

دور المحكم في الإثبات التحكيمي

الدكتور

أشرف جوده محمد مريكب

المدرس بقسم القانون الخاص - مرافعات -
بكلية الشريعة والقانون بجمنهور
جامعة الأزهر

(١٢٧٤)

دور المحكم في الإثبات التحقيقي

دور المحكم في الإثبات التحكيمي

أشرف جودة محمد مريكب

قسم القانون الخاص ، قسم الإجراءات ، كلية الشريعة والقانون ، جامعة الأزهر ، دمنهور ، مصر .

البريد الإلكتروني : ashrafmerakab@gmail.com

ملخص البحث:

مرحلة الإثبات هي أهم إجراءات المحكمة. يعتمد المحكم عليه في التحقق من الإجراءات القانونية، ويعتمد عليه الخصوم لحماية حقوقهم المبنية على هذه الإجراءات. لذلك، تقرر بعض التشريعات بالدور الإيجابي للمحكم في إصدار أوامر إلى أحد الخصوم لتقديم قطعة من الأدلة في حوزته. بالإضافة إلى ذلك، يحق للمحكم تقييم الأدلة واتخاذ أي إجراء ضروري لعملية الإثبات، ولكن يجب أن يكون محايداً أثناء النظر في النزاع. في ضوء ما قيل، فإن دور المحكم بحاجة إلى بحث خاص يتطرق إلى المبادئ الإجرائية للإثبات. وبالتالي، فإن الدراسة الحالية هي محاولة لتحديد التنظيم الإجرائي لدور المحكم في الإثبات من خلال تحليل مقارنة لبعض الأنظمة التي تشير إلى الدور الإيجابي للمحكم خلال مرحلة الإثبات.

الكلمات المفتاحية: إجراءات التحكيم - المحكم - التحقق - الإجراءات القانونية.

The arbitrator's role in arbitration evidence

Ashraf Gouda Mohammad Mahmoud.

Department of Private Law: Procedure Division, Faculty of Shari'ah and Law, Al-Azhar University, Damanhour, Egypt.

Email: Ashrafmerakab@gmail.com

Abstract:

The stage of evidencing is the most important of the court procedures. The arbitrator depends on it for verifying the legal proceedings, and the opponents count on it to safeguard their rights which are based on these proceedings. Therefore, some legislation acknowledges the positive role of the arbitrator in issuing orders to one of the opponent parties to submit a piece of evidence in his/her possession. In addition, the arbitrator has the right to evaluate the evidence and to take any action that is necessary for the evidencing process, but he has to be neutral while looking at the dispute. In the light of what has been said, the role of the arbitrator is in need of special research that touches on the procedural principles of evidencing. Thus, the present study is an attempt to identify the procedural organization of the arbitrator's role in evidencing through a comparative analysis of some systems that point out the positive role of the arbitrator during the evidencing stage.

Keywords: arbitration procedures – arbitrator– verification – legal proceedings.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ المقدمة

تمهيد وتقسيم :

الحمد لله الواحد المعبود ، عم بحكمته الوجود ، وشملت رحمته كل موجود ، أحمده سبحانه وأشكره وهو بكل لسان محمود ، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له الغفور الودود ، وعد من أطاعه بالعزة والخلود ، وتوعد من عصاه بالنار ذات الوقود ، وأشهد أن نبينا محمداً عبد الله ورسوله ، صاحب المقام المحمود ، واللواء المعقود ، والحوض المورود ، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه ، الركع السجود ، والتابعين ومن تبعهم من المؤمنين الشهود ، وسلم تسليماً كثيراً إلى اليوم الموعود . . **أما بعد** ،،

فإن الأصل في التقاضي أن يكون أمام المحاكم التي نظمها المشرع وفرض ولايتها على الخصوم ، ووضع القوانين والنظم التي تبين طرق الالتجاء إليها والطريقة التي يتم بها دراسة القضايا وفحصها والفصل فيها ، وطرق الطعن فيما تصدره من أحكام ووسائل تنفيذها ، وتضمنت هذه القوانين والنظم جميع الضمانات التي تكفل استقلال القضاء وحيدته وحمايته من تدخل السلطة العامة وعتت الخصوم ، ولا يستثنى من هذا الأصل إلا نظام التحكيم الذي وضعت له قواعد وضوابط لتنظيمه وتحديد إجراءاته^(١) .

(١) راجع : حكم محكمة التمييز - مملكة البحرين - الطعن رقم ٨٨٦ - لسنة ٢٠١٥ -

تاريخ الجلسة ٥ / ٦ / ٢٠١٧ .

ويعتبر الإثبات في الخصومة التحكيمية من الأمور المقدرة عند الأمم ،
 مهما تفاوتت هذه الأمم في درجات الحضارة رقياً وانحطاطاً ، ذلك لأن
 الخصومة من لوازم الطبيعة البشرية ، فلو لم يكن هناك رادع للقوي عن
 الضعيف لاختل النظام ، وعمت الفوضى ، وإلى هذا أشار المولى عز وجل في
 الآية الكريمة: " وَلَوْ لَا دَفَعُ اللَّهُ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَهَدَّمتُ صَوَامِعُ وَيَبَعُ
 وَصَلَوَاتُ وَمَسَاجِدُ يُذَكَّرُ فِيهَا اسْمُ اللَّهِ كَثِيرًا " (١) ، وفي قوله تعالى: " وَلَوْ لَا دَفَعُ
 اللَّهُ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفَسَدَتِ الْأَرْضُ " (٢) فلا غرابة إذن أن تهتم الشريعة
 الإسلامية بالتحكيم ، وتعنى به وترسى قواعده منذ أول نشأتها .

وقد أوجب المشرع علي المحكم وأعوانه عدة قيود قانونية لضمان سير
 الخصومة التحكيمية ، لذا نراه ألزم المحكم بضرورة الفصل في النزاع الصالح
 للحكم فيه ، وإلا فإنه يعد منكرًا للعدالة تستوجب مخاصمته (٣) .

ولما كان واجب السلوك في الخصومة التحكيمية لا يقتصر واجبه الإجرائي
 علي الخصوم فحسب ، وإنما يمتد أثره إلي المحكم الذي يفصل في النزاع
 المعروف عليه ، فيتحرى من خلال تلك الوقائع ، لكي يستخلص الحكم
 الذي يصدره في النهاية ، للوصول إلي بر الأمان في إنهاء النزاع بإصدار حكم
 نهائي بشأنه .

(١) سورة الحج : الآية (٤٠) .

(٢) سورة البقرة ، الآية (٢٥١) .

(٣) انظر : د / أحمد هندي ، قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة
 الجديدة الإسكندرية ١٩٩٥ ، ص ١١٥ .

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٢٧٩)

كما أوجب المشرع الإجرائي علي الخصوم أنفسهم واجبات إجرائية عند ممارسة إجراءات الإثبات لضمان المساواة في المراكز الإجرائية ، بكل ما يتعلق بعناصر النزاع ضماناً للسير في الخصومة التحكيمية .

وتعد مرحلة الإثبات أهم مراحل الإجراءات التحكيمية ، فعلاقة وسائل الإثبات بالدعوى التحكيمية علاقة ترابط وتكامل ، حيث يعتمد عليها المحكم في التحقق من الوقائع القانونية ، ويعتمد عليها الخصوم لصيانة حقوقهم المترتبة على تلك الوقائع .

ونتيجة لذلك اعترفت بعض التشريعات المختلفة بدور المحكم الإيجابي في إصدار الأمر لأحد الخصوم بتقديم دليل في حوزته لصالح الخصم الآخر ، فضلاً عن الأمر باتخاذ ما يراه من إجراءات الإثبات من تلقاء نفسه ، وحرية تقدير الأدلة ، والأمر باتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات مع الوقوف موقف المحايد عند عرض النزاع عليه .

ومن الجدير بالذكر أن اعتبار استقرار المعاملات والمراكز القانونية المكتسبة والحفاظ علي السير الطبيعي للأمور ، من أهم الاعتبارات والأسس الفنية التي اعتمد عليها المشرع ، من أجل حماية الشخص حسن النية والذي لولا تدخل المشرع لأصابه الهلاك ، وتفرض قواعد العدالة الاجتماعية والمنطق الطبيعي للأمور أن يهدف المشرع للحفاظ علي الحقوق لتحقيق الاستقرار وحماية المراكز القانونية بين فئات المجتمع وهو أمر هام ، إذ أن المعاملات المدنية والتجارية لما تكاثرت تنوعت وظهرت الطبائع المختلفة للبشر ، وكان من بين آثارها خراب الذمم والتحايل علي القوانين للحصول

علي حقوق ليست لهم ، وسعي أصحاب هذه الطبايع وفكروا ودبروا واستعملوا وسائل غير مشروعة للوصول علي هذه الحقوق ، بينما بقيت طائفة أخرى لم تستطع العيش في وسط هذه الفئات مما أدى إلي ضياع كثير من الحقوق لمن لا يجيد مجابهة هذا التحايل علي القوانين أو أصحاب الطرق الملتوية غير المشروعة .

لذا نحاول الوقوف على التنظيم الإجرائي لدور المحكم في الإثبات التحكيمي بشكل تحليلي مقارنة ببعض الأنظمة التي أبرزت تلك الدور الإيجابي للمحكم في مرحلة الإثبات عند ممارسة الإجراءات التحكيمية .
وتأسيساً على ذلك ، فإن دراسة دور المحكم في الإثبات تفتقر إلى دراسة خاصة تنطوي على القواعد الإجرائية في مجال الإثبات .

الإطار المنهجي للدراسة:

أهمية الموضوع وأسبابه :

ترجع أهمية البحث في موضوع دور المحكم في الإثبات التحكيمي إلى عدة دوافع لعل من أهمها:

١ - صلته الوثيقة بحماية مبادئ التقاضي ، فكلما كان دليل الإثبات صحيحاً دل على أن ضمانات التقاضي القانونية قد روعيت ، مما يضمن عدالة إجرائية محايدة مهما كانت المصلحة التي يهدف الإجراء إلي حمايتها ، للوصول إلي تحقيق العدالة الإجرائية .

٢ - نزولاً على رغبتنا الشديدة إلي موضوع دور المحكم في الإثبات التحكيمي للتعرف على مدى استيعاب ومسيرة قانوني الإثبات والتحكيم ،

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٢٨١)
والقضاء ، لأحكام الشريعة الإسلامية في هذا المضمرة من ناحية ، واهتمامنا
الخاص بالقانون الإجرائي باعتباره المحرك للقوانين الموضوعية من ناحية
أخرى ، وهو اهتمام تفرع عنه ميول للبحث في مجال الإثبات وإيراز دور
المحكم فيه .

٣- إن هذا الموضوع الهام لا يزال من الموضوعات الحديثة نسبياً التي لم
تحظ بمؤلف مستقل الأمر الذي دفعني لمحاولة متواضعة لسد هذا النقص ، إذ
الكمال تاج للتشريع الإلهي ولم يصل العقل البشري بعد إلى ذلك الكمال
وإنما الكمال لله وحده .

منهج البحث :

من المعلوم قطعاً أن لكل باحثٍ منهجاً يسلكه ويسير عليه في عرضه
لموضوع بحثه ، وإذا كان منهج التأسيس ضرورة علمية ، فإن منهج التحليل
ضرورة عملية ، وعليه يتعين على كل باحث في هذا المجال يرغب في إضافة
لبنة جديدة إلى هذا القانون أن يستعين بالمنهجين ولذا يقال أن كل تأسيس
مقدمة ضرورية لتحليل جديد ، وأن كل تحليل مقدمة ضرورية ومنطقية
لتأسيس جديد^(١) فقد اعتمدت علي عدة مناهج علمية تتكامل فيما بينها بقصد
إثراء موضوع البحث ومحاولة الإلمام بجميع بمشكلاته قدر المستطاع ،
وعليه ومن أجل تحقيق هذه الغاية اتبعت مناهج عدة علمية ، أعرض لها على
النحو التالي :

(١) انظر : د/ طلعت محمد دويدار : طرق التنفيذ القضائي ، منشأة
المعارف، الإسكندرية ، بدون تاريخ ص ٢١ .

أولاً: المنهج العلمي الموضوعي :

استعنت بهذا المنهج من خلال استعراض جميع الآراء الفقهية والقانونية وأحكام محكمة النقض المتعلقة بموضوع البحث ومناقشتها علي هدي من القواعد الإجرائية والموضوعية ، وبيان مدي أهميتها وموضوعيتها ، ثم ترجيح وجهة نظرنا مع ما كان متفقاً وقواعد المنهج العلمي والقواعد القانونية .

ثانياً : المنهج القانوني التحليلي :

استعنت بهذا المنهج لإكمال المنهج العلمي ، ومفاده تحليل الآراء والتعقيب عليها وذكر وجهة النظر الخاصة في ضوء قواعد القانون الإجرائي وأحكام محكمة النقض .

وأخيراً : لقد حاولت في هذا الموضوع تناوله بشكل مبسط وأسلوب سهل عند علماء الفقه الإسلامي وفقهاء القانون الإجرائي .

خطة البحث :

لقد اقتضت الخطة تقسيم هذه الدراسة إلى مقدمة وثلاثة مباحث ، وخاتمة ، وأهم التوصيات ، ومجمع فهارس البحث ، أعرضها إجمالاً كما يلي :

المقدمة: وتشتمل على أهمية الموضوع ، وسبب اختياره ، ومنهجي في البحث ، وخطة البحث .

المبحث الأول: الإطار العام لدور المحكم في الإثبات التحكيمي .

المبحث الثاني: دور المحكم في تطبيق القواعد الخاصة بأدلة الإثبات القانونية غير الاستنباطية .

المبحث الثالث: دور المحكم في تطبيق القواعد الخاصة بأدلة الإثبات الإقناعية .

الخاتمة وفيها أهم النتائج والتوصيات ، ثم زيلت البحث بفهارس تفصيلية.

وبعد :

فهذا عملي المتواضع أضعه بين أيديكم ، ولا أعتقد أنني قد أوفيت الموضوع حقه من الدراسة والبحث ووصلت به إلى جادة الصواب ، كما لا أدعى أنني بلغت فيه الكمال ، لأنني على يقين بأن غيري وخاصة من أولئك العلماء الفضلاء قد يطلع على ما خفي عليّ من معنى أدق، ووجه أحق ، وتفسير أوضح ، وتقرير أفصح ، ومعترف بأنه قد يقف فيه على بعض العثرات أو الزلات ، وما لهذا قصدت ولا أردت وحسبي أنني اجتهدت ، فإن كنت قد وفقت فبفضله سبحانه وتعالى ، وإن كنت قد قصرت أو أخطأت فإن ذلك ليس مستغرباً ، ومن دلائل استيلاء النقص على جملة البشر ، ولكنني أرجو من أساتذتي الأجلاء أن يعفو عن الزلات والسيئات ، وأن يرسلوا بالنصيحة ، والله من وراء القصد وهو حسبي ونعم الوكيل صاحب العفو والفضل والعون والمنة .

وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ،،

المبحث الأول

الإطار العام لدور المحكم في الإثبات التحكيمي

أضحى التحكيم ظاهرة من مظاهر العصر الحديث وزاد اللجوء إليه كنظام لحسم المنازعات ، لما يوفره من مزايا لا يحققها قضاء الدولة المثقل بالقضايا ، فهو تعبير عن رغبة الطرفين في تحديد موضوع النزاع ، والقانون الذي يرغبون تطبيقه فيما بينهم ، فالمحكم هو قاض مختار بواسطتهم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة .

ولا شك أن الاعتراف والتنظيم القانوني للتحكيم أصبح اليوم واحداً من أهم محفزات اتخاذ القرار ، وعليه يصبح التعرف على القواعد المنظمة للتحكيم في عموميتها ، وفي خصوصية قانون كل بلد للوقوف على المستجدات التي تعرفها هذه القوانين والممارسات التي يتبعها المحكمين أمراً بالغ الأهمية ، تطبيقاً لهذه القواعد وغيرها ، لهذا كانت العدالة الموضوعية والإجرائية هي الغاية الأسمى لكل نظام قانوني ، ويناط تحقيقها بصفة رسمية بالسلطة القضائية في الدولة ، بيد أن الدولة بما لها من سلطة قد تعترف لبعض الأفراد ، أو الهيئات غير القضائية بسلطة الفصل في بعض المنازعات التي تدخل أصلاً في الولاية المقررة لقضائها ، وذلك في نطاق محدد وبشروط معينة .

وهذا يعني أن الدولة لم تعد تحتقر وحدها سلطة الفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد إذ سمحت لهم باللجوء إلى التحكيم الذي يعتبر نوعاً من

العدالة الخاصة^(١)، نظراً لما تتسم به الخصومة أمام محاكم الدولة من بطء في سيرها وتعقيد في إجراءاتها وإفراط في نفقاتها، مما يجعل الأطراف يولون من يثقون في علمه وعدالته وحكمته وخلقه، ليفصل بينهم في نزاع لا يريدون أن يذهبوا به إلي محاكم الدولة، لينظره قضاتها الذين تعينهم وفق قوانينها^(٢)، حتى

(١) وفي هذا المعنى تقول محكمة النقض: إذا كان الذي ينطبق على واقعة الدعوى تخويل المتعاقدين الحق في الالتجاء إلى التحكيم لنظر ما قد ينشأ بينهم من نزاع كانت تختص به المحاكم أصلاً، فإن اختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع، وإن كان يرتكن أساساً إلى حكم القانون الذي أجاز استثناء سلب اختصاص جهات القضاء، إلا أنه يبني مباشرة وفي كل حالة على حدة على اتفاق الطرفين، وهذه الطبيعة الاتفاقية التي يتسم بها شرط التحكيم، وتحدد قواماً لوجوده تجعله غير متعلق بالنظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بإعماله من تلقاء نفسها، وإنما يتعين التمسك به أمامها، و يجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً، و يسقط الحق فيه، فيما لو أثير متأخراً بعد الكلام في الموضوع، إذ يعتبر السكوت عن إبدائه قبل نظر الموضوع نزولاً ضمناً عن التمسك به - و إذ كان ما صدر من الخصم صاحب المصلحة في التمسك به، قبل إبدائه من طلب الحكم في الدعوى دون تمسكه بشرط التحكيم و طلب التأجيل للصلح و الاتفاق على وقف الدعوى لإتمامه، يفيد تسليمه بقيام النزاع أمام محكمة مختصة، ومواجهته موضوع الدعوى، فإنه بذلك يكون قد تنازل ضمناً عن الدفع المشار إليه مما يسقط حقه فيه راجع: الطعن رقم ١٩٤ لسنة ٣٧ جلسة ١٥/٢/١٩٧٢، مكتب فني ٢٣ ص ١٦٨، الطعن رقم ١٩٤ لسنة ٣٧ ق، جلسة ١/٢/١٩٧٢.

(٢) انظر: د/ محمد سليم العوا، دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن، المركز العربي للتحكيم، ٢٠٠٧، ص ٧.

وإن كانت قد أقيمت بشأنه دعوي أمام محكمة من المحاكم القضائية المختصة^(١).

(١) وقد أثرت إشكالية في هذا الصدد عن موقف المحكمة التي رفعت أمامها الدعوي إذا ما اتفق أطراف الدعوي على إحالة الفصل في تلك المنازعة إلي التحكيم، وغل يد قضاء الدولة عن المضي فيه. وبصدد الإجابة على هذا التساؤل، يري البعض أن دور المحكمة في هذه الحالة لن يخرج عن أحد فرضين: الفرض الأول: أن يتقدم المدعي عليه بما تم الاتفاق عليه إلي المحكمة المختصة، طالباً منها إثبات ذلك الاتفاق واتجاه إرادتهما إلي اختيار التحكيم سبباً لتسوية المنازعة موضوع الدعوي، وهنا يكون موقف المحكمة أحد أمرين، الأمر الأول: أن يكون طلب المدعي عليه سابقاً على خوض المحكمة في موضوع الدعوي، وفي هذه الحالة وقياساً على نص المادة ١٣ / ١ من ذات القانون، على المحكمة أن تحكم بعدم قبول الدعوي، إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل أي طلبات، أو دفاع في الدعوي، لتمائل الاتفاق في سبق اللجوء إلي التحكيم حيث ينطبق بالقياس على حالة الاتفاق اللاحق على رفع الدعوي، لاشتراكهما في ذات العلة وهي عدم نظر المحكمة للدعوي من الناحية الموضوعية بعد. الأمر الثاني: إذا كان التمسك بهذا الاتفاق بعد تناول المحكمة لموضوع النزاع أو الدعوي من الناحية الموضوعية، فالأولي قياس هذه الحالة على حالة ترك الدعوي الوارد أحكامها في المواد من ١٤١ إلي ١٤٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية، من حيث أنه لا يترتب على الترك النزول عن الحق المرفوعة به الدعوي، مع اتجاه إرادة كل من الطرفين إلي التمسك بحقه موضوع النزاع وانعقاد إرادتهما على تسوية ذلك النزاع حول هذا الحق عن طريق التحكيم بعيداً عن قضاء الدولة، لأن الاتفاق على

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٢٨٧)

وعلى أية حال فإننا نتناول الإطار العام لدور المحكم في الإثبات كمدخل تعريفى من خلال بيان مفهوم المحكم والإثبات التحكيمة لغة واصطلاحاً وعند فقهاء الشريعة الإسلامية، ثم نعرض إلى توضيح الواجبات الإجرائية المفترض احترامها في الإثبات التحكيمة من جانب المحكم والخصوم، وعليه نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي :

التحكيم يؤكد الحق ولا ينفية. أما الفرض الثاني : أن يتمسك أحد الطرفين في الدعوى المنظورة أمام المحكمة باتفاق التحكيم ، لكن الطرف الآخر يدفع هذا التمسك ببطان اتفاق التحكيم ، وفي هذه الحالة يثور التساؤل حول سلطة المحكمة إزاء هذا الدفع ؟ استكمالاً لهذا الرأي فإنه في هذه الحالة يحق للمحكمة عند الدفع بوجود اتفاق التحكيم أن تصدى لبحث صحة أو بطلان اتفاق التحكيم لارتباط وجود أو عدم وجود اتفاق التحكيم بسلطة المحكمة صاحبة الاختصاص العام بالفصل في النزاع ، ولما يترتب على ذلك من سلب هذا الاختصاص من المحكمة ، على خلاف ما جاء به ظاهر نص المادة ١٣ / ١ من قانون التحكيم الحالي والتي أوجبت على المحكمة القضاء بعدم القبول عند تمسك المدعى عليه بوجود اتفاق التحكيم ، دونما تعرض منها لصحة أو بطلان اتفاق التحكيم ، وإزاء سكوت معظم الفقه المصري عن التصدي لهذه الإشكالية ، ذهب الأستاذ الدكتور فتحى والى إلى القول بأن نص المادة ١٣ / ١ من قانون التحكيم يلزم المحكمة بالحكم بعدم القبول بمجرد إبداء الدفع ، وأن المحكمة لا تملك أي سلطة تقديرية في الحكم بعدم القبول ، د/ فتحى والى ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، ط منشأة المعارف ، ط الخامسة ٢٠٠٧ ، بند ٩٥ ، ص ١٨٤ وما بعدها .

المطلب الأول

ماهية الإثبات التحكيمي والمحكم

نستطيع أن نتناول ماهية الإثبات التحكيمي والمحكم من خلال توضيح مفهوم كلاً منها فقهاً وقضاً ، من خلال ثلاثة فروع على النحو التالي :

الفرع الأول

مفهوم الإثبات التحكيمي

نود بالإشارة إلى أن تحديد مفهوم الإثبات التحكيمي في القانون لا يتأني إلا من خلال الوقوف على الجذور اللغوية للمصطلح ، ومن هنا نتعرض له لغة وقانوناً ، من خلال المقاصد الآتية :

المقصد الأول

الإثبات لغة

تأكيد الحق بالبيينة ، أي إقامة الحجة وإعطاء الدليل والبرهان على وجود الحق^(١) .
إذاً الإثبات في اللغة يدور حول التأكيد على وجود الحق من عدمه .

المقصد الثاني

في الاصطلاح القانوني

إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المحددة قانوناً على وجود واقعة قانونية ، ترتب في مواجهة من ينكرها أثراً قانونياً لمن يدعيها^(٢) ، وبمطالعة كتب الفقه القانوني وجدت أن كل التعريفات تدور حول هذا المعنى ، وهو ما يتلخص

(١) انظر : لسان العرب لابن منظور (١ / ٣٤٦ ، ٣٤٧) .

(٢) انظر : د/ أحمد أبو الوفا ، التعليق على نصوص قانون الإثبات ، ط ١٩٧٨ ، ص ١٣ ، د/ محمود جمال الدين زكى ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، ط ٣ ، ص ١٩ وما بعدها .

في أن الإثبات إما تأكيد مزاعم ، أو دفاع بالدليل بغية إقناع القاضي أو المحكم للفصل في الخصومة لصالح من أيد حجته بالدليل وأسقط حجة خصمه ، وهذا يعنى أن الحق المجرد من دليله هو والعدم سواء ، ولذلك كان الإثبات أداة ضرورية يعول عليها المحكم في التحقيق من الوقائع القانونية التي يصون الأفراد بها حقوقهم ، وهذا يعنى أن نظام الإثبات حتماً يقتضيه أي تنظيم قانوني ، وتسري قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية على المنازعات المدنية والتجارية وعلى الإثبات أمام القضاء الإداري - بما لا يخالف طبيعة المنازعة الإدارية^(١) .

(١) وفي هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه : ومن حيث إنه عن قبول الدعوى الماثلة فإن الإثبات هو تأكيد حق متنازع فيه أو إثبات واقعة معينة بالدليل الذي أباحه القانون على أن يتم ذلك أمام القضاء ، وتتعدد أدلة الإثبات كما تختلف إجراءات كل دليل بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بالمسائل المدنية والتجارية أو بالمسائل الجنائية أو بالمسائل الإدارية ، فتسري قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية على المنازعات المدنية والتجارية وعلى الإثبات أمام القضاء الإداري - بما لا يخالف طبيعة المنازعة الإدارية - وطبقاً لنص المادة (٢) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ فإنه " يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزاً قبولها " ، أما الإثبات في المواد الجنائية فإنه يخضع لأحكام قانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ . ومن حيث إن دعوى تهيئة الدليل تتعلق بإثبات واقعة يخشى من زوال معالمها أو من تغير هذه المعالم بعد مرور الوقت ، وقد استقرت المحكمة الإدارية العليا على أن دعوى تهيئة الدليل إذا ما تعلق بقرار أو بتصرف إداري مما يخضع لولاية القضاء الإداري فإنها مما يدخل في اختصاص القضاء الإداري كدعوى مستقلة ولو لم ترتبط

المفصل الثالث

مفهوم الإثبات في الفقه الإسلامي

بمطالعة كتب الفقه الإسلامي ، وجدت أن الفقهاء استخدموا مصطلح البينة بدلاً من الإثبات ، ولذا عرفوا الإثبات بأنه : الحكم بثبوت شيء لآخر بالبينة التي أباحها الشارع^(١) .

بطلب موضوعي ، وأنه يكفي لقبولها بالنظر إلى طبيعتها ومقصدتها أن تكون الواقعة المطلوب إثباتها مما يحتمل أن تصبح محلاً للنزاع أمام القضاء الإداري ، وأن يخشى ضياع معالم هذه الواقعة إذا انتظر الخصم متى يُعرض النزاع على الحق أمام القضاء الإداري ، ومن ثم فإنه يشترط لقبول دعوى تهيئة الدليل أمام محاكم مجلس الدولة أن يكون الدليل الذي رُفعت الدعوى لإثباته يتعلق بدعوى يتوقع أن تقام أمام محاكم مجلس الدولة لدخولها في ولايتها ، وأن يتعلق الأمر بإثبات واقعة قانونية أو مادية تتعلق بالدعوى الإدارية وتكون منتجة فيها وجائزاً قبولها طبقاً لنص المادة (٢) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المشار إليها ، وأن يكون إثبات الواقعة ممكناً من الناحية القانونية والمادية ، فإذا كانت دعوى تهيئة الدليل التي أُقيمت أمام محاكم مجلس الدولة لا تتعلق بدليل يخص الدعوى الإدارية وإنما يخص دعوى مقامة أمام محاكم جهة قضائية أخرى ، أو كانت لا تتعلق بإثبات واقعة قانونية أو مادية وإنما بمسألة من مسائل القانون الموضوعية التي لا صلة لها بالإثبات في الدعوى الإدارية ، أو إذا استحال إثبات الواقعة من الناحية القانونية أو المادية فإن دعوى تهيئة الدليل تكون غير مقبولة ، راجع : الحكم رقم ٥٢٧٥٠ - لسنة ٦٩ - تاريخ الجلسة ١٦ / ٢ / ٢٠١٦ .

(١) انظر : التعريفات للجرجاني ، ص٤٠ .

الموازنة بين التعريفات :

مما تقدم يتضح لنا أن الإثبات شرعاً وقانوناً يدور حول التأكيد على وجود الحق من عدمه بإقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المحددة قانوناً على وجود واقعة قانونية ، بتأكيد مزاعم ، أو دفاع بالدليل بغية إقناع القاضي أو المحكم للفصل في الخصومة .

الفرع الثاني

مفهوم المحكم

وفيه مقصدان :

المقصد الأول

مفهوم المحكم قانوناً

يمكن تعريف المحكم من خلال الوقوف على المهمة التحكيمية المناط بها ، لأن المحكم هو المحور الأساسي الذي تدور حوله خصومة التحكيم ، وبقدر دقته وكفاءته تكون سلامة الإجراءات التحكيمية ، وصحة الحكم الصادر فيها .

ومن ثم فإن المحكم هو الشخص الذي يعهد إليه الفصل في المنازعات بوصفه عضواً في محكمة تحكيمية في ضوء الأدلة والمستندات المقدمة إليه والقانون المختار بواسطة الخصوم^(١) .

(١) انظر :د/ هشام خالد ، تكوين المحكمة التحكيمية في منازعات التجارة الدولية ،

منشأة المعارف ، ٢٠٠٨ ، ص٦٩ .

وهناك من يرى أن المحكم هو الشخص الذي يعهد إليه بمقتضى الاتفاق على التحكيم ، أو في اتفاق مستقل بفض نزاع بين طرفين أو أكثر ويكون له نظر النزاع والاشتراك في المداولة بصوت معدود ، وفي إصدار الحكم وفي التوقيع عليه^(١) .

ونحن نرى أن المحكم شخص موثوق فيه من الخصوم أولوه عناية الفصل في خصومة بينهم ، شأنه شأن القاضي في إنهاء النزاع بإصدار حكم تحكيمي فيه ، ولكنه يزيد على القاضي في كونه يجمع بين كونه رجل قانون في ما يتعلق بالقانون ، ورجل خبره فيما يتعلق بالخبرات الفنية التي تمس جوانب النزاع ، خلافاً للقاضي فهو رجل قانون فقط .

المقصود الثاني

مفهوم المحكم قضاءً

بمطالعة العديد من الأحكام القضائية اتضح لنا أن مفهوم المحكم هو : الشخص الذي يعهد إليه - بمقتضى الاتفاق على التحكيم أو في اتفاق مستقل بفض نزاع بين طرفين أو أكثر ويكون له نظر النزاع والاشتراك في المداولة بصوت معدود وفي إصدار الحكم والتوقيع عليه^(٢) .

(١) انظر : م/ معوض عبدالنواب ، الموسوعة الشاملة في التحكيم ، ط ١ مجلد ١ ، دار

مشاري للإصدارات القانونية ، ٢٠٠٩ ، ص ١٤٧ .

(٢) انظر : . الطعن رقم ١٦٤٠ لسنة ٥٤ مكتب فني ٣٩ ص ٢٤٢ ، جلسة ١٤ -

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٢٩٣)

ويستفاد من ذلك أن من يكلف بمعاونة المحكمين لا يعتبر محكماً ، فإن تعددوا فلا أهمية أن يكون عددهم وترأ أو شفعا ، كما لا أهمية لما يطرأ على صفاتهم ، أو ما يطرأ على عددهم من النقص أو الزيادة ، فلا يؤثر في صحة تشكيل هيئة التحكيم وفاة أحدهم أثناء نظر النزاع وعدم إحلال آخر محله ، فإن هذا التشكيل يكون متفقاً وصحيح القانون .

وعرفته المحكمة الدستورية العليا بأنه : الشخص الذي يفوض في حل نزاع معين يعرض عليه ليقطع دابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلى كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية^(١)

وبالتالي مفهوم المحكم قانوناً وقضائياً بينهما اتفاق بأنه الشخص المختار من قبل الأفراد للفصل في نزاع معين بإتباع ضمانات التقاضي الأساسية ، لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات ، وإذا كان اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في النزاع المعروف عليها يرتكن أساساً إلى حكم القانون الذي أجاز استثناء سلب ولاية جهات القضاء ، إلا أن التنظيم القانوني للتحكيم إنما يقوم على رضا الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحسم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية ، بإرادة المتعاقدين هي التي توجد التحكيم وتحدد نطاقه سواء من حيث المسائل التي يشملها والقانون الواجب

(١) انظر : حكم المحكمة الدستورية العليا ، دعوى رقم ٣٨٠ لسنة ٣٣ ق ، دستورية ،

جلسة ١١ / ٥ / ٢٠٠٣ ، متاح على الموقع الإلكتروني <http://www.cc.gou.eg>

التطبيق وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها وإجراءات التحكيم أو من حيث أطراف الخصومة التحكيمية، وأن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في فهم نصوص شرط التحكيم والتعرف على ما قصد منه، دون التقييد بألفاظه، بحسب ما تراه أو في إلية أصحاب الشأن مستهدية في ذلك بوقائع الدعوى^(١)

المقصود الثالث

مفهوم المحكم في الشريعة الإسلامية

المحكم هو شخص عادي ليس له صفة رسمية، يلجأ إليه الناس للفصل في منازعاتهم، فإن شاء قبل أن يقوم بهذه المهمة، وإن شاء أبى، وليس لأحد حق إجباره على هذه المهمة^(٢).

وقيل بأنه الذي يتفق عليه الخصمان للتحكيم في النزاع الدائر بينهم^(٣).

الموازنة بين التعريفات :

مما تقدم يتضح لنا أن كل التعريفات حول مفهوم المحكم تقرر بأنه : شخص يلجأ إليه الناس للفصل في منازعاتهم بالاتفاق على شخصه فيما بينهم بإتباع مبادئ التقاضي الأساسية شأنه شأن قضاء الدولة .

(١) راجع : الطعن رقم ١٣٩٤ - لسنة ٨٦ - تاريخ الجلسة ١٣ / ٦ / ٢٠١٧ .

(٢) انظر : د/ محمد رأفت عثمان ، النظام القضائي في الإسلام ، دار البيان ، ١٩٩٤ ، ص ٣٢ .

(٣) انظر : د/ وهبه الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، الناشر: دار الفكر - دمشق - ط الرابعة، (٨/٩٢٣) .

المطلب الثاني

أهمية الإثبات التحكيمي

تبدو أهمية الإثبات في أنه الأداة الضرورية التي يعول عليها المحكم في التحقيق من الوقائع المطروحة في الدعوى ، والوسيلة العملية التي يعتمد عليها الأفراد في صيانة حقوقهم المترتبة على تلك الوقائع ، حتى أنه ليصح القول بأن كل تنظيم قضائي أو تحكيمي يقتضي حتماً وجود نظام للإثبات .

ويعد الإثبات التحكيمي أهم ما يشغل المحكم في أداء مهمته التحكيمية ، حيث يهدف إلى استقرار الحقوق وتأمين العدالة الإجرائية ، فالدليل بالنسبة للحق بمثابة الروح للجسد ، فهو قوام وجود الحق وحياته ومقعد النفع فيه حتى تكون له قيمة علمية وثمرات ذاتية^(١) ، فإثبات الحق واجب وحق معاً ، واجب على من يدعيه ، وحق له حتى يحفظه من الضياع ، وحق صاحب المركز القانوني في إثباته يعود إلى التوثيق ، وواجب إثباته يعود إلى الإثبات .

ولذا يعتبر الحق في الإثبات من حقوق الدفاع الأصلية التي تشكل مضمون التنظيم القانوني الإجرائي لأطراف الخصومة على قدم وساق لكلا الطرفين بين حق الإثبات والنفي .

ولإبراز أهمية الإثبات التحكيمي نستوضحها من خلال الفروع التالية :

(١) انظر : طرق الإثبات المعاصرة وموقف الفقه الإسلامي منها ، د/ أحمد عوض هندي ، ورقة عمل مقدمة لندوة فقه العصر مناهج التجديد الديني والفقهية ، وزارة الأوقاف ، عمان في الفترة من (٥-٨) أبريل ٢٠١٥ ، ص٢ .

الفرع الأول

الإثبات أداة ضرورية لتحقيق الوقائع القانونية

يعد الحق المجرد من دليله هو والعدم سواء ، ما لم يكن هناك وسيلة يعول عليها المحكم في التحقيق من الوقائع القانونية ، ويعتمد عليها الأفراد في صيانة حقوقهم المترتبة على تلك الوقائع ، ومن ثم فإن الإثبات التحكيمي لا يعد ركنا من أركان الحق المتنازع عليه ، فالحق يوجد بقوة القانون متى توافرت الشروط اللازمة لنشوئه بصرف النظر وسيلة إثباته^(١) .

وفي هذا السياق يقول العلامة السنهوري إذا كان الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء على الواقعة التي يرتب القانون عليها أثراً فمعنى ذلك أن هذه الواقعة إذا أنكرها الخصم لا تكون حقيقة قضائية إلا عن طريق الإثبات القضائي فالحق الذي ينكر على صاحبه ، ولا يقام عليه دليل قضائي ليست له قيمة عملية فهو والعدم سواء من الناحية القضائية ، ومن هنا تظهر أهمية الإثبات من الناحية العملية فالحق يتجرد من قيمته ما لم يقيم الدليل على الحادث المبدئ له ، لهذا كان الإثبات من الإجراءات القانونية التي لا تنقطع وأكثرها إفادة في الواقع العملي^(٢) .

(١) انظر : قواعد المرافعات في التشريع المصري ، د/ محمد العشماوي ، د/

عبدالوهاب العشماوي ، ج ٢ ، ص ٤٧٦ .

(٢) انظر : د/ السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، (١٤ / ٢) .

الفرع الثاني

الإثبات هو مبعث حياة الحق

قد لا تبدو لفكرة الإثبات التحكيمي من ضرورة عليا إذا كنا في مجتمع مثالي، يأبى ضمير كل فرد فيه أن ينكر حقوق الآخرين، لكن الواقع على خلاف تلك النظرة الملائكية، من هنا ارتبط الإثبات ارتباطاً وثيقاً بالقاعدة التي تقضي بأن المعتدى على مركزه القانوني لا يستطيع أن يقتضى حقه بنفسه، وإنما لابد من اللجوء إما إلى القضاء، أو إلى وسيلة ودية كالتحكيم، وأن يتسلح بإقناع المحكم بوجود حقه الذي ينازعه فيه الغير، فإذا لم يتمكن من إقامة الدليل عليه أصبح حقه مجرداً من كل قيمة علمية^(١).

الفرع الثالث

الإثبات وسيلة لإقناع المحكم

يعتمد المحكم عند ممارسة الإجراءات التحكيمية على أدلة الإثبات كعناصر إقناع كافية بصحة الواقعة، وهذا ما يميز الإثبات القانوني عن غيره من الإثبات العلمي أو التاريخي، حيث يتمتع الأخير عند البحث فيه بحرية كاملة بخلاف تكوين عقيدة المحكم، لا تكون إلا من خلال ما يقدم في الخصومة

(١) جاء هذا المعنى في المذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨، حيث قيل بأن قواعد الإثبات تحتل أهمية خاصة، إذ أن الحق يتجرد من كل قيمة إذا لم يعم الدليل على الحادث الذي يستند إليه، فالدليل هو قوام حياته ومعقد النفع فيه، راجع في ذلك: المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨.

التحكيمية بالطرق التي رسمها القانون الذي اختاره الأطراف ، أو تركوا اختياره لهيئة التحكيم^(١) .

والإثبات يرد على الوقائع لا على القانون ، ومهمة المحكم هي تطبيق القانون على الواقعة التي يتم التدليل عليها بالطرق الجائزة لتستخلص أثرها القانوني ، ومن ثم تفصل في الخصومة التحكيمية^(٢) .

المطلب الثالث

الواجبات الإجرائية في الإثبات التحكيمي

إذا كان لهيئة التحكيم أن تضع من القواعد الإجرائية ما تراه متصلاً بموضوع النزاع ، أو إتباع نظام إجرائي معين في منظمة ، أو مركز من مراكز التحكيم الدائم ، إلا أن هناك العديد من الواجبات الإجرائية تحكم عملية التحكيم ويجب على المحكم احترامها باعتبارها مفترض ضروري لتحقيق العدالة الإجرائية ، بما لا يخل ذلك من عدم التصدي للقواعد المرتبطة بالنظام العام .

(١) يختلف الإثبات القانوني عن الإثبات العلمي أو التاريخي من حيث أن الأخير طليق من أي قيد بحيث يستجمع فيه الباحث أدلته على صحة الوقائع التي يقررها من المستندات التي تحت يده ، أو من أي طريق يراها كافية للإثبات ، للمزيد راجع تفصيلاً : الوسيط في شرح القانون المدني ، الإثبات ، آثار الالتزام ، د/ عبدالرزاق السنهوري ، دار النهضة العربية ١٩٨٦ ، بند ١١ ، ص ١٤ وما بعدها .

(٢) انظر : القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين ، د/ على أبو عطية هيكل ، دار الجامعة الجديدة ، ط ٢٠١٦ ، ص ١٠ .

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٢٩٩)

وفي احترام المحكم لتلك الواجبات إنما يتبع منهجاً قضائياً بهدف إنزال حكم القانون على وقائع الخصوم ، حتى ولو اتفق الأطراف على خلاف ذلك ، حتى لا يصبح إجراؤه محلاً للبطلان .

وهذه الواجبات منها ما يتعلق بالمحكم ذاته ، ومنها ما يرتبط بالخصوم ، ومن ثم تحكم عملية الإثبات بوجه عام ، والإثبات التحكيمي بوجه خاص مجموعة من الواجبات الإجرائية، حتى يؤسس المحكم حكمه على بناء سليم .

وحتى نتعرف على أهم تلك الواجبات نقسم هذا المبحث إلى فرعين متتاليين على النحو التالي :

الفرع الأول

الواجبات الإجرائية التي على المحكم

احترامها في الإثبات التحكيمي

حرى بالذكر أن المحكم لا يتبع الإجراءات والشكليات المتبعة أمام المحاكم ، وإنما يملك تحديد تلك الإجراءات مقيداً بمبادئ الإثبات محترماً إياها من أجل تحقيق العدالة الإجرائية .

وحتى نتعرف أكثر على أهم تلك المبادئ نقسم هذا الفرع إلى المقاصد التالية :

المقصد الأول

واجب الحياد في مرحلة الإثبات

يعد هذا المبدأ من أهم مبادئ التقاضي التي يجب على المحكم احترامها في الخصومة التحكيمية يتأسس على قاعدة أصولية قوامها وجوب اطمئنان

المتقاضي إلى قاضيه وأن قضاءه لا يصدر إلا عن الحق وحده دون تحيز أو هوى ، ولذلك حرصت الأحكام التشريعية المنظمة لشئون القضاء والتحكيم على تدعيم وتوفير هذا الحياد ولم تغفل عن حق المتقاضي في الخصومة التحكيمية ، حسبما أكدت عليه محكمة النقض بقولها : لئن كان من المقرر أن اعتبار التحكيم ذو طبيعة قضائية يوجب على هيئة التحكيم مراعاة المبادئ الأساسية - الحياد - في التقاضي وسواء كان التحكيم عادياً أو تحكيمياً مع التفويض بالصلاح^(١) .

ويقصد بمبدأ الحياد^(٢) : خلو الذهن من جانب المحكم من أي ميل أو تعاطف مسبق مع وجهة نظر أحد الخصوم في النزاع الذي سيفصل فيه^(٣) ، فلا يحق له أن يتخذ أي مبادأة من جانبه في جمع الأدلة التي توصل إلي حقيقة النزاع ، أو أن يشير وقائع لم يثيرها الخصوم ، وهذا الدور السلبي للمحكم كان يتماشى مع التصور التقليدي للخصومة باعتبارها ملكاً للخصوم ، وفي ظل هذه

(١) انظر : نقض مدني ، طعن رقم ٢٤٠ لسنة ٧٤ ق ، جلسة ٩ / ٢ / ٢٠١٠ .

(٢) مبدأ الحياد من المبادئ المعتمدة في الكثير من التشريعات وفي التحكيم الوطني والدولي ، وهذا ما أكدته قواعد الشرف المهني للمحكمين الدوليين الصادر عام ١٩٨٧ ، والمادة ١٩ من لائحة جمعية المحكمين الأمريكية والمادتين ١٨ ، ١٦ ، من قواعد اليونسترال ، والمادة ١١ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، والمادة ١٠ من لائحة محكمة تحكيم باريس واشترطها ضرورة أن يكون المحكم محايداً .

(٣) انظر : د/ نبيل عمر - رحمته الله - التحكيم في المواد المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٤ ، ص ١٠٠ .

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٣٠١)

الظروف التي تنكر أي دور إيجابي للمحكم لم يكن في استطاعته أن يطالب أي خصم أو شخص من الغير بتقديم مستند في حيازته ، لأن سلطاته مقيدة ، أو هي المخولة له فقط بواسطة القانون ، وكما أنه لا يستطيع أن يعدل بالإضافة أو الحذف طلبات الخصوم ، فإنه لا يستطيع أيضا في مسائل الإثبات أن يتخذ أي خطوة إيجابية بإثبات بعض منها ، أو أن يجبر شخصا علي تقديم مستند تحت يده .

وقد ذهبت محكمة النقض إلى أن حياد المحكم معناه : عدم ارتباط المحكم بأية رابطة تبعية أو مادية أو ذهنية مع أحد أطراف النزاع تنافي مع استقلاله ، بما يشكل خطراً حقيقياً يتمثل في الميل تجاه أحد الطرفين ، أو يشير شكوكاً مبررة ، ولا يكفي في المحكم أن يكون مستقلاً ومحياداً ، وإنما يتعين أن يسود الاعتقاد لدى طرفي التحكيم أن الحكم الذي سيصدره سوف يتسم بالعدل^(١).

وهذا لا ينفي الدور الإيجابي للمحكم في تقدير الأدلة واستكمالها من أجل تمكينه من أجل تمكينه من تحقيق العدالة الإجرائية^(٢)، وهذا ما نصت عليه المادة (٧٠) من قانون الإثبات بقولها : للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود متى رأت في ذلك فائدة للحقيقة كما يكون لها في كل

(١) الطعن رقم ٠١٠١٠٣ لسنة ٨٦ ق ، جلسة ٢٣ / ٤ / ٢٠١٩ .

(٢) انظر : د/ طلعت دويدار ، ضمانات التقاضي ، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٠ ، ص —

الأحوال كلما أمرت بالإثبات بشهادة الشهود أن تستدعى للشهادة من ترى لزوما لسماع شهادته إظهار للحقيقة .

وتطبيقاً لذلك قررت محكمة النقض أن الحكم برد وبطلان عقد البيع إنما يعني بطلان الورقة المثبتة له، ولا يعني بطلان الاتفاق ذاته ومن ثم لا يحول دون إثبات حصوله بأي دليل آخر مقبول قانوناً، كما أنه متى قدم الخصم ورقة في الدعوى فإنه يكون متمسكاً بما لهذه الورقة من قوة في الإثبات فإذا استبان لمحكمة الموضوع من الورقة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة فلها - إعمالاً للرخصة المخولة لها بالمادة ٧٠ من قانون الإثبات - أن تأمر من تلقاء نفسها بالإثبات بشهادة الشهود^(١) .

(١) حيث جرى قضاء هذه المحكمة - أن الحكم برد وبطلان عقد البيع إنما يعني بطلان الورقة المثبتة له، ولا يعني بطلان الاتفاق ذاته ومن ثم لا يحول دون إثبات حصوله بأي دليل آخر مقبول قانوناً، كما أنه متى قدم الخصم ورقة في الدعوى فإنه يكون متمسكاً بما لهذه الورقة من قوة في الإثبات فإذا استبان لمحكمة الموضوع من الورقة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة فلها - إعمالاً للرخصة المخولة لها بالمادة ٧٠ من قانون الإثبات - أن تأمر من تلقاء نفسها بالإثبات بشهادة الشهود ، وإذ لا يتطلب القانون بيانات معينة في الورقة لاعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة ويكفي أن تكون صادرة من الخصم الذي يحتج عليه بها وأن تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال .

لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن الطاعن تمسك بدفاعه أمام محكمة الموضوع بصحة واقعة البيع ودل على ذلك بحافظة المستندات المقدمة منه بالجلسة الختامية وأثناء حجز الاستئناف للحكم والتي طويت على إقرار المطعون ضدها بحصول البيع والمؤرخ ٢٠ / ١ / ١٩٩٠ وتنازل زوجها عن رخصة المخبز وقيد المحل باسمه في

ويعد حياد المحكم من الوسائل الفنية التي تعمل داخل إطار الخصومة التحكيمية ، وهو ما يختلف تماماً عن حيده المحكم^(١) التي ترتبط في المقام الأول بفكرة الأخلاق والنزاهة ، والبراءة الوجدانية من المشاعر بما قد يمس الأداء المهني للمحكم ، وعلى ذلك فالمحكم يتولى إجراءات التحكيم بناء على طلب من أطراف التحكيم وفي سبيل ذلك يتقيد بالحدود الموضوعية

السجل التجاري وتحرير عقود العمل باسمه مما يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة تجعل الواقعة المدعى بها قريبة الاحتمال ، وإذ أقام الحكم المطعون فيه قضاءه برفض الدعوى على سند من ثبوت بطلان عقد البيع المؤرخ ١٦ / ٩ / ١٩٨٩ - المقدم من الطاعن - والمنسوب صدوره من المطعون ضدها وخلو الأوراق من سند آخر لواقعة البيع دون أن يعرض للمستندات سالفة البيان وقوتها التدللية وهو ما حجبه عن استعمال الرخصة المخولة له بالمادة ٧٠ من قانون الإثبات وأدى به إلى عدم مواجهة دفاع الطاعن المشار إليه بوجه النعي كما أنه لا يتضمن ما يسوغ رفضه والالتفات عنه على الرغم من أنه دفاع جوهرى من شأنه - لو ثبت - أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى فإنه يكون مشوباً بالقصور والإخلال بحق الدفاع بما يوجب نقضه ، نقض مدني ، الطعن رقم ٣٩٤١ - لسنة ٦٧ - تاريخ الجلسة ١٠ / ٣ / ٢٠١٠ .

(١) يختلف مفهوم حياد المحكم عن حيده ، غير أن أغلب الفقه يرى التعبير عن الحياد بالحيده والعكس ، فنراهم يعبرون عن حياد المحكم بدوره في إطار خصومة التحكيم ومن خلال علاقته بالخصوم حيث يظهر دوره الإيجابي عندما تكون سلطته على الخصومة أوسع تحقيقاً للعدالة وإظهاراً للحقيقة ، وعندما يكون للخصوم السيادة على الخصومة والنزاع إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة في مواجهة دور المحكم السلبي وهذا هو معنى الحياد ، راجع : ضمانات التقاضي ، د/ طلعت دويدار ، مرجع سابق ، ص ٨١ .

لولايته ويلتزم بالوقائع التي أودعها الخصوم ، حيث يحدد اتفاق التحكيم إدعاء الوقائع المكونة لأصل الحق المتنازع عليه وسببه وعبء الإثبات^(١) .

والجدير بالذكر أن المشرع قد حصر أسباب رد المحكم في قيام ظروف تثير شكوكا جدية حول حيده واستقلاله ، ولم يضع تعريفا للمقصود بكل من الحيادة والاستقلال ، فإنه يمكن القول بأن الحيادة ، عبارة عن ميل نفسي أو ذهني للمحكم يكون لصالح أو ضد أحد أطراف النزاع أو الغير أو الدولة بحيث يرجع معه عدم استطاعته الحكم بغير ميل لأحد ممن ذكروا أو ضده فوجود عداوة أو مودة بين المحكم وأحد الخصوم يرجح معه عدم استطاعته الحكم بغير ميل أو هوى ، بيد أنه يجب أن تكون العداوة أو المودة شخصية ، ومن القوة بحيث يستتج منها قيام خطر عن الحيادة عند إصدار الحكم .

ويلاحظ أن إثبات عدم حيده المحكم أصعب وأدق من إثبات عدم استقلاله وذلك أن عدم الحيادة حالة نفسية ذات طابع شخصي تخضع لنية المحكم وتفكيره ويندر أن يكون لها أمارات خارجية تدل عليها ، الأمر الذي يصعب معه إثباتها مباشرة والحيادة في ذلك تختلف عن الاستقلال ، حيث أن إثبات عدم استقلال المحكم يكون عادة أسهل لوجود مظاهر مادية تدل علي روابط التبعية القائمة بين المحكم وأحد أطراف النزاع وتلك المظاهر المادية تكفي لقيام الشك في استقلاله ، حتى ولو كانت تلك الروابط ليست بالدرجة التي

(١) انظر : د/ فتحي والي ، التحكيم ، مرجع سابق ، صـ ٢٤٥ .

تؤدي إلي انحياز المحكم أو عدم حيده كما هو الحال مثلا بالنسبة لمحكم يعمل موظفا أو مستشارا بأجر لدي أحد طرفي النزاع^(١).

من هنا يمكن القول أن استقلال المحكم ينطوي تحت معنى الحياد تكاد تنعدم الفواصل بينهما ، ويندمجان معاً في إطار أعم وأشمل ويطلق عليه حرية المحكم في التحرر من أي روابط تتعلق بالنزاع محل التحكيم ، ولو على سبيل الارتباط الفكري على حد رأي البعض^(٢) ، مما يعني عدم ارتباطه بأي رابطة تبعية خصوصا بأطراف النزاع أو الدولة أو الغير وعدم وجود روابط مادية وذهنية تنافي مع استقلاله بحيث تشكل خطرا مؤكداً للميل إلي جانب أحد أطراف التحكيم فيتنافي مع استقلال المحكم أن تطلق له مصالح مادية أو شراكة أو ارتباطات مالية مع أي من طرفي الخصومة المعروضة عليه ، أو إذا كان ينتظر من أحد الأطراف ترفيعاً أو ترقية أو أن يكون خاضعاً لتأثيره أو توجيهه أو وعده أو وعيده - ونظر الصعوبة وضع تعريف لكل من حيده المحكم واستقلاله فإن القضاء الفرنسي كثيراً ما يستعمل في شأنهما مصطلح الاستقلالية الذهنية باعتبارها ضماناً جوهرياً لمباشرة السلطة القضائية أيا كان مصدرها ، بحيث تبدو صفتي الحيده والاستقلال وقد امتزجت كل منهما بالأخرى.

(١) راجع : حكم محكمة استئناف القاهرة ، الحكم رقم ٧٨ - لسنة ١٢٠ - تاريخ

الجلسة ٣٠ / ٣ / ٢٠٠٤ .

(٢) راجع في هذا المعنى : د/ سحر عبدالستار إمام ، المركز القانوني للمحكم ، دار

النهضة العربية ٢٠٠٦ ، ص-١٨٧ .

وحتى يطمئن أطراف النزاع في أن الحكم يصدر دون تحيز أو هوى استلزم
المشرع حيده المحكم في موضعين :

الأول: في المادة ١٦ / ٣ تحكيم اشترطت ضرورة أن يفصح المحكم عن
أي شك يدور حوله يؤثر على حيده .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض ، وحيث إن الوقائع تتحصل في
أن الشركة الطاعنة أقامت على المجموعة المطعون ضدها الدعوى رقم
لسنة ١٢٠ ق أمام محكمة استئناف القاهرة بطلب الحكم ببطلان حكم
المحكّمين رقم لسنة ٢٠٠٣ تحكيم جنوب القاهرة الابتدائية الصادر
بجلسة ١٢ أبريل ٢٠٠٣ في النزاع القائم بينهما بناء على اتفاق التحكيم
المنصوص عليه في البند العاشر من عقد الخدمات الاستشارية والهندسية
المبرم بينهما، وقالت بيانا لذلك إن هذا الحكم ران عليه البطلان لعدم صلاحية
عضوي هيئة التحكيم لأن المحكم الذي عيّنته أفصح لرئيس مجلس إدارتها
بعد حجز الدعوى التحكيمية للحكم بعبابه على أنه أثناء توليه منصب الوزارة
اتخذ ضده ما أثار مساءلته، مما كشف عن إيغار صدره باحتفاظه بالمرارة من
جاء هذا الموقف الذي مضت عليه سنوات، ويثير شكوكا حول استقلاله^(١)

(١) راجع : الطعن رقم ٢٤٠ - لسنة ٧٤ - تاريخ الجلسة ٩ / ٢ / ٢٠١٠ - مكتب فني
٦١ ، ص ٢١٢ ، كما قضت في حكم آخر بأنه يجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية
ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيده ، وفي المادة ١٨ منه على أن
" لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكا جدية حول حيده أو استقلاله
ولا يجوز لأي من طرفي التحكيم رد المحكم الذي عينه أو اشترك في تعيينه إلا لسبب

الثاني: في المادة ١٨ تحكيم حيث أجازت رد المحكم المشكوك في

حيده^(١).

ومن ثم لا بد من توافر الضمانات الأساسية للتقاضي في عمل المحكم بأن يتوافر فيه صفتي الحيادة والاستقلال. فيجب ألا يكون للمحكم مصلحة في

تبينه بعد أن تم هذا التعيين " وفي المادة ١٩ / ١ منه على أن " يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم مبينا فيه أسباب الرد خلال خمسة عشر يوما من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هذه الهيئة، أو بالظروف المبررة للرد، فإذا لم يتنح المحكم المطلوب رده خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تقديم الطلب، يحال بغير رسوم إلى المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون للفصل فيه بحكم غير قابل للطعن. " يدل على أنه متى قامت ظروف تثير شكوكا حول استقلال المحكم أو حيده كان عليه أن يفصح عنها عند قبوله القيام بمهمته، أما إذا لم يفصح عنها بعد أن قدر أنها لا تثير شكوكا حول استقلاله أو حيده، ثم علم طرف التحكيم بهذه الظروف بعد أن عينه ورأي أنها تثير ذلك، كان له أن يقدم طلبا برده إلى هيئة التحكيم خلال خمسة عشر يوما من تاريخ عمله بها، فإذا لم يتنح المحكم خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تقديم الطلب، يحال إلى المحكمة المنصوص عليها في المادة (٩) من ذات القانون للفصل فيه بحكم غير قابل للطعن، وعلى ذلك فإنه إذا لم يقم المحكم بواجب الإفصاح، واستمرت إجراءات التحكيم دون اعتراض على المحكم، فلا يجوز النعي على حكم التحكيم لمجرد أن المحكم لم يفصح عن الظروف التي قد تثير الشك في حيده واستقلاله، راجع: الطعن رقم ٢٤٠ - لسنة ٧٤ - تاريخ الجلسة ٩ / ٢ / ٢٠١٠ - مكتب فني ٦١ ، ص ٢١٢ .

(١) انظر: دور المحكم في خصومة التحكيم ، د/ هدى محمد عبدالرحمن ، دار

النهضة العربية ١٩٩٧ ، ص١٦٦ وما بعدها .

النزاع فلا يجوز اختيار شخص محكما إذا كان طرفا في النزاع أو له مصلحة فيه على أي وجه.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف القاهرة أن مؤدى نص المادة ١٨ من القانون المشار إليه أنه لا بد من توافر الضمانات الأساسية للتقاضي في عمل المحكم بأن يتوافر فيه صفتي الحيطة والاستقلال، فيجب ألا يكون للمحكم مصلحة في النزاع فلا يجوز اختيار شخص محكما إذا كان طرفا في النزاع أو له مصلحة فيه على أي وجه، وأن استقلال المحكم هو عدم ارتباطه بأي رابطته تبعية بأطراف النزاع وعدم وجود روابط مادية وذهنية تتنافى مع استقلال المحكم كأن يكون له مصالح مادية أو شراكة أو وكالة أو ارتباطات مالية مع أي من طرفي الخصومة المعروضة عليه أو يباشر تقديم استشارات ومساعدة فنية لأحد أطراف النزاع مقابل أجر أثناء سير إجراءات التحكيم^(١)

(١) وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض بأنه لما كان الثابت من المستندات أن محكم الشركة المدعى عليها هو في ذات الوقت وكيلها عن الشركة بموجب التوكيل الرسمي عام في القضايا وإن كان قائما حتى الفصل في الدعوى التحكيمية. وإن كان الأصل أن يتم اتخاذ إجراءات الرد في الميعاد إلا أن الاستثناء وهو آثاره هذا السبب أثناء دعوى البطلان عند اكتشاف عدم الصلاحية بعد صدور الحكم. وإذ قرر المدعى أنه لم يعلم بهذا السبب إلا بعد صدور الحكم ونكص المحكم عن أداء الواجب الملقى على عاتقه فلم يطلع الخصم على هذه الظروف التي بلا شك تثير الشكوك حول استقلاله فور حدوثها وحتى الفصل في الدعوى التحكيمية، وخلت الأوراق مما يفيد توافر هذا العلم لدى المدعى في أي وقت سابق كما لم يثبت المدعى عليه ذلك وهو واجب عليه أن أراد التمسك بسقوط حق المدعى وتوافر التنازل الضمني عن التمسك

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٣٠٩)

وبناءً على ذلك لا يعد قيام المحكم بالسماح لأحد أطراف خصومة التحكيم بتقديم مستندات بعد الميعاد الذي حدده لذلك لا يدل على عدم حياد المحكم^(١)، ولا ينال حياد المحكم من تقييد الخصوم في إبداء ما يرون من وسائل دفاع طالما على النحو المسوح به قانوناً، ودور المحكم هنا هو إعمال حكم القانون المتفق عليه ليفصل في النزاع المعروض عليه^(٢).

كما لا يعتد بالأقوال المرسلة في إثبات عدم توافر الحيادة والاستقلال في جانب المحكم، ما لم يكن هناك دليل يؤكد صدق إدعاء الخصم، ويستشف

به، ومن ثم فقد صح من المدعى التمسك به في دعوى البطلان، وما ساقه المدعى عليه من دفاع معتصماً بالجهل فإذا كان الاعتذار بالجهل بالقانون لا يسعفه فإن الأوراق تفضح بفساده إذ أن هيئة التحكيم كانت قد اكتملت وانعقدت أولى جلساته ٢٨ / ١ / ٢٠٠٨ فبان عدم الحاجة إلى إصدار توكيل ثم أعقب ذلك تحرير التوكيل بتاريخ ٢ / ٢ / ٢٠٠٨ وإذ كان ذلك وترتب على توافر سبب عدم الصلاحية محكم المدعى عليه وقوع بطلان في حكم التحكيم وهو أحد أسباب قبول دعوى البطلان فتقضى المحكمة ببطلان حكم التحكيم الصادر في الدعوى التحكيمية رقم ٥٩ / ٢٠٠٧ مركز الاتحاد التعاوني الإسكاني للتحكيم، راجع: محكمة استئناف القاهرة، الحكم رقم ٧٥ - لسنة ١٢٥ - تاريخ الجلسة ١٨ / ٥ / ٢٠٠٩.

(١) انظر: حكم استئناف القاهرة في الدعوى رقم ١٢٠ لسنة ١٢٠ ق، جلسة ٢٩ / ٤ / ٢٠٠٣.

(٢) انظر: التحكيم بين النظرية والتطبيق، د/ فتحي والى، منشأة المعارف، ٢٠٠٧، ص ٣٠٢.

منه عدم توافر الحيادة عند التصدي للفصل في الخصومة التحكيمية^(١)، كما لا يكفي مجرد الشكوك ولم ينتج عن ذلك تحيز يشكل مظهراً للخروج عن الحيادة، وهذا ما أكدته محكمة النقض بأن القول المرسل الذي لا يسانده أي دليل بالأوراق لا يؤثر في حياد المحكم^(٢).

ويفترض توافر الحياد في المحكم طالما قبل أداء المهمة، شأنه شأن القاضي، فهو شرط لمباشرة الوظيفة القضائية والمهمة التحكيمية، من جانب القاضي والمحكم^(٣) ولا يتعارض ذلك مع كون المحكم مختاراً من جانب الأطراف وبالتالي تابعاً لهم^(٤)، ومن ثم ينبغي أن يكون المحكم أحرص الناس

(١) انظر: د/ وجدي راغب، هل التحكيم نوع من القضاء، مجلة الحقوق، الكويت، العدد الأول والثاني، مارس يونيو ١٩٩٣، ١٣١.

(٢) حيث قضت: وعن السبب السادس من عدم توافر شرطي الحيادة والاستقلال ذلك أن الحاضر عن المدعي عليهما جحد الصور الضوئية المقدمة من المدعي ضمن حافظة مستنداته - ثم عاد وقرر الحاضر عن المدعي عليهما بالتنازل عن جحد الصور الضوئية وذلك بإيعاز من المحكم، فإن هذا قول مرسل لا يسانده أي دليل بالأوراق - وكان من المقرر أن صاحب الدفع أو الدفاع هو المكلف بإثبات دفعه - ومن ثم فكان يتعين على المدعي أن يقدم الدليل على ما يبيده من دفاع أو دفع - ولما كان ذلك وكانت أقوال المدعي أقوال مرسله لم يقيم الدليل عليها بالأوراق فمن ثم تقضي المحكمة برفض هذا السبب من أسباب الطعن، راجع في ذلك: الحكم رقم ٣٠ - لسنة ١٢٥ - تاريخ الجلسة ٢٢ / ١ / ٢٠٠٩.

(٣) نقض مدني، طعن رقم ٤٤٥ لسنة ١٢١ ق، جلسة ٢٧ / ٢ / ٢٠٠٥.

(٤) نقض مدني، طعن رقم ٩٥٦٨ لسنة ٧٩ ق، جلسة ١٤ / ٣ / ٢٠١١.

على حياة ، بأن ينأى بنفسه عن كل ما يثير الشك والريبة فيه^(١)، ولذلك من يدعى من الخصوم خلاف ذلك عليه الإثبات والتمسك به قبل صدور حكم في الخصومة ، وليس له بعد صدور الحكم أن يرفع دعوى بطلانه استنادا إلى عدم توافر الحياد في المحكم^(٢) إلا إذا كان المحكم قد أخفي وجود علاقة تربطه بأحد الأطراف ، فإن ذلك يمكن الطرف الآخر من الطعن بطلان اتفاق التحكيم نتيجة الغلط في شخص المحكم على أساس عدم التزام المحكم وقيام قرينة كافية على انتفاء حياد المحكم^(٣).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن الأصل في المحكم أنه محايد ومستقل ما دام قد قبل المهمة التحكيمية ، وعلى من يدعى عدم الحياد أن يتمسك بذلك ويثبته طالما أنه قد علم بالعيب قبل صدور حكم التحكيم ، وليس له بعد صدوره أن يرفع دعوى بطلانه استنادا إلى عدم توافر أيهما في المحكم^(٤).

-
- (١) راجع : د/ طلعت يوسف خاطر ، حياد المحكم واستقلاله بين النظرية والتطبيق ، دراسة تأصيلية مقارنة ، ٢٠٠٩ ، بدون ناشر ، ص ٨٣ .
- (٢) انظر : طعن رقم ٢٤٠ لسنة ٧٤ ق ، جلسة ٩ / ٢ / ٢٠١٠ ، المبادئ القانونية لمحكمة النقض في التحكيم التجاري
- (٣) انظر : التزامات المحكم ، د/ السيد عيد نايل ، الدورة التمهيديّة كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ، يونيو ٢٠١٠ ، ص ٢٧١ .
- (٤) راجع : الطعن رقم ٢٤٠ لسنة ٧٤ ق ، جلسة ٩ / ٢ / ٢٠١٠ .

ويعد مبدأ الحياد تطبيقاً لمبدأ المواجهة بين الخصوم^(١) المبني على تمكين الخصوم من العلم والاطلاع والمناقشة لكل وسائل الدفاع كل أطراف خصومة التحكيم ، ويتقيد المحكم في ذلك بالوقائع التي عرضها الخصوم وتمت المناقشة بصددها ، وتقيد بطلبات الخصوم دون أن يتجاوزها من حيث التغيير في مضمونها أو استحداث طلبات جديدة ، وهو ما يحقق في النهاية عدم انصراف خصومة التحكيم إلى غير إرادة المحكمتين^(٢) .

وهذا المبدأ يجب احترامه في كل تقاض ، حتى ولو كان أمام لجنة قضائية وليس محكمة بالمعنى الفني الدقيق ، حتى يتسنى للمحكم الوقوف على الحقيقة^(٣) .

(١) يعني مبدأ المواجهة بين الخصوم إحاطة الخصوم بكل عناصر النزاع وتمكينهم من الرد ومناقشة كل الدفوع والأدلة لاستيضاح حقيقة الدعوى التحكيمية ، راجع في ذلك تفصيلاً ، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة ، د/ عزمي عبدالفتاح ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ ، ص ٢٠ وما بعدها .

(٢) انظر : د/ نبيل عمر ، مرجع سابق ، ص ١٢٥ وما بعدها ، د/ فتحي والي ، مرجع سابق ، ص ٣٠٢ .

(٣) انظر : د/ أحمد مسلم ، أصول المرافعات مشار إليه لدى د/ آمال الفزائري ، ضمانات التقاضي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ص ٧١ .

المقصد الثاني

واجب الإنصاح عن الظروف والوقائع التي

من شأنها إثارة شكوك حول حياديته

تنص المادة (١٦) من نظام التحكيم السعودي على أنه : يجب ألا يكون للمحكم مصلحة في النزاع ، وعليه منذ تعيينه وطول إجراءات التحكيم أن يصرح كتابة لطرفي التحكيم بكل الظروف التي من شأنها أن تثير شكوكاً لها ما يسوغها حول حياديته واستقلاله ، إلا إذا كان قد سبق له أن أحاطهما علماً بها .

كما تنص المادة (١٥) من قانون التحكيم الأردني على أنه : يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة ، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أي ظروف من شأنها إثارة شكوك حول حيديته واستقلاله .

ويعد هذا النص قد فرض التزاماً مباشراً على كاهل كل محكم أن يكشف عند قبوله القيام بمهمته التحكيمية عن أي ظروف من شأنها إثارة شكوك حول حيديته واستقلاله ، حيث يلزم المحكم بأن يحيط أطراف الخصومة التحكيمية بأي ظرف قد يطرأ بعد تعيينه ويكون من شأنه التأثير على حيديته واستقلاله ، وإلا كان عرضة للرد ، ليغدو الحق في رد المحكم قرين الحق في رد القاضي؛ ذلك أن حياد هيئة التحكيم وخلو ذهن المحكمين من المنازعة هو شرط أساسي للفصل في أي خصومة حتى لا يتأثروا بالرأي السابق إيدأؤه، فالأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على مُحكّم من الأغيار يُعيّن باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها،

ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الممالة، مجرداً من التحامل، وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه^(١).

(١) وقد جرى قضاء المحكمة الإدارية العليا، وحيث إن الثابت من الأوراق، ومن حافظة مستندات الشركة طالبة رد محكم الجهاز المركزي للتعمير المهندس/... المقدمة بجلسة ٢/١٢/٢٠١٠ تحضير، أنها طويت على عدة صور مكاتبات موقعة من المهندس المطلوب رده، والتي لم تجردها الجهة الإدارية، ومنها الكتاب رقم ١٣٩٨ بتاريخ ٥/٧/٢٠٠٧ الذي يفيد مد مدة العملية حتى ٣١/١٢/٢٠٠٧ لنها الأعمال المتوقفة، وحصر الأعمال المنفذة في الفترة من ١/٦/٢٠٠٧ إلى ٥/٧/٢٠٠٧، والإشارة إلى توقف باقي أعمال المشروع الواردة في البرنامج الزمني وطلب دفع عجلة العمل وموافاته بالبرنامج الزمني للانتهاء من كافة الأعمال قبل ٣١/١٢/٢٠٠٧، والكتاب رقم ١٤٧١ بتاريخ ١٨/٧/٢٠٠٧ الذي يفيد ببطء معدلات العمل بالمشروع، وعدم موافاته بالبرنامج الزمني، والإنذار بسحب العمل إذا لم يتم دفع عجلة العمل للانتهاء من المشروع في التوقيتات المحددة، والكتاب رقم ١٧٧٥ بتاريخ ٢/٩/٢٠٠٧ الذي يعرض لأوامر الإسناد وقيمتها ومد مدة المشروع وعدم استصدار البرنامج الزمني وبطء معدلات التنفيذ بالموقع، والإنذار الأول بسحب العمل وينتهي الكتاب إلى سحب العمل من الشركة وإسناده على الحساب طبقاً للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، وما تلاه من كتب دعوة لحضور لجان الجرد وحصر الأعمال وإصداره القرار رقم ٦٣ لسنة ٢٠٠٧ بتشكيل لجنة الجرد والحصر، ثم إصداره الكتاب رقم ١٨٥٨ بتاريخ ١٠/٩/٢٠٠٧ بالترتيب في إجراءات سحب العمل ثم كتابة بسحب العمل... إلخ، وكذا حافظة المستندات رقم ٢ المقدمة بالجلسة نفسها والمنطوية على صور مكاتبات موقعة من المهندس المذكور بتشكيل لجنة الاستلام الابتدائي للمشروع،

وطلب تنفيذ بعض الأعمال بناء على طلب محافظ كفر الشيخ لإدراجها في ختامي المشروع... إلخ.

ولما كانت طلبات الشركة المحترمة التي تختص بنظرها هيئة التحكيم وردت بالبند الرابع من مشاركة التحكيم وهي: ١ - حساب الكميات الفعلية للأحجار المستخدمة في حواجز الأمواج والأساسات الركامية. ٢ - أسعار البنود الإضافية والمستجدة. ٣ - تأخر صرف مستحقات الشركة طوال مدة المشروع. ٤ - الأعباء والتكاليف الإضافية التي تكبدتها الشركة نتيجة لزيادة مدة المشروع. ٥ - التعويض عن تحرير سعر صرف العملات الأجنبية. ٦ - صرف جميع مستحقات الشركة لدى الجهاز، وكانت طلبات الجهاز التي وردت بالبند نفسه منها أحقية الجهاز في توقيع غرامة التأخير على الشركة المحترمة وسحب الأعمال وإعادة إسنادها على حسابها...، وكانت المكاتبات السالفة البيان تقطع بمشاركة المحكم المطلوب رده في سحب العمل من الشركة والتنفيذ على الحساب واعتماده قرار السحب، وهي من بين المسائل المعروضة على هيئة التحكيم، مما تتوفر معه شكوك جدية حول حيادة هذا المحكم أو استقلاله وعدم تأثره بالرأي السابق إيدأؤه في شأن سحب العمل والتنفيذ على الحساب وتبعات ذلك من غرامات التأخير وفروق الأسعار... إلخ، مما يفقده شرط الحيادة الذي هو شرط أساسي للفصل في أي خصومة، وهي من ضمانات التقاضي الأساسية التي لا غنى عنها بالنسبة إلى كل عمل قضائي، ويغدو طلب رد المحكم في محله، حريا بإجابته والقضاء برد هذا المحكم.

ولما كان المشرع قد رتب على الحكم برد المحكم إلغاء قضاء هيئة التحكيم واعتباره كأن لم يكن، مما يغني عن الفصل في طلب بطلان حكم التحكيم دون حاجة لبحث الأسباب الواردة بهذا الطلب، راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم

ويستفاد من المادة سالفة الذكر أن على المحكمة دعوة المحكم لبيان ما إذا كان هناك ما يمنع من أن يكون محكماً في هذه الدعوى ، وقد ورد منه كتاباً يفيد بعدم وجود أي مانع يؤثر على حيده ، إلا أنه قد يخفي متعمداً هذه الظروف كعلاقته مثلاً بأحد الأطراف ، الأمر الذي يترتب عليه رد هذا المحكم إذا تم اكتشاف ذلك قبل صدور الحكم ، ولكن ما هو الحال عند اكتشاف ذلك بعد صدور الحكم ، الأمر الذي يترتب عليه طلب إبطال الحكم ، وبالتالي العودة إلى الحالة التي كان عليها الأطراف قبل الفصل في الدعوى وضياع نفقات التحكيم والمصاريف التي تحملها الأطراف هدرًا ، وعليه يكون إبطال الحكم راجع لسبب صادر من المحكم ، فإنه بذلك لا يستحق الأتعاب على أساس أنه لم ينفذ التزامه المتمثل في إصدار حكمه لسبب راجع إليه^(١).

المقصد الثالث

واجب احترام المعاملة الإجرائية في حق الدفاع بين الخصوم

من الواجبات الإجرائية التي تجب على عاتق المحكم في مرحلة الإثبات احترام المعاملة الإجرائية بين الخصوم لارتباطها بمبادئ التقاضي وحسن أداء العدالة الإجرائية ، بما يتماشى مع المركز الإجرائي الذي يحتله الخصم ، وما

١٢٨٢٤ - لسنة ٥٩ - تاريخ الجلسة ٢٨ / ٧ / ٢٠١٥ - مكتب فني ٦٠ رقم الجزء ٢

- ص ١١٩٥ .

(١) راجع في ذلك : د/ أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والإجباري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة الخامسة ، ص ٣٢٠ .

يتمتع به من مكنات إجرائية تختلف بحسب الموقع الإجرائي في الدعوى التحكيمية .

أهم مظاهر واجب احترام المعاملة الإجرائية في حق الدفاع بين الخصوم : يعد من مظاهر المعاملة الإجرائية بين الخصوم المساواة في مرحلة الإثبات ، حيث يتعين على محكمة التحكيم - إذا اتفق أطراف النزاع على إخضاع التحكيم لقانون معين بشأن أدلة الإثبات وقواعده ، أو فوضها في ذلك الأطراف ، فاختارت قانوناً غير القانون المصري - التقييد بإجراءات الإثبات التي نص عليها قانون الإثبات المصري التي تتعلق بالنظام العام^(١) .

وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض بأن : لما كان المشرع قد بين الأدلة التي يمكن بها إثبات الحقوق وحدد نطاقها و قيد القاضي بوجوب إلزامها حماية لحقوق المتقاضين ، فإنه لا ينبغي التجاوز عنها ، أو الاتفاق على مخالفتها ، بإضافة وسيلة أخرى لا يقرها القانون ، فالاستناد إلى البشعة كوسيلة لإثبات الحق أو نفيه مما تأباه سنن المجتمع ، وتحرمه قواعد النظام العام ، لما فيه من احتمال الأذى للمتخاصمين^(٢) .

(١) راجع : د/ أحمد السيد صاوي ، الوجيز في التحكيم ، دار النهضة العربية ط الثالثة

٢٠١٠ ، ص ٢٠٠ وما بعدها .

(٢) نقض مدني ، جلسة ١٩ / ٥ / ١٩٥٥ ، مشار إليه لدى د/ أحمد السيد صاوي ،

مرجع سابق ، ص ٢٠٠ .

ومن مظاهر هذا الواجب عدم قبول أي مستند في غيبة الخصم دون اطلاعه عليه ، أو في فترة حجز الدعوى للمحكم ، ما لم تكن محكمة التحكيم قد صرحت للخصوم بإيداع مستندات أو مذكرات مع التصريح بالاطلاع عليها . وقد قضت بهذا محكمة النقض ، إذ قررت أنه لا يجوز للمحكمة طبقاً لنص م ١٦٨ مرافعات أن تقبل أثناء المداولة أوراقاً ، أو مستندات أو مذكرات من أحد الخصوم دون اطلاعه عليها ، وإلا كان العمل باطلاً^(١) .

كما يعد من مظاهر تلك الواجب دعوة المحكم الأطراف إلى تقديم إيضاحات حول الواقعة التي يراها ضرورية للمحكم في النزاع ، ولا يقف الأمر عند هذا الحد ، بل ينبغي على المحكم الأخذ في الاعتبار ، أن احترامه لمقتضيات حرية الدفاع تقتضي لفت نظر الخصوم إلى أي عنصر رآه المحكم عنصراً واقعياً قدمه الخصوم ولكنهم لم يتمسكوا به في تأسيس إدعاءاتهم ، تماشياً مع طبيعة التحكيم التي تنطوي على قدر كبير بعد الاستغراق في الشكلية الإجرائية^(٢) .

كذلك من مظاهر هذا الواجب الإجرائي توفير الفرصة للخصوم بإيداع كل ما يعن لهم من أدلة إثبات ما لم يتم قفل باب المرافعة في إطار الهيكل الإجرائي للخصومة التحكيمية ، طالما كان من شأنه إظهار الحقيقة والمساهمة في التدليل ، والزود عن المصالح ، وإعطاء المدى الزمني لكلاهما في إيداع

(١) نقض مدني ، طعن رقم ٤٣١٠ لسنة ٨١ ق ، جلسة ١٠ / ٥ / ٢٠١٢ .

(٢) راجع : د/ أحمد هندی ، المشكلات العملية في نظام المرافعات الشرعية ونظام

التحكيم السعودي ، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٨ ، ص ١٣٩ .

المرافعة بالتساوي زمنياً في عرض وجهات النظر، وإلا كانت محكمة التحكيم قد أخلت بحق الدفاع.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه: إذا ما قعد الخصم عن التمسك بإخلال هيئة التحكيم بحقه في المرافعة انطلاقاً من الإخلال بحق الدفاع، وعدم التساوي في ذلك المدى الزمني الممنوح له في مدة الترافع الشفوي أمام الهيئة التحكيمية بجلسة المرافعة الأخيرة في ٤ / ٥ / ٢٠٠٩، ثم تقديمه في الأول من يونيو ٢٠٠٩ مذكرة بدفاعه تعقيباً على مستندات خصمه تنفيذاً لقرار المحكمة، إلا أنه قعد عن التمسك في أي منهما بالإخلال بحق المساواة بينه وبين خصمه في مدة المرافعة الشفوية، ونزولاً منه عن حقه في الاعتراض على حجز الدعوى للحكم^(١).

ومن ثم فإن الحكم التحكيمي يكون معيباً بعبء الإخلال بحق الدفاع، إذا طلب الخصوم من المحكمة الاستماع إلى مرافعتهم الشفوية فلم تمكنهم من ذلك، وعلى الخصم المتمسك بعدم حصول المرافعة أن يقدم دليل الإثبات.

ومن ثم لا يعد إخلالاً بمبدأ الدفاع إذا لم يكن هناك اتفاق على إخضاع النزاع إلى قانون معين سواء كان خارج مصر أو داخلها، خلو حكم التحكيم من توقيع المحكم بمقتضى القانون الذي يحكم النزاع، ومن ثم فإن اتفاق الطرفين على تطبيق نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس التي لا تشترط ذكر أسباب عدم توقيع المحكم على حكم التحكيم، وهذا ما قضت به محكمة

(١) راجع: الطعن رقم ١٥٠٩١ لسنة ٨٠ ق جلسة ٢٧ / ١٢ / ٢٠١١، المبادئ القانونية

التي قررتها محكمة النقض في التحكيم التجاري.

النقض^(١)، وكذلك في حالة طلب الخصوم أمام محكمة الاستئناف التصريح لهما باستخراج صور رسمية من محاضر إيداع التوكيلات، ولم يكن من تمسك الطاعنين به أمام هيئة التحكيم المختصة بالفصل فيه عملاً بالمادتين ٢١، ٣٠ من قواعد اليونسترال المعمول بها في مركز القاهرة الإقليمي التجاري الدولي، مما لا يتغير به وجه الرأي في الدعوى^(٢).

(١) حيث قضت بأنه إذ كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعنة بطلان حكم التحكيم على سند أن طرفي التداعي اتفقا على تطبيق القواعد الخاصة بنظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس على إجراءات التحكيم وأقيمت الدعوى التحكيمية هناك، ومن ثم يكون مثل هذا الاتفاق صحيحاً ويتفق مع ما نصت عليه المادة ٢٥ من قانون التحكيم المصري وهي تلك القواعد الإجرائية التي تم إتباعها ولا مخالفة فيها للنظام العام في مصر في مجال المعاملات الدولية، وأن تلك القواعد الإجرائية الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس لم تشترط ذكر أسباب عدم توقيع محكم الطاعنة على الحكم المطعون فيه، كما أورد بمدوناته أن الغاية من وجوب اشتمال الحكم على بيان وثيقة التحكيم هو التحقق من صدور حكم أو قرار التحكيم في حدود سلطة المحكمين، وأن هذه الغاية تحققت في حكم التحكيم خاصة أنه احتوى على البيانات الجوهرية في اتفاق التحكيم بل إنه تضمن حرفياً وثيقة التحكيم، فضلاً عن أن قواعد الغرفة لم تشترط اشتمال الحكم على صورة من وثيقة الاتفاق على التحكيم، وأن ما خلص إليه الحكم المطعون فيه يتفق وصحيح القانون، فإن النعي عليه في هذا الشأن لا أساس له، راجع في ذلك: الطعن رقم ٤١٤ - لسنة ٧١ - تاريخ الجلسة ٨ / ١ / ٢٠٠٩ - مكتب فني ٦٠، ص ١٢١

(٢) ومن قضاء النقض: وحيث إن الطاعنين ينعيان على الحكم المطعون فيه الإخلال بحق الدفاع وفي بيان ذلك يقولان إنهما طلبا أمام محكمة الاستئناف التصريح لهما

المقصد الرابع

واجب مراعاة القواعد الإجرائية المتعلقة بالنظام العام

في البداية نود بالإشارة إلى التفرقة بين تعلق اتفاق التحكيم بالنظام العام، وبين موضوع التحكيم ومدى اتفائه مع النظام العام، حيث الأول يجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً، أما الثاني فمخالفته للنظام العام مصيره البطلان، وترتيباً

باستخراج صور رسمية من محاضر إيداع التوكيلات أرقام...،... لسنة ١٩٩٤،... لسنة ١٩٩٦ عام توثيق الجيزة النموذجي وتمسكا بذلك بمحضر الجلسة ومذكرة دفاعهما المقدمة خلال فترة حجز الدعوى للحكم تأييدا لدفاعهما المبدي وهما مستندات هامة يتغير بها وجه الرأي في الدعوى إلا أن المحكمة التفتت عن هذا الطلب مما يعيب حكمها.

وحيث إن هذا النعي غير مقبول، ذلك أن من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن إغفال الحكم الرد على دفاع غير منتج في الدعوى لا يعيبه بالقصور، ويكون النعي عليه في هذا الخصوص غير مقبول. لما كان ذلك، وكان طلب الطاعنين التصريح لهما باستخراج صور رسمية من محاضر إيداع التوكيلات أرقام... لسنة ١٩٩٤،... لسنة ١٩٩٦ عام توثيق الجيزة النموذجي قد أبداه الطاعنان تأييدا لدفاعهما ببطلان شرط التحكيم الوارد في العقد لعدم وجود تفويض خاص للسيد... في إبرامه وهو دفاع خلت الأوراق مما يفيد تمسك الطاعنين به أمام هيئة التحكيم المختصة بالفصل فيه عملاً بالمادتين ٢١، ٣٠ من قواعد اليونسترال المعمول بها في مركز القاهرة الإقليمي التجاري الدولي، ومن ثم فإن الطلب المذكور يكون غير منتج، ومن ثم غير مقبول ولا على الحكم المطعون فيه إن هو لم يرد عليه، راجع في ذلك: الطعن رقم ١٩٦ - لسنة ٧٤ - تاريخ الجلسة ٢٣ / ٢ / ٢٠١٠ - مكتب فني ٦١، ص ٢٨٨.

على ذلك نجد أن عدم اتفاق التحكيم مع النظام العام وتعلقه بالإرادة البشرية تجيز التحلل منه ، وهذا مظهر من مظاهر إعطاء الحرية للأفراد في تحديد ما يرونه في التعبير عن إرادتهم ، كما أعطاهم حق الوكالة في التنازل عن اتفاق التحكيم^(١) .

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا ، أن شرط التحكيم لا يتعلق بالنظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بإعماله من تلقاء نفسها ، وإنما يتعين التمسك به أمامها ، ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً ، ويسقط الحق فيه فيما لو أثير متأخراً بعد الكلام في الموضوع ، وإن التكلّم في الموضوع - المسقط للدفع الواجب إيدأؤه قبل التكلّم في الموضوع - إنما يكون بإبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى يمس موضوعها أو مسألة فرعية فيها ينطوي على التسليم بصحتها سواء أبدى كتابة أو شفاهة ، والقضاء بقبول الدفع هو قضاء في شكل الدعوى لا تستنفد به محكمة أول درجة ولايتها بالفصل في موضوعها ، وإذا قضت محكمة الطعن بإلغاء الحكم بقبول الدفع فلا يجوز لها التصدي للفصل في موضوع الدعوى دون أن تعيدها إلى محكمة أول درجة

(١) في هذا المعنى قضت محكمة تمييز دبي بأن موافقة وكيل الخصم على التحكيم يعنى التنازل عن رفع الدعوى إلى المحاكم رغم ما يكفله القضاء من ضمانات للخصوم والالتجاء إلى طريق استثنائي لحل النزاع ، راجع : الطعن رقم ١٤٤ لسنة ٢٠٠٢ ، والطعن رقم ١٧١ لسنة ٢٠٠٢ ، جلسة ١٨ / ٥ / ٢٠٠٢ .

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٣٢٣)
والتي لم تستنفذ ولايتها بعد في شأنه ، وإلا كان حكمها مشوباً بالخطأ في
تطبيق القانون^(١) .

ومن المستقر عليه وجوب مراعاة المحكم القواعد الإجرائية المتعلقة
بالنظام العام ، بصرف النظر عن اتفاق الأطراف ، أو عدم اتفاقهم على إلزام
المحكم بها إعمالاً لنص المادة ٢٦ من قانون التحكيم^(٢) .

وقد قررت المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف
بتنفيذ الأحكام الأجنبية بأن حكم التحكيم إذا صدر مخالفاً للنظام العام في
البلد المطلوب تنفيذه فيه ، وكان مدعاة للاعتراض عليه عند التنفيذ ، ولذلك
على هيئة التحكيم عند ممارسة الإجراءات بما فيها الإثبات أن تراعى المصالح
العليا للدولة التي يجرى التنفيذ على أرضها^(٣) .

وجاءت المادة الرابعة والثلاثون من القانون النموذجي أكثر وضوحاً ، فنصت
على البطلان عند تعارض حكم التحكيم مع السياسة العامة في الدولة

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٣٢٣٠٢ - لسنة ٥٧ - تاريخ الجلسة
٢٨ / ٢ / ٢٠١٧ .

(٢) راجع : م معوض عبدالنواب ، الموسوعة الشاملة في التحكيم في مصر والدول
العربية ، ط الأولى ٢٠٠٩ ، دار شادي للإصدارات القانونية ، ص ٢٦٧ .

(٣) يعرف النظام العام بأنه : مجموعة المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان
المجتمع سواء كانت مصالح سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو مالية أو خلقية ،
راجع : د/ ولاء عراقيب ، الوسيط في مبادئ القانون ، الكتاب الأول ، نظرية القانون ،
بدون دار نشر ، ص ١١٠ .

المطلوب تنفيذ الحكم فيها ، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض في العديد من أحكامها^(١).

(١) حيث قضت محكمة النقض : أنه عن النعي على حكم التحكيم الطعين بالبطلان قولاً بأنه تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية - فإنه لما كان الحكم المذكور قضى بمسئولية وزارة السياحة عن عدم تسليم الأرض التي تشغلها وزارة الدفاع بقواتها إلى الشركة المدعى عليها ، وبأحقية هذه الأخيرة في حبس باقي ثمن الأرض المباعة حتى قيام الوزارة الأولى بتسليمها أرض القوات البحرية وحرس الحدود - ومن ثم فقد ربط هذا القضاء بين قيام وزارة السياحة بتسليم الأرض التي تشغلها وزارة الدفاع - بعد إخلائها من قواتها ومعداتنا اللازمة للدفاع عن البلاد - إلى الشركة المدعى عليها من ناحية ، وبين حصول الوزارة البائعة على أربعة أخماس ثمن الأرض المباعة كلها وفوائده من الناحية الأخرى ، وحكم التحكيم بذلك يكون قد قضى بالتزام وزارة السياحة بتسليم أرض القوات البحرية وحرس الحدود ثم ألزمها بالتعويض جزاء عدم قيامها بالتسليم ، ولما كان تمكين الشركة المدعى عليها من مساحة الأرض التي تشغلها وزارة الدفاع على النحو المتقدم يتضمن مخالفة للنظام العام اعتباراً بأن تلك المساحة من الأموال العامة ومخصصة لأغراض الدفاع عن إقليم الدولة من جهة الخارج وتأمين سلامة البلاد وأمنها تحقيقاً للمصلحة العليا للجماعة ، وبالتالي يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام التصرف فيها ، كما أن وضع اليد عليها أو تمكين الغير منها يعد تعدياً يكون لوزير الدفاع إزالته إدارياً طبقاً لنص المادة ٩٧٠ / ٢ من القانون المدني ، إذ كان ذلك وكانت الفقرة الثانية من المادة ٥٣ من قانون التحكيم قد جرت على أن " تقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية " ومن ثم فإن النعي على الحكم الطعين بالبطلان لمخالفته للنظام العام يكون في

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٣٢٥)

واشترط القانون المصري في المادة (٥٨ / ٢) تحكيم ، عدم تنفيذ حكم المحكمين إلا بعد التحقق من عدم مخالفته للنظام العام في مصر ، ومن ثم على القاضي عند الأمر بتنفيذ حكم التحكيم بعد بحث الاختصاص عليه التأكد من عدم تعارض هذا الحكم بما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية^(١) .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض ببطلان حكم هيئة التحكيم لمخالفته للنظام العام باعتبار أن أرض النزاع من الأموال العامة المخصصة لأغراض الدفاع عن إقليم الدولة من جهة الخارج وتأييد سلامة البلاد مما يعتبر عملاً من أعمال السيادة يخرج عن ولاية قضاء الدولة، في حين أن أرض النزاع من أملاك الدولة الخاصة التي تقع بمنطقة قابلة للاستثمار السياحي وقد بيعت للطاعن بصفته من وزارة السياحة - المطعمون ضدها - بما يعيب الحكم ويستوجب نقضه ، وكان الثابت من حكم هيئة التحكيم أن الأرض محل الداعي هي جزء لا يتجزأ من أرض المشروع التي شملها عقد البيع المؤرخ ٤ / ١٠ / ١٩٨٩ ، وأن بيع هذه الأرض إلى الشركة المحتكمة تم بناء على اتفاق سابق على عقد البيع بين وزارتي السياحة والدفاع على نقل الوحدات العسكرية من تلك الأرض ولكن وزارة الدفاع لم تلتزم بتنفيذ ذلك الاتفاق المسبق بين الوزارتين،

محله ويتعين قبوله . يراجع : طعن رقم ٧١ - لسنة ٢٠٠٣ - تاريخ الجلسة ٢٨ / ٥ / ٢٠٠٣ .

(١) راجع : لظعن رقم ٥٨٤٠ - لسنة ٧٩ - تاريخ الجلسة ٢٢ / ٣ / ٢٠١١ - مكتب فني ٦٢ ، ص ٤٠٨ .

وإذ كان هذا البيع قد صدر للطاعن بصفته من وزارة السياحة، وكان في ذلك ما ينفي عن هذه الأرض تخصيصها للعمليات أو متطلبات الأمن القومي، ومن ثم فلا يعد التعرض الحاصل بشأنها عملاً من أعمال السيادة التي تخرج عن ولاية المحاكم، ولما كان مفاد نص المادة ٤٣٥ من القانون المدني أن تسليم المبيع يتم بوضعه تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به بغير حائل، وكان الواقع في النزاع ينصب على طلب الشركة المحتكمة بإلزام وزارة السياحة بتمكينها من قطعة الأرض التي تشغلها القوات البحرية وحرس الحدود في وقت سابق على عقد البيع، ومن ثم فإن الخصومة الحقيقية لموضوع التحكيم المائل تدور حول حق الطاعن بصفته في استلام الأرض التي بيعت له من المطعمون ضدها - وزارة السياحة - باعتباره أثراً من آثار البيع الصحيح مما يخضع لاختصاص هيئة التحكيم، ومن ثم لا يكون حكمها باطلاً، وإذ كان الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا النظر إذ قضى ببطلان حكم التحكيم، فإنه يكون معيباً بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه بما يعيبه ويوجب نقضه^(١).

ويتضح من هذه النصوص أن على هيئة التحكيم عند ممارسة الإجراءات التحكيمية ومنها تطبيق قواعد الإثبات بجانب مراعاة المصالح العليا في الدولة التي ينفذ فيها حكم التحكيم، أن تعمل على بذل كل الجهود اللازمة لتزويد الأطراف بحكم قابل للتنفيذ، فلا يجوز خرق إجراءات الإثبات المتعلقة

(١) راجع في ذلك: الطعن رقم ٤٧٢١ - لسنة ٧٣ - تاريخ الجلسة ٢٧ / ١٢ / ٢٠٠٧

- مكتب فني ٥٨ ، ص ٨٩٠ .

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٣٢٧)

بالنظام العام في الدولة التي يجرى التحكيم بها ، أو يراد تنفيذ حكم التحكيم فيها ، وهذا ما أكدت عليه المادة الخامسة والعشرون - تحكيم - بأنه إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة ، على اعتبار أنها إجراءات موجهة لسير الخصومة لا إرادة للخصوم حيالها .

وتطبيقاً لذلك فإذا صدر حكم تحكيم مخالف للمبادئ الأخلاقية المستقرة في دولة التنفيذ كان مصيره في مهب الرياح ، لأن كل عمل إرادي يأتيه المخاطب به مخالفاً للنظام العام لا يحظى بالتطبيق^(١) ، فلا يجوز إثبات واقعة مخالفة للنظام العام والآداب .

المقصود الخامس

واجب احترام المواجهة في الإثبات

يعد هذا الواجب من أهم الواجبات الإجرائية في حماية حقوق الأفراد وحررياتهم ، وبه تتحقق المساواة الإجرائية بين الخصوم في المراكز القانونية ، وبدونه تختل العدالة ذاتها ، وتصبح قواعد القانون الموضوعي بلا قيمة^(٢) .

(١) راجع في ذلك : القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي ، قاسى دليله ، رسالة ماجستير ، كلية العلوم والسياسة ، جامعة عبدالرحمن ميره ، ٢٠١٧ ، ص ٥٥ .

(٢) انظر في هذا المعنى : الطعن رقم ٢٣٨ / ٢٠٢٣ لسنة ٨٤ ق ، جلسة ٢٤ / ١ / ٢٠١٥ .

ويقصد به أن كل دليل يقدم في الدعوى من جانب أحد الخصوم يجب أن يطرح على الخصم الآخر لمناقشته والرد عليه^(١).

وهذا ما نصت عليه المادة ٦٩ من قانون الإثبات بقولها: الإذن لأحد الخصوم بإثبات واقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في تنفيذها بهذا الطريق، وهذا يدل على أنه إذا كان المحكم يقتصر دوره على تلقي الأدلة من الخصم ثم تكوين عقيدته واقتناعه في الحدود التي يرسمها القانون، إلا أنه على الأقل لا يمكن التسليم بهذه الأدلة وبكونها حجة مسلمة، إلا إذا أيدها الخصم الآخر، أو على الأقل عجز عن تنفيذها، وفي هذا تقييد للمحكم بعدم القضاء بعلمه الشخصي، أو بناء الحكم على وقائع اتصلت بعلمه خارج الخصومة.

وهذا يستلزم من المحكم أن يظل متحلياً بحياده، محترماً حق الدفاع، وإلا كان الإجراءات التي اتخذها باطلة^(٢) وفي المقابل يستلزم توافر الأمانة الإجرائية من جانب الخصوم، ومن ثم لا تتخذ ذريعة لتعطيل الفصل في

(١) انظر في هذا المعنى: د / محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، مرجع سابق، صـ ٣١٧، د/ محمد شكرى سرور، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ٢٠١٣، صـ ١٧.

(٢) انظر في هذا المعنى: د / عزمى عبدالفتاح، إجراءات خصومة التحكيم، بحث مقدم للدورة العامة لإعداد المحكم، مركز تحكيم حقوق عين شمس، صـ ٢١٣ وما بعدها.

الدعوى التحكيمية^(١)، وإلا اعتبر قيام الخصم بتضليل الخصم الآخر بإخفاء بعض المستندات القاطعة في الدعوى التحكيمية لمجرد الإضرار به، أو عدم قيام الخصم بإبلاغ هيئة التحكيم بأي سبب من أسباب انقطاع الخصومة التي تحققت في خصمه متى علم به فيكون وقتها سبب النية إذا أخفي وفاة الخصم الآخر، وغيرها من الأمثلة العديدة والمتنوعة والتي تندرج تحت القاعدة الأساسية التي تفرض علي الخصوم واجب السير في الخصومة التحكيمية بحسن نية ونزاهة وأمانة .

وقد تباينت وجهات نظر الفقه الإجرائي حول واجب حسن النية في الخصومة التحكيمية^(٢)، وانقسم الفقه في ذلك بين مؤيد ومعارض، وقد أخذت بعض التشريعات موقفاً صريحاً منه إلي درجة فرض التزام علي أطراف الخصومة بقول الصدق، بينما لم تذهب تشريعات أخرى إلي هذا المدى واكتفت بفرض الالتزام بحسن النية بنصوص صريحة .

ولم يتخذ القانون المصري موقفاً محدداً من واجب حسن النية في الخصومة التحكيمية، رغم أن هذا الواجب يشكل أحد الواجبات التي يفرضها القانون الإجرائي علي سلوك الخصم، وهو ما يستوجب الابتعاد عن سوء النية عند اتخاذ الإجراءات أو تقديم وسائل الدفاع، ولذلك فهناك عدة نصوص

(١) انظر في هذا المعنى : د/ طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم،

مرجع سابق، صـ ١٧١ .

(٢) انظر : د/ وجدي راغب فهمي، مبادئ الخصومة المدنية، دار الفكر العربي،

القاهرة، ١٩٩٤، صـ ٢٥٤ .

متنوعة في قانون المرافعات لا تتسامح مع سوء النية إلى درجة قد تصل في بعض الأحيان إلى إبطال التصرف الذي تم بسوء نية بالإضافة إلى الحكم بالغرامة والتعويض إذا كان له حق ، خاصة إذا تم اللجوء إلى الوسائل التحكيمية بسوء نية حتى ولو بطرق مشروعة ، فيتعين على المدعي أن يكون أميناً في دعواه ، فلا يدعي إلا ما يعتقد بصحته بحسن نية^(١).

وتعتبر هذه القاعدة الفقهية من أهم الأسس الفنية التي يستند إليها وجود مبدأ حسن النية في قانون المرافعات ، فالأصل المفترض في كل الإجراءات القانونية هو القيام بها بحسن نية ، والغش فيها يبطلها من البداية ، فالغش هو فعل إيجابي يتخلص في استعمال عدة وسائل غير مشروعة كالكذب ، ويلجأ إليه الخصم بقصد تضليل خصمه والإضرار به ، وتضليل المحكم بغية الوصول إلى الحكم لصالحه بغير حق ، وهذا هو الركن المادي في الغش ، أما الركن المعنوي فهو يتمثل في سوء نية الخصم بأن يقوم بعدة وسائل احتيالية غير مشروعة بنية غش خصمه الآخر وصولاً إلى الحكم لصالحه بأن يتخذ إجراء كيدياً ضده ، فالغش بصفه عامة هو وسيلة سيئة لخداع شخص ما^(٢).

ويعتبر الغش من أكثر الانتهاكات الواضحة لواجب الكشف عن الحقيقة في الخصومة في القانون المصري والفرنسي علي السواء .

(١) راجع : د/ إبراهيم أمين النفاوي ، التعسف في التقاضي ، مرجع سابق ، ص ٧٩ وما بعدها ، د / سيد أحمد محمود ، الغش الإجرائي ، مرجع سابق ، ص ١٤ وما بعدها .
(٢) راجع : د / سيد أحمد محمود ، الغش الإجرائي ، مرجع سابق ، ص ١٠٢ .

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٣٣١)

وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الخصوص بقولها بأنه : طبقاً لنص المادة (٥٩٥) مرافعات يكون افتتاح التماس إعادة النظر من أجل الغش^(١).

وقد وضع كلاً من قانون المرافعات المصري الحالي ونظيره الفرنسي^(٢) في هذا الشأن أساساً واضحاً، وهو اعتبار أن استعمال الخصم لوسائل ملتوية أو احتيالية يعد شرطاً أساسياً لنشأة الغش في إجراءات الخصومة التحكيمية ويكفي أن يسلك الخصم مسلكاً منافياً لواجب الكشف عن الحقيقة ليعد شخصاً ذو نية سوء .

وتتعدد صور المسلك المنافى لواجب الكشف عن الحقيقة وتأخذ عدة أشكال تتفق جميعها معاً في التعارض مع مبدأ حسن النية في إجراءات الخصومة ، ومنها إنكار الوقائع الصحيحة وسرد وقائع الدعوي بشكل يخالف الواقع ، وكذلك إخفاء بعض الوقائع الهامة في الخصومة واللجوء إلى الصمت والخداع والكذب وغيرها من الصور التي تطول بها القائمة للغش في إجراءات الخصومة ، وهي عدة صور متنوعة تستقل محكمة الموضوع بشأن توافر الغش فيها من عدمه^(٣) .

(١) Cass .civ . ٢١ juillet ١٩٨٠ ,Bull. Civ . ١٩٨٠ - ٢ - ١٢٩

(٢) DESBOIS(H) : La notion de fraude a laloi et la

.these,paris,١٩٨٤,et ,١٩٢٧,Dalloz، jurisprudence francaise

(٣) راجع :د/ أحمد السيد صاوي ، نطاق رقابة محكمة النقض علي قاضي الموضوع ،

مرجع سابق ، ص ٢٠٨ .

وفي هذا السياق تنص المادة ١٣٢ من تقنين الإجراءات المدنية الفرنسي على أن الخصم الذي يحتج بمسند يلتزم باطلاع الخصم الآخر في الدعوي عليه ، ويتعين أن يتم الاطلاع بصورة مباشرة ، وتنص المادة ١٣٣ من ذات التقنين على أنه متى لم يتمكن الخصم من الاطلاع على مسند، فله أن يطلب من القاضي - المحكم - ، دون التقييد بأية شكلية مسبقة ، إلزام الخصم الآخر باطلاعه على المسند^(١) .

الفرع الثاني

واجبات الخصوم الإجرائية

في الإثبات التحكيمي

كما وجب على المحكم احترام الواجبات الإجرائية في الإثبات التحكيمي ، يفرض على الخصوم أيضاً واجبات إجرائية يجب احترامها عند الإثبات ، لأن علاقة أدلة الإثبات بالدعوى التحكيمية ودور المحكم في تطبيق تلك الأدلة على الوقائع المعروضة عليه علاقة تكامل وترابط .
وحتى نتعرف على تلك المبادئ الواجب على الخصوم احترامها في عملية الإثبات ، نقسم هذا الفرع إلى المقاصد الآتية :

(١) F. Brus ; Le principe dispositif et le procès civil, thèse de Pau, ٢٠١٤, p.٨١

المقصد الأول

احترام مقتضى المشروعية الإجرائية

يعد احترام مقتضى المشروعية الإجرائية ترجمة لمبدأ نزاهة الأدلة، ومنذ ما يقرب من عشرين عاماً خلت، قد تنامي بصورة ملحوظة، من حيث التطبيق، فمن جانب، نجد أن أحكام محكمة النقض التي تحيل بشكل صريح على مبدأ النزاهة في الإثبات، قد تنوعت بصورة ملحوظة، ومن جانب آخر، هناك قدر كبير من التقارب بين مبدأ نزاهة الدليل، ومبدأ المواجهة، وعلى هذا الحال، فإن النزاهة لم تعد تنحصر في الحصول على الدليل، ولكنها تمتد إلى عمل الدليل، ومناقشته خلال سير الدعوي التحكيمية .

ومن ثم فإن احترام مقتضى المشروعية الإجرائية يكمن في تحقيق مبدأ نزاهة الدليل في الخصومة المدنية، وفي الواقع، يشكل مبدأ نزاهة الدليل، أحد الواجبات الإجرائية في تقنين الإجراءات المدنية، وعلى هذا النحو، تنص المادة ٩ من تقنين الإجراءات المدنية على أنه: يلتزم كل خصم بالتدليل، وفقاً للقانون على الوقائع، التي تمكنه من قبول إدعائه، بينما تنص المادة ١٠ من ذات التقنين على، يملك القاضي الصلاحية للأمر بإصدار كافة تدابير التحقيق المقبولة بصورة قانونية، ومن المتعين على الخصوم الالتزام باحترام مقتضى المشروعية، وكذلك القاضي^(١).

(١) وهذا المبدأ له صدهاء في تقنين الإجراءات الجنائية، حيث إن حرية الإثبات لا يمكن أن تشكل غطاء لعدم المشروعية وعلى هذا الحال، تنص المادة ٤٢٧/٢ من تقنين

وبطبيعة الحال، فقد ورد النص على هذا المقتضي في المادة ٦ / ٢ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، حيث إنها بعد أن وضعت مبدأ الدعوي العادلة، حددت آليات تحقيق الدعوي العادلة، والتي منها مشروعية الأدلة. والنتيجة التي يمكن الخروج بها من هذه النصوص المتفرقة، أن مبدأ نزاهة الدليل في قانون المرافعات بوجه عام، وفي الخصومة التحكيمية بوجه خاص، قد شكل القاعدة التي سار عليها القضاء تحت تأثير الفقه والقضاء الأوروبي. ولا شك أن هناك العديد من أساليب الحصول على الدليل بشكل غير نزيه، إذ من الممكن الحصول على الدليل بالتحايل، أو الغش، وبالأساليب الملتوية، والحق أن أغلب الأحكام القضائية لم تتصد بصورة مباشرة لمقتضي النزاهة، ولكنها تناولته بصورة غير مباشرة، حيث قضت محكمة النقض، بأن الخطابات، التي حررها أحد الزوجين، لا يمكن الاحتجاج بها في وجهه، متى لم يتم الحصول عليها بطريقة نزيهة^(١).

وعلى هذا الحال، فإن مقتضي النزاهة يمنع على صاحب العمل، اللجوء إلي الحيلة بغرض وضع أجيره في مركز يجعله، كما لو كان قد ارتكب خطأ في

الإجراءات الجنائية على : لا يجوز للقاضي الاستناد على أدلة ما لم تكن قد قدمت خلال جلسات المرافعة الحضورية أمامه .

(١) وهو ما نصت عليه المادة ٢٥٩ / ١ من التقنين المدني التي تحرم الأدلة التي يتم الحصول عليها بطريق العنف، أو الغش، والمادة ٢٥٩ / ٢، التي تستبعد من المرافعة الأدلة التي تم الحصول عليها بطريق انتهاك حرمة المسكن، أو الغش وفيما خلا ذلك يقبل الدليل.

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٣٣٥)

سبيل التنصل من التزامه بالتعويض حيال هذا العامل ، ولهذا فقد أكدت محكمة النقض على أن من حق صاحب العمل مراقبة العمال لديه، خلال وقت العمل، ولكن لا يحق له أن يستخدم التسجيلات على سبيل الدليل، التي تمت باستخدام الدوائر التليفزيونية الموجودة في مواقع العمل بغرض الرقابة على نشاطهم، طالما لم يكن لديهم علم بوجود هذه المنظومة للرقابة.

ومن الملاحظ إجرائياً أن قانون المرافعات يفرض واجباً قانونياً عاماً علي الخصم بأن يسلك في الخصومة بحسن نية ، وقد نص قانون المرافعات الإيطالي صراحة (م ١ / ٨٨) علي واجب الخصوم ومحاميهم أن يسلكوا في الخصومة بإخلاص ونزاهة .

المقصود الثاني

واجب الأمانة الإجرائية

في ممارسة حرية الدفاع

يعد واجب الأمانة الإجرائية عند ممارسة الحق في الإثبات من الواجبات التي يلتزم بها الخصم ، حيث لا يكفي توافر المقتضيات الموضوعية للحق في الإثبات ما لم يكن هناك أمانة عند استعماله .

ويري بعض الفقه الإجرائي^(١) أن الخصم أصلياً كان أم عارضاً ملتزم بإتباع حد أدنى من الأمانة الإجرائية أثناء نظر الدعوى التحكيمية ، ويستخلص هذا الواجب من نص المادة ١٨٨ مرافعات التي تنص علي أنه : يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوي ، أو دفاع قصد به الكيد ،

(١) راجع : د/ وجدي راغب ، مبادئ الخصومة ، ص ٢٤٥ وما بعدها .

ومع عدم الإخلال بحكم الفقرة السابقة يجوز للمحكمة عند إصدار الحكم الفاصل في الموضوع أن تحكم بغرامة لا تقل عن أربعين جنيه ولا تجاوز أربعمئة جنيها علي الخصم الذي يتخذ إجراء أو يبدي طلباً أو دفاعاً بسوء نية ، وذهب البعض أنه لا يقصد بذلك أنه يقع علي الخصم العارض واجباً قانونياً بذكر الحقيقة ، وإنما يجب فقط ألا يسيء ممارسة حريته في الدفاع ، أو في الالتجاء إلي القضاء باستعمال وسائل كيدية أو اتخاذ الإجراءات بسوء نية^(١) .

ونحن نري أن الأمانة الإجرائية تقتضي علي الخصم أصلياً كان أم عارضاً الالتزام بذكر الحقيقة فضلاً عن عدم إساءة ممارسة حريته في الدفاع ، ذلك أن عدم ذكر الحقيقة قد يؤدي إلي حصول الخصم علي غير حقه وهو ما ينافي جوهر الأمانة الإجرائية^(٢) .

والمقصود بسوء النية في هذا المقام هو أن يكون الخصم العارض وهو يتخذ إجراء أو طلباً أو دفاعاً عالمياً بأنه لا حق له فيه ، وإنما استهدف من إيدائه مجرد تعطيل الفصل في الدعوي أو الإضرار بالخصم الآخر .

(١) راجع : د/ طلعت دويدار ، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٧١ .

(٢) وفي ذلك يقول رسول الله صلي الله عليه وسلم " إنما أنا بشر مثلكم تختصمون إلي فاحكم بينكم ولعل بعضكم ألحن بحجته فأقضي له علي نحو ما أسمع منه ، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً فإنما أقطع له قطعة من نار ، أخرجه البخاري في صحيحه ، باب : نصيحة الإمام للخصوم ، رقم ٢٦٨٠ (٤/٢٩٣) .

ويتمثل واجب السلوك في الخصومة بالأمانة في أن يستهدف الخصم العارض تحقيق مصالحه الذاتية المشروعة بطريقه نزيهة ، فإذا ثبت أن الإجراء الذي قام به أو الطلب الذي قدمه ليس له حق فيه فيكون بذلك قد أخل بهذا الواجب ، وكذلك يعد إخلالاً بواجب الأمانة الإجرائية أن يباشر الإجراء بطريقة معيبة بقصد حرمان خصمه من حقه في الدفاع ، وكذلك قيامه بتضليل الخصم الآخر بإخفاء بعض المستندات القاطعة في الدعوى عنه بهدف الإضرار به .

ويعد من مقتضيات تحقيق الأمانة الإجرائية عدم إجبار الشخص بتقديم دليل ضد نفسه ، وتنصرف تلك القاعدة إلى مسائل الإثبات في الخصومة التحكيمية ، وتعني بأنه ليس هناك ما يلزم الخصم بأن يقدم مستندات ليست في مصلحته أو تنقلب بعد ذلك دليلاً ضده ، فضلاً على أن إجبار الخصم على تقديم مستند تحت يده يؤسس على مبدأ الاتهام ، الذي يقوم عليه القضاء الجنائي دون القضاء المدني ، وليس من حق الخصم إجبار خصمه أو الغير على تقديم دليل في حوزته .

وفي هذا المعنى تقول محكمة النقض : أن من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة به ، وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم مستند يملكه ولا يريد تقديمه ، فإذا طلب الخصم تكليف خصمه بتقديم ورقة تحت يده مدعياً أن له حقاً فيها وقضت المحكمة في الدعوى بناءً على أسباب مؤدية إلى ما خلصت إليه وقالت إنه لا دليل على كذب الإدعاء بأن الورقة قد ضاعت ولا على صدق إدعاء الطالب فيما يزعمه من مشتملات الورقة أو دلالتها ، فلا يصح النعى على

حكماً بمقولة إن الامتناع عن تقديم الورقة يجب قانوناً اعتباره تسليماً بصحة قول من طلب تقديمها ، لأنه - من جهة - لا شأن لمحكمة النقض في تقدير أدلة الثبوت في الدعوى ، ولأن محكمة الموضوع - من جهة أخرى - لم تكلف الخصم تقديم الورقة حتى يمكن قياس الامتناع عن التقديم بالامتناع عن الحضور للاستجواب ، ولأنه إن صح القياس فالامتناع إنما يكون محل اعتبار من المحكمة بحسب دلالاته المحتملة ، وبغير إلزام من القانون بعده حتماً تسليماً بقول الطالب^(١) .

والأصل أن الإثبات حق للخصم وهو إذ اعتبر واجباً عليه ، فإنما يكون بالنسبة للواقعة التي يدعها هو لا بالنسبة لما يدعيه خصمه ، وإذا كانت قاعدة لا يجبر أحد علي تقديم دليل ضد نفسه قاعدة مطلقة فيما عدا بعض الاستثناءات التي نص عليها الشارع ، فإنها كانت تفرض علي الخصوم الفهم الصحيح دون عسف أو سوء نية قد يظهر سواء في تقديم المستندات أو تبادلها .
وتحقيقاً لسرعة حسم النزاع ، وعدالة إجرائية ناجزة ، وفعالية الأحكام ، يحاول المشرع بث الثقة والطمأنينة بين الخصوم بافتراض قواعد وأصول كفيلة بتنظيم إجراءات التقاضي في خصومة التحكيم ، فلا يضيع فيه الضعيف الذي لم يحتاط أمام خصم سيء النية حاول بكل قوة الحصول علي مكاسب غير مشروعة .

(١) راجع : نقض مدني ، ١١ / ٤ / ١٩٤٠ ، مجموعة عمر ، ج ٣ ، رقم ٥٠ ، ص ١٦٠ .

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٣٣٩)

ومن حق أحد أطراف التحكيم الوقوف موقفاً سلبياً إزاء الخصم المكلف بالإثبات ، فإذا كان شخص المدعي هو المكلف قانوناً بإثبات دعواه وتقديم الأدلة المؤيدة لها^(١) وذلك تطبيقاً للقاعدة الشرعية البينة علي من ادعي خلال الوضع الثابت أصلاً ، إلا أن المقصود به كل من يدعي خلاف الوضع الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً^(٢) ، لأن الأصل هو بقاء الشيء علي حالة ، ومن يدعي خلاف الأصل يتمسك بإثبات مدعاة^(٣) .

وإذا كانت قاعدة لا يجبر أحد علي تقديم دليل ضد نفسه قاعدة مطلقة فيما عدا بعض الاستثناءات التي نص عليها الشارع ، فإنها كانت تفرض علي الخصوم الفهم الصحيح دون عسف أو سوء نية قد يظهر سواء في تقديم المستندات أو تبادلها .

وفي هذا المعنى تقول محكمة النقض لئن كانت المادة ٢٠ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ تجيز للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أي

(١) راجع : د/ السنهوري ، جـ ٢ ، إثبات ، رقم ٤٧ ، ص ٦٨ ، نقض مدني

١٠ / ١١ / ٧١ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٢٢ ، ق ١٤٨ ، ص ٨٩١ .

(٢) انظر : د/ توفيق فرج ، قواعد الإثبات ، طبعة ٨٢ ، رقم ١٧ ص ٢٩ ، وانظر المادة / ٥ من قانون الإثبات التي نصت علي أن " علي الدائن إثبات الالتزام وعلي المدين التخلص منه " .

(٣) انظر : نقض مدني ٧ / ٦ / ١٩٨٠ ، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً تحت بند إثبات ، طعن ٥٥٠ ، س ٧٧ ق ، نقض مدني ٢ / ٢ / ١٩٨١ ، طعن ٣٧٨ س ٥٠ ، ص ٢٥١ .

محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده إذا توافرت إحدى الأحوال الواردة فيها وأوجبت المادة ٢١ منه أن يبين في الطلب الدلائل والظروف التي تؤيد أنه تحت يد الخصم ، إلا أن الفصل في هذا الطلب باعتباره متعلقاً بأوجه الإثبات متروك لقاضي الموضوع ، فله أن يرفضه إذا تبين له عدم جديته ، وله أن يكون عقيدته من الأدلة التي يطمئن إليها ، كما أن تقدير الدلائل والمبررات التي تجيز للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده هو نظر موضوعي يتعلق بتقدير الأدلة مما يستقل به قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيه ^(١).

(١) راجع: الطعن رقم ١ لسنة ٤٣ ، جلسة ٣/٣/١٩٧٦ مكتب فني ٢٧ صـ ٥٦٨ ، وذهبت في حكم آخر لها بأنه : لئن جاز للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده إذا توافرت إحدى الأحوال الثلاثة الواردة فيها ، إلا أن الفصل في الطلب باعتباره متعلقاً بأوجه الإثبات متروك لتقدير قاضي الموضوع فله أن يلتفت عنه إذا كون عقيدته في الدعوى من الأدلة التي اطمئن إليها . متى كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص وجود عقد تأمين بشأن إصابات العمل بين المطعون عليهما الأول والثالث من إقرار أو لهما بوجود هذا العقد ومن مسارعة الطاعنة اثر ذلك إلى اختصاص المطعون ضده الثالث دون أن ينازع هو أو الطاعنة في وجود هذا العقد وهو ما يجوز للمحكمة أن تعتبره بمثابة التسليم والإقرار الضمني به ، ومن ثم فلا جدوى من تعيب الحكم من عدم وجود ذلك العقد ، ومن عدم إلزام المطعون عليه الثالث بتقديمه . فيكون النعى عليه بالإخلال بحقوق الدفاع والقصور في التسبيب على غير أساس . راجع : الطعن رقم ١٨٩ لسنة ٤١ ، ٢٧/٢/١٩٧٧ مكتب فني ٢٨ صـ ٥٧٢ .

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٣٤١)

ومن الفقه الإجرائي^(١) من نظر إلى حق الإثبات بمفهوم أوسع ، فرأى أن من حق الخصم مطالبة الخصم الآخر بتقديم ما تحت يده من أدلة ، أو حتى مطالبة الغير إعمالاً لوجب الأمانة الإجرائية وليس خروجاً عن القاعدة التقليدية في الإثبات ، وهو ما يعبر عنه بعض الفقه الإجرائي بالشق المسكوت عنه في الإثبات^(٢).

وهذا الاتجاه الفقهي تسانده العديد من التشريعات العربية التي تجيز للمحكم مطالبة أحد أطراف الخصومة بتقديم أي وسيلة من وسائل الإثبات ، وفي هذا الصدد نصت المادة (٧٨٠) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على جواز إصدار المحكم الأمر للخصم بإبراز دليل في حوزته^(٣) .
والحقيقة أن مراعاة واجب المعاونة في الإثبات يتعارض ظاهرياً مع قاعدة لا يجبر أحد علي تقديم أي دليل ضد نفسه ، فالمقصود بواجب المعاونة في

(١) انظر: د/ طلعت دويدار ، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم ، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٩ ، ص ٢٥٣ .

(٢) انظر: د/ طلعت دويدار ، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٢٥٣ .

(٣) وأيضاً نص المادة ٢٧ من القانون النموذجي أنه يجوز لهيئة التحكيم أو أحد أطراف الخصومة طلب المساعدة من المحكمة المختصة الحصول على أدلة .

الإثبات هو عدم إخفاء أي أدلة قاطعة في الخصومة تسهم بشكل أو بآخر في الفصل فيها بغرض الكيد والإضرار بالطرف الآخر^(١).

كما يعد من مظاهر تحقيق الأمانة الإجرائية، اتفاق تصرفات الخصوم مع أحكام القانون وقيم المجتمع وأخلاقياته، وقد قرر المشرع أن الأصل في نطاق التصرفات القانونية بصفة عامة هو حسن النية، وعلي من يدعي عكس ذلك فيكون مدعياً لخلاف الثابت أصلاً، ومن ثم فيقع عليه عبء إثبات هذا الادعاء^(٢)، فالمشرع افترض وجود حسن النية في براءة ذمة الأفراد عموماً.

ويعتبر مراعاة المشرع لمبدأ حسن النية تعبيراً حقيقياً عن أهمية أن تتفق كل التصرفات مع أحكام القانون وقيم المجتمع وأخلاقياته، ويأخذ المشرع في اعتباره عند مراعاته لمبدأ حسن النية تحقيق هدفاً أصيلاً من أهداف القوانين الإجرائية، وهو توصيل العدالة إلي أشخاص القانون بيسر في مدة معقولة وبنفقات معقولة عن طريق الالتزام بأحكام القانون وقيم المجتمع وأخلاقياته^(٣).

(١) انظر: نطاق رقابة محكمة النقض، د/ أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص ١٣٨ وما بعدها.

(٢) انظر: الأستاذ / عبد المنعم حسني، المدونة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية، ج ٢، ط ٢، ١٩٩٠، طعن رقم ١٧٩٨، سنة ٦٢ ق، ١٩٩٨/٦/٢٥، س ٤٩، ج ٢، ص ٥٧٤.

(٣) انظر: د/ نبيل إسماعيل عمر، عدم فاعلية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧، ص ٦٨.

ولا يعتبر الشخص حسن النية إذا جهل بأن تصرفه يضره بغيره خاصة إذا كان ذلك ناشئ عن إهمال وتقصير أو كان جهله مبنيًا "علي خطأ جسيم"^(١)، بل لا بد أن تكون تصرفاته متفقة مع أحكام القانون وقيم المجتمع وأخلاقه حتى يمكنه الادعاء والتمسك بحسن نيته .

لذلك وضع القانون جزاءً واضحاً للغش ونية الإضرار بالغير ، وهو إبطال التصرف الذي تم من أجل تحقيق ذلك وعدم إنفاذ آثاره ، وكذلك النتيجة المترتبة عليه ، وذلك يعني إبطال التصرف والنتيجة معا^(٢) ، وهي تفرقة واضحة لآثار التصرفات بين الشخص حسن النية والشخص سيء النية ، وهذا ما استقرت عليه أحكام محكمة النقض في كل أحكامها المتعاقبة^(٣) .

ومن العدالة والإنصاف أن يتم إبعاد الضرر عن أي شخص ، فهذا يكون له فائدة أعظم وأكبر من جلب النفع لشخص آخر ، فهذا هو واجب القانون وهدفه النبيل وهو الذي يتمثل في القضاء علي الغش ، فمن يقوم بالغش في تصرفاته القانونية للإضرار بالغير ، فهو يتحرك بدوافع نفسية شريرة شيطانية من أجل إخفاء الحقيقة ، وهذا ينم عن سوء نيته ، ولا بد أن يعاقب برد ما سعي إليه ، وما

(١) راجع : د / السيد بدوي ، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق - ج . القاهرة ، ١٩٨٩ ، ص ٥٠٨ .

(٢) انظر : د / فتحي والي ، د / أحمد ماهر زغلول ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، مكتبة كلية الشرطة ، بدون ناشر ، ١٩٩٧ ص ٤٨٢ وما بعدها .

(٣) انظر : نقض مدني ، رقم ٣٨١ ، ٢١ / ١٠ / ١٩٩١ ، مجموعة الأحكام - ٤٢ ، ص

قصد من سوء نيته وعقابه بالتعويض والغرامة والجزاءات الجنائية بحسب الظروف .

وتعتبر القاعدة الفقهية درء الضرر خير من جلب النفع تعبيراً حقيقياً عن مبدأ حسن النية وقصد الالتزام بالنزاهة والأمانة وحدود القانون والأخلاق ، ولذلك يجب رد الكيد السيئ علي أهله ويعامل سيء النية الذي يقصد الإضرار بغيره برد سعيه السيئ عليه ، أما حسن النية فيمكنه التمسك بحسن نيته لإبعاد مسؤولية الغش والإضرار بالغير عنه بسبب عدم وجود إهمال وتقصير ونية الإضرار بالغير وذلك قياساً علي آثار حسن النية في حالة الوضع الظاهر^(١) ، فلا يمكن محاسبة أي شخص علي حسن نيته فهي الأساس في كل شخص .

كما يعد الكشف عن الحقيقة والمعاونة في الإثبات التحكيمي واجب أخلاقي وقانوني في مجال النشاط القضائي والتحكيمي ، لأن الحقيقة والعدالة وجهان لعملة واحدة ، ومن التناقض تحقيق العدالة دون احترام الحقيقة ، وقد فرضت معظم التشريعات المقارنة علي الخصوم صراحة واجب المعاونة في الإثبات والكشف عن الحقيقة لأي معلومات تسهم في الفصل في الدعوي التحكيمية وتحقيق حسن سير العدالة المطلوبة منها .

وقد فرض قانون المرافعات هذا الواجب علي الخصوم خاصة إذا لم يمكن الفصل في الدعوي إلا بهذه الأدلة ، وبذلك يكون قد سار المشرع المصري علي خطي التشريعات المقارنة في هذا الشأن ، بأن وضع عدة نصوص

(١) راجع : د/ عاطف نصر مسلمي ، نظرية الأوضاع الظاهرة في القانون الإداري ،

رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق - ج ، عين شمس ، ١٩٩٢ ، ص ٢٧ .

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٣٤٥)

تشريعية من أجل القيام بواجب كشف الحقيقة والمعاونة علي الإثبات من أجل خدمة العدالة حتى يكون أساساً واضحاً للعمل بمبدأ حسن نية الخصوم في الدعوي كنتيجة متوقعة ومضمونة تظهر بعد قيام الخصوم بواجب الكشف عن الحقيقة في الخصومة والمعاونة في الإثبات فيها^(١).

ومن الجدير بالذكر أن الوصول إلي معرفة المركز الحقيقي للخصم صعبا وشاقا ويحتاج إلي جهد كبير ووقت طويل ، لكن القانون لا يفرض علي الخصم التحري الدقيق الذي يجاوز المألوف وقدرة وتوقع الشخص المعتاد ، وإلا انتهى الأمر إلي شل حركة التعامل بين الأفراد في المجتمع والإحجام عن الدخول في علاقات ومعاملات بين أفراده ، وهو أمر غير مرغوب فيه .

(١) انظر : د / إبراهيم أمين النفاوي ، الإخلال الإجرائي ، مرجع سابق ، ص ٦٢ وما بعدها ، ونفس المؤلف ، مبادئ الخصومة المدنية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٣٥ وما بعدها .

وقد أكدت محكمة النقض علي هذا المعني^(٥٤)، لذا يجب علي الخصم حتى يمكنه أن يتمسك بحسن نيته أن يتحرى عن حقيقة مركز خصمه، فإن التحري والاستعلام يقاسان بمعيار موضوعي يتمثل في سلوك الشخص المعتاد الذي يمكن أن يوجد في نفس ظروف الخصم ويواجه بالظواهر المادية الخارجية التي تحيط بالمركز الفعلي، أو الواقعي لخصمه وتولد اعتقاداً شائعاً أو عاماً بأنه مركز قانوني علي خلاف الحقيقة، وهو ما يدفعه إلي التعامل معه علي أساس الوضع الظاهر الذي بداهه أمامه أو الوفاء له، أو اتخاذ إجراءات التقاضي والتنفيذ في موجهته.

والسؤال الذي يطفو علي بساط البحث الآن هو عن كيفية إثبات تجرد الخصم من الأمانة الإجرائية؟

(٥٤) إذ قضت بأنه: متى كانت المحكمة إذ اعتبرت أن مورث الفريق الثاني من المطعون عليهم قد تملك الأتيان محل النزاع بالتقادم أقامت قضائها علي أن حسن النية يفترض دائماً في التقادم الخمسي، وهو لا يشترط لدي من يدعي الملك سبب صحيح وبوضع اليد خمس سنين إلا عند التعاقد وأن المورث المذكور قد أشتري الأرض المتنازع عليها من المالك الظاهر، وأن قول الطاعن بأن خصمه لا يمكن أن يكون حسن النية لأن سند البائع له وهو حكم صادر من المحكمة المختلطة لا يشمل الأتيان المبعة فمردود بأن مجرد الاطلاع عليه لا يكفي للتحقيق من عدم اشتماله علي الأتيان المبعة بل إن أفتضي ندب عدة خبراء وبحث طويل للوصول إلي هذه النتيجة فإن هذا الذي قرره المحكمة لا مخالفة فيه للقانون، انظر: نقض ٢٠/١١/١٩٥٢ -

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٣٤٧)

ونستطيع الإجابة عن هذا التساؤل فنقول : لما كانت الأمانة الإجرائية في القانون المصري تعني : الامتناع عن استخدام الغش ، ووسائل الاحتيال ، والمكر ، وعن اتخاذ الإجراء أو تقديم أو إخفاء دليل بسوء نية ، ثار هذا التساؤل وهو ما نجيب عنه فنقول : يتم إثبات انعدام الأمانة الإجرائية بأمرين :

الأمر الأول : الأخذ بقاعدة أن الأمور بمقاصدها المأخوذة من الفقه الإسلامي والتي تعبر عن حديث النبي عليه الصلاة والسلام " فعن عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ - ﷺ - يَقُولُ: " إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَلِكُلِّ أَمْرٍ مَانَوَى، فَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ إِلَى اللَّهِ وَإِلَى رَسُولِهِ، فَهَجْرَتُهُ إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ"^(١) ، ويعني هذا أنه إذا كان الباعث علي العمل غير مشروع ، فإن هذا العمل يبطل سواء ظهر عدم الأمانة في التعبير ، أو في أمر خارج عنها .

الأمر الثاني : أن القضاء والتحكيم مبناه علي الظاهر ، تحقيقا لمبدأ استقرار المعاملات الذي يقضي بالتعويل علي الظاهر ، ويفترض تطابق الإرادتين الظاهرة والباطنة إذا كانت الأولي دالة علي الثانية ، فإذا ثبت عكس ذلك فالعبرة

(١) سنن ابن ماجه لعبدالله محمد بن يزيد القزويني ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط ، دار

الرسالة العلمية ٢٠٠٩ رقم ٤٢٢٦ (٥ / ٣٠٥) .

بالإرادة الباطنة^(١) وقد ثار جدل فقهي حول إثبات تحلى الخصم بالأمانة الإجرائية من عدمها من خلال ثلاثة آراء متباينة^(٢).

الرأي الأول :

يذهب إلي أن إثبات انعدام الأمانة الإجرائية يتم من خلال الإرادة الظاهرة، حيث يفترض أنها مطابقة للإرادة الباطنة، والتعبير عن النية السيئة خير شاهد ودليل عليها، وهذا الرأي مأخوذ من رأي الحنفية والشافعية .

الرأي الثاني :

ويأخذ هذا الرأي بالإرادتين الظاهرة، والباطنة لإثبات عدم أمانة الخصم، فإذا كانت النية السيئة ظاهرة بطل العمل وإن لم تكن ظاهرة، أو معبر عنها بوضوح بطل التصرف لو دلت عليها قرائن وإشارات أخرى، وتطبقا لهذا الرأي -الذي تؤيده- يجوز إثبات سوء النية بالتصرف، وهو ما أخذ به الفقه الفرنسي منهم Capitan، وهذا الرأي الموسع في الإثبات بشهادة الشهود، والقرائن يتفق مع فقه المالكية والحنابلة، والظاهرية والزيدية .

الرأي الثالث :

يذهب إلي أن إثبات انعدام الأمانة الإجرائية يتم وفقا لمعيار الإرادة الممكن التعرف عليها بالإحاطة بالظروف والملابسات كالمواقف السابقة للمعبر عن إرادته .

(١) انظر : د/ عبد الرازق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون ، مرجع سابق ، بند

٣٩٣ ، ٣٩٤ ص ٥٠٠

(٢) انظر : د/ عبد الحكيم القوني ، حسن النية وأثره في التصرفات ، دار المطبوعات

الجامعية ، ٢٠١٠ ، ص ٤٦١ وما بعدها .

✪ مجلة الشريعة والقانون ✪ العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ✪ (١٣٤٩)

ونحن نرى تأييد الرأي الثاني، ونستطيع توضيح وجهة نظرنا فنقول: على
فرض عدم وضوح أو استظهار النية السيئة من التصرفات القانونية، أو في
العمل الإجرائي، لكن يمكن الوقوف عليها من الأمارات والقرائن عند القيام
بالتصرف القانوني .

المبحث الثاني

دور المحكم في تطبيق أدلة الإثبات القانونية غير الاستنباطية

تطورت النظم المعاصرة في التحكيم لتلائم الغاية الإجرائية من نشأتها، فأصبح للمحكم سلطة اتخاذ ما يراه مناسباً من إجراءات التحقيق، شأنه شأن المحكمة في مهمتها العادية من حيث تطبيق ما تراه من إجراءات الإثبات، طالما كانت الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالخصومة، ومنتجة فيها، ومؤثرة في قناعة المحكم، وبما لا يخل بالطلبات المقدمة من الخصوم، أو بمبدأ الحيادة، وهذا لا يؤثر على اتخاذ إجراءات الإثبات من تلقاء نفسها دون التقييد بالشكلية الإجرائية، لأن نظام التحكيم له طبيعة خاصة تتسم بتبسيط الإجراءات ومرونتها بما لا يوجب التقييد بالإجراءات التي نص عليها قانون المرافعات أو قانون الإثبات^(١).

ومن حق طرفي التحكيم الاتفاق على إخضاع الإجراءات التي تتبع أمام هيئة التحكيم للقواعد النافذة في أي منظمة، أو مركز تحكيم في مصر أو خارجها،

(١) جدير بالذكر أن الطبيعة الخاصة لنظام التحكيم تفرض بعض القيود على المحكم عند اتخاذ إجراءات الإثبات التحكيمي، لعل منها: أن الوقوف على إجراءات الإثبات يكون من هيئة التحكيم مجتمعة لإصدار حكم يفصل في النزاع، بالإضافة إلى أن أي إجراء من جانب المحكم ينطوي على سلطة الجبر والأمر أمر لا يملكه المحكم، لأنه قاضي خاص لا يجوز له ذلك وان جاز لقاضي الدولة عند استخدام وسائل الإثبات، راجع في ذلك: التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم، دراسة تحليلية مقارنة، د/ عبدالمنعم محمد قبيصي، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٨، ص ٥٠٤.

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٣٥١)

وعند عدم وجود مثل هذا الاتفاق ، من حق هيئة التحكيم في اختيار الإجراءات التي تراها مناسبة .

وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض بأن مفاد النص في المادة ٢٥ من قانون التحكيم يدل على أن المشرع منح لطرفي التحكيم حرية الاتفاق على أي من الإجراءات التي يجب على هيئة التحكيم إتباعها سواء تلك النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في مصر أو خارجها ، وفي حالة خلو الاتفاق على الأخذ بأي من هذه القواعد الإجرائية يكون لهيئة التحكيم مطلق اختيار الإجراءات التي تراها مناسبة^(١)

وفي كل الأحوال يلتزم المحكم بالنطاق الموضوعي لخصوصية التحكيم بالإضافة إلى الالتزام بالنطاق الشخصي كنتيجة طبيعية للطبيعة الخاصة لحكم التحكيم كنظام بديل عن القضاء .

وتماشياً مع تلك النظرة التحكيمية المعاصرة يستطيع المحكم الاعتماد في بناء الحكم التحكيمي على أدلة الإثبات الخاصة كالل دليل الكتابي ، سواء كان في شكل مستند رسمي ، أو في شكل مستند عرفي عند اللزوم للفصل في النزاع .

وحتى نتعرف أكثر على دور المحكم في تطبيق أدلة الإثبات القانونية غير الاستنباطية ، بالنسبة للمحررات الرسمية والعرفية ، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي :

(١) انظر : الطعن رقم ٤١٤ - لسنة ٧١ - تاريخ الجلسة ٨ / ١ / ٢٠٠٩ - مكتب فني

المطلب الأول

الإثبات بالأدلة الكتابية الرسمية

من أهم المسائل التي يحتاج إليها المحكم للوقوف على أدلة الإثبات ، مسألة الكتابة ودورها في إثبات الحق ، ولذلك جعلها المشرع وسيلة أساسية للإثبات فيما يتعلق بالتصرفات القانونية معترفاً لها في ذات الوقت بقوة إثبات مطلقة لجميع الوقائع سواء ما كان منها أعمال مادية أو تصرفات قانونية .

واعتراف المشرع بهذه القوة المطلقة للكتابة لا يجعلها تتمتع بحجية مطلقة في الإثبات ، ومن ثم يجوز إثبات العكس بطرائق مختلفة ، ونظراً لكونها تحرر في زمن معاصر للتصرف القانوني ، وما يميزها عن غيرها من الأدلة ، فإنها توفر للخصوم ما لا يتوافر في غيرها من الأدلة ، مما يجعلها من أهم وسائل الإثبات التحكيمي .

ومن الجدير بالذكر أن دور المحكم إزاء المحررات الكتابية يقتصر على مراقبتها من حيث مظهرها وصحتها ، فيراقب مدى توافر الشروط المتطلبه قانوناً في الدليل محل الإثبات لإنزال حكم القانون عليه ، دون أن يمارس دوراً تقديراً ناحية الدليل^(١) .

وفي هذا المطلب تجلية لبعض المشكلات التي تتعلق بالدليل الكتابي ، ومدى اعتماد المحكم عليه في إجراءات الإثبات التحكيمي .

ونستطيع أن نتناول دور المحكم في الوقوف على الدليل الكتابي من خلال بيان مفهومه وأنواعه ومدى حجته في الإثبات التحكيمي في الفروع الآتية نعرض لها على النحو التالي :

(١) انظر : د/ على هيكل ، القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين ، مرجع سابق ،

الفرع الأول

مفهوم الدليل الكتابي

أولاً : الكتابة لغة : هي الخط ، أو تصوير اللفظ بحروف هجائه^(١) .

ثانياً : الكتابة اصطلاحاً في الفكر المعاصر :

لم أر تعريفاً اصطلاحياً للكتابة عند القدامى ، ولكن عرفها بعض المعاصرين فقال بأنها : التسجيل الحرفي للدين ، أو غيره من الحقوق في كتاب بهدف الحفاظ عليه من الضياع نتيجة الجحود أو النسيان^(٢) .
وبناءً على ذلك فإن الكتابة هي توثيق الحقوق بالخط .

الفرع الثاني

دور الحكم في الإثبات بالمستندات الرسمية^(٣) :

وهي تلك التي يثبت بها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه ، أو ما تلقاه من ذوي الشأن ، وذلك طبقاً للقواعد المرعية وفي حدود سلطته أو ولايته أو اختصاصه^(٤) .

(١) انظر : القاموس المحيط ، مادة كتب ، ص ٢٣ .

(٢) انظر : توثيق الديون في الفقه الإسلامي ، د/ صالح الهليل ، بدون دار نشر ، ص ٢٩٧ .

(٣) مثال المستندات الرسمية : صور الأحكام التي تستخرجها المحكمة ممهورة بإمضاء القاضي وختم المحكمة، وثائق الزواج والطلاق، شهادات الميلاد، صكوك الأراضي وعقودها المستخرجة من سجلات مصلحة الأراضي، مخالفات مصلحة الضرائب ، وصندوق الزكاة، وغير ذلك من المستندات التي تستخرج من الجهات المختصة معتمدة بختمها وإمضاءها .

(٤) يشترط للسند الرسمي ما يلي : أن يكون تحريره بمعرفة موظف عمومي أو جهة رسمية - وأن يكون ذلك الموظف العمومي أو تلك الجهة الرسمية المختصة بتحرير مثل

ومما تجدر الإشارة إليه أن حجية الأوراق الرسمية تقتصر على ما ورد بها من بيانات تتعلق بما قام به محررها أو شاهد حصوله من ذوى الشأن أو تلقاه عنهم في حدود سلطته واختصاصه ، تبعاً لما في إنكارها من مساس بالأمانة والثقة المتوافرين فيه ، ومن ثم لا يتناول هذه الحجية البيانات الخارجة عن الحدود أو ما تعلق بمدى صحة ما ورد على لسان ذوى الشأن من بيانات لأن إثباتها في ورقة رسمية لا يعطيها قوة خاصة في ذاتها بالنسبة لحقيقة وقوعها ، فيرجع في أمر صحتها أو عدم صحتها إلى القواعد العامة في الإثبات^(١) .

هذا السند وفي حدود سلطتها أو ولايتها - وأن يكون تحرير هذا السند قد تم بحسب القواعد الموضوعية له راجع في ذلك : أصول المرافعات الشرعية ، أنور العمروسي ، ص ٣١٨ ، علم القضاء ، أحمد الحصري (١/٤٨) .

(١) وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض بأن المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً " يدل على أن حجية الورقة الرسمية تقتصر على ما ورد بها من بيانات قام بها الموظف العام أو المكلف بخدمة عامه في حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن في حضوره ، وهى البيانات التي لا يجوز إنكارها إلا عن طريق الطعن بالتزوير ، أما البيانات الأخرى التي يدلى بها ذوى الشأن إلى الموظف فتقوم بتدوينها تحت مسؤوليتهم فيجوز إثبات ما يخالفها بكافة طرق الإثبات ، لما كان ذلك وكان المطعون عليه ليس طرفاً في المستندات محل النعي ، وكانت هذه البيانات تتعلق بإقرارات ذوى الشأن ولا تتضمن تصرفات قانونية له صلة بها ، فإنه يعتبر من الغير بالنسبة لها و يكون له إثبات عكس ما ورد بها ، ولا وجه بهذه المثابة للتحدي بقاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة فيما يخالف أو يجاوز ما أشتمل عليه

والورقة الرسمية حجة على ما تضمنته من حقوق ، ومن ذلك كتاب القاضي إلى القاضي ، أو الحاكم إلى عماله ، فإنه يكون حجة وكذلك يكون حجة ما يصدره القضاة من أوراق للخصوم تتضمن الحكم الذي أصدره في قضاياهم وغير ذلك ، أما بالنسبة لصورة المحرر الرسمي التي لم تصدر عن الموظف المختص بإعطائها الذي يشهد توقيعه عليها بأنها مطابقة للأصل المحفوظ لديه ، لا تعتبر صورة رسمية ، وإنما مجرد صورة عرفية لا قيمة لها في الإثبات ما لم يقبلها خصم من تمسك بها صراحة أو ضمناً^(١).

ومن المعلوم أن تعارض المصالح يجعل كل خصم يسعى إلى إقناع هيئته التحكيم بأنه صاحب الحق فيما يدعيه ، فإنه يجب عليه أن يجمع بنفسه وجهوده الأدلة التي تؤيد مزاعمه .

والوثائق والمستندات هي من أكثر وسائل الإثبات التي يتم الفضل بناء عليها أمام هيئة التحكيم بل ، ومن الممكن القول أنها تحتل المرتبة الأولى بين وسائل الإثبات المختلفة وذلك لأنها تمثل دليلاً مادياً من السهل تقديمه وتبادله ، وكذلك فحصه ودراسته وتقييمه والتحقق من صحته وسلامته بالإضافة إلى قلة تكاليف إحضاره والوقت الذي يستغرق لنظره ، وعلي ذلك جاء نص المادة (٣٠/٣) من قانون التحكيم "يجوز لكل من الطرفين أن يرفق ببيان الدعوي ،

دليل كتابي ، راجع : الطعن رقم ٥١٧ لسنة ٤٣ ق ، جلسة ١٩٧٧ / ٣ / ١٦ ، مكتب فني

٢٨ ص - ٦٩٧ .

(١) نقض مدني ، الطعن رقم ٠٣٠٨ لسنة ٥١ جلسة ١٩٨٥ / ١٢ / ٥ ، مكتب فني ٣٦

ص - ١٠٨٧ .

أو المذكرة الدفاع علي حسب الأحوال صوراً من الوثائق التي يستند إليها وأن يشير إلى أن كل أو بعض الوثائق وأدلة الإثبات التي يعتزم تقديمها ، ولا يخل هذا الحق هيئته التحكيم في أي مرحلة كانت عليها دعوه في الطلب تقديم أصول المسندات ، أو الوثائق التي تسند لها أي طرفي الدعوي .

حق محكمة التحكيم من الاطلاع على المستندات وتطبيقات ذلك :

أعطى المشرع المحكمين مكنة الاطلاع على المستندات والوثائق ، وهو ما عبرت عنه المادة ٢٨ تحكيم بقولها : لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها ، فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملائمة المكان لأطرافها ، ولا يخل ذلك بسلطة هيئة التحكيم في أن تجتمع في أي مكان تراه مناسباً للقيام بإجراء من إجراءات التحكيم ، كسماع أطراف النزاع أو الشهود أو الخبراء أو الاطلاع على مستندات^(١) .

وجاءت بعدها المادة ٣٠/٣ مقررته تخويل المحكم سلطة طلب أية وثائق أو مستندات في أي مرحلة من مراحل الخصومة التحكيمية ، ومن ثم فإذا رفض الخصم تقديم ما يطلب منه فللمحكم إصدار الحكم بناءً على ما يتوافر لديه من أدلة من أدلة الإثبات^(٢) .

(١) انظر : د/ فتحي والي ، التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٣٦٥ ، د/ عزمي عبدالفتاح ، التحكيم ، ص ٢٨٧ ، د/ محمود نور شحاته ، دور الغير في التحكيم ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٦ ، ص ١٤٠ .

(٢) انظر : د/ رضا السيد ، تدخل القضاء ، مرجع سابق ، ص ٣٦٦ .

ومن التطبيقات القانونية في هذا الشأن ، ما نصت عليه المادة ٣١ تحكيم مصري على أن : ترسل صورة مما يقدمه أحد الطرفين إلى هيئة التحكيم من مذكرات أو مستندات أو أوراق أخرى إلى الطرف الآخر ، وكذلك إرسال صورة من إلى كلا الطرفين من كل ما يقدم إلى الهيئة المذكورة من تقارير الخبراء أو المستندات وغيرها من الأدلة .

وعلى أية حال ، لا يجوز لخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم مستند تحت يده ليفيد منه في إثبات دعواه ، غير أنه إذا اتفق الخصوم على إمكانية ذلك ، أو كان القانون المصري هو الواجب التطبيق طبقاً لاتفاقهم ، أو عند اختيار هيئة التحكيم له ، إذا لم يتفقا فإنه يجوز وفقاً للمادة ٢٠ من قانون الإثبات المصري أن يطلب الخصم سواء بالتجائه إلى القضاء ، أو إلى هيئة التحكيم إلزامه خصمه بتقديم أي مستند منتج في الدعوي يكون تحت يده في الحالات الآتية :

١- إذا كان المحرر مشتركاً بينه وبين خصمه ، ويعتبر المحرر كذلك إذا حرر لمصلحة الخصمين معاً ، أو كان مثبتاً لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة .

٢- إذا استند إليه خصمه في أي مرحلة من مراحل الدعوي ، وعلي ذلك حظر القانون على الخصم إذا قدم محرراً للاستدلال به في الدعوي أن يسحبه بغير رضا خصمه إلا بإذن كتابي من القاضي -هيئة التحكيم- بعد أن تحفظ صورته منه في ملف الدعوي .

٣- إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديم المحرر أو بتسليمه ومن ذلك ما نصت عليه المادة (٢٨) من القانون التجاري والتي أجازت للمحكمة من تلقاء

نفسها أو بناء علي طلب أحد الخصوم أن تأمر بالاطلاع علي دفاتر التاجر في الأحوال الشائعة ومواد الشركات والشركات .

دور المحكم في تقدير مدى طلب الخصم إلزام خصمه بتقديم مستند تحت يده :
إن توافر الحالات - سالفه الذكر - لا يعني إجابة الخصم لطلبه ، وإنما يخضع ذلك باعتباره متعلقاً بأوجه الإثبات لتقدير هيئة التحكيم بحسب الأحوال فلها مطلق الحرية في أن ترفض إذا تبين لها عدم جديته ، أو كونت عقيدتها في الدعوى من أدلة أخري اطمأنت لها .

ومن الجدير بالذكر أن قانون التحكيم المصري خلا من نص يعطي للمحكم سلطة إلزام الخصم علي تقديم مستند تحت يده ، وبالتالي فالمحكم لا يملك سلطه الأمر ، كما أنه لا يملك اللجوء إلي المحكمة التي تنص عليها المادة (٩) من قانون التحكيم لإلزامه بذلك ، إذ لم يخوله القانون هذه السلطة وليس من حقه استخدام المكنة المقررة بالمادة (٢٣ / ٢) من قانون الإثبات التي تعطي للقاضي مكنة إلزام الخصم بما تحت يده ، وإنما يجوز له نظر الدعوي لافتراض عدم وجود المستند إذ تنص المادة (٣٥) من القانون التحكيم علي أنه : إذا تخلف أحد الطرفين عن تقديم ما طلب منه من مستندات جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات التحكيم وإصدار حكم النزاع استناداً إلي عناصر الإثبات الموجودة أمامها ، إلا أن هناك اتجاه يري أن المهمة القضائية التي أعطتها التشريعات الحديثة للمحكمين تستلزم إعطاءهم قدرًا من السلطة التي تمكنهم من حسن أداء مهمتهم فإذا قدر المحكمون أن مستنداً ما هام ومنتج في الدعوي ، وجب علي الخصوم تقديمه أو تبرير موقفهم الرفض ،

فإذا لم يقتنع المحكمون بمبررات الرفض حق لهم فرض غرامة تهديدية علي هذا الخصم لإجباره علي المشاركة الايجابية في إجراءات التحكيم التي لجأ إليها بإرادته الحرة ، فإذا ما أصر الخصم علي هذا الامتناع ، جاز لهيئة التحكيم رفع الأمر إلي القضاء لإلزام الخصم بتقديم ما لديه من مستندات وتصفية الغرامة التي سبق الحكم بها^(١).

وهذا بخلاف قانون التحكيم الفرنسي الجديد الصادر في ٢٣ يناير ٢٠١١ ، حيث أجاز للطرف الذي يرغب في الاستناد إلى دليل لإثبات دليل في حوزة الغير وبعد تصريح المحكمة التحكيمية له بذلك ، أن يطلب من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة وفقاً للقواعد العامة إلزام شخص من الغير أن يقدم أدلة إثبات التي في حوزته والتي يكون تقديمها ضرورياً للفصل في الخصومة إعمالاً للمادة (١٤٦٩) ولا تتدخل محكمة الدولي إلا لدعم التحكيم ، فلا يجوز لها أن تأمر بالإجراء إلا بناءً على طلب محكمة التحكيم^(٢).

(١) وهذا الاتجاه محل نظر حيث القول بأن قانون التحكيم قد خلا من نص يقرر عقوبة تملك هيئة التحكيم فرضها على الممتنع عن تقديم المستندات المطلوبة منه ، إذ لا عقوبة إلا بنص هذا فضلاً عن ما هي مصلحة هيئة التحكيم في اللجوء إلى القضاء لإلزام أحد الخصوم بتقديم مستند تحت يده ، وعليه نعتقد أن هذا الامتناع لا يمنع هيئة التحكيم عن مواصلة نظر النزاع وإصدار الحكم استناداً لما هو متوافر لديها من أدلة الإثبات ، كما يمكنها أن تستخلص من هذا الامتناع مؤشراً على صحة إدعاءات الطرف الآخر بما تحتويه هذه المستندات .

(٢) انظر : د/ أسامه أبو الحسن مجاهد ، قانون التحكيم الفرنسي الجديد ، دار النهضة العربية ٢٠١٢ ، مجلة التحكيم العربي ، العدد الثامن عشر يونيو ٢٠١٢ ، ص ٥٠ وما بعدها .

والسؤال: هل يجوز لمحكمة التحكيم إلزام الغير بتقديم مستند تحت يده؟ إذا كانت هيئة التحكيم لا تستطيع إلزام الخصم بتقديم مستند تحت يده، فليس لها أيضاً إلزام الغير الذي ليس له طرفاً في خصومة التحكيم بتقديم مستند تحت يده، لخلو قانون التحكيم من نص يقرر ذلك من ناحية، ولكون هيئة التحكيم لا ولاية لها على غير أطراف التحكيم من ناحية أخرى، ولأن التحكيم ذو أثر نسبي من ناحية ثالثة لا يرتب التزام على عاتق الغير بتقديم مستند تحت يده ما لم يكن اتفاق التحكيم منتجاً لأثره في مواجهته^(١)، إلا أن هذا الغير إذا قام بتقديم مستند تحت يده تعتد به هيئة التحكيم بعد عرضه على الخصوم^(٢).

ثم تتساءل ثانياً، هل يجوز لهيئة التحكيم أن تطلب من رئيس المحكمة - ٩م - إلزام الغير بتقديم محرر في حوزته؟

نظراً لغياب النص التشريعي ذهب بعض الفقه الإجمالي إلى عدم جواز ذلك لعدو ورود النص، ولأن تلك الحالة ليست من الحالات التي يجوز فيها

(١) مثال ذلك: إلزام الشركة الفرع بتقديم محرر في حوزتها في نزاع الشركة الأم طرفاً فيه، أو إلزام الشركة الأم بتقديم محرر في نزاع ليست طرفاً في العقد المتضمن لشرط التحكيم، متى أبرم الفرع هذا العقد وكان نظام الشركة يجيز لها ذلك وكان إلزام الشركة التي أدخلت مع عدة شركات في نشاط اقتصادي واحد بتقديم محرر منتج في الدعوى على الرغم من عدم توقيعها على العقد الذي تضمن شرط التحكيم ما دام قد شاركت في تكوين العقد وتنفيذه، راجع: على هيكل، مرجع سابق، صـ ١٦٨.

(٢) انظر: د/ محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، مرجع سابق، صـ ١٤١ وما بعدها.

لهيئة التحكيم طلب المساعدة القضائية ، وهي حالة تخلف الشهود وطلب الإثابة القضائية^(١) .

بينما ذهب البعض -نحن نؤيده- إلى القول بأن اللجوء إلى القضاء هو السبيل لتذليل كل العقبات التي تعترض سير الإجراءات التحكيمية ومنها إلزام الغير بتقديم محرر تحت يده ، مع عدم المساس بموضوع النزاع^(٢) .

دور المحكم اتجاه المستندات المطعون عليها بالتزوير :

وإذا طعن أحد الأطراف في أحد المستندات ، أو الوثائق المقدمة من الطرف الآخر بالتزوير ، فعلى هيئة التحكيم إذا وجدت أن المستند المطعون بتزويره لازم للفصل في موضوع النزاع أن توقف إجراءات التحكيم حتى يتم صدور حكم نهائي من المحكمة المختصة ، ولا يجوز للمحكمة أن تقضى بصحة المحرر أو برده أو بسقوط الحق في إثبات صحته وفي الموضوع معاً بل يجب أن يكون قضاؤها بذلك سابقاً على الحكم في موضوع الدعوى اعتباراً بأنه يجمع بين هذه الحالات هدف ألا يحرم الخصم الذي تمسك بالمحرر المقضي بتزويره أو بسقوط الحق في إثبات صحته أو المحكوم بصحته من أن يقدم ما عسى أن يكون لديه من أدلة قانونية أخرى أو يسوق دفاعاً متاحاً جديداً ، إلا أنه لا مجال لإعمال هذه القاعدة متى كان المدعى بتزويره محرراً متعلقاً بإجراء من إجراءات الدعوى ولا يرتبط بأدلتها الموضوعية لأنه في هذه الحالة

(١) انظر : د/ محمد نور شحاته ، مفهوم الغير في التحكيم ، مرجع سابق ، صـ ١٤١ وما بعدها .

(٢) انظر : د/ على بركات ، مرجع سابق ، بند ٣٩٣ ، صـ ٣٨٤ وما بعدها .

تتنفي الحكمة من وجوب الفصل بين القضاء في الإدعاء بالتزوير وبين الحكم الموضوعي^(١).

وبناءً على ذلك ليس لهيئة التحكيم أن تبت في الطعن وتقرر صحة أو تزوير المستند المقدم إليها، لأن ذلك يخرج عن نطاق ولايتها، وفي هذه الحالة يتعين وقوف سريان الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم، وذلك لحدوث ظروف طارئة إعمالاً للمادة ٤٦ تحكيم، أما إذا رأت هيئة التحكيم المطعون بتزويره ليس لازماً للفصل في موضوع النزاع استمرت في نظر النزاع والفصل فيه دون أن توقف الإجراءات، والإدعاء بالتزوير هو مجموع الإجراءات التي نص عليها القانون لإثبات عدم صحة الأوراق، وهو بهذه المثابة لا يعدو أن يكون وسيلة دفاع ينصب على مستندات الدعوى يقصد به مقدمة إجتناء منفعة ومصالحة في رد دعوى الخصم ودفعها^(٢).

(١) وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المقرر أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضى بصحة المحرر أورده أو بسقوط الحق في إثبات صحته و في الموضوع معاً حتى لا يحرم الخصم الذي تمسك بالمحرر المقضي بالتزوير أو بثبوت الحق في صحته من أن يقدم ما عسى أن يكون لديه من أدلة قانونية أخرى أو يسوق دفاعاً جديداً، إلا أن شرط ذلك أن يكون الإدعاء بالتزوير مقبولاً و منتجاً في النزاع و من ثم فلا مجال لإعمال هذه القاعدة متى قضى الحكم بعدم قبول الإدعاء بالتزوير لأنه غير منتج ففي هذه الحالة تفتقد الحكمة التي ترمى إلى الفصل بين الإدعاء بالتزوير وبين الحكم الموضوعي طالما ليس من ورائه تأثير على موضوع الدعوى، راجع: الطعن رقم ٥١ لسنة ٥١ جلسة ٢٢/٢/١٩٨٩ مكتب فني ٤٠ ص ٥٥٥.

(٢) وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض بأن الإدعاء بالتزوير لا يعدو أن يكون وسيلة

وفي هذا السياق يقول البخاري في صحيحه في هذا المعنى: باب الشهادة على الخط المختوم وما يجوز من ذلك وما يضيق منه ، وكتاب الحاكم إلى عامله والقاضي إلى القاضي^(١) .

دفاع ينصب على مستندات الدعوى يقصد به مقدمة إجتناء منفعة ومصلحة في رد دعوى الخصم و دفعها ، وأن إباحته في أية حالة تكون عليها الدعوى إلا أنه يجب أن يكون بتقرير في قلم الكتاب مشتملاً على تحديد كل مواضع التزوير المدعى به وإلا كان باطلاً كما يجب على مدعيه إعلان خصمه في ثمانية الأيام التالية للتقرير بمذكرة يبين فيها شواهد التزوير وإجراءات التحقيق التي يطلب إثباتها بها وإلا جاز الحكم بسقوط إدعائه مما مفاده أن من حق مدعى التزوير اللجوء إليه دون حاجة إلى تصريح من المحكمة وإنه لا يعتبر إدعاء بالتزوير في معنى هذه المادة ما لم يتبع الطريق الذي رسمه القانون لا يؤثر في ذلك أن المحكمة تملك بالرخصة المخولة لها بالمادة ٥٨ من قانون الإثبات أن تحكم برد أية ورقة و بطلانها إذا ظهر لها بجلاء من حالتها أو من ظروف الدعوى أنها مزورة و لو لم يدع أمامها بالتزوير . لما كان ذلك و كان الواقع في الدعوى أن الطاعن برغم إشارته أمام محكمة أول درجة إلى تزوير وثيقة الزواج - فإنه لم يسلك السبيل الذي حدده - القانون للإدعاء بالتزوير سواء على عقد زواجه الموثق أو محضر الجلسة المنوه عنه بسبب النعى ، فإذا كانت المحكمة لم تر ما يبرر استعمال الرخصة المخولة لها في القضاء برد بطلان هذين المحررين ، و لم تجد فيما لوح به الطاعن من رغبة في اتخاذ إجراءات الإدعاء بالتزوير فيهما مما يسوغ الاستجابة لطلبه - بتمكينه من الإدعاء بالتزوير مقررته أنه لم يقصد بذلك سوى إطالة أمد النزاع واللدد في الخصومة فإنها لا تكون قد أهملت بحقه في الدفاع ، راجع : الطعن رقم ٠٣٥ لسنة ٤٥ جلسة ١١ / ١ / ١٩٧٨ مكتب فني ٢٩ ص ١٦٣ .

(١) صحيح البخاري (٤/٢٣٧) .

وكان الشعبي يجيز الكتاب المختوم بما فيه من القاضي ، وقال معاوية بن عبد الكريم الثقفي شهدت عبد الملك بن يعلى قاضي البصرة وإياس بن معاوية والحسن وثمامة بن عبد الله بن أنس وبلال بن أبي بردة وعبد الله بن بريدة الأسلمي وعامر بن عبيدة وعباد بن منصور يجيزون كُتُب القضاة بغير محضر الشهود ، فإن قال الذي جيء عليه بالكتاب أنه زور قيل له اذهب فالتمس المخرج من ذلك^(١)

تعقيب :

يتضح مما سبق أن إنكار الورقة الرسمية لا يقبل ، غير أنه إذا طعن في الورقة الرسمية بالتزوير ، وقال إنهم قد زوروا التوقيع ، أو ختم جهة الاختصاص ، فللمحكم أن يحيل الأوراق إلى جهة الاختصاص ، أو أهل الخبرة للمضاهاة والإفادة بصحة الورقة أو التزوير .

المطلب الثاني

دور المحكم في الإثبات بالمستندات العرفية

المستندات العرفية هي الأوراق والمستندات التي لم تصدر من جهة رسمية مختصة ، وهي ككتابة المُقر بخط يده أن لفلان عليه كذا ، أو كتابة الوصية بخط الموصي من غير أن يُشهد على وصيته ، وكذلك هبته لآخر من غير أن يقوم بتسجيل الهبة ، ومن ذلك أيضا أن يجد الوارث في دفتر مورثه أن له عند فلان كذا ، ومنه أيضا دفاتر التجار التي تبين تعاملهم ودائنيهم ومدينيهم .

(١) الطرق الحكمية ، مرجع سابق ، ص ٢٩٩ .

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٣٦٥)

والورقة العرفية حجة فيما تضمنته، ويجوز للمحكم أن يحكم بمقتضاها، فهي كالإقرار بالكتابة، والإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان عند الفقهاء، فمتى ما أقر الشخص بتوقيعه أو بخطه، أو أقر الوارث بأن هذا خط مورثه أو توقيعه، أو كان ذلك الخط أو التوقيع معروفاً ومشهوراً فعلى المحكم أن يعمل بمقتضى هذا السند.

دور المحكم في الطعن على المحرر العرفي بالتزوير :

ما يتعلق بجحد الورقة العرفية والإدعاء بتزويرها إذا قدمت لهيئة التحكيم وجحدها الطرف الآخر التوقيع عليه، كان للهيئة اتخاذ ما يلزم من إجراءات للتحقق من صحة توقيعه من سماع الشهود، أو تحيل المستند إلى خبير أو أكثر للتحقق من الكتابة أو التوقيع، بسماع الشهود أو بالمضاهاة، أو بكليهما، دون التزام على الهيئة بالتنظيم الإجرائي الذي ينص عليه قانون الإثبات بالنسبة لتحقيق الخطوط^(١)، وكذلك في حالة إنكار الخصم الخط، أو الإمضاء أو الختم المشتمل عليه سند المدعى تأمر المحكمة بإجراء التحقيق، دون أن يحدد طريقته فقد قصد بذلك أن يكفل للمحكمة اختيار الطريقة التي تراها مؤدية إلى ظهور الحقيقة، فلها التحقيق بالبينة أو بالمضاهاة أو بهما معاً^(٢).

(١) انظر: د/ عزمى عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص ٢.

(٢) ومن قضاء النقض في هذا الشأن أن القول بأنه يشترط لقبول الشهادة على صحة التوقيع في هذه الحالة أن يكون الشاهد قد رأى من نسب إليه العقد وهو يوقعه، بالقياس على الحالة المنصوص عليها في المادة ٢٦١ فقرة ثانية من قانون المرافعات (القديم)، مردود بأن حكم هذه المادة مقصور على إثبات صحة الأوراق العرفية

ولا يجوز مضاهاة الورقة العرفية التي ينكر الخصم صحتها و لم يعترف بها ، و لا يكتفي في هذا الشأن بالسكوت أو باتخاذ موقف سلبي ، بل يجب أن يكون هناك موقف إيجابي يستدل منه بوضوح على اعترافه بصحة الورقة العرفية .

وقد قضت محكمة النقض بأن الخبير المتدب لصحة توقيع مورث الطاعنة و المطعون ضدهم الخمسة الأول المرحوم على الإقرار المطعون عليه قد استعان في تحقيق المضاهاه بتوقيعات له على إخطارات اشتراكه في صندوق المؤسسة و الزمالة بشركة إسكو و هي أوراق بحكم كنهها أوراق عرفية لم تعترف الطاعنة بصحتها و أنكرتها و تمسكت أمام المحكمة التي أصدرته بهذا الدفاع إلا أنها أغفلته مع أنه دفاع جوهرى من شأن تحقيقه أن يتغير وجه الرأي

المقدمة للمضاهاة حتى تكون صالحة لإجراء المضاهاة عليها أسوة بالأوراق الرسمية ، و لا يسرى على الورقة المطعون في صحتها . يؤكد هذا أن المادة ٢٧٠ من نفس القانون لم تشترط لقبول الشهادة على صحة الإمضاء أو الختم على الورق المطعون فيها سوى أن تكون متعلقة بإثبات صحة التوقيع ممن نسب إليه دون تحديد كيفية حصول هذا الإثبات الذي يترك تقديره للمحكمة . و كل ما حظرت هذه المادة الأخيرة هو سماع الشهادة على موضوع التعاقد دون صحة التوقيع على الورقة موضوع التحقيق ، فإذا كانت المحكمة قد استخلصت استخلاصاً سائفاً من شهادة شاهدي الإثبات اللذين سمعتها محكمة أول درجة و أورد الحكم مضمون شهادتهما صحة توقيع البائع و لم تر حاجة بعد ذلك إلى ندب خبير لإجراء المضاهاة ، فهذا من حقها راجع : الطعن رقم ٠١٨٥ لسنة ١٧ جلسة ١٢/٢٩/١٩٤٩ مكتب فني ٠١ صـ ١٢٥ .

في الدعوى بما يعيب الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون والقصور في التسبيب^(١).

دور محكمة التحكيم إزاء المحرر المقدم إليها مزوراً :

في حالة إدعاء أحد الأطراف تزوير مستند قدم إلى محكمة التحكيم ، فمثل هذا يخرج عن ولاية المحكمة التحكيمية ، وعليها حينئذ عند رؤيتها أن هذا المستند لازم للفصل في الدعوى التحكيمية أن توقف الإجراءات لحين صدور حكم نهائي من قضاء الدولة ، وإذا أغفلت المحكمة التعرض لما يتمسك به خصم من إنكار التوقيع على محرر يتوقف على صحته الفصل في الدعوى يعتبر قصوراً موجباً لنقض الحكم ، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون المنكر قد أنكر على وجه يجعل لإنكاره أثراً قانونياً يستوجب من المحكمة أن تعنى ببحثه ، فإن كان إنكاره غير ذي أثر ، فلا على المحكمة إن هي أغفلت التحدث عنه إذ يكون الإنكار في هذه الصورة دفاعاً غير جوهرى لا يتغير به وجه الرأي في الدعوى^(٢).

وفي هذا السياق تكلم فقهاء الفقه الإسلامى في هذا المعنى ، ومن ذلك : قول الإمام أحمد ، وإن كان قد عرف خطه وكان مشهور الخط ، ينفذ ما فيها ،

(١) انظر : الطعن رقم ٢٠٥٦ - لسنة ٥٦ - تاريخ الجلسة ٢٥ / ٧ / ١٩٩٠ - مكتب

فني ٤١ رقم الجزء ٢ - ص ٤٦٢

(٢) انظر : د/ فتحي والى ، التحكيم ، مرجع سابق ، د/ مصطفى الجمال ، عكاشة

عبدالعال ، مرجع سابق ، ص ٦٩٨ ، د/ محمد نور شحاته ، مرجع سابق ، ص ٣٥٤

وما بعدها .

يرد على ما قاله القاضي، فإن أحمد علق الحكم بالمعرفة والشهرة من غير اعتبار لمعاينة الفعل، وهذا هو الصحيح، فإن القصد حصوله العلم بنسبة الخط إلى كاتبه، فإذا عرف ذلك وتيقن كان كالعلم بنسبة اللفظ إليه، فإن الخط دال على اللفظ واللفظ دال على القصد والإرادة^(١).

ويقول في موضع آخر، وقد صرح أصحاب أحمد والشافعي بأن الوارث إذا وجد في دفتر مورثه أن لي عند فلان كذا، جاز له أن يحلف على استحقاقه، وكذلك لو وجد في دفتره، إني أدبت إلى فلان ماله عليّ، جاز له أن يحلف على ذلك إذا وثق بخط مورثه وأمانته^(٢).

تعقيب :

نخلص من هذا أنه يجوز الإثبات بالكتابة عموماً، فإن كان المستند صادراً من جهة رسمية فهو حجة، وعلى مُدعي خلاف ما في السند إثبات بطلان هذا السند بالتزوير، أما إن كان السند عرفياً، فهو دليل على الحق، غير أنه يجوز لمن كان السند حجة عليه أن ينكر دلالة هذا السند العرفي على الحق، لكون الفقهاء عاملوا الورقة العرفية معاملة الإقرار، والإقرار يجوز الرجوع فيه، ولذا يمكن الطعن في هذه الورقة العرفية بإنكارها أو تزويرها.

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تأليف: أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (٦٩١ - ٧٥١)، تحقيق: نايف بن أحمد الحمد، الناشر: دار عالم الفوائد - مكة المكرمة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨ هـ - ص ٣٠٢.

(٢) نفس المصدر السابق، ص ٣٠٣.

المبحث الثالث

دور المحكم في استخلاص أدلة الإثبات الإقناعية

إن دور المحكم في إدارة الخصومة التحكيمية ليس دوراً سلبياً يقتصر على الفصل في النزاع وفقط في ضوء ما قدم إليه من طلبات وأدلة ، وإنما يجمع بين إدارة الخصومة من ناحية ، وتقدير الأدلة والبحث عنها من ناحية أخرى ، فله أن يعتمد في ذلك شهادة الشهود ، أو استدعائهم لاستجوابهم ، أو من خلال قيامه بنفسه ، أو اعتماده على غيره في اتخاذ إجراء مساعدة كما في المعاينة ، وله أن يستخلص قرينة من وقائع وملابسات النزاع يبنى عليها حكمه .

ومن هنا يجب أن يسمح للمحكم أن يصل إلى الحقيقة بجميع الطرق التي يمكن أن تؤدي إليها في نظره ، وأن يستنتجها من كل ما يمكن أن يدل عليها في اعتقاده ، وإليه المرجع في تقدير صحة الدليل من عدمه ، وما به من قوة في الدلالة .

ومن ثم فإن دور المحكم في استخلاص أدلة الإثبات الإقناعية الاستنباطية ، يتنوع بين العديد من الأدلة بين الاعتماد عليها في تقديرها ، وسلطته في اتخاذ ما يراه مناسباً من إجراءات إثبات تلك الأدلة .

وحتى نتعرف أكثر على دور المحكم في استخلاص أدلة الإثبات الإقناعية ، نقسم هذا المبحث إلى العديد من المطالب الآتية :

المطلب الأول

دور المحكم في الإثبات بالشهادة

تعتبر الشهادة في تاريخها القديم من أهم وسائل الإثبات وأقواها في إثبات الحقوق والتصرفات ، غير أنها اليوم أصابها الوهن والضعف ، لظهور الكتابة من ناحية ، وسوء الأخلاق ، وشيوع شهادة الزور ، وضعف الوازع الديني ، وتشابك المصالح والمعاملات اليومية من ناحية أخرى ^(١) .

ومع هذا التراجع ، إلا أنه لا يمكن التخلي عنها ، لذلك يعتمد عليها المشرع في حالات كثيرة ، لا سيما في إثبات الوقائع المادية ، وستظل كذلك إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها ، حيث تحتل الصدارة على وسائل الإثبات الأخرى في الفقه الإسلامي ، إذ يتم بها إثبات جميع الوقائع القانونية والمادية .

وحرى بالذكر أن الإثبات بالشهادة ليس من الأدلة القطعية ذات القوة المطلقة ، ولكنها من الأدلة ذات الحجية النسبية التي تخضع لتقدير المحكم بين الأخذ بها عند عدم وجود أدلة أخرى ، أو عدم كفاية المستندات ، أو الرفض عند مساورة الشك ، أو تعارضها مع أدلة أخرى ^(٢) .

ويجوز للمحكم الاستعانة بالشهادة في الإثبات أو النفي ، سواء من تلقاء نفسه ، أو بناء على طلب الخصوم وكل ما يرى فيه فائدة في سماعه لتقدير

(١) انظر : د/ محمد مصطفى الزحيلي ، وسائل الإثبات في المعاملات المدنية

والأحوال الشخصية ، رسالة دكتوراه ، ١٩٧١ ، ص ١٠٣ .

(٢) انظر : د/ سحر عبدالستار إمام ، دور القاضي في الإثبات ، رسالة دكتوراه ، جامعة

عين شمس - كلية الحقوق - ٢٠٠١ ، ص ٢٧٣ وما بعدها .

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٣٧١)

النزاع ، عند قابليته لإثباته بالشهادة كوسيلة من وسائل الإثبات ، وكان القانون يجيز ذلك .

ونظراً لغياب النص التشريعي المنظم لدور المحكم في إجراء سماع الشهود ، فلا مناص إلا بالرجوع إلى قانون الإثبات ، أو القانون المتفق عليه من الأطراف ، ومن ثم فإن دور المحكم في الاستعانة بالشهادة كوسيلة للإثبات ، ومن ثم بناء الحكم عليها ، نتناوله من خلال عدة مقاصد في الفروع الآتية :

الفرع الأول

مفهوم الشهادة

أولاً : الشهادة قانوناً :

نود بالإشارة إلى أن الشهادة سميت بذلك لكونها مأخوذة من المشاهدة المتيقنة ، لأن الشاهد يخبر عن ما شاهده وتسمى بينة أيضاً ، لأنها تبين ما التبس وتكشف الحق فيما اختلف فيه^(١)، ومن ثم فهي الإدلاء بالأقوال حول صحة واقعة حدثت سمعها الشخص ورآها ، نشأ عنها مركز قانوني لشخص آخر^(٢) .

(١) انظر : المغنى لابن قدامه (٤ / ١٢) .

(٢) انظر : د / أحمد عبدالكريم سلامه ، قانون التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص ٩١٢ وما بعدها .

ثانياً : معنى الشهادة في الفقه الإسلامي :

إخبار صادق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء^(١)، وعرفها الجمل من الشافعية بأنها : إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد^(٢).
 ويفهم معناها قانوناً وفقهاً بأنها بمعنى الحضور، وهو الخبر القاطع بصحة الوقائع .

الفرع الثاني**دور المحكم في اللجوء للشهادة كدليل إثبات**

استكمالاً للطبيعة الاتفاقية لعمل المحكم ، فإنه يجوز للمحكمين الاستماع للشهادة في الدعوى التحكيمية عند اتفاق الخصوم عليها ، سواء كان ذلك بطلب من المحكمين أنفسهم ، أو بناء على طلب الخصوم ، أما إذا اتفق الخصوم على عدم الاستعانة بالشهادة في الدعوى التحكيمية ، فلا يجوز للمحكمين اللجوء إليها إعمالاً للمادة ٣٣ من قانون التحكيم^(٣) .

(١) انظر: فتح القدير: (٦/٢) ، الدر المختار (٤/٣٨٥) ، الشرح الكبير

للدردير(٤/١٦٤) ، مغني المحتاج(٤/٤٢٦)

(٢) انظر : حاشية الجمل (٥/٣٧٧) .

(٣) انظر : مصطفى محمد أبو اليزيد الحلفاوى ، الحقوق الإجرائية لأطراف خصومة

التحكيم ، رسالة دكتوراه ، جامعة طنطا ، كلية الحقوق ، ٢٠١٢ ، ص٥٦١ وما بعدها .

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٣٧٣)

وإذا كان المحكم ملزماً بإتباع قواعد قانونية لقانون معين ، فهو لا يملك سماع شهادة الشهود إلا في الأحوال التي يجوز فيها ذلك بمقتضى القانون ، حيث يلتزم بأحكام القانون الموضوعي في كل طرق الإثبات^(١) .
ومن ثم يجوز لمحكمة التحكيم إحالة الدعوى للتحقيق ، وهو جوازي للمحكمة متروك لمطلق تقديرها ، ولا تخضع فيه لرقابة محكمة النقض م ٧٠ من قانون الإثبات^(٢) .

ويجوز للمحكّمين طلب الشهادة دون التوقف على طلب أحد الخصوم لها حالة كون الأدلة الكتابية - تقليدية أم الكترونية - ليست كافية في تكوين عقيدة المحكّمين ، أو قيام مانع أدبي يحول دون الحصول على الدليل الكتابي والشهادة في صورتها المكتوبة والشفهية من الأدلة ذات الحجّة النسبية تخضع

(١) انظر : د/ أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري ، مرجع سابق ، ص ٢٥٣ .

(٢) أو في هذا المعنى قضى بأن إذ أن الطاعن لم يطلب أمام محكمة الموضوع إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات ما يدعيه من أن لجنة شئون العاملين قد أساءت استعمال سلطتها في تقدير كفايته بدرجة جيد جدا وكان الحق المخول للمحكمة في المادة ٧٠ من قانون الإثبات من أن لها أن تأمر بإحالة الدعوى للتحقيق متروكا لمطلق تقديرها ولا تخضع فيه رقابة محكمة النقض . فإنه لا يقبل من الطاعن النعي بأن الحكم المطعون فيه لم يتخذ هذا الإجراء ويكون النعي عليه بني على غير أساس ، راجع الطعن رقم ٣٤٦٥ - لسنة ٧٥ - تاريخ الجلسة ٤ / ٢ / ٢٠٠٧ - مكتب فني ٥٨ ، ص ١٠٤

لتقدير هيئة التحكيم شأنه شأن أدلة الإثبات المختلفة^(١)، إلا أنه غالباً ما تلجأ هيئة التحكيم إلى الشهادة كدليل إثبات عند عدم كفاية الأدلة الكتابية التي تحت يدها في تكوين عقيدتها .

وقريب من هذا المعنى تقول محكمة النقض ، لئن كان لمحكمة الموضوع الحق في تقدير أدلة الدعوى واستخلاص الواقع منها ، إلا أنه يتعين عليها أن تفصح عن مصادر الأدلة التي كونت منها عقيدتها وفحواها ، وأن يكون لها مأخذها الصحيح من الأوراق ثم تنزل عليها تقديرها ويكون مؤدياً إلى النتيجة التي خلصت إليها ، وذلك حتى يتأتى لمحكمة النقض أن تعمل رقابتها على سداد الحكم ، وأن الأسباب التي أقيم عليها جاءت سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق ، وتتأدى بالأوراق مع النتيجة التي خلص إليها^(٢) ، ومن ثم فإن محكمة التحكيم غير ملزمة بإجابة طلب الخصم في طلب إحالة الدعوى إلى

(١) وفي هذا المعنى قالت محكمة النقض بأن مجال المانع الأدبي هو التصرفات القانونية ، و يترتب على ذلك أن المانع الذي يبرر قيامه ليس مطلقاً وإنما هو نسبي لا يرجع إلى طبيعة التصرف بل إلى الظروف التي انعقد فيها أو لحقته ، فصلة النسب مهما كانت درجتها لا تعتبر في ذاتها مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على سند كتابي بل المرجع في ذلك إلى ظروف الحال التي تقدرها محكمة الموضوع . و من ثم فإن تقدير قيام المانع الأدبي من المسائل التي تستقل بها تلك المحكمة بغير معقب متى كان ذلك مبنياً على أسباب سائغة ، راجع : الطعن رقم ٠٩٨٠ لسنة ٤٧ ، ٢٥ / ٢ / ١٩٨١ مكتب فني ٣٢ صـ .

(٢) راجع : الطعن رقم ٢٠ لسنة ٥٤ ، ٢٢ / ٥ / ١٩٨٩ ، مكتب فني ٤٠ صـ ٣٤٥ .

الإثبات بشهادة الشهود شريطة أن تجد في أوراق الدعوى ما يكفي في تكوين عقيدتها .

ومن الجدير بالذكر أنه إذا أجازت هيئة التحكيم الإثبات بشهادة الشهود لأحد الخصوم فلا يجوز لها أن تمنع عن الخصم الآخر النفي بذات الطريقة، وإلا عدت منتهكة لمبدأ المساواة، ومن ناحية أخرى إذا ما قررت هيئة الدعوى التحكيمية للتحقيق، فلا يجوز لها أن تمكن أحد الأطراف من الحضور والاستماع لشهادة الشهود، بينما تحجب ذلك الحق عن خصمه وتحرمه منه وإلا اعتبرت منتهكة لمبدأ المساواة الإجرائية^(١).

وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض أنه مما ينال من مقتضيات حق الدفاع - بحسبانه أصلاً من أصول التقاضي - مما نصت عليه المادة ٦٩ من قانون الإثبات من أن الإذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضي أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذا الطريق، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإنه يكون مخالفاً بحق الطاعن في الدفاع، مشوباً بالقصور الذي جره إلى الخطأ في تطبيق القانون، بما يعيبه ويوجب نقضه - دون حاجة للرد على باقي الأسباب - وعلى أن يكون مع النقض الإحالة^(٢).

ومن ثم تلتزم هيئة التحكيم عند سماع الشهود بأن تتيح الفرصة للأطراف لمناقشة الشهود والأدلة ونتائج تقارير الخبراء المتدبين في الدعوى

(١) راجع: د / إبراهيم نجيب سعد، قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم، منشأة المعارف - الإسكندرية، ط ١٩٨١، ص ٤٥، د / على بركات، خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص ٣٩٢.

(٢) راجع: الطعن رقم ٧٧١ - لسنة ٦٤ - تاريخ الجلسة ١١ / ٦ / ٢٠٠٣ - مكتب فني ٥٤، ص ٩٧٥

التحكيمية ، ويكون سماع الشهود قبل تحليفهم اليمين ، سواء كانوا أشخاص عاديين يدلون بشهادتهم حول الوقائع أم خبراء فنيين يدلون بشهادتهم حول مسألة فنية عاصروها^(١).

الفرع الثالث

النظام الإجرائي للشهادة

للشهادة أمام المحكمين نظام إجرائي معين يحكمه اتفاق الخصوم من ناحية ، وتجرد المحكم من سلطة الأمر التي يحوزها قضاء الدولة من ناحية أخرى ، وبتناول النظام الإجرائي للشهادة من خلال النقاط الآتية :

أولاً : دور المحكم حيال طلب سماع الشهادة :

يجوز للمحكم أن يأمر بسماع الشهادة من تلقاء نفسه متى كانت الدعوى التحكيمية مستنداتها غير مستوفاة لتكوين المحكمين عقيدتهم للفصل في النزاع ، أو بناء على طلب الخصوم أمام المحكمين لسماع أحد الشهود في الدعوى التحكيمية لإكمال بعض الأدلة^(٢).

ثانياً : مفترضات الطلب الإجرائية :

لما كانت قواعد الإثبات تختلف من تشريع لآخر ، كان من الواجب الإجرائي على المحكمين إتباع القواعد المقررة في القانون الذي يحكم النزاع ، ويبدولنا

(١) راجع: الطعن رقم ١٧٢ - لسنة ٢٢ - تاريخ الجلسة ٩ / ٤ / ٢٠٠٦ - تاريخ النشر

٦ / ٥ / ٢٠٠٦ - مكتب فني ١١ رقم الجزء ٢ - ص ٢٣٧٧ .

(٢) انظر : د/ أحمد عبدالكريم ، قانون التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ،

وجوب توافر مفترضات معينة في طلب الشهادة والاستماع إليها ، نعرض لها على النحو التالي :

١ - قابلية وقائع الدعوى لإثباتها بالشهادة كوسيلة للإثبات ، أو النفي ، والمحكم في هذا الشأن مقيد بعدم سماع الشهادة إلا في الأحوال الجائزة قانوناً ، فإذا خلا اتفاق التحكيم من اللجوء إلى الإثبات بالشهادة ، فلا يملك المحكم الاستعانة بها ، إلا إذا وجد ثمة مانع مادي ، أو أدبي يحول دون الحصول على دليل آخر فلا مانع وقتها من الإثبات بالشهادة عملاً بنص المادة ١ / ٢ من قانون الإثبات^(١) .

٢ - اشتمال الطلب على الوقائع المراد إثباتها : يتعين أن يكون المقدم للشهادة مشمول بالوقائع المراد إثباتها ، وتقدير ما إذا كانت الوقائع متعلقة بالدعوى التحكيمية من عدمه من صلاحيات المحكم ، حيث يملك التلبية والرفض^(٢) ، دون أن تمتد سلطة المحكم إلى الإثبات بالدليل ذاته عند منازعة

(١) انظر : د/ على هيكل ، القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين ، مرجع سابق ، ص١٧٦ وما بعدها .

(٢) قريب من هذا المعنى تقول محكمة النقض بأنه : يشترط في الواقعة محل الإثبات أن تكون جائزة القبول وليست مما يحرم القانون إثباتها لأغراض مختلفة ، وحظر الإثبات إذا كان منطوياً على إفشاء لأسرار المهنة أو الوظيفة . لا يتعلق بواقعه يحرم إثباتها ، وإنما يتعلق بدليل لا يجوز قبوله في صورة معينة ، بمعنى أن عدم جواز القبول لا ينصب على الواقعة في حد ذاتها ، وبحيث تكون الواقعة التي يقف عليها الشخص

الخصم فيه ، وإنما في مثل تلك الحالة يحكم المحكم بالخيار بين جواز اللجوء إلى دليل الشهادة أو عدم الجواز ، وحكمه في هذا الأمر قطعياً ، وذلك لأن مسألة قبول الدليل من عدمه لا تتعلق بالنظام العام بخلاف قواعد قبول الشهادة كدليل إثبات فهي تعتبر من القواعد الموضوعية من الواجب على المحكم الالتزام بها وإلا كان حكمها باطلاً^(١) .

٣- طلب المحكم تحريك النشاط القضائي واتفق الخصوم على ذلك :
إعمالاً لمبدأ الاختصاص القضائي ، فإن المحكمة لا تتدخل إلا بطلب المحكمين لها ، ويجوز لجوء الخصوم بشكل مباشر للمحكمة الموضوع بطلب الشهادة كإجراء وقتي خشية تعذرهما مستقبلاً من خلال دعوى أصلية تمسكاً بنص المادة التاسعة من قانون التحكيم^(٢) .

وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض بأن : قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة أن يتقدم بذلك لمحكمة الموضوع قبل البدء في سماع الشهود ، فإذا سكت عن ذلك عدّ سكوته تنازلاً منه عن حقه في الإثبات بهذا الطريق الذي رسمه

بسبب وظيفته أو مهنته جائزة القبول و لكن لا يجوز إثباتها بشهادته ، راجع : الطعن رقم ٦٧٤ لسنة ٤٦ ، ٢٨ / ٢ / ١٩٧٩ مكتب فني ٣٠ ص ٦٤٧ .

(١) انظر : د/ مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال ، مرجع سابق ، بند ٤٨٠ ، ص ٢ .
(٢) تنص المادة ٩ في فقرتها الثانية من قانون التحكيم على أنه : وتظل المحكمة - محكمة الموضوع - التي ينعقد لها الاختصاص وفقاً للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى إنهاء جميع إجراءات التحكيم .

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٣٧٩)

القانون^(١)، وإذا لم يتفق الخصوم على الاستعانة بالشهود فلا يجب على المحكم اللجوء لتلك الوسيلة، وهذا ما أيدته المحكمة الإنجليزية في حكم المحكم alive الذي رفض الاستعانة بشهود مبرراً موقفه بعدم حاجته لسماع الشهود وإن عقيدته قد تكونت من خلال الأوراق والمستندات التي قدمت له والمرافعات التي سمعها من وكلاء المحكمين^(٢).

ثالثاً : شكل الطلب :

لم ينص المشرع الإجرائي على شكل معين لطلب الشهادة أمام محكمة الموضوع، سواء كان من المحكمين للقضاء، أو من الخصوم لهيئة التحكيم، فيجوز أن يقدم كتابة، ويجوز إيدأؤه شفاهة، غاية الأمر أن يقدم بصيغة جازمة وصریحة تدل على الجدية حتى يلتفت إليه المحكمون، وقد قضى في هذا الشأن بأنه لما كان البين من صحیفة الاستئناف المرفوعة من الطاعنة ومذكرة دفاعها المقدمة لمحكمة الاستئناف، إنها وإن تضمنت قولاً مرسلأً باستعدادها لإثبات ما أوردته في سبب النعی على الحكم من وقائع بالبينة، إلا أنها لم تشفع ذلك بطلب صريح بإحالة الدعوى إلى التحقيق يقطع تمسكها به وإصدارها عليه، فمن ثم لا تثير على المحكمة الاستئنافية أنها التفتت عن إحالة الدعوى إلى

(١) انظر: نقض مدني، ١٩/٢/١٩٧٦، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٧،

ص٤٧١، مشار إليه لدى على هيكل، القواعد الإجرائية، مرجع سابق، ص١٨٠.

(٢) صدر هذا الحكم في القضية رقم ١٥١٢، مشار إليه لدى د/ محمود مصطفى

يونس - رَحِمَهُ اللهُ - المرجع في أصول التحكيم، مرجع سابق، ص٣٧٤ هامش (٢).

التحقيق، أو أغفلت الرد عليه ويكون النعى على الحكم المطعون فيه بإخلاله بحق الدفاع في غير محله^(١).

رابعاً : القضاء عامل مساعد في استدعاء الشهود :

إعمالاً للعلاقة التكاملية بين القضاء والتحكيم، ورغبة من المشرع في إضفاء طابع الجدية على عمل هيئة التحكيم كي تحظى بما يحظى به العمل القضائي من جهة، وكي لا يستخف أو يستهان به من جهة أخرى فأوجب المشرع على محكمة الدولة أن تتبع في شأن استدعاء احد الخصوم للمثول لطلبات هيئة التحكيم ذات الإجراءات المتبعة في شأن إعلانهم أمامها ولا يتوقف الأمر إلى هذا الحد بل أوجب اتخاذ إجراءات إجبارهم على المثول أمامها بذات الكيفية والعقوبات التي توقع عليهم عند إخلالهم بتلك الإجراءات في مواجهتها مما يضمني الاحترام على إجراءات التحكيم^(٢).

ويقدم طلب الاستعانة بالشهود إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع أصلاً، أو التي يتفق علي اختصاصها أطراف التحكيم إذا لم يكن التحكيم تجارياً دولياً، ودور القضاء في هذه الحالة لا يخلو عن أمرين :

الأمر الأول : وفقاً لنص المادة ٣٧ من قانون التحكيم تقوم المحكمة بتوجيه الأمر إلى أحد الأطراف بإحضار الشاهد، أو تكليف الشاهد بالحضور لأداء الشهادة على وجهها، في المكان والزمان الذي تحدده .

(١) نقض مدني ٨ / ٣ / ١٩٨٣ ، السنة ٣٤ ق ، ص ٦٥٢ ، مشار إليه لدى د/ على

هيكل ، المرجع السابق ، ص ١٧٨ .

(٢) انظر : د/ عاشور مبروك - مرجع سابق - ص ٢٩٦ .

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٣٨١)

الأمر الثاني: الحكم بالغرامة المالية المقدرة بنص المادتين ٧٨ - ٨٠ من قانون الإثبات إذا تم صحة تكليفه بالحضور ولم يمثل وهي قدرها أربعون جنيه ، ومائتي جنيه إذا حضر وامتنع عن الأداء ، وتضاعف في حال العود بالتكليف وأصر على موقفه دون مبرر ، كما يجوز إصدار الأمر بإحضاره في حالة الاستعجال^(١) ، ومن ثم يكمن دور المحكمة في ضوء المادة ٩ من قانون التحكيم بشأن الأمر المقدم إليها من هيئة التحكيم بشأن تخلف الشاهد عن الحضور أو الامتناع عن الإدلاء بالشهادة فيكون الحكم على الشاهد إما بغرامة مالية أو أن تأمر بإحضاره^(٢) .

(١) انظر : د/ أسامه أبو الحسن مجاهد ، قانون التحكيم الفرنسي الجديد رقم ٢٠١١ / ٤٨ ، مجلة التحكيم العربي ، العدد الثامن عشر - يونيو - ٢٠١٢ ، ص ٩٨ وما بعدها .

(٢) توقع عقوبة الغرامة المالية في حالتين: الأولى : إذا كلف الشاهد من قبل هيئة التحكيم تكليفا صحيحا بالحضور ولم يحضر فتقوم المحكمة بالحكم عليه بغرامة مقدارها أربعون جنيهًا ويكون هذا الحكم غير قابل للطعن عليه ، فإذا كان التكليف غير صحيح أو باطل فيتم إعادة تكليف الشاهد مرة أخرى ، والثانية : إذا حضر الشاهد أمام هيئة التحكيم لكن امتنع عن أداء الشهادة المطلوبة منه فيكون لرئيس محكمة المادة ٩ من قانون التحكيم بناء على طلب هيئة التحكيم الحكم عليه بغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه وفقا لنص المادة ٨٠ من قانون الإثبات . لكن إذا أبدى الشاهد عذرا قانونيا لامتناعه عن أداء الشهادة فلا يحكم عليه بهذه الغرامة كان يكون ممن لا يجيز لهم القانون أداء الشهادة عن الواقعة محل الشهادة ، وترجع العقوبة الثانية إلى إحضار الشاهد للمثول أمام هيئة التحكيم لسماع شهادته بناء على طلب هيئة التحكيم ويكون ذلك في حالة

خامساً : دور المحكم في تحديد موقع الشهادة :

غالباً ما تتم الشهادة في شكل شهادة مكتوبة موقعة وموثقة ترسل للمحكّمين ، ونادراً ما تتم الاستعانة بالشهود لصعوبة الانتقال ونفقاته ، وعادةً ما ينتقل المحكّمون إلى مكان الشاهد ، ولا ضير في هذا ، إذ لهيئة التحكيم أن تجتمع في أي مكان تراه مناسباً للقيام بإجراء تحكيمي كسماع الشهود^(١) .

وتطبيقاً لذلك قضى بأن مفاد نص المادة ١/ ٢٨، ٢ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ أنه لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملاءمة المكان لأطرافها، وأنه يكفي لقيام اتفاق تحكيم لفض الخصومات منتجاً لآثاره في منع المحاكم من نظرها متى تمسك به أحد طرفيه

الاستعجال الشديد حيث يكون للمحكمة أن تأمر بإحضار الشاهد ولم يشر القانون لماهية الاستعجال الشديد ، والمسالة في نهاية الأمر متروكة لمحكمة المادة ٩ من قانون التحكيم حيث أنها هي التي تقرر توافر الاستعجال من عدمه ، وكذلك في حالة ما إذا تم إعادة تكليف الشاهد بالحضور لكنه تخلف للمرة الثانية عن ذلك فيكون الخيار لمحكمة المادة ٩ من قانون التحكيم إما أن توقع الغرامة المنصوص عليها أو تصدر أمراً بإحضاره راجع في ذلك : م . عز الدين الدناصوري ، أ حامد عكاز - التعليق على قانون الإثبات - لجنة الشريعة الإسلامية بنقابة المحامين ، القاهرة ، الطبعة العاشرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٦١٠ ، د . نبيل إسماعيل عمر ، الأوامر على عرائض نظامها القانوني ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٧ ، ص ٢٣٥ .

(١) انظر : د/ محمود مصطفى يونس ، المرجع في أصول التحكيم ، مرجع سابق ، بند

—وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — أن يكون مكتوباً مبيناً به مكان انعقاد التحكيم بمصر أو بالخارج^(١).

سادساً : دور المحكم في كيفية الإدلاء بالشهادة :

من المعلوم قطعاً أن المحكم هو من يدير جلسة الاستماع ويوجه الأسئلة ، وقد يتم ذلك في حضور الخصوم ، أو في غيبتهم ، إذن الأمر لا يخلو من الفروض الآتية :

الفرض الأول : الإدلاء بالشهادة في حضور الخصوم : لا يثير هذا الفرض أي إشكالية لأنهم في هذه الحالة سيقفون جميعاً على مضمونها وبالتالي

(١) لما كان ذلك ، وكان الثابت بمحضر جلسة هيئة التحكيم بتاريخ ١٣ من نوفمبر سنة ٢٠٠٦ وما تلاها من جلساتها أنها كانت منعقدة بمكتب الأستاذ الدكتور / بصفته رئيس هيئة التحكيم وقد أفادت ذلك قراراتها ، وخاصة بشأن مقر التحكيم ، وجاءت صفحات حكم التحكيم الصادر بجلسته ٦ من نوفمبر سنة ٢٠٠٧ بمقر المكتب المذكور وممهورة بخاتمه ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه — الذي قصر بحثه على سبب النعي دون باقي أسباب دعوى البطلان — هذا النظر ، وأورد بمدوناته " وكان البين من مطالعة حكم التحكيم المطعون فيه أنه لم يشتمل على مكان إصداره ومن ثم يترتب على ذلك بطلانه الأمر الذي تكون معه دعوى المدعي قد أقيمت على سند صحيح من الواقع والقانون وتقضي المحكمة ببطلان حكم التحكيم المطعون فيه على نحو ما يرد بالمنطوق دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن بالبطلان " فإنه يكون معيياً بمخالفة الثابت في الأوراق أدى به إلى الخطأ في تطبيق القانون مما يوجب نقضه ، راجع : الطعن رقم ٦٥٤٦ - لسنة ٧٩ - تاريخ الجلسة ٢٥ / ٥ / ٢٠١٠ - مكتب فني ٦١ ص—٧٣٧.

يمكنهم الاعتراض عليها ، ولا تثريب على هيئة التحكيم إن هي صدقت شاهداً في بعض أقواله دون البعض الآخر لأن هذا مما تتناوله سلطتها في تقدير الأدلة^(١) كما أنها غير ملزمة بتصديق الشاهد في كل أقواله^(٢) كما يجوز لها ترجيح شهادة شاهد على شهادة آخر^(٣).

ولا يجوز لمحكمة التحكيم أن تسمع شهوداً دون حضور الأطراف ، أو على

(١) وفي هذا المعنى تقول محكمة النقض لا تثريب على محكمة الموضوع إن هي صدقت شاهداً في بعض أقواله دون البعض الآخر لأن هذا مما تتناوله سلطتها في تقدير الأدلة ، ومتى كانت قد أوردت جميع أقواله و أشارت إلى ما فيها من تناقض ثم عولت على ما صدقته منها ، فليس فيما فعلته مسخ لأقوال الشاهد ، راجع : الطعن رقم ٧٧ لسنة ١٩ ، ١٨ / ١ / ١٩٥١ ، مكتب فني ٢ ، ص ٢٦٠

(٢) وفي هذا تقول محكمة النقض لا تثريب على المحكمة إذا هي لم تأخذ بأقوال شهود أحد الخصوم كما أنها غير ملزمة بتصديق الشاهد في كل أقواله ، فها أن تطرح منها ما يطمئن إليه وجدانها ، إذ أن تقدير الشهادة واستخلاص الواقع منها أمر مستقل به قاضي الموضوع ، و بحسب الحكم أن يكون قد أقيم على أسباب من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها ، راجع : الطعن رقم ١٥٩ لسنة ٢٠ ، ٤ / ٤٢ / ١٩٥٢ ، مكتب فني ٠٤ ص ١٥٤ .

(٣) وفي هذا المعنى تقول محكمة النقض بأن ترجيح شهادة شاهد على شهادة آخر هو من إطلاقات قاضي الموضوع لا شأن فيه لغير ما يطمئن إليه وجدانه وهو ليس بملزم أن يبين أسباب هذا الترجيح ، فإذا ذكر أن قرائن الحال تؤيد ترجيحه فلا يعيب حكمه أن لا يكون قد حوى تفصيلاً لهذه القرائن ، راجع : الطعن رقم ٢٥٥ لسنة ٢٠ ، مكتب فني ٠٤ ، ٢٣ / ٤ / ١٩٥٣ ص ٩١٦ .

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٣٨٥)

الأقل دعوتهم للحضور ، وإلا كان الحكم المبني على هذه الأقوال باطلاً تطبيقاً للمادة ٢٦ تحكيم ، وهذا ما نادى به بعض الفقه احتراماً لحق الدفاع^(١) ، وأيده القضاء في ذلك^(٢) .

ولا يجوز لمحكمة التحكيم أن تعتمد على أقوال الشهود أمام الخبير إلا باعتبارها مجرد قرينة قضائية لا تكفي وحدها لإقامة الحكم وفقاً لمقتضى نص المادة ٦٨ إثبات التي تقضى بأن يحصل التحقيق أمام المحكمة ذاتها أو بمعرفة قاضى تنتدبه لذلك ، وتوجب على أن يحلف الشاهد اليمين حتى تكفل سير التحقيق ، ولا يجوز للهيئة إذا انقضى الموعد لإجراء التحقيق أن تسمع شهود أحد الطرفين بناء على طلب الخصوم^(٣) .

الفرض الثاني : غياب الجميع : إذا استمع المحكم للشهادة منفرداً دون حضور الخصوم جميعهم ، فيجب على هيئة التحكيم في تلك الحالة أن تحرر محضراً بمضمون الشهادة حتى يتمكن الخصوم من الإطلاع عليها والاعتراض إن بدا لهم ذلك إعمالاً لمبدأ المواجهة^(٤) .

(١) راجع : د/ عزمى عبدالفتاح ، التحكيم ، مرجع سابق ، ٢٩١ ، د/ على بركات ، خصومة التحكيم ، مرجع سابق ، ص٣٩٢ .

(٢) راجع : الحكم رقم ١٣٨ - لسنة ١٢٤ - تاريخ الجلسة ١٧ / ٢ / ٢٠١٠ ، التحكيم التجاري الدولي - محكمة استئناف القاهرة .

(٣) راجع : الطعن رقم ١٤٤٧ لسنة ٥٠ ق جلسة ٦/٧ / ١٩٨٤ .

(٤) وتطبيقاً لذلك في فرنسا إذا ثبت للمحكمة التي تنظر الطعن في حكم المحكمين أنهم قد استدعوا شهوداً وأجروا تحقيقاً معهم في غيبة الخصوم ولم يحرروا محضراً

الفرع الرابع

الواجبات الإجرائية على الخصوم في طلب الشهادة

عند تقديم الشهود للإدلاء بالشهادة ينبغي على الخصوم تيسيراً لأدائها بعض

الواجبات الإجرائية تتمثل في الآتي :

أولاً : إعداد قائمة تفصح عن ذاتية الشهود :

المراد من ذلك تيسيراً لحسم النزاع ، وتوفيراً للزمن التقاضي ، على الخصوم تقديم قائمة بأعداد الشهود ، وكل ما يتعلق بذاتهم من حيث الأسماء ، والمهنة التي يمتنعونها ، وعلاقتهم بأطراف النزاع ، والنقاط المتعين مناقشتهم فيها ، حتى يتاح للخصوم بعد تبادل تلك القوائم الاعتراض على موضوع الشهادة ، أو عدد الشهود ، أو قبول الشاهد ، وحتى تتأكد هيئة التحكيم من ملائمة الاعتراض قبل إعلان قائمة قبول الشهود^(١) .

ثانياً : عدم وجود مصالح ظاهرة :

يتعين على الخصوم عدم التقديم للشهادة من له مصلحة ظاهرة في نتيجة الدعوى ، وتبعاً لذلك يتعين على المحكمين عدم الاعتماد على مثل هذا

بذلك ، وبالتالي لم يطلع الخصوم على ما تم إبداءه ، ودون إعطاء الفرصة لإقامة الدليل العكسي ، فإن حكم المحكمين الذي صدر بعد كل هذه المخالفات يجب إبطاله لإخلاله بحق الدفاع ، راجع في ذلك : د/ علي بركات ، خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن ، دار النهضة العربية ١٩٩٦ ص ٣٩١ .

(١) انظر : د/ عبدالمنعم قصيبي ، التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم ، مرجع سابق ،

الشاهد ، وإنما يمكن الاعتماد على شهادة شهود آخرين مستقلين عن الطرف المتمسك بشهادتهم^(١) .

ثالثاً : طلب استدعاء الغير الحائز لمستند ما :

ينبغي على الخصم الذي يرى أن أحداً من الأغيار يحوز مستنداً ما أن يطلب من المحكمين استدعاؤه للمثول أمام رئيس المحكمة بغية الحصول على صورة رسمية من هذا المستند ، ولرئيس المحكم أن يلزم الغير بتقديمه ، بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة^(٢) .

رابعاً : ألا يكون الشاهد خصماً :

في كل الأحوال يستحيل أن يكون الخصم شاهداً ، لأن اعتراض الطرف الآخر يجعل المحكمة تستبعداها ، حيث لا يجوز الجمع بين صفته شاهداً وخصماً في آن واحد ، إلا أنه من المتصور أن يكون الخصم شاهداً في المنازعات التجارية مع مراعاة أن الشهادة هذه لا ترقى إلى مرتبة الدليل ، ومع ذلك قد يكون لها أثر قانوني عند تسليم الطرف الخصم بها^(٣) .

ومن الجدير بالذكر أن شهادة الزور أمام المحكمين وفقاً لقانون التحكيم المصري لم يأت بها نص في التشريع الإجرائي للتحكيم ، ولا تقع تحت طائلة

(١) نفس المصدر السابق .

(٢) انظر: د/ أحمد شكري أحمد موسى ، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٨ ، ص٦٦٢ وما بعدها .

(٣) راجع : د/ عبدالحميد الأحذب ، المحاكمة التحكيمية الدولية وقواعد الإثبات ، مجلة التحكيم العربية ، ١٩٩٩ ، ص١٣٤ وما بعدها .

التحريم ، خلافا لبعض التشريعات العربية^(١) ومن ثم عند الإدلاء بشهادة الزور أمام هيئة التحكيم يتعين الرجوع إلى القواعد في قانون العقوبات المصري ، إلى أن ينص عليها صراحة المشرع الإجرائي ، لإيضاح مدى دخول الفعل المستشهد به دائرة التجريم وفقاً للمادة ٢٩٤ عقوبات بأنه شهادة زور أم لا^(٢) .
ومعيار كون الشهادة زوراً عبرت عنه محكمة النقض بقولها : هو أن يقر الشاهد أمام المحكمة بعد خلف اليمين أقوالاً تخالف الحقيقة بقصد تضليل القضاء^(٣) .

(١) من هذه التشريعات : التشريع البحريني في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، حيث جاء نص المادة ٢٣٨ مقررأً : على المحكمين أن يحلفوا الشهود اليمين وأن يكلفوهم بالتصريح رسمياً بقول الصدق ، وكل من أدى شهادة كاذبة أمام محكم أو فيصل في مسألة جوهرية يعتبر أنه ارتكب جريمة شهادة الزور ، كما لو أداها أمام محكمة مختصة ، ويجوز إجراء التحقيق معه ومعاقبته بالعقوبة المقررة لشهادة الزور ، وكذلك المادة ٢١١ من قانون الإجراءات الاتحادي حيث نصت على : على المحكمين أن يحلفوا الشهود اليمين وكل من أدى شهادة كاذبة أمام المحكمين يعد مرتكباً لجريمة الشهادة الزور .

(٢) راجع : د/ يوسف حسن يوسف ، المحكمون ، القومي للإصدارات القانونية ، ٢٠١١ ، ص٣٦٩ وما بعدها .

(٣) راجع : نقض مدني ، رقم ١٥٤ لسنة ٣٦ ق ، ١٩٨٥ ، مجموعة أحكام النقض ، ص٨٦٣ مشار إليه لدى ، د/ يوسف حسن يوسف ، المرجع السابق ، ص٣٧٠ .

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٣٨٩)

وفي هذا المعنى قضت محكمة استئناف طنطا بأن من المبادئ المقررة أن الشهادة لا تعتبر مزورة إلا إذا أدت أمام هيئة المحكمة بعد حلف اليمين، وأن للشاهد أن يرجع عن شهادته حتى قفل باب المرافعة^(١)

الفرع الخامس

دور المحكم في تقدير دليل الشهادة

عند طلب أحد الخصوم من المحكمين إحالة الدعوى التحكيمية للتحقيق لإثبات إدعائه بشهادة الشهود، فإن دور المحكمين لا يخرج عن الأمور الآتية :

الأمر الأول : ما يتعلق بالطلب ذاته :

المحكمون غير ملزمين بإجابة طلبه وإصدار قرار الإحالة، فلها أن ترفض شريطة أن يوجد في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها في بناء الحكم، كما لها كامل التقدير في اتخاذ أي إجراء من عدمه ترى أنه ذو أثر، أو لا يأتي من ورائه إلا التسوية والمماثلة، مع العلم بأن اتفاق الأطراف عند وضع الخطة الإجرائية على الاستعانة بشهادة الشهود وقتها لا تملك هيئة التحكيم الامتناع عن سماع الشهود المعينين في مشاركة التحكيم، ويستوي في ذلك حالة كون الهيئة التحكيمية لم تكون عقيدتها بعد إلا من خلال سماع الشهود^(٢)، ومن ثم فإن هيئة التحكيم بين القيام بإجرائين :

(١) راجع : حكم استئناف طنطا ٢٧ / ٣ / ١٩٩٧، السنة ٤، ص ٢٣٥، مشار إليه لدى،

د/ يوسف حسن يوسف، المرجع السابق، ص ٣٧١.

(٢) راجع : د/ هدى عبدالرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته،

مرجع سابق، ص ٢٩٩.

الأول : قبول الطلب :

إذا أجابت هيئة التحكيم طلب أحد الخصوم بالإثبات بشهادة الشهود فإنها تصدر بذلك حكماً بإحالة الدعوى للتحقيق بشهادة الشهود ، لتنظيم سير الإجراءات التحكيمية ، ويخول للخصم الآخر نفي الوقائع المراد إثباتها بشهادة الشهود إعمالاً لمبدأ حق الدفاع المستمد بمقتضى القانون ، ومن ثم لا يترتب البطلان إذا أغفل الحكم السماح للخصم الآخر بنفي مزاعم خصمه ، كما لا يسقط حقه في إعلان شهود النفي^(١).

الثاني : رفض الطلب :

لهيئة التحكيم سلطة تقديرية واسعة في رفض الطلب رغم توافر شروطه وعليها أن تبدى أسباب الرفض ، كما لو رأت أن الواقعة المراد إثباتها بالشهادة يستحيل تصورها ، أو في الاستغناء عنها بأدلة ومستندات أخرى ما يكفي هيئة التحكيم في تكوين عقيدتها وقدرتها في إصدار الحكم التحكيمي^(٢) . وهذا لا يتعارض مع أمر محكمة التحكيم من تلقاء نفسها بإحالة الدعوى التحكيمية للإثبات بسماع الشهود تفعيلاً للدور الإيجابي للمحكم متى رأى في ذلك تحقيق العدالة الإجرائية وفقاً لمقتضى المادة ٧٠ إثبات^(٣) .

(١) راجع : د/ على هيكل ، مرجع سابق ، بند ٨٣ ، ص ١٨٥-١٨٦ .

(٢) راجع : د/ أحمد نشأت ، رسالة الإثبات ، مرجع سابق ، ص ٥٣٤ ، د/ هدى عبدالرحمن ، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته ، مرجع سابق ، ص ٢٩٩ .

(٣) راجع : د/ على بركات ، خصومة التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٣٩١ .

الأمر الثاني : ما يتعلق بتقدير الشهادة :

إذا ما تمت الشهادة على وجهها وفقاً للقواعد الإجرائية المتبعة في القانون الذي يحكم النزاع ، فإن للمحكمين سلطة تقديرية في الأخذ بها إذا اطمئنوا إليها ، ورأوا أن فيها فائدة حقيقية ، وكانت أوراق الدعوى التحكيمية غير كافية في تكوين عقيدتها ، ولم يعترض عليها أحد الأطراف .

وللمحكمين طرح الشهادة واستبعادها إذا تشككوا فيما جاء بها وكانت الشكوك مبرره^(١) ، لأنهم غير ملزمون بما جاء فيها ، مع عدم الإخلال بأحكام القانون الواجب التطبيق في أسباب حكمها ، أو أسباب أخذها بالشهادة وأسباب الرفض ، وموقف الخصوم في كل منهما وإعادة استجواب الشاهد^(٢) ، ولا يمنع من السماح للخصوم أو محاميهم من مناقشة الشهود للاطمئنان الوجداني .

وتخول السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في تقدير الشهادة عدم تقييدها بالرأي الذي يديه الشاهد ، أو بما حرره من الشهادة تعليقاً على ما رآه أو سمعه أو حرره ، فلها أن تعدل عن إجراء التحقيق بالشهادة ، ولها أن تأخذ ببعض الأقوال

(١) وهذه السلطة المقررة لهيئة التحكيم أقرتها المحاكم الأمريكية حينما سلك أحد المحكمين مسلكه في استبعاد شهادات مكتوبة تشكك بها واعتبرها شهادات مغرضة ، وقضت بأن المحكم له كامل الحرية في استخلاص وقائع القضية طالما لم يخرج عن المهمة التحكيمية ، راجع : مجلة التحكيم الدولية ، ١٩٨٩ ، مجلد ٦ ، رقم ٢ ، ص ١٠٨ .

(٢) انظر : د/ مصطفى الجمال ، عكاشه عبدالعال ، مرجع سابق ، ص ٧٠٠ .

دون بعضها ، حسبما تظمن إليه ، كما لها حرية الترجيح بين الشهادات التي أدت ، دون الإفصاح عن أسباب الترجيح .

غير أن هذه الحرية في الأخذ بالشهادة من عدمها ليست مطلقة من كل قيد ، وإنما مرهونة بعدم الخروج عن مدلولها ، وإلا اعتبر ذلك تحريفاً يستوجب بطلان الحكم التحكيمي في حالة بناء الحكم على تلك الشهادة ، ولا ينطبق ذلك على حالة الغموض في الشهادة ، فهنا تملك الهيئة توضيحها وتفسيرها بما لا يخرجها عن مدلولها ، بالقدر الذي يجعلها تتجاوز في تفسير المعنى الغامض^(١) .

والسؤال الذي يطفو على بساط البحث : هل يجوز الاعتماد في شهادة الشهود على كتاب أتى من محكم آخر سمع الشهادة ؟

نحاول الإجابة عن هذا التساؤل المهم من منظور الفقه الإسلامي فنقول : يجوز اعتماد المحكم على كتاب محكم آخر سمع الشهادة من أحد الخصوم ، وهذا إجماع بالحجة عند أهل المذاهب المعتمدة شرعاً^(٢) .

واستدلوا على ما ذهبوا إليه بأدلة من السنة والأثر على النحو التالي :

أولاً : أدلة السنة النبوية الشريفة : استدلو بأدلة منها :

١- ما روى عن عمر بن الخطاب أنه قال : الدية للعاقلة ، ولا ترث المرأة

من دية زوجها شيئاً ، حتى قال له الضحاك بن سفيان : كتب إلي رسول الله

(١) انظر : د/ أسامه المليجي ، شرح القواعد الإجرائية في الإثبات ، ص ١٥٤ وما بعدها .

(٢) انظر : فتح الباري (١٣ / ١٤١) غير أن الحنفية فرقوا بين مسائل الحدود وغيرها

وقالوا جائز في القتل الخطأ .

- **عَنْ أَبِي دَاوُدَ** - أن أوث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها، فرجع عمر^(١).

٢ - ما رواه أبو داود في سننه أن ثمامة بن عبد الله بن أنس أخذ كتاباً زعم أن أبا بكر كتبه لأنس، وعليه خاتم رسول الله - **عَنْ أَبِي دَاوُدَ** -، حين بعثه مصدقاً وكتبه له، فإذا فيه: "هذه فريضة الصدقة التي فرضها رسول الله - **عَنْ أَبِي دَاوُدَ** - على المسلمين التي أمر الله بها نبيه **ﷺ** فمن سألها من المسلمين على وجهها فليعطها، ومن سئل فوقها، فلا يعطه^(٢)

ثانياً : أدلة الأثر : من أهمها :

ما روى أن عتبة بن فرقد، بعث إلى عمر **عَنْ أَبِي دَاوُدَ** معه، ومع غلام لعتبة من أذربيجان بخبيص جيد صنعه في السلال لي عليها اللبؤد فلما انتهى إلى عمر **عَنْ أَبِي دَاوُدَ** كشف عمر عن الخبيص فقال عمر رضي الله عنه: "أشبع المسلمون في رحالهم من هذا؟"، فقال الرسول: اللهم لا، فقال عمر رضي الله عنه: لا أريد وكتب إلى عتبة: "أما بعد، فإنه ليس من كدك ولا من كد أبيك، ولا من كد أمك، فأشبع من قبلك من المسلمين في رحالهم مما تشبع منه في [ص: ٢١٨] رحلك"، ثم قال: "اتزروا وارتدوا وانتعلوا وألقوا السراويلات والخفاف وازموا الأغراض وألقوا الركب وانزروا ونزوا وعليكم بالمعدية

(١) سنن أبي داود، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، باب: المرأة ترث من دية زوجها، دار الرسالة العالمية ٢٠٠٩، ط ١ (٤/٥٥١).

(٢) سنن أبي داود، باب: في زكاة السائمة (٣/١٦).

وَالْعَرَبِيَّةَ وَذَرُوا التَّنَعَّمَ وَزِيَّ الْعَجَمِ وَإِيَّاكُمْ وَلِبَسَ الْحَرِيرِ ، فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ :
 " نَهَانَا عَنْ لِبْسِ الْحَرِيرِ إِلَّا هَكَذَا ، وَوَضَعَ أَصْبَعَهُ السَّبَابَةَ وَالْوُسْطَى ^(١) .

ومن هذه الأحاديث وتلك الآثار يتبين لنا أن الشهادة بالسماع يجوز الاعتماد عليها في الإثبات ، واعتمد عليها رسول الله - ﷺ - وكانت معروفة عند الصحابة ولم ينازع فيها أحد فدل ذلك على جوازها في الإثبات .

المطلب الثاني

دور المحكم في الإثبات بالاستجواب

يعتبر الاستجواب من المظاهر الدالة على تدعيم دور المحكم الإيجابي في الإثبات ، وهو وسيلة فعّالة من وسائل تحقيق الدعوى التحكيمية ، حيث يهدف إلى إقرار الخصوم بالوقائع المراد إثباتها أمام محكمة التحكيم للوصول إلى إقرارهم بالوقائع التي تناولها الاستجواب لمصلحة الخصم الآخر ، ومن ثم شرع لاستجلاء بعض عناصر وقائع المنازعة المرددة في الخصومة توصلاً إلى معرفة وجه الحق فيها وليس وسيلة للتحقق من صحة الإدعاء بحوث التصرف ^(٢) .

وكثيراً ما تلجأ إليه المحاكم باعتباره طريقاً من طرق تحقيق الدعوى المدنية ، ويمكن أن يحصل في أي مرحلة من مراحل الدعوى التحكيمية ، حتى يتبين الحق ويتضح الغموض تحقيقاً للعدالة الإجرائية وتسهيلاً لحسم الدعوى ، فلا يستطيع الخصم التنكر أمام تلك الوقائع المتلاحقة فيضطر إلى التخلي عن الإنكار .

(١) رواه البيهقي في الكبرى ، باب : كتاب القاضي إلى القاضي ، رقم ٢٠٤١٢ (٢١٧/١٠) .

(٢) انظر : الطعن رقم ٣٨١ - لسنة ٥٨ - تاريخ الجلسة ١١ / ٢ / ١٩٩٣ - مكتب فني ٤٤ رقم الجزء ١ - ص ٥٥٣ .

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٣٩٥)

ومن ثم بإمكان المحكمين استجواب الخصوم ، وإن كانت هذه الوسيلة نادرة الاستعمال من حيث الواقع ، لأن الخصوم يمثلون بأنفسهم أمام هيئة التحكيم في الغالب طواعية واختياراً ، إلا أن هذا لا يحول دون الاستجواب إذا ما استدعت الظروف ذلك^(١).

وعلى هذا يعد استجواب الخصوم طريق من طرق تحقيق الدعوى شرع لاستجلاء بعض عناصر ووقائع المنازعة المراددة في الخصومة توصلًا إلى معرفة وجه الحق فيها ، وليس وسيلة للتحقق من صحة الإدعاء بوفاء أحد الخصوم .

وحتى نتعرف على دور المحكم بشأن تلك الوسيلة الإقناعية في الإثبات ، نقسم هذا المطلب إلى الفروع الآتية :

الفرع الأول

مفهوم الاستجواب

أولاً : مفهوم الاستجواب قانوناً :

هو مثول الخصم شخصياً أمام محكمة التحكيم للإجابة بنفسه عن الوقائع التي ترى لزوم وأهمية سؤاله عنها ، فهو إجراء تحقيق يباشره المحكم بهدف استجلاء بعض عناصر ووقائع الدعوى لانتزاع إقرار الخصم بها توصلًا لمعرفة وجه الحق في الدعوى إما الإقرار بإثبات المزاعم أو الدفاع^(٢) .

(١) انظر : د/ نبيل عمر ، التحكيم ، مرجع سابق ، صـ ٢٠٤ ، د/ أحمد أبو الوفا ، عقد

التحكيم ، مرجع سابق ، صـ ٢٦٧ .

(٢) انظر : عز الدين الناصوري ، حامد عبد الحميد عكاز ، التعليق على قانون الإثبات ،

دار نشر عالم الكتب ، القاهرة ، ١٩٧٧ ، صـ ٢٥٣ .

وقد عرفه بعض الفقه الإجراءي^(١) فقال: طلب حضور الخصم أمام القضاء ليجيب بنفسه عن الوقائع التي ترى المحكمة لزوم سؤاله عنها بحضور خصمه بناءً على طلبه إذا كانت هذه الوقائع متعلقة بالدعوى وجائزة الإثبات قانوناً، وكان الشخص المسؤول قادراً على التنازل عن الحق المطالب بالإجابة عن وجوده.

يلاحظ من هذه التعريفات أنها تتفق الجوهر وتختلف في الألفاظ فهو

اختلاف ظاهري وليس حقيقي.

ثانياً : مفهوم الاستجواب قضائياً :^(٢)

(١) انظر: د/ عبدالحميد هيف، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط الثانية، ١٩٢٢، ص٤٦٣ وما بعدها.

(٢) والقضاء الجنائي قريب من هذا المعنى حيث جاء في أحكام القضاء الجنائي إذا ظهر للقاضي أثناء المناقشة بعض وقائع يرى لزوم تقديم إيضاحات عنها من المتهم لاستجلاء الحقيقة فيلفت نظره إليها ويرخص له في تقديم تلك الإيضاحات إذا أراد. تلك هي نظرية القانون المصري في التحقيق مع المتهم في مرحلة الفصل في أمره أمام المحكمة. و أساسها أنه لا يجوز أن يطلب من متهم، وهو في موقف دفاع، أن يبدى إجابات ربما أخذ منها ما يفيد إدانته، مع أن سلطة الاتهام هي المكلفة قانوناً بإقامة الدليل التفصيلي على صحة التهمة. لذلك كان للمتهم الحق في الامتناع عن الإجابة عن الأسئلة التي توجه إليه بلا طلب منه، دون أن يؤول ذلك لغير مصلحته، أو أن يتخذ أساساً لأية قرينة أو أي دليل لمصلحة الاتهام، لأنه في امتناعه عن الإجابة إنما يستعمل حقاً خوله له القانون. غير أنه نظراً إلى أن تلك القاعدة إنما وضعت لمصلحة المتهم وحده فله أن يتنازل عنها، إما بطلبه صراحة من المحكمة أن تستجوبه مباشرة أو على الطريقة المبينة في القانون، وإما بعدم اعتراضه على الاستجواب وبالإجابة على الأسئلة التي توجهها إليه، إذا رأى هو والدفاع عنه أن من مصلحته الإجابة عليها لظهور الحقيقة. على أنه لا يجوز مطلقاً أن يستحيل الاستجواب إلى تحقيق مطول على الشكل الذي تجر به النيابة

طريق من طرق تحقيق الدعوى تستهدف به المحكمة تمكينها من تلمس

الحقيقة الموصلة لإثبات الحق في الدعوى^(١).

وهذا المعنى للاستجواب لا يختلف عن معناه القانوني ، فكل منهما يقرر أن

الاستجواب وسيلة إثبات الهدف منه استبيان الحقيقة .

ثالثاً : مفهوم الاستجواب في الفقه الإسلامي :

بمطالعة مصادر الشريعة الإسلامية اتضح لنا أنها لم تشر بصفة مستقلة عن

الاستجواب باعتباره وسيلة من وسائل الإثبات خلافاً لطرق الإثبات الأخرى

مثل الإقرار واليمين ، وهذا لا ينفي أن الاستجواب ورد في تطبيقات عديدة في

القضاء الإسلامي نستطيع أن نستشف منها تعريفاً للاستجواب فنقول بأنه :

سؤال المحكم الخصم عن وقائع معينه في مقر هيئة التحكيم لغرض

الحصول على المراد منه ، أو لتلمس المحكم حقيقة النزاع الموصلة لإثبات

الحق في الدعوى التحكيمية .

الموازنة بين التعريفات :

بعد الوقوف على التعريفات السابقة للاستجواب ، تبين لنا أنها كلها تدور

حول معنى واحد ، وإن اختلفت الصيغ التعبيرية حول مفهومه ، وهى تقديم

العمومية أو قاضى التحقيق ، و لا أن يكون الغرض منه استدراج المتهم إلى الاعتراف أو

تقرير أقوال تؤيد الاتهام . فإذا كان الاستجواب حصل بموافقة الدفاع و بقبول المتهمين

بإجابتهم على الأسئلة التي وجهتها إليهم طائعين مختارين ، و لم يكن الغرض منه

استدراجهم إلى إبداء أقوال في غير مصلحتهم ، كما أنه لم يكن له أي تأثير في مركزهم

في الدعوى ، فلا عيب فيه ، راجع : الطعن رقم ١٨٤٥ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٣ / ٥ / ٢٩ .

(١) راجع : نقض مدني ، الطعن رقم ٣٥١ - لسنة ٧٠ - تاريخ الجلسة ١٦ / ١٢ /

٢٠٠٢ - مكتب فني ٥٣ رقم الجزء ٢ - ص ١١٧١ .

الإيضاحات لاستجلاء الحقيقة من وقائع النزاع لانتزاع إقرار الخصم بها توصلًا لمعرفة وجه الصواب في الدعوى التحكيمية .
وعلى أية حال فإن الاستجواب إجراء من إجراءات التحقيق بمقتضاه يتبث المحكم من شخصية المستجوب ويناقشه في وقائع النزاع المرتبطة بالدعوى إثباتاً ونفيًا .

الفرع الثاني

دور المحكم في تحقيق أصول مباشرة الاستجواب

للمحكم سلطة القاضي فيما يرتبط بالاستجواب كدليل إثبات ، ومن ثم للمحكّمين استجواب الخصم من تلقاء أنفسهم عند تعذر حضور الخصوم ، أو من ينوب عنهم ، بشأن المسائل المرتبطة بالنزاع ، أو بناءً على طلب أحد الخصوم ، مع احتفاظ هيئة التحكيم بحقها في الاستعانة بوسائل إثبات أخرى^(١) .
ومن حق هيئة التحكيم أن ترفض طلب الاستجواب عند الاستغناء عنه بوجود أدلة ثبوت أخرى ، كما تملك العدول عنه بعد أمرها به صراحةً أو ضمناً ، عند تكوين عقيدتها بعيداً عن الاستجواب^(٢) .

(١) راجع : د/ على هيكل ، القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين ، مرجع سابق ، ص ٢١٨ .

(٢) حيث مفاد المادة ١٠٦ من قانون الإثبات أن لمحكمة الموضوع أن تأمر بحضور الخصم لاستجوابه سواء من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الخصوم باعتبار أن الاستجواب طريق من طرق تحقيق الدعوى تستهدف به المحكمة تمكينها من تلمس

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٣٩٩)

وفي هذا المعنى قالت محكمة النقض بأن المحكمة - المحكمين - غير ملزمة بإجابة طلب استجواب الخصم ، إذا كانت لا تجد حاجة إليه لتوافر العناصر الكافية في الدعوى لتكوين رأيها^(١).

تنص المادة ١٦٥ من قانون المرافعات على أن للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول في المحضر ، ولعل المقصد الإجرائي من هذا النص - على ما صرحت به المذكرة الإيضاحية - هي عدم حمل القاضي - المحكم - على تنفيذ إجراء لم يعد يرى له ضرورة ، وأنه من العبث وضياع الجهد والوقت الإصرار على تنفيذ إجراء اتضح للمحكمة أنه منتج في الدعوى .

وفي هذا السياق قررت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد عدل عن تنفيذ حكم استجواب الخصم استناداً إلى ما قرره من أن الدعوى تستقيم بغير حاجة إلى إجراء الاستجواب فإن مؤدى ذلك أن الهيئة التي أصدرت الحكم قد رأت في عناصر الدعوى ما يغنيها عنه ، ويكفي لتكوين عقيدتها وهو ما تستقل به محكمة الموضوع بالطريق الذي تراه ، ولا يلزمها

الحقيقة الموصلة لإثبات الحق في الدعوى ، دون أن يتم ذلك عن إهدار أية وسيلة أخرى من وسائل الإثبات طالما لم تفصح عن ذلك صراحة.

(١) نقض مدني: الطعن رقم ٣٥١ - لسنة ٧٠ - تاريخ الجلسة ١٦ / ١٢ / ٢٠٠٢ - مكتب فني ٥٣ رقم الجزء ٢ - ص ١١٧١ .

القانون في تكوين عقيدتها باتباع طريق معين للإثبات ، وبالتالي يكون ما أورده الحكم في ذلك بياناً كافياً لأسباب عدول المحكمة عن إجراء الاستجواب^(١) .
ومما تجدر الإشارة إليه قانوناً عدم جواز استجواب من ليس خصماً في الدعوى التحكيمية ، كما لا يجوز للخصم المقرر استجوابه أن ينيب عنه في الإجابة على الاستجواب شخصاً آخر ، وقد رسم المشرع الإجرائي للمحكمة -المحكم- ما يجب عليها إتباعه في حالة تخلف الخصم المطلوب استجوابه عن الحضور بنفسه وأجاز لها في حالة تخلفه عن الحضور بغير عذر مقبول أو امتناعه عن الإجابة بغير مبرر قانوني أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك . أما من لم يكن خصماً في الدعوى ، فإنه لا يجوز لهيئة التحكيم أن تسمع أقواله إلا باعتباره شاهداً بعد أدائه اليمين وبعد صدور حكم منها بالتحقيق على النحو المبين في المادة ١٩٠ من قانون المرافعات^(٢) ، كما لا يجوز اتخاذ أقوال أحد الخصوم في محضر الاستجواب دليلاً ضد خصمه ما لم تتأيد بدليل .

ومن حق محكمة التحكيم من أجل استجلاء الحقيقة ، إذارات في تقرير الخبير ما يستلزم مناقشته فيها ، الأمر الذي ترى معه استجوابه فلها ذلك^(٣) .

(١) نقض مدني ، الطعن رقم ٠٢٥٦ لسنة ٢٠ جلسة ١١ / ١٢ / ١٩٥٢ مكتب فني ٠٤ صـ ١٨٣ .

(٢) نقض مدني ، الطعن رقم ٠١٦٦ لسنة ٣١ جلسة ٢ / ١٢ / ١٩٦٥ مكتب فني ١٦ ، صـ ١١٦٤

(٣) نقض مدني ، الحكم رقم ١٠٧٩ - لسنة ٢ - تاريخ الجلسة ١٣ / ٣ / ٢٠١٢ .

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٤٠١)

وفي هذا المعنى قالت محكمة النقض بأن ما ورد بتقرير الخبير المتدب وفاة.....، الأمر الذي ترى معه المحكمة استجواب أمين الاتحاد في تقديم شهادة وفاة..... وإعلام وراثته وتقديم مستخرج رسمي من السجل التجاري للشركة المفلسة وصورة رسمية من عقد تأسيس الشركة المفلسة وأصل ميزانية الشركة المفلسة....^(١).

الفرع الثالث

دور المحكم في تحديد النظام الإجرائي للاستجواب

لا شك أن من الواجبات الإجرائية على المحكم مراعاة الأمانة الإجرائية، لما يقوم به من إجراءات، حيث تنبع من الضمير، وتفرضها مبادئ العدالة الإجرائية، وينتج من الخروج عليها البطلان الإجرائي، دون حاجة إلى نص يفرضه، استناداً إلى أنها تعتبر مخالفة لقاعدة جوهرية مقررّة لمصلحة الدفاع، ونستوضح النظام الإجرائي من خلال الآتي:

أولاً: وضع خطة للاستجواب:

ينبغي على المحكم تهيئة مخطط متماسك للاستجواب، فينأى عن توجيه الأسئلة جزافاً، أو أن يعتمد فيها بصفة رئيسية على الصدفة، لذلك يفضل كتابة الهيكل الأساسي لها في ورقة مستقلة تتضمن التسلسل الموضوعي، وعدم إغفال أي نقطة من النقاط الهامة التي يشملها ملف الدعوى التحكيمية تتعلق بوقائع النزاع.

(١) نقض مدني، الحكم رقم ١٢١ - لسنة ٢٠٠٩ - تاريخ الجلسة ٢٧ / ٦ / ٢٠١٥.

ثانياً: شكل الاستجواب :

يجري الاستجواب عادة شفهيًا بالنسبة للأسئلة التي يوجهها المحكم والإجابات التي يدلي بها الخصم ، ولا يوجد في القانون مواد خاصة بالقواعد الواجب مراعاتها عند تدوين محضر الاستجواب ، لكن العرف القضائي والتحكيمي جرى على الأخذ بما هو متبع في كتابتها ، وذلك على مسمع من هيئة التحكيم والخصوم ، حتى يتسنى للمحكم التعليق عليها فوراً .

والسؤال : ماذا لو الخصم أصم أو أبكم ؟

إذا كان الخصم أصماً ، فلم يتضمن قانون التحكيم نصاً يجب عن هذا التساؤل ، ويكمن التعامل معه على مقتضى القياس الإجرائي في القضاء الجنائي ، فيقوم المحكم بكتابة الأسئلة والاستفسارات بمعرفته ، أو بمعرفة سكرتير الجلسة ، وإثبات ذلك في محضر الاستجواب ، وعلى الخصم أن يجيب عليها شفاهة ، ويقوم المحكم بتدوينها حسب الأصول الإجرائية ، أما الأبكم فتوجه له الأسئلة شفاهة ، ويقوم بالرد عليها كتابة بمعرفته . أما الأصم الأبكم فتقدم له الأسئلة كتابة ويرد عليها كتابة ، وإذا كان لا يعرف القراءة والكتابة ، فعلى هيئة التحكيم أن تعين له خبيراً مختصاً لمساعدته ، فيشرح له الأسئلة والاتهامات التي يوجهها بالطرق التي يفهمها : كالإشارات ، على أن يقوم بإجابته شفاهة ، ويتم تدوينها بمحضر الاستجواب .

ثالثاً : لغة الاستجواب :

يجب أن يتم الاستجواب بلغة الدولة الرسمية وهي اللغة العربية ، وهو الأمر المتفق عليه تشريعاً وفقهاً وقضاءً احتراماً وانسجاماً مع إقليمية القواعد الإجرائية ، وإذا كان الخصم يتكلم بلغة أجنبية أو بلهجة غير معروفة ، فإنه من

الصعب في تلك الحالة التفاهم معه بلغة الدولة الرسمية ، الأمر الذي يستدعي للمحكم الاستعانة ب مترجم على درجة عالية من الثقة والكفاءة التامة ، كي يساعد الخصم على فهم الأسئلة والاستفسارات الموجه له ، وينقل عنه إجاباته وتوضيحاته ، حيث يعد ذلك من الرخص المخولة للمحكمين الذي له أن يلتفت عنه ، إن وجد في الدعوى من العناصر ما يكفي لتكوين عقيدته بغير حاجة لاتخاذ ، وكان رفضه إجابته قائماً على أسباب مبررة له^(١) .

وفي هذا المعنى ذهبت محكمة النقض إلى أن عدم ترجمة المستندات التي تقيم المحكمة عليها قضاءها من اللغة الأجنبية إلى اللغة العربية يجعل حكمها مخالف لقانون السلطة القضائية الذي يقرر بأن لغة المحاكم هي اللغة العربية ، إلا أنه لا يشترط الرسمية في هذه الترجمة ، إلا حيث لا يسلم الخصوم بصحة الترجمة العربية المقدمة للمستند ويتنازعون في أمرها^(٢) .

والسؤال الذي يطفو على بساط البحث : هل يعتبر المترجم شاهد أم خبيراً ؟
تعتبر الترجمة عمل من أعمال الخبرة ، فالمترجم ليس إلا مساعد للمحكم تتوافر له كفاءة خاصة ، هي معرفة اللغة المطلوب ترجمتها لنقل الأقوال والكتابة المقدمة للغة العربية وما دام المترجم خبيراً ، فلا بد من تحليفه اليمين القانونية قبل مباشرته مأموريته ، والتأكد من إجادته للغة أو لهجة الخصم واللغة العربية ، وحيث تثبت الأسئلة والإجابة عليها باللغة العربية في محضر

(١) انظر: الطعن رقم ٠١٩ لسنة ٣٧ ، ٢٠ / ٥ / ١٩٧١ ، مكتب فني ٢٢ صـ ٦٦٩ .

(٢) انظر: الطعن رقم ١٠٩ - لسنة ٧١ - تاريخ الجلسة ٢٢ / ١٢ / ٢٠٠٨ - مكتب

فني ٥٩ ، صـ ٨٦٠ .

الاستجواب، وعلى المحكم أن يثبت كل تلك الإجراءات في محضر الاستجواب، ثم يقوم بتوجيه السؤال إلى المترجم الذي يقوم بدوره بتوصيله إلى الخصم ويتلقى المترجم إجابته عن السؤال من الأخير، ومن ثم ينقلها إلى المحكم.

ونرى أن ندب المترجم في هذه الحالة لا يخضع للسلطة التقديرية للمحكم، طالما لم يكن هناك ما يغني عن الاستجواب، بل يجب عليه في جميع الأحوال التي يجرى الاستجواب فيها مع شخص يتكلم بلغة أجنبية أو غير معروفة أن يندب له مترجماً، حتى ولو كان المحكم يجيد لغة المتهم إجادة تامة، لأن عدم ندب المترجم يضعف الثقة الواجب توافرها في ضمانات التقاضي.

ولضمان صحة الإجراءات يلزم تحليف المترجم اليمين القانونية على أن يقوم بواجبه بالأمانة والصدق، ولا يشترط لهذا القسم صيغة محددة، ويكفي أن تدل ألفاظ على هذا المعنى؛ وذلك إذا لم يكن قد سبق له تأديته عند تعيينه.

رابعاً : ما يشترط في الخصم المراد استجوابه :

قد يكون الشخص المستجوب شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً، وقد يكون الشخص كامل الأهلية أو ناقصها، فإذا كان الشخص المستجوب طبيعياً فإنه يحضر بشخصه ويجب عن الأسئلة، ولا مانع من حضور محاميه وتكون الإجابة في مواجهة طالب الاستجواب، طالما لم يتم قفل باب المرافعة.

وفي هذا المعنى قالت محكمة النقض لا يجوز قانوناً استجواب من ليس خصماً في الدعوى، كما لا يجوز للخصم المقرر استجوابه أن ينيب عنه في

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٤٠٥)

الإجابة على الاستجواب شخصاً آخر ، وقد رسم قانون المرافعات للمحكمة -هيئة التحكيم- ما يجب عليها إتباعه في حالة تخلف الخصم المطلوب استجوابه عن الحضور بنفسه ، وأجاز لها في حالة تخلفه عن الحضور بغير عذر مقبول ، أو امتناعه عن الإجابة بغير مبرر قانوني أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك ، أما من لم يكن خصماً في الدعوى ، فإنه لا يجوز للمحكمة أن تسمع أقواله إلا باعتباره شاهداً بعد أدائه اليمين ، وبعد صدور حكم منها بالتحقيق^(١) .

وإذا كان الشخص المستجوب اعتبارياً فممثله القانوني ينوب عنه في الاستجواب ، شريطة أن يكون الممثل القانوني له سلطة التصرف في الحق المتنازع عليه ، وأن يكون خصماً في الدعوى ، إلا إذا كان شاهداً في الدعوى التحكيمية فيجوز استجوابه^(٢) .

هذا بالنسبة للشخص الطبيعي والشخص الاعتباري ، أما بالنسبة للشخص عديم الأهلية أو ناقصها ، فيتم اللجوء إلى قواعد القانون الموضوعي في جواز استجواب النائب عنه ، إذا كان لهذا الأخير أهلية التصرف في الحق المتنازع عليه محل الدعوى التحكيمية^(٣) .

(١) نقض مدني ، الطعن رقم ١٦٦ لسنة ٣١ جلسة ٢/١٢/١٩٦٥ مكتب فني ١٦ صـ ١١٨٤ .

(٢) انظر : استئناف القاهرة ٦٢ تجارى ، ٦/١٢/٢٠٠٢ ، دعوى رقم ٢٧ لسنة ١١٨ ق ، مشار إليه لدى على هيكل ، مرجع سابق ، صـ ٢٢٠ .

(٣) انظر : الجمال وعكاشه ، مرجع سابق ، بند ٤٨١ ، صـ ٧٠٢ وما بعدها .

وفي هذا السياق قررت محكمة النقض أنه وإن كان يشترط في الاستجواب - باعتباره تصرفاً قانونياً - أن يكون صادراً ممن له أهلية التصرف في الحق محل الاستجواب ، إلا أن تحصيل الأركان اللازمة له هو من الأمور التي يخالفها واقع مما يترك تحصيله لمحكمة الموضوع ، ومن ثم لا يقبل التحدي بعدم توافر هذه الأركان - ومنها أهلية التصرف في الحق - لأول مرة أمام محكمة النقض^(١).

ويشترط في الشخص المستجوب أيضاً اتصال الواقعة بشخصه ، فلا يجوز استجوابه بواقعه لا علاقة له بها ، والمعول عليها في الشخص الاعتباري التي تتعلق به دون الممثل القانوني ، وقد تتعلق بهذا الأخير إذا علمها بصفته وأقر بها استناداً إلى صفته التمثيلية^(٢).

الفرع الرابع

دور المحكم في تقدير نتيجة الاستجواب

لهيئة التحكيم أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول في المحضر ، والحكمة من هذا النص - على ما صرحت به المذكرة الإيضاحية - هي عدم حمل القاضي - المحكم - على تنفيذ إجراء لم يعد يرى له ضرورة ، وأنه من العبث وضياع الجهد والوقت والإصرار على

(١) نقض مدني ، الطعن رقم ١٨٨٠ لسنة ٤٩ جلسة ٢٩ / ٣ / ١٩٨٩ مكتب فني ٣٤ ص ٨٥١ .

(٢) على هيكل ، القواعد الإجرائية في الإثبات أمام المحكمين ، مرجع سابق ، ص ٢٢١-٢٢٢ .

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٤٠٧)

تنفيذ إجراء اتضح لهيئة التحكيم أنه منتج في الدعوى ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد عدل عن تنفيذ حكم استجواب الخصم استناداً إلى ما قرره من أن الدعوى تستقيم بغير حاجة إلى إجراء الاستجواب ، فإن مؤدى ذلك أن الهيئة التي أصدرت الحكم قد رأت في عناصر الدعوى ما يغنيها عنه ويكفي لتكوين عقيدتها ، وهو ما تستقل به هيئة التحكيم بالطريق الذي تراه ولا يلزمها القانون في تكوين عقيدتها بإتباع طريق معين للإثبات ، وبالتالي يكون ما أورده الحكم في ذلك بياناً كافياً لأسباب عدول المحكمة عن إجراء الاستجواب^(١) .

وعدول محكمة التحكيم عن الاستجواب لا يمنعها من أن تأمر بإجراء تحقيق آخر ، حيث لا يؤدي عدولها عن الاستجواب إلى إهدار حقها في اللجوء إلى وسائل أخرى لتحقيق الدعوى ، ما لم تفصح عن ذلك صراحة ، لأن من مقتضيات السلطة التقديرية لمحكمة التحكيم الأمر بأي إجراء أو العدول عنه^(٢) .

أما تقدير نتائج الاستجواب سلطة تقديرية لمحكمة التحكيم ، من أجل كشف حقيقة الواقعة المتنازع عليها ، وعليه فهي غير مقيدة بأقوال الخصوم في

(١) نقض مدني ، الطعن رقم ٥٤٨ - لسنة ٥٦ - تاريخ الجلسة ٤ / ١٢ / ١٩٩١ -

مكتب فني ٤٢ رقم الجزء ٢ - ص ١٧٦٦ .

(٢) راجع : د/ شحاته غريب شلقامي ، حقوق المحكم ، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٥ ،

ص ٨٢ وما بعدها .

الاستجواب ، ولو توافر شروطه ، ومن ثم تستطيع القضاء بخلافه ، إذا كان في الدعوى التحكيمية أوراق ومستندات كافية لتكوين عقيدتها ومن ثم بناء الحكم^(١) .
ومن ثم فإن رفض محكمة التحكيم الاستجواب لا بد وأن يقوم على أسباب سائغة ، وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت في الدعوى أن الطاعن تمسك أمام محكمة الاستئناف باستجواب خصمه - المطعون عليه - فيما تضمنته قائمة المنقولات المنسوب صدورها إلى زوجته التي تشاركه الإقامة بالعين المؤجرة وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه برفض طلب الاستجواب على أن قائمة المنقولات ليست حجة عليه لعدم صدورها منه ورتب على ذلك اعتبار طلب الاستجواب غير منتج في الدعوى حالة أن تسليم المنقولات للمستأجر هي واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات ، وكان طلب الاستجواب الذي تمسك به الطاعن تحقيقاً لدفاعه القائم على أن المطعون عليه - المستأجر - تسلم المنقولات بواسطة زوجته هو دفاع جوهرى قد يتغير بتحقيقه وجه الرأي في الدعوى، فإن الحكم يكون مشوباً بالقصور ومخالفة القانون^(٢) .

(١) راجع : محمد وعبدالوهاب العشماوى ، مرجع سابق ، صـ ٦١٧ ، د/ سحر

يوسف ، مرجع سابق ، صـ ٤٦٥ .

(٢) راجع : الطعن رقم ٥٤٨ - لسنة ٥٦ - تاريخ الجلسة ٤ / ١٢ / ١٩٩١ - مكتب

فني ٤٢ رقم الجزء ٢ - رقم صـ ١٧٦٦ .

◉ مجلة الشريعة والقانون ◉ العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ◉ (١٤٠٩)

ومن الجدير بالذكر أن حكم الاستجواب لا يحوز قوة الأمر المقضي ولمحكمة الموضوع العدول عنه دون بيان أسباب العدول^(١).

الفرع الخامس

التطبيق العملي لشروعية الاستجواب في الفقه الإسلامي

يعد الاستجواب من وسائل الإثبات القضائي الإسلامي، نص عليه القرآن الكريم، وتناولته السنة النبوية الشريفة، ودل عليه الأثر في أقضية الصحابة رضوان الله عليهم.

ولتوضيح مشروعية العمل بالاستجواب في الفقه الإسلامي كأحد وسائل الإثبات القضائي الإسلامي، نعرض له من خلال المقاصد الآتية:

(١) نقض مدني، الطعن رقم ٠٣٠٧ لسنة ٥١ جلسة ١٢/٦/١٩٨٤، مكتب فني ٣٥ ص-١٦٢٣ وفي هذا المعنى ذهبت محكمة النقض إلى أن العقد محل النزاع هو عقد بيع وليس سنداً بالمديونية وأنه لم يحصل تفاسخ بين الطرفين في هذا العقد فان مفاد ذلك أن محكمة الاستئناف رأت في الاستناد إلى أدلة الدعوى القائمة أمامها والتي أشارت إليها في حكمها ما يغني عن اتخاذ أي إجراء آخر من إجراءات الإثبات، وفي هذا ما يعتبر بياناً ضمناً لسبب عدول المحكمة عن تنفيذ حكم المناقشة إذ هو يدل على أنها رأت أن لا جدوى من اتخاذ هذا الإجراء وأن في أوراق الدعوى ما قدم منها من أدله ما يكفي لتكوين عقيدتها بغير حاجة إليه، راجع: الطعن رقم ٠٤١٩ لسنة ٣١، جلسة ١٩٦٦/٣/٢٩ مكتب فني ١٧ ص-٧٥٧.

المقصد الأول

شرعية الاستجواب بدليل القرآن الكريم

ورد الاستجواب في آيات القرآن الكريم في أكثر من موضع مما يدل

على مشروعيته ، ومن هذه الآيات ما يلي : قوله تعالى :

" وَقَالَ الْمَلِكُ ائْتُونِي بِهِ فَلَمَّا جَاءَهُ الرَّسُولُ قَالَ ارْجِعْ إِلَىٰ رَبِّكَ فَاسْأَلْهُ مَا بَالُ النِّسْوَةِ الَّتِي قَطَّعْنَ أَيْدِيَهُنَّ إِنَّ رَبِّي بِكَيْدِهِنَّ عَلِيمٌ (٥٠) قَالَ مَا خَطْبُكُنَّ إِذْ رَاوَدْتُنَّ يُوسُفَ عَنِ نَفْسِهِ قُلْنَ حَاشَ لِلَّهِ مَا عَلِمْنَا عَلَيْهِ مِنْ سُوءٍ قَالَتِ امْرَأَتُ الْعَزِيزِ الْأَنْ حَصْحَصَ الْحَقُّ أَنَا رَاوَدْتُهُ عَنْ نَفْسِهِ وَإِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (٥١) ذَلِكَ لِيَعْلَمَ أَنِّي لَمْ أَخُنْهُ بِالْغَيْبِ وَأَنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي كَيْدَ الْخَائِنِينَ " (١) .

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

في هذه الآية لم يرد ﷺ إخبار الملك بأمر النسوة معه، وإنما أراد أن يطلع هو والعزيز على حقيقة ذلك، ولهذا اكتفي ﷺ بذكر تقطيع الأيدي ورمز إلى المرادة التي كلفته بها امرأة العزيز بالكيد الذي وقع منها على طريق المجاملة، واحتراز من سوء المقابلة، ولما رجع الرسول وأخبر الملك بقوله، فأمر حالاً بجمع النسوة وإحضارهن، فاستدعاء الملك للنسوة جاء بناءً على طلب يوسف ﷺ، فتم استدعاؤهم للحضور واستجوابهم بالسؤال عن مرادة يوسف عن نفسه، فكان الجواب اعتراف امرأة العزيز أثناء الاستجواب،

(١) سورة يوسف ، الآيات (٥٠-٥١) .

فأقرت بأنها هي التي راودته عن نفسه وإنه من الصادقين ، فهنا الاستجواب من الملك أدى إلى إثبات براءة يوسف عليه السلام ^(١) .

المقصد الثاني

شرعية الاستجواب بدليل السنة النبوية

ورد الاستجواب في أحاديث من السنة النبوية الشريفة ، في أكثر من موضع ،

مما يدل على مشروعيتها ، منها :

مَا رَوَاهُ مُسْلِمٌ عَنْ عَلْقَمَةَ بْنِ وَاثِلٍ عَنِ أَبِيهِ قَالَ: إِنِّي لَقَاعِدٌ عِنْدَ النَّبِيِّ - صلى الله عليه وسلم - إِذَا رَجُلٌ يَقُودُ آخَرَ بِنِسْعَةٍ. فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ؛ هَذَا قَتَلَ أَخِي. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم -: أَقْتَلْتَهُ؟ فَقَالَ: إِنَّهُ لَوْ لَمْ يَعْتَرِفْ لَأَقَمْتُ عَلَيْهِ الْبَيْتَةَ. قَالَ: نَعَمْ، قَتَلْتَهُ. قَالَ: كَيْفَ قَتَلْتَهُ؟ قَالَ: كُنْتُ أَنَا وَهُوَ نَحْتَطِبُ مِنْ شَجَرَةٍ فَسَبَّني فَأَغْضَبَنِي فَضْرَبْتُهُ بِالْفَأْسِ عَلَى قَرْنِهِ فَقَتَلْتَهُ ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ - صلى الله عليه وسلم -: هَلْ لَكَ مِنْ شَيْءٍ تُؤَدِّي عَنْ نَفْسِكَ؟ فَقَالَ: مَا لِي مَالٌ إِلَّا كِسَائِي وَفَأْسِي. قَالَ: فَتَرَى قَوْمَكَ يَشْتَرُونَكَ؟ قَالَ: أَنَا أَهْوَنُ عَلَى قَوْمِي مِنْ هَذَا. قَالَ: فَرَمَى إِلَيْهِ بِنِسْعَتِهِ، وَقَالَ: دُونَكَ صَاحِبُكَ، فَانْطَلَقَ بِهِ الرَّجُلُ؛ فَلَمَّا وَلَّى قَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم -: إِنْ قَتَلَهُ فَهُوَ مِثْلُهُ فَرَجِعْ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، بَلَّغْنِي أَنَّكَ قُلْتَ كَذَا وَأَخَذْتَهُ بِأَمْرِكَ قَالَ: أَمَا تُرِيدُ أَنْ يَسُوءَ بِأَيْمِكَ وَإِثْمِ صَاحِبِكَ؟ قَالَ: لَعَلَّهُ. قَالَ: بَلَى. قَالَ: فَإِنَّ ذَلِكَ كَذَلِكَ. قَالَ: فَرَمَى بِنِسْعَتِهِ وَخَلَّى سَبِيلَهُ ^(٢) .

(١) بيان المعاني لعبد القادر السيد محمود ، دار الترقى - دمشق - ط الأولى ١٩٦٥

(٢) (٢٢١ / ٣) .

(٢) أحكام القرآن لابن العربي ، مرجع سابق (١ / ١٦٣) .

وجه الاستدلال من الحديث الشريف :

في هذا الحديث وجه النبي - ﷺ - السؤال للقاتل فأقر بواقعة القتل وعدم معارضته ، فتلك وسيلة الاستجواب استخدمها النبي ﷺ لمعرفة الحقيقة ، فدل على مشروعية الاستجواب للوصول إلى الحكم السليم .

المقصد الثالث**التطبيق العملي لشرعية الاستجواب في ضوء آثار الصحابة**

جاء في الأثر ما روى يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب عن أبيه قال: كنت جالساً عند عمر بن الخطاب، فجاءه رجلان يختصمان في غلام، كلاهما يدعي أنه ابنه، فقال عمر: ادعوا لي أخا بني المصطلق، فجاء، وأنا جالس، فقال: انظر، ابن أيهما تراه؟ فقال: قد اشتركا فيه جميعاً، فقال عمر: لقد ذهب بك بصرك المذاهب، وقام فضربه بالدرّة، ثم دعا أم الغلام - والرجلان جالسان، والمصطلق جالس - فقال لها عمر: ابن أيهما هو؟ قالت: كنت لهذا، فكان يطؤوني، ثم يمسكني حتى يستمر بي حملي، ثم أرسلني حتى ولدت منه أولاداً، ثم أرسلني مرة، فأهرقت الدماء، حتى ظننت أنه لم يبق شيء، ثم أصابني هذا، فاستمرت حاملاً، قال: فتدريين من أيهما هو؟ قالت: ما أدري من أيهما هو؟ قال: فعجب عمر للمصطلق وقال للغلام: خذ بيد أيهما شئت، فأخذ بيد أحدهما واتبعه^(١).

يتضح من هذا الأثر أن عمر رضي الله عنه سأل الخصم في الدعوى، وقضى بالحكم بناءً على الاستجواب، وهذا يدل على العمل بالاستجواب في الشريعة

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم، مرجع سابق (٢/ ٥٧٩).

الإسلامية كوسيلة من وسائل الإثبات يتم اللجوء إليه عندما تكون الدعوى التحكيمية بحاجة إلى مثل هذه من وسائل الإثبات ، وقد أجازت الشريعة الإسلامية استجواب الخصم الحاضر للوصول به إلى الإقرار بالوقائع المتنازع عليها .

المطلب الثالث

دور المحكم في الإثبات بالانتقال للمعاينة

تعد المعاينة من أقوى وسائل الإثبات لكونها تستمد قوتها من وقوف المحكم نفسه ، أو من يندبه على العين المتنازع فيها ، كما تبدو أهميتها في كونها تلامس الوقائع ذاتها ، فيؤثر ذلك على اعتقاد المحكم باستخلاص الدليل للوصول إلى الحقيقة من خلال العلم الشخصي لوقائع النزاع .
ونتناول المعاينة كدليل فني في الإثبات التحكيمي من خلال الفروع الآتية :

الفرع الأول

مفهوم المعاينة فقهاً وقانوناً

أولاً : المعاينة قانوناً :

يراد بالمعاينة : الانتقال الفعلي للمحكم لمشاهدة الواقعة محل النزاع بقصد تكوين عقيدته ، أو إجرائها في الجلسة^(١) .
وقد عرفها البعض بأنها : الكشف الحسي المباشر لإثبات حالة الشيء ، أو الشخص خلال الرؤية ، أو الفحص المباشر^(٢) .

(١) كما لو تعلق الأمر بمنقول مثل معاينة جهاز اليكتروني .

(٢) راجع : د/ أحمد نشأت ، الإثبات دار الفكر العربي ، ط ٧ ، ١٩٧٢ (٢/٤٣٠) ، د/ محمود محمد هاشم ، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، نشر شؤون المكتبات ، جامعة الملك سعود ، الرياض ، ط أولى ، ١٩٨٨ ، ٣٢١ .

ثانياً : المعاينة في الفقه الإسلامي :

لم أر من الفقهاء القدامى من عرف المعاينة ، وإنما تناولها الفقهاء المعاصرين عند تعرضهم لوسائل الإثبات فقالوا : هي أن يشاهد القاضي - المحكم - بنفسه أو بواسطة أمينه محل النزاع بين الخصمين لمعرفة حقيقة الأمر^(١) .

إذاً : المعاينة هي النظر والمواجهة للتأكد من حقيقة الأمر محل النزاع .
وبهذا يتضح أن المعنى الفقهي والقانوني بينهما تداخل ، وإن اختلف البناء اللفظي إلا أن المعنى واحد .

الفرع الثاني**دور المحكم في تطبيق النظام الإجرائي للمعاينة****أولاً : الإعلان عن المعاينة مكاناً وزماناً :**

من حق هيئة التحكيم اختيار مكان القيام بإجراءات التحكيم ، والاجتماع في أي مكان للقيام بإجراءات التحكيم ومنها المعاينة ، ولا يشترط وجوب التوقيع على محضر المعاينة من كاتب إلى جانب رئيس هيئة التحكيم ، لأن المشرع لو أراد ذلك لنص عليه صراحة على نحو ما أورده المادة ٣٦ من ذات القانون

(١) انظر : د/ وهبه الزحيلي ، أصول المحاكمات الشرعية والمدنية ، منشورات جامعة

دمشق ، ط الخامسة ، ١٤١٤ / ١٤١٥ ، ص ٢٢٩ .

التي تخصص تقرير الخبراء حيث نصت على أنه لهيئة التحكيم تعيين خبير أو أكثر لتقديم تقرير مكتوب أو شفهي يثبت في محضر الجلسة^(١).
ومن الجدير بالذكر أن مخالفة هيئة التحكيم لمكان التحكيم الذي اتفق عليه الطرفان أو للمكان الذي قررت اختياره لا يترتب عليه بطلان الإجراءات، وإنما يتيح لأي من الطرفين مطالبة هيئة التحكيم بالتعويض عما أصابه من أضرار

(١) وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض بأن مؤدى نص المادة ٢٨ من قانون التحكيم المشار إليه أنه من سلطة هيئة التحكيم أن تجتمع في أي مكان تراه مناسباً للقيام بأي إجراء من إجراءات التحكيم ومن ذلك المعاينة، وقد خلا هذا النص من وجوب التوقيع على محضر المعاينة من كاتب إلى جانب رئيس هيئة التحكيم ولو كان المشرع قد أراد ذلك لنص عليه صراحة على نحو ما أوردته المادة ٣٦ من ذات القانون التي تخصص تقرير الخبراء حيث نصت على أنه لهيئة التحكيم تعيين خبير أو أكثر لتقديم تقرير مكتوب أو شفهي يثبت في محضر الجلسة، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى ببطلان حكم التحكيم استناداً لنص المادة ٢٥ من قانون المرافعات والمادة ١٣١ من قانون الإثبات لبطلان المعاينة التي أجرتها هيئة التحكيم بدون حضور كاتب يحرر محضراً بالأعمال المتعلقة بها، في حين أن ذلك لم يستوجب قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأن هذا البطلان أثر في الحكم لاستناده إلى المعاينة الباطلة فيما انتهى إليه من قضاء، فإن الحكم المطعون فيه بتلك الأسباب يكون معيباً، راجع في ذلك: الطعن رقم ٤٧٢١ - لسنة ٧٣ - تاريخ الجلسة ٢٧ / ١٢ / ٢٠٠٧ - مكتب فني ٥٨، ص ٨٩٠ .

جراء هذه المخالفة، ما لم يتبين أن اختيار الهيئة مكانا معيناً للتحكيم قد أخل بإخلاصاً جوهرياً بمبدأ المساواة بين الطرفين^(١).

وإذا قررت هيئة التحكيم الانتقال للمعاينة مجتمعة، أو بانتداب أحد أعضائها، وجب عليها الإعلان عن ميعاد وزمان المعاينة وتحرير محضر بذلك، حتى يتمكن الأطراف من مناقشة النتائج التي توصل إليها المحكمون هذا من ناحية، وحتى لا يترتب على إغفال الإعلان بطلان الحكم من ناحية أخرى^(٢).

(١) وقد قضت في الشأن، لما كان الثابت في الأوراق أن اتفاق التحكيم بين الطرفين حدد مدينة القاهرة مكاناً للتحكيم والذي جرى طبقاً لقواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، وكان الثابت في حكم التحكيم مثار النزاع أنه صدر في القاهرة باعتبارها المقر القانوني للتحكيم، فإن قيام أعضاء هيئة التحكيم بإجراء المداولة فيما بينهم والتوقيع على حكم التحكيم خارج مدينة القاهرة وعدم تواجدهم بها وقت إصداره لا يترتب عليه بطلان الحكم، سيما وأن الطاعنة لم تدع أن اتخاذ تلك الإجراءات في الخارج - وهو ما خلت الأوراق من دليل إثباته - قد أخل بإخلاصاً جوهرياً بمبدأ المساواة بينها وبين المطعون ضدهما أو لم يمكنها من تقديم دفاعها، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وانتهى إلى رفض القضاء ببطلان حكم التحكيم لهذا السبب فإن النعي عليه بهذا الوجه يكون على غير أساس، راجع في ذلك: الطعن رقم ١٣٩٤ - لسنة ٨٦ - تاريخ الجلسة ١٣ / ٦ / ٢٠١٧.

(٢) راجع: د/ نبيل عمر، التحكيم، مرجع سابق، ص-٢٠٣، د/ عيد القصاص، التحكيم، مرجع سابق، ص-٣٢٦، د/ عبدالمنعم محمد قبيصي، مرجع سابق، ص-٥٣٨.

ومن قضاء النقض في هذا الشأن ، وحيث أنه لما كانت المعاينة باعتبارها من إجراءات الإثبات فإن كل ما يثبت بها يعتبر دليلاً قائماً في الدعوى يتحتم على المحكمة أن تقول كلمتها فيه ، كما يتعين تمكين الخصوم من إيداع دفاعهم بشأنه ، ومن هنا فقد أوجبت الفقرة الثانية من المادة ١٣١ من قانون الإثبات تحرير محضر تبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعاينة ، كما اشترطت المادة (٢٥) من قانون المرافعات حضور كاتب في إجراءات المعاينة يحرر المحضر ويوقعه مع القاضي ، وقد رتب القانون بطلان العمل جزاء لعدم تحرير محضر بجميع الأعمال المتعلقة بالمعاينة أو لعدم تحرير ذلك المحضر بمعرفة كاتب يحضر المعاينة . وكذلك فقد أوجب القانون رقم ٢٧ / ١٩٩٤ على هيئة التحكيم أن ترسل إلى كل من الطرفين صورة من كل ما تقدم إليها من أدلة (المادة ٣١) كما ألزمها أيضاً بتدوين خلاصة وقائع كل جلسة تعقدتها في محضر تسلّم صورة منه إلى كل من الطرفين .

وحيث أن الثابت من مدونات حكم التحكيم الطعين أن هيئة التحكيم قد انتقلت إلى القرية السياحية محل النزاع وقامت بمعاينتها في يوم ٣١ / ٣ / ٢٠٠٢ وأنها استندت إلى هذه المعاينة في قضائها بأحقية الشركة المحكّمة في حبس باقي ثمن الأرض المباعة وبأحقيتها في تسجيل أرض المرحلة الأولى من المشروع ، وبإلزام الوزارة المحكّم ضدها بتسليمها المستندات اللازمة لإتمام إجراءات التسجيل ونقل الملكية إلى الشركة المذكورة (ص ٢٦، ٢٧) وبمسئولية تلك الوزارة عن عدم تمكين الشركة من حيازة الأرض التي تشغلها وزارة الدفاع وتسليمها

إليها (ص ١٤ ، ١٨) ، كذلك استندت الهيئة إلى المعاينة التي أجرتها في تقدير قيمة التعويض الذي قضت به (ص ٣٤ - ٣٥) - وعلى الرغم من ذلك كله ، فإن هيئة التحكيم لم تحرر محضرا بالأعمال المتعلقة بتلك المعاينة التي استند إليها الحكم الطعين ، بل اكتفى رئيسها الدكتور المحامي بإرسال خطاب - محرر على مطبوعات مكتبه - مؤرخ ٢ / ٤ / ٢٠٠٢ إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري بشأن القضية التحكيمية رقم ٢٣٦ / ٢٠٠١ ، أورد به انه : (تنفيذا لقرار هيئة التحكيم بإجراء معاينة للقرية السياحية في القضية التحكيمية المشار إليها أعلاه فقد سافر أعضاء هيئة التحكيم إلى مقر القرية صباح يوم الأحد ٣١ / ٣ / ٢٠٠٢ وبدأت المعاينة في ذات اليوم واستمرت حتى ظهر اليوم التالي الاثنين الموافق ١ / ٤ / ٢٠٠٢ وقد تمت المعاينة بحضور ممثلي الطرفين وطرحوا عليهم الأسئلة والاستيضاحات اللازمة واستمعوا إلى إجاباتهم عنها ، وقد وجهت هيئة التحكيم نظر ممثلي الطرفين إلى أن آخر موعد لتقديم مستندات في هذا التحكيم من أي من الطرفين هو تاريخ ١٦ / ٤ / ٢٠٠٢ وهو تاريخ الجلسة القادمة لهذا التحكيم) . ولما كان هذا الخطاب المؤرخ ٢ / ٤ / ٢٠٠٢ لا يعتبر بحال محضرا تبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعاينة وذلك لخلوه من بيان حضور كاتب وتوقيعه إلى جانب رئيس هيئة التحكيم ، وخلوه من بيان الأعمال المتعلقة بالمعاينة والوقائع التي أثبتتها وملاحظات الهيئة ومشاهداتها والحال الذي كانت عليه الأماكن موضوع المعاينة - كما خلا الخطاب المذكور

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٤١٩)

أيضا من بيان ماهية الأسئلة والاستيضاحات التي طرحتها الهيئة على الطرفين ، وماذا كانت إجابتهم على كل منها ، وبعبارة أخرى ، فقد جاءت عبارات الخطاب في صياغة عامة ومجهلة تصلح لأي معاينة أخرى ولا تتحقق الغاية التي من أجلها اشترط المشرع محضر تبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعاينة ويوقعه كاتب حضر إجراءاتها ، الأمر الذي يترتب عليه بطلان المعاينة التي أجرتها هيئة التحكيم لأرض النزاع في يومي ٣١/٣ ، ١/٤/٢٠٠٢ عملاً بنص المادة ١٣١ من قانون الإثبات والمادة ٢٥ من قانون المرافعات - لما كان ذلك وكان هذا البطلان قد أثر في الحكم الطعين لاستناده إلى المعاينة الباطلة فيما انتهى إليه من قضاء على النحو المتقدم بيانه ، ومن ثم يكون النعي ببطلان الحكم المذكور لوقوع بطلان في إجراءات التحكيم أثر فيه قد صادف محله وفقا لنص الفقرة الأولى (ز) من المادة (٥٣) من قانون التحكيم^(١).

وفي هذا المعنى أيضاً قضت محكمة استئناف القاهرة بأن المعاينة التي قامت بها هيئة التحكيم على الأرض محل النزاع ، ولم تحرر الهيئة محضراً بذلك ، واكتفت بإرسال خطاب إلى مركز القاهرة الإقليمي يفيد بإجراء المعاينة ، ولا يعدو هذا أن يكون محضراً ، كما خلا من بيان وقائع المعاينة والأعمال المتعلقة بها ، وخلوها من المناقشة والطرح على كلا الطرفين ، مما

(١) راجع : حكم استئناف القاهرة ، التحكيم التجاري الدولي ، طعن رقم ٧١ - لسنة

٢٠٠٣ - تاريخ الجلسة ٢٨ / ٥ / ٢٠٠٣ .

وصفها بمخالفة أحكام المادة (١٣١) إثبات ، والمادة (٣٥) مرافعات ، مما أسفر عن بطلان الإجراءات ، أثر في بطلان الحكم^(١) .

ثانياً : إجراء المعاينة بقرار هيئة التحكيم :

يعد قرار الانتقال إجراء مؤقت لا يحسم النزاع ، وإنما يمهد لهذا الحسم ، فقد يتطلب اتخاذ الإجراء الانتقال إلى مكان الواقعة المراد إثباتها ، عند وجود الضرورة الإجرائية ، إذا كان من المتعذر نقل الشيء إلى مقر التحكيم ، فتنقل الهيئة إلى محل المنقول ، أو العقار ، بالطريقة التي تختاروها الهيئة وفي حضور الأطراف ، أو عدم حضورهم مع تمكينهم بالإطلاع على ما دار فيها ، سواء كان الانتقال لكل أعضائها ، أو بانتداب محكم من المحكمين دون القضاة ، أو شخص الغير^(٢) ، أو كانت المعاينة هي الوسيلة الوحيدة للخصم في الإثبات فلا يمكن حرمانه منها^(٣) .

وإذا كان المنقول المراد معاينته مما يجوز نقله دون تلف ، أو هلاك ، فتجرى المعاينة في الجلسة بدلاً من الانتقال ، كما لو كان المنقول جهاز حاسوب^(٤) ولا ملامة على هيئة التحكيم إذا وجدت في صحيفة الدعوى ما يغنى عن

(١) راجع : حكم استئناف القاهرة في الدعوى رقم ٧١ لسنة ١١٩ تحكيم ، الدائرة ٩١ تجارى ، جلسة ٢٨ / ٥ / ٢٠٠٣ .

(٢) انظر : د/ عيد القصاص ، قانون التحكيم ، ط الأولى ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٥ ، ص ٣٢٧ .

(٣) انظر : د/ فتحي والى ، التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٢٠٣ .

(٤) راجع : الجمال وعكاشة ، التحكيم في العلاقات الدولية والداخلية ، ط أولى ، ١٩٨٨ ، ص ٣٤١ .

الانتقال ويكفي في إقناعها ، بخلاف ما لو كانت المعاينة هي الوسيلة الوحيدة لإثبات صدق المدعى فيتعين على المحكمين الإجابة ، وإلا جاء الحكم مشوباً بالقصور .

وفي هذا السياق وتأكيداً للمعنى السابق كانت المعاينة مشروعة في الفقه الإسلامي ، وهذا ما جاء في قصة سيدنا يوسف عليه السلام مع امرأة العزيز ومرادتها له وامتناعه عن تلبية مطلبها الرخيص ، كما في قوله تعالى "وَأَسْتَبْقَا الْبَابَ وَكَدَّتْ قَمِيصَهُ مِنْ دُبُرٍ وَأَلْفَيَا سَيِّدَهَا لَدَى الْبَابِ قَالَتْ مَا جَزَاءُ مَنْ أَرَادَ بِأَهْلِكَ سُوءًا إِلَّا أَنْ يُسْجَنَ أَوْ عَذَابٌ أَلِيمٌ (٢٥) قَالَ هِيَ رَاوَدْتَنِي عَنْ نَفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (٢٦) وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ" ^(١) وهذا يدل على معاينة القميص وقد قد من الخلف علامة ظاهرة على هروبه .

وما جاء في الأثر أن ابني غفراء لما تداعيا قتل أبي جهل فعن عبد الرحمن بن عوفٍ، أنه قال: إِنِّي لَوَاقِفٌ يَوْمَ بَدْرٍ فِي الصَّفِّ، نَظَرْتُ عَنْ يَمِينِي وَعَنْ شِمَالِي، فَإِذَا أَنَا بَيْنَ غُلَامَيْنِ مِنَ الْأَنْصَارِ حَدِيثَةَ أَسْنَانَهُمَا، تَمَيَّتُ لَوْ كُنْتُ بَيْنَ أَضْلَعٍ مِنْهُمَا، فَعَمَزَنِي أَحَدُهُمَا، فَقَالَ: يَا عَمَّ هَلْ تَعْرِفُ أَبَا جَهْلٍ؟ قَالَ: قُلْتُ: نَعَمْ، وَمَا حَاجَتُكَ يَا ابْنَ أَخِي؟ قَالَ: بَلَغَنِي أَنَّهُ سَبَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم، وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَوْ رَأَيْتُهُ لَمْ يُفَارِقْ سَوَادِي سَوَادَهُ حَتَّى يَمُوتَ الْأَعْجَلُ مِنَّا، قَالَ: فَعَمَزَنِي الْآخَرُ فَقَالَ لِي مِثْلَهَا، قَالَ: فَتَعَجَّبْتُ لِدَلِكِ، قَالَ: فَلَمْ أَنْشَبْ أَنْ نَظَرْتُ إِلَى أَبِي جَهْلٍ يَجُولُ فِي النَّاسِ، فَقُلْتُ لَهُمَا: أَلَا تَرَيَانِ هَذَا صَاحِبُكُمَا

(١) سورة يوسف ، الآيات (٢٥-٢٧) .

الَّذِي تَسْأَلَانِ عَنْهُ، فَابْتَدَرَاهُ فَاسْتَقْبَلَهُمَا، فَضَرَبَاهُ حَتَّى قَتَلَاهُ ثُمَّ أَنْصَرَفَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَأَخْبَرَاهُ فَقَالَ: "أَيُّكُمَا قَتَلَهُ؟" فَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: أَنَا قَتَلْتُهُ، قَالَ: "هَلْ مَسَحْتُمَا سَيْفَيْكُمَا؟" قَالَا: لَا، فَنَظَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي السَّيْفَيْنِ فَقَالَ: "كِلَاكُمَا قَتَلَهُ" وَقَضَى بِسَلْبِهِ لِمُعَاذِ بْنِ عَمْرٍو وَبِنِ الْجُمُوحِ، وَهَمَّا مُعَاذُ بْنُ عَمْرٍو وَبِنِ الْجُمُوحِ، وَمُعَاذُ بْنُ عَفْرَاءَ^(١)، فَكَانَتِ الْمَعَايِنَةُ مِنَ النَّبِيِّ ﷺ - عَلَى السَّيْفَيْنِ شَاهِدًا عَلَى صَدَقْتَهُمَا

كما جاء في الفقه الإسلامي أيضاً ما يؤكد جواز النذب في إجراء المعايينة، فعن سهل بن سعد الساعدي، قال: كان قتال بين بني عمرو، فبلغ ذلك النبي ﷺ، فصلى الظهر، ثم أتاهم يصلح بينهم، فلما حضرت صلاة العصر، فأذن بلال وأقام، وأمر أبو بكر فتقدم، وجاء النبي ﷺ وأبو بكر في الصلاة، فشق الناس حتى قام خلف أبي بكر، فتقدم في الصف الذي يليه، قال: وصفح القوم، وكان أبو بكر إذا دخل في الصلاة لم يلتفت حتى يفرغ، فلما رأى التصفيح لا يمسك عليه التفت، فرأى النبي ﷺ خلفه، فأوماً إليه النبي ﷺ بيده، أن امضه، وأوماً بيده هكذا، ولبث أبو بكر هنية يحمد الله على قول النبي ﷺ، ثم مشى القهقري، فلما رأى النبي ﷺ ذلك تقدم، فصلى النبي ﷺ بالناس، فلما قضى صلاته، قال: «يا أبا بكر ما منعك إذ أومأت إليك أن لا تكون مضيت؟» قال: لم

(١) أخرجه أحمد في المسند، تأليف: أبو عبدالله أحمد بن محمد بن حنبل بن أسد الشيباني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، رقم ١٦٧٣، نشر مؤسسة الرسالة ٢٠٠١، ط ١ (٢٠٧/٣).

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٤٢٣)

يكن لابن أبي قحافة أن يؤم النبي ﷺ، وقال للقوم: إذا رابكم أمر، فليسبح الرجال، وليصنع النساء^(١).

وهذا واضح الدلالة على أنه يجوز أن يذهب المحكم إلى الموقع الفعلي إلى موضع الخصوم ليفصل بينهم، لينكشف ما لا يحاط به إلا بالمعاينة.

ولهيئة التحكيم سماع الشهود في المعاينة على سبيل المساعدة الإجرائية، لا على سبيل اعتباره دليلاً في الدعوى، كما لها استخدام وسائل التكنولوجيا الحديثة لتصوير إجراءات المعاينة صوتاً وصورة على أن يمكن الخصوم من مناقشتها، أو الإطلاع عليها^(٢).

ثالثاً : إجراء المعاينة بناءً على طلب الخصوم :

قد تتغير معالم الواقعة محل النزاع فيطلب أحد الخصوم من هيئة التحكيم معاينة الواقعة قبل نظر موضوع النزاع فتنقل الهيئة، إما مجتمعة، أو أحد المحكمين لإجرائها^(٣)، كما يجوز أن تنظر في طلب وقتي لإثبات حالة، ويسمى ذلك بدعوى المعاينة لإثبات الحالة وهي صورة من صور الحماية الوقتية التحفظية شرعت لإثبات وقائع مادية يخشى من زوال أو تغير

(١) أخرجه البخاري، تأليف: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري، تحقيق: محمد زهير ناصر، باب: الإمام يأتي قوماً فيصلح بينهم، رقم ٧١٩٠، ط ١، ١٤٢٢ (٧٤/٩).

(٢) راجع: د/ على هيكل، القواعد الإجرائية في الإثبات، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٦، بند ١١٢، ص ٢٣٧.

(٣) المرجع السابق، ص ٧٠٩.

معالمها ، والقصد منها تهيئة الدليل في دعوى موضوعية ترفع مستقبلاً ، بإصدار حكم مستعجل عند توافر شروطه وتحقق ضوابطه عند الفصل في الدعوى^(١) حتى تنظر هيئة التحكيم بعد اكتمال تشكيلها تلك الدعوى ، وإذا حكم المحكمين قبل الفصل في الموضوع بانتقالها إلى محل النزاع فكل ما يثبت لها بالمعاينة يعتبر دليلاً قائماً في الدعوى يتحتم عليها أن تقول كلمتها فيه ، وخاصة إذا كان النزاع بين الطرفين المتخاصمين متعلقاً بالحالة الطبيعية للعين المتنازع عليها^(٢).

وفي هذا المعنى قالت محكمة النقض إن انتقال المحكمة - المحكمين - لمعاينة المتنازع فيه وفق المادة ١٣١ من قانون الإثبات هو من الرخص القانونية المخولة لها ، ويجوز القيام به من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم وهي صاحبة السلطة في تقدير لزوم هذا الإجراء أو عدم لزومه ، غير

(١) انظر : د/ أحمد هندی ، التحكيم دراسة إجرائية ، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٣ ، ص ٥٩ .

(٢) وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض بأنه : إذا كان المستأنف قد بنى استئنافه على أن المستأنف عليه كان قبل الاتفاق على البديل الذي عقد بينهما ، قد عاين الأرض المعاينة التامة النافية للجهالة فلا يكون له من بعد حق في الامتناع عن إتمام الصفقة بسبب وجود حق ارتفاع ظاهر على الأرض ، ثم قضت المحكمة بالانتقال لتحقيق بنفسها مما إذا كان الارتفاع ظاهراً أم غير ظاهر ، و نفذ حكمها فعلاً فانتقل أحد أعضائها وأثبت حالة هذا الحق ، ومع هذا ضربت المحكمة في حكمها صفحاً عن نتيجة المعاينة ، فإن هذا الحكم يكون ناقص التسيب ، راجع : الطعن رقم ٥٩ لسنة ١٤ ق ، جلسة ١٩٤٥ / ٢ / ٨ .

أنه متى قررت الانتقال للمعاينة ، فإن ما يثبت لها منها يعتبر دليلاً قائماً في الدعوى يتحتم أن تقول كلمتها فيه^(١).

وأياً كان إجراء المعاينة سواء كانت بقرار من محكمة التحكيم من تلقاء نفسها ، أو بناء على طلب الخصم ، فإنها تخضع لمطلق تقدير محكمة التحكيم ، ومن ثم لها حق العدول عنها بعد الأمر بها ، إذا رأت أن إجراء المعاينة غير مجدي ، أو غير منتج ، وإما إذا استجد في الدعوى التحكيمية ما يكفي في تكوين عقيدتها ، فلها وحدها مطلق التقدير في مناسبة الإجراء ، ومن ثم إذا قدرت أنها استكملت التحقيق في النزاع ، وأن القضية جاهزة للحكم فيها ، فإنها تملك رفض الطلب الذي قدمه أحد الخصم طالبا بموجبه إجراء المعاينة دون أن تكون قد أخلت بحق من حقوق الدفاع ، على أن تبين محكمة التحكيم سبب الرفض أو عدولها عن الإجراء في محضر الجلسة^(٢).

مفترضات الطلب الإجرائية :

يتعين أن يكون الطلب صريحاً مبني على الجدية كتابة كان أو شفاهة ، وأن يكون متضمناً الواقعة محل المعاينة الجائز إثباتها ، غير مستحيلة ، أو مخالفة للنظام العام أو الآداب^(٣) حتى يتمكن الخصم من المنازعة في الطلب ، ومن ناحية تمكين الهيئة من مباشرة سلطتها في قبول الطلب ، إذا اقتنعت بالفصل

(١) راجع : الطعن رقم ٣٥ لسنة ٤٥ ق ، جلسة ١٩٧٨ / ١ / ١١ .

(٢) راجع : د/ عزمي عبدالفتاح ، التحكيم ، مرجع سابق ، صـ ٢٩١ .

(٣) انظر ، د/ محمود مصطفى يونس ، المرجع في أصول التحكيم ، دار النهضة

العربية ، ٢٠٠٩ بند ٤٢٦ ، صـ ٣٥٦ .

فيها، أو رفضه، إذا ترتب على قبوله ضرر جسيم، ما لم تكن هي الوسيلة الوحيدة في الإثبات.

الفرع الثالث

دور المحكم في اعتماد نتائج المعاينة

(بين الطرح والعدول)

لهيئة التحكيم سلطة تقديرية في طرح نتائج المعاينة بعد الانتهاء من إجراءاتها عند عدم اقتناعها، أو ظهر لها أن انتقالها غير منتج في الدعوى، على أن تذكر ذلك في أسباب حكمها، وأنها اعتمدت على أوراق الدعوى ورأت عدم جدوى المعاينة، وإما أن تعدل عن قرارها بالانتقال للمعاينة سواء كان من تلقاء نفسها أو على طلب الخصوم^(١).

وفي هذا المعنى تقول محكمة النقض بأنه لا تثريب على المحكمة - المحكمين - وقد وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها، إذا هي ألفتت عن طلب الطاعن - المستأجر - معاينة عين النزاع لتحديد ما أجرى فيها من تعديلات و تاريخ إجراءاتها^(٢).

(١) انظر: د/ عزمى عبدالفتاح، التحكيم، ٢٩١، د/ سحر عبدالستار إمام، دور

القاضي في الإثبات، مرجع سابق، بند ٢٧٧، ص ٤٧٧.

(٢) راجع: الطعن رقم ٢١٦ لسنة ٤٢ ق، جلسة ١٩٧٦/٥/٢٦.

المطلب الرابع

دور المحكم في تقدير الإثبات بالقرائن

حرى بالذكر أن القرائن مفيدة في الإثبات لأنها تتحصل من ظاهر الحال من ناحية ، ولا تتعارض مع أدلة أخرى من ناحية ، لأنها استنتاج من المحكم يستخلصها لتبرير حكم قد يعوزه الدليل لإثبات الحق ، ومن ثم فإن أي ادعاء أمام هيئة التحكيم يكون واجب الإثبات ، ولا قيمة للحق المدعى به ما لم يتم الدليل الحادث المنتج له سواء كان ذلك قانونياً أو مادياً .

ومن ثم تظهر عملية القرائن في أن بعض الوقائع يستحيل أن يرد عليها دليل إثبات مباشر ، كما تظهر أهمية القرينة في مجال الأدلة المباشرة كالإقرار والشهادة ، حيث إن قيمة الإقرار والشهادة تتوقف في بعض الأحوال على وجود القرائن ، كما تظهر أهميتها في مجال الإثبات المدني باعتبارها من أهم وسائل الإثبات غير المباشر ، والمشرع يعتمد عليها لتحقيق مصلحتين ، مصلحة قضائية ومصلحة اجتماعية هي المحافظة على حقوق الأشخاص من الضياع ، علاوة على أنها تخاطب العقل والمنطق .

ولا شك أن المحكم في الإثبات بالقرائن يبذل جهداً شاقاً ومضنياً ، اعتماداً على فطنته وذكائه في استخلاص الدليل على الأمر المتنازع فيه عند استنباطها من وقائع الدعوى التحكيمية ، وتصرفات الأطراف ، إذ عليه إعمال فكره ، وتطبيق قواعد المنطق السليم ، ليستنبط الواقعة الثابتة بالدليل على ثبوت الواقعة المجهولة ، والمراد إثباتها والتي لم يتم دليل آخر عليها ، يتوقف الأمر

على مدى قناعة المحكم بها في دلالتها على الحق الذي يريد الوصول إليه ، أو في ترجيحها على قرائن وأمارات ودلالات أخرى^(١).

كما أن على المحكم ضرورة إجرائية من أجل الوصول إليها ، وهى الجهد العقلي لاستنباط الواقعة المراد إثباتها من الوقائع الثابتة عن طريق التحري والاستقراء ، ولهذا فإن القرينة من أخطر الأدلة ، لأن من يستنبطها من البشر مهما سمت مراكزهم ، ومهما عرف عنهم من العلم والخبرة والدراية ، فهم معرضون للخطأ ، لأنه من المحتم لأن تكون الواقعة التي بنى عليها المحكم استنتاجه مصطنعة .

وحتى نتعرف على دور المحكم في الاقتناع بالإثبات بالقرائن، نقسم هذا المطلب إلى الفروع الآتية :

(١) قريب من هذا المعنى قضت محكمة النقض بأن لمحكمة الموضوع وقد أحالت الدعوى على التحقيق لإثبات واقعة ما أو نفيها أن تعتمد في استجلاء الحقيقة على أية قرينة تطرح أمامها حتى ولو استخلصتها من محضر فحص شكوى إدارية قدمت إلى البوليس من الخصم أثناء قيام الدعوى فلا تثريب عليها إن هى استندت إلى أقوال المحيل وشاهدي المحال عليه في الشكويين المقدمتين من هذا الأخير إلى البوليس كقرائن تؤيد بها ما انتهت إليه من اعتبار الدين الطالب به ناشئاً عن عملية تجارية وإذن، فالظعن على الحكم بأنه مشوب بالبطلان يكون على غير أساس ، راجع : الطعن رقم ٠١٦٦ لسنة ١٩ ، جلسة ١٠ / ٥ / ١٩٥١ مكتب فني ٠٢ صـ ٨٢٠ .

الفرع الأول

مفهوم القرينة

أولاً : القرينة لغة :

القرينة، جمعها قرائن، قارن الشيء يقارنه مقارنة وقرانا: اقترن به وصاحبه، وقارنته قرانا: صاحبه، وقرينة الرجل: امرأته، وسميت الزوجة قرينة لمقارنة الرجل إياها. وقرينة الكلام ما يصاحبه ويدل على المراد به. والقرين المصاحب، والشيطان المقرون بالإنسان لا يفارقه^(١).

ثانياً : معنى القرينة في الفقه الإسلامي :

لم أفف فيما اطلعت عليه من كتب الفقه القديمة على تعريف للقرينة إلا ما ورد في كتاب التعريفات للجرجاني حيث يقول: القرينة أمر يشير إلى المطلوب^(٢).

وما جاء عن العلامة ابن نجيم المصري الحنفي عن ابن الغرس من قوله: من جملة طرق القضاء القرائن الدالة على ما يطلب الحكم به دلالة واضحة بحيث تصيره في حيز المقطوع به^(٣)، وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية ما يفيد بأنها القرينة القاطعة هي الأمانة البالغة حدّ اليقين^(٤).

(١) لسان العرب ، فصل القاف ، ص٦٣ ، تاج العروس ، باب النون ، ص١١٧ .

(٢) التعريفات للجرجاني ص ١٥٢ .

(٣) البحر الرائق (٧ / ١٥٢) .

(٤) انظر : المدخل للفقه العام للزرقا (٢ / ٩٠٤) .

وقد عرفها بعض المحدثين فقال: القرينة هي كل أمانة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً وتدل عليه^(١).

والقرينة في مجال الإثبات هي العلامات التي تدل على الواقعة المجهولة التي يراد إثباتها عند انعدام أدلة الإثبات الأخرى، وهي الأقوى من إقرار أو بينة عند عدم اعترافه أو قيام البينة على القاتل، فالاعتراف والبينة دليلان يتناولان الواقعة المجهولة مباشرة، أما العلامات فإنها تدل عليها دلالة، أي يؤخذ منه بالدلالة والاستنتاج حكم الواقعة المجهولة^(٢).

ثالثاً: القرينة في الفقه القانوني:

جاء مفهومها في القانون بأنها: دليل يقوم على استنباط أمر مجهول من أمر معلوم^(٣).

تعقيب:

هذه التعريفات وإن اختلفت كلماتها الصياغية، إلا أنها تتفق على أن القرينة أمر أو أمانة أي علامة تدل على أمر آخر وهو المراد، بمعنى أن هناك واقعة مجهولة يراد معرفتها فتقوم هذه العلامة أو مجموعة العلامات بالدلالة عليها، وهي لا تختلف عن المعنى اللغوي، لأن هذه العلامات تصاحب الأمر

(١) انظر: مجلة الأحكام العدلية المادة (١٧٤١).

(٢) مثال ذلك: أن يرى شخص يحمل سكيناً ملطخة بالدماء وهو خارج من خربة خائفاً يرتجف، فيدخل شخص أو أشخاص الخربة على الفور فيجدون آخر مذبحاً لتوه مضرجا بدمائه وليس في الخربة غيره. فالواقعة المراد إثباتها هي شخصية القاتل والعلامات التي تدل عليها هي خروج ذلك الرجل وبتلك الهيئة.

(٣) انظر: د/ رمزي سيف، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٣٦٤.

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٤٣١)

المجهول فتدل عليه ، علاوة على ذلك فإن القرينة تقوم على ركنين أساسيين ، هما : الركن المادي ويتمثل في الواقعة التي تتخذ أساساً لاستنباط الواقعة المجهولة والمراد إثباتها ، والركن المعنوي وهو عملية الاستنباط للواقعة المجهولة من الوقائع الثابتة .

الفرع الثاني

دور المحكم في بناء الحكم على القرينة

لما كانت القرينة لا تنصب مباشرة بدلائلها على الواقعة المراد إثباتها ، بل هي تستخلص من طرق الاستنباط ، فإن المحكم هو الذي يقوم بالدور الإيجابي في عملية الإثبات ، فهو الذي ينظم قبول الأدلة وهو الذي يحدد قيمة كل دليل ، ولكون القرينة تتطلب من المحكم دقة ورؤية ، وإعمال الفكر ، ولذلك يجب ألا يذهب المحكم في استنتاجه بعيداً عما تدل عليه القرائن ، ولا عن النتيجة التي ينجلي عنها تحقيق الغرض منها^(١) .

وللمحكم سلطة تقديرية في استنباط القرائن لبناء الحكم عليها ، فله سلطة في اختيار أية واقعة ثابتة في الدعوى لكي يستنبط منها القرينة القضائية ، كما أن له سلطة واسعة في استنباط ما تحتمله من دلالة ، كما أنه حر في تكوين قناعته ، فقد يقتنع بطريقة واحدة قوية الدلالة ، وقد لا يقتنع بقرائن متعددة حقيقية الدلالة ، وعندما يتوصل المحكم إلى إثبات الواقعة بالقرائن لا يكون ملزماً بأن يبين في الحكم أسباب اقتناعه ، ولا الأسباب التي حملته على اعتبار بعض القرائن ذات

(١) انظر : نقض تمييز ، رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٩ ، بتاريخ ٨ / ٧ / ٢٠٠٠ ، منشورات

مركز عدالة ، وكذلك تمييز حقوق رقم ٤٥٦ / ١٩٨٥ ، تاريخ ٩ / ٨ / ١٩٨٥ .

دلالة قوية ، أو التي حملته على تفضيل قرينة على أخرى .

وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض بأن قاضي الموضوع -المحكم - حر في استنباط القرائن التي يأخذ بها من وقائع الدعوى و الأوراق المقدمة فيها ، ولا شأن لمحكمة النقض معه فيما يستنبطه منها متى كان استنباطه سائغاً^(١) .

كما أن لهيئة التحكيم السلطة التامة في استنباط القرائن ، ويحق لها الاستناد إلى ما قضى به في دعوى أخرى ، ولو كانت من الدعاوى المستعجلة دارت بين الخصوم أنفسهم ، إذا كان ذلك لمجرد تدعيم الأدلة التي سردتها فيه ، لأن

(١) انظر : نقض مدني ، الطعن رقم ٠٠٣٦ لسنة ٢٦ ، جلسة ١٩٦١ / ٣ / ٩ ، مكتب فني ١٢ ص-٢١٢ وفي هذا المعنى قضت بأنه : متى كان الإثبات بالقرائن جائزاً فإن تقديرها يكون من اختصاص قاضي الموضوع ، ولا شأن لمحكمة النقض معه فيما يستنبطه منها متى كان استنباطه سائغاً . و إذن فإذا كان الحكم قد اعتبر عقد البيع الوفاي سائغاً لرهن مستخلصاً ذلك من بخس الثمن الذي قدر للعين المبيعة وفائياً بالنسبة إلى قيمتها الحقة ومما ورد في الوصول المقدم من المبيع له المحرر من البائع بتسلمه مقابل الأموال الأميرية المستحقة على الأرض المبيعة ، و قبول المبيع له هذا الوصول بما تضمنه من عبارة دالة على أن الأرض المبيعة له وفائياً لا تزال مملوكة للبائع دون اعتراض منه على هذه العبارة و تقديمه الوصول كمستند على وفاء المبلغ الوارد به ، و من عدم وضع المشتري يده على العين من تاريخ شرائه و تراخيه في تسلمها إلى ما بعد السنة الزراعية التالية مع عدم محاسبة البائع عن إيجارها عن المدة التي بدأت من تاريخ عقد البيع الوفاي حتى التسليم ، فهذه القرائن من شأنها أن تؤدي إلى ما استخلصه الحكم منها ، راجع : الطعن رقم ٠٠٣٣ لسنة ١٨ ، جلسة ١٩٤٩ / ١١ / ٣ ، مكتب فني ٠١ ص-١٤ .

ذلك لا يعدو أن يكون استنباطاً لقرينة رأت فيها الهيئة ، ما يؤيد وجهة نظرها ،
وطالما أن الحكم الصادر في تلك الدعوى قد أودع ملف الدعوى ، وأصبح
من ضمن مستنداتها وعنصراً من عناصر الإثبات فيها يتنازل الخصوم في
دلالتها^(١) لأنه ليس في القانون - ما يمنع من أن تستند المحكمة - المحكمون -
في حكمها إلى ما قضى به في قضية أخرى لم يكن الخصم طرفاً فيها إذا كان
ذلك لمجرد تدعيم الأدلة التي سردتها فيه لأن ذلك لا يعدو وأن يكون استنباطاً
لقرينة رأت فيها المحكمة ما يؤيد وجهة نظرها .

وإذا كانت هيئة التحكيم قد استندت إلى جملة قرائن يكمل بعضها بعضاً
وتؤدى في مجموعها إلى النتيجة التي انتهت إليها ، فإنه لا يقبل من الطاعن أن
يناقش كل قرينه على حدة لإثبات عدم كفايتها في ذاتها ، كما لها سلطة تقدير
الظروف والملابسة التي قد تحيط بالسكوت ، وتجعله دالاً على القبول ، إلا أنها
تلتزم بأن تورد الأسباب السائغة التي تقيم قضاءها و ألا تدع دفاعاً للخصوم قد
يتغير به وجه الرأي في هذا التقدير ، دون أن تجيب عليه بأسباب خاصة ، لأنها

(١) قريب من هذا المعنى قضاء النقض بأنه : لما كان وضع اليد واقعة مادية يجوز
إثباتها بكافة طرق الإثبات ، و أن العبرة فيها بما يثبت قيامه فعلاً و لو خالف ما هو ثابت
في الأوراق ، و كان الحكم برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها
يقف أثره عند وجوب الاستمرار في نظر الدعوى و لا يتعداه لينال من حجية ذلك
الحكم . فلا يحول دون الاستناد إليه كقرينة على ثبوت الحق محل النزاع أو نفيه متى
كان يجوز إثبات هذا الحق بالبينة و القرائن ، راجع : نقض مدني ، الطعن رقم ٠٦٧٦
لسنة ٤٣ ، جلسة ٢٦ / ١ / ١٩٨٢ ، مكتب فني ٣٣ ص ١٩٩ .

غير ملزمة بالتحديث في حكمها عن كل قرينه من القرائن غير القانونية التي يدلى بها الخصوم استدلالاً على دعواهم، وهي غير مكلفة بالرد استقلالاً على كل قول، أو حجية آثارها، ما دام في قيام الحقيقة التي اقتنعت بها الرد الضمني المسقط لتلك الأقوال والحجج، كما لمحكمة التحكيم الترجيح بين القرائن، حتى يتمكن المحكم من أن يستنبط من الوقائع الثابتة لديه دليلاً على الواقعة المراد إثباتها في ضوء فهم الواقع في الدعوى وظروفها وملابساتها باستنباط سليم واستدلال سائغ^(١).

الفرع الثالث

موقف الفقه الإسلامي من اعتبار القرينة وسيلة إثبات

لم تتفق كلمة الفقهاء على اعتبار القرينة وسيلة إثبات تصلح كدليل لبناء الأحكام القضائية والتحكيمية، مما أدى إلى خلاف حول تحكيم القرائن في فصل النزاع التحكيمي، وظهر في هذا الصدد رأيان:

الرأي الأول: القائلون بشرعية العمل بالقرينة:

أخذ المالكية والحنابلة والعز بن عبدالسلام الشافعي^(٢) بالقرينة في بناء الأحكام، واستنبطوا اعتبارها بدلالة ظنية لبعض النصوص في القرآن الكريم ورأوا جواز الأخذ بها، واستدلوا على ذلك بالآتي:

(١) راجع: الطعن رقم ٢٧١٥ - لسنة ٧٠ - تاريخ الجلسة ٢٤ / ١٢ / ٢٠٠١ -

مكتب فني ٥٢ رقم الجزء ٢ - رقم ص ١٣١٥.

(٢) الفواكه البدرية ص ٨٣، معين الحكام ص ١٦٦، قواعد الأحكام للعز بن

عبدالسلام (١٢٦/٢).

أولاً : القرآن الكريم :

قوله تعالى: " وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْراً فَصَبْرٌ جَمِيلٌ وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ عَلَى مَا تَصِفُونَ " (١).

وقوله تعالى: " وَاسْتَبَقَا الْبَابَ وَقَدَّتْ قَمِيصَهُ مِنْ دُبُرٍ وَأَلْفَيَا سَيِّدَهَا لَدَى الْبَابِ قَالَتْ مَا جَزَاءُ مَنْ أَرَادَ بِأَهْلِكَ سُوءاً إِلَّا أَنْ يُسْجَنَ أَوْ عَذَابٌ أَلِيمٌ، قَالَ هِيَ رَاوَدْتَنِي عَنْ نَفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ، فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ " (٢).

ففي هذه الآيات ما يدل على أن يعقوب - عليه السلام - استدل بقريضة سلامة القميص من التمزيق على كذب دعوى إخوة يوسف - عليه السلام - بأن الذئب قد أكله، وكذلك استدل الشاهد بقريضة قد القميص من دبر على كذب امرأة العزيز وبراءة يوسف - عليه السلام (٣).

ثانياً: السنة الشريفة وعمل الصحابة رضي الله عنهم :

احتج القائلون بالقريضة على كونها وسيلة إثبات وبناء الأحكام عليها بأثار كثيرة، منها :

١- عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، رضي الله عنه قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم: " بَيْنَمَا امْرَأَتَانِ مَعَهُمَا ابْنَاهُمَا، جَاءَ الذُّئْبُ فَذَهَبَ بِأَبْنٍ إِحْدَاهُمَا، فَقَالَتْ هَذِهِ لِصَاحِبَتَيْهَا: إِنَّمَا ذَهَبَ

(١) سورة يوسف، الآية: (١٨) .

(٢) سورة يوسف (٢٦-٢٨) .

(٣) أحكام القرآن لابن العربي (٣/ ١٠٦٥)، تفسير القرطبي (٩/ ١٥) .

بِابْنِكَ ، وَقَالَتِ الْأُخْرَى : إِنَّمَا ذَهَبَ بِابْنِكَ ، فَتَحَاكَمْتَا إِلَى دَاوُدَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَقَضَى بِهِ لِلْكُبْرَى ، فَخَرَجَتَا عَلَى سُلَيْمَانَ بْنِ دَاوُدَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَأَخْبَرَتْاهُ ، فَقَالَ : أَتُتُونِي بِالسَّكِينِ أَشَقُّهُ بَيْنَهُمَا ، فَقَالَتِ الصُّغْرَى : لَا تَفْعَلْ يَرْحَمُكَ اللَّهُ ، هُوَ ابْنُهَا ، فَقَضَى بِهِ لِلصُّغْرَى " . وَقَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : وَاللَّهِ إِنْ سَمِعْتُ بِالسَّكِينِ قَطُّ إِلَّا يَوْمَئِذٍ ، وَمَا كُنَّا نَقُولُ إِلَّا الْمُدِيَةَ ^(١) .

فاستدل بقريته رضا الكبرى أن يشقه نصفين وعدم شفقتها عليه أنه ليس ابنها، بينما أشفقت الصغرى وامتنعت عن الدعوى حتى لا يذهب الطفل، فهذا يدل على أنه ابنها إذ أن الله أودع في قلوب الأمهات الشفقة على أبنائهن .

٢- عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ : أَرَدْتُ الْخُرُوجَ إِلَى خَيْبَرَ فَأَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَسَلَّمْتُ عَلَيْهِ ، وَقُلْتُ لَهُ : إِنِّي أَرَدْتُ الْخُرُوجَ إِلَى خَيْبَرَ فَقَالَ : إِذَا أَتَيْتَ وَكَيْلِي فَخُذْ مِنْهُ خَمْسَةَ عَشَرَ وَسَقًا ، فَإِنْ ابْتَغَى مِنْكَ آيَةً ، فَضَعْ يَدَكَ عَلَى تَرْقُوتِهِ ^(٢) .

فأقام العلامة مقام الشهادة وتلك هي القرينة .

٣- عَنْ ابْنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - قَالَ : أَجَلِي عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى مِنْ أَرْضِ الْحِجَازِ ، " وَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَاتَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ ، حَتَّى الْجَاهُومِ إِلَى قَصْرِهِمْ ، وَغَلَبَ عَلَى النَّخْلِ وَالْأَرْضِ " فَصَالِحُوهُ عَلَى

(١) السنن الكبرى للبيهقي ، لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني ، تحقيق : محمد عبدالقادر عطا ، رقم ٢١٢٨٨ ، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان ، ط ٣ ، ٢٠٠٣ (١٠ / ٤٥٢) .

(٢) سنن أبي داود ، باب : الوكالة ، رقم ٣٦٣٢ ، تحقيق : محمد محي الدين عبدالحميد ، المكتبة العصرية - بيروت - (٣ / ٣١٤) .

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٤٣٧)

أَنَّ لِرَسُولِ اللَّهِ - ﷺ - الصَّفْرَاءَ وَالْبَيْضَاءَ وَالْحُلُقَةَ وَلَهُمْ مَا حَمَلَتْ رِكَابُهُمْ وَيَخْرُجُونَ مِنْهَا، " فَاشْتَرَطَ عَلَيْهِمْ أَنْ لَا يَكْتُمُوا وَلَا يُغَيَّبُوا شَيْئًا، فَإِنْ فَعَلُوا، فَلَا ذِمَّةَ لَهُمْ وَلَا عِصْمَةَ " فَغَيَّبُوا مَسْكَاً لِحَيِّ بْنِ أَخْطَبَ وَقَدْ كَانَ قُتِلَ قَبْلَ خَيْبَرَ - كَانَ احْتِمَلَهُ مَعَهُ إِلَى خَيْبَرَ حِينَ أُجْلِبَتِ النَّضِيرُ فِيهِ حُلِيِّهِمْ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ - لِسَعِيَّةَ عَمِّ حَيِّ: أَيَنْ مَسْكَ حَيِّ بْنِ أَخْطَبَ الَّذِي جَاءَ بِهِ مِنَ النَّضِيرِ؟ "، قَالَ: أَذْهَبَتْهُ الْحُرُوبُ وَالنَّفَقَاتُ، فَقَالَ - ﷺ -: " الْعَهْدُ قَرِيبٌ، وَالْمَالُ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ، فَدَفَعَهُ رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ - إِلَى الزُّبَيْرِ بْنِ الْعَوَّامِ - ﷺ - فَمَسَّهُ بِعَدَابٍ " (١).

فهذه الأدلة الكثيرة التي أوردها هذا الرأي تثبت العمل بالقرائن في بناء الأحكام لما لها من قوة في الثبوت، ووضوح في الدلالة.

الرأي الثاني : المانعون للأخذ بالقرائن :

بعض الحنفية يرون في الأخذ بالقرائن خطورة لما يحوطها من الاحتمالات من شأنها إنزال العقوبة على شخص لا يستحق العقاب (٢).
ومما استدلوا به في هذا المعنى :

١- ما روي عن علي بن أبي طالب أنه أتى برجل وجد في خربة بيده سكين ملطخة بدم، وبين يديه قتييل يتشحط في دمه، فسأله علي ﷺ فقال: "أنا

(١) الجامع الصحيح للسنن والمسانيد، تأليف: صهيب عبد الجبار، سنة النشر ٢٠١٤

(٤٦/١٥).

(٢) البحر الرائق (٧/٢٠٥)، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، د/ محمد رأفت

عثمان، دار البيان ١٩٩٤، ص٤٦٩.

قتلته"، قال علي: "اذهبوا به فاقتلوه"، فلما ذهبوا به أقبل رجل مسرعاً، فقال: "يا قوم لا تعجلوا ردّوه إلى علي"، فردوه، فقال الرجل: "يا أمير المؤمنين ما هذا صاحبه أنا قتلته" فقال علي للأول: "ما حملك على أن قلت: أنا قتلته ولم تقتله؟" قال: "يا أمير المؤمنين وما أستطيع أن أصنع وقد وقف العسس على الرجل يتشحّط في دمه وأنا واقف وفي يدي سكين وفيها أثر الدم، وقد أخذت في خربة، فخفت ألا يقبل مني وأن يكون قسامة فاعترفت بما لم أصنع واحتسبت نفسي عند الله"، فقال علي: "بئسما صنعت فكيف كان حديثك؟" قال: "إني رجل قصاب وخرجت إلى حانوتي في الغلس^(١) فذبحت بقرة وسلختها، فبينما أنا أصلحها والسكين في يدي أخذني البول فأتي خربة كانت بقربي فدخلتها، فقضيت حاجتي، وعدت أريد حانوتي فإذا أنا بهذا المقتول يتشحط في دمه، فراعني أمره فوقفت أنظر إليه والسكين في يدي، فلم أشعر إلا بأصحابك قد وقفوا وأخذوني فقال الناس: "هذا قتل هذا ما له قاتل سواه"، فأيقنت أنك لا تترك قولهم لقولي، فاعترفت بما لم أجنه"، فقال علي للمقر الثاني: "فأنت كيف قصتك؟" فقال: "أغواني الشيطان فقتلت الرجل طمعاً في ماله، ثم سمعت حس العسس، فخرجت من الخربة واستقبلت هذا القصاب على الحال التي وصف فاستترت منه ببعض الخربة حتى أتى العسس فأخذوه وأتوك به، فلما أمرت بقتله علمت أنني سأبوء بدمه أيضاً، فاعترفت بالحق". فقال للحسين رضي الله عنه: "ما الحكم في هذا؟" قال: "يا أمير المؤمنين إن كان قد قتل نفساً فقد أحياناً نفساً، وقد قال الله تعالى: "وَمَنْ أَحْيَاهَا

(١) الغلس بفتحيتين ظلمة آخر الليل .

فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعاً^(١) فخلّى عليّ عنهما، وأخرج دية القتل من بيت المال^(٢).

في هذا الأثر لم يؤخذ بما دلت عليه القرائن الظاهرة، فلو أخذنا بها لذهبت دماء وأموال لمجرد الاحتمال، وفي هذا المعنى يقول الإمام ابن القيم - رحمته الله - يقول ابن القيم عن القضية التي عرضت على أمير المؤمنين علي - رضي الله عنه : وهذا إن كان صلحا وقع برضا الأولياء فلا إشكال، وإن كان بغير رضاهم فالمعروف من أقوال الفقهاء أن القصاص لا يسقط بذلك؛ لأن الجاني قد اعترف بما يوجبها ولم يوجد ما يسقطه فيتعين استيفاؤه، وبعد فلحكم أمير المؤمنين وجه قوي^(٣).

تعقيب وإبداء رأي :

بعد هذا العرض لكلا الرأيين يتضح لي أن الرأي الأول هو الأولي بالترجيح، سلامة الأدلة التي أعتمد عليها هذا الرأي، ولضعف ما استند إليه القائلون بعدم حجية القرائن، ومن الغريب أن الفقهاء الذين ذهبوا إلى عدم الأخذ بالقرينة، ذهب بعضهم إلى الأخذ بها، فبنى أحكاما مختلفة على قرائن أخرى، فالخير الرملي أحد فقهاء الحنفية المانعين للعمل بالقرائن، والذي أنكر على ابن الغرس ذكره للقرينة بين وسائل الإثبات قائلا: "لا شك أن ما زاده ابن الغرس

(١) سورة المائدة، الآية (٣٢).

(٢) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لأبو عبدالله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن القيم الجوزية، دار عالم الفوائد - مكة - ط الأولى ١٤٢٨هـ (١/١٤١).

(٣) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص ٦٧.

غريب خارج عن الجادة، فلا ينبغي التعويل عليه " هذا الفقيه المانع للأخذ بالقرائن سئل عن مسألة فبنى الحكم فيها على القرينة^(١).

فقد جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية سئل: رجل تلقى بيتا عن والده، وتصرف فيه ما كان يتصرف أبوه من غير منازع ولا مدافع مدة تنيف على الخمسين سنة، وبرز جماعة يدعون أن البيت لجدهم الأعلى، فهل تقبل دعواهم مع اطلاعهم على التصرف المذكور، وإطلاع آبائهم، وعدم قيام مانع يمنعهم من الدعوى؟، أجاب: لا تسمع هذه الدعوى، فقد جاء في فتاوى الولوالجي رجل تصرف زمانا في أرض، ورجل آخر رأى الأرض والتصرف، ولم يدع ومات على ذلك، لم تسمع بعد ذلك دعوى ولده، وتترك للمتصرف؛ لأن شاهد الحال لهم، هذا مع ما في سماعها من فتح باب التزوير والتلبيس. فهنا نجد الخير الرملي يمنع سماع الدعوى في هذه المسألة التي سئل عنها مستندا إلى فتوى الولوالجي بعدم السماع بناء على القرينة^(٢).

المطلب الخامس

دور المحكم في الإثبات بالخبرة

من الوسائل التي تُعين على إظهار الحق وكشف وجه الدعوى قول الخبراء، والخبراء هم الذين لهم المعرفة والخبرة بالمسائل الفنية إذا كان موضوع النزاع فيه مسألة فنية أو عدمية تغيب على القاضي، ومن ذلك قول الطبيب

(١) انظر: طرق الإثبات في الشريعة والقانون، د/ أحمد عبد المنعم البهي، ص ٨٥-٨٦.

(٢) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت -

ط الثانية دار السلاسل - الكويت - (١/ ٢٣٤).

الشرعي في سبب الوفاة، وغير ذلك مما يختص بمعرفة الطبيب ، وكذلك قول المهندسين والفاحصين والمختصين بمعرفة الخطوط والبصمات، كل فيما يتعلق ويتصل بمجال تخصصه، وكذلك قول البيطار في عيوب الحيوان ودائه .

والخبير هو صاحب الاختصاص في مجال معين ، كأن يكون طبيباً ، أو تاجراً ، أو محاسباً أو غير ذلك من المهن والاختصاصات ، ويدلي الخبير برأيه وخبرته في الوقائع محل النزاع إذا شقّ على المحكمين الإلمام بمسألة بعينها من الناحية الفنية، وإذا طُلب منه ذلك فقط ، إما من هيئة التحكيم ، أو من أحد الخصوم، وليس لرأيه إلزام ، فلا يقيد الخصوم ولا يقيد هيئة التحكيم ، ولا مانع أن يكون الخبير محكماً ، إذا اتفق عليه الطرفان وكان أهلاً للتحكيم^(١).

وفي هذا المعنى قضت محكمة تمييز دبي بأن اختيار المحكمين من المهندسين ، وإن اعتبروا قضاة ، إلا أنه لا يحظر عليهم استخدام خبرتهم

(١) ويظهر بذلك اتفاق التحكيم مع الخبرة في أن كلا من المحكم والخبير ليسا من أعضاء الجهاز القضائي ويصدران رأياً فنياً في قضية معينة. ويختلفان في أن الخبير يبدي رأيه في الوقائع دون القانون فلا يحكم، والمحكم يبدي رأيه في كليهما فيحكم بناءً على خبرته القضائية. ولا يشترط تعيين الخبير بالاسم ويشترط في المحكم. ولا يجوز الطعن في شهادة الخبير ويجوز أن يطعن الخصوم في حكم المحكم.

ومعلوماً تههم السائدة في السوق في مجال أعمال المقاولات موضوع التحكيم، مثل معرفة الأسعار السائدة في السوق لبعض المواد الخاصة بالمقاولات^(١). وحتى نتعرف على دور المحكم في الإثبات بالخبرة، نقسم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول

دور المحكم إزاء طلب نذب الخبير والعدول عنه

أجاز المشرع في قانون التحكيم في مادته ٣٦/١ أن لهيئة التحكيم ولو من تلقاء نفسها نذب خبير أو أكثر لمعرفة الرأي في مسألة فنية في أي اختصاص طالما ترى الهيئة عدم معرفتها إلا من خلال أهل الخبرة، وقد يكون النذب بطلب من الخصوم أنفسهم، وفي كل الأحوال تلتزم هيئة التحكيم بما اتفق عليه الأطراف من حيث طلب نذب الخبير، أو عدم الموافقة على نذبه، لكون التحكيم مصدره الاتفاق من ناحية، ولأن الهيئة لا تتقيد بالإجراءات المتبعة أمام القضاء من ناحية أخرى^(٢).

ولما كان حكم الإثبات لا يحوز قوة الأمر المقضي طالما قد خلت أسبابه من حسم مسألة أولية متنازع عليها بين الخصوم وصدر بالبناء عليها حكم الإثبات، ومن ثم يجوز لمحكمة التحكيم أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات إذا ما وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها للفصل في

(١) انظر: طعن رقم ٥٣٧ لسنة ٩٩، جلسة ٢٣/٤/٢٠٠٠، الموسوعة العربية لأحكام

النقض والتمييز، صلاح هاشم، الكويت، ص ٥٤٣ وما بعدها.

(٢) راجع: د/ فتحي والي، التحكيم، مرجع سابق، ص ٣٦٩ وما بعدها.

موضوع النزاع ، ومن ثم فإن وسائل الإثبات ومنها نذب الخبراء هي من المسائل التي تخضع لتقدير هيئة التحكيم وصولاً لوجه الحق في الدعوى شأنها شأن المحاكم ، كما لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء بعد تنفيذه، والمشرع وإن تطلب في نص المادة التاسعة من قانون الإثبات بيان أسباب العدول عن إجراء الإثبات في محضر الجلسة ، إلا أنه لم يرتب جزءاً معيناً على مخالفة ذلك ، حيث إن النص في هذا الشأن تنظيمياً.

وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض بأن وسائل الإثبات ومنها نذب الخبراء هي من المسائل التي تخضع لتقدير هيئة التحكيم وصولاً لوجه الحق في الدعوى شأنها شأن المحاكم ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدفع المبدي من الطاعنين على سند من أن هيئة التحكيم هي الخبير الأعلى وأنها أفصحت عن سبب عدولها عن حكم نذب الخبير بالاكْتفاء بما قدم في الدعوى، فضلاً عن أن الطاعنين لم يتمسكا ببطلان إجراءات الخصومة لعدم إصدار هيئة التحكيم قراراً بإعادة الدعوى للمرافعة أمام محكمة الاستئناف فلا يجوز لهما التحدي أمام محكمة النقض، ومن ثم فإن النعي عليه بهذا السبب يكون على غير أساس^(١).

ولا يجب على هيئة التحكيم استدعاء الخبراء لمناقشتهم في تقريرهم ، وإنما يجوز لها ذلك إذا تراءى لها لزمه ، كما لها كامل الحرية إذا لم تجد بما

(١) راجع: الطعن رقم ١٩٦ - لسنة ٧٤ - تاريخ الجلسة ٢٣ / ٢ / ٢٠١٠ - مكتب

لها من سلطة في تقدير الأدلة حاجة إلى هذه المناقشة اعتماداً على تقرير الخبير ، فلا يضيرها الطعن على حكمها بعد ذلك^(١) .

كما أن الهيئة غير ملزمة بإجابة طلب أحد الخصوم في تعيين خبير مرجح ، متى كانت قد وجدت في تقرير الخبير المتدب ، وفي أوراق الدعوى وعناصرها الأخرى ما يكفي لاقتناعها بالرأي الذي انتهت إليه .

والسؤال المهم : هل يشترط في ندب الخبير كونه مقيد بوزارة العدل ؟

الإجابة تنبئ عن اختلاف الوضع بين محكمة الموضوع وهيئة التحكيم ، وبالنسبة لمحكمة الموضوع يشترط ذلك ، وفي هذا المعنى قررت محكمة النقض بأنه : على المحكمة -هيئة التحكيم - أن تختار الخبراء من بين المقبولين أمامها . وقد بينت المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٢ - بتنظيم الخبرة أمام جهات القضاء - الخبراء المقبولين أمام المحاكم بأنهم خبراء الجداول الحاليين وخبراء وزارة العدل ومصالحة الطب الشرعي والمصالح الأخرى التي يعهد إليها بأعمال الخبرة وكانت إدارة تحقيق الشخصية تدخل في هذه المصالح - على ما قرره المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور - فإن ندب محكمة الموضوع خبيراً من هذه الإدارة لفحص البصمات غير مخالف للقانون^(٢) ، مع إن المشرع لم يرتب البطلان على

(١) راجع : د/ محمود مصطفى يونس - رحمته الله - المرجع في أصول التحكيم ، مرجع

سابق ، ٣٦٨ وما بعدها .

(٢) راجع : الطعن رقم ٣٣٥ لسنة ٣٣ ق ، جلسة ١٩٦٧ / ٣ / ٣٠ ، مكتب فني ١٨

ص - رقم ٧٥١ .

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٤٤٥)

تخطى قاضي الموضوع خبراء الجدول إلى غيرهم دون أن يفصح في حكمه عن الأسباب الدافعة لهذا التجاوز، لأنه بسلكه هذه السبيل يكون قد كشف عن أنه يرتاح إلى من تم تخطيه وأنه يطمئن إلى من صار ندبه .

أما بالنسبة للوضع أمام هيئة التحكيم، فلا يلزم أن يكون الخبير المتدب من الخبراء المقيدين بجدول الخبراء بوزارة العدل، وإنما يكفي أن يكون الخبير صاحب الاختصاص في مجال معين، كأن يكون طبيباً، أو تاجراً، أو محاسباً أو غير ذلك من المهن والاختصاصات ليدلي برأيه وخبرته في الوقائع محل النزاع إذا شقّ على المحكمين الإلمام بمسألة بعينها من الناحية الفنية، عند طلبه^(١) .

الفرع الثاني

دور المحكم إزاء طلب الخصم مناقشة الخبير

إن إجابة طلب الخصم مناقشة الخبير ليست حقاله تتحتم على هيئة التحكيم إجابته إليه، بل هي صاحبة السلطة في تقدير ما إذا كان هذا الإجراء منتجاً، أو غير منتج في الدعوى^(٢) .

(١) راجع: الجمال وعكاشه، التحكيم، مرجع سابق، ص ٣٧٠.

(٢) نقض مدني، الطعن ١١٨ لسنة ١٩ ق، جلسة ١٩٥١/٤/١٩، مكتب فني ٠٢ ص ٧٥٦، وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض إن رأي الخبراء غير مقيد للمحكمة ذلك أنها لا تقضى في الدعوى إلا على أساس ما تطمئن إليه و من ثم لا يعيب قضائها إذ هي أطرحنت النتيجة التي أجمع عليها ستة من الخبراء من أن أرض النزاع تدخل في مستندات الطاعنين و ذهبت بما لها من سلطة التقدير الموضوعية إلى نتيجة مخالفة

ولا تثريب على هيئة التحكيم ، إذ هي لم تجب طلب مناقشة الخبراء الذين لم تنفق تقاريرهم مع تقرير الخبير الذي اطمأنت إليه وأخذت به ما دام ما أوردته في حكمها من أسباب يفيد أنها لم تر حاجة إلى هذا الإجراء مع وضوح وجه الحق في الدعوى .

واستكمالاً لدور المحكم في الإثبات الخبرة ، فإن للمحكمين أن يعقدوا جلسه لسماع أقوال الخبير المتدب ولو من تلقاء نفسها ، أو بناء على طلب أحد الخصوم مع إتاحة الفرصة لطرفي النزاع لسماعه ومناقشته لما ورد في تقريره الذي أودعه ، ولكلا الخصمين أن يحضر في جلسة المناقشة خبيراً من طرفه أو أكثر لي طرح رأيه فيما تناوله تقرير الخبير المتدب من مسائل فنية ، وذلك كله في إطار عدم اتجاه إرادة الطرفين إلى غير ذلك باتفاق التحكيم^(١) .

الفرع الثالث

دور المحكم في تحديد المهمة الإجرائية للخبير

تلجأ هيئة التحكيم إلى أرباب الخبرة تكلفهم بحث عمل من الأعمال ، وإيداء رأيهم فيه ، فإنما معولها الأول يكون على البحث الشخصي الذي يقوم به الخبير ليصل فيه بحسب استعداده وكفاءته الخاصة إلى استخراج الحقيقة التي يستعين المحكم به على كشفها ، وأما سماعه الشهود فليس لذاته مقصوداً

متى كانت قد أوردت الأدلة المسوغة لها ، راجع : الطعن رقم ١٦٣ لسنة ١٩ ، ١٩٥٢ / ٣ / ٦ ، مكتب فني ٣ ، ص ٥٦٠ .

(١) راجع : د/ على الحديدي ، دور الخبير الفني في الخصومة ، دار النهضة العربية ١٩٩٣ ، ص ٣٥٦ .

للقاضي ، وإنما هو أمر يحصل من باب إعانة الخبير على القيام ببحثه الشخصي الذي قد يصادف أموراً ثانوية لا يستطيع استخراج حقائقها من مجرد الماديات التي يعالج بحثها فيضطر إلى التحري عما تعيه صدور الناس من المعلومات ليثبت الحقيقة التي يظنها الواقعية ، أو ليرجع بين حقيقة وأخرى مما تفيده إياه الماديات ، ومعوله في كل حال إنما يكون على الماديات التي يبحثها بشخصه ، كما أن معول المحكمين لا يكون إلا على البحث الشخصي الذي يجريه الخبير^(١).

ويكون تعيين الخبير ابتداءً يكون بمقتضى حكم تمهيدي ، وكذلك إبدال الخبير الذي يتأخر دون مبرر عن إيداع تقريره في الأجل المحدد ، أما الخبير الذي يطلب إعفاؤه من أداء المأمورية ، فإن إبداله لا يستلزم صدور حكم به من هيئة التحكيم ، وقياساً على هذه الحالة الأخيرة إبدال الخبير الذي لم يصادف تعيينه محلاً ، كما لو كان قد توفي ، أو استبعد اسمه من الجدول ، وطالما لم يشترط القانون أن يكون قرار الإبدال صريحاً ، فمن ثم يجوز أن يكون ضمناً^(٢).

(١) قارب : الطعن رقم ٤٤٧١ لسنة ٥٣ق ، جلسة ٢٧ / ٥ / ٢٠٠٥ مشار إليه لدى د/ محمود مصطفى يونس ، مرجع سابق ، صـ ٣٩٩.

(٢) وقد جرى قضاء محكمة النقض على أنه ولئن كانت المادة التاسعة من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون الإثبات تنص على أن (للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر ويجوز لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء بشرط أن يبين أسباب ذلك في حكمها) مما مؤداه أن حكم

ولهيئة التحكيم عند الحكم بنذب الخبير أن تضمنه بتقديم تقرير شفاهة أو كتابة ، واسم الخبير ومأموريته ، والمدة الإجرائية لإتمام المأمورية^(١)، وتحديد

الإثبات لا يحوز قوة الأمر المقضي طالما خلت أسبابه من حسم مسألة أولية متنازع عليها بين الخصوم وصدر بالبناء عليها حكم الإثبات ومن ثم يجوز للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات كما لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء بعد تنفيذه وأن تطلب المشرع بيان أسباب العدول عن إجراءات الإثبات في محضر الجلسة وبيان أسباب عدم الأخذ بنتيجة إجراء الإثبات الذي تنفذ في أسباب الحكم إلا أنه لم يترتب جزاء معيناً على مخالفة ذلك فجاء النص في هذا الشأن تنظيمياً.

ولما كانت الدائرة التاسعة بالمحكمة قد قضت بجلسة ٣٠ / ٤ / ٢٠٠٩ بندب مكتب خبراء شمال القاهرة ليندب بدوره أحد الخبراء لأداء المأمورية التي جرى بها الحكم التمهيدي وكان قد مضى على هذا القضاء أكثر من ست سنوات دون أن يودع الخبير تقريره رغم استعجاله عدة مرات بما تعطل به الفصل في الدعوى وهو ما تقرر معه المحكمة العدول عن هذا الحكم التمهيدي .

وحيث أنه لما كان المقرر بنص المادة ١٥٥ من قانون الإثبات أنه للمحكمة أن تعين خبيراً لإبداء رأيه مشافهة بالجلسة بدون تقديم تقرير ويثبت رأيه في المحضر ، وكانت أوراق الدعوى بحالتها الراهنة غير كافية لتكوين عقيدة المحكمة الأمر الذي ترى معه المحكمة تعيين خبير مصر في من جداول خبراء المحكمة الاقتصادية في الدعوى ليبدى رأيه شفاهة بالجلسة ، راجع حكم المحكمة الاقتصادية رقم ٤٢ - لسنة ٢٠١٥ - تاريخ الجلسة ٢٩ / ٩ / ٢٠١٥ .

(١) يعود المقصد الإجرائي من تحديد المدة الإجرائية لإتمام المأمورية إلى احترام كل الأشخاص من الخبير والخصوم وممثلوهم لسير الدعوى التحكيمية في سيرها الطبيعي ، والقضاء على مشكلة البطء في التقاضي .

أمانة الخبير^(١)، مع ملاحظة أن الميعاد الإجرائي لمأمورية الخبير يخرج من ميعاد حكم التحكيم^(٢).

ويجب على الخبير دعوة الخصوم للحضور أمامه في الميعاد المحدد للبدء في مباشرة مأموريته والوسيلة الإجرائية التي يدعو بها الخصوم هي كتب مسجلة يخبرهم فيها بمكان أول اجتماع ويومه وساعته، إلا أنه ينبغي التفرقة بين مخالفة عدم دعوة الخبير للخصوم، وبين مخالفتها بدعوتهم للحضور بوسيلة أخرى غير الكتب المسجلة، اعتباراً بأن مطلق الدعوة للخصم أياً كانت وسيلتها هو إجراء جوهري قصد منه تمكين طرفي الخصومة من الحضور لدى الخبير والدفاع عن مصالحهم أمامه تنويراً للدعوى، أما حصول هذه

(١) وفي هذا قضت محكمة الاستئناف في حكمها الصادر بجلسته ٢٦ / ٣ / ١٩٦٧ بندب خبير في الدعوى و كلفت المطعون ضده بأداء الأمانة فأداها فلما اعترض الطاعن على شخص الخبير أصدرت المحكمة حكمها الثاني بجلسته ١٩٦٧ / ٤ / ٢٣ بندب خبيرين آخرين لينضموا إلى الخبير السابق في أداء المهمة الموضحة بالحكم الأول، و كلفت الطاعن و المطعون ضده بإيداع أمانة تكميلية قدرها ثلاثون جنيهاً مناصفة بينهما على ذمة أتعاب الخبيرين إلا أن الطاعن أمتنع عن دفع حصته في هذه الأمانة . و لما كان الحكمان بهذه المثابة كلا لا يتجزأ لأنهما يتعلقان بمهمة واحدة، عهد إلى الخبراء الثلاثة مباشرتها فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون حين اتخذ من امتناع الطاعن عن دفع حصته في الأمانة مسوغاً للحكم بسقوط حقه في التمسك بهذين الحكمين، و من ثم يكون النعي بهذا السبب على غير أساس، راجع: الطعن رقم ٣٧ لسنة ٠٩ - ١٢ - ١٩٧٢ مكتب فني ٢٣ صـ ١٣٤٧.

(٢) انظر: د/ فتحي والي، التحكيم، مرجع سابق، صـ ٣٧٠.

الدعوة بوسيلة أخرى فهو إجراء خادماً للإجراء الأول مقصود به الإستيثاق من حصولها بدليل يقيني^(١).

وعند انتهاء الخبر من التقرير يتعين على محكمة التحكيم عملاً لمبدأ المواجهة وحرية الدفاع ، إرسال صورته من التقرير إلى الخصوم عملاً بنص المادة ١٦ / ١ تحكيم ، حتى يتسنى للخصوم تقديم رأيهم بشأن تقرير الخبر ، وحتى لا يكون حكمها في النهاية مصيره البطلان^(٢).

الفرع الرابع

دور المحكم في تقدير رأي الخبر

(بين الأخذ والعدول)

في تقدير هيئة التحكيم لرأي الخبر ، فإنها غير ملزمة بالأخذ برأي الخبر ، لأن رأيه لا يعدو أن يكون عنصراً من عناصر الإثبات التي تخضع لتقديرها ، ومن ثم فإن هيئة التحكيم غير ملزمة بإتباع رأي الخبراء الذين ندبوا في الدعوى

(١) وقضى في الشأن بأنه يتعين دعوة الخبر للخصوم أياً كان وسيلتها باعتبارها إجراءً جوهرياً قصد به تمكين طرفي النزاع من المثول تبياناً لوجهة نظرهم ، فإذا تخلفت تلك الدعوة كان عمل الخبر باطلاً ، و إذ كان البين من الإطلاع على صحيفة الاستئناف أن الطاعنين تمسكوا ببطلان عمل الخبر لعدم إخطارهم و كان الحكم المطعون فيه قد رد على هذا الدفاع بأنه ثبت من الإطلاع على تقريره إنه وجه بالبريد المسجل الدعوة للطاعنين مع إدارة قضايا الحكومة و أرفق بالتقرير وصول الكتب المسجلة فإن مفاد هذا الذي قرره الحكم أن ثمة دعوة وجهت إلى الطاعنين و أنه تحقق من حصولها ، راجع :

الطعن رقم ٢٩٩ لسنة ٤٤ - ١٨ - ٠١ - ١٩٧٨ مكتب فني ٢٩ ص - ٢٥٣ .

(٢) انظر : د/ علي بركات ، خصومة التحكيم ، مرجع سابق ، ص - ٤٠٠ .

التحكيمية ، ولها السلطان المطلق في تقدير الأدلة ، وفي عدم الأخذ بتقرير الخبير الاستشاري متى وجدت في أوراق الدعوى ما يكون قناعتها ، وكانت الأسباب التي بنت عليها اقتناعها بذلك من شأنها أن تؤدي إلى ما قضت به .

ولمحكمة التحكيم أن تمحص تقرير الخبير ومحاضر أعماله وما قدمه إليه الخصوم من مستندات وما سمعه من شهود لتراقب عمله وتقييمه ، فلا تأخذ بنتيجته دون تمحيص رغم اعوجاج أسبابها بل يتعين عليها ، إما تقويمها بنفسها ، أو إعادة فحصها بأي طريق من طرق الإثبات .

وفي هذا السياق قضت محكمة النقض بأنه لما كان الواقع في الدعوى أن الخبير المندوب قد انتهى إلى أن الطاعن لم يقدم سنداً لمملكته في أرض التداعي دون أن يفتن إلى شهادة السجل العيني المقدمة من المطعون ضده الأول والتي تشير إلى ملكية مورث الطاعن لجزء من أرض التداعي ، وإذ قدم الطاعن لمحكمة أول درجة عقداً عرفياً بقسمة الأتيان المملوكة لمورثه ومن بينها جزء من أرض التداعي فلم تدل بدلوها فيه ، وسايرت المحكمة خبير الدعوى في نتيجته دون أن تمحص المستندات المرفقة به سالفه البيان ، وإذ لجأ الطاعن لمحكمة الاستئناف فأيدت حكم أول درجة لأسبابه دون أن تعيد بدورها تمحيص أوراق الدعوى وتقرير الخبير وتقوم اعوجاج نتيجته - إن كان - أو تشير إلى هذه المستندات إيراداً أو رداً فإن حكمها يكون مشوباً بالقصور المبطل بما يوجب نقضه^(١) .

(١) راجع: الطعن رقم ٦٠٩ - لسنة ٧٠ - تاريخ الجلسة ٢٨ / ١١ / ٢٠١١ - مكتب

ولهيئة التحكيم - في حدود سلطتها التقديرية - أن تأخذ بتقرير الخبير كله ، أو ببعض ما جاء به و تطرح بعضه ، لأنها غير مقيدة بأراء أهل الخبرة إذ هي لا تقضى إلا على ما تطمئن إليه دون أن يشوب حكمها في ذلك أي تناقض^(١) .

كما أن لمحكمة التحكيم مكنة الموازنة بين التقارير والترجيح بينها والأخذ بما تطمئن إليه منها ، شأنها شأن محاكم الدولة ، لأنها صاحبة الحق الأصيل في التقدير الموضوعي لكافة عناصر الدعوى التحكيمية^(٢) .

(١) وقد قضى بأن الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع لا يقيد المحكمة عند الفصل في الموضوع إلا أن يكون قد فصل فصلاً لازماً في شق من النزاع تستنفذ به المحكمة ولايتها وفيما عدا ذلك فإن المحكمة تكون عقيدتها من مجموع الوقائع والأدلة وأوجه الدفاع المقدمة إليها تقديماً صحيحاً . و إذ يبين من الحكم الصادر بإحالة الدعوى إلى التحقيق أن المحكمة لم تفصل في الموضوع أو في شق منه أو قالت كلمتها قاطعة في شأن عدم كفاية الأدلة المقدمة للإثبات بعد استعراض تلك الأدلة أو مناقشتها فلا تكون قد استنفذت ولايتها في هذا الشأن ويكون لها أن تحكم في الموضوع من مجموعة الأدلة التي طرحت عليها طرْحاً صحيحاً ، و إذ كانت المادة التاسعة من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ تنص على أن للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر و ذلك حتى لا يلزم القاضي بتنفيذ إجراء لم يعد يرى ضرورة له ما دام غير مقيد في حكمه في الموضوع بما يسفر عنه هذا الإجراء و كان المطعون عليهم كما ورد بالحكم قد تنازلوا عن حكم التحقيق ، فإن النعى على الحكم بالخطأ في تطبيق القانون و التناقض يكون على غير أساس ، راجع : الطعن رقم ٠٨٩٥ لسنة ٤٤ بتاريخ ٢٢-٦-١٩٧٨ مكتب فني ٢٩ ص-١٥٢٠ .

(٢) وقد قضى في هذا الشأن ومن حيث إنه في مجال الترجيح بين التقريرين الطبيين

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٤٥٣)

ولهيئة التحكيم أن تعيد المأمورية للخبير ليتدارك ما تبينه له من وجوه الخطأ ، أو النقص في عمله أو بحثه ، فإنه يجوز لها من باب أولى أن تندب رئيس المكتب الذي سبق أن اعتمد تقرير الخبير المتدب ، والذي يعمل في هذا المكتب تحت إشرافه ليعيد النظر في التقرير على ضوء إطلاعه على تقرير الخبير الإستشاري وما حواه من أسباب ، و الموازنة بين التقريرين لترجيح أحدهما ، و المحكمة في ذلك غير مقيدة برأي خبير معين ، إذ المرجع في تكوين عقيدتها هو بما تطمئن إليه دون معقب .

وفي كل الأحوال يقع الالتزام على عاتق الهيئة التحكيمية بأن ترسل صورة من التقرير الذي يودعه الخبير المتدب بمجرد أن يقوم بإيداعه ملف الدعوى التحكيمية لكل من الطرفين ، مع تمكين الخصوم لإبداء ملاحظاتهم حول التقرير واعتراضهم حول ما ورد به ، ومن حق الخصوم أن يطلعوا على الوثائق

المشار إليهما واللذين أعدتهما مصلحة الطب الشرعي ، فإن المحكمة تطمئن إلى التقرير الأول المؤرخ ٣٠ / ٥ / ٢٠١١ الذي اعتبر أن حالة المحكوم عليه المرضية تشكل خطراً على حياته في ضوء أن النتيجة التي انتهى إليها قد جاءت متفقة مع تشخيص اللجنة التي قامت به للحالة المرضية للمحكوم عليه ، على عكس التقرير الثاني الذي جاء متناقضاً في أسبابه ومع النتيجة التي انتهى إليها ، وإذ انتهى التقرير الأول المشار إليه أن حالة المحكوم عليه المرضية تشكل خطراً على حياته وهو ما كان يتعين معه على الجهة الإدارية أن تتخذ قراراً بالإفراج عنه لهذا السبب طبقاً لنص المادة (٣٦) من قانون تنظيم السجون المشار إليه ، فمن ثم يكون امتناعها عن ذلك قراراً إدارياً غير مشروع ومخالف للقانون على نحو يتعين معه القضاء بإلغائه ، راجع حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٥٤٨٣٥ - لسنة ٦٥ - تاريخ الجلسة ١٦ / ٢ / ٢٠١٦ .

والمستندات التي أسس الخبير عليها تقريره وتناولها بالفحص والتمحيص .
كما للهيئة سلطة العدول عن قرارها بنذب خبير لها أيضاً أن تطرح نتائج
التقرير عند عدم اقتناعها شريطة أن تبين ذلك في حكمها ، ودون أن تكوم ملزمة
ببيان هذا الأسباب صراحة ، وإنما يكفي أن تبين في حكمها أنها وجدت في
أوراق الدعوى ما يكفي في تكوين عقيدتها دون الأخذ بتقرير الخبير .
وأيا كان ندب الخبير وهل أودع تقريراً أم لا ، أو أودع تقريره وعدلت عنه
محكمة التحكيم ، فإن محكمة التحكيم ملزمة بالفصل في الدعوى التحكيمية
من خلال الأدلة الأخرى التي قدمت إليها^(١) .
وفي هذا السياق يمكن القول بأن الشريعة الإسلامية قد اعتدت بقول أهل
الخبرة، فقد قيل النبي - ﷺ - قول القائف^(٢) "وَسَّرَ عَلَيْهِ الصَّلَاةَ وَالسَّلَامَ حِينَما
أُثْبِتَ نَسَبَ أَسَامَةَ - ﷺ - من زيد - ﷺ - بمقارنة الشبه في أقدمهما ، كما
في قوله تعالى: " بَلَى قَادِرِينَ عَلَى أَنْ نُسَوِّيَ بَنَانَهُ " ^(٣) .

(١) انظر : د/ فتحي والى ، التحكيم ، مرجع سابق ، بند ٢٠٦ ، ص ٣٧١

(٢) الْقِيَافَةُ مَصْدَرٌ قَافَ الْأَثَرِ قِيَاةً إِذَا تَبَّعَهُ وَالْقَائِفُ هُوَ مَنْ يَعْرِفُ الْأَثَرَ وَيَتَّبَعُهَا ،
وَيَعْرِفُ شَبَهَ الرَّجُلِ بِأَخِيهِ ، وَأَبِيهِ ، وَالْجَمْعُ الْقَافَةُ ، وَتُسْتَعْمَلُ فِي اصْطِلَاحِ الْفُقَهَاءِ فِي
نَفْسِ الْمُعْنَى ، قَالَ فِي الْمُعْنَى : الْقَافَةُ قَوْمٌ يَعْرِفُونَ الْإِنْسَانَ بِالشَّبهِ ، راجع : تبصرة
الحكام لابن فرحون (٢ / ١٢٠) ، وجواهر الإكليل (٢ / ١٣٩) ، ونهاية المحتاج ٨ /
٣٥١ ، والمغني لابن قدامه (٥ / ٧١٩) .

(٣) سورة القيامة الآية (٤) .

ففي هذه الآية الكريمة إشارة إلى اختلاف بصمات الأصابع من شخص لآخر ، فلا حرج إذن إذا استدل المحكم بقول الخبراء الذين قارنوا بصمات المتهم مع البصمات التي وجدت في مكان الجريمة واتضح المطابقة ، ولما كان قول الخبير ليس شهادة مباشرة في موضوع النزاع ، إنما هو تقرير فني يتعلق فقط بالمسألة الفنية القائمة في الدعوى جاز للمحكم أن يحكم بمقتضاه إذا وافق الأدلة الأخرى القائمة في الدعوى ، كما يجوز له تركه أو ترك بعضه إذا رأى عدم سلامته أو عدم سلامة بعضه لكونه يخالف أدلة أخرى مقنعة وواضحة في الدعوى ، ذلك لأن المحكم لا يحكم إلا بما تطمئن إليه نفسه حسب الأدلة المقدمة في الدعوى ، وليس هذا إنكاراً للفائدة العلمية لتقرير الخبير ، ولكن قد توجد أدلة أخرى أكثر دلالة ووضوحاً في حل النزاع .

المطلب السادس

دور المحكم في الإثبات باليمين والنكول عنه

تعتبر اليمين إحدى طرق الإثبات الهامة في التحكيم ، لتأكيد جانب الصدق على جانب الكذب في إثبات الحقوق أو نفيها ، وتعرف بأنها تأكيد حق ، أو نفيه أمام المحكم من أجل حفظ الحقوق وصيانتها ، وقد قال ﷺ لو يُعْطَى الناسُ بدعواهم لادّعى رجال دماء قوم وأموالهم ، لكن البيّنة على المدّعى واليمينُ على مَنْ أنكر^(١) .

(١) بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز، تأليف : مجد الدين أبو طاهر

محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (المتوفى: ٨١٧هـ) تحقيق : محمد علي النجار ،

واليمين كوسيلة إثبات تستطيع هيئة التحكيم توجيه يمين حاسمة بناء على طلب الخصوم ، أو يمين متممه من تلقاء نفسها ، من أجل استقصاء الحقيقة على اعتبار أن اليمين نوعان حاسمة ومتممه ، وكلاهما لم به يرد به نص تشريعي في مجال الإثبات التحكيمي ، ومع ذلك يجوز العمل بهما أمام هيئة التحكيم ، بتطبيق قواعد قانون الإثبات في القضاء باليمين .

وكما يكون القضاء باليمين يكون القضاء بالنكول عن اليمين أيضاً ، فإذا عرضت اليمين على المدعى عليه لعدم وجود بينة المدعي فنكل ولم يحلفها اعتبر نكوله هذا مثل إقراره بالدعوى ، لأنه لو كان صادقاً في إنكاره لما امتنع عن الحلف ، والنكول يكون صراحة أو دلالة بالسكوت .

ومن ثم فإن بحثنا في وسيلة القضاء باليمين يقتصر على دور المحكم في القضاء باليمين سواء كانت اليمين الحاسمة ، أو اليمين المتممة ، ودور المحكم في القضاء بالنكول عن اليمين ، كما نعرض لموقف الفقه الإسلامي في هذا الشأن ، وعلى ذلك نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع ، نعرض لهما على النحو التالي :

الفرع الأول

دور المحكم في القضاء باليمين

وفيه مقصدان :

المقصد الأول

دور المحكم في القضاء باليمين الحاسمة

اليمين الحاسمة هي : تلك اليمين الذي يطلب الخصم توجيهها للخصم الآخر ليحسم بها النزاع في أي واقعة متنازع عليها وسميت حاسمة لأنها تحسم الخصومة ، وفي هذا اليمين يحتكم الخصم إلى ضمير خصمه ، ويلجأ الخصم إلى هذه اليمين عندما يعوزه الدليل وينكر عليه خصمه حقه^(١) .

وقد جاء التعبير عنها في قضاء النقض بأنها : تلك التي يوجهها الخصم إلى خصمه الآخر محتكما إلى ذمته في أمر يعتبر مقطع النزاع فيما نشب بينهما حوله ، وأعوز موجهها الدليل على ثبوته ، ويترتب على حلفها أو النكول عنها ، ثبوته أو نفيه على نحو ينحسم به النزاع حوله ويمتنع معه الجدل في حقيقته إذ يضحى الدليل المستمد من حلفها أو النكول عنها وحدة دعامة كافية لحمل قضاء المحكم في شأنه^(٢) .

(١) انظر : د/ أسامه المليجي ، شرح القواعد الإجرائية في الإثبات ، ١٩٩٧ ،

ص١٧٤ ، الطعن رقم ٦٣٥ - لسنة ٧٤ - تاريخ الجلسة ٨ / ٦ / ٢٠٠٥ .

(٢) وقد جاء في المعنى بأن اليمين هي استشهاد الله عز وجل على قول الحق ، وقد تكون قضائية تؤدي في مجلس القضاء أو غير قضائية تحلف في غير مجلس القضاء باتفاق الطرفين و من ثم تعتبر الأخيرة نوعاً من التعاقد يخضع في إثباته للقواعد العامة ،

وإذا كانت النظرة السائدة فقهاً^(١) وقضاءً^(٢) أن اليمين الحاسمة ملك للخصم لا للقاضي ولا للمحكم، وأن على القاضي أو المحكم أن يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها، إلا أن تقدير طلب توجيه اليمين يخضع لهيئة التحكيم.

وللمحكمين بناء على طلب الخصم أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر، إلا أنه يجوز أن يمنع المحكم توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في توجيهها، لأن تقدير كيدية اليمين والتعسف في توجيهها تستقل به هيئة التحكيم.

أما حلفها، فهي واقعة مادية تثبت بالبينه و القرائن إذ هي تؤدى شفها أمام المتفق على الحلف أمامهم، و متى تم حلفها من أهل لها، ترتبت عليها جميع آثار اليمين القضائية متى حسم النزاع و منها حجيتها في مواجهة من وجهها إلى خصمه، راجع: الطعن رقم ٢٠٥٥ - لسنة ٦٨ - تاريخ الجلسة ٣ / ٦ / ٢٠٠٩.

(١) انظر: د/ السنهوري، مرجع سابق، ص ٦٨٦.

(٢) وقد جرى به قضاء محكمة النقض على أن اليمين الحاسمة ملك للخصم لا للقاضي، وأن على القاضي أن يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها إلا إذا بان له إن طالبها بتعسف في هذا الطلب، وإنه إذا صدر الحكم بتوجيه اليمين الحاسمة في غيبة المكلف بالحلف و جب تكليفه بالحضور على يد محضر لحلف اليمين بالصيغة التي أقرتها المحكمة و في اليوم الذي حددته، فإن حضر و امتنع عن الحلف و لم يردها و لم يناع اعتبر ناكلاً، و إن تغيب تنظر المحكمة في سبب غيابه فإن كان بغير عذر اعتبر ناكلاً كذلك، راجع: الطعن رقم ٠٥٧٤ لسنة ٤٢، ٦ / ٤ / ٤٩٧٦ مكتب فني ٢٧ ص ٨٧١.

وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض أن اليمين الحاسمة ملك للخصم لا للقاضي - المحكم - وأنه على القاضي - المحكم - أن يجيب طلب توجيهها، إذا توافرت شروطها، وهي أن تكون متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها، وغير مخالفة لقاعدة من قواعد النظام العام، إلا إذا بان له أن طالبها يتعسف في هذا الطلب^(١)، وهذه الرقابة من محكمة التحكيم تعد إحدى مظاهر الدور الإيجابي للمحكم في إدارة الدعوى التحكيمية .

وبناء عليه يجوز لمحكمة التحكيم أن ترفض توجيه اليمين ، إذا كانت غير منتجة أو كان في توجيهها تعسف من الخصم ، لأن اليمين الحاسمة احتكام لضمير الخصم لحسم النزاع كله أو في شق منه عندما يعوز الخصم الدليل

(١) راجع في ذلك : الطعن رقم ١٩٥٨٣ - لسنة ٨٥ - تاريخ الجلسة ١٢ / ٣ / ٢٠١٧ ، وقد جاء في قضاء المحكمة الاتحادية العليا: إن من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابة الخصوم إلى ما يطلبونه من إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ما يجوز إثباته بشهادة الشهود متى كانت أوراق الدعوى قد اشتملت على ما يكفي لتكوين عقيدتها في شأن الوقائع المطلوب إثباتها أو نفيها بحيث يكون إجراء التحقيق غير منتج بالنظر إلى ظروف الدعوى وإلى ما هو ثابت فيها من الأدلة الأخرى التي استقى منها قناعته، كما لها أن ترفض توجيه اليمين الحاسمة متى اقتنعت بعدم جديتها وكونها غير منتجة في النزاع وأن تقدير موجبات اليمين إنما يخضع لسلطة محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله ، راجع : المحكمة الاتحادية العليا - دولة الإمارات العربية المتحدة ، الأحكام المدنية والتجارية - الدائرة المدنية والتجارية ، الطعن رقم ٥٦٢ - لسنة ٢٢ - تاريخ الجلسة ١٤ / ١٢ / ٢٠٠٣ - مكتب فني ٢٥ رقم الجزء ٤ - ص ٢٤٩٠ .

لإثبات دعواه سيما عندما يتشدد القانون في اقتضاء أدلة معينة للإثبات ويتمسك الخصم الآخر بذلك ، فإن حلفها الخصم فقد أثبت إنكاره لصحة الادعاء ويتعين رفضه ، وإن نكل كان ذلك بمثابة إقرار ضمني بصحة الادعاء ووجب الحكم عليه بمقتضى هذا الإقرار^(١).

وحجية اليمين الحاسمة قاصرة على من وجهها ومن وجهت إليه ، ولا يتعدى أثرها إلى غيرهما من الخصوم وينبني على ذلك أنه إذا شاب اليمين الموجهة إلى أحد الخصوم بطلان فلا يمتد أثر هذا البطلان إلى غيره ممن وجهت إليه اليمين صحيحة ، كما أنه ليس لغير من وجهت اليمين الحاسمة إليه أن ينازع فيها ، أو يعترض على توجيهها وكل ما للغير هو ألا يحاج بأثر هذه اليمين^(٢).

والسؤال المهم : هل يجوز تجزئة اليمين الحاسمة عن واقعة مشتركة بين الخصوم في موضوع لا يقبل التجزئة ؟

للإجابة عن هذا التساؤل نجد أن نصوص قانون الإثبات والتحكيم وكذلك العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية قد خلت من حكم ينظم حالة توجيه اليمين إلى اثنين أو أكثر عن واقعة مشتركة بينهم في موضوع لا يقبل التجزئة ، ولكن محكمة النقض تعرضت لتلك الحالة في حكمها الصادر بجلسة ٢٠١٩ / ٣ / ١٨ ، حيث قالت في هذه الحالة سالفه البيان لا يجوز حرمان الخصم الذي يعوزه الدليل إلى الاحتكام إلى ذمة خصمه ، ومن ثم لا يجوز

(١) الطعن رقم ٢٠٥٥ - لسنة ٦٨ - تاريخ الجلسة ٣ / ٦ / ٢٠٠٩ .

(٢) الطعن رقم ٠٤٢٣ لسنة ٢٦ ق ، ١٢ / ٤ / ١٩٦٢ مكتب فني ١٣ ص ٤٥٥ .

تجزئة اليمين الحاسمة بتوجيهها إلى بعض من وجهت إليهم دون البعض الآخر على خلاف إرادة صاحبها لأنها لا تحقق الغرض الذي يرمى إليه من توجيهها ، كما لا يصح الامتناع عن توجيهها تحسبا لما قد يقع من اختلاف في مواقف الموجهة إليهم اليمين الحاسمة في الحلف أو النكول ، ذلك أنه مع قيام هذا الاحتمال ، فإنه يحتمل أيضا أن يتخذ موقف من وجهت إليهم ، وليس أحد الاحتمالين أولى من الآخر بما يتعين معه توجيه اليمين إليهم ، فإن اتحد موقفهم في الحلف أو النكول وجب الأخذ بما يسفر عنه توجيهها بحيث يترتب على نتيجهتها الفصل في الدعوى ، أما إذا اختلف موقف من وجهت إليهم اليمين الحاسمة فحلف البعض ونكل البعض الآخر وكانت يمين كل منهم يتعدى أثرها إلى الآخر ولا سبيل للتفضيل بينهم ، فلا مناص من إهدارهما معا بحيث يضحى على موجه اليمين الحاسمة أن يلجأ في إثبات دعواه إلى طرق الإثبات الأخرى غير اليمين الحاسمة^(١).

شروط توجيه اليمين الحاسمة :

طلب الخصم توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه ، شأن أي طلب لا بد وأن يكون مستوفيا الشروط الموضوعية الواجب توافرها لإمكان أن تأذن محكمة التحكيم للخصم بتوجيهها ، وشأن أدلة الإثبات الأخرى اليمين ، لا ترد إلا على وقائع ، فلا يجوز توجيه اليمين أو حلفها بالنسبة لمسائل قانونية^(٢) ، ومن ثم نعرض لتلك الشروط على النحو التالي :

(١) الطعن رقم ١٨٣٠٣ لسنة ٨٥ق ، جلسة ١٨ / ٣ / ٢٠١٩ .

(٢) راجع : د/ فتحي والى ، التحكيم ، مرجع سابق ، صـ ٣١٨ .

الشرط الأول: أن يتم توجيهها من قبل أحد الخصوم إلى الخصم الآخر وهو حق متبادل لكلا الطرفين : وهذا هو الأصل أن توجه من قبل الخصوم إلى بعضهم البعض ولكن استثناءً:

١ - يجوز للوصي أو القيم أو وكيل الغائب أن يوجه اليمين الحاسمة للخصم الآخر ، ولكن في حدود ما يجوز له التصرف فيه .
وقد قضى في هذا الشأن أن الطاعن حضر عنه الأستاذ..... وطلب توجيه اليمين الحاسمة إلى المطعون ضده، وقدم ضمن أوراق الطعن التوكيل رقم لسنة ١٩٩٦ عام الأقصر الصادر له - وآخر - من الطاعن يخوله رفع الطعن المائل وهو ذات التوكيل الذي حضر بموجبه أمام محكمة الاستئناف وقد أجاز له الطاعن طلب توجيه اليمين الحاسمة، وكانت الواقعة محل الاستحلاف متعلقة بالنزاع ومنتجة في الدعوى، وإذ رفض الحكم المطعون فيه هذا الطلب بمقولة أن وكيل الطاعن لم تصدر له وكالة خاصة تخوله توجيه اليمين الحاسمة، وبالرغم من أن الثابت بمحضر جلسة ٧/٣/١٩٩٨ أن محكمة الاستئناف قد اطلعت على سند الوكالة المشار إليه وأثبتت تضمنه تفويض وكيل الطاعن في توجيه تلك اليمين، فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً بمخالفة الثابت في الأوراق التي أدت به إلى الخطأ في تطبيق القانون والإخلال بحق الدفاع بما يوجب نقضه^(١).

(١) نقض مدني: الطعن رقم ٢٠٥٥ - لسنة ٦٨ - تاريخ الجلسة ٣ / ٦ / ٢٠٠٩ .

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٤٦٣)

٢ - يجوز لو كيل أحد طرفي الخصومة توجيه اليمين الحاسمة، وكذلك قبولها أو ردها على الخصم الآخر، ولكن بشرط وجود توكيل خاص باليمين.

الشرط الثاني: أن يبين الخصم الذي يوجه اليمين الوقائع التي يريد استحلاف خصمه عليها :

يشترط في الواقعة محل اليمين الحاسمة الآتي:

١ - أن تكون الواقعة المراد إثباتها باليمين من الوقائع أو التصرفات المقبولة قانوناً، فلا يجوز توجيه اليمين في واقعة مخالفة للنظام العام، كأن يطلب شخص من شخص آخر حلف اليمين على دين نتيجة قمار، وأن توجه في خصوص الواقعة التي ينحسم بها النزاع ولا يجوز توجيهها إذا كانت تنصب على مجرد دليل في الدعوى^(١).

٢ - يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها باليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين، لأن الأمر يتعلق بذمة الحالف، فيجب أن تكون الواقعة متعلقة بشخصه بالذات، فإن لم تكن كذلك، فيكلف بالحلف على مجرد علمه بالواقعة، كما لو كانت الواقعة متعلقة بشخص المورث، كأن تكون تلك الواقعة إثبات دين في ذمة المورث، فإن الوارث لا يحلف إلا أنه لا يعلم أن مورثه كان مديناً للدائن، وهذه اليمين تسمى بيمين العلم أو الاستيثاق^(٢).

(١) نقض مدني: لطنع رقم ١٧٠٩ - لسنة ٧٢ - تاريخ الجلسة ١٨ / ٨ / ٢٠٠٣ -

مكتب فني ٥٤ ص - ١١٤١ .

(٢) انظر: السنهوري، مرجع سابق، بند ٢٧٢، ص - ٦٨٣ .

وفي هذا المعنى قضت محكمة التمييز أنه يتعين في اليمين الحاسمة التي يوجهها أحد الخصوم للخصم الآخر أن تكون الواقعة التي تنصب عليها متعلقة بالدعوى وبشخص من وجهت إليه فهي شرعت لتكون الملاذ لطالبا عندما تعوزه وسائل الإثبات الأخرى التي يصرح له القانون بتقديمها للتدليل على صحة ما يدعيه فيحتكم إلى ذمة خصمه في أمر يعتبر هو مقطع النزاع فيما نشب بينهما حوله وأعوز موجهها الدليل على ثبوته، ويترتب على حلفها أو النكول عنها ثبوته أو نفيه على نحو ينحسم به النزاع حوله ويمتنع معه الجدل في حقيقته، إذ يضحى الدليل المستمد من حلفها أو النكول عنها وحده دعامة كافية لحمل قضاء الحكم^(١).

وإذا نازع الخصم في اليمين الموجهة إليه بأن الواقعة المنطبق عليها اليمين لا تتعلق بشخصه، فإنه يتعين على محكمة التحكيم أن تفصل في منازعته وأن توجه إليه اليمين على مقتضى ما تنتهي إليه وأن تحدد له جلسة لحلفها إن رأت توجيهها إليه، ولا يجوز اعتباره ناكلا قبل الفصل في هذه المنازعة^(٢).

الشرط الثالث: أن تكون صيغة اليمين واضحة على موضوع الحلف :

لهيئة التحكيم فضلاً عن قبول طلب توجيه اليمين وإصدار حكماً بذلك، فإنها أيضاً تحدد صيغة الحلف، وإذا ما وجهت اليمين الحاسمة بصيغة معينة،

(١) راجع : محكمة التمييز - الأحكام المدنية - الدائرة المدنية والتجارية الطعن رقم

٤١ - لسنة ٢٠٠٦ - تاريخ الجلسة ٢١ / ٦ / ٢٠٠٦ - مكتب فني ٢ رقم الجزء ١ ،

ص - ٢١٤ .

(٢) نقض مدني : الطعن رقم ٢٠٥٥ - لسنة ٦٨ - تاريخ الجلسة ٣ / ٦ / ٢٠٠٩ .

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٤٦٥)

فإنها لا تملك تغيير هذه الصيغة تغييراً يؤثر في مدلولها ومعناها ، إذ الشأن في ذلك هو لمن يوجه اليمين دون غيره^(١) وتكون تأدية اليمين شفهاً وبالصيغة التي حددتها الهيئة إعمالاً للمادة ١٢٧ إثبات .

وتطبيقاً لذلك قضي بأنه : لما كان ما تقدم وكان البين بالأوراق أن وكيل الشركة المحكوم عليها قد طلب توجيه اليمين الحاسمة للممثل القانوني للشركة المحكوم لها وحدد الوقائع التي يريد استحلافه عليها وكانت هذه الوقائع غير مخالفة للنظام العام ومتعلقة بشخص من وجهت إليه وذكر المحكوم عليه الصيغة المراد توجيهها للممثل القانوني للشركة المحكوم لها مما تجيبه المحكمة لطلبه على النحو الوارد بمنطوق هذا الحكم إلا أن المحكمة تعدل صيغة اليمين لتكون أكثر وضوحاً ودقة ، عملاً بالمادة ١٢٣ إثبات^(٢) .

وفي هذا المعنى لما كان المقرر في قضاء هذه المحكمة أن اليمين الموجهة من أحد الخصوم إلى خصمه لا تحسم النزاع إلا بخصوص الواقعة محل الحلف ، وكان الثابت بالأوراق أن اليمين الحاسمة التي حلفها الطاعن الأول اقتصر صيغتها على العبارة الآتية: أقسم بالله العظيم وبكتابه الكريم بأني لم أستلم من المدعين أي مبالغ نقدية لتصليح أو شراء سيارات وأنه لا

(١) راجع حكم المحكمة الاقتصادية رقم ٥٢٤ - لسنة ٤ - تاريخ الجلسة ١٨ / ١٢ / ٢٠١٢ .

(٢) راجع حكم المحكمة الاقتصادية رقم ٥٠٤ - لسنة ٤ - تاريخ الجلسة ١٨ / ١٢ / ٢٠١٢ .

يوجد لهم أي مبالغ في ذمتي من أجل السيارات والله على ما أقول شهيد - وهي الصيغة التي أقرتها المحكمة وفقا للمادة ٦٦ من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية وفي حكمها المؤرخ ٣٠/٣/٢٠١١ وبين منها أنها تقتصر على ما يتعلق بالسيارات فحسب من وقائع النزاع؛ كما أن الصيغة التي حلفها كل من المدعين - المطعون ضدهم - اقتصرت على عدم تسلم المبالغ المستحقة وفروقتها بين ما قاموا بتحويله للطاعن وما تم شراؤه من عقارات؛ ولم تتضمن صيغة اليمين إشارة إلى ملكية حصص في الفيلا أو الشقق. وبرغم ذلك فإن الحكم المطعون فيه قضي بعدم جواز الاستئناف المقدم من الطاعنين برتمه وأعرض عن بحث موضوعه وأسبابه التي لا تتصل بنطاق اليمين الحاسمة وإنما تتصل بوقائع أخرى في الدعوى خرجت عن محل حلف اليمين - على نحو ما ورد بأوجه النعي مما يعيب الحكم المطعون فيه بقصور الأسباب وفساد الاستدلال والإخلال بحق الدفاع ومن ثم يتوجب نقضه^(١).

الآثار القانونية الناتجة عن توجيه اليمين الحاسمة :

يترتب على توجيه اليمين الحاسمة آثار قانونية في مواجهة كل من طرفي الخصومة، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: أثر اليمين الحاسمة على من قام بتوجيهها :

١ - تنازل الخصم الذي وجهها عن حقه في تقديم أدلة أخرى لإثبات

موضوع اليمين:

(١) راجع : نقض مدني ، إمارة أبو ظبي الطعن رقم ١٠٠٨ - لسنة ٢٠١١ - تاريخ

الجلسة ٢٣ / ١٠ / ٢٠١٢ - مكتب فني ٦ رقم الجزء ٤ - ص ١٧١٩ .

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٤٦٧)

يترتب على توجيه اليمين الحاسمة التنازل عما عداها من البيئات بالنسبة للواقعة المتعلقة بها ، كما لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذي وجهت إليه .

٢ - إلزامية قبول نتائج توجيه اليمين تبعاً لتصرف الخصم الذي وجهت

إليه:

ثانياً: أثر اليمين الحاسمة على من وجهت إليه :

١ - أن يقر الخصم الموجه إليه اليمين بصحة الواقعة المطلوب الحلف

عليها:

يحصل أن لا يؤدي الخصم اليمين معترفاً بالوقائع المطلوب الحلف عليها، فيكون لهذا الاعتراف قوة الإقرار القضائي في الإثبات، ويترتب عن ذلك أن تأخذ الهيئة وتقضي به دون حاجة لحلف اليمين، لأن الغرض من اليمين قد تحقق بإقرار الخصم بواقعة النزاع.

٢ - أن يرد اليمين على من وجهها إليه :

يحق لكل خصم توجه إليه اليمين حق ردها على من وجهها، ويتوجب على من ترد عليه اليمين أن يحلف اليمين وإلا اعتبر ناكلاً عنها، يستوجب الحكم عليه، كما لا يجوز رد اليمين على الخصم مرة ثانية إذا رفض من وجهت إليه اليمين من أدائها^(١).

٣ - أن ينكل عن حلف اليمين أو ردها إلى الخصم :

(١) انظر : د/ السنهوري ، مرجع سابق ، صـ ٧٣١ .

قد يحصل أن يرفض الخصم الذي وجهت إليه اليمين من حلفها، ويمتنع أيضاً عن ردها إلى من وجهها إليه، ويترتب عن ذلك أن يخسر الممتنع دعواه في الواقعة المتعلقة بها، وذلك لأن النكول يعتبر اعترافاً بالواقعة المطلوب الحلف عليها.

٤ - أن يحلف اليمين :

يترتب على قيام من وجهت إليه اليمين بحلفها، الحكم لصالحه في الواقعة المتعلقة بها.

المقصد الثاني

دور المحكم في استكمال الدليل الناقص باليمين المتممة

اليمين المتممة إجراء يتخذه المحكم من تلقاء نفسه رغبة منه في تحري الحقيقة، لتستكمل محكمة التحكيم عقيدتها، وكانت هذه اليمين لا تحسم النزاع، فإن المحكم -من بعد توجيه هذا اليمين- يكون له مطلق الخيار أن يقضى على أساس اليمين التي أدت، أو على أساس عناصر إثبات أخرى اجتمعت له قبل حلف هذه اليمين، أو بعد حلفها، فهي ليست حجة ملزمة للمحكم، بل له أن يأخذ بها بعد أن يؤديها الخصم أو لا يأخذ بها^(١).

وفي هذا المعنى قضت محكمة التمييز بأن اليمين المتممة إجراء يتخذه القاضي من تلقاء نفسه رغبة منه في تحري الحقيقة ليستكمل به دليلاً ناقصاً في

(١) راجع في هذا المعنى : د/ أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٦٧، د/ عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، مرجع سابق، ص ٣٠٦ وما بعدها، د/ أحمد هندي، التحكيم، مرجع سابق، ص ٥٨.

الدعوى، أو إذا وجد أن ما قدم في الدعوى من أدلة لا تكفي لتكوين عقيدته وإصدار حكمه بناء عليها، وله أن يوجهها إلى أي من الخصمين حسبما يتراءى له من ظروف الدعوى ومقدار ما يوحيه إليه هذا الخصم أو ذاك من ثقة، وهي لا تحسم النزاع، فللقاضي يعد حلفها أن يقضي على أساسها باعتبارها مكملة لعناصر الإثبات الأخرى القائمة في الدعوى ليبني على ذلك حكمه في موضوعها أو قيمة ما يحكم به^(١).

ويستلزم توجيه اليمين المتممة أن يكون لدى كل من الطرفين مبدأً ثبوت لا يرقى إلى مرتبة الدليل الكامل، فإذا ما وجهت الهيئة اليمين إلى أحد الخصمين وحلفها وقدرت من ذلك أن الدليل الكامل قد توافر على صحة ما يدعيه، فليس في ذلك ما يناقض ما سبق أن قرره في حكمها الصادر بتوجيه اليمين من أن كلا من الطرفين يستند في دعواه إلى دليل له قيمته^(٢) إذاً فهو طريق إثبات ذات أثر تكميلي ذو قوة محدودة، ولأن العبرة أساساً هي بمدى اطمئنان المحكم إلى صحة الواقعة محل النزاع في مجموعها سواء حلف اليمين الجميع الموجهة إليهم، أو بعضهم.

وإذا لم يناع من وجهت إليه اليمين لا في جوازها ولا في تعلقها بالدعوى وجب عليه إن كان حاضراً بنفسه أن يحلفها فوراً أو يردها على خصمه وإلا اعتبر ناكلاً، ويجوز لمحكمة التحكيم أن تعطيه ميعاداً للحلف إذا رأت لذلك

(١) راجع: محكمة التمييز - البحرين - الطعن رقم ١٣٦ - لسنة ٢٠٠٣ - تاريخ

الجلسة ٢٣ / ٢ / ٢٠٠٤ - مكتب فني ١٥، ص ١٥٧.

(٢) انظر: الجمال وعكاشة، مرجع سابق، بند ٤٨٣، ص ٧٠٦.

وجها ، فإن لم يكن حاضرا ووجب تكليفه للحضور لحلفها بالصيغة التي أقرتها محكمة التحكيم ، وفي اليوم الذي حددته ، فإن حضر وامتنع دون أن ينازع أو تخلف بغير عذر اعتبر ناكلا .

وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض ، أن من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه يجوز الطعن في الأحكام الصادرة بناءً على النكول عن اليمين الحاسمة متى كان مبنياً على أن اليمين وجهت في غير حالاتها أو على بطلان إجراءات توجيهها ، وأنه إذا نازع الخصم في اليمين الموجهة إليه بأنه غير جائز توجيهها طبقاً للقانون فإنه يتعين على المحكمة أن تفصل في منازعته وأن توجه إليه اليمين على مقتضى ما تنتهي إليه وأن تحدد له جلسة لحلفها إن رأت توجيهها إليه ولا يجوز اعتباره ناكلاً قبل الفصل في هذه المنازعة^(١) .

ومن الجدير بالذكر أن الدليل الناقص الذي يكمل باليمين المتممة ، لا يشترط أن يكون كتابة أو مبدأً ثبوت بالكتابة ، بل يصح أن يكون بينة ، أو قرائن يرى فيها المحكم مجرد مبدأً ثبوت عادي ، وإن كان يجعل الإدعاء قريب الاحتمال ، إلا أنه غير كاف بمجرد تكوين دليل كامل يقنعه فيستكمل باليمين المتممة .

وليس معنى القضاء باليمين المتممة ، وكون هيئة التحكيم توجيهها من تلقاء نفسها ، أنها حرية مطلقة للمحكمين فحسب ، بل يشترط لتوجيه اليمين المتممة ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل ، وأن يكون بها مبدأً ثبوت يجعل

(١) نقض مدني: الطعن رقم ٥٧٧٧ - لسنة ٧٥ - تاريخ الجلسة ١٢ / ٢ / ٢٠٠٦ -

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٤٧١)

الإدعاء قريب الاحتمال، وإن كان لا يكفي بجرده لتكوين دليل كامل فيستكملة المحكم باليمين المتممة، ولهذا الأخير الحرية في تعيين من يوجه إليه هذه اليمين من الخصوم، وهو يراعى في ذلك من كانت أدلته أرجح ومن كان أجدر بالثقة فيه والاطمئنان إليه^(١) ولمحكمة التحكيم بعد حلف اليمين المتممة أن تقضي على أساسها باعتبارها مكمله لعناصر الإثبات الأخرى القائمة في الدعوى، وليبني على ذلك حكمه في موضوعها، أو في قيمة ما يحكم به، كما أن له الخيار في الاعتداد بها أو التجاوز عنها.

وفي هذا المعنى قضت محكمة تمييز البحرين بأنه لما كان القرض محل الدعوى إنما أبرمته الطاعنة متعلقاً بأعمالها التجارية، فهو إذن عمل تجاري يجوز إثبات براءة ذمة المدين به بكافة طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن، و من ثم يجوز توجيه اليمين المتممة لأي من طرفي الخصومة متى رأت المحكمة في أقوال الشهود الذين سمعتهم أو القرائن في الدعوى، غير كافية لإقناعها، وكانت ورقة التنازل المشار إليها بسبب النعي قد خلت مما يقطع بقيام المديونية المطالب بها، وإنما مفادها التزام المطعون ضدها - بعد بيع الطاعنة للسيارة - بأن تفي بما يغطي حسابها المدين، إذا لم يفي الثمن به، كما تلتزم الطاعنة بأن تؤدي لها ما يزيد عن مبلغ الدين من الثمن، ومن ثم فلا تعد

(١) انظر: د/ فتحي والي، قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٣٠٥، ص ٥٥٦،

د/ سحر عبدالستار إمام، دور القاضي في الإثبات، مرجع سابق، بند ٢٤٩، ص ٤٢٦.

دليلاً كتابياً كاملاً يمنع المحكمة من توجيه اليمين المتممة إذا ما رأت عدم كفاية أقوال الشهود لتكوين اقتناعها^(١).

وإذا كانت اليمين المتممة توجه في الأصل إلى الخصم الذي له حق المطالبة بالإثبات، إلا أنه إذا كان هذا الخصم شخصاً معنوياً، فليس هناك ما يمنع من قيام المحكمين بتوجيهها إلى ممثله القانوني في حدود نيابته عنه^(٢).

الفرع الثاني

دور المحكم في القضاء بالنكول عن اليمين

لهيئة التحكيم سلطة تقديرية في القضاء بالنكول عن اليمين، وليس بالضرورة الحكم بالقضاء لحالف اليمين، فقد تقف هيئة التحكيم على أدلة

(١) راجع: محكمة التمييز - البحرين - الطعن رقم ٤٤ - لسنة ٢٠٠٥ - تاريخ

الجلسة ٣١ / ١٠ / ٢٠٠٥ - مكتب فني ١٦، ص ٧٦٠.

(٢) وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض بأنه: لما كان ذلك و كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر و قضى بتأييد الحكم الابتدائي الذي انتهى إلى رفض الدعوى إعمالاً للأثر المترتب على سقوط الدعوى بالتقادم بعد أن رفض طلب تحليف رئيس مجلس إدارة الشركة المطعون ضدها على أن الشركة قد أوفت الطاعن مبلغ ٧٨٢ ج و ٣١٤ م الذي أظهره الخبير في تقريره بمقولة أن اليمين التي طلب الطاعن توجيهها إليه غير جائزة لورودها على عمل لم يصدر منه شخصياً مع أن أداء الشركة الأجور لعمالها هو مما تتسع له نيابة رئيس مجلس الإدارة عنها. و تحجب بذلك عن توجيه اليمين إليه و الفصل في الدعوى بناء على ما يسفر عنه توجيه اليمين فإنه يكون فصلاً عن خطئه في تطبيق القانون قد شابه القصور بما يستوجب نقضه، راجع: الطعن رقم ٥٨٣ لسنة ٤٨

ق، جلسة ١٩٨٢ / ١١ / ٢٩، مكتب فني ٣٣ ص ١٠٨١

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٤٧٣)

جديدة تساهم في تكوين عقيدتها ، حتى بعد الحلف ، فقد يطرأ ما يجعل هيئة التحكيم تقتنع بعدم صحة إدعاء الخصم الذي حلف فتحكم ضده ، لما لها من سلطة تقديرية في بناء الحكم على اليمين التي أدت ، أو على أي أساس من عناصر الإثبات الأخرى ، كما لها حرية استخلاص ما تراه اتجاه النكول ، ولها في سبيل ذلك إعادة تقدير الأدلة الناقصة من أجل بناء قناعتها^(١) .

ومن ثم فإن هيئة التحكيم لها الحرية في عدم الأخذ بالنكول إذا لم تطمئن إليه على أن تبين ذلك في أسباب حكمها من أجل الوصول إلى المقاصد المطلوبة من القضاء باليمين ، أو النكول عنه وإعمالاً للمادة التاسعة من قانون الإثبات ، كما لها الحرية في العدول عن الأخذ بنتيجة الإجراء مع بيان الأسباب^(٢) ، لأن تقدير الأدلة من اطلاقات محكمة الموضوع هيئة التحكيم - بغير معقب عليها ما دام تقديرها سائغاً لا ياباه المنطق السليم ، وكانت اليمين المتممة لا تعتبر حجة ملزمة وليس لها نتائج محتمة فلا تتقيد بها المحكمة التي أمرت بتوجيهها ولها أن تعدل عنها أو لا تعتد بها بعد حلفها وتقضى بغير موجبها .

الفرع الثالث

موقف الفقه الإسلامي من الإثبات بالنكول عن اليمين

النكول عن اليمين هو الامتناع عنها حينما توجه إلى المدعى عليه من القاضي بطلب المدعي ، فإذا لم يكن للمدعي بينة وطلب يمين المدعى عليه فنكل ،

(١) د/ سحر عبدالستار ، مرجع سابق ، بند ٢٥٦ ، صـ ٤٣٥ .

(٢) نقض مدني : الطعن رقم ٨٤٣١ - لسنة ٨٥ - تاريخ الجلسة ٥ / ٤ / ٢٠١٧ .

ولا يقضى عند الجمهور بالنكول^(١): لأن النكول كما يحتمل أن يكون امتناعاً وتحرزاً عن اليمين الكاذبة، يحتمل أن يكون تورعاً عن اليمين الصادقة، فلا يقضى للمدعي مع تردد المدعى عليه، إذ لا يتعين بنكوله صدق المدعي، فلا يجوز الحكم له من غير دليل، فإذا حلف المدعي كانت يمينه دليلاً عند عدم ما هو أقوى منها .

وتوجيه هذا القول هو أن نكول المدعى عليه أضعف من شاهد المدعي، فالأولى أن يقوى بيمين الطالب، إذ النكول ليس بينة من المدعى عليه ولا إقراراً، فلم يقو على الاستقلال بالحكم، فإذا حلف معه المدعي قوي جانبه^(٢).
وقال أبو حنيفة وأصحابه يقضى عليه بنكوله^(٣)، ذلك لأن الشهادة لما كانت لإثبات الدعوى واليمين لإبطالها، وجب أن نكل أن تحقق عليه الدعوى،

(١) مغني المحتاج: (٤/ ١٥٠) المذهب: (٢/ ٣١٨) بداية المجتهد: (٢/ ٤٥٤)، الشرح الكبير للدردير (٤/ ١٤٦) المغني: (٩/ ٢٣٥)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: مرجع سابق، ص ١١٦ .

(٢) انظر: الأم للشافعي (٧/ ٣٤) وانظر أيضاً م (٣/ ٤٥١) وانظر أيضاً فقه السنة للشيخ سيد سابق، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان الطبعة: الثالثة، ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ .

(٣) غير أن مذهب أبي حنيفة بالقضاء بالنكول منتقد من وجوه: الأول: إن النكول لا يدل على أن الحق قد ثبت على الناكل، لأنه قد يمتنع عن الحلف تورعاً وترفعاً حتى وإن كان صادقاً في إنكاره للدعوى، الثاني: قالوا لهم إنكم قد خالفتم قضاء عثمان رضي الله عنه، فإنه لم يقض بالنكول في بعض الوقائع التي رفعت إليه. يقول ابن حزم: "فكيف وقد خالفوا عثمان في هذه القضية نفسها، لأنه لم يجز البيع بالبراءة إلا في

وقالوا إن عثمان رضي الله عنه قد قضى بالنكول، ولم يعلم له مخالف من الصحابة فكان ذلك إجماعاً .

ودلوا على رأيهم بأن المعنى السابق يستفاد من الآية الكريمة في شأن الوصية في السفر " فَإِنْ عُثِرَ عَلَىٰ أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْمًا فَآخَرَانِ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأَوْلِيَانِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتِهِمَا وَمَا اعْتَدَيْنَا إِنَّا إِذَا لَمِنَ الظَّالِمِينَ، ذَلِكَ أَذْنَىٰ أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَىٰ وَجْهٍ أَوْ يَخَافُوا أَنْ تُرَدَّ أَيْمَانٌ بَعْدَ أَيْمَانِهِمْ " (١) .

هذه الآية أفادت رد اليمين إلى الجهة التي شرعت فيها أولاً وهي الشاهدان إلى غيرهما، ويؤخذ منه رد اليمين من المدعى عليه إلى غيره .

عيب لم يعلمه البائع، وهذا خلاف قولكم. ومن العجيب أن يكون حكم عثمان بعضه حجة وبعضه ليس بحجة، هذا على أن مالك بن أنس روى هذا الخبر عن يحيى بن سعيد الأنصاري عن سالم بن عبد الله فقال فيه عن أبيه: فأبى أن يحلف وارتجع العبد فدل هذا على أنه اختار أن يرتجع العبد فرده إليه عثمان برضاه، الثالث: إن دعوى الإجماع غير صحيحة، فالإجماع يكون صحيحاً بعدم المخالف، لا بعدم العلم بالمخالف، وفرق بين عدم المخالف وعدم العلم به راجع: المحلى لابن حزم، ط دار الاتحاد العربي مصر (١٠ / ٥٣٣ - ٥٣٤) الطرق الحكمية لابن القيم ص ١٣٧، بداية المجتهد (٢ / ٤٦٩) .

(١) سورة المائدة، الآيات (١٠٧ / ١٠٨) .

كذلك استدلو بما رواه الدار قطني والحاكم في المستدرک وصحح إسناده عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قدر رد اليمين على طالب الحق ^(١).
والسؤال المهم هل تنقضي الدعوى إذا حلف المنكر عند عجز المدعي من تقديم بيته؟ أو بمعنى آخر هل يجوز للمدعي أن يقدم بينة بعد إحلاف المدعى عليه اليمين؟

لا شك أن المدعى عليه إذا أقر بالدعوى إقراراً صحيحاً، أو ثبتت عليه الدعوى بشهود المدعي، وحكم القاضي بناء على ذلك انقطع النزاع بينهما لاتصال الحكم بالدليل الذي يؤدي إلى الحق غالباً، ولكن هل يعتبر الحال كذلك عند اتصال الحكم باليمين؟

فجمهور الفقهاء يرون سماع بينة المدعي بعد حلف المدعى عليه اليمين، ويعتبرون إنهاء الدعوى باليمين إنما هو إنهاء مؤقت يمكن أن تعاد مرة أخرى إذا قدم المدعي البينة التي كان قد عجز عن تقديمها قبل اليمين، ويقولون إن

(١) سنن الدار قطني (٤/٢١٣) وهذا الرأي لم يسلم أيضاً من النقد أولها: إن استدلالهم بالآية لا يستقيم لهم في موضوع النزاع، لأنها تدل على أن شاهدين يقومان مقام شاهدين آخرين ظهر كذبهما بعد الحلف، وليس ذلك موضوع الخلاف، ثم إن الشافعية والمالكية وهم من أنصار هذا المذهب يقولون بنسخ هذه الآية بالآيات التي تمنع ولاية الكافر على المسلم، والشهادة فيها ولاية على المشهود عليه، ولذا فقد أبطلوا شهادة الكافر على المسلم. فكونهم لم يعملوا بالآية في موضوعها فمن باب أولى ألا استدلو بها هنا، ثانياً: إن حديث ابن عمر الذي استندوا عليه مطعون في إسناده فلا يصح الاعتماد عليه.

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٤٧٧)

البينة العادلة أولى من اليمين الفاجرة، ولأن البينة مثبتة واليمين نافية، والإثبات أولى من النفي، ولأن اليمين تكون مع عدم البينة، فإذا وجدت البينة سقط حكم اليمين، ولأن سقوط الدعوى باليمين ليس موجبا لسقوط الحق، فالحقوق لا تسقط إلا بقبض أو إبراء، وليست اليمين قبضاً ولا إبراء^(١).

ويرى بعض الفقهاء أن اليمين طريق من طرق الإثبات، فإذا حلف المدعى عليه سقط حق المدعي في الدعوى وترتب على ذلك اليمين قطع النزاع.

وقد أيد الإمام الشوكاني رحمه الله في كتابه نيل الأوطار مذهب الجمهور قائلاً: "جميع ما أورده المانعون من الحكم بشاهد ويمين غير نافق في سوق المناظرة عند من له أدنى إلمام بالمعارف العلمية وأقل نصيب من إنصاف، فالحق أن أحاديث العمل بشاهد ويمين زيادة على ما دل عليه قوله تعالى " وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ " ^(٢).

إن الآية والحديث المذكورين يدلان بمفهوم العدد على عدم قبول الشاهد واليمين والحكم بمجردهما، وهذا المفهوم المردود عند أكثر أهل الأصول لا يعارض المنطوق وهو ما ورد في العمل بشاهد ويمين^(٣).

(١) المغنى لابن قدامه (١٠٤/١٠).

(٢) سورة البقرة الآية (٢٨٢).

(٣) نيل الأوطار للشوكاني (٢٨٤/١٠).

المطلب السابع

دور المحكم في الإثبات بالفراصة^(١)

لم ينتبه المشرع الإجرائي ولا المشرع الوضعي، وكذلك الفقه إلى اعتبار الفراسة من وسائل الإثبات يمكن الاعتماد عليها في بناء الأحكام، خلافاً لما أقرته الشريعة الإسلامية من اعتبارها من وسائل الإثبات على رأي جمهور الفقهاء - كما سيتضح - وهذا يتطلب منا الوقوف على تلك الوسيلة في الشريعة الإسلامية لإبراز معناها وضرب الأمثلة على الأخذ بها، ومن ثم نعرض لها على النحو التالي:

(١) ومن نافلة القول أن الفرق بين الفراسة والقرينة يتمثل في الآتي: أولاً: إن القرينة علامة ظاهرة مشاهدة بالعيان، كمن يرى رجلاً مكشوف الرأس وليس ذلك من عادته يعدو وراء آخر هارباً ويبد الهارب عمامة وعلى رأسه عمامة، فهذه قرينة مشاهدة بالعين الحسية ودالاتها كما يقول العلماء واضحة على أن العمامة للرجل مكشوف الرأس، ولا يقال عمن يرى هذه العلامة ويستنتج هذا الحكم إنه متفرس. ثانياً: إن رؤية القرينة لا تتطلب مواصفات معينة في الرائي، كصدق الإيمان وصفاء الفكر وحدة الذكاء، وذلك لأن خطوات الاستنتاج فيها ظاهرة واضحة، حتى أن الدقيق منها كتلك التي تقوم على التجارب العلمية لها أسسها وضوابطها وقانونها الذي يسهل الاطلاع عليه ومعرفته، أما الفراسة فهي تتطلب مواصفات معينة في المتفرس، صدق إيمان أو حدة ذكاء وصفاء فكر، وذلك لأن خطوات الاستنتاج فيها مستترة خفية ثالثاً: إنه يمكن أن تقام البيّنة على وقوع القرينة ويتأكد القاضي من ثبوتها ففي المثال المتقدم قد يشهد اثنان أو أكثر على رؤية الواقعة، أما الفراسة فلا يتوفر فيها ذلك.

الفرع الأول

موقف المشرع الإجرائي من الإثبات بالفراسة

في معرض الحديث تثير تساؤلاً : هل يتعارض الإثبات بالفراسة مع القضاء بالعلم الشخصي للمحكم ؟

للإجابة نقول : من الطبيعي أن يستخدم المحكم خبرته عند تقديره وتفسيره لوقائع الدعوى التحكيمية ، ولكن ليس للمحكم أن يقضى بعلمه الخاص ، إذ مثل هذا القضاء يكون لدى المحكم معلومات خاصة استمدها من معاصرتة للنزاع ، أو خبرته الفنية فإن عليه أن يواجه الخصوم بها قبل بناء الأحكام عليها ، فإن تأكيد المحكم في حكمه على أنه بما له من خبره فنية في المسائل المتصلة بالنزاع المطروح على المحكم يقتنع بسلامة ، أو صحة دليل ما مما يطرح عليه في التحكيم لا يعد قضاء بعلمه الشخصي ، لأنه بذلك لا يجاوز سلطته في تقدير هذا الدليل ، وبناء على ذلك إذا كان لدى المحكم معرفة فنية ككونه متخصصاً في موضوع النزاع ووجد أن المعلومة ، أو الخبرة المقدمة من شاهد فني أو خبير ، لا تتفق مع ما يعرفه هو فإن على المحكم أن ينبه أثناء مناقشته وينبه الطرفين إلى ذلك ، ويبدى لهم رأيه المخالف ويدعوهم إلى مناقشته فيه ، وعلى ذلك فإن لم يفعل كان الحكم الصادر مستنداً إلى المعلومة الفنية غير الصحيحة في رأيه الشخصي الذي لم يكن محلاً للمناقشة في الخصومة والذي يخالف الدليل المستمد من الدعوى ، على أنه يلاحظ أن منع المحكم من القضاء بعلمه الشخصي مقصود منه ألا يستمد قناعته من عناصر غير قائمة في الخصومة ، بأن يعتمد على علمه الشخصي كعنصر من عناصر

الإثبات ، ومع ذلك يجوز للمحكم أن يستخدم معلوماته الشخصية طالما
أعمل مبدأ المواجهة بين الخصوم^(١).

وللمحكم في سبيل تنوير عقيدته وتأكيد اقتناعه بصدد النزاع المعروف
أمامه أن يتخذ إجراء أي تحقيق من تلقاء نفسه ، وهذا الحق وتلك السلطة
قررتها المنظمات الدولية في التحكيم ومراكز التحكيم ، ومن ذلك ما نصت
عليه المادة ٢٠ من لائحة غرفة تحكيم باريس بأن لهيئة التحكيم أن تتخذ
إجراءات الإثبات التي تراها مناسبة شأنها في ذلك شأن قضاء الدولة .

وإذا كانت القاعدة هي ألا يقضى المحكم بعلمه الشخصي ، إلا أنه ينبغي
التخفيف من هذه القاعدة في مجال التحكيم ، لأن المحكم قد يكون من رجال
الأعمال الملمين بالظروف والملايسات المعروفة في الأوساط التجارية ، أو
التي يستطيع من خلالها التعرف على ما يجري من عادات وتقاليد بين التجار ،
وإمام المحكم نفسه بالموضوع لكونه مهنيًا ومتخصصًا في مجال المحاسبة
والشؤون المالية والتحكيم التجاري ، وهذا يمكنه من جمع الأطراف
المتخصصة مباشرة معه والاستماع لها مباشرة والتداول معها والتثبت من كل
نقاط الأخذ والرد مباشرة ، الأمر الذي يوفر الوقت والبيروقراطية الإجرائية^(٢) .

(١) على هيكل ، المرجع السابق ، ص ٤٩ .

(٢) انظر : أ/ على إبراهيم على الفردان ، مقال منشور بمجلة التحكيم الدولي لدى
مجلس التعاون الخليجي ، العدد ١٣ أغسطس ٢٠١١ ، ص ٢٦ .

الفرع الثاني

موقف الفقه الإسلامي من اعتبار الفراسة وسيلة إثبات

وفيه مقصدان :

المقصد الأول

المعنى الفقهي للفراسة

ورد معنى الفراسة في القرآن الكريم ، وفي السنة النبوية الشريفة ، مما يدل على اعتبارها ، كما في قوله تعالى : " إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّمُتَوَسِّمِينَ " ^(١) . فذكر أهل التفسير أن المتوسمين يعني المتفرسين وفي هذا يقول الألويسي : قال الجلال السيوطي : هذه الآية أصل في الفراسة ^(٢) ، ويقول ابن العربي المالكي التوسم : هو تفعل من الوسم وهي العلامة التي يستدل بها على مطلوب غيرها ، وهي الفراسة ^(٣) ، ويقول القرطبي : " هي العلامة التي يستدل بها على مطلوب غيرها " ^(٤) ، ووضحها ابن الأثير بقوله : الفراسة بمعنيين : أحدهما : ما دل عليه ظاهر الحديث ، وهو ما يوقعه الله في قلوب أوليائه ، فيعلمون أحوال الناس بنوع من الكرامات وإصابة الظن والحدس . والثاني : يعلم بالدلائل والتجارب والخلق والأخلاق ^(٥) .

(١) سورة الحجر ، الآية (٧٥) .

(٢) معاني القرآن للفراء ، دار المصرية للتأليف ، ط الأولى (٢ / ٩١) .

(٣) أحكام القرآن لابن العربي (٣ / ١١٩) .

(٤) تفسير القرطبي (١٠ / ٤٤) .

(٥) النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير (٣ / ١٩١) .

وقد جاء في السنة النبوية ما يؤكد هذا المعنى ويدل على اعتبارها أيضاً ومن ذلك: ما روى عن أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "اتقوا فراسة المؤمن فإنه ينظر بنور الله" ^(١).

وعن أنس بن مالك رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: إن لله عبداً يعرفون الناس بالتوسم ^(٢).

ومما سبق يدل على أن الفراسة قد ورد اعتبارها في القرآن الكريم والسنة المطهرة، وأنها سمة من سمات المؤمنين، إذ أن الأحاديث مادحة للمتفرسين، وأن الفراسة مدرك من مدارك المعاني؛ لأن المؤمن المتفرس ينظر بنور الله، فالله عز وجل هو الذي يريه ويفيض عليه.

المقصد الثاني

التطبيق العملي للفراسة في الفقه الإسلامي

١- ما روي من فراسة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه: أنه قال: يا رسول الله لو اتخذت من مقام إبراهيم مصلى، ونزلت الآية "وَاتَّخِذُوا مِنْ مَّقَامِ إِبْرَاهِيمَ مُصَلًّى" ^(٣).

٢- ما روي عن ذي النورين عثمان رضي الله عنه: أنه دخل عليه بعض الصحابة، وكان قد مرّ بالسوق فنظر إلى امرأة، فلما نظر إليه عثمان قال: يدخل أحدكم

(١) المفردات في غريب القرآن للأصفهاني دار القلم - دمشق - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٢ هـ (١/٨٧١).

(٢) المعجم الأوسط للطبراني، دار الحرمين، القاهرة (٣/٢٠٧).

(٣) سورة البقرة، الآية (١٢٥).

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٤٨٣)

عليّ وفي عينيه أثر الزنا". فقال له: أَوْحِيَاً بَعْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ؟ ، قال عثمان: لا ولكن فراسة صادق^(١).

٣- ما روي من فراسة عبد الله بن عمر رضي الله عنهما في الحسين بن علي رضي الله عنهما لما ودَّعه قال: أستودعك الله من قتيل، ومع الحسين رضي الله عنهما كتب أهل العراق تناشده الحضور لنصرته، فكانت فراسة ابن عمر أصدق من كتبهم^(٢).

وهذا يدل على كثرة الأمثلة تجل عن الحصر، ولكن الذي يبدو هو خفاء طريق الاستنتاج، وأن المتفرس يدرك الأمر بأسلوب مستتر، فقد يكون استنتاجه هذا مبنياً على علامات خفية تفرسها، وقد يكون مبنياً على خواطر إلهامية قذفها الله في قلبه ونطق بها لسانه .

(١) الطرق الحكمية لابن القيم صـ ٣٦ ، تبصرة الحكام لابن فرحون (١٠٣/٢) .

(٢) تفسير الفخر الرازي (٤٩٦/٥) .

الخاتمة

نسأل الله - تعالى - أن يحسنها :

لا شك أن دور المحكم في الإثبات التحكيمي من أهم أعمال المهمة التحكيمية ، حيث يقوم المحكم بعمل فني لبناء حكم التحكيم .
ولسنا بصدد تكرار ما سبق وأن ذكرناه أثناء معالجتنا لموضوعات هذه الدراسة ، ولكن توجد بعض الملاحظات والاستنتاجات التالية :

أولاً : النتائج :

- ١ - يقصد بالإثبات قانوناً إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المحددة قانوناً على وجود واقعة قانونية ، ترتب في مواجهة من ينكرها أثراً قانونياً لمن يدعيها .
- ٢ - يقصد بالإثبات في الفقه الإسلامي الحكم بثبوت شيء لآخر بالبينة التي أباحها الشارع .
- ٣ - المحكم هو الشخص الذي يعهد إليه الفصل في المنازعات بوصفه عضواً في محكمة تحكيمية في ضوء الأدلة والمستندات المقدمة إليه والقانون المختار بواسطة الخصوم .
- ٤ - يعد الإثبات أداة ضرورية لتحقيق الوقائع القانونية ، كما يعتبر مبعث حياة الحق وأخيراً وسيلة لإقناع المحكم .
- ٥ - يقصد بمبدأ الحياد في مرحلة الإثبات وقوف المحكم موقفاً سلبياً من كل الخصمين علي السواء .
- ٦ - يلتزم المحكم بواجب الإفصاح عن الظروف والوقائع التي من شأنها إثارة شكوك حول حياديته اتجاه أطراف التحكيم .

٧- يجب على المحكم مراعاة النظام العام وتجدر الإشارة إلى التفرقة بين تعلق اتفاق التحكيم بالنظام العام، وبين موضوع التحكيم ومدى اتفاقه مع النظام العام، حيث الأول يجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً، أما الثاني فمخالفته للنظام العام مصيره البطلان.

٨- من الواجبات الإجرائية على الخصوم واجب حضورية الأدلة ويقصد به كل دليل يقدم في الدعوى من جانب أحد الخصوم يجب أن يطرح على الخصم الآخر لمناقشته والرد عليه.

٩- وجوب اتفاق تصرفات الخصوم مع أحكام القانون وقيم المجتمع وأخلاقياته والكشف عن الحقيقة والمعاونة في الإثبات التحكيمي.

١٠- الاستجواب قانوناً هو مثول الخصم شخصياً أمام محكمة التحكيم للإجابة بنفسه عن الوقائع التي ترى لزوم وأهمية سؤاله عنها، فهو إجراء تحقيق يباشره المحكم بهدف استجلاء بعض عناصر ووقائع الدعوى لانتزاع إقرار الخصم بها توصلًا لمعرفة وجه الحق في الدعوى إما الإقرار بإثبات المزاعم أو الدفاع.

١١- الاستجواب في الفقه الإسلامي هو سؤال المحكم الخصم عن وقائع معينه في مقر هيئة التحكيم لغرض الحصول على المراد منه، أو لتلمس المحكم حقيقة النزاع الموصلة لإثبات الحق في الدعوى التحكيمية

١٢- المعاينة فقهاً هي أن يشاهد القاضي -المحكم- بنفسه أو بواسطة أمينه محل النزاع بين الخصمين لمعرفة حقيقة الأمر.

- ١٣- المعاينة قانوناً هي الانتقال الفعلي للمحكم لمشاهدة الواقعة محل النزاع بقصد تكوين عقيدته ، أو إجراؤها في الجلسة .
- ١٤- الكتابة في الفكر المعاصر هي التسجيل الحرفي للدين ، أو غيره من الحقوق في كتاب بهدف الحفاظ عليه من الضياع نتيجة الجحود أو النسيان .
- ١٥- اعتراف المشرع بقوة مطلقة للكتابة لا يجعلها تتمتع بحجية مطلقة في الإثبات ، ومن ثم يجوز إثبات العكس بطرائق مختلفة .
- ١٦- الوثائق والمستندات هي من أكثر وسائل الإثبات التي يتم الفضل بناء عليها أمام هيئة التحكيم بل ، ومن الممكن القول أنها تحتل المرتبة الأولى بين وسائل الإثبات المختلفة وذلك لأنها تمثل دليلاً مادياً من السهل تقديمه وتبادله ، وكذلك فحصه ودراسته وتقييمه والتحقق من صحته وسلامته .
- ١٧- المستندات العرفية هي الأوراق والمستندات التي لم تصدر من جهة رسمية مختصة، وهي كتابة المُقر بخط يده أن لفلان عليه كذا، أو كتابة الوصية بخط الموصي من غير أن يُشهد على وصيته، وكذلك هبته لآخر من غير أن يقوم بتسجيل الهبة .
- ١٨- يجوز الإثبات بالكتابة عموماً، فإن كان المستند صادراً من جهة رسمية فهو حجة ، وعلى مُدعي خلاف ما في السند إثبات بطلان هذا السند بالتزوير ، أما إن كان السند عرفياً، فهو دليل على الحق ، غير أنه يجوز لمن كان السند حجة عليه أن ينكر دلالة هذا السند العرفي على الحق ، لكون الفقهاء عاملوا الورقة العرفية معاملة الإقرار، والإقرار يجوز الرجوع فيه، ولذا يمكن الطعن في هذه الورقة العرفية بإنكارها أو تزويرها .

١٩- عند تمام الشهادة على وجهها وفقاً للقواعد الإجرائية المتبعة في القانون الذي يحكم النزاع ، فإن المحكمين لهم سلطة تقديرية في الأخذ بها إذا اطمئنا إليها ، ورأوا أن فيها فائدة حقيقية ، وكانت أوراق الدعوى التحكيمية غير كافية في تكوين عقيدتها ، ولم يعترض عليها أحد الأطراف .

٢٠- لهيئة التحكيم أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول في المحضر، والحكمة من هذا النص - على ما صرحت به المذكرة الإيضاحية - هي عدم حمل القاضي - المحكم - على تنفيذ إجراء لم يعد يرى له ضرورة، وأنه من العبث وضياع الجهد والوقت والإصرار على تنفيذ إجراء اتضح لهيئة التحكيم أنه منتج في الدعوى ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد عدل عن تنفيذ حكم استجواب الخصم استناداً إلى ما قرره من أن الدعوى تستقيم بغير حاجة إلى إجراء الاستجواب .

٢١- لهيئة التحكيم سلطة تقديرية في طرح نتائج المعاينة بعد الانتهاء من إجرائها عند عدم اقتناعها ، أو ظهر لها أن انتقالها غير منتج في الدعوى ، على أن تذكر ذلك في أسباب حكمها ، وأنها اعتمدت على أوراق الدعوى ورأت عدم جدوى المعاينة ، وإما أن تعدل عن قرارها بالانتقال للمعاينة سواء كان من تلقاء نفسها أو على طلب الخصوم .

٢٢- للمحكم سلطة تقديرية في استنباط القرائن لبناء الحكم عليها ، فله سلطة في اختيار أية واقعة ثابتة في الدعوى لكي يستنبط منها القرينة القضائية ، كما أن له سلطة واسعة في استنباط ما تحتمله من دلالة ، كما أنه حر في تكوين قناعته ، فقد يقتنع بطريقة واحدة قوية الدلالة ، وقد لا يقتنع بقرائن متعددة

حقيقية الدلالة .

٢٣- يكون تعيين الخبير ابتداءً يكون بمقتضى حكم تمهيدي ، وكذلك إيدال الخبير الذي يتأخر دون مبرر عن إيداع تقريره في الأجل المحدد ، أما الخبير الذي يطلب إعفاؤه من أداء المأمورية ، فإن إيداله لا يستلزم صدور حكم به من هيئة التحكيم .

٢٤- في تقدير هيئة التحكيم لرأي الخبير ، فإنها غير ملزمة بالأخذ برأي الخبير ، لأن رأيه لا يعدو أن يكون عنصراً من عناصر الإثبات التي تخضع لتقديرها ، ومن ثم فإن هيئة التحكيم غير ملزمة بإتباع رأي الخبراء الذين ندبوا في الدعوى التحكيمية ، ولها السلطان المطلق في تقدير الأدلة ، وفي الأخذ بتقرير الخبير .

٢٥- للمحكمين بناءً على طلب الخصم أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ، إلا أنه يجوز أن يمنع المحكم توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها ، لأن تقدير كيدية اليمين والتعسف في توجيهها تستقل به هيئة التحكيم .

٢٦- حجية اليمين الحاسمة قاصرة على من وجهها ومن وجهت إليه ، ولا يتعدى أثرها إلى غيرهما من الخصوم وينبني على ذلك أنه إذا شاب اليمين الموجهة إلى أحد الخصوم بطلان فلا يمتد أثر هذا البطلان إلى غيره ممن وجهت إليه اليمين صحيحة ، كما أنه ليس لغير من وجهت اليمين الحاسمة إليه أن ينازع فيها ، أو يعترض على توجيهها وكل ما للغير هو ألا يحاج بأثر هذه اليمين .

٢٧- لهيئة التحكيم سلطة تقديرية في القضاء بالنكول عن اليمين ، وليس بالضرورة الحكم بالقضاء لحالف اليمين ، فقد تقف هيئة التحكيم على أدلة جديدة تساهم في تكوين عقيدتها ، حتى بعد الحلف ، فقد يطرأ ما يجعل هيئة التحكيم تقتنع بعدم صحة إدعاء الخصم الذي حلف فتحكم ضده ، لما لها من سلطة تقديرية في بناء الحكم على اليمين التي أدت ، أو على أي أساس من عناصر الإثبات الأخرى ، كما لها حرية استخلاص ما تراه اتجاه النكول .

٢٨- اليمين المتممة إجراء يتخذه المحكم من تلقاء نفسه رغبة منه في تحرى الحقيقة وكانت هذه اليمين لا تحسم النزاع ، فإن المحكم -من بعد توجيه هذا اليمين- يكون مطلق الخيار أن يقضى على أساس اليمين التي أدت ، أو على أساس عناصر إثبات أخرى اجتمعت له قبل حلف هذه اليمين ، أو بعد حلفها ، فهي ليست حجة ملزمة للمحكم ، بل له أن يأخذ بها بعد أن يؤديها الخصم أو لا يأخذ بها .

ثانياً : التوصيات :

من أجل دعم الحماية القانونية والإجرائية لمحكمة التحكيم فيما يتعلق بإجراءات الإثبات وتحقيق ضمانات التقاضي نورد بعض المقترحات والتوصيات التالية :

١- تخويل محكمة التحكيم إحالة الأمر إلى قضاء الدولة للحكم بالغرامة على من يتخلف من الشهود ، أو يتعسف إجرائياً ، وعدم جمود النص عند الحالات الواردة في المادة ٣٧ تحكيم .

٢- تخويل محكمة التحكيم عند ارتكاب أحد أطراف الخصوم زور إجرائي

أو مستندي أن تثبت ذلك بمذكرة وترسلها للنيابة العامة لتحريك الدعوى الجنائية ضد المزور .

٣- وجوب تخويل محكمة التحكيم إلزام الخصم بتقديم دليل تحت يده مقارنة تماشياً مع سياسة المشرع الإجرائي في فرنسا ، وتغريمه عند الامتناع .

٤- السماح لمحكمة التحكيم في الاعتماد على وسائل الإثبات غير التقليدية في مجال الإثبات وصولاً إلى العدالة الإجرائية في بناء الأحكام .

٥- منح محكمة التحكيم سلطة توجيه اليمين بنوعيتها - الحاسمة والتممة- في سبيل الوصول إلى تحقيق الإدعاء الصحيح وقواعد العدالة الإجرائية .

وختاماً أ حمد الله الذي يسر لي إتمام هذا البحث وقد بذلت فيه جهداً هوبه أعلم ، فإن كنت قد أصبت الحق فذاك فضل الله وهو قصدي فله الحمد والمنة ، وإن كان غير ذلك فهو من ضعفي وتقصيري ، ومن نزعات الشيطان .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

قائمة بأهم المراجع

مراجع الشريعة الإسلامية:

أولاً : كتب التفسير وعلوم القرآن :

- ١ . أحكام القرآن : أحمد بن علي الرازي الجصاص أبويكر ، تحقيق: محمد الصاوي قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٥ هـ .
 - ٢ . معاني القرآن للفراء : أبو زكريا يحيى بن زياد بن عبد الله بن منظور الدليمي الفراء (المتوفي: ٢٠٧هـ) المحقق: أحمد يوسف النجاتي الناشر: دار المصرية للتأليف والترجمة - مصر الطبعة الأولى .
 - ٣ . المفردات في غريب القرآن : أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني (المتوفي: ٥٠٢هـ) المحقق: صفوان عدنان الداودي الناشر: دار القلم، الدار الشامية - دمشق بيروت الطبعة الأولى - ١٤١٢ هـ .
 - ٤ . الجامع لأحكام القرآن : أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، المتوفي ٦٧١هـ، تحقيق: هشام سمير البخاري، دار عالم الكتب - الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م .
- ثانياً : كتب الحديث وعلومه :
- ١ . سنن ابن ماجه : محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني، المتوفي ٢٧٥هـ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر - بيروت .
 - ٢ . سنن أبي داود : الإمام أبي داود الأشعث السجستاني ، دار الكتاب العربي - بيروت .

٣. سنن الدارقطني: علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي، تحقيق: السيد عبد الله هاشم يمانى المدني، دار المعرفة - بيروت، ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م.
 ٤. السنن الكبرى للبيهقي: الإمام أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، مجلس دائرة المعارف بالهند، الطبعة الأولى، ١٢٤٤ هـ.
 ٥. سنن النسائي: أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غرة مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب - سوريا، الطبعة الثانية ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م.
 ٦. صحيح البخاري: الإمام محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، دار ابن كثير، اليمامة - بيروت.
 ٧. مسند الإمام أحمد بن حنبل: أبو عبدالله الشيباني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت - الطبعة الثانية، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م.
 ٨. نيل الأوطار شرح متقى الأخبار: محمد بن علي بن محمد الشوكاني، دار الطباعة المنيرية.
- ثالثاً : كتب الفقه الإسلامي :**
- أ- الفقه الحنفي :**
٩. شرح فتح القدير على الهداية: العلامة كمال الدين محمد عبدالواحد السيواسي، دار الفكر - بيروت الطبعة الثانية، ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م.
 ١٠. لسان الحكام في معرفة الأحكام: العلامة إبراهيم بن أبي اليمنى محمد الحنفي، مطبعة الحلبي - القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٧٣ م.

❖ مجلة الشريعة والقانون ❖ العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ❖ (١٤٩٣)

١١. معين الأحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام: الإمام علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي الحنفي، مصطفى الحلبي، مصر، الطبعة الثانية، ١٩٧٣.

ب- الفقه المالكي :

١٢. بداية المجتهد ونهاية المقتصر: محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، مصطفى الحلبي، الطبعة الرابعة ١٢٩٥هـ - ١٩٧٥م.

١٣. الشرح الكبير للدردير: أحمد الدردير أبو البركات، تحقيق: محمد عlish، دار الفكر - بيروت - ١٩٩٤م.

ج- الفقه الشافعي :

١٤. الأم: محمد بن إدريس الشافعي أبو عبدالله، المتوفي ٢٠٤هـ، دار المعرفة - بيروت - ١٢٩٣هـ.

١٥. حاشية الجمل على المنهج: شيخ الإسلام زكريا الأنصاري، دار الفكر - بيروت.

د- الفقه الحنبلي :

١٦. المغنى: الإمام أبي محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المتوفي ٦٢٠هـ، مكتبة القاهرة، ١٢٨٨هـ - ١٩٦٨م.

رابعاً: الرسائل العلمية :

١٧. د. سحر عبد الستار إمام: دور القاضي في الإثبات، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

١٨. د/ هبه بدر أحمد صادق، الحماية الوقفية في التحكيم، رسالة عين شمس، كلية الحقوق ٢٠٠٩.

١٩. د/ عاطف نصر مسلمي : نظرية الأوضاع الظاهرة في القانون الإداري ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق – جامعة عين شمس ، ١٩٩٢ .
٢٠. د/ السيد بدوي : حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق – جامعة القاهرة ، ١٩٨٩ .
٢١. قاسى دليله : القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي ، رسالة ماجستير ، كلية العلوم والسياسة ، جامعة عبدالرحمن ميره ، ٢٠١٧ .
٢٢. مصطفى محمد أبو اليزيد الحلفاوى : الحقوق الإجرائية لأطراف خصومة التحكيم ، رسالة دكتوراه ، جامعة طنطا ، كلية الحقوق ، ٢٠١٢ .
- خامساً: كتب اللغة :**
٢٣. تاج العروس من جواهر القاموس لمحمد بن محمد بن عبدالرازق الحسيني أبو الفيض الملقب بمرتضى الزبيدي ، دار الهداية .
٢٤. التعريفات للسيد الشريف على بن محمد بن على الجرحاني ، تحقيق: إبراهيم الأبياري ، الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ – دار الكتاب العربي – بيروت .
٢٥. لسان العرب لمحمد بن مكرم بن منظور ، دار صادر – بيروت .
٢٦. مختار الصالح لمحمد بن أبى بكر بن عبدالقادر الرازي ، تحقيق: محمود خاطر ، مكتبة لبنان ١٤١٥ هـ – ١٩٩٥ م .
٢٧. المعجم الوسيط لعبد الوهاب عوض الله ، مجمع اللغة العربية ، القاهرة ، ط الثالثة ، ١٩٨٥ م .

❖ مجلة الشريعة والقانون ❖ العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ❖ (١٤٩٥)

سادساً: كتب عامة ومتنوعة :

٢٨. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: محمد بن أبي بكر أيوب أبو عبدالله ، مطبعة المدني القاهرة.

٢٩. الموسوعة الفقهية الكويتية: صادرة عن وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية، دار السلاسل - الكويت.

٣٠. د/ وهبه الزحيلي : أصول المحاكمات الشرعية والمدنية ، منشورات جامعة دمشق ، ط الخامسة ، ١٤١٤ / ١٤١٥ .

٣١. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لأبو عبدالله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن القيم الجوزية ، دار عالم الفوائد - مكة - ط الأولى ١٤٢٨ هـ .

٣٢. النظام القضائي في الفقه الإسلامي : د/ محمد رأفت عثمان ، دار البيان ١٩٩٤ .

المراجع القانونية :

أولاً : المراجع العامة :

٣٣. د/ أحمد هندي : قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ١٩٩٥ .

٣٤. عبد الناصر توفيق العطار : الوجيز في تاريخ القانون ، ج ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠ .

٣٥. د/ طلعت محمد دويدار : طرق التنفيذ القضائي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بدون تاريخ .

(١٤٩٦)

دور المحكم في الإثبات التحكيمي

٣٦. د/ عبدالرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، الإثبات ، آثار الالتزام ، دار النهضة العربية ١٩٨٦ .

٣٧. د/ ولاء عراقيب : الوسيط في مبادئ القانون ، الكتاب الأول ، نظرية القانون ، بدون دار نشر .

٣٨. د / وجدي راغب فهمي : مبادئ الخصومة المدنية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٩٤ .

٣٩. د / إبراهيم أمين النفاوي : مبادئ الخصومة المدنية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .

٤٠. د/ عبدالحميد هيف : قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ط الثانية ، ١٩٢٢ .

٤١. م معوض عبدالنواب ، الموسوعة الشاملة في التحكيم في مصر والدول العربية ، الطبعة الأولى ، دار شادي للإصدارات القانونية ٢٠٠٩ .
ثانياً: المراجع المتخصصة :

٤٢. د/ فتحي والي : قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، ط منشأة المعارف ، الطبعة الخامسة ٢٠٠٧ .

٤٣. د/ محمد سليم العوا : دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن ، المركز العربي للتحكيم ٢٠٠٧ .

٤٤. د/ عبدالمنعم محمد قيصي : التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٨ .

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) ● (١٤٩٧)

٤٥. د/ محمود مصطفى يونس : المرجع في أصول التحكيم ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٩ .

٤٦. د/ أحمد هندی : التحكيم دراسة إجرائية ، دار الجامعة الجديدة . ٢٠١٣ .

٤٧. د/ عيد القصاص : قانون التحكيم ، ط الأولى ، دار النهضة العربية . ٢٠١٥ .

٤٨. د/ محمود محمد هاشم : القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، نشر شئون المكتبات ، جامعة الملك سعود ، الرياض ، ط أولى ، ١٩٨٨ .

٤٩. عبدالوهاب العشماوي : إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ط الأولى ، دار الجيل العربي ١٩٨٥ .

٥٠. عز الدين الناصوري : حامد عبدالحميد عكاز ، التعليق على قانون الإثبات ، دار نشر عالم الكتب ، القاهرة ١٩٧٧ .

٥١. د/ عبد الحكيم القونى : حسن النية وأثره في التصرفات ، دار المطبوعات الجامعية ٢٠١٠ .

٥٢. د/ فتحي والي : د/ أحمد ماهر زغلول ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، مكتبة كلية الشرطة ، بدون ناشر ، ١٩٩٧ .

٥٣. د/ نبيل إسماعيل عمر : عدم فاعلية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٧ .

(١٤٩٨)

دور المحكم في الإثبات التحكيمي

٥٤. د / محمد شكري سرور : أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ٢٠١٣ .

٥٥. د / أحمد أبو الوفا : التحكيم الاختياري والإجباري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة الخامسة .

٥٦. د / هدى محمد عبدالرحمن : دور المحكم في خصومة التحكيم ، دار النهضة العربية ١٩٩٧ .

٥٧. د / طلعت دويدار : ضمانات التقاضي ، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٠ .

٥٨. د / على أبو عطية هيكل : القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين ، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٦ .

٥٩. د / هشام خالد : تكوين المحكمة التحكيمية في منازعات التجارة الدولية ، منشأة المعارف ٢٠١٨ .

٦٠. د / أحمد أبو الوفا : التعليق على نصوص قانون الإثبات ١٩٧٨ .

٦١. د / أحمد السيد صاوي ، الوجيز في التحكيم ، دار النهضة العربية ط الثالثة ٢٠١٠ .

٦٢. د / أحمد شكري أحمد موسى : ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم ، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٨ .

٦٣. د / على بركات : خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن ، دار النهضة العربية ١٩٩٦ .

٦٤. د / محمد على عويضة ، حق الدفاع كضمانه إجرائية في خصومة التحكيم ، منشأة المعارف الإسكندرية ٢٠٠٨ .

• مجلة الشريعة والقانون • العدد الرابع والثلاثون الجزء الثاني (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م) • (١٤٩٩)

٦٥. د/ أحمد رشاد سلام : البيان الفني لحكم التحكيم ، دار النهضة العربية ٢٠١٠ .

٦٦. د/ عاشور مبروك ، التحكيم ، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع ، ٢٠١٣-٢٠١٤ .

ثالثاً: المجالات والأبحاث والمقالات العلمية :

٦٧. د/ أحمد عوض هندي : طرق الإثبات المعاصرة وموقف الفقه الإسلامي منها ، ورقة عمل مقدمة لندوة فقه العصر مناهج التجديد الديني والفقهي ، وزارة الأوقاف ، عمان في الفترة من (٥-٨) أبريل ٢٠١٥ .

٦٨. د/ السيد عيد نايل : التزامات المحكم ، الدورة التمهيديّة كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ، يونيو ٢٠١٠ .

٦٩. د/ أسامه أبو الحسن مجاهد : قانون التحكيم الفرنسي الجديد رقم ٤٨ / ٢٠١١ ، مجلة التحكيم العربي ، العدد الثامن عشر - يونيو - ٢٠١٢ .

٧٠. د/ عبدالحميد الأحمد : المحاكمة التحكيمية الدولية وقواعد الإثبات ، مجلة التحكيم العربية ١٩٩٩ .

٧١. د/ على الحديدي : دور الخبر الفني في الخصومة ، دار النهضة العربية ١٩٩٣ .

رابعاً : مجموعات الأحكام :

٧٢. عبد المنعم حسني : المدونة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية ، ج ٢ ، ط ٢ ، ١٩٩٠ .