعتها إلى عدم الأخذ بنتيجة الإجراء، هو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع، حيث تنص المادة ٩ إثبات مصرى على أنه "يجوز للمحكمة – أو هيئة التحكيم – ألا تأخذ بنتيجة الإجراء بشرط أن تبين أسباب ذلك فى حكمها" وهو ما أكدته أنظمة التحكيم حيث تنص المادة ٣٣ من لائحة التحكيم السعودى على أنه "ويجوز للهيئة أن لا تأخذ بنتيجة الإجراء مع بيان ذلك فى أسباب الحكم".

٦٥- وجوب إعلان الأوامر الصادرة بتعيين تاريخ إجراء الإثبات:

على هيئة التحكيم إذا أمرت بتعيين تاريخ إجراء الإثبات، كما لو أمرت بتعيين تاريخ قيام الخبير بمهمته، أو سماع المحكم للشهود أو استجوابه لأحد الخصوم، أو الانتقال للمعاينة، وذلك فى غياب الخصوم أو أحدهم عن الجلسة التى تم فيها تحديد هذا التاريخ، فإنه يجب إعلانهم

---

(١) نقض مدنى ١٩٨٥/١٢/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٦ ص ١٢٧٢، نقض ١٩٨٤/١٢/١٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٥ ص ٢١٣٥، نقض ١٩٧٦/٤/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ٩٤٩.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم: ص ٢٦٥ بند ١٠٨. د.، عزمى عبد الفتاح: تسبيب الأحكام: ص ١٤٥ وما بعدها التحكيم ص ٢٩٣.
PerrotL L'administration Rov. Arb. Op. cit. P. 163

بهذا الأمر، تطبيقاً للمادة ٢/٥ إثبات مصرى، ومبرر ذلك ومبناه[١] يتمثل فى خطورة النتائج التى يمكن أن ترتب على تلك الإجراءات إذا ما تمت فى غياب الخصوم.

وغياب الخصوم الذى يستوجب إعلانهم وفقاً للمادة ٢/٥ إثبات مصرى، هو تخلف الخصوم المادى عن الحضور بنفسهم أو بواسطة من يمثلهم عن حضور جلسة النطق بالحكم الصادر باتخاذ إجراءات الإثبات[٢] مع مراعاة أن الإعلان واجب فقط بالنسبة لتاريخ بدء الإجراء[٣] أو فى حالة إعادة الإعلان لمن لم يتم إعلانه إعلاناً صحيحاً[٤]. أما إذا استلزم اتمام إجراء الإثبات أكثر من جلسة أو أكثر من يوم، ذكرت فى المحضر اليوم والساعة اللذين يحصل التأجيل إليهما دون حاجة لإعلان الخصم الغائب بهذا التأجيل وفقاً للمادة ٦ إثبات مصرى. إذ لا يصح للخصم وقد أوجب القانون إعلانه بالتاريخ الذى بدأ منه الإجراء، أن يتقاعس بعد ذلك عن متابعة إجراءات التحقيق[٥]. ويتم الإعلان وفقاً لما اتفق عليه أطراف التحكيم[٦] فإذا لم يوجد هذا الاتفاق، يتم الإعلان إلى المرسل إليه

---

(١) د. أحمد السيد صاوى: التحكيم ص ١٣٥ بند ١١٣.

(٢) د. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار: التعليق على قانون الإثبات ص ١٠٤.

(٣) د. فتحى والى: قانون القضاء المدنى: ص ٥١٧ بند ٢٨٨.

(٤) ويظهر ذلك الوجوب بوضوح من عبارة المادة ١/٣٦ من نظام مركز أبو ظبى للتوفيق والتحكيم التجارى، الذى يقضى بأن يترك لهيئة التحكيم أمر تقدير تمام الإخطار من عدمه، أو لزوم إعادته فى الأحوال التى يتخلف الطرف أو الأطراف عن الحضور.

(٥) محمد وعبد الوهاب العشماوى: ج ٢ ص ٤٨٠ بند ٩١٥. د. فتحى والى: الإشارة السابقة.

(٦) فإذا اتفق أطراف التحكيم مثلاً على أن يجرى الإعلان وفقاً لقانون المرافعات المصرى، فإن الإعلان سيباشر فى تلك الحالة بواسطة المحضر وإلا وقع باطلا مادة ٦ مرافعات، مع مراعاة أن المحضر سوف يتقيد بأحكام المرافعات من حيث الزمان والمكان، بحيث لا يجرى إعلاناً إلا فى الأوقات المحددة، ولا يتجاوز حدود اختصاصه المكانى، المادة ٧٢٦ مرافعات كما أنه سوف لا يلجأ إلى وسائل الإعلان البديلة كالتسليم إلى جهة الإدارة أو النيابة العامة إلا فى حالة تعذر تسليم الإعلان لشخص المعلن إليه أو فى موطنه المادة ١٠، ١٣ مرافعات. د. عاشور مبروك: المرجع السابق ص ١٦٣ وما بعدها بند ٦٥ د. فتحى والى: التحكيم ص ٣١٠ بند ١٦٣. =

شخصياً أو فى مقر عمله أو فى محل إقامته المعتاد أو فى عنوانه البريدى المعروف للطرفين أو المحدد فى مشارطة التحكيم أو فى الوثيقة المنظمة للعلاقة التى يتناولها التحكيم تطبيقاً للمادة ٧/ ١ تحكيم مصرى[١]. ويعتبر الإعلان قد تم فى اليوم الذى يتلقاه فيه الطرف المرسل إليه أو من قام مقامه. أما إذا تعذر معرفة هذه الأماكن بعد إجراء التحريات اللازمة يعتبر الإعلان قد تم إذا كان بكتاب مسجل إلى آخر مقر عمل أو محل إقامة معتاد أو عنوان بريدى معروف للمرسل إليه وفقاً للمادة ٧/ ٢ تحكيم مصرى، وهو ما يعرف بالعلم الافتراضى[٢].

ولم تبين المادة السابقة الحل فى حالة امتناع المعلن إليه هو أو من يمثله عن تسلم الورقة أو عن التوقيع بالاستلام، أو كان محل المعلن إليه مغلقاً،

=أما إذا خلا إتفاق التحكيم من تحديد وسيلة معينة للإعلان، فإن من يباشره لا يكون مقيداً بوسيلة معينة، بل يجوز مباشرته بواسطة المحضر أو البريد أو التلكس أو الهاتف وغيرها من وسائل الإعلان حديثة كانت أم قديمة، كما أنه لا يكون مقيداً بالأوقات التى يحددها قانون المرافعات لمباشرة الإعلان د. عاشور مبروك: الإشارة السابقة.

(١) وما ذهب إليه المشرع المصرى لا يخرج عما انتهت إليه التشريعات وأنظمة التحكيم المعاصرة، حيث تنص المادة ١/٢ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى على أن "أى إخطار يسلم إلى المرسل إليه شخصياً أو فى محل إقامته المعتادة أو فى مقر عمله أو فى عنوانه البريدى، وفى حالة تعذر التعرف على أحد العناوين بعد إجراء التحريات المعقولة، يعتبر الإخطار قد تم تسليمه إذا سلم فى آخر محل إقامة أو فى آخر مقر عمل معروف للمرسل إليه ويعتبر وقت تسليم الإخطار هو يوم تسليمه على نحو ما ذكر" وهو مطابق لنص المادة ١/٢ من قواعد اليونسترال، المادة ٣/٣ من لائحة I. C. C. المادة ٣ من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، المادة ٤/٧ من لائحة الغرفة الطبية للتحكيم التجارى الدولى لعام ١٩٨٨، المادة ١٧ من اتفاقية عمان المصرية للتحكيم التجارى، المادة ٧/ ٤ من لائحة الجمعية الإيطالية للتحكيم.

(٢) ويشترط لصحة سلوك الحل البديل – العلم الافتراضى – قيام طالب الإعلان بإجراء التحريات اللازمة للوقوف على أحد العناوين المنصوص عليها فى المادة ٧ تحكيم مصرى، حتى يقع تسليم إعلانه بكتاب مسجل إلى آخر مقر عمل أو محل إقامة معتاد أو عنوان بريدى معروف للمطلوب إعلانه صحيحاً. د. عاشور مبروك ص ١٦٥ وما بعدها بند ٦٥.

وهنا لا يكفى إثبات ذلك لاعتبار الإعلان قد تم، كما أنه لا يجوز تسليم الإعلان إلى جهة الإدارة، وإنما يلزم عندئذ إرسال الإعلان بالبريد المسجل أو بالبريد السريع حتى يكون مع المرسل دليل على إرسال الإعلان بالبريد[1].

فإذا لم يعلن الخصوم أو الخصم الغائب بالأوامر الصادرة بتعيين تاريخ إجراء الإثبات، فالجزاء المترتب على ذلك هو البطلان وفقاً للمادة ٢/٥ إثبات مصرى. ومقتضى هذا أن اتخاذ أى إجراء من إجراءات الإثبات دون تمكين الخصوم، أو الخصم من العلم به، يتضمن إخلالاً بحقوقهم فى الدفاع، ويستتبع بطلان العمل الإجرائى[2] وهو بطلان مقرر لمصلحة الخصم الذي تخلف عن الحضور ولم يعلن بالأمر الصادر بتعيين تاريخ إجراء الإثبات، ولا تحكم هيئة التحكيم بهذا البطلان من تلقاء نفسها، ولا يصح أن يتمسك به الخصم الآخر الذى حضر جلسة النطق بالحكم، أو الذى استصدر ذلك الأمر[3].

ومع ذلك يزول البطلان بالرد على الإجراء بما يفيد أنه قد اعتبره صحيحاً، كما لو حضر الخصم التحقيق أو ناقش تقرير الخبير مثلاً، على الرغم من عدم إعلانه بالأمر الصادر بتعيين تاريخ هذا الإجراء[4].

الفصل الثانى

القواعد الإجرائية الخاصة بأدلة الإثبات أمام المحكمين

٦٦- تمهيد وتقسيم:

نص قانون التحكيم المصرى وأنظمة التحكيم المقارنة على بعض القواعد الخاصة بإجراءات الإثبات أمام المحكمين، وهذه القواعد يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، فإذا لم يوجد هذا الاتفاق تعين احترام تلك القواعد، كما أنه إذا لم يتفق الأطراف على إجراءات خاصة بالنسبة

---

(١) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣١٢ بند ١٦٣ والحكم المشار لديه استئناف القاهرة ٥٠ تجارى ٢٠٠٢/٤/٢٨ فى الدعوى رقم ١١٦/ ١١٨ ق تحكيم.

(٢) Coss. Civ 16 Janv 1974. J. C. P. 1974. G. 4. 74.

(٣) د. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار: التعليق ص ١٠١ والحكم المشار لديه نقض ١٩٦٧/١/٥ – ١٨. ٩٢.

(٤) د. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار: الإشارة السابقة.

للإثبات، قررت هيئة التحكيم وضع تلك الإجراءات، وتلتزم بإعمال تلك القواعد، ذلك بشأن طرق وأدلة الإثبات المختلفة. نتناول تلك القواعد الإجرائية التى تثار بشأن أدلة الإثبات المختلفة فى غضون المباحث الآتية:

المبحث الأول: الإجراءات المتعلقة بالأدلة الكتابية.
المبحث الثانى: شهادة الشهود.
المبحث الثالث: الاستجواب.
المبحث الرابع: المعاينة.
المبحث الخامس: اليمين.
المبحث السادس: الخبرة.

المبحث الأول
الإجراءات المتعلقة بالأدلة الكتابية

٦٧- أهمية الأدلة الكتابية وما تثيره من مشكلات إجرائية:

تعتبر الأدلة الكتابية تقليدية[١] أو الكترونية[٢] من أقوى طرق الإثبات وأهمها، نظراً لما تلعبه فى الحياة العملية من دور كبير فى تصرفات الأطراف، وتمتاز تلك الأدلة عن غيرها من وسائل الإثبات، ففضلاً عن سموها[٣] فهى تعد موجودة مسبقاً منذ وجود الحق، ودون انتظار المنازعة

---

(١) وتعرف الكتابة التقليدية بأنها الأحرف الأصلية المصحوبة بتوقيع خطى ومادى على وثائق ورقية رسمية أو عرفية. أنظر د. سليمان مرقس: المرجع السابق ص ١٣٨ وما بعدها بند ٤٦ وما بعده. د. عصام سليم: المرجع السابق ص ٥٢ ومابعدها خاصة ص ٧٠.
BERENGUERR et GALLIER: L'utilite des chartes déontologique relatives à L'alisation de L'autil informatique Goz Pal. Janvier 2001. P. 15.

(٢) وتعرف الكتابة الالكترونية بأنها "كل حروف أو أرقام أو رموز أو أى علامات تثبت على دعامة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة= =وتعطى دلالة قابلة للإدراك" محرر أو توقيع الكترونى. المادة الأولى من القانون المصرى ١٥ لسنة ٢٠٠٤ بتنظيم التوقيع الالكترونى. المادة الثانية من قانون الاونسترال النموذجى الصادر من لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية عام ٢٠٠١ بشأن التوقيعات الالكترونية. المادة ١٣١٦/ ٤ مدنى فرنسى المضافة بالقانون رقم ٢٠٠٠ – ٢٣٠ الصادر فى مارس عام ٢٠٠٠.

(٣) وأهمية الكتابة كدليل من أدلة الإثبات ليست وليدة العصور الحديثة، وما شهدته من تطور فى شتى مجالات الحياة، وإنما هى تضرب بجذورها فى=

فيه، ولذا يطلق عليها الدليل المعد والمهيأ[1] وتمتاز بسهولة تقديمها وتقييمها من قبل هيئة التحكيم، وقلة تكاليف إحضارها، وقلة الوقت الذى يستغرقه الإثبات بها نظراً لأنها تقلل عدد الجلسات التحكيمية[2] كما تمتاز بانفرادها عن باقى الأدلة بقوتها المطلقة فى الإثبات حيث تصلح لإثبات جميع التصرفات القانونية والوقائع المادية على حد سواء.

فإذا رغب أحد الأطراف فى تقديم دليل كتابى، تقليدى أو الكترونى، فإنه يجب على هيئة التحكيم – كما سبق القول – أن توفر له الفرصة لتقديمه، وإحاطة الطرف الآخر علماً به، وتمكنه من الإطلاع والرد عليه[3] لأن تلك الأدلة تعد بمثابة الإيضاح القانونى أو الواقعى للدعوى المنظورة، حيث يقدم كل طرف مع طلب التحكيم أو مع مذكرة الدفاع قائمة

=أعماق التاريخ البشرى، حيث بدأ الإنسان منذ اكتشافه الكتابة فى استخدامها لإثبات الحقوق. وقد اعترفت الشريعة الإسلامية بأهمية الكتابة فى الإثبات، حيث أنه بالكتابة انتقلت إلينا أحكام هذه الشريعة الغراء التى حفظها الله تعالى بتدوين كتابه الكريم وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم وكذلك أخبار السلف حتى علمناهم كما علمهم من قبلنا. وقد برزت الحكمة الألهية فى الأمر بالكتابة بنص القرآن الكريم فى آية المداينة لحفظ الحقوق. وقد أكدت السنة النبوية كذلك أهمية الكتابة، ومن ذلك أمر نبينا الكريم عليه السلام بكتابة المصالحة بينه وبين قريش. وفى الصحيح قوله "ما حق امرئ مسلم له شئ يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصية مكتوبة عنده" أنظر فى تفصيل ذلك: الشيخ أحمد إبراهيم: طرق الإثبات الشرعية: إعداد المستشار واصل علاء الدين طبعة نادى القضاة ١٩٨٥ ص ٥٦.

(١) د. همام محمد زهران: الوجيز فى الإثبات دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٣ ص ٨٧.

(٢) د. عاطف الفقى: المرجع السابق ص ٤٣١.

(٣) د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم: ص ٢٨٧: د. رضا السيد: المرجع السابق ص ٥٧. د. عاشور مبروك: ص ٢٩٨ بند ١٧٨، ص ٣٠٨ بند ١٨٥. د. علي بركات: ص ٣٣٤ بند ٣٣٦. د. السيد تمام: المرجع السابق ص ٤٨ وما بعدها بند ٢٧. د. هدى عبد الرحمن: ص ٢٢٤ بند ١٧٨. د. عبد الحميد الأحدب: إجراءات المحاكمة التحكيمية الدولية وقواعد الإثبات المقال السابق ص ١٠٢.
PERROT: L'adminstration de la Preuve. Op. cit. rev. arb. 1974. P. 161. Boisseson: op. cit. p. 449 N 292 Kessedjion: Principe de la Contradiction et arbitrage op. cit. P. 382 ets. Fouchard, Gaillard, Galdman: op.cit., P. 712. N. 1272.

بالمحررات التى فى صالحه، والتى يعتبرها هذا الطرف أو ذاك مقيدة فى إثبات ما يدعيه أو على العكس دحض مزاعم الطرف الآخر.

ولكن الإثبات بالأدلة الكتابية فى أى من صورتيها – تقليدية أو الكترونية – قد يثير العديد من المشاكل خاصة من الناحية الإجرائية، أهم هذه المشاكل مسألتين، الأولى: تتعلق بطلب إلزام الخصم بتقديم المحررات الموجودة تحت يده إذا كانت منتجة فى الدعوى. الثانية: تتعلق بالمنازعة فى صحة المحررات المقدمة فى الدعوى التحكيمية. فى غضون مطلبين نتناول تلك المسألتين، ذلك على النحو التالى:

المطلب الأول: الزام الخصم بتقديم محرر تحت يده.

المطلب الثانى: المنازعة فى صحة المحررات المقدمة فى الدعوى.

المطلب الأول

إلزام الخصم بتقديم محرر تحت يده

٦٨- سبق القول أن للأطراف الاتفاق على ما يرونه من إجراءات الإثبات فإذا اتفق الأطراف[1] على تخويل هيئة التحكيم سلطة إلزام أى من الطرفين بتقديم محرر تحت يده، أو كان القانون المصرى الإجرائى أو الإثبات، أو القانون الإجرائى الأجنبى أو اللائحة المختارة طبقاً لاتفاق الأطراف، أو عند اختيار هيئة التحكيم للقانون الذى يحكم إجراءات الإثبات عند عدم اتفاق الأطراف ينص على إلزام الخصم بتقديم محرر تحت يده. فإنه يجوز وفقاً لاتفاق الأطراف، أو تطبيقاً لنصوص القانون أو اللائحة المختارة أن يطلب الخصم من هيئة التحكيم أو القضاء إلزام خصمه بتقديم محرر منتج فى الدعوى يكون تحت يده، وهو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع المصرى فى المادة ٢٠ إثبات، المواد ٢/١١، ١٤٢، ١٤٦٧/ ٣ مرافعات فرنسى. المادة ٢٨ من لائحة نظام التحكيم السعودى

---

(١) أنظر فيما سبق بند ٧ أما إذا لم يوجد هذا الإتفاق فيطبق الأصل، وهو أنه يجب على صاحب الحق فيما يدعيه أن يجمع بنفسه وبجهوده الأدلة التى تؤيد مزاعمه، فلا يجوز لخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم ورقة تحت يده ليفيد منها فى إثبات دعواه د. أحمد السيد صاوى: التحكيم: ص ١٣٧ بند ١١٤.

القديم[1] مع إعمال ما تنص عليه المواد ٢/٢٣، ٢٤ إثبات مصرى، المادة ١٣٩ مرافعات فرنسى من آثار.

٦٩ـ الحالات التى يجوز فيها إلزام الخصم بتقديم محرر تحت يده:

حدد كل من المشرع المصرى فى المادة ٢٠ إثبات ولائحة التحكيم السعودى فى المادة ٢٨ الحالات التى يجوز فيها طلب إلزام الخصم بتقديم أى محرر منتج فى الدعوى يكون تحت يده ١- إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه. ٢ – إذا كان المحرر مشتركاً بينه وبين خصمه **٣ـ إذا استند إليه خصمه فى أية مرحلة من مراحل الدعوى.**

وقبل توضيح تلك الحالات، نشير بداية أن طلب الخصم بإلزام خصمه بتقديم محرر تحت يده، أثر قاصر على تلك الحالات ولا يتعداها[2]، فلا يجوز وفقاً لصراحة النصوص السابقة فى غير هذه الحالات إلزام الخصم بتقديم محرر تحت يده، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك وهو ما استقر عليه الفقه فى مجموعه وتواترت عليه أحكام القضاء، وقضى تطبيقاً لذلك[3] بأنه "متى كانت المذكرة أو المكاتبات التى طلب الطاعن إلزام المطعون عليه بتقديمها لا تندرج تحت أية حالة من هذه الحالات، فإن الحكم

---

(١) ومن ذلك أيضاً المواد ٥ من قانون التحكيم الإنجليزى، ٩ من قواعد جمعية لندن للتحكيم، ٣١ من قواعد جمعية المحكمين الأمريكية، ٣/٢٨ من قواعد اليونسترال.= =أنظر د. هدى عبد الرحمن: ص ٢٢٤ حاشية رقم ٢، عبد الحميد الأحدب: المقال ص ١٠٤ وما بعدها، سليمان مرقس: ص ٣٩٢ – ٣٩٥ بند ١٤٨، د. عاطف الفقى ص ٤٣١ وما بعدها. د. سحر عبد الستار يوسف: ص ٣٨٧ بند ٢٢٧.

(٢) نقض مدنى ١٩٦١/٤/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٢ ص ٤٠٤. مع ملاحظة أن المشرع الفرنسى لم يعدد حالات إلزام الخصم بتقديم المستندات التى تحت يده، وإنما أورد النص عام فنصت المادة ٣/١٤٦٧ مرافعات على أنه "إذا كان هناك دليلاً من أدلة الإثبات بيد أحد الأطراف جاز لهيئة التحكيم أن تلتزمه بتقديمه وفقاً للأصول التى تحددها ...".

(٣) قارن: المشرع الفرنسى لم يحدد الحالات التى يجوز فيها إلزام أحد الخصوم بتقديم ما تحت يده من محررات، وإنما أورد قاعدة عامة وفقاً للمادة ١٤٢ مرافعات أجاز للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم ما تحت يده من أدلة إثبات.
Vincemt et Guinchard: op. cit. P. 620 N 1008> Coss. Civ. 23 Déc 1969 Bull. Civ. 11 N 366.

المطعون عليه إذ رفض إجابة طلب الطاعن لا يكون قد خالف القانون أو عاره قصور" هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، لا يوجد ثمة شك حول تطبيق النصوص السابقة على المحررات الالكترونية[1] لعموميتها على نحو يشمل جميع المحررات بمختلف أنواعها وصورها. فيشمل المحررات الرسمية[2] والعرفية[3] كما يمتد ليشمل المحررات الالكترونية أياً كانت صورتها[4] فعمومية النصوص لا يستقيم معها الاعتراض على ذلك بأن المقصود بالمحررات التى يجوز طلب إلزام الخصم بتقديمها هى المحررات التقليدية دون الالكترونية، لأن المشرع طالما اعترف بها واعتبرها كالمحررات الورقية من حيث كونها دليل إثبات[5] وللأطراف الاتفاق على الإثبات

---

(١) د. الأنصارى النيدانى: القاضى ص ١٥٠ وما بعدها. د. أسامة الروبى: المرجع السابق ص ١٠٦، ١٠٧ بند ٤٥.

(٢) وهى المحررات التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه المادة ١٠ إثبات مصرى المادة ١٣١٧ مدنى فرنسى.

(٣) وهى المحررات التى يحررها ذوى الشأن ويوقعوها بإمضائهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم مادة ١٠/ ٢ إثبات مصرى.

(٤) وصور التوقيع الالكترونى متعددة ومتنوعة، ولعل أهم الأنواع المعروفة حالياً، والتى وصلت التكنولوجيا المتطورة إليها تتمثل فى التوقيع الرقمى Digital Signature والتوقيع بالقلم الالكترونى Pen. Op والتوقيع بالنقر على مربع الموافقة Ok – box والتوقيع بالخواص الذاتية البيومترى Biometrics والتوقيع باستخدام البطاقة الممغنطة الذكية المقترنة بالرقم السرى Pin أنظر فى تفصيل ذلك. د. الأنصارى النيدانى: ص ١٢ وما بعدها. د. خالد ممدوح إبراهيم: التحكيم الالكترونى ٢٠٠٩ دار الفكر الجامعى ص ٤١٩ – ٤٢٦. د. سعيد قنديل: التوقيع الإلكترونى دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٤ ص ٥٨ وما بعدها.

(٥) وهو ما اعتمدته التشريعات المعاصرة كدليل إثبات أنظر المواد الآتية: المادة الأولى من قانون التوقيع الالكترونى المصرى رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤. المادة الثانية من قانون الأونيسترال النموذجى الصادر من لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية عام ٢٠٠١ بشأن التوقيعات الالكترونية. المادة الثانية من قانون إمارة=

بها[1] ولها ذات حجية المحرر الورقى[2] ولأحد الأطراف المنازعة فى صحة المحررات المقدمة منها لهيئة التحكيم[3] ... الخ فينطبق على المحررات الالكترونية ما ينطبق على المحررات التقليدية، بما فى ذلك خطة هيئة

=دبى رقم ٢ لسنة ٢٠٠٣ بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية المادة ١٣١٦/ ٤ مدنى فرنسى المضافة بالقانون ٢٠٠ — ٢٣٠ الصادر فى ١٣ مارس عام ٢٠٠٠ المادة الأولى من قانون التجارة الإلكترونية البحرين حيث نصت على أن التوقيع الإلكترونى هو "معلومات فى شكل الكترونى تكون موجودة فى سجل الكترونى أو مثبتة أو مقترنة به منطقياً ويمكن للموقع استعمالها لإثبات هويته".

(١) قواعد الإثبات غير متعلقة بالنظام العام، وبالتالى يجوز للأطراف الإتفاق على مخالفتها، وطالما اتفق الأطراف على الإثبات بالطرق الالكترونية وجب احترام إرادة الأطراف، ويكون هذا الإتفاق ملزماً لأطرافه، بحيث يجوز لكل منهم أن يثبت العلاقة القائمة بينهما بالطريق الالكترونى. أنظر فى تفصيل ذلك: د. الأنصارى النيدانى: ص ٤٢ وما بعدها والمراجع المشارة لديه.

(٢) ساوت التشريعات المعاصرة بين المحررات الالكترونية والمحررات التقليدية بحيث تتمتعا بنفس الحجية والقوة فى الإثبات، فنصت على أنه "للكتابة الالكترونية والمحررات الالكترونية فى نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة الرسمية والعرفية فى أحكام قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية متى استوفت الشروط المنصوص عليها فى هذا القانون، ووفقاً للضوابط الفنية والتقنية التى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون" المواد ١٤، ١٥، ١٨ من قانون التوقيع الإلكترونى المصرى، المادة ٧ من قانون المعاملات الالكترونية الأردنى، والمادة ٥ من قانون التوقيع الإلكترونى للبحرين، المادة ١٢ من قانون التوقيع الإلكترونى للإمارات، المادة ٩ من قانون التوقيع الإلكترونى الفلسطينى، المادة ١٣١٦/ ٣ مدنى فرنسى بنصها على أن يكون للكتابة على دعامة الكترونية نفس القوة فى الإثبات التى تتمتع بها الكتابة على دعامة ورقية.

"L'écrit sur support élecetron ique à La même force Probante que L'écrit sur support papier"

وفى تطبيق ذلك أنظر:

Coss. Civ. 8 Nov. 1989. D. 1990. P. 369 Note GAVALAD. Montepellier 9 Avril. 1987. J. C. P. éd. 11 N 20984.

مشار إليهما لدى د. سعيد قنديل: ص ٦٩.

(٣) أنظر فيما يلى بند ٧٧ وما بعده.

التحكيم فى إلزام الخصم بتقديم المحرر الإلكترونى الذى تحت يده فى الحالات الآتية :

٧٠- الحالة الأولى: إذا كان القانون يجيز مطالبة الخصم بتقديم المحرر أو تسليمه:

حيث يوجد نص فى القانون يلزم الخصم بتقديم محرر تحت يده منتج فى الدعوى، جاز لخصمه طلب ذلك، أو تأمر هيئة التحكيم من تلقاء نفسها بالإطلاع عليه[١].

والمقصود بالقانون فى هذا الصدد ليس فقط القانون الموضوعى الذى ينص على إلزام الخصم بتقديم المحرر الموجود تحت يده كالقانون المدنى أو التجارى، وإنما القانون بمعناه العام[٢] وترتيباً على ذلك يكفى أن يكون الخصم ملتزماً بتقديم هذا المحرر التقليدى أو الالكترونى بمقتضى الإتفاق على ذلك، أو بمقتضى نص فى القانون أو اللائحة المختارة لتحكم إجراءات الإثبات، سواء من جانب الأطراف أو من جانب هيئة التحكيم. بل يكفى أن يكون الخصم ملزماً بتقديم هذا المحرر – عند الطلب – بمقتضى أى قانون أو لائحة أو لأية جهة إدارية أو لأحد رجال الضبطية القضائية، كأن يطلب الخصم على سبيل المثال من هيئة التحكيم إلزام

---

(١) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٦٥ بند ٢٠٢ د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم ص ٢٨٧، د. نبيل عمر التحكيم: ص ١٩٦ بند ١٦٢. د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٦٩٦ بند ٤٧٨. د. محمود نور شحاته: مفهوم الغير فى التحكيم ١٩٩٦ دار النهضة العربية ص ١٤٠ بند ١٧٧ وما بعده. د. عاشور مبروك ص ٢٩٥ وما بعدها بند ١٧٦. د. أحمد السيد صاوى: التحكيم ص ١٣٧ بند ١١٤. د. علي بركات: ص ٣٨٤ بند ٣٩٢. د. هدى عبد الرحمن: الإشارة السابقة. د. أحمد هندى: المشكلات ص ١٤٣ بند ٢٢.

Perrot:
L'adminstration. Rev. arb. 1974 op. cit. P. 169 Boisseson: op. cit. P. 256.
N 305. vincentet Guinchard op. cit. P. 979. N 1667.
MOREOU: L'intervention du Tribunal. Rov. Arb. Op. cit. P. 323. E. Loquin. Instance arbitrale. Jur. Class. Fasc. 1036. op. cit. N 23.

(٢) د. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار: المرجع السابق ص ١٩٦، د. سليمان مرقس: ص ٣٩٦.

Vincent et Guinchard: op. cit. P. 612 N 995.

خصمه بأن يقدم لها جواز سفره لإثبات أنه فى تاريخ معين لم يكن داخل الجمهورية أو على العكس خارجها، بدون حاجة إلى اللجوء لإدارة الجوازات لأستصدار شهادة إدارية تثبت ذلك[1] أو إلزام الخصم بتقديم البطاقة البنكية الممغنطة المسلمة له من البنك لإثبات أنه تعامل بها فى فترة معينة من عدمه[2].

فهذه المحررات يلتزم الخصم بتقديمها عند الطلب، فينطبق بصددها[3] حكم الفقرة الأولى من المادة ٢٠ إثبات مصرى، المادة ٢٨ من لائحة التحكيم السعودى، كما أنها تتضمن بيانات رسمية لا تتصل بشخص الخصم فحسب بحيث يملك عدم تقديمها، وإنما تثبت بيانات قصد المشرع أن تكون فى متناول العلم الفورى للجهات الإدارية عند الطلب، ومن باب أولى تكون فى متناول العلم الفورى للسلطة القضائية أو هيئة التحكيم عند الطلب.

ومن التطبيقات القانونية التى تجيز إلزام الخصم بتقديم محرر تحت يده، ما نصت عليه المادة ٢٨ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ من أنه يجوز للمحكمة – هيئة التحكيم – أن تأمر التاجر بتقديم دفاتره إليها لاستخلاص ما يتعلق بالنزاع المعروض عليها. ويستوى فى ذلك أن تطلع هيئة التحكيم على الدفاتر بنفسها أو بواسطة خبير، على أن يتم الإطلاع بحضور صاحب الدفتر نفسه وتحت رقابته. والأمر بتقديم الدفاتر على هذا

---

(١) د. أحمد أبو الوفا؛ طلعت دويدار: الإشارة السابقة.

(٢) وتحتوى البطاقة البنكية على رقم سرى وتستخدم لسحب المبالغ النقدية من ماكينات توزيع النقود الآلية، أو فى دفع قيمة المشتروات التى يقوم العميل بشرائها من أماكن تقبل الدفع بهذه البطاقة. ويكون استخدام البطاقة وتكوين الرقم بمثابة التوقيع الصادر من جانبه، ويذيع استخدام هذا الشكل من أشكال التوقيع فى عمليات التجارة الالكترونية، وفى المراسلات التى تتم بين المصدرين والمستوردين سواء كانوا أفراداً أم شركات. د. خالد ممدوح إبراهيم: ص ٤٢٤ وما بعدها. د. سعيد قنديل: ص ٦٧.

(٣) د. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار: الإشارة السابقة. د. الأنصارى البندانى: ص ١٥٠.

الوجه جائز فى جميع المنازعات تجارية كانت أو مدنية، سواء كان خصم التاجر تاجراً أو غير تاجر[1] وتملكه هيئة التحكيم سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم. وكذلك المادة ٥١٩ مدنى مصرى الذى يقضى فيما يتعلق بالشركات المدنية "بأن الشركاء غير المديرين ممنوعون من الإدارة ولكن يجوز لهم أن يطلعوا بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها، وكل اتفاق على غير ذلك باطلاً"[2].

ومن تطبيقات ذلك أيضاً. ما نصت عليه المادة ٦٩١ مدنى مصرى، فيما يتعلق بعقد العمل على أنه إذا نص العقد على أن يكون للعامل فوق الأجر المتفق عليه أو بدلاً منه حق فى جزء من أرباح رب العمل أو نسبة مئوية من جملة الإيراد أو من مقدار الإنتاج أو من قيمة ما يتحقق من وفر أو ما شاكل ذلك، وجب على رب العمل أن يقدم إلى العامل بعد كل جرد بياناً بما يستحقه من ذلك وأن يقدم إليه أو إلى شخص موثوق به يعينه ذوو الشأن أو يعينه القاضى ليقدم المعلومات الضرورية للتحقيق من صحة هذا البيان وأن يأذن له فى ذلك بالإطلاع على دفاتره.

٧١ـ الحالة الثانية: إذا كان المحرر مشتركاً بين الطالب وخصمه:

ويعد المحرر تقليدى أو الكترونى مشتركاً بين الطالب وخصمه إذا حرر لمصلحة الخصمين أو انعقد لمصلحتهما، أو كان مثبتاً لحقوقهم، أو متضمنا خدمات أو التزامات متبادلة بين الطرفان. أو على حد تعبير محكمة النقض[3] يعتبر المحرر مشتركاً فى مفهوم المادة ٢٠ إثبات مصرى إذا كان محرر لمصلحة خصمي الدعوى أو كان مثبتاً لالتزاماتهم وحقوقهما المتبادلة.

ومن أمثلة المحررات التقليدية عقد البيع والإيجار والمقايضة، والفرض أن هذه العقود حررت من نسخة واحدة لدى أحد الطرفين دون الآخر، أو

---

(١) د. سليمان مرقس: ص ٣٩٧ بند ١٥٠.

(٢) على أن هذا الحق فى الإطلاع يقتصر على الشركاء فى شركات الأشخاص، فلا يثبت للشركاء فى شركات المساهمة أو شركات التوصية بالأسهم د. محسن شفيق: الوسيط فى القانون التجارى ج ١ بند ١٦١ مشار إليه لدى سليمان مرقس ص ٣٩٩.

(٣) نقض مدنى ١٩٩٠/١١/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٤١ ص ٧٤١.

حررت من نسختين وفقدت من إحداهما. ومن أمثلة العقود الإلكترونية[1] عقود التجارة على الخط والتى من أهمها عقد البيع على الخط [2] عقد الخط الساخن[3] ، العقود بصدد الأموال المعلوماتية[4] والتى غالباً ما تنعقد

---

(١) والعقد يكتسب الطابع الالكترونى من الطريقة التى ينعقد بها. وفيما عدا ذلك، فإنه يتفق مع أى عقد آخر من حيث الموضوع والأطراف، إلا أن التطور المستمر فى مجال نظم المعلومات والاتصالات الحديثة أدى إلى ظهور العديد من العقود الحديثة على الوسط القانونى، والتى يصعب حصرها ومنها فضلاً عن ما ورد بالمتن عقود الدخول الفنى إلى الانترنت، عقود الإعلانات التجارية أنظر فى تفصيل ذلك د. سمير الجمال: التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة الطبعة الأولى ٢٠٠٦ دار النهضة العربية ص ٧٨ — ٩٣.

(٢) وهو فى حقيقته عقد بيع تقليدى، ولكن ما يميزه هو أنه يتم عن بعد، ومن صوره عقد البيع عن بعد فى قانون الاستهلاك الفرنسى رقم ٨٨ — ٢١ الصادر فى ٦ يناير١٩٨٨ فى المواد ١٢١ — ١٦، ١٢١ — ٢٠ وقد عرفته المادة ١٢١ — ١٦ بأنه "كل بيع لمال أو توريد أو تقديم خدمة، ينعقد دون حضور مادى متزامن للأطراف، بين المستهلك والمهنى والذى بصدد إبرام هذا العقد يستخدم عدة جمل تقنية فى الاتصالات عن بعد" أنظر د. سمير الجمال: ص ٨٣ وما بعدها والمراجع الفرنسية المشار لديه.

(٣) وعقد الخط الساخن نوع من أنواع المساعدة الهاتفية، وهو ليس مقصور على الانترنت فقط، وإنما يمكن أن يتم عبر تقنيات الاتصال الأخرى، وتبرز أهمية هذا العقد عند الحاجة لشراء أموال ذات طبيعة تقنية، أو تلك التى تتطلب — على الأقل — معرفة فنية من جانب مستخدميها، وتقدم هذه المساعدة الفنية من خلال المشروعات التى تقدم المنتج أو الخدمة وقد يتولاها طرف ثالث لحساب المشروع.

VIVANT: les contrats du Commerce electronique. Litee Paris 1999. P. 117 ets.

مشار إليه لدى د. سمير الجمال: ص ٨٦.

(٤) وهى طائفة من العقود ينعقد فيها العقد بصورة تامة فى إطار شبكة المعلومات الدولية نفسها، بمعنى أن الخدمة تقدم من خلال الإنترنت، أو من خلال= =الهاتف في حالة ما إذا كان محل العقد غير مادى، فإذا كان محل العقد تقديم مشورة مثلا، فإن العميل يحصل عليها مباشرة على الخط، وإذا كان العقد يتمثل فى الحصول على معلومات معينة، فإن الحصول عليها يتم من خلال الخط أيضاً، وفى كل هذه الحالات، فإن تقديم المشورة أو المعلومة تمثل قيمة مادية، ولكنها فى ذاتها تعتبر أموالاً غير مادية، وهى بهذه الصورة تعيد أموالاً معلوماتية بغض النظر عن الشكل الذى اتخذته. =

هذه العقود عن طريق الهاتف أو اجتماعات الفيديو أو الانترنت أو الكتالوج الالكترونى[1] والفرض أن الهاتف فقد من إحداهما أو كان شريط الفيديو أو الكتالوج الالكترونى تحت يد إحداهما دون الآخر.

والعقود فى صورتيها التقليدية أم الالكترونية تثبت حقوق والتزامات متبادلة بين الطرفان، تبرر إلزام الخصم بتقديم ما تحت يده منتج فى الدعوى، وهو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع المصرى فى المادة ٢٠ إثبات، وأنظمة التحكيم فى المادة ٢٨ من لائحة نظام التحكيم السعودى.

ولا يشترط لإجابة طلب الخصم بإلزام خصمه بتقديم المحرر الموجود تحت يده أن يثبت الطالب فقده للنسخة الأخرى من المحرر أو الوسيلة التى كانت بحوزته أو يثبت أن خصمه قد احتفظ بالنسخة الوحيدة من هذا المحرر أو تلك الوسيلة، لأن مجرد تقديمه لهذا الطلب يستنتج منه أن نسخة هذا المحرر أو هذه الوسيلة التى انعقد بها العقد ليست فى حوزته.

وتقدير ما إذا كانت الوسيلة التى انعقد بها العقد أو المحرر مشتركاً بين الطرفين أو يخص إحداهما دون الآخر، هو من مسائل الواقع التى تتعلق بأدلة الإثبات، والتى يستقل بتقديرها المحكم، شريطة ألا يخالف واقع الدعوى[2].

٧٢- الحالة الثالثة: حالة استناد الخصم إلى المحرر فى أى مرحلة من مراحل الدعوى:

ويقصد بهذه الحالة[3] استناد الخصم فى الدعوى إلى محرر معين – تقليدى أو الكترونى – دون أن يقدمه. ولذا رأى المشرع أن يسمح للخصم

=أنظر: VIVANT: op. cit. P. 105.
مشار إليه لدى د. سمير الجمال: ص ٨٤، ٨٥.

(١) د. سمير الجمال: ص ٨٣.

(٢) د. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار: ص ١٩٨. د. سليمان مرقس ص ٤٠٠ بند ١٥١.

(٣) د. سليمان مرقس: ص ٤٠١ بند ١٥٢. د. الأنصارى النيدانى: ص ١٥١ قارن حيث يرى البعض أن حقيقة المقصود من الفقرة الثالثة من المادة ٢٠ إثبات أن يكون الخصم قد قدم محرر فى دعوى حكم بعدئذ بانقضائها دون الحكم فى=

الآخر فى هذا الفرض أن يطلب إلزام الأول بتقديم هذا المحرر حتى يصير التحقيق من وجوده وفحصه، والتأكيد من صحته وسلامته المادية وحقيقة مضمونه.

ومبرر ذلك أن حق الخصم قد تعلق – هو أيضاً – بذات المحرر الذى تقدم به خصمه واستند إليه بحيث يجوز له أن يتمسك به ويجعل منه دليلاً لصالحه[1]. كما أنه ليس من المقبول أن يسمح لأحد الخصوم بالتلويح بمحرر معين فى الدعوى دون أن يقدمه إلى هيئة التحكيم لإثبات مدى صحته وصدق ما يدعيه[2]. وقضى تطبيقاً لذلك[3] بأن تقديم الخصم محرراً فى الدعوى يفيد تمسكه بما ورد فيه فيصح الاحتجاج عليه بمضمونه.

وتنطبق هذه الحالة إذا كان الخصم قد استند إلى المحرر فى أية مرحلة من مراحل الخصومة، حيث يجوز بذلك لخصمه أن يطلب إلزامه بتقديم هذا المحرر، ولو نزل عن التمسك بهذا المحرر، إذا أثبت طالب تقديمه أن له مصلحة فى ذلك، رغم نزول خصمه عن الاستناد إليه[4] وتمشياً مع ذلك حظر القانون وفقاً لنص المادة ٢٥ إثبات مصرى على الخصم إذا قدم محرراً للاستدلال به فى الدعوى أن يسحبه بغير رضاء خصمه إلا بإذن كتابى من هيئة التحكيم أو رئيسها، بعد أن تحفظ منه صورة فى ملف الدعوى يؤشر عليها بمطابقتها للأصل.

ويمتد نطاق تطبيق هذه الحالة لتشمل كذلك إلزام الخصم بتقديم المحرر الذى سبق وقدمه فى دعوى انقضت الخصومة التحكيمية فيها بغير حكم

=موضوعها، ثم أقيمت دعوى جديدة بين ذات الخصوم، وبذات الموضوع والسبب، فيمتلك الخصم إلزام خصمه بتقديم المحرر الذى كان قد سبق أن استند إليه فى ذات الدعوى قبل انقضائها لغير الحكم فى موضوعها. د. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار: التعليق ص ٢٠٠.

(١) د. أسامة المليجى: ص ٧٢ بند ٥٢.

(٢) د. سليمان مرقس: الإشارة السابقة.

(٣) نقض مدنى ١٩٥٣/٤/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٤ ص ٩٠٤ قاعدة ١٣٤.

(٤) د. سليمان مرقس: الإشارة السابقة.

فى موضوعها تطبيقاً للمادة ٤٨ تحكيم مصرى، وذلك إذا رفعت الدعوى من جديد بين نفس الخصوم ولذات السبب والموضوع، ففى هذه الحالة يستطيع الخصم - إذا لم يقدم خصمه المحرر الذى تمسك به وقدمه فى الدعوى عند رفعها للمرة الأولى – أن يطلب من هيئة التحكيم إلزامه بتقديم ذات المحرر، لأن حق الخصم قد تعلق هو الآخر بهذا المحرر، بحيث يكون له أن يجعل منه دليلاً لصالحه[١].

ولكن لا يمتد نطاق تطبيق هذه الحالة إذا ما قدم المحرر فى دعوى أخرى سابقة بين نفس الخصوم ولكن مع اختلاف كل من الموضوع والسبب، ففى هذه الحالة لا يستطيع الخصم أن يطلب من هيئة التحكيم إلزام خصمه بتقديم ذلك المحرر. وعلة اختلاف هذا الفرض عن سابقه أن تقديم المحرر من جانب أحد الخصوم فى الدعوى لا يفيد إلا باتجاه إرادته نحو قبول هذا المحرر كدليل فى هذه الدعوى فقط دون أية دعوى لاحقة حتى ولو كانت بين ذات الخصوم[٢].

٧٣- إجراءات الطلب:

إذا ما توافرت إحدى الحالات المنصوص عليها فى المادة ٢٠ إثبات مصرى، ٢٨ من لائحة التحكيم السعودى، فإن تدخل المحكم لإلزام الخصم بتقديم المحرر الذى تحت يده متوقف على طلب من الخصم، فلا يملك المحكم الأمر به من تلقاء نفسه[٣] هذا الطلب يجب أن يكون صريحاً وقاطعاً[٤] وإلا كان لهيئة التحكيم ألا تلتفت إليه[٥] فإشارة الخصم فى

---

(١) د. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار: الإشارة السابقة د. أسامة المليجى: الإشارة السابقة.

(٢) د. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار: ص ١٩٨.

(٣) فالخصم لا المحكم هو المكلف بإثبات ما يدعيه بتقديم الأدلة التى تبرهن على صدق دعواه، فإذا قدر أن محرراً فى حيازة خصمه، وسوف يساهم فى إثبات دعواه، فيتقدم بهذا الطلب إلى هيئة التحكيم. أنظر فى دور الخصوم فى الإثبات بند ٣٣ ومابعده.

(٤) نقض مدنى ١٩٧١/١/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ٥٢. نقض مدنى ١٩٥٦/١/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ ص ٩٤.

(٥) نقض مدنى ١٩٥٦/١/١٩ مشار إليه.

دفاعه إلى أن الطرفين تاجرين ويمسكان دفاتر حسابية لا يعد طلباً صريحاً وقاطعاً بتقديم الدفاتر[1].

كما يتعين لقبول الطلب حسب نص المادة ٢٢ إثبات مصرى، ٢٩ من لائحة نظام التحكيم السعودى أن تتوافر فيه البيانات التى نصت عليها المادة ٢١ إثبات مصرى ٢٨ من لائحة نظام التحكيم السعودى، وهى: بيان المحرر بشكل كاف، بذكر أوصافه وبياناته على نحو يمكن الخصم من تحديد ذاتيته، وبيان فحوى المحرر بقدر ما يمكن من التفصيل[2] وتحديد الواقعة التى يستدل به عليها، والدلائل والظروف التى تؤيد وجود المحرر تحت يد الخصم[3] ووجه إلزامه بتقديمه، أى يذكر الخصم في طلبه أن الحالة المعروضة التى يستند إليها فى طلبه، هى إحدى الحالات التى حددتها المادة ٢٠ إثبات مصرى، ٢٨ من لائحة التحكيم السعودى[4].

٧٤- سلطة المحكم إزاء طلب الخصم إلزام خصمه بتقديم محرر تحت يده:

توافر حالة من الحالات التى يجيز القانون فيها إلزام الخصم بتقديم محرر تحت يده، لا يعنى إجابة الخصم لطلبه حتى ولو توافر كافة شروط قبوله[5]

---

(١) نقض مدنى ١٩٧١/٥/٢٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ٦٦٩.

(٢) نقض مدنى ١٩٨٩/١/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٤ ج ٣ ص ١٧٩.
Coss. Civ. 15 Mars 1979. Bull. Civ. 11. N 88.

(٣) نقض مدنى ١٩٨٩/١/٢٦ مشار إليه سابقا.

(٤) قارن القانون الفرنسى، لم يشترط المشرع شكلاً معيناً فى طلب إلزام الخصم بتقديم المحررات الموجودة تحت يده، حيث لم تشترط المادة ١٣٩/ ١ مرافعات فى الطلب شكل معين وذلك بنصها على النحو التالى:
"Ledemand est Foite Sons Forme"
ومع ذلك فقد استقر الفقه والقضاء الفرنسى على ضرورة أن تكون المحررات المطلوب تقديمها محددة تحديداً كافياً حتى يمكن التحقيق من ذاتيتها ومصلحة مقدمها.
أنظر:
Vincent et Guinchard: op. cit. P. 620 ets N 1008. Coss. Civ. 15 Mars. 1979. Bull. Civ. 11. N 88. R. T. D. Civ. 1979. P. 664. obs. Perrot.

(٥) أما فى حالة عدم توافر شروط قبول الطلب، قضت هيئة التحكيم بعدم قبوله. نقض مدنى ١٩٨٩/١/٢٦ مشار إليه إلا أن الحكم بعدم قبول الطلب لا يمنع الطالب من أن يقدم طلباً جديداً مستوفياً شروط قبوله.

إنما يخضع هذا الطلب باعتباره متعلقاً بأوجه الإثبات لتقدير هيئة التحكيم، فلها سلطة تقديرية فى إجابة الطلب أو على العكس رفضه[1] فتملك هيئة التحكيم رفض الطلب إذا وجدت ما يتضمنه غير منتج فى الدعوى، لعدم تعلق الواقعة محل الطلب بالنزاع المعروض عليها[2] أو أن الأدلة المقدمة فى الدعوى كافية لتكوين عقيدتها[3] أو أن الخصم لا يستهدف من طلبه سوى التسويف وإطالة إجراءات الخصومة حتى تفوت مهلة التحكيم[4]. فالمحكم يتمتع بسلطة تقديرية كبيرة فى قبول الطلب أو على العكس رفضه حسب تقديره لدلائله ومبرراته[5] فقبول الطلب أو عدم قبوله من إطلاقيات سلطة المحكم التقديرية.

٧٥ـ الحكم فى الطلب:

إذا أجابت هيئة التحكيم طلب الخصم بإلزام خصمه بتقديم المحرر الموجود تحت يده، فإنها لا تكون ملزمة بتسبيب حكمها الصادر فى هذا الخصوص. باعتباره من الأحكام الصادرة باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات والتى لا يلزم تسبيبها[6] أما إذا رفضت هيئة التحكيم هذا الطلب، فيجب عليها فى هذه الحالة أن تسبب حكمها، وإلا كان الحكم باطلاً. لأن الأحكام الصادرة بالرفض تتضمن قضاءً قطعياً من الواجب تسبيبه احتراماً لحقوق الدفاع[7].

---

(١) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: التحكيم ص ٦٩٦ بند ٤٧٨ د. أحمد السيد صاوى: التحكيم: ص ١٣٨ بند ١١٤ د. السيد تمام: ص ٧٩ وما بعدها بند ٤٢ . د.على اسماعيل غازى: المرجع السابق، ص ٣٦٣. نقض مدنى ١٩٧٧/٦/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ١٥٤٣.

(٢) نقض مدنى ١٩٥٢/١٢/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ٤ ص ١٨٣ المحاماة السنة ٣٤ ق ١٢٦٤.

(٣) نقض مدنى ١٩٦١/٣/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٢ ص ٢١٢.

(٤) أنظر فيما سبق بند ٢٤.

(٥) نقض مدنى ١٩٦١/٣/٩ مشار إليه سابقاً.

(٦) أنظر فيما سبق بند ٥٩ وما بعده.

(٧) أنظر فيما سبق بند ٦١.

وتطبيقاً لنص المادة ١/٢٣ إثبات مصرى إذا أثبت الطالب طلبه وأقر الخصم بأن المحرر فى حيازته أو سكت أمرته هيئة التحكيم بحسب الأحوال بتقديم المحرر فى الحال أو فى أقرب موعد يتم تحديده. لأن الواجب على الخصم تقديم المساعدة اللازمة أثناء إجراءات التحقيق وفقاً للمادة ١/١١ مرافعات فرنسى تطبيقاً للمادة ٣/١٤٦٧ مرافعات[١].

ولما كان إثبات وجود المحرر تقليدى أو الكترونى تحت يد الخصم غير ميسور فى معظم الأحوال، نظم المشرع طريقاً آخر للإثبات[٢] حيث نصت المادة ٢/٢٣ إثبات على أنه إذا أنكر الخصم وجود المحرر تحت يده، ولم يقدم الطالب إثباتاً كافياً لصحة الطلب، وجب أن يحلف المنكر يميناً بأن المحرر لا وجود له أو أنه لا يعلم بوجوده ولا مكانه وأنه لم يخفه أو لم يهمل فى البحث عنه ليحرم خصمه من الاستدلال به. وفى هذه الحالة يمكن للهيئة تحليفه اليمين أو طلب الالتجاء إلى القضاء لتحليف الخصم اليمين[٣].

فإذا لم يقدم الخصم المحرر فى الموعد المحدد الذى حددته هيئة التحكيم أو امتنع عن حلف اليمين المذكور سواء أمام الهيئة أو أمام المحكمة المنصوص عليها فى المادة ٩ تحكيم مصرى. فإنه ينبغى وفقاً للمادة ٢٤ إثبات أن نفرق بين حالة ما إذا كان الطالب قد قدم صورة للمحرر الذى يطلب إلزام خصمه بتقديمه، وحالة عدم تقديمه لهذه الصورة. فعند تقديم الطالب لصورة هذا المحرر، يجب على هيئة التحكيم أن تعتد بهذه الصورة، وأن تعتبرها صحيحة مطابقة لأصلها الذى امتنع الخصم عن تقديمه، وعن أداء اليمين بشأنه[٤].

---

(١) Fouchard, Gaillard, Galdman: op.cit., P. 713. N. 1275.

(٢) د. أحمد السيد صاوى: ص ١٣٩ بند ١١٦.

(٣) أنظر فيما يلى بند ١١٦.

(٤) وتطبيقاً لذلك نصت المادة ١٠ من نظام الدفاتر التجارية السعودى على أنه "إذا امتنع التاجر عن تقديم دفاتره يكون للجهة القضائية المختصة أن تعتبر هذا

وفى هذه الحالة يستوى أن تكون الصورة التى قدمها الطالب صورة لمحرر تقليدى رسمى أو عرفى، أو صورة ضوئية من صورة المحرر الالكترونى المنسوخة على الورقة، أو تقديمه للصورة المنسوخة على الورقة نفسها فى حالة عدم تمكنه من حيازة الدعامة الالكترونية التى تحمل أصل المحرر الالكترونى، وذلك لأن الطالب فى جميع الأحوال سيعجز عن إثبات تطابق الأصل مع الصورة، وخاصة فيما يتعلق بصورتى المحرر الالكترونى تطبيقاً للمادة ١٦ من قانون التوقيع الالكترونى المصرى.

أما حالة عدم تقديم الطالب لصورة المحرر كان لهيئة التحكيم أن تعتمد على أقوال الطالب، فتأخذ بقوله فيما يتعلق بشكل المحرر وموضوعه إذا ما ترجح لديها صدق دعواه، ودون أن تتقيد في ذلك بالقواعد والإجراءات المحددة التى نص عليها قانون الإثبات[1].

٧٦- اختصام الغير لتقديم محرر تحت يده:

على عكس القضاء[2] لم يتعرض قانون التحكيم المصرى للفرض

الامتناع بمثابة قرينة على صحة الوقائع المراد إثباتها بالدفاتر" مشار إليه لدى د. رضا السيد: المرجع السابق ص ٥٩ حاشية . =

=وأنظر نقض مدنى ١٨/١١/١٩٩٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٤١ : ج ٢ ص ٦٣٢.

(١) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٦٩٧ بند ٤٧٨.

(٢) حيث أجاز المشرع للخصم ذى المصلحة أن يطلب من المحكمة فى أى حالة كان عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف أن تأذن له فى إدخال ذلك الغير لإلزامه بتقديم المحرر الموجود تحت يده، وذلك فى الأحوال المنصوص عليها فى المادة ٢٠ إثبات مع مراعاة الأحكام والأوضاع المقررة وفقاً لنص المادة ٢٦ إثبات. أنظر. د. سليمان مرقس: ص ٤١٣ وما بعدها بند ١٥٧. المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى ص ٥٨٤ وما بعدها بند ٥٧٥ وما بعده.

والمشرع الفرنسى وفقاً لنص المادة ١٣٨ مرافعات أجاز لأحد الخصوم فى الدعوى أن يطلب إلزام الغير بتقديم ما يحوزه من أوراق ومستندات أنظر:

j. Viatte: Pouvoir discrétionnaire de juge Gaz Pal 1973. 1. D. oct. P. 406. Vincent et Guinchard op. cit. P. 621 ets N 1009

الذى يكون المحرر فيه تحت يد الغير[1] حيث نصت المادة ٣٥ تحكيم على أنه إذا تخلف أحد الطرفين عن تقديم ما طلب منه من مستندات جاز لهيئة التحكيم الاستمرار فى إجراءات التحكيم وإصدار حكم فى النزاع استناداً إلى عناصر الإثبات الموجودة أمامها[2]. ولغياب النص التشريعى استقر الفقه فى مجموعه[3] على أن هيئة التحكيم لا تملك إلزام الغير بتقديم محرر تحت يده سواء من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الأطراف.

ويبرر الفقه رفضه لإلزام الغير بتقديم محرر تحت يده، أنه يشترط لإعمال المادة ٢٠ إثبات مصرى، ٢٨ من لائحة التحكيم السعودى أن يرد نص فى القانون يجيز مطالبة الغير بتقديم المحرر أو تسليمه وهو ما لم ينص عليه قانون التحكيم المصرى، فضلاً عن افتقاد هيئة التحكيم لسلطة

---

etss. Coss. Civ. 20 déc 1977. j. c. p. 1979. 11. 19036. Note. Dagat. Coss. Civ. 15 Mars. 1979. j. c. p. 1979. Iv. 178.

(١) فى حين بعض التشريعات تذهب إلى تخويل هيئة التحكيم سلطة إلزام أى شخص للمثول أمامها وأن يقدم المستندات التى فى حوزته مادة ٧ من قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي. وفى انجلترا يمكن لأى طرف الحصول على أمر بالمثول بإلزام الغير أو الشاهد بالحضور أمام هيئة التحكيم وتقديم المستندات التى فى حوزته. أنظر: د. محمد نور شحاته: مفهوم الغير فى خصومة التحكيم دار النهضة العربية ص ١٤١، ١٤٢.

(٢) والمادة ٣٥ من نظام التحكيم السعودى الجديد والتى تنص على أنه " إذا تخلف أحد الطرفين عن حضور أحد الجلسات – بعد تبليغه – أو عن تقديم ما طلب منه مستندات جاز لهيئة التحكيم الاستمرار فى إجراءات التحكيم أو إصدار حكم فى النزاع ...".

(٣) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٦٥ بند ٢٠٢. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٦٩٦ بند ٤٧٨ د. محمد نور شحاته: الغير ص ١٤١، النشأة الاتفاقية ص ٢٥٤. د. أحمد السيد صاوى: ص ١٣٩ بند ١١٧. د. الأنصارى النيدانى: الأثر النسبى لاتفاق التحكيم دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٩ ص ١١٦ وما بعدها بند ٦٩. د. علي بركات: ص ٨٤ وما بعدها بند ٣٩٣. د. هدى عبد الرحمن: ص ٢٢٥ بند ١٧٨.

PERROT: Rev. arb. 1974. op. cit. P. 169. Robert et Moreau: op. cit. P. 137 N 162.

الأمر[1] فاختصام الغير لتقديم محرر تحت يده لا يكون إلا ممن يملك سلطة الأمر، وهيئة التحكيم لا تملك هذه السلطة[2] هذا من ناحية.

ومن ناحية ثانية، أن نظام التحكيم نسبى فى أثره[3] فلا يمكن أن يترتب عليه التزام الغير بأى شئ ولو كان لمجرد تقديمه لمحرر تحت يده، ما لم يكن اتفاق التحكيم منتجاً لأثره فى مواجهته[4] كإلزام الشركة الفرع بتقديم محرر فى حوزتها فى نزاع الشركة الأم طرفاً فيه، على الرغم من عدم توقيع الشركة الفرع على العقد المتضمن شرط التحكيم. أو إلزام الشركة الأم بتقديم هذا المحرر رغم أنها ليست طرفاً فى العقد المتضمن شرط التحكيم، متى إبرام الفرع هذا العقد، وكان نظام الشركة الأم يجيز لها ذلك. وكذلك إلزام الشركة التى أدخلت مع عدة شركات فى نشاط اقتصادى واحد — كونسرسيوم - بتقديم محرر منتج فى الدعوى على الرغم من عدم توقيعها على العقد الذى تضمن شرط التحكيم، ما دام قد

---

(١) أنظر فيما سبق بند ٣١.

(٢) Robert et Moreau: Lic. Cit.

(٣) ومبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير يعد من نتاج نشأته الاتفاقية، فالآثار المترتبة على هذه النشأة لها نطاق محدد من حيث الأطراف ومن حيث الموضوع، فهو لا يلزم سوى أطرافه ومن فى حكمهم، كما أنه لا يلزم أطرافه إلا فى حدود النزاع المتفق بشأنه على التحكيم. أنظر فى تفصيل ذلك: د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٤٤٧ وما بعدها بند ٣٠٤ وما بعده. د. محمد نور شحاته: الغير: ص ٥ وما بعدها بند ٢ وما بعده د. فتحى والى: ص ١٦١ وما بعدها بند ٧٦ وما بعده د. الأنصارى النيدانى: الأثر النسبى: ص ١٩ وما بعدها.

Boisseson: op. cit. P. 125 N 132 ets.
Robert et Moreau: op. cit. P. 98 ets N 199 ets.

(٤) د. فتحى والى: ص ١٧١ وما بعدها بند ٨٧ وما بعده، مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٤٩٢ وما بعدها بند ٣٣٧ وما بعده. د. محمد نور شحاته: الغير: ص ٧٤ وما بعدها بند ٨٦. د. الأنصارى النيدانى ص ١٣٧ وما بعدها، د. رضا السيد: ص ٥٩. د. أحمد هندى: التحكيم ص ٣٨ ومابعدها بند ٩.

Robert et Moreau: op. cit: p. 100 N 120 ets.

شاركت فى تكوين العقد وتنفيذه ونهايته[1] فإذا قام الغير الذى طلب منه المحكم بتقديم المحرر الذى تحت يده، فإن للمحكم – بعد إرساله إلى أطراف التحكيم – الاعتداد به فى التحكيم[2].

وإذا كان الفقه مستقر فى مجموعه، على أن هيئة التحكيم لا تملك إلزام الغير بتقديم محرر تحت يده، ما لم يكن اتفاق التحكيم منتجاً لأثره فى مواجهة هذا الغير، ولكنه لم يتفق حول مدى سلطة هيئة التحكيم فى طلبها من رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ تحكيم بإلزام الغير بتقديم المحررات التى فى حوزته.

فذهب البعض[3] إلى أنه لا يجوز لهيئة التحكيم أن تطلب من رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ تحكيم إلزام الغير بتقديم المحررات التى فى حوزته، وذلك لغياب النص التشريعى الذى يبرر لهيئة التحكيم ذلك. كما لا يجوز الاحتجاج بالمادة ٣٧ تحكيم، والتى تبدو لهيئة التحكيم طلب المساعدة القضائية. فالنص قاصراً على حالتين[4] ليس من بينهما المسألة التى نحن بصددها.

ويؤكد ما ذهب إليه هذا الاتجاه بقوله، أنه يشترط لإعمال المادة ٢٠، ٢٦ إثبات مصرى أن يرد نص فى القانون يجيز مطالبة الغير بتقديم المحرر أو

---

(١) القضية التحكيمية رقم ١٠٩ لسنة ١٩٩٨ مركز القاهرة الإقليمى جلسة ١٩٩٩/٣/١١ مجلة التحكيم العربى العدد الثانى ص ٢٢٤ مشار إليه لدى فتحى والى: ص ١٧٣.
الطعنان رقما ٤٧٢٩، ٤٧٣٠/ ٧٢ ق نقض تجارى ٢٠٠٤/٦/٢٢ مجلة محكمة النقض يونيه ٢٠٠٦ العدد الأول ص ٦٩.
Coss. Civ. 25 Juin 1991. Rev. arb. 1991. 453. Note. Meyer.

(٢) د. فتحى والى: ص ٣٦٥ بند ٢٠٢. د. أحمد السيد صاوى: الإشارة السابقة. د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٦٩٨ بند ٤٧٩. د. محمد نور شحاته: الغير ص ١٠٠ بند ١١٩.
Paris. 13 Mars. 1966 Rev. arb. 1966. P 100. Paris 28 Janv. 1988. P. 565.

(٣) د. محمد نور شحاته: الغير ص ١٤١ بند ١٧٩. د. رضا السيد: ص ٥٨، ٥٩.

(٤) الحالة الأولى طلب الحكم على من يتخلف من الشهود على الخصوم أو يمتنع عن الإجابة بالجزاء المنصوص عليه فى المادتين ٧٨، ٨٠ إثبات. وثانيهما: طلب الإنابة القضائية.

تسليمه، وهو ما لم يتناوله قانون التحكيم، ومن ثم لا يجوز إلزام الغير بتقديم المحرر الذى فى حوزته، كما لا يجوز لهيئة التحكيم أن تطلب المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع إلزام الغير بتقديم المحرر الذى فى حوزته.

ونرى مع البعض[1] أن هيئة التحكيم وإن كانت لا تملك إجبار الغير على تقديم محرر تحت يده، إلا أن اللجوء إلى القضاء هو السبيل الوحيد لإلزام الغير، يستوى فى اللجوء إليه طلبه من جانب الأطراف، أو من جانب هيئة التحكيم. فالاتجاه العام لقانون التحكيم المصرى يعطى لهيئة التحكيم هذه الرخصة، لأنه جعل من القضاء سلطة معاونة للتحكيم، تتدخل لحل كافة ما يعترض سير إجراءاته من صعوبات، طالما لم يمس موضوع النزاع.

ويؤكد ذلك عمومية نص المادة ٣٧ تحكيم مصرى[2] وما نص عليه صراحةً قانون المرافعات الكويتى فى المادة ١٨٠/ ٢ حيث أجازت لهيئة التحكيم اللجوء إلى القضاء، الحكم بتكليف الغير بإبراز محرر فى حوزته ضرورى للحكم فى النزاع المعروض على التحكيم، وهو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع الفرنسى وفقاً لنص المادة ١٤٦٠/ ٣ مرافعات.

ويؤكد ذلك عمومية نص المادة ٣٧ تحكيم مصرى[3] وما نص عليه صراحةً قانون المرافعات الكويتى فى المادة ١٨٠/ ٢ حيث أجازت لهيئة

---

(١) د. علي بركات: ص ٣٨٤، ٣٨٥ بند ٣٩٣. د. أحمد السيد صاوى: ص ١٤١ بند ١١٩.

(٢) ورغم أن النص يقتصر فى ظاهره الاستعانة بالقضاء على حالتين فإنه يمكن قياساً عليها الاستعانة بالقضاء فى كل ما يخرج عن اختصاص هيئة التحكيم كتكليف من ألزمته هيئة التحكيم بتقديم مستند تحت يده وغيره. د. أحمد السيد صاوى: الإشارة السابقة.

(٣) ورغم أن النص يقتصر فى ظاهره الاستعانة بالقضاء على حالتين فإنه يمكن قياساً عليها الاستعانة بالقضاء فى كل ما يخرج عن اختصاص هيئة التحكيم كتكليف من ألزمته هيئة التحكيم بتقديم مستند تحت يده وغيره. د. أحمد السيد صاوى: الإشارة السابقة.

التحكيم اللجوء إلى القضاء، الحكم بتكليف الغير بإبراز محرر فى حوزته ضرورى للحكم فى النزاع المعروض على التحكيم، وهو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع الفرنسى وفقاً لنص المادة ١٤٦٩/ ١ مرافعات. والتى تنص على أن "لأى من أطراف الخصومة التحكيمية أن يطلب من هيئة التحكيم استدعاء الغير الذى تحت يده مستند أمام رئيس المحكمة الابتدائية بغرض الحصول منه على صورة طبق الأصل من هذا المستند أو بالزامه.

المطلب الثانى
المنازعة فى صحة المحررات المقدمة لهيئة التحكيم

٧٧- تتنوع المحررات المعدة للإثبات إلى محررات رسمية وأخرى عرفية، وذلك أياً كان الشكل الذى تتخذه، فى صورة محررات تقليدية أم الكترونية. هذه المحررات لا تكون لها قوة فى الإثبات إذا نازع الخصم فى صحة صدورها مما نسبت إليه[1]. وقد تضمنت المادة ٢٩ إثبات مصرى الطرق المعدة للمنازعة فى صحة هذه المحررات فنصت على أن "إنكار الخط أو الختم أو الإمضاء أو بصمة الإصبع يرد على المحررات غير الرسمية، أما التزوير فيرد على المحررات الرسمية وغير الرسمية" وهو ما اعتمده المشرع الفرنسى فى المادتين ٢٩٩، ٣٠٣ مرافعات فالمنازعة فى المحررات العرفية يكون إما عن طريق جحدها أو الإدعاء بتزويرها. أما المحررات الرسمية لا تكون المنازعة فى صحتها إلا عن طريق الإدعاء بتزويرها.

والمنازعة فى صحة المحرر قد تأخذ صورة الدعوى الأصلية، وقد تأخذ صورة دعوى فرعية تقدم أثناء نظر الخصومة التى يراد التمسك فيها بالمحرر الذى ينكره الخصم أو يدعى تزويره. وفى هذا الخصوص لا مجال للدعوى الأصلية أمام هيئة التحكيم، لأن ولاية الهيئة فى نظرها للنزاع قاصر على

---

(١) مع مراعاة أن حجية المحررات الرسمية لا تسقط إلا إذا ثبت تزويرها، بينما يكفى لإسقاط حجية المحررات العرفية مجرد إنكارها لمن يحتج عليه بها. لأنها محررة بخطه أو موقعة بإمضائه أو بختمه أو ببصمة أصبعه أو توقيعه الالكترونى. د. أسامة الروبى: ص ١٣٧ بند ٥٦.

الحق الموضوعى، وما يتفرع عنه من طلبات أصلية أو فرعية. أما الدعوى الفرعية فيجوز تقديمها أمام هيئة التحكيم فى صورة طلب لتحقيق الخطوط أو الإدعاء بالتزوير، باعتباره طلب لازم لتحقيق اليقين لدى هيئة التحكيم، فيما يتعلق بالمحررات المقدمة إليها.

٧٨- أولاً: تحقيق الخطوط[١]:

اختلاف موقف المشرع الفرنسى عن المصرى بصدد تحقيق الخطوط فى المحررات العرفية، فنص الأول دون الثانى على أن لهيئة التحكيم سلطة الفصل فى صحة المحررات العرفية طبقاً للإجراءات المعمول بها أمام القضاء. بينما المشرع المصرى لم يخول للهيئة هذه السلطة، وجاء قانون التحكيم خالياً من النص على ذلك. الأمر الذى يقتضى التعرض لموقف كل قانون على حده.

١- القانون الفرنسى:

نص فى المادة ١٤٧٠/ ١ مرافعات على أنه "ما لم يكن هناك اتفاق مخالف بين الخصوم فإن المحكم يملك الأمر بتحقيق الخطوط، والفصل فى الإدعاء بتزوير محرر عرفى وفقاً لنصوص المواد من ٢٨٧ وحتى ٢٩٤، ٢٩٩ من هذا القانون" فالنص رخص للخصوم حرية الإتفاق فى عرض تحقيق الخطوط والإدعاء بتزوير المحرر العرفى على المحكمة، فإذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق كان للمحكم الأمر بتحقيق الخطوط والفصل فى الإدعاء بتزوير المحرر العرفى[٢].

فإذا قدر الخصوم باتفاقهم أن هيئة التحكيم غير مؤهلة للفصل فى عارض من عوارض صحة المحرر العرفى حالة إدعاء إحداهم بتزويره أو

---

(١) ويقصد بتحقيق الخطوط، مجموعة الإجراءات التى حددها القانون لإثبات مدى صحة المحرر العرفى إذا أنكر الشخص المنسوب صدوره إليه. د. سليمان مرقس: ص ٢٩٠ بند ٩٩.

(٢) PERROT: L'application a L'arbitrage des Régles du nouveau code de procedure civile. Rev. arb. 1980. P. 646.
Boisseson: op. cit. P. 255. N 302.
Robert et Moreau: op. cit. P. 137 ets N 162.
Vincent et Guinchard: op. cit. P. 623 N 1014 et P. 982. N 1673.

إنكار خطه أو توقيعه أو ختمه أو بصمة أصبعه، فيتعين على هيئة التحكيم مراعاة ذلك متى تبين لها جدية الإدعاء، ورأت أنه لازم للفصل فى النزاع، قضت بوقف الخصومة التحكيمية أمامها لحين الفصل فى هذا العارض من جانب القضاء المختص به.

أما إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق، كان لهيئة التحكيم أن تأمر بالتحقيق بالمضاهاة أو بسماع الشهود أو بكليهما، أو بندب خبير طبقاً للإجراءات والأوضاع المنصوص عليها فى المواد ٢٨٧ وحتى ٢٩٤، ٢٩٩ مرافعات فرنسى مع مراعاة مواءمة هذه الإجراءات مع الطبيعة الخاصة لنظام التحكيم[١] وتطبيقاً لذلك قضى[٢] بأنه إذا أنكر أحد أطراف الخصومة التحكيمية توقيعه على أحد المحررات المقدمة إلى المحكم، فإنه يمكنه الفصل فى هذا العارض دون أن يجبر على وقف النزاع.

٢- القانون المصرى:

نظراً لغياب النص التشريعى فى قانون التحكيم الحالى بشأن سلطة هيئة التحكيم فى هذه المسألة، ذهب الفقه[٣] إلى أن لهيئة التحكيم أن تتخذ

---

(١) فلا تودع المحررات محل التحقيق سكرتارية المحكمة المختصة كما تقضى به المادة ٢٨٧ مرافعات، وإنما يحتفظ بها المحكم، وإذا كانت هذه المحررات فى حيازة الغير، فالمحكم لا يملك إجباره على تقديمها وهو ما يملكه القاضى وفقاً لنص= =المادة ٢٩٠ مرافعات، وإذا ثبت للمحكم صحة المحرر الذى أنكره أحد الخصوم، فلا يملك الحكم عليه بالغرامة المنصوص عليها فى المادة ٢٩٥ مرافعات وهو ما يملكه القاضى. كما لا يستطيع المحكم أن يستدعى من صدر عنه المحرر المتنازع عليه إلا إذا حضر تلقائياً أمام المحكم بناء على طلب أحد الخصوم.

أنظر: د. محمد نور شحاته: النشأة الاتفاقية ص ٣٥٣ وما بعدها.

(٢) Robert et Moreau: Lic. Cit.
Coss. Réq 5 Fév 1900. S. 199. 1. 280.

(٣) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: التحكيم: ص ٦٩٨ بند ٤٧٩. د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٦٦. بند ٢٠٣. د. محمد نور شحاته: ص ٣٥٢. د. عزمى عبد الفتاح: ص ٢٨٠ د. على بركات: ص ٣٩٠ وما بعدها بند ٣٩٩ قارن د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم: ص ٢٨٧ بند ١١٤. د. عيد القصاص: قانون التحكيم: ص ٣١٦ بند ١٠٦. د.على اسماعيل غازى: المرجع السابق، ص ٣٦٢.

الإجراءات اللازمة للتحقيق من صحة المحرر العرفى الذى قدمه أمامها أحد الخصوم فجحده الخصم الآخر، متى تبين لها أن الفصل فى النزاع متوقف على إثبات صحة هذا المحرر أو عدم صحته. وترتيباً على ذلك أن مجرد جحد المحرر العرفى لا يلزم هيئة التحكيم أن تتخذ الإجراءات اللازمة للتحقيق إلا إذا كان المحرر منتجاً فى النزاع التحكيمى، ولم تكف وقائعه ومستنداته لتكوين عقيدة هيئة التحكيم فى شأن صحة الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع وفقاً للمادة ٣٠ إثبات مصرى[١].

فإذا تبين لهيئة التحكيم أن الفصل فى النزاع متوقف على صحة المحررات العرفية، تقليدية أم الكترونية[٢] كان للهيئة أن تتخذ الإجراءات اللازمة للتحقيق من صحة توقعها بسماع الشهود أو تحيل المحرر إلى خبير أو أكثر للتحقيق من الكتابة أو الدعامة الإلكترونية، أو التوقيع بسماع الشهود أو بالمضاهاة أو بكليهما[٣] أو ببصمة الصوت. فلهيئة التحكيم أن تختار الإجراءات التى تراها مناسبة، مع الالتزام بالمبادئ الأساسية فى إجراءات

---

(١) وفى تطبيق ذلك أنظر: نقض مدنى ١٩٦٧/٥/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ١١٣٥. نقض مدنى ١٩٧٠/١٢/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ١١٩٧.

Coss. Civ. 2 Mars 1999 Bull Civ. 1999. P. 52.
Coss. Civ. 24 Fév. 1993. Bull. Civ. 1. 1993. P. 42.

(٢) وهو ما تبناه المشرع الفرنسى بموجب المادة ٢٨٧/ ٢ حيث أوجب على القاضى – المحكم – قبل التحقيق من صحة المحرر الالكترونى – عن طريق إجراءات تحقيق الخطوط – أن يتأكد من توافر الشروط الخاصة بضمان صلاحية المحرر أو التوقيع الالكترونى والمنصوص عليها فى المادة ١٣١٦/ ١، ٤ مدنى فرنسى، بعد إضافتها بموجب المرسوم رقم ٢٠٠٢ – ١٤٣٦ الصادر فى ٢٠٠٢/١٢/٣ على النحو التالى:

"Si La denegation au le refus de reconnaissance Porte sur un signature électronique, le juge vérifie si les Conditions mises Par les articles 1316 – 1 – 4 – du Code civil â La validite de L'ecrit ou de La signature électronique sont satisfaites".

(٣) نقض مدنى ١٩٦٨/٣/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ٥٩٩ طعن ٦٤٥٦ نقض مدنى جلسة ٢٠٠٠/٩/٢٦ السنة ٦٣ق مشار إليهما لدى د. أسامة الروبى: ص ١٦٤.

الإثبات، ودون أن تلتزم الهيئة بالتنظيم الإجرائى الذى ينص عليه قانون الإثبات بالنسبة لتحقيق الخطوط[1].

والإجراءات التى تختارها هيئة التحكيم لن تطبق آلياً، وإنما ينبغى مواءمتها مع الطبيعة الخاصة لنظام التحكيم[2]. فهيئة التحكيم تحتفظ بالمحررات محل التحقيق[3] وتستطيع أن تحدد للخصوم جلسة للاتفاق على ما يصلح منها للتحقيق ولاستكتاب الخصم الذي ينازع فى صحة المحرر، فإذا امتنع هذا الخصم عن الحضور بنفسه للاستكتاب بغير عذر مقبول جاز الحكم بصحة المحرر وفقاً لنص المادة ٣٤ إثبات مصرى[4] ويمكنها الإستعانة بأحد الخبراء المتخصصين ليبدى رأيه فى الخطوط محل النزاع[5]. فإذا ثبت للمحكم صحة المحرر الذى أنكره أحد الخصوم، فلا يمكن الحكم عليه بالغرامة[6].

ويترتب على الحكم بصحة المحرر، كما فى حالة الاعتراف به اعتباره حجة على الكافة بصدوره من الشخص المنسوب إليه، وبسلامته المادية، غير أنه لا يترتب على ذلك صحة التصرف المدون فى المحرر الذى حكم بصحة صدوره من المنسوب إليه. لأن هذا الحكم يقتصر على سلامة المحرر المادية ولا يتناول موضوعه، فيظل للخصم الذى يحتج عليه بالمحرر الحق فى إبداء جميع الدفوع المختلفة للتخلص من الالتزام المدعى عليه فيه[7].

٧٩ـ ثانياً: الإدعاء بتزوير المحررات المقدمة لهيئة التحكيم:

والمقصود بالإدعاء بالتزوير فى المواد المدنية[8] هو مجموعة الإجراءات

---

(١) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: الإشارة السابقة.
لأنه نظام يتميز بالتعقيد، كما أن الالتجاء إليه فى الحياة العملية نادراً د. فتحى والى: قانون القضاء المدنى: ص ٥٢٣ بند ٢٩٧.

(٢) أنظر فيما سبق بند ٢٤.

(٣) Robert et Moreau: op. cit. P. 137 N 162.

(٤) د. على بركات: ص ٣٩١ بند ٣٩٩.

(٥) د. فتحى والى: التحكيم ص ٣٦٦ بند ٢٠٣.
Robert et Moreau: op. cit. P. 138 N 162.

(٦) أنظر فيما سبق بند ٣١.

(٧) د. سليمان مرقس: ص ٣٢٨ بند ١١٧.

(٨) والتزوير هو تغيير الحقيقة فى الكتابة أو ما يماثلها من العلامات والرموز والأختام والأمضاء بإحدى الطرق التى حددها القانون تغييراً من شأنه=

التى نظمها القانون، لإثبات تزوير المحررات، سواء كانت رسمية أم عرفية تقليدية أم الكترونية بهدف هدم قوتها فى الإثبات[1].

فإذا كان هناك إدعاء فرعى بتزوير محرر رسمى أو عرفى مقدم إلى هيئة التحكيم، أو إذا كانت هناك إجراءات جنائية قد اتخذت بالفعل بشأن المحرر الذى قدم أمام الهيئة، فنصت المادة ٤٦ تحكيم مصرى على أن لهيئة التحكيم الاستمرار فى نظر موضوع النزاع إذا رأت أن الفصل فى تزوير هذا المحرر أو فى الفعل الجنائى ليس لازماً للفصل فى موضوع النزاع وإلا أوقفت الهيئة الإجراءات حتى يصدر حكم نهائى فى هذا الشأن. وهو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع الفرنسى بشأن المحرر الرسمى دون العرفى وفقاً لنص المادة ١٤٧٠/ ٢ والمادة ٣١٣ مرافعات[2].

ومقتضى ذلك، إذا أراد أحد الأطراف الإدعاء بتزوير محرر رسمى أو عرفى – تقليدى أو الكترونى[3] - مقدم إلى هيئة التحكيم، فإن هذا الإدعاء وفقاً لصراحة المادة ٤٦ تحكيم يخرج عن ولاية الهيئة. فإذا أدعى فرعياً أحد الأطراف بتزوير محرر مقدم للهيئة، فعلى الهيئة أن تتحقق أولاً مما إذا كان هذا المحرر لازماً للفصل فى الدعوى قبل أن تقضى بوقف خصومة التحكيم إلى حين الفصل فى الطعن بالتزوير من المحكمة المختصة

=إحداث ضرر للغير، والتزوير يعد جريمة تقع تحت طائلة قانون العقوبات إذا ما توافر فيه القصد الجنائى. د. محمد نجيب حسنى: شرح قانون العقوبات القسم الخاص طبعة ١٩٨٧ ص ١٩٣ مشار إليه لدى أسامة الروبى: ص ١٦٧.

(١) د. أسامة الروبى ص ١٦٨ بند ٦٨ د. الأنصارى النيدانى: القاضى ص ٢٣٢.

(٢) فالمشرع الفرنسى فى المادة ٢/١٤٧٠ مرافعات خول للمحكم نظر الإدعاء بالتزوير إذا تعلق بمحرر عرفى أنظر فيما سبق بند ٧٨.

(٣) وذلك تطبيقاً لنص المادة ١٧ من قانون التوقيع الالكترونى المصرى والتى تنص على أنه "تسرى فى شأن إثبات صحة المحررات الالكترونية الرسمية والعرفية والتوقيع الإلكترونى والكتابة الإلكترونية فيما لم يرد بشأنه نص فى هذا القانون أو فى لائحته التنفيذية الأحكام المنصوص عليها فى قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية".

به، فإن لم يكن لازماً، فإنها تستمر فى إجراءات التحكيم بصرف النظر عن الإدعاء بالتزوير[1] هذا من ناحية.

ومن ناحية ثانية: أن تكون هناك إجراءات جنائية قد اتخذت بالفعل بشأن المحرر الذى قدم للهيئة، فإعمالاً للقاعدة العامة التى تقضى بأن الجنائى يوقف المدنى، إذا كانت الدعوى الجنائية مرتبطة بالدعوى المدنية، بأن تكون ناشئة عن نفس الوقائع، وأن يكون الحكم فيها له تأثير على الحكم فى الدعوى المدنية[2] فعلى الهيئة أن تتحقق أولاً مما إذا كان هذا المحرر لازماً للفصل فى الدعوى قبل أن تقضى بوقف خصومة التحكيم، فإن لم يكن لازماً فإنها تستمر فى إجراءات التحكيم[3]. مادة ٣٧ من نظام التحكيم السعودى الجديد.

وفى الحالتين، يدخل تقدير لزوم المحرر، أو عدم لزومه للفصل فى موضوع الدعوى فى السلطة التقديرية لهيئة التحكيم. والغالب يكون وقف الإجراءات بناء على طلب أحد الخصوم. فإذا ما استجابت له الهيئة، فإن قرارها بالوقف لا يكون قابلاً للطعن عليه، ويظل الوقف قائماً إلى أن يصدر حكم نهائى فى الطعن بالتزوير وفقاً لصراحة المادة ٤٦ تحكيم ٣١٣ مرافعات فرنسى، فلا يكفى صدور حكم أول درجة فى الطعن بالتزوير، وإنما ينبغى الانتظار حتى يصبح الحكم انتهائياً، أى بصدور حكم محكمة الاستئناف أو بفوات ميعاد الطعن[4].

---

(١) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٦٦ بند ٢٠٣، د. عزمى عبد الفتاح: ص ٢٨٠ د. محمد نور شحاته: ص ٣٥٤، ٣٥٥. د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٦٩٨ وما بعدها بند ٤٧٩. د. علي بركات: ص ٣٢٢ وما بعدها بند ٣٢٥. د. على اسماعيل غازى: ٣٦٧.

Perrot: Rev. arb. 1980 op. cit. P. 646.

Robert et Moreau: op. cit. P. 139 N 165.

(٢) أنظر فى قاعدة الجنائى يوقف المدنى د. حسن صادق المرصفاوى: الدعوى المدنية أمام المحاكم الجنائية منشأة المعارف ١٩٩٧.

(٣) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٦٩٩ بند ٤٧٩، د. على بركات: ص ٣٢٣ بند ٣٢٥. د. على اسماعيل غازى: ص ٣٦٧. د. عيد القصاص: التحكيم ص ٣١٦ بند ١٠٦.

(٤) د. عزمى عبد الفتاح: الإشارة السابقة.

أما إذا لم تستجيب هيئة التحكيم لطلب الوقف ورفضته أو رأت أن المحرر ليس لازماً للفصل فى موضوع الدعوى التحكيمية واستمرت فى نظرها للدعوى، واستمرارها فى نظرها للدعوى لا يخل بحق الطرف فى التمسك بتزوير المحرر بدعوى أصلية أمام المحكمة المختصة[1] كما لا يخل بحق الطرف إذا صدر حكم فى موضوع الدعوى التحكيمية أن يرفع دعوى بطلان حكم المحكم لمخالفته لقاعدة متعلقة بالنظام العام، وهى قاعدة الجنائى يوقف المدنى، متى كانت الإجراءات الجنائية قد اتخذت بالفعل[2].

المبحث الثانى
شهادة الشهود

٨٠ـ تمهيد وتقسيم:

تنص المادة ٢/٢٨ من قواعد اليونسترال على أنه[3] "إذا تقرر سماع الشهود يقوم كل طرف بإبلاغ الطرف الآخر" "على أن يكون سماع الشهود بدون أداء يمين" وفقاً للمادة ٤/٣٣ تحكيم مصرى المادة ٢/١٤٦٧ مرافعات فرنسى. ويقصد بالشهادة قيام شخص من غير أطراف الخصومة التحكيمية – بغير يمين – بالإخبار أمام هيئة التحكيم عن إدراكه بحاسة من حواسه لواقعة تصلح محلاً للإثبات، صدرت من شخص آخر، ويترتب عليها حقاً لشخص ثالث. فالشاهد يخبر بوقائع قد تنشئ التزاماً على أحد طرفى الخصومة وليس عليه وإلا أصبحت إقراراً. كما أنه يخبر بوقائع تنشئ حقاً لأحد طرفى الخصومة، وليس له وإلا لصارت إدعاء بحق لا شهادة حيث لا يتصور صدور شهادة من المحتكم على حق يطالب به[4] فشهادة الخصم أو صاحب المصلحة غير مقبولة[5].

---

(١) Robert et Moreau: op. cit. 139 ets N 165.

(٢) Paris. 15 Déc 1972. Rev. arb. 1973. P. 98.

(٣) وهو ما نصت عليه لائحة مركز القاهرة الإقليمى فى المادة ٢٥/ ٢ "إذا تقرر سماع شهود يقوم كل طرف بإبلاغ الهيئة والطرف الآخر ...".

(٤) فى هذا المعنى أنظر نقض مدنى ١٩٩٠/٣/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٤١ ج ١ ص ٨٧٨.

(٥) المحكمة العليا بالسودان جلسة ١٩٨٤/١٢/١٧ المجلة العربية – العدد السادس ١٩٨٩ مشار إليه لدى د/سحر يوسف: المرجع السابق ص ٢٣٩.

وهيئة التحكيم تلجأ إلى الإثبات بشهادة الشهود فى حالة عدم كفاية الأدلة الكتابية – تقليدية أم الكترونية – التى تحت يديها لتكوين عقيدتها، نظراً لما يحيط هذا النوع من أدلة الإثبات من عيوب تتمثل فى شهادة الزور، أما محاباة لشخص أو على العكس الانتقام منه أو للحصول على رشوة. هذا فضلاً عن الخطأ والنسيان الذى قد يعترى الشاهد لحظة أداء الشهادة، مما قد يؤدى إلى ضياع الحقوق على أصحابها[1].

ودراستنا للإثبات بشهادة الشهود تقتصر على المجال الإجرائى للإثبات بها. ولغياب النص التشريعى فى قانون التحكيم المصرى على إجراءات خاصة لسماع الشهود، فيترك الأمر لتقدير هيئة التحكيم ما لم يتفق الأطراف على إجراءات خاصة لذلك[2] وللهيئة الاستعانة ببعض إجراءات سماع الشهود التى ينص عليها قانون الإثبات المصرى ٢٥ لسنة ١٩٦٨، أو القانون الإجرائى المتفق عليه ليحكم إجراءات الإثبات، ولكن الهيئة لا تتقيد بهذه الإجراءات[3].

والإجراءات التى يمكن الاستعانة بها لسماع الشهود، تبدأ بطلب من أحد طرفى الخصومة التحكيمية، والحكم فيه من المحكم أو هيئة التحكيم، وأداء الشهادة، وصور أدائها شفوية أم كتابية، وما يعترض أدائها، وتدخل القضاء لإزالة هذا العارض. وسلطة هيئة التحكيم فى تقديرها لأقوال الشهود. مع مراعاة أن اتفاق الأطراف على التحكيم لا يمنع من رفع دعوى أصلية أمام القضاء لسماع شاهد. فى مطلبين متعاقبين نتعرض فى الأول للإجراءات الخاصة بشهادة الشهود. والثانى: دعوى التحقيق الأصلية مع وجود الإتفاق على التحكيم.

---

(١) أحمد نشأت: رسالة الإثبات ج ١ ص ٥٣٢ وما بعدها بند ٣٧٧. د. على اسماعيل غازى: المرجع السابق ص ٣٧٤.

(٢) أنظر فيما سبق بند ١٠.

(٣) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٦٨ وما بعدها بند ٢٠٥. د. الجمال وعكاشة: ص ٧٠١ بند ٤٨٠. د. أحمد هندى: التحكيم: ص ٥٤ بند ١٤. د. عيد القصاص: التحكيم ص ٣١٨ بند ١٠٧.

المطلب الأول: الإجراءات الخاصة بشهادة الشهود أمام هيئة التحكيم.

المطلب الثانى: الدعوى الأصلية بسماع شاهد مع وجود الإتفاق على التحكيم أو بدء إجراءاته.

المطلب الأول
الإجراءات الخاصة بشهادة الشهود

٨١- طلب التحقيق بشهادة الشهود:

لهيئة التحكيم ومن تلقاء نفسها أن تستمع إلى شهود دون طلب من أى من طرفى الخصومة التحكيمية، متى كانت المستندات والأوراق المقدمة إليها غير كافية لتكوين عقيدتها بذات الشروط التى يتم بها ذلك أمام المحكمة[١]. أو رأت الهيئة أن فى ذلك فائدة للحقيقة[٢]. فالمحكم لا يلجأ إلى إجراءات التحقيق بشهادة الشهود إلا إذا كانت أوراق الدعوى ومستنداتها غير كافية لتكوين عقيدته[٣]. فيمكنه الاستماع إلى أى شخص بدون حلف يمين مادة ٢/١٤٦٧ مرافعات فرنسى. Cett audition á lieu sane prestation de serment.

أما إذا قدم الخصم طلب لسماع الشهود، لتكملة أدلة مقدمة فى الدعوى، أو لتكوين دليل فيها بسماع شهادة شاهد خشية وفاته فإن هذا الطلب – كأى طلب عارض – يمكن أن يقدم كتابة أو يبدى شفوياً فى

---

(١) د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم: ص ٢٩١. د. عيد القصاص، الإشارة السابقة. وفى تطبيق ذلك، نصت المادة ٣٠ من مشروع قانون التحكيم السورى على أنه "لهيئة التحكيم أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الأطراف سماع الشهود، وكل ماترى فائدة في سماعه لتقدير النزاع".

(٢) نقض مدنى ١٩٦٢/١١/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ١٠٤٦، نقض مدنى ١٩٨٧/١١/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٨ ص ١٠٢٥.

(٣) Coss. Civ. 3 Juin 1976 J. C. P. 1976. Iv. 282.
Paris 15 Mars. 1984. Rev. arb. 1985. 280.

الجلسة، وفى أية حالة تكون عليها الدعوى[1] تطبيقاً للمادة ٣٧ من لائحة التحكيم السعودى، والمادة ١٤٤ مرافعات فرنسى. ويهدف الخصم من طلبه للإثبات بشهادة الشهود الحصول على أقوال تؤيد مزاعمه سواء كان محتكم أم محتكم ضده. وفى الغالب يكون هذا الإجراء متفرعاً عن خصومة أصلية، أراد منه الطرف أن يكمل أو يكون دليلاً فى الدعوى، أو يكون هذا الإجراء ضمن ما تم الإتفاق عليه بكونه دليلاً من أدلة الإثبات فى الدعوى.

ويقدم الطلب لهيئة التحكيم فى صيغة صريحة جازمة، تدل على تصميم صاحبه عليه، وإلا كان لهيئة التحكيم أن تلتفت عنه[2]. ويتعين أن يكون الطلب متضمناً الوقائع المراد إثباتها، وقابلية هذه الوقائع للإثبات بشهادة الشهود وأشخاص الشهود بشكل واضح ودقيق.

وإذا كان طلب الشهادة يتضمن سماع شاهد خشية فوات فرصة الاستشهاد، تعين أن تتوافر فيه شروط الدعوى المستعجلة، فيجب أن يكون هناك احتمال لوجود الحق أو المركز القانونى الموضوعى، وأن يتوافر الإستعجال، بمعنى أن يوجد خوف من احتمال وقوع ضرر بالحق أو المركز القانونى الموضوعى على فرض وجوده، إذا لم يحصل المدعى على الحماية الوقتية المطلوبة وأن تتوافر الصفة فى طلب الحماية الوقتية[3].

---

(١) الطعن رقم ١٨٦/ ٥٩ق – أحوال شخصية – جلسة ١٩/١١/١٩٩١ مشار إليه لدى أحمد أبو الوفا التعليق ص ٣٢٠.

(٢) وتطبيقاً لذلك قضى بأنه لما كان البين من صحيفة الاستئناف المرفوعة من الطاعنة ومذكرة دفاعها المقدمة لمحكمة الاستئناف أنها وأن تضمنت قولاً مرسلاً باستعدادها لإثبات ما أوردته فى سبب النعى على الحكم من وقائع بالبينة إلا أنها لم تشفع ذلك بطلب صريح بإحالة الدعوى إلى التحقيق يقطع تمسكها به وإصدارها عليه، فمن ثم لا تثريب على المحكمة الاستئنافية إن هى التفتت عن إحالة الدعوى إلى التحقيق أو أغفلت الرد عليه ويكون النعى على الحكم المطعون فيه بإخلاله بحق الدفاع فى غير محله.
نقض مدنى ١٩٨٣/٣/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٤ ص ٦٥٢.

(٣) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٤٠٠ بند ٢٣٢.

والهدف من كل ذلك، هو تمكين الخصم الآخر من المنازعة فى طلب سماع الشهود، إذا كان لذلك مقتضى[1] وكذلك تمكين هيئة التحكيم من معرفة الوقائع التى يستند إليها الخصوم، وتمكنها بالتالى من مباشرة سلطتها فى قبول الطلب أو على العكس رفضه، ما لم يكن الأطراف اتفقوا — سواء فى اتفاق التحكيم أو فى اتفاق مستقل — على تحديد الشهود بشخصيتهم كانت هيئة التحكيم ملزمة بذلك.

ويحدث عملاً تيسيراً لسماع الشهود أن يقدم الأطراف قائمة تتضمن تحديد عدد الشهود وكافة التفصيلات المتعلقة بأسمائهم ووظائفهم وعلاقاتهم بأطراف النزاع والنقاط المتعين مناقشتهم فيها، تيسيراً لحسمها، ويتبادل الأطراف هذه القوائم، وتتاح لهم فرصة التعليق عليها خلال فترة معقولة، والاعتراض على قبول الشاهد أو موضوع الشهادة، وعدد الشهود، وتتأكد هيئة التحكيم فى حالة الاعتراض من ملائمته قبل إعلان قبول قائمة الشهود[2].

وتقدير ما إذا كانت الوقائع محل طلب التحقيق بما يجوز إثباتها بشهادة الشهود، أو كون تلك الوقائع متعلقة بالدعوى أو منتجة فى النزاع من إطلاقيات السلطة التقديرية للمحكم[3] ودون أن تمتد هذه السلطة لتشمل حالة المنازعة فى جواز الإثبات بشهادة الشهود قانوناً. فإذا نازع الخصم الآخر فى جواز الإثبات بهذا الدليل قانوناً، فيجب على المحكم أن يفصل فى هذه المنازعة، ويحكم أما بجواز اللجوء إلى هذا الدليل أو على العكس بعدم جوازه. ويعتبر حكمه الصادر فى هذا الصدد حكماً قطعياً لا يجوز له

---

(١) د. أسامة المليجى: المرجع السابق ص ١٥٠ بند ٩٨. د. أسامة الروبى: الوجيز ص ٢١٠ بند ٥٢.

(٢) Arthur: L'Marriot. Evidence in international arbitration international arbitration 1984. P. 284.
مشار إليه لدى هدى عبد الرحمن: ص ٢٣١.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٢٤.

العدول عنه[1] حيث يرى أنه لا محل للإحالة للتحقيق لإثبات وقائع بشهادة الشهود سبق للخصوم الإتفاق عليها، حيث يجب أن يرى المحكم لزوماً لاتخاذ هذا الإجراء حتى يحكم به[2].

٨٢- سلطة هيئة التحكيم فى قبول الطلب أو رفضه:

إذا اتفق الأطراف عند وضع الخطة الإجرائية على ملائمة الاستعانة بشهادة الشهود، ولو فى غير الأحوال التى يسمح القانون بقبولها فيها[3] فلا تملك هيئة التحكيم الامتناع عن سماع الشهود فى هذه الحالة[4] وتكون ملزمة بسماع الشهود المعينين فى المشارطة بواسطة الخصوم وإلا عدت مجاوزة لحدود مهمتها[5] كما يمكن أن يمتد هذا الالتزام ليشمل الحالة التى تكون فيها الوقائع المطروحة على هيئة التحكيم غير كافية لتكوين عقيدتها ولا يكون هناك من سبيل أمامها لتكوين عقيدتها إلا بسماع الشهود. وما

---

(١) وفى تطبيق ذلك قضت محكمة النقض بأن "قاعدة عدم جواز الإثبات بشهادة الشهود فى الأحوال التى يجب فيها الإثبات بالكتابة – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – ليست من النظام العام فعلى من يريد التمسك بالدفع بعدم جواز الإثبات بالبينة أن يتقدم بذلك لمحكمة الموضوع قبل البدء فى سماع الشهود، فإذا سكت عن ذلك عد سكوته تنازلاً منه عن حقه فى الإثبات بهذا الطريق الذى رسمه القانون" نقض مدنى ١٩٧٦/٢/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ٤٧١.

(٢) د. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار: ص ٣١٩.

(٣) لأن مسألة قبول الدليل من عدمه لا تعتبر من النظام العام، فيجوز للأطراف الاتفاق على خلاف ما تقرره القواعد الخاصة، بخلاف القواعد المتعلقة بقبول الشهادة كدليل إثبات أو بحجيتها فى الإثبات تعتبر من القواعد الموضوعية التى يتعين على هيئة التحكيم الالتزام بها وإلا كان حكمها باطلاً. أنظر: د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧٠٢ بند ٤٨٠.

(٤) د. هدى عبد الرحمن: ص ٢٢٩ بند ١٨٣.

(٥) د. محمد نور شحاته: النشأة الاتفاقية: ص ٣٥١ والحكم المشار لديه باريس ١٥ مارس ١٩٨٤ مجلة التحكيم ١٩٨٥ ص ٢٨٥. د. نجيب الجبلى: المرجع السابق ص ٣٧٨.

دون ذلك تسترد هيئة التحكيم سلطتها فى قبول طلب الإثبات بشهادة الشهود أو على العكس رفضه، حيث أن مضمون هذا الطلب ليس حقاً للخصوم يتعين دائماً إجابتهم إليه.

فقد ترفض هيئة التحكيم طلب الإثبات بشهادة الشهود رغم توافر الشروط المطلوبة فى الواقعة محل الإثبات بها، على أن تبدى الهيئة مبرراتها المقبولة لهذا الرفض. فقد ترى الهيئة أن تحقيقها للواقعة غير منتج ولا يحقق ثمة فائدة فترفض الطلب[1] وقد ترى أن الإثبات بشهادة الشهود بصدد تلك الواقعة غير مستساغ لعدم حدوث هذه الواقعة مما يغلب عليه النسيان، ويتعذر معها سماع الشهود على الوجه الأكمل وتفتح مجالاً للأكاذيب وتحريف الأقوال[2] وقد ترى أن الواقعة محل طلب الإثبات بشهادة الشهود مستحيلة التصديق[3] كما يمكن لهيئة التحكيم أن ترفض الطلب استناداً إلى قدرتها على الفصل فى النزاع بناء على المستندات المقدمة إليها[4] وقضى تطبيقاً[5] لذلك بأن "نظراً لأن المحكمين عهد إليهم بمهمة عامة بسماع كل من يعلم بالنزاع، لا يتضمن بالنسبة لهم التزام بسماع الشهود، وعلى وجه التحديد أشخاص غير مسمين فى المشارطة والذى يطلب سماعهم إلا أثناء سير إجراءات التحكيم بواسطة أحد الخصوم" مع مراعاة أنه فى كل حالة ترفض فيها هيئة التحكيم سماع الشهود، يتعين عليها أن تبين فى حكمها الأسباب التى اعتمدت عليها فى الرفض[6].

---

(١) نقض مدنى ١٩٨٢/١١/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٣ ص ٩٠٥.

(٢) أحمد نشأت: المرجع السابق ص ٥٣٤ بند ٣٧٨. د. السنهورى: ص ٤٢٠ بند ١٩٦.

(٣) د. السنهورى: الإشارة السابقة.

(٤) د. هدى عبد الرحمن: الإشارة السابقة والحكم المشار لديها. وفى تطبيق ذلك أنظر نقض ١٩٨٢/١١/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٣ ص ٩٠٥، نقض ١٩٦٧/١١/٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ١٥٩٩.

(٥) باريس ١٩٦٥/١٢/٣ – الأسبوع القانونى – ٦٦ – ٢ – ١٤٧٢٥ مشار إليه لدى محمد نور شحاته ص ٣٥١.

(٦) أنظر فيما سبق بند ٢٢.

وإذا كانت هيئة التحكيم تملك رفض طلب الخصوم بإحالة الدعوى للتحقيق بشهادة الشهود، إلا أنه لا يمكنها إجبارهم على الاستعانة بهذا الطريق من طرق الإثبات، ويمكنها الرجوع إليهم إذا ما تبينت لها ملائمة الاستعانة بهذا الطريق وأهميته فى إثبات الوقائع المثارة[1].

وقضاء هيئة التحكيم برفضها للطلب لا يمنعها من أن تأمر ولو من تلقاء نفسها بإحالة الدعوى للتحقيق للإثبات بشهادة الشهود في الأحوال التى يجوز فيها القانون الذى يحكم إجراءات الإثبات[2]. ومتى رأت أن فى هذا الأمر فائدة لإظهار الحقيقة تطبيقاً للمادة ٧٠ إثبات مصرى. وأمر هيئة التحكيم بذلك، يعد مظهر من مظاهر الدور الإيجابى للمحكم فى مرحلة الإثبات[3] الهدف منه، وكما عبرت المذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات المصرى، هو تأكيد هيمنة القاضى – أو المحكم – على الدعوى حتى يتمكن من تحرى الحقيقة واستخلاصها نقية مما يغلفها به مسلك الخصوم حسبما تمليه عليهم مصلحة كل منهم الخاصة فى الإثبات.

أما إذا أجابت هيئة التحكيم الخصم إلى طلبه، أو أمرت من تلقاء نفسها بإحالة الدعوى للتحقيق بشهادة الشهود، فلا تلتزم بإصدار حكم بسماع الشهود، ويكفى أن تشير إلى ذلك فى محضر رسمى، ما لم ينازع الخصوم فى سماع هيئة التحكيم لشهادة شاهد معين، فإذا نازع أحد الخصوم في ذلك، وجب عليها إصدار حكم لسماع الشهود، على أن تحدد فى حكمها موضوع الشهادة، والوقائع التى ترى سماع الشهود بشأنها، وقابلية هذه الوقائع للإثبات بهذا الطريق، وأن تعين أشخاص الشهود حسبما يتراءى لها أن شهادتهم لازمة لمعرفة الحقيقة فى النزاع، ما لم يكن الخصوم قاموا بأنفسهم بتحديد أسماء الشهود[4] كما يجب أن

---

(١) هدى عبد الرحمن ص ٢٣٠ بند ١٨٣.
(٢) أنظر فيما سبق بند ٢٣.
(٣) أنظر فيما سبق بند ١٦.
(٤) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٦٨ بند ٢٠٥. د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم ص ٢٩١. د. على بركات ص ٣٩١ بند ٤٠٠. د. هدى عبد الرحمن: ص ٢٢٩ بند ١٨٢. د. عبد الحميد الأحدب: المقال ص ٩٩. د. عصام سليم: المرجع السابق ص ١٣ ومابعدها.
PERROT: rev. arb. 1974. op. cit. P. 172 – N 16.

يتضمن الحكم مواعيد إجراء التحقيق، واليوم الذى يبدأ فيه التحقيق، والمعيار الذى يجب أن يتم فيه تفادياً لإطالة أمد النزاع[1].

٨٣- والحكم الصادر بإحالة الدعوى للتحقيق بشهادة الشهود بناء على طلب الخصم، ينطوى فى ذاته على أذن للطرف الآخر لنفى تلك المزاعم بذات الطريق وفقاً لنص المادة ٦٩ إثبات مصرى ٢٠٤ مرافعات فرنسى، ولكنه حقه فى النفى قاصر على الوقائع التى يسعى الخصم لإثباتها[2]. وحق الخصم فى نفى مزاعم خصمه هو حق ثابت له بحكم القانون، سواء نص على ذلك فى الحكم الصادر بالشهادة أو لم ينص، لأن ذلك يعتبر من مقتضيات حق الدفاع. ومع ذلك لا يترتب البطلان إذا أغفل الحكم الصادر بالإحالة للتحقيق السماح للخصم الآخر فى نفى ما يثبته خصمه، كما أن هذا الإغفال لا يسقط حقه فى إعلان شهود النفى وسماعهم ذلك، لأن خصم النفى يستمد حقه من القانون[3].

وحكم هيئة التحكيم فى أى من صورتيه سواء صدر بالرفض، أم بإجابة الخصم لطلبه وإحالة الدعوى للتحقيق، يعد من الأحكام التى تهدف إلى تنظيم سير إجراءات الخصومة التحكيمية، ولا تفصل فى جزء من موضوع النزاع[4]، ومن ثم لا يقبل الطعن فيه على استقلال[5] وإنما قد

---

(١) VINCENT et GUINCHARD: op. cit. P. 677 N 1091.

(٢) فإذا كان خصم النفى، لا يقصد نفى الوقائع محل الإثبات بالشهادة، وإنما يهدف إلى إثبات وقائع جديدة عن الوقائع محل طلب الإثبات، تعين عليه – فى هذا الفرض – أن يطلب التحقيق من المحكم بطلب موضحاً فيه الوقائع= =لتى يسعى إلى الإذن بتحقيقها، ويخضع هذا الطلب لتقدير المحكم. فى هذا المعنى أنظر: د. سحر يوسف: المرجع السابق ص ٢٥٨ وما بعدها بند ١٦٢ د. أسامة المليجى: ص ١٢٩ وما بعدها بند ٨٦. وفى تطبيقه أنظر: نقض ١٩٥٠/١٢/٢١ مجموعة القواعد القانونية فى ٢٥ عاماً الجزء الأول ص ٥٠ قاعدة ١٩٦ مشار إليه لدى د. سحر يوسف: ص ٢٥٩.

(٣) د. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار: التعليق ص ٣٢٣، ٣٢٤.

(٤) وفى تطبيق ذلك نصت المادة ١/٣٢ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى "يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر .... أحكام تحكيم تمهيدية". والمادة ٥/٣٩ من نظام التحكيم السعودى الجديد، المادة ١/٢٦ من قواعد اليونسيترال.

(٥) د. عزمى عبد الفتاح: الإشارة السابقة، د. رضا السيد: ص ٥٢.
Perrot: Lic. Cit.

يكون سبباً لرفع دعوى أصلية ببطلان حكم التحكيم الصادر فى الموضوع تطبيقاً للمادة ٥٣/ ز تحكيم مصرى.

٨٤ ـ أداء الشهادة وصور أدائها شفوية أو مكتوبة:

إذا قبلت هيئة التحكيم طلب الإثبات بشهادة الشهود، أصدرت حكمها بإحالة الدعوى للتحقيق. وتبدأ هيئة التحكيم بعد ذلك فى سماع الشهود، كما يجوز للشهود تقديم شهادتهم مكتوبة وطلب الهيئة بتدخل القضاء فى مجال الشهادة.

٨٥ ـ ١ ـ الشهادة الشفوية:

تنص المادة ٤/٣٣ تحكيم مصرى على أن "يكون سماع الشهود بدون أداء يمين" وهو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع الإجرائى وأنظمة التحكيم المختلفة[(١)] فلا يجوز لهيئة التحكيم توجيه يمين إلى الشاهد قبل سماع شهادته[(٢)] يستوى فى ذلك أن يكون الشهود أشخاصاً عاديين يدلون

---

(١) حيث نص المشرع الفرنسي فى المادة ١٤٦٧/ ٢ مرافعات على أنه يتعين سماع غير الأطراف دون أخذ اليمين. والمادة ٤/٣٣ من قانون التحكيم العمانى، المادة ٤٠ من قانون التحكيم اليمنى، المادة ٧٧٩/ ٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانى، المادة ٤/٢٥ مغربى.

قارن: حيث تستلزم بعض التشريعات حلف اليمين قبل أداء الشهادة، فنصت المادة ٣٢/ ٢ من قانون التحكيم الأردنى على أن "يكون سماع الشهود بعد أداء اليمين وفق الصيغة التى تقررها هيئة التحكيم" كما نصت على أنه "يجوز لهيئة التحكيم قبول أداء اليمين بشهادة خطية مشفوعة بالقسم أمام أى جهة معتمدة فى البلد الذى تم فيه تأدية تلك الشهادة حسب قانون ذلك البلد".

والمادة الأولى من قانون الإجراءات المدنية الإماراتى على أنه "على المحكمين أن يحلفوا الشهود اليمين، وكل من أدى شهادة كاذبة أمام المحكمين يعتبر مرتكباً لجريمة شهادة الزور" وهو نفس ما نصت عليه المادة ٢٣٨/ ٣ من قانون المرافعات البحرينى، والمادة ٣٠ من مشروع قانون التحكيم السورى يكون سماع الشهود بعد حلف اليمين ما لم يتفق أطراف التحكيم على غير ذلك.

فى حين أم بعض التشريعات تعطى للمحكم سلطة تقديرية فى تحليف الشاهد اليمين من عدمه، حيث تعطى المادة ٣٥/ ٥ من القانون الإنجليزى للتحكيم للمحكم سلطة سماع الشاهد بعد حلف يمين أو بغير يمين.

(٢) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٦٨ بند ٢٠٥. د. رضا السيد: المرجع السابق: ص ٤٨.

بشهادتهم حول الوقائع أم خبراء فنيين يدلون بشهادتهم حول مسألة فنية عاصروها[1].

ويبرر الفقه[2] استبعاد اليمين من مجال التحكيم مرجعه أن القانون يحرم الشهادة الزور ويعاقب عليها مرتكبها. فإذا أراد المحكم أو إذا طلب أحد الخصوم منه أن يوجه اليمين إلى أحد الشهود، ورفض الشاهد، فلا يكون أمامه إلا اللجوء إلى القضاء لإزالة هذا العارض – توجيه اليمين – ولا يكون للمحكم دور فى هذا الشأن سوى إثبات مضمون اليمين الذى أدى أمام القضاء، وهو دور مجرد تحصيل حاصل، ومن ثم لا جدوى من أداء اليمين أمام المحكم.

وهيئة التحكيم لا تتقيد بحسب الأصل بالقواعد التى تحكم سماع الشهود والواردة فى قانون المرافعات أو فى قانون الإثبات، إلا إذا كان الطرفان قد اتفقا على ذلك[3] لكنها على أية حال مقيدة باحترام المبادئ الأساسية فى الإجراءات وأخصها مبدأ احترام حق الطرفان فى الدفاع، وما يتطلبه هذا المبدأ من مراعاة المساواة بين الخصوم، واتخاذ إجراءات الإثبات فى مواجهتهم[4]. فتستطيع هيئة التحكيم أن تقوم بنفسها بسماع الشهود وتوجيه الأسئلة وإدارة المناقشة، وإعادة الاستماع إليهم

---

(١) د. عاطف الفقى: المرجع السابق ص ٤٣٥.

(٢) E Loquin: jur. Class. Fosc. 1036 N 24 Perrot: Rev. arb. 1974. op. cit. P. 172
De Boisseson: op. cit. P. 253. N 303.

(٣) أنظر فى القيود العديدة التى تحكم سماع الشهود أمام المحاكم د. سحر يوسف: ص ٢٦٢ وما بعدها بند ١٦٥ وما بعده وفى تطبيق ذلك. أنظر ما نصت عليه المادة ٨٦ إثبات مصرى على أنه "يجب على الشاهد قبل الإدلاء بأقواله أن يحلف يميناً حسب الأوضاع الخاصة بديانته، يكون توجيه الأسئلة إلى الشاهد من المحكمة أو القاضى المنتدب مادة ٨٧ إثبات مصرى والمادة ٢١٤ مرافعات فرنسى.
Coss. Civ. 23 Avr. 1959. Bull. Civ. 11. N 333.

(٤) د. مصطفى الجمال، عكاشة الجمال: ص ٧٠١ بند ٤٨٠.

واستجوابهم متى احتاجت إلى معلومات أو استفسارات إضافية[1]. كما يمكنها أن تسمح لأحد الخصوم أو محاميه أو ممثله بتوجيه الأسئلة إلى الشهود، وذلك حسبما يتراءى لها من ظروف وموقف الخصوم، وعليها فى كل الأحوال أن تضمن السير الطبيعى والعادى لعملية الإثبات بشهادة الشهود، دون أن يسئ الحق فى استخدامها[2].

ولضمان السير الطبيعى والعادل لعملية الإثبات بشهادة الشهود، حالة أن تعطى هيئة التحكيم للخصوم أو محاميهم الفرصة لاستجواب الشهود، إلا تترك عملية الاستجواب كلية فى أيدى الخصوم أو محاميهم، ويقتصر دورها – وكما عبر عنه البعض[3] – على عد النقاط التى يتمكن محاموا الخصوم من الحصول عليها أثناء استجواب الشهود، وإنما يجب أن تقوم بالدور الأكبر فى هذا الشأن، خاصة إذا أساء أحد الخصوم أو تعسف أحد المحامين فى استعمال حقه فى الاستجواب.

وتكون جلسات الاستماع لشهادة الشهود سرية، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، وذلك إعمالاً لمبدأ السرية الذى يسود خصومة التحكيم[4]. وقد أعطت أنظمة التحكيم المعاصرة[5] لهيئة التحكيم سلطة

---

(١) د. علي بركات: ص ٣٩١ وما بعدها بند ٤٠٠. د. أحمد هندى: التحكيم: ص ٥٥ بند ١٤. د.عيد القصاص : التحكيم: ص ٣١٨ ومابعدها بند ١٠٧. د. على اسماعيل غازى: المرجع السابق ص ٣٧٢ ومابعدها.

(٢) E Loquin: jur. Clas. Fasc. 1036 op. cit. N 63.

(٣) R. DAVID: Cours de droit Compore Paris 1970 P. 445. مشار إليه لدى د. علي بركات: ص ٣٩٢ بند ٤٠٠.

(٤) مادة ٣/٢٨ من قواعد اليونسترال على أن "تكون جلسات المرافعات الشفوية وسماع الشهود مغلقة، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك" وهو ذات ما نصت عليه المادة ٢٥/ ٤ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى، والمادة ٣/٢١ من لائحة الـ I. C. C. "لا يسمح بحضور أشخاص لا علاقة لهم بالإجراءات ما لم توافق هيئة التحكيم والأطراف على غير ذلك". وانظر فى ذلك: د. شحاته شلقامى: المرجع السابق ص ١١٠ ومابعدها.

(٥) المواد ٣/٢٨ من قواعد اليونسترال، ٤/٢٥ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى، ٣/٢٠ من لائحة I. C. C.

تنظيم الاستماع للشهادة، بأن قررت لهيئة التحكيم أن تطلب من أى شاهد أو أى عدد من الشهود الخروج قاعة الجلسة أثناء أدلاء شهود آخرين بشهادتهم بأن يؤدى كل شاهد شهادته على انفراد بغير حضور باقى الشهود الذين لم تسمع شهادتهم، وذلك حتى تضمن عدم التأثير المتبادل بين الشهود على بعضهم البعض، وهذا أبلغ فى قول الصدق[1]. على أنه يجوز لهيئة التحكيم أن تجمع الشهود للمقابلة بينهم، وذلك بأن تلزم كل من أدلى بشهادته بالانتظار لحين سماع أقوال الآخرين[2] ويجب على الشاهد أن يذكر اسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه وأن يبين قرابته أو مصاهرته ودرجتها إن كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم، ويبين كذلك أن كان يعمل عند أحدهما وفقاً لنص المادة ٨٥ إثبات مصرى.

وجرى العمل فى التحكيم التجارى الدولى على أن تطلب هيئة التحكيم من الشهود كتابة أقوالهم قبل سماعها، وأن يتم تبادل هذه الكتابة بين الطرفين، وعندما يحضر الشاهد يسأله محامى الطرف الذى استشهد به ما إذا كان مصراً على ما جاء بما كتبه وما إذا كان يريد الإضافة إليها[3].

ويدلى الشهود بشهادتهم فى حضور جميع أعضاء الهيئة التحكيمية، ما لم يتفقوا مجتمعين على ندب إحداهما لسماع الشهود، أو يتفق الأطراف على ندبه[4] وذلك فى حضور الأطراف أو محاميهم أو ممثلهم، حيث يحق للأطراف أو ممثلهم مناقشة الشهود فى شهادتهم سواء كانوا شهودهم أم شهود الطرف الآخر[5] وإذا كان الشهود يجهلون لغة التحكيم فللهيئة

---

(١) د. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار: التعليق ص ٣٣٣، د. طلعت دويدار: ضمانات التقاضى: ص ١٨٢.

(٢) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٦٩ بند ٢٠٥، د. عبد الحميد الأحدب: المقال: ص ١٠٥.

(٣) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٦٩ بند ٢٠٥، د. عبد الحميد الأحدب: المقال: ص ١٠٥.

(٤) أنظر فيما سبق بند ٢٧.

(٥) د. عاطف الفقى: الإشارة السابقة.

De. Boisséson: op. cit. P. 252. N 298.

الاستعانة بمترجم[1] ولا يجوز للهيئة سماع الشهود دون حضور الأطراف أو على الأقل دعوتهم للحضور وإلا كان الحكم المبنى على هذه الأقوال باطلاً[2]. تطبيقاً للمادة ٢٧ من نظام التحكيم السعودى الجديد " يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما الفرصة الكاملة والمتكافئة لعرض دعواه أو دفاعه" والمادة ٢٦ تحكيم مصرى.

وترتيباً على ذلك، ذهب الفقه فى مجموعه[3] إلى أن لهيئة التحكيم سماع الشهود ولو فى غياب الخصوم – وإن كان نادر عملاً – إلا أنه يتعين عليها دعوتهم للحضور احتراماً لحق الدفاع، بأن تحدد مسبقاً الوقائع التى ستكون محلاً لشهادة الشهود، وأن تحرر محضراً رسمياً بمضمون هذه الشهادة، وتعرضه على الخصوم الذين لم يحضروا جلسة الاستماع إلى أقوال الشهود حتى يتمكنون من الإطلاع على ما تم إبداؤه من أقوال والرد عليها. وتطبيقاً لذلك قضى[4] بأنه "إذا ثبت للمحكمة التى تنظر الطعن فى حكم المحكمين أن هؤلاء المحكمين قد استدعوا شهوداً وأجروا معهم تحقيقاً فى غياب الخصوم ولم يحرروا بذلك محضراً رسمياً، وبالتالى لم يطلع الخصوم على ما تم إبداؤه من أقوال بل ولم يحددوا مسبقاً الوقائع التى ستكون محلاً لشهادة الشهود، ودون أن يعطوا للخصم المتضرر من الشهادة

---

(١) وفقاً للمادة ٢/٢٣ من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجارى، حيث تنص على أنه "إذا كان الشهود يجهلون لغة التحكيم فللهيئة الاستعانة بمترجم بعد أداء اليمين أمام الهيئة".

(٢) د. فتحى والى: التحكيم: الإشارة السابقة. د. معتز عفيفى: المرجع السابق ص ٦٢٢ ومابعدها.

(٣) د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم ص ٢٩١ وما بعدها. د. محمد نور شحاته: ص ٣٥٠،
د. عاشور مبروك ص ٣٠٩ بند ١٨٣. د. على بركات: ص ٣٩٢ بند ٤٠١. د. عيد القصاص: المرجع السابق ص ٣١٩ بند ١٠٧.
PERROT: Rev. arb. 1974. op. cit. P. 174 N 18. De Boisséson: op. cit. P. 252 ets N 298. E Loquin: jur. Class. Fasc. 1036. op. cit. N 47.

(٤) Paris 3 déc 1965. rev. arb. 1966. 22. J. C. P. 1966. 11. 14625 Coss. Civ. 16 Déc. 1985. Rev. arb. 1987. 390. Paris. 6 mai. 2003 Rev. arb. 2004 N. 3. P. 720.

الفرصة لإقامة الدليل العكسى، فإن حكم المحكمين الذي صدر بعد كل هذه المخالفات يجب إبطاله لإخلال المحكمين بحق الدفاع".

٨٦ - الانتقال لسماع الشهود:

اختيار مكان معين للتحكيم[١] لا يعنى وجوب اتخاذ جميع إجراءات التحكيم ومنها سماع الشهود – كإجراء من إجراءات التحكيم – فى هذا المكان، فيمكن الاستماع للشهود فى أكثر من دولة أو مدينة، خاصة وأن فى التحكيمات الدولية قد يختار الطرفان أو هيئة التحكيم عادة مكاناً محايداً لا ينتمى إليه أى من الطرفين[٢] وبالضرورة قد لا ينتمى إليه الشهود. ونظراً لتعذر حضورهم بأنفسهم جلسة الاستماع أو التكاليف العالية لانتقال الشهود عند تعددهم أو غيره من الأسباب. فيجوز للهيئة رغم اختيار مكان معين للتحكيم الانتقال بنفسها أو ندب أحد أعضائها[٣] لسماع الشهود أو للإطلاع على مستندات تحت أيديهم، أو لسماع خبراء فنيين يدلون بشهادتهم حول مسألة فنية، وذلك فى محل إقامتهم، فيتم عقد الجلسات حيث يقيم الشهود لسماع شهادتهم.

وانتقال هيئة التحكيم لسماع الشهود حيث محل إقامتهم، هو ما صادف اعتماد ثابت من جانب أنظمة التحكيم المختلفة، حيث أجازت المادة ٢٨ تحكيم مصرى[٤] لهيئة التحكيم أن تجتمع فى أى مكان تراه مناسباً

---

(١) فالمادة ٢٨ تحكيم مصرى تنص على أن "لطرفى التحكيم الإتفاق على مكان التحكيم فى مصر أو خارجها". فالمشرع لم يأت فى نصوص القوانين بما يمنع أن يكون التحكيم فى الخارج على يد أشخاص غير مصريين. نقض مدنى أول مارس ١٩٩٩ فى الطعن رقم ١٠٣٥ لسنة ٦٥ ق. وفى أهمية اختيار مكان معين للتحكيم أنظر د. فتحى والى: ص ٣١٢ وما بعدها بند ١٦٤.

(٢) دافيد بند ٣٠٥ بند ٣٩٢ مشار إليه لدى د. فتحى والى: التحكيم: الإشارة السابقة.

(٣) وذلك فى الأحوال التى يجوز للهيئة ندب أحد أعضائها من تلقاء نفسها، أو بناء على اتفاق الخصوم للقيام بإجراء من إجراءات الإثبات. أنظر فيما سبق بند ٢٩.

(٤) والمادة ٢/١٦ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى، والتى تنص على أنه ما لم يتفق الطرفان ... للهيئة سماع الشهود .... فى أى مكان تراه مناسباً. المادة=

للقيام بإجراء من إجراءات التحكيم، لسماع الشهود أو الإطلاع على مستندات تحت أيديهم أو غير ذلك من الإجراءات. فعقد بعض الجلسات لسماع الشهود خارج المكان الذى تحدد لإجراء التحكيم فيه، لا يعنى تغييراً لمكان التحكيم، ولو عقدت فى دول مختلفة، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك[1].

ولا يترتب على مخالفة هيئة التحكيم للمكان الذى أتفق عليه الأطراف، أو للمكان الذى قررت اختياره بطلان الإجراءات، وإنما يمكن أن يتيح لأى من الأطراف رفع دعوى ضد الهيئة لتعويضه عما أصابه من ضرر من جراء هذه المخالفة، وذلك ما لم يتبين أن انتقال الهيئة حيث محل إقامة الشهود، قد أخل بحق من حقوق الدفاع[2].

فإذا تم أداء الشهادة، سواء فى مكان التحكيم، أو فى محل إقامة الشهود، فى حضور الخصوم جميعاً، فإنهم سيقفون على مضمونها، وبالتالى فبإمكانهم الاعتراض عليها. أما إذا تم سماعها فى غيابهم جميعاً أو بعضهم، فإنه يجب على هيئة التحكيم فى تلك الحالة أن تحرر محضراً[3] بمضمونها حتى يتمكن الخصوم من الإطلاع عليها والاعتراض أن بدأ لهم ذلك، وذلك إعمالاً لمبدأ المواجهة[4].

=٢/١٨ من قواعد اليونسترال "لهيئة التحكيم .... سماع الشهود وعقد اجتماعات للمداولة بين أعضائها فى أى مكان تراه مناسباً مع مراعاة ظروف التحكيم. المادة ٢٠/ ٢ من القانون النموذجى للتحكيم. المادة ١٤/ ٢ من لائحة الـ I. C. C.

(١) استئناف القاهرة دائرة ٩١ جلسة ٢٠٠٣/٢/٢٦ فى الدعوى ٢٣ لسنة ١١٩ ق تحكيم مشار إليه لدى د. فتحى والى: ص ٣١٤.

(٢) د. فتحى والى: الإشارة السابقة. استئناف القاهرة دائرة ٨ تجارى جلسة ١٩٩٩/٧/٢٠، الدعوى رقم ٧ لسنة ١١٦ق تحكيم.

(٣) أنظر فيما يلى بند ٨٩.

(٤) د. عاشور مبروك: ص ٣٠٩ بند ١٨٦. د. معتز عفيفى: المرجع السابق، ص ٦٢٨ ومابعدها.

Perrot: Rev. arb. 1974. op. cit. P. 172.

٨٧ ـ الشهادة المكتوبة:

صورة غير تقليدية لإحاطة هيئة التحكيم علماً بأقوال الغير. فإذا لم يتسير حضور الشاهد، فيمكن للطرف الذى يستشهد به أن يوثق شهادته بمكتب من مكاتب التوثيق ويقدمها موثقة إلى هيئة التحكيم[١] فهى ورقة مكتوبة يحررها الغير، تتضمن اعترافاً منه بصدد واقعة معينة علمها شخصياً وحررها بغرض تقديمها إلى هيئة التحكيم، بعد توقيعها وتوثيقها بمكتب من مكاتب التوثيق.

وقد سوى المشرع الفرنسى وفقاً للمادة ١٩٩ مرافعات فى القوى القانونية، بين الشهادة الشفوية فى صورتها التقليدية والشهادة المكتوبة استجابة للضرورة العملية، ولشيوع استخدامها، والتعويل عليها فى الإثبات[٢] فيمكن إحاطة المحكم علماً بأقوال الغير عن طريق الشهادة فى أى من صورتيها التقليدية وغير التقليدية.

واعتمدت أنظمة التحكيم المقارن الشهادة المكتوبة كوسيلة للإثبات، يستعان بها فى خصومة التحكيم، فنصت على أنه "يجوز تقديم الشهادة المكتوبة فى صورة بيانات مكتوبة تحمل توقيعات الشهود" مادة ٢٧/ ٥ من قواعد اليونسترال، المادة ٥/٢٥ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى[٣]. وما

---

(١) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٦٩ بند ٢٠٥.

DEKARA: "attestation mode d'adminstrtion de la Preuve testimoniate mémoire. Paris 1977.

مشار إليه لدى د. سحر يوسف ص ٢٩٧.

(٢) ALHALEL. ESNAULT: "L'attestatim dans les Procés civil mode Preuve secondaire. Reuve judiciaire de L'auest 1977 P. 1 ets.

مشار إليه لدى سحر يوسف الإشارة السابقة.

(٣) والمادة ٤٠ من نظام التوفيق والتحكيم التجارى لغرفة دبى حيث نصت على أنه "تؤدى الشهادة شفاهة، ويجوز للهيئة أن تقبل تأديتها بإفادة خطية موقعة من الشاهد وموثقة وبدون حلف اليمين ما لم يكن اليمين إلزامياً لقبولها بموجب القانون الواجب التطبيق على التحكيم، وفى جميع الأحوال للهيئة دعوى الشاهد أمامها للمناقشة".

أعتمدته أنظمة التحكيم تلقاه الفقه[1] والقضاء[2] بالقبول، حيث يجوز الاستعانة بالشهادة المكتوبة تفادياً لمشقة وتكاليف انتقال الشهود، أو انتقال أعضاء هيئة التحكيم حيث سماع الشهود فى محل إقامتهم، واختصاراً للوقت حالة طلب الإنابة القضائية[3].

وتحرر الشهادة المكتوبة من الغير بغرض تقديمها إلى هيئة التحكيم. وتقدم فى الغالب من الخصوم، كمستندات واردة فى ملف الدعوى لتأييد دعواهم، ويمكن أن يطلبها المحكم من تلقاء نفسه، ولكنه لا يطلب تقديمها من الغير مباشرة، وإنما يطلبها من الخصوم وفقاً لنص المادة ٢٠٠ مرافعات فرنسى[4].

٨٨- ورغم أن للشهادة المكتوبة ذات القيمة القانونية التى للشهادة الشفوية، حيث أن المشرع الفرنسى سوى بينهما صراحةً من حيث المرتبة فى الإثبات وفقاً لنص المادة ١٩٩ مرافعات إلا أن الفقه[5] والقضاء الغالب[6] يرى أن الشهادة المكتوبة أقل درجة وأدنى مرتبة من حيث القوة فى الإثبات من

---

(١) د. فتحى والى: الإشارة السابقة. د. السنهورى: ص ٣١٢ بند ١٦١. د. محمد نور شحاته: ص ٣٥٠. د. نبيل عمر: التحكيم: ص ٢٠١ بند ١٦١، د. عاطف الفقى: الإشارة السابقة. د. طلعت دويدار: ضمانات التقاضى: ص ١٨٢. د. عبد الحميد الأحدب: المقال ص ٩٩. د. هدى عبد الرحمن: ص ٢٣٠ بند ١٨٢.

(٢) Coss. Civ. 27 Févr. 1979. J. C. P. 1979. IV. 161.
Coss. Com. Nov. 1983. Bull. Civ. IV. N 290.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٤٩.

(٤) Art. 200 dispose que "les attestations sont Produits Par les Parties ou â La demande du – juge – Le juge Communique aux Parties celles qui Lui Sont dinectement adressésss".

(٥) أنظر فى اتجاهى الفقه والقضاء المختلف حول قوة الشهادة المكتوبة فى الإثبات. د. سحر يوسف: ص ٢٩٨ – ٣٠١ بند ١٨٢ والمراجع المشارة لديها.

(٦) Rennes, 22 juin 1976, ch. 1, N 406. Rennes, 24 Jonvier 1977 ch. 1, 475. Coss. Com. 3 Nov 1983. Bull. Civ. Iv. N 290.
مشار لهذه الأحكام لدى د. سحر يوسف: الإشارة السابقة.

الشهادة الشفوية، لما يحيط الأخيرة من إجراءات رسمية، وتؤدى فى ظروف تعطى مزيداً من الطمأنينة والتلقائية عند الإدلاء بها.

وترتيباً على ذلك، فالشهادة الشفوية تفوق الشهادة المكتوبة من حيث القوة فى الإثبات[1] مما يقيد هيئة التحكيم فى استنادها للشهادة المكتوبة فى حكمها، حيث يتوقف استنادها إليها على عدم اعتراض الطرف الآخر على صحتها اعتراضاً مقبولاً. فإذا أثير الاعتراض فهيئة التحكيم لا تملك إزاء هذا الاعتراض إلا إحضار الشاهد لسماع شهادته[2]، أو استبعاد شهادته كلية احتراماً لحق الدفاع. كما تملك هيئة التحكيم استبعادها إذا ما تشككت فى صدقها استناداً إلى مبررات مقبولة[3] فالشهادة لم تكتب على سبيل المجاملة أو لوجود مصلحة متبادلة بين الشاهد والخصم[4] ففى كل ذلك للهيئة دعوى الشاهد أمامها للمناقشة وفقاً للمادة ٤٠ من لائحة تحكيم دبى ليجلى ما فى صدرها من شكوك حيالها وقلق يساورها إزاءها[5] وإلا كان الحكم المبنى على الأقوال الواردة بالشهادة المكتوبة باطلاً.

فإذا قدمت الشهادة المكتوبة من الغير بناء على طلب أحد الخصوم، أو قدمها الخصم كمستند وارد فى ملف الدعوى تأييد لدعواه فى حضور

---

(١) فالشهادة المكتوبة خارج مجلس القضاء لا تخرج عن كونها قرينة من ضمن القرائن والإمارات الواردة فى الدعوى المتروكة لقناعة القاضى – المحكم – واقتناعه ولكنها لا تتساوى مع شهادة الشهود أمام القضاء. د. سحر يوسف: ص ٣٠١ بند ١٨٢.

(٢) Coss. Com. 3 Nov. 1983. Bull. Civ. IV. P. 254.

(٣) وقد حدث فى منازعة أمام المحاكم الأمريكية أن إدعت الشركة الخاسرة بطلان حكم التحكيم استناداً إلى التفات المحكم عن ثلاث شهادات مكتوبة قدمت فى الدعوى، قرر المحكمون استبعادها لأنها موجهة ومغرضة أكثر منها واقعية، = =وقد أقرت المحكمة مسلك المحكمين، وقررت أن يدخل فى نطاق مهمة المحكمين فى استخلاص الوقائع. أنظر الحكم. د. هدى عبد الرحمن: ص ٢٣٠ حاشية رقم ٢.

(٤) سحر يوسف: ص ٣١٠ بند ١٨٨.

(٥) Coss. Com. 3 Nov 1983. Bull Civ. IV. P. 254.

الخصم الآخر، فإنه سيقف على مضمونها، وبالتالى يمكنه الاعتراض عليها، ولا يكون أمام هيئة التحكيم إلا دعوى الشاهد للمناقشة. أما إذا تم تقديمها فى غياب الخصوم أو بعضهم، فإنه يجب على هيئة التحكيم تمكين الخصوم من الإطلاع عليها. وفى الحالتين تحرر هيئة التحكيم محضراً بذلك حتى يتمكن الخصوم من الإطلاع عليها والاعتراض أن بدا لهم ذلك تحقيقاً لمبدأ المواجهة.(١)

٨٩. تحرير محضر التحقيق وحق الخصوم فى الإطلاع عليه:

قلنا أن الشهادة تؤدى شفاهة، ويجوز للهيئة أن تقبل تأديتها بإفادة مكتوبة موقعة من الشاهد وموثقة، وفى الحالتين تحرر هيئة التحكيم إجابات الشهود فى محضر، حالة سماع شهادتهم أو فى حالة مناقشة الشاهد فيما حرره بقصد تقديمه لهيئة التحكيم، وما إذا كان مصراً على ما جاء بما كتبه، وما إذا كان يريد الإضافة إليه، والمحضر فى الحالتين يطلق عليه محضر التحقيق. وتتلى بعد ذلك على الشاهد شهادته، وما تم مناقشته فيما حرره وقدمه لهيئة التحكيم، لكى يقوم بالتوقيع عليه. وإذا امتنع الشاهد عن التوقيع فيثبت ذلك فى المحضر، ويذكر أيضاً سبب امتناعه عن التوقيع وفقاً للمادة ٩١ إثبات مصرى.

ويتضمن محضر التحقيق، تاريخ التحقيق ومكانه وساعة بدئه وانتهائه، والجلسات التى استغرقتها وأسماء الخصوم وذكر حضورهم وغيابهم وطلباتهم، وأسماء الشهود والقابهم وموطن كل منهم وما صدر بشأنهم، وما يبديه الشهود من أقوال، وما قدموه من إفادات خطية، وتوقيع الشهود وقرار تقدير مصروفاتهم، وتوقيع رئيس هيئة التحكيم وأعضائها والكاتب إن وجد وفقاً للمادة ٩٣ إثبات مصرى.

وللخصوم حق الإطلاع على المحضر، والمستندات التى حرر المحضر بشأنها احتراماً لحقوق الدفاع. فإذا بنى المحكم حكمه على أقوال سماعها،

---

(١)- والقضاء يفترض صحة الأعمال الإجرائية التى اتخذها المحكم طالما أنه أشار إليه فى حكمه، ويقع على عاتق الخصم عبء إثبات مخالف المحكم لمبدأ المواجهة، أنظر:

Paris. 15 janv. 1984. Rev. arb. 1984. P. 531 abs Beqnard.

أو على إفادة خطية، تقليدية أو الكترونية، دون تمكين الخصوم من مناقشتها والإطلاع والرد عليها كان الحكم معيباً ويستوجب بطلانه لإهداره أحد مقتضيات حق الدفاع.[1]

٩٠- عارض تأدية الشهادة أمام هيئة التحكيم وتدخل القضاء لإزالته:

افتقاد هيئة التحكيم لسلطة الإلزام والجبر[2] قد لا يمكنها من الحصول على دليل الإثبات المستمد من الشهادة، إذا تخلف الشاهد عن الحضور، أو حضر وامتنع عن الإجابة على الأسئلة التي توجه إليه، وهو ما نص عليه قانون التحكيم المصري، حيث نصت المادة ٣٧ على أن "يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة ٩ من هذا القانون بناء على طلب هيئة التحكيم بما يأتي "(أ) الحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة بالجزاءات المنصوص عليها في المادتين ٧٨، ٨٠ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية"[3].

ووفقاً لذلك، فإن أداء الشهادة أمام هيئة التحكيم واجب على من يطلب لها، شأن الشهادة أمام المحاكم. لكن الجهة التي تؤدى أمامها الشهادة ليس لها الصلاحية اللازمة للحكم على الشاهد المتخلف عن الحضور أو عن الإجابة، وإنما عين المشرع رئيس المحكمة المشار إليها في المادة ٩ من قانون التحكيم لتطبيق الجزاء المنصوص عليه في المادتين ٨٧، ٨٠ ذاتها بناءً

---

(١) Paris. 24. oct. 1991. Rev. arb. 1993. 110 abs. Jarrosson. Paris. 25 Nov. 1997 Rev. arb. 1998. 698 Note. G. Bolard

(٢) أنظر فيما سبق بند ٣١.

(٣) وما نصت عليه المادة ٣٧ تحكيم مصري أعتمدته العديد من أنظمة التحكيم، فنصت المادة ٧ من قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي على أن محكمة أول درجة في المقاطعة التي يوجد بها مقر هيئة التحكيم، هي التي يجوز لها= =التدخل للمساعدة في مسائل الإثبات، وذلك إذا كان التحكيم يجرى في الولايات المتحدة الأمريكية والمادة ٢٧ من القانون النموذجي للتحكيم نصت على أنه "في إجراءات التحكيم يجوز لهيئة التحكيم، أو لأي من الطرفين بموافقتهما طلب المساعدة من محكمة مختصة في هذه الدولة للحصول على أدلة، ويجوز للمحكمة أن تنفذ الطلب في حدود سلطتها ووفقاً لقواعدها الخاصة= بالحصول على الأدلة".

على طلب هيئة التحكيم[1]. فالمادة ٣٧ تحكيم حددت نطاق تدخل القضاء في مجال الشهادة من ناحية. ومن ناحية أخرى حددت القاضي المختص بهذا التدخل.

٩١- أولاً: نطاق تدخل القضاء في مجال الشهادة:

ينحصر في توقيع الجزاءات المنصوص عليها في المادتين ٧٨، ٨٠ من قانون الإثبات: ويجب على القضاء قبل توقيع الجزاء أن يتأكد من توافر الشروط المنصوص عليها في المادتين السابقتين حتى يقضي بذلك[2] فالمادة ٧٨ تنص على أنه يجب تكليف الشاهد بالحضور تكليفاً صحيحاً، فإذا لم يحضر حكمت عليه المحكمة بغرامة قدرها أربعون جنيهاً، ويكون حكمها غير قابل للطعن عليه، وفي حالة الاستعجال يجوز للمحكمة أن تصدر أمراً بإحضار الشاهد. أما المادة ٨٠ فتقضي بأنه إذا حضر الشاهد وامتنع بغير مبرر قانوني عن الإجابة حكم عليه بغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه.

والهدف من منح هذه السلطة للقضاء وتدخله لتوقيع تلك الجزاءات على الشاهد، هو إجباره على الحضور أمام هيئة التحكيم أو إلى الإجابة على الأسئلة التي توجهها إليه هذه الهيئة، فالقضاء المتدخل لا يختص بسماع الشهادة، إذ أن ذلك من اختصاص هيئة التحكيم وفقاً لنص المادة ٣٣/ ٤ تحكيم مصري[3].

ونطاق تدخل القضاء في مجال الشهادة قاصر على توقيع الجزاءات المنصوص عليها في المادتين ٧٨، ٨٠ إثبات، ودون أن يمتد إلى الحالة التي ترفض فيها هيئة التحكيم طلب سماع شاهد أو تعدل عن سماع الشاهد، متى قدرت أن شهادته غير منتجة في الدعوى. فالهيئة هي التي تقرر قبول الطلب أو على العكس رفضه[4] ولا معقب عليها من قبل القاضي المشار

---

(١) د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال: ص ١٩٢ بند ١٢٤، ص ٧٠١ بند ٤٨٠. د.على اسماعيل غازي: المرجع السابق، ص ٣٧٤.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم: ص ٢٦٩ بند ١٠٨. فاطمة صلاح الدين: المرجع السابق ص ١٧٢ بند ٤٠٧.

(٣) د. رضا السيد ص ٥٢ وما بعدها. د. عاطف الفقي: الإشارة السابقة.

(٤) أنظر فيما سبق بند ٨٢.

إليه فى المادة ٩ تحكيم. فلا يجوز لأحد طرفى النزاع حالة عدول هيئة التحكيم عن سماع شاهد أن يطلب من هذا القاضى إجبار الشاهد على الحضور أمام هيئة التحكيم عن طريق توقيع الجزاءات المشار إليها[1]. فلا يكون أمام الخصم الذى طلب سماع شاهد، ورفضت الهيئة طلبه أو عدلت عنه سوى الطعن على الحكم بالبطلان مع الحكم الصادر فى الموضوع وفقاً للمادة ٥٣/ ج تحكيم مصرى، استناداً على إخلال الحكم بحقه فى الدفاع.

٩٢- ثانياً: القاضى المختص بتوقيع الجزاءات المنصوص عليها بالمادتين ٧٨، ٨٠ إثبات:

هو رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ تحكيم مصرى. والتى تنص على أن "يكون الإختصاص بنظر مسائل التحكيم التى يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصرى للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع. أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً، سواء جرى فى مصر أو فى الخارج، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة، ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر". فالنص يغاير فى القاضى المختص بتوقيع الجزاءات حالة إذا كنا بصدد تحكيم داخلى عنه إذا كنا بصدد تحكيم تجارى دولى.

فإذا كنا بصدد تحكيم داخلى:

يكون القاضى المختص بتوقيع الجزاءات هو رئيس المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، أى المحكمة المختصة بنظر النزاع وفقاً لقواعد الولاية والاختصاص التى ينص عليها القانون المصرى. فإذا كان النزاع يدخل فى ولاية القضاء الإدارى، فإن محكمة القضاء الإدارى تكون هى صاحبة

---

(١) ولو أجيز لأحد الأطراف طلب تدخل رئيس المحكمة فى الفرض الوارد بالمتن، فهذا معناه أن التدخل سيكون لرقابة هيئة التحكيم فى قرارها بعدم الاستماع للشهادة وليس للمساعدة فى إجبار الشاهد على الحضور، والقانون لم يعترف بهذا الحق لرئيس المحكمة، وحيث أن تدخل القضاء فى مجال التحكيم عموماً هو حكم استثنائى، فلا يجوز التوسع فيه وقصره على الحالات التى قررها المشرع صراحة. د. رضا السيد. الإشارة السابقة.

الولاية، وإذا كان النزاع يدخل فى ولاية القضاء المدنى تحدد اختصاص المحكمة وفقاً لقواعد الاختصاص القيمى والنوعى والمحلى التى تنطبق على طلب هيئة التحكيم للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع[1]، والتى يختص رئيسها بتوقيع الجزاء المنصوص عليها بالمادتين ٧٨، ٨٠ إثبات[2].

أما إذا كان التحكيم تجارى دولى:

فيجب التفرقة بين فرضين[3] **الأول:** إذا كانت مسألة توقيع الجزاءات على الشهود هى أول اتصال للمحكمة المشار إليها فى المادة ٩ تحكيم، ولم يتفق الأطراف على اختصاص محكمة استئناف أخرى غير محكمة استئناف القاهرة، فالقاضى المختص بتوقيع الجزاءات هو رئيس محكمة استئناف القاهرة، ولو كان النزاع أصلاً من اختصاص القضاء الإدارى[4]. وعلة اختصاص رئيس محكمة استئناف القاهرة دون غيرها، أن هيئة التحكيم هى التى تطلب المساعدة فى مسألة الشهود وليس أطراف النزاع. وتلك الهيئة لا تستطيع أن تختار محكمة أخرى خلاف محكمة استئناف القاهرة، حيث أن تفسير الاختصاص المحلى إلى محكمة استئناف أخرى قاصر على الخصوم[5].

والفرض الثانى: إذا كانت المحكمة قد اتصلت بالنزاع فى مرحلة سابقة بشأن مسائل أخرى بخصوص المنازعة التحكيمية، وثبت اختصاصها بشأن هذه المسائل. فمن المعروف وفقاً للمادة ٢/٩ تحكيم أنها تظل مختصة دون غيرها بمسائل التحكيم حتى تنتهى جميع إجراءاته، ومن ثم فإن القاضى

---

(١) ويطبق بشأن طلب هيئة التحكيم بتوقيع الجزاءات جميع قواعد عدم الاختصاص التى ينص عليها قانون المرافعات بالنسبة لكل نوع من أنواع عدم الاختصاص. فإذا رفع الطلب بتوقيع الجزاء إلى محكمة غير مختص وفقاً لما تقرره المادة ٩ تحكيم، فإن المحكمة إذا قضت بعدم الإختصاص تحيل الدعوى إلى المحكمة المختصة وفقاً للمادة ٩ تحكيم تطبيقاً للمادة ١١٠ مرافعات. أنظر المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى ص ١٣٥ وما بعدها بند ١٢٦ وما بعده.

(٢) د. رضا السيد: الإشارة السابقة. د. فتحى والى: التحكيم. ص ٧٦ بند ٣٣.

(٣) د. رضا السيد: الإشارة السابقة.

(٤) استئناف القاهرة – دائرة تجارى – جلسة ١٩٩٥/١٢/٢٠ فى التحكيم رقم ٤ لسنة ١٩٩٥ مشار إليه لدى د. فتحى والى: التحكيم: ص ٧٥.

(٥) د. رضا السيد. الإشارة السابقة.

المختص هو رئيس محكمة الاستئناف التى سبق وتدخلت فى التحكيم، سواء كانت محكمة استئناف القاهرة أم محكمة استئناف أخرى، حسب اتفاق الأطراف عليها صراحةً أو ضمنياً، ففى هذا الفرض يكون الأطراف قد حددوا محلياً محكمة الاستئناف المختصة فى المراحل السابقة على التدخل فى مسألة الشهادة[1].

والقيد الوارد على تدخل القضاء فى مسألة الشهادة هو أن يكون طلب تدخله من جانب هيئة التحكيم، وتدخله يكون لتوقيع الجزاءات المنصوص عليها فى المادتين ٧٨، ٨٠ إثبات، بقصد مساعدة هيئة التحكيم على إجراء التحقيقات اللازمة، والوصول إلى حكم عادل وصحيح.

٩٣- سلطة هيئة التحكيم فى تقديرها لأقوال الشهود شفوية أم مكتوبة:

الشهادة فى أى من صورتيها، التقليدية أو المكتوبة، من الأدلة ذات الحجية النسبية[2]. بمعنى أن الأخذ بها يخضع لتقدير هيئة التحكيم، بنفس السلطة التى تكون لها بصفة عامة فيما يتعلق بتقدير أدلة الإثبات المختلفة[3] فتتمتع هيئة التحكيم بالحرية فى تقريرها لأقوال الشهود الشفوية أو الواردة فى ورقة مكتوبة، فلها أن تأخذ بها إذا ما أطمئنت إليها، أو أن ترفضها إذا ساورها الشك حولها[4] فلها أن تسمح للخصوم أو ممثلهم بمناقشة الشهود، أو تجرى تحقيقاً لسماع محرر الشهادة المكتوبة لتزيل ما فى صدرها من شكوك حيالها. فاستناد هيئة التحكيم للشهادة مرهون بما يطمئن إليه وجدانها، وإلا كان لها استبعادها كدليل يمكن أن تستند عليه فى حكمها.

ومن مظاهر حرية هيئة التحكيم فى تقديرها للشهادة، أنها غير مقيدة بالرأى الذى يبديه الشاهد، أو بما حرره من شهادة تعليقاً على ما رأه وسمعه أو حرره، إذ أن تقرير أقوال الشهود وما حرروه واستخلاص الواقع منها هو ما يستقل بتقديره هيئة التحكيم، فلها أن تعدل عن إجراء

---

(١) د. فتحى والى: ص ٧٨ بند ٣٤. د. رضا السيد ص ٥١. د. على اسماعيل غازى: الإشارة السابقة.

(٢) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧٠٠ بند ٤٨١.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٢٤.

(٤) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: الإشارة السابقة. د. على اسماعيل غازى: ص ٣٧٣.. Paris. 21Juin 1990 Rev. arb. 1991. P. 96

التحقيق بالشهادة إذا رأت أنه غير منتج أو مقيد[1] ولها أن تأخذ ببعض أقوال الشاهد، أو ببعض ما حرره دون البعض الآخر وفقاً لما تطمئن إليه وتثق فيه[2]. ولها أن ترجع شهادة شاهد على شهادة أخرى، أو شهادة مكتوبة على أخرى دون أن تكون ملزمة ببيان أساس الترجيح[3]. كما أن لها أن تأخذ بمعنى للشهادة دون معنى آخر تحتمله أيضاً، متى كان المعنى الذى تأخذ به لا تنحرف به عن مدلولها[4] بل لها فوق كل ذلك، العدول عن نتيجة الإجراء ذاته لسلطتها فى تحصيل وفهم الواقع فى الدعوى وفى تقديرها لما يقدم لها من أدلة[5].

وهيئة التحكيم وإن كانت تملك تقدير الشهادة، ولا معقب عليها من رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ تحكيم لسلطتها وحريتها فى التقدير، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة فحرية هيئة التحكيم فى التقدير، والترجيح، وتجزئة الشهادة، والأخذ بمعنى للشهادة دون الآخر، والعدول عن الإجراء بها، وأيضاً العدول عن نتيجته، كل ذلك مقيد[6] بألا تخرج الشهادة عن ما يؤدى إليها مدلولها، فالشهادة شفوية أم مكتوبة لا تخرج بها الهيئة إلى ما يؤدى إليه مدلولها، وإلا عد تحريفاً فيها يستوجب بطلان الحكم إذا بنى على هذه الشهادة[7].

---

(١) أنظر فيما سبق بند ٢٣.

(٢) نقض مدنى ١٩٨٧/١١/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٨ ص ٩٨٤.
Coss. Civ 29 avril 1981 Bull. Civ. 1981. P. 118.
Coss. Civ. 6 Févr. 1975. Bull. Civ. 11. P. 33.

(٣) نقض مدنى ١٩٩٠/١٢/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٤١ ج ١ ص ٩٧٤، نقض ١٩٧٦/١/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ٢٧١.
Coss. Civ. 15 Avr. 1991. Bull. Civ. 11. P. 69.

(٤) أنظر فى تفصيل ذلك: د. سحر يوسف: ص ٢٨٩ وما بعدها بند ١٧٧ والمراجع والأحكام المشارة لديها.
د. أسامة الروبى: المرجع السابق ص ٢٤٢ وما بعدها بند ٧٢: والأحكام المشارة لديه.

(٥) أنظر فيما سبق بند ٢٤.

(٦) د. أسامة المليجى: ص ١٥٤ وما بعدها بند ١٠١. د. أسامة الروبى: ص ٢٤٢ بند ٧٢.

(٧) استئناف القاهرة ٩١ تجارى ٢٠٠٣/١١/٢٢ فى القضية رقم ٢٦/ ١٢٠ ق.

وترتيباً على ذلك، إذا كانت أقوال الشهود، شفوية أم مكتوبة واضحة ومحددة، فلا يجوز لهيئة التحكيم المساس بها، فلا يجوز لها مناقضة شهادة كل شاهد على حده لإثبات عدم كفايتها[1]. فإذا كانت الشهادة فى أى من صورتيها يكتنفها بعض الغموض، فتملك الهيئة توضيحها وتفسيرها شريطة ألا تعدل مدلولها، وإلا عد تحريفاً لاستعمال الهيئة سلطتها فى تفسير وتكييف أقوال الشهود الشفوية والمكتوبة، دون أن تخل بالمعنى المقصود من الشهادة[2] كما يتعين على الهيئة تمكين الخصوم من مناقشة أقوال الشهود، وتمكنهم من الإطلاع على أقوالهم المكتوبة إحتراماً لحق الدفاع وتحقيقاً لمبدأ المواجهة، فإذا بنت الهيئة حكمها على الشهادة دون تمكين الخصوم من مناقشتها والإطلاع عليها كان الحكم باطلاً ويستوجب بطلانه، لإخلاله بحقوق الدفاع[3].

المطلب الثانى

الدعوى الأصلية بسماع شاهد مع وجود الإتفاق على التحكيم أو بدء إجراءاته

٩٤- سلطة هيئة التحكيم فى إصدارها للحكم المستعجل بسماع شاهد:

الاتجـــاه الحديث[4] فى الفقه[5] وأنظمـــة التحكيـــم

---

(١) نقض مدنى ١٩٨١/١٢/١٣ طعن رقم ٣٣٩/ ٤٨ ق.

(٢) Coss. Civ. 27 Nov. 1963. Bull. Civ. 1. N 521 P 437. مشار إليه لدى د. سحر يوسف ص ٣١٢.

(٣) أنظر فيما سبق بند ١٨.

(٤) حيث كان الاتجاه السائد فى الماضى قصر الاختصاص باتخاذ الإجراءات الوقتية على محاكم الدولة، فكانت هيئة التحكيم ينظر إليها على أنها تختص فقط بالفصل فى النزاع الموضوعى. أما ما قد يثور من منازعات وقتية، فيظل القضاء صاحب الولاية الأصلية بالفصل فيها. أنظر د. فاطمة صلاح الدين: المرجع السابق ص ٢١١ بند ٤٩٤ وما بعده. ثم أنظر حاشية رقم ٣.

(٥) د. فتحى والى: التحكيم ص ٣٩٩ بند ٢٣٢. د. فاطمة صلاح الدين: ص ٢٣٢ وما بعدها بند ٥٤٥ وما بعده. د. محمد نور شحاته: النشأة الإتفاقية ص ١٧٨ د. أحمد السيد صاوى: التحكيم ص ١٤٣ بند ١٢٠. د. هبه بدر أحمد صادق: الحماية الوقتية فى التحكيم، رسالة عين شمس، ٢٠٠٩، ص ٤٩ ومابعدها.

Robert et Moreau: op. cit. P. 104 N. 127. =

المعاصرة[1] يرى أن اتفاق التحكيم يخول لهيئة التحكيم ليس فقط إصدار حكم فى الموضوع بل أيضاً إصدار أحكام وقتية أو مستعجلة[2] قبل الحكم فى الموضوع. وهذا الاتجاه هو ما صادف به اعتماد ثابت من جانب قانون التحكيم المصرى فنص فى المادة ٤٢ على أنه "يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاماً وقتية ... وذلك قبل إصدار الحكم المنهى للخصومة كلها" وبهذا النص خول المشرع لهيئة التحكيم سلطة إصدار أحكام وقتية أو مستعجلة كالحكم بسماع شاهد متى توافر شروط إصداره[3] سواء اتفق الخصوم على

=Couchez: référé et arbitrage. "essai de bilon Provisoire". Rev. arb. 1986. P. 155.

(١) حيث بدء الاتجاه نحو منح هيئة التحكيم الاختصاص بإصدار الأحكام الوقتية والإجراءات التحفظية، وذلك بصدور قواعد التحكيم الخاصة باليونسترال الصادر فى ١٩٧٦، والتى نصت فى المادة (٢٦) على اختصاص هيئة التحكيم والقضاء باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية. والمادة ١/٢٣ من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس، المادة ٤٧ من اتفاقية واشنطن. المادة ١٧ من القانون النموذجى للتحكيم المادة ٢٦ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى. المادة ١/١٤٤٩ مرافعات فرنسى.
قارن: ما زالت بعض التشريعات وأنظمة التحكيم تقصر الاختصاص بنظر الإجراءات الوقتية على قضاء الدولة المواد ٨١٨ مرافعات إيطالى، ٧٥٨ مرافعات ليبى، المادتان ١٧، ١٨ من قواعد التحكيم الخاصة بمفوضية الصين للتحكيم التجارى والاقتصاد الدولى.

(٢) والحكم الوقتى وإن كان يشترك مع الحكم المستعجل فى أن كلاهما يصدر بقصد اتخاذ إجراء وقتى أو بتحديد مركز الخصوم تحديداً مؤقتاً، إلا أن الحكم المستعجل لا يصدر إلا بتوافر الاستعجال فى الطلب محل الحكم، فالطلب= =الذى يبيده أحد الخصوم لتعيين حارس على الأموال المتنازع عليها إلى حين الفصل فى النزاع على ملكيتها دون أن= =يكون هناك خطر يهدد هذه الأموال هو طلب وقتى، أما إذا كان هناك خطر من وجودها لدى أحد الخصوم أو وجدت ظروف أخرى يمكن وصفها بالاستعجال، فإن الطلب فى هذه الحالة= =يكون طلباً مستعجلاً، وما يصدر فيه يكون حكماً مستعجلاً. أنظر د. أمينة النمر: مناط الاختصاص والحكم فى الدعوى المستعجلة. منشأة المعارف ١٩٦٧ ص ١١٤ وما بعدها بند ٧٧ وما بعده.

(٣) أنظر فى الشروط الواجب توافرها فى الطلب المستعجل. د. أمينة النمر: المرجع السابق ص ٤٤ وما بعدها بند ٢٧ وما بعده.
CossA: L'urgence en matiere de référé gaz pal 1955 doct. 45.=

تخويل الهيئة هذه السلطة أم لم يتفقوا، طالما لم يتفقوا على عدم تخويل الهيئة سلطة إصدار هذا الحكم[1].

وسلطة هيئة التحكيم فى إصدارها للحكم بسماع شاهد، هى نفس سلطة القضاء المستعجل عند فصله فى الدعوى المستعجلة، كما تتقيد بالقيود التى يتقيد بها هذا القضاء[2] وتصدر الهيئة أحكامها المستعجلة على النحو الذى نص عليه القانون بالنسبة لأحكام المحكمين[3].

ومع اعتماد اختصاص هيئة التحكيم بإصدارها للحكم بسماع شاهد، فهذا لا يحول دون اختصاص القضاء المستعجل بإصداره لهذا الحكم، وهو ما يعبر عنه بالاختصاص المشترك بين قضاء الدولة وهيئة التحكيم[4] متى كانت إجراءات التحكيم قد بدأت. أما إذا لم تكن هذه الإجراءات قد بدأت، انعقد الاختصاص بنظر طلب سماع الشاهد والحكم فيه لقضاء

=Couchez: référé et arbitrage op. cit. P. 155.

(١) فاتفاق الأطراف على التحكيم فى نزاع معين، يعنى تخويل هيئة التحكيم سلطة الفصل فى موضوع النزاع وفى إصدار الأحكام الوقتية والمستعجلة تبعاً لاختصاصها بموضوع النزاع. د. فتحى والى: التحكيم ص ٤٠٠ بند ٢٣٢. د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٢٠٣ وما بعدها بند ١٣٣، ص ٥٢٦ بند ٣٦٠. د. هبه بدر أحمد صادق: المرجع السابق ص ٩٥ ومابعدها. د. أحمد هندى: التحكيم: ص ٦٠، المشكلات ص ١٤٥ ومابعدها بند ٢٤. د. سيد أحمد محمود: المسائل والمشاكل المتعلقة بالسلطة الولائية للمحكم، مؤتمر التحكيم الهندسى بالبحرين فى الفترة من ١٥- ١٧ مايو ٢٠٠٠ ص ٤ ومابعدها.

مع ملاحظة إذا كانت الهيئة تملك إصدار أحكام وقتية ولو من تلقاء نفسها، فهى لاتستطيع إصدار أوامر بتدابير أو إجراءات تحفظية أو وقتية إلا إذا اتفق الأطراف على تخويلها هذه السلطة. انظر فى توضيح الخلط بين مابعد إجراء وقتى أو تحفظى وبين مابعد حكم وقتى، د. أحمد هندى: قانون التحكيم ص ٦٢ ومابعدها بند ١٥.

(٢) د. فتحى والى: قانون القضاء ص ١٣١ وما بعدها بند ٨١.

(٣) د. فتحى والى: التحكيم: الإشارة السابقة د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم ص ٢٧٢ وما بعدها بند ١٠٩.

E. Loquin: L'instance arbitrale. Jur. Closs. Op. cit. Fasc. 1036.

(٤) د. فاطمة صلاح الدين ص ٢٢٢ بند ٥١٩.

الدولة وحده. ويكون اللجوء إلى قضاء الدولة سواء بدأت إجراءات التحكيم أو لم تبدأ عن طريق الدعوى الأصلية بطلب سماع شاهد. مادة ١/١٤٤٩ مرافعات فرنسي.

٩٥- اختصاص قضاء الدولة بالدعوى الأصلية بطلب سماع شاهد:

فكما ثبت الاختصاص بطلب سماع شاهد لهيئة التحكيم – على النحو السابق – فإنه يثبت أيضاً لقضاء الدولة. ولا يعنى ذلك، إمكانية رفع الطلب فى نفس الوقت أمام قضاء الدولة وهيئة التحكيم مجتمعين، وإنما يعنى الاعتراف للطالب بحق الخيار Droit d'aption فى رفع طلبه أمام قضاء الدولة، فإذا استعمل الخصم الحق فى الخيار، ورفع طلبه أمام قضاء الدولة، فإنه يغلق عليه إمكانية اللجوء إلى هيئة التحكيم. فمباشرة مكنة الحق فى الخيار تقتضى أن ولوج طريق معين يغلق تلقائياً ولوج الطريق الآخر[1]. وفى هذا الفرض اختيار الطرف أو الخصم اللجوء إلى قضاء الدولة[2].

---

(١) أنظر فى فكرة الاختصاص المشترك والحق فى الخيار. المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى ص ٤١٣ وما بعدها بند ٣٩٥. د. هبه بدر أحمد صادق: الحماية الوقتية فى التحكيم، رسالة عين شمس، ٢٠٠٩، ص ١١٣ ومابعدها.

(٢) واختيار الخصم الالتجاء إلى قضاء الدولة بدلاً من التحكيم لا يبرره أفضلية الأول على الثانى، وإنما تبرره الناحية العملية، كما أنه أعم وأشمل. فمن الناحية العملية، قد يؤثر الخصم الالتجاء إلى قضاء الدولة لأنه يملك سلطة= =الجبر التى لا تملكها هيئة التحكيم، ويكون حكمه مشمول بالنفاذ المعجل ولا يحتاج إلى أمر بالتنفيذ، كما هو الحال بالنسبة لهيئة التحكيم.

G. CORNU: le juge. Arbiter Rev. arb. 1980. P. 373.

كما أن الالتجاء إلى قضاء الدولة أعم وأشمل، لأنه يشمل إمكانية إصدار الحكم المستعجل بسماع شاهد سواء قبل البدء فى إجراءات التحكيم، أو أثناء سيره، الأمر الذى يحقق فائدة كبرى للطرف صاحب المصلحة فى اتخاذ الإجراء الوقتى فى الوقت الذى لم يكن فيه التحكيم قد بدء بعد، تجنباً لما يترتب على هذا التأخير من أضرار بمصالحه. د. أحمد السيد صاوى: التحكيم ص ١٤٨ بند ١٢٣.

ولهذا تتجه معظم التشريعات المعاصرة[1] وأنظمة التحكيم المختلفة[2] إلى تعزيز إمكانية اللجوء إلى قضاء الدولة بجانب هيئة التحكيم لاتخاذ إجراءات وقتية، وإصدار أحكام وقتية ومستعجلة ضماناً لفاعلية نظام التحكيم وحماية لحقوق الأطراف. فنصت المادة ١٤ تحكيم مصرى على أنه "يجوز للمحكمة المشار إليها فى المادة ٩ من هذا القانون، أن تأمر بناء على طلب أحد طرفى التحكيم باتخاذ تدابير مؤقتة .... سواء قبل البدء فى إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها". وما ذهبت إليه التشريعات وأنظمة التحكيم، استقر عليه – وكما سنرى – الفقه واعتمده القضاء.

٩٦- ويقصد بالإجراءات الوقتية، وإن كان يعبر عنها بعبارات مختلفة[3] فهى بشكل عام تلك الإجراءات التى تهدف إلى حماية حقوق أطراف النزاع

---

(١) أنظر المواد الآتية: المادة ١٦٧٩/ ٢ من قانون القضاء البلجيكى، المادة ١٧٣/ ٦ مرافعات كويتى حيث نصت على أنه "لا يشمل التحكيم المسائل المستعجلة ما لم يتفق الخصوم صراحة على خلاف ذلك" المادة ١٨٣/ ٢ من القانون السويسرى للتحكيم الدولى. المادة ٨٠٨ مرافعات فرنسى والتى نصت على جواز الالتجاء إلى القاضى المستعجل فى حالة الاستعجال للحصول على تدبير وقتى فى الحالات التى لا يوجد فيها أدنى منازعة جدية. المادة ١/١٤٤٩ من القانون الأخير.

(٢) واعتمدت أنظمة التحكيم المقارن اختصاص قضاء الدولة بجانب اختصاص هيئة التحكيم بإصدار الأحكام الوقتية فنصت المادة ٢٦ من قواعد اليونسترال على أن "الطلب الذى يقدمه أحد الطرفين إلى سلطة قضائية لاتخاذ تدابير وقتية لا يعتبر مناقضاً لاتفاق التحكيم" المادة ٢٦/ ٣ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى. المادة ٢٣/ ٢ من لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس. المادة ٢/٢٠ من القانون النموذجى للتحكيم، المادة ٢٥ من قواعد هيئة لندن للتحكيم التجارى الدولى. المادة ٣ من قانون التحكيم الفيدرالى الأمريكى.

(٣) منها على سبيل المثال إجراءات الحماية الوقتية، التدابير الوقتية، التدابير المستعجلة، الإجراءات المستعجلة وغيرها، ومع ذلك وبالرغم من اختلاف العبارات المستخدمة فإنها جميعاً تستخدم للدلالة على نفس المعنى. أنظر فى العبارات المتعددة لمصطلح التدابير الوقتية. د. فاطمة صلاح الدين: ص ٢٠٥ بند ٤٨٥. د. سيد أحمد محمود أحمد: سلطة المحكم فى إصدار الأحكام الوقتية والأوامر فى القانون المقارن الكويتى والمصرى مجلة حقوق الكويت=

لحين صدور الحكم المنهى للنزاع التحكيمى[1] مادة ٢/٢٦ من قواعد اليونسيترال، فقد تقتضى طبيعة هذا النزاع أو ظروف وملابسات الدعوى المعروضة على هيئة التحكيم سرعة سماع شاهد فى مرض الموت، أو خشية تعذر حضوره أمام هيئة التحكيم[2] وصدور حكم مستعجل بسماعه، وذلك تجنباً لأضرار بالغة قد تلحق بأحد الخصوم نتيجة الانتظار حتى صدور حكم التحكيم المنهى للخصومة.

٩٧- واختصاص قضاء الدولة بنظر دعوى سماع شاهد والحكم فيها، وإن كان مقطوع به قبل البدء فى إجراءات التحكيم، وكذلك فى حالة عدم وجود اتفاق بين الخصوم على اختصاص هيئة التحكيم بنظر الدعوى والحكم فيها، فذلك أيضاً الالتجاء إلى قضاء الدولة واختياره لإصدار هذا الحكم حالة وجود هذا الاتفاق لا يتعارض معه، كما لا يعد تنازلاً عن الحق فى التمسك به وفقاً لنص المادة ٣/٢٦ من قواعد اليونسترال، المادة ٣/٢٦ من لائحة تحكيم مركز القاهرة الإقليمى. المادة ١/١٤٤٩ مرافعات فرنسى.

وقضاء الدولة المختص بالدعوى الأصلية بطلب سماع شاهد، هى المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ تحكيم مصرى، وهى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع إذا لم يكن التحكيم تجارياً دولياً، ولمحكمة استئناف القاهرة أو أى محكمة استئناف أخرى يتفق عليها الأطراف[3] وذلك لإصدار حكم مستعجل بسماع شاهد لحين رفع الدعوى الموضوعية أو الفصل فيها أمام هيئة التحكيم.

=العدد الثالث السنة ٢٥ عام ٢٠٠١ ص ٨١ وما بعدها. د. هبه بدر أحمد صادق: المرجع السابق، ص٤٩ ومابعدها.

(١) أنظر حكم محكمة العدل الأوروبية – الدائرة الخامسة – رقم ٩٠/ ٢٦١ – ٢ الصادر فى ١٩٩٢/٣/٢٦ مشار إليه لدى د. فاطمة صلاح الدين: ص ٢٠٤ بند ٤٨٤.

(٢) أنظر فيما سبق بند ٨٦.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٩٠.

وترفع الدعوى الأصلية بطلب سماع شاهد فى الحالتين وفقاً للقواعد والشروط التى يخضع لها القضاء المستعجل فى قانون المرافعات. حيث أن المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ تحكيم قد حلت محل القضاء المستعجل فى هذا الشأن، وتتقيد بذات القواعد والشروط التى يخضع لها القضاء المستعجل[١].

والقضاء المستعجل وفقاً للمادة ٤٥ مرافعات لا يختص بنظر الدعوى المستعجلة إلا إذا كان الإجراء المطلوب إجراءً وقتياً تتوافر فيه حالة الاستعجال واحتمال وجود الحق وعدم المساس بأصله[٢] فإذا تخلف شرط الاستعجال قضى القاضى المستعجل بعدم الاختصاص وتنتهى الدعوى عند هذا الحد[٣]. فالقضاء المستعجل أسند إليه مواجهة عارض خطر التأخير فى منح الحماية المستعجلة بإصدار أحكام مستعجلة تحمى مصالح صاحب الحق الظاهر إلى أن يصدر الحكم فى الموضوع[٤].

---

(١) د. فتحى والى: التحكيم: ص ١٨٨ بند ٩٨.

(٢) د. أمينة النمر: المرجع السابق ص ٤٤ وما يليها بند ٢٧ وما بعده المؤلف: قانون المرافعات المدنية والتجارية ٢٠٠٧ دار المطبوعات الجامعية ص ١١٠ وما بعدها بند ٨٧.

VINCENT et Guinchard: op. cit. P. 205 ets N 242 ets.
PERROT: La Competence du juge des référés gaz pal 1974. doct 895.

(٣) المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى: ص ٦١ وما بعدها بند ٦٠ والأحكام المشارة لديه.

(٤) وبجانب توافر شرطى الاستعجال، واحتمال وجود الحق وعدم المساس به، يجب حتى تقبل الدعوى المستعجلة توافر الشروط العامة لقبول الدعوى، فينبغى توافر شرط الصفة فى الدعوى المستعجلة وهى تثبت لمن به حاجة للحماية الوقتية المطلوبة فى مواجهة من يحتمل أن يكون طرفاً سلبياً فى= =الدعوى الموضوعية، بالإضافة إلى شرط المصلحة بأوصافها المختلفة، مع مراعاة أن شرط المصلحة فى الدعوى المستعجلة يتمثل فى ضرورة توافر الاستعجال، ووقتية الطلب. المؤلف: قانون المرافعات: الإشارة السابقة.
وإذا كانت الدعوى المستعجلة بسماع شاهد، ترمى فقط الاعتداد بدليل، أو الحفاظ على دليل من المحتمل تقديمه فى دعوى إلى هيئة التحكيم، فيشترط لقبول الدعوى، أن تكون الواقعة موضوع الشهادة لم تعرض على هيئة=

ولذا يشترط الفقه الغالب[1] حتى تختص المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ تحكيم بإصدار الحكم المستعجل بسماع شاهد، أن يتوافر جميع شروط الدعوى المستعجلة، لأن هذه المحكمة ثبت لها ولاية القضاء المستعجل فى مواجهة الخطر المطلوب درؤه بشكل مستعجل، فهى تختص على الرغم من وجود اتفاق التحكيم، بدأت الخصومة التحكيمية أو لم تبدأ بعد. ويكون لقضاء الدولة نظر دعوى سماع الشاهد ولو اتفق الخصوم على قصر الاختصاص بهذه الدعوى على هيئة التحكيم، لأن مثل هذا الاتفاق لا يسلب قضاء الدولة اختصاصه بنظر هذه الدعوى وفقاً لنص المادة ١٤ تحكيم مصرى. كما أن هذا القضاء منعقد دائماً، ويمكن الالتجاء إليه فى أى وقت وتحدد جلسة عاجلة أمامه[2] وتطبيقاً لذلك

=التحكيم ولكنه يحتمل عرضها، وأن تكون الواقعة مما يجوز إثباتها بالشهادة، وأن تستشعر المحكمة وجه الضرورة فى الدعوى بأن يخشى فوات فرصة الاستشهاد بشاهد عند نظر الموضوع. المؤلف: المرجع السابق ص ١٨٦ بند ١٤٠.

قارن حيث يرى البعض أن اختصاص المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ تحكيم بإصدار الحكم المستعجل لا يشترط فيه بالضرورة عنصر الإستعجال، وإنما يشترط فقط أن يكون الإجراء المطلوب ذا طبيعة وقتية، وذلك على أساس أن عنصر الاستعجال يعد مناط اختصاص القضاء المستعجل. د. رفعت عبد المجيد: دور القضاء الدائم والمعاون لتحقيق فعالية التحكيم فى التشريع المصرى والمقارن. ورقة بحث مقدمة فى مؤتمر الدور الفعال للقضاء الوطنى فى التحكيم المقام فى الفترة من ١٩ نوفمبر إلى ٢١ نوفمبر ٢٠٠٧ بمدينة شرم الشيخ تحت رعاية مركز القاهرة الإقليمى ص ٩.

(١) د. فتحى والى: ص ١٨٨ بند ٩٨، د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٢٠٤ بند ١٣٤ د. فاطمة صلاح الدين ص ٢٣٩ بند ٥٦٠. د. محمد نور شحاته: النشأة الاتفاقية ص ١٧١ وما بعدها. د. عاشور مبروك ص ٢٨١ بند ١٦٤. د. أحمد السيد صاوى: ص ١٤٧ بند ١٢٣. د. هدى عبد الرحمن: ص ٣٥٨ بند ٢٧٤. د. أحمد هندى: المشكلات، ص ١٤٧. د. هبه بدر أحمد صادق: المرجع السابق، ص ٩٥ ومابعدها.
Bertin: le juge des référés et Le novuel arbitrage. Gaz Pal 1980 – 2 52.

(٢) د. فتحى والى: الإشارة السابقة. قارن:
Coss. Civ. 14 Mars. 1984. Rev. arb. 1985. P. 71.

قضى[1] بأن وجود اتفاق تحكيم لا يستبعد اختصاص القضاء المستعجل، طالما أنه لا يمس موضوع النزاع المطروح على المحكمين.

٩٨- إجراءات الدعوى المستعجلة بطلب سماع شاهد:

نص المشرع المصرى على إجراءات مبسطة وسريعة للدعوى المستعجلة على نحو تحقق الغاية منها، وهى الحفاظ على الحق من تضييع أدلته بسبب بطء التقاضى. فترفع الدعوى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ تحكيم وتشتمل الدعوى على البيانات التى نصت عليها المادة ٦٣ مرافعات. وتتميز هذه الدعوى بأن ميعاد الحضور فيها هو أربع وعشرون ساعة، ويجوز فى حالة الضرورة انقاصه إلى ساعة واحدة بشرط إعلان الخصم نفسه وفقاً للمادة ٦٦ مرافعات، كما جعل ميعاد الطعن فى الحكم الصادر فى هذه الدعوى هو خمسة عشر يوماً أياً كانت المحكمة التى أصدرته، مادة ٢٢٧/ ٢ مرافعات. بالإضافة إلى أن الحكم المستعجل بسماع شاهد يقبل الطعن بالاستئناف فى جميع الأحوال مادة ٢٨٨ مرافعات، رغم قابليته للطعن بالاستئناف، وحتى ولو طعن فيه بالفعل. بالإضافة إلى أن الحكم المستعجل بسماع شاهد يجوز للمحكمة أن تأمر بتنفيذه بموجب مسودته بغير إعلان وفقاً للمادة ٢٨٦ مرافعات، دون حاجة لانتظار إعداد نسخة الحكم الأصلية، ثم الصورة التنفيذية، ودون حاجة إلى اتخاذ مقدمات تنفيذ، غاية الأمر أن يطلب المحكوم له تنفيذ الحكم بموجب مسودته، حتى تستطيع المحكمة أن تقضى بذلك.

٩٩- نطاق سلطة المحكمة عند الفصل فى الدعوى والحكم فيها:

فى إطار الإجراءات المختصرة للدعوى المستعجلة تنظرها محكمة المادة ٩ تحكيم، وتصدر فيها حكماً وقتياً لا يمس أصل الحق. فليس لها أن تبحث فى أصل الحق، وصاحبه، أو تنظر فى المستندات المقدمة من الخصوم فى الدعوى التحكيمية، لتحقق على ضوئها من صاحب الحق أو

---

(١) بنى سويف الجزئية فى ١٩٣٠/١/٨ المحاماة السنة ١١ ص ١٨٣، مستعجل مصر فى ١٩٥١/١٢/٥ المحاماة السنة ٣٤ ص ٨٥٣.

Coss. Civ. 20 déc 1982. Bull. Civ. 111. 195.

Coss. Civ. 9 Juin 1979 rev. arb 1980. 1. 78. J. C. P. 1980. 2. 1938.

Paris 10 Dec. 1982. Rev. arb. 1983. 181. Note Moseau.

المركز المطلوب حمايته. على أنه ليس هناك ما يمنع المحكمة من أن تتناول مؤقتاً لحاجة الدعوى بسماع الشاهد، بحث ظاهر الأوراق والمستندات المتعلقة بالحق الموضوعى للتأكيد من أن وقائع الدعوى تؤدى لاحتمال وجود الحق محل الدعوى الموضوعية من الناحية الفعلية، ذلك ليس بهدف حسم النزاع حول أصل الحق، وإنما هى تقوم بمجرد تقدير وقتى عاجل لتستشف به المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع ما يبدو للنظرة الأولى أن يكون هو وجه الصواب فى خصوص الإجراء المطلوب مع بقاء أصل الحق سليماً يتناضل به ذوى الشأن لدى هيئة التحكيم[1] أى أن بحث المحكمة للأوراق والمستندات المتعلقة بأصل الحق يكون عرضياً تتحسس به ما يحتمل لأول نظرة أن يكون هو وجه الصواب فى الطلب بسماع شاهد.

وتتعرض محكمة المادة ٩ تحكيم لظاهر الأوراق والمستندات المتعلقة بأصل الحق الموضوعى، فضلاً عن كون ذلك للتأكيد من أن وقائع الدعوى تؤدى لاحتمال وجود الحق الموضوعى من الناحية الفعلية. فالمحكمة قد لا يمكنها إصدار حكمها المستعجل بسماع الشاهد بدون البحث الظاهر لهذه الأوراق وتلك المستندات، كى تقدر مدى توافر حالة الاستعجال فى الدعوى. بحيث تشتمل على مصالح يخشى فواتها أو إلحاق ضرر بالغ بها لفوات الوقت. كذلك قد تقوم المحكمة[2] ببحث اتفاق التحكيم بحثاً ظاهرياً للتأكد من وجوده وصحته، فهى لا تحكم بسماع الشاهد إذا ثبت لها عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه بطلان ظاهراً، وكذلك إذا كان رافع الدعوى المستعجلة ليس طرفاً فى اتفاق التحكيم.

وتصدر المحكمة حكمها بسماع الشاهد، على أساس توافر شروط القضاء المستعجل، وليس على أساس ثبوت الحق الموضوعى أو نفيه،

---

(١) نقض ١٩٦١/١١/٨ طعن ١٢٧/ ٢٧ق، نقض ١٩٧٨/١١/١٨ طعن ٤٧/١٤٣٤ ق.

(٢) د. فتحى والى: التحكيم: ص ١٩١ بند ٩٨.

فيكون الحكم معيباً إذا قضت بسماع شاهد على أساس ثبوت الحق الموضوعي لرافع الدعوى المستعجلة[1] ذلك لأنها تكون قد فصلت موضوعياً فى الحق فى أسباب الحكم بسماع الشاهد، وهى ممنوعة من المساس بأصل الحق. وإنما يجب على المحكمة أن تسبب حكمها فيما يتعلق بالحق بعبارات تدل على أنها لا تفصل فيه قطعياً، فتقرر أنه يبدو لها من ظاهر الأوراق والمستندات وجود الحق، أو أنه يظهر ذلك من المستندات أو أنه يرجح وجود الحق إلى آخر هذه العبارات التى تفيد الطعن والترجيح لا القطع واليقين[2].

أما منطوق الحكم المستعجل، فإنه يكون إما بإجابة الخصم إلى طلبه الوقتى، إذا تبين للمحكمة توافر شروط اختصاصها "الاستعجال، وعدم مساس الإجراء المطلوب بأصل الحق" أى أنها تقضى بالإجراء الوقتى الذى طلبه المدعى بسماع الشاهد، أما إذا انتهت المحكمة إلى عدم توافر شروط اختصاصها، فإنها تحكم بعدم اختصاصها وتنتهى الدعوى عند هذا الحد[3].

١٠٠- حجية الحكم المستعجل بسماع شاهد وسلطة هيئة التحكيم:

القاعدة[4] أن الأحكام المستعجلة ومنها الحكم بسماع شاهد، لا تحوز حجية الأمر المقضى أمام قضاء الموضوع، ومن باب أولى أمام هيئة

---

(١) استئناف القاهرة ٩١ تجارى ٢٠٠٤/١/٢٨ فى القضية ٣ لسنة ١٢٠ق مشار إليه لدى د. فتحى والى: ص ١٨٨.

(٢) د. وجدى راغب: مبادئ القضاء ص ٣١٣. المؤلف: قانون المرافعات ص ١١٧ بند ٨٩. د. احمد هندى: الوسيط فى قانون المرافعات، مشار إليه سابقاً ص ٢١١ بند١٢٨.

(٣) وفى تطبيق ذلك قضى بأنه "بأن قضاء القاضى المستعجل بعدم اختصاصه النوعى بنظر الدعوى ينهى الخصومة، ولا يبقى منها ما يجوز إحالته إلى محكمة الموضوع طبقاً لنص المادة ١١٠ مرافعات ...". نقض ١٩٥٣/١٠/١٥ مجموعة المكتب الفنى السنة الخامسة ص ٥٥. نقض ١٩٧٧/١٢/٢١ المكتب الفنى السنة ٢٨ ص ١٨٤١.

(٤) د. وجدى راغب: الإشارة السابقة. د. فتحى والى: قانون القضاء ص ١٣١ بند ٨١. د. نبيل عمر: النظام القانونى للحكم القضائى دار الجامعة الجديدة=

التحكيم. فهذا الحكم لا يحول دون قبول الدعوى الموضوعية بشأن الحق أمام هيئة التحكيم، كما أنه لا يقيد هيئة التحكيم عند الفصل فى هذه الدعوى بمضمونها.

وعدم حيازة الحكم بسماع شاهد لحجية الأمر المقضى أمام هيئة التحكيم يعتبر أمراً طبيعياً، فهو من ناحية يتفق مع قاعدة نسبية الحجية من حيث الموضوع[1] فموضوع الدعوى بسماع شاهد يختلف عن موضوع الدعوى الموضوعية التحكيمية. ومن ناحية أخرى، فهو يتمشى مع المنطق، فلا يعقل أن يقيد الحكم بسماع شاهد، وهو قائم أساساً على الاحتمال والترجيح والبحث السطحى، هيئة التحكيم التى تفصل فى أصل الحق. وهو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع الإجرائى وفقاً لنص المادتان ٤٨٢، ٤٨٨ مرافعات فرنسى.

ولكن الحكم بسماع شاهد يقيد المحكمة التى أصدرته فهذا الحكم وعلى ما جرى به قضاء النقض[2] هو حكم وقتى بطبيعته، ولا تكون له حجية متى تغيرت الظروف. فلا يجوز هذا الحكم حجية أمام هيئة التحكيم التى تفصل فى أساس الحق المتنازع عليه وبالتالى فإنها لا تتقيد بما أنتهى إليه حكم المادة ٩ تحكيم فى قضائها الوقتى القائم على مجرد تحسس

=٢٠٠٦ ص ٣٢٢ بند ٢٣٠ مكرر. المؤلف: المرجع السابق الإشارة السابقة أحمد نشأت: رسالة ص ٢٣٤ بند ٦٣٨. د. هبه بدر أحمد صادق: المرجع السابق، ص ٢١٢.

GARSONNET et CEZAR – BRU: op. cit. T. 8. p 43.
Glasson Tissier et MOREL: op. cit. T. 3. P. 97.

(١) د. فتحى والى: المرجع السابق ص ١٣٨ وما بعدها بند ٨٥. د. وجدى راغب: الإشارة السابقة. د. أحمد هندى: المرجع السابق، ص ٥٩٣ ومابعدها، بند ٤٦٥.

(٢) نقض ١٨/١/١٩٩٠ طعن ١٠٧٨/ ٥٤ ق نقض ١٤/١١/١٩٨٩ السنة ٤٠ ص٧٣ ج ٣.

Coss. Civ. 12 Déc 1973, gaz pal 1974. 1. 8. Civ 8 juin 1977 Bull. Civ. 111. p. 193.

الظاهر من الأوراق. ويتقدم الطرف الذى طلب سماع الشاهد أن تأخذ به أو ترفضه حسبما ترى[1]. فالحكم الصادر من محكمة المادة ٩ تحكيم يقدم إلى هيئة التحكيم كدليل، ومن ثم يكون للهيئة بشأنه سلطة تقديرية شأن أى دليل فى الدعوى، فلها الأخذ به أو على العكس رفضه، لكون الأدلة المقدمة فى الدعوى من غير هذا الدليل كافية لتكوين عقيدتها[2].

المبحث الثالث

الاستجواب

١٠١- أهمية الاستجواب وماهيته:

لهيئة التحكيم استخدام الاستجواب كطريق إثبات، وإن كان نادراً الاستعمال من حيث الواقع، لأن الغالب هو حضور الخصوم نظر الدعوى بأنفسهم أو بمن ينيبونهم أو بمن يناب عنهم. إلا أن هذا لا يحول دون الهيئة والإصرار على استجواب الخصوم أو بعضهم إذا ما استدعت الظروف ذلك[3] كأن ترى ضرورة له أو جدوى منه[4] وتكون للهيئة جميع السلطات التى لقضاء الدولة فيما يتعلق بالأستجواب[5].

---

(١) د. رضا السيد: ص ٥٤. د. محمد نور شحاته: ص ١٧٨ والحكم المشار لديه.
Paris. 14 Janv. 1975. Rev. arb. 1976. 24. Fouchard.

(٢) انظر فيما سبق بند ٢٢.

(٣) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧٠٢ بند ٤٨١ د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم ص ٢٦٧ بند ١٠٨. د. أسامة المليجى: ص ١٦٣ بند ١٠٦. د. على اسماعيل غازى: المرجع السابق، ص ٣٨٤ ومابعدها.
PERROT: L'adminstration. Op. cit. Rev. arb. P. 163.
MOREAU: Rev. arb1978 op. cit. P. 334.

(٤) د. نبيل عمر: التحكيم ص ٢٠٤ بند ١٧١.

(٥) د. محمد وعبد الوهماب العشماوى: ج ٢ ص ٦١٣ بند ١٠١٥. د. سليمان مرقس: ص ٥٨١ بند ٢٠٢.

والاستجواب طريق من طرق تحقيق الدعوى، تستهدف به هيئة التحكيم تمكنها من تلمس الحقيقة الموصلة لإثبات الحق فى الدعوى[1] مع ترك الأمر للهيئة فى ترتيب النتائج القانونية الناتجة عن موقف الخصم المطلوب استجوابه.

والاستجواب على هذا النحو، طريق فعال يسمح بالاتصال المباشر بين هيئة التحكيم وأطرافه، والرد على الأسئلة الموجهة إليهم بدون إعداد مسبق للإجابة بين أطراف التحكيم ومحاميهم، مما يسمح بإعطاء إجابات تتسم بالصدق والتلقائية، بعيداً عن الإجابات الملتوية فى ثوب قانونى، والتى تحول دون تحقيق الهدف من الإجراء[2].

وبهذا يختلف الاستجواب كطريق من طرق التحقيق، عن مجرد قيام المحكم بدعوة أطراف التحكيم لتقديم بعض الإيضاحات والتفسيرات التى ترى هيئة التحكيم أنها ضرورية لحل النزاع تطبيقاً للمادة ٨ مرافعات فرنسى، والتى تعد مجرد رخصة للهيئة تستعملها إن شاءت دون إصدار حكم بإجرائها، بل تجريها مباشرة إذا قدرت ضرورتها دون حاجة إلى إجراء التحقيق. فتلجأ الهيئة لهذه الإيضاحات لإزالة الغموض أو اللبس بشأن ما قدمه الأطراف من مذكرات أو أدلة وفقاً للمادة ٢/٢٨ من قواعد اليونسترال. على عكس الاستجواب الذى يستلزم إصدار حكم بشأنه سواء أمرت به هيئة التحكيم من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب أحد الخصوم. كما يختلف الاستجواب عن الشهادة، ولذا فإنه يجوز فى كل الدعاوى ولو كان موضوعها لا يقبل الشهادة.[3]

---

(١) فى هذا المعنى أنظر: نقض مدنى ١٩٧٩/٢/١٤ مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٠ ص ٥٢٧. نقض مدنى ١٩٧٩/١١/١٥ مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٠ ص ٣٧. "وفيه أن استجواب الخصوم طريق من طرق تحقيق الدعوى شرع لاستجلاء بعض عناصر ووقائع المنازعة المرددة فى الخصومة توصلا إلى معرفة وجه الحق فيها".

(٢) د. سحر يوسف: المرجع السابق ص ٤٤١ بند ٢٥٨.

(٣) د. رمزى سيف: الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط ٩ ص ٦٥١ بند ٥١٤.

١٠٢- سلطة توجيه الاستجواب ومن يوجه إليه ووقته:

تنص المادة ٣٢ من لائحة التحكيم السعودى[١] " لهيئة التحكيم استجواب "المحتكمين بناء على طلب إحداهم أو بمبادرة منها". والمادة ٣/٢٧ من قواعد اليونسترال تنص على أن "لهيئة التحكيم أن تطلب من الطرفين فى أى وقت أثناء إجراءات التحكيم أن يقدما خلال المدة التى تحددها ... أية أدلة أخرى" فلهيئة التحكيم أن تطلب حضور الخصوم أو أحدهم لاستجوابه بشأن المسائل التى يثرها النزاع. وطلب الخصم لاستجوابه يتم إما من تلقاء نفس الهيئة، أو بناء على طلب الخصوم.

والاستجواب كإجراء، مثل سائر إجراءات التحقيق الجائز الأمر بها. تأمر به هيئة التحكيم من تلقاء نفسها، ودون توقف على طلب من أحد طرفى التحكيم، ولو كانت بصدد مسألة مستعجلة[٢] فيمكن لهيئة التحكيم من أجل التحقيق من جدية المنازعة أن تتخذ كافة إجراءات التحقيق التى تراها مجدية، لا سيما استجواب الخصم[٣]. وإذا أمرت الهيئة بتوجيه الاستجواب إلى أحد الخصوم، يكون للخصم الآخر طلب سماع أقواله[٤] واستجوابهما لايعد إهدار من الهيئة لوسائل الإثبات الأخرى، طالما لم تفصح عن ذلك صراحةً[٥].

ويكون توجيه الاستجواب من جانب هيئة التحكيم من تلقاء نفسها إلى أى من طرفى الدعوى التحكيمية. أما الاستجواب الذى يوجه بناءً على

---

(١) وفى نظام التحكيم السعودى الجديد تنص المادة ٢٨ على أن "لهيئة التحكيم أن تجتمع فى أى مكان تراه مناسباً للمداولة بين أعضائها". والمادة ٢٨ تحكيم مصرى تنص على أن " لطرفى التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم .... ولا يخل ذلك بسلطة هيئة التحكيم فى أن تجتمع فى أى مكان تراه مناسباً للقيام بإجراء من إجراءات التحكيم كسماع أطراف النزاع".

(٢) أنظر فيما سبق بند ٢١.

(٣) Coss. Civ. 30 Jani 1993. Bull Civ. N 237. R. T. D. Civ. 1994. 162. obs. Perrot.
مشار إليه لدى د. سحر يوسف: ص ٤٤٥.

(٤) Fouchard, Gaillard, et Gadman: op. cit., P. 721 N. 1290.

(٥) نقض مدنى ١٤ فبراير ١٩٧٩ طعن رقم ١١١١/ ٤٨ ق.

طلب أحد الأطراف، فلا يجوز توجيهه إلا إلى من يعتبر خصمه فى الدعوى[1] فلا يجوز لأحد المحتكم ضدهم أن يستوجب محتكم ضده آخر توصلاً إلى إثبات دفاعه ضد المحتكم، لأن المحتكم ضده الآخر لا يعتبر خصماً للمحتكم ضده الأول[2].

والطلب الذى يقدمه الخصم لاستجواب خصمه، لا يشترط فيه شكل معين، فقد يبدى شفاهة فى الجلسة ويثبت فى محضرها، وقد يبدى مكتوباً، وفى الحالتين لا بد وأن يوضح فيه الطالب الواقعة المراد استجواب خصمه بشأنها، حتى تتمكن هيئة التحكيم من ممارسة سلطتها التقديرية بشأنه.

وهيئة التحكيم ليست ملزمة بأن تستجيب لطلب الخصم لاستجواب خصمه فى الدعوى، فلها أن ترفض هذا الطلب إذا رأت الدعوى ليست فى حاجة إلى استجواب[3] كأن تكون الواقعة المراد الاستجواب عنها ثابتة ثبوتاً تاماً، ولا يوجد أى ظرف فى الدعوى يسمح بالتشكك فى هذا الثبوت[4].

وإذا لم يكن الخصم حاضراً بالجلسة كان لهيئة التحكيم كذلك أن تأمر بحضوره لاستجوابه من تلقاء نفسها أو بناء على طلب خصمه، وعلى من تقرر استجوابه أن يحضر بنفسه الجلسة التى حددها القرار وفقاً للمادة ١٠٦ إثبات مصرى. بعد إعلانه بصدور الأمر باستجوابه وبالجلسة التى تحددت لإجراء الاستجواب[5].

ويشترط فى الخصم المستجوب[6] أن يكون كامل الأهلية، فإن كان

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٥/١٢/٢ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٦ ص ١١٨٤.

(٢) فى هذا المعنى أنظر محمد وعبد الوهاب العشماوى ج ٢ ص ٦١٠ بند ١٠١٣.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٢٢.

(٤) محمد وعبد الوهاب العشماوى ص ٦١١ بند ١٠١٣.

(٥) د. سليمان مرقس: ص ٥٧٨ بند ٢٠١. المؤلف: المرافعات: ص ٤٢٣ بند ٢٨٨.

(٦) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧٠٢، ٧٠٣ بند ٤٨١، د. سليمان مرقس: الإشارة السابقة. المؤلف: ص ٤٢٤ بند ٢٨٨. د. سحر يوسف: ص ٤٤٦ بند ٢٦١.

عديم الأهلية، أو ناقصها جاز استجواب من ينوب عنه، إذا كان لهذا النائب أهلية التصرف فى الحق المتنازع عليه. وتطبيقاً لذلك يجوز استجواب القاصر المأذون له بالإدارة فيما أذن له فيه، كما يجوز استجواب الممثل القانونى للشخص المعنوى، إذا كان له سلطة التصرف فى الحق المتنازع فيه[1] وأن يكون خصماً فى الدعوى، فلا يجوز سماع من ليس خصماً إلا باعتباره شاهداً فى الأحوال التى يجوز فيها الإثبات بهذا الطريق. كما يتعين أن يحضر الخصم المطلوب استجوابه بنفسه وأن يجيب على الأسئلة الموجهة إليه[2].

ولهيئة التحكيم أن تستعمل سلطتها فى توجيه الاستجواب من تلقاء نفسها لأى من الخصوم، وفى أية حالة كانت عليها الدعوى[3] طالما لم يقفل بعد باب المرافعة، بل لها ذلك حتى ولو أقفل باب المرافعة، طالما لم يصدر حكم، فتقرر من تلقاء نفسها إعادة فتح باب المرافعة إذا رأت ضرورة لذلك وفقاً لنص المادة ٢٨/ ٢ من قواعد اليونسترال، نظراً لوجود ظروف تستلزم الاستجواب.

ويجوز لأى من خصوم الدعوى أن يطلب إلى هيئة التحكيم توجيه الاستجواب إلى خصمه، فى أية حالة كانت عليها الدعوى، طالما كان ذلك قبل قفل باب المرافعة، بل يجوز للخصم أن يطلب ذلك حتى ولو أقفل باب المرافعة، طالما قررت الهيئة فتحه بناءً على طلب أحد الخصوم أو من تلقاء نفسها – كما فى الحالة السابقة – إذا رأت أن أدلة الإثبات[4]

---

(١) استئناف القاهرة – ٦٢ تجارى – ٢٠٠٢/١٢/٦ فى الدعوى رقم ٢٧ لسنة ١١٨ ق.

(٢) د. مصطفى الجمال، عكاشة: الإشارة السابقة.

(٣) تطبيقاً للمادة ١٤٤ مرافعات فرنسى والتى تنص على قاعدة عامة لإجراءات الإثبات:

"Les measures d'instruction Peuvent être ardonneés entont état de cause".

(٤) محمد وعبد الوهاب العشماوى: الإشارة السابقة. د. سليمان مرقس: ص ٥٨١ بند ٢٠٢.

المقدمة فى الدعوى غير كافية، وأن فى توجيه الاستجواب فائدة فى استكمال الأدلة.

١٠٣- الواقعة موضوع الاستجواب وما يشترط فيها:

القاعدة يجوز إجراء الاستجواب فى كل موضوع قائم بشأنه نزاع أمام القضاء[١] عادى أم تحكيمى، ترى هيئة التحكيم أن الأمر بالاستجواب ضرورى لتنوير عقيدتها بصدده، مهما كان نوع الإجراءات المتبعة بالنسبة له، سواء كان إثبات بالبينة جائزاً أم غير جائز[٢].

ويشترط فى الواقعة موضوع الاستجواب، فضلاً عن الشروط العامة الواجب توافرها فى الواقعة محل الإثبات[٣] أن تكون شخصية بالنسبة للخصم المطلوب استجوابه، فلا يجوز أن يتناول الاستجواب واقعة لا علاقة لها بالشخص المطلوب استجوابه. أما بالنسبة للشخص الاعتبارى، فيقصد بالواقعة الشخصية، تلك الواقعة المتعلقة بالشخص الاعتبارى لا بشخص الممثل القانونى للشخص الاعتبارى. أو تلك التى يعلمها الممثل القانونى بصفته عن الشخص الاعتبارى. فإذا أقر ممثل الشخص الاعتبارى، فإن إقراره يلزم الأخير ما دامت له صفة فى تمثيله[٤].

وإذا كانت القاعدة هى جواز إجراء الاستجواب فى كل موضوع قائم بشأنه نزاع أمام هيئة التحكيم، إلا أنه لا يجوز توجيهه من قبل هيئة التحكيم، أو طلبه من الخصوم بشأن الوقائع[٥] غير المشروعة، أو الثابتة بمقتضى حكم قضائى حائزاً لقوة الشئ المقضى به، ولو كان هذا الحكم بشأن واقعة ثبتت عن طريق اليمين الحاسمة أو كانت تلك الوقائع يتطلب

---

(١) Art. 184. N. C. P. Civ. "le juge Peut, en toute matiére faire Comparaître Personnellement les Parties au L'une d'elles".

(٢) د. سحر يوسف: ص ٤٤٧ بند ٢٦٢. نقض مدنى ١٩٧٩/١١/١٥ مشار إليه سابقاً.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٢.

(٤) Morel: op. cit. P. 408. N 508.

(٥) محمد وعبد الوهاب العشماوى: ص ٦١٤ وما بعدها بند ١٠١٦ وما بعده، د. سليمان مرقس: ص ٥٨١ وما بعدها بند ٢٠٣.

لإثباتها شكل معين، أو أثبتها موظف عام فى ورقة رسمية، لأن الواقعة الأخيرة[1] لا يجوز نقضها إلا عن طريق الطعن بالتزوير.

١٠٤ - سلطة هيئة التحكيم فى العدول عن الاستجواب:

الاستجواب شأن سائر إجراءات التحقيق الأخرى التى نص عليها قانون التحكيم المصرى، وأنظمة التحكيم المقارن. تعد هذه الإجراءات فى مجملها وسائل بيد المحكم أو هيئة التحكيم، تعينها على كشف الحقيقة. فهى تملك الحرية فى اختيار الإجراء المناسب لتنوير عقيدتها بصدد النزاع المعروض عليها، ودون أن تخضع لقضاء الدولة فى اختيارها لهذا الإجراء، فاختيار الهيئة لإجراء من إجراءات التحقيق من إطلاقات السلطة التقديرية لهيئة التحكيم[2].

وترتيباً على ذلك، تملك الهيئة العدول عن إجراء الاستجواب بعد أن أمرت به، سواء من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب أحد الخصوم، كأن ترى الهيئة أن الواقعة موضوع الاستجواب غير متعلقة بالدعوى أو غير منتجة فى النزاع. أو أن الأدلة على صحة المطالب أو الدفوع الخاصة بها مكتملة أو مقنعة وكافية لتكوين عقيدتها[3] فتعول الهيئة عن تنفيذ قرارها باستجواب أحد الخصوم، استناداً إلى ما قررته من أن الدعوى تستقيم بغير حاجة إلى إجراء الاستجواب، معنى ذلك، أنها رأت فى عناصر الدعوى ما يغنيها عنه، ويكفى لتكوين عقيدتها، وهو أمر يخضع لتقديرها[4] ومن ثم يعد تنفيذ الإجراء بالاستجواب عديم الجدوى ولا محل له، لأن الإصرار على تنفيذه برغم عدم جدواه سيخرج إجراءات التحقيق عن الهدف منها كوسائل تعين هيئة التحكيم على سرعة البت فى النزاع لا كوسائل لإطالة أمده[5].

---

(١) أنظر فيما سبق بند ٧٧.

(٢) أنظر فيما سبق بند ٢٣.

(٣) د. نبيل عمر: ص ٢٠٤ بند ١٧١.

(٤) نقض مدنى ١٩٦٥/١٢/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ١٣٠٤.

(٥) د. سحر يوسف: ص ٤٥٣ بند ٢٦٥.

وعدول هيئة التحكيم عن الاستجواب الذى سبق وأن أمرت به، كما يكون صريح، يمكن أن يكون ضمنياً، كأن تذكر فى مدونات الحكم أنها وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها للحكم فى موضوع النزاع، دون حاجة إلى تنفيذ ما سبق وأن أمرت به، فلا يعيب الحكم عدم الإفصاح صراحةً فى محضر الجلسة أو فى مدوناته عن أسباب هذا العدول[1].

وعدول الهيئة عن الاستجواب، لا يمنعها من أن تأمر بإجراء تحقيق آخر، حيث أن أمرها بالاستجواب وعدولها عنه، لا يعنى إهدار حقها من اللجوء إلى وسائل أخرى لتحقيق الدعوى، ما لم تفصح عن ذلك صراحةً، حيث أن الأمر بإجراء أو العدول عنه، يعد من إطلاقات السلطة التقديرية لهيئة التحكيم.[2]

١٠٥ـ إجراءات الاستجواب:

إذا لم ينازع فى طلب الاستجواب[3] أو إذا رأت هيئة التحكيم من تلقاء نفسها أن تستجوب الخصم، قام المحكم إذا كان فردى، أو رئيس الهيئة بتوجيه الأسئلة التي يراها إلى الخصم، ويوجه إليه أيضاً ما يطلب الخصم الآخر توجيهه منها وفقاً للمستفاد من نص المادة ١٠٩ إثبات مصرى. ولهيئة التحكيم سلطة تقديرية فى توجيه الأسئلة، فلها أن تمنع توجيه أسئلة الخصم التى لا تتعلق بالدعوى، أو تكون غير منتجة فيها،

---

(١) أنظر فيما سبق بند ٢٣.

(٢) أنظر فى حقوق المحكم: د. شحاته غريب شلقامى: المرجع السابق ص٨٢ ومابعدها.

(٣) للخصم المطلوب استجوابه أن ينازع فى جواز الاستجواب، سواء لعدم تعلقه بموضوع النزاع، أو لكون الوقائع المطلوب الاستجواب بشأنها غير منتجة فى الدعوى أو غير جائزة الإثبات عن طريق الاستجواب د. سليمان مرقس: ص ٥٨٨ بند ٢٠٥. =

=وحينئذ تعد هذه المنازعة مسألة أولية لهيئة التحكيم الفصل فيها، متى نص عليها اتفاق التحكيم، أما إذا كانت لا تدخل فى إتفاق التحكيم، فإنها تخرج عن ولاية هيئة التحكيم، ما لم يطلب الطرفان معاً من الهيئة الفصل فيها، إذ بهذا يتفقان على التحكيم بشأنها، وتكون للهيئة ولاية نظرها وفقاً لنص المادة ٨١٩ مرافعات إيطالى. أنظر د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٥٧ بند ١٩٤.

أو تتضمن ما يخالف النظام أو الآداب العامة، أو على الكل ما يتضمن تجريحاً للخصم المستجوب.

ويجرى الاستجواب فى الجلسة المحددة لإجرائه، ويجيب المستجوب شخصياً على الأسئلة، ولا يوجد ما يمنع حضور محامى معه أو مع طالب الاستجواب، وتكون الإجابة فى مواجهة من طلب الاستجواب، ولكن لا يتوقف الاستجواب على حضوره وفقاً للمادة ١١٠ إثبات مصرى، طالما أعلن بها هذا الأخير إذا لم يكن حاضراً، وإلا فإن غيابه لا يمنع من إجراء الاستجواب متى ثبت أنه علم بتحديد هذه الجلسة، أو أعلن بها قانوناً[١].

وإذا كان للخصم عذر يمنعه نهائياً عن الحضور للاستجواب، جاز للهيئة أن تندب أحد أعضائها لاستجوابه[٢]. أما إذا كان الخصم المطلوب استجوابه مقيماً فى الخارج، كان للهيئة طلب الإنابة القضائية من المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع وفقاً للمادة ٣٧/ ب تحكيم مصرى[٣].

وإجابة الخصم على الأسئلة الموجهة إليه، تكون تلقائية، فلا يجوز الاستعانة بمذكرات أو بمحام للإجابة على الأسئلة، وعدم إجابة الأخير على الأسئلة لا تمنع من حضوره[٤]. ما لم تكن الأسئلة التى توجهها هيئة التحكيم للخصم تتطلب إجابات محددة، كأرقام، أو ذكر بنود وشروط واردة فى عقد أو حسابات، ولا تسمح ذاكرة الخصم المستجوب بالإجابة دون الإطلاع عليها، فتسمح له هيئة التحكيم بالإجابة من خلال تلك الأوراق المكتوبة للرد على ما يوجه للخصم من أسئلة[٥].

---

(١) د. سليمان مرقس: ص ٥٨٩ بند ٢٠٥. د. عيد القصاص: التحكيم ص ٣٢٠ بند ١٠٨. د.على اسماعيل غازى: المرجع السابق، ص ٣٨٥.

(٢) أنظر فيما سبق بند ٢٩.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٤٩.

(٤) محمد وعبد الوهاب العشماوى: ص ٦١٦ بند ١٠١٨.

(٥) MIGUET: Comparution Personnelle des Partis. Jur. Class. Fasc. 672. P 10 N 77.

١٠٦- ويتم تدوين الأسئلة والأجوبة بالتفصيل والدقة فى محضر الجلسة، ثم تتلى على الحاضرين. ويوقع على المحضر المحكمين والخصوم الذى تم استجوابهم، وإذا امتنع المستجوب عن الإجابة أو عن التوقيع فإنه يجب ذكر سبب امتناعه، ويكون تحرير هذا المحضر وجوبياً لضبط وقائع جلسة الاستجواب بكاملها، نظراً لما يترتب على بعضها من نتائج هامة للحكم فى النزاع، لأن تخلف الخصم عن الحضور أو الإجابة بغير عذر مقبول أو مبرر قانونى، ورغم أن المشرع[١] لم يرتب جزاء على هذه المخالفة، إلا أن ذلك يخول لهيئة التحكيم أن تتخذ مسوغاً لاعتبار الوقائع التى تقرر الاستجواب عنها، إعادة الاستجواب بشأنها مرة ثانية كما أن احتجاج المستجوب بالنسيان أو الجهل بالوقائع يجيز لهيئة التحكيم قبول شهادة الشهود، طالما لم يرفض الخصم الإجابة[٢].

وإذا كانت القاعدة هى تدوين المحضر والتوقيع عليه، فيمكن الخروج على هذه القاعدة استثناءً إذا ما نص القانون الإجرائى محل التطبيق على الخصومة التحكيمية[٣] على إعفاء الهيئة من تدوين هذا المحضر، والاكتفاء

---

(١) لم ينص قانون الإثبات المصرى على جزاء يوقع حالة تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب أو الإجابة بغير عذر مقبول أو مبرر قانونى.
ولعدم وجود مثل هذا الجزاء رأى بعض الفقه أن عدم تدوين الأسئلة والأجوبة بتفاصيلها فى محضر الجلسة، وكذلك عدم توقيع محضرها من رئيس الجلسة وكاتبها يستتبع بطلان الاستجواب. بخلاف مسألة تلاوة الأسئلة والأجوبة على المستجوب قبل دعوته للتوقيع على المحضر فلا يرتب بطلان، إلا إذا ثبت أن المستجوب طلب تلاوة= =أقواله ولم تستجيب المحكمة – أو هيئة التحكيم له. د. سليمان مرقس: ص ٥٨٩ بند ٢٠٥.
قارن: حيث قضت محكمة النقض الفرنسية، بأن إغفال بيانات فى أقوال الخصم المستجوب فى محضر الجلسة لا يترتب عليها بطلان الإجراء، إلا بعد إثبات الأضرار التى نجمت عن إغفال هذا البيان وتأثيرها فى هذا الإجراء.
Coss. Civ. 28 Nov. 1977 gaz pal 1977. 2. 602 Note Viatte
مشار إليه لدى د. سحر يوسف: ص ٤٥٥.

(٢) د. نبيل عمر: ص ٢٠٤، ٢٠٥ بند ١٧١. د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧٠٣ بند ٤٨١ د. أبو الوفا: عقد التحكيم: ص ٢٧٠ بند ١٠٨.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٧.

ببيان مضمون أقوال الخصم المستجوب فى الحكم الصادر فى الموضوع إذا كانت الدعوى محجوزة للحكم فيها[1]. وشأن ذلك هو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع الفرنسى حيث نصت المادة ١٩٤/ ٢ مرافعات على إعفاء المحكمة – هيئة التحكيم – من ضرورة تدوين أقوال الخصم المستجوب فى محضر الجلسة، والاكتفاء ببيان مضمون تلك الأقوال فى الحكم الصادر فى الموضوع إذا كانت الدعوى محجوزة للحكم فيها.

وما دون الحالة التى ينص عليها القانون الإجرائى محل التطبيق على الإجراءات، والتى تخول نصوصه على إعفاء الهيئة من تدوين محضر بأقوال الخصم المستجوب، تسترد القاعدة تطبيقها، ويكون تحرير المحضر وجوبياً لضبط وقائع جلسة الاستجواب، نظراً لما يترتب على بعضها من نتائج هامة للحكم فى النزاع.

وإذا كان عدم حضور الخصم المطلوب استجوابه أو حضوره واحتجاجه أمام الهيئة بالنسيان أو الجهل بالوقائع يبرر لها قبول الإثبات بشهادة الشهود فيما لا يجوز قبولها فيه أصلاً[2]، أو أن تستمر فى الإجراءات وتحكم على أساس ماهو متاح لها من أدلة الإثبات مادة ٣٥ من نظام التحكيم السعودى. ولكن لاتستطيع إجباره على الحضور واستجوابه أو توقيع جزاء عليه[3]. فإذا حضر الخصم وتم استجوابه فإن

---

(١) لهيئة التحكيم عندما تأمر بحجز الدعوى للحكم، تصرح للأطراف بتقديم مذكرات أو بإيداع مستندات أو بهما معاً، وذلك فى ميعاد تحدده، كما يجوز لها بعد حجز الدعوى لأجل معين أن تقرر فتح باب المرافعة، ذلك سواء من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب من أى الأطراف وفقاً لنص المادة ٢/٢٨ من قواعد اليونسترال، المادة ٢/٢٩ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى وفى تطبيق ذلك أنظر: استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجارى جلسة ٢٠٠٣/٦/٢٩ فى الدعوى ٢٧/ ١١٩ق.

(٢) ولما كان الاستجواب على خلاف الشهادة، فلا يجوز لهيئة التحكيم أن تطلب من محكمة المادة ٩ تحكيم معاقبة من يتخلف عن الحضور بشأن الاستجواب بالعقوبة المنصوص عليها، فى المادة ٧٨، ٨٠ إثبات مصرى. انظر فيما سبق بند ٩٠ ومابعده.

(٣) د. عيد القصاص: قانون التحكيم، ص ٣٢١ بند ١٠٨.

ذلك يخول لهيئة التحكيم أن ترتب على إجابته أثرها القانونى وفقاً لقواعد الإثبات. فقد تتضمن الإجابة إقراراً صريحاً أو ضمنياً، فيكون أثرها هو أثر الإقرار، وتتمتع بما له من حجية. وقد لا تتضمن مثل هذا الإقرار، فيمكن اعتبارها بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة استناداً إلى أنها تكون مدون فى محضر الجلسة، على نحو يجوز معه استكمالها بالبينة وصولاً إلى الإثبات المطلوب[1].

ويلاحظ أن القواعد المتعلقة بالاستجواب على النحو السابق، منها أحكام موضوعية، وأخرى إجرائية. ومن الأحكام الموضوعية ما يتعلق بحجية الدليل المستمد من الاستجواب، والشروط القطعية لقيام هذه الحجية، وشأن هذه الأحكام يتعين على هيئة التحكيم إعمالها فى جميع الأحوال باعتبارها ملزمة بتطبيق أحكام القانون الموضوعى المتعلقة بالنظام العام ولو كان التحكيم تحكيماً بالصلح[2].

أما الأحكام الإجرائية، كتحرير محضر يذكر فيه حضور الخصوم، والأسئلة الموجهة إليهم، والإجابات عليها، ثم تلاوة المحضر والتوقيع عليه من رئيس الهيئة وأعضائها والكاتب أن وجد والمستجوب، مثل هذه الأحكام، وإن كانت تخضع لما تخضع له الإجراءات من أحكام، من حيث جواز الإتفاق على خلافها، أو من حيث سلطة هيئة التحكيم فى استبدالها بغيرها، إلا أنها فى الحقيقة تبدو ضرورية لتتبع مسار

---

(١) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧٠٣ بند ٤٨١. د. نبيل عمر: الإشارة السابقة. وفى تطبيق ذلك انظر نقض مدنى ١٩٦٩/١/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ١٧٠.

(٢) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ١١٠، ١١١ بند ٧٦. د. عزمى عبد الفتاح: ص ٢٣٧. د. عاشور مبروك: ص ١٠٩ وما بعدها بند ٣٨ وما بعده. د. علي بركات: ص ٤٢٦ وما بعدها بند ٤٣٠ وما بعده.

ROBERT et MOREAU: op. cit. P. 277 N 311.

Boisseson: op. cit. P. 418 N 501.

Eloquin: Linstance arbitrale Arbitrage de droit amiable Composition jur. Class. Pr. Civ. Fasc. 1038. N 4 ets.

الاستجواب، ونتيجة لذلك، فمن الصعب، تصور اتفاق الأطراف على خلافها، أو عدم تقيد هيئة التحكيم بها من تلقاء نفسها[1].

١٠٧- عدم تقيد هيئة التحكيم بنتيجة الاستجواب: لهيئة التحكيم أن تعدل عن الإجراء باستجواب الخصم شريطة أن تبين أسباب العدول فى محضر الجلسة[2] بل أن الهيئة تملك الحرية بأن لا تأخذ بنتيجة الاستجواب مع بيان ذلك فى أسباب الحكم وفقاً للمادة ٣٠ من لائحة التحكيم السعودى. ومن ثم تملك هيئة التحكيم الحرية فى عدم الأخذ بنتيجة الاستجواب التى أمرت به وأجرته إذا لم تقتنع بما أسفر عنه هذا الإجراء. فتقدير نتائج الاستجواب من إطلاقات سلطة هيئة التحكيم التقديرية[3] لأنها تأمر بالاستجواب بقصد تلمس حقيقة الواقعة المتنازع عليها[4] وعليه فهى غير مقيدة بأقوال الخصوم فى الاستجواب ولو توافر شروطه، ولها أن تقضى بخلافها إذا كان فى الدعوى وما تحويه من أوراق ومستندات كافية لتكوين عقيدتها والحكم فيها[5].

المبحث الرابع
المعاينة

١٠٨- تمهيد وتقسيم:

المعاينة طريق مباشر للإثبات[6] وتتحقق عندما تكون هيئة التحكيم اعتقادتها بملامستها للوقائع ذاتها، واستخلاص الدليل من مشاهداتها، لا

---

(١) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧٠٣، ٧٠٤ بند ٤٨١.
(٢) أنظر فيما سبق بند ٢٣.
(٣) أنظر فيما سبق بند ٢٤.
(٤) نقض مدنى ١٩٧٩/٢/١٤، نقض ١٩٧٩/١١/١٥ مشار إليهما سابقاً.
(٥) محمد وعبد الوهاب العشماوى: ص ٦١٧ بند ١٠١٩. د. سحر يوسف: ص ٤٦٥ بند ٢٧٠ والأحكام المشارة لديها.
(٦) محمد وعبد الوهاب العشماوى: ج ٢ ص ٥٦٥ بند ٩٧٨. د. فتحى والى: قانون القضاء المدنى ص ٥٥٨ بند ٣٠٦. المؤلف: قانون المرافعات ص ٤٣٥ بند ٢٩٥. د. عاطف الفقى ص ٤٣٦. د. عيد القصاص: المرجع السابق، ص ٣٢٥ بند ١١٠.

بما يقدمه أطراف التحكيم من الأقوال والمستندات أو البيانات. فالمعاينة تعنى انتقال هيئة التحكيم أو أحد أعضائها لمشاهدة الواقعة المتنازع عليها بقصد تكوين عقيدتها، فهى تقدم لها معرفة وعلم شخص بالوقائع المتنازع عليها[1]. ولذا يطلق على هذا الطريق من طرق الإثبات بالتحقيق الشخصى للقاضى أو المحكم[2] Les verification Personnelles d'arbitrale ليصل إلى الحقيقة على أحسن وجه[3].

وهيئة التحكيم تلجأ إلى الإثبات بالمعاينة عندما يكون من الضرورى معاينة محل النزاع، وفحص حالته لتتمكن الهيئة من تكوين اعتقاد صحيح عن حقيقة المنازعة، وكيفية استخلاص وجه الحكم فيها، فهى تعمد إلى الانتقال لتباشر هذه المعاينة والفحص بنفسها ولجوء الهيئة إلى الإثبات بالمعاينة مقيد بعدم اتفاق أطراف التحكيم على استبعادها كوسيلة للإثبات.

واستعانة هيئة التحكيم بالمعاينة كطريق للإثبات، هو ما صادف به اعتماد ثابت من جانب التشريعات وأنظمة التحكيم المقارن، فنصت المادة ١/١٨ من قواعد اليونسترال على أن "لهيئة التحكيم أن تجتمع فى أى مكان تراه مناسباً لمعاينة بضائع أو أموال أخرى ....". والمادة ٢٨ تحكيم

---

(١) وليس المقصود بالعلم الشخصى، العلم الشخصى الذى يتحقق لهيئة التحكيم فى غياب الخصوم، ودون رقابة منهم، وهو ما ينطبق على العلم الشخصى السابق على الخصومة، وهو ما لا يجوز أن يقضى به المحكم، وإلا كان قضاء بعلمه الشخصى، وهو ما لا يجوز أنظر فيما سبق بند ١٨.
أما العلم الشخصى الذى يتوافر للهيئة أثناء الخصومة، وبناء على إجراء تتخذه فيها، ويتم إعلام الخصوم به بغاية إتاحة الفرصة لهم للرقابة عليه، فللهيئة أن ترتب عليه نتيجته فى الإثبات، ومن ثم فى الفصل فى الدعوى. د. فتحى والى: الإشارة السابقة. د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧٠٧ بند ٤٨٤.

(٢) فالمشرع الفرنسى فى المادة ١٧٩/ ١ مرافعات، يعطى للقاضى من أجل أن يتحقق بنفسه من الوقائع المتنازع عليها، أن يحصل على علم شخصى بتلك الوقائع فى أى موضوع يقدمه الأطراف أو يثيروه.
"Le juge peut afin de les verifier lui – meme, Prendre en toute matière une Commaissance Personnelle des faits Litigieux les parties presentes ou appetées".

(٣) Morel: op. cit. P. 381. N 480.

مصرى على أن ".... لهيئة التحكيم أن تجتمع فى أى مكان تراه مناسباً للقيام بإجراء ... معاينة بضاعة أو أموال محل النزاع ..."[1].

ودراستنا للمعاينة تقتصر على المجال الإجرائى للإثبات بها. ولغياب النص التشريعى فى قانون التحكيم المصرى على إجراءات خاصة بالمعاينة، فيترك الأمر لتقدير هيئة التحكيم، ما لم يتفق الأطراف على إجراءات خاصة لذلك. وللهيئة الاستعانة ببعض إجراءات المعاينة التى ينص عليها قانون الإثبات المصرى ٢٥ لسنة ١٩٦٨، أو القانون الإجرائى المتفق عليه ليحكم إجراءات الإثبات[2] ودون أن تكون الهيئة ملزمة بهذه الإجراءات.

والإجراءات التى يمكن الاستعانة بها للمعاينة كإجراء إثبات، تبدأ بطلب من أحد طرفى الخصومة التحكيمية والحكم فيه، وكيفية إجراءات المعاينة، وسلطة هيئة التحكيم فى العدول عن إجراء المعاينة أو العدول عن نتيجتها. مع مراعاة أن اتفاق الأطراف على التحكيم لا يمنع من رفع دعوى أصلية أمام قضاء الدولة بالانتقال للمعاينة. فى مطلبين متعاقبين، نتعرض فى الأول للمعاينة كإجراء إثبات، وفى الثانى: الدعوى الأصلية بطلب الانتقال للمعاينة مع وجود الاتفاق على التحكيم أو بدء إجراءاته.

المطلب الأول: المعاينة كإجراء إثبات.

المطلب الثانى: الدعوى الأصلية بطلب الانتقال للمعاينة مع وجود الاتفاق على التحكيم أو بدء إجراءاته.

المطلب الأول
المعاينة كإجراء إثبات

١٠٩- طلب التحقيق بالمعاينة:

تنص المادة ٣٥ من لائحة التحكيم السعودى[3] على أن "لهيئة التحكيم

---

(١) والمادة ٣/١٦ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى، المادة ٢/٢٠، ٢/٢٤ من القانون النموذجى للتحكيم المادة ٢٨ من نظام التحكيم السعودى، المادة ٢٤/ ٢ من قانون التحكيم البحرينى، المادة ٤/٢٨ من مجلة التحكيم التونسية؛ المادة ٣٣ من قواعد جمعية المحكمين الأمريكية، المادة ٣/٨ من قواعد محكمة لندن للتحكيم التجارى الدولى.

(٢) أنظر فيما سبق بند ٧.

(٣) والمادة ٢٨ من نظامه الجديد على أن " ..... أو لمعاينة محل النزاع". والمادة ٢٨ تحكيم مصرى على أن " ..... أو معاينة بضاعة أو أموال ....".

بمبادرة منها أو بناء على طلب أحد المحتكمين أن تقرر الانتقال لمعاينة بعض الوقائع أو المسائل المنتجة فى الدعوى والمتنازع عليها ..." فهيئة التحكيم ومن تلقاء نفسها تقرر الانتقال لمعاينة المتنازع فيه، متى كانت المعاينة ضرورية له، ودون طلب من أى طرفى الخصومة التحكيمية، أو بناء على طلب من أحدهما، وسواء كان المتنازع فيه منقولاً أم عقاراً[1] بل تتسع عبارة المتنازع فيه لتشمل كل ما يقع عليه النزاع ويعتقد أن معاينته مجدية[2] فهيئة التحكيم لا تلجأ إلى إجراء التحقيق بالمعاينة إلا إذا قدرت أن ذلك ضرورى لكشف الحقيقة، واستخلاص الدليل من مشاهدتها للواقعة محل النزاع لتكوين عقيدتها بذات الشروط التى يتم بها ذلك أمام المحكمة[3]. إجراء التحقيق بالمعاينة إلا إذا قدرت أن ذلك ضرورى لكشف الحقيقة، واستخلاص الدليل من مشاهدتها للواقعة محل النزاع لتكوين عقيدتها بذات الشروط التى يتم بها ذلك أمام المحكمة[4].

أما إذا قدم الخصم طلب المعاينة، لتكوين دليل فى الدعوى، فإن هذا الطلب – كأى طلب عارض – يمكن أن يقدم كتابة أو يبدى شفاهة فى الجلسة ويثبت فى محضرها، ويقدم فى أية حالة كانت عليها الدعوى، وحتى قفل باب المرافعة. ويهدف الخصم من طلبه الحصول على دليل فى الدعوى سواء بالإثبات أو النفى، أو لكون هذا الإجراء ضمن ما تم الإتفاق عليه بكون دليلاً من أدلة الإثبات فى الدعوى.

ويقدم الخصم طلب الانتقال للمعاينة، فى صيغة صريحة جازمة، تدل على تصميم صاحبه عليه، وإلا كان لهيئة التحكيم أن تلتفت إليه. ويتعين أن يكون الطلب متضمناً الواقعة المراد معاينتها، وقابليتها للإثبات بالمعاينة بشكل واضح ودقيق، ذلك حتى يتمكن الخصم الآخر من المنازعة فى الطلب إذا كان لذلك مقتضى، وكذلك تمكين هيئة التحكيم من معرفة

---

(١) Morel: op. cit. P. 383. N 475.

(٢) د. أسامة المليجى: ص ١٩٦ بند ١٢٧.

(٣) د. نبيل عمر: التحكيم ص ٢٠٣ بند ١٧٠.

(٤) د. نبيل عمر: التحكيم ص ٢٠٣ بند ١٧٠. د. عيد القصاص: التحكيم: ص ٣٢٦ بند ١١٠. د. على اسماعيل غازى: المرجع السابق، ص ٣٦٩.

الواقعة المراد معاينتها، وتمكنها بالتالى من مباشرة سلطتها فى قبول الطلب أو على العكس رفضه، فلا عليها إن هى لم تستجيب إلى طلب الخصم متى وجدت من أوراق الدعوى ما يكفى لإقتناعها بالفصل فيها[1] أو إذا وجدت أن المعاينة قد تصيب شخصاً بضرر جسيم سواء كان طرفاً فى الدعوى أم من الغير[2] إلا إذا كانت المعاينة هى وسيلة الخصم الوحيدة فى الإثبات لا يمكن حرمانه منها[3].

وإذا قررت هيئة التحكيم الانتقال للمعاينة، فيمكنها ذلك ولو لم تصدر حكم فى هذا الشأن، طالما لم ينازع أحد الخصوم فى شرعية هذا الإجراء[4] ولكن الأولى يكون أن تأخذ الهيئة لهذا الإجراء[5] بقرار منها – مثلها فى ذلك مثل قضاء الدولة – بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسها، وفقاً للمادة ٣٥ من لائحة التحكيم السعودى، على أن يكون انتقالها للشئ المطلوب معاينته، وهى الواقعة محل الإثبات، ويكون الدليل هو ما تقرره الهيئة بشأنه من ملاحظات[6].

١١٠- طرق إجراء المعاينة:

إذا كان الشئ أو الواقعة محل المعاينة يمكن نقلها إلى محل التحكيم دون أن يلحقها ضرر أو تلف، فتجرى الهيئة المعاينة فى مقر التحكيم فى حضور الخصوم أو على الأقل دعوتهم للحضور سواء بأنفسهم أو بواسطة من يمثلهم فى الحضور تحقيقاً لمبدأ المواجهة[7] ما لم يتفق الخصوم

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٠/٢/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١١ ص ١٨٤. نقض ١٩٧٠/٤/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ٦٥٣.

(٢) د. فتحى والى: الإشارة السابقة.

(٣) نقض مدنى ١٩٧٨/٦/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص ١٥٦١.

(٤) د. علي بركات: المرجع السابق ص ٣٩٥ بند ٤٠٤.

Coss. Civ. 13 Mars. 1910 D. 1916 – 1 – 109.

(٥) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال ص ٧٠٧ بند ٤٨٤.

(٦) د. فتحى والى: قانون القضاء ص ٥٥٨ بند ٣٠٦.

(٧) أنظر فيما سبق بند ١٨.

على إجراء المعاينة دون حضورهم[1]. أما إذا كان يتعذر نقل الشئ إلى مقر التحكيم، ورأت الهيئة ضرورة معاينته بنفسها انتقلت الهيئة إلى محل المعاينة لإجرائها.

ولهيئة التحكيم أن تجتمع فى أى مكان تراه مناسباً لمعاينة بضائع أو أموال النزاع، وتجرى المعاينة فى الحال إذا كان الخصوم حاضرين فى مكان إجراء المعاينة، أما إذا لم يكونوا حاضرين، وجب على هيئة التحكيم إخطارهم بوقت كاف قبل ميعاد المعاينة ليتمكنا من الحضور وقت إجرائها، وفقاً للمادة ١/١٨ من قواعد اليونسترال، ٢٨ تحكيم مصرى.[2]

١١١- عدول هيئة التحكيم عن إجراء المعاينة:

المعاينة كإجراء تحقيق يخضع لمطلق تقدير الهيئة[3] فلها أن تعدل عن قرارها بالانتقال للمعاينة، بعد أن أمرت به سواء من تلقاء نفسها، أو بناءً على طلب الخصوم، متى رأت أن إجراء المعاينة أصبح غير مجدى أو غير منتج، وإن ما استجد فى الدعوى بعد حكم الإثبات يكفى لتكوين عقيدتها[4]. فهيئة التحكيم وحدها هى التى تقدر مدى مناسبة أى إجراء من إجراءات التحقيق، وما إذا كان منتجاً فى الدعوى من عدمه[5] وتطبيقاً لذلك قضى[6] بأن الهيئة متى قدرت أنها استكملت التحقيق فى النزاع، وأن القضية أصبحت جاهزة للحكم فيها، فإنها تملك رفض الطلب الذى تقدم به أحد الخصوم لإجراء معاينة، دون أن تكون قد

---

(١) د. نبيل عمر: الإشارة السابقة. د. عيد القصاص: المرجع السابق ص ٣٢٧ بند ١١٠. د. على اسماعيل غازى: المرجع السابق، ص ٣٦٩.

(٢) الطعن رقم ٦٥٤٦ لسنة ٧٩ق جلسة ٢٠١٠/٥/٢٥، الطعن رقم ٤٧٢١ لسنة ٧٣ ق جلسة ٢٠٠٧/١٢/٢٧ المبادئ القانونية لمحكمة النقض فى حكم التحكيم ص ٨١ قاعدة ٦٩، ٧٠.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٢٤.

(٤) د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم: ص ٢٩١. نقض ١٩٦٧/٣/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٧٥١ نقض ١٩٧٨/١/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص ١٦٣.

(٥) أنظر فيما سبق بند ٢٤.

(٦) Paris 8 Juill 1982 Rev. arb. 1983. 345 Note Bernard.

أخلت بحق من حقوق الدفاع". على أن تبين الهيئة سبب رفضها للطلب أو عدلها عن الإجراء فى محضر الجلسة[1].

١١٢- كيفية إجراء المعاينة:

إذا قررت الهيئة سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم إجراء المعاينة، فيرجع لها وحدها تحديد الطريقة التى يتم بها هذا الإجراء، ودون التقيد بشكل معين. فقد تجرى المعاينة فى الجلسة إذا تعلق الأمر بمنقول مثل معاينة طوبة أو قطعة من الأسمنت، أو قطعة غيار سيارة أو قطعة معدن أو غير ذلك مما يمكن نقله إلى الجلسة. وقد تجرى المعاينة بعد الانتقال لمحل المعاينة، كما هو الحال بالنسبة لمعاينة مبنى أو كوبرى أو سد مائى أو محطة توليد كهرباء[2] أو محطة خدمة اتصالات. وقد تجرى المعاينة فى المكان الذى تم فيه تسليم البضاعة، أو السفينة محل النزاع والراسية فى المياه الإقليمية لدولة أجنبية[3].

وتتم المعاينة غالباً فى حضور الأطراف أو ممثليهم، ولا توجه هيئة التحكيم أسئلة مباشرة فى مكان المعاينة إلى القائمين على الشئ الجارى معاينته إلا إذا وجه ممثلوا الأطراف أسئلة إليهم[4] فيمكن لكل منهما لفت نظر المحكم أو الهيئة إلى بعض ما يهمه لفت نظر هيئة التحكيم له عند المعاينة[5] ولكن عدم حضور الخصوم أو ممثلوهم لا يمنع الهيئة من إجراء المعاينة طالما تحقق علمهم بمكانها وميعادها، شريطة أن تمكن الهيئة الخصوم أو ممثلوهم من الإطلاع والرد على النتائج المستخلصة من تلك المعاينة[6].

---

(١) أنظر فيما سبق بند ٢٢، ٢٣.

(٢) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٦٧ بند ٢٠٤.

(٣) د. عاطف الفقى: الإشارة السابقة.

(٤) د. عاطف الفقى: الإشارة السابقة.

(٥) د. فتحى والى: الإشارة السابقة.

(٦) د. عيد القصاص: التحكيم ص ٣٢٧ بند ١١٠.

Paris 12 Janv. 1979. Rev. arb. 1980. P. 83.

والأصل أن تجرى المعاينة بواسطة أعضاء الهيئة مجتمعون[1]، ولكن هذا الأصل لا يمنع الهيئة من أن تنتدب أحد أعضائها للقيام بالمعاينة، كأن تجتمع الهيئة على ندب أحدهم للقيام بهذا الإجراء، أو أن يجيز الخصوم لهم فى اتفاق التحكيم أن تنتدب الهيئة أحد أعضائها للقيام بالمعاينة[2] ولكن لا يجوز للهيئة أن تنتدب قاضى المحكمة الجزئية التى يقع المال المطلوب معاينته فى نطاق اختصاصها لإجراء المعاينة، وليس لها أيضاً أن تندب للقيام بالمعاينة شخصاً آخر من الغير[3] ولكن يمكنها طلب الإنابة القضائية من محكمة المادة ٩ تحكيم لإجراء المعاينة[4].

وللهيئة أو أحد أعضائها عند إجراء المعاينة سماع من ترى سماعهم من الشهود. ومهمة الشهود فى هذه الحالة تكون مجرد الإعانة على إجراء المعاينة، وليس تقديم أدلة إثبات فى الدعوى، كما لو كان القصد من المعاينة معرفة المبنى المتنازع عليه، واقتضى الأمر تحديدها بواسطة الشهود، ولذلك لا يشترط فى الشهود فى هذه الحالة الأهلية المطلوبة فى الشاهد الذى يطلب للشهادة باعتبارها دليل إثبات، كما لا يلزم أداؤهم لليمين قبل الشهادة[5].

كما لهيئة التحكيم عند إجراء المعاينة مكنة استخدام الوسائل الفنية المتاحة لتسجيل كافة العمليات والإجراءات المتعلقة بالمعاينة أو فى شق منها حسبما ترى، سواء كان تسجيلاً صوتياً أو مرئياً أو كلاهما معاً، وتمكن الهيئة الخصوم من الإطلاع عليها والمناقشة بشأنها[6].

ولكى تكون إجراءات المعاينة ونتائجها ثابتة يمكن الإرتكان عليها والرجوع إليها فى الدفاع والحكم، أوجبت أنظمة التحكيم على الهيئة أن

---

(١) قارن : عيد القصاص : الإشارة السابقة.

(٢) أنظر فيما سبق بند ٢٩.

(٣) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧٠٨ بند ٤٨٤.

(٤) أنظر فيما سبق بند ٩٠.

(٥) د. فتحى والى: قانون القضاء ص ٥٦٠ بند ٣٠٦، د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: الإشارة السابقة.

(٦) فى هذا المعنى أنظر المادة ١٧٤ مرافعات فرنسى.

تحرر محضراً تبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعاينة وفقاً للمادة ٣٥ من لائحة التحكيم السعودى، كما أستقر الفقه[١] والقضاء[٢] على التزام الهيئة بتحرير هذا المحضر وإلا كان الإجراء باطلاً، كما تلتزم الهيئة بمناقشة نتيجة المعاينة مع الخصوم بسماع دفاعهم قبل الاستناد عليها فى حكمها.

١١٣- سلطة هيئة التحكيم فى تقدير نتائج المعاينة:

متى انتهت الهيئة من إجراء المعاينة، فإن كل ما يثبت لها من هذا الإجراء يعتبر دليلا قائماً فى الدعوى، يحتم عليها أن تقول كلمتها فيه[٣]. وإن كانت الهيئة تملك العدول عن قرارها بالانتقال للمعاينة، سواء كانت أمرت به من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم، فتملك أيضاً أن تطرح ما أسفرت عنه المعاينة من نتائج إذا لم تقتنع بها، أو استشعرت أن ثمة تغيرات قد أدخلت على ما عاينته بحيث لم يعد يطابق الحقيقة، بشرط أن تبين ذلك فى حكمها[٤] ودون أن تكون ملزمة ببيان هذه الأسباب صراحة، وإنما يكفى أن تبين فى مدونات حكمها أنها وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها، دون حاجة للأخذ بإجراء المعاينة، التى سبق وأن أمرت به أو أجرته.

المطلب الثانى
الدعوى الأصلية بطلب الانتقال للمعاينة مع وجود الاتفاق على التحكيم أو بدء إجراءاته

١١٤- اختصاص هيئة التحكيم بنظر طلب وقتى لإثبات حالة:

تنص المادة ٤٢ تحكيم مصرى[٥] على أنه "يجوز أن تصدر هيئة التحكيم

---

(١) د. فتحى والى: التحكيم: الإشارة السابقة. د. نبيل عمر: الإشارة السابقة، هدى عبد الرحمن: ص ٢٢٨ بند ١٨١. د. عاشور مبروك: ص ٣١٥ بند ١٩١. د. عيد القصاص: ص ٣٢٧ بند ١١٠.
Boisséon: op. cit. P. 253. N 299.

(٢) استئناف القاهرة – دائرة ٩١ تجارى جلسة ٢٠٠٣/٥/٢٨ فى الدعوتين رقمى ٧١، ٧٢ لسنة ١١٩ ق مشار إليه لدى د. فتحى والى: ص ٣٦٧.
طعن رقم ٤٧٢١ لسنة ٧٣ق جلسة ٢٠٠٧/١٢/٢٧ المبادئ القانونية لمحكمة النقض ص ٨١، ٨٢ قاعدة ٧٠.

(٣) نقض مدنى فى ٨ فبراير ١٩٤٥ مجموعة عمر ج ٤ ص ٥٦٤.

(٤) د. سحر يوسف: ص ٤٧٧ بند ٢٧٧.

(٥) وتنص المادة ١/١٤٦٨ على أنه " لهيئة التحكيم أن تأمر الأطراف فى ضوء الشروط التى تحددها ... باتخاذ كافة التدابير التحفظية أو المؤقتة التى ترى أنها مناسبة "المادة ٢٦ من قواعد اليونسيترال.

أحكاماً وقتية ... وذلك قبل إصدار الحكم المنهى للخصومة كلها" وتطبيقاً لهذا النص خول المشرع لهيئة التحكيم نظر طلب وقتى لإثبات حالة يخشى ضياع معالمها، ذلك متى بدأت إجراءات التحكيم وتشكلت الهيئة، ولو قبل نظرها لموضوع النزاع، وتصدر الهيئة حكماً مستعجلاً بإثبات الحالة، متى توافرت شروط إصداره، سواء اتفق الخصوم على تخويل الهيئة هذه السلطة أم لم يتفقوا، طالما لم يتفقوا على عدم تخويل الهيئة سلطة إصدار هذا الحكم[1].

واختصاص الهيئة بنظر طلب إثبات الحالة كطلب فرعي[2]، وكذلك حكمها فيه، هى نفس سلطة القضاء المستعجل، عند فصله فى الدعوى،

---

(١) أنظر فيما سبق بند ٥٤ حاشية رقم ١.

(٢) قارن د. عيد القصاص: المرجع السابق، ص ٣٢٧ بند ١١٠. حيث يرى إمكانية اللجوء إلى هيئة التحكيم ابتداءاً بدعوى أصلية يكون المطلوب فيها إجراء معاينة يمكن أن تكون دليلاً فى دعوى تعرض عليها فيما بعد تماشياً مع ماتقرره المادة ٢٤ تحكيم مصرى وقياساً على نص المادة ١٣٣ إثبات مصرى بشأن قضاء الدولة من أنه يجوز لمن يخشى ضياع معالم واقعة يحتمل أن تصبح= =محل نزاع أمام القضاء أن يطلب فى مواجهة ذوى الشأن وبالطرق المعتادة من قاضى الأمور المستعجلة الانتقال للمعاينة.

وما ذهب إليه هذا الرأى محل نظر، لأن رفع دعوى أصلية بإثبات حالة أمام هيئة التحكيم غير متصور، لأن اختصاصها بالطلبات المستعجلة أو التدابير التحفظية اختصاص تبعى لاختصاصها بالموضوع – محل الدعوى التحكمية – سواء رفع الطلب المستعجل مع الطلب الأصلى أو فى صورة طلب عارض أثناء نظره، ففى الحالتين يرفع على سبيل التبعية، واختصاص هيئة التحكيم به اختصاص تبعى وليس اختصاص أصل سواء نظرته قبل الموضوع أو معه. وذلك لأن ولاية هيئة التحكيم فى نظرها للنزاع قاصر على الحق الموضوعى وما يتفرع عنه، هذا من ناحية.

ومن ناحية ثانية: قياس هيئة التحكيم على قضاء الدولة هو الآخر غير محله لأن دعوى إثبات الحالة حالت أن ترفع كدعوى أصلية لتكون دليلاً فى دعوى ترفع فيما بعد لا يكون إلا أمام القضاء المختص بها اختصاص أصيل هو القضاء المستعجل وليس قضاء الموضوع، لأن الأخير لا ينظر دعوى إثبات الحالة إلا على سبيل التبعية وفقاً للمادة ٦٠ مرافعات.

كما تتقيد الهيئة بالقيود التى يتقيد بها القضاء[1] وتصدر الهيئة حكمها المستعجل بإثبات الحالة، على النحو الذى نص عليه القانون بالنسبة لأحكام المحكمين[2].

وتفريعاً على هذا، تختص هيئة التحكيم بطلب إثبات حالة تلف فى حائط منزل يخشى تغيير معالمه بزوال الحائط بسبب خلل فى دورة مياه المنزل[3] وبإثبات حالة الأعمال التى أجراها المقاول المتوقف عن العمل تمهيداً لتمكين صاحب العمل من الاستمرار فى البناء لحين الفصل فى الموضوع[4] فتقوم بهذه المعاينات هيئة التحكيم قبل نظر الموضوع، وتصدر حكماً مستعجلاً بإثبات الحالة، ودون أن يقيدها هذا الحكم فى الموضوع.

ومع اعتماد اختصاص هيئة التحكيم بإصدارها للحكم المستعجل بإثبات الحالة، فهذا لا يحول دون اختصاص قضاء الدولة بإصداره لهذا الحكم، ممثلاً هذا القضاء فى القضاء المستعجل متى كانت إجراءات التحكيم قد بدأت، وإلا انعقد الاختصاص وحده للقضاء المستعجل بإصدار هذا الحكم، فإذا كانت الإجراءات قد بدأت كان لأطراف التحكيم الخيار[5] بين اللجوء إلى قضاء التحكيم للانتقال للمعاينة بمقتضى طلب وقتى فرعى.. أو اللجوء إلى قضاء الدولة بمقتضى الدعوى الأصلية بطلب الانتقال للمعاينة، وذلك على النحو التالى.

١١٥- اختصاص قضاء الدولة بالدعوى الأصلية بطلب الانتقال للمعاينة:

يحدث عملاً إذا ما كان نظر الدعوى أمام هيئة التحكيم يستغرق وقتاً تضيع معه معالم الحالة المراد معاينتها، كما لو كانت هيئة التحكيم لم يستكمل تشكيلها بعد، فقد رخصت التشريعات وأنظمة التحكيم

---

(١) د. أمينة النمر: المرجع السابق ص ٨٨ بند ٦٠. د. أحمد هندى: المشكلات: ص ١٤٦ بند ٢٤. التحكيم: ص ٥٩ ومابعدها بند ١٥.

(٢) أنظر فيما سبق بند ٥٤.

(٣) مستعجل مصر ١٢ نوفمبر ١٩٣٤ المحاماة ١٩ ص ١٤٥٨.

(٤) استئناف مختلط ١٤ أبريل ١٩٠٠ المجموعة ١٢ ص ١٦٧ مشار إليه لدى أمينة النمر ص ٩٠.

(٥) أنظر فيما سبق بند ٩٥.

المقارن[1] الالتجاء إلى قضاء الدولة بدعوى إثبات حالة. فنصت المادة ١٤ تحكيم مصرى على أنه "يجوز للمحكمة المشار إليها فى المادة ٩ من هذا القانون أن تأمر بناء على طلب أحد طرفى التحكيم باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء فى إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها".

ويقصد بدعوى إثبات الحالة، هى إجراء تحفظى يصور حالة مادية يتعذر إثباتها مستقبلاً صيانة للدليل المثبت للحق من خطر الضياع[2]. واختصاص القضاء المستعجل وإن كان مقطوعاً به قبل بدء إجراءات التحكيم. فالمستقر عليه تشريعاً وفقهاً وقضاءً[3] جواز الالتجاء إليه برفع هذه الدعوى ولو اتفق الأطراف على تخويل هيئة التحكيم صلاحية الفصل فى هذه الدعوى[4].

والقضاء المستعجل المختص بالدعوى الأصلية بإثبات الحالة، هى المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ تحكيم مصرى تختص وحدها بإصدار حكم مستعجل بإثبات الحالة لحين رفع الدعوى الموضوعية أمام هيئة التحكيم أو الفصل فيها من جانب هذه الهيئة إذا كانت الدعوى الموضوعية مطروحة أمامها[5]. وفى الحالتين ترفع الدعوى الأصلية بإثبات الحالة وفقاً للقواعد والشروط التى تخضع للقضاء المستعجل فى قانون المرافعات[6] حيث أن المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ تحكيم قد حلت محل القضاء المستعجل فى

---

(١) أنظر فيما سبق بند ٩٥ والحواش المذكورة فيه.

(٢) د. أمينة النمر: المرجع السابق ص ٨٩ بند ٦٠. د. هبه بدر أحمد صادق: المرجع السابق ص ٤٩ ومابعدها.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٩٥، ٩٦.

(٤) د. على اسماعيل غازى: المرجع السابق ص ٣٧٠، استئناف مختلط ١٩٢٣/٣/١٣ المجموعة جـ ٣ ص ١٣٠٦ مشار إليه لدى د. محمد نور شحاته ص ١٦٧.

(٥) أنظر فيما سبق بند ٩٩.

(٦) د. أمينة النمر: الإشارة السابقة. د. فتحى والى: قانون القضاء: ص ٥٦٠ وما بعدها بند ٣٠٧. د. وجدى راغب: مبادئ القضاء ص ١٣٩ وما بعدها. المؤلف: قانون المرافعات: ص ١٨٤ بند ١٤٠. د. أحمد هندى: الوسيط فى قانون المرافعات، ص ٢٠٨ ومابعدها بند ١٢٨.

هذا الشأن، وتتقيد بذات القواعد والشروط التى يخضع لها القضاء المستعجل.

فيجب لقبول هذه الدعوى توافر الشروط العامة للدعوى المستعجلة، وبصفة خاصة أن يكون هناك اعتداء محتمل ممثلاً فى هذه الدعوى فى أن تكون الواقعة المطلوب معاينتها متغيرة المعالم بحيث يخشى ضياع معالمها كلها أو بعضها مع ضياع الوقت، إذا انتظر المدعى المعاينة بواسطة هيئة التحكيم، فيضيع حق من له مصلحة فيها.

وتفريعاً على هذا، تختص محكمة المادة ٩ تحكيم بطلب إثبات حالة منقول عرضة للتلف أو بضاعة عرضة للفساد أو محاصيل زراعية معرضة لتلقلب الأسعار أو عقاراً آيل للسقوط، أو مياه رى قد تسربت من أرض الجار فأغرقت أرض المدعى أو معاينة الموقع قبل البدء فى الإنشاءات عليه، فترفع دعوى إثبات الحالة تعلق الشئ أو الواقعة المراد معاينتها بمنقول أو عقار أمام محكمة المادة ٩ تحكيم.

فإذا قبلت المحكمة الدعوى، فإن نشاطها يقتصر على الانتقال والمعاينة بنفسها أو مستعينة بخبير للقيام بهذه المهمة، مع تحرير محضر فى الحالتين، وللمحكمة أو الخبير المنتدب سماع الشهود بغير حلف يمين، وتكون دعوتهم للحضور بطلب ولو شفوياً من كاتب محكمة المادة ٩ تحكيم وفقاً للمادة ١٣٢ إثبات مصرى، وسماع الشهود هنا يكون للمساعدة على المعاينة. وإذا ندب خبير لإجراء المعاينة يراعى القواعد المنصوص عليها فى الخبرة كطريق إثبات[1] كما يجب على المحكمة تحديد جلسة أمامها لسماع ملاحظات الخصوم على تقرير الخبير وفقاً للمادة ١٣٤ إثبات مصرى. بهدف تمكين الخصوم من سماع اعتراضاتهم على تقرير الخبير فى الوقت المناسب بدلاً من الانتظار حتى رفع الدعوى الموضوعية أمام هيئة التحكيم، أو استئناف سيرها بعد وقف الدعوى أمامها لحين صدور الحكم

---

(١) أنظر فيما يلى بند ١٢٦ ومابعده.

بإثبات الحالة. إذ قد يؤدى الانتظار إلى الإضرار بمصلحة المدعى لاحتمال زوال المعالم[1].

وتنتهى الدعوى بعد ذلك، بصدور حكم بانتهائها، وهو حكم مستعجل، يقوم على أساس توافر شروط القضاء المستعجل، وليس على أساس ثبوت الحق الموضوعى أو نفيه، فيجب أن يكون غير ماس بأصل الحق. ويقبل هذا الحكم الطعن بالاستئناف، ولا يحوز حجية الأمر المقضى أمام قضاء التحكيم. فهذا الحكم لا يحول دون قبول الدعوى الموضوعية بشأن الحق أمام هيئة التحكيم كما أنه لا يقيدها عند الفصل فى الدعوى بمضمونها، وإن كان يقيد المحكمة التى أصدرته[2].

والحكم الصادر من محكمة المادة ٩ تحكيم بإثبات الحالة، يقدم إلى هيئة التحكيم كدليل، ومن ثم يكون للهيئة بشأنه سلطة تقديرية شأن أى دليل فى الدعوى، فلها الأخذ به أو على العكس رفضه، لكونه الأدلة المقدمة فى الدعوى من غير هذا الدليل كافية لتكوين عقيدتها[3].

المبحث الخامس

اليمين

١١٦- تعريف اليمين ومدى تطبيقها فى مجال التحكيم:

اليمين هو إخبار عن أمر مع الاستشهاد بالله تعالى على صدق الخبر، ويكلف بها أحد الخصوم لتأييد إدعائه عندما يعوزه الدليل عليه[4] وهى تقوم مقام الدليل كطريق من طرق الإثبات.

واليمين التى يكلف بها الخصوم نوعان، قضائية وغير قضائية. والأولى هى تحلف أمام القضاء، والثانية هى التى تحلف أو يتفق على حلفها فى

---

(١) د. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار: التعليق ص ٤٨٧.

(٢) أنظر فيما سبق بند ١٠٠.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٢٤.

(٤) وقد يكلف باليمين الشهود أمام القضاء دون التحكيم، ذلك قبل تأدية شهادتهم إشعاراً لهم بوجوب قول الحق. أنظر د. سليمان مرقس: المرجع السابق ص ٥٩٥ بند ٢٠٧.

غير مجلس القضاء[1] واليمين القضائية نوعان، اليمين الحاسمة Serment décisoire واليمين المتممة Serment Supplétif ou Suplétoire والأولى فقط هى التى تحسم النزاع وتقوم مقام الدليل، ودور القضاء فيها دور رقابى. أما الثانية، فهى وسيلة يستكمل بها القاضى اقتناعه ولا تقوم مقام الدليل، ويشارك فيها القاضى فى استقصاء الحقيقة.

واليمين كطريق من طرق التحقيق بصدد الدعوى التحكيمية، لم يوجد بشأنها نص صريح فى تشريعات وأنظمة التحكيم المقارنة التى تحكم توجيه اليمين بنوعيها، الحاسمة والمتممة، بشأن مرحلة الإثبات فى هذه الدعوى، مما أوجد غياب هذا النص بدوره عن عدم وجود رأى موحد فى الفقه بشأن هذه المسألة، مما أسفر عدم اتفاق الفقه عن اتجاهين متعارضين، يرى الأول، عدم جواز إعمال اليمين فى مجال التحكيم. والثانى يرى بعكس ذلك. وإن كانت أقل وسائل الإثبات استخداماً فى هذا المجال، بل إن استخدامها مرهون مقدماً بعدم جواز إتفاق الأطراف على عدم جواز توجيهها.

اتجاهى الفقه:

يرى فقه الاتجاه الأول[2] أن المحكم أو هيئة التحكيم لا تملك السلطة العامة، ومن ثم تفتقد سلطة الأمر، والتى لا تستطيع لافتقادها هذه السلطة أن تحلف اليمين لا للشهود ولا للخصوم، عكس قضاء الدولة الذى يملك ذلك. وترتيباً على ذلك يظل اللجوء إلى القضاء هو السبيل

---

(١) واليمين غير القضائية، يتفق عليها وعلى أحكامها بين الطرفين، ويخضع الإتفاق الخاص بها للقواعد العامة المتعلقة بالعقود، وهى تقضى بأن الإتفاق يجب إثباته بالكتابة، إذا كان موضوع الحلف تجاوز قيمته مائة جنيهاً، وأن واقعة الحلف فى ذاتها يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، شأنها فى ذلك شأن سائر الأفعال المادية، ومتى حلفها ترتب عليها جميع آثار اليمين القضائية، وإذا اضطر إحداهما بعدئذ إلى الالتجاء إلى المحاكم، فلا يكون ذلك إلا بإثبات حصول الحلف أو النكول، وما ترتب على أيهما من آثار أنظر فى تفصيل ذلك د. سليمان مرقس: ص ٥٩٥، ٥٩٦ بند ٢٠٧.

(٢) د. نبيل عمر: التحكيم: ص ٢٠٥ بند ١٧٢.
Robert et Moreau: op. cit. P 237 N 196. E. Loquin: jur. Class. Op. cit. Fasc 1036 N 24.

الوحيد لتلقى اليمين. وطلبه يكون من المحكمة بناء على طلب الخصم إذا كانت اليمين حاسمة، أما إذا كانت اليمين متممة فيكون طلبها من هيئة التحكيم وليس من الخصم، وفى الحالتين يقتصر دور هيئة التحكيم على إثبات مضمون اليمين الذى أداه الخصم أمام القضاء.

ويتمسك أنصار هذا الاتجاه بظاهر نص المادتين ٤/٣٣ تحكيم مصرى، ١٤٦٧/ ٢ مرافعات فرنسى[١] اللتين نصتا على "أن يتم سماع الشهود والخبراء بدون أداء يمين" وعلة استبعاد اليمين من مجال التحكيم يرجع إلى أن القانون يحرم الشهادة الزور ويعاقب مرتكبها، ومن ثم لا جدوى من أداء اليمين، فإذا طلب أحد الخصوم توجيه اليمين الحاسمة أو أرادت هيئة التحكيم توجيه اليمين المتممة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم فلا سبيل من اللجوء إلى القضاء لتلقى هذه اليمين.

ويكمل بعض أنصار هذا الاتجاه تبريره لعدم جواز إعمال اليمين فى مجال التحكيم، بقوله[٢] إلى أن هناك تعارض بين اليمين الحاسمة، وبين الطبيعة الخاصة لنظام التحكيم، وطلب اليمين الحاسمة يؤدى إلى استبدال حل النزاع بواسطة اليمين بدلاً من حلها بواسطة التحكيم، ظالما أن الخصم الذى وجه إليه اليمين ورفض أدائها أو ردها إلى الخصم الذى وجهها يخسر دعواه.

أما الإتجاه الثانى:

فيرى أنصاره[٣] أن هيئة التحكيم شأن قضاء الدولة فيمكنها ومن تلقاء

---

(١) " ولهيئة التحكيم أن تستمع إلى أى شخص دون إلزام إلى تحليف اليمين".
" Le Tribunal arbitral peut entendre laute personne, cette audition a lieu sans prestation du sermenst".

(٢) Robert et Moreau: Lic. Cit.

(٣) د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم ص ٢٦٧ بند ١٠٨. التحكيم بالقضاء والصلح: ص ٢٣٢ بند ١٠١ د. عاشور مبروك: ص ٣٠٦، ٣٠٧ حاشية د. علي بركات: ص ٣٩٣ وما بعدها بند ٤٠٢، ٤٠٣. د. أحمد هندى: التحكيم: ص ٥٨ بند ١٤. د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، المرجع السابق ص ٧٠٤ ومابعدها بند ٤٨٢. د. عيد القصاص: التحكيم ص ٣٢٤ بند ١٠٩. د. على اسماعيل غازى: ص ٣٨٣ ومابعدها. =

نفسها أن توجه اليمين المتممة إلى أحد الخصوم لتستكمل به عقيدتها، كما يمكنها بناء على طلب أحد الخصوم أن توجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء مع التزامها بشروط توجيه اليمين ونتيجة حلفها أو النكول عنها أو ردها وكافة القواعد التى تحكمها والتى وردت فى قانون الإثبات أو القانون الإجرائى المتفق عليه محل التطبيق، ما لم تكن هيئة التحكيم مفوضة بالصلح فتعفى من التقيد بتلك القواعد[1].

ومبرر هذا الإتجاه ومبناه، أن اليمين دليل من أدلة الإثبات يمكن الاستناد إليها، ولا يوجد ما يمنع الاستناد إلى دليل دون الآخر، وهو ما صادف اعتماد ثابت من جانب أنظمة التحكيم المعاصرة، والتى نصت على أن "لهيئة التحكيم وهى بصدد التحقيق فى النزاع سلطات واسعة، وتملك الأمر بإجراءات الإثبات التى تراها مناسبة" تطبيقاً للمادة ٢٠ من لائحة غرفة تحكيم باريس[2]. كما أن اليمين وسيلة الإسعاف التى يتقدم بها القانون إلى الخصم الذى يعوزه الدليل القانونى، بل هى وكما قيل وبحق[3] الكفارة التى يكفر بها القانون عن تشدده فى اقتضاء أدلة معينة لا يغنى عنها بديل. وفضلاً عن هذا أو ذاك اليمين كدليل إثبات تعد من القواعد الموضوعية[4] التى لا يعارض الأخذ بها مع طبيعة التحكيم[5].

=Boisséson: op. cit. P. 251. N 301. Moreau: Rev. arb. 1978. op. cit. P. 335. PERROT: L'application ... Rev. arb. 1980 op. cit. P. 642.

(١) قارن، حيث يرى البعض، أن المحكم المفوض بالصلح يلتزم مثله مثل المحكم العادى بالقواعد التى تحكم توجيه اليمين الحاسمة، لأن توجيه هذه اليمين هو فى ذاته من قبيل الصلح الملزم للخصوم والمحكم. د. أحمد أبو الوفا الإشارة السابقة.

(٢) والمواد ٢٤، ١/٢٧، ٣، ١/٣١ من قواعد اليونسترال، ٢٤/٣، ٢، ٢٥/٣، ١/٢٧ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى، المواد ٢٣، ٢٥ من اتفاقية عُمان العربية للتحكيم التجارى الدولى، المواد ٢٧ – ٣٦ من نظام التحكيم السعودى، المادة ٢١ من لائحة غرفة تحكيم سترازبورج.

(٣) د. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار: التعليق: ص ٤٤٨.

(٤) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: المرجع السابق ص ٧٠٥ ومابعدها بند ٤٨٢.

(٥) د. عيد القصاص: الإشارة السابقة.

والقول بأن جواز العمل باليمين فى مجال التحكيم يتعارض مع ما نصت عليه المادتين ٤/٣٣ تحكيم مصرى، ٢/١٤٦٧ مرافعات فرنسى، هو ما لا يستقيم، لأن النصين وردا بشأن الغير وليس لهيئة التحكيم سلطة عليهم[١] بخلاف الخصوم يكون لهيئة التحكيم سلطة عليهم، ومصدر هذه السلطة هو اتفاقهم.

والقول بتعارض اليمين الحاسمة مع نظام التحكيم هو ما لا يستقيم هو الآخر، لأن هيئة التحكيم وهى بصدد البحث عن الأسباب التى ستبنى عليها حكمها، سوف تعرض فى أسباب الحكم الألفاظ التى وجهت بها اليمين، والحل الذى انتهى إليه النزاع، بالإضافة إلى أنها إذا كانت مفوضة بالصلح لن تكون ملزمة بالآثار التى رتبها القانون على اليمين الحاسمة سواء بالنسبة لوجود الحقوق المتنازع عليها، أو لمضمونها ومقدارها، ومن ثم فإن مضمون اليمين ليس قيمة فى نظر هيئة التحكيم سوى أنه عنصر من عناصر التقدير مثل غيره من العناصر[٢].

وترتيباً على ذلك، تستطيع هيئة التحكيم أن توجه اليمين الحاسمة بناء على طلب أحد الخصوم. واليمين المتممة من تلقاء نفسها، ودون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، ودورها بالنسبة لليمين الحاسمة دور رقابى، أما بالنسبة لليمين المتممة، فالهيئة تشارك فى استقصاء الحقيقة[٣] غاية الأمر أنها تكون مقيدة بنفس القواعد الواردة فى قانون الإثبات أو القانون الإجرائى محل التطبيق، مع ملاحظة أن هذا القيد ينتفى إذا كانت هيئة التحكيم مفوضة بالصلح متى بنت حكمها على أسباب سائغة.

ودراستنا لليمين كطريق للإثبات، بعد جواز إعمالها أمام هيئة التحكيم، تقتصر على القواعد الإجرائية، ممثلة هذه القواعد فى توجيه

---

(١) د. علي بركات: الإشارة السابقة. د. أحمد هندى: التحكيم، الإشارة السابقة. د. على اسماعيل غازى: ص ٣٨٣.

(٢) د. علي بركات: الإشارة السابقة.

(٣) د. عبد الرازق السنهورى: ص ٦٧٦ بند ٢٦٧. د. سليمان مرقس: ص ٥٩٩ بند ٢٠٩. المؤلف: قانون المرافعات ص ٤٢٦ بند ٢٩٠. د. الجمال وعكاشة: ص ٧٠٤ بند ٤٨٢.

CADIET: op. cit. P. 515. N 974.

اليمين، وما يجب توافره فيمن يوجه وتوجه إليه اليمين، وسلطة هيئة التحكيم إزاء اليمين وآثارها، ذلك فى أى من نوعى اليمين حاسمة أو متممة. فى مسألتين متعاقبتين. نتناول فى الأول اليمين الحاسمة. والثانية: اليمين المتممة.

أولاً: اليمين الحاسمة:

١١٧- تعريف اليمين الحاسمة وطلب توجيهها وما يشترط فيه:

يعرف الفقه[١] اليمين الحاسمة بأنها تلك التى يوجهها أحد الخصوم لخصمه حسماً لنزاع قائم بينهما إذا افتقد الدليل الذى يسمح به القانون لإثبات دعواه محتكماً لضمير وذمة ودين هذا الخصم. فلا يجوز الاحتكام لليمين الحاسمة إلا فى شأن الواقعة المتنازع عليها أياً كان مصدرها واقعة مادية أم تصرف قانونى، وأياً كانت قيمة الحق المدعى به ولو تجاوزت قيمته نصاب الإثبات بالبينة، كما أنه لا يقبل الاحتكام إليها إلا حيث يعوز الخصم الدليل على ما يدعيه، بحيث لا يجوز الاحتكام إليها تعزيزاً لما قدمه من أدلة.

والواقع أن حق الخصم فى الاحتكام لذمة خصمه يقابله التزام الخصم الآخر بالاستجابة لهذه الدعوة وإلا تجرد هذا الحق من أى أثر أو أية منفعة، وفى المقابل حق الخصم الآخر فى الاحتكام أيضاً لذمة خصمه، فجعل له أن يرد اليمين فيحتكم بذلك إلى ذمة من وجهها إليه.

واليمين الحاسمة تصرف قانونى بإرادة منفردة[٢] توجه من الخصم إلى الخصم، فلا تملك هيئة التحكيم توجيهها من تلقاء نفسها تطبيقاً للمادة ١١٤ إثبات مصرى "يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر". ويقدم طلب[٣] اليمين من الخصم نفسه أو ممن يوكله فى

---

(١) د. أسامة المليجى: ص ١٧٤ بند ١١١. د. على اسماعيل غازى: المرجع السابق ص ٣٨٢.

(٢) د. السنهورى: ص ٦٧٦ وما بعدها بند ٢٦٧، د. سليمان مرقس: ص ٦٠٠ وما بعدها بند ٢١٠.

(٣) د. فتحى والى: قانون القضاء ص ٥٥٠ بند ٣٠٤، د. الجمال وعكاشة: الإشارة السابقة. د. سليمان مرقس: ص ٦٠٣ بند ٢١١ مكرر. المؤلف قانون المرافعات ص ٤٢٧ بند ٢٩٠.

ذلك، بشرط أن يصدر له توكيل خاص يفوضه فى توجيه اليمين، فإذا كان الخصم ممثلاً بغيره نتيجة نقص أهليته أو لكونه شخصاً معنوياً كان لممثله أن يوجه هذا اليمين. وتوجه اليمين إلى الخصم الآخر وليس إلى شخص من الغير، فإذا كان الخصم الموجه إليه اليمين قاصر الأهلية أو شخصاً معنوياً، وجهت اليمين إلى ممثله الذى له صفة فى الخصومة.

ويجب أن يتوافر فى الخصم — سواء الذى وجه الطلب أم الذى يوجه إليه الطلب — أهلية التصرف فى الحق المرتبط بالواقعة محل اليمين لكلا من الخصمين، لأن حلفها سيترتب عليه حسم موضوع الدعوى لأنها تحكيم لضمير الخصم، كما يجب أن تكون إرادة من وجه اليمين صحيحة خالية من عيوب الرضا، غلط أو تدليس أو إكراه، فوجود أى من هذه العيوب كافى لطلب إبطال توجيه اليمين حتى بعد أن يقبلها الخصم أو حتى بعد أن يحلفها[1].

وطلب الخصم بتوجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه، شأن أى طلب لابد وأن يكون مستوفياً الشروط الموضوعية الواجب توافرها لإمكان أن تأذن هيئة التحكيم للخصم بتوجيهها[2] وشأن أدلة الإثبات الأخرى اليمين لا ترد إلا على وقائع، فلا يجوز توجيه اليمين أو حلفها بالنسبة لمسائل قانونية[3] والواقعة محل اليمين الحاسمة يجب أن تتوافر فيها فضلاً عن الشروط العامة الواجب توافرها فى الواقعة محل الإثبات[4] شروط خاصة بها، ممثلة هذه الشروط فى كونها حاسمة للنزاع، وأن تكون الواقعة متعلقة بشخص من وجهت إليه أو من ردت عليه[5].

---

(١) د. السنهورى: ص ٦٨٣ بند ٢٧٢. د. سليمان مرقس: ص ٦٠٥ وما بعدها بند ٢١٢ وما بعده. المؤلف: الإشارة السابقة.

(٢) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣١٨ بند ١٦٦.

(٣) د. فتحى والى: قانون القضاء الإشارة السابقة. د. سليمان مرقس: ص ٦١٦ وما بعدها بند ٢١٥.

(٤) أنظر فيما سبق بند ٢.

(٥) فى تفصيل ذلك أنظر د. سحر يوسف: ص ٨٤ وما بعدها بند ٥٨ وما بعده.

فمن ناحية أولى، يشترط فى الواقعة محل اليمين أن تكون حاسمة للنزاع، إذ يتعين أن يكون الغرض من توجيهها حسم النزاع أو وضع حد له ولو في جزء من موضوعه بصفة نهائية[1] ويعتبر موضوع اليمين حاسماً إذا كان يؤدى إلى الفصل فى النزاع أو فى جزء منه أو فى دفع موضوعى فيه بحيث ينهى الخصومة كلها أو فى شق منها على نحو يمنع من معاودة نظره مرة أخرى، وتطبيقاً لذلك قضى[2] بأن اليمين الحاسمة يجب أن توجه فى الواقعة التى ينحسم بها النزاع، ولا يجوز توجيهها إذا كانت تنصب على مجرد دليل فى الدعوى، وترتيباً على ذلك إذا لم تكن الواقعة حاسمة للنزاع فلا يجوز أن تكون محلاً لتوجيه اليمين الحاسمة ويتعين على هيئة التحكيم رفضها.

ومن ناحية أخرى: يشترط فى الواقعة محل اليمين الحاسمة أن تكون متعلقة بشخص من وجهت إليه مادة ١١٥ إثبات مصرى، ويكون الحلف فى هذه الحالة على البتات[3] فإذا كانت غير شخصية له أنصبت على مجرد علمه بها وفقاً للمادة ١١٥/ ٢ إثبات. وفى هذه الحالة يسمى اليمين يمين العلم وهى أيضاً يمين حاسمة[4] ويتضح ذلك فى حالة ما إذا وجه اليمين إلى ممثل الخصم الذى لا يحلف إلا على ما يتصل بشخصه هو دون ما يتصل بشخص من يمثله إلا إذا تعلق الأمر بيمين العلم[5].

ويكفى أن تكون الواقعة شخصية لمن توجه إليه اليمين، ولا يشترط أن تكون شخصية لمن وجهها إلا لإجازة رد اليمين عليه وفقاً للمادة ٢/١١٤ إثبات، فإذا كانت الواقعة مشتركة بين الطرفين جاز الرد على البتات، أما

---

(١) CADIET: op. cit. P. 515. N 975.

(٢) طعن ٥١٩/ ٤٢ ق نقض ١٩٨٢/٣/٩.
Coss. 22 Fév 1978. Bull. Civ. 111. N 100.
مشار إليهما لدى د. سحر يوسف الإشارة السابقة.

(٣) د. السنهورى: ص ٧١٠ وما بعدها بند ٢٨٥.

(٤) استئناف أسيوط ١٠ مارس ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ ص ٦٢٥.

(٥) د. أسامة المليجى: ص ١٧٦ بند ١١٣.

إذا كانت شخصية لمن وجهت إليه اليمين فقط، فلا يجوز الرد إلا على عدم العلم فقط[1].

ومتى توافرت هذه الشروط، فإنه يمكن طلب توجيه اليمين الحاسمة أياً كانت قيمة الواقعة محل اليمين، وأياً كان الدليل الذى لدى موجه الطلب ما دام لم يؤد إلى إثبات هذه الواقعة[2] ويجب على من يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه أن يبين بدقة الوقائع التي يريد استحلافه عليها، ويذكر صيغة اليمين بعبارات واضحة تطبيقاً لنص المادة ١٢٢ إثبات مصرى، ويكون طلب توجيه اليمين في أية حالة كانت عليها الدعوى طالما لم يصدر حكم فى الموضوع وفقاً للمادة ٤/١١٥ إثبات[3]. كما يمكن للخصم طلب اليمين على سبيل الاحتياط[4] فالخصم الذى يقدم أدلة إثبات، ثم يقول أنه على سبيل الاحتياط إذا لم تكن هذه الأدلة كافية،

---

(١) د. السنهورى: ص ٧١١ بند ٢٨٥. د. سليمان مرقس: ص ٦٢٧ بند ٢١٥. المؤلف: قانون المرافعات ص ٤٢٩ بند ٢٩١.

(٢) د. فتحى والى: قانون القضاء: ص ٥١١ بند ٣٠٤. المؤلف: الإشارة السابقة.

(٣) د. سليمان مرقس: ص ٦٣٠ وما بعدها بند ٢١٦، د. السنهورى: ص ٦٩٧ بند ٢٧٨. المؤلف: ٤٢٩ بند ٢٩٢.
Coss. Civ. 14 Mars 1966. J. C. P. 1966. 11. 14614 Note J. A.

(٤) د. السنهورى: ص ٦٩٨ وما بعدها بند ٢٧٩. د. فتحى والى: قانون القضاء ص ٥٥٢ بند ٣٠٤. وفى تطبيق ذلك قضى بأن "اليمين الحاسمة جواز= =توجيهها على سبيل الاحتياط، وقبل أى دفاع أو بعده أثناء نظر الدعوى وحتى صدور حكم نهائى فيها، خلو التشريع المصرى الحالى مما يحرمه، تعذر معرفة طالب توجيهها لرأى المحكمة من الأدلة التى ساقها خاصة فى الأنزعة التى لا يفصل فيها بصفة نهائية إلا بعد الحكم فى النزاع، فلا مفر من توجيهها أثناء نظر النزاع، بحيث أن إغفال الحكم المطعون فيه الرد على طلب الطاعن توجيه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط لإثبات دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، إخلال بحق الدفاع، خاصة بعد أن أصبح الباب مغلقاً أمامه لإبداء تمسكه بتوجيهها إذا ما رفضت المحكمة الأدلة الأخرى التى تمسك بها بصدور حكم نهائى فى النزاع" طعن ٩٣٨/ ٦٤ق نقض ١٩٩٤/١٢/٨ مجلة نادى القضاة السنة ٢٨ ع ١ – ص ٩٦ قارن طعن ٣٠٦٧/ ٥٩ ق نقض ١٩٩٤/١١/١٢ مجلة نادى القضاة السنة ٢٨ العدد السابق ص ٤٤٣.

فإن طلبه لليمين الحاسمة تقبل منه، فتنظر هيئة التحكيم فى الأدلة التى قدمها، فإن لم تكون اقتناعها، فإنها تقبل طلب الخصم بتوجيه اليمين الحاسمة.

١١٨- سلطة هيئة التحكيم إزاء طلب توجيه اليمين الحاسمة:

كان السائد فى الفقه[١] والقضاء[٢] أن اليمين الحاسمة ملك للخصوم لا للمحكمة أو هيئة التحكيم، على أن لا يكون للخصم توجيه إياها إلى خصمه مباشرة، بل عن طريق هيئة التحكيم، ويعزز الفقه رأيه بأن اليمين صلح وليس للمحكمة أو هيئة التحكيم أن تعترض على هذا الصلح.

ونرى مع البعض[٣] أن هذا النظر لا يستقيم مع ما يستلزم توافره من شروط معينة فى موضوع اليمين، ولا يتفق مع كونها طريقاً احتياطياً يلجأ إليه الخصم الذى يعوزه الدليل ليطلب إلى خصمه أن يخرج من دائرة القانون الجامدة إلى ميدان العدالة الرحب، وسلطان القانون يقتضى ألا يترك سبيل الخروج عن دائرته حراً، وإنما يقيد ذلك بالحصول على ترخيص به من هيئة التحكيم، لذا يخضع طلب توجيه اليمين – كأى دليل – لتقدير هيئة التحكيم[٤]. فاليمين لا توجه إلا بإذن الهيئة، وهى لا تأذن بتوجيه اليمين إلا بعد التأكيد من توافر شروطها[٥] فلها أن ترفض توجيه اليمين إذا كانت الواقعة المطلوب تحليف الخصم عليها ليست متعلقة لشخصه[٦] أو ليست منتجة ولا حاسمة[٧] أو القصد منها تأخير الفصل فى

---

(١) فى تفصيل ذلك: أنظر د. السنهورى ص ٦٨٦ وما بعدها بند ٢٧٣. د. سليمان مرقس: ص ٦٣٢ بند ٢١٧.

(٢) نقض مدنى ١٩٧٦/٤/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ٨٧١.

(٣) د. سليمان مرقس: الإشارة السابقة.

(٤) أنظر فيما سبق بند ٢٤.

(٥) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧٠٥ بند ٤٨٢، د. فتحى والى: قانون القضاء المدنى ص ٥٥٢ بند ٣٠٤.

(٦) نقض مدنى أول يونية ١٩٤٤ المحاماة السنة ٢٧ ص ٥٤٦.
Coss. Soc. 17 Nov. 1983 Bull Civ.V. P. 400.

(٧) انظر فيما سبق بند ٢.

الدعوى[1] أو اتضح من الأوراق التى قدمها أحد الخصوم ما يثبت قطعاً عدم صحة دعوى طالب اليمين[2] وشأن ذلك هو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع فنصت المادة ١١٤ إثبات مصرى "على أنه للقاضى – المحكم – أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً فى توجيهها".

ورقابة المحكم أو هيئة التحكيم لمنع التعسف فى توجيه اليمين تعد مظهر من مظاهر الدور الإيجابى للمحكم فى مجال الإثبات[3]. فالمادة ١١٤ إثبات لم تحدد الحالات التى يعتبر فيها الخصم متعسفاً فى توجيهها، وإنما ترك أمر تقدير وتحديد مظاهر التعسف لهيئة التحكيم شريطة أن توضح المظاهر والشواهد التى استند إليها لاعتبار الخصم متعسفاً فى طلب توجيهها.

ومع اعتماد سلطة هيئة التحكيم فى هذا الشأن، إلا أنها سلطة ليست مطلقة[4] وإنما تقتصر على رقابة الخصوم فى استعمال الحق فى توجيه اليمين ومنع التعسف فيها، بحيث لا تستطيع الهيئة أن ترفض توجيهها إذا كانت اليمين مستوفية الشروط الموضوعية المطلوبة، ولم يكن هناك مظهر للتعسف أو الكيد فى طلب توجيهها، وإلا اعتبرت الهيئة نفسها متعسفة فى رفض طلب توجيهها، مما يؤدى إلى بطلان حكم التحكيم لبطلان الإجراءات التى أثرت فيه تطبيقاً لنص المادة ٥٣ تحكيم مصرى، ١٤٨٤ مرافعات فرنسى.

---

(١) نقض ١٩٧٦/٤/٦ مشار إليه سابقاً.

(٢) د. عبد الباسط جميعى: الإساءة فى المجال الإجرائى المقال ص ٢١٦. نقض مدنى الطعن رقم ٣٠٦ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٣/٤/٢٩ مجموعة أحكام محكمة النقض السنة ٤٤ ص ٢٩٣ بند ١٨٧، بنى مزار الجزئية ١٩٣٩/٢/٢٣ المحاماة السنة ١٩ ص ٨٨٢.
Coss, Civ. 2 re mars. 1937. Goz Pal 1937-1-850.

(٣) أنظر فيما سبق بند ١٦.

(٤) د. سليمان مرقس: ص ٦٣٦ بند ١١٧، د. السنهورى: ص ٦٩١ بند ٢٧٣. د. سحر يوسف ص ٨٨ بند ٦٠.

وإذا قبلت هيئة التحكيم طلب توجيه اليمين، أصدرت حكماً بتوجيهها[1] وبتحديد صيغتها[2] متى كانت الواقعة محل اليمين مستوفية للشروط المطلوبة، ولم يكن الخصم متعسفاً فى توجيهها، ومتى صدرت الهيئة حكمها بتوجيه اليمين، فليس لها تغيير صيغتها بما يؤثر فى مدلولها، إذ صيغة اليمين من شأن من وجهها وحده[3] فمن وجه اليمين الحاسمة حق العدول عنها، ويبقى له هذا الحق حتى يعلن من وجهت إليه اليمين استعداده للحلف، فإذا لم يتم هذا الإعلان كان لمن وجه اليمين حق العدول حتى يتم الحلف تطبيقاً لنص المادة ١١٦ إثبات مصرى.

وإذا كان العدول عن صيغة اليمين حق للخصم موجه اليمين وحده، فلهيئة التحكيم[4] الحق فى تعديل صيغة اليمين التى يقترحها الخصم سواء كان هذا التعديل من تلقاء نفسها أو بناء على اعتراض من الخصم الآخر، شريطة أن يكون التعديل قاصراً على إيضاح عباراتها دون أن يمس موضوعها، فليس للهيئة أن تغير من صيغة اليمين تغييراً يؤثر فى مدلولها أو موضوعها، إذ أن الشأن فى ذلك هو لمن يوجه اليمين دون غيره[5] ومن ثم يجوز لهيئة التحكيم تعديل صيغة اليمين تعديلاً يقتصر على إيضاح عباراتها دون موضوعها، فإن فعلت عكس ذلك تكون قد تجاوزت حدود

---

(١) وقضى تطبيقاً لذلك "أنه متى استوفت الواقعة محل الحلف الشروط المطلوب توافرها قانوناً، فإن المحكمة لا يسعها سوى إجابة المستأنف إلى طلبه بتوجيه اليمين الحاسمة إلى المستأنف ضده خاصة وأن هذا الأخير لم ينازع فى هذا الطلب واقتصر دفاعه على طلبه رفضه الاستئناف" استئناف إسكندرية – الدائرة المدنية الرابعة – جلسة ١٩٩٦/٩/٥ مشار إليه لدى د. سحر يوسف: ص ٩٤ حاشية.

(٢) ويراعى فى صفة اليمين أن تكون اليمين دائماً على النفى حتى يتأتى بها الاستيعاب، وهى أما على نفى الفعل أو نفى العلم وأما على نفى السبب أو نفى الحاصل، فى تفصيل ذلك أنظر د. سليمان مرقس ص ٦٣٨ بند ٢١٨.

(٣) Coss. Com. 26 Jan 1981. Bull. Civ. Iv. N 47.

(٤) حيث تنص المادة ١٢٣ إثبات مصرى على أن "للمحكمة أن تعدل صيغة اليمين التى يعرضها الخصم بحيث توجه بوضوح ودقة على الواقعة المطلوب الحلف عليها".

(٥) نقض مدنى ١٩٨٩/٥/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٤٠ ص ٤٤٦.

سلطتها، وما قصده المشرع من تخويلها إمكانية تعديل صيغة اليمين تطبيقاً للمادة ١٢٣ إثبات مصرى[١].

ولمن توجه إليه اليمين من الخصوم أن ينازع فى جواز توجيهها إليه لعدم توافر شروط توجيهها[٢] وحينئذ يتعين على هيئة التحكيم أن تفصل فى منازعته[٣] وأن توجه إليه اليمين على مقتضى ما تنتهى إليه، وأن تحدد له جلسة لحلفها أن رأت توجيهها إليه، ولا يجوز لها أن تعتبره ناكلاً قبل الفصل فى هذه المنازعة[٤] ويعلن منطوق الحكم المتضمن توجيه اليمين وصيغته إلى الخصم المأمور بتحليفه إذا لم يكن حاضراً بشخصه تطبيقاً للمادة ١٢٥ إثبات، ويكلف بالحضور للحلف فى اليوم الذى تحدده هيئة التحكيم وفقاً للمستفاد من نص المادة ١٢٦ إثبات.

١١٩ـ إجراءات حلف اليمين الحاسمة أو ردها أو النكول عنها:

إذا قضت هيئة التحكيم بتوجيه اليمين ولم ينازع من وجهت إليه اليمين لا فى جوازها ولا فى تعلقها بالدعوى، أو نازع وفصلت الهيئة فى منازعته، وأعلنت منطوق الحكم بتوجيه اليمين للخصم إذا لم يكن حاضراً، فإن الأمر لا يخرج عن احتمالات ثلاثة:

١ـ النكول عن حلف اليمين:

والنكول هو موقف سلبى يقع بعدم الحلف حين يجب الحلف[٥] فإذا حضر الخصم الموجه إليه اليمين ورفض الحلف سواء ابتداءً فلم يردها على خصمه أو بعد رد اليمين عليه — وهو لا يستطيع ردها قانوناً — ولم يحلفها اعتبر فى الحالتين ناكلاً. ويعتبر الخصم ناكلاً إذا لم يحضر الجلسة المحددة

---

(١) قارن أحمد نشأت: رسالة الإثبات ج ٣ ص ٤٩.

(٢) د. سليمان مرقس: ص ٦٢٩ بند ٢١٥، د. فتحى والى: قانون القضاء: ص ٥٥٣ بند ٣٠٤.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٧٧.

(٤) نقض ١٩٦٢/٤/٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٤٥٥.
Coss. Civ. 7 Oct 1980 Rev. arb. 1982. 36. Paris. 18 Mars. 1983. Rev. arb. 1983. 491.

(٥) د. السنهورى: ص ٧٣٧ بند ٢٩٨. د. سليمان مرقس: ص ٦٦٤ بند ٢٢٨.

لحلف اليمين ما لم يكن تغيبه بعذر تقبله الهيئة، ويجوز لها أن تعطيه ميعاداً للحلف إذا رأت لذلك وجهاً، أو إذا حضر وسكت ولم يحلف ولم ينازع فى جواز اليمين أو فى تعلقها بالدعوى اعتبر ناكلاً. ويعتبر أيضاً ناكلاً الخصم الذى ردت عليه اليمين التى وجهها ورفض أن يحلفها، ذلك كله تطبيقاً[1] لنص المادة ١١٨ إثبات والتى تنص على أن "لكل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يردها على خصمه، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه".

٢ـ رد اليمين:

هو التزام بدلى بردها على الخصم[2] فالخصم الذى وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه، أى له أن يرفض أداء اليمين ويطلب ممن وجهها أن يحلفها هو، ويعتبر رد اليمين بمثابة حلف يمين موجه للخصم، "ولمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه ...." مادة ١١٤ إثبات.

والحق فى رد اليمين وسيلة لإيجاد توازن بين مركزى الطرفين[3]، من وجه ومن وجهت إليه اليمين، بالنسبة لهذا الدليل، كما أنه يعتبر ضمانة لجديته، إذ يؤدى إلى أن من يوجه اليمين يجب أن يكون متأكداً من قوة مركزه لاحتمال رد اليمين عليه وقيامه هو بحلفه.

ويعتبر رد اليمين بمثابة طلب حلف يمين موجه إلى الخصم[4] فيشترط فى رد اليمين ما يشترط فى توجيهها[5]. ولا يجوز الرد إلا إذا انصبت اليمين على واقعة مشتركة بين الخصمين، فإذا كانت خاصة بمن وجهت إليه دون خصمه فليس له ردها عليه مادة ١١٤/ ٢ إثبات. وبرد اليمين تصبح

---

(١) نقض مدنى ١٩٨٣/٢/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٤ ص ٥٤٧.

(٢) د. السنهورى: ص ٧٣١ بند ٢٩٣.

(٣) د. فتحى والى: قانون القضاء ص ٥٥٣، ٥٥٤ بند ٣٠٤. د. سليمان مرقس: ص ٦٦٢ بند ٢٢٧. د. على اسماعيل غازى: المرجع السابق، ص ٣٨٢ ومابعدها.

(٤) د. السنهورى: ص ٧٣٢ بند ٢٩٤.

(٥) أنظر فيما سبق بند ١١٧.

موجهة إلى من وجهها، ليصبح هذا الأخير ملتزماً بالحلف ولا يمكن رد اليمين ثانية على من ردها عليه، وإلا استمر التحقيق إلى ما لا نهاية، وللخصم الذى ردت عليه اليمين أن يحلفها فيكسب الدعوى أو ينكل عنها فيخسرها مادة ١١٨ إثبات.

٢ـ حلف اليمين بالصيغة التى تقررها هيئة التحكيم:

يجب على الخصم الذى وجهت إليه اليمين الحاسمة ولم يردها على خصمه أن يؤدى اليمين بنفسه، لأن خصمه قد احتكم إلى ضميره، فلا يصح أن يؤكل غيره فى الحلف[١] فإذا كان الخصم حاضراً بنفسه الجلسة التى صدر فيها حكم توجيه اليمين أو الفصل فى المنازعة الخاصة بجوازها أو تعلقها بالدعوى، وجب عليه أن يحلفها فوراً أو يردها على خصمه وإلا اعتبر ناكلاً. ويمكن للهيئة أن تعطيه ميعاداً للحلف إذا رأت لذلك وجهاً، فإن لم يكن حاضراً وجب تكليفه بالحضور لحلفها بالصيغة التى أقرتها الهيئة وفى اليوم الذى حددته، فإن حضر وامتنع دون أن ينازع أو تخلف بغير عذر اعتبر ناكلاً مادة ٢٤ إثبات.

وإذا كان لمن وجهت إليه اليمين عذر يمنعه من الحضور أمام هيئة التحكيم انتقلت إليه أو ندبت أحد أعضائها لتحليفه[٢] ويترتب على إعلان الخصم الذى وجهت إليه اليمين استعداده لحلفها وعدم جواز الرجوع فى الطلب الموجه إليه بحلف اليمين سواء كان الطلب ابتداءً أم رداً ليمين مادة ١١٦ إثبات.

ويكون تأدية اليمين[٣] شفوياً بأن يقول الخصم "أحلف" ثم يذكر الصيغة التى أقرتها الهيئة مادة ١٢٧ إثبات، فإذا كان دين الخصم يفرض أوضاعاً مقررة فى الحلف، جاز للخصم أن يطلب تأدية اليمين وفقاً لهذه الأوضاع[٤]. ويعتبر فى حلف الأخرس ونكوله، إشارته المعهودة إن كان لا

---

(١) د. السنهورى: ص ٧١٩ بند ٢٩٠، د. فتحى والى: ص ٥٥٤ بند ٣٠٤. د. سليمان مرقس: ص ٦٥٥ وما بعدها بند ٢٢٦.

(٢) أنظر فيما سبق بند ٢٩.

(٣) د. السنهورى: ص ٧٢٠ بند ٢٩٠.

(٤) بنى سويف الجزئية ١٩٢٠/١١/٣٠ المحاماة ١ ص ٤٩٠.

يعرف الكتابة فإن كان يعرفها فحلفه ونكوله بها يتم بها تطبيقاً للمادة ١٢٩ إثبات. فإذا ما تم حلف اليمين، أو توافرت واقعة النكول حرر محضر بذلك، يوقعه الحالف ورئيس الهيئة أو العضو المنتدب والكاتب أن وجد تطبيقاً للمادة ١٣٠ إثبات.

١٢٠- التزام هيئة التحكيم بنتيجة اليمين الحاسمة:

أياً كان الاحتمال الذى اتخذه الموجه إليه اليمين – من بين الاحتمالات الثلاثة السالفة – أو من ردت عليه[١]، فالنتيجة ملزمة لهيئة التحكيم، حتى ولو كانت قناعة أعضائها الشخصية مغايرة لذلك، إذ تفقد الهيئة سلطتها التقديرية عندما يتم قبول توجيه اليمين وتعتبر مكتوفة اليد عاجزة أمام قوة اليمين الحاسمة في الإثبات.

كما أن هذه النتيجة أياً كانت واجبة الاحترام حتى ولو كان من خسر الدعوى نتيجة أداء خصمه لها يعتقد أن خصمه كاذب. وفى ذلك تنص المادة ١١٧ إثبات على أنه " لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذى وجهت إليه أو ردت عليه".[٢]

وتنحسم الدعوى التحكيمية بإرادة أطرافها، لا بحكم هيئة التحكيم، وينحصر دورها إزاء اليمين الحاسمة فى مراقبة الشروط التى نص عليها القانون، دون أن يكون لديها سلطة تقديرية إزاء اليمين ونتيجته[٣] على أن يشترط لإعمال هذه النتيجة أن يكون توجيه اليمين وحلفها أو النكول قد تم مطابقاً للقانون[٤].

---

(١) د. سحر يوسف: المرجع السابق ص ١٠٣، ١٠٤ بند ٦٨.
CADIET: op. cit. P. 515 N 975.
Vincent et Guinchard: op. cit. P. 678. N 1146.
Coss. Civ. 22 Fév 1978. D. 1978. inf rep. 411. abs. Julien. Paris 12 Mars. 1966 J. C. P. 1966. 11. 14747 Note J. A.

(٢) على أنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائى فإن للخصم الذى أصابه ضرر منها أو هو من خسر الدعوى أن يطالب بالتعويض دون إخلال بما يكون له من حق فى الطعن على الحكم الذى صدر ضده، مادة ١١٧ إثبات. انظر د. عيد القصاص: المرجع السابق، ص ٣٢٥.

(٣) MOREAU: Rev. arb. 1978. op. cit. P. 335.

(٤) نقض مدنى ١٩٨٨/١١/٢٠ فى الطعن رقم ٢٤٠٥ لسنة ٥٦ ق.

ثانياً: اليمين المتممة:

١٢١- ماهية اليمين المتممة ومفترضها:

هى إجراء[١] تتخذه هيئة التحكيم من تلقاء نفسها رغبة منها فى تحرى الحقيقة لتستكمل بها دليلاً ناقصاً فى الدعوى. فاليمين المتممة ليست عقداً ولا صلحاً ولا عملاً قانونياً ولا حتى دليلاً[٢] وإنما هى إجراء – واقعة مادية – تتخذه الهيئة رغبة منها فى استقصاء الحقيقة. والهيئة بما لها من دور توجيهى فى الدعوى يمكنها خروجاً على مبدأ الحياد والذى يقصر وظيفتها على تقدير الأدلة التى تقدم إليها فحسب[٣] اتخاذ هذا الإجراء، ويكون لها السلطة المطلقة فى تقدير نتيجته[٤]. فاليمين المتممة توجه لاستكمال أدلة ناقصة[٥] ولا يحسم النزاع بمقتضاها، إلا أن لهيئة التحكيم بعد حلفها أن تقضى على أساسها باعتبارها مكملة لعناصر الإثبات الأخرى[٦].

واليمين المتممة على هذا النحو ليس الغرض منها أن تكون طريقاً يلجأ إليها الخصم عندما يعوزه الدليل لكى يحسم بها النزاع، وإنما الغرض منها قد يتحقق عندما يتجمع لدى هيئة التحكيم أدلة على واقعة منتجة فى الدعوى، لكنها ترى فى الوقت ذاته، أن هذه الأدلة غير كافية لتحقيق اليقين لديها بشأن هذه الواقعة، ومن ثم يكون لها توجيه اليمين المتممة استكمالاً لهذه الأدلة، وهى تختار عادة فى توجيهها الخصم الذى يتوسم فيه الصدق أكثر من غيره[٧] فتتمخض اليمين المتممة إذن طريقاً من طرق

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٣/٣/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٣٤٢.

(٢) د. السنهورى: ص ٧٤٦ بند ٣٠٤. د. سليمان مرقس: ص ٦٧٩ بند ٢٣١ والحكم المشار إليه استئناف مختلط ١٩٠٣/١٢/٢ – ١٦ – ص ٢١.

(٣) أنظر فيما سبق بند ١٥.

(٤) د. سليمان مرقس: الإشارة السابقة.

(٥) د. السنهورى: الإشارة السابقة، د. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار: التعليق: ص ٤٧١.

(٦) نقض ١٩٧٣/٣/٢٧ مشار إليه سابقاً.

(٧) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧٠٦ بند ٤٨٣، د. سليمان مرقس ص ٦٧٩ والحكم المشار لديه بيا الجزئية ١٩٢٢/٦/١٣ المجموعة ٢٦ – ٢٠ – ٩.

الإثبات ذات القوة المحدودة وذات الأثر التكميلى، ولا تنطوى على أى تصرف قانونى[1].

١٢٢- من يوجه اليمين المتممة:

يوجهها المحكم أو هيئة التحكيم من تلقاء نفسها ولو لم يطلبها أحد الخصوم، فهى من الرخص المخولة لهيئة التحكيم تستعملها أن شاءت دون إلزام عليها، كما أنها تعد أحد تطبيقات[2] المادة ١٠ مرافعات فرنسى التى تنص على أن للقاضى – المحكم – السلطة فى أن يأمر من تلقاء نفسه بكافة إجراءات التحقيق الجائزة قانوناً واليمين المتممة أحد إجراءات التحقيق التى تأمر بها هيئة التحكيم ولو لم يطلبها أحد الخصوم، ولو فرض وطلبها كان للهيئة بشأن هذا الطلب سلطة توجيهها أو على العكس عدم توجيهها[3] وأن أمرت بتوجيهها فيكون لها ذلك فى أية حالة كانت عليها الدعوى، طالما لم يصدر حكم فى الموضوع، حتى ولو أقفل باب المرافعة وأمرت بإعادة فتحه، ورأت توجيه اليمين المتممة كان لها توجيهها[4].

وإذا كان توجيه اليمين المتممة من الرخص المخولة لهيئة التحكيم تأمر بتوجيهها ولو من تلقاء نفسها، إلا أن هذا لا يمنع من أن يطلب أحد الخصوم من هيئة التحكيم توجيهها، ولهيئة التحكيم السلطة التقديرية الكاملة فى توجيه اليمين بناء على هذا الطلب أو عدم توجيه[5] فهيئة

---

(١) د. السنهورى: الإشارة السابقة.

(٢) Rusquec: Serment Supplétaire. Class. 1994. Fasc. 673. CADIET: op. cit. P. 505. N 957.
قارن د. أحمد هندى: التحكيم: ص ٥٩ بند ١٤، حيث يرى أنه لا يجوز لهيئة التحكيم توجيه اليمين المتممة لأى من الخصوم لأنها لا تملك سلطة تحليف خصم أو شاهد أو خبير. انظر فى الرد على ذلك فيما سبق، بند ١١٦.

(٣) وقضى تطبيقاً لذلك بأنه "لا تثريب على محكمة الموضوع أن لم تستعمل حقها فى توجيه اليمين المتممة إذا هى من الرخص القانونية التى تستعملها إن شاءت بلا إلزام عليها فى ذلك ولو تحققت شروط الحق فى توجيهها" نقض مدنى ١٩٧٧/١١/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ١٦٧٣.

(٤) د. السنهورى: ص ٧٤٩ بند ٣٠٨. CADIET: op. cit. P. 504 N 956.

(٥) أنظر فيما سبق بند ٢٤.

التحكيم غير ملزمة بتتبع الخصوم فيما يطلبونه، ولا تتقيد بالاستجابة إلى مقترحاتهم، فهى وحدها التى تقدر مدى ملائمة وجدوى اللجوء إلى هذا الإجراء[1] لكونه إجراء يتعلق بمطلق سلطتها التقديرية.

ويجب لكى تستطيع هيئة التحكيم توجيه اليمين المتممة أن تتعلق بواقعة قانونية يتوافر فيها – فضلاً عن الشروط العامة الواجب توافرها فى الواقعة محل الإثبات – الشروط الخاصة الآتية[2]:

١- أن تتعلق الواقعة بشخص من توجه إليه اليمين وإلا نصبت على مجرد علمه بها مادة ١١٥/ ٢ إثبات مصرى.

٢- ألا يكون فى الدعوى دليل كامل، وإلا تكون الدعوى خالية من أى دليل مادة ١١٩/٢ إثبات، ١٣٦٧ مدنى فرنسى.

والمقصود بذلك أن تكون هناك أدلة إثبات قدمت فى الدعوى إلا أنها غير كافية لتكوين اقتناع هيئة التحكيم، وتقدير ذلك يرجع للهيئة، فإذا قدمت أدلة إثبات كافية لا تقوم الحاجة لتوجيه اليمين المتممة، ويلحق ذلك أن لم يكن فى الدعوى أى دليل، ففى الحالتين لا تستطيع الهيئة أن تلجأ إلى توجيه اليمين المتممة.

والدليل الناقص[3] التى تكمله الهيئة باليمين المتممة، لا يشترط أن يكون كتابة أو مبدأ ثبوت بالكتابة، بل يصح أن يكون بينة أو قرائن ترى

---

(١) د. سحر يوسف: ص ٤٢٦ بند ٢٤٩.

(٢) د. فتحى والى: قانون القضاء: ص ٥٥٦ بند ٣٠٥. د. سليمان مرقس: ص ٦٧٩ وما بعدها بند ٢٣٣.

CADIET: Lic. Cit. Rusquec: op. cit. N 85.

(٣) وقضى تطبيقاً لذلك "بأن شرط توجيه اليمن المتممة هو أن يكون لدى كل من الطرفين مبدأ ثبوت لا يرقى إلى مرتبة الدليل الكامل، فإذا ما وجهت المحكمة اليمين إلى أحد الخصمين وحلفها، وقدرت من ذلك أن الدليل الكامل قد توافر على صحة ما يدعيه، فليس فى ذلك ما يناقض ما سبق أن قررته فى حكمها الصادر بتوجيه اليمين من أن كلاً من الطرفين يستند فى دعواه إلى دليل له قيمته. نقض مدنى ١٩٥١/٤/٥ مجموعة أحكام النقض السنة الثانية ص= =٦٢٢. نقض مدنى ١٩٦٨/١٠/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ١٢٧٦.

الهيئة فيها مجرد مبدأ ثبوت عادى، وإن كان يجعل الإدعاء قريب الاحتمال، إلا أنه غير كاف بمفرده لتكوين دليل كامل تقتنع به الهيئة، فتقوم بتكملة باليمين المتممة.

١٢٣- لمن توجه اليمين المتممة:

لكون اليمين المتممة ليست دليلاً قائماً بذاته، بل إجراء من إجراءات التحقيق تملك هيئة التحكيم توجيهها من تلقاء نفسها، كما تملك تقدير نتيجته، ومن ثم فلا محل للتقييد فيها[١] بقاعدة البينة على من أدعى. وترتيباً على ذلك، تملك الهيئة توجيهها لأى من الخصمين فى الدعوى لتبنى على ذلك حكمها فى موضوع الدعوى تطبيقاً للمادة ١١٩/ ١ إثبات. فإذا رأت الهيئة أن أحد الخصمين – محتكم أو محتكم ضده – قدم أدلة على إدعائه فى الدعوى أو الدفع أرجح من الخصم الآخر، وإن كانت فى ذاتها غير كافية، ورأت إلى جانب ذلك أن هذا الخصم صاحب الدليل الراجح أولى بالثقة فيه والاطمئنان إليه، وجهت إليه هو دون الخصم الآخر اليمين المتممة، لتستكمل أدلته بها. وأن رأت أن الخصمين متكافئين فى كل ما تقدم، فالظاهر أنها توجه اليمين إلى المطلوب من الخصمين لا الطالب، لأن الأصل براءة الذمة[٢] مع مراعاة[٣] أن هيئة التحكيم فى كل هذا إنما تسير بحسب اقناعها وبمقدار ما تطمئن إلى أى من الخصمين، دون أن تتقيد بقاعدة معينة، وحسب ما تراه من الخصمين أجدر بالثقة حلفته اليمين.

وإذا كان لهيئة التحكيم توجيه اليمين المتممة لأى من الخصمين، والتى تطمئن إليه أكثر، فليس لها أن توجهها إلى الخصمين معاً[٤] كما لا يجوز للخصم الذى وجهت إليه الهيئة اليمين أن يردها على الخصم الآخر تطبيقاً للمادة ١٢٠ إثبات. ومبرر ذلك ومبناه، أن هذه اليمين موجه إليه من هيئة

---

(١) د. سليمان مرقس ص ٦٨٣ بند ٢٣٤.

(٢) فى هذا المعنى أنظر: د. السنهورى: ص ٧٤٨، ٧٤٩ بند ٣٠٧. أحمد نشأت ج ٢ ص ٤٧ د. سحر يوسف: ص ٤٢٧ بند ٢٥٠.
Rusquec: op. cit. N 91.

(٣) د. السنهورى: الإشارة السابقة.

(٤) د. فتحى والى: ص ٥٥٧ بند ٣٠٥.

التحكيم وليس من الخصم الآخر، ولا يتصور ردها على من وجهيها — هيئة التحكيم — فضلاً عن أن اليمين المتممة، هى وسيلة تكميلية لتكوين اقتناع الهيئة، وليست احتكاماً إلى ضمير الخصم حتى يمكنه ردها ليحتكم هو إلى ضمير خصمه[1] لذلك ليس للخصم الذى وجهت إليه اليمين المتممة إلا أن يحلفها أو ينكل عنها، أمام محكمة المادة ٩ تحكيم مصرى.[2]

١٢٤- أولاً: نكول الخصم عن اليمين المتممة:

إذا نكل الخصم عن حلف اليمين التى وجهت إليه من هيئة التحكيم، فإن الأدلة الناقصة التى كان قد قدمها لإثبات إدعائه تبقى ناقصة كما كانت، بل أن الريبة لتزداد فى صحة إدعائه بعد آن نكل عن حلف اليمين[3].

وعلى الرغم من نكول الخصم عن اليمين المتممة يظل لهيئة التحكيم شأن قضاء الدولة[4] حرية استخلاص ما تراه من هذا النكول، بحيث يكون لها أن تعيد تقدير الأدلة الناقصة، وقد تعيد النظر فى الأدلة التى كانت تحسبها ناقصة فترجع عن رأيها وتقرر أنها كافية لتكوين عقيدتها. ففهم الواقع وتقديره من إطلاقيات سلطة هيئة التحكيم التقديرية[5] فقد تقضى لصالح الخصم الناكل.

ومبرر ذلك ومبناه، أن اليمين المتممة إجراء من إجراءات التحقيق[6]

---

(١) د. السنهورى: ص ٧٥٥ بند ٣١٢. د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧٠٦ بند ٤٨٣.

(٢) د. أحمد هندى: التحكيم ص ٥٩ بند ١٤. د. على اسماعيل غازى: المرجع السابق، ص ٣٨٤.

(٣) د. السنهورى: ص ٧٥٩ بند ٣١٤.

(٤) أنظر فى نكول الخصم عن أداء اليمين أمام قضاء الدولة: د. السنهورى: الإشارة السابقة. د. فتحى والى: ص ٥٥٧ بند ٣٠٥ د. سحر يوسف ص ٤٣٥ وما بعدها بند ٢٥٦ والأحكام والمراجع المشارة لديها.

(٥) أنظر فيما سبق بند ٢٤.

(٦) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد "..... لا تعتبر اليمين المتممة حجة قاطعة ملزمة، بل يكون للقاضى مطلق الخيار فى الاعتداد بها أو التجاوز عنها، فله أن يقضى على أساس اليمين التى أديت، أو على= =أساس عناصر إثبات أخرى، اجتمعت له قبل أداء هذه اليمين أو بعد أدائها"

التى تقرر هيئة التحكيم اللجوء إليها فى ضوء ما قدم فى الدعوى من أدلة ومستندات، ولها أن تعدل عن هذا الإجراء، أو لا تأخذ بنتيجته تطبيقاً للمادة ٩ إثبات مصرى. فهى من الرخص المخولة للهيئة تسير لها الحصول على دليل تقتضيه العدالة ليعزز اقتناعها فى الدعوى، فإذا لم تقتنع بالنتائج المترتبة على توجيه اليمين لا تتقيد بها، فهى لا تحكم إلا على أساس ما يرتاح إليها ضمير أعضائها، غاية الأمر، على الهيئة حالة عدولها عن الأخذ بنتيجة الإجراء أن تبين أسباب ذلك[1].

١٢٥- ثانياً: حلف اليمين المتممة وسلطة هيئة التحكيم:

يحلف الخصم اليمين بنفسه ولا يجوز له أن يؤكل أحداً غيره فى الحلف، شأن اليمين المتممة فى هذا، شأن اليمين الحاسمة. ذلك أن المقصود من الحلف فى الحالتين، هو تأكيد الخصم لما يدعيه مع تعزيز التأكيد بالإيمان[2]. فإذا حلف الخصم اليمين المتممة[3]، حررت محكمة المادة ٩ تحكيم محضر بذلك ويوقع عليه من رئيسها والخصم الذى حلف، ولكن هل يتعين على الهيئة اعتبار الواقعة التى تم الحلف بشأنها ثابتة أم تملك سلطة إعادة تقييم ما قدم فى الدعوى من أدلة ومستندات لتصدر حكمها بناء على هذه الأدلة وتلك المستندات غير مقيدة بحلف الخصم.

لم يتفق الفقه بشأن هذه المسألة حول رأى موحد، فذهب البعض[4] إلى أنه إذا حلف الخصم اليمين المتممة التى وجهت إليه تحقق للهيئة ما أرادته من استكمال الأدلة التى لديها، وصارت الواقعة محل اليمين ثابتة على نحو لا يجوز معه للهيئة أن تعود بعد ذلك فتقبل أدلة جديدة مخالفة

مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦٢ مشار إليه لدى د. السنهورى ص ٧٥٨.

(١) أنظر فيما سبق بند ٢٣.

(٢) د. السنهورى: ص ٧٥٦ بند ٣١٣.

(٣) ما لم يثبت كذب الحالف بحكم جنائى، فإذا صدر هذا الحكم، جاز للخصم الآخر أن يطالب بتعويض مدنى، وهذا دون إخلال برفع دعوى أصلية ببطلان حكم التحكيم الذى صدر تأسيساً على اليمين المتممة.

(٤) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: الإشارة السابقة. د. فتحى والى: الإشارة السابقة.

لمقتضاها فى الدعوى، أو أن تعيد تقدير الأدلة الموجودة فيها، وشأن ذلك هو ما يتفق مع نص المادة ١١٩ إثبات التى تقضى بأن للقاضى – المحكم – أن يوجه اليمين المتممة ليبنى على ذلك حكمه فى موضوع الدعوى.

ونرى مع الفقه الغالب[١] مؤيداً بأحكام القضاء[٢] بأن حلف اليمين المتممة لا يلزم هيئة التحكيم، فليس بالضرورى إذا حلف الخصم اليمين أن تقضى الهيئة لصالحه، فقد تقف الهيئة بعد حلف اليمين وقبل النطق بالحكم على أدلة جديدة تقنعها بأن إدعاء الخصم الذى حلف اليمين يقدم على غير أساس فتحكم ضده، بل ليس من الضرورى أن تكشف الهيئة أدلة جديدة، فقد تعيد النظر – كما سبق – بعد الحلف وقبل الحكم، فتقتنع بغير ما كانت مقتنعة به عند توجيه اليمين المتممة، فتقضى ضد من حلف[٣]. فهيئة التحكيم لها مطلق الحرية فى أن تقضى على أساس اليمين التى أديت أو على أساس عناصر إثبات أخرى اجتمعت لديها قبل الحلف أو بعد الحلف.

ويراعى أن السلطة التى تتمتع بها الهيئة إزاء اليمين التى حلفت، أو نكل عن حلفها الخصم، ليست قاصرة عليها فحسب، بل تتمتع بها محكمة المادة ٩ تحكيم مصرى[٤] إذا ما طعن أمامها ببطلان حكم الهيئة[٥] لتأسيس هذا الحكم على أدلة من بينها اليمين المتممة. ويحدث ذلك إذا ما قضت هيئة التحكيم لمصلحة من حلف أو من نكل عن الحلف، ثم طعن

---

(١) د. السنهورى: ص ٧٥٧ وما بعدها بند ٣١٣، د. سليمان مرقس: ص ٦٨٥ وما بعدها بند ٢٣٦ د. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار: التعليق: ص ٤٧٧. د. سحر يوسف ص ٤٣٥ بند ٢٥٥. د. عيد القصاص: التحكيم: ص ٣٢٥ بند ١٠٩.
CADIET: op. cit. P. 504 N 956.

(٢) نقض مدنى ١٩٦٢/٥/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٥٧١، نقض مدنى ١٩٧٣/٣/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٤٦٣.

(٣) أنظر فيما سبق حاشية رقم ٣ ص ٢٦٢.

(٤) أنظر فيما سبق بند ٩١ وما بعده.

(٥) وترفع دعوى البطلان التى ينظمها قانون التحكيم المصرى وفقاً للمواد ٥٢ – ٥٤ سواء كان التحكيم تحكيماً عادياً أو تحكيماً مع التعويض بالصلح. وقاضى الدعوى هو صاحب السلطة فى تكييف هذه الدعوى التكييف القانونى الصحيح دون التقيد بما يصفه بها المدعى. فى تفصيل ذلك أنظر د. فتحى والى: التحكيم ص ٥٤٢ وما بعدها والحكم المشار لديه استئناف القاهرة – ١٩ تجارى – ٢٠٠٢/١٢/٣ فى الدعوى ٤/ ١١٩ ق تحكيم.

فى حكمها وفقاً للمادة ٥٢ تحكيم. فقد تقضى المحكمة ببطلان الحكم لأنه لا محل لتوجيه اليمين المتممة، أو لكون الأدلة المقدمة فى الدعوى كانت كافية قبل توجيه اليمين. أو لأن الأدلة معدومة بحيث لا يجوز توجيه هذه اليمين. أو أن الخصم الذى كان يجب أن توجه إليه اليمين هو الخصم الآخر وليس من حلف، أو من حلف أو نكل عن حلفها كان فاقد الأهلية أو ناقصها وقت الاتفاق على التحكيم وفقاً للقانون الذى يحكم أهليته[1] أو لكون المسألة محل الواقعة التى وجهت اليمين بشأنها لا يشملها اتفاق التحكيم[2] ففى كل ذلك تقضى المحكمة ببطلان حكم التحكيم رغم أن الهيئة أصدرت هذا الحكم عن اقتناع تأسيساً على اليمين المتممة.

المبحث السادس

الخبرة

١٢٦- تمهيد وتقسيم:

الخبرة هى إحدى طرق الإثبات المتاحة أمام الأطراف وهيئة التحكيم، بموجبها يمكنهم الاستعانة بخبير متخصص فى إحدى النقاط التى يثيرها النزاع ليفحص وقائعها ويتحقق من ملابساتها، ثم يعرب عن رأيه الاستشارى بشأنها[3].

وللأطراف وهيئة التحكيم الاستعانة بالخبرة كطريق للإثبات رغم اعتراض البعض[4] فللأطراف حق الاستعانة بخبراء يعبرون عن وجهة نظرهم ويشرحون دقائقها وتفاصيلها فى محاولة لإثباتها لكسب القضية.

---

(١) أنظر فى جزاء عدم توافر اتفاق صحيح للتحكيم: د. فتحى والى: ص ١٣٩ وما بعدها بند ٦٦ وما بعده. د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال: ص ٣٠٤ وما بعدها بند ٢٠٦، ص ٤٠٥ وما بعدها بند ٢٧٤.

(٢) تطبيقاً للمادة ٥٣/ ١ – هـ تحكيم مصرى المادة ١٤٩٤ مرافعات فرنسى. أنظر: Fouchard. Gailard et Goldman: op. cit., P. 956. Paris. 6 avril 2006. Rev orb. 2006. P. 485.

(٣) د. عاطف الفقى: المرجع السابق ص ٤٣٧.

(٤) حيث يرى، بأن الخبير هذه الأيام لم تعد لديه الخبرة المباشرة والكافية فى الموضوعات الفنية المتخصصة كما أن مشورته لم تعد محايدة، حيث يتأثر كل خبير بآراء الطرق الذى استعان به، مما يخلق تعارضاً بين آراء الخبيرين فى نفس الدعوى، بل تعارضاً بين آراء نفس الخبير فى دعوى عن دعوى أخرى حول نفس الموضوع، كما أن العديد من المنازعات التحكيمية عادة ما يتم النظر فيها على أساس الوثائق والمستندات فقط دون الاستعانة بشهود وخبراء. فى تفصيل ذلك أنظر: د. عاطف الفقى ص ٤٣٨، ٤٣٩ والمراجع المشار لديه.

كما أن للهيئة الحق في الاستعانة بخبير يساعدها فى استيعاب ما يخرج عن نطاق تخصصها تحقيقاً للهدف الأسمى من التحكيم، والذى يسعى إليه الجميع من أطراف ومحكمين، وهو الوصول إلى حل عادل للنزاع[1]. ولذا تعد الخبرة من أكثر وسائل الإثبات شيوعاً واستخداماً فى مجال التحكيم[2] نظراً لما تنطوى عليه بعض منازعاته من إشكاليات فنية دقيقة لا يستطيع سبر أغوارها سوى خبير متخصص[3] أيا كان دور هذا الخبير ووظيفته، فنى[4] أو معاين[5] أو استشارى[6] أو شاهد[7].

---

(١) د. عاطف الفقى: ص ٤٤٠.
PERROT: Rev. arb 1974 op. cit. P. 165.

(٢) د. عاشور مبروك: ص ٣١٠ بند ١٨٧. د. رضا السيد: المرجع السابق ص ٦٢. د.عيد القصاص: المرجع السابق ص ٣٢٨ بند ١١١.

(٣) د. طلعت دويدار: ضمانات التقاضى: ص ١٨٤.

(٤) والخبير الفنى وهو الذى يندب من تلقاء نفسن هيئة التحكيم أو المحكمة، أو بناءً على طلب أحد الخصوم أو بناء على اتفاقهم عليه، فى نزاع مطروح على الهيئة أو المحكمة، ومطلوب فى وقائعه معرفة الرأى الفنى فيها، لعدم معرفة الهيئة أو المحكمة أو عدم إلمامها بها، لذلك يقوم الخبير بفحص الوقائع محل الخبرة وتمحيصها وإبداء الرأى فيها كتابة وفقا للمادة ١٥٠ إثبات مصرى، ١/٣٦ تحكيم مصرى.
MOREAU: Rev. arb 1978 op. cit. P. 333.

(٥) والخبير المعاين، هو الذى تستعين به هيئة التحكيم أو المحكمة حينما تقرر الانتقال للمعاينة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم، وذلك لإثبات حالة الواقعة محل النزاع وفقا للمادة ١٣١/ ١٣٢ إثبات مصرى، المادة ٣٦ من نظام التحكيم السعودي، ودون إبداء الرأى شفاهة أو كتابة، وتحرر هيئة التحكيم أو المحكمة محضرا تبين فيه جميع الأعمال التى قام بها الخبير، ويوقع على المحضر هو وأعضاء هيئة التحكيم أو المحكمة. أنظر فيما سبق بند ١١٢.

(٦) والخبير الاستشارى، هو من يستعين به أحد الأطراف ويستند إلى رأيه الفنى بالنسبة لبعض وقائع النزاع، ويكون لأى من الأطراف ذلك، سواء قررت الهيئة الاستعانة بخبير أم لا. ودور الخبير فى هذه الحالة يقتصر على مجرد تقديم استشارة فى مسألة فنية، ولهيئة التحكيم الأخذ بها، أو أن تلتفت عن الأخذ بها، وذلك دون حاجة للرد على التقرير. د. فتحى والى: التحكيم ص ٣٧٣ بند ٢٠٨. د. على اسماعيل غازى: ص ٣٨.

(٧) والشاهد الخبير، جرى العمل فى التحكيم، على أن يدعى شخص فنى لإعطاء شهادته فى مسألة فنية باعتباره خبير فنى، ومثل هذا الشخص وإن سمى شاهداً إلا أنه يعتبر خبيراً، وبالتالى يخضع لما ينظمه قانون التحكيم بالنسبة للخبير من قواعد وإجراءات، وتكون مهمته تزويد المحكم المعرفة الفنية

واستعانة هيئة التحكيم والأطراف بالخبرة كطريق للإثبات، هو ما صادف له اعتماداً ثابتاً من جانب التشريعات[1] وأنظمة التحكيم المقارنة، فنصت المادة ٢٦ من القانون النموذجي للتحكيم على أن "ما لم يتفق الطرفان على خلاف ما يلي، يجوز لهيئة التحكيم أن تعين خبيراً أو أكثر من خبير ليقدم تقريراً إليها بشأن مسائل معينة تحددها الهيئة" والمادة ١/٣٦ من نظام التحكيم السعودي على أن "لهيئة التحكيم عند الاقتضاء الاستعانة بخبير أو أكثر لتقديم تقرير فني بشأن بعض المسائل أو الوقائع الفنية والمادية المنتجة في الدعوى...."[2].

ودراستنا للخبرة[3] تقتصر على المجال الإجرائي للإثبات بها، ممثلاً هذا المجال في طلب الاستعانة بها وندب الخبير، ورده، وسلطة هيئة التحكيم في العدول عن ندب الخبير، ونطاق الاستعانة بالخبرة، وكيفية مباشرة الخبير لمأموريته، وتقرير الخبير، ومناقشته واستعانة الأطراف بخبير استشاري، وسلطة هيئة التحكيم إزاء التقرير، وعدولها عن نتيجته. مع

بالنسبة لما يشهد به. د. فتحي والي: ص ٣٧٣ وما بعدها بند ٢٠٩. د. على اسماعيل غازي: الإشارة السابقة.

(١) أنظر المواد ٣٦ تحكيم مصري، ٣٦ من قانون التحكيم العماني، ٣٤ تحكيم أردني، ٢٦ تحكيم بحريني ٤١ تحكيم يمني، ١٧٩/ ٢ مرافعات كويتي، = =١٤٦٤/ ١ مرافعات فرنسي، ١٦٩٦/ ١ من قانون القضاء البلجيكي، ٢٩ من قواعد اليونسيترال.

(٢) أنظر المواد ٢٩ من قواعد اليونسترال، ٢٧ من لائحة مركز القاهرة الإقليمي، ٢٠ من لائحة تحكيم غرفة باريس، ٢/١٤ من قواعد غرفة التجارة الدولية، ٤١ من نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي.

(٣) أنظر الدراسة التفصيلية للخبرة: د. علي الحديدي: دور الخبير الفني في الخصومة رسالة المنصورة ١٩٨٩ محمود جمال الدين زكي. الخبرة في المواد المدنية والتجارية ١٩٩٨٠ مطبعة جامعة القاهرة. د. سيد أحمد محمود أحمد: المرجع السابق. د. مصطفى المتولي قنديل: دعوى الخبرة بدون تاريخ طبع دار النهضة العربية.

CARATINM: De quelques Propositions Tendant Oméliorer L'expertise judiciaire Goz Pal 1984. P. 215.

مراعاة أن اتفاق الأطراف على التحكيم وكذا بدء إجراءاته لا يمنع من رفع دعوى أصلية بالخبرة لإثبات حالة أمام قضاء الدولة.

فى مطلبين متعاقبين، نتعرض فى الأول، للخبرة كإجراء للإثبات. وفى الثانى: للدعوى الأصلية بالخبرة أمام قضاء الدولة مع وجود الإتفاق على التحكيم أو بدء إجراءاته. ذلك على النحو التالى:

المطلب الأول: الخبرة كإجراء للإثبات.

المطلب الثانى: الدعوى الأصلية بالخبرة مع وجود الاتفاق على التحكيم أو بدء إجراءاته.

المطلب الأول
الخبرة كإجراء للإثبات

١٢٧ـ ندب الخبير:

لهيئة التحكيم ولو من تلقاء نفسها ندب خبيراً أو أكثر لمعرفة رأيه فى مسألة معينة ولو لم يرد فى اتفاق نص يبيح لها ذلك، المادة ١/٣٦ تحكيم مصرى. كما قد يكون ندبها للخبير بناء على طلب أحد الأطراف. وفى الحالتين لا تتقيد هيئة التحكيم عند ندب الخبراء بالإجراءات المتبعة أمام القضاء.

١٢٨ـ ندب الخبير بناء على طلب الأطراف:

فندب الخبير أو الخبراء قد يكون بواسطة الأطراف، سواء كان الندب بقصد تقديم استشارة من الخبير إلى أحد الأطراف، أو ندبه بقصد إبداء الرأي فى مسألة متعلقة بالواقعة محل النزاع، ثم بعد ذلك يبدى هذا الرأى إلى هيئة التحكيم إما شفاهة أو فى شكل تقرير مكتوب، أو ندب خبير لإعطاء شهادة فى مسألة فنية باعتباره خبيراً فيها وهو الشاهد الخبير[1].

ويعترض البعض[2] على ندب الخبراء بواسطة الأطراف، لأن ندب الخبير بهذا الطريق قد يتخذ ذريعة ليعطل سير الإجراءات التحكيمية، فكلما تسنى لأحد الأطراف تعطيل سير الخصومة فيقوم بندب خبير، وهذا بدوره سوف يؤدى إلى زيادة تكاليف التحكيم، كما أن ندب الخبير بواسطة

---

(١) أنظر فيما سبق ص ٢٦٧ حاشية رقم ٥.

(٢) د. عاطف الفقى: ص ٤٤٤ وما بعدها والمراجع المشارة لديه.

الطرف سيصدر رأيه غالباً متأثراً بوجهة نظر الطرف الذى اختاره، والذى سيدفع له اتعابه، ونفس الوضع بالنسبة للطرف الآخر، مما يؤدى فى النهاية لعدم حياد كلاً من الخبيرين إلى تقارير متعارضة حول موضوع واحد، مما يؤدى فى النهاية إلى تشتيت آراء المحكمين، وصعوبة فصلهم فى النزاع، ولا يختلف ذلك حالة ندبهم للخبراء لمناقشة تقرير الخبير الذى ندبته هيئة التحكيم.

واعتراض البعض على ندب الخبراء بواسطة الأطراف هو ما لا نعتقد فى صحة تصوره ولا فى دقة أساسه، لأنه من ناحية يصدم بنصوص قانونية صريحة ولوائح تحكيم ثابتة، فالمادة ٣٦/ ٤ تحكيم مصرى تنص على ".... لكل من الطرفين أن يقدم فى هذه الجلسة خبيراً أو أكثر من طرفه لإبداء الرأى فى المسائل التى تناولها تقرير الخبير الذى عينته هيئة التحكيم". والمادة ٢٩/ ٥ قواعد اليونسترال على أنه ".... يجوز لكل من الطرفين أن يقدم فى الجلسة المحددة لسماع تقرير الخبير شهوداً من الخبراء ليدلوا بشهادتهم فى المسائل موضوع النزاع".

ومن ناحية ثانية يتعارض ما ذهب إليه البعض مع القاعدة العامة فى اختيار الأطراف للإجراء الذى يحكم إجراءات الإثبات وفقاً للمادة ٢٥ تحكيم مصرى، والتى تنص على أن لطرفى التحكيم الاتفاق على الإجراءات التى تتبعها هيئة التحكيم بما فى ذلك حقها فى إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة فى أى منظمة أو لائحة مركز تحكيمى[1].

ومن ناحية أخرى، يستمد المحكم أو هيئة التحكيم ولايتها من اتفاق الأطراف، فإذا أتفق الأطراف على استبعاد الخبرة، أو على العكس الاستعانة بها كإجراء للإثبات، فلا يجوز لهيئة التحكيم مخالفة ما اتفق عليه الأطراف، لأن دون ما اتفق عليه الأطراف تفقد هيئة التحكيم ولايتها. وما تصدره بالمخالفة للاتفاق يكون محلاً للبطلان.[2]

---

(١) أنظر فيما سبق بند ٧.

(٢) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٦٩ ومابعدها بند ٢٠٦.

١٢٩- ندب الخبراء بواسطة هيئة التحكيم:

تنص المادة ١/٣٦ تحكيم مصرى على أن "لهيئة التحكيم تعيين خبير أو أكثر لتقديم تقرير مكتوب أو شفهى يثبت فى محضر الجلسة بشأن مسائل معينة تحددها ..." وهو ما استقرت عليه معظم التشريعات وأنظمة التحكيم المعاصرة[١] فهيئة التحكيم إذا احتاجت إلى مساعدة خبير فإنه لا يوجد سبب معقول يمنعها من الحصول على هذه المساعدة[٢] بشأن أية مسألة عملية أو فنية[٣] متى اقتضى الفصل العادى فى النزاع ذلك. بل يفضل البعض[٤] ندب الخبراء عن طريق الهيئة لأنها أقدر على اختيار خبراء أكفاء فى التقدير حول المسائل العملية أو الفنية التى تتعلق بالمنازعات التحكيمية.

١٣٠- وفى الحالتين، سواء تم ندب الخبير بواسطة الأطراف أم بواسطة هيئة التحكيم، فالهيئة لا تتقيد بالإجراءات المتبعة أمام القضاء بشأن ندب الخبراء. ومع ذلك ينبغى على الهيئة، خاصة إذا نازع أحد الأطراف فى حدود الاستعانة بالخبير أن تصدر حكماً بندبه متضمناً تكليفه بتقديم تقرير مكتوب أو شفوى، وذلك على نحو غير مخالف للاتفاق على التحكيم[٥] وتحدد فيه اسم الخبير ومأموريته، والنقاط والمسائل التى سيبدى فيها رأيه، والمدة اللازمة لإتمام هذه المأمورية. كما أن للهيئة تحديد أمانة الخبير وفقاً لما اتفق عليه الأطراف. والأمانة[٦] هى المبالغ اللازمة لمصروفات الخبير وأتعابه، وحيث أن تحديد الأمانة من القواعد الإجرائية التى يجوز للأطراف الخروج عليها، كما يجوز لهيئة التحكيم عدم الالتزام بها، ومن ثم فليس

---

(١) أنظر فيما سبق ص ٢٦٧.

(٢) Boisséson: op. cit. P. 247 ets N 292.

(٣) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٦٩ بند ٢٠٦.

(٤) د. عاطف الفقى: ص ٤٤٨.

(٥) Boisséson: op. cit. P. 250 N 293.

(٦) د. علي الحديدى: ص ١٦٢ وما بعدها بند ١٠٧. د. أحمد هندى: التحكيم ص ٥٦ بند١٤.

هناك ما يمنع من اتفاق الطرفين مقدماً على أمانة الخبير أو على من يلتزم منهما بإيداعها أو على اشتراكهما فى الإيداع[1].

وعلة تحديد اسم الخبير، فذلك لإعطاء الأطراف الفرصة لرده – وكما سنرى – وفقاً للمادة ١٤١ إثبات مصرى. أما تحديد مأموريته، فذلك ليعرف ما يريد المحكم أو هيئة التحكيم بدقة حتى تستطيع الفصل فى موضوع الدعوى، ولتفادى المناقشات غير المجدية التى غالباً ما يثيرها أطراف الخصومة التحكيمية بهدف تأخير وتعطيل الخبير، ومحاولة إبعاده عن المصاعب الفنية الحقيقية للمنازعة[2].

والعلة من تحديد المسائل والنقاط التى ستكون محلاً لمهمة الخبير، فهى للتأكيد من أن الهيئة لم تفوض الخبير فى كل موضوع النزاع الذى هو جوهر مهمتها التحكيمية. وتطبيقاً لذلك قضى بأن المحكم الذى كلف الخصوم بإجراء القسمة بينهم يمكنه أن يستشير أحد الخبراء فى مسألة بعينها ولكنه لا يملك أن يعهد بهذه المهمة فى مجملها إلى هذا الخبير، وإلا يكون قد أناب غيره فى أداء مهمته التحكيمية[3].

أما العلة من تحديد المدة اللازمة لإتمام المأمورية، احترام الخبير والأطراف وممثلوهم، وكل شخص يسهم فى الدعوى للمواعيد الإجرائية التى يحددها القانون، أو يعهد بتحديدها لهيئة التحكيم، كى تسير الخصومة فى مجراها الطبيعى، ويصدر فيها الحكم دون بطء أو مماطلة وفقاً للمستفاد من نص المادة ١٣٥ إثبات مصرى[4].

---

(١) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧١٠ بند ٤٨٥.

(٢) د. علي الحديدى: ص ١٦٠ بند ١٠٦. د. أحمد هندى: الإشارة السابقة.

(٣) د. على اسماعيل غازى: ص ٣٧٦، د. عيد القصاص: المرجع السابق، ص ٣٢٩ بند ١١٣. د. علي بركات: ص ٣٩٨ بند ٤٠٥ والحكم المشار لديه.
Trib. Civ. Lille 29 Fév 1956.
Rev. arb. 1956. 101.

(٤) د. علي الحديدى: ص ١٧٠ بند ١١١.

وإذا قضت الهيئة بندب خبير أعلنت الأطراف بهذا الحكم، حتى يكون على بينة من أمرهم قبل وأثناء تأدية الخبير لمهمته[1] تطبيقاً لنص المادة ١/٣٦ تحكيم مصرى "وترسل الهيئة إلى كل من الطرفين صورة من قرارها بتحديد المهمة المستندة إلى الخبير"[2]. ولا جناح على الأطراف أو على هيئة التحكيم إن رسم أى منهما طريقاً آخر لإعلان حكم الهيئة بندب الخبير، لكن عدم إعلان الأطراف به من الأصل يعرض حكم التحكيم للبطلان، إن هى اعتمدت على تقرير الخبير دون أن يكون قد أعلن إلى الخصمين، ودون أن تتاح لهما مكنة الحضور مع الخبير أثناء قيامه بمأموريته لما فى ذلك من إخلال بحق الدفاع وبمبدأ المواجهة[3].

ولا يؤدى حكم الهيئة بندب الخبير إلى وقف ميعاد التحكيم، ما لم يتفق الطرفان على هذا الوقف سواء فى اتفاق التحكيم، أو فى اتفاق لاحق، ويمكن للطرفين بدلاً من الإتفاق على وقف التحكيم الاتفاق على مد مدته، بما يوازى المدة التى تستغرقها الخبرة[4] وتعديل الميعاد يجب أن يكون بقرار من الهيئة، وعلى الخبير أن يودع الهيئة مذكرة يوضح فيها الأسباب التى أدت إلى تأخيره عن الميعاد المحدد، فإذا ما وجدت الهيئة ما يبرر هذا فإنها تمنحه أجلاً لإتمام مأموريته[5] ولأن مهمة الخبرة تستغرق عادة وقتاً طويلاً، فإنه من الملائم، وكما يرى البعض[6] — وبحق — إضافة نص

---

(١) Coss. Civ. 30 Nov. 1978. Rev. arb. 1979. P. 355. Note Fouchard.

(٢) والمادة ٢٩ من قواعد اليونسترال، المادة ١/٢٧ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى.

(٣) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧١٠، ٧١١ بند ٤ ٨٥ قارن: Paris. 25 Juin 1993. Rev. arb. 1993. P. 685 Note Bureau. Paris, 14 oct. 1993. Rev. arb. 1994. 380. Paris. 12, mars. 1998 Rev. arb 1999. N.1. P. 95, note Gearges Fléchux.
والتى انتهت فيه المحكمة إلى أن عدم دعوى أحد الطرفين إلى عمليات الخبرة، ليس فيه ما يخالف مبدأ المواجهة، لأن العملية محل الخبرة، الخاضعة للسر المهنى، لا علاقة لها بمجال مبدأ المواجهة.

(٤) د. فتحى والى: ص ٣٧٠ بند ٢٠٦.

(٥) د. على الحديدى: ص ١٧١ بند ١١١.

(٦) د. فتحى والى: الإشارة السابقة.

فى قانون التحكيم يقضى بعدم احتساب مدة مباشرة الخبير لمأموريته ضمن ميعاد التحكيم.

والخبير الذى يتم ندبه سواء بواسطة الأطراف أم بواسطة الهيئة لا يلزم أن يكون من المقيدين بجدول الخبراء بوزارة العدل[1]. وقد يندب موظف بالاسم من موظفى إحدى المصالح الحكومية التى يعهد إليها بأعمال الخبرة، فعندئذ عليه الحصول على موافقة جهة عمله على مباشرة الخبرة، ولكن عدم الحصول على هذه الموافقة لا يؤدى إلى بطلان الخبرة التى يجريها، وإن كان قيامه بها دون مواقعة الجهة يشكل من جانبه مخالفة إدارية[2]. ولا مانع من أن تنتدب الهيئة خبيراً اتفق الأطراف على تحديده بالاسم[3]. ولا يحلف الخبير يميناً قبل مباشرة مأموريته أو بعدها وفقاً للمادة ٤/٣٣ تحكيم مصرى[4].

١٣١- رد الخبير:

هو إمكانية إبعاده عن القيام بتنفيذ المأمورية المحالة إليه، إذا وجد سبب يؤدى به إلى الميل أو التأثير بعواطفه فى تنفيذ مهمته[5]. وهو حق اختيار مقرر للخصوم وحدهم[6] فلأى منهم طلب رد الخبير إذا وجد سبب من الأسباب التى ينص القانون عليها والتى حددتها المادة ١٤١ إثبات مصرى، وهى تتطابق مع حالات عدم صلاحية القاضى المادة ١٤٦ مرافعات مصرى، والحالتين الأخيرتين من حالات رده وفقاً للمادة ١٤٨، ٣، ٤

---

(١) د. فتحى والى: الإشارة السابقة. د. على اسماعيل غازى: المرجع السابق ص ٣٧٩.

(٢) د. سليمان مرقس: أصول الإثبات وإجراءاته فى المواد المدنية فى القانون المصرى مقارناً بتقنيات سائر البلاد العربية. الجزء الثانى. الأدلة المقيدة ط ٤ القاهرة ١٩٨٦ ص ٣٣٨ بند ٣٤٢.

(٣) Boisséson: op. cit. P. 247 N 292.

(٤) أنظر فيما سبق بند ٨٠.

(٥) د. علي الحديدى: ص ١٩٦ بند ١٢٤.

(٦) Coss. Civ. 30 Nov. 1978 op. cit.

مرافعات، وتقوم هذه الأسباب على فكرة واحدة، هى وجود مصلحة له فى الدعوى أو قيام شك فى حياده أو استقلاله[1].

وفى القانون الفرنسى نصت المادة ٢٣٤ مرافعات على إمكان رد الخبير لذات الأسباب التى يرد بها القضاة والتى نصت عليها المادة ٣٤١ مرافعات[2] وقياساً على ذلك ينبغى التسليم بأنه يمكن رد الخبراء لنفس أسباب رد المحكم[3] متى قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول حياده أو استقلاله وفقاً للمادة ١٨/ ١ تحكيم مصرى[4].

والمنازعة المتعلقة برد الخبراء لا يطبق عليها المبادئ التى قررتها المادة ١/١٩ تحكيم مصرى ١٤٥٩ مرافعات فرنسى واللتين تنصا على أن المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع هى المحكمة المختصة بحسم المنازعات المتعلقة برد المحكمين.

ومع ذلك، يرى بعض الفقه[5] أن هيئة التحكيم لا تختص بنظر المنازعة برد الخبير، لأن الخصومة فى الرد تخرج عن حدود سلطاتها المخولة إليها بمقتضى عقد التحكيم، ولأن أحد خصوم هذه الدعوى هو الخبير، وهو

---

(١) د. محمود جمال الدين زكى: الخبرة: ص ١٢٥ بند ٢٩.

(٢) أنظر فى تطور أسباب رد الخبراء فى التشريع الفرنسى د. علي الحديدى: ص ١٩٨ وما بعدها حاشية رقم ٣. وفى تطور أسباب رد المحكمين د. علي بركات: ص ٢٣٨ وما بعدها بند ٢٤٤.

(٣) Boisséson: op. cit. P. 249. N 296.

(٤) والمواد ٢/٢٩ من قواعد اليونسترال، ١/١٠ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى، ١/١١ من لائحة I. C. C. وفى تفصيل ذلك أنظر: د. عزمى عبد الفتاح: إجراءات رد المحكمين فى قانون المرافعات الكويتى مجلة الحقوق ١٩٨٤ السنة ٨ ع٤ ص ٢٢٧.

MOREAU: La récusation des arbitres dans La jurisprudence recente. Rev. arb. 1975. 223.

(٥) د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم: ص ٢٦٨ بند ١٠٨، د. نبيل عمر: ص ٢٠٢ بند ١٦٩، د. هدى عبد الرحمن: ص ٢٣٣ بند ١٨٤ استئناف القاهرة ٦٣ تجارى جلسة ٢٠٠٢/٦/١٩ فى الدعوى ٣٦ لسنة ١٧ق.

ليس طرفاً فى عقد التحكيم، والمختص بها هى المحكمة التى لها ولاية الفصل فى النزاع الأصلى.

والراجح[1] هو أن هيئة التحكيم هى التى تتولى الفصل فى طلب رد الخبير سواء بحكم صادر قبل الفصل فى الموضوع أو مع الحكم النهائى. لأن رد الخبير من المنازعات التى يمكن أن تثور بين الخبير وأحد الخصوم فى هذا الصدد. واختصاص الهيئة بنظر طلب رد الخبير هو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع، حيث نصت المادة ٢/٣٦ تحكيم مصرى على أن "..... تفصل هيئة التحكيم فى كل نزاع يقوم بين الخبير وأحد الطرفين فى هذا الشأن"، وتطبيقاً لذلك قضى[2] إذا تعلقت المنازعة بالخبراء فالمنطقى أن يتم طرحها على الهيئة التحكيمية لكى تحسم تلك المنازعة بحكم صادر قبل الفصل فى الموضوع أو مع الحكم النهائى Une Permiere sentence de finitif.

وإذا كان لهيئة التحكيم على هذا النحو، صلاحية النظر فى طلب رد الخبير، فإنها لا تكون مقيدة بالمواعيد التى حددها قانون الإثبات لتقديم طلب الرد، فلها أن تقبله ولو قدم لها بعد هذه المواعيد، وأن تقبله فى أى وقت قبل إصدار حكمها، كما لو تبين لها وجود عذر مقبول لتأخير الطالب فى تقديمه، وتفصل فى الطلب فوراً[3] ويمكنها العدول عن ندب الخبير وتعيين خبير بدلاً منه، كما أن لها أن تتجاهل الطلب إذا وجدت أنه لا أساس له ولا يرمى إلا إلى المماطلة ومد أجل النزاع.

---

(١) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧١٢ بند ٤٨٥. د. فتحى والى: ص ٣٧٤ بند ٢١٠ د. محمد نور شحاته: النشأة الإتفاقية: ص ٣٤٨، د. على بركات: ص ٣٩٨ بند ٤٠٥. د. أحمد هندى: التحكيم: ص ٥٦ بند ١٤.
Vincent et Guinchard: op. cit. P. 981 N 1671.
Boisseson: op. cit. P. 249 N 298 Loquin: jur. Class. Op. cit. Fosc. 1036. N 42.

(٢) Trib. Civ. Lille 29 Fév. 1956 Rev. arb. 1956. 101. Coss. Civ. 14 Nov. 1991 Rev. arb. 1992 N 220 – Note Bellet.

(٣) د. فتحى والى: الإشارة السابقة. وقرار الهيئة برد الخبير غير قابل للطعن بأى طريق عن طريق الطعن مادة ٢/٣٦ من نظام التحكيم السعودى.

أما إذا لم يكتشف الخصم سبب رد الخبير إلا بعد صدور حكم التحكيم، وكان هذا الحكم مبنى على تقرير الخبير المذكور، وفى هذه الحالة تكون هيئة التحكيم قد استنفذت ولايتها، فلا يبقى أمام المحكوم عليه سوى تقديم طلب الرد إلى محكمة المادة ٩ تحكيم، فإذا ما قضت بالرد، فإن حكم التحكيم يكون باطلاً لبنائه على تقرير الخبير الذى حصل رده. وحفظاً للمواعيد المقررة لطلب القضاء ببطلان الحكم، فإنه يكون للمحكوم عليه أن يقدم طلب القضاء بالبطلان فى الميعاد وأن يطلب تأجيل النظر فيه إلى حين الفصل فى منازعة الرد[1].

١٣٢- سلطة هيئة التحكيم فى العدول عن قرارها بندب الخبير:

لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تحكم بندب خبير أو أكثر، وحكمها بالندب يعد إجراءً من إجراءات الإثبات لا تتقيد به، وتملك العدول عنه متى وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها، أو ما استجد فى الدعوى بعد الحكم بالندب كافياً لتأسيس اقتناعها[2]. كما أن الهيئة غير مقيدة بالإبقاء على الإجراء بالخبرة، وتملك الفصل فى الدعوى دون انتظار نتيجة الخبرة التى أمرت بها متى وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها[3]. وتطبيقاً لذلك قضى[4] بأن الحكم الصادر بندب خبير لبيان أجرة المثل لا يقيد المحكمة – الهيئة – وتملك العدول عنه إذا ما تبينت الأجرة الحقيقية، ولا يعد ذلك مخالفاً لحجية الأمر المقضى.

---

(١) د. مصطفى الجمال، د. عكاشة عبد العال: ص ٧١٣ بند ٤٨٥ قارن د/ فتحى والى: ص ٣٧٤ حاشية حيث يرى سيادته بأن محكمة الدولة لا تختص بطلب رد الخبير ولو رد حكم فى الدعوى التحكيمية لكون الاختصاص قاصر على هيئة التحكيم سواء أثناء سير الخصومة التحكيمية أو بعد صدور الحكم فيها.

(٢) استئناف القاهرة ٩١ تجارى ٢٠٠٣/١٢/٣٠ فى الدعوتين ٩١، ٩٦ لسنة ١١٩ ق تحكيم.

(٣) Coss. Civ. 9 Nov 1977. R. T. D. Civ. 1978. P. 728 Note Perrot.

(٤) نقض ١٩٧١/٦/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ٧٤٣.

وعدول هيئة التحكيم عن قرارها بندب الخبير، وكذلك عدم إبقاءها على الإجراء بالخبرة، لا يتطلب صدور حكم من الهيئة به، فإذا ندبت خبير من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم، ولم يباشر هذا الخبير مأموريته لسبب أو آخر، فإن للهيئة – دون قرار منها بالعدول عن ندبه – القيام بالفصل فى الدعوى استناداً إلى ما فى الدعوى من أدلة أخرى[1].

١٣٢- نطاق الاستعانة بالخبرة:

لغياب النص التشريعى فى قانون التحكيم المصرى، وأنظمة التحكيم المقارن[2] الذى يحدد نطاق استعانة هيئة التحكيم بالخبرة، لم يتفق الفقه حول رأى موحد بشأن تحديد هذا النطاق، فذهب اتجاه أول[3] إلى أن مهمة الخبير تنحصر دائماً فى مسائل الواقع، فيمتنع على هيئة التحكيم – شأن قضاء الدولة – أن تكلف الخبير بإعطاء رأى قانونى أو حل قانونى للنزاع، أو حكماً بإبداء تقرير له الطابع القانونى أو القيام بمهمة المصالحة بين الخصوم. ولذا لا تستطيع هيئة التحكيم أن تنتدب خبيراً لإبداء رأيه فى

---

(١) د. فتحى والى: ص ٣٧١ بند ٢٠٦ والحكم المشار لديه استئناف القاهرة ٥٠ تجارى ٢٠٠٠/١٢/٢٥ فى الدعوى رقم ٤٠ لسنة ١١٧ ق.

(٢) على عكس قضاء الدولة، حيث نصت التشريعات المختلفة على المسائل التى يجوز للقاضى ندب خبير فيها والندب قاصر على المسائل الفنية البحتة. فنصت المادة ٩٦٢ من قانون القضاء البلجيكى على أنه لا يجوز للقاضى أن يكلف= =الخبير إلا بإجراء المعاينات أو الإدلاء برأى ذات صبغة فنية. والمادة ٣٠٢ مرافعات فرنسى قديم والتى تنص على أنه "لا يجوز أن تنصب الخبرة إلا على المسائل الفنية البحتة" وغير ذلك من التشريعات الألمانى والسويسرى والعراقى ... الخ أنظر فى تفصيل ذلك د. على الحديدى: ص ٢٢٦ وما بعدها بند ١٤٢ وما بعده.

(٣) د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم ص ١٩٢. د. نبيل عمر: التحكيم: ص ٢٠٢، ٢٠٣ بند ١٦٩، د. هدى عبد الرحمن: ص ٢٣٣ بند ١٨٥. د. محمد نور شحاته: النشأة الإتفاقية: ص ٣٤٨ وما بعدها والأحكام المشارة لديه نقض مدنى ١٩٧٨/٦/٧ مجلة التحكيم ١٩٧٩ – ٣٤٣ تعليق R. Levy نقض ١٩٥٨/١٠/٧ مجلة التحكيم ١٩٥٩ – ١٦.
PERROT: Rev. arb. 1974 op. cit. P. 166.

مسألة قانونية، أو أن تعهد له بمهمة قضائية، ولا أن تقرر مسبقاً اعتماد الرأى الذى سينتهى إليه الخبير فى تقريره. فإذا حصل مثل هذا التكليف أو ذلك التعهد، أو قررت الهيئة مسبقاً اعتماد الرأى الذى سينتهى إليه الخبير، أو إصدار الخبير قراراً فاصلاً فى النزاع، فيمكن إبطاله لصدوره بدون أو خارج عن اتفاق التحكيم وفقاً لنص المادة ١٤٩٢ مرافعات فرنسى، وقضى تطبيقاً لذلك بأن المحكم المكلف من قبل الخصوم بإجراء قسمة لا يمكن أن ينيب عنه شخصاً من الغير فى هذه المهمة، بمعنى لا يمكنه أن يكمل هذه المهمة بواسطة شخص من الغير.

ويرى اتجاه آخر[1] جدير بالتأييد أن ما ذهب إليه الاتجاه الأول ينطبق أمام القاضى فقط، لأن القاعدة أن القاضى يعلم القانون jura Novil Curia وهى قاعدة رسخت فى التشريعات المختلفة وتناولها العديد من هذه التشريعات بالنص عليها، ومن تطبيقاتها المادة ١٢ مرافعات فرنسى. فالقاضى هو السيد فى نطاق القانون بحكم مؤهله واحترافه للعمل القضائى، ووظيفته حماية القانون، ولذا يعلم القاضى القانون، وجوهر مهمته هو تطبيقه، ولا يجوز له بالتالى أن يندب خبيراً قانونياً وإلا اعتبر ذلك تخلياً عن وظيفته. وشأن ذلك هو ما صادف به اعتماد ثابت من جانب التشريعات المختلفة[2] حيث نصت المادة ٢٣٨/ ٣ مرافعات فرنسى على أنه "يجب على الفني ألا يتعرض مطلقاً لتقدير مسألة قانونية" "il Ne doit jamais porter d'appréciation d'ardre juridique".

ولكن الأمر – جد – مختلف بالنسبة لهيئة التحكيم التى قد يكون كل أعضائها من غير القانونيين، وتثور أمامهم بعض المسائل القانونية التى يستعصى عليهم حلها، دون استشارة خبير قانونى، تعلقت تلك المسائل

---

(١) د. فتحي والي: ص ٣٧١ بند ٢٠٦. د. وجدى راغب: هل التحكيم نوع من القضاء مقال منشور فى مجلة الحقوق التى تصدرها جامعة الكويت السنة ١٧ العدد الأول والثانى مارس يونيو ١٩٩٣ ص ١٦٥، ١٦٦، د. علي بركات: ص ٣٩٨ وما بعدها بند ٤٠٦.

(٢) أنظر فيما سبق بند ١٤ ومابعده.

بقانون وطنى أم قانون أجنبى، ولذا فإن ندب الهيئة للخبراء القانونيين لا يعد تخلياً منها عن مهمتها، طالما كان ندبهم بقصد إيضاح حكم القانون بالنسبة لمسألة قانونية معينة، خاصة وأن رأى الخبير استشارى لهيئة التحكيم وغير ملزم لها.

وترتيباً على ذلك، يمكن لهيئة التحكيم أن تعهد للخبير أو الخبراء بأية مهمة فنية حسابية، ميكانيكية زراعية أو هندسية أو طبية أو قانونية لإيضاح حكم القانون بالنسبة لمسألة معينة[1] مع مراعاة أنه إذا قررت الهيئة ترجمة بعض الوثائق المكتوبة المقدمة فى الدعوى إلى اللغة المستعملة فى التحكيم وفقاً للمادة ٢/٢٩ تحكيم مصرى، فإن هذا القرار لا يدخل فى مدلول الاستعانة بخبير التى تنظمها المادة ٣٦ من هذا القانون.

وإذا كانت هيئة التحكيم، هى التى تقدر شأنها شأن قضاء الدولة، مدى الحاجة إلى الاستعانة بخبير، فإنه إذا تعلق الأمر بمسائل فنية لا تعتبر من المعلومات العامة، ولا يعلمها إلا أهل الخبرة، فإن على الهيئة – كما هو الحال بالنسبة لقضاء الدولة – أن تفصح فى حكمها عن مصدر علمها بها من أوراق القضية، وإلا اعتبر حكمها قضاءً بعلمها الشخصى غير جائز، مما يؤدى إلى بطلان الحكم[2].

١٣٤- مباشرة الخبير لمأموريته:

إذا انتدبت هيئة التحكيم خبيراً أو أكثر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم، ولم تثور منازعة بشأن الخبير، باشر مأموريته بحضور

---

(١) د. فتحى والى: الإشارة السابقة والحكم المشار لديه استئناف القاهرة ٩١ تجارى ٢٠٠٤/٢/٢٨ القضية ٨٩ لسنة ١٢٠ ق.

(٢) د. فتحى والى: الإشارة السابقة. وتطبيقاً لذلك قضى ببطلان حكم التحكيم، لأن هيئة التحكيم استندت أثناء المداولة على معلومات شخصية Information Personnelle لأحد أعضائها تحصل عليها أثناء ممارسته للنشاط المهنى les activiles Prefessione دون أن تخضع هيئة التحكيم هذه المعلومات لمناقشة تواجهية بالرغم من التأثير الواضح لهذه المعلومات على القرار الصادر منها:

Paris 10 Juin 1993. Rev. arb. 1995. P. 440. Paris 6 moris 1986. Rev. arb. 1987. 390.

أطراف التحكيم، وعلى الخبير أن يحترم فى عمله المبادئ الأساسية فى التقاضى وأهمها مبدأ المواجهة[1]. وإذا كان الالتزام باحترام وإعمال مبدأ المواجهة يقع على عاتق المحكم نفسه، فإنه لذات السبب يلتزم به الخبير فى تنفيذ مأموريته التى تعهد بها إليه، فيجب على الخبير أن يحافظ على تطبيق مبدأ المواجهة فى كل الأعمال التى يقوم بها. وقد أكدت أحكام المحاكم الفرنسية والمصرية هذه الحقيقة منذ فترة طويلة، بأن تطبيق مبدأ المواجهة فى أعمال الخبرة ضرورة، فلا يجوز الاحتجاج بالخبرة إلا على الخصم الذى استدعى أو حضر أعمال الخبرة، وهذه الحقيقة تستند إلى ضرورة احترام حقوق الدفاع[2].

وتطبيق مبدأ المواجهة بالنسبة لأعمال الخبرة، قد يتمثل فى توجيه الدعوة للأطراف بالطريق الذى حدده القانون محل التطبيق سواء باتفاق الأطراف أو بتفويضهم لهيئة التحكيم فى اختياره[3] أو على الكل وفقاً لما يتفق عليه الأطراف، وتكون الخبرة صحيحة حتى ولو لم يحضر الأطراف ما داموا قد دعوا لذلك بالطريق القانونى الصحيح[4] وعلى كل طرف أن يقدم إلى الخبير المعلومات المتعلقة بالنزاع وأن يمكنه من معاينة وفحص ما يطلبه من وثائق أو بضائع أو أقوال أخرى متعلقة بالنزاع. وإذا ثار خلاف بين الخبير وأحد الأطراف فصلت الهيئة فيه[5] تطبيقاً لنص المادة ٣٦/ ٢ تحكيم مصرى[6].

---

(١) أنظر فيما سبق بند ٢٦.

(٢) د. علي الحديدى: ص ٢٦٣ بند ١٦٧ والأحكام المشار لديه طعن ٧٨٠/ ٤٥ق جلسة ١٩٨١/١/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٢ ق ص ٣١٧.
Coss. Civ. 17 Janv. 1985. D. 1985. 320
Coss. Civ. 14 Avril Goz Pal. 4 – 5 Janv. 1984. Note Rusquée.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٧ وما بعده.

(٤) د. علي الحديدى: ص ٢٦٤ بند ١٦٧.

(٥) أنظر فيما سبق بند ٢٦.

(٦) والمادة ٢/٢٩ من قواعد اليونسترال تنص على أن "... كل خلاف بين أحد الطرفين والخبير بشأن صلة المعلومات أو الوثائق أو البضائع المطلوب تقديمها بالنزاع يرفع إلى هيئة التحكيم للفصل فيه" والمادة ٢/٢٧ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى.

وإعمالاً لمبدأ المرونة التى تتميز به الخصومة التحكيمية فقد ذهب القضاء الفرنسى[1] وأيده الفقه[2] إلى أبعد مدى فى تطبيق مبدأ المواجهة بصدد هذه الخصومة حيث قرر أنه لا إخلال بحقوق الدفاع ولا بمبدأ المواجهة إذا ما دعت هيئة التحكيم الأطراف إلى حضور جلسة مناقشة تقرير الخبير لتقديم ملاحظاتهم بشأن النتائج التى انتهت إليها بالرغم من عدم إحاطتهم سلفاً بمهمة الخبير من حيث الزمان ولا المكان المحددين لمباشرة مهمته، بل وبدون مشاركتهم الفعلية فى جلسة المناقشة المذكورة، طالما أعلنوا بها إعلاناً صحيحاً.

وفى مرحلة مباشرة الخبير لمأموريته[3]، يقوم بجمع المعلومات الضرورية لتنفيذ أعماله، وذلك بالاجتماع مع الأطراف والحصول على ما يلزم من أوراق ومستندات تكون فى حوزتهم، ثم القيام بالمعاينات الضرورية التى يكون فى حاجة إليها، وقد يقدر الخبير أنه لتحقيق الفائدة المرجوة يجب سماع غير الأطراف الذين يستعين بهم الخصوم، أو سماع الخصوم أنفسهم، وقد يستعين الخبير بفنى آخر إذا قابلته صعوبات فنية لا تدخل فى تخصصه، فإذا ما جمع الخبير تلك المعلومات، فيقوم باستخدامها وفقاً لنطاق مأموريته، ويعد تقريراً عنها يودعه لدى هيئة التحكيم.

١٣٥- تقرير الخبير:

إذا كان الهدف من استعانة هيئة التحكيم بالخبرة، يتمثل فى تقديم العون الفنى والقانونى لها، والذى يكون ضرورى لتصدر الهيئة حكمها على ضوءه، فإن الخبير عند الانتهاء من مأموريته يقدم للهيئة نتيجة ما قام به من أعمال. ومن حيث المبدأ فإن ما قام به الخبير من أعمال يأخذ شكل

---

(١) Coss. 7 Juin 1978. rev. arb. 1978. 343. Coss. Civ. 30 Nov. 1978 rev. arb. 1979. 355.

(٢) د. نبيل عمر: ص ٢٠٢ بند ١٦٩.

(٣) Boisséon: op. cit. P 251 N 294
أنظر الدراسة التفصيلية لمرحلة جمع الخبير للمعلومات واستخدامها د. علي الحديدى: ص ١٨٦ – ٣١٦ بند ١٧٧ – ١٩٢. د. سيد أحمد محمود أحمد: المرجع السابق ص ٦٢ وما بعدها.

تقرير مكتوب يحرره الخبير، ويضع فيه كل النتائج التى توصل إليها ويوقع عليه. بعد الاطلاع على ما أبداه طرفا التحكيم حوله، مادة ٣/٣٦ من نظام التحكيم السعودى. ولكن قد ترى الهيئة استدعاء الخبير لتقديم رأى شفوى حول مسألة فنية أو قانونية بالجلسة دون تقديم تقرير مكتوب، وفى هذه الحالة تثبت رأيه فى محضر الجلسة تطبيقاً لنص المادة ١/٣٦ تحكيم مصرى، لهيئة التحكيم تعيين خبير أو أكثر لتقديم تقرير مكتوب أو شفهى يثبت فى محضر الجلسة بشأن مسألة معينة تحددها.

تقديم الخبير رأيه شفاهةً فى الجلسة:

قد ترى هيئة التحكيم أن رأى الخبير لا يستلزم عرضه كتابة لأمور تقدرها، فتستطيع فى تلك الحالة أن تستعين بخبير لتقديم رأيه شفاهةً بالجلسة دون تقديم تقرير، ويثبت رأيه فى محضر الجلسة وهو ما اعتمدته العديد من التشريعات المادة ١/٣٦ تحكيم مصرى، ٢٨٢ مرافعات فرنسى، ١٥٥ إثبات مصرى.

وسماع الخبير وإبداء رأيه شفاهةً بالجلسة قد يكون بناءً على طلب أحد الأطراف، أو تأمر به الهيئة من تلقاء نفسها، ولكن ليست ملزمة بإجابة الطرف إلى طلبه، فالأمر جوازى وتقديرى لها. وغالباً ما تلجأ الهيئة لهذا الأسلوب إذا ما اختلط عليها الأمر وتعذر عليها الترجيح بين رأى الخبير المنتدب ورأى الخبير الاستشارى فتستعين فى ذلك برأى خبير ثالث يساعدها على الترجيح. وكذلك إذا قامت الهيئة بنفسها بإجراء التحقيق واستعانة بخبير لمساعدتها فى التحقيق، ففى تلك الحالة وغيرها[1] يقدم الخبير رأيه شفوياً دون كتابة تقرير، ويثبت ذلك فى محضر يتضمن جميع أعمال التحقيق التى قامت الهيئة بها أو أحد أعضائها ومنها الاستعانة

(١) كحالة حضور هيئة التحكيم أو أحد أعضائها أعمال الخبرة، ويحرر محضراً بذلك يثبت فيه معاينات وأعمال الخبرة، وسماع غير الأطراف أو الأطراف، ويوقع أعضاء الهيئة أو العضو المنتدب على هذا المحضر وفقاً للمستفاد من نص المادة ٢٧٤ مرافعات فرنسى.

بخبير، مع ملاحظة أن تلك الوسيلة تظل استثناءً بالنسبة للتقرير المكتوب، الذى يعد الشكل المعتاد والمألوف بالنسبة لرأى الخبير[1].

تقديم الخبير تقرير مكتوب:

لهيئة التحكيم تعيين خبير أو أكثر لتقديم تقرير كتابى إليها بشأن مسائل معينة تم تحديدها[2]. والتقرير يعد الورقة الجوهرية والرئيسية فى الخبرة، لأنه المستند الذى يودع فيه الخبراء العلاقة بين ما قاموا به من أعمال والنتائج التى توصلوا إليها، وتزداد أهمية التقرير نظراً لأنه غالباً ما يتخذ أساساً للحكم الذى تصدره الهيئة[3] ويودع التقرير لدى هيئة التحكيم سواء تم الإيداع مباشرةً أو إرسال التقرير عن طريق البريد[4].

وبمجرد إيداع التقرير أو وصوله هيئة التحكيم، تقوم الهيئة بإرسال صورة منه إلى كل طرف من أطراف التحكيم، ويكون لكل طرف الإطلاع على المستندات التى استند إليها الخبير فى تقريره وفحص أى منها، مع إتاحة الفرصة له لإبداء رأيه فيه كتابة وفقاً للمادة ٤/٣٦ تحكيم مصرى[5] وليس للهيئة أن تحدد جلسة بعد إيداع التقرير دون أن تعطى فرصة زمنية للأطراف لمباشرة هذا الحق، كما يجب عليها أن تتيح مكاناً تحفظ فيه المستندات التى استند إليها الخبير، ويكون للأطراف الإطلاع عليها فيه لإبداء رأيهم بشأنها. فإذا بنت هيئة التحكيم حكمها على تقرير الخبير دون

---

(١) د. علي الحديدى: ص ٣٣٢ وما بعدها بند ٣٠٢ وما بعده. د. عيد القصاص: المرجع السابق، ص ٣٣١ بند ١١٤.

(٢) مادة ٢٩ من قواعد اليونسترال، ١/٢٧ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى، ١/٣٦ تحكيم مصرى.

(٣) RETAIL et BRAY: Prinicpes et Cadre juridique de L'expertise judiciaire 1951. P. 55.
مشار إليه لدى د. علي الحديدى ص ٣٣٣.

(٤) د. علي الحديدى: ص ٣٤٢ بند ٢٠٨. د. محمود جمال الدين زكى: ص ١٥١ بند ٣٤. د.عيد القصاص: الإشارة السابقة.

(٥) مادة ٢٩ من قواعد اليونسترال، ٣/٢٧ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى.

أن ترسل صورة منه إلى الخصوم أو دون أن تتيح لهم فرصة إبداء ملاحظاتهم عليه كان حكمها باطلاً لإخلاله بحق الدفاع[1].

١٣٦- مناقشة تقرير الخبير واستعانة الأطراف بخبير استشارى:

بعد أن تتاح الفرصة للأطراف لتقديم رأيهم بشأن التقرير، ولو لم يقدموا ملاحظات بشأنه، يجوز للهيئة أن تحدد جلسة لسماع الخبير، سواء من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب أحد الخصوم. وفى الجلسة المحددة والتى يعلن بموعدها الأطراف، يجرى سماع الخبير دون حلف يمين وفقاً للمادة ٤/٣٣ تحكيم مصرى، وتقوم الهيئة والأطراف بمناقشته بشأن ما ورد فى تقريره وفقاً للمادة ٤/٣٦ تحكيم، ويستوى فى الطرف أن يكون من قدم التقرير لصالحه أو غيره من الأطراف.

فإذا كانت المناقشة من الطرف الذى قدم التقرير لمصلحته فله أن يدلل على صحة مزاعمه أو دفاعه بما تضمنه التقرير من الحجج والآراء، وما وصل إليه الخبير من نتائج وما شمله محضر الأعمال من الأقوال والملاحظات وسماع أقوال غير الخصوم، ويفسر ما غمض من العبارات بما يتفق مع مصلحته، كما يجوز للطرف الآخر أن يقدم من الأدلة التى تجعل هيئة التحكيم لا تعتمد على التقرير فيظهر لها موضع الخطأ سواء كان فى البيانات أو التقرير أو عدم اتفاق النتيجة التى وصل إليها مع الأبحاث والأعمال التى قام بها الخبير، وتجرى تلك المناقشة بالجلسة كأى دفاع يبديه الأطراف[2].

وإذا كانت مناقشة التقرير من حق كل طرف للدفاع عن مصلحته الخاصة فى الدعوى، فإن هيئة التحكيم ليست كذلك، فهى لا تدافع عن مصالح خاصة، ولكن تتركز مهمتها فى إظهار الحقيقة وتطبيق القانون، فإذا اتضح للهيئة بعد إيداع الخبير تقريره أن هناك ثمة مصاعب يتضمنها

---

(١) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧١٣، ٧١٤ بند ٤٨٦، د. فتحى والى: التحكيم ص ٣٧٢ بند ٢٠٧، د. عاطف الفقى: ص ٤٤٩، د. عاشور مبروك: ص ٣١٢ بند ١٨٨.
Paris. 13 Mai 1988. Rev. arb. 1989. P 251 Note. 4. Derain.

(٢) محمد وعبد الوهاب العشماوى ج ٢ ص ٥٩٣ وما بعدها بند ١٠٠٠. د. عيد القصاص: التحكيم ص ٣٣٢، بند ١١٤.

التقرير، ففى هذه الحالة تستطيع وفقاً لسلطتها التقديرية أن تأمر بخبرة تكيملية لتدارك أى نقص أو قصور فى التقرير السابق تطبيقاً للمادة ١/٣٦ من نظام التحكيم السعودى[١].

وفى الجلسة المحددة توجه الهيئة من تلقاء نفسها أو بناء على طلبه الأطراف الأسئلة التى تستطيع بها استيضاح ما غمض فى التقرير أو تكملته أو ما يكون صعب الفهم وبصفة عامة توجه إليه كل ما تراه مفيد للفصل فى الدعوى ليقدم الخبير الإجابة عن كل التساؤلات، ويقرن رأيه بالأسباب المؤيدة، ويثبت ذلك كله بمحضر الجلسة[٢].

ويستطيع الأطراف عند مناقشة الخبير بالجلسة أن يستعينون بخبير استشارى أو أكثر لمناقشة الخبير المنتدب فى تقديره لإظهار الحقيقة، فإذا كانت الهيئة قد قررت الاستعانة بخبير[٣] وحددت جلسة لسماعه ومناقشة تقريره، "كان لأى من الطرفين أن يقدم فى هذه الجلسة خبيراً أو أكثر من طرفه لإبداء الرأى فى المسائل التى تناولها تقرير الخبير الذى عينته هيئة التحكيم، ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك" وفقاً للمادة ٤/٣٦ تحكيم مصرى[٤] ومن المتعارف عليه عملاً تقديم الأطراف لشهادة خبير مكتوبة تدعيماً لوجهات نظرهم، وبصفة خاصة فى المسائل القانونية[٥]

---

(١) وتنص المادة ٢٤٥ مرافعات فرنسى على أنه "يمكن للقاضى دعوى الفنى لتكملة أو تحديد أو شرح المعاينات والنتائج كتابة أو بالجلسة". وهو نفس ما أعتمده المشرع المصرى فى المادة ١٥٣ إثبات بنصها على أن "للمحكمة أن تأمر باستدعاء الخبير فى جلسة تحددها لمناقشته فى تقريره أن رأت حاجة لذلك ..." أنظر مناقشة الخبير فى تقريره د. علي الحديدى: ص ٣٥٣ وما بعدها بند ٢١٦.

(٢) د. علي الحديدى: ص ٣٥٦ بند ٢١٦.

(٣) وكذلك يمكن للأطراف الاستعانة بخبير استشارى ولو لم تنتدب هيئة التحكيم خبيراً. أنظر فيما سبق ص ٢٦٧ حاشية رقم ٤.

(٤) وتنص المادة ٢٩ من قواعد اليونسترال على أنه ".... يجوز لكل من الطرفين أن يقدم فى هذه الجلسة شهوداً من الخبراء ليدلوا بشهادتهم فى المسائل موضوع النزاع وتطبق بالنسبة لهذا الإجراء أحكام المادة ٢٥" وهو نفس ما نصت عليه المادة ٤/٢٧ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى.

(٥) ففى قضية وستلاند والتى كانت مصر إحدى المدعى عليهم فيها، قدمت الشركة البريطانية المدعية فتاوى من أربع عشر من أساتذة القانون من فرنسا=

ولهيئة التحكيم أن تأخذ بما جاء بتقرير الخبير الاستشارى أو بالشهادة المقدمة، أو أن تلتفت عن الأخذ به وذلك دون حاجة للرد على هذا التقرير[1].

وترتيباً على ذلك، إذا لم تتيح هيئة التحكيم للأطراف الفرصة الكافية لتقديم رأيهم بشأن تقرير الخبير المودع لديها، أو لم تحدد جلسة لمناقشة التقرير وإعلانهم بها، وكذا تمكنهم من مناقشة ما انتهى إليه الخبير فى تقريره، كل ذلك قبل إصدار الهيئة لحكمها، فإذا صدرت حكمها مستندة إلى هذا التقرير دون أن تراعى تلك الضمانات، وقع حكمها باطلاً. وقضى تطبيقاً لذلك[2] بأنه إذا ثبت أن محكمة الاستئناف لم تستفسر عما إذا كانت هيئة التحكيم قد أطلعت الأطراف على اسم الخبير الذى انتدبته، وما إذا كان التقرير الذى قدمه هذا الخبير قد تم عرضه على الخصوم لمناقشته والرد عليه قبل إصدار الحكم، فإن حكمها الصادر برفض الطعن المقدم من أحد الأطراف بقصد إبطال حكم التحكيم لاخلاله بحق الدفاع يستوجب نقضه.

أما إذا راعت الهيئة تلك الضمانات، بأن أطلعت الأطراف على تقرير الخبير، وأتاحت لهم الفرصة الكافية من الإطلاع والرد عليه، وأعلنتهم بجلسة مناقشة التقرير ومكنتهم من ذلك ولو لم يحضروا، فلا تسريب على الهيئة إن هى استمرت فى إجراءات التحكيم وأصدرت حكمها مستندة إلى هذا التقرير، وقضى تطبيقاً لذلك[3] بأنه "لا يحق لأحد الأطراف النعى على

=وانجلترا والمانيا وسويسرا ومن مصر، بينما قدم المدعى عليهم فتاوى من ثمانية أساتذة من فرنسا والمانيا وانجلترا وأمريكا. أنظر د. علي حامد الغتيت: التحكيم التجارى الدولى دراسة تفصيلية لقضية وستلاند دبلوم التجارة الدولية حقوق عين شمس ١٩٩٠ مشار إليه لدى د. هدى عبد الرحمن: ص ٢٣٥.

(١) إستئناف القاهرة ٩١ تجارى ٢٠٠٤/٩/٢٩ فى الدعوى ٢٨ لسنة ١٢١ تحكيم مشار إليه لدى د. فتحى والى: ص ٣٧٣.

(٢) Coss. Civ. 30 Nov. 1978 Rev. arb. 1979. P. 355 Note Fouchard.

(٣) Coss. Civ. 16 Fév 1978 Rev. arb. 1978. P. 469 Note Moreau.

هيئة التحكيم بأنها خالفت حقوق الدفاع إذا كان الخصم لم يستغل الفرصة التى أتاحتها الهيئة للأطراف لإبداء ملاحظاتهم على تقرير الخبير الذى أدى مهمته كاملة أمام الأطراف". كما قضى بأنه إذا ثبت أن ممثل الخصم قد تسلم صورة من تقرير الخبير قبل إصدار حكم هيئة التحكيم بعدة شهور ولم ينازع فيه، ولم يطلب ندب خبير آخر، بأن الهيئة لا تكون قد خالفت حقوق الدفاع فى شئ[1].

١٣٧ـ سلطة هيئة التحكيم إزاء تقرير الخبير:

تقرير الخبير دليل من أدلة الإثبات يخضع لسلطة هيئة التحكيم التقديرية[2] ولها وحدها الكلمة الحاسمة فى تقييم تقرير الخبير، فلها أن تأخذ به وتبنى حكمها عليه، إذا رأت فيه ما يقنعها ويتفق مع وجه الحق فى الدعوى، ويقوم على أسباب لها أصل فى الأوراق، وإذا أخذت الهيئة بما انتهى إليه الخبير، فإنها ليست ملزمة بالرد استقلالاً على ما أثير من اعتراضاته عليه، إذ فى أخذها به محمولاً على أسبابه ما يفيد أنها لم تجد فى الاعتراضات الموجهة إليه ما يستحق الرد عليها بأكثر مما تضمنه التقرير[3].

وللهيئة أن تأخذ ببعض ما ورد بالتقرير وأن تطرح بعضه الآخر بناء على ما تقدره من أسباب، ولها أن تطرحه كلية للأسباب التى تقدمها وأن تفصل فى الدعوى بناء على غيره من الأدلة المتوفرة لديها متى رأت أنها كافية لتكوين عقيدتها، كأن تأخذ مثلاً برأى الخبير الاستشارى الذى قدمه أحد الخصوم. ولها من تلقاء نفسها أن تعيد المأمورية للخبير مرة أخرى لاستكمال ما تراه من أوجه القصور فى عمله، أو ترفض طلب الخصم بإعادة المأمورية إلى الخبير متى اقتنعت بكفاية الأبحاث التى أجراها وبسلامة

---

(١) Coss. Civ. 30 Nov 1978. Rev. arb 1978 P 343.
مشار إليه لدى د. علي بركات ص ٤٠٠.

(٢) أنظر فيما سبق بند ٢٤.

(٣) د. فتحى والى: ص ٣٧٣ بند ٢٠٧ والحكم المشار لديه استئناف القاهرة دائرة ٦٣ تجارى جلسة ٢٠٠٢/٦/١٩ فى الدعوى ٣٦ لسنة ١١٧ ق.

الأسس التى بنى عليها رأيه[1] ولها أخيراً أن تأمر بندب خبير آخر أو أكثر من قبلها للقيام بالمهمة من جديد إذا ما رأت حاجة إلى ذلك[2].

١٣٨ـ سلطة هيئة التحكيم فى العدول عن نتيجة التقرير:

قلنا أن الهيئة تملك العدول عن قرارها بندب خبير سواء كانت أمرت بندبه من تلقاء نفسها أم بناء على طلب أحد الأطراف، شريطة أن تبين أسباب العدول فى محضر الجلسة[3] وتملك أيضاً أن تطرح ما أسفر عنه التقرير من نتائج إذا لم تقتنع بها بشرط أن تبين ذلك فى حكمها، ودون أن تكون ملزمة ببيان هذه الأسباب صراحةً، وإنما يكفى أن تبين فى مدونات حكمها أنها وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها دون حاجة إلى الأخذ بتقرير الخبير التى سبق وأن أمرت بندبه[4] مع ملاحظة أن الواقع العملى يقرر أن هيئة التحكيم عندما تكون هى التى اختارت الخبير وبعناية، فإنه سيكون من الصعب عليها عدم الأخذ بما انتهى إليه فى تقريره[5].

المطلب الثانى
الدعوى الأصلية بالخبرة مع وجود الاتفاق على التحكيم أو بدء إجراءاته

١٣٩ـ تمهيد وتعريف:

دعوى الخبرة[6] أو دعوى إثبات الحالة بواسطة خبير، من دعاوى الأدلة، موضوعها ليس حقاً موضوعياً للمدعى، وإنما مجرد دليل. وترمى هذه الدعوى إلى المحافظة على الدليل Conservation de Preuve

---

(١) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧٤ بند ٤٨٦، د. فتحى والى: الإشارة السابقة.

(٢) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: الإشارة السابقة.
Vincent et Guinchard: op. cit. P. 983 N 1675.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٢٣.

(٤) أنظر فيما سبق بند ٢٣.

(٥) Kopelmanas. L. Le role de L'expertise dans L'arbitrage Commercial international. Rev. arb. 1979. P. 212.

(٦) أنظر الدراسة التفصيلية فى دعوى الخبرة المراجع المشار إليها ص ٢٧٠ حاشية رقم (٢) وبصفة خاصة دعوى الخبرة د. مصطفى المتولى قنديل.

وأحياناً إنشاؤه etablissement وأياً كان القصد منها، فهى مقصورة فقط على إثبات عناصر واقعة يتوقف عليها حل نزاع فى المستقبل سيطرح على محكم أو هيئة تحكيم، أو طرح الفعل.

وتعد هذه الدعوى وقتية، ولذلك جعلها المشرع من اختصاص قاضى الأمور المستعجلة ويبدو الاستعجال فيها، فى خطر انعدام الدليل فى دعوى الحق نتيجة ضياع معالم الواقعة المراد إثباتها، وهى دعوى وقائية لأنها تؤدى إلى تفادى وقوع هذا الخطر، بإقامة الدليل على الواقعة[1].

ويقصد بدعوى الخبرة، أو إثبات الحالة بواسطة خبير، هى إجراء تحفظى يصور حالة مادية يتعذر إثباتها مستقبلاً صيانة للدليل المثبت للحق من خطر الضياع[2]. موضوعها طلب إثبات واقعة معينة، مما يقتضى الانتقال والمعاينة لإثبات هذه الواقعة بواسطة خبير تنتدبه المحكمة[3].

١٤٠- الإتفاق على التحكيم أو بدء إجراءاته لا يحول دون رفع دعوى الخبرة أمام قضاء الدولة:

حيث تنص المادة ١٤ تحكيم مصرى على أنه "يجوز للمحكمة المشار إليها فى المادة ٩ من هذا القانون أن تأمر بناء على طلب أحد طرفى التحكيم بإتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء فى إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها".

ففى فرنسا، يجوز رفع دعوى الخبرة قبل عرض النزاع الموضوعى على التحكيم كإحدى تطبيقات المادة ١٤٥ مرافعات[4] والتى تجيز ذلك ما لم يعرض النزاع بعد على هيئة التحكيم، فيتم اللجوء إلى قاضى الأمور

---

(١) د. وجدى راغب: مبادئ ص ١٣٩.

(٢) أنظر فيما سبق بند ١١٥.

(٣) د. مصطفى المتولى قنديل: ص ٢٧ بند ٧.

(٤) والتى تنص على أنه:

"S'il existe un motif Légitime de Conserver ou détablir avant Tout Procés La Preuve de faite dont Pourrait dépendre La solution d'un Lilige, Les measures d'instrection Légalement admissibles Peuvent être ordannées â La demande de Tout intéressé, sur requite ou en référé"

وفى تطبيق ذلك أنظر:

Coss. Civ. 25 Avril 2006 Rev. arb. 2007 P 79. Note ELALLDAB.

المستعجلة لكى يأمر بإجراءات الإثبات اللازمة للحفاظ على الأدلة. ودون أن يوجد تعارض مع ما تقضى به المادة ١٤٤٨/١ مرافعات[١] والتى تنص على أنه إذا عرض النزاع أمام محكمة التحكيم ولو لم يرفع أمامها بعد متى وجد الاتفاق على التحكيم، على محاكم الدولة أن تحكم بعدم الاختصاص.

وعدم وجود تعارض بين ما تشير إليه المادة ١٤٥ مرافعات من جواز رفع دعوى الخبرة قبل عرض النزاع الموضوعى على التحكيم، وما تقضى به المادة ١٤٥٨ مرافعات، لأن الفقه[٢] مستقر على أن عدم الاختصاص المشار إليه فى المادة الأخيرة لا يتعلق إلا بالنزاع حول الموضوع. أما إجراءات التحقيق، ومنها الخبرة التى تقدم إلى قاضى الأمور المستعجلة فلا يسرى عليها ما تنص عليه المادة ١٤٤٨/١ مرافعات.

وترتيباً على ذلك، يجوز رفع دعوى الخبرة وفقاً للقانون المصرى سواء طرح النزاع على هيئة التحكيم أو لم يطرح بعد، أما فى فرنسا فجواز رفع دعوى الخبرة قاصر على كون المنازعة الموضوعية لم تطرح بعد على هيئة التحكيم avant Tout Procés.

١٤١- وترفع دعوى الخبرة أمام قضاء الدولة ممثلاً فى محكمة المادة ٩ تحكيم مصرى - ولو اتفق الأطراف على تخويل هيئة التحكيم صلاحية الفصل فى هذه الدعوى[٣] وذلك بالأوضاع العادية لرفع الدعاوى المستعجلة بصحيفة تودع

---

(١) حيث تنص المادة ١٤٤٨ مرافعات على أنه:
"Lorsqu' un Litige dont relevant d'une Convention d'arbitrage est Porté devant une juridiction de L'Elot, celle-cise déclare incompétente.

(٢) FOUCHARD: La Coopération du president du Tribunal de geande instance à L'arbitrage Rev. arb. 1985. 5.
CADIET: op. cit. P. 785. N 1523. Vincent et Guinchard. Op. cit. P. 978 N 1664.
MOREAU: Rev. arb. 1978 op. cit. P. 327 ets.
Coss. Civ. 1 Fév. 1989 Rev. arb 1989 494 Note COUCHEZ.
Coss. Com. 10 Juin 1986 Rev. arb. 1987 461 Note Bloch.

(٣) أنظر فى إجراءات دعوة الخبرة: د. مصطفى المتولى قنديل: ص ٢١١ وما بعدها بند ١٠٣ وما بعده.
أما فى فرنسا ترفع دعوى الخبرة إما باتباع طريق التكليف بالحضور، أو باتباع طريق الأمر على عريضة. وإن كان طريق التكليف بالحضور هو الطريق المعتاد=

قلم كتاب المحكمة، وتعتبر الدعوى مرفوعة من تاريخ إيداعها ومستنداتها قلم الكتاب، وتقديم طلب بقيدها، ويتم إعلانها بالطريق الذى رسمه القانون مادة ١/٦٨ مرافعات مصرى، على أن يراعى قلم المحضرين عند إعلان صحيفة دعوى الخبرة أن تكون المدة بين تمام الإعلان وبين ميعاد الافتتاح الرسمي للجلسة المحددة أربعة وعشرون ساعة على الأقل، مع جواز نقص هذا الميعاد وجعله من ساعة إلى ساعة وفقاً للمادة ٢/٦٦ مرافعات، أو تحديد جلسة غير عادية تعقد بالمحكمة أو بمنزل القاضى أو حتى فى أيام الأعياد أو فى أيام العطلة الرسمية، وذلك للفصل فى هذه الدعوى.

ويشرط لقبول هذه الدعوى، فضلاً عن توافر الشروط العامة لقبول الدعوى المستعجلة[1] أن تكون الواقعة المطلوب إثباتها بدعوى الخبرة متغيرة المعالم ومن المحتمل ضياع معالمها، وأن يكون هناك احتمال من أن تصبح هذه الواقعة محل نزاع أمام المحكم أو هيئة التحكيم، أو قام بشأنها نزاع بالفعل أمام الهيئة ويخشى ضياع معالمها إن تم الانتظار حتى يفصل فى الموضوع.

وتكون الواقعة متغيرة المعالم[2] إذا كانت قابلة للتغير زيادةً أو نقصاناً من وقت لآخر، أو تكون عرضة للزوال بفعل الزمن أو الطبيعة أو بفعل الغير أو بفعل الخصم نفسه أو يخشى أن تضيع كل أو بعض آثارها إذا عرض أصل النزاع أمام هيئة التحكيم أو انتظر حتى يفصل فى موضوع النزاع التحكيمى. من ذلك طلب إثبات حالة البضائع إذا كانت أثمانها معرضة لتقلب الأسعار فى السوق كالمحاصيل الزراعية، أو طلب المدعى إثبات حالة أرضه التى غرقت نتيجة لتسرب المياه من أرض جاره تمهيد

=لدعوى الخبرة، ويرجع ذلك إلى أن اتباع طريق الأمر على عريضة لا يكون إلا فى ظل توافر الشروط المنصوص عليها قانونا. أنظر:
Vincent et Guinchard: op. cit. P. 670 ets N 1132 etss.

(١) أنظر فيما سبق بند ٩٧.

(٢) د. مصطفى المتولى قنديل: ص ٦٦ بند ٢٠ والحكم المشار لديه مستعجل مستأنف القاهرة ٣٠ أبريل ١٩٨٤ الدعوى ٥٦١ لسنة ١٩٨٣.

لتقدير قيمة الزراعة التى أتلفت، أو طلب ندب خبير هندسى لمعاينة الشقة التى يستأجرها وإثبات الأعمال التى قام بها وقيمتها، وكذلك بيان الأعمال التى تلتزم لإعداد الشقة للكسنى وقيمتها والمدة التى تستلزمها[1].

ويستوى فى الواقعة موضوع دعوى الخبرة[2] أن تكون حدثت فى الماضى، أو موجودة ومستمرة حتى لحظة الحكم فى الدعوى، أو لكونها واقعة مستقبلية. ومثال الأولى طلب ندب خبير لتحديد أسباب الاختلال فى أحد المبانى. والثانية، طلب ندب خبير لإثبات العيوب الموجودة فى أحد الأجهزة أو المعدات التى تم تسليمها. والثالثة، طلب ندب خبير للانتقال بصحبة أحد المساهمين فى الشركة إلى المركز الرئيسى للشركة لإثبات وقائع معينة.

ولا يكفى أن تكون الواقعة متغيرة واحتمال ضياع معالمها، وإنما يشترط أيضاً[3] احتمال أن تصبح هذه الواقعة محل نزاع يثار أمام المحكم أو هيئة التحكيم، كإثبات حالة بضائع سريعة التلف كالفاكهة لنزاع حول نوعها ومقدارها. أو أثير نزاع بالفعل بمقتضى هذه الواقعة أمام هيئة التحكيم وطلب ندب خبير لإثبات العيوب الموجودة فى أحد الأجهزة أو المعدات التى تم تسليمها. ونتيجة لذلك فإن الخبرة المطلوبة[4] لا يكون لها إذا سوى هدف إعداد أو تمهيد، أى تجهيز الأدلة.

---

(١) د. وجدى راغب: الإشارة السابقة، د. أمينة النمر: ص ٣٧ بند ١٩. د. فتحى والى قانون القضاء المدنى: ص ٥٦١ بند ٣٠٧. د. سليمان مرقس: ص ٣١٧ بند ٣٣٠. المؤلف: قانون المرافعات: ص ١٨٤ بند ١٤٠.

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك: د. مصطفى المتولى ص ٧٠ — ٧٣ بند ٢١ — ٢٤ والأحكام المشارة لديه.

Coss. Civ. 19 Mars 1985. Bull Civ. 111. N 58.
Coss. Com. 7 Nov. 1983. Bull. Civ. Iv. N 297.

نقض مدنى ١١ مارس ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفنى السنة ٥ ص ٦١٥.

(٣) د. سليمان مرقس: ص ٣٢٠ بند ٣٣٢.

(٤) د. مصطفى المتولى: ص ٤٣ بند ١٢.

١٤٢ـ الفصل فى دعوى الخبرة:

إذا قبلت المحكمة الدعوى، فإن نشاطها يقتصر على ندب خبير أو أكثر للقيام بمهمة، وتحرر محضر بإثبات الوقائع، ثم تحدد جلسة أمام المحكمة لمناقشة ما جاء فى المحضر، وتخضع دعوى الخبرة أمامها للقواعد المطبقة فى مجال الخبرة وفقاً للمواد ٢٦٣ – ٢٨٤ مرافعات فرنسى، المادة ١٣٤ إثبات مصرى. وتنتهى الدعوى بعد ذلك بصدور حكم بانهائها وهو مثل سائر الأحكام المستعجلة قابل للاستئناف.

الحكم بندب خبير[١] تصدر محكمة المادة ٩ تحكيم مصرى حكمها فى دعوى الخبرة بندب خبير أو أكثر للمحافظة أو لإثبات الوقائع التى يخشى من زوال معالمها بمرور الوقت. متضمناً هذا الحكم تكليف الخبير بتقديم تقرير مكتوب أو شفوى، وتحدد فيه اسم الخبير ومأموريته والنقاط والمسائل التى سيبدى فيها رأيه، وأمانته، والمدة اللازمة لإتمام هذه المأمورية[٢]. وتاريخ الجلسة التى تؤجل إليها القضية للمرافعة فى حالة إيداع الأمانة، وجلسة أخرى أقرب منها لنظر القضية فى حالة عدم إيداعها وفقاً للمادة ١٣٥ إثبات مصرى، وإعلان الخصوم بهذا الحكم لتمكنهم من رد الخبير من عدمه[٣]. ويتم إخطار الخبير بكتاب مسجل للإطلاع على ملف الدعوى، وذلك فى اليومين التاليين لإيداع الأمانة، وفى حالة قبوله للقيام بالمأمورية يقوم بمباشرة مأموريته بعد حلف اليمين، ما لم يكن مقيداً ضمن قائمة الخبراء، حيث يكتفى فى هذه الحالة باليمين الذى أداه الخبير عند بداية تعيينه.

ويقوم الخبير بتنفيذ مأموريته التى حددتها محكمة المادة ٩ تحكيم. فيجب على الخبير الانتقال وإتمام المعاينة المحددة وإثبات الوقائع التى يخشى من

---

(١) د. علي الحديدى: ص ١٤٤ وما يليها بند ٩٥ وما يليه، د. محمود جمال الدين زكى ص ١١١ وما بعدها بند ٢٧. د. مصطفى المتولى: ص ٢٣٤ وما بعدها بند ١١٤ وما بعده.

(٢) أنظر فيما سبق بند ٩٩.

(٣) أنظر فيما سبق بند ١٣١.

تغيير أو زوال معالمها، ويقدم للمحكمة تقريراً بنتيجة أعماله[1] وتعلن الخصوم بالتقرير للحضور فى الجلسة المحددة لمناقشة التقرير وإبداء ملاحظاتهم بشأنه، ويمكن للمحكمة أن تأمر بخبرة تكملية بشأن واقعة جديدة حتى ولو كانت موجودة من قبل ولم تدخل ضمن المأمورية الأولى[2].

وتنتهى الدعوى بصدور حكم بانتهائها، وهو حكم مستعجل، شأن الأحكام الصادرة من القضاء المستعجل، لا يتمتع بالحجية المطلق[3] وإنما بحجية مؤقتة[4] تمنع من تغييره أو الغاءه من قبل المحكمة التى أصدرته إلا إذا تغيرت الظروف التى صدر فيها. ويقبل هذا الحكم للطعن بالاستئناف[5] ولا يحول دون قبول الدعوى الموضوعية أمام هيئة التحكيم أو فصلها فى الدعوى دون الاعتداد به، لكونه مجرد دليل فى الدعوى، لها سلطة تقديرية بشأنه شأن أى دليل فى الدعوى. يمكنها العدول عن الحكم الصادر بنتيجة التقرير إذا ما وجدت الهيئة فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها[6].

---

(١) د. مصطفى المتولى: ص ٢٥٠ وما بعدها بند ١٢٦. د. علي الحديدى: ص ٣٣٢ وما بعدها بند ٢٠٢ وما بعدها.

(٢) مستعجل إسكندرية ١٠ مايو ١٩٤١ المحاماة السنة ٢٢ ص ٤١١.

(٣) لأن الحجية المطلقة أثر قاصر على أعمال الحماية القضائية الموضوعية التأكيدية أنظر فيما سبق بند ٥٤ ومابعده.

(٤) أنظر فى الحجية المؤقتة. د. أحمد ماهر زغلول: الحجية الموقوفة. الطبعة الثانية دار النهضة العربية ١٩٩٥.

(٥) د. نبيل عمر: الوسيط فى الطعن بالاستئناف دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٠ ص ٣٨٢ بند ١٨١.

NORMAND: obs. R. T. D. Civ. 1983. P. 781.

(٦) أنظر فيما سبق بند ٢٤.

الخاتمة

تناولت هذه الدراسة مرحلة الإثبات، وتطبيقاتها من الناحية الإجرائية فى الخصومة التحكيمية. وقد بينت أهميتها كأهم مراحل تلك الخصومة، والتى انتهت إلى الآتى:

من ناحية، أن الإثبات حق إجرائى للخصم داخل الخصومة التحكيمية، شأن الخصومة العادية، وهو أحد الحقوق المكونة لمضمون المركز القانونى للخصم، ولذا يعترف به لأى خصم محتكم أو محتكم ضده. وتفرض تشريعات وأنظمة التحكيم المقارن عبء الإثبات على الخصم لتتمكن هيئة التحكيم من الفصل فى الدعوى، فإذا امتنع الخصوم جميعاً أو عجزوا عن الإثبات، اعتبرت الواقعة محل الإثبات غير حقيقية مع مراعاة حق الخصم الآخر فى إثبات العكس.

ومن ناحية ثانية، ينظم الإتفاق الذى تم بين الأطراف طرق الإثبات وأدلته، ولهم أن يختاروا القانون أو اللائحة التى تحكم إجراءات الإثبات، فإن لم يتفقوا على ذلك اختارت هيئة التحكيم القانون الذى تراه مناسباً، ويتفق مع أطراف النزاع، أو تتفق معهم على طرق الإثبات، وما يجوز وما لا يجوز من الأدلة، فإذا وقع الاختيار على قانون أو لائحة معينة، كانت ملزمة للهيئة وإلا كان حكمها محلاً للبطلان.

ومن ناحية ثالثة. بينت الدراسة تطور مفهوم حياد المحكم من الحياد السلبى الذى كان يقصر دور المحكم على الفصل فى النزاع فى ضوء ما قدمه الخصوم دون تدخل من جانبه فى توجيه الخصومة، إلى حياد إيجابى لتطور مفهوم الخصومة من جانب، ومن جانب آخر منح المحكم سلطات واسعة فى إدارة الخصومة تقارب سلطات القاضى فى محل الإثبات، فيأمر المحكم باتخاذ ما يرى اتخاذه من إجراءات الإثبات، أو بالعدول عنه أو برفضه، بل يمكنه العدول عن نتيجة الإجراء وفقاً لسلطته التقديرية، وإن كانت هذه السلطة ليست مطلقة، وإنما مقيدة بقيود أهمها، مراعاة المبادئ الأساسية للتقاضى، مبدأ التحقيق الجماعى، افتقاد المحكم سلطة الجبر،

كما أن دور المحكم بصدد أدلة الإثبات، قد يكون مجرد دور رقابى لبعض الأدلة، ولكن الغالب منها يكون دوره تقديرى.

ومن ناحية رابعة، يصدر المحكم شأن قاضى الدولة أحكاماً بإحالة الدعوى للتحقيق، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم، وهى أحكاماً ليست بالتمهيدية ولا التحضيرية، وإنما هى أحكام صادرة قبل الفصل فى الموضوع، لأنها أحكام لا تنهى بها الخصومة كلها ولا فى جزء منها. ومن ثم لا يطعن فيها استقلالاً فورى صدورها، وإنما يطعن فيها مع الحكم الصادر فى الموضوع بدعوى بطلان حكم التحكيم.

وأخيراً، يجرى الإثبات أمام هيئة التحكيم، كما يجرى أمام قضاء الدولة، ويكون الإثبات بطرق وأدلة الإثبات المختلفة، والمقررة قانوناً بالنسبة للواقعة محل الإثبات. فتأمر الهيئة بإلزام الخصم بتقديم مستند تحت يده، يستوى فى هذا المستند أن يكون تقليدى أم الكترونى، وتفصل فيما يثار بشأن صحة هذا المستند متى كان مستند عرفى دون المستند الرسمى. ولها طلب المطالبة القضائية لإلزام الغير بتقديم مستند تحت يده.

وللهيئة أن تجتمع فى أى مكان تراه مناسباً لسماع الشهود، أو قبول شهادتهم المكتوبة، وتمكين الخصوم من الإطلاع عليها، وتحقيق مبدأ المواجهة بمعناه الواسع بمقتضاها. ولها استجواب الخصوم أو معاينة بضاعة أو أموال، ولها توجيه اليمين الحاسمة عندما يعوزه الدليل فى الدعوى بناء على طلب أحد أطرافها، كما لها توجيه اليمين المتممة لتكملة اقتناعها بالأدلة المطروحة فى الدعوى. وأيضاً لها ندب خبير أو أكثر بشأن مسألة فنية أو قانونية لازمة للفصل فى الدعوى.

ومع اعتماد اختصاص هيئة التحكيم بكل ما سبق، فضلاً عن اختصاصها بنظر ما يثار بشأن أدلة الإثبات من منازعات أثناء نظر الدعوى، فهذا لا يمنع من رفع دعوى أصلية أمام قضاء الدولة بإلزام الخصم بتقديم مستند تحت يده، أو بسماع شاهد أو إجراء معاينة أو بندب خبير رغم وجود الاتفاق على التحكيم أو بدء إجراءاته، فاختصاص هيئة

التحكيم بطلب فرعى بشأن دليل من أدلة الإثبات لا يمنع من اختصاص قضاء الدولة بشأن هذه الأدلة بمقتضى دعوى أصلية.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية:

المراجع العامة:

١- د. إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائى الخاص. الجزء الأول منشأة المعارف ١٩٧٤.

٢- د. أحمد أبو الوفا: قانون المرافعات المدنية والتجارية دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٧.

٣- د. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار التعليق على نصوص قانون الإثبات منشأة المعارف الطبعة الرابعة ١٩٩٤.

٤- د. أحمد ماهر زغلول: أصول المرافعات دار النهضة العربية.

٥- د. أحمد مسلم أصول المرافعات دار الفكر العربى طبعة ١٩٦٩.

٦- د. أحمد نشأت رسالة الإثبات الجزء الأول ط ٧ — ١٩٧٢. الجزء الثانى ط ٢ — ١٩٥٥ دار الفكر العربى.

٧- د. أحمد هندى: الوسيط فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، ٢٠١٥، دار الجامعة الجديدة.

٨- د. أسامة الروبى: الوجيز فى القواعد الإجرائية الإثبات المدنى ٢٠٠٢ دار النهضة العربية.

٩- د. أسامة المليجى: شرح القواعد الإجرائية فى الإثبات ١٩٩٧.

١٠- د. سليمان مرقس: أصول الإثبات وإجراءاته، الأدلة المطلقة الجزء الأول عالم الكتب الجزء الثانى الأدلة المقيدة الطبعة الرابعة ١٩٨٦.

١١- د. عبد الرزاق السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء الثانى الإثبات دار النهضة العربية ١٩٨٢.

١٢- د. عصام أنور سليم: قواعد الإثبات ٢٠١٥، دار الجامعة الجديدة.

١٣- د. علي أبو عطية هيكل: قانون المرافعات المدنية والتجارية ٢٠٠٧ دار المطبوعات الجامعية.

١٤- د. فتحى والى: الوسيط فى قانون القضاء المدنى ٢٠٠١ دار النهضة العربية.
١٥- د. محمد وعبد الوهاب العشماوى: قواعد المرافعات فى التشريع المصرى والمقارن ج٢، ١٩٥٨.
١٦- د. وجدى راغب: مبادئ القضاء المدنى ٢٠٠١ دار النهضة العربية.

٢ـ المؤلفات الخاصة والرسائل:

١- د. إبراهيم نجيب سعد "قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم" منشأة المعارف ١٩٨١.
٢- د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم وإجراءاته: دار المطبوعات الجامعية. التحكيم بالقضاء وبالصلح دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٧. نظرية الأحكام دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٧.الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٧.
٣- د. أحمد السيد صاوى: التحكيم ٢٠٠٢ دار النهضة العربية.
٤- د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى التى تحوز الحجية دار النهضة العربية ١٩٩٠.
٥- د. أحمد هندى: التحكيم: دراسة اجرائية ٢٠١٣، دار الجامعة الجديدة. المشكلات العملية فى نظام المرافعات الشرعية ونظام التحكيم السعودى ٢٠٠٨ دار الجامعة الجديدة.
٦- د. أسامة الروبى: الأحكام الإجرائية للإثبات بالدليل الكتابى فى المواد المدنية والتجارية الطبعة الثانية ٢٠٠٨ دار النهضة العربية.
٧- د. الإنصارى حسن النيدانى: القاضى والوسائل الالكترونية الحديثة دار الجامعة الجديدة.الأثر النسبى لاتفاق التحكيم دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٩.
٨- د. أمينة النمر: مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة منشأة المعارف ١٩٦٧.
٩- د. السيد تمام: مبدأ المواجهة وخصومة التحكيم ٢٠٠٠ دار النهضة العربية.
١٠- د. جمال الكردى: القانون الواجب التطبيق فى دعوى التحكيم ٢٠٠٥ دار الجامعة الجديدة.

١١- أ. حسام أحمد هلال منصور، حسين ابراهيم خليل، هبة الله عمارة، قانون التحكيم الفرنسى الجديد، بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١.
١٢- د. حسام الدين ناصف: التحكيم الالكترونى فى منازعات التجارة الدولية ٢٠٠٥ دار النهضة العربية.
١٣- د. خالد ممدوح إبراهيم: التحكيم الإلكترونى فى عقود التجارة الدولية ٢٠٠٩ دار الفكرى العربى.
١٤- د. رضا السيد عبد الحميد: مسائل فى التحكيم دار النهضة العربية.
١٥- د. سحر عبد الرحمن يوسف: دور القاضى فى الإثبات ٢٠٠٢ دار النهضة العربية.
١٦- د. سعيد السيد قنديل: التوقيع الإلكترونى دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٤.
١٧- د. سمير حامد الجمال: التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة الطبعة الأولى ٢٠٠٦ دار النهضة العربية.
١٨- د. سيد أحمد محمود أحمد: النظام الإجرائى للخبرة القضائية طبعة ٢٠٠٠/٢٠٠١ دار النهضة العربية.
١٩- د. شحاته غريب شلقامى: عقد المحكم ٢٠١٥، دار الجامعة الجديدة.
٢٠- د. طلعت دويدار: ضمانات التقاضى فى خصومة التحكيم دار الجامعة الجديدة.
٢١- د. عاشور مبروك: النظام الإجرائى لخصومة التحكيم الطبعة الأولى بدون ناشر.
٢٢- د. عاطف محمد الفقى: التحكيم فى المنازعات البحرية ٢٠٠٧ دار النهضة العربية.
٢٣- د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم فى القانون الكويتى مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٠. أساس الإدعاء أمام القضاء المدنى ١٩٩١ دار النهضة العربية. تسبيب الأحكام وأعمال القضاة الطبعة الأولى دار الفكر العربى ١٩٨٣. واجب القاضى فى تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع ١٩٩٢، ١٩٩٣ دار النهضة العربية.

٢٤- د. عكاشة عبد العال: الإنابة القضائية فى نطاق المعاملات الخاصة الدولية طبعة بيروت.
٢٥- د. علي أبو عطية هيكل: الدفع بإحالة الدعوى فى قانون المرافعات رسالة الإسكندرية ٢٠٠٤.
٢٦- د. على اسماعيل دياب غازى: موسوعة المحكم فى التحكيم ٢٠١٥، دار الفتح للطباعة والنشر.
٢٧- د. علي الشحات الحديدى: دور الخبير الفنى فى الخصومة ١٩٩٣ دار النهضة العربية.
٢٨- د. علي بركات: خصومة التحكيم فى القانون المصرى والقانون المقارن ١٩٩٦ دار النهضة العربية.
٢٩- د. عيد القصاص: - قانون التحكيم ٢٠١٥، الطبعة الأولى.- حكم المحكم ٢٠٠٠، دار النهضة العربية.
٣٠- د. فاطمة صلاح الدين يوسف: دور القضاء فى خصومة التحكيم ٢٠١٠ دار النهضة العربية.
٣١- د. فتحى والى: قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق الطبعة الأولى ٢٠٠٧ منشأة المعارف.
٣٢- د. محسن شفيق: التحكيم التجارى الدولى طبعة ١٩٧٣، ١٩٧٤.
٣٣- د. محمد نور شحاته: - مفهوم الغير فى خصومة التحكيم: دار النهضة العربية. - النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين دار النهضة العربية.
٣٤- د. محمود جمال الدين زكى: - الخبرة فى المواد المدنية والتجارية ١٩٩٠ دار النهضة العربية. - المبادئ العامة فى نظرية الإثبات مطبعة جامعة القاهرة ٢٠٠١.
٣٥- د. محمود مصطفى يونس: الإنابات القضائية ٢٠٠٢ الطبعة الأولى دار النهضة العربية.
٣٦- د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال: التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية الجزء الأول ١٩٩٨. الطبعة الأولى بدون دار نشر.
٣٧- د. مصطفى المتولى قنديل: دعوى الخبرة دار النهضة العربية.
٣٨- د. معتز عفيفى: نظام الطعن على حكم التحكيم ٢٠١٢، دار الجامعة الجديدة.

٣٩- د. نبيل إسماعيل عمر: التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية دار الجامعة الجديدة الطبعة الثانية ٢٠٠٥. - امتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى فى قانون المرافعات منشأة المعارف ١٩٨٩.

٤٠- د. نجيب عبد الله الجبلى: التحكيم فى القانون اليمنى دراسة مقارنة دكتوراه جامعة الإسكندرية ١٩٩٦.

٤١- د. هبه بدر أحمد صادق: الحماية الوقتية فى التحكيم، رسالة عين شمس، ٢٠٠٩.

٤٢- د. هدى محمد عبد الرحمن: دور المحكم فى خصومة التحكيم وحدود سلطاته دار النهضة العربية ١٩٩٧.

٣- مقالات:

- د. أحمد عبد الكريم سلامة: مسائل الإجراءات فى الخصومة الحديثة الدولية مجلة البحوث القانونية الاقتصادية حقوق المنصورة عدد أكتوبر العدد الثانى ١٩٨٧.
- سلطة المحكم فى إصدار الأحكام الوقتية والأوامر فى القانون المقارن الكويتى والمصرى مجلة حقوق الكويت العدد الثالث السنة ٢٥ لسنة ٢٠٠١.
- د. سيد أحمد محمود: المسائل والمشاكل المتعلقة بالسلطة الولائية للمحكم، مؤتمر التحكيم الهندسى بالبحرين ١٥ – ١٧ مايو ٢٠٠٠.
- د. عبد الحميد الأحدب: إجراءات المحاكمة التحكيمية، وقواعد الإثبات فى القوانين المدنية مجلة الدراسات القانونية جامعة بيروت العدد الثانى المجلد الثانى يناير ١٩٩٩.
- د. محمد سليم العوّا: سلوك المحكمين مجلة التحكيم العربى أكتوبر ٢٠٠٠ العدد الثالث.
- د. محمود هاشم: استنفاد ولاية المحكمين مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة ٢٦ يناير ويوليو ١٩٨٤.- استنفاد ولاية القاضى المدنى المحاماة السنة ٦١ العدد ١، ٥، ٦ عام ١٩٨١.
- د. وجدى راغب: دراسات فى مركز الخصم مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يناير ١٩٧٦ العدد الأول السنة ١٨.

٤- الدوريات ومجموعات الأحكام:

- الأحكام التى تصدرها محكمة استئناف القاهرة.

- المبادئ القانونية لمحكمة النقض فى التحكيم التجارى.
- مجلة البحوث القانونية والاقتصادية تصدرها كلية الحقوق المنصورة.
- مجلة التحكيم العربى.
- مجلة الدراسات القانونية تصدرها كلية الحقوق جامعة بيروت العربية.
- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية تصدرها كلية الحقوق جامعة عين شمس.
- مجموعة أحكام النقض يصدرها المكتب الفنى لمحكمة النقض.
- المحاماة وتصدرها نقابة المحامين بالقاهرة.

ثانياً: باللغة الفرنسية:

١ـ المؤلفات العامة:

- **Boisseson: Le droit Français de L'arbitrage Paris 1983.**
- **CADIET: Droit judicaire Privé Litec 1992.**
- **CORNU et FOYER: Procédure civile 3e ed Paris 1996.**
- **GARSONNET et CEZOR – BUR: Traite Theaique et Commercaile 3e ed. T. 3. Sirey 1913.**
- **GLASSON, Tissier et Morel: Traite Theaique et Pratique d'arganisation judiciaire de Competence et de Procedure civile T. 3. 1929.**
- **JAPIOT: Traite élémentaire de Procedure civile et Commerciale 1939.**
- **MOREL: Troite elementaire de Procedure civile Sirey 1949.**
- **TERRÉ: introduction génerale au droit éd 4. 1998.**
- **VINCENT et GUINCHARD: Procedure civile 23e éd Dalloz 1994.**

٢ـ المؤلفات الخاصة والرسائل والمقالات:

- **BERNARDINI: "L'arbitrage en italie après La récente reforme Rev. arb 1994. P. 490.**
- **Bosquet: Jugementes avant dire droit, jur. Class. Pre. Civ. 1989. Fasc. 532.**
- **Couchez: Principe directeure du Precés Principe Contradiction. Jur. Class. Pre. Civ. 1973. Fasc. 156.**
- **Référé arbitrage. Rev. arb 1986. P. 155.**
- **Dufouleur et le boulanjer: Le nouveau droit egyption de L'arbitrage. Rev. arb. 1994. P. 665.**

- FOUCHARD et Gaillard et Goldman: Traite de L,arbitrage domnercial international Paris 1996.
- FOUCHARD: La Coopération du Président du Tribunal de geande instance à L'arbitrage Rev. arb 1985. 5.
- GAVALDE: Les Commissions ragatoire internationals matiere civile et Commercale Rév Crit. 1964.
- Kessedjion: Principe de La Contradiction arbitrage Rev. arb. 1995. 381.
- L'abligation Pour L'abiable Compositeur de mativer so Sentence Rev. arb 1976. 223.
- L'application a L'arbitrage des regles du Nouveau Code de Procedure Civile Rev. arb. 1980 P. 645.
- L'instance arbitrale arbitrage de droit abioble Comosition. Pr. Civ. Fosc. 1038.
- L'instance arbitrale La Procedure devant Les arbitros, Jur clasc 1036.
- La leve: le regle de Conflit de Lois appliqués au Fond du Litige Par L'arbitre international Rev. arb. 1976.
- La récusation des arbitrs dans La jurisprudence recenté Rev. arb 1975. 223.
- Loquin: arbitrage. Competence arbitrale jur. Class. 1994 Fasc. 1034.
- MARRUD: Le droit de La Preuve La Production Forceédes Preuve en justice. J. C. P. 1973. 2572.
- MAYER: La sentence Contraire al'aordere Public au Fond Rev. arb 1994 P. 615.
- MAYER: le Pouvoir des arbitres de regler le Procedure. Rev. arb. 1995. P. 163.
- MOLULSKY: question préalable et question prejudicielle en Motiere de Competence arbitrale J. C. P. 1957 – 1 – 1383.
- MOREAU: L'intervention du Tribunal au Cours de La Procedure arbilrale en droit Francais et droit Compore Rev. arb. 1978. P. 323.
- NORMAND: le juge et le Litige Thé. L. G. D. J. 1965.
- PERROT: L'adminstration de la Preuve enmatiere d'arbitrage Rev. arb. 1974. P. 159.

- Puybusque: jugement Preforatoire appel et autarié de chose jugée Goz Pol 1986. 133.
- Reymond: des Connaissonce Personelle de L'arbitre Son information privilege Rev. arb. 1991. P. 3.
- ROBERT et MOREAU: L'arbitrage droit interne droit international Prive Paris Dalloz 1993.
- Rusques; Serment Suppletaire. Jur. Class 1994. Fasc. 673.

٣ـ المجموعات الفقهية والدوريات والأحكام:

- Bull – civ: Bulletin des arêtes des chambers de La Cour de Cassation Française.
- Coss Cour de Cassation.
- Encyclopdie: Dalloz réperatoire de Procédure civile ENCY. D. pr. Civ. Mise a jour permanent.
- G. P. Gozette du Palais.
- J. C. P.: juris – classeur Périadique – semaine juridique.
- Juris classeur de Procedure civile = jur. Class. Pr. Civ. Mise a jour Permanents.
- R. T. D. Civ: Revue Trimestrielle de droit civil.
- Rev. arb: Revue de L'arbitrage.

محتويات الدراسة

الموضوع	الصفحة
مقدمه	٦٢٧
الفصل الأول **القواعد الإجرائية العامة للإثبات أمام المحكمين**	٦٣٦
تمهيد	٦٣٦
المبحث الأول **سلطة تنظيم إجراءات الإثبات**	٦٣٧
تمهيد	
المطلب الأول: حرية الأطراف في اختيار القانون الذى يحكم إجراءات الإثبات	٦٣٧
المطلب الثانى: اختيار هيئة التحكيم للقانون الذى يحكم إجراءات الإثبات	٦٤٩
المبحث الثانى **دور المحكمين فى الإثبات وما يرد عليه من قيود**	٦٥٤
تمهيد وتقسيم	٦٥٤
المطلب الأول: مبدأ حياد المحكم	٦٥٥
المطلب الثانى: سلطات المحكمين فى اتخاذ إجراءات الإثبات ومايرد عليهم من قيود	٦٧٥
المبحث الثالث **دور الخصوم فى الإثبات وما يرد عليه من قيود**	٧٠٥
المطلب الأول: دور الخصوم فى الإثبات	٧٠٦
المطلب الثانى: القيود الواردة على دور الخصوم فى الإثبات	٧٢٤
المبحث الرابع **السلطة التى يجرى أمامها الإثبات**	٧٣١
المطلب الأول: هيئة التحكيم تتولى اتخاذ كافة إجراءات الإثبات المتعلقة بالدعوى	٧٣١
المطلب الثانى: الإنابة القضائية	٧٣٤

الموضوع	الصفحة
المبحث الخامس	
القواعد الخاصة بالأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات	٧٤٢
الفصل الثانى	
القواعد الإجرائية الخاصة بأدلة الإثبات أمام المحكمين	٧٦٨
تمهيد وتقسيم	٧٦٨
المبحث الأول	
الإجراءات المتعلقة بالأدلة الكتابية	٧٦٨
المطلب الأول: إلزام الخصم بتقديم محرر تحت يده	٧٧٠
المطلب الثانى: المنازعة فى صحة المحررات المقدمة لهيئة التحكيم	٧٨٩
المبحث الثانى	
شهادة الشهود	٧٩٦
تمهيد وتقسيم	٧٩٦
المطلب الأول: الإجراءات الخاصة بشهادة الشهود أمام هيئة التحكيم	٧٩٨
المطلب الثانى: الدعوى الأصلية بسماع شاهد مع وجود الإتفاق على التحكيم أو بدء إجراءاته	٨٢٣
المبحث الثالث	
الاستجواب	٨٣٤
- أهمية الاستجواب وماهيته	٧٣٤
- سلطة توجيه الاستجواب ومن يوجه إليه ووقته.....	٨٣٦
- الواقعة موضوع الاستجواب وما يشترط فيها	٨٣٩
- سلطة هيئة التحكيم فى العدول عن الاستجواب	٨٤٠
- إجراءات الاستجواب	٨٤١
المبحث الرابع	
المعاينة	٨٤٧
تمهيد وتقسيم	٨٤٧
المطلب الأول: المعاينة كإجراء إثبات	٨٤٩

الموضوع	الصفحة
المطلب الثاني: الدعوى الأصلية بطلب الانتقال للمعاينة مع وجود الاتفاق على التحكيم أو بدء إجراءاته ...	٨٥٥
المبحث الخامس	
اليمين	٨٦٠
المبحث السادس	
الخبرة	٨٨٣
المطلب الأول: الخبرة كإجراء للإثبات	٨٨٦
المطلب الثاني: الدعوى الأصلية بالخبرة مع وجود الاتفاق على التحكيم أو بدء إجراءاته	٩٠٦
الخاتمة	٩١٢
قائمة المراجع	٩١٤
الفهرس	٩٢٢