



مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

Journal of Legal and Social Sciences



مجلة علمية دورية محكمة

تصدر عن جامعة سبأ وأكاديمية الشرطة

العدد الحادي عشر 2023

معامل التأثير العربي: 0.938



مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

Journal of Legal and Social Sciences

التعريف بالمجلة

مجلة علمية محكمة نصف سنوية، تصدر عن جامعة سبأ، وأكاديمية الشرطة، تُعنى بنشر البحوث والدراسات المتخصصة في مجال العلوم القانونية والاجتماعية المختلفة، باللغتين العربية والإنجليزية، وفق المعايير العلمية، بعد تحكيم البحوث من قبل محكمين متخصصين، كما تُعنى بنشر ملخصات الرسائل العلمية.

رؤيتنا

الريادة والتميز في نشر البحوث والدراسات العلمية المحكمة في مجال العلوم القانونية والاجتماعية، للوصول إلى قائمة أشهر الدوريات المحكمة.

رسالتنا

تسعى المجلة إلى الإسهام في تعميق وتطوير المعرفة القانونية والاجتماعية، ونشر البحوث والدراسات التي تسهم في تنمية المجتمع، وفق معايير مهنية علمية متميزة.

قيمنا

١. الجودة والتميز.

٢. العمل بروح الفريق.

٣. الحرية الأكاديمية.

٤. العدالة والنزاهة.

٥. الشفافية.

أهدافنا

تهدف المجلة إلى:

١. تشجيع البحث العلمي، وأن تكون المجلة مرجعًا علميًا في مجال العلوم القانونية والاجتماعية.

٢. نشر الدراسات والبحوث المتميزة، للإسهام في تنمية المجتمع.

٣. فتح نافذة جديدة للباحثين لنشر إنتاجهم العلمي، وإبراز قدراتهم البحثية محليًا وإقليميًا وعالميًا.

٤. التركيز على البحوث التي تُعنى بمستجدات العصر في مجال العلوم القانونية والاجتماعية.

٥. مساعدة اساتذة الجامعات للترقي العلمي، بنشر اعمالهم البحثية وفق ضوابط وقواعد التحكيم والنشر.

٦. تشجيع طلبة الدراسات العليا على كتابة ونشر الأبحاث المتخصصة



مجلة العلوم القانونية والاجتماعية
Journal of Legal and Social Sciences

مجلة العلوم القانونية والاجتماعية Journal of Legal & Social Sciences

الصفحة الرسمية للمجلة : www.sabauni.net/ojs

نائب رئيس التحرير
أ.م.د. محمد علي محمد قيس

رئيس التحرير
أ.د. نديم محمد حسن التزوي

أعضاء الهيئة الاستشارية

جامعة أسيوط - جمهورية مصر العربية	قانون إداري	أ.د/ السيد خليل أحمد هيكل.
جامعة المنصورة - جمهورية مصر العربية	قانون دستوري	أ.د/ صلاح الدين فوزي محمد فرج.
جامعة ملابيا - ماليزيا	الأدلة القانونية, قانون دولي عام	أ.د/ رزمان بن محمد نور.
جامعة صنعاء	علم الاجتماع	أ.د/ حمود صالح العودي.
جامعة صنعاء	قانون تجاري	أ.د/ عبدالرحمن عبدالله شمسان.
جامعة صنعاء	قانون مرافعات	أ.د/ عبدالكريم محمد عبد الرحمن الطير.
جامعة صنعاء	علم النفس	أ.د/ علي سعيد أحمد الطارق.
جامعة الأندلس	تربية	أ.د/ شرف أحمد الشهاري.
الجامعة اليمنية	قانون مرافعات	أ.د/ ابراهيم محمد حسين الشرفي.
جامعة تعز	القانون العام	أ.د/ محمد محمد الدرة.
جامعة تعز	قانون دولي عام	أ.د/ أحمد قاسم محمد الحميدي.
جامعة صنعاء	إعلام	أ.د/ عبدالله علي الزلب.
جامعة سبأ	اقتصاد	أ.د/ علي شاطر مثنى
جامعة سبأ	محاسبة	أ.د/ عنبرود الراجحي
جامعة تعز	القانون العام	أ.د/ قائد بن قائد مساعد الأسد.
جامعة تعز	علم النفس الاجتماعي	أ.د/ نبيلة عبدالكريم الشرجي
جامعة صنعاء	فقه مقارن	أ.م.د/ محمد سعد يحيى نجاد.
جامعة صنعاء	فقه مقارن	أ.م.د/ يحيى بن أحمد علي الخزان
أكاديمية الشرطة	قانون جنائي	أ.م.د/ محمد عبدالرزاق فرحان الحميدي.
جامعة المملكة/البحرين	قانون دستوري	أ.م.د/ أبو بكر مرشد فزع الزهيري.

مساعد رئيس التحرير
م. غددير عبدالوهاب صبره

جرافكس
م. غددير عبدالوهاب صبره

المراجعة اللغوية
أ.م.د. علي الجلال - د. خالد زهير

افتتاحية العدد

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، أما بعد: بعون من الله تعالى تستمر مجلة العلوم القانونية والاجتماعية في إصداراتها للعام السادس دون توقف أو انقطاع، لتقدم لجمهورها الكريم العدد الحادي عشر، الذي يتضمن مجموعة من الدراسات المتنوعة ذات الصلة بالعلوم القانونية.

وقد انتقلت هيئة تحرير المجلة مجموعة رصينة من الأبحاث التي رأت أنها ذات أهمية في المجال القانوني، حيث تضمن هذا العدد بحثاً بعنوان: الإفلاس التجاري والإفلاس المدني (أو الإعسار) في كل من التشريع اليمني والمصري والكويتي والإماراتي، أما البحث الثاني فكان من نصيب القانون الجنائي، حيث تضمن بحثاً بعنوان: سلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة. أما البحث الثالث فكان بعنوان: معايير وشروط اتفاقات التسوية القابلة للإنفاذ بموجب معاهدة سنغافورة بشأن الوساطة لعام 2018م. أما البحث الرابع فكان من نصيب القانون الدستوري، حيث تضمن بحثاً بعنوان: تطور الحق في المشاركة السياسية في الدساتير اليمنية الحديثة بين النظرية والتطبيق. أما البحث الأخير في هذا العدد فكان بعنوان: فكرة الأخذ بالاعتبار ومنازعات عقود التجارة الدولية في مجال القانون الدولي الخاص.

نأمل أن نكون قد وفقنا في اختيار موضوعات هذا العدد، لتشكّل إضافات علمية ومعرفية للمهتمين والمكثبات اليمنية والعربية، ويحدونا الأمل باستمرار المشاركات البحثية القيّمة والأصيلة. ونعدّ الجميع أن هذه المجلة ستظل رافداً مهماً لكل الباحثين والمتخصصين.

ولا يفوتنا هنا أن نعبر عن خالص شكرنا وعظيم امتناننا لكل من أسهم في إصدار هذا العدد، وفي مقدمتهم الأخ الأستاذ الدكتور/ عمرو النجار رئيس جامعة سبأ، والأخ الأستاذ الدكتور/ مسعد الظاهري رئيس أكاديمية الشرطة، والشكر موصول لجميع الأساتذة الكرام الذين قاموا بنشر أبحاثهم في هذه المجلة الرائدة، والأساتذة الأفاضل الذين قاموا بتحكيم الأبحاث بأسلوب علمي متميز، والشكر ممتد لجميع أعضاء هيئة تحرير المجلة على ما بذلوه من جهد لإصدار هذا العدد. سائلين المولى عز وجل التوفيق والسداد.

أ.د/نديم محمد التزوي

رئيس التحرير

ضوابط النشر:

تقوم المجلة بالنشر باللغتين العربية والإنجليزية وفق الضوابط والإجراءات الآتية:

١. أن يُقدم الباحث طلباً لنشر بحثه في المجلة.
٢. أصالة الدراسة أو البحث، وأن لا يكون البحث مستلاً من رسالة علمية (ماجستير أو دكتوراه).
٣. أن لا يكون البحث قد نُشر أو قُدم للنشر في مجلة محكمة أخرى.
٤. لا يجوز نشر الدراسة أو البحث في مجلة أخرى أو مؤتمر أو ندوة علمية أو في أي وسيلة أخرى، بعد قبول البحث للنشر في المجلة.
٥. أن يُراعي الباحث قواعد البحث العلمي؛ مثل سلامة اللغة، ودقة التوثيق، والمنهجية المتعارف عليها في كتابة البحوث الأكاديمية.
٦. أن لا تزيد عدد صفحات البحث عن خمسين صفحة، ولا تقل عن أربعين صفحة، مقاس (A٤).
٧. أن يتصدر البحث ملخصاً (Abstract) باللغتين العربية والإنجليزية (١٥٠ - ٢٠٠ كلمة).

مواصفات النشر:

يتم مراجعة البحث المقدم للنشر من قبل هيئة التحرير، للتأكد من توافق البحث مع المواصفات المذكورة أدناه قبل إرساله للمحكم:

١. تقدم البحوث مطبوعة بخط (Traditional Arabic)، حجم (١٤) للمتن، ويكتب البحث على وجه واحد مع ترك مسافة ١,٥ بين السطور.
٢. تكتب العناوين الرئيسية والفرعية: بالخط الأسود العريض حجم (١٦).
٣. تدرج الرسوم البيانية والأشكال التوضيحية في النص، وتكون الرسوم والأشكال باللونين الأبيض والأسود، وترقم ترقيماً متسلسلاً، وتكتب أسماءها والملاحظات التوضيحية أسفلها.
٤. تدرج الجداول في النص وترقم ترقيماً متسلسلاً وتكتب أسماءها أعلاها، أما الملاحظات والتوضيحات فتكتب أسفل الجدول.

إجراءات النشر:

١. ترسل البحوث والدراسات وجميع المراسلات المتعلقة بالمجلة إلى العنوان التالي:

- الجمهورية اليمنية، صنعاء، مدينة الأنسي، عصر.
- جامعة سبأ - مجلة العلوم القانونية والاجتماعية.

— هاتف: (٠١٤٠٤٠٧٧).

— البريد الإلكتروني: (jlss@sabauni.net).

٢. تسليم ثلاث نسخ من البحث مطبوعة على ورق (A٤) مع نسخة إلكترونية محفوظة على قرص مرن (CD).

٣. في حالة قبول البحث مبدئياً، يتم عرضه على محكمين من ذوي الكفاءة والاختصاص في مجال البحث، لتحديد مدى صلاحية البحث للنشر في المجلة، ويتم اختيارهم بسرية تامة، ولا يُعرض عليهم اسم الباحث أو بياناته.

٤. يُخطر الباحث بصلاحية بحثه للنشر من عدمه خلال فترة لا تزيد عن ثلاثة أشهر من تاريخ استلام المجلة للبحث، وموعد النشر، ورقم العدد الذي سيتم نشر البحث فيه.

٥. يجب على الباحث تعديل البحث - إن طلب منه ذلك، بناء على ملاحظات محكمي البحث - على أن يُعاد للمجلة خلال مدة لا تزيد عن شهر.

٦. الأبحاث والدراسات التي لم توافق لجنة التحكيم على نشرها لا تُعاد إلى الباحث دون إبداء الأسباب.

ضوابط ختامية:

١. يُرفق بالبحث سيرة ذاتية موجزة للباحث متضمنة: عنوان الباحث، أرقام هواتفه، بريده الإلكتروني، ليسهل التواصل معه.

٢. يرفق مع البحث تعهد من الباحث بأن البحث لم يسبق نشره ولم يُقدم للنشر في جهة أخرى حسب النموذج المرفق.

٣. البحوث المنشورة في المجلة تعبر عن آراء أصحابها ولا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة أو الجامعة أو الأكاديمية.

٤. جميع حقوق النشر تُؤول إلى المجلة.

٥. رسوم النشر في المجلة :

أ- البحوث والدراسات المرسله من داخل الجمهورية اليمنية ٢٠ الف ريال يمني.

ب- البحوث والدراسات المرسله من الدول العربية ١٠٠\$.

ج- البحوث والدراسات المرسله من غير الدول العربية ١٥٠\$.

هذه الرسوم غير قابلة للإرجاع، سواء تم قبول البحث للنشر أم لم يتم.



مجلة العلوم القانونية والاجتماعية
Journal of Legal and Social Sciences

مجلة العلوم القانونية والاجتماعية Journal of Legal & Social Sciences

الصفحة الرسمية للمجلة : www.sabauni.net/ojs

جدول المحتويات

رقم الصفحة	العنوان
٣٤ - ١	الإفلاس التجاري والإفلاس المدني (أو الإعسار) في كل من التشريع اليمني والمصري والكويتي والإماراتي «دراسة مقارنة» أ.د/ عبدالرحمن عبدالله شمسان الرديني الحمادي-استاذ رئيس قسم القانون التجاري-كلية الشريعة والقانون-جامعة صنعاء
٦٢-٣٥	سلطة القاضي الجزائري في تقدير الأدلة. أ.د/ نديم محمد حسن التريزي-أستاذ القانون الجنائي-كلية الشرطة - أكاديمية الشرطة.
٨٧-٦٣	معايير وشروط اتفاقات التسوية القابلة للإنفاذ بموجب معاهدة سنغافورة بشأن الوساطة لعام ٢٠١٨ م د/ زكريا محمد يحيى السراجي-أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد-كلية الشرطة - أكاديمية الشرطة.
١٤٨-٨٨	تطور الحق في المشاركة السياسية في الدساتير اليمنية الحديثة بين النظرية والتطبيق. د/ أحمد صالح أحمد العميسي.-أستاذ القانون العام المساعد-كلية الشرطة - أكاديمية الشرطة
٢٠٥-١٤٩	فكرة الأخذ بالاعتبار ومنازعات عقود التجارة الدولية في مجال القانون الدولي الخاص د/عبد الحميد عبدالله سعيد القرشي-استاذ القانون الدولي الخاص المساعد - كلية الشرطة - أكاديمية الشرطة



مجلة العلوم القانونية والاجتماعية
Journal of Legal and Social Sciences

مجلة العلوم القانونية والاجتماعية Journal of Legal & Social Sciences

الصفحة الرسمية للمجلة : www.sabauni.net/ojs

عنوان البحث: الإفلاس التجاري والإفلاس المدني (أو الإعسار) في كل من التشريع اليمني والمصري والكويتي والإماراتي «دراسة مقارنة»

أ.د. عبدالرحمن عبدالله شمسان الرديني الحمادي
أستاذ رئيس قسم القانون التجاري
كلية الشريعة والقانون - جامعة صنعاء

ملخص البحث

معلومات البحث

يتناول هذا البحث موضوع الإفلاس التجاري والإفلاس المدني (أو الإعسار) في كل من التشريع اليمني والمصري والكويتي والإماراتي. ويهدف هذا البحث إلى بيان معنى الإفلاس التجاري، والإفلاس المدني (أو الإعسار) والفرق بينهما في التشريعات المختلفة، وبيان معنى إفلاس المدين (الحجر على المدين) وإعسار المدين والفرق بينهما، وكذا بيان معنى المدين الموسر، والمدين المفلس، والمدين المعسر في القوانين المدنية محل الدراسة. وقد اشتمل البحث على أربعة مباحث، تم تخصيص المبحث الأول منه لتوضيح مفهوم الإفلاس التجاري والإفلاس المدني في التشريع اليمني، وحُصص المبحث الثاني لبيان الإفلاس التجاري والإعسار المدني في التشريع المصري، بينما تم تخصيص المبحث الثالث للحديث عن الإفلاس التجاري والإعسار المدني في التشريع الكويتي، وفي المبحث الرابع تم تخصيصه للحديث عن الإفلاس التجاري والإفلاس المدني (الحجر على المدين المفلس) في التشريع الإماراتي.

تاريخ تسليم البحث:

١ يناير ٢٠٢٣ م

تاريخ قبول البحث:

٨ يناير ٢٠٢٣ م

وقد اعتمدت في كتابة هذا البحث على المنهج الوصفي والمقارن بين التشريعات محل الدراسة، واختتمت البحث بمجموعة من النتائج والتوصيات.

الباحث: أ.د. عبدالرحمن عبدالله الرديني الحمادي
البريد الإلكتروني:

dr.aashamsan@yahoo.com

Abstract

This research deals with the issue of commercial bankruptcy and civil bankruptcy (or insolvency) in the Yemeni, Egyptian, Kuwaiti and Emirati legislation.

This research aims to clarify the meaning of commercial bankruptcy and civil bankruptcy (or insolvency) and the difference between them in the various legislations, and to explain the meaning of the debtor's bankruptcy (confinement on the debtor) and the debtor's insolvency and the difference between them, as well as to explain the meaning of the solvent debtor, the bankrupt debtor, and the insolvent debtor in the civil laws in place the study.

The research included four chapters, the first of which was devoted to clarify the concept of commercial bankruptcy and civil bankruptcy in Yemeni legislation, and the second was devoted to explain commercial bankruptcy and civil insolvency in Egyptian legislation, while the third topic was devoted to talk about commercial bankruptcy and civil insolvency in Kuwaiti legislation, and the fourth was devoted to talk about commercial bankruptcy and civil bankruptcy (quarantine on the bankrupt debtor) in the UAE legislation.

In writing this research, it relied on the descriptive and comparative approach between the legislations under study, and the research concluded with a set of results and recommendations.

مقدمة:

بادئ ذي بدء يلاحظ أن التشريعات اختلفت في تطبيق أحكام الإفلاس على التجار وغير التجار..
فهناك التشريعات اللاتينية: التي اعتبرت أن نظام الإفلاس خاص بالتجار، وأن نظام الإعسار نظام خاص
 بغير التجار. وكان المشرع الفرنسي أول من أخذ بهذا الاتجاه، وأفرد للمعاملات التجارية القانون التجاري،
 واعتبر أن الإفلاس نظام خاص بالتجار. وأخذت مصر واليمن وغالبية الدول العربية بهذا الاتجاه، إلا أنها أفردت
 لنظام الإعسار (أو الإفلاس المدني) قواعد وأحكام عامة في القانون المدني.

وهناك التشريعات الإنجليزية: التي اعتبرت أن نظام الإفلاس نظام يطبق على جميع المدنيين تجاراً أو
 غير تجار ما داموا قد توقفوا أو عجزوا عن الوفاء بالديون الحالة عليهم. وهذه التشريعات أفردت للمعاملات
 المالية قانوناً خاصاً بها يتضمن المعاملات المدنية والمعاملات التجارية وتطبيقه على التجار وغير التجار، وإن
 وضعت نصوصاً خاصة لبعض المعاملات التجارية. وقد أخذت بهذا الاتجاه القوانين الإنجليزية والألمانية
 والأمريكية والقليل من الدول العربية (وهذا النهج يتوافق مع التشريع الروماني والفقهاء الإسلامي)، وفيها الإعسار
 يعني أن الشخص لا يملك أي مال مما يمكن الحجز عليه أو بيعه.

وإن كان كل من المشرع اليمني والمصري والكويتي والإماراتي قد أفرد للمعاملات التجارية قانوناً خاصاً بها
 هو القانون التجاري، ونظّم فيه أحكام الإفلاس التجاري، إلا أن كلاً من المشرع اليمني والإماراتي أعاد تنظيم
 أحكام الإفلاس المدني وذلك في القانون المدني اليمني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) 1985م،
 على عكس كلاً من المشرع المصري والكويتي الذي نظّم أحكام الإعسار في كل من القانون المدني المصري
 والكويتي.

تساؤلات الدراسة:

- هل تختلف أحكام الإفلاس التجاري عن الإفلاس المدني (أو الإعسار)؟

- هل تختلف أحكام إفلاس المدني التاجر عن إفلاس المدين التاجر (الحجر عليه) (أو شهر إعساره)؟
- هل تختلف أحكام الإفلاس المدني في القانون المدني اليمني وفي قانون المعاملات المدنية الإماراتي عن أحكام الإعسار في القانون المدني المصري وفي القانون المدني الكويتي؟

أهداف الدراسة: تهدف الدراسة إلى ما يلي:

- بيان معنى الإفلاس التجاري، والإفلاس المدني (أو الإعسار) والفرق بينهما في التشريعات المختلفة.
- بيان معنى إفلاس المدين (الحجر على المدين) وإعسار المدين والفرق بينهما.
- بيان معنى المدين الموسر، والمدين المفلس، والمدين المعسر في القوانين المدنية محل الدراسة.

أهمية الدراسة: تظهر أهمية الدراسة من النواحي التالية:

- معرفة النظم والتشريعات التي تفرّق بين الإفلاس التجاري وبين الإفلاس المدني (أو الإعسار).
- معرفة النظم والتشريعات التي لا تفرّق بينها، بل تضع قواعد موحدة لإفلاس المدين وتطبقها على المدين التاجر وغير التاجر.
- معرفة أن بعض التشريعات (اليمني والإماراتي) قد فرّقت وأخذت بإفلاس المدين التاجر في قوانينها التجارية، ولم تأخذ بنظام إعسار المدين غير التاجر، بل أخذت بنظام إفلاس المدين غير التاجر، وقررت الحجر على المدين المفلس في قوانينها المدنية.
- معرفة أن بعض التشريعات (المصري والكويتي) قد فرّقت وأخذت بإفلاس المدين التاجر في قوانينها التجارية. إلا أنها لم تأخذ بالإفلاس المدني (إفلاس غير التاجر)، بل أخذت بنظام الإعسار المدني.

منهجية الدراسة:

اتبعتنا في هذه الدراسة المنهج الوصفي المقارن بين التشريعات محل الدراسة لبيان أوجه التشابه والاختلاف بين هذه التشريعات حول الأخذ بالإفلاس التجاري والإفلاس المدني (أو الإعسار).

مكونات الدراسة: تُقسم الدراسة بجانب هذه المقدمة إلى أربعة مباحث، (وكل مبحث إلى مطلبين)، وخاتمة ونتائج وتوصيات.

المبحث الأول: الإفلاس التجاري والإفلاس المدني في التشريع اليمني.

المبحث الثاني: الإفلاس التجاري والإعسار المدني في التشريع المصري.

المبحث الثالث: الإفلاس التجاري والإعسار المدني في التشريع الكويتي.

المبحث الرابع: الإفلاس التجاري والإفلاس المدني (الحجر على المدين المفلس) في التشريع الإماراتي.

المبحث الأول

الإفلاس التجاري والإفلاس المدني في التشريع اليمني

تمهيد وتقسيم:

الحقيقة إن المشرع اليمني بعد توحيد اليمن عام 1990م⁽¹⁾، تناول:

أولاً: تنظيم أحكام الإفلاس التجاري في القانون التجاري اليمني في المواد من (570-803) تجاري يمني.

ثانياً: أعاد تنظيم أحكام الإفلاس المدني في القانون المدني اليمني في المواد (71-83) مدني يمني. فهل هذا

يعني أن أحكام الإفلاس في القانون التجاري خاص بالتجار، وأن أحكام الإفلاس في القانون المدني خاص بغير

التجار؟ وعلى ذلك تتناول هذا المبحث في مطلبين، على النحو الآتي:

المطلب الأول: قواعد الإفلاس التجاري في القانون التجاري اليمني (شهر إفلاس المدين التاجر).

المطلب الثاني: قواعد الإفلاس المدني في القانون المدني اليمني.

(1) الملاحظ أن المشرع اليمني - قبل الوحدة اليمنية المباركة - كان قد أصدر القانون التجاري (بالقرار الجمهوري رقم 39 لسنة 1976م) في صنعاء، كما أصدر القانون المدني: (الكتاب الأول والكتاب الثاني) بالقوانين رقم (10)، (11) لسنة 1979م، و(الكتاب الثالث والكتاب الرابع بالقوانين رقم (16)، (17) لسنة 1983م). بينما صدر في عدن (القانون المدني) رقم 8 لسنة 1988م والذي تضمن أغلب المعاملات التجارية والحقوق الفكرية، وبعد الوحدة اليمنية المباركة: في 22 مايو 1990م: صدر قانون تجاري واحد (لليمن الموحد) رقم 32 لسنة 1991م وتعديلاته، وهو خاص بالمعاملات التجارية ومنها الإفلاس والصلح الوافي. كما صدر قانون مدني واحد لليمن بعد الوحدة أولاً بالقرار الجمهوري بالقانون رقم(19) لسنة 1992م والذي ألغي بصدور القانون رقم(14) لسنة 2002م، وتعديلاته بالقانون رقم(14) لسنة 2009م.

المطلب الأول

قواعد الإفلاس التجاري في القانون التجاري اليمني

(شهر إفلاس المدين التاجر)

تناول المشرع اليمني⁽¹⁾ أحكام وقواعد الإفلاس التجاري بعد الوحدة اليمنية المباركة في القانون التجاري رقم (32) لسنة 1991م وتعديلاته في المواد من (570-803)، أي ما يقارب (233) مئتان وثلاثة وثلاثون مادة، وستتناول تقسيم المشرع اليمني لأحكام الإفلاس التجاري، مركّزين على بعض وأهم المواد التي تؤكد على أن هذه الأحكام خاصة بالإفلاس التجاري، وإنها تطبق على التجار أفراداً أو شركات تجارية.

وقد تناول الكتاب الرابع من القانون التجاري اليمني أحكام الإفلاس والصلح الوافي في أربعة أبواب:

1- الباب الأول: شهر الإفلاس وآثاره: (المواد 570-640). تناول في الفصل الأول: شهر الإفلاس،

وفي الفصل الثاني: آثار الإفلاس. فنصت المادة (570) تجاري يعني على أن: "كل تاجر اضطربت

أعماله المالية حتى توقف عن دفع ديونه التجارية، يجوز شهر إفلاسه بعد التأكد من ذلك".

كما نصت المادة (571) تجاري يعني على أنه: "لا تنشأ حالة الإفلاس إلا بحكم يصدر بشهر الإفلاس،

ولا يترتب على الوقوف عن دفع الديون قبل صدور هذا الحكم أي أثر مالم ينص القانون على غير ذلك".

(1) وتناول المشرع الكويتي: أحكام الإفلاس التجاري، في قانون التجارة الكويتي رقم (68) لسنة 1980م وتعديلاته. فقد تناول في الكتاب الرابع منه أحكام الإفلاس والصلح الوافي (في المواد من 555 إلى 800) فيما يقارب (245 مادة) في خمسة أبواب: الباب الأول: شهر الإفلاس وآثاره (المواد 555-626). الباب الثاني: إدارة التفليسة (المواد 627-684)؛ تناول في الفصل الأول: الأشخاص الذين يديرون التفليسة، وفي الفصل الثاني: إدارة موجودات التفليسة، وتحقيق الديون، وإقفال التفليسة لعدم كفاية الأموال. وفي الفصل الثالث: أنواع خاصة من التفليسة (التفليس الصغيرة - إفلاس الشركات) (المواد 668-684). والباب الثالث: انتهاء التفليسة (المواد 685-742). وفي الباب الرابع: الصلح الوافي من الإفلاس (المواد 743-787) وفي الباب الخامس: جرائم الإفلاس والصلح الوافي منه (المواد 788-800) ثم المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة الكويتي.

ونصت المادة (572) تجاري يميني على أنه: "يشهر إفلاس التاجر بناءً على طلب أحد دائنيه أو بناءً على طلبه هو ويجوز للمحكمة أن تقضي بشهر إفلاس التاجر بناءً على طلب النيابة العامة أو من تلقاء ذاتها"، (يُنظر المواد 574، 575، 576، 577 تجاري يميني).

ونصت المادة (577) تجاري يميني على أنه: "يجوز شهر إفلاس التاجر الذي توقف عن دفع ديونه التجارية حتى بعد وفاته أو اعتزاله التجارة ... ويجوز لورثة التاجر طلب شهر الإفلاس بعد وفاته خلال السنتين التاليتين للوفاة...".

يُستنتج من ذلك، إن المقنن اليمني نظم أحكام الإفلاس والصلح الواقي في القانون التجاري، وإن هذا النظام خاص بالتجار.

2- الباب الثاني: إدارة التفليسة: (المواد 641-697). تناول في الفصل الأول: الأشخاص الذين

يديرون التفليسة، وفي الفصل الثاني: إدارة موجودات التفليسة وتحقيق الديون وإفقال التفليسة لعدم كفاية الأموال، وفي الفصل الثالث: أنواع خاصة من التفليسة: (التفليس الصغيرة - 681-682) (إفلاس الشركات - المواد 683-697)، حيث نصت المادة (683) تجاري يميني على أنه: "تسري على إفلاس الشركات التجارية نصوص الإفلاس بوجه عام، وتجري بوجه خاص النصوص الآتية"، أي المواد (من 683-697) تجاري يميني. وهذا يدل على أن نظام الإفلاس التجاري ينطبق على الشركات التجارية عدا شركات المحاصة (م/684/1 تجاري يميني).

3- الباب الثالث: انتهاء التفليسة (المواد 698-758): تناول في الفصل الأول: انتهاء التفليسة لزوال

مصلحة جماعة الدائنين، وفي الفصل الثاني: الصلح القضائي، وفي الفصل الثالث: الصلح مع التخلي عن الأموال، وفي الفصل الرابع: اتحاد الدائنين، وفي الفصل الخامس: رد اعتبار المفلس (رد الاعتبار التجاري).

4- الباب الرابع: الصلح الواقي من الإفلاس: (المواد 759-803): تناول في الفصل الأول: الحكم

بافتتاح إجراءات الصلح الواقي (طلب الصلح - تحقيق طلب الصلح). وفي الفصل الثاني: الحكم

بالتصديق على الصلح الواقي (إجراءات الصلح - توقيع الصلح والتصديق عليه).

هذه هي نصوص الأحكام التفصيلية لقواعد الإفلاس التجاري في القانون اليمني الخاصة بالتجار

أفراداً أو شركات تجارية (باستثناء شركة المحاصة⁽¹⁾). إلا أن التطبيق العملي لهذه النصوص أمام المحاكم التجارية

قليلٌ ونادر، وغالباً ما تنتهي قضايا الإفلاس بالتخلي عن الأموال الموجودة للدائنين، لأن غالبية هذه القواعد

تتطلب من الدائنين متابعة قضاياهم أمام القضاء، فضلاً عن تكاليف الرسوم والمصاريف القضائية وأتعاب

المحامية. أما أحكام إفلاس المدين غير التاجر فقد نظّمها المشرع اليمني في القانون المدني في المواد (71-86،

359-365)، وهو ما سنتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

قواعد الإفلاس المدني في القانون المدني اليمني

(الحجر على المدين المفلس غير التاجر)

بعد أن نظّم المشرع اليمني أحكام الإفلاس التجاري في القانون التجاري، نظّم أيضاً أحكام وقواعد

الحجر⁽²⁾ على المدين المفلس في القانون المدني اليمني في المواد (71-83) بأحكام تكاد تكون متقاربة

(¹) نصّت المادة (684) تجاري يمني على أنه: "فيما عدا شركات المحاصة يجوز شهر إفلاس أية شركة تجارية إذا اضطرت إعمالها المالية فوفقت عن دفع ديونها. ويجوز شهر إفلاس الشركة ولو لم تتوقف عن دفع ديونها التجارية إلا وهي في دور التصفية...". ونصت المادة (685) تجاري يمني على أنه: "يجوز شهر إفلاس الشركة الواقعية".

(²) تناول القانون المدني اليمني: في الكتاب الأول: القسم الثاني (الأشخاص): الباب الأول، في الفصل الثالث: (الحجر على الشخص في أهليته) في المواد (55-86)، إلا أنه قسّم الحجر إلى نوعين: 1- حجر لمصلحة المحجور عليه: ويكون على الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه. 2- حجر لمصلحة الغير: ويكون على المفلس لمصلحة دائنيه، وعلى المورث لمصلحة ورثته ودائنيه... وعلى الراهن لمصلحة المرتهن وغير ذلك مما ينص عليه القانون (م 55 مدني يمني). وعلى ذلك فالقانون المدني اليمني أجاز الحجر على المدين المفلس... لمصلحة الغير وهم دائنو المفلس، أي الحجر بسبب الدين. والملاحظ أن المشرع الإماراتي: تناول في قانون المعاملات المدنية الإماراتي (رقم 5 لسنة 1985م) في المواد (401-413) 5- الحجر على المدين المفلس كالمشرع اليمني. مع بعض الاختلاف. كما أن المشرع الإماراتي تناول أحكام الإفلاس والصلح الواقي منه في قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (18) لسنة 1993م (شهر إفلاس المدين التاجر) في المواد (645-667)، كما هو الحال في قانون التجارة المصري، والقانون التجاري الكويتي، والقانون التجاري اليمني.

لأحكام الإفلاس التجاري مع بعض الاختلاف اليسير، ويبدو تأثير المشرع اليمني في القانون المدني بالأحكام والقواعد المقررة في الفقه الإسلامي. والملاحظ إن القانون المدني اليمني قد فُرق بين الإيسار والإعسار والإفلاس، أي أنه فُرق في الحكم بين المدين الموسر، والمدين المعسر، والمدين المفلس في المواد (359-365) مدني يمني. فقد نصّ في المادة (358) مدني يمني على الضمان العام ووسائله في أن: "أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا ما استثني بنص القانون أو باتفاق دون إضرار بسائر الدائنين طبقاً لما ينص عليه هذا القانون". والتفرقة السابقة بين المدين الموسر والمدين المعسر والمدين المفلس في غاية من الأهمية، نتناولها أولاً. ثم نتناول ثانياً: أحكام الإفلاس المدني في القانون المدني اليمني (الحجر على المدين المفلس غير التاجر).

أولاً: التفرقة بين الإيسار والإعسار والإفلاس.

فُرق المشرع اليمني في القانون المدني اليمني بين: المدين الموسر، والمدين المعسر، والمدين المفلس، ورتب على هذا الفرق الاختلاف في الحكم على كل منهما، حيث نصت المادة (359) مدني يمني على أن: "الموسر: هو من يفي ماله بديونه أو يزيد عليها، والمعسر: هو من لا يملك شيئاً غير ما استثنى له مما لا يجوز الحجز عليه أو بيعه، وهو ما يحتاجه من مسكن وثياب صالحين لمثله وآلة حرفته إذا كان ذا حرفة وكتبه إذا كان ذا علم وقوته ومن تلزمه نفقته من الداخل إلى الداخل، والمفلس: هو من لا يفي ماله بديونه". وعلى ذلك يختلف الحكم بالنسبة للمدين الموسر، عن المدين المعسر، عن المدين المفلس.

* **فبالنسبة للموسر:** وهو من يفي ماله بديونه أو يزيد عليها: نصت المادة (360) مدني يمني على أنه: "إذا كان المدين موسراً فلدائنه طلب حبسه لإكراهه على الوفاء، ثم طلب حجز أمواله، ثم طلب بيعها، طبقاً لما هو منصوص عليه في هذا القانون وقانون التنفيذ المدني".

* **وبالنسبة للمعسر:** وهو من لا يملك شيئاً: نصت المادة (365) مدني يمّني على أنه: "إذا ثبت بحكم القضاء إعسار المدّين، حيل بينه وبين دائّنيه إلى أن يثبت إيساره". وهذه الأحكام مشتقة من الفقه الإسلامي، قال تعالى: "وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة"، (البقرة الآية 280)، ويُنظر المواد (361، 363، 364) مدني يمّني.

* **أما بالنسبة للمفلس:** وهو من لا يفي ماله بديونه: فقد نصت المادة (362) مدني يمّني على أنه: "إذا كان المدّين مفلساً فلدائّنه حق طلب الحجر عليه، طبقاً لما هو مبين في الكتاب الأول (من القانون المدني اليمني) في المواد (71) وما بعدها".

وعلى ذلك فالمدّين الموسر: يُطلب حبسه، ثم يُطلب حجز أمواله، ثم يطلب بيعها. أما المدّين المعسر: وهو من لا يملك شيئاً، وإذا ثبت ذلك حيل بينه وبين دائّنيه إلى أن يثبت إيساره. أما المدّين المفلس: فلدائّنه طلب الحجر عليه بسبب الدين، بمعنى الحجر لمصلحة الغير (الدائّنين)، وليس الحجر لنقص الأهلية أو انعدامها أو لسفه أو لغفلة. وفيما يلي نتناول الحجر على المفلس بسبب الدين في القانون المدني اليمني.

ثانياً: الحجر على المدّين المفلس (غير التاجر) بسبب الدين (أحكام المفلس في القانون المدني اليمني):

تناول المشرّع اليمني في القانون المدني أحكام الحجر لمصلحة الغير: الحجر على المدّين المفلس في المواد (من 71-83) مدني يمّني. نتناول أهمها لبيان التفرقة بين أحكام المفلس في القانون التجاري وأحكام المفلس في القانون المدني اليمني.

فقد نصت المادة (71) مدني يمّني على أنه: "يُحجر على المدّين المفلس: وهو من يعجز ماله الموجود عن الوفاء بديونه الحالة، ويكون الحجر بحكم من محكمة موطن المفلس، بناءً على طلب أحد دائّنيه الحالة ديونهم، أو بناءً على طلب المفلس نفسه. ويترتب على الحجر منع المفلس من التصرفات في ماله الموجود وقت الحجر، وما يستجد له من مال في مدة الحجر، وقسمة المال بين الدائّنين قسمة غرماء".

ويتبين من الأحكام والقواعد المقررة في المادة (71) وحتى المادة (83) مدني يميني والخاصة بالحجر على المدين المفلس تشابهها مع الأحكام المقررة في القانون التجاري اليمني المطبقة على المدين التاجر المفلس مع بعض التيسير في الإجراءات. بل إن المواد (84-86) مدني يميني والخاصة بالحجر على تصرفات الميت وتركته - إذا تبين إفلاسه قبل موته - تشابه إلى حد كبير مع الأحكام المقررة على المدين التاجر إذا توفى وهو مفلس. غير أن القانون التجاري اليمني في المادة (570) تطلب صدور حكم شهر إفلاس المدين التاجر إذا توقف عن دفع ديونه التجارية الحالة الأداء⁽¹⁾. أما القانون المدني اليمني فقد تطلب في المادة (71) الحجر على المدين المفلس الذي يعجز ماله الموجود عن الوفاء بديونه الحالة⁽²⁾... إلخ المادة. وبمعنى آخر، فالأحكام المنصوص عليها في القانون المدني اليمني خاصة بالحجر على المدين المفلس غير التاجر.

وأحكام المدين المفلس التاجر نظمها القانون التجاري اليمني في الكتاب الرابع من القانون التجاري، فتطبق على المدين التاجر المفلس، باعتبارها نصوصاً خاصة بالإفلاس التجاري (والتي سبق تناولها في المطلب الأول من المبحث الأول).

أما الشخص المعسر (تاجر أم غير تاجر) فتطبق عليه الأحكام المنظمة لذلك والمنصوص عليها في المواد (من 359-365) مدني يميني والتي فرقت بين الموسر، والمعسر، والمفلس والتي سبق تناولها في (المطلب الثاني من المبحث الأول).

هذه هي أحكام الإفلاس التجاري والإفلاس المدني في التشريع اليمني. وتتناول في المبحث الثاني الإفلاس

التجاري والإفلاس المدني أو الإعسار في التشريع المصري لنرى مدى التشابه وأوجه الاختلاف بينهما.

(¹) بل إن القانون التجاري اليمني أجاز للدائن بدين مدني أن يطلب شهر إفلاس مدينه التاجر إذا أثبت أن هذا التاجر قد توقف عن دفع دينه التجاري. (ينظر المادة (573) تجاري يميني، وهو نفس الحكم في المادة (554) تجاري مصري، والمادة (558) تجاري كويتي)، والمادة (1/650) تجاري إماراتي.
(²) الملاحظ أن نصّ المادة (71) مدني يميني لم يبين هذا الحكم (الحجر على المدين المفلس) إنه خاص بالمدين المفلس غير التاجر، ويفضل أن ينصّ على ذلك أو أن ينصّ على أنه مع مراعاة ما هو منصوص عليه في القانون التجاري ... بالنسبة للمدين التاجر المفلس.
والملاحظ إن المشرع الكويتي في القانون المدني الكويتي قد تناول في الفصل الثاني في المواد (من 307-317) تحت عنوان الضمان العام للدائنين ووسائل المحافظة عليه: أولاً: استعمال الدائن حقوق مدينه (الدعوى غير المباشرة) في المواد 308-309. ثانياً: دعوى عدم نفاذ التصرفات في المواد (310-317) حيث أشار إلى المعسر والإعسار ضمناً.

المبحث الثاني

الإفلاس التجاري والإعسار المدني في التشريع المصري

تمهيد وتقسيم:

الحقيقة إن المشرع المصري نظم أحكام الإفلاس والصلح الوافي في قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999م وتعديلاته في الباب الخامس في المواد (550-772) تجاري مصري. أي في (222) مثنان واثنان وعشرون مادة. إلا أن المشرع المصري ألغى الباب الخامس من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999م، وأصدر القانون رقم (11) لسنة 2018م، تحت مسمى: "قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الوافي والإفلاس"⁽¹⁾ في (262 مادة).

كما أن المشرع المصري نظم أحكام الإعسار في القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م وتعديلاته في الفصل الثالث من الباب الثاني (آثار الالتزام) من الكتاب الأول (الالتزامات والحقوق الشخصية) تحت مسمى: (ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان)، 3- الإعسار: في المواد: (من 249-264) مدني مصري. ولم يذكر المشرع المصري (الإفلاس المدني) في نصوص القانون المدني المصري. وإن كان بعض الفقه المصري⁽²⁾، قد أشار إلى أن مشروع القانون المدني المصري كان يتضمن نصوص الإفلاس المدني (المواد 354-384)، ولجنة المراجعة حذفتها وأخذت بنظام الإعسار المدني (في المواد 349-364).

وعلى ذلك نتناول أحكام الإفلاس التجاري المصري طبقاً للقانون رقم (11) لسنة 2018م في مطلب أول، وأحكام الإعسار في القانون المدني المصري في مطلب ثان.

(1) صدر هذا القانون في 19 فبراير 2018م (الموافق 3 جماد الآخر 1439هـ) ونصت مواد إصداره على أن يُعمل به بعد ثلاثين يوماً من تاريخ نشره (انظر المواد 5-6 من مواد إصدار هذا القانون). الجريدة الرسمية (المصرية) العدد (7) مكرر (د) 19 فبراير 2018م.
(2) يُنظر: د. نبيل إبراهيم سعد (بحث): (نحو قانون للإفلاس المدني)، دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية، مصر، ط/2004م، ص40-41.

المطلب الأول

أحكام الإفلاس التجاري في التشريع المصري

قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الوافي والإفلاس

بعد أن ألغى المشرع المصري الباب الخامس من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999م والذي كان ينظم (أحكام الإفلاس التجاري) فقد أصدر القانون رقم (11) لسنة 2018م تحت مسمى: "قانون تنظم إعادة الهيكلة والصلح الوافي والإفلاس".

أي أن المشرع المصري أصدر قانوناً جديداً لأحكام الإفلاس التجاري، وفيما يلي سنتناول تقسيم المشرع المصري لهذا القانون الجديد، والذي قسمه إلى أربعة أبواب:

★ الباب الأول: أحكام عامة:

- الفصل الأول: في التعريفات، والاختصاص القضائي:

أ- التعريفات: في المادة (1) وتضمنت (17) تعريفاً: نتناول أهمها.

- إدارة الإفلاس: هي الإدارة المنشأة بموجب هذا القانون، داخل كل محكمة اقتصادية لتلّقى طلبات

إعادة الهيكلة، والصلح الوافي من الإفلاس، وشهر الإفلاس، ومباشرة إجراءات الوساطة.

- الوساطة: وسيلة وديّة لتسوية المنازعات التجارية عن طريق وسيط (قاضى الإفلاس).

- إعادة الهيكلة: الإجراءات التي تساعد التاجر على خروجه من مرحلة الاضطراب المالي والإداري.

- لجنة إعادة الهيكلة: اللجنة المشكلة من بين الخبراء المقيدين بالجدول المنصوص عليها في المادة

(13) من هذا القانون، لإعداد خطة إعادة الهيكلة.

ب- الاختصاص القضائي: تم تناولها في المواد 2-4 من القانون ذاته: نصّت المادة (2) منه: على

اختصاص الدوائر الابتدائية بالمحاكم الاقتصادية التي يقع في دائرتها موطن تجاري للمدين أو المركز

الرئيسي للشركة بنظر الدعاوي التي تنشأ عن تطبيق أحكام هذا القانون. أمّا المادة (3) فقد أشارت إلى إنشاء وتشكيل إدارة الإفلاس بكل محكمة اقتصادية، (رئيسها، وعدد الأعضاء فيها... إلخ). أمّا المادة (4) من ذات القانون فتناولت اختصاص إدارة الإفلاس.

- الفصل الثاني: إجراءات الوساطة: تناولت أحكامها المواد (5-12) من القانون ذاته.
- الفصل الثالث: لجنة إعادة الهيكلة: تناولت المواد (13-14) تشكيلها، واختصاصها، ومن يتولى تقدير اتعاب اللجنة.

★ الباب الثاني: في الطلبات التي تقدم إلى إدارة التفليسة.

- الفصل الأول: إعادة الهيكلة: تناولت أحكامها المواد (15-29) من القانون ذاته.
- الفصل الثاني: الصلح الواقي من الإفلاس: تناولت أحكامه المواد (30-74) من القانون ذاته.
- الفصل الثالث: شهر الإفلاس: تناولت أحكامه المواد (75-191) من القانون ذاته.
- الفصل الرابع: إفلاس الشركات: تناولت أحكامه (المواد من 192-209) من القانون ذاته.

★ الباب الثالث: في تصفية موجودات التفليسة:

- الفصل الأول: أحكام عامة (المواد 210-213) من القانون ذاته.
- الفصل الثاني: إجراءات البيع (لموجودات التفليسة) تناولت أحكامها المواد (214-234).
- الفصل الثالث: في التوزيعات (للمبالغ الناتجة عن بيع إموال المفلس) المواد (235-238).

★ الباب الرابع: رد الاعتبار والعقوبات:

- الفصل الأول: رد الاعتبار: تم تناول أحكام رد الاعتبار التجاري في المواد (239-251).
- الفصل الثاني: العقوبات: تناول أحكامها القانون الجديدة المواد (252-262).

هذه هي الأحكام القانونية التي تناولها قانون الإفلاس التجاري المصري الجديد رقم (11) لسنة 2018م أو بالأصح "قانون تنظم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس"، بعد إلغاء الفصل الخامس من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999م والذي كان ينظم أحكام "الإفلاس والصلح الواقي منه". كما نظم المشرع المصري أحكام وقواعد الإعسار في القانون المدني. وهو ما تناوله في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

أحكام وقواعد الإعسار في القانون المدني المصري

تناول القانون المدني المصري أحكام وقواعد إعسار المدين في المواد (249-264) بأحكام تكاد تكون متقاربة لأحكام إفلاس المدين التاجر في قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس (المصري الجديد)، مع بعض الاختلاف، وستتناول بعض وأهم النصوص القانونية المنظمة لإعسار المدين، لنلاحظ مدى تشابهها أو اختلافها عن قواعد إفلاس المدين التاجر في قانون الإفلاس المصري الجديد.

فقد نصّت المادة (234) مدني مصري تحت عنوان: "ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان" على أن: "1- أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه. 2- وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان، إلا من كان له حق التقدم طبقاً للقانون"⁽¹⁾. ونصّت المادة (249) مدني مصري على أنه: "يجوز أن يشهر إعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء". كما نصّت المادة (250) مدني مصري على أنه: "يكون شهر الإعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين، بناءً على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه، وتُنظر الدعوى على وجه السرعة".

ونصت المادة (252) مدني مصري على أن: "مدة المعارضة في الأحكام الصادرة في شأن الإعسار ثمانية أيام ومدة استئنافها خمسة عشر يوماً تبدأ من تاريخ إعلان تلك الأحكام".

(١) وهو ما نصت عليه المادة (358) مدني بحري، والمادة (307) مدني كويتي، والمادة (391) مدني إماراتي.

وأيضاً نصت المادة (256) مدني مصري على أنه: "1- لا يحول شهر الإعسار دون اتخاذ الدائنين لإجراءات فردية ضد المدين. 2- على أنه لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأي اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل". (يُنظر المواد 257-258-259 مدني مصري).

ومن هذه النصوص، يتضح مدى تشابه واختلاف أحكام إعسار المدين (غير التاجر)⁽¹⁾ عن أحكام إفلاس المدين (التاجر)، بأن نظام الإعسار خاص بالمدين غير التاجر في القانون المدني المصري، وأن نظام الإفلاس خاص بالمدين التاجر في القانون التجاري المصري، وغيرها من القوانين التجارية العربية. **فالحكم بالإعسار:** (في القانون المدني المصري) يكون عندما لا تكفي أموال المعسر للوفاء بديونه المستحقة الأداء، وثبت للمحكمة ذلك فضلاً عن ديونه المؤجلة.

أما الحكم بالإفلاس: (في القانون التجاري المصري وغيرها من القوانين التجارية العربية) فيكون عند توقف المدين التاجر عن دفع ديونه التجارية الحالة الأداء إثر (عقب) اضطراب أعماله المالية. وصدور حكم شهر الإعسار لا يحول دون اتخاذ الدائنين لإجراءات فردية ضد أموال المدين المعسر، باستثناء الاختصاص⁽²⁾، الذي يقع على عقارات المدين المعسر.

أما صدور حكم شهر الإفلاس فيحول دون اتخاذ الدائنين إجراءات فردية ضد أموال المدين المفلس⁽³⁾ (م605 تجاري مصري - م612 تجاري بحني).

(1) وهذا لا يمنع من تطبيق أحكام الإعسار على التاجر إذا توافرت شروط الإعسار فيه وصدور حكم بشهر إعساره. إلا أن الغالب أن يشهر إفلاس التاجر لتوقفه عن دفع ديونه التجارية. بل وأجاز كل من المشرع (المصري والبيني وغيرهم) للدائن بدين مدني أن يطلب شهر إفلاس مدينه التاجر إذا أثبت توقف هذا التاجر عن دفع ديونه التجارية، فيدخل الدائن بدين مدني ضمن جماعة الدائنين (م 1/554 تجاري مصري) و (م 573 تجاري بحني) و (م 558 تجاري كويتي، م 650 تجاري إماراتي).

(2) **حق الاختصاص:** أفوه المشرع المصري كنوع من أنواع التأمينات العينية المقررة للدائن على أموال المدين ضماناً للوفاء بديون الدائنين (يُنظر المواد من 1805-1095) مدني مصري في حق الاختصاص.

(3) والملاحظ أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي: (قانون اتحادي رقم (5) لسنة 1980): تناول أحكام (الحجر على المدين المفلس) في المواد (401-413) مدني إماراتي، وهي مشابهة ومخالفة بعض الشيء لأحكام (الحجر على المدين المفلس) في المواد (71-83) من القانون المدني البيني. وعلى ذلك فالمشرع الإماراتي أخذ بأحكام الحجر على المدين المفلس في القانون المدني، بعد أن نظم أحكام الإفلاس على المدين التاجر في قانون المعاملات التجارية.

المبحث الثالث

الإفلاس التجاري والإعسار المدني في التشريع الكويتي

تمهيد وتقسيم:

تناول المشرع الكويتي أحكام الإفلاس التجاري (الإفلاس والصلح الواقعي) في قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980م وتعديلاته⁽¹⁾، في الكتاب الرابع منه (في المواد من 555 إلى 800)، أي فيما يقارب (245 مادة).

كما تناول المشرع الكويتي أحكام الإعسار المدني في القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980م⁽²⁾ وتعديلاته، في المواد (307-317) ضمن أحكام الضمان العام للدائنين ووسائل المحافظة عليه، ولم يتناول الإعسار بنصوص خاصة كما تناولها المشرع المصري.

كما أن المشرع الكويتي - كالمشرع المصري - لم يتناول أحكام (الإفلاس المدني) في نصوص القانون المدني، بل نظم أحكام وقواعد الإعسار في القانون المدني الكويتي في المواد (307-317) مدني كويتي⁽³⁾.

وذلك على اعتبار أن نظام الإفلاس التجاري خاص بالتجار (أفراداً أو شركات) ونظمت أحكامه مواد في القانون التجاري الكويتي. وأن نظام الإعسار خاص بغير التجار ونظمت أحكامه مواد في القانون المدني الكويتي.

وعلى ذلك نتناول أحكام الإفلاس التجاري في قانون التجارة الكويتي في مطلب أول، وأحكام الإعسار المدني في القانون المدني الكويتي في مطلب ثان.

(1) والذي ألغي قانون التجارة الكويتي القديم رقم 2 والصادر سنة 1961م.

(2) ونص على أنه: "يلغي العمل بمجلة الأحكام العدلية ويستعاض عنها بالقانون المدني المرافق لهذا القانون (م1 من المرسوم بالقانون رقم 67 لسنة 1980م بإصدار القانون المدني الكويتي".

(3) وهو نص عليه في القانون المدني المصري (في المواد 249-264).

المطلب الأول

أحكام الإفلاس التجاري في قانون التجارة الكويتي

نظّم المشرّع الكويتي أحكام الإفلاس التجاري في قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980م⁽¹⁾ في الكتاب الرابع⁽²⁾ من القانون ذاته (الإفلاس والصلح الوافي) في المواد من (555-800)، أي في (245 مادة). وستتناول تقسيم المشرّع الكويتي لأحكام ونصوص الإفلاس التجاري مركّزين على بعض وأهم هذه النصوص التي تؤكد على أن هذه الأحكام خاصة بالإفلاس التجاري، وأنها تطبق على التجار (أفراداً أو شركات تجارية). وقد تناول المشرّع الكويتي أحكام الإفلاس والصلح الوافي في الكتاب الرابع من قانون التجارة الكويتي، وتعديلاته، وقسمته إلى خمسة أبواب.

الباب الأول: شهر الإفلاس وآثاره: (في المواد 555-626) تجاري كويتي.

— حيث نصّت المادة (555) تجاري كويتي على أنه: "كل تاجر اضطرت أعماله المالية، فوقف عن دفع ديونه التجارية يجوز إفلاسه". كما نصّت المادة (556) تجاري كويتي على أنه: "لا تنشأ حالة الإفلاس إلاّ بحكم يصدر بشهر الإفلاس، ولا يترتب على الوقوف عن دفع الديون قبل صدور هذا الحكم أي أثر مالم ينص القانون على غير ذلك". ونصّت المادة (557) تجاري كويتي على أنه: "يشهر إفلاس التاجر بناءً على طلب أحد دائنيه أو بناءً على طلبه هو، ويجوز للمحكمة أن تقضى بشهر إفلاس التاجر بناءً على طلب النيابة العامة أو من تلقاء ذاتها" (يُنظر المواد 558، 559، 560، 561 تجاري كويتي). ونصّت المادة (562) تجاري كويتي على أنه: "1- يجوز شهر إفلاس التاجر الذي وقف

(1) والذي بدأ العمل به اعتباراً من 25 فبراير 1981م (م 2 من مرسوم إصدار قانون التجارة الكويتي).

(2) والذي سبقه الكتاب الأول: في التجارة بوجه عام (في المواد 1-95 تجاري كويتي).

— والكتاب الثاني: في الالتزامات والعقود التجارية (في المواد 96-404 تجاري كويتي).

— والكتاب الثالث: في الأوراق التجارية (في المواد 405-554 تجاري كويتي).

عن دفع ديونه التجارية، حتى بعد وفاته أو اعتزاله التجارة... خلال السنتين التاليتين للوفاة أو لشطب اسم التاجر من السجل التجاري. 2-... 3- ويجوز لورثة التاجر طلب شهر إفلاسه بعد وفاته خلال السنتين التاليتين للوفاة...".

ويُستنتج من هذه النصوص وما يليها، إن المشرّع والكويتي نظّم أحكام الإفلاس والصلح الوافي في القانون التجاري الكويتي، وأنه قصد بهذا التنظيم شهر إفلاس التاجر، وأنه نظام خاص بالتجار.

الباب الثاني: إدارة التفليسة: (المواد 627-684 تجاري كويتي) تناول في **الفصل الأول:** الأشخاص الذين يديرون التفليسة (المواد 640-639). وفي **الفصل الثاني:** إدارة موجودات التفليسة، وتحقيق الديون، وإقفال التفليسة لعدم كفاية الأموال (المواد 640-667). وفي **الفصل الثالث:** أنواع خاصة من التفليسة (1- التفاليس الصغيرة - المواد 668-669). (2- إفلاس الشركات - المواد 670-674).

حيث نصّت المادة (670) تجاري كويتي على أنه: "تسرى على إفلاس الشركات نصوص الإفلاس بوجه عام، وتسرى بوجه خاص النصوص الآتية: (المواد 671-684).

وهذا يدل على أن نظام الإفلاس التجاري يسرى على إفلاس الشركات التجارية بوجه عام، كما تسرى بوجه خاص على إفلاسها الأحكام المنصوص عليها في المواد (671-684 تجاري كويتي).

حيث نصّت المادة (671) تجاري كويتي على أنه: "1- فيما عدا شركات المحاصة، يجوز شهر إفلاس أية شركة إذا اضطرت أعمالها المالية فوقفت عن دفع ديونها. 2- ويجوز شهر إفلاس الشركة ولو لم تتوقف عن دفع ديونها التجارية إلا وهي في دور التصفية...". كما نصّت المادة (672) تجاري كويتي على أنه: "يجوز شهر إفلاس الشركة الواقعية"⁽¹⁾.

الباب الثالث: انتهاء التفليسة: (المواد 685-742 تجاري كويتي).

(1) وهي نفس الأحكام في المواد 684 - 685 تجاري كويتي.

الباب الرابع: الصلح الواقي من الإفلاس: (المواد 743-787 تجاري كويتي).

الباب الخامس: جرائم الإفلاس والصلح الواقي: (المواد 788-800 تجاري كويتي). ثم المذكرة

الإيضاحية لقانون التجارة الكويتي.

هذه هي نصوص الأحكام التفصيلية لقواعد الإفلاس في قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980م

وتعدلاته، والتي تطبق على التجار (أفراداً أو شركات تجارية) باستثناء شركة المحاصة (م/1/671 تجاري كويتي).

والملاحظ أن المشرع الكويتي قد نظم أحكام وقواعد الإعسار في القانون المدني الكويتي كما سبقه إلى ذلك

المشرع المصري، ولم يشير إلى إفلاس المدين غير التاجر.

المطلب الثاني

أحكام وقواعد الإعسار في القانون المدني الكويتي

تناول المشرع الكويتي أحكام وقواعد الإعسار في القانون المدني الكويتي في المواد (307-317) ضمن

أحكام وقواعد الضمان العام للدائنين ووسائل المحافظة عليه: في الفصل الثاني من الباب الثاني (آثار الالتزام) من

الكتاب الأول (الالتزامات بوجه عام) من القسم الأول (الحقوق الشخصية أو الالتزامات).

والملاحظ أن المشرع الكويتي لم يتناول الإعسار بنصوص خاصة - كما تناولها المشرع المصري في المواد

(249-264) مدني مصري - بل تناول أحكام الإعسار ضمن أحكام الضمان العام للدائنين ووسائل

المحافظة عليه في المواد (307-317) مدني كويتي). وستتناول أهم هذه النصوص:

حيث نصّت المادة (307) مدني كويتي على أنه: "1- أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه. 2- وجميع

الدائنين متساوون في هذا الضمان، إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون⁽¹⁾".

(1) وهو ما تناوله القانون المدني القطري رقم (22) لسنة 2004م في المواد (272-279)، والقانون المدني البحريني رقم (19) لسنة 2001م في المواد

(232-239) في أحكام إعسار المدين ودعوه عدم نفاذ الصرف، ونصّت المادة (309) مدني كويتي على أنه: "يعتبر الدائن في استعمال حقوق مدينة

نائباً عنه".

كما نصّت المادة (308) مدني كويتي: تحت عنوان: أولاً: استعمال الدائن حقوق مدينه (الدعوى غير المباشرة): على أن: "1- لكل دائن ولولم يكن حقه مستحق الأداء، أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين المالية، إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز، إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق، وأن عدم استعماله إياها من شأنه أن يسبب إعساره أو زيادة إعساره. 2- ولا يلزم لاستعمال الدائن حقوق مدينه إعدار هذا المدين، إذا رفعت دعوى باسمه وجب إدخاله فيها وإلا كانت غير مقبولة⁽¹⁾".

ونصّت المادة (310) مدني كويتي: تحت عنوان: ثانياً: دعوى عدم نفاذ التصرفات: على أنه: "لكل دائن حقه مستحق الأداء وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته، وترتب عليه إعسار المدين أو زيادة إعساره، وذلك إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادتين التاليتين⁽²⁾".

ونصّت المادة (313) مدني كويتي على أنه: "إذا ادعى الدائن إعسار المدين، فليس عليه إلا أن يثبت ما في ذمته من ديون، وعلى المدين إذا ادعى يسره أن يثبت أن له من المال ما يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها⁽³⁾".

(1) ونصّت المادة (309) مدني كويتي على أنه: "يعتبر الدائن في استعمال حقوق مدينه نائباً عنه".

(2) يُنظر المواد (311-312) مدني كويتي.

(3) يُنظر المواد (314-315-316-317) مدني كويتي في بقية أحكام دعوى عدم نفاذ التصرفات.

المبحث الرابع

الإفلاس التجاري والإفلاس المدني في التشريع الإماراتي

تناول المشرع الإماراتي أحكام وقواعد الإفلاس التجاري في قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (18) لسنة 1993م في الكتاب الخامس، الإفلاس والصلح الواقي منه في المواد (من 645 إلى 900)، أي في مئتان وخمسة وخمسون مادة.

كما تناول المشرع الإماراتي أحكام وقواعد الإفلاس المدني (الحجر على المدين المفلس) في قانون المعاملات المدنية الإماراتي (رقم 5 لسنة 1980م) في المواد (401-413) مدني إماراتي. وهذه الأحكام مشابهة لما أخذ به القانون المدني اليمني.

فالمشرع الإماراتي - كالمشرع اليمني - لم يتناول أحكام الإعسار في القانون المدني، بل نظم أحكام الحجر على المدين المفلس وذلك على اعتبار أن الإفلاس التجاري نظام خاص بالتجار (أفراداً أو شركات تجارية)، ونظمت أحكام الإفلاس التجاري في قوانينها التجارية. وأن الإفلاس المدني (الحجر على المدين المفلس) نظام خاص بغير التجار ونظمت أحكام الحجر على المدين المفلس في قوانينها المدنية. وعلى ذلك تتناول أحكام الإفلاس التجاري في قانون المعاملات التجارية الإماراتي، في مطلب أول وأحكام الإفلاس المدني (الحجر على المدين المفلس) في قانون المعاملات المدنية الإماراتي في مطلب ثان.

المطلب الأول

أحكام الإفلاس التجاري في قانون المعاملات التجارية الإماراتي

نظم المشرع الإماراتي أحكام الإفلاس التجاري في قانون المعاملات التجارية الإماراتي في الكتاب الخامس منه في المواد (من 645-900)، أي في 255 مادة، تحت مسمى الإفلاس والصلح الوافي منه.

وستتناول تقسيم المشرع الإماراتي لأحكام ونصوص الإفلاس التجاري، مركّزين على بعض وأهم هذه النصوص التي تؤكد على أن هذه الأحكام خاصة بالإفلاس التجاري، وأنها تطبق على التجار (أفراداً أو شركات تجارية). وقد قسم المشرع الإماراتي أحكام الإفلاس والصلح الوافي منه في قانون المعاملات التجارية في الكتاب الخامس منه إلى أربعة أبواب وذلك على النحو الآتي:

★ الباب الأول: الإفلاس (في المواد 645-830): وفيه ثمانية فصول:

– الفصل الأول: شهر الإفلاس: (في المواد 645-667) تجاري إماراتي:

حيث نصّت المادة (645) تجاري إماراتي على أنه: "1- مع مراعاة أحكام الصلح الوافي من الإفلاس يجوز إشهار إفلاس كل تاجر توقف عن دفع ديونه التجارية في مواعيد استحقاقها، لاضطراب مركزه المالي وترزعزع ائتمانه. 2- ويعتبر في حكم المتوقف عن الدفع كل تاجر يستعمل في سبيل الوفاء بديونه وسائل غير عادية أو غير مشروعة تدل على سوء حالته المالية. 3- ويشهر الإفلاس بحكم يصدر بذلك من المحكمة المدنية المختصة. 4- وينشئ الحكم الصادر بإشهار الإفلاس حالة الإفلاس، ولا يكون للتوقف عن الدفع أو لاستعمال التاجر لوسائل غير عادية أو غير مشروعة في سبيل الوفاء بديونه أثر إلا بصدر الحكم مالم ينص القانون على خلاف ذلك". ونصّت المادة (646) تجاري إماراتي على أنه: "1- يجوز إشهار إفلاس التاجر بعد وفاته أو اعتزاله التجارة أو فقدانه الأهلية إذا حدث ذلك وهو في حالة توقفه عن الدفع، ويجب تقديم طلب شهر الإفلاس خلال سنة من تاريخ الوفاة أو من تاريخ شطب اسم التاجر من السجل التجاري في حالة اعتزاله، أو من تاريخ

فقدانه أهليته. 2- وتعلن دعوى إشهار الإفلاس في حالة وفاة التاجر في آخر موطن له دون حاجة إلى تعيين الورثة. 3- ويجوز لورثة التاجر أن يطلب (يطلبوا) إشهار إفلاسه بعد وفاته (مع مراعاة الميعاد المذكور في الفقرة الأولى (خلال سنة)، فإذا اعترض بعض الورثة على إشهار الإفلاس وجب على المحكمة أن تسمع أقواله ثم تفصل في الطلب وفقاً لمصلحة ذوى الشأن". ونصّت المادة (647) تجاري إماراتي على أنه: "1- يشهر إفلاس التاجر بناءً على طلبه أو طلب أحد دائنيه. 2- ويجوز للمحكمة أن تقضى بشهر إفلاس التاجر بناءً على طلب النيابة العامة، أو من تلقاء ذاتها". كما نصّت المادة (648) تجاري إماراتي على أنه: "إذا رأت المحكمة شهر إفلاس التاجر من تلقاء ذاتها، وجب عليها إخطاره بيوم الجلسة، ويجوز في أحوال الاستعجال أن تأمر المحكمة بشهر الإفلاس بعد إخطار المدين بالحضور ولو بساعة واحدة".

ويُستنتج من هذه النصوص وما يليها إن المشرّع الإماراتي قصد بهذا التنظيم شهر إفلاس المدين التاجر، وإنه نظام خاص بالتجار.

- الفصل الثاني: في الأشخاص الذين يديرون التفليسة: (المواد 668-681) تجاري إماراتي.
 - الفصل الثالث: في آثار الإفلاس: (المواد 682-735) تجاري إماراتي.
 - الفصل الرابع: في إدارة التفليسة: (المواد 736-761) تجاري إماراتي.
 - الفصل الخامس: في انتهاء التفليسة: (المواد 762-799) تجاري إماراتي.
 - الفصل السادس: في التفليسات الصغيرة: (المادة 800) تجاري إماراتي.
 - الفصل السابع: إفلاس الشركات: (المواد 801-816) تجاري إماراتي.
- حيث نصّت (م801) تجاري إماراتي على أنه: "تسرى على إفلاس الشركات التجارية بالإضافة إلى أحكام المواد المنصوص عليها في هذا الباب (الباب الأول) الأحكام المنصوص عليها في المواد التالية" (802-816).

كما نصّت المادة (802) تجاري إماراتي على أنه: "1- فيما عدا شركات الخاصة يجوز إشهار إفلاس كل شركة تجارية إذا توقفت عن دفع ديونها التجارية في مواعيد استحقاقها لاضطراب أعمالها المالية. 2- ويجوز إشهار إفلاس الشركة وإن كانت في حالة التصفية. أما إذا تمت تصفية الشركة، فلا يجوز الحكم بإشهار إفلاسها. 3- وتسرى الأحكام المتقدمة، على الشركات التي حكم بإبطالها إذا ما استمرت بصورة فعلية...".

ونصّت المادة (803) تجاري إماراتي على أنه: "يتبع فيما يتعلق بالشركات المساهمة والشركات ذات المسؤولية المحدودة ما يلي: 1- إذا طلب إشهار إفلاس الشركة، وجب وقف الفصل في كل طلب يكون موضوعه تصفية الشركة، أو وضعها تحت الحراسة القضائية. 2- وإذا حكم بإشهار إفلاس الشركة، فلا يجوز قبل انتهاء التفليسة تصفيتها أو وضعها تحت الحراسة القضائية".

ويتضح من هذه النصوص أن نظام الإفلاس التجاري ينطبق على الشركات التجارية عدا شركة المحاصة. (م1/802 شركات إماراتي).

— الفصل الثامن: في رد اعتبار المفلس: (رد الاعتبار التجاري للمفلس): (المواد 817-830) تجاري إماراتي.

★ الباب الثاني: في الصلح الوافي من الإفلاس: (المواد 831-877) تجاري إماراتي.

★ الباب الثالث: في جرائم الإفلاس والصلح الوافي: (المواد 878-895) تجاري إماراتي.

★ الباب الرابع: في الغرامات والنفقات: (المواد 896-900) تجاري إماراتي.

هذه هي نصوص الأحكام التفصيلية لقواعد الإفلاس التجاري في قانون المعاملات التجارية الإماراتي، والتي تطبق على التجار أفراداً أو شركات تجارية باستثناء شركة المحاصة. (م1/802 تجاري إماراتي).

كما نظم المشرع الإماراتي أحكام الحجر على المدين المفلس في قانون المعاملات المدنية الإماراتي. وهو ما سنتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

أحكام الإفلاس المدني (الحجر على المدين المفلس) في قانون المعاملات

المدنية الإماراتي

نظّم المشرّع الإماراتي أحكام الإفلاس التجاري في قانون المعاملات التجارية الإماراتي (رقم 18 لسنة 1993م). وكان قد نظّم أحكام الإفلاس (الحجر على المدين المفلس) في قانون المعاملات المدنية الإماراتي⁽¹⁾، (رقم 5 لسنة 1985م) في المواد (401-413). 5-الحجر على المدين المفلس. كالمشرّع اليمني - مع بعض الاختلاف⁽²⁾. وتتناول أهم النصوص التي بينت أحكام الحجر على المدين المفلس في القانون المدني الإماراتي. حيث نصّت المادة (401) مدني إماراتي على أنه: "يجوز الحجر على المدين إذا زادت ديونه الحالة على ماله".

كما نصّت المادة (402) مدني إماراتي على أنه: "1-يكون الحجر بحكم يصدره القاضي الذي يتبعه موطن المدين، بناءً على طلب المدين أو أحد الدائنين، وتتنظر الدعوى على وجه السرعة. 2-ويجوز لأي دائن أن يحصل بمقتضى حكم الحجر على أمر من القاضي المختص بحجز جميع أموال المدين عدا ما لا يجوز حجزه، ويبقى الحجز على أموال المدين قائماً لمصلحة الدائنين حتى ينتهي الحجر".

ونصّت المادة (403) مدني إماراتي على أنه: "على القاضي في كل حال قبل أن يحجر على المدين أن يراعى في تقديره جميع الظروف التي أحاطت به ومدى مسؤوليته عن الأسباب التي أدت إلى طلب الحجر

(¹) وهو ما نظّمه المشرّع اليمني في القانون المدني اليمني في المواد (71-83 مدني يمني)، 1-الحجر على المدين المفلس. وهو ما نظّمه المشرّع العماني في المواد (277-288) تحت مسمى (5- الحجر على المدين المعسر) في قانون المعاملات المدنية العماني رقم (29) لسنة 2013م. (²) ويلاحظ تأثرها بأحكام الفقه الإسلامي.

ومصالح دائنيه المشروعة. وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في حالته المادية". (ويُنظر المواد 404-405 مدني إماراتي⁽¹⁾).

يلاحظ من هذه النصوص وما يليها، إن المشرّع الإماراتي أقر نظام الحجر على المدين المفلس في قانون المعاملات المدنية الإماراتي (على غير التاجر) كما نظّمه المشرّع اليمني في القانون المدني اليمني. أي أنه أقر الإفلاس المدني، بدليل أنه نظّم أحكام الإفلاس التجاري في قانون المعاملات التجارية الإماراتي (في المواد من 645 إلى 900) تجاري إماراتي.

إلا أن المشرّع الإماراتي لم يفرّق بين الإيسار أو الإعسار والإفلاس (أي لم يفرّق بين المدين الموسر، والمدين المعسر والمدين المفلس) كما نص عليها المشرّع اليمني في المواد (359-365 مدني يمني) وإن كان قد أجاز الحجر على المدين إذا أدت ديونه الحالة على ماله طبقاً للمادة (401) مدني إماراتي، وأن هذا الحجر يكون على المدين المفلس غير التاجر. (الحجر بسبب الدين).

كما أن المشرّع الإماراتي أجاز أن ينتهي الحجر بحكم من محكمة موطن المدين بناءً على طلب ذوى الشأن إذا ثبت أن ديون المدين أصبحت لاتزيد على أمواله (م410 مدني إماراتي). وهذا يعني أنه أجاز رفع الحجر على المدني المفلس غير التاجر إذا أصبحت أمواله تزيد على ديونه، أي أنه أصبح مديناً موسراً. أمّا المدين المعسر فلم يُشر إليه.

(1) يُنظر المادة (406) مدني إماراتي فيما يترتب على الحكم بالحجر على المدين المفلس، والمادة (407) في تقرير نفقه للمدين المفلس المحجور عليه، والاعتراض على هذا التقرير من المدين أو من الدائنين، والمادة (408) في بيع أموال المدين المفلس المحجور عليه وتقسيمها على الغرماء، والمادة (409) في عقوبة المدين بالاحتتيال في حالات معينة... والمواد (410-413) في انتهاء الحجر على المدين المحجور عليه، وعودة آجال الديون التي حلت بسبب الحجر، وإمكانية الطعن في تصرفات المدين الضارة بدائنيه، والتمسك باستعمال حقوق المدين طبقاً للمواد 392-394 إلى 400 مدني إماراتي.

الخاتمة

تناولت هذه الدراسة أحكام كل من الإفلاس التجاري والإفلاس المدني (أو الإعسار) في كل من التشريع اليمني والمصري والكويتي والإماراتي، وموقف كل منها من الأخذ بنظام الإفلاس المدني، أو بنظام الإعسار في قوانينها المدنية.

وتناولنا أحكام التشريع اليمني في الإفلاس التجاري والإفلاس المدني. وعرضنا لأحكام الإفلاس التجاري في القانون التجاري اليمني رقم (32) لسنة 1991م وتعديلاته في الكتاب الرابع منه، تحت مسمى "الإفلاس والصلح الوافي" في المواد (من 570-803) تجاري يمني. وعرضنا لأحكام الإفلاس المدني في القانون المدني اليمني والذي تناول أحكام الحجر⁽¹⁾ على المدين المفلس في المواد (71-86) مدني يمني. وقد فُرق القانون المدني اليمني: بين المدين الموسر، والمدين المعسر، والمدين المفلس في المواد (359-365) مدني يمني.

وتناولنا - أيضاً - أحكام التشريع المصري في الإفلاس التجاري والإعسار المدني. وعرضنا لأحكام الإفلاس التجاري في قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999م وتعديلاته في الباب الخامس منه في المواد (550-722) تجاري مصري. إلا أن المشرع المصري ألغى الباب الخامس وأصدر القانون رقم (11) لسنة 2018م تحت مسمى: "قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الوافي والإفلاس"، وشرحنه تقسيماته. وعرضنا لأحكام الإعسار في القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م في المواد (249-264) مدني مصري.

كما تناولنا أحكام المشرع الكويتي في الإفلاس التجاري والإعسار المدني، وعرضنا لأهم أحكام ونصوص الإفلاس التجاري في قانون التجارة الكويتي رقم (68) لسنة 1980م وتعديلاته في الكتاب الرابع (الإفلاس

(١) وهو ما أخذ به المشرع الإماراتي في قانون المعاملات المدنية رقم (5) لسنة 1985م (الحجر على المدين المفلس) في المواد (401-413) مدني إماراتي، ثم تناول المشرع الإماراتي أحكام الإفلاس التجاري في قانون المعاملات التجارية رقم (18) لسنة 1993م في الكتاب الخامس "الإفلاس والصلح الوافي" منه في المواد (645-900) تجاري إماراتي.

والصلح الوافي) في المواد من 555 إلى 800) تجاري كويتي⁽¹⁾. كما عرضنا لأهم أحكام ونصوص الإعسار المدني في القانون المدني الكويتي 67 لسنة 1980م في المواد من 307-317 مدني كويتي.

وتناولنا كذلك أحكام التشريع الإماراتي في الإفلاس التجاري والإفلاس المدني، وعرضنا لأهم نصوص وأحكام الإفلاس التجاري في قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (18) لسنة 1993م في الكتاب الخامس في المواد (645-900) تجاري إماراتي - كما عرضنا لأهم أحكام ونصوص الإفلاس المدني في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985م في المواد (401-413) والذي تناول فيها أحكام الحجر على المدني المفلس). وهي مشابهة لأحكام القانون المدني اليمني.

وخرجت الدراسة بمجموعة من النتائج والتوصيات، على النحو الآتي:

أولاً: النتائج: خلصت الدراسة بمجموعة من النتائج، أهمها:

1. إن كلاً من المشرّع اليمني والإماراتي، رغم تنظيمهما لأحكام الإفلاس التجاري في القانون التجاري اليمني وفي قانون المعاملات التجارية الإماراتي، إلا أنهما أعادا تنظيم أحكام الإفلاس المدني في القانون المدني اليمني وفي قانون المعاملات المدنية الإماراتي بأن قررا أحكام الحجر على المدين المفلس بعد أن فرّق المشرّع اليمني بين كل من المدين الموسر، والمدين المعسر، والمفلس، وبيّن الأحكام الخاصة بكل منهم.
2. إن كلاً من المشرّع المصري والكويتي، رغم تنظيمهما أيضاً لأحكام الإفلاس التجاري في قانون التجارة المصري وفي قانون التجارة الكويتي، إلا أنهما أعادا تنظيم أحكام الإعسار في القانون المدني المصري وفي القانون المدني الكويتي.

(1) وهو مشابه لما هو منصوص عليه في القانون التجاري اليمني - لأن القانون التجاري اليمني القديم رقم (39) لسنة 1976م أخذ عن القانون التجاري الكويتي.

3. يلاحظ تشابه أحكام إفلاس المدين التاجر في كل من القانون التجاري اليمني والمصري والكويتي والإماراتي وغيرها من التشريعات العربية، والتي تميز شهر إفلاس المدين التاجر إذا توقف عن دفع ديونه التجارية الحالية، وبحكم من المحكمة المختصة بعد التأكد من ذلك.
4. إن الخلاف الأساسي بين كل من التشريع (اليمني والمصري والكويتي والإماراتي، إن كلاً من المشرّع اليمني والإماراتي: تناول تنظيم الإفلاس المدني تحت مسمى الحجر على المدين المفلس، على اعتبار أن المعسر لا يملك شيئاً سوى حاجياته الضرورية)، مما لا يمكن الحجر عليها أو بيعها. (وهو ما أشار إليه المشرّع اليمني - م359) مدني يمني. أما المشرّع المصري فقد تناول تنظيم الإعسار المدني (بشهر إعسار المدين) إذا كانت أمواله لا تكفي للوفاء بديونه الحالية. أما المشرّع الكويتي فقد تناول أحكام إعسار المدين في المواد (307-317) مدني كويتي ضمن قواعد الضمان العام للدائنين ووسائل المحافظة عليه، وعلى اعتبار أن الإفلاس التجاري نظام خاص بالتجار، وأن الإعسار نظام خاص بغير التجار.

ثانياً: التوصيات:

1. نوصي بضرورة توحيد الأحكام القانونية لإعسار أو إفلاس المدين غير التاجر.
2. نوصي بضرورة توحيد المصطلحات: إعسار المدين غير التاجر - أو إفلاس المدين غير التاجر.
3. نرى الأخذ بمصطلح إفلاس المدين التاجر والحجر عليه بسبب الدين، لأن الإعسار يعني عدم امتلاك المدين لأموال يمكن الحجر عليها أو بيعها، ولأن شهر إفلاس المدين التاجر، أو شهر إعسار المدين غير التاجر، أو الحجر عليه طبقاً للقانونين المدني اليمني والإماراتي... يؤدي بهذا المدين في كل الأحوال إلى حالة الإعسار، أي لا يملك شيئاً سوى حاجياته الضرورية، لأن ما يملكه المدين المفلس التاجر أو غير التاجر، بعد شهر إفلاس الأول، وشهر إعسار أو الحجر على الثاني - يكون من حق الدائنين،

على اعتبار أن جميع ما يملكه المدين يمثل ضماناً عاماً لجميع الدائنين، إلا ما استثني بنص القانون أو بالاتفاق (لبعض الدائنين أو المدين نفسه).

4. نرى أن على المشرع اليمني وغيره، أن يضع نصاً عاماً، "بأن يضع المشروعات - أو الشركات المتعثرة أو المضطربة في أعمالها المالية تحت المراقبة القضائية لفترة محددة - ستة أشهر أو سنة على الأكثر - فإن لم تتحسن أحوالها، تُصَفَّى هذه المشروعات أو الشركات التجارية حتى ولو كانت مملوكة للدولة".
ونأمل أن تكون هذه الخطوة الأولى نحو توحيد قواعد وأحكام الإفلاس، وقواعد وأحكام المعاملات التجارية في البلاد العربية. وهو ما نادى به كبار فقهاء القانون التجاري العرب⁽¹⁾.

(1) يُنظر د/محسن شفيق، نظرات في أحكام الشيك في تشريعات البلاد العربية 1962م، مطبعة نضضة مصر، الفجالة، القاهرة، 1957م.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب.

- 1- د. السيد محمد اليماني، القانون التجاري اليمني، ج2، صنعاء، 1985م.
- 2- أ. إلياس نصيف، الكامل في قانون التجارة، الإفلاس، ج4، بيروت، ط4، 1986م.
- 3- د. ثروت عبد الرحيم، القانون التجاري المصري، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982م.
- 4- د. علي الزيني، أصول القانون التجاري، الإفلاس، ج3، مطبعة النصر، القاهرة، 1946م.
- 5- د. علي حسن يونس، الإفلاس، دار الفكر العربي، القاهرة، 1960-1961م.
- 6- د. محسن شفيق، نظرات في أحكام الشيك في تشريعات البلاد العربية 1962م، مطبعة نهضة مصر، الفجالة، القاهرة، 1957م.
- 7- د. محمد سامي مذكور، الإفلاس، دار الفكر العربي، القاهرة، 1958م.
- 8- د. محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984م.
- 9- د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999م.
- 10- د. نبيل إبراهيم سعد، نحو قانون للإفلاس المدني (بحث)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004م.

ثانياً: التشريعات القانونية.

- 1- القانون التجاري اليمني، رقم 32 لسنة 1991م وتعديلاته، وزارة الشؤون القانونية، الجريدة الرسمية، صنعاء، ط 5 لسنة 2011م.
- 2- القانون المدني اليمني، رقم 14 لسنة 2002م وتعديلاته، وزارة الشؤون القانونية، الجريدة الرسمية، صنعاء، ط 3 لسنة 2010م.

- 3- قانون التجارة المصري، رقم 17 لسنة 1999م.
- 4- قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس (المصري) رقم (11) لسنة 2018م. الجريدة الرسمية (المصرية)، العدد (7) مكرر (د) والصادر في 19 فبراير 2018م.
- 5- القانون المدني المصري، رقم 131 لسنة 1948م وتعديلاته.
- 6- قانون التجارة الكويتي، رقم 68 لسنة 1980م وتعديلاته. www.gcc.org
- 7- القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980م وتعديلاته. www.e.gov.kw
- 8- قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم 18 لسنة 1993م. www.gcc.org
- 9- قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985م. www.gcc.org
- 10- قانون المعاملات المدنية العماني رقم (29) لسنة 2013م. www.gcc.org



مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

Journal of Legal and Social Sciences

الصفحة الرسمية للمجلة : www.sabauni.net/ojs

مجلة العلوم القانونية والاجتماعية Journal of Legal & Social Sciences

سلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة

عنوان البحث:

أ.د. ندم محمد حسن التري

أستاذ القانون الجنائي

كلية الشرطة - أكاديمية الشرطة

ملخص البحث

معلومات البحث

تقوم فكرة هذا البحث على بيان سلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة، فالقاضي الجزائي في النظام القانوني اليمني يتمتع بحرية واسعة في تقييم عناصر الإثبات ووزن الأدلة وتقديرها، وبالتالي تكوين قناعته في الدعوى الجزائية المعروضة عليه.

تاريخ تسليم البحث:

١ ديسمبر ٢٠٢٢ م

وبناءً على ذلك، فإن الهدف الذي يسعى لتحقيقه هذا البحث يتمثل في بيان مفهوم السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، ومظاهرها، والقيود التي ترد عليها.

تاريخ قبول البحث:

١٠ ديسمبر ٢٠٢٢ م

وقد اشتمل هذا البحث على مطلبين، تم تخصيص المطلب الأول منه لبيان ماهية السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، وتم تخصيص المطلب الثاني لتوضيح مظاهر سلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة مع ذكر بعض التطبيقات القضائية لسلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة.

وقد اعتمدت في كتابة هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي، لوصف سلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة، مع تحليل النصوص القانونية ذات الصلة بسلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة، للوصول إلى حقيقة هذه السلطة والضوابط المرتبطة بها. وخرجت في نهاية هذا البحث بمجموعة من النتائج والتوصيات.

الباحث: أ.د. ندم محمد حسن التري

البريد الإلكتروني:

altarziyemen@yahoo.com

Abstract

The idea of this research is based on a statement of the criminal judge's authority in evaluating evidence. The criminal judge in the Yemeni legal system has wide freedom in evaluating the elements of evidence, weighing and estimating evidence, and thus forming his conviction in the criminal.

Accordingly, the aim that this research seeks to achieve is to clarify the concept of the discretionary power of the criminal judge, its manifestations, and the restrictions that respond to it.

This research included two chapters, the first was devoted to explain what the discretionary power of the criminal judge is, and the second was devoted to clarifying the manifestations of the criminal judge's authority in evaluating evidence with mentioning some judicial applications of the criminal judge's authority in evaluating evidence.

In writing this research, I relied on the analytical descriptive approach to describe the authority of the criminal judge in evaluating the evidence, while analyzing the legal texts related to the authority of the criminal judge in evaluating the evidence, in order to reach the truth about this authority and the controls associated with it. At the end of this research, I came out with a set of results and recommendations.

مقدمة:

يعتبر الاقتناع القضائي من نظم الإثبات المعمول بها في بلادنا، وفي هذا النظام يتمتع القاضي الجزائري بسلطة تقديرية واسعة إزاء أدلة الإثبات.

والهدف الذي توخاه المقنن من منح القاضي الجزائري سلطة تقديرية في تقييم الأدلة هو تحقيق العدالة، وهذه هي غاية النظام القضائي؛ إذ أن القاضي من خلال هذه السلطة يستطيع إعمال فكره للوصول إلى الحقيقة، ملتزماً بالضوابط القانونية.

فالسبب في منح القاضي هذه السلطة التقديرية يرجع إلى طبيعة الإثبات في المواد الجزائية، فهي ذات طبيعة خاصة، حيث تنصب على وقائع مادية يمكن التلاعب بها ومحو آثارها، فضلاً عن هدف المقنن الجزائري المتمثل في تحقيق التوازن بين مصلحة المجتمع ومصلحة المتهم.

إذاً، فالقاعدة العامة في المواد الجزائية هي حرية القاضي في تكوين عقيدته من الدعوى الجزائية المعروضة عليه، إلا أن المقنن قد يُقيد القاضي - في بعض الأحيان - ببعض القيود، والتي يهدف من النص عليها إلى ضمان التزام القاضي بتحقيق العدالة.

مشكلات البحث: تتمثل مشكلة البحث - عند البعض - في الغموض في الحدود التي رسمها المقنن للقاضي الجزائري في تقدير الأدلة المعروضة عليه، مما أدى إلى تجاوز البعض لهذه الحدود.

أهمية البحث:

تأتي أهمية هذا البحث في تسليط الضوء على سلطة القاضي الجزائري في تقدير الأدلة؛ من حيث حدودها والقيود التي ترد عليها، للوصول إلى حقيقة هذه السلطة، بهدف توظيفها بما يتناسب مع الهدف الذي ابتغاه المقنن من منحها للقاضي الجزائري.

أهداف البحث: يهدف هذا البحث إلى تحقيق الآتي:

1. بيان ماهية السلطة التقديرية للقاضي الجزائري.
2. توضيح مظاهر سلطة القاضي الجزائري في تقدير الأدلة.
3. الوقوف على بعض التطبيقات لسلطة القاضي الجزائري في تقدير الأدلة.

منهجية البحث:

سأعتمد في كتابة هذا البحث على الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، لوصف سلطة القاضي الجزائري في تقدير الأدلة، مع تحليل النصوص القانونية ذات الصلة بسلطة القاضي الجزائري في تقدير الأدلة، للوصول إلى حقيقة هذه السلطة والضوابط المرتبطة بها.

خطة البحث:

تم تقسيم البحث إلى مطلبين، تم تخصيص المطلب الأول منه لبيان ماهية السلطة التقديرية للقاضي الجزائري، وتم تخصيص المطلب الثاني لتوضيح مظاهر سلطة القاضي الجزائري في تقدير الأدلة مع ذكر بعض التطبيقات القضائية لسلطة القاضي الجزائري في تقدير الأدلة. وخلصت في نهاية هذا البحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات.

المطلب الأول

ماهية السلطة التقديرية للقاضي الجزائري

قبل أن تُبين سلطة القاضي الجزائري في تقدير الأدلة، فإنه لا بد من بيان نظم الإثبات في الدولة القانونية،

على النحو الآتي:

1. **نظام الأدلة القانونية:** وجد هذا النظام مع بداية وجود الدولة، وفي هذه المرحلة يحدد القانون ذاته نوع

الدليل الذي يقبل في الإثبات، بمعنى أن المقنن في هذا النظام هو الذي يحدد للقاضي الأدلة التي يجوز

له أن يقبلها في حالة معينة، بالإضافة إلى ذلك يحدد القيمة القانونية للدليل إذا توافرت له شروط

معينة، فيلترم القاضي بالأخذ به، ولا تكون له السلطة التقديرية في رفضه. وتعني النتائج العملية لهذا

النظام أنه إذا توافرت أدلة الإدانة بشروطها التي يحددها القانون التزم القاضي أن يدين المتهم، ولو كان

غير مقتنع بإدانته، وقد ساد هذا النظام في التشريعات الجزائية التي سبقت الثورة الفرنسية، وما زالت له

آثار في التشريع الحديث تتمثل في الاستثناءات التي ترد على مبدأ الاقتناع القضائي. ولذلك ساد في

النظم الوضعية القديمة إباحة التعذيب للحصول على اعتراف المتهم إذا قامت أدلة ضعيفة⁽¹⁾.

ويعرف النظام الجنائي الإسلامي مثل هذا النوع من الأدلة، حيث يطبقه في إثبات جرائم الحدود، وعلى

الخصوص بالنسبة للإثبات بشهادة الشهود⁽²⁾.

2. **نظام الاقتناع القضائي:** وجد هذا النظام في مرحلة تالية لنظام الأدلة القانونية، وهو يعترف للقاضي

بسلطة قبول جميع الأدلة، وتقدير قيمة كل دليل، وتقدير الأدلة مجتمعة، واستخلاص نتيجة ذلك وفقاً

لما يمليه عليه اقتناعه الشخصي. أي أن هذا النظام عكس نظام الأدلة القانونية، حيث يملك القاضي

(1) للمزيد يُنظر: د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1982م، ص 771. د / مطهر

علي صالح أنقع، شرح قانون الإجراءات الجنائية، القسم الثالث، المحكمة، مركز الصادق، صنعاء، ط1، 2006م، ص 110.

(2) ففي جريمة الزنا مثلاً يلزم شهود أربعة من الرجال عملاً بنص المادة (45) من قانون الإثبات (نصاب الشهادة).

فيه حق تقدير الأدلة تقديراً ينبع من صميم وجدانه، فلا يحكم إلا بما يرتاح إليه ويطمئن ضميره دون أن يقيده القانون بوسائل معينة، ولكن حرية القاضي في تقدير الأدلة في هذا النظام لا يعني تخويله سلطة تحكميه مطلقة، وإنما هو يخضع لقواعد قانونية معينة تحدد كيفية البحث عن الدليل، وأسلوب تقديمه، فإن خالف القاضي ذلك كان حكمه معيباً.

3. نظام الأدلة العلمية: يقوم هذا النظام على الاستعانة بالأساليب العلمية في إثبات الجريمة ونسبتها إلى المتهم، ويعطي الدور الرئيسي في الإثبات للخبير، كما يجعل القرائن هي أهم الأدلة التي يستخلص منها القاضي بعد الفحص العلمي الدقيق ما يثبت الإدانة أو البراءة. وهذا النظام موجود في التشريعات المعاصرة، إلا أنه لم يصبح بعد الوحيد، حيث لا يزال يعمل بجانب نظام الاقتناع القاضي⁽¹⁾.

أولاً: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي الجزائي.

أعطى المقتن اليمني للقاضي الجزائي سلطة تقديرية في تقدير الأدلة، أي أن القاضي الجزائي يتمتع بحرية واسعة في تقييم عناصر الإثبات ووزن الأدلة وتقديرها، وبالتالي تكوين عقيدته في الدعوى الجزائية، ويؤكد ذلك قانون الإجراءات الجزائية اليمني، إذ نص على أنه: "يحكم القاضي في الدعوى بمقتضى العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته من خلال المحاكمة .."⁽²⁾.

كذلك جاء في القاعدة رقم (71) من القواعد القانونية والقضائية الجزائية اليمني الصادر عن المحكمة العليا أنه: "للقاضي الجزائي أن يكون عقيدته من أي دليل، بشرط أن يكون ذلك سائغاً في العقل والمنطق وأن يكون حاسماً بوجود صلة بين الجريمة المقترفة وبين شخص معين نسب إليه اقترافها".

(1) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 772.

(2) نص المادة (367) من القانون رقم (13) لسنة 1994 بشأن الإجراءات الجزائية اليمني.

فالسطة التقديرية تعني أن للقاضي الجزائري أن يقبل جميع الأدلة التي يقدمها إليه أطراف الدعوى، فلا وجود لأدلة يحظر عليه القانون مقدماً قبولها، وله أن يستبعد أي دليل لا يطمئن إليه، فلا وجود لأدلة مفروضة عليه، وله بعد ذلك السلطة التقديرية الكاملة في وزن كل دليل على حدة، وله في النهاية سلطة التنسيق بين الأدلة التي قدمت إليه، واستخلاص نتيجة منطقية من هذه الأدلة مجتمعة ومتساندة تتمثل في تقرير البراءة أو الإدانة.

لذلك، عُرفت السلطة التقديرية للقاضي الجزائري بأنها: "عبارة عن النشاط الذهني والعقلي الذي يقوم به القاضي، بهدف تكوين قناعته من القضية المطروحة عليه".

وينبغي أن نعرف أن الاقتناع القضائي ليس هو اليقين وليس هو الحقيقة، ولكن يمكن التعبير عنه بأنه الأثر أو النتيجة لعملية استدلال واستنتاج تتلاقى فيه جميع الأدلة القضائية المطروحة بصدده واقعة ما في بوتقة واحدة هي ذاتية القاضي، دعائمها العقل والمنطق والوجدان الحي للقاضي، حيث يقوم بالتمحيص والتقدير والموازنة بين أكثر الأدلة عمقاً أو اتصالاً بالحقيقة، وأكثرها تأثيراً في أعماق نفسه ووجدانه، فيحدد الحكم على أساسها. أما الحقيقة فهي الأمر أو المجهول الذي نبحت عنه، في حين أن اليقين هو الاعتقاد بأن ما وصلنا إليه هو الحقيقة⁽¹⁾.

ثانياً: الأساس القانوني للسلطة التقديرية للقاضي الجزائري.

تجد السلطة التقديرية للقاضي الجزائري أساسها القانوني في النصوص القانونية التي بيّنت مبدأ الاقتناع القضائي، حيث نصت المادة (367) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني على أنه: "يحكم القاضي في الدعوى بمقتضى العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته من خلال المحاكمة، ومع ذلك لا يجوز له أن يبني حكمه على أي دليل لم يطرح أمامه في الجلسة".

(1) مفيدة سعد سويدان، نظرية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1985، ص 183.

ومقتضى هذا المبدأ، إن العبرة في المحاكمات الجزائية هو باقتناع القاضي - السلطة التقديرية للقاضي - بناءً على الأدلة المطروحة عليه، فلا يصح مطالبته بالأخذ بدليل معين، فقد جعل القانون من سلطته أن يزن كل دليل وأن يأخذ من أي بينة أو قرينة يطمئن إليها دليلاً لحكمه إلا إذا قيده بدليل معين ينص عليه.

ثالثاً: ارتباط السلطة التقديرية بالصفة المباشرة لإجراءات المحاكمة:

تعني الصفة المباشرة لإجراءات المحاكمة، إن الأدلة يجب أن تعرض على القاضي مباشرةً، بحيث يتاح له أن يعاين الدليل معاينة حسية فيتفحصه ويقدر قيمته، فإذا استمع بعد ذلك إلى مناقشات الخصوم في شأنه أتيح له أن يتفهمها ويوصلها ويستخلص نتيجتها على أساس من علمه المباشر ومعاينته الشخصية للدليل⁽¹⁾.

وتنتفي الصفة المباشرة لإجراءات المحاكمة أن يكون ثمة وسيط بين الدليل وبين القاضي، بحيث يعاين الوسيط الدليل، ويقدم خلاصته للقاضي. وتطبيقاً لذلك، لا يجوز للقاضي الاعتماد على شهادة الشهود الذين أدلوا بما في محضر التحقيق الابتدائي أو الاعتماد على اعتراف المتهم في ذلك المحضر.

ولا يجوز له أيضاً الاعتماد على وسيط يلخص له تقرير الخبير، وإنما على القاضي أن يناقش الخبير في التقرير بنفسه، ولا يجوز للقاضي كذلك الاعتماد على مستند لم يطلع عليه بنفسه⁽²⁾.

رابعاً: مبررات سلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة.

يمكن تلخيص مبررات السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في الأمور الآتية:

1. صعوبة الإثبات في المواد الجزائية: ترجع صعوبة الإثبات في المواد الجزائية إلى ما تتميز به القضايا

الجنائية من طبيعة خاصة، حيث تنصب على وقائع مادية، وما يقوم به المجرمون من أعمال لطمس

(1) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 890.

(2) وتجدر الإشارة إلى أن مبدأ الصفة المباشرة لإجراءات المحاكمة يُعد تطبيقاً سليماً لمبدأ الاقتناع القضائي، كما يتيح السبيل لتطبيق مبدأ شفوية إجراءات المحاكمة، وأخيراً يُعد مبدأ الصفة المباشرة لإجراءات المحاكمة تحقيقاً لمبدأ علانية المحاكمة. د/ محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 891.

معالم الجريمة ومحو آثارها، فضلاً عن قيامهم - قبل تنفيذ أية جريمة - بالتخطيط لها، والحذر أثناء تنفيذها.

2. **طبيعة المصالح التي يحميها القانون الجزائري:** إذا كان هدف المقتن المدني هو حماية المصالح الخاصة، وهي - في الغالب - ذات طابع مالي، فإن هدف المقتن الجزائري هو حماية المجتمع والأفراد معاً. وهذا الهدف هو الذي استلزم أن تكون للقاضي الجزائري سلطة تقديرية في الأدلة المعروضة عليه، بهدف تحقيق التوازن بين مصلحة المجتمع ومصلحة المتهم.

3. **الدور الإيجابي للقاضي الجزائري:** دور القاضي المدني في المسائل المدنية هو دور سلبي، أي لا يتدخل في الخصومة، فدوره ينحصر في النظر في مدى توافر الأدلة التي يتطلبها القانون في الواقعة المعروضة عليه، وبناءً على ذلك يصدر حكمه فيها، أما القاضي الجزائري فإن دوره إيجابي في الدعوى الجزائية، يهدف إلى البحث عن كل ما يؤدي إلى كشف الحقيقة، ويظهر هذا الدور الإيجابي في مرحلتين، هما:

أ - **مرحلة التحقيق الابتدائي:** وفيها يقوم بجمع الأدلة وتمحيصها ومعرفة مدى كفايتها لإحالة المتهم إلى المحكمة المختصة.

ب - **مرحلة المحاكمة:** وفيها يقوم القاضي بمناقشة الأدلة المعروضة في القضية، ويقوم بتوجيه الأسئلة لمن يشاء، استظهاراً للحقيقة، وله أن يأمر بأي إجراء أو أي تدبير للوصول إلى هذه الغاية ولا معقب عليه في ذلك

4. **اعتماد الإثبات الجزائري على القرائن القضائية:** إن أهم مبرر لإيجاد مبدأ حرية القاضي تكوين قناعته - لدى معظم الفقهاء - يكمن في الاعتماد الكبير على القرائن القضائية في مجال الإثبات الجزائي، ويرجع السبب في ذلك إلى صعوبة الإثبات الجزائي عندما تنعدم الأدلة، فلا يبقى أمام القاضي إلا

القرائن القضائية للوصول إلى الحقيقة، لذلك فمن المنطقي أن يُعطى القاضي الجزائري سلطة تقديرية في الدليل المعروض عليه.

خامساً: القيود التي ترد على سلطة القاضي الجزائري في تقدير الأدلة:

تخضع سلطة القاضي الجزائري في تقدير الأدلة (حرية القاضي الجزائري في تكوين اقتناعه) إلى عدة قيود:

1. أن يكون اقتناع القاضي مستنداً إلى أدلة مطابقة للقانون: أي أنه يجب أن يستند اقتناع القاضي إلى

دليل بالمعنى القانوني، فلا يكفي الاستناد إلى مجرد الاستدلال؛ كشهادة الصغير دون الرابعة عشر. وإذا

قام الدليل فإنه يشترط فيه أن يكون صحيحاً، أي أن يكون قد اتبعت فيه الإجراءات التي تتطلبها

القانون وبالصورة التي حددها وعلى ذلك تعتبر باطلة شهادة الشاهد الذي لم يحلف اليمين قبل

أدائها، كما يعتبر باطلاً قول الشاهد أو اعتراف المتهم الذي صدر تحت وطأة الإكراه⁽¹⁾ أو التهديد أو

الخداع⁽²⁾.

2. أن يستمد القاضي اقتناعه من أدلة عرضت في المحاكمة (في الجلسة): وهو ما قرره المادة (367)

إ.ج) السالف ذكرها، بمعنى أنه يجب أن يكون اقتناع القاضي مبنياً على دليل طرح في الجلسة، فلا

يجوز للقاضي أن يحكم بناءً على معلوماته الشخصية، أو بناءً على ما رآه أو سمعه بنفسه في غير

مجلس القضاء، ولما كانت القاعدة هي شفوية إجراءات المحاكمة، فإنه لا يجوز الاستناد إلا إلى الدليل

الذي طرح في الجلسة وأتيح للخصوم مناقشته والرد عليه، فإذا استندت المحكمة في حكمها إلى دليل لم

يطرح للمناقشة في الجلسة كان ذلك فيها إخلالاً بحق الدفاع ولو كان لهذا الدليل أصل في أوراق

الدعوى.

(1) قررت المادة (6 إ.ج) أنه: يحظر تعذيب المتهم أو معاملته بطريقة غير إنسانية أو إيدائه بدنياً أو معنوياً لقسره على الاعتراف وكل قول يثبت أنه صدر من احد المتهمين أو الشهود تحت وطأة شيء مما ذكر يهدر ولا يعول عليه".

(2) قررت المادة (178 إ.ج) أنه: "... كما لا يجوز التحايل أو استخدام العنف أو الضغط بأي وسيلة من وسائل الإغراء والإكراه لحمله على الاعتراف".

3. أن يكون للدليل أصل في أوراق الدعوى: يجب أن يبنى القاضي حكمه على دليل له أصل في أوراق الدعوى، فالدليل الذي لا يتحقق فيه هذا الشرط يكون منعدياً في نظر القانون، وذلك استناداً إلى قاعدة تدوين جميع إجراءات الاستدلال والتحقيق، فإذا كان الحكم قد أخذ في الإدانة بأقوال شاهد، وكانت هذه الأقوال لم ترد في التحقيقات الابتدائية ولا في التحقيق الذي أجري في الجلسة فإنه يكون قد اخطأ في الإسناد واعتمد في الإدانة على ما لا أصل له في الأوراق، وهذا قصور يعيبه بما يستوجب نقضه⁽¹⁾ ولا يجوز الاعتراض على ذلك بالقول بأن إثبات الدليل في الحكم يغني عن إثباته في المحضر استناداً إلى أن الحكم يكمل محضر الجلسة، ذلك أن الحكم لا يكون مكماً لمحضر الجلسة إلا فيما يتعلق بإجراءات المحاكمة دون أدلة الدعوى⁽²⁾. وإذا كان للدليل أصل في أوراق الدعوى فإنه لا يؤثر في صحة الحكم أن يكون قد اخطأ فذكر أن أقوال الشهود قيلت أمام المحكمة بينما هي في الواقع قد تليت عليها⁽³⁾.

ويترتب على هذا الشرط أنه لا يجوز للقاضي أن يستمد اقتناعه من معلوماته الشخصية التي استقاها خارج مجلس القضاء⁽⁴⁾، مع ملاحظة أنه لا يعتبر قضاء بالعلم الشخصي الاستناد إلى رأي يقره العلم أو يجري به العرف أو إلى حقائق من المفروض أن كل شخص يلم بها، بشرط ألا يلجأ إلى الحقائق العلمية التي يحوطها خلاف في الرأي، كذلك لا يعتبر استخلاص القاضي النتائج من المقدمات قضاء بعلمه الشخصي لأنه من صميم عمله.

(1) نقض 1956/6/26م مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية س7 رقم 257 ص942.

(2) د/ فوزية عبدالستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2010م، ص515.

(3) نقض 1951/4/10م مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية س2/ رقم 353 ص961، نقض 1958/2/25م - س9/ رقم 59 ص206.

(4) نقض 1971/1/13م مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية س22 رقم 8 ص31.

4. التزام القاضي بتسيب حكمه: يجب أن يكون الدليل الذي اعتمد عليه الحكم مؤدياً إلى ما رتبته عليه من نتائج في غير تعسف ولا تعارض مع العقل أو المنطق، وقد اشترطت المادة (372 إ.ج) تسيب الحكم بقولها: "يجب أن يشمل الحكم على الأسباب التي بني عليها"، وذلك بتحديد الأدلة التي استمد منها اقتناعه حتى تستطيع المحكمة العليا أن تتحقق من اعتراف القانون بهذه المصادر، ولكن لا يلتزم القاضي ببيان الكيفية التي استمد بها اقتناعه، وعلّة ذلك الاقتناع، فذلك يدخل في نطاق سلطته التقديرية المعترف له بها قانوناً⁽¹⁾.

سادساً: نطاق سلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة:

تقتصر السلطة التقديرية للقاضي الجزائي (مبدأ الاقتناع القضائي في الإثبات) على جرائم التعازير، أما جرائم الحدود والقصاص فتحضغ لنظام الأدلة القانونية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية. ومقتضى نظام الأدلة القانونية أن يتقيد القاضي في حكمه بالإدانة أو بالبراءة بأنواع معينة من الأدلة، أو بعدد معين منها طبقاً لما يرسمه التشريع المطبق دون أن يأبه في ذلك باقتناع القاضي بصحة ثبوت الواقعة أو عدم ثبوتها. ومن ذلك مثلاً أن يستلزم عدداً معيناً من الشهود، أو أن يقيد القاضي بصفات خاصة فيهم: كالذكورة، أو المهنة، أو بلوغ سن معينة، أو بصفات خاصة في شهادتهم، كأن تكون شهادة رؤية لا سماع، ومبنية على اليقين لا على الترجيح، ومنصبة على نفس الواقعة موضوع الدعوى دون غيرها، وتأخذ الشريعة الإسلامية بنظام الأدلة القانونية في جرائم الحدود والقصاص، ولما كانت الشريعة الإسلامية وفقاً للمادة (3) من الدستور هي مصدر جميع التشريعات، فإن الإثبات في هذه الجرائم يخضع للأدلة المقررة في الشريعة الإسلامية، أي تخضع لنظام خاص في الإثبات، وبالتالي لا يطبق القاضي مبدأ الاقتناع القضائي في الإثبات في هذه الجرائم، وإنما يلتزم بإثبات تلك

(1) نقض 1957/4/2م مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية س8 رقم 93 ص352، نقض 1973/6/4م س 24 رقم 147، ص715، وحكم المحكمة العليا اليمنية طعن 344 جلسة 1999/10/27م القواعد القضائية، العدد الأول قاعدة رقم 28 ص125.

الجرائم بالأدلة المقررة لها في الشريعة الإسلامية، وبعد أن يتوفر في الدليل الشروط اللازمة للدليل⁽¹⁾، ومن أهم طرق الإثبات في تلك الجرائم: الشهادة⁽²⁾، والإقرار⁽³⁾، والقسامة⁽⁴⁾.

سابعاً: نتائج السلطة التقديرية للقاضي الجزائري:

نصت المادة (2/321 إ.ج) على أن: "تقدير الأدلة يكون وفقاً لاقتناع المحكمة في ضوء مبدأ تكامل الأدلة فلا يتمتع دليل بقوة مسبقة في الإثبات"، وهذا يعني إن المشرع قد رتب على مبدأ الاقتناع القضائي نتائج هامة منها:

1. مبدأ تساند الأدلة الجنائية (تكامل الأدلة): هذا المبدأ يعني أن جميع الأدلة التي تقدم في الدعوى تكمل بعضها بعضاً، ويستمد القاضي اقتناعه منها مجتمعه، ومن ثم كان عليه أن ينسق بينها، وإذا قام التناقض بينها كان هادماً لها⁽⁵⁾، وإذا عُرض الخلل لأحدها فقد انصرف إليها جميعاً، وصار الحكم المعتمد على مجموعة من الأدلة أحدهما فاسد حكماً باطلاً، وإن كان ثمة أدلة أخرى صحيحة يمكن أن يعتمد عليها، بعدم معرفة ما كان للدليل الفاسد من نصيب في تكوين اقتناع القاضي، فيجوز أنه كان له الدور الأساسي في ذلك.

2. الدور الإيجابي للقاضي الجزائري في الإثبات: إن السلطة الواسعة التي خولها المقتن للقاضي الجزائري في

الإثبات تلقي عليه عبئاً أثقل مما يحمله قاضٍ سلطته في الإثبات محدودة بقيود قانونية؛ كالقاضي المدني،

(1) للمزيد يُنظر: د. مطهر أنقع، مرجع سابق، ص 117، 118.

(2) نصت المادة (45) من قانون الإثبات رقم (12) لسنة 1992م والمعدل بالقانون رقم 20 لسنة 1996م على أن: "نصاب الشهادة حسب ما يلي: 1- في الزنا أربعة رجال، 2- في سائر الحدود والقصاص ورجلان، 3- في الأموال والحقوق ونحوها رجلاً أو رجل وامرأتان، ويجوز أن يقبل غير ذلك فيما استثنى بنص كشهادة المرأة فيما لا يطلع عليه الرجال وشهادة الصبيان بعضهم على بعض حسب ما تقدم".

(3) يعتبر الاعتراف أو الإقرار وفقاً للمادة (87) من قانون الإثبات حجة قاطعة على المقر، ويجب الزامه بما أقر به، وقررت المادة (96) من قانون الإثبات أنه: "لا يصح الرجوع في الإقرار إلا أن يكون في حق من حقوق الله التي تسقط بالشبهة، أو في حق من حقوق العباد المالية".

(4) القسامة نظام خاص للإثبات في التشريع اليمني متعلق بجريمة القتل أو الجرح، وهذا النظام مستمد من فقه الشريعة الإسلامية، وقد نظمته المشرع في الفصل الثالث من الباب الثالث من القسم الثاني من الكتاب الأول من قانون الجرائم والعقوبات المواد (81-90)، وهي أيمان يملفها المتهمون عند وجود قتيل أو جريح ولم يتحقق الجاني بدليل شرعي وذلك لنفي الإتمام عنهم وتوجب الدية أو الأرش مع الحلف.

(5) نقض 1960/11/15م س 11 رقم 153 ص 796، نقض 1989/2/2م س 40 رقم 32 ص 185.

فالقاضي الجزائي دوره إيجابي في الإثبات، ولا يجوز له أن يكتفي بفحص الأدلة التي يقدمها إليه اطراف الدعوى، وإنما عليه أن يتحرى بنفسه أدلة الدعوى⁽¹⁾.

3. مبدأ عدم وجود قوة مسبقة في الإثبات لأي دليل: هذا المبدأ يعني إن المقنن أطلق سلطة القاضي

في قبول جميع الأدلة لإثبات أي واقعة ذات أهمية في الدعوى الجزائية، لأنه لا وجود - وفقاً للمادة (2/321 إ.ج) - لقوة مسبقة لأي دليل في الدعوى، وبالتالي لا يحتج عليه بأن دليلاً معيناً لا يجوز له أن يستمد اقتناعه منه، ولا يجوز أيضاً انتقاده، لأنه استبعد دليلاً لم يقتنع به، فذلك من مطلق سلطته، ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في ذلك، ما دام إن استبعاده لذلك الدليل كان لأسباب قانونية أو منطقية معقولة. ومع ذلك فإن هذا المبدأ ليس مطلقاً، وإنما ترد عليه استثناءات خاصة ومنها⁽²⁾:

أ. إن جرائم الحدود لا تثبت إلا بنصاب معين من الشهود وبشروط معينة، أو باعتراف صريح من المتهم بهذه الجرائم.

ب. إن جريمة القتل العمد الموجبة للقصاص لا تثبت إلا بدليل قطعي: شهود رؤية، أو اعتراف من المتهم.

(1) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 780.

(2) بمعنى أنه في هاتين الحالتين، إذا توافر النصاب القانوني للشهادة، وتوافرت في الشهود الشروط المطلوبة، أو إذا صدر الاعتراف من قبل المتهم، وكان الاعتراف صريحاً، ولم توجد شبهة في جرائم الحدود، أو لم يلحق اعتراف المتهم بالقتل شك، فإن الدليل تنافر له القوة القانونية، ويتعين على القاضي أن يحكم بإدانة المتهم بناءً عليه، وإلا كان عليه أن يبين الأسباب التي على أساسها استبعد الدليل ولم يعتمد عليه. د/مطهر أنقع، مرجع سابق، ص 119.

المطلب الثاني

مظاهر سلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة مع بعض التطبيقات

سنتناول في هذا المطلب مظاهر سلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة مع ذكر بعض التطبيقات، على

النحو الآتي:

أولاً: مظاهر سلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة.

منح المقتن القاضي الجزائي سلطة تقدير الأدلة، وفقاً لقناعته؛ سواءً من حيث ذاتها، أم من حيث مصدرها،

أم من حيث الأخذ، وسنبين ذلك على النحو الآتي:

1. سلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة من حيث ذاتها: للقاضي الجزائي عند تقديره للأدلة من

حيث ذاتها أن يقوم بطرح الدليل الذي لا يقتنع به، فيقوم باستبعاده، وله أن يستند إليه إذا اطمئن

إليه، كما يلي:

أ- حرية القاضي الجنائي في استبعاد الأدلة: للقاضي الجزائي أن يستبعد الدليل المعروض أمامه إذا لم

يقتنع به، لأن الاقتناع القضائي ينبغي أن يكون مبنياً على اليقين، فالقانون أعطى القاضي الجزائي

سلطة تقديرية واسعة في وزن قوة الأدلة في الإثبات، والأخذ منها ما يطمئن إليه في حكمه، فمهمة

القاضي الجزائي هي إظهار الحقيقة بأدلة قوية لا يشوبها غموض ولا يتطرق إليها الشك، فإذا لم

يقتنع ببعضها ولم تطمئن نفسه إلى صحتها فله أن يطرحها جانباً.

ب- حرية القاضي الجزائي في الأخذ بالدليل: إن السلطة التقديرية في الأخذ بالدليل لها صور عديدة،

فالقاضي له أن يأخذ بالدليل كاملاً دون تجزئته، وله أن يأخذ جزءاً منه، وهو الذي يقدر قيمته

الإثباتية وله أن يهدره، أو أن يأخذ به بالنسبة لمتهم دون آخر في الدعوى.

2. سلطة القاضي الجزائري في تقدير الأدلة من حيث مصدرها: يتمتع القاضي الجزائري بحرية في تقدير

الأدلة، وذلك بغض النظر عن المصدر الذي استمدت منه ما دام مشروعاً؛ سواءً كان هذا الدليل قد تم الحصول عليه في مرحلة الاستدلالات، أم في مرحلة التحقيق الابتدائي، أم أثناء المحاكمة. فيحق للقاضي الجزائري أن يستند في حكمه بإدانة المتهم إلى اعترافه في أية مرحلة من المراحل، ولو عدل عنه بعد ذلك أمام المحكمة.

3. سلطة القاضي الجزائري في تقدير الأدلة بمجموعها: هذا المبدأ يعني أن جميع الأدلة التي تقدم في

الدعوى تكمل بعضها بعضاً، ويستمد القاضي اقتناعه منها مجتمعة، ومن ثم كان عليه أن ينسق بينها، وإذا قام التناقض بينها كان هادماً لها، وصار الحكم المعتمد عليها حكماً باطلاً.

ثانياً: بعض التطبيقات لسلطة القاضي الجزائري في تقدير الأدلة.

1. سلطة القاضي الجزائري في تقدير رأي الخبير:

يُعد رأي الخبير استشارياً لا يلزم المحكمة، فلها أن تأخذ به أو تطرحه. ولها أن تأخذ برأي الخبير ولو لم يكن جازماً في المسألة التي طلب رأيه فيها. أي أن لها الجزم بما لم يجزم به الخبير في تقريره حيث تنص المادة (216 إ.ج) على أنه: "لا يكون تقرير الخبير ملزماً للنيابة العامة أو المحكمة ولكن قرار عدم الموافقة على التقرير يجب أن يكون مسبباً...". ويجوز للمحكمة إذا لم تقتنع برأي الخبير أن تندب خبيراً آخر أو خبراء آخرين، ولها مطلق الحرية في تقدير آرائهم، فلها أن تأخذ برأي أحدهم دون رأي الآخرين، أو ببعض ما جاء في التقارير دون البعض الآخر.

وإذا تمت مناقشة تقرير الخبير في الجلسة، فللمحكمة الأخذ به، فقد نصت المادة (175 إثبات) على أنه: "تعتبر النتيجة التي توصل إليها الخبير أو الخبراء وتطمئن إليه المحكمة دليلاً كاملاً في المسائل التي يعينون فيها"، أي أنه يشترط مناقشة التقرير في الجلسة، ولو لم يحضر الأطراف أداء الخبير، فقد قضى أن تقارير الخبراء من أدلة

الإثبات في الدعوى الجزائية، وأن تقديرها يكون وفقاً لاقتناع القاضي بموجب ما طرح أمامها من أدلة، وأن المحكمة العليا تتولى مراقبة المحاكم في تطبيقها للقانون ولا تمتد مراقبتها إلى حقيقة الوقائع التي اقتنعت بثبوتها المحكمة مصدرة الحكم. كما قررت المادة (216 إ.ج) أنه: "يجوز طلب تقرير إضافي من الخبير نفسه أو من خبير آخر إذا احتوى التقرير الأول على أوجه نقص كما يجوز طلب تقرير جديد من خبير آخر إذا ثار شك حول صحة التقرير الأول.

حدود سلطة القاضي في تقدير قيمة تقرير الخبير:

ثمة ضوابط تعين القاضي على صواب استعمال سلطته وتقدير القيمة الحقيقية لتقرير الخبير، ومن أهم هذه الضوابط:

- إنه إذا كانت في الدعوى أدلة إثبات أخرى كشهادة أو اعتراف، فإن على القاضي أن يستعين بها لتقدير قيمة التقرير، فبقدر ما يوجد بينها وبين التقرير من اتساق بقدر ما يدعم ذلك الثقة في التقرير.
- لا يجوز للقاضي أن يأخذ بتقرير الخبير إلا إذا عرضه في الجلسة وأتاح للخصوم مناقشته، ويُعد ذلك تطبيقاً لمبدأ "الشفوية والمواجهة في المحاكمة".
- إذا رأت المحكمة أن تطرح رأي الخبير، فعليها أن تسبب ذلك، حيث تنص المادة (216 إ.ج) على أنه: ".. قرار عدم الموافقة على التقرير يجب أن يكون مسبباً..".

2. سلطة القاضي الجزائي في تقدير الدليل المستخلص من المعاينة والتجارب القضائية:

يُعد الدليل المستخلص من المعاينة والتجارب القضائية دليلاً مباشراً يخضع لتقدير المحكمة؛ سواءً أكانت قد أجزتها بنفسها أم كانت ثابتة بالتحقيقات.

على أنه لا يجوز للمحكمة الاعتماد في حكمها على المعاينة التي وردت في التحقيقات الأولية إلا إذا كانت قد طرحت نتائجها للمناقشة في الجلسة.

ويستوي بعد ذلك أن تكون المعاينة قد أجريت بمعرفة سلطات الاستدلال أو معاونيها أو بمعرفة سلطات التحقيق.

ويترتب على مخالفة هذه القواعد بطلان إجراء المعاينة والآثار المترتبة عليه مباشرة، والبطلان هنا نسبي مقرر لمصلحة الخصوم، ومن ثم يجب الدفع به صراحة، ويسقط هذا الحق إذا لم يبد المتهم أو المدافع عنه الدفع أمام محكمة الموضوع.

وإذا استندت المحكمة إلى المعاينة والتجارب القضائية فيجب أن تورد مؤداها أو تذكر شيئاً منها لتوضح وجه اتخاذها دليلاً مؤيداً لأدلة الإثبات الأخرى أو مساندة لها.

ولا يعيب الحكم أن يطمئن إلى المعاينة التي أجريت في التحقيق الابتدائي في غيبة المتهم، على أنه يجب في كل الأحوال أن يكون ما استندت إليه المحكمة في المعاينة له أصل ثابت في أوراق الدعوى⁽¹⁾.

3. سلطة القاضي الجزائري في تقدير دليل المستندات:

المحرر كدليل أو وسيلة إثبات يخضع لمبدأ "الاقتناع القضائي"، فقيمته مستمدة من اقتناع القاضي بصحة ما يتضمنه من البيانات، ويتعين أن يستمد القاضي هذا الاقتناع وفقاً للقواعد العامة في الإثبات الجنائي. والأصل أنه لا وجود لأوراق ذات حجية مطلقة بحيث يتمتع على المحكمة أن تأخذ بما يخالفها، أو يتمتع على أطراف الدعوى إثبات عكسها، ذلك أنه لا يجوز إلزام المحكمة بأن تقضي بما يخالف اقتناعها الذي كونه من مجموعة الأدلة المقدمة في الدعوى.

ولا يجوز للمحكمة - وفقاً للقواعد العامة- أن تستمد اقتناعها من ورقة لم تطلع عليها، إذ يعد تناقضاً منها أن تدعي الاقتناع بشيء لم تعلم به. ولا يجوز للمحكمة أن تستند في اقتناعها من ورقة أطلعت عليها، ولكنها لم تطلع الخصوم عليها ولم تطرحها للمناقشة في الجلسة، إذ يخالف ذلك مبدأ "الشفوية والمواجهة" وقد قرر المشرع

(1) د/ حسن مجلي، شرح قانون الإجراءات الجزائية، المبادئ الأساسية، دار جامعة صنعاء للطباعة والنشر، صنعاء، ط1، 2012، ص168.

اليمني هذا المبدأ في المواد (264، 265، 266، 267 إ.ج)، التي أوجبت أن تكون الإجراءات أمام المحاكم شفوية، وأوجبت على المحكمة عند نظر القضية أن تبحث من تلقاء نفسها وبصورة مباشرة الأدلة وتستجوب المتهم والمجنّي عليه والشهود والمدعى بالحق المدني والمسئول عن الحقوق المدنية وتستمع إلى تقارير الخبراء وتعمل على فحص الأدلة المادية وتتلوا المحاضر وغير ذلك من المستندات وأن تخضعها للمناقشة الشفوية⁽¹⁾. وللمحكمة أن تأخذ بصورة المحرر عند عدم وجود أصله إذا أطمأنت إلى مطابقتها للأصل، ولا يجوز للمحكمة أن تستمد اقتناعها من ورقة حصل عليها مقدمها بطريقة غير مشروعة، كما لو كان قد سرقها، إذ يخالف ذلك قاعدة اشتراط مشروعية الدليل الذي يستند إليه الحكم⁽²⁾.

4. سلطة القاضي الجزائي في تقدير القرائن:

تُعد القرائن من أدلة الإثبات الهامة، وهي عبارة عن استنتاج يستخلصه القاضي من واقعة معلومة ليتوصل به لحكم أو واقعة مجهولة⁽³⁾. ويقصد بالقرينة دلالة واقعة قام الدليل عليها على واقعة أخرى لم يرقم عليها دليل بطريق الاستنتاج المنطقي؛ فالقرينة على هذا النحو تعتبر دليل إثبات غير مباشر، وهي بذلك تتميز عن باقي الأدلة، كشهادة الشهود والاعتراف، التي تعتبر أدلة مباشرة حيث ترد مباشرة على الواقعة المراد إثباتها⁽⁴⁾. والقرائن حسب قانون الإثبات ثلاثة أنواع، هي:

أ- القرائن الشرعية والقانونية: القرائن الشرعية والقانونية: هي تلك المستمدة من نصوص شرعية أو قانونية صريحة وأغلبها قاطع يقيد الخصوم والقاضي معاً، فلا يجوز المجادلة في صحتها، أو إثبات عكسها، وقد

(1) د/ عبدالباسط محمد الحكيمي، شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، القسم الأول، مكتبة الصادق، صنعاء، الطبعة الثالثة، 2009-2010م، ص53.

(2) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص857.

(3) د/ سامح السيد جاد، شرح قانون الإجراءات الجنائية، لم يحدد الناشر ومكان النشر، طبعة 1995م، ص385.

(4) د/ فوزية عبدالستار، مرجع سابق، ص582.

بينت حكم القرائن الشرعية والقانونية في الإثبات المادتان (155، 156) من قانون الإثبات. ونبينها كما يلي:

(1) القرائن الشرعية: القرائن الشرعية هي ما نصت عليه الشريعة الإسلامية نصاً صريحاً، ومن ثم فلا يكون للقاضي أن يحكم على خلاف ما قرره النصوص، وقد نصت المادة (155/أ) من قانون الإثبات على أن: "القرينة الشرعية تغني في إثبات الواقعة عن أي دليل آخر، كقرينة الولد للفراش وحمل المرأة غير المتزوجة وحجية الحكم"، بمعنى أن الطفل الذي يولد في حالة زواج شرعي في خلال مدة الزوجية يثبت نسبه لأبيه، وأن حمل المرأة غير المتزوجة دليلاً على الزنا، وأن الحكم النهائي قرينة على الصحة لا يجوز الحكم على خلافه⁽¹⁾. والقرائن الشرعية القاطعة متى ثبتت لدى القاضي فإنه يلزم بالحكم بموجبها بصرف النظر عما إذا كان مقتنعاً بما أم لا، ولمن تقررت لصالحه.

(2) القرائن القانونية: القرائن القانونية هي الحالات التي تولى فيها المقتن عن القاضي القيام بعملية استنتاج أمر معين من ثبوت واقعة معينة. وهي قرائن حددها المقتن على سبيل الحصر وفرضها على كل من القاضي والخصوم⁽²⁾ والقرينة القانونية هي إعفاء من عبء الإثبات، فالمقتن يلاحظ أن الوضع الغالب هو تحقيق أمر معين، فيفترض ذلك الأمر دون حاجة إلى إثباته، ويراعى المقتن في ذلك أن ثبات هذا الأمر عسير جداً، وأنه إذا حمل أحد اطراف الدعوى عبء إثباته فسيكون عبؤه ثقيلاً، ويغلب ألا يستطيع النهوض به، وتعتمد القرينة القانونية على فكرة الاحتمال والرجحان ويجعل المقتن الأمر المحتمل أمراً ثابتاً⁽³⁾. وقد بينت المادة (156) من قانون الإثبات دور القرائن

(1) ونصت المادة (159) من قانون الإثبات على أن: "الحكم الحائز لقوة الأمر المقضى به حجة على أطرافه وفي موضوعه وسببه (أصله) قرينة قاطعة (قانونية) لا تقبل إثبات العكس".

(2) د/ فوزية عبدالستار، مرجع سابق، ص 582.

(3) ويتضح بذلك أن القرينة القانونية ليست في ذاتها دليلاً، وإنما هي إعفاء من عبء الإثبات. د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 865.

القانونية القاطعة في الإثبات، حيث نصت على أنه: "كل قرينة قاطعة قانونية لا يجوز نقضها، ويتعين الأخذ بما والحكم بمقتضاها".

والقرائن القانونية القاطعة واردة في القانون على سبيل الحصر، وبالتالي لا يجوز القياس عليها بغير نص اعتماد على المماثلة. ومن القرائن القانونية القاطعة في مجال الدعوى الجزائية - فضلاً عن تلك الشرعية الواردة في المادة (155/أ) من قانون الإثبات السالف الإشارة إليها- انعدام التمييز في الصغير الذي لم يبلغ السابعة من العمر (المادة 31 جرائم وعقوبات)⁽¹⁾، والمجنون (المادة 1/33 جرائم وعقوبات)⁽²⁾ وبالتالي انعدام مسئوليتها الجزائية. ومن القرائن القانونية قرينة العلم بالقانون بعد نشره في الجريدة الرسمية، فلا يجوز لأحد الدفع بعد ذلك بالجهل به⁽³⁾.

ب- القرائن القضائية:

1) تعريفها: القرائن القضائية هي استنباط واقعة مجهولة من واقعة معلومة تؤدي إليها بالضرورة، وبحكم اللزوم العقلي. أو هي تلك القرائن التي يستطيع القاضي أن يصل إليها باستخدام فطنته وذكائه، وذلك من خلال وقائع الدعوى المعروضة عليه بطريقة الاستنتاج، شريطة عدم مخالفة استنتاجه لما توحى به قواعد الشرع وما ألفه الناس وتقتضيه طبائعهم وأعرافهم التي لا تخالف الشرع. وأستقر القضاء على أن القرينة القضائية تصلح دليلاً كاملاً، ويجوز أن يستمد منها القاضي اقتناعه الذي يعتمد عليه في حكمه، ويعني ذلك أن الأدلة يمكن أن تبني على قرائن فحسب. وقد عرفت المادة (155/ب) من قانون الإثبات القرائن القضائية بقولها: "هي ما تستنبطه المحكمة من الأمور الواقعية أو المعاينة التي تدل

⁽¹⁾ تنص المادة (31) جرائم وعقوبات على أنه: "لا يسأل جزائياً من لم يكن قد بلغ السابعة من عمره وقت ارتكاب الفعل المكون للجريمة..".

⁽²⁾ تنص المادة (1/33) جرائم وعقوبات على أنه: "لا يسأل من يكون وقت ارتكاب الفعل عاجزاً عن ادراك طبيعته ونتائجه بسبب: 1- الجنون الدائم أو المؤقت أو العادة العقلية..".

⁽³⁾ تنص المادة (103) من الدستور على أنه: "تنشر القوانين في الجريدة الرسمية وتذاع خلال اسبوعين من تاريخ اصدارها، ويعمل بما بعد ثلاثين يوماً من تاريخ نشرها..".

على صور الحال في القضية، كخروج شخص من دار في يده سكين تقطر دماً أو سلاحاً نارياً عليه آثار الاستعمال مع وجود قتيل في الدار وليس بما غيره، والنكول عن اليمين ممن وجبت عليه".

(2) دورها في الإثبات: بينت المادة (157) من قانون الإثبات دور القرائن القضائية في الإثبات، حيث

نصت على أنه: "للمحكمة أن تأخذ بالقرينة القاطعة القضائية التي يمكن استنباطها من وقائع الحال وأن تعتبرها دليلاً على الواقعة المراد إثباتها في الأحوال التي يجوز فيها ذلك وهي الأموال والحقوق، ويجوز

للخصم أن يثبت أنها غير صحيحة بالبيئة القانونية"، ونستنبط من المادة السابعة الأحكام الآتية:

- إن القرائن القضائية القاطعة هي التي تُعد من أدلة الإثبات في الدعوى الجزائية، أما القرائن

القضائية غير القاطعة، فلا يجوز أن تعتبرها المحكمة دليلاً كاملاً على الواقعة المراد إثباتها.

- إن المشرع حدد نطاق القرائن القضائية القاطعة التي يجوز للقاضي أن يعتبرها دليلاً كاملاً على

الواقعة المراد إثباتها، بقوله: "في الأحوال التي يجوز فيها ذلك، وهي الأموال والحقوق"، وهذا يعني

أنه لا يجوز الأخذ بها في الدماء والحدود ونحوها، وإذا أخذت بها المحكمة في تلك الجرائم كدليل

كان حكمها معيباً يتعين نقضه.

- إن القرائن القضائية القاطعة في الأحوال التي يجوز للمحكمة الأخذ بها، يجوز للخصم أن يثبت أنها

غير صحيحة بالبيئة القانونية، بمعنى أنه يجوز نقضها وإثبات عكسها، إذ ليس لها حجية مطلقة في

الإثبات.

ج- القرائن البسيطة (الأمارات والدلائل):

(1) تعريفها: عرفت المادة (155/ج) من قانون الإثبات القرينة البسيطة بقولها: "هي التي لا تصلح دليلاً

مستقلاً، ولكن تستأنس بها المحكمة". وعرف البعض الأمارات أو الدلائل بأنها استنتاج واقعة من واقعة

أخرى على سبيل الاحتمال أو الإمكان.

(2) دور القرائن البسيطة في الإثبات: إن الإدانة تتطلب دليلاً يقطع بها على سبيل الجزم واليقين، وهو ما لا تكفي الأمانة فيه. ويتضح بذلك الفرق بين القرينة والأمانة فالأولى استنتاج على سبيل الجزم واليقين، ومن ثم ساغ أن تبنى الإدانة عليه، أما الأمانة فهي استنتاج على سبيل الاحتمال أو الإمكان: ومن ثم لا يجوز أن تبنى الإدانة عليها⁽¹⁾. ولقد نصت المادة (158) من قانون الإثبات على أن: "القرينة البسيطة غير القاطعة وهي التي لا تقطع بثبوت الواقعة المراد إثباتها وإنما تشرح لثبوتها وقد تحتمل ذلك وغيره". أي أن الاستنتاج في هذه القرائن البسيطة لا يكون لازماً، بحكم اللزوم العقلي، بل قد تفسر على أكثر من وجه وتقبل أكثر من احتمال، ومن ثم لا تكفي وحدها للإدانة. وكذلك نصت المادة (2/158) من القانون ذاته على أنه: "ولا تعتبر القرائن البسيطة دليلاً قاطعاً يغني عن المطالبة بإقامة البينة القانونية على ما يدعيه، وإنما يجوز للمحكمة أن تستأنس وتستكمل الدليل على أساسها". بمعنى أن تساعد القاضي على تدعيم اقتناعه بها، فإذا ساور القاضي شك في دليل معين، وتبين له أن الدلائل أو الأمارات تدعم ذلك الدليل، جاز له الأخذ بذلك الدليل بناءً على اطمئنانه له من خلال القرائن البسيطة⁽²⁾. ومن أمثلة الدلائل أو القرائن البسيطة: تحريات الشرطة، استعراف كلب الشرطة على المتهم، ووجود دماء آدمية بملابس المتهم، وسوابق المتهم⁽³⁾.

(3) دور الأمارات أو الدلائل (القرائن البسيطة) في اتخاذ بعض إجراءات التحقيق: أشار المقنن إلى هذا الدور للأمارات والدلائل في مواضع عديدة من قانون الإجراءات الجزائية، ومنها المادة (101) التي تقرر لمأمور الضبط القضائي الحق في القبض على شخص يستدل بالقرائن على أنه الفاعل للجريمة، أو له علاقة بها، كما أن المادة (102 إ.ج) تقرر أنه يجوز لمأمور الضبط القضائي تفتيش المتهم ومنزله في

(1) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 868.

(2) د/ مطهر أنقع، مرجع سابق، ص 171.

(3) للمزيد أنظر د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 869.

حالات معينة ويضبط الأشياء متى وجدت أمارات قوية تدل على وجوده فيه، كما توجب المادة (102) من القانون ذاته على مأمور الضبط القضائي القبض على المتهم بارتكاب الجريمة إذا قامت دلائل قوية على ارتكابه لها. وتجزئ المواد (104، 174، 184، ج) لمأمور الضبط القضائي وللنيابة والمحكمة القيام ببعض إجراءات التحقيق في حالة وجود دلائل كافية. ويتضح بذلك أن دور الأمارات والدلائل لا يكون في الإثبات، وإنما هو مجرد السماح للسلطة القضائية اتخاذ إجراء تحقيق معين، فهي سند تحويل المحقق سلطة معينة، وحين يباشر هذه السلطة، فيتخذ الإجراء الذي تخوله، فقد يستنبط منه الدليل. ويلاحظ أن المشرع لم يكتفِ بأمارات أو دلائل، وإنما اشترط فيها أن تكون "كافية" أو "قوية"، وهو يريد بذلك أن يقرر أن الاستنتاج الذي يعتمد على الأمارات أو الدلائل لا يكفي أن يكون "استنتاجاً على سبيل الإمكان"، بل يتعين أن يكون "استنتاجاً على سبيل الاحتمال"⁽¹⁾.

5. سلطة القاضي الجزائي في تقدير البصمات:

يجوز للمحكمة الاعتماد على الدليل المستمد من تطابق البصمات، إذ أن ذلك له قوته وقيمه الاستنتاجية حول الجريمة، باعتباره قرينة من القرائن التي يجوز الاعتماد عليها في حالات معينة⁽²⁾.

6. القسامة:

عرفت المادة (81) من قانون الجرائم والعقوبات القسامة بأنها: "أيمان يحلفها المتهمون عند وجود قتيل أو جريح ولم يتحقق الجاني بدليل شرعي وذلك لنفي الاتهام عنهم، وتوجب الدية أو الأرش مع الحلف ولا اعتبار للنكول ولا قسامه في جرح دون الموضحة أو في ضرب أو اعتداء أو إيذاء ما لم يؤدي إلى الموت ولا تقبل شهادة أهل القسامة ولو سقطت عنهم" يظهر لنا من النص أنه يجوز للمحكمة الاعتماد في الإثبات عن طريق

(1) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 870.

(2) د/ مطهر أنقع، مرجع سابق، ص 175.

القسامة، وذلك في جرائم القتل والإصابة الجسدية، وذلك إذا كان وقوع الجريمة ثابتاً في مكان معين، وعجز الادعاء عن نسبة الجريمة إلى شخص محدد، حيث يجوز للمجنى عليه أو أولياء الدم إثبات الجريمة عن طريق دعوى القسامة التي شرعت حفظاً للدماء وصيانة للحقوق وقد بينت المادة (82) عقوبات شروط القسامة، كما أوضحت المواد (83، 84، 85، 86، 87، 88، 89، 90) عقوبات إجراءات القسامة.

7. سلطة القاضي الجزائي في تقدير الدليل العلمي:

في القضاء اليمني يتمتع القاضي الجزائي بجرية كاملة في تكوين عقيدته، وهذا ما أكدته المادة (367) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني السالفة الذكر.

وإعمالاً لهذا المبدأ، فإن الأدلة العلمية - كغيرها من أدلة الدعوى الأخرى - تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الجزائي، فهي تخضع في وزن قوتها لمبدأ اقتناع القاضي، الذي يمكن أن يستند إليها في الحكم أو يهملها فلا ينظر إليها بأدلة حكمه لأسباب تقتضي ذلك⁽¹⁾.

نطاق سلطة القاضي الجزائي في تقدير الدليل العلمي:

قد يقال أن التطور العلمي من شأنه أن يطغى على نظام الاقتناع القضائي، فيجعل للخبير القول الفصل، ولا يبقى للقاضي بعد ذلك إلا الإذعان لرأي الخبير دون تقدير من جانبه. ولكن البعض يرى أن التطور العلمي لا يتعارض مع مبدأ حرية القاضي في تكوين اقتناعه، وأن الأمر يُعد اتساع مجال الاستفادة بالقرائن وإعمال الخبرة في إطار السلطة التقديرية للقاضي حسبما يستريح ضميره. ولمعرفة نطاق سلطة القاضي الجزائي في تقدير الدليل العلمي يجب التمييز بين أمرين:

الأمر الأول: القيمة العلمية القاطعة للدليل: تقدير القاضي لا يتناول هذا الأمر، لأن قيمة الدليل تقوم

على أسس علمية دقيقة، ولا حرية للقاضي في مناقشة الحقائق العلمية الثابتة.

⁽¹⁾ عبد الله سعيد محمد بن عمير، استخدام الشرطة للوسائل الفنية الحديثة في التحقيق الجنائي، كلية الدراسات العليا، أكاديمية مبارك للأمن، القاهرة، 2005م، ص232.

الأمر الثاني: الظروف والملابسات التي وجد فيها هذا الدليل: فهذه الظروف والملابسات تدخل في نطاق التقدير الذاتي للقاضي، فهي من طبيعة عمله، بحيث يكون بمقدوره أن يطرح مثل هذا الدليل - رغم قطعيته من الناحية العلمية - وذلك عندما يجد أن وجوده لا يتسق منطقياً مع ظروف الواقعة وملابساتها⁽¹⁾.

شروط قبول الدليل المعلوماتي الرقمي أمام القضاء الجزائري:

1. مشروعية الدليل الجنائي العلمي.
 2. يقينية الدليل الجزائري العلمي.
 3. مناقشة الدليل الجزائري العلمي.
- المشكلات المتعلقة بالدليل العلمي:**
1. غياب الدليل المرئي.
 2. سهولة إخفاء الدليل العلمي.
 3. إعاقة الوصول إلى الدليل العلمي.
 4. صعوبة فهم الدليل العلمي.
 5. مشكلات إجراءات الحصول على الدليل العلمي.

⁽¹⁾ جميل عبد الباقي الصغير، أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م، ص22.

الخاتمة

بعد أن انتهينا - بتوفيق الله عز وجل - من هذا البحث، فإنه حريٌّ بنا أن نشير إلى أهم النتائج التي توصلنا إليها، والتوصيات التي انتهينا إليها، على النحو الآتي:

أولاً: النتائج: توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج، أهمها:

- 1- أوضحت الدراسة مفهوم سلطة القاضي الجزائري في تقدير الأدلة، والقيود التي ترد على هذه السلطة.
- 2- بيّنت الدراسة إن السلطة الواسعة التي حوّلتها المقنن للقاضي الجزائري في الإثبات تُلقِي عليه عبئاً أثقل مما يحمله قاضٍ سلطته في الإثبات محدودة بقيود قانونية؛ كالقاضي المدني، فالقاضي الجزائري دوره إيجابي في الإثبات، ولا يجوز له أن يكتفي بفحص الأدلة التي يقدمها إليه أطراف الدعوى، وإنما عليه أن يتحرى بنفسه أدلة الدعوى، بمعنى أن الأدلة يجب أن تُعرض على القاضي الجزائري مباشرةً، بحيث يتاح له أن يعاين الدليل بنفسه وأن يُخضع هذا الدليل للمناقشة، وتنتفي هذه الصلة؛ بأن يكون ثمة وسيط بين الدليل وبين القاضي، بحيث يعاين الوسيط الدليل، ويقدم خلاصته للقاضي.

ثانياً: التوصيات: توصي الدراسة بما يلي:

- 1- ضرورة استيعاب مفهوم سلطة القاضي الجزائري في تقدير الأدلة، والهدف الذي توخاه المقنن من منح القاضي الجزائري هذه السلطة، وما يرتبط بها من قيود.
- 2- ينبغي على القاضي الجزائري عدم الاكتفاء بما ثبت في محاضر التحقيق الابتدائي من أدلة، بل يجب عليه أن يُعاين هذه الأدلة بنفسه وأن يُخضعها للمناقشة، وإلا انتفت الصفة المباشرة بين القاضي والأدلة المعروضة عليه، والتي تُعد من الضوابط المهمة في الاقتناع القضائي.
- 3- ضرورة عقد دورات وورش عمل مستمرة بشأن السلطة التقديرية للقاضي الجزائري؛ لأهمية هذه السلطة في تحقيق العدالة.

قائمة المراجع

- 1- جميل عبد الباقي الصغير، أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م.
- 2- د. حسن مجلي، شرح قانون الإجراءات الجزائية، المبادئ الأساسية، دار جامعة صنعاء للطباعة والنشر، صنعاء، ط1، 2012م.
- 3- د. سامح السيد جاد، شرح قانون الإجراءات الجنائية، لم يحدد الناشر ومكان النشر، 1995م.
- 4- د. عبدالباسط محمد الحكيمي، شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، القسم الأول، مكتبة الصادق، صنعاء، الطبعة الثالثة، 2009-2010م.
- 5- عبد الله سعيد محمد بن عمير، استخدام الشرطة للوسائل الفنية الحديثة في التحقيق الجنائي، كلية الدراسات العليا، أكاديمية مبارك للأمن، القاهرة، 2005م.
- 6- د. فوزية عبدالستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2010م.
- 7- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982م.
- 8- د. مطهر علي صالح أنقع، شرح قانون الإجراءات الجزائية، القسم الثالث، المحاكمة، مركز الصادق، صنعاء، ط1، 2006م.
- 9- مفيدة سعد سويدان، نظرية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1985م.
- 10- القانون رقم (13) لسنة 1994 بشأن الإجراءات الجزائية اليمني.
- 11- مجموعة من أحكام محكمة النقض المصرية.
- 12- مجموعة من أحكام المحكمة العليا اليمنية.



مجلة العلوم القانونية والاجتماعية
Journal of Legal and Social Sciences

مجلة العلوم القانونية والاجتماعية Journal of Legal & Social Sciences

الصفحة الرسمية للمجلة : www.sabauni.net/ojs

عنوان البحث: معايير وشروط اتفاقات التسوية القابلة للإنفاذ بموجب معاهدة سنغافورة بشأن الوساطة لعام ٢٠١٨ م (دراسة تحليلية)

د. زكريا محمد يحي السراجي
أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد
كلية الشرطة - أكاديمية الشرطة

ملخص البحث

معلومات البحث

يتناول هذا البحث معايير وشروط اتفاقات التسوية القابلة للإنفاذ بموجب معاهدة سنغافورة بشأن الوساطة لعام ٢٠١٨ م، والتي نظمت الإطار القانوني لإنفاذ اتفاقات التسوية المنبثقة من الوساطة؛ ببيان اتفاقات التسوية الخاضعة لتطبيقها وتلك التي تخرج عن نطاق تطبيقها.

تاريخ تسليم البحث:

١ نوفمبر ٢٠٢٣ م

وقد هدفت هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على اتفاقات التسوية القابلة للإنفاذ بموجب معاهدة سنغافورة بشأن الوساطة لعام ٢٠١٨ م.

تاريخ قبول البحث:

١٧ نوفمبر ٢٠٢٣ م

وقد اشتمل البحث على مطلبين؛ تم تخصيص المطلب الأول منه لبيان أهمية أن يكون اتفاق التسوية منبثقاً من الوساطة ومكتوباً، وتم تخصيص المطلب الثاني لتوضيح أهمية أن يكون اتفاق التسوية تجارياً دولياً.

وقد اعتمدت في كتابة هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي؛ لوصف المعايير والشروط التي أوردتها معاهدة سنغافورة بشأن الوساطة، وتحليل تلك المعايير والشروط. وتوصلت في نهاية هذا البحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات.

الباحث: د. زكريا محمد يحي السراجي.

البريد الإلكتروني:

Dr.zakar2050@gmail.com

Abstract

This research deals with the standards and conditions of enforceable settlement agreements under the Singapore Treaty on Mediation for the year 2018 AD, which organized the legal framework to enforce the settlement agreements from mediation; By explaining the settlement agreements subject to their application and those that are deviated from the scope of their application.

This study aimed to highlight the enforceable settlement agreements under the Singapore Treaty on mediation for the year 2018 AD.

The research included two chapters; The first was allocated to indicate the importance of the settlement agreement emanating from mediation and written, and the second was allocated to clarify the importance of the settlement agreement to be internationally commercial.

In writing this research, it relied on the descriptive - analytical approach; To describe the criteria and conditions reported by the Singapore Treaty on mediation, and analyze these standards and conditions. At the end of this research, I reached a set of results and recommendations.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين, والصلاة والسلام على رسوله الأمين، محمد بن عبدالله خاتم النبيين والمرسلين، وعلى آله وأصحابه أجمعين، وبعد:

تُعد الوساطة من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، وتتميز بسمات خاصة؛ كالسرية والمرونة والحفاظ على العلاقات بين الاطراف، وبالرغم من أهمية الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات وما تتمتع بها من مزايا خاصة، الا أن ما قد يتمخض عن هذه الوسيلة من اتفاق على تسوية ودية للنزاع، يفتقر الى اليقين القانوني فيما يتعلق بإمكانية تنفيذه خصوصاً على المستوى الدولي. ذلك أن اتفاق التسوية الودية الذي يتم التوصل إليه عن طريق الوساطة في بلد ما، قد لا يُعد سنداً قابلاً للتنفيذ في بلد آخر، لذا فإن الطرف الذي يسعى إلى تنفيذ اتفاق تسوية في بلد آخر أو في عدة بلدان سيتعين عليه بدء إجراءات قضائية جديدة في كل بلد، ولا شك إن هذا يستغرق وقتاً طويلاً ويكون مكلفاً.

ومن المسلم به إن صعوبة تنفيذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة على المستوى الدولي، ترجع إلى عدم وجود إطار قانوني دولي ينظم تنفيذ اتفاقات التسوية الناجمة عن الوساطة، لذا فقد بذلت عدد من الجهات الفاعلة جهوداً كبيرة لإيجاد مثل هذا الاطار، وقد أسفرت تلك الجهود عن إبرام معاهدة دولية، هي معاهدة الأمم المتحدة بشأن اتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة لعام 2018م، United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation وتُعرف أيضاً بمعاهدة سنغافورة بشأن الوساطة، والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 2020/12/12م⁽¹⁾.

(1) أُعدت اتفاقية سنغافورة من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "الاونسترال"، واعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 ديسمبر 2018م، بالتزامن مع اعتماد تعديل القانون النموذجي للتوفيق لعام 2002م والذي أُطلق عليه بعد التعديل القانون النموذجي للوساطة التجارية الدولية واتفاقات التسوية المنبثقة من الوساطة لعام 2018م.

وقد نظمت معاهدة سنغافورة الأطار القانوني لإنفاذ اتفاقات التسوية المنبثقة من الوساطة؛ بيان اتفاقات التسوية الخاضعة لتطبيقها وتلك التي تخرج عن نطاق تطبيقها، وألزمت الدول الأعضاء بإنفاذ اتفاقات التسوية المنبثقة عن الوساطة وحددت المتطلبات الشكلية الواجب توفرها للاستناد إلى اتفاقات التسوية، وأوردت قائمة حصرية بالأسباب التي يمكن الاستناد إليها لرفض تنفيذ اتفاقات التسوية المنبثقة عن الوساطة، وبذلك فإن المعاهدة قدمت آلية موحدة وفعالة لإنفاذ اتفاقات التسوية عبر الحدود، والتي كان يشكل غيابها أكبر عائق يحول دون استخدام الوساطة⁽¹⁾.

وتهدف معاهدة سنغافورة بشكل رئيسي إلى تعزيز استخدام الوساطة كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الدولية؛ بتسهيل انفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة عبر الحدود الوطنية.

مشكلة البحث وتساؤلاته:

ليست كل اتفاقات التسوية قابلة للإنفاذ بموجب معاهدة سنغافورة، بل تلك الاتفاقات التي تستوفي معايير وشروط محددة، لذا يمكن تجسيد مشكلة الدراسة في التساؤل الآتي:

ما المعايير والشروط الواجب توافرها في اتفاقات التسوية القابلة للإنفاذ بموجب معاهدة سنغافورة؟ وعنه تنور عدة تساؤلات فرعية أهمها:

1. متى يُعد اتفاق التسوية منبثقاً من الوساطة؟
2. ما وسيلة اثبات انبثاق التسوية من الوساطة؟
3. متى تكون المنازعة تجارية؟
4. ما هي المعايير الدولية لاتفاق التسوية؟
5. متى يكون اتفاق التسوية مستوفياً لشرط الكتابة؟

(1) TIMOTHY SCHNABEL, The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements, 19 (1) Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, 2019, p.1.

أهمية البحث:

تتبع أهمية هذه الدراسة من أهمية موضوعها، ذلك أن افتقاد اتفاق التسوية للمعايير والشروط التي أوجبتها المعاهدة يجعل اتفاق التسوية غير قابل للإنفاذ بموجب المعاهدة، ومن هنا تتضح أهمية الوقوف على تلك المعايير والشروط، فأول واجبات المحكمة المختصة في الدولة العضو هو التحقق من توفر المعايير والشروط في اتفاق التسوية، وبعبارة أخرى؛ عندما يطلب أحد أطراف اتفاق التسوية انفاذ ذلك الاتفاق - طلب تنفيذ أو دفع- فيجب على المحكمة المختصة التحقق من أن اتفاق التسوية المطلوب انفاذه يدخل في نطاق تطبيق المعاهدة. ومن جهة أخرى؛ فإن موضوع الدراسة موضوع حديث لم يتطرق له الفقه العربي إلا بصورة يسيرة.

أهداف البحث:

تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق الآتي:

تسليط الضوء على اتفاقات التسوية القابلة للإنفاذ بموجب معاهدة سنغافورة، وذلك ببيان المعايير والشروط الواجب توفرها في اتفاقات التسوية التي تخضع لتطبيق المعاهدة، للتحقق من:

1. إن اتفاق التسوية منبثق من الوساطة ومكتوباً.

2. إن اتفاق التسوية تجارياً ودولياً.

نطاق البحث:

تقتصر هذه الدراسة على البحث في معايير وشروط لاتفاقات التسوية القابلة للإنفاذ بموجب معاهدة سنغافورة، وبذلك يخرج من نطاق الدراسة اتفاقات التسوية غير الخاضعة لتطبيق المعاهدة وكيفية انفاذ اتفاقات التسوية وأسباب رفض انفاذ اتفاقات التسوية.

تقسيمات البحث:

أوضحت المادة الأولى من معاهدة سنغافورة إن نطاق تطبيقها يقتصر على اتفاق التسوية المنبثق من الوساطة والذي يبرمه الأطراف كتابةً لحل منازعة تجارية، ويكون الاتفاق وقت إبرامه دولياً، وعلى ذلك فإن المعايير والشروط الواجب توفرها في اتفاقات التسوية القابلة للإنفاذ بموجب المعاهدة تتمثل في أن يكون اتفاق التسوية منبثقاً من وساطة ومكتوباً، وأن يكون اتفاق التسوية تجارياً ودولياً. وبناءً على ذلك نقسم هذا البحث إلى مطلبين، على النحو الآتي:

المطلب الأول: أن يكون اتفاق التسوية منبثقاً من الوساطة ومكتوباً.

المطلب الثاني: أن يكون اتفاق التسوية تجارياً ودولياً.

المطلب الاول

أن يكون اتفاق التسوية منبثقاً من الوساطة ومكتوباً

تمثل الهدف الرئيس لمعاهدة سنغافورة في تعزيز الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات على المستوى الدولي. وانطلاقاً من ذلك الهدف وتحقيقاً له، فإن المعاهدة قصرت نطاق تطبيقها على اتفاقات التسوية المنبثقة من الوساطة، فنصت في المادة (11) منها على أنه: "1- تنطبق هذه المعاهدة على اتفاق منبثق من الوساطة تبرمه الأطراف كتابة لتسوية منازعة تجارية "اتفاق تسوية" ويكون وقت ابرامه دولياً..."⁽¹⁾. ويلاحظ بداية أن معاهدة سنغافورة لم تتضمن تعريفاً لاتفاق التسوية اكتفاء بإيرادها لعناصر التعريف في الفقرة الأولى من المادة الأولى⁽²⁾.

والتعريف المناسب الذي نراه لاتفاق التسوية هو: "اتفاق منبثق من الوساطة أبرمه الأطراف كتابةً لحل منازعة تجارية"⁽³⁾.

أولاً: انبثاق التسوية من الوساطة.

أ- مفهوم الوساطة:

لا يكون اتفاق التسوية قابلاً للإنفاذ بموجب المعاهدة إلا إذا كان منبثقاً من وساطة، فاتفاقات التسوية التي تبرم خارج اجراءات الوساطة لا تخضع لتطبيق الاتفاقية⁽⁴⁾. ومع أن المعاهدة كما تقدم قصرت نطاق تطبيقها

(¹) Article 1. Scope of application; 1-This Convention applies to an agreement resulting from mediation and concluded in writing by parties to resolve a commercial dispute ("settlement agreement") which, at the time of its conclusion, is international in that:..."

(²) وهذا ما أكدته الاعمال التحضيرية للمعاهدة، حيث كان هنالك اقتراح بتعريف اتفاق التسوية كالآتي: "اتفاق كتابي تبرمه اطراف منازعة تجارية وينبثق من التوفيق الدولي ويسوي المنازعة كلياً او جزئياً."، ولكن لم يؤخذ بذلك الاقتراح، انظر؛

UNCITRAL, Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the Work of Its Sixty-Fifth Session" (Vienna, September 12–13, 2016), UN Doc A/CN.9/896, p.146.

(³) JEAN-CHRISTOPHE BOULET, The Singapore Convention and the Metamorphosis of Contractual Litigation, 20(4) Cardozo Journal of Conflict Resolution, 2019, p.1211-1212.

(⁴) JEAN-CHRISTOPHE BOULET, The Singapore Convention and the Metamorphosis of Contractual Litigation, op cit, p.1212.

على اتفاقات التسوية المنبثقة من الوساطة، إلا أنها أخذت بمفهوم واسع لمصطلح الوساطة؛ إذ نصت في المادة (3/2) على أنه: "يقصد بتعبير "الوساطة" عملية، بصرف النظر عن المسمى المستخدم لها أو الأساس الذي تجري بناءً عليه، تسعى من خلالها الأطراف إلى التوصل إلى تسوية للمنازعة القائمة بينها بمساعدة من شخص آخر واحد أو أكثر "الوسيط" ليست له صلاحية فرض حل على أطراف المنازعة"⁽¹⁾.

ويتبين من هذا التعريف إن أهم العناصر الأساسية في الوساطة؛ فضلاً عن التوصل إلى تسوية، هي كالاتي:

1- تدخل شخص ثالث بطلب من الأطراف لمساعدتهم في تسوية النزاع: وعلى ذلك فإن اتفاقات

التسوية التي يرمها الأطراف بأنفسهم دون مساعدة شخص ثالث، لا تخضع لتطبيق المعاهدة. ويلاحظ إن تعريف الوساطة في المعاهدة لم يُشر إلى أية موجبات حول درجة أو كيفية تدخل وانخراط الوسيط في مساعدة الأطراف لتسوية النزاع، لذلك فمن المقرر فقهاً إنه لا يشترط تدخل الوسيط في كافة إجراءات الوساطة أو في كل مراحلها حتى التوصل إلى التسوية، وبالتالي فإن مفهوم الوساطة وفقاً للمعاهدة، يشمل الحالات التي يقوم فيها الوسيط بمساعدة الأطراف في تسوية بعض جوانب النزاع، ثم يتوصل الأطراف، بأنفسهم لحل جوانب النزاع الأخرى⁽²⁾. وبهذا العنصر فإن مفهوم الوساطة في المعاهدة يتسع

(¹) Article 2. Definitions; "...3- "Mediation" means a process, irrespective of the expression used or the basis upon which the process is carried out, whereby parties attempt to reach an amicable settlement of their dispute with the assistance of a third person or persons ("the mediator) lacking the authority to impose a solution upon the parties to the dispute".

وهذا التعريف يقترب من التعريف الذي أخذ به القانون النموذجي للوساطة لعام 2018م، حيث نص في المادة (3/1) على أنه: "لأغراض هذا القانون يقصد بمصطلح الوساطة أي عملية، سواءً أُشير إليها بتعبير الوساطة أو التوفيق أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل، تطلب فيها الأطراف إلى شخص آخر أو أشخاص آخرين "الوسيط" مساعدتها في سعيها للتوصل إلى تسوية ودية للمنازعة القائمة بينها والناشئة عن علاقة تعاقدية أو غير قانونية أخرى أو المتصلة بتلك العلاقة ولا يكون للوسيط صلاحية فرض حل للمنازعة على الأطراف".

(²) TIMOTHY SCHNABEL, The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements, op cit, pp.17-18.

ليشمل أية وسائل أخرى تتضمن مساعدة الغير للأطراف في التوصل إلى تسوية للنزاع؛ مثل التقييم المحايد Neutral Evaluation والمحاكمة المصغرة Mini-Trial وهذا بخلاف رأي الخيرة، لأن دور الشخص الثالث "الخبير" يقتصر على تقديم معلومات للأطراف ولا ينخرط في إجراءات تهدف لمساعدتهم في التوصل إلى تسوية⁽¹⁾.

2- ألا تكون للشخص الثالث "الوسيط" سلطة فرض حل ملزم: خلافاً للقاضي أو المحكم لا يملك

الوسيط سلطة اتخاذ قرار ملزم لحل المنازعة، بل تقتصر مهمته في مساعدة الأطراف على التوصل إلى تسوية ودية للنزاع من خلال مجموعة متنوعة من الأساليب؛ كتسهيل التواصل وبلورة القضايا الرئيسية وغيرها⁽²⁾. وبهذا العنصر يستبعد من مفهوم الوساطة أية عملية أو وسيلة لتسوية المنازعات يكون فيها للشخص الثالث سلطة فرض حل ملزم للأطراف. والعبرة بما إذا كان الشخص الثالث يمتلك سلطة فرض حل ملزم، هي بوقت الوساطة، لذا فإن مفهوم الوساطة في المعاهدة يمكن أن يشمل الوسائل الهجينة لتسوية النزاع Hybrid Process مثل التوفيق- التحكيم⁽³⁾، وتحديدًا الحالات التي يكون فيها للوسيط أو الموفق الانتقال إلى دور المحكم طالما أنه ليس للوسيط سلطة اصدار حكم تحكيم عند بدء الوساطة، غير أن مفهوم الوساطة لا يشمل الحالة التي يعمل فيها القاضي كوسيط طالما كان محولاً سلطة الفصل في

⁽¹⁾ SHOUYU CHONG & FELIX STEFFEK, Enforcement of International Settlement Agreements Resulting from Mediation under the Singapore Convention: Private International Law Issues in Perspective, Singapore Academy of Law Journal, vol. 31, no. Special Issue, 2019, p. 458.

⁽²⁾ DORCAS QUEK ANDERSON, The Singapore Convention on Mediation: Supplying the Missing Piece of the Puzzle for Dispute Resolution, Journal of the Malaysian Judiciary, July 2020, p.197.

⁽³⁾ NATALIE Y. MORRIS-SHARMA, the Singapore convention is live, and multilateralism, alive!, 20(4) Cardozo Journal of Conflict Resolution, 2019 , p. 1017.

النزاع في بداية التقاضي، وينبغي الأخذ بهذا الاتجاه الموسع لمفهوم الوساطة لتوافقه مع هدف المعاهدة المتمثل في تعزيز استخدام الوساطة⁽¹⁾.

فإذا توافرت تلك العناصر في الوساطة فإن اتفاق التسوية الناتج عنها يكون خاضعاً لتطبيق المعاهدة وقابلاً للإنفاذ بموجبها. ويستوي بعد ذلك أن تكون الوساطة التي انبثق منها الاتفاق وساطة مؤسسية Institutional Mediation أو وساطة خاصة Ad Hoc Mediation. ويستوي أن يطلق على العملية التي انبثق منها اتفاق التسوية؛ وساطة Mediation أو توفيق Conciliation أو أي مسمى آخر⁽²⁾، فالمعاهدة لا تفرق بين الوساطة والتوفيق أو أية وسائل أخرى لتسوية المنازعات ودياً طالما تم التوصل إلى التسوية بمساعدة شخص ثالث ليس له سلطة فرض الحل⁽³⁾، كما أنه لا أهمية لنوع الوساطة⁽⁴⁾ ولا للإجراءات التي قادت إلى التوصل للتسوية في تحقق مفهوم الوساطة⁽⁵⁾. ولا أهمية كذلك لمصدر أو أساس الوساطة، فيستوي

(1) TIMOTHY SCHNABEL, The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements, op cit, pp.17-18. NATALIE Y. MORRIS-SHARMA, the Singapore convention is live, and multilateralism, alive!, op cit , p. 1017.

(2) وبصرف النظر عن المصطلح الذي يستخدمه القانون الوطني لوصف العملية التي انبثق منها اتفاق التسوية؛

BRYAN CLARK & TANIA SOURDIN, The Singapore Convention: A Solution in Search of a Problem?, 71(3) Northern Ireland Legal Quarterly, 2020, p.484..

(3) EUNICE CHUA, 'The Singapore Convention on Mediation- A Brighter Future for Asian Dispute Resolution, 9(2)Asian Journal of International Law, 2018 p.196.

(4) فيدخل في مفهوم الوساطة وفقاً للمعاهدة؛ الوساطة التسهيلية Facilitative mediation والتي تتضمن تدخل الوسيط في تسهيل الوساطة بمحاولة نقل الأطراف إلى التفاوض حول المصالح الأساسية، وكذا الوساطة التقييمية Evaluative mediation والتي يتدخل فيها الوسيط الذي لديه خبرة وتجارب في موضوع النزاع بقصد تقديم آراء ونصائح وتوصيات لطرفي الوساطة، ولا يكون رأي الوسيط ملزماً للأطراف، يُنظر في صور وأنواع الوساطة؛

LAURENCE BOULLE, International Enforceability Of Mediated Settlement Agreements: Developing The Conceptual Framework, 7(1) Contemporary Asia Arbitration Journal, 2014 ,pp.49-54.

(5) فالتعريف الذي أخذت به الاتفاقية يحدد مفهوم الوساطة بالنظر إلى طبيعة إجراءات حل النزاع وليس إلى شكل تلك الإجراءات أو مسماها، لذا ليس الأطراف بحاجة إلى تسميتها بالوساطة لتخضع للاتفاقية.

NADJA ALEXANDER & SHOUYU CHONG, An Introduction to the Singapore Convention on Mediation- Perspectives from Singapore, 22(4) Dutch-Flemish Magazine for Mediation and Conflict Management, 2018, p.41.

أن يكون دخول الأطراف في عملية الوساطة بناءً على اتفاق بينهم يقضي بتسوية النزاع بالوساطة "اتفاق وساطة"⁽¹⁾ أو بناءً على نص قانوني أو أمر قضائي يلزمهم بسلوك طريق الوساطة.

كما أن المعاهدة لم تضع أية قيود على نوع الأداء أو الالتزام الذي يتضمنه اتفاق التسوية المنبثق من الوساطة، فيستوي أن يكون أداءً نقدياً أو غير نقدي⁽²⁾. ولأن معاهدة سنغافورة - كما أسلفنا - لا تستلزم درجة معينة من المساعدة أو المشاركة من قبل الشخص الثالث "الوسيط"، فإن مفهوم الوساطة يشمل الوساطة الاستشارية⁽³⁾.

ب- إثبات انبثاق التسوية من الوساطة:

فرضت المعاهدة متطلبات شكلية محدودة وحصريّة⁽⁴⁾ للاستناد أو لطلب تنفيذ اتفاقات التسوية، بهدف الحفاظ قدر الإمكان على بساطة آلية التنفيذ التي وضعتها المعاهدة، ولمنع إساءة استخدام تلك الآلية من قبل

⁽¹⁾ اتفاق الوساطة هو اتفاق الأطراف على الدخول في عملية الوساطة، وهذا الاتفاق قد يرد كشرط لتسوية نزاع في عقد "شرط وساطة" وقد يصاغ بشكل مستقل "اتفاق وساطة"، ولأن شرط الوساطة يكون لتسوية منازعات مستقبلية فإنه لا يحدد نزاع معين بخلاف اتفاق وساطة، ويلاحظ إن اتفاقية سنغافورة لم تتضمن أحكاماً مماثلة لاتفاقية نيويورك بشأن إلزام محاكم الدول بتنفيذ اتفاقات التحكيم والإحالة إلى التحكيم، لاعتبارات منها اختلاف الطرق التي تستهل بها عملية الوساطة فليست فقط باتفاق وساطة بل وقد تكون بإحالة من المحكمة أو بنص قانوني الزامي، كما أن اتفاقات التسوية وخلافاً لأحكام التحكيم قد تتضمن تسوية مسائل لم تكن مشمولة صراحةً أو ضمناً باتفاق الوساطة، يُنظر:

NADJA ALEXANDER & SHOUYU CHONG, An Introduction to the Singapore Convention on Mediation- op cit, pp.51-52.

⁽²⁾ NATALIE Y. MORRIS-SHARMA, the Singapore convention is live, and multilateralism, alive!, op cit , p. 1017.

⁽³⁾ NADJA ALEXANDER & SHOUYU CHONG, An Introduction to the Singapore Convention on Mediation, op cit p.41. SHOUYU CHONG & FELIX STEFFEK, Enforcement of International Settlement Agreements Resulting from Mediation under the Singapore Convention: Private International Law Issues in Perspective, op cit, p. 458.

⁽⁴⁾ NATALIE Y. MORRIS-SHARMA, the Singapore convention is live, and multilateralism, alive!, op cit , p. 1018.

الأطراف⁽¹⁾. ومن تلك المتطلبات تقديم ما يثبت انبثاق التسوية من الوساطة، حيث أوجبت المادة (1/4/ب) من المعاهدة على الطرف الذي يستند إلى اتفاق تسوية بموجب هذه المعاهدة أن يقدم إلى السلطة المختصة في الدولة العضو التي يلتمس لديها الانتصاف "ب- إثباتاً لانبثاق اتفاق التسوية من الوساطة، ومن ذلك مثلاً: 1- اتفاق التسوية مهوراً بتوقيع الوسيط، أو 2- مستند مهوراً بتوقيع الوسيط يُبين أن عملية الوساطة قد نفذت، أو 3- شهادة من المؤسسة التي أدارت عملية الوساطة، أو 4- أي إثبات آخر تقبله السلطة المختصة في حال تعذر تقديم أي من الإثباتات المشار إليها في البنود 1 أو 2 أو 3"⁽²⁾.

والبيّن من هذا النص، إن الوسائل التي عددها المعاهدة لإثبات انبثاق اتفاق التسوية من الوساطة، واردة على سبيل التمثيل وليس على سبيل الحصر⁽³⁾، كما أن أية وسيلة مقبولة لدى المحكمة المختصة تكفي لإثبات انبثاق اتفاق التسوية من الوساطة، فيمكن على سبيل المثال إثبات أن التسوية ناتجة من الوساطة بمحاضر جلسات الوساطة الممهورة بتوقيع الوسيط أو الوسطاء.

⁽¹⁾ UNCITRAL, Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the Work of Its Sixty-Fifth Session" (Vienna, September 12–13, 2016), UN Doc A/CN.9/896, para: 75.

⁽²⁾ Article 4; "A party relying on a settlement agreement under this Convention shall supply to the competent authority of the Party to the Convention where relief is sought; ... (b) Evidence that the settlement agreement resulted from mediation, such as: (i) The mediator's signature on the settlement agreement; (ii) A document signed by the mediator indicating that the mediation was carried out; (iii) An attestation by the institution that administered the mediation; or (iv) In the absence of (i), (ii) or (iii), any other evidence acceptable to the competent authority."

⁽³⁾ NATALIE Y. MORRIS-SHARMA, the Singapore convention is live, and multilateralism, alive!, op cit , p. 1018.

ويلاحظ إن توقيع الوسيط على اتفاق التسوية أو على مستند مستقل يبين أن الوساطة تمت، إنما هو مجرد إثبات مشاركة الوسيط في الوساطة ولا دلالة لذلك للتوقيع على موافقة الوسيط على مضمون التسوية أو على أن الوسيط طرف في اتفاق التسوية⁽¹⁾.

وتوقيع الوسيط على اتفاق التسوية أو في مستند مستقل، يتحقق بالتوقيع الإلكتروني وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة (4) من المعاهدة.

ثانياً: كتابة اتفاق التسوية.

نصت المادة (11) من المعاهدة على أنه: "1- تنطبق هذه المعاهدة على اتفاق منبثق من الوساطة تبرمه الأطراف كتابةً...".

وبذلك يتضح أن كتابة اتفاق التسوية شرط جوهري لخضوع الاتفاق لتطبيق المعاهدة ولقابليته للإنفاذ بموجبها. وبهذا الشرط فإنه لا يوجد اتفاق تسوية وفقاً للمعاهدة إلا إذا كان مكتوباً⁽²⁾.

وفي التأكيد على شرط كتابة اتفاق التسوية، أوجبت المعاهدة أن يكون اتفاق التسوية موقعاً من الأطراف، فنصت في المادة (4) على أنه يجب على الطرف الذي يرغب في تنفيذ اتفاق التسوية أو في الاستناد إليه أن يقدم إلى المحكمة المختصة "أ- اتفاق التسوية مهوراً بتوقيع الأطراف".

(¹) UNCITRAL, Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the Work of Its Sixty-Fifth Session” (Vienna, September 12–13, 2016), UN Doc A/CN.9/896, para: 75.

(²)JEAN-CHRISTOPHE BOULET, The Singapore Convention and the Metamorphosis of Contractual Litigation, 20(4) Cardozo Journal of Conflict Resolution, 2019, p.1212.

وُشير الأعمال التحضيرية للمعاهدة إلى أن شرط كتابة اتفاق التسوية كان محل خلاف بين وفود الدول المتفاوضة، حيث قدم اقتراح بالغاء شرط الكتابة حتى لا يشكل عائقاً أمام تطبيق المعاهدة، لأن اتفاقات التسوية كثيراً ما تُبرم شفويّاً أو باستخدام وسائل الكترونية، ولأن الشكل الكتابي لاتفاق التسوية في الأعراف التجارية إنما هو دليل لاثبات وجود الاتفاق وليس لصحته، في حين عارضت العديد من الوفود الغاء شرط الكتابة، لأن الغرض من المعاهدة تيسير انفاذ اتفاقات التسوية، لذا سيكون من الضروري تقديم اتفاق تسوية كتابياً إلى السلطة القائمة بالإنفاذ من أجل الشروع في عملية الانفاذ⁽¹⁾.

وعلى كل، فقد تم التوافق على اشتراط كتابة اتفاق التسوية، وأخذاً في الاعتبار التي أبدت لمعارضة هذا الشرط، أخذت المعاهدة بمفهوم واسع للكتابة بحيث تشمل الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، فنصت في المادة (2/2) على أنه: "2- يكون اتفاق التسوية مكتوباً إذا كان محتواه مدوناً بأي شكل ويستوفي الخطاب الإلكتروني اشتراط الكتابة إذا كانت المعلومات الواردة فيه متاحاً الوصول إليها بحيث يمكن الرجوع إليها لاحقاً"⁽²⁾، ونصت في المادة (2/4) على أنه: "2- فيما يتعلق بالخطاب الإلكتروني، يُستوفي اشتراط توقيع الأطراف أو الوسيط، حسب الاقتضاء، على اتفاق التسوية، على النحو التالي: (أ) إذا استخدمت طريقة لتعيين هوية الأطراف أو الوسيط وتبيان نوايا الأطراف أو الوسيط فيما يخص المعلومات الواردة في الخطاب الإلكتروني. (ب) إذا كانت الطريقة المستخدمة: 1- موثوقاً بما بقدر مناسب للغرض الذي أنشئ الخطاب

(1) UNCITRAL, Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the Work of Its Sixty-Fifth Session" (Vienna, September 12-13, 2016), UN Doc A/CN.9/896, para: 23, 33, 36.

(2) Article: 2"...2- A settlement agreement is "in writing" if its content is recorded in any form. The requirement that a settlement agreement be in writing is met by an electronic communication if the information contained therein is accessible so as to be useable for subsequent reference."

الالكتروني أو أرسل من أجله في ضوء كل الملابس بما فيها أي اتفاق ذي صلة، أو 2- قد ثبت فعلياً إنهما بحد ذاتها أو مقترنة بأدلة اثباتية إضافية، أوفت بالوظائف المذكورة في الفقرة الفرعية (أ) أعلاه⁽¹⁾.

ويلاحظ إن المادة (4/أ) من المعاهدة وإن كانت قد اشترطت أن يكون اتفاق التسوية موقعاً من الأطراف، إلا أن هذا الشرط يتحقق بالتوقيع على الاتفاق من قبل ممثلي الأطراف المفوضين بذلك، وهذا يؤكد الأعمال التحضيرية للمعاهدة، حيث جاء فيها أنه اقترح إضافة أن يكون اتفاق التسوية موقع من الأطراف أو من ممثليهم المفوضين، لأن الغالب أن يقوم ممثلو الأطراف بالتوقيع، إلا أن الاقتراح عورض بحجة أن مصطلح "ممثلي الأطراف"، له مفاهيم مختلفة في القوانين الوطنية، ومع ذلك فقد اتفق بعد المناقشة على عدم تضمين المعاهدة إشارة إلى الممثلين المفوضين للأطراف، على أن يكون مفهوماً أن هذا المفهوم ضمني في نص الصك - المعاهدة⁽²⁾.

وأرى إنه كان يتعين النص صراحةً في المعاهدة على جواز أن يكون اتفاق التسوية موقعاً من ممثلي الأطراف، أو الإشارة إلى ذلك في المادة (4) من المعاهدة، والتي أجازت للمحكمة أو السلطة المختصة في الدولة العضو

(¹) Article 4: "...2- The requirement that a settlement agreement shall be signed by the parties or, where applicable, the mediator is met in relation to an electronic communication if: (a) A method is used to identify the parties or the mediator and to indicate the parties' or mediator's intention in respect of the information contained in the electronic communication; and (b) The method used is either: (i) As reliable as appropriate for the purpose for which the electronic communication was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement; or (ii) Proven in fact to have fulfilled the functions described in subparagraph (a) above, by itself or together with further evidence."

(²) UNCITRAL, Report of Working Group II (Dispute Settlement) on the work of its sixty-seventh session (Vienna, 2-6 October 2017) UN Doc A/CN.9/929, para:49-50, "After discussion, the Working Group agreed that the instrument should not include a reference to "authorized representatives" of the parties with the understanding that that notion was implicit in the text of the instrument."

أن تطلب أي مستند لازم من أجل التحقق من استيفاء المقتضيات التي تنص عليها المعاهدة، وذلك بإضافة عبارة "كتقديم ما يثبت تفويض الأطراف لممثلهم الموقعين على اتفاق التسوية".

فإذا استوفى اتفاق التسوية هذه الشروط، بأن كان مكتوباً وموقعاً ومرفقاً به ما يثبت انبثاقه من الوساطة، فإنه يكون قابلاً للإنفاذ بموجب المعاهدة، ولا يجوز رفض طلب التنفيذ بحجة إن الاتفاق غير موثق Notarized، لأن هذا الشرط الشكلي يتعارض مع الاتفاقية التي لم تشترط في اتفاق التسوية سوى أن يكون مكتوباً وموقعاً من الأطراف⁽¹⁾.

المطلب الثاني

أن يكون اتفاق التسوية تجارياً ودولياً

لا يكفي أن يكون اتفاق التسوية منبثقاً من الوساطة، وأن يكون كتابياً ليخضع لتطبيق المعاهدة، بل يجب أن يكون قد أبرم لتسوية منازعة تجارية، وأن يكون الاتفاق وقت إبرامه دولياً، وهذا ما نصت عليه المعاهدة في المادة (1/1)، تُبين ذلك على النحو الآتي:

أولاً: شرط التجارية:

استلزمت المعاهدة أن تكون المنازعة التي يتم حلها باتفاق التسوية منازعة تجارية، حتى يكون اتفاق التسوية خاضعاً لتطبيقها وقابلاً للإنفاذ بموجبها، إلا أن المعاهدة لم تُعرّف مصطلح التجارة، واكتفت بالنص على استبعاد بعض المنازعات غير التجارية؛ كالمنازعات المتعلقة بالمستهلك أو بقانون العمل أو قانون الأسرة أو

(¹) TIMOTHY SCHNABEL, Implementation Of The Singapore Convention: Federalism, Self-Execution, And Private Law Treaties, 30 (2) American Review Of International Arbitration, 2019, p.271.

الميراث. ومع ذلك فإن من المقرر فقهاً⁽¹⁾ إنه يتعين تفسير مصطلح التجارية في المعاهدة تفسيراً واسعاً، وإنه يمكن لهذا الغرض الرجوع إلى القانون النموذجي للوساطة لتحديد المقصود بمصطلح التجارية، حيث تضمن القانون النموذجي تعريفاً لهذا المصطلح جرى نصه كالآتي⁽²⁾: "ينبغي أن يُعطى مصطلح "تجاري" تفسيراً واسعاً يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطابع التجاري؛ سواءً كانت تعاقدية أم لم تكن، وتشمل العلاقات التجارية على سبيل المثال لا الحصر؛ المعاملات التالية: أية معاملة تجارية لتوريد السلع أو الخدمات أو تبادلها، اتفاق التوزيع، التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية، العمولة، البيع الايجاري، تشييد المنشآت، الخدمات الاستشارية، الأعمال الهندسية، منح الرخص، الاستثمار، التمويل، الأعمال المصرفية، التأمين، اتفاق أو امتياز الاستغلال، المشاريع المشتركة وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري، نقل البضائع أو الركاب جواً أو بحراً أو بالسكك الحديدية أو براً".

ووفقاً للمادة (1/1) من المعاهدة، فإن شرط التجارية يتعلق بالمنازعة التي تم حلها باتفاق التسوية وليس

باتفاق التسوية ذاته⁽³⁾.

(1) يُنظر على سبيل المثال:

NADJA ALEXANDER & SHOUYU CHONG, An Introduction to the Singapore Convention on Mediation, op cit, p.40 ; TIMOTHY SCHNABEL, The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements, op cit, p.22 ; BRYAN CLARK & TANIA SOURDIN, The Singapore Convention: A Solution in Search of a Problem?, 71(3) Northern Ireland Legal Quarterly, 2020, p.483; DORCAS QUEK ANDERSON, The Singapore Convention on Mediation: Supplying the Missing Piece of the Puzzle for Dispute Resolution, op cit, p.204; EUNICE CHUA, The Singapore Convention on Mediation- A Brighter Future for Asian Dispute Resolution, 9 (2) Asian Journal of International Law, 2018, pp.197-198; SHOUYU CHONG & FELIX STEFFEK, Enforcement of International Settlement Agreements Resulting from Mediation under the Singapore Convention: Private International Law Issues in Perspective, op cit, p.456.

(2) ورد هذا التعريف في الهامش رقم 1، بالمادة (1) من القانون النموذجي للوساطة.

(3) DORCAS QUEK ANDERSON, The Singapore Convention on Mediation: Supplying the Missing Piece of the Puzzle for Dispute Resolution, op cit, p.204.

واقترصار تطبيق المعاهدة على اتفاقات التسوية التي تُبرم لحل منازعة تجارية يرجع إلى اعتبارين أساسيين:

الأول: إن المسائل التجارية عموماً هي المهمة التقليدية للجنة الاونسترال التي أعدت المعاهدة.

الثاني: إن تصدي المعاهدة لمعالجة المسائل غير التجارية من المرجح أن يصطدم بالنظام العام والتقاليد

القانونية الوطنية، وهو ما قد يؤدي إلى عزوف وامتناع الكثير من الدول عن الانضمام إلى المعاهدة، هذا فضلاً

عن إن الإبقاء على شرط التجارة يتسق مع الرغبة في تعزيز الثقة المشتركة في التجارة الدولية وتسهيلها⁽¹⁾.

ويثير شرط التجارة التساؤل عما إذا كان مفهوم التجارة في المنازعة التي يبرم اتفاق التسوية لحلها، يتسع

ليشمل منازعات الاستثمار بين الدول والمستثمرين؟

يذهب بعض الفقه إلى أن نطاق المنازعة التجارية وفقاً للمعاهدة يشمل على الأقل بعض منازعات

الاستثمار؛ كالمنازعات الناشئة في مجال الانشاءات واستغلال المصادر الطبيعية⁽²⁾. وأنفق مع هذا الرأي، مع

التأكيد على أن لأية دولة عضو في المعاهدة أن تتحفظ على تطبيق المعاهدة على اتفاقات التسوية التي تكون

الدولة أو أجهزتها الحكومية طرفاً فيها، وفقاً لصريح نص المادة (8) من المعاهدة، وهو ما قامت به بالفعل بعض

الدول عند التصديق على المعاهدة؛ كدولة قطر وجمهورية ايران الاسلامية.

⁽¹⁾ NADJA ALEXANDER & SHOUYU CHONG, An Introduction to the Singapore Convention on Mediation, op cit pp.40-41. EUNICE CHUA, The Singapore Convention on Mediation- A Brighter Future for Asian Dispute Resolution, op cit p.198. TIMOTHY SCHNABEL, The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements, op cit, p.22

⁽²⁾ TIMOTHY SCHNABEL, The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements, op cit, p.22

ثانياً: شرط الدولية.

اشترطت المادة (1/1) من المعاهدة لانطباقها على اتفاق التسوية المنبثق من الوساطة أن يكون الاتفاق "وقت ابرامه دولياً، حيث نصت على أنه: "تنطبق هذه الاتفاقية على اتفاق منبثق من الوساطة تبرمه الأطراف كتابةً لتسوية منازعة تجارية "اتفاق تسوية"، بمعنى أن:

أ- مكاني عمل اثنين على الأقل من أطرافه يقعان في دولتين مختلفتين، أو

ب- الدولة التي تقع فيها أماكن عمل أطراف اتفاق التسوية مختلفة عن: 1- الدولة التي يؤدي فيها جزء جوهري من الالتزامات المفروضة بموجب اتفاق التسوية أو 2- الدولة الأوثق صلة بموضوع اتفاق التسوية".

ويتبين من هذا النص، إن المعاهدة ربطت شرط الدولية باتفاق التسوية وليس بموضوع المنازعة التي تم حلها باتفاق التسوية⁽¹⁾. كما يتضح أيضاً إن معيار دولية اتفاق التسوية، يتحقق في معظم الحالات عندما يكون مكان عمل طرفي الاتفاق في دولتين مختلفتين، ومع ذلك فإن الاتفاق يكون دولياً وإن كان مكان عمل طرفي الاتفاق في دولة واحدة، وذلك إذا كانت هذه الدولة تختلف عن الدولة التي ينفذ فيها جزء جوهري من الالتزامات المقررة في اتفاق التسوية، أو إذا كانت تختلف عن الدولة الأكثر صلة بالمسائل موضوع اتفاق التسوية⁽²⁾.

(1) BRYAN CLARK & TANIA SOURDIN, The Singapore Convention: A Solution in Search of a Problem?, 71(3) Northern Ireland Legal Quarterly, 2020, p.483.

(2) TIMOTHY SCHNABEL, The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements, op cit, p.20.

وقد عالجت المعاهدة الفرض الذي يكون فيها لأحد طرفي اتفاق التسوية أكثر من مكان عمل، أو لا يوجد له مكان عمل، فنصت في المادة (1/2) على أنه: "أ- إذا كان لطرف ما أكثر من مكان عمل واحد فيؤخذ بمكان العمل الأكثر صلةً بالمنازعة التي يحلها اتفاق التسوية مع مراعاة الظروف التي كانت الأطراف على علم بها أو كانت تتوخاها وقت إبرام اتفاق التسوية. ب- إذا لم يكن لطرف من الأطراف مكان عمل فيؤخذ بمحل إقامته المعتاد".

ومعيار دولية اتفاق التسوية الذي أخذت به المعاهدة، مستمد من معيار الدولية المنصوص عليه في المادة (2/3) من قانون الوساطة النموذجي، مع اختلاف بينهما من ناحيتين؛ الأولى: إن المعاهدة أشارت إلى "الدولة الأوثق صلةً بموضوع اتفاق التسوية"، في حين أن القانون النموذجي أشار إلى الدولة الأوثق صلةً بموضوع المنازعة"، والثانية: إنه إذا كان لأحد أطراف اتفاق التسوية أكثر من مكان عمل، فوفقاً للمعاهدة يكون مكان العمل المعتبر هو الأكثر صلةً بالمسائل موضوع اتفاق التسوية، أما وفقاً لقانون الوساطة النموذجي فإن مكان العمل المعتبر هو الأكثر صلةً بالمنازعة التي يحلها اتفاق الوساطة، ويفسر الفقه هذا الاختلاف بأن المعاهدة ركزت على تنفيذ اتفاقات التسوية، فأشارت إلى المسائل موضوع اتفاق التسوية والتي قد تختلف عن المسائل موضوع المنازعة⁽¹⁾.

ووفقاً لصريح نص المادة (1/1) من المعاهدة، فإن الوقت المعتبر لتحديد دولية اتفاق التسوية هو وقت إبرام الاتفاق، فعلى سبيل المثال، إذا كان مكان عمل طرفي الاتفاق وقت إبرام اتفاق التسوية يقع في دولتين مختلفتين، فإن اتفاق التسوية يُعد دولياً وإن كان مكان عملهما وقت إجراء الوساطة أو وقت طلب تنفيذ اتفاق

(¹) EUNICE CHUA, The Singapore Convention on Mediation: A Brighter Future for Asian Dispute Resolution, op cit, p.196; ELISABETTA SILVESTRI, The Singapore Convention on Mediated Settlement Agreements: A New String to the Bow of International Mediation?, 3(4)Access To Justice In Eastern Europe Journal, 2019, p.7.

التسوية، في دولة واحدة⁽¹⁾. وما تجدر الإشارة إليه إن تحديد دولية اتفاق التسوية يكون بالنظر إلى مكان عمل أطراف اتفاق التسوية وليس مكان عمل ممثليهم المفوضين بإبرام اتفاق التسوية والموقعين عليه⁽²⁾.

ويلاحظ في هذا السياق، إن معاهدة سنغافورة لم تأخذ بفكرة مكان الوساطة⁽³⁾، وبذلك قدمت المعاهدة مكنة التنفيذ المباشر لاتفاقات التسوية في أية دولة عضو يختارها الطرف الذي يطلب التنفيذ، وحررت إجراءات التنفيذ من مكان إبرام التسوية، ولهذا قيمة إضافية هي إمكانية استخدام وسائل الإلكترونيات في إجراءات الوساطة، وتمكين الأطراف من صياغة الحل المناسب دون تقيد بنظام قانوني معين⁽⁴⁾. ولأن المعاهدة لم تتبنَ فكرة مكان الوساطة، فإن اتفاقات التسوية وفقاً للمعاهدة إما أن تكون دولية أو محلية فقط، فلا يوجد ما يمكن وصفه باتفاقات التسوية الأجنبية⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ TIMOTHY SCHNABEL, The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements, op cit, p.21.

⁽²⁾ UNCITRAL, Report of Working Group II (Dispute Settlement) on the work of its sixty-seventh session (Vienna, 2-6 October 2017) UN Doc A/CN.9/929, para: 40.

⁽³⁾ TIMOTHY SCHNABEL, The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements, op cit, p.20.

⁽⁴⁾ BRYAN CLARK & TANIA SOURDIN, The Singapore Convention: A Solution in Search of a Problem?, op cit, pp.483.

⁽⁵⁾ NADJA ALEXANDER & SHOUYU CHONG, An Introduction to the Singapore Convention on Mediation, op cit p.40. SHOUYU CHONG & FELIX STEFFEK, Enforcement of International Settlement Agreements Resulting from Mediation under the Singapore Convention: Private International Law Issues in Perspective, op cit, p. 456.

الخلاصة

وضعت معاهدة سنغافورة إطاراً قانونياً فعالاً لإنفاذ اتفاقات التسوية المنبثقة من الوساطة، عبر الحدود الوطنية، يرحب معه تحقيق هدفها الرئيسي في تعزيز استخدام الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية منازعات التجارة الدولية. وفي ختام هذه الدراسة التي تناولنا فيها شروط ومعايير اتفاقات التسوية القابلة للإنفاذ بموجب معاهدة سنغافورة، نخلص إلى عدد من النتائج والتوصيات، أهمها ما يلي:

أولاً: النتائج:

تمثلت أهم النتائج فيما يلي:

- اشترطت المعاهدة في اتفاق التسوية القابل للإنفاذ بموجبها، أن يكون منبثقاً من الوساطة، ويتوفر هذا الشرط إذا توصل الأطراف إلى اتفاق لتسوية النزاع بمساعدة شخص ثالث ليس له سلطة فرض حل مُلزم للنزاع، أيّاً كان مسمى الإجراءات أو العملية التي انبثق منها اتفاق التسوية أو أساس الدخول في تلك العملية. ويمكن إثبات تحقق هذا الشرط بأية وسيلة إثبات مقبولة قانوناً وفقاً لقانون الدولة التي يُطلب من محاكمها إنفاذ اتفاق التسوية.
- كتابة اتفاق التسوية وتوقيعه من الأطراف، شرط جوهري لقبليته للإنفاذ بموجب معاهدة سنغافورة، ويستوي أن تكون الكتابة والتوقيع بالطرق التقليدية أو الإلكترونية.
- اشترطت المعاهدة أن يكون اتفاق التسوية القابل للإنفاذ بموجبها، تجارياً ودولياً، ومع أنها لم تعرف المعاهدة مصطلح التجارية إلا أنه يتعين الأخذ بمفهوم واسع لهذا المصطلح تحقيقاً لأهداف المعاهدة في تعزيز استخدام الوساطة كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الدولية.

ثانياً: التوصيات:

- نوصي المشرع اليمني أن يسن قانوناً لتنظيم الوساطة مسترشداً في ذلك بالقانون النموذجي للوساطة، تمهيداً للانضمام والمصادقة على معاهدة سنغافورة للوساطة.
- نوصي المشرع اليمني عند سن قانون لتنظيم الوساطة، أن يسير وفق النهج الذي اتبعته معاهدة سنغافورة، بعدم تحديد مصطلح التجارية، حتى لا يجعل ذلك التحديد قيداً في حالة العمل بالوساطة في المنازعات التجارية، كونها متجددة بصورة مستمرة.
- نوصي المشرعين العربي والإسلامي أن يسنّا قوانين خاصة بالوساطة، كونها من أهم الوسائل لحل النزاعات؛ وبالأخص فيما يتعلق بالعلاقات الدولية، وتكون تلك القوانين مسترشدة بالقانون النموذجي للوساطة، تمهيداً للانضمام والمصادقة لمعاهدة سنغافورة للوساطة.

قائمة المراجع

- BRYAN CLARK & TANIA SOURDIN, The Singapore Convention: A Solution in Search of a Problem?, 71(3) Northern Ireland Legal Quarterly, 2020.
- BRYAN CLARK & TANIA SOURDIN, The Singapore Convention: A Solution in Search of a Problem?, 71(3) Northern Ireland Legal Quarterly, 2020.
- DORCAS QUEK ANDERSON, The Singapore Convention on Mediation: Supplying the Missing Piece of the Puzzle for Dispute Resolution, Journal of the Malaysian Judiciary, July 2020.
- ELISABETTA SILVESTRI, The Singapore Convention on Mediated Settlement Agreements: A New String to the Bow of International Mediation?, 3(4) Access To Justice In Eastern Europe Journal, 2019.
- EUNICE CHUA, 'The Singapore Convention on Mediation- A Brighter Future for Asian Dispute Resolution, 9(2) Asian Journal of International Law, 2018.
- EUNICE CHUA, The Singapore Convention on Mediation- A Brighter Future for Asian Dispute Resolution, 9 (2) Asian Journal of International Law, 2018.
- JEAN-CHRISTOPHE BOULET, The Singapore Convention and the Metamorphosis of Contractual Litigation, 20(4) Cardozo Journal of Conflict Resolution, 2019.
- JEAN-CHRISTOPHE BOULET, The Singapore Convention and the Metamorphosis of Contractual Litigation, 20(4) Cardozo Journal of Conflict Resolution, 2019.
- LAURENCE BOULLE, International Enforceability Of Mediated Settlement Agreements: Developing The Conceptual Framework, 7(1) Contemporary Asia Arbitration Journal, 2014.

- NADJA ALEXANDER & SHOUYU CHONG, An Introduction to the Singapore Convention on Mediation- Perspectives from Singapore, 22(4) Dutch-Flemish Magazine for Mediation and Conflict Management, 2018.
- NATALIE Y. MORRIS-SHARMA, the Singapore convention is live, and multilateralism, alive!, 20(4) Cardozo Journal of Conflict Resolution, 2019 .
- SHOUYU CHONG & FELIX STEFFEK, Enforcement of International Settlement Agreements Resulting from Mediation under the Singapore Convention: Private International Law Issues in Perspective, Singapore Academy of Law Journal, vol. 31, no. Special Issue, 2019.
- TIMOTHY SCHNABEL, Implementation Of The Singapore Convention: Federalism, Self-Execution, And Private Law Treaties, 30 (2)American Review Of International Arbitration, 2019.
- TIMOTHY SCHNABEL, The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements, 19(1) Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, 2019.
- UNCITRAL, Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the Work of Its Sixty-Fifth Session” (Vienna, September 12–13, 2016), UN Doc A/CN.9/896.
- UNCITRAL, Report of Working Group II (Dispute Settlement) on the work of its sixty-seventh session (Vienna, 2-6 October 2017) UN Doc A/CN.9/929.



مجلة العلوم القانونية والاجتماعية
Journal of Legal and Social Sciences

الصفحة الرسمية للمجلة : www.sabauni.net/ojs

مجلة العلوم القانونية والاجتماعية Journal of Legal & Social Sciences

عنوان البحث: تطور الحق في المشاركة السياسية في الدساتير اليمينية الحديثة بين النظرية والتطبيق

د. أحمد صالح أحمد العميسي

أستاذ القانون العام المساعد

كلية الشرطة - أكاديمية الشرطة

ملخص البحث

معلومات البحث

يدور البحث ويتركز حول تطور الحق في المشاركة السياسية في الدساتير اليمينية الحديثة وواقع الممارسة والتطبيق، باعتبار هذا الحق أحد مرتكزات النظام الديمقراطي الحديث.

تاريخ تسليم البحث:

٢٠ ديسمبر ٢٠٢٢ م

وقد اشتمل البحث على مطلبين؛ تم تخصيص المطلب الأول منه لإيضاح حقيقة مفهوم الحق في المشاركة السياسية وتحديد مضمونه وأهميته لدى أساتذة القانون والعلوم السياسية وعلم الاجتماع السياسي، أما المطلب الثاني فقد تم تخصيصه لتناول التطور الدستوري لهذا الحق في مختلف الدساتير اليمينية الحديثة التي صدرت منذ قيام ثورته في شمال الوطن عام ١٩٦٢، وإعلان الاستقلال من الاستعمار البريطاني البغيض في جنوبه عام ١٩٦٧، وصولاً إلى الوحدة الاندماجية بين الشطرين عام ١٩٩٠، وما انتهى إليه ذلك التطور في دستور دولة الوحدة وتعديلاته.

تاريخ قبول البحث:

٢٨ ديسمبر ٢٠٢٢ م

وانتهى البحث بخلاصة لما تم تحليله، وما توصل إليه من نتائج وتوصيات، يمكن الاستفادة منها في ترقية هذا الحق وترسيخه، وبما يرتقي كذلك بكافة الحقوق والحريات السياسية، لتكون مواكبة للتطورات المستمرة في النظم الدستورية المعاصرة للبلدان والشعوب الديمقراطية المتقدمة في هذا المجال، وغير متخلفة عنها، وبالله التوفيق.

الباحث: د. أحمد صالح أحمد العميسي.

البريد الإلكتروني:

ahmedalomaisi413@gmail.com

com

Abstract

The research revolves and focuses on the development of the right to political participation in the modern Yemeni constitutions and the reality of practice and application, considering this right as one of the pillars of the modern democratic system.

The research included two requirements; The first requirement was devoted to clarifying the true concept of the right to political participation and defining its content and importance to professors of law, political science and political sociology. As for the second requirement, it was devoted to dealing with the constitutional development of this right in the various modern Yemeni constitutions that were promulgated since the establishment of his revolution in the north of the country in 1962. , and the declaration of independence from the abominable British colonialism in its south in 1967, leading to the merger between the two parts in 1990, and the outcome of that development in the constitution of the unity state and its amendments.

The research ended with a summary of what was analyzed, and the results and recommendations it reached, which can be benefited from in promoting and consolidating this right, and in a way that also promotes all political rights and freedoms, in order to keep pace with the continuous developments in the contemporary constitutional systems of advanced democratic countries and peoples in this field, and not lagging behind them. And by God, success.

مقدمة:

يذهب فقهاء القانون وفلاسفة السياسة إلى اعتبار حق المشاركة في الحياة السياسية أحد أهم ركائز النظام الديمقراطي الحديث ولوازمه⁽¹⁾، فلا ديمقراطية بدون مشاركة سياسية حقيقية، ولا مشاركة سياسية حقيقية في غياب الديمقراطية التي تضمن توفيرها.

ويتوقف تجسيد هذا المفهوم وتطوره، على مدى ما يتمتع به أفراد المجتمع من حرية سياسية واسعة، تتيح لكل فرد أن يساهم في صنع القرار السياسي للدولة، باعتبار الشعب مالك السلطة وصاحب السيادة فيها. وقد وجدت مفاهيم متعددة للمشاركة السياسية لدى فقهاء القانون وعلماء السياسة منذ أن بدأ المفهوم السياسي للحرية في الظهور لدى المجتمع الإغريقي، وتجسد في صورة المشاركة في الحكم، إلا أن هذه المشاركة لم تأخذ الصورة المعهودة في وقتنا الراهن، فكلمة الإنسان الحر التي كانت تطلق وقتئذ، كانت تحمل مدلولاً واضحاً محدوداً، وهو الفرد الذي يتمتع بصفة المواطن، وهذه الصفة كانت تفرض له مركزاً اجتماعياً وسياسياً يجعل من حقه المشاركة في إدارة شؤون المدينة، في حين كان يحرم الفرد - الذي لا يتمتع بهذه الصفة - من هذه المشاركة ويسخر في إدارة الأعمال البدنية الشاقة والمهينة⁽²⁾.

وفيما يتعلق باليمن في هذا الشأن، فقد ظهر مفهوم المشاركة السياسية منذ أمد بعيد في الحضارات اليمنية القديمة، لكنه أيضاً لم يتطور بصيغته المعروفة في الفقه الدستوري والسياسي الحديث، إلا في أواخر القرن الماضي⁽³⁾، عندما أقر المشرع الدستوري في الجمهورية اليمنية؛ الأخذ بالنظام الديمقراطي كأسلوب للحكم، بما

(1) تتمثل الركائز الأساسية للنظام الديمقراطي لدى هؤلاء في ثلاثة مبادئ، وبدون تحقق هذه المبادئ أجمعها، يفقد النظام السياسي صفته الديمقراطية، وهي: أ- مبدأ السيادة الشعبية باعتباره جوهر الفكرة الديمقراطية. ب- مبدأ الفصل بين السلطات. ج- مبدأ تقرير الحقوق والحريات العامة. يُنظر بشأن هذا التحديد: د. مطهر محمد العري، المبادئ العامة للأنظمة السياسية المعاصرة (موقف المشرع اليمني منها)، مركز الصادق، صنعاء، ط3، 2006، ص173.

(2) يُنظر: د. محمد عصفور، الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي، بدون تحديد دار نشر، الطبعة الأولى، 1961، ص(ب، ج) من المقدمة.

(3) كانت هناك محاولة للدخول باليمن إلى الحياة النيابية سنة 1948، حينما أقر الميثاق الوطني المقدس قيام سلطة تشريعية (مجلس شوري مؤقت) وجمعية تأسيسية لوضع الدستور بالانتخاب، لكن المحاولة تلك باءت بالفشل ولم تنجح، نظراً لفشل الحركة التي قامت ضد الحكم الملكي آنذاك، فلم تعمر الثورة سوى شهر واحد فقط، ولم يكن هناك متسع من الوقت أو فرصة لتطبيق أحكام الميثاق الذي صدر حينذاك. لمزيد من التفصيل راجع: د. قائد محمد طربوش، أنظمة الحكم في الدول العربية، تحليل قانوني مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007، ص889 وما بعدها.

يشتمل عليه ذلك من إجراء الانتخابات المتنوعة، وإبداء الرأي في الاستفتاءات العامة، والترشيح لعضوية المجالس النيابية والمحلية، ومنصب رئيس الجمهورية، والعمل بنظام التعددية السياسية والحزبية، لأن الديمقراطية في مدلولها الفلسفي كأسلوب للحكم، تعني دولة الأحزاب، وبدونها لا يمكن تداول السلطة سلمياً.

مشكلة البحث وتساؤلاته:

تكمن مشكلة البحث في أن الدساتير التي وضعت قبل الوحدة وبعد الوحدة، قد جاءت لتنظيم قواعد الحكم في الدولة، وبيان حقوق وواجبات المواطنين الدستورية وحررياتهم العامة، كحقوق مكفولة قانوناً لا يجوز الافتئات عليها أو النيل منها بأي حال من الأحوال، ولعل في طليعة هذه الحقوق والحرريات «الحقوق السياسية» التي تمثل - بحق - أهم الحقوق التي يجب أن ينعم بها المواطن في أي بلد من البلدان، فهي من الحقوق الأساسية والإنسانية بمثابة الرأس من الجسد، لكونها المرآة الحقيقية التي تعكس طبيعة النظام السياسي ومدى تطوره لأي مجتمع من المجتمعات⁽¹⁾.

وتتمثل هذه الحقوق عملياً لدى غالبية فقهاء القانون الدستوري في: حق الأفراد في المشاركة في الانتخاب والترشيح لعضوية المجالس المحلية وعضوية المجالس النيابية أو التشريعية، وشغل منصب رئيس الدولة، بعد استيفاء الناخب والمرشح للشروط القانونية، وحق الأفراد في الإدلاء برأيهم في الاستفتاءات العامة السياسية وغير السياسية المتعلقة بالشأن العام، وكذلك حقهم في تقلد الوظائف العامة في الدولة، بما فيها القضاء أو العدالة.

غير أننا في هذا الحيز الضيق من الدراسة والبحث؛ لا نستطيع التعرض لكافة تفاصيل هذه الحقوق، وما يرتبط بها من قوانين واجراءات تنظم ممارستها، ومعرفة مدى مشاركة المواطنين فيها من عدمه، لأن غاية البحث وما نود الوصول إليه في هذا الشأن، هو التعرف على حقيقة وجود هذا الحق من حيث الأساس وتحديد مضمونه في الدساتير اليمنية الحديثة، ومقارنة ذلك بالحقوق التي تكفلها دساتير الدول الديمقراطية الحديثة

(1) راجع: د. حسني قمر، الحماية الجنائية للحقوق السياسية (دراسة مقارنة) بين التشريعين الفرنسي والمصري، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2006، ص2 من المقدمة.

لمواطنيها في هذا المجال، ومن خلال هذه المقارنة نتعرف على مدى التطور الدستوري الذي طرأ على هذا الحق في مختلف المراحل التي مرت بها الدولة اليمنية الحديثة والمعاصرة.

وهذا المسلك المتبع في البحث، نود من خلاله أن تبين حجم التطور والاهتمام الذي وصلت إليه مشاركة المواطنين في الحياة الدستورية العامة في اليمن، وفي ضوء ما سيتم الكشف عنه، نستطيع أن نحدد مدى الحاجة للعمل على إرساء وترقية هذا الحق، وجعله ماثلاً لأرقى النظم المعاصرة في مختلف البلدان الديمقراطية التي سبقتنا بمراحل في هذا المضمار، وألاً نكتفي بمجرد النص عليه نظرياً، وهذا ما يسعى البحث لتحقيقه بمشيئة الله تعالى.

وترتيباً على ما سبق يمكن صياغة المشكلة في السؤال الرئيس التالي:

إلى أي مدى بلغ اهتمام المقنن اليمني بإرساء الحق في المشاركة السياسية للمواطنين في الدساتير اليمنية الحديثة، باعتبار اليمن من الدول التي تبنت النهج الديمقراطي في الحكم؟ وما انعكاس ذلك في واقع الممارسة والتطبيق؟ وهل كان هذا الاهتمام كافياً لمواكبة التطورات المستمرة في حياة المجتمع اليمني؟ وكيف يتم التغلب على القصور التشريعي في التعديلات المستقبلية للدستور في هذا المجال، بحيث تتسع لذلك التطور وتلك التحولات؟

أهداف البحث:

يسعى البحث لتحقيق جملة من الأهداف أهمها ما يلي:

- 1- إيضاح حقيقة مفهوم المشاركة السياسية وتحديد مضمونه في الدراسات الدستورية، باعتباره أحد دعائم نظام الحكم الديمقراطي.
- 2- التعرف على مدى التطور الدستوري لحق المشاركة السياسية في الدساتير اليمنية الحديثة، مقارنة بما وصلت إليه دساتير الدول الراسخة في الديمقراطية.
- 3- محاولة إيجاد تصور يُسهم في ترسيخ وترقية حق المشاركة على صعيد الممارسة والتطبيق وعدم الاكتفاء بالنص عليه نظرياً في الوثيقة الدستورية.

المنهج المتبع في البحث:

سيعتمد الباحث في دراسته على استخدام المنهج الوصفي والمنهج التحليلي المقارن، بحيث يتم إبراز النصوص التي وردت في الدساتير اليمنية التي صدرت في مختلف المراحل والتحولات التاريخية وتناولها بالتحليل القانوني، ثم نعمل مقارنة سريعة بين تلك الدساتير وبعضها البعض، لمعرفة مدى التطور الدستوري الذي بلغته الحقوق السياسية في الحياة الدستورية للدولة اليمنية، ومن خلال ذلك يمكن تحديد المستوى الذي وصل إليه الفكر الدستوري اليمني، وتلمس درجة اهتمامه ورعايته للحقوق والحريات بصفة عامة، وصولاً بهذا إلى تحقيق الأهداف والنتائج المرجوة من البحث.

خطة تقسيم البحث:

بما أن الدراسة سوف تعرض لبيان حقيقة مفهوم المشاركة السياسية وما يرتبط بها من حقوق وإجراءات تنظيمية لصيقة بها، ومعرفة مدى تطور كل ذلك في الحياة الدستورية اليمنية بصفة أساسية، فإن ذلك يتطلب الرجوع إلى الدساتير اليمنية السابقة على دستور دولة الوحدة وبعض القوانين ذات الصلة التي صدرت في تلك المرحلة، ثم نتوجه بالبحث لتتعرف على مكانة هذه الحقوق في الدستور اليمني الصادر بعد إعلان الوحدة السياسية بين الشطرين ونشأة الجمهورية اليمنية والتعديلات الدستورية التي طرأت عليه بعد ذلك. وفي ضوء ما قدمنا له، فإن ترتيب العناصر التي ستثار في البحث، سوف يقتضي توزيعها على مطلبين رئيسيين، يتفرع عنهما بعض التفرعات الثانوية، كما يلي:

المطلب الأول: مفهوم الحق في المشاركة السياسية في اللغة والاصطلاح الفقهي.

المطلب الثاني: تطور الحق في المشاركة السياسية في الدساتير اليمنية الحديثة.

المطلب الأول

حقيقة مفهوم الحق في المشاركة السياسية في اللغة والاصطلاح الفقهي

سنتناول في هذا المطلب المدلول اللغوي والمدلول الفقهي لمفهوم الحق في المشاركة السياسية في فرعين،

وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

المدلول اللغوي لمفهوم الحق في المشاركة السياسية

أولاً: المدلول اللغوي للحق.

يُعرف الحق لغةً بأنه: ضد الباطل، وهو مصدر من حق بضم الحاء، بمعنى ثبت ووجب، وهو الشيء

اللازم والثابت بلا شك.

وليس هناك اتفاق في أوساط الفقه القانوني على تعريف موحد للحق، نظراً لاختلافهم حول العنصر

الجوهري فيه، فمن الفقهاء من يتبنى المذهب الشخصي فيعرف الحق بأنه: "قدرة أو إرادة يحميها القانون"،

وآخرون يغلبون المذهب الموضوعي فيعرفون الحق بأنه: "مصلحة يحميها القانون"، وفريق ثالث يجمع بين

الأتجاهين السابقين وهم أصحاب المذهب المختلط، فيعرفون الحق بأنه: "قدرة ومصلحة يحميها القانون"⁽¹⁾.

وعرفته المادة (121) من القانون المدني اليمني بقولها: "الحق هو مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لهما

معاً مادية أو معنوية يقرها الشرع، وإذا تعلق الحق بمال فهو سلطة يكون للشخص بمقتضاها التصرف في هذا

المال والانتفاع به واستعماله واستغلاله طبقاً للقانون وكل حق يقابله واجب يلتزم بأدائه من عليه الحق".

(1) د. محمد عبدالمملك المحبشي، مدخل لدراسة القانون، مركز جامعة العلوم والتكنولوجيا للكتاب الجامعي، صنعاء، ط1، 2013م، ص118.

ثانياً: المدلول اللغوي لمصطلح المشاركة السياسية.

درج الدارسون لحق المشاركة في الحياة السياسية من أساتذة القانون والعلوم السياسية وعلم الاجتماع السياسي على التعبير عن ذلك الحق بعبارة "المشاركة السياسية" تارةً، وعبارة "المشاركة الشعبية"⁽¹⁾ تارةً أخرى، فهل العبارتين مترادفتين في المعنى؟ وهل ثمة معنى منضبط لمدلول المشاركة السياسية في الفقه الدستوري والنظم السياسية المعاصرة؟

إن تحديد معنى المشاركة السياسية أو الشعبية في الفقه الدستوري والنظم السياسية، يتطلب تحديد المفاهيم المستخدمة وضبطها في كلا التعبيرين بشكل مفرد، ثم النظر إليها متكاملة بعد ذلك، وهو أمر يقتضيه عادةً المنهج العلمي الصحيح في تناول المسائل العلمية والبحثية، إذ من الحقائق المقررة في ميدان البحث العلمي، إن استخدام الألفاظ الدقيقة المعبرة عن جوهر المعاني، يُعد أحد الشروط الأساسية لكي يصطبغ البحث بالصفة العلمية⁽²⁾.

وأول ما يستلفت الانتباه في هذا المقام أن المصطلح آنف الذكر مصطلح مركب يتكون من كلمتين هما: "المشاركة" و "السياسية أو الشعبية".

من هنا يلزم أن نتناول تباعاً الدلالات اللغوية لمفردات التعبيرين لدى علماء اللغة وساحات المعاجم اللغوية، لنقف منها على مدلول الاصطلاح أو على الأقل لنسترشد بما ورد فيها، لنصل إلى المفهوم الدقيق

(1) يُنظر في إطلاق هذين التعبيرين على سبيل المثال: د. مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري ومبادئ الأنظمة السياسية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص13، د. جلال عبد الله معوض، أزمة المشاركة السياسية في الوطن العربي، بحث منشور بمجلة المستقبل العربي، العدد (55) سبتمبر 1983، ص111 وما بعدها، د. الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص200 وما بعدها، د. إلهام محمد مانع، الأحزاب و التنظيمات السياسية في اليمن، (دراسة تحليلية 1948- 1993)، الكتاب الثاني، صادر عن مجلة الثوابت اليمنية، صنعاء، 1414هـ - 1994، ص11، الباحثة / تريعة نواره، صور المشاركة الشعبية في النظام الدستوري الجزائري، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص2 من المقدمة.

(2) يُنظر: د. داوود الباز، حق المشاركة في الحياة السياسية (دراسة تحليلية للمادة (62) من الدستور المصري مقارناً مع النظام في فرنسا)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص13.

للكلمة، ثم نعرض للمفاهيم الاصطلاحية لدى فقهاء النظم السياسية والقانون الدستوري، لنصل من خلال ذلك إلى التعريف المناسب لمقصود المشاركة السياسية في ميدان الدراسات الدستورية كما يتصوره الباحث.

1- مدلول لفظ المشاركة (Participation) في اللغة:

جاء في المنجد في اللغة والأعلام⁽¹⁾، إن الفعل (شرك) وأشرك يأتي منه اسم (المشارك) ويطلق ويراد به: النصيب، وجمعه اشراك وشركاء، يقال: الله لا شريك له، أي لا يشارك في ملكه ولا ذاته ولا في صفاته، واشترك القوم في كذا: تشاركوا فيه، ويقال: شركة تجارية، وشاركا وتشاركا: وقعت بينهما شركة، والشريك: جمعه شركاء وإشراك.

أما المشترك (بفتح الراء) فهو اسم مفعول ويقصد به: ما كان لك ولغيرك فيه حصة، فيقال: طريق مشترك، ورأي مشترك، وأمر مشترك.

وكذا ورد مثل هذا المعنى في المعجم الوسيط⁽²⁾، وفي محكم التنزيل، قوله تعالى: {وَإِذْ قَالَ لُقْمَانُ لِأَبْنِهِ وَهُوَ يَعِظُهُ يَا بُنَيَّ لَا تُشْرِكْ بِاللَّهِ إِنَّ الشِّرْكَ لَظُلْمٌ عَظِيمٌ} ⁽³⁾.

وقال الفيومي في المصباح⁽⁴⁾: شاركة وتشاركا واشتركوا وطريق مشترك (بالفتح)، والأصل مشترك فيه، ومنه الأجير المشترك، وهو الذي لا يخص أحداً بعمله، بل يعمل لكل من يقصده بالعمل، كالخياط في مقاعد الأسواق.

ومن المعاني السابقة، يتضح أن مدلول المشاركة يستلزم عدم التفرد في مباشرة الفعل أو القول أو الإقرار، وأن ذلك يقتضي إشراك الآخر في الاستحقاق أو التصرف وعدم إقصائه، ونكران الذات في أي شأن من الشؤون التي تخص الجماعة.

(1) المنجد في اللغة والأعلام، دار المشرق، بيروت، لبنان، الطبعة التاسعة والثلاثون، 2002م، ص384 باب الشين.

(2) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط2، بدون تاريخ، ص480، باب الشين.

(3) سورة لقمان، الآية رقم (13).

(4) أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرفاعي، الجزء الأول، بدون تاريخ، ص311.

كما أن لفظ المشاركة يوحي في مدلوله عن قيام أكثر من واحد بفعل مشترك لكل واحد فيه حصة أو نصيب، ولا يتحقق هذا الفعل بصفته المحددة إلا بأكثر من واحد، هم طرفي العقد في هذا الفعل، ويستحيل أن نطلق على الفعل الناتج عن إرادة واحدة، صفة الفعل المشترك، لأن الشركة عقد بين اثنين على الأقل أو أكثر، ولا تصح أن تكون بين فرد ونفسه، كما يتضح ذلك من سياق معنى اللغة.

وأخيراً جاء مدلول المشاركة في المعجم الفلسفي⁽¹⁾ كما يلي:

وبالنظر إلى مدلول المشاركة في النظم السياسية المعاصرة، نجد أنه يأخذ معنى إيجابياً قيماً، وغالباً ما يشير إلى المساندة الشعبية لرجال الحكم في مجال السلطة السياسية، لكننا سنجد بعد قليل؛ أن مجال السلطة السياسية في الوقت الحاضر؛ قد تطور واتسع حتى عم مجالات أخرى كثيرة في الاقتصاد والاجتماع والفكر... الخ، الأمر الذي يفيد أن مدلول المشاركة في النظم السياسية؛ لا يقتصر على المساندة الشعبية لرجال الحكم في مجال السلطة السياسية وحدها؛ بل يتعداها إلى مجالات أخرى كثيرة؛ لكنها على ارتباط وثيق بالمجال السياسي.

2- مدلول كلمة السياسة "Politics" في اللغة

السياسة لغةً: هي القيام على الشيء بما يصلحه، أو تعهد الشيء بالتقويم والإصلاح، فيقال: هو يسوس الدواب؛ إذا قام عليها وراضها، والوالي يسوس رعيته، وفي الحديث النبوي الشريف: "كان بنو إسرائيل يسوسهم أنبياءهم"، أي تتولى أمورهم، كما يفعل الأمراء والولاة بالرعية⁽²⁾.

قال الشلهوب في كشافه⁽³⁾: ساس الناس سياسة أي تولى رياستهم وقيادتهم وساس الأمور: دبرها وقام بإصلاحها فهو سائس، والساسة: قادة الأمم ومدبرو شؤونها العامة، والسياسة تعني تدبير أمور الدولة، وكانت مقصورة قديماً على المدينة، ثم امتدت إلى الدولة القديمة والحديثة.

(1) المعجم الفلسفي، صادر عن مجمع اللغة العربية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، 1399هـ - 1979م، ص183.

(2) لسان العرب للعلامة ابن منظور، الجزء السادس، دار إحياء التراث العربي بالمشاركة مع مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1417هـ. 1997م، ص429.

(3) قاموس الكشاف، صالح شلهوب، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان. الأردن، الطبعة الأولى، 1420هـ. 2004م.

لكن كلمة السياسة تأخذ مدلولات مختلفة في اللغة الفقهية والقانونية، وفقهاء القانون العام لا يتفقون على مدلول واحد؛ فالدكتور عبد الغني بسيوني يقرر أن معناها القانوني يرجع إلى كلمة "Politie" في اللغة اليونانية القديمة، وكان يقصد بها فن إدارة المدينة، وكذلك الدولة ودستورها ونظامها القانوني، وتحديد مركز المواطن وحقوقه فيها⁽¹⁾. وغير بعيد ذهب الدكتور ثروت بدوي إلى أن كلمة "Politie" المقابلة لكلمة السياسة في اليونانية، قد استخدمت لأول مرة في التعبيرات القانونية؛ وكانت لها معان متعددة؛ فهي تستخدم أحياناً بمعنى المواطن الفرد، وتطلق على صفة المواطن وحقوقه، أو حياة المواطن بوصفه مواطناً، وقد يقصد بها حياة رجل الدولة واشتراكه في الشؤون العامة⁽²⁾.

وليس غريباً إذن أن نجد الخلاف قائماً حتى اليوم على تحديد مدلول كلمة السياسة في اللغة القانونية والفقهية، نظراً لتطور مجالات السلطة العامة واتساع تدخل الدولة الحديثة في الميادين الاجتماعية والاقتصادية والفكرية، وكذا صلاحية اللفظ لاستيعاب أكثر من معنى في وقت واحد، فنجد أن ذات الكلمة قد استخدمت في اللغة الفرنسية بمعنى فن حكم المجتمعات الإنسانية، كما أن لها استعمالات أخرى متعددة مثل: سياسة محافظة، وسياسة حرة، وسياسة اقتصادية، وسياسة اجتماعية... الخ⁽³⁾.

(1) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية، مرجع سابق، ص 11.

(2) د. ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005م، ص 4 من المقدمة، يشار إلى أن الفيلسوف الإغريقي أفلاطون ذهب وهو بصدد بحثه للسلطة السياسية في الجماعة - إلى القول: بأن السياسة فن يراد به العمل على إدارة شؤون الجماعة، وتحقيق مصالحها؛ وذوو العلم والمعرفة؛ هم الذين يدركون أسرار هذا الفن، ومن ثم لكي يصلح حال الدولة، يجب أن تكون السلطة في يد الفلاسفة، لأن لديهم القدرة على التعرف على مصالح الجماعة وبحث الوسائل الكفيلة بتحقيق رغبات وإشباع حاجاتها. لمزيد من التفصيل راجع: د. محمد كامل ليله، النظم السياسية (الدولة والحكومة)، دار الفكر العربي، بدون تاريخ، ص 31، هامش رقم (2).

(3) يشار إلى أن مجال نشاط السلطة في الماضي، كان محصوراً في نطاق ضيق، يتمثل في حماية البلاد من أي عدوان خارجي، وضمان الأمن في الداخل، وتحقيق العدالة بين الأفراد، ومن ثم كانت مجالات السلطة واحدة في الدول المختلفة مهما كانت مختلفة في الشكل أو وسائل ممارسة السلطة، ولكن النظم السياسية الحديثة لم تعد تقيد نشاط السلطة في الحدود الضيقة التقليدية، بل على العكس أطلقت العنان للسلطة كيما تتدخل في شتى مجالات الحياة الاقتصادية والاجتماعية والفكرية، فاتسعت فكرة السياسة، ودخلت فيها عناصر اجتماعية واقتصادية وثقافية، حتى أنه يمكن أن تدخل في مدلول السياسة، كل ما يمكن أن يكون له تأثير على النظام الاجتماعي في الدولة، وبالتالي لم يعد التحديد السابق لمدلول النظام السياسي مقبولاً لدى فقهاء القانون اليوم، في حين كان ذلك التحديد مسلكاً سليماً حتى عهد قريب، وكان النظام السياسي حقيقة يرادف شكل الحكومة. راجع في هذا الشأن: د. ثروت بدوي، النظم السياسية، مرجع سابق، ص 5 وما بعدها.

على أن الخلافات بشأن تحديد المدلول لكلمة السياسة مهما تشعبت فهي تدور جميعاً حول فكرة السلطة، فحينما يأخذها البعض بمعناها الواسع، فإنه يدخل في مدلول السياسة كل ما يتصل بالسلطة أيًا كانت هذه السلطة، وعلى أية صورة وجدت، بينما يقصرها البعض الآخر على أشكال معينة من السلطة، وبالذات حينما تأخذ شكل الدولة، فتكون السياسة وفقاً لهذا المدلول الضيق؛ هي كل ما يتصل بالسلطة في الدولة دون غيرها من صور الجماعات البشرية الأخرى.

ولا شك أن دلالات اللغة لكلمة السياسة كما رأينا تعضد وتقوي القدر المتيقن والمتفق عليه لتحديد مدلول السياسة، ألا وهو أنها تتعلق بالسلطة في الدولة.

3- مدلول كلمة الشعب (people) في اللغة:

جاء في مقاييس اللغة⁽¹⁾ أن كلمة الشعب لها مدلولان: أحدهما يدل على الافتراق والآخر يدل على الاجتماع، قال الخليل: من عجائب الكلام وسع العربية أن الشعب يكون تفرقاً ويكون اجتماعاً. ومنه: الشعب أي ما تشعب من قبائل العرب والعجم، والجمع شعوب، قال تعالى {وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا}⁽²⁾.

ويجوز أن يكون الشعب الذي في باب القبائل، قد سمي وأريد به الاجتماع والائتلاف، ويقولون: تفرق شعب بني فلان، وهذا يدل على الاجتماع.

وأورد صاحب الكشاف⁽³⁾ أن كلمة الشعب تعني: الجماعة من الناس تخضع لنظام اجتماعي واحد.

⁽¹⁾ معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق وضبط عبد السلام هارون، المجلد الثالث، دار الجيل، بيروت - لبنان، ص 190- 192.

⁽²⁾ سورة الحجرات، الآية رقم (13).

⁽³⁾ قاموس الكشاف، مرجع سابق، ص 203.

وكلمة الشعب في اللغة القانونية لها مدلولات شتى، وقد ترتب على اختلاف مدلولاتها نتائج بالغة في الأهمية، فالشعب اجتماعياً غيره سياسياً، والشعب من الناحية السياسية يختلف مفهومه في الأنظمة الديمقراطية الغربية عن مفهومه في الأنظمة الاشتراكية.

فمفهوم الشعب الاجتماعي يتحدد في جميع سكان الدولة الذين يحملون جنسيتها وتتكون الدولة منهم بصرف النظر عن رشدهم وأهليتهم، أما مفهوم الشعب السياسي فيقتصر على طائفة من الناس تستأثر بالاشتراك والمساهمة في الحياة السياسية، ولا يشمل في هذه الحالة كل سكان الدولة، وبالتالي يخرج باقي أفراد المجتمع الذين لا يتمتعون بالحقوق السياسية من مضمون الشعب السياسي⁽¹⁾.

ويظهر أثر تلك التفرقة جلياً في الدولة التي تنتهج سياسة التفرقة العنصرية بين رعاياها، فتحرم فريقاً منهم بسبب لونه أو جنسه مثلاً من مباشرة الحقوق السياسية، ولا شك أن مثل هذا التمييز بين أفراد الدولة الواحدة في التمتع بتلك الحقوق يشكل عدواناً صارخاً على المبادئ الديمقراطية وحقوق الإنسان.

وعلى صعيد آخر، فإن مدلول الشعب من الناحية السياسية، يتحدد في الأنظمة الديمقراطية الاشتراكية في الطبقة العمالية فقط، أو كما يطلق عليها الماركسيون طبقة البروليتاريا، وهي الطبقة الغالبة في المجتمع، وما عداها من طبقات لا يقام لها وزن، ولا تعتبر جزءاً من الشعب، لأنها متهممة باستغلال الآخرين، ومحاولة عرقلة تطور المجتمع نحو المساواة بين أفرادها، ومن ثم لا يكون لها حق الاشتراك في ممارسة الحياة السياسية⁽²⁾.

ولكن الوضع على خلاف ذلك في الأنظمة الديمقراطية الغربية، ففي البداية كان ينظر إلى الشعب على أنه وحدة مجردة ومستقلة عن أفرادها، وهو المضمون الذي تبنته ودعت إليه نظرية سيادة الأمة، ثم أخذت النظرة تتجه إلى الشعب على أنه يتضمن عدة طبقات متباينة ومتصارعة، فهناك طبقة العمال وطبقة الرأسماليين،

(1) لمزيد من التفصيل حول هذا المدلول، يُراجع: د. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية، مرجع سابق، ص 23، د. ثروت بدوي، النظم السياسية، مرجع سابق، ص 45، د. صالح حسن سميع، أزمة الحرية السياسية في الوطن العربي، دراسة علمية موثقة، الزهراء للإعلام، العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1988، ص 39.

(2) حول هذا المعنى راجع د. محمد كامل ليله، النظم السياسية، مرجع سابق، ص 215-126.

وتعمل هذه الأنظمة على توسيع القاعدة الشعبية، لتشمل مختلف الطبقات والاتجاهات، حتى يقترب مدلول الشعب السياسي من مدلوله الاجتماعي.

وبهذا التحديد الموجز الذي ذكرناه لمدلول مفردات التعبيرين كلاً على حدة، نتقل إلى تعريف المصطلحين باقتران مدلولاتهما وتساندهما معاً، ومنه يمكننا تحديد واختيار المصطلح المناسب والأقرب لمعنى المشاركة في ميدان القانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة.

الفرع الثاني

المدلول الفقهي لمفهوم الحق في المشاركة السياسية

أولاً: المدلول الفقهي للمشاركة الشعبية.

إن إمعان النظر والتأمل في تعبير المشاركة الشعبية الذي درج على استخدامه بعض الباحثين وأساتذة القانون^(١)، يؤدي بنا إلى القول أن هذا المصطلح لا يقتصر في مدلوله ومعناه على المشاركة الشعبية في الحياة السياسية فحسب، بل إننا نجد أن مقصوده يمتد ليشمل مختلف أنواع المشاركة في الحياة العامة، سواء كانت مشاركة في الحياة الاقتصادية أم مشاركة في الحياة الاجتماعية أم الثقافية.. الخ^(٢).

ويؤيد هذا الاستنتاج ويعززه، ما ذهب إليه بعض فقهاء القانون المحدثين من أن المشاركة الشعبية أوسع في مضمونها من اصطلاح المشاركة السياسية، إذ أن الأولى تشتمل على مختلف مجالات الحياة، في حين تشتمل الثانية على المجال السياسي وحده، وبالتالي فإن المشاركة السياسية، تعتبر جزءاً من المشاركة الشعبية وليست

(١) للوقوف على بعض هؤلاء: راجع ما سبق أن بيناه وضرينا له المثال في بداية هذا المطلب.

(٢) فعلى سبيل المثال: المشاركة الشعبية في الحياة الثقافية نجد أنها تشكل مستودعاً ضخماً من الخبرة ومن الاجتهادات الإبداعية التي أسهمت وتسهم في إثراء الحياة العقلية والوجدانية والسلوكية للناس جميعاً، وتتسم الثقافة الشعبية بغزارة مركباتها، حيث تشتمل على المعرفة والمعتقدات والفن والأخلاق والقانون والعادات والمعارف الصناعية وغيرها، وفي هذا الشأن تحفل السير . مثلاً . بالمعرفة التاريخية والجغرافية والإنسانية والعلوم الخيالية المثالية التي هي موضع تشوق وحلم وطموح، وهذا النوع من المشاركة يتردد على الدوام في الأسمار والاجتماعات الشعبية، فتكون سبيلاً إلى تبادل المعرفة بين أفراد المجتمع. لمزيد من التفصيل: راجع: تقرير التنمية الإنسانية العربية الصادر عن برنامج الأمم المتحدة الإنمائي بالمشاركة مع الصندوق العربي للإنماء الاقتصادي والاجتماعي لعام 2003م، ص8.

مرادفة لها، الأمر الذي يجعلنا نقرر أن التعبيرين لا يدلان على مضمون واحد أو حقيقة واحدة، كما يعتقد البعض الآخر.

ومما يزيد الأمر جلاءً في هذا المقام، أن مدلول المشاركة - كما تم إيضاحه آنفاً - وإن كان يعني في ميدان النظم السياسية المعاصرة: المساندة الشعبية لقيادات الحكم في مجال السلطة السياسية، إلا أن مدلول الشعب، قد اختلف حوله الكثير من فقهاء القانون وعلماء السياسة والاجتماع في القديم والحديث، كما تبين ذلك لنا ونحن بصدد إيضاح الدلالات اللغوية لكلمة الشعب، فتارةً يدل على الاجتماع، وأخرى على الافتراق، وفي لغة القانون، وجدنا مدلول الشعب السياسي، يختلف عن مدلوله كحقيقة اجتماعية وهكذا.

وقد يتطابق المفهومان ويترادفان في حالة واحدة، هي حالة استخدامهما في ميدان العلوم السياسية دون غيره من الميادين، إلا أن ذلك التطابق لا يدوم طويلاً أيضاً، بعد أن وجدنا أن مدلول الشعب السياسي بدوره، قد تباين في النظم الديمقراطية الغربية - عنه - في النظم الاشتراكية، وهو ما يؤيد صحة ما ذهبنا إليه واستنتجناه - قبل قليل - في حديثنا عن مفهوم المشاركة الشعبية، وقلنا حينها أن التعبيرين لا يترادفان، ولا يجملان مضمون واحد، بل إن كل مصطلح مستقل بمعنى خاص يختلف عن الآخر، ولكن هذا الاختلاف لا يتعارض مع ما ذكرناه من أن تعبير المشاركة السياسية يعتبر جزءاً من المشاركة الشعبية بصورها المختلفة، ولا يرادف ذات المعنى المراد منها⁽¹⁾.

ولعل التعليل الوحيد الذي يبدو في مسلك بعض أساتذة القانون وعلماء السياسة وعلم الاجتماع السياسي، حين فضلوا استخدام مصطلح "المشاركة الشعبية" عوضاً عن مصطلح المشاركة السياسية يرجع - فيما نعتقد - إلى تأثير هؤلاء الروافد الفكرية التي نهلوا منها إبان ظهور الفكر الاشتراكي، والذي ارتبط ظهوره بقيام

(1) يذهب الدكتور ثروت بدوي في مؤلفه سالف الذكر، إلى القول: بأن تطبيق الديمقراطية بمعناها الصحيح حديث جداً، والديمقراطية التي عرفتها المدن السياسية القديمة في بلاد الإغريق، كانت محدودة في تطبيقها إلى حد بعيد، فلم تكن السلطة السياسية في الواقع في يد الأغلبية، وإنما كانت في يد المواطنين الأحرار وحدهم، وهؤلاء يكونون فئة محدودة جداً، لا تتجاوز عشر سكان المدينة. لمزيد من التفصيل انظر: د. ثروت بدوي، النظم السياسية، مرجع سابق، ص 177.

طبقة العمال أو البروليتاريا، واعتبار هذه الطبقة وحدها هي التي تمثل أغلبية الشعب الساحقة، بينما الديمقراطية الليبرالية في نظر المذهبية الماركسية، لا يتمتع بها ولا يستفيد منها إلا عدد ضئيل من أفراد الشعب، وهم الأغنياء الذين يملكون الثروة والسلطة، ويعتبرونها ديمقراطية غير حقيقية، لأنها لا تمثل حقيقة الأغلبية الساحقة من أفراد الشعب، ولذلك يقولون عنها أنها ديمقراطية شكلية أو رمزية⁽¹⁾.

أما الديمقراطية الحقيقية أو الفعلية، فهي التي تتحقق في المذهبية الماركسية وحدها، عندما تتجرد طبقة البروليتاريا من رداءها الطبقي، لتصل إلى مرحلة يتم في ظلها توسيع دائرة المشاركة السياسية، فتصبح السلطة لكل أفراد الشعب، بعد أن كانت حكراً على الطبقة الواعية من الطبقة العاملة في مطلع النظام الوليد الذي خرج على التو من رحم تناقضات النظام القديم، وسميت حينها بالديمقراطية الشعبية دون سند علمي يذكر⁽²⁾.
على إثر ذلك التحول شاع استخدام مصطلح المشاركة الشعبية في أوساط بعض أساتذة القانون وعلماء السياسة والاجتماع، كمدلول يحمل ذات المضمون الذي يدل عليه مدلول المشاركة السياسية، غير مدركين أن ذلك الاستخدام سيؤدي بهم إلى الوقوع في الخلط المعيب بين المصطلحات كما أثبتنا ذلك.

وتجنباً لهذا الخلط بين المصطلحات السياسية والقانونية والاجتماعية، وفيما نحن بصدد نرى أن يتم تقييد مفهوم المشاركة الشعبية وعدم إطلاقه، بحيث يتناسب هذا القيد مع الزاوية التي يُبحث فيها، ففي ميدان الدراسات الدستورية، نفضل من جانبنا تقييد ذلك المفهوم، على أن يكون المصطلح الأمثل هو المشاركة الشعبية في الحياة السياسية، وهذا التعبير - كما سيتضح - سيرادف المعنى الذي يحمله مصطلح المشاركة السياسية، الذي سيكون موضع تناولنا في البند التالي.

(1) للمزيد عن هذا التبرير يُنظر: د. الأمين شريط، مرجع سابق، ص181، د. ثروت بدوي، مرجع سابق، ص213.

(2) لمزيد من التفصيل يُنظر: د. صالح حسن سميع، مرجع سابق، ص180.

ثانياً : المدلول الفقهي للمشاركة السياسية.

تبين فيما مضى أن المشاركة السياسية جزء من المشاركة الشعبية، ولا يصح بأي حال أن يكون المفهومين مترادفين كما ذهب إلى ذلك بعض أساتذة القانون والباحثين في علم السياسة وعلم الاجتماع دون سند علمي يتكئون عليه في مسلكهم ذلك.

وباستقراء كتب النظم السياسية و الدراسات الدستورية، نجد أن مصطلح المشاركة السياسية يجد مضمونه في ذات المعنى الذي يدل عليه مبدأ حق المشاركة في الحياة السياسية كأبرز حقوق الإنسان التي أقرتها أغلب الدساتير والنظم السياسية المعاصرة والإعلانات العالمية المختلفة لحقوق الإنسان.

فما المقصود بهذا المصطلح على وجه الدقة والتحديد؟

وقبل أن نجيب على هذا التساؤل لابد من الاعتراف أن ثمة تعريفات عديدة ووفيرة قد وجدت لمصطلح المشاركة السياسية في الآونة الأخيرة ، ويتفاوت معظمها بحسب الزاوية التي يتركز من خلالها على الاهتمام بصورة أو بأخرى من صور المشاركة السياسية ، وهي حقيقية تفرض نفسها على هذا البحث لابد من الإشارة إليها⁽¹⁾.

لذلك يجتم هذا الواقع الاكتفاء باختيار أهم هذه التعريفات وأقربها إلى المقصود بالمشاركة في ميدان الدراسات الدستورية وفقه النظم السياسية المعاصرة ثم محاولة تقديم تعريف يعكس تصور الباحث لمفهوم "المشاركة السياسية" وإن كان يجب التسليم بدايةً أن تعريفاً جامعاً مانعاً أمراً يكاد يكون ضرباً من المستحيل مما

(1) إلى وقت قريب كان تعريف المشاركة السياسية يتسم بالندرة الشديدة في الكتابات المتخصصة، على الرغم من وجود بعض الأعمال التي بحثت في الموضوع بصورة مباشرة وصریحة، في الفقه الغربي، مثل مؤلف/ ليستر ميلبراث المعنون بـ "المشاركة السياسية" 1965، وهناك مجموعة أخرى من الأعمال عالجت موضوع المشاركة في سياق بحث قضايا أخرى، مثل مؤلف/ الموندو باول الإبن "السياسة المقارنة" 1966، لوشيان باي "أوجه التنمية السياسية" 1966، شارل ليندبلوم "عملية صنع السياسة" 1968، صاموئيل هانتنتون "النظام السياسي في مجتمعات متغيرة" 1968، بيتر ميركل "السياسة الحديثة المقارنة" 1970، دور "التنمية السياسية" 1972، كارل دويتش "السياسة والحكومة" 1974، حول هذه الإشارة يُنظر: د. حسن محمد الظاهر محمد، (مفهوم المشاركة السياسية)، دراسة منشورة بمجلة دراسات عربية، مجلة فصلية تصدر عن مركز الدراسات والبحوث اليمني، العدد (37)، يوليو، أغسطس، سبتمبر، 1989، ص 157. وهناك العديد من المؤلفات العامة والكتابات المتخصصة التي عنيت بالموضوع من جانب الفقه العربي نشير إلى بعضها في موضعه فيما سيأتي لاحقاً.

يعني أن هذا التعريف سيبقى مجرد محاولة تقبل الصواب كما تقبل الخطأ كغيرها من الاجتهادات البشرية القاصرة في ميدان العلوم الإنسانية.

• أهم التعريفات الفقهية للمشاركة السياسية:

- تعريف الفقيه (صاموئيل هانتنجتون (Samuel .p .Huntington):

تُعرّف المشاركة السياسية لديه بأنها: "ذلك النشاط الذي يقوم به المواطنون العاديون بقصد التأثير في عملية صنع القرار الحكومي سواءً كان هذا النشاط فردياً أم جماعياً، منظماً أم عفويّاً، متواصلًا أم متقطعاً، سلمياً أم عنيفاً، شرعياً أم غير شرعي، فعالاً أم غير فعال".

ويضيف العالم (مايرون واينر Myron Weiner) موضحاً أن الهدف منها: "هو التأثير في انتقاء السياسات وإدارة الشؤون العامة واختيار القادة السياسيين على أي مستوى كان محلي أم حكومي"⁽¹⁾.

ويكاد التعريف السابق الذي قدمه صاموئيل هانتنجتون لم يخرج عن مضمونه بقية الفقهاء المحدثين في تعريفاتهم المختلفة للمشاركة السياسية، فأحدهم يُعرف المشاركة السياسية بأنها: "الأنشطة الإرادية التي يزاؤها أعضاء المجتمع، بهدف اختيار حكاهم وممثلهم، والمساهمة في صنع السياسات والقرارات؛ بشكل مباشر أو غير مباشر".

وآخر يُعرفها على نحو قريب من هذا التعريف فيرى أنها: "كل عمل إرادي، ناجح أو فاشل، منظم أو غير منظم، مرحلي أو مستمر، يفرض اللجوء إلى وسائل شرعية أو غير شرعية، بهدف التأثير في اختيارات سياسية، أو إدارة الشؤون العامة، أو اختيار الحكام على المستويات الحكومية، محلية أو وطنية"⁽²⁾.

(1) هذا التعريف مشار إليه لدى الباحثة: تريعة نواره، مرجع سابق، ص2 من المقدمة، نقلاً عن:

Samuel .p .Huntington and Joan ,M ,Nelson , Easy Choice:

(Political Participation in Developing Countries Harvard University Press 1979, p. 6.)

(2) أحمد جزولي، الديمقراطية نظرياً والمشاركة سياسياً (مطافات التحول وحقيقة الرهان)، في المؤلف الجماعي (المسألة الديمقراطية في الوطن العربي)، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت الطبعة الأولى، 2000، ص179.

ومن مزايا هذان التعريفان، أنهما يحصران المشاركة السياسية في الأنشطة الإرادية التي يتعارض معها الأعمال القسرية، والتي تأخذ في كثير من الأحيان طابع التعسف والإكراه، ومن قبيل هذه الأعمال مثلاً: إجبار أحد المواطنين أو طائفة منهم على الانخراط في حزب سياسي معين، ولو كان هذا الحزب هو حزب الحكومة نفسها، أو إكراه شخص ما على الانضمام إلى حشد جماهيري يعتقد لتأييد مرشح معين، أو الاستماع إلى برنامج الانتخابي⁽¹⁾.

وتعني المشاركة السياسية لدى بعض الفقه الدستوري بأنها⁽²⁾: "مجموعة من الممارسات التي يقوم بها المواطنون، أو بها يضغطون، بغية الاشتراك في صنع وتنفيذ ومراقبة تنفيذ وتقييم القرار السياسي، اشتراكاً فعلياً خالياً من الضغط الذي قد تمارسه السلطة عليهم".

ويفهم من هذا التعريف أن المشاركة السياسية ذات معينين: أحدهما واسع و الآخر ضيق، ففي معناها الواسع، تشير إلى حق المواطن في أن يؤدي دوراً معيناً في عملية صنع القرارات السياسية، وفي أضيق معانيها، تعني حق ذلك المواطن في أن يراقب هذه القرارات بالتقويم و الضبط، عقب صدورها من جانب الحاكم.

كما تُعرف المشاركة السياسية في ميدان العلوم السياسية والاجتماعية بأنها: "تلك الأنشطة الإرادية التي يقوم بها المواطنون بهدف التأثير بشكل مباشر أو غير مباشر في عملية اختيار الحكام أو التأثير في القرارات أو

(1) حول نفس المعنى راجع: د. مطهر محمد إسماعيل العزي، مرجع سابق، ص123.

(2) لمزيد من التفصيل حول مفهوم المشاركة السياسية، يُراجع بحث الدكتور/ حسن محمد الظاهر محمد، مرجع سابق، ص156 وما بعدها. ومن الجدير بالملاحظة في هذا المقام، أن بعض الفقه قد نسب للدكتور/ عبد الغني بسبوني عبد الله، باعتباره الوحيد الذي أشار صراحة إلى تعريف المشاركة في الحياة السياسية، وذكرناه في المتن، وإزاء هذا الإقرار، فلا بد أن نسجل حقيقة واضحة، غابت عن ذهن الباحث - بقصد أو بدون قصد - وهي: أن رواد الفكر السياسي العربي وفقهاء القانون العام من الرعيل الأول، كان لهم قصب السبق في إثراء وتطوير قواعد ونظم الحياة السياسية في المجتمع العربي المعاصر، وقد أبلوا بلاءً حسناً في هذا الميدان، من خلال مؤلفاتهم وأبحاثهم العديدة والقيمة، والتي تناولت جميع مظاهر الحياة السياسية، ويأتي في مقدمة تلك الكوكبة من الفقهاء والمفكرين: د. عبد الرزاق السنهوري، الذي كان له قصب السبق في التأصيل الشرعي للحرية السياسية في النظام الإسلامي، وذلك في رسالته عن "الخلافة"، التي قدمها في فرنسا في أوائل القرن العشرين، د. سليمان محمد الطماوي، الذي كان له فضل السبق في دراسة النظام الدستوري العربي، في كتابه المعنون ب: "السلطات الثلاث" والذي نقد الوضع الدستوري العربي بأسلوب ذكي وهادئ، ثم توالى الكتابات بعد ذلك، فظهرت مؤلفات د. ثروت بدوي، د. عبد الحميد متولي، د. محمد ضياء الدين الرئيس، وغيرهم مما لا يتسع المقام لحصرهم. حول هذا الإقرار، راجع: د. داوود الباز، مرجع سابق، ص19.

السياسات التي يتخذونها، كما تعني كذلك: العملية التي يلعب الفرد من خلالها دوراً في الحياة السياسية لمجتمعها، وتكون لديه الفرصة لأن يسهم في مناقشة الأهداف العامة لذلك المجتمع وتحديد أفضل الوسائل لإنجازها، وقد تتم هذه المشاركة من خلال أنشطة سياسية مباشرة أو غير مباشرة⁽¹⁾.

وتُعرّف لدى البعض منهم بأنها: "حرية إنشاء الأحزاب و المنظمات المدنية وقدرة الأفراد ومنظمتهم على التأثير في الشؤون العامة من خلال القدرة على إيصال المطالب الفردية والجماعية لصانعي القرار في الدولة"⁽²⁾.

وأخيراً يأتي التعريف الذي انتهى إليه الدكتور/ عبد الغني بسيوني عبد الله، وهو بصدد بيان المقصود بحق المشاركة في الحياة السياسية، نقلاً عن الدكتور/ صلاح الدين دبوس، فيبين أن هذا الحق هو الذي يحول للأفراد المساهمة والمشاركة في حكم أنفسهم، ويتضمن: الاشتراك في الانتخابات المختلفة والاستفتاءات المتنوعة، وكذلك حق الترشيح للهيئات والمجالس المنتخبة، وأخيراً حق التوظيف، وبصفة عامة، المشاركة في اتخاذ القرارات التي تصدرها الأجهزة والسلطات الحكومية⁽³⁾.

ثالثاً: التعريف المختار لمفهوم المشاركة السياسية.

بعد الاستطرد السابق لأهم التعريفات الفقهية لمصطلح المشاركة السياسية، نحاول أن نقدم تعريفاً يعكس تصور الباحث لمقصود المشاركة السياسية في ميدان الدراسات الدستورية والنظم السياسية المعاصرة، فنعرّفها بأنها: مجموعة من الإجراءات النظامية التي تسمح للمواطنين بالمساهمة الفردية أو الجماعية في إدارة حياتهم السياسية، من خلال قدرتهم على المشاركة في الانتخابات المختلفة والاستفتاءات المتنوعة، والمشاركة في تكوين الأحزاب السياسية أو الانتماء إليها، أو من خلال مساهمتهم في تولي الوظائف العامة المحلية والوطنية، أو المشاركة بأية وسيلة في صنع القرار السياسي وإدارة الشأن العام.

(1) د. عبد الهادي أحمد الجوهري، دراسات في علم الاجتماع السياسي (سلسلة علم الاجتماع المعاصر)، الكتاب الستون، مكتبة نضرة الشرق، جامعة القاهرة، 1985، ص 23- 25.

(2) عبد الناصر حسين المودع، من موسوعة العلوم السياسية - بدون تحديد مكان الطبع، 2006، ص 255.

(3) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص 432.

وبناءً على هذا التعريف، نستطيع أن نبرز أهم خصائص المشاركة السياسية في البند التالي.

رابعاً: خصائص المشاركة السياسية.

1- المشاركة السياسية مبدأ سياسي وإجراء نظامي، يستهدف تحقيق الحرية السياسية لجمهور المواطنين، ويمكنهم من ممارستها ممارسة مباشرة وحقيقية من خلال ما يسمح به الهيكل السياسي للدولة، وتتجسد هذه الممارسة المباشرة عادةً في صورتين: أحدهما رسمية والأخرى شعبية⁽¹⁾.

2- المشاركة بطبيعتها سلوك إيجابي يختلف عن مجرد الاهتمام من زاوية، ومن زاوية أخرى، يختلف عن نقيض المشاركة التي هي اللامبالاة السياسية⁽²⁾.

3- السلوك الإيجابي للمشاركة إما يأتي به المواطن منفرداً بالتصويت في الانتخابات وإبداء الرأي في الاستفتاء، أو من خلال مباشرته للوظيفة العامة، وإما أن يأتي به جماعياً أو شعبياً، من خلال انتمائه للأحزاب السياسية أو أي إجراء آخر، يساهم في صنع القرار السياسي وإدارة الشأن العام في الواقع السياسي.

4- المشاركة السياسية نشاط طوعي وتلقائي، وهذا يعني عدم جواز استخدام وسائل الضغط المعروفة التي قد تلجأ إليها بعض الأنظمة السياسية للتأثير على إرادة مواطنيها، بما يحقق رغبات هذه الأنظمة ويخدم توجهات حكوماتها.

(1) المزيد من التفصيل حول هاتين الصورتين يُراجع د. صالح حسن سميع، مرجع سابق، ص 108-126.

(2) يُنظر د. حسن محمد الطاهر محمد، مرجع سابق، ص 15، ويجدر بنا في هذا المقام، أن نشير إلى أن الدكتور/جلال عبد الله معوض، قد قسم شرائح المجتمع السياسي إلى أربعة أقسام هي:

1- شريحة المشاركين النشطين. 2- شريحة المهتمين أو المتابعين. 3- شريحة السلبين أو غير المهتمين سياسياً، وهم المقصودون بوصف اللامبالاة السياسية. 4- شريحة المتطرفين السياسيين أو الحركيين النشطين. تفاصيل أوفى لهذا التوزيع، يُراجع: د. جلال عبد الله معوض، مرجع سابق، ص 109-110.

المطلب الثاني

التطور الدستوري لحق المشاركة السياسية في الدساتير اليمنية الحديثة

يحدثنا تاريخ الحياة السياسية لليمن أنها ظلت لفترة طويلة تعاني من الانقسام والتشطي، وكان آخر هذا الانقسام في العصر الحديث، حيث قامت دولتان مستقلتان عن بعضهما البعض، دولة في شمال اليمن، ودولة أخرى في جنوبه، وكان لكل منهما دستورها وتشريعاتها وسياساتها الخاصة والمستقلة، وقد استمر هذا الوضع على ذلك الحال إلى أن تحققت الوحدة اليمنية المباركة في 22 مايو عام 1990.

ولدراسة التطور الدستوري لحق المشاركة السياسية في اليمن؛ يحتم علينا معرفة مكانة هذا الحق في دساتير الدولتين قبل الوحدة، ثم معرفة الوضع الذي جاء به المقنن في دستور دولة الوحدة وتعديلاته في هذا المجال، وفي سبيل ذلك ينبغي تقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول

التطور الدستوري لحق المشاركة السياسية في دساتير اليمن قبل الوحدة

قبل إعلان الوحدة السياسية بين شطري اليمن في 22 مايو 1990، وقيام الجمهورية اليمنية، كانت هناك دولتان تحكمان اليمن الواحد، دولة في شمال اليمن، وكان يطلق عليها (الجمهورية العربية اليمنية)، ودولة في جنوب اليمن، وكان يطلق عليها (جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية)، وكان لكل دولة نظامها الدستوري والقانوني الخاص بها، ودراسة التطور الدستوري للحق في المشاركة السياسية في التشريعات الدستورية لكلا الدولتين، ومعرفة مدى ما وصل إليه المشرع من اهتمام وعناية في هذا الجانب، فسيتم تناول ذلك في بندين تباعاً كما يلي:

أولاً: التطور الدستوري لحق المشاركة السياسية في الجمهورية العربية اليمنية⁽¹⁾:

يمكن القول إن التوجه نحو الديمقراطية في الجمهورية العربية اليمنية، قد ارتبط بالثورة منذ قيامها في 26 سبتمبر 1962، حيث يجد المرء هذا التوجه ظاهراً في مجمل المبادئ والإشارات والطروحات التي تقدمت بها الحركة الوطنية، ثم بدا واضحاً وصريحاً كذلك في الهدفين الثالث والرابع للثورة، والمنصوص عليها في أول إعلان دستوري⁽²⁾، إذ أكدوا هذين الهدفين على إنشاء مجتمع ديمقراطي تعاوني عادل مستمد أنظمتها من روح الإسلام الحنيف تتوافر فيه كافة الضمانات لجميع المواطنين، وكرتجة عملية لذلك، حرص النظام الحاكم بعد الثورة على تحقيق قدر من المشاركة السياسية الشعبية في الحكم، حيث عمل على تحقيق مبدأ التمثيل الشعبي من خلال إنشاء المجالس الشعبية، كمجلس شيوخ القبائل الذي أنشئ عام 1963، وقد ضم هذا المجلس عدداً كبيراً من مشايخ القبائل والمناطق الأخرى، بقصد إعطاء صفة المشاركة الشعبية في الحكم لكنه، ألغي بعد خمسة أعوام من تأسيسه، ليحل محله مجلس تشريعي، هو المجلس الوطني المؤقت، كما سنرى بعد قليل⁽³⁾.

ويأتي صدور أول دستور مؤقت بعد الثورة في 17 أبريل 1963، لينص على مبدأ: «حكم الشعب نفسه بنفسه»، على اعتبار الشعب مصدر جميع السلطات، وبعد عام واحد، أي في 27 أبريل 1964، صدر الدستور الدائم، معززاً لما ورد في سابقه، ومؤكداً على تجسيد مبدأ الشورى والديمقراطية والمشاركة الشعبية في تكوين السلطات، إذ نص في الفصل الرابع منه على إنشاء مجلس شورى، والتأكيد على هذا التوجه ومبادئه في الدستور المؤقت الثاني الصادر في 1965/5/8 والدستور المؤقت الثالث الصادر في 1967/11/25⁽⁴⁾.

(1) آثرنا البدء في دراسة تطور حق المشاركة السياسية في اليمن الحديث، بدءاً من قيام الجمهورية العربية اليمنية، ولم نتحدث عن تطورها في ظل الحكم الإمامي الملكي، نظراً لانعدامها من حيث الأساس، فلم يكن هناك حياة نيابية أو مجالس استشارية.

(2) كان الإعلان الدستوري لثورة 1962، مكوناً من إحدى عشرة مادة، أصدره مجلس قيادة الثورة في 31 أكتوبر 1962، واشتملت المادة الأولى منه على أهداف الثورة كما سبقت الإشارة. لمزيد من التفصيل عن هذا الإعلان، يُراجع: محمد أحمد العثماني، الفلسفة السياسية والدستورية لدولة الوحدة اليمنية (1918-2003)، مركز النهار للدراسات السياسية، مطابع مؤسسة الثورة للصحافة والنشر، صنعاء، الطبعة الأولى، 2003، ص 43 وما بعدها.

(3) لمزيد من التفصيل يُنظر: د. فضل علي أحمد أبو غانم، القبيلة والدولة في اليمن، الطبعة الأولى، دار المنار، القاهرة، 1990، ص 323.

(4) وما يجدر ذكره، إن هذه النصوص رغم وضوحها، إلا أنها ظلت نصوص نظرية، تفتقر إلى التطبيق في الواقع، نظراً لما واجهته الثورة من حرب شرسة ضدّها، يُنظر: سعيد الجناحي، أنظمة اليمن بين الشورى السبئية وديمقراطية الوحدة، دائرة التوجيه المعنوي، صنعاء، ط1، 2005، ص 105-108.

• البداية الحقيقية للمشاركة السياسية في الجمهورية العربية اليمنية:

ظل الإقرار بمبدأ المشاركة في الحياة السياسية في النصوص الدستورية السابقة حبراً على ورق، ولم تجد تلك النصوص طريقها إلى التطبيق الفعلي والممارسة العملية، لأسباب ترجع في نظر بعض المهتمين بالشأن اليمني⁽¹⁾ إلى استمرار الحرب، وتجدد المحاولات لوأد الثورة، وإعادة الحكم الملكي من قبل المناوئين للحكم الجمهوري والثورة، حتى قامت انتفاضة 5 نوفمبر 1967، والذي نتج عنها إقالة رئيس الجمهورية في ذلك الحين المشير عبد الله السلال من جميع مناصب القيادة، وإعلان قيام المجلس الجمهوري برئاسة القاضي عبد الرحمن يحيى الإيراني، وعضوية كل من الفريق حسن العمري والشيخ محمد علي عثمان.

وفي هذه الأثناء نلاحظ الملامح الأولى للمشاركة السياسية تبرز عملياً، وتبدو مظاهرها الفعلية من خلال الإجراءات التي اتخذت فيما بعد، وتمثلت في النقاط الآتية:

1- تغيير شكل رئاسة الدولة من النمط الفردي إلى النمط الجماعي ممثلاً بالمجلس الجمهوري، وهذا الإجراء يبرهن على التوجه نحو المشاركة، وعدم التفرد بالحكم.

2- إصدار قرار جمهوري رقم (38) بتشكيل لجنة تأسيسية من خمس عشر عضواً من كبار رجالات اليمن من العلماء والمتقنين وأهل الرأي والحكم، يناط بها إعداد مشروع الدستور الدائم للبلاد، والتحضير لانتخاب مجلس شورى وتحديد اختصاصاته.

3- القيام بتشكيل مجلس وطني مؤقت، بالتعيين، يمثل جميع فئات الشعب، ويقوم بعمل السلطة التشريعية، حتى يتم انتخاب مجلس شورى، وقد أسندت إليه عملية وضع الدستور بدلاً من اللجنة التأسيسية⁽²⁾.

4- تم إعداد مشروع الدستور من قبل اللجنة التحضيرية المنبثقة عن المجلس الوطني المؤقت، وبعد ذلك تم عرض هذا المشروع على المجلس لمناقشته والتصويت عليه، وبعد إقراره تم عرضه على الشعب لمناقشته

(1) يُنظر: جلوفكايا، إيلينا، التطور السياسي للجمهورية العربية اليمنية، ترجمه ونقله إلى العربية: محمد علي عبد الله البحر، إعداد وتوثيق مركز الدراسات والبحوث اليمني، صنعاء، الطبعة الأولى، 1994، ص136.

(2) يمكن الرجوع إلى: د. مطهر محمد إسماعيل العزي، التطور الدستوري في الجمهورية العربية اليمنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص257.

وإبداء الرأي في مواده ونصوصه، مع إعطائه الحرية الكاملة ليقول كلمته بصدق وأمانة، لأنه صاحب الكلمة الأولى والأخيرة في هذا الشأن⁽¹⁾.

5- تم الإعلان عن صدور الدستور الدائم⁽²⁾ للجمهورية العربية اليمنية في 28 سبتمبر 1970، مكرساً مبدأ المشاركة السياسية في صلب مواده، حيث جاء في نص المادة الأولى منه أن: "اليمن دولة عربية إسلامية مستقلة ذات سيادة تامة وهي جمهورية شوروية نيابية والشعب اليمني جزء من الأمة العربية"⁽³⁾.

وتمشياً مع هذا النص جاءت مختلف نصوص الدستور مطبقة النظام النيابي البرلماني كما هو الحال في المواد (4, 38, 46, 47, 49, 75)⁽⁴⁾، غير أنه مما يؤخذ على هذا الدستور تحريمه للحزبية بجميع أشكالها وأنواعها، إذ نصت المادة (37) منه على أن: "الحزبية بجميع أشكالها محظورة"، الأمر الذي حدا ببعض الفقهاء العرب⁽⁵⁾ إلى انتقاد هذا الحظر بقوله: "لعل دستور الجمهورية العربية اليمنية هو الدستور العربي الوحيد الذي حرم الحزبية

(1) يمثل هذا الاستفتاء إحدى صور المشاركة في الحياة السياسية، وقد استمر لمدة ثلاثة أشهر، غير أن ما يؤخذ عليه، هو اقتضاره على آراء بعض المثقفين والعلماء والمشايخ، الذين عبروا عن آرائهم من خلال البرقيات أو المراسلة، وهذا ليس بالأسلوب المتبع في التعرف على رأي الشعب، حيث أنه من اللازم إتباع إجراءات خاصة تضمن لكل فرد مباشرة حقه في الاستفتاء، ومع ذلك، فإن هذه الطريقة تقترب في جوهرها من الأسلوب الديمقراطي، كما ذهب إليه د. مطهر العزي، التطور الدستوري في الجمهورية العربية اليمنية، مرجع سابق، ص 274.

(2) وصف الدستور بالدائم لا يقره الفقه الدستوري، لأنه من الحقائق الثابتة المسلمة، أنه لا يمكن لدستور معين مهما بلغت حظوته في نفوس الشعب أن يكتب له الدوام، باعتباره واجهة النظام السياسي في الدولة، ليس إلا انعكاساً للظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية لزمان معين، ولما كانت هذه الظروف لا بد وأن يمسهما التطور والتغيير وفقاً لقانون التطور، فإنه يكون من الصعوبة التسليم بصفة الدوام لأي دستور من الدساتير، وإذا ما أضفنا إلى ذلك، أن الدستور قانون، وأن القانون قابل للإلغاء والتعديل، لزم حتماً رفض فكرة التأييد للدساتير، ورفض فكرة الجمود المطلق لها، إن هذا الوصف يتعارض مع بديهيات المبادئ الدستورية المسلم بها، وهي أن من حق الأجيال أن يختاروا دستور لهم. حول هذا النقذ يُراجع: د. إبراهيم شيحا، القانون الدستوري، تحليل النظام الدستوري المصري في ضوء المبادئ الدستورية العامة، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص 490.

(3) أنظر نص المادة من دستور سنة 1970 الدائم، عبد القوي القيسي، تشريعات المجلس الوطني في الجمهورية العربية اليمنية (1969-1971م)، مطابع وكالة الأنباء اليمنية - سبأ، الطبعة الأولى، 2004، ص 82.

(4) راجع نص المواد المذكورة في المرجع السابق، ص 82 وما بعدها.

(5) يُراجع في هذا النقذ: د. سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، دار الفكر العربي، الطبعة السادسة، 1996، ص 561. (وقد جاء هذا النقذ قبل تأسيس المؤتمر الشعبي العام في 1982، الذي ضم مختلف التوجهات السياسية، ولعل التبرير المقبول في تحريم الحزبية في الشطر الشمالي من اليمن، هو انعدام أية تقاليد وقواعد للعمل السياسي يمكن الاستناد إليها آنذاك، وعدم الاستقرار السياسي آنذاك، وتعاقب الانقلابات العسكرية، وضعف القواعد للأحزاب السرية القائمة، لذا فإن إمكانية بناء نظام حزبي كانت مستبعدة إلى حد بعيد، أضف إلى ذلك أن معظم القيادات السياسية كانت تنفر من الحزبية وتعدّها أداة للتخريب وإضعاف الوحدة الوطنية، ولم يكن الانقسام قاصراً على القيادات السياسية، بل تعداها إلى فئات المجتمع التي تم تشرب بمفاهيم التعددية والمشاركة السياسية، وظلت تتعامل مع الحزبية كمفهوم خارج عن تقاليد المجتمع، وقد عبر القاضي الإيراني رئيس المجلس الجمهوري في ذلك الوقت عن تلك النظرة بعبارة قال فيها "الحزبية تبدأ بالتأثر وتنتهي بالعمالة"، للمزيد عن تلك المبررات، أنظر: إلهام محمد مانع، مرجع سابق، ص 160.

بجميع أشكالها، ومثل هذا الحكم يفسح المجال لبقاء تنظيمات بديلة، أهمها في اليمن النظام القبلي، وهو أخطر على وحدة الدولة، أما النظام الحزبي السليم، فإنه كفيلاً بتفتيت التقاليد القبلية التي تعاني منها اليمن".

6- أخيراً وكعلامة على المضي في سبيل الشورى والمشاركة الواسعة في صنع القرار السياسي، وترجمة لنصوص الدستور الدائم، صدر القرار الجمهوري بالقانون رقم (1) لسنة 1971، بشأن انتخابات مجلس الشورى، والذي سار عليه العمل فعلاً في أول انتخاب لأعضاء المجلس، ثم تلاه صدور القانون الانتخابي رقم (8) لسنة 1975، وتلاحق صدور القوانين الانتخابية الأخرى بعد ذلك⁽¹⁾.

ومن الجدير بالملاحظة في هذا السياق أن النظام الانتخابي في الجمهورية العربية اليمنية، قد أخذ أولاً بطريق الانتخاب غير المباشر في أول تجربة ديمقراطية له، وذلك بمناسبة انتخاب مجلس الشورى، وقد أوضح تلك الطريقة القرار الجمهوري بالقانون رقم (1) لسنة 1971، حيث أخذ بأسلوب الانتخاب على ثلاث درجات، فجعل دور مواطني القرية محصوراً بانتخاب ممثل منهم، وهذه هي الدرجة الأولى، ثم أعطى ممثلي قرى العزلة الحق في انتخاب ممثل منهم، وهذه هي الدرجة الثانية، أما الدرجة الثالثة فتتمثل في الدور الذي يلعبه ممثلو العزل التي تتبع مركز الناحية (المديرية)، وذلك بالقيام بانتخاب ممثل عن الناحية، والذي يقوم بدوره بانتخاب أعضاء المجلس، كما هو مبين في الفقرات التالية من المادة العاشرة من القرار بالقانون سالف الذكر التالية⁽²⁾:

أ- يجتمع المواطنون الذين لهم حق الانتخاب في القرية وينتخبون ممثلاً عنهم.

ب- يجتمع ممثلو العزلة لانتخاب ممثل عنهم .

ج- يجتمع ممثلو العزل في مركز الناحية وينتخبون ممثلاً عن الناحية .

د- تعين لجنة الانتخابات اللجان التي تشرف على الانتخابات في القرى والعزل ومراكز النواحي.

(1) لمزيد من التفصيل، يُراجع: د. مطهر محمد اسماعيل العزي، التطور الدستوري في الجمهورية العربية اليمنية، مرجع سابق، ص 308

(2) يُنظر: د. مطهر محمد اسماعيل العزي، التطور الدستوري في الجمهورية العربية اليمنية، المرجع السابق، ص 312 .

وقد تم بالفعل انتخاب أعضاء أول مجلس شوري في اليمن بهذا الأسلوب الذي تم توضيحه آنفاً، غير أن هذا الأسلوب قد عدّل عندما صدر قانون الانتخاب رقم (8) لسنة 1975، حيث أخذ بالانتخاب المباشر، وبذات النهج سار قانون الانتخابات رقم 29 لسنة 1980.

على صعيد آخر وبالعودة إلى عام 1975، نجد أن المشاركة السياسية قد تركزت بصورة عملية من خلال هيئات التعاون الأهلي للتطوير من قبل السلطة الحاكمة حينذاك، بعد أن قامت في وقت سابق بجل مجلس الرئاسة، وتحميد مجلس الشورى المنتخب، وتعليق العمل بالدستور الدائم عقب قيام حركة 13 يونيو 1974، وكانت الهيئات التعاونية تمثل أول تجربة ديمقراطية شعبية على المستوى المحلي في تاريخ الجمهورية العربية اليمنية، إذ كان جميع أعضاء هذه الهيئات يتم انتخابهم عن طريق الاقتراع العام المباشر، وفقاً لأحكام قانون الهيئات التعاونية رقم (35) لسنة 1975⁽¹⁾.

وباستقراء التطورات المتلاحقة التي شهدتها البلاد في تلك الفترة وضرورة العودة إلى الحياة الديمقراطية عقب اغتيال الرئيس إبراهيم الحمدي، ونظراً لصعوبة انتخاب مجلس نيابي، صدر الإعلان الدستوري في 1978/2/6، بتشكيل مجلس الشعب التأسيسي، ليحل محل مجلس الشورى المجدد، وأناط هذا الإعلان عملية اختيار أعضاء مجلس الشعب بمجلس القيادة، وقد تألف هذا المجلس من تسعة وتسعون عضواً اشتركت فيه معظم فئات الشعب، وقام بعملية انتخاب المقدم /أحمد الغشمي/ رئيساً للجمهورية بدلاً عن مجلس القيادة السابق، وقد استمر المجلس في أداء مهامه الدستورية، كما كان صمام الأمان إثر اغتيال الرئيس أحمد الغشمي، حيث حزم الموقف، وشكل مجلس رئاسة جمهوري مؤقت، ثم قام بترشيح وانتخاب العقيد/ علي عبد الله صالح رئيساً للبلاد في 1978/7/17.

(1) لمزيد من التفصيل عن الهيئات التعاونية وتكويناتها واختصاصاتها يمكن الرجوع إلى كل من: د. دائل محمد إسماعيل المخلافي، الإدارة المحلية (أسس وتطبيقات)، دار الفكر، دمشق بالاشتراك مع دار الفكر المعاصر، بيروت، ط1، 1994، ص252، ومحمد أحمد العشملي، مرجع سابق، ص79 وما بعدها.

• تطور حق المشاركة السياسية في الفترة (1978- 1990):

تأتي هذه المرحلة كأهم مرحلة في التاريخ اليمني الحديث، يبدأ فيها البحث الجاد الصادق عن أفضل الوسائل لبدء الانتقال بالثورة والجمهورية من مرحلة الشعار الديمقراطي إلى مرحلة التطبيق الديمقراطي، باعتباره الهدف الأساسي للحركة الوطنية وللثورة، والمحتوى الأساسي للنظام الجمهوري، وبدونه يبقى النظام الجمهوري شكلاً بلا محتوى وجسداً بلا روح⁽¹⁾. ونزولاً عند مقتضى الهدف السابق، بدأت ملامح المشاركة السياسية في هذه المرحلة بالظهور من جديد من خلال أمرين⁽²⁾:

الأمر الأول: قيام الجمهورية العربية اليمنية بتبني ميثاقاً وطنياً يكون بمثابة الدليل النظري لممارسة العمل السياسي والوطني ويلتقي حوله جميع أبناء الشعب اليمني ويصير ملزماً لهم جميعاً "الميثاق الوطني ليس صادراً عن فئة أو جماعة كما أنه ليس إملاء فرد أو سلطة"⁽³⁾، بل إنه فكر المواطنين وطموحات الشعب وصياغته، وقد تم إقراره بصياغته النهائية من قبل المؤتمر الشعبي العام، الذي عقد لهذا الغرض في 24 أغسطس 1982.

(1) يُنظر: الميثاق الوطني، من منشورات المؤتمر الشعبي العام، بدون تاريخ، ص 32.

(2) يُراجع د. صالح حسن سميع، مرجع سابق، ص 382.

(3) من التقديم الذي سطره رئيس الجمهورية للميثاق الوطني، ص 5، ومن تمام الفائدة في هذا المقام، أن نذكر بإيجاز الخطوات الاجرائية التي تم إتباعها رسمياً وشعبياً لصياغة وإقرار وثيقة الميثاق الوطني، وهي على النحو التالي:

- 1- في البدء كانت فنانة القيادة السياسية للبلاد بأهمية وضرورة وجود ميثاق وطني يحدد مسار العمل الوطني في المستقبل، ويلتزم به الجميع عند ممارستهم للعمل السياسي، بحيث يكفل لجمهير الشعب المشاركة في صنع القرار على المستوى الوطني .
- 2- لجأت القيادة السياسية للتشاور مع جميع الفعاليات السياسية والاجتماعية والدينية في البلاد، لكي يتضمن النص المقترح للميثاق مجموعة من القيم والمبادئ المشتركة بين جميع اليمنيين، والتي يمكن اعتمادها كقاعدة للعمل السياسي في المستقبل .
- 3- بعد مرحلة التشاور تم توجيه مجلس الشعب - المجلس النيابي في البلاد آنذاك - لوضع التصورات الأولية بلورة هذه الفكرة وإخراجها إلى حيز التنفيذ، وبالعمل فقد تم تشكيل لجنة من المجلس لإنجاز تلك المهمة، وتمخض عنها المشروع الأولي للميثاق، بعد حوار واسع أجرته مع مختلف الهيئات الشعبية والعناصر الوطنية المهتمة بالعمل الوطني العام .
- 4- على الصعيد الرسمي: تمت دراسة المشروع من قبل المجلس الاستشاري، ثم جرت دراسته على مستوى أوسع في اجتماع ضم المجلس الاستشاري ومجلس الوزراء ومحافظي الألوية وكبار المسؤولين في المؤسسات العسكرية والمدنية، حيث جرى إقراره كمشروع يعرض على الشعب في فترة زمنية يستطيع فيها إبداء آرائه وملاحظاته كمرحلة أخيرة.

5- امتداداً للنهج التشاوري على صعيد الممارسة السياسية، وحرصاً على تمكين كل أبناء الشعب من ممارسة حقهم في الإسهام في صياغة فكرهم الوطني، ومن أهمية الحوار كوسيلة لتلمس آراء المواطنين، وبعد التشاور مع مختلف المؤسسات الشعبية والرسمية، وجميع القوى والعناصر الوطنية، فقد تم تشكيل لجنة للحوار الوطني، أنيط بها مهمة تقصي آراء المواطنين، ومعرفة تصوراتهم في مشروع الميثاق، وقد استغرق نشاط اللجنة عاماً ونصف العام تقريباً.

6- وحتى لا يكون هناك تشكيك في كون الميثاق تجسيدا لفكر الشعب من خلال طلائعه المثقفة، فقد كان هناك حرص في نهاية المطاف على عرض المشروع على مؤتمر شعبي عام يضم ألف عضو، أُنْتُخِبَ منهم 70% من قبل المواطنين، وتم تعيين 30% من قبل القيادة السياسية، وكانت هذه الفكرة من

الأمر الثاني : قيام الجمهورية العربية اليمنية بتبني صيغة جديدة لنظامها السياسي هي صيغة المؤتمر الشعبي العام، ليكون هو الهيئة الرئيسية المثلّي للتمثيل الشعبي التي تعبر عن المطالب الاجتماعية والتطلعات المستقبلية للجماهير اليمنية، واعتبرت هذه الصيغة هي الأنسب في ظل الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تمر بها اليمن في تلك المرحلة العصيبة.

وعلى الرغم من التأكيد الوارد في أدبيات المؤتمر الشعبي العام، بشأن الالتزام بالديمقراطية، إلا أنه في نفس الوقت يرفض تطبيقها من الناحية العملية، من خلال إتاحة المجال للأحزاب والتنظيمات السياسية بالمشاركة في اتخاذ القرار السياسي وتداول السلطة⁽¹⁾.

وقد قيل في تبرير هذه الصيغة، أنها صيغة ملائمة ومناسبة للمجتمع اليمني، لأنها انتظمت معظم التيارات السياسية الفاعلة في الساحة اليمنية، ووجهتها صوب مناقشة أفضل السبل التي تكفل التعجيل بإحداث التنمية الشاملة التي تطمح إليها اليمن في الوقت الراهن، ومن ثم فإنها تفضل التنظيم الحزبي الواحد، لأن هذا الأخير يعتبر مصادرة للرأي الآخر من جهة، كما أنه يعتبر أداة سلبية لاحتكار السلطة من جهة أخرى وقيل أيضاً بأن هذه الصيغة تفضل صيغة نظام تعدد الأحزاب بالنظر إلى الظروف الراهنة التي تمر بها اليمن⁽²⁾.

وذهب أحد الباحثين في مجال العلوم السياسية في تحليله لتلك الصيغة على خلاف الرأي السابق بقوله⁽³⁾: "إن هذه الخطوة رغم أهمية دلالتها في سياق تطور صور المشاركة السياسية إلا أنها في الواقع لا تمثل

ضمن توصيات لجنة الحوار الوطني التي قدمتها للقيادة السياسية، وهو المؤتمر الذي أقر الميثاق الوطني بصيغته النهائية. يُراجع بشأن الخطوات السابقة: السفير/ عبد الملك سعيد، المؤتمر الشعبي العام: أيديولوجيته - هيكله التنظيمي وبرامجه السياسية (دراسة تحليلية)، منشورة في مجلة الثوابت الصادرة عن المؤتمر الشعبي العام، العدد 44، إبريل - يونيو 2006، صنعاء، ص 221-222.

(1) يُنظر: هذا الاستنتاج: إلهام محمد مانع، مرجع سابق، ص 184.

(2) راجع بشأن تلك التبريرات: د. صالح حسن سميع، مرجع سابق، ص 385، وأياً كانت الحجج التي قيل بها لتبرير صيغة المؤتمر الشعبي العام فإنه لا يسلم بصحتها كونها لا تقوى على منازعة صيغة التعددية الحزبية المطورة بكليات المذهبية الإسلامية ومبادئها الرئيسية فهي - في نظره - الصيغة المأمونة للقيام بأعمال التنمية الشاملة والانتقال بالسلطة وتداولها سلمياً بين القوى السياسية. أنظر المرجع نفسه، ص 386.

(3) نشوان محمد السميري، التعددية السياسية في اليمن (أسس التجربة وحدود الممارسة)، مكتبة الجيل الجديد - المركز اليمني للدراسات الاستراتيجية، صنعاء، الطبعة الأولى، 2001، ص 123.

سوى أداة من أدوات التعبئة السياسية واحتوائها في إطار تنظيمي يسهل السيطرة عليه والتحكم فيه من قبل النخبة الحاكمة".

وعلى صعيد استحداث المؤسسات السياسية كآلية تسمح بالمشاركة في الحياة السياسية، شهدت هذه الفترة وبالتحديد في عام 1979، إنشاء المجلس الاستشاري تطبيقاً لمبدأ المشاركة الجماعية في اتخاذ القرار، وضم في تكوينه مجموعة مختارة من السياسيين والمفكرين والأدباء والعلماء، للتشاور معهم بشأن القضايا اليمينية المختلفة، وهو جهاز رسمي يرتبط برئيس الجمهورية مباشرة، وتم تعيين أعضائه من قبل الرئيس، وتوصياته غير ملزمة⁽¹⁾.

كما شهدت هذه المرحلة أيضاً، ميلاد تجربة المجالس المحلية للتطوير التعاوني؛ بمقتضى القانون رقم (12) لسنة 1985، والنص على اعتبارها جزءاً من نظام الإدارة المحلية في البلاد، وبصدور هذا القانون، تم إلغاء المجالس البلدية والهيئات التعاونية، ودمجها في جهاز واحد، أطلق عليه المشرع القانوني، المجالس المحلية للتطوير التعاوني⁽²⁾، ويتم تشكيل أعضائها بالانتخاب المباشر من قبل المواطنين.

وبلغت المشاركة السياسية في هذه المرحلة درجة عالية من التطور بانتخاب مجلس الشورى كبديل لمجلس الشعب التأسيسي المعين وتكون المجلس الجديد من 159 عضواً منهم 128 بالانتخاب المباشر و31 عضواً بالتعيين، لإحداث قدر من التكافؤ بين الكفاءات والقبائل والتيارات السياسية والفئات الاجتماعية في حالة ما إذا غاب عنها التمثيل الكافي في الانتخاب، وقد وصل عدد المرشحين إلى 1200 مرشح، ووصل عدد الذين

(1) راجع: بروفيسور/ أحمد محمد الكبسي، نظام الحكم في الجمهورية اليمنية (1990-2002)، الوكالة اليمنية للدعاية والإعلان والنشر، صنعاء، 2002، ص256.

(2) لمزيد من التفصيل عن هذه التجربة يُراجع: د. دائل محمد إسماعيل المخلافي، مرجع سابق، ص 258، وفي تحليله لهذه المجالس اعتبرها امتداداً طبيعياً للهيئات التعاونية التي كانت بدورها تمثل مرحلة انتقالية توطئة لقيام نظام للإدارة المحلية يتجسد من خلاله مبدأ المشاركة الشعبية على المستوى المحلي: يُنظر مؤلفه سالف الذكر، ص268، ونضيف بدورنا أن هذه المجالس تعتبر امتداداً للهيئات التعاونية ومجالس بلديات المحافظات التي أنشئت عام 1979م بالقانون رقم (4) والذي قضى بانتخاب أعضائها بالانتخاب السري المباشر .

أدلو بأصواتهم إلى مليون مشارك من بينهم 60 ألف امرأة⁽¹⁾، على الرغم من مساواة القانون المذكور للرجل والمرأة في مباشرة حق الترشيح والانتخاب.

ومع الاقتراب من إعلان دولة الوحدة حدثت بعض التحولات على صعيد العلاقة مع فئات المعارضة والإقرار بحق القوى اليمنية في تنظيم نفسها إلا أنه تم ربط هذا الحق بقيام الجمهورية اليمنية وليس قبلها في الجمهورية العربية اليمنية⁽²⁾ وهذا ما سيتضح تفصيلاً عقب الانتهاء من تناول البند التالي.

ثانياً: التطور الدستوري لحق المشاركة السياسية في جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية⁽³⁾.

الحديث عن تطور المشاركة السياسية في جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية يبدأ بصدور أول دستور دائم في 30 نوفمبر 1970، والذي صيغ على غرار معظم الدساتير المعمول بها في الدول الاشتراكية، وبنيت فلسفة الحكم فيه على مبدأ سيادة الشعب العامل، والمركزية الديمقراطية⁽⁴⁾.

واستناداً إلى هذا الدستور، تم تشكيل مجلس الشعب الأعلى المؤقت في 30 نوفمبر 1971، كأول مجلس برلماني بعد الاستقلال، وأطلقت عليه صفة المؤقت، لأن تشكيله جاء عن طريق التعيين وليس الانتخاب، لجميع الأعضاء البالغ عددهم (111) عضواً⁽⁵⁾.

وفيما يخص الحرية الحزبية فلم يكن يسمح للأحزاب السياسية بممارسة أي نشاط علني، حيث كان يتواجد على الساحة السياسية في ذلك الحين تنظيمين رئيسيين كانا يشكلان قوة لا يستهان بها إلى جانب

(1) يُنظر: حسن أبو طالب، الوحدة اليمنية - دراسات في عمليات التحول من التشطير إلى الوحدة، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، الطبعة الأولى، 1994، ص 176، ومن الملاحظات التي تستحق الذكر في هذه الانتخابات النيابية، تلك المشاركة المحدودة للمرأة كناخبة، وليس كمرشحة، ويستشف ذلك من تواضع العدد المشارك في التصويت، أما بصدد انتخابات المجالس المحلية، فإن دورها يكاد يكون معدوماً تقريباً، سواءً بالنسبة للانتخابات أم الترشيح. يُراجع د. دائل محمد إسماعيل المخلافي، مرجع سابق، ص 495.

(2) د. حسن أبو طالب، مرجع سابق، ص 208.

(3) أُطلق هذا الاسم، بدلاً من (جمهورية اليمن الجنوبية الشعبية)، الذي كان قد أُطلق عليها عادةً استقلالها عن الاحتلال البريطاني في 30 نوفمبر 1967. يُراجع في هذا الشأن: خالد بن محمد القاسمي، الوحدة اليمنية حاضراً ومستقبلاً، دار الشباب للنشر، الطبعة الثانية، 1987، ص 135.

(4) المرجع السابق، ص 135.

(5) يُنظر: سعيد الجناحي، أحمد الشرعي، اليمن "الدورة الانتخابية الكاملة"، إصدار المركز العام للدراسات والبحوث، صنعاء، ص 114-115.

الجهة القومية "التنظيم الرسمي للسلطة" هما: حزب الطليعة الشعبية الذي خلف تنظيم حزب البعث العربي الاشتراكي بعد انشقاق الحزب بين سورية والعراق وحزب اتحاد الشعب الديمقراطي الذي أسسه عبد الله باذيب على غرار الأحزاب الشيوعية العاملة في الوطن العربي، وقد تم الدمج بين تلك التنظيمات الثلاثة في تنظيم سياسي واحد، أطلق عليه (الجهة القومية للتنظيم الموحد)⁽¹⁾، الذي سيصبح فيما بعد الحزب الاشتراكي اليمني. وبحلول عام 1977 بدأت أدبيات التنظيم الجديد تتحدث عن ضرورة إنشاء الحزب الطليعي من طراز جديد، وفي 14 أكتوبر عام 1978 بدأت الحياة السياسية منعطفاً جديداً بتأسيس الحزب الاشتراكي اليمني الذي ذابت فيه ولو نظرياً جميع التنظيمات والقوى السياسية، وأصبح الحزب هو التنظيم الوحيد الممثل لمصالح الطبقة العاملة والكادحين، وهو القائد والموجه للدولة والمجتمع⁽²⁾، وبقيامه ترسخ تنظيم الحزب الواحد في الشطر الجنوبي حتى إعلان الاندماج السياسي مع الشطر الشمالي في عام 1990، وإعلان قيام الجمهورية اليمنية. وبناءً على ما سبق، فإن حديثنا عن تطور المشاركة السياسية في جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية سيكون في إطار نظام الحزب الواحد وهو الحزب الاشتراكي اليمني الذي اعتمده الدولة كأداة وحيدة في مجمل توجهاتها السياسية والاجتماعية والاقتصادية متكئاً على المذهبية الماركسية كأساس لهذا النظام⁽³⁾.

وإن كان من تطور يذكر للمشاركة السياسية في هذه المرحلة فإننا لا نكاد نجد سوى إجراء انتخابات حرة ومباشرة لأعضاء مجلس الشعب الأعلى في عام 1978، 1986، وفقاً لقانون الانتخابات رقم (18) لسنة 1978، وكانت البنية السياسية للمجلسين المذكورين محصورة في أعضاء التنظيم الحاكم⁽⁴⁾، الأمر الذي يؤكد ما

(1) يُراجع: خالد القاسمي، مرجع سابق، ص 135، ومن الملفت للانتباه أن تشكيل مجلس الشعب الأعلى المؤقت قد جاء معبراً عن وجود تلك القوى السياسية الثلاثة وهي الجهة القومية وحزب الطليعة وحزب اتحاد الشعب الديمقراطي إلا أن هذا لم يشفع للآخرين بمزاولة نشاطهم السياسي بصورة علنية.

(2) نصت المادة الثالثة من الدستور الجديد الذي صدر تمثيلاً مع هذا التحول في الحياة السياسية في 31 أكتوبر 1978، على أن: "الحزب الاشتراكي اليمني المتسلح بنظرية الاشتراكية العلمية هو القائد والموجه للدولة والمجتمع" أشار إلى هذا: د. صالح حسن سميع، مرجع سابق، ص 397.

(3) المرجع السابق، الصفحة ذاتها.

(4) ومن الأمور التي تدعو للعجب وتثير الدهشة أنه كان يحدث أن يعيد أنصار الجماعة المهزومة في الصراع الأهلي من جميع مناصبهم بما في ذلك عضوية مجلس الشعب الأعلى والمجالس المحلية. يُراجع في هذا الشأن: د. قائد محمد طربوش، السلطة التشريعية والمرأة في الدول العربية، تحليل قانوني مقارن، مركز الدراسات والبحوث اليمني، الطبعة الأولى، 2004، صنعاء، ص 113.

ذهب إليه بعض الفقه العربي⁽¹⁾ من أن الانتخابات في وجود الحزب الواحد لا تعدو أن تكون تأييداً ودعامة للنظام وقادته، أكثر من كونها وسيلة لاختيار الحكام.

وقد أدرك هذه الحقيقة الحزب الاشتراكي اليمني، وبدأ أولى الخطوات نحو الديمقراطية داخل الحزب أولاً، إثر أحداث 13 يناير 1986 الدامية، من خلال إقرار توسيع الممارسة الديمقراطية الحزبية وحق المناقشة وحرية التعبير وحق العضو في الانسحاب الطوعي وحق الاستقالة وتوسيع الحقوق الديمقراطية في انتخاب الهيئة القيادية ابتداءً من المنظمات الحزبية القاعدية وحتى اللجنة المركزية⁽²⁾.

وبعد أن اتخذ الانتقال إلى الديمقراطية شكل الإصلاحات السياسية والاقتصادية بصورة متسارعة، توج هذا التحول بوثيقة الاتجاهات الأساسية للإصلاح السياسي والاقتصادي الشامل⁽³⁾، وقد جاء في مضمون الوثيقة، أن تفعيل الحياة الأساسية يكون من خلال ضمان حرية التعبير وإشاعة وتشجيع الرأي والرأي الآخر، وحق الأحزاب والقوى والشخصيات الوطنية في إصدار الصحف الخاصة بها، والنشر في وسائل التعبير الحكومية، والعمل على تأمين مساهمة الأحزاب والقوى الوطنية في برنامج الإصلاح السياسي، وترسيخ قاعدة الممارسة الديمقراطية في مجالس الشعب المحلية ومجلس الشعب الأعلى وبقية هيئات الدولة، وإقرار مبدأ المناقشة العامة والاستفتاء الشعبي على أية تعديلات في القوانين التي تتعلق بأسس النظم السياسية والاقتصادية والاجتماعية وبالحقوق والحريات الديمقراطية للمواطنين، أو القوانين الأساسية التي يقرها مجلس الشعب الأعلى، واحترام استقلالية ونشاط المنظمات الجماهيرية والإبداعية⁽⁴⁾.

(1) يُراجع: د. أنور احمد رسلان، الديمقراطية بين الفكر الفردي والفكر الاشتراكي، بدون تحديد مكان النشر، 1971، ص 86.

(2) عبد الولي هزاع مقل، مضامين الإصلاح الاقتصادي الوطني، مجلة قضايا العصر، مؤسسة 14 أكتوبر، العدد 14، 1991، عدن، ص73، ويُظر كذلك: د. إلهام مانع، مرجع سابق، ص175.

(3) يُراجع في هذا الشأن: الاتجاهات الأساسية للإصلاح السياسي والاقتصادي الشامل، وثيقة أقرتها اللجنة المركزية للحزب الاشتراكي اليمني في الدورة 29 فبراير، 1990، مطابع الهمداني، عدن، ص35-36.

(4) للمزيد من التفاصيل، يُراجع: حسن أبو طالب، مرجع سابق، ص208.

ولأول مرة في تاريخ البلاد منذ إعلان الاستقلال، تمت الموافقة على السماح لجماعات المعارضة، بتشكيل أحزاب سياسية في إطار الدستور، وعلى أساس مبادئ وأهداف ثورتي سبتمبر وأكتوبر، ووجهت الدعوة لجميع القوى الوطنية والديمقراطية لتوحيد صفوفها للمساهمة في الحياة السياسية، وقد تم على إثر ذلك تشكيل عدة أحزاب منها (التنظيم الوحدوي الناصري، والتجمع الوحدوي اليمني، وجبهة قوى الوحدة اليمنية، والحزب الوحدوي الديمقراطي)⁽¹⁾.

وكان الظهور الفعلي للأحزاب السياسية بقوة الواقع، قد أعطى دعماً كبيراً للتحوّل نحو التعددية الحزبية بصفة رسمية، خصوصاً بعد أحداث 13 يناير 1986، والتي أظهرت خطورة إلغاء الآخرين، وسلبيات الحزب الواحد، يضاف إلى ذلك انهيار النظم الشيوعية ذات الحزب الواحد في بلدان أوروبا الشرقية على نحو ما جرى في العام 1989، هذه الأحداث شكلت في مجملها حافزاً هاماً لترجيح كفة اعتماد الخيار الديمقراطي التعددي، وإعادة تكييف دور الحزب على تلك التطورات الدولية والمحلية⁽²⁾.

الفرع الثاني

التطور الدستوري لحق المشاركة السياسية في دستور دولة الوحدة وتعديلاته

سبق القول، إن اليمن (بشطريها) قد شهدت العديد من المحاولات الهادفة إلى تطبيق مبدأ حكم الشعب بنفسه، ولمسنا ذلك من خلال تجارب المجالس النيابية والمحلية، غير أن التشطير والظروف الإقليمية والدولية، قد لعبت دوراً في الحيلولة دون تحقيق هذا الهدف بصورته المقبولة، والمتعارف عليها في البلدان الديمقراطية.

(١) يُراجع: د. بلقيس أحمد منصور، الأحزاب السياسية والتحول الديمقراطي (دراسة تطبيقية على اليمن وبلاد أخرى)، مكتبة مدبولي، الطبعة الأولى، 2004، القاهرة، ص106، هامش رقم (2).

(٢) يُنظر: زايد محمد جابر، الانتخابات النيابية – تجربة عقد من الزمن (دراسة تحليلية مقارنة لثلاث تجارب انتخابية (93، 97، 2003)، قراءات سياسية، ملف شهري صادر عن مركز البحوث والمعلومات بوكالة الأنباء اليمنية (سبأ)، العدد (11-12)، إبريل- مايو 2003، صنعاء، ص9.

وبقيام الجمهورية اليمنية انتهت حلقات من التجزؤ، التي وثمت تاريخ اليمن الطبيعي خلال المائة وخمسين عاماً الماضية، وأعلن رسمياً في 22 مايو 1990 عن اندماج شامل، ذابت فيه الشخصية الدولية لكل من الجمهورية العربية اليمنية (ج. ع. ي)، وجمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية (ج. ي. د. ش)، في شخصية دولية واحدة، أسميت "الجمهورية اليمنية"، وأصبح لها سلطات تنفيذية وتشريعية وقضائية واحدة⁽¹⁾، ومثل هذا الحدث التاريخي، أبرز معالم التطور السياسي الذي شهده اليمن الواحد في التاريخ الحديث والمعاصر، وترافق مع إعلان دولة الوحدة تحول ديمقراطي، أحدث حينها انفراجاً لكل القوى الاجتماعية والسياسية في الممارسة العلنية، وأصبح يشار إليه كونه فاصلاً بين نقطتين هامتين في تاريخ تطور وبناء الدولة في المجتمع اليمني، فمن الشمولية إلى التعددية، ومن الإنقسام إلى الوحدة⁽²⁾.

أولاً: التطور الدستوري لحق المشاركة السياسية في دستور 1991.

مع اتجاه الدولة اليمنية الحديثة نحو تجديد التشريعات بما في ذلك الدستور نفسه، الذي يعتبر على رأس المنظومة القانونية لأية دولة، وتطبيقاً لاتفاق اعلان الجمهورية اليمنية وتنظيم الفترة الانتقالية المنعقد في صنعاء بتاريخ 22 ابريل 1990⁽³⁾ بدأت أول تجربة عملية للمشاركة السياسية من خلال إجراء استفتاء شعبي عام على مشروع دستور دولة الوحدة (الجمهورية اليمنية)، حيث جرت عملية الاستفتاء في شهر مايو 1991، وقد حاز المشروع المستفتى عليه على موافقة المواطنين الذين شاركوا في عملية التصويت بنسبة 98,3% من إجمالي

(1) في هذا يُنظر: نشوان محمد السميري، مرجع سابق، ص109، وليس صحيحاً ما ذهب إليه أحد كبار أساتذة القانون العام بمصر، حين ذكر أن جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية، قد اتمرت باندماج الجمهوريتين الجنوبية والشمالية، عقب الحرب الأهلية، وإنما كان انخيار الدولتين عقب التوحيد سلمياً عام 1990، وكانت الحرب الأهلية عام 1994، ولم يكن طرفاها دولتين كما ذكر، وإنما الدولة الوليدة (الجمهورية اليمنية)، ومجموعة أفراد أطلق عليهم الانفصاليين، ولم يكونوا يمثلون دولة بالمعنى الذي ذهب إليه. راجع: د. سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث، مرجع سابق، هامش (1) ص52.

(2) للمزيد من التوسع في عوامل التحول الديمقراطي وسماته في اليمن راجع: د. بلقيس أحمد منصور، مرجع سابق ص 79، ومن الجدير بالملاحظة في هذا المقام أن عدد الأحزاب السياسية التي أعلنت عن نفسها خلال السنة الأولى من عمر الوحدة قد وصل إلى 46 حزباً سياسياً، أمكن حصرها من خلال المسح الميداني للمنشورات التي أصدرتها للإعلان عن نفسها، وقد ذهبت الباحثة إلهام مانع - بعد أن أوردت قائمة بأسماء الأحزاب التي تشكلت الخارطة الحزبية - إلى القول: بأن العدد الفعلي للأحزاب والقوى السياسية يتعدى القائمة التي أوردتها، واعتبرت أن ذلك ظاهرة يمكن تسميتها (ظاهرة التضخم الحزبي)، راجع: إلهام محمد مانع، مرجع سابق، ص 227، د. احمد محمد الكبسي، مرجع سابق، ص 95.

(3) لمراجعة تفاصيل الاتفاق كما ورد، يُنظر: الجريدة الرسمية الصادرة عن وزارة الشؤون القانونية، العدد الأول، مايو 1990، صنعاء، وقد نصت المادة (7/ج) منه على: " تكليف مجلس الرئاسة بإزالة الدستور للاستفتاء الشعبي العام عليه، قبل 30 نوفمبر 1990".

عدد المستفتين، البالغ عددهم (1,890,646) مستفتياً، مقيدين في السجل الانتخابي العام، وبلغت نسبة المعترضين 1,5% من مجموع المشتركين في عملية الاستفتاء، أما الآراء الباطلة من الناحية القانونية، فقد بلغت 0,2%⁽¹⁾.

ويلزم الإشارة هنا إلى أن الاستفتاء الذي أجري؛ لم يكن حول الوحدة اليمنية كما قد يتبادر إلى أذهان البعض، بل كان استفتاء على الوثيقة التي سوف يتم تنظيم شئون الحكم على أساسها، والتي توضح شكل الدولة، ونوع نظام الحكم فيها، وتكوين السلطة واختصاصاتها، والعلاقة بين السلطات، والحقوق والحريات العامة، وواجبات المواطنين تجاهها، أما مسألة إعادة تحقيق الوحدة، فهي تمثل الإرادة الشعبية، التي طالما حلم اليمنيون كافة بها، وكان ينتظرها المخلصون من أبناء الأمة ومناضليها في أرجاء الوطن العربي⁽²⁾.

وقد تضمن الدستور الذي تمت الموافقة عليه من قبل الشعب؛ العديد من الأحكام التي يتركز عليها النظام الديمقراطي، كما حدد الطريقة التي يمارس الشعب من خلالها السيادة والسلطة على مستوى اليمن كله، فعلى سبيل المثال لا الحصر فقد نصت المادة الرابعة (4) منه، على أن: "الشعب مالك السلطة ومصدرها، ويمارسها بشكل مباشر عن طريق الاستفتاء والانتخابات العامة، كما يزاؤها بطريقة غير مباشرة عن طريق الهيئات التشريعية والتنفيذية والقضائية، وعن طريق الهيئات المحلية المنتخبة"، وعن الأساس الذي يقوم عليه النظام السياسي والاجتماعي في الدولة؛ نصت المادة (39) منه، على أن: "للمواطنين في عموم الجمهورية - بما لا يتعارض مع نصوص الدستور - الحق في تنظيم أنفسهم سياسياً ومهنياً ونقائياً، والحق في تكوين المنظمات العلمية والثقافية والاجتماعية، والاتحادات الوطنية، بما يخدم أهداف الدستور"، وقضت المادة (41) منه، بأن: "يتألف مجلس النواب من أعضاء ينتخبون بطريقة الاقتراع السري العام الحر المباشر والمتساوي.."، وأكدت المادة

(1) يُنظر: د. أحمد محمد الكبسي، مرجع سابق، ص 30، وكان مفترضاً إجراء الاستفتاء على مشروع الدستور في غضون عام من توقيع اتفاقية الوحدة في مدينة عدن (30 نوفمبر 1989)، إلا أن الإسراع بإعلان قيام الجمهورية اليمنية في 22 مايو 1990 حال دون ذلك، ثم جاء اندلاع أزمة الخليج الثانية؛ وما أفرزته من تأثيرات على الواقع اليمني، مما دفع إلى تأخير الاستفتاء إلى مايو 1991، واستقر موعد إجراء الاستفتاء بيومي 15، 16 مايو، وهما اليومان اللذان تم فيهما الاستفتاء فعلاً. للمزيد يُراجع: حسن أبو طالب، مرجع سابق، ص 258.

(2) يُنظر: د. أحمد محمد الكبسي، مرجع سابق، ص 98.

(42) منه، على أن: "حق الانتخاب والترشيح مكفول لكل مواطن"، كما أقرت المادة (82) منه، بأن: "رئاسة الجمهورية اليمنية يمارسها مجلس رئاسة مكون من خمسة أعضاء ينتخبهم مجلس النواب"، وأن ينتخب مجلس الرئاسة عقب انتخابه، رئيساً له من بين أعضائه وذلك للمدة الدستورية للمجلس، والمقدرة بخمس سنوات شمسية تبدأ من تاريخ أداء اليمين.

وإلى جانب انتخابات مجلس النواب ومجلس الرئاسة، أقر الدستور كذلك انتخاب المجالس المحلية للوحدات الإدارية للجمهورية (المحافظات والمديريات)، حيث نصت المادة (118) منه، على أن: "يكون للوحدات الإدارية مجالس محلية منتخبة، ويحدد القانون ما يمنح لها من مهام وصلاحيات وحقوق وواجبات، كما يبين القانون طريقة انتخابها ونظام عملها ومواردها المالية ودورها في اعداد وتنفيذ خطة التنمية.

وقد تلت عملية الموافقة على الدستور ونفاذ أحكامه، العديد من الممارسات السياسية الدالة على مسار البناء الديمقراطي، وتطور حق المشاركة في الحياة السياسية اليمنية وصنع القرار، وتمثلت أهم تلك الممارسات في مشاركة المواطنين في الانتخابات البرلمانية التي جرت سنة 1993.

فمع قرب انتهاء الفترة الانتقالية المحددة بستين وستة أشهر، بموجب اتفاقية إعلان الجمهورية اليمنية وتنظيم الفترة الانتقالية (اتفاقية الوحدة)، وعملاً بأحكام الدستور، بدأ التمهيد لإجراء أول انتخابات ديمقراطية برلمانية في الجمهورية اليمنية، وكان لا بد من إصدار قانون للانتخابات؛ يجسد المبدأ الدستوري الذي يستند إليه نظام الحكم، ويكون الأداة التشريعية الرئيسية المنظمة لأهم الآليات الديمقراطية، ممثلة في الانتخابات العامة، وهو ما تم بالفعل، إذ صدر أول قانون للانتخابات العامة رقم (41) لسنة 1992، والذي بموجبه نظمت أول انتخابات نيابية في 27 إبريل 1993⁽¹⁾. وفي هذه الانتخابات بلغ عدد المقيدون في جداول الناخبين (2,693,323) في حين بلغ عدد المقترعين الذين أدلوا بأصواتهم يوم الانتخاب (2,271,185) مقترع، أي أن نسبة المقترعين فعلاً إلى عدد المسجلين في الجداول الانتخابية كانت 84,5%، وتُعد هذه النسبة

(1) لمعرفة تفاصيل القانون المشار إليه، يمكن الرجوع إلى الجريدة الرسمية العدد (11) لسنة 1992.

للمشاركة السياسية للناخبين عالية جداً، تعكس مدى إدراك الناخب لأهمية المشاركة السياسية، والرغبة في محاولة التأثير على النتائج الانتخابية⁽¹⁾.

أما على صعيد المشاركة السياسية عن طريق الأحزاب، فنجدها في هذه الانتخابات قد برزت لأول مرة في التاريخ اليمني الحديث والمعاصر بصورة علنية وواضحة، وعلى الرغم من أن نصاً صريحاً في هذا الدستور لم يؤكد على حرية المواطنين في إنشاء مثل هذه الأحزاب والتنظيمات، إلا أنه أمكن لعدد (22) حزباً وتنظيماً سياسياً من المشاركة في جميع مراحل العملية الانتخابية التي جرت⁽²⁾، مستندين في ذلك إلى القانون رقم (66) لسنة 1991، الصادر بشأن الأحزاب والتنظيمات السياسية، ذلك أن الهدف من اعتماد النظام الحزبي في نظر المشرع اليمني، هو التداول السلمي للسلطة أو المشاركة فيها، وهو هدف أوسع وأسمى من مجرد الوصول للحكم وممارسة السلطة بشكل منفرد⁽³⁾.

ثانياً: التطور الدستوري لحق المشاركة السياسية في تعديلات الدستور لعام 1994.

لا يفوتنا الحديث هنا - قبل الانتقال إلى النقطة التالية - الإشارة إلى أن كافة التنظيمات السياسية والحزبية التي أعلنت عن نفسها، كانت قد استندت في شرعيتها إلى المادة (39) من دستور دولة الوحدة⁽⁴⁾، فأعلنت عن كياناتها التنظيمية، وقامت بممارسة أنشطتها السياسية على الساحة اليمنية في ظل التعددية السياسية والحزبية، وعلى ضوء تلك المادة، صدر القانون رقم (66) لسنة 1991 بشأن الأحزاب والتنظيمات السياسية كما تقدم ذكره.

(1) المراجعة البيانات يُنظر: محمد حسين الفرح، الانتخابات النيابية متعددة الأحزاب في اليمن 1997، (دراسة تحليلية وثائقية مقارنة بانتخابات 1993)، مركز دراسات المستقبل، صنعاء، 1998، ص 112.

(2) المرجع السابق، الصفحة ذاتها، وما يجدر ذكره في هذا المقام، إن نتائج الانتخابات النيابية هذه، قد أسفرت عن سيطرة الأحزاب الرئيسية الثلاثة "المؤتمر الشعبي العام، الحزب الاشتراكي اليمني، حزب الإصلاح" على نسبة 81% من مقاعد مجلس النواب، بينما أستحوذ المستقلون على نسبة 16%، وحصلت أحزاب أخرى على نسبة 3% الباقية من عدد المقاعد، أما بقية الأحزاب المشتركة وعددها 14 حزباً، فلم تتمكن من الحصول على أي مقعد في المجلس. لمزيد من التفصيل يُراجع: د. ياسين الشيباني، الفقر والديمقراطية (الحالة اليمنية)، بحث منشور في مجلة الثوابت، صادرة عن المؤتمر الشعبي العام، العدد (32) إبريل - يونيو 2003، صنعاء، ص 25-26.

(3) د. أبو بكر مرشد الزهيري، مبادئ النظم السياسية المعاصرة، مركز الصادق للطباعة والنشر، صنعاء - الجمهورية اليمنية، ط3، 2015، ص 284.

(4) دستور الجمهورية اليمنية، وزارة الشؤون القانونية، صنعاء، 1991.

غير أن عدم النص صراحةً في المادة السابقة، على حرية المواطنين في تكوين الأحزاب السياسية، جعلها مدعاة للنقد من قبل أساتذة القانون والمفكرين والمهتمين بالشأن الديمقراطي في السلطة والمعارضة، فاشتدت مطالبته حينذاك بضرورة تعديلها، وإزالة الغموض الذي يكتنفها، بالنص صراحةً على إباحة التعددية السياسية والحزبية، بما يكفل حمايتها وضمان حقوقها دستورياً، لتأتي التعديلات الدستورية لعام 1994، ملبيةً لتلك المطالب، ومستجيبة لتلك التطلعات، بل وخطوة متقدمة نحو تطوير وترسيخ المشاركة السياسية الحزبية في ظل الخيار الديمقراطي الذي تحقق مع قيام دولة الوحدة؛ فالأحزاب السياسية أدوات لا غنى عنها في أنظمة الحكم الديمقراطي، وهناك علاقة وثيقة تربط بين الأحزاب والديمقراطية، ووجودها يمثل ضماناً هامة ضد التفرد بالحكم⁽¹⁾.

ولعالجة هذا القصور الفعلي، فقد أضاف المقتن مادة كاملة، في الفصل الأول من الدستور بعد تعديله في 1994/9/28، هي المادة الخامسة، والتي نصت على أن: "يقوم النظام السياسي للجمهورية على التعددية السياسية والحزبية وذلك بهدف تداول السلطة سلمياً وينظم القانون الأحكام والإجراءات الخاصة بتكوين التنظيمات والأحزاب السياسية وممارسة النشاط السياسي ولا يجوز تسخير الوظيفة العامة أو المال العام لمصلحة خاصة بحزب أو تنظيم سياسي معين"⁽²⁾.

وفي سبيل توسيع دائرة المشاركة السياسية في انتخاب رئيس الجمهورية واقترباً أكثر من صاحب السيادة الحقيقي وهو الشعب، وبعد أن اختار المشرع الدستوري نظام الرئاسة الفردية للجمهورية في هذه التعديلات⁽³⁾، بدلاً عن نظام الرئاسة الجماعية، التي كانت مقررة في الدستور قبل تعديله، فقد نصت المادة (104) منه بعد

(1) للمزيد حول مزايا وعيوب النظام الحزبي يُراجع: د. أبو بكر مرشد فازع الزهيري، مرجع سابق، ص 289 وما بعدها، د. مطهر محمد إسماعيل العزي، المبادئ الدستورية العامة، مرجع سابق، ص 372-273.

(2) دستور الجمهورية اليمنية المعدل، وزارة الشؤون القانونية، صنعاء، 1994، وحول النقد الذي وجه إلى المادة (39) والحجج التي قيلت لتبرير المطالبة بتعديل المادة المذكورة من دستور دولة الوحدة يُراجع: د. بلقيس أحمد منصور، مرجع سابق، ص 138 وما بعدها.

(3) كانت المادة (82) من الدستور قبل تعديله، قد قررت الأخذ بالرئاسة الجماعية للجمهورية بقولها: "رئاسة الجمهورية اليمنية يمارسها مجلس رئاسة مكون من خمسة أعضاء ينتخبهم مجلس النواب".

التعديل، على أن: "يمارس السلطة التنفيذية نيابة عن الشعب رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء ضمن الحدود المنصوص عليها في الدستور".

وقد استوجب هذا التعديل في شكل رئاسة الجمهورية، تعديل أسلوب الانتخاب كذلك، من حيث الطريقة وكيفية الإجراءات، فقد جاء نص المادة (107) من الدستور بعد التعديل في فقراتها المتعددة، لبيان طريقة الانتخاب وإجراءات الترشيح، وبعد أن كانت عمليتا الترشيح والانتخاب لأعضاء مجلس الرئاسة حقاً خالصاً لأعضاء مجلس النواب، وفقاً لنص المادة (83) من الدستور قبل تعديله، أصبح دور مجلس النواب بعد التعديل الدستوري، مقتصر على البت في عملية الترشيح فحسب، أما عملية الانتخاب، فتكون بواسطة الشعب مباشرة، إذ نصت الفقرة (أ) من المادة (107) المشار إليها، على أن: "يتم انتخاب رئيس الجمهورية من الشعب في انتخابات تنافسية"، بينما تضمنت بقية فقرات المادة المذكورة، وهي (ب، ج، د، هـ، و) على بيان إجراءات الترشيح لمنصب رئيس الجمهورية، والذي يتولى هذه المرحلة تحديداً مجلس النواب.

ومن خلال الأحكام التي تضمنتها المادة السابقة، يتبين أن المقنن الدستوري قد فضل اختيار الطريقة المشتركة في انتخاب رئيس الجمهورية، وهي الطريقة التي تتوزع فيها عملية الانتخاب بين البرلمان والشعب، بحيث يتولى مجلس النواب البت في عملية الترشيح، بما تشتمل عليه هذه العملية من تزكية للمرشح الذي استوفى الشروط الدستورية للترشيح، في حين يترك الأمر بعد ذلك للشعب، ليقول كلمته في عملية الانتخاب، حيث يختار الشخص المناسب لهذا المنصب من بين الأسماء المعروضة عليه في انتخابات ديمقراطية تنافسية، ويعتبر رئيساً للجمهورية من يحصل على الأغلبية المطلقة لأصوات المشاركين في الانتخاب، وإذا لم يحصل أي من المرشحين على هذه الأغلبية، أعيد الانتخاب بنفس إجراءات الترشيح السابقة، للمرشحين الذين حصلوا على أكثر عدد من أصوات الناخبين الذين أدلوا بأصواتهم، طبقاً للفقرة (ز) من المادة (107) السالفة الذكر.

كما نصت المادة (111) منه على أنه: "لا يجوز لأي شخص تولي منصب الرئيس لأكثر من دورتين انتخابيتين"⁽¹⁾، ليقدم اليمن بذلك نموذجاً ديمقراطياً راقياً، وبادرة هي الأولى في المنطقة العربية، ومعظم دول العالم الثالث عموماً، إذا ما انتهت إلى التطبيق الفعلي السليم في المواعيد الزمنية المحددة، وهذا ما سيتضح من التجارب السياسية الآتية:

1- المشاركة السياسية من خلال الانتخابات البرلمانية لعام 1997: بعد مضي أربع سنوات من الانتخابات البرلمانية الأولى، تم تنظيم الانتخابات البرلمانية الثانية في 27 أبريل 1997، لتعد بذلك ثالث الفعاليات السياسية الكبيرة التي يشارك فيها اليمنيون بكافة فئاتهم وشرائحهم الاجتماعية، حيث وصل عدد المقيدين في جداول الناخبين في هذه الانتخابات إلى حوالي 4,6 مليون ناخب وناخبة، مقارنة بحوالي 2,7 مليون ناخب وناخبة، في انتخابات 1993، بزيادة مقدارها 1,9 مليون ناخب وناخبة، بينما بلغ عدد الذين أدلوا بأصواتهم 2,8 مليون صوت بنسبة 61% من عدد المسجلين، وهي نسبة متدنية مقارنةً بالانتخابات السابقة⁽²⁾.

وعلى صعيد المشاركة السياسية الحزبية، فقد شهدت هذه الانتخابات مقاطعة الحزب الاشتراكي اليمني، وبعض الأحزاب الصغيرة الأخرى، واقتصرت المشاركة على 12 حزباً وتنظيماً سياسياً فقط، إضافة إلى المرشحين المستقلين، وكان عدد الأحزاب التي استطاعت الدخول إلى مجلس النواب أربعة أحزاب فقط⁽³⁾.

أما على صعيد القوانين ذات العلاقة بالمشاركة السياسية، فإن إقرار التعددية السياسية صراحةً في التعديل الدستوري لعام 1994، قد حسم الجدل السياسي والقانوني الذي أثارته المادة (39) سالفه الذكر قبل

(1) أنظر نص هاتين المادتين في دستور الجمهورية اليمنية المعدل عام 1994.

(2) لمراجعة البيانات المذكورة، يمكن الرجوع إلى: الأستاذ / منصور على البشري، دور الشباب في الحياة السياسية اليمنية، بحث منشور في مجلة الفوايت، صادرة عن المؤتمر الشعبي العام، العدد (44) أبريل - يونيو، 2006، صنعاء، ص 102.

(3) المرجع السابق، الصفحة ذاتها، وكانت مقاطعة الحزب الاشتراكي لهذه الانتخابات بسبب الاختلال العميق في وضعه الداخلي الذي حل بأجهزته، جراء الحرب الأهلية التي نشبت بين اليمنيين وكان أحد طرفيها مع آخرين في عام 1994، ومطالبته آنذاك بتطبيع الحياة السياسية أولاً في المجتمع بعد توقف الحرب.

تعديليها، ومثل تطوراً كبيراً في تأصيل الديمقراطية والتعددية السياسية، وخاصةً في المادة الخامسة من الدستور المعدل التي أشارت بوضوح إلى هوية النظام السياسي للدولة القائم على هذا المبدأ، واعتباره من الثوابت الوطنية⁽¹⁾.

وعلى ضوء التعديلات السابقة، جاء تعديل قانون الانتخابات العامة رقم (41) لعام 1992؛ بالقانون رقم (27) لعام 1996، والذي بموجبه أجريت هذه الانتخابات⁽²⁾، كما استحدثت التعديلات الدستورية المجلس الاستشاري، بهدف توسيع دائرة المشاركة في الرأي، والاستفادة من الخبرات الفنية المتخصصة والكفاءات الوطنية.

2- المشاركة السياسية من خلال الانتخابات الرئاسية لعام 1999: في 23 سبتمبر 1999 جرت في

اليمن أول انتخابات رئاسية مباشرة من قبل الشعب، بناءً على التعديلات الدستورية التي أقرت عام 1994، والذي بمقتضاها تم إلغاء انتخاب مجلس الرئاسة من قبل مجلس النواب، والنص على انتخاب رئيس الجمهورية من قبل الشعب، وما أعقبها من تعديل لقانون الانتخابات العامة رقم (41) لسنة 1992، بالقانون رقم (27) لسنة 1996 بشأن الانتخابات العامة، وما تلاه أيضاً من تعديل بالقانون رقم (27) لسنة 1999، والذي جرت بموجبه هذه الانتخابات التنافسية على كرسي الرئاسة لأول مرة في تاريخ اليمن الجمهورية اليمنية⁽³⁾.

(1) نصت المادة الخامسة منه على أن: "يقوم النظام السياسي للجمهورية اليمنية على التعددية السياسية والحزبية وذلك بهدف تداول السلطة سلمياً وينظم القانون الأحكام والإجراءات الخاصة بتكوين التنظيمات والأحزاب السياسية وممارسة النشاط السياسي ولا يجوز تسخير الوظيفة العامة أو المال العام لمصلحة خاصة بحزب أو تنظيم سياسي معين".

(2) تفاصيل القانون المشار إليه، يُنظر: الجريدة الرسمية، وزارة الشؤون القانونية، العدد (16)، 1996.

(3) تفاصيل القانون المشار إليه، يُنظر: الجريدة الرسمية، وزارة الشؤون القانونية، العدد (8) 1999.

وقد بلغ عدد الذين أدلوا بأصواتهم فعلاً في هذه الانتخابات حوالي 2,8 مليون صوت، من إجمالي عدد المقيدون في جداول الناخبين البالغ عددهم 4,6 مليون ناخب وناخبة، أي أن نسبة المشاركة السياسية بلغت 41% وهي نسبة ضئيلة إذا ما قورنت بنسبة المشاركة في الانتخابات التي سبقتها⁽¹⁾.

3- المشاركة السياسية في انتخابات المجالس المحلية والاستفتاء على تعديل الدستور لعام 2001: ينص

دستور الجمهورية اليمنية في مادته الرابعة (4)، على أن: "الشعب مالك السلطة ومصدرها ويمارسها بشكل مباشر عن طريق الاستفتاء والانتخابات العامة كما يزاوها بطريقة غير مباشرة عن طريق الهيئات التشريعية والتنفيذية والقضائية وعن طريق المجالس المحلية المنتخبة"، وقد ظل النص ثابتاً على ما هو عليه في صيغته الأولى، ولم يطرأ عليه أي تغيير أثناء التعديلات الدستورية.

وعملاً بهذا النص الدستوري، أصدر المقتن اليمني القانون رقم (4) لسنة 2000 بشأن السلطة المحلية، كما صدرت لائحته التنفيذية رقم (269) لسنة 2000⁽²⁾، وبعد جدل واسع حول مضمون وأبعاد هذا القانون، وكذا طبيعة التعديلات الدستورية التي أقرها مجلس النواب، أجريت في يوم واحد وبشكل متزامن (فبراير 2001) عمليتا انتخابات المجالس المحلية، والاستفتاء على التعديلات الدستورية، واعتبر ذلك في نظر بعض الباحثين⁽³⁾، إضافة قوية لتعزيز الإطار القانوني للمشاركة السياسية عموماً، والانتخابات خصوصاً.

(1) وتعتبر هذه النسبة معقولة رغم ضآلتها - بحسب الدكتور/ ياسين الشيباني - وذلك لأن كثيراً من اليمنيين اعتبروا هذه الانتخابات محسومة سلفاً، لصالح مرشح الحزب الحاكم، خاصة بعد إنجاز مشروع تحقيق الوحدة اليمنية (1990)، والدفاع عنها عام (1994). لمن أراد التوسع، يمكنه الرجوع إلى تحليله للمشاركة السياسية في أول انتخابات مباشرة لرئيس الجمهورية ضمن دراسته المنشورة عن الفقر والديمقراطية والحالة اليمنية، مرجع سابق، ص 29، ويُراجع نص المادة الرابعة، دستور الجمهورية اليمنية المعدل عام 2001، وزارة الشؤون القانونية، صنعاء.

(2) تفاصيل أوفى للقانون المشار إليه يُنظر: الطبعة الشعبية من قانون السلطة المحلية ولائحته التنفيذية الصادرة عن وزارة الإدارة المحلية، مطابع وكالة الأنباء اليمنية (سبأ)، الطبعة الثانية، 2001، صنعاء.

(3) أ. مجاهد صالح الشعبي، الانتخابات النيابية اليمنية وإعادة رسم الخارطة السياسية والحزبية في اليمن (1993-2003)، دراسة منشورة في مجلة الثوابت، العدد (44)، مرجع سابق، ص 176.

ومن خلال النتائج المعلنة من قبل اللجنة العليا للانتخابات، تبين أن عدد الناخبين الذين أدلوا بأصواتهم بلغ (2,8) مليون ناخب وناخبة، من إجمالي المقيدين في جداول الناخبين البالغ عددهم (4.606.933) ناخب وناخبة، أي أن نسبة المشاركة وصلت إلى 61%، من إجمالي عدد المسجلين في جداول الناخبين.

ثالثاً: التطور الدستوري لحق المشاركة السياسية في تعديلات الدستور اليمني لعام 2001.

باستقراء المواد التي طالها التعديل الدستوري الذي تم إقراره والموافقة عليه في الاستفتاء الشعبي الذي جرى بتاريخ 20/2/2001، يتضح أنها قد شملت أغلب مواده؛ سواءً تلك المواد التي تم تعديلها سنة 1994، أم تلك التي ظلت على حالها ولم يمسهما التعديل بشيء.

وفيما يتصل بالحقوق السياسية التي يدور البحث حولها، وبعد أن بلغ الدستور قمة التطور التشريعي في تعديلاته لسنة 1994، كما يصفه بعض الفقه⁽¹⁾، فقد توجب على المشرع ضرورة المحافظة عليه، بتوفير الثبات والاستقرار لأحكامه، وضمان استمرارها وتقديمها؛ نحو تحقيق النتائج المرجوة منها.

ويمكن إدراك هذه الضرورة من خلال معرفة الأسباب التي دعت المقتن الدستوري لإجراء هذه التعديلات، والتي تتمثل في الحرص على التطوير المستمر للتجربة الديمقراطية اليمنية، في ضوء ما يفرزه التطبيق العملي من نتائج، وما قد تحتمه الضرورة من إجراء تعديل، فلا يوجد ما يمنع ذلك، طالما كان هذا التعديل في إطار الإجراءات المنصوص عليها في الدستور ذاته⁽²⁾، فهل تحققت هذه الغاية؟

وبالرجوع للمواد ذات الصلة بهذا التعديل والمسائل التي نظمتها، ومعرفة ما جرى على ضوءها من ممارسات وتطبيقات عملية، تفسح المجال للمواطنين لمزاولة حقوقهم السياسية، نستطيع أن نقرر ما إذا كان التعديل قد دفع باستمرار وترسيخ الحق في المشاركة السياسية من عدمه.

(1) د. قائد محمد طربوش، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص 204.

(2) يُراجع في ذلك: د. عبدالرحمن أحمد المختار، الوجيز في القانون الدستوري والنظام الدستوري اليمني، الأمين للنشر والتوزيع، صنعاء، 2020، ص 120، د. مطهر محمد إسماعيل العزي، المبادئ الدستورية العامة والنظام الدستوري في الجمهورية اليمنية، مرجع سابق، ص 451-452.

1- تمديد مدة مجلس النواب: تم تعديل مدة مجلس النواب المقررة بأربع سنوات شمسية، طبقاً لنص المادة

(64) من الدستور المعدل سنة 1994، لتصبح المدة الجديدة للمجلس ست سنوات شمسية، طبقاً لنص

المادة (65) من الدستور المعدل سنة 2001.

ومما جاء في أسباب ومبررات هذا التعديل⁽¹⁾، إن التجربة الديمقراطية قد أثبتت أن مدة السنوات الأربع

لمجلس النواب مدة قصيرة، فما أن يبدأ عضو المجلس المنتخب في التعرف على مهامه النيابية، وعلى حقوقه

وواجباته، وعلى آلية عمل المجلس، وعلاقته بالسلطة التنفيذية، حتى تنتهي السنة الأولى من عمر المجلس تقريباً،

وما أن يبدأ نشاطه يستقر ومشاركته تتصاعد خلال السنتين الثانية والثالثة- وهي فترة قصيرة بالنظر إلى طبيعة

نظام العمل في المجلس- حتى تبدأ السنة الرابعة والأخيرة؛ والتي تفرض على العضو أن يبدأ بالإعداد والتحضير

للاتخابات التالية.

بالإضافة إلى ذلك، إن ارتفاع التكاليف المالية المطلوبة للإنفاق على العمليات الانتخابية- في حال

استمرارها حسب المواعيد الدستورية- يقتضي ضرورة إعادة النظر في المدة الزمنية المقررة للمجلس، لأن من شأن

تواصلها واستمرارها؛ بحسب مواعيدها المقررة، أن يجعل من هذه العمليات الديمقراطية، أمراً مكلفاً لاقتصاد

البلاد وللميزانية العامة للدولة.

لذا فإن تمديد المدة إلى ست سنوات، سوف يؤدي إلى تمكين أعضاء مجلس النواب من العمل مدة

أطول، وبما يسهم في تراكم معارفهم وتعميق تجاربهم في هذا المجال، فضلاً عما سترتب عليه من تقليص

للتكاليف المالية الطائلة المطلوبة للإنفاق على هذا النوع من الانتخابات، وتحقيق التوازن والاعتدال في كل

الأحوال.

(1) د. مطهر محمد إسماعيل العزي، المبادئ الدستورية العامة والنظام الدستوري في الجمهورية اليمنية، مرجع سابق، ص 464-465، برنامج المؤتمر الشعبي العام للاستفتاء على التعديلات الدستورية، ص 6، نقلاً عن: د. عبدالرحمن أحمد المختار، مرجع سابق، ص 126-127.

وينظرة متأنية لهذا التعديل وأسبابه، سوف يتبين أن مسلك المقنن قد جانبه الصواب إلى درجة كبيرة⁽¹⁾، فالتمديد لمجلس النواب بهذا القدر من السنوات، يتناقض مع أهم مبدأ تستند إليه العملية الديمقراطية التي تقررت كخيار دستوري للجمهورية اليمنية منذ تأسيسها، وهو مبدأ التداول السلمي للسلطة المنصوص عليه في المادة (5) من الدستور الحالي، كما أن التمديد بهذا الشكل، سوف يترتب عليه حرمان أحزاب المعارضة ومناصريها، وعدد كبير من المواطنين الذين ليس لهم انتماء حزبي، من التمتع بممارسة حقوقهم السياسية من خلال الانتخاب والترشيح للانتخابات البرلمانية، وما يترتب على ذلك من استبدال الحكومة القائمة بأخرى جديدة، وسيمكن الحزب الحاكم ومؤيديه من الاستمرار في الحكم والاستئثار بالسلطة لأطول مدة ممكنة، الأمر الذي سيؤدي في النهاية إلى التراجع في مستوى تطور المشاركة السياسية الشعبية، وجعل ممارستها في أضيق نطاق، مقارنةً مع ما وصلت إليه تلك المشاركة من تطور ملحوظ، في ظل الدستور المعدل عام 1994.

2- تعديل ضمانات حل مجلس النواب:

كان الدستور اليمني في صيغته الأولى 1991، ينص على عدم جواز حل مجلس النواب من قبل مجلس الرئاسة، إلا عند الضرورة وبعد استفتاء الشعب في الأسباب التي يبني عليها قرار الحل⁽²⁾، واستمر الوضع على هذا الحال، كقاعدة عامة بعد التعديل الأول للدستور عام 1994، وفي التعديل الثاني الذي طال الدستور عام 2001، تغيرت هذه القاعدة وأصبح لها استثناءات، يجوز معها حل المجلس دون الحاجة إلى استفتاء الشعب في ذلك، وهذه الاستثناءات أو الحالات، تتمثل في الآتي⁽³⁾:

أ- إذا لم تفض الانتخابات إلى أغلبية تمكن رئيس الجمهورية من تكليف من يشكل الحكومة وتعذر تشكيل حكومة ائتلاف.

(1) لمزيد من التفصيل، حول الانتقادات التي وجهت لهذا التعديل، ومدى تأثيره على السلطة التشريعية، يمكن الرجوع إلى: د. عبدالرحمن احمد المختار، مرجع سابق، ص 124 وما بعدها.

(2) راجع نص المادة (78) من الدستور الصادر عام 1991.

(3) راجع نص المادة (101/ب) من الدستور المعدل عام 2001.

ب- إذا حجب مجلس النواب الثقة عن الحكومة أكثر من مرتين متتاليتين ما لم يكن الحجب بسبب التعارض مع أحكام الحالة الأولى.

ج- إذا سحب المجلس الثقة من الحكومة أكثر من مرتين خلا سنتين متتاليتين.

ولا شك أن استبعاد شرط استفتاء الشعب في قرار حل مجلس النواب من قبل رئيس الجمهورية، أو الدعوة لانتخابات نيابية مبكرة، وفقاً لهذا التعديل، من شأنه أن يؤدي إلى التقليل من فرص المشاركة السياسية التي كانت متاحة عبر الاستفتاء العام على أهم المواضيع المتعلقة بتنظيم سلطات الدولة، وهو ما كان مكرساً في الدستور قبل التعديل.

3- تعديل إجراءات انتخاب رئيس الجمهورية

بالرجوع إلى إجراءات انتخاب رئيس الجمهورية التي أقرها الدستور المعدل سنة 1994، يتبين أن المقنن الدستوري قد حافظ على بقاء كثير من الفقرات التي نظمت إجراءات انتخاب رئيس الجمهورية كما هي، دون أن يطالها التعديل، فيما تعرضت النسبة الباقية من تلك الفقرات للتعديل، وهي التي ستكون محل بحثنا لهذه الفقرة.

وقبل المضي في تناول الإجراءات التي تم تعديلها، لا بد من الإشارة إلى أهم الأسباب التي دعت المقنن إلى هذا التعديل وهي⁽¹⁾:

أ- تطوير النظام الانتخابي المتعلق بالانتخابات الرئاسية وجعله أكثر مرونة.

ب- إن النسبة المحددة لتزكية المرشح (10%)، من شأنها أن تحد من ترشيح ممثلي الأحزاب، وخاصةً عندما ينخفض عدد الأحزاب الممثلة في البرلمان، وعند قلة عدد النواب الممثلين للأحزاب إلى ما دون تلك النسبة المطلوبة للتزكية، وهذا التعديل سوف يشجع الأحزاب على المشاركة الفاعلة في الانتخابات.

(1) د. مطهر محمد إسماعيل العزي، المبادئ الدستورية العامة والنظام الدستوري في الجمهورية اليمنية، مرجع سابق، ص 470- 471.

ج- كما أن النسبة المذكورة لتزكية المرشح، قد تحول دون قبول ترشيح المرشح المستقل، بما يشكل ذلك من عدم توفر تكافؤ الفرص لمرشحي الأحزاب والمستقلين.

د- توسيع دائرة التشاور والتداول بشأن فحص طلبات الترشيح، والتأكد من انطباق الشروط الدستورية على المرشحين، ونفس الشيء ينطبق على الهيئة التي سيناط بها اتخاذ قرار التزكية.

هـ- رغبة المشرع في اتاحة الفرصة لمزيد من المرشحين في الانتخابات واطفاء مزيد من حيوية المنافسة وتقديم بدائل وخيارات أكثر أمام جمهور الناخبين.

أما أهم الإجراءات التي تناوها المشرع الدستوري بالتعديل هذه المرة، فتتمثل في الآتي:

أ- **فحص وثائق المترشحين:** أصبح هذا الاجراء بعد التعديل من مهام هيئتي رئاسة مجلس النواب ورئاسة مجلس الشورى، وكان قبل التعديل مناطا بهيئة مجلس النواب فقط.

- **شروط التزكية:** كانت نسبة تزكية المترشح قبل التعديل (10%) من عدد أعضاء مجلس النواب، فأصبحت بعد التعديل (5%) من مجموع عدد الأعضاء الحاضرين من مجلسي النواب والشورى.

- **عدد المترشحين لشغل المنصب:** أقر التعديل إلزام الاجتماع المشترك لمجلسي النواب والشورى، تزكية ثلاثة أشخاص على الأقل، تمهيدا لعرض أسماء المترشحين على الشعب في انتخابات تنافسية، بعد أن كان مجلس النواب ملزما بتزكية شخصين على الأقل، تمهيدا لعرض أسماء المرشحين على الشعب في انتخابات تنافسية، طبقا للفقرة (و) من المادة (107) قبل هذا التعديل.

وبقراءة متأنية لهذه الإجراءات وما سبقها من مبررات، يتبين أن ما رسمه المقنن عبارة عن تضليل للرأي

العام، واحتيال على أحزاب المعارضة التي تستطيع من خلال ممثليها في مجلس النواب أن تزي مرشحا لها، فإذا لم يتحقق لها ذلك، فيمكن أن تتجه إلى تعطيل عملية الترشيح في حال انسحابها من جلسات المجلس الخاصة بإجراءات الترشيح، وتحسباً لتحقيق مثل هذا الوضع، فإن مشاركة مجلس الشورى المعين من قبل رئيس الجمهورية

إلى جانب مجلس النواب المنتخب من الشعب في إجراءات الترشيح، سيضمن نسبة التزكية المطلوبة لمرشح السلطة في الاجتماع المشترك للمجلسين بشكل مريح، لكنه في المقابل لا يسهم بأي قدر في توسيع دائرة المشاركة السياسية فيما يتعلق بحق الترشيح، وفيما يتعلق بتحقيق التداول السلمي للسلطة، لأن العمل بهذه الإجراءات من شأنه أن يستبعد أي تأثير لأحزاب المعارضة، وسيقلل من فرص المشاركة للمواطنين الراغبين في الترشيح، الأمر الذي سيحدد من تداول السلطة سلمياً، بدرجة أكبر مما كانت عليه الاجراءات قبل التعديل⁽¹⁾.

4- تمديد مدة تولية رئيس الجمهورية

لقد ترتب على هذا التعديل، تمديد مدة تولي منصب رئيس الجمهورية، لتصبح سبع سنوات شمسية، على أن تبدأ هذه المدة من تاريخ أداء اليمين الدستورية، بناء على نص المادة (112) من الدستور الحالي، وذلك بدلا من توليه لهذا المنصب لمدة خمس سنوات للدورة الواحدة، بموجب نص المادة (111) من الدستور قبل تعديله. وتأقيت مدة التولية لرئيس الجمهورية من حيث الأساس، يمثل أهم معالم النظام الجمهوري، القائم على فكرة تداول السلطة، والتي هي جوهر الفكر الديمقراطي، كما أنه يؤدي إلى تحقيق التوازن بين سلطات الحكم المختلفة في الدولة، وهذا التوازن الواجب توافره بين هذه السلطات، سيختل بقاء الرئيس في منصبه لمدة غير محدودة⁽²⁾.

وفيما يتعلق بعدد الدورات التي يجوز فيها لأي شخص إعادة انتخابه لتولي منصب رئيس الجمهورية، فقد ظل محددًا بدورتين، ولا يجوز لأي شخص تولي هذا المنصب لأكثر منها، وحسنا ما عمله المشرع اليمني إزاء هذا التحديد، فأغلب دساتير الدول الديمقراطية تقضي بذلك، حتى تتحقق إمكانية التداول السلمي للسلطة.

(1) د. عبدالرحمن احمد المختار، مرجع سابق، ص140.

(2) د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص376، د. ياسين محمد عبد الكريم الحراساني، المركز الدستوري لرئيس الدولة في الجمهورية اليمنية، دراسة مقارنة، وزارة الثقافة والسياحة، صنعاء، 2004، ص101.

غير أن تحديد المقنن لمدة الدورة بسبع سنوات، أمر يتعارض مع تحقيق الغاية التي أرادها، وهي توسيع المشاركة وتداول السلطة، إذ أن عملية الانتخاب ستقع في أوقات متباعدة، مما يقلل من فرص المشاركة من خلال ممارسة حقي الترشيح والانتخاب، خاصة واليمن تصنف بأنها من الدول الديمقراطية الناشئة التي تحتاج لتكريس التجربة الديمقراطية والمشاركة السياسية بصورة متكررة وفي أوقات متقاربة، كما أن بقاء رؤساء الجمهوريات في مناصبهم لمدة طويلة، غالباً ما يؤدي إلى تحول سلوكهم نحو الاستبداد، بالإضافة إلى أن مدة الخمس السنوات التي تم تمديدتها، كانت كفيلة بتنفيذ البرنامج السياسي للمرشح، بما يضمن الإستقرار الطبيعي لهذا المنصب، وهذا ما تقضي به كثير من الدساتير.

الخلاصة

لقد دار البحث وتركز التحليل حول موضوع تطور الحق في المشاركة السياسية في الدساتير اليمنية الحديثة وواقع التطبيق، حيث جرى التمهيد لما تم البحث عنه، ببيان حقيقة مفهوم الحق في المشاركة السياسية في مدلولات اللغة أولاً، وفي الفقه الدستوري والنظم السياسية وعلم السياسة ثانياً، ثم انتقل البحث لدراسة وتحليل ومقارنة تطور هذا الحق في الدساتير التي نشأت في اليمن؛ في ظل الأنظمة الشطرية، وفي ظل الوحدة وإعلان الجمهورية اليمنية، وما ترتب على ذلك من ممارسات وتطبيقات عملية؛ جسدت مدى مراعاة المشرع الدستوري واهتمامه، بتقرير هذا الحق في أهم وأسمى وثيقة قانونية في الدولة، وأعلىها مكانة وهي وثيقة الدستور.

وباستقراء النصوص وإجراء المقارنة بين تلك الدساتير - فيما يتعلق بهذا الحق تحديداً - توصل الباحث إلى حقيقة مفادها، أن المشرع الدستوري لم يقف في صياغته القانونية، عند مستوى النص عليه في الدستور فحسب، بل ترجم ذلك إلى فرض أنشطة وممارسات تكفل السلطة التشريعية بتنظيمها، ومن خلالها يستطيع كل مواطن توفرت لديه الشروط القانونية، من التمتع بمزاولة الحق في الترشيح والانتخاب في مختلف العمليات الانتخابية، والاستفتاءات العامة، وانطبق ذلك بوضوح أكثر واقعية، على دستور دولة الوحدة وتعديلاته، وما ترتب عليه من تجارب عديدة ومتنوعة للمشاركة السياسية.

كما ساعد المضي في البحث على الكشف عن مدى التطور الذي وصل إليه النظام الدستوري في اليمن في هذا المجال، وحرص المشرع على مواكبة الظروف والأحوال التي كان يمر بها المجتمع في مختلف المنعطفات والمراحل التاريخية، وبالنسبة لمختلف مجالات الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

وقد خلصت في نهاية البحث، إلى إبراز أهم النتائج والتوصيات على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

1. تبين أن حق المشاركة في الحياة السياسية، هو الحق الذي يُحوّل للأفراد المساهمة والمشاركة في حكم أنفسهم، من خلال الاشتراك في الانتخابات المختلفة، والاستفتاءات المتنوعة، وكذا الترشح للهيئات والمجالس المنتخبة، وأخيراً من خلال تمكينهم من تقلد الوظائف العامة في الدولة، وبوجه عام تمكينهم من المشاركة في اتخاذ القرارات التي تصدرها الأجهزة والسلطات الحكومية.
2. ظل مبدأ المشاركة السياسية المنصوص عليه في الدساتير التي صدرت في الجمهورية العربية اليمنية، بعد ثورة 26 سبتمبر 1962، مبدأً نظرياً، لم يجد طريقه الى التطبيق الفعلي، إلى أن قامت انتفاضة 5 نوفمبر 1967، حيث بدأت الملامح الأولى للمشاركة السياسية تظهر بوضوح من خلال تغيير شكل رئاسة الدولة من النمط الفردي الى النمط الجماعي، وإنشاء لجنة تأسيسية لإعداد مشروع دستور دائم وعرضه على الشعب لمناقشته وابداء الرأي فيه، ثم صدوره سنة 1970، متبنياً في إحدى مواده، نصاً يحرم الحزبية ويعتبرها نوعاً من العمالة، وعلى هذا الأساس جرى انتخاب أول مجلس شورى سنة 1971.
3. في جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية، وفي ظل دستور سنة 1970، لم يكن يسمح للأحزاب السياسية من ممارسة أي نشاط حزبي علني، وجرى دمج التنظيمات السياسية الموجودة في تنظيم سياسي واحد، هو الجبهة القومية للتنظيم الموحد، الذي سيصبح فيما بعد الحزب الاشتراكي اليمني، لذلك فإن الحديث عن تطور الحق في المشاركة السياسية، لم يكن ليتأتى إلا في نطاق الحزب الواحد، وهذه الصيغة تُعد في تصور الباحث، تأييداً ودعماً للنظام السياسي القائم، أكثر منها وسيلة لاختيار الحكام.

4. مثلت الوحدة بين شطري اليمن التي تحققت في 22 مايو سنة 1990، نقطة فاصلة في الحياة السياسية للمجتمع اليمني، حيث اقترن تحقيقها بالديمقراطية والمشاركة في السلطة وصنع القرار، وكانت المشاركة في الاستفتاء العام الذي جرى على مشروع دستور دولة الوحدة سنة 1991، أول عملية تطبيقية للمشاركة، وأجبتها اتفاقية اعلان الجمهورية اليمنية وتنظيم الفترة الانتقالية.

5. حفل دستور دولة الوحدة الصادر سنة 1991، بتطور تشريعي حديث، يتماشى مع الظروف والمتغيرات التي طرأت على الساحة اليمنية في تلك المرحلة المهمة، وكان من أبرز سماته ضمان الحقوق والحريات العامة لكافة المواطنين، والذي يأتي في الصدارة منها حقهم في المشاركة السياسية، باعتباره من أهم دعائم نظام الحكم الديمقراطي، حيث تضمن العديد من المواد والنصوص الدستورية التي تتبني الخيار الديمقراطي في تولي السلطة وتداولها سلمياً.

6. لم يصمد دستور دولة الوحدة طويلاً، فسرعان ما تعدلت أحكامه سنة 1994، وبموجب هذا التعديل أصبحت حرية تكوين الأحزاب والتنظيمات السياسية مكفولة صراحةً، فزال الغموض الذي أحاط بالنص الدستوري المتعلق بتنظيمها، وتحول شكل رئاسة الجمهورية إلى النمط الفردي بدلاً من الجماعي، كما تغيرت طريقة انتخاب الرئيس، فأصبحت مشتركة بين مجلس النواب والشعب، وتحددت مدة التولية للمنصب بدورتين انتخابيتين على الأكثر، وباستحداث مجلس استشاري من الخبرات الفنية المتخصصة والكفاءات الوطنية، ترسخ الحق في المشاركة السياسية بشكل أوسع من ذي قبل، وبلغ مستواه درجة عالية وغير مسبوقه من التطور.

7. كشف البحث عن تراجع مؤسف للتطور الدستوري الذي كان قد تحقق لمبدأ الحق في المشاركة السياسية في التعديل الدستوري الثاني سنة 2001، وذلك عندما تم تمديد مدة مجلس النواب إلى ست سنوات شمسية، وتمديد الدورة الرئاسية لرئيس الجمهورية إلى سبع سنوات، والنيل من الضمانات

الدستورية التي كانت مقررة لحل مجلس النواب من قبل رئيس الجمهورية، حينما تقرر له ذلك في حالات محددة، دون الحاجة لاستفتاء الشعب.

ثانياً: التوصيات

1. يوصي الباحث بضرورة قيام أجهزة الثقافة والإعلام والتربية والتعليم ودور النشر، بإيضاح المفاهيم الدستورية التي كفلها الدستور لكل المواطنين، والعمل على نشر الوعي الحقوقي والقانوني في أوساط الشباب والمواطنين لإبراز حقيقة ومضمون هذه المفاهيم، وفي مقدمتها حقهم الدستوري في المشاركة السياسية لبلدهم، وسائر الحقوق والحريات الأساسية الأخرى، وأن يكون ذلك مقررًا في المناهج المدرسية والجامعية.
2. يوصي الباحث المشرع الدستوري بمراجعة التجارب الدستورية التي مرت بها اليمن؛ سواءً قبل الوحدة المباركة أم بعدها، والحرص على الاستفادة من الإيجابيات التي تميز بها كل دستور والبناء عليها، والعمل على تجنب القصور في صياغة النصوص الدستورية التي كانت سبباً في حرمان وانتقاص المواطنين من التمتع بكافة حقوقهم السياسية في مراحل مختلفة من التاريخ، لما لذلك من تأثير كبير على ازدهار المجتمع، وتطور نظامه السياسي.
3. يوصي الباحث قادة الفكر والسياسة والخبراء المتخصصين في الدراسات الدستورية، وكل من له تأثير في مستقبل اليمن، أن يدركوا عظمة الوحدة اليمنية، وما حفل به دستورها من تغيير شامل في مختلف مجالات الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وفي مجال الحقوق والحريات السياسية على وجه الخصوص، مقارنةً بما كان عليه الوضع الدستوري، وما كان يعيشه المجتمع من قهر وحرمان في ظل الدساتير الشطرية، وأن يكرسوا جهودهم وأنشطتهم في كل ما يسهم في استمرار بقائها، وترسيخ قيمها، والمحافظة على أهم مكتسباتها وخاصة المتعلقة بالحرية والديمقراطية.

4. يوصي الباحث المشرع الدستوري اليمني، بالتراجع عن تمديد فترة الدورة النيابية لمجلس النواب التي أقرها بست سنوات شمسية في التعديل الثاني للدستور سنة 2001، وفترة الدورة الرئاسية لرئيس الجمهورية، التي أقرها كذلك بسبع سنوات شمسية، وأن تكون المدة محددة بأربع سنوات لمجلس النواب وخمس سنوات لرئيس الجمهورية، وهذا ما تسير عليه دساتير أغلب الدول الديمقراطية.
5. يوصي الباحث المشرع الدستوري اليمني، بضرورة مراجعة الضمانات الدستورية التي أقرها في التعديل الثاني للدستور سنة 2001، لحل مجلس النواب من قبل رئيس الجمهورية دون الحاجة لاستفتاء الشعب، وأن تكون الحالات التي تحمله على الحل أكثر وضوحاً وتحديداً، بما يؤدي إلى التطبيق السليم لمبدأ الفصل بين السلطات، ويتحقق معه التوازن المطلوب بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، ويمنع هيمنة إحداهما على الأخرى.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب العامة والمتخصصة.

1. د. إبراهيم شيحا، القانون الدستوري، تحليل النظام الدستوري المصري في ضوء المبادئ الدستورية العامة، الدار الجامعية، بيروت، 1983.
2. د. أبو بكر مرشد فازع الزهيري، مبادئ النظم السياسية المعاصرة، مكتبة ومركز الصادق للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء- الجمهورية اليمنية، الطبعة الثالثة، 2015.
3. أحمد محمد الكبسي، نظام الحكم في الجمهورية اليمنية (1990-2002)، الوكالة اليمنية للدعاية والإعلان والنشر، صنعاء، 2002.
4. أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرفاعي، الجزء الأول، بدون تاريخ.
5. د. الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
6. د. إلهام محمد مانع، الأحزاب و التنظيمات السياسية في اليمن، (دراسة تحليلية 1948 - 1993)، الكتاب الثاني، صادر عن مجلة الثوابت اليمنية، صنعاء، 1414هـ - 1994.
7. د. أنور أحمد رسلان، الديمقراطية بين الفكر الفردي والفكر الاشتراكي، بدون تحديد مكان النشر، 1971.
8. د. ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005م.
9. د. جلال عبد الله معوض، أزمة المشاركة السياسية في الوطن العربي، بحث منشور بمجلة المستقبل العربي، العدد (55) سبتمبر 1983.

10. د. حسني قمر، الحماية الجنائية للحقوق السياسية (دراسة مقارنة) بين التشريعين الفرنسي والمصري، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2006.
11. خالد بن محمد القاسمي، الوحدة اليمنية حاضراً ومستقبلاً، دار الشباب للنشر، الطبعة الثانية، 1987.
12. د. داوود الباز، حق المشاركة في الحياة السياسية (دراسة تحليلية للمادة (62) من الدستور المصري مقارناً مع النظام في فرنسا)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
13. د. دائل محمد إسماعيل المخلافي، الإدارة المحلية (أسس وتطبيقات)، دار الفكر، دمشق بالاشتراك مع دار الفكر المعاصر، بيروت الطبعة الأولى، 1994.
14. سعيد أحمد الجناحي، أنظمة اليمن بين الشورى السبئية وديمقراطية الوحدة، مطابع دائرة التوجيه المعنوي، صنعاء، الطبعة الأولى، 2005.
15. د. سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، دار الفكر العربي، الطبعة السادسة، 1996.
16. صالح حسن سميع، أزمة الحرية السياسية في الوطن العربي، دراسة علمية موثقة، الزهراء للإعلام، العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1988.
17. د. عبدالرحمن أحمد المختار، الوجيز في القانون الدستوري والنظام الدستوري اليمني، الأمين للنشر والتوزيع، صنعاء، 2020.
18. عبد القوي القيسي، تشريعات المجلس الوطني في الجمهورية العربية اليمنية (1969-1971م)، مطابع وكالة الأنباء اليمنية - سبأ، الطبعة الأولى، 2004.
19. عبد الناصر حسين المودع، من موسوعة العلوم السياسية، بدون تحديد مكان الطبع، 2006.
20. د. فضل علي أحمد أبو غانم، القبيلة والدولة في اليمن، الطبعة الأولى، دار المنار، القاهرة، 1990.

21. د. قائد محمد طربوش، أنظمة الحكم في الدول العربية، تحليل قانوني مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007.

22. د. محمد عبد الملك المحبشي، مدخل لدراسة القانون، مركز جامعة العلوم والتكنولوجيا للكتاب الجامعي، صنعاء، ط1، 2013م.

23. د. محمد عصفور، الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي، بدون تحديد دار نشر، الطبعة الأولى، 1961، ص (ب، ج) من المقدمة.

24. د. محمد كامل ليله، النظم السياسية (الدولة والحكومة)، دار الفكر العربي، بدون تاريخ.

25. د. مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري ومبادئ الأنظمة السياسية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.

26. د. مطهر محمد إسماعيل العزي، التطور الدستوري في الجمهورية العربية اليمنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983.

27. مطهر محمد إسماعيل العزي، المبادئ العامة للأنظمة السياسية المعاصرة (موقف المشرع اليمني منها)، مكتبة مركز الصادق، صنعاء، الطبعة الثالثة، 2006.

28. د. ياسين محمد عبد الكريم الخراساني، المركز الدستوري لرئيس الدولة في الجمهورية اليمنية، دراسة مقارنة، وزارة الثقافة والسياحة، صنعاء، 2004.

ثانياً: الرسائل العلمية:

1. تريعة نوار، صور المشاركة الشعبية في النظام الدستوري الجزائري، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.

ثالثاً: المعاجم.

1. المعجم الفلسفي، صادر عن مجمع اللغة العربية، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، القاهرة، 1399هـ - 1979م.
2. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط2، د.ت.
3. المنجد في اللغة والأعلام، دار المشرق، بيروت، لبنان، الطبعة التاسعة والثلاثون، 2002م.
4. قاموس الكشاف، صالح شلهوب، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 1420هـ 2004م.
5. لسان العرب للعلامة ابن منظور، الجزء السادس، دار إحياء التراث العربي بالمشاركة مع مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1417هـ. 1997م.
6. معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق وضبط عبد السلام هارون، المجلد الثالث، دار الجيل، بيروت - لبنان.

الدراسات والأبحاث المتخصصة.

1. أحمد جزولي، الديمقراطية نظرياً والمشاركة سياسياً (مطافات التحول وحقيقة الرهان)، في المؤلف الجماعي (المسألة الديمقراطية في الوطن العربي)، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت الطبعة الأولى، 2000.
2. د. بلقيس أحمد منصور، الأحزاب السياسية والتحول الديمقراطي (دراسة تطبيقية على اليمن وبلاد أخرى)، مكتبة مدبولي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2004.
3. جلوفكايا. إيلينا، التطور السياسي للجمهورية العربية اليمنية، ترجمه ونقله إلى العربية: محمد علي عبدالله البحر، إعداد وتوثيق مركز الدراسات والبحوث اليمني، صنعاء، الطبعة الأولى، 1994.
4. حسن أبو طالب، الوحدة اليمنية - دراسات في عمليات التحول من التشطير إلى الوحدة، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، الطبعة الأولى، 1994.

5. د. حسن محمد الظاهر، (مفهوم المشاركة السياسية)، دراسة منشورة بمجلة دراسات يمنية، مجلة فصلية تصدر عن مركز الدراسات والبحوث اليمني، العدد (37)، يوليو، أغسطس، سبتمبر، 1989، صنعاء.
6. زايد محمد جابر، الانتخابات النيابية - تجربة عقد من الزمن (دراسة تحليلية مقارنة لثلاث تجارب انتخابية (97،93،2003)، قراءات سياسية، ملف شهري صادر عن مركز البحوث والمعلومات بوكالة الأنباء اليمنية (سبأ)، العدد (11-12)، إبريل - مايو 2003، صنعاء.
7. سعيد أحمد الجناحي، أحمد الشرعي، اليمن "الدورة الانتخابية الكاملة"، إصدار المركز العام للدراسات والبحوث والإصدار، صنعاء.
8. عبد الملك سعيد، المؤتمر الشعبي العام: أيديولوجيته - هيكله التنظيمي وبرامجه السياسية (دراسة تحليلية)، منشورة في مجلة الثوابت الصادرة عن المؤتمر الشعبي العام، العدد 44، إبريل - يونيو 2006، صنعاء.
9. د. عبدالهادي أحمد الجوهري، دراسات في علم الاجتماع السياسي (سلسلة علم الاجتماع المعاصر)، الكتاب الستون، مكتبة نهضة الشرق، جامعة القاهرة، 1985.
10. عبد الولي هزاع مقبل، مضامين الإصلاح الاقتصادي الوطني، مجلة قضايا العصر، مؤسسة 14 أكتوبر، عدن، العدد 14، 1991.
11. د. قائد محمد طربوش، السلطة التشريعية والمرأة في الدول العربية، تحليل قانوني مقارن، مركز الدراسات والبحوث اليمني، الطبعة الأولى، 2004، صنعاء.
12. أ. مجاهد صالح الشعبي، الانتخابات النيابية اليمنية وإعادة رسم الخارطة السياسية والحزبية في اليمن (1993-2003)، دراسة منشورة في مجلة الثوابت، العدد (44).
13. محمد أحمد العثماني، الفلسفة السياسية والدستورية لدولة الوحدة اليمنية (1918-2003)، مركز النهار للدراسات السياسية، مطابع مؤسسة الثورة للصحافة والنشر، صنعاء، الطبعة الأولى، 2003.

14. محمد حسين الفرح، الانتخابات النيابية متعددة الأحزاب في اليمن 1997، (دراسة تحليلية وثائقية مقارنة بانتخابات 1993)، مركز دراسات المستقبل، صنعاء، 1998.
15. منصور على البشير، دور الشباب في الحياة السياسية اليمنية، بحث منشور في مجلة الثوابت، صادرة عن المؤتمر الشعبي العام، العدد (44) أبريل - يونيو، 2006، صنعاء.
16. نشوان محمد السميري، التعددية السياسية في اليمن (أسس التجربة وحدود الممارسة)، مكتبة الجيل الجديد - المركز اليمني للدراسات الاستراتيجية، صنعاء، الطبعة الأولى، 2001.
17. د. ياسين الشيباني، الفقر والديمقراطية (الحالة اليمنية)، بحث منشور في مجلة الثوابت، صادرة عن المؤتمر الشعبي العام، العدد (32) إبريل - يونيو 2003، صنعاء.

التقارير والوثائق الرسمية:

1. الاتجاهات الأساسية للإصلاح السياسي والاقتصادي الشامل، وثيقة أقرتها اللجنة المركزية للحزب الاشتراكي اليمني في الدورة 29 فبراير، 1990، مطابع الهمداني، عدن.
2. تقرير التنمية الإنسانية العربية الصادر عن برنامج الأمم المتحدة الإنمائي بالمشاركة مع الصندوق العربي للإئتماء الاقتصادي والاجتماعي لعام 2003م.

الديساتير والقوانين.

1. دستور الجمهورية اليمنية، الجريدة الرسمية، وزارة الشؤون القانونية، صنعاء، 1991.
2. دستور الجمهورية اليمنية، الجريدة الرسمية، وزارة الشؤون القانونية، صنعاء، 1994.
3. دستور الجمهورية اليمنية، الجريدة الرسمية، وزارة الشؤون القانونية، صنعاء، 2001.
4. قانون السلطة المحلية ولائحته التنفيذية، صادر عن وزارة الإدارة المحلية، الطبعة الثانية، مطابع وكالة الأنباء اليمنية (سبأ)، 2001، صنعاء.



مجلة العلوم القانونية والاجتماعية
Journal of Legal and Social Sciences

الصفحة الرسمية للمجلة : www.sabauni.net/ojs

مجلة العلوم القانونية والاجتماعية Journal of Legal & Social Sciences

عنوان البحث: فكرة الأخذ بالاعتبار ومنازعات عقود التجارة الدولية في مجال القانون الدولي الخاص

د. عبد الحميد عبدالله سعيد القرشي

أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد كلية

الشرطة - أكاديمية الشرطة

ملخص البحث

معلومات البحث

اهتم موضوع فكرة الأخذ بالاعتبار ودورها في منازعات التجارة الدولية بمعالجة القصور المتعلق بالفهم لهذه الفكرة في مجال القانون الدولي الخاص، حيث تناول البحث بيان مقصود الفكرة ومعناها وحدود استعمالها وذلك مقابل الفهم الذي قدمه الفقه القانوني التقليدي بصدد هذه الفكرة.

تاريخ تسليم البحث:

٦ مارس ٢٠٢٣ م

وبناءً عليه أوضح البحث دور هذه الفكرة في تطوير الآلية المتبعة في حسم منازعات التجارة الدولية، حيث ساعدت فكرة الأخذ بالاعتبار في تلافي القصور الذي صاحب آلية التنازع التقليدية، كما ساهمت الفكرة في كسر الجمود الملازم لآلية التنازع التقليدية وصولاً إلى تحقيق مقتضيات التجارة الدولية المتمثلة باحترام توقعات الأطراف المشروعة والحفاظة على التوازن العقدي وتحقيق العدالة والانصاف بين أطراف منازعات التجارة الدولية، وذلك من غير الاعتماد على ما هو كائن في التشريعات القانونية للدول وإنما وفقاً لما يجب أن يكون عليه الحال في واقع مجتمع التجارة الدولية.

تاريخ قبول البحث:

١٦ مارس ٢٠٢٣ م

وقد اعتمدت في كتابة هذا البحث على المنهج التأصيلي، بحيث تُستقرأ الأفكار المتعلقة بموضوع البحث (فكرة الأخذ بالاعتبار في منازعات التجارة الدولية) من المؤلفات، ومن بعض التشريعات الوطنية والدولية، وكذا من أحكام التحكيم والأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن. وخرجت في نهاية هذا البحث بمجموعة من النتائج والتوصيات.

الباحث: د. عبد الحميد عبدالله سعيد القرشي.

البريد الإلكتروني:

qer.hameed71@gmail.com

Abstract

The research deals the idea of legal jurisprudence, its meaning, and the limits of its use.

Accordingly, the gap in considering this idea in the development of trading in the trading method in resolving international trade disputes, as the idea of consideration helped to avoid the shortcomings that accompanied the traditional dispute mechanism, and also contributed to break the stalemate inherent in the traditional dispute mechanism in order to achieve the requirements of international trade represented in respect stations, maintaining balance and maintaining international trade.

In writing this research, I relied on the original approach, so that the ideas related to the subject of the research (the idea of taking into account international trade disputes) are extrapolated from the literature, and from some national and international legislation, as well as from arbitration and judicial rulings issued in this regard. At the end of this research, I came out with a set of results and recommendations.

مقدمة:

الوقوف على منازعات عقود التجارة الدولية وممارسة العمل في حقلها إنما يتم وفق أولويات ترسم ليتم السير عليها، وتبدي أول تلك الأولويات في السعي الخيث نحو تحقيق الهدف الأسمى للقانون الدولي الخاص، المتمثل في التنسيق المشترك بين مختلف الأنظمة القانونية للدول، غير أن هذا السعي قد يقترن به ما يعارضه ويعيق انجازه، ومن تلك العوائق مثلاً التباين الشديد والكبير بين النظم القانونية، الأمر الذي قد يجعل التوفيق والتنسيق بين تلك القوانين صعب المنال.

وتترتب الأولويات تبعاً لتفرض نفسها في هذا الميدان، فتأتي أولوية لتوجب احترام توقعات الأطراف المشروعة والعمل على تحقيقها، لكن مع الأخذ في الحسبان ما قد يناقض ويعترض ذلك، وهو أن توقعات الأطراف تلك وإن كانت مشروعة إلا أنها قد تكون متعارضة، وإذا كان الحال كذلك فما هو السبيل لإحترام وتلبية تلك التوقعات المتعارضة؟ وتظل أولوية أخرى لتلزم من يهمله شأن التجارة الدولية بأن يحافظ على التوازن العقدي الذي حققه الأطراف من خلال مفاوضاتهم، بل وتوجب هذه الأولوية أن يُعاد ذلك التوازن كلما اختل، لكن قد يرافق هذا الحال ما يناقضه كذلك؛ مثل التفاوت بين أطراف العقد من الناحية الاقتصادية، ما يعني إمكانية فرض شروط العقد بطريقة تحكيمية من أحد الأطراف على الطرف الآخر، الأمر الذي يسفر عنه تحقق ظاهرة الإذعان، وهذا قد يمنع من المحافظة على ذلك التوازن أو إعادته إذا إختل.

وبالتأكيد تلحق تلك الأولويات أولوية هامة تتبع هذه المرة من ضمير من يتولى فض منازعات عقود التجارة الدولية، فتملي عليه واجب تحقيق العدالة والالتزام الإنصاف بين أطراف عقودها، وهذا يفترض مراعاة كل ما قد يؤثر في ذلك وينقضه، كمنع وقوع القطيعة بين أفراد مجتمع التجارة الدولية الذين يأملون في العودة إلى التعامل فيما بينهم في صفقات مستقبلية، وغير ذلك مما يجب مراعاته، كما تلوح أهم أولوية في هذا المضمار، وهي النجاح في تحقيق الفاعلية للأحكام التي تصدر في منازعات التجارة الدولية، وذلك بضمان تنفيذها على

الصعيد الدولي، وقد يناقض هذا بالطبع عدم إمكانية توقع الدولة التي يراد تنفيذ الحكم فيها حتى يتم التمكن من مراعاة قانونها، ومع ذلك فالضرورة تفرض ضمان هذا التنفيذ للحكم في أي مكان يراد تنفيذه فيه.

وبناءً على كل ما سبق، يتجسد حال المهتمين بشؤون التجارة الدولية - ومشجعيها والداعين إلى تطويرها وإزدهارها- في وضع لا يحسدون عليه، فهم واقعون بين أهداف يسعون إلى تحقيقها، ومتناقضات وعوائق تحول دون نجاحهم، أضف إلى ذلك صعوبة التوفيق بين تلك الأهداف والمتناقضات، والأشد من ذلك غياب الآلية الواضحة والتي كان من المفترض أن توضع بين أيديهم ليستعينوا بها في عملهم، فأصبح حالهم كمن قيل فيه:

رماه في اليم مكتوفاً وقال له
إياك إياك أن تبتل بالماء.

وأمام كل هذه العوائق يصعب في الواقع مجرد القول - فضلاً عن الإلزام - بتحقيق كل تلك الأهداف المرجوة، ما لم تتح العديد من الوسائل والآليات التي تعين على ذلك، ونعتقد أن أهم وسيلة من تلك الوسائل - طبعاً إلى جانب النصوص القانونية الوطنية والدولية النازمة لمنازعات عقود التجارة الدولية - تتمثل فيما تعمد واضعو التشريعات النص عليه ضمن النصوص القانونية المتصلة بهذا الشأن، والتي تسمح بمراعاة بعض الأمور وأخذها في الاعتبار، وهذا لا شك يفتح المجال واسعاً أمام العاملين والمجتهدين من قضاة العقود الدولية (وطنيين أو محكمين)، وكذا المشرعين من مقايسة ومقابلة المسائل، كما تمكنهم من التسديد والمقاربة حتى يتوصلوا إلى أكبر قدر ممكن في تحقيق ما يطلبونه وينشدونه.

مشكلات البحث: تتمثل مشكلات البحث في الآتي:

- 1- اتساع الفجوة بين واقع التجارة الدولية وبين آلية التنازع كمنظومة قانونية لحسم منازعات عقود التجارة الدولية، وما يعترئها من نقص وقصور وتعارض.
- 2- إلزام قاضي العقد الدولي بإتباع قواعد محددة بعينها وحصره فيها، والتلويح بعصا البطلان إن هو لم يلتزم حرفية التطبيق لها.

3- تدني الفهم وقلة الاستيعاب الأمثل للبيئة الدولية التي تمارس فيها التجارة الدولية مقارنةً ببيئة التجارة الداخلية الوطنية.

تساؤلات البحث: تُثير مشكلة البحث التساؤلات الآتية:

1- ما هي حقيقة مركز القواعد القانونية الوطنية والدولية أمام قاضي العقد الدولي ومدى ملاءمتها لواقع التجارة الدولية.

2- ما الإشارات التي يمكن إستنباطها من بعض النصوص القانونية الواردة في التشريعات - الوطنية والدولية - وتسخير ذلك في إزالة العوائق بشأن منازعات عقود التجارة الدولية والتي تحول دون تطور وإزدهار هذا المجتمع.

3- ما هي حدود استعمال فكرة الأخذ بالاعتبار في مجال عقود التجارة الدولية، وما هو دورها في الإجابة على هذه التساؤلات المثارة في هذا الشأن.

أهداف البحث: يهدف هذا البحث إلى تحقيق الآتي:

1- تصحيح الفهم القاصر عن فكرة الأخذ بالاعتبار وتجليه دورها الفعال في إيجاد الحلول المناسبة لمنازعات عقود التجارة الدولية.

2- إتاحة الفرصة لإبتكار الجديد والمناسب من الحلول والآراء المواكبة للتطورات المتسارعة في حقل التجارة الدولية، حتى يتم التمكن من المساهمة في إيجاد وإستكمال المنظومة القانونية الفعالة في حل إشكالات عقود التجارة الدولية.

3- بيان المقصود فيما ورد ببعض النصوص القانونية - الوطنية والدولية - المتعلقة بهذا الموضوع في ظل مفهوم فكرة الأخذ بالاعتبار.

منهجية البحث:

ستتبع هذه الدراسة المنهج الوصفي والتأصيلي، بحيث تستقرء الأفكار المتعلقة بموضوع الدراسة (فكرة الأخذ بالاعتبار في منازعات التجارة الدولية) من المؤلفات، كما سيتم استقراء النصوص القانونية لهذا الموضوع - ما أمكن - في بعض التشريعات الوطنية والدولية، وكذا استقراء بعض - ما أمكن - من أحكام التحكيم والأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن، لنستخلص من ذلك تأصيلاً لفكرة (الأخذ بالاعتبار) في المجال القانوني عموماً وفي مجال القانون الدولي الخاص على وجه الخصوص.

خطة البحث:

تم تقسيم البحث إلى مبحثين، تم تخصيص المبحث الأول منه لبيان المقصود بفكرة الأخذ بالاعتبار ودورها في تلافي قصور آلية التنازع، وتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، تناول المطلب الأول منه المقصود بفكرة الأخذ بالاعتبار لدى الفقه القانوني، وتناول المطلب الثاني دور فكرة الأخذ بالاعتبار في تلافي قصور آلية التنازع. أما المبحث الثاني فتم تخصيصه لبيان كسر جمود آلية التنازع بواسطة فكرة الأخذ بالاعتبار لتحقيق مقتضيات التجارة الدولية، وتم تقسيمه إلى مطلبين، حُصص المطلب الأول منه لتوضيح كسر جمود آلية التنازع بواسطة فكرة الأخذ بالاعتبار، بينما حُصص المطلب الثاني لبيان كيفية تحقيق مقتضيات التجارة الدولية بواسطة فكرة الأخذ بالاعتبار. وتضمن هذا البحث في نهايته مجموعة من النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

المقصود بفكرة الأخذ بالاعتبار ودورها في تلافي قصور آلية التنازع

تمهيد وتقسيم:

الأخذ بالاعتبار كفكرة، لها وجود قانوني مباشر في تنظيم منازعات عقود التجارة الدولية، وهذا أمر لا جدال فيه، فقد تضمنتها العديد من النصوص القانونية - الوطنية والدولية - على حدٍ سواء⁽¹⁾، وأكثر من ذلك إن تلك النصوص المشتملة على فكرة الأخذ بالاعتبار سمحت بإستعمال الفكرة كآلية ووسيلة يمكن من خلالها أن تفضّ وتحسم منازعات عقود التجارة الدولية.

(1) على سبيل المثال لا الحصر نذكر منها:

أولاً: في التشريعات الوطنية:

- 1- قانون التحكيم اليمني رقم (22) لسنة 1992م والمعدل بالقانون رقم (32) لسنة 1997م، والذي تنص المادة (45) منه على أنه: "... وفي جميع الأحوال على لجنة التحكيم.... وأن تأخذ بعين الاعتبار الأعراف والعادات....".
- 2- قانون التحكيم المصري الجديد رقم 27 لسنة 1994م في المادة (3/35) منه إذ نصت على أنه: "يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف التجارية في نوع المعاملة". ومثله كثير من القوانين العربية.
- 3- قانون الإجراءات الفرنسي لسنة 1980م، في المادة (1496) منه والتي نصت على: "إن المحكم يحكم وفق.... وفي جميع الأحوال يتعين على المحكم أن يأخذ بعين الاعتبار الأعراف التجارية".

ثانياً: في التشريعات الدولية:

- 1- الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي (جنيف 1961) والتي تقرر المادة (7) منها أنه: "... وفي كلتا الحالتين أن يأخذ في الاعتبار عادات التجارة الدولية...".
- 2- المادة (3/35) من نظام التحكيم الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأنستيزال) بصيغتها المنقحة في عام 2010م، والتي تقرر أنه: "وفي جميع الأحوال، تفصل هيئة التحكيم في المنازعة وفقاً لشروط العقد إن وجدت، وتراعي في ذلك أي أعراف تجارية سارية على المعاملة".
- 3- المادة (2/21) من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس الصادرة عام 2012 والمعدلة عام 2017م النافذة اعتباراً من أول مارس 2017 والتي تقرر أنه: "تأخذ هيئة التحكيم بعين الاعتبار أحكام العقد المبرم بين الطرفين إن وجد، كما تأخذ بعين الاعتبار أي أعراف تجارية ذات صلة".
- 4- المادة (90) من اتفاقية فينا الخاصة بعقود البيع الدولية للبضائع المرمة في 1980/4/11م والتي تنص على أنه: "بتعين تطبيق الأعراف والعادات الأكثر شيوعاً والمرعية بانتظام من قبل الأطراف في العقود ذات النمط....".
- 5- اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي المرمة في 1987/4/14م والتي تقرر في المادة (1/21) منها أنه: "... على أن تراعي قواعد الأعراف التجارية الدولية المستقرة...".
- 6- قواعد التحكيم الصادرة عن الأمم المتحدة ولائحة التحكيم للجنة الأوروبية ولائحة اللجنة الاقتصادية للأمم المتحدة لدول آسيا والشرق الأقصى المعروفة باسم CEAO جميعها تشير إلى أن على "محكمة التحكيم في جميع الأحوال تضع في اعتبارها العادات التجارية وأحكام العقد". ولزيد من النصوص يُنظر د. أبو زيد رضوان: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1981م، ف 108 ص 179 وما بعدها.

لكن المدهش حقاً هو غياب التنظيم القانوني في تلك التشريعات - الوطنية والدولية - لمصطلح الأخذ بالاعتبار، مع ما لهذه الفكرة من أهمية وفائدة خاصة في مجال القانون الدولي الخاص، الذي يُجري دائماً مفاضلة وانتقاء لأنسب الحلول التي تتضمنها القوانين ذات الصلة والتي تدعي قابليتها وأفضليتها في حسم النزاع، وكل ذلك لايتأتى إلا بعد مراعاة جوانب شتى لا سبيل الى الاطمئنان بشأنها ما لم تحظر وبقوة فكرة الأخذ بالاعتبار.

ومع هذه الأهمية للفكرة إلا أن الواقع يؤكد غياب أي تنظيم لها، بل ما نجده هو أنها وردت مذكورة ضمن نصوص قانونية - وطنية ودولية - لكن دون إيضاح لمفهومها أو المقصود منها أو حتى بيان حدود استعمالها وما إلى ذلك مما يحتاج إلى بيان، والحقيقة أن القصور التشريعي في هذا المسار فرض على الفقه القانوني أن يقوم بدوره في تدارك وإكمال ما فات في التشريعات من ضبط لبعض مسائل هذه الفكرة، وفعلاً تصدى الفقه لذلك لكنه هو الآخر تعرض للفكرة على استحياء ولم يُعطيها حقها من التأصيل وبيان الدور الذي تلعبه في حقل منازعات التجارة الدولية.

ونحن نتساءل بدورنا عن المقصود بفكرة الأخذ بالاعتبار، وكذا عن موقف الفقه القانوني منها، وهذا ما سنتناوله في (المطلب الاول) من هذا المبحث، ثم نعرض في (المطلب الثاني) منه لدور فكرة الأخذ بالاعتبار في ظل مفهومها الواسع - والصحيح على الأقل من وجهة نظرنا - في تلافي قصور آلية التنازع عند حسمها لمنازعات عقود التجارة الدولية.

المطلب الأول

مقصود فكرة الأخذ بالاعتبار لدى الفقه القانوني

المتأمل في كتابات فقهاء القانون الدولي الخاص وطريقتهم في تناول فكرة الأخذ بالاعتبار، يجد أنهم تناولوها لكن بسطحية غير معهودة عنهم، خاصةً إذا قوبل ذلك بإثرائهم المستفيض لكل ما يتعلق أو يتصل بالقانون الدولي الخاص. ومنحى الفقه القانوني هذا حيال فكرة الأخذ بالاعتبار يحتم علينا أن نستعرض دور هذا الفقه في تناول المقصود بهذه الفكرة وهذا ما سنخصص له (الفرع الأول) من هذا المطلب، ثم نعرض في (الفرع الثاني) منه لمقصود فكرة الأخذ بالاعتبار الذي يستقيم وينسجم مع مقتضيات التجارة الدولية وما يتغياها القانون الدولي الخاص.

الفرع الأول

دور الفقه في تناول مقصود فكرة الأخذ بالاعتبار

نالت فكرة الأخذ بالاعتبار كثيراً من التهميش والهضم لدى فقهاء القانون الدولي الخاص، وبالتتبع والاستقراء لما قالوه عنها وفيها يظهر جلياً الوضع السائد عند هذا الفقه⁽¹⁾، فهو يتناول الفكرة ولكن على هامش اهتماماته مقارنةً بغيرها من الأفكار، والواقع أننا نجد فقهاء القانون الدولي الخاص في شأن هذه الفكرة على عدة أنماط سنعرض لها على التوالي:

النمط الأول: يتجسد هذا النمط في تناول الفكرة عندما ترتبط بقواعد القانون العام أو بالقواعد الآمرة -

القواعد ذات التطبيق الضروري - في التشريعات الوطنية أو الدولية، حيث يقوم الفقه القانوني بتحديد ماذا يراد

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985م، ص132؛ د. أشرف عبدالعليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1997/1998م، ص318؛ د. أشرف وفا محمد، المنافسة غير المشروعة في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م، ص154؛ د. محمد إبراهيم علي محمد، القواعد الدولية الآمرة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001م، ص93؛ د. نرمين محمد صبح، العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية، ط1، 2002م، ص261؛ د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995م، ص691؛ د. نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، 1998م، ص501.

من فكرة الأخذ بالاعتبار؟ ومن ثم إعطائها المعنى المقصود لها، لكنهم يقصرون مراد الفكرة ومعناها تحديداً في جزئية فريدة وعلى نوع دون غيره من القواعد القانونية ألا وهي (قواعد القانون العام والقواعد ذات التطبيق الضروي)، فيقررون أن معنى الأخذ بالاعتبار لا يعدو مجرد الاستشارة لهذه القواعد، ولعل السبب في ذلك أن الفكرة فرضت نفسها عليهم عند بحثهم عنها ضمن النصوص القانونية المتصلة بشأن القانون العام والقواعد ذات التطبيق الضروي، بحيث لا يجد من يتعرض لتلك النصوص بالدراسة بدءاً من تناولها والاشارة إليها وفقاً لهذا التحديد الضيق لمفهومها.

فعلى سبيل المثال ما ورد في القرار الذي تبناه مجمّع القانون الدولي الخاص في دور إنعقاده بمدينة (فايسبان) عام 1975م، والذي قررت المادة (1/1): "إن الصفة العامة لأحد نصوص القانون الواجب التطبيق لا تحول دون تطبيقه"، وأضافت الفقرة الثانية من نفس المادة أنه: "إذا كانت تلك القاعدة تعتبر شرطاً لتطبيق قاعدة قانونية أخرى" فليس هناك ما يمنع أخذها في الاعتبار"⁽¹⁾. وفي نفس السياق ما ورد في اتفاقية روما لسنة 1980م المنعقدة بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والتي أتاحت للقاضي أن يأخذ في اعتباره القواعد الأجنبية عن قانونه، حيث نصت المادة (7) منه، على أنه: "يجوز الاعتداد بالنصوص الأمرة في قانون دولة أخرى ترتبط بالمراكز المطروحة برابطة وثيقة...، بصرف النظر عن قانون العقد"⁽²⁾.

وعند تصدي بعض الشراح في فقه القانون الدولي الخاص لمثل هذه النصوص يبرز تهميش فكرة الأخذ بالاعتبار، فتحجّم فيه هذه الفكرة حين تعطى مفهوماً ضيقاً مدلولها، ويحصر معناها ومقصودها بمجرد استشارة النص الذي يجب أخذه في الاعتبار دون تطبيقه الحقيقي، وهذا ما تقرر لديهم عند تجلية معناها وبيان المقصود بها، معتمدين في ذلك على قياسها بمثلها الواردة في مسائل تتعلق ببعض فروع القانون الداخلي للدولة، ومنطلقهم - في القياس - أنهم ينظرون إلى تعامل القاضي الوطني مع قواعد القانون العام الصادرة من

(1) د. أحمد عبدالكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروي وقواعد القانون العام، مرجع سابق، ص133.

(2) ومثل هذا النص المادة (19) من القانون السويسري، يُنظر تفاصيل ذلك: د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص691.

مشرعه والذي يأتمر بأمره إذ ليس له مكنة الخروج عن هذه القواعد التي مآلها التطبيق لا محالة، وفي المقابل ينظرون إلى كيفية أخذ القاضي الوطني بالاعتبار قواعد القانون العام الأجنبي الذي لا أمر له عليه، إذ يكتفي بمجرد استشارة نصوصه والاستئناس بما فقط دون تطبيقها التطبيق الحقيقي، ثم يسقطون هذا الفهم على فكرة الأخذ بالاعتبار في مجال التجارة الدولية⁽¹⁾.

وتتملك الدهشة القارئ في هذا الموضوع، بل ويلزمه الاستغراب حين يجد أن هؤلاء الفقهاء وبعد ما قالوه عن معنى الفكرة والمقصود بها، يلغاهم يؤكدون على أن هذا المسلك يتنافى تماماً مع مضمون فكرة الأخذ بالاعتبار، فهم يقررون أن هناك فرق شاسع بين تطبيق القاعدة القانونية وبين أخذها بالاعتبار، فالتطبيق الحقيقي لها يتمثل بإزالة الحكم على الفرض، وذلك في أي نص قانوني، بينما الأخذ بالاعتبار لا يعدو استشارة هذا النص، بمعنى آخر يؤكد هذا الفقه أن القاضي - في ظل مفهوم الاستشارة للفكرة - يتعامل مع الشق الأول للنص القانوني فقط وهو (الفرض)، دون أن يحقق الأثر لهذا النص القانوني والمتمثل في (الحكم)، وهذا يعني أن القاضي يجرد النص من صفته القانونية ويتعامل معه على أنه واقعة مادية⁽²⁾ ليس إلا، وبذلك يخلع القاضي عن النص الواجب أخذه بالاعتبار صفة الإلزام، وهذا يتعارض مع ما ترجح في القانون الدولي الخاص ونظرية التنازع بشأن حقيقة مركز القواعد القانونية أمام قاضي العقد الدولي، حيث تم رفض القول أن النصوص القانونية مجرد وقائع مادية، وقرروا أن تلك القواعد تحتفظ بصفته القانونية مع مراعاة البيئة التي خلقت فيها⁽³⁾.

(1) وايضاحاً لذلك نورد هذا المثل والمتجسد بنص المادة (1/3) الواردة في قانون العقوبات المصري والتي تنص على أن: "كل مصري ارتكب خارج القطر فعلاً يعتبر جنائية أو جنحة في هذا القانون يعاقب بمقتضى أحكامه إذا عاد إلى القطر، وكان الفعل معاقباً عليه بمقتضى قانون البلد الذي ارتكب فيه"، إذاً فالقاضي المصري لن يعاقب الفاعل إن عاد إلى مصر بمقتضى قانون البلد الذي ارتكب فيه الفعل وإنما سينظر فقط في هذا القانون هل الفعل المرتكب مجرم فيه ومعاقب عليه؟ فإن كان كذلك فإنه يكتفي بهذا الاستئناس، لكنه يعاقب الفاعل بموجب القانون الجنائي المصري كون قواعده من صميم القانون العام. ومثل هذا النص المادة (7) من قانون العقوبات البلجيكي الصادر في 1978/5/17م.

(2) Chukwumerije (Okezie), Mandatory Rules of Law in international Commercial Arbitration, African Journal of International and Comparative Law, Volume 5 , October 1993, P.556.

(3) د. محمد عبدالله محمد المؤيد، الإطار العام للقانون الدولي الخاص والنظرية العامة والضوابط المقررة لتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار جامعة صنعاء، 2009-2010، ص88.

والواقع أن البعض في هذا الفقه لا يقبل الفكرة وإعمالها إلا إن كان النزاع معروضاً على التحكيم التجاري الدولي، أمّا لو كان النزاع معروضاً على القضاء الوطني فإنه يرفض إعمال الفكرة خاصة بصدد القواعد ذات التطبيق الضروري⁽¹⁾، وكأن النصوص القانونية الواردة بصدد فكرة الأخذ بالاعتبار تزيداً لا طائل منها، أضف إلى ذلك إن طريقة إعمال فكرة الأخذ بالاعتبار لدى هذا الفريق تستند على أفكار قانونية ربما لا تنطبق ولا توافق أو تناسب أساس هذه الفكرة، فهم يقدرّون أن المحكمون عند أخذهم بالاعتبار القواعد ذات التطبيق الضروري أمّا تمثل (قوة قاهرة)⁽²⁾، في حين أن شروط إعمال نظرية القوة القاهرة قد لا تتوفر، وهذا ما نقصده بإستناد هؤلاء عند تعاملهم مع الفكرة أنهم يعتمدون ويلجأون إلى أفكار قانونية لا تتفق مع أصل فكرة الأخذ بالاعتبار.

جدير أن يلاحظ في هذه المسألة شديد التناقض عند البعض في هذا الفريق، إذ أنهم توصلوا إلى آراء متضاربة، بل ويصدم بعضها بعضاً، فمنهم من صرح أنه لا فرق بين التطبيق الفعلي والأخذ بالاعتبار⁽³⁾، ومنهم من انتهى إلى أنه لا مرآة لديه في عدم سلامة العمل بفكرة الأخذ بالاعتبار في مجال القواعد ذات التطبيق الضروري، ويقرر أن هذه الفكرة غامضة إلى درجة لا يمكن قبولها⁽⁴⁾.

ونشير إلى أنّ العديد من المصطلحات - والتي تعتبر مرادفات للأخذ بالاعتبار - مثل (الاعتداد، إعطاء أثر، وجوب مراعاة، أخذها بالحسبان... وغيرها) وردت في نصوص قانونية وهي غير متصلة بهذا الجانب - قواعد القانون العام أو القواعد الآمرة - إلا أنّ هذا الفقه وفيما اطلعنا عليه لم يمنح فكرة الأخذ بالاعتبار في هذا

(1) د. أشرف وفا محمد، المنافسة غير المشروعة... مرجع سابق، ص154؛ د. محمد عبدالله المؤيد، مناهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة1997م، ص97.

(2) د. أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم... مرجع سابق، ص389؛ د. نرمن محمد صبح، العقد شرعية المتعاقدين... مرجع سابق، ص263؛ د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق... مرجع سابق، ص768.

(3) حول التفرقة بين الأخذ بالاعتبار والتطبيق الحقيقي ينظر:

- Barraclough(Andrew) and Walncyrner(Jeff), Mandatory Rules of Law in international Commercial arbitration, Melbourne Journal of international Law, Vol 6, 2005, P.218.

وللمزيد في ذلك: انظر د. أحمد عبدالكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد... مرجع سابق، ص158.

(4) د. أشرف وفا محمد، المنافسة غير المشروعة... مرجع سابق، ص154.

السياق معناها الذي اعتمده آنفا والمحدد بالاستشارة للنص دون تطبيقه التطبيق الحقيقي، بل ترك بيان مقصود الفكرة بالكلية، ما سيأتي بيانه في النمط الثالث، وطبيعي أن يصل المطاف إلى هذا الحد من الاضطراب وعدم ضبط الفكرة، وذلك بسبب حصر الرؤية في زاوية ضيقة فيما يتعلق بمقصود الفكرة، وتسطير رؤى لا تتوافق ولا تتماشى حتى مع الهدف من وضع الفكرة وتضمينها النص القانوني في هذا الصدد.

وكان الأجدر عند التصدي لبيان مقصود فكرة الأخذ بالاعتبار، أن يمارس بيان وتحلية ذلك المقصود في ميدان القانون الدولي الخاص، الذي يجد أساسه في العلاقات الخاصة الدولية المحتكمة إلى سلطة الأطراف بعيداً عن قواعد القانون العام، هذا القول يدعو إليه عظيم الأثر الناتج عن إعمال فكرة الأخذ بالاعتبار في ميدان وواقع العلاقات الخاصة الدولية، خاصة ما يمس تنفيذ الأحكام الأجنبية - قضائية أو تحكيمية - ولذا نؤكد على أن قصر معنى الفكرة على مجرد الاستشارة سيكون له نتائج كارثية في مجال التجارة الدولية والتبادل الاقتصادي بين الدول.

النمط الثاني: يتقمص هذا النمط من يقومون بدراسة فكرة الأخذ بالاعتبار، إذا ما اتصلت بفكرة النظام العام الدولي الأمر، حيث يتجسد موقفهم حيال الفكرة بمناداتهم أن يؤخذ بالاعتبار كل ما يتصل بقواعد النظام العام الدولي الأمر وإعمالها والاعتداد بها، بل يصل الأمر عندهم إلى التشدد في ذلك، والملاحظ أنّ - جل أو قل - كل إهتمامهم ينصب على مسألة النظام العام الدولي الأمر فحسب⁽¹⁾، دون أن يكلفوا أنفسهم القيام ببيان حقيقة فكرة الأخذ بالاعتبار، وكيف سمحت لهم هذه الفكرة أن يتجاوزوا أساسيات العقد بتقديمهم قواعد هذا النظام والإعلاء من شأنه، وكذا تجاوز ما تقرره التشريعات من احترام الحدود الدنيا لإرادة الأطراف، كما

(1) د. أبو العلا النمر، مقدمة في القانون الخاص الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ص124، د. عصام الدين القصي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولي والإنفاقي والقانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1993، ص119.

(Andrew) and Walncyrmer(Jeff), Mandatory Rules of..., Op. Cit., P.218-219. Barraclough

Chukwumerije (Okezie), Mandatory Rules of..., Op. Cit. P.577.

Radicati Di Brozolo(Lucag G.), Mondialisation, juridiction, arbitrage: vers des règles d'application semi-nécessaire. Revue critique de droit int. Privé, janvier- mars,2003. P.23.

أنهم لم يتعرضوا ولو بالقليل من البيان لدور الفكرة في تحقيق المحافظة على هذا النظام العام الدولي الأمر الذي ينشدون تقديسه والاعلاء منه.

النمط الثالث: ويمثل هذا النمط فقهاء القانون الدولي الخاص الدارسون لفكرة الأخذ بالاعتبار، من جاءت دراستهم للفكرة في إطار شرحهم للنصوص القانونية الوطنية والدولية التي أشارت إلى هذه الفكرة وتضمنتها، ونذكر هنا أن طبيعة النصوص القانونية في هذا النمط لا تتعلق بقواعد ترفض التنازع - عند من يرى ذلك - مثل قواعد القانون العام، كما أنها لا شأن لها بالقواعد الآمرة في التشريعات الوطنية كالقواعد ذات التطبيق الضروي، كما في النمط الأول، كذلك نشير إلى أن طبيعة هذه النصوص تختلف عن الحال الذي عرضناه في النمط الثاني، فهي لا علاقة لها بالنظام العام الدولي الأمر، وإذا كان الحال كذلك، فمعلوم أن مثل هذا المناخ يعتبر هو المجال الطبيعي والأمثل لفكرة الأخذ بالاعتبار، لذا فقد كان المتوقع من فقهاء هذا النمط تجلية الفكرة في معناها ومقصودها وبيان حدود استعمالها وما إلى ذلك مما يحتاج إلى بيان بصددنا، لكن للأسف تجدهم - إلا ما ندر- قد قصر دراسته لهذه الفكرة على الإشارة إلى نوع العادات التجارية والأعراف السائدة والمبادئ القانونية العامة التي يجب أخذها بالاعتبار، دون الوقوف على الفكرة من حيث هي فكرة يجب دراسة حقيقتها ومضمونها وبيان كيفية إعمالها وإلباسها معنى ومقصود يتناغم على الأقل مع المكونات اللفظية البسيطة لفكرة الأخذ بالاعتبار، وهذا ما نأمل القيام به في الفرع التالي.

الفرع الثاني

مقصود الأخذ بالاعتبار المنسجم مع مقتضيات التجارة الدولية

وسيلة الأخذ بالاعتبار قد وضعت أصلاً لتعين على الوصول إلى المبتغى، إلا أنها حقيقةً وفي ظل مفهومها والمقصود بها لدى الفقه القانوني التقليدي قد تعجز في تحقيق ذلك، والسبب الجلي والظاهر يكمن في محدودية الفهم لها، وهذا ما يعيق تحقيق الهدف والغاية منها، فمعناها ومقصودها المشار إليه آنفاً لا ينسجم ولا يستقيم

مع الدور الطبيعي لفكرة الأخذ بالاعتبار في تلبية وتحقيق مقتضيات التجارة الدولية، وإذا كان الحال كذلك!! فما الذي يجب أن يفهم كمقصود لفكرة الأخذ بالاعتبار؟.

إن بيان الإجابة عن مقصود ومعنى الأخذ بالاعتبار يتحقق بإيضاح المدلول اللغوي للفظ (أولاً)، و(ثانياً) في تجلية معناه في رحاب القانون، و(ثالثاً) ببيان حدود استعمالها في الواقع العملي والميداني في القانون الدولي الخاص، وهذا ما سيعرض تباعاً:

أولاً: المدلول اللغوي للفظ " الأخذ بالاعتبار ":

الواقع أننا أمام لفظ مركب من مفردتين وهما (الأخذ) و(الاعتبار)، وحتى نقف على مدلول هذا اللفظ المركب يجب تناول كل مفردة على حدة وإثبات مدلولها، وبعد ذلك نجمع مدلول المفردتين وضمهما إلى بعضهما وسيتبين المقصود الأنسب للفظ المركب (الأخذ بالاعتبار).

المفردة الأولى: فعل (أخذ): فأخذ يأتي⁽¹⁾ بمعنى أزم، ومنه قولنا: أخذ فلاناً بالأمر: يعني أزمه، وأخذ نفسه بكذا: يعني أزمها إياه، كما يأتي (أخذ) بمعنى أمسك، ويقال أخذ الخطام أي أمسكه⁽²⁾، ومنه قوله تعالى: { ... وَأَخَذَ بِرَأْسِ أَخِيهِ يَجُرُّهُ إِلَيْهِ ... }⁽³⁾.

والملاحظ في سياق البحث إن دلالة الإلزام والإمساك لمفردة "أخذ" يقيناً لا تعني التهميش والإغفال، كما أنها لا تتماشى مع ما ذهب إليه الفقه القانوني التقليدي من قصرها على مجرد الاستشارة وعدم إلزاميتها وعدم التمسك بها، بل على العكس من ذلك فإنه يتأكد من خلال المدلول اللغوي لمفردة (أخذ) أنها ملزمة وتحتّم التمسك بمقتضاها.

(1) فعل "أخذ" له العديد من المعاني، ونحن سنقتصر في تناولنا على ما يتصل بسياق البحث.

(2) أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، تحقيق الدكتور عبدالعظيم الشناوي، دار المعارف، القاهرة، الطبعة الثانية، ص6.

(3) الآية (150)، سورة الأعراف.

المفردة الثانية: لفظ (الاعتبار): أما مدلول (الاعتبار) ففعله (إعتبر) يأتي لازماً ويأتي متعدياً إلى مفعول واحد، ف(اعتبر) اللازم يكون معناه: اتعظ⁽¹⁾، ومنه قوله تعالى: {فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الْأَبْصَارِ} ⁽²⁾، كما يأتي بمعنى إعتد⁽³⁾ ومنه قولنا: اعتبر فلان بقول سيويوه، إذا إعتدَّ به، فالاعتبار يعني الاعتداد بالشئ في ترتيب الحكم. أما (إعتبر) المتعدي فيكون بمعنى: الاختبار والامتحان وقد نص عليه صاحب المصباح⁽⁴⁾، والاعتبار بمعنى الاختبار والامتحان يعطي دلالة أن الشخص يتناول الأمر بإمتحان وتفحص، ولا يفتقر بأول طالع من الأفهام فإن تيقن السلامة فيما ظهر له من الأمر أقدم عليه وأثبتته وإلا أحجم عنه، ومن ذلك (الاعتبار) في علوم الحديث الذي يأتي بمعنى الاختبار لطرق الحديث بعد تتبعها وحصرها، وفي ضوء ذلك يحكم على صحة الحديث.

كما يأتي فعل (إعتبر) المتعدي بمعنى: التقدير والتبعية، كقولك: إعتبر التاجر بضاعته، إذا قدرها بالقيمة، ومنه قول الشافعي⁽⁵⁾:

وذاذ الفتى والله بالعلم والتقوى
إذا لم يكونا لا اعتبار لذاته.

كما يأتي بمعنى: التأمل ومنه: اعتبرت القصيدة، أي تأملتها وتفكرت معانيها. فالاعتبار يعني التأمل والتدبر والاستدلال، كما يعني: النظر في حقائق الأشياء وأوجه دلالتها ليعرف بالنظر فيها شيء آخر من جنسها، وعليه فيمكن جمع مدلولات الاعتبار بالاعتراض والاعتداد والنظر والتأمل والتدبر والاستدلال والتبعية والحصر والمقابلة والمقارنة والتقدير والامتحان والاختبار والفحص.

(1) أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير...، مرجع سابق، ص390.

(2) الآية (2)، سورة الحشر.

(3) أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير...، مرجع سابق، ص35.

(4) المرجع السابق، ص39.

(5) ديوان الشافعي، إعداد وتعليق وتقديم محمد إبراهيم سليم، مكتبة ابن سينا، مصر الجديدة، القاهرة، ص34.

والملاحظ من كل هذه الدلالات - على كثرتها - مفردة (الاعتبار) بأنها توحى يقيناً بغير الجمود والتوقف عند مقصود بعينه، بل تكشف من خلال تعددها عن ميدان واسع تكثر فيه حركة المعتبر وأنها تسمح له بالاختيار مما تعدد أمامه ليرسوعلى الأفضل منها، وهذا ما يتفق مع سياق البحث.

وإذا ما جمع مدلول المفردتين فسينتهي الأمر إلى بيان معنى اللفظ المركب (الأخذ بالاعتبار) والذي يظهر بالتزام الأمر والتمسك به، وأن يحسب له حساباً، وأن يتم الاهتمام والتفكير به والنظر إليه بنظرة جدية فيها الإجلال والإحترام، وهذا طبعاً بخلاف من ينظر إلى الأمر بعين الإزدراء والإحتقار والتهوين.

والخلاصة أن دلالة (الأخذ بالاعتبار) فيها من الاتساع والفسحة والمرونة ما يتمكن به المعتبر من الحركة باتجاهات متعددة تسمح له بتقليب أوجه النظر فيما أذن له أن يأخذه في اعتباره، وعليه ففي كل مسألة طلب أخذها في الاعتبار، يجب أن يعتمد إليها بالتتابع وحصر علاقاتها وارتباطاتها بغيرها مما قد يتصل بها ويؤثر فيها، ثم يفحص كل ذلك ويختبر ويتأمل وينظر في حقائق الأمر بإهتمام، ليقابل ويقارن ويستدل به على غيره من جنسه، فإذا قام المعتبر بذلك حقاً، تبين له صحة ونجاح مسلكه فيطمئن للعمل بما ظهر له، وفي ضوءه يصدر حكمه، كما أنه في المقابل قد يظهر له عند قيامه بذلك الجهد المعوقات وموانع تحول دون قراره في بعض الأحيان، فإن هو أغفل تلك المعوقات والموانع فإنها قد تجعل قراره في مهب الريح وبدون أثر، وهذا ما يدعوه إلى اعتبارها والعمل على تجنب تلك الموانع والعوائق ويجتهد في استبدالها بغيرها مما يراه مناسباً وملائماً في تحقيق ما يصبو إليه وينشده.

ثانياً: مدلول الأخذ بالاعتبار في رحاب القانون:

يمكن تجلية مدلول هذا المصطلح في رحاب القانون من خلال الوقوف على التعريف القانوني للفكرة، وهدفها، والآلية المتبعة في إعمالها، والأساس الذي تقوم عليه.

من المسلم به إن غاية النظام القضائي توجب على القاضي عند عرض الدعوى عليه عرضاً صحيحاً وبعد أن يكون عقيدته السليمة مع ما يستقيم معها، أن يقوم بالفصل فيها بحكم قانوني يستوعب النزاع المعروض عليه، وهذا ما يجسد وظيفة القاضي.

والسؤال الذي يثور في هذا الصدد، هو كيف يستطيع القاضي أن يستوعب الدعوى المعروضة عليه؟ والسؤال الأهم: كيف يمكن للقاضي أن يتعرف على الحل المنثور في النصوص القانونية - بحكم أننا أمام نصوص مرنة تسمح بأكثر من حل في ظل ظاهرة التنازع - فكيف يمكن الوصول إلى النص السليم المنطبق على تفاصيل وجزئيات وكليات النزاع؟

هذا العمل في الحقيقة ليس بالأمر السهل، خاصة في الحالات التي يواجه فيها قاضي النزاع نصوصاً قانونية موجودة في أكثر من قانون، فهنا يكون النزاع بمثابة معركة يتسع ميدانها ليشمل أكثر من حل، وهذا الحل مضمن في أكثر من تشريع، ويشكل هذا الأمر تعقيداً للدعوى يجعل مهمة القاضي أشد صعوبة في الوصول إلى الحكم المنهي للنزاع، هذا التعقيد المصاحب لتطبيق النص القانوني من قبل القاضي هو العملية الموصوفة "بالأخذ بالاعتبار".

ولكي يقوم القاضي بإعمال هذه الفكرة، فلا حرج عليه إن هو مزج بين الواقعية الموضوعية والواقعية القانونية، وأخذ كل ذلك باعتباره للكشف عن الحل المناسب، لأنَّ هذا السبيل يفيد دون شك في تكوين عقيدة القاضي عند بحثه عن الحل، وهذه العملية بمجموعها تدخل في إطار السلطة التي يملكها القاضي بموجب النصوص القانونية الواردة في التشريعات المختلفة، ومن خلالها يمكن الإسهام في الكشف عن الواقع الذي يتطابق مع الحل الذي يجب الأخذ به في هذا المجال^(١).

(١) د. خيرالدين كاظم الأمين، سلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 15، العدد2، 2008، ص828.

ولأنّ مفهوم الأخذ بالاعتبار صار واسع التداول في صعيد التشريعات القانونية، فإنّ هذا يلزمنا بدايةً أن نحدد تعريف الفكرة والمقصود بها في المجال القانوني، يدفعنا إلى ذلك عدم تبني التشريعات لأيّ تعريف يحددها، ولا غرابة في ذلك، فهذا منهج التشريعات عموماً، حيث تترك ذلك لاجتهاد الفقه.

تعريف الأخذ بالاعتبار:

يمكن وضع تعريف لفكرة الأخذ بالاعتبار ووسمها بأنّها: "نشاط ذهني وعقلي يقوم به القاضي من أجل فهم الواقع المعروض عليه، واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق نص قانوني معين، يقدر القاضي أنه هو المناسب لحكم النزاع المطروح عليه"، بمعنى آخر يمكن أن ينظر إلى فكرة الأخذ بالاعتبار على أنها مكنة وحرية تعطى للقاضي كي يواجه ظروف تطبيق القانون⁽¹⁾.

والملاحظ من التعريف أن فكرة "الأخذ بالاعتبار" تضمنت عناصر ثلاث ترتبها كالاتي:

العنصر الأول: من يأخذ بالاعتبار، وهو شخص القاضي الممارس لهذا النشاط.

العنصر الثاني: ما يؤخذ بالاعتبار، وهو الواقع المتحرك المعروض أمام القاضي.

العنصر الثالث: موضوع الاخذ بالاعتبار، والمتمثل في القانون الذي يسعى القاضي لتطبيقه.

وهذه العناصر مجتمعة تساعد القاضي على إعمال هذه الفكرة واستخدام سلطته حيالها استخداماً صحيحاً

يتفق مع الغرض الذي من أجله نص المشرع على هذه الفكرة، لكن؟

ما الهدف من النص على "الأخذ بالاعتبار"؟

يتجسد الهدف من فكرة الاخذ بالاعتبار بجميع عناصر الفكرة المشار إليها آنفاً، لكنه يكون أشد اتصلاً

بعنصر الواقع المتحرك المعروض أمام قاضي العقد الدولي، والسبب في ذلك أن هذا الواقع يختلف من دولة إلى

أخرى، كما يمكن أن يختلف من وقت لآخر في الدولة نفسها، والنتيجة المنطقية لذلك هي وجوب التسليم

(١) د. خير الدين كاظم الأمين، سلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 824.

والاعتراف للقاضي بسلطة وحرية في فهم ومعرفة وتفسير هذا الواقع، وكل ذلك يكون في ظل المفاهيم القانونية الموجودة في كل نظام قانوني يتصل بالنزاع أو يؤثر فيه، وذلك كي يقف القاضي في النهاية على حقيقة الملاءمة بين النزاع والقانون الذي يجب أن يحكمه.

والملاحظ أن عمل القاضي ونشاطه لإعمال فكرة الأخذ بالاعتبار - وفي ظل سلطة واسعة ممنوحة له - جعل التشريعات المختلفة تنص على الفكرة صراحة، حيث قدرت التشريعات أنه من خلال هذه الفكرة يمكن تحقيق هدفها المتمثل، في الوصول إلى العدالة المنشودة، وذلك من خلال الاتصال بأفكار ومبادئ قانونية علمية يستطيع القاضي إذا استلهمها أن يبدأ بالبحث عن حلول قانونية مبنوثة هنا وهناك، كما أن التشريعات سعت لتحقيق غاية أخرى تجسدت في إضفاء نوع من الفاعلية لعمل القاضي، إضافة إلى هذا وذاك، فإنها هدفت إلى عدم إعطاء قاضي النزاع فرصة التذرع بعدم وجود النص القانوني أو قصوره أو نقصه، ليصل القاضي إلى عدم الحكم في الدعوى، والسؤال المطروح هنا عن:

الآلية المتبعة في إعمال "الأخذ بالاعتبار":

التشريعات - عند تعرضها للفكرة - استخدمت ابتداءً مصطلح "تعين المحكمة..."⁽¹⁾، ويمكن أن يفهم منه أن واضع النص قد خاطب القاضي بنص يتمتع بمرونة عالية وذلك بهدف معرفة واستنباط الحل المناسب، ووسيلة القاضي في ذلك عقله وذهنه، يعملهما في ضوء الواقع الذي يلابس النزاع وصولاً إلى الحل.

والملاحظة الجديرة بالذكر هنا، أن النصوص فرقت بين حالتين: الأولى: هي عند تحديد أطراف النزاع القواعد التي تحكم نزاعهم، والقاضي هنا سوف يتقيد بهذا التحديد، مما يعني أنه لا يملك تقديراً إزاء هذا الفرض، أما الحالة الثانية المتجسدة بعدم التحديد أو التحديد غير الملائم، فهي على العكس من ذلك، إذ تبرز فيها فاعلية فكرة الأخذ بالاعتبار، فالقاضي إذا قدر عدم الملاءمة للقواعد المحددة من الأطراف لحكم النزاع،

(١) انظر آنفاً إلى بعض تلك النصوص، ص4.

فيحتتم عليه من أجل أن يهتدي إلى الحل المناسب أن يلجأ إلى إعمال الفكرة، ولذلك سوف تتوارد على ذهن القاضي تساؤلات عديدة، منها ما يتعلق بالحل المناسب، ومنها ما يتصل بالضوابط التي تحكم هذه الحلول، وأخرى عن القرائن والدلائل التي تساعد في الكشف عن هذه الحلول، وعندها سوف تظهر بالضرورة سلطة التقدير لكل الوقائع التي استخلصها بواسطة عقله وذهنه من أجل الوصول إلى حقيقة الحل المناسب.

إن عملية تطبيق النص القانوني على النزاع ليس بالعملية السهلة كما قد يظن البعض، خصوصاً إذا ما كنا أمام نصوص قانونية لا تعطينا حلاً وحيداً ومعيناً للعلاقة القانونية، فمثل هذه النصوص تترك المجال أمام القاضي مفتوحاً لاستنباط الحل منها، وهذا الأمر يضع القاضي في مواجهة صعوبة كيفية استنباط الحل، ويزداد الحال صعوبةً إن كان الكلام في فلك العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي⁽¹⁾.

ومن خلال هذه السلطة الخلاقة للحلول القانونية التي يلعب فيها القاضي دوراً بارزاً، يتبين أن فكرة الأخذ بالاعتبار سلطة استثنائية يستلهم القاضي منها الأفكار الأساسية للقانون استلهاماً يترتب عليه خلق حل عادل للنزاع ويكون الحل من صنع المحكمة ذاتها، لكن هل لهذه الفكرة أساس قانوني؟

الأساس القانوني لفكرة الأخذ بالاعتبار:

أساس سلطة القاضي في أن يأخذ بالاعتبار ما يراه، يمكن أن يكون (أولاً) في الاعتماد على طبيعة الوظيفة القضائية للقاضي، وبيان ذلك يتعلق بأركان القاعدة القانونية (الفرض والحكم) إذ تؤسس هذه السلطة على ما يسمى (إعطاء الأثر القانوني للقاعدة القانونية الموضوعية)، بمعنى أن الأثر القانوني للقاعدة القانونية الموضوعية التي تنص على الأخذ بالاعتبار منعدم قبل إعماله بواسطة القاضي، ويظل النص القانوني عاجزاً عن إعطاء الفاعلية لنفسه بنفسه، وتبقى هذه الفاعلية بحاجة إلى تدخل القاضي بما له من ولاية في منح هذا الأثر القانوني فاعليته الكاملة، إذن الحماية القضائية هي التي تعطي الأثر القانوني الكامن في القاعدة القانونية الموضوعية كامل

(1) د. خيرالدين كاظم الأمين، سلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص، ص 823.

فاعليته، ولا بد لهذه الفاعلية من أن ينطق بها القاضي في حكم أو عمل قضائي، حيث يقوم القاضي بنشاط ذهني للتأكد من توافر مقتضيات هذا الأثر القانوني.

ويمكن (ثانياً) الاعتماد على مشكلة النقص في التشريع، كأساس لسلطة القاضي في أخذه بالاعتبار، فأى تشريع لا يمكن أن يكون كاملاً، إذ الكمال لله وحده، وعليه فكل فكرة حتماً يمكن أن يشوبها النقص وذلك نتيجة للنقص البشري، ووظيفة القاضي أن يحكم بين الأطراف طبقاً للقانون، وهو يقوم أساساً بتطبيق القانون لا بخلقه، فإذا شاب هذا القانون النقص فلا مجال للقاضي أن يتذرع أو يرفض أو يسكت عن الحكم بين الخصوم المتنازعة بمرر عدم وجود النص أو نقصه، وإلا عُد القاضي في هذه الحالة منكراً للعدالة⁽¹⁾.

وعليه فالنصوص القانونية تقر بإمكانية وجود النقص في التشريع، لكنها تقر بالمقابل أنه لا ينبغي أن يقابل هذا النقص نقص في العدالة، بل يجب أن يأخذ القاضي ذلك بإعتباره وينطق بالعدل، ونتيجة لهذا يجب أن تكون هناك تكملة لهذا النقص، والذي يقوم بسد هذا النقص هو القاضي، من هنا ظهرت فكرة الأخذ بالاعتبار، بل واعتبرت من علامات سلطة القاضي حيال هذا الأمر، فما يعتبر نقصاً في التشريع هو في الحقيقة مجرد اعتراف بوجود سلطة للقاضي بأن يأخذ ذلك في اعتباره.

ويمكن (أخيراً) الاعتماد على موضوع الصياغة للقاعدة القانونية كأساس لسلطة القاضي في أخذه بالاعتبار، فطالما أن هذه الصياغة جاءت مرنة وغير محددة التحديد الدقيق، هذا يعني أن العبارة المرنة يمكن أن تتسع فتشمل واقع معين أو تضيق فلا تنطبق على هذا الواقع.

(1) المادة (30) من قانون المرافعات العراقي ينص على أنه: "لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض النص أو فقدانه أو نقصه وإلا عد القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق...". والمادة (4) من التقنين المدني الفرنسي تقرر أن "القاضي الذي يرفض الحكم تحت إدعاء سكوت أو غموض أو نقص التشريع، يمكن أن يوجه إليه اتهام بارتكاب جريمة إنكار العدالة".

ثالثاً: مقصود الأخذ بالاعتبار في الواقع العملي الميداني:

سعى المهتمون بالشأن القانوني المنظم لعقود التجارة الدولية منذ أمد بعيد كي يحققوا توازن معقول بين إرادة وقوة القانون من جهة، وبين إرادة ممارسي التجارة الدولية وما يطمحون إليه من جهة أخرى، لكن ذلك السعي والمجهود باء إلى سراب، إذ خانه التطور في الفكر القانوني المعاصر⁽¹⁾، الذي أطلق - لأرباب الميدان في عالم التجارة الدولية - العنان في ممارسة بعض السلطات التي تمكن قضاة العقد الدولي من تجاوز القانون المختار أو على الأقل الخروج عن مضمونه، يؤكد ذلك وجود بعض أحكام للتحكيم ذهبت إلى صحة العقد رغم أنه باطل وفقاً للقانون المختار من قبل الأطراف، ففي القضية رقم 7518 والتي فصلت فيها إحدى هيئات التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية⁽²⁾، وقررت أنه: "بموجب المادة... من اتفاق الكونسورتيوم، والتي تشير إلى أن القانون الواجب التطبيق على القضية هو القانون البرتغالي، إلا أنه وبموجب المادة 5/13 من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية، والتي تنص على أنه يجب على المحكمين، وفي جميع الحالات الأخذ بالاعتبار اشتراطات العقد وعادات التجارة، ولما كان مبدأ العقد شريعة المتعاقدين يعتبر أحد العادات الأكثر أهمية، ومبدأ من مبادئ النظام العام وعلى ذلك فإن هيئة التحكيم ستطبق شروط الاتفاق طالما كانت لا تتعارض مع القواعد الآمرة في القانون الوضعي البرتغالي".

بناءً على مثل هذه الأحكام نجد أنّ الواقع يقرر فاعلية فكرة الأخذ بالاعتبار، ذلك أن العولمة في ميدان التجارة الدولية أحدثت انعكاسات شتى، منها القبول برغبة المنتمين لهذا الميدان في تدويل القواعد القانونية واجبة التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، والبعد عن هيمنة القواعد الوطنية الموضوعية بحسب الأصل لأجل تنظيم منازعات وطنية لا تتلاءم مع الذاتية والخصوصية التي تتمتع بها عقود التجارة الدولية، وقد تجسد ذلك فعلاً في السماح والقبول بإجتهااد الأطراف في صياغة شروط العقد وفقاً لتصورهم للمنازعات التي يمكن أن

(1) ينصرف د. أحمد عبدالكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 89 وما بعدها.

(2) Sent Rendue dans L'affaire n 7518 en 1994, J.D.I., 1998, p.1034, Sp. P.

تنشأ عن كل عقد، وقد زادت أهمية هذا المسلك في إعلاء شأن الشروط العقدية من خلال حرص الأطراف في عقود التجارة الدولية على تقنين تلك الشروط وإبرازها في شكل عادات وأعراف تسود عالم التجارة الدولية⁽¹⁾.

يؤكد ذلك، الواقع العملي الميداني في ساحة التجارة الدولية، فمثلاً نجد الفقرة (89) من دليل تحرير عقود النقل الدولي للتكنولوجيا في الهندسة، الذي أعدته اللجنة الاقتصادية لاروبا التابعة للأمم المتحدة، حيث نصت على أنه: "من المرغوب فيه ألا يعطي العقد مجالاً للمنازعات، وألاً يجعل القاضي أو المحكم غير قادر على أن يؤسس التسوية على أحكام أو بنود العقد"⁽²⁾، كما يمكن الإشارة إلى دراسة ميدانية أجراها مركز "شارل دي فيشر" للقانون الدولي ببلجيكا، والتي أثبتت أن "لدى رجال العمل إتجاه نحو إعطاء القانون واجب التطبيق على العقد دوراً احتياطياً بقدر الإمكان. وهذا قد أدى بهم أحياناً، مع وجود العادات المهنية، إلى أن يحرروا عقوداً تفصيلية لتكون وحدها وبقدر المستطاع قانون الأطراف ومستقلة عن قانون أي دولة"⁽³⁾.

بناءً على ما سبق، يمكن القول أن النص على أن الأخذ بالإعتبار لشروط العقد والعادات التجارية السائدة له قدر كبير من الأهمية والفائدة، لأنه فيما يتعلق بالعقد الدولي فإنه عادةً لا ينظم جميع الوقائع والأوضاع الجديدة⁽⁴⁾، إضافة إلى ذلك كثير الاهتمام بمثل تلك القواعد من العاملين في مجتمع التجارة الدولية، الذين أصبح واقعهم فعلاً ينظم بها ويحتكم إليها⁽⁵⁾.

وهذا ما يؤكد بحق بعض الفقه⁽⁶⁾ بقوله: "إن الحياة وواقعها العملي أقوى من النظرية، ويقرر أن الواقع قد يسهل تنظيمه خارج إطار القانون لو كان رجال القانون على مستوى مسؤوليتهم ولم يصروا على إنكار هذا الواقع متسترين وراء مبادئ ونظريات لم تعد تلائم ما يفرضه تطور الحياة الخاصة الدولية"، وسلامة هذا القول في

(1) د. أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني لعقد القرض الدولي "دراسة مقارنة"، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990، ص 328/152.

(2) أشار إلى ذلك: د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق...، مرجع سابق، ص 89 وما بعدها.

(3) المرجع السابق، ص 82.

(4) د. نصيرة بوجمة سعدي، عقد نقل التكنولوجيا في مجال التبادل التجاري، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، سنة 1987م، ص 40.

(5) د. عز الدين عبدالله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة، القاهرة، السنة 69، العدد 317 - يناير 1978م، ص 27.

(6) القول لـ "GOLDMAN" أشار إليه: د. محمد عبدالله المؤيد، منهج القواعد...، مرجع سابق، ص 85.

سياق هذا البحث يتضح إلى حدٍ كبيرٍ عندما نقف على حقيقة ما يمارس في ميدان التجارة الدولية اليوم في هذا الصدد، ذلك أن العاملين في مجتمع التجارة الدولية في الغالب يفضلون الاعتماد على القانون التجاري الدولي، الذي تمت صياغته على أساس من مفهوم عملي ويطبق بطريقة منتظمة، وعندما أن هذا القانون لا تتأكد ذاتيته واستقلاله إلا من خلال تطبيق قضاة العقود الدولية له، وهؤلاء بدورهم يؤكدون أنهم لن يستطيعوا تطبيق هذا القانون إلا عن طريق استخدام الأعراف التجارية⁽¹⁾ وأخذها بالإعتبار، وحقيقة تفضيل العاملين في مجتمع التجارة الدولية للقانون التجاري الدولي واستخدامه إنما هو بسبب أنه يتكون من قواعد مادية موضوعية شاركت الجماعة الدولية للتجارة بصنعها وخلقها بهدف استبعاد المشاكل التي قد تثيرها قاعدة التنازع التقليدية⁽²⁾، من تلك المشاكل مثلاً، عدم توصل أطراف العقد الدولي إلى اتفاق - بصدد اختيار القانون الواجب التطبيق - وهو أمر يحدث بصفة متكررة، فوفقاً لقاعدة التنازع التقليدية يفرض الفقه - تحت ضغط المبادئ والنظريات - على قاضي العقد الدولي أن يتعرض لمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، بل وأكثر من ذلك أن يُحكم على قاضي العقد أنه تجاوز سلطاته إن هو باشر النظر في النزاع دون أن يقوم بذلك التحديد⁽³⁾.

والحقيقة أن هذا المسلك المتبع من الفقه التقليدي عكس الواقع تماماً، إذ بتدقيق النظر في هذا الشأن نجد أن الواقع العملي اليوم في ميدان التجارة الدولية قد تجاوز هذا الوضع، فقاضي العقد الدولي في مثل هذا الفرض المذكور آنفاً لا يرى عليه واجب التعرض لمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق، بل يقصر دوره في العديد من الحالات على تطبيق شروط العقد والأخذ باعتباره العادات التي استخلصت من التجارب الخاصة في إطار النشاط المعني⁽⁴⁾، وقد تجسد هذا المنحى عملياً في قرار صدر بواسطة مركز تسوية منازعات الإستثمار الذي تم

(1) د. نصيرة بوجمعة سعدي، عقد نقل التكنولوجيا...، مرجع سابق، ص408.

(2) لمزيد من التعرف على أسباب التحول عن مانعة اختصاص قاعدة التنازع في تنظيم العقود الدولية يُنظر: د. أحمد عبدالكريم سلامة، نظرية العقد الدولي التطبيق...، مرجع سابق، ص187 وما بعدها.

(3) Cit., P.226. Barraclough(Andrew) and Walncyner(Jeff), Mandatory Rules of..., Op.

Robert(Jean), Moreau(Bertrand), L'arbitrage: Droit interne, droit international privé, Dalloz, 1983, p.208.

(4) قريب من ذلك: د. نصيرة بوجمعة سعدي، مرجع سابق، ص405.

إنشأؤه وفقاً لمعاهدة واشنطن عام 1965م، حيث قررت هيئة التحكيم أن: "ما أثير من جدل شديد حول مسألة التحديد المبدئي للقانون واجب التطبيق عند إبرام العقد لا يعتبر أمراً ملائماً في مجال التحكيم، ذلك أن الأطراف قد اتفقوا في أثناء مناقشتهم ودفاعاتهم المتبادلة على تطبيق اتفاقية الاستثمار السريلانكية الرومانية وكذا القواعد المناسبة في القانون الوطني أو الدولي"⁽¹⁾.

فقاضي العقد عند فضه للنزاع، وذلك بالاعتداد بشروط العقد وأخذه بالاعتبار ما تقرره أعراف وعادات التجارة الدولية، يجسد المقصود بفكرة الأخذ بالاعتبار، وذلك من خلال شديد حرصه وكثير محاولاته في أن يخفف من الآثار التي قد تنجم عن هذا التطبيق، والتي تتأكد فعلاً لقاضي العقد - بعد التتبع والحصر والتقدير و... الخ مما ذكرنا سابقاً - أنها بعيدة عن الإنصاف الذي ينشده الأطراف، أو أن تطبيق هذا القانون على العقد يتجاوز الأعراف السائدة في المهنة، ومع مثل هذه النتائج يقرر قاضي العقد أنه لا سبيل إلى التخفيف من هذه الآثار إلا بالأخذ بالاعتبار بشروط العقد وما تقرره العادات التجارية والأعراف السائدة في التجارة الدولية⁽²⁾.

ومما سبق عرضه يتبين أن فكرة الأخذ بالاعتبار لا تتدخل إلا بصفة لاحقة، وهذا التدخل اللاحق منها ما وجد إلا لتلافي النتائج التي لا تتفق مع ما ينشده أطراف العلاقة، كما يأتي هذا التدخل اللاحق أيضاً عندما يظهر أن نتائج ذلك التطبيق لا تنسجم مع مقتضيات التجارة الدولية.

وعليه فإن قاضي العقد الدولي ومن خلال إعماله وتطبيقه لفكرة الأخذ بالاعتبار يستطيع أن يصحح المسار كلما كانت النتائج غير متفقة مع ما ينشده الأطراف⁽³⁾، أو أن تكون تلك النتائج غير محققة للعدالة والإنصاف بينهم، أو أنها غير منسجمة مع مقتضيات التجارة الدولية.

(1) أشار إلى هذا الحكم: د. أشرف وفا محمد، استبعاد تطبيق قاعدة النزاع بواسطة إتفاق الأطراف "نظام الاتفاق الإجماعي"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2005م، ص 99.

(2) د. عزالدين عبد الله، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص 62.

(3) Chukwumerije (Okezie), Mandatory Rules of..., Op. Cit. P.571.

وعلى هذا يمكن النظر لفكرة الأخذ بالاعتبار على أنها الوسيلة والآلية المثلى والميزان الدقيق في ضبط وتصحيح المسار القانوني في القانون الدولي الخاص ومنازعات عقود التجارة الدولية.

خلاصة المسألة، إن فكرة الأخذ بالاعتبار هي إمكانية ذهنية يمنحها المشرع للقاضي من أجل مواكبة الواقع المتحرك أمام ثبات أو عجز النص القانوني، ونستطيع مما سبق أن نضع خصائص لهذه الفكرة نبينها بالآتي:

1- إن فكرة الأخذ بالاعتبار مكنة قانونية، تستمد أساسها من نص في القانون، فالفكرة ما هي إلا إمكانية يمنحها المشرع للقاضي من أجل أن يحيط بالمتغيرات على صعيد واقع العلاقات القانونية الخاصة ذات الطابع الدولي، والتي قد يعجز المشرع أن يلهم بها، وبالتالي يمنح المشرع القاضي دوراً إيجابياً في مواجهة هذه المتغيرات.

2- يمتاز عنصر القانون الذي يدخل في تركيبة فكرة الأخذ بالاعتبار بالثبات، أمّا عنصر الواقع فإنه يمتاز بالحركية، وبالتالي فإن المنطقة القانونية التي تعمل فيها هذه الفكرة تجرد مجالها في الواقع والقانون، ذلك أن الدعوى ما هي إلا وقائع يطلب الخصوم من القاضي تطبيق القانون عليها.

3- إن فكرة الأخذ بالاعتبار عمل قانوني وقضائي، فهي تبدأ بالمشرع عندما ينص عليها في القاعدة القانونية، ثم بعد ذلك يستلهم القاضي هذا النص ليقوم بتطبيقه على الواقع المعروض عليه.

4- إن ممارسة هذه الفكرة تتميز بالإلزام، فما دمنا قد سلمنا أن المشرع ينص على هذه الفكرة، فإنه يترتب على ذلك عدم إمكانية تحلل القاضي من استخدامها بحجة غياب النص أو نقصه.

5- إن فكرة الأخذ بالاعتبار سلطة استثنائية، خلافاً للحلول القانونية.

6- إن إعمال الفكرة يكون بمثابة عملية يُعمل فيها القاضي فكره وعقله وذهنه ومنطقه، وهذا الإعمال يخضع لترجيحه وملاءمته، وهذه العملية متعلقة بالواقع وبالتالي فإن هذا الاستخلاص للواقع يمكن أن لا يخضع لرقابة القضاء، عند من يقررون الرقابة على تطبيق القانون فقط.

المطلب الثاني

دور فكرة الأخذ بالاعتبار في تلافي قصور قاعدة التنازع التقليدية

يمكن القول أن الفضل في وجود ظاهرة تنازع القوانين يرجع في الأساس إلى فكرة الأخذ بالاعتبار، ذلك أن ضرورات الحياة البشرية فرضت على العنصر البشري أن يقوم بالتبادل مع غيره ممن يسكن إقليمه، أو مع من كان خارج ذلك الإقليم تلبيةً لحاجاته، ومعلوم أن نشاط الفرد إن كان قد تم داخل الإقليم فإنه ينظم بقواعد القانون الداخلي لهذا الإقليم، لكن يبقى السؤال عن التنظيم المناسب لنشاط وسلوك الفرد العابر لحدود إقليمه؟ وإن كان المفترض أنّ كل مسألة تحكم بما يناسبها من القواعد القانونية - وهذا أمر يقره العقل والمنطق والواقع - فإنّ علاقات القانون الدولي الخاص وعلى وجه الخصوص معاملات التجارة الدولية لا تشدّ عن هذا القول، إلا أنّ الواقع شهد أن تلك العلاقات ظهرت في بداياتها معاصرة لمبدأ الإقليمية المطلقة "البغيضة"⁽¹⁾، ومعلوم أن هذا المبدأ لا يعترف للأجنبي بالشخصية القانونية، فضلاً عن تنظيمه لعلاقاته القانونية، وعليه وفي ظل هذا المبدأ يصعب القول بإخضاع تلك العلاقات لما يناسبها من القواعد القانونية، لكن زيادة المعاملات في ساحة التجارة الدولية أفرز واقعاً جديداً، حيث فرض هذا الواقع نفسه، وتمكن من زحزحة مبدأ الإقليمية، وأوجب على علاقات القانون الدولي الخاص والتي تتصف بالدولية أن تبحث عن قواعد قانونية تتناسب معها، وهذا التناسب لن يتأتى إلا إذا إتصفت تلك القواعد القانونية الحاكمة لها بذات الوصف (الدولية) أو على الأقل أن تقدم هذه القواعد القانونية حلولاً دولية عالمية بشأن المسائل التي تنظمها.

وهنا ظهر دور فكرة الأخذ بالاعتبار مجسداً بمراعاة الصفة الدولية لهذا النوع من المعاملات التجارية، وقد تبلور عن دور هذه الفكرة بالفعل ظهور وقبول ظاهرة تنازع القوانين، التي يتوصل من خلالها إلى أنسب القوانين المتنازعة لحكم النزاع المثار بصدد معاملات التجارة الدولية.

K. Zweigert: Droit international privé et dorit public, Rev. Crit, 1965, p.645, etss, spéc, p.653.

(1)

والذي يعيننا من هذا العرض هو أنه لولا الأخذ بالاعتبار لمعاملات التجارة الدولية، وإعمال هذه الفكرة بصدد تلك العلاقات، ومراعاة مقتضيات التجارة الدولية والتي تحتم تيسير وتسهيل انتقال الأفراد والأموال والبضائع عبر الحدود، وضمن أن يتم ذلك في ظل طمأنينة وأمان المتعاملين، لما ظهرت مسألة تنازع القوانين، والأهم من ذلك كله هو ما نتج عن إعمال فكرة الأخذ بالاعتبار بصدد معاملات التجارة الدولية والمتمثل بقبول تطبيق القانون الأجنبي على هذا النوع من المعاملات والعلاقات القانونية، بإعتبار أن ذلك يحقق أنسب الحلول العادلة بين أطراف تلك العلاقات.

يتأكد لنا إذاً أن ما حققته فكرة الأخذ بالاعتبار من نتائج كان لها الدور الرئيس على ظاهرة تنازع القوانين، وإن قاعدة التنازع أصبحت بالفعل هي الطريقة المعتادة والتقليدية في تحديد القانون الواجب التطبيق على معاملات التجارة الدولية، وإن هذه القاعدة قد انفردت حقيقة في الماضي بحكم تلك العلاقات. وعطفاً على ما سبق، بشأن المقصود بفكرة الأخذ بالاعتبار واعتبارها الوسيلة والآلية المثلى لتصحيح المسار لما يراد الوصول إليه، فإننا سنجد أن هذه الفكرة قد رافقت ولازمت ظاهرة تنازع القوانين، بل وعملت على إصلاحها كلما كشفت الأيام عمّا قد يعترها من قصور وخلل لتصل بها إلى ما يجب أن تكون عليه.

الفرع الأول

دور الفكرة في تلافي قصور آلية التنازع الناتج عن إعمالها

عندما تجلّى القصور في آلية التنازع التقليدية، وذلك بسبب طريقة الإعمال لها، فقاضى العقد الدولي عندما يباشر ذلك إنما يقوم به دون النظر إلى محتوى أو مضمون القانون الواجب التطبيق، وذلك لأن هذا المحتوى لا يظهر له إلا في مرحلة تالية وبالتحديد عندما يتم الرجوع إلى القانون الذي أشارت إليه قاعدة التنازع المختصة، ونتيجة كهذه لا شك تستدعي وتستجلب فكرة الأخذ بالاعتبار لتصحيح مثل هذا المسار غير المناسب مع العلاقات الخاصة الدولية.

أولاً: دور الفكرة في تلافي قصور آلية النزاع المرتبط بخاصية الازدواج.

هناك شكل من القصور في قاعدة النزاع التقليدية ظهر مرتبطاً بخاصية الازدواج فيها⁽¹⁾، والذي من شأنه أن يجعل القانون الوطني على قدم المساواة مع القوانين الأجنبية، لذا قرر الفقه أنه وإن كانت قاعدة النزاع تحقق عدالة توزيع الاختصاص التشريعي بين القانون الوطني والقوانين الأجنبية إلا أنها لا تكفل تحقيق عنصر الأمان القانوني في بعض الأحوال، إذ ربما يؤدي إعمالها إلى نتائج غير مرغوب فيها، لأن غاية ما تهتم به قاعدة النزاع هو تحديد القانون الواجب التطبيق دون أن تلقي بالاً إلى نتائج وتطبيق هذا القانون⁽²⁾، كما أن تطبيق قاعدة النزاع التقليدية قد يؤدي إلى نتائج مخالفة لتوقعات الأطراف المشروعة، لأن قاعدة النزاع هدفها فقط تحديد القانون الواجب التطبيق، وهذا من شأنه أن يترتب نتائج لم يتوقعها الأطراف، ولهذا كله فقد زادت الانتقادات الموجهة إلى آلية النزاع التقليدية.

ثانياً: دور الفكرة في الاعتراف بإرادة أطراف العقود الدولية.

يتجسد دور فكرة الأخذ بالاعتبار بحرصها على تصحيح مسار آلية النزاع بصدد عقود التجارة الدولية، وواقعاً ثبت أنه قد تم أخذ كل تلك الانتقادات بالاعتبار ونتج عن ذلك بالفعل حلاً جديداً، تمثل في أن معظم التشريعات أفسحت المجال لتحديد القانون واجب التطبيق عن طريق أطراف العلاقة ذاتهم، بحيث لا تنطبق قاعدة النزاع إلا في حالة تخلف اتفاق الأطراف على القانون واجب التطبيق، ومن أهم المجالات التي تعمل فيها إرادة الأطراف على تحديد القانون واجب التطبيق هو مجال العقود⁽³⁾، بحيث اشتهر على الصعيد الدولي خضوع العقد لقانون الإرادة⁽⁴⁾ وسلم لهذا المبدأ⁽⁵⁾.

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق...، مرجع سابق، ص189 وما بعدها.

(2) د. أشرف وفا محمد، استبعاد تطبيق قاعدة النزاع بواسطة اتفاق الأطراف " نظام الاتفاق الإجماعي"، مرجع سابق، ص5.

(3) Hanotiau(Bernard), La Loi applicable à L'arbitrabilité du Litige, Revue de droit des affaires internationales, (international business Law), N°7, 1998, P773.

(4) Barraclough(Andrew) and Walncyrner(Jeff), Mandatory Rules of..., Op. Cit., P.22.

(5) د. أشرف وفا محمد، استبعاد...، مرجع سابق، ص6.

والحقيقة إن أثر فكرة الأخذ بالاعتبار على معاملات التجارة الدولية والمتمثل في إسناد عقود التجارة الدولية للقانون الذي يختاره الأطراف كحل لم يستقر في فقه القانون الدولي الخاص إلا في فترة حديثة نسبياً، وتحديدًا في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، أما الفقه القديم وبسبب تعاضيه عن فكرة الأخذ بالاعتبار بشأن العقود الدولية فلم يكن يسند لها لقانون الإرادة، وإنما كان يخضع هذه العقود لقانون محدد سلفاً، وهو قانون بلد الإبرام أو قانون بلد التنفيذ⁽¹⁾.

واقع الأمر أن مبدأ سلطان الإرادة ظل حتى نهاية القرن التاسع عشر بمثابة تبرير لحل مسبق لتنازع القوانين في العقود الدولية، وهذا في نظر العاملين في مجال التجارة الدولية لا يتماشى مع طبيعة العقود الدولية إذا ما أخذ بالاعتبار طبيعتها تلك. لذلك وفي هذه الفترة تحديداً مارس الفقيه "لوران" تطبيق فكرة أخذ طبيعة العقود الدولية بالاعتبار، ومن خلالها أعطى لمبدأ سلطان الإرادة مفهوماً مختلفاً عن كونه تبريراً لحل مسبق لتنازع القوانين في مجال العقود الدولية، بل أكد أن إرادة الأطراف - سواء كانت صريحة أم ضمنية أم مفترضة في مجال العقود الدولية - هي كل شيء، وأصبحت هي الحل ذاته، وترتيباً على ذلك فقد قرر هذا الفقيه في هذا الصدد ضرورة الأخذ بالاعتبار بإرادة المتعاقدين الصريحة في اختيار القانون واجب التطبيق على العقد، وعند غياب الإرادة الصريحة فالأصل أنهم قد أرادوا الخضوع لقانون جنسيتهم المشتركة، أما إذا اختلفوا جنسيةً فيفترض أنهم أرادوا خضوع علاقاتهم العقدية لقانون بلد الإبرام⁽²⁾.

(1) وهذا ما أكدته الفقيه الألماني "فوليكس" عند ظهور مبدأ سلطان الإرادة، حيث ذهب إلى أن العقود الدولية تخضع لقانون بلد الإبرام ذلك أنه القانون الذي يعرفه المتعاقدون أكثر من غيره، ويقرر أنه إذا كان العقد سيتم تنفيذه في بلد آخر فإن قانون محل التنفيذ هو الذي يسري على كافة المسائل التي تنور بعد إبرام العقد، ويستند هذا الفقيه في تطبيق قانون بلد الإبرام أو بلد التنفيذ على أساس فكرة الإرادة الضمنية للمتعاقدين، لأن هذا ما استقرت عليه العادات والأعراف منذ القديم، وإن الإرادة هذه لا تهدف إلى مخالفة ذلك، وهنا نجد أن الحل المقدم يسير ويتفق مع عدم تجاوز ما هو كائن في الواقع الذي يعاصره، المرجع السابق، ص19.

(2) المرجع السابق، ص28.

الفرع الثاني

دور الفكرة في تلافي قصور آلية التنازع المرتبطة بخاصية التجرد.

حسنٌ إذاً هو دور فكرة الأخذ بالاعتبار في تلافي قصور آلية التنازع التقليدية، كلما أبان الفقه مكامن ذلك القصور، وجميلٌ كذلك قيام الفكرة بتصحيح مسار آلية قاعدة التنازع حتى تجسد واقعها بما يجب أن يكون عليه حالها في مسرح التجارة الدولية، ولما كان هذا الواقع لم يتحقق بعد، وذلك بسبب بعض الخصائص التي تتمتع بها قاعدة التنازع التقليدية ومنها خاصية التجرد، والتي من شأنها أن يتم أحياناً الإشارة إلى قانون لا يرتبط بأية صلة بالعلاقة القانونية المثار بصدها النزاع، هنا ظل لزاماً على فكرة الأخذ بالاعتبار أن تستمر في تلافي ومعالجة أي قصور قد يشار إليه.

لذا فقد أخذ بالاعتبار مسألة الصلة الوثيقة⁽¹⁾ بين العلاقة القانونية مثار النزاع والقوانين التي يجب أن تصدى لها⁽²⁾، فنأدى بعض الفقه⁽³⁾ بضرورة إسناد العلاقة إلى أوثق القوانين صلة بها، ويرى أن يتم ذلك من خلال دراسة كل حالة أو علاقة على حدة بواسطة قاضي العقد لتحديد قوانين الدول التي تتصل بها العلاقة ثم اختيار قانون الدولة الذي يشكل مركز الثقل في الرابطة، وهذا هو مقصود فكرة الأخذ بالاعتبار الذي انتهينا إليه.

وما نود أن نؤكد عليه حقيقةً بشأن دور فكرة الأخذ بالاعتبار في تلافي قصور آلية التنازع التقليدية، هو أن هذه الفكرة أفرزت تطوراً هاماً بصدد هذه القاعدة، حيث ميزت قاعدة التنازع في عملها التقليدي عن منهجها الحالي والذي يعتبر مذهباً واقعياً يأخذ بالاعتبار عند تحديده مركز الثقل في العلاقة كل العناصر المحيطة بالرابطة

(1) د. هشام محمد إبراهيم السيد الرفاعي، القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2009م، ص66؛ د. أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص161 وما بعدها؛ د. عكاشة عبدالعال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994م، ص52 وما بعدها؛ د. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلاف توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، 1999م، ص537.

(2) د. عزالدين عبدالله، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص41.

(3) الرأي لـ "لاجارد" مشار إليه في: أشرف وفا محمد، استبعاد...، مرجع سابق، ص7.

القانونية، وهذا طبعاً بعكس منهج التنازع التقليدي المجرد والمحايد الذي يحدد سلفاً القانون الواجب التطبيق مفترضاً أن هذا القانون هو الأكثر صلة بالرابطة ولو لم يكن كذلك⁽¹⁾.

الفرع الثالث

دور الفكرة في فك القيد الزمني على ممارسة الأطراف حرية الاختيار

ومع كل هذه القفزات النوعية لفكرة الأخذ بالاعتبار ودورها في تلافي قصور قاعدة التنازع التقليدية، والذي يعدُّ في نظر الكثيرين تطوراً هاماً لآلية التنازع التقليدية وإظهارها في أرقى مظهر لها، والذي تمثل بقانون الإرادة الذي يسمح للأطراف أن يحددوا القانون واجب التطبيق على علاقتهم العقدية، إلا أنَّ آلية التنازع ظل يلزمها القصور، وذلك من خلال حدود الحرية الممنوحة للأطراف في ممارسة ذلك الإختيار⁽²⁾، حيث حُصر حق الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على علاقتهم بلحظة إبرام العقد، وعليه فليس لهم حق الإختيار في وقتٍ لاحقٍ لإبرام العقد، فإذا لم يقم الأطراف بذلك عند إبرام العقد فلا يستطيعون تحديده بعد ذلك، بل يتولى القاضي مهمة تحديده بحجة غياب الإرادة، إضافة إلى ذلك أن اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق عند إبرام العقد يعتبر تحديداً نهائياً ولا يملك الأطراف تعديل هذا الإختيار في وقتٍ لاحقٍ، وهذا ما تبنته بالفعل محكمة النقض الإيطالية في حكمها الصادر في 1966/6/28م، حيث قضت بأن اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق لن يكون مقبولاً في الحالة التي يتبين فيها أن هذا الإختيار قد تم في تاريخ لاحق لإبرام العقد⁽³⁾، وإذا أخذنا في الاعتبار حقيقة دور الإرادة وحدود ممارسة اختيارها لقانون العقد الدولي سنجد أن القول بحصر ممارسة هذا الإختيار لحظة إبرام العقد فقط ومنع مزاوله تلك الحرية في ممارستها للإختيار في وقت لاحق

(1) نشارك في هذا الرأي د. أشرف وفا محمد، استبعاد...، مرجع سابق، ص8.

(2) Chukwumerije (Okezie), Mandatory Rules of..., Op. Cit. P.571.

حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1992/11/18، Malkouf، المجلة الانتقادية 1993، ص276.

حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1995/5/10، المجلة الانتقادية 1996، ص33.

(3) مشار إلى هذا الحكم في: د. أشرف وفا محمد، استبعاد...، مرجع سابق، ص94.

لإبرام العقد قولاً جافاه الصواب، ذلك أن هذا القول في حقيقته إنما يصادر بالشمال ما أعطاه باليمين، إذ كيف يمكن لأطراف العقد الدولي مراعاة ما قد يستجد على الساحة الدولية من مخاطر وأحداث، خاصةً إذا نظرنا بعين الاعتبار سرعة التقلبات في هذه الساحة، كما أن التسليم بهذا القول وما ذهب إليه يعني قفل الباب، ومنع أيّ فرصٍ يمكن أن تلوح أمام الأطراف في إنقاذ علاقاتهم إذا ماهددت لأي سبب.

ومع أخذ مصير تلك العلاقة بالاعتبار في ظل هذا القول، تم بالفعل هجر هذا الرأي وإقرار حرية الأطراف في ممارسة اختيارهم لقانون العقد في أي وقت كان - قبل إبرام العقد أو عند لحظة إبرامه أو في وقت لاحق لإبرام العقد- وهذا ما بدى في قضية نظرت بواسطة مركز تسوية منازعات الإستثمار الذي تم إنشاؤه وفقاً لمعاهدة واشنطن عام 1965م، ففي إحدى القضايا وعلى الرغم من أن العقد المبرم بين الأطراف قد جاء خالياً من التعرض لمسألة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إلا أن المحكمة قد فصلت في النزاع وفقاً لنظام التحكيم بقواعد العدالة، وذلك وفقاً للاتفاق المبرم بين الأطراف أثناء نظر إحدى جلسات النزاع⁽¹⁾.

(1) مشار إلى هذا الحكم في: د. أشرف وفا محمد، استبعاد...، مرجع سابق، ص 98.

المبحث الثاني

كسر جمود آلية التنازع بواسطة فكرة الأخذ بالاعتبار لتحقيق مقتضيات التجارة الدولية

تمهيد وتقسيم:

انتهينا إلى أن فكرة الأخذ بالاعتبار - باعتبارها الوسيلة المثلى - قد أخذت على عاتقها أن تجسد الواقع القانوني للتجارة الدولية، وقد ظهر نضال الفكرة بالفعل من خلال إسهامها الفعّال في علاج عيوب آلية التنازع التقليدية وتلافي النقص والقصور الذي شاب حلولها بصدد منازعات عقود التجارة الدولية.

والحقيقة إن واقع التجارة الدولية أثبت وبوضوح أن دور فكرة الأخذ بالاعتبار لم ينته عند هذا الحد من النضال بشأن علاج آلية التنازع وتصحيح مسارها، بل الذي رسخ في هذا الواقع وتأكد في هذا المجال أن دور الفكرة لازال مستمراً، وأن الفكرة عاقدة العزم على أن تكسر جمود آلية التنازع لتسهم بأكبر قدر ممكن في خلق بيئة ملائمة لعقود التجارة الدولية، وتشارك في دور أكبر في ردم الفجوة الحاصلة بين واقع التجارة الدولية وبين المنظومة القانونية الحاكمة لها، وهذا ما سنحاول عرضه في (المطلب الأول) من هذا المبحث، كما سنتناول في (المطلب الثاني) منه دور فكرة الأخذ بالاعتبار في تحقيق مقتضيات التجارة الدولية، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

كسر جمود آلية التنازع بواسطة فكرة الأخذ بالاعتبار

يصعب إنكار التطور التشريعي الذي واكب عقود التجارة الدولية، فالإهتمام العالمي بهذه التجارة - عملاً بفكرة الأخذ بالاعتبار - فرض على سائر التشريعات الوطنية والدولية على حدٍ سواء حتمية إصدار قواعد قانونية تنظم عقود تلك التجارة، ومع هذا كله فقد ثبت في الواقع أن ذلك التطور التشريعي في مجال العقود الدولية لم يكن الوسيلة الفعّالة لمعالجة كل ما تثيره تلك العقود من مشاكل، ويرجع السبب في ذلك إلى غياب الملاءمة بين آلية التنازع كمنظومة قانونية خصصت لذلك وبين واقع التجارة الدولية، وهذا ما سنبينه من خلال

(الفرع الأول) من هذا المطلب، كما سنحاول في (الفرع الثاني) منه أن نجيب على سؤال "هل تستطيع فكرة الأخذ بالاعتبار ردم الفجوة الحاصلة بين آلية التنازع وواقع التجارة الدولية؟" وذلك من خلال إيجاد نوع من الملاءمة بين واقع التجارة الدولية والمنظومة القانونية التي تحكمها.

الفرع الأول

غياب الملاءمة بين آلية التنازع وواقع التجارة الدولية

واقع التجارة الدولية كما هو معلوم يمثل خليطاً غير متجانس من حيث جنسية الأشخاص الخاصة التي كثيراً ما ترتاده، فهؤلاء الأشخاص ينتمي كل واحد منهم لدولة مختلفة عن التي ينتمي إليها غيره، وهذه الدول لا شك أنها شرّعت قواعد قانونية وطنية تنظم العلاقات الخاصة المبرمة داخل إقليمها، وهذه القواعد بالتأكيد لا تصلح في تنظيم علاقات ذلك الخليط غير المتجانس في واقع التجارة الدولية، خاصةً إذا نظرنا بعين الاعتبار للطابع الخاص للقواعد الدولية التي يجب أن تنظم ذلك المجتمع وتحكمه.

وعليه ففي ظل آلية التنازع وإخضاع العقود التجارية الدولية لحكمها، فإن القانون الذي سيحكم النزاع هو أصلاً قانون وضع ليحكم العلاقات الداخلية، وبالتالي فلن يتناسب مع معطيات العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي⁽¹⁾، وفي هذا المعنى يقول بعض الفقه: "إن منهج تنازع القوانين قد أضحي زائفاً، لأنه يقود إلى تطبيق قواعد موضوعية أساساً لأوضاع داخلية على أوضاع دولية، وتلك القواعد الوطنية ليست قادرة على حكم التجارة الدولية، والأمر يتعلق هنا بنوع من انعدام القدرة المسبقة لحكم الأوضاع الدولية"⁽²⁾.

يتضح لنا من سياق هذا الكلام الدور الضئيل الذي يمكن أن تسهم به القواعد الوطنية - والتي تعتبر أدوات العمل بالنسبة لآلية التنازع - في حكم علاقات بعيدة كل البعد عن واقعها الداخلي، إن إفتقار القواعد

(1) ينصرف: والقول لـ: (Lan Baxter) مشار إليه بي: د. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2006م، ص191.

(2) يُنظر في ذلك: د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي التطبيق... مرجع سابق، ص192.

الوطنية لصفة الدولية ينتج عنه عدم الملاءمة بين عقود التجارة الدولية وتلك القواعد، وهذا في ذاته دليل كافٍ على أن القواعد الوطنية ليست مستعدة لمسايرة ما تتميز به عقود التجارة الدولية من خصوصية وما تتمتع به من ذاتية⁽¹⁾.

وحيال هذا البون الشاسع بين المنظومة القانونية التي تعتمد عليها آلية النزاع وواقع التجارة الدولية يقع على عاتق المهتمين - بمجال عقود التجارة الدولية - البحث عن منظومة قانونية تحتوي على قواعد قانونية خاصة تتلاءم مع واقع التجارة الدولية، واجب ردم الفجوة بينهما أو على الأقل تجاوزها وإخضاع ما يثور بصدد تلك العقود من منازعات لقواعد وضعت بشكل مخصوص لها، ولن يتحقق ذلك ما لم تحضر وبقوة فكرة أخذ طبيعة عقود التجارة الدولية وذاتيتها بالاعتبار، وما يجب أن تحكم به من قواعد قانونية.

وعدم ملاءمة القواعد القانونية الوطنية في هذا السياق من السهولة الوقوف عليه، وذلك من خلال النظر إلى نواتج أعمال مبدأ قانون الإرادة بواسطة آلية النزاع، والتي تمكن الأطراف في العقد الدولي من ممارسة اختيارهم لقانون العقد، هذا الإختيار الذي قد يتم في كثير من الأحوال دون مراعاة لمضمون ذلك القانون وما إذا كانت أحكامه تتناسب مع حكم العقد المبرم من عدمه، إذ عادةً ما يظهر للأطراف صعوبة إمكانية التعرف على مآلات علاقتهم وما قد يسفر عنه اختيارهم من نتائج لم يتوقعوها، لأن تلك المعرفة لا تتحقق إلا في الوقت الذي يثور فيه النزاع بالفعل بينهم، وبالتالي فإن اللجوء إلى القواعد الوطنية قبلاً لا يمنح أية فرصة للأخذ بالاعتبار مسألة تحقيق العدالة الملائمة، بل ويمنع إسناد العلاقة القانونية لقانون آخر يستجيب بشكل أكبر لحكم المسائل التي يثيرها النزاع⁽²⁾، وهذا ما أكده القضاء الفرنسي، حيث انتهى إلى عدم ملاءمة العديد من القواعد في القانون الفرنسي المشار إليه من قبل قواعد الإسناد الفرنسية لتطبق على بعض العقود الدولية التي تدخل في نطاق تطبيق تلك القواعد، ولم يسلم هذا القضاء بإعمال تلك القواعد عندما ظهر له عدم توافقها

(1) د. محمد إبراهيم موسى، التطوع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005م، ص22.

(2) د. محمد إبراهيم موسى، التطوع القضائي للقواعد...، مرجع سابق، ص23.

مع ما تتميز به العقود الدولية من ذاتية، وساق تأكيداً لذلك، ما تضمنه القانون الفرنسي من قواعد قانونية بصدد البيع الدولي للبضائع، حيث ثبت عدم ملاءمة القواعد الوطنية التي تشير بإعمالها قواعد الإسناد الفرنسية لحكم عقود التجارة الدولية في هذا الشأن، وأوضح أن السبب في عدم الملاءمة تلك هو أن هذا القانون يحرم الشروط⁽¹⁾ المقيدة لضمان العيوب الخفية في العلاقات التي يبرمها مهنيون من تخصصات مختلفة، وهذا المنع لا يتناسب مع الطبيعة الخاصة لعقود البيع الدولي، لأنه ببساطة لا يأخذ بما يكفي بالاعتبار ما تتميز به تلك العقود من ذاتية وما تلعبه تلك الشروط من دور فاعل في تحقيق التوازن بين التزامات الأطراف في غالبية الأحوال، وعدم الملاءمة ينطبق كذلك على كل من مسألة شرط الدفع بالذهب، ومسألة أهلية الدولة للتصالح، وشرط اللجوء إلى التحكيم⁽²⁾.

دور الفكرة في الدعوة إلى خلق قواعد قانونية ملائمة:

بذل المجتمع الدولي الجهد الكبير - سواءً من قبل الدول الأعضاء فيه أم من خلال مؤسساته ومنظماته - لإيجاد قواعد خاصة تحكم وتنظم عقود التجارة الدولية، وقد اقترن ذلك الجهد مع الحرص الشديد على أن تتصف تلك القواعد بالملاءمة في حلها لما يظهر من مشاكل تنتج عن تلك العقود، رجاء أن يعمل ويسهم ذلك في تطوير تلك العقود، الأمر الذي سينعكس بدوره إيجاباً على التجارة الدولية نمواً وازدهاراً وتطوراً⁽³⁾.

ونتيجةً لهذا الجهد فقد برز بالفعل على السطح قانون التجارة الدولي بما يتضمنه من قواعد قانونية منظمة لعقود التجارة الدولية وما ينشأ عنها من منازعات، إلا أنه في الغالب يتم تحديد القواعد المختصة بفض منازعات تلك العقود بمعرفة قواعد القانون الدولي الخاص وعبر منهجيته الشهيرة (قواعد الإسناد)⁽⁴⁾، والتي استقر الرأي فيها بإخضاع الأعمال التعاقدية عموماً لقانون الإرادة، ووصول الحال إلى هذه النهاية - ومع وجود

(1) وغير تلك الشروط مثل الإعفاء من المسؤولية وغيرها، لمزيد الإطلاع في ذلك: يُنظر: د. أحمد عبدالكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق...، مرجع سابق، ص 84.

(2) مشار إليه في: د. محمد إبراهيم موسى، التطبيع القضائي للقواعد...، مرجع سابق، ص 29.

(3) المرجع السابق، ص 8.

(4) د. سلامة فارس عرب، مرجع سابق، ص 228 وما بعدها.

قانون التجارة الدولي - يبدو منه أن جمود آلية التنازع بصدد عقود التجارة الدولية لازال ساري المفعول، وإن كان الواقع ميدانياً يظهر فيه ما يشير إلى كسر بعض ذلك الجمود، فتحت ضغط فكرة الأخذ بالاعتبار لواقع التجارة الدولية بدأ فريق من فقهاء⁽¹⁾ القانون الدولي الخاص - مثلاً في الفقه العربي - يجسد عملاً تطبيقاً لفكرة الأخذ بالاعتبار في سياق عقود التجارة الدولية - وإن لم يصرح بذلك - إذ قرر أن مجال عقود التجارة الدولية الأصل فيه أن يحكم بالقواعد الموضوعية المباشرة⁽²⁾، وقد شكل هذا المنهج أو كما يطلق عليه البعض⁽³⁾ الأسلوب منافساً قوياً لمنهجية التنازع التقليدية ممثلة بقاعدة الإسناد.

ونزولاً على ما تنغياه فكرة الأخذ بالاعتبار بشأن عقود التجارة الدولية، فإنه يجب التنبيه إلى أن هذا الميدان دائماً ما يثير فكرة القانون المناسب للعقد⁽⁴⁾، وهذا أمر يفرضه واقع التجارة الدولية حتى تتحقق مقتضياتها، وإمتثالاً لما تلميه فكرة الأخذ بالاعتبار في هذا الشأن، فقد تدرج الفقه⁽⁵⁾ في تلبية مقتضيات ميدان وواقع التجارة الدولية، ففي البداية فرق جانب من الفقه بين حالة الإختيار الصريح لقانون العقد من قبل الأطراف وحالة سكوتهم عن ذلك الإختيار وهم بصدد عقد دولي⁽⁶⁾، ويقرر الفقه في الحالة الأولى - الإختيار الصريح - أن قاضي العقد الدولي ليس له تجاوز إرادة أطراف العقد ومن ثم فهو مقيد بما اختاره الأطراف من قواعد قانونية لحكم عقدهم، أمّا عن الحالة الثانية - سكوت الأطراف عن الإختيار - فيقرر أن قاضي العقد الدولي لا بد أن

(1) د. أحمد عبدالكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق...، مرجع سابق، ص263 وما بعدها.

(2) د. هشام أحمد محمود عبدالعال، مرجع سابق، ص89. ويتعين الإشارة إلى ما ذكره د. محمد عبدالله المؤيد، (من عدم الخلط بين قاعدة الإرادة باعتبارها قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص والتي تستند إلى مبدأ حرية التعاقد، وقواعد القانون الدولي الخاص المادية والتي تعتبر قواعد موضوعية وضعت خصيصاً لحكم العلاقات الخاصة الدولية وتنطبق في شأنها انطباقاً مباشراً دون حاجة إلى قواعد الإسناد، لأن القاعدة المادية التي يستند إليها الإختيار المادي لقانون العقد لا تعد من القواعد المباشرة، لأنها لا تتضمن في ذاتها حلولاً موضوعية لتنظيم الرابطة العقدية وإنما هي تكنفي فقط بتحويل المتعاقدين حرية تنظيم هذه الرابطة على أي نحو يرونه في اختيار الأحكام التنظيمية لعلاقتهم التعاقدية...)، مناهج القواعد...، مرجع سابق، ص279.

(3) د. أشرف وفا محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين في الفقه المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2007م، ص52.

(4) د. جورج حزيون، مرجع سابق، ص242.

(5) د. عزالدين عبدالله، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص61.

(6) Deby (Gérard), Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, thèse, Paris, Dalloz, 1973. P.293.

يحدد ويختار من ضمن القوانين ذات الصلة بالعقد أكثرها مناسبة وملاءمة لمضمون العقد، ولهذا يقرر البعض⁽¹⁾ وجوب أن "تظل الصفة الدولية للعقد تستدعي نوعاً من المرونة"، وبدورنا نؤكد أن تحقيق وتطبيق ذلك لن يكون إلا من خلال العمل بفكرة الأخذ بالاعتبار.

الفرع الثاني

خلق الملاءمة بين واقع التجارة الدولية والقواعد الحاكمة لها بواسطة فكرة الأخذ بالاعتبار

يقع على عاتق المهتمين بشأن التجارة الدولية واجب ردم الفجوة بين واقع التجارة الدولية والقواعد الناظمة لها أو على الأقل تجاوزها وإخضاع ما يثور بصدد تلك العقود من منازعات لقواعد وضعت لها بشكل مخصوص، لذا قرر الفقيه "Rabl" أنه حين يكون العقد دولياً حقيقةً فلن يكون لأيّ قانون ذي صلة بعناصر العقد أولوية خاصة في الإنطباق على غيره من القوانين، بمعنى إمكانية استبعاد أيّ من القوانين ذات الصلة لصالح قانون آخر ذي صلة بالعناصر الموضوعية للعقد، ويمكن التأكيد هنا على أن هذا المنحى هو الذي نقصده بفكرة الأخذ بالاعتبار، فالأخذ بالاعتبار للصلة الوثيقة بين العلاقة القانونية مثار النزاع والقانون المشار إليه من قبل قاعدة التنزع أو القوانين التي هي بالفعل متصلة بالعلاقة على أي نحو كان، لا تبرر أحقية أي قانون منها ما لم يؤخذ بالاعتبار القانون الأكثر تلبية لمقتضيات التجارة الدولية⁽²⁾.

وفي ظل تأكيد هذا المسلك بشأن ما تحققه فكرة الأخذ بالاعتبار لميدان عقود التجارة الدولية، تلتفت التشريعات الوطنية ما تبناه الفقه في هذا المضمار، فبدأت التشريعات تحجّم وتعِدّل من المفهوم التقليدي لقاعدة التنزع بشأن تحديدها للقانون واجب التطبيق، وعلى وجه الخصوص في ساحات القضاء الدولي الخاص - التحكيم - وما ينتهجه قاضي العقد الدولي عند تطبيقه القانون على موضوع النزاع في قضايا التجارة الدولية، وقد كان المسلك بزمام المبادرة في هذا الشأن هو المشرع الفرنسي الذي قنن هذه الفكرة ضمن قانون

(1) د. جورج حزيون، مرجع سابق، ص 252 وما بعدها.

(2) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين...، مرجع سابق، ص 143، هامش (4).

الإجراءات المدنية لعام 1980م، إذ صرحت المادة (1496) منه في معرض حديثها عن التحكيم الدولي: "إن المحكم يحكم وفق قواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي حالة عدم وضوح إرادة الأطراف، يحكم وفقاً للقانون الذي يراه مناسباً، وفي جميع الأحوال يتعين على المحكم أن يأخذ بعين الاعتبار الأعراف التجارية".

وأكد ذلك - ما تجلّى من ملامح حدود استعمال قاضي العقد الدولي بفكرة الأخذ بالاعتبار في هذا الصدد - ما ورد في القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1988م وفي المادة (15) منه والتي تضمنت أن: "لقاضي العقد إمكانية العدول عن القانون المشار إليه من قبل قاعدة التنازع عندما يتضح أنه لا يوجد رابطة وثيقة بين هذا القانون والعلاقة القانونية مثار النزاع، وأن تلك الرابطة الوثيقة تتواجد بالفعل مع قانون آخر"⁽¹⁾.

وتأكيداً على مسألة خلق الملاءمة بين واقع التجارة الدولية والقواعد الناظمة لها، تحضر فكرة الأخذ بالاعتبار، وذلك عند تلمس التطورات الحديثة لميادين التجارة الدولية، والتي بدأت تنتج قواعد ناظمة للعمليات التي تتم في هذا الوسط، كعمليات البنوك، الإعتمادات المستندية، النقل البحري، ... وغيرها، إضافة إلى ما يجب مراعاته وبحق في صفة تلك القواعد الناتجة عن هذا الوسط والتي إتسمت بالتوحد، وتقرر لها في ساحات التجارة الدولية ما يقترّب من مفهوم العرف - على حداثة نشأتها - الأمر الذي ألقى بظلاله على التشريعات الدولية والتي لم تجد بداً من تبني فكرة الأخذ بالاعتبار في مسألة البحث عن القانون الأنسب للعقد والعمل به.

يشهد على ذلك نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس التي وضعت موضع التنفيذ اعتباراً من 1/1/1998م، حيث نصت المادة (17) منها في فقرتها الأولى على: "إن المحكم يطبق قواعد القانون الذي يرى أنها الأنسب لحكم النزاع"، وتقرر الفقرة الثانية منها أن: "على هيئة التحكيم أن تأخذ بعين الاعتبار نصوص العقد والأعراف التجارية ذات الصلة..."⁽²⁾.

(1) أشار إليه: د. أشرف وفا محمد، استبعاد...، مرجع سابق، ص90.

(2) نشير هنا إلى أن غرفة التجارة الدولية تعمل وبشكل مستمر على تحديث قواعدها بما يتلاءم مع مستجدات العصر والواقع، لذلك فقد أعادت إصدار قواعدها المذكور بعضها في المتن عام 2012م وعدلتها عام 2017م والتي اعتبرتها نافذة من أول مارس 2017م.

ويمكن القول بعد كل ما تم عرضه بخصوص عدم ملاءمة آلية التنازع - وما تعتمد عليه من قواعد قانونية وطنية - مع واقع التجارة الدولية، إن فكرة الأخذ بالاعتبار استطاعت بالفعل خلق تلك الملاءمة وكسر جمود آلية التنازع، إذ أصبح واقع عقود التجارة الدولية وخلافاً لما كان سائداً في تقنينات كثير من الدول بخصوص إستناد الأطراف واختيارهم لقانون العقد وفق مبدأ قانون الإرادة المتجسد في صورة (قاعدة الإسناد) وفي حدود النظرية التقليدية لآلية التنازع، فقد صار الأمر متاحاً بتجاوز تلك الحدود التقليدية من قبل أطراف العلاقات التعاقدية الخاصة ذات الطابع الدولي، وممارسة حرية الاختيار ليس فقط لقواعد قانونية في تشريعات وطنية لدولة ما، وإنما يمكنهم اختيار قواعد عرفية شائعة في ميادين التجارة الدولية، قد تكون بصدها شعور بإلزاميتها بإعتبارها قواعد عرفية شاع استعمالها في هذا الشأن، وزاد الأمر جلاءً مع ما تقرر من أن تلك الأعراف مقبولة باعتبارها جزءاً من القانون عبر الدول.

كما تقرر أن هذا الكيان القانوني الجديد قد إتسم بالوضوح كونه يتكون في جزء منه من قواعد قانونية تلقائية أساسها اتفاق دولي تم تسكينها تشريعات الكثير من الدول عن طريق إقرار هذه الإتفاقيات الدولية والمصادقة عليها، ويؤكد البعض⁽¹⁾ أن هذا التجاوز لآلية التنازع وكسر جمودها كان السابق في تبنيه والإشارة إليه هو الفقيه الألماني (Weimann)، حيث يرى هذا الفقيه أن القواعد الموضوعية المباشرة التي تحكم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، تكون الجانب الأساس والهام في القانون الدولي الخاص، وإن بقيت بجانبها قواعد التنازع التي تقوم بدور ثانوي وتنتظر مصير الزوال⁽²⁾.

لذا نجد الفقه يقرر أنه مع وجود القواعد الموضوعية المباشرة، فإن الإلتجاء إلى القوانين الوطنية لا يكون إلا نادراً، وبصفة احتياطية، أو كما يقول البعض: "كل العقود حالياً... تحتوي على شرط القانون الواجب

(1) د. عزالدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، سنة 1986م، ص103.

(2) أشار إلى ذلك: د. جورج حزبون، مرجع سابق، ص255.

التطبيق... ولكنه مجرد وسيلة فنية لتكملة النظام المادي المنقوص والمنطوي على بعض انعدام دقة الصنعة، إنه في الحقيقة شرط احتياطي⁽¹⁾.

ومن ثم فلا غرابة أن نجد بالفعل بعض العقود الدولية وهي تصرح بهذا الدور الاحتياطي لآلية النزاع، ومن ذلك مثلاً نص المادة (11) من العقد الذي أبرمته شركة "مشيلان" العالمية للتنمية بقيمة 40 مليون دولار أمريكي ولمدة خمسة عشر عام (1970-1985)، والذي يقرر بأن: "شروط القرض الحالي كما أعلنت في وثيقة القرض وفي وثائق السندات تفرض على الأطراف، والشروط التي لم يعلن عنها صراحةً يتم إكمالها حسب الحالة بالعادة التي تنشأ في مجال الإصدارات في السوق الدولي، وعند غياب تلك العادات تكون أحكام القانون الفرنسي هي الوحيدة الواجبة التطبيق"⁽²⁾.

المطلب الثاني

تحقيق مقتضيات التجارة الدولية بواسطة فكرة الأخذ بالاعتبار

توصلنا إلى أن ميدان عقود التجارة الدولية حظي بوجود تنظيم تشريعي بعد أن بذل المجتمع الدولي للتجارة بكل مكوناته جهوداً كبيرة لا تنكر، والواقع أن وجود تشريعات وإن وصفت بالمتطورة في عالم وواقع التجارة الدولية إلا أن هذا لا يعني أن هذا المجتمع وما يسفر عنه من مشاكل قانونية بصدد العقود التجارية المبرمة فيه قد بلغ درجة الكمال.

وإذا كان الحال كذلك فإن الأمر يتطلب ضرورة السعي للوصول إلى الكمال المنشود، وفي تقديرنا أن ذلك الكمال يمكن تحقيقه متى ما إدراك قاضي العقد الدولي أن حُرْمَ النظم القانونية وحدها لا تكفي في تشييد ذلك الكمال المرجو منه تحقيق مقتضيات التجارة الدولية وتعزيز نخصتها، أضف إلى ذلك حتى يتحقق الكمال، وجوب أن يتمتع قاضي العقد الدولي بوعي كافٍ تجاه تلك التشريعات والنصوص الواردة فيها والمتعلقة بتنظيم

(1) "فليب كان" مشار إليه لدى: د. أحمد عبدالكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق...، مرجع سابق، ص75.

(2) يُنظر ذلك لدى: د. أحمد عبدالكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق...، مرجع سابق، ص80 و81.

واقع التجارة الدولية، وما لم يفقهه قاضي العقد الدولي هذا الواقع ويأخذ بإعتباره ميدانه، ويقم بدور فعّال في تفعيل النصوص القانونية تلك، وإنزالها على الواقع بطريقة تتناسب وذلك الميدان، فإنه لن يحقق الكمال الذي ينشده.

ومن المؤكد أن وعي وإدراك قاضي العقد الدولي هذا يتجسد ممارسةً من خلال استعماله فكرة الأخذ بالاعتبار، وهذه الأخيرة إن كان هذا شأنها فإن دراستها في هذا المجال تبدو ذات أهمية علمية وعملية بارزة، خاصةً إذا نُظر إلى دورها في مساعدة قاضي العقد الدولي في تحقيق ذلك، وتناولنا إذاً لهذه الفكرة فإننا نهدف إلى الوقوف على مبررات منح قاضي العقد الدولي سلطة واسعة بإستعمال فكرة الأخذ بالاعتبار حتى يستطيع تجاوز ما هو كائن في واقع وعالم التجارة الدولية وهو في ذات الوقت لا يتفق معها، وهذا ما سيدور الحديث حوله في (الفرع الأول) من هذا المطلب، كما أن لنا هدفاً آخر من تناول هذه المسألة يكمن ببيان الدور الفعّال الذي تلعبه فكرة الأخذ بالاعتبار للوصول إلى تنظيم واقع عالم التجارة الدولية وفق ما يجب أن يكون، وهو مضمون ومحتوى (الفرع الثاني) لهذا المطلب.

الفرع الأول

دور فكرة الأخذ بالاعتبار في تجاوز ما هو كائن في واقع التجارة الدولية

خلاصة ما نعتقده ونود أن نؤكد على تقريره هنا حقيقة بشأن معنى فكرة الأخذ بالاعتبار والمقصود بها في واقع القانون الدولي الخاص، أنها تجسد الوسيلة المثلى والآلية الناجعة والمعتبرة والتي تستخدم كميزان دقيق في ضبط وتصحيح المسار لما يراد الوصول إليه لكن ليس بإعتبار ما هو كائن، وإنما بإعتبار ما يجب أن يكون، والسبب أن ما هو كائن تجسده حقيقة عدم الملاءمة بين معاملات واقع التجارة الدولية وبين المنظومة القانونية الحاكمة لهذا الواقع، وما هو كائن سطر بلا ريب النقص والقصور في تلك المنظومة، وهذا الأمر يتعارض مع مضمون ومقصود الفكرة محل الدراسة في هذا البحث (الأخذ بالاعتبار).

لذا فمن الأنسب أن تستخدم الفكرة - وقد وصفت بأنها الميزان في ضبط وتصحيح المسار لما يراد الوصول إليه - وفق ما يجب أن يكون، وما يجب أن يكون هو أن يراعى ويؤخذ بالإعتبار كل ما ينشده منتسبو عالم التجارة الدولية، كإحترام توقعات أطراف العقد الدولي، والمحافظة على التوازن العقدي الذي حققوه في مفاوضاتهم وتحقيق العدالة والإنصاف فيما بينهم عند حسم منازعاتهم، كما تتجسد الفكرة وفق ما يجب أن يكون في مواكبة المستجدات والتطورات في واقع التجارة الدولية وأن لا يظل التنظيم القانوني لهذا الواقع حبيس ما هو كائن، فإذا فهمت فكرة الأخذ بالإعتبار على هذا النحو أمكن الإعتماد عليها كوسيلة وآلية ناجعة تتبع في التجاوز والبعد عن كل ما يمكن أن يعيق أو يعترض أو يمنع من تحقيق النتائج المفضية لما يجب أن يكون.

والواقع أنّ ما خلصنا إليه بشأن المقصود بفكرة الأخذ بالإعتبار ليس بدعاً من القول، بل هو في تقديرنا من صلب وضميم فلسفة النظام القانوني ومقصوده ومعناه، يؤكد ذلك ما ذهب إليه بعض الفقه بحق أن المعنى المباشر والراجح للنظام القانوني يتمثل بـ: "مجموعة القواعد القانونية التي تهتم بتنظيم السلوك لا باعتبار ما هو كائن ولكن باعتبار ما يجب أن يكون"⁽¹⁾.

لذلك تعدد المبررات إزاء منح قاضي العقد الدولي سلطة واسعة باستعمال فكرة الأخذ بالإعتبار، وتعدد تلك المبررات يرجع السبب فيها إلى تحويل القاضي مرونة مناسبة تمكنه من الحركة المتزنة في ميدان التجارة الدولية بهدف تجاوز ما هو كائن في ذلك الواقع.

معلوم أن ميدان عقود التجارة الدولية والقضاء الخاص به ممثلاً بالتحكيم⁽²⁾ لم يقف على قدميه من البداية إلاّ من خلال إعتماده على القواعد القانونية المبنوثة في التشريعات الوطنية، لكنه ومع مرور الزمن حدثت مستجدات فرضها واقع التجارة الدولية، وهذه الأخيرة أجبرت قضاء التحكيم على تجاوز تلك التشريعات وقواعدها الوطنية والخروج عليها، وكان ذلك الخروج بمرر منطقي وعقلي وواقعي مقبول إلى حد كبير، تمثل ذلك

(1) هذا ما ذهب إليه الفيلسوف القانوني (كلسن) يُنظر ذلك بالتفصيل: د. طه عوض غازي، دروس في فلسفة القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2004م، ص 128.

(2) د. محمد إبراهيم موسى، التطويق القضائي للقواعد...، مرجع سابق، ص 7.

المبرر بوجود تباين جذري في فلسفة النظم القانونية ومفاهيمها، وهذا التباين لاشك يمثل عائقاً كبيراً أمام تطور وإزدهار التجارة الدولية، إضافة إلى ما يولده ذلك التباين من نزعة داخلية في فلسفة كل نظام قانوني وطني، وهذا الحال يتعارض مع الهدف الذي شرع من أجله التحكيم التجاري الدولي، والذي يهدف إلى فتح الآفاق أمام التجارة الدولية وفض منازعاتها بعيداً عن هيمنة آلية التنازع وقواعدها القانونية الوطنية، وقد تأكد في ما سبق أن التشريعات القانونية لمجتمع التجارة الدولية كما هي كائنة عليه قد تلحفها النقص والقصور.

وأخذاً بالاعتبار لما هو كائن من نقص وقصور⁽¹⁾ في واقع تلك التشريعات والتي يفترض بها أن تنظم ميدان التجارة الدولية، فإنه يتحتم القول بمنح قاضي العقد الدولي سلطات واسعة تمكنه من تجاوز ما هو كائن في هذا الشأن.

وقاضي العقد الدولي بحركته في هذا المضمار إنما يسعى نحو إستكمال النقص والقصور في النظم القانونية الوطنية وحتى في النظام القانوني الجديد لمجتمع التجارة الدولية، وهذا لن يتأتى له إلا أن يستلهم الحلول للمسائل التي لم يتناولها هذا القانون أو ذاك، ثم يكرس جهده في معالجة ذلك القصور وتلك العيوب التي تعترى القانون كما هو كائن، فإذا استطاع قاضي العقد القيام بذلك فإنه سيتجاوز حال ووضع ما هو كائن والذي لا يتماشى مع واقع التجارة الدولية، كما أن قاضي العقد الدولي سيساعد من خلال حركته تلك في تطوير القانون التجاري الدولي، بل إنه سيقف على حقيقة تقدير مدى ملاءمة قواعد هذا الأخير في خصوص الدعوى المعروضة عليه⁽²⁾.

إن واقع التجارة الدولية كما هو كائن يؤكد أن هناك نقص مشاهد حتى في قواعد قانون التجارة الدولية ذاته⁽³⁾، ذلك أنه لم يصل تطوره بعد إلى حد تكوين نظام قانوني متكامل⁽⁴⁾، وهذا يعني ضرورة قبول أو السماح

(1) مشار إليه في: د. سراج الدين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000م، ص 669.

(2) د. محمد عبدالله المؤيد، منهج القواعد...، مرجع سابق، ص 102.

(3) د. سلامة فارس عرب، مرجع سابق، ص 446.

(4) د. أحمد عبدالكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق...، مرجع سابق، ص 374.

لقاضي العقد الدولي بمجال واسع في حركته ليصل مع هذا النقص إلى خلق الحلول الواجب إتباعها والتي تناسب ظروف التجارة الدولية ومتطلباتها⁽¹⁾.

والناظر بعين الاعتبار إلى وظيفة القضاء يجد أن التطبيق الحرفي للتشريعات كما هي كائنة ووفقاً لها يناقض وظيفة القضاء والتي لا تقتصر على تطبيق القانون وتفسيره، فالقاضي كثيراً ما يضيف على النص الغامض معنى جديداً يكمله، بل قد يوسع القاضي مجال تطبيق النص ليستوعب حالات جديدة ووثبات سريعة لم ينص عليها القانون⁽²⁾، فإن فعل ذلك فإنه يتحرر من الأسر ويساهم في تجاوز حكم الواقع وفق ما هو كائن. والحقيقة أن وظيفة قاضي العقد الدولي تتجسد في تأمين العلاقات القانونية في المجال الدولي، والقول بجرمانه من السلطة التقديرية والواسعة ليقوم بذلك يعني جمود الحلول، والقانون عموماً لا يقبل ولا يجيز الجمود في تنظيم الحياة، بل يوجب التطور معها، وفي المقابل لما يقوم به القاضي في هذا الصدد، لو ترك الأمر للمشرع ليقوم بمواكبة الحياة ومعالجة ما يسفر عنها فإن ذلك سيتم لكن ببطء شديد في بعض الحالات حتى يقنن القاعدة الناظمة، ولهذا وافق العالم في الوقت الحاضر على الإعتراف بدور القضاء في هذا الشأن⁽³⁾.

وفي ضوء ما سبق، فإن فكرة الأخذ بالاعتبار - لمكونات قانون التجارة الدولية - لدى قاضي العقد الدولي يمكن إعتبارها بحق كما وصفت عند البعض بأنها: "درع إنقاذ لكل قاضٍ في مأزق...، كما تعطي قاضي العقد الدولي حرية تقدير واسعة ليصحح الآثار الناتجة عن تطبيق قواعد القانون المختص وكذلك لمعالجة ما قد يعترى النظم القانونية الوضعية من قصور"⁽⁴⁾، ويتأكد كذلك أن فكرة الأخذ بالاعتبار تعتبر وبحق الوسيلة القادرة على تجاوز الواقع بما هو كائن، بل وتحقيق تطور أكبر للعلاقات التجارية، وذلك عن طريق القضاء الخاص الدولي - التحكيم - إذا ما نظرنا بعين الاعتبار لطبيعة هذا النظام التحررية من القواعد الجامدة، وليس هناك من تجاوز

(1) د. محمد عبدالله المؤيد، منهج القواعد...، مرجع سابق، ص 271 و317.

(2) المرجع السابق، ص 271.

(3) د. محمد عبدالله المؤيد، منهج القواعد...، مرجع سابق، ص 249.

(4) بتصرف: د. أحمد عبدالكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 299.

للحقيقة إذا قلنا (القواعد البدائية) في القوانين الوطنية، وعليه فإن الأمل معقود على هذا النظام في إيجاد الحلول الملائمة لمنازعات عقود التجارة الدولية الحديثة؛ كعقود التوريد، والمصانع الجاهزة التسليم، وعقود المفتاح في اليد، وعقود نقل التكنولوجيا، وهذه كلها عقود طويلة الأجل، تلازمها مشكلات لا تسعف القوانين الوطنية في شأنها⁽¹⁾.

الفرع الثاني

دور فكرة الأخذ بالإعتبار في تنظيم واقع التجارة الدولية بما يجب أن يكون

لقد ثبتَ وبما لا يدع مجالاً للشك أن واقع التجارة الدولية وميادين عقودها لا يتلاءم مع ما هو كائن في بعض التشريعات الوطنية، وعليه فيفترض ضرورة عدم إخضاعها إلى ذلك النوع من التنظيم القانوني وتجاوزه إلى غيره مما يمكن وصفه بالصالح والملائم أن ينظم به ذلك الواقع، بغية تحقيق آمال كل من يهتم وينتمي إلى هذا الواقع ويطمح أن يعيشه محكوماً بما يجب أن يكون، و(ما يجب أن يكون) نعني به هنا خضوع هذا الواقع في تنظيمه لما يلائمه من قواعد، وأشهر تلك القواعد في هذا السياق، أعراف وعادات التجارة الدولية، إضافةً إلى المبادئ العامة في القانون⁽²⁾، كل ذلك مراعاةً لميدان التجارة الدولية وتماشياً مع واقع عقودها المتجددة والمتطورة بسرعة فائقة أثبت الحال عدم تمكن التشريعات الوطنية مسايرتها ومواكبتها⁽³⁾.

ولا غرابة أن نجد بعض الفقه⁽⁴⁾ وبحق يقرر أنه لا يمكن المنازعة في وجود إلتزام على عاتق قاضي العقد الدولي بأن يستعمل فكرة الأخذ بالاعتبار، وإن كان يؤكد على أنه يجب أن لا يغالي في نطاق ذلك، ففي ظل التنازع بين قانونين أجنبيين - أو قواعد قانونية عدة - فإن وزن الاعتبارات الحاضرة بين يدي قاضي العقد الدولي يجيز له أن يقوم بتقدير ذلك من خلال مراعاة طبيعة المصالح المثارة، ومجال التضحيات التي تفرض

(1) د. أحمد عبدالكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق...، مرجع سابق، ص209 وما بعدها.

(2) د. أحمد عبدالكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق...، المرجع السابق، ص286.

(3) المرجع السابق، ص261.

(4) Seraglini (Christophe), Lois de Police..., Op, Cit, P,206.

نفسها، وهو إذ يزن ذلك فمن خلال إعتبره بقوة الروابط القائمة بين المركز وكل قانون⁽¹⁾، والمعتاد بالنسبة لقاضي العقد الدولي أن يدمج الاعتبارات الراجحة لمحتوى القانون في العناصر المؤثرة التي تتضمنها العلاقة العقدية، والتي يؤدي بحث مجموعها إلى تحديد حكمه المناسب من وجهة نظره لحل المسألة المعروضة عليه⁽²⁾، وقاضي العقد الدولي بتقديره ومراعاته للقواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع إنما يسعى من خلال ذلك للوصول إلى المزاوجة بين الأنظمة القانونية للدول المختلفة ليصنع ويكوّن ما يُسمّى: "بالمبادئ العامة للقانون" أو المبادئ القانونية المشتركة بين الأمم المتحدة⁽³⁾، وهو بذلك يكون قد ساهم في تكوين بعض من المنظومة القانونية الحاكمة لمنازعات عقود التجارة الدولية بما يقدره ويعتقد أنه يتفق مع حال ما يجب أن يكون عليه واقع التجارة الدولية، فيعتبر قاضي العقد الدولي ونظامه القانوني الذي يلجأ إليه بحد ذاته أداة للرجوع إلى المبادئ العامة للقانون الدولي⁽⁴⁾. وإنجاز ذلك من قبل قاضي العقد الدولي لا يخلو من فائدة، ذلك أن أخذ المبادئ العامة للقانون وأعراف وعادات التجارة الدولية بالاعتبار سيساعد قاضي العقد على تسبيب الحل القانوني المقدم منه أيّ كان القانون الوطني الذي كان يمكن تطبيقه على العقد⁽⁵⁾، فالإلتجاء إلى هذه المبادئ يرفع الإنتقاد الذي كان يمكن أن يوجه إلى قاضي العقد الدولي عند قيامه بتطبيق قانون دون آخر⁽⁶⁾، كما أن مسلك قاضي العقد هذا يسمح له أن يسبب حكمه في حالة ما إذا كان قانون العقد لم يعالج المسألة المطروحة للنزاع، أو إذا كان هذا القانون غير قابل للتطبيق بالنسبة لموضوع العقد، أضف إلى ذلك أن قاضي العقد ومن خلال استعماله لفكرة الأخذ بالاعتبار لأعراف وعادات التجارة الدولية وللمبادئ العامة للقانون يتمكن من

(1) Seraglini (Christophe), Lois de Police... , Op, Cit, P,7.

(2) Seraglini (Christophe), Lois de Police... , Op, Cit, P6.

(3) د. هشام صادق، القانون الواجب...، مرجع سابق، فقرة 158؛ د. محمد عبدالله المؤيد، مناهج القواعد...، مرجع سابق، ص 271.

(4) د. أحمد عبدالكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق...، مرجع سابق، ص 231.

(5) أخذاً بالاعتبار قصد قاضي العقد الدولي وهدفه من ذلك، والمتمثل بتخفيف حدة أعمال القواعد الوطنية وتحجيم غلوها المتنافر مع واقع التجارة الدولية، ففي هذه الحالة فقط يقرر بعض الفقه العربي إمكانية القول بمبدأ قضاة العقود الدولية وقبول دورهم الفعال في هذا الصدد. لمزيد من الإطلاع في ذلك يُنظر:

محمد إبراهيم موسى، التطويع القضائي...، مرجع سابق، ص 33، هامش (2).

(6) د. نصيرة بوجعة سعدي، عقد نقل...، مرجع سابق، ص 406.

استبعاد القانون الوطني عندما يتضمن هذا القانون حلاً لا يتفق مع احتياجات ومقتضيات التجارة الدولية⁽¹⁾، ويدل على ذلك ما ورد في الفقرة (59) من دليل تحرير العقود الدولية للتعاون الصناعي، والذي أعدته اللجنة الاقتصادية لإوروبا التابعة للأمم المتحدة، حيث نقرأ فيها: "لقد وجد مع ذلك أن مختلف أشكال القانون الخاص الوطني لا تتضمن عادةً قواعد تتعلق خصوصاً بالأشكال الحديثة من العلاقات التعاقدية التي تنشأ من خلال التعاون الصناعي، ونتيجة لذلك، ينبغي الاقتراح بأنه يجب على الأطراف أن يضمنوا عقودهم أحكاماً تفصيلية تحدد قانون علاقاتهم الخاص"⁽²⁾، وبإمعان النظر فيما سبق يتأكد دور فكرة الأخذ بالاعتبار واستعمال قاضي العقد الدولي لها في تنظيم واقع التجارة الدولية بما يجب أن يكون عليه ذلك الواقع.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الفهم لدى الفقه القانوني وما يترتب عليه من سلوك ينحوه قاضي العقد الدولي - إن هو أخذ به - في ميدان التجارة الدولية لم يعارضه موقف التشريعات الوطنية، ذلك أن تأثير وضغط فكرة الأخذ بالاعتبار لواقع التجارة الدولية فرض أن تأتي ردة الفعل من قبل القوانين الوطنية حيال مسلك قضاة العقود الدولية وما توجه إليه الفقه القانوني بغير المتوقع منها، إذ سطرت تلك القوانين الوطنية قبولها والسماح بذلك⁽³⁾، ويرجع بعض الفقه⁽⁴⁾ السبب في ذلك إلى أن القوانين الوطنية أخذت بالاعتبار أمر تنظيم بعض المجالات النوعية لعقود التجارة الدولية والتي يستقل المتعاقدون بتنظيمها وفقاً لقواعد التجارة الدولية في مجال البيوع الدولية، وبالفعل تركت تلك القوانين الوطنية مسألة تنظيم ذلك لذوي الشأن في هذا المجتمع⁽⁵⁾.

(1) د. نصيرة بوجمعة سعدي، عقد نقل...، مرجع سابق، ص 408.

(2) مشار إليه في: د. أحمد عبدالكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق...، مرجع سابق، ص 61.

(3) المرجع السابق، ص 265.

(4) المرجع السابق، ص 266.

(5) د. محمد عبدالله المؤيد، منهج القواعد...، مرجع سابق، ص 85.

الخاتمة

انتهينا بتوفيق الله جل شأنه، من تناول (موضوع الأخذ بالإعتبار)، وعلى التفصيل الوارد في ثنايا صفحات الدراسة، وحي أن نختم الدراسة بما خلصت إليه من نتائج وتوصيات نسردها على التوالي:

أولاً: النتائج: توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج، أهمها:

1- إن البعض من التشريعات الوطنية المختلفة - عربية وأجنبية - وكذا التشريعات الدولية، تناولت بالذكر فقط (فكرة الأخذ بالإعتبار) دون التعرض لمفهومها والمقصود منها وحدود استعمالها أو بيان دورها في منازعات عقود التجارة الدولية في مجال القانون الدولي الخاص.

2- إن ما يتداوله الفقه القانوني التقليدي من معنى لمفهوم ومقصود (الأخذ بالإعتبار) مخالف لما ترجح في القانون الدولي الخاص بشأن الصفة القانونية لسائر القواعد القانونية واجبة التطبيق، ومركز تلك القواعد أمام قاضي العقد الدولي.

3- إن مفهوم (الأخذ بالإعتبار) ومقصوده الأقرب للصواب يستخلص من المدلول اللغوي والقانوني والميداني لمصطلح (الأخذ بالإعتبار)، لأنه يعطي حرية واسعة وقدرة على الحركة المتزنة تمكن المعتبر من الإختيار المناسب والصحيح مما قد يتعدد أمامه، فإذا ما بان له ذلك لزمه وتمسك به.

4- إن فكرة الأخذ بالاعتبار مكنة قانونية تستمد أساسها من نص في القانون، فالفكرة ما هي إلا إمكانية يمنحها المشرع للقاضي حتى يحيط بالمتغيرات على صعيد واقع العلاقات القانونية الخاصة ذات الطابع الدولي، والتي قد يعجز المشرع أن يلم بها، وبالتالي يمنح المشرع القاضي دوراً إيجابياً في مواجهة هذه المتغيرات..

5- إن عنصر القانون الذي يدخل في تركيبه فكرة الأخذ بالاعتبار يمتاز بالثبات، أمّا عنصر الواقع فإنه يمتاز بالحركية، وبالتالي فإن المنطقة القانونية التي تعمل فيها هذه الفكرة تجد مجالها في الواقع والقانون.

- 6- إن فكرة الأخذ بالاعتبار عمل قانوني وقضائي، فهي تبدأ بالمشرع عندما ينص عليها في القاعدة القانونية، ثم بعد ذلك يستلهم القاضي هذا النص ليقوم بتطبيقه على الواقع المعروض عليه.
- 7- إن ممارسة هذه الفكرة تتميز بالإلزام، فما دمننا قد سلمنا أن المشرع ينص على هذه الفكرة، فإنه يترتب على ذلك عدم إمكانية تحلل القاضي من استخدامها بحجة غياب النص أو نقصه.
- 8- إن فكرة الأخذ بالاعتبار سلطة استثنائية، خلاقة للحلول القانونية.
- 9- إن المعنى المنسجم للأخذ بالإعتبار مع مقتضيات التجارة الدولية والمنازعات الناشئة عنها، أن يُنظر إليها على أنها الوسيلة والآلية المثلى الممكن إتباعها لضبط وتصحيح المسار لكل ما يراد الوصول إليه، لأنها المفضية إلى تجاوز كل ما يمكن أن يعيق أو يعترض أو يمنع من تحقيق النتائج وفق ما يجب أن يكون عليه الحال في القانون عموماً، وفي القانون الدولي الخاص على وجه الخصوص.
- 10- إن فكرة الأخذ بالإعتبار- كونها الوسيلة والآلية المثلى في تصحيح المسار- كان لها الدور البارز والجلي في تلافي قصور آلية التنازع وعلاج عيوبها كلما أبان الفقه تلك العيوب وذلك القصور.
- 11- إن فكرة الأخذ بالإعتبار استطاعت أن تكسر جمود آلية التنازع والتي تغيب في ظلها الملاءمة بين واقع التجارة الدولية وبين المنظومة القانونية الحاكمة لها.
- 12- إن الأخذ بالإعتبار لما هو كائن من نقص وقصور في واقع التشريعات الوطنية - التي يفترض أنها من تنظيم ميدان التجارة الدولية - يحتم ضرورة أن يمنح قاضي العقد الدولي سلطات واسعة تمكنه من تجاوز ما هو كائن في هذا الصدد، واعتبار ما يجب أن يكون، وذلك تلبية لإحتياجات ومقتضيات التجارة الدولية.

ثانياً: التوصيات: توصي الدراسة بما يلي:

- 1- ينبغي على أهل الإختصاص بذل المزيد من البحث في موضوع (الأخذ بالإعتبار) ومتعلقاته، لأنه لم يلقَ بعد حظه من البيان المحدد لمعناه ومقصوده وحدود استعماله ودوره في منازعات التجارة الدولية.
- 2- نظراً لأهمية بعض المصطلحات القانونية، وتحديدًا التي لها دور فعال في إيجاد وابتكار الحلول المناسبة في منازعات عقود التجارة الدولية، فإن على المهتمين بهذا الشأن أن يبذلوا المزيد من الجهد، بهدف تصحيح الفهم القاصر عن مدلول تلك المصطلحات القانونية، وعدم الإكتفاء أو التقيد بما ورد من فهم في بعض دراسات الفقه القانوني وجهده المبذول في شرح تلك المصطلحات.
- 3- على الجهات المختصة تأهيل قضاة العقود الدولية - قضاة أو محكمين - بأن تحرص على تزويد هؤلاء بكل ما من شأنه أن يزيد من الإدراك والوعي لديهم، ويمكنهم من فهم مقصود المصطلحات الواردة في النصوص القانونية، وإنزالها على الواقع تطبيقاً لها بطريقة تناسب مع ميدانه.
- 4- على الجهات المنوط بها الإختصاص التشريعي عند تناولها وتعرضها بالتنظيم لما يتعلق بالتجارة الدولية وعقودها ومنازعاتها، بل وكل ما يتصل بالقانون الدولي الخاص، أن تستخدم العبارات والمصطلحات الواضحة والتي تدل على مقصودها والمراد منها، مبيناً قدر الإمكان حدود ونطاق استعمال كل مصطلح، حتى لا يدع المجال مفتوح أمام الأفهام المختلفة لتحديد ذلك.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العامة:

- 1- القرآن الكريم.
- 2- اللغة العربية:
- العلامة أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، تحقيق الدكتور عبدالعظيم الشناوي، دار المعارف، القاهرة، الطبعة الثانية.
- ديوان الشافعي، إعداد وتعليق وتقديم، محمد إبراهيم سليم، مكتبة ابن سينا، مصر الجديدة، القاهرة.

ثانياً: المراجع المتخصصة:

- 1- د. أبو العلا النمر، مقدمة في القانون الخاص الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى.
- 2- د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981م.
- 3- د. أحمد عبدالحميد عشوش، النظام القانوني لعقد القرض الدولي "دراسة مقارنة"، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990م.
- 4- د. أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985م.
- 5- د. أحمد عبدالكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 89 وما بعدها.
- 6- د. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2006م.

- 7- د. أشرف عبدالعليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة 1997/1998م.
- 8- د. أشرف وفا محمد، المنافسة غير المشروعة في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.
- 9- د. أشرف وفا محمد، استبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسطة إتفاق الأطراف "نظام الاتفاق الإجرائي"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2005م.
- 10- د. أشرف وفا محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين في الفقه المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007م.
- 11- د. جورج حزبون حزبون، قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث الموضوعي، مجلة الحقوق، الكويت، العدد الثاني، السنة السادسة والعشرون، ربيع الآخر 1423هـ - يونيو 2002م.
- 12- د. خير الدين كاظم الأمين، سلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص، مجلة جامعة بابل/ العلوم الإنسانية، المجلد 15، العدد 2، 2008.
- 13- د. سراج الدين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2000م.
- 14- د. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، 1999م.
- 15- د. طه عوض غازي، دروس في فلسفة القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م.
- 16- د. عز الدين عبدالله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة، القاهرة، السنة 69، العدد 317- يناير 1978م.

- 17- د. عزالدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، سنة 1986م.
- 18- د. عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولي والإتفاقي والقانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- 19- د. عكاشة عبدالعال، قانون العمليات المصرفية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994م.
- 20- د. محمد إبراهيم علي محمد، القواعد الدولية الآمرة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001م.
- 21- د. محمد إبراهيم موسى، التطويع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005م.
- 22- د. محمد عبدالله المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1997م.
- 23- د. محمد عبدالله محمد المؤيد، الإطار العام للقانون الدولي الخاص والنظرية العامة والضوابط المقررة لتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار جامعة صنعاء، صنعاء، 2009-2010.
- 24- د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختبار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000م.
- 25- د. نرمين محمد صبح، العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية، الطبعة الأولى، 2002م.
- 26- د. نادر محمد محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، 1998م.
- 27- د. نصيرة بوجمعة سعدي، عقد نقل التكنولوجيا في مجال التبادل التجاري، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، 1987م.

28- د. هشام محمد إبراهيم السيد الرفاعي، القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2009م.

29- د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995م.

ثالثاً: المراجع الأجنبية:

- 1-Barraclough(Andrew) and Walncyrner(Jeff), Mandatory Rules of Law in international Commercial arbitration, Melbourne Journal of international Law, Vol 6, 2005.
- 2-Chukwumerije (Okezie), Mandatory Rules of Law in international Commercial Arbitration, African Journal of International and Comparative Law, Volume , October 1993.
- 3-Deby (Gèrard), Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, thèse, Paris, Dalloz, 1973.
- 4-Hanotiau(Bernard), La Loi applicable à L'arbitrabilité du Litige, Revue de droit des affaires internationaux, (international business Law), N°7, 1998.
- 5-Radicati Di Brozolo(Lucag G.), Mondialisation, Juridiction, arbitrage: vers des règles d'application semi-nécessaire. Revue critique de droit int. Privé, janvier- mars,2003.
- 6-Robert(Jean), Moreau(Bertrand), L'arbitrage: Droit interne, droit international privé, Dalloz, 1983.
- 7-Seraglini (Christophe), Lois de Police et justice arbitrale internationale Editions Dalloz, 2001.



مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

Journal of Legal and Social Sciences



مجلة العلوم القانونية والإجتماعية
Journal of Legal and Social Sciences