



جامعة القدس
كلية الدراسات العليا

إجراءات الإثبات أمام المحكمين وفق قانون التحكيم الفلسطيني
رقم 3 لسنة 2000
"دراسة مقارنة"

رولا عمر جبرائيل الصليبي

رسالة ماجستير

القدس - فلسطين

1434 هـ / 2013 م

إجراءات الإثبات أمام المحكمين وفق قانون التحكيم الفلسطيني

رقم 3 لسنة 2000

"دراسة مقارنة"

إعداد الطالبة

رولا عمر جبرائيل الصليبي

إشراف

د. أنور أبو عيشه

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون
– كلية الدراسات العليا في جامعة القدس ، فلسطين.

1434هـ / 2013م

إجراءات الإثبات أمام المحكمين وفق قانون التحكيم الفلسطيني

رقم 3 لسنة 2000

"دراسة مقارنة"

إعداد الطالبة

رولا عمر جبرائيل الصليبي

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ 10 / 2 / 2013م وأجيزت .

التوقيع

أعضاء لجنة المناقشة

1- د. أنور أبو عيشه / مشرفا ورئيسا

2- د. محمد خلف / ممتحنا داخليا

3- د. أحمد السويطي / ممتحنا خارجيا

الإهداء

إلى

زوجي ورفيق دربي من رعاني بكرمه ودربني بحكمته

والدي..... الشعاع الذي أضاء في نفسي من العلم والمعرفة

والدتي..... بحر الحنان مدرستي الأولى والفاضلة

ابنتي وابني..... حاضري ومستقبلي

إقرار

أقر أنا مقدم الرسالة أنها قدمت لجامعة القدس لنيل درجة الماجستير ، وأنها نتيجة أبحاثي الخاصة باستثناء ما تم الإشارة له حيثما ورد ، وأن هذه الرسالة أو أي جزء منها لم يقدم لنيل أية درجة عليا لأي جامعة أو معهد .

التوقيع : رولا عمر جبرائيل الصليبي

الرقم الجامعي : 20610035

التاريخ : 2012/11/25

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بَهْرِهِ أَمْهَاتِكُمْ لِأَنْتُمْ فِيهَا رَجَمْتُمْ لَكُمْ الرِّسْعَ وَالْأَصَارَ وَالْأَنْثَرَةَ لَعَلَّكُمْ تَتَكْرَهُوْنَ)

(النمل : 78)

صدق الله العظيم

شكر وتقدير

أقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى أستاذي الفاضل الدكتور أنور أبو عيشة على تقديمه يد العون والمساعدة طوال فترة عملي في هذا البحث وإسداء النصح والإرشاد لي .

كما أتوجه بالشكر العميق إلى الأستاذ هاشم القواسمة حيث أنه كان مصدراً لمعلومات تم الحصول عليها عن طريق الإتصالات الشخصية .

الباحثة

ملخص الرسالة

هدفت هذه الدراسة الى بيان إجراءات الإثبات أمام المحكمين في ظل قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 مقارنة بكل من قانوني التحكيم الاردني والمصري، اضافة الى نصوص لوائح بعض مراكز التحكيم، ولتحقيق هذا الهدف تم اتباع المنهج التحليلي المقارن.

تم دراسة موضوع اجراءات الاثبات امام المحكمين من خلال بيان مفهوم التحكيم وأنواعه وخصائصه، إضافة إلى بيان ماهية الإثبات وأهميته ومذاهبه وأركانه، وعلى من يقع عبء الإثبات ومدى ارتباطه بالنظام العام. كما تم دراسة إجراءات الإثبات أمام المحكمين من خلال إلقاء الضوء على الأصول العامة في الإثبات، وبيان مدى حرية الأطراف ودورهم في اختيار إجراءات الإثبات، وكذلك التفرقة بين القواعد الإجرائية والموضوعية والقانون المطبق على مسائل الإجراءات ومسائل الموضوع، ودور هيئة التحكيم في الإثبات، وما هي السلطات الممنوحة لهيئة التحكيم، ومقابل هذه السلطات ما هي الواجبات التي تقع على عاتقهم.

وفي النهاية تم التوصل إلى مجموعة من النتائج التي خلصت إليها الدراسة بعد قيامها بتحليل النصوص القانونية المتعلقة بإجراءات الإثبات أمام المحكمين والتي نص عليها قانون التحكيم الفلسطيني ومثليه المصري والأردني.

وقد توصلت الدراسة الى ان قانون التحكيم الفلسطيني عرف التحكيم في المادة (1) منه في حين لم يعرفه قانون التحكيم المصري والاردني، ونص قانون التحكيم الفلسطيني على انواع التحكيم وهي(التحكيم المحلي، الدولي، الاجنبي، المؤسسي، الخاص) وان قواعد الاثبات المنصوص عليها في قانون البيئات الفلسطيني رقم (4) لسنة 2001 ليست من النظام العام حيث يجوز الاتفاق على مخالفتها.

كما توصلت الدراسة ان الاطراف المحتكمين لهم الحرية في اختيار قواعد الاثبات مع مراعاة عدم مخالفتها للنظام العام، وان هيئة التحكيم تملك اتخاذ أي اجراء من اجراءات الاثبات، وبذات الوقت رفض أي اجراء من اجراءات الاثبات.

وفيما يتعلق بادلة الاثبات فقد توصلت الدراسة الى ان قانون التحكيم الفلسطيني قد نص على الكتابة، البينة، الخبرة، المعاينة، ولم ينص على الاقرار واليمين والقرائن.

وفي نهاية الدراسة اوصت الدراسة بتعديل نص المادة (18) من قانون التحكيم الفلسطيني، وضرورة تضمين قانون التحكيم الفلسطيني نصا يعطي الحق لهيئة التحكيم رفض اتخاذ أي اجراء من اجراءات الاثبات، وضرورة تعديل نص المادة (2/32) من قانون التحكيم الفلسطيني وذلك بتغيير عبارة "توقف اجراءات التحكيم" الى "يجوز لهيئة التحكيم وقف اجراءات التحكيم".

Evidentiary procedures of arbitrators in accordance with the Palestinian arbitration Act No. 3 of 2000

Prepared by: Rola Al-salibi

Supervisor: Dr. Anwar Abu Esha.

Abstract -:

This study is an investigation of the evidentiary proceedings of the arbitral tribunal under the Palestinian Arbitration Act No. 3 of 2000 compared with Jordanian and Egyptian arbitration Acts, in addition to regulation texts of some arbitration centers. To achieve this goal, the Comparative Analysis Approach was followed.

The subject of the evidentiary proceedings of arbitrators has been studied through manifesting the concept of arbitration, its types and characteristics, in addition to the Identification of the evidence and its significance, doctrines and staff, and on whom the burden of proof would fall and how it relates to public order. The proof proceedings of arbitrators has been studied through shedding light on the public fundamentals of proof, and the extent to which individuals are free in selecting proceedings of evidence, as well as the distinction between the procedural and substantive rules, and the applicable law to matters of procedure and matters of subject, and the role of the arbitral tribunal in the proof, what the powers of the arbitral tribunal are , and against these authorities, what are the duties that fall on their responsibilities .

In the end, I arrived at a set of conclusions of the study, after having analyzed the legal texts relating to the evidentiary proceedings of arbitrators and which was stipulated by the Palestinian Arbitration Act as well as the Egyptian and Jordanian Acts.

The study found that the Palestinian Arbitration Act defined arbitration in Article 1, whereas, no definition was found for the Egyptian and Jordanian Arbitration Act, The Palestinian Arbitration Act states the types of arbitration, namely, (local arbitration, international arbitration, foreign arbitration, institutional arbitration, special arbitration). And that the rules of evidence set forth in the Palestinian Evidence Act No. 4 of 2001 is not of the public order as they may be violated by agreement .

The study also found that the disputing parties have the freedom to choose the rules of evidence, taking into account not violating public order, and that the arbitral tribunal has the right to take any measure of proof, and at the same time, rejecting any measure of proof .

With respect to evidentiary, the study found that the Palestinian Arbitration Act provided for : writing, evidence, experience, preview, and did not provide for approval, oath and clues.

At the end of the study, the researcher recommended amending the text of (article 18) of the Palestinian Arbitration Act, and the need to include the Palestinian Arbitration Act a provision entitling the tribunal the right of refusing to take any measure of proof, and the need to amend the text of Article 32\2 of the Palestinian Arbitration Act by changing the words "suspend the arbitration proceedings" to "The arbitral tribunal may suspend the arbitration proceedings".

المقدمة

تتطور الحياة البشرية وتتنوع من المجتمعات الصغيرة إلى المجتمعات الكبيرة وهذا التطور أخرجها من مجتمعات بسيطة إلى مجتمعات معقدة ، ومن الإقليمية إلى الدولية ، مما أدى إلى اتساع في المعاملات وكثرة النزاعات ، والتي أصبحت بحاجة إلى تنظيم وضبط سواء على المستوى الداخلي أو الخارجي وما من شك من أن محاكم الدولة وجدت من أجل أن تحسم هذه النزاعات وتقوم بتنظيم وضبط هذه المجتمعات .

ولكن لما يشوب نظام القضاء العادي من قصور ، أدت إلى البحث عن وسيلة أخرى أكثر فعالية من أجل الفصل في هذه النزاعات ، حيث أن اللجوء إلى محاكم الدولة يستغرق وقتا للفصل في النزاع إضافة إلى تقييده لمبدأ سلطان الإرادة في إدارة النزاع واختيار القضاة ، كل ذلك أدى إلى اللجوء إلى قضاء خاص ليحسم النزاعات فوجد التحكيم ليفصل في هذه النزاعات .

لكن هل وجدت قوانين التحكيم لتلبي وتسد النقص الذي وجد في القضاء العادي ؟

أم أن قوانين التحكيم يشوبها النقص الذي يؤدي في نهاية المطاف إلى الطعن بأحكام التحكيم مما يزيد في النفقات وإطالة الوقت ؟

وهل قام المشرع الفلسطيني بسن قانون تحكيم يتناسب مع واقع الشعب الفلسطيني أم أنه اكتفى باقتباس نصوص من قانون التحكيم الأردني والمصري ، وما مدى التوافق بين هذه القوانين ؟

تضمن قانون التحكيم الفلسطيني كغيره من قوانين التحكيم الأخرى ، اتفاق التحكيم ، وهيئة التحكيم ، وإجراءات التحكيم وقرار التحكيم والطعن فيه ، إلا أن الباحث وفي هذه الرسالة سوف تقتصر دراسته على إجراءات الإثبات وطرق الإثبات أمام المحكمين دون غيرها من الأمور الأخرى .

ويمكن طرح عدة أسئلة حول الإثبات في قانون التحكيم أهمها ، هل القانون المطبق على إجراءات الإثبات أمام المحكمين هو قانون التحكيم أم أنه أحال ذلك إلى قوانين أخرى ؟

وهل طرق الإثبات التي نص عليها قانون التحكيم جاءت على سبيل الحصر أم على سبيل المثال ؟ وما هو دور الأطراف المتنازعة ودور المحكمين في مجال الإثبات ؟ وما هي السلطات الممنوحة لهيئة التحكيم في مجال الإثبات ؟ وفي المقابل ما هي الواجبات التي تقع عليهم ؟

الهدف الأول من هذه الدراسة هو الإجابة عن الأسئلة المطروحة أعلاه ، ورغبة الباحثة في الوصول لأهمية الإثبات من الناحية العملية ، وما له من أثر على حقوق الخصوم .

الهدف الثاني هو بيان مواطن الضعف في قانون التحكيم الفلسطيني فيما يتعلق بمجال الإثبات أمام المحكمين ، فكيف تعامل قانون التحكيم الأردني والمصري مع هذه الجزئية ، واستخلاص ضوابط لاقتراحها على المشرع الفلسطيني من أجل تعديل القصور في قانون التحكيم .

الهدف الثالث هو توفير مرجع لتمكين الخصوم من اللجوء إليه قبل التجائهم إلى قضاء التحكيم وذلك لما يترتب على الإثبات من تمكين الأطراف من إثبات حقوقهم. كل ذلك تطلب من الباحث دراسة شاملة لإجراءات الإثبات في قانون التحكيم الفلسطيني ولعدد من التشريعات المقارنة ، ولنصوص الاتفاقيات الدولية وذلك بتحليل هذه النصوص ومقارنتها مع بعضها البعض

أما منهجية البحث المتبعة في هذه الدراسة ، فقد نهج الباحث المنهج التحليلي المقارن ، حيث أن هذه الدراسة احتوت على نصوص تشريعية مختلفة ، قامت الباحثة بدراستها بالتحليل ومقارنتها بمثيلتها من النصوص الأخرى في قانون التحكيم المصري والأردني .

قسمت الباحثة هذه الدراسة إلى تمهيد وفصلين رئيسيين ، تناولت في التمهيد ماهية التحكيم ، ومفهوم الإثبات وفي الفصل الأول الأصول العامة في الإثبات وخصومة التحكيم ، وفي الفصل الثاني أدلة الإثبات المستخدمة أمام هيئة التحكيم وذلك على النحو الآتي :

- تمهيد .
- الفصل الأول : الأصول العامة في الإثبات وخصومة التحكيم .
- المبحث الأول : حرية طرفي التحكيم في اختيار قواعد الإثبات .
- المطلب الأول : التفرقة بين القواعد الإجرائية والقواعد الموضوعية .
- المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق على مسائل الإجراءات ومسائل الموضوع .
- المبحث الثاني : دور هيئة التحكيم في الإثبات .
- المطلب الأول : سلطة هيئة التحكيم في مجال الإثبات .
- المطلب الثاني : واجبات هيئة التحكيم في مجال الإثبات .

الفصل الثاني : أدلة الإثبات الجائز استخدامها أمام هيئة التحكيم .

- المبحث الأول : الأدلة المطلقة .
- المطلب الأول : الكتابة .
- المطلب الثاني : الإقرار واليمين .
- المبحث الثاني : الأدلة المقيدة .
- المطلب الأول : البيئة والقرائن .
- المطلب الثاني : الخبرة والمعايينة .

تمهيد

أدى تشعب العلاقات الاقتصادية والتجارية ، واتساع المعاملات بين الأفراد والجماعات إلى كثرة النزاع والصراع ، كل ذلك تطلب ضرورة التدخل لحل النزاعات والصراعات ، ولا يخفى على الجميع أن القضاء العادي هو الطريق الأساس لذلك ، وكون هذا الطريق طويل الأجل ، ليس للأفراد أي إرادة في اختياره ، كان لا بد من طريق آخر لحل المنازعات فوجد التحكيم كوسيلة ثانية يلجأ إليها الأطراف لحل نزاعاتهم .

ويتشابه مع الوساطة في أنه يتضمن تدخل طرف ثالث في عملية حل الخلاف ، وخلافا للوساطة يمتلك هذا الطرف في عملية التحكيم القدرة والسلطة لاتخاذ القرار¹

وكون هذه الدراسة متعلقة بإجراءات الإثبات أمام المحكمين سندرس مفهوم التحكيم وأهميته وأنواعه، وسندرس مفهوم الإثبات ومدى تعلقه بالنظام العام على النحو الآتي :

أولا : ماهية التحكيم

هل نص قانون التحكيم الفلسطيني والمصري والأردني على مفهوم التحكيم وأنواعه ؟ أم تركوا ذلك للفقهاء ؟ للإجابة على ذلك سندرس تحت هذا العنوان مفهوم التحكيم ، وأنواعه ، وخصائصه .

أ _ مفهوم التحكيم

التحكيم في اللغة مصدر حكمه في الأمر والشيء أي جعله حكما وفوض الحكم إليه² ، وفي قوله تعالى (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم)³ .

أما اصطلاحا : هناك عدة تعريفات للتحكيم ، إلا أنها تحمل نفس المضمون . ومن هذه التعريفات:

¹ -THE CONNTEXT OF DISPUTE RESOLUTION, MEDIATION THE ART OF FACILITATING SETTLEMENT, ANINTERACTIVE TRAINING PROGRA, INSTITUTE FOR DISPUTE RESOLUTION PEPPERDINE UNIVRSITY SCHOOL OF LAW P.2:6

² سيد أحمد محمود ، نظام التحكيم ، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، الكويتي والمصري ، دون طبعة ، دون دار نشر ، دون مدينة نشر ، 2000 ، ص19

³ - سورة النساء ، آية 65

عرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة 1790 منها بأنه " عبارة عن اتخاذ الخصمين حكماً برضاها لفصل خصومهما ودعواهما".

يعرف أيضاً بأنه " إحدى الوسائل المقررة قانوناً لفض نزاع ناشئ أو سينشأ بين أطراف علاقة قانونية ويتم الاتفاق كتابة على إحالة موضوع النزاع إلى أشخاص يتم اختيارهم للفصل فيه ".⁴
في حين عرف البلجيكي روبرت التحكيم بأنه " نظام للقضاء الخاص تقصى فيه خصومة معينة عن اختصاص القضاء العادي ويعهد للفصل فيها إلى أشخاص يتم اختيارهم " ⁵

حرصت بعض القوانين على إدراج تعريف التحكيم في نصوصها ، من بينها قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 الذي نص في المادة 1 منه التحكيم هو " وسيلة لفض نزاع قائم بين أطرافه وذلك بطرح موضوع النزاع أمام هيئة التحكيم للفصل فيه " ⁶

في حين أن قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994⁷ ، لم يعرف التحكيم ، وإنما عرفته محكمة النقض المصرية في طعن رقم 275 لسنة 36 ، جلسة 1971/4/16 بأنهطريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادي وما تكفله من ضمانات ،فهو مقصور على ما تتصرف إرادة المحكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم..... " ⁸.

أيضاً لم يعرفه المشرع الأردني في قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001⁹، وعرفته محكمة التمييز الأردنية بأنه ".....طريق استثنائي يلجأ إليه الخصوم لفض ما ينشأ بينهم من منازعات بموجب اتفاق قائم بينهم بقصد الخروج عن طريق التقاضي العادية....." ¹⁰.

⁴ - ناظم محمد عويضة ، شرح قانون التحكيم ،+التعليق والشرح لنصوص قانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000، دون طبعة ، دون دار نشر ، غزة ، فلسطين، 2001، ص2

⁵ - محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي (دراسة في قانون التجارة الدولية) دون طبعة ،،دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997.ص13

⁶ - قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 المنشور في الوقائع الفلسطينية العدد(33) تاريخ 2000/6/30

⁷ نشر في الجريدة الرسمية العدد 16 بتاريخ 1994/4/21

⁸ - موقع قاعدة التشريعات والإجتهادات المصرية [www . Arab . legal](http://www.Arab.legal)

⁹ - نشر في الجريدة الرسمية رقم 4496 بتاريخ 2001/7/16 صفحة 2821

¹⁰ - موقع التشريعات الأردنية [www, lob . gov . jo](http://www.lob.gov.jo)

يعرف التحكيم أيضا بأنه "وسيلة يختارها الأطراف لفض المنازعات الناشئة بينهم عن طريق طرح النزاع للبت فيه بقرار ملزم لهم ، من قبل شخص أو أشخاص يعينونهم بالاتفاق ويسمون بالمحكمين وذلك ضمن قواعد يختارها الأطراف أو يتركون للقوانين ذات العلاقة تحديدها".¹¹

يتبين من التعريفات السابقة ، أن التحكيم ينشأ عن إرادة الخصوم في قوامه ووجوده ، لكنها تعتبر غير كافية ، بمعنى يجب على المشرع أن يقر اتفاق التحكيم ، فإذا لم ينص المشرع على جواز التحكيم وتنفيذ أحكام المحكمين، فلا تكفي إرادة الخصوم لإيجاده.¹²

ب - أنواع التحكيم

اعتمد المشرع الفلسطيني ثلاثة معايير للتفرقة بين أنواع التحكيم وهي :

أ_ المعيار الجغرافي : حيث اعتبر المشرع الفلسطيني كل تحكيم يجري في فلسطين يكون إما محليا أو دوليا أو مؤسسيا أو خاصا ، وإذا جرى خارج فلسطين فإنه يكون تحكيميا أجنبيا.¹³

ب_ المعيار الاقتصادي : ويتمثل في ارتباط العقد الذي يتم تسوية منازعته عن طريق التحكيم بالتجارة الدولية أو بأي معاملة دولية ، فكون العقد عقدا دوليا ، فالتحكيم في منازعته يكتسب صفة الدولية عن طريق التبعية.¹⁴

ج _ المعيار القانوني : ويتمثل في القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم أو على موضوعه¹⁵ ، ويظهر ذلك حين أحال القانون الواجب التطبيق ، إلى اتفاق التحكيم ومكان إجراءاته، أو المكان الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع¹⁶ ، فقد نصت المادة 2/3 من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه "..... إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم مرتبطا بأكثر من دولة.....".

¹¹ - نشرة صادرة عن مركز حل الخلافات التجارية ، (مركزها رام الله ، غزة ، شارع الرشيد الرمال ، كانون الثاني 2003 ، ص4

¹² - عبد الحميد المنشاوي ، التحكيم الدولي والداخلي ، دون طبعة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1995 ، ص7

¹³ - المادة 3/3 من قانون التحكيم الفلسطيني

¹⁴ - أنس إرفاعية ، مرجع سابق ، ص9

¹⁵ - أنس إرفاعية ، مرجع سابق ، ص 9

¹⁶ - نبيل محمود عبد الحافظ ادعيس ، خصوصية الإثبات في خصومة التحكيم ، دراسة تحليلية ، رسالة ماجستير غير منشورة مقدمة لمعهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، 2008 ، ص6

وأنواع التحكيم التي نص عليها قانون التحكيم الفلسطيني هي :

أ_ التحكيم المحلي : ويعرف بأنه التحكيم المتعلق بنزاع وطني في جميع عناصره ، أو ذلك التحكيم الذي يصدر الحكم فيه وفقاً لإجراءات وتشريع وطني، ويطلق عليه أيضاً التحكيم الداخلي أو التحكيم الوطني.¹⁷

والمعيار في التحكيم الدولي هو عدم تعلقه بمسائل التجارة الدولية، حيث نصت المادة 3 من قانون التحكيم الفلسطيني على " لغايات هذا القانون يكون التحكيم :

أولاً محلياً إذا لم يتعلق بالتجارة الدولية ، وكان يجري في فلسطين " فالتحكيم المحلي هو التحكيم الذي ينتمي بكل عناصره إلى فلسطين ، فيجري في أراضيها ، وتكون المنازعة المتعلقة بها التحكيم فلسطينية أطرافاً وموضوعاً وسبباً ، ويطبق فيها القانون الفلسطيني¹⁸ ، فالنزاع القائم بين فلسطينيين ويتعلق بالتجارة الدولية لا يعتبر تحكيمياً داخلياً بل تحكيمياً دولياً ، فلو كانت حتى جنسية الأطراف واحدة يعتبر التحكيم دولياً إذا كان النزاع يتعلق بتجارة دولية.¹⁹

ب_ التحكيم الدولي : عرفت المادة 3 من قانون التحكيم الفلسطيني التحكيم الدولي بأنه " التحكيم الذي يكون موضوعه نزاعاً يتعلق بمسألة من المسائل الاقتصادية أو التجارية أو المدنية " فالتحكيم الدولي هو الذي يرتبط في أحد عناصره بعوامل خارجية وليس ذلك التحكيم الذي ينصب على حل المنازعات الدولية ، كونها تخضع للقانون الدولي العام.²⁰

و نصت المادة 3 من قانون التحكيم المصري على " يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية "

ووفقاً لنص المادة 3 من قانون التحكيم الفلسطيني فإنه يجب من توافر شرطين أساسيين لكي يكون التحكيم دولياً وهما :

¹⁷ - نادية معوض ، التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000-2001 ، ص28
¹⁸ - عثمان التكروري ، الوجيز في أسس التحكيم المحلي والدولي ، الطبعة الأولى ، دون دار النشر ، القدس ، 2001 ، ص22
¹⁹ - ناظم محمد عويضة ، مرجع سابق ، ص22
²⁰ - أنس ارفاعية ، مرجع سابق ، ص8

أ- أن يتعلق موضوع النزاع بالتجارة الدولية، فهذا الشرط يتعلق بطبيعة الرابطة القانونية محل النزاع ، فيجب أن تتعلق بالتجارة الدولية (تجارة خارجية)، فإذا كان النزاع متعلقاً بتجارة داخلية ، فإن التحكيم لا يكون دولياً .²¹

ب- أن تتوفر إحدى الحالات التي نصت عليها المادة 3 من قانون التحكيم الفلسطيني والتي جاءت على سبيل الحصر وهذه الحالات هي :

1- إذا كانت المراكز الرئيسية لأطراف التحكيم تقع في دول مختلفة وقت إبرام اتفاق التحكيم ، فإذا كان لأحد الأطراف أكثر من مركز أعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً باتفاق التحكيم ، أما إذا لم يكن لأحد الأطراف مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد .

2- إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم مرتبطاً بأكثر من دولة .

3- إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل طرف من أطراف التحكيم يقع في نفس الدولة وقت اتفاق التحكيم ، وكان أحد الأماكن الآتية يقع في دولة أخرى :

أ- مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه .

ب- مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو التعاقدية بين الأطراف .

ج - المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع " .

لقد نص قانون التحكيم المصري في المادة 3 منه على الحالات التي يكون فيها التحكيم دولياً وهذه الحالات هي "1- إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها .

2- إذا كان المركز الرئيسي لكل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام العقد .

3- إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة .

²¹ - فتحي والي ، تعريف التحكيم ومزاياه وتميزه عن غيره وأنواعه وطبيعته القانونية والمحكمة المختصة بمسائله ، مقالة منشورة دستورية التحكيم وطبيعته القانونية والمحكمة المختصة بمسألة المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء ، " مساواة " تشرين الثاني-،2009 ص38

4- إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت الاتفاق على التحكيم ، وكان يقع خارج هذه الدولة أحد أماكن ثلاثة :

أ_ مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه .

ب_ مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين .

ج _ المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع سواء كان إبرام العقد أو مكان تنفيذه."

يلاحظ أن المادة 2/3 من قانون التحكيم الفلسطيني تقابل المادة الثالثة من قانون التحكيم المصري وأن مصدر كلا المادتين هو القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي .²² في حين لم يشر قانون التحكيم الأردني إلى مفهوم التحكيم الدولي .

تجد الباحثة أن المشرع الفلسطيني لم يحصر التحكيم الدولي في التحكيم المتعلق بالتجارة الدولية فقط بل زاد على ذلك وشمل جميع المسائل التي يجوز فيها التحكيم سواء كانت تجارية أو اقتصادية أو مدنية متى توافرت حالة من الحالات المذكورة في نص المادة 3 منه ، وحسناً فعل المشرع الفلسطيني فالخلاف قد يقع في المسائل الاقتصادية والمدنية وليس التجارية فقط .

ج _ التحكيم الأجنبي : هو التحكيم الذي يشتمل على عنصر أجنبي ، وليس من الضروري أن يكون ذلك العنصر هو القانون الواجب التطبيق على الإجراءات ، فقد يكون ذلك أو أي أمر آخر ، كسريان قانون أجنبي على موضوع النزاع أو اختلاف جنسية الخصوم ، أو مكان التحكيم .²³

وتناول قانون التحكيم الفلسطيني التحكيم الأجنبي، حيث نصت المادة 3/3 على أنه " يكون التحكيم أجنبياً إذا جرى خارج فلسطين" .

اعتمد المشرع الفلسطيني على معيار واحد لتمييز التحكيم الأجنبي وهذا المعيار هو مكان التحكيم ، حيث أنه أخذ بالمعيار الجغرافي فإذا جرى التحكيم خارج فلسطين فإنه يكون تحكيمياً أجنبياً .²⁴ في حين لم ينص قانون التحكيم الأردني على مفهوم هذا النوع من أنواع التحكيم

²² - القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، بصيغته التي اعتمدها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 21 حزيران/يونيه 1985

²³ - محسن شفيق ، مرجع سابق ، ص 26

²⁴ - نبيل ادعيس ، مرجع سابق ، ص 8

د- التحكيم المؤسسي : وهو التحكيم الذي يتفق فيه الأطراف على أن يتم التحكيم بواسطة مركز دائم للتحكيم أو مؤسسة تحكيم دائمة سواء كانت وطنية أو دولية، فيتم التحكيم وفقاً لنظام هذا المركز وإجراءاته ، وقد يقوم المركز أيضاً بتعيين المحكمين أو أحدهم وذلك حسب اتفاق الطرفين ، أو يقوم بمراجعة حكم التحكيم حسب ما تنص عليه لائحته.²⁵

ونص قانون التحكيم الفلسطيني ، على هذا النوع من أنواع التحكيم في المادة 5/3 منه حيث جاء فيها، لغايات هذا القانون يكون التحكيم : "خامساً : مؤسساً إذا تم من خلال مؤسسة مختصة بتنظيم التحكيم والإشراف عليه سواء كانت داخل فلسطين أو خارجها .²⁶

هـ- التحكيم الخاص : عرفت المادة 4/3 من قانون التحكيم الفلسطيني التحكيم الخاص بأنه " التحكيم الذي لم تقم بتنظيمه مؤسسة مختصة بالتحكيم " ، أي التحكيم الذي يجري خارج إطار مؤسسة تحكيم خاصة ، ويتم تحديد مثل هذا النوع من التحكيم من خلال المعيار الفاصل بين هذا التحكيم والتحكيم المؤسسي .²⁷

ويوجد هناك أنواعاً أخرى من التحكيم غير الأنواع التي تم ذكرها في قانون التحكيم الفلسطيني ومنها التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري ويكون التحكيم اختيارياً إذا تم اللجوء إليه بإرادة الأطراف وهذا هو التحكيم بالمعنى الصحيح .²⁸ في المقابل يكون التحكيم إجبارياً إذا وجب على الأطراف اللجوء إليه لحل المنازعات المتعلقة بروابط قانونية معينة²⁹، وعادة ما يرد هذا التنظيم في قانون خاص يعطي هيئة التحكيم ولاية النظر في المنازعات الناشئة عند تطبيق هذا القانون ، حيث يلتزم الأطراف باللجوء إليها بدلاً من اللجوء إلى القضاء العام ، وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر على عدم دستورية النص التشريعي الذي يفرض التحكيم جبراً على الخصوم ، حيث جاء في حكمها في القضية رقم 380 لسنة 23 ق جلسة 2003/5/11 على " لا يجوز بحال من الأحوال أن يكون التحكيم إجبارياً يذعن إليه أحد الطرفين إنفاذاً لقاعدة قانونية أمره

²⁵ - فتحي والي ، تعريف التحكيم ومزاياه وتميزه عن غيره وأنواعه وطبيعته القانونية والمحكمة المختصة بمسائله ، مرجع سابق ، ص32

²⁶ - يقابلها المادة 1/4 من قانون التحكيم المصري

²⁷ - نبيل ادعيس ، مرجع سابق ، ص9

²⁸ - عبد الحميد الشواربي ، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2000 ، ص23

²⁹ - عبد الحميد الشواربي ، مرجع السابق ، ص23 .-

لا يجوز الاتفاق على خلافها ذلك أن التحكيم مصدره الاتفاق وإليه تترد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون " .³⁰

يوجد أيضا ما يعرف بالتحكيم العادي والتحكيم مع التفويض بالصلح . فالتحكيم العادي أو التحكيم بالقضاء ويسميه القانون المصري اختصارا بالتحكيم ، فيجب على المحكم أن يطبق قواعد القانون الموضوعي فينقيد المحكم بالأصول والمواعيد أمام المحاكم إلا إذا تم الاتفاق على إعفائه من ذلك صراحة. ويمكن أن يتم هذا الإعفاء في اتفاق التحكيم أو في اتفاق لاحق ، أما إذا كان التحكيم بالصلح فالمحكم معفى أصلا من تطبيق قواعد الإجراءات أمام المحاكم ودون حاجة إلى اتفاق الخصوم على ذلك ، بشرط عدم جواز الإعفاء من الإجراءات المتعلقة بالنظام العام³¹ ، والمحكم في هذا النوع يطبق قواعد العدالة والإنصاف .³²

ج_ خصائص التحكيم

إن انتشار التحكيم لا يعتبر وليد الصدفة ، بل إن ما تتسم به إجراءات التقاضي أمام المحاكم من بطء وتعقيد وإطالة أمد القضايا ، إضافة إلى الخصائص التي يتميز بها نظام التحكيم جميعها ساهمت في انتشار التحكيم .

فما هي هذه الخصائص ؟

1_ السرعة

إن التقاضي أمام محاكم الدولة يكون على درجات الأمر الذي يساهم في إطالة أمده ، بغض النظر عن كونها وسيلة تكفل سلامة العدالة ، لكن هل من الممكن أن يكون التحكيم وسيلة تكفل سلامة العدالة ، ويكون في نفس الوقت خلال مدة قصيرة ؟

³⁰ - - فتحي والي ، تعريف التحكيم ومزاياه وتميزه عن غيره وأنواعه وطبيعته القانونية والمحكمة المختصة بمسائله ، مرجع سابق ، ص28,27

³¹ - نفس المرجع السابق ص31

³² - نجيب أحمد عبد الله ثابت لجبلي ، التحكيم في القوانين العربية ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الموضوعية ، دون طبعة ، دون دار نشر ، دون مدينة نشر ، 2006 ، ص208-214

نص قانون التحكيم الفلسطيني على خاصية السرعة في المادة (38) والتي جاء فيها :
1/أ على هيئة التحكيم إصدار القرار المنهي للخصومة خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان "
ب ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك يجب أن يصدر القرار خلال اثني عشر شهرا من تاريخ
بدء إجراءات التحكيم وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد لمدة لا تزيد على
سنة أشهر ."

وهذا ما نصت عليه المادة 1/45 من قانون التحكيم المصري ، والمادة 37/أ من قانون التحكيم
الأردني .

حدد قانون التحكيم الفلسطيني والمصري والأردني مدة التحكيم بحيث لا تزيد على ثمانية عشر
شهرا لإصدار الحكم من هيئة التحكيم .
ويجب على المحكم التزام الفصل في النزاع ضمن المدة المحددة سواء من قبل القانون أو من قبل
الأطراف ، تحت طائلة جواز الطعن بالحكم الذي يصدره بالبطلان إذا صدر بعد تجاوز المدة
المتفق عليها .

2_ السرية

الأصل في جلسات المحاكمة العلنية ، فبإمكان من يريد الحضور أن يحضر جلسات المحاكمة ،
بعكس إجراءات التحكيم التي تنسم بالسرية ؛ كونها تهدف إلى المحافظة على سرية العلاقات
الإقتصادية والتجارية وغيرها بين الناس ، ولكن جلسة النطق بالحكم تكون علنية كما لا يجوز نشر
الحكم أو أي جزء من إلا بموافقة الأطراف³³ ، وهذا ما نصت عليه المادة 41 من قانون التحكيم
الفلسطيني حيث جاء فيها " بما لا يتعارض مع أحكام القانون لا يجوز نشر قرار التحكيم أو أجزاء
منه إلا بموافقة أطراف التحكيم أو المحكمة المختصة " .

وهذا ما نصت عليه المادة 2/44 من قانون التحكيم المصري ، والمادة 42/ب من قانون التحكيم
الأردني .

³³ - سيد أحمد محمود ، مرجع سابق ، ص256

3- المرونة

إن الأساس في العملية التحكيمية هو اتفاق الأطراف ، فإرادة الأطراف هي التي تسيّر إجراءات التحكيم ، مما يؤدي ذلك إلى اتسام إجراءاته بالمرونة ، فلأطراف الحرية في اختيار هيئة التحكيم وطريقة تشكيلها ، ولهم كامل الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وكذلك على موضوعه ، واختيار مكان ولغة التحكيم ، وذلك بعكس القضاء الوطني ، حيث أن إرادة الأطراف ليس لها أي علاقة بقضاة المحكمة ، فالمحكمة مكونة من قضاة رسميين في الدولة

34 .

4_ بساطة الإجراءات

إن أهم ما يميز التحكيم عن القضاء هو بساطة إجراءاته بشكل عام ، فالتحكيم يتمتع بحرية أكبر وأوسع في كل ما يتعلق بإجراءات التقاضي من ناحية التبليغات أو إدارة الجلسات وتنظيمها ، وتقديم البيانات والاتصال بأطراف النزاع وغير ذلك ، مما يؤدي إلى إبعاد التحكيم عن الإجراءات الشكلية المتبعة أمام القضاء .³⁵

بعد بيان مفهوم التحكيم وأنواعه وخصائصه ، وكون موضوع هذه الدراسة متعلق بالإثبات أمام هيئة التحكيم ، فيجب دراسة مفهوم الإثبات وأهميته وأركانه ومدى تعلقه بالنظام العام على النحو التالي.

ثانيا : ماهية الإثبات

يعرف الإثبات اصطلاحاً : بأنه " ثبت - ثباتاً وثبوتاً فهو ثابت والثبات والثبوت يعني الدوام والاستقرار ويقال ثبت بالمكان : أقام - والأمر صح وتحقق فهو ثابت والحق : أقام حجته - والشيء : عرفه حق المعرفة ".³⁶

³⁴ - أنس إرفاعية ، مرجع سابق ، ص14

³⁵ - نبيل ادعيس ، مرجع سابق ، ص11

³⁶ - قنري عبد الفتاح الشهاوي ، نظرية الإثبات في المواد المدنية والتجارية في التشريع المصري - العربي- الأجنبي ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون سنة نشر ، ص11

ويعرف الإثبات قانونا بأنه إقامة الدليل أمام القضاء على وجود واقعة تعد أساسا لحق مدعى به ويكون ذلك بالطرق التي رسمها القانون .³⁷

ويعرف كذلك بأنه : إقامة الدليل على حقيقة أمر مدعى به، نظرا لما يترتب عليه من آثار قانونية .³⁸

وفقا للتعريفات أعلاه ،هناك مجموعة من الأمور يجب دراستها وهي متعلقة بالإثبات وأهميته وأركانها .

1- أهمية الإثبات

رسم القانون لكل فرد حدود حريته ونشاطه ، فبين لكل منهم حقوقه وواجباته ، فإذا التزم كل منهم بما له وما عليه انعدمت أسباب النزاع بين الناس ، غير أن النفس البشرية قد تميل إلى أخذ أكثر مما لها والتخلص مما عليها ولو دون حق ، فكان ذلك ماثرا للمنازعات بين الأفراد ، والذين كانوا يقومون بفض هذه المنازعات باللجوء إلى القوة الفردية وبعد ذلك أصبح يتم الحل باللجوء إلى القانون ، حيث امتنع على صاحب الحق عند المنازعة فيه أن يقضي به لنفسه وأصبح واجبا عليه اللجوء إلى القضاء ملتسما فيه فض النزاع وفقا للقانون ، وفي ساحة القضاء حيث تتناقض المصالح تظهر أهمية الإثبات ،فإن استطاع صاحب الحق إثبات حقه قضي له به ، وإلا خسر هذا الحق ،³⁹

فكان على كل طرف أن يثبت الحقائق التي تقوم على دعم دعواه⁴⁰

وتتلخص أهمية الإثبات في عدة أمور وهي :

أ- اختلاف الإثبات بمعناه القانوني عن الإثبات بمعناه العام ، فلا يتوجب أن يكون الإثبات

³⁷ - عادل حسن علي ،الإثبات في المواد المدنية ، دون طبعة ، مكتبة زهراء الشرق ، دون مدينة نشر ، 1996 ،ص5
³⁸- سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية ، المجلد الأول ، الأدلة المطلقة ، الطبعة الخامسة ، دون دار نشر ، القاهرة ، 1991 ، ص1
³⁹- سليمان مرقس ، المرجع سابق ، ص2,3

⁴⁰ -ALAN REDFERN –MARTIN HUNTER LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION STUDENT EDITION SWEET AND MAXWELL 2003 P 311

بمعناه العام أمام القضاء ولا أن يكون بطرق محددة ، فهو طليق من هذه القيود ، فمثلا الباحث في التاريخ يستجمع أدلته على صحة الوقائع التاريخية التي يتوصل إليها من المستندات التي تحت يده أو أية طريقة أخرى يراها كافية للإثبات.⁴¹

فالإثبات بمعناه العام يهدف إلى إقامة الأدلة عن طريق الاستقصاء ، والتجربة العلمية، والاستخلاص المتتابع في تلك التجارب وتبعا للإحصاءات ، فهو غير خاضع لقيود الإثبات لأنه يختلف في طريقته، وقيمة كل طريقة ، بينما الإثبات القضائي مقيد في أساليب وطرق وقيمة كل طريقة منها ، فالإثبات القضائي ملزما للقاضي متى استقام مع القانون ويتوجب على القاضي هنا أن يقضي بما يؤدي إليه هذا الإثبات من النتائج القانونية وإلا أصبح ناكلا عند أداء العدالة ، على عكس الإثبات العام فليس لزاما على الباحث الالتزام به أو الأخذ بنتائج محددة في شأنه ، بل له حرية التنقيب عن النتائج والبحث في شأنها وتحديد موضوعها ومداه.⁴²

ب- في كون الإثبات القضائي مقيدا إلى حد معين ، فالحقيقة القضائية تصبح غير متفقة حتما مع الحقيقة الواقعية .⁴³

ج- في كون الإثبات القضائي ينصب على وجود واقعة ترتب آثارها ، فمحل الإثبات إنما ينصب على وجود أو صحة واقعة قانونية متنازع فيها ، فليس محله الحق المدعى به ، أو أي أثر قانوني آخر يتمسك به المدعى في دعواه ، وإنما محل الإثبات الواقعة القانونية مصدر هذا الحق أو هذا الأثر ، ومفهوم الواقعة القانونية هي الواقعة بمعناها العام والتي تتضمن كل واقعة مادية أو كل تصرف قانوني يرتب عليه القانون أثرا معينا .⁴⁴

فالإثبات وإن لم يكن ركنا من أركان الحق ولا شرطا لنشوئه ، إلا أنه من الناحية العملية هو الذي يؤكد الحق ويدعم وجوده ،⁴⁵ كما نصت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري أن

⁴¹ - المرحوم عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الإثبات ، آثار الالتزام ، دون طبعة ، دار النشر للجامعات المصرية ، دون مدينة نشر ، 1956 ، ص14

⁴² - قنري عبد الفتاح الشهاوي ، مرجع سابق ، ص12,13

⁴³ - المرحوم عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص15

⁴⁴ - محمد حسن قاسم ، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية . منشورات الحلبي الحقوقية ، ص7,8

⁴⁵ - محمد حسن قاسم ، المرجع سابق ، ص9

الحق " يتجرد من قيمته ما لم يعم الدليل على الحادث المبدئ له قانونا كان هذا الحادث معنوياً أو مادياً ، والواقع أن الدليل هو قوام الحق ومعقد النفع منه"⁴⁶.

2- مذاهب الإثبات

يجب أن يقوم التنظيم القانوني للإثبات على التوازن بين اعتبارين أساسيين وهما العدالة واستقرار التعامل ، لذلك لا بد وأن يوازن تنظيم الإثبات القانوني بين العدالة التي تؤدي إلى تلمس الحقيقة الواقعية ، واستقرار التعامل الذي يهدف إلى ضرورة تقييد القاضي بأدلة محددة مسبقاً وبقيمة كل منها وقد اختلفت الأنظمة القانونية للإثبات⁴⁷، فهناك ثلاثة مذاهب نتناولها على النحو التالي :

أ- المذهب الحر أو المطلق

في هذا المذهب لا يرسم القانون طرقاً محددة للإثبات يقيد بها القاضي ، بل يترك للخصوم الحرية في تقديم أية أدلة يكون من شأنها إقناع القاضي بها⁴⁸ ، وفي المقابل يترك للقاضي الحرية في تكوين عقيدته من أي دليل قدم له⁴⁹ ، وهو يقبل أي دليل لإثبات أي حق⁵⁰ ، بشرط عدم مخالفته للنظام والآداب العامة .

هذا المذهب يسمح للقاضي تولي التحقيق وتحري وجه الحقيقة بكل الوسائل الممكنة ، فيكون للقاضي دوراً إيجابياً في تسبيب الدعوى ، كما يحقق التطابق بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية قدر الإمكان⁵¹.

إلا أن هناك بعض السلبيات المتعلقة بهذا المذهب وهي :

⁴⁶ - مشار إليه في عبد الرازق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص1
⁴⁷ - نبيل إبراهيم سعد ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2000 ، ص12
⁴⁸ - عثمان التكروري ، الكافي في شرح قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية رقم 4 لسنة 2001 ، دون طبعة ، مكتبة دار الفكر ، ابوديس ، 2013 ، ص5
⁴⁹ - عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الإثبات المدني ، الطبعة الثانية ، عمان ، مطبعة دار الثقافة ، 1999 ، ص34
⁵⁰ - فرج محمد علي ، عبء الإثبات ونقله " دراسة فقهية قضائية مرافعات مدني ضرائب جمارك " الطبعة الأولى ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، 2004 ، ص13
⁵¹ - سليمان مرقس ، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري ، الجزء الأول ، دون دار نشر ، القاهرة ، 1986 ، ص5

1- أنه يمكن الخصوم من التهاتر والمضاربة بالأدلة الضعيفة كشهادة الشهود والتي تحتل الصدق أو الكذب وكذلك القرائن والتي قد يخطئ المرء في استنتاجه منها.⁵²

2- يقوم هذا المبدأ على افتراض بأن القاضي مأمون من الجور والتحكم وهذا الافتراض ليس في محله ، حيث أن القضاة بشر يصيبهم ما يصيب غيرهم من قصور.⁵³

3- الأخذ بهذا النظام سيؤدي إلى انعدام الثقة واستقرار التعامل فهذا النظام يعطي للقاضي سلطة واسعة في تقدير الأدلة والإثبات ، وهذه السلطة تختلف من قاض إلى آخر مما يؤدي بالنهاية إلى سلب المتقاضين الاطمئنان.⁵⁴

وقد أخذت بهذا المذهب الشرائع القديمة في بعض مراحل تطورها وما زالت بعض القوانين تقوم على تطبيق هذا المذهب في المعاملات المالية كالقانون الألماني والسويسري والأنجلوأمريكي ، وفي كثير من المسائل التجارية في بعض البلدان.⁵⁵ ، وكذلك كافة الشرائع في المواد الجنائية.⁵⁶

ب- مذهب الإثبات القانوني أو المقيد

جاء هذا المذهب من أجل تلافي عيوب مذهب الإثبات المطلق، فقد نصت أكثر الشرائع في مرحلة تالية من مراحل تطورها إلى الحد من سلطة القاضي في تسيير الدعوى والفصل فيها ، وذلك بواسطة طريقتين :

الطريقة الأولى : حصر وسائل الإثبات وتعيينها وتحديد قيمة كل منها ، فلا يجوز للخصوم إثبات حقوقهم إلا بهذه الوسائل ولا يملك القاضي أن يجعل لأي من هذه الأدلة قيمة أكثر أو أقل عما حدده القانون لها .⁵⁷

الطريقة الثانية : إلزام القاضي بالوقوف من الدعوى موقف الحياد ، إذ يقتصر دوره على استقبال أدلة الإثبات كما هي ، وكما يعرضها الخصوم دون أي تدخل من جانبه فإذا كان الدليل الذي قدم له مبهما أو ناقصا فلا يجوز له أن يطلب إكماله أو توضيحه .⁵⁸

⁵² - فرج محمد علي ، مرجع سابق ،ص13

⁵³ - نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ،ص13

⁵⁴ - نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ،ص14

⁵⁵ -- نبيل إبراهيم سعد ،مرجع سابق ،ص13

⁵⁶ - مصطفى مجدي هرجة ،قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية،دون طبعة، دون دار نشر، القاهرة، دون سنة نشر، ص 13

⁵⁷ - سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني مرجع سابق ،ص13

⁵⁸ رمضان أبو السعود ، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دون طبعة الدار الجامعية ، بيروت ، 1993،ص22.

إن في هذا النظام يتولى المشرع تحديد طرق الإثبات وقيمة كل منها ، وكيفية استخدام كل طريقة من هذه الطرق ، وكذلك الإجراءات التي يقدم بها الدليل إلى القضاء ، فيمتنع على القاضي أن يحكم بعلمه الشخصي .⁵⁹

ويتميز هذا المذهب بأنه يبعث الثقة والطمأنينة ، ويحقق الاستقرار في التعامل⁶⁰ ، ولكن ينتقد بأنه يجعل وظيفة القاضي آلية ويمنعه من الحكم بالحقيقة الواقعية إذا لم تثبت له بطرق الإثبات التي حددها القانون ، وأنه يباعد بين الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية .⁶¹

ويظهر مذهب الإثبات المقيد واضحا في الفقه الإسلامي ، فيجب توافر شهادة شاهدين في الإثبات بالبينة ، ولا يأخذ بشهادة واحد إلا في حالات استثنائية ، وفي حالة توافر نصاب الشهادة فيجب على القاضي الأخذ بها دون أن يكون له حرية التقدير .⁶²

ج- المذهب المختلط

جمع هذا المذهب بين مزايا المذهبين السابقين ، وعالج الانتقادات التي وجهت لكل منهما ، فإذا كان الأصل بتقيد الإثبات في المسائل المدنية ، وسلبية موقف القاضي منها ، إلا أن له حرية في التقدير بالنسبة لبعض الأدلة ، وهي التي لا يحدد القانون لها حجية معينة ، كشهادة الشهود ، فيجوز للقاضي أن يأخذ ما أجمع عليه الشهود أو أن يحكم بعكسه ، وله أن يغلب شهادة القلة على شهادة الكثرة .⁶³

فهذا المذهب يوازن بين كل من المذهب الحر والمذهب المقيد ، فهو يجمع بين كل من المذهبين ، فيأخذ بنظام الإثبات الحر في المسائل التجارية ، كون الأصل فيها السرعة ، أما في المسائل المدنية فهو أقرب إلى المذهب المقيد فلا يكون الإثبات فيها إلا بطرق محددة ، أما فيما يتعلق بالقرائن القضائية ، فيملك القاضي فيها سلطة واسعة ،⁶⁴ وسيتم دراستها لاحقا

⁵⁹ - نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ص15

⁶⁰ - عثمان التكروري ، مرجع سابق ، ص6

⁶¹ - سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ص11

⁶² - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص29

⁶³ - عادل حسن علي ، مرجع سابق ، ص13,14

⁶⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون سنة نشر

في المقابل هناك حجية ملزمة للقاضي لبعض الأدلة ، فالقاضي مثلا ملزما بالدليل الكتابي ما لم يحصل إنكاره أو الطعن فيه بالتزوير ، وكذلك الحال فيما يتعلق باليمين ، ولا يجوز للقاضي أن يعدل عنه إلى غيره حتى ولو كان وجه الحق ظاهرا في غيره ⁶⁵، حيث ورد في قرار محكمة النقض المصرية نقض مدني 30 مارس 1933"..... أن لقاضي الموضوع أن يأخذ الدليل المقدم له إذا اقتنع به وأن يطرحه إذا تطرق الشك إلى وجدانه فيه لا فرق بين دليل و آخر ، إلا أن تكون للدليل حجية معينة قد حددها القانون فعندئذ يكون على القاضي أن يأخذ به في حدود هذه الحجية " ⁶⁶.

ويتميز هذا المذهب بأمرين هما :

1- أن الأدلة فيه لها حجية ظنية، وذلك لكون اقتراب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية فيه لا يصل إلى حد يجعل للأدلة قوة قطعية ، فالحقيقة القضائية هي مجرد احتمال راجح وليس حقيقة قاطعة

2- أن هذا المذهب يتفاوت من نظام قانوني إلى نظام قانوني آخر ، فالأنظمة القانونية تختلف في وضع القيود على حرية القاضي في تلمس الدليل فقد تكثر هذه القيود في نظام قانوني معين ، حتى لو ابتعدت الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية ، ومنها ما تقل فيها هذه القيود ، فيشدد التقارب بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية فيرجح حظ العدالة ⁶⁷.

وقد أخذت بهذا المذهب جميع الشرائع اللاتينية والقانون المصري وسائر القوانين العربية ، حيث جعلت سلطة القاضي التقديرية تبلغ حدها الأقصى في المواد الجنائية وحدها الأدنى في المسائل المدنية ، وتكون وسطا في المسائل التجارية ⁶⁸.

لقد أخذ المشرع الفلسطيني بنظام الإثبات المختلط ⁶⁹، حيث حدد قانون البيئات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001 ⁷⁰ طرق الإثبات ، لكنه جعل للقاضي دورا في تقدير تلك الأدلة .

⁶⁵ - سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني مرجع سابق ،ص13

⁶⁶ - سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ،مرجع السابق ،ص13

⁶⁷ - عبد الرازق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد مرجع سابق ،ص30

⁶⁸ - سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني مرجع سابق ، ص13

⁶⁹ - عثمان التكروري ، مرجع سابق ، ص7

⁷⁰ المنشور في الوقائع الفلسطينية العدد 38 الصادر بتاريخ 200/9/5

3- أركان الإثبات

للإثبات ثلاثة أركان ندرسها على النحو الآتي :

الركن الأول : أن يكون هناك واقعة متنازع عليها

يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها واقعة متنازع عليها . فإذا تم الاعتراف بالواقعة من الخصم فإنها لا تكون محلا للإثبات لان ذلك إقرارا بالواقعة ، والإقرار يعفي من إثباتها، حيث جاء في حكم محكمة النقض المصرية رقم 1933/11/23 " بأنه إذا تم الاعتراف بأن الأرض موضوع النزاع أصلها من أملاك الحكومة الخاصة ، لكنه تملكها بالتقادم ، ومع ذلك قامت المحكمة بالبحث في مستندات ملكية الحكومة لهذه الأرض ، وقضت بعدم كفاية هذه المستندات لإثبات الملكية ، تكون قد خالفت القانون لكونها قامت بإقامة دليل على أمر معترف به ".⁷¹

ويتم تعيين الوقائع المتنازع عليها بادعاء المدعي وجواب المدعى عليه . فإذا جاء الجواب موافقا للدعاء انتفت المنازعة وإذا خالفه كان النزاع شاملا ، وقد يكون الجواب موافقا للدعاء في جزء منه ومخالفه في الجزء الآخر ، فهنا يتم استبعاد هذا الجزء من المنازعة ، وتقتصر على الجزء الباقي ، وإذا كانت هذه الواقعة ثابتة بطريقة معينة فلا يصح أن تكون بعد ذلك محلا للإثبات أو النفي كالواقعة التي يتم إثباتها عن طريق حلف اليمين أو النكول عنها ، أو تكون ثابتة عن طريق حكم حاز حجية الشيء المحكوم به .⁷²

الركن الثاني : يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها

1- متعلقة بالدعوى.

2-منتجة فيها .

⁷¹ - قاعدة موقع التشريعات والإجتهادات المصرية www.Arab.legal.portal.org مشار اليه في محمد حسن قاسم ، مرجع سابق ، ص70

⁷² - سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني مرجع سابق ، ص68

فقد نصت المادة 3 من قانون البينات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001 على أنه " يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها " .

يقصد بذلك أن تكون الواقعة متصلة بالحق المدعى به اتصالاً وثيقاً ، وألا تكون مقطوعة الصلة بموضوع الدعوى ، ويظهر أهمية هذا الشرط في الإثبات غير المباشر وليس المباشر ، بحيث لا يستطيع المدعي أن يثبت الواقعة المدعى بها وإنما واقعة أخرى متصلة بها ، مما يستنتج منها وجود الواقعة الأصلية ، ودرجة الاتصال تختلف من حالة إلى أخرى ويترك ذلك لتقدير قاضي الموضوع ، ولا رقابة لمحكمة النقض على قاضي الموضوع إلا من حيث التسبب .⁷³

لا يكفي أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى ، بل يجب أن تكون أيضاً منتجة فيها ، أي مؤثرة في الفصل في الدعوى ومثال ذلك إذا أراد شخص أن يثبت وفاءه بدين عن طريق إقرار غير الدائن بهذا الوفاء فهذه الواقعة غير منتجة في دعوى الدين .⁷⁴

لا يعني أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى أن يكون إثباتها حاسماً للفصل في الدعوى ، وإنما يكفي أن يساهم إثباتها في تكوين اقتناع القاضي⁷⁵ ، فإذا لم يكن للواقعة أي تأثير في تكوين اقتناع القاضي فلا جدوى منها حتى ولو كانت متعلقة بالدعوى ومثال ذلك في حال قدم المدعي دعوى من أجل المطالبة بالأجرة ، وقام المدعي عليه وقدم مخالصات الوفاء بالأجرة عن المدد السابقة ، فهذه المخالصات إن كانت متعلقة بالدعوى إلا أنها غير منتجة فيها ، في حين لو قام المدعي عليه بتقديم مخالصة بالأجرة عن المدة اللاحقة للمدة المطالب بأجرتها ، فهذه الواقعة قرينة على الوفاء بالأجرة المطالب بها وبالتالي فهي منتجة بالدعوى .⁷⁶

ويجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها جائزة للإثبات حيث جاء في نص المادة (3) من قانون البينات الفلسطيني " يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها وجائز قبولها "

المقصود بذلك أن لا تكون الواقعة مستحيلة وفقاً للتصور العقلي ، وألا تكون مما يمنع القانون إثباته⁷⁷ .

⁷³ - محمد حسن قاسم ، مرجع سابق ، ص 79

⁷⁴ - سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني مرجع سابق ، ص 70

⁷⁵ - رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 281

⁷⁶ - توفيق فرج ، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دون طبعة ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، 1985 ، ص 51

⁷⁷ - أحمد أبو الوفا ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دون طبعة ، الدار الجامعية ، بيروت ، 1983 ، ص 90

مثال على الواقعة غير الجائز قبولها بسبب استحالة تصورهما عقلاً، إثبات رابطة البنوة بين شخص وآخر يصغره سناً ، بينما الوقائع التي يمنع القانون إثباتها وذلك لأسباب تتعلق بالنظام العام مثل تحريم دين القمار والربا الفاحش ، وبيع المخدرات .⁷⁸

الركن الثالث : يجب أن يكون هناك نص في القانون يجعل لهذه الواقعة أثراً قانونياً ، وأن يتم إثباتها بالدليل الذي أباحه القانون.

يجب أن يكون هناك نص في القانون يجعل للواقعة في حال تم إثباتها أساساً لحق من الحقوق ، والمفروض علم القاضي بهذه النصوص ، إلا أن العادة جرت على أن يقوم المحامي ببيان النص الذي يعتمد عليه ، وقد يكون هذا النص غامضاً أو غير ظاهر ، وقد يختلف الخصوم على أثر الواقعة القانوني ، فهنا يأتي دور القاضي بالبحث والتفتيش لإيجاد الحل ، ولا يستطيع القاضي أن يتتحي عن الحكم وذلك لعدم وجود نص قانوني أو أن النص غير صريح ، أو لأي سبب قانوني آخر⁷⁹ ، وهذا ما نصت عليه المادة 164 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 حيث جاء فيها " لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن إصدار حكم في دعوى منظورة أمامها بسبب عدم وجود نص قانوني أو غموض فيه"⁸⁰

لا يستطيع الخصوم تفسير القانون أو انطباقه على واقعة الدعوى حتى لو تم الاتفاق بينهم إلا إذا وافق القاضي على ذلك ورأى صحته قانوناً، حيث قررت محكمة النقض أن تفسير القانون وتطبيقه على وقائع الدعوى هو من اختصاص المحكمة وحدها لا من شأن الخصوم، وقد حدد القانون الأدلة التي يمكن بها إثبات الحقوق، رغبة في حماية حقوق المتقاضين من تحكم القضاة وأخطائهم ، ويجب على القاضي أن لا يأخذ بالدليل إلا بعد اتباع إجراءات معينة ، فلا يستطيع مثلاً أن يأخذ بدليل لمصلحة الطرفين إلا بعد تمكين الطرف الآخر أثناء سير الدعوى من الإدلاء بدفاعه بمواجهة هذا الدليل إلا إذا أعلن عدم رغبته في تقديم أي دليل أو لم يحضر .⁸¹

⁷⁸ - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 84، 85

⁷⁹ - أحمد نشأت ، رسالة الإثبات ، الجزء الأول، أركان الإثبات، الطبعة السابعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1972، ص 38

⁸⁰ - منشور في العدد 38 من الوقائع الفلسطينية بتاريخ 2001/9/5 والمعدل في العدد 55 الصادر بتاريخ 2005/6/27

⁸¹ - احمد نشأت ، رسالة الإثبات، مرجع السابق، ص 38، 39 - ص 44

رابعاً : عبء الإثبات والنظام العام

تنص المادة (2) من قانون البيئات الفلسطينية " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه " .

فما هو المقصود بذلك ؟

يقصد بعبء الإثبات هو : واجب تقديم الدليل على صدق الدعوى من قبل المدعي أو كذبها من قبل المدعى عليه ، أي أن عبء إثبات أي ادعاء بالنفي أو الإيجاب يكون على الخصم الذي يكون ذلك الادعاء جزءاً رئيسياً من دعواه .⁸²

ولكن على من يقع عبء الإثبات ؟ وما أهمية تعيين على من يقع ، ومدى تعلق قواعده بالنظام العام؟

أ- على من يقع عبء الإثبات

من المبادئ المقررة في الفقه الإسلامي أن البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر .⁸³ الحكم المقرر في هذا النص هو تطبيق خاص بصدد نظرية الالتزام للقاعدة العامة فمن يقع عليه عبء الإثبات أياً كان موضوع النزاع ، حقا شخصيا أو عينيا أو مركزا من أي نوع كان .⁸⁴ فالمدعي هو الذي يتحمل في الأصل عبء الإثبات سواء كان دائناً أو مديناً .⁸⁵

يعرف المدعى بأنه من يلتمس إثبات ملك أو حق ، والمدعى عليه من يحاول نفيه أو التخلص منه ، والمدعي ليس بالضرورة هو من يبادر بقيد الدعوى القضائية ، فمن المحتمل أن يصبح من بادر بقيد الدعوى مدعى عليه ، ومن تم قيد الدعوى ضده مدع ، وذلك من أجل تحميل عبء الإثبات ، وإن إجراءات عبء الإثبات لأحد طرفي الخصومة تكون حسب ترتيب الإجراءات القضائية في

⁸² - الصديق عبد الباقي ، فقه الإثبات في القانون والشريعة الإسلامية ، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة للمبادئ العامة ، دون طبعة ، دار عزة للنشر والتوزيع ، السودان ، دون سنة نشر ، ص23

⁸³ - تقابلها المادة 76 من مجلة الأحكام العدلية

⁸⁴ - سمير عبد السيد تناغو ، مرجع سابق ، النظرية العامة في الإثبات دون طبعة ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1999 ، ص71

⁸⁵ - عبد الرازق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ص68

المراحل اللاحقة لقيود الدعوى ، وذلك عندما تعكف المحكمة على صياغة نقاط النزاع ، وتشترع في سماع الدعوى .⁸⁶

ب- أهمية تحديد من يتحمل عبء الإثبات

إن الإثبات واجب على الخصوم تأييداً لمبدأ حياد القاضي ، إلا أنه لا يكون واجباً على كل من الخصمين في نفس الوقت ، لذا فإن أحد الخصمين هو الذي يجب عليه إثبات واقعة معينة دون الآخر ويجب على هذا الخصم أي الذي يقع عليه واجب الإثبات أن يقوم بإثبات ما هو مطلوب منه ، وإلا حكم القاضي للخصم الآخر الذي لا يطلب منه الإثبات ، فمصير الحكم في الدعوى بصفة نهائية يتوقف على نجاح الخصم في الإثبات دون أن يستطيع الخصم الآخر إثبات العكس .⁸⁷

قد يضيع حق الخصم المكلف بالإثبات في حال قيام القاضي بتكليف الخصم الآخر في الإثبات ، مثال ذلك إذا رفع شخص على آخر دعوى يطالبه فيها بدين ، وأنكر المدعى عليه ذلك الدين ، وجب تكليف المدعى بإثبات وجود ذلك الدين كونه يدعي خلاف الثابت وهو عدم المديونية ، وفي حال تم تكليف المدعى عليه بإثبات عدم المديونية ، فيكون ذلك غير ممكن ، وذلك لصعوبة النفي لعدم وجود دليل كتابي عليه أو لعدم إمكانية علم الشهود به ، شرط أن يكون إنكاره مجرداً ، وفي حال أقر بأحد عناصر الدعوى وادعى خلاف الظاهر في العناصر المتبقية ، فهذا يلقي عليه عبء إثبات ما يخالف الظاهر.⁸⁸

ج- عبء الإثبات والنظام العام

قواعد الإثبات وكذلك القواعد التي تبين على أي خصم يقع عبء الإثبات ليس من النظام العام⁸⁹ ويعود السبب في ذلك أن هذه القواعد وضعت لحماية الخصوم⁹⁰ ، وأنها تعمل على تحديد مراكز المتقاضين أنفسهم في كل قضية ، من حيث حق كل خصم وواجبه في إثبات الدعوى أو نفيها ، فوظيفتها في تحديد حقوق المتقاضين الخاصة تغلب على أثرها في تنظيم التقاضي وضبطه .⁹¹

⁸⁶ - الصديق عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص 25، 24

⁸⁷ - سمير عبد السيد تناغو ، مرجع سابق ، ص 70

⁸⁸ - أحمد نشأت ، رسالة الإثبات ، مرجع سابق ، ص 78

⁸⁹ - المحامي خالد موسى ، طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية " في ضوء الفقه والتشريع وأحدث أحكام محكمة النقض " الطبعة الأولى ، الكتب الثقافية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، دار السماح للنشر والتوزيع ، الجيزة ، 2004 ، ص 15

⁹⁰ - حمد نشأت ، مرجع سابق ، ص 88

⁹¹ - نبيل سعد ، مرجع سابق ، ص 70

ويترتب على عدم تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام بأنه يمكن تعديل هذه القواعد ونقل عبء الإثبات من أحد الطرفين إلى الطرف الآخر باتفاقهما.⁹²

حيث قضت محكمة النقض بأن "عدم اعتراض الخصم على الحكم الناقل لعبء الإثبات وتنفيذه إياه يعتبر مسقطاً لحقه في الدفع بهذا العبء ، حيث لا يجوز له أن يتمسك بهذا الدفع للمرة الأولى أمام محكمة النقض"⁹³

نظم المشرع الفلسطيني قواعد الإثبات في قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية رقم 4 لسنة 2001 ، وذلك لتطبيقها أمام المحاكم ، وأن نصوص هذا القانون ليس من النظام العام حيث يجوز الإتفاق على مخالفتها .

لكن هل يكون المحكم ملزم بتطبيق قانون البيئات في الخصومة التحكيمية ؟ أم أن تنظيم إجراءات الإثبات في الخصومة التحكيمية أمر متروك للأطراف المتنازعة ، وما دور المحكم في ذلك ، وما هي سلطات المحكم وواجباته ؟ هذا ما سيتم دراسته في الفصل الأول .

⁹² - أحمد نشأت ، مرجع سابق ، ص 88
⁹³ - نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 70,71

الفصل الأول

الأصول العامة في الإثبات وخصومة التحكيم

قبل الشروع في تناول المبادئ الأساسية في الإثبات ، لا بد من توضيح مفهوم الخصومة التحكيمية.

تعرف الخصومة في اللغة بأنها : النزاع والجدل .⁹⁴

وتعرف اصطلاحاً : بأنها عبارة عن مجموعة من الإجراءات القضائية المتتابعة يقوم بها مجموعة من الأطراف وهم الخصوم أو ممثلوهم ، والقاضي وأعوانه ، وفقاً لنظام معين يضعه قانون المرافعات ، وتبدأ بالمطالبة القضائية لغاية الحصول على حكم في الموضوع .⁹⁵

أما الخصومة التحكيمية فتعرف : بأنها مجموعة من الإجراءات، أي الأوضاع والخطوات والمواعيد ، والتي يتم تحديدها بالاتفاق أو بالقانون ويقوم ببعضها طرفاً التحكيم أو من يمثلهم سواء تمثيلاً قانونياً أو قضائياً أو اتفاقياً ، ويقوم بالبعض الآخر المحكم أو هيئة التحكيم وأعوانه أو أعوانها . وتبدأ بالطلب وتنتهي بصدور حكم في موضوعها ، وقد تنتهي بغير حكم في الموضوع.⁹⁶

وضع المشرع قواعد للإثبات أمام القضاء والتي تضمنها قانون يعرف بقانون الإثبات⁹⁷ ، ويعرف في فلسطين بقانون البيئات في المواد المدنية والتجارية رقم 4 لسنة 2001 ، ووضع بعض القواعد المتعلقة بالإثبات في قانون التحكيم التجاري من أجل تطبيقها أمام هيئة التحكيم⁹⁸ ، وللايثبات أهمية خاصة أمام القضاء والتحكيم بحيث إذا استطاع صاحب الحق إثبات حقه كان الحكم له ، والإثبات

⁹⁴ - أحمد مليجي ، ركود الخصومة ، بسبب الشطب أو الوقوف أو الانقطاع وفقاً لقانون المرافعات أراء الفقه أحكام المحاكم ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة دون سنة نشر ، ص5.

⁹⁵ - وجدي راغب ، مبادئ الخصومة المدنية دراسة تأصيلية لقواعد الخصومة في قانون المرافعات ، الطبعة الأولى ، دار الفكر ، القاهرة . ، 1978 ص5

⁹⁶ - سيد احمد محمود ، إجراءات التحكيم ، ورقة عمل مقدمة إلى الدورة الثالثة لتأهيل المحكمين العرب التي نظمتها الغرفة العربية للتوفيق والتحكيم في الفترة من 25-30 مارس 2006 ، دار الضيافة ، جامعة عين شمس ص1

⁹⁷ - عبد الهادي عباس ، جهاد هوش ، التحكيم ، التحكيم الاختياري ، التحكيم الإلزامي ، التحكيم في المنازعات الدولية التحكيم في التجارة طبعة الثالثة 1997 ص221

⁹⁸ - مصطفى محمد الجمال ، عكاشة محمد عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية ، قانون التحكيم التجاري المصري رقم 27 لسنة 1994 في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية ، مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية من الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 1998 ، ص682.

يرد على الواقعة القانونية النشأة للحق أو سبب الحق الذي يطلب حمايته وهذا البيان يتطلب توافر شرطين أساسيين وهما:

- 1- وجود قاعدة قانونية صالحة من النوع الذي يتمسك به المدعي.⁹⁹
- 2- ثبوت وقائع معينة تنطبق عليها القاعدة القانونية المحددة¹⁰⁰ فعند قيام نزاع معين بين طرفين فذلك يعني ادعاء أحدهما حقا أو مركزا قانونيا لنفسه وإنكار الآخر لهذا الادعاء.¹⁰¹

تتساءل الباحثة حول قابلية تطبيق القواعد المتعلقة بالإثبات أمام القاضي للتطبيق أمام المحكم ، فهل يقوم المحكم بتطبيق قانون الإثبات على وقائع الخصومة التحكيمية المعروضة أمامه ؟

المحكم ملزم بتطبيق قواعد الإثبات مثل القاضي ، إلا أن تلك القواعد ليس من النظام العام فيجوز الاتفاق على قبول بينة في تعاقدا لا يجوز إثباته إلا بالكتابة ، فيجوز للمحكمن النزول عن شرط ثبوت الالتزام بالكتابة إلى قبول الشهادة ، فالمحكم يملك ما تملكه المحكمة من حيث اتخاذ ما يراه من إجراءات الإثبات¹⁰² ، حيث عهد قانون البينات للمحكمة البحث عن الحقيقة ولم يعد الإدعاء بأن البينات من حق الخصوم قائماً ،¹⁰³ إلا أن هناك مجموعة من المبادئ الأساسية التي يجب مراعاتها في إجراءات الإثبات أمام القاضي و أمام المحكم وهذه المبادئ هي :

أ- أن يصدر حكم باتخاذ هذه الإجراءات ، سواء كان ذلك بناء على طلب من الخصوم أو من المحكمة أو من هيئة التحكيم.¹⁰⁴

ب- أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها ، وجائز قبولها¹⁰⁵ ، فهئية التحكيم تملك العدول عما تأمر به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين سبب العدول بالمحضر.¹⁰⁶

ج- يعلن منطوق الحكم الصادر إلى الخصم الغائب ، ويجب إعلان الأوامر الصادرة بتعيين تاريخ إجراء الإثبات.¹⁰⁷

99 - نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي ، مرجع سابق ،ص3

100 - نجيب احمد عبد الله ثابت الجبلي ، المرجع سابق ،ص371

101 - مصطفى محمد الجمال ، عكاشة محمد عبد العال ، مرجع سابق ،ص682

102 - عبد الهادي عباس ، جهاد هواش ، مرجع سابق ، ص 221 .-

103 - قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 25 / 2008 الصادر بتاريخ 2008/12/29

104 - نجيب احمد عبد الله ثابت الجبلي ، مرجع سابق ،ص371 .

105 - المادة 3 من قانون البينات الفلسطيني

106 - عبد الهادي عباس ، جهاد هواش ، مرجع سابق ،ص221 .

107 - نجيب احمد عبد الله ثابت الجبلي ، مرجع سابق ، ص372 .-

د- يجب ألا يحكم القاضي أو المحكم إلا من واقع الأدلة أو نفيها ، أي من واقع الأدلة التي طرحت أمامه .¹⁰⁸

ذكرنا بأن المحكم ملزم بتطبيق قواعد الإثبات ، إلا أن إجراءات التحكيم تتسم بالسهولة والمرونة ، وعدم تعليق أهمية كبيرة على شكليات فيها إضاعة للوقت والجهد ، فتدبير هيئة التحكيم إجراءات الإثبات وفق ما تم الاتفاق عليه بين الأطراف ، لكن في حالة أن تم إغفال بعض هذه الإجراءات من قبل الأطراف فهل تكون هيئة التحكيم ملزمة بتطبيق أحكام قانون البيئات أم لا ؟

تقوم هيئة التحكيم بإدارة النزاع حسب ما يتم تحديده وفقاً لإرادة الأطراف المحكّمين ، فإذا تم الاتفاق على إخضاع التحكيم لقانون معين فيما يتعلق بقواعد الإثبات وجب في هذه الحالة مراعاة نصوص هذا القانون وفي حالة أن ترك الأطراف لهيئة التحكيم الاختيار ، فلها أن تختار قانوناً معيناً ، أو تستطيع أن تضع قواعد يتم الاتفاق عليها فيما بين هيئة التحكيم والأطراف من أجل تنظيم كيفية التحكيم وما يقبل من أدلة ، وما لا يقبل منها .¹⁰⁹

وفي حال تم الاتفاق بين الأطراف المتنازعة على تطبيق قانون معين فيما يتعلق بقواعد الإثبات إلا أنه تم إغفال بعض إجراءات الإثبات ، فماذا تطبق هيئة التحكيم في هذه الحالة ؟

تكون هيئة التحكيم في هذه الحالة أمام أمرين ، الأول بأن تقوم بتطبيق قواعد الإثبات المطبقة أمام محاكم الدولة ، مع مراعاة ضرورة مواعمة هذه القواعد بما يتفق وخصومة التحكيم ، والثاني أن تقوم بتحديد إجراءات الإثبات المناسبة وكيفية إدارتها بما يتلاءم والغاية المطلوبة من تنظيم التحكيم واللجوء إليه .¹¹⁰

يرد الإثبات على الوقائع ، حيث لا يلزم الأطراف بإثبات القانون ، فالفرض هو علم القاضي بالقانون ، إلا أن هذا الافتراض لا يوجد بالنسبة للمحكم خاصة إن كان من غير رجال القانون ، ففي هذه الحالة يحسن أن يعين القاعدة القانونية التي يستند إليها وإلى تفسيرها وانطباقها على الوقائع التي أثبتتها ، وللمحكم أن يطلب من الأطراف إقامة الدليل على وجود قاعدة قانونية سواء كان

¹⁰⁸ - أحمد أبو الوفا ، التحكيم في القوانين العربية ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، دون سنة نشر ، ص63

¹⁰⁹ - محمود السيد عمر التحيوي ، التحكيم في المواد المدنية والتجارية ، دون طبعة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2006ص237

¹¹⁰ - عاشور مبروك ، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم ، دراسة تحليلية وفقاً لأحداث التشريعات والنظم المعاصرة ، الطبعة الثانية مكتبة الجلاء الجديد ، المنصورة 1998 ، ص285، 283

مصدرها قانون وطني أو قانون أجنبي وكذلك على وجود عرف أو عادة معينة تمسك بها ، ويجوز للأطراف الاتفاق على عدم تطبيق القواعد القانونية الواجبة التطبيق فيما يتعلق بقبول الدليل أو قوته في الإثبات ، ويمكن أن يكون هناك اتفاقاً ضمناً على ذلك كما يرى البعض في حال تم الاتفاق على محكم من غير رجال القانون فهذا يعني ضمناً على إعفاء المحكم من تطبيق القواعد القانونية في الإثبات .¹¹¹

يمكن رد الأصول العامة في الإثبات إلى مبحثين أساسيين يتعلق الأول بحرية طرفي التحكيم في اختيار قواعد الإثبات ، ويتعلق الثاني بسلطات وواجبات هيئة التحكيم وسندرس ذلك على النحو الآتي :

المبحث الأول : حرية طرفي التحكيم في اختيار قواعد الإثبات .

المبحث الثاني : دور هيئة التحكيم في الإثبات.

¹¹¹ - فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 2007 ، ص 358,359

المبحث الأول: حرية طرفي التحكيم في اختيار قواعد الإثبات

إن محل الإثبات هو وقائع الدعوى ، وهي تشمل الوقائع المادية إضافة إلى التصرفات القانونية ، فيجب على كل طرف من أطراف الخصومة إثبات ما يذكر من هذه الوقائع والتي تشكل أساساً لادعائه .¹¹²

لا يلزم الأطراف باتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإثبات ، فيجوز الاتفاق على إجراءات إثبات مختلفة عن تلك التي ينص عليها قانون الإثبات أو الاتفاق على إضافة إجراءات أخرى غير التي نص عليها القانون الذي يحكم الإجراءات ، كالاتفاق على نظام توجيه الأسئلة المتبادلة من الطرفين إلى الشهود ، ويجب على هيئة التحكيم احترام ما يتفق عليه الأطراف ،¹¹³ حيث نصت المادة (34) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني على " يجري التحكيم أمام هيئة التحكيم وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في اللائحة ما لم يرد نص مغاير في اتفاق التحكيم ، ويجوز للأطراف اختيار إجراءات إضافية للتحكيم أمام هيئة التحكيم على ألا تؤثر هذه الإجراءات على صلاحية هيئة التحكيم المنصوص عليها في هذه اللائحة " .¹¹⁴

يتوجب على هيئة التحكيم احترام المبادئ الأساسية في التقاضي حتى لو اتفق الأطراف على إجراءات إثبات تخالفها ،¹¹⁵ وهذا الواجب جاء نتيجة لاعتبار التحكيم ذات طبيعة قضائية .

تعرف هذه المبادئ : بأنها مبادئ قانونية تسري على جميع أنواع التحكيم سواء كان تحكيمياً حراً أو مؤسسياً أو كان تحكيمياً عادياً أو بالصلح أو وطنياً أو دولياً ، ويجب مراعاة هذه المبادئ دون الحاجة للنص عليها أو الاتفاق على مراعاتها فبدونها لا يتصور إقامة عدالة حقيقية ، ويجب على المحكم مراعاة هذه المبادئ عند تحقيق الادعاءات ، ونظر الطلبات ، وأثناء فض المنازعات

¹¹² - مصطفى محمد الجمال ، عكاشة محمد عبد العال ، مرجع سابق ، ص 683

¹¹³ - فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 362,363 .

¹¹⁴ - قرار مجلس الوزراء رقم (39) لسنة 2004 اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000 المنشور في الوقائع الفلسطينية العدد 50

تاريخ 2004/8/29

¹¹⁵ - فتحي والي ، مرجع سابق ص 363

116، وتعتبر هذه المبادئ من النظام العام فإذا ما تم انتهاك أي منها فالإجراء يشوبه البطلان ، وبالتالي بطلان حكم التحكيم إذا كان بطلان هذا الإجراء قد أثر في الحكم ،¹¹⁷ وهذه المبادئ هي :

أ- مبدأ المساواة بين الأطراف

يقصد بهذا المبدأ منح الخصوم فرصاً متساوية لإبداء دفعهم وطلباتهم ، ويعتبر هذا المبدأ من المبادئ الأساسية في التقاضي ، حيث حرصت جميع القوانين على النص عليه¹¹⁸ ، فنصت المادة (38) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 ، " تكفل هيئة التحكيم جميع حقوق الدفاع لأطراف النزاع ، وتعاملهم على قدم المساواة"¹¹⁹

ونصت على هذا المبدأ المادة 26 من قانون التحكيم المصري ، والمادة 25 من قانون التحكيم الأردني .

ب- احترام حق الدفاع

ويقصد بهذا الحق إعطاء كل من المحكّمين الحرية والفرصة الكاملة لتقديم ما لديهم من أدلة وشهود ، وتمكين كل طرف من مناقشة الطرف الآخر فيما قدمه من وسائل دفاع في الخصومة.¹²⁰

ويعتبر هذا الحق حقاً للخصوم وليس واجباً عليهم ، لذلك فهئية التحكيم غير ملزمة إلى لفت نظر الخصوم إلى حقهم في ذلك ، أو إلى مقتضيات ذلك الحق ، فيكفي إتاحة الفرصة للخصم لاستعمال حقه في الدفاع دون تقييد ، ووجوب احترام هذا الحق لا يمنع هيئة التحكيم من تنظيم استعماله ، فلها تحديد مواعيد للأطراف من أجل تقديم مذكراتهم ومستنداتهم ، ولها عدم قبول أي مذكرة أو مستند في حال تقديمه بعد فوات الميعاد .¹²¹

وأكدت المادة (35) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني هذا الحق ، حيث نصت على أنه " تكفل هيئة التحكيم جميع حقوق الدفاع لأطراف النزاع"

¹¹⁶ - فتحي والي ، المرجع سابق ، ص 301

¹¹⁷ - نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي ، مرجع سابق ، ص 214-308

¹¹⁸ - فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 303

¹¹⁹ - كذلك المادة 18 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادرة في 21 حزيران ، 1985

¹²⁰ - فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة الأحكام التحكيم التجاري الدولي ، الجزء الخامس ، 1997 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع . عمان ، ص 176 .

¹²¹ - فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 307

ج - مبدأ المواجهة

يقصد بهذا المبدأ أن يكون حكم المحكمين خلاصة مواجهة بين وجهات نظر الخصوم ، أي بعد تمكين الخصوم من إجراء مناقشة بينهم ، بحيث تستمع الهيئة إلى رأي كل من الخصوم حول الادعاءات المطروحة ووسائل إثباتها والحجج التي يقدمها كل خصم ، ويعتبر هذا المبدأ ضماناً لصالح الخصوم والعدالة ، حيث يمكن بواسطته الوصول إلى الحقيقة¹²².

ويجب التقيد بهذا المبدأ في جميع مراحل الخصومة التحكيمية ، فيراعى عند جلسات التحقيق ، وكذلك عند اتخاذ إجراءات الإثبات ، وعند جلسات المرافعة¹²³ ، فلا يجوز للمحكم اتخاذ أي إجراء إلا في مواجهة المحتكمين الآخرين ، ويجب عليه أن يمكن كل طرف من الاطلاع على الأوراق والمستندات التي يقدمها الطرف الآخر ويجب إعطاؤهم المدة اللازمة لإعداد الدفاع ، والقيام بالرد اللازم ، وعلى الهيئة أيضاً عدم قبول أي مذكرات أو مستندات من طرف دون حضور الطرف الآخر أو إعلامه بذلك ، ولا يجوز لها إجراء أي اتصالات مع أحد الأطراف دون علم الطرف الآخر فأمر يجريه المحكم أو الهيئة يجب أن يتم بعلم الأطراف كلها¹²⁴.

وقد نصت اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني على هذا المبدأ في المادة (37) والتي جاء فيها "تقوم هيئة التحكيم أو مؤسسة التحكيم بعد تلقي طلب التحكيم ودفع الرسوم بإشعار مقدم الطلب بما يفيد تسلمها له ، وإخطار المدعى عليه بنسخة منه خلال سبعة أيام من تاريخ تسلمها الطلب بكتاب مسجل بعلم الوصول "

لكن هل تمتد حرية أطراف الخصومة التحكيمية في اختيار قواعد الإثبات إلى القواعد الإجرائية أم تقتصر على القواعد الموضوعية ؟ وما هو القانون المطبق على مسائل الإجراءات ومسائل الموضوع ؟ لذا سندرس هذا المبحث في مطلبين :

المطلب الأول : التفرقة بين القواعد الإجرائية والقواعد الموضوعية .

¹²² - نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي ، مرجع سابق ، ص314 .

¹²³ - فتحي والي ، مرجع سابق ، ص305

¹²⁴ - مهند أحمد الصانوري ، أطروحة دكتوراه حول دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص ، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي- في غالبية التشريعات العربية والأجنبية والثقافية والمراكز الدولية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2005 ، ص197-198

المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق على مسائل الإجراءات ومسائل الموضوع .

المطلب الأول: التفرقة بين القواعد الإجرائية والقواعد الموضوعية

يحرص جميع العاملين في مجال التحكيم من رجال أعمال وفقهاء ودارسين في جعل تطبيق إجراءات التحكيم سريعاً، سواءً قام بهذا التحكيم فرد أم هيئة¹²⁵، فمن بين الخصائص التي أدت إلى انتشار التحكيم والنمو الذي يراه العالم اليوم هي السرعة، فالمحكم عليه الالتزام بضرورة الفصل في النزاع خلال المدة التي يتم تحديدها من قبل الأطراف، تحت طائلة جواز الطعن بالحكم الذي يصدر بعد تلك المدة.¹²⁶

حيث نصت المادة (1/38/ب) من قانون التحكيم الفلسطيني على المدة المطلوبة لإصدار الحكم، فجاء فيها "ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك يجب أن يصدر القرار خلال اثني عشرة شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وفي جميع الأحوال يجوز أن تمدد هيئة التحكيم الميعاد لمدة لا تزيد عن ستة أشهر" ، لذا يجب أن تتم إجراءات التحكيم بالسرعة المطلوبة من أجل أن يصدر الحكم خلال المدة المتفق عليها أو المعينة قانوناً، وان لا تتعطل عملية التحكيم بسبب إجراءات بسيطة.

ولكن هل جميع إجراءات قواعد الإثبات ذات طبيعة واحدة ؟ وهل جميعها متعلقة بالنظام العام أم

لا ؟

بدراسة النصوص المنظمة للإثبات يوجد نوعين من القواعد القانونية ، قواعد موضوعية وقواعد إجرائية.¹²⁷

القواعد الموضوعية : هي القواعد التي تحدد أدلة الإثبات المختلفة، والحالات التي لا يجوز التمسك فيها بكل دليل، وشروط قبول الدليل وقيمه ومن يتحمل عبء الإثبات، ودور القاضي في الإثبات، ومحل الإثبات¹²⁸، وتعتبر هذه القواعد موضوعية لاتصالها اتصالاً وثيقاً بالحق، حيث يتوقف عليها

¹²⁵ - انس ارفاعية ، مرجع سابق ، ص17

¹²⁶ - انس ارفاعية ، مرجع سابق ، ص13

¹²⁷ - ياسر محمود محمد زبيدات ، شرح قانون البيئات الفلسطينية في المواد المدنية والتجارية رقم 4 لسنة 2001 ، دون طبعة ، دون دار

نشر ، دون مدينة نشر ، 2010 ، ص26

¹²⁸ .محمد محي مطر، مسائل الإثبات في القضايا المدنية والتجارية ، الدار الجامعية ، 1991، ص16

الاعتراف بهذا الحق لصاحبه¹²⁹، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 68 من قانون البينات الفلسطيني في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة 2001 حيث جاء فيها " في المواد غير التجارية إذا كان الالتزام تزيد قيمته على مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".

أما قواعد الإثبات الإجرائية أو الشكلية : فهي تلك القواعد التي تحدد الإجراءات التي تتبع في تقديم طرق الإثبات¹³⁰، ومثال القواعد الإجرائية ما نصت عليه الماد 98 من قانون البينات الفلسطيني، " تؤدى الشهادة شفاهةً ولا يجوز للشاهد الاستعانة بمفكرات مكتوبة إلا بإذن من المحكمة كلما دعت الضرورة إلى ذلك".

اختلفت الشرائع بشأن موضوع قواعد الإثبات، فمنها من يضع قواعد الإثبات سواء الموضوعية أو الإجرائية في تقنين المرافعات المدنية والتجارية، مثل القانون السويسري والألماني¹³¹، ومنها من يضع القواعد الموضوعية في التقنين المدني والقواعد الإجرائية في تقنينات المرافعات مثل القانون الفرنسي¹³²، في حين انتهج المشرع الأردني والسوري نهجاً آخر، حيث قاما بوضع قواعد الإثبات الموضوعية والإجرائية بقانون خاص، وهو قانون البينات¹³³ وقد سار المشرع الفلسطيني على هذا النهج، حيث ضمن قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم 4 لسنة 2001 قواعد الإثبات الموضوعية والإجرائية.

ويذهب الفقه الحديث إلى اعتبار قواعد الإثبات، الموضوعية والإجرائية ذات طبيعة واحدة¹³⁴، فليس من السهل التمييز بين القواعد الإجرائية والموضوعية في التطبيق العملي، فكثيراً من الأحيان تكون القاعدة الموضوعية محاطة ببعض القواعد الإجرائية التي يصعب إعمالها¹³⁵ ومثال ذلك أن القواعد المتعلقة بمحل الإثبات هي من القواعد الموضوعية، إلا أن المشرع قد تطلب شروطاً معينة

129 - مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 884

130 - قدرى عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص 15

131 - قدرى عبد الفتاح الشهاوي، المرجع سابق، ص 16

132 - سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته، الأدلة المطلقة، الطبعة الخامسة، المنشورات الحقوقية، بيروت، ص 22-23

133 - سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته، الأدلة المطلقة مرجع سابق ص 23

134 - نبيل محمود عبد الحافظ ادعيس، مرجع سابق، ص 47

135 - مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 884

في الواقعة محل الإثبات، فيشترط أن تكون هذه الواقعة متنازعاً عليها، ومرتبطة بالدعوى وجائزاً قبولها، وهذه القواعد لها طابع إجرائي من الصعب إغفاله بالرغم من أن محل الإثبات هو من القواعد الموضوعية بسبب ارتباطه المباشر بالوجود القانوني للحق المتنازع عليه.¹³⁶

إن التفرقة بين قواعد الإثبات الموضوعية والإجرائية لم يكن عبثاً، فما من شك من أن المشرع يهدف من هذه التفرقة إلى اعتبار أن قواعد الإثبات الإجرائية تعد من النظام العام كونها تتصل بنظام التقاضي وإجراءاته، وهي قواعد أمر لا يجوز مخالفتها¹³⁷، أما القواعد الموضوعية فإنها لا تعد من النظام العام، لأنها موضوعة أصلاً لحماية المتخاصمين، وأكدت ذلك محكمة النقض المصرية في قرارها الذي يحمل الرقم 79 س.22 ق الصادر بتاريخ 1955/6/2، حيث جاء فيه " لما كانت قواعد الإثبات في المواد المدنية ليست من النظام العام فإنه لا يحل لمحكمة الموضوع أن تقرر من تلقاء نفسها بقيام المانع الأدبي من الحصول على سند كتابي، وتقضي بإحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ما لا يجوز إثباته إلا بالكتابة، بل يجب على من يدعي وجود هذا المانع أن يتمسك به، ثم يكون للمحكمة بعد ذلك أن تقدر دفاعه وتجزيز الإثبات بالبينة أو لا تجيزه".¹³⁸

وترى الباحثة أنه لا داعي للتمييز بين القواعد الإجرائية والقواعد الموضوعية، فليس من السهل التمييز بينهما .

وتظهر أهمية التمييز بين القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية في مجال الإثبات عند تحديد القانون الواجب التطبيق، وهذا ما سندرسه في المطلب الثاني

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على مسائل الإجراءات ومسائل الموضوع

¹³⁶ - يحيى علي حسن الصرابي، إجراءات التحكيم في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير مقدمة لمعهد البحوث، 2004، ص170

¹³⁷ - ياسر زبيدات، مرجع سابق، ص77

¹³⁸ - موقع قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية www.Arablegalportal.org

جاء في حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 380 لسنة 23 قضائية جلسة 2003/5/11، "بأن الأصل العام في التحكيم أن يكون وليدًا لاتفاق الخصوم في اللجوء إليه كطريق بديل عن اللجوء إلى القضاء، وفي الحدود والأوضاع التي تترضى إرادتهم عليها".¹³⁹

درسنا سابقاً بأن التحكيم يتميز بالسرعة في حسم النزاع، وهذه الخاصية تميزه عند القضاء العادي، وهذا يؤدي إلى دراسة القانون الواجب التطبيق على مسائل الإجراءات ومسائل الموضوع.

يقصد بالقانون الواجب التطبيق على مسائل الإجراءات، القانون الذي تطبقه هيئة التحكيم، على الإجراءات التي تتم أمامها بعد تشكيل هيئة التحكيم، وتتعلق ببدء الخصومة وسير المرافعات وسماع الشهود وتقديم المستندات والبيانات وكل ما يتعلق بالمحكم و تعيينه ورده، وما يخص عوارض الخصومة واللغة المستخدمة، وإصدار حكم التحكيم وكتابته.¹⁴⁰

ويقصد بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، بأنه القانون الذي يحكم موضوع النزاع وحقوق الأطراف والتزاماتهم التي تنتج عند الحكم الصادر في الدعوى.¹⁴¹

لمعرفة القانون الذي يحكم القواعد الإجرائية والقواعد الموضوعية، وفيما إذا كان ذلك يترك لحرية الأطراف أم لاختيار هيئة التحكيم، سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، ندرس في الفرع الأول منها القانون الواجب التطبيق على مسائل الإجراءات، وفي الفرع الثاني ندرس القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

الفرع الأول: القانون واجب التطبيق على مسائل الإجراءات

يعتبر سماع الشهود وتقديم المستندات والبيانات جزءاً من إجراءات التحكيم، والتي تعرف بأنها: مجموعة الأعمال الإجرائية المتتابعة والمتعلقة ببدء الخصومة وقواعد سير المرافعات وسماع

¹³⁹ - مجلة التحكيم العربي، العدد السادس، أغسطس 2003، ص155

¹⁴⁰ - أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981 ص86-87

¹⁴¹ - نبيل ادعيس، مرجع سابق ص50

الشهود وتقديم المستندات والبيانات، وجميع الأمور المتعلقة بالمحكم وردده وتقييمه ، وعوارض سير الخصومة ، واللغة المستخدمة ، حتى إصدار حكم التحكيم وكتابته .¹⁴²

وتحظى إجراءات التحكيم بأهمية بالغة، كونها الأساس الذي يقوم عليه نظام التحكيم¹⁴³ ، وفي نقادي أي تعطيل قد يقع إذا تم إتباع القواعد الشكلية أو الإجرائية في القوانين الوظيفية، إضافة لما تتمتع به هذه الإجراءات من سرية لا يتمتع بها القضاء العادي.¹⁴⁴

لا مشكلة في القانون الواجب التطبيق إذا كان التحكيم مؤسسياً، فمجرد الاتفاق على إحالة الموضوع إلى مؤسسة تحكيم فإن ذلك يستوجب وبشكل بديهي الاتفاق على إتباع لائحتها بما تشتمل عليه من قواعد تتعلق بالإجراءات¹⁴⁵ ، وعرفت المادة الثالثة من قانون التحكيم الفلسطيني، التحكيم المؤسسي " إذا تم من خلال مؤسسة مختصة بتنظيم التحكيم والإشراف عليه سواء كانت داخل فلسطين أو خارجها"، أما في التحكيم الحر فإن التحكيم يكون بمشيئة الخصوم، فهم من يحددون القواعد التي تسري على الإجراءات.¹⁴⁶ وهذا ما نص عليه قانون التحكيم الفلسطيني في المادة 18 والتي جاء فيها " يجوز للأطراف الاتفاق على القواعد الإجرائية الواجب إتباعها من قبل هيئة التحكيم، فإن لم يتفقوا كان لهيئة التحكيم تطبيق الإجراءات المعمول بها مكان إجراء التحكيم"

في هذا النص يتم تحديد القانون المطبق على الإجراءات بطريقتين:

الطريقة الأولى: القانون الواجب التطبيق وفقاً لإرادة الأطراف

يفهم من نص المادة 18 من قانون التحكيم الفلسطيني أن أطراف الخصومة المطروحة على التحكيم الذي يجري في فلسطين، يخضع لقانون التحكيم الفلسطيني، لهم الحرية في الاتفاق على القواعد

142 - أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص 86-87

143 - نبيل ادعيس مرجع سابق ص 50

144 - انس ارفاعية، مرجع سابق، ص 18

145 - جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003 ص 39

146 - انس ارفاعية، مرجع سابق، ص 25

الإجرائية في الإثبات دون التقيد بقواعد قانون البينات الفلسطيني ونعتقد دون التقيد بقواعد قانون التحكيم نفسه.¹⁴⁷

يعتبر حق الأطراف في الاتفاق على القانون الذي يحكم الإجراءات من أهم ما يميز نظام التحكيم، إذ يمكن للأطراف الاتفاق على إجراءات بسيطة تؤدي إلى انتهاء التحكيم في وقت قصير ونفقات قليلة.¹⁴⁸

لكن هل يجب على الأطراف التعبير بشكل صريح عن إرادتهم في اختيار قانون معين يحكم الإجراءات أم تكفي الإرادة الضمنية؟ وهل حرية الأطراف في الاتفاق على هذه الإجراءات هي حرية مطلقة أم مقيدة؟

بما أن قانون التحكيم الفلسطيني في المادة 18 منه¹⁴⁹ قد أعطى أطراف الخصومة التحكيمية الحرية في اختيار القواعد الإجرائية الواجب إتباعها من قبل هيئة التحكيم فالأصل في هذا الاختيار أن يكون واضحاً وصريحاً، يفصح به الأطراف عن القانون المطلوب أن تخضع له إجراءات التحكيم بما لا يدع مجالاً للشك بأن الأطراف قد أرادوا تطبيق هذه القواعد على إجراءات التحكيم دون غيرها.¹⁵⁰

والتعبير الصريح إما أن يكون كتابةً، أو بالبرقيات أو الرسائل البريدية، وغيرها من وسائل الاتصال الحديثة، إضافة إلى كل ما يثبت بوضوح ما تم الاتفاق عليه بين الأطراف¹⁵¹، ولكن لا مانع من أن تكون هذه الإرادة ضمنية، ضمن عدة صور أو فرضيات¹⁵² وهي:

أ. اختيار الطرفين بلداً معيناً لإجراء التحكيم فيه، فهذا دليل على أن إرادة الأطراف اتجهت بصورة ضمنية إلى إخضاع إجراءات التحكيم لقانون ذلك البلد الذي يجري فيه التحكيم¹⁵³، وهذا ما توصلت إليه هيئة التحكيم في قرارها المؤرخ في 10 أكتوبر لسنة 1973، في النزاع

147 - نبيل ادعيس، مرجع سابق ص53

148 - فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص295

149 - تقابلها المادة 25 من قانون التحكيم المصري، والمادة 24 من قانون التحكيم الأردني

150 - أنس ارفاعية، مرجع سابق، ص34

151 - نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية (الوطنية والدولية)، دون طبعة، دار الجامعة الحديث للنشر، الإسكندرية،

2004 ص39

152 - أنس ارفاعية، مرجع سابق، ص35

153 - مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص884

بين الحكومة الليبية وشركة البترول الإنجليزية من تطبيق قانون دولة مقر التحكيم وهو القانون الدنيماركي على إجراءات التحكيم.¹⁵⁴

ب. اختيار العملة التي سيتم بها الوفاء أو مكان الوفاء أو تضمين العقد أحكاماً وقواعد مستمدة من قانون دولة معينة لتنظيم جانب مهم من العقد، يعتبر من الدلائل التي تشير إلى اتجاه إرادة الخصوم الضمنية إلى اختيار قانون معين دون غيره ليطبق على العقد ومن ضمنها الإجراءات.¹⁵⁵

ت. إن جانباً من الفقه المؤيد لفكرة الإرادة الضمنية يرى بوجود تطبيق قواعد التجارة الدولية بمجرد اللجوء إلى التحكيم أو تضمين العقد شرط تحكيم، فيجب تطبيق هذه القواعد تلقائياً ولو لم تتجه إرادة الخصوم إلى ذلك صراحةً، ويفهم ذلك من تركهم للقضاء العادي ولجؤهم إلى التحكيم للفصل في منازعاتهم.¹⁵⁶

وقد أشارت محكمة النقض المصرية إلى مسألة الاعتداد بالإرادة الضمنية في قرارها الصادر بتاريخ 13/6/1983، واعتبار قانون مقر التحكيم هو القانون واجب التطبيق باعتباره قانون الإرادة الضمنية للأطراف، حيث أنها طبقت قانون الدولة التي انفق على إجراء التحكيم فيها، باعتباره قانون الإرادة الضمنية على مسألة تعيين المحكمين، ذلك بعد أن أشارت إلى وجوب تطبيق هذا القانون عملاً بأحكام المادة (22) من القانون المدني المصري.¹⁵⁷

لكن لماذا أعطى المشرع الأطراف في نص المادة 18 من قانون التحكيم الفلسطيني الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم؟

تتمثل الإجابة على هذا التساؤل في عدة أمور، وهي:

أ. كون القانون قد أعطى الأطراف الحق في إنشاء وتكوين عقدهم ، والعقد عبارة عن نظام قانوني خاص ، له القدرة على خلق قواعد قانونية حتى وإن كانت فردية، فمن باب أولى أن

¹⁵⁴ - عن منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، 1995ص130

¹⁵⁵ - أنس ارفاعية، مرجع سابق، ص35

¹⁵⁶ - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002 ، ص351

¹⁵⁷ - أنس ارفاعية، مرجع سابق، ص36

يترك القانون للأفراد الذين قاموا بتكوين وإنشاء عقودهم الحرية في اختيار القانون الذي يطبق على هذا العقد.¹⁵⁸

ب. يعتبر عقد التحكيم أداة لتداول الثروات والخدمات، وأطراف العقد على دراية بالقانون الذي يرفع ذلك التداول ويستجيب لحرية التجارة الدولية ، فمستوى التقدم القانوني لدى الدول مختلف، فهناك دول تحتوي على تشريعات حديثة ، وفي المقابل هناك دول تستخدم قوانين تصلح لأبسط الأشياء فقط ، فيكون من الظلم أن تسري تلك القوانين على معاملات تجارية أو عقود تحتوي من الصعوبات ما لا تعالجه تلك النصوص.¹⁵⁹

ت. يعتبر ترك الحرية للأطراف في اختيار القانون الذي يطبق على إجراءات التحكيم وسيلة اقتصادية في تحرير العقود الدولية وصياغتها، فبدل أن يتم تضمين العقد جميع الأحكام القانونية للقانون الذي يتم اختياره من قبل الأطراف، يكفي أن يشاروا إلى اختيارهم لهذا القانون.¹⁶⁰

فلأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، ولكن في بعض الأحيان يقوم الأطراف بإحالة ذلك الأمر (أي تحديد القانون الواجب التطبيق) إلى هيئة التحكيم، ففي هذه الحالة يعتبر القانون الذي اختارته هيئة التحكيم هو ضمناً القانون الذي ارتضاه الأطراف.¹⁶¹

فالمبدأ العام هو مبدأ سلطان الإرادة ، الذي يقوم على أساس أن إرادة الأطراف هي التي تنشئ اتفاق التحكيم وتحدد نهايته،¹⁶² ويترتب على ذلك إخراج النزاع من إطار تنازع القوانين ، والتي يعالجها القانون الدولي الخاص ،¹⁶³ ولا يوجد أي قيد على حرية الأطراف في اختيار قواعد

158 - أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، الطبعة الأولى، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1996 ،

ص1064

159 - أنس ارفاعية، مرجع سابق، ص21

160 - أنس ارفاعية، المرجع سابق، ص21

161 Craig, w.park.J. Paulson, international chamber of commerce Arbitration Ocean, New York, icc-publishing, emceed, 1990, p23

162 - أنس ارفاعية، مرجع سابق، ص23

163 - هشام على الصادق، القانون الواجب التطبيق على التجارة الدولية، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص153

الإجراءات التي تسري على التحكيم إلا ضرورة مراعاة القواعد الآمرة والنظام العام في الدولة التي يحصل فيها التحكيم.

الطريقة الثانية: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم عند انعدام إرادة الأطراف

قد لا يتفق الخصوم على قانون يحكم الإجراءات ، أو أنهم يغفلون ذلك ، وقد لا يكلفون أنفسهم مشاق اختيار ذلك .

جاءت المادة 18 من قانون التحكيم الفلسطيني ، لتجد الحل في حال عدم اتفاق الخصوم على قانون يحكم إجراءات التحكيم، ولكن هل جاء ذلك الحل موفقاً ومناسباً ؟

نصت المادة (18) من قانون التحكيم الفلسطيني على " يجوز للأطراف الاتفاق على القواعد الإجرائية الواجب إتباعها من قبل هيئة التحكيم ، فإن لم يتفقوا كان لهيئة التحكيم تطبيق الإجراءات المعمول بها في مكان إجراء التحكيم " .

في حين نص قانون التحكيم المصري في المادة (25) على " لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة".¹⁶⁴

يظهر من نص المادة (25) من قانون التحكيم المصري، والمادة 24 من قانون التحكيم الأردني - فالنصين متطابقين - أنهما أعطيا الحرية لهيئة التحكيم في اختيار الإجراءات المناسبة من أجل تطبيقها على إجراءات التحكيم في حال عدم اتفاق الخصوم على ذلك ، إلا أنهما وبذات الوقت قيذا هذه الحرية ، عندما وضعا عبارة (مع مراعاة أحكام هذا القانون) ، فهذا يعني أن المحكمين عليهم إتباع القواعد الإجرائية الواردة في قانون التحكيم، فهذا النص هو نص ملزم.¹⁶⁵

¹⁶⁴ - يقابلها المادة (24) من قانون التحكيم الأردني

¹⁶⁵ - أنس ارفاعية، مرجع سابق، ص43

أما المشرع الفلسطيني فيلاحظ عليه أنه نهج نهج النظرية القديمة والتي تربط بين قانون إجراءات التحكيم ومكان إجرائه ، حيث أن النظرية الحديثة تقوم على فك الارتباط بين قانون مكان إجراء التحكيم وبين قانون إجراءات التحكيم المطبق ،¹⁶⁶ فهناك كثيراً من النصوص القانونية الحديثة التي تتبنى مبدأ الإقليمية وتعطيه حق الأولوية بعد حرية الخصوم في الاتفاق على الإجراءات وتحديدها كما هو الحال في المادة (2/1) و المادة (1\20) من القانون النموذجي لسنة 1985¹⁶⁷ ، فقد نصت المادة 2/1 قد نص على: " باستثناء أحكام المواد 8،9،35،36، تتطبق أحكام هذا القانون فقط إذا كان مكان التحكيم واقعاً في إقليم هذه الدولة"، ونصت المادة 1/20 على: " للطرفين حرية الاتفاق على مكان التحكيم ، فإن لم يتفقا على ذلك تولت هيئة التحكيم تعيين هذا المكان ، على أن تؤخذ في الاعتبار ظروف القضية بما في ذلك راحة الطرفين "

إن نص المادة 25 من قانون التحكيم المصري ، والمادة 24 من قانون التحكيم الأردني -النصين متطابقين- يؤكد الدور الإيجابي لهيئة التحكيم في اختيار القانون الإجرائي أو القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق ، حيث تنشئ نظامها الإجرائي الخاص الذي يسري على المنازعة المعروضة عليها، ويمكن لهيئة التحكيم أن تقوم بصياغة القواعد الإجرائية جملة ، أو أن تضع ما تقتضيه الحاجة أولاً بأول مع استمرارها بنظر النزاع، وللهيئة أن تقرر إتباع نظام إجرائي معتمد في منظمة أو مركز أو إتباع الإجراءات النافذة في النظام الإجرائي لدولة من الدول .¹⁶⁸

ترى الباحثة أن قانون التحكيم المصري والأردني كانا أكثر ملاءمة من قانون التحكيم الفلسطيني، عندما تركا الحرية لهيئة التحكيم في اختيار القانون المناسب من أجل تطبيقه على إجراءات التحكيم، فالقانون الفلسطيني كان مقيداً لحرية هيئة التحكيم في اختيار قانون مكان التحكيم، حيث جعل مقر التحكيم هو القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في حال عدم اتفاق الأطراف ، - أمر لا يخلو من النقد - كون النص مطلقاً، فيجب التفرقة بين التحكيم المحلي والدولي، إخضاع التحكيم المحلي لقانون التحكيم الفلسطيني هو أمر مهم - كونه يحمي النظام الاقتصادي والمالي والتجاري

¹⁶⁶ - نبيل ادعيس مرجع سابق ، ص56

¹⁶⁷ - انس ارفاعية ، مرجع سابق، ص49

¹⁶⁸ - فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص298

في فلسطين¹⁶⁹، أما أن يطبق قانون مقر التحكيم على تحكيم دولي فهو أمر منتقد، فالأطراف لو أرادوا تطبيق قانون دولة معينة لاختاروه دون الحاجة إلى أن ينص القانون على ذلك .

وبذات الوقت تجد الباحثة أن القانون المصري والأردني عندما نصا على عبارة " مع مراعاة أحكام هذا القانون"، فكان يتوجب على المشرع التفرقة بين القواعد الآمرة و القواعد التي يمكن الاتفاق على مخالفتها ، وهذا ما تنص عليه المادة (17) من نظام غرفة التجارة الدولية من وجوب التحقق من أن القواعد السارية في مكان التحكيم لم يتم مخالفتها .¹⁷⁰

لذا ترى الباحثة أن نص المادة (18) من قانون التحكيم الفلسطيني بحاجة إلى تعديل من جانبيين وهما:

- أ. إعطاء دور ايجابي لهيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم.
 - ب. التمييز بين التحكيم الداخلي والمحلي عند أعمال معيار قانون مقر التحكيم.
- فالنص الذي تقترحه الباحثة هو " لطرفي التحكيم الإتفاق على القواعد الإجرائية التي تتبعها هيئة التحكيم ، فإذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق كان لهيئة التحكيم أن تختار القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة "

الفرع الثاني: القانون واجب التطبيق على مسائل الموضوع

نظم المشرع الفلسطيني القانون واجب التطبيق على مسائل الموضوع في المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني¹⁷¹، والتي نصت على: " 1. يجوز للأطراف في التحكيم الدولي الاتفاق على القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن لم يتفقوا تطبق هيئة التحكيم القانون الفلسطيني. 2. إذا كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين ولم يتفق الأطراف على القانون واجب التطبيق فتطبق القواعد الموضوعية التي تشير إليها قواعد تنازع القوانين في القانون الفلسطيني مع

¹⁶⁹ - أنس الرفاعية، مرجع سابق، ص59

¹⁷⁰ - منير عبد المجيد، مرجع سابق ، ص129

¹⁷¹ - يقابلها نص المادة (39) من قانون التحكيم المصري، والمادة (36) من قانون التحكيم الأردني.

عدم تطبيق قواعد الإحالة إلا إذا أدت إلى تطبيق أحكام القانون الفلسطيني، وفي جميع الأحوال تراعي هيئة التحكيم الأعراف المطبقة على العلاقة بين أطراف النزاع".

نصت المادة 19 في فقرتها الأولى والثانية على التحكيم الدولي ، وأين موضع التحكيم المحلي ؟ هل سهى المشرع الفلسطيني عن ذكر القانون المحلي ؟ أم ذكر كلمة التحكيم الدولي في الفقرة الأولى بدل التحكيم المحلي ؟

كان على المشرع الفلسطيني أن يفصل التحكيم الداخلي عن التحكيم الدولي والأجنبي ، بحيث يتلاءم التحكيم الداخلي مع الواقع المعاش في فلسطين، فكان من الواجب عليه أن يعالج التحكيم الداخلي (المحلي) في الفقرة الأولى من المادة 19، لأنه يفرض على هيئة التحكيم في حال لم يتفق الأطراف على قانون معين، أن تطبق القانون الفلسطيني.¹⁷²

ولدراسة القانون واجب التطبيق على الموضوع ، لا بد من تقسيمه إلى ثلاثة جوانب وهي :

أولاً: إنهاء النزاع وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف

عالج المشرع الفلسطيني حالة تفويض هيئة التحكيم إجراء الصلح بين الطرفين في المادة (36) منه والتي نصت على أنه " يحق لأطراف النزاع تفويض هيئة التحكيم بإجراء الصلح بينهم وفقاً لقواعد العدالة ويجوز لهيئة التحكيم أن تعرض بناءً على طلب أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها تسوية ودية للنزاع ".

نصت المادة (39) في الفقرة الرابعة من قانون التحكيم المصري ، وكذلك المادة 36 لـ من قانون التحكيم الاردني - حيث أن النصين متطابقين - على " يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحةً على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون".

172 - نبيل ادعيس، مرجع سابق، ص58.

أضاف المشرع المصري والأردني عبارة دون التقيد بأحكام القانون ، وهذا أمر رافقه الصواب ، ففي حال اتفق الأطراف على تفويض هيئة التحكيم بالصلح فلا داعي للتقيد بأحكام القانون ، وكان على المشرع الفلسطيني أن يسير على نفس النهج الذي سار عليه المشرع المصري والأردني .

فمقتضيات العدالة تستدعي على هيئة التحكيم استبعاد تطبيق القواعد القانونية أياً كان مصدرها باستثناء القواعد الأمرة المتعلقة بالنظام العام ، فمثل هذه القواعد يجب على هيئة التحكيم الالتزام بها حتى ولو كانت مفوضة بالصلح .¹⁷³

وتطبيقاً لذلك فإن عبء الإثبات ومحلّه وقوته وقبول الدليل فيه يخضع دائماً لقواعد موضوعية¹⁷⁴ يضمها نظام قانوني ما ، سواء تم تحديده بناءً على اتفاق الأطراف أو بواسطة هيئة التحكيم ، وسواء كان هذا النظام وطنياً أو عالمياً .¹⁷⁵

ثانياً: تحديد القانون وفقاً لإرادة الأطراف

نصت المادة 1/19 من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه " يجوز للأطراف في التحكيم الدولي الاتفاق على القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع ، فإن لم يتفقوا تطبق هيئة التحكيم القانون الفلسطيني " .

في حين جاء نص المادة 1/39 من القانون المصري¹⁷⁶ لينص على " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان ، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك " .

يلاحظ أن المشرع الفلسطيني استخدم لفظ قانون وليس قاعدة ، بعكس المشرع المصري والأردني والذان استخدموا لفظ قاعدة ، فالمشرع الفلسطيني ألزم الخصوم باختيار قانون دولة معينة ، فمنع الخصوم من المزج بين أكثر من نظام قانوني ، حتى وإن كانوا يرون أن هذا المزج أكثر ملاءمة مع الخصومة ، فالمشرع الفلسطيني في بداية النص أخضع الاتفاق لسلطان الإرادة ثم عاد وقيّد هذه

¹⁷³ - محسن شفيق ، مرجع سابق ، ص 262

¹⁷⁴ - فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 417

¹⁷⁵ - مصطفى محمد جمال ، عكاشة محمد عبد العال ، مرجع سابق ، ص 688

¹⁷⁶ - يقابله نص المادة 36/أ من قانون التحكيم الأردني

الإرادة ، وكان يتوجب عليه إطلاق سلطان الإرادة وإبقاء التقييد فيما يتعلق بالنظام العام فقط¹⁷⁷ ،
فالقاعدة التي ذكرها المشرع المصري والأردني أعم من القانون الذي ذكره المشرع الفلسطيني ،
وفي حال النص على قانون دولة معينة ، فإن هيئة التحكيم تتبع القواعد الموضوعية فيه ، دون
تطبيق قواعد تنازع القوانين .

فمحكمة التحكيم أثناء تطبيقها للقانون الذي اختاره الأطراف تقوم بتطبيق الفرع الذي يتلاءم مع
موضوع النزاع ووقائعه ، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 86 لسنة 7
جلسة 26 نوفمبر 2002، حيث جاء فيه " وكان من المقرر وحسب ما تقضي به المادة 39 من
القانون المصري أنه متى اتفق الطرفان على الموضوع محل النزاع تعين على هيئة التحكيم أن
تطبق عليه القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه أكثر اتصالاً بالنزاع ..."¹⁷⁸.

ووفقاً للمادة 1/4 من قانون التحكيم الفلسطيني ، فإن القانون الذي تم اختياره ليطبق على الموضوع
وكذلك على المسائل الموضوعية في الإثبات ، يكون واجب الاستبعاد كلما تعارض مع النظام العام
في فلسطين .

ثالثاً: تحديد القانون من قبل هيئة التحكيم في حال انعدام إرادة الأطراف

أعطى المشرع المصري وكذلك مثيله الأردني هيئة التحكيم في حال عدم اتفاق الأطراف على
القواعد الموضوعية واجبة التطبيق على النزاع ، تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى
أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع ، لكن المشرع الفلسطيني ألزم الهيئة بتطبيق القانون الفلسطيني .

من الممكن أن ترى هيئة التحكيم وهي تنتظر النزاع وتمارس سلطتها في اختيار القانون الأكثر
اتصالاً بموضوع النزاع ، إن القانون الأكثر اتصالاً هو قانون مكان إبرام العقد ، أو مكان تنفيذه ،
أو قانون الدولة التي سينفذ الحكم على أرضها ، أو قانون بلد المصدر أو المستور ، أو القانون الذي
يستفاد من ملابسات التعاقد وظروفه ، أو القانون الموضوعي للدولة التي اختار الأطراف قانونها
الإجرائي ليطبق على النزاع ، أو لغة العقد .¹⁷⁹

¹⁷⁷ - نبيل ادعيس، مرجع سابق، ص60

¹⁷⁸ - قاعدة موقع التشريعات والاجتهادات المصرية www.Arab.legal.portal.Org مشار إليه في نبيل ادعيس، مرجع سابق، ص61

¹⁷⁹ - نبيل ادعيس، مرجع سابق، ص63

ترى الباحثة أن إلزام هيئة التحكيم بتطبيق القانون الفلسطيني فيه تقييد للهيئة ، فقد ترى الهيئة أن القانون الفلسطيني ليس ملائماً للتطبيق على موضوع النزاع ، إضافة إلى أنه سيؤدي إلى النفور من اللجوء إلى التحكيم في فلسطين خاصة إذا كان القانون الذي سوف تطبقه هيئة التحكيم أكثر إنصافاً من القانون الوطني حتى للشخص الوطني نفسه ، لذا كان من الأفضل لو أن المشرع الفلسطيني أعطى هيئة التحكيم تحديد القانون مع ما يتلاءم مع موضوع النزاع.

المبحث الثاني: دور هيئة التحكيم في الإثبات

درسنا في المبحث الأول من هذا الفصل مدى حرية الأطراف في اختيار قواعد الإثبات ، وأنهم غير ملزمين باتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون البيئات ، ولهم حرية الاتفاق على إجراءات الإثبات التي يرونها مناسبة ، ولهم أيضاً الاتفاق على إضافة إجراءات أخرى غير تلك الواردة في قانون البيئات .

إن القواعد المنصوص عليها في قانون الإثبات موضوعة للتطبيق أمام القضاء ، وهي تعني بصلاحيات القاضي في مجال الإثبات ، والأصل أن يقوم الخصوم بتقديم وسائل الإثبات للمحكمة ، أو يطلبون من المحكمة مباشرتها ، إلا أن خدمة الحقيقة القضائية اقتضت تخويل المحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها باتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات فيما عدا الحالات التي ينص فيها القانون على ضرورة طلب الإجراء من الخصم كما هو الحال في الادعاء بالتزوير واليمين الحاسمة .¹⁸⁰

ويجوز للقاضي العدول عن أي إجراء من إجراءات الإثبات كان قد أمر به ، ومرد ذلك أنه بعد الأمر بهذا الإجراء قد يقدم له دليل جديد يرى فيه غنى عن الإجراء الذي أمر به ويجب على

¹⁸⁰ - مصطفى محمد الجمال ، عكاشة محمد عبد العال ، مرجع سابق ، ص 690.

المحكمة أن تبين أسباب العدول عن الإجراء الذي كانت قد أمرت به ، وللمحكمة الحرية في تقدير كل دليل أو مستند يقدم إليها ، إلا في الحالات التي يكون فيها للأدلة قوة مطلقة في الإثبات ، كما في الإقرار أو في اليمين الحاسمة ، إذ تقتصر سلطة القاضي على التحقق من وجودها ، وفي حال تعسف القاضي في تقدير كل دليل فيكون لمحكمة النقض رقابة على ذلك .¹⁸¹

يتمثل دور المحكم في إصدار حكماً فاصلاً في النزاع المعروض عليه ، لذا فإن حكم المحكم لا يصدر إلا بعد دراسة وتمحيص وهذا يتطلب قيام كل خصم بتقديم أدلته التي يرتكز عليها ، وبعد ذلك يبقى دور هيئة التحكيم في تقييم تلك الأدلة والأخذ بها أو عدم الأخذ بها .¹⁸²

لكن قد لا يقوم الخصوم بتقديم الأدلة الكافية التي تمكن المحكم من تكوين قناعته وإصدار حكمه ، فهل يحق له في هذه الحالة أن يأمر بتقديم أي أدلة ، أو أن يقوم بنفسه باتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات .

وفي حال كان له سلطة في اتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات فهل عليه واجبات في هذا المجال؟

والسلطات التي يتمتع بها القاضي التي ذكرنا مقدماً ، متوفرة للمحكم أم لا ؟

للإجابة على هذه الأسئلة سيتم دراسة هذا المبحث من خلال مطلبين :

المطلب الأول : سلطة هيئة التحكيم في مجال الإثبات

المطلب الثاني : واجبات هيئة التحكيم في مجال الإثبات

المطلب الأول: سلطة هيئة التحكيم في مجال الإثبات

يستمد المحكم سلطته وولايته من اتفاق التحكيم ، وما هو إلا فرداً عادياً من أفراد المجتمع ولا يمت للسلطة القضائية بأي صلة ويتسم عمله بالتأقيت¹⁸³ ، وأن إدارته لوسائل الإثبات أثناء سير

¹⁸¹ - مصطفى محمد الجمال ، عكاشة محمد عبد العال ، المرجع سابق ، ص 691

¹⁸² - عاشور مبروك ، مرجع سابق ، ص 287

¹⁸³ - عاشور مبروك ، مرجع سابق ، ص 287

الخصومة محلاً لمجموعة من التساؤلات منها ، هل يملك المحكم من تلقاء نفسه اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات ؟

هل يملك المحكم العدول عما أمر به من إجراءات الإثبات ؟

وغيرها من التساؤلات الأخرى التي سنحاول الإجابة عنها .

أولاً : سلطة المحكم في اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات من تلقاء نفسها .

إن القول بأن المحكم لا يملك اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات أمر لا يستقيم مع طبيعة التحكيم القضائية ، حيث أن المحكم قاضي شأنه شأن قاضي المحكمة في النزاع المنظور أمامه .¹⁸⁴

ومن الحالات التي تأمر فيها هيئة التحكيم باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات من تلقاء نفسها ، كما في حال عدم كفاية المستندات التي قدمها الخصوم لتكوين عقيدة الهيئة أو المحكم .¹⁸⁵

معظم التشريعات سارت على إعطاء هيئة التحكيم سلطة الأمر باتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات من تلقاء نفسها¹⁸⁶ ، من بينها قانون التحكيم الفلسطيني حيث نص في أكثر من مادة على سلطة هيئة التحكيم في اتخاذ إجراءات الإثبات ، منها نص المادة (1/28) والتي جاء فيها " يحق لهيئة التحكيم بناء على طلبها أو طلب أي طرف من أطراف التحكيم أن تدعو أي شاهد للحضور للشهادة أو لإبراز مستند" .

تجد الباحثة بأنه لا مثيل لهذا النص في كل من قانون التحكيم المصري وقانون التحكيم الأردني .

ونصت المادة (30) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه " يحق لهيئة التحكيم بناء على طلب أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها تعيين خبيراً أو أكثر بشأن مسألة تحدها"

ونصت المادة (1/36) من قانون التحكيم المصري والمادة (أ/34) من قانون التحكيم الأردني -
النصين متطابقين - على " لهيئة التحكيم تعيين خبير أو أكثر....."

¹⁸⁴ - نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي ، مرجع سابق ، ص373

¹⁸⁵ - عاشور ميروك ، مرجع سابق ، ص288

¹⁸⁶ - نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي ، مرجع سابق ، ص373

فالنصين لم يذكر إذا كان تعين الخبير بناء على طلب الأطراف أم بناء على طلب الهيئة ، لذلك ترى الباحثة أن كلمة لهيئة التحكيم تحتمل أن يكون ذلك بناء على طلب الأطراف أو من تلقاء نفسها إن رأيت ضرورة لذلك

ثانيا : سلطة المحكم في رفض إجراء من إجراءات الإثبات .

ذكرنا سابقا أن للمحكم سلطة اتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات ، ويستطيع أيضا رفض اتخاذ إجراءات الإثبات التي يطلبها الخصوم في حال رأى أن الإجراء المطلوب اتخاذه لن يزيد شيئا في قناعته ، أو لا يستهدف من وراء ذلك الإجراء سوى التسوية وإطالة الإجراءات¹⁸⁷ ، أو إذا رأى أن ذلك الإجراء ليس له أي قيمة¹⁸⁸ .

فهيئة التحكيم غير ملزمة بسماع جميع الشهود المطلوبين ، فمن حقها رفض سماع الشهود الذين ترى بأن شهادتهم تهدف إلى إثبات وقائع غير منتجة في الدعوى ، ويجب على المحكمين ممارسة هذا الحق بحرص شديد حتى لا يتعرض حكمهم للطعن لإخلاله بحق الدفاع ، إلا إذا كان سلوك وسيلة معينة أمرا وجوبيا أو محظورا على الهيئة عملا باتفاق التحكيم ، فالهيئة ملزمة باحترام اتفاق التحكيم باعتباره مصدر ولايتها وسلطتها¹⁸⁹ ، ومثال ذلك ما جاء في المادة 3/14 من نظام الغرفة التجارية الدولية " للمحكمة الفصل بموجب الوثائق وحدها إذا طلب الأطراف ذلك أو وافقوا عليه"¹⁹⁰ .

كذلك المادة (49) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني فقد نصت على " تستمع هيئة التحكيم لأطراف النزاع ويجوز لها أن تكتفي بتقديم المذكرات والوثائق إذا اتفقوا على ذلك " فهذا نص صريح على أن هيئة التحكيم تكتفي بنوع معين من البيانات في حال تم الاتفاق بين الأطراف على ذلك .

تجد الباحثة أن قانون التحكيم الفلسطيني لم يتضمن نصا صريحا يشير إلى أن لهيئة التحكيم الحق في رفض إجراء من إجراءات الإثبات ، لكن بالتدقيق في نص المادة (55) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون والتي نصت على أنه " لأي من أطراف التحكيم طلب تأجيل نظر النزاع مدة مناسبة

¹⁸⁷ - أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والإجباري ، الطبعة الخامسة ، دار المعارف ، الاسكندرية ، 2001 ، ص108

¹⁸⁸ - نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي ، مرجع سابق ، ص373

¹⁸⁹ - عاشور مبروك ، مرجع سابق ، ص289

¹⁹⁰ - نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية ، النظام الجديد للمصالحة ونظام التحكيم المعدل والساريان اعتبارا من أول يناير سنة

تقدرها هيئة التحكيم لتقديم ما لديه من أوراق أو مستندات أو أية ملاحظات تكون منتجة في النزاع
.....".

فعبارة تكون منتجة في النزاع تعني ضمناً بأنه إذا لم تكن إجراءات الإثبات المطلوب اتخاذها
منتجة في النزاع فيكون من حق الهيئة رفض ذلك الإجراء .

وكذلك قانون التحكيم المصري والأردني لم يتضمننا نصاً يشير إلى سلطة هيئة التحكيم في رفض
أي إجراء من إجراءات الإثبات.

لذا فإن الباحثة ترى إضافة نص يشير إلى سلطة هيئة التحكيم في رفض أي إجراء من إجراءات
الإثبات في حالات معينة منها :

1- إذا لم يكن الإجراء المطلوب اتخاذه منتجاً في النزاع .

2- إذا كان الهدف منه الإطالة والتسويق ، إلا إذا نص اتفاق التحكيم على غير ذلك .

ثالثاً : سلطة هيئة التحكيم في العدول عما أمرت به من إجراءات .

نصت المادة (6) من قانون البينات الفلسطيني على أنه " 1- يجوز للمحكمة :

أ . أن تعدل عما أمر به من إجراءات الإثبات إذا طرأت ظروف تبرر هذا العدول

ب . ألا تأخذ بنتيجة الإجراء الذي أمرت به .

2 - في الحالتين السابقتين عليها أن تبين أسباب ذلك في قرارها "

تملك محكمة الموضوع وفقاً لهذا النص أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات ، لكن شرط
أن تبين أسباب العدول ويجوز لمحكمة الموضوع أيضاً أن لا تأخذ بنتيجة الإجراء بشرط أن تبين
أسباب ذلك في حكمها¹⁹¹ ، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفلسطينية في قرارها رقم
2010/533 والصادر بتاريخ 2011/10/7 حيث جاء فيه " ولما كانت المادة 2/6 من
قانون البينات رقم 4 لسنة 2001 تجيز للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات على
أن تسبب قرارها"

¹⁹¹ - عاشور مبروك ، مرجع سابق ، ص 291

لكن هل يترتب على عدول المحكمة عما أمرت به من إجراءات الإثبات دون بيان سبب العدول بطلان ذلك الإجراء ؟

رتب بعض الفقهاء البطلان في حال عدم بيان أسباب العدول¹⁹² إلا أن محكمة النقض المصرية قضت في قرارها رقم 775 الصادر بتاريخ 1979/10/19 " بأن نص المادة (9) - والمقابل لنص المادة 6 من قانون البينات الفلسطيني - هو نص تنظيمي ولا يترتب على مخالفته البطلان ولا يعيب الحكم عدم الإفصاح صراحة في محضر الجلسة أو في مدوناته عن أسباب هذا العدول " .¹⁹³

والباحثة تؤيد ما صدر عن محكمة النقض المصرية في قرارها السابق ، فليس أبغض على نفس القاضي من إجباره على تنفيذ إجراء لم يعد له ضرورة ، إضافة إلى أنه من العبث وضياع الوقت والجهد الإصرار على تنفيذ إجراء تبين للقاضي أنه غير مجد ، وبالتالي ليس بالضرورة ترتيب البطلان في حال عدم تسبب عدول المحكمة عن أي إجراء من إجراءات الإثبات .

لكن هل ينطبق كل ما ذكر على قضاء التحكيم ؟

يمتاز التحكيم بالمرونة والسهولة واليسر ، لذا فمن باب أولى إجازة الأمور المتعلقة بالعدول عن إجراءات الإثبات أمام المحاكم على قضاء التحكيم¹⁹⁴ ، فتملك هيئة التحكيم سلطة العدول عما أمرت به من إجراءات الإثبات لكن هذا العدول ليس مطلقاً فهناك حالات لا تستطيع فيها هيئة التحكيم العدول عن إجراءات الإثبات¹⁹⁵ وهذه الحالات هي :

- أن يكون من شأن العدول مخالفة لقاعدة موضوعية في مجال الإثبات ، ويكون ذلك عندما تكون الهيئة مقيدة بمراعاة أحكام قانون الإثبات ، ويجب أن يكون تقديرها مستساغاً ومقبولاً .¹⁹⁶

2- سلطة العدول عما أمرت به الهيئة من إجراءات لا يتعدى إلى ما قد تكون المحكمة قد أصدرته من أحكام فيما يتعلق باتخاذ إجراءات الإثبات إذا كانت هذه الأحكام تتضمن قضاءً قطعياً في مسألة متعلقة بجواز الإثبات من عدمه .¹⁹⁷

¹⁹² - أحمد أبو الوفا ، التعليق على نصوص قانون الإثبات ، الطبعة الثانية ، دون دار نشر ، دون مدينة نشر ، دون سنة نشر ص64

¹⁹³ - قاعدة موقع التشريعات والاجتهادات المصرية www.Arab.legal.portal.org

¹⁹⁴ - عاشور مبروك ، مرجع سابق ، ص291

¹⁹⁵ - سيد أحمد محمود ، ورقة عمل مقدمة إلى الدورة الثالثة لتأهيل المحكمين العرب التي تنظمها الغرفة العربية للتوفيق والتحكيم في الفترة

من 25-30 مارس ، بدار الضيافة ، جامعة عين شمس ، 2006 ، ص12

¹⁹⁶ - جميل الشرفاوي ، الإثبات في المواد المدنية ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1983 ، ص26

نصت اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني على هذه القاعدة بنص صريح وواضح ، حيث جاء في المادة (58) منها على "يجوز لهيئة التحكيم أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات شريطة أن تبين أسباب العدول في محضر الجلسة " .

بالتدقيق في هذا النص نجد أنه قد أعطى الهيئة الحق في العدول عما أمرت به من إجراءات الإثبات فالأمر جوازي للهيئة ، لكن النص قد اشترط بيان أسباب العدول بحيث يترتب البطلان في حال عدم بيان أسباب العدول .

ترى الباحثة أن هذا النص هو نصاً تنظيمياً ، وليس من أجل بيان ترك الجزاء للقواعد العامة التي تستوجب تسبب الأحكام حسب ما جاء في قرار محكمة النقض رقم 775 الذي تم بيانه سابقاً، ووفقاً لما تتصف به العملية التحكيمية من سهولة ومرونة وسرعة في الإجراءات فليس بالضرورة بيان الأسباب التي حدثت بالهيئة إلى العدول عما أمرت به من إجراءات ، لذا فإن الباحثة ترى تعديل النص وذلك بحذف عبارة " شريطة أن تبين أسباب العدول في محضر الجلسة" .

نجد بأن سلطات هيئة التحكيم تتمثل بهذه السلطات الثلاثة التي تم توضيحها أعلاه ، لكن هناك سلطة رابعة وهي سلطة الأمر ، إلا أن هذه السلطة تختلف عن السلطات الثلاثة الأخرى ، ولبيان وجه الاختلاف بينها وبين السلطات الثلاثة أعلاه ، سندرسها على النحو التالي .

رابعا : تجرد هيئة التحكيم من سلطة الأمر ونطاق سلطتها في مجال الإثبات

هل تملك هيئة التحكيم سلطة الأمر التي يحوزها القاضي ؟ فهل تستطيع إجبار شاهد على الحضور أمامها مثلا ؟

تتجرد هيئة التحكيم من سلطة الأمر في مجال الإثبات التي يملكها القضاء¹⁹⁸ ، فليس للمحكمن سلطة الجبر التي للقضاء¹⁹⁹ ، والسبب في ذلك أن هيئة التحكيم تستمد سلطتها من اتفاق التحكيم

¹⁹⁷ - سليمان مرقس ، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري ، الجزء الأول ، دون طبعة ، دون دار نشر القاهرة 1980 ، ص 121

¹⁹⁸ - سيد أحمد محمود ، ورقة عمل مقدمة الدورة الثالثة لتأهيل المحكمن العرب التي تنظمها الغرفة العربية للتوفيق والتحكيم ، مرجع سابق ، ص 12

¹⁹⁹ - سامية راشد ، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصري ، 198 ، دون طبعة ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1986 ، ص 137 ،

الذي يبرم بين الأطراف المتعاقدة ، وهذه الأطراف لا تملك سلطة الأمر من حيث المبدأ ومن ثم لا تستطيع نقلها إلى غيرها ، كون فاقد الشيء لا يعطيه ، وبالتالي لا تستطيع هيئة التحكيم اتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات الذي يتطلب بطبيعته وجود سلطة الأمر .²⁰⁰

ومن الأمثلة على إجراءات الإثبات التي تحتاج إلى سلطة الأمر ، إجبار شاهد على الحضور أمام هيئة التحكيم²⁰¹ ، وقد نصت على ذلك اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني في المادة (68) حيث جاء فيها " لهيئة التحكيم أن ترجع إلى المحكمة المختصة لإجراء ما يلي :1. --- 2. --- 3. --- 4. --- 5. إصدار الأمر بتأمين حضور شاهد للمثول أمام هيئة التحكيم في التاريخ المحدد في الطلب في حالة إذا ما كان الشاهد قد رفض المثول أمام هيئة التحكيم بناء على دعوة منها --- " .

أو اتخاذ اللازم بحق من يتخلف من الشهود عن الحضور أو إذا امتنع الشاهد عن حلف اليمين ، وهذا ما نصت عليه ذات المادة من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني ، حيث جاء فيها " لهيئة التحكيم أن ترجع إلى المحكمة المختصة لإجراء ما يلي :

1- اتخاذ الإجراءات القانونية بحق من يتخلف من الشهود عن الحضور .

2- اتخاذ الإجراءات القانونية بحق الشاهد الذي يمتنع عن حلف اليمين أو أداة الشهادة".

بداية نجد أن المادة (68) من اللائحة التنفيذية قد أجابت على السؤال المتوقع طرحه وهو ما هو الحل في حال كانت هيئة التحكيم أمام إجراء من إجراءات الإثبات يتطلب سلطة الأمر أو الجبر ؟ وكانت الإجابة بأنه لا مجال أمام هيئة التحكيم إلا اللجوء إلى المحكمة المختصة .

لكن هناك عدة أسئلة تطرح حول نص المادة (68) من اللائحة وهي : هل الحالات التي ذكرت في هذه المادة هي على سبيل الحصر أم المثال وهل هناك حالات أخرى ؟

من هي المحكمة المختصة المقصودة في نص المادة (68) ، ومن الذي يرجع إلى المحكمة ؟ وما مصير خصومة التحكيم أثناء اللجوء لقضاء الدولة في حال واجهت هيئة التحكيم أي إجراء بحاجة إلى سلطة الأمر ؟

²⁰⁰ - أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ، ص247

²⁰¹ - عاشور مبروك ، مرجع سابق ، ص292

للإجابة على السؤال الأول المطروح ، تجد الباحثة بأن نص المادة 68 قد ابتدأ بعبارة: لهيئة التحكيم أن ترجع إلى المحكمة المختصة لإجراء ما يلي :1- 2- 3- 4- 5- 6- 7.

ذكرت هذه المادة الحالات التي يجوز فيها للهيئة الرجوع إلى المحكمة المختصة ، والذي يفهم منه بأنها جاءت على سبيل الحصر، وبالتدقيق في هذه الحالات تجد الباحثة بأن هناك أيضا حالات أخرى تتطلب سلطة الأمر ، منها إجبار الغير الذي ليس بطرف في خصومة التحكيم على تقديم مستند تحت يديه يخدم إبقاء الخصومة التحكيمية²⁰² ، أو الحكم على أحد الخصوم بغرامة لصالح الخزينة العامة.²⁰³

فماذا تستطيع هيئة التحكيم العمل في مثل هاتين الحالتين ؟ في ضوء نص المادة (68) من اللائحة التنفيذية والتي حددت الحالات التي يجوز فيها الرجوع إلى المحكمة المختصة .

فهل تقوم هيئة التحكيم بإنهاء الخصومة التحكيمية في حال كانت تتوقف على مثل هذين الإجرائين أو أحدهما ؟

لذا فإن الباحثة ترى ضرورة تعديل نص المادة 68 من اللائحة التنفيذية بعبارات لا تدع مجالاً للشك بأن الحالات التي نصت عليها هي على سبيل المثال وليس الحصر ، مثل " لهيئة التحكيم أن ترجع إلى المحكمة المختصة في حالات منها".

وفيما يتعلق بالمحكمة المختصة التي نصت عليها المادة (68) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني ، فقد نصت المادة (1) من قانون التحكيم الفلسطيني بأن المحكمة المختصة هي " المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع المعروض على هيئة التحكيم إذا كان التحكيم محلياً وإن كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين : فهي محكمة البداية التي يجري التحكيم ضمن اختصاصها المكاني ، وإن كان التحكيم أجنياً فالمحكمة المختصة في تسجيل قرار التحكيم وتنفيذه هي محكمة البداية في القدس عاصمة دولة فلسطين أو في المقر المؤقت في غزة " .

في حين نصت المادة (9) من قانون التحكيم المصري على أنه " 1- يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع

²⁰² - عاشور مبروك ، مرجع سابق ، ص293

²⁰³ - أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ص247

، أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواء جرى في مصر أو في الخارج ، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر " .

ونص قانون التحكيم الأردني في المادة (2) منه على أن المحكمة المختصة هي " محكمة الاستئناف التي يجري ضمن دائرة اختصاصها التحكيم ما لم يتفق الطرفان على محكمة استئناف أخرى في المملكة " .

تجد الباحثة اختلافاً بين قانون التحكيم الفلسطيني والمصري والأردني ، حيث أن الفلسطيني والمصري فرقا بين التحكيم المحلي والدولي ، والفلسطيني فرق بين التحكيم الدولي والأجنبي ، في حين لم يفرق قانون التحكيم الأردني فيما إذا كان التحكيم محلياً أو دولياً ، وجعل المحكمة المختصة في جميع الحالات هي محكمة الاستئناف التي يجري ضمن اختصاصها التحكيم إلا في حال اتفق الأطراف على محكمة أخرى .

لكن ما هي الغاية من اللجوء إلى المحكمة المختصة ؟ وهل يواجه المحكم صعوبة في اللجوء إلى المحكمة المختصة ؟

الغاية تسهيل الإجراءات أمام المحكم لأن المحكم لا يستطيع تنفيذ قراراته وفقاً لنص القانون إلا عن طريق المحكمة ، وأن المحكم هو طريق بديل عن القاضي الطبيعي تسهياً للإجراءات والوقت ، واستناداً لهذا المعنى منح القانون الصلاحية للمحكم أن يطلب تنفيذ ما يراه مناسباً عن طريق المحكمة المختصة كإجبار الشهود على الحضور وتنفيذ القرارات المؤقتة .²⁰⁴

لكن من الذي يرجع إلى المحكمة المختصة ، المحكم أم الخصم ؟

لقد اختلفت النظم القانونية بخصوص هذا الشأن ، فالبعض أناطها بهيئة التحكيم كما في القانون الإسباني²⁰⁵ ، وكذلك قانون التحكيم الفلسطيني حيث جاء نص المادة (68) من اللائحة التنفيذية واضحاً عندما نص على أنه " لهيئة التحكيم أن ترجع إلى المحكمة المختصة لإجراء ما يلي "

في حين أن نظاماً أخرى تقرر ذلك للخصوم دون سواهم كما في النظام الألماني²⁰⁶ .

²⁰⁴ - المحامي هاشم القواسمة ، رئيس مركز التحكيم الفلسطيني الدولي . بلدية الخليل ، الخميس الموافق 2011/7/21 ، الساعة 11 و5 دقائق

²⁰⁵ - عاشور مبروك ، مرجع سابق ، ص 294

²⁰⁶ - عاشور مبروك ، المرجع سابق ، ص 294

إلا أن الباحثة ترى أن بإمكان كل من المحكم أو هيئة التحكيم والخصوم اللجوء إلى المحكمة المختصة للحصول على المساعدة المطلوبة ، إلا في حال تم الاتفاق على قصر مثل هذه الوسيلة على أحد الخصوم فقط ، أو على هيئة التحكيم.

لذا فإن الباحثة ترى ضرورة تعديل نص المادة (68) ليعطي مثل هذا الحق للهيئة وللخصوم وذلك بإضافة عبارات منها " لهيئة التحكيم أو الأطراف الرجوع إلى المحكمة المختصة لإجراء ما يلي " .

وفي حال تم اللجوء إلى المحكمة المختصة للحصول على المساعد في أي أمر يتطلب سلطة الأمر فهل تستمر هيئة التحكيم في نظر الخصومة التحكيمية أم تتوقف عن السير في الإجراءات ؟

بالرجوع إلى قانون التحكيم الفلسطيني وكذلك اللائحة التنفيذية لهذا القانون ، لم تجد الباحثة إجابة على هذا التساؤل سوى نص المادة (32) من قانون التحكيم الفلسطيني والتي نصت على (توقف إجراءات التحكيم لحين الفصل في الطعن بالتزوير إذا أثبت الطاعن أنه تقدم بادعائه إلى الجهات المختصة خلال) .

لكن المادة (46) من قانون التحكيم المصري أجابت على ذلك ، حيث نصت على أنه " إذا عرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة تخرج عن ولاية هيئة التحكيم أو طعن بالتزوير في ورقة قدمت لها أو اتخذت إجراءات جنائية عن تزويرها أو عن فعل جنائي آخر ، جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في نظر النزاع إذا رأت أن الفصل في هذه المسألة أو في تزوير الورقة أو في الفعل الجنائي الآخر ليس لازماً للفصل في موضوع النزاع ، وإلا أوقفت الإجراءات حتى يصدر حكم نهائي في هذا الشأن ، ويترتب على ذلك وقف سريان الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم " .

فإذا رأت هيئة التحكيم أن الفصل في المسألة التي تخرج عن ولايتها يتوقف عليه الفصل في موضوع النزاع فإنها تقرر وقف الإجراءات لحين صدور حكم في هذه المسألة ، وإذا رأت أن الفصل في هذه المسألة ليس ضرورياً للفصل في موضوع النزاع قررت الاستمرار في نظر النزاع ، وهذا ما نص عليه قانون التحكيم الأردني في المادة (43) .

فالمشرع الفلسطيني نص على حالة واحدة توقف فيها إجراءات التحكيم وهي حالة الطعن بالتزوير ، وترى الباحثة أن هذا قصور في قانون التحكيم الفلسطيني ، حيث أن المادة 68 من اللائحة التنفيذية

نصت على مجموعة من الحالات يتم فيها اللجوء إلى المحكمة المختصة دون أن تنص على استمرار سير إجراءات التحكيم أو وقفها .

لذا فإن الباحثة ترى إضافة نص بشكل مستقل مماثل لنص المادة (46) من قانون التحكيم المصري والمادة 43 من قانون التحكيم الأردني .

اذن تتمثل سلطات هيئة التحكيم في مجال الإثبات في الحالات التي تم ذكرها أعلاه ، لكن مقابل هذه السلطات يوجد واجبات تقع على هيئة التحكيم ، يجب على الهيئة مراعاتها حتى لا يكون حكمها عرضة للطعن ، وهذا ما سندرسه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني: واجبات هيئة التحكيم في مجال الإثبات

القرارات التي تصدر عن هيئة التحكيم تكتسب حجية الأمر المقضي به التي تحول دون عرض موضوعه من جديد أمام المحاكم ، وأن هذه الحجية تكون في حدود موضوع النزاع الذي صدر فيه القرار ومقتصرًا على أطراف المنازعة فقط ، وبالإمكان الطعن في هذه القرارات بطرق الطعن القانونية²⁰⁷، لكل ما ذكر يجب على هيئة التحكيم أن تلتزم بنفس المبادئ التي تطبق أمام محاكم الدولة في مجال الإثبات ، ولكن نظرا لالتزام المحكمين باتفاق التحكيم ، وما تتميز به الخصومة التحكيمية من المرونة والسرعة فإن هيئة التحكيم تتحلل جزئياً من بعض هذه المبادئ مع مراعاة الحد الأدنى منها.²⁰⁸

تتمثل واجبات هيئة التحكيم في احترام المبادئ الأساسية الجوهرية التي تحكم الخصومة التحكيمية ، ودرسنا في المبحث الأول مجموعة من هذه المبادئ وهي مبدأ المساواة واحترام حق الدفاع إضافة إلى مبدأ المواجهة ، إلا أن التزام هيئة التحكيم بتطبيق المبادئ الأساسية لا يقتصر على هذه المبادئ فقط ، بل هناك مبادئ أخرى تلتزم هيئة التحكيم بتطبيقها ، فما هي هذه المبادئ ؟

1- معاملة الخصوم على قدم المساواة

²⁰⁷- فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الثالثة ، ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995،

ص361

²⁰⁸- عاشور مبروك ، مرجع سابق ، ص297

يتوافر هذا الواجب في حال التزام هيئة التحكيم بتحقيق المساواة الإجرائية بين الخصوم أثناء إدارة الهيئة لوسائل الإثبات ، سبق وأن درسنا هذه المسألة ، ومنعا للتكرار وللإطالة نكتفي بالإحالة إليها²⁰⁹.

2- احترام حق الدفاع

من مظاهر احترام حقوق الدفاع حق كل خصم في تقديم دفاعه ودفوعه الإجرائية أو الدفع بعدم القبول أو الدفوع الموضوعية ، ومن أهم الدفوع الإجرائية هي الدفوع الخاصة بعدم الاختصاص بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه²¹⁰، والفصل في هذه الدفوع لا يعتبر من المسائل الأولية التي تخرج عن ولاية المحكمين²¹¹، حيث نصت المادة (16) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه :

" تختص هيئة التحكيم بالفصل بالأمور التالية :

1- المسائل المتعلقة بالاختصاص .

2- المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم .

3- الدفوع المتعلقة بالتحكيم المعروض أمامها ."

ونصت على ذلك أيضا المادة (22) من قانون التحكيم المصري ، والمادة (21) من قانون التحكيم الأردني .

حسنت ذلك أيضا قواعد اليونسترال في المادة 1/21 والتي جاء فيها " هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص في الفصل في الدفوع الخاصة بعدم اختصاصها ، وتدخل في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود شرط التحكيم أو الاتفاق المنفصل على التحكيم أو بصحة هذا الشرط أو هذا الاتفاق "²¹².

²⁰⁹ صفحة 31

²¹⁰ - سيد أحمد محمود ، مرجع سابق ، ص 14

²¹¹ - سامية راشد ، مرجع سابق ، ص 138

²¹² - قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي القرار 98/31 الذي اتخذته الجمعية العامة يوم 15 كانون الأول ، 1976 ، قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، يونسترال

يجوز كذلك لكل خصم الدفع بعدم القبول ، لعدم وجود المصلحة أو الصفة ، ويجوز لهما أيضا التمسك بالدفع الموضوعية مثل الدفع ببطان اتفاق التحكيم أو ببطان العقد الأصلي أو بالمقاصة

213 .

يجب على هيئة التحكيم احترام حق الدفاع ، حتى لو لم يتفق الخصوم على ذلك ، وينبغي على ذلك أن حكم التحكيم يبطل إذا خالف حقوق الدفاع .²¹⁴

3-عدم قضاء المحكم بعلمه الشخصي

القاعدة الأساسية أمام القضاء أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي²¹⁵ عملا بأحكام المادة (1) من قانون البيئات الفلسطيني والتي نصت على أنه " لا يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي " وهذه القاعدة إعمالا لمبدأ حياد القاضي²¹⁶ ، فلا يجوز للقاضي أن يحكم في النزاع بناء على وقائع يعلمها شخصيا بطريقته الخاصة ، دون أن يكون للأطراف دور في إقامة الدليل عليها ، ودون أن يكون قد اتخذ أي إجراء من إجراءات الإثبات لإثباتها ؛ والسبب في ذلك أن الخصوم لا يستطيعون مراقبة وجوده²¹⁷، بل يجب على القاضي أن يؤسس حكمه على مجموع الأقوال التي سمعها والمستندات التي قدمت إليه .²¹⁸

فهل المحكم يلتزم بهذا المبدأ مثل القاضي ؟ مع الأخذ بعين الاعتبار أنه في بعض الأحيان يتم اختيار المحكم بسبب معلوماته الخاصة في موضوع معين .

اختلف الشراخ في الأخذ بهذا المبدأ فيما يتعلق بخصوصية التحكيم بين مؤيد ومعارض ، فذهب البعض إلى عدم جواز حكم المحكم استنادا إلى علمه الشخصي عملا بمبدأ المواجهة والحيطة الواجب اتخاذها، في حين ذهب البعض الآخر إلى جواز ذلك بشرط عدم المساس بمبدأ المواجهة.²¹⁹

²¹³ - سيد أحمد محمود ، مرجع سابق ، ص14

²¹⁴ - حسني المصري ، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن ، دون طبعة ، دون دار نشر ، دون مدينة نشر ،

1996، ص260

²¹⁵ - نجيب عبد الله ثابت الجبلي ، مرجع سابق ، ص375

²¹⁶ - عاشور مبروك ، مرجع سابق ، ص300

²¹⁷ - مصطفى محمد الجمال ، عكاشة محمد عبد العال ، مرجع سابق ، ص691

²¹⁸ - أحمد أبو الوفا ، التحكيم في القوانين العربية ، مرجع سابق ، ص63

²¹⁹ - نجيب عبد الله أحمد ثابت الجبلي ، مرجع سابق ، ص375

وأقر الفقه بأنه لا يجوز للمحكم بأي حال من الأحوال أن يبني حكمه على معلومات أي كان مصدرها ، إلا بعد تمكين الخصوم من الإطلاع عليها ، والسماح لكل منهم بالرد عليها سواء كانت المعلومات عامة أم خاصة ، وبالنتيجة من الممكن للمحكم استخدام معلوماته الشخصية طالما أعمل مبدأ المواجهة .²²⁰

لكن في بعض الأحيان يتم اختيار المحكم بسبب معرفته الفنية في فرع معين ، فإذا حصل خلاف في القضية المعروضة على المحكم حول مسألة فنية معينة ، فهل يستطيع أن يبني رأيه معتمداً على معلوماته الفنية لترجيح رأي أحد الطرفين على الآخر ؟

يقوم المحكم باستخدام معلوماته وخبرته عند تفسيره وتقديره لوقائع القضية ، لكن ليس له أن يحكم بعلمه الخاص ، فمثل هذا القضاء يكون معتمداً على ما لم يتح للخصوم فرصة مناقشة وإبداء دفوعهم ، وبالتالي قد يكون حكمه مستنداً إلى معلومات فنية غير صحيحة ، يبني عليها البطلان لقضائه بعلمه الشخصي الذي لا

وترى الباحثة بأن اختيار الخصوم للمحكم بسبب معرفته الفنية في فرع معين من فروع المعرفة ، أو إذا تم اختياره لغير ذلك السبب لا يجيز له الحكم بعلمه الشخصي ، واحتراماً للمبادئ الأساسية التي تحكم الخصومة التحكيمية ، فلا بد من طرح كل المسائل للمناقشة والمواجهة بين الخصوم ومن ثم التوصل إلى حكم صائب وعادل .

4- ضرورة قيام هيئة التحكيم بكامل أعضائها بإجراءات الإثبات

في حالة نظر النزاع من قبل هيئة وليس من قبل محكم فرد ، فلا يجوز للهيئة أن تعقد أي جلسة من جلساتها إلا بحضور جميع الأعضاء ، ولا يجوز لها أن تنتدب عضواً منها لاتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات²²² ، لأن الأصل أن تقوم الهيئة بنفسها بإجراءات الإثبات ، إلا في حالة وجود نص قانوني يخولها ذلك .²²³

²²⁰ - عاشور مبروك ، مرجع سابق ، ص300-301

²²¹ - فتحي والي ، مرجع سابق ، ص300-308

²²² - أحمد أبو الوفا ، التحكيم بالقضاء والصلح ، دون طبعة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، دون سنة نشر ، ص236

²²³ - أحمد أبو الوفا ، التحكيم بالقضاء والصلح ، مرجع سابق ، ص309

وقضت محكمة استئناف القاهرة في الدعوى رقم 17 لسنة 114 ق في جلسة 1997/5/11 " بأنه إذا كان من الثابت أن بعض محاضر جلسات هيئة التحكيم قد تضمنت اسم رئيس هيئة التحكيم دون ذكر لأسماء باقي أعضاء الهيئة ومحاضر جلسات أخرى تضمنت اسم رئيس الهيئة وأحد الأعضاء دون ذكر للعضو الآخر ، فإن إجراءات التحكيم في هذه الحالة تكون باطلة ويجب القضاء ببطلان الحكم " .²²⁴

لكن هناك حالات يجوز فيها ندب أحد المحكمين للقيام بأي إجراء من إجراءات الإثبات وهي :

1- إذا أجمع المحكمون على اختيار محكم منهم للقيام بإجراء معين ، لا يجوز للمحكمين ندب محكم معين منهم إلا بعد القيام بإثبات ذلك في محضر الجلسة ، وبموافقة جميع الأطراف أو وكلائهم في الخصومة²²⁵ ، وفي هذه الحالة يقوم المحكم المنتدب بعرض النتيجة التي توصل إليها بعد قيامه بالإجراء المنفق عليه على هيئة التحكيم بأكملها قبل إصدارها للحكم ، وإلا فالحكم باطلا.²²⁶

2- إذا كان اتفاق التحكيم يخول ذلك الإجراء لأحد المحكمين ، يستمد المحكم ولايته وحدود تلك الولاية من اتفاق التحكيم ، ومن المعروف بأن العقد شريعة المتعاقدين²²⁷ ، وهذا ما نصت عليه المادة 1/1461 من قانون المرافعات الفرنسي والتي اشترطت ضرورة أن تتم أعمال الإثبات بواسطة جميع المحكمين ما لم يتم تفويض أحدهم في القيام بهذا في المشاركة .²²⁸

وليس لهذا النص مقابلاً في قانون التحكيم الفلسطيني والمصري والأردني ، ولا يوجد أي نص يفيد هل من الضروري قيام جميع أعضاء التحكيم بإجراءات الإثبات أم يكفي قيام أحدهم في ذلك ، لذا فإن الباحثة ترى إضافة نص مستقل لبيان كم عدد الأعضاء الواجب توافرهم للقيام بإجراءات الإثبات .

وفي حال عدم وجود أية حالة من الحالتين المذكورتين أعلاه فيجب أن يتم القيام بإجراءات الإثبات بواسطة جميع أعضاء الهيئة ، وفي حال مخالفة ذلك فلا يحكم بالبطلان لمجرد أن يثبت صاحب

²²⁴ - قاعدة موقع التشريعات والإجتهادات المصرية www.Arab.legal.portal.org

²²⁵ - فتحي والي ، مرجع سابق ، ص364

²²⁶ - أحمد ابو الوفا ، التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ، ص238

²²⁷ - عاشور مبروك ، مرجع سابق ، ص302

²²⁸ - عاشور مبروك ، المرجع سابق ، ص303

المصلحة وقوع مخالفة الهيئة ، بل يجب عليه أيضا أن يثبت أن الحكم الذي توصلت إليه الهيئة كان سيتغير لو لم ترتكب هذه المخالفة ، وهذا ما أكدته المادة (43) من قانون التحكيم الفلسطيني حيث جاء فيها " يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناء على أحد الأسباب الآتية ، إذا وقع بطلان في قرار التحكيم أو كانت إجراءاته باطلة بطلانا أثر في الحكم .²²⁹

بعد قيام الباحثة بدراسة الأصول العامة في الإثبات ، والقانون الواجب التطبيق سواء على الإجراءات أو الموضوع ، وسلطات هيئة التحكيم وواجباتها ، فما هي وسائل الإثبات التي يمكن للأطراف المتنازعة استخدامها لإثبات ادعاءاتهم ، لذا يجب دراسة وسائل الإثبات المستخدمة أمام المحكمين ، وهل نص قانون التحكيم الفلسطيني على هذه الوسائل أم لا، هذا ما سيتم دراسته في الفصل الثاني.

الفصل الثاني

أدلة الإثبات الجائز استخدامها أمام هيئة التحكيم

حدد قانون البينات الفلسطيني وسائل الإثبات التي يمكن للخصوم اللجوء إليها لإثبات الوقائع والتصرفات القانونية ، وحصر المشرع الفلسطيني أدلة الإثبات في عدة وسائل هي :

1- الأدلة الكتابية : م 8- م 67

2- شهادة الشهود : م 68- م 105

3- القرائن : م 106- م 109

4- الإقرار واستجواب الخصوم : م 115- م 130

5- اليمين : م 131- م 149 .

²²⁹ - يقابل هذا النص المادة 1/53 من قانون التحكيم المصري وكذلك المادة 7/1/49 من قانون التحكيم الأردني .

6 - المعاينة : م150 - م155 .

7 - الخبرة : م156 - م191 .

وتتحصّر أساليب الإثبات في الخصومة التحكيمية في تقديم الوثائق ، وإفادة الشهود ، آراء الخبراء ، ومعاينة الموضوع²³⁰

ذكرنا فيما تقدم²³¹ بأن هيئة التحكيم تقوم بإدارة النزاع وفقاً لما يتم تحديده من قبل إرادة الأطراف ، فإذا تم الاتفاق على إخضاع التحكيم لقانون معين فيما يتعلق بقواعد الإثبات، وجب مراعاة نصوص هذا القانون ، وإذا ترك ذلك لهيئة التحكيم فلها أن تختار قانوناً معيناً ، ولها أن تضع قواعد يتم الاتفاق عليها فيما بين الهيئة والأطراف المحتكمين .

شأن المحكم كشأن القاضي ، فالمحكم يقوم بوظيفة قضائية، من هذا المنطلق هل وسائل الإثبات المقبولة أمام القاضي ستكون مقبولة أمام المحكم ؟

هل نص قانون التحكيم على وسائل الإثبات الممكن استخدامها أمام المحكم ، أم ترك ذلك لإرادة الأطراف ولقانون البيّنات ؟

لكل ما تقدم وللإجابة عن الأسئلة المطروحة سوف يقوم الباحث بتقسيم هذا الفصل إلى الأدلة المطلقة كمبحث أول ومن ثم الأدلة المقيدة كمبحث ثاني .

المبحث الأول : الأدلة المطلقة .

المبحث الثاني : الأدلة المقيدة .

²³⁰ ALAN REDFERN MARTEN HUNTER - مرجع سابق - ص315

²³¹ - صفحة 28

المبحث الأول: الأدلة المطلقة

اختلفت تقسيمات طرق الإثبات ، حيث يقسم الفقهاء طرق الإثبات إلى عدة تقسيمات ، ويكون ذلك بالنظر إلى ثلاث اعتبارات وهي :²³²

من حيث طبيعتها إلى أدلة أصلية وتضم المعاينة والبيينة والقرائن والكتابة ، وأدلة احتياطية وتضم الإقرار واليمين .²³³

من حيث حجيتها إلى أدلة ملزمة للقاضي وهي الكتابة والإقرار واليمين ، وفي المقابل أدلة غير ملزمة وهي البيينة والقرائن والمعاينة .²³⁴

من حيث ما يجوز إثباته إلى أدلة مطلقة وتعرف بأنها الأدلة التي تثبت بها جميع أنواع الوقائع القانونية ، وتضم هذه الطائفة كلا من الكتابة والإقرار واليمين ، في مقابل الأدلة المطلقة توجد الأدلة المقيدة .²³⁵

وقد اختارت الباحثة التقسيم الثالث لهذه الأدلة .

²³² - محمد حسن قاسم ، مرجع سابق ، ص133

²³³ - سليمان مرقش ، الوافي في شرح القانون المدني مرجع سابق ، ص156

²³⁴ - محمد يحيى مطر ، مرجع سابق ، ص119

²³⁵ - سليمان مرقس ، مرجع سابق ، ص157

ولتسهيل ولتنظيم هذا المبحث سوف يتم تقسيمه إلى مطلبين ، ندرس في المطلب الأول الكتابة ، وفي المطلب الثاني الإقرار واليمين .

المطلب الأول: الكتابة

درسنا في المبحث الأول من الفصل الأول²³⁶ قواعد الإثبات ورأينا بأن منها ما هو موضوعي ومنها ما هو إجرائي ، وأن الأولى كذلك التي تتعلق بعبء الإثبات وقبول الدليل وقوته ، في حين أن الثانية تتعلق بتحقيق الدليل ، وأن القواعد الموضوعية منها ما يتعلق بالنظام العام ومنها لا يتعلق به .

وبالنسبة للأدلة الكتابية ، فالقاعدة التي تتطلب الكتابة من أجل إثبات التصرفات التي تزيد قيمتها عن حد معين ، أو تكون قيمتها غير محددة فهي قاعدة موضوعية غير متعلقة بالنظام العام ، بينما القاعدة التي تعطي للدليل الكتابي حجية مطلقة ، مستمدة من القانون ذاته فهذه هي وحدها المتعلقة بالنظام العام فلا يجوز مخالفتها وذلك بإعطاء القاضي سلطة الأخذ بها من عدمه .²³⁷

كانت البيئة الكتابية تشغل مجالاً بحذر شديد من قبل الفقهاء والذين كانوا يعتبرون أن الكتابة قابلة للتزوير والتقليد في القانون الإسلامي ، حيث أن الكتابة لم تكن منتشرة وكان من الصعب اعتبارها وسيلة أساسية من وسائل الإثبات .²³⁸ رغم أن القرآن الكريم قد أشار إلى هذه الوسيلة إذ جاء فيه ، بسم الله الرحمن الرحيم " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه " .
239 .

وفيما يتعلق بالقواعد الإجرائية في مجال الإثبات بالأدلة الكتابية فقد درسنا سابقاً بأن الأطراف المتنازعة وكذلك المحكم غير ملزمين بها ، وإنما ترك الحرية للأطراف المتنازعة في اختيار ذلك ، وأن التزام هيئة التحكيم يقتصر فقط على المبادئ الأساسية²⁴⁰ والتي تم ذكرها سابقاً²⁴¹ .

236 - صفحة 30

237 - مصطفى محمد الجمال ، عكاشة محمد عبد العال ، مرجع سابق ، ص695

238 - عبد الحميد الأحمد ، موسوعة التحكيم ' التحكيم في البلاد العربية ' الجزء الأول ، دار المعارف ، دون دار نشر ، دون سنة نشر

ص46

239 - الآية 282 سورة البقرة

240 - مصطفى محمد الجمال ، عكاشة محمد عبد العال ، مرجع سابق 695-696

241 - صفحة 30-31

تعتبر الأدلة الكتابية " المستندات والوثائق " من أكثر وسائل الإثبات استخداماً في مجال التحكيم ويعود السبب في ذلك إلى قلة تكاليف إعدادها ، وسهولة تقديمها ، وتوفير الوقت ، وعلى هيئة التحكيم في حال رغب أحد الأطراف بتقديم دليل كتابي أن تسمح له بذلك ، وتحيط الطرف الآخر علماً بذلك من أجل تمكينه من الاطلاع والرد عليه في حال رغب في ذلك .²⁴²

وظهرت عناية المشرع الفلسطيني بهذه الجزئية في نص المادة (23) من قانون التحكيم الفلسطيني حيث نصت على " 1- يجب على المدعي خلال المدة التي تحددها هيئة التحكيم أن يرسل إلى المدعى عليه وهيئة التحكيم بياناً خطياً شاملاً ادعاءاته وتحديد المسائل محل النزاع وطلباته مرفقاً معه نسخاً عن المستندات التي يستند إليها . 2- يجب على المدعى عليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ استلامه بيان المدعي ومشتملاته أن يتقدم بمذكرة جوابية وافية مرفقاً معها نسخاً عن المستندات التي يستند إليها ويرسل نسخاً من المذكرة والمستندات إلى المدعي وهيئة التحكيم . " ²⁴³

ويجوز للأطراف تقديم صور عن تلك المستندات في حال تم الاتفاق بينهم على ذلك وإلا جاز لهيئة التحكيم أن تطلب من الأطراف تقديم أصول لهذه المستندات .²⁴⁴

لكن هل تستطيع هيئة التحكيم إلزام الأطراف بتقديم مستند معين ؟ وهل تستطيع إلزام غير الأطراف بذلك ؟

نصت على هذه المسألة المادة (57) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني حيث أجازت لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الأطراف إلزام الطرف الآخر بتقديم أي مستند منتج في النزاع يكون تحت يده وذلك في الحالات الآتية :

أ- إذا كان المستند مشتركاً بينه وبين خصمه ، وبوجه خاص إذا كان المستند محرراً لمصلحة الطرفين أو كان مثبتاً لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة .

ب- إذا كان الطرف الذي يكون المستند تحت يده قد استند إليه في أي مرحلة من مراحل نظر النزاع .

²⁴² - عاشور مبروك ، مرجع سابق ، ص308

²⁴³ - يقابلها المادة 31/30 من قانون التحكيم المصري وكذلك المادة 29 من قانون التحكيم الأردني .

²⁴⁴ - المادة 3/23 من قانون التحكيم الفلسطيني ، والمادة 3/30 من قانون التحكيم المصري ، 29/ج من قانون التحكيم الأردني

ج- إذا كان المستند من الأوراق أو المستندات التي يجيز القانون مطالبته بتقديمها أو تسليمها .

تجد الباحثة أن هذا النص قد تم وضعه بصورة مطابقة لنص المادة (28) من قانون البيئات الفلسطيني ، وقد ذكرنا سابقاً بأن تطبيق قانون البيئات يرجع إلى حرية الأطراف فيما إذا اتفق على ذلك أم لا ، لذا كان الأفضل لو لم يقر المشرع الفلسطيني بتضمين هذا النص إلى قانون التحكيم الفلسطيني ، أو يمكنه القيام بذكر بعض الحالات التي يجيز القانون المطالبة بتقديم المستندات فيها، لأنه لا فائدة من ذكر النص كما هو موجود في قانون البيئات .

وجاءت الفقرة 2 من نفس المادة لتبين الشروط التي يجب مراعاتها عند إلزام أحد الأطراف بتقديم مستند تحت يده حيث نصت على أنه " يجب أن يتضمن الطلب بإلزام أحد الأطراف بتقديم ما لديه من مستندات منتجة في النزاع ما يلي : أ- أوصاف المستند ب- مضمون المستند بقدر ما يمكن من التفصيل ، ت- الواقعة التي يستدل منها على المستند ، ث- مجموع الأدلة والقرائن والظروف التي تؤيد أن المستند تحت يد الطرف الآخر ، ج- سبب إلزام الطرف الآخر بتقديم المستند الذي يكون تحت يده "

وهذه الشروط هي نفسها التي نصت عليها المادة 29 من قانون البيئات الفلسطيني .

تجد الباحثة أن المشرع الفلسطيني حسناً فعل عندما أعطى هيئة التحكيم الحق في إلزام أي من الأطراف بتقديم مستند ، لكن بما أن المشرع نص على ذلك بصورة مماثلة لما جاء في قانون البيئات فكان من الأفضل لو ترك ذلك عن طريق العودة إلى قانون البيئات.

لكن لا يجوز لهيئة التحكيم إلزام الغير والذي ليس طرفاً في الخصومة التحكيمية بتقديم مستند تحت يده حيث لا يوجد لهيئة التحكيم أية ولاية عليه ، ولكن إذا قام الغير والذي طلب منه المحكم تقديم ذلك المستند بتقديمه ، فيمكن للمحكم الاعتداد به بعد إرساله إلى الطرفين .²⁴⁵ وبالاطلاع على نص المادة 1/28 من قانون التحكيم الفلسطيني والتي تنص على أنه " يحق لهيئة التحكيم بناء على طلبها أو طلب أي طرف من أطراف التحكيم أن تدعو أي شاهد للحضور للشهادة أو لإبراز مستند "

فهذا النص أجاز لهيئة التحكيم أن تطلب من الغير والذي ليس طرفاً في الخصومة التحكيمية إبراز أي مستند ، إلا أن النص لم يعالج حالة أن رفض ذلك الغير تقديم المستند لأن هيئة التحكيم لا تملك

²⁴⁵- فتحي والي ، مرجع سابق ، ص365

سلطة إلزامه بتقديم ذلك المستند ، فهذا النص ليس له أية قوة خاصة وأنها لا تستطيع اللجوء إلى المحكمة المختصة لإصدار أمر بإلزامه بتقديم ذلك السند .

لذا ترى الباحثة بوضع هذه الحالة من الحالات التي يمكن اللجوء فيها إلى المحكمة المختصة لإجراء اللازم ، أو أن يتم شطب عبارة أو لإبراز أي مستند من نص المادة 1/28 من قانون التحكيم الفلسطيني .

لكن في حال أن كان ذلك الغير بيده سند مهم للفصل في النزاع ويعتمد عليه ، ورفض تقديمه فما الحل ؟ خاصة وأن هذه الحالة ليست من بين الحالات التي أجازت للمحكم اللجوء إلى المحكمة المختصة للقيام بذلك ، فهل يحكم بانتهاء الخصومة التحكيمية ؟

وكذلك في حال أن رفض أحد الأطراف تقديم سند موجود تحت يده في أية حالة من الحالات التي تنص عليها المادة (57) من اللائحة التنفيذية فما الحل ؟

في هذه الحالات لا تستطيع الهيئة أن تأمر أياً من الأطراف بتقديم أي مستند إذ ليس لها سلطة الأمر كما سبق أن ذكرنا ، كما أن هذه ليس من ضمن الحالات التي تستطيع الهيئة أن تلجأ فيها إلى المحكمة لاستصدار أمر بذلك ، كذلك في حال أنكر الطرف الذي طلب منه تقديم مستند ذلك المستند فماذا تستطيع هيئة التحكيم أن تعمل ؟

يرى الدكتور فتحي والي²⁴⁶ في كتابه قانون التحكيم في النظرية والتطبيق بأن الهيئة في الحالة الأولى، وهي حالة رفض الخصم تقديم ما طلب منه من مستندات بأنه يجوز لها نظر الدعوى بافتراض عدم وجود هذا المستند ، مستندا في ذلك إلى نص المادة 35 من قانون التحكيم المصري والتي نصت على " إذا تخلف أحد الطرفين عن تقديم ما طلب منه من مستندات جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات التحكيم وإصدار حكم في النزاع استناداً إلى عناصر الإثبات الموجودة أمامها " وهذا ما نصت عليه المادة 33/ج من قانون التحكيم الأردني .

بالرجوع إلى قانون التحكيم الفلسطيني وإلى اللائحة التنفيذية له تجد الباحثة بأنهما لم يتضمن أي نص مشابه لنص المادة (35) من قانون التحكيم المصري ، وأن الباحثة بالإضافة إلى عدم وجود

²⁴⁶ - فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 365

النص ليست مع الدكتور فتحي والي في رأيه المتضمن افتراض عدم وجود هذا المستند ، فلعل وجوده يؤثر تأثيراً معاكساً على الحكم .

لذا فإن الباحثة ترى بجعل نص المادة (68) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر ، أو يوضع نص مستقل يؤكد على حق هيئة التحكيم في اللجوء إلى المحكمة المختصة لاستصدار أمر في ذلك .

بينما في الحالة الثانية وهي إذا أنكر الخصم بوجود ذلك المستند فبالرجوع إلى قانون البيئات الفلسطيني ، نجده قد عالج مثل هذه الحالة في نص المادة (2/31) حيث نصت على أنه " إذا أنكر الخصم ، ولم يقدم الطالب إثباتاً كافياً لصحة الطلب ، وجب أن يحلف المنكر يمينا بأن الورقة أو المستند لا وجود له ، أو أنه لا يعلم وجوده ولا مكانه ، وأنه لم يخفه أو لم يهمل البحث عنه ليحرم خصمه من الاستشهاد به "

فهل من الممكن أن يحلف الخصم في الخصومة التحكيمية يمينا كما جاء في نص المادة 2/31 من قانون البيئات الفلسطيني.

يرى الدكتور فتحي والي²⁴⁷ في كتابه قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق بأنه لا تستطيع هيئة التحكيم فعل ذلك ، كون هيئة التحكيم لا تملك سلطة الأمر .

ترى الباحثة بأنه لا يوجد ما يمنع هيئة التحكيم من اللجوء إلى المحكمة المختصة من أجل اتخاذ الإجراء القانوني بحق ذلك الخصم في حالة إنكاره المستند قياساً على الحالة الثانية من المادة 68 من اللائحة التنفيذية والتي تجيز لهيئة التحكيم أن ترجع إلى المحكمة المختصة من أجل اتخاذ الإجراء القانوني بحق الشاهد الذي يمتنع عن حلف اليمين أو أداء الشهادة .

لذا ترى الباحثة ضرورة إضافة هذه الحالة إلى حالات المادة 68 من اللائحة التنفيذية .

لكن هل يجوز للأطراف في اتفاق التحكيم تخويل هيئة التحكيم سلطة الأمر للوصول إلى الحقيقة .

درسنا في المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الأول سلطات هيئة التحكيم ، وذكرنا بأن هيئة التحكيم تتجرد من سلطة الأمر ، كونها تستمد سلطتها وولايتها من اتفاق التحكيم الذي يبرم

²⁴⁷ فتحي والي ، مرجع سابق ، ص365

بين الأطراف ، كون الأطراف لا يملكون سلطة الأمر من حيث المبدأ ، ومن ثم لا يستطيعون نقلها إلى غيرهم كون فاقد الشيء لا يعطيه .

حيث أن الأطراف أنفسهم يفتقدون إلى مثل هذه السلطة فلا يستطيعون الاتفاق على نقلها إلى هيئة التحكيم وبالتالي فإن الباحثة لا تؤيد ما جاء على لسان الدكتور فتحي والي في كتابه قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق في الصفحة 366، والذي أجاز للأطراف الاتفاق في مشاركة التحكيم على تخويل هيئة التحكيم سلطة إلزام أي من الأطراف بتقديم مستند تحت يده .

لكن قد يقوم أحد الأطراف بتقديم مستند عرفي ويدعي صدوره من خصمه ، وينكر ذلك الخصم توقيعه عليه ، ويدعي أحد الخصمين بتزوير مستند معين مقدم لهيئة التحكيم فهل تتولى هيئة التحكيم التحقيق في ذلك ؟

تجد الباحثة أن نص المادة (16) من قانون التحكيم الفلسطيني ذكر اختصاصات هيئة التحكيم والتي من بينها الدفوع المتعلقة بالتحكيم المعروف أمامها ، ألا يعتبر جرد الورقة العرفية المقدمة في الخصومة التحكيمية من الدفوع المتعلقة بالتحكم المعروف على الهيئة ؟

ترى الباحثة بأن قيام أحد الطرفين بجحد مستند عرفي مقدم إلى الهيئة من الدفوع المتعلقة بالتحكيم وبالتالي يكون للهيئة أن تتخذ الإجراءات اللازمة للتحقق من صحة توقيعه فيستطيع المحكم أن يقوم بالتحقيق بالمضاهاة ، وكذلك سماع الشهود واتخاذ ما يلزم لتحقيق الخطوط²⁴⁸، أو إحالة المستند إلى خبير أو أكثر للتحقق من الكتابة أو التوقيع ، دون التزام الهيئة بالتنظيم الإجرائي الذي نص عليه قانون الإثبات .²⁴⁹

حيث أن جرد الورقة العرفية يعتبر دفعاً موضوعياً ، وأن الفقرة 4 من نص المادة 16 من قانون التحكيم الفلسطيني جاءت عامة ، أي اشتملت على الدفوع الشكلية والموضوعية .

بينما في حالة الادعاء بتزوير مستند مقدم إلى هيئة التحكيم تختلف عن الحالة الأولى حيث جاء نص المادة 32 من قانون التحكيم الفلسطيني واضحاً وصريحاً فقد نص على أنه " إذا طعن أمام

²⁴⁸ - شريف الطباخ ، التحكيم الاختياري والإجباري في ضوء القضاء والفقه ، الطبعة الأولى ، دار الفكر والقانون ، دون دار نشر ، 2008

ص172

²⁴⁹ - فتحي والي ، مرجع سابق ، ص366

هيئة التحكيم بالتزوير في مستند جوهري ومرتبب بموضوع النزاع فيكلف الطرف الطاعن بإثبات طعنه أمام الجهات المختصة "

فهذا الإدعاء يخرج عن ولاية هيئة التحكيم²⁵⁰ ، ويكون على هيئة التحكيم في هذه الحالة وقف إجراءات التحكيم وذلك لحين الفصل في الطعن بالتزوير ، بشرط أن يثبت الطاعن أنه تقدم بادعائه إلى الجهات المختصة خلال أسبوع من تاريخ تكليفه بذلك .

لكن قد تجد الهيئة بأن ذلك المستند المدعى بتزويره غير لازماً للفصل بالخصومة التحكيمية ، فلماذا يكون لازماً عليها أن توقف إجراءات التحكيم ؟

على الهيئة أن تتحقق أولاً إذا كان المستند المدعى بتزويره لازماً للفصل في الخصومة أم لا ، قبل أن تقضي بوقف الإجراءات ويكون تقدير لزوم المستند من عدمه من ضمن السلطة التقديرية لهيئة التحكيم ، فإن رأت لزومه أوقفت السير في الدعوى ، دون أن يخل ذلك بحق الطرف المتمسك بتزوير المستند بدعوى أصلية أمام المحكمة المختصة .²⁵¹

وهذا ما نصت عليه المادة (46) من قانون التحكيم المصري حيث نصت على أنه " إذا عرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة تخرج عن ولاية هيئة التحكيم أو طعن بالتزوير في ورقة قدمت لها، جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في نظر موضوع النزاع إذا رأت أن الفصل في تزوير الورقة ليس لازماً للفصل في موضوع النزاع ، وإلا أوقفت الإجراءات حتى يصدر حكم نهائي في هذا الشأن)²⁵²

لذا ترى الباحثة أن المشرع الفلسطيني لم يكن موفقاً في استخدام عبارة توقف إجراءات التحكيم ، وترى بأنه من الأفضل استخدام عبارة يجوز لهيئة التحكيم وقف إجراءات التحكيم لحين الفصل في الطعن بالتزوير .

ويكون طلب وقف الإجراءات في معظم الأحيان بناء على طلب أحد الخصوم ، وللهيئة الحرية في الإجابة من عدمها ، ولكن في حالة أن استجابت وقامت بوقف الإجراءات ، فإن قرارها غير قابل للطعن ، وفي حال رفضت واستمرت في الإجراءات وأصدرت حكماً في الموضوع فإن قرارها

²⁵⁰ - فتحي والي ، مرجع سابق ، ص366

²⁵¹ - فتحي والي ، مرجع سابق ، ص366-367

²⁵² - يقابلها نص المادة 43 من قانون التحكيم الأردني

يكون قابلاً للطعن بالبطلان وذلك لمخالفته للنظام العام ، حيث أن القاعدة بأن الجزائري يعقل المدني ، متى كان هذا الحكم يتناقض مع الحكم في الدعوى الجنائية .²⁵³

المطلب الثاني: الإقرار واليمين

يعتبر الإقرار واليمين أدلة مطلقة من حيث قوتها، وهي صالحة للإعفاء من إثبات أي واقعة مادية أو تصرف قانوني ، والبعض يضعها من ضمن طرق الإعفاء من الإثبات ، وحجتها مقصورة على الخصمين وغير متعدية إلى الغير.²⁵⁴

ويتضمن هذا المطلب وسيلتين من وسائل الإثبات، وهي الإقرار ومن ثم اليمين، حيث سندرس كل منهما على النحو الآتي :

أولاً: الإقرار

عرفت مجلة الأحكام العدلية الإقرار في المادة 1572 بأنه " إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر ، ويقال لذلك مقر ولهذا مقر له وللحق مقر به "

ويقصد به أيضاً : اعتراف مقصود من شخص بواقعة يترتب عليها أثر قانوني في مواجهته، ويكون ذلك غالباً بالتسليم بما يدعيه الخصم ، والإقرار بواقعة متنازع عليها ، فهذا دليل قاطع على ثبوتها وقد يصدر الإقرار من الشخص مباشرة وقد يصدر نتيجة مناقشة الخصم له أو من خلال الاستجواب ، وإذا صدر الإقرار أمام القضاء أثناء سير الدعوى متعلقاً بإحدى وقائعها كنا أمام

²⁵³- مصطفى محمد الجمال ، عكاشة محمد عبد العال ، مرجع سابق ، ص699

²⁵⁴- قدرى عبد الفتاح الشهاوي، الإثبات مناطه وضوابطه في المواد المدنية والتجارية في التشريع المصري والمقارن، دون طبعة ، ،

منشأة المعارف ،الإسكندرية، 2002 ص375

إقرار قضائي ، وإذا صدر خارج جلسة القضاء أو في دعوى أخرى لا تتعلق بموضوع النزاع كنا أمام إقرار غير قضائي.²⁵⁵

ويعرف أيضاً بأنه " اعتراف الخصم بواقعة أو عمل قانوني مدعى بأي منهما عليه "²⁵⁶

ولا يعتبر إنشاء الحق كالاقرار به ، فإنشاء الشخص لحق في ذمته بتصرف قانوني أو بواقعة قانونية لا يكون إقراراً ، ومثال ذلك ، عندما يلتزم المشتري بدفع الثمن ، وفي حال كتب المدين إقراراً على نفسه بذات الحق ، فإنه لا ينشئ حقاً في ذمته ، ولكن يقر بوجود هذا الحق بعد أن نشأ ، فإعداد الدليل على منشئ الحق إما أن يكون معاهداً لنشوئه أو بعد ذلك بوقت قليل .²⁵⁷

وقد قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 45 لسنة 35 ق جلسة 1979/1/11 ، " أن الإقرار بالملكية في ورقة عرفية لا تنتقل به الملكية ولا يصلح سنداً لرفع دعوى تثبيت هذه الملكية ، وعلّة ذلك عدم انتقالها في العقار إلا بالتسجيل وانطواء طلب الحكم بصحة ونفاذ الإقرار على التسليم بثبوت الملكية المنازعة فيما أقر به مخالفة الحكم المطعون به هذا النظر ، واتبع قضاؤه بصحة ونفاذ الإقرار موضوع النزاع ، باعتباره سنداً للملكية صالحاً للتسجيل والشهر فإنه يكون قد خالف القانون "²⁵⁸

يعتبر الإقرار تصرفاً قانونياً صادراً بإرادة منفردة من جانب المقر ، ويجب أن يتوافر في المقر أهلية التصرف في الحق الذي يرد عليه الإقرار²⁵⁹ ، وهذا ما نصت عليه المادة (1/119) من قانون البيئات الفلسطيني، حيث جاء فيها " يشترط أن يكون المقر عاقلاً بالغاً غير محجور عليه ، فلا

²⁵⁵- محمد حسين منصور، قانون الإثبات "مبادئ الإثبات وطرقه، الكتابة، البيعة، القرائن، الإقرار، حجية الأمر المقضي، اليمين، المعاينة، الخبرة، دون طبعة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1998ص201

²⁵⁶ - نص المادة 115 من قانون البيئات الفلسطيني ، وقد عرفت محكمة النقض المصرية الإقرار في الطعن رقم 173 سنة 57 جلسة 1992/4/9 بأنه " اعتراف الشخص بواقعة من شأنها أن تنتج ضده آثار قانونية بحيث تصبح في غير حاجة إلى إثبات ويحسم النزاع بشأنها"

²⁵⁷ - نبيل ادعيس، مرجع سابق، ص110

²⁵⁸ - قاعدة موقع التشريعات والاجتهادات المصرية www. Arab legal portal . org مشار إليه في قدي الشهوي ، مرجع سابق ص376

²⁵⁹ - نبيل ادعيس، مرجع سابق، ص110

يصلح إقرار الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه ، ولا يصلح على هؤلاء إقرار أوليائهم أو أوصيائهم والقوام عليهم إلا بإذن من المحكمة".²⁶⁰

ويجب أن تكون إرادة المقر معبراً عنها ، والتعبير إما أن يكون صريحاً على سبيل الجزم واليقين ، وإما أن يكون ضمنياً ، فالإقرار بعدم وفاء الدين يستفاد ضمناً من التمسك بتقادمه أو الإبراء منه ، وجرى قضاء محكمة النقض المصرية على أن الأصل في الإقرار أن يكون صريحاً ولا يجوز قبول الإقرار الضمني ما لم يقدّم دليل يقيني على وجوده ومرماه²⁶¹، إضافةً إلى ضرورة أن يكون تعبير المقر عن إرادة جدية وحقيقية لا يشوبها عيب من عيوب الرضا ، فالإقرار الصادر نتيجة لعبث شاب إرادة المقر يجوز إبطاله.²⁶²

وتناولت المادة 2/1/116 من قانون البينات الفلسطيني أنواع الإقرار، حيث نصت في الفقرة الأولى منها على: " يكون الإقرار قضائياً إذا تم الاعتراف بالواقعة أو العمل المدعى به أمام القضاء أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة أو العمل".

ويشترط في الإقرار القضائي أن يصدر من الخصم المقر²⁶³، أو من وكيله أمام جهة قضائية ، سواء جهة قضاء عادي أو استثنائي ، طالما كانت هناك دعوى مطروحة أمام المحكمة أو أمام هيئة التحكيم ، ويجب أن يكون الإقرار خلال إجراءات هذه الدعوى.²⁶⁴

ولأن الإقرار يصدر من المقر بعد تفكير وروية ، ومعرفة بالنتائج المترتبة عليه، فإنه يعتبر حجة على المقر ما لم يكذبه ظاهر الحال²⁶⁵، وهذا ما أشارت إليه محكمة استئناف رام الله في استئناف مدني رقم 2004/11 والصادر بتاريخ 2004/6/5، والذي جاء فيه " وأن هذا الإقرار حجة قاصرة على المقر"،²⁶⁶ كما أنه يعتبر حجة على الخلف العام دون أن يمتد إلى

260- المادة 1573 من مجلة الأحكام العدلية

261- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني مرجع سابق، ص594-596

262- أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1984، ص4

263- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني مرجع سابق، ص633

264- نبيل ادعيس، مرجع سابق، ص111

265- المادة 117 من قانون البينات الفلسطيني

266- موقع المقتفي

سواهم²⁶⁷، ولذلك لا يجوز الرجوع عن الإقرار إلا لخطأ في الواقع على أن يثبت المقر ذلك²⁶⁸، ويعتبر الإقرار الذي يقع في غير مجلس القضاء أو الذي يصدر في دعوى أخرى إقراراً غير قضائي، ولا يجوز إثباته بشهادة الشهود ما لم تسبقه قرائن قوية تدل على وقوعه²⁶⁹، ومن أمثلة الإقرار غير القضائي الإقرار الذي يصدر في الدعوى أمام خبير من أحد الخصوم قبل إدخاله أو تدخله في هذه الدعوى.²⁷⁰

وقد يكون الإقرار غير القضائي مكتوباً أو شفويّاً، فإن كان شفويّاً وأنكره من نسب إليه، فيجب على الخصم الآخر أن يقيم الدليل على صدوره ممن نسب إليه، ويجوز للمقر أن يعترف بالإقرار الشفوي الصادر من خارج القضاء أمام القضاء، فيبقى الإقرار غير القضائي إقراراً غير قضائياً ثابتاً بإقرار قضائي، ويكون أثره محصوراً في هذا النطاق.²⁷¹

يجوز تجزئة الإقرار في حال انصب على عدة وقائع، وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى.²⁷²

ويخضع الإقرار غير القضائي لسلطة القاضي في تقدير قوته في الإثبات، حيث قضت محكمة النقض المصرية في نقض مدني 41 لسنة 21 ق جلسة 1970/2/4 "الإقرار المكتوب الذي يصدر في غير مجلس القضاء لا يكون ملزماً حتماً، بل يخضع لتقدير قاضي الموضوع الذي يحق له مع تقدير الظروف التي صدر فيها أن يعتبره دليلاً كاملاً أو مبدأً ثبوت بالكتابة أو مجرد قرينة، كما يجوز ألا يأخذ به أصلاً".²⁷³

ويملك المحكم الأخذ بالإقرار القضائي وكذلك الإقرار غير القضائي وفقاً للشروط والضوابط المقررة في القانون.²⁷⁴

²⁶⁷ - أحمد عبد العال أبو قرين، الجامع في أحكام الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة،

1990-1991، ص156

²⁶⁸ - المادة 1/121 من قانون البينات الفلسطيني

²⁶⁹ - المادة 2/116 من قانون البينات الفلسطيني

²⁷⁰ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني مرجع سابق، ص694

²⁷¹ - قدرى الشهواني، مرجع سابق، ص382

²⁷² - المادة 118 من قانون البينات الفلسطيني

²⁷³ - قاعدة موقع التشريعات والاجتهادات المصرية www.Arab.legal.portal.org

²⁷⁴ - شريف الطباخ، مرجع سابق، ص174

لكن قد يصدر الإقرار من الخصم بعد أن يتم استجوابه ، فهل تملك هيئة التحكيم استجواب أي من الخصوم ؟

لهيئة التحكيم أن تطلب حضور الخصوم أو أحدهم لاستجوابه بشأن أي مسألة من المسائل التي يثيرها النزاع²⁷⁵، بالرغم من أنها وسيلة إثبات نادرة الاستعمال من حيث الواقع ، كون الخصوم يمثلون بأنفسهم أمام هيئة التحكيم طوعاً واختياراً ، إلا أن ذلك لا يحول دون قيام الهيئة باستجواب الخصوم إذا استدعت الظروف ذلك .²⁷⁶

والاستجواب إما أن يكون من الهيئة نفسها ، أو بناءً على طلب الخصوم ويجب أن يكون الخصم الذي تم استدعاؤه للاستجواب كامل الأهلية ، وإن كان عديم الأهلية أو ناقصها جاز للمحكمة استجواب من ينوب عنه ، وجاز لها مناقشته هو إن كان مميزاً في الأمور المأذون فيها²⁷⁷، وفي جميع الأحوال يجب أن يكون المراد استجوابه أهلاً للتصرف في الحق المتنازع فيه²⁷⁸، ويجب أن يحضر الخصم المطلوب استجوابه بنفسه وأن يجيب على الأسئلة الموجهة إليه، وتدون الأسئلة والأجوبة بالتفصيل والدقة بمحضر الجلسة ثم يعاد تلاوتها ويوقع عليها رئيس المحكمة وال كاتب والمستجوب²⁷⁹، ومثل هذه الأحكام وإن كانت تخضع لأحكام الإجراءات من حيث جواز الاتفاق على خلافها ، أو من حيث سلطة هيئة التحكيم في استبدالها بغيرها إلا أنها ضرورية لتتبع مسار الاستجواب ونتيجة لذلك من الصعب الاتفاق على خلافها أو عدم تقيد هيئة التحكيم بها.²⁸⁰

وفي حال تخلف الخصم عن حضور الاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانوني ، جاز للمحكمة أن تقرر قبول الإثبات بشهادة الشهود أو القرائن فيما لا يجوز قبولها فيه أصلاً.²⁸¹

²⁷⁵ - مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص702

²⁷⁶ - عاشور مبروك، مرجع سابق، ص306

²⁷⁷ - المادة 122 والمادة 1/124 من قانون البينات الفلسطيني

²⁷⁸ - المادة 3/124 من قانون البينات الفلسطيني

²⁷⁹ - المادة 123 والمادة 1/128 من قانون البينات الفلسطيني

²⁸⁰ - مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص703-704

²⁸¹ - مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، المرجع سابق، ص703

ثانياً: اليمين

تعرف اليمين بأنها " إخبار عن أمر مع استشهاد الله عز وجل على صدق الخبر ، ويؤديها الشهود قبل أداء شهاداتهم ، كما أنها توجه إلى أحد الخصوم عندما يحتاج خصمه الدليل على دعواه "282 كما تعرف بأنها " استشهاد الله عز وجل على قول الحق مع الشعور بهيبة المحلوف به والخوف من عقابه "283

وتنقسم اليمين إلى يمين قضائية ويمين غير قضائية ، والأولى هي التي تؤدي في مجلس القضاء ، في حين أن الثانية هي التي تؤدي في غير مجلس القضاء ، وقد أشارت إلى ذلك التقسيم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 152 لسنة 54 ق .جلسة 9-4-1990 ، حيث قررت " بأن اليمين هي إشهد الله عز وجل على قول الحق وقد تكون قضائية تؤدي في مجلس القضاء أو غير قضائية تحلف في غير مجلس القضاء باتفاق الطرفين ، وتعتبر الأخيرة نوعاً من التعاقد يخضع في إثباته للقواعد العامة ، ويعتبر حلفها واقعة مادية تثبت بالبينه والقرائن " .284

ولكن ما هي قيمة اليمين غير القضائية ؟

نشير بداية إلى أن قانون البينات الفلسطيني لم يشر إلى اليمين غير القضائية ، وفي حال تم حلف اليمين غير القضائية يترتب عليها جميع آثار اليمين القضائية ، وتحديد اليمين الحاسمة ، فيعتبر الحالف محقاً في دعواه وخصمه مبطلاً فيها ، وإذا لجأ أي من الأطراف إلى القضاء فلا يتوجب عليه إلا إثبات حصول الحلف أو النكول ، وقد أشارت إلى ذلك محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 152 لسنة 54 ق جلسة 9-4-1990 (والذي درسناه سابقاً)285 حيث جاء فيه ".....ومتى تم حلفها من أهل لها ترتبت عليها جميع آثار اليمين القضائية حتى حسم النزاع ومنها حجيتها في مواجهة من وجهها إلى خصمه " .286

وتنقسم اليمين القضائية إلى قسمين وهما :

282- المحامي هشام زوين -موسوعة المحامي في الأدلة رؤية علمية وعملية مستحدثة ومدعمة بخبرات خمسون عاماً لأدلة الإثبات والنفي في جميع المواد المدنية والتجارية ، شروح وتعليقات ووقوع ومذكرات متخصصة وصيغ ، المجلد الثالث الطبعة الأولى 2008 المكتب الدولي للموسوعات القانونية ، الإسكندرية ، ص106
283- نبيل محمود عبد الحافظ ادعيس ، مرجع سابق ، ص106
284- هشام زوين ، مرجع سابق ، ص106
285- صفحة 86
286- هشام زوين ، مرجع سابق ، ص108

أ- اليمين الحاسمة : وقد عرفت المادة (131) من قانون البينات الفلسطيني اليمين الحاسمة بأنها " هي التي يوجهها أحد الخصوم إلى خصمه في المسائل المتنازع عليها أو في أية مسألة منها ليحسم بها نزاعاً قائماً "

ويتم توجيه اليمين الحاسمة من الخصم إلى خصمه ، وليس من حق القاضي توجيه هذه اليمين ، ولكنه يستطيع أن يمنع توجيهها إذا كان هناك تعسفاً في استخدامها²⁸⁷، ويكون الخصم متعسفاً في توجيهها إذا تبين للقاضي أن القصد من توجيهها هو إحراج من وجهت إليه ، باستغلال ما قد يتعرض له بسبب تدينه مثلاً ،²⁸⁸ ويوجه الخصم اليمين الحاسمة عند عجزه عن إثبات حقه حسماً للنزاع²⁸⁹ ، ويجوز توجيه اليمين الحاسمة في أية مرحلة كانت عليها الدعوى .

وإذا حلف من وجهت إليه اليمين الحاسمة خسر من وجهها دعواه ، وإن نكل عنها كسبها من وجهها ، ويجب أن توجه اليمين إلى الخصم نفسه ولا يجوز توجيهها إلى وكيله نيابة عنه ، ويمكن توجيهها من الممثل القانوني إذا كان الخصم غير كامل الأهلية أو كان شخصاً معنوياً ، ويشترط فيمن يوجه اليمين ومن توجه إليه اليمين أن يكون متمتعاً بأهلية التصرف في الحق الذي تتصل به الواقعة محل اليمين .²⁹⁰

يجب فيمن يوجه اليمين أن يبين الوقائع التي يريد استحلاف خصمه عليها بدقة ، وأن يحدد صيغة اليمين التي يريد منه حلفها ،²⁹¹ وفي حال أراد الخصم توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه لتقرير حقوق الملكية في الأموال غير المنقولة التي تمت تسويتها ، فهل يجوز ذلك ؟

لقد أجابت على ذلك محكمة النقض الفلسطينية في قرارها الذي يحمل الرقم 2008/43 حيث جاء فيه ".....ومن ناحية أخرى فإن النعي على محكمة الموضوع بعدم السماح بتوجيه اليمين الحاسمة في الدعوى ينبع من ذات المفهوم لحكم القانون الذي لا يجيز أيضاً اللجوء إلى اليمين الحاسمة لتقرير حقوق الملكية ، خاصة في الأموال غير المنقولة التي تمت تسويتها....."

²⁸⁷ - نبيل محمود عبد الحافظ ادعيس ، مرجع سابق ص107

²⁸⁸ - داوود سليمان محمد الدرعاوي ، موقف القاضي من الأدلة الملزمة في الإثبات " دراسة مقارنة " رسالة ماجستير غير منشورة ، مقدمة لجامعة القدس ، 2003 ص 167

²⁸⁹ - المادة 1/132 من قانون البينات الفلسطيني، وتقول في ذلك محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم 1980/6 "على المحكمة أن تفهم المدعي أنه عاجز عن إثبات الواقعة التي أراد إثباتها قبل إصدار الحكم ، ليكون له الحق في طلب تحليف خصمه اليمين الحاسمة في هذا الشأن ، ويكون إصدار الحكم قبل إقرار هذه الواقعة حقيقياً بالنقض"

²⁹⁰ - مصطفى محمد الجمال .د.عكاشة محمد عبد العال ، مرجع سابق ، ص704

²⁹¹ - المادة (136) من قانون البينات الفلسطيني

لكن هل يملك الأطراف توجيه اليمين الحاسمة أمام هيئة التحكيم ؟

تعتبر اليمين الحاسمة من أقل وسائل الإثبات استخداماً في العملية التحكيمية²⁹² ، ويجوز للأطراف الاتفاق على عدم قبول اليمين الحاسمة كدليل في الإثبات حتى في الحالات التي يجوز فيها توجيهها أصلاً ، وفي حال تم الاتفاق على توجيهها فيجب على هيئة التحكيم الامتنثال لها.²⁹³ وإذا أقيمت دعوى جنائية حول كذب اليمين الحاسمة أثناء سير الإجراءات ، فيجب على هيئة التحكيم أن توقف السير في الإجراءات لحين صدور حكم في الدعوى الجنائية .²⁹⁴

ب_ اليمين المتممة : وتعرف " بأنها اليمين التي توجهها المحكمة - محكمة الموضوع - من تلقاء نفسها إلى أي من الخصوم"²⁹⁵

فاليمين المتممة لا توجه إلا من قبل المحكمة ، لكن هل يجوز للخصم أن يتقدم بطلب إلى القاضي من أجل توجيه اليمين المتممة إلى خصمه ؟

ليس هناك ما يمنع من أن يتقدم الخصم بطلب إلى القاضي طالباً منه توجيه اليمين المتممة إلى خصمه ، وللقاضي حرية تقدير الاستجابة من عدمها .²⁹⁶

واليمين المتممة لا تقيد القاضي ولا الخصوم ، فيستطيع القاضي أن يرجع عن توجيهها ، وهو غير ملزم بالحكم لمصلحة من حلفها أو من نكل عنها ، وكذلك الخصوم فيستطيع كل منهم أن يثبت عكس دلالتها²⁹⁷ ، وقد أشارت محكمة النقض المصرية إلى ذلك في الطعن رقم 242 سنة 61 ق جلسة 13-1-1995 حيث قررت " اليمين المتممة ليست إلا إجراء يتخذه القاضي من تلقاء نفسه رغبة منه في تحري الحقيقة ثم يكون له من بعد اتخاذها سلطة مطلقة في تقدير نتيجتها ، فهي ليست حجة ملزمة للقاضي بل له أن يأخذ بها بعد أن يؤديها الخصم أو لا يأخذ بها "²⁹⁸.

²⁹² - عاشور مبروك ، مرجع سابق ، ص306

²⁹³ - مصطفى محمد الجمال ، عكاشة محمد عبد العال ، مرجع سابق ، ص70

²⁹⁴ - نبيل محمود عبد الحافظ ادعيس ،؟ مرجع سابق ، ص108

²⁹⁵ - المادة 1/146 من قانون البينات الفلسطيني-

²⁹⁶ - مصطفى محمد الجمال ، عكاشة محمد عبد العال ، مرجع سابق ، ص706

²⁹⁷ - جميل الشرفاري ، الإثبات في المواد المدنية ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1983 ، ص200

²⁹⁸ - مشار إليه في هشام زوين ، مرجع سابق ، ص120 .

والغرض من اليمين المتممة إنارة القاضي وإراحة ضميره عندما تكون الأدلة المقدمة في الدعوى غير كافية للفصل فيها²⁹⁹ ، لذلك يشترط في توجيه اليمين المتممة ألا يكون في الدعوى دليل كامل ، وألا تكون خالية من أي دليل³⁰⁰ ، وهذا ما أشارت إليه محكمة النقض الفلسطينية في قرارها رقم 2010/285 والذي جاء فيه " كما نشير إلى أن مبدأ توجيه اليمين المتممة يعتمد على توافر أمرين :1- الا يكون في الدعوى دليل كامل على الواقعة المدعى بها

2- الا تكون الدعوى خالية من أي دليل"³⁰¹

ولا يجوز لمن وجهت إليه اليمين أن يردّها على الخصم الآخر³⁰² ، وذلك لأن القاضي هو الذي يوجهها وهو الذي يحدد أي من الخصوم يجب عليه حلفها³⁰³ .

لكن هل يجوز لهيئة التحكيم توجيه اليمين المتممة لأي من أطراف الخصومة التحكيمية ؟

تستطيع هيئة التحكيم توجيه اليمين المتممة مباشرة لأي من الخصوم كونها تقوم بتكملة النواقص في الإثبات لبيان الحقيقة³⁰⁴ ، ويجوز للأطراف الاتفاق على عدم قبول اليمين في الإثبات كون قبول الدليل ليس في النظام العام . ولكن إذا تم الاتفاق على قبولها فلا يجوز لهيئة التحكيم الخروج عن حجبتها وشروط توجيهها ، وكذلك الأطراف لا يجوز لهم الاتفاق على خلاف ذلك كون حجبتها وشروط توجيهها هي من القواعد المتعلقة بالنظام العام³⁰⁵ .

²⁹⁹ - هشام زوين ، المرجع سابق ، ص121

³⁰⁰ - المادة 1/146 من قانون البينات الفلسطيني

³⁰¹ - موقع المقتفي ، منظومة التشريعات الفلسطينية

³⁰² - المادة 147 من قانون البينات الفلسطيني

³⁰³ - نبيل ادعيس ، مرجع سابق ، ص109

³⁰⁴ - نبيل ادعيس ، المرجع السابق ، ص109

³⁰⁵ - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال ، مرجع سابق ، ص706-707

المبحث الثاني: الأدلة المقيدة

درسنا في المبحث الأول من هذا الفصل الأدلة المطلقة ، وقد ذكرنا أنه في مقابلها يوجد الأدلة المقيدة ، أو الأدلة ذات القوة المحدودة ، وتعرف بأنها الأدلة التي تقبل لإثبات بعض الوقائع سواء كانت وقائع مادية أو تصرفات قانونية دون بعضها الآخر³⁰⁶ ، ومثالها البيينة والقرائن والمعابنة

307 .

ندرس هذا الموضوع في مطلبين يتناول البيينة والقرائن كمطلب أول ، ومن ثم المعابنة والخبرة كمطلب ثاني .

المطلب الأول: البيينة والقرائن

ندرس في هذا المطلب نوعين من الأدلة الجائز استخدامها أمام هيئة التحكيم وهي البيينة والقرائن والتي سيتم دراستها على النحو الآتي :

أولا : البيينة

عرفت مجلة الأحكام العدلية البيينة في المادة 1676 بأنها " الحجة القوية "

لكن هل يقصد بالبيينة في هذا المقام الشهادة ، أم يقصد بها معناها العام ؟

البيينة لها معنيان :

³⁰⁶ - محمد حسن قاسم ، مرجع سابق ، ص135

³⁰⁷ - سليمان مرمش ، الوافي في شرح القانون المدني مرجع سابق ، ص157

1- معنى عام : ويقصد به الدليل أي كان كتابة أو شهادة أو قرائن ، فقاعدة البينة على من ادعى واليمين من أنكر يقصد بها البينة بمعناها العام .³⁰⁸

2- معنى خاص : ويقصد به شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة الأخرى .³⁰⁹

ونحن نقصد بالبينة هنا معناها الخاص أي بمعنى الشهادة .

ويقصد بالشهادة : "إخبار الإنسان في مجلس القضاء بحق لغيره على غيره"³¹⁰

وتحتل الشهادة الصدق أو الكذب ، ولكن يرجح الصدق فيها كون الشاهد يحلف على صدق ما يقول ، ولا مصلحة له في الكذب لأنه يشهد بحق لغيره على غيره ، مما يجعل شهادته قرينة قوية على صحة ما يقول ، وبالرغم من ذلك فإن احتمال الكذب فيها لا ينتفي انتفاء تاما .³¹¹

وتتاول قانون البينات الفلسطيني الشهادة في المواد (68- 105) لكن هل اكتفى المشرع الفلسطيني بما جاء في قانون البينات أم أنه تناول الشهادة في قانون التحكيم ؟

تعتبر الشهادة من وسائل الإثبات التي يمكن استخدامها أمام هيئة التحكيم ، حيث تلجأ إليها الهيئة في حال عدم كفاية المستندات التي تحت يدها لتكوين عقيدتها .³¹²

لكن هل الهيئة ملزمة بسماع الشهود فقط في حال كانت تحت يدها مستندات ، وأن هذه المستندات غير كافية لتكوين عقيدة هيئة التحكيم ؟

بالرجوع إلى نصوص قانون التحكيم الفلسطيني ، يجد الباحث أن نص المادة (28) جاء مطلقا حيث أعطى للهيئة الحق في طلب أي شاهد للحضور للاستماع إلى شهادته .

تملك هيئة التحكيم طلب الشهود من أجل سماع أقوالهم ، بناء على طلبها أو طلب الأطراف³¹³ ، حيث نصت المادة 1/28 من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه "يحق لهيئة التحكيم بناء على طلبها أو طلب أي طرف من أطراف التحكيم أن تدعو أي شاهد للحضور للشهادة أو لإبراز أي مستند" .

³⁰⁸ - عبد الحميد الشواربي ، الإثبات بشهادة الشهود وفي المواد المدنية والتجارية والجنائية والأحوال الشخصية ، دون طبعة ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 1996ص144 .

³⁰⁹ - عبد الحكيم فوده ، الشهادة في المواد المدنية والتجارية ، دون طبعة ، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع ، المنصورة ، 2006 ، ص8

³¹⁰ - سليمان مرقس ، مرجع سابق، ص1

³¹¹ - محمد حسين قاسم ، مرجع سابق ، ص297 .-

³¹² - عاشور مبروك ، ص308 .-

فمن حق المحكم أن يدعو أي شاهد إذا احتاج شهادته في أي وقت .³¹⁴

وفي حال امتنع الشاهد عن الحضور أو حضر وامتنع عن الإجابة فلهيئة التحكيم اللجوء إلى المحكمة المختصة³¹⁵ ، وجاء نص المادة 2/28 من قانون التحكيم الفلسطيني لينص على الحالة الأولى وهي امتناع الشاهد عن الحضور حيث جاء فيه " يحق لهيئة التحكيم إذا رفض الشاهد المثل أمام هيئة التحكيم أن تطلب من المحكمة المختصة إصدار أمر بتأمين حضوره في التاريخ المحدد للطلب "

ونصت المادة (68) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني على الحالة الثانية وهي حالة حضور الشاهد وامتناعه عن أداء الشهادة بأن هيئة التحكيم تستطيع اللجوء إلى المحكمة المختصة حيث جاء فيها " لهيئة التحكيم أن ترجع إلى المحكمة المختصة لإجراء ما يلي 1. 2. اتخاذ الإجراء القانوني بحق الشاهد الذي يمتنع عن أداء الشهادة" .

جاءت الفقرة الخامسة من نص المادة 68 لتتنص على " لهيئة التحكيم أن ترجع إلى المحكمة المختصة لإجراء ما يلي..... 5- إصدار الأمر بتأمين حضور شاهد للمثل أمام هيئة التحكيم في التاريخ المحدد للطلب في حالة إذا كان هذا الشاهد قد رفض المثل أمام هيئة التحكيم بناء على دعوة منها " .

حيث أن نص المادة (2/28) من قانون التحكيم الفلسطيني قد تعامل مع هذه الحالة ، لذا ترى الباحثة بأنه لا ضرورة للفقرة الخامسة من نص المادة 68 من اللائحة التنفيذية ، كون المادة 2/28 من قانون التحكيم الفلسطيني قد نصت على نفس المضمون .

وكذلك الحال إذا كان الشاهد يقيم خارج دائرة اختصاص المحكمة وكان من غير الممكن إحضاره أمام هيئة التحكيم فيحق لهيئة التحكيم اللجوء إلى المحكمة المختصة من أجل إصدار قرار بالإنابة في سماع أقواله وهذا ما نصت عليه المادة (29) من قانون التحكيم الفلسطيني ، وجاءت المادة 68 من اللائحة التنفيذية في الفقرة الرابعة منها لتتنص على نفس ما نصت عليه المادة 29 ، لذا ترى الباحثة بضرورة حذف الفقرة الرابعة من المادة (68) من اللائحة التنفيذية .

³¹³ - محمود السيد عمر التحيوي ، مرجع سابق ، ص238

³¹⁴ - محمود السيد التحيوي ، المرجع سابق ، ص194

³¹⁵ - محمد ماجد عباس خلوصي ، نبيل محمد عباس ، المطالبات ومحكمة التحكيم وقوانين التحكيم العربية ، الطبعة الأولى ، 1993 ، ص64

ذكرنا في بداية هذا المطلب بأن الشهادة تحتل الصدق أو الكذب ، ولكون الشاهد يؤدي شهادته تحت القسم فيرجح الصدق .

والسؤال الذي يطرح هنا هل تقوم هيئة التحكيم بتحليف الشهود اليمين عند الإدلاء بالشهادة ؟

بالتدقيق في نصوص قانون التحكيم الفلسطيني نجده قد خلا من أي نص يلزم هيئة التحكيم بتحليف الشهود عند الإدلاء بالشهادة ، ولكن في المقابل نجد أن المادة 68 فقرة (2) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون قد نصت على " لهيئة التحكيم أن ترجع إلى المحكمة المختصة لإجراء ما يلي 2- اتخاذ الإجراء القانوني بحق الشاهد الذي يمتنع عن حلف اليمين أو أداء الشهادة ."

فهذا النص يفهم منه ضمناً أن الهيئة تقوم بتحليف الشهود اليمين عند الإدلاء بالشهادة ، وفي حالة امتنع أحدهم عن الحلف جاز للهيئة أن تلجأ للمحكمة المختصة لإجراء اللازم ، ويكون سماع الشهود بعد أداء اليمين وفق الصيغة التي تقرها هيئة التحكيم .

نص قانون التحكيم المصري على أن سماع الشهود يكون بدون أداء اليمين³¹⁶ ، حيث نصت المادة 4/33 منه على " ويكون سماع الشهود والخبراء بدون أداء اليمين " .

ونص قانون التحكيم الأردني على أن للمحكم تحليف الشهود اليمين وكل من أدى شهادة كاذبة أمام المحكم في مسألة جوهرية يعتبر أنه ارتكب جرم الشهادة الكاذبة ويجوز التحقيق معه ومحاكمته³¹⁷ . وذلك تطبيقاً لنص المادة 32/د من قانون التحكيم الأردني .

فلماذا نهج المشرع المصري مثل هذا النهج ، ونص على أن سماع الشهود يكون بدون أداء اليمين لقد نهج المشرع المصري مثل هذه القاعدة نظراً لتجرد هيئة التحكيم من سلطة الأمر ، حيث أن هيئة التحكيم لا تملك سلطة الأمر التي يملكها القاضي .

بالتدقيق في نص المادة 32/د من قانون التحكيم الأردني تجد الباحثة بأن القاعدة العامة هي سماع الشهود بعد أداء اليمين ، لكن لا يمنع ذلك من سماعهم بدون حلف اليمين ، كون المشرع الأردني استخدم كلمة يكون ، في حين نص المادة 4/33 من قانون التحكيم المصري جعل القاعدة العامة هي سماعهم بدون حلف اليمين ، إلا أن ذلك لا يمنع من سماعهم بعد حلف اليمين .

³¹⁶ - منير عبد المجيد ، المرجع ، ص 509

³¹⁷ - عبد الحميد الأحمد ، مرجع سابق ، ص 73 .

ترى الباحثة أن تحليف اليمين للشهود لا يتضمن أي سلطة أمر ، وأن سماع الشهود بدون حلف اليمين لا يكون فيه أي مجال لترجيح الصدق على الكذب ، وبالتالي لا فائدة من سماعهم بدون حلف اليمين، ويرى أيضا أن يكون حلف اليمين للشهود أمراً وجوبياً .

وفي حال سماع الشهود في الخصومة التحكيمية بدون حلف اليمين ، هل يكون لذلك أي أثر على العملية التحكيمية ؟

أجابت على ذلك محكمة دبي في قرارها رقم 2002\503 الصادر بتاريخ 2004/5/15 حيث جاء فيه " أن النص على وجوب حلف اليمين هو من النظام العام ، والذي لا يجوز مخالفته ، وأبطلت حكم التحكيم الذي صدر بناء على شهادة أحد الشهود دون تحليفه اليمين على أساس بطلان إجراءات التحقيق أثر في الحكم، وقد رفضت المحكمة جميع حجج الدفاع ، والتي كان من بينها أن الأطراف قد اتفقوا على الاستماع لشهادة الشاهد دون حلف اليمين " .³¹⁸

والباحثة يؤيد ما صدر عن محكمة تمييز دبي، وترى ضرورة تضمين نص لقانون التحكيم الفلسطيني يفيد بوجوب الاستماع إلى شهادة الشهود بعد أداء القسم ، وليس فقط الإشارة إلى ذلك في نص المادة (68) من قانون اللائحة التنفيذية .

لكن هل الخصم يمكن أن يكون شاهداً ؟

لقد أجابت على ذلك محكمة النقض الفلسطينية في قرارها رقم 2010/164 الصادر بتاريخ 2010/10/5 والذي جاء فيه "وإن كان الخصم لا يعد شاهداً ولا يجوز سماع شهادته سنداً للمادة 1700 من مجلة الأحكام العدلية ، إلا أن ذلك ليس من النظام العام ولا تملك المحكمة أن تتصدى له من تلقاء ذاتها بل يجب أن يكون محل اعتراض من الخصوم وأن يسبق الاعتراض سماع الشهادة حتى يتم الفصل في هذه المسألة من قبل المحكمة "

ثانياً: القرائن

³¹⁸ - حمزة أحمد حداد ، التحكيم في القوانين العربية ، قوانين الإمارات والبحرين والسعودية وسوريا والعراق وقطر والكويت ولبنان وليبيا ، الجزء الأول منشورات الحلبي الحقوقية ، ص308

تعرف القرائن بوجه عام بأنها " افتراض تحقق أمر معين من تحقق أمر آخر على أساس أنه يغلب تحقق الأول إذا تحقق الثاني " ³¹⁹

وعرفتها المادة 1349 من القانون المدني الفرنسي بأنها " النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة " ³²⁰

عرفها البعض الآخر بأنها " استنباط أمر غير ثابت من أمر ثابت " . ³²¹

عرفتها المادة (106) من قانون البينات الفلسطيني بأنها " نتائج تستخلص بحكم القانون أو تقدير القاضي ، من واقعة ثابتة ومعروفة للاستدلال على واقعة غير معروفة " .

تنقسم القرائن إلى قسمين هما :

أ- القرائن القضائية : وتعرف بأنها " نتيجة يستخرجها القاضي من واقعة معلومة ، وتكون دليلا غير مباشر على واقعة غير معلومة " . ³²²

وعرفتها المادة 108 من قانون البينات الفلسطيني بأنها " هي التي لم ينص عليها القانون ويستنبطها القاضي من ظروف ووقائع الدعوى ومستنداتها بما له من سلطة تقديرية " ، فهي متروكة لتقدير القاضي يستخلصها من ظروف القضية وملابساتها ، واستنباط القاضي للقرائن القضائية يقوم على الظن والترجيح ، وبالتالي من الممكن النظر في هذا الاستنباط ، لذلك نظر المشرع بحذر إلى الاستدلالات بالقرائن القضائية ، وجعلها في الإثبات دلالة ضعيفة . ³²³

والقرائن القضائية تقوم على عنصرين الأول مادي والثاني معنوي ، والعنصر المادي يتمثل في الوقائع الثابتة في الدعوى والتي تؤكد القاضي من ثبوتها وهي التي يقوم القاضي بتفسيرها ويستنبط منها دلالة على الواقعة المراد إثباتها ، والعنصر المعنوي يتمثل في الاستنباط الذي يقوم به القاضي على أساس العنصر الأول ويعكس فطنة القاضي وذكاءه . ³²⁴

³¹⁹ - عثمان التكروري ، مرجع سابق ، ص337

³²⁰ - نبيل ادعيس ، مرجع سابق ، ص103

³²¹ - سليمان مرقس، طرق الإثبات في تقنيات البلاد العربية ، بحث مقدم لمعهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، 1974، ص73

³²² - بجاش سرحان محمد المخلافي القرائن ودورها في الإثبات ، دراسة مقارنة بين الفقه والقانون المدني ، بحث مقدم للحصول على درجة

الدكتوراه في الحقوق ، جامعة عين شمس ، ص34

³²³ - نبيل ادعيس ، مرجع سابق ، ص105

³²⁴ - سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته ، مرجع سابق ، ص81

ومثال القرينة القضائية استخلاص صورية التصرف من واقعة القرابة ، فإذا طعن الدائن في صورية تصرف صدر من مدينة واستند في تأييد ذلك إلى أن هناك علاقة قرابة بين المتصرف والمتصرف إليه ، فإذا ثبتت علاقة القرابة جاز للقاضي أن يستتبط منها قرينة على صورية التصرف .

والإثبات بالقرائن القضائية يكون في حالات معينة ، حددتها المادة 109 من قانون البينات الفلسطيني والتي تنص على أنه " لا يجوز الإثبات بالقرائن القضائية إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود....."

فنطاق القرينة القضائية يتحدد بالحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود ، فهي تعادل شهادة الشهود ، وبالتالي يجوز الإثبات بالقرائن في التصرفات المدنية³²⁵ ، التي لا تتجاوز قيمتها مائتي دينار أردني³²⁶ و أيضا في المسائل التجارية ، وكذلك في الوقائع المدنية ، ولا يجوز قبولها في التصرفات المدنية التي تجاوزت قيمتها (200) دينار أردني ولأما يخالف الثابت بالكتابة .³²⁷

ب_ القرائن القانونية : وتعرف بأنها " قواعد إثبات تعفي من تقرر لمصلحته عن تقديم الدليل
328»

عرفتها المادة 107 من قانون البينات الفلسطيني " هي التي ينص عليها القانون وهي تعفي من تقرر لمصلحته من أية طريقة أخرى من طرق الإثبات ."

تنقسم القرائن القانونية إلى قرائن قاطعة ، وقرائن قانونية بسيطة . والأولى تعفي من تقرر لمصلحه نهائياً من عبء الإثبات، والثانية لا تعفي من تقرر لمصلحه نهائياً من عبء الإثبات بل تنقل عبء الإثبات من الطرف الذي يتمسك بها إلى خصمه ويجوز نقضها بالدليل العكسي³²⁹،

325 - محمد حسن قاسم ، مرجع سابق ، ص341

326 - المادة 68 من قانون البينات الفلسطيني

327 - محمد حسن قاسم ، مرجع سابق ، ص341

328 - بجاس سرحان محمد المخلافي ، مرجع سابق ، ص35

329 - نبيل ادعيس ، مرجع سابق ، ص104

ومثالها أن الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة ، وكذلك افتراض مسؤولية حارس الحيوان وحارس الأشياء عما يصيب الغير من أضرار بسبب هذه الأشياء أو الحيوان .³³⁰

والقرائن القانونية تكون دائماً محددة بنصوص القانون وهي ملزمة للمحكم كما للقاضي .³³¹

تعتمد القرائن من قبل المحكم كما القاضي ، وتخضع للسلطة التقديرية للمحكم ، فإذا اقتنع المحكم في إثبات الحق عن طريق إثبات واقعة تؤدي إلى إثبات الأخرى وارتاح لها وأخذ بها فلا جناح عليه ، ولكن إذا كانت الواقعة تدل على شيء آخر غير ما توصل إليه فإن حكمه يكون عرضة للنقض³³² .

بالرجوع إلى قانون التحكيم الفلسطيني والمصري والأردني لا يوجد نص يشير إلى استخدام هذه الطريقة للإثبات أمام هيئة التحكيم .

المطلب الثاني: الخبرة والمعينة

يشتمل هذا المطلب على وسيلتين من وسائل الإثبات ، سيتم دراستهما كالآتي:

أولاً: الخبرة

تعتبر الخبرة من أكثر وسائل الإثبات شيوعاً ، حيث حرصت غالبية التشريعات المنظمة للتحكيم على معالجتها بنصوص خاصة ، بالرغم من أنه يتم اختيار المحكم في الغالب بسبب ما يتوفر لديه من خبرة سواء كانت قانونية أم فنية ، مما يعني الاستغناء عن اللجوء إلى أصل الخبرة إلا أن هناك حالات يتعذر فيها تحقيق ذلك ، كما في حال أن تم تعيين الخبير من قائمة معدة سلفاً كما في التحكيم المؤسسي ، فيكون المحكم الذي تم اختياره لا تتوفر فيه الخبرة اللازمة لطبيعة النزاع، وبالتالي لا مناص من اللجوء إلى الخبرة³³³ .

³³⁰ - محمد حسن قاسم ، مرجع سابق ، ص344

³³¹ - عماد زعل الجعافرة ، القرائن في القانون المدني ، رسالة ماجستير منشورة ، مقدمة للجامعة الأردنية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2001 ، ص13

³³² - نبيل ادعيس ، مرجع سابق ، ص105

³³³ - عاشور مبروك مرجع سابق ص310-311

ويجب عدم الخلط بين اللجوء إلى الخبرة والتحكيم، حيث يصف البعض اللجوء إلى الخبرة بأنه تحكيم، فالفارق بينهما أن المحكم يقوم في التحكيم بنظر النزاع والبت فيه بقرار منه ، أما الخبرة فيتم اللجوء إليها في المسائل الفنية التي تحتاج إلى متخصصين فيها ، ويقوم الخبير بتقديم رأيه لذوي الشأن من أجل الاستعانة به في حل النزاع ، وقد بين مجلس الدولة الفرنسي بأن الخبير ليس حكماً ، وأن اللجوء إلى الخبير لا يمثل لجوءاً إلى التحكيم³³⁴.

للخبراء دور أساسي في عملية التحكيم ، فكثيراً ما يتوقف الفصل في النزاع على ما ينتهي إليه الخبير في تقريره ، وهناك ما يسمى بالخبير الفني والخبير القانوني ، فكثيراً ما يتطلع المحكم إلى تقرير الخبير الفني من أجل استجلاء الحقيقة في المسائل الفنية التي لا يستطيع تكوين حكم فيها إلا من خلال ذلك التقرير ، وكثيراً ما تكون تقارير الخبرة غامضة لا تعطي رأياً واضحاً وتدع مجالاً كبيراً للافتراضات ، وهذا يخالف أدبيات التحكيم ولا جدوى من تعيين الخبير أصلاً في هذه الحالة³³⁵.

وقد تقوم المحكمة بتعيين خبراء قانونيين ويكون ذلك في حال كانت خبرة المحكمين بالقانون المطبق على النزاع محدودة وغير كافية ، وسواء كان الخبير القانوني معيناً من المحكمة أو من أطراف النزاع فيجب عليه أن يراعي أصول مهنته ويكون أميناً في الاعتراف بما يؤيد رأيه من فقه أو قضاء وما لا يؤيده³³⁶.

حسناً فعل المشرع الفلسطيني ، حيث أخذ بالفكر القانوني المعاصر والذي أجاز لهيئة التحكيم الاستعانة بأهل الخبرة ، حيث نصت على ذلك المادة 30 و31 من قانون التحكيم الفلسطيني ، فجاء في نص المادة (30) بأنه " يحق لهيئة التحكيم بناء على طلب أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها بتعيين خبيراً أو أكثر بشأن مسألة تحدها....." إذن لهيئة التحكيم أن تستعين بالخبرة ، ولها ألا تستعين بها إذا وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها ، فيدخل الأمر في سلطتها

³³⁴ -جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية،، دار النهضة العربية، القاهرة ،

1999 ، ص60

³³⁵ - المحامي وليد عناني، محاضرات في التحكيم ، محاضرات مؤتمر مراكز التحكيم العربية الذي انعقد تحت إشراف كلية الحقوق، جامعة

بيروت العربية ص43

³³⁶ - المحامي وليد عناني ، المرجع السابق، ص44

التقديرية، لكن في حال اتفاق الأطراف على الاستعانة بأهل الخبرة فهذا يصبح الأمر لزاماً على هيئة التحكيم اللجوء إلى الخبرة³³⁷.

لكن هل تلزم هيئة التحكيم عند تعيين الخبير بأن يكون من جدول الخبراء المقبولين أمام المحكمة...؟

الأصل أن تقوم المحكمة باختيار الخبير من بين الخبراء المقبولين لديها ، ما لم يقرم الأطراف باختيار خبير معين ، أو أن تكون طبيعة المهمة تتطلب اختيار خبير من خارج الجدول ، لكن لا تستطيع هيئة التحكيم السير على هذا التوجه لما فيه من تعقيد لا يتفق مع طبيعة التحكيم ، لذا يجوز لهيئة التحكيم اختيار من تراه للقيام بالمهمة المطلوبة³³⁸.

إن قرار الهيئة بالاستعانة بالخبير لا يؤدي إلى وقف ميعاد التحكيم إلا إذا اتفق الأطراف على غير ذلك ، ويمكن للأطراف الاتفاق على مد مدة التحكيم بما يوازي الفترة التي يستغرقها إعداد تقرير الخبرة³³⁹.

يرى الدكتور فتحي والي ضرورة إضافة نص إلى قانون التحكيم يقضي بعدم احتساب مدة مباشرة الخبير لمهمته ضمن ميعاد التحكيم³⁴⁰، والباحثة يؤيد الدكتور فتحي والي في ذلك ، فقد يستغرق إعداد التقرير وقتاً مما يؤدي إلى انتهاء ميعاد التحكيم دون صدور القرار المنهي للخصومة .

ويجب أن يتضمن قرار تعيين الخبير بياناً دقيقاً لمهمة الخبير والتدابير العامة التي يؤذن له في اتخاذها وتقدير الهيئة لأتعب الخبير والمدد الذي يحتملها والأمانة التي تودع لحساب مصروفات الخبير³⁴¹ ، وفي حال رفض الطرف المكلف بإيداع نفقات الخبير بإيداعها فيكون الخبير غير ملزم بأداء مهمته وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 60 من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني.

³³⁷ - فتحي والي ، مرجع سابق ص370

³³⁸ - مصطفى محمد الجمال ، عكاشة محمد عبد العال ، مرجع سابق ، ص711

³³⁹ - فتحي والي ، مرجع سابق ، ص370

³⁴⁰ - فتحي والي ، مرجع سابق ، ص370

³⁴¹ - نص المادة 60 من اللائحة التنفيذية رقم 39 لسنة 2004 لقانون التحكيم الفلسطيني

من أجل تمكين أهل الخبرة من القيام بالمهمة الموكلة إليهم وحسماً لمواطن الخلاف مع وجه السرعة نصت المادة (30) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه " على كل طرف أن يقدم إلى الخبير كل ما لديه من معلومات أو مستندات متعلقة بهذه المسألة"³⁴²

وترى الباحثة ضرورة قيام هيئة التحكيم بإرسال اسم الخبير الذي قامت بتعيينه إلى الأطراف في حال عدم وجودهم من أجل تمكينهم من ممارسة حقهم في رد الخبير إذا ما قام سبب من أسباب الرد ، فبالرجوع إلى قانون البيئات الفلسطينية فقد نصت المادة 167 على أربع حالات يجوز فيها رد الخبير .

فإذا قام سبب من أسباب الرد في حالتنا هذه (أي في حال قيام هيئة التحكيم بالاستعانة بخبير) فمن يختص بنظر دعوى رد الخبير ؟

بالرجوع إلى قانون التحكيم الفلسطيني نجد أنه لم ينص على حالات رد الخبير ، ولا على الجهة المختصة بنظر دعوى رد الخبير ، وكذلك قانون التحكيم المصري والأردني .

يجب أن يتوافر في الخبير الحيادة التامة بين الخصوم والاستقلال عن أي منهم ، ويستطيع الأطراف الاعتراض أمام هيئة التحكيم في حال قام فيه ما يحول دون استقلاله وحيده³⁴³ ، وقد يتوافر في الخبير سبباً يعتبر في نظر أي طرف من الأطراف أنه يحول دون حيده الخبير واستقلاله وعلى العكس قد لا ترى هيئة التحكيم ذلك ، لذا ترى الباحثة ضرورة تضمين قانون التحكيم الفلسطيني نصاً بين حالات رد الخبير .

وفي حال توافر أي سبب يحول دون حيده الخبير واستقلاله ، فهل يتم اللجوء إلى هيئة التحكيم أم إلى المحكمة المختصة ؟

ذهب البعض إلى أن المحكم لا يختص بنظر دعوى رد الخبير لأن الخصومة في الرد تخرج عن حدود سلطته المخولة إليه بموجب عقد التحكيم ، وأن الجهة المختصة هي المحكمة التي لها ولاية الفصل في النزاع الأصلي .³⁴⁴

³⁴² يقابلها نص المادة 2/36 من قانون التحكيم المصري والمادة 34/ب من قانون التحكيم الأردني

³⁴³ - فتحي والي ، مرجع سابق ، ص374

³⁴⁴ - مصطفى محمد الجمال ، عكاشة عبد العال ، مرجع سابق ، ص712

في حين حسم المشرع المصري والأردني ذلك الأمر ، حيث أسندا الفصل في تلك المهمة إلى هيئة التحكيم ، فقد أناطا بهيئة التحكيم سلطة الفصل في كل نزاع يقوم بين الخبير وأحد الطرفين في هذا الشأن.³⁴⁵

وفيما يتعلق بقانون التحكيم الفلسطيني والذي لم يرد فيه نص يبين من هي الجهة المختصة برد الخبير فترى الباحثة ضرورة التفرقة بين أمرين وهما :

- 1- إذا قدم طلب الرد خلال إجراءات التحكيم أي قبل صدور حكم التحكيم ، فيجب النص على ضرورة أن تكون هيئة التحكيم هي المختصة بنظر طلب رد الخبير، حيث أن تخويل الهيئة صلاحية الأمر بتعيين الخبير وصلاحية اختياره يقتضي بالضرورة تخويلها صلاحية الفصل في طلب رده ، فيما أن لها صلاحية تعيينه فالعدالة تقتضي بأن يكون لها سلطة رده .
 - 2- وفي حال أن تم كشف سبب الرد بعد صدور حكم التحكيم ، وكان ذلك الحكم قد بني على تقرير الخبير المذكور، فلا يكون أمام المحكوم عليه سوى تقديم طلب الرد إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع ، كون هيئة التحكيم قد استنفذت ولايتها ، وإذا ما قضي بالرد فإن حكم التحكيم يكون باطلاً كونه قد بني على تقرير الخبير الذي حصل رده.³⁴⁶
- نصت المادة (169) من قانون البيئات الفلسطينية على ضرورة تقديم طلب رد الخبير خلال ثلاثة أيام من تاريخ تعيينه إذا صدر بحضور طالب الرد ، أو خلال الثلاثة أيام التالية لإعلان منطوق القرار إليه.

فهل على أطراف الخصومة التحكيمية تقديم طلب رد الخبير خلال المدة المنصوص عليها في قانون البيئات؟

جاء في كتاب التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية للدكتور مصطفى محمد الجمال والدكتور عكاشة محمد عبد العال بأن هيئة التحكيم غير مقيدة بالمواعيد المحددة في قانون الإثبات لتقديم طلب رد الخبير ، ولها أن تقبله حتى لو قدم لها بعد هذه المواعيد وفي أي وقت قبل إصدار حكمها عندما يتبين لها وجود عذر مقبول لتأخر الطالب في تقديم طلبه³⁴⁷

³⁴⁵ - الفقرة الثانية من المادة 36 من قانون التحكيم المصري، والمادة 34/ب من قانون التحكيم الاردني
³⁴⁶ - أحمد أبو الوفا ، عقد التحكيم وإجراءاته ، دون طبعة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2007 ، ص268
³⁴⁷ - مصطفى محمد الجمال ، عكاشة محمد عبد العال ، مرجع سابق ، ص713

والباحثة ليست من مؤيدي الدكتور مصطفى محمد الجمال والدكتور عكاشة محمد عبد العال ، حيث ترى الباحثة بأن هناك واجب على الهيئة بأن تقوم بإعلام الخصوم اسم الخبير الذي ترغب في الاستعانة به ، وبذلك يستطيع الخصوم تقديم طلب لرد الخبير حال علمهم باسمه ، إضافةً إلى استمرار الإجراءات حتى لا تبقى عرضةً للإلغاء في أي وقت ، لذا ترى الباحثة تضمين قانون التحكيم الفلسطيني نصاً خاصاً يبين المدة التي تستطيع الهيئة خلالها قبول طلب رد الخبير المقدم من الأطراف .

درسنا بأن هيئة التحكيم لا تكون ملزمة بضرورة اختيار خبير من الخبراء المدرج اسمهم في جدول الخبراء ، ففي حال قامت بذلك واختارت اسم خبير غير مدرج في قائمة الخبراء ، فهل لها أن تقوم بتحليفه اليمين على أن يقوم بعمله بأمانة وإخلاص .

نصت المادة (162) من قانون البيئات الفلسطينية على أنه " إذا كان اسم الخبير غير مقيد في جدول الخبراء وجب عليه أن يحلف يميناً أمام المحكمة التي ندبته بغير ضرورة لحضور الخصوم بأن يؤدي عمله بالصدق والأمانة وإلا كان العمل باطلاً ويحضر محضراً بحلف اليمين يوقعه رئيس المحكمة والكاتب " .

وبالرجوع إلى قانون التحكيم الفلسطيني فإنه لا يتضمن أي نص يفيد بضرورة قيام الخبير بحلف اليمين أو عدم قيامه بذلك ، بينما نص قانون التحكيم المصري في الفقرة 4 من المادة 33 على أنه " ويكون سماع الشهود والخبراء بدون أداء اليمين" ، وقد ذكر الدكتور فتحي والي في كتابه قانون التحكيم في النظرية والتطبيق³⁴⁸ بأن الخبير لا يحلف يمينا سواء قبل مباشرته لأداء مهمته أو بعدها ، بينما يجيز الشراح في فرنسا أن يتم حلف اليمين أمام المحكم .³⁴⁹

ونصت الفقرة الرابعة من المادة 32 من قانون التحكيم الأردني على أنه " يكون سماع الشهود والخبراء بعد أداء اليمين وفق الصيغة التي تقرها هيئة التحكيم"

جاء في حديثنا عن الشهادة³⁵⁰ بأنه يجب أن يحلف الشهود اليمين حسب رأي الباحثة وذلك لأن الإنسان عندما يدلي بأقواله تكون بين الصدق والكذب ، ويعتبر أداء اليمين كوزع ديني يؤدي إلى

³⁴⁸ - فتحي والي ، مرجع سابق ، ص37

³⁴⁹ - أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ، ص254

³⁵⁰ - ص85

ترجيح الصدق على الكذب ، وكذلك الحال بالنسبة للخبراء حسب رأي الباحثة ، فالخبير عندما يدلي برأيه في مسألة معينة سواء كانت فنية أم قانونية يكون لها تأثير في قرار المحكم ، فالبعض ينتظر رأي الخبير لكي يضيء له طريق الوصول إلى الحقيقة ، والخبير إنسان أي نفس بشرية ، لذا يجب أن يحلف اليمين على أداء عمله بصدق وأمانة .

لذا ترى الباحثة تضمين قانون التحكيم الفلسطيني نصاً مماثلاً للفقرة 4 من المادة 32 من قانون التحكيم الأردني.

بعد ذلك يأتي دور الخبير في مباشرة مهمته ، وله أن يباشر عمله في حضور الأطراف أو عدم حضورهم ، فالمادة 61 من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني نصت على أنه " للخبير عند أداء مهمته أن يستمع إلى أقوال أطراف النزاع أو غيرهم.....".

استخدم المشرع كلمة (للخبير) إذن فالأمر جوازي للخبير، إما أن يقوم بأداء عمله بحضور الأطراف أو بغير حضورهم ، حيث قضي في فرنسا بأن إجراءات الخبرة تعتبر صحيحة ولو لم يكن الأطراف قد تم إخطارهم من أجل الحضور أمام الخبير عند مباشرة مهمته ، أو لم يكونوا قد شاركوا في أعماله ، إذا كانوا قد تمكنوا من مناقشة النتائج التي توصل إليها.³⁵¹

وقد تعدى الأمر قيام الأطراف بتقديم المعلومات المتعلقة بالنزاع ، إلى تمكين الخبير من معاينة وفحص ما يطلبه من وثائق أو بضائع أو أقوال أخرى متعلقة بالنزاع.³⁵²

تصل الباحثة إلى نتيجة مفادها بأن الخبير يستطيع القيام بأعمال الخبرة في غياب الأطراف إذا كان في النهاية سوف يتم تمكينهم من مناقشة الخبير في النتائج التي توصل إليها ، وإلا فلا يجوز للخبير القيام بأعمال الخبرة إلا بوجود الأطراف وإعلامهم بموعد البدء بهذه الأعمال.

وبعد أن ينهي الخبير أعماله يقدم تقريراً بأعماله ورأيه في الميعاد المحدد في قرار تعيينه³⁵³ وليس بالضرورة أن يكون التقرير المعد من قبل الخبير مكتوباً ، فقد يكون شفهياً ، حيث نصت المادة 1/36 من قانون التحكيم المصري ، والمادة 1/34 من قانون التحكيم الأردني على " لهيئة التحكيم

³⁵¹ - فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 372

³⁵² - نص المادة 34ب من قانون التحكيم الأردني ، والمادة 2\36 من قانون التحكيم المصري

³⁵³ - نص المادة 62 من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني

تعيين خبير أو أكثر لتقديم تقرير مكتوب أو شفهي يثبت في محضر الجلسة بشأن مسائل معينة تحدها "

والمادة (30) من قانون التحكيم الفلسطيني جاءت مطلقة ، حيث نصت على " يحق لهيئة التحكيم بناء على طلب أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها تعيين خبير أو أكثر بشأن مسألة تحدها " ، فالخبير الذي يتم تعيينه قد يقوم بتقديم تقرير كتابي أو شفهي .

ذكرنا في مقدمة دراستنا عن الخبرة ، بأن هيئة التحكيم قد تستعين بالخبرة الفنية أو القانونية ، ولها أن تستعين أيضاً بالخبرة العملية ³⁵⁴ ، وبالتدقيق في نص المادة (60) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني نجدها قد نصت على " لهيئة التحكيم عند الاقتضاء الاستعانة بخبير أو أكثر لتقديم تقرير فني بشأن بعض المسائل أو الوقائع الفنية والمادية المنتجة في النزاع".

لنفرض أن المحكمين من غير رجال القانون ، وعرض عليهم مسألة بحاجة إلى خبرة قانونية ، ألا يجوز لهم الاستعانة بالخبرة القانونية ، وما المانع من ذلك ؟

نجد أن القانون المصري والأردني جاء النص فيهما عاماً ، فلم يحدد خبرة فنية أم قانونية ³⁵⁵ وكذلك نص المادة (30) من قانون التحكيم الفلسطيني حيث نصت على " تعيين خبير أو أكثر بشأن مسألة تحدها....." فلماذا جاء نص المادة (60) من اللائحة التنفيذية ليقوم بتخصيص نوع الخبرة ؟

لذا ترى الباحثة شطب عبارة " لتقديم تقرير فني بشأن بعض المسائل أو الوقائع الفنية والمادية المنتجة في النزاع " وليبقى النص عاماً .

بعد أن يقوم الخبير بإيداع تقريره لدى الهيئة ، يجب عليه إرسال صورة منه إلى كل طرف ، وإتاحة الفرصة للخبير لإبداء رأيه فيه ، ويحق لكل من الطرفين الاطلاع على الوثائق التي استند إليها الخبير في تقريره ، ³⁵⁶ وهذا ما نصت عليه الفقرة 3 من المادة 36 من قانون التحكيم المصري، والمادة 34/ج من قانون التحكيم الأردني .

³⁵⁴ - فتحي والي ،مرجع سابق ، ص368

³⁵⁵ - نص المادة 36\أ من قانون التحكيم المصري ، والمادة 34\أ من قانون التحكيم الأردني

³⁵⁶ - سيد احمد محمود، نظام التحكيم "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري " ص335

لكن ما الغاية من إتاحة الفرصة للخبير لإبداء رأيه في التقرير مع أنه هو الذي أعده ، وأن هذا واجبه من ضمن المهمة الموكلة إليه ، أم أن عبارة مع إتاحة الفرصة له لإبداء رأيه فيه هي للطرفين.

نصت المادة 1/31 من قانون التحكيم الفلسطيني على " ترسل هيئة التحكيم نسخة من تقرير الخبير إلى كل طرف مع إتاحة الفرصة لمناقشة الخبير أمام هيئة التحكيم في جلسة تحددتها لهذا الغرض".

هناك واجباً على هيئة التحكيم أن تقوم بإرسال صورة عن تقرير الخبرة لكل طرف من أجل الاطلاع عليه، وتكوين رأيهم حول هذا التقرير، ولا يجوز للهيئة أن تقوم بتحديد جلسة لمناقشة الخبير إلا بعد أن تعطي للأطراف فترة زمنية للاطلاع على التقرير، ولا يجوز للهيئة أن تصدر حكماً مبنياً على تقرير الخبير دون إتاحة الفرصة للطرفين للاعتراض عليه، وإن حصل ذلك كان حكم هيئة التحكيم باطلاً وذلك لمخالفته لمبدأ المواجهة³⁵⁷ وحق الدفاع.³⁵⁸

تري الباحثة بأن هناك واجباً على هيئة التحكيم يتمثل بضرورة إرسال صورة عن تقرير الخبير لكل طرف وذلك من أجل بيان رأيه واعتراضاته على ذلك التقرير، وإذا وجدت هذه الاعتراضات تقوم الهيئة بتحديد جلسة لإتاحة الفرصة أمام الأطراف لمناقشة الخبير، فتحديد جلسة لمناقشة الخبير ليس أمراً وجوبياً على هيئة التحكيم ، وحسنا فعل المشرع المصري ونظيره الأردني عندما نص في المادة 4/36 على " ولهيئة التحكيم بعد تقديم تقرير الخبير أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد طرفي التحكيم عقد جلسة لسماع أقوال الخبير مع إتاحة الفرصة للطرفين لسماعه ومناقشته بشأن ما ورد في تقريره....." ³⁵⁹.

في حين نص المشرع الفلسطيني في المادة (31) على أنه " ترسل هيئة التحكيم نسخة من تقرير الخبير إلى كل طرف مع إتاحة الفرصة لمناقشة الخبير أمام هيئة التحكيم في جلسة تحددتها لهذا الغرض"

لكن من الممكن أن يكون الأطراف غير راغبين في مناقشة الخبير، فهل لزاماً على الهيئة أن تعقد جلسة لمناقشة الخبير؟

³⁵⁷ - فتحي والي ، مرجع سابق ،ص372

³⁵⁸ - مصطفى محمد الجمال ، عكاشة محمد عبد العال ، مرجع سابق ، ص714

³⁵⁹ - يقابله المادة 34د من قانون التحكيم الأردني.

لذا ترى الباحثة ضرورة الاستعاضة عن نص المادة 31 من قانون التحكيم الفلسطيني بنص مماثل المادة 36\4 من قانون التحكيم المصري .

يجوز لهيئة التحكيم الاستعانة بأكثر من خبير لإبداء الرأي في مسألة معينة ، وفي حال تعدد الخبراء فيجب على المحكمة أن تبين طريقة عملهم منفردين أو مجتمعين³⁶⁰، وقد أجاز قانون التحكيم الفلسطيني في نص المادة 31\2 " للأطراف الحق في تقديم خبير أو أكثر من طرفه من أجل إبداء الرأي حول المسائل التي تناولها تقرير الخبير الذي عينته هيئة التحكيم"³⁶¹ وفي حال حصل نقص في تقرير الخبير، أو غفل عن معالجة جزئية معينة فإن نص المادة (63) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني عالجت ذلك حيث جاء فيها "يجوز لهيئة التحكيم أن تكلف الخبير تقديم تقرير تكميلي لتدارك أي نقص أو قصور في تقريره السابق".

والسؤال الذي يدور حول تقرير الخبير هو هل يكون ذلك التقرير بما تضمنه من نتائج ملزماً لهيئة التحكيم؟

إن الإجابة على هذا السؤال تكمن في نص المادة (63) من اللائحة التنفيذية والتي جاء فيها ".....وفي جميع الأحوال لا تكون هيئة التحكيم مقيدة برأي الخبير" حيث يخضع رأي الخبير لسلطة المحكم التقديرية ، فمهمة الخبير ليست مهمة قضائية وبالتالي لا يكون رأيه ملزماً للمحكمين ولا يجوز تفويضه لإصدار الحكم كون ذلك يخرج عن صلاحياته واختصاصاته.³⁶²

ثانياً : المعاينة

تعتبر المعاينة - كونها وسيلة من وسائل الإثبات - أفضل طريق للوصول للحقيقة ، إلا أنها لا تتوفر إلا نادراً ، فالغالب أن يكون محل النزاع وقائع مضت ولم يعد في الإمكان معاينتها ، وكونها تتطلب إماماً بمعلومات فنية قد لا تتوفر للقاضي ، لذا قد يعهد إلى أحد الخبراء لإجراء المعاينة والمفروض أن هؤلاء الخبراء محل ثقة سواء من ناحية الصدق أو الكفاءة الفنية ، ولكن قد يحصل غير ذلك ، لذا كانت معاينة أهل الخبرة أقل من معاينة القاضي ضماناً للوصول إلى الحقيقة .³⁶³

³⁶⁰ - نص المادة 62 من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني .

³⁶¹ - يقابلها نص المادة 36\4 من قانون التحكيم المصري والمادة 34\د من قانون التحكيم الأردني .

³⁶² - نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي ، مرجع سابق ، ص 377

³⁶³ - سليمان مرقس ، أصول الإثبات وإجراءاته مرجع سابق ، ص 152

وقد قررت محكمة النقض المصرية في قرارها نقض مدني 16 أبريل 1970 " إن طلب الانتقال إلى محل النزاع لمعاينته هو من الرخص القانونية لمحكمة الموضوع فلا عليها إن لم تستجب إلى ذلك متى وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لاقتناعها بالفصل فيها".³⁶⁴

أحاط المشرع الفلسطيني المعاينة بإجراءات تكفل سلامتها، ونص على هذه الإجراءات في المواد من 150 إلى 155 من قانون البيئات الفلسطيني، لكن هل تعتبر المعاينة ضمن وسائل الإثبات التي يمكن استخدامها بواسطة هيئة التحكيم؟ وهل تناول قانون التحكيم الفلسطيني إجراءات المعاينة بالتنظيم؟

لم يتناول قانون التحكيم الفلسطيني إجراءات المعاينة بوصفها أحد إجراءات الإثبات، ولكن نصت اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني في المادة (64) منها على " لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد أطراف النزاع أن تقرر الانتقال لمعاينة بعض الوقائع أو المسائل المنتجة في النزاع التي يكون متنازعا عليها، وتحرر هيئة التحكيم محضرا بإجراءات المعاينة".

فالمعاينة وسيلة من وسائل الإثبات الممكن استخدامها بواسطة هيئة التحكيم، فبإمكانها أن تقرر سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم الانتقال إلى مكان معين وذلك من أجل معاينة بعض الوقائع.³⁶⁵

تتم المعاينة في الجلسة في حال تعلق الأمر بمنقول، مثل معاينة قطعة من الإسمنت ما يمكن نقله إلى الجلسة، وقد تجري المعاينة بعد الانتقال إلى المحل الموجود فيه الشيء المطلوب معاينته مثل معاينة سد مائي.³⁶⁶

والانتقال للمعاينة يتم بقرار من هيئة التحكيم، بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسها³⁶⁷

يجب على هيئة التحكيم إخطار الطرفين بوقت كاف قبل ميعاد المعاينة أو الفحص وذلك حتى يتمكنوا من الحضور وقت إجرائها³⁶⁸، ويعتبر إعلان الأطراف بميعاد ومكان إجراء المعاينة هو تطبيق لمبدأ المواجهة، ومن الأفضل أن تجري المعاينة في حضور الأطراف، إلا أنه قد يتعذر تواجدهم

³⁶⁴ - مشار إليه في سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني مرجع سابق، ص152

³⁶⁵ - عاطف الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، ص436

³⁶⁶ - فتحي والي مرجع سابق، ص376

³⁶⁷ - مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص707

³⁶⁸ - مادة 2\16 من قواعد اليونسترال

، خاصة إذا كانت المعاينة تجري في دولة غير الدولة التي يتواجد فيها الأطراف ، وفضل الأطراف مباشرتها بواسطة هيئة التحكيم على أن تحيطهم علماً بما ستنتهي إليه لعدم مشاركتهم لها بالرغم من إعلامهم بمكان وزمان المعاينة ، مع مراعاة أن من حق الأطراف في جميع الأحوال مناقشة الهيئة فيما توصلت إليه من نتائج.³⁶⁹

وسواء جرت المعاينة بحضور الأطراف أو بغير حضورهم ، فيجب على هيئة التحكيم أن تقوم بتحرير محضراً بإجراءات المعاينة ، وفي حال عدم قيامها بتحرير محضراً بهذه الإجراءات ، فإن المعاينة تكون باطلة ، وكذلك الحكم الذي استند إلى هذه المعاينة ويؤيدنا في ذلك قرار محكمة استئناف القاهرة الصادر بجلسة 2003/5/28 في الدعوتين رقمي 71 و72 لسنة 119 تحكيم حيث تضمن " إذا كان من الثابت أن هيئة التحكيم قد قامت بمعاينة الأرض محل النزاع ، ومن ثم استندت في حكمها إلى هذه المعاينة ، إلا أنها لم تقم بتحرير محضراً بالأعمال المتعلقة بتلك المعاينة ، واكتفى رئيس هيئة التحكيم بإرسال خطاب إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي يشير فيه إلى وقوع المعاينة وما تم فيها ، وكان هذا الخطاب لا يعتبر محضراً وذلك لخلوه من بيان حضور كاتب وتوقيعه إلى جانب رئيس هيئة التحكيم كذلك خلوه من بيان الأعمال المتعلقة بالمعاينة والوقائع التي أثبتتها وملاحظات الهيئة ومشاهدتها ، والحال التي كانت عليها الأماكن موضوع المعاينة ، كما خلا من بيان ماهية الأسئلة والاستيضاحات التي طرحتها الهيئة على الطرفين وإجاباتهم على كل منها ، وبالنتيجة فإن المعاينة تكون باطلة، وحكم التحكيم الذي استند إلى هذه المعاينة يكون باطلاً لوقوع بطلان في الإجراءات أثر في الحكم " ³⁷⁰.

ومما ينبغي الإشارة إليه أن هيئة التحكيم تستطيع رفض الانتقال إلى المعاينة ، إلا أنها مقيدة بذكر أسباب الرفض، حتى وإن كانت قد قررت الانتقال للمعاينة ووجدت فيما بعد أن أوراق الدعوى تكفي لتكوين قناعتها للفصل في النزاع لها أن تعدل عن قرارها في الانتقال للمعاينة ، حيث أنها لا تنتقد بهذا القرار مع بيان أسباب العدول.³⁷¹

³⁶⁹ - عاشور مبروك ، مرجع سابق ، ص315-316

³⁷⁰ - قاعدة موقع التشريعات والاجتهادات المصرية ، www.Arab.legal.portal.org ، مشار إليه في فتحي والي ، مرجع سابق ،

ص367

³⁷¹ - عاشور مبروك ، مرجع سابق ، ص316

النتائج والتوصيات

وجد القانون من أجل تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع ، ويترتب على ذلك ضرورة أن تتلاءم النصوص القانونية مع وضع المجتمع الذي سنت من أجله ، وقد تناول الباحث في هذه الدراسة إجراءات الإثبات أمام المحكمين كدراسة مقارنة بين كل من قانون التحكيم الفلسطيني والأردني والمصري ، إضافة إلى التطرق إلى قانون البيئات الفلسطينية ولوائح مراكز وهيئات التحكيم ، لكي تخرج الدراسة على شكلها الحالي .

إن النتيجة الطبيعية لكل دراسة أن يخرج الباحث بمجموعة من النتائج والتوصيات التي يقترحها الباحث ، والتي تأتي بعد تحليله للنصوص القانونية ، ونتيجة ما لمسّه خلال هذه الدراسة .

النتائج التي توصلت إليها الباحثة هي :

أولاً: إن طرق الإثبات التي نص عليها قانون التحكيم الفلسطيني جاءت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر .

ثانياً : ترك المشرع الفلسطيني للأطراف حرية اختيار قواعد الإثبات مميزاً في ذلك بين القواعد الإجرائية والقواعد الموضوعية .

ثالثاً : أن دور هيئة التحكيم في إجراءات الإثبات ليس دوراً سلبياً ، بل هو دور إيجابي ، حيث منحها قانون التحكيم الفلسطيني الحق في اتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات أو رفض إجراء معين ، والعدول عن إجراءات كانت قد اتخذت ومقابل هذه الحقوق عليها مجموعة من الواجبات تتمثل في احترام المبادئ الأساسية الجوهرية ومنها معاملة الخصوم على قدم المساواة ، واحترام حق الدفاع ، وعدم قضاء المحكم بعلمه الشخصي .

رابعاً : إن طرق الإثبات التي لم ينص عليها قانون التحكيم الفلسطيني ، قد أحالها إلى قانون البينات الفلسطيني .

خامساً : تجرد هيئة التحكيم من سلطة الأمر ، بحيث لا تستطيع القيام بتحليف الشهود أو الخبراء أو إجبار الشهود على الحضور للإدلاء بالشهادة ، ويترتب على هذه النتيجة إعاقة عمل هيئة التحكيم مما يؤدي إلى التناقض مع خصائص التحكيم .

ومقابل هذه النتائج فقد توصلت الباحثة إلى مجموعة من التوصيات تمثلت بما يلي :

أولاً : ترى الباحثة أن نص المادة (18) من قانون التحكيم الفلسطيني بحاجة إلى تعديل ، والسبب في ذلك يعود إلى أن المشرع الفلسطيني " وعلى عكس المشرع الأردني والمصري " قيد هيئة التحكيم بضرورة اتباع الإجراءات المعمول بها في مكان إجراء التحكيم في حال عدم اتفاق الأطراف على إجراءات معينة ، إضافة إلى ضرورة التمييز بين التحكيم الدولي والتحكيم المحلي في حال تم إعمال قانون مقر التحكيم .

ثانياً : ضرورة التفرقة بين التحكيم الدولي والتحكيم المحلي في نص المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني ، فقد ذكر المشرع الفلسطيني في نص المادة (19) التحكيم الدولي دون ذكر التحكيم المحلي ، فتوصي الباحثة أن يعالج المشرع الفلسطيني في الفقرة الأولى من نص المادة (19)

التحكيم المحلي كونه ينص في هذه الفقرة على تطبيق القانون الفلسطيني في حال لم يتم الاتفاق على قانون معين.

ثالثاً : ضرورة تضمين قانون التحكيم الفلسطيني نصاً يعطي الحق لهيئة التحكيم في رفض اتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات ، ويكون هذا الرفض مقيداً بحالات معينة وليس مطلقاً ، كما في حالة أن يكون الإجراء المطلوب اتخاذه غير منتج في النزاع أو الهدف منه الإطالة والتسويق .

رابعاً : تعديل نص المادة (58) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني، وذلك بحذف عبارة شريطة أن يبين أسباب العدول في محضر الجلسة ، بحيث يعطي ذلك النص الحق لهيئة التحكيم في العدول عن أي إجراء اتخذته وأرادت العودة عنه .

خامساً : تعديل نص المادة (68) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني ، كونها جاءت على سبيل الحصر ، حيث أن هناك حالات أخرى لم يشملها ذلك النص، ومنها إجبار الغير الذي ليس طرفاً في الخصومة على تقديم مستند تحت يديه أو الحكم على أحد الخصوم بغرامة لصالح الخزينة العامة ، وتقترح الباحثة تعديل النص على النحو التالي " لهيئة التحكيم أن ترجع إلى المحكمة المختصة في حالات منها 1.....2....." .

سادساً : خالف المشرع الفلسطيني الأساس الذي تقوم عليه العملية التحكيمية في مبدأ سلطان الإرادة ، فقد ألزم الأطراف في اختيار المحكمة التي تفصل في المنازعات المتعلقة بالتحكيم ، حيث نصت المادة الأولى من قانون التحكيم الفلسطيني على المحكمة المختصة بنظر تلك المنازعات ، لذا تقترح الباحثة تعديل ذلك النص بأن يكون للأطراف الحق في اختيار المحكمة التي تنظر في النزاعات الناشئة عن العملية التحكيمية.

سابعاً : وجدت الباحثة تكراراً في كثير من النصوص ، فيما بين قانون التحكيم الفلسطيني وقانون
البيانات الفلسطيني ، " مثل نص المادة (57) من اللائحة التنفيذية ، والمادة (28) من قانون البيانات
" لذا توصي الباحثة بحذف النصوص المتكررة وذلك لأنه يمكن الرجوع إلى قانون البيانات في
حال غياب النص في قانون التحكيم .

ثامناً : تعديل نص المادة (2/32) من قانون التحكيم الفلسطيني وذلك بتغيير عبارة (توقف إجراءات
التحكيم) إلى (يجوز لهيئة التحكيم وقف إجراءات التحكيم) ، حيث أن عبارة توقف إجراءات التحكيم
تلزم الهيئة بوقف إجراءات التحكيم في حال تم الطعن بالتزوير، إلا أن الأمر يعود إلى الهيئة والتي
قد تجد أنه لا حاجة إلى إيقاف إجراءات التحكيم في مثل هذه الحالة .

تاسعاً : نص قانون التحكيم الأردني على أن للمحكم تحليف الشهود اليمين وجاء قانون التحكيم
المصري لينص على " يكون سماع الشهود بدون أداء اليمين ووقف المشرع الفلسطيني موقف
الحياد بينهم دون أن ينص على ضرورة التحليف من عدمها .

لذا يوصي الباحث ضرورة تضمين قانون التحكيم الفلسطيني نص يشير إلى ضرورة تحليف أو
عدم تحليف الشهود وكذلك الخبراء اليمين " ويوصي بذات الوقت ضرورة النص على ضرورة
تحليفهم اليمين، وليس مجرد الإشارة إلى ذلك في نص المادة (68) من اللائحة.

عاشراً : ضرورة تعديل نص المادة (60) من اللائحة التنفيذية، حيث جاء النص ليقيد من نص
المادة (30) من قانون التحكيم الفلسطيني ، فجاء نص المادة (30) عاما دون تقييد نوع محدد من
أنواع الخبرة التي يمكن الاستعانة بها من قبل هيئة التحكيم، وجاء نص المادة (60) ليخصص نوع
الخبرة لذا يوصي الباحث بحذف نص المادة (60) من اللائحة التنفيذية .

قائمة المصادر والمراجع

أولاً : المصادر

1- القرآن الكريم

2- القوانين والأنظمة

أ- قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 المنشور في الوقائع الفلسطينية العدد 33 تاريخ 2000/6/30 .

ب- قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 المنشور في الجريدة الرسمية رقم 4496 بتاريخ 2001/7/16.

ت- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 المنشور في الجريدة الرسمية رقم 16 بتاريخ 1994/4/21 .

ث-قرار مجلس الوزراء رقم 39 لسنة 2004 ، اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم المصري رقم 3 لسنة 2000 المنشور في الوقائع الفلسطينية العدد 50 تاريخ 2004/8/29 .

3- الإتفاقيات الدولية:

أ- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر في 12 حزيران 1985 .

ب-نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية ، النظام الجديد للمصالحة ونظام التحكيم المعدل اعتبارا من أول يناير 1988.

ت-قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي القرار 98/31 والذي اتخذته اللجنة العامة يوم 15 كانون الأول 197 ، قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي .

ثانياً: المراجع

أ- الكتب العامة

1- إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، 2000.

2- أبو زيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1981.

3- أحمد أبو الوفا ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، الدار الجامعية بيروت ، 1983.

4- أحمد أبو الوفا ، التحكيم في القوانين العربية ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية .

- 5- أحمد أبو الوفا ، التحكيم بالقضاء والصلح ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية .
- 6- أحمد أبو الوفا ، التعليق على نصوص قانون الإثبات ، الطبعة الثانية .
- 7- أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والإجباري ، الطبعة الخامسة ، دار المعارف الإسكندرية، 2001 .
- 8- أحمد أبو الوفا ، عقد التحكيم وإجراءاته ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2007.
- 9- أحمد عبد العال أبو قرين ، الجامع في أحكام الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1990 .
- 10- أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختبار بين الشرائع ، الطبعة الأولى ، ، مكتبة الجلاء المقصورة ، 1996.
- 11- الصديق عبد الباقي ، فقه الإثبات في القانون والشريعة الإسلامية دراسة تحليلية تطبيقية ، مقارنة المبادئ العامة ، دار نمره للنشر والتوزيع .
- 12- أحمد مليجي ، ركود الخصومة بسبب الشطب أو الوقوف أو الانقطاع وفقا لقانون المرافعات ، آراء الفقه وأحكام المحاكم ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية القاهرة .
- 13- أحمد نشأت ، رسالة الإثبات ، الجزء الأول ، أركان الإثبات الطبعة السابعة ، دار الفكر العربي القاهرة، 1972 .
- 14- أنور سلطان ، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، الدار الجامعية 1984 ، .

15- توفيق فرج ، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، 1985 .

16- جمال محمود الكردي ، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية القاهرة، 2003 .

17- جميل الشرقاوي ، الإثبات في المواد المدنية ، دار النهضة العربية القاهرة ، 1983 .

18- جورج شفيق ساري ، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية ، دار النهضة العربية القاهرة، 1999 .

19- خالد موسى ، طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والتشريع وأحدث أحكام محكمة النقض ، الطبعة الأولى ، المكتب الثقافي للنشر والتوزيع ، القاهرة ، دار السماح للنشر والتوزيع ، 2004.

20- راشد محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الثالثة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1995.

21- رمضان أبو السعود ، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، النظرية العامة في الإثبات ، الدار الجامعية بيروت ، 1993 .

22- سامية راشد ، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة ، ومدى خضوعه للقانون الدولي المصري ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1986.

23- سليمان مرقس، الوجيز في شرح القانون المدني وأصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية ، المجلد الأول ، الأدلة المطلعة ، دون دار النشر ، الطبعة الخامسة ، القاهرة ، 1991.

- 24- سليمان مرقس ، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري ، الجزء الأول ، القاهرة 1986 .
- 25- سمير عبد السيد تناغوا ، النظرية العامة في الإثبات ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1999.
- 26- سيد أحمد محمود ، نظام التحكيم ، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، الكويتي والمصري ، 2000 .
- 27- شريف عبد الطباخ ، التحكيم الاختياري والإجباري في ضوء القضاء والفقهاء ، الطبعة الأولى ، دار الفقه القانوني ، 2008.
- 28- عادل حسن علي ، الإثبات في المواد المدنية ، مكتبة الزهراء ، الشرق 1996 .
- 29- عاشور ميروك ، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم ، دراسة تحليلية وفقا لأحدث التشريعات والنظم المعاصرة ، الطبعة الثانية ، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة ، 1998.
- 30- عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الإثبات المدني ، الطبعة الثانية ، عمان ، مطبعة دار الثقافة ، 1999.
- 31- عبد الحكيم فوده ، الشهادة في المواد المدنية والتجارية ، دون طبعة ، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع ، المنصورة ، 2006 ،
- 32- عبد الحميد المنشاوي ، التحكيم الدولي والداخلي ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1995 .

33- عبد الحميد الشواربي ، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء ، الطبعة الثانية ، منشأة دار المعارف ، الإسكندرية ، 200.

34- عبد الحميد الشواربي ، الإثبات شهادة الشهود في المواد المدنية والتجارية والجنائية والأحوال الشخصية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1996 .

35- عبد الحميد الأحذب ، موسوعة التحكيم ، التحكيم في البلاد العربية ، الجزء الأول ، دار المعارف .

36- عبد الهادي الجمال ، التحكيم الاختياري ، التحكيم الإلزامي ، التحكيم في المنازعات الدولية ، التحكيم في التجارة ، طبعة ثالثة 1997 .

37- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام ، (الإثبات ، آثار الالتزام) ، دار النشر للجامعات المصرية ، 1956.

38- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون سنة نشر .

39- عثمان التكروري ، الوجيز في أسس التحكيم المحلي والدولي ، الطبعة الأولى 2001 .

40- فرج محمد علي ، عبء الإثبات ونقله ، دراسة فقهية قضائية ، مرافعات مدني ، ضرائب جمارك ، الطبعة الأولى ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، 2004.

- 41- فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، الطبعة الأولى، منشأة المعارف الإسكندرية، 2007 .
- 42- فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي ، الجزء الخامس ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1997.
- 43- قديري عبد الفتاح الشهاوي ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في التشريع المصري ، العربي ، الأجنبي ، دون طبعة ، دار النهضة العربية القاهرة ، دون سنة نشر .
- 44- قديري عبد الفتاح الشهاوي ، الإثبات ومناطه وضوابطه في المواد المدنية والتجارية في التشريع المصري والمقارن ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 2002.
- 45- محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية ، ، دار النهضة العربية القاهرة ، 1997.
- 46- مصطفى مجدي هرجة ، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دون طبعة، دون دار نشر، القاهرة، دون سنة نشر.
- 47- محمد حسين منصور ، قانون الإثبات ، مبادئ الإثبات وطرقه ، الكتابة ، البنية ، القرائن ، الإقرار وحجية الأمر المقضي ، اليمين العمانية الخبرة ، منشأة المعارف الإسكندرية، 1998 .
- 48- محمد ماجد عباس خلوصي ، ونيل محمد عباس ، المطالبات ومحكمة التحكيم وقوانين التحكيم العربية ، الطبعة الأولى ، 1993 .

49- محمد يحيى مطر ، مسائل الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ، دار الجامعة ، بيروت،
1991 .

50- محمود السيد عمر الحيتوي ، التحكيم في المواد المدنية والتجارية ، دار المطبوعات
الجامعية ، الإسكندرية، 2006 .

51- محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ،
منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2002.

52- منير عبد المجيد ، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ،
الإسكندرية، 1995.

53- منير عبد المجيد ، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء
الفقه وقضاء التحكيم ، ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 2000.

54- نادية معوض ، التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة
2001_2000.

55- ناظم محمد عويضة ، شرح قانون التحكيم ، التعليق والشرح لنصوص التحكيم رقم 3 لسنة
2000 ، غزة ، فلسطين، 2001 .

56- نبيل إبراهيم سعد ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء ، منشأة
المعارف ، الإسكندرية، 2000 .

57- نبيل إسماعيل عمر ، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية ، الإسكندرية
، 2004.

58- نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي ، التحكيم في القوانين العربية دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الموضوعية ، 2006.

59- هشام علي الصادق ، القانون الواجب التطبيق على التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، 2001 .

60- وجدي راغب ، مبادئ الخصومة المدنية دراسة تأصيلية لقواعد الخصومة في قانون المرافعات ، الطبعة الأولى ، دار الفكر القاهرة 1978.

61- ياسر محمود محمد زبيدات ، شرح قانون البينات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001 ، 2010.

ب- المراجع باللغة الإنجليزية

1- MEDIATION THE ART OF FACILITATING SETTLEMENT ANINTERACTIVE TRAINING PROGRAM INSTITUTE FOR DISPUTE RESOLUTION PEPPERDINE UNIVRSITY SCHOOL OF LAW P.2:6

2 - ALAN REDFERN –MARTIN HUNTER LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION STUDENT EDITION SWEET AND MAXWELL 2003 P 311

3 - CRAIG، W.PARK.J. PAULSON، INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE ARBITRATION OCEAN، NEW YORK، ICC PUBLISHING، EMCEED، 1990، P23.

ت- الرسائل الجامعية .

1- أنس محمود محمد ارفاعيه ، تنازع القوانين في إجراءات الإثبات ، رسالة ماجستير غير منشورة ، مقدمة لمعهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، 2004 .

2- بجاش سرحان محمد المخلاقي ، القرائن ودورها في الإثبات ، دراسة مقارنة بين الفقه والقانون المدني ، بحث مقدم للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق ، جامعة عين شمس .

3- داوود سليمان محمد الدرعاوي ، موقف القاضي من الأدلة الملزمة في الإثبات " دراسة مقارنة " رسالة ماجستير غير منشورة ، مقدمة لجامعة القدس ، 2003 ص 167

4- عماد زعل جعافرة ، القرائن في القانون المدني ، رسالة ماجستير منشورة جامعة الأردنية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2001

5- مهني أحمد الصانوري ، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص ، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي في غالبية التشريعات العربية والأجنبية والثقافية والمراكز الدولية ، رسالة دكتوراه منشورة ، 2005 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع .

6- نبيل محمود عبد الحافظ ادعيس ، خصوصية الإثبات في خصومة التحكيم دراسة تحليلية ، رسالة ماجستير غير منشورة ، مقدمة لمعهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، 2008.

7- يحيى علي حسن العرابي ، إجراءات التحكيم في القانون الدولي الخاص رسالة ماجستير غير منشورة ، مقدمة لمعهد البحوث ، 2004

ث- الإتفاقيات الدولية

1- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر في 12 حزيران 1985 .

2- نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية ، النظام الجديد للمصالحة ونظام التحكيم المعدل اعتباراً من أول يناير 1988.

3- قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي القرار 98/31 والذي اتخذته اللجنة العامة يوم 15 كانون الأول 197 ، قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي .

ج- الأبحاث والمقالات

1- نشرة صادرة عن مركز حل الخلافات التجارية ، مركز رام الله ، غزة ، شارع الرشيد الرمال ، كانون الثاني ، 2003 .

2- دستورية التحكيم وطبيعته القانونية والمحكمة المختصة بمساءلة المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة" تشرين الثاني 2009 .

3- سيد محمود ، إجراءات التحكيم ، ورقة عمل مقدمة إلى الدورة الثالثة لتأهيل المحكمين العرب التي نظمتها الغربية العربية للتوفيق والتحكيم في الفترة 25-30 مارس 2006 ، دار الضيافة ، عين شمس .

4- مجلة التحكيم العربي ، العدد السادس ، أغسطس ، 2003 .

5- وليد عناني ، محاضرات في التحكيم ، محاضرات مؤتمر التحكيم العربي الذي انعقد تحت إشراف كلية الحقوق ، جامعة بيروت.

ح- أبحاث في مؤلفات مشتركة

1- . حمزة أحمد حداد ، التحكيم في القوانين العربية ، قوانين الإمارات والبحرين والسعودية وسوريا والعراق وقطر والكويت ولبنان وليبيا ، الجزء الأول منشورات الحلبي الحقوقية .

2- سليمان مرقس ، أصول الإثبات وإجراءاته ، الأدلة المطلقة ، الطبعة الخامسة ، المنشورات الحقوقية ، بيروت .

3- محمد حسن قاسم ، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية.

4- مصطفى محمد الجمال ، عكاشة محمد عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية ، قانون التحكيم التجاري المصري رقم 27 لسنة 1994 في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، 1990 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 1998 .

5- هشام زوين ، موسوعة المحامي في الأدلة ، رؤية علمية وعملية مستحدثة ومدعمة بخبرات خمسون عاما لأدلة الإثبات في جميع المواد المدنية والتجارية ، شروح وتعليقات ومذكرات متخصصة ، المجلد الثالث ، الطبعة الأولى ، 2008 ، المكتب الدولي للموسوعة القانونية ، الإسكندرية .

خ- المواقع الإلكترونية

1- موقع المقتني

2- قاعدة موقع التشريعات والاجتهادات المصرية www.Arab legal portal.org

3- موقع التشريعات الاردنية www.Lob.gov.jo

فهرس المحتويات	
الصفحة	العنوان
أ	الإهداء
ب	إقرار
ت	آية قرآنية
ث	شكر وتقدير
ج	ملخص الرسالة بالعربية
خ	ملخص الرسالة بالإنجليزية
1	المقدمة
4	تمهيد
4	مفهوم التحكيم
13	ماهية الإثبات
الفصل الأول	
26	الأصول العامة في الإثبات وخصومة التحكيم
30	المبحث الأول : حرية طرفي التحكيم في اختيار قواعد الإثبات
33	المطلب الأول : التفرقة بين القواعد الإجرائية والقواعد الموضوعية
35	المطلب الثاني : القانون واجب التطبيق على مسائل الإجراءات ومسائل الموضوع
36	الفرع الأول : القانون واجب التطبيق على مسائل الإجراءات
43	الفرع الثاني : القانون واجب التطبيق على مسائل الموضوع
47	المبحث الثاني : دور هيئة التحكيم في الإثبات
48	المطلب الأول : سلطة هيئة التحكيم في مجال الإثبات
58	المطلب الثاني : واجبات هيئة التحكيم في مجال الإثبات
الفصل الثاني	
63	أدلة الإثبات الجائز استخدامها أمام هيئة التحكيم
65	المبحث الأول : الأدلة المطلقة
65	المطلب الأول : الكتابة
73	المطلب الثاني : الإقرار واليمين

82	المبحث الثاني : الأدلة المقيدة
82	المطلب الأول : البيئة والقرائن
89	المطلب الثاني : الخبرة والمعينة
101	الخاتمة (النتائج والتوصيات)
105	قائمة المصادر والمراجع
117	الفهرس