

---

---

**الإطار القانوني للتنافس بين الأجنحة المخصصة  
اصطناعيا وفقا لمكتسباتها الجينية :  
(بحث مقارن في تشريعات الدول العربية والأجنبية)**

---

---

**دكتور/ أحمد بلحاج جراد**

أستاذ مشارك في القانون الخاص ورئيس قسم القانون بكلية

إدارة الأعمال بجامعة الحدود الشمالية

بالمملكة العربية السعودية

عضو هيئة التدريس ورئيس قسم القانون الخاص سابقا بكلية

الحقوق والعلوم السياسية -

جامعة سوست - الجمهورية التونسية

---

الإطار القانوني للتناضس بين الأجنة المخصبة  
اصطناعيا وفقا لمكتسباتها الجينية :  
(بحث مقارن في تشريعات الدول العربية والأجنبية)  
د. أحمد بلحاج جراد

أستاذ مشارك في القانون الخاص ورئيس قسم القانون بكلية  
إدارة الأعمال بجامعة الحدود الشمالية  
بالمملكة العربية السعودية  
عضو هيئة التدريس ورئيس قسم القانون الخاص سابقا بكلية  
الحقوق والعلوم السياسية -  
جامعة سوستر - الجمهورية التونسية

---

بسم الله الرحمن الرحيم

المخلص

لقد تمكنت التقنيات المستحدثة في علم الأحياء من النفاذ إلى المكتسبات الجينية للأجنة المخصبة اصطناعيا بغية الإطلاع المبكر على خصائصها الجينية ، فصار بالإمكان وفقا لتقنية التشخيص السابق للزرع إقرار انتقاء بينها قد يكون وفقا لمدى سلامتها من الأمراض الجينية بما يكفل الحصول على أجنة ذات جودة معتبرة تقيها ما قد يلحق بها من أمراض وراثية أو مكتسبة في المآل ، أو وفقا لمدى ملاءمتها الجينية بما يمكن من تطويعها كعلاج جيني ناجح لإنقاذ أحد أفراد الأسرة المصاب بمرض خطير لا درء له سوى العلاج الجيني ، فضلا عن ما تقدمه هذه التقنية من إمكانيات رهيبية لفرز الأجنة وفقا للترغبات الشخصية للمنجبين في الحصول على الجنس المفضل أو الأوصاف الجمالية المأمولة . وقد اقتضت التشريعات المنظمة لقواعد المساعدة الطبية على الإنجاب توجهات مختلفة في هذا المجال تحكمها العديد من الاعتبارات الفلسفية والأخلاقية

والاجتماعية لتفرز اتجاهها أولا يعتد بمقاربة قيمية مطلقة للجنين فيتصدى لكل المبادرات الداعية للنفاذ إلى مكتسباته الجينية ولو في أول أطوار تخلقه ، بوصفه اختزالا للجنس البشري مما يكرس معصومية مكوناته البيولوجية . في حين يتجه الاتجاه الثاني نحو الاستفادة قدر الإمكان من الاكتشافات البيولوجية المطردة ، فلا يمانع في النفاذ لهذه المكتسبات لما يترتب عنها من خدمات وقائية وعلاجية توازره في توجيهه نظرة نفعية للجنين تستغل في أديباتها التحررية انعدام الوفاق القانوني حول الطبيعة القانونية للجنين . وعلى هدي من هاتين النظرتين يمكن التوصل إلى مقاربة توافقية توصل الاستفادة من التقنيات الحيوية المفاجئة للعلوم القانونية وتدعو على إيجاد الآليات الممكنة من تكريسها وإحكامها في سبيل فتح آفاق مأمولة لتدارك الأمراض الوراثية وإقرار طرق علاجية مستحدثة ، وتتصدى في نفس الوقت لمحاولات تطويع المكتسبات الجينية للجنين المخصب اصطناعيا وفقا للمآرب الشخصية للمنجبين بهدف الاهتداء للجنين المفضل.

### الكلمات المفتاحية :

التخصيب الاصطناعي - التشخيص الطبي السابق للزرع - المكتسبات الجينية - انتقاء الأجنة - الجنين المنقلد - الرؤية القيمية للجنين - الرؤية النفعية للجنين - حظر النفاذ للمكتسبات الجينية - الجينوم البشري - الخيارات الإيجابية.

### المقدمة

منذ السنوات الأخيرة من القرن الماضي وبداية القرن الحالي عرفت الاكتشافات في علم الأحياء العديد من التطورات التي فاجأت حقيقة المخزون المعرفي التقليدي خاصة على مستوى ما قدمته من حلول ناجحة للطب الإنجابي<sup>1</sup> حتى أضحت بعض الأماني حقائق ملموسة

١ - ذلك أن محاولات المساعدة عن الإنجاب عن طريق التغلب على العوائق الخائفة دون تخصيب نطفتي الرجل والمرأة كانت محل اهتمام الباحثين في علوم الحياة =

تجسدت بالأساس في التغلب على العوائق الإنجابية<sup>١</sup>. ولقد ساهم هذا

=منذ نهاية القرن ١٨ حيث وقع إجراء تجربة إخصاب داخلي على الحيوانات استلهمت منذ بداية القرن ٢٠ لتغذية الأبحاث حول الإنسان، حيث قام الباحث الأمريكي " Gregory PINCUS بتطوير التجربة لتمتد إلى التخصيب الاصطناعي الخارجي تمت بنجاح على الأرانب ، واستلهمت الفكرة من قبل الباحثين الأمريكيين " John ROCK et Miriam MENKIN الذين تمكنوا فعلا من تحقيق أول تجربة ناجحة لتخصيب خارجي لتطف بشرية دون إتمامها بتحقيق الزرع سنة ١٩٤٤ ، وهو ما توصل إليه أيضا الباحث الإيطالي "دانيال بتروشي" سنة ١٩٦٦ بعد عدة محاولات من تخصيب نطف بشرية خارج الرحم . غير أن الأجنة المخصبة لم تقدر على البقاء إلا لعدة ساعات ، إلى أن تمكن الباحث البريطاني " Robert EDWARDS من تخصيب ناجح فعلا سنة ١٩٧٨ ، فتواترت الأبحاث ووقع توظيف التخصيب الاصطناعي أيضا لمقاومة بعض الأمراض الوراثية وفتح آفاقا رحبة بخصوص تحسين النسل وانتقاء الجنس المرغوب فيه . وحول التطور التاريخي للتخصيب الاصطناعي يراجع : لبنى محمد جبر شعبان الصفدي ، " الأحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم " ، بحث للحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن ، الجامعة الإسلامية - غزة ، كلية الشريعة والقانون ٢٠٠٧ ، ص. ١١ و ١٢ ، حسيني هيكل ، النظام القانوني للإنجاب الاصطناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات ، القاهرة ٢٠٠٧ ، ص. ١١٨ ، أحمد محمد لطفي أحمد ، التلقيح الاصطناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص. ٥٢ و ٥٣ . ويراجع خاصة ، Charel CONSTANTIN, Julie- Vanessa DAVERIO et Coralie ZERMATTEN ، " Fécondation in vitro " La bourse ou la vie ? " , Université de Genève, Faculté de médecine – Haute école de santé de Genève, mai – juin 2010, p.21 et 22.

١- يتجه التمييز بين العقم والعوائق الإنجابية : فالعقم هو " العجز الكامل عن الإنجاب بصورة نهائية ، فلا تجدي معه كل وسائل الإنجاب الاصطناعي لعلاج أو لإزالة بعض آثاره ، باستثناء بعض الحالات التي يجرى فيها عمليات زرع لبعض الأعضاء التناسلية " في حين أن العوائق الإنجابية تتأطر حول فشل الحمل الذي يحدده البعض لفترة سنة من بدء المعاشرة الزوجية " من غير أية موانع أو أنه عدم القدرة الطبيعية على الإنجاب ، وهيئة الصحة =

المعطى الايجابي ، من الوجة القانونية ، في إعادة محاور النقاش بخصوص  
الوضعية القانونية للجنين ، التي ساد الاعتقاد بأنها مستقرة وتشابه في  
الأحكام لدى أغلب المشرعين وفقا للمعارف الطبية المتواضعة في مسائل  
الإنجاب ، بحيث تسند للجنين بعض الحقوق تصبح قابلة للممارسة بمجرد  
استهلاله ، فضلا عن إقرار عدة قواعد حماية ضمانا لحرمة الجسدية  
باعتبار مرحلة الحمل الطبيعية التي يمر بها<sup>١</sup> . فمئذ اكتشاف تقنيات  
التخصيب الاصطناعي أصبح من المؤكد إيجاد فترة في حياة الجنين سابقة  
للحمل تتطلب الإحاطة بما يلزمها من أحكام قانونية لتنظيم وضعيتها .  
يمكن تعريف التخصيب الاصطناعي بأنه تقنية بيولوجية تهدف بالأساس  
إلى التغلب على الإخفاقات الإنجابية لدى أحد الزوجين أو كلاهما تتمثل  
في تخصيب بيضة المرأة بالسائل المنوي للرجل دون أن يحصل بينهما  
الاتصال الذي هو قوام التناسل الطبيعي<sup>٢</sup> . وبحسب مدى جسامه الإخفاق

---

=العالمية تحدد هذه الفترة بستتين ، بينما يرى علماء السكان أن الفترة يجب أن  
لا تقل عن خمس سنوات " ، يراجع ، الشيخ صالح بشير ، " الحماية الجنائية  
للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة - دراسة مقارنة " ، مذكرة من أجل  
الحصول على شهادة الماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية ، جامعة  
الجزائر ١ ، كلية الحقوق ، ٢٠١٢ - ٢٠١٣ ، ص. ٥٢ الهامش رقم ١ و  
ص. ٥٣ الهامش رقم ٢ .

١- من الحقوق التي اختلف على إقرارها للجنين تذكر : الحقوق المالية كحقه في  
الميراث وفي الأيضاء له وفي التأمين ، فضلا عن حماية حرمة الجسدية ولو  
نسبيا عن طريق تحديد حالات الإجهاض وإمكانية إخضاعه للتجارب  
والأبحاث الطبية ، ولتفصيل هذه الحقوق يراجع ، Mohamed Kamel ،  
" L'embryon : sujet ou objet ? " ، CHARFEDDINE : R.T.D , 1998 , p.69 et s ;  
مفتاح محمد اقريط ، الحماية القانونية  
للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، المكتب الجامعي الحديث ،  
الإسكندرية ٢٠٠٤ ، ص. ٥٧ وما بعدها .

٢- حول مختلف التعريفات المقدمة للتخصيب الاصطناعي بنوعيه الداخلي  
والخارجي ، يراجع ، أحمد محمد لطفي أحمد ، المرجع السالف ذكره ، ص. ٥٩ .

الإلجابي يوجد نوعان من التخصيب الاصطناعي : الأول يتمثل في التخصيب الداخلي الذي يحصل عن طريق عملية إدخال السائل المنوي للزوج في الموضع الطبيعي للحمل لدى المرأة كلما كانت الصعوبة الإلجابية متعلقة بالتناسل الطبيعي ويمدى قدرته على حصول التلقيح . والثاني يتعلق بالتخصيب الخارجي الذي يقع في وسط مخبري لا يقع زرع متوجه في الموضع الطبيعي للمرأة إلا بعد حصول تخصيب نطقتيهما<sup>١</sup> . ولقد ساعدت هذه التقنية بطريقة فعالة في التغلب على العوائق الإلجابية ، فأثمرت بادئ الأمر ولادة الطفلة " لوزا براون " في مستشفى بمدينة لندن بتاريخ ١٩٧٨/٠٧/٢٥ ، ثم ما لبثت أن انتشرت بسرعة في أغلب بلدان العالم خاصة ذات القدرات الطبية والمخبرية المعتبرة<sup>٢</sup> . ومن الانعكاسات

= سعدي إسماعيل البرزنجي ، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإلجاب الجديدة ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبيجيات ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص. ١٨ . سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ ، أحكام التلقيح غير الطبيعي ، ( أطفال الأنابيب ) ، الطبعة الأولى ، المجلد الأول ، دار كنوز اشيليا للنشر والتوزيع ، الرياض ، ٢٠٠٩ ، ص. ٤١ .

١ - لتفصيل حالات الإخفاقات الإلجابية الدافعة إلى اللجوء للتخصيب الاصطناعي بنوعيه ، يراجع ، غادة علي حامد العمروسي ، اعتداء الطبي على النفس وما دونها في ظل المقاصد الشرعية والأخلاقيات الطبية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٠ ، ص. ٥٤٤ . وما بعدها ؛ يوشي يوسف ، " الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا - دراسة مقارنة ، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة أبو بكر بلقايد ، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتلمسان ، الجزائر ، ٢٠١٢ - ٢٠١٣ ، ص. ١٨٢ . وما بعدها ؛ وحول التقنيات المخبرية والطبية المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي ، يراجع ، Charli LESSARD et Natalie PARENT , Techniques de procréation assistée , Fédération du Québec pour le planning des naissances , 2014 .

٢ - فسرعان ما انتشرت هذه التقنية في العديد من البلدان وقدمت كإسهام طبي مستحدث حول الأحلام إلى حقائق مجسدة ، إذ حدثت ولادة أول طفلة =

الناجمة عنها أنها غدت النهم العلمي بخصوص مواصلة الأبحاث في مجال الطب الإنجابي إلى أن توصل الباحث البريطاني في علوم الأحياء والأجنة "Alan handyside" ، بعد تعمقه في تقنيات التخصيب الاصطناعي الخارجي ، إلى اكتشاف التشخيص السابق لزرع الأجنة ، في مدينة لندن سنة ١٩٨٩ . وهي تقنية بيولوجية تتمثل في إجراء كشف مخبري على خلايا لأجنة منضبة اصطناعيا قبل زرعها في رحم المرأة تمكن من التعرف على مكتسباتها الجينية بغية الكشف المبكر عن مدى تضمنها لأمراض وراثية أو اختلالات صبغية<sup>١</sup> ، مما يفرض مبدئيا انتقاء هذه الأجنة وفقا لمعيار

---

"وفقا لتقنيات التخصيب الخارجي في فرنسا سنة ١٩٨٢ باستهلال البنت " Amandine " ، ثم تلاها سويسرا سنة ١٩٨٥ ، كما شهدت تونس ولادة الطفل إلياس سنة ١٩٨٨ ، ونجحت تقنية تجميد الأجنة في فرنسا لأول مرة سنة ١٩٨٦ حين وقع تخصيب جنين ثم تجميده في تلك السنة لتحصيل ولادته سنة ٢٠٠٠ ، تراجع ،

Mohamed Kamel CHARFEDDINE , op. Cit, p.69 et s ;  
CharelCONSTANTIN, Julie- Vanessa DAVERIO et  
Coralie ZERMATTEN, op. Cit, p. 22.

١ - حول تقنية التشخيص الطبي السابق للزرع وطريقة إجرائها مخبريا ومختلف

توظيفاتها ، تراجع ، Jacques TESTART et Bernard SELE ،

" Le diagnostic préimplantatoire , un enjeu pour le 21ème siècle " , Revue médecine/sciences , n°1 du 15 janvier 1999, p. 90 et s ; I, FLORENTIN " Le diagnostic préimplantatoire et le contrôle de la qualité des enfants à naître " , in " Le droit saisi par la biologie " , (dir) C. LABRUSSE -RIOU, L.G.D.J,1996, p.109 et s ; B. MATHIEU, "Force et faiblesse des droits fondamentaux comme instruments du droit de la bioéthique : Le principe de dignité et les interventions sur le génome humain " , Rev.dr. Publ, 1999, p.93 et s. ; Bernard SELE et Jacques TESTART, " Le diagnostic préimplantatoire : quel outils ? Pour quelle quête? " , in " Les lois "bioéthiques a l'épreuve des faits - réalités et perspectives " , P.U.F, 1999, p.159 et s.

سلامتها الجينية لتحظى بمواصلة طريقها نحو الحمل كلما ثبتت سلامتها الجينية. ثم ما فتئ النهم العلمي في اقتفاء توارث الاكتشافات إلى أن وقع التوصل إلى تطويع التشخيص السابق للزرع نحو أدوار مستحدثة تلبية لرغبات المتجيبين في انتقاء المواصفات الذوقية المرغوبة في مشروعهم الإنجابي وخاصة انتقاء جنس الجنين ، فضلا عن إمكانية النفاذ للمكتسبات الجينية للأجنة المخصبة اصطناعيا بغية التثبيت من مدى ملاءمتها لتلك المواصفات التي يكتسبها طفل مصاب بمرض دموي خطير لا يمكن درؤه إلا بمقتضى علاج جيني مستخرج من الحبل السري للجنين حال استهلاله

1- فضلا عن الدور الأساسي والأولي لتقنية التشخيص الطبي السابق للزرع والمتمثل في استباق الكشف عن الأمراض الوراثية والاختلالات الجينية التي قد تصيب الجنين في الخطوات الأولى من بدء حياته البيولوجية ، أمكن بموجب هذه التقنية النفاذ للمكتسبات الجينية للأجنة المخصبة بغية إقرار تنافس بينها يقوم على أساس مواصفاتها الجينية تلبية لأغراض ذوقية أو لضرورة علاجية تتعلق بالبحث عن الجنين ذي المواصفات الجينية الملائمة لتلك التي يكتسبها شقيقه ( أو شقيقته) المريض بمرض دموي فتاك لا شفاء منه سوى باللجوء للعلاج الجيني. فيقع حينئذ البحث عن المواصفات المطلوبة باستعمال هذه التقنية على أمل العثور على الجنين الذي تستغرقها خاصياته الجينية لاستعمال حبله السري حال استهلاله. لتستخرج منها الخلايا الجذعية كدواء ، وإذا فشلت التجربة لا يكون هناك من حل سوى إخضاع ذلك المولود بعد فترة زمنية معينة إلى عملية تبرع لأخذ تلك الخلايا من نخاعه العظمي ، لذلك أطلق على الجنين المنتقى لاستيفاء هذا الدور " الجنين - الذواء " أو " الجنين المنقذ " ،  
يراجع ،

P. GOSSET , " Diagnostic préimplantatoire : des évolutions à prévoir ? " , gynécologie obstétrique et fertilité , vol.40 , 2012 , p.675-678; P. GOSSET et C. MOUTOU , " Aperçu du diagnostic préimplantatoire en France " , Revue de médecine périnatale , vol.4 , 2012 , p53-60.



وكان المتحصل أن أوجدت تقنيات التخصيب الاصطناعي والتطورات الحديثة الواقعة عليها تساؤلات على مستوى العديد من الجوانب الأخلاقية والفلسفية والدينية والاجتماعية والسياسية ، فضلا عن المشاكل القانونية التي أثارها وأوجبت التفكير في العديد من الفرضيات المستحدثة ، فأصبح القانون يلاقي حقيقة صعوبات لتدارك النسق السريع للمستجدات البيولوجية والتحكم في ما أفرزته من وضعيات جديدة. ويشار الإشكال حينئذ عما إذا كان بالإمكان استغلال المنتج الرهيب للثورة البيولوجية لتطويعه نحو إقرار تنافس بين الأجنة المخصبة اصطناعيا بما يكفل تلبية رغبات المنجيين وفقا لمعيار انتقائي يرجى سلفا في حد ذاته للحصول على جنين ذي مواصفات جينية محددة ، أم يتجه ترشيد استغلاله وقصر تطويعه على فرضيات محددة حصرا حتى لا يكون الانتقاء إلا بدوافع الضرورة الملجئة حماية للحرمة الجسدية للأجنة المخصبة باعتبارها اختزالا للجنس البشري ؟

بقدر ما توافق علم الأحياء وتضافرت جهوده في تسلسل زمني إلى أن أثمرت تواردا متناسقا في الاكتشافات التي انعكست بالإيجاب على الطب الإيجابي ، فقدمت له العديد من الحلول المستحدثة ، بقدر ما عسر الإشكال على علم القانون ، خاصة على مستوى محاولات التوفيق بين الأحكام المنظمة للجنين كيفما وضعت زمن تقنينها في ظل معارف علمية متواضعة وبين الابتكارات البيولوجية الطارئة التي لم تكن واردة على توقعات المشرعين ، مما استوجب المراجعة والتدارك على أمل المواكبة القانونية لهذه التغيرات . غير أن التجارب التشريعية لمختلف الدول لم تكن على نفس المستوى بخصوص مدى تهمسها لهذه المواكبة وشعورها بلزوم التدخل التشريعي للمساهمة بمقاربة قانونية لتقييم المعطيات البيولوجية الجديدة . فبعض التشريعات ما زالت لحد الآن متمسكة بمخزونها التشريعي القديم المتعلق بأحكام الجنين وأغفلت عن مجابهة تقنيات

التخصيب الاصطناعي بما يلزمها من أحكام تنظيمية ، في حين أن التجارب التي أفردت هذه التقنية بأحكام خاصة لم تكن إسهاماتها متوافقة بخصوص مدى إجازتها لمختلف الممارسات الطبية والمخبرية الجديدة المتعلقة بطرق التخصيب وتحديد الغايات المرجوة منه ، وذلك خاصة بسبب اختلاف الرؤى لدى المصادر المادية المؤثرة على الإرادة التشريعية وخاصة منها المعطيات الدينية والأخلاقية والفلسفية والاجتماعية . فكان على الإرادة التشريعية حينئذ أن تحاول التوفيق بين العديد من المصالح أو تختار ترجيح إحداها على الأخرى : فمن جهة يبدو أمل المنجيين وطيد في الاكتشافات البيولوجية للتغلب على عوائقهم الإنجابية وفتح آفاق لهم نحو جودة الحياة الأسرية طالما أن التقنية الحديثة تمكن من تطويع المكتسبات الجينية للجنين وفقا لأذواقهم أو على الأقل قادرة على انتقاء جنين ذي مواصفات جسمانية تنافسية ذات فعالية لمقاومة الأمراض . ومن جهة أخرى يبدو الجنين ، ولو في أول مراحل نموه مجموعة من الخلايا البيولوجية المتناسقة المتتمية إلى الجنس البشري والتي يجب أن تحظى بما يلزمها من حماية درء لكل محاولات تخصيصه لخدمة أغراض منجبيه مما يجعل من مناورات انتقائه تطفلا على مكتسباته الجينية ومنفذا لإدخال تفرقة بين الجنس البشري على أساس المواصفات الجينية مما يجعل تدرجا في قيمة الحياة البشرية وفقا لهذا المعيار وتدخلها من الجيل الحاضر في المواصفات الجسمانية للجيل القادم . ومن مجموع الإسهامات التشريعية للعديد من التجارب المنظمة للتخصيب الاصطناعي يتضح أن قواعدها قد خصصت بالأساس للتصدي للصعوبات الإنجابية ومساعدة المنجيين على تحقيق أملهم في الخلفة ، ويحظر النفاذ إلى المكتسبات الجينية للأجنة المخصصة أو على الأقل تحصر صورته بوجود الضرورة الملجئة التي تفرض التنافس بينها وفقا لمعيار سلامتها الجينية (المبحث الأول) . غير أن بعض التشريعات أبدت تقبلا أكثر للمستحدثات البيولوجية فاستلهمت دورا آخر

للتخصيب الاصطناعي يتمثل في تطويره نحو الحصول على الجنين المنقذ مما يفرض حينئذ تنافسا آخر بين مختلف الأجنة وفقا لمعيار ملاءمتها الجينية ( المبحث الثاني ) .

### المبحث الأول

#### تنافس الأجنة المخصبة اصطناعيا وفقا لسلامتها الجينية

اختلفت الاختيارات التشريعية بخصوص مدى استلهاها للتطورات البيولوجية الواقعة على تقنيات الطب الإنجابي بسبب تباين الرؤى حول الجنين مما ولد سجالا ( الفرع الأول ) ، ترجح عديد العوامل محاكاة التطورات العلمية لتجاوزه نحو إجازة الانتقاء وفقا لمعيار السلامة الجينية وترقب آفاق مستقبلية من تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب بما ينعكس بالإيجاب على المقومات الصحية والاجتماعية ( الفرع الثاني ) .

### الفرع الأول

#### سجال التنافس بين الأجنة وفقا لسلامتها الجينية

إزاء التوارد المتواصل لمختلف الاكتشافات الطارئة على الطب الإنجابي انقسمت الاختيارات التشريعية إلى رؤية قيمة للجنين تستقطب كل ما فيه مساعدة على الإنجاب ما لم يؤدي إلى النفاذ إلى المكتسبات الجينية للجنين التي تحظى بحزمة مطلقة ( أ ) ، ورؤية نفعية تجيز التدخلات الطارئة على هذه المكتسبات وفقا لضوابط معينة كلما كانت مبنية على فوائد مرتقبة ( ب ) .

#### أ. الرؤية القيمية للجنين وحظر النفاذ لمكتسباته الجينية :

تمنع بعض التجارب التشريعية التنافس بين الأجنة المخصبة اصطناعيا وفقا لمكتسباتها الجينية وذلك عن طريق تصديدها للتشخيص السابق للزرع باعتباره تقنية تؤدي إلى النفاذ إلى المكتسبات الجينية للجنين الذي يحظى بحزمة تضاهي تلك المسندة للشخص الطبيعي ، ومن مظاهرها إقرار حصانة لهذه المكتسبات من كل تطفل أو محاولات تعديل وفقا لمقتضيات مبدأ الانطواء الجيني . وهي رؤية متأثرة بمقاربة قيمية جامدة للجنين من

جهة ، ويتحفظ مبالغ فيه من مخاطر التشخيص السابق للزرع من جهة أخرى :

تعتمد الرؤية القيمة للجنين على المقاربة البيولوجية لتحديد بداية الحياة البشرية والتي سبقتها في ذلك رؤية الكنيسة الكاثوليكية ، ومقادها أنه منذ واقعة التلقيح تحتوي اللقيحة ، ولو في أول أطوارها وقبل انقسامها التدريجي ، على كل العلامات البيولوجية المكونة للذمة الجينية للإنسان ، وعلى المكتسبات الجينية التي تفردهم اللقيحة وتميزها بذاتها وتجعل لها خصوصية تفردها عن غيرها من المخلوقات . فتكون لها حياة بشرية لا تمتنع الأطوار الأولى لبدايتها من إضافتها ما يلزم من حماية للجنين على قدم المساواة المطلقة بينه وبين بقية الذوات البشرية<sup>1</sup> . لذا على المشرع أن يضمن على هذا المعطى الواقعي ما يلزمه من تدابير تتمثل إجمالاً في انسحاب حقوق الذات البشرية على الجنين ولو كانت الريبة متواجدة حول مدى اكتسابه للشخصية القانونية ، لأن هذه الحقوق غير مخصصة للفرد بوصفه شخصاً قانونياً بل بوصفه ذاتاً بشرية تستوجب الرعاية وذلك على مستوى

١ - بخصوص تفصيل المقاربة القيمة للجنين ، يراجع

Anne FAGOT-LARGEAULT et Geneviève DELAISI DE PARCEVAL, " Les droits de l'embryon (foetus) humain et la notion de personne humaine potentielle " , Revue de métaphysique et de morale ,1987 , n°3; Paul KAYSER, " Documents sur l 'embryon humain et la procréation médicalement assistée" , D.1989 p .153; Philippe PEDROT , " Le statut juridique de l'embryon et du foetus humain en droit comparé " , J.C.P , 1991 , n 3483; G.RAYMOND , "L'assistance médicale à la procréation ( après la promulgations des lois bioéthiques ) " , J.C.P ,1994 , 1 , 3796 ; HERZOG – EVANS " Homme , home juridique et humanité de l'embryon " , R.T.D.CIV , 2000, p.65.

حقها في الحياة وضمان حرمتها الجسدية<sup>١</sup>. وبما أن مناورات تقنية التشخيص الطبي السابق للزرع يخشى معها الاعتداء على الجنين ، فإنه يتجه صدها بصفة مطلقة .

فمن جهة تؤدي نتيجة انتقاء الأجنة المخصبة اصطناعيا إلى إقرار تفرقة بينها وفقا لمعيار المخزون الجيني للظفر بالجنين ذي المكتسبات الجينية الأوفق تطابقا مع مقتضيات السلامة الصحية ، وربما تمتد أطماع المنجبين لمحاولة انتقاء الجنين ذي الأوصاف الذوقية المأمولة . وهو ما يجعل تدرجا واضحا في قيمة الحياة البشرية بين مختلف الأجنة وجعل البعض منها على قدر من الأهمية نظرا لمكتسباتها الجينية التي ثبت سلامتها من الأمراض الجينية بموجب تقنية التشخيص السابق للزرع فترشح لوحدها لمواصلة أطوار المشروع الإنجابي ، في حين أن البعض الآخر ونظرا لعدم ارتقاء مكتسباته الجينية للمستوى الأدنى المطلوب وفقا لمعايير السلامة الصحية المضبوطة تسند لها قيمة دنيا فتكون غير مرجوة في حد ذاتها مما يجعل التخلي عنها متطلب نافع لتدارك مخاطر مواصلتها . كما أن الانتقاء يكون أشد وطأة بخصوص التنافس بين الأجنة السليمة على الزرع كلما كان عددها فائقا للحد الأقصى المسموح به للزرع<sup>٢</sup> . إذ تكون جميعها متصفة

---

١ - حول حماية الحرمة الجسدية للجنين بوصفه منتما للجنس البشري ، يراجع ، G. RAYMOND, " Le statut juridique de l'embryon humain " , GAZ. PAL., 1993, 1, p. 524 et spéci. p. 526 ; G. MEMETEAU, " Le prélèvement à fins thérapeutiques sur le fœtus de lege ferenda " , GAZ. PAL., 1983, 2, p. 322 et spéci. p. 324

٢ - نظرا لكون تقنية التخصيب الاصطناعي ما زالت تشكل خطرا معتبرا على صحة المرأة بسبب إخضاعها بادئ الأمر إلى علاج هرموني لتنشيط الغدة النخامية التي تفرز وتثير مبايضها ، ثم تخديرها تخديرا شاملا ، فإنه يقع استخراج عدد لا يقل عادة عن ١٠ بويضات لتوفير أوفر فرص نجاح التخصيب ، ثم يزرع الطيبب ثلاثة منها في جدار الرحم كطريقة استباقية =

بقدرات جينية سليمة مما يجعل قيمة حياتها أرفع درجة من المعتلة إعمالاً لمعيار السلامة الجينية فتحظى جميعها حينئذ بقاعدة المساواة المطلقة بينها على مستوى حقها في الحياة ومواصلة النمو، ورغمما عن ذلك يضحى بالبعض منها في سبيل إنجاح المشروع الإنجابي ليقع انتقاء ثلاثة منها للزرع بطريقة عشوائية تحكمها قواعد الحظ والصدفة التي هي الحد الفاصل بين مواصلة حياة بعض الأجنة وإيقاف حياة البعض الآخر دون وجود أية مواصفات ذاتية تميزها عن بعضها البعض، مما يجعل مآل الحياة البشرية تحكمه قواعد الصدفة في سبيل إنجاح المشروع الإنجابي وضمان جودته .

أما بخصوص المخاطر الناجمة عن التشخيص السابق للزرع فهي بصفة إجمالية ذات صبغة صحية وأخلاقية تطال على حد سواء المرأة الخاضعة لاستخراج البويضات للتلقيح، والجنين المخصب اصطناعياً.

فمن جانب أول تتطلب تقنيات التشخيص السابق للزرع تخصيب عدد من البويضات يفوق العدد المألوف للتخصيب، بحيث لا يقل عادة عن عشرة أجنة مما يستوجب إخضاع المرأة بادئ الأمر إلى تحفيز هرموني لإفراز العدد الكافي من البويضات وإخصانها لعملية تخدير شامل لاستخراجها مما يعرضها حقيقة لمخاطر الاختلالات الهرمونية وتبعات التخدير .<sup>١</sup>

= لمواجهة احتمال موت بعضها أو فشلها في العلق ، أما البقية فهي تبقى محفوظة بصفتها أجنة احتياطية في انتظار مآل المحاولة الأولى ، يراجع ، غادة على حامد العمروسي ، المرجع السالف ذكره ، ص: ٥٢٥ .

١ - يراجع ،

Roberto ANDORNO , La distinction juridique entre les personnes et les choses a l'épreuve des procréations artificielles < L.G.D.J, PARIS 1996, n 298, p.151-153.

٢ - حول تفصيل للمخاطر التي قد تلحق المرأة بسبب التخصيب الاصطناعي عموماً والاختيار المسبق باللجوء إلى تقنية التشخيص الطبي السابق للزرع للأجنة المخصبة ، يراجع ،

ومن جانب ثاني تملخص المخاطر التي تطال الجنين على المستوى الصحي من جهة في تأثيرها السلبي على سلامته الجينية بحيث أن أخذ العينة يعتبر عملا مخبريا على غاية من الدقة لأنه يتسلط على جزء يسير من الخلية مما يؤدي إلى إتلافها أو إصابتها بعدوى معينة أو حتى إتلاف الجنين أصلا . فضلا عن أن مخاطرهما غير معروفة على حياته المستقبلية نظرا لحداثة هذه التقنية وهو ما يفضل الاحتراز على المجازفة. ومن جهة ثانية تثار مسألة مصداقية التشخيص بحيث أن احتمال الغلط وارد مما يمكن من انتقاء أجنة لا تتوفر حقيقة على المواصفات الجينية السليمة ، كما أن نتائج التشخيص لا تغطي بالصبغة اليقينية المطلقة ولو لم يتسرب إليها الغلط نظرا لإمكانية اختلال المكونات الجينية للخلية المقتطعة عن بقية خلايا الجنين ، فقد يصادف أن تكون هي الوحيدة غير السليمة من جراء إصابتها بعدوى مسربة من المعدات الطبية المخبرية أو طرأ عليها تعيب أثناء الاقتطاع<sup>١</sup> .

وفي سياق آخر تتعدد المخاطر أكثر بخصوص المشاكل الأخلاقية التي تثيرها تقنية التشخيص السابق للزرع ، ذلك أن نتيجته توول إلى إعطاء حكم تقييمي حول الخصائص الجينية للأجنة الخاضعة لهذه التقنية بحيث أن انتقاؤها موجه على أساس مكتسباتها الجينية والحال أن المادة ١١ من

---

=Bertrand MATHIEU, "De la difficulté d'appréhender l'emploi des embryons humains en termes de droits fondamentaux ", rev.Trim. D.r.h., n54, 2003, p. 387 et s.

١ - وبخصوص انسحاب مخاطر تقنية التشخيص على الأجنة ، يراجع ،

Max BERTRAND, " Le diagnostic préimplantatoire: la réponse française ", mémoire en droit, politique et morale, soutenu le 5 septembre 2013, Université de Lyon, Institut d'études politiques P 38 et s. ; Bertrand MATHIEU, op.Cit. , 395 et s.

اتفاقية "أوفيدو" تمنع التمييز على أساس الخصائص الجينية<sup>١</sup> ، فضلا عن أنه قد يعتمد كدريعة لتلبية أطماع المنجيين في الحصول على الجنين ذي الأوصاف المأمولة لديهم<sup>٢</sup>.

واتقاء لهذه المخاطر وأسوة بالمقاربة الأخلاقية للجنين تصدت بعض التشريعات بصفة مطلقة لتقنية التشخيص السابق للزرع ، ومن ذلك قوانين المساعدة الطبية على الإنجاب لكل من إيطاليا وألمانيا وسويسرا<sup>٣</sup>. وهو

١ - تنص المادة ١١ من الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بحقوق الإنسان والطب الجيوي ، والصادرة في مدينة أوفيدو بإسبانيا سنة ١٩٩٧ على ما يلي :

**" Toute forme de discrimination à l'encontre d'une personne  
en raison de son patrimoine génétique est interdite "**

كما اقتضت المادة ٥ من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان الصادر سنة ١٩٩٧ : "أ- لا يجوز أي بحث أو القيام بأي معالجة أو تشخيص يتعلق بمجين شخص ما إلا بعد إجراء تقييم صارم ومسبق للأخطار والفوائد المحتملة المرتبطة بهذه الأنشطة مع الالتزام بأحكام التشريعات الوطنية في هذا الشأن" ؛ كما ورد بالمادة الثامنة من هذا الإعلان أنه " لكل إنسان الحق في أن تحترم كرامته وحقوقه أيا كانت سماته الوراثية . وتفرض هذه الكرامة ألا يقصر الأفراد على سماتهم الوراثية وحدها ، وتفرض احترام طابعهم الفريد وتنوعهم " ؛ يراجع ، فواز صالح ، "المبادئ القانونية التي تحكم الأخلاقيات الجيوية - دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والاتفاقيات الدولية" ، مجلة الشريعة والقانون ، العدد ٢٢ ، دمشق ، يناير ٢٠٠٥ ، ص. ١٧٥ و ٢٢٨ .

٢ - حول المخاطر التي قد تنجر عن تقنية التشخيص السابق للزرع واحتمال استعمالها كدريعة وبوابة للنفاذ لانتقاء النسل وفقا للأذواق الشخصية للمنجيين ، يراجع ، J. ; Bertrand MATHIEU, op. p.387 et s ; MILLIEZ, "La sélection du sexe pour convenance personnelle", in " Extrait des mises à jour en gynécologie médicale", Collège national des gynécologues et obstétriciens français <30ème journées nationales, v.2006, PARIS 2006, p.153 a 161; Max BERTRAND, op. Cit, p.33 a 37.

٣ - لم يمنع القانون الإيطالي ، عدد ٤٠ لسنة ٢٠٠٤ والمؤرخ في ١٩ فيفري ٢٠٠٤ والمتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب ، صراحة تقنية التشخيص السابق للزرع وإنما يوقف مشروعية كل الأبحاث والتدخلات على الجنين =



توجه قويل باستنكار من قبل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على مستوى المنظومة التشريعية لاييطاليا التي اعتبرتها تشكل اعتداء على الحياة الخاصة للأفراد بما تتضمنه من عدم انسجام بين أحكامها طالما أنها تمنع ، ولو بصفة ضمنية ، التشخيص السابق للزرع لكونه يشكل اعتداء على حياة وحرمة الجنين ، وفي المقابل تسمح بإجهاضه كلما ثبت إصابته بمرض وراثي خطير<sup>١</sup> . كما أن تطور وعي مواطني هذه البلدان بهذه التقنية واقتناعهم بمزاياها الاستباقية دفعهم إلى الإقبال على السياحة الإنجابية

---

على الغاية المرجوة منها ذات البعد العلاجي أو الكشفي مع ثبوت استحالة اللجوء إلى غيرها من الوسائل الممكنة من الحصول على نفس الغاية . ولا يمكن من اللجوء إلى تقنية التخصيب الاصطناعي إلا في حالة ثبوت العائق الإنجابي لأحد الزوجين أو لكليهما ، ويمنع تجميد الأجنة أو إتلافها ويتعين زرعها جميعا ، وهو ما يتعارض مع تقنية التشخيص السابق للزرع التي لها بالأساس دور انتقائي بخصوص استكمال العملية الإنجابية على أساس معيار السلامة الجينية من الأمراض والتشوهات . ، مما يستفاد منه المنع الضمني لهذه التقنية . ولقد كان المشرع الألماني سباقا لنفس التوجه تقريبا حينما تضمنت أحكام القانون الفدرالي الصادر في ١٣ ديسمبر ١٩٩٠ والمتعلق بحماية الجنين عديد المقتضيات التي تحول دون لإعمال تقنية التخصيب الاصطناعي ، حيث منع استعمال الأجنة لغير حماية حياتها وحفظها . كما يوجد التصدي الضمني أيضا لهذه التقنية من خلال أحكام القانون السويسري الصادر في ١٨ ديسمبر ١٩٩٨ والمتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب حينما اشترط لجواز التخصيب الاصطناعي الخارجي أن تكون الأجنة المخصبة بالقدر الضروري للحصول على الحمل والمحدد بثلاثة أجنة فقط ، مما يتعدى اللجوء إلى التشخيص الذي يتطلب عددا أكثر للتمكن من إعمال الانتقاء . وكذلك الشأن تقريبا بالنسبة للقانون النمساوي الصادر في ٤ جوان والمتعلق بالطب الإنجابي .

١- يراجع ،

C. PICHERAL, " Les prudentes avancées de la cour E.D.H. en matière d'accès au diagnostic préimplantatoire ". J.C.P.G., 2012, n43, p. 1946-1949.

لماشدة الفحوصات المبكرة على أجنثهم في بلدان تعتمدھا وفقا لرؤية  
مغايرة .

ب- الرؤية النفسية للجنين وإمكانية النفاذ لمكتسباته الجينية :

تجيز العديد من التشريعات تقنية التشخيص الطبي السابق للزرع بغية  
التثبت المبكر من مدى السلامة الجينية للأجنة المخصصة اصطناعيا ، لكنها  
تفرقت إلى مجموعتين : تتسم الأولى بصيغة محافظة نسبيا حينما تجعل من  
اللجوء إلى هذه التقنية مسألة عرضية مشروطة بتحقق السبب الحقيقي  
والجدي الملحق إليها ، والذي قد يتجلى في الغالب في السوابق الصحية  
للمتجنين أصحاب النطف والتي يخشى تسربها لأجنثهم ، أو في سوابقهم  
الإيجابية كلما الممر تناسلهم السابق وضع مولود مصاب بأمراض معينة أو  
باختلالات جينية أو بصفة عامة كلما وجد احتمال قوي يرجح إصابة  
الجنين بأمراض جينية ويضعف حظوظ اكتمال سلامته . ويمكن اختزال  
هذه الحالات في وجود خطر قوي ذي دلالات بيولوجية تغلب احتمال  
الإصابة بأمراض جينية مما يحتم اللجوء إلى تقنية التشخيص السابق للزرع  
كحل استباقي لمحاولة تدارك الوضعية ، ولا يمكن أن يتجاوز مجال تدخلها

---

١- حول الاضطرار للسياحة الإيجابية والآثار المترتبة عنها، يراجع : Hugues  
FULCHIRON, " La lutte contre le tourisme procréatif:  
vers un instrument de coopération internationale ?",  
Journal de droit international, avril-mai-juin 2014,  
2/2014, p.563 et s ; Elisabeth HURET, " Conséquences  
médicales, économiques et sociales du tourisme  
procréatif", thèse pour le Doctorat en médecine, faculté  
mixte de médecine et de pharmacie de Rouen, 2012.

٢- من ذلك : المادة 4-2131L من مجلة الصحة العمومية الفرنسية؛ المواد التي  
تليها والمتعلقة بالتشخيص السابق للزرع ، المملكة المتحدة بموجب قانون ١  
نوفمبر ١٩٩٠ المتعلق بالتخصيب وبالأجنة البشرية ؛ والقانون السويدي  
المؤرخ في ١ جويلية ٢٠٠٦ والمتعلق بالحرمة الجينية ؛ والقانون الهولندي لسنة  
٢٠٠٣ والمتعلق بالطب الإيجابي ؛ والقانون الدانمركي المؤرخ في ١٠ جوان  
١٩٩٧ والمتعلق بالإيجاب الاصطناعي .

الغرض الذي خصصت من أجله حتى لا تنحرف نحو العبث بالمكتسبات الجينية إعمالا لمناورات الهندسة الوراثية .

يستتج من هذه النظرة التشريعية أنها تؤسس قرينة بسيطة تتمثل في سلامة المكتسبات الجينية للجنين المخصب اصطناعيا مما يحول دون إخضاعه مبدئيا للتشخيص الطبي السابق للزرع طالما أن المشرع يفترض وفقا للوضع الغالب أصلا سلامته من كل الأمراض . لكنها قرينة قابلة للدحض كلما توفر السبب الحقيقي والجدي والذي يرجح الاعتلال على السلامة ، مما يجعل نظريا أغلب الأجنة في مأمن من هذه التقنية تمسكا بالفرضية الغالبة وهي السلامة الجينية والتي كان من اللازم إقرارها وفقا لهذه المقاربة كأحدى الآليات الممكنة من حماية الجينوم البشري من كل تطفل على مكتسباته الفردانية .

١- الجينوم البشري أو " السرد الوراثي " هو " مجمل المادة الوراثية الموجودة بخلايا كل كائن حي بشرا كان أو حيوانا أو نباتا " ، والجينوم البشري هو " الحقيقة الوراثية للبشرية التابعة داخل كل نواة في الخلية البشرية وهي التي تعطي جميع الصفات والخصائص الجسمانية والنفسية " : فرج محمد محمد سالم ، وسائل الإخصاب الطبي المساعد وضوابطه ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، ط. ١ ، ٢٠١٢ ، ص. ٧٤ ، وكذلك ص. ٢٧٨ ، الهامش عدد ١ ؛ وتفصيل ذلك أن الجسم البشري يحتوي على ثلاثة تريليون ( مليون مليون ) خلية ، ولكل خلية نواة تتضمن ٢٣ زوجا من الكروموزومات تمثل نسختين من الجينوم أحدهما مورث من الأب والثاني من الأم ، ونفس الجينوم يكون متطابقا في جميع الخلايا لكنه يتضمن نسختين في الخلية الواحدة ، ويحتوي كل جينوم على ما بين ٣٠ إلى ١٠٠ ألف مورثة ( جين ) التي تعتبر الخريطة الوراثية للكائن البشري ويمكن بمقتضاها تتبع خصائصه الجينية التي تميزه بالضرورة عن غيره وتمكن من التعرف المسبق على الأمراض اللاحقة به أو التي قد تصيبه طوال مراحل حياته ، وقد بدأ مشروع اكتشاف الجينوم البشري سنة ١٩٩٠ وأعلن رسميا عن رسم الخريطة الكاملة له في أبريل ٢٠٠٣ ، ومنذ ذلك التاريخ فتحت آفاق رحبة خاصة على مستوى بنية الجينات ووظائفها بما يسمح =

غير أن المجموعة الثانية يغلب عليها الطابع التحرري لما يلاحظ من تجاهلها لقرينة السلامة الجينية لتجعل من تقنية التشخيص الطبي السابق للزرع آلية موظفة في الطب الاستباقي يستنجد بها دون عوائق أو تحقق فرضيات معينة بغية النفاذ إلى المكتسبات الجينية للأجنة المخصبة اصطناعيا للتأكد المسبق من مدى سلامتها<sup>١</sup>. لتكون جميعها عرضة نظريا للخضوع لهذه التقنية، بل يكون من المحبذ اللجوء إليها لتحقيق الاستفادة أكثر ما يمكن من تقنيات المساعدة على الإنجاب طالما أنها تمكن من التعرف المبكر على الأمراض التنبؤ بمآلها المستقبلي مما يجعل المنجيين في حالة تبصر ومعرفة مسبقة بمشروعهم الإيجابي لتوجيه خياراتهم، فضلا عن ما تجنبه هذه التقنية من سلبيات اللجوء إلى الإجهاض في حالة ثبوت المرض الخطير أو الخلل الجيني أثناء أطوار الحمل.

ومهما اختلفت الدوافع الملجئة للتشخيص السابق للزرع فإن هذه التقنية تؤول نتيجتها في الغالب إلى إقرار تنافس بين الأجنة المخصبة اصطناعيا وفقا لمعيار مدى سلامتها الجينية بحيث يتقن ما تخطى منها عقبات الأمراض والتشوهات ليرشح للزرع، في حين أن ما ثبت اعتلالها سوف لن تكون بالتأكيد مخصصة لمشروع إيجابي وإنما قد تلتف أو تخصص

---

=بتوظيفها في العديد من المجالات أهمها الطبية والقانونية، يراجع، علي سريو، أسس الوراثة الطبية، شعاع للنشر والعلوم، سورية - حلب ٢٠١٠، ص ٦ وما بعدها.

١- من ذلك: العنوان السادس من القانون البلجيكي الصادر في ٦ جويلية ٢٠٠٧ والمتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب ومآل الأجنة الفائضة؛ القانون الاسباني الصادر في ٢٦ ماي ٢٠٠٦ والمتعلق بتقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب؛ والنظام السعودي المتعلق بوحدات الإخصاب والأجنة ومعالجة العقم الصادر بموجب المرسوم الملكي المؤرخ في ٢١ ذي القعدة ١٤٢٤؛ والقانون الاتحادي رقم ١١ لسنة ٢٠٠٨ المتعلق بالترخيص لمراكز الإخصاب بدولة الإمارات العربية المتحدة.

لأغراض البحث العلمي . ورغم وجاهة هذا التنافس من الناحية الصحية ونفعيته ، فإنه يثير صعوبات على مستوى المعرفة القانونية التي فوجئت حقيقة بهذه التطورات البيولوجية المتلاحقة ، لي طرح الإشكال خاصة على مستوى مدى تطويعه والقواعد المتعلقة بحماية حرمة الجنين . فمن الثابت أن نتيجة التشخيص السابق للزرع تؤول إلى إقرار عدالة حسابية مطلقة بين جميع الأجنة المخضبة علي مستوى طريقة انتقاؤها بحسب سلامتها الجينية حينما تقسم إلى مجموعتين بحسب هذا المعيار . لكن ومحاكاة للمقاربة البيولوجية فإن نقطة بداية الحياة البشرية تتزامن مع حصول التخصيب مما يجعل كل الأجنة ضمن الكائنات الحية من صنف الذوات البشرية ، وهو ما يترتب عنه أن الحياة البشرية تسند لكل ذات بموجب تواجدها البيولوجي دون اشتراط أية واقعة أخرى تؤازرها أو تبرر انتقاؤها ، لتكون الحياة البشرية قاسماً مشتركاً بين كافة الذوات البشرية الحية وذلك بصفة مجردة دون أية أوصاف مسبقة أو مكتسبة من شأنها أن تجعل تدرجا في قيمة الحياة بين الذوات البشرية وتجعل البعض منها على قدر من الأهمية مما يستحق المواصلة ، في حين أن البعض الآخر ، نظراً لعدم ارتقائه للمستوى الجيني المطلوب يكون إيقافه متطلباً صحياً أولى من المخاطرة بمواصلته . وإعمالاً لهذا التوجه فإن في إقصاء الأجنة المخضبة عن الزرع والعدول عن المشروع الإنجابي من شأنه أن يتجاوز قيمة المساواة المطلقة بين جميع الذوات البشرية في الحياة ، بحيث تكون لحياة الأجنة السليمة من الأمراض مواصفات مقبولة ترشحها لمواصلة أطوار المشروع الإنجابي ، في حين أن حياة الأجنة المعتلة تسند لها قيمة دنيا وهي غير مرجوة في حد ذاتها بسبب أوصاف جينية للجنين تجعل إنهاءها متطلب نافع لتدارك مخاطر مواصلتها . ومن باب أولى يكون الانتقاء أشد وطأة بخصوص التنافس بين الأجنة السليمة على الزرع إذا كان عددها يفوق الحد الأقصى المسموح به للزرع إذ تكون جميعها متصفة بقدرات جينية

سليمة مما يجعل قيمة حياتها أرفع درجة من المعتلة ورغمما عن ذلك يضحى  
بالبعض منها في سبيل لمجاح المشروع الإنجابي ليقع انتقاء ثلاثة منها للزرع  
بطريقة عشوائية تحكمها قواعد الحظ والصدفة التي هي الحد الفاصل بين  
مواصلة حياة بعض الأجنة وإيقاف حياة البعض الآخر دون وجود أية  
مواصفات ذاتية تميزها عن بعضها البعض مما يجعل مواصلة حياة الأجنة  
تحكمها قواعد الصدفة .

لكن الريبة حول تحديد نقطة بداية الحياة البشرية والعزوف عن تحديد  
الطبيعة القانونية للجنين كان حافزا لتغليب بعض المتطلبات الواقعية على  
حرمة الجنين بوصفه اختزالا للجنس البشري . فالتجارب التشريعية التي  
سمحت بصفة استثنائية باللجوء إلى التشخيص السابق للزرع بغية  
الاكتشاف المبكر لأمراض جينية لا يوجد لها علاج ناجع أو لتشوهات  
واختلالات في التركيبة الجينية للجنين تؤدي إلى إصابة الحمل بإعاقة بليغة  
ومستديمة ، ارتأت التوجه نحو المقاومة المبكرة والتنبيه لهذه العلة المتزامنة  
مع التخصيب واعتبرتها مطلبا يسمو على ما يستوجهه الجنين في أول  
فترات حياته من حماية ، وذلك تداركا مسبقا لما تتطلبه ولادة جنين  
مصاب منذ نشأته بمرض خطير أو بإعاقة من نفقات قد ترهق في الغالب  
كل من أسرته والمجموعة الوطنية ، فضلا عن أن إمكانية التدارك في هذه  
المرحلة بالاستغناء عن زرعه تكون أكثر نجاعة من ملاحقة التدارك في فترة  
الحمل لما يترقب عن الإجهاض من تداعيات سلبية على الصحة الجسدية  
والنفسية للحامل ، بخلاف نفقاته ومخاطر الأخطاء الطبية أثناء إجرائه .

١ - وهو الحد الأقصى المسموح عادة للزرع كيفما سلف ذكره في الهامش رقم ١١  
؛ فضلا عن أن بعض التشريعات تجعله الحد الأقصى من التخصيب أصلا  
مقصية بذلك ضمنا إمكانية اللجوء إلى تقنية التشخيص الطبي للأجنة ، وهو  
ما اقتضته مثلا أحكام المادة ١٧ من القانون الفدرالي السويسري المتعلق  
بالمساعدة الطبية على الإنجاب والمؤرخ في ١٨ ديسمبر ١٩٩٨ .

فمتطلبات حماية الصحة العمومية وضمان حد أدنى من الصحة الإنجابية وتقديم خدمات وفقا لمواصفات طبية سليمة لأصحاب المشروع الإنجابي تعلق على حماية حرمة الجنين كلما تخلص مرفوقا بعزل صحية ، ليكون الانتقاء بغية الزرع حتما في غير صالحه وتكون حياته بالضرورة أدنى مرتبة من تلك المستندة لإخوته رفقاء درب التخصيب . ورغمما عن ذلك يبقى للجنين دوما حد أدنى من الحرمة من شأنه أن يحد من مجال خيارات المشروع الإنجابي ويقلص من حالات انتقائه ليجعلها مقصورة على الوضعيات المرضية المستعصية لدى أغلب التشريعات . والمبرر المعتمد يكمن في اعتبار المكتسبات الجينية للجنين لا تحظى بالاحترام نظرا لفرديته بسبب الريبة حول مدى اعتباره صاحب حق في الحياة أصلا ، بل نظرا لكونها اختزال للجينوم البشري الذي يتجه إيلاؤه الحماية اللازمة بوصفه العلامة المميزة للجنس البشري الذي يتعين أن تترك أطوار نموه وفقا للنواميس الطبيعية المألوفة كمبدأ عام وأن لا يقع إرساء العقوبات ووضع المواصفات المسبقة كشرط لمواصلة النمو إلا في الحالات الاستثنائية التي يثبت معها ولادة طفل ذي مرض على غاية من الخطورة ومستعصي العلاج ، أو ذي تشوهات مسببة لإعاقات معتبرة وذلك حتى لا يتخذ التنافس بين الأجنة على أساس الحالة الصحية منفذا لانتقاء النسل .

ولهذه الرؤية صدى واضح لدى أغلب التشريعات المنظمة لأحكام المساعدة الطبية على الإنجاب بحيث تجعل اللجوء إلى تقنية التشخيص الطبي السابق للزرع فرضية استثنائية مشروطة في الغالب بوجود مرض شديد الخطورة لدى أحد المنجيين أو أسلافهم المباشرين ولا يوجد له دواء ناجع يوم التشخيص ، أو في حالة السوابق الإنجابية المعتلة لدى نفس الأسرة .

١ - من ذلك ما أورده صراحة أحكام المادة 4-2131 L من مجلة الصحة العمومية الفرنسية :

---

**= On entend par diagnostic préimplantatoire le diagnostic biologique réalisé à partir de cellules prélevées sur l'embryon in vitro.**

**Le diagnostic préimplantatoire n'est autorisé qu'à titre exceptionnel dans les conditions suivantes :**

**Un médecin exerçant son activité dans un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal tel que défini par l'article L. 2131-1 doit attester que le couple, du fait de sa situation familiale, a une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic .**

**Le diagnostic ne peut être effectué que lorsqu'a été préalablement et précisément identifié, chez l'un des parents ou l'un de ses ascendants immédiats dans le cas d'une maladie gravement invalidante, à révélation tardive et mettant prématurément en jeu le pronostic vital, l'anomalie ou les anomalies responsables d'une telle maladie.**

**Les deux membres du couple expriment par écrit leur consentement à la réalisation du diagnostic.**

**Le diagnostic ne peut avoir d'autre objet que de rechercher cette affection ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter.**

**Il ne peut être réalisé, à certaines conditions, que dans un établissement spécifiquement autorisé à cet effet par l'Agence de la biomédecine instituée à l'article L. 1418-1.**

**En cas de diagnostic sur un embryon de l'anomalie ou des anomalies responsables d'une des maladies mentionnées au deuxième alinéa, les deux membres du couple, s'ils confirment leur intention de ne pas poursuivre leur projet parental en ce qui concerne cet embryon, peuvent consentir à ce que celui-ci fasse l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L. 2151-5. Par dérogation au deuxième alinéa de l'article L. 1111-2 et à l'article L. 1111-7, seul le médecin=**



وهو توجه يقلص إلى حد كبير من فرضيات التنافس بين الأجنة على مستوى مؤهلاتها الصحية، وي طرح في نفس الوقت إشكالا بخصوص تحديد الأمراض الخطيرة الواجب تطهير الأجنة منها خاصة وأنه من الصعب إدراج قائمة موحدة في شأنها وذلك لعوامل واقعية ترجع في الأغلب إلى التفاوت بين الدول حول إنجازاتها ومكتسباتها في المجالين البيولوجي والطبي، مما يفرز اختلافا في توصيف الأمراض وطرق مقاومتها بسبب تفاوت المعارف والإمكانات، فضلا عن التساؤل عما إذا كان بالإمكان التوسع فيها تطويعا للاستفادة من تقنيات التخصيب الاصطناعي إلى أبعد مدى ممكن.

### الفرع الثاني

#### آفاق التنافس بين الأجنة وفقا لسلامتها الجينية

لما كانت أغلب التشريعات المنظمة لتقنيات المساعدة الطيبة على الإنجاب تجيز النفاذ المشروط للمكتسبات الجينية للجنين بغية اكتشاف الأمراض الجينية الخطيرة التي قد تصيبه، فهل يمكن استغلال هذه المؤشرات التشريعية لتوطيد مجال التشخيص السابق للزرع على أمل إفراز أجنة معافاة تماما من جميع الأمراض (أ) ؟، أو ذات أوصاف جينية مأمولة قادرة على تحسين جودة الحياة ولها قدرة تنافسية على مجابهة

---

=prescripteur des examens de biologie médicale destinés à établir un diagnostic prénatal est habilité à en communiquer les résultats à la femme enceinte.

-le diagnostic mentionné au premier alinéa a pour seuls objets de rechercher lamaladie génétique ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter, d'une part, et de permettre l'application de la thérapeutique mentionnée au troisième alinéa, d'autre part.

Les deux membres du couple expriment par écrit leur consentement à la réalisation du diagnostic.

الصعوبات البيئية والمناخية الطارئة (ب) ؟ طالما أن النظرة الحمائية للجنين لم تحظ بالوفاق اللازم على مستوى مجالها .

أ - إمكانية انتقاء الأجنة والتوسع في مجال السلامة الجينية :

يثار التساؤل عما إذا كان بالإمكان إحكام استغلال فرضيات اللجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب للنفاذ إلى المكتسبات الجينية للأجنة المخصصة وفقا لتقنية التشخيص السابق للزرع بغية انتقاء أجنة سليمة من الأمراض أصلا دون اشتراط أوصاف معينة للمرض أو معافاة أيضا من الأمراض التي قد تلحق بها في المستقبل إعمالا لقواعد الطب التنبؤي ؟ . فهل بالإمكان أن لا يكون مآل الجنين المخصب اصطناعيا الزرع آليا كلما ثبت أن تركيبته الجينية سوف تؤول حتما إلى إصابته بمرض عادي أو تقرب احتمال إصابته به لاحقا ؟ أفلا يمكن إذاك التضحية به وتدعيم التنافس بين الأجنة إلى أبعد مدى ممكن في سبيل انتقاء جنين ذي جودة جينية مميزة مما يجعل الأسرة تتفادى نفقات وأتعاب تبعات مرضه ويجنبها ما قد يحصل له من معاناة صحية بعد الولادة ؟

تتراوح الإجابة بين الإيجاب والسلب بحسب النظرة المعتمدة للجنين ولو في أول أطوار نموه : فبالنسبة للمقاربة الأخلاقية للجنين والتي ترى فيه كائنا بشريا في طور النمو تجعله بموجب صفاته البيولوجية منتما للجنس البشري ومن ثمة يتجه معاملته قدر الإمكان بوصفه قيمة في حد ذاته مما يخول له فرصة جدية وحقيقية في الحياة على قدم المساواة الحسائية المطلقة مع غيره من الأجنة ولا يمكن إدراج أي تمييز في هذا الخصوص إلا في حالة استثنائية لا تتجاوز الصور المحددة والمتعلقة بالأمراض الوراثية المستعصية والإعاقات الجسيمة ، حتى ولو تطلب الأمر تحمّل مشقات إضافية أو أعباء جماعية أو أسرية ، فذلك من النتائج السلبية المتوقعة للمشروع الإيجابي يتجه مجابتهما أولى من إنهاء حياة بيولوجية بريئة تختزلها خلايا

منتسبة للجنس البشري<sup>١</sup>. وفي اتجاه معاكس تماما لا تمنع المقاربة النفعية للجنين ، التي تجعله لا يعدو أن يكون سوى مجموعة من الخلايا في فاتحة تكوينها ، من إطلاق التنافس بين الأجنة على مستوى ترسيخها للزرع إلى أبعد مداه لتعميق الانتقاء بحثا عن جميع الأمراض حتى غير المستعصية منها كالزمنة مثلا بل وحتى بحثا عن الأمراض غير البائدة في الحال في خلايا الجنين وإنما يوجد احتمال قوي على ظهورها في المآل طوال فترة حياة الجنين بعد استهلاله ، وذلك تغليبا للمصلحتين العامة والخاصة بما يجنب المجموعة الوطنية والأسرة تكاليف وأعباء الاستشفاء ، فضلا عن السعي نحو تحقيق طموحات لإرساء جيل جديد ذي جودة جينية مميزة قادرة على مجابهة الأمراض الممكنة ومواجهة التغيرات البيئية السلبية التي قد لا تتحملها القدرات الجينية للجنين المصاب بأبسط الأمراض<sup>٢</sup>. ولهذه الرؤية

١- يراجع ، C. NEIRINCK ، " L'embryon humain ou la question en apparence sans réponse de la bioéthique " ، les petites affiches ، du 9-03-1998, p.4er s; Anne FAGOT-LARGEAULT ET Geneviève DELAISI DE PARSEVAL ، op.cit. ، n 3 et s ; ; الفرنسي أن للجنين حرمة يمكن أن تعارض أو تتصدى لحرية الأم في التصرف في جسدها : C.C du 27-06-2001 ، déc. n 2001-588, J.C.P.2001, 2 , 10635.

كما أصدرت محكمة مدينة Maryville بولاية Tennessee بالولايات المتحدة الأمريكية قرارا في ٢١ - ٠٩ - ١٩٨٩ تقر فيه بالشخصية القانونية للجنة البشرية منذ تمام تلقيحها مما يترتب على السلطات العمومية اتخاذ ما يلزم لحمايتها كيفما تحمي بقية الدوات متخلفة الأهلية ، يراجع ، Roberto ANDORNO ,op. Cit, p142, note n 451.

٢- يراجع ، J. CLERCKS, " L'embryon humain, le législateur, le début de la vie et la loi relative à la bioéthique " , R.DT.PUB., n3, 2006, p.737 et s ; Bertrand MATHIEU, " La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? " , D.1996, p. 282 et s ; المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر في ٢٧ جويلية ١٩٩٤ أن الجنين المخصب اصطلاحيا لا يصنف ضمن الدوات البشرية فلا ينسحب عليه حينئذ =

أثر نسبي لدى كل من المشرعين الإماراتي والسعودي ، حيث اقتضت المادة ١٥ من القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة ، المتعلق بترخيص مراكز الإخصاب أنه " ...يجوز بإذن كتابي من الزوجين السماح للمركز بإجراء عملية التشخيص الجيني قبل الزرع بغرض التعرف على الأمراض الوراثية على أن تتخذ جميع الإجراءات اللازمة لعدم الإضرار بالبويضة الملقحة " . فعبارة الأمراض الوراثية وردت بصفة مطلقة دون تخصيص أو وصف إضافي لمدى خطورتها مما يستتج معه أنها تشمل من باب أولى الأمراض المستعصية وكذلك المزمنة ولو كانت قليلة الخطورة وما يستأنس بها . كما مكن المشرع السعودي من التنافس بين الأجنة المخصبة على أساس استنتاجات الطب التنبئي بما يمكن من إقصاء تلك التي يحوم شك حول إصابتها في المستقبل بأمراض وراثية أو جينية وذلك حينما نصت المادة ٨ من نظام وحدات الإخصاب والأجنة وعلاج العقم على أنه : " لا يجوز التدخل في الخلايا الجنسية أو الجينات الوراثية إلا لمعالجة أمراض وراثية أو جينية يمكن أن تصيب الجنين ويمكن تعديلها بعلاج الجينات الوراثية على أن تميزها لجنة الإشراف قبل ذلك " ، مما يستتج معه أنه يميز الانتقاء بطريقة موسعة ليشمل مجاله الأمراض الوراثية أو الجينية بصفة مجردة دون تحديد لمدى خطورتها أو مدى وجود علاج ناجح لها سواء ثبت إصابة الجنين بها فعلا أو وجدت احتمالات ترجح على الإصابة في المآل .

---

=المبدأ الذي يفرض احترام كل ذات بشرية منذ بدء حياتها ولا ينطبق عليه أيضا مبدأ المساواة المطلقة بين جميع الذوات ، يراجع : B. MATHIEU, op.cit. p.282. ونفس التوجه اتبعته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان حيث لم تعترف للجنين المخضب اصطفاغيا بالحق في الحياة وذلك بسبب ما لاحظته من انعدام لتوافق قانوني وعلمي بخصوص نقطة انطلاق احتساب بداية الحياة البشرية التي ترجع إلى اجتهاد كل دولة : C.E.D.H, du 08-07-2004, J.C.P. 2004, 2, 10158, note M. LEVINET.

وفي سبيل إقرار حل توافقي بين هاتين الرؤيتين بما يمكن من الأخذ بعين الاعتبار لمتطلبات حفظ الصحة العامة والاستفادة من الاكتشافات الطبية والبيولوجية الحديثة من جهة ، ومن مجارة المبادئ والقيم التي تكرسها الأخلاقيات الحيوية بعد تطويعها نسبيا لإخراجها من جمودها من جهة أخرى ، ليكون من الأفضل حينئذ الدعوة إلى توجه اعتدالي يحاول الإحياز نسبيا إلى الرؤية الثانية بطريقة معدلة فيقع إجازة التوسع في الانتقاء وفقا لقائمة موسعة من الأمراض التي ثبت إجحافها بالأسرة وبالمجتمع على مستوى نفقاتها ومتطلباتها بصفة عامة تكون قابلة للمراجعة الدورية كلما طرأت مستجدات طبية وبيولوجية جديدة ، فيتوسع دائرة التنافس بين الأجنة المخصبة ولا يرشح للزرع إلا أجودها بعد تحطيه عقبة إلتئام من مدى سلامته من الأمراض . لكن بشرط أن يقتصر التوسع على الغاية الصحية التنبئية التي أوجبت الانتقاء دون أن يتقاد البحث عن خصائص صحية وجسمانية مميزة وفقا لأطماع المنجبين أخذا بعين الاعتبار لقيم الأخلاقيات الحيوية . ويتناغم هذا المقترح مع مقاربة غالبية على الفقه الإسلامي للجنين المخصب اصطناعيا والتي لا تقر له بالشخصية القانونية ولا حتى بالذات البشرية نظرا لعدم اقتران مكوناته البيولوجية بالروح التي سوف تلحق به خلال أطوار الحمل .

١- وحول تفصيل لهذه الرؤية ، يراجع ، محمد نعيم ياسين ، " بداية الحياة الإنسانية في ضوء النصوص الشرعية واجتهاد العلماء المسلمين " ، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المنعقدة بدولة الكويت تحت عنوان " مؤتمر الحياة الإنسانية : بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي " ، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ، الكويت ، ١٩٨٥ ، ص. ٨٩ وما بعدها ؛ عبد الله محمد عبد الله ، " الحياة : بدايتها " ، المؤتمر السالف ذكره ، ص. ١٦٢ وما بعدها ؛ غنيد الله باسلامة ، " الحياة الإنسانية داخل الرحم : بدايتها ونهايتها " ، نفس المؤتمر ، ص. ٨١ وما بعدها ؛ أيمن مصطفى الجمل ، " إجراء التجارب العلمية على الأجنة =

## ب- إمكانية انتقاء الأجنة وتحقيق الأمان الذوقية للمنجبين :

هل يمكن تطويع التخصيب الاصطناعي نحو انتقاء أجنة ذات أوصاف جسمانية معينة أو قدرات جينية تنافسية قادرة على مجابهة التغيرات البيئية والمعيشية وعلى تحقيق فرص مستحدثة في الاستثمار في الموارد البشرية للأجيال القادمة ؟

إن العناصر المكونة للإجابة تتنازعها عديد الاعتبارات النابعة من مبادئ حمائية مما يتطلب تغليب إحداها عن الأخرى بغية إقرار حلول عقلانية تولى للحقوق المتداخلة في هذه المسألة ما يحتاجه من حماية من جهة ، وتصون من جهة أخرى حرمة الجنس البشري المختزل في الأجنة محل الانتقاء من جهة أخرى .

=البشرية بين المحظور والإباحة ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٠ ، ص. ٦٠ وما بعدها ؛ أسامة عبد الله قايد ، المسؤولية الجنائية للأطباء ، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٧ ، ص. ٢٩٢ وما بعدها . كما جاء في توصيات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في مؤتمرها السالف ذكره ما يلي : " ١- بداية الحياة تكون منذ تلقيح البويضة التي تحتوي على الحقيبة الوراثية الكاملة للجنس البشري عامة وللكاثن الفرد بذاته المتميز عن كل كائن آخر ، وتشرع في الانقسام لتعطي الجنين النامي المتطور المتجه خلال مراحل الحمل إلى الميلاد . ٢- منذ أن يستقر الحمل في بدن المرأة فله احترام متفق عليه ويرتب عليه أحكام شرعية معلومة " ، وهو ما يستفاد منه وفقا لطريقة التأويل العكسي وبصفة ضمنية أنه في الفترة الفاصلة بين التخصيب وحصول الحمل لا يحظى الجنين بعد بما يلزم من احترام ولا تنسحب عليه أحكام القواعد الشرعية الحمائية . وقد أصدر مؤتمر " الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية " المنعقد بالكويت في ١٨ أبريل ١٩٨٧ توصياته بخصوص مصير الأجنة الملقحة فيرى أنه من الأفضل أن يكون عددها مقتصرًا على ما يكفي لنجاح عملية الزرع والعلوق ، أما إذا وجد فائض منها فالأفضل أن تترك لشأنها فتموت طبيعياً أو تستعمل للبحث العلمي ، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ، الكويت ، ١٩٨٧ ، ص. ٧٥٧ .

تجدر الإشارة إلى أن جل التشريعات المنظمة للمساعدة الطبية على الإنجاب آثرت تغليب النظرة القيمة للجنين على الخيارات الذوقية للمنجبين ، وذلك حينما تصدت بصفة مطلقة لكل مناورات الهندسة الوراثية المتعلقة بإدخال أية تغييرات على المكتسبات الجينية للجنين المخصب اصطناعيا لتطويعها حسب المواصفات الجمالية المحبذة أو نحو الجنس المرغوب فيه ما لم تطرأ حالة الضرورة والتمثلة في انتقاء جنس معين درءا لمرض خطير متعلق بالجنس<sup>١</sup> . غير أن هذا التوجه ولئن كان يستند على مقاربة جامدة لإحدى المبادئ الناجمة عن متطلبات الأخلاقيات الحيوية والتمثل في حظر انتقاء الأجنة وفقا للخيارات الذوقية للمنجبين ما لم تطرأ ضرورة ملجئة ، بغض النظر عن غياب الوفاق حول الطبيعة القانونية للجنين وعن الخصوصيات الواقعية للعديد من المجتمعات ، فإنه خضع للعديد من الانتقادات التي يمكن اختزالها بصفة إجمالية في الاعتداء على حقوق الذات البشرية وفي تجاهل العديد من الخصوصيات

١- كما أصدر مجلس الاتحاد الأوروبي التوصية عدد ٩٤٣ والصادرة في ٢٦ جانفي ١٩٨٢ أرسى فيها حقا للجنين يتمثل في اكتسابه لصفات جينية خالية من كل تغييرات قد تطرأ عليها ، يراجع Zeynep KIVILCIM-FORSMAN, " Eugénisme et ses diverses formes " , R.T.D.T.H, 2003, n54, p.515et s. كما حجرت المادة ١٤ من اتفاقية "أوفيدو" السالفة الذكر انتقاء جنس الجنين باستثناء حالة وجود المرض الخطير المقترن بالجنس. كما ورد في قرار مجمع الفقه الإسلامي الصادر خلال أعمال دورته التاسعة عشر المنعقدة في مقر رابطة العالم الإسلامي بمجدة في الفترة الممتدة من ٢٢ إلى ٢٧ شوال ١٤٢٨ أنه : " لا يجوز أي تدخل طبي لاختيار جنس الجنين ، إلا في حال الضرورة العلاجية من الأمراض الوراثية التي تصيب الذكور دون الإناث أو العكس ، فيجوز حينئذ التدخل بالضوابط الشرعية المقررة على أن يكون ذلك بقرار من لجنة طبية مختصة لا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة من الأطباء العدول ، تقدم تقريرا طبيا بالإجماع يؤكد أن حالة المريضة تستدعي أن يكون هناك تدخل طبي حتى لا يصاب بالمرض الوراثي ومن ثم يعرض هذا التقرير على جهة الإفتاء المختصة لإصدار ما تراه في ذلك ."

الواقعية . غير أنها انتقادات ثبت قابليتها للدحض في أغلبها ، خاصة على مستوى التنافس بين الحقوق والمصالح المتداخلة في هذا المجال مما يفرض إقرار تفاضل بينها.

من الوهلة الأولى يمكن القول بأنه يمكن للمنجمين انتقاء الأجنة المخصصة اصطناعيا بغية الحصول على الجنين ذي الأوصاف المأمولة أو الجنس المحبذ ، فظالما أن المشرع أرسى قواعد للمساعدة الطيبة على الإنجاب ، وبما أن الاكتشافات البيولوجية في تطور مستمر فإنه لا مانع من الاستفادة منها إلى أقصى مداها بدءا من تغلبها على المصاعب الإنجابية انتهاء بتحقيق الأمل في الجنين المأمول . ولا تخلو هذه الرؤية من التأصيل القانوني ، فالحق في الحياة الخاصة مضمون في التشريعات الداخلية والخارجية وقد أسند له مفهوما واسعا يتضمن الحق في الإنجاب مما يخول لكل راغب فيه ممارسته وفقا لقناعاته الشخصية ويتعين على الدولة الامتناع عن كل تدخل في خصوصيات الفرد في ما يتعلق بالرغبة في الإنجاب من عدمها ، ويتحدد الشريك في المشروع الإنجابي ، ويتحدد كيفية الإنجاب وظروفه . وهو ما يمكن المنجمين حينئذ من حرية معتبرة في انتقاء الجنين وفقا للأذواق الشخصية . فضلا عن ذلك فإن العديد من التشريعات تميز للمرأة الإجهاض خلال أجل معين لا يتعدى في الغالب ثلاثة أشهر ، كضمان

---

١ - بخصوص التوسع في نطاق الحق في الحياة الخاصة وجعله يتضمن الحق في الإنجاب ، يراجع ،

Diane ROMAN , " L'assistance médicale a la procréation , nouveau droit de l'homme?" , Revue de droit sanitaire et social ,2007 , p.810 et s; J-P. MARGUENAUD , " Le triste sort des embryons in vitro du couple séparé" , R.T.D.CIV , 2006 , p.255 et s ;Marie-Thérèse MEULDERS -KLEIN , " Vie privée , vie familiale et droit de l'homme " , R.I.D.C. , n4 , 1992. , p.767 et s.



لحقها في التصرف في جسدها وفي المحافظة على تناسقه<sup>١</sup>. وهو ما يؤدي إلى بها منطقيا إلى اتخاذ قرار الإجهاض كلما ثبت خلال المراحل الأولى من الحمل انتماء جنينها للجنس غير المرغوب فيه ، فيكون من الأفضل حينئذ تمكينها مسبقا من الحق في انتقاء الجنين الذي تأمله أثناء فترة التخصيب الاصطناعي إعمالا للحق في الإنجاب على إطلاقيته ، ودرءا للمصاعب والآثار السلبية التي قد تنجر عن الإجهاض اللاحق .

يمكن استنتاج الحق في الإنجاب من خلال تأويل واسع للعديد من التشريعات الدولية والوطنية التي تقر صراحة حق الفرد في الزواج وفي تكوين أسرة . ومن الممكن أيضا مجازة اجتهاد المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان حينما أدجت الحق في الإنجاب ضمن متطلبات احترام الحياة الخاصة<sup>٢</sup>. لكن لا يمكن تأصيل هذا الحق لإجازة النفاذ للمكتسبات الجنينية للجنة المختصة اصطناعيا بغية الانتقاء الذاتي الدوقي للبعض منها والاستغناء عن البعض الآخر . فالحق في الإنجاب يعتبر ضمنا لممارسة حرية شخصية على معنى قواعد القانون العام وفي إطار العلاقة بين الفرد والسلطة التي تقتضي صونا لهذا الحق أن لا تتدخل الدولة في قرارات الأفراد بخصوص الإنجاب إيجابا أو سلبا ، كأن ترغمهم على استعمال وسائل منع الحمل أو على التعقيم أو على الإجهاض القسري أو حتى

---

١- حول تأصيل حق المرأة في الإجهاض لأسباب غير صحية أو غير ملجئة ، يراجع ، Alexis DEMIRDJIAN ، " L'avortement et les droits de la femme sous le droit international " , Revue québécoise de droit international , 2001 , p.84 a 115 ; مصطفى عبد الفتاح لبنة ، " جريمة الإجهاض : دراسة في سياسة الشرائع المقارنة " ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ١٩٩٦ - ١٩٩٧ ، ص. ١٥٤ ؛ الشيخ صالح بشير ، المرجع السالف ذكره ، ص. ٩١ وخاصة ص ، ٩٢ الهامش عددا .

2- C.E.D.H. du 18-04-2006, J.C.P.G., 2006, 1, 164.

تمتنع عن إصدار قوانين للمؤازرة على الإنجاب<sup>١</sup>. لكن خارج هذه العلاقة الضيقة بإمكان الدولة التدخل لتحديد نطاق ما تكرسه من قواعد للمساعدة على الإنجاب كلما تداخلت معطيات أخرى خارجية تتطلب بدورها حماية مما يجعلها تبادر بالترجيح بين المصالح<sup>٢</sup>. ثم إن نطاق الحق في الحياة الخاصة لا يشمل إلا المجالات التي يختار فيها الشخص الانطواء على ذاته وجعلها خارج اهتمامات الغير والسلطة، أما إذا وضع من تلقاء نفسه البعض من خصوصياته في علاقة مباشرة مع الحياة العامة أو ذات صلة بمصالح أخرى محل حماية، فإن الوضعية تخرج عن نطاق الحياة الخاصة وعلى القواعد التشريعية أن تنظم سبل الترجيح بين المصالح المتداخلة فيها<sup>٣</sup>. من ذلك أنه ولئن كان التخصيب الاصطناعي بغية المساعدة الطبية على الإنجاب يدخل ضمن نطاق محاور الحياة الخاصة للمنجبين على مستوى الغاية مما يجعلهم محل حماية على مستوى التصدي للتطفل على رغبتهم في الخلفة، فإن التجسيد العملي لهذه الرغبة يندرج

١- بخصوص تفصيل هذه الفكرة، يراجع، Alexis DEMIRDJIAN, op. Cit, p 84 et s.

٢- اعتبرت المحكمة الدستورية الألمانية أن الفقرة الثانية من المادة ٨ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والمتعلق بالحق في الحياة الخاصة والتي توجب إضفاء قيود على هذا الحق كلما وقعت ممارستها بما يتعارض مع حماية حقوق الغير، تنسحب على الجنين طالما أن له حياة بيولوجية في بطن أمه تسمح له باكتساب صفة الغير الواجب حمايته.

٣- وهو ما أقرته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان حينما اعتبرت أن الحق في الحياة الخاصة يخضع إلى حدود كلما كان في مواجهة حقوق الغير أو شاء صاحبه إخراجها للحياة العامة، C.E.D.H du 10-04-2007, R.T.D.CIV, 2007, p.295 et s ; note, Diane ROMAM. Anne، يراجع، " Approche juridique internationale et comparative (Europe, états unis) des procréations artificielles ", mémoire présenté en vue de l'obtention du diplôme universitaire d'éthique médicale, université de la méditerranée aix-marseille2, faculté de médecine de Marseille, octobre 2002, p 20 et s.

في الخلفة ، فإن التجسيد العملي لهذه الرغبة يندرج ضمن مجال الحياة العامة ، ولا يمكن حينئذ للمشرع أن يلتزم الحياد إزاءها بحجة حماية الحياة الخاصة للمنجمين بل من اللازم التدخل لإقرار قواعد حمائية تتطلبها مسألة تدخل وضعية مستحدثة ناجمة عن الرغبة في الإنجاب تتعلق بالأجنة المخصبة اصطناعيا والتي تستوجب رعاية بوصفها على الأقل اختزال للجنس البشري ، وإفرادها بما يكفي من قواعد لضمان حصانة مكتسباتها الجينية من كل تدخل لأغراض فردية انتقائية . فالقواعد التشريعية المنظمة للمساعدة الطبية على الإنجاب وما تتضمنه من مقتضيات وقيود تنظيمية على التشخيص السابق للزرع لا تجسد اعتداء على الحياة الخاصة بقدر ما هي موازنة بين مختلف المصالح محل الرعاية بمناسبة اللجوء إلى تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب<sup>١</sup> . كما أن المقارنة مستبعدة بين

١- كما أن الرغبة في الإنجاب باللجوء إلى تقنيات المساعدة الطبية تتجاوز حقيقة مجال الحياة الخاصة لتنفذ في الحياة العامة ويكون المتحصل في الأغلب أن تتبوأ منزلة بين المنزلتين : فمن المألوف أن الإطار العائلي هو الحد الفاصل بين مجال الحياتين وبحسب مدى تهدها بالحق محل الحماية سوف يتخذ الوصف الملائم ، ذلك أن جميع جوانب الحياة العائلية تنتمي بطبيعتها للحياة الخاصة كلما كانت العائلة قادرة لوحدها على تحقيقها ، وأبرز مثال على ذلك التناسل الطبيعي بين الزوجين ووافقهما بخصوص التباعد بين الولادات وطرق التعامل بين مختلف أفراد الأسرة في محيطهما العائلي الضيق . لكن وفي المقابل توجد العديد من الجوانب المتعلقة بالحياة العائلية التي تحظى بطبيعة مزدوجة فلا يتم تحقيقها إلا من قبل تدخل مشترك من قبل العائلة والمجتمع ، من ذلك مثلا حينما تظهر العائلة عجزها عن تحقيقها كالجوانب المتعلقة بالصحة والترية والتعليم . وتبعاً لذلك فإن الرغبة في الإنجاب تنتمي فعلا إلى الحياة الخاصة على مستوى الغاية فقط بحيث يحصل اتفاق بين الزوجين على إرادة الخلفة ، غير أن وسيلة تحقيقها لا تنتمي للحياة الخاصة إلا إذا كانت العائلة قادرة لوحدها ويوسائلها الطبيعية على تحقيقها ، وهو ما لا يتعلق بالضرورة إلا بحالة الإنجاب الطبيعي ، أما التخصيب الاصطناعي فهو وسيلة مستحدثة للتغلب على العوائق الإنجابية ولا تستطيع العائلة تجسيده بل يتطلب تدخلا فاعلا من المؤسسات =

حق المرأة في الإجهاض خلال فترة معينة من الحمل وحقها المفترض في انتقاء الأجنة المخصبة اصطناعيا نظرا لتباين مسار الفرضيتين : فلكن أمكن تبرير لجوئها للإجهاض من خلال حقها في التصرف في جسدها والحفاظ على تناسقه طالما أن الجنين نافذ صلبه ، فإن الأجنة المخصبة اصطناعيا تكون في زمن الانتقاء منفصلة عن جسد المرأة ومحفوظة في فضاء اصطناعي في انتظار تحديد مآلها مما يقصي كل علاقة بينها وبين الحماية الجسدية لصاحبة البويضات المكونة لها .

ومن جانب آخر تظهر بين الحين والآخر العديد من المعطيات الواقعية الداعية إلى تبرير انتقاء الأجنة ولو لأغراض وميولات ذوقية كحل لفض بعض العضلات الناجمة عن ثقافات راسخة لدى مجتمعات معينة ، أو اختلال في التوازن الديمغرافي بين الجنسين ، أو للاستثمار المستقبلي في الأجنة المخصبة اصطناعيا كموارد بشرية مأمولة لغزو فضاءات تعتمد التنافس وفقا للمقدرات الجسمانية ذات الأوصاف المميزة . من ذلك أنه في الهند يعتبر إنجاب الأنثى مفضلة اقتصاديا للعائلة ذات الدخل المتوسط أو الضعيف لما يترتب عن تربيتها وتزويجها من مصاريف تحكمها أعراف ، تواترت إلى أن صعب القطع معها ، قد لا تقدر أغلب العائلات على مجابتهها ، مما يجعل العديد من ذوات الأحمال يفضلن الإجهاض كلما علمن بجنس الحمل غير المرغوب فيه وما يترتب عن ذلك من مخاطر صحية خاصة إذا وقعت ممارسته بطرق تقليدية . فيكون حينئذ التشخيص السابق

---

=الصحية المكلفة به . لذا يكون لزاما على الدولة التدخل للترجيح بين المصالح وكلما تراءى لها الحد من نطاق الحق في الإنجاب فذلك لا يصنف من قبيل الحق لهذا الحق وإنما على أساس تنظيم تقنية صحية مستحدثة ترتب آثارا تتجاوز النطاق العائلي .

١- J. MILLIEZ , op.cit. , p.155 et s;   
J.MANDELBAUM et F.SHENFILD, "Choix social du sexe avant l'implantation ", la lettre du gynécologue, n°371, avril, 2002, p.24-26. ; =

للزرع كتقنية للتعرف على جنس الجنين أحسن ملاذ لدفع هذه المعضلة ، إلا أن المشرع الهندي ظل متمسكا بنظرة جامدة للأخلاقيات الحيوية وغلب حرمة الجنين المخصب اصطناعيا على مشاكله المجتمعية<sup>١</sup> . وعلى العكس ترغّب العديد من العائلات الأوروبية في اللجوء إلى تقنية انتقاء جنس الجنين بغية إقرار موازنة بين الجنسين في المجتمع عن طريق انتقاء الجنس غير الموجود صلب نفس العائلة<sup>٢</sup> . وأخيرا يتجه لفت النظر إلى أن هذه التقنية فتحت آفاقا رحبة من الناحية النظرية في الاستثمار في الأجنة طالما أنه أصبح بالإمكان وفقا لمناورات الهندسة الوراثية الحصول على الجنين كامل الأوصاف أو ذي القدرات الجينية التنافسية التي قد تجعل منه بطلا مستقبليا في بعض الرياضات أو نجما في الفنون التي تتطلب مواصفات جسمانية مميزة .

إن الترجيح بين هذه المعطيات الواقعية ومتطلبات حماية الجينوم البشري المختزل في الأجنة المخصبة اصطناعيا تحكمه العديد من المعطيات المتعلقة بالخصوص بتحديد الطبيعة القانونية للجنين وبالنظرة إلى طبيعة قواعد الأخلاقيات الحيوية ومدى تطويعها بحسب المصالح المتنافسة . وإسهاما في إثراء النقاش حول هذه المسألة يمكن القول بأنه من الممكن إضفاء مرونة معتبرة على مسألة انتقاء جنس الجنين لدوافع اجتماعية واقتصادية كلما ثبت حقيقة اختلال في التوازن الديمغرافي بين الجنسين في مجتمع معين تنجر عنه آثار سلبية على تطوره ومسيرته التنموية ، وذلك ميلا للمقاربة النفعية للجنين طالما أنه مجموعة من الخلايا المنتمية للجنس

---

= كما تجدر الإشارة انه بسبب الاستغناء عن الأجنة من جنس الإناث فاق عدد الذكور عدد الإناث في الصين بنسبة فاقت ١٢٪ ، وفي الهند بلغت النسبة ٦٪ ، يراجع ، " Vers le célibat forcé ، Isabelle ATTANE ، des prochaines générations : L'Asie manqué de femmes " ، le monde diplomatique ، juillet 2006.

١- قانون حظر انتقاء الجنس الصادر في ٢٠ سبتمبر ١٩٩٤ .

٢- يراجع ، J. MILLIEZ, op. Cit, p.153 et s. .

البشري لم تكتمل الصفة البشرية لديها ما لم تلحقها تطورات بيولوجية وخلقية مرتقبة . وفي المقابل يقع التصدي لناورات الهندسة الوراثية الرامية إلى تخصيص أجنة ذات مواصفات تنافسية أو حسب الطلب نظرا لاعتبارها منفذا متاحا للأجيال الحاضرة للتحكم في السمات الجسمانية للأجيال القادمة وتطويعها حسب المنافع المرتقبة منها مما يجعلها تقترب من نظام الأشياء أكثر من وضعية الأشخاص ، وفي تخصيص الأجنة بفرض الانتفاع بخصائصاتهم الجينية لمعالجة الغير تظهر بوادر لمعطى علمي جديد عمق الإشكال بخصوص مدى إمكانية إرساء مشروع إنجابي لتخصيب جنين غير مرجو في حد ذاته وموظف لأعراض استشفائية استحالة إيجاد ما يضاهاها من بدائل .

### المبحث الثاني

#### تنافس الأجنة المخصبة اصطناعيا وفقا لنجاحاتها الجينية

لئن كان التنافس بين الأجنة المخصبة اصطناعيا وفقا لمعيار سلامتها الجينية موجه نحو جودة الإنجاب بما يجسده من تقنيات مستحدثة في الطب الاستباقي درءا للعديد من العلل الراجعة للمخزون الجيني الوراثي ، فإن التنافس بينها وفقا لمعيار نجاحاتها الجينية يجسد دورا مستحدثا للتخصيب الاصطناعي لتطويع تقنياته فضلا عن غايته التقليدية المتعلقة بالجودة الصحية للأجنة نحو العلاج الجيني الذي يقتضي تخصيص أجنة غير مرجوة بالأساس في خلد ذاتها وغنما لتخصص كدواء ناجع للتغلب على بعض الأمراض الفتاكة ، وهو ما يجعل حينئذ من النجاعة الجينية معيارا انتقائيا مستحدثا ( الفرع الأول ) ، لتحقيقها أثر معتبر على وضعية الجنين المنقذ (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول

##### النجاعة الجينية معيار انتقائي مستحدث

إن انتقاء الجنين المخصب اصطناعيا وفقا لنجاحته الجينية يعتبر ضرورة ملجئة حتمها وضع صحي خطير وسابق تعاني منه الأسرة ولا مجال لدرئته

إلا باللجوء إلى هذه التقنية من أجل الظفر بالجنين ذي المواصفات الملائمة علاجيا (أ)، مما يترتب عنه تخصيص التخصيب في اتجاه أحادي للظفر بالجنين المنقذ (ب).

أ- الدور المستجد للتخصيب الاصطناعي: البحث عن الملائمة الجينية:

يتطلب الحصول على الجنين المنقذ تطويع تقنيات التخصيب الاصطناعي نحو معيار الملائمة الجينية، وهي غاية المنجيين الأساسية يتوقف عليها في الغالب مآل المشروع الإنجابي، إلا أنها ما زالت محل تباين في الخيارات التشريعية على مستوى إقرارها.

تقوم تقنية التخصيب الاصطناعي بغرض انتقاء الجنين المنقذ على توجيه التشخيص الطبي السابق للزرع نحو النفاذ إلى المكتسبات الجينية للأجنة المخصبة اصطناعيا لإخضاعها إلى طورين من الانتقاء: يتمثل الطور الأول في تخصيص عدد كاف من الأجنة وفقا لما يحدده خبراء الطب الإنجابي، والذي غالبا ما لا يقل عن عشرة أجنة<sup>1</sup>. ثم تخضع جميعها لكشف مخبري بغية التثبيت من مدى سلامتها من الأمراض الجينية، وعلى إثره توزع إلى مجموعتين، تشمل الأولى الأجنة المعتلة التي سوف يقع إقصاؤها بدهاء لثبوت فشلها في استيفاء الغرض. ويقتصر الطور الثاني حينئذ على السليمة منها التي ستخضع لكشف مخبري آخر أكثر دقة بغية التثبيت من مدى ملائمة مواصفاتها الجينية لتلك التي يكتسبها أحد أطفال المنجيين والمصاب بمرض جيني دموي خطير لا يوجد له علاج في الحال ويؤدي حتما إلى الوفاة في أجل وجيز. ثم يقع التقسيم ثانية لتستثنى المجموعة ذات المواصفات السليمة لكنها غير ملائمة جينيا لمواصفات المريض في حين أن الأجنة المتبقية والتي ثبت ملائمتها سوف تكون مشروع حمل ينتقي منها الفريق الطبي ما يكفي عادة لتدعيم فرص نجاح عملية

١ - يراجع ، B. MATHIEU, op.cit., p.387 et s.

العلوق ، لتصبح البقية أجنة احتياطية تنتظر الزرع كلما فشلت المحاولة الأولى<sup>١</sup>.

واعتمادا على هذه التقنية لم يعد التخصيب الاصطناعي مقتصرًا على دوره التقليدي الذي ابتكر من أجله والمتمثل في تدارك الإخفاقات الإنجابية ، وإنما وقع تطويعه ليصبح تقنية مستحدثة للمساهمة في تقديم العلاج لإنقاذ أحد أفراد الأسرة في حالة استحالة اللجوء إليه بوسائل أخرى . فالجنين المخصب اصطناعيا وذي المواصفات الجينية الملائمة لتلك التي يكتسبها شقيقه المصاب بإحدى أمراض الدم القاتلة سوف يصلح كعلاج ناجع منذ لحظة استهلاله بحيث تقتطع خلايا من حبله السري لتزرع في النخاع العظمي لشقيقه المريض على أمل الشفاء النهائي من علته<sup>٢</sup>.

١- يتجه التمييز بين الأجنة الفائضة والأجنة الاحتياطية : فالنوع الأول يشمل الأجنة المخصبة والتي لم تعد صالحة لخدمة المشروع الإنجابي ، إما بسبب نجاح الأجنة التي سبق زرعها في عملية الحمل والعلوق أو بسبب عدم صلاحيتها للزرع أصلا بسبب خصائصها الجينية المعتلة ويكون مألها إما الإتلاف أو إحالته للبحث العلمي . في حين أن النوع الثاني يتعلق بتلك الأجنة التي تحطت بنجاح مرحلة التشخيص السابق للزرع ومواصفاتها ترشحها لخدمة المشروع الإنجابي فتبقى في وضعية احتياطية لتستعمل كلما تعثر المشروع الإنجابي بسبب عوائق قد تطرأ على الأجنة التي سبق زرعها ، مما يتطلب تجميدها حتى تبقى صالحة لاستعمال لاحق . ولقد استعملت تقنية تجميد الأجنة لأول مرة في استراليا سنة ١٩٨٣ ، وقد ترتبت عنها العديد من المشاكل والتساؤلات على المستويين الأخلاقي والقانوني فضلا عن مخاطرها البيولوجية ، ذلك أن التجميد يترتب عنه إتلاف ما يقارب نصف الأجنة وحصول أضرار لعدد هام من المتبقية ، يراجع ، Roberto ANDORNO ، op.Cit. , p.161-162.

وقع اكتشاف العلاج الجيني بالولايات المتحدة الأمريكية سنة ١٩٩٠ □ ٢- ، وقدم كطريقة مبتكرة لمقاومة عدة أمراض مستعصية عن طريق تصحيح أو تشوه جيني مسبب للمرض لدى المصاب بزرع موروثات سليمة من شخص آخر يطابقه في المواصفات الجينية ، يراجع ، يراجع ، فواز صالح ، المبادئ القانونية التي تحكم الأخلاقيات الحيوية ، دراسة سبق ذكرها ، ص.١٦٣ =



وإن باءت محاولة الزرع بالفشل فمن الممكن أن يكون عرضة للتبرع بخلايا من نخاعه العظمي لإعادة تجربة العلاج<sup>١</sup>.

ورغم الصبغة النفعية الواضحة للتخصيب الاصطناعي في هذا المجال ونجاحته المرتقبة في التغلب على بعض الأمراض الفتاكة والمستعصية من جهة ، وصبغته المؤقتة من جهة أخرى طالما أن الأبحاث في علوم الأدوية وطرق العلاج في تطور حيث يبشر بظهور اليوم الذي يقع فيه الاستغناء عنها والتغلب على هذه العليل بطرق أخرى ، فإن الإسهامات التشريعية للدول التي تتضمن تقنيا للمساعدة الطبية على الإنجاب لم تكن محل وفاق بخصوص هذا الدور المستحدث للتخصيب الاصطناعي ، نظرا لاختلاف مقارباتها حول النظرة إلى الجنين التي تؤثر في مجتها العديد من العوامل الواقعية .

فمن جهة ، يوجد اتجاه أول يميز هذا الدور المستحدث للتخصيب الاصطناعي على أساس أنه حالة عرضية استوجبها ضرورة ملجئة لمجابهة مرض خطير ، من الجائز حشرها ضمن الاستثناءات الواردة عن ما كانت أقرته عدة نصوص حمائية للجنين صادرة عن بعض المنظمات الدولية والأقليمية ومفادها التصدي للتمييز بين الأجنة وفقا لمكتسباتهم الجينية<sup>٢</sup>.

---

=J. TESTART, "Diagnostics anténatales jusqu'ou aller ? ", médecins, bulletin d'information de l'ordre national des médecins, numéro spécial, Nov. Déc., Paris 2010, p.19.

١- وقد وقع استعمال هذه التقنية لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية عن طريق تخصيب الجنين "Adam" من أجل إنقاذ أخته المريضة بمرض دموي خطير ، يراجع ، Jérémie LEPORRIER , " Lebébé double , espoir " entre règles et pratiques " , mémoire , master de recherche en éthique , Université René DESCARTES Paris5 , 2007 , p.4.

٢- من ذلك أن المادة الثامنة من الإعلان العالمي حول الجنينوم البشري الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة ١٩٩٨ تنص على ما يلي : " أ- لكل إنسان الحق في أن تحترم كرامته وحقوقه أيا كانت سماته الوراثية . ب- تفرض هذه =

فالانتقاء يحصل في هذه الفرضية بناء على دوافع ملجئة لها مبررات عقلانية اضطرارية بحيث يتعذر إيجاد أية مبررات أخرى قادرة على علاج الطفل المريض ، فضلا عن أن معايير الانتقاء تكون فاقدة لكل عناصر ذوقية أو جمالية مقترحة من الأبوين ، بل موجهة جميعها موجه في اتجاه أحادي نحو الملاءمة الجينية . ولا يحصل تجسيدها مخبريا إلا وفقا لعدة شروط تتعلق خاصة بموافقة الأبوين وبضمانات طبية وأخلاقية محددة سلفا من قبل الهيئات المختصة<sup>١</sup> . فطالما أن الاكتشافات المتواترة في علم الأحياء قد مكنت من التغلب على الإخفاقات الإنجابية وفتحت آفاقا مستحدثة بخصوص الأدوار المرتقبة في الطب الإنجابي ، فلا مانع من التوسع في

---

=الكرامة ألا يقصر الأفراد على سماتهم الوراثية وحدها وتفرض احترام طابعهم الفريد وتنوعهم" ، كما تمنع المادة الثالثة من الميثاق الأوروبي للحقوق الأساسية الصادر في مدينة نيس في شهر ديسمبر ٢٠٠٠ " الممارسات التي تهدف إلى تحسين الجنس وتأهيله وخاصة تلك التي تهدف إلى انتقاء الأشخاص" ، كما تحظر المادة ١١ من الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بحقوق الإنسان والطب الحيوي والمبرمة في مدينة أوفيدو بإسبانيا في ٤ أبريل ١٩٩٨ ، كل شكل من أشكال التمييز الممارس ضد شخص بسبب ثروته الوراثية . ومنعت المادة ١٤ من هذه الاتفاقية استخدام تقنيات التخصيب الاصطناعي من أجل انتقاء الجنس المرغوب فيه باستثناء حالة وجود مرض وراثي خطير مرتبط بالجنس ، يراجع ، فواز صالح ، الدراسة السالف ذكرها ، ص. ١٦٨ وما بعدها.

- ١- ومن التجارب التشريعية التي أقرت اللجوء صراحة على هذه التقنية تذكر :
  - ١- المادة 1-4-2131L من مجلة الصحة العمومية الفرنسية ، কিفما وقع إضافتها بموجب قانون ٦ جويلية ٢٠٠٧-٢- القانون البلجيكي المؤرخ في ٦ جويلية ٢٠٠٧ والمتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب ٣- القانون الإسباني المؤرخ في ٢٦ ماي ٢٠٠٦ والمتعلق بتقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب .
  - ٤- قانون المملكة المتحدة الصادر في ١ نوفمبر ١٩٩٠ والمتعلق بالتخصيب وبالأجنة البشرية ٥- الدنمارك الصادر سنة ٢٠٠٦ والمتعلق بالتخصيب الاصطناعي .

أهداف التخصيب الاصطناعي ل يبقى مستغرقا لهدفه التقليدي المتمثل في التغلب على عوائق الإنجاب ومتكفلا بهدف جديد يكمن في مجابهة أمراض الأطفال المستعصية بإيجاد العلاج الجيني الناجع<sup>١</sup> .  
ومن جهة ثانية ، وفي اتجاه معاكس تتصدى العديد من التشريعات لتطويع التخصيب الاصطناعي نحو النظر بالجنين المنقلد ، وذلك إما لكونها تناهض أصلا التقنية المخبرية الممكنة من الحصول عليه والمثثلة في التشخيص السابق للزرع على أساس أنه منفذ بيولوجي يجسد انتهاكا لحرمة الجنين بما يوفره من إمكانيات للنفاد إلى مكتسباته الجينية<sup>٢</sup> ، أو بسبب اختياراتها المجسدة في الاقتصار على الدور التقليدي للتخصيب الاصطناعي المخصص للمساعدة الطبية على الإنجاب والتصدي لما عداه من أدوار مستحدثة يخشى معها اتخاذ تقنيات هذه الوسيلة لاستباحة المناورات الجينية ، وهو ما يقتضي تخصيص التخصيب لما يخدم فقط جودة

- ١- وهو ما أقره التقرير الصادر عن اللجنة العالمية للأخلاقيات الحيوية المثبقة عن منظمة اليونسكو في اجتماعها المنعقد في ٢٤ أبريل ٢٠٠٣. وما انبثق أيضا عن اللجنة الوطنية السويسرية لأخلاقيات الطب البشري بموجب قرارها عدد ١٤ / ٢٠٠٧ بموجب اجتماعها المنعقد في مدينة بارن في نوفمبر ٢٠٠٧ ، حيث ورد ما يلي في الصفحة ١٩ : "Tous les membres de la commission, qu'ils défendent la première ou la deuxième position, sont arrivés à la conclusion suivante : les parents qui font pratiquer un DPI à l'étranger pour s'assurer d'avoir un enfant HLA compatible le font pour des raisons qui sont éthiquement compréhensibles et honorable ; ils ne méritent aucun reproche éthique ou moral . Les membres de la commission qui s'opposent à la légalisation du typage tissulaire par DPI en Suisse s'appuient eux-mêmes sur des considérations purement éthico-sociales et ne remettent pas eux non plus en cause la décision individuelle des parents." P. 19.
- ٢- من ذلك تشريعات كل من ألمانيا وإيطاليا وسويسرا وأيرلندا .

المساعدة على الإنجاب بغية الاقتناء الاستباقي للأمراض الجينية الخطيرة لا غير حماية لذات الجنين دون توظيفه لتحقيق مآرب أخرى .<sup>١</sup>

ولقد ساهم تباين التجارب التشريعية في اختياراتها في دفع ذوي الاحتياجات الضرورية إلى اقتناء نهج السياحة الإنجابية بحثا عن ملاذ تشريعي آمن يمكن من الحصول على الجنين المنقذ. من ذلك إنجاب " الطفلة المنقذة " " Noah " سنة ٢٠٠٦ من أبوين سويسريين دفعتهما الضرورة الأسرية إلى السفر إلى المملكة البلجيكية للقيام بتقنيات التخصيب

١- من ذلك المرسوم الملكي السعودي الصادر في ٢١ - ١١ - ١٤٢٤ والمتعلق بنظام وحدات الإخصاب والأجنة وعلاج العقم الذي اقتضى في مادته الثامنة أنه " لا يجوز التدخل في الخلايا الجنسية أو الجينات الوراثية ، إلا لمعالجة أمراض وراثية أو جينية يمكن أن تصيب الجنين ويمكن تعديلهما بعلاج الجينات الوراثية ، على أن تجيزها لجنة الإشراف قبل ذلك " ، مما يستفاد منه أن النفاذ للمكتسبات الجينية للجنين المخصب اصطناعيا لا تكون له من غاية سوى استبعاد الأمراض الوراثية والجينية التي تصيب الجنين محل الكشف ولا أثر لتطويع هذه المكتسبات لخدمة غيره . وهو نفس توجه المشرع الإماراتي حينما اقتضت المادة ١٥ من القانون الاتحادي رقم ١١ لسنة ٢٠٠٨ بشأن ترخيص مراكز الإخصاب بالدولة أنه " مع عدم الإخلال بأحكام المادة ١٤ من هذا القانون يجوز بإذن كتابي من الزوجين السماح للمركز بإجراء عملية التشخيص الجيني قبل الزرع بغرض التعرف على الأمراض الوراثية على أن تتخذ جميع الإجراءات اللازمة لعدم الإضرار بالبويضة الملقحة " . كما سبق للمشرع التونسي أن اختار هذا التوجه بموجب قانون ٧ أوت ٢٠٠١ حيث اقتصر بالمادة الثالثة على غاية أحادية للتخصيب الاصطناعي تتمثل في " الاستجابة لطلب شخصين متزوجين وذلك قصد تدارك عدم الخصوبة لديهما ..... " ، كما مكن الفصل العاشر من إجراء كشوفات على الجنين المخصب اصطناعيا لغاية علاجية صرفة مخصصة لتدارك الأمراض الوراثية الخطيرة أو التشوهات الجينية ، فضلا عن أن الفصل الثالث عشر يتصدى لكل إمكانية للحصول على جنين مخصب اصطناعيا لغير غايات الطب الإنجابي والمتمثلة في التغلب على العوائق الإنجابية لا غير ، قانون عدد ٩٣ لسنة ٢٠٠١ مؤرخ في ٧ أوت ٢٠٠١ يتعلق بالطب الإنجابي ، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ، عدد ٦٣ لسنة ٢٠٠١ المؤرخ في ٧ أوت ٢٠٠١ ، ص. ٢٥٧٣ - ٢٥٧٥ .

الاصطناعي والتشخيص السابق للزرع بغية الحصول على الجنين المنقذ لمحاولة علاج طفلهما المصاب بمرض خطير في الدم يتطلب علاجاً جينياً ، طالما أن التشريع السويسري الصادر في ١٨ ديسمبر ١٩٩٨ والمتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب يتصدى لمبتغاهما<sup>١</sup> . ورغم أن نظام وحدات الإخصاب وعلاج العقم في المملكة العربية السعودية الصادر في ١١/٢١/١٤٢٤هـ لم يجز صراحة تقنية الجنين المنقذ ، فقد شهد " مستشفى سعد التخصصي " في مدينة الخبر إنجاب أول مولود مخصب اصطناعياً مخصص لعلاج أخته البالغة من العمر ستين والتي تشكو من مرض وراثي في الدم<sup>٢</sup> . ولربما أمكن تأصيل هذه التجربة باللجوء إلى تأويل واسع لأحكام الفقرة ٦ من المادة ١٥ من عهد حقوق الطفل في الإسلام الصادر عن منظمة المؤتمر الإسلامي التي تفرض " عدم تدخل الوالدين أو غيرهما طبيياً لتغيير لون أو شكل أو صفات أو جنس الجنين في بطن أمه إلا لضرورة طبية " ، فطالما أن هذه الضرورة تمكن من النفاذ إلى الجنين وهو في أطوار الحمل فمن باب أولى أن يقع إجازتها في المرحلة السابقة للزرع وهي مرحلة التخصيب الجيني كلما وجد دافع ملجئ لتطويع صفاته وفقاً لما يتلاءم مع المواصفات الجينية لشقيقه المريض.

١- تخصيص التخصيب الاصطناعي للظفر بالجنين المنقذ:

لقد كان لانعدام التوافق حول الطبيعة القانونية للجنين أثر بالغ في توجيه الحلول نحو تغليب الرغبة في تحقيق المشروع الإنجابي لأهدافه على

- ١- وحين استهلال الرضعة " Noah " لم ينجح الإطار الطبي في أخذ ما يكفي من خلايا دموية من جيلها السري لزرعها لدى أخيها الطفل المريض مما يتطلب إخضاعها لاحقاً حينما بلغت سن الواحدة من عمرها إلى عملية اقتطاع خلايا من نخاعها العظمي وزرعها بنجاح لديه ، يراجع ، Christoph REHMANN - SUTTER ، " Qui guérit a raison? " ، Bulletin des médecins suisses, 2006, p.28.
- ٢- مجلة سعد الطبية ، مجلة تصدر عن مستشفى سعد التخصصي بمدينة الخبر بالمملكة العربية السعودية ، عدد ٩ ، يوليو - ديسمبر ٢٠٠٨ ، ص. ٥٤.

ما يستلزمه الجنين من حماية لبقى مآله رهين مدى استيفائه للمواصفات المنشودة . وفي الفرضيتين التاليتين نمودج يؤكد هذه النظرة التنيضيديية للخيارات الإنجابية .

تتعلق الفرضية الأولى بالحالة التي تزول فيها نتيجة التشخيص الطبي السابق للزرع إلى انتقاء عدد من الأجنة ذات المواصفات الجينية الملائمة للطفل المريض تفوق الحد الأقصى المسموح لزرعه . فرغم اشتراك جميعها وعلى قدر المساواة الحساية المطلقة في اكتساب الخاصيات المطلوبة ، إلا أنها سوف تخضع لانتقاء ثالث في هذه الحالة لا يعتمد إلا على قواعد الحظ والصدفة ، لتؤخذ على أقصى تقدير ثلاثة أجنة منها بصفة عشوائية للزرع في الموضع الطبيعي للحمل لدى المرأة لتواجه هناك قدرها في العلوق ، فتتنافس في ما بينها على تحقيق هذا الطور الإنجابي ليحظى الأوفر قدرة على العلوق وتكون البقية فدائية . فإذا كان من اللازم استكمال هذا المسار الانتقائي للظفر بالجنين المنقذ وما يتطلبه من تخصيص لعدد وافر من الأجنة ، ألا يكون حينئذ من الجائز أن تتم عملية الانتقاء الأخيرة بطريقة مرشدة فيقع تخليصها من معيار الصدفة ليستبدل بأخر ناجع يتمثل في إقرار التوسع في نطاق الانتقاء إلى أبعد مدى ممكن ، فتحظى الأجنة الملائمة لفحص آخر بعد التأكد من توفرها على خاصية الملاءمة يتمثل في التثبيت من مدى إمكانية إصابتها بأمراض وراثية في المستقبل أو حتى مجرد أن تكون حاملة لعلامات ظهوره لاحقا وفقا لما يقدمه الطب التنبئي من توقعات ؟ ألا يعتبر هذا المنحى أفضل بكثير من الاكتفاء بانتقاء عشوائي طالما أنه يأخذ بعين الاعتبار بمقومات السلامة الجسدية للجنين المنقذ ، فعلى الأقل يرجع عليه عمله التبرعي النبيل الواقع حتما دون إزادته بالنفع على سلامته الجسمانية حينما تخلص خلاياه من الأمراض التي يمكن أن ترافقه مدى حياته ؟

بالرجوع إلى مختلف التشريعات المحيطة بالتخصيب الاصطناعي بغرض الحصول على الجنين المنقلد يتضح أنه لا يمكن النفاذ إلى مكتسباته الجينية إلا بصفة استثنائية تتعلق إما بالحالة التي يشكو فيها أحد الأبوين من مرض جيني خطير، أو إذا ظهرت لديهما سوابق إنجابية معتلة باختلالات جينية ، أو الحالة التي يلجأ فيها إلى هذه التقنية بغية البحث عن معيار الملاءمة الجينية للتمكن من إنقاذ الطفل المهدد بالموت جراء المرض الفتاك ، ففي هذه الحالة الأخيرة لا تخصص تقنية التشخيص السابق للزرع لما ينعكس بالإيجاب على السلامة الجينية للجنين المنقلد بل هدفها الوحيد العثور على توافق خلاياه مع خلايا شقيقه المريض ، ولا يمكن حينئذ التحقق من سلامة جيناته إلا من الأمراض الخطيرة وفقا للحالة الأولى ، ومن الملاءمة وفقا للحالة الثانية . لذلك كان على هذه التشريعات أن تأخذ بعين الاعتبار الحالة الخصوصية لهذا الجنين وتكافئه مسبقا على تكومه بمنح الدواء الناجع لشقيقه ، عن طريق تقديم خدمات صحية مسبقة له تتجلى على الأقل في استبعاد العناصر الموجودة بخلاياه والتي قد تسبب في أمراضه المستقبلية. لكن الظاهر أن الخشية من أن يتسبب هذا التدخل في الإضرار به أو في إتلافه جعلت النظرة التشريعية موجهة بصفة أحادية نحو حماية المشروع الإنجابي للفوز بالجنين المنقلد حتى يستوفي الغرض الذي أنجب من أجله دون اهتمام واضح بمدى سلامته الجسمانية المستقبلية التي لا تنفد حين توظيفه كعلاج .

أما الفرضية الثانية ، فهي تخص الحالة السلبية التي تؤدي إليها نتيجة التشخيص السابق للزرع حينما لا يقع العثور على أي جنين ذي مواصفات ملائمة لشقيقه المريض ، من بين جميع الأجنة الواقع تخصيبها . ففي هذه الحالة يكون للأبوين الخيار المطلق في تحديد مآل مشروعهما الإنجابي : إما مواصلته لإنجاب مولود لا يصلح مطلقا للغرض الذي خصب من أجله ، لكنه على الأقل لا تتضمن مكوناته الجينية أمراضا

وراثية خطيرة . أو العدول عن مشروعهما ، وهي الفرضية الغالبة وذلك خاصة لاعتبارات نفسانية بالأساس طالما أن مواصلة إنجابهما يعتبر لديهما في حد ذاته حدثا يشير إلى حفظهما العاثر وخيبة أملهما في ضياع فرصة جدية وحقيقية لشفاء طفلهما المشرف على الهلاك ، فضلا عن ضعف استعدادهما لاستهلاكه والحال أن الانشغال مركز على إنقاذ المريض . لذا يكون من الأرجح الاستغناء عن المشروع الإنجابي ، ويترك الخيار مرة أخرى للأبوين لتحديد مال هذه الأجنة الفاشلة في استيفاء الغرض من تخصيصها ، فقد تترك دون عناية إلى حين تلفها ، أو يقع التبرع بها لزوجين آخرين ، أو حتى تحال كقرينة للأبحاث العلمية . كما تجدر الإشارة أنه على فرض العثور على الجنين المنقذ فإن بقية الأجنة المترامنة معه في التخصيب ، وبغض النظر عن مدى سلامتها الجينية أو حتى ملاءمتها سوف تستبعد أصلا من المشروع الإنجابي كلما نجحت عملية علق الجنين المنقذ واتخذ مساره الطبيعي كحمل .

ولا يكفي لاكتساب صفة الجنين المنقذ أن تتوفر في الجنين المخصب مواصفات جينية معينة تتركز في جوهرها على معيار الملاءمة الجينية العلاجية ، بل يتجه أيضا أن يكون قادرا على استيفاء الغرض الذي خصب من أجله إلى آخر مراحلها وهو تحقيق شفاء المريض . فإذا ظرأ أي عارض يحول دون تحقيقه أو يجعل من الضروري استئصال حصوله كموت الشقيق المريض أو حصول شفائه باستحداث دواء جديد ناجح ،

- ١- يراجع ، Roberto ANDORNO , op. Cit, p.163 et s; وهو ما ورد ضمن توصيات مؤتمر " الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية " بشأن الأجنة الفائضة الملقحة حيث اعتبر أن وضعها الأمثل أن تترك تموت طبيعيا أو تستغل لأغراض البحث العلمي ، المؤتمر السالف ذكره ، ص. ٧٥٧.
- ٢- مع الإشارة إلى أن التبرع بالأجنة البشرية محجر في جميع قوانين الدول العربية المتعلقة بالتخصيب الاصطناعي باعتباره تصرف مخالف لأحكام النسب في الشريعة الإسلامية.



أو على العكس اشتداد مرضه مما يتطلب ولادة مبكرة للمنقذ ، أو إصابة هذا الأخير بأمراض خطيرة أثناء فترة حملته تصيره عديم الجدوى لما خصب من أجله ، فإن الخيار في استبقاء الجنين المنقذ لمواصلة أطوار نموه وتخلقه يبقى رهين الخيار الإنجابي الذي قد يميل في الغالب إلى إنهاء الحمل لانقضاء الغرض الذي خصص من أجله ، مما يبرز رغبة الأبوين في الإنجاب ولو كانت موجهة لأغراض نفعية على حرمة الجنين ، وهو ما يطرح إشكالا حول مدى التأثير السلبي الطارئ عليها إعمالا لهذه التقنية المستحدثة .

### الفرع الثاني

#### النجاة الجينية والوضعية القانونية للجنين المنقذ

إن انتقاء الجنين وفقا لمواصفاته الجينية بغية لمجدة شقيقه المريض يعبر عن الوهلة الأولى عن تخصيص للمكتسبات الجينية للذات البشرية لموحدة غيرهما ، وهي غير مرجوة في حد ذاتها ما لم تستوف الغرض الذي خصبت من أجله ، وهو ما يثير تساؤلات بخصوص عما بقي من كرامة للذات البشرية (أ) ، ويغلب المآرب الانجابية على ما تتطلبه الحرمة الجسدية للجنين من حماية (ب) .

#### أ- معيار النجاة الجينية وكرامة الجنين المنقذ :

من البديهي مبدئيا أن استبقاء المسار الطبيعي للحمل بالنسبة للجنين المنقذ موقوفا على بقاء إمكانية استيفائه للغرض الذي خصب من أجله متاحة يعتبر اعتداء على كرامة الذات البشرية التي هي قيمة تمييزية للإنسان عن بقية الكائنات وفقا للمقولة الشهيرة للفيلسوف "كانط" التي تقتضي بصفة إجمالية بأنه من اللازم اعتبار كل ذات بشرية كغاية في حد ذاتها ولا يمكن أبدا اعتبارها مجرد وسيلة فقط<sup>1</sup> . فإذا ثبت أنه لا فائدة في

- 1- Kant énonce : « Agis de telle façon que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans toute autre, toujours en même temps comme une fin, et jamais simplement comme un moyen. », cite par Jérémie LEPORRIER, op.cit. ,p.47.

مواصلة الحمل بالنسبة للجنين المنقذ كلما استحال تحقيقه للغرض الذي خصب من أجله كأن تحصل وفاة شقيقه المريض أو غيرها من العوارض ،  
فها يكون في اختيار أبويه العدول عن المشروع الإيجابي اعتداء واضح على كرامته يستفاد منه توظيفه بصفة مطلقة لخدمة أغراض غيره طالما انعدمت الحاجة إليه بانعدام الفائدة المرجوة منه ؟ وإن ثبتت حقيقة نجاحته الجينية هل يعتبر مجرد أداة استحدثت لتقديم خدمات علاجية مستحدثة لغيره ؟  
في استقراء العديد من المعطيات القانونية والواقعية تظهر بوادر عميل نحو الإجابة بالنفي مما يسند مشروعية لعلوية ممارسة الأبوين لخيارهما الإيجابي ورغبتهما في تخصيصه للمعالجة بغض النظر عن المآل الايجابي للجنين المنقذ والممثل في نهاية المطاف في استهلاله في حد ذاته واستعمال خاصياته الجينية للعلاج . فمن جهة أولى لا يعتبر القطع الإرادي للحمل اعتداء على كرامته بوصفه ذاتا بشرية بدليل أن الكرامة بوصفها قيمة مؤصلة للحقوق ما زالت محل ربية بخصوص مدى انسحابها على الجنين <sup>١</sup> . فانطلاقا من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ووصولاً إلى العديد من الإعلانات والمواثيق الدولية والإقليمية مشفوعة ببعض الاجتهادات القضائية ، تتضح رؤية تتجه نحو تخصيص قيمة الكرامة لكل ذات بشرية انطلاقاً من واقعة ولادتها <sup>٢</sup> . وما قبل ذلك لا يعدو أن يكون سوى مجموعة من الخلايا البيولوجية المتجانسة المتمية حقيقة للجنس البشري ، إن كان من المتجه فعلا إضفاء بعض الحماية عليها ، فذلك لا يرجع إلى قيمتها في حد ذاتها بصفتها الفردانية وإنما فقط بوصفها تجسد على الأقل اختزالاً للجنس

- ١- حول مدى انسحاب قيمة الكرامة على الجنين، يراجع ، Bertrand MATHIEU, " De la difficulté ....", Op.cit., p.387 et s.  
٢- باستثناء الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان والتي تقر صراحة حق الحمل في الحياة ، يراجع ، Alexis DEMIRDJIAN , op. Cit, p.84 et s. مع الإشارة على أن الجنين المخصب اصطناعيا ما زال قبل زرعه لم يصل بعد على مرحلة الحمل مما يجعل أحكام الاتفاقية الأمريكية غير شاملة لوضعيته .

البشري طالما أنها تحتوي على الجينوم البشري الذي هو الإرث المشترك للبشرية جمعاء<sup>١</sup>. لذا ووفقا لهذه الرؤية يكون من المشروع إذن أن يخصص الجنين قبل استهلاكه أو على الأقل في فتراته الأولى إلى أغراض نفعية قد تستخدم المصلحة العامة كالأبحاث والتجارب العلمية أو بعض المصالح الخاصة كخيارات المنجيين دون ترتيب أي اعتداء على كرامته طالما أن هذه قيمة لا تسحب عليه أصلا<sup>٢</sup>.

وحتى على فرض عدم مجازاة هذه الرؤية ذات التوجه النفعي المبالغ فيه ، وافترض تمدد مجال قيمة الكرامة لتضفي على الجنين بعض الحماية ، فإنها قيمة غير قادرة على إحكام تقييد الخيارات الإنجابية ولا يمكنها أن تحول دون التخلص منه كلما ثبت انعدام فائدته بالنسبة للمنجيين . ولا عناء في استحضار الحجة اعتمادا على تفسير لفظي لمقولة "كانط" يؤدي إلى بيان الحدود الفاصلة بين تشيء الإنسان وصيانة كرامته : فيما أنه يرى أن كل ذات بشرية يجب أن تحترم في حد ذاتها ولا يمكن أبدا اعتبارها مجرد وسيلة فقط ، ففي ذلك اقتصار على تحديد الممارسات المنافية للكرامة في التخصيص المطلق لهذه الذات لاستعمالها كوسيلة بدليل كلمة " فقط " . أي أن جعل الغاية الوحيدة من وجود الذات البشرية واستبقاء حياتها من أجل استعمالها فقط كخدمة لمنافع غيرها يعتبر تشيئا لها . أما إذا كانت الغاية مزدوجة فلا منافاة حيثند لقيمة الكرامة ، وهو الوضع الغالب أصلا في الواقع بدليل عديد الشواهد . فمن المألوف أن الذات البشرية تعتبر كغاية في حد ذاتها مما يفرض معاملتها على قدم المساواة الحسابية المطلقة بينها وبين بقية بني جنسها ، وفي نفس الوقت تخصص لخدمة أغراض نفعية لفائدة غيرها دون ترتب أي انتقاص من قيمة كرامتها . ولا أدل على ذلك من كون فكرة المشروع الإنجابي في حد ذاتها تعبر عن منافع يرتقبها

١ - يراجع ، فواز صالح ، الدراسة السالف ذكرها ، ص. ٢٢٣ وما بعدها .

٢ - يراجع ، Roberto ANDORNO , op. Cit, p.166-172. ،

المنجبون من خلفهم المأمول ولو كانت في الغالب ذات منجى معنوي ،  
كالإنجاب طفل على أمل تخفيض حدة التوتر الذي ينتاب الزوجين في  
علاقتهم ، أو تخليداً للذكرى عزيز عليهما ، أو لأطماع في الإرث  
... فيكون من باب أولى أيضا إجازة الاستنجاد بالإنجاب لانتقاء جنين منقلد  
عنه يقلب موازين المشاعر الأسرية من أسى إلى بهجة بشفائه لشقيقه  
المعتل.

لذا وحتى تتبين الخطوط الفاصلة بين تشييء الذات البشرية وصون  
كرامتها يتجه في هذا المجال التمييز بين سبب نشأتها والنشأة في حد ذاتها :  
فالغالب أن سبب النشأة يكون متمثلا في إحدى الأغراض الشخصية  
السالف ذكرها وهي ذات بعد نفعي واضح للمنجبين ، ولا غرابة في ذلك  
ظالما أن الرغبة في الإنجاب من عدمها تبقى رهين الإرادة الحرة للزوجين  
ولا يمكن أبدا إجبارهما على التنازل إيجابا أو سلبا . ولا يوجد في ذلك  
أي نيل من كرامة الذات البشرية فلولا التخصيب المسبق للجنين لأغراض  
مأمولة لما كان هناك وجود أصلا للمشروع الإنجابي الذي هو وليد الإرادة  
الحرة لطرفيه . في حين أن النشأة في حد ذاتها سوف تنفصل عن إرادة  
المنجبين تدريجيا منذ لحظة تحقيق المشروع الإنجابي بحصول الحمل إلى تمام  
واقعة الولادة : فإذا كانت الغاية من إنجاب جنين مخصب اصطناعيا متمثلة  
في تقديم علاج ناجع لشقيقه ، فإن هذا الغرض سوف يقع استيفاؤه عادة  
منذ حصول الولادة عن طريق استعمال حبله السري كعلاج . أما المولود  
في حد ذاته فسوف ينفصل عن الهدف الإنجابي ويصبح غاية أصلية يتساوى  
حقه في الحياة على قدم المساواة المطلقة مع بقية الذوات البشرية . ولئن  
كان حينئذ تخصيص الجنين لمهمة علاجية لا يعتبر اعتداء على كرامة الذات

١ - يراجع ،

Comité français consultatif d'éthique pour les sciences  
de la vie et de la santé , réflexions sur l'extension du  
diagnostic préimplantatoire: avis n°72 du 04-07-2002.

البشرية فهل يمكن اعتباره على الأقل من ضمن ممارسات الاعتداء على حرمة الجسدية ؟

ب- معيار النجاة الجينية والحرمة الجسدية للأجنة المخصبة اصطناعيا :

رغم السجال التقليدي المتواصل بخصوص مدى اكتساب الجنين للشخصية القانونية ، فإن الوفاق حاصل بخصوص إقرار العديد من الأحكام الضامنة على الأقل لحرمة الجسدية بوصفه من جهة مجموعة من الخلايا المجسدة للجينوم البشري ، القاسم المشترك بين البشرية جمعاء ، وذلك منذ بداية حياته البيولوجية ، ومن جهة أخرى على أساس كونه ذاتا بشرية في طور التخلق . ورغمما عن ذلك فالظاهر أنه إذا تعارضت مقتضيات حماية حرمة الجسدية مع متطلبات نجاح المشروع الإنجابي فإن الترجيح يميل نحو المصلحة الثانية بدلي عديد الشواهد . فمن جانب أول قد تعكر الحالة الصحية للطفل المريض ليكون في حاجة قصوى لعلاج جيني مستعجل يصعب معه الإمهال إلى حين استهلال الجنين المنقذ بما يحتم على الأبوين اللجوء إلى الولادة المبكرة وما قد يترتب عنها من مخاطر للجنين في الحال لما تتضمنه من تهديدات جدية لحياته ، وفي المآل بحيث قد تؤثر على نموه وما يستتبعه من أمراض يرجح ملازمتها له طوال حياته . وهكذا تنتقل وضعيته من جنين منقذ مخصص لخدمة علاجية إلى جنين فدائي يجبر على التضحية بحياته أو على الأقل بسلامته الجسدية تطوعا لخدمة الإنقاذ التي خصب من أجلها . ومن جانب ثاني ، إذا توفي الطفل المريض أو صادف أن وجد له الدواء الناجع بما لم تعد الحاجة للإنقاذ ، فإنه بإمكان الحامل التخلص منه باللجوء إلى الإجهاض خاصة وأن أغلب التشريعات تميزه مع اختلاف بينها بخصوص أجله الأقصى المسموح به . كما أنه إذا ثبت عدم الحاجة للجنين المنقذ بعد تخصيبه وقبل زرعه في الموضع الطبيعي لأمه أو تبين عدم وجود المواصفات المطلوبة في جميع الأجنة المخصبة ، فإنه لا يمكن إجبار المرأة على حمل لا ترتضيه ويكون في العادة مآلها رغم

سلامتها الجينية الإتلاف أو الأبحاث العلمية ، وفي ذلك تغليب واضح لحق الأم في التصرف في جسدها على الحرمة الجسدية للجنين .  
ومن جانب آخر يبدو الاعتداء واضحا على الحرمة الجسدية لبقية الأجنة المخصبة اصطناعيا غير المنتقاة إعمالا لتقنيات الظفر بالجنين المنقلد التي تتطلب اللجوء إلى تخصيص عدد من الأجنة دفعة واحدة نظرا لضعف احتمالات الملاءمة الجينية لديها مع الخاصيات الجينية للطفل المريض ، فتؤول النتيجة حينئذ إلى تبديد العديد منها أو على الأقل التصريح بعدم قابليتها للزرع بسبب عدم استيفائها للمواصفات المطلوبة . ويصعب الإقناع بقياس هذه الفرضية مع حالات الإجهاض التلقائي الطبيعي التي ولئن يترتب عنها فعلا تبديد للأجنة ، فهو من جهة محدود العدد ، ومن جهة أخرى يصنف بكونه إخفاق إيجابي لا يمكن للحامل درؤه أو مقاومته ويخرج بطبيعته عن نطاق اختياراتها باعتباره إخفاق ناجم عن ظاهرة محتملة الوقوع وفقا للمسار الطبيعي للحمل . في حين أن الإسراف في تخصيص الأجنة للعثور على الجنين المنقلد يتضمن في الغالب إقصاء مبدئي ومسبق لبقية الأجنة ولو ثبتت سلامتها ، فضلا عن أنه تقنية اختيارية تعمدت إرادة الإنسان بمقتضاها تخصيص خلايا منتمية للجنس البشري لتكتسب حياة بيولوجية مؤقتة وموجهة نحو الموت في سبيل استبقاء ما تحظى منها عقبة المواصفات المطلوبة. فقدرها مرسوم حتى قبل تخصيصها بأن تكون فدائية إما أن يضحى بحياتها في سبيل تحقيق غاية الإنقاذ وهو الوضع الغالب ، أو تخصيصها لمآزب أخرى. وفقا لما تسمح به مختلف التشريعات من مآلات أغلبها يجسد فعلا اعتداء على حرمتها الجسدية<sup>١</sup> . فالملفت للانتباه أنه كلما وقع الظفر بالجنين المنقلد فإن الحماية تبدو في الغالب منعدمة بالنسبة لبقية الأجنة المتزامنة معه في التخصيب . فلا حق لها في

١ - يراجع ، Roberto ANDORNO, op. Cit, p.152 et s.

الحياة وهو الوضع الراجح المستخلص من أغلب التشريعات<sup>١</sup> ، مما يجعل المنجيبين في حل من كل حرج أو مساءلة قانونية في صورة عدم الرغبة في برمجة بقية الأجنة السليمة كمشاريع إنجابية مستقبلية . فالحق في الإنجاب المضمن صلب الحق في الحياة الخاصة ، وحق المرأة في التصرف في جسدها يعلوان على ما يتطلبه الجنين في بداية أطواره من حماية . كما أن حرمة الجسدية مستباحة لدى أغلب التجارب التشريعية فلا مانع من إخضاعه للأبحاث العلمية ولو كبلت هذا التخصيص ببعض الشروط ذات المهي الأخلاقي الغالب . فيكون المتحصل حينئذ أن الجنين المنقذ يخصص لخدمة فرد واحد مجسد في شقيقه المريض ، في حين أن بقية الأجنة التي لم تسعفها مواصفاتها بخدمة هذا الدور ، إن لم تكن مخصصة لمشروع إنجابي لاحق موقوف على رغبة المنجيبين أو للتبرع بها أو إتلافها ، سوف تكون مخصصة لخدمة البشرية جمعاء لا فردا واحدا طالما أنها ستكون محل نهم أبحاث علمية لفائدة الأجيال القادمة على أمل التعرف على الاختلالات الجينية وأسبابها والاكتشاف المبكر للأمراض الوراثية وطرق تفاديها أو مقاومتها مبكرا .

### الخاتمة

إزاء الاكتشافات الرهيبة والمتواترة المقدمة من قبل العلوم البيولوجية والطبية للتغلب على العوائق الإنجابية وفتح آفاق معتبرة بخصوص أغلب جوانب المسار الإنجابي ، تبدو المعطيات القانونية في ريبة ترجع بالأساس إلى القواعد التقليدية الحاكمة للوضعية القانونية للجنين التي صعب الانعتاق منها أو على الأقل تطويعها نحو الواقع الجديد الذي أضفاه عليها

١- حيث أن مال بقية الأجنة ذات المواصفات غير الممكنة من الحصول على الجنين المنقذ يبقى موقوفا على إرادة المنجيبين التي توجهها المقتضيات التشريعية وفقا للمصادر المادية المؤثرة عليه ذات الأبعاد الاجتماعية والدينية والأخلاقية ، والمتحصل أن هذه الأجنة سوف ت تلف أو يتبرع بها أو تقدم لتطوير الأبحاث العلمية أو تجمد في انتظار مشروع إنجابي لاحق .

علم الأحياء . فالتقنيات الحديثة مكنت من تخصيص اصطناعي يوازي وينافس التخصيب الطبيعي وي طرح إشكاليات مترامية الأبعاد جعلت القانون يواكبها بخطى متناقلة أفرزت بصفة إجمالية رؤيتين : تحاول الأولى مجارة الزمن قدر الإمكان والاستفادة من هذه الاكتشافات ، ساعدتها في ذلك رؤية نفعية للجنين ، فأجازت ما قدمته تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب من خدمات للمنجبين وللمجتمع بلغت مداها من خلال التصريح بمشروعية النفاذ للمكتسبات الجينية للجنين المخصب اصطناعيا لتطويعها بما يمكن من مقاومة الأمراض الوراثية الخطيرة في مرحلة أولى ، ثم إمكانية الاستفادة من التخصيب للحصول على الجنين ذي مواصفات جينية ملائمة لتلك التي يكتسبها أحد أفراد أسرته بغية استعماله كعلاج جيني من جهة أخرى . لكن وفي اتجاه مقابل ما زالت بعض التشريعات متمسكة بنظرة قيمية مطلقة للجنين تحول دون النفاذ إلى مكتسباته الجينية وتضفي عليها حصانة باعتبارها اختزالا للجنس البشري بما يجعل لها قدسية تعلق على المتطلبات الإنجابية الواقعية . وفي منزلة وسطى بين الرؤيتين ظهرت رؤية ثالثة تجيز التنافس بين الأجنة المخصبة اصطناعيا بحسب مواصفاتها الجينية لكن لغرض وحيد يكمن في جودة المتنوع الجيني وخلوه من الأمراض الوراثية الخطيرة لا غير .

غير أن إجازة النفاذ للمكتسبات الجينية للجنين ظلت مقيدة بالعديد من المبادئ النابعة عن الأخلاقيات الحيوية زادا اضطرابا غياب الوفاق القانوني حول الطبيعة القانونية للجنين ، فلم يبلغ التنافس بين الأجنة وفقا لخصائصها الجينية مداه وبقي مكبلا بعواقب تحول دون التوسع في مجال الأمراض الملحجة للانتقاء وتعميق النفاذ إلى المخزون الجيني لمناسبة مكونات جينية ذات جودة قصوى قادرة على مجابهة التغيرات الطبيعية والواقعية الطارئة . كما أنه ولئن أجازت بعض التجارب التشريعية تقنية الجنين المنقلد فإنها اتسمت بحذر مبالغ فيه بخصوص اعتمادها ، وهو ما



يتجلى خاصة من خلال النظرة التضييقية للأمراض الوراثية الواجب التخصيب من أجل مقاومتها ، فضلا عن أن عملية انتقاء الجنين المنقذ تركز على معيار أحادي يأخذ بعين الاعتبار الملاءمة الجينية دون الاعتداد بمعايير أخرى من المؤكد لو وقع أخذها بعين الاعتبار لوقع انتقاء أجنة منقذة ذات قدرات تنافسية في ما بينها .

لذا وسعيا لإحكام التنافس بين الأجنة المخصبة اصطناعيا بحسب مكتسباتها الجينية للاستفادة من تقنيات الطب الإنجابي إلى أبعد مداه يتجه تدعيم المكتسبات القانونية في هذا المجال بما يلي :

١- يتعين على الإسهامات التشريعية المتأثرة بالرؤية القيمية للجنين مراجعة البعض من اختياراتها فتنتقل على الأقل من الحظر المطلق للنفاذ للمكتسبات الجينية للجنين المخصب اصطناعيا إلى النفاذ النسبي بما يمكن من استباق الزمن بخصوص الكشف المبكر عن الأمراض الوراثية قبل حصول مرحلة الحمل أصلا ، وهو ما يجنبها التناقض الواضح اللاحق بها طالما أنها تمنع من جهة النفاذ للمكتسبات الجينية بداعي حماية الحرمة الجسدية للجنين في أول أطوار تكوينه ، وفي المقابل تسمح من جهة أخرى بإجهاضه كلما ثبت بعد زرعه إصابته بأمراض وراثية خطيرة أو بتشوهات جينية .

٢- نظرا لصعوبة إدراج قائمة نهائية في الأمراض الوراثية الخطيرة بسبب تواردها الاكتشافات البيولوجية والتطور المطرد للحقائق العلمية يكون من الأفضل استغلال هذا المعطى العلمي إلى أبعد مداه والاجتهاد في التوسع في قائمة الأمراض الوراثية بغية انتقاء أجنة سليمة من أغلب الأمراض التي قد تحمل الأسرة والمجتمع نفقات مرهقة . وفي الواقع القانوني ما يشجع على اعتماد هذا المقترح حيث أن بداية الحياة البشرية وفقا لعلم الأحياء لا تتطابق مع بدايته وفقا للنظرة القانونية التي تربطها في الغالب بواقعة الولادة ، فضلا عن أن مقارنة جانب من الفقه الإسلامي

تجعلها موقوفة على اقتران الجانب الجسدي للجنين بجانبه الروحي الذي يكتسبها بالضرورة وهو في بطن أمه أي ليس في الفترة السابقة للحمل التي يحصل فيها التنافس وفقا لمكتسباته الجينية .

٣- بما أن الجنين المنقلد قد وقع برحمة تخصيصه بصفة مسبقة لتجدة غيره ، ووقع إقرار التنافس بين العديد من الأجنة المخصصة للظفر به ، فإنه من المستحسن أيضا أن يبلغ التنافس مداه ويقع الأخذ بعين الاعتبار للمكتسبات الجينية التي فضلا عن معيار الملائمة من الممكن أن تكون ، وفقا لتعميق في الانتقاء ، خالية من جميع الأمراض الوراثية وغيرها . وفي ذلك رد جميل مسبق لما سوف يجود به هذا الجنين من خدمات لغيره حال استهلاله .

٤- ضرورة الوفاق التشريعي على المستوى الدولي للأخذ بعين الاعتبار للمستجدات البيولوجية بخصوص الوضعية القانونية للجنين ويجاد ما يلزم من قواعد لمواكبة العصر وتطعيم الموروث التقليدي المتعلق بالوضعية القانونية للجنين بما يجعله متلائما مع المستجدات العلمية المتواترة .

---

---

**الحماية المدنية للحق في الصورة  
في إطار ممارسة مهنة الصحافة**

---

---

**دكتور/ أيمن مصطفى أحمد البقلي**  
**مدرس القانون المدني**  
**كلية الحقوق - جامعة أسيوط**  
**جمهورية مصر العربية**

---

**الحماية المدنية للحق في الصورة  
في إطار ممارسة مهنة الصحافة  
دكتور/ أيمن مصطفى أحمد البقلي  
مدرس القانون المدني - كلية الحقوق -  
جامعة أسيوط - جمهورية مصر العربية**

---

بسم الله الرحمن الرحيم

ملخص بحث

**الحماية المدنية للحق في الصورة في إطار ممارسة مهنة الصحافة**

يهدف هذا البحث إلى إيجاد نوع من التوازن بين مبدأ حرية الصحافة وحق المجتمع في الإعلام من ناحية، وحق الإنسان في صورته من ناحية أخرى، فالصحافة تعد التجسيد الأمثل لحق التعبير عن الرأي، كما أن الحق في الصورة يخول صاحبه سلطة الاعتراض على إنتاج صورته أو نشرها حتى لو تم هذا الأمر في إطار ممارسة مهنة الصحافة، وقد ثبت من خلال هذا البحث أن هذا التوازن يقوم على فرض بعض القيود التي تحد من الحق في الصورة لصالح الحق في الإعلام، وذلك كرضا الشخص المعني بإنتاج صورته أو نشرها، وكذلك حق المجتمع في الإحاطة بالوقائع العلنية وما يدور من أحداث تتعلق بالنشاط المهني للشخصيات العامة والشهيرة، وفي المقابل يقتضي هذا التوازن تقييد الحق في الإعلام تجاه الحق في الصورة، حيث يتعين أن يتقيد الحق في الإعلام بضرورة المحافظة على كرامة الشخص الذي تمثله الصورة، فإذا تجاوزت الصحافة حدود الحق الممنوح لها فإنه يحق لمن اعتدى على حقه في الصورة اللجوء إلى القضاء، طالبا الحماية - بشقيها الإجرائي والموضوعي - التي أسبغها المشرع على الحقوق اللصيقة بالشخصية، حيث اتفق الفقه والقضاء على أن هذه

الحماية تنطبق على الحق في الصورة، على اعتبار أن هذا الحق ينتمي لهذه  
الطائفة من الحقوق.

### *Abstract*

This research aims to find a balance between the principle of freedom of the press, the right of the community in the media on the one hand, and the right man in his image on the other hand, whereas the Journalism is the optimal design of the right of expression, also the right in the image gives its owner to object to the production or publication of his image Authority, even if this was in the context of the exercise of the profession of journalism, It has been proven through this research that this balance is based on some restrictions that limit the right in the picture in favor of the right to information, like the owner's satisfaction production and publication of his image, the right of the community to take note of the facts public and what is going on from the events related to the professional activity of public and famous figures, in contrast, this balance requires restriction of the right to information to the right in the picture; where, the right to information must comply with the need to preserve the dignity of the person represented by the picture, If the press exceeded the limits of the right granted to it, the victim has the right to access to justice, in order to request the protection - in both procedural and substantive - that the legislator granted it to the personal rights, where, both the jurisprudence and the judiciary agreed that this protection applies to the right in the image, on the grounds that this right belongs to this community of rights.

## مقدمة

صاحبة الجلالة، السلطة الرابعة، مهنة البحث عن المتاعب..... إلخ، عديدة هي المسميات التي أطلقت على مهنة الصحافة، تلك المهنة التي اكتسبت أهمية كبيرة في حياة الأفراد والمجتمعات منذ بدايتها، بما توفره لهم من خدمات المعرفة والإحاطة بالأحداث الجارية في شتى المجالات، بل وتتعدى ذلك إلى أنشطة توثيق وتاريخ الأحداث والوقائع المهمة في حياة المجتمعات، إضافة إلى إسهامها في تكوين الرأي العام وتوجيهه صوب فكرة معينة أو مسألة ما.

غير أنه لا قيمة للعمل الصحفي ما لم يقترن بالحرية، فالصحافة تُعد التجسيد الأمثل لأحد أهم حقوق الإنسان وهو حق التعبير عن الرأي، الذي نصت عليه المادة ١٩ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨م<sup>(١)</sup>، حيث يشمل هذا الحق - طبقاً لهذه المادة - حرية اعتناق الآراء بغير أي تدخل، واستقاء الأفكار والأبناء وتلقيها وإذاعتها بأية وسيلة كانت، دون تقييد بالحدود الجغرافية<sup>(٢)</sup>.

(١) نشأ هذا الإعلان رسمياً بموجب القرار رقم ٧١٢ الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، وذلك بمناسبة انعقاد دروتها الثالثة في ١٠/١٢/١٩٤٨م. ولمزيد من التفاصيل راجع: موسوعة حقوق الإنسان الصادرة عن الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، ١٩٧٠م، ص ١٢ وما بعدها.

(2) "Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers. "

Art. 19, The Universal Declaration of Human Rights, proclaimed by the United Nations General Assembly in Paris on 10 December 1948, available on the following website:

<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>

كذلك أقرت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة ١٩٥٠م هذا المبدأ، فقد نصت ١/١٠ من هذه الاتفاقية على أن: " لكل شخص الحق في حرية التعبير. ويشمل هذا الحق حريته في اعتناق الآراء وحرية تلقي ونقل المعلومات والأفكار بغير تدخل من السلطة العامة ودون اعتبار للحدود. هذه المادة ليس فيها ما يمنع الدول من إخضاع مؤسسات البث الإذاعي والسينما والتلفاز لنظام الترخيص"<sup>(١)</sup>.

كما جاءت المادة ١٩ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية - الصادر عن الأمم المتحدة - لسنة ١٩٦٦م<sup>(٢)</sup>، لتؤكد هذا الحق، فقد نصت على أن لكل فرد الحق في حرية التعبير، وأن هذا الحق يشمل حرية البحث في المعلومات من أي نوع، واستلامها، ونقلها، بغض النظر

---

(1) " Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations. "

Art. 10/1, Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, consultable sur : [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf)

(٢) يُعد هذا العهد أول تقنين عالمي لحقوق الإنسان، ويشكل إلى جانب العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وكذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ما يعرف باسم الميثاق الدولي لحقوق الإنسان أو الشرعية الدولية لحقوق الإنسان. ولزيد من التفاصيل راجع: إبراهيم على بدوي الشيخ، الميثاق العربي لحقوق الإنسان، دراسة في خلفيته ومضمونه وأثره على الأمن القومي العربي والنظم السياسية في الوطن العربي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م، ص ٢٥ وما بعدها.

عن الحدود الإقليمية، وسواء تم ذلك شفاهة أم كتابة أم طباعة، أم في قالب فني، أم بأية وسيلة أخرى يختارها<sup>(١)</sup>.

كذلك فإن حرية الصحافة والعمل الإعلامي هي محل تأكيد من قبل بعض الدساتير، ومنها الدستور المصري الصادر سنة ٢٠١٤م<sup>(٢)</sup>، والذي حرص المشرع الدستوري من خلاله على التأكيد على هذه الحرية من خلال نص المادة ٧٠ / ١، والذي جاء على النحو التالي: "حرية الصحافة والطباعة والنشر الورقي والمرئي والمسموع والإلكتروني مكفولة، وللمصريين من أشخاص طبيعية أو اعتبارية عامة أو خاصة حق ملكية وإصدار الصحف، وإنشاء وسائل الإعلام المرئية والمسموعة، ووسائل الإعلام الرقمي".

أيضاً فإن العمل الصحفي يرتبط بحق المجتمع في الإعلام، ذلك الحق الذي يتفرع عن حقوق الإنسان الأساسية، كونه أحد أشكال حرية الفكر والتعبير عن الرأي، التي تضمنتها المواثيق والاتفاقيات الدولية سائلة الذكر.

---

(1) "1. Everyone shall have the right to hold opinions without interference.

2. Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice. "

Art. 19, International Covenant on Civil and Political Rights, adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 19 December 1966, available on the following website:

<https://treaties.un.org/.../volume-999-I-14668-English>.

(٢) الجريدة الرسمية، العدد ٣ مكرر (ب)، الصادر في ١٨ يناير ٢٠١٤م.



ومع أهمية مهنة الصحافة والعمل الإعلامي، ورغم ضرورة اقتران هذا المجال بحرية الفكر والتعبير عن الرأي، إلا أن الأمر كان بحاجة إلى إيجاد آلية تنظيمية، حتى لا تنقلب هذه الحرية إلى تكته، تبرر الاعتداء على حقوق الأفراد، تحت ستار حرية الفكر والتعبير عن الرأي وكذلك حق المجتمع في الإعلام، وهو ما أسفر عن وجود ما يسمى ميثاق الشرف الصحفي، إضافة إلى قانون تنظيم الصحافة.

غير أن تنافس الصحفيين من أجل الحصول على السبق الصحفي، وإضفاء نوع من الإثارة والمصدقية على موضوعاتهم وأخبارهم الصحفية، وكذلك تدعيم العمل الصحفي بتكنولوجيا العصر، حدا بهم إلى اللجوء إلى فكرة الخبر الصحفي المصور، بالنظر إلى أن الصورة أكثر تعبيراً ولفناً لأنظار القراء من النص، وهو ما أدى إلى قيام بعض الصحفيين بالتقاط صور الأشخاص المعنيين بالخبر الصحفي ونشر هذه الصور بغير الحصول على إذن أصحابها، وكذلك دون النظر إلى زمان ومكان التقاط هذه الصور.

ورغم وجود ميثاق الشرف الصحفي وقانون تنظيم الصحافة، وكذلك رغم حرص المشرع الوضعي على النص في صلب الدستور والقوانين العادية على حماية الكيان المعنوي للإنسان، إلا أن الواقع يشير إلى أن هذه الانتهاكات أخذت في الزيادة، ولعل ذلك يرجع إلى تطور تقنيات التصوير، وكذلك صغر حجم آلاته وتنوعها وانتشارها، إضافة إلى ارتكان الصحفيين إلى مبدأ حرية الصحافة، واتخاذها كوسيلة للتوصل من أحكام المسؤولية القانونية.

### موضوع البحث وأسباب اختياره:

الإنسان ليس جسداً فحسب وإنما جسد وروح، وكما حرص المشرع الوضعي على حماية الكيان المادي للإنسان حرصاً أيضاً - على حماية كيانه المعنوي، من خلال تجريم الاعتداء على هذا الكيان، وإعطاء الحق للمعتدى عليه باللجوء إلى القضاء لوقف هذا الاعتداء،

وكذلك الحصول على التعويض اللازم لجبر الضرر الناجم عن هذا الاعتداء.

ويندرج الحق في الصورة تحت الحماية التي أقرها المشرع للكيان المعنوي للإنسان، والتي بمقتضاها جرم المشرع التقاط صور الأشخاص أثناء تواجدهم في مكان خاص، أو نقل هذه الصور بجهاز من الأجهزة أياً كان نوعه، وأفرد لهذه الأفعال عقوبة جنائية، كما أعطى المعتدى عليهم الحق - من الناحية المدنية - في اللجوء إلى القضاء لوقف هذا الاعتداء، والحصول على التعويض اللازم لجبر الضرر الناجم عنه.

بيد أن المسؤولية المدنية الناجمة عن الاعتداء على الحق في الصورة قد تتعطل، حال وقوع فعل الالتقاط أو النقل للصورة في إطار ممارسة مهنة الصحافة، بالنظر إلى ما تتمتع به هذه المهنة من حرية، وما هو ثابت للمجتمع من حق في الإعلام.

لذا سأحاول من خلال هذه الدراسة أن أجيب عن التساؤلات التالية: هل عنيت التشريعات الوضعية بتوفير نوع من الحماية المدنية للحق في الصورة؟ وما نطاق مسؤولية الصحفي المدنية الناجمة عن الاعتداء على هذا الحق؟ وكيف يمكن تحقيق الموازنة بين حماية الحق في الصورة من ناحية ومبدأ حرية الصحافة وكذلك حاجة المجتمع للإعلام من ناحية أخرى؟ وأخيراً ما آليات الحماية المدنية التي يمكن اللجوء إليها لحماية هذا الحق في إطار الممارسات الصحفية المأهولة به؟

### منهج البحث:

تعتمد هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي، والذي يقوم على تحليل النصوص القانونية القائمة في كل من مصر وفرنسا، مع التعرض لآراء الفقه وأحكام القضاء في كل من الدولتين، بهدف معرفة مدى تكريس النظام القانوني في كل من الدولتين لحق الإنسان في صورته، ومدى تحقيقه للموازنة بين هذا الحق من ناحية ومبدأ حرية الصحافة وحق المجتمع في الإعلام من ناحية أخرى.

## خطة البحث:

سوف أتناول موضوع هذه الدراسة من خلال فصل تمهيدي، وأربعة فصول رئيسية، وذلك على النحو التالي:

**فصل تمهيدي:** الإطار القانوني والأخلاقي للعمل الصحفي.

**الفصل الأول:** تكريس مبدأ الحق في الصورة.

**الفصل الثاني:** الطبيعة القانونية للحق في الصورة.

**الفصل الثالث:** نطاق مسئولية الصحفي المدنية الناجمة عن الاعتداء على الحق في الصورة.

**الفصل الرابع:** الحماية المدنية في مواجهة الممارسات الصحفية الماسة بالحق في الصورة.

### فصل تمهيدي

#### الإطار القانوني والأخلاقي للعمل الصحفي

##### تمهيد وتقسيم:

تعد الصحافة مرآة للرأي العام، وأحد الأدوات المهمة للتعبير عن الرأي في أي مجتمع، ولذلك فلا يتصور دولة في وقتنا الحاضر لا توجد فيها صحافة.

ولما كانت الصحافة مهنة كغيرها من المهن، لذا فإن ممارستها لا تخلو - في بعض الأحيان - من الخطأ أو الانحراف، كالاعتداء على حق المؤلف، أو انتهاك حرمة الحياة الخاصة للأفراد، أو الاعتداء على الحق في الصورة الشخصية - وهو موضوع هذه الدراسة - ولهذا كان لا بد من وجود إطار قانوني وأخلاقي ينظم العمل في هذه المهنة.

ومن خلال هذا الفصل سأحاول أن ألقى الضوء على التعريف بمهنة الصحافة، وكذلك التعريف بالتصوير الصحفي، ثم أتطرق إلى القوانين المنظمة لهذه المهنة، إضافة إلى الميثاق الأخلاقي لها، أو ما يسمى بميثاق الشرف الصحفي.

وعلى ذلك فسوف أقسم هذا الفصل مبحثين، على النحو التالي:

**المبحث الأول: الصحافة والتصوير الصحفي.**

**المبحث الثاني: التشريعات المنظمة لمهنة الصحافة والمواثيق الأخلاقية لها.**

### **المبحث الأول**

#### **الصحافة والتصوير الصحفي**

**تقسيم:**

الحديث عن الصحافة والتصوير الصحفي يقتضي التعريف بهذه المهنة، وكذلك تحديد مفهوم الصورة الصحفية وأهميتها للعمل الصحفي، ولهذا رأيت أن أقسم هذا المبحث مطلبين، على النحو التالي:

**المطلب الأول: التعريف بمهنة الصحافة.**

**المطلب الثاني: مفهوم الصورة الصحفية وأهميتها.**

#### **المطلب الأول**

##### **التعريف بمهنة الصحافة**

لا يوجد تعريف دقيق لمهنة الصحافة، إذ إن البعض يعدها حرفة، في حين أن البعض الآخر يعرفها بأنها نوع من أنواع الفنون، بينما يرى المثاليون أن الصحافة هي رسالة قبل كل شيء<sup>(١)</sup>.

وسواء كانت الصحافة حرفة أم فناً أم رسالة أم كل ذلك معاً، فإننا نستطيع أن نؤكد أنها استعداد طبيعي قبل كل شيء، فالموهبة شرط جوهري للنجاح في هذه المهنة، وهي تأتي قبل التدريب والممارسة العملية، بيد أن الصحافة رسالة قبل كل شيء، ثم موهبة واستعداد وفن وعلم<sup>(٢)</sup>.

---

(١) ناجي عبد السلام السبباني: مفهوم الفن الصحفي وتطوره، مقال منشور على

شبكة النبا المعلوماتية، بتاريخ ٢٣ حزيران ٢٠٠٩م، متاح على الموقع التالي:

[http://annabaa.org/nbanews/2009/06/248.htm#\\_ftn1](http://annabaa.org/nbanews/2009/06/248.htm#_ftn1)

(٢) خليل صابات: الصحافة مهنة ورسالة، دار المعارف، بدون سنة نشر، ص ٣.

ومع ذلك فقد ورد تعريف لها في المعجم الوسيط بأنها: "مهنة من يجمع الأخبار والآراء وينشرها في صحيفة أو مجلة"<sup>(١)</sup>.

إلا أن التعريف السابق يُعد تعريفاً ضيقاً، إذ إنه يقصر اصطلاح الصحافة على الصحف والمجلات فقط، في حين أن للصحافة مفهوم واسع، يشمل جميع وسائل الإعلام الحديث من صحف وإذاعة وتلفزيون وسينما ومسرح وندوات وكتب ونشرات ومعارض ومنابر عامة، إلى غير ذلك<sup>(٢)</sup>.

وأياً كان الأمر، فإنه يمكن القول بأن لفظ الصحافة يُستعمل للدلالة على أربعة معانٍ رئيسية، وهي<sup>(٣)</sup>:

١- الصحافة بمعنى الحرفة أو المهنة، ولها جانبان:

الأول: يتصل بالصناعة والتجارة من خلال عمليات الطباعة والتصوير والتوزيع والتسويق والإدارة والإعلان، والثاني: يتصل بالشخص الذي اختار مهنة الصحافة، فمنها اشتقت كلمة صحفي.

٢- الصحافة بمعنى المادة التي تنشرها الصحيفة، كالأخبار والأحداث والتحقيقات والمقالات وغيرها.....، وهي بهذا المعنى تتصل بالفن والعلم (فنون التحرير والإخراج الصحفي).

٣- الصحافة بمعنى الشكل الذي تصدر به، فالصحف دوريات مطبوعة تصدر من عدة نسخ، وتظهر بشكل منتظم وفي مواعيد ثابتة، متقاربة

(١) المعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، الطبعة الرابعة، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م، ص ٥٠٨.

(٢) عبد اللطيف حمزة: الصحافة والمجتمع، دار القلم، القاهرة، ١٩٦٣م، ص ٨.

(٣) هذا التقسيم للأستاذ الدكتور / فاروق أبو زيد: مشار إليه على الموقع الإلكتروني التالي:

[www://moqatel.com/openshare/Behoth/FenonElam/sahafa/secol.doc\\_cvt.htm](http://www.moqatel.com/openshare/Behoth/FenonElam/sahafa/secol.doc_cvt.htm)

أو متباعدة، وهذا المعنى يعني قصر المفهوم على الدوريات فقط، أي التي ظهرت بعد اكتشاف الطباعة.

٤- الصحافة بمعنى الوظيفة التي تؤدي في المجتمع الحديث، أي كونها رسالة تستهدف خدمة المجتمع والإنسان، وهي بهذا المعنى تتصل بطبيعة الواقع الاجتماعي والاقتصادي في المجتمع الذي تصدر فيه الصحيفة، ونوع النظام الفكري والسياسي الغالب عليه، وهو الأمر الذي أدى إلى ظهور المدارس الصحفية المتباينة.

وقد يعتقد البعض أن الصحافة لم يكن لها وجود قبل حقبة العصر الحديث، ولكن واقع الأمر أن تاريخ الصحافة يرجع إلى زمن البابليين، حيث خصصوا كتاباً لتسجيل أهم الأحداث اليومية لتتعرف الناس عليها. أما في روما، فقد كانت القوانين وقرارات مجلس الشيوخ والعقود والأحكام القضائية، والأحداث ذات الأهمية التي تحدث فوق أراضي الإمبراطورية، تسجل لتصل إلى الشعب ليطلع عليها.

وفي أوائل القرن السادس عشر، وبعد اختراع الطباعة من قبل "غوتنبرغ" - في مدينة ماينز بألمانيا - ولدت صناعة الأخبار، والتي كانت تضم معلومات عما يدور في الأوساط الرسمية، وكان هناك مجال حتى للإعلانات.

غير أن عام ١٤٦٥م يمتاز بأنه العام الذي بدأ فيه توزيع أولى الصحف المطبوعة، ومنذ أصبحت تلك الأخبار تطبع بصفة دورية، أمكن عندها الحديث عن الصحف بمعناها الحقيقي، وكان ذلك في بدايات القرن السادس عشر.

وفي القرنين السابع عشر والثامن عشر أخذت الصحافة الدورية بالانتشار في أوروبا وأمريكا، وأصبح هناك من يمتهن الصحافة كمهنة.

يرتزق منها، وقد كانت الثورة الفرنسية حافزاً لظهور الصحافة الحديثة، كما كانت لندن مهداً لذلك<sup>(١)</sup>.

ومن خلال ما تقدم، يمكن القول إن هذه الدراسة سوف تقتصر على النشاط الصحفي بمعناه الضيق، أي ذلك العمل الإعلامي، الذي يصدر في شكل الصحف والدوريات المطبوعة، التي تصدر من عدة نسخ، وبشكل منتظم، وفي مواعيد ثابتة، سواء أكانت هذه المواعيد متقاربة أم متباعدة.

## المطلب الثاني

### مفهوم الصورة الصحفية وأهميتها

أضحى التصوير الصحفي أحد أهم الفنون التي تعتمد عليها مهنة الصحافة في العصر الحديث<sup>(٢)</sup>، ولما لا وهو يضيف على الخبر مصداقية ويجعله أكثر تعبيراً وواقعية، وكذلك لفتاً للأنظار من الخبر الصحفي المجرد عن الصورة.

فالصورة هي أحد أشكال التواصل البصري، وأهمها على الإطلاق، وفي مجال الصحافة يقول الباحث الفرنسي (غودار): "الكلمة والصورة

---

(١) باننا ضمراوي: تعريف الصحافة، مقال منشور على الموقع التالي:

<http://mawdoo3.com/>

(٢) أصبحت الصورة تمثل ضرورة من الضرورات الحتمية في العمل الإعلامي، لما لها من خواص استقطابية، وخواص إبهار، وتأثير في المتلقي، فأكثر الجرائد والمجلات والنشرات باتت تعتمد - بشكل أساسي - على ما تحمله اللقطة الفوتوغرافية من قدرات تأثيرية في القارئ أو المتلقي، لتحقيق النجاح والانتشار. ولزيد من التفاصيل انظر، عبد الباسط سلمان: سحر التصوير (فن وإعلام)، دار الثقافة للنشر، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م، ص ٩ وما بعدها.

الطاولة والكرسي، إذا أردت الجلوس إلى الطاولة فانت تحتاج إلى الإثنين  
معاً" (١).

وفي هذا المطلب رأيت أن أتعرض لمفهوم الصورة الصحفية، من  
خلال تعريفها لغةً واصطلاحاً، يعقب ذلك بيان مدى أهمية الصورة في  
العمل الصحفي، وذلك على التفصيل التالي:  
أولاً- تعريف الصورة الصحفية:  
أ- في اللغة:

تعرف الصورة لغة بأنها: الشكل والتمثال المجسم، وفي التنزيل { الَّذِي  
خَلَقَكَ فَسَوَّاكَ فَعَدَلَكَ ﴿ فِي أَيِّ صُورَةٍ مَا شَاءَ رَكَّبَكَ ﴾ الآية ٧ - ٨ من  
سورة الانفطار، وصورة المسألة أو الأمر: صفتها، ويُقال: هذا الأمر  
على ثلاث صور، وصورة الشيء: ماهيته المجردة، والمصور: من حرفته  
التصوير (٢).

أما كلمة الصحفية فهي نسبة إلى الصحافة - وهي كما اتضح سابقاً  
مهنة من يجمع الأخبار والآراء وينشرها في صحيفة أو مجلة - والصحيفة:  
ما يكتب من ورق ومحوه، وجمعها صحف وصحائف، وفي التنزيل  
العزير: { إِنَّ هَذَا لَفِي الصُّحُفِ الْأُولَى ﴿ صُحُفِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى ﴾ الآية  
١٨ - ١٩ من سورة الأعلى، وصحيفة الوجه: بشرته، والمصحف:  
مجموع من الصحف في مجلد، وغلب استعماله في القرآن الكريم، والجمع  
مصاحف (٣).  
ب- في الاصطلاح:

يمكن تعريف الصورة الصحفية اصطلاحاً بأنها: نقل مطابق للواقع  
المادي بشكل قائم أو متحرك، ولهذا فهي تقرير مصور صادق عن

- 
- (١) مارتن جولي: مدخل إلى تحليل الصورة، ترجمة/ على أسعد، دار اليتابيع،  
دمشق، الطبعة الأولى، ٢٠١١م، ص ١٦٥.
  - (٢) المعجم الوسيط: المرجع السابق، ص ٥٢٨.
  - (٣) المعجم الوسيط: المرجع السابق، ص ٥٠٨.



موضوع النشر، وهي أيضاً الشكل المعبر عن الأحداث والأشخاص أو الأنشطة أو الأفكار المتصلة غالباً بمادة تحريرية معينة، والتي تلتقطها عدسة مصور بطريقة تعكس حساً فنياً اتصالياً<sup>(١)</sup>.

ومن خلال هذا التعريف يتضح أن عملية التصوير الصحفي ليست عملية ذاتية أو جهداً فردياً، بل تقوم على عدد من الأسس العلمية الخاصة بالتخطيط للمهمة الصحفية، وذلك في إطار ما يدركه المصور الصحفي عن الصورة، وطبيعتها، وجمهورها، والحقائق التي تهمهم، كذلك تقوم عملية التصوير الصحفي على بعض الأسس الخاصة بتحرير الصورة، والتي تتمثل في اختيارها من بين عشرات الصور، ومعالجتها إن دعت الضرورة لذلك، ووضعها على الصفحة التي حددتها السياسة التحريرية للصحيفة<sup>(٢)</sup>.

غير أن مفهوم الصورة الصحفية لا ينصرف فقط إلى إنتاج الصورة بالوسائل الحديثة، كالتصوير الفوتوغرافي، والتي يطلق على فعل الإنتاج فيها لفظ "التقاط"، بل ينصرف - أيضاً - إلى إنتاج الصورة الذي يتم عن طريق الرسم بأنواعه وفنونه المختلفة.

وتنقسم الصورة الصحفية من حيث المضمون إلى عدة أنواع، وهي<sup>(٣)</sup>:

١- الصور الخبرية: وتعد هذه الصور عاملاً مساعداً في استكمال الخبر الصحفي، وتأكيد حقائق الحدث الذي تنشره الصحيفة.

(١) محمود أدهم: مقدمة في الصحافة المصورة، الصورة الصحفية كوسيلة اتصال، مطبعة الدار البيضاء، القاهرة، ١٩٨٧م، ص ١٩ وما بعدها.

(٢) أحمد خليل حامد: الصورة الصحفية (منظور مهني)، المجلس القومي للصحافة والمطبوعات الصحفية، ٢٠١٢م، ص ٥.

(٣) سعد سلمان عبدالله: تطور الصورة الصحفية في الصحافة العراقية، مجلة الباحث الإعلامي، كلية الإعلام - جامعة بغداد، العدد ٢١، ٢٠١٣م، ص ٥٨ وما بعدها.

- ٢- صور التحقيق الصحفي: وهي صور لموضوع معين، وتُعد من أكثر الصور أهمية، لأنها تبرز تفاصيل عديدة تسهم في اكتمال الموضوع قبل حدوث أمر ما أو عند حدوثه أو بعد حدوثه.
- ٣- صور الموضوعات ذات الطابع الإنساني: وهي صور لموضوعات يغلّب عليها العنصر الإنساني، وفيها زاوية إخبارية بسيطة، ولكن رغم بساطة هذه الزاوية إلا أنها مهمة.
- ٤- صور البورتريه: وهي الصور التي تمثل الشخصية المحورية للموضوع الصحفي، وتأتي هذه الصور في شكل نصفي، كما تنشر مع حديث لهذه الشخصية أو مع تصريح لها، أو تقترن بخبر عنه.
- ٥- الصور ذات الطابع الجمالي: وهي صورة توضع لجذب أنظار القارئ إلى موضوع معين، أو لكسر حدة رمادية المتن، ولعمل توازن أو تباين في إخراج الصفحة.
- ٦- صور الإعلان: وهي الصور التي تستعمل في ترويج السلع والخدمات، وتُعد مثل هذه الصور من أهم العناصر الإعلانية جذبا لانتباه القارئ.

### ثانياً - أهمية الصورة في العمل الصحفي:

تعد الصورة الفوتوغرافية أحد أهم العناصر التي تساعد في تحسين شكل الصحف ومحتواها، فهي أداة لجذب القراء، لذا فهي تساهم في دعم موقف الصحيفة في المنافسة مع غيرها من الصحف ووسائل الإعلام الأخرى، التي تتنافس من أجل الاستحواذ على وقت القارئ<sup>(١)</sup>.

كذلك فإن الصورة الصحفية تُعد في وقتنا الحاضر أكثر أهمية من الكلمة المطبوعة، لما لها من قدرة فائقة على نقل الهم الإنساني، ومجريات الحروب والكوارث الطبيعية، كما تُعد في الوقت ذاته وسيلة للترفيه والتسلية، ونشر العروض الخاصة بالدعاية والإعلان.

(١) شريف درويش اللبان: تكنولوجيا النشر الصحفي، الاتجاهات الحديثة، الدار المصرية اللبنانية، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م، ص٦٠.

ويمكن حصر أهمية الصورة الصحفية في الجوانب التالية<sup>(١)</sup> :

- أ- تضيف الصورة الصحفية الكثير من المعاني على المادة الإعلامية المقدمة، بما يكسبها مصداقية أكبر، من خلال قدرتها على التفاعل مع الكلمات لإيجاد مناخ واقعي يقترب من الواقع المنقول، بما يدعم تفهم القارئ لهذا الواقع واستيعابه لمعانيه.
- ب- للصورة الصحفية قدرة على تثبيت المعلومات في ذاكرة القارئ، تبعاً لدور المدخل البصري في إدراك الصورة، ثم العمل على تخزينها، بما يؤدي إلى أن تكون المادة الإعلامية أكثر التصاقاً بالذهن من غيرها من المواد غير المصورة.
- ج- للصورة الصحفية قدرة على تلخيص محتوى الخبر الصحفي، الأمر الذي لا تستطيع المادة المكتوبة أداءه، كما تعمل الصورة على تقليل الجهد المطلوب بذله من القارئ للإحاطة بالمادة المنشورة، وذلك بعكس المادة التحريرية المكتوبة، التي تستلزم لاستيعابها والتأثر بها أعمال العقل والذهن في تخيل ما تثيره من معاني، قد تعجز الكلمات والجمل عن تصويرها للقارئ.
- د- للصورة الصحفية قدرة على التعبير عن الآراء الخاصة بالصحف، وذلك كما هو الحال في نشر الصور الشخصية أو الساخرة ( الكاريكاتيرية )، التي يمكن تطويعها بما يتناسب مع الأفكار والاتجاهات السائدة في المواد الصحفية المصحوبة بهذه الصور.
- هـ - تمتاز الصورة الصحفية بأنها تضيف مناخاً من الحيوية والحركة على المادة الإعلامية، خاصة حال رصدها للأحداث الجارية.

(١) شوقي العيسى: التصوير الصحفي، الكيفية والمفهوم، مقال منشور على الموقع الإلكتروني لمركز الراحلين للدراسات والبحوث الاستراتيجية التالي: <http://www.alrafedain.com/news.php?action=view&id=1716>

وأخيراً، تعتبر الصورة الصحفية وسيلة مهمة للتسليية والإمتاع  
الفكري، تفوق في ذلك غيرها من الوسائل، لذا أصبحت الصورة قاسماً  
مشتركاً بين الصفحات والأبواب المختلفة في الصحف.

## المبحث الثاني

### التشريعات المنظمة لمهنة الصحافة والمواثيق الأخلاقية لها

حظي موضوع الأخلاقيات الإعلامية باهتمام كبير، خاصة في  
السنوات الأخيرة، سواء من قبل المؤسسات الإعلامية - مهنية كانت أم  
تعليمية - أم لدى منظمات المجتمع المدني، حيث بدت الحاجة ملحة لتنزيه  
هذه المهنة، وتشجيع ممارستها على أساس قيم أخلاقية، لما ظهر بوضوح  
أن غياب هذه القيم قد فتح أبواب هذه المهنة على أوجه الفساد المختلفة،  
وأضعف من ثقة الناس بها<sup>(١)</sup>.

ونتيجة لذلك ظهر ما يسمى بميثاق الشرف الصحفي، والذي  
يتضمن مجموعة من البنود، التي يتعين على كل صحفي الالتزام بها أثناء  
ممارسة المهنة.

ولكن لما كان ميثاق الشرف ما هو إلا مجموعة من البنود  
الأخلاقية والعرفية لممارسة المهنة، الأمر الذي لا يترتب على مخالفته سوى  
المسئولية الأخلاقية، لذا كان من اللازم اقتران هذه المواثيق بقوانين  
وضعية، تنظم هذه المهنة، وتجعل بنود ميثاق الشرف الصحفي جزءاً لا  
يتجزأ منها.

وفي هذا المبحث سوف ألقى الضوء على القوانين المنظمة لمهنة  
الصحافة، وكذلك ميثاق الشرف الصحفي، سواء في مصر أم في فرنسا،  
وذلك على النحو التالي:

(١) جورج صدقة: الأخلاق الإعلامية بين المبادئ والواقع، مؤسسة مهارات  
للنشر، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م، ص ٧.

## أولاً- القوانين المنظمة لمهنة الصحافة:

في فرنسا كان المشرع سابقاً إلى إصدار قانون حرية الصحافة، وذلك في ٢٩ يولييه سنة ١٨٨١م<sup>(١)</sup>، والذي كان محلاً للتعديل عدة مرات، كان آخرها بمقتضى القانون رقم ٢٠١٤ - ٥٦، والصادر في ٢٧ يناير ٢٠١٤م<sup>(٢)</sup>.

ومن خلال الاطلاع على قانون ٢٩ يولييه لسنة ١٨٨١م، نجد أنه شرع أساساً لتنظيم حرية الصحافة، ووضع إطار قانوني للنشر بكل أنواعه، كما تطرق هذا القانون لجرائم الصحافة، والعقوبات المترتبة عليها، والتي تصنف إلى نوعين:

### أ- جرائم تقتضي توقيع عقوبات مادية أو الغرامة:

وتتمثل هذه الجرائم في إهانة رئيس الجمهورية ونشر أخبار كاذبة أو مزيفة، والاعتماد على أحداث مفبركة ودلائل مزيفة، مع ثبوت سوء النية.

### ب- جرائم تقتضي عقوبات بالسجن والغرامة:

وتتمثل هذه الجرائم في الدعوة إلى الكراهية والعنف، وكذلك التمييز العنصري سواء الديني أم العرقي، إضافة إلى كتابة ونشر مقالات تدفع إلى إلحاق الضرر المتعمد بحياة الأشخاص أو السلامة الشخصية، أو الاعتداء الجنسي، أو تؤدي إلى السرقة أو الابتزاز أو التدمير.

(١) Loi du 29 juillet 1881, sur la liberté de la presse, J.O.R.F. du 30 juillet 1881, p. 4201.

(٢) Loi n° 2014-56 du 27 janvier 2014 visant à harmoniser les délais de prescription des infractions prévues par la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881, commises en raison du sexe, de l'orientation ou de l'identité sexuelle ou du handicap, J.O.R.F. n°0023 du 28 janvier 2014, p. 1561.

كذلك تعرض قانون حرية الصحافة الفرنسي إلى تعريف الصحفي، وذلك في المادة الثانية منه، والتي ذهبت إلى أن الصحفي هو: "..... كل شخص يمارس مهنته داخل واحدة أو أكثر من المؤسسات الصحفية، أو مؤسسات الاتصال المباشر بالجمهور، أو مؤسسات الاتصال السمعي البصري، أو داخل وكالة أو أكثر من الوكالات الصحفية، والتي يمارس فيها بصورة منتظمة وماجورة جميع المعلومات ونشرها للجمهور"<sup>(١)</sup>.

وفي مصر، أصدر المشرع القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٨٠م<sup>(٢)</sup>، بشأن سلطة الصحافة، ورغم أنه ليس القانون الأول الذي يتعرض

(1) Art. 2 " Est considérée comme journaliste au sens du premier alinéa toute personne qui, exerçant sa profession dans une ou plusieurs entreprises de presse, de communication au public en ligne, de communication audiovisuelle ou une ou plusieurs agences de presse, y pratique, à titre régulier et rétribué, le recueil d'informations et leur diffusion au public. "

(٢) يُعد القانون رقم ١٥٦ لسنة ١٩٦٠م هو أول قانون صحافة يصدر في مصر بعد ثورة ١٩٥٢م، وقد صدر هذا القانون بهدف "تحرير الصحافة من سيطرة الرأسمالية"، فالمادة ٣ من هذا القانون، نقلت ملكية جميع الصحف المهمة في ذلك الوقت إلى الحكومة، في إطار "الاتحاد الوطني" الذي أطلق عليه في وقت لاحق "الاتحاد الاشتراكي". والانتقاد الرئيسي الذي وجه لهذا القانون هو أنه ألغى تماماً الملكية الخاصة للصحف، وشدد الرقابة الحكومية عليها، كما اشترط موافقة الاتحاد الاشتراكي لإنشاء أي صحيفة جديدة، وألزم الصحفيين بالحصول على تصريح بالعمل من الاتحاد الاشتراكي. وقبل صدور هذا القانون كان تأسيس الصحف في مصر يتم عن طريق إخطار كتابي إلى المحافظة التي توجد بها الصحيفة، وذلك وفقاً للمرسوم رقم ٦٨ لسنة ١٩٣١م، فأعاد القانون رقم ١٥٦ لسنة ١٩٦٠م تفعيل الإلتزام بالترخيص لإنشاء وسائل الإعلام المطبوعة، وهي الممارسة التي كانت متبعة قبل سنة ١٩٣١م =

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ٢٠١٧، المجلد الرابع (١١)

بالتنظيم لهذه المهنة<sup>(١١)</sup>، إلا أنه أول قانون يذكر أن الصحافة سلطة رابعة إلى جانب السلطات الرئيسية الثلاث: التشريعية والقضائية والتنفيذية، غير أن المشرع المصري ألغى هذا القانون وأحل بدلاً منه القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٦م<sup>(١٢)</sup> بشأن تنظيم الصحافة، وهو المعمول به حتى الآن.

ويلاحظ أن المشرع المصري لم يتعرض في أي من هذين القانونين لتعريف الصحفي، وإن كان قد تعرض في القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٦م لتعريف الصحف، وذلك في المادة الثانية، والتي نصت على أن: "يقصد بالصحف في تطبيق أحكام هذا القانون المطبوعات التي تصدر باسم واحد وبصفة دورية كالجرائد والمجلات ووكالات الأنباء".

وقد قام المشرع المصري بتقسيم القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٦م بشأن تنظيم الصحافة إلى خمسة أبواب، خصص الباب الأول منه لحرية الصحافة وحقوق وواجبات الصحفيين، في حين جاء الباب الثاني تحت عنوان إصدار الصحف وملكيته، أما الباب الثالث فقد نظم المشرع المصري فيه الأحكام الخاصة بالصحف القومية، ثم جاء الباب الرابع تحت عنوان المجلس الأعلى للصحافة، أما الباب الخامس والأخير فقد كرسه المشرع المصري لبعض الأحكام الانتقالية.

### ثانياً - ميثاق الشرف الصحفي:

ميثاق الشرف لأي مهنة هو مجموعة منتظمة من الحد الأدنى لمعايير ممارسة النشاط المهني، والتي تعكس أغلبية أخلاقية مشتركة لأعضاء المهنة الواحدة.

---

= ولزبد من التفاصيل انظر: أميرة عبد الفتاح، حرية الصحافة في مصر، مقال منشور على موقع الشبكة العربية لمعلومات حقوق الإنسان، التالي:

<http://anhri.net/reports/pressfreedom/06.shtml>

(١) الجريدة الرسمية، العدد ٢٨ مكرر (ب) في ١٤ يوليه سنة ١٩٨٠م.

(٢) الجريدة الرسمية، العدد ٢٥ مكرر (أ) في ٣٠ يونيه سنة ١٩٩٦م.

وقد عرفت فرنسا فكرة ميثاق الشرف الصحفي مع بداية القرن العشرين، حيث أنشأت النقابات الصحفية هناك ما يسمى ميثاق الواجبات المهنية للصحفيين الفرنسيين، وذلك عام ١٩١٨م، والذي تم تنقيحه مرتين، الأولى كانت في عام ١٩٣٨م، أما الثانية فتمت في عام ٢٠١١م<sup>(١)</sup>، وقد تضمن هذا الميثاق مجموعة من البنود تتعلق بواجبات الصحفيين وأخرى تتعلق بحقوقهم.

أما في مصر، وإعمالاً للمادة ١٠/٧٠ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٦م، بشأن تنظيم الصحافة، فقد أصدر المجلس الأعلى للصحافة القرار رقم ٤ لسنة ١٩٩٨م، والذي بمقتضاه وافق هذا المجلس على إصدار ميثاق الشرف الصحفي، وذلك في ٢٦ مارس ١٩٩٨م<sup>(٢)</sup>.

ويتكون ميثاق الشرف الصحفي في مصر من ثلاثة موضوعات، يتفرع كل منها إلى عدة بنود، حيث يتعلق الموضوع الأول بمجموعة من المبادئ العامة تختص بحرية الصحافة وحق المواطنين في المعرفة، مع الإشارة إلى رسالة الصحافة تجاه الأفراد.

في حين يختص الموضوع الثاني من هذا الميثاق ببيان التزامات الصحفيين وواجباتهم الأخلاقية والمهنية، وكذلك حقوق هؤلاء الصحفيين، والتي اعتبرها هذا الميثاق التزامات واجبة الاحترام من الأطراف الأخرى تجاه الصحفيين.

أما الموضوع الثالث، فقد جاء تحت عنوان الإجراءات التنفيذية، ويقصد بها الإجراءات الواجبة الاتباع حال انتهاك الصحفي لأحكام هذا الميثاق، بما في ذلك العقوبات التي قد توقع عليه حال ثبوت المخالفة،

---

(1) Charte des devoirs professionnels des journalistes français, consultable sur le site du Syndicat National des Journalistes Françaises : <http://www.snj.fr/>

(2) ميثاق الشرف الصحفي المصري، الصادر في ٢٦ مارس ١٩٩٨م، متاح على الموقع الإلكتروني للائتلاف الوطني لحريّة الإعلام: <http://ncmf.info/?p=151>



وكذلك كيفية الطعن على القرار الصادر من الهيئة التأديبية بمعاينة أحد الصحفيين.

## الفصل الأول

### تكريس مبدأ الحق في الصورة

تمهيد وتقسيم:

لا جدال في ازدياد أهمية الصورة في وقتنا الحاضر، حتى أصبح هناك ما يسمى بثقافة الصورة، وتكنولوجيا التصوير، فلم تعد الصورة مجرد لوحة صامته، بل تجاوزت هذه المرحلة، لدرجة أنها تفوقت على الكلمة، سواء المسموعة أم المقروءة، وهو ما دعا البعض إلى القول بأن "الصورة تضاهي ألف كلمة"<sup>(١)</sup>.

ونظراً إلى ازدياد وعي الإنسان بأهمية صورته الشخصية، وضرورة حمايتها من انتهاك الغير لها، أو استغلالها لتحقيق أهداف متنوعة، فقد سعى منذ وقت ليس بالقريب إلى الدفاع عن هذه الصورة، ومحاولة استصدار أحكام من القضاء تقر له بحق على هذه الصورة، وتكرس مبدأ الحماية القانونية لهذا الحق، سواء من الجانب المدني أم الجنائي.

ولكن إذا كان القضاء الجنائي لديه من النصوص القانونية ما تدعم هذه الحماية بصورة صريحة<sup>(٢)</sup>، فإن نصوص القانون المدني - سواء في مصر أم في فرنسا - لا توجد فيها ما يتضمن حماية الحق في الصورة بشكل صريح، الأمر الذي يطرح التساؤلات التالية:

هل يوجد بالفعل ما يسمى بالحق في الصورة؟ وإذا كانت الإجابة بنعم فما هو المقصود بهذا الحق؟

- (١) نقولا فتوش و أندريه جرتان: الحق في الحياة الخاصة والحق في الصورة، مكتبة صنادير ناشرون، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م، ص ١٦.
- (٢) راجع المواد ٣٠٩ مكرر و ٣٠٩ مكرر (أ) من قانون العقوبات المصري، وكذلك المواد ٢٢٦ - ١ و ٢٢٦ - ٢ من قانون العقوبات الفرنسي.

والإجابة عن هذه التساؤلات هي موضوع هذا الفصل، والذي أقسمه بمبحثين، وذلك على النحو التالي:

**المبحث الأول:** مدى الاعتراف بوجود الحق في الصورة.

**المبحث الثاني:** مفهوم الحق في الصورة.

### **المبحث الأول**

**مدى الاعتراف بوجود الحق في الصورة**

**تمهيد وتقسيم:**

تعد صورة الإنسان انعكاساً لشخصيته، ومرآة لأعماقه الداخلية الخفية التي تمس ضميره وتجعل له مظهراً خارجياً<sup>(1)</sup>، فصورة الإنسان هي التجسيد المادي للروح التي تسكن الجسد، كما أنها تعكس الأنا لدى هذا الشخص، وتكشف عن مشاعره وانفعالاته، وتظهر أفراحه وأحزانه<sup>(2)</sup>، لذا فهي ترتبط بالشخص ارتباطاً وثيقاً، جعل منها قيمة، وارتقى بها إلى مصاف الحقوق، التي دفعت جانباً كبيراً من الفقه إلى الاعتراف بها، وبضرورة حمايتها.

إلا أن بعضاً من الفقهاء أنكروا فكرة الحق في الصورة، وساقوا من الحجج والأسانيد ما يدعم وجهة نظرهم، الأمر الذي يدعو إلى دراسة هذين الاتجاهين، ومعرفة موقف القضاء من هذا الخلاف، وإلى أي اتجاه منهما مال المشرع الوضعي في كل من مصر وفرنسا؟

وعليه أتناول هذه النقاط بالدراسة، من خلال تقسيم هذا المبحث ثلاثة مطالب، وذلك على النحو التالي:

**المطلب الأول:** موقف الفقه من وجود الحق في الصورة.

(1) LINDON (R.): La presse et la vie privée, J.C.P. éd. G., 1965, I, 1887, N° 5.

(2) RAVANAS (J.): La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image, L.G.D.J., 1978, p.181.

المطلب الثاني: موقف القضاء من وجود الحق في الصورة.

المطلب الثالث: الحق في الصورة في التشريع المصري والفرنسي.

### المطلب الأول

#### موقف الفقه من وجود الحق في الصورة

ثار خلاف فقهي بشأن الحق في الصورة، وانقسم الفقهاء ما بين مؤيد ومعارض لوجود هذا الحق، وانبرى كل فريق منهما في إبراز الحجج والأسانيد التي تدعم وجهة نظره.

وفيما يلي عرض لهذين الاتجاهين، وذلك وفقاً للتفصيل التالي:

#### أولاً- الاتجاه الرافض للحق في الصورة:

يرى أنصار هذا الاتجاه<sup>(١)</sup> أنه لا وجود لما يسمى بالحق في الصورة، واستندوا لتدعيم رأيهم هذا إلى الأسباب التالية:

١- أنه لا يوجد نص تشريعي يعترف بالحق في الصورة، ويمنح صاحبه مكنة منع كافة الناس من تصويره أو نشر صورته بغير إذنه، وفي حالة غياب النص فإنه يتحتم إنكار وجود مثل هذا الحق، وعدم الاعتراف للشخص بأحقية الاعتراض على تصويره أو نشر صورته من قبل الغير.

٢- أن الاعتراف بالحق في الصورة سيؤدي إلى ظهور علاقات قانونية جديدة، وهو ما سيزعج عليه تعقيد العلاقات القانونية وتزاحمها دون جدوى، مع صعوبة التوفيق بينها، خاصة في ظل وجود القواعد العامة للمسئولية المدنية، وما تكفله من حماية قانونية لأي مضرور ضد أي إنتاج أو نشر لصورته.

(١) في عرض هذا الاتجاه انظر:

FOUGEROL (H.): La figure humaine et le droit, Thèse, Paris, 1913, p.9 et s.

٣- أنه لا توجد مصلحة في الادعاء بالاعتداء على الحق في الصورة، لأنه لا يوجد ضرر من قيام شخص بتصوير آخر ونشر صورته، لذا فإن الرفض هو المصير الحتمي المنتظر لمثل هذه الدعوى، نظراً لأن الضرر هنا غير متحقق، وذلك إعمالاً لقاعدة أنه "لا دعوى بلا مصلحة".

٤- إمكانية وجود قدر كبير من التشابه بين ملامح أشخاص متعددين، وهو ما يعني أنه ليس بالضرورة أن تكون الصورة المنشورة خاصة بالمدعي، فقد يدعي الأخير أن الصورة المنشورة تخصه في حين أنه الشبيه الذي لم تلتقط صورته، في الوقت الذي قد يصعب على القاضي - إن لم يكن مستحيلاً - التأكد من الشخص الحقيقي صاحب الصورة المنشورة.

٥- أن الاعتراف بوجود هذا الحق يعني إجحام المصورين والصحفيين عن إنتاج ونشر صور الأشخاص العاديين أو الشخصيات العامة (١)، الأمر الذي يتعارض مع مبدأ حرية الصحافة والحق في إعلام المجتمع بالأحداث الجارية.

### ثانياً. الاتجاه المؤيد للحق في الصورة:

يرى أنصار هذا الاتجاه<sup>(٢)</sup> ضرورة الاعتراف بالحق في الصورة، بما يسمح بتوفير نوع من الحماية القانونية ضد تصوير أي شخص أو نشر صورته بغير إذنه، كما تولى هذا الاتجاه مهمة الرد على الحجج والأسانيد التي ساقها الاتجاه الأول الراض لوجود الحق في الصورة، وهو ما سيتضح على النحو التالي<sup>(٣)</sup>:

(١) خالد مصطفي فهمي: المسؤولية المدنية للصحفي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٩م، ص ٢٥٤.

(2) KAYSER (P.): Le droit dit à l'image, in Mélanges ROUBIER (P.), t. II, Dalloz, Paris, 1961, p.81; RAVANAS (J.): th. préc., p.417.

(٣) في عرض هذا الاتجاه انظر:

FOUGEROL (H.): th. préc., p.9 et s.

١- أنه لا يمكن الاحتجاج بعدم وجود نص تشريعي خاص بالحق في الصورة كمبرر لرفض الاعتراف بهذا الحق، فإذا كان من الثابت أنه ليس هناك نص تشريعي محدد يقوم على أساسه الحق في الصورة، نظراً لأن المشرع لا يستطيع الإحاطة مقدماً بكل ما سيعرض في الواقع العملي من منازعات، إلا أن دور القضاء يمكن أن يكمل هذا النقص التشريعي، من خلال تأصيل هذا الحق بمبادئ جديدة، انطلاقاً من فكرة العدالة، وهو ما سلكه القضاء بالفعل بشأن الاعتراف بالحق في الصورة.

٢- أنه لا يمكن الاحتجاج بفكرة تعقيد العلاقات القانونية وتزاحمها، وكذلك الاستناد لنصوص المسؤولية المدنية كمبرر لرفض الاعتراف بالحق في الصورة، ذلك أن هذه الحجة تعني إمكان قيام أي شخص بتصوير آخر ونشر صورته بغير إذنه إذا لم تلحق هذه الأفعال ضرراً بالأخير، وهو ما لا يمكن التسليم به، وإلا انطبق ذلك على أنواع الحقوق كافة، وأصبح الاعتداء على حق الملكية - على سبيل المثال - مباحاً، إذا لم يلحق هذا الاعتداء ضرراً بالمالك.

٣- أن الاستناد إلى قاعدة "لا دعوى بلا مصلحة" لا تصلح كأساس لتبرير رفض الاعتراف بالحق في الصورة، فالمصلحة التي هي مناط الدعوى لا يشترط أن تكون مادية، بل يمكن أن تكون أدبية أيضاً، وهو ما يمكن أن تتوافر حال تصوير الشخص ونشر هذه الصورة بغير إذنه، لما في ذلك من مساس بشخصيته، وبذلك تكون له مصلحة أدبية تكفي لقبول دعواه، بل وفي كثير من الأحيان ما تعلق قيمة المصلحة الأدبية على المصلحة المادية.

٤- وأما عن الصعوبة التي قد يواجهها القاضي للتأكد من صاحب الصورة، حال وجود تشابه بينه وبين المدعي، فلا ينبغي أن تكون عقبة في سبيل الاعتراف بالحق في الصورة، ذلك أن القاضي إن لم يستطع التأكد بخبرته الذاتية من أن الصورة تخص المدعي فإنه سيلجأ إلى أهل الخبرة، باعتبارها مسألة تنطوي على جانب تقني، ويندر

الفرض الذي يتعذر معه التفرقة بين صاحب الصورة والشبيه، ذلك أن الظروف التي التقطت فيها الصورة وكذلك ملامح المكان الذي تم فيه التصوير وطبيعة هذا المكان لهي أدلة واضحة، تشير إلى الشخص الذي تم التقاط صورته ونشرها<sup>(١)</sup>.

٥- وأخيراً، فإن ما يقال من أن الاعتراف بالحق في الصورة سيؤدي إلى إحجام المصورين والصحفيين عن أداء عملهم، خشية وقوعهم تحت طائلة المسؤولية القانونية، لهو قول مردود، ذلك أن العلاقة بين المصورين والصحفيين من ناحية، والأشخاص الذين تمثلهم الصور من ناحية أخرى، يمكن تنظيمها، بشكل يوفق بين حق الإنسان في صورته وحرية التصوير الفني والعمل الصحفي<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني

#### موقف القضاء من وجود الحق في الصورة

اعترف القضاء الفرنسي منذ بداية النصف الثاني من القرن التاسع عشر بأن للإنسان حقاً في صورته، يخوله سلطة الاعتراض على إنتاجها أو نشرها بغير رضاه، حتى لو لم يصبه ضرر جراء هذه الأفعال، فقد قررت محكمة السين المدنية في حكمها الصادر في ١٦ يونيو سنة ١٨٥٨ م<sup>(٣)</sup>، أن حق الإنسان في الاعتراض على نسخ ملامحه هو حق مطلق، وقد صدر هذا الحكم بمناسبة قيام أحد الرسامين بإنتاج صورة لإحدى الممثلات وتدعى راشيل، وهي على فراش الموت.

وفي ١١ أبريل سنة ١٨٥٩ م - أي بعد عام تقريباً من الحكم السابق - أصدرت المحكمة ذاتها حكماً منعت بمقتضاه عرض صورة على الجمهور، تخص مديرة الراهبات<sup>(٤)</sup>.

(١) خالد مصطفى فهمي: المرجع السابق، ص ٢٥٦.

(٢) في المعنى نفسه انظر: سعيد جبر، المرجع السابق، ص ٩.

(3) Trib. Civ. Seine, 1re ch., 16 juin 1858, Felix c./O'connell, D., 1858, III, 62 ; Ann. Prop. Ind., 1858, p.250.

(4) Trib. Civ. Seine, 11 avril 1859, seur Melaine c./ Fougère, Ann. Prop. Ind., 1860, p.167.

وفي أواخر القرن التاسع عشر، عاد القضاء الفرنسي مرة أخرى مؤكداً اعترافه بحق الإنسان في صورته، إذ أقر هذا القضاء في إحدى الدعاوى بوقف عرض اللوحات التي تمثل صور شخصية، والتي يتم عرضها في المعارض، وذلك بمناسبة دعوى أقامها شخص يدعى "الكسندر توماس الابن" ضد أحد الرسامين ويدعى "جاك"، نظراً لقيام الأخير برسم لوحة لشخص الأول، وعنونها باسم "التاجر اليهودي"<sup>(1)</sup>.

كذلك أقر القضاء الفرنسي بأن حق كل فرد في أن يمنع عرض صورته تحت أي شكل هو حق لا نزاع فيه<sup>(2)</sup>، كما أن إنتاج صورة أي إنسان أو عرضها لا يمكن أن يتم إلا برضاه<sup>(3)</sup>، تأسيساً على أن للإنسان حق مطلق في صورته<sup>(4)</sup>.

غير أن القضاء الفرنسي وإن كان قد اعترف بالحق في الصورة، وأكد على حق الإنسان في الاعتراض على إنتاج صورته أو نشرها بغير إذنه، إلا أنه لم يؤسس ذلك على أحكام المسؤولية التقصيرية، المنصوص عليها في المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي، وإنما استند في ذلك إلى قاعدة موداها أن لكل شخص حق استثنائي على صورته، يسمح له وحده بالتسلط عليها<sup>(5)</sup>، وأن يحدد وحده ظروف وشروط استعمال هذه الصورة<sup>(6)</sup>.

وما أقره القضاء الفرنسي في هذا الشأن، يعني أن واجب الكافة في الامتناع عن تصوير شخص أو نشر صورته بغير رضاه، يُعد التزاماً متميزاً ومستقلاً عن الالتزام بالتعويض، ذلك أن الالتزام الأخير قد ينشأ في ذمة هؤلاء نتيجة ارتكابهم خطأ سبب ضرراً محددًا لصاحب الصورة، لذا فهو التزام تضمن تنفيذه دعوى المسؤولية، في حين أن الالتزام بالامتناع

- (1) Trib. Civ. Seine, 1re ch., 20 juin 1884, Alexandre Dumas c./ Jacquet, Gaz.- pal., 1884, II, p.83; Ann. Prop. Ind., 1888, p.280.
- (2) Paris, 8 juillet 1887, Gaz.- Pal., 1888, II, p.11.
- (3) Trib. Com. Seine, 13 juin 1892, Gaz.-Pal., 1892, II, p.107.
- (4) Trib. Civ. Seine, 17 mars 1905, D., 1905, II, p.389.
- (5) T.G.I. Seine 14 octobre 1960, Gaz.-Pal., 1961, I, p.17.
- (6) T.G.I. Paris, 16 février 1973, D., 1973, I.R., p.212.

عن تصوير الغير أو نشر صورته بغير رضاه تضمن تنفيذ دعوى مستقلة، تهدف إلى منع أو وقف التصوير أو النشر الذي يتم بغير رضا من تمثله الصورة، بيد أنها لا تهدف - كما هو شأن دعوى المسئولية - إلى تقرير تعويض عن ضرر محدد لحق بالأخير<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثالث

#### الحق في الصورة في التشريعين المصري والفرنسي

بالرغم من التسليم فقهاً وقضاً بوجود الحق في الصورة، إلا أن تقنين هذا الحق في التشريع الوضعي سواء في مصر أم في فرنسا جاء في مرحلة متأخرة نسبياً، وإن كانت بعض هذه النصوص لم تقن هذا الحق بصورة صريحة، وهو ما سيتضح على النحو التالي:

أولاً: الحق في الصورة في التشريع الفرنسي:

اعترف الفقه والقضاء في فرنسا بالحق في الصورة في مرحلة سابقة على ظهور تقنية التصوير وذيوغها، فقد أثير الاعتراف بهذا الحق بشأن الصور التي يتم إنتاجها بواسطة الرسامين والفنانين، الذين تخصصوا في هذا المجال.

أما المشرع الفرنسي فلم يتعرض لتقنين الحق في الصورة إلا منذ صدور القانون رقم ٧٠ - ٦٤٣<sup>(٢)</sup>، والذي بمقتضاه أدرج المشرع هناك النصوص الخاصة بالحماية المدنية والجنائية للحق في الحياة الخاصة.

فأما عن الحماية المدنية للحق في الحياة الخاصة، فقد أدرج المشرع الفرنسي نص المادة التاسعة من التقنين المدني<sup>(٣)</sup> - وذلك بمقتضى المادة

---

(١) سعيد جبر: المرجع السابق، ص ١١: خالد مصطفى فهمي: المرجع السابق، ص ٢٥٦.

(2) Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, J.O.R.F., 19 juillet 1970, p.6751.

(3) Art. 9, C.C.F., " Chacun a droit au respect de sa vie privée. =



٢٢ من القانون المذكور - والتي أقرت بأن لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة، كما سمحت لمن وقع عليه اعتداء يمس أحد عناصر حرمة حياته الخاصة، ومنها صورته الشخصية، باللجوء إلى القضاء، لمنع أو وقف هذا الاعتداء، وذلك دون المساس بما يتقرر له من تعويض عما لحقه من أضرار.

وفي مجال الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة، فقد أدرج المشرع الفرنسي نصوص المواد ٣٦٨ و ٣٦٩ في قانون العقوبات القديم، وذلك بمقتضى المادة ٢٣ من القانون رقم ٧٠ - ٦٤٣ سالف الذكر، واللتين تجرمان بعض صور الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة عن طريق الوسائل السمعية أو البصرية، ومنها تصوير الأشخاص بغير علمهم أو بغير الحصول على إذن منهم، أو عمل مونتاج لهذه الصور، بيد أن هاتين المادتين تم تعديلهما بمقتضى المرسوم بقانون رقم ٢٠٠٠ - ٩١٦<sup>(١)</sup>، والمعدل لقانون العقوبات الفرنسي الجديد لسنة ١٩٩٤م<sup>(٢)</sup>، كما تم إدراجهما تحت رقمي ٢٢٦ - ١ و ٢٢٦ - ٢ في هذا القانون الأخير.

ولكن يلاحظ على هذه النصوص أنها لم تتعرض للحق في الصورة بشكل مستقل، بل إن حماية هذا الحق لم تأت إلا بمناسبة حماية

---

= Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé."

- (1) Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs, J.O.R.F. n° 0220 du 22 septembre 2000, p.14877.
- (2) Loi n° 94-89 du 1er février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, J.O.R.F. n° 27 du 2 février 1994, p.1803.

حرمة الحياة الخاصة بشكل عام، الأمر الذي يوحي بأن الحق في الصورة هو أحد عناصر الحياة الخاصة، وأن الصورة الشخصية لا يمكن بحال أن تكون محلاً للحماية القانونية خارج هذا الإطار، وهو الأمر الذي لا يؤيده جانب كبير من الفقه على نحو ما سيتضح لاحقاً.

أيضاً - وطبقاً لهذه النصوص - فإنه لا يجوز استعمال صور الأشخاص إلا بعد الحصول على إذن منهم، الأمر الذي يبدو صعباً في أغلب الأحيان، نظراً لتحفظ الأشخاص المعنيين بهذه الصور عن استعمالها، وحتى على فرض موافقتهم فإن هذه الموافقة تكون في أغلب الأحيان نظير مقابل مالي، وهو ما ترتب عليه أن أصبح من المستحيل تقريباً - صياغة الموضوعات الإعلامية بطريقة مصورة، أو نشر الكتب المتعلقة بفن التصوير.

وأمام هذا الواقع، فقد طرح النواب الاشتراكيون في البرلمان الفرنسي مشروع قانون في ١٦ يوليه سنة ٢٠٠٣م، ويهدف هذا المشروع إلى التوفيق بين اعتبارات الحق في الصورة ومصالح مهنيو التصوير، وكذلك احترام الأشخاص والحق في الاعلام، ومن ثم فقد تضمن هذا المشروع النص على أنه لا ينبغي لأحد أن يمارس الإجراءات القانونية أمام القضاء بغير تقديم دليل على السلوك غير المشروع، وكذلك إثبات وجود ضرر حقيقي في استعمال صورته<sup>(١)</sup>.

ومع ذلك، فقد رأى بعض الفقهاء<sup>(٢)</sup> أن هذا المشروع لم يقدم حلاً للمشكلة المطروحة، بل إنه زادها تعقيداً، إذ إنه خلط بين حقوق

---

(1) Proposition de loi du 16 juillet 2003, visant à donner un cadre juridique au droit à l'image et à concilier ce dernier avec la liberté d'expression, disponible sur le site suivant :

<http://www.assemblee-nationale.fr/12/propositions/pion1029.asp>

(2) BRUGUIERE (J.-M.) et GLEIZE (B.): Proposition de loi sur le droit à l'image, pitié pour les juristes, D., 2003, Point de vue, p.2643.

الشخصية والمسئولية المدنية، ذلك أن المادة ١/١ من هذا المشروع تنص على أن لكل شخص حق على صورته<sup>(١)</sup>، ولما كان هذا المشروع هو اقتراح بتعديل نص المادة التاسعة من التقنين المدني الفرنسي، فإن ذلك يعني إدراج الحق في الصورة ضمن طائفة الحقوق الشخصية، الأمر الذي يميز للمعتدى على صورته أن يطلب وقف الاعتداء، كما يحق له المطالبة بالتعويض دون حاجة لإثبات الخطأ والضرر، فمجرد نشر الصورة بغير إذن الشخص أو علمه يفترض معه توافر الخطأ والضرر<sup>(٢)</sup>.

ومع ذلك، نجد أن الفقرة الثالثة من المادة الأولى من هذا المشروع تنص على جواز إنتاج صور الأشخاص أو استعمالها، إذا لم يتولد عن ذلك أي ضرر حقيقي وجدي<sup>(٣)</sup>، وهو ما يفهم منه ضرورة لجوء المعتدى على صورته إلى أحكام المسئولية المدنية المنصوص عليها في المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي، إذا ما أراد الحصول على تعويض، وما يتبع ذلك من ضرورة إثبات أركان المسئولية، من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما.

ويبدو أن الانتقادات التي وجهت إلى هذا المشروع كانت حائلاً دون إصداره من قبل البرلمان الفرنسي، وعلى ذلك فإنه رغم الحاجة إلى وجود قانون يكرس الحق في الصورة بشكل مستقل وبصورة صريحة، إلا أنه لم يقدر لهذا المشروع أن يرى النور.

(1) Art. 1er : "Après l'article 9-1 du code civil, il est inséré un article 9-2 ainsi rédigé : Art. 9-2.- Chacun a un droit à l'image sur sa personne. "

(٢) في هذا المعنى انظر: مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المسئولية المدنية للصحفي عن انتهاك حرمة الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م، ص ٩٢.

(3) " L'image d'une personne peut toutefois être reproduite ou utilisée dès lors qu'il n'en résulte aucun préjudice réel et sérieux pour celle-ci. "

## ثانياً - الحق في الصورة في التشريع المصري:

تضمن القانون المدني المصري في المادة ٥٠ منه النص على طائفة متميزة من الحقوق، أطلق الفقهاء عليها مسمى الحقوق اللصيقة بالشخصية، وقد جاء نص هذه المادة على النحو التالي: "لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر".

ورغم أن هذا النص لم يتعرض صراحةً للحق في الصورة، إلا أن الفقه الغالب يذهب إلى أن هذا الحق يندرج تحت هذا النص<sup>(١)</sup>.

أما القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م بشأن حقوق الملكية الفكرية، فقد نصت المادة ١٧٨ منه على أن: "لا يحق لمن قام بعمل صورة لآخر أن ينشر أو يعرض أو يوزع أصلها أو نسخاً منها دون إذنه أو إذن من في الصورة جميعاً، ما لم يتفق على خلافه"<sup>(٢)</sup>.

وطبقاً لهذا النص، فقد اعترف المشرع المصري صراحةً بالحق في الصورة، ذلك أن جوهر هذا الحق هو سلطة الإنسان في الاعتراض على تصويره أو نشر صورته بغير إذنه<sup>(٣)</sup>، وهو ما أشار إليه هذا النص صراحةً.

وفيما يتعلق بقانون العقوبات، فقد نصت المادة ٣٠٩ مكرر من هذا القانون على أن: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن، وذلك بأن ارتكب أحد الأفعال الآتية في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو بغير رضاء المجني عليه.

أ - استرق السمع أو سجل أو نقل عن طريق جهاز من الأجهزة أياً كان نوعه محادثات جرت من مكان خاص أو عن طريق التليفون.

(١) انظر لاحقاً في تكييف الحق في الصورة بأنه من حقوق الشخصية.

(٢) المادة ١/١٧٨ من القانون المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م، بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية، الجريدة الرسمية، العدد ٢٢ مكرر، في ٢ يونيو سنة ٢٠٠٢م.

(٣) سعيد جبر: المرجع السابق، ص ١٣.

ب - التقط أو نقل بجهاز من الأجهزة أياً كان نوعه صورة شخص في مكان خاص<sup>(١)</sup>.

وطبقاً لهذا النص، فقد جرم المشرع المصري المساس بالخصوصية، حال الاعتداء عليها، من خلال التقاط أو نقل صورة المجني عليه، بجهاز من الأجهزة؛ أياً كان نوعه، طالما أن هذا الشخص كان موجوداً في مكان خاص.

ولكن بالرغم من أن هذا النص يتعلق بتجريم المساس بالخصوصية، إلا أنه يدعم إلى حد كبير فكرة الحق في الصورة، ذلك أن الجزء الجنائي يوقع بصرف النظر عما يترتب عن الاعتداء من أضرار<sup>(٢)</sup>.

### المبحث الثاني

#### مفهوم الحق في الصورة

لم يضع أي من المشرع المصري أو الفرنسي تعريفاً محدداً للحق في الصورة، تاركاً مهمة وضع هذا التعريف للفقهاء والقضاء، وإن كان المشرع المصري قد حدد من له الحق في الصورة، حيث أكد على أن هذا الحق يثبت لمن تنشر صورته، وهو ما يبين من خلال نص المادة ١/١٧٨ من قانون حماية الملكية الفكرية - سألقة الذكر - والتي جاء فيها: "لا يحق لمن قام بعمل صورة لآخر أن ينشر أو يعرض أو يوزع أصلها أو نسخاً منها دون إذنه.....".

- (١) أضيفت المادة ٣٠٩ مكرر إلى قانون العقوبات المصري بمقتضى القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢م، وقد تم تعديل الفقرة الثانية من هذه المادة بمقتضى القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٩٥م، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد ٢١ مكرر في ١٩٩٥/٥/٢٨م، ثم عدلت مرة أخرى بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٦م، والمنشور بالجريدة الرسمية، العدد ٢٥ مكرر في ١٩٩٦/٦/٣٠م.
- (٢) حسام الدين كامل الأهواني: الحق في احترام الحياة الخاصة، الحق في الخصوصية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨م، ص ١٥٣.

وطبقاً لهذه المادة - أيضاً - فإن المصور رغم تمتعه بحق المؤلف على الصورة التي قام بإنتاجها، فإن هذا الحق لا يُعني عن ضرورة حصوله على إذن مسبق من صاحبها، إذا أراد نشر أو عرض أو توزيع أصل الصورة التي قام بإنتاجها أو نسخاً منها، وذلك مهما كانت طريقة إنتاج هذه الصورة، حيث يلزمه هذا القيد بالامتناع عن اتخاذ إجراءات النشر أو العرض أو التوزيع حال رفض ذلك من قبل صاحب الحق في الصورة، وبصرف النظر عن الأسباب التي استند إليها للرفض.

ولكن يلاحظ أن نص المادة السابقة لم يضع قيداً على المصور بضرورة الحصول على إذن ما حال قيامه بإنتاج صورة تمثل أحد الأشخاص، الأمر الذي يوحي بأن إنتاج الصورة في حد ذاته - وبصرف النظر عن الطريقة المستخدمة فيه - لا يخضع لقيد الإذن المسبق من صاحبها.

وأما عن الفقه، فقد انقسم بشأن تعريف الحق في الصورة إلى فريقين، حيث يرى الفريق الأول<sup>(١)</sup> أن المقصود بالحق في الصورة هو حق كل شخص في الاعتراض على نشر صورته بغير رضاه، أما الاعتراض على إنتاج صورته فلا يجوز له بمقتضى هذا الحق، لما ينطوي عليه ذلك من منحه سلطة مبالغاً فيها، تتعارض مع طبيعة الإنسان بوصفه كائناً اجتماعياً، إضافة إلى ذلك فإن الاعتراف بهذه السلطة قد يصطدم تطبيقه بالواقع والقانون، نظراً لتغلر حماية من يتمسك بهذه السلطة ضد من التقط صورته، لأن فعل الالتقاط يظل غير معلوم له إلى أن تنشر الصورة. في حين يرى الفريق الثاني<sup>(٢)</sup> أن المقصود بالحق في الصورة هو حق كل شخص في الاعتراض على إنتاج صورته أو نشرها بغير رضاه، فهذا

---

(١) في عرض رأي هذا الفريق انظر: هشام فريد رستم، الحماية الجنائية لحق الإنسان في صورته، مكتبة الآلات الحديثة، أسبوط، بدون سنة نشر، ص ٢٣.  
(2) KAYSER (P.): op. cit., p.79 ; NIBOYET (F.) : La nature du droit à l'image en question, P. A., 11 décembre=

الحق - من وجهة نظر هذا الفريق - لا يقتصر فقط على تحويل الشخص سلطة الاعتراض على نشر صورته، بل والاعتراض كذلك على تصويره بداءة.

وقد استند الفريق الثاني فيما ذهب إليه من تعريف للحق في الصورة - يخالف ما ذهب إليه الفريق الأول - إلى أنه ليس من المنطقي منع المصورين من نشر صور الأشخاص بغير إذنتهم في الوقت الذي يُعترف لهم بحق التقاط هذه الصور، كما يرون أن الاستحالة الواقعية والقانونية لحماية الأشخاص ضد التقاط صورهم - على نحو ما ذهب الفريق الأول - ليست مبرراً للقول بمشروعية تصوير الأشخاص بغير الحصول على إذن مسبق منهم، لما في ذلك القول من خلط بين التصوير خلسة والدليل عليه، رغم استقلال هذا الدليل تماماً عن فعل التصوير ذاته، وما ينطوي عليه الأخير من صفة اللامشروعية<sup>(١)</sup>.

وبعد هذا العرض يمكن القول بأن ما ذهب إليه الفريق الثاني من تعريف للحق في الصورة هو الأجدر بالتأييد، لما ساقه من مبررات منطقية تدحض ما ذهب إليه الفريق الأول، وأما عن موقف المشرع المصري في قانون الملكية الفكرية فأغلب الظن أنه لم يقصد من خلال نص المادة ١/١٧٨ أن إنتاج الصورة لا يخضع لقيود الإذن المسبق من صاحبها، فكما

---

=2007 n° 247, p. 13 ; DUPUY-BUSSON (S.) : Le droit à l'image en question, Gaz.- Pal., 18 novembre 2008, n° 323, p.6 ; BIENVENU ( C.): Panorama des contentieux autour du droit à l'image, P. A., 15 novembre 2002, n° 229, p. 4.

علاء الدين عبدالله الخصاصونة و بشار طلال المومني : النظام القانوني للصورة الفوتوغرافية، الحقوق الواردة عليها ووسائل الحماية القانونية، دراسة مقارنة في القواعد العامة وقواعد حماية حقوق الملكية الفكرية، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد الثالث والخمسون، صفر ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م، ص ٢٢٤.

(١) هشام فريد رستم : المرجع السابق، ص ٢٣ وما بعدها.

يثبت للأخير الحق في الاعتراض على نشر صورته فإن له - أيضاً - سلطة الاعتراض على تصويره بغير إذنه<sup>(١)</sup>.

وعلى ضوء ما سبق يمكن تعريف الحق في الصورة بأنه: ذلك الحق الذي يخول صاحبه سلطة الاعتراض على إنتاج صورته أو نشرها بغير رضاه، ويستوي في ذلك أن يكون إنتاج الصورة قد تم بوسيلة فنية كالرسم بأنواعه المختلفة، والنحت والنقش وما إلى ذلك، أو كان قد تم بأحد الوسائل الميكانيكية الحديثة، كاللتصوير بالأجهزة المختلفة<sup>(٢)</sup>.

### الفصل الثاني

#### الطبيعة القانونية للحق في الصورة

تمهيد وتقسيم:

رغم التسليم فقهاً وقضاً بوجود الحق في الصورة، ورغم النصوص القانونية الموجودة في صلب التشريع الفرنسي والمصري، والتي تدعم فكرة وجود هذا الحق، إلا أن الخلاف ثار حول تحديد الطبيعة القانونية له.

وباستعراض الآراء الفقهية التي قيلت بشأن تحديد الطبيعة القانونية للحق في الصورة، نجد أنها انقسمت إلى عدة آراء، حاول كل رأي منها أن يدرج الحق في الصورة تحت طائفة معينة من الحقوق، التي يرى أنها الأقرب إليه.

وفي هذا الفصل، سوف أتعرض لهذه الآراء الفقهية بالتفصيل المناسب، مع بيان الأسانيد والحجج التي ساقها كل رأي، للتدليل على صحة تكييفه لهذا الحق، مع بيان التكييف الراجح من بين هذه الآراء، فإذا انتهيت من ذلك، أفردت جزءاً من هذا الفصل للحديث عن خصائص الحق في الصورة.

وعلى ذلك، فسوف أقسم هذا الفصل مبحثين، على النحو التالي:

(١) في المعنى نفسه انظر حسام الأهواني: المرجع السابق، ص ٧٦.

(٢) سعيد جبر: المرجع السابق، ص ١٥.



**المبحث الأول: التكييف القانوني للحق في الصورة.**

**المبحث الثاني: خصائص الحق في الصورة.**

### **المبحث الأول**

**التكييف القانوني للحق في الصورة**

**تمهيد وتقسيم:**

اختلف الفقه بصدد التكييف القانوني للحق في الصورة، فهناك من يرى أن الحق في الصورة ما هو إلا حق ملكية، في حين يرى فريق آخر أنه حق مؤلف، بينما ذهب فريق ثالث إلى أن الحق في الصورة هو مظهر من مظاهر الحق في الحياة الخاصة، وأخيراً هناك من يرى أن الحق في الصورة قد يكون مظهراً من مظاهر الحق في الحياة الخاصة وقد يكون حقاً مستقلاً قائماً بذاته، بما يعني أنه حق ذو طبيعة مزدوجة.

وفيما يلي، سوف أتناول هذه الآراء الفقهية بالعرض والتحليل، ثم أعقبه ببيان التكييف الراجح لهذا الحق، وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث على النحو التالي:

**المطلب الأول: الحق في الصورة حق ملكية.**

**المطلب الثاني: الحق في الصورة حق مؤلف.**

**المطلب الثالث: الحق في الصورة أحد مظاهر الحق في الحياة الخاصة.**

**المطلب الرابع: الحق في الصورة ذو طبيعة مزدوجة.**

**المطلب الخامس: التكييف الراجح للحق في الصورة.**

### **المطلب الأول**

**الحق في الصورة حق ملكية**

ذهب الاتجاه في الفقه<sup>(١)</sup> إلى أن حق الملكية هو الأكثر ملائمة لتكييف حق الإنسان في صورته، معتبراً أن الصورة هي جزء لا يتجزأ من

---

(١) في عرض هذا الاتجاه انظر: حسام الأهواني، المرجع السابق، ص ١٤٢. هشام فريد رستم: المرجع السابق، ص ٣٢ وما بعدها. سعيد جبر: المرجع السابق، ص ١٠٧ وما بعدها.

جسم الإنسان، وأساس ذلك - كما يرى أنصار هذا الاتجاه - أن الإنسان يُعد مالكا لجسمه، وأن هذه الملكية تقتضي بالتبعية ملكية الإنسان لصورة هذا الجسم، نظراً لأنها انعكاس له.

كذلك استند هذا الاتجاه في تأييد ما ذهب إليه - من إسباغ حق الملكية على الحق في الصورة - إلى أن لكل شخص الحق في التصرف في صورته متى كانت قابلة للتداول<sup>(١)</sup>، كما هو الحال بالنسبة لنجوم الفن أو لاعبي الكرة، حال اتفاقهم مع الجهات المعلنة على وضع صورهم في الإعلانات مقابل مبلغ مالي<sup>(٢)</sup>، وهو ما يعني أن حق هؤلاء في صورهم الشخصية ليس إلا حق ملكية.

وطبقاً لهذا الاتجاه - أيضاً - فإن من أهم الآثار القانونية المترتبة على تكييف الحق في الصورة بأنه حق ملكية هو أنه يحق للشخص المعتدى على صورته رفع دعوى استرداد، بقصد الاعتراف بحقه في الملكية، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، يحق للمعتدى على صورته اللجوء إلى القضاء لوقف هذا الاعتداء، دون حاجة إلى إثبات أي ضرر مادي أو معنوي لحق به، وذلك إعمالاً لحقوق المالك<sup>(٣)</sup>.

ولقد وجد هذا الاتجاه تأييداً في بعض أحكام القضاء الفرنسي، ومن ذلك ما ذهبت إليه محكمة السين المدنية في حكمها الصادر في ٢٨

---

(١) جعفر محمود المغربي و حسين شاكر عساف: المسؤولية المدنية عن الاعتداء على الحق في الصورة بواسطة الهاتف المحمول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠م، ص ٧٤.

(2) En même sens v., COTTET - BRETONNIER (C.): Le contrôle de l'exploitation commerciale de l'image du sportif en tant que personnalité publique, étude comparée France / Québec, les cahiers de propriété intellectuelle, éditions Yvon Blais, mai 2001, vol. 13, N°3, p.631.

(٣) حسام الأهواني: المرجع السابق: ص ١٤٢.

مارس سنة ١٩٤٤م<sup>(١)</sup>، حين قضت بأن الملكية غير القابلة للتقادم، التي تثبت لكل شخص على وجهه وعلى صورته، تعطيه الحق في منع عرض هذه الصورة.

ومن ذلك - أيضاً - ما ذهبت إليه محكمة السين التجارية في حكمها الصادر في ٢٦ فبراير سنة ١٩٦٣م<sup>(٢)</sup>، حين قضت بأنه لما كان لكل شخص أن يتمتع بصورته وأن يستعملها، بمقتضى ما له عليها من حق ملكية مطلق، فإن أحداً غيره لا يملك مكنة التصرف في هذا الحق بغير موافقته.

### نقد هذا الاتجاه:

تعرض هذا الاتجاه - القائل بأن حق الإنسان على صورته يُعد من قبيل حق الملكية - إلى عدة انتقادات<sup>(٣)</sup>، فهو من ناحية استند إلى فكرة متقدمة وغير دقيقة، حيث إن حق الإنسان على جسده ليس حق ملكية، كما أنه لا يدخل مجال في دائرة التعامل<sup>(٤)</sup>.

ومن جهة أخرى، فإن التكييف الذي ذهب إليه هذا الاتجاه استند إلى النظرية الرومانية القديمة، والتي كانت تُرجع كل جديد إلى الأفكار القانونية السائدة منذ القدم، ولهذا أدرج هذا الاتجاه الحق في الصورة ضمن نطاق حق الملكية، حتى لا تخلق حقوقاً جديدة، وحتى يتمتع الحق في الصورة بمزايا حق الملكية وما يخوله لصاحبه من سلطات مطلقة<sup>(٥)</sup>.

(1) Trib. Civ. Seine, 28 Mars 1944, Gaz.-Pal., 1944, II, p.14.

(2) Trib. Com. Seine, 26 février 1963, D., 1963, somm., p.85.

(٣) انظر بشأن تلك الانتقادات تفصيلاً: حسام الأهواني، المرجع السابق،

ص ١٤٣.

(4) Trib. Civ. Yvetot, 2 mars 1932, Andrieu et a. c/ Later et Riou, Gaz.-Pal., 1932, 1, p.855.

(٥) مدوح خليل بحر: حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، دار

النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣م، ص ٢٧٣.

كذلك فإن الاستناد إلى حق الملكية لتكييف الحق في الصورة يفترض وجود شخص وشيء وبينهما علاقة قانونية، تسمح للأول بممارسة مظاهر حق الملكية على الثاني، وبحيث يتميز كل منهما عن الآخر تمييزاً تاماً، وهو ما لا يتوافر في العلاقة ما بين الإنسان وصورته، لأن ملامح الإنسان جزء لا يتجزأ من كيانه، لذا فإن التكييف الذي تبناه هذا الاتجاه بشأن الحق في الصورة قد أحدث خلطاً بين صاحب الصورة ومحل الحق<sup>(١)</sup>.

وأخيراً، فإذا كان هذا الاتجاه يرى أن للإنسان ملكية تامة وكاملة على ملامح وجهه، تفسر ما يمنحه الحق في الصورة من سلطات لصاحبه، فإنه لا يمكن بحال أن يكون لهذا الحق سلطات أوسع من تلك التي منحها القانون لمالك العقار، حيث لا يمكن للأخير - رغم السلطات التي منحها له القانون - أن يمنع أحداً من الرسامين أو المصورين من رسم أو تصوير الملامح الجمالية لهذا العقار، فإذا سلمنا بأن حق الإنسان على صورته حق ملكية لما استطاع صاحب هذا الحق أن يمنع الغير من رسم شكله أو تصويره، الأمر الذي يفرغ الحق في الصورة من مضمونه<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني

#### الحق في الصورة حق مؤلف

يرى أنصار هذا الاتجاه<sup>(٣)</sup> أن الحق في الصورة يماثل حق المؤلف على مصنفه، وأساس ذلك أن الصورة تظهر في بعض الحالات وكأنها ثمرة لإنتاج ذهني، لذا فهي تستحق أن يُنظر لها القانون بعين الاعتبار<sup>(٤)</sup>، مسبقاً عليها حمايته القانونية بمقتضى حق المؤلف.

(1) FOUGEROL (H.): th. préc., p.18 ; APPLETON (J.): Note sous Trib. Civ. Seine, 20 janvier 1899, D., 1902, II, p.74.

(2) FOUGEROL (H.): th. préc., p.19.

(٣) في عرض هذا الاتجاه انظر: هشام فريد رستم، المرجع السابق، ص ٣٦ وما بعدها، سعيد جبر: المرجع السابق، ص ١١١ وما بعدها.

(4) En ce sens v., ACQUARONE (D.): L'ambiguïté du droit à l'image, D., 1985, chron., p.129.

كذلك يقرر ريشل - وهو أحد أنصار هذا الاتجاه - أن للشخص على ملامح وجهه الحقوق ذاتها التي تكون له على جسم المصنف الأدبي أو الفني، وذلك كاللوحة التي يرسم عليها أو قطعة الرخام التي يقوم بالنحت عليها، كما يحق له أن يصرح بنشر صورته أو استغلالها تجارياً سواء كان ذلك مجاناً أم بمقابل، وهو ما يماثل تماماً ما للمؤلف من حق احتكاري في استغلال مصنفه<sup>(١)</sup>.

ولقد استقى أنصار هذا الاتجاه تكييفهم هذا من فكرة الذمة المعنوية للإنسان، والتي تتضمن الحقوق والالتزامات ذات الطبيعة المعنوية، حيث يرون أن الحق في الصورة يندرج ضمن عناصر هذه الذمة، ذلك أن نظامه القانوني يختلف عن النظام القانوني للحقوق المالية، وهو من هذه الزاوية أقرب ما يكون إلى حق المؤلف، الذي يندرج هو الآخر ضمن عناصر الذمة المعنوية للإنسان<sup>(٢)</sup>.

**نقد هذا الاتجاه:**

أخطأ هذا الاتجاه القائل بتكييف الحق في الصورة على أنه حق مؤلف، ذلك أن مظهر الإنسان وشكله الطبيعي جزء لا يتجزأ منه<sup>(٣)</sup>، وليس إنتاجاً ذهنياً له<sup>(٤)</sup>، فليس للإنسان دور في إنشاء وجهه<sup>(٥)</sup>، في حين أن حق المؤلف ينصب على الإنتاج الذهني للإنسان، والذي يتجسد في مصنف له كيان مادي مستقل ومنفصل عن جسم الإنسان.

كذلك فإن حق المؤلف يخول صاحبه سلطة منع الغير من نسخ مصنفه أو استعماله دون الحصول على إذن منه، كما يعطي صاحبه أيضاً - حقاً احتكارياً على استغلال مصنفه مالياً<sup>(٦)</sup>، أما الحق في الصورة

(1) Cité par, FOUGEROL (H.): th. préc., p.20, note 1.

(2) سعيد جبر: المرجع السابق، ص ١١١.

(3) هشام فريد رستم: المرجع السابق، ص ٣٧.

(4) FOUGEROL (H.): th. préc., p.22.

(5) RAVANAS (J.): op. cit., p.428.

(6) FOUGEROL (H.): th. préc., p.26.

فهو لا يقبل التصرف فيه أو النزول عنه، وإذا أمكن تصور وجود حق للمؤلف في هذه الحالة فهو لا يكون إلا للوالدين على وجوه أبنائهم، ولجراحي التجميل على وجوه عملائهم<sup>(١)</sup>.

وقد أكد القضاء الفرنسي<sup>(٢)</sup> على وجود هذه المغايرة بين الحق في الصورة وحق المؤلف، حيث قرر هذا القضاء أن حق الإنسان في منع الغير من إنتاج صورته لا يمكن بحال أن يستند إلى حقوق الملكية الفنية والأدبية، ذلك أن القانون الذي ينظم هذه الحقوق قد صدر لضمان حصول المؤلف أو الفنان على ثمرة عمله وموهبته، ومن ثم لا يمكن لأحد الحديث عن وجود حق للمؤلف على شخصيته.

كذلك أكد هذا القضاء<sup>(٣)</sup> على أن استعمال صورة وجه إنسان لا يمكن أن يتم إلا بشرط احترام الحقوق الفنية للمؤلف، وكذلك حقوق الشخصية الثابتة لمن تم رسم ملامحه، وأن هذين النوعين من الحقوق لا يختلطان.

### المطلب الثالث

#### الحق في الصورة أحد مظاهر الحق في الحياة الخاصة

يرى أنصار هذا الاتجاه<sup>(٤)</sup> أن الحق في الصورة يُعد أحد مظاهر الحق في الحياة الخاصة، ومن ثم فإن صورة الشخص شأنها في ذلك شأن

(١) ممدوح خليل بحر: المرجع السابق، ص ١٣٧.

(٢) Trib. Paix de Narbonne, 4 mars 1905, D., 1905, II, p.391 ; Ann. Prop. Ind., 1905, p.225.

(٣) T.G.I. Seine, référé, 14 octobre 1960, princesse Soraya, Gaz.-Pal., 1961, 1, p.17.

صدر هذا الحكم في قضية الأميرة ثريا أسفندريا، حيث كانت صورتها قد نشرت عن طريق وضعها على غلاف نوع من الاسطوانات، بغرض الدعاية التجارية. (٤) في عرض هذا الاتجاه انظر: محمود عبد الرحمن محمد، نطاق الحق في الحياة الخاصة، دراسة مقارنة في القانون الوضعي (الأمريكي - الفرنسي - المصري) والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٢٣١ وما بعدها. ممدوح خليل بحر: المرجع السابق، ص ٢٣٦ وما بعدها.

حياته العاطفية والعائلية، بل تُعد من أكثر عناصر الحياة الخاصة قدسية بالنسبة له، ولا يمكن الحديث عن وجود حياة خاصة دون عنصر الصورة، لاستحالة تصوير إنسان دون وجه.

ويستند هذا الاتجاه في طرح وجهة نظره إلى أن الصلة بين الحق في الصورة والحق في احترام الحياة الخاصة وثيقة للغاية، ذلك أن قسّمات الشكل وملامح الوجه تُعد من أهم عناصر الحياة الخاصة، لأنها كما تعبر عن الشخصية الفيزيائية فهي تعبر - أيضاً - عن الشخصية المعنوية، وذلك بالقدر الذي تتم فيه حركة الجسم وتعبيرات الوجه عن الأفكار والمشاعر<sup>(١)</sup>، لذا فإن المساس بالحق في الصورة - طبقاً لهذا الاتجاه - لا ينطوي على مساس بالحق في احترام الحياة الخاصة وحسب، بل هو الذي يجعل المساس بالحق الأخير فاحشاً، أو لا يمكن احتمالته<sup>(٢)</sup>.

ولقد وجد هذا الاتجاه الفقهي صدىً له في بعض أحكام القضاء الفرنسي، والتي أقرت - هي أيضاً - بأن حق الإنسان على صورته هو أحد مظاهر الحق في الحياة الخاصة، ومن ذلك أن تصوير شخص وهو على فراش الموت ونشر هذه الصورة ولو بعد وفاته يُعد مساساً بجرمة حياته الخاصة، لأنه يؤذي مشاعر أقاربه وذويه<sup>(٣)</sup>.

كذلك قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ١٣ مارس سنة ١٩٦٥ م<sup>(٤)</sup>، بأن تصوير شخص بغير موافقته، بهدف استعمال

---

(1) LAILIVE (P.): Le droit à sa propre image, Rapport présenté au colloque international sur la réception des droit occidentaux en Turquie, Luxembourg, 27-30 juillet 1959, Annales de la faculté de droit d'Istanbul, T.XII, 1962, p.31.

مشار إليه لدى، هشام فريد رستم؛ المرجع السابق، ص ٢٨.

(2) LINDON (R.): Le droit de la personnalité, Dalloz, Paris, 1970, p.43.

(3) Trib. Civ. Seine, Ire ch., 16 juin 1858, précité.

(4) C.A. Paris, 13 mars 1965, J.C.P. éd. G., 1965, II, 14233.

هذه الصورة لأغراض تجارية، لهو من قبيل المساس بحرمة الحياة الخاصة لمن تعنيه هذه الصورة.

كما قضت المحكمة ذاتها في حكمها الصادر في ١٥ مايو سنة ١٩٧٠م<sup>(١)</sup>، بأن الحق في الصورة يعد أحد مظاهر الحياة الخاصة تماماً كالحق في الاسم، والحق في الصوت، والحق في الشرف والاعتبار. وفي ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٨٢م<sup>(٢)</sup>، عادت هذه المحكمة - أيضاً -

لتؤكد ارتباط الحق في الصورة بالحق في الحياة الخاصة، حيث قضت بأن الحق في الخصوصية يحول صاحبه حتى ولو كان فناناً مسرحياً أن يعترض على نشر صورته دون موافقته الصريحة، نظراً لارتباطها بشخصيته.

كذلك أقرت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٣ أبريل سنة ١٩٨٨م<sup>(٣)</sup>، أن لكل إنسان الحق في احترام حياته الخاصة، ومن ثم يحق لأي شخص الاعتراض على نشر صورته، حال كون هذه الصورة لم تؤخذ أثناء ممارسة حياته العامة.

---

(1) C.A. Paris, 15 mai 1970, D., 1970, juris., p.466.

(2) C.A. Paris, 25 octobre 1982, D., 1983, p.363, note LINDON (D.)

"Permet à toute personne, fut-elle artiste de spectacle, de s'opposer à la diffusion, sans autorisation expresse, de son image, attribut de sa personnalité"

(3) "Attendu qu'après avoir exactement retenu qu'un monarque avait, comme toute autre personne, droit au respect de sa vie privée et pouvait s'opposer à toute diffusion de son image dès lors qu'elle ne le représentait pas dans l'exercice de la vie publique."

Cass. Civ., 1re ch., 13 avril 1988, J.C.P. éd. G., 1989, II, 21320; Bull. Civ., 1988, I, N° 98, p.67.



## نقد هذا الاتجاه:

أنكر بعض الفقهاء<sup>(١)</sup> تكييف الحق في الصورة بأنه أحد مظاهر الحق في الحياة الخاصة، حيث يرون أن الحق في الصورة هو حق مستقل ومتميز عن الحق في الخصوصية، ذلك أن الحق الأخير ينتهي حينما تبدأ الحياة العامة للإنسان، في حين أن الحق في الصورة يخول صاحبه سلطة الاعتراض على تصويره، ولو كان ذلك أثناء ممارسته لحياته العامة، كما يخوله - أيضاً - سلطة الاعتراض على نشر صورته دون رضاه، أو خارج حدود هذا الرضا، وإذا كان هذا الرضا مفترضاً، وهو ما يتحقق حال التقاط الصورة أثناء ممارسة الإنسان لنشاطه العام، إلا أن ذلك لا يعني أن استعمال الصورة جائز على كل الوجوه، بل يتقيد هذا الاستعمال بحدود هذا الرضا المفترض<sup>(٢)</sup>.

وقد أيد القضاء الفرنسي في بعض أحكامه مبدأ استقلال الحق في الصورة عن الحق في الحياة الخاصة، ومن ذلك ما قضت به محكمة جراس الابتدائية في حكمها الصادر في ٢٧ فبراير سنة ١٩٧١م<sup>(٣)</sup> من أن الحق في

- 
- (1) BADINTER (R.): Le droit au respect de la vie privée, J.C.P. éd. G., 1968, I, 2136, n°25 ; En même sens v., NERSON (R.): Distinction du droit à l'image et du droit au respect de la vie privée, R.T.D.Civ., 1971, p.364 et s ; DOUVILLE ( T.): Notion d' « information » du public et droit à l'image des personnes, EDPF, 01 octobre 2009 n° 6, p. 2 ; DUPUY-BUSSON (S.) : art. précité.

أحمد محمد حسان: نحو نظرية عامة لحماية الحق في الحياة الخاصة في العلاقة بين الدولة والأفراد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، (٢٠٠١م، ص ٩٥. وفي عرض هذا النقد انظر: حسام الأهواني، المرجع السابق، ص ٧٦ وما بعدها

(٢) سعيد جبر: المرجع السابق، ص ١١٧.

- (3) T.G.I. Grasse, 27 février 1971, J.C.P. éd. G., 1971, II, 16734, note LINDON (R.).

الضرورة يمكن أن يكون محلاً للاعتداء أثناء ممارسة الإنسان لحياته العامة، ودون أن يكون هناك مساس بالحق في الخصوصية.

وقد أكدت محكمة باريس الابتدائية على هذا المعنى، حين ذهبت في حكمها الصادر في ٣ يولييه سنة ١٩٧٤م<sup>(١)</sup> إلى أن لكل إنسان حقاً خاصاً على صورته، يمكنه بمقتضاه أن يعترض على نشرها، حتى لو كان هذا النشر لا يمثل أي اعتداء على حرمة حياته الخاصة.

كذلك أقرت محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها مبدأ استقلال الحق في الصورة عن الحق في الحياة الخاصة<sup>(٢)</sup>، من خلال تأكيدها على أن بعض الاعتداءات على الحق في الصورة لا تُشكل بالضرورة اعتداءات على حرمة الحياة الخاصة، وتأكيدها أيضاً على أن الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة والاعتداء على حق كل فرد في صورته يشكلان مصدرين مختلفين للضرر، ويخولان الحق في تعويضات منفصلة<sup>(٣)</sup>.

ويبدو أن هناك اتجاه في الفقه المصري يميل إلى الأخذ بهذا الرأي، حيث ينظر إلى الحق في الصورة على أنه حق مستقل عن الحق في احترام الحياة الخاصة، ويدرجه تحت طائفة الحقوق العامة التي تحمي الكيان المعنوي للإنسان<sup>(٤)</sup>.

(1) T.G.I. Paris, 3 juillet 1974, J.C.P. éd. G., 1974, II, 17873, note LINDON (R.).

(2) Cass. Civ., 2ème ch., 6 janvier 1971, D., 1971, juris., p.263, note EDELMAN (B) ; J.C.P. éd. G., 1971, II, 16723, note LINDON (R.).

(3) " L'atteinte au respect dû à la vie privée et l'atteinte au droit de chacun sur son image constituent des sources de préjudice distinctes, ouvrant droit à des réparations distinctes ."

Cass. Civ., 1re ch., 12 décembre 2000, Bull. Civ., 2000, I, N° 321, p. 208 ; Cass. Civ., 1re ch., du 10 mai 2005, Bull. Civ., 2005, I, N° 206, p. 175.

(٤) حسن كيرة: المدخل الى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الخامسة، بدون سنة نشر، ص ٤٥٢. حسام الأهواني: المرجع السابق، =

## المطلب الرابع

### الحق في الصورة ذو طبيعة مزدوجة

يرى أنصار هذا الاتجاه<sup>(١)</sup> أن للحق في الصورة طبيعة مزدوجة، فهو أحياناً ما يكون قائماً بذاته ومستقلاً عن الحق في الحياة الخاصة، كما قد يكون في أحيان أخرى عنصراً من عناصرها.

وطبقاً لهذا الاتجاه، فإن الصورة متى تعلقت بحياة الشخص العاطفية أو العائلية أو الصحية فإن التقاطها أو نشرها بغير موافقة صاحبها يُعد انتهاكاً لحرمة حياته الخاصة، وعلى العكس من ذلك، فمتى تم التقاط صورة الشخص في مكان عام وبصورة علنية ودون مساس بأحد جوانب حياته الخاصة فإن عدم الحصول على إذن منه بالتقاط أو النشر يجيز له رد هذا الاعتداء، استناداً إلى الحق في الصورة، بصفته حقاً مستقلاً عن الحق في الحياة الخاصة<sup>(٢)</sup>.

ولأحكام القضاء الفرنسي دور كبير في تأكيد الطبيعة المزدوجة للحق في الصورة، فأحياناً ما نجد هذا القضاء يقيم أحكامه على أساس أن

---

=ص ٧٧. مدحت عبد العال: المسئولية المدنية الناشئة عن ممارسة مهنة الصحافة، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٩٤م، ص ٢٢١.

(١) سعيد جبر: المرجع السابق، ص ١٢٦ وما بعدها. حسام الأهواني: المرجع السابق، ص ٨٢. محمود عبد الرحمن محمد: المرجع السابق، ص ٢٣٧. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي: المرجع السابق، ص ٩٢ وما بعدها. خالد مصطفى فهمي: المرجع السابق، ص ٢٧٢. عماد حمدي حجازي: الحق في الخصوصية ومسئولية الصحفي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨م، ص ١٧٨. فهد محسن الديهاني: الطبيعة القانونية للحق في الصورة الشخصية وجماعته المدنية في القانون الكويتي، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد ٢٨، العدد ٥٦، محرم ١٤٢٤هـ - نوفمبر/ديسمبر ٢٠١٢م، ص ٢١٣.

(٢) صفية بشتان: الحماية القانونية للحياة الخاصة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، ٢٠١٢م، ص ٢٦٣.

الاعتداء على الحق في الصورة يحمي حرمة الحياة الخاصة لمن تعنيه هذه الصورة<sup>(1)</sup>، وأحياناً أخرى يقرر أن الصورة لا تعكس مظهراً من مظاهر الحياة الخاصة، ومع ذلك فإن نشرها يمس شخصية الإنسان، ومن ثم فهو يقيم قضاءه في هذه الأحوال استناداً إلى المساس بشخصية صاحب الصورة، دون حاجة إلى البحث عن أي انتهاك لحرمة الحياة الخاصة<sup>(2)</sup>.

وقد قيل في تبرير هذا الرأي، أنه إذا تم الاعتراف بأن الحق في الصورة هو أحد مظاهر الحياة الخاصة في جميع الأحوال، فإن ذلك يعني أحد أمرين، الأول: أن الحماية القانونية لن تمتد إلى صورة الإنسان التي التقطت أثناء ممارسة حياته العامة، وهو ما لا يؤيده القضاء الفرنسي، الذي يمد نطاق الحماية إلى حالات الضباط ونشر صور تمثل الأشخاص أثناء قيامهم بأنشطة عامة<sup>(3)</sup>، والثاني: أن الحق في احترام الحياة الخاصة للشخص سوف يمتد نطاقه إلى حياته العامة، وهو أمر متناقض في ذاته، ولا يمكن التسليم به<sup>(4)</sup>.

كذلك قيل أيضاً بأن الاعتراف باستقلال الحق في الصورة عن الحق في الحياة الخاصة في جميع الأحوال لهو أمر يناقض الواقع، فعلى سبيل المثال: لا يمكن التسليم بوجود هذا الاستقلال عندما تتعلق الصورة بالحياة الصحية أو العائلية للفرد، كتصوير إحدى الفنانات وهي على

---

(1) C.A. Paris, 13 mars 1965, J.C.P. éd. G., 1965, II, 14223; D., 1965, somm., p.114 ; C.A. Paris, 21 janvier 1972, Gaz.-pal., 1973, 1, p.375.

(2) T.G.I. Paris, 23 janvier 1971, J.C.P. éd. G., 1971, II, 16758 ; C.A. Paris, 15 janvier 1972, Gaz.-Pal., 1972, 1, p.309.

هذان الحكمان مشار إليهما لدى، سعيد جبر: المرجع السابق، ص ١٢٦، هامش ٢.

(3) T.G.I. Paris, 13 janvier 1974, D., 1974, p.550, note LINDON (R.)

مشار إليه لدى، هشام فريد رستم: المرجع السابق، ص ٤٠، هامش ٢.

(٤) جعفر محمود المغربي و حسين شاكر عساف: المرجع السابق، ص ٧٩.

فراش المرض، أو تصوير أخرى في مسكنها وهي تحتضن ابنها، ففي مثل هذه الحالات يتعذر القول بانفصال الحق في الصورة عن الحق في الحياة الخاصة<sup>(١)</sup>.

### المطلب الخامس

#### التكييف الزاجح للحق في الصورة

بعد عرض الآراء التي قيلت بشأن التكييف القانوني للحق في الصورة، ورغم وجهة الأسانيد التي ساقها كل فريق للتعبير عن رأيه أو وجهة نظره حول تكييف هذا الحق، إلا أنني اتفق مع الرأي الأخير، المؤيد للطبيعة المزدوجة للحق في الصورة، ذلك أن هذا الحق أحياناً ما يمثل مظهراً من مظاهر الحق في الحياة الخاصة، وفي أحيان أخرى يكون حقاً مستقلاً قائماً بذاته.

وبيان ذلك، أن التمييز أو الفصل الجامد بين الحق في الصورة والحق في احترام الحياة الخاصة، ينطوي على جانب من البصحة وجانب آخر يبعد عن الصواب، وكذلك الأمر بالنسبة لمن يرى التماثل أو التطابق التام بين الحقين، وإنما الأقرب إلى الصواب أنه لا يوجد انفصال تام بين الحقين ولا اندماج كامل بينهما، فالحق في الصورة ذو طبيعة مزدوجة<sup>(٢)</sup>. إضافة إلى ذلك، فإن هذا الاتجاه القائل بالطبيعة المزدوجة للحق في الصورة يتوافق مع مسلك المشرع المصري، والذي اعتبر أن الاعتداء على هذا الحق يشكل في حالات معينة مساساً بجرمة الحياة الخاصة<sup>(٣)</sup>، وفي حالات أخرى اعتبر المشرع ذاته أن الحق في الصورة هو حق مستقل<sup>(٤)</sup>.

- (١) في المعنى نفسه انظر: جسام الأهواني، المرجع السابق، ص ٧٧ وما بعدها.
- (٢) هشام فريد رستم: المرجع السابق، ص ٤١. مندوح خليل بحرة: المرجع السابق، ص ٢٣٩.
- (٣) راجع المواد ٣٠٩ مكرر، ٣٠٩ مكرر (أ) من قانون العقوبات المصري سابق الإشارة إليهما.
- (٤) راجع المادة ١٧٨ من القانون المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ م، بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية، سابق الإشارة إليها.

وعلى كل، فإن الحق في الصورة سواء أكان حقاً مستقلاً حال تعلق الصورة بالحياة العامة، أم كان أحد مظاهر الحق في الخصوصية متى تعلقت الصورة بالحياة الخاصة، فإنه يعتبر في كلا الحالتين من الحقوق اللبيقة بالشخصية، وذلك وفقاً للرأي الراجح في الفقه<sup>(١)</sup>، والقضاء<sup>(٢)</sup>.

وتكثيف الحق في الصورة بأنه من حقوق الشخصية يحقق مزية مهمة، حيث يمكن أن تشمل الحماية الوقائية المقررة في المادة ٥٠ من القانون المدني المصري - والتي تقابل المادة ٩ من القانون المدني الفرنسي - ومن ثم يحق لمن وقع اعتداء على صورته اللجوء إلى القضاء، طالبا

- (1) BIGOT (C.): La protection de l'image des personnes et les droits des héritiers, LEGICOM, 1995/4, n°10, p.28 ; MAZEAUD (H. L. et J.) et CHABAS (F.) : Leçons de droit civil, introduction à l'étude du droit, Montchrestien, t. I, 1er vol., 11ème éd., 1996, n° 797 ; CORNU (G.) : Droit civil, introduction, les personnes, les biens, Montchrestien, 10ème éd., 2001, n° 521 ; KAYSER (P.) : op. cit., p. 73 et s ; DUPUY-BUSSÓN (S.) : art. précité.

سعيد جبر: المرجع السابق، ص ١٢٧. مدحت عبد العال: المرجع السابق، ص ٢٢٢. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي: المرجع السابق، ص ٩٣. خالد مصطفى فهمي: المرجع السابق، ص ٢٧٢ وما بعدها. جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف: المرجع السابق، ص ٨١.

- (2) T. Corr. Grasse, 8 février 1950, D., 1950, juris., p. 712, note CARBONNIER (J.) ; C.A. Paris, 7ème ch., 27 février 1967, Sté de Presse Marcel Dassault c./ Dame Brigitte Bardot, D., 1967, juris., p.450, note FOULON-PIGANIOL ( J.) ; C.A. Paris, 7ème ch., 15 mai 1970, D., 1970, juris., p.466 ; T.G.I. Nanterre, 15 février 1995, Gaz. -Pal., 1995, 1, juris., p.282 ; T.G.I. Nanterre, 6 avril 1995, Gaz.-Pal., 1995, 1, juris., p.285 ; C.A. Versailles, 12ème ch., sect. 1, 8 juin 2000, Gaz.-Pal., 5-6 juillet 2000, flash de jurisprudence, p.46 ; C.A. Paris, 1re ch., 26 juin 2000, SNC Hachette Filipacchi Associés c./ Patrick Gaul, Gaz.-Pal., 2000, 2, somm., p.2806.

اتخاذ الإجراءات اللازمة لوقف هذا الاعتداء، دون حاجة لإثبات عنصري الخطأ والضرر<sup>(١)</sup>.

كذلك يحق لمن وقع اعتداء على صورته - أيضاً في إطار هذه المزية - المطالبة بالتعويض، دون حاجة لإثبات عنصري الخطأ والضرر، ذلك أن مجرد نشر الصورة بغير إذن صاحبها أو علمه يفترض معه توافر الخطأ والضرر، ومن ثم تكون الحماية هنا أكثر قوة وفعالية مما لو ترك الأمر لحكم القواعد العامة في المسؤولية المدنية، التي تتطلب إثبات عناصرها الثلاث من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، وحتى على فرض استطاعة المضرور إثبات هذه العناصر - رغم ما يكتنف ذلك من صعوبات - فإن قواعد هذه المسؤولية لا توفر إلا حماية لاحقة لوقوع الضرر، تتمثل في التعويض، والذي دائماً وأبداً لا يفلح من الناحية الفعلية في محو كل أثر للضرر<sup>(٢)</sup>، خاصة إذا كان هذا الضرر مغنوباً، كما هو الحال في الاعتداء على الحق في الصورة.

### المبحث الثاني

#### خصائص الحق في الصورة

#### تمهيد وتقسيم:

اتضح مما سبق، أن الحق في الصورة ينتمي إلى طائفة الحقوق اللصيقة بالشخصية، وتعرف الأخيرة بأنها الحقوق التي تنصب على مقومات وعناصر الشخصية في مختلف مظاهرها الطبيعية والمعنوية والفردية والاجتماعية، بحيث تعبر عما للشخص من سلطات مختلفة، وراة على هذه المقومات وعلى تلك العناصر، بقصد تنمية هذه الشخصية وحمايتها من اعتداء الغير<sup>(٣)</sup>.

(١) مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي: المرجع السابق، ص ٩٣.

(٢) حسام الأهواني: المرجع السابق، ص ١٤٥ وما بعدها.

(٣) أحمد سلامة: المدخل لدراسة القانون المدني، الكتاب الثاني، مطبعة نهضة

مصر، ١٩٦٨م، ص ١٨٩.

واستناداً إلى انتماء الحق في الصورة إلى طائفة الحقوق اللصيقة بالشخصية، فإنه لا شك أن هذا الحق سوف يتمتع بالخصائص ذاتها التي تتمتع بها هذه الطائفة من الحقوق.

وفي هذا المبحث، سوف أعرض لخصائص الحق في الصورة، في ضوء الخصائص التي تتمتع بها طائفة الحقوق اللصيقة بالشخصية، وذلك وفقاً للتقسيم التالي:

**المطلب الأول:** الحق في الصورة غير قابل للتصرف فيه.

**المطلب الثاني:** الحق في الصورة لا ينقضي بالتقادم.

**المطلب الثالث:** مدى قابلية الحق في الصورة للانتقال عن طريق الإرث.

### المطلب الأول

#### الحق في الصورة غير قابل للتصرف فيه

لما كان الحق في الصورة من الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان، فإنه يتميز بعدم قابليته للتصرف فيه، حيث يخرج عن دائرة التعامل، ومن ثم فلا يكون محلاً للبيع أو الوصية أو الهبة، كما أن التنازل عنه يقع باطلاً، ولو كان بصفة مؤقتة<sup>(١)</sup>.

كذلك نظراً لأن الحق في الصورة مرتبط ولصيق بشخصية الإنسان، فليس من المتصور أن يتغير صاحبه، أو أن يتخلص من الحماية الممنوحة لهذا الحق عن طريق التصرف فيه، كما لا يعقل أن يكون هذا الحق محلاً للتنازل أو الترك<sup>(٢)</sup>.

ومع ذلك، قد نرى في الواقع العملي أن الحق في الصورة يمكن أن يكون محلاً لاتفاقات متنوعة، رغم كونه من الحقوق اللصيقة بالشخصية، فهل تُجد هذه الاتفاقات من قبيل التصرف في الحق في الصورة أو التنازل عنه؟

(١) في المعنى نفسه انظر: صفية بساتن، المرجع السابق، ص ١٧٥.

(٢) في المعنى نفسه انظر: ممدوح خليل بحر، المرجع السابق، ص ٢٨٨.



واقع الأمر، أنه رغم انتماء الحق في الصورة إلى طائفة الحقوق اللصيقة بالشخصية، إلا أن ذلك لا يمنع أي شخص من الموافقة عن إنتاج صورته أو نشرها من قبل الغير، سواء أكان ذلك بالمجان أم بمقابل، فهذه الاتفاقات تُعد صحيحة إذا تمت بإرادة واعية خالية من العيوب، وكان الهدف منها مشروعاً<sup>(١)</sup>.

غير أن مثل هذه الاتفاقات لا يمكن تكييفها مطلقاً على أنها تنازل عن الحق في الصورة، فمن يأذن لغيره بتصويره أو نشر صورته إنما ينزل عن استعمال السلطات التي يخولها له هذا الحق، وليس النزول عن الحق في الصورة ذاته<sup>(٢)</sup>، بمعنى أنه يتنازل فقط عن سلطة الاعتراض على تصويره أو نشر صورته.

كذلك فإن هذه الاتفاقات - التي تكون صورة الشخص محلاً لها - تختلف عن الاتفاقات التي يكون محلها الحقوق المالية، حيث يستطيع من أبرم اتفاقاً يتعلق بصورته الشخصية الرجوع عن هذا الاتفاق، ورفض أي نشر لهذه الصورة قد يقع في المستقبل، فإذا تم النشر رغماً عن إرادته، كان له الحق في أن يمنع الجهة الناشرة من الاستمرار في هذا النشر، ذلك أن حق الناشر على صورة الشخص ليس مطلقاً<sup>(٣)</sup>، بل هو مقيد سواء من حيث وسيلة النشر أو نطاقه أو عدد مراته أو زمنه<sup>(٤)</sup>.

### المطلب الثاني

#### الحق في الصورة لا ينقضي بالتقادم

لا يخضع الحق في الصورة - كغيره من الحقوق اللصيقة بالشخصية - لقاعدة التقادم، حيث يظل حق الشخص على صورته قائماً، مهما طال عدم استعماله له، فسكوت الشخص عن الاعتراض

(1) NERSON(R.): Les droits extrapatrimoniaux, Thèse, Lyon, 1939, p.193.

(2) FERRIER (R.): La protection de la vie privée, Thèse, Toulouse, 1973, p.172.

(3) sens v., NERSON (R.): th. préc., p.191.

(٤) سعيد جبر: المرجع السابق، ص ١٣١.

على إنتاج صورته أو نشرها لا يعني حرمانه من حق الاعتراض هذا مهما طال الزمن<sup>(١)</sup>، كما لا يعني هذا السكوت - أيضاً - أن الناشر قد اكتسب حقاً تجاه صاحب الصورة، فحق الإنسان على صورته لا يرد عليه التقادم بصورته سواء المكسب أم المسقط<sup>(٢)</sup>.

غير أنه يجب التمييز في هذا الشأن بين الحق في الصورة ذاته ودعوى المسؤولية الناشئة عن الاعتداء على هذا الحق، حيث إن الأخيرة يمكن أن تنقضي بالتقادم، والذي يختلف مدته في القانون المصري عنه في القانون الفرنسي.

ففي القانون الفرنسي، تنقضي بالتقادم دعوى التعويض الناجم عن الاعتداء على الحق في الصورة - وذلك طبقاً للقواعد العامة - بمرور خمس سنوات، تبدأ من الوقت الذي يعلم فيه المضرور أو ينبغي عليه أن يعلم بالوقائع المنشئة لحقه في رفع الدعوى، باعتبارها من الدعاوى الشخصية، التي يشملها نص المادة ٢٢٢٤ من القانون المدني الفرنسي<sup>(٣)</sup>.

أما في القانون المصري، فإن هذه الدعوى تنقضي بالتقادم - طبقاً للقواعد العامة - بمضي ثلاث سنوات، تبدأ من اليوم الذي يعلم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه، وفي جميع الأحوال تنقضي هذه الدعوى بمرور ١٥ سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع<sup>(٤)</sup>.

(١) ممدوح خليل بحر: المرجع السابق، ص ٢٩١.

(٢) مصطفى محمد الجمال و عبد الحميد محمد الجمال: النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، ١٩٨٧م، ص ٢٧٨.

(3) Art. 2224, C.C.F., " Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. " Modifié par loi n°2008-561 du 17 juin 2008, portant réforme de la prescription en matière civile, J.O.R.F., n°141, du 18 juin 2008, p.9856.

(٤) راجع المادة ١٧٢ من القانون المدني المصري.

حدد أتى المشرع الدستوري في مصر بنص لا مثيل له  
فرنسي، حيث تنص المادة ٩٩ من الدستور المصري لسنة  
٢٠٠٠م على أن: "كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة  
الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها  
الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها  
بالتقادم.....".

ولما كان الاعتداء على الحق في الصورة أحياناً ما يشكل اعتداءً  
على حرمة الحياة الخاصة لصاحب الصورة، فهل يعني ذلك - وفقاً لهذا  
النص الدستوري - أن الاعتداء على الحق في الصورة متى شكل مناساً  
بجريمة الحياة الخاصة يُعد جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة  
عنها بالتقادم؟

واقع الأمر أنه رغم وجاهة هذا النص الدستوري، إلا أن بعض  
الفقهاء<sup>(١)</sup> لهم على هذا النص عدة ملاحظات، وهي كالتالي:

أولاً- أن عبارات هذا النص جاءت عامة ينقصها التحديد،  
حيث لا يمكن تطبيق هذا النص بذاته، بل لابد من وجود قانون يحدد مجال  
تطبيقه، من خلال النص على جرائم محددة تنجم عن الاعتداء على  
الحقوق والحريات العامة، مع تحديد العقوبة المقررة لكل جريمة منها،  
وهذا النقد كان قد وجه إلى نص المادة ٥٧ من الدستور المصري لسنة  
١٩٧١م (الملغى)، والذي يتشابه إلى حد كبير مع هذا النص، ومع ذلك  
فإن المشرع الدستوري في مصر لم يتلافى هذا النقد عند صياغة دستور  
سنة ٢٠١٤م.

ثانياً- ليس من المعقول أن يُعد كل اعتداء على حق أو حرية  
عامة جريمة، ذلك أن الحقوق والحريات العامة لا تدخل تحت حصر،

(١) محمود محمود مصطفى: حقوق المتهم في الدستور المصري والمقارن، مجلة مصر  
المعاصرة، س ٧٠، العدد ٣٧٥، ١٩٧٩م، ص ٦٥ وما بعدها. مدوح خليل  
بجر، المرجع السابق، ص ٢٩٣. حسام الأهواني: المرجع السابق، ص ٤٥٨  
وما بعدها.

كذلك فإن جميع الجرائم الواردة في قانون العقوبات تحمي بشكل أو بآخر الحقوق والحريات العامة، ولا يعقل بالتالي أن تكون جميع هذه الجرائم غير قابلة للتقادم، وإلا انقلب هذا الضمان الذي قصد به المشرع الدستوري تأمين حرية المواطنين وبالأعلى هذه الحرية، إذ إن التقادم يُعد من بعض النواحي ضماناً لسلامة إجراءات سلطة الدولة في العقاب، ووسيلة للاستقرار القانوني، لأن الجريمة تُنسى بمرور الزمن، ويصعب إثباتها بعد مدة، بل ويستحيل في بعض الأحيان.

**ثالثاً -** بغرض تحديد نطاق المادة ٥٧ من الدستور المصري لسنة ١٩٧١م (الملغي) - والتي تقابل نص المادة ٩٩ من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤م - أصدر المشرع المصري قانون الحريات العامة رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢م<sup>(١)</sup>، أضاف بمقتضى المادة الثالثة منه فقرة جديدة إلى المادة ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية، جاء نصها على النحو التالي: "أما في الجرائم المنصوص عليها في المواد ١١٧، ١٢٦، ٢٨٢، ٣٠٩ مكرر، ٣٠٩ مكرر(أ)، والجرائم المنصوص عليها في القسم الأول من الباب الثاني من قانون العقوبات، والتي تقع بعد تاريخ العمل بهذا القانون، فلا تنقضي الدعوى الجنائية الناشئة عنها بمضي المدة".

كذلك عدل هذا القانون - بمقتضى المادة الرابعة منه - نص المادة ٢٥٩ من قانون الإجراءات الجنائية، ليصير على النحو التالي: "تنقضي الدعوى المدنية بمضي المدة المقررة في القانون المدني، ومع ذلك لا تنقضي بالتقادم الدعوى المدنية الناشئة عن الجرائم المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ١٥ من هذا القانون، والتي تقع بعد تاريخ العمل به".

---

(١) القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢م، بشأن تعديل بعض النصوص المتعلقة بضمان حرية المواطنين في القوانين القائمة، الجريدة الرسمية، العدد رقم ٣٩، الصادر في ٢٨/٩/١٩٧٢م.

**رابعاً-** لما كان قانون الإجراءات الجنائية بعد تعديل نص المادة ١٥ منه، قد قرر صراحة عدم تقادم الدعاوى الجنائية الناشئة عن الجرائم المنصوص عليها في المواد ٣٠٩ مكرر و ٣٠٩ مكرر (أ)، والخاصة بالاعتداء على حرمة الحياة الخاصة للمواطنين، وكذلك إعمالاً لنص المادة ٢٥٩ من القانون ذاته بعد تعديلها، فإنه يستفاد من هذه النصوص أن الدعوى المدنية أو الجنائية الناشئة عن الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة للمواطنين لا تسقط بالتقادم، سواء وقع الاعتداء من شخص عادي أو من موظف عام.

**خامساً-** بيد أن الظروف التاريخية التي صدرت فيها المادة ٥٧ من الدستور المصري لسنة ١٩٧١م - والتي تقابل نص المادة ٩٩ من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤م - وما كشفت عنه التجربة من انحراف بعض مراكز السلطة في الدولة عن التزام القانون، وانتهاكها لحرمة الحياة الخاصة للمواطنين، يفيد أن قاعدة عدم سقوط هذه الدعاوى بالتقادم تنطبق فقط على الجزائم التي تقع من موظف عام، اعتماداً على سلطته الوظيفية، وما وقع من لبس في فهم هذه القاعدة إنما يرجع إلى عيب في صياغة نص المادة ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية، فالحكمة من النص على عدم التقادم هي حماية الأفراد ضد العدوان الصادر من المسؤولين في الدولة، اعتماداً على سلطاتهم ومراكزهم، وهو لا يتوافر حال وقوع الاعتداء من شخص عادي، ومن ثم فإن الدعوى المدنية أو الجنائية الناشئة عن الاعتداء على الحق في الصورة تخضع للقواعد العامة في التقادم، حتى لو تعلق هذه الصورة بجرمة الحياة الخاصة للمعتدى عليه، طالما أن هذا الاعتداء قد وقع من شخص عادي، حيث لا يوجد أي مبرر لاستثناء هذه الدعاوى من الخضوع لهذه القواعد العامة.

### **المطلب الثالث**

#### **مدى قابلية الحق في الصورة للانتقال عن طريق الإرث**

الأصل هو أن الحقوق اللصيقة بالشخصية لا تنتقل بوفاة الشخص، ذلك أن هذه الحقوق لصيقة بشخصية صاحبها، الأمر الذي يترتب عليه انقضاء هذه الحقوق متى انقضت هذه الشخصية.

غير أن هذا الأصل يرد عليه استثناء، فهناك بعض الحقوق اللصيقة بالشخصية تنتقل بالوفاة، وذلك كالحق الأدبي للمؤلف، حيث يتمتع الخلف العام للمؤلف بحقوق أدبية أبدية على المصنف، غير قابلة للتقادم أو التنازل<sup>(١)</sup>.

ومع ذلك، هناك بعض الحقوق اللصيقة بالشخصية تثار خلاف فقهي حول مدى قابليتها للانتقال عن طريق الإرث، ولعل أهم هذه الحقوق هو الحق في الخصوصية، والحق في الصورة، وإن كان الخلاف قد أثير بشأن الحق الأخير بصورة أسبق منه في مجال الحق في الخصوصية، نظراً لأسبقية الاعتراف بوجود الحق في الصورة<sup>(٢)</sup>.

وقد تمخض الخلاف الفقهي بشأن مدى قابلية الحق في الصورة للانتقال بالإرث عن ظهور اتجاهين فقهيين، يرى الأول منهما: أن الحق

---

(١) تنص المادة ١٤٣ من القانون المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م، بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية، على أن: "يتمتع المؤلف وخلفه العام - على المصنف - بحقوق أدبية أبدية غير قابلة للتقادم أو للتنازل، وتشمل هذه الحقوق ما يلي: أولاً - الحق في إتاحة المصنف للجمهور لأول مرة.

ثانياً - الحق في نسبة المصنف إلى مؤلفه.  
ثالثاً - الحق في منع تعديل المصنف تعديلاً يعتبره المؤلف تشويهاً أو تحريفاً له، ولا يعد التعديل في مجال الترجمة اعتداءً، إلا إذا أغفل المترجم الإشارة إلى مواطن الخلف أو التغيير أو أساء بعمله لسمعة المؤلف ومكانته."

هذه المادة تقابل نص المادة (١٢١ - ١) من قانون الملكية الفكرية الفرنسي، والتي تقضي بانتقال الحق الأدبي للمؤلف إلى ورثته، والتي أجازت كذلك انتقال هذا الحق بالوصية إلى شخص معين.

Art. L121-1: " L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre.

Ce droit est attaché à sa personne.

Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible.

Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur.

L'exercice peut être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaires."

(٢) حسام الأهواني: المرجع السابق، ص ١٦٥.

في الصورة ينقضي كغيره من الحقوق الشخصية بوفاة صاحبه، في حين يرى الاتجاه الثاني: أن الحق في الصورة ينتقل إلى ورثة الشخص باعتباره تركة معنوية.

وقبل أن أتعرض لهذين الاتجاهين بالتحليل، فإنه ينبغي أن أنوه إلى أن هذا الخلاف لا يثور بشأن الحق في الاعتراض على التقاط الصورة، ذلك أن حق الإنسان في الاعتراض على التقاط صورته ينقضي بالوفاة، ولا يتصور انتقاله إلى ورثته، كما أنه في حالة تصوير جثمان شخص ميت فإننا نكون بصدد حق شخصي للأقارب في الاعتراض على تصوير هذا الجثمان أو نشر صورته، ولا يمكن القول بأن هذا الحق انتقل إليهم من قريبهم المتوفى، ذلك أنه لا يتصور أن يثبت لشخص الحق في الاعتراض على تصوير جثمانه بعد وفاته، حتى يمكن القول بأن هذا الحق قد انتقل إلى الورثة<sup>(١)</sup>.

ولكن يبقى التساؤل قائماً بالنسبة لحق الاعتراض على نشر الصورة، فهل ينتقل هذا الحق إلى الورثة أم ينقضي بالوفاة؟

والإجابة عن هذا التساؤل، سوف تتضح من خلال التعرض للاتجاهين الفقهيين اللذين تقاسما هذه الإجابة، وذلك على النحو التالي:  
الاتجاه الأول - انقضاء الحق في الاعتراض على نشر الصورة بوفاة صاحبه:

يرى هذا الاتجاه الفقهي<sup>(٢)</sup> أن الحقوق للصيقة بشخصية الإنسان بصفة عامة - ومنها الحق في الحياة الخاصة والحق في الصورة - تنقضي

(١) سعيد جبر: المرجع السابق، ص ١٣٦.

(2) FERRIER (R.): th. préc., p.177; BEIGNIER (B.) : Note sous Cass. Civ., 14 décembre 1999, D., 2000, juris., p.372 ; MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.) : Course de droit civil, les personnes, les incapacités, 5ème éd, Cujas, 2002, No139 ; v. en ce sens, THOMAS (S.): Droit d'auteur et dévolution successorale du droit moral, D.E.A., Université Robert SCHUMAN de Strasbourg, 2001-2002, p.6.

بموت صاحبها، نظراً لفناء الشخصية القانونية لهذا الأخير، الأمر الذي لا يمكن معه قبول فكرة انتقال هذه الحقوق للورثة.

ويستند هذا الاتجاه في عرض وجهة نظره إلى طبيعة الحقوق اللصيقة بالشخصية، فهي ما وجدت إلا لحماية الأحياء فقط، ولا يمكن بحال أن يستفيد منها الأموات، ومن ثم تنتهي هذه الحقوق بنهاية صاحبها، ولا تنتقل إلى الورثة<sup>(١)</sup>.

كما يرى هذا الاتجاه - أيضاً - أنه لا يمكن الاستناد إلى فكرة امتداد شخصية المورث في شخص ورثته، حيث إن هذه الفكرة ما وجدت إلا لتفسير انتقال الحقوق المالية فقط من المورث إلى ورثته، ومن ثم لا يجوز التوسع فيها وتطبيقها في مجال الحقوق اللصيقة بالشخصية، والتي تحتاج ممارستها إلى تقدير شخصي ونفسي مطلق من جانب صاحبها، وليس من قبل أي شخص آخر، حتى ولو كان وارثه<sup>(٢)</sup>.

**الاتجاه الثاني - انتقال الحق في الاعتراض على نشر الصورة إلى الورثة:**

يرى هذا الاتجاه<sup>(٣)</sup> أن مبدأ عدم انتقال الحقوق اللصيقة بالشخصية إلى الورثة يجب ألا يؤخذ على إطلاقه، ذلك أن هذه الحقوق إذا كانت تستهدف حماية الكيان المعنوي للإنسان حال حياته، فإن تأكيد هذه الحماية يجب أن يمتد إلى ما بعد الوفاة، فالكيان المعنوي للإنسان لا يندثر، وذلك بعكس الكيان المادي، فالحق في الحياة - مثلاً - لا بد وأن ينقضي بالوفاة، حيث يزول بطبيعة الحال كل سبب لوجوده، وهو ما ينطبق كذلك على حق الشخص في الاعتراض على التقاط صورته، فبعد

---

(١) ممدوح خليل بحر: المرجع السابق، ص ٢٩٥، والمراجع المشار إليها لدى سيادته في الهامش.

(٢) في الإشارة لهذه الفكرة انظر: حسام الأهواني، المرجع السابق، ١٦٩. وأنظر أيضاً: مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي: المرجع السابق، ص ١٣٥.

(٣) في عرض هذا الاتجاه انظر: حسام الأهواني، المرجع السابق، ص ١٧٠ وما بعدها، والمراجع المشار إليها لدى سيادته.



الوفاة يختفي الجسم ولا تثار مسألة تصويره، وذلك بعكس الحال بالنسبة لنشر الصورة، حيث إن ذلك يتعلق بالكيان المعنوي للشخصية.

وانطلاقاً من هذه الفكرة، يرى أنصار هذا الاتجاه أنه يحق للورثة الاعتراض على نشر صورة مورثهم، بيد أن هؤلاء الفقهاء اختلفوا فيما بينهم حول أساس هذا الحق<sup>(١)</sup>.

فذهب البعض منهم<sup>(٢)</sup> إلى أن سلطة الورثة في الاعتراض على نشر صورة مورثهم تستند إلى حق شخصي خاص بهم، ولا يوجد أساس لفكرة انتقال حق المورث إليهم، ذلك أن نشر هذه الصورة يمس مشاعرهم تجاه مورثهم، ومن ثم تثبت لهم مصلحة أدبية في الاعتراض على هذا النشر.

وتأسيس دعوى الورثة على فكرة المصلحة العاطفية، يؤدي في نظر هؤلاء الفقهاء إلى تمكين القضاء من استبعاد كل ادعاء قائم على اعتبار مالي، بعيداً عن العاطفة السامية التي تتمثل في بر الأقارب تجاه قريبهم المتوفي، كما يؤدي هذا الأساس - أيضاً - إلى نتيجة أخرى مؤداها أن نزول الوارث عن حقه في الميراث لا يترتب عليه بالضرورة حرمانه من سلطة الاعتراض على نشر صورة مورثه، فهذا النزول مجرد الوارث من صفته كخلف عام على مال مورثه، إلا أنه لا يجرده من صفته كقريب تربطه بالمورث عاطفة معينة<sup>(٣)</sup>.

في حين يرى فقهاء آخرون<sup>(٤)</sup> أن حق الورثة في الاعتراض على نشر صورة مورثهم هو الحق ذاته الذي كان ثابتاً للأخير، وقد انتقل إليهم بالوفاة.

(١) في عرض هذا الخلاف انظر: سعيد جبر، المرجع السابق، ص ١٣٧.

(2) FOUGEROL (H.): th. préc., p.128 et s.; KAYSER (P.): op. cit., p.84.

فهيد محسن الدبحاني: المرجع السابق، ص ٢٠٨.

(٣) سعيد جبر: المرجع السابق، ص ١٣٧ وما بعدها.

(4) BLONDEL (P.): La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel, L.G.D.J., Paris, 1969, p.64 et s. =

ويستند هؤلاء الفقهاء فيما ذهبوا إليه إلى المادة ١٦٢ من مشروع تنقيح التقنين المدني الفرنسي، والتي جاء نصها على النحو التالي: "للشخص أن يطلب وقف عرض أو نشر أو استعمال صورته، ويثبت هذا الحق أيضاً بعد وفاته للزوج الباقي على قيد الحياة، وللأقارب المباشرين من الدرجة الأولى، متى نشرت صورة المتوفى أو عرضت أو استعملت في ظروف من شأنها المساس بشرفه واعتباره"<sup>(١)</sup>.

ويبدو أن القضاء الفرنسي يؤيد ما ذهب إليه الاتجاه الأول، الذي يؤسس حق الورثة في الاعتراض على نشر صورة مورثهم استناداً إلى حق شخصي، يقوم على المصلحة العاطفية"<sup>(٢)</sup>.

فعلى سبيل المثال، قبلت محكمة باريس الابتدائية في حكمها الصادر في ٤ نوفمبر سنة ١٩٨٧ م<sup>(٣)</sup> فكرة التضامن بين الأقارب، عن تجمعهم رابطة الدم أو المنتمين إلى أسرة واحدة، كأساس للسماح لهم بالمطالبة بالتعويض عن التعدي على الحقوق اللصيقة بشخصية مورثهم.

كذلك قبلت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٢٠ يونيو سنة ١٩٩٠ م<sup>(٤)</sup> فكرة وحدة أفراد العائلة، كأساس للمطالبة بالتعويض عن الاعتداء على الحقوق اللصيقة بشخصية مورثهم، معتبرة

---

= MARTIN (L.): Le secret de la vie privée, R.T.D.Civ., 1959, p. 244.

(1) " En cas de publication d'exposition ou d'utilisation de l'image d'une personne, celle-ci peut.... demander qu'il y soit mis fin ..... le même droit appartient ou conjoint et au parent en ligne directe au premier degré d'une personne décédée dont l'image serait publiée, exposée ou utilisée après son décès dans des conditions de nature à porter atteinte à son honneur ou à sa considération. "

مشار إليه لدى، سعيد جبر: المرجع السابق، ص ١٢٨ وما بعدها.

(2) BIGOT (C.): art. préc., p.32.

(3) T.G.I. Paris, 1re ch., 4 novembre 1987, D., 1988, S.C., p.200.

(4) Cass. Civ., 2ème ch., 20 juin 1990, Légipresse, n° 87, obs. ADER (B.).

أن هذا الاعتداء يسبب ضرراً لكل عضو في هذه العائلة، بالنظر إلى صلة القرابة التي تربطهم بالضحية (المورث).

أيضاً يبدو أن الأساس الذي استند إليه الاتجاه الأول، لتبرير حق الوراثة في الاعتراض على نشر صورة مورثهم، قد وجد صدقاً له في المادة الثامنة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والتي نصت الفقرة الأولى منها على أن: "كل شخص له الحق في احترام حياته الخاصة والعائلية ....."<sup>(١)</sup>

فهذا النص يشير بوضوح إلى حق كل شخص في أن تحترم حياته العائلية، وهو ما يعني حق كل فرد في العائلة في رد أي اعتداء يقع على أحد أفرادها، بما يمس سمعة العائلة أو كرامتها أو يمثل امتهاناً لها، وسواء وقع الاعتداء على هذا الفرد حال حياته أم بعد وفاته، وهو ما ينطبق بالطبع على الحقوق اللصيقة بالشخصية للمعتدى عليه، ومنها الحق في الصورة<sup>(٢)</sup>.

وأياً ما كان الأمر، فإن الخلاف الفقهي حول أساس حق الوراثة في الاعتراض على نشر صورة مورثهم هو مسألة نظرية، لا أثر لها على الواقع العملي، فسواء اعتبرنا حق الأقارب في الاعتراض حقاً خاصاً بهم أو أنه الحق نفسه الذي كان ثابتاً للمتوفى وقد انتقل إليهم، فإن ذلك لن يغير من الأمر شيئاً، حيث إنه - وكما اتضح سابقاً - لا يوجد خلاف حول ما هو ثابت للأقارب من سلطة الاعتراض على نشر صورة مورثهم<sup>(٣)</sup>.

- (1) Art. 8, Droit au respect de la vie privée et familial :  
" 1- Tout personne a droit au respect de sa vie privée et familial...."  
Convention européenne des droit de l'homme, disponible sur le site suivant :  
[http://www.echr.coe.int/Documents/convention\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/convention_FRA.pdf)
- (2) En ce sens v., BIGOT (C.): art. préc., p.10 et s.  
(٣) سعييد جبر: المرجع السابق، ص ١٤٠.

وأخيراً يثور التساؤل التالي : إذا كان من الثابت أن للأقارب سلطة الاعتراض على نشر صورة مورثهم ، فهل يجوز لهؤلاء الورثة - استناداً إلى هذا الحق - سحب الرضا الصادر من مورثهم قبل وفاته خاصة إذا كان النشر قد بدأ وهو على قيد الحياة ؟

وللإجابة عن هذا التساؤل ، يفرق الفقه والقضاء في هذا الشأن بين حالتين<sup>(١)</sup> :

**الحالة الأولى :** إذا كان الرضا الصادر من المورث قد انصب على نشر الصورة في ظروف ليس من شأنها المساس بمشاعر الأقارب ، فهنا لا يحق للأخيرين سحب الرضا الصادر من مورثهم ، كما لو كان الأخير قد رضي قبل وفاته بعرض صورته الشخصية في واجهة محل للتصوير ، ذلك أن الموافقة الصادرة حالة حياته تظل صالحة لاستمرار نشر صورته بعد وفاته<sup>(٢)</sup> .

**الحالة الثانية :** إذا انصب رضا المورث على نشر صورته في ظروف من شأنها المساس بمشاعر أقاربه وأحاسيسهم ، فهنا يحق لهؤلاء سحب الرضا الصادر من مورثهم ، ذلك أن المساس بمشاعر هؤلاء الأقارب على هذا النحو ينشئ لهم مصلحة جديدة ومشروعة ، تبرر حقهم في الاعتراض على هذا النشر بعد وفاة مورثهم<sup>(٣)</sup> .

---

(١) في عرض هذه المسألة انظر : عماد خليل بحر ، المرجع السابق ، ص ٣٠٤ ، والأحكام المشار إليها لدى سيادته في هوامش الصفحات ٣٥٤ : ٣٥٦ . وانظر أيضاً : مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي ، المرجع السابق ، ص ١٩٦ .

(٢) حسام الأهواني : المرجع السابق ، ص ١٩٦ .

(3) Trib. Civ. Seine, 13 mai 1859, N.c./ Deffonds, D., 1866, V, p.386 ; Trib. Civ. Seine l1 novembre 1859, Sergent c./ Deggonds, Ann. Prop. Ind., 1860, p.168 ; Trib. Civ. Seine, 14 mars 1860, Ann. Prop. Ind., 1884, p.254.

## الفصل الثالث

### نطاق مسئولية الصحفي المدنية

#### الناجمة عن الاعتداء على الحق في الصورة

تمهيد وتقسيم:

اتضح مما سبق، أن الحق في الصورة يعني حق كل إنسان في أن يعترض على إنتاج صورته أو على نشرها بغير رضاه، وذلك مهما كانت الطريقة المستخدمة في إنتاج الصورة، أو الغرض الذي من أجله تم نشرها. ولكن أمام مبدأ حرية الصحافة، وباعتبارها أحد وسائل الحق في التعبير عن الرأي، الذي كفلته العديد من المواثيق الدولية وكذلك الدساتير الوطنية، وكذلك لما كانت الصورة تمثل - في وقتنا الحاضر - أحد أهم وسائل الصحافة في نشر رسالتها، لذا فإن هذه الأمور قد يراها بعض الصحفيين من ضعاف النفوس بمثابة تكئة، تبرر لهم الاعتداء على حق الغير في صورته.

وعلى ذلك، رأيت أن أتعرض في هذا الفصل لنطاق المسئولية المدنية للصحفي، الناجمة عن الاعتداء على الحق في الصورة، من خلال بيان حالات انعقاد هذه المسئولية، وحالات استبعادها، وذلك طبقاً للتقسيم التالي:

**المبحث الأول:** حالات انعقاد مسئولية الصحفي المدنية الناجمة عن الاعتداء على الحق في الصورة.

**المبحث الثاني:** حالات استبعاد مسئولية الصحفي المدنية عن استعمال صور الأشخاص.

### المبحث الأول

#### حالات انعقاد مسئولية الصحفي المدنية

#### الناجمة عن الاعتداء على الحق في الصورة

تمهيد وتقسيم:

لا جدال في أن الصورة الصحفية تجاوزت مرتبة الكلمة المقروءة، بل وتجاوزت كل حدود اللغة، لتكون هي العنوان، وهي ذاتها

التفاصيل، واحتلت المكان الأبرز في بلاط صحابة الجلالة، خاصة بعدما أحدثته الثورة التكنولوجية في حياتنا، وما ترتب على ذلك من اختصار للوقت اللازم لإنتاج الصورة، ليصبح جزءاً من الثانية<sup>(١)</sup>.

بيد أن العمل الصحفي يقوم على عنصر السرعة والسبق، في إطار من المنافسة بين مختلف المؤسسات الصحفية، ولكن مع ضرورة التقيد باحترام التشريعات والمواثيق المنظمة لممارسة هذه المهنة، إضافة إلى احترام حقوق الغير، وإلا انعقدت مسؤولية الصحفي المدنية حال الاعتداء على هذه الحقوق، ومنها بالطبع الحق في الصورة.

وأمام هذه الحقائق تثار التساؤلات التالية: هل يتعين على الصحفي ضرورة الحصول على رضا صاحب الصورة في كل حالة يكون فيها الأخير موضوعاً لعمل صحفي؟ وما هي صور العمل الصحفي التي يتحقق معها الاعتداء على الحق في الصورة؟

والإجابة عن هذه التساؤلات تتضح من خلال تعريف الحق في الصورة - السابق ذكره - فمن خلال هذا التعريف، يتضح أنه يتعين على الصحفي ضرورة الحصول على رضا صاحب الصورة، في كل حالة تكون فيها هذه الصورة مادة لعمل صحفي<sup>(٢)</sup>، سواء كان هذا العمل مقالاً أم تقريراً أم غير ذلك من تقسيمات وأشكال الكتابة الصحفية.

كذلك يتضح من خلال هذا التعريف - أيضاً - أن مضمون الرضا الصادر من صاحب الصورة، يتعين أن ينصب على إنتاج الصورة، وكذلك على نشرها، ذلك أن الرضا بإنتاج الصورة لا يعني بالضرورة رضا صاحبها على هذا النشر.

(١) علاء بدرانة: الصورة الصحفية بين المهنة والممارسة، مجلة مدني، تصدر عن المركز الفلسطيني للتنمية والحريات الإعلامية، العدد السابع، تموز ٢٠١٢م، ص ٥.

(2) BEAL (Ch.): Jurisprudence ou du droit à l'image, Mon image m'appartient-elle ?, éd. M-Editer, 2010, p.11.

وعلى ذلك، تنحصر حالات انعقاد المسؤولية المدنية للصحفي الناجمة عن الاعتداء على الحق في الصورة في فرضين، الأول: إنتاج الصورة دون إذن صاحبها، والثاني: نشر الصورة دون إذن صاحبها، ومن ثم فإن هذين الفرضين هما موضوع هذا البحث، والذي سأقسمه مطلبين، وذلك على النحو التالي:

**المطلب الأول: الإنتاج الصحفي للصورة الشخصية دون إذن صاحبها.**

**المطلب الثاني: النشر الصحفي للصورة الشخصية دون إذن صاحبها.**

### **المطلب الأول**

#### **الإنتاج الصحفي للصورة الشخصية دون إذن صاحبها**

إذا كان من المتعين على الصحفي الحصول على إذن صاحب الصورة لإمكان إنتاجها، فإن بعض الفقهاء<sup>(1)</sup> يرون أن مضمون الإذن الصادر من صاحب الصورة لا ينصرف إلا إلى إنتاج الصورة بالوسائل الحديثة، كالتصوير الفوتوغرافي، والتي يطلق على إنتاج الصورة عن طريقها لفظ "التقاط"، أما إنتاج الصورة الذي يتم بالرسم بأنواعه المختلفة، فلا تثار مسألة رضا صاحب الصورة عنه، ذلك أن هذا النوع من إنتاج الصورة، يتطلب عادة سكون صاحبها في وضع معين فترة من الزمن، قد تطول أو تقصر، حتى ينتهي المصور من عمله، وهو ما يفترض معه توافر الرضا بالتصوير من قبل صاحب الصورة في الغالب الأعم من الحالات.

غير أن ما ذهب إليه هؤلاء الفقهاء هو محل نظر، ذلك أن إنتاج الصورة عن طريق الرسم قد لا ينم بالضرورة عن الرضا المفترض من جانب صاحبها، فقد تساهم قدرة المصور في التخيل على رسم صورة

---

(1) En même sens v., STOUFFLET (J.): Le droit de la personne sur son image, quelques remarques sur la protection de la personnalité, J.C.P., 1957, I, 1374, no13; BECOURT (D.) Le droit de la personne sur son image, L.G.D.J., Paris, 1969, p.9.

لشخص من واقع مخيلته، دون أدنى رضا لمن تعنيه الصورة<sup>(1)</sup>، كما يمكن لأي مصور أن يقوم برسم صورة لشخص ما من واقع صورة الأخير الفوتوغرافية، ودون حاجة لتواجهه بشخصه، فهناك ثور مسألة رضا صاحب الصورة، خاصة إذا كان المصور قد حصل على هذه الصورة الفوتوغرافية بطريق غير مشروع، وحتى على فرض مشروعية حصوله عليها من خلال إذن صادر من صاحبها، فإن ذلك لا يعني إمكان قيام المصور بإنتاج أو استنساخ صور منها، بغير موافقة صاحبها.

ولكن يمكن القول أن اختراع وسائل التصوير الحديثة قد ساهم في تزايد حالات الاعتداء على الحق في الصورة، نظراً لانتشار هذه الوسائل - حتى من خلال الهواتف المحمولة - واختصار زمن التقاط الصورة ليصبح جزءاً من الثانية، لدرجة لا يمكن معها للمعتدى على صورته أن يشعر بأن أحداً ما قد التقط صورته.

وعلى ذلك، يتعين على الصحفي أن يحصل على رضا صاحب الصورة، إذا أراد إنتاج صورة لهذا الشخص، وذلك مهما كانت الوسيلة المستعملة في إنتاج هذه الصورة، ذلك أنه لا يشترط للقول بوجود اعتداء على الحق في الصورة أن يتم نشرها، حيث إن مجرد إنتاج الصورة كافٍ بذاته لتحقيق هذا الاعتداء<sup>(2)</sup>.

فإذا ما أهمل الصحفي في الحصول على رضا صاحب الصورة، قبل قيامه بإنتاجها، عُده منتهكاً لحق الأخير في صورته، الأمر الذي يسمح له باللجوء إلى القضاء لوقف هذا الاعتداء أو منعه، دون إخلال بمحقه في المطالبة بالتعويض، وذلك طبقاً للمادة ٩ من القانون المدني الفرنسي، والتي تقابل المادة ٥٠ من القانون المدني المصري.

- 
- (1) LINDON (R.): Les droits de la personnalité, op. cit., p.25 et 29.
  - (2) DRAI (L.): Vers la fin du droit absolu à l'image, P.A., 16 septembre 2005, no185, p.8.



ولا يشترط لإمكان ممارسة صاحب الصورة لحقه في اللجوء إلى القضاء، لوقف الاعتداء أو منعه أو للمطالبة بالتعويض، أن يتقيد بما أورده المشرع الجنائي - سواء الفرنسي أم المصري - بشأن جريمة الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة، من ضرورة أن يتم فعل الالتقاط لصورة الشخص أثناء تواجده في مكان خاص، حيث إن فعل الالتقاط كافٍ بذاته لقيام الاعتداء على الحق في الصورة، حتى لو كانت الأخيرة لا تمثل أحد عناصر الحياة الخاصة للمعتدى عليه<sup>(١)</sup>.

وقد تواترت أحكام القضاء الفرنسي على تأكيد أن مجرد الالتقاط كافٍ بذاته لقيام الاعتداء على الحق في الصورة، ومن ذلك ما أشارت إليه محكمة السين التجارية في حكمها الصادر في ١٣ يونيو سنة ١٨٩٢م<sup>(٢)</sup>، من أن صورة الشخص لا يمكن من حيث المبدأ أن تلتقط أو تعرض بغير رضاه. ومن ذلك أيضاً ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٣٠ يونيو ٢٠٠٤م<sup>(٣)</sup>، من أن لكل شخص - من حيث المبدأ - حق حصري ومطلق على صورته، يسمح له بالاعتراض على تثبيتها أو إنتاجها.

كما قضت المحكمة ذاتها في حكمها الصادر في ٧ مارس سنة ٢٠٠٦م<sup>(٤)</sup>، بضرورة الحصول على الرضا الصريح من الشخص المعني، حال التقاط صورته.

كذلك في إطار الاتحاد الأوروبي، فقد أقرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في حكمها الصادر في ١٥ يناير سنة ٢٠٠٩م، بأن حق الإنسان في حماية صورته يشكل أحد المكونات الأساسية لتكامل

(١) حسام الأهواني: المرجع السابق، ص ٧٦ وما بعدها.

(٢) Trib. Com. Seine, 13 juin 1892, précité.

(٣) Cass. Civ., 2ème ch., 30 juin 2004, Bull. Civ., 2004, II, N°340, p.286.

(٤) Cass. Civ. 1re ch., 7 mars 2006, Bull. Civ., 2006, I, N°139, p.128.

الشخصية، وهو يقتضي بصفة أساسية سيطرة الإنسان على صورته، وهي سيطرة تسمح للإنسان في معظم الحالات بإمكانية رفض بث صورته، كما تشمل هذه السيطرة أيضاً حق الإنسان في الاعتراض على التقاط صورته، وحفظها، واستنساخها، من قبل الآخرين<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### النشر الصحفي للصورة الشخصية دون إذن صاحبها

اتضح مما سبق، أن حق الإنسان على صورته كما يخوله حق الاعتراض على إنتاجها، فإنه يخوله أيضاً حق الاعتراض على نشرها، متى تم ذلك بغير الحصول على إذن صاحب الصورة، وهو ما ينطبق بالطبع على النشر الصحفي.

وقد أكد المشرع المصري صراحة على هذا المبدأ، حينما نص في المادة ١٧٢ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية - سألغة الذكر - على أن: "لا يحق لمن قام بعمل صورة لآخر أن ينشر أو يعرض أو يوزع أصلها أو نسخاً منها دون إذنه أو إذن من في الصورة جميعاً، ما لم يتفق على خلافه".

ويتطبيق هذا النص على المجال الصحفي، فإن نشر صورة شخص في إحدى الجرائد أو المجلات يُعد عملاً غير مشروع، متى تم النشر

- (1) " Le droit de la personne à la protection de son image constitue ainsi l'une des composantes essentielles de son épanouissement personnel et présuppose principalement la maîtrise par l'individu de son image. Si pareille maîtrise implique dans la plupart des cas la possibilité pour l'individu de refuser la diffusion de son image, elle comprend en même temps le droit pour lui de s'opposer à la captation, la conservation et la reproduction de celle-ci par autrui. "

CEDH, 15 janvier 2009, Affaire Reklou et Davourlis c./ Grèce, Requête n° 1234/05, disponible sur : <http://www.hudoc.echr.coe.int/>

بغير إذن صاحب الصورة، حيث يُعد فعل النشر هنا اعتداء على الحق في الصورة، وهو - كما اتضح سابقاً - أحد الحقوق للصيقة بالشخصية.

ويلاحظ أن صفة عدم المشروعية، التي تلحق بنشر صور الأشخاص دون إذنه، لا تتطلب لتوافرها ثبوت ضرر محدد أصاب أحدهم، كما لا تتطلب أيضاً ثبوت ارتكاب خطأ معين من جانب الصحفي الذي قام بالنشر، أو توافر سوء النية لديه<sup>(١)</sup>.

ومع ذلك، فإن نشر صورة إنسان بغير إذنه يمكن أن يصيب الأخير بضرر معين، يتمثل إما في تشويه شخصيته، أو استغلال هذه الصورة بشكل غير مشروع<sup>(٢)</sup>، وهو ما سيتضح على النحو التالي:  
**أولاً- تشويه شخصية الإنسان بنشر صورته:**

لما كان شكل الإنسان سمة مميزة له، وبصمة خارجية لذاته، وعاملاً أساسياً - في أغلب الأحيان - لنجاحه أو فشله، فإن التدخل أو التعديل في صورة هذا الإنسان، أو إضافة بعض اللمسات لها، قد يترتب عليه تشويه شخصيته، وإظهاره بمظهر يسيء إليه في نظر الجمهور<sup>(٣)</sup>.

ويُطلق على إجراءات التعديل في صورة الشخص اصطلاحاً لفظ *Le montage*، وقد استعمل المشرع الفرنسي هذا الاصطلاح للمرة الأولى في القانون رقم ٧٠ - ٦٤٣ والصادر في ١٧ يولييه ١٩٧٠م، والذي بمقتضاه أضيفت المادة ٣٧٠ إلى قانون العقوبات الفرنسي القديم، والتي جرم المشرع بمقتضاها نشر الصور والمحدثات المركبة، بغير رضا الشخص المعني بها<sup>(٤)</sup>.

(١) في المعنى نفسه انظر: سعيد جبر، المرجع السابق، ص ٢٥.

(٢) جعفر محمود المغربي و حسين شاكر عساف: المرجع السابق، ص ٩١.

(٣) هشام فريد رستم: المرجع السابق، ص ١١٢.

(4) Art. 370 C.P.F., " Sera puni des peines prévues à l'article 368 quiconque aura sciemment publié, par quelque voie que ce soit, le montage réalisé avec les paroles ou l'image d'une personne, sans le consentement de=

غير أن نشر الصور الشخصية المنتجة عن طريق الصحافة، وإن كان يترتب عليه تشويه الشخصيات المثلة فيها، فإن ذلك لا يمثل اعتداءً على مصلحة خاصة لأصحاب الصور فقط، بل يعد أيضاً اعتداءً على مصلحة عامة، تتمثل في نشر إعلام مزيف غير صادق، وهو ما يعني اعتداءً على حق الجمهور في الإعلام، خاصة إذا كانت الصور المنشورة هي لشخصيات شهيرة، الأمر الذي يمكن معه القول بأن تشويه الصورة الإعلامية يُعد خيانة لثقة الجمهور في وسائل الإعلام<sup>(١)</sup>.

ومن يتبع أحكام القضاء الفرنسي يجد أن التصوير الفوتوغرافي أصبح نجمه متصاعداً في مجال الصحافة، وأن الأخيرة لا تتردد في اللجوء إلى المونتاج لإرضاء وجذب الجمهور، وهو ما كان محل تداعي من قبل المعتدى على صورهم أمام القضاء، الذي استند إلى مبدأ الحق في الصورة لرد هذه الانتهاكات<sup>(٢)</sup>، والتي تتنوع ما بين التزييف المادي للصورة أو التزييف المعنوي لها، أو التعبير عنها بالرسم الكاريكاتيري، أو بتصوير جثث الموتى، وهو ما سيتضح تفصيلاً، على النحو التالي:

#### أ- التزييف المادي للصورة:

يقصد بالتزييف المادي للصورة: استعمال بعض الحيل الفنية، التي من شأنها أن تخلق منظرًا غير حقيقي، بحيث تنسب لصاحب الصورة سلوكاً لم يصدر عنه، وهو ما يشكل تشويهاً لشخصيته<sup>(٣)</sup>.

---

=celle-ci, s'il n'apparaît pas à l'évidence qu'il s'agit d'un montage ou s'il n'en est pas expressément fait mention.  
"Créé par Loi n°70-643 du 17 juillet 1970 - art. 23, J.O.R.F., du 19 juillet 1970.

- (1) BECOURT (D.): Le droit de la personne sur son image, L.G.D.J., Paris, 1969, p.51.
- (2) DEROBERT-RATEL (C.): Le droit de la personne sur son image à l'aube de la photographie, Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif, 2005-1, pp. 79-104, article consultable sur : [www.iredic.com](http://www.iredic.com)
- (3) RAVANAS (J.) : op. cit., p. 33.

والتزييف المادي للصورة قد يترتب عليه تشويه شخصية صاحبها في جانب أو آخر من جوانب هذه الشخصية، وذلك كالجانب الجسماني أو الاجتماعي أو السياسي أو المهني، كما قد يتحقق المساس بشخصية صاحب الصورة عن طريق إيقاع الجمهور في خلط نتيجة هذا التزييف<sup>(١)</sup>. وقد تضمنت أحكام القضاء الفرنسي العديد من التطبيقات لطرق التزييف المادي للصورة، ومدى تأثيرها على تشويه جانب أو آخر من جوانب شخصية صاحبها.

فعلى سبيل المثال، لجأت محكمة السين المدنية في حكمها الصادر في ٦ مايو سنة ١٨٧٢م<sup>(٢)</sup> إلى فكرة الحق في الصورة، لرد الاعتداء الواقع على أحد عازفي البيانو، ويدعى دومبروسكي DOMBROWSKY، حيث فوجئ الأخير بنشر صورته في أحد الصحف بزي عسكري، تحت عنوان الزعيم الشيوعي، حيث وقعت الصحيفة في خلط بين شخصية هذا العازف وشخصية زعيم التيار الشيوعي آنذاك، نظراً للتشابه في الأسماء بين الشخصيتين، حيث ارتأت الصحيفة أن الزي المدني الذي يرتديه هذا العازف لا يتناسب مع الطبيعة العدائية التي اشتهر بها كزعيم للتيار الشيوعي.

كذلك أدانت محكمة السين المدنية في حكمها الصادر في ٣ أغسطس سنة ١٨٩٩م<sup>(٣)</sup> إحدى الصحف وتسمى Le siècle، وذلك لنشرها - في ملحق لها تحت عنوان "أكاذيب الصور" - صورة تم تصميمها بطريق المونتاج، تمثل دوقة يوزس La Duchesse d'Uzès وهي جالسة، وخلفها الصحفي الشهير آنذاك Arthur Meyer، ويده موضوعه على كتفها بطريقة ودية.

(١) سعيد جبر: المرجع السابق، ص ٢٨.

(٢) Trib. Civ. Seine, 6 mai 1872, Henri Dombrowsky c./ Pierre Petit et al., Ann. Prop. Ind., 1873, p.103.

(٣) Trib. Civ. Seine, 3 août 1899, Ann. Prop. Ind., 1902, p.175.

وقد أيدت محكمة استئناف باريس<sup>(١)</sup> هذا الحكم، على اعتبار أن المونتاج الذي أجرى على هذه الصورة وكذلك نشرها بهذه الكيفية قد حط من كرامة الدوقة، وترك انطباعاً غير صحيح عن شخصيتها وتصرفاتها.

كذلك أدانت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٧ ديسمبر سنة ١٩٦١م<sup>(٢)</sup> إحدى الصحف، والتي عمدت إلى نشر صورة لزعيم إحدى الدول الأفريقية، بمناسبة استفتاء أجري حول استقلال بعض الدول عن فرنسا، حيث قامت الصحيفة بعمل مونتاج لهذه الصورة، والتي كانت تُظهر هذا الزعيم وهو يمسك بيده اليمنى لافتة مكتوب عليها (نعم)، وفي يده اليسرى لافتة أخرى مكتوب عليها (لا)، حيث ظهر الزعيم في الصورة المنشورة وهو يحمل لافتة واحدة فقط، بعد أن قامت الصحيفة بتحريف صورته الأصلية بطريق المونتاج، الأمر الذي نسب لهذا الزعيم رأياً غير مطابق للحقيقة.

وفي حكم حديث نسبياً لمحكمة استئناف مونيبلية<sup>(٣)</sup>، أقرت الأخيرة بوجود اعتداء على الحق في الصورة، في واقعة تصوير أحد المرشحين للانتخابات البلدية هناك، ونشر هذه الصورة بعد تعديلها باستعمال وسائل المونتاج، الذي أظهر المرشح يقف خلف أسوار السجن، الأمر الذي اعتبرته المحكمة مساساً بسمعة هذا المرشح.

#### يد التزييف المعنوي للصورة:

يتم التزييف المعنوي للصورة عن طريق نشر صورتين أو عدة صور متتابعة أو متجاورة، بحيث يترتب عليه استنتاج معان خاطئة من قبل

(1) C.A. Paris, 5ème ch., 26 juillet 1900, Gaz.-Pal., 1900, II, p.604.

(2) Cass. Crim., 7 décembre 1961, Bull. Crim., 1961, no512.

(3) C.A. Montpellier, 5ème ch., 16 septembre 2002, cité par SOSKIN (I.), Les conséquences juridiques de la retouche d'images, article consultable sur: [www.journaldunet.com](http://www.journaldunet.com)

جمهور القراء، وتخلق لديهم انطباعاً غير حقيقي عن شخصية صاحب الصورة، وإن كان الغالب أن يتم التزييف المعنوي عن طريق اقتران الصورة المنشورة بتعليق ما، يضيف عليها مدلولاً من شأنه تشويه شخصية صاحبها<sup>(١)</sup>.

وعلى ذلك يتميز التزييف المعنوي بأنه لا يصيب الصورة في مادياتها، حيث تبقى الأخيرة بغير تعديل أو تغيير، ولكنه يصيب الصورة في مدلولها أو معناها<sup>(٢)</sup>.

ومن تطبيقات القضاء الفرنسي في هذا الشأن، ما قضت به محكمة السين التجارية في حكمها الصادر في ٨ أكتوبر سنة ١٩٠٣ م<sup>(٣)</sup>، من إدانة إحدى الصحف الإباحية، في واقعة تتمثل في قيام أحد المصورين بالتقاط عدة صور لممثلة في أوضاع غير ملائمة، أثناء أداء عرض لها بطريق التمثيل الصامت *Pantomime*، حيث قام هذا المصور ببيع هذه الصور لهذه الصحيفة، والتي قامت باستعمال هذه الصور لتزيين مقال صحفي حول بيوت الدعارة، الأمر الذي خلق انطباعاً غير حقيقي لدى جمهور القراء، بأن هذه الفتاة هي واحدة من الفتيات المقيمات في هذه البيوت.

كذلك أدانت محكمة السين المدنية في حكمها الصادر في ٢١ يولييه سنة ١٩٢٤ م<sup>(٤)</sup> إحدى الصحف الباريسية، نظراً لقيام الأخيرة بنشر صورة تاجر سويدي اتهم في جريمة قتل، على اعتبار أن هذا النشر قد مس شخصية صاحب الصورة، نظراً لأن براءته من هذه التهمة لم تكن محل شك، ومن ثم فإن نشر صورة هذا الشخص في أحد أعمدة الصحيفة التي

(١) في المعنى نفسه انظر: سعيد جبر، المرجع السابق، ص ٣١.

(٢) جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف: المرجع السابق، ص ٩٣.

(3) Trib. Com. Seine, 8 octobre 1903, Delle Laforet, dite Valroy c./ Rebuffat, Gaz.- Pal., 1903, II, p.637; Ann. Prop. Ind., 1905, p.220.

(4) Trib. Civ. Seine, 3ème ch., 21 juillet 1924, Gaz.- Pal., 1924, II, p.667.

تناولت هذه الجريمة، قد خلق انطباعاً غير حقيقي لدى جمهور القراء، بأنه أحد المشاركين في هذه الجريمة.

أيضاً فقد قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ١٥ يناير سنة ١٩٧٢م<sup>(١)</sup>، بأنه إذا كان نشر صورة أحد الأطباء وهو يتحدث في ندوة طبية عامة يُعد عملاً مشروعاً، إلا أن نشر هذه الصورة تحت عنوان "الابتزاز الممقوت الذي يرتكبه الطبيب" يُعد عملاً غير مشروع، نظراً لأن اقتران الصورة بهذا العنوان يترتب عليه تغيير معناها، ويؤدي إلى تشويه شخصية الطبيب.

وإذا كان تشويه شخصية الإنسان يمكن أن يتم بإضافة تعليق معين على صورته المنشورة، أو نشر هذه الصورة مقرونة بخبر ما، فإن كثيراً ما يحدث هذا التشويه من جانب الصحافة اليومية عن طريق الخطأ، ذلك أن البحث عن السبق الصحفي قد يؤدي إلى احتمال وضع صورة شخص في مكان غير صحيح من الصحيفة، ومن ذلك ما حدث من وضع صورة صياد بدلاً من صورة أحد مهربي المخدرات، وذلك في سياق نشر مقال صحفي متعلق بالتهريب، وكذلك وضع صورة نجار بدلاً من صورة سارق، وذلك في واقعة نشر خبر صحفي مصور متعلق بحادث سطو<sup>(٢)</sup>.

### ج- الرسم الكاريكاتيري:

الكاريكاتير كلمة فرنسية Caricature - مأخوذة عن الاصل اللاتيني لها Caricare - ويُعرف هذا الفن بأنه: العرض الهزلي، عن طريق الرسم أو التصوير، والذي يعتمد على المبالغة والتحريف للملامح الوجه أو أبعاد الجسم بهدف السخرية<sup>(٣)</sup>.

(1) C.A. Paris, 15 janvier 1972, Gaz.-Pal., 1972, I, p.302.

(٢) سعيد جبر: المرجع السابق، ص ٣٤، والأحكام المشار إليها لدى سيادته في الهامش من الصفحة ذاتها.

(3) LAROUSSE: Dictionnaire électronique français-français, consultable sur: [www.larousse.fr](http://www.larousse.fr)



ويُعد الكاريكاتير ظاهرة قديمة، يعود مصدرها إلى ما كان يقوم به مهرج الملك Bouffon de Roi من تقليد لبعض الشخصيات بصورة هزلية، ثم ما لبث أن انتقل بعد ذلك إلى مجال الصحافة<sup>(١)</sup>.

ولفن الكاريكاتير دور اجتماعي بارز، فهو يوقظ روح النقد، ويسمح بتقييم الحياة السياسية بصورة أكثر واقعية عن ما هو متداول بين الناس، وكلما اتسمت الدولة بالطابع الديمقراطي كلما اتسم هذا الفن بالشرعية والانتشار داخل هذه الدولة<sup>(٢)</sup>.

كذلك يُعد فن الكاريكاتير أحد جوانب حرية التعبير عن الرأي الثابتة لكل شخص، ولا سيما حال استعماله في مجال الصحافة، أو البرامج التليفزيونية، من خلال إضفاء بعض المبالغات والتغييرات على الشخصية محل العرض، شريطة ألا يتجاوز هذا التغيير حدود الهدف الساخر للعرض<sup>(٣)</sup>.

وغالباً ما يُستخدم فن الكاريكاتير في رسم الشخصيات العامة، كأحد طرق النقد السياسي أو نقد التصرفات العامة لهم، ولا يتطلب هذا الأمر الحصول على إذن مسبق من هذه الشخصيات، ومن ثم فلا مسئولية على الصحفي إن قام برسم إحدى الشخصيات العامة بطريقة كاريكاتيرية، بغير الحصول على إذن مسبق منها، متى تم ذلك في حدود النقد المباح<sup>(٤)</sup>، لذا فهو - أي الكاريكاتير - يعد استثناءً على الحق الاستثنائي للشخص على صورته، والذي يسمح له بالاعتراض على استعمالها<sup>(٥)</sup>.

(١) مدحت محمد محمود عبد العال: المرجع السابق، ص ٢٦٩.

(2) RAVANAS (J.): La liberté de la caricature ne permet pas son exploitation commercial, D., 1999, juris., p.120.

(3) T.G.I. Paris, 16 janvier 1991, Juris Data, no048372.

(٤) عدوَّح محمد المسلمي: المسئولية المدنية الناشئة عن الاعتداء على الحق في الصورة في ظل تطور وسائل الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م، ص ١٣٦ وما بعدها.

(5) ADER (B.): La caricature, exception au droit à l'image, Légicom, 1995/4, p.10 ; DUPUY-BUSSON (S.): art. précité.

وتطبيقاً لذلك، فقد قضت محكمة نانسي الابتدائية في حكمها الصادر في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٧٦م<sup>(١)</sup> بجواز نشر الرسم الكاريكاتيري للشخصيات العامة، بغير حاجة للحصول على إذن مسبق منهم، على اعتبار أن من يتولى منصباً عاماً يكون عرضه للنقد، وأن الرسم الكاريكاتيري يعد من أهم وسائل النقد المعاصر، بيد أن المحكمة ذاتها أكدت على أن حرية النقد عن طريق الكاريكاتير يجب أن تقتصر على الجانب المتعلق بالحياة العامة، وألا يكون من شأن هذه الحرية المساس بسمعة الشخص أو كرامته أو وقاره.

ويستند القضاء الفرنسي<sup>(٢)</sup> في إقراره لجواز نشر الرسم الكاريكاتيري، دون إذن من يملكه هذا الرسم، إلا أن هذا الفن يعتمد بصفة عامة على فكرة التسامح المألوف، والذي يسمح لرسامي الكاريكاتير وممارسي هذا النشاط بنشر إنتاجهم، استناداً إلى نوع من الإذن الضمني ممن يمثلهم هذا الرسم.

ومع ذلك، فإن ممارسة هذا الفن تحدها بعض القيود، حيث يتعين ألا يكون الرسم الكاريكاتيري مهيناً للشخص الذي يمثله أو محقراً منه أو مشهراً به، إضافة إلى ذلك فإنه يحق لكل شخص أن يعترض على إنتاج صورته الكاريكاتيرية حال استعمالها لأغراض تجارية، كذلك فإنه إذا كانت حرية النقد تمارس في مواجهة الشخصيات العامة أو المشهورة، فإنه ينبغي ألا تمارس بالنسبة للأشخاص العاديين<sup>(٣)</sup>.

(1) T.G.I. Nancy, 15 octobre 1976, J.C.P. éd G., 1977, II, 18526, note LINDON (R.).

(2) "La caricature constitue une tolérance traditionnellement admise à l'égard de ceux dont la profession ou l'activité permet de présumer de leur part une autorisation tacite."  
C.A. Versailles, 1re ch., 31 janvier 1991, D., 1991, I.R., p.182 ; Gaz.-Pal., 14-18 août 1992, p.18, note FREMOND (P.).

(٣) سعيد جبر: المرجع السابق، ص ٣٩ وما بعدها.

وتطبيقاً لذلك، فقد أقر القضاء الفرنسي<sup>(1)</sup> بأنه إذا كان تمثيل الشخصيات العامة من خلال تغيير ملامحهم بطريقة مصورة لغرض الدعاية يُعد نشاطاً مشروعاً، إلا أن هذا التغيير يتعين ألا يكون مهيناً لشخصية صاحبه، وألا يكون الغرض منه مجرد السخرية من هذه الشخصية أو تشويه سمعتها.

أيضاً فقد أقر القضاء الفرنسي<sup>(2)</sup> بأن لكل إنسان الحق في أن يعترض على إنتاج صورته، وأن إنتاج صورة الشخص في شكل كاريكاتيري يُعد عملاً غير مشروع، ما لم تتم ممارسته في إطار حرية التعبير عن الرأي، ومع ذلك فإنه لا يمكن الاستعانة بفن الكاريكاتير في أية وسيلة إعلامية لأغراض تجارية.

وأخيراً فقد أكد هذا القضاء<sup>(3)</sup> على أن فن الكاريكاتير ينبغي أن يُستخدم لتمثيل الشخصيات العامة والمشهورة دون الأفراد العاديين، ومن ثم فقد اعتبر هذا القضاء أن نشر صورتين لشخص ما بغير إذنه، إحداهما في شكل كاريكاتيري، يعد انتهاكاً لحقوق هذا الشخص على صورته.

**د تصوير جثث الموتى:**

إذا كان الحق في الصورة - كما اتضح سابقاً - يخول للإنسان سلطة الاعتراض على التقاط صورته أو نشرها بغير رضاه، فإن التساؤل يثور حول مدى امتداد هذا الحق إلى صورة جسد الإنسان بعد وفاته،

(1) C.A. Versailles, 1re ch., 31 janvier 1991, précité.

(2) T.G.I. paris, 1re ch. Civ., 2 octobre 1996, Coffe c/ Cricket, Légipresse, 1997, no138-I, p.4.

Cass. Civ., 1re ch., 13 janvier 1998, D., 1999, juris., p.120.

(3) "La publication non autorisée de deux portraits de l'intéressé, dont l'un s'apparente à une caricature, constitue une atteinte aux droits de la personne sur son image."

C.A. Paris, 1re ch., 5 mars 1969, J.C.P. éd. G., 1969, II, n° 15894.

ويعنى آخر هل يتمتع جسد الإنسان بعد وفاته بأية حماية قانونية فيما يتعلق بصورته؟

يرى بعض الفقهاء أن موت الإنسان يفقده كافة مقومات الشخصية القانونية، حيث يصبح بعدها هو والعدم سواء<sup>(١)</sup>، أما الجسد فلا يأخذ حكم الإنسان بعد الوفاة، بل ينطبق عليه وصف الشيء<sup>(٢)</sup>.

ورغم وجاهة ما ذهب إليه هؤلاء الفقهاء، إلا أن ذلك لا ينفي إمكان تمتع جسم الإنسان بعد الوفاة ببعض الحقوق، ومنها الحق في حرمة الحياة الخاصة، والحق في الصورة.

ولقد أكد القضاء الفرنسي على هذا المعنى في العديد من أحكامه، ويعتبر الحكم الصادر من محكمة السين المدنية، بتاريخ ١٦ يونيو سنة ١٨٥٨م<sup>(٣)</sup>، والخاص بالتمثلة الفرنسية راشيل، من أوائل الأحكام التي أقرت بوجود نوع من الحماية القانونية لصورة الشخص المتوفى، حيث أكدت المحكمة على وجود انتهاك للمشاعر الخاصة بأقارب الممتثلة الراحلة، نتيجة تصويرها وهي على فراش الموت.

وفي حكم آخر صدر في ١١ يناير سنة ١٩٧٧م، أكدت محكمة باريس الابتدائية<sup>(٤)</sup> على أنه لا يجوز مطلقاً تصوير جسد شخص متوفى

- (1) PLANIOL (M.) : Traité élémentaire de droit civil, 12e éd., L.G.D.J., 1935, n°371, p.152.
- (2) TOMASIN (D.) : La mort, obstacle à l'établissement ou à ma modification de l'état des personnes, Ann. Univ. Toulouse, t. XXIII, 1975, p.415 et s.; CALAIS (B.) : la mort et le droit, D. 1985, chron., p.73; CARBONNIER (J.) : Droit civil, Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple, P.U.F., Coll., Quadrige Manuels, 2004, n°210, p. 407; KAMENI ( M.-M.) : La vie privée en droit camerounais, Thèse, Université de Toulouse 1, 2013, p.165.
- (3) rib. Civ. Seine, 16 juin 1858, précité.
- (4) .G.I. Paris, référé, 11 janvier 1977, FOURNIER (M.) épouse Jean Gabin-MONCORGÉ et autres c./ Soc. Cogedi-presse, D., 1977, juris., p. 83, note LINDON (R.).

بغير الحصول على إذن صريح من أسرته، مهما كانت درجة شهرة المتوفى، ومن ثم فقد أمر القاضي بمصادرة العدد الصادر من إحدى الصحف، لنشرها صورة الممثل الفرنسي جان جابين Jean GABIN وهو على فراش الموت.

كذلك أقرت المحكمة ذاتها في حكمها الصادر في ١٣ يناير سنة ١٩٩٧م<sup>(١)</sup>، بأن نشر صورة لجنة المتوفى ينطوي بالضرورة على انتهاك متعمد لألفة الحياة الخاصة له، وقد صدر هذا الحكم بمناسبة نشر صورة لجنة الرئيس الفرنسي فرانسوا ميتران François MITTRAND في إحدى الصحف.

وفي واقعة أخرى تتعلق بنشر صور لبعض الجثث في إطار الدعاية لممارسة الأنشطة الرياضية المختلفة، أقرت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ٣٠ أبريل سنة ٢٠٠٩م<sup>(٢)</sup>، بأن هذا النشر يشكل انتهاكاً واضحاً لكرامة المتوفى والوقار الواجب له، طبقاً لنص المادة ١٦ - ١ من القانون المدني الفرنسي<sup>(٣)</sup>.

وفي إطار محكمة النقض الفرنسية، فقد صدر عنها عدة أحكام تؤكد ما أقرته محاكم الموضوع السابق ذكرها، حيث أشارت هذه المحكمة بوضوح في حكمها الصادر في ٢٠ ديسمبر سنة ٢٠٠٠م<sup>(٤)</sup> إلى أن نشر

(1) T.G.I. Paris, 13 janvier 1997, D., 1997, juris., p.256, note BEIGNIER (B.).

(2) C.A. Paris 30 avril 2009, D., 2009, p.2019, EDELMAN (B.) ; R.T.D.Civ. 2009, p.501, HAUSER (J.).

(3) Art. 16-1-1, C.C.F., " Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort.

Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence."

(4) Cass. Civ., 1re ch. 20 décembre 2000, D., 2001, juris., p.885, note GAIDEL (J.-P.); J.C.P. éd. G., 2001, II, 10488, obs. RAVANAS (J.).

صورة مفصلة لشخص مقتول تظهر جسمه ووجهه، يُشكل انتهاكاً للكرامة الإنسانية لهذا المتوفى، وكان هذا الحكم قد صدر بمناسبة قيام مجلة باري ماتش Paris Match بنشر صورة واضحة لجسد شخصية سياسية شهيرة، تشغل وظيفة محافظ.

كذلك أكدت المحكمة ذاتها في حكمها الصادر في 4 نوفمبر سنة ٢٠٠٤م<sup>(١)</sup>، على أن حرية التعبير عن الرأي المعقودة للصحفيين مقيدة بضرورة احترام الموتى، وقد صدر هذا الحكم بمناسبة قيام مجلة باري ماتش Paris Match بنشر صورة لجسد شاب متوفى في حادث مروري، يمكن من خلالها التعرف بسهولة على شخصيته.

أيضاً فقد أشارت هذه المحكمة في حكمها الصادر في الأول من يولييه سنة ٢٠١٠م<sup>(٢)</sup> إلى أن نشر صورة لجسد أحد الرهائن، والذي كان قد توفى بسبب واقعة تعذيب، لهو أمر يتنافى مع الكرامة الإنسانية، ويُشكل اعتداءً على ذكرى المتوفى، وإخلالاً بالاحترام الواجب له.

ومن خلال عرض الأحكام السابقة، يتضح أن القضاء الفرنسي قد أسبغ نوعاً من الحماية القانونية على الصور التي تلتقط أو تنشر لأشخاص متوفين، مستنداً في ذلك إلى بعض المبادئ، كالحرص على مشاعر أسرة المتوفى، أو الحفاظ على كرامة المتوفى الإنسانية، أو صون حرمة حياته الخاصة، أو احتراماً للذكراه.

### ثانياً: استقلال شخصية الإنسان بنشر صورته:

تعتمد الصحف في مواردها المالية على ما تدره الإعلانات الصحفية من دخل، فهي تُعد بالنسبة لها منتجاً من الذهب، فإذا زادت هذه الإعلانات أصبح الربح مجزياً، أما إذا غابت تغيب معها الموارد، التي

(1) Cass. Civ., 2ème ch., 4 novembre 2004, D., 2005, p.696, note CORPART (J.) ; J.C.P. éd. G., 2004, II, 10186, note BAKOUCHE (D.).

(2) Cass. Civ., 1re ch., 1er juillet 2010, D., 2010, p.2044, note DELAGE (P.-J.).

تبقى الصحيفة حية نشطة، مما يضطرها إلى الاعتماد على نسبة التوزيع وعلى الاشتراكات الفردية، وهما لا تقاربان الدخل المرجو من الإعلانات بشيء<sup>(١)</sup>.

ورغم تعدد التعريفات التي أطلقت على الإعلان، إلا أن التعريف الأكثر وجاهة وشمولية يرى أنه: "عملية الاتصال الإقناعي، التي تنفذ من خلال وسيلة اتصال جماهيرية، تروج لسلعة أو خدمة أو فكرة أو شخص أو مكان أو نمط سلوكي معين، وتستهدف عصفاً ذهنياً، بقصد تحقيق استجابة سلوكية، في الاتجاه الذي يريده المعلن"<sup>(٢)</sup>.

ويرى الخبراء والمتخصصون في مجال تصميم الإعلانات، أن استعمال الصور يُعد عنصراً أساسياً في عملية إثارة الانتباه بموضوع الإعلان، حيث يمكن من خلالها إيصال العديد من المعاني دون الحاجة إلى الاستعانة بالعديد من الكلمات، كما أنها تفيدي في التعبير عن أفكار الإعلان بسرعة وكفاءة، وإثارة اهتمام المستهلك لمتابعة تفاصيل الإعلان، إضافة إلى إسهامها في خلق مناخ من الواقعية على الرسالة الإعلانية<sup>(٣)</sup>.

ويشهد الواقع العملي بأن الصحف كثيراً ما تعتمد على صور الأشخاص - خاصة العامة والشهيرة منهم - في تصميم الإعلانات الصحفية الخاصة بترويج السلع والخدمات، وكذلك الأفكار والأماكن، وأنماط السلوك الإنساني المختلفة.

---

(١) محمد عبد العزيز إسماعيل: مقال منشور بجريدة اليوم، العدد ١١١٥٢، الصادر يوم السبت الموافق ٢٧ ديسمبر ٢٠٠٣م، متاح على الموقع التالي: [www.alyaoum.com/article/1137515](http://www.alyaoum.com/article/1137515)

(٢) مشار إليه لدى، حسام فتحي أبو طعيمة: الإعلان وسلوك المستهلك بين النظرية والتطبيق، دار الفاروق، عمان - الأردن، ٢٠٠٨م، ص ٢١.

(٣) صلاح الشنواني: الإدارة التسويقية الحديثة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٦م، ص ٦٩. حسن محمد خير الدين: الإعلان، مكتبة عين شمس، القاهرة، ١٩٩٦م، ص ٢٥٩ وما بعدها. محمد فريد الصحن: الإعلان، الدار الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص ٢٣٣ وما بعدها.

وكما أضفى القضاء الفرنسي حمايته على صور الأشخاص حال استعمالها كوسيلة لتشويه شخصية من تمثلهم، فقد بسط هذه الحماية - أيضاً - على هذه الصور، حال استغلالها لأغراض الدعاية، سواء التجارية أم غير التجارية<sup>(١)</sup>.

فقد أقر القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه بعدم مشروعية نشر صور الأشخاص بغرض الدعاية التجارية، متى تم هذا النشر بغير رضا من تمثله الصورة، ومن ذلك ما قضت به محكمة السين التجارية في حكمها الصادر في ١٣ يونيو ١٨٩٢م<sup>(٢)</sup> من تعويض لإحدى الفنانات، عن واقعة استعمال صورتها في الترويج لأحد أنواع البسكويت.

كذلك قضت محكمة السين المدنية في حكمها الصادر في ١٠ فبراير ١٩١٠م<sup>(٣)</sup> من تعويض لإحدى عازفات الموسيقى، والحاصلة على الجائزة الأولى من معهد الكونسرفتوار بباريس، نظراً لاستعمال صورتها في الدعاية لإحدى العيادات الطبية العاملة في مجال المساج.

ومن ذلك أيضاً ما حكم به قاضي الأمور المستعجلة في محكمة باريس الابتدائية<sup>(٤)</sup> من حظر النشر لصورة الرئيس الفرنسي جورج بومبيدو، والتي كانت مجلة الإكسبريس قد نشرتها له، والتي ظهر فيها أثناء تواجده على سطح قارب يعمل بمحرك من ماركة "مركوري"، حيث نشرت المجلة هذه الصورة على سبيل الدعاية التجارية لهذا النوع من المحركات، وذلك دون الحصول على إذن هذا الرئيس.

(1) KAYSER (P.): op. cit., p.77.

(2) Trib. Com. Seine, 13 juin 1892, Demoiselle Bonnet c./ societe, Gaz-Pal., 1892, II, p.107; Ann. Prop. Ind., 1893, p.246.

(3) Trib. Civ. Seine, 10 février 1910, Khan c./ Cautin et al., Ann. Prop. Ind., 1910, p.334.

(4) T.G.I. Paris, référé, 4 avril 1970, POMPIDOU (G.) c./ L'Express, J.C.P. éd. G., 1970, II, 16328, note LINDON (R.); D., 1971, somm., p.7.



كذلك وفي مجال الدعاية غير التجارية، قضت محكمة باريس الابتدائية في حكمها الصادر في ١١ يولييه سنة ١٩٧٣م<sup>(١)</sup> بإزالة إعلانات كانت قد تضمنت صورة لأحد المزارعين وأولاده، والتي كان الحزب الشيوعي الفرنسي قد استعان بها في الدعاية الانتخابية التشريعية. ومن ذلك أيضاً، ما قضت به محكمة باريس الابتدائية في حكمها الصادر في ١٦ يناير سنة ١٩٧٤م<sup>(٢)</sup> من عدم مشروعية نشر صورة لإحدى فنانات الكوميديا في فرنسا، وذلك ضمن ملحق خاص بالانتخابات في جريدة لانسيو، خاصة وأن هذه الفنانة لها أفكار تناقض ما تضمنته هذا الملحق.

وأخيراً فقد قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ٢٨ مايو سنة ١٩٩٦م<sup>(٣)</sup> بعدم مشروعية نشر ثلاثة مجموعات من الصور، عن طريق الصحافة، وذلك ضمن حملة إعلانية للتوعية ضد خطر فيروس الإيدز، حيث أكد قضاة هذه المحكمة ما أقر به قضاة محكمة الدرجة الأولى من أن هذه الصور تشكل انتهاكاً للكرامة الإنسانية، نظراً لتمثيلها لأشخاص عرايا، مطبوع على أجزاء مختلفة من أجسامهم بطريق الوشم عبارة "مريض بفيروس نقص المناعة البشرية" HIV Positive.

### المبحث الثاني

#### حالات استبعاد مسئولية الصحفي المدنية

#### عن استعمال صور الأشخاص

#### تمهيد وتقسيم:

لما كان الحق في الصورة - وكما تقدم - يمنح صاحبه سلطة الاعتراض على إنتاج صورته أو نشرها بغير إذنه، حتى لو تعلق الأمر

(1) T.G.I. Paris, 11 juillet 1973, J.C.P. éd. G., 1974, II, 17600, note LINDON (R.).

(2) T.G.I. Paris, 16 janvier 1974, Le Monde, 18 janvier 1974, p.10.

مشار إليه لدى: سعيد جبر، المرجع السابق، ص ٤٧ وما بعدها.

(3) C.A. Paris, 28 mai 1996, Sté Benetton, D., 1996, juris., p.617, note EDELMAN (B.).

بالعمل الصحفي ، لذا فإن هذا القيد الوارد على الصحفيين - وغيرهم - والذي يمنعهم من إنتاج صورة شخص ما أو نشرها يزول إذا ما أذن الأخير للصحفي بذلك.

كذلك فإن القيد الوارد على عمل الصحفيين بشأن إنتاج صور الأشخاص أو نشرها يثير التساؤل حول ضرورات حق المجتمع في الإعلام ومدى أفضليته على الحق في الصورة؟

وعلى ذلك ، أخصص هذا البحث لدراسة الرضا كسبب لإباحة تصوير الأشخاص ونشر صورهم في إطار العمل الصحفي ، ثم أتعرض لضرورات حق المجتمع في الإعلام ومدى اعتباره قيدياً على الحق في الصورة ، بما يسمح باستبعاد مسئولية الصحفي المدنية عن تصوير الأشخاص أو نشر صورهم ، رغم عدم حصوله على إذن منهم.

ويتطلب عرض هذه النقاط تقسيم هذا البحث لمطلبين ، على النحو التالي :  
**المطلب الأول:** الرضا كسبب لإباحة النشر الصحفي لصور الأشخاص.  
**المطلب الثاني:** الحق في الإعلام كسبب لإباحة النشر الصحفي لصور الأشخاص.

### المطلب الأول

#### الرضا كسبب لإباحة النشر الصحفي لصور الأشخاص

تهييد وتقسيم:

لما كان الحق في الصورة يُعد من الحقوق اللصيقة بالشخصية ، بما يعني حظر التصرف فيه أو التنازل عنه بصفة نهائية<sup>(١)</sup> ، إلا أن الفقه والقضاء المعاصرين أجازا - على نحو ما سيتضح لاحقاً - أن يكون هذا الحق محلاً لاتفاقات تتعلق بممارسته ، حيث يجوز لصاحب الصورة النزول مؤقتاً عن حقه في ممارسة سلطة الاعتراض على إنتاج صورته أو نشرها<sup>(٢)</sup> ، بشرط ألا تتعارض هذه الاتفاقات مع النظام العام أو الآداب.

(1) RAVANAS (J.) : op. cit. p. 300.

(٢) في المعنى نفسه انظر: سعيد جبر ، المرجع السابق ، ص ٧١.

وحول مضمون الرضا، ومدى اعتباره سبياً لإباحة إنتاج صور الأشخاص ونشرها في الصحف، يدور موضوع هذا المطلب، والذي رأيت أن أقسمه ثلاثة فروع، وذلك على النحو التالي:

**الفرع الأول:** أنواع التعبير عن الرضا بإنتاج الصور الشخصية ونشرها.

**الفرع الثاني:** نطاق الرضا بشأن إنتاج الصور الشخصية ونشرها.

**الفرع الثالث:** عبء إثبات وجود الرضا بإنتاج الصور الشخصية ونشرها.

### **الفرع الأول**

#### **أنواع التعبير عن الرضا بإنتاج الصور الشخصية ونشرها**

من المقرر أنه إذا كان حق الإنسان على صورته يمنحه سلطة الاعتراض على إنتاج هذه الصورة أو نشرها بغير إذن منه، حتى لو تعلق الأمر بالعمل الصحفي، فإن إنتاج الصورة أو نشرها إذا تم برضا الشخص المعني عُده عملاً مشروعاً، ولذلك فإن الرضا المتعلق بإنتاج الصور الشخصية أو نشرها يُعد قيداً على الحق في الصورة<sup>(١)</sup>.

والرضا الصادر من الشخص بإنتاج صورته أو نشرها قد يتم بناءً على عقد بينه وبين الصحفي، وقد يكون من قبيل التسامح أو على سبيل المجاملة، التي لا ترقى إلى مرتبة الالتزامات المتبادلة<sup>(٢)</sup>، وفي كلا الحالتين يُعد النشر الصحفي عملاً مشروعاً.

ويلاحظ أن القانون المدني - سواء في مصر أم في فرنسا - لا يتطلب للتعبير عن الإرادة شكلاً خاصاً أو قالباً محدداً، فمجرد رضا الشخص المعني يكفي بذاته لإضفاء صفة المشروعية على فعل الإنتاج أو النشر الصحفي لصورته.

(١) عابد فايد عبد الفتاح: نشر صور ضحايا الجريمة، المسئولية المدنية عن عرض مأساة الضحايا في وسائل الإعلام - دراسة مقارنة في القانون المصري والقانون الفرنسي، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٨م، ص ٤٩.

(٢) في المعنى نفسه انظر: حسام الأهواني، المرجع السابق، ص ٢٠٤.

وطبقاً للقواعد العامة في القانون المدني، فإن التعبير عن الرضا يمكن أن يتم شفاهة، أو كتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً، أو بالتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود<sup>(١)</sup>، بما يعني أن التعبير عن الرضا من قبل صاحب الصورة قد يكون صراحةً أو ضمناً<sup>(٢)</sup>، وهو ما سيتضح على النحو التالي:

**أولاً- الرضا الصريح بإنتاج الصور الشخصية ونشرها:**

التعبير عن الرضا بإنتاج الصورة أو نشرها قد يكون صراحة، سواء أكان كتابة أم شفاهة، وأياً ما كان الأمر فإن الرضا الصريح يتعين أن يكون صادراً عن إرادة حرة واعية ممن له الحق في إصداره، وأن يكون واضحاً ومؤكدًا بحيث لا يشوبه الغموض<sup>(٣)</sup>.

وإذا كان الرضا الصريح والصادر بشكل مسبق لا يثير أية إشكالية بشأن قدرته على التعبير عن إرادة القبول، فإن التساؤل يثور بشأن صحة الرضا اللاحق من صاحب الصورة ومدى جواز الاعتداد به؟ واقع الأمر، أن الرضا اللاحق في مجال القانون المدني يقوم مقام الإذن السابق<sup>(٤)</sup>، فالحق في الصورة مقرر لمصلحة الشخص نفسه، لذا يجوز له التنازل عن الحماية المقررة لهذا الحق في خصوص وقائع محددة وبصفة مؤقتة، وهذا التنازل يمكن أن يأخذ شكل الرضا اللاحق، ومن ثم ينتهي معه المساس بالحق في الصورة<sup>(٥)</sup>، الأمر الذي تُستبعد معه مسؤولية الصحفي المدنية.

**ثانياً- الرضا الضمني بإنتاج الصور الشخصية ونشرها:**

الرضا الضمني هو ما لا يعبر عنه صراحة، وإنما يتم استنتاجه من ظروف الحال، ولا يُستبعد أن يتحقق في مجال التصوير والنشر الصحفي،

- (١) راجع المادة ١/٩٠ من القانون المدني المصري.
- (٢) راجع المادة ٢/٩٠ من القانون المدني المصري.
- (٣) مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي: المرجع السابق، ص ١٦٠ وما بعدها.
- (٤) حسام الأهواني: المرجع السابق، ص ٢١١.
- (٥) جعفر محمود المغربي و حسين شاكر عساف: المرجع السابق، ص ١٢٦ وما بعدها.

فمن ينظر إلى عدسة الكاميرا مبتسماً يكون قد عبر ضمناً عن رضاه بالتصوير<sup>(١)</sup>، ومن يتواجد في مقابلة صحفية يُفترض أنه وافق ضمناً على استعمال الصحفي للعناصر الصوتية والبصرية، التي حصل عليها خلال المقابلة<sup>(٢)</sup>.

وقد أكد القضاء الفرنسي على هذا المعنى<sup>(٣)</sup>، حينما ذهب إلى رفض الادعاء بوجود اعتداء على الحق في الصورة، استناداً إلى حالة الرضا الضمني للشخص المعني بها، والذي دأب إلى النظر إلى آلة التصوير، لذا فقد رأى هذا القضاء أنه إذا كان المدعي راغباً في عدم التصوير لكان يتعين عليه أن ينزوي بعيداً عن آلة التصوير.

ولكن في مجال الرضا الضمني يثور التساؤل التالي: هل ينسحب الرضا الضمني السابق بإنتاج الصورة ونشرها على الإنتاج والنشر اللاحق؟

في الإجابة عن هذا التساؤل ذهب رأي فقهي<sup>(٤)</sup> إلى أن الرضا السابق على إنتاج الصورة أو نشرها هو بمثابة تنازل من الشخص عن حقه في الصورة، ذلك أن من يرضى بنشر صورته بأية وسيلة - وبصرف النظر عن الموقف الذي تمثله الصورة - يُعد متنازلاً عن حقه في الاعتراض على استعمال صورته في أي وقت لاحق، وبغير حاجة للحصول على إذنه.

وأغلب الظن أن هذا الرأي قد جانبه الصواب، ذلك أن الرضا الضمني السابق بشأن إنتاج الصورة الشخصية أو نشرها لا يمكن أن يُستفاد منه الرضا الضمني بالإنتاج أو النشر في وقت لاحق، فهذا الرضا ربما

(١) سعيد جبر: المرجع السابق، ص ٥٠.

(٢) حسام الأهواني: المرجع السابق، ص ٢٠٥.

(٣) Trib. Paix Narbonne, 4 mars 1905, T. c./ Du Laar, D., 1905, II, p.390.

(٤) في عرض هذا الرأي تفصيلاً انظر: ممدوح خليل بحر، المرجع السابق، ص ٢١٠.

حدث في ظروف خاصة، لذا فهو لا يُعد مبرراً للإنتاج أو النشر اللاحق، إضافة إلى ذلك فإنه إذا اعتبرنا أن الرضا الضمني السابق بشأن إنتاج الصورة أو نشرها يُعد مبرراً للمرات اللاحقة - طبقاً لما ذهب إليه هذا الرأي - لكان معناه تنازل صاحب الصورة عن حقه فيها بشكل نهائي، وهو ما يُعد باطلاً بطلاناً مطلقاً، على اعتبار أن الحق في الصورة هو من الحقوق اللصيقة بالشخصية<sup>(١)</sup>.

ويؤيد ذلك ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ٢٧ فبراير سنة ١٩٦٧م<sup>(٢)</sup>، والذي اعتبرت فيه أن التسامح السابق بشأن النشر الصحفي لصورة الشخص لا يمكن أن يُستنتج منه نزول الأخير عن حقه في صورته، وأن القول بغير ذلك معناه أنه لم يعد للشخص حياة خاصة، أو أنه نزل نهائياً عن كل حماية لصورته، وهو ما لم تسلم المحكمة به.

### الفرع الثاني

#### نطاق الرضا بشأن إنتاج الصور الشخصية ونشرها

إذا كان يحق لأي شخص أن يتنازل بصفة مؤقتة عن حقه في منع الغير من إنتاج صورته أو نشرها، وذلك من خلال الإذن الصادر منه - على نحو ما اتضح سابقاً - فإن التساؤل يثور بشأن مدى جواز سحب هذا الإذن؟ كذلك هل ينسحب الإذن الصادر من الشخص بإنتاج صورته على نشرها أم أن النشر يحتاج إلى إذن خاص به؟

الإجابة عن هذه التساؤلات سوف تتضح على النحو التالي:

أولاً- مدى جواز سحب الإذن الصادر بإنتاج الصور الشخصية ونشرها:

اختلف الفقهاء في مدى جواز العدول عن الإذن الصادر بإنتاج الصورة ونشرها، فذهب رأي<sup>(٣)</sup> إلى عدم جواز عدول الشخص عن الإذن

(١) سعيد جبر: المرجع السابق، ص ٥٤. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي:

المرجع السابق، ص ١٦٦ وما بعدها.

(2) C.A. Paris, 27 février 1967, D., 1967, juris., p.450, note FOULON-PIGANIOL (J.).

(٣) في عرض هذا الرأي انظر: حسام الأهواني، المرجع السابق، ص ٢٣٤ وما بعدها.

الصادر منه ، استناداً إلى أن من يقبل بإنتاج صورته ونشرها يكون قد دخل بها في نطاق العلانية ، وأزاح عنها ستار السرية ، ومن ثم لا يمكنه بعد ذلك الاحتجاج بأن هناك اعتداءً قد وقع على حقه في الصورة.

وقد تبنت محكمة باريس الابتدائية هذا الرأي ، وذلك في حكمها الصادر في ١٦ يناير سنة ١٩٧٤م<sup>(١)</sup> ، والذي جاء فيه أن قبول إحدى الممثلات تصويرها ونشر صورتها وهي عارية في إحدى المجالات المشهورة ، يفيد تنازلها التام عن حقتها في صورتها موضوع الدعوى لمصلحة أية مجلة أخرى لها نفس التخصص ، فمثل هذه الفنانة تكون قد تصرفت تماماً باعتبارها موديلًا محترفاً.

في حين يرى بعض الفقهاء<sup>(٢)</sup> جواز سحب الإذن الصادر بشأن إنتاج الصورة الشخصية ونشرها ، استناداً إلى أن الحق في الصورة هو من الحقوق اللصيقة بالشخصية ، ومن ثم فهو يخرج عن دائرة التعامل ، ولا يجوز التنازل عنه بحسب الأصل ، وإن تم هذا التنازل فهو يكون على سبيل الاستثناء والتأقيت وينصب على الحق في الاعتراض على التصوير أو النشر فقط وليس على الحق في الصورة ذاته ، وعلى ذلك فمن يأذن بنشر صورته يمكنه سحب هذا الإذن في أي وقت ، فلا يكتسب من حصل على الإذن بالتصوير أو النشر حقاً معيناً ، بل هي رخصة له ، تجعله يتخلل بصفة مؤقتة - وفي حدود الإذن الممنوح له - من الواجب الملقى على عاتقه بعدم تصوير شخص أو نشر صورته<sup>(٣)</sup>.

(1) T.G.I. Paris, 16 janvier 1974, D., 1976, p.120, note LINDON (R.).

مشار إليه لدى ، حسام الأهواني: المرجع السابق ، ص ٢٣٦ ، هامش ٨١.

(2) BERTRAND (A.): Le droit d'auteur et les droits voisins, 2ème éd., Dalloz, 1999, p.623 ; LAMOUREUX (G.-G.) et POCHON (D.): Note sous C.A. Paris, 4ème ch., 7 juin 1983, Gaz.-Pal., 1984, 2, p.528.

(٣) سعيد جبر: المرجع السابق ، ص ١٣١.

ويبدو أن الرأي الأخير قد صادف تطبيقاً لدى القضاء الفرنسي، فقد أقرت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٧٣م<sup>(١)</sup> بجواز سحب الإذن الصادر من الشخص بإنتاج صورته أو نشرها في أي وقت، حيث لا يجوز إجبار الشخص على الإبقاء على نشر صورة شخصية تخضعه يرى أن نشرها قد أصبح مهيناً له، وكان هذا الحكم قد صدر بمناسبة قيام مجلة L'Unité الفرنسية بنشر صورة لممثل فرنسي شهير. ويتفق الباحث مع الرأي الأخير، والذي يرى جواز سحب الإذن السابق بإنتاج الصورة الشخصية ونشرها، لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى تأييد النشر، وتحويل التنازل عن الحق في الاعتراض على إنتاج الصورة ونشرها من التأكيد إلى الإطلاق، وهو ما لا يمكن التسليم به، لتعارضه مع خصائص الحقوق اللصيقة بالشخصية، والتي ينتمي إليها الحق في الصورة.

ومع ذلك، يرى الباحث أن استعمال الحق في سحب الإذن مشروط بالألا يلحق ضرراً بالناشر، وإلا وجب تعويض الأخير عما يلحقه من أضرار ناتجة عن استعمال صاحب الصورة لحقه في سحب الإذن، وذلك قياساً على حق المؤلف، والذي يميز له سحب مصنفه من التداول، بغير إخلال بالحق في التعويض، لمن آلت إليه حقوق الاستغلال المالي<sup>(٢)</sup>.  
ثانياً: مدى انطباق الإذن الصادر بإنتاج الصورة على نشرها:

قد يسمح شخص ما لأحد الصحفيين بإنتاج صورة له، فهل يعني هذا الإذن إمكان قيام الصحفي بنشر هذه الصورة بغير الحصول على إذن خاص بالنشر؟

واقع الأمر أن الإذن بإنتاج الصورة لا يعني بالضرورة الإذن بنشرها، ذلك أن إنتاج الصورة ونشرها أمران متميزان<sup>(٣)</sup>، لذا يجب أن

(١) C.A. Paris, 17 décembre 1973, D.1976, juris., p.120, note LINDON (R.).

(٢) راجع المادة ١٤٤ من القانون المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م، بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية.

(٣) جعفر محمود المغربي و حسين شاكر عساف: المرجع السابق، ص ١٢٩. علاء الدين عبدالله الخضاونة و بشار طلال المؤمني: المرجع السابق، ص ٢٤٠.



يكون الإذن الصادر من صاحب الحق في الصورة خاصاً ومحدداً، فبين فيه ما إذا كان مقتصراً على إنتاج الصورة فقط، أم أنه يشمل الإنتاج والنشر معاً<sup>(١)</sup>.

ومع ذلك، فإن الإذن بالنشر قد يستتج ضمناً من الظروف الملازمة لإنتاج الصورة<sup>(٢)</sup>، ومن ذلك أن الموافقة على عقد لقاء صحفي مع التقاط عدة صور شخصية لمن أذن بهذا اللقاء، يستفاد منه ضمناً موافقة الأخير على نشر هذه الصور.

بيد أن الإذن الصادر من صاحب الصورة إذا انصب على إنتاجها ونشرها، فإن هذا النشر يجب أن يتقيد بمحدود الإذن الصادر به، فمن يأذن بنشر صورته ضمن مقال صحفي لا يُعد راضياً بنشر هذه الصورة للدعاية، سواء التجارية أم غير التجارية<sup>(٣)</sup>، ومن يأذن بنشر صورته في إحدى المجلات لا يُعد راضياً بالنشر في مجلة أخرى، ما لم يأذن صاحب الصورة للمجلة الأخيرة في ذلك<sup>(٤)</sup>.

وتطبيقاً لذلك، فقد قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ١٤ مايو سنة ١٩٧٥ م<sup>(٥)</sup> بوجود اعتداء على الحق في الصورة الخاصة بالمثلة الفرنسية كاترين دينيف Catherine DENEUVE، حيث أكدت المحكمة على أن الإذن الصادر من المثلة الشهيرة بنشر صورها في إحدى الصحف لا يُعد إذناً بنشرها في صحيفة أخرى.

وأخيراً يجب أن يتقيد الإذن بنشر الصورة بوقت معين، فمن يرضى بنشر صورته في وقت ما لا يُعد ذلك إذناً منه بنشرها في وقت آخر،

(١) سعيد جبر: المرجع السابق، ص ٥٦.

(٢) جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف: المرجع السابق، ص ١٢٩.

(٣) سعيد جبر: المرجع السابق، ص ٥٦.

(٤) حسام الأهواني: المرجع السابق، ص ٢١٤ وما بعدها.

(5) C.A. Paris, 14 Mai 1975, D., 1976, juris., p.291, note LINDON (R.).

استناداً إلى رفض فكرة تأييد النشر، لتعارض هذه الفكرة مع طبيعة الحق في الصورة، كونه من الحقوق اللصيقة بالشخصية<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثالث

#### عبء إثبات وجود الرضا بإنتاج الصور الشخصية ونشرها

القاعدة في توزيع عبء الإثبات هي أن الإثبات يقع على عاتق المدعي، وذلك وفقاً لما ورد في المادة الأولى من قانون الإثبات المصري، والتي جاء نصها على النحو التالي: "على الدائن إثبات الالتزام، وعلى المدين إثبات التخلص منه"<sup>(٢)</sup>.

والمدعي في هذا الخصوص ليس حتماً من رفع الدعوى، بل هو من يدعي خلاف الأصل، والأصل هو براءة الذمة من أي التزام، فإذا ادعى شخص حقاً له في ذمة الغير استناداً لالتزام ما، فإنه يكون مدعياً خلاف الأصل، لذا يقع على عاتقه إقامة الدليل على ما يدعيه<sup>(٣)</sup>.

وعلى ذلك، فإن عبء إثبات توافر الرضا بإنتاج الصورة ونشرها - عند الخلاف - يقع على عاتق الصحفي، فهو من يدعي خلاف الأصل، والأصل هو أن صاحب الصورة ليس ملتزماً أمامه بشيء، لذا يتعين على هذا الصحفي أن يثبت رضا صاحب الصورة بإنتاجها ونشرها<sup>(٤)</sup>.

(١) سعيد جبر: المرجع السابق، ص ٥٧.

(٢) قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ م، الجريدة الرسمية، العدد ٢٢ في ٣٠ مايو ١٩٦٨ م.

ومن الجدير بالذكر أن محكمة النقض المصرية قضت بأن: "المدعي هو المكلف قانوناً بإثبات دعواه، وتقديمه الأدلة التي تؤيد ما يدعيه". نقض مدني - جلسة ١٠ نوفمبر ١٩٧١ م، مجموعة المكتب الفني، س ٢٢، ص ٨٩١.

(٣) تأكيداً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "الأصل هو براءة الذمة، وانشغالها عارض، ويقع عبء الإثبات على عاتق من يدعي ما يخالف الثابت أصلاً، مدعياً كان أو مدعى عليه". نقض مدني - جلسة ١٤ يناير ١٩٦٧ م، مجموعة المكتب الفني، س ١٨، ص ١٩٠.

(٤) في المعنى نفسه انظر: مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المرجع السابق، ص ١٩٨.

والقاعدة هي أن الإذن يصدر خاصاً بكل حالة على حدة، فإذا ادعى الصحفي أن الإذن كان عاماً، تعين عليه إثبات ذلك، في حين لا يكلف صاحب الصورة بإثبات أن الإذن كان خاصاً<sup>(١)</sup>، وتطبيق القاعدة ذاتها حال قيام الخلاف حول حدود الإذن أو شروطه<sup>(٢)</sup>.

وقد أكد القضاء الفرنسي على هذه القواعد صراحة، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٨١ م<sup>(٣)</sup>، بأن عبء إثبات الموافقة على نشر الصورة يقع على عاتق الناشر، لذا لا يكلف من تمثله الصورة بهذا الإثبات.

ولما كان المشرع لم يشترط الكتابة لإثبات موافقة الشخص على إنتاج صورته أو نشرها، فإنه يمكن للصحفي إثبات هذه الموافقة بكافة طرق الإثبات، بما في ذلك البيّنة والقرائن<sup>(٤)</sup>، غير أنه لا يُعتد بشهادة هذا الصحفي في هذا الخصوص، لأنه خصم أو صاحب مصلحة<sup>(٥)</sup>.

وأخيراً إذا اعتقد الصحفي ولو بحسن نية أنه حصل على رضا الشخص المعني بالصورة، فإنه يكون مسئولاً عن التعويض، متى عجز عن إثبات وجود هذا الرضا.

### المطلب الثاني

#### الحق في الإعلام كسبب لإباحة النشر الصحفي لصور الأشخاص

#### تمهيد وتقسيم:

يقصد بالحق في الإعلام: هو حق الاتصال المتمثل في حق الإنسان في البحث والتعرف على الآراء والأفكار والمعلومات، وحقه في الوصول إليها وتلقيها، الأمر الذي يسهم في الكشف عن الحقائق، ودعم

(١) في المعنى نفسه انظر: حسام الأهواني، المرجع السابق، ص ٢٢١.

(٢) سعيد جبر: المرجع السابق، ص ٥٨.

(٣) Cass. Civ., 1re ch., 15 décembre 1981, Bull. Civ., 1981, I, N°384.

(٤) مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي: المرجع السابق، ص ١٩٨.

(٥) حسام الأهواني: المرجع السابق، ص ٢٢١ وما بعدها.

قدرة الأفراد على المشاركة في مجتمع ديمقراطي، وتوفير آلية تسمح بإقامة نوع من التوازن بين الاستقرار والتغير الاجتماعي<sup>(١)</sup>.

ويتفرع الحق في الإعلام عن حقوق الإنسان الأساسية، كونه أحد أشكال حرية الفكر والتعبير عن الرأي، التي تضمنتها العديد من المواثيق والاتفاقيات الدولية، وشملت أيضاً بعض الدساتير الوطنية، ولاسيما الدستور المصري لسنة ٢٠١٤م<sup>(٢)</sup>، والدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨م<sup>(٣)</sup>.

ولما كان الإعلام بحاجة إلى الصورة بعد أن أضحت الركيزة الأساسية في نقل المعرفة والترفيه<sup>(٤)</sup>، لذا بدأ الأمر بحاجة إلى إيجاد نوع من التوازن بين حق المجتمع في الإعلام وحق الإنسان في صورته، مما ترتب عليه ظهور مبدأ سمو الحق في الإعلام على الحق في الصورة، ولكن مع التقيد بشرط المحافظة على كرامة الشخص الذي تمثله الصورة<sup>(٥)</sup>.

(١) نصر الدين حراري: التنظيم القانوني للممارسة الإعلامية في المغرب العربي، دراسة وصفية مقارنة بين الجزائر والمغرب من فترة ما قبل الاستقلال إلى نهاية سنة ٢٠١١م، رسالة ماجستير، كلية العلوم السياسية والإعلام، جامعة الجزائر ٣ "والي إبراهيم"، ٢٠١١/٢٠١٢م، ص ١٥.

(٢) تنص المادة ٧٢ من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤م، على أن: "تلتزم الدولة بضمان استقلال المؤسسات الصحفية، ووسائل الإعلام المملوكة لها، بما يكفل حيادها وتعبيرها عن كل الآراء والاتجاهات السياسية والفكرية والمصالح الاجتماعية، ويضمن المساواة وتكافؤ الفرص في مخاطبة الرأي العام".

(3) La loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation. "

Atr. 4/3, Constitution français du 4 octobre 1958, J.O.R.F., no0238 du 5 octobre 1958, p.9151.

(٤) سعد سلمان عبد الله: تطور الصورة الصحفية في الصحافة العراقية، دراسة تحليلية لصور الصفحة الأولى لصحيفة الصباح لعام ٢٠١٢م، مجلة الباحث الإعلامي، كلية الإعلام - جامعة بغداد، العدد ٢١، سنة ٢٠١٣م، ص ٥٨.

(٥) عابد فايد عبد الفتاح: المرجع السابق، ص ٥٢ وما بعدها.

وهذه النقاط هي موضوع هذا المطلب، والذي رأيت أن أقسمه  
ثلاثة فروع، وذلك على النحو التالي:

- الفرع الأول:** سمو الحق في الإعلام على الحق في الصورة.  
**الفرع الثاني:** تقييد الحق في الصورة مراعاة لضرورات الحق في الإعلام.  
**الفرع الثالث:** مبدأ الكرامة الإنسانية كقيود على الحق في الإعلام تجاه  
نشر صور الأشخاص.

### الفرع الأول

#### سمو الحق في الإعلام على الحق في الصورة

استناداً إلى الحق في الإعلام فإنه من حق المجتمع أن يعلم بما يدور  
فيه من أحداث جارية، وما تقوم به الشخصيات العامة والشهيرة من نشاط  
عام يهم الجمهور الاطلاع عليه<sup>(١)</sup>.

فإذا كان الإعلام في وقتنا الحاضر يعتمد على الصورة في إيصال  
الرسالة الإعلامية للجمهور، لما لها من مميزات تفوقت بها على الكلمة  
سواء المكتوبة أم المسموعة، فإن حق المجتمع في الإعلام على هذا النحو قد  
يتعارض مع ما للإنسان من حق في صورته، لذا يذهب الرأي الراجح في  
الفقه<sup>(٢)</sup> إلى تغليب مصلحة الجماعة وحققها في المعرفة والإعلام على  
المصلحة الخاصة والفردية للإنسان، والتي تتمثل في منع الغير من إنتاج  
صورته أو نشرها بغير رضاه.

(١) جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف: المرجع السابق، ص ١٤٧.

DUPUY-BUSSON (S.) : art. précité.

(2) RAVANAS (J.): op. cit., p.172 et s.

ومن الفقه المصري انظر:

حسام الأهواني: المرجع السابق ص ٢٥٨ وما بعدها. سعيد جبر: المرجع السابق،  
ص ١٠١ وما بعدها. خالد مصطفى فهمي: المرجع السابق، ص ٢٩١ وما  
بعدها. وفي المعنى نفسه انظر: ممدوح المسلمي، المرجع السابق، ص ٨٤.

ويبدو أن القضاء الفرنسي يساند هذا الاتجاه، حيث قضت محكمة باريس الابتدائية في حكمها الصادر في ٢٦ يناير سنة ١٩٩٤م<sup>(١)</sup>، بأن نشر صورة لمعلمة مع أطفال المدرسة وهم محتجزون كرهائن يُعد عملاً مشروعاً، على اعتبار أن نشر هذه الصورة كان مصاحباً لمقال يتعلق بهذا الحدث.

كذلك قضت المحكمة ذاتها في حكمها الصادر في ١٦ مارس سنة ١٩٩٩م<sup>(٢)</sup> بمشروعية نشر صورة لضابط شرطة، أثناء أداء مهام وظيفته في الطريق العام، كون هذا النشر يتعلق بدعوة لتظاهرة ضد إجراء اتخذته الشرطة، وكان هذا الضابط متورطاً فيه.

وفي حكمين صدرتا لمحكمة النقض الفرنسية سنة ٢٠٠٥م<sup>(٣)</sup>، أكدت فيهما المحكمة أن نشر صورة تُظهر رجال الشرطة أثناء تمثيل أحد المتهمين لجريمته، وذلك أثناء تواجدهم في مسرح الجريمة، يُعد عملاً مشروعاً، متى كان نشر هذه الصورة قد تم من خلال مقال صحفي يتعلق بالأحداث الجارية.

ولعل ما ذهب إليه القضاء الفرنسي من تكريس لمبدأ سمو الحق في الإعلام على الحق في الصورة يتناسب مع مبدأ حرية الصحافة، الذي كرسه القانون الفرنسي الصادر سنة ١٨٨١م بشأن حرية الصحافة، ذلك المبدأ الذي يُعد أحد مظاهر حرية التعبير عن الرأي، التي أقرتها المادة العاشرة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان<sup>(٤)</sup>، وإن كان القانون

(1) T.G.I. Paris, 26 janvier 1994, Juris Data no040196.

(2) C.A. Paris, 16 mars 1999, Juris Data no08924.

(3) Cass. Civ., 1re ch., 10 mai 2005, Bull. Civ., 2005, I, No206, p.175.

En même sens, Cass. Civ., 1re ch., 5 juillet 2005, Bull. Civ., 2005, I, No298, p.249.

(4) Art. 10 / 1, Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, précité.

Consultable sur:

[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf)

الفرنسي رقم ٢٠٠٠ - ٥١٦ بشأن تعزيز حماية قرينة البراءة وحقوق الضحايا<sup>(١)</sup>، قد أدخل تعديلاً على قانون حرية الصحافة، أصبح بمقتضاه حق الشخص في الكرامة الإنسانية قيماً على حق المجتمع في الإعلام، على نحو ما سيوضح لاحقاً.

وأما في مصر، فقد نصت المادة ٦٥ من دستور سنة ٢٠١٤م على أن: "حرية الفكر والرأي مكفولة، ولكل إنسان حق التعبير عن رأيه بالقول، أو بالكتابة، أو بالتصوير، أو غير ذلك من وسائل التعبير والنشر".

كذلك نصت المادة ٧٠ من هذا الدستور على أن: "حرية الصحافة والطباعة والنشر الورقي والمرئي والمسموع والإلكتروني مكفولة، وللمصريين من أشخاص طبيعية أو اعتبارية، عامة أو خاصة، حق ملكية وإصدار الصحف، وإنشاء وسائل الإعلام المرئية والمسموعة، ووسائل الإعلام الرقمي....".

أيضاً نصت المادة ٧١ من الدستور ذاته على أن: "يحظر بأي وجه فرض رقابة على الصحف ووسائل الإعلام المصرية، أو مصادرتها، أو وقفها، أو إغلاقها. ويجوز استثناء فرض رقابة محددة عليها في زمن الحرب أو التعبئة العامة".

وإذا كان الدستور المصري قد أقر هذه النصوص بهدف حماية التعبير عن الرأي وكفالة حرية الصحافة، فإنه في المقابل أقر أيضاً الكثير من حقوق الشخصية، كالحق في حرمة الحياة الخاصة، وكفالة سرية المراسلات البريدية والبرقية والإلكترونية والمحادثات الهاتفية<sup>(٢)</sup>، وكفالة حرمة المسكن<sup>(٣)</sup>.

(1) Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, J.O.R.F., n° 0138 du 16 juin 2000, p. 9038.

(٢) راجع المادة ٥٧ من الدستور المصري الصادر سنة ٢٠١٤م.

(٣) راجع المادة ٥٨ من الدستور المصري الصادر سنة ٢٠١٤م.

وبالاحظ أن تطبيق هذه النصوص قد يحدث نوعاً من التعارض بين الحق في الإعلام والحقوق اللصيقة بالشخصية، إلا أن هناك رأي في الفقه<sup>(١)</sup> يذهب إلى أن المشرع المصري قد انحاز إلى تغليب مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد، باعتبارها المصلحة الأعلى والأولى بالرعاية، بالنظر إلى أهميتها الكبيرة، فأباح لوسائل الإعلام حرية النشر بضوابط معينة، حتى لو ترتب على ذلك مساسٌ بالحقوق اللصيقة بالشخصية، ومنها الحق في الصورة.

### الفرع الثاني

#### تقييد الحق في الصورة مراعاة لضرورات الحق في الإعلام

بعد أن نص المشرع المصري في المادة ١٧٨ من قانون الملكية الفكرية على حظر نشر صور الأشخاص بغير إذن منهم، حدد المشرع بعض الحالات التي يكون فيها نشر هذه الصور مباحاً، وذلك في المادة ذاتها، والتي جاء نصها على النحو التالي: "..... ومع ذلك يجوز نشر الصورة بمناسبة حوادث وقعت علناً أو إذا كانت الصورة تتعلق بأشخاص ذوي صفة رسمية أو عامة أو يتمتعون بشهرة محلية أو عالمية أو سمحت بهذا النشر السلطات العامة المختصة خدمة للمصالح العام.....".

وطبقاً لهذا النص، فقد حدد المشرع المصري ثلاث حالات استثنائية<sup>(٢)</sup>، يجوز الاستناد إلى إحداها لنشر صور الأشخاص بغير حاجة للحصول على إذن منهم، وذلك مراعاة منه لضرورات الحق في الإعلام، وتمثل هذه الحالات في: صور الوقائع والحوادث العلنية، وكذلك صور

(١) في عرض هذا الرأي انظر: عابد فايد عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ٥٦ وما بعدها.

(٢) لم ينص المشرع الفرنسي على حالات استثنائية لنشر صور الأشخاص بغير الحصول على إذن منهم، مثلما فعل المشرع المصري، بيد أن جوهر قانون حرية الصحافة الفرنسي، الصادر في ٢٩ يولييه سنة ١٨٨١م، إضافة إلى أحكام القضاء هناك، يدعمان هذه الحالات الاستثنائية، التي أوردها المشرع المصري، على نحو ما سيتضح لاحقاً.



الشخصيات العامة والشهيرة، إضافة إلى الصور المتعلقة بخدمة الصالح العام.

وسوف أتعرض لهذه الحالات تفصيلاً، وذلك على النحو التالي:

#### ١ - صور الحوادث العلنية:

أجاز المشرع المصري بمقتضى المادة ١٧٨ من قانون الملكية الفكرية - سالفه الذكر - نشر صور الأشخاص بمناسبة وقوع حوادث، بشرط أن يكون لها صفة العلنية.

ويقصد بالحوادث: كل أمر عارض، يشكل خروجاً عن الوضع المألوف لسير الحياة اليومية، بحيث يبرز بشكل متميز وخاص، وسط السير الرتيب لمجريات الحياة، وتمثل هذه الحوادث في الحروب، أو المباريات الرياضية، أو العروض الفنية<sup>(١)</sup>..... الخ.

ولكن يشترط لمشروعية نشر صورة الإنسان بمناسبة هذه الحوادث أن تكون له علاقة بها<sup>(٢)</sup>، لذا فإن وجود شخص في مكان وقوع الحادث وزمانه لا يبرز نشر صورة له التقطت في هذا الوقت، إذا لم تكن له علاقة بهذا الحادث، ذلك أن وجوده في هذه الحالة لا أثر له على إعلام الجمهور بالحادث<sup>(٣)</sup>.

بيد أنه لا يشترط أن يكون صاحب الصورة قد ساهم في هذا الحدث عمداً، بل يكفي توافر علاقة ولو غير إرادية بينه وبين الحادث، فالشخص الذي تقع أمامه جريمة في مكان عام، أو يكون ضحية لحادث دهس في الطريق، لا يمكنه الاعتراض على تصويره أو نشر صورته بمناسبة هذا الحادث، وسواء كان ظهوره في الصورة بشكل ثانوي أو كان هو

(١) بمدوح المسلمي: المرجع السابق، ص ٩٠.

(2) Cass. Civ., 1re ch., 13 mai 2014, Bull. civ., 2014, I, N°86.  
OUVILLE ( T.): Atteinte au droit à la vie privée sur des faits intimes mais notoires, EDFP, 15 juillet 2014 n° 7, p. 2.

(٣) سعيد جبر: المرجع السابق، ص ٧٨.

الموضوع الرئيسي لها، فالمهم في هذه الحالة أن يشكل الحادث أمراً عارضاً وشيئاً جديداً بالنسبة لجرى الحياة اليومية، بحيث يكون للجمهور حق في الإحاطة به ومعرفة ملبساته<sup>(١)</sup>.

ولكن يثور التساؤل حول مدى مشروعية التقاط صورة شخص ما في مكان عام ونشرها بغير رضاه حال عدم ارتباطها بحادث ما؟

انقسم الفقه تجاه هذه المسألة إلى رأيين، ذهب الرأي الأول منهم<sup>(٢)</sup> إلى أن تواجد الشخص في مكان عام يجعله عرضه لأنظار الآخرين، لذا فهو يأخذ حكم كل ما يوجد حوله من مبان وحدائق وشوارع، ولما كان للغير حق التمتع بالنظر إلى هذه الأماكن العامة وتصويرها، فإنه يجوز له أيضاً تصوير الموجودين بها باعتبارهم من عناصرها، ومع ذلك - وتطبيقاً لهذا الرأي - لا يجوز نشر الصور التي يظهر فيها هؤلاء الأشخاص، إلا بعد الحصول على إذن منهم.

أما الرأي الثاني<sup>(٣)</sup> فقد فرق بين فرضين:

**الفرض الأول:** أن يكون المكان العام في حد ذاته - وبغض النظر عما نواجه فيه مصادفة - هو الموضوع الأساسي للصورة، وهنا لا يلزم أن يحصل المصور على إذن المتواجدين بالمكان، متى كان وقوعهم في مجال التصوير قد تم بصورة عرضية، وأساس ذلك ما أقره القضاء الفرنسي قديماً من مبدأ مفاده جواز تصوير الأماكن العامة والأثرية دون انتظار خلوها من المتواجدين بها، أو ابتعادهم عن مجال التصوير، والقول بعكس ذلك يجعل تصوير هذه الأماكن مستحيلاً<sup>(٤)</sup>.

- 
- (١) جعفر محمود المغربي و حسين شاكرا عساف: المرجع السابق، ص ١٣٩.
  - (٢) في عرض هذا الرأي انظر: هشام فريد رستم: المرجع السابق، ص ٥٤ وما بعدها.
  - (٣) في عرض هذا الرأي انظر: سعيد جبر، المرجع السابق، ص ٨٠.
  - (٤) هشام فريد رستم: المرجع السابق، ص ٥٥.

**الفرض الثاني:** أن يكون الشخص هو الموضوع الرئيسي للصورة، وما العناصر الأخرى في المكان العام إلا مجرد خلفية له، وهنا لا يجوز التقاط هذه الصورة أو نشرها إلا بإذن من تمثله<sup>(١)</sup>.

وتطبيقاً لما ذهب إليه الرأي الثاني، فقد قضت محكمة إيفيتوت المدنية في حكمها الصادر في ٢ مارس سنة ١٩٣٢م<sup>(٢)</sup> برفض الاعتراض المقدم من بعض المزارعين على نشر صورة لسوق زراعي عام، ظهروا فيه عرضاً، وقد استندت المحكمة في قضائها هذا إلى أن وجود هؤلاء المزارعين في الصورة كان غير واضح، ويتعذر التعرف على ملاحظهم من خلالها.

كذلك قضت محكمة باريس الابتدائية في حكمها الصادر في ٢ يونيو سنة ١٩٧٦م<sup>(٣)</sup>، بأنه إذا كان يجوز تصوير إحدى الفتيات أثناء وجودها في مكان عام، إلا أنه لا يجوز أن توضع أية إشارة حول صورتها، لإيضاح شخصيتها عند النشر.

ويرجح جانب من الفقهاء في مصر<sup>(٤)</sup> هذا الرأي الأخير، نظراً لما يكتنف الرأي الأول من انتقادات، مفادها كالتالي:

**أولاً-** أن التشبيه بين الرؤية بالعين والتصوير هو تشبيه مع الفارق، ذلك أن الرؤية بالعين تكون عابرة، ومهما كانت درجة ثباتها في الذاكرة فلن تصل إلى درجة ثبات الصورة.

**ثانياً-** أن الصورة دائماً ما تقبل النشر، في حين أن الرؤية مجال عرضها هو السرد، إضافة إلى ذلك فإن الصورة حاسمة، في حين أن الرؤية تقبل المناقشة.

(١) سعيد جبر: المرجع السابق، ص ٨١.

(2) Trib. Civ. Yvetot, 2 mars 1932, Gaz.- pal., 1932, 1, p.855.

(3) T.G.I. Paris, 2 juin 1976, D., 1977, juris., p.364, note LINDON (R.).

(٤) حسام الأهواني: المرجع السابق، ص ١١٣ وما بعدها. سعيد جبر: المرجع السابق، ص ٨١ وما بعدها. هشام فريد رستم: المرجع السابق، ص ٥٦ وما بعدها.

**ثالثاً-** أن التمييز بين التقاط الصورة، الذي يمكن أن يتم - على حد تعبير الرأي الأول - بغير رضا صاحبها، وبين نشر هذه الصورة، والذي يشترط لإمكانه موافقة صاحبها، هو تمييز لا يستند إلى أساس قوي، لأن التقاط الصورة ونشرها أمران مرتبطان، فالالتقاط مرحلة تمهيدية للنشر، والشخص الذي التقط صورته لا يعرف شيئاً عن مصيرها، وربما تم النشر ذاته بغير علمه، فيجب ألا نكلفه الانتظار حتى يعرف مصير صورته التي التقطت دون رضاه.

## ٢- صور الشخصيات العامة والشهيرة:

أجاز المشرع المصري بمقتضى المادة ١٧٨ من قانون الملكية الفكرية - سالفه الذكر - نشر صور الأشخاص ذوي الصفة الرسمية أو العامة، أو من يتمتعون بشهرة محلية أو عالمية.

ويُقصد بالشخصيات العامة أو الرسمية: الأشخاص الذين يتولون وظائف عامة في الدولة، ولاسيما الوظائف السياسية، ومن هؤلاء رئيس الدولة، ورئيس الحكومة، وأعضاء البرلمان، وغيرهم، ويضاف إلى هؤلاء كل من يقوم بدور بارز في تسيير الأمور العامة في الدولة<sup>(١)</sup>.

في حين يُقصد بالشخصيات الشهيرة: الأشخاص الذين لا يتولون وظائف عامة، ومع ذلك فإن شخصياتهم معلومة ومحط أنظار جمهور الناس، وذلك كالمطربين، والممثلين، والموسيقيين، وأبطال الألعاب الرياضية، والكتاب، والأدباء، وغيرهم ممن يتمتعون بشهرة معينة في مجتمعهم<sup>(٢)</sup>، حتى لو كانت هذه الشهرة بسبب سلوك إجرامي.

وهناك من الفقهاء<sup>(٣)</sup> من يجمع هاتين الطائفتين تحت مسمى "الشخصيات الشهيرة"، استناداً إلى أن صفة الشخصية الشهيرة تنطبق على كل شخص يكون في وضع أو مركز يجعله محطاً لأنظار الناس ومحلاً

(١) جعفر محمود المغربي و حسين شاكر عساف: المرجع السابق، ص ١٤١.

(٢) سعيد جبر: المرجع السابق، ص ٨٨.

(٣) حسام الأهواني: المرجع السابق، ص ٢٦٠ وما بعدها.

للاهتمام بشخصه، وهو ما ينطبق على الشخصيات العامة والرسمية وكذلك الشخصيات المألومة لدى جمهور الناس لبروزها في مجال معين. وعلى ذلك، فقطاً للمادة ١٧٨ من قانون الملكية الفكرية المصري - سالف الذكر - فإنه يجوز للصحفي نشر الصور المتعلقة بالشخصيات العامة والرسمية، وكذلك الشخصيات الشهيرة، بغير الحصول على إذن منهم، متى كان هذا النشر قد تم في إطار الحق في الإعلام المكفول لجمهور الناس.

وتطبيقاً لذلك، فقد ذهبت محكمة السين الابتدائية في حكمها الصادر في ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٦٥م<sup>(١)</sup> إلى أن نشر الصور المتعلقة بالشخصيات العامة بمناسبة حياتهم المهنية لا يحتاج إلى إذن منهم، استناداً إلى حقيقة مفادها أن هذه الشخصيات ليست فقط ترهب بهذا الأمر بل هي التي تسعى إلى الدعاية.

ومع ذلك، يُشترط أن يكون نشر صور الشخصيات العامة أو الشهيرة بمناسبة ممارسة حياتهم المهنية، أما إذا تعلق تلك الصور بحياتهم الخاصة فإنه يحق لهم - كأى شخص طبيعي - الاعتراض على إنتاج صورهم أو نشرها، إذا كان إنتاج هذه الصور أو نشرها قد تم بغير إذن منهم<sup>(٢)</sup>.

وقد أكد المشرع المصري صراحة على هذا المعنى، في المادة ٢١ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٦م - سالف الذكر - بشأن تنظيم الصحافة، والتي جاء نصها على النحو التالي: "لا يجوز للصحفي أو غيره أن يتعرض للحياة الخاصة للمواطنين. كما لا يجوز له أن يتناول مسلك المشتغل بالعمل العام أو الشخص ذى النصفة النيابية العامة أو المكلف

- (1) T.G.I. Seine, 24 novembre 1965, J.C.P. éd. G., 1966, II, 14521.
- (2) C.A. Paris, 16 février 1974, J.C.P. éd. G., 1976, II, 18341, note LINDON (R.); Cass. Civ., 1re ch., 13 avril 1988, Bull. Civ., I, no98; D., 1988, I.R., p.120.

بخدمة عامة إلا إذا كان التناول وثيق الصلة بأعمالهم ومستهدفاً المصلحة العامة.

كذلك يُشترط ألا يكون نشر صور الشخصيات العامة أو الشهيرة قد تم لأغراض دعائية أو تجارية، وإلا تعين الحصول على إذن من ممثله الصورة.

وتطبيقاً لذلك، فقد قضت الدائرة المستعجلة بمحكمة باريس الابتدائية في حكمها الصادر في ٤ أبريل سنة ١٩٧٠م<sup>(١)</sup>، بأنه لا يجوز استعمال صورة رئيس الجمهورية - وهو الرئيس الفرنسي الأسبق جورج بومبيدو - كوسيلة للدعاية لنوع شهير من محركات القوارب.

وفي هذا المعنى أيضاً، قضت الدائرة المستعجلة بمحكمة نانسي الابتدائية في حكمها الصادر في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٧٦م<sup>(٢)</sup>، بأن نشر صورة رئيس الجمهورية - وهو الرئيس الفرنسي فاليري جيسكارد Valéry GISCARD آنذاك - بطريق الكاريكاتير كنوع من الدعاية لألعاب التسلية يشكل اعتداءً على الحق في الصورة، كون الرسم الكاريكاتيري لصور المشاهير لا يمكن أن يتم على سبيل الدعاية، لتجاوز ذلك الحدود المسموح بها لتصوير المشاهير بغير إذنه.

### ٣- الصور المتعلقة بخدمة الصالح العام:

في إطار المادة ١٧٨ من قانون الملكية الفكرية المصري - سالف الذكر - أجاز المشرع المصري نشر صور الأشخاص بغير الحصول على إذن منهم، حال السماح بذلك من قبل السلطات العامة المختصة لخدمة الصالح العام.

ويندرج تحت هذا الاستثناء الكثير من الحالات التي سمح بها المشرع، والتي تهدف في المقام الأول إلى تغليب المصلحة العامة على

(1) T.G.I. Paris, référé, 4 avril 1970, précité.

(2) T.G.I. Nancy, référé, 15 octobre 1976, J.C.P. éd., G., 1977, II, 18526, note LINDON (R.).

المصلحة الخاصة، ومن ذلك نشر صورة متهم مطلوب للعدالة، وكذلك نشر صورة المحكوم عليه مقترنة بالحكم القضائي الصادر ضده كعقوبة تكميلية في بعض الجرائم<sup>(١)</sup>.

أيضاً يندرج تحت هذا الاستثناء نشر صور المرضى في المؤلفات الطبية، متى كان استعمال هذه الصور لأغراض تعليمية، حيث يمكن القول هنا بتوافر المصلحة العامة التي تبرر هذا النشر، في حين تنعدم هذه المصلحة إذا كان نشر هذه الصور قد تم لأغراض الإثارة المختلفة لدى الناس، دون أن يقترن هذا النشر بأي هدف تربوي أو تعليمي<sup>(٢)</sup>.

كذلك قد تعتمد السلطات العامة إلى استعمال وسائل التصوير المختلفة، لرصد المظاهرات، وضبط الأشخاص مشيري الشغب، الذين يستغلون هذا الظرف للقيام بأعمال التخريب والإتلاف ونهب المحلات التجارية والاعتداء على الممتلكات العامة والخاصة، كما قد تستعمل السلطات العامة وسائل التصوير هذه لمراقبة الأسواق التجارية الكبيرة، وأجهزة الصراف الآلي، حيث تصبح الصورة في مثل هذه الفروض أداة وقاية ضد حوادث السرقة والسطو والتحرش وغيرها، كما تصبح أيضاً أداة ضبط ودليل مشروع ضد مرتكبي هذه الجرائم، لذا فإنه بالاستناد إلى فكرة المصلحة العامة لا يمكن القول بأن التقاط الصور واستعمالها في مثل هذه الحالات يُشكل اعتداءً على الحق في الصورة<sup>(٣)</sup>.

ولكن يشور التساؤل بشأن مشروعية التقاط صور الخصومات القضائية ونشرها باعتبارها من الموضوعات الدسمة بالنسبة للعمل الصحفي نظراً لقدرتها على جذب أعداد كبيرة من القراء؟

(١) سعيد جبر: المرجع السابق، ص ٩٣.

(٢) حسام الأهواني: المرجع السابق، ص ٢٨٥.

(٣) جعفر محمود المغربي و حسين شاكر عساف: المرجع السابق، ص ١٤٤.

الأصل هو أن تتم جلسات المحاكم بصورة علنية، إلا إذا رأت المحكمة جعل جلساتها سرية، مراعاة للنظام العام أو الآداب<sup>(١)</sup>.  
ويُعد مبدأ علانية الجلسات من الضمانات الأساسية لحقوق الدفاع، وهو يعني تمكين جمهور الناس - بدون تمييز - من الاطلاع على إجراءات المحاكمات، والعلم بها، انطلاقاً من مبدأ أساسي مزده الحرص على إشراك الشعب في المسائل التي تهم الرأي العام في المجتمع، وتمكنه من الاطلاع عليها، ولكون حق الجمهور في حضور جلسات المحاكم هو تعبير عن إشباع شعوره بالعدالة، كما أن تقنين هذا المبدأ يكفل إنهاء المحاكمات السرية، التي كانت - فيما مضى - أحد مظاهر الاستبداد السياسي<sup>(٢)</sup>.

وعلى ذلك، فالأصل أنه يجوز التقاط صور الأشخاص الذين تتعلق بهم المحاكمة، ونشر صورهم، بغير حاجة للحصول على إذنتهم، فعلاية المحاكمة يترتب عليها أن يكون من حق أي إنسان أن ينقل ما يجري في جلساتها للرأي العام، سواء كانت وسيلة النقل الكتابة أم التصوير<sup>(٣)</sup>.

---

(١) تنص المادة ١٨٧ من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤م، على أن: "جلسات المحاكم علنية، إلا إذا قررت المحكمة سريتها مراعاة للنظام العام أو الآداب، وفي جميع الأحوال يكون النطق بالحكم في جلسة علنية".

كما تنص المادة ١٠١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، على أن: "تكون المرافعة علنية، إلا إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم إجراؤها سراً، محافظة على النظام العام أو مراعاة للآداب أو حرمة الأسرة".

كذلك تنص المادة ٢٦٨ من قانون الإجراءات الجنائية المصري، على أن: "يجب أن تكون الجلسة علنية، ويجوز للمحكمة مع ذلك مراعاة للنظام العام أو الآداب أن تأمر بسماع الدعوى كلها أو بعضها في جلسة سرية، أو تمنع فئات معينة من الحضور فيها".

(٢) عادل ماجد: الإعلام وحدود وضوابط مبدأ علانية الجلسات، مقال نشر في جريدة الأهرام المصرية، العدد رقم ٤٥٥٤٨، الصادر بتاريخ ٢١/٨/٢٠١١م، السنة ١٣٦.

(٣) سعيد جبر: المرجع السابق، ص ٥٨.



غير أن تصوير جلسات المحاكمة ونشر هذه الصور قد يوصف بعدم المشروعية، حال تقرير المحكمة جعل هذه الجلسات سرية، أو كانت القضايا المنظورة تتعلق بجرائم هتك العرض وإفساد الأخلاق، أو كان موضوع القضية يدخل في نطاق الحياة الخاصة لأطرافها، كالتخصومات المتعلقة بالطلاق أو التفريق أو الزنا<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثالث

#### مبدأ الكرامة الإنسانية كقييد على الحق في الإعلام

##### تجاه نشر صور الأشخاص

استند المشرع في كل من مصر وفرنسا - مدعوماً بأحكام القضاء - إلى فكرة الكرامة الإنسانية، كمبدأ لتقييد الحق في الإعلام تجاه نشر صور الأشخاص.

ومؤدى هذا المبدأ، أنه إذا كان حق المجتمع في الإعلام يتيح للصحفيين نشر صور الأشخاص بغير الحصول على إذن منهم، كما هو الحال في نشر صور الحوادث العلنية، وصور الشخصيات الشهيرة، وكذلك الصور المتعلقة بخدمة الصالح العام، فإن هذا الحق يجب أن يتقيد بضرورة المحافظة على كرامة الشخص الذي تمثله الصورة.

ففي فرنسا، وضع المشرع قيداً على حق المجتمع في الإعلام فيما يتعلق بالأحداث الجارية، مؤداه ضرورة احترام كرامة الشخص الإنسانية، وهو ما يتضح من خلال نص المادة ٢/١ من قانون حرية الاتصال لسنة ١٩٨٦م، والذي جاء فيه: "أن ممازسة حرية الاتصال بالجمهور لا يجوز تقييدها إلا بالقدر اللازم، فمن جهة، يكون باحترام كرامة الشخص الإنسانية..."<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع المواد ١٨٩، ١٩٣ من قانون العقوبات المصري. وأنظر أيضاً: جعفر محمود المغربي و حسين شاكر عساف، المرجع السابق، ص ١٤٠.

(2) " L'exercice de cette liberté ne peut être limité que dans la mesure requise, d'une part, par le respect de la dignité de la personne humaine."

وهذا القيد لا يقتصر على الصحافة المسموعة المرئية Audiovisuelle فقط، بل يمتد ليشمل وسائل الإعلام المقروءة أيضاً<sup>(١)</sup>.

ويستند هذا القيد إلى نص المادة العاشرة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، فبعد أن أقرت الفقرة الأولى من هذه المادة - السابق ذكرها - بحق كل إنسان في التعبير عن رأيه بحرية، وكذلك حقه في تداول المعلومات والأفكار والحصول عليها، أقرت الفقرة الثانية من المادة ذاتها أن: "ممارسة حرية التعبير يمكن أن يرد عليها بعض القيود والاستثناءات، التي ينص عليها القانون، والتي تشكل إجراءات ضرورية في المجتمع الديمقراطي، لحفظ الأمن القومي، وسلامة أراضي الدولة أو السلامة العامة، ولتنع الفوضى، ومنع الجريمة، وحماية الصحة العامة أو الآداب العامة، ولحماية سمعة أو حقوق الغير....."<sup>(٢)</sup>.

ويُعد نص المادة ١٦ من القانون المدني الفرنسي الأكثر دقة وصراحة من غيره من النصوص في تكريس مبدأ الكرامة الإنسانية، فقد جاء هذا النص على النحو التالي: "يضمن القانون الأولوية للإنسان،

---

= Art. 1 / 2, Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard), modifiée, J.O.R.F., du 1er octobre 1986, p. 11755.

(١) عابد فايد عبد الفتاح: المرجع السابق، ص ٥٨.

(2) " L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui,....."

Art. 10 / 2, Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

ويحظر كل اعتداء على كرامته، ويضمن احترام الإنسان منذ بداية حياته<sup>(١)</sup>.

وقد أيد القضاء الفرنسي وجود هذا القيد، فقد أكدت محكمة باريس الابتدائية في حكمها الصادر في ٢ يونيو سنة ٢٠٠٤م<sup>(٢)</sup> على أن الحق في الصورة ليس حقاً مطلقاً، كما أنه يتوارى أمام الحق في الإعلام الذي تحميه المادة العاشرة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، كونه أحد حقوق الإنسان الأساسية، والذي يسمح بنشر صور الأشخاص المشاركين في الحدث، بشرط احترام الكرامة الإنسانية للشخص الذي تمثله الصورة.

كذلك أكدت محكمة النقض الفرنسية على هذا المعنى في حكمها الصادر في ٢٠ فبراير سنة ٢٠٠١م<sup>(٣)</sup>، حين أقرت أنه بالنظر إلى نص المادة العاشرة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وكذلك نصوص المواد ٩ و١٦ من القانون المدني الفرنسي، فإن حرية نقل المعلومات تسمح بنشر صور الأشخاص الذين شاركوا في الحدث، وذلك بشرط وحيد، هو احترام الكرامة الإنسانية لمن تمثله الصورة.

وفي مصر، فقد أقر المشرع هذا المبدأ - أيضاً - وإن كان بصورة غير مباشرة، حيث نصت المادة ١٨ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٦م، بشأن تنظيم الصحافة، على أن: "يلتزم الصحفي فيما ينشره بالمبادئ والقيم التي يتضمنها الدستور وبأحكام القانون، مستمسكاً في كل أعماله بمقتضيات الشرف والأمانة والصدق، وآداب المهنة وتقاليدها، بما يحفظ

- (1) Art: 16, C.C.F., " La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. "
- (2) T.G.I. Paris, 17ème ch. civ., 2 juin 2004, Légipresse, 2004, III, p. 156, obs. BIGOT (Ch.).
- (3) Cass. civ., 1re ch., 20 février 2001, Bull. Civ. 2001, I, N° 42, p.26 ; D., 2001, juris., p.1199 ; Légipresse, 2001, n° 180, III, p.52, note DERIEUX (E.).

للمجتمع مثله وقيمه، وبما لا ينتهك حقاً من حقوق المواطنين، أو يمس إحدى حرياتهم".

في حين نصت المادة ٥١ من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤م، على أن: "الكرامة حق لكل إنسان، ولا يجوز المساس بها، وتلتزم الدولة باحترامها وحمايتها".

ويتضح من خلال هذه النصوص، أن المشرع المصري قيد ممارسة العمل الصحفي بضرورة احترام المبادئ والقيم التي نص عليها الدستور، وأهمها حق كل شخص في أن تُحترم كرامته الإنسانية، طبقاً لما جاء في نص المادة ٥١ من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤م.

ولقد أيد القضاء المصري ما أقره المشرع من ضرورة احترام الكرامة الإنسانية، وجعلها قيماً على حق الجمهور في الإعلام، ومن ذلك ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في ٨ مايو سنة ٢٠٠٥م<sup>(١)</sup> من ضرورة "أن يكون النشر الصحفي في إطار المقومات الأساسية للمجتمع، والحفاظ على الحريات والواجبات العامة، واحترام حرمة الحياة الخاصة للمواطنين، وعدم الاعتداء على شرفهم وسمعتهم واعتبارهم، أو انتهاك محارم القانون، وهي قيود تستلزمها الوقاية من سطوة أقلام، قد تتخذ من الصحف أو غيرها من وسائل التعبير أداة للمساس بالحريات، أو النيل من كرامة الشرفاء، إن سباً أو قذفاً أو إهانة، أو غير ذلك من أفعال يتأبى على المشرع إقرارها تحت ستار حرية الصحافة وقدسيتها".

#### الفصل الرابع

### الحماية المدنية في مواجهة الممارسات الصحفية الماسة بالحق في الصورة

#### تمهيد وتقسيم:

رغم أهمية مهنة الصحافة ودورها المؤثر والفعال في توجيه المجتمع وتثقيف أفراده، وإحاطتهم بالأحداث الجارية، ونظراً لضرورة تمتع هذه

(١) الطعن رقم ٦٩٣٧ لسنة ٧٢ق، جلسة ٨ مايو سنة ٢٠٠٥م.

المهنة بقدر كبير من حرية التعبير عن الرأي، وذلك استجابة لمتطلبات حق الجمهور في الإعلام، إلا أن الصحافة كغيرها من المهن، قد تتجاوز حدود الحق الممنوح لها، الأمر الذي قد يصل إلى حد التعدي على حقوق الأفراد.

لذا حرص كل من المشرع المصري والمشرع الفرنسي على صياغة بعض القواعد، التي من شأنها توفير نوع من الحماية الإجرائية، حال إساءة استعمال حق النشر، بطريقة تمثل اعتداء على حقوق الشخصية، وهو ما ينطبق على الحق في الصورة، إضافة إلى حق المعتدى عليه في الحصول على التعويض اللازم، لجبر الضرر الناتج عن إساءة استعمال هذا الحق.

وحول وسائل الحماية المدنية التي أسبغها كل من المشرع المصري والفرنسي على الحق في الصورة، يدور موضوع هذا الفصل، من خلال تقسيمه لمبحثين، الأول يتعلق بالحماية الإجرائية للحق في الصورة، أما المبحث الثاني فيدور حول الحماية الموضوعية لهذا الحق، وذلك على النحو التالي:

**المبحث الأول:** الحماية الإجرائية في مواجهة الممارسات الصحفية الماسة بالحق في الصورة.

**المبحث الثاني:** الحماية الموضوعية في مواجهة الممارسات الصحفية الماسة بالحق في الصورة.

### **المبحث الأول**

#### **الحماية الإجرائية في مواجهة الممارسات الصحفية الماسة بالحق في الصورة**

**تقسيم:**

أجاز كل من المشرع الفرنسي والمشرع المصري، اتخاذ إجراءات وقائية وسريعة لمنع الاعتداء على الحقوق اللصيقة بالشخصية - ومنها الحق في الصورة - أو وقف هذا الاعتداء، حيث يحق للمعتدى عليه

المطالبة بتطبيقها، سواء وقع هذا الاعتداء من المؤسسات الصحفية أثناء ممارسة نشاطها الإعلامي أم من غيرها.

وحول هذه الإجراءات الوقائية يدور موضوع هذا البحث، والذي رأيت أن أقسمه مطلبين، وذلك على النحو التالي:

**المطلب الأول:** الحماية الإجرائية للحق في الصورة في التشريع الفرنسي.

**المطلب الثاني:** الحماية الإجرائية للحق في الصورة في التشريع المصري.

### المطلب الأول

#### الحماية الإجرائية للحق في الصورة في التشريع الفرنسي

بعد أن أقر المشرع الفرنسي في المادة ١/٩ من القانون المدني، أن لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة، نص في الفقرة الثانية من المادة ذاتها على أن: "يمكن للقضاة بغير إخلال بالحق في طلب التعويض عن الضرر اللاحق اتخذ كل التدابير اللازمة، كالحراسة والحجز وغيرهما، والتي من شأنها أن تمنع أو توقف الاعتداء على ألفة الحياة الخاصة، وفي حالة الاستعجال يمكن الأمر بهذه الإجراءات من قبل قضاة الأمور المستعجلة"<sup>(١)</sup>.

ولما كان الحق في الصورة يُعد من الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان، سواء بوصفه حقاً مستقلاً بذاته أم باعتباره أحد مظاهر الحق في الحياة الخاصة، لذا فإن الحماية الإجرائية التي أقرتها المادة ٢/٩ من القانون المدني الفرنسي تنسحب على الحق في الصورة، إذا كانت الأخيرة تُشكل اعتداءً على حرمة الحياة الخاصة لصاحبها.

- 
- (1) Art. 9/2, C.C.F., " Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé. "

وعلى ذلك، فإنه يحق للقاضي - طبقاً لهذا النص - اتخاذ كافة الإجراءات الوقائية، التي من شأنها منع نشر الصورة أو وقف نشرها، متى طلب المعتدى على حقه في الصورة ذلك، وكانت هذه الصورة ماسة بجرمة حياته الخاصة، حيث تثبت للقاضي السلطة التقديرية في اتخاذ هذه الإجراءات الوقائية، دون حاجة للبحث عن توافر ركن الضرر، وذلك بعكس الحال إذا لجأ المعتدى على صورته لقواعد المسؤولية التقصيرية، المنصوص عليها في المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي<sup>(١)</sup>.

غير أن نص المادة ٢/٩ من القانون المدني الفرنسي<sup>(٢)</sup> سالف الذكر، يُعد من النصوص محدودة النطاق، حيث يقتصر مجال تطبيقه على حالات إنتاج صور الأشخاص ونشرها، متى شكل ذلك اعتداءً على حرمة الحياة الخاصة لمن تمثله الصورة، أما في غير ذلك من الحالات فلا تمتد إليها الحماية الإجرائية المقررة في المادة المذكورة<sup>(٣)</sup>.

وهنا يأتي نص المادة ٨٠٩ من قانون المرافعات الفرنسي لسنة ١٩٧٦م، لاستكمال ما شاب نص المادة ٢/٩ من القانون المدني الفرنسي من قصور في توفير الإجراءات الوقائية اللازمة لحماية الحق في الصورة، حال كون الأخيرة لا تُشكل اعتداءً على حرمة الحياة الخاصة لصاحبها.

(١) خالد مصطفى فهمي: المرجع السابق، ص ٣٦٧.

(٢) من الجدير بالذكر، أن نص المادة ٢/٩ من القانون المدني الفرنسي، يفيد أن الإجراءات الوقائية التي تتخذ لمنع أو لوقف الاعتداء الواقع على الحق في الصورة، يتقيد تطبيقها بتوافر شرطين هما: أن يكون هناك اعتداء على ألفة الحياة الخاصة، إضافة إلى عدم وجود منازعة جدية حول توافر الاعتداء، فإذا ما أراد المعتدى عليه اللجوء إلى القضاء المستعجل، يتعين أن يتوافر في الواقعة شرط ثالث، وهو الاستعجال.

ولمزيد من التفاصيل حول هذه الشروط انظر: مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المرجع السابق، ص ٢١٣.

(٣) عابد فايد عبد الفتاح: المرجع السابق، ص ٦٩.

واستناداً إلى نص المادة ١/٨٠٩ من قانون المرافعات الفرنسي، فإنه يحق للقضاء أن يأمر باتخاذ الإجراءات التحفظية، أو بإعادة الحال إلى ما كان عليه، وذلك لتفادي حدوث ضرر وشيك، أو لوضع حد لمتاعب واضحة في عدم مشروعيتها<sup>(١)</sup>، وهو ما يعني بخصوص الاعتداء على الحق في الصورة من قبل المؤسسات الصحفية إمكان الأمر بمنع تداول عدد معين من الصحيفة، أو بمصادرة كافة نسخ هذا العدد، إذا كان قد صدر بالفعل.

وتطبيقاً لهذه الإجراءات الوقائية، فقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٢ يولييه سنة ١٩٦٦م<sup>(٢)</sup> على سلطة قاضي الأمور المستعجلة في حجز نسخ العدد الصادر من إحدى الصحف، والتي كانت قد نشرت عدة صور لنجل الممثل الفرنسي جيرار فليب، والبالغ من العمر ٩ سنوات وهو على فراش المرض، بإحدى المستشفيات، على اعتبار أن حجز هذه النسخ ومنعها من النشر، قد يخفف من الضرر الواقع على الطفل.

كذلك، وبمناسبة واقعة نشر صورة لسياسي شهير، يبدو فيها ظهره شبه عار، أقرت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ١٩ يونيو سنة ١٩٨٧م<sup>(٣)</sup>، أنه بغير البحث حول ما إذا كان النشر يتعلق بانتهاك الخصوصية من عدمه، فإنه يكفي الإشارة إلى أن هذه الصورة تُشكل

- (1) Art. 809/1, C.P.C.F., " Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. "
- (2) Cass. Civ., 2ème ch., 12 juillet 1966, D., 1967, p.181, note MIMIN (P.) ; Bull. Civ., 1966, II, No778.
- (3) C.A. Paris, 19 juin 1987, J.C.P. éd. G., 1988, II, 20857, obs. AUVRET (P.).



انتهاكاً لا يطاق بالنسبة لصاحبها، وأن نشرها يولد له متاعب واضحة وغير مشروعة، حتى يمكن لقاضي الأمور المستعجلة وقف هذا النشر، استناداً لنص المادة ١/٨٠٩ من تقنين المرافعات الفرنسي.

أخيراً، فإنه بمناسبة نشر صورة مسيئة تتعلق بحملة نعش الرئيس الفرنسي الأسبق جورج بومبيدو، فقد أقرت محكمة باريس الابتدائية في حكمها الصادر في ٢٠ يونيو سنة ١٩٧٤م<sup>(١)</sup>، بأن هذه الصورة تُشكل انتهاكاً لا يطاق لحقوق الشخصية، وأن هناك ضرورة ملحة، تسمح لقاضي الأمور المستعجلة باستعمال السلطات التي منحها له المشرع لوقف هذا الانتهاك، ووقف المتاعب الواضحة وغير المشروعة التي طالتهم، وذلك من خلال اتخاذ إجراءات الحجز على نسخ العدد المنشورة فيه هذه الصورة.

### المطلب الثاني

#### الحماية الإجرائية للحق في الصورة في التشريع المصري

نص المشرع المصري في المادة ٥٠ من القانون المدني، على أن: "لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع، في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته، أن يطلب وقف هذا الاعتداء، مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر".

واستناداً إلى هذا النص، فقد أجاز المشرع المصري لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع على حق من الحقوق الملازمة لشخصيته، أن يلجأ إلى القضاء، مطالباً بوقف هذا الاعتداء<sup>(٢)</sup>، وهو ما ينطبق على الحق في الصورة، كونه من الحقوق اللصيقة بالشخصية.

(1) T.G.I. Paris, 20 juin 1974, D., 1974, juris., p.751., note LINDON (R.).

(2) من الجدير بالذكر، أن المادة ٩٣ من المشروع التمهيدي للقانون المدني، والمتعلقة بحماية الحق في الاسم، كانت تنص على حق الشخص المعتدى على اسمه في طلب "وقف التعرض للضرر"، غير أن هذه العبارة الأخيرة تم استبدالها بعبارة "وقف الاعتداء"، وفي هذا تأكيد على رغبة المشرع المصري في حماية حقوق الشخصية، حتى لو لم يترتب على الاعتداء ضرر ما، فالاعتداء يعد في ذاته مبرراً كافياً، يسمح لمن تعرض له بطلب الحماية القضائية، وإجابة القضاء لطلبه، طالما تحقق الأخير من وقوع هذا الاعتداء.

وإذا كان نص المادة ٥٠ مدني مصري - سالف الذكر - لم يتضمن ماهية إجراءات الحماية التي يحق للقضاء استعمالها، لوقف الاعتداء على الحقوق اللصيقة بالشخصية - كما فعل المشرع الفرنسي - ورغم أن هذا النص تحدث فقط عن وقف الاعتداء دون منعه، الأمر الذي يوحي بأن إجراءات الحماية - طبقاً لهذا النص - تقتصر فقط على وقف الاعتداء بعد حدوثه، دون إمكانية منعه من الأساس، إلا أن رأياً في الفقه<sup>(١)</sup> - يسأنده الباحث - يرى أن عبارة "وقف الاعتداء" يجب تفسيرها تفسيراً موسعاً، بحيث تشمل حالتها الوقف والمنع، وبكافة الإجراءات التي يمكن من خلالها أعمال هاتين الحالتين.

وعلى ذلك، فإنه يحق للقاضي - بالاستناد إلى نص المادة ٥٠ مدني مصري - أن يتخذ كافة الإجراءات الوقائية الضرورية، لمنع الاعتداء الواقع على حق أي شخص في صورته، أو وقف هذا الاعتداء، فله أن يأمر بالحجز، أو وقف النشر، أو الحراسة<sup>(٢)</sup>، كما له أن يأمر بتغطية الصورة، أو طمس معالمها<sup>(٣)</sup>، كما يحق له الأمر بإزالة ما اكتنف الصورة من تزييف معنوي، وذلك بحذف العبارات التي يشكل نشرها مع الصورة اعتداءً على كرامة الشخص، أو المساس بسمعته، أو بإزالة أي رسم كاريكاتيري يترتب عليه تشويهاً لشخصية صاحبه، أو إهانةً وتحقيراً له.

- 
- (١) حسام الدين الأهواني: المرجع السابق، ص ٤٠٣. وانظر عكس ذلك: مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المرجع السابق، ص ٢٣٦.  
(٢) عاهد فايد عبد الفتاح: المرجع السابق، ص ٧٨.  
(٣) خالد مصطفى فهمي: المرجع السابق، ص ٣٧٣.

"Aucune atteinte au droit à l'image ne peut être caractérisée si la photographie invoquée ne permet pas d'identifier la personne qui se prévaut de l'atteinte."

DOUVILLE ( T): L'identification de la personne représentée, condition de l'atteinte au droit à l'image, EDPF, 15 mai 2014 n° 5, p.2 .

ويجب التأكيد هنا على أن لجوء القاضي للإجراءات الوقائية لحماية حق الشخص في صورته، لا يستلزم إثبات عناصر المسؤولية المدنية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، وإن كان من اللازم أن يتقيد القاضي حال استعماله لأحد هذه الإجراءات بالقدر الضروري لوقف الاعتداء أو منعه بغير تجاوز، بما يعني ضرورة أن يتناسب الإجراء الوقائي الصادر من القاضي مع الاعتداء الواقع بالفعل على حق الشخص في صورته<sup>(١)</sup>.

ومع ذلك، فإنه يتعين على القاضي عند الأمر باتخاذ أي من الإجراءات الوقائية لحماية الحق في الصورة أن يراعي جانب الحيطة والحذر<sup>(٢)</sup>، نظراً لما تنطوي عليه هذه الإجراءات من تهديد خطير لحرية الصحافة، التي تعد أحد أهم الركائز الأساسية لأي نظام ديمقراطي<sup>(٣)</sup>.

### المبحث الثاني

## الحماية الموضوعية في مواجهة الممارسات الصحفية الماسة بالحق في الصورة

### تمهيد وتقسيم:

تكمن أهمية الإجراءات الوقائية السابق الحديث عنها، في مدى قدرتها وفعاليتها في منع وقوع الاعتداء على الحق في الصورة، أو على أقل تقدير وقف هذا الاعتداء والحد من آثاره.

بيد أنه في بعض الأحيان قد لا تكفي هذه الإجراءات في منع وقوع الاعتداء على الحق في الصورة، أو حتى وقف هذا الاعتداء، كما قد يرى القاضي أنه لا فائدة من اللجوء إلى تلك الإجراءات، خاصة إذا كان الاعتداء على الحق في الصورة قد تحقق بالفعل، ورتب كافة آثاره

(١) عابد فايد عبد الفتاح: المرجع السابق، ص ٧٨. جعفر محمود المغربي و حسين

شاكر عساف: المرجع السابق، ص ١٦١.

(2) DERIEUX (E.): Droit à l'image et droit de l'image en droit français des médias, P. A., 12 avril 2000, n°73, p. 6.

(٣) مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي: المرجع السابق، ص ٢٣٢ وما بعدها.

الضارة، كما لو كان هذا الاعتداء قد وقع عن طريق النشر في إحدى الصحف واسعة الانتشار، وتم توزيع كافة نسخ هذا العدد.

وعلى ذلك، قد يبدو التعويض أحياناً الوسيلة الوحيدة التي يملك القاضي الحكم بها على المعتدي، حال وقوع اعتداء على الحق في الصورة، خاصة إذا ما ترتب على هذا الاعتداء ضرر لصاحبها، وثيقن القاضي من عدم جدوى الإجراءات الوقائية في منع وقوع هذا الاعتداء أو الحد منه.

لذا رأيت أن أكرس هذا البحث للحديث عن الحماية الموضوعية للحق في الصورة، والتي تتمثل في التعويض المدني، الذي يحق للقاضي توقيعه على الصحفي أو المؤسسة الصحفية بحسب الأحوال، حال تحقق شروط استحقاقه، من خلال بيان أساس هذا التعويض وأحكامه، وذلك وفقاً للتقسيم التالي:

**المطلب الأول:** أساس التعويض عن الممارسات الصحفية الماسة بالحق في الصورة.

**المطلب الثاني:** أحكام الالتزام بالتعويض عن الممارسات الصحفية الماسة بالحق في الصورة.

### المطلب الأول

#### أساس التعويض عن الممارسات الصحفية الماسة بالحق في الصورة

يلعب التعويض دوراً مهماً في جبر الضرر اللاحق بالضرور، ولا سيما في مجال الاعتداء على الحق في الصورة، وذلك حال فشل الإجراءات الوقائية في منع هذا الاعتداء، أو حال قدرتها على وقفه ولكن بعد أن يكون قد بدأ بالفعل، وكذلك الأمر إذا لم يجد القاضي أية ضرورة أو جدوى من اللجوء إلى هذه الإجراءات.

ولكن ما هو الأساس القانوني لدعوى التعويض الناجمة عن الممارسات الماسة بالحق في الصورة؟ وبمعنى آخر هل تخضع دعوى التعويض هذه للقواعد العامة في المسؤولية المدنية أم أن هناك أساساً آخر تبنى عليه هذه الدعوى؟

واقع الأمر، أن القضاء الفرنسي كان يجري - فيما سبق - على تأسيس أحكامه بالتعويض عن الاعتداء على الحق في الصورة على قواعد المسؤولية المدنية، المنصوص عليها في المادة ١٣٨٢ من القانون المدني<sup>(١)</sup>، غير أن هذا الأمر تغير بعد صدور قانون ١٧ يولييه سنة ١٩٧٠م، وما أحدثه من تعديل على أحكام القانون المدني، وذلك بإدراج نص المادة التاسعة في القانون الأخير، والتي أرست مبدأ الحماية المدنية للحق في الحياة الخاصة، فقد استند القضاء الفرنسي - بعد هذا التعديل - في العديد من الأحكام الصادرة عنه بشأن الاعتداء على الحق في الصورة إلى نص المادة التاسعة من القانون المدني الفرنسي، وذلك بصورة مباشرة<sup>(٢)</sup>.

ومع ذلك، يلاحظ أن مسلك القضاء الفرنسي في هذا الشأن قد غلب عليه التردد، فرغم أن نص المادة التاسعة من القانون المدني لم يتضمن أية إشارة إلى أحكام المسؤولية المدنية، المنصوص عليها في المادة ١٣٨٢ من القانون ذاته، وأيضاً رغم أن نص المادة التاسعة هذا قد اعترف بالحق في احترام الحياة الخاصة بصورة مستقلة، وهو ما يعني استقلال قواعد التعويض المنصوص عليها في هذه المادة، إلا أن بعض أحكام القضاء الفرنسي استمرت في تأسيس التعويض عن الاعتداء على الحق في الصورة على قواعد المسؤولية المدنية المنصوص عليها في المادة ١٣٨٢ من

(1) C.A. Paris , 13 mars 1965, D., 1965, somm., 114; J.C.P. éd. G., 1965, II, 14223 ; T.G.I. Seine, 24 novembre 1965, Brigitte BARDOT, J.C.P. éd G., 1966, II, 14521, note LINDON (R.); T.G.I. Seine, 23 juin 1966, BLIER c./ Jour de France, J.C.P. éd. G., 1966, II, 14875.

(2) Cass. Civ., 1re ch., 5 novembre 1996, J.C.P. éd. G., 1997, II, 22805, note RAVANAS (J.) ; Bull. Civ., 1996, I, No378 ; Cass. Civ. 1re ch., 12 juillet 2001, Bull. Civ., 2001, I, No222 ; Cass. Civ., 1re ch., 16 mai 2006, Bull. Civ., 2006, I, No216 ; Cass. Civ., 1re 9 avril 2014, Bull. Civ., 2014, I, no67.

القانون المدني، حتى لو شكل الاعتداء على هذه الصورة انتهاكاً لحرمة الحياة الخاصة لصاحبها<sup>(١)</sup>.

أما في مصر، فإن القانون المدني القديم لسنة ١٨٨٣ م لم يتضمن أية نصوص خاصة بالحماية المدنية للحقوق اللصيقة بالشخصية، فهذه الطائفة من الحقوق لم تعرف طريقها للتقنين في مصر إلا بصدور القانون المدني الحالي لسنة ١٩٤٨ م، والذي أدرج المشرع فيه نص المادة ٥٠، التي كرست مبدأ الحماية المدنية للحقوق اللصيقة بالشخصية.

ورغم ندرة الأحكام الصادرة عن القضاء المصري فيما يتعلق بالتعويض عن الاعتداء على الحقوق اللصيقة بالشخصية، إلا أن محكمة النقض المصرية أكدت في أحد أحكامها على استقلال دعوى التعويض عن الاعتداء على الحقوق اللصيقة بالشخصية، وذلك بتأسيسها على نص المادة ٥٠ من القانون المدني، وبغير اللجوء إلى القواعد العامة في هذا القانون، حيث ذهبت المحكمة في حكمها الصادر في ٧ أبريل سنة ١٩٨٨ م<sup>(٢)</sup> إلى أن: "المادة ٥٠ من القانون المدني تنص على أن: ( لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء، مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر)، وهو يدل على أن الحقوق الملازمة لشخصية الفرد، ومنها حياته الخاصة لها حرمة يحميها القانون، والكشف عنها بطريق إعلانها للغير بأمور من شأنها أن تضيع بغير إذن منه أسراراً عن حياته الخاصة، يحرص على كتمانها أو تنطوي على مساس باعتباره وكرامته، يُعد اعتداءً غير مشروع

(1) Cass. Civ., 1re ch., 22 octobre 2009, Bull. Civ., 2009, I, No211 ; Cass. Civ., 1re ch., 11 décembre 2008, Bull. Civ., 2008, I, No282 ; Cass. Civ., 1re ch., 31 mai 2007, Bull. Civ., 2007, I, No215.

(2) الطعن رقم ١٦١٠ لسنة ٥٣ ق - جلسة ٧ أبريل ١٩٨٨ م، مجموعة المکتب الفني، ج ١، ص ٦٢٠.

على هذه الحقوق، يتحقق به ركن الخطأ الموجب للمسئولية، التي لا يدروها في هذا الخصوص إثبات صحة هذه الأمور.<sup>١</sup>  
**تقريباً:**

بعد تقنين نظام الحماية المدنية لحرمة الحياة الخاصة، المنصوص عليه في المادة التاسعة من القانون المدني الفرنسي، والمقابل لنظام الحماية المدنية للحقوق اللصيقة بالشخصية، طبقاً لنص المادة ٥٠ من القانون المدني المصري، فإنه يمكن القول بأن هذه الأنظمة لا تُعد مجرد تطبيق للقواعد العامة للمسئولية المدنية، وإلا فلا مبرر لوجودها، ولاكتفى المشرع سواء في فرنسا أم في مصر بترتيب الحق في التعويض عن الاعتداء على هذه الحقوق - ومنها الحق في الصورة - وفقاً للقواعد العامة للمسئولية المدنية.

ويلاحظ أن تأسيس دعوى التعويض عن الاعتداء على الحق في الصورة، استناداً لنص المادة ٢/٩ من القانون المدني الفرنسي، أو استناداً لنص المادة ٥٠ من القانون المدني المصري، يؤدي إلى ظهور خصوصية الحق في الصورة، وذلك من النواحي التالية<sup>(١)</sup>:  
**أولاً- الإثبات:**

أكدت محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها<sup>(٢)</sup> على أن مجرد ثبوت الاعتداء على الحياة الخاصة، كاف بذاته لقيام الحق في التعويض.

وعلى ذلك، فإن تأسيس دعوى التعويض عن الاعتداء على الحقوق اللصيقة بالشخصية، استناداً إلى أنظمة الحماية الخاصة السابق

(١) عابد فايد عبد الفتاح: المرجع السابق، ص ٨٢.

(2) Cass. Civ., 1re ch., 5 novembre 1996, D., 1997, p.403, note LAULOM (S.) ; J.C.P. éd. G., 1997, II, 22805, note RAVANAS (J.) ; Cass. Civ., 1re ch., 25 février 1997, J.C.P. éd. G., 1997, II, 22873, note RAVANAS (J.).

Cass. Civ., 1re ch., 12 décembre 2000, D., 2001, jurs., p.2434.

ذكرها، يترتب عليه إعفاء المضرور من إثبات الخطأ والضرر، فالمضرور ليس بحاجة إلى إثبات هذه العناصر، سواء تعلق الأمر باتخاذ الإجراءات الوقائية - التي سبق الحديث عنها - أو حتى لتبرير الحكم بالتعويض<sup>(١)</sup>.

وبالتطبيق على الحق في الصورة، فإن مجرد إنتاج صورة شخص أو نشرها في الصحف بغير رضاه، أو متى كان نشر هذه الصورة ماساً بسمعته الشخص أو كرامته، فإن ذلك يعد اعتداءً غير مشروع، يتحقق به عنصر الخطأ، حتى لو كان الصحفي حسن النية<sup>(٢)</sup>، فالمساس بالحق في الصورة يتحقق إذا بمجرد وقوع فعل الاعتداء، وهو ما يقيم الحق في التعويض، بغير أن يكلف المضرور بإثبات الخطأ، ذلك أن ثبوت الاعتداء على الحق في الصورة يعني في الوقت ذاته قيام ركن الخطأ<sup>(٣)</sup>.

غير أن افتراض الخطأ هنا ليس قطعياً، بل يقبل إثبات العكس من جانب الصحفي المعتدي، فقد يستطيع الأخير أن ينفي هذا الخطأ، وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات، كأن يثبت رضا صاحب الصورة عن إنتاجها أو نشرها، أو يثبت أن هناك مصلحة مشروعة تبرر هذا النشر<sup>(٤)</sup>.  
والغالب هو أن الخطأ في الاعتداء على الحق في الصورة يأخذ الطابع التصريحي، حيث لا توجد رابطة عقدية بين الصحفي وصاحب الحق في الصورة، ومع ذلك فإن فرضية أن يكون الخطأ عقدياً قائمة، حال وجود عقد يربط بين صاحب الحق في الصورة والصحفي، يلتزم الأخير بمقتضاه بعدم نشر صور معينة، أو نشر بعض الصور ولكن بطريقة محددة، فيقوم الصحفي بالنشر بالمخالفة لالتزامه مع المضرور<sup>(٥)</sup>.

(1) VINEY (G.): Note sous, Cass. Civ., 1re ch., 25 février 1997, J.C.P. éd. G., 1997, I, 4025, no3.

(2) ممدوح المسلمي: المرجع السابق، ص ٤٥٢.

(3) في هذا المعنى انظر: حسام الأهواني، المرجع السابق، ص ٤٣٦.

(4) En ce sens v., T.G.I. paris, 3 décembre 1997, J.C.P. éd. G., 1998, II, 10067, note SERNA (M.).

(5) في المعنى نفسه انظر: مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المرجع السابق، ص ٢٤٥ وما بعدها.



كذلك فإن مجرد ثبوت الاعتداء على الحق في الصورة يفترض معه وقوع ضرر لصاحبها، وهو ما يعني إعفاء المضرور من إثبات الضرر اللاحق به نتيجة المساس بحقه في صورته<sup>(١)</sup>، ومع ذلك فإن مصلحة المضرور تقتضي دائماً إثبات الضرر، إن أراد الحصول على تعويض يكافئ هذا الضرر<sup>(٢)</sup>.

والضرر في إطار الاعتداء على الحق في الصورة قد يكون مادياً وقد يكون معنوياً، فإذا كان الضرر المادي هو الإخلال بمصلحة مادية للمضرور، فهو يتمثل إذا في الخسارة اللاحقة أو الكسب الذي يفوته بسبب هذا الاعتداء.

ورغم أن حالات الضرر المادي تُعد قليلة مقارنة بحالات الضرر المعنوي، وذلك في مجال الاعتداء على الحق في الصورة<sup>(٣)</sup>، إلا أنه يمكن تصوره حال تعاقد موديل - على سبيل المثال - مع إحدى الصحف على نشر صورته، وقيام هذه الصحيفة بالتنازل عن هذه الصورة لصحيفة أخرى، بغير الحصول موافقة هذا الموديل، فهنا يتحقق ضرر مادي للأخير، لأن التنازل في هذه الحالة قد فوت عليه كسباً كان يمكن أن يحصل عليه لو تعاقد مع الصحيفة الثانية<sup>(٤)</sup>.

أما الضرر المعنوي، وهو الذي يصيب الشخص في شعوره أو عاطفته أو كرامته، فهو الضرر الغالب في مجال الاعتداء على الحق في الصورة، ورغم ما أثير من جدل كبير حول هذا النوع من الأضرار، إلا أن التعويض عنه أصبح مسلماً بإمكانيته، كما قننه المشرع المصري<sup>(٥)</sup>، وهو ما

(١) جعفر محمود المغربي و حسين شاكر عساف: المرجع السابق، ص ١٦٤.

(٢) مدوح المسلمي: المرجع السابق، ص ٤٥٣.

(٣) مدحت عبد العال: المرجع السابق، ص ٤٨٢.

(٤) C.A. Paris, 16 janvier 1974, D., 1976, juris., p.120.

(٥) تنص المادة ١/٢٢٢ من القانون المدني المصري على أن: "يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء".

يمكن تصوره حال نشر صورة لأحد الأشخاص بغير إذنه، بما يترتب عليه إفشاء لأحد عناصر حياته الخاصة، كما لو تضمنت هذه الصورة أموراً عائلية أو صحية تخصه، ويحرص على إحاطتها بسياج من السرية، بعيداً عن تطفل الآخرين.

ورغم افتراض الخطأ والضرر حال ثبوت الاعتداء على الحقوق اللصيقة بالشخصية، ومنها الحق في الصورة، إلا أن لقاضي الموضوع السلطة التقديرية بشأن استخلاص هذين العنصرين، شريطة أن يكون استخلاصه لهما سائفاً، له ما يبرره من ظروف الدعوى، والمستندات المقدمة فيها<sup>(١)</sup>.

### ثانياً - الاستعجال:

الاستناد إلى النصوص الخاصة بحماية الحقوق اللصيقة بالشخصية يقدم للمعتدى على حقه في الصورة مزية مهمة، حيث يستطيع من خلال هذه النصوص اللجوء إلى القضاء، بمجرد وقوع الاعتداء على أحد هذه الحقوق، طالبا اتخاذ الإجراءات الوقائية لوقف هذا الاعتداء أو منعه، دون حاجة لإثبات عنصرَي الخطأ والضرر<sup>(٢)</sup>.

وعلى ذلك، فإن مجرد ثبوت الاعتداء على الحق في الصورة يتوافر معه شرط الاستعجال، الذي يبرر اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة، لطلب وقف هذا الاعتداء أو منعه<sup>(٣)</sup>.

### المطلب الثاني

### أحكام الالتزام بالتعويض عن الممارسات الصحفية الماسة بالحق في الصورة

### تمهيد وتقسيم:

التعويض هو وسيلة القضاء لجبر الضرر اللاحق بالضرور أو التخفيف منه، وهو الجزاء العام عن قيام المسؤولية المدنية، غير أنه لا يُعد عقاباً للمستول.

(١) الطعن رقم ٣١ لسنة ٦٠ ق - جلسة ١٩٩٤/٢/١٧ م، س ٤٥، ص ٣٨٨. الطعان رقم ٥٨٩٢، ٥١٧٦ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/٧/٨ م، س ٤٧، ص ١١١٤. الطعن رقم ٢٤٤١ لسنة ٦٢ ق - جلسة ١٩٩٩/٢/١٧ م، مجموعة الكتب الفني، ج ١، ص ٢٤٦.

(٢) حسام الأهواني: المرجع السابق، ص ١٤٥ وما بعدها.

(٣) عابد فايد عبد الفتاح: المرجع السابق، ص ٨٤.

وفي مجال الممارسات الصحفية الماسة بالحق في الصورة، فإنه يتعين على المسئول تعويض المعتدى على حقه في الصورة، وذلك بغض النظر عن مدى فعالية الإجراءات الوقائية، ومدى قدرتها على وقف الضرر أو منعه كلية، فطالما تحقق الاعتداء على الحق في الصورة سواء بإنتاجها أو نشرها، فإنه طبقاً لأنظمة الحماية الخاصة بالحقوق اللصيقة بالشخصية يثبت الحق في التعويض، ولكن هل يقتصر الأمر هنا على التعويض النقدي أم أن هناك صوراً أخرى للتعويض يمكن للقضاء الحكم بها على المسئول؟

كذلك فإنه في إطار المؤسسات الصحفية، يثور التساؤل حول الشخص الذي يتحمل عبء الالتزام بالتعويض، نظراً لأن هذه المؤسسات يقوم عملها على تضافر مجهود مجموعة من الأشخاص، حتى يخرج العمل الصحفي إلى حيز الوجود؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات أخصص هذا المطلب للحديث عن صور التعويض التي يمكن الحكم بها، والشخص المتحمل بعبء التعويض في نطاق مسؤولية المؤسسات الصحفية عن الاعتداء على الحق في الصورة، وذلك وفقاً للتقسيم التالي:

**الفرع الأول:** صور التعويض عن المساس بالحق في الصورة في إطار مسؤولية المؤسسات الصحفية.

**الفرع الثاني:** المسئول عن عبء التعويض في إطار مسؤولية المؤسسات الصحفية.

### الفرع الأول

**صور التعويض عن المساس بالحق في الصورة  
في إطار مسؤولية المؤسسات الصحفية**

لم يضمن كل من المشرع الفرنسي والمشرع المصري النصوص الخاصة بحماية الحقوق اللصيقة الشخصية كيفية تقدير قيمة التعويض الناتج عن الاعتداء على أحد هذه الحقوق، ومن ثم فلا مناص من الرجوع إلى القواعد العامة في هذا الشأن.

وتقضي القواعد العامة بأن الأصل في التعويض أن يكون تقديراً - وهو الفرض الغالب - غير أن ذلك لا يمنع القاضي من أن يلجأ إلى التعويض العيني، متى كان ذلك ممكناً، وطلبه المضرور، كما يجوز للقاضي أن يجمع بين الأمرين<sup>(١)</sup>، وهو ما يمكن تفصيله على النحو التالي:  
**أولاً- التعويض النقدي وسلطة القاضي في تقديره:**

لم يضع كل من المشرع الفرنسي والمشرع المصري محددات التعويض عن الاعتداء على الحق في الصورة، حال تأسيس الدعوى على النصوص الخاصة بحماية الحقوق اللصيقة بالشخصية، لذا يتم تقدير التعويض في هذه الحالة استناداً إلى القواعد العامة في القانون المدني.

فإذا كان هناك عقد يربط بين الصحفي وصاحب الصورة، وأخل الأول بأحد التزاماته الناشئة عن العقد، كما لو نشر أحد الصور بغير إذن صاحبها، أو أعاد نشرها دون أن يكون مسموحاً له بذلك، أو نشرها على نحو مخالف لما اتفق عليه مع صاحبها، بحيث ترتب عليه تشويه شخصية الأخير، أو المساس بسمعته أو كرامته، فهنا تتحقق المسؤولية المدنية للصحفي، ومن ثم يلتزم الأخير بتعويض صاحب الصورة عن الضرر المباشر المتوقع<sup>(٢)</sup>.

في حين أنه إذا لم توجد أية رابطة عقدية بين الصحفي وصاحب الحق في الصورة، وقام الأول بفعل يُشكل اعتداءً أو مساساً بهذا الحق،

- (١) تنص المادة ١٧١ من القانون المدني المصري على أن: "١- يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً.
- ٢- ويقدر التعويض بالتقدي، على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع، وذلك على سبيل التعويض".
- (٢) تنص المادة ٢/٢٢١ من القانون المدني المصري على أن: "ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

فإنه يلتزم بتعويض الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، الذي أصاب الشخص صاحب هذا الحق.

وسواء وجدت الرابطة العقدية بين الصحفي وصاحب الحق في الصورة أم انعدمت، فإن التعويض يتعين أن يشمل ما لحق الأخير من خسارة وما فاته من كسب، نتيجة الاعتداء الواقع على هذا الحق<sup>(١)</sup>.

ولعل السؤال الذي يطرح نفسه الآن على بساط المناقشة هو: أين خصوصية القواعد المتعلقة بحماية الحقوق اللصيقة بالشخصية والحال أن التعويض عن الاعتداء على الحق في الصورة سوف يستند إلى أحكام التعويض في المسؤولية العقدية حال وجود العقد أو إلى أحكام التعويض في المسؤولية التقصيرية حال انعدام العقد؟

والجواب هو أن خصوصية القواعد المتعلقة بحماية الحقوق اللصيقة بالشخصية، تكمن في افتراض الخطأ والضرر بمجرد توافر الاعتداء على أحد هذه الحقوق، أما في المسؤولية العقدية أو التقصيرية فإن القاعدة العامة هو أنه يتعين على المضرور إثبات عناصر المسؤولية، إذا ما أراد الحصول على التعويض، إضافة إلى ذلك فإن المعنى المقصود من البحث عن توافر الرابطة العقدية من عدمها هو معرفة أحكام تقدير قيمة التعويض، والتي لم ينص عليها المشرع الفرنسي أو المصري، في صلب النصوص الخاصة بحماية الحقوق اللصيقة بالشخصية.

ومع ذلك فإنه رغم تأكيد الفقه والقضاء على استقلالية أنظمة الحماية الخاصة بالحقوق اللصيقة بالشخصية، إلا أن التعاون بين هذه

---

(١) تنص المادة ١/٢٢١ من القانون المدني المصري على أن: "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخير في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

الأنظمة وقواعد الحماية التي توفرها القواعد العامة في المسؤولية المدنية هو أمر ملحوظ في دعاوى التعويض عن الاعتداء على تلك الحقوق<sup>(١)</sup>.

وأما عن كيفية تقدير قيمة التعويض، فإن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذا الشأن، فإن كان الأمر يتعلق بضرر مادي فغالباً لا تثور صعوبة بشأن تقديره، نظراً لسهولة حصر الكسب الفائت للمضرور والخسارة اللاحقة به، بسبب الاعتداء الواقع على حقه في صورته، وإن كانت حالات هذا الضرر قليلة إذا ما قورنت بحالات الضرر الأدبي الناتج عن الاعتداء على هذا الحق<sup>(٢)</sup>.

في حين أن تقدير التعويض عن الضرر الأدبي ليس بالأمر اليسير<sup>(٣)</sup>، نظراً لارتباط هذا الضرر باعتبارات شخصية، يختلف مداها من

(١) عابد فايد عبد الفتاح: المرجع السابق، ص ٨٤.

ومن الجدير بالذكر، أنه رغم عدم تضمين نص المادة التاسعة من التقنين المدني الفرنسي أية إشارة إلى أحكام القواعد العامة للمسؤولية المدنية، واعتراف المشرع الفرنسي باستقلالية الحقوق اللصيقة بالشخصية، إلا أن بعض أحكام القضاء هناك استمرت في تأسيس المسؤولية عن الاعتداء على هذه الحقوق على القواعد العامة للمسؤولية المدنية، مع إعفاء المعتدى عليه من إثبات توافر أركان المسؤولية، حيث تشير هذه الأحكام إلى الخطأ والضرر وعلاقة السببية، بل إن الأحكام التي تؤسس المسؤولية صراحة على أحكام المادة التاسعة تتحدث عن أركان المسؤولية المدنية دون أن تعترف صراحة بذلك، وهو ما ينطبق أيضاً على الوضع في مصر.

في هذا المعنى انظر: مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المرجع السابق، ص ٢٠ وما بعدها.

(٢) مدحت عبد العال: المرجع السابق، ص ٤٨٢.

(3) " En réparation du préjudice moral que lui avaient cause les termes injurieux et diffamatoires de lettres qu'il lui avait adressées, le jugement attaque, rendu en dernier ressort, énonce qu'en pareils cas la détermination de la valeur de la réparation est malaisée..."

Cass. Civ., 2ème ch., 27 janvier 1965, Bull. Civ., 1965, II, N° 78.

شخص إلى آخر، لذا لا توجد قاعدة محددة للتعويض المالي اللازم لجبر هذا الضرر، وهو ما يترتب عليه اختلاف المحاكم في تقدير هذا التعويض، وظهور تفاوت واضح بين محاكم الدرجة الأولى ومحاكم الاستئناف بشأن هذا التقدير<sup>(١)</sup>.

وعلى أية حال، فإنه يتعين على القاضي أن يراعي عدة أمور في تقدير التعويض عن الاعتداء على الحق في الصورة، منها حجم الصورة، ومدى شهرة صاحبها، خاصة إذا كانت هذه الصورة تحقّر من شأن من تمثله أو تمس سمعته أو كرامته، فشهرة المضرور تلعب دوراً مهماً في تقدير قيمة التعويض الناتج عن الاعتداء على حقه في الصورة<sup>(٢)</sup>.

كذلك تأخذ المحاكم في اعتبارها عند تقدير قيمة التعويض مدى انتشار الصحيفة، التي وقع من خلالها الاعتداء على الحق في الصورة، فالصحف واسعة الانتشار لا شك أنها تحقق ضرراً أكبر للمعتدى عليه من تلك الصحف التي لا تنشر إلا في نطاق محدود، وهو ما يترتب عليه اختلاف التعويض من حالة إلى أخرى<sup>(٣)</sup>.

كما يراعى أيضاً عند تقدير قيمة التعويض سلوك المعتدى عليه، فقد يكون بفعله شجع الصحفي على الاعتداء على حقه في صورته، لذا يكون ما وقع من اعتداء ناتجاً عن اشتراكه بفعله مع خطأ الصحفي<sup>(٤)</sup>.

- 
- (١) مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي: المرجع السابق، ص ٢٥٦.
  - (٢) ولزبد من التفاصيل انظر: نقولا فتوش وأندريه برتران، المرجع السابق، ص ٢٧٣ وما بعدها.
  - (٣) في المعنى نفسه انظر: حسام الأهواني، المرجع السابق، ص ٣٧٥.
  - (٤) ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى هذا المعنى، حينما أكدت على أن: "من حيث أن المادة ٢٢١ من القانون المدني تقضي بأن يقدر القاضي التعويض إذا لم يكن مقدراً في العقد أو بنص في القانون، كما أنه يتعين عند تقدير التعويض تقصي وجود الخطأ المشترك وأثره، وذلك عملاً بالقاعدة الواردة في المادة ٢١٦ من القانون المدني، والتي جرى نصها على أن: (يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بتعويض إذا ما كان الدائن بخطئه قد =

وأخيراً، إذا كانت الصحيفة يمكن أن تحقق ربحاً مادياً كبيراً ناتجاً عن الاعتداء على الحق في الصورة لأحد الأشخاص، كما لو نشرت صوراً تتعلق بالحياة الخاصة لشخصية عامة أو مثلاً شهيراً، فإن هذا الربح لا يجب أن يؤخذ في الاعتبار عند تقدير قيمة التعويض، ذلك أن الهدف من التعويض هو جبر الضرر الذي لحق بالمضروب دون زيادة، ودون النظر إلى جسامه الخطأ الذي اقترفه المسئول<sup>(١)</sup>.

**ثانياً - التعويض العيني وسلطة القاضي في الحكم به:**

إلى جانب التعويض النقدي يمكن للقاضي أن يحكم بتعويض عيني<sup>(٢)</sup>، عن واقعة الاعتداء على الحق في الصورة لشخص ما، ومن ذلك نشر الحكم الصادر بالتعويض النقدي في الصحف اليومية على حساب

---

= اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه)، وموody هذه القاعدة أن الضرر لا يتقاضى في كل الأحوال تعويضاً كاملاً، بل يتحمل نصيبه من المسئولية، إذا كان هناك ما يدعو لذلك.

الحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٧٧٤ - لسنة ٢٢ ق، جلسة ١٢ / ١٥ / ١٩٩٢ م، مكتب فني ٢٧، ج ٢، ص ١٣٧٦.

(١) مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي: المرجع السابق، ص ٢٥٨ وما بعدها.

(٢) يمتاز التعويض العيني بأنه يهدف إلى إزالة الضرر الذي لحق بالمضروب وليس جبره - كما هو الحال في التعويض النقدي - فيرد المدين الشيء الذي أعطبه إلى حالته الأصلية، أو يعطي المتضرر شيئاً من جنس الشيء الذي أتلغه له، ومن ثم يعد هذا النوع من التعويض خيراً وسيلة لحوماً لحق المضروب من ضرر، ولا سيما إذا كان هذا الضرر معنوياً، ذلك أن التعويض النقدي مهما بلغت قيمته لا يمكنه محو الآثار المترتبة على المساس بالمعاني الأدبية، التي يحرص كل إنسان على حمايتها وصونها ضد أي اعتداء، خاصة إذا توافر في هذا الاعتداء صفة العلانية، كما هو الحال في الاعتداء على الحق في الصورة الشخصية من خلال الصحافة.

وفي خصوص وقائع القذف ونشر الحكم الصادر بالإدانة في الصحف انظر: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الثاني في الالتزامات، الفعل الضار والمسئولية المدنية، القسم الأول في الأحكام العامة، مطبعة السلام، القاهرة، الطبعة الخامسة، ١٩٨٨ م، ص ٥٢٧ وما بعدها.



المستول عن الاعتداء، ولاسيما في الصحيفة التي وقع من خلالها هذا الاعتداء<sup>(١)</sup>.

ويذهب رأي في الفقه<sup>(٢)</sup> إلى ضرورة التوسع في هذا الاجراء، والحكم به بصفة أصلية، عند ثبوت الاعتداء في وقائع النشر، لما له من فعالية تفوق أثر التعويض النقدي، وبالنظر إلى صفة العلانية التي تتوافر في هذا النوع من الأضرار، حيث يعتبر نشر الحكم بمثابة حق التصحيح.

ومع ذلك، فقد وقع خلاف فقهي حول طبيعة الإجراء الخاص بنشر الحكم الصادر بالتعويض النقدي، فقد ذهب رأي أول<sup>(٣)</sup> إلى أن نشر مثل هذا الحكم يُعد تعويضاً غير نقدي عن الضرر الأدبي الذي لحق بالمضروب، وهو يندرج تحت ما نص عليه المشرع المصري في المادة ٢/١٧١ من القانون المدني، والتي جاء فيها أنه يجوز للقاضي أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع، وذلك على سبيل التعويض.

بينما اتجه رأي ثان<sup>(٤)</sup> إلى أن نشر مثل هذا الحكم يُعد تعويضاً عينياً ناقصاً، فهو لا يتضمن مفهوم التعويض العيني الكامل، حيث لا يمكن الجزم بأن كل من علم بالصور التي تم نشرها أو رآها قد علم بالحكم الذي أمر القاضي بنشره أو رآه، لذا - طبقاً لها الرأي - فإنه ليس من شأن هذا النشر أن يحو كل ما لحق المضروب من ضرر.

(1) DERIEUX (E.) : art. préc., p. 9.

(2) مدحت عبد العال: المرجع السابق، ص ٤٩١ وما بعدها.

(3) عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٥٢م، ص ٩٦٧. أنور سلطان: الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٠م، ص ٣٨٠. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١م، ص ٥٠٦.

(4) محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، ج ١، في ازدواج أو وحدة المسؤولية المدنية ومسألة الخيرة، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨م، ص ٥٠.

في حين ذهب رأي ثالث<sup>(١)</sup> - وهو الراجح - إلى أن نشر الحكم الصادر بإلزام المسئول بالتعويض النقدي يُعد من قبيل التعويض العيني، ذلك أن الغرض منه ليس جبر الضرر الذي لحق بالمضروب، بل محو هذا الضرر كلية، من خلال إحاطة الناس علماً بما وقع من اعتداء على المضروب، وما لحق المسئول من جزاء.

ويؤكد وجهة نظر الرأي الأخير، ما ذهبت إليه محكمة استئناف مصر الأهلية في حكمها الصادر في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١م<sup>(٢)</sup> من أن نشر الحكم في إحدى الجرائد فيه الكفاية، لتعويض الضرر الأدبي، من أي تعويض مالي آخر.

وأخيراً، حتى يكون نشر الحكم ذو فعالية، تشترط المحاكم أن يتم النشر في أول عدد يصدر بعد صدور الحكم بالتعويض النقدي، وينفس الشكل والكيفية التي نُشر بها ما اعتبر ماساً بالحق في الصورة، كما يأمر القضاء عادة بالتفاد المعجل لحكمه الصادر بالنشر<sup>(٣)</sup>.

### الفرع الثاني

#### المسئول عن عبء التعويض

#### في إطار مسئولية المؤسسات الصحفية

إذا كان الاعتداء على الحق في الصورة يرتب حال ثبوته تعويضاً في ذمة المسئول عن الاعتداء، فإن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن الآن هو: من المحتمل بعبء التعويض الناجم عن الاعتداء على الحق في الصورة إذا وقع هذا الاعتداء من إحدى المؤسسات الصحفية؟

(١) سليمان مرقس: المرجع السابق، ص ٥٢٨. عبد المنعم البدر اوي: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ج ٢، في أحكام الالتزام، مطبعة المدني، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٦٦.

(٢) مشار إليه لدى، عبد المعين لطفي جمعه: موسوعة القضاء في المسئولية المدنية (التقصيرية والعقدية)، الكتاب الأول، ج ١، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٧٩م، ص ٢٢٣.

(٣) في هذا المعنى انظر: حسام الأهواني: المرجع السابق، ص ٣٦٨.

من المعلوم أن إخراج الصحف بوضعها الحالي يقوم على تضافر جهود مجموعة من العاملين بالمؤسسة الصحفية، وذلك كالطابع والصحفي ومدير التحرير<sup>(١)</sup>.

وفي مجال تحديد المسئول عن التعويض حال الاعتداء على الحق في الصورة لأحد الأشخاص، فإن الأمر لن يخرج عن أحكام القواعد العامة في هذا الشأن.

ففي فرنسا تنص المادة ١/٤٤ من قانون حرية الصحافة لسنة ١٨٨١م على أن: "ملاك الصحف أو المجلات يُسألون عن التعويضات المالية التي يُحكّم بها لصالح الغير، ضد الأشخاص الوارد ذكرهم في المواد السابقة، وفقاً للقواعد الواردة بالمواد ١٣٨٢، ١٣٨٣، ١٣٨٤ من القانون المدني"<sup>(٢)</sup>.

ومن خلال هذا النص يتضح أن المشرع الفرنسي لم يخرج عن حكم القواعد العامة، فيما يتعلق بتحديد شخص المسئول عن التعويض في مواجهة المعتدى على حقه في الصورة، ذلك أن التعويضات التي يحكم بها لصالح الغير، والناجمة عن الممارسات الصحفية الماسة بحقوق الآخرين، تتحملها المؤسسة الصحفية ممثلة في مالكها، طالما وقع الاعتداء من أحد الأشخاص الفاعلين بالمؤسسة الصحفية، والوارد ذكرهم في قانون الصحافة لسنة ١٨٨١م، وذلك كمدير التحرير أو الصحفي أو الطابع<sup>(٣)</sup>.

(١) لمزيد من التفاصيل حول مسئولية القائمين بالعمل الصحفي انظر: خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص ٧١٠.

(2) Art. 44/1, " Les propriétaires des journaux ou écrits périodiques sont responsables des condamnations pécuniaires prononcées au profit des tiers contre les personnes désignées dans les deux articles précédents, conformément aux dispositions des articles 1382, 1383, 1384 du code civil. "

(٣) عابد فايد عبد الفتاح: المرجع السابق، ص ٨٥ وما بعدها.

و على ذلك ، يحق لمن اعتدي على حقه في صورته أن يرفع دعوى التعويض على الصحفي المسئول مباشرة عن الاعتداء ، وذلك استناداً للمسئولية عن الخطأ الشخصي ، المنصوص عليها في المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي ، كما يحق له - أيضاً - أن يرفع هذه الدعوى على مالك الصحيفة ، استناداً لمسئولية المتبوع عن أعمال تابعه ، المنصوص عليها في المادة ١٣٨٤ من القانون ذاته .

وأما عن التطبيق القضائي في فرنسا ، فنجد أن بعض الأحكام تلزم المؤسسة الصحفية وحدها بالتعويض<sup>(١)</sup> ، والبعض الآخر يلزم هذه المؤسسات بالتعويض وذلك بالتضامن مع مدير التحرير ، على أساس أن هذا الأخير قد سمح بنشر العمل الصحفي ، رغم ما يتضمنه هذا العمل من اعتداء على حقوق الغير<sup>(٢)</sup> ، في حين تذهب أحكام أخرى إلى القضاء بالتعويض على كل من الصحيفة ومدير التحرير والصحفي المسئول عن موضوع النشر محل النزاع ، وذلك على سبيل التضامن فيما بينهم<sup>(٣)</sup> .

ويؤيد رأي في الفقه<sup>(٤)</sup> هذا الاتجاه القضائي ، الذي يلزم الصحفي المسئول عن موضوع النشر بالتعويض ، وذلك بالتضامن سواء مع الصحيفة أم مع الصحيفة ومدير التحرير ، حتى يكون الصحفي حريصاً على حقوق الغير ، ولا سيما الحقوق اللصيقة بالشخصية ، كما أن تعدد المسئولين يقوي حق المضرور في الحصول على التعويض ، إضافة إلى ذلك فإن العدالة تقتضي إلزام الصحيفة بالتعويض ، نظراً لأنها المستفيد الأول

(1) Cass. Civ., 1re ch., 5 novembre 1996, précité ; C.A. Paris, 12 juin 1998, Gaz.- pal., 1999, juris., p.40.

(2) Cass. Civ., 2ème ch., 9 juillet 1980, Bull. Civ., 1980, II, No179 ; C.A. Paris, 19 juin 1989, D., 1989, I.R., p.240.

(3) C.A. Paris, 14 octobre 1981, D., 1983, juris., p.420, note LINDON (R.).

(٤) مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي: المرجع السابق، ص ٢٧٦.

مالياً من العمل الصحفي، ومن ثم فإن هذا الأمر يستتبع تطبيق قاعدة الغنم بالغرم.

أما في مصر، فقد نصت المادة ١/٥٤ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٦م بشأن تنظيم الصحافة على أن: "يكون لكل صحيفة رئيس تحرير يشرف إشرافاً فعلياً على ما يُنشر بها، وعدد من المحررين المسئولين، يُشرف كل منهم إشرافاً فعلياً على قسم معين من أقسامها".

وعلى ذلك، فقد نص المشرع المصري على تحديد شخص رئيس التحرير بأنه المسئول الفعلي عن كل ما ينشر في الصحيفة، ورئيس التحرير هو شخص معلوم للجميع يباشر عمله بنفسه، ويكون في استطاعته الإشراف على مرفوضيه، وبالتالي يقابل حق الإشراف التزام بتحمل المسئولية عن كل ما ينشر في الصحيفة<sup>(١)</sup>.

غير أنه وتطبيقاً للقواعد العامة، فإن ممارسة رئيس التحرير لسلطته في الإشراف والرقابة إنما يتم لحساب المؤسسة الصحفية، وليس لحسابه الخاص، ومن ثم تُعد هذه المؤسسة هي المتبوع وليس رئيس التحرير، لذا فإنه ليس هناك ما يمنع من الأخذ بما انتهى إليه القضاء الفرنسي في هذا الشأن، من مسائلة المؤسسة الصحفية بالتضامن مع كل من رئيس التحرير والصحفي المسئول عن موضوع النشر، وذلك في مواجهة المعتدى على حقه في الصورة، مع الأخذ في الاعتبار تطبيق القواعد الخاصة بمسئولية المتبوع عن أعمال تابعه<sup>(٢)</sup>.

## خاتمة

بعد أن انتهيت بحمد الله وبِعونه من هذا البحث، والذي جاء تحت عنوان: "الحماية المدنية للحق في الصورة في إطار ممارسة مهنة الصحافة"، فإن الأمر يقتضي الإشارة إلى أهم النتائج التي خلص إليها هذا البحث،

(١) مدحت عبد العال: المرجع السابق، ص ٤٣٠.

(٢) مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي: المرجع السابق، ص ٢٧٨.

وكذلك التوصيات التي يمكن اقتراحها في هذا الشأن، وذلك على النحو التالي:

### أولاً- النتائج:

— رغم ضرورة اقتران مجال الصحافة بحرية الفكر والتعبير عن الرأي، إلا أن الأمر كان بحاجة إلى إيجاد آلية تنظيمية، حتى لا تنقلب هذه الحرية إلى تكته، تبرر الاعتداء على حقوق الأفراد في المجتمع، تحت ستار حرية الفكر والتعبير عن الرأي، لذا أصدر المشرع في كل من مصر وفرنسا القوانين المنظمة لهذه المهنة.

— تنافس الصحفيين من أجل الحصول على السبق الصحفي، وإضفاء نوع من الإثارة والمصدقية على موضوعاتهم وأخبارهم الصحفية، وكذلك تدعيم العمل الصحفي بتكنولوجيا العصر، حدا بهم إلى اللجوء إلى فكرة الخبر الصحفي المصور، على اعتبار أن الصورة أكثر تعبيراً ولفتاً لأنظار القراء من النص، وهو ما أدى إلى قيام بعض الصحفيين بالتقاط صور الأشخاص المعنيين بالخبر الصحفي، ونشر هذه الصور، بغير الحصول على إذن أصحابها، وكذلك دون النظر إلى زمان ومكان التقاط هذه الصور، وهو ما دفع الكثير من المعتدى على حقوقهم في الصورة إلى اللجوء إلى القضاء.

— اعترف القضاء الفرنسي منذ بداية النصف الثاني من القرن التاسع عشر بأن للإنسان حقاً في صورته، يخوله سلطة الاعتراض على إنتاجها أو نشرها بغير رضاه، حتى لو لم يصبه ضرر جراء هذه الأفعال، وأنه حق مطلق لا نزاع فيه، وقد استند القضاء في ذلك إلى قاعدة مؤداها أن لكل شخص حق استثنائي على صورته، يسمح له وحده بالتسلط عليها، وأن يحدد وحده ظروف وشروط استعمال هذه الصورة، بما يعني أن واجب الكافة في احترام الحق في الصورة الثابت لكل إنسان يُعد التزاماً متميزاً ومستقلاً عن الالتزام بالتعويض.

— إذا كان القضاء الجنائي لديه من النصوص القانونية ما تدعم فكرة الحماية الجنائية للحق في الصورة بشكل صريح، فإن نصوص القانون المدني — سواء في مصر أم في فرنسا — لا يوجد فيها ما يتضمن حماية الحق في الصورة بهذا الشكل الصريح، الأمر الذي أثار خلافاً فقهيّاً بشأن مدى الاعتراف بوجود الحق في الصورة من الناحية المدنية، ما بين مؤيد ومعارض لوجود هذا الحق.

— رغم اختلاف الفقه بشأن تعريف الحق في الصورة، إلا أن الرأي الراجح يعرفه بأنه ذلك الحق الذي يخول صاحبه سلطة الاعتراض على إنتاج صورته أو نشرها بغير رضاه، ويستوي في ذلك أن يكون إنتاج الصورة قد تم بوسيلة فنية كالرسم بأنواعه المختلفة، والنحت والنقش وما إلى ذلك، أو كان قد تم بأحد الوسائل الميكانيكية الحديثة، كالصوير بالأجهزة المختلفة.

— في تحديد الطبيعة القانونية للحق في الصورة استقر الرأي الراجح في الفقه على أن هذا الحق ذو طبيعة مزدوجة، وأنه ينتمي إلى طائفة الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان، لذا فإنه يتمتع بذات الخصائص التي تتمتع بها هذه الطائفة من الحقوق، وبالتالي يتميز الحق في الصورة بعدم قابليته للتصرف فيه، كما أن التنازل عنه يقع باطلاً ولو كان بصفة مؤقتة، إضافة إلى ذلك فإنه لا يخضع لقاعدة التقادم، حيث يظل حق الشخص على صورته قائماً مهما طال عدم استعماله له.

— يذهب الرأي الراجح في الفقه إلى أن الحق في الصورة ينتقل إلى ورثة الشخص باعتباره تركة معنوية، لذا فإنه يحق للورثة الاعتراض على نشر صورة مورثهم، كما يحق لهم سحب الرضا الصادر من مورثهم قبل وفاته، إذا تعلق هذا الرضا بنشر صورته في ظروف من شأنها المساس بمشاعر هؤلاء الورثة وأحاسيسهم.

— طبقاً للحق في الصورة فإنه يتعين على أي صحفي أن يحصل على رضا صاحب الصورة إذا أراد إنتاج أو نشر صورة له، فإذا أهمل الصحفي

في الحصول على الإذن المسبق عُدمت انتهاكاً للحق في الصورة، الأمر الذي يسمح لصاحبها باللجوء إلى القضاء لوقف هذا الاعتداء أو منعه، بغير إخلال بحقه في المطالبة بالتعويض، وذلك طبقاً للمادة ٥٠ من القانون المدني المصري، والتي تقابل المادة ٩ من القانون المدني الفرنسي.

— لا يشترط لإمكان ممارسة صاحب الصورة لحقه في اللجوء إلى القضاء لوقف الاعتداء أو المطالبة بالتعويض، أن يتقيد بما أورده المشرع الجنائي - سواء المصري أم الفرنسي - بشأن جريمة الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة، من ضرورة أن يتم فعل الالتقاط لصورة الشخص أثناء تواجده في مكان خاص، حيث إن فعل الالتقاط كافٍ بذاته لقيام الاعتداء على الحق في الصورة، حتى لو لم تكن الأخيرة تمثل أحد عناصر الحياة الخاصة للمعتدى على صورته.

— طبقاً للحق في الصورة فإن نشر صور الأشخاص في الصحف بغير إذنه يُعد عملاً غير مشروع، ولا يتطلب لتوافر صفة اللامشروعية ثبوت ضرر محدد أصاب أحدهم، كما لا يتطلب أيضاً ثبوت ارتكاب خطأ معين من جانب الصحفي الذي قام بالنشر، أو توافر سوء النية لديه.

— نشر صورة إنسان بغير إذنه قد يصيب الأخير بضرر معين، يتمثل في تشويه شخصيته أو استغلال هذه الصورة بشكل غير مشروع، وفي جميع هذه الأحوال، فقد أضفى القضاء الفرنسي حمايته على صور الأشخاص، حال استعمالها كوسيلة لتشويه شخصية من تمثلهم، أو حال استغلالها لأغراض الدعاية، سواء التجارية أم غير التجارية.

— يُعد رضا صاحب الحق في الصورة بإنتاجها ونشرها قيداً على الحق في الصورة، بما يسمح باستبعاد مسئولية الصحفي حال استطاعته إثبات هذا الرضا.



— الإذن بإنتاج الصورة لا يعني بالضرورة الإذن بنشرها، ذلك أن إنتاج الصورة ونشرها أمران متميزان، لذا يجب أن يكون الإذن الصادر من صاحب الحق في الصورة خاصاً ومحدداً، فبين فيه ما إذا كان مقتصرًا على إنتاج الصورة فقط، أم أنه يشمل الإنتاج والنشر معاً، ومع ذلك فإن الإذن بالنشر قد يستتج ضمناً من الظروف الملائسة لإنتاج الصورة، وفي جميع الأحوال فإن هذا النشر يجب أن يتقيد بمحدود الإذن الصادر به، سواء من حيث طريقة النشر أو مدته.

— يذهب الرأي الراجح في الفقه إلى جواز سحب الإذن المسبق الصادر بإنتاج الصورة الشخصية ونشرها، لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى تأييد النشر، وتحويل التنازل عن الحق في الاعتراض على إنتاج الصورة ونشرها من التأكيد إلى الإطلاق، وهو ما لا يمكن التسليم به، لتعارضه مع خصائص الحقوق اللصيقة بالشخصية، التي ينتمي إليها الحق في الصورة.

— يذهب الرأي الراجح في الفقه إلى ضرورة تغليب مصلحة الجماعة وحقوقها في المعرفة والإعلام على المصلحة الخاصة والفردية للإنسان، الأمر الذي ترتب عليه ظهور ما يعرف بمبدأ سمو الحق في الإعلام على الحق في الصورة، والذي يميز نشر صور الأشخاص في الصحف، بغير حاجة للحصول على إذن منهم، متى كانت هذه الصور قد نشرت بهدف إحاطة المجتمع بالوقائع والحوادث العلنية، أو تعلقت هذه الصور بالشخصيات العامة والشهيرة في إطار ممارسة حياتهم المهنية، أو كانت هذه الصور قد نشرت بهدف خدمة الصالح العام، ومع ذلك يجب أن يتقيد هذا النشر بضرورة المحافظة على كرامة الشخص الذي تمثله الصورة.

— أضفى كل من المشرع المصري والمشرع الفرنسي نوعاً من الحماية الإجرائية على الحقوق اللصيقة بالشخصية، وطبقاً لهذه الحماية فإنه يحق للقاضي اتخاذ كافة الإجراءات الوقائية حال وقوع اعتداء على حق أحد الأشخاص في صورته، ولجوء الأخير إلى القضاء طالباً هذه

الحماية، وللقاضي السلطة التقديرية في إتخاذ الإجراء الذي يتناسب مع هذا الاعتداء، وبغير حاجة للبحث عن توافر ركن الضرر، وهو ما يميز قواعد الحماية الخاصة بالحقوق اللصيقة بالشخصية عن القواعد العامة في المسئولية التقصيرية.

— قد يرى القاضي أنه لا فائدة من اللجوء إلى الإجراءات الوقائية حال وقوع اعتداء على حق أحد الأشخاص في صورته، خاصة إذا كان الاعتداء قد تحقق بالفعل ورتب كافة آثاره الضارة، وعلى ذلك قد يبدو التعويض في هذه الأحيان هو الوسيلة الوحيدة التي يملك القاضي الحكم بها على المعتدي.

— أنظمة الحماية الخاصة بالحقوق اللصيقة بالشخصية لا تُعد مجرد تطبيق للقواعد العامة للمسئولية المدنية، بل جعل المشرع لهذه الأنظمة خصوصية تتمثل في أن تأسيس دعوى التعويض عن الاعتداء على الحق في الصورة استناداً إليها يترتب عليه إعفاء المضرور من إثبات الخطأ والضرر، فالمضرور ليس بحاجة إلى إثبات هذه العناصر، سواء تعلق الأمر بإتخاذ الإجراءات الوقائية أو حتى لتبرير الحكم بالتعويض، وهو ما يعني افتراض الخطأ والضرر بمجرد ثبوت الاعتداء على الحق في الصورة.

— لم يضع كل من المشرع المصري والمشرع الفرنسي محددات التعويض النقدي عن الاعتداء على الحق في الصورة، حال تأسيس الدعوى على النصوص الخاصة بحماية الحقوق اللصيقة بالشخصية، وبالتالي فإن تقدير التعويض في هذه الحالة يتم استناداً إلى القواعد العامة في القانون المدني.

— إلى جانب التعويض النقدي يمكن للقاضي أن يحكم بتعويض عيني عن واقعة الاعتداء على الحق في الصورة لشخص ما، ومن ذلك نشر الحكم الصادر بالتعويض النقدي في الصحف اليومية على حساب المعتدي، ولاسيما في الصحيفة التي وقع من خلالها هذا الاعتداء.

— فيما يتعلق بالمستول عن التعويض ، يؤيد الباحث ما ذهب إليه اتجاه في القضاء الفرنسي من إلزام الصحفي المستول عن نشر الصور محل النزاع بالتعويض ، وذلك بالتضامن سواء مع الصحيفة أم مع الصحيفة ومدير التحرير ، حتى يكون الصحفي حريصاً على حقوق الغير ، ولا سيما الحقوق اللصيقة بالشخصية ، كما أن تعدد المسئولين يقوي حق الضرور في الحصول على التعويض ، إضافة إلى ذلك فإن العدالة تقتضي إلزام الصحيفة بالتعويض ، نظراً لأنها المستفيد الأول مالياً مع العمل الصحفي ، لذا فإن هذا الأمر يستتبع تطبيق قاعدة الغنم بالغرم.

**ثانياً - التوصيات:**

— رغم أن الحق في الصورة يستمد حمايته المدنية من عمومية نص المادة ٥٠ من القانون المدني المصري ، والمتعلق بالحقوق اللصيقة بالشخصية ، إلا أن أهمية الحق في الصورة تتطلب دعوة المشرع المصري إلى النص على حماية هذا الحق بصورة مستقلة ، مثلما فعل المشرع ذاته بشأن حماية الاسم ، رغم أنه يندرج تحت الحقوق المنصوص عليها في المادة ٥٠ ، ذلك أن حماية الحق في الصورة لا تقل أهمية عن حماية الحق في الاسم.

— يوصي الباحث المشرع المصري بضرورة تدارك ما لحق المادة ٥٠ من القانون المدني - والمتعلقة بحماية الحقوق اللصيقة بالشخصية - من نقص ، ذلك أن هذه المادة اقتصرت على تمكين القضاء من اتخاذ الإجراءات الوقائية لوقف الاعتداء فقط وليس منعه قبل وقوعه ، لذا حيناً لو تضمن نص هذه المادة صراحة على إمكان اتخاذ الإجراءات الوقائية لمنع الاعتداء قبل وقوعه ، فلا شك في فعالية هذا الإجراء ، وتناسبه مع طبيعة الاعتداء على الحق في الصورة بطريق النشر ، والذي يتم بصورة علنية.

— يوصي الباحث المشرع المصري بضرورة تعديل التشريعات الخاصة بالصحافة والإعلام بصفة عامة ، لتحديد حقوق والتزامات هؤلاء الإعلاميين بشكل مفصل ، مع النص على جزاءات رادعة حال

مخالفة هذه الالتزامات، نظراً لما لوحظ في الفترات الأخيرة من تجاوزات من قبل بعض الصحفيين والإعلاميين تصل إلى حد الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة للمواطنين، أو التشهير بهم من خلال وسائل الإعلام المختلفة، وذلك باستعمال الصور الشخصية للمعتدى عليهم.

— يوصي الباحث كليات الحقوق بالجامعات المصرية والغربية، وكذلك منظمات المجتمع المدني العاملة في مجال حقوق الإنسان، بضرورة عقد الندوات والمؤتمرات لتوعية الأفراد بالحقوق اللصيقة بالشخصية، ولاسيما الحق في الصورة، لما لمسها الباحث من ندرة الأحكام الصادرة عن القضاء المصري في هذا الشأن، رغم كثرة الاعتداءات من قبل وسائل الإعلام المختلفة، والتي نطالها بكثرة خاصة في الآونة الأخيرة، فهذا إن دل على شيء، فإنما يدل على قلة وعي الأفراد بهذه الطائفة المهمة من الحقوق، الأمر الذي لا يجعل هذه الاعتداءات محل تداعي من قبل الأفراد المعتدى عليهم.

— يوصي الباحث نقابة الصحفيين بضرورة عقد الندوات والمؤتمرات اللازمة للعاملين في المجال الصحفي، للتوعية بالقوانين المتعلقة بممارسة المهنة، خاصة ما يتعلق منها بالجرائم والمسئولية المدنية الناشئة عنها، وكذلك اقتراح آليات تفعيل ميثاق الشرف الصحفي، ذلك أن انتهاك الحق في الصورة من جانب أحد الصحفيين يشكل في الوقت ذاته انتهاكاً لميثاق الشرف الصحفي، الذي ينبغي أن يكون دستوراً لكل صحفي حر شريف، يسعى من خلال قلمه لرفعة شأن وطنه.

## قائمة المختصرات الأجنبية

Ann. Prop. Ind.	Annales de la propriété industrielle.
Bull. Civ.	Bulletin civil de la Cour de cassation.
Bull. Crim.	Bulletin criminel de la Cour de cassation.
C.A.	Cour d'appel.
Cass. Civ.	Cour de cassation, chambre civile.
Cass. Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle.
chron.	Chronique.
D.	Dalloz (Recueil Dalloz Sirey).
éd.	Édition.
EDFP	L'Essentiel Droit de la famille et des personnes
Gaz.-Pal.	Gazette du Palais.
I.R.	Informations Rapides.
J.C.P. éd. G.	Juris Classeur Périodique (édition générale).
J.O.R.F.	Journal Officiel de la République Française.
juris.	Jurisprudence.
L.G.D.J.	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
n°	Numéro.
op. cit.	Ouvrage Précité.
p.	Page.
P. A.	Les Petites Affiches.
P.U.F.	Les Presses universitaires de France.
R.T.D.Civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil.
th. préci.	Thèse précitée.

## قائمة المراجع

### أولاً- المراجع باللغة العربية:

#### ١- معاجم وقواميس:

- المعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، الطبعة الرابعة، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

#### ٢- المراجع والمقالات غير القانونية:

- د. أحمد خليل حامد: الصورة الصحفية (منظور مهني)، المجلس القومي للصحافة والمطبوعات الصحفية، ٢٠١٢م.
- أميرة عبد الفتاح، حرية الصحافة في مصر، مقال منشور على موقع الشبكة العربية لمعلومات حقوق الإنسان، التالي:

<http://anhri.net/reports/pressfreedom/06.shtml>

- بانا ضمراوي: تعريف الصحافة، مقال منشور على الموقع التالي:

<http://mawdoo3.com/>

- د. جورج صدقة: الأخلاق الإعلامية بين المبادئ والواقع، مؤسسة مهارات للنشر، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م.
- د. حسام فتحي أبو طعيمة، الإعلان وسلوك المستهلك بين النظرية والتطبيق، دار الفاروق، عمان - الأردن، ٢٠٠٨م.
- د. حسن محمد خير الدين: الإعلان، مكتبة عين شمس، القاهرة، ١٩٩٦م.
- د. خليل صابات: الصحافة مهنة ورسالة، دار المعارف، بدون سنة نشر.
- د. سعد سلمان عبد الله: تطور الصورة الصحفية في الصحافة العراقية، دراسة تحليلية لصور الصفحة الأولى لصحيفة الصباح لعام ٢٠١٢م، مجلة الباحث الاعلامي، كلية الإعلام - جامعة بغداد، العدد ٢١، سنة ٢٠١٣م.

- د. شريف درويش اللبان: تكنولوجيا النشر الصحفي، الاتجاهات الحديثة، الدار المصرية اللبنانية، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.
- شوقي العيسى: التصوير الصحفي، الكيفية والمفهوم، مقال منشور على الموقع الإلكتروني لمركز الرافدين للدراسات والبحوث الاستراتيجية التالي: <http://www.alrafedein.com/news.php?action=view&id=1716>
- د. صلاح الشنواني: الإدارة التسويقية الحديثة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٦م.
- عادل ماجد: الإعلام وحدود وضوابط مبدأ علانية الجلسات، مقال نشر في جريدة الأهرام المصرية، العدد رقم ٤٥٥٤٨.
- د. عبد الباسط سلمان: سحر التصوير (فن وإعلام)، دار الثقافة للنشر، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م.
- د. عبد اللطيف حمزة: الصحافة والمجتمع، دار القلم، القاهرة، ١٩٦٣م.
- علاء بدرانة: الصورة الصحفية بين المهنية والممارسة، مجلة مدني، تصدر عن المركز الفلسطيني للتنمية والحريات الإعلامية، العدد السابع، تموز ٢٠١٢م.
- مارتن جولي: مدخل إلى تحليل الصورة، ترجمة/ على أسعد، دار التنايب، دمشق، الطبعة الأولى، ٢٠١١م.
- محمد عبد العزيز إسماعيل: مقال منشور بجريدة اليوم، العدد ١١١٥٢، الصادر يوم السبت الموافق ٢٧ ديسمبر ٢٠٠٣م، متاح على الموقع التالي: [www.alyaoum.com/article/1137515](http://www.alyaoum.com/article/1137515)

- د.محمد فريد الصحن: الإعلان، أئدار الالامعية، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
- د.محمود أدهم: مقدمة في الصحافة المصورة، الصورة الصحفية كوسيلة اتصال، مطبعة الالار البيضاء، القاهرة، ١٩٨٧م.
- ناجي عبد السلام السناطي: مفهوم الفن الصحفي وتطوره، مقال منشور على شبكة النبا المعلوماتية، بتاريخ ٢٣ حزيران ٢٠٠٩م، متاح على الموقع التالي:  
<http://annabaa.org/nbanews/2009/06/248.htm#ftn1>

### ٣- المراجع القانونية:

#### أ- المراجع العامة:

- د.أحمد سلامة: المدخل لدراسة القانون المدني، الكتاب الثاني، مطبعة نهضة مصر، ١٩٦٨م.
- د.أنور سلطان: الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٠م.
- د.جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١م.
- د.حسن كيرة: المدخل الى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الخامسة، بدون سنة نشر.
- د.سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الثاني في الالتزامات، الفعل الضار والمسئولية المدنية، القسم الأول في الأحكام العامة، مطبعة السلام، القاهرة، الطبعة الخامسة، ١٩٨٨م.



- د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، دار احياء التراث العربي، بيروت، ١٩٥٢م.
- د. عبد المعين لطفي جمعه: موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية (التقصيرية والعقدية)، الكتاب الأول، ج ١، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٧٩م.
- د. عبد المنعم البدر اوي: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ج ٢، في أحكام الالتزام، مطبعة المدني، القاهرة، بدون سنة طباعة.
- د. محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، ج ١، في ازدواج أو وحدة المسؤولية المدنية ومسألة الخيرة، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨م.
- د. مصطفى محمد الجمال و د. عبد الحميد محمد الجمال: النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، ١٩٨٧م.

#### ب- المراجع المتخصصة:

- د. إبراهيم على بدوي الشيخ: الميثاق العربي لحقوق الإنسان، دراسة في خلفيته ومضمونه وأثره على الأمن القومي العربي والنظم السياسية في الوطن العربي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م.
- د. أحمد محمد حسان: نحو نظرية عامة لحماية الحق في الحياة الخاصة في العلاقة بين الدولة والأفراد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م.
- د. جعفر محمود المغربي و د. حسين شاكر عساف: المسؤولية المدنية عن الاعتداء على الحق في الصورة بواسطة الهاتف المحمول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠م.

- د. حسام الدين كامل الأهواني: الحق في احترام الحياة الخاصة، الحق في الخصوصية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨م.
- د. خالد مصطفى فهمي: المسؤولية المدنية للصحفي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٩م.
- د. عابد فايد عبد الفتاح: نشر صور ضحايا الجريمة، المسؤولية المدنية عن عرض مأساة الضحايا في وسائل الإعلام - دراسة مقارنة في القانون المصري والقانون الفرنسي، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٨م.
- د. عماد حمدي حجازي: الحق في الخصوصية ومسئولية الصحفي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨م.
- د. محمود عبد الرحمن محمد، نطاق الحق في الحياة الخاصة، دراسة مقارنة في القانون الوضعي (الأمريكي - الفرنسي - المصري) والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.
- د. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المسؤولية المدنية للصحفي عن انتهاك حرمة الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م.
- د. ممدوح خليل بحر: حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣م.
- د. ممدوح محمد المسلمي: المسؤولية المدنية الناشئة عن الاعتداء على الحق في الصورة في ظل تطور وسائل الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م.

- نقولا فتوش و أندريه جرتران: الحق في الحياة الخاصة والحق في الصورة، مكتبة صادر ناشرون، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م.
- دهشام فريد رستم، الحماية الجنائية لحق الإنسان في صورته، مكتبة الآلات الحديثة، أسبوط، بدون سنة نشر.

#### ج. رسائل الماجستير والدكتوراه:

- د. صفية بشاتن: الحماية القانونية للحياة الخاصة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، ٢٠١٢م.
- د. مدحت عبد العال: المسؤولية المدنية الناشئة عن ممارسة مهنة الصحافة، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٩٤م.
- نصر الدين حراري: التنظيم القانوني للممارسة الإعلامية في المغرب العربي، دراسة وصفية مقارنة بين الجزائر والمغرب من فترة ما قبل الاستقلال إلى نهاية سنة ٢٠١١م، رسالة ماجستير، كلية العلوم السياسية والإعلام، جامعة الجزائر ٣ "والي إبراهيم"، ٢٠١١/٢٠١٢م.

#### د. المقالات والدوريات:

- د. علاء الدين عبد الله الخضائون و د. بشار طلال المؤمني: النظام القانوني للصورة الفوتوغرافية، الحقوق الوازدة عليها ووسائل الحماية القانونية، دراسة مقارنة في القواعد العامة وقواعد حماية حقوق الملكية الفكرية، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد الثالث والخمسون، صفر ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م.
- د. فهد محسن الديحاني: الطبيعة القانونية للحق في الصورة الشخصية وحمايته المدنية في القانون الكويتي، المجلة العربية

للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد ٢٨، العدد ٥٦، محرم  
١٤٣٤هـ - نوفمبر/ديسمبر ٢٠١٢م.

• د. محمود محمود مصطفى: حقوق المتهم في الدستور المصري  
والمقارن، مجلة مصر المعاصرة، س ٧٠، العدد ٣٧٥، ١٩٧٩م.

### ثانياً - المراجع باللغة الفرنسية:

#### 1- Ouvrages Généraux:

- BERTRAND (A.): Le droit d'auteur et les droits voisins, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 1999.
- CARBONNIER (J.) : Droit civil, Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple, P.U.F., Coll., Quadrige Manuels, 2004.
- CORNU (G.): Droit civil, introduction, les personnes, les biens, Montchrestien, 10<sup>ème</sup> éd., 2001.
- LINDON (R.): Le droit de la personnalité, Dalloz, Paris, 1970.
- MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.) : Course de droit civil, les personnes, les incapacités, 5<sup>ème</sup> éd, Cujas, 2002.
- MAZEAUD (H. L. et J.) et CHABAS (F.) : Leçons de droit civil, introduction à l'étude du droit, Montchrestien, t. I, 1<sup>er</sup> vol., 11<sup>ème</sup> éd., 1996.
- PLANIOL (M.) : Traité élémentaire de droit civil, 12<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., 1935.

#### 2- Ouvrages Spéciaux:

- BEAL (Ch.): Jurisprudence ou du droit à l'image, Mon image m'appartient-elle ?, éd. M-Editer, 2010.
- BECOURT (D.) Le droit de la personne sur son image, L.G.D.J., Paris, 1969.
- BLONDEL (P.): La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits

patrimoniaux à caractère personnel, L.G.D.J., Paris, 1969.

- **KAYSER (P.):** Le droit dit à l'image, in Mélanges ROUBIER (P.), t. II, Dalloz, Paris, 1961.
- **RAVANAS (J.):** La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image, L.G.D.J., 1978.

### 3- Thèses et Mémoires:

- **FERRIER (R.):** La protection de la vie privée, Thèse, Toulouse, 1973. **FOUGEROL (H.):** La figure humaine et le droit, Thèse, Paris, 1913.
- **KAMENI (M.-M.) :** La vie privée en droit camerounais, Thèse, Université de Toulouse 1, 2013.
- **NERSON(R.):** Les droits extrapatrimoniaux, Thèse, Lyon, 1939, p.193.
- **THOMAS (S.):** Droit d'auteur et dévolution successorale du droit moral, D.E.A., Université Robert SCHUMAN de Strasbourg, 2001-2002.

### 4- Articles:

- **ACQUARONE (D.):** L'ambiguïté du droit à l'image, D., 1985, chron.
- **ADER (B.):** La caricature, exception au droit à l'image, Légicom, 1995/4.
- **BADINTER (R.):** Le droit au respect de la vie privée, J.C.P. éd. G., 1968, I, 2136.
- **BEIGNIER (B.) :** Note sous Cass. Civ., 14 décembre 1999, D., 2000, juris.
- **BIENVENU ( C.):** Panorama des contentieux autour du droit à l'image, P. A., 15 novembre 2002, n° 229.
- **BIGOT.(C.):** La protection de l'image des personnes et les droits des héritiers, Légicom, 1995/4.

- **BRUGUIERE (J.-M.) et GLEIZE (B.):** Proposition de loi sur le droit à l'image, pitié pour les juristes, D., 2003, Point de vue.
- **CALAIS (B.) :** la mort et le droit, D. 1985, chron.
- **COTTET – BRETONNIER (C.):** Le contrôle de l'exploitation commerciale de l'image du sportif en tant que personnalité publique, étude comparée France / Québec, les cahiers de propriété intellectuelle, éditions Yvon Blais, mai 2001, vol. 13.
- **DERIEUX (E.) :** Droit à l'image et droit de l'image en droit français des médias, P. A., 12 avril 2000, n°73.
- **DEROBERT-RATEL (C.):** Le droit de la personne sur son image à l'aube de la photographie, Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif, 2005-1, pp. 79-104, article consultable sur : [www.iredic.com](http://www.iredic.com)
- **DOUVILLE (T.):**
  - L'identification de la personne représentée, condition de l'atteinte au droit à l'image, EDFP, 15 mai 2014, n° 5.
  - Notion d' « information » du public et droit à l'image des personnes, EDFP, 01 octobre 2009, n° 6.
  - Atteinte au droit à la vie privée sur des faits intimes mais notoires, EDFP, 15 juillet 2014 n° 7.
- **DRAI (L.):** Vers la fin du droit absolu à l'image, P.A., 16 septembre 2005, n° 185.
- **DUPUY-BUSSON (S.):** Le droit à l'image en question, Gaz.- Pal., 18 novembre 2008, n° 323.
- **LAILIVE (P.):** Le droit à sa propre image, Rapport présenté au colloque international sur la réception des droit occidentaux en Turquie, Luxembourg, 27-30 juillet 1959, Annales de la faculté de droit d'Istanbul, T.XII, 1962.

- LINDON (R.): La presse et la vie privée, J.C.P. éd. G., 1965, I, 1887.
- MARTIN (L.) : Le secret de la vie privée, R.T.D.Civ., 1959.
- NERSON (R.): Distinction du droit à l'image et du droit au respect de la vie privée, R.T.D.Civ., 1971.
- NIBOYET ( F.) : La nature du droit à l'image en question, P. A., 11 décembre 2007 n° 247.
- RAVANAS (J.): La liberté de la caricature ne permet pas son exploitation commercial, D., 1999, juris.
- STOUFFLET (J.) : Le droit de la personne sur son image, quelques remarques sur la protection de la personnalité, J.C.P., 1957, I, 1374.
- TOMASIN (D.) : La mort, obstacle à l'établissement ou à ma modification de l'état des personnes, Ann. Univ. Toulouse, t. XXIII, 1975.

#### ثانياً: مواقع الإنترنت:

- [www://moqatel.com/openshare/Behoth/FenonElam/s/ahafa/seco1.doc cvt.htm](http://www.moqatel.com/openshare/Behoth/FenonElam/s/ahafa/seco1.doc cvt.htm)
- [www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf)
- [www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf)
- <http://ncmf.info/?p=151>
- <http://www.snj.fr/>
- [www.larousse.fr](http://www.larousse.fr)
- <http://www.assemblee-nationale.fr/12/propositions/pion1029.asp>
- <http://ncmf.info/?p=151>

الصفحة	الموضوع	الفهرس
٧٣	ملخص البحث	
٧٥	مقدمة	
٨٠	فصل تمهيدي	
٨١	الإطار القانوني والأخلاقي للعمل الصحفي	
٨١	المبحث الأول: الصحافة والتصوير الصحفي	
٨١	المطلب الأول: التعريف بمهنة الصحافة	
٨٤	المطلب الثاني: مفهوم الصورة الصحفية وأهميتها	
٨٩	المبحث الثاني: التشريعات المنظمة لمهنة الصحافة والمواثيق الأخلاقية لها	
٩٤	الفصل الأول	
٩٥	تكريس مبدأ الحق في الصورة	
٩٥	المبحث الأول: مدى الاعتراف بوجود الحق في الصورة	
٩٦	المطلب الأول: موقف الفقه من وجود الحق في الصورة	
٩٩	المطلب الثاني: موقف القضاء من وجود الحق في الصورة	
١٠١	المطلب الثالث: الحق في الصورة في التشريع المصري والفرنسي	
١٠٦	المبحث الثاني: مفهوم الحق في الصورة	
١٠٩	الفصل الثاني	
١١٠	الطبيعة القانونية للحق في الصورة	
١١٠	المبحث الأول: التكييف القانوني للحق في الصورة	
١١٠	المطلب الأول: الحق في الصورة حق ملكية	
١١٣	المطلب الثاني: الحق في الصورة حق مؤلف	
١١٥	المطلب الثالث: الحق في الصورة أحد مظاهر الحق في الحياة الخاصة	



الصفحة	الموضوع
١٢٠	المطلب الرابع: الحق في الصورة ذو طبيعة مزدوجة
١٢٢	المطلب الخامس: التكيف الراجح للحق في الصورة.
١٢٤	المبحث الثاني: خصائص الحق في الصورة
١٢٥	المطلب الأول: الحق في الصورة غير قابل للتصرف فيه
١٢٦	المطلب الثاني: الحق في الصورة لا ينقضي بالتقدم
١٣٠	المطلب الثالث: مدى قابلية الحق في الصورة للانتقال عن طريق الإرث
	الفصل الثالث
١٣٨	نطاق مسؤولية الصحفي المدنية الناجمة عن الاعتداء على الحق في الصورة
١٣٨	المبحث الأول: حالات انعقاد مسؤولية الصحفي المدنية الناجمة عن الاعتداء على الحق في الصورة
١٤٠	المطلب الأول: الإنتاج الصحفي للصورة الشخصية دون إذن صاحبها
١٤٣	المطلب الثاني: النشر الصحفي للصورة الشخصية دون إذن صاحبها
١٥٨	المبحث الثاني: حالات استبعاد مسؤولية الصحفي المدنية عن استعمال صور الأشخاص
١٥٩	المطلب الأول: الرضا كسبب لإباحة النشر الصحفي لصور الأشخاص
١٦٠	الفرع الأول: أنواع التعبير عن الرضا بإنتاج الصور الشخصية ونشرها
١٦٣	الفرع الثاني: نطاق الرضا بشأن إنتاج الصور الشخصية ونشرها

- ١٦٧ الفرع الثالث: عبء إثبات وجود الرضا بإنتاج الصور الشخصية ونشره
- ١٦٨ المطلب الثاني: الحق في الإعلام كسبب لإباحة النشر الصحفي لصور الأشخاص
- ١٧٠ الفرع الأول: سمو الحق في الإعلام على الحق في الصورة
- ١٧٣ الفرع الثاني: تقييد الحق في الصورة مراعاة لضرورات الحق في الإعلام
- ١٨٢ الفرع الثالث: مبدأ الكرامة الإنسانية كقيد على الحق في الإعلام تجاه نشر صور الأشخاص
- ١٨٥ الفصل الرابع  
الحماية المدنية في مواجهة الممارسات الصحفية الماسة بالحق في الصورة
- ١٨٦ المبحث الأول: الحماية الإجرائية في مواجهة الممارسات الصحفية الماسة بالحق في الصورة
- ١٨٧ المطلب الأول: الحماية الإجرائية للحق في الصورة في التشريع الفرنسي
- ١٩٠ المطلب الثاني: الحماية الإجرائية للحق في الصورة في التشريع المصري
- ١٩٢ المبحث الثاني: الحماية الموضوعية في مواجهة الممارسات الصحفية الماسة بالحق في الصورة
- ١٩٣ المطلب الأول: أساس التعويض عن الممارسات الصحفية الماسة بالحق في الصورة
- ١٩٩ المطلب الثاني: أحكام الالتزام بالتعويض عن الممارسات الصحفية الماسة بالحق في الصورة

الصفحة	الموضوع
٢٠٠	الفرع الأول: صور التعويض عن المساس بالحق في الصورة في إطار مسئولية المؤسسات الصحفية
٢٠٧	الفرع الثاني: المسئول عن عبء التعويض في إطار مسئولية المؤسسات الصحفية
٢١٠	خاتمة
٢١١	النتائج:
٢١٦	التوصيات
٢١٨	قائمة المختصرات
٢١٩	قائمة المراجع
٢٢٩	الفهرس

---

---

تحديد بداية الكائن البشرى فى القانون  
المدنى واستخدمات التكنولوجيا  
الحيوية "دراسة مقارنة"

---

---

أ / على عطية عبد الخالق

---

---

تحديد بداية الكائن البشرى فى القانون المدنى  
واستخدامات التكنولوجيا الحيوية  
" دراسة مقارنة "  
أ/ على عطية عبد الخالق

---

---

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

لقد أفرز العقد الأخير من القرن العشرين وبداية القرن الحادى والعشرين معطيات علمية حديثة، ثبت بما لا يدع مجالاً للشك أنها فرضت نفسها على الواقع العلمى، وسبب ذلك يرجع إلى أن التطور فى مجال الطب أصبح مذهلاً، وأمتد حتى تخطى حدود الممكن ليلج نطاق ما كان يعتبر من قبيل المستحيل، ويؤثر ليس فقط على معتقدات الناس العلمية، بل ومعتقداتهم الدينية أيضاً، ولا نقصد بذلك عمليات محددة بل نقصد التقدم فى المجال البيولوجى وعلم الوراثة والجينات؛ ذلك التقدم الذى يمكن أن يهدد مستقبل البشرية ذاتها إذا ما استمر العلم فى هذا المنطلق ولم تحكم السيطرة عليه.

إن استخدامات التكنولوجيا الحيوية خاصة فى مجال الكائن البشرى يجب أن تكون فى نطاق محدد لأنه جدير بالحماية القانونية، ولأن التماذى فى الاستخدام يتنافى والكرامة الإنسانية، وتصرف الإنسان فى كيانه المادى ليس بالحرية المطلقة، ولكن لا بد من وجود قيود، أو ضوابط تحكم هذا التصرف وتجعله فى نطاق محدد... ومن هنا تأتى أهمية هذا البحث فى الوقوف على المعطيات الحديثة فى مجال الكائن البشرى وتحديد بدايته.

## إشكاليات البحث:

بداية نشير إلى أن جسم الإنسان لم يدرج في دائرة التعامل المادى إلا بعد جهود معينة بذلها رجال القانون، وبعد صدور القانون الفرنسى رقم ٦٥٣ / ٩٤ الصادر بتاريخ ٢٩ يوليو ١٩٩٤، والذي جاء ليضع نطاقاً خاصاً لجسم الإنسان ضمن القانون المدنى، وقد بدأ اهتمام القانون عموماً بحماية جسم الإنسان من اعتداء الغير عليه من خلال قانون العقوبات، أما القانون المدنى فلم يكن مهتماً إلا بحماية المال، أما فيما يتعلق بحماية السلامة البدنية، فقد عاجلها من خلال قواعد المسؤولية التقصيرية والعقدية؛ فالجسم البشرى لم يكن فى حد ذاته يثير مشاكل قانونية تستحق أن تكون موضوعاً من موضوعات القانون المدنى.

وإذا كان التفكير فى جسم الإنسان يُطرح اليوم على الساحة القانونية، فذلك يرجع إلى الطفرة الحاصلة فى مجال العلوم الطبية الحيوية، فالعلم يدفع القانون لإعادة النظر فى مبادئه ونصوصه ومراجعة مواده وذلك بصفة دائمة لمسايرة تطوره.

لذلك سوف نحاول فى هذا البحث تسليط الضوء على تحديد بداية الكائن البشرى، وعلاقته بالتكنولوجيا الحيوية لتبين الضوابط والمعايير، التي على أساسها يتمتع الكائن البشرى بالحماية القانونية، وليبان ما إذا كانت هذه الحماية مطلقة أم نسبية.

## منهج البحث:

يأذن الله تعالى سوف أعتمد عند معالجة هذا الموضوع على " المنهج الوضعى التحليلى " الذى يقوم على جمع الحقائق والمعلومات، و" المنهج المقارن " أيضاً حتى يتم استخلاص المبادئ، والأحكام الخاصة بهذا الموضوع؛ ليتم الوقوف على مدى توافقها واختلافها مع القواعد العامة، ولذلك سوف أضع نصب عينى وأنا فى إطار بحثى حول هذا الموضوع: أحكام الشريعة الإسلامية؛ وذلك باعتبارها المصدر الرئيسى للتشريع، ولأنها كانت لها السبق فى شتى المجالات.

## نطاق البحث:

ينحصر نطاق هذا البحث في الجانب الموضوعي، والذي سوف أتناول فيه بالدراسة بعض الموضوعات المرتبطة بتحديد بداية الكائن البشري، في القانون المدني، ويندرج تحت هذا، فكرة الكائن البشري الجدير بالحماية القانونية من خلال - تحديد نطاق بداية الحماية - وارتباطها بالشخصية القانونية، ويخرج من الدراسة بعض الموضوعات غير المرتبطة بهذا الموضوع وهي استخدامات التكنولوجيا الحيوية على الحيوان والنبات.

## أهمية البحث:

إن البحث في مجال التكنولوجيا الحيوية له أهميته الخاصة؛ فهو بحث يقتضى التعرض لبعض الأحكام القانونية، كما يقتضى التعرض لبعض القواعد الطبية، وقواعد الشريعة الإسلامية؛ وهي مقارنة لا تخلو في ذاتها من فائدة. ولهذا كان للموضوع أهميته " لتحديد الحماية القانونية الخاصة باستخدامات التكنولوجيا الحيوية " .

## خطة البحث:

بإذن الله تعالى سوف نتناول هذا البحث في مبحث تمهيدى وفصلين على النحو التالى :

**المبحث التمهيدي:** مفهوم التكنولوجيا الحيوية والهندسة الوراثية

**المطلب الأول:** ماهية التكنولوجيا الحيوية.

**المطلب الثانى:** الهندسة الوراثية والكائن البشري.

**الفصل الأول:** تحديد بداية الكائن البشري الجدير بالحماية .

**المبحث الأول:** نطاق الحماية القانونية للكائن البشري.

**المبحث الثانى:** نطاق الحماية القانونية للجنين " الحمل المستكن " .

**الفصل الثانى:** فكرة تمتع البويضة الملقحة والخلايا الجذعية بالحماية .

**المبحث الأول:** نطاق تمتع البويضة الملقحة بالحماية.

**المبحث الثانى:** نطاق تمتع الخلايا الجذعية بالحماية.

**خاتمة.**

## المبحث التمهيدي

### مفهوم التكنولوجيا الحيوية والهندسة الوراثية

مقدمة:

لقد أصبحت كلمة التكنولوجيا على كل لسان، البعض يأمل بها، لما تأتي به من الخير والرفاء، والبعض يهابها لما تأتي به من أساليب الفتك والدمار، وقلّة هم أولئك الذين يحاولون التوقف قليلاً ليتفهموا ماهيتها، وكيف يمكن تطويرها لخدمة المجتمع الإنساني؟ خاصة وقد جرى تطبيقها حالياً على الكائن البشري.

لذلك كان من المهم تحديد ماهية هذا العلم؟ وأهميته بعد أن حقق الكثير من الاكتشافات المذهلة، وما سيحققه في المستقبل؟ كما يمكننا التعرف على العناصر الأساسية المكونة له (من الجينات، والخلية وغير ذلك)، وكذا التعرف على التطور التقني والتشريعي لهذا العلم؛ خاصة وأن العلماء يتوقعون الكثير من التقنيات في مجال تحديد الجينات المسؤولة عن شيخوخة الخلية الحية، والجينات المسؤولة عن موتها، وبالتالي فهم يعتقدون الكثير من الأمل؛ لكي يصلوا إلى السر الذي يستطيعون من خلاله أن يطيلوا عمر الخلية بإذن الله، وأن يحافظوا على حيويتها وصباها، بحيث لا تصاب بالشيخوخة أو الهرم.

ولذا سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية التكنولوجيا الحيوية.

المطلب الثاني: الهندسة الوراثية والكائن البشري

#### المطلب الأول

### ماهية التكنولوجيا الحيوية والهندسة الوراثية

لقد درج الكثيرون على تعريف التكنولوجيا من خلال الترجمة الحرفية، والرجوع إلى أصولها اللاتينية، وهكذا فإن معاجم اللغة تقول إن كلمة "تكنيك" تعني: أسلوب أداء المهنة أو الصنعة، وكلمة "تكنولوجيا



"تعنى: العلم الذى يدرس تلك الصناعات، وهكذا فإن "التكنولوجيا" طبقاً لذلك هى "ذلك الجهد المنظم، الرامى لاستخدام نتائج البحث العلمى فى تطوير أساليب أداء العمليات الإنتاجية"، وقد أخذ على هذا التعريف بأنه يشوبه قدر من القصور، ولا يوفر التصور السليم لفهم ماهية التكنولوجيا، خاصة وقد أصبح لكلمة "تكنولوجيا" مفهوم حديث أكثر شمولاً<sup>1</sup>.

لذا فإن التكنولوجيا الحيوية بمفهومها الواسع تعرف بأنها: تكامل التكنيكات التى تستخدم خلايا الكائنات الحية - من نبات أو حيوان أو ميكروبات أو مكوناتها - فى إنتاج سلعة، أو أداء خدمة، وذلك بأسلوب استخدام المعارف العلمية، كما تشمل كذلك أساليب استنباط الكائنات التى تستخدم فى تطبيقاتها أو مكوناتها<sup>2</sup>.

كما تعرف التكنولوجيا الحيوية: بأنها تشمل كل استخدامات التقنيات الحديثة للتعامل مع الكائن الحى؛ وذلك بهدف التحكم فى صفات هذا الكائن، أو جزء منه أو لإنتاج كائنات حية ذات مواصفات معينة، وإكثارها للاستفادة منها فى الغذاء والكساء والدواء والعلاج الطبى<sup>3</sup>.

- 1 محمد السيد عبد السلام - التكنولوجيا الحديثة والتنمية الزراعية فى الوطن العربى - الناشر سلسلة عالم المعرفة، رقم ٥٠ الكويت - طبعة ١٩٨٢ ص ٥٤.
- 2 المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم - إستراتيجية عربية للتكنولوجيا الحيوية - تونس ١٩٩٣ ص ٢٢.
- 3 عبد العزيز مجيمر عبد الهادى - مشروع القانون المصرى فى شأن السلامة الإحيائية فى مجال استخدام الهندسة الوراثية - بحث مقدم للمؤتمر العلمى السنوى العاشر لكلية الحقوق جامعة المنصورة - بعنوان "الجوانب القانونية والاقتصادية والشرعية لاستخدامات تقنيات الهندسة الوراثية" - فى الفترة من ٢- ٣ ابريل ٢٠٠٦ م بالقاهرة ص ٢.

وتعرف "اتفاقية التنوع البيولوجي" التكنولوجيا الحيوية: بأنها  
تعنى أية تطبيقات تكنولوجية تستخدم النظم البيولوجية، أو الكائنات  
الحية أو مشتقاتها، لصنع أو تغيير المنتجات، أو العمليات من أجل  
استخدامات معينة<sup>1</sup>.

كما تعرف التكنولوجيا الحيوية بأنها: كل ما يشمل استخدام  
كائن حي، أو جزء منه للحصول على منتج له قيمة تجارية<sup>2</sup>.

**الهندسة الوراثية:**

الهندسة الوراثية هي: المصطلح الأكثر شيوعاً لمجموعة من الأساليب  
التقنية المستخدمة في مجال التكنولوجيا الحيوية الحديثة<sup>3</sup> Biotechnology.  
وتعد الهندسة الوراثية أهم فروع التكنولوجيا الحيوية.

**والهندسة الوراثية هي:** علم حديث يدخل في إطار ما يسمى "  
البيولوجيا الجزيئية"، جوهره التعامل مع مورثات الصفات في داخل  
الخلايا الحية؛ لتحقيق أهداف مرجوة، هذه الأهداف قد تمثل في علاج  
الأمراض الوراثية، أو تخليق بعض الأعضاء الحيوية، أو تحسين الصفات  
الطبيعية، أو التكاثر بغير الطرق التقليدية، أو استنباط سلالات جديدة،  
أو زيادة إنتاج المواد الغذائية<sup>4</sup>.

- 1 انترنت:  
<http://www.gcc-legal.org/mojportal-public/treatydetails.aspx?id=830>  
2/2/2012-11 A.M
- 2 رضا عبدالحليم عبد المجيد - بعض الانعكاسات القانونية لتطبيقات الهندسة  
الوراثية في مجال الأغذية والزراعة - بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الذي  
نظمته كلية الشريعة والقانون - بجامعة الإمارات العربية المتحدة - بعنوان "  
الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون" في الفترة من 5 - 7 مايو  
2002 - المجلد الأول ص 99.
- 3 أحمد شوقي هندسة المستقبل - الهيئة المصرية العامة للكتاب - مكتبة الأسرة  
- 2002 ص 99.
- 4 فيليب فروساد - الهندسة الوراثية وأمراض الإنسان "الوراثة الحديثة ومستقبل  
البشرية" - ترجمة الدكتور / أحمد مستجير - مركز النشر لجامعة القاهرة -  
1994 ص 8 وما بعدها.

وتعتبر الهندسة الوراثية - أداة قوية تحمل في طياتها أملاً كبيرة  
- للطب والزراعة والصناعة والأمن الغذائي... فقد تقدمت الأبحاث  
بدرجة كبيرة منذ أواسط السبعينات ؛ حتى انتشر الحديث عن ثورة  
الهندسة الوراثية، إلا أنها مع ذلك تثير جدلاً أخلاقياً واجتماعياً واسعاً .  
فما هي الهندسة الوراثية ؟  
يقصد بالهندسة الوراثية:

التقنيات والأساليب التي يمكن عن طريقها " إعادة تشكيل المادة  
الوراثية بصورة مباشرة أو غير مباشرة" بحذف أجزاء منها، وإضافة أجزاء  
أخرى ؛ بغرض إعادة تشكيل أو صياغة الخلية، أو الكائن باستخدام  
الإمكانات الوراثية للكائنات الأخرى الموجودة حالياً، لإضافة صفات لم  
تكن موجودة من قبل .  
كما يعرفها البعض بأنها: علم يتعامل مع التقنية الجينية الوراثية،  
يمكن من الحصول - وذلك من خلال المادة الوراثية وتمييزها وربطها في  
تركيبات أخرى - على صفات وراثية جديدة، أو إظهار الصفات  
المرغوبة، وإخفاء غير المرغوب فيه .

فالهندسة الوراثية ثورة تشارك فيها علوم ثلاثة أساسية: هي علوم  
الوراثة، الخلية، الأجنة ؛ بمعنى أن الهندسة الوراثية في كلمة واحدة هي  
"تكنولوجيا تطويع الجينات"<sup>٢</sup>.

- 1 عبد العزيز خمير عبد الهادي - مشروع القانون المصري في شأن السلامة  
الاحيائية في مجال استخدام الهندسة الوراثية - المرجع السابق ص ٢.
- 2 فايز عبدالله الكندري - الهندسة الوراثية والإستنساخ الجيني البشري -  
بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون - كلية الشريعة  
والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة - في الفترة ما بين ٥ - ٧ مايو  
٢٠٠٢ - المجلد الرابع ص ١٧١٧.
- 3 نزيه الصادق المهدي - المسؤولية العقدية والتقصيرية الناشئة عن استخدام  
الهندسة الوراثية - بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون  
- كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة - في الفترة  
ما بين ٥ - ٧ مايو ٢٠٠٢ المجلد الثالث ص ٩٨٩.

وفى هذا الإطار ينبغي الإشارة من أن الهندسة الوراثية - خصوص من عموم - ما يعرف بالتكنولوجيا الحيوية، أو البيوتكنولوجيا، وهى تقانات حيوية ؛ تهدف إلى كيفية تسخير معارف العلوم الحياتية، وتطبيقاتها فى الكائنات الحية، بطريقة صناعية وتكنولوجية، وقد يبدو من العسير فى الفكر النظرى الفصل الدقيق بين المفهومين، الخاص " الهندسة الوراثية " والعام " التكنولوجيا الحيوية " فالأنسب بقاؤها تحت مصطلح العموم ؛ وهو التكنولوجيا الحيوية<sup>١</sup>.

### المطلب الثانى

#### الهندسة الوراثية والكائن البشرى

يعتبر علم الوراثة من أكثر العلوم ارتباطاً بالإنسان، فمن خلال أساسيات هذا العلم يتعرف الإنسان على: كيفية انتقال الصفات المميزة للفرد من الآباء إلى الأبناء والأحفاد. وتظهر أو تختفى بعض الصفات ؛ طبقاً للقواعد الوراثية المعروفة - سواء القواعد التقليدية أو الحديثة - التى تعتمد على الوراثة الجزيئية. وقد ظهر علم جديد يعرف باسم علم الوراثة الطبى ؛ لفهم توارث صفات الإنسان ؛ وخاصة الأمراض الوراثية غير المرغوب فيها، كما تدخل علم الوراثة فى مدى إمكانية علاج الأمراض الوراثية، ومنع حدوثها<sup>٢</sup>.

وسوف نتعرض للهندسة الوراثية فى هذا المجال فيما يلى:

- 1 السيد محمود عبدالرحيم مهران - أحكام تقنيات الوراثة الهادفة إلى تعديل الخصائص الوراثية فى الإنسان - بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون - سبق الإشارة إليه - ص ٢٥١، ٢٥٩.
- 2 عبد العزيز السعيد البيومى - أساسيات الوراثة والهندسة الوراثية - بحث مقدم لأعمال ندوة نظمت من طرف المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة (إيسيسكو) بالاشتراك مع جمعية الدعوة الإسلامية العالمية ويتعاون مع كلية العلوم - جامعة قطر - تحت عنوان " الانعكاسات الأخلاقية للأبحاث المتقدمة فى علم الوراثة " فى الفترة من ٢١ - ٢٣ شعبان ١٤١٣ هـ / ١٣ - ١٥ فبراير ١٩٩٣ ص ٥٧.

## ٥. الهندسة الوراثية والطب البشري:

الهندسة الوراثية البشرية هي: إحدى الفروع التطبيقية لعلم الوراثة، وتعتبر ثورة تقنية جبارة تهدف إلى - إضافة جينات جديدة تحمل الكائن الحي صفات لم تكن موجودة من قبل، لجين تتجاوز التراكيب الوراثية الموجودة في تراكيب جينية أفضل - بقصد اصلاح عيب أو خلل في المادة الوراثية أو تحسين الصفات العامة للأفراد عن طريق إعادة صياغة الخريطة الجينية.

ولا شك أن الهندسة الوراثية لها انعكاساتها الإيجابية على مستقبل الإنسان سواء بالتشخيص الوراثي للأمراض الوراثية، أو بتقنيات العلاج الجيني لهذه الأمراض فقد استطاع العلماء كشف بعض الأخطاء الوراثية السليمة والمرضية، ومن ثم إمكانية التحكم فيها من خلال قصها ونزاعها خارج "الجينوم البشري" إذا كانت ضارة ويتم ذلك من خلال انزيمات محددة يمكنها التعرف على التابع الوراثي محل الدراسة وقصه عند الوضع المراد.

وقد بدأت بالفعل ثورة الهندسة الوراثية البشرية، وتقدمت بحوثها وتطبيقاتها، بالرغم من أن جزءاً كبيراً من منجزات هذه الثورة، ما زال بعيداً في خيال العلماء ومعاملمهم فقط، فإن التعامل مع الجينات البشرية في حاجة إلى ما يحكمه ويفلسفه ويقيده إذا لزم الأمر:

- 1 وجدى عبدالفتاح سواحل - الهندسة الوراثية تكنولوجيا متقدمة أم خطر غامض؟ - بحث منشور على الانترنت: <http://LtaifvbLshowtread.php=2/2/2012.PM3>
- 2 عبد الباسط الجمل - حكاية الاستنساخ - سلسلة العلم والحياة ١٠٧ - الهيئة المصرية العامة للكتاب - ١٩٩٨ - ص ٣٦.
- 3 أحمد مستجير - قراءات في كتبنا الوراثية - سلسلة اقرأ - مؤسسة دار المعارف للنشر - القاهرة - العدد ٦٤٣ - ١٩٩٩ م ص ٥.

ومن الأحلام الوراثية التى فى طريقها للتحقيق مشروع الطاقم الوراثى البشرى، أى رسم خرائط الجينات البشرية من خمسين ألف إلى مائة ألف جين والذى سيتطلب ما يزيد عن ثلاثة بلايين دولار. كما أن الوصول إلى أسرار الأطقم الوراثية يشبه لحد بعيد ما حدث فى الكيمياء من اكتشاف الجدول الدورى للعناصر. ومن المؤكد أن هذا المشروع سيزيد من فهمنا للسلوك البشرى والجينات الوراثية فى الصحة والمرض مما يساعد فى تصميم اختبارات للإرشاد الوراثى<sup>1</sup>.

كما أنه من المتوقع أن يكون التشخيص والتحليل الطبى للأمراض الوراثية سريعاً جداً وذلك عن طريق "تحليل وعلاج الجينات الوراثية" قبل ولادة الأطفال، وخصوصاً قبل بدء عملية الحمل لإمكان اكتشاف بعض هذه الأمراض الوراثية المتوقع حدوثها مبكراً عند الوالدين، كما أن عملية توفير المعلومات سوف يساعد الوالدين على "اتخاذ القرارات السليمة قبل حدوث الحمل"، وأيضاً سوف يقلل من هذه الحالات ومعرفة نتائج الحمل قبل الولادة<sup>2</sup>.

**ثانياً: الهندسة الوراثية والطب الشرعى:**

الجينات التى تنقل البصمة الوراثية من جيل لآخر، وتوجه نشاط كل خلية هى عبارة عن: جزيئات عملاقة تكون ما يشبه الخيوط الرفيعة المجدولة تسمى "الحمض النووى الريبوزى المختزل DNA" وتحتوى هذه الرسالة الوراثية على كل الصفات الوراثية بداية من لون العينين، حتى أدق التركيبات الموجودة بالجسم، وتترتب الجينات فى خلايا الإنسان على ٢٣ زوجاً من الكروموسومات فى نواة الخلية، والكروموسومات مركبة

- 1 وجدى عبدالفتاح سواحل - الهندسة الوراثية تكنولوجيا متقدمة أم خطر غامض ؟- الموقع السابق.
- 2 صالح عبد الحميد قنديل - التقنية الحيوية فى حياتنا المعاصرة - سلسلة الكتب الثقافية رقم ٤ مركز بحوث كلية العلوم جامعة القاهرة ١٤٢٨ هـ - ص - ص ٤٣.

من الحمض النووي وبروتينات، وهذه البروتينات تلعب دوراً هاماً في المحافظة على هيكل المادة الوراثية، وتنظم نشاط تعبير الجينات الذي يؤدي إلى اكتشاف وتكوين الفرد الكامل من خلية الزيجوت<sup>1</sup>.

وقد تمكن علماء الطب الشرعى - عن طريق البصمة الوراثية الجينية - اكتشاف التركيب الوراثى الذى ينفرد به كل شخص، وذلك عن طريق عملية عزل للحمض النووى DNA عن مصادره الحيوية بواسطة - إنزيمات خاصة تقسم هذا الحمض إلى مواقع قيد - حيث يكون له تسلسل معين<sup>2</sup>.

## الفصل الأول

### تحديد بداية الكائن البشرى الجدير بالحماية

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: نطاق الحماية القانونية للكائن البشرى .

المبحث الثانى: نطاق الحماية القانونية للجنين.

## المبحث الأول

### نطاق الحماية القانونية للكائن البشرى

تمهيد:

إذا كان الكائن البشرى هو محور النشاط القانونى ومجمل الحماية القانونية فمن هو الكائن البشرى إذا المراد حمايته؟... وما المقصود

- 1 رشا على الدين - الأبعاد الاقتصادية لتقنيات الهندسة الوراثية فى الدول النامية - بحث مقدم إلى المؤتمر العلمى السنوى العاشر لكلية الحقوق جامعة المنصورة بعنوان "الجوانب القانونية والاقتصادية والشرعية لاستخدامات تقنيات الهندسة الوراثية" فى الفترة من ٢- ٣ أبريل ٢٠٠٦ بالقاهرة ص ١٠.
- 2 عبد الباسط محمد الجمل - موسوعة تكنولوجيا الحمض النووى فى مجال الجريمة - بصمة الحمض النووى.. المفهوم والتطبيق - دار الفكر العربى - ٢٠٠٦ م - المقدمة؛ إيمان طه الشربيني - البصمة الوراثية وحجيتها فى كشف الجريمة - مجلة مركز بحوث الشرطة - العدد الثامن والعشرون - يوليو ٢٠٠٥ - ص ٣٠١ وما بعدها.

بالحماية ؟ وما مدى ارتباط الحماية بثبوت الشخصية القانونية ؟ ثم عن مدى حماية الكائن البشرى فى التشريعات المقارنة ..

### المطلب الأول

#### ماهية الكائن البشرى

المقصود بالكائن البشرى:

فى الحقيقة لم نعر على تعريف للكائن البشرى لا فى القانون ، ولا فى الإعلان العالمى لحقوق الإنسان ، وإنما نجد حقوقاً يراها واضعو القانون لازمة وضرورية للكائن البشرى ، أما الفقه القانونى فيكتفى بالقول بأن الكائن البشرى هو : كل كائن حى تضعه امرأة .  
معنى الحماية :

حماية السلامة الجسدية : تعنى تجريم كل فعل أو امتناع يؤذى هذه السلامة ، والحماية تبتغى سير الحياة فى جسم الإنسان على نحو طبيعى . لما فى ذلك من مصلحة أكيدة للفرد والمجتمع معاً ، وهذه المصلحة هى مناط الحماية .<sup>١</sup>

والحماية بمعناها المتقدم تقتضى : أن يحتفظ الكائن البشرى بتكامله الجسدى والأى يصاب بالم بدنى أو نفسى .

#### فكرة الحق :

لما كانت الحماية تنصب على الحق فى سلامة الجسد ، فقد كان لزاماً أن نتعرف على الحق فى ذاته فيما يتعلق بالسلامة الجسدية . إذاً فقد عرف الحق فى سلامة الجسم بأنه : مصلحة للفرد والمجتمع يقرها الشارع ، ويحميها فى أن تسير وظائف الحياة فى الجسم

1 عوض محمد - جرائم الأشخاص والأموال - دار المطبوعات الجامعية ص

١٣٣ وما بعدها .

2 عزت السيد البرعى - حماية حقوق الإنسان فى ظل التنظيم الدولى الاقليمى

- دار النهضة العربية - ١٩٨٥ م ص ٤٣ .



على النحو الطبيعي، وأن يحتفظ بتكامله وأن يتحرر من الآلام البدنية<sup>١</sup>.

ومن هنا فإن حق الإنسان في سلامة جسمه يعنى حقه في استمرار أجهزة جسمه وأعضائه وحواصه الظاهرة منها والباطنة في أداء وظائف الحياة على اختلاف أهميتها بصورة طبيعية دون أن يصيبها تعطل مؤقت لها أو دائم لبعضها، ودون أن يصيبها انحراف في كيفية أداء هذه الوظائف وفقاً لما هو محدد لها.

**محل الحماية:**

محل الحماية هو الكائن البشرى بمادته وروحه، إذ أن الجانب المادى هو جسم الكائن البشرى من حيث أعضاء هذا الجسم، والجانب النفسى يشير إلى كيان الكائن البشرى وشعوره ومعنوياته.

**المقصود بالشخصية القانونية:**

الشخصية القانونية: هي تلك الشخصية التى تحيا حياة قانونية باعتبارها أحد عناصر الحق، والشخص القانونى صاحب الحق: قد يكون شخصاً طبيعياً وهو الإنسان، وقد يكون غير إنسان فيسمى شخصاً اعتبارياً، أو معنوياً مثل الجمعيات والمؤسسات، والهيئات؛ وهى تصلح لاكتساب الحق والتحمل بالالتزام.

- 
- 1 محمود نجيب حسنى - الحق فى سلامة الجسم ومدى الحماية التى يكفلها له قانون العقوبات - مجلة القانون والاقتصاد - القاهرة - العدد الثالث - السنة التاسعة والعشرون - سنة ١٩٥٩ ص ٥٣٧ وما بعدها.
  - 2 محمد عبد الوهاب خفاجى - التنظيم القانونى لحقوق الطفولة والأمومة فى ضوء قانون الطفل المصرى واتجاهات المنظمات الدولية والأمم المتحدة ص ١١٦.

## المطلب الثاني حماية الكائن البشري في التشريعات المقارنة

أولاً: في القانون الفرنسي:

تبدأ الشخصية القانونية للإنسان متى ولد حياً *vivant*، وقابلاً للحياة *viable* ويعتبر الطفل أنه قد ولد حياً، إذا تنفس تنفساً كاملاً، ويعتبر أنه قد ولد قابلاً للحياة إذا كان مستكماً لجميع الأعضاء الأساسية للبقاء، ويتوافر هذين الشرطين تثبت الشخصية القانونية للمولود في القانون الفرنسي.

فالطفل الذي يولد بقلب لا يستطيع تشغيل الدورة الدموية إلا لساعات يعتبر ليس قابلاً للحياة، والطفل الذي يولد ويقصته الهوائية زوائد أو أورام تمنعه من التنفس لا يعد طفلاً قابلاً للحياة، ولكن لا يمنع من اكتساب الشخصية وفاة الطفل بسبب لاحق، مثل خطأ ارتكب بعد الولادة كتعرض الطفل للبرد أو الخنق في فصل الحبل السرى، وبذلك فالقابلية للحياة عنصر موضوعي يقدره الأطباء، ومعياره ليس وفاة الشخص بعد الولادة بمدة قصيرة؛ وإنما ولادة الطفل ولديه من المقومات الحيوية، والعضوية ما يسمح له باستمرار الحياة.<sup>1</sup>

ثانياً: في القانون الإنجليزي:

تبدأ الشخصية القانونية للكائن البشري في القانون الإنجليزي بمجرد خروج الجنين حياً، وبحالة كاملة من جسم أمه، فشرط الانقصال التام للجنين هو شرط جوهري، وأساسى لتحديد لحظة بداية الشخصية القانونية للإنسان.<sup>2</sup>

- 1 محمد سامي مدكور - نظرية الحق - دار الفكر العربي - بدون سنة نشر - ص ٤١؛ نعمان خليل جمعه - دروس في نظرية الحق - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٧٣ ص ١٥٠.
- 2 نعمان خليل جمعه - المرجع السابق ص ١٥١.
- 3 محمد سامي الشوا - الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم - رسالة دكتوراه - عين شمس ١٩٨٦ - ص ٩٣.

## ثالثاً: في القانون البلجيكي:

الشخصية القانونية للكائن البشرى في القانون البلجيكي لا تبدأ بالولادة التامة فحسب ؛ أى بانفصال الطفل من الأم، وإنما منذ ابتداء الوضع الطبيعي، وأن يتوافر لدى الوليد قدر كافٍ من النضوج ؛ بمعنى أن تكون أجهزته الحيوية قد اكتملت .

رابعاً: في القانون المصرى:

كان الحكم المعمول به حتى سنة ١٩٤٣ هو: حكم المذهب الخنفي ؛ الذى يقضى بثبوت الشخصية القانونية للمولود متى خرج أكثره حياً، ولو مات بعد ذلك، وكان رأى الأئمة الثلاثة الشافعى، ومالك، وابن حنبل: يقضى بثبوت الشخصية للمولود متى انفصل عن أحشاء أمه حياً<sup>١</sup>. وقد أخذ المشرع المصرى بهذا الرأى الأخير فى قانون الموارث ( المادة ٤٣ من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ) وفى قانون الوصية ( المادة ٣٥ من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ ).

وقد نُص عليه أيضاً فى المادة ٢٩ من القانون المدنى<sup>٢</sup>. فهذه المادة الأخيرة تنص فى فقرتها الأولى على ما يلى:

- ١- تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً وتنتهى بموته.
  - ٢- ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يغبنيها القانون.
- أى أن المشرع اشترط لثبوت الشخصية القانونية للكائن البشرى تمام ولادته وأن يولد حياً فما المقصود بذلك ؟
- يقصد بذلك أن هناك شرطان لا بد من توافرهما لثبوت الشخصية القانونية للكائن البشرى " الإنسان " وهما:

- 
- 1 محمد سامى الشوا - الحماية الجنائية - المرجع السابق - ص ٩٢.
  - 2 محمد سامى مذكور - المرجع السابق ص ٤١.
  - 3 محسن البيه - نظرية الحق - مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة - ص ١٦٣ ؛ محمد سامى مذكور المرجع السابق ص ٤١

## الشرط الأول: تمام الولادة:

ويقصد بذلك خروج المولود وانفصاله عن أمه انفصالاً تاماً، ويكون ذلك بقطع الحبل السرى الذى يربط الجنين بأمه<sup>١</sup>، فلا يكفى خروج أكثر المولود من أمه مثلما كان فى الماضى.

الشرط الثانى: ثبوت حياة المولود لحظة انفصاله عن أمه vivant :

لا يكفى مجرد انفصال المولود عن أمه، بل يلزم أن يفصل حياً، ولو لبرهة قصيرة أو لحظة وحيدة. فإذا تحققت الحياة وقت تمام الانفصال من الأم فيكفى هذا لثبوت الشخصية القانونية بما يترتب على ذلك من آثار، ولو كان المولود غير قابل للحياة<sup>٢</sup>. ويستدل على الحياة بعدة طرق كان يصرخ الطفل، أو يتحرك، أو يتنفس، أو يبكى، إلى غير ذلك من الوسائل الدالة على ولادته حياً، وفى الحالات التى تكون محلاً للشك، يؤخذ رأى أهل الخبرة من الأطباء<sup>٣</sup>.

فلا يكتسب الشخصية القانونية الطفل الذى يولد ميتاً، ولو ثبت أنه كان حياً وهو جنين فى بطن أمه، وكذلك الطفل الذى يموت قبل تمام انفصاله، أما إذا ثبت حياة الطفل لحظة تمام ولادته ثبت له الشخصية القانونية ولو توفى بعد ذلك مباشرة<sup>٤</sup>. ويترتب على مولد الجنين حياً نتيجة مهمة تتعلق بالميراث ومقتضاها: أنه إذا توفى والد الجنين قبل أن

1 محمد عبد الوهاب خفاجى - المرجع السابق ص ١١٧.

2 منصور مصطفى منصور - نظرية الحق ص ١٠٦ ؛ محمد عبد الوهاب خفاجى المرجع السابق ص ١١٧ ؛ محمد حسين منصور - نظرية الحق - طبعة ٢٠٠٤ دار الجامعة الجديدة - ص ١٠ ؛ نعمان جمعه المرجع السابق ص ١٥٠.

3 نعمان جمعه - المرجع السابق ص ١٥٠ ؛ محمد عبد الوهاب خفاجى - المرجع السابق ص ١١٧.

4 محمد سعد خليفة - "الحق فى الحياة وسلامة الجسد" مجلة الدراسات القانونية - حقوق أسبوط - عدده، ١٩٩٦ - ص ١٨ ؛ محسن البيه - المرجع السابق ص ١٦٣.

يولد الجنين ذاته ، فإنه إذا ولد الطفل ميتاً فإنه لا يعتبر من الورثة أصلاً ، ولا يدخل في ذمة أبيه المتوفى ، أما إذا ولد الطفل حياً فإنه يعتبر من الورثة ، ويدخل حقه في التركة في ذمة أبيه المتوفى ، ولو مات الطفل المولود بعد ولادته حياً مباشرة

## المبحث الثاني

### نطاق الحماية القانونية للجنين

كقاعدة عامة لا تثبت الشخصية القانونية للشخص إلا بتمام ولادته حياً ولكن لا بد أن نطرح تساؤلاً حول مدى اعتراف القانون بالحماية للجنين ؟

فإذا كان هذا السؤال شغل علماء الدين والفلاسفة ، إلا أنه أصبح في الوقت الراهن من الموضوعات المهمة التي تفرض أهميتها على الساحة القانونية ، وخاصة من ناحية مدى جواز قتل الجنين عن طريق الإجهاض . ولذلك سوف نتناول الحديث في هذا الموضوع من جانبين :

**الجانب الأول:** للحديث عن تحديد ماهية الجنين من خلال المقصود بالجنين وبيان مدى تمتعه بالشخصية القانونية.

**أما الجانب الثاني:** فنتناول المسؤولية عن الأضرار التي تصيب الجنين من خلال إلقاء الضوء على مدى إمكانية إجهاض الجنين : الذي ثبت إصابته بأمراض خطيرة ، أو تشوهات خلقية سواء في القانون ، أو في الشريعة الإسلامية.

لذا سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين :

**المطلب الأول:** تحديد ماهية الجنين

**المطلب الثاني:** المسؤولية عن الأضرار التي تصيب الجنين

## المطلب الأول تحديد ماهية الجنين

إن تحديد ماهية الجنين تقتضى منا معرفة المقصود به من ناحية،  
ثم نطاق تمتع الجنين بالشخصية القانونية من ناحية ثانية:

أولاً: المقصود بالجنين:

١- المقصود بالجنين في اللغة:

هو وصف للولد ما دام في بطن أمه والجمع أجنة وأجنن وهو مشتق من جنّ أى استتر، ويسمى جنينا لاستتاره في بطن أمه وجنين الإنسان: هو المخلوق الذى يتكون فى رحم المرأة نتيجة تلاقى بويضتها مع الحيوان المنوى الذى يحتوى عليه ماء الرجل، ومن ثم فإن اسم الجنين يطلق على هذا المخلوق مادام أنه فى رحم أمه<sup>١</sup>.

٢- المقصود بالجنين فى الاصطلاح:

يطلق لفظ الجنين فى اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية على المعنى نفسه الوارد فى اللغة؛ فهو يطلق على الولد ما دام فى بطن أمه<sup>٢</sup>.  
المقصود بالجنين فى الفقه القانوني:

يطلق لفظ الجنين على بويضة المرأة الملقحة بالحيوان المنوى للرجل منذ لحظة التلقيح إلى أن تتم الولادة الطبيعية<sup>٣</sup>، وهذه البويضة المخصبة هي المقصودة بالحماية الشرعية فى أي مرحلة من مراحل تطورها<sup>٤</sup>.

- 1 لسان العرب لابن منظور مجلد ١٣ ص ٩٢، باب النون فصل الجيم.
- 2 المنقى - شرح موطأ الإمام مالك - طبعة دار السعادة بمصر ١٣٢٣ هـ - ج ٧ - ص ٨٠.
- 3 فوزية عبد الستار - شرح قانون العقوبات القسم الخاص - دار النهضة العربية - بدون سنة نشر - ص ٤٥١.
- 4 عطا عبد العاطي السنباطي - بنوك النطف والأجنة دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى الطبعة الأولى ١٤٢١ هـ / ٢٠٠١ م ص ٨.

## ثانياً: نطاق تمتع الجنين بالشخصية القانونية:

بعد أن بين المشرع الشروط الواجب توافرها لثبوت الشخصية القانونية للكائن البشرى بوجه عام فى الفقرة الأولى من المادة ٢٩ مدنى مصرى والتى سبق ذكرها فى الكلام عن نطاق تمتع الكائن البشرى بالشخصية القانونية، نجد أن المشرع نص فى الفقرة الثانية منها على أنه " ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون "

ولقد عين القانون العديد من الحقوق للجنين منها الحق فى ثبوت نسبه لأبيه، وكذلك الحق فى الإرث؛ حيث يوقف له أو فى النصيبين من تركة المتوفى على تقدير أنه ذكر أو أنثى، وتجوز أيضاً الوصية للجنين.

وهذا مما يثير التساؤل حول الأساس القانونى لثبوت هذه الحقوق للجنين، بمعنى هل فى اعتراف القانون للجنين بهذه الحقوق ما يشكل قاعدة عامة تتعلق بشخصية قانونية للجنين؟ أو أن الأمر لا يعدو أن يكون استثناءً على القاعدة العامة التى تحدد بدء شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً؟ أو أن الجنين فى الواقع لم تثبت له هذه الحقوق من الأصل، ومن ثم لا يوجد قاعدة عامة بشأن شخصية الجنين القانونية، ولا استثناء على الأصل؟

وبالرجوع إلى أقوال فقهاء القانون عند بحثهم لهذه المسألة نجد أنهم قد انقسموا إلى ثلاثة اتجاهات:

### الاتجاه الأول:

ويرى أصحابه<sup>١</sup> أن الجنين فى الأصل لا يتمتع بأى حق، ومن ثم فلا يكتسب الشخصية القانونية، فلا يوجد أى استثناء على الأصل الذى يحدد بدء الشخصية القانونية بتمام الولادة حياً.

- 1 محمد حسين منصور - نظرية الحق - مرجع سابق - ص ١١.
- 2 محمد حسام لطفى - نظرية الحق - الطبعة الثانية - بدون سنة نشر - ص ٩٧، ٩٨؛ نعمان خليل جمعة - دروس فى نظرية الحق - ص ١٩٧٥ ص ١٥٩.

فعند أصحاب هذا الرأي من غير المقبول انتهاك النص القانوني الذي يحدد بداية الشخصية القانونية بتمام ولادة الإنسان حياً، وذلك من خلال ترتيب استثناء على هذا الأصل " إذ أن النص القانوني الذي أشار إلى أن حقوق الحمل المستكن يعينها القانون، لا يوحى بانصراف نية واضعيه إلى هدم الأصل من ارتباط الشخصية القانونية بميلاد الجنين حياً.

فالحمل المستكن ليس له أى كيان مستقل عن أمه؛ فهو تابع لها فى غذائه وتنفسه، ومن ثم فلا يكتسب عند أصحاب هذا الرأي أى حق حال كونه جنيناً، إذ أن الجنين لا يرث وإنما يوقف له أكبر النصيبين، فما دام الأمر مرهوناً بميلاده حياً، فإن ذلك يعنى أنه ليس صالحاً لإكتساب الحقوق، لأن اكتساب الحق يعنى الإستمتاع بمزاياه، وهذا أمر متعذر على الجنين بحكم طبيعته. ويؤخذ على هذا الاتجاه:

أنه يركز كل اهتمامه على الحقوق المالية للجنين، على الرغم من أن تمتع الجنين بالحقوق تبدو أهميته فى مجال حقوقه الشخصية كالحق فى الحياة، والحق فى الصحة.

#### الاتجاه الثانى:

ويرى أصحاب هذا الاتجاه: أن الجنين يتمتع ببعض الحقوق بما يعنى الاعتراف له بالشخصية القانونية وذلك استثناء على الأصل العام، إلا أن الخلاف قد ثار بين أصحاب هذا الاتجاه حول نطاق الحقوق التى تثبت للجنين، أى أن الخلاف قد ثار حول نطاق أهلية الوجوب بالنسبة للجنين وذلك على ثلاثة آراء:

1 حسام الدين الأهوانى - المدخل للعلوم القانونية - ج ٢ طبعة ١٩٩٩ ص ٩٠.



## الرأى الأول:

ويرى أصحابه<sup>١</sup> أن للجنين أهلية وجوب قاصرة على الحقوق التي اعترف له بها القانون فحسب، فالجنين عند أصحاب هذا الرأى ليس له من الحقوق إلا ما حدده القانون، فالمرشع قد أحال إلى القانون بيان حقوق الحمل المستكن، وقد بين القانون هذه الحقوق، ومن ثم فإنها حقوق واردة فى القانون على سبيل الحصر، وهذه الحقوق هى الحق فى النسب والميراث والوصية والوقف والجنسية؛ فالاعتراف للجنين بهذه الحقوق هو خلاف الأصل، وهذا الاستثناء اقتضته الضرورة لرفع الظلم عن الجنين.

## الرأى الثانى:

ويرى أصحابه أنه يثبت للجنين من الحقوق ما لا يتوقف ثبوته على قبول منه، أما الحقوق التي يتوقف ثبوتها على قبول ممن تمنح له، فلا تكون للجنين كالهبة مثلاً، مالم يعين له وصى لقبول الهبة<sup>٢</sup>.

## الرأى الثالث:

ويرى أصحابه أن للجنين صلاحية اكتساب أى حق مادام هذا الحق نافعاً له نفعاً محضاً حتى لو أن القانون يتطلب لثبوت هذا الحق أن يصدر قبول من صاحبه، إذ فى حال تطلب القانون منه هذا القبول، فإن الوصى يقبل نيابة عن الجنين<sup>٣</sup>.  
ويؤخذ على هذا الاتجاه:

أنه إذا كان الاعتراف للجنين بالشخصية القانونية يمثل استثناء على الأصل، فإن هذا يعنى بقاء القاعدة الأصلية بحيث يمكن أن تطبق

- 1 عبد المنعم البدر أوى - المدخل للعلوم القانونية - دار النهضة العربية القاهرة ١٩٦١م ص ٥٤٢.
- 2 توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية - الدار الجامعية الإسكندرية - ١٩٨٨ ص ٦٠١.
- 3 حسن كيرة - المدخل للقانون - الطبعة الخامسة - منشأة المعارف - إسكندرية - ص ٢٥٦.

على بعض الفروض، وفي الوقت نفسه يطبق الاستثناء على بعضها الآخر، فبعض الأشخاص تبدأ شخصيته القانونية من وقت الميلاد، والبعض تبدأ شخصيته من وقت الحمل؟ فالشخصية القانونية إما أن تبدأ من وقت الميلاد وإما أن تبدأ من وقت الحمل؛ لأن الإنسان يمر دائماً بفترة الحمل، فإما أن يكون صالحاً في هذه الفترة لأن يكون صاحب حق؛ فتبدأ شخصيته من وقت الحمل، وإما أن يكون غير صالح لذلك، فتبدأ شخصيته من وقت الميلاد.

**الاتجاه الثالث:**

ويرى أصحابه<sup>١</sup> أن الجنين تثبت له الشخصية القانونية منذ وقت الحمل - ومن ثم يتمتع بالحماية القانونية - فالشخصية القانونية عند أصحاب هذا الرأي مرتبطة ببدء تكوين الجنين في الرحم. فهي تبدأ من وقت الحمل لا من وقت الولادة، ومن ثم فإن اكتساب الجنين للحقوق لا يشكل استثناء على الأصل، غاية ما في الأمر أن الشخصية القانونية تمر بمرحلتين الأولى: أثناء الحمل وفي هذه المرحلة - وعلى الرغم من وجود الشخصية القانونية - فإنها غير مستقرة، والثانية: تبدأ من وقت الميلاد حيث تستقر هذه الشخصية.

فالميلاد عند أصحاب هذا الرأي ليس بداية الحياة البشرية وإنما يمثل إحدى مراحل هذه الحياة، ومن ثم فإن الشخصية القانونية تبدأ منذ الحمل، ولكن قبل الميلاد لا تكون هذه الشخصية مستقرة، فيجب أن

1 منصور مصطفى منصور - نظرية الحق - الطبعة الأولى - ص ١١٠؛ محمود مجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - دار النهضة العربية ١٩٨٨ - ص ٥٠٣؛ عمر السعيد رمضان - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - دار النهضة العربية ١٩٨٦ ص ٣٢١؛ حسن محمد ربيع - الإجهاض في نظر المشرع الجنائي - دار النهضة العربية - ص ١٩٩٥ ص ٣٠.

يولد الجنين حياً حتى تستقر هذه الشخصية فإذا ولد ميتاً زال ما قد تقرر له من حقوق واعتبر وكأنه لم يكن.

...ومن جانبنا: فإننا نميل إلى تأييد هذا الرأي الأخير ؛ لأنه من الحقائق العلمية الثابتة الآن أن حياة الإنسان تبدأ منذ الحمل وليس من وقت الولادة، فقد اكتشف العلماء أن الجنين ينام ويحلم ويلعب بجبله السرى ويسمع ويستجيب للضوء، فالحياة تبدأ من وقت التقاء منى الرجل وبويضة المرأة والتحامهما وصيرورتهما خلية.

لذلك فالقول بأن شخصية الإنسان تبدأ منذ وقت الحمل، يوفر الحماية القانونية للجنين في مواجهة أى خطر يهدده فى تلك الفترة ، فالنظرة التقليدية للجنين على أساس أنه مجرد جزء من أمه، يتحرك بحركتها، ويقر بقرارها قد تجاوزها العلم الحديث، حيث أصبح الجنين فى حاجة إلى الحماية، فتكون له شخصية قانونية مستقلة عن شخصية أمه، وتبدو أهمية ذلك فى مجال حماية حق الجنين فى الحياة، وفى أن يولد سليماً معافى<sup>١</sup>.

فخلص من ذلك: أن هناك استقلالية بين شخصية الأم وشخصية الجنين، وكل منهما يتمتع بحقوق مستقلة عن الآخر، فلا يجوز للأمم أن ترضى بإجراء تجارب طبية عليها ما دام ذلك يعرض حياة الجنين للخطر، ولا يحق لها أن ترفض علاجاً يكون من شأنه أن يحقق مصلحة الجنين<sup>٢</sup>.

---

1 حتام الدين الأهوانى - المدخل للعلوم القانونية - المرجع السابق - ص ٩٧.

2 محمد عيد الغريب - التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدى للإنسان "دراسة مقارنة" - مطبعة وهبة حسان القاهرة - الطبعة الأولى - ١٩٨٩ - ص ٩٦.

## المطلب الثاني

### المسئولية عن الأضرار التي تصيب الجنين

قد يكتشف الزوجان أن الجنين مصاب بأمراض خطيرة، أو تشوهات خلقية قبل مولده، فهل يجوز إجهاض الجنين في هذه الحالة، وما مدى المسئولية عن هذا الإجهاض؟  
إجهاض الجنين المشوه أو المصاب بأمراض خطيرة:

إن الله سبحانه وتعالى هو الخالق وحده، أو جد الإنسان في أكمل إبداع، وصوره في أحسن صورة، فسواء أحسن تسوية، كاملة أجهزته، متناسبة أعضاؤه، في أدق صورة وأبدعها - لأنه خليفة الله في أرضه - قال الله تعالى " هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً " 1

وكان للتطور التكنولوجي في القرن الماضي وتطبيق تقنياته في مجال الطب أثر واضح في اكتشاف عالم الجنين ومراحل تطوره داخل رحم الأم - فقد تم اكتشاف الكثير عن حياة الجنين في مختلف النواحي الفسيولوجية والتشريحية والكيميائية - وقدرته على الإستجابة للظروف المختلفة. ومع ازدياد معرفتنا بالحياة الطبيعية للجنين ازدادت قوة قدرتنا على تشخيص الكثير من تشوهات الجنين 2.

ولكن في بعض الأحيان قد يولد شخص به بعض العيوب سواء كانت عيوب خلقية أو تشوه جثمان أو اختلال في وظائفه الحيوية وذلك لأسباب بيئية أو وراثية أو أسباب تتفاعل فيها عوامل البيئة والوراثة معاً، أو أسباب ميكانيكية.

1 سورة البقرة آية ٢٩.

2 هشام محمد ميرغني - تشوهات الجنين - تشخيصها وعلاجها - بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون - كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة بعنوان " الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون " في الفترة بين ٥ - ٧ مايو ٢٠٠٢، المجلد الأول - المجلد الرابع ص ١٦٩٩.

ومن أقوى الأسباب البيئية التي قد تصيب الجنين ببعض التشوهات هي الأشعة، مثل تعرض المرأة الحامل للأشعة البيئية أو أشعة جاما، ويؤدي ذلك إلى الطفرات في الموروثات أو خلل في الصبغيات، والإصابة ببعض الأمراض المعدية مثل فيروس الحصبة الألمانية والذي يؤدي إلى تشوهات خلقية في الأجنة، وتناول بعض العقاقير والمواد الكيماوية المسببة للتشوهات الخلقية مثل: تناول بعض المسكنات كالأسبرين والجالفان والباراجين، والمواد المسببة للإدمان كالحشيش والأفيون والهيرويين، والأسباب الوراثية تعود لعوامل داخلية موجودة في الجنين نفسه، أو في صوره الأولى (الحيوان المنوي أو البويضة)، وتؤدي إلى اكتساب الجنين لصفة غير مرضية غير مرغوب فيها نظراً لوجود جينات غير طبيعية، أو كروموسومات شاذة من ناحية الصفات<sup>1</sup>.

وتعتبر الأسباب الوراثية مسؤولة عن ٣٠ - ٤٠ بالمائة من جميع التشوهات الخلقية، بينما تعتبر الأسباب البيئية مسؤولة عن ١٠ بالمائة من جميع التشوهات الخلقية، أما غالبية الحالات (٤٠ - ٦٠ بالمائة) تنتج عن تفاعل العوامل البيئية مع العوامل الوراثية<sup>2</sup>.

ويمكن تقسيم التشوهات والأمراض الوراثية إلى عدة أنواع<sup>3</sup>:

يختلف كل نوع من هذه التشوهات بحسب خطورته؛ فهي ليست بدرجة واحدة، بل تختلف بحسب درجة الخلل ومدى خطورته وتأثيره على

- 1 ثروت عبد الحميد - الإجهاض بسبب تشوه الجنين وأمراضه الوراثية - مدى مشروعيته ومدى المسؤولية عنه في ضوء أحكام الشرع وقواعد القانون الوضعي - مجلة الحق شريعة وقانون - الإمارات العربية المتحدة - العدد التاسع - طبعة ٢٠٠٤ ص ٧٨.
- 2 محمد علي البار - الجنين المشوه - (أسبابه وتشخيصه وأحكامه) مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بمكة - السنة الثانية - العدد الرابع - الطبعة الأولى ١٩٨٩ ص ٣٧٧.
- 3 ثروت عبد الحميد - الإجهاض بسبب تشوه الجنين - المرجع السابق ص ٨٨؛ مسفر بن علي القحطاني - إجهاض الجنين المشوه - بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون - سابق الإشارة إليه - المجلد الأول ص ٣٦٣، ٣٦٤.

فرصة الطفل في الحياة، ووقت اكتشافه مما يؤدي الى اختلاف حكم الإجهاض في كل نوع من هذه الأنواع.

#### ١- الطائفة الأولى من التشوهات والأمراض الوراثية:

تمثل هذه الطائفة في تشوهات ونواقص خلقية لا تعطل الحياة، وقد تكون ممكنة العلاج، أو يمكن للطفل أن يعيش بها ويستطيع الطبيب المختص أن يشخصها في وقت مناسب تمهيدا لعلاجها - أو يوحى بإجراءات معينة لمنع تفاقمها أو حدوث مضاعفات خطيرة - ومن ذلك على سبيل المثال خلل في الإنزيمات، أو خلل في المناعة داخل الجسم أو عمى الألوان.. الخ، ولا مبرر للإجهاض في هذه الحالة وإلا يعتبر جنائية على حياة الجنين.

#### ٢- الطائفة الثانية:

عبارة عن: تشوهات خلقية وأمراض وراثية خطيرة جدا على حياة الجنين ومتعددة العلاج قطعاً، وقد تؤدي إلى الإجهاض التلقائي للحمل، أو موت الجنين بمجرد انفصاله عن أمه، أو عدم استمرار حياته بعد الميلاد لفترة طويلة - ومن الأمثلة على ذلك أن يكون الجنين بلا جمجمة، أو من غير قلب، أو بلا أطراف - وقد أجاز كثير من علماء الشريعة والقوانين الوضعية الإجهاض في هذه الحالة.

#### ٣- الطائفة الثالثة:

التشوهات الخلقية والأمراض الوراثية الخطيرة التي يكون من الصعب علاجها، وتتطلب عناية فائقة واعتماداً كبيراً على الغير، بسبب تعطل الكثير من الوظائف الحيوية لأعضاء الجسم مثل: عيوب الجهاز العصبي، أو استسقاء الرأس، أو صغر الجمجمة أو العمود الفقري المشقوق.

والسؤال الذي يطرح نفسه هل يجوز إجهاض الجنين المشوه في هذه الحالة الأخيرة أم لا يجوز..؟

وقبل أن نعرض موقف القوانين المقارنة، والشريعة الإسلامية من إجهاض الجنين المشوه، لابد من إلقاء الضوء سريعاً حول ما المقصود بالإجهاض؟

عرف الإجهاض فى الفقه القانونى بعدة تعريفات نذكر منها :

الإجهاض هو: استعمال وسيلة صناعية تؤدى إلى طرد الجنين قبل موعد الولادة إذا تم بقصد إحداث هذه النتيجة<sup>١</sup>.

كما عرف بأنه: إخراج الجنين عمداً من الرحم قبل الموعد الطبيعى لولادته، أو قتله عمداً فى الرحم<sup>٢</sup>.

كما عرف بأنه: إخراج الحمل من الرحم فى غير مواعده الطبيعى، عمداً وبلا ضرورة وبأية وسيلة من الوسائل<sup>٣</sup>.

وعرفته محكمة النقض بأنه: إنزال الحمل ناقصاً قبل اكتمال نموه، أو قبل الأسبوع الثامن والعشرين بعد انقطاع الطمث، ولا يشترط أن يكون الجنين قد تشكل أو دبت فيه الحركة<sup>٤</sup>.

كما عرف علماء الفقه الإسلامى الإجهاض بعدة تعريفات نذكر منها :

الإجهاض: هو اسقاط المرأة جنينها قبل أن يستكمل مدة الحمل، سواء كان الاسقاط بفعل أمه عن طريق دواء أو غيره، أو بفعل من غيره<sup>٥</sup>.

- 1 رؤوف عبيد - جرائم الاعتداء على الاشخاص والاموال - دار الفكر العربى - ١٩٨٥ ص ٢٢٤.
- 2 محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - جرائم الاعتداء على الاشخاص - دار النهضة العربية ١٩٧٨ رقم ٢٩٩ ص ٢٩٨.
- 3 حسن المرصفاوى - الإجهاض فى نظر المشرع الجنائى - المجلة الجنائية القومية - العدد الثالث - نوفمبر ١٩٥٨ ص ٩٠.
- 4 نقض ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض س ٢١ رقم ٣٠٢ ص ١٢٥٠.
- 5 محمد سلام مذكور - الجنين والأحكام المتعلقة به فى الفقه الإسلامى - المرجع السابق ص ٣٠٠ ؛ شوقى عبده السامى - الفكر الإسلامى والقضايا الطبية المعاصرة - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى ١٤١١ هـ ١٩٩٠ م ص ٦٣.

كما عرف بأنه: هو إلقاء حمل ناقص الخلق بغير تمام، سواء من المرأة أو من غيرها.

❖ موقف القوانين المقارنة والشريعة الإسلامية من إجهاض الجنين المشوه أو المصاب بأمراض خطيرة:

أولاً: موقف القوانين المقارنة من إجهاض الجنين المشوه:

يمكن تقسيم هذه التشريعات إلى اتجاهين: أحدهما يميز الأجهاض وبالتالي لا يرتب مسئولية عنه، والآخر لا يميزه ومن ثم يترتب على فعله المسئولية.

الاتجاه الأول: تشريعات تميز الإجهاض ومنها:-  
القانون الفرنسي:

أجاز القانون الفرنسي للمرأة الحامل إمكانية الإجهاض في حالتين:

العالة الأولى: وهي حالة الإجهاض الإرادي (الاختياري) للحمل:

ويقصد به: الإجهاض الذي يتم اللجوء إليه قبل مرور مدة معينة على بدء الحمل، ومن ذلك القانون الصادر في ١٧/١/١٩٧٥ حيث قام بتنظيم عملية الإجهاض الإرادي وفرق بين الإجهاض قبل نهاية الأسبوع العاشر للحمل والإجهاض بعد فوات هذه المدة، فأباح الإجهاض في الحالة الأولى للمرأة الحامل، شريطة أن يتم ذلك على يد طبيب، وفي مستشفى عام أو خاص حائزة للإشترطات المنصوص عليها في المادة ١٧٦ من قانون الصحة العامة، وأن يكون ذلك قبل تمام الأسبوع العاشر من بدء الحمل، أما الإجهاض بعد هذه الفترة فقد تشدد فيه بعض الشيء.

1 توفيق الواعى - الإجهاض وحكمه في الإسلام - بحث مقدم لأعمال ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام المتعددة بتاريخ ١١ شعبان ١٤٠٣ هـ الموافق ٢٤ مايو ١٩٨٣ - سلسلة مطبوعات منظمة الطب الإسلامي - الطبعة الثانية ١٩٩١م - ص ٢٦٦.

2 ثروت عبد الحميد - الإجهاض بسبب تشوه الجنين - المرجع السابق ص ٨٣ ؛ رضا عبد الحليم - عبد الحميد - المسئولية الطبية عن الخطأ في تشخيص تشوهات الجنين وأمراضه الوراثية - طبعة دار النهضة العربية ص ٨٩ وما بعدها ؛ أسامة عبد الله قايد - الإجهاض بسبب تشوه الجنين أو إصابته بأمراض وراثية - بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون - سابق الإشارة إليه - المجلد الأول ص ٣٩١.



وقد صدر القانون رقم ٥٥٨ / ٢٠٠١ في ٤ يوليو ٢٠٠١ ليععدل المادة ١/٢٢١٢ من تقنين الصحة العامة الفرنسي، وليرفع المدة إلى اثني عشر أسبوعاً بعد أن كانت عشرة أسابيع (١م، ٢) من هذا القانون. واللجوء إلى الإجهاض في هذه الحالات - متى توافرت شروطه - هي رخصة متاحة للمرأة الحامل تستقل بتقريرها تماماً، ودون معقب عليها من أي شخص كائناً من كان، حتى ولو كان والد الجنين الذي تحمله في أحشائها<sup>١</sup>.

### العلة الثانية: الإجهاض لأسباب طبية أو علاجية<sup>٢</sup> :

سمح المشرع في المادة ١٢/١٦٢ المضافة بالقانون (٧٥ - ١٧) بالإجهاض في أي وقت إذا قرر اثنان من الأطباء أن استمرار الحمل يعرض صحة الأم للخطر، ووجدت احتمالات قوية لإصابة الجنين (الطفل الذي سيولد) بأمراض، أو عيوب خطيرة غير معروف علاجها وقت التشخيص.

وقد جاءت المادة (١١) من القانون رقم ٥٨٨ / ٢٠٠١ معدلة للمادة ١/٢٢١٣ من قانون الصحة العامة، والتي تنص على "إنهاء الحمل اختيارياً يمكن أن يحدث في أي وقت طوال مدة الحمل - وبغض النظر عن عمر الجنين - إذا أثبتت التقارير الطبية أن مواصلة الحمل يمكن أن يعرض صحة الحامل للخطر الشديد، أو توجد احتمالات قوية لإصابة الطفل الذي سيولد بتشوهات أو أمراض من طبيعة خطيرة ليس لها علاج وقت التشخيص".

- 1 حكم مجلس الدولة الفرنسي ٣١ أكتوبر ١٩٨٠ - دالوز ١٩٨١ ص ٣٨ مشاراً إليه في ثروت عبد الحميد - المرجع السابق ص ٨٣.
- 2 ثروت عبد الحميد - الإجهاض بسبب تشوه الجنين - المرجع السابق ص ٨٤، ٨٥.

وهذه الحالة الأخيرة تختلف عن الحالة السابقة، إذ يجوز الإجهاض في أى وقت دون التقيد بفترة الاثنى عشر أسبوعاً كما فى الحالة السابقة، كل ما فى الأمر أنها تتطلب لجنة طبية لمعرفة ما إذا كان فى استمرار الحمل " تعريض الأم للخطر، أو كانت هناك احتمالات قوية لإصابة الطفل الذى سيولد بتشوهات أو امراض من طبيعة خطيرة ليس لها علاج وقت التشخيص، أو لا يرجى برؤها.

**القانون البريطانى:**

أباح المشرع للمرأة الحامل إجهاض جنينها فى حالة: وجود خطر حقيقى من أن يولد الطفل مشوهاً، أو به مرض وراثى خطير شريطة أن يتم ذلك فى منشأة مرخص لها، وبمعرفة طبيب متخصص، وأن يسبق ذلك تقرير من طبيين معتمدين يفيدان وجود هذا الخطر فى الجنين، وألا يكون ذلك بعد بلوغ الجنين ٢٤ أسبوعاً، وفقاً لتقرير لجنة "لان" lan committee، وذلك استناداً إلى أن الجنين فى هذا العمر يكون قادراً إذا تم ولادته للعيش خارج الرحم.

#### **القانون الألمانى:**

أجاز القانون الألمانى فى ١٨ مايو ١٩٧٦ الإجهاض حتى ثلاثة شهور، أما بالنسبة للإجهاض لأسباب علاجية، أو إصابة الجنين بتشوه، أو أمراض وراثية فيمكن أن يتم بعد مضى ثلاثة شهور.

- 1 محمود أحمد طه - المسئولية الجنائية عن استخدامات الهندسة الوراثية - بحث مقدم لمؤتمر أعمال الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون - بجامعة الإمارات العربية المتحدة - بعنوان "الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون" فى الفترة ما بين ٥-٧ مايو ٢٠٠٢ ص ١١٨٠ ؛ عبد العزيز محسن - الحماية الجنائية للجنين فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى - ط دار البشير بالقاهرة - ١٩٩٣ ص ١١١.
- 2 رضا عبد الحليم - المسئولية الطبية عن الخطأ فى تشخيص تشوهات الجنين - المرجع السابق ص ١٠٦ ؛ أسامة قايد - الإجهاض بسبب تشوه الجنين أو إصابته بأمراض وراثية - البحث السابق ص ٣٩٢.

## القانون التركي:

أباح المشرع التركي الإجهاض فى حالة: إصابة الجنين بمرض وراثى أو خطير أو تشوه بدنى أو عقلى، وكان أكثر تطوراً من القوانين الأوربية، وقد نص المشرع على القوانين التى يجوز فيها الإجهاض ومن أهمها: - مرض الحصبة الألمانية - فيروس الكبد الوبائى - الربو - الجدري - الدرن - أمراض القلب - أو حالة تعرض الحامل للأشعة - أو استعمالها للكورتيزون - والجنون والإكتئاب.

## القانون الأمريكى:

أباح القانون الأمريكى الإجهاض للحامل - ولكن اختلفت الولايات المتحدة فى تحديد المدة الزمنية التى لا يجوز بعدها الإجهاض - إلا أن المحكمة الأمريكية العليا تبنت اتجاه يذهب إلى: أن الإجهاض جائز مادام أن الجنين فى مرحلة ما قبل القابلية للحياة، والتبى تبدأ من لحظة الحمل حتى اللحظة التى يظن فيها أن الجنين يستطيع أن يبقى حياً خارج الرحم إذا انفصل عن أمه، وكانت تحدد هذه المدة بأربعة وعشرين أسبوعاً ثم عدلت عن ذلك، على أن تحديد - قابلية الجنين للحياة - أمر متروك لتقدير الأطباء استناداً إلى أن "مسألة القابلية للحياة" لها مفهوم طبي يتصل بعلم الطب، وتتغير من حالة لأخرى، ويكون رأى الطبيب الفيصل فيها، يلتزم به القاضى، وعماً إذا كان يشكل جريمة من عدمه.

## القانون الكويتى:

أباح المشرع الكويتى الإجهاض بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٨١ والخاص بمزاولة المهنة الطبية، فأجاز إجهاض المرأة الحامل خلال الأربعة

1 مصطفى عبد الفتاح لبنه - جريمة إجهاض الحوامل دراسة فى سياسة الشرائع المقارنة - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس ١٩٨٨ - ص ٦٢٨ ، أسامة قايد - الإجهاض بسبب تشوه الجنين أو إصابته بأمراض وراثية - البحث السابق - ص ٣٩٢.

2 مصطفى عبد الفتاح لبنه - جريمة إجهاض الحوامل - المرجع السابق ص ٥٧٢ وما بعدها.

أشهر الأولى للحمل ؛ إذا ثبت أن الجنين سيولد مصاباً بتشوه بدني ، أو  
قصور عقلي جسيم ، بشرط موافقة الزوجين على الإجهاض  
الاتجاه الثاني: تشريعات لا تميز الإجهاض :

هناك بعض التشريعات تمنع الإجهاض ولا تميزه منها:  
التشريع المصري:

يحظر المشرع المصري إجهاض الجنين أياً كان عمره ، حيث جاءت  
نصوص التأميم عامة وقاطعة فقد نص على عقاب " كل من أسقط عمداً  
امراً حبلئ بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء ( م ٢٦٠ / عقوبات ) ، أو  
بإعطائها أدوية أو باستعمال وسائل مؤدية إلى ذلك ، أو بدلائنها عليها ،  
سواء برضاها أم لا ( م ٢٦١ عقوبات ) . كما نص في المادة ٢٦٢ عقوبات  
على عقاب المرأة التي رضيت بتعاطي الأدوية مع علمها بها أو رضيت  
بإستعمال الوسائل السالف ذكرها أو مكنت غيرها من إستعمال تلك  
الوسائل لها وتسبب الإسقاط عن ذلك حقيقة " .. كما شدد العقوبة إذا تولى  
كل من الطبيب والصيدلي والقابلة عملية الإجهاض ( م ٢٦٣ عقوبات )  
ولم يعاقب على الشروع في الإسقاط ( م ٢٦٤ ) .

ولم يتضمن التشريع المصري نص يبيح الإجهاض بسبب إصابة الجنين  
بتشوه ، أو مرض وراثي خطير يتهدد حياته ولا سبيل إلى علاجه  
أما الفقه المصري فقد انقسم إلى ما يلي :

يرى بعض الفقه : عدم جواز إجهاض الجنين المشوه أو المصاب بأمراض  
وراثية خطيرة ، واستندوا إلى رجحان حق الجنين في الحياة ، على حق

- 1 ثروت عبد الحميد - الإجهاض بسبب تشوه الجنين - المرجع السابق ص ٨٧  
مشاراً إلى عبد الوهاب حومد - الفقه الجنائي المقارن ص ٢٨٢ .
- 2 ثروت عبد الحميد - الإجهاض بسبب تشوه الجنين - المرجع السابق ص ٨٨ ؛  
أسامة قايد - الإجهاض بسبب تشوه الجنين - البحث السابق ص ٣٨٧ ؛  
محمود أحمد طه - المسؤولية الجنائية - البحث السابق ص ١١٨١ .

الأسرة فى أن يكون أفرادها أسوياء لا يعانون أمراض أو تشوهات<sup>١</sup>.

ويرى البعض الآخر من الفقه: إلى جواز الإجهاض إذا ثبت بالقطع أن الجنين مصاب بمرض خطير لا يرجى البرء منه، أو ثبت تشوه نتيجة لإصابة أمه (الحامل) بمرض يسبب ذلك مثل الإيدز أو الحصبة الألمانية، أو مرض عقلى - وذلك استناداً إلى حماية المجتمع والحفاظ على مصالحه العليا، فى إنجاب نسل سليم - ولكنهم يضعون بعض الشروط؛ حتى يكون الإسقاط جائز فى هذه الحالة منها: أن يكون الإسقاط قبل مضى أربعين يوماً وفقاً لرأى الفقه الإسلامى<sup>٢</sup>.

**المشرع الليبي:**

حظر المشرع الليبي الإجهاض فنص فى المادة ١٩ من القانون رقم ١٧ لعام ١٩٨٦ بشأن المسؤولية الطبية على أنه "لا يجوز إجهاض الحامل أو قتل الجنين"<sup>٣</sup>.

ويستند مؤيدى هذا الاتجاه إلى ترجيح حق الجنين فى الحياة على حق الأسرة فى أن يكون جميع أفرادها أسوياء البدن والعقل، كما أن حق الجنين فى الحياة يرجح على حقه فى أن يعيش معافى صحيحاً<sup>٤</sup>.

- 
- 1 محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - مرجع سابق - ص ٥٠٦.
  - 2 أسامة قايد - الإجهاض بسبب تشوه الجنين أو إصابته بأمراض وراثية - البحث السابق ص ٣٩٧.
  - 3 عبدالعزيز محسن - الحماية الجنائية للجنين فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى - المرجع السابق - ص ١٠٦.
  - 4 محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - المرجع السابق - ص ٥٠٦.

## ثانياً: موقف الشريعة الإسلامية من إجهاض الجنين المشوه:

إن من أهم ما تدعو الشريعة الإسلامية إلى المحافظة عليه هو النسل، وقد دعا الأنبياء عليهم السلام ربهم أن يرزقهم ذرية طيبة، قال زكريا عليه السلام "رب هب لي من لدنك ذرية طيبة"، ودعا المؤمنون ربهم قائلين "ربنا هب لنا من أزواجنا وذرياتنا قررة أعين واجعلنا للمتقين إماماً"، ولا تكون الذرية قررة عين إذا كان فيها مشوه الخلق ناقص الأعضاء متخلف العقل.

### • آراء علماء الشريعة الإسلامية في الإجهاض:

فرق علماء الشريعة الإسلامية عند الكلام عن إجهاض الجنين بين مرحلتين:

#### الأولى: مرحلة ما بعد نفخ الروح في الجنين:

اتفق الفقهاء على تحريم الإجهاض بعد نفخ الروح فيه، لأنه بعد نفخ الروح فيه صار إنساناً حياً، فأصبح نفساً معصومة يحرم قتلها، فلا يحل إسقاطه لا من قبل الحامل ولا من قبل غيرها، فهو جريمة يعاقب عليها الشرع، وقرروا بأن نفخ الروح فيه لا يكون إلا بعد مائة وعشرين يوماً على بدء الحمل، واستندوا في ذلك إلى حديث عبد الله بن مسعود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال "إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً نطفة، ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يبعث الله ملكاً، فيؤمر بأربع كلمات ويقال له: اكتب عمله ورزقه، وأجله، وشقى أو سعيد، ثم ينفخ فيه الروح".<sup>2</sup>

1 سورة آل عمران الآية رقم ٣٨.

2 سورة الفرقان الآية رقم ٧٤.

3 محمد رأفت عثمان - الإجهاض في الفقه الإسلامي - دار القومية العربية للثقافة والنشر - الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ ١٩٩٥ م. ص ١١؛ محمد الحبيب الخواجه - عصمة دم الجنين المشوه - مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بمكة - السنة الثانية - العدد الرابع - ١٩٨٩ ص ٢٧٣، ٢٨٦؛ الصديق محمد الأمين الضيرير - حكم الإجهاض في الشريعة الإسلامية - مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بمكة - السنة الخامسة - العدد السابع - ط الأولى ١٩٩٣ م - ص ٢٦٨.

## الثانية: مرحلة ما قبل نفخ الروح في الجنين:

فقد اختلف الفقهاء في حكم إسقاط الجنين المشوه في هذه المرحلة إلى عدة آراء على النحو التالي:

### الראى الأول:

يرى أكثر الحنفية<sup>١</sup>، وأغلب الشافعية<sup>٢</sup>، وغالبية الحنابلة<sup>٣</sup>، وبعض الشيعة الزيدية<sup>٤</sup>، إباحة إجهاض الجنين المشوه إذا كان لم يتخلق بعد ( أى فى الأربعين يوماً الأولى على بدء الحمل).

وحجتهم فى ذلك: أن الجنين فى هذه المرحلة لا يزيد عن كونه نطفة أو دماً متجمداً أو قطعة لحم غير متبينة، فلا هو متمتع بالروح، ولا هو مكتسب لشيء من خلقة الأحياء. أما فى مرحلة التخلق وقبل نفخ الروح فيه - وهى المرحلة الوسط بين الوجود الإنسانى حيث تظهر فى هذه المرحلة بعض أعضائه ومعالمه وإن لم يكتمل تخلقه. فإن الإجهاض يكون مكروه كراهة تحريمية إلا لضرر.

- 1 حاشية بن عابدين - المسماة رد المختار على الدر المختار - الطبعة الثانية ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م مطبعة مصطفى الحلبي بمصر ج ٢ ص ٤١١.
- 2 نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - تأليف شمس الدين الرملى الشهير بالشافعى الصغير - مرجع سابق - ج ٨ ص ٤٤٣.
- 3 المغنى للإمام موفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامه على مختصر الإمام أبى القاسم الغرقى - طبعة دار الكتاب العربى للنشر والتوزيع ج ٨ ص ٨١٥، منتهى الإبرادات للإمام تقى الدين محمد بن أحمد الشهير بابن النجار تحقيق عبد الغنى عبد الخالق - ط دار الجبل للطباعة سنة ١٣٨٠ هـ ج ٢ ص ٤٩.
- 4 البحر الزاخر - للإمام المهدي لدين الله أحمد بن يحيى بن المرتضى مطبعة السنة النبوية - الطبعة الأولى سنة ١٣٨٦ هـ ج ٢ ص ٨١.

## الرأى الثانى:

يرى المالكية<sup>١</sup>، وبعض الشافعية<sup>٢</sup> ومنهم الإمام الغزالى، والظاهرية<sup>٣</sup> والشيعة الإمامية<sup>٤</sup>. حرمة الإجهاض مطلقاً، لأن العلقنة والمضغة ابتداء خلق آدمى له حرمة ولا يحل انتهاكها.

## الرأى الثالث:

يرى بعض الأحناف<sup>٥</sup> وبعض الحنابلة<sup>٦</sup> إباحة إجهاض الجنين المشوه ما لم يمر على بدء الحمل مائة وعشرون يوماً. وهى المدة السابقة على نفخ الروح فى الجنين.

## تقييم وترويج:

ومن جانبى فأنى اتفق وأرجح الرأى الأخير على التفصيل الأتى: أنه إذا كانت نسبة تشوه الجنين ليست خطيرة وقابلة للعلاج ويمكن للجنين العيش مع وجود تلك التشوهات، فلا يجوز إسقاط الجنين فى هذه الحالة. أما إذا كان تشوه الجنين خطير وغير قابل للعلاج ولا يمكن له العيش، أو فى بقائه الأماماً عليه وعلى أهله وأنه عضو غير نافع فى المجتمع، فعندئذ يجوز

- 1 حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير، العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقى - طبعة المطبعة الأزهرية بمصر سنة ١٣٤٥ هـ - ج ٢ ص ٢٦٦.
- 2 حاشيتا قليوبى وعميرة - للإمام بن شهاب الدين القليوبى والشيخ عميرة - طبعة "مطبعة دار احياء الكتب العربية" ج ٤ ص ١٦٠.
- 3 المحلى للحافظ أبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسى الظاهرى - مطبعة الإمام بالقلعة بمصر سنة ١٣٥٢ هـ - ج ١١ ص ٣٦.
- 4 اللمعة الدمشقية لمحمد بن جمال الدين مكى العاملى ولهامشه الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية لـ / زين الدين العاملى ط "دار إحياء التراث ببيروت" سنة ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م ج ١٠ ص ٢٨٩ وما بعدها.
- 5 الإختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود الموصلى - طبعة الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية سنة ١٣٨٨ هـ / ١٩٦٨ م ج ٤ ص ١٦٨.
- 6 منتهى الإبرادات لابن النجاشى - المرجع السابق ص ٤٩، المغنى لابن قدامه - المرجع السابق ج ٨ ص ٨١٥.



إجهاض الجنين المشوه قبل مضي مائة وعشرون يوماً من بدء الحمل. وهذا ما اختاره عدد كبير من العلماء والفقهاء المعاصرين<sup>١</sup> منهم الدكتور / يوسف القرضاوى، والشيخ / جاد الحق على جاد الحق، والشيخ / عبد الله البسام، والشيخ / مصطفى الزرقا، والشيخ الدكتور / محمد البوطى، والشيخ / محمد الحبيب الخواجة<sup>٢</sup>، والدكتور / حسام الدين عفانة<sup>٣</sup> والدكتور / عمود أحمد أبو ليل، والدكتور / محمد عبدالرحيم سلطان العلماء<sup>٤</sup> وغيرهم.

وقد أخذ بهذا الرأي مجمع الفقه الإسلامى بمكة المكرمة:

فقد جاء فى قرار المجمع الفقهى الإسلامى<sup>٥</sup> لرابطة العالم الإسلامى فى دورته الثانية عشر المنعقدة بمكة المكرمة فى الفترة من يوم السبت ١٥ رجب ١٤١٠ هـ الموافق ١٠ فبراير ١٩٩٠، إلى يوم السبت ٢٢ رجب ١٤١٠ هـ الموافق ١٧ فبراير ١٩٩٠ ما نصه:

- 1 ثروت عبد الحميد - الإجهاض بسبب تشوه الجنين - المرجع السابق، ص ٨٢ مشاراً إلى الحلال والحرام للدكتور يوسف القرضاوى ص ١٧٨؛ فتحية عطوى - الإجهاض بين الشرع والقانون والطب - ص ٢٩٣.
- 2 محمد الحبيب الخواجة - عصمة دم الجنين المشوه - المرجع السابق - ص ٢٨٦.
- 3 حسام الدين عفانة - الإجهاض دراسة مختصرة - مقدمة لليوم العلمى حول الإجهاض وتنظيم النسل وطفل الأنابيب فى الشريعة والطب - المنعقدة فى جامعة النجاح الوطنية ١٥/١١/١٩٩٩ ص ٥.
- 4 محمود أحمد أبو ليل، و محمد عبدالرحيم سلطان العلماء - إجهاض المرأة الحامل بالجنين المشوه - بحث مقد لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون - سابق الإشارة إليه - المجلد الرابع - ص ١٧٧١.
- 5 هذا القرار منشور فى فقه النوازل تأليف - محمد حسين الجيزنى - المجلد الرابع - دار بن الجوزى للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى - ١٤٢٦ هـ ٢٠٠٥ م ص ٢٤، ٢٥؛ ومنشور بمجلة الفقه الإسلامى بمكة المكرمة، السنة الخامسة، العدد الرابع، الطبعة الأولى ١٩٩٣ ص ٣٦٩.

إذا كان الحمل قد بلغ مائة وعشرين يوماً لا يجوز إسقاطه ولو كان التشخيص الطبى يفيد أنه مشوه الخلقة إلا إذا ثبت بتقرير لجنة طبية من الأطباء الثقات المختصين أن بقاء الحمل فيه خطر مؤكد على حياة الأم، فعندئذ يجوز إسقاطه سواء كان مشوهاً أم لا، دفعاً لأعظم الضررين.

قبل مرور مائة وعشرين يوماً على الحمل إذا ثبت وتأكيد بتقرير لجنة طبية من الأطباء المختصين الثقات، وبناءً على الفحوص الفنية بالأجهزة والوسائل المختبرية أن الجنين مشوه تشويهاً خطيراً غير قابل للعلاج وأنه إذا بقى وولد فى موعده ستكون حياته سيئة وآلاماً عليه وعلى أهله فعندئذ يجوز إسقاطه بناءً على طلب الوالدين.

والمجلس إذ يقرر ذلك يوصى الأطباء والوالدين بتقوى الله والثبت فى هذا الأمر، والله ولى التوفيق.

### الفصل الثانى

#### فكرة تمتع البويضة الملقحة والخلايا الجذعية بالحماية.

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: نطاق تمتع البويضة الملقحة بالحماية.

المبحث الثانى: نطاق تمتع الخلايا الجذعية بالحماية.

#### المبحث الأول

#### نطاق تمتع البويضة الملقحة بالحماية

مقدمة:

لقد ورد لفظ النطفة فى القرآن والسنة المطهرة على ثلاثة معانٍ:

الأول النطفة المذكورة: وهى الحيوانات المنوية الموجودة فى المنى، والثانى

النطفة الموثقة: وهى البويضة التى يفرزها المبيض مرة فى الشهر، والثالث

1 محمد على البار - الوجيز فى علم الأجنة القرآنى - الدار السعودية للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى - ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥ م - ص ١١.

النطفة الأمشاج: وهي النطفة المختلطة من الحيوان المنوي والبويضة عندما يتم التلقيح وهذا النوع هو ما يهمنا في هذا البحث.

قال الله تعالى " إنا خلقنا الإنسان من نطفة أمشاج نبتليه فجعلناه سميعاً بصيراً " .<sup>١</sup>

ومعنى أمشاج: أخلاط واجتماع نطفة الرجل ونطفة المرأة .<sup>٢</sup>

وتظهر أهمية هذه الآية الكريمة وإعجازها الباهر إذا علمنا أن البشرية لم تعلم شيئاً عن النطفة الأمشاج المكونة من نطفة الرجل ونطفة المرأة إلا عندما تمكن هيرتويج Hertwig من ملاحظة كيف يلحق الحيوان المنوي البويضة وذلك عام ١٨٧٥ م، وفي عام ١٨٨٣ أثبت فان بندين Van Benden أن كلا البويضة والحيوان المنوي يساهمان بالتساوي في تكوين البويضة الملقحة أو النطفة الأمشاج ثم في عام ١٩١٢ أثبت مورجان دور الجينات في الوراثة، وأنها تنتقل عبر الحيوان المنوي ( من الرجل) والبويضة ( من المرأة) .<sup>٣</sup>

التلقيح:

ويقصد به: نفوذ الحيوانات المنوية في البويضات الأنثوية، ويتم إما خارجياً أو داخلياً .<sup>٤</sup>

- 1 سورة الإنسان آية رقم ٢.
- 2 هكذا قال ابن عباس ومجاهد والحسن البصري والربيع بن أنس وعكرمة، وقد أجمع أكثر أهل التفسير على ذلك ومنهم ( تفسير ابن كثير، تفسير ابن جرير الطبري، تفسير البغوي، تفسير الخازن، تفسير الألوسي، تفسير المراغي، تفسير الفخر الرازي، تفسير القرطبي، تفسير الجلالين، تفسير الظلال).
- 3 محمد على البار - الوجيز في علم الأجنة القرآني - . المرجع السابق ص ٢٠ - ٢١.
- 4 محمد سلام مذکور - الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي - المرجع السابق ص ٤٩.

## المطلب الأول

### نطاق تمتع البويضة الملقحة بالحماية القانونية

#### ١- حماية البويضة الملقحة في التشريعات القانونية:

تميل أغلب التشريعات القانونية إلى عدم تحديد لحظة بداية حياة الكائن البشرى ( الوجود القانونى للإنسان ) وبالتالي بدء الحماية القانونية للبويضة الملقحة تاركا المجال فى ذلك لفقهاء القانون. إلا أن هناك بعض التشريعات القليلة التى تحدد لحظة بداية الحمل منها قانون الخصوبة البشرية وعلم الأجنة الصادر فى المجلد عام ١٩٩٠ م، حيث نص على " سريان أحكام جريمة الإجهاض منذ بداية التصاق النطفة بالرحم " وهو ما يمثل بداية الحماية القانونية للبويضة الملقحة<sup>١</sup>.

#### ٢- حماية البويضة الملقحة فى الفقه القانونى:

انقسم الفقهاء القانونيين فى الكلام عن حماية البويضة الملقحة إلى اتجاهين وربطوا بين بداية الحياة الإنسانية والحماية، وذلك على النحو التالى:

### الاتجاه الأول<sup>٢</sup>:

#### 1 Oillian Douglas: Low – Fertility and reproduction – London – sweet maxuell – 1991-P:67.

منال مروان منجد - الإجهاض فى القانون الجنائى - دار النهضة العربية طبعة ٢٠٠٢ ص ٤٤.

2 حسن محمد ربيع - الإجهاض فى نظر المشرع الجنائى - المرجع السابق ص ٣٠؛ رؤوف عبيد - جرائم الإعتداء على الأشخاص والأموال - مرجع سابق - ص ٢٢٨؛ حسن صادق المرصفاوى - قانون العقوبات الخاص - طبعة ١٩٧٨ - منشأة المعارف بالإسكندرية - ص ٦٠٦، محمود نجيب حسنى شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - المرجع السابق ص ٥٠٣؛ عمر السعيد رمضان - شرح قانون العقوبات السودانى - مطبعة القاهرة والكتاب الجامعى ١٩٧٩ - ص ٥٣٨؛ محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - الطبعة الثامنة ١٩٨٤ - دار النهضة العربية ص ٢٩٤؛ عزت حسنين - الإجهاض وجرائم الأعراض بين الشريعة والقانون - دراسة مقارنة - دار العلوم للطباعة والنشر ١٩٨٤ ص ١٥؛ عبد المهيم بكر - القسم الخاص فى قانون العقوبات - دار النهضة العربية سنة ١٩٧٧ - ص ٣١٩، ٦٦٥؛ منير رياض حنا - المسئولية الجنائية للأطباء - دار المطبوعات الجامعية ١٩٨٩ - ص ١٥١.

وهو الرأى الغالب فى الفقه، يحدد بداية الحمل باللحظة التى يتم فيها تلقيح البويضة بالحيوان المنوى، فالحمل هو البويضة الملقحة أياً كان عمرها الزمنى، وأنه بمجرد إندماج الخليتين المذكورة والمؤنثة يتكون الجنين وتعد المرأة حاملاً، ومن ثم يكون كل تدمير أو إخراج لهذا الحمل قبل موعد ولادته الطبيعى مكوناً لفعل الإجهاض، حتى ولو كانت النطفة الملقحة ما زالت فى بدايتها، وقبل أن يتشكل الجنين أو تدب فيه الحركة، وهذا يعنى أنه لا يشترط أن تمضى مدة معينة على عملية الإخصاب، أو أن يبلغ الجنين فى الرحم درجة معينة من النمو، فالجنين يستحق الحماية ولو كان بويضة ملقحة فى ساعتها الأولى.

وقد قضت محكمة النقض بأنه: لا يقبل دفاع المتهم عن نفسه فى جريمة الإجهاض بأن الشريعة الإسلامية تبيح الإجهاض الذى لم يتجاوز أربعة أشهر، وإن المادة ٦٠ من قانون العقوبات تبيح ما تبيحه الشريعة فضلاً عن أن ما ورد عن الشريعة ليس أصلاً ثابتاً فى أدلتها المتفق عليها، وإنما هو اجتهاد انقسم حوله الرأى فيما بينهم.

وقد أكدت محكمة النقض ذلك فى حكم لاحق لها إذ قررت فيه "أنه يعتبر الإسقاط جنائياً ولو ارتكب قبل أن يتشكل الجنين أو تدب فيه الحركة". وهذا يعنى أن محكمة النقض تضىفى الحماية على الحمل منذ بدايته أثناء تلقيح الحيوان المنوى البويضة.

### الاتجاه الثانى:

يرى أن الحمل يبدأ بتمام زراعة البويضة الملقحة فى جدار الرحم، وهذه الزراعة تتراخى فى عملية التلقيح بحوالى اثنا عشر يوماً، لأن

- 1 نقض ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٠ رقم ١٩٥ ص ٩٥٢.
- 2 نقض ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٧٠ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢١ رقم ٣٠٢ ص ١٢٥٠.
- نقض ٦ أبريل سنة ١٩٧٦ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢٧ رقم ١٣٢ ص ٥٩٦.

البويضة الملقحة تبقى ثلاثة أيام فى قناة الرحم بعد التلقيح ، وتهبط بعد ذلك إلى الرحم فتمكث فيه عشرة أيام ، وبعدها تقوم بالإلتصاق فى جدار الرحم ، ويترتب على ذلك : أن الحمل هو البويضة الملقحة الملتصقة فى جدار الرحم ، وهو أمر لا يحدث لها ما لم يمض على تلقيحها اثنا عشر يوماً أو ثلاثة عشر يوماً<sup>١</sup> .

فطبقاً لهذا الاتجاه لا تبدأ الحماية القانونية للبويضة الملقحة إلا مع بداية التصاق النطفة المخلقة بالرحم ، وهذا لا يحدث إلا بعد مرور اثنا عشر يوماً أو ثلاثة عشر يوماً من التلقيح ، وهو ما يعد ذلك بدءاً لمرحلة الحمل لهذا الاتجاه.

**رأى الباحث:**

ونحن نرى أن الرأى الأول هو الراجح والأولى بالاتباع لأنه يوسع من نطاق الحماية للجنين ، إذ يكفل له هذه الحماية من لحظة التلقيح.

فالبويضة الملقحة حمل ينبغى سحب الحماية عليه ، لذلك فإن إعدام تلك البويضة ، أو إخراجها من الرحم بأى وسيلة يعد عدواناً على حمل مستكن يقع مقتوفه تحت طائلة المساءلة القانونية<sup>٢</sup> .

ولأن الأخذ بالاتجاه الثانى الذى يرى أن الحمل يبدأ بزراعة البويضة الملقحة والتصاقها بجدار الرحم ، وأن الحماية لا تبدأ إلا من ذلك الزرع ، فإن هذا يؤدى إلى عدم تحقيق الحماية الفعالة حيث توجد فترة تتراوح ما بين اثنا عشر يوماً أو ثلاثة عشر يوماً يترك فيها الجنين بلا حماية دون داع وليس له ما يبرره.

- 1 مصطفى عبد الفتاح لبنه - جريمة إجهاض الحوامل دراسة فى سياسة الشرائع المقارنة - رسالة دكتوراه - المرجع السابق - ص ٦٥٥ ، ٦٥٤ .
- 2 محمد عبد الشافى إسماعيل - الحماية الجنائية للحمل المستكن - المرجع السابق ص ٢٣ .

## المطلب الثاني

### نطاق تمتع البويضة الملقحة بالحماية في الشريعة الإسلامية

تمهيد:

يتم التلقيح بالتقاء البويضات بالحيوان المنوي في الثلث الأعلى لقناة فالوب، والبويضة محاطة بعدة طبقات من الخلايا تسمى بخلايا التاج الإشعاعي، والتي تصل بعضها بواسطة مادة عضوية خاصة، وتلتصق مئات الآلاف من الحيوانات المنوية على هذه القشرة وتقوم بإفراز "إنزيم" خاص يحلل هذه المواد اللاصقة، وبعد هذا تحدث عملية الإخصاب التي تتم في الغالب بواسطة حيوان منوي واحد، وفي بعض الأحيان يشترك في عملية الإخصاب عدة حيوانات منوية - وهذه الحيوانات تصل للبويضة في مدة من ١٢ ساعة إلى ١٤ ساعة - حتى إذا لامس البويضة أحدها انعدمت الجاذبية بين البويضة والحيوانات الأخرى، ثم يدخل الحيوان برأسه داخل البويضة ويترك ذيله فينفصل عنه، وتتحد الرأس مع البويضة فتكونان البويضة الملقحة وتسمى هذه العملية بعملية التلقيح.

وما رواه الشيخان عن عبدالله بن مسعود رضى الله عنه قال: حدثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً، ثم يكون علقه مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يبعث الله ملكاً، فيؤمر بأربع كلمات ويقال له: اكتب عمله ووزقه وأجله، وشقى أو سعيد، ثم ينفخ فيه الروح.....إلى آخر الحديث".

أما بخصوص تمتع البويضة الملقحة بالحماية في نظر علماء الشريعة الإسلامية، فقد اختلف علماء الشريعة الإسلامية في ذلك إلى عدة

1 محمد سلام مذكور - الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامى - المرجع

السابق ص ٥٠، ٥١.

2 فتح البارى بشرح صحيح البخارى - المطبعة البهية المصرية سنة ١٣٤٨هـ

ج ١١ ص ٤٠٥؛ صحيح مسلم بشرح النووي - المطبعة المصرية بالأزهر -

الطبعة الأولى - سنة ١٣٤٨هـ / ١٩٣٠م ج ١٦ ص ١٨٠.

اتجاهات، سواء كانوا العلماء القداماء أو العلماء المعاصرين أو علماء الطب ويمكن اجمالاً وجهة نظرهم فيما يلي:

**موقف العلماء القدامى من نطق بتمتع البويضة الملقحة بالحماية الشرعية:**

انقسم علماء الشريعة الإسلامية القداماء فى الكلام عن حماية البويضة الملقحة إلى ثلاث اتجاهات. على النحو التالى:

**الاتجاه الأول:**

ويرى أصحابه أنه لا يجوز "أى يحرم" الإعتداء على البويضة الملقحة، وبالتالي فهى تتمتع بالحماية الشرعية، وهذا هو مذهب المالكية<sup>١</sup>، وبعض الحنفية<sup>٢</sup>، وهو رأى الإمام الغزالي من فقهاء الشافعية<sup>٣</sup>.

**الاتجاه الثانى:**

ويرى أصحابه إباحة الاعتداء على البويضة الملقحة قبل نضج الروح، سواء كان هناك عذر أم لا، وبالتالي فإن البويضة الملقحة لا تتمتع بالحماية مطلقاً، وهو رأى بعض الحنفية<sup>٤</sup>، وبعض الشافعية<sup>٥</sup>، واللخمي من المالكية<sup>٦</sup>، وبعض الحنابلة<sup>٧</sup>.

- 1 حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - لشمس الدين الدردير - مرجع سابق ج ٢ ص ٢٦٦، ٢٦٧.
- 2 حاشية بن عابدين - المسماة رد المختار على الدر المختار - المرجع السابق - ج ٢ ص ٣٨٠.
- 3 إحياء علوم الدين، للإمام أبو حامد الغزالي، الجزء الرابع، طبعة دار مصر للطباعة، ١٩٩٨ - ص ٥١.
- 4 حاشية بن عابدين - المرجع السابق - ج ٢ - ص ٣٨٠.
- 5 نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - للرملى الشهير بالشافعى الصغير المتوفى سنة ١٠٥٤هـ - مطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده - الطبعة الأخيرة سنة ١٣٨٦هـ - ١٩٦٧م - ج ٨ - ص ٤٤٢.
- 6 حاشية الإمام الرهونى على شرح الزرقانى لمختصر خليل - الناشر دار الفكر بيروت - ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م - ج ٣ - ص ٢٦٤.
- 7 الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لعلاء الدين أبى الحسن على بن سليمان المرداوى المتوفى سنة ٨٨٥هـ - دار إحياء التراث العربى - الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م - ج ١ - ص ٣٨٦.



## الاتجاه الثالث:

ويرى أصحابه أنه لا يجوز الإعتداء على البويضة الملقحة إلا إذا وجد عذر، أما إذا لم يوجد فلا، وبالتالي فإن البويضة الملقحة تتمتع بالحماية إلا إذا وجد عذر فإنه يجوز الإعتداء عليها، وهو رأى بعض فقهاء الحنفية.

موقف الفقهاء المعاصرين والأطباء من نطاق تمتع البويضة الملقحة بالحماية: يمكن تقسيم موقف الفقهاء المعاصرين والأطباء فيما يتعلق بنطاق تمتع البويضة الملقحة بالحماية إلى اتجاهين:

## الاتجاه الأول:

ويرى أصحابه أن البويضة تتمتع بالحماية منذ التلقيح، أى منذ لحظة التقاء الحيوان المنوي بالبويضة.

## وعللوا وجهة نظرهم بما يلي:

١ - أن بداية حياة الإنسان تكون منذ اتصال الحيوان المنوي بالبويضة، أما حياة الحيوان المنوي نفسه قبل اتصاله بالبويضة فليست حياة إنسانية، وإن كان فى ذاته حيا لأنه لا يكون مصيره إنساناً إلا إذا اجتمع بالبويضة، ويعللوا: أن معظم قول الفقهاء بأنه لا حياة للجنين قبل أربعة أشهر بظاهر حديث ابن مسعود بأن الطب لم يكن متقدما كما هو اليوم، وليست هناك أجهزة ترصد تحركات الجنين داخل البطن كما أنه لا يستند إلى المنطق الدقيق.

1 حاشية بن عابدين - المرجع السابق ج ٢ ص ٣٨٠.

2 عيد القادر بن محمد العمارى - بداية الحياة - بحث مقدم لندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها فى المفهوم الإسلامى المتعددة بتاريخ ٣٤ ربيع الآخر ١٤٠٥ هـ الموافق ١٥ يناير ١٩٨٥ - سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ص ١٧٤.

- ٢- أن بدء الحياة الإنسانية في نظر الإسلام يبدأ من حين تلقيح بيضة المرأة بماء الرجل واستقرار ذلك في رحم المرأة، وأن المرأة التي تحمل بيضة ملقحة هي من أولات الأحمال ولا فرق بين أن تكون مدة الحمل طويلة أو قصيرة. كما أن العلماء اتفقوا على أنه إذا ثبت أن المرأة حامل فيصبح لهذا الحمل أهلية وجوب ناقصة<sup>١</sup>، كما أن الجنين من تاريخ لقاحه إلى آخر مراحلها وهو في بطن أمه حتى محترم الذات، والتعدى عليه حرام إذا لم يكن لمصلحة أقوى، كما إذا كان بقاؤه يوجب ضرراً أو هلاكاً للأم<sup>٢</sup>.
- ٣- أن الاعتداء على الجنين في أى مرحلة من مراحل التطور الجنيني بالإجهاض حرام وجريمة يعاقب عليها بعقوبة تعزيرية بالإضافة إلى التعويض المالى، ولا تسقط العقوبة إلا لعذر<sup>٣</sup>.
- ٤- أن ديبب الحياة ليس نفخ الروح، وأن الروح لا تنفخ في جنين ميت، وأن الحياة سابقة على نفخ الروح، واستقبال الروح هو حدث خلال حياة الجنين وليس بداية له، كما أن استقبال الروح أمر غيبي محض لا تدرى له كنهها ولا طريقة ولا أثراً، ولا تستطيع أن نسمى الحياة قبل الموعد المذكور لنفخ الروح حياة نباتية، فالنبات تعريفاً ليس له جهاز حركى فعال، ولا جهاز عصبى<sup>٤</sup>.

- 1 بدر المتولى عبد الباسط - بداية الحياة الإنسانية - بحث مقدم لندوة الحياة الإنسانية - سابق الإشارة إليها - ص ١٠٩.
- 2 محمد المختار السلاوى - بداية الحياة الإنسانية - بحث مقدم لندوة الحياة الإنسانية - سابق الإشارة إليها - ص ١١٩.
- 3 محمد نعيم ياسين - الإجهاض بين القواعد الشرعية والمعطيات الطبية - بحث مقدم لأعمال ندوة الإنجاب فى ضوء الإسلام - المنعقدة بتاريخ ١١ شعبان ١٤١٣ هـ الموافق ٢٤ مايو ١٩٨٣ - سلسلة مطبوعات منظمة الطب الإسلامى ص ٢٦٥.
- 4 حسان حتحوت - بداية الحياة الإنسانية - بحث مقدم لندوة الحياة الإنسانية سابق الإشارة إليها - ص ٥٧، ٥٨؛ محمد عبد الهادى أبو ريده - ملخص أبحاث ندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها فى المفهوم الإسلامى - سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م - ص ١٥ وما بعدها.

## الاتجاه الثاني:

ويرى أصحابه أن البويضة الملقحة لا تتمتع بالحماية، لأن بدء حياة الجنين لا تكون إلا بعد مائة وعشرين يوماً أخذاً بظاهر حديث جمع الخلق الذي رواه ابن مسعود رضی الله عنه.

وعلاوا وجهة نظرهم بما يلي:

- ١- أنه لا حياة حقيقية للجنين قبل أربعة أشهر، أي قبل نفخ الروح، عملاً بظاهر حديث ابن مسعود، وأن حياة الإنسان إنما تبدأ بعد أربعة أشهر كاملة من لحظة تكون الجنين في بطن أمه، وأن ما يسبقها من الحياة لا يوصف بوصف الإنسانية، وإن كان فيه بعض خصائص الحياة المطلقة، من نمو وتشكيل وحركة غير إرادية.
- ٢- أن الإنسان في المصطلح القرآني يكون ميتاً منذ أن يكون نظفة إلى أن تنفخ فيه الروح في نهاية الشهر الرابع، ويستمر الإنسان حياً حتى تنزع منه الروح، كما أن الحياة التي تكون في الجنين قبل نفخ الروح ليست هي الحياة في المصطلح القرآني ووجودها في الإنسان لا يخرج الإنسان عن كونه ميتاً.

- ٣- أن بداية الحياة البشرية من الأمور الغيبية، وليس هناك من مصدر للعلم عن ذلك إلا الوحي الإلهي في القرآن والسنة - ومن ثم فهو يقرر أن بدء الحياة الإنسانية على وجه اليقين إنما تكون عند اكتمال

- 1 مصطفى صبري أردوغدو - بداية الحياة الإنسانية - بحث مقدم لندوة الحياة الإنسانية: بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي المتعددة بتاريخ ٢٤ ربيع الآخر ١٤٠٥ هـ الموافق ١٥ يناير ١٩٨٥؛ محمد نعيم ياسين - بداية الحياة الإنسانية في ضوء النصوص الشرعية واجتهادات العلماء المسلمين - بحث مقدم لندوة الحياة الإنسانية - سابق الإشارة إليها ص ٨٩.
- 2 عمر سليمان الأشقر - بدء الحياة ونهايتها - بحث مقدم لندوة الحياة الإنسانية - سابق الإشارة إليها - ص ١٤٤.

الشهر الرابع من الحمل - أى بعد مرور ١٢٠ يوماً - كما أخذت  
بذلك السنة النبوية المطهرة<sup>١</sup>.

### رأى الباحث:

سبق لنا أن وضحنا الاتجاهات المتعلقة بحماية البويضة الملقحة ( بداية تكوين الجنين ) سواء فى الفقه القانونى ، أو الفقه الإسلامى - وسبق وأن رجحنا الرأى الأول القائل بحماية البويضة الملقحة منذ اللحظة التى يتم فيها تلقيح الحيوان المنوى للبويضة ( بداية الحمل ) عند الكلام عن اتجاهات الفقهاء القانونيين.

أما بالنسبة للاتجاهات المتعلقة بحماية البويضة الملقحة فى الفقه الإسلامى فإنى أرجح الرأى القائل بحماية البويضة منذ اللحظة التى يتم فيها تلقيح الحيوان المنوى بالبويضة " بداية الحمل " أيضاً ، فالجنين منذ الفترة الأولى للحمل هو كائن حى له حرمة ولا يجوز الإعتداء عليه.

وإن كنت أرى الإعتداء على البويضة الملقحة ( بداية تكوين الجنين ) يترتب عليه المسئولية ، ولكن هذه المسئولية ليست مسئولية كاملة... لماذا؟... لأنه إذا كانت الشريعة الإسلامية لا تسوى بين الجنائية على الجنين والمولود فى الحرمة ، وبالتالي تكون المسئولية على قدر الجرم ، فالجنائية ليست مرتبة واحدة ، وإنما تعظم كلما تقدمت مدة الحمل ، فالجنائية على الجنين وهو فى طور النطفة ليست كالجنائية عليه وهو فى طور العلقه ، كما أن الجنائية عليه فى طور المضغة أعظم من الجنائية عليه فى طور العلقه... الخ.

وقد اتجهت مجموعة من الفقهاء إلى التساهل فى موضوع الإجهاض قبل نفخ الروح بناءً على فهمهم لحديث عبد الله بن مسعود الذى رواه

1 أحمد شوقى ابراهيم - متى بدأت حياة الإنسان - بحث مقدم لندوة الحياة الإنسانية - سابق الإشارة إليها - ص ٧٥.

الشيخان " إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً... ثم يكون علقه مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يوكل الملك فينفخ فيه الروح".<sup>1</sup> وفهم هؤلاء أن الجنين لا حرمة له قبل نفخ الروح، وهو فهم خاطيء وبخالفهم فيه جمهرة من علماء المسلمين، ولكن حرمة هذا الجنين تختلف من مرحلة إلى مرحلة حيث تزداد بمرور الأيام، وتبلغ أوج حرمتها بعد نفخ الروح.<sup>2</sup>

فالمسئولية هنا هي مسئولية من نوع خاص تتفاوت بحسب الجرم.

### المبحث الثاني

### نطاق تمتع الخلايا الجذعية بالحماية

تمهيد:

الخلايا الجذعية هي: اللبنة الأولى التي يتكون منها الجنين الإنساني، وبالتالي فإن معرفة ماهية هذه الخلية وكيف كانت، وكيف جاءت، وكيف تطورت حتى أصبحت خلية جذعية<sup>3</sup>، وكيفية تخصصها، وتحويلها إلى

1 محمد على البار - الخلايا الجذعية والقضايا الأخلاقية - بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون - كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة - في الفترة من ٥ - ٧ مايو ٢٠٠٢ الجزء الثالث - ص ٩٦٦، ٩٦٢.

2 تاريخ الحصول على الخلايا الجذعية وتطورها: في عام ١٩٦٠ تم إحداث سرطان في خصية فأر، وبعد الدراسة تأكد أن مصدر هذا السرطان هو الخلايا الجرثومية الجنينية، وأخذت كمصدر للخلايا الجذعية.

- وفي عام ١٩٦٨ تمكن العالمان إدواردز Edwards وبافистер Bavister لأول مرة من تلقيح بويضة الإنسان في المختبر.

- وفي عام ١٩٧٠ حققت خلايا سرطانية جنينية في داخل أرومة فأر لإنتاج فأر خليط chimeric، ثم زرعت الخلايا الجذعية من هذا الفأر الخليط واستخدمت نموذجاً لدراسة التنامي الجنيني.

- وفي عام ١٩٨١ حصل العلماء إيفانز ومارلين وكوفمان على خلية جذعية جنينية من خلايا الكتلة الخلقوية الداخلية من أرومة فأر، ثم زرعوها في المختبر كخلية جذعية جنينية وافرة القدرات.

خلايا قلب، أو خلايا كلى، أو خلايا كبد، أو خلايا دم، أو خلايا دماغ، أو خلايا عظام، ومعرفة ما يميز هذه الخلية الجذعية عن غيرها من الخلايا، إذ تتميز هذه الخلية ببرنامج وراثى مدهش، الذى احتفظ - استثناء من خلايا الجسد المختلفة - ببرنامج فيه كل شىء، وفيه جينات لم تمتد إليها يد التغيير تقريباً، مما جعل البعض يسميها بالخلية الجذعية السحرية، كما أنها خلية غير متخصصة، ويمكن تشكيلها حسب الطلب، فتعطى ما يحتاج إليه الجسد من الخلايا المتخصصة أعلى درجات التخصص التى ستكون الجنين، كما أنه يمكن استخدامها فى مداواة كثير من الأمراض مثل الفشل الكلوى أو الكبدى أو البول السكرى، فهى تحقق فى العضو بطريقة ما، أو تزرع فى مكان آخر من الجسم، ومن ثم تقوم بوظيفة ذلك العضو.

- = وفى عام ١٩٨٤ إلى ١٩٨٨ تمكن العالم أندروز Andrews وفريقه البحثى من إنتاج خلايا بشرية سرطانية جنينية وافرة القدرات ومتطابقة وراثياً، وذلك من خلال الخصى المتسرطنة، ثم عرضت هذه الخلايا العصبية وكونت أنواعاً أخرى من الخلايا المتميزة..
- وفى عام ١٩٩٥ و ١٩٩٦ استطاع جمس تامسون، بولاية ماديسون ويسكنسون الأمريكية وفريقه البحثى من الحصول على خلايا جنينية للقرود فى حالة سليمة، وهى خلايا جذعية جنينية وافرة القدرات.
- وفى عام ١٩٩٨ تمكن جيمس تومسون أيضاً وفريقه، ولأول مرة فى التاريخ، من الحصول على خلايا جذعية جنينية بشرية من الخلايا الداخلية للأرومة، أخذت من زوجين كانا يعالجان من مشاكل فى الخصوبة.
- وفى عام ٢٠٠٠ تمكن فريق من العلماء من أستراليا وسنغافورة - بقيادة بونفسوايه - من الحصول على خلايا جنينية جذعية بشرية وذلك من خلال الطبقة الداخلية للأرومة.
- وفى عام ٢٠٠١ أصبح لدى جيمس تومسون وآخرين سلالات خلايا cell lines للعديد من الخلايا الجذعية الجنينية البشرية، .. للمزيد حول تطور الخلايا الجذعية أنظر: خالد أحمد الزعيرى - الخلية الجذعية - سلسلة عالم المعرفة رقم ٣٤٨ عدد فبراير ٢٠٠٨ - ص ٥٠ وما بعدها.

لذا كان من المهم بمكان أن نتعرف على هذا النوع من الخلايا، من حيث ماهيتها ومعرفة أنواعها واستخداماتها، والموقف القانوني والأخلاقي لها وهو ما نتناوله على النحو التالي:

**المطلب الأول:** المقصود بالخلايا الجذعية وأنواعها.

**المطلب الثاني:** الموقف التشريعي والفقهى والأخلاقي من تقنيات الخلايا الجذعية.

### **المطلب الأول**

#### **المقصود بالخلايا الجذعية وأنواعها**

**أولاً:** المقصود بالخلايا الجذعية وأنواعها:

الخلايا الجذعية: هي خلايا موجودة في الجنين الباكر ثم يقل عددها بعد ذلك ولكنها تستمر إلى الإنسان البالغ في مواضع معينة وهذه الخلايا لها القدرة - بإذن الله تعالى - لتشكيل مختلف أنواع خلايا الجسم، والتي تقدر بأكثر من ٢٢٠ نوعاً، من الخلايا المختلفة الأشكال والأحجام والوظائف.

فالخلايا الجذعية خلايا غير متخصصة وغير مكتملة الانقسام لا تشابه أى خلية متخصصة، ولكنها قادرة على تكوين خلية بالغة بعد أن تنقسم عدة انقسامات في ظروف مناسبة، وأهمية هذه الخلايا تأتي من كونها تستطيع تكوين أى نوع من الخلايا المتخصصة بعد أن تنمو وتتطور إلى الخلايا المطلوبة.

وتسمى الخلايا الجذعية، بالخلايا الأولية أو الأساسية، أو خلايا المنشأ، أو الخلايا الجذرية؛ وهى خلايا لها القدرة على الانقسام

---

1 محمد على البار - الخلايا الجذعية والقضايا الأخلاقية والفقهية - بحث مقدم

لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون - المرجع السابق ص ٩١٥.

2 بحث بعنوان الخلية الجذعية بقلم فراس جاسم جرجيس: إنترنت  
<http://www.seha.com/misc/stem-cells> 1/2/2012-2:33AM

والتكاثر، وتجديد نفسها أو ذاتها، لتعطي أنواعاً مختلفة من الخلايا المتخصصة كخلايا العضلات، وخلايا الكبد والخلايا العصبية.<sup>١</sup>  
**ثانياً: أنواع الخلايا الجذعية.**

قسم العلماء الخلايا الجذعية بناءً على مكانها وزمانها في النسيج، وكذا بناءً على قدراتها ووظيفتها، وطريقة الحصول عليها إلى ما يلي:  
**١- الخلايا الجذعية الجنينية المبكرة. Embryonic stem:**

وهي تلك الخلايا التي توجد في الكتلة الخلوية الداخلية، أو في الإيبلاست Epiblast للكيسة الأرومية، في المرحلة التي تسبق زراعة الأرومة في جدار الرحم، وتبلغ من العمر ٤ إلى ٥ أيام من عمر الجنين، كما أنها خلايا غير متميزة، وافرة القدرات، ولديها القدرة على تجديد نفسها، وإعطاء جميع أنواع الخلايا تقريباً.<sup>٢</sup>

**٢- الخلايا الجذعية البالغة Adult Stem Cell:**

الخلية الجذعية البالغة: هي ثاني أهم نوع من أنواع الخلايا الجذعية بعد الخلية الجذعية الجنينية، وهي الخلايا الجذعية التي تؤخذ من نسيج الكائن الحي بعدما يكون قد تجاوز المرحلة الجنينية من عمره، أي وهو بالغ، ويتم

---

1. إيمان محمد أحمد النشار - بحث بعنوان الإستساخ العلاجي - المؤتمر السنوي العاشر لكلية الحقوق - جامعة المنصورة - في الفترة من ٢- ٣ أبريل ٢٠٠٦م بالقاهرة - تحت عنوان المبادئ الدستورية والإدارية في مجال الهندسة الوراثية - ص ٥.

2. محمد علي البار - الخلايا الجذعية والقضايا الأخلاقية والفقهية - المرجع السابق - ص ٩٢٤؛ عائشة المرزوقى - أبحاث علم الجينات - البحث السابق ص ٩٧٣؛ مقال بعنوان الخلايا الجذعية تعيد الأمل للملايين - انترنت - المرجع السابق؛ مقال بعنوان - الخلايا الجذعية - لسلمان محمد شناوة - انترنت.

<http://www.ahewarsorg/debat/show.art.asp?aid=189553>  
، مقال بعنوان كوريا الجنوبية توافق على أول علاج طبي في العالم مستخلص من الخلايا الجذعية - جريدة الشرق الأوسط - السعودية - العدد ١١٩٢٦ - الأحد ٢٣ شعبان ١٤٣٢هـ - ٢٤ يوليو ٢٠١١.



استخلاصها من نقي العظام، ومن الجلد، ومن الجهاز العصبي، ومن الكبد، ومن الجهاز الهضمي، أو من شبكية العين، أو من لب الأسنان وهو أمر لم يكن متصوراً قبل بضع سنوات<sup>1</sup>.

### ٢- الخلايا الجذعية الجرثومية الأولية:

وهي الخلايا التي ستكون الغدة التناسلية فيما بعد (خصية إذا كان الجنين ذكراً أو مبيضاً إذا كانت أنثى) وتظهر هذه الخلايا في فترة مبكرة (الأسبوع الثالث) في كيس المخ Yolk sac ثم ترحل بحركة أميبية لتصل إلى الحدية التناسلية<sup>2</sup>.

### ٣- الخلايا الجذعية المتحوصة Spore like stem:

وهي خلايا تعيش ساكنة متحوصة في النسيج، وتتميز بمقدرتها على إعطاء خلايا النسيج التي وجدت به، وعرفت على أنها خلايا جذعية بالغة، وأول من وصفها هو فاكتنن بي Vacanti, m.p وفريقه البحثي عام ٢٠٠١<sup>3</sup>.

## المطلب الثاني

### الموقف التشريعي والفقهى والأخلاقي من تقنيات الخلايا الجذعية

بعد أن استعرضنا المقصود بالخلايا الجذعية وأهميتها في معالجة الكثير من الأمراض الخطيرة - وتطورها ومصادرها، وأنواعها، فإننا يمكن أن نعالج القضايا الخاصة بها من خلال الموقف التشريعي والفقهى والأخلاقي من هذه التقنيات وهو ما نتناوله على الوجه التالي:

- 1 مقال بعنوان الخلية الجذعية: مستقبل واعد - إنترنت - <http://www.albaliethon.com-1/2/2012-2:30 AM>.
- الخلايا الجذعية - لسلمان محمد شناوة - إنترنت الموقع السابق.
- الخلايا الجذعية - بقلم: فراس جاسم جرجيس - إنترنت - الموقع السابق.
- مقال بعنوان " ماهي الخلية الجذعية - إنترنت : <http://drkamalfahmy.blogspot.com.1/2/2012-2:49AM>.
- 2 محمد على البار - الخلايا الجذعية والقضايا الأخلاقية والفقهية - المرجع السابق - ص ٩٢٩.
- 3 خالد أحمد الزعيري - الخلية الجذعية - المرجع السابق - ص ٥٦ وما بعدها.

## أولاً- الموقف التشريعي من تقنيات الخلايا الجذعية:

بادئ ذي بدء، فإن الخلايا الجذعية لا تزال في طور الأولى " البدائي " ولكن بما تحمله في طياتها من آفاق واعدة، إلا أنه حتى الآن لا يوجد تشريع قانوني متكامل حول هذه المستجدات البحثية، وما زال الفراغ التشريعي يحبط بهذا الاكتشاف، وكل ما حدث هو عبارة عن مقابلات تليفزيونية، أو بعض التقارير أو موافقة بعض الدول على تجارب العلاج بالخلايا الجذعية أو بعض النصوص الفردية.

وسوف نلقى الضوء على موقف بعض الدول من تقنيات الخلايا الجذعية: **-موقف القانون الفرنسي:**

قام المشرع الفرنسي بإصدار قانون عام ١٩٩٤ والذي تضمن عدداً من النصوص التي تم إضافتها للقانونين المدني والجنائي، وكذلك قانون الصحة العامة والذي ينص على احترام الحياة الإنسانية منذ بدايتها، وحماية الجسم البشري ضد الاستخدام غير المشروع للتكنولوجيا الحيوية<sup>١</sup>.

وقد أصدر المجلس الدستوري الفرنسي قرار في ٢٧ يوليو ١٩٩٤ نص فيه على عدم جواز اعتبار الأجنة البشرية وسيلة لأغراض بحثية، وذلك احتراماً لمبدأ حماية الكرامة الإنسانية للكيان البشري، والمشرع الفرنسي خصص المواد من ١/٦٧٢ إلى ١٤/٦٧٢ من تقنين الصحة العامة لمسألة استئصال الأنسجة والخلايا ومنتجات الكيان الجسدي<sup>٢</sup>.

وقد نصت المادة (١٨/٦٧٥) فقرة (١) من تقنين الصحة العامة، والمادة ٢٦/٥١١ من التقنين الجنائي على: معاقبة من يقوم بعملية

1 أحمد حسام تمام - الحماية القانونية لاستخدامات تقنيات الهندسة الوراثية في الجنس البشري في التشريع الفرنسي - بحث مقدم للمؤتمر السنوي العاشر لكلية الحقوق جامعة المنصورة - بعنوان الجوانب القانونية والاقتصادية والشرعية لاستخدامات تقنيات الهندسة الوراثية في الفترة من ٢- ٣ أبريل ٢٠٠٦ ص ٤.

2 dollaz édition, 1992, p.10. la responsabilité du médecin, (j.) Penneau

استئصال الأنسجة ، والخلايا من شخص بالغ حتى من غير رضائه بعقوبة السجن خمس سنوات وغرامة ٥٠,٠٠٠ فرنك.

كما حددت المادة ٧/٦٧٢ من تقنين الصحة العامة، أن عملية استئصال الأنسجة والخلايا لا يمكن أن تتم إلا في مؤسسة صحية على ترخيص إداري قابل للتجديد كل خمس سنوات. كما أن الحصول على ترخيص يتوقف على الإمكانات الفنية (الصحية والطبية) لهذه المؤسسة، وحسن سير العمل فيها المنصوص عليها في مرسوم مجلس الدولة (المادة ٩/٦٧٢ من تقنين الصحة العامة). والقيام بعملية الاستئصال دون الحصول على هذا الترخيص عقوبتها السجن لمدة سنتين وغرامة ٢٠٠٠ فرنك.

وقد نصت المادة ٥/٢١٥١ من تقنين الصحة العامة<sup>١</sup> على أن استيراد الخلايا والأنسجة الجينية أو الأجنة بغرض البحث لا بد أن يكون بترخيص صادر من الوكالة الطبية، وهذا الترخيص لا يمكن أن يمنح إلا إذا كانت

---

1 Article L2151-6 du code de la santé publique, crée par loi no 2004-800 du 6 août 2004 relative au respect du corps humain.

L'importation de tissus ou de cellules embryonnaires ou foetaux aux fins de recherche est soumise à l'autorisation préalable de l'agence de la biomédecine. cette autorisation ne peut être accordée que si ces tissus ou cellules ont été obtenus dans le respect des principes fondamentaux prévus par les articles 16 à 18 du code de la santé publique. L'exportation de tissu ou de cellules embryonnaires ou foetaux aux fins de recherche est soumise aux mêmes conditions que l'importation définie au précédent alinéa. elle est subordonnée en outre à la condition de la participation d'un organisme de recherche français au programme de recherche international.

<http://www.legifrance.gouv.fr?affichcodeArticle.do;jsessionid=>

هذه الأجنة تم الحصول عليها وفقاً للمبادئ الأساسية المنصوص عليها في المادة ١٦ في الثماني فقرات الأولى من التقنين المدني.  
- موقف القانون البريطاني:

أجاز البرلمان البريطاني عام ١٩٩٠ م القيام بالبحوث على الأجنة البشرية، كما أن تقرير هيئة الإخصاب والأجنة البشرية ( HFEA ) في ١٢/٨/١٩٩٨ م، وتقرير مؤسسة روزلين في ١/٨/٢٠٠٠ م طالباً بالموافقة على الإستنساخ البشري للأغراض العلاجية وذلك باستخدام الخلايا الجذعية الجنينية، وهو ما تميل إليه الحكومة البريطانية، منذ سنة ٢٠٠٠ وهذه الفكرة تنطلق من فكرة اللا محدودية ( No Limit ) في البحث العلمي ومجالات المعرفة .

كما تنص المادة ٥/٢١٥١ من قانون الصحة العامة، الخاصة باجراء دراسات أو أبحاث على الخلايا الجذعية الجنينية، على عدم مشروعية الأبحاث والتجارب عندما تتم دون الحصول مسبقاً على الرضا بصورة خطية كما يتم سحب الترخيص أو تعليقه لأنه تم دون الإقبال للمتطلبات القانونية والتنظيمية، أو تلك التي وردت في القانون، ويعاقب مرتكبها بالسجن لمدة سبع سنوات وغرامة قدرها ١٠٠,٠٠٠ مائة ألف استرليني .

1 الخلايا الجذعية أو الخلايا متعددة القدرات -- انترنت :  
<http://samiralgazzar.com/forum/archive/index.php/t94-html.1/2/2012-3AM>

-الخلايا الجذعية لسلمان محمد شناوة انترنت - المرجع السابق.  
2 Article 3 official journal of 22 september 2000 in force I january 2002 , law no.2004-800 august 2004 official journal of 7 August 2004 ; ARTICLE2151-5 of the public Health code , or when this authorization has been withdrawn or suspended , or the consent has been revoked , 2o without complying with the statutory and regulatory requirements or those stated in the authorization ,is punished by seven years imprisonment and affine of € 100,000.

## موقف الولايات المتحدة الأمريكية:

أجازت المعاهد الوطنية للصحة (NIH) في تقريرها الجديد بتاريخ ٢٠٠٠/١١/٢١م استخدام الخلايا الجذعية الجنينية البشرية لأغراض البحث خاصة منها الخلايا الجذعية متعددة القدرات<sup>1</sup>. وفي التاسع من أغسطس عام ٢٠٠١ أعلن الرئيس الأمريكى جورج بوش، أنه يؤيد تمويل أنماط محددة من الأبحاث العلمية المنصبة على اللقائخ الأدمية، طالما كانت هذه الأبحاث تهدف إلى تطوير علاجات جينية وخلوية من شأنها القضاء على العديد من الأمراض المستعصية على الشفاء مثل الزهايمر والشلل الرعاشى، على أن يكون إجراء هذه الأبحاث خاضعا لضوابط وتوجيهات علمية وقانونية وأخلاقية يضعها مجلس مختص أنشئ خصيصاً من ذلك.

وفي فبراير ٢٠٠٣ قرر مجلس الشيوخ<sup>2</sup> حظر الإستنساخ البشرى وحماية بحوث الخلايا الجذعية، أو التعامل مع أى منتج مشتق من جنينين، وبعث أكثر من ٢٠٠ عضو من أعضاء مجلس النواب الأمريكى فى أبريل سنة ٢٠٠٤ للرئيس جورج بوش، رسالة بطلب زيادة عدد خطوط الخلايا الجذعية الجنينية البشرية التى ينبغى أن تكون مؤهلة للحصول على التمويل العام، وبعد ذلك بشهرين، قامت مجموعة من أعضاء مجلس الشيوخ الأمريكى، بإرسال رسالة مماثلة إلى البيت الأبيض، لمحاولة الحصول على تصريح من الرئيس بالموافقة على استخدام الخلايا الجذعية فى البحوث. وبتاريخ ٩ مارس ٢٠٠٩، أصدر الرئيس باراك أوباما الأمر التنفيذى

1 الخلايا الجذعية لسلمان محمد شناوة انترنت - المرجع السابق ، الخلايا الجذعية أو الخلايا متعددة القدرات - انترنت - المرجع السابق.

2 [www.whitehouse.gov/Lnews/release/2001/08/20010809-2-html.10-8-2007](http://www.whitehouse.gov/Lnews/release/2001/08/20010809-2-html.10-8-2007)

3 <http://www.biotech.bioetica.org/d15.htm.22.2.2009.p.1>.

(١٣٥٠٥) بعنوان إزالة الحواجز أمام إشراك المستولين للبحث العلمي على الخلايا الجذعية وأعلن في مؤتمر عزمه على إلغاء الحظر المالي الحكومي الذي فرضه الرئيس السابق جورج بوش، منذ عام ٢٠٠١، على أبحاث الخلايا الجذعية، لأن هذه الأبحاث تبشر بأمل كبير في علاج الكثير من الأمراض المستعصية.

- موقف القانون السويسري<sup>1</sup> :

يؤيد أغلب العلماء السويسريين، فكرة استخدام الخلايا الجذعية الأصلية في أبحاثهم البيولوجية، لمعرفة إمكانية التعامل معها كبديل للخلايا والأنسجة المريضة في حالات مثل السرطان أو الشيخوخة أو استبدال أنسجة العضلات التالفة. وقد نظر البرلمان السويسري في إمكانية السماح للأبحاث على الخلايا الجذعية المأخوذة من أجنة مخزنة من المتبقى في نهاية الإجراءات المساعدة على الإنجاب، إذا كانت مجمدة في سبعة أيام أو أقل، كما أن هذه البحوث لا يمكن أن تكون لأغراض غير تجارية، وأن يكون الغرض الأساسي منها العلاج، وحظر من تخليق أجنة خصيصاً للأغراض البحثية.

- وفي استراليا:

وافقت الحكومة الاتحادية في جوان ٢٠٠١م على إذن موحد يسمح بالإستنساخ العلاجي، عن طريق الخلايا الجذعية البشرية لأغراض البحوث الحيوية الطبية، واستخلاص الخلايا الجذعية من الأجنة المجهضة، ومن المشيمة، ومن أنسجة البالغين<sup>2</sup>.

1 Loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules du 8 octobre 2004, L'Assemblée fédérale de la confédération Suisse, en ligne <http://www.parlament.ch./f/se-schlussabstimmung-01-01-057.pdf>, 15.3.2009.

2 الخلايا الجذعية أو الخلايا متعددة القدرات - أنترنت - المرجع السابق.

## - في كوريا الجنوبية:

خلال شهر يوليو عام ٢٠١١، أعلنت كوريا الجنوبية عن موافقة الإدارة الكورية لسلامة الأغذية والعقاقير الطبية على أول علاج طبي مرخص في العالم بنظام الخلايا، وذلك باستخدام دواء ( هارتيسيلغرام - إيه إم آي ) ( AMI - Hearticellgram ) الذي يعالج ضحايا الأزمات القلبية، والذي تم تطويره بواسطة شركة " إف سي بي - فازميسيل " للأدوية .

## - بعض الدول الأوروبية وبعض المنظمات:

فرقت معظم الدول الأوروبية وبعض المنظمات بين الاستنساخ التكاثري والاستنساخ العلاجي، ففي إيطاليا، والنرويج، وإسبانيا، والبرتغال واليابان والصين والفاتيكان، ومنظمة الصحة العالمية ( WHO ) ومنظمة الصحة العالمية ( UNESCO )، والأمم المتحدة ( ONU )، فهذه الدول، وهذه المنظمات تحظر الاستنساخ التكاثري البشري وتحدد حقوق الإنسان من الأبحاث في هذا المجال البيوتكنولوجي، ولكنها تسمح بالاستنساخ العلاجي وذلك باستنساخ الأجنة البشرية لاستخدامها في البحوث والتجارب الطبية والحيوية والبيولوجية متجاهلة إهلاك الجنين وتدميره .

## - موقف السعودية:

اهتمت المملكة العربية السعودية منذ أمد بالخلايا الجذعية، وكانت بداية الإهتمام في مستشفى الملك فيصل التخصصي في عام ١٩٨٨، وكان ذلك بزراعة خلايا جذعية مستخرجة من نخاع العظم من ذات المريض المحتاج لعملية الزراعة، ثم تطور الأمر لزراعة خلايا جذعية مستخرجة من الدم، وفي عام ٢٠٠٣ استحدث برنامج لزراعة خلايا

- 1 مقال بعنوان: كوريا الجنوبية توافق على أول علاج طبي في العالم مستخلص من الخلايا الجذعية - المرجع السابق.
- 2 الخلايا الجذعية لسلمان محمد شناوة انترنت - المرجع السابق.

جلدية مستخرجة من دم الخجل السرى. وفى عام ٢٠٠٦ فى مستشفى الملك فيصل التخصصى تم إفتح أول بنك فى المنطقة لتخزين وتجميع وحدات من الخلايا الجلدية المستخرجة من دم الخجل السرى، ويعتبر هذا البنك نقلة نوعية فى مجال أبحاث الخلايا الجلدية واستخدامها لعلاج العديد من الأمراض .  
**موقف القانون المصرى:**

نصت المادة الخامسة من القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية على أنه فى جميع الأحوال يجب أن يكون التبرع صادر عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضا، وثابتاً بالكتابة، وذلك على النحو الذى تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

ويجوز نقل وزرع الخلايا الأم من الطفل ومن عديم الأهلية أو ناقصها إلى الأبوين أو الأبناء أو فيما بين الأخوة ما لم يوجد متبرع آخر من غير هؤلاء، وبشرط صدور موافقة كتابية من أبوى الطفل إذا كان كلاهما على قيد الحياة أو أحدهما فى حالة وفاة الثانى، أو من له الولاية أو الوصاية عليه، ومن النائب أو الممثل القانونى لعديم الأهلية أو ناقصها. وفى جميع الأحوال يجوز للمتبرع أو من استلزم القانون موافقته على التبرع العدول عن التبرع حتى ما قبل البدء فى إجراء عملية النقل.

ولا يجوز البدء فى عملية النقل بقصد الزرع إلا بعد إحاطة كل من المتبرع والمتلقى - إذا كان مدركاً - بواسطة اللجنة الثلاثية المنصوص عليها فى المادة (١٣) من هذا القانون بطبيعة عمليتى النقل والزرع، ومخاطبتها المحتملة على المدى القريب والبعيد والحصول على موافقة المتبرع والمتلقى،

- 1 مقال بعنوان الخلايا الجلدية تعيد الأمل للملايين - انترنت - الموقع السابق.  
مقال بعنوان: كوريا الجنوبية توافق على أول علاج طبي فى العالم مستخلص من الخلايا الجلدية - المرجع السابق.
- 2 الجريدة الرسمية العدد ٩ مكرر - فى ٢٠ ربيع الأول سنة ١٤٣١هـ الموافق ٦ مارس ٢٠١٠.



أو نائبه أو ممثله القانوني إذا كان من ناقص الأهلية أو عديمها - بالنسبة للخلايا الأم - وفقاً لما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (٥).

**ثانياً - الموقف الفقهي والأخلاقي من تقنيات الخلايا الجذعية:**

يمكن معالجة الموقف الفقهي والأخلاقي لتقنيات الخلايا الجذعية وفقاً لمصادرها - أو بمعنى آخر - ووفقاً لطريقة الحصول على هذه الخلايا، فالخلايا الجنينية المأخوذة من الجنين الباكر تختلف وفقاً لطريقة الحصول على هذه الخلايا في الموقف الفقهي عن الخلايا الجذعية المأخوذة من البالغين، فليس من الحكمة التعميم في كل المواقف فليس كل الخلايا الجذعية شر مطلق، كما يجادل البعض تصويره، والحقيقة التي لا تقبل الجدل أن هذه التقنيات هي الأمل في علاج الأمراض المستعصية والفتاكة، وأن التقدم في مثل هذه الأبحاث ضرورة حياتية.

لذلك سوف نعرض كل مصدر من مصادر الحصول على الخلايا

الجذعية ثم نبين الموقف الفقهي والأخلاقي منه وذلك على النحو التالي :-

#### ١- الخلايا الجذعية من الأطفال:

الخلايا الجذعية عند الأطفال أكثر وفرة منها في الكبار البالغين، وبالتالي يمكن العثور على أعداد أفضل مما هو لدى البالغين، وإن الحصول على الخلايا من الأطفال يتطلب إذن ولي الأمر، لأن الأطفال إذنهم غير معتبر، وللحصول على الخلايا الجذعية من الأطفال لا بد أن نفرق بين حالتين:

**الأولى:** وهي حالة الحصول على الخلايا الجذعية بوسائل لا تشكل خطورة على الطفل، مثل ما يحدث حالياً من أخذ نقي العظام من طفل لزرعه في أخيه الذي يعاني من سرطان الدم " اللوكيميا " وهو أمر شائع

1 محمد على البار - الخلايا الجذعية والقضايا الأخلاقية والفقهية - المرجع السابق - ص ٩٤٠.

ولا اعتراض عليه ، لأن أخذ نقي العظام من الطفل السليم إذا كان مطابقاً لفصيلة أخيه المريض ينقل حياة أخيه المصاب ، وفي نفس الوقت لا يشكل أي خطر حقيقي على المتبرع .

**والثانية :** وهي حالة الحصول على الخلايا الجذعية بوسائل تشكل خطورة على الطفل وفي هذه الحالة لا يجوز ذلك لأنه يشكل ضرر على الطفل المتبرع ، كما أن إذن ولي الأمر لا يعتد به ، لأنه لا يعتد بإذن ولي الأمر إذا كان النقل يحدث أذى في طفله ، حتى ولو كان لإنقاذ طفل غيره ، إذ لا بد أن يكون في صالح الطفل المتبرع أو على الأقل لا يشكل أي ضرر عليه .

## ٢- الخلايا الجذعية من الأجنة المجهضة ( المسقطه ) :

هناك ثلاث أنواع من الأجنة المجهضة :

### أ- الإجهاض التلقائي :

وهو ما يحدث دون سبب ظاهر ، وينشأ عنه خروج الجنين من الرحم لعدم قدرته على النمو والإستمرار ، وله أسباب عديدة تنشأ نتيجة وجود خلل في البويضة الملقحة - الكروموسومات - أو نتيجة وجود خلل في جهاز المرأة التناسلي ، أو نتيجة أمراض عامة لدى الأم مثل مرض الزهري أو البول السكري لدى الأم . وهو يحدث بنسبة كبيرة في الأسابيع الأولى من الحمل ثم يقل بعد ذلك .

### ب- الإجهاض الطبي أو العلاجى :

وهو ما يحدث بقصد تحقيق مصلحة طبية تتعلق بالمرأة الحامل ، بحيث يصبح الإجهاض ضرورة لازمة للحفاظ على حياتها أو صحتها ، وقد يكون لأسباب صحية تتعلق بالجنين ، كما لو كان به مرض وراثى أو تشويه خطير .

- 1 محمد على البار - اجراء التجارب على الأجنة المجهضة والأجنة المستنبطة - بحث مقدم لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامى - الدورة السادسة - ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م - المجلد الثالث - ص ١٧٩٤ ، ١٧٩٥ .
- 2 منال مروان منجد - الإجهاض فى القانون الجنائى - مرجع سابق - ص ١١٢ .

### ج - الإجهاض المتعمد أو الجنائي:

وهو ما تتدخل الإرادة في إحداثه بحيث يكون إنتهاء الحمل بصورة غير طبيعية، وقد يقع من الحامل نفسها، أو من الغير على الحامل برضاها أو بدون رضاها، وهذا النوع من الإجهاض هو الخاضع لقانون العقوبات<sup>١</sup>. وبما لا شك فيه أن الحصول على الخلايا الجذعية من النوع الأول وهي الأجنة المسقطه تلقائياً أو من النوع الثاني وهي المسقطه بسبب طبي أو علاجي لا تشكل عائقاً أخلاقياً أو شرعياً طالما أنها تمت بموافقة ولي الأمر، ولكن المشكلة تكمن في النوع الأخير وهي الأجنة المسقطه عمداً دون سبب طبي وهذا النوع من الإجهاض لا يميزه جمهور العلماء<sup>٢</sup> وكذلك المجامع الفقهية وبالتالي فإن أخذ الخلايا الجذعية من هذا النوع مرفوض.

وقد صدرت عدة قرارات من مجلس مجمع الفقه الإسلامي حول الاستفادة من استخدام الأجنة مصدراً لزراعة الأعضاء، ومن هذه القرارات:

قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧ - ٢٣ شعبان ١٤١٠ هـ الموافق ١٤ - ٢٠ مارس ١٩٩٠ م، وجاء فيه<sup>٣</sup>:

بعد اطلاعه على الأبحاث والتوصيات المتعلقة بهذا الموضوع الذي كان أحد موضوعات الندوة الفقهية الطبية السادسة المتعقدة في الكويت من ٢٣ - ٢٦ ربيع الأول ١٤١٠ هـ - الموافق ٢٣ - ٢٦ / ١٠ / ١٩٨٩ م. بالتعاون بين هذا المجمع وبين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، قرر:

- 1 منال مروان منجد - الإجهاض في القانون الجنائي - المرجع السابق - ص ١٨.
- 2 سبق الحديث عن هذا الموضوع تفصيلاً عن حكم إجهاض الجنين المشوه.
- 3 على أحمد السالوس - موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والإقتصاد الإسلامي - مكتبة دار القرآن للنشر - الطبعة السادسة ٢٠٠٢ ص ٦٧٩؛ محمد حسين الجيزاني - فقه النوازل - الجزء الرابع - المرجع السابق ص ١٤٩، ١٤٨.

١- لا يجوز استخدام الأجنة مصدراً للأعضاء المطلوب زرعها في إنسان آخر إلا في حالات، وبضوابط لا بد من توافرها:

أ- لا يجوز إحداث إجهاض من أجل استخدام الجنين لزرع أعضائه في إنسان آخر، بل يقتصر الإجهاض الطبيعي غير المتعمد، والإجهاض للعذر الشرعي، ولا يلجأ لإجراء العملية الجراحية لإستخراج الجنين إلا إذا تعينت لإنقاذ حياة الأم.

ب- إذا كان الجنين قابلاً لإستمرار الحياة فيجب أن يتجه العلاج الطبى إلى إستبقاء حياته والمحافظة عليها، لا إلى إستثماره لزراعة الأعضاء.

وإذا كان غير قابل لإستمرار الحياة فلا يجوز الاستفادة منه، إلا بعد موته بالشروط الواردة في القرار رقم ٢٦ (٤/١) لهذا المجمع.

٢- لا يجوز أن تخضع عمليات زرع الأعضاء للأغراض التجارية على الإطلاق.

٣- لا بد أن يسند الإشراف على عمليات زراعة الأعضاء إلى هيئة متخصصة موثوقة والله أعلم.  
فلخص مما سبق:

بأن الحصول على الخلايا الجذعية من الأجنة المسقطه تلقائياً أو بسبب طبى خاص بالأم أو الجنين لا يشكل أى عائق شرعى أو أخلاقى، أما إذا كان الإجهاض متعمداً أو بدون سبب طبى فإن الإجهاض لا يجوز شرعاً أو أخلاقياً.

٢. الخلايا الجذعية من المشيمة والحبل السرى:

الحصول على الخلايا الجذعية من المشيمة أو الحبل السرى لا تمثل أى مشكلة شرعية أو أخلاقية؛ لأنهما بطبيعة الحال سوف يرميان ويتم التخلص منهما.

وقد يرى بعض العلماء أو الأخلاقيين وجوب إذن صاحبة المشيمة أو زوجها، بينما يرى البعض الآخر أنه لا حاجة لمثل هذا الإذن لأن المشيمة والحبل السرى سيرميان على أية حال، والمسألة كلها يسيرة ولا يتصور أن تمتنع الوالدة أو حتى زوجها في أخذ بعض الخلايا من المشيمة أو الحبل السرى، لعدم وجود أى ضرر، ولكن يمكن تصور مطالبتهم بمرود مالي، إذ أن الشركة الدوائية التي ستأخذ هذه الخلايا ستستفيد منها مستقبلاً مادياً.

وقد جاء قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامى لرابطة العالم الإسلامى بشأن هذا الموضوع فى دورته الثالثة عشر المنعقدة بمكة المكرمة التى بدأت يوم السبت ٥ شعبان ١٤١٢ هـ الموافق ١٩٩٢/٢/٨، وقد نظر فى موضوع المشيمة وقرر:

أنه لا مانع من الإنتفاع بها فى الأغراض الطبية، أما الأدوية التى تستخرج من المشيمة وتوخذ عن طريق القم أو الحقن فلا تجوز إلا للضرورة<sup>٢</sup>.

٤- الخلايا الجذعية من البالغين:

لامانع من الناحية الشرعية أو الأخلاقية الحصول على الخلايا الجذعية من البالغين إذا أذنوا بذلك، ولم يحدث ذلك ضرر عليهم، ولكن المشكلة هى أن الخلايا الجذعية من البالغين قليلة ونادرة، ويصعب العثور عليها والتحكم فيها، كما أن بعض الباحثين يشككون فى قدرتها على التشكل وتكوين خطوط عديدة من الخلايا المطلوبة، خاصة أن غالبية الخلايا الجذعية لا تشكل أية أضرار ويمكن استخدامها فى إيجاد بعض الأنسجة مثل الجلد والغضاريف التى يمكن نقلها للمصابين بالحروق أو المحتاجين إلى

- 
- 1 محمد على البار - الخلايا الجذعية والقضايا الأخلاقية. والفقهية - المرجع السابق - ص ٩٤٠.
  - 2 على أحمد السالوس - موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والإقتصاد الإسلامى - المرجع السابق - ص ٧٠١.

الفضاريف فى الأمراض الرئوية، لتحل محل بعض عمليات تغيير المفاصل الصناعية<sup>١</sup>.

٥- الخلايا الجذعية من اللقائح الفائضة من مشاريع أطفال الأنابيب:

تعتبر اللقائح الفائضة من مشاريع أطفال الأنابيب، من أهم المصادر للحصول على الخلايا الجذعية الجنينية، حيث يقوم الأطباء فى البنوك المتخصصة فى ذلك بتحريض المبيض عن طريق عقاقير تعطى للمرأة مثل الكلوبيد، تجعلها تفرز العديد من البويضات فى المرة الواحدة ثم يقوم الطبيب المختص فى الموعد المحدد للإباض بشفط البويضات من المبيض بآلات معينة ووضعها فى طبق تبرى فى سائل خاص وتخصب بحيونات منوية من الزوج أو غيره حسب الحالة، وبعد التخصيب يعزز جزء منها فى الرحم، وتبقى مجموعة أخرى من البويضات تجمد ويحتفظ بها وتسمى بالأجنة الإحتياطية<sup>٢</sup>، وهذه اللقائح سترمى بعد فترة زمنية معينة من التخزين عند عدم الإحتياج إليها تختلف من بلد إلى أخرى حسب المدة القصوى للتخزين.

- الموقف الفقهي من أخذ اللقائح من مشاريع أطفال الأنابيب للحصول على الخلايا الجذعية.

أباح الفقه الإسلامى التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامى فى دورته الثالثة المنعقدة بعمان (الأردن) فى ٨-١٣ صفر ١٤٠٧ هـ / ١١-١٦ أكتوبر ١٩٨٦ م، فى القرار رقم / ٨٦/٧٠ / ٣، ٤ بشأن أطفال الأنابيب، التلقيح الداخلى والتلقيح الإصطناعى الخارجى بشرط أن يكون ذلك بين زوجين، وعلاقة الزوجية ليست منفصلة بموت أو طلاق، وهاتان الطريقتان هما:

- ١ محمد على البار - الخلايا الجذعية والقضايا الأخلاقية والفقهيّة - المرجع السابق - ص ٩٣٩.
- ٢ عطا عبد العاطى السنباطى - بنوك النطف والأجنة - دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى - مرجع سابق - ص ١٢٣.

**أولاً:** أن تؤخذ نطفة من زوج وبويضة من زوجته ويتم التلقيح خارجياً، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

**ثانياً:** أن تؤخذ بادرة الزوج وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها تلقيحاً داخلياً. وأكد المجمع الموقر على الشروط والإحتياجات التي سبق أن ذكرها المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة في ٢٨ ربيع الآخر - ٧ جماد الأول ١٤٠٥ هـ / ١٩ - ٢٨ يناير ١٩٨٥ م بمكة المكرمة .

### الخاتمة

عرضنا فيما سبق تحديد بداية الكائن البشري في مفهوم القانون المدني واستخدمات التكنولوجيا الحيوية، وقد تناولنا الموضوع في مبحث تمهيدى وفصلين، تناولنا في المبحث التمهيدي ماهية التكنولوجيا الحيوية، وخصصنا الفصل الأول منه في تحديد بداية الكائن البشري الجدير بالحماية، وخصصنا الفصل الثاني منه عن فكرة تمتع البويضة الملقحة والخلايا الجذعية بالحماية، ويمكن أن مجمل هنا أهم ما تناولناه في هذا البحث ونتائجه المستخلصة وتوصياته فيما يلي:

### أولاً: أهم النتائج:

١- أدي التطور العلمي أو التقدم في مجال التكنولوجيا الحيوية وعلوم الأحياء إلي تدخل القانون لمواجهة هذا التقدم، لكي يضع حدوده القانونية من حيث فرض الحماية القانونية للحقوق المترتبة علي كشف التقدم العلمي واضعاً في الاعتبار حماية الكائن البشري.

---

1 على أحمد السالوس - موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والإقتصاد الإسلامي - المرجع السابق - ص ٦٧٠.

٢- لا تعارض بين القانون والطب، بل التعاون بينهما وثيق، فإذا كان الطب يقدم الأمل فالقانون يقدم الحماية، وأنه كلما كانت النتائج التي يتوصل إليها العلم محققة لمصلحة الإنسان كلما حدث التقارب بينهما.

٣- أن الهندسة الوراثية خصوص من عموم ما يعرف بالتكنولوجيا الحيوية، أو البيوتكنولوجيا، وهى تقانات حيوية تهدف إلى كيفية تسخير معارف العلوم الحياتية، وتطبيقاتها فى الكائنات الحية بطريقة صناعية وتكنولوجية، ومن العسير الفصل الدقيق بين المفهومين، الخاص "الهندسة الوراثية" والعام "التكنولوجيا الحيوية"....

٤- من الحقائق العلمية الثابتة الآن أن حياة الإنسان تبدأ منذ الحمل وليس من وقت الولادة فقد اكتشف العلماء أن الجنين ينام ويحلم ويلعب بجبله السرى ويسمع ويستجيب للضوء، فالحياة تبدأ من وقت التقاء منى الرجل وبويضة المرأة والتحامهما وصورتهما خلية. كما أن هناك استقلالية بين شخصية الأم وشخصية الجنين، وكل منهما يتمتع بحقوق مستقلة عن الآخر.

٥- إذا كان الأصل أنه لا يجوز الإجهاض من أجل المحافظة على مصلحة الجنين فى الحياة وأن يولد معافوً بدنياً ونفسياً، من ثم لا يجوز الخروج عن هذا الأصل إلا إذا كانت هناك مصلحة اجتماعية ترجح على هذه المصلحة وأجدر بالحماية من مصلحة المحافظة على حياته وهى مصلحة الأسرة والمجتمع فى أن يكون أبناؤهم غير معاقين بدنياً أو عقلياً، ومصلحة الجنين نفسه فى أنه لا يولد معاقاً يستحيل معه إمكانية حياته السوية داخل المجتمع. ومع اختلاف فقهاء الشريعة والقانون والتشريعات المختلفة حول مدى إمكانية إجهاض الجنين المشوه من عدمه، فإنه إذا كانت نسبة تشوه الجنين ليست خطيرة وقابلة للعلاج ويمكن للجنين العيش مع وجود تلك التشوهات فلا



يجوز إسقاط الجنين في هذه الحالة. أما إذا كان تشوه الجنين خطير وغير قابل للعلاج ولا يمكن له العيش، أو في بقاءه الأماماً عليه وعلى أهله وأنه عضو غير نافع في المجتمع فعندئذ يجوز إجهاض الجنين المشوه قبل مضي مائة وعشرون يوماً من بدء الحمل. وهذا ما اختاره عدد كبير من العلماء والفقهاء المعاصرين.

٦- يجوز الانتفاع بالخلايا الجذعية الجنينية الساقطة التي لم تنفخ فيها الروح بعد، سواء في زراعة الأعضاء أو الأبحاث والتجارب العلمية والمعملية، وفقاً للضوابط القانونية والشرعية التي تركز على ضرورة الموازنة بين المفاسد والمصالح.

كما أنه ليس هناك ما يمنع من الحصول على الخلايا الجذعية من الحبل السري أو المشيمة، وأيضاً من الجنين الميت والانتفاع بها لعلاج الأمراض المستعصية، وفقاً للضوابط القانونية والشرعية في نقل الأعضاء من جثث الموتى.

كما يجوز استخدام الخلايا الجذعية الموجودة في الإنسان البالغ، إذا كان أخذها لا يشكل ضرراً عليه، وأمكن تحويلها إلى خلايا لعلاج شخص مريض، وكان هذا الاستخدام يحقق مصلحة كزراعة الأعضاء أو الانسجة أو الخلايا.

### ثانياً: التوصيات:

١- أناشد المشرع ضرورة التدخل لصياغة تشريعات يبو أخلاقية جديدة لتحديد الضوابط القانونية والشرعية والأخلاقية والإنسانية للبحوث العلمية والتجارب الطبية على الكائن البشري، بما فيها استخدام الخلايا الجذعية في المعالجة، وتجارب البيوتكنولوجيا وكذا العمليات الجراحية التجريبية غير المسبوقة المغايرة للممارسة والعرف الطبي. فلا بد من إحاطة استخدام البحوث العلمية والتجارب الطبية المرتبطة باستخدام الخلايا الجذعية بسياج متين من الحماية القانونية والشرعية

والأخلاقية، بأن يكون هذا على جدول أو لويات رجال القانون،  
وفقهاء الشريعة الإسلامية، فإن حماية الجسم البشري هي حماية  
يحيطها القانونيين بنطاق من الحقوق والضمانات، فيجب ألا تتعدى  
الثورة الطبية والبيولوجية الحديثة المبادئ القانونية والشريعة  
والأخلاقية.

٢- أو صى السادة الأطباء باستشعار مبدأى الكرامة الإنسانية  
والأخلاقية، واللذان يعلو المسئولية القانونية، فهى مسئولية الضمير  
الإنسانى أمام الله تعالى، وخاصة فى سبيل العلاج باستخدامات  
التكنولوجيا الحيوية.

### المراجع

أولاً: المراجع العربية:

١- المراجع الشرعية

أ- كتب الحديث:

صحيح مسلم بشرح النووي - المطبعة المصرية بالأزهر - الطبعة الأولى -  
سنة ١٣٤٨هـ - ١٩٣٠م

فتح البارى بشرح صحيح البخارى للإمام الحافظ بن حجر العسقلانى -  
المطبعة البهية المصرية - سنة ١٣٤٨هـ .  
ب- فقه هام:

إحياء علوم الدين، للإمام أبو حامد الغزالى، الجزء الرابع، طبعة دار مصر  
للطباعة، ١٩٩٨..

ج- فقه المذاهب:

١- المذهب الحنفى:

حاشية بن عابدين - المسماة رد المختار على الدر المختار - شرح تنوير  
الأبصار للعلامة محمد أمين الشهير بأبى عابدين - دار إحياء التراث العربى  
- الطبعة الثانية ١٩٨٧.

## ٢. المذهب المالكي

المنقى - شرح موطأ الإمام مالك - طبعة دار السعادة بمصر ١٣٢٣ هـ.  
حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل - الناشر دار  
الفكر بيروت - ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م.

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، العلامة شمس الدين الشيخ  
محمد عرفة الدسوقي - طبعة المطبعة الأزهرية بمصر سنة ١٣٤٥ هـ.

## ٣. المذهب الشافعي:

روضة الطالبين - للإمام أبي زكريا النووي - الجزء الأول - دارعالم  
الكتب للطباعة والنشر، الرياض - المملكة السعودية - طبعة ١٤٢٣ هـ  
٢٠٠٣ م.

## ٤. المذهب الحنبلي:

الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل  
لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي المتوفى سنة ٨٨٥ هـ -  
دار إحياء التراث العربي - ط الثانية ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م.

## د - مراجع شرعية حديثة:

علي أحمد السالوس:

موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي - مكتبة دار  
القرآن للنشر - الطبعة السادسة ٢٠٠٢.

محمد علي البار:

- الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء - دارالقلم  
دمشق - الطبعة الأولى ١٤١٤ هـ / ١٩٩٤ م.

- الإجهاض في الفقه الإسلامي - دارالقومية العربية للثقافة والنشر -  
ط الأولى ١٤١٥ هـ ١٩٩٥ م.

و- الأبحاث والمجلات والندوات الشرعية:

بدر المتولي عبد الباسط:

بداية الحياة الإنسانية - بحث مقدم لندوة الحياة الإنسانية - بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي المنعقدة بتاريخ ٢٤ ربيع الآخر ١٤٠٥ هـ الموافق ١٥ يناير ١٩٨٥.

حسان حتحوت:

- بداية الحياة الإنسانية - بحث مقدم لندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي المنعقدة بتاريخ ٣٤ ربيع الآخر ١٤٠٥ هـ الموافق ١٥ يناير ١٩٨٥ - سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية.

عبد القادر بن محمد العماري:

بداية الحياة - بحث مقدم لندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي المنعقدة بتاريخ ٣٤ ربيع الآخر ١٤٠٥ هـ الموافق ١٥ يناير ١٩٨٥ - سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية.

محمد المختار السلامي:

- بداية الحياة الإنسانية - بحث مقدم لندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي - سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ١٤٢٠ هـ / ٢٠٠٠ م.

محمد علي البار:

- الخلايا الجذعية والقضايا الأخلاقية - بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون - كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة - في الفترة من ٥ - ٧ مايو ٢٠٠٢ الجزء الثالث.

- إجراء التجارب على الأجنة المجهضة والأجنة المستنبطة - بحث مقدم لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي - الدورة السادسة - ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م - المجلد الثالث.

محمد نعيم ياسين :

- الإجهاض بين القواعد الشرعية والمعطيات الطبية - بحث مقدم  
لأعمال ندوة الإنجاب فى ضوء الإسلام - المعقدة بتاريخ ١١ شعبان  
١٤١٣ هـ الموافق ٢٤ مايو ١٩٨٣ - سلسلة مطبوعات منظمة الطب  
الإسلامى .

٢- المراجع القانونية

١- الكتب القانونية:

توفيق حسن فرج:

المدخل للعلوم القانونية - الدار الجامعية الإسكندرية - ١٩٨٨ .

حسام الدين الأهوانى:

المدخل للعلوم القانونية - ج ٢ طبعة ١٩٩٩ .

حسن كبيرة:

المدخل للقانون - الطبعة الخامسة - منشأة المعارف - إسكندرية -

بدون سنة نشر.

حسن محمد ربيع:

الإجهاض فى نظر المشرع الجنائى - دار النهضة العربية - ١٩٩٥ .

رؤوف عبيد:

جرائم الاعتداء على الاشخاص والاموال - دار الفكر العربى - ١٩٨٥ .

د/عبد المنعم البدرأوى:

المدخل للعلوم القانونية - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٦١ م.

عبد المهيمن بكر:

القسم الخاص فى قانون العقوبات - الطبعة السابعة - دار النهضة

العربية - ١٩٧٧ .

عبد الواحد محمد الفار:

قانون حقوق الإنسان في الفكر الوضعي والشريعة الإسلامية - ط  
١٩٩١ - دار النهضة العربية.

عزت السيد البرعى:

حماية حقوق الإنسان في ظل التنظيم الدولي الاقليمي - دار النهضة  
العربية - ١٩٨٥ م.

عمر السعيد رمضان:

- شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - دار النهضة العربية ١٩٨٦.  
عوض محمد عوض:

- جرائم الأشخاص والأموال - دار المطبوعات الجامعية - بدون سنة  
نشر.

محسن البيه:

نظرية الحق - مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة - بدون سنة نشر.  
د/ محمد حسين منصور:

- نظرية الحق - دار الجامعة الجديدة - طبعة ٢٠٠٤.  
محمد عيد الغريب:

- التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدي للإنسان "دراسة  
مقارنة" - مطبعة وهبة حسان القاهرة - الطبعة الأولى ١٩٨٩.

محمود نجيب حسنى:

- شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - دار النهضة العربية -  
جرائم الاعتداء على الاشخاص - ١٩٨٨.

نعمان خليل جمعة:

دروس في نظرية الحق - طبعة ١٩٧٥ - بدون دار نشر.

## ب- المؤتمرات والأبحاث والندوات:

أحمد حسام تمام:

الحماية القانونية لاستخدامات تقنيات الهندسة الوراثية في الجنس البشري  
في التشريع الفرنسي - بحث مقدم للمؤتمر السنوي العاشر لكلية الحقوق  
جامعة المنصورة - بعنوان الجوانب القانونية والاقتصادية والشرعية  
لاستخدامات تقنيات الهندسة الوراثية في الفترة من ٢ - ٣ أبريل ٢٠٠٦.

السيد محمود عبدالرحيم مهران:

احكام تقنيات الوراثة الهادفة إلى تعديل الخصائص الوراثية في الإنسان  
- بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون - كلية  
الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربي المتحدة - في الفترة ما بين  
٥ - ٧ مايو ٢٠٠٢ المجلد الأول.

عبدالعزیز السعيد البيومي:

أساسيات الوراثة والهندسة الوراثية - بحث مقدم لأعمال ندوة نظمت من  
طرف المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة (إيسيسكو) بالاشتراك مع  
جمعية الدعوة الإسلامية العالمية ويتعاون مع كلية العلوم - جامعة قطر  
- تحت عنوان "الانعكاسات الأخلاقية للأبحاث المتقدمة في علم الوراثة"  
في الفترة من ٢١ - ٢٣ شعبان ١٤١٣ هـ / ١٣ - ١٥ فبراير ١٩٩٣.

عبد العزیز مخيمر عبد الهادي:

- مشروع القانون المصري في شأن السلامة الإحيائية في مجال استخدام  
الهندسة الوراثية - بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي العاشر لكلية  
الحقوق جامعة المنصورة - بعنوان "الجوانب القانونية والاقتصادية  
والشرعية لاستخدامات تقنيات الهندسة الوراثية" - في الفترة من ٢ -  
٣ أبريل ٢٠٠٦ م بالقاهرة.

- الهندسة الوراثية والإستنساخ الجينى البشرى - بحث مقدم لمؤتمر  
الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون - كلية الشريعة والقانون -  
جامعة الإمارات العربي المتحدة - فى الفترة ما بين ٥ - ٧ مايو  
٢٠٠٢ - المجلد الرابع.

نزيه الصادق المهدي:

- المسئولية العقدية والتقصيرية الناشئة عن استخدام الهندسة الوراثية -  
بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون - كلية الشريعة  
والقانون - جامعة الإمارات العربي المتحدة - سابق الإشارة إليه -  
المجلد الثالث.

د. المراجع العلمية:

أحمد مستجير:

- قراءات فى كتبنا الوراثية - سلسلة إقرأ - مؤسسة دار المعارف  
للنشر - القاهرة - العدد ٦٤٣ - ١٩٩٩ م.

صالح عبدالحميد قنديل:

التقنية الحيوية فى حياتنا المعاصرة - سلسلة الكتب الثقافية رقم ٤ مركز  
بحوث كلية العلوم جامعة القاهرة ١٤٢٨ هـ.

عبد الباسط محمد الجمل:

- حكاية الإستنساخ - سلسلة العلم والحياة ١٠٧ - الهيئة المصرية  
العامة للكتاب - ١٩٩٨

- موسوعة تكنولوجيا الحامض النووى فى مجال الجريمة - بصمة  
الحامض النووى - المفهوم والتطبيق - الجزء - دار الفكر العربى -  
٢٠٠٦ م.

محمد السيد عبد السلام:

التكنولوجيا الحديثة والتنمية الزراعية - الناشر سلسلة عالم المعرفة،  
رقم ٥٠ الكويت - طبعة ١٩٨٢.



ثانياً المراجع الأجنبية:

١- المراجع باللغة الفرنسية:

**Penneau (Jean)**

dollaz edition,1992. la responsabilité du médecin ,

L'être humain ; in le droit de jean – marc royx , un sujet toujours en- quête de son personnage la biologie humaine , vieux débats , non veaux enjeux , édition ellipse , 2000.

٢- المراجع باللغة الإنجليزية:

**Bovbjerg(RandallR.)**

"Grafting perspective in health law –organ transplantation atool for teaching " journal of legal education , no53, 1989.

**Casy (denise k)**

what can the new gene tests tell us?(oct.1997), the judges , journal of the American bar association – summer 1997- vol. 36:30.

ثالثاً المواقع الإلكترونية:

<http://www.gcc-legal.org/mojportal>

<http://L.taifvbL.showtread.php>

[www.ahram.org.eg/archive/2007/4/14](http://www.ahram.org.eg/archive/2007/4/14)

[http://www.seha.com/misc/stem cells 1/2/2012.](http://www.seha.com/misc/stem_cells_1/2/2012)

[//www.albahethon.com-1/2/2012.](http://www.albahethon.com-1/2/2012)

[http://drkamalfahmy.blogspot.com.1/2/2012-2:49AM.](http://drkamalfahmy.blogspot.com.1/2/2012-2:49AM)

<http://www.legifrance.gouv.fr?affichcodeArticle.do;jsessionid>

<http://samiralgazzar.com/forum/archive/index.php/t94-html1/2/2012-3AM>

[www.whitehouse.gov/Lnews/release/2001/08/20010809-2-html.10-8-2007.](http://www.whitehouse.gov/Lnews/release/2001/08/20010809-2-html.10-8-2007)

<http://www.biotech.bioetica.org/d15.htm.22.2.2009.,p.1>

<http://www.parlament.ch./f/se-schlussabstimmung-01-01-057.pdf,15.3>

## فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٢٣٥	المقدمة
٢٣٦	إشكاليات البحث
٢٣٦	منهج البحث
٢٣٧	نطاق البحث
٢٣٧	أهمية البحث
٢٣٧	خطة البحث
٢٣٨	<b>المبحث التمهيدي</b>
٢٣٨	مفهوم التكنولوجيا الحيوية والهندسة الوراثية
٢٣٨	المطلب الأول: ماهية التكنولوجيا الحيوية
٢٤٢	المطلب الثاني: الهندسة الوراثية والكائن البشري
٢٤٥	<b>الفصل الأول</b>
٢٤٥	بداية الشخصية القانونية للكائن البشري
٢٤٥	المبحث الأول: نطاق الحماية القانونية للكائن البشري
٢٤٦	المطلب الأول: ماهية الكائن البشري
٢٤٨	المطلب الثاني: حماية الكائن البشري في التشريعات المقارنة
٢٥١	المبحث الثاني: نطاق الحماية القانونية للجنين
٢٥٢	المطلب الأول: تحديد ماهية الجنين
٢٥٨	المطلب الثاني: المسؤولية عن الأضرار التي تصيب الجنين
٢٧٢	<b>الفصل الثاني</b>
٢٧٢	فكرة تمتع البويضة الملقحة والخلايا الجذعية بالحماية
٢٧٢	المبحث الأول: نطاق تمتع البويضة الملقحة بالحماية
٢٧٤	المطلب الأول: نطاق تمتع البويضة الملقحة بالحماية القانونية
٢٧٧	المطلب الثاني: نطاق تمتع البويضة الملقحة بالحماية في الشريعة الإسلامية

الصفحة	الموضوع
٢٨٣	المبحث الثاني: نطاق تمتع الخلايا الجذعية بالحماية
٢٨٥	المطلب الأول: المقصود بالخلايا الجذعية وأنواعها
٢٨٧	المطلب الثاني: الموقف التشريعي والفقهى والأخلاقي من تقنيات الخلايا الجذعية
٣٠١	الختام
٣٠١	أولاً: أهم النتائج
٣٠٣	ثانياً: التوصيات
٣٠٤	المراجع

---

---

**حق حامل الصكوك الإسلامية  
في الربح الناشئ عنها  
"دراسة قانونية"**

---

---

**د/ آلاء يعقوب يوسف**

**أستاذ مشارك في القانون التجاري  
كلية القانون - جامعة الشارقة**

---

---

## حق حامل الصكوك الإسلامية في الربح

الناشئ عنها "دراسة قانونية"

د/ آء يعقوب يوسف

أستاذ مشارك في القانون التجاري

كلية القانون - جامعة الشارقة

---

---

بسم الله الرحمن الرحيم

### مقدمة

تعد الصكوك الإسلامية اليوم واحدة من أهم أدوات التمويل والاستثمار، وعلى الرغم من أنها نشأت كمنتج مصرفي إسلامي لتكون بديلاً عن سندات القرض التقليدية، إلا أن ما تحمله من مزايا ساهم في تبنيتها وانتشارها كمنتج مالي عالمي التطبيق، فلم يعد نطاق تطبيقها قاصراً على الدول والمصارف الإسلامية بل امتد إلى دول أخرى تطبق بشكل رئيس النظام المالي العالمي.

ولعل من أهم خصائص الصكوك الإسلامية أن عائدها إنما يقوم على استثمار حقيقي لحصيلتها. فقيمة الصكوك التي يؤديها المكتتبون فيها عند الاكتتاب تكون إنما لموجودات معينة يمتلكها هؤلاء المكتتبون. ويتم استثمار هذه الموجودات، أياً كانت طبيعتها أعياناً أو منافع أعيان أو خدمات أو ديون أو نقود أو خليط من ذلك، في عمل تجاري معين. ويستحق حاملو الصكوك المالكين لتلك الموجودات ثمار استثمارها، فلهم ربحها أو غنمها، مثلما عليهم أن يتحملوا غرمها في حال آل استثمارها إلى خسارة أو نقص في قيمتها.

إن الخصيصة المتقدمة ، التي تمثل في الوقت ذاته إحدى أهم مزايا الصكوك الإسلامية ، هي الهدف من إصدارها والهدف من الاكتاب فيها. فمصدر الصكوك يحتاج الى تمويل مشروع معين وهدفه من هذا المشروع تحقيق الربح ، والمكتتبون في الصكوك هدفهم الحصول على الربح على أن يكون ربحاً مشروعاً وفقاً لصيغة استثمار متوافقة مع الشريعة الإسلامية. لكل ذلك كان عائد الصكوك الإسلامية هو جوهر تلك الصكوك ، الأمر الذي يدعو الى بيان أحكامه وتنظيمه.

وبالنظر لتعدد جوانب الصكوك الإسلامية حيث إن لها جانباً شرعياً وجانباً قانونياً وجانباً مالياً واقتصادياً ، فإن البحث في العائد أو الربح المتوقع والمأمول من تلك الصكوك يستوجب البحث في تلك الجوانب المتعددة ، ولعل مبدأ ذلك البحث يكون في أحكامها الشرعية ، إذ أن أية أحكام أخرى قانونية أو اقتصادية يتعين أن تكون متوافقة مع تلك الأحكام الشرعية وسنداً لها ، عليه فقد تصدى مجمع الفقه الاسلامي الدولي لوضع قرارات تنظم أحكام الصكوك الإسلامية في جوانبها المتعددة ، كذلك فعلت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية حيث أصدرت عدداً من المعايير الشرعية لبيان أحكام الصكوك الإسلامية لعل من أهمها المعيار الشرعي السابع عشر الخاص بصكوك الاستثمار. إلا أن هذا الرصيد الفقهي لا يقابله رصيد قانوني في تنظيم أحكام الصكوك الإسلامية ، لا سيما في دولة الإمارات العربية المتحدة على الرغم من كونها من الدول الرائدة في تطبيق الصكوك الإسلامية واعتمادها أداة تمويل. إذ لا يتعدى التنظيم القانوني نطاق القانون الفرعي المتمثل بالأنظمة الصادرة عن هيئة الأوراق المالية والسلع مثل نظام الصكوك المرقم (١٦) لعام ٢٠١٤ ، وأغلب الأحكام الواردة فيه تتعلق بإجراءات إصدار الصكوك الإسلامية وإدراجها في سوق الأوراق المالية المرخص في الدولة من قبل الهيئة دون أن تتضمن أحكاماً موضوعية. كما صدر عن سوق دبي المالي معيار لإصدار

وتملك وتداول الصكوك، وهذا المعيار على الرغم من تضمنه أحكاماً موضوعية مهمة إلا أنه لا يعدو كونه من ناحية التكييف القانوني نظاماً داخلياً يتحدد نطاق تطبيقه في سوق دبي المالي. عليه فإن البحث في الجوانب القانونية وتقصي أحكام الصكوك الإسلامية يحظى بأهمية بالغة في المرحلة الراهنة.

**مشكلة البحث:**

يتناول البحث حقاً مهماً من حقوق حاملي الصكوك الإسلامية وهو الحق في العائد أو الربح الناشيء عنها، وهو الباعث من اقتنائها. وتتمثل مشكلة البحث والدافع وراء اختيار هذا الحق موضوعاً هو الفراغ التشريعي وقصور التنظيم القانوني لأحكام الصكوك الإسلامية بشكل عام، والحق في الربح بشكل خاص. فهليعدّ الركون إلى الأحكام الشرعية التي وردت في قرارات مجمع الفقه الاسلامي الدولي والمعايير الشرعية كافياً وأساساً لحل أي نزاع قضائي يثار بشأن هذا الحق؟ وما حكم المسائل الخلافية وكيف يمكن للقاضي حسمها؟ هذه الأسئلة وغيرها تعكس الحاجة إلى تنظيم قانوني يمثل سنداً للقاضي ومرجعاً للطرفين يضاف إلى المرجع الفقهي الذي لا غنى عنه.

#### **أهداف البحث:**

يتمثل الهدف الرئيس للبحث في الإجابة على الأسئلة المهمة الآتية:

١- ما هو المركز القانوني لحامل الصكوك الإسلامية؟ وكيف يتحدد

في ضوء هذا المركز حقه في الربح؟

٢- ما هي الأحكام القانونية التي تسري على الاتفاق على توزيع

الربح بين مصدر الصكوك وحاملها؟ وما هي الأحكام المتبعة

عند عدم وجود اتفاق على ذلك؟

٣- إلى أي مدى يمكن الرجوع إلى أحكام القواعد العامة الواردة في قانون الشركات أو قانون المعاملات المدنية بشأن تحديد الربح أو توزيعه؟

٤- ما حكم الوسائل القانونية التي تقدم ضماناً لحاملي الصكوك الإسلامية فيما يتعلق بدوام توزيع الربح طوال مدة المشروع؟  
**منهج البحث:**

فضلاً عن المنهج الوصفي الذي لا غنى عنه في أي دراسة قانونية لبيان المفاهيم وعرضها، يقوم البحث على المنهج الاستقرائي أو التأصيلي الذي يهدف إلى رد الجزئيات إلى أصول كلية ووضع قاعدة قانونية تطبق على جزئيات متعددة، بالنظر لغياب التشريع القانوني بشأن الحق في الأرباح في الصكوك الإسلامية. كما لا يغيب عن البحث المنهج التحليلي وميدانه تحليل الأحكام القانونية الواردة في القواعد العامة وبيان مدى ملاءمتها للتطبيق على الحق في الأرباح في الصكوك الإسلامية.  
**خطة البحث:**

لتحقيق أهداف البحث تم تقسيمه إلى مباحث ثلاثة على النحو الآتي:

**المبحث الأول:** المركز القانوني لحاملي الصكوك الإسلامية.

**المبحث الثاني:** مفهوم الحق في الربح وكيفية تحديده.

**المبحث الثالث:** الأساليب القانونية لضمان توزيع الربح المتوقع على حاملي الصكوك الإسلامية خلال مدة المشروع.

### **المبحث الأول**

#### **المركز القانوني لحاملي الصكوك الإسلامية**

يعد تحديد المركز القانوني لحاملي الصكوك الإسلامية حجر الزاوية في التعرف على حقهم في الربح الناشئ عنها في مواجهة الأطراف المتعددة التي تتدخل في عملية إصدار الصكوك الإسلامية والتعامل بها. ويتطلب



تحديد المركز القانوني لحاملي الصكوك الإسلامية تحديد مفهوم هذه الصكوك، وخصائصها، والتعرف على الأطراف المتعددة التي يرتبط حاملو الصكوك الإسلامية بعلاقات قانونية معها، وينبغي على ذلك التمييز بين المركز القانوني لحاملي الصكوك الإسلامية والمركز القانوني لحاملي الأسهم في شركات المساهمة من جهة، والمركز القانوني لأصحاب سندات القرض من جهة أخرى.

بناءً على ما تقدم فقد تم تقسيم البحث الأول إلى مطالب ثلاثة، يتناول الأول تعريف الصكوك الإسلامية وخصائصها، ويبحث الثاني في هيكل الصكوك الإسلامية وموقع حامل الصك فيه، بينما ينصب المطلب الثالث على تمييز المركز القانوني لحاملي الصكوك الإسلامية عن المراكز القانونية التي تشبهه به.

### المطلب الأول

#### تعريف الصكوك الإسلامية وخصائصها

تناول الفقه فضلاً عن بعض التشريعات تحديد المقصود من الصكوك الإسلامية، والتعريفات بمجملها توضح أهم خصائص تلك الصكوك. وهو ما نبينه في الفرعين الآتيين.

### الفرع الأول

#### تعريف الصكوك الإسلامية

الصكوك الإسلامية هي أوراق مالية الهدف الرئيس من إصدارها هو تمويل المشروعات، فهي وسيلة من وسائل التمويل، ولعل أهم ما يميزها أنها متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، إذ ينبغي أن تكون هذه الصكوك متوافقة مع الشريعة الإسلامية في كل مراحلها بدءاً من إصدارها واستثمار حصيلتها وتوزيع عائدها مروراً بتداولها وحتى انتهائها وإطفاء قيمتها.

بناء على ذلك فإن تعريف الصكوك الإسلامية يظهر في الغالب تلك العناصر، سواء كان تعريفاً تشريعياً أو تعريفاً فقهيّاً.

ولأن الصكوك الإسلامية منتج إسلامي فإن أول من تصدى لتعريفها المؤسسات الإسلامية. فقد عرفها مجمع الفقه الإسلامي على أنها: "... وثائق أو شهادات مالية متساوية القيمة تمثل حصصاً شائعة في ملكية موجودات ( أعيان أو منافع أو حقوق أو خليط من الأعيان والمنافع والنقود والديون ) قائمة فعلاً أو سيتم إنشاؤها من حصيلة الاكتتاب، وتصدر وفق عقد شرعي وتأخذ حكمه".<sup>1</sup>

أما هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية فقد أصدرت المعيار الشرعي المرقم ١٧ من المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية بخصوص صكوك الاستثمار، وفي مادته الثانية عرفت صكوك الاستثمار بأنها: "... وثائق متساوية القيمة تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات أو في موجودات مشروع معين أو نشاط استثماري خاص، وذلك بعد تحصيل قيمة الصكوك وقفل باب الاكتتاب وبدء استخدامها فيما أصدرت من أجله.

وتعرف هذه الصكوك في هذا المعيار بالصكوك الاستثمارية تمييزاً لها عن الأسهم وسندات القرض".<sup>2</sup>

وعرفها مجلس الخدمات المالية الإسلامية بأنها: "الصكوك جمع صك ويشاز لها عادة " بسندات إسلامية"، وهي شهادات. ويمثل كل صك حق ملكية لنسبة مئوية شائعة في موجودات عينية، أو مجموعة

---

1 قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ١٧٨ بشأن الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها.

2 المعيار الشرعي ١٧ بشأن صكوك الاستثمار، صادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، متاح على الموقع: <http://islamselect.net/mat/93287>

مختلطة من الموجودات العينية وغيرها، وقد تكون الموجودات في مشروع محدد أو نشاط استثماري معين وفقاً لأحكام الشريعة...<sup>1</sup>.

وقد تلت بعض التشريعات العربية المؤسسات الإسلامية في تنظيمها للصكوك الإسلامية وفي وضع تعريف لها.

فالصكوك الإسلامية معرفة في المادة الثانية من قانون صكوك التمويل الإسلامي الأردني رقم ٣٠ لسنة ٢٠١٢ على أنها: " وثائق متساوية القيمة تمثل حصصاً شائعة في ملكية المشروع تصدر بأسماء مالكيها مقابل ما يقدمون من أموال لتنفيذ المشروع واستغلاله وتحقيق العائد لمدة محددة نشرة الإصدار وفق مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها..".

ويعرفها قانون الصكوك الإسلامية المصري رقم ١٠ لسنة ٢٠١٣ في المادة الأولى منه على أنها: " ... أوراق مالية اسمية متساوية القيمة، تصدر لمدة محددة أو غير محددة على أساس عقد تمويل شرعي بالجنيه المصري أو بالعملات الأجنبية عن طريق الاكتتاب العام أو الخاص وتمثل حصصاً شائعة في ملكية موجوداتها وفقاً لما تحدده نشرة الإصدار".

أما قانون الصكوك الإسلامية التونسي رقم ٣٠ لسنة ٢٠١٣ فيعرف الصكوك الإسلامية في المادة الأولى منه على أنها: " ... أوراق مالية قابلة للتداول تمثل حصصاً شائعة ومتساوية القيمة في ملكية موجودات قائمة فعلاً أو سيتم إنشاؤها من أعيان أو منافع أو خدمات أو حقوق أو خليط من الأعيان والمنافع والخدمات والنقود والديون من حصيلة الاكتتاب

---

1 مجلس الخدمات المالية الإسلامية، متطلبات كفاية رأس المال للصكوك، والتصكيك والاستثمارات العقارية، يناير ٢٠٠٩، ص ١١، متاح في الموقع: <http://www.kantakji.com/media/9375/%D9%85%D8%AA%D8%B7%D9%84%D8%A8%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84%D9%83%D9%81%D8%A7%D9%8A%D8%A9.pdf>

آخر زيارة للموقع بتاريخ ٢٠١٦/٧/١٠.

وتصدر في إطار عقد وفق المعايير الشرعية وعلى أساس قاعدة الغنم بالغرم".

أما قانون صكوك التمويل السوداني الصادر عام ١٩٩٥ فيميز في التعريف بين صكوك الاستثمار وصكوك التمويل ليعطي للأخيرة مفهوماً أوسع بحيث تعد صكوك الاستثمار صورة من صور صكوك التمويل. حيث ورد في المادة الثانية من هذا القانون ما نصه:

"في هذا القانون ما لم يقتض السياق معنى آخر: ... صكوك الاستثمار: يقصد بها الصكوك التي تصدر وفق صيغ التمويل الإسلامي وتستخدم في أغراض استثمارية.

صكوك التمويل: وتشمل: أ- صكوك الاستثمار. ب- صكوك القرض. ج- الصكوك الخيرية.

الصك الخيري: يقصد به الوثيقة التي يتم بموجبها دفع مبلغ من المال بواسطة المكتب به تبرعاً.

صك القرض: يقصد به الوثيقة التي يدفع بموجبها المكتب المال متبرعاً بمنفعته لأجل مضروب على أن يسترد مثل أصله عدداً ونوعاً وصفة.

صك المضاربة: يقصد به الوثيقة محددة القيمة التي تصدر بأسماء مالكيها مقابل الأموال التي قدموها بقصد تنفيذ مشروع استثماري ويكون قابلاً للتداول وفق أحكام هذا القانون".

أما في دولة الإمارات العربية المتحدة فلم يُسن فيها تشريع خاص بالصكوك الإسلامية<sup>1</sup>، وإنما ورد تنظيم جوانب معينة منها في نظام الصكوك

1 جدير بالإشارة أنه ورد مصطلح الصكوك باعتبارها ورقة مالية في قانون الشركات التجارية رقم ٢ لسنة ٢٠١٥، إلا أن هذا القانون لم يحدد في نصوصه ما إذا كانت تلك الصكوك صكوكاً إسلامية أم لا، حيث لم يشر إلى أنها تصدر متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، بل على النقيض من ذلك يقرها في =

الصادر عن هيئة الأوراق المالية والسلع برقم (١٦) لسنة ٢٠١٤ وهو قانون فرعي تناول بالتنظيم بشكل رئيس أحكام إدراج الصكوك الإسلامية في السوق المالي وقواعد تداولها فيه. ووفقاً للنظام المذكور تُعرف الصكوك الإسلامية بأنها: " أدوات مالية متساوية في القيمة وقابلة للتداول تمثل حصصاً في ملكية أصل أو مجموعة من الأصول، وتصدر وفقاً للشريعة."<sup>1</sup>

كما صدر عن سوق دبي المالي معيار لإصدار وتملك وتداول الصكوك، وعلى الرغم من أن هذا المعيار لا يعدو كونه نظاماً داخلياً خاصاً بسوق دبي المالي إلا أنه يعد مزجاً في أحكام الصكوك بالنظر لتضمنه أحكاماً مفصلة خاصة بالصكوك الإسلامية ملائمة لطبيعتها في جميع مراحلها. وقد وضع هذا المعيار تعريفاً لتلك الصكوك في الملحق الثاني منه وهو الآتي: " جمع (صك) وهو لغة شهادة أو وثيقة أو سند.

---

=التنظيم والمفهوم من سندات القرض التقليدية. فقد وردت الإشارة إليها ضمن تعداد الأوراق المالية في المادة الأولى من القانون المذكور وهي المادة المخصصة للتعريفات، إذ تبين المادة المذكورة أن من بين الأوراق المالية " ... السندات والصكوك وأية أدوات دين تصدرها الشركات وفقاً للنظام الذي يصدر من المصرف المركزي والهيئة". كما ورد نص مماثل في الفقرة الخامسة من المادة (٢٢٩) يقضي بأنه: " يكون إصدار السندات أو الصكوك وأية أدوات دين أخرى وفقاً للشروط والإجراءات التي يصدر بها نظام من المصرف المركزي والهيئة".

يتضح من هذين النصين أن الصكوك وفقاً لقانون الشركات التجارية الاتحادي تعد أدوات دين، ولعل من المناسب في تقديرنا لو أن المشرع الإبراهيمي خص الصكوك بنصوص معينة في قانون الشركات الاتحادي تبين تميزها عن سندات القرض التقليدية، فهي ليست كسندات القرض أداة دين إنما يفترض أنها أدوات تمويل واستثمار وفق عقد من عقود التمويل الإسلامية سوى عقد القرض، على النحو الذي سيوضح فيما يأتي من هذا البحث.

1 المادة الأولى من نظام الصكوك رقم ١٦ لسنة ٢٠١٤ الصادر عن هيئة الأوراق المالية والسلع.

وتعرف الصكوك اصطلاحاً بأنها شهادات أو وثائق (أوراق مالية) اسمية أو لحاملها، متساوية القيمة، تمثل ملكية شائعة في أصول: أعيان أو منافع أو ديون أو نقود أو خدمات أو حقوق مالية، أو خليط من بعضها أو كلها، بشروط معينة (موجودات الصكوك)، عند إصدارها أو بعد استخدام حصيلتها بالاكتاب فيها".

وعلى الرغم من أن التعريف المتقدم يتضمن الخصيصة الرئيسة في الصكوك وهي أنها ليست سندات دين إنما سندات ملكية، إلا أن التعريف لم يكن واضحاً في دلالاته على الغرض من إصدار هذه الصكوك أو تملكها، إذ يشوبه الغموض بالنظر لنصه على أن تلك الملكية للأصول إنما هي "بشروط معينة" دون تحديد لهذه الشروط، كما أنه لم يشير إلى أن تلك الصكوك ينبغي أن تكون متوافقة في جميع أحكامها مع الشريعة الإسلامية. مع ذلك فإن من الجدير بالإشارة أن المعيار وإن لم يحدد ماهي الشروط المعينة التي أشار إليها في صلب التعريف إلا أنه تدارك ذلك بالنص عليها عند تعداد خصائص الصكوك مباشرة بعد تعريفها.

وفضلاً عن المؤسسات الإسلامية والتشريعات العربية فإن الفقه بدوره تناول بالتعريف الصكوك الإسلامية، حيث تعدد الصيغ التي وضعها الفقه لتعريف الصكوك الإسلامية وإن كانت تلك التعريفات تشترك في العناصر الأساسية للصكوك المذكورة.

إذ تعرّف من قبل جانب من الفقه على أنها: "وثائق متساوية القيمة تمثل حصصاً شائعة ومتساوية في موجودات معينة ومباحة شرعاً، تصدر وفق صيغ التمويل الإسلامية، وعلى أساس المشاركة في الغنم والغرم، والالتزام بالضوابط الشرعية".<sup>1</sup>

1 د. أشرف محمد دوابه، الصكوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة والاسكندرية، ٢٠٠٩، ص ١٩ - ٢٠.

ويعرفها جانب آخر من الفقه على أنها: "أوراق مالية متساوية القيمة، قابلة للتداول، تمثل ملكية (رقبة أو انتفاع) في الأصول محل إصدارها، وتتخذ من أحكام الشريعة الإسلامية مرجعاً لها."<sup>1</sup>

وقريب من هذا التعريف تعريف آخر مفاده أن الصكوك الإسلامية هي "وثائق متساوية القيمة عند إصدارها، تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات، أو في موجودات مشروع معين أو نشاط استثماري خاص."<sup>2</sup>

ويذهب جانب آخر إلى تعريف الصكوك الإسلامية تعريفاً أكثر تفصيلاً يوضح فيه هيكلية تلك الصكوك وضوابط إصدارها بقوله: "الصكوك الإسلامية هي وثائق اسمية أو لحاملها تصدر وفق صيغة معينة من صيغ التمويل الإسلامي وعلى شكل أوراق مالية تمثل حصصاً شائعة متساوية القيمة في ملكية موجودات مشروع استثماري ضمن ضوابط الشريعة الإسلامية وتدر عائداً من هذا الاستثمار، تكون قابلة للتداول على ما يمثل الصك من ملكية في الأعيان أو المنافع أو الخدمات أو الحقوق المالية، تقوم على مشاركة حائز الصكوك في الأرباح بنسبة متفق عليها ومحددة في نشرة الإصدار، ويتحمل الخسائر بقدر قيمة الصك فقط، وله الحق في ناتج التصفية."<sup>3</sup>

- 1 محمد مبارك فضيل بصمان الرشيد، التنظيم القانوني للصكوك التمويلية وتمييزها عن السندات "دراسة في القانون الكويتي والقانون المقارن"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ٢٠١٣، ص ١٧.
- 2 حامد بن حسن بن محمد علي ميرة، صكوك الإجارة، دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، الطبعة الأولى، إصدارات وزارة الأوقاف والسنون الإسلامية، إدارة الشؤون الإسلامية، دولة قطر، ٢٠٠٩، ص ٨٦.
- 3 نجد عمر النجداوي، النظام القانوني لإصدار الصكوك في الأردن "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة الإسراء، الأردن، ٢٠١٢، ص ١٥ - ١٦.

ولعل من أهم الملاحظات التي يثيرها تعريف الصكوك الإسلامية من  
مجمل ما تقدم ما يأتي:

أولاً: لم تتفق التشريعات أو الفقه على تسمية واحدة للصكوك  
الإسلامية، فمنهم من يطلق المصطلح فيكتفي بكلمة صكوك للدلالة  
عليها، ومنهم من يعرفها باسم الصكوك المالية، في حين يرجح البعض  
الأخر تسمية صكوك التمويل الإسلامي وآخرون يعتمدون مصطلح  
صكوك الاستثمار، وفي تقديرنا لا تكفي كلمة صكوك للدلالة على  
طبيعة هذه الورقة المالية، فما كلمة صكوك إلا كلمة عربية أو مغربية مرادفة  
لكلمة محررات أو وثائق<sup>1</sup>. بناء على ذلك فإن استعمال كلمة صكوك  
مطلقة يكون كقولنا أوراق أو وثائق دون بيان ماهية تلك الأوراق أو ما  
يُميّزها عن غيرها. ولذات السبب لا يعد كافياً أن يقال صكوك مالية لأنها  
تقابل مصطلح الأوراق المالية دون بيان ما يُميّزها عن غيرها من الأوراق  
المالية كالأسهم والسندات سوى أن من الشائع استعمال مصطلح  
الصكوك للدلالة على استنادها إلى أحكام الشريعة الإسلامية، ولأن  
التشريع والفقه درج على استخدام مصطلح الأوراق المالية للدلالة على  
تلك الوثائق ذات القيمة المالية التي ليس من أحكامها شرط موافقتها  
لأحكام الشريعة الإسلامية. فعند ذلك الاستعمال قيداً قيد الصكوك حيث  
وردت مطلقة، والقيد بيان، فيكون المراد بها الصكوك الإسلامية.

1 حيث أن الصك في اللغة - وجمعه صكوك وأصك وصكاك - هو كتاب" وهو  
لفظ فارسي معرب، أصله جك. ومن معانيه وثيقة اعتراف بالمال المقبوض، أو  
وثيقة حق في ملك ونحوه. وكانت الأرزاق تسمى صكاكا لأنها تخرج مكتوبة،  
فالصك هو الورقة، والمراد هنا الورقة التي تخرج من ولي الأمر بالرزق لمستحقه،  
بأن يكتب فيها للإنسان كذا وكذا من طعام أو غيره."  
حيث ورد في قاموس محيط المحيط من بين معانٍ أخرى أن "الصك" مصدر  
وكتاب الإقرار بالمال أو غيره. قيل هو عربي وقيل هو معرب جك بالفارسية  
جمعها أصك وصكوك وصكاك". انظر: بطرس البستاني، قاموس محيط المحيط،  
مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ١٩٩٣، مادة صكك، ٥١٤.



من جانب آخر لا يبين مصطلح صكوك التمويل الإسلامي إلا جانباً واحداً من جوانب الصكوك الإسلامية هو جانب مصدرها، فالهدف منها بالنسبة لمصدرها هو التمويل في حين أن الهدف منها بالنسبة لحاملها هو الاستثمار. فإذا إطلق عليها صكوك الاستثمار كانت مقصورة حينها على جانب حاملها دون مصدرها<sup>1</sup>.

لكل ما تقدم يرجح في تقديري تسمية هذه الأوراق المالية بالصكوك الإسلامية، فكلمة صكوك سواء أكانت عربية أم معربة ترادف كلمة الأوراق المالية، ووصفها بالإسلامية يشير إلى الخصيصة الأساسية فيها وهي أنها تتبع في أحكامها قواعد الشريعة الإسلامية، ومن بين تلك الأحكام أن تكون أدوات تمويل واستثمار بصيغ متوافقة مع الشريعة الإسلامية.

**ثانياً:** يتعين في تقديرنا أن يتضمن التعريف الخصائص الأساسية التي توضح الطبيعة القانونية للصكوك الإسلامية دون الدخول في تفاصيل كثيرة، ذلك أنه بوجود التفاصيل يتجاوز التعريف دوره في تحديد المفهوم إلى بيان الأحكام التفصيلية التي ينبغي أن تتضمنها نصوص أخرى. من ذلك مثلاً تحديد ما إذا كانت تلك الصكوك إسمية أو لحاملها، وتحديد ما إذا كانت تصدر لمدة محددة أو غير محددة، وما إذا كانت قيمتها محددة بالعملة الوطنية أو بعملة أجنبية، وتحديد كيفية الإكتتاب بها وهل يكون الإكتتاب عاماً أو خاصاً، وتحديد ما ينبغي أن تتضمنه نشره الإصدار من بيانات. فتلك التفاصيل لا تدخل في تحديد المفهوم بدليل اختلاف

---

1 جدير بالإشارة أن معيار سوق دبي المالي لإصدار وتملك وتداول الصكوك يميز بين صكوك التمويل وصكوك الاستثمار، فهما نوعان من أنواع عدة للصكوك. ويندرج تحت صكوك التمويل صكوك المراجعة والاستصناع والسلم. بينما يندرج تحت صكوك الاستثمار صكوك المضاربة والوكالة بالاستثمار والمشاركة في الربح، فضلاً عن هذين النوعين توجد صكوك الإجارة وصكوك المشاركة في الإنتاج كصكوك المزارعة والمساقاة والمغارسة. انظر البند ٢ من المعيار.

التشريعات والفقه في تحديدها، مما يؤكد أنها ليست جزءاً من ماهية تلك الصكوك. بناء على ذلك لا بد لتعريف الصكوك الإسلامية من تحديد الخصائص الأساسية لها والتي لا تكون الصكوك صكوكاً إسلامية بتخلفها، وهذه الخصائص تتمثل بتقديري بكونها؛ وثائق متساوية القيمة، تمثل حصصاً شائعة في ملكية موجودات مشروع معين أو نشاط تجاري معين، قابلة للتداول، وتتفق في أحكامها مع الشريعة الإسلامية.

وجدير بالملاحظة أن التعريف الوارد في نظام هيئة الأوراق المالية والسلع في دولة الامارات العربية المتحدة يتفق مع وجهة النظر هذه، إذ لا يتضمن إلا الخصائص الرئيسية للصكوك الإسلامية، مع ملاحظة أنه أطلق التسمية واقتصر على مصطلح الصكوك للدلالة على الصكوك الإسلامية، كما أنه لم يشر إلى أن الحصص التي تمثلها هذه الصكوك في ملكية الأصول هي حصص شائعة وهو ما يعد خصيصة رئيسية.

واستناداً الى تعريف الصكوك الإسلامية يمكن تحديد خصائصها التي تدخل في ماهيتها، وهو ما سيكون محل البحث في الفرع الآتي.

### الفرع الثاني

#### خصائص الصكوك الإسلامية

للصكوك الإسلامية خصائص تعبر عن ماهيتها وتحدد طبيعتها القانونية، فلا يكون الصك صكاً إسلامياً إذا انتفت إحدى تلك الخصائص. ولعل من أهم خصائص الصكوك الإسلامية ما يأتي:

- 1 ينص معيار سوق دبي المالي لإصدار وتملك وتداول الصكوك في الملحق رقم ٢ على خصائص الصكوك الإسلامية، حيث يقضي البند ٨،٢ من الملحق المذكور بأنه: " وللصكوك خصائص تميزها عن السندات :  
- قابلة للتداول ما لم تمثل نقداً أو ديناً محضاً.  
- لا تمثل ديناً لحاملها في ذمة مصدرها عند إصدارها.  
- يعتمد إصدارها على عقد من العقود الشرعية، وتفصل نشرة إصدارها وعقودها حقوق والتزامات أطرافها وتتميز بأنها:

## أولاً: إنها وثائق متساوية القيمة

الصكوك الإسلامية أوراق مالية تشترك مع غيرها من الأوراق المالية في أنها تصدر بمجموعات ذات أرقام متسلسلة وقيمة واحدة<sup>1</sup>. وهذا ما يجعلها صورة خاصة من صور الملكية الشائعة من حيث إنها أداة للتمويل والاستثمار. فهدف إصدارها جمع الأموال اللازمة لتمويل مشروع معين أو نشاط استثماري معين وجذب المدخرات لتمويل طويل الأجل، من خلال تمثيل أصول معينة بتلك الصكوك وحث المستثمرين على الاكتتاب فيها لتكون حصيلة الاكتتاب رأس مال المشروع.

وتشير أغلب تعريفات الصكوك لهذه الخصيصة. ومنها التعريف الوارد في نظام الصكوك الصادر عن هيئة الأوراق المالية والسلع وكذلك التعريف الوارد في معيار سوق دبي المالي السابق الإشارة إليهما.

والحكمة من جعل قيمة الصكوك واحدة في كل إصدار هي تحقيق المساواة بين حملة الصكوك في الحقوق والالتزامات التي تترتب على الصك. إذ يتعين أن يتساوى حاملو الصكوك في النصيب المقرر لكل منهم من الأرباح عن كل صك يحملونه، وكذلك حقهم في موجودات المشروع عند تصفيته. كما تتعين مساواتهم في الالتزامات التي تترتب على ملكيتهم

- 
- =
- هي وثائق اسمية أو لحاملها، تصدر بفئات متساوية القيمة لإثبات حق مالكيها في ملكية ما تمثله من موجودات اسمية أو لحاملها.
  - يشترك حاملها في أرباح الموجودات التي تمثلها وفي ناتج التصفية بنسبة ما يملكه من صكوك، ويتحمل الخسائر أن وجدت بنسبة ما يملكه طبقاً لقاعدة "الغنم بالغرم".
  - إن قابليتها للاسترداد والتداول تخضع لشروط تداول ما تمثله من موجودات.
  - تصدر لمدة محددة تسترد أو تطفأ بعدها أو في أثنائها، أو تصدر لمدة غير محددة.
- 1 د. سليمان ناصر، ربيعة بن زيد، الصكوك الإسلامية الواقع والتحديات، مجلة الدراسات المالية والمصرفية، المعهد العربي للدراسات المالية والمصرفية، الأردن، المجلد ٢١، العدد ١، ٢٠١٣، ص ٥٤.

للسكوك كتحمل الخسائر أو تحمل تبعة تملكهم لحصة شائعة في موجودات المشروع أو النشاط الاستثماري.

**ثانياً: أنها تمثل ملكية حصة شائعة في موجودات معينة.**

تتميز السكوك الإسلامية بأن حاملها يملك حصة شائعة في موجودات معينة، وهذه الموجودات قد تكون أعياناً أو منافع أعيان أو خدمات أو نقوداً أو ديوناً أو خليطاً من ذلك، وهو ما يطلق عليه الأصول المدرة للدخل<sup>١</sup>، والعائد الذي يحصل عليه حاملو السكوك الإسلامية هو عائد استثمار تلك الموجودات. وبما أن حاملي السكوك الإسلامية شركاء على الشيوع في ملكية تلك الموجودات فإن للحامل فضلاً عن حقه في العائد حقاً في تلك الموجودات عند تصفيتها، ويتحمل في الوقت ذاته المخاطر التي تلحق بتلك الموجودات والتبعات المترتبة على ملكيته فيها كتبعية الهلاك أو هبوط القيمة. وهذا ما يجعل ربح الصك الإسلامي مشروعاً ومتوافقاً مع أحكام الشريعة الإسلامية حيث ينبنى هذا الربح على مبدأ الغنم بالغرم أو "الخراج بالضمنان" المعروف في القواعد المالية الإسلامية<sup>٢</sup>.

1 الشيخ محمد علي التسخيري، السكوك المعاصرة وحكمها، بحث مقدم الى منظمة المؤتمر الاسلامي، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، ص ٢. متاح على الموقع: <http://www.kantakji.com/sukuk-and-investments-funds.aspx> آخر زيارة للموقع بتاريخ ١٧/٦/٢٠١٦.

2 نجد عمر النجدأوي، مرجع سابق، ص ٢٦ - ٢٧ د. اشرف محمد دوابة، مرجع سابق، ص ٢٢ - ٢٣؛ القاضي الشيخ محمد تقي العثماني، السكوك الإسلامية وتطبيقاتها المعاصرة، بحث مقدم الى الدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي، ص ٣، متاح في الرابط الآتي:

<http://www.kantakji.com/media/8028/m191.pdf>  
د. وليد خالد الشايحي، د. عبد الله يوسف الحجي، سكوك الاستثمار الشرعية، بحث مقدم الى مؤتمر المؤسسات المالية الإسلامية - معالم الواقع وآفاق المستقبل، المجلد الثالث، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، ١٥ - ١٧ / مايو / ٢٠٠٥، ص ٩١٨ - ٩١٩.

## ثالثاً: أنها صكوك قابلة للتداول

يقصد بالتداول بمفهوم عام نقل الحق من شخص إلى آخر، وفي ميدان الأوراق المالية، يقصد بالتداول نقل ملكية الورقة المالية والحق الثابت فيها إلى الغير في سوق ثانية سوى سوق الإصدار وهي سوق الأوراق المالية. فهل الصكوك الإسلامية قابلة للتداول وفق هذا المفهوم شأنها شأن الأوراق المالية الأخرى كالأسهم والسندات التقليدية؟

تجدر الإشارة إلى أن القوانين التي تناولت بالتنظيم أحكام الصكوك الإسلامية لم تشر جميعها إلى هذه الخصيصة صراحة، فالقانون التونسي<sup>1</sup> والقانون الإماراتي<sup>2</sup> ينصان صراحة في تعريفهما للصكوك على أنها "قابلة للتداول"، في حين لم يشر القانون السوداني إلى أن مثل هذه الصكوك قابلة للتداول وتبعه في نهجه القانونين الأردني والمصري.

إلا أن عدم النص على قابلية الصكوك للتداول لا ينفي بتقدير هذه الخصيصة عن الصكوك. فالصكوك تمثل حصة شائعة في ملكية موجودات معينة، وحاملها يعد مالكا والأصل أن حق الملكية يعطي صاحبه حق التصرف. وتأكيداً على ذلك ينص معيار سوق دبي المالي لإصدار وتملك وتداول الصكوك على أنه: "لا يجوز أن ينص في نشرة إصدار الصكوك أو عقودها على أنه ليس لحملة الصكوك حق الرجوع، ولو مجتمعين على موجودات الصكوك أو التصرف فيها تصرف الملاك شرعاً وقانوناً، بل يجب النص على أن هذا الحق ثابت لهم."

- 1 انظر المادة الأولى من قانون الصكوك الإسلامية التونسي رقم ٣٠ لسنة ٢٠١٣.
  - 2 انظر المادة الأولى من نظام الصكوك الصادر عن هيئة الأوراق المالية والسلع لدولة الإمارات العربية المتحدة.
- وانظر المادة ٨،٢ من الملحق ٢ الخاص بالتعريفات من معيار سوق دبي المالي لإصدار وتملك وتداول الصكوك.

## رابعاً: أنها متوافقة في أحكامها مع قواعد الشريعة الإسلامية

لعل من أهم خصائص الصكوك الإسلامية والتي استمد منها وصفها أنها تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية وتتوافق معها في كل مراحلها، بدءاً من إصدارها واستثمار حصيلتها وتداولها وتوزيع عوائدها وحتى انتهائها وإطفاء قيمتها.

وعلى الرغم من أن الأحكام التي تخضع لها الصكوك الإسلامية ليست واحدة من حيث إنها أنواع، وكل نوع منها يخضع لأحكام تختلف تبعاً لاختلاف الصيغة التي صدر الصك على أساسها، كأن تخضع صكوك السلم لأحكام عقد السلم، وصكوك الإجارة لأحكام عقد الإجارة، وصكوك المضاربة لأحكام القراض أو المضاربة، إلا أن هناك ضوابط عامة تخضع لها جميع الصكوك الإسلامية. فأياً كانت الصيغة التي صدر الصك على أساسها فإن هذه الصيغة يتعين أن تكون إحدى صيغ التمويل الإسلامي كالإجارة والمضاربة ونحو ذلك. كما ينبغي أن يكون المشروع أو النشاط الذي يتم تمويله بحصيلتها جائزاً شرعاً، فلا يجوز أن تستخدم حصيلة صكوك المضاربة مثلاً لإنشاء بنك ربوي أو لإنشاء مصنع لإنتاج الخمور. وإذا كانت الصكوك بحسب الأصل قابلة للتداول مثل سواها من الأوراق المالية فإن هذا التداول بدوره يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية.

وبالمثل ينبغي أن تتوافق أحكام إطفاء قيمة الصكوك مع الشريعة الإسلامية، فمثلاً لا يصح الاتفاق على ضمان مصدر الصكوك قيمة الصكوك لأصحابها وردها اليهم عند نهاية مدة الاستثمار دون تحملهم مخاطر الخسارة، لأن المفترض وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية أن يتحمل

حامل الصك تبعة ومخاطر هذا النشاط وفقاً لقاعدة الغنم بالغرم. فهو ليس دائماً ربوياً كما هو الحال مع حامل سند القرض.

### المطلب الثاني

#### هيكل الصكوك الإسلامية وموقع حامل الصك فيه

وفقاً لما سبق تعد الصكوك الإسلامية أداة تمويل وأداة استثمار في الوقت ذاته، فهي أداة تمويل بالنسبة لمصدرها، الذي يمكن أن يكون شخصاً من أشخاص القانون العام كاللولة أو شخصاً من أشخاص القانون الخاص كالشركات. إذ يتمثل الهدف من إصدارها بالنسبة للمصدر بالحصول على السيولة النقدية التي يحتاجها لتمويل البدء بنشاط تجاري، فيتم إصدار الصكوك وطرحها للاكتتاب لتكون حصيلة الاكتتاب فيها رأس المال اللازم للقيام بهذا النشاط، كما يمكن أن يكون هدف المصدر من إصدارها تمويل توسيع نشاط تجاري قائم أو تطويره، فتكون حصيلتها مورداً جديداً يغطي تلك النفقات المستجدة. وإصدار الصكوك في كل الأحوال يتم وفق صيغة من صيغ التمويل الإسلامي. من جانب آخر تعد الصكوك أداة من أدوات الاستثمار بالنسبة لحاملها. إذ يتمثل الهدف من الاكتتاب بالصكوك الإسلامية بالأمل في الحصول على ربح ينتج عن استثمار حصيلتها في نشاط تجاري معين، وهو ربح جائز ومشروع بالنظر لتوافق أحكام تلك الصكوك والمشروعات المرتبطة بها مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وعلى الرغم من أن المصدر والحامل هما الطرفان الرئيسان في عملية إصدار الصكوك الإسلامية والمراحل المختلفة التي تمر بها إلا أن هذه العملية تضم في الغالب أطرافاً آخرين يعد وجودهم جوهرياً لضمان حقوق حاملي الصكوك. ولتحديد هيكل الصكوك الإسلامية وموقع حامل الصك فيه وعلاقته بالأطراف المتعددين، يتعين أن نبين المراحل التي تمر بها الصكوك ودور كل طرف فيها وموقع حامل الصكوك في كل منها.

## الفرع الأول إصدار الصكوك

إذا كانت الصكوك الإسلامية أداة من أدوات التمويل والاستثمار، فإن من البديهي أن يسبق إصدار الصكوك مرحلة تمهيدية يتم فيها تحديد المشروع المطلوب إنجازه أو تطويره وتحديد رأس المال أو المبلغ اللازم لتمويل المشروع المذكور وإعداد دراسة الجدوى، ومن ثم تحديد عدد الصكوك التي سيتم إصدارها لتكون حصيلتها مصدر تمويل المشروع، وتحديد الإجراءات اللازم اتخاذها والأطراف التي ستدخل في عملية إصدار الصكوك. ولا بد في هذه المرحلة من وجود هيئة شرعية للتأكد من توافق الصكوك والمشروع الذي تموله مع أحكام الشريعة الإسلامية.

فإذا ما تمت المرحلة التمهيدية تلك ابتدأت عملية إصدار الصكوك ومن ثم طرحها للاكتتاب. والذي يتولى عملية الإصدار هو المصدر وهو الشخص الذي سيستخدم حصيلة الاكتتاب في مشروع معين بصيغة استثمار متوافقة مع الشريعة الإسلامية، ويمكن أن يطلق عليه أيضاً (التمول أو طالب التمويل) ولما كان لحاملي الصكوك حصة شائعة في ملكية موجودات تتمثل بأعيان أو منافع أو خدمات أو نقود أو ديون أو

1 د. عبد الباري مشعل، الصكوك: حكم ضمان الطرف الثالث، وضمان القيمة الاسمية والعائد والضمان بعوض، والتعهد بشراء الصكوك مع تغير العين، ص ٤، ورقة عمل مقدمة إلى مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة العشرين، الجزائر، ١٣ - ١٨ / سبتمبر / ٢٠١٢، متاح على شبكة الانترنت على الموقع : <http://iefpedia.com/arab/wp-content/uploads/2012/12/%D8%B9%D8%A8%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D8%A8%D8%A7%D8%B1%D9%8A-%D9%85%D8%B4%D8%B9%D9%84-%D8%A8%D8%AD%D8%AB-%D8%A7%D9%84%D8%B5%D9%83%D9%88%D9%83.doc>

آخر زيارة للموقع بتاريخ ٢٠١٦/٩/٤.



خليط منها فإن المصدر ينبغي أن يكون مالكا للأصول التي يتم تحويلها الى صكوك أو له حق التصرف فيها ، وهو ما تؤكد عليه المادة الأولى من نظام الصكوك الصادر عن هيئة الأوراق المالية والسلع في دولة الامارات العربية المتحدة حيث تنص على أن المصدر هو : " أي شخص اعتباري ( شركة أو صندوق أو كيان قانوني آخر ) يتم إصدار الصكوك على أصل مملوك له أو له حق التصرف فيه ."

ومن الجدير بالملاحظة أن المعيار الشرعي رقم ١٧ الخاص بصكوك الاستثمار والصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، يكيّف الإصدار على أنه عقد بين مصدر الصكوك والمكتتبين فيها<sup>١</sup> ، وهو عقد من عقود الاستثمار الشرعية ، بناء على ذلك تترتب عليه جميع آثار العقد الذي يصدر الصك على أساسه<sup>٢</sup> .

وكان ينبغي تكييف الاكتتاب ، وليس الإصدار ، على أنه عقد بين مصدر الصكوك والمكتتبين ، ذلك أن الإصدار تصرف إرادي منفرد سابق على العقد الذي يربط المصدر بحامل الصك ، وأن حامل الصك لا دخل له في اتخاذ المصدر قرار الإصدار أو إتمام إجراءاته ، بل ينفرد المصدر في ذلك . وقد تتم عملية الإصدار ولا يتبعها الاكتتاب بالصكوك فتتقضي عملية إصدار الصكوك دون وجود لعلاقة قانونية بين المصدر وحامل الصك . وسندنا في ذلك نص الفقرة الأولى من المادة (٢٢٩) من قانون

---

1 انظر الفقرة ٤/١/٥ من المعيار ١٧ ، ونصها : " طرفا عقد الإصدار هما مصدر الصكوك والمكتتبون فيها ."

2 أنظر الفقرة ١/١/٥ من المعيار ١٧ التي تنص على أنه " يجوز إصدار صكوك لاستثمار حصيلة الاكتتاب فيها على أساس عقد من عقود الاستثمار الشرعية . " ، وكذلك الفقرتين ٣/١/٥ التي تقضي بأنه : " تترتب على عقد الإصدار جميع آثار العقد الذي يصدر الصك على أساسه ، وذلك بعد قفل باب الاكتتاب وتخصيص الصكوك . " . والفقرة ٥/١/٥ وتنص على أن : " تتحدد العلاقة بين طرفي عقد الإصدار وفق نوع العقد وصفته الشرعية ..."

الشركات التجارية الاتحادية الذي يقضي بأنه : "يجوز للشركة أن تصدر سندات أو صكوكاً قابلة للتداول سواء كانت قابلة أو غير قابلة للتحويل الى أسهم في الشركة بقيمة متساوية لكل إصدار".

كذلك ما تنص عليه المادة (٢٣٠) من القانون المذكور التي تقضي بأنه : " ... يشترط لإصدار السندات أو الصكوك ما يأتي : ١ - صدور قرار خاص من الجمعية العمومية ، ويجوز لها تفويض مجلس الإدارة في تحديد موعد إصدار السندات أو الصكوك على أن لا يتجاوز سنة من تاريخ الموافقة على التفويض. ٢ - استيفاء رأس المال كاملاً من المساهمين ونشر الميزانية وحساب الأرباح والخسائر عن سنة مالية على الأقل ما لم يكن الإصدار مكفولاً من الدولة أو أحد البنوك العاملة فيها".

وعلى الرغم من أن الصكوك المذكورة في النص ليست صكوكاً إسلامية بالضرورة وأيضاً على الرغم من أن النصين أعلاه لا يغطيان جميع حالات إصدار الصكوك إذ يقتصران على الحالة التي يكون المصدر فيها شركة مساهمة ، إلا أنهما يبينان وبشكل واضح أن الإصدار تصرف يتخذه المصدر وفق إجراءات معينة ليس لحامل الصك دور فيها.

وكجزء من عملية إصدار الصكوك يقوم المصدر بإعداد نشرة الاكتاب وهي " مستند طرح الصكوك للاكتاب " ، الذي يتضمن بيانات معينة تتعلق في مجملها بالصكوك المطروحة والموجودات التي تمثلها والمشروع الذي ستستثمر حصيلتها فيه والعقد الذي تصدر الصكوك على أساسه والذي يمثل صيغة من صيغ التمويل الإسلامي كالإجارة أو السلم أو المضاربة والأطراف المتدخلين في عملية التمويل والاستثمار والتأكيد على توافقها مع أحكام الشريعة الإسلامية وتحديد نسبة الأرباح

---

1 انظر المادة الأولى من نظام الصكوك الصادر عن هيئة الأوراق المالية والسلع في دولة الإمارات العربية المتحدة.

التي يحصل عليها حامل الصك وتحمله بالمقابل غرم الاستثمار في حال  
تعره.

وتعد نشرة الاكتتاب مبدأ للعلاقة القانونية بين مصدر الصكوك  
وحاملها، وهي مترددة بين كونها إيجاباً أو دعوة إلى التعاقد، وذلك  
يتوقف على تحديد الطبيعة القانونية لنشرة الاكتتاب، فهي من حيث  
اشتمالها على كافة العناصر التي يحتاجها المكتتب للتعبير عن إرادته بقبول  
مطابق هي إيجاب، كما في عرض السلع مع بيان أسعارها، ومن ثم  
ينعقد العقد بمجرد الاكتتاب في المدة المحددة له، ويكون المصدر بذلك في  
حالة إيجاب ملزم في تلك المدة<sup>2</sup>. أما إذا كان ما ورد في نشرة الاكتتاب أو ما  
تحده طبيعة التعامل أو نص قانوني أو تنظيمي يجعل من الاكتتاب تعبيراً  
يحتاج إلى سياقات تلحقه للاعتداد به فتعدّ النشرة عندئذ دعوة إلى التعاقد،  
وكذلك عند ورود الشك على أن التعبير الأول قاطع في دلالة على توجه  
الإرادة إلى إبرام العقد بمجرد صدور التعبير الثاني المطابق لها، ويعدّ

- 1 انظر النموذج الاسترشادي لنشرة طرح الصكوك للاكتتاب العام الصادر عن هيئة الأوراق المالية والسلع في دولة الإمارات العربية المتحدة (F-1-1) حيث تتضمن نصاً حرفياً يجب وضعه في نشرة الاكتتاب، ورد فيه: "إن الغاية الرئيسية من إعداد هذه النشرة هو إطلاع المستثمرين على كافة المعلومات الأساسية التي يمكن أن تساعدهم على اتخاذ قراراتهم الاستثمارية بشأن الاستثمار في السندات / الصكوك الإسلامية المطروحة، ويتعين على كل مستثمر قبل تقديم طلب الاكتتاب أن يتفحص ويدرس بعناية ودقة كافة البيانات التي تتضمنها نشرة الاكتتاب هذه وكذا النظام الأساسي للشركة المصدرة ليقرر فيما إذا كان من المناسب أن يستثمر في هذه السندات / الصكوك الإسلامية من عدمه ...".
- 2 تنص المادة 1/134 من قانون المعاملات المدنية: "يعتبر عرض البضائع والخدمات مع بيان المقابل إيجاباً".
- 3 تنص المادة 139 من قانون المعاملات المدنية: "1- إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على أيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد. 2- وقد يستخلص الميعاد من ظرف الحال أو من طبيعة المعاملة".
- 4 جاء في المادة 2/134 من قانون المعاملات المدنية الاتحادي: "أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو بطلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجاباً وإنما يكون دعوة إلى التعاقد".

المكتب على الصك عندئذٍ موجباً يحتاج إيجابه إلى قبول المصدر لانعقاد العقد، من حيث إن تعبيره عن إرادته وقع أولاً، والتعبير الأول يعدّ إيجاباً. أما التعبير الثاني المطابق له فيعدّ قبولاً، وينعقد العقد من تاريخ القبول طبقاً للقواعد العامة ما لم يرد دليل على خلافه<sup>١</sup>.

وقد حسم المعيار الشرعي رقم ١٧ الخاص بصكوك الاستثمار هذا التردد بحسب ما قضت به الفقرة ٧/١/٥ منه، ونصها: "تمثل نشرة إصدار الصكوك الدعوة التي يوجهها مصدرها إلى المكتسبين، ويمثل الاكتتاب في الصك الإيجاب. أما القبول فهو موافقة الجهة المصدرة، إلا إذا صرّح في نشرة الإصدار أنها إيجاب فتكون حينئذٍ إيجاباً ويكون الاكتتاب قبولاً". فقضت بأن الأصل في النشرة أنها دعوة موجهة من المصدر إلى الجمهور، وأن الاستثناء أن تكون إيجاباً، وذلك يثبت بتصريح في النشرة أنها إيجاب.

وكذلك أخذ بهذا التكييف قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٣٠ الخاص بسندات المقارضة، حيث يقضي بأنه: "يقوم العقد في صكوك المقارضة على أساس أن شروط التعاقد تحددها نشرة الإصدار وأن الإيجاب يعبر عنه الاكتتاب في هذه الصكوك، وأن القبول تعبر عنه موافقة الجهة المصدرة...".

كما تؤكد على ذلك المادة الأولى من نظام الصكوك الصادر عن هيئة الأوراق المالية والسلع التي تعرف الاكتتاب العام في صكوك التجزئة بأنه: "طرح صكوك التجزئة للجمهور داخل الدولة بموجب دعوة عامة للاكتتاب فيها وفقاً لنشرة الاكتتاب".

- 1 تنص المادة ١٣١ من قانون المعاملات المدنية: "الإيجاب والقبول كل تعبير عن الإرادة يستعمل لإنشاء العقد وما صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول".
- 2 تنص المادة ١٣٠ من قانون المعاملات المدنية: "ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما قد يقرره القانون من أوضاع معينة لانعقاده".

ومع ذلك يبقى بتقديرنا حكم خاص بهذه الواقعة هو إلزام المصدر ببقائه على نشرة الاكتاب وما تضمنته من شروط وحقوق والتزامات المدة المحددة للاكتاب من حيث إنه تصرف بالإرادة المنفردة<sup>1</sup>، وأنه لا يملك سحبها إلا بالطريقة التي تم نشرها بها، اعتباراً بأنها موجهة إلى الجمهور الذي نشأ له حق بالاكتاب<sup>2</sup>.

بناء على ما تقدم فإنه يعد طلب الاكتاب بعدد معين من الصكوك إيجاباً من المتقدم لطلب الاكتاب موجهاً الى مصدر الصكوك، ولا يعد العقد بينهما منعقداً إلا بعد قفل باب الاكتاب ونجاحه وقبول المصدر الذي يعبر عنه بالإعلان عن نجاح الاكتاب أو بتخصيص الصكوك لأصحابها، فيكون ذلك بمثابة قبول لطلبات الاكتاب وتاماً للعقد بينهما بتوافق إرادتي طرفيه.

وإذا كانت العلاقة بين المصدر وحامل الصك علاقة عقدية في جميع الأحوال إلا أن العقد المبرم بينهما ليس من طبيعة واحدة في جميع الأحوال، لأن الصكوك الإسلامية والاستثمار بموجبها يمثل صيغة من صيغ التمويل الإسلامي وهي صيغ متعددة. فقد تكون صيغة التمويل بموجبها ممثلة بعقد بيع عين مؤجرة أو موعود باستئجارها فتكون العلاقة بينهما علاقة بائع بمشتر، فيكون "المصدر لتلك الصكوك بائع عين مؤجرة أو عين موعود باستئجارها، والمكتتبون فيها مشترون لها، وحصيلة الاكتاب هي ثمن الشراء، ويملك حملة الصكوك تلك الموجودات على

---

1 تنص المادة ٢٧٨ من قانون المعاملات المدنية: "إذا استوفى التصرف الانفرادي ركنه وشروطه فلا يجوز للمتصرف الرجوع فيه ما لم ينص القانون على غير ذلك".

2 قياساً على ما ورد في المادة ٢/٢٨١ من قانون المعاملات المدنية بشأن الوعد الموجه للجمهور، وفيها: "وإذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده بإعلان للكافة"، أي بنفس الطريقة التي تم فيها إعلان الوعد للجمهور.

الشيوع بغنمها وغرمها وذلك على أساس المشاركة فيما بينهم".<sup>1</sup>، مثلما يمكن أن تكون ممثلة بعقد مشاركة يكون فيها "المصدر لتلك الصكوك هو طالب المشاركة معه في مشروع معين أو نشاط محدد، والمكتتبون هم الشركاء في عقد المشاركة، وحصيلة الاكتتاب هي حصة المكتتبين في رأس مال المشاركة، ويملك حملة الصكوك موجودات الشركة بغنمها وغرمها، ويستحقون حصتهم في أرباح الشركة إن وجدت".<sup>2</sup> كما قد يكون العقد مضاربة فتسري على العلاقة العقدية بينهما أحكام عقد المضاربة حيث يكون "المصدر لتلك الصكوك هو المضارب، والمكتتبون فيها هم أرباب المال، وحصيلة الاكتتاب هي رأس مال المضاربة، ويملك حملة الصكوك موجودات المضاربة والحصصة المتفق عليها من الربح لأرباب المال، ويتحملون الخسارة إن وقعت".<sup>3</sup>

وقد يتدخل في هذه المرحلة من يعرف بوكيل الإصدار، حيث ينيب المصدر شخصاً آخر ليتولى مباشرة عملية إصدار الصكوك ومتابعة إجراءاتها نيابة عنه مقابل أجر أو عمولة متفق عليها بين الطرفين، وتسري على العلاقة بينهما أحكام عقد الوكالة بأجر، أما العلاقة بين وكيل الإصدار وحاملي الصكوك فهي علاقة الوكيل بالغير المتعاقد معه، حيث يقتصر دور وكيل الإصدار على مرحلة إصدار الصكوك والاكتتاب

- 1 البند ١/٥/١/٥ من المعيار الشرعي رقم ١٧.
- 2 البند ٦/٥/١/٥ من المعيار الشرعي رقم ١٧.
- 3 البند ٧/٥/١/٥ من المعيار الشرعي رقم ١٧. وما تم ذكره في متن البحث أمثلة على صيغ التمويل وطبيعة العقد الذي يمكن أن يبرم بين المصدر وبين حامل الصك.
- 4 د. بأسل الشاعر، القضايا المتعلقة بالصكوك في الأردن، بحث مقدم الى مؤتمر الصكوك وأدوات التمويل الإسلامي الذي نظمته كلية الشريعة والدراسات الإسلامية في جامعة اليرموك، إربد- الأردن، خلال الفترة ١٢ - ١٣/١٣/٢٠١٣، ص ٤١٠ د. وليد خالد الشايحي، د. عبد الله يوسف الحجري، مرجع سابق، ص ٩٢١.

بها، فإذا تمت هذه المرحلة تنصرف آثار الإصدار والاكتتاب به من حقوق والتزامات الى طرفيه المصدر وحامل الصك.

### الفرع الثاني

#### مرحلة الاستثمار

بعد قفل باب الاكتتاب ومجازه تبدأ مرحلة جديدة في العلاقة بين مصدر الصكوك وحاملها، إذ أن عقد التمويل الإسلامي يعد مبرماً مما يعني وجوب تنفيذه من قبل الطرفين بحسب ما تم الاتفاق عليه وبما يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وتعد مرحلة الاستثمار مرحلة جوهرية إذ يتحقق من خلالها الهدف من إصدار الصكوك الإسلامية بالنسبة لكل أطرافها. وهي تضم في طياتها العديد من المراحل والاجراءات شأنها في ذلك شأن أي استثمار آخر. فإذا كان الهدف من إصدار الصكوك هو تمويل مشروع أو نشاط تجاري معين من حصيلة الصكوك فإن الخطوة الأولى في ذلك هي تجميع حصيلة الصكوك. بناءً على ذلك فإن أداء قيمة الصكوك من قبل حاملها يعد التزاماً جوهرياً في ذمته وأياً كان نوع الصكوك الإسلامية أو صيغة عقد التمويل الإسلامي المزمع اعتمادها. ولم يحدد المشرع الإماراتي ما إذا كان يتعين على حامل الصك أداء قيمته فوراً أم أن بالإمكان تقسيط قيمته، وما هي المدة التي يتعين أن تسدد قيمة الصكوك خلالها. لذا فإن الأمر متروك لاتفاق الطرفين وحسبما ورد في نشرة الإصدار باعتبارها تضم شروط العقد المبرم بين الطرفين. فإن لم يرد اتفاق على طريقة الوفاء فإن القواعد العامة تقضي بضرورة تنفيذ الالتزامات التعاقدية، أي فور ترتب الالتزام في ذمة المدين نهائياً.

1 تنص المادة ١/٣٥٩ من قانون المعاملات المدنية: "يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".

وفي مقابل المبلغ النقدي الذي يدفعه حامل الصك يتم نقل ملكية جزء من موجودات المشروع له تتناسب وقيمة الصكوك، لأن من أهم خصائص الصكوك الإسلامية أنها تمثل حصة شائعة في موجودات معينة، فهي تمليك حقيقي لحامل الصك في موجودات حقيقية. فمصدر الصكوك ملزم بأن ينقل ملكية الموجودات أو حصة فيها إلى حاملي الصكوك ويتم تثبيت ذلك في سجلات المشروع. ويترتب على نقل الملكية لحامل الصك حقه في التصرف بحصته في الموجودات وتحمله غرم ملكيتها وتبعية هلاكها<sup>1</sup>. وإذا كان كل حامل لصك يملك حصة شائعة في الموجودات فإن مجمل حملة الصكوك هم شركاء على الشيوع فيما بينهم في تلك الموجودات<sup>2</sup>. وحيث أن حاملي الصكوك شركاء ولهم مصالح مشتركة، لذا يمكن أن ينتظموا في هيئة واحدة، وتعمل هيئة حاملي الصكوك على تمثيلهم ومتابعة مصالحهم لدى الجهات المتعددة<sup>3</sup>. والهيئة المذكورة في حال وجودها ليست طرفاً جديداً يضاف إلى أطراف الصكوك الإسلامية لأنها مكونة من حاملي الصكوك أنفسهم.

إلا أن حاملي الصكوك وعلى الرغم من انتظامهم في هيئة معينة قد تعوزهم الخبرة أو الوقت اللازم لإدارة واستثمار الموجودات التي أصبحت مملوكة لهم بموجب اكتتابهم بتلك الصكوك، لذا يكون من المناسب أن يعهدوا بهذه المهمة إلى شخص آخر، وهذا الشخص يطلق عليه "مدير

1 د. باسل الشاعر، الضوابط الشرعية لصكوك المضاربة، ص 5. بحث متاح على شبكة الانترنت في الموقع:

<http://www.kantakji.com/media/9551/168.pdf> آخر زيارة

للموقع بتاريخ ٢٠١٦/٧/١١.

2 د. فؤاد محيسن، الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشرة، الشارقة - الإمارات العربية المتحدة، ٢٦ - ٣٠ أبريل، ٢٠٠٩، ص ٤٩.

3 د. باسل الشاعر، القضايا المتعلقة بالصكوك في الأردن، مرجع سابق، ص ١٠.



الإصدار". وإدارة الموجودات واستثمارها من قبل مدير الإصدار قد يكون على أساس عقد الوكالة أو عقد المضاربة، فهو في علاقته بحاملي الصكوك مالكي الموجودات إما وكيل عنهم بأجر معلوم يُستحق في جميع الأحوال أي سواء تحققت أرباح أم لم تتحقق أو مضارب يتولى نشاط الإدارة مقابل نسبة معينة من الأرباح. وليس هناك ما يمنع من أن يكون مدير الإصدار هو مصدر الصكوك ذاته<sup>1</sup>. وليس في ذلك ما يهدد مصالح حاملي الصكوك لأنه بحسب الأصل شريك معهم في المشروع الذي تمثله الصكوك، لذا لا خشية من تفرطه بمصالحهم. كما يمكن أن يتدخل في هذه المرحلة من يُعرف بـ "أمين الإصدار" أو "أمين الاستثمار" وهو بدوره يمثل حاملي الصكوك إذ يراقب أداء مدير الإصدار ولا سيما في الحالة التي يكون فيها هو مصدر الصكوك ذاته، كما يتولى قبض مستحقات حاملي الصكوك منه تمهيداً لتوزيعها عليهم<sup>2</sup>.

وتوجب بعض القوانين مثل قانون الصكوك الإسلامية المصري<sup>3</sup> أن تتم عملية الاستثمار ويتم المشروع من خلال شخص أو كيان قانوني

1 أ.د. محمد عبد الغفار الشريف، الضوابط الشرعية للتوريق والتداول للأسهم والخصص والصكوك، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشرة، الشارقة - الإمارات العربية المتحدة، ٢٦ - ٣٠ أبريل، ٢٠٠٩، ص ١٣. متاح على شبكة الانترنت في الموقع: <http://www.kantakji.com/media/7941/m100.pdf>

2 د. رضا سعد الله، الصكوك الإسلامية: مدخل عام، ص ١٣. بحث متاح على شبكة الانترنت في الرابط:

<http://www.kantakji.com/media/175704/sukuk-introduction-ge%CC%81ne%CC%81rale-.pdf> آخر زيارة

للموقع بتاريخ ١١/٧/٢٠١٦

3 المرجع السابق، ص ١٣؛ د. وليد خالد الشايبي، د. عبد الله يوسف الحججي، مرجع سابق، ص ٩٢٢.

4 المادة (٥) من قانون الصكوك الإسلامية المصري رقم ١٠ لسنة ٢٠١٣.

مستقل عن المصدر. وفي هذه الحالة يظهر طرف جديد هو الشركة ذات الغرض الخاص أو الكيان ذو الغرض الخاص بحسب الأحوال. ولعل الغرض الرئيسي من وجود هذه الشركة أو هذا الكيان هو حماية مصالح حاملي الصكوك، حيث يتم من خلالها فصل المشروع الذي تمثله الصكوك عن اللمة المالية لمصدر الصكوك .

### الفرع الثالث

#### انتهاء المشروع وإطفاء الصكوك

الغرض من الصكوك الإسلامية على النحو المبين آنفاً هو التمويل واستثمار حصيلتها في مشروع معين، وحيث إن هذا المشروع سياتي بتنفيذه وإنجازه لذا فإن من المنطقي أن يسترد من رأس المال ماله. وهذا الحكم تطبيق سليم لأحكام عقد المضاربة في حال كون الصكوك الإسلامية صكوك مضاربة حيث يسترد رب المال مال المضاربة، كذلك الحال في شأن صكوك المشاركة حيث يسترد الشريك قيمة مساهمته في رأس المال بانتهاء الشركة. ولا يختلف الأمر فيما يتعلق بالصيغ الأخرى من الصكوك الإسلامية كصكوك الإجارة أو السلم، فملكية الموجودات لم تكن إلا بنية الاستثمار والحصول على الأرباح مدة زمنية معينة، لذا فإن مال هذا الاستثمار إلى الانتهاء والتصفية إما بانتهاء المشروع وتنفيذه أو بانتهاء المدة المحددة ابتداء.

وقيمة الموجودات التي تمثل الصكوك الإسلامية ملكيتها تتكون من القيمة الاسمية للصك، وهي تلك القيمة التي دفعها حاملو الصكوك الإسلامية ابتداء عند الاكتتاب بالصكوك، كما تتضمن أيضاً الأرباح التي تولدت من استثمار تلك القيمة. وحيث إن الأرباح يتم في الغالب توزيعها بشكل دوري خلال مدة الاستثمار فإن المتبقي عند التصفية وإطفاء الصكوك يمثل قيمة الصك ذاته من خلال قيمة تلك الموجودات.

وعند تقويم الموجودات أو تنضيضها فإن قيمتها قد تكون معادلة للقيمة الاسمية التي دفعها حاملو الصكوك عند الاكتتاب بها أو أقل منها أو تزيد عليها. فإذا كانت أقل فإن هذا يشير إلى أن المشروع آل إلى خسارة، أما إذا كانت قيمتها عند تقويمها أعلى من قيمتها الاسمية فهذا يشير إلى تحقق ربح. وحيث إن الاستثمار في الصكوك الإسلامية يقوم على مبدأ الغنم بالغرم لذا فإن على حاملي الصكوك بصفتهم مالكي الموجودات تحمل الغرم والخسارة في حال وقوعها.

### المطلب الثالث

#### تمييز المركز القانوني لحامل الصكوك الإسلامية من المراكز القانونية التي تشبهه

تشارك الصكوك الإسلامية مع سواها من الأوراق المالية كالأسهم وسندات القرض التقليدية في بعض الخصائص، ولا سيما أن هدف حامل الصكوك الإسلامية لا يختلف عن هدف حامل السهم أو السند التقليدي، حيث يهدف كل منهم إلى استثمار مدخراته والحصول على ربح مادي. كما لا يختلف الصك الإسلامي عن السهم والسند في أنه مثلهما وسيلة لتمويل نشاط تجاري معين. إلا أن الصك الإسلامي يتميز عن سواه من الأوراق المالية بخصائص معينة، ويتميز بناء عليها مركز حامل الأوراق المالية الأخرى. بناء على ذلك فقد تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين تميز في أولهما بين المركز القانوني لحامل الصك والمركز القانوني لحامل السهم، وتميز في الفرع الثاني بين المركز القانوني لحامل الصك والمركز القانوني لحامل سند القرض.

### الفرع الأول

#### التمييز بين المركز القانوني لحامل الصكوك الإسلامية والمركز القانوني لحامل الأسهم

تمثل أهم أوجه التمييز بين المركز القانوني لحامل الصكوك الإسلامية والمركز القانوني لحامل الأسهم فيما يأتي:

**أولاً:** يعد حامل السهم شريكاً في شركة متمتعة بالشخصية الاعتبارية، إذ يمثل السهم نصيب المساهم في رأس مال الشركة، أما حامل الصك فليس بالضرورة شريكاً لأن الصكوك الإسلامية تصدر بصيغ تمويل متعددة تعد المشاركة أحدها، إذ يمكن أن تكون صيغة التمويل إجارة فيكون حامل الصك موجراً، كما يمكن أن تكون مرابحة فيكون حامل الصك في المركز القانوني للبائع، أو مضاربة فيكون حامل الصك رب المال وهكذا<sup>1</sup>.

**ثانياً:** ينبني على كون حامل السهم شريكاً في الشركة حقه في المشاركة في إدارتها، يستوي في ذلك تولي منصب إداري معين فيها كأن يكون مديراً أو عضواً في مجلس إدارة الشركة أو يشارك في الإدارة من خلال التصويت على القرارات بصفته شريكاً أو عضواً في الجمعية العمومية للشركة، كما يحق له بهذه الصفة أيضاً الرقابة على عمل المدير أو مجلس الإدارة وله حق الإطلاع على دفاتر الشركة ووثائقها. أما حامل الصك فليس له أن يسهم في إدارة الشركة أو يتدخل فيها، فهو ليس بشريك في الشركة وإن كان شريكاً في ملكية أصولها، ويسري هذا الحكم حتى على الحالة التي تتخذ فيها الصكوك صيغة التمويل بالمشاركة أو المضاربة حيث يتولى المضارب وفقاً لأحكام عقد المضاربة إدارة المشروع، وإن كان هذا لا يمنع حاملي الصكوك من تشكيل هيئة منهم ترعى مصالحهم وتحمي حقوقهم في مواجهة المضارب فيما يتعلق بتنفيذ المشروع الذي تم تمويله من حصيلة الصكوك<sup>2</sup>.

**ثالثاً:** حامل السهم له حق شخصي تجاه الشركة أثناء حياتها، فالحصة التي يقدمها المساهم تصبح ملكاً للشركة وجزءاً من رأسمالها

---

1 د. أشرف محمد دوابه، مرجع سابق، ص ٢٥.  
2 د. أحمد جابر بدران، الصكوك كأداة للتمويل بين النظرية والتطبيق، الجزء الأول، مجلة المسلم المعاصر، المجلد ٣٨، العدد ١٥٢، ٢٠١٤، ص ١٦٩-١٧٠.

ويعطى المساهم أسهماً مقابلها، فالسهم منقول معنوي لأنه يمثل حقوق الشريك تجاه الشركة وليس حق ملكية لأنه لا يعد مالاً للحصة التي قدمها، وحيث إن السهم يمثل نصيباً في رأس مال الشركة لذا فإنه يبقى ما بقيت الشركة قائمة حتى وإن انتقلت ملكيته إلى شخص آخر، لأن الأصل هو ثبات رأس المال، فلا تُردُّ قيمة السهم إلا عند انقضاء الشركة وتصفيته<sup>١</sup>، فإذا ما خضعت الشركة للتصفية كانت موجوداتها بعد سداد ديونها مملوكة على الشيوع للمساهمين فيها، لذلك فإن الأسهم تعطي صاحبها حقاً شخصياً أثناء حياة الشركة يتحول إلى حق عيني بصفته ملكية شائعة عند تصفيته<sup>٢</sup>، إذ يعد الشركاء في الشركة خلفاً عاماً لها. في مقابل ذلك فإن ما يقدمه حامل الصك لا يعد جزءاً من رأسمال الشركة بل هو تمويل خارج الميزانية. والصك يمثل ملكية موجودات معينة أو مشروع معين، وطالما أن الصكوك ليست جزءاً من رأس المال لذا فإن الأصل أن يتم إطفائها أثناء حياة الشركة، إذ تحدد للصكوك مدة زمنية معينة يتم إطفاء الصكوك بانتهائها أو خلالها، ويصبح حامل الصك دائناً للشركة باسترداد قيمتها. وهكذا فإن الصك يعطي حامله حقاً عينياً أثناء حياة الشركة ويتحول إلى حق شخصي عند تصفيته<sup>٣</sup>.

### الفرع الثاني

#### التمييز بين المركز القانوني لحامل الصكوك الإسلامية والمركز القانوني لحامل السندات

تشارك الصكوك الإسلامية مع السندات التقليدية أو كما تسمى أحياناً بسندات القرض بخصائص معينة. فكلّاً من الصك والسند ورقة

- 1 د. أحمد جابر بدران، مرجع سابق، ص ١٦٩، د. عبد الله بن محمد المطلق، الصكوك، مجلة البحوث الإسلامية (المملكة العربية السعودية)، العدد ١٠٠، السنة ٢٠١٣، ص ٣٥٤-٣٥٥.
- 2 محمد مبارك فضيل بصمان الرشيدى، مرجع سابق، ص ٢٣.
- 3 د. عصام حنفي محمود، صكوك التمويل والاستثمار، بدون ناشر وبدون مكان النشر أو سنة النشر، ص ٤٦.

مالية قابلة للتداول الهدف من إصدارها الحصول على التمويل اللازم لمشروع معين وهو تمويل جماعي، حيث تطرح كل من الصكوك والسندات للاكتتاب على الجمهور، إلا أنها تفتقر عنها بخصوصيات جوهرية مما يجعل المركز القانوني لحامل الصك مختلفاً تماماً عن المركز القانوني لحامل السند. ولعل أهم ما يقوم بينهما من فروق يتمثل بالآتي:

**أولاً:** حق حامل الصك تجاه المصدر هو حق عيني إذ أن له حق ملكية على موجودات المشروع، والعقد الذي يربط بينهما الذي بموجبه يمتلك حامل الصك حصة في الموجودات يختلف باختلاف صيغة التمويل المتفق عليها فقد يكون عقد أجرة أو مضاربة أو مشاركة أو غير ذلك من صيغ التمويل المتفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية. أما حامل السند فحقه تجاه الشركة أو المؤسسة التي تصدر السندات هو حق شخصي، فهو دائن لها بقيمة السند، والعقد الذي يربط بينهما هو عقد قرض.

**ثانياً:** يستحق حامل الصك عائداً معيناً يتمثل بربح أو غلة بنسبة معينة متفق عليها، وهذا الربح يختلف صورته باختلاف طبيعة العقد الذي يربط المصدر بحامل الصك، فقد يكون الربح أجرة الموجودات كما في صكوك الإجارة أو ربح المضاربة في صكوك المضاربة أو الثمن في صكوك السلم، وهذا العائد يتأثر بنتائج أعمال الشركة، فكلما حققت الشركة

1. أ. د. سمير عبد الحميد رضوان، صكوك السندات، بحث مقدم الى دورة الاقتصاد للشرعيين ( النقود والمؤسسات المصرفية)، خلال الفقرة من ١ - ٥/ابريل/٢٠١٢، ص ٥.

د. محمد فخري صويلح، قراءة في قانون الصكوك الإسلامية الأردني في ضوء المعيار الشرعي للصكوك وقانون الصكوك المصري، بحث مقدم الى مؤتمر الصكوك الإسلامية وأدوات التمويل الإسلامي، الذي نظمته كلية الشريعة والدراسات الإسلامية في جامعة اليرموك، إربد- الأردن، خلال الفترة ١٢ - ١٣ / نوفمبر/٢٠١٣، ص ٦. متاح على شبكة الانترنت على الموقع <http://www.kantakji.com/media/9556/272.pdf> آخر زيارة للموقع بتاريخ ١٢/٧/٢٠١٦.

أرباحاً أكبر كلما كان العائد الذي يحصل عليه حاملو الصكوك أكبر. ومثلما يكون لحامل الصك نصيب في الغنم الذي يحققه المشروع متمثلاً بالأرباح والعوائد فإنه يتحمل أيضاً الغرم متمثلاً بالخسارة التي يتعرض لها المشروع أو الشركة. أما حامل السند فإنه يتوقع الحصول على عائد يتمثل بصيغة واحدة هي الفوائد المتفق عليها، ونسبتها تُسند إلى القيمة الاسمية للسند لا إلى الأرباح التي يحققها المشروع. وهو يستحق هذه الفوائد بغض النظر عن الربح الفعلي أو الخسارة التي حققها المشروع<sup>1</sup>.

**ثالثاً:** تستحق القيمة الإسمية للسند في مواعيد الاستحقاق المتفق عليها، ولا ترتبط هذه المواعيد بمدة حياة المشروع الذي تستخدم حصيلة السندات لتمويله، أما الصكوك فتستحق قيمتها الإسمية في مواعيد معينة ترتبط في الغالب بالمشروع الذي أصدرت من أجل تمويله لأن الصك يمثل ملكية شائعة في المشروع المذكور. فإذا تمت تصفية المشروع فإن الحاملي السندات أولوية على حاملي الصكوك في استيفاء القيمة الإسمية لسنداتهم لأن قيمة السندات ديون على المشروع يتعين الوفاء بها وما تبقى من موجودات ترد إلى مالكيها وهم حاملو الصكوك، فإذا لم تكف الموجودات لسداد ديون المشروع عند تصفيته فذلك معناه أن المشروع مُني بخسارة، وتلك الخسارة يتحملها حاملو الصكوك لأنها غرم استثمارهم<sup>2</sup>.

---

1 د. محمد علي سويلم، الصكوك المالية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٤، ص ٢٤؛ محمد مبارك فضيل بصمان الرشيد، مرجع سابق، ص ٢١؛ د. الصوفي ولد الشيباني، التمويل عن طريق الصكوك الإسلامية، مجلة الفقه والقانون المقارن، العدد ٣٤، ٢٠١٥، ص ١٠؛ د. عصام خلف العنزي، صكوك المشاركة - دراسة شرعية تطبيقية عملية، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، تصدر عن مجلس النشر العلمي في جامعة الكويت، العدد ١٠٠، المجلد ٣٠، ٢٠١٥، ص ٤٣٧.

2 د. أحمد جابر بدران، مرجع سابق، ص ١٧٠؛ د. عبد الحميد منصور عبد العظيم، الصكوك - ما لها وما عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ١٨٤.

## المبحث الثاني

### مفهوم الحق في الربح وكيفية تعديده

بيننا في المبحث الأول أن الهدف من إصدار الصكوك الإسلامية هو تمويل نشاط أو مشروع تجاري معين وتحقيق ربح من ورائه، كما بينا أن هدف حامل الصكوك الإسلامية من الاكتتاب بها هو الاستثمار في نشاط متوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية وتحقيق ربح من ذلك. عليه فإن من أهم حقوق حاملي الصكوك الإسلامية هو الحق في الحصول على عائد الاستثمار أو غنم الموجودات التي تمثلها تلك الصكوك.

ولاهمية هذا الحق فقد نصت عليه قوانين الصكوك الإسلامية ونظمت بعض أحكامه بنصوص أمرة، من ذلك قانون الصكوك المصري إذ جاء في المادة ١٢ منه: " يجب أن تتضمن نشرة الاكتتاب ما يأتي : ... د. النص على مشاركة مالك الصك في الربح والخسارة، بحسب نوع وطبيعة الصك، وذلك بنسبة ما يملكه من صكوك. ... ط. طريقة توزيع الأرباح المتوقعة للمشروع أو النشاط. "

كذلك فعل قانون صكوك التمويل الإسلامي الأردني، إذ نص المادة ٩/ج منه على أنه: " تحدد النسبة المستحقة من العائد المتوقع للملكي صكوك التمويل الإسلامي وفقاً لنشرة الإصدار. "

وفي ذات الاتجاه تقضي المادة ٨ من قانون الصكوك الإسلامية التونسي، وفيها: " ... ويجب أن تتضمن وثيقة إصدار الصكوك على الأقل البيانات التالية: ... النسبة المتوقعة للأرباح ... "

ومثل ذلك المادة ١٧ من قانون صكوك التمويل السوداني الصادر عام ١٩٩٥، حيث قضت بالآتي: " يتم طرح صكوك التمويل بواسطة الجهة المصدرة بموجب نشرة إصدار ويجب أن تشمل هذه النشرة الى جانب أي متطلبات أخرى حسبما تحدده اللوائح المعلومات الآتية: ... ح - نسبة توزيع الأرباح بالنسبة لصكوك المضاربة وصكوك الاستثمار الأخرى... "



كذلك ورد نص مماثل في معيار سوق دبي المالي لإصدار وتملك وتداول الصكوك، حيث يقضي البند (٣.٢) من المعيار المذكور بالآتي: " تعد نشرة الإصدار بالتنسيق مع اللجنة الشرعية والجهات ذات العلاقة وتتضمن ما يأتي: ... ٣.٢.٧ - النص على مشاركة مالك الصك في الربح والخسارة، بحسب نوع وطبيعة الصك (وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية)، وذلك بنسبة ما يملكه من صكوك... ٣.٢.١٢ - طريقة توزيع الأرباح المتوقعة وتحمل الخسائر للمشروع أو النشاط...".

وقبل قوانين الصكوك الإسلامية، تناولت المعايير الشرعية وقرارات مجمع الفقه الإسلامي الخاصة بالصكوك الإسلامية بالتنظيم الأحكام الشرعية للربح الناشئ عن الاستثمار بموجب صكوك إسلامية. وتلك الأحكام يتعين إتباعها في أي تنظيم قانوني للصكوك الإسلامية لأن من أهم خصائص هذه الأخيرة أنها متوافقة في جميع مراحلها مع أحكام الشريعة الإسلامية.

ومن أجل تقصي أحكام هذا الحق لا بد من تحديد مفهوم الربح وكيفية تحديده. عليه فقد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، يتناول الأول مفهوم الربح، ويبحث الثاني في كيفية تحديده.

### المطلب الأول

#### مفهوم الربح الناشئ عن استثمار حصيلة الصكوك الإسلامية

بيننا فيما سبق أن صكوك التمويل الإسلامي تتميز بأنها تمثل ملكية شائعة في موجودات معينة تمثل أصول مشروع معين، وهذه الموجودات قد تكون أعياناً أو منافع أعيان أو خدمات أو نقوداً أو ديوناً أو خليطاً من كل ذلك أو بعضه، وهو ما يطلق عليه الأصول المدرة للدخل، حيث يتم استثمار هذه الموجودات رغبة في الحصول على ربح أو غلة<sup>1</sup>، وهكذا فإن

1 يتمثل الفرق بين الربح والغلة في أن الربح ما يكون في مال التجارة وينتج من تفاعل العمل ورأس المال من ذلك شراء عين بقصد التجارة والربح وبيعها بما يزيد على الثمن الأول أو استثمار عين بقصد الربح والتجارة وتأجيرها للغير بزيادة، أما الغلة فهي ثمناء في مال التجارة أيضاً غير أن هذا الثمناء يكون قبل =

العائد الذي يحصل عليه حاملو الصكوك الإسلامية هو الربح أو الغلة الناتجة عن استثمار تلك الموجودات. لذا فإن من أهم ما يميز عائد الصكوك الإسلامية أنه " ناتج عن استثمار موجوداتها، وليس ديناً في ذمة منشئ الصكوك ولا التزاماً عليه".<sup>1</sup>

ويقصد بالعائد بشكل عام الزيادة على قيمة الموجودات التي تنجم من استثمار تلك الموجودات وفق صيغة من صيغ الاستثمار الإسلامية.<sup>2</sup> وحتى يتبين وجود زيادة على قيمة الموجودات من عدمه لا بد من أن يجري تقويم للموجودات وهو ما يطلق عليه في الفقه الإسلامي التنضيف. والتنضيف قد يكون حقيقياً وذلك ببيع موجودات المشروع وتحويلها الى نقد وقبض الدين، وقد يكون التنضيف حكماً وبموجبه يتم تقويم الموجودات بالنقد بالقيمة المعادلة دون بيعها أو تحويل ملكيتها. وعند تقويم الموجودات أو تنضيضها فإن قيمتها قد تكون معادلة للقيمة الاسمية التي دفعها حاملو الصكوك عند الإكتتاب بها أو أقل منها أو تزيد عليها. فإذا كانت أقل فإن هذا يشير الى أن المشروع آل الى خسارة، أما إذا كانت

- 
- =التصرف فيها وذلك إما بزيادة قيمتها أو بتفرض الأصل مثل ثمر النخل أو ولد الماشية. (د. علي عبد الستار علي حسن، الأرباح التجارية من منظور الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١١، ص ١٨ - ٢٢).
- 1 انظر البند (٤.٤) من معيار سوق دبي المالي لإصدار وتملك وتداول الصكوك.
  - 2 الهدف من الموجودات في الصكوك الإسلامية هو الربح والتجارة لذا فإن الزيادة في قيمتها تكون ربحاً أو غلة، إذ لا يكون للزيادة هذا المفهوم إذا كان القصد من الموجودات الاقتناء فقط لا التجارة، لأن الزيادة في هذه الفرض في حال تحققها كما لو تمت إجارة هذه الموجودات تسمى فائدة. (د. علي عبد الستار علي حسن، مرجع سابق، ص ٢١).
  - 3 د. عبد الستار بن عبد الكريم أبو غدة، التعهدات الصادرة من مصدر الصكوك لحاملها، بحث مقدم الى ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي التي أقامتها مجموعة تطوير العمل المصرفي الإسلامي للبنك الأهلي السعودي، ص ٧١، البحث متاح على شبكة الانترنت في الموقع:

<http://www.kantakji.com/media/9523/6674.pdf>

قيمتها عند تقويمها أعلى من القيمة الاسمية للصكوك فهذا يشير إلى تحقق ربح، إلا أن الربح الظاهر إما أن يكون ربحاً رأسمالياً أو ربحاً دورياً، فالأول أي الربح الرأسمالي هو ما يتحقق عند ارتفاع القيمة السوقية لموجودات المشروع، فهو مرتبط بحق الملكية وليس ناشئاً عن الاستثمار، لذا فإنه يكون حقاً لحاملي الصكوك بصفته المالكين للموجودات ولا حق لمصدر الصكوك أو مديرها فيه طالما لم يكن أي منهما شريكاً في ملكية موجودات المشروع. ومثل هذا النوع من الربح يخرج عن مفهوم الربح المقصود في هذا البحث، أما النوع الثاني فهو الربح الدوري ويتمثل في العائد الذي تغلّه تلك الموجودات. فهو ربح ترتب على استثمار الموجودات.

وجدير بالإشارة أنه وبحسب العقد المبرم بين الطرفين، مصدر الصكوك وحاملها، يتحدد حق كل منهما في العائد ومقداره. فقد يكون العائد حقاً لحاملي الصكوك وحدهم، كما هو الحال في صكوك الإجارة، إذا كانت الأعيان المؤجرة ملكاً لحاملي الصكوك فقط فلهم الحق في العائد الذي يترتب عليها والذي يتمثل بالأجرة. أما مصدر الصكوك أو مديرها فإنه يستحق أجراً مقطوعاً في حال توليه إدارة الموجودات ويحتسب هذا الأجر ضمن مصروفات الاستثمار، وقد يكون لكل من حاملي الصكوك ومصدرها أو مديرها نسبة معينة من الربح المتحقق، كما في حالة صكوك المشاركة التي يملك بموجبها الموجودات كل من حاملي الصكوك ومصدرها أو صكوك المضاربة التي يقدم فيها مصدر الصكوك أو المضارب جهده مقابل نسبة معينة من الربح.

وحيث إن الموجودات تتخذ أكثر من صورة، كذلك صيغ استثمارها، فإن العائد له أكثر من صورة. ولعل من أهم صور الموجودات وعوائدها ما يأتي:

1. د. أشرف محمد دوابه، مرجع سابق، ص ١١٣.

## أ: الأعيان

يمكن أن تكون الموجودات التي تستثمر حصيلة الاكتتاب فيها عبارة عن أعيان معينة، والصكوك التي تستثمر في أعيان ليست نوعاً واحداً بل تتنوع وتتعدد بحسب طبيعة العقد الذي تقوم عليه، ومن أمثلة تلك الصكوك ما يأتي:

### ١- صكوك الإجارة:

بموجب هذا النوع من الصكوك يشتري المكتتبون بحصيلة الصكوك الإسلامية عيناً مؤجرة أو موعوداً باستئجارها من مصدر الصكوك. فالصدر بائع للعين وحاملو الصكوك مشتررون ومن ثم مالكون لها على الشيوع. فيكون لهم غنمها وعليهم غرمها. ويتمثل غنمها أو العائد بقيمة أجره تلك العين.

### ٢- صكوك السلم:

وفقاً لصكوك السلم يشتري المكتتبون عيناً موصوفة في الذمة، ثمها هو حصيلة الاكتتاب بصكوك التمويل الإسلامي، وفي هذا النوع من الصكوك يكون مصدرها هو بائع العين الموصوفة في ذمته، فيلتزم بتسليمها إلى المكتتبين في الأجل المحدد في مقابل ما قبضه معجلاً من حصيلة الاكتتاب، وبذلك تنتقل ملكية العين إلى حاملي الصكوك على الشيوع. ويستطيع هؤلاء بيع تلك العين بثمن أعلى من ثمن شرائها، ولو قبل قبضها بحسب ما تقضي به القواعد العامة<sup>١</sup>، أو يبيع عين أخرى بنفس المواصفات بسلم مواز بثمن أعلى من ثمن شرائها. وفي كلتا الحالتين يتمثل عائد صكوك السلم بالفرق بين ثمن شراء سلعة السلم وثن يبيعها<sup>٢</sup>.

1 د. أحمد جابر بدران، مرجع سابق، ص ١٧٨.

2 تنص المادة ٥٧١ من قانون المعاملات المدنية: "يجوز للمشتري أن يتصرف في المبيع المسلم فيه قبل قبضه".

3 د. محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص ٣٠٠؛ د. مفتاح صالح، رجال فاطمة، واقع صناعة الصكوك الإسلامية في دول مجلس التعاون الخليجي، بحث مقدم =

في هذا النوع من الصكوك يتم تعيين حصيلة الاكتتاب ثمناً لعين يتم تصنيعها، فهي عين موصوفة في الذمة تصبح بعد تصنيعها مملوكة لحاملي الصكوك على الشبوع. فمصدر هذه الصكوك هو الصانع أو المنتج لسلعة أو عين معينة يحصل على قيمة الصكوك ويلتزم بتصنيع العين وفقاً للمواصفات المتفق عليها، ويلتزم بتسليمها في الأجل المتفق عليه. وبما أن ملكية العين أضحت لحاملي الصكوك فإن لهم غنمها وعليهم غرمها، وغنمها أو عائدها يمكن أن يتحقق ببيع تلك العين ولو قبل قبضها بثمن يزيد على ثمن أو كلفة تصنيعها، فيكون العائد هو الفرق بين المبلغين، كما يمكن أن يتحقق هذا العائد ببيع عين لها ذات المواصفات في استصناع مواز، بأن يكون لحاملي الصكوك صفة المستصنع في عقد الاستصناع الأول، ثم يتم إبرام عقد استصناع ثانٍ يكون فيه حاملو الصكوك في مركز الصانع ولكن بكلفة أو ثمن أعلى من الثمن أو الكلفة التي تمت تغطيتها بحصيلة الصكوك. فإذا سلم المصدر العين المتفق على تصنيعها قام حاملو الصكوك أو من يمثلهم بتسليمها إلى المستصنع في العقد الثاني.

= إلى المؤتمر الدولي حول منتجات وتطبيقات الابتكار والهندسة المالية بين الصناعة المالية التقليدية والصناعة المالية الإسلامية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير - جامعة فرحات عباس - سطيف، ٥-٦/مايو/٢٠١٤، ص٧. متاح على شبكة الانترنت على الموقع : <http://eco.univ-setif.dz/uploads/ff.pdf> آخر زيارة بتاريخ ٢٠١٦/٦/١٢.

- 1 نجد عمر النجداوي، مرجع سابق، ص ٢٠.
- 2 د. علي علي غازي تفاع، إشكالية تحديد أرباح الصكوك الإسلامية: رؤية فقهية معاصرة، بحث مقدم إلى الندوة العالمية الخامسة عن الفقه الإسلامي في القرن الحادي والعشرين، قسم الفقه وأصول الفقه في الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا، ٢٠١٤، ص ١٥٨.

#### ٤ - صكوك المراجعة

يتم إصدار صكوك المراجعة من قبل مالك عين معينة أو من واعد بشراء عين معينة، وهدفه من إصدار الصكوك هو الحصول على ثمن العين أو الحصول على التمويل اللازم لشراء هذه العين، فتكون حصيلة الصكوك ثمن شراء تلك العين من أجل بيعها مرة أخرى مراجعة، فحاملو الصكوك مشتركون لتلك العين ومالكون لها ويمثل الصك الذي يحمله كل منهم حصة شائعة في ملكية هذه العين، فإذا تم بيعها يكون لكل منهم حصة شائعة في ثمنها. فالموجودات في هذا النوع من الصكوك تتمثل بعين من الأعيان. أما عائد صكوك المراجعة فيتمثل بالفرق بين ثمن شراء العين و ثمن بيعها مراجعة<sup>١</sup>.

يلاحظ مما تقدم أن الأعيان التي تستثمر فيها حصيلة الصكوك قد تكون أعياناً موجودة مثلما يمكن أن تكون أعياناً موصوفة في الذمة أي غير موجودة عند إصدار الصكوك قابلة للوجود في الزمن المستقبل، يلتزم مصدر الصكوك بتسليمها لحاملي الصكوك في الأجل المحدد.

#### ب: منافع الأعيان

قد ينصب حق حاملي الصكوك عند اكتسابهم بالصكوك على منفعة عين من الأعيان دون ملكية ذات العين. ولعل من أبرز صور هذا النوع من الصكوك صكوك الإجارة التي يكون مصدرها مستأجراً لعين من الأعيان وليس مالكا لها سواء كانت تلك العين موجودة أو موصوفة في الذمة أي أنها ستوجد في المستقبل مع تعيينها تعييناً نافياً للجهالة بتحديد مواصفاتها. فالمصدر في هذا الفرض يملك منفعة تلك العين فيقوم بإصدار صكوك بقيمة تلك المنفعة، فيحصل المكتتبون جراء اكتسابهم بتلك الصكوك على منفعة تلك العين<sup>٢</sup>، فهم في الواقع مستأجرون من الباطن، فيكون لهم

1 د. مفتاح صالح، رحال فاطمة، مرجع سابق، ص ٦.

2 د. أحمد جابر بدران، مرجع سابق، ص ١٧٨.

الحق بإعادة إجارة العين المذكورة بأجرة أعلى، فيكون العائد في هذا  
الفرض متمثلاً بالفرق بين الأجرتين. ومن صور هذا الفرض أيضاً حق  
الانتفاع، فيكون المصدر هو صاحب حق الانتفاع فيطرح الحق للاكتتاب،  
ومعلوم أنّ حق الانتفاع يمنح المنتفع سلطتي الاستعمال والاستغلال مدة  
الحق<sup>1</sup>. وهو يشبه الإيجار إلا أنّ الفروق بينهما تقع من حيث إنّ حق  
الانتفاع حق عيني بينما الإيجار حق شخصي.

### ج: الخدمات

قد تتخذ الموجودات التي تمثلها الصكوك الإسلامية صورة خدمات  
معينة. فمصدر هذا النوع من الصكوك هو شخص يقدم خدمة معينة مقابل  
أجر كأن يكون مثلاً جامعة تقدم خدمة التعليم أو مستشفى تقدم خدمات  
العلاج، فيقوم بإصدار صكوك إسلامية تكون حصيلتها مقابلاً لتلك  
الخدمات، فيصبح حاملو الصكوك مالكين للخدمات المذكورة، ولهم  
بصفتهم مالكين لها غنمها وعليهم غرمها، ويتمثل غنمها أو العائد في هذا  
الفرض بالعروض الذي يتم الحصول عليه في مقابل تقديم هذه الخدمة  
للجمهور، كالأقساط التي يدفعها الطلبة للجامعة للحصول على خدمة  
التعليم أو أجرة العلاج التي يدفعها المرضى للمستشفى للحصول على  
العلاج<sup>2</sup>.

### د: خليط من الأعيان والمنافع والخدمات والديون

تكون الموجودات خليطاً من الأعيان والمنافع والخدمات والديون أو  
بعضاً من ذلك في صيغ المشاركة بشكل عام. ولعل من أهم أمثلتها ما  
يأتي:

1 تنص المادة ١٣٣٣ من قانون المعاملات المدنية: "الانتفاع حق عيني للمنتفع  
باستعمال عين تخضع للغير واستغلالها ما دامت قائمة على حالها"، وتنص المادة  
١٣٣٧ منه: "ثمار الشيء المنتفع به من حق المنتفع مدة الانتفاع".

2 د. أحمد جابر بدران، مرجع سابق، ص ١٧٩.

بموجب هذا النوع من الصكوك يتخذ الاستثمار صيغة عقد المضاربة بين مصدر الصكوك وحاملها. فمصدر الصكوك مضارب يقدم عمله وجهده وحاملو الصكوك هم رب المال، وحصيلة الصكوك هي رأس مال المضاربة. وتسري على العلاقة بينهما أحكام عقد المضاربة، حيث يستثمر مصدر الصكوك حصيلة الاكتتاب في مشروع معين يتم إصدار الصكوك لإنشائه أو تمويله، ويمثل الصك حصة شائعة في ملكية موجودات المضاربة التي قد تشمل أعياناً أو منافع أعيان أو خدمات أو نقداً أو ديوناً، وحصة شائعة في ثمن تلك الموجودات بعد بيعها. ووفقاً لأحكام المضاربة يتم الاتفاق على أن يكون لطرفي المضاربة المضارب ورب المال حصة في الربح الناتج عن استثمار رأسمالها حيث يتم تحديد مقدار هذا الربح بنسبة شائعة لكل منهما. بناء على ذلك يتمثل العائد في هذا النوع من الصكوك بالنسبة لحاملها بحصة شائعة من ربح استثمار موجودات المضاربة<sup>١</sup>. والأصل أن المضارب لا يشارك رب المال في رأس المال اعتباراً بأنه مختص بالعمل والسعي لتحقيق الربح<sup>٢</sup> إلا إذا أجاز رب المال أو القانون أو العرف للمضارب خلط ماله مع رأس مال المضاربة<sup>٣</sup>.

- 1 د. محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص ٣٥٥.
- 2 تنص المادة ٦٩٣ من قانون المعاملات المدنية: "شركة المضاربة عقد يتفق بمقتضاه رب المال على تقديم رأس المال، والمضارب بالسعي والعمل ابتغاء الربح".
- 3 تنص المادة ٧٠٣ من قانون المعاملات المدنية: "١. يجب أن يشترك كل من المضارب ورب المال في الربح وذلك بالنسبة المتفق عليها في العقد فإن لم تعين قسّم الربح بينهما وفقاً لما يجري به العرف وإن لم يوجد قسّم مناصفة. ٢. وإذا جاز للمضارب خلط ماله مع رأسمال المضاربة قسّم الربح بنسبة رأس المال فيأخذ المضارب ربح رأسماله ويوزع ربح مال المضاربة بين المتعاقدين على الوجه المبين في الفقرة الأولى". ومعلوم أن نسبة الأرباح يجب تحديدها في نشرة الاكتتاب فلم يبق مجال لحكم عدم تعيينها الوارد في الفقرة الأولى. أما الفقرة الثانية فأفادت جواز أن لا تشكل حصيلة الاكتتاب كل رأسمال المضاربة لإمكان اشتراك المضارب بحصة شائعة فيه.



## ٢- صكوك الوكالة بالاستثمار:

تقرب صكوك الوكالة بالاستثمار من صكوك المضاربة في أن مصدر هذه الصكوك يستثمر حصيلتها في القيام بمشروع معين فتكون حصيلة الصكوك هي رأس مال المشروع في حين لا يقدم مصدرها الا عمله وجهده، وأنه يعدّ وكيلاً عن حاملي الصكوك كما المضارب، إلا أن وكالته عن حاملي الصكوك تسري عليها أحكام عقد الوكالة بأجر بخلاف المضارب، فلا يستحق مصدر الصكوك نسبة من الربح كما هو شأن المضارب إنما يستحق أجراً محدداً أو نسبة من رأس المال المستثمر. ويمثل الصك في هذا النوع من الصكوك حصة شائعة في ملكية موجودات المشروع محل الوكالة، التي يمكن أن تكون أعياناً أو منافع أعيان أو خدمات أو ديون أو خليط منها. أو من بعضها. وبما أن حاملي الصكوك هم أصحاب المشروع لذا فإنهم يستحقون عائده المتمثل بالربح الناتج عن استثمار موجودات المشروع.

## ٣- صكوك المشاركة:

وفقاً لصكوك المشاركة فإن مصدرها هو مالك مشروع قائم يرغب في الحصول على التمويل اللازم لتطويره، أو شخص يرغب في إنشاء مشروع جديد وبحاجة الى أن يشاركه شخص في إقامة هذا المشروع حيث يعوزه رأس المال الكافي لذلك، فيقوم بإصدار صكوك تمويل إسلامي ليستخدم حصيلتها في تطوير مشروعه القائم أو إنشاء المشروع الجديد. وهكذا فإن العلاقة بين مصدر الصكوك وحاملها تأخذ صفة الشركة وتسري عليها

- 1 تنص المادة ٦٩٥ من قانون المعاملات المدنية: "١. يثبت للمضارب بعد تسليم رأس المال إليه ولاية التصرف فيه بالوكالة عن صاحبه. ٢. ويكون المضارب أميناً على رأس المال وشريكاً في الربح".
- 2 د. محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص ٣٦١-٣٦٣.

أحكام عقد الشركة. إذ تكون حصيلة الصكوك في هذا الفرض جزءاً من رأس مال ذلك المشروع، ويمثل الصك حصة شائعة في ملكية موجودات الشركة التي تشمل أعياناً ومنافع أعيان وديون أو خدمات<sup>١</sup>. وبناء على عقد الشركة بين الطرفين يتم تقسيم الربح الناتج عن هذا المشروع بين مصدر الصكوك وحاملها. ففي صكوك المشاركة كما في صكوك المضاربة يتمثل عائد حاملي الصكوك بحصة شائعة من ربح المشروع.

#### ٤- صكوك المزارعة:

يأخذ التمويل والاستثمار بموجب صكوك المزارعة صيغة عقد المزارعة، وهو بمفهوم عام "عقد استثمار أرض زراعية بين صاحب الأرض وآخر يعمل في استثمارها على أن يكون المحصول مشتركاً بينهما بالحصص التي يتفقان عليها"<sup>٢</sup>.

والمصدر في هذه الصكوك هو أحد طرفي عقد المزارعة، وقد يكون هو مالك الأرض الصالحة للزراعة إلا أنه يرغب في الحصول على تمويل لزراعتها فيصدر صكوك التمويل الإسلامي لتغطي حصيلتها تكاليف الزراعة، ويكون حاملو الصكوك في هذا الفرض في مركز المزارع، أي الذي يقدم العمل في استثمار الأرض بنفسه أو بغيره. وقد يكون مصدر الصكوك هو المزارع الذي يرغب باستثمار أرض زراعية صالحة للزراعة فيقوم بإصدار صكوك مزارعة من أجل الحصول على التمويل اللازم لشراء الأرض، فيكون المكتسبون بهذه الصكوك مالكيين للأرض بحصيلة صكوكهم. وفي الفرضين أي سواء كان المصدر هو صاحب الأرض أو المزارع يتم الاتفاق على اقتسام المحصول بينه وبين حاملي الصكوك بحسب

1. د. أشرف محمد دوابه، مرجع سابق، ص ٣٧ - ٣٨؛ د. أحمد جابر بدران، مرجع سابق، ص ١٨٢؛ محمد عمر النجد اوي، مرجع سابق، ص ٢١ - ٢٢.
2. انظر المادة (٨٠٩) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.

الاتفاق بينهم<sup>١</sup>. فالصكوك وفقاً للفرض الأول تمثل حصة شائعة في ملكية موجودات المزارعة سوى الأرض، مثل آلات الزراعة ومدخلاتها كالبنجر والسماد، وفي الزرع بعد ظهوره وفي ثمنه بعد بيعه. أما في الفرض الثاني الذي يكون فيه مصدر الصكوك هو المزارع فإن الصكوك تمثل حصة شائعة في الأرض وفي الزرع بعد ظهوره وفي ثمنه بعد بيعه. ويتمثل العائد الذي يحصل عليه حاملو الصكوك في الفرق بين كلفة الزراعة أو قيمة الأرض التي تم تحويلها من حصيد الصكوك وثمر الزرع بعد بيعه.

#### ٥- صكوك المساقاة

يحكم العلاقة بين مصدر صكوك المساقاة وحاملها عقد المساقاة، وهو على النحو الذي يعرفه به قانون المعاملات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة: "عقد بين عامل ومالك شجر أو زرع على أن يقوم العامل بخدمة الشجر أو الزرع مدة معلومة في نظير جزء شائع من غلته".<sup>٢</sup>

وكما في صكوك المزارعة<sup>٣</sup> أي سواء كان المصدر هو صاحب الشجر أو الزرع أو كان هو المساقى فإنه يجب اقتسام الغلة بينه وبين حاملي الصكوك بحسب الاتفاق بينهم. فالصكوك وفقاً للفرض الأول تمثل حصة شائعة في ملكية موجودات المساقاة سوى الشجر أو الزرع، مثل الآلات والمعدات اللازمة لرعاية الشجر وتلقيحه وتقليمه، وفي المحصول بعد ظهوره وفي ثمنه بعد بيعه<sup>٤</sup>. أما في الفرض الثاني الذي يكون فيه مصدر

1 د. محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص ٣٨٨ - ٣٨٩.

2 المادة (٨٢٢) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.

3 تنص المادة ٨٣٤ من قانون المعاملات المدنية: "تسري أحكام المزارعة على المساقاة في ما لم تتناوله النصوص السابقة".

4 د. أشرف محمد دوابه، مرجع سابق، ص ٤٣ - ٤٤؛ د. محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص ٣٩٥. ما لم يتفق على خلاف الآتي فإن النفقات التي تبذل في خدمة الشجر وثمر الغلة وجودتها والحفاظة عليها إلى أن تدرك، كالتسقي =

الصكوك هو المساقى فإن الصكوك تمثل ملكية شائعة لحاملها في الشجر والزرع، وفي غلتها. ويتمثل العائد الذي يحصل عليه حاملو الصكوك في الفرق بين كلفة المساقاة أو قيمة الشجر أو الزرع التي تم تمويلها من حصيلة الصكوك والغلة أو ثمن الشجر أو الزرع بعد بيعه.

#### ٦- صكوك المغارسة

تشبه صكوك المغارسة صكوك المزارعة وصكوك المساقاة من حيث إنها من صكوك المشاركة في الانتاج الزراعي. فالمغارسة هي "إعطاء شخص أرضه لمن يفرس فيها شجراً معيناً من عنده على أن يكونا شريكين في الأرض والشجر بنسبة معلومة إذا بلغ الشجر قدراً معيناً من النماء قبل أن يثمر".

فالمغارسة عقد طرفاه صاحب أرض زراعية ومغارس، وهو من يفرس فيها أصولاً ثابتة من نخيل أو شجر. فخرج بهذا القيد الزرع سواء أكان موسميّاً أم سنويّاً. وحكم العقد أنّ الأرض والشجر إذا بلغ قدراً معيناً من النمو قبل أن يثمر يكونا مملوكين لهما على الشيوع بالنسبة المتفق عليها.

---

= وتلقيح الشجر وتقليمه، فإنها تكون على المساقى. أما الأعمال الثابتة، وهي التي لا تتكرر كل سنة، كحفر الآبار وإقامة مستودعات لحفظ الغلة فهي على صاحب الشجر أو الزرع، كذلك عليه نفقات الاستغلال والعناية المعتادة كمن السماد وأدوية مكافحة الحشرات. أما النفقات اللازمة بعد إدراك الغلة، كنفقة القطاف والحفظ، فهي على الطرفين كلاً بنسبة حصته في الغلة. راجع المادة ٨٢٨ من قانون المعاملات المدنية.

1 انظر المادة (٨٣٥) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.

2 جاء في المادة ٨٣٦ من قانون المعاملات المدنية: "يشترط في صحة عقد المغارسة ما يأتي: ١. أن تكون المغارسة في الأصول الثابتة من نخيل أو شجر لا فيما يزرع كل سنة".

ومصدر صكوك المغارسة هو أحد هذين الطرفين، فقد يكون مالك أرض بحاجة الى التمويل اللازم لغرسها بالشجر، فيطرح للاكتتاب صكوك تمويل اسلامي تأخذ صيغة صكوك المغارسة لتكون حصيلتها هي تكاليف غرس الأرض بالشجر، وبذلك يكون حاملو الصكوك في المركز القانوني للمغارس<sup>1</sup>. كما يمكن أن يكون مصدر الصكوك هو المغارس الذي يستطيع تقديم عمله لغرس أرض بشجر من عنده إلا إنه بحاجة الى من يملك مثل هذه الأرض التي تحتاج الى غرس، فيلجأ الى إصدار صكوك مغارسة تكون حصيلتها المبلغ اللازم لشراء الأرض. فالصكوك في الحالتين تمثل ملكية موجودات على الشيوع بين حملة هذه الصكوك<sup>2</sup>، إلا أن هذه الموجودات تتمثل بالفرض الأول بالشجر والمعدات اللازمة لغرسها، أما في الفرض الثاني فتتمثل في الأرض محل عقد المغارسة. هذا قبل أن يبلغ الشجر قدراً معيناً من النماء. أما بعد أن يبلغ الشجر قدراً معيناً من النماء وقبل أن يثمر فإن موجب عقد المغارسة اشترك حاملي صكوك المغارسة مع صاحب الأرض أو المغارس بملكية الأرض والشجر على الشيوع بنسبة معلومة لكل منهما تحدد ابتداءً في نشرة الاكتتاب<sup>3</sup>. بناء على ذلك فإن عائد صكوك المغارسة سيكون متمثلاً بقيمة حصة حاملي الصكوك من الشجر والأرض التي حصلوا عليها بموجب عقد المغارسة منقوصاً منها تكاليف المغارسة المتمثلة بالمبلغ الذي قاموا بأدائه عند الاكتتاب بصكوك المغارسة، والذي يمثل القيمة الاسمية للصكوك.

### المطلب الثاني

#### كيفية تحديد الربح في صكوك التمويل الإسلامي

تبين فيما سبق أن من أهم خصائص الصكوك الإسلامية أنها تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية ويتعين أن تكون متوافقة معها في جميع

1 د. محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص ٣٩٨.

2 د. أشرف محمد دوابه، مرجع سابق، ص ٤٥.

3 انظر الفقرتين ٣ و٤ من المادة ٨٣٦ من قانون المعاملات المدنية الاتحادي.

أحكامها. لذا فإن تحديد مقدار العائد أو الربح الذي يحصل عليه حاملو الصكوك الإسلامية يخضع لقواعد شرعية، ويتعين على التشريعات التي تنظم أحكام الصكوك الإسلامية أن تتبع تلك القواعد. وفي هذا المطلب نبين أحكام تحديد العائد أو الربح في فرعين على النحو الآتي.

### الفرع الأول

#### تحديد الربح بمبلغ معين

لا يأخذ تحديد الربح بمبلغ معين من رأس المال حكماً واحداً في جميع صيغ التمويل أو الاستثمار بالصكوك الإسلامية، إذ يمكن أن يكون الحكم عدم جواز تحديد الربح بمبلغ معين وإن كانت نسبة الربح معلومة أو على النقيض من ذلك وجوب تحديد مقدار الربح بمبلغ معين مسبقاً. وذلك على النحو الآتي.

أولاً: عدم جواز تحديد الربح بمبلغ معين أو نسبة معينة من رأس المال

الأصل في الاستثمار بشكل عام أن العائد أو الربح هو المحصلة الإيجابية للنشاط أو المشروع الذي يتم استثمار رأس مال معين فيه. والأصل أن المحصلة الإيجابية لذلك النشاط لا تتضح إلا عند انتهاء هذا النشاط أو بنهاية مدة زمنية معينة حيث تتم مقارنة أصول المشروع بمخصومه، فإذا كانت الأصول تزيد على الخصوم فهذا معناه أن النشاط حقق ربحاً من الناحية المحاسبية. ولا يخرج الاستثمار بموجب الصكوك الإسلامية عن هذا التصور، فالربح لا يستحق إلا بالظهور وهو لا يظهر إلا عندما ينتهي النشاط ويتم احتساب الزيادة على رأس المال. فإذا تبين من خلال المقارنة المبينة آنفاً أن الأصول أقل من الخصوم فهذا معناه تحقق خسارة، فلا وجود لربح يستحقه المستثمرون بل على العكس من ذلك

1 فاروق إبراهيم جاسم، حقوق المساهم في الشركة المساهمة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠٠٨، ص ٤٦.

يتعين على حاملي الصكوك الإسلامية في هذا الفرض تحمل الغرم أي تحمل نسبة من الخسارة.

بناء على ذلك يتم تحديد مقدار الربح لكل من الطرفين بالاتفاق بينهما، على أن يكون هذا التحديد حصة شائعة من الربح المتحقق وليست مبلغاً مقطوعاً. وهو ما قضت بهقوانين الصكوك الإسلامية من وجوب تصريح نشرة الإصدار التي تطرح على أساسها الصكوك الإسلامية للاكتتاب نسب توزيع الأرباح والخسائر بين طرفي الصكوك المصدر وحاملها. من ذلك مثلاً المادة ١٤ من قانون صكوك التمويل الإسلامي الأردني التي تقضي بأنه: "٥... - يجب أن تتضمن نشرة الإصدار ما يلي حداً أدنى: ٤... - مشاركة مالك صك التمويل الإسلامي في الغرم والغرم بحسب نوع الصك وصيغته. ٧... - نسب توزيع العوائد المتوقعة من المشروع".

ومن تطبيقات هذا المبدأ ما تنص عليه نشرة الإصدار الخاصة بالصكوك الوطنية في دولة الإمارات العربية المتحدة، حيث تقضي بأن يتم توزيع الأرباح بين المضارب (شركة الصكوك الوطنية) ورب المال (حاملي الصكوك) بنسبة ٨٠٪ للمضارب و ٢٠٪ لرب المال. فهي حددت نسباً معلومة في توزيع الربح حال تحققه، فكانت النسبة معلومة، والربح متوقفاً، والقطع به غير وارد لأنه يناقض التوقع، وهو التردد بين الوقوع واللاوقوع.

وفي هذا الصدد يثار التساؤل عن الحكم فيما لو لم يتفق الطرفان أو لم تحدد نشرة الإصدار نسبة الأرباح التي يستحقها كل من الطرفين، وذلك مبني على تحديد الطبيعة القانونية للإيجاب القانوني في تحديد نسب

---

1 تقابلها المادة ١١ من قانون الصكوك الإسلامية المصري، والبند ٣.٢ من معيار سوق دبي المالي لإصدار وتملك وتداول الصكوك.

توزيع العوائد المتوقعة من المشروع. فالإيجاب معلوم للنص عليه إلا إن تعيين طبيعته القانونية قابلة للنظر الفقهي. فهل يعدّ تحديد نسب العوائد في نشرة الاكتتاب شرط انعقاد فيبطل العقد بفقده؟ أم شرط صحة فيفسد العقد بفقده؟ أم شرط لزوم فيملك المكتتب فسخ العقد بعد تحديد النسب من قبل مصدر الصكوك في الفترة اللاحقة على الاكتتاب متى خالف رضاه في النسبة التي توقعها؟ أم شرط نفاذ فيكون للمكتتب نقض العقد؟ مع مراعاة أنّ نشرة الاكتتاب في كل ذلك هي دعوة إلى التعاقد، وأنّ العقد لا ينعقد إلا بنجاح النشرة أو تصريح المصدر بالقبول، بمعنى أنّ التساؤل المثار في هذا الفرض في تحديد الطبيعة القانونية مبني على مرحلة انعقاد العقد، وذلك محل اهتمام الباحث. أما مرحلة ما قبل انعقاد العقد، وهي مرحلة الدعوة إلى التعاقد، فيمكن أن يثار بشأنها مسؤولية مصدر الصكوك من حيث إخلاله بالتزام قانوني، والعقوبات المالية كالغرامات التي يمكن أن تفرضها عليه الجهات الإدارية المنظمة لعمل الأسواق المالية. إن تحديد نسبة الأرباح وكيفية توزيعها بين الطرفين يعد مسألة جوهرية من مسائل العقد الذي يربط بين مصدر الصكوك وحاملها. بناء على ذلك تلزم القوانين مصدر الصكوك بأن يضمن نشرة الإصدار بياناً يحدد نسب توزيع الأرباح، إذ تعد نشرة الإصدار دعوة إلى التعاقد موجهة من مصدر تلك الصكوك إلى المكتتبين يبنى عليها الاكتتاب وتحدد على أساسها شروط العقد المبرم بين الطرفين. إلا أن عدم تحديد تلك النسبة لا يعني بطلان العقد المبرم بينهما بالضرورة. وفي الواقع لا يمكن وضع حكم واحد في جميع الحالات. إذ يختلف تكييف العقد المبرم بين الطرفين بحسب صيغة الاستثمار الذي تموله الصكوك. فإذا اتخذت الصكوك صيغة صكوك المشاركة مثلاً فإن العلاقة بين الطرفين تكيف على أنها شركة، ويمكن في هذا الفرض تطبيق الأحكام الخاصة بعقد الشركة طالما أن هذه الأحكام لا تخالف الشريعة الإسلامية. وأحكام عقد الشركة تقضي بهذا الخصوص



بأنه " إذا لم يعين عقد الشركة النسبة المقررة للشريك في الأرباح أو الخسائر كان نصيبه منها بنسبة حصته في رأس المال ، وإذا اقتصر العقد على النسبة المقررة للشريك في الربح كان نصيبه في الخسارة معادلاً لنصيبه في الربح والعكس صحيح".<sup>١</sup> أما إذا اتخذت الصكوك صيغة صكوك المضاربة فتسري أحكام عقد المضاربة ، وبموجب هذه الأحكام يكفي تحديد نصيب مصدر الصكوك بصفته مضارباً ، أما رب المال وهم هنا حملة الصكوك فلهم الباقي لأن رب المال يستحق الربح بالملك فلا يحتاج الى شرط.<sup>٢</sup> وإذا لم تحدد نسبة المضارب أو نسبة طرفي عقد المضاربة فإنه يصار في تحديدها إلى العرف وإلا كانت النسبة بينهما مناصفة.<sup>٣</sup> فإذا تحددت نسب العوائد في عقود معينة بقاعدة قانونية مكملة أو بعرف فإن لازمه صحة العقد بدون تحديدها اتفاقاً ، فارتفع بذلك اعتبار تحديدها في نشرة الاكتتاب شرط انعقاد أو صحة أو لزوم أو نفاذ ، ويصار في تحديدها إلى ما قضت به تلك القواعد أو العرف بينما نجد النص القانوني يقطع بأن تحديد نسب العوائد في عقود المزارعة والمساقاة والمغارسة شرط صحة فيها ، وموجب انتفاء شرط الصحة فساد العقد ، إلا إن ما درج عليه قانون المعاملات المدنية الحكم ببطولان العقد ، فحكمه هنا أنه شرط انعقاد.

بناء على ما تقدم لا يجوز أن يتم تحديد الربح بمبلغ معين لأن الصك يكون في هذه الحالة سند قرض تقليدي والربح في هذه الحالة ليس إلا فائدة ، فلا يعد الصك صكاً إسلامياً ، والعقد في مثل هذه الحالة يعد باطلاً

- 1 انظر المادة (١/٢٩) من قانون الشركات التجارية الاتحادي رقم ٢ لسنة ٢٠١٥.
- 2 د. برهان الشاعر، ضوابط المضاربة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، سلسلة دراسات في الاقتصاد الإسلامي، الجزء ١٠، دار النوادر، سوريا- لبنان- الكويت، ٢٠١٣، ٢٥٧- ٢٥٨.
- 3 راجع المادة ٧٠٣ من قانون المعاملات المدنية.
- 4 راجع المواد ٨١٠/ج، ٨٢٢، ٨٣٦/٣ و٤ من قانون المعاملات المدنية.

١ ، وقد ورد النص على ذلك في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي الخاص  
بسنديات المقارضة رقم ٣٠ (٤/٥) حيث جاء فيه :

" لا يجوز أن تتضمن نشرة الإصدار ولا الصكوك المصدرة على  
أساسها نصاً يؤدي إلى احتمال قطع الشركة في الربح فإن وقع كان العقد  
باطلاً. ويترتب على ذلك :

أ- عدم جواز اشتراط مبلغ محدد لحملة الصكوك أو صاحب  
المشروع في نشرة الإصدار وصكوك المقارضة الصادرة بناء عليها ."

من جانب آخر فإنه لا يجوز تضمين نشرة الإصدار شرطاً بضمان  
ربح معين أو بضمان أن الربح لا يقل عن حد معين<sup>١</sup> ، لأن الربح متوقع  
الحصول قد يتحقق وقد لا يتحقق ، فلم يجز ضمان الربح من المضارب أو  
الشريك أو مدير الاستثمار لأنه يعدّ صورة من صور القمع بمبلغ الربح.

فإذا ما وجد مثل هذا الشرط في نشرة الإصدار فإن الشرط يبطل دون  
الصك<sup>٢</sup> ، ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً<sup>٣</sup> .  
ثانياً: جواز تحديد الربح بمبلغ معين

إن صيغ العقود الشرعية التي يتم استناداً إليها إصدار الصكوك  
الإسلامية متعددة. ووفقاً لبعض هذه الصيغ لا بد من أن يكون الربح  
معلوماً علمياً نافياً للجهالة. ومن هذه الصيغ صكوك المراجعة والنسلم  
والاستصناع والإجارة.

ففي صكوك المراجعة التي تستثمر بموجبها حصيلة الصكوك في تمويل  
شراء عين معينة تكون مملوكة لحاملي الصكوك ومن ثم بيعها الى مشترٍ

1 د. أحمد جابر بدران، مرجع سابق، ص ١٧٣.

2 د. محمد فخري صويلح، مرجع سابق، ص ٢٤.

3 د. باسل الشاعر، مرجع سابق، ص ١٤؛ د. الصوفي ولد الشيباني، مرجع

سابق، ص ١٢.

4 راجع المادة ٢٠٦ من قانون المعاملات المدنية.

بزيادة ربح معلوم، يكون العلم برأسمال المبيع والربح في عقد المراجعة من شروط لزومة<sup>1</sup>. لذا فإن ربح الصكوك في هذه الحالة يكون معلوماً ابتداءً، حيث يتمثل بالفرق بين ثمن شراء العين وثمان بيعها مراجعة مخصوصاً منها تكاليف الإدارة وأي مصروفات أخرى<sup>2</sup>.

ومثل ذلك يقال في صكوك السلم، حيث تستغل حصيلة الصكوك في شراء مال أجل بمال عاجل، فيصبح المال الآجل (المبيع المسلم فيه) ملكاً لحاملي الصكوك، ويمكن بيعه بسلم مواز، أي إبرام عقد سلم آخر منفصل عن العقد الأول، ولكن بثمان يزيد على الثمن الأول، فيكون الفرق بين ثمن الشراء وثمان البيع هو الربح المتوقع لحاملي الصكوك بعد خصم نفقات إدارة الصكوك وإبرام العقد والمصروفات الأخرى. ففي هذا العقد كما هو الشأن في المراجعة لا بد من علم حاملي الصكوك بثمان المبيع سلفاً عند إبرام العقد لأن الجهالة الفاحشة بالثمن حكمها بطلان العقد<sup>3</sup>.

والحكم ذاته يسري على صكوك الاستصناع، التي تستخدم حصيلتها في شراء عين موصوفة في الذمة يتم تصنيعها. وتصبح تلك العين مملوكة لحاملي الصكوك، الذين يحق لهم بيعها بعد تسلمها أو بيعها قبل تسلمها باستصناع مواز. وحيث أن ثمن الاستصناع يجب أن يكون معلوماً عند إبرام العقد، وكذلك ثمن بيع العين بعد تسلمها أو ثمن الاستصناع الموازي إذا تم بيعها قبل تسلمها باستصناع مواز، لذا فإن الربح يكون معلوماً ومحددًا على سبيل الوجوب، فجهالة الثمن في عقد الاستصناع أو البيع من شأنه أن يؤدي إلى بطلان العقد.

ولا يختلف الحكم في صكوك الإجارة التي تستثمر حصيلتها في شراء عين معينة، تكون مملوكة لحاملي الصكوك، ثم يتم تأجيرها لمصدر

1 راجع المادة ٣/٥٠٦ من قانون المعاملات المدنية.

2 د. علي علي غازي تفاع، مرجع سابق، ص ١٥٥.

3 انظر المادة (٥٧٠) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي.

الصكوك أو للغير، فتمن شراء العين معلوم بموجب عقد البيع وشرط من شروط صحته، وأجرة العين بعد تأجيرها يجب أن تكون معلومة عند إبرام عقد إيجارها وذلك شرط من شروط لزوم العقد<sup>١</sup>. فإن كانت مجهولة جاز فسخ العقد ولزمت أجرة المثل عن المدة السابقة على الفسخ<sup>٢</sup>. والذي نخلص إليه هو وجوب تحديد الطبيعة القانونية لتحديد نسب العوائد في نشرة الاكتتاب منعاً للاختلاف في تحديدها، وحماية لحقوق المكتتبين.

وبما أن العائد يتمثل في أجرة العين لذا فإن الزبح في هذه الصكوك معلوم ابتداءً ويمكن احتسابه، إذ لا يخرج عن كونه أجرة العين مخصوصاً منها تكاليف إدارة الصكوك وصيانة العين المؤجرة والتكاليف الأخرى التي تقع على المُوَجَّر وفق أحكام القانون<sup>٣</sup>. مع ملاحظة أن الأجرة قد تكون متغيرة، إذ يكون مقدار الأجرة معلوماً في المدة الأولى من العقد، ويتغير في المدد اللاحقة، لأن عقد الإجارة قد يستغرق في تنفيذه مدة زمنية طويلة نسبياً ويمكن أن يطرأ تغيير على مقدار الأجرة وفق مقتضيات السوق. وبما أن الأجرة ينبغي أن تكون معلومة في عقد الإيجار فإن على الطرفين في هذه الحالة تحديد معيار يتم على أساسه تقدير الأجرة في المدد اللاحقة فيتم ربط الأجرة المتغيرة بمؤشر منضبط متفق عليه بين الطرفين<sup>٤</sup>.

- 1 المادة (٧٤٨) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي.
- 2 تنص المادة ٧٤٨ من قانون المعاملات المدنية: "١. يشترط أن تكون الأجرة معلومة وذلك بتعيين نوعها ومقدارها إن كانت من النقود، وبيان نوعها ووصفها وتحديد مقدارها إن كانت من غير النقود. ٢. وإذا كانت الأجرة مجهولة جاز فسخ الإجارة ولزمت أجرة المثل عن المدة الماضية قبل الفسخ".
- 3 د. علي علي غازي تفاع، مرجع سابق، ١٥٣.
- 4 انظر البند (٣/٢/٥) من المعيار الشرعي رقم ٩ (معيار الإجارة) الذي ينص على أنه: "في حالة الأجرة المتغيرة يجب أن تكون الأجرة للفترة الأولى محددة بمبلغ معلوم، ويجوز في الفترات التالية اعتماد مؤشر منضبط، ويشترط أن يكون هذا المؤشر مرتبطاً بمعيار معلوم لا مجال فيه للنزاع، لأنه يصبح هو أجرة الفترة الخاضعة للتحديد، ويوضع له حد أدنى وحد أعلى".

وعلى الرغم من تحديد الربح بمبلغ معين معلوم مسبقاً في الصكوك السابق ذكرها إلا أن هذا لا يغير من وصف الصك كونه صكاً إسلامياً ولا يتعارض مع طبيعته. فالربح وإن تم تحديده مسبقاً فهذا لا يعني أن حاملي الصكوك سيحصلون عليه حتماً، إذ يشترط للحصول عليه تحققه فعلاً بأن يتم بيع العين مرابحة في صكوك المرابحة أو بيعها بسلم مواز في صكوك السلم أو بيعها باستصناع مواز في صكوك الاستصناع أو تأجيرها في صكوك الإجارة والحصول على ثمنها أو أجرتها، فإذا لم يتم بيعها لهلاكها قبل البيع أو قبل التسليم، أو تم بيعها أو تأجيرها وأفلس مشتريها أو مستأجرها فلا يحصل حاملو الصكوك على الربح المحدد مسبقاً، وهذا يشكل فرقاً جوهرياً بين تحديد الربح بمبلغ معلوم مستقبل في الصكوك الآنف ذكرها وبين تحديد مبلغ الفائدة في سندات القرض التقليدية، فني هذه الأخيرة تستحق الفائدة لحاملي السندات بصرف النظر عن تحقق ربح أو زيادة على أصل رأس المال من عدمه.

وإذا كان الأصل أن تحديد الثمن أو الأجرة وبالتالي تحديد الربح في صكوك التمويل المشار إليها ينبغي أن يكون وفق المعايير المتبعة لتحديد الثمن أو الأجرة، كأن يحدد بالاتفاق أو باعتماد سعر السوق الذي تحده قواعد العرض والطلب، فإن تحديد الثمن أو الأجرة قد يكون أحياناً باعتماد مؤشر معتمد بحسب الأصل لقياس سعر فائدة القرض في البنوك التجارية مثل سعر الفائدة السائد في بنوك لندن ويسمى مقياس الليبور (LIBOR)<sup>1</sup> ومثله مؤشر (Prime Rate) وهو سعر الفائدة السائد لدى بنوك نيويورك، ومثل هذا الأمر قد يثير مخالفة الصكوك التي تعتمده الأحكام الشرعية الإسلامية. ويشأن ذلك يذهب الفقه<sup>2</sup> إلى أن الاعتماد

1 هذه الكلمة تشير إلى الحروف الأولى من عبارة سعر الإقراض بين البنوك في لندن (The London Inter Bank Offer Rate).

2 د. علي علي غازي تفاعلة، مرجع سابق، ص 100.

على المؤشرات المذكورة لا يؤثر على صحة العقد في حال كان استرشادياً وفي المرحلة السابقة لإبرام العقد أي مرحلة التفاوض، ولا يتعدى ذلك إلى أن يشار إليه بصيغة العقد على النحو الذي يرتبط فيه بمقدار الربح بالمؤشر المذكور ويتغير بتغيره، لأن هذا موداه جهالة الشمن أو الأجرة مما يترتب عليه بطلان العقد. كما أن الحساب النهائي للأرباح ينبغي أن يكون قائماً على ما تحقق فعلاً من أرباح لا أن يؤدي إلى حاملي الصكوك المبلغ المحدد بحسب المؤشرات المذكورة، فالصكوك في مثل هذا الفرض لن تخرج عن كونها سنداً تقليدياً.

بناءً على ما تقدم فإن استخدام مؤشر الفائدة المذكور إنما يكون لتحديد مقدار العائد أو الربح فقط، فلا يعد فائدة ولا تسري عليه شروطها. وجدير بالذكر أنه شاع اعتماد مؤشر الفائدة في تسعير منتجات المؤسسات المصرفية والمالية الإسلامية وذلك لضرورات الواقع العملي واعتبارات السوق ويعود السبب الرئيس لاعتماد هذا المعيار إلى عدم وجود مؤشر دولي إسلامي يربط به مقدار الربح في العقود التي يستغرق تنفيذها مدة زمنية معينة ويتعذر تحديد مقدار العائد ابتداءً<sup>1</sup>، ولأن المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية تنافس نظائرها من المصارف التقليدية لذا فإن نسبة الربح التي تتحقق من خلال التمويل الإسلامي تقارن دائماً بسعر الفائدة الذي تمنحه المصارف التقليدية<sup>2</sup>، إلا أن ما يقوم من إختلافات جذرية بين النظام المالي العالمي الذي يعتمد مؤشر الفائدة وبين النظام المالي والاقتصادي الإسلامي يجعل من غير المقبول اعتماد

1. أ. د. عبد الحميد البعلي، نحو مؤشر إسلامي للتعامل في السوق المالية والتقديرية بديلاً عن مؤشر الفائدة الربوي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثالثة، العدد ١٢، ٢٠١٥، ص ٢٨.

2. حامد بن حسن بن محمد علي ميرة، مرجع سابق، ص ٢٣١.

3. محمد مبارك فضيل بصمان الرشيد، مرجع سابق، ص ٢٠٣.

المعيار ذاته كأساس لقياس معدل أرباح أدوات التمويل الإسلامي، مما يجعل الحاجة ملحة الى إيجاد مؤشر إسلامي بديل يتفق في أسسه وأحكامه مع مبادئ الاقتصاد في الإسلام وأحكام الشريعة الإسلامية<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني

#### لا ربح إلا بعد سلامة رأس المال

تقضي القاعدة الفقهية بأن الربح وقيامه لرأس المال، أي أنه لا يجوز توزيع مبالغ على حاملي الصكوك الإسلامية إلا بعد سلامة أصل رأس المال وتحقيق الشركة أرباحاً، فضلاً عن ضرورة كون تلك الأرباح قابلة للتوزيع، فليس كل عائد يتم توزيعه على حاملي الصكوك الإسلامية، إذ لا بد من اقتطاع وخصم جميع التكاليف التي بذلت لتحقيق هذه العائدات كما تستقطع مبالغ الديون التي يتعين على المشروع أداءها سواء كانت تجاه الدولة كالرسوم مثلاً أو تجاه الدائنين الآخر ينكما تستقطع قيمة الاندثار في أصول المشروع الناجم عن القيام بالاستثمار. فما يتم توزيعه هو ما يطلق عليه الأرباح الصافية لا الأرباح الإجمالية<sup>2</sup>.

والقول بخلاف ذلك أي توزيع مبالغ معينة بصرف النظر عن تحقيق المشروع أرباحاً صافية يجعل من تلك الصكوك سندات تقليدية.

بناء على ذلك فإن احتساب الأرباح يتم بتقدير قيمة أصول المشروع أي موجوداته، وتشمل هذه الموجودات جميع أموال المشروع وحقوقه. ويتعين أن يتم تقديرها بحسب قيمتها وقت تنضيضها تنضيضاً حقيقياً أي وقت تحويل جميع الموجودات الى نقود أو تنضيضها تنضيضاً حكماً أي تحديد قيمتها بالنقد. ومن ثم احتساب خصوم المشروع أي مطلوباته، وتشمل الخصوم رأس المال لأنه أول دين في ذمة المشروع ويتعين أن يبقى

1 أ.د. عبد الحميد البعلبي، مرجع سابق، ص 60 - 64.

2 د. عماد محمد أمين السيد رمضان، حماية المساهم في شركة المساهمة (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 204.

ثابتاً وفقاً لمبدأ ثبات رأس المال، كما تشمل التزامات المشروع وديونه تجاه الغير، وتشمل زيادة على ذلك قيمة الاندثار أو الاستهلاك لأصول المشروع والتي يتم تقديرها عادة بمبلغ ثابت سنوياً، ويمكن أن يضاف الى خصوم المشروع أي مبالغ تستقطع من العائد لتكوين ما يعرف بالاحتياطي<sup>1</sup>. فإذا تبين من التقويمين أن قيمة الأصول أو الموجودات تزيد على قيمة الخصوم فهذا معناه وجود ربح حقيقي، أما إذا تبين أن قيمة الخصوم أكثر من قيمة الأصول فهذا يعني أن المشروع قد لحقته خسارة ومن ثم لا وجود لأرباح أو عوائد قابلة للتوزيع.

ويفترض أن تتم عملية التنضيق عند تصفية المشروع وإطفاء الصكوك، إلا أن تنفيذ المشروع قد يستمر مدة زمنية طويلة نسبياً، وهذا ما يعني عدم توزيع أية أرباح طوال مدة تنفيذ المشروع، ومثل هذا الأمر قد يؤثر سلباً على مدى الإقبال على الاكتتاب بالصكوك الإسلامية، لأنه يعني أن حصيلة الصكوك التي دفعها المكتثبون ستكون مجمدة في المشروع ولن يحصل حاملو الصكوك على ثمارها إلا بعد مدة زمنية طويلة. لذا تفادياً لهذه النتيجة يتم الاتفاق على أن توزيع الأرباح يكون في مدد دورية، ويستبدل التنضيق الحتمي أي تقويم الموجودات بالنقد بالتنضيق الحقيقي الذي يقتضي تحويل الموجودات جميعها الى نقد بيعها وتصفية المشروع. وهذا الحكم يقترب مما يجري عليه العمل في الشركات التجارية وتجزئه قوانين الشركات حيث يتم توزيع الأرباح على المساهمين في مدد دورية أثناء حياة الشركة<sup>2</sup>.

ويتم التوزيع الدوري للأرباح بإحدى طريقتين هما:

- 1 فاروق ابراهيم جاسم، مرجع سابق، ص 50 - 51.
- 2 انظر المادة (241) من قانون الشركات التجارية الاتحادي، حيث تنص فقرتها الثالثة على أنه: "... يجوز أن يحدد النظام الأساسي للشركة توزيع أرباح سنوية أو نصف أو ربع سنوية".



الأولى: أن تتبع الطريقة المعتبرة في الشركات التجارية، وتمثل هذه الطريقة بأن يتم تحديد فترات محددة وهي في الشركة التجارية تتمثل بالسنة المالية<sup>١</sup>، يتم بانتهائها تقويم الموجودات والأصول أي تنضيضها تنضيضاً حكماً وفق القواعد المحاسبية بذات الطريقة التي يتم فيها التقويم فيما لو تمت تصفية المشروع بحيث يتضح الربح الحقيقي ويتم توزيعه إذ تعتبر كل فترة من فترات توزيع الأرباح مستقلة عن الأخرى<sup>٢</sup>، فلا يتم الرجوع على حامل الصكوك بالأرباح التي قبضوها إذا ما مُني المشروع بخسارة في الفترات اللاحقة<sup>٣</sup>.

وقد أقر مجمع الفقه الإسلامي الدولي هذه الطريقة في قراره رقم ٣٠ (٤/٥) بشأن سندات المقارضة حيث جاء فيه: "إن محل القسمة هو الربح بمعناه الشرعي وهو الزائد عن رأس المال، وليس الإيراد أو الغلة، ويعرف مقدار الربح إما بالتنضيض أو بالتقويم للمشروع بالنقد، وما زاد من رأس المال عند التنضيض أو التقويم فهو الربح الذي يوزع بين حملة الصكوك وعامل المضاربة وفقاً لشروط العقد".

أما الطريقة الثانية: فتتمثل بتوزيع الدخل الذي تدره أصول المشروع دون إجراء التنضيض الحقيقي أو الحكمي، ويعد ما تم توزيعه دفعات تحت الحساب إلى حين تصفية المشروع وإجراء التنضيض الحقيقي بتحويل جميع

1 انظر المادة (٢٨) من قانون الشركات التجارية الاتحادي التي تقضي بأنه: "١ - يكون لكل شركة سنة مالية تحدد في نظامها الأساسي على ألا تتجاوز السنة المالية الأولى للشركة (١٨) ثمانية عشر شهراً وألا تقل عن (٦) ستة أشهر يبدأ احتسابها من تاريخ قيدها بالسجل التجاري لدى السلطة المختصة. ٢ - تعتبر السنوات المالية اللاحقة فترات متتالية، مدة كل منها اثنا عشر شهراً تبدأ مباشرة بعد انتهاء السنة المالية السابقة لها".

2 أ. د. محمد عبد الغفار الشريف، مرجع سابق، ص ١٦.

3 انظر المادة (٣٠) من قانون الشركات التجارية الاتحادي التي تقضي في فقرتها الثالثة بأنه: "لا يحرم الشركاء أو المساهمون من الأرباح الحقيقية التي قبضوها ولو منيت الشركة بخسارة في السنوات التالية".

الأصول إلى نقد<sup>1</sup>. فإذا اتضح أن ما تم توزيعه لم يكن ربحاً حقيقياً لوجود نقص في قيمة الأصول كان بالإمكان الرجوع على حاملي الأصول بما تم قبضه ليتم تعديله وفق الربح الحقيقي الذي أظهرته التصفية، وبالمثل يمكن الرجوع على المصدر إذا تبين أن الربح الحقيقي يزيد على ما تم توزيعه<sup>2</sup>.

وقد أقر مجمع الفقه الإسلامي الدولي هذه الطريقة، في قراره السابق الإشارة إليه بشأن سندات المقارضة حيث جاء فيه: " ويستحق الربح بالظهور، ويملك بالتنضيف أو التقويم، ولا يلزم إلا بالقسمة، وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيراداً أو غلة، فإنه يجوز أن توزع غلته، وما يوزع على طرفي العقد قبل التنضيف ( التصفية ) يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب"<sup>3</sup>.

وتعتمد بعض قوانين الصكوك الإسلامية هذه الطريقة في توزيع الأرباح، من ذلك نظام عقود صكوك التمويل الإسلامي الأردني رقم ٤٥ لسنة ٢٠١٤ حيث تنص المادة السادسة منه على أنه: "أ- يستحق الربح في المدد المحددة في نشرة الإصدار ويحدد مقدار هذا الربح بالتنضيف ويوزع بين مالكي صكوك التمويل الإسلامي وفقاً لشروط نشرة الإصدار. ب- يعتبر الربح الذي يوزع على مالكي صكوك التمويل الإسلامي خلال عمر المشروع واستغلاله دفعات تحت الحساب إلى حين إطفاء صكوك التمويل الإسلامي...".

1 عبد الله بن سليمان المنيع، الصكوك الإسلامية تجارواً وتصحيحاً، بحث مقدم إلى ندوة الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم، المنعقدة في جامعة الملك عبد العزيز بجدة، بتاريخ ٢٤ - ٢٥ / مايو ٢٠١٠ بالتعاون بين مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي ومجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية، ص ٣٧٧.

2 د. محمد فخري صويلح، مرجع سابق، ص ٢٤.

3 د. أشرف محمد دوابه، مرجع سابق، ص ١١٠.

## المبحث الثالث

### الأساليب القانونية لضمان توزيع الربح المتوقع على حاملي الصكوك الإسلامية خلال مدة المشروع

يهدف حاملو الصكوك الإسلامية من اكتسابهم في الصكوك الى استثمار أموالهم في مشروع متوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية وتحقيق ربح مشروع نتيجة لذلك. فإذا تحقق الربح دل ذلك على نجاح المشروع وتحقيق الصكوك للهدف الذي أصدرت من أجله، وهو ما يترتب عليه زيادة الإقبال على التعامل بالصكوك الإسلامية والاكتتاب بها من المستثمرين والمدخرين. إلا أن المشروع قد يتعثر في وقت من الأوقات فلا يحقق عوائد أو أرباح يمكن توزيعها على حاملي الصكوك، ومثل هذا الأمر قد تكون له نتائج عكسية تتمثل بالعزوف عن الاكتتاب بالصكوك الإسلامية، مما يضعف دورها كمنتج مصرفي إسلامي في عمليات التمويل والاستثمار. بناء على ذلك فإن التساؤل يثار عن الأساليب القانونية التي يمكن من خلالها تغطية العجز الحاصل بالأرباح في وقت من الأوقات، بحيث يمكن تفادي هذا العجز والالتزام بما ورد في نشرة الإصدار من حيث مستوى الربح المتوقع خلال مدة المشروع، مع الاحتفاظ بالخصيصة الأساسية للصكوك الإسلامية وهي توافقها مع أحكام الشريعة الإسلامية. وفي هذا الصدد يوجد عدد من الأساليب القانونية التي تتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية والتي ورد النص عليها في المعايير الشرعية فضلاً عن قوانين الصكوك الإسلامية، فالمعيار الشرعي رقم ١٧ الخاص بصكوك الاستثمار والصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ينص في المادة (١١/١/٥) منه على أنه: "يجوز أن ينظم مصدر الصكوك أو حملة الصكوك طريقة مشروعة للتحوط من المخاطر، أو للتخفيف من تقلبات العوائد الموزعة ( احتياطي معدن التوزيع )..."

وهذا المبحث مخصص لعرض هذه الوسائل وتحليلها وبيان مدى توافقها مع أحكام القانون وطبيعة الصكوك الإسلامية. وتبعاً لأهم تلك

الوسائل فقد تم تقسيم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب بحسب تلك الأساليب التي تتمثل بتوزيع الأرباح من الاحتياطي وإقراض حاملي الصكوك، وتضمنين مدير الصكوك أو الغير مقدار الريح المتوقع.

### المطلب الأول

#### توزيع الأرباح من الاحتياطي

إن ما يحققه المشروع التجاري من أرباح لا يكون بمستوى واحد طوال حياة المشروع، فمن المحتمل أن يتعثر المشروع في وقت من الأوقات لأي سبب من الأسباب، مثلما يكون محتملاً أن يحقق أرباحاً تفوق النسبة المتوقعة، ولضمان الاستمرار في توزيع الأرباح طوال حياة المشروع، مما يعد حافزاً على الاستمرار فيه، يمكن أن يتم استقطاع جزء من الأرباح في فترات تحققها، واستخدام هذا الجزء لتوزيعه كأرباح في السنوات التي يتعثر فيها المشروع ولا يحقق عوائد يمكن توزيعها. وتتناول في هذا المطلب الاحتياطي باعتباره وسيلة قانونية تضمن حصول حاملي الصكوك على أرباح مع وقايتهم من تقلبات العائد وعدم تحققه، حيث نبحث في الفرع الأول مفهوم الاحتياطي ونبحث في الثاني أحكام استقطاع الاحتياطي وتوزيعه في ضوء نصوص قوانين الصكوك الإسلامية.

### الفرع الأول

#### مفهوم الاحتياطي

لا يعد الاحتياطي مفهوماً مستحدثاً أو خاصاً بالصكوك الإسلامية. فقد ورد تنظيمه والنص عليه في قوانين الشركات التجارية. والاحتياطي بمفهوم عام هو " مبلغ مستقطع من الأرباح المتحققة، بهدف تحقيق أغراض معينة"<sup>1</sup>. وإذا كان هذا المفهوم للاحتياطي متفق عليه إلا أن

---

1 قريب من هذا التعريف ما ذكره د. علي علي غازي تفاع، مرجع سابق، ص ١٥٩.

المقصود بالأرباح المتحققة التي يستقطع منها الاحتياطي غير متفق عليه ،  
كذلك الأغراض التي يستعمل فيها الاحتياطي.

فالاحتياطي يمكن أن يستقطع من الربح أياً كان مقداره، وفي هذا  
الفرض يتم تحديد الاحتياطي بنسبة معينة من الربح. فيكون مفهوم  
الاحتياطي تبعاً لذلك "نسبة معينة تستقطع دورياً من الربح المتحقق"  
ويتميز الاحتياطي في هذا الفرض أن مقداره يكون معلوماً بتحديدته بنسبة  
معينة. وفي فرض ثانٍ يمكن أن يستقطع الاحتياطي من فائض الأرباح  
المتحققة أي تلك الأرباح التي تزيد على النسبة المتوقعة تحقيقها من  
الأرباح، فهذه الزيادة وإن كانت حقاً لحاملي الصكوك أو الشركاء في  
مشروع معين بشكل عام إلا أنها لا توزع عليهم بل تستقطع وتوضع في  
حساب مستقل هو حساب الاحتياطي، ليتم توزيعها عليهم لاحقاً في  
السنوات أو مدد التوزيع التي لا يحقق فيها المشروع ربحاً. وفي هذا الفرض  
يتحدد مفهوم الاحتياطي بكونه "الفائض من الأرباح عن النسبة المتوقعة".  
وعندما يكون الاحتياطي هو الفائض من الأرباح فإنه من الممكن أن تحدد  
له نسبة معينة كأن يقال ٥٠% من فائض الأرباح على أن يوزع الباقي على  
المستثمرين أو أن لا تحدد له نسبة معينة، فكل الفائض يدخل في حساب  
الاحتياطي ولا يوزع في وقت تحققه.

والمفهوم الأول للاحتياطي هو المفهوم القانوني له بحسب قانون  
الشركات التجارية. فالاحتياطي حسب قانون الشركات يمول ويستقطع  
بنسبة معينة من الربح المتحقق أياً كان مقدار هذا الأخير، أي سواء كان  
الربح المتحقق مساوياً أو أكثر أو أقل من النسبة المتوقعة للأرباح بحسب  
دراسة الجدوى. حيث تلزم قوانين الشركات بشكل عام بعض الشركات  
التجارية بأن تقتطع على وجه الوجوب نسبة معينة من الربح، وهذه  
النسبة المستقطعة من الربح يطلق عليها الاحتياطي القانوني. والهدف من  
تكوين هذا الاحتياطي هو استخدامه مستقبلاً لتطوير مشروع الشركة أو

لإطفاء خسائرها في حال حدوثها مستقبلاً. ومن بين هذه القوانين قانون الشركات التجارية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة، حيث يلزم كلا من الشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة بتكوين الاحتياطي القانوني المذكور. إذ تنص المادة (١٠٣) من هذا القانون على أنه : " يجب على الشركة ذات المسؤولية المحدودة أن تخصص كل سنة (١٠%) من أرباحها الصافية لتكوين احتياطي قانوني، ويجوز أن يقرر الشركاء وقف هذا التخصيص إذا بلغ الاحتياطي نصف رأس المال."

ومثل ذلك تنص المادة (٢٣٩) من ذات القانون على أنه :

" ١- يجب اقتطاع (١٠%) من الأرباح الصافية للشركة كل عام وتخصيصها لتكوين احتياطي قانوني، ما لم يحدد النظام الأساسي للشركة نسبة أعلى. ٢- يجوز للجمعية العمومية وقف هذا الاقتطاع متى بلغ الاحتياطي القانوني نسبة (٥٠%) من رأس مال الشركة المدفوع ما لم ينص النظام الأساسي للشركة على نسبة أعلى. ٣- لا يجوز توزيع الاحتياطي القانوني كأرباح على المساهمين ومع ذلك يجوز استخدام الجزء الزائد منه على (٥٠%) لتوزيعه كأرباح على المساهمين في السنوات التي لا تحقق فيها الشركة أرباحاً صافية كافية للتوزيع عليهم وفق النسبة المثوبة المحددة في النظام الأساسي للشركة."

وفضلاً عن هذا الاحتياطي القانوني الذي يكون اقتطاعه إلزامياً يوجد ما يعرف بالاحتياطي الاختياري الذي يكون اقتطاعه جوازياً أي لا يقتطع إلا إذا تم الاتفاق عليه وتم النص على ذلك في النظام الأساسي للشركة، ويتعين أن يتم استخدامه وتخصيصه للأغراض المنصوص عليها في نظام الشركة الأساسي. وهذا ما تنص عليه المادة (٢٤٠) من قانون الشركات التجارية الاتحادي حيث تقضي بأنه : " يجوز أن ينص النظام الأساسي لأي شركة مساهمة على تخصيص نسبة معينة من الأرباح الصافية لإنشاء احتياطي اختياري يخصص للأغراض المنصوص عليها في

النظام الأساسي، ولا يجوز استخدامه لأية أغراض أخرى إلا بموجب قرار صادر عن الجمعية العمومية للشركة.<sup>1</sup>

وهذا النص الوارد ضمن أحكام شركة المساهمة العامة يسري على الشركة ذات المسؤولية المحدودة مثلما يسري على شركة المساهمة الخاصة حيث ورد النص في كل منهما على سريان أحكام شركة المساهمة العامة على كل منهما فيما لم يرد به نص خاص بهما<sup>1</sup>.

وبما أن حصيلة صكوك التمويل الإسلامي تشتتم لتمويل مشروع يتبع أصول العمل التجاري في الغالب، لذا فإن إدارة هذا المشروع تقوم باستقطاع الاحتياطي وفقاً للنهج المتبع في المشاريع التجارية عموماً، ويمكن أن يمثل الاحتياطي المستقطع بنسبة معينة من الأرباح الصافية ولا سيما عندما يتخذ المشروع صيغة شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة حيث تخضع هذه الشركة إلى أحكام قانون الشركات التجارية بالقدر الذي لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، كما لا يوجد ما يمنع قانوناً من أن يكون الاحتياطي هو فائض الأرباح أو مستقطعاً من فائض الأرباح في غير حالات الإلزام القانوني لبعض الشركات بتكوين احتياطي قانوني على النحو المبين آنفاً. والمرجع في ذلك إلى الاتفاق بين الطرفين ونشرة الإصدار التي تمثل تجسيداً لهذا الاتفاق.

من جانب آخر، يتحدد مفهوم الاحتياطي بالغرض الذي يستعمل فيه الاحتياطي، إذ يمكن أن يكون وسيلة قانونية للوقاية من تقلبات الربح في مدد التوزيع المتفق عليها، حيث يستخدم لتوزيع أرباح على المستثمرين في السنوات أو مدد التوزيع التي لا تتحقق فيها أرباح قابلة للتوزيع، فيسهم الاحتياطي على هذا النحو في تحقيق التوازن في عوائد المشروع. وقد يكون الغرض من الاحتياطي إطفاء الخسارة أي تعويض

1 انظر المادتين (١٠٤) و (٢٦٥) من قانون الشركات التجارية الاتحادي.

النقص في رأس المال في حال تحقق الخسارة. ويمكن أن يكون للاحتياطي الغرضين معاً.

وكما يتضح من نصوص قانون الشركات التي سبق ذكرها فإن الاحتياطي القانوني بحسب الأصل معد لإطفاء الخسارة لا لتوزيعه أرباحاً في سنوات شحها ، ومع ذلك فإن الاحتياطي القانوني الذي يتجاوز ما نسبته ٥٠% من رأس المال يمكن أن يستعمل لتوزيعه كأرباح في السنوات التي لا تحقق فيها الشركة أرباحاً صافية كافية<sup>١</sup>. أما الاحتياطي الاختياري فإن الغرض منه يحدد في النظام الأساسي للشركة ، فإذا لم يكن من بين أغراضه استعماله لسداد النقص في الأرباح في السنوات التي لا يثمر المشروع فيها ربحاً فلا يمكن استعماله لهذا الغرض إلا بموجب قرار صادر عن الجمعية العمومية للشركة.

والاحتياطي في الصكوك الإسلامية لا يخرج عن هذا الإطار إذ تحدده قوانين الصكوك الإسلامية فضلاً عن نشرة الإصدار الغرض منه ، وهو ما يتضح في الفرع الآتي.

### الفرع الثاني

أحكام استقطاع الاحتياطي وتوزيعه في ضوء نصوص

#### قوانين الصكوك الإسلامية

تتميز قوانين الصكوك الإسلامية في أنها قوانين تضمن توافق الصكوك الإسلامية مع أحكام الشريعة الإسلامية من حيث إن ذلك من أهم خصائصها ، فضلاً عن كون أحكامها أحكاماً خاصة تتقدم في التطبيق على أحكام القواعد العامة. بناء على ذلك إذا ورد نص ينظم أحكام الاحتياطي في قانون الصكوك الإسلامية ويتعارض مع أحكام قانون الشركات فإن الأخير لا يطبق ويسري ما ورد في القواعد الخاصة المنظمة في قانون الصكوك الإسلامية.

1 انظر الفقرة الثالثة من المادة (٢٣٩) من قانون الشركات التجارية الاتحادي.

(٢٨٦) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ٢٠١٧ | المجلد الرابع



وقد تناولت قوانين الصكوك الإسلامية بالتنظيم أحكام الاحتياطي متبعة في ذلك القواعد الفقهية التي تم تقنينها في المعايير الشرعية وقرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

فالمعيار الشرعي رقم ١٧ الخاص بصكوك الاستثمار والصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ينص في المادة (١١/١/٥) منه على أنه: "يجوز أن ينظم مصدر الصكوك أو حملة الصكوك طريقة مشروعة للتحوط من المخاطر، أو للتخفيف من تقلبات العوائد الموزعة (احتياطي معدل التوزيع)، مثل إنشاء صندوق تأمين إسلامي بمساهمات من حملة الصكوك، أو الاشتراك في تأمين إسلامي (تكافلي) بأقساط تدفع من حصة حملة الصكوك في العائد أو من تبرعات حملة الصكوك. لا مانع شرعاً من اقتطاع نسبة معينة من العائد."

ووفقاً لهذا النص فإن المعيار الشرعي يميز تكوين الاحتياطي باقتطاعه من الأرباح، والغرض منه حسيماً ورد النص في المعيار هو مواجهة المخاطر، ومن بين هذه المخاطر نقص العوائد أو عدم تحققها حيث يتم توزيعه على حاملي الصكوك كعائد في السنوات التي لا يحقق فيها المشروع عوائد كافية للتوزيع، مثلما يمكن أن يستخدم لإطفاء الخسائر أي تغطية النقص في رأس المال. وجندير بالملاحظة أن النص لا يتناول الاحتياطي على وجه الخصوص إنما ينص عليه باعتباره وسيلة من عدة وسائل ذكرها النص على سبيل المثال الهدف منها مواجهة المخاطر المستقبلية التي قد يتعرض لها المشروع، على أن تكون هذه الوسائل موافقة لأحكام الشريعة الإسلامية، ووفقاً للنص "لا مانع من اقتطاع نسبة معينة من العائد" إذا كان ضمن هذا الإطار أي لمواجهة مخاطر المشروع وليس بهدف حرمان حاملي الصكوك من جزء من عوائدهم أو أرباحهم التي تعد حقاً قانوناً وشرعاً لهم لا يجوز حرمانهم منها إلا لمسوغ مشروع.

كذلك ينص قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي الخاص بسندات المقارضة رقم ٣٠ (٤/٥) على أنه: " ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة، إما من حصة حملة الصكوك في الأرباح في حالة وجود تنضيض دوري، وإما من حصصهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال".

بناء على جواز تكوين الاحتياطي فقد ورد النص عليه في أغلب التشريعات التي تناولت بالتنظيم أحكام صكوك التمويل الإسلامي. من ذلك قانون الصكوك الإسلامية المصري حيث ينص في مادته الثانية والعشرين على أنه: " يجوز إنشاء صندوق لمواجهة مخاطر الاستثمار في الصكوك بموله مالكو الصكوك بنسبة محددة من الربح الصافي وتحدد نشرة الإصدار كيفية تمويله وحالات وطريقة الصرف منه وقواعد توزيع حصيلته في نهاية مدة الصكوك على مالكيها".

وكذلك ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة (٢٢) من قانون صكوك التمويل الإسلامي الأردني من أنه: " يجوز للحكومة ولأي مؤسسة رسمية عامة أو مؤسسة عامة ولأي جهة أخرى مصدرة لصكوك التمويل الإسلامي تأسيس صندوق لمواجهة مخاطر الاستثمار في المشروع على أن توزع موجودات هذا الصندوق عند الإطفاء على مالكي صكوك التمويل الإسلامي بقرار مشترك من المجلس والهيئة على أن يضمن ذلك في نشرة الإصدار".

1 أغفلت بعض قوانين الصكوك الإسلامية الإشارة الى جواز تكوين الاحتياطي من عدمه من ذلك مثلاً قانون الصكوك الإسلامية التونسي رقم ٣٠ لسنة ٢٠١٣. إلا ان هذا لا يعني المنع من تكوينه أو اقتطاعه طالما أن ذلك لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ويمكن في هذا الصدد اتباع ما ورد في قانون الشركات من أحكام.

كذلك ورد النص على الاحتياطي في معيار سوق دبي المالي لإصدار وتملك وتداول الصكوك حيث جاء في البند ( ٣,٥,٣ ) منه ما يأتي: " يجوز إنشاء احتياطي تراكمي لحماية حملة الصكوك لمواجهة مخاطر الاستثمار يمول بنسبة معينة من حصتهم في الأرباح الى أن يصل الى سقف محدد خلال مدة الصكوك، وتحدد نشرة الإصدار كيفية تكوينه من حصة مالكي الصكوك في صافي العائد بعد اقتطاع حصة المضارب أو أجرة الوكيل وطرق الصرف منه، وقواعد توزيع حصيلته في نهاية مدة الصكوك على مالكيها."

ومن تحليل النصوص التشريعية الآتفة الذكر يمكن أن نحدد أهم أحكام الاحتياطي على النحو الآتي:

١. إن الاحتياطي الذي تنص عليه قوانين الصكوك الإسلامية هو احتياطي اختياري، حيث ورد النص على جواز تكوينه وترك الأمر لمصدر الصكوك أو مديرها ليقرر اقتطاع الاحتياطي من عدمه على أن يتم إدراج ذلك في نشرة الإصدار. وطالما لا يوجد ما يمنع شرعاً من تكوين الإحتياطي وفقاً لما ذهب إليه المعايير الشرعية فلا مانع من تكوينه حتى لو لم تنص قوانين الصكوك الإسلامية على جواز تكوينه. ولكن يتعين لصحة تكوينه أن يرد النص صريحاً في نشرة الإصدار على تكوينه وعلى النسبة التي ستقتطع من العائد وعلى الأغراض التي سيستخدم فيها فضلاً عن النص على أحكام توزيعه على حاملي الصكوك في حال عدم استخدامه فيما أعد له والوقت الذي يتم توزيعه فيه. فإذا لم يرد النص على تكوين الاحتياطي في نشرة الإصدار فلا يجوز تكوينه لأنه على خلاف الأصل الذي يقضي بأن العائد حق أساسي من حقوق حاملي الصكوك ولا يجوز حرمانهم من هذا الحق إلا وفقاً لأحكام القانون أو الاتفاق. مع ملاحظة أن النشاط الذي تستغل فيه حصيلة الصكوك يمكن أن يتم من خلال تأسيس شركة بين حاملي الصكوك ومصدرها وتتخذ هذه الشركة شكل الشركة ذات

المسئولية المحدودة أو شركة المساهمة ، وفي هذا الغرض تخضع هذه الشركة لأحكام واحدة من هاتين الشركتين الواردة في قانون الشركات التجارية. ومن بين هذه الأحكام تلك الخاصة بتكوين الاحتياطي القانوني، فيصبح اقتطاع جزء من عائد استثمار حصيلة الصكوك الزامياً وليس اختيارياً وبالنسبة المحددة في القانون، طالما أن ذلك لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

٢. تضييق بعض القوانين الغرض الذي يستخدم فيه الاحتياطي أو موجودات الصندوق حسب تعبير بعض القوانين، إذ يتحدد هذا الغرض بمواجهة مخاطر الاستثمار في المشروع أي لإطفاء الخسائر في حال حدوثها كما في القانون المصري والأردني ، في حين يوسع البعض الآخر من هذا الغرض ليشمل فضلاً عن اطفاء الخسارة التخفيف من تقلبات العوائد الموزعة أي لتوزيعه كأرباح على حاملي الصكوك في السنوات التي لا يحقق فيها المشروع عوائد كافية للتوزيع كما هو الشأن مع المعيار الشرعي رقم ١٧. ويفضل في تقديرنا ما ذهب إليه المعيار الشرعي ، فالاحتياطي أو الصندوق ممول في الواقع من الربح أو العائد في سنوات تحققه، وهو يعد حقاً لحاملي الصكوك وفي حال عدم تحقق خسارة واستخدامه في إطفائها فيتعين توزيعه عليهم ، وتوزيعه عليهم في السنوات التي لا يحقق فيها المشروع عوائد كافية من شأنه تشجيعهم على الاستمرار في المشروع وعدم بيع صكوكهم. ولعل من الملائم أن يترك تحديد الغرض الذي يستخدم فيه العائد المستقطع لنشرة الإصدار وحسب طبيعة كل مشروع يمول بالصكوك، مع ضرورة وضع ضوابط لهذا الغرض بحيث يكون محدداً، ومشروعاً، وله مبررات معقولة بحيث يحقق مصلحة المشروع ومصلحة حاملي الصكوك.

٣. إن أحكام استقطاع الاحتياطي تختلف تبعاً للغرض منه، فإذا كان الغرض منه إطفاء الخسائر اللاحقة والحفاظ على رأس المال من الانتقاص

فإن الاحتياطي يستقطع من أرباح من يقدم رأس المال أي حاملي الصكوك، فإذا كان مدير الصكوك مضارباً فلا يستقطع الاحتياطي من أرباحه لأنه سيكون قد غطى الخسارة من ماله وضمن رأس المال، وضمن المضارب لرأس المال غير جائز. أما إذا كان الاحتياطي مخصص لمواجهة انخفاض العوائد المتحققة في وقت معين عن النسبة المتوقعة فإن من الجائز اقتطاع الاحتياطي من أرباح الطرفين مدير الصكوك وحاملها، أي من قدم رأس المال ومن قدم العمل، لأن لكل منهما نصيباً في الربح وكل منهما سيحصل على جزء من الاحتياطي عند توزيعه في الوقت الذي تنخفض فيه العوائد عن النسبة المتوقعة<sup>٤</sup>.

٤. لم تحدد قوانين الصكوك الإسلامية النسبة التي تستقطع من العائد مثلما لم تحدد متى يتعين التوقف عن الاستقطاع وترك كل ذلك إلى نشرة الإصدار وإلى الاتفاق المبني عليها، إلا أن من الأفضل بتقديري أن يتم تحديد تلك النسبة بحيث لا تتجاوز ٥٪ من صافي العائد وأن يتم التوقف عن استقطاعها متى بلغت نسبتها ٢٠٪ من رأس مال المشروع أو حصيلته الصكوك. فليس من المناسب بحسب ظني أن تكون نسبة الاستقطاع كبيرة لأن من المحتمل أن تؤول ملكية الصك إلى حامل جديد بتداوله وتنتقل ملكية الاحتياطي المستقطع إلى الحامل الجديد تبعاً لملكية الصك على

1 د. أشرف محمد دواية، شهادات الايداع القابلة للتداول - رؤية اسلامية، بحث مقدم الى مؤتمر المؤسسات المالية الإسلامية، - معالم الواقع وآفاق المستقبل، المجلد الثالث، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، ١٥ - ١٧ / مايو / ٢٠٠٥، ص ٩٦٥ - ٩٦٦ د. عصام خلف العنزي، إدارة الحساب الاحتياطي (الفائض) في هيكل الصكوك، بحث مقدم الى ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الرابعة التي نظمتها مجموعة تطوير العمل المصرفي الإسلامي بالبنك الأهلي في المملكة العربية السعودية، ص ١٨٤. البحث متاح على شبكة الانترنت على الموقع :

<http://www.kantakji.com/media/9526/180201.pdf>

الرغم من أن الاحتياطي حق للمالك السابق بحسب الأصل كما سيلي.

٥. إن الاحتياطي أو موجودات الصندوق إنما هو جزء من العائد الذي يعد حقاً لحاملي الصكوك الإسلامية، لذا فإن من المنطقي أن تتم إعادته إليهم في حال عدم استخدامه لعدم وجود مبرر لهذا الاستخدام. ولما كان الاحتياطي حقاً لحامل الصك الذي استقطع منه، وأنه جزء من أرباحه المترتبة على ملكيته للصك لذا فإن إعادة الاحتياطي ينبغي أن تكون لهذا الحامل دون غيره من قد تنتقل إليه ملكية الصك في حال كون الصك قابل للتداول ما لم تنص نشرة الإصدار على خلاف ذلك، كأن تقضي بأن يتم رد الاحتياطي إلى حامل الصك الأخير فيعد الحاملون السابقون متبرعين بقيمة الاحتياطي للحامل الأخير<sup>1</sup>، أو أن تقضي نشرة الإصدار بأن يتم استعمال الاحتياطي في التبرع في أوجه الخير في حال عدم قبضه خلال مدة معينة من الدائن به بسبب خروجه من الشركة<sup>2</sup>، فيعد امتناعه عن قبضه خلال المدة المعنية قبولاً ضمناً منه بالتبرع به. وتحدد بعض قوانين الصكوك الإسلامية انتهاء الاستثمار وإطفاء قيمة الصكوك موعداً لرد الاحتياطي إلى

- 1 وهذا هو رأي المالكية حيث يذهبون إلى جواز اتفاق الأطراف على تخصيص جزء من الربح للخير، ويعد ذلك هبة وقرية لله تعالى. أشار إلى رأي المالكية د. أشرف محمد دواية، المرجع السابق نفسه، ص ٩٦٤؛ د. عصام خلف العنزي، إدارة الحساب الاحتياطي (الفائض) في هيكل الصكوك، مرجع سابق، ص ١٩٠.
- 2 انظر فتوى بنك دبي الإسلامي رقم ٨٠٧/٩ التي تقضي بأنه: "المقرر شرعاً هو وجوب الوفاء بالعقود، وأن الشروط جائزة بين المسلمين إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً، فإذا تضمن عقد الشركة حكماً خاصاً بشأن الاحتياطي عند خروج أحد الشركاء تعين العمل به، ويجوز الاتفاق على أن يذهب الاحتياطي كله إلى أغراض الخير، وإذا لم ينص العقد على شيء من ذلك كان من حق الشريك الحصول على نصيبه في الاحتياطي، طالما كان العقد يكفل له الخروج من الشركة في أي وقت يشاء". مشار إلى الفتوى لدى د. أشرف محمد دواية، المرجع السابق نفسه، ص ٩٦٥.

حاملها. ولعل من الأفضل بتقديري أن يطلق موعد رد تلك الموجودات أو الاحتياطي، فلكل مشروع مدة زمنية لتنفيذه وقد يكون أجل المشروع متوسطاً أو طويلاً مما يعني أن المبالغ التي تم استقطاعها ستظل مجمدة وغير مستغلة مدة طويلة. ويمكن القياس في هذا الصدد على الاحتياطي الاختياري الذي يتم تكوينه في الشركات التجارية الذي يميز الفقه رده وتوزيعه على المساهمين في حال عدم استثماره في الغرض الذي خصص له أثناء حياة الشركة كونه لا يلحق برأس المال فلا تنطبق عليه قاعدة ثبات رأس المال<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني

#### إقراض مدير الصكوك حاملها قيمة الربح المتوقع

من المحتمل أن يقل العائد المتحقق عن الربح المتوقع، وتغطية هذا النقص ممكنة في حال وجود احتياطي متراكم تم استقطاعه من الأرباح السابقة، إلا أن من المحتمل أيضاً أن لا يكون الاحتياطي المتراكم كافياً لتوزيع القدر المحدد كأرباح متوقعة، لذا يعتمد مصدر الصكوك أو مديرها إلى توزيع أرباح على حامل الصكوك من ماله على سبيل القرض الحسن، على أن يسترده لاحقاً من فائض الأرباح في مدد التوزيع القادمة أو من قيمة الموجودات عند انتهاء المشروع وتنظيمه تنظيماً حقيقياً ثم تصفيته. والهدف من ذلك هو ضمان استمرار المشروع في توزيع الأرباح على حامل الصكوك مما يشجعهم على الاكتتاب في الصكوك ابتداءً والاحتفاظ بها لاحقاً.

وقد يكون القرض الحسن هذا بدون مقابل فيكون الباعث عليه طمأنة حامل الصكوك إلى حصولهم على الأرباح بثبات، مثلما يمكن أن يكون بمقابل يتمثل في تنازل حامل الصكوك لمصدرها أو مديرها عملاً

1 د. عبد الفضيل محمد أحمد، الشركات، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، ٢٠٠٩، ص ٤٣٣.

يتحقق من أرباح زيادة على الريح المتوقع، باعتبار ذلك حافراً له على حسن أدائه، زيادة على حصته في الأرباح باعتباره مضارباً أو شريكاً أو وكيلاً بالاستثمار.

يذهب جانب في الفقه<sup>1</sup> الى القول بعدم جواز إقراض مصدر الصكوك أو مديرها لحاملي الصكوك من الناحية الشرعية، وذلك للأسباب الآتية:

**أولاً:** إن العلاقة بين مصدر الصكوك وحامليها قد تكون عقد معاوضة، ولا يجوز شرعاً أن يجتمع عقد المعاوضة مع عقد القرض، لأن من الثابت عن رسول الله عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع وسلف بقوله صلى الله عليه وسلم: " لا يحل بيع وسلف". ويقاس على البيع المنهي عنه بالحديث الشريف عقود المعاوضة الأخرى لاحتمال أن يكون عوض القرض ممتثلاً بأحد بدلي المعاوضة، بأن تتم الزيادة في أحد بدلي المعاوضة ليحصل المقرض على زيادة ويتنفع بالقرض<sup>2</sup>.

1 د. عصام خلف العنزي، إدارة الحساب الاحتياطي ( الفائض) في هيكل الصكوك، مرجع سابق، ص ١٩٥؛ د. موسى آدم عيسى، تعهدات مدراء الصكوك لحامليها، بحث مقدم الى ندوة مستقبل العمل المصرفي الاسلامي التي أقامتها مجموعة تطوير العمل المصرفي الإسلامي للبنك الأهلي السعودي، ص ٩١ - ٩٢، البحث متاح على شبكة الانترنت في الموقع:

<http://www.kantakji.com/media/9523/76674.pdf>

انظر خلاف ذلك: د. محمد علي القرني، كيف تتوافق الصكوك مع الشريعة الإسلامية، ورقة عمل مقدمة الى المؤتمر السابع للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين، ٢٧ - ٢٨/٥/٢٠٠٨. متاح على الموقع:

<http://www.kantakji.com/media/8032/m193.pdf>

إذ يتجه الى جواز إقراض مصدر الصكوك لحامليها لتحقيق الاستقرار في العائد بشرط استرداد القرض من الأرباح المتولدة في الفترات التالية أو من رأس المال عند انتهاء الأرباح، فإذا أعفي حاملو الصكوك بموجب شرط من رد القرض في حال عدم كفاية الأرباح التالية لردّه، فقد الصك الإسلامي مضمونه وأصبح عائده ديناً في ذمة المصدر لا ربحاً متولداً عن أصل مملوك لحاملي الصكوك.

2 القاضي الشيخ محمد تقي العثماني، مرجع سابق، ص ٨؛ د. عبد العظيم أبو زيد، مرجع سابق، ص ١٣٢.



**ثانياً:** إن هذا القرض لا يخرج عن كونه قرضاً جراً نفعاً، لأن مصدر الصكوك أو مديرها يحصل مقابل هذا القرض على العائد الذي يزيد على الربح المتوقع في فترات التوزيع القادمة، فهو في حقيقته ليس قرضاً حسناً، مما يدخله في دائرة الربا المحرم.

**ثالثاً:** إن إدراج القرض شرطاً للاكتساب بالصكوك يدخل في إطار اشتراط عقد في عقد، كمن يبيع داره ويشترط على المشتري أن يبيعه داراً<sup>١</sup>. إلا أن جانباً آخر من الفقه يرى جواز شرط القرض مبيناً أن علة النهي عن اجتماع المعارضة مع القرض غير متحققة في هذا الفرضمى كانت الصكوك تمثل ملكية حقيقية لموجودات الصكوك، وتمثل استثماراً حقيقياً يقوم على الربح وعلى الخسارة، إذ أن التزام مصدر الصكوك بتقديم القرض عند نقصان الربح الفعلي يكون مقابل تنازل حاملي الصكوك لمصدر الصكوك عن الربح الزائد عن المتوقع<sup>٢</sup>، بما يعني أن المنفعة التي يتوقعها مصدر الصكوك من القرض إنما تعود الى استثمار حقيقي للأموال لا الى تواطؤ على زيادة أحد البديلين لينتفع المقرض بالقرض<sup>٣</sup>.

من جانب آخر يشترط اتجاه فقهي آخر لصحة القرض أن يكون على سبيل التبرع من مصدر الصكوك أو مديرها، ودون أن يرد بذلك شرط في

---

1 د. عصام خلف العنزي، إدارة الحساب الاحتياطي (الفائض) في هيكل الصكوك، مرجع سابق، ص ١٩٥.

2 د. معيد علي الجارحي ود. عبد العظيم جلال أبو زيد، أسواق الصكوك الإسلامية وكيفية الارتقاء بها، ندوة الصكوك الإسلامية: عرض وتقييم، المنعقدة في جامعة الملك عبد العزيز بجدة، بتاريخ ٢٤ - ٢٥ / مايو ٢٠١٠ بالتعاون بين مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي ومجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية، ص ٣١٥ - ٣١٧.

3 د. عبد العظيم أبو زيد، مرجع سابق، ص ١٣٢ - ١٣٣.

نشرة الإصدار التي تمثل العقد بينه وبين حاملي الصكوك، لينتهي بذلك التواطؤ على حصوله على المنفعة من القرض<sup>1</sup>.

وقد تناول معيار سوق دبي المالي لإصدار وتملك وتداول الصكوك حكم التزام مصدر الصكوك أو مديرها بإقراض حاملي الصكوك لتغطية النقص في الربح المتوقع، مميّزاً بين صكوك التمويل وصكوك الاستثمار. فصكوك التمويل التي تتمثل موجوداتها بأعيان أو منافع أعيان وهي صكوك المراجعة وصكوك الاستصناع وصكوك السلم، يجوز فيها التزام مصدر الصكوك أو مديرها "بالإقراض قرضاً حسناً لحاملي الصكوك في حالة نقص عائدات موجودات الصكوك عن العائد المتوقع المقرر توزيعه"<sup>2</sup>، وسند ذلك أن ملكية الموجودات أعياناً أو منافع انتقلت إلى حاملي الصكوك، وأصبح مصدر الصكوك في هذا الفرض من الغير فيما يتعلق باستثمارها فهو ليس شريكاً في هذا الاستثمار إنما يتلقى أجراً عن إدارته لتلك الموجودات بصفته طرفاً ثالثاً، فعقد المعاوضة في المراجعة أو السلم أو الاستصناع إنما يتم بين حاملي الصكوك مالكي تلك الأعيان وبين مشتريها مراجعة أو بائعها سلماً أو الصانع. ويشترط لصحة القرض فضلاً عن كونه قرضاً حسناً أن يرد بتعهد مستقل غير مشروط في عقد إصدار الصكوك<sup>3</sup>. أما صكوك الاستثمار وهي صكوك المضاربة وصكوك المشاركة وصكوك الوكالة بالاستثمار فلا يجوز فيها "التزام مدير الصكوك (مضارباً أو شريكاً أو وكيلاً) بإقراض حملة الصكوك في حالة نقص عائدات موجودات الصكوك عن العائد المتوقع توزيعه لأنه من باب اجتماع المعاوضة والسلف، ولكن يجوز له أن يحصل على سد العجز

1 د. علي علي غازي تفاعحة، مرجع سابق، ص ١٦٢.

2 البند (٦،٨) من معيار سوق دبي المالي.

3 المرجع السابق نفسه.

بصيغة تمويل شرعية أو تبرعاً بقرض حسن مع استرداده من أرباح الموجودات أو من ثمنها عند بيعها".

يتضح مما تقدم أن تعهد مدير الصكوك بإقراض حاملها تكتفه محاذير شرعية تولى بيانها الفقه المختص ، إلا أن الصكوك فضلاً عن جانبها الشرعي المهم فإن لها جانباً قانونياً ، وشرط الإقراض له فضلاً عن محاذيره الشرعية محاذير قانونية لعل من أهمها ما يأتي :

أولاً: إذا كان الفقه يشترط لصحة شرط الإقراض أن يكون قرضاً حسناً وعلى سبيل التبرع ولا يحتمل فيه النفع للمقرض ، لتفادي كونه قرضاً جراً نفعاً ، فإن هذا مما يخالف الأصل في الحياة التجارية وهو انتفاء نية التبرع. والاستثمار في الصكوك الإسلامية إنما هو استثمار تجاري مما يخضعه لهذا الأصل. فمدير الصكوك لا يعدو كونه تاجراً يهدف من إصداره الصكوك أو إدارتها تحقيق الربح. وأي نشاط تجاري يفترض أنه تم مقابل عوض أو نفع ، فإذا ادعى خلاف ذلك تعين الإثبات لأنه إدعاء جاء على خلاف الأصل. وهذا ما تشير إليه القاعدة العامة الواردة في قانون المعاملات التجارية الاتحادي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ ، الواردة في المادة (٧٥) التي تنص على أنه : " إذا قام التاجر لحساب الغير بأعمال أو خدمات تتعلق بنشاطه التجاري اعتبر أنه قام بها مقابل عوض ما لم يثبت عكس ذلك ، ويعين العوض طبقاً للعرف ، فإذا لم يوجد عرف عينته المحكمة". وبذات الاتجاه ينص قانون الشركات التجارية الاتحادي على حظر التبرع من مال الشركة عند بيانه الأعمال التي يحظر على مدير الشركة القيام بها ، والعلة في ذلك هي تعارض التبرع مع الغرض من قيام الشركة التجارية وهو تحقيق الربح.

1 البند (٦،٧) من معيار سوق دبي المالي.

2 المادة ٤٩ من قانون الشركات التجارية الاتحادي رقم ٢ لسنة ٢٠١٥.

**ثانياً:** إن التفرقة التي أشار إليها معيار سوق دبي المالي بين صكوك التمويل وصكوك الاستثمار مبنية على أن صكوك التمويل لا تجتمع فيها معاوضة وسلف، ومصدر الصكوك أو مديرها يعد من الغير، مما يميز له إقراض حاملي الصكوك قرضاً حسناً. إلا أن التصور المتقدم لا يصدق في جميع الحالات. ففي الصكوك التي تصدر بناءً على عقود تمويل كالمراجحة أو السلم قد يتولى مصدر الصكوك إدارة تلك الموجودات لحساب حاملي الصكوك مقابل أجر، وهذا ما يعطيه وصف مدير الصكوك، وإدارته للموجودات يكون وفقاً لعقد مضاربة أو وكالة بأجر، إذ لا يتصور أن يتولى حاملو الصكوك إدارة تلك الموجودات أو أن يتولى مصدر الصكوك إدارتها بدون مقابل على الرغم من أنه ليس شريكاً مع حاملي الصكوك في ملكية الموجودات. فإذا كان الأمر كذلك فلا بد من نظرة شرعية في كل حالة من حالات صكوك التمويل للتأكد من عدم اجتماع المعاوضة والسلف المنهي عنها.

**ثالثاً:** في الحالات التي لا يجوز فيها إلزام مدير الصكوك بإقراض حاملي الصكوك بحسب معيار سوق دبي المالي وهي تلك المتعلقة بصكوك الاستثمار التي يكون فيها مدير الصكوك مضارباً أو شريكاً أو وكيلاً للاستثمار، يميز المعيار المذكور لمدير الصكوك أن يحصل على صيغة تمويل شرعية أو تبرع بقرض حسن من شخص ثالث لسداد العجز على حد تعبير المعيار. إلا أن التساؤل يثار عن مدى عد النقص في الربح المتوقع عجزاً يتعين سداده، ومدى التزام مدير الصكوك بإيجاد وسيلة شرعية أو قانونية لسداده. إن في ذلك بحسب تقديري محاولة لتقريب الصكوك الإسلامية من السندات التقليدية مضمونة العائد، في حين أن من أهم خصائص الصكوك الإسلامية أن عائدها ينتج عن استثمار الموجودات استثماراً حقيقياً، لذا يفترض فيه أن يكون عائداً حقيقياً وليس مفتعلاً. فمبدأ الغنم بالغرم واضح في مفهومه ويتعين على حاملي الصكوك شأنهم

في ذلك شأن القائم بأي نشاط تجاري تقبل فكرة الخسارة وتوقعها بقدر توقعهم للربح. والحماية القانونية لحقهم في الربح لا تكون بضمانه لهم في جميع الأحوال وبغض النظر عن تحققه فعلاً من عدمه. والقرض بأي حال من الأحوال ليس بالحل الناجع لنقص العائد لأنه - بافتراض استرداده - دين في ذمة المشروع الذي تقوم عليه الصكوك سواء من أرباح لاحقة أو من رأس المال، فهو لا يعدو كونه حلاً مؤقتاً. ولعل من الأجدى البحث عن سبب نقص العائد وتحديد مدى مسئولية مدير الصكوك عنه من عدمها، فإذا لم يكن بالإمكان نسبة التعدي لمدير الصكوك أو غيره في نقص العائد فإن هذا النقص لا يعد عجزاً واجب التغطية بل من مخاطر الاستثمار المتوقعة.

### المطلب الثالث

#### ضمان مدير الصكوك أو الغير مقدار الربح المتوقع

إن تحديد العائد من استثمار حصيلة الصكوك الإسلامية على النحو المبين سابقاً إنما يقوم على مبدأ الغنم بالغرم، بناء على ذلك لا يكون العائد محديداً ابتداءً بمبلغ معين أو بنسبة معينة من قيمة الصك أو من رأس المال، إنما يتم تحديده بنسبة معينة تمثل حصة شائعة في الربح المتحقق، وليس هناك ما يمنع من وضع تقدير أولي للربح المتوقع بناء على دراسة الجدوى المعدة للمشروع كأن يقال أن الربح أو العائد المتوقع يساوي ١٠% من رأس المال أو من قيمة الصك<sup>١</sup>، إلا أن هذا لا يعني أن حامل الصك سيحصل على هذه النسبة بالضرورة، لأن المشروع قد يحقق أرباحاً تزيد على هذه النسبة أو تقل عنها، كذلك الحال بالنسبة للصكوك التي تتم وفق صيغ استثمار يجوز فيها تحديد الربح بمبلغ معين ابتداءً كصكوك الإجارة، إذ لا يتضح مقدار الربح الحقيقي إلا بعد بدء النشاط واستمراره

1 انظر نشرة الإصدار الخاصة بالصكوك الوطنية حيث تحدد الأرباح المتوقعة وفقاً لدراسة الجدوى بما مقداره ٣% من رأس مال المضاربة.

مدة زمنية معينة ثم ظهور الريح بالتنضيف. إلا أنه ومن أجل حث الجمهور وتشجيعهم على الاكتتاب بالصكوك قد يعمد مصدرها أو الغير الى ضمان نسبة معينة من الريح لحاملها، الأمر الذي يثير التساؤل عن مدى صحة هذا الضمان من الناحية القانونية ومدى توافقه مع طبيعة الصكوك الإسلامية، التي ينبغي أن تكون متوافقة في كل أحكامها مع الشريعة الإسلامية.

وفيما يأتي تناول بالبحث أحكام ضمان العائد في فرعين.

### الفرع الأول

#### ضمان العائد من قبل مصدر الصكوك

مصدر الصكوك هو من يقوم بتحويل أصول معينة إلى صكوك تطرح للاكتتاب، ثم يستخدم حصيلة الاكتتاب في الصكوك في مشروع معين، ويختلف المركز القانوني لمصدر الصكوك في علاقته بحاملها تبعاً لطبيعة العقد المبرم بينهما. إذ يمكن أن يكون بائعاً كما في صكوك السلم وصكوك الإجارة أو مضارباً كما في صكوك المضاربة أو شريكاً كما في صكوك المشاركة. ويفترض ان ينتج عن استثمار حصيلة الصكوك في النشاط المحدد ربح أو عائد معين، وهنا يثار التساؤل عما إذا كان الريح أو العائد مضموناً على مصدر الصكوك.

تجدر الإشارة ابتداءً الى أن مصطلح الضمان بحسب استعماله القانوني المستمد من الفقه الإسلامي يراد به أحد معنيين، فهو لفظ مشترك بين التعويض وتأمين حصول المكتتب على العائد، وهكذا فإن التساؤل السابق قد يراد به تحديد ما إذا كان مصدر الصكوك ضامناً للخسارة التي تلحق حاملي الصكوك حال تعديه أو تقصيره، وقد يراد به تحديد ما إذا كان من الجائز أن يضمن مصدر الصكوك العائد للمكتتبين، بمعنى يلتزم بضمان فوات العائد لهم حال عدم تحققه فعلاً دون تعدي منه أو تقصير.

وفيما يتعلق بالتساؤل عن الضمان بالمعنى الأول أي التعويض تتطلب الإجابة عن هذا التساؤل تحديداً ما إذا كانت يد مصدر الصكوك على الربح أو العائد يد ضمان أو يد أمانة. وحيث إن صيغة الاستثمار الشرعية ليست واحدة، والعقد الذي يربط مصدر الصكوك بحاملها لا يتخذ طبيعة قانونية واحدة، فإن الإجابة عن هذا التساؤل ستختلف بحسب صيغة الاستثمار. ففي بعض صيغ الاستثمار تكون يد المصدر على الربح يد ضمان، وذلك في الأحوال التي يكون فيها العائد ديناً في ذمته لحاملي الصكوك. وعلى الرغم من أن الصكوك الإسلامية ليست بسندات قرض إلا أن العائد يمكن أن يكون ديناً في ذمة المصدر في بعض صيغ الاستثمار الشرعية، من ذلك على سبيل المثال صكوك الإجارة إذا كان مصدر الصكوك هو مستأجر العين التي تم تصكيكها. فبالعائد الذي يتمثل بالأجرة مضمون على مصدر الصكوك لأنه دين في ذمته. من جانب آخر وفي صيغ استثمار أخرى يكون المصدر أميناً وليس ضامناً للعائد، كما في صيغ المشاركة والمضاربة والوكالة بالاستثمار<sup>1</sup>.

ويترتب على ذلك اختلاف الحكم في الحالتين، فإذا كان يد المصدر على العائد يد ضمان وجب عليه ضمانه وإن لم يكن عدم تحققه منسوباً إلى تعديه أو تقصيره، أما إذا كان أميناً فالأصل أنه لا يضمن العائد إلا إذا كان فواته وعدم تحققه بسبب تعدلٍ وتقصير منه.

وتجدر الإشارة إلى أنه في أحوال معينة يكون العائد ديناً في ذمة الملتزم به ومضموناً عليه، إلا أن الملتزم شخصاً آخر سوى مصدر الصكوك، كما في حالة صكوك المراجعة التي يبيع فيها المصدر لحاملي الصكوك عيناً معينة ليتم بعد ذلك بيعها لمراجعة لشخص آخر، وكذلك صكوك الإجارة التي يتم تأجير العين فيها لغير مصدر الصكوك بائع تلك العين. وفي الوقت ذاته

1 د. عبد الباربي مشعل، مرجع سابق، ص ٧.

يتم الاتفاق على أن يتولى المصدر إدارة الموجودات التي تمثلها الصكوك وحسبما مبين في نشرة الإصدار، وفي مثل هذا الفرض قد يتم توزيع العائد بينه وبين حاملي الصكوك أو يأخذ أجراً مقطوعاً عن إدارته بصفته شريكاً أو مضارباً أو وكيلاً للاستثمار، وتعد يده في هذه الحالة على العائد يد أمانة بحكم صفته بموجب العقد الذي يربطه بحاملي الصكوك<sup>1</sup>. فعقود المضاربة والوكالة والشركة يتمتع فيها الضمان بحسب أحكام القانون إلا في حالة تعدي الأمين أو تقصيره<sup>2</sup>.

أما التساؤل عن الضمان بالمعنى الثاني وهو التأمين، أي أن يضمن مصدر الصكوك فوات العائد، فيكون الاستثمار في هذه الحالة مضموناً، فإن في هذا مخالفة لأحكام القانون فضلاً عن مخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية. فالضمان بهذا المعنى لا يخرج عن أحد فرضين:

**الأول:** أن يكون الضمان بدون عوض، ومفاد ذلك أن المشروع لم يحقق ربحاً أو أن العائد أقل من العائد المتوقع ولا تنسب الخسارة أو نقصان العائد الى تعذر أو تقصير من مصدر الصكوك الذي يتولى إدارة النشاط، بأن يتعهد المصدر بموجب شرط في العقد بأن يؤدي الى حاملي الصكوك عائداً يوازي العائد المتوقع ابتداءً لا المتحقق فعلاً، وفي هذا خروج عن الأساس الذي تقوم عليه الصكوك الإسلامية وهو مبدأ الغنم بالغرم أو الخراج بالضمان، فيصبح الصك الإسلامي في هذه الحالة سنداً تقليدياً، ففي هذا الأخير يحصل حامل السند على الفائدة المحددة ابتداءً بصرف النظر عما آل اليه النشاط الذي تستخدم حصيلة السندات فيه. ويتحول مصدر الصكوك من كونه وكيلاً أميناً الى كونه مقترضاً ضامناً، ويكفي

---

1 انظر المادة (٢/٦٦٣) والمادة (٢/٦٩٥) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي.  
2 انظر المادة (٦٩٦) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي التي تنص على أنه: "لا يجوز اشتراط ضمان المضارب لرأس المال إذا ضاع أو تلف بغير تفریط منه".



العقد حينها على أنه قرض جَرّ نفعاً<sup>١</sup>. بناء على ذلك فإن شرط الضمان في هذه الحالة يكون فاسداً، فيصح العقد دون الشرط إلا إذا كان الشرط هو الدافع الباعث إلى التعاقد فيبطل الشرط والعقد معاً بحسب القواعد العامة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك بنص خاص وهو بطلان العقد ابتداءً، فيبطل الاكتاب بالصكوك<sup>٢</sup>.

**أما الفرض الثاني:** فهو أن يضمن مصدر الصكوك لحاملها العائد المتوقع مقابل عوض، أي أن يؤدي حاملو الصكوك لمصدرها مبلغاً معيناً كأن يكون جزءاً من قيمة الصك أو مبلغاً خارجاً عن هذه القيمة مقابل أن يتعهد مصدر الصكوك بتغطية النقص الذي يلحق بالعائد المتوقع. وهذا الفرض وفقاً لما يذهب إليه الفقه<sup>٣</sup> يعد نوعاً من التأمين التجاري الممنوع لأنه في حقيقته غرر ومقامرة، فقد يحقق المشروع عوائد وأرباحاً مجزية فيكون مصدر الصكوك قد أفاد من العوض الذي دفعه حاملو الصكوك، وقد لا يحقق المشروع عوائد مجزية وبالنسبة المتوقعة فيكون مصدر الصكوك قد تحمل غرم المشروع، وحصل حاملو الصكوك على زيادة لا مبرر لها، بما قد يعد من الربا أيضاً، فتخرج تلك الصكوك من إطار كونها صكوكاً إسلامية.

هذا ويمكن أن نضيف لما تقدم وتأييداً لعدم جواز شرط الاتفاق على الضمان بعوض أنه ينطوي على الجمع بين عقد إصدار الصكوك وعقد

1 د. عبد الله بن محمد العمراني، الضمانات في الصكوك الإسلامية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد ١٦، ٢٠١٣، ص ٢٤٠.

2 المادة (٢٠٦) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي.

3 أ. د. حمزة بن حسين الفعر الشريف، ضمانات الصكوك الإسلامية، ندوة الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم، المنعقدة في جامعة الملك عبد العزيز بجدة، بتاريخ ٢٤ - ٢٥ / مايو ٢٠١٠ بالتعاون بين مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي ومجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية، ص ٢٧٤.

التأمين ومثل هذا الجمع غير جائز لكونه جمعاً بين عقدين متعارضين في طبيعتهما، فإذا قلنا أنه تأمين فهو لا يمكن أن ينطوي على تشتيت للمخاطر على النحو الذي يقتضيه التأمين، حيث يفترض في التأمين أن يكون لتحقق الخطر نسبة معينة فلا يلحق بمجمل المؤمن لهم فلا يكون المؤمن ملزماً بأن يقدم مبلغ التأمين لجميع المؤمن لهم، بحيث يكفي رصيد التغطية لأداء مبلغ التأمين لمن تحقق الخطر بالنسبة له من المؤمن لهم. أما في حال ضمان الخسارة من قبل مصدر الصكوك فإن جميع من تولى دفع العوض - الذي يقابل قسط التأمين - معرض للخطر، فحاملو الصكوك جميعاً معرضون لخطر نقصان العائد وأن من عليه تحمل عبء الخطر وتكملة هذا النقص هو مصدر الصكوك بموجب التزامه في عقد الإصدار وإن كان ذلك من ذمته المالية. وبذلك يكون من تحمل عبء الخطر هو المصدر دون تشتيت للخطر.

وبهذا المنع أخذ المعيار الخامس الخاص بالضمانات الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية حيث جاء في البند ١/٢/٢ منه ما نصه: "لا يجوز اشتراط الضمان على المضارب أو وكيل الاستثمار أو أحد الشركاء سواء كان الضمان للأصل أم للربح، ولا يجوز تسويق عملياتها على أنها استثمار مضمون".

وكذلك ورد النص عليه في المعيار السابع عشر الخاص بصكوك الاستثمار الصادر عن ذات الهيئة حيث تنص الفقرة (٧/٨/١/٥) على أنه: "أن لا تشمل النشرة على أي نص يضمن به مصدر الصك للملكه قيمة الصك الإسمية في غير حالات التعدي أو التقصير، ولا قدرأ معيناً من الربح".

وجاء في المعيار الشرعي رقم ١٢ بند ٧/٥/١/٣ الخاص بالشركة ما نصه: "لا يجوز أن تشمل شروط الشركة أو أسس توزيع أرباحها على أي نص أو شرط يؤدي الى احتمال قطع الاشتراك في الربح، فإن وقع كان العقد باطلاً".

كما ورد النص في المعيار الشرعي رقم ١٣ الخاص بالمضاربة في البند ٧/٨ كما يأتي : " فإذا كانت الخسارة عند تصفية العمليات أكثر من الربح يحسم رصيد الخسارة من رأس المال ، ولا يتحمل المضارب منه شيئاً باعتباره أميناً ما لم يثبت التعدي أو التقصير. إذا كانت المصروفات على قدر الإيرادات يتسلم رب المال رأس ماله ، وليس للمضارب شيء. ومتى تحقق الربح فإنه يوزع بين الطرفين وفق الاتفاق بينهما".

### الفرع الثاني

#### ضمان العائد من قبل الغير

يقصد بالغير في هذا السياق مَنْ لا يكون طرفاً في عقد الصكوك الإسلامية ، فهو ليس مصدراً أو مديراً لتلك الصكوك ولا حاملاً لها. يستوي في ذلك أن يكون شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً من أشخاص القانون الخاص كشركة تجارية أو من أشخاص القانون العام كوزارة معينة. ويتعين حتى يصدق وصف الغير عليه فضلاً عن تمتعه بشخصية قانونية مستقلة أن لا يتصرف بالنيابة عن أحدهما كأن يكون وكيلاً عنه ، لأن الالتزام بالضمان في هذا الفرض سيتعلق بذمة الموكل منهما وليس بذمة الغير. كما ينبغي أن لا يكون الغير الضامن مكفولاً من أحد طرفي الصكوك الإسلامية ، لأن الكفالة ترتب التزاماً في ذمة الكفيل وتضم ذمته الى ذمة المكفول في تنفيذ أداء معين ، ومؤدى ذلك أن يصبح طرف الصكوك الإسلامية الكفيل للغير ملزماً بالضمان معه .

وفي تحديد مفهوم الغير يشار التساؤل عما إذا كان الغير شخصاً اعتبارياً ، كأن يكون شركة معينة ، ولم تكن هي المصدر للصكوك أو من بين حاملي الصكوك إلا إن أحدهما يملك رأسمالها كاملاً أو له نصيب معين فيها. فهل تعد الشركة غيراً كونها متمتعة بشخصية وذمة مالية مستقلة أم لا تعدّ غيراً؟

1 عبد الباري مشعل ، مرجع سابق ، ص ٩.

للإجابة عن هذا التساؤل يتعين التمييز بين فرضين: أحدهما أن يكون الشخص الاعتباري الضامن مملوكاً بالكامل لأحد الطرفين كما لو كان الضامن شركة شخص واحد يملكها أحدهما أو كان المصدر هو أحد وزارات الدولة ومن قدم الضمان هو البنك المركزي أو وزارة أخرى. ففي هذا الفرض لا يعد الشخص الاعتباري غيراً وإن كان متمتعاً بالشخصية القانونية، لأن الاستقلال ليس استقلالاً حقيقياً فذمة المالك المستقلة ليست إلا جزءاً من الذمة المالية لمن يملكه - الدولة أو صاحب شركة الشخص الواحد- . فإذا أجزى ضمانه باعتباره ضماناً صادراً من الغير وكان المصدر شريكاً أو مضارباً كان ذلك تمهيداً على الحكم بعدم جواز الضمان الصادر من الأمين شريكاً أو مضارباً أو وكيلاً بالاستثمار.

والثاني أن يكون أحد الطرفين مساهماً أو مالكاً لتصيب معين في الشركة، ففي هذا الفرض يذهب جانب من الفقه<sup>٢</sup> إلى وجوب تحديد معيار معين لا يعد الشخص الاعتباري غيراً بتحقيقه، وبما أن الذمة المالية للشخص الاعتباري في هذا الفرض خليط من أموال أحد الطرفين (كونه مساهماً فيه) وأموال الغير، فقد اتجه الفقه المذكور إلى القياس على حكم الموجودات المختلطة من الأعيان والمنافع والنقود والديون. فلتحديد ما إذا كانت الموجودات تعد أعياناً ومنافع أو تعد نقوداً وديوناً تبنى مجمع الفقه

١. يميز قانون الشركات التجارية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٢ لسنة ٢٠١٥ " ... أن تؤسس الشركة أو أن تكون مملوكة من شخص واحد"، وذلك على سبيل الاستثناء على أن تتخذ شكل الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو شكل شركة المساهمة الخاصة. انظر المواد: ٨ و ٧١ و ٢٥٥ من القانون المذكور.
٢. د. حامد بن حسن ميرة، تعقيب على بحث بعنوان "تعهدات مصدري الصكوك لحاملها"، مقدمة إلى ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي التي أقامتها مجموعة تطوير العمل المصرفي الإسلامي للبنك الأهلي السعودي، ص ١٥١، البحث متاح على شبكة الانترنت في الموقع:  
<http://www.kantakji.com/media/9523/6674.pdf>
٣. د. عبد الباري مشعل، مرجع سابق، ص ٩.

الإسلامي معيار الغلبة أي أن يتجاوز أحدهما النصف<sup>١</sup>. أما المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية فقد أخذت بمعيار الكثرة<sup>٢</sup>. والغرض من تحديد ما يعد غالباً أو كثيراً من الأعيان والمنافع من جهة أو النقود والديون من جهة أخرى هو تحديد حكم تداول الموجودات وما إذا كان يعد تداولاً لأعيان أو تداولاً لنقود أو ديون لاختلاف الأحكام في الحالتين<sup>٣</sup>. وهو بطبيعة الحال يختلف عن الفرض الذي نحن بصدد، فالأمر لا يتعلق بحكم التداول إلا أن تحديد ما إذا كانت مساهمة أحد طرفي الصكوك في رأس مال الشركة هي الغالبة موداه أن يعد هذا الطرف بحكم من قدم الضمان ولا يمكن عدّه غيراً. ولعل المعيار المناسب في تقديري هو معيار تملك أغلبية رأس المال، لسببين: أولهما أن تملك أحد الطرفين أغلبية رأس المال في الشركة التي قدمت الضمان وكما بينا مفاده تحمل الذمة المالية لهذا الطرف قيمة الضمان أو أغلبه. أما السبب الثاني فهو أن تملك أغلبية رأس المال يعطي سلطة اتخاذ القرار في الشركة، ذلك أن الأصل في نصاب اتخاذ القرارات في الشركة هو أنها تصدر بالأغلبية ولاسيما فيما يتعلق بشركة المساهمة<sup>٤</sup>، بناء على ذلك

1 قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٤/٥/٣٠)، بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار.

2 المعيار الشرعي رقم (٢١) بشأن الأوراق المالية (السهم والسندات).

3 وفي تحديد ما يعد غالباً يبين الفقه أن المراد بالغالب قد يكون غلبة الصفات والمعاني لا الكثرة العددية، كما في استبدال الرهان المقبوضة بالكاتب في السفر لأن الغالب في السفر عدم وجود الكاتب وهو معنى لا عدد. كما يمكن أن يكون المقصود بالغالب الكثير، مع ملاحظة أن الغالب في هذا المعنى يفترق عن الكثير في أن الغالب يفوق المغلوب بكثير ولا يتوقف عند حد كونه يزيد عليه عند مقابلتهما. فالمغلوب يكون ضئيلاً لا قليلاً.

د. علي الندوي، قواعد التبعية ومدى أثرها في العقود المالية، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المجلد الرابع عشر، العدد الأول، ٢٠٠٧، ص ١٣ - ١٥.

4 انظر المادة (١٨٨) من قانون الشركات التجارية الاتحادي.

فلا تعد الشركة القابضة غيراً إذا ضمنت إحدى شركاتها التابعة<sup>1</sup>، لأن الاستقلال القانوني للشركة التابعة ليس واقعياً، فالواقع أنها غير مستقلة من الناحية المالية والاقتصادية فضلاً عن كون الشركة التابعة تخضع للسياسة المالية التي ترسمها الشركة القابضة لمجموعة شركاتها.

والغير بالمفهوم المتقدم قد يضمن العائد لحاملي الصكوك بعوض أو بدون عوض، ولكل من هاتين الحالتين حكمها، ومحسب البيان الآتي.

### أولاً: ضمان العائد بدون عوض

قد يكون ضمان الغير للعائد بدون عوض، فيؤدي لحاملي الصكوك العائد المتوقع عن المدد الزمنية التي لا يحقق فيها المشروع عائداً أو يحقق عائداً يقل عن المتوقع.

ويختلف الحكم في هذه الحالة بحسب طبيعة عقد الاستثمار أو التمويل المبرم بين مصدر الصكوك وحاملها، إذ يتحدد في ضوء ذلك المركز القانوني للغير الضامن وعلى النحو الآتي:

**الفرض الأول:** أن يكون العائد أو الربح المتوقع ديناً في ذمة مصدر الصكوك والتزاماً في ذمته لحاملي الصكوك، كما في حالة كونه مستأجراً للعين في صكوك الإجارة أو مشترياً بالأجل في صكوك المراجعة، فإن ضمان الغير لهذا العائد (الدين في ذمة المصدر) لا يعدو أن يكون كفالة له<sup>2</sup>. وتسري بناء على ذلك أحكام الكفالة على العلاقة بين الأطراف المختلفة، فالغير يعد كفيلاً والمصدر في مركز المكفول وحاملو الصكوك هم المكفول لهم. وبما أن الكفالة من عقود التأمينات الشخصية فلا يجوز بحسب الأصل المتفق مع الشريعة الإسلامية أن تكون مقابل أجر أو

1 د. حامد بن حسن ميرة، تعقيب على بحوث بعنوان "تعهدات مصدري الصكوك لحاملها"، مرجع سابق، ص ١٥١.

2 د. عبد الباري مشعل، مرجع سابق، ص ١٠.

عوض<sup>١</sup>، لأن الكفيل في حال أدائه الدين عن المكفول يصبح في مركز المقرض، وتقاضيه أجراً عن ذلك يجعل من التعامل قرضاً جراً نفعاً على المقرض<sup>٢</sup>.

**الفرض الثاني:** أن لا يكون العائد أو الربح المتوقع ديناً في ذمة المصدر، بأن يكون أميناً على الموجودات واستثمارها كما في حالة كونه مضارباً أو شريكاً أو وكيلاً بالاستثمار، وفي هذه الحالة لا يكون الربح مضموناً على مصدر الصكوك ولا يلتزم بأدائه الى حاملي الصكوك إلا إذا كان عدم تحققه منسوباً الى تعدي وتقصير المصدر أو الى مخالفته شروط الاتفاق المبرم بينها. وفي هاتين الحالتين يصبح أداء الضمان بمعنى التعويض ومنه الربح المتوقع التزاماً على عاتق مصدر الصكوك، فإذا تدخل الغير وضمن أداءه هذا الالتزام بدون عوض فإن هذا الضمان يأخذ حكم الكفالة وتسري عليه أحكامها: بيان ذلك أن من شروط الكفالة أن يكفل الكفيل ديناً مضموناً على المدين، والعائد في هذا الفرض لا يصدق عليه هذا الوصف من حيث هو ربح لا يثبت إلا بتحقيقه فعلاً، فلا يعدّ ديناً قبل ذلك، وبالتالي ليس مضموناً عليه. ويمكن كفالته بعد تحققه إن لم يؤده مصدر الصكوك للمكفولين، أو أن يكفل دين التعويض بعد ثبوته في حال لم يتحقق الربح بتعدي وتقصير من المصدر. وذلك بخلاف سند القرض فالربح ثابت تجوز كفالته إلا إنه مخالف للشريعة الإسلامية.

فإذا لم ينسب الى مصدر الصكوك تعدي أو تقصير أو مخالفة لشروط الاتفاق ومع ذلك لم يتحقق العائد المتوقع، وتقدم الغير بضممان العائد

- 1 انظر المادة (١٠٩٨) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.
- 2 د. بهاء الدين العلايلي، الكفالة في الفقه الإسلامي وبعض القوانين العربية، دار الشواف، الرياض، ٢٠٠٤، ص ٢٥؛ د. محمد بن ابراهيم بن عبد الله الموسى، نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)، مكتبة العبيكان، الرياض، ١٩٩٩، ص ١٥٢.

الفائت بدون عوض فإنه يعدّ متبرعاً. ولم يتفق الفقه على رأي واحد في حكم ذلك. إذ يذهب جانب في الفقه<sup>1</sup> الى جواز ذلك، والسند في ذلك أن الأمر لا يخرج عن كونه تبرعاً وهبة من الغير لحاملي الصكوك. في حين يذهب جانب آخر في الفقه الى تقيض ذلك فلا يميز هذه الصورة من الضمان وإن كانت تبرعاً لأن الضمان ينبغي أن ينصرف الى الاصل أي ضمان رأس المال<sup>2</sup>، ولا ينصرف الى العائد، وعلّة ذلك أنه إذا ضمن نسبة معينة من العائد أو الربح فإنه يفتح بذلك باباً للربا. بناء على ذلك لم يجر قرار مجمع الفقه الاسلامي الخاص بسندات المقارضة ضمان العائد وقصر الضمان بدون عوض على جبر الخسارة، أي النقصان في رأس المال. فقد جاء في القرار المذكور ما نصه : " ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع دون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين، على أن يكن التزاماً مستقلاً عن عقد المضاربة، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطاً في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما يتبرع به بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد".

ويرجح بتقديره الرأي الأول لسببين : أولهما إن مفهوم الربا يتحدد بكونه زيادة على أصل الدين يؤديها من قبض هذا الأصل دون مبرر شرعي، والحال أن الربح في الفرض محل التحليل لم يؤدّ من قبض الأصل أي مصدر الصكوك إنما من الغير، وهو كما بينا شخص مستقل عنه في شخصيته القانونية وفي ذمته المالية. أما السبب الثاني فهو أن مفهوم الخسارة يمكن أن تفسر تفسيراً واسعاً ولا تقتصر على خسارة رأس المال، فعدم

1. د. عبد الباري مشعل، مرجع سابق، ص ١٣.

2. د. عبد الله بن محمد العمراني، مرجع سابق، ص ٢٥١.



تحقق العائد أو الربح مع سلامة رأس المال هو خسارة أيضاً، فهي استثمار غير مجلد وخسارة للوقت والجهد، لذا فإن إجازة جبر الخسارة من قبل طرف ثالث بموجب قرار مجمع الفقه الاسلامي السابق الإشارة اليه يمكن أن يشمل الربح غير المتحقق بوصفه خسارة بالمفهوم الواسع لها.

**ثانياً: ضمان العائد بعوض**

إذا تدخل شخص من الغير لضمان العائد أو الربح المتوقع مقابل عوض يتقاضاه من مصدر الصكوك أو من حاملها، فإن الحكم - وكما هو شأن الضمان بلا عوض - يختلف تبعاً لما إذا كان الربح ديناً في ذمة المصدر أو لم يكن كذلك. ففي الحالة الأولى يعد ضمان الغير للربح غير جائز. والعلة في ذلك أن ضمانه لما يعد ديناً في ذمة المصدر يعد كفالة، والكفالة لا يجوز تقاضي الأجر عنها لما يتطوي عليه ذلك من الربا كما تقدم. ولا يختلف الحكم سواء كان من قدم العوض أو الأجر هو المصدر المدين أو حامل الصكوك الدائن أو من أجنبي عنهما يعلم من الدائن، ففي جميع هذه الأحوال تسقط الكفالة أو الضمان المقدم من الغير ويتعين عليه رد العوض الذي قبضه. أما إذا كان دفع العوض للغير الضامن دون علم الدائن فتلزمه كفالته مع رد العوض لمن آذاه إليه<sup>1</sup>.

فإن لم يكن الربح ديناً في ذمة مصدر الصكوك، وذلك في الحالات التي يكون فيها الربح إيراداً أو غلة ناتجة عن استثمار معين وكان المصدر في المركز القانوني للمضارب أو الشريك أو الوكيل بالاستثمار، فإن ضمان مخاطر الاستثمار وعدم تحقق الأرباح من قبل الغير مقابل عوض إنما يعد نوعاً من التأمين التجاري. وحيث إن من المتعين أن تتوافق الصكوك الإسلامية مع أحكام الشريعة الإسلامية في جميع جزئياتها فإن مثل هذا النوع من التأمين قد يثير محاذير شرعية بالنظر لما يذهب اليه جانب من الفقه

1 المادة (١٠٩٨) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.

من أنه غير جائز " ومحرم لما فيه من أكل لأموال الناس بالباطل، ولما يشتمل عليه العقد من غرر فاحش مفسد للعقد".<sup>1</sup> أما إذا كان الضمان بعوض مما يأخذ صيغة التأمين التكافلي أو التعاوني وهو صيغة من صيغ التأمين المتوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية فهو جائز.<sup>2</sup> وفي صورتي التأمين التجاري والتعاوني، لا بدّ من مراعاة إن عقد التأمين عقد بمقابل، فضمن المخاطر المحتملة يثبت بمقابل قسط أو أقساط التأمين التي يؤديها المؤمن لهم، إلا أن التأمين التعاوني لا يستهدف الربح إنما يهدف إلى تحقيق مصلحة المشتركين فيه باشتراكهم في تحمل وجبر الضرر عنهم لذلك لا يعد من عقود المعاوضة والغرر فيه مغتفر.<sup>3</sup> فتعيّن لثبوت التأمين في الفرض المتقدم ثبوت عقد التأمين وما يتصل به من بيان التزامات الطرفين.

### الغائمة

يعد الحصول على الربح الهدف الرئيس من الاكتتاب بالصكوك الإسلامية وهو أيضاً حق رئيس من حقوق حاملي الصكوك الإسلامية. وقد تناول البحث هذا الحق من الناحية القانونية لينتهي كما بدأ إلى هدف هو إرساء القواعد القانونية التي تحكم هذا الحق وتكون سندا لحل أي نزاع جدي يثار بين أطراف الصكوك الإسلامية ولاسيما عند عدم وجود اتفاق يحكم العلاقة بين تلك الأطراف. وقد توصل البحث إلى جملة من النتائج وانتهى إلى عدد من التوصيات نبيّن أهمها فيما يأتي:

1. د. عبد الله بن محمد العمراني، مرجع سابق، ص ٢٥٣؛ د. عبد الباري مشعل، مرجع سابق، ص ١٦.
2. قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٢/٩/٩ بشأن التأمين وإعادة التأمين.
3. قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٢٠٠ (٢١/٦) بشأن الأحكام والضوابط الشرعية لأسس التأمين التعاوني.

## أولاً: نتائج البحث

١. لا يتخذ حامل الصكوك الإسلامية مركزاً قانونياً واحداً، بل يتغير وصفه القانوني تبعاً لصيغة الاستثمار التي تقوم عليها الصكوك، إذ يمكن أن يكون شريكاً أو رب مال في مضاربة أو مالك لمال مؤجر أو بائع لعين مراهجة أو سلماً. إلا أنه يستحق ربحاً أياً كان مركزه القانوني وأياً كانت صيغة الاستثمار. وهو ربح مشروع متوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية لأن حصيلة الصكوك لا تستثمر إلا وفق صيغ استثمار متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية. وتبعاً لتعدد وتنوع المركز القانوني لحامل الصكوك الإسلامية فإن العائد الذي تحققه الصكوك الإسلامية يتعدد ويتنوع في طبيعته القانونية، إذ يمكن أن يكون أجره عين أو ثمناً لها أو ربحاً من مشروع تجاري دخل فيه حامل الصك كرب مال أو كشريك.

٢. يترتب على تعدد الوصف القانوني لعائد الصكوك الإسلامية اختلاف الحكم القانوني له تبعاً لذلك. فأحكام الأجرة في صكوك الإجارة تختلف عن أحكام أرباح الشركة في صكوك المشاركة أو صكوك المضاربة. ومن أهم أوجه الاختلاف هذه ما يأتي:

- يصح تحديد الربح بمبلغ مقطوع في بعض الصكوك كصكوك الإجارة أو المراهجة، في حين يبطل الصك إذا تم تحديد الربح بمبلغ مقطوع في صكوك أخرى كالشركة والمضاربة.
- إغفال تحديد الربح في بعض الصكوك كصكوك الإجارة والمراهجة يؤدي إلى جواز فسخها مع لزوم أجر المثل عن المدة السابقة على الفسخ لأن العلم بالأجرة أو الثمن شرط لزوم في العقد، في حين أن إغفال تحديد الربح أو نسبته في صكوك المشاركة لا يؤدي إلى بطلانها ويمكن احتسابها وفقاً لنسبة المشاركة تطبيقاً للقواعد العامة في الشركة كونها لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

٣. لا يصح أن يضمن مصدر الصكوك الإسلامية نسبة معينة من الربح لحاملها لأن هذا يجعل من الصكوك سندات قرض تقليدية، إلا أن ذلك لا يمنع من اتباع وسائل قانونية معينة تضمن استمرار توزيع الربح طوال مدة الاستمرار وتكون متوافقة مع الشريعة الإسلامية، مثل حجب جزء من الأرباح عن التوزيع وتكوين احتياطي به يستخدم لتغطية النقص في العائد في دورات توزيع لاحقة، كما يمكن التأمين من خطر نقص العائد تأميناً إسلامياً تكافلياً.

### ثانياً: التوصيات

١. إن استقرار التعامل بالصكوك الإسلامية يتطلب وجود تنظيم قانوني لها، يتضمن أحكامها الموضوعية والإجرائية وأحكام العلاقات القانونية بين أطرافها ويقدم سنداً للقاضي عند حدوث النزاع بشأنها، ولا يقف هذا التنظيم عند حدود القانون الفرعي، بل يأخذ صيغة التشريع الصادر من السلطة التشريعية، على أن يتضمن أحكاماً عامة تسري على الصكوك الإسلامية أياً كان نوعها، وأحكاماً خاصة بكل نوع منها. وإذا كان من البديهي أن أحكام التشريع المذكور ينبغي أن تأتي بالتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية وما صدر من قرارات ومعايير شرعية بشأن الصكوك الإسلامية، إلا أن ترجيح التشريع المذهب معين أو اتجاه معين يعد أمراً ضرورياً لاستقرار التعامل المالي، وليس ذلك ببعيد عن التشريع، فالترجيح منهج اتخذ قانون المعاملات المدنية الذي يعد الفقه الإسلامي مصدراً تاريخياً ورسمياً له.

٢. ضرورة ابتداء واعتماد مؤشر إسلامي للربح يكون بديلاً لمؤشر الفائدة الذي تعتمده المصارف التجارية العالمية. حيث يتخذ هذا المؤشر معياراً لتحديد نسبة الربح المتوقع. وكما تعتمد المصارف التجارية على معدل الفائدة الذي تعتمده المصارف العالمية، يتعين أن يستند مؤشر الربح إلى دراسة اقتصادية ومالية لتحديد معدل الربح في الأنشطة المختلفة التي

تستثمر حصيلة الصكوك الإسلامية فيها ليكون مؤشر الريح مؤشراً حقيقياً  
مثلاً هو الاستثمار الذي تقوم عليه الصكوك الإسلامية.

٣. من الضروري تحقيق التوازن بين طرفي الصكوك الإسلامية،  
مصدر الصكوك أو مديرها وحاملها، ولاسيما فيما يتعلق بتوزيع العائد أو  
الريح بين الطرفين. إذ ينفرد في الغالب مصدر الصكوك أو مديرها بوضع  
شروط التعاقد وإدراجها في نشرة الإصدار، ولا يملك من يرغب بالاكتاب  
بالصكوك الإسلامية الاعتراض عليها، فليس له إلا قبولها أو عدم  
الاكتاب. وهذه الشروط تأتي في الغالب محققة لمصلحة مصدر الصكوك  
على حساب حاملي الصكوك، حيث تحدد نسبة معينة ربحاً متوقعاً،  
وتدرج شرطاً بمحصول المصدر على ما يتحقق زيادة على الريح المتوقع  
باعتباره حافزاً له على حسن الإدارة. وحيث أن من أهم خصائص  
الصكوك الإسلامية أن الريح فيها ربح حقيقي يقوم على استثمار حقيقي  
للمال وعلى قبول المخاطرة وتحمل الغرم فإن من حق حاملي الصكوك أن  
يكون لهم نصيب من الزيادة في الريح مثلما قبلوا تحمل الغرم غير المتوقع.

٤. تعزيز دور المؤسسات المالية الإسلامية في دعم الصكوك الإسلامية  
مثل شركات التأمين الإسلامي التكافلي، لتقديم ضمان مشروع من مخاطر  
الاستثمار بديلاً عن وسائل الضمان التي لا تتفق مع أحكام الشريعة  
الإسلامية.

## المراجع

### أولاً: الكتب

- ١- د. أشرف محمد دوابه، الصكوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق،  
الطبعة الأولى، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة،  
القاهرة والاسكندرية، ٢٠٠٩.

- ٢- د. برهان الشاعر، ضوابط المضاربة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، سلسلة دراسات في الاقتصاد الإسلامي، الجزء ١٠، دار النوادر، سوريا- لبنان- الكويت، ٢٠١٣.
- ٣- د. بهاء الدين العلايلي، الكفالة في الفقه الإسلامي وبعض القوانين العربية، دار الشواف، الرياض، ٢٠٠٤.
- ٤- حامد بن حسن بن محمد علي ميرة، صكوك الإجارة، دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، الطبعة الأولى، إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، إدارة الشؤون الإسلامية، دولة قطر، ٢٠٠٩.
- ٥- د. عبد الحميد منصور عبد العظيم، الصكوك - ما لها وما عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥.
- ٦- د. عبد الفضيل محمد أحمد، الشركات، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، ٢٠٠٩.
- ٧- د. عصام حنفي محمود، صكوك التمويل والاستثمار، بدون ناشر وبدون مكان النشر أو سنة النشر.
- ٨- د. علي عبد الستار علي حسن، الأرباح التجارية من منظور الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١١.
- ٩- د. عماد محمد أمين السيد رمضان، حماية المساهم في شركة المساهمة (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨.
- ١٠- فاروق إبراهيم جاسم، حقوق المساهم في الشركة المساهمة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠٠٨.
- ١١- د. محمد بن إبراهيم بن عبد الله المورسي، نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)، مكتبة العبيكان، الرياض، ١٩٩٩.

١٢ - د. محمد علي سويلم ، الصكوك المالية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠١٤ .

### ثانياً: الرسائل العلمية

١- محمد مبارك فضيل بصمان الرشيدى ، التنظيم القانوني للصكوك التمويلية وتمييزها عن السندات " دراسة في القانون الكويتي والقانون المقارن" ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق - جامعة القاهرة ، ٢٠١٣ .

٢- نجد عمر النجداوي ، النظام القانوني لإصدار الصكوك في الأردن " دراسة مقارنة" ، رسالة ماجستير ، كلية الدراسات العليا ، جامعة الإسرء ، الأردن ، ٢٠١٢ .

### ثالثاً: الأبحاث وأوراق العمل

١- د. أحمد جابر بدران ، الصكوك كأداة للتمويل بين النظرية والتطبيق ، الجزء الأول ، مجلة المسلم المعاصر ، المجلد ٣٨ ، العدد ١٥٢ ، ٢٠١٤ .

٢- د. أشرف محمد دواية ، شهادات الايداع القابلة للتداول - رؤية اسلامية ، بحث مقدم الى مؤتمر المؤسسات المالية الإسلامية ، - معالم الواقع وآفاق المستقبل ، المجلد الثالث ، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة ، ١٥ - ١٧ / مايو / ٢٠٠٥ .

٣- د. باسل الشاعر ، الضوابط الشرعية لصكوك المضاربة ، بحث متاح على شبكة الانترنت في الموقع : <http://www.kantakji.com/media/9551/168.pdf> آخر زيارة للموقع بتاريخ ١١/٧/٢٠١٦ .

٤- د. باسل الشاعر ، القضايا المتعلقة بالصكوك في الأردن ، بحث مقدم الى مؤتمر الصكوك وأدوات التمويل الإسلامي الذي نظمته

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية في جامعة اليرموك، إربد -  
الأردن، خلال الفترة ١٢ - ١٣ / نوفمبر ٢٠١٣.

٥- د. حامد بن حسن ميرة، تعقيب على بحوث بعنوان "تعهدات  
مصدري الصكوك لحاملها"، مقدمة الى ندوة مستقبل العمل  
المصرفي الاسلامي التي اقامتها مجموعة تطوير العمل المصرفي  
الإسلامي للبنك الأهلي السعودي، ص ١٥١، البحث متاح على  
شبكة الانترنت في الموقع: <http://www.kantakji.com/media/9523/6674.pdf>

٦- أ.د. حمزة بن حسين الفعر الشريف، ضمانات الصكوك  
الإسلامية، ندوة الصكوك الإسلامية : عرض وتقويم، المنعقدة  
في جامعة الملك عبد العزيز بجدة، بتاريخ ٢٤ - ٢٥ / مايو ٢٠١٠  
بالتعاون بين مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي ومجمع الفقه  
الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، والمعهد  
الإسلامي للبحوث والتدريب عضو مجموعة البنك الإسلامي  
للتنمية.

٧- د. رضا سعد الله ، الصكوك الإسلامية : مدخل عام، بحث متاح  
على شبكة الانترنت في الرابط:  
[http://www.kantakji.com/media/175704/sukuk-  
introduction-ge%CC%81ne%CC%81rale-.pdf](http://www.kantakji.com/media/175704/sukuk-introduction-ge%CC%81ne%CC%81rale-.pdf) آخر

زيارة للموقع بتاريخ ١١/٧/٢٠١٦

٨- د. سليمان ناصر ، ربيعة بن زيد، الصكوك الإسلامية الواقع  
والتحديات، مجلة الدراسات المالية والمصرفية، المعهد العربي  
للدراسات المالية والمصرفية، الأردن، المجلد ٢١، العدد ١،  
٢٠١٣.





- ١٤- عبد الله بن سليمان المنيع، الصكوك الإسلامية تجاوزاً وتصحيحاً، بحث مقدم الى ندوة الصكوك الإسلامية : عرض وتقييم، المنعقدة في جامعة الملك عبد العزيز بجدة، بتاريخ ٢٤- ٢٥ / مايو ٢٠١٠ بالتعاون بين مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي ومجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية.
- ١٥- د. عبد الله بن محمد العمراني، الضمانات في الصكوك الإسلامية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد ١٦، ٢٠١٣.
- ١٦- د. عبد الله بن محمد المطلق، الصكوك، مجلة البحوث الإسلامية ( المملكة العربية السعودية)، العدد ١٠٠، السنة ٢٠١٣.
- ١٧- د. عصام خلف العنزي، إدارة الحساب الاختياطي ( الفائض) في هيكل الصكوك، بحث مقدم الى ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الرابعة التي نظمتها مجموعة تطوير العمل المصرفي الإسلامي بالبنك الأهلي في المملكة العربية السعودية، البحث متاح على شبكة الانترنت على الموقع : <http://www.kantakji.com/media/9526/180201.pdf>
- ١٨- د. عصام خلف العنزي، صكوك المشاركة - دراسة شرعية تطبيقية عملية، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، تصدر عن مجلس النشر العلمي في جامعة الكويت، العدد ١٠٠، المجلد ٣٠، ٢٠١٥.
- ١٩- د. علي علي غازي تفاعلة، إشكالية تجديد أرباح الصكوك الإسلامية: رؤية فقهية معاصرة، بحث مقدم الى الندوة العالمية الخامسة عن الفقه الإسلامي في القرن الحادي والعشرين، قسم

الفقه وأصول الفقه في الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا،  
٢٠١٤.

٢٠- د. علي الندوي، قواعد التبعية ومدى اثرها في العقود المالية، مجلة  
دراسات اقتصادية إسلامية، المجلد الرابع عشر، العدد الأول،  
٢٠٠٧.

٢١- د. فؤاد محسن، الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها  
المعاصرة وتداولها، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي  
الدولي، الدورة التاسعة عشرة، الشارقة - الإمارات العربية  
المتحدة، ٢٦ - ٣٠ أبريل، ٢٠٠٩.

٢٢- مجلس الخدمات المالية الإسلامية، متطلبات كفاية رأس المال  
للصكوك، والتصكيك والاستثمارات العقارية، يناير ٢٠٠٩،  
متاح في الموقع: <http://www.kantakji.com/media/2134/b033.pdf> آخر

زيارة للموقع بتاريخ ٢٠١٦/٩/٧.

٢٣- القاضي الشيخ محمد تقى العثماني، الصكوك الإسلامية  
وتطبيقاتها المعاصرة، بحث مقدم الى الدورة العشرين لمجمع الفقه  
الإسلامي، متاح في الرابط الآتي:  
<http://www.kantakji.com/media/8028/m191.pdf>

٢٤- أ. د. محمد عبد الغفار الشريف، الضوابط الشرعية للتوريق  
والتداول للأسهم والحصص والصكوك، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر  
مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشرة، الشارقة  
- الإمارات العربية المتحدة، ٢٦ - ٣٠ أبريل، ٢٠٠٩، متاح  
على شبكة الانترنت في الموقع:  
<http://www.kantakji.com/media/7941/m100.pdf>

٢٥- الشيخ محمد علي التسخيري، الصكوك المعاصرة وحكمها، بحث مقدم الى منظمة المؤتمر الاسلامي، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة. متاح على الموقع :

<http://www.kantakji.com/sukuk-and-investments-funds.aspx>

آخر زيارة للموقع بتاريخ ١٧/٦/٢٠١٦.

٢٦- د. محمد علي القرني، كيف تتوافق الصكوك مع الشريعة الإسلامية، ورقة عمل مقدمة الى المؤتمر السابع للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين، ٢٧- ٢٨/٥/٢٠٠٨. متاح على الموقع :

<http://www.kantakji.com/media/8032/m193.pdf>

٢٧- د. محمد فخري صويلح، قراءة في قانون الصكوك الإسلامية الأردني في ضوء المعيار الشرعي للصكوك وقانون الصكوك المصري، بحث مقدم الى مؤتمر الصكوك الإسلامية وأدوات التمويل الإسلامي، الذي نظمته كلية الشريعة والدراسات الإسلامية في جامعة اليرموك، إربد- الأردن، خلال الفترة ١٢- ١٣ / نوفمبر / ٢٠١٣، متاح على شبكة الانترنت على

[الموقع http://www.kantakji.com/media/9556/272.pdf](http://www.kantakji.com/media/9556/272.pdf)

آخر زيارة للموقع بتاريخ ١٢/٧/٢٠١٦.

٢٨- د. معبد علي الجارحي ود. عبد العظيم جلال أبو زيد، أسواق الصكوك الإسلامية وكيفية الارتقاء بها، ندوة الصكوك الإسلامية : عرض وتقويم، المنعقدة في جامعة الملك عبد العزيز بجدة، بتاريخ ٢٤- ٢٥ / مايو ٢٠١٠ بالتعاون بين مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي ومجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة

المؤتمر الإسلامي، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب عضو  
مجموعة البنك الإسلامي للتنمية.

٢٩- د. مفتاح صالح، رحال فاطمة، واقع صناعة الصكوك الإسلامية  
في دول مجلس التعاون الخليجي، بحث مقدم الى المؤتمر الدولي  
حول منتجات وتطبيقات الابتكار والهندسة المالية بين الصناعة  
المالية التقليدية والصناعة المالية الإسلامية، كلية العلوم  
الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير - جامعة فرحات عباس -  
سطيف، ٥- ٦/مايو/٢٠١٤، متاح على شبكة الانترنت على  
الموقع : <http://eco.univ-setif.dz/uploads/ff.pdf> آخر زيارة  
بتاريخ ٢٠١٦/١٢

٣٠- د. موسى آدم عيسى، تعهدات مدراء الصكوك لحاملها، بحث  
مقدم الى ندوة مستقبل العمل المصرفي الاسلامي التي أقامتها  
مجموعة تطوير العمل المصرفي الإسلامي للبنك الأهلي  
السعودي، البحث متاح على شبكة الانترنت في الموقع :  
<http://www.kantakji.com/media/9523/6674.pdf>

٣١- د. وليد خالد الشايجي، د. عبد الله يوسف الحججي، صكوك  
الاستثمار الشرعية، بحث مقدم الى مؤتمر المؤسسات المالية  
الإسلامية - معالم الواقع وآفاق المستقبل، المجلد الثالث، كلية  
القانون- جامعة الإمارات العربية المتحدة، ١٥- ١٧ / مايو /  
٢٠٠٥.

#### رابعاً: القرارات الشرعية والقوانين

- ١- قانون صكوك التمويل السوداني لسنة ١٩٩٥.
- ٢- قانون المعاملات المدنية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة رقم  
٥ لسنة ١٩٨٥.
- ٣- قانون صكوك التمويل الإسلامي الأردني رقم ٣٠ لسنة ٢٠١٢.

- ٤- قانون الصكوك الإسلامية التونسي رقم ٣٠ لسنة ٢٠١٣.
- ٥- قانون الصكوك الإسلامية المصري رقم ١٠ لسنة ٢٠١٣.
- ٦- نظام الصكوك رقم ١٦ لسنة ٢٠١٤ الصادر عن هيئة الأوراق المالية والسلع.
- ٧- قانون الشركات التجارية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة رقم ٢ لسنة ٢٠١٥.
- ٨- معيار سوق دبي المالي لإصدار وتملك وتداول الصكوك.
- ٩- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ١٧٨ بشأن الصكوك الإسلامية ( التوريق ) وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها.
- ١٠- المعيار الشرعي ١٧ بشأن صكوك الاستثمار، صادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ، متاح على الموقع : <http://islamselect.net/mat/93287>
- ١١- المعيار الشرعي رقم ٩ ( معيار الإجارة )
- ١٢- قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٤/٥/٣٠)، بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار .
- ١٣- المعيار الشرعي رقم (٢١) بشأن الأوراق المالية (السهم والسندات).
- ١٤- قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٢/٩/٩ بشأن التأمين وإعادة التأمين.
- ١٥- قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٢٠٠ (٢١/٦) بشأن الأحكام والضوابط الشرعية لأسس التأمين التعاوني.

---

---

**حالات التنفيذ المعجل في القانون  
المصري والإماراتي  
"دراسة مقارنة"**

---

---

**دكتور / رجائي عبدالرحمن عبدالقادر عوض  
دكتوراه في قانون المرافعات  
جامعة الاسكندرية**

---

**حالات التنفيذ المعجل  
فى  
القانون المصرى والاماراتى  
" دراسة مقارنة "  
دكتور**

**رجائى عبد الرحمن عبد القادر عوض  
دكتوراه فى قانون المرافعات  
جامعة الاسكندرية**

---

**بسم الله الرحمن الرحيم**

**مقدمة**

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على الحبيب المصطفى محمد صلى الله عليه وسلم ، الحمد لله الذى امر بالعدل والإحسان ونهى عن الظلم والعدوان ، الحمد لله الذى بنعمته تتم الصالحات اما بعد :

قال سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه " لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له " وهكذا ما فائدة كسب دعوى والحصول على حكم دون تنفيذ ؟ لذا لا بد من تنفيذ ناجز ومنجز يعطى كل ذى حق حقه ، ويعتبر التنفيذ الجبرى أساس العدالة التي يبتغيها المدعى من دعواه والضمانة الحقيقية للقضاء والمتقاضين ، والهدف الأسمى الذي يسعى اليه المدعى لدعوى طالت عبر السنون فى الأقسام والمحاكم ، ومع تطور القضاء عبر الأزمنة ونظرا لكثرة القضايا والأحكام المعروضة على المحاكم وتأخير تنفيذ الأحكام والمطالبات والتسويق من جانب المحكوم عليه او طالب التنفيذ، أو وجد



المشروع قضاء التنفيذ ليعجل في تنفيذ الأحكام وإقامة العدل بين الناس ، وكان التنفيذ المعجل لحماية صاحب الحق من الأضرار التي تصيبه من جراء التنفيذ ، فهو حماية وقتية لدعى بالنفاذ الموقت : لانه تنفيذ مبكر لحكم قبل الاوان ، ويكون للأحكام الابتدائية (الغير نهائية) حيث ان الأحكام (النهائية) تنفذ فوراً بطبيعتها طبقاً للقواعد العامة .

وقد حرص المشرع على تأكيد حق الدائن تأكيداً كاملاً قبل السماح له بإقتضاء حقه جبراً ، حيث ان تأخير تنفيذ الحكم حتى يحوز قوة الأمر المقضي قد يسبب ضرراً للمحكوم له أو يعرضه للخطر ، ولذلك استثنى المشرع نظام النفاذ المعجل وهو تنفيذ الحكم مبكراً قبل أن يحوز قوة الأمر المقضي رغم قابليته للطعن بطرق الطعن العادية أو طعن فيه فعلاً لاعتبارات إنسانية كالأحكام الصادرة بإداء النفقات والأجور والمرتببات أو لحالات الاستعجال أو لقوة سند الحق مما يرجح معه تأييد الحكم أمام محكمة الطعن ، أما إذا الغى الحكم يتم إعادة الحال الى ما كان عليه أو تعويض الضرور لذي يتم تنفيذ الحكم على مسؤولية طالب التنفيذ ، وقد أحاط المشرع عملية التنفيذ بمجموعة من الإجراءات والشكليات التي تهدف تحقيق مصلحتي طالب التنفيذ والمحكوم عليه معا في أن واحد .

### موضوع الدراسة وأهميته :

لما كان الغرض من تنفيذ الأحكام القضائية هو التوفيق بين المصالح المتعارضة مصلحة المحكوم له - طالب التنفيذ - الدائن من خلال اتخاذ اجراءات لازمة لتنفيذ الحكم من اجل اقتضاء حقه من ناحية ومصلحة المحكوم عليه من ناحية اخرى ناهيك عن محاولات الماطلة والتسويق وضياح الوقت من الطرفين ، الامر الذي حدا بالمشرع الى اقرار التنفيذ

المعجل لمحاولة تحقيق العدالة بين الاطراف المتصارعة والبعد عن محاولات التسوية والتعسف من طالب التنفيذ او المحكوم عليه<sup>(١)</sup>.

ويهدف موضوع الدراسة الى بيان النظام القانوني والاجرائي لحالات التنفيذ المعجل ومعالجة القصور فى النصوص التشريعية ذات العلاقة ، وبحث هذه الحالات من الناحية القانونية والقضائية مع التركيز على اوجه الخلاف بين الفقه والقضاء ومحاولة الباحث الوصول الى راي لحسم تلك الخلافات

### إشكالية البحث:

- لم ينل موضوع التنفيذ المعجل عناية كاملة من المشرع المصرى مما أدى الى وجود قصور فى النصوص التشريعية المنظمة لحالات التنفيذ المعجل فى عدة نواحى ولا بد من التعرف على هذا النقص ، ومعالجته قدر الإمكان للوصول الى تنظيم سليم

- ندرة الدراسات القانونية المتخصصة فى التنفيذ الجبرى

- كما توجد بعض الإشكاليات فى الموضوع والتي سوف يتم معالجتها من خلال بحث مدى جواز تنفيذ الحكم الابتدائي معجلا استثناء من القاعدة العامة فى تنفيذ الأحكام ومن هذه الإشكاليات:

١- ما هى المبررات التى من شأنها اجاز المشرع التنفيذ المعجل؟ ، وهل يتضمن القانون المصرى شمول التنفيذ المعجل للملحقات الطلب الأصلي والمصاريف ، مثل القانون الإماراتي بشأن الإجراءات المدنية حيث نص علي أن النفاذ المعجل بقوة القانون أو بحكم المحكمة

---

(١) د. محمد حاتم البيات ، حماية حق الدائن - طالب التنفيذ فى الحصول على حقه الثابت فى السند التنفيذى بين النظرية والتطبيق ، فى ضوء قانون المرافعات القطرى ، بحث منشور فى المجلة القانونية والقضائية ، مركز الدراسات وزارة العدل - قطر ، العدد الثانى سنة ٢٠١٠ ص ٥٣.

- يتمد أيضا إلى ملحقات الطلب الأصلي ؟
- ٢- وهل يجوز اتفاق الأطراف على شمول الحكم بالنفاذ المعجل في غير حالاته التي نص عليها القانون ؟
- ٣- هل الحكم الصادر بفسخ عقد رسمي مبني على هذا السند يجب شموله بالنفاذ المعجل أم لا ؟
- ٤- ما مفهوم الضرر الجسيم الذي نص عليه القانون المصري ؟
- ٥- هل الحكم المبني على سند عرفي لم يحدده المحكوم عليه مشمولاً بالنفاذ المعجل اذا اشار المدعى إلى السند في صحيفة دعواه ولولم يحضر المحكوم عليه الجلسات ؟

### نطاق البحث

يقتصر نطاق البحث من الناحية المكانية والموضوعية على دراسة حالات التنفيذ المعجل في كل من قانون المرافعات المصري وقانون الإجراءات المدنية الاماراتي مع التطرق الى بعض القوانين الاخرى ذات العلاقة كالقانون الكويتي والقانون الفرنسي الجديد، ولم يشمل البحث ضمانات التنفيذ المعجل كالكفالة والتظلم من وصف الحكم فليس هناك متسع لدراستها في هذا البحث .

### منهج البحث:

اعتمد الباحث على المنهج التحليلي المقارن وذلك بمقارنة حالات التنفيذ المعجل في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، وقانون الإجراءات المدنية الاتحادى لدولة الامارات العربية المتحدة، مع التطرق الى بعض القوانين الأخرى على سبيل الاسترشاد والاستئناس وتحليل النصوص القانونية المتعلقة بحالات التنفيذ المعجل واءاء الفقه والقضاء وترجيح المناسب منها مع ابداء الراى كلما كان ضروريا بالاضافة الى المنهج التطبيقي من خلال الأحكام القضائية المتعلقة بموضوع البحث.

خطة البحث وهيكلته:

المبحث الأول: ماهية التنفيذ المعجل

المطلب الأول: مفهوم التنفيذ المعجل

الفرع الأول: تعريف التنفيذ المعجل ومميزاته

الفرع الثاني: امتداد التنفيذ المعجل إلى ملحقات الطلب

الأصلي

الفرع الثالث: جواز اتفاق الأطراف على شمول الحكم بالنفاذ

المعجل في غير حالاته

المطلب الثاني: مسؤولية المحكوم له عن التنفيذ المعجل

المبحث الثاني: حالات التنفيذ المعجل

المطلب الأول: التنفيذ المعجل القانوني

الفرع الأول: تعريف التنفيذ المعجل القانوني

الفرع الثاني: حالات التنفيذ المعجل القانوني

المطلب الثاني: التنفيذ المعجل القضائي

الفرع الأول: تعريف التنفيذ المعجل القضائي

الفرع الثاني: الاعتبارات المبررة لحالات التنفيذ المعجل

القضائي

المبحث الأول

ماهية التنفيذ المعجل

يقصد بالأحكام القابلة للتنفيذ الجبري تلك التي تصدر في طلب موضوعي لأحد الخصوم، وأن تكون قابلة للتنفيذ جبراً سواء بحكم القواعد العامة أو بمقتضى قواعد النفاذ المعجل، فتخرج من عدادها الأحكام الموضوعية التي يعد صدورها في ذاته بمثابة وفاء لالتزام المدين أو

محققاً بمجردة لكل ما قصده المدعي من دعواه<sup>(١)</sup>، أما الأحكام الصادره في دعوى التزوير الفرعية لا تقبل التنفيذ الجبري<sup>(٢)</sup>.

وقد نظم قانون المرافعات المصري التنفيذ المعجل فى المواد ( ٢٨٧ وحتى ٢٩٥ ) أما المشرع الإماراتي فقد نظمه في المواد من ٢٢٧ وحتى ٢٣٤ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، وطبقاً لنص المادة ٢٨٧ مرافعات مصري والتي تقابلها المادة ٢٢٧ إجراءات مدنية إماراتي فإنه لا يجوز تنفيذ الأحكام القضائية جبراً طالما كان الطعن فيه جائراً<sup>(٣)</sup>،

(١) حكم محكمة النقض - مدني | الطعن رقم : ٢٥٩٥ لسنة : ٦١ قضائية

بتاريخ : ٩ - ٢ - ١٩٩٩

وقد قضى بان "المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن المشرع وضع قاعدة عامة مقتضاها منع الطعن المباشر في الأحكام التي تصدر أثناء نظر الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة كلها، بحيث لا يجوز الطعن فيها إلا مع الطعن في الحكم الصادر في الموضوع، سواء كانت تلك الأحكام موضوعية أو فرعية أو قطعية أو متعلقة بالإثبات حتى ولو كانت منهيبة لجزء من الخصومة، واستثنى المشرع أحكاماً أجاز فيها الطعن المباشر من بينها الأحكام التي تصدر في شق من الموضوع متى كانت قابلة للتنفيذ الجبري، ورائده في ذلك أن القابلية للتنفيذ - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - تنشئ للمحكوم عليه مصلحة جديدة في الطعن فيه على استقلال

طعن بالنقض مدني رقم ١٥٢٨٠ - لسنة ٨٠ قضائية - جلسة ١٠ - ١ -

٢٠١٢ - مكتب فني ٦٣ - رقم الصفحة ١٢٦

(٢) حيث قضى بانه " لما كان الحكم المطعون فيه الصادر في دعوى التزوير الفرعية لم تنته به الخصومة الأصلية المرددة بين أطرافها ولا يقبل التنفيذ الجبري وليس من الأحكام التي استثنتها - على سبيل الحصر - المادة ٢١٢ من قانون المرافعات وأجازت الطعن فيها استقلالاً فإن الطعن فيه بطريق النقض يكون غير جائز وهو تأمر به المحكمة عملاً بالمادة ١٢/٢ من قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨. طعن رقم ٧٨٧٥ لسنة ٨٦ ق جلسة ٤ من يناير سنة ٢٠١٧ م

(٣) المادة ٢٨٧ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، وهي ذات المادة ٢٢٧ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي وذات المادة ١٩٢ / ١، ٢ من قانون المرافعات المدنية الكويت

والقاعدة العامة أن الأحكام لا تنفذ جبراً إلا إذا كانت نهائية أي حائزة  
علي قوة الأمر المقضي<sup>(١)</sup>.

وبالتالي فإن الأحكام غير الحائزة علي قوة الأمر المقضي ليس لها قوة  
تنفيذية<sup>(٢)</sup>، مما يعني أنه ليس كل الأحكام تنفذ جبراً، ولكن يشترط أن  
يكون الحكم نهائياً - حائزاً علي قوة الأمر المقضي<sup>(٣)</sup>، وقوة الأمر المقضي

(١) د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات المدنية  
والتجارية دار الجامعة الجديدة، عام ٢٠١٧، ص ٥١.

(٢) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، مطبعة جامعة  
القاهرة عام ١٩٩٥، ص ٦٥.

وقضى بأنه "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الحكم الاستثنائي الصادر  
بإلغاء الحكم الابتدائي المشمول بالتنفيذ المعجل ورفض الدعوى يكون بدوره  
قابلاً للتنفيذ الجبري لإزالة آثار تنفيذ الحكم الابتدائي فيكون للمحكوم عليه  
فيه أن يسترد من المحكوم له ما يكون قد استوفاه بذلك الحكم وإعادة الحال إلى  
ما كانت عليه قبل إجراء التنفيذ المعجل وأن الأحكام الحائزة لقوة الشيء  
المحكوم فيه تقبل التنفيذ ولا يتمتع من تنفيذها قابليتها للطعن بالنقض أو الطعن  
عليها فعلاً بهذا الطريق ولم تأمر محكمة النقض بوقف تنفيذ الحكم عملاً بنص  
المادة ٢/٢٥١ مرافعات.

الطعن رقم ٢٦٣٢ - لسنة ٦٠ ق - تاريخ الجلسة ٢٠ / ١١ / ١٩٩٤  
- مكتب فني ٤٥ - رقم الجزء ٢ - رقم الصفحة ١٤٢٣ - تم رفض  
هذا الطعن

(٣) وهناك فرق بين قوة الأمر المقضي وحجية الأمر المقضي والأخيرة تعني أن  
للحكم حجية بين الخصوم وهي حجية لا تقبل الدحض إلا بأحدى طرق  
الطعن في الحكم، وثبتت لكل حكم قطعي وتعني في القانون الفرنسي قابلية  
الحكم للتنفيذ إلي أن يطعن فيه أما قوة الأمر المقضي فهو مرتبة يصل إليها  
الحكم متى أصبح نهائياً غير قابل للطعن فيه بأحدى طرق الطعن العادية وإن  
كان قابلاً للطعن فيه بالطرق غير العادية، وكل حكم حائز علي قوة الأمر  
المقضي يكون حائزاً لحجية الأمر المقضي وليس العكس صحيح (د. عبد  
الرازق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج ٢، دار النهضة  
العربية، ١٩٦٨، ص ٦٣٢، ٦٣٣) وانظر كذلك في رسالتنا للدكتوراه  
بعنوان الإجراءات المتبعة في التحكيم عبر الوسائط الإلكترونية، حقوق  
الإسكندرية، ٢٠١٧ ص ٢٣٨

هي مرتبة يصل إليها الحكم بعد أن يصبح نهائيا غير قابل للطعن فيه بطرق الطعن العادية<sup>(١)</sup>، وقد أقر المشرع الفرنسي القاعدة العامة في التنفيذ وهي أن الأحكام الحائز على قوة الأمر المقضي هي التي تموز القوة التنفيذية<sup>(٢)</sup>، كما أقر ذلك كل من القانون الكويتي<sup>(٣)</sup>، والإماراتي<sup>(٤)</sup>.

ويقصد المشرع من القاعدة العامة للتنفيذ حماية المدين وعدم التنفيذ على أمواله إلا بمقتضى حكم يتضمن تأكيد الحق للدائن<sup>(٥)</sup>، وقد حرص المشرع على تأكيد حق الدائن تأكيدا كاملا قبل السماح له بإقتضاء حقه جبرا<sup>(٦)</sup>، إذا كان تأخير التنفيذ قد يعرض الدائن للخطر أو أن تأخير تنفيذ الحكم حتى يحوز قوة الأمر المقضي قد يسبب ضررا للمحكوم له، ولذلك استثنى المشرع نظام النفاذ المعجل وهو تنفيذ الحكم مبكرا قبل أن يحوز قوة الأمر المقضي رغم قابليته للطعن بطرق الطعن العادية أو طعن فيه فعلا<sup>(٧)</sup>، وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية، والمحكمة الاتحادية العليا لدولة الامارات<sup>(٨)</sup>، وبالتالي يجوز تنفيذ الحكم الابتدائي معجلا

- (١) طعن بالنقض رقم ٩١٢ لسنة ٦٠ ق مجموعة أحكام النقض س ٤٥ لسنة ١٩٩٤ ص ١٤١٧.
- (٢) د. السيد خميس حسين السري، ضمانات المحكوم عليه في النفاذ المعجل، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، ص ٧.
- (٣) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، جامعة الكويت ط ٢٠٠٦ ص ٢٤.
- (٤) د. علي عبد الحميد تركي، شرح إجراءات التنفيذ الجبري، ط ١، ٢٠٠٩، ص ٤٥٧.
- (٥) د. أسامة أحمد شوقي المليجي، الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، عام ٢٠٠٠ ص ٥٥.
- (٦) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٦٢.
- (٧) د. أسامة أحمد شوقي المليجي، المرجع السابق، ص ٥٥، كذلك راجع د. محمود محمد هاشم، المبادئ العامة في التنفيذ، دار الفكر العربي عام ١٩٧٨ ص ٩٣.
- (٨) وقضى بانه " لما كان النص في المادة ٢٧٧/١ من قانون الاجراءات المدنية =

استثناء من القاعدة العامة في تنفيذ الأحكام، أما لو كان الحكم نهائياً فلا يجوز شموله بالنفاذ المعجل لأنه سوف يتم تنفيذه طبقاً للقواعد العامة للتنفيذ<sup>(١)</sup>.

ومن الجدير بالذكر أن التنفيذ المعجل استثناء وارد على قاعدة عدم تنفيذ الأحكام طالما الطعن فيها بالاستئناف جائز إلا أن هناك حالات معينة

= الاتحادى على انه ١ - لا يجوز تنفيذ = الاحكام جبراً م الحكم الابتدائى ادام الطعن فيها بالاستئناف جائزاً الا اذا كان النفاذ المعجل منصوصاً عليه فى القانون او محكوماً به ..... يدل على انه متى نص القانون على عدم جواز تنفيذ جبراً مادام الطعن فيه بالاستئناف جائزاً، ما لم يكن مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون او محكوماً به من القضاء . فانه لا يجوز للمحكمة التى تنظر دعوى التنفيذ ان تقضى بوقف تنفيذ الحكم اذا اقيم استشكال امامها فى حكم غير مشمول بالنفاذ المعجل لولا محكوم به قضاء او كالميعاد الاستئناف قائماً او كان لا يزال الاستئناف منظوراً فمثل هذا الحكم غير جائز تنفيذه لعدم صلاحيته الاجرائية لان يكون فى قوة السند التنفيذى

(حكم المحكمة الاتحادية العليا للدولة الامارات العربية المتحدة - ادارية رقيم ٤٤٥ لسنة ٢٠١٢ ق جلسة ٢٠١٣/١/٣٠)

(١) وقد قضى بأنه اذا كان الحكم المطعون فيه لم ينص على شموله بالنفاذ المعجل لكونه نهائياً واجب النفاذ بطبيعته وإنما قضى فى مدوناته برفض نعى الطاعنه على الحكم المستأنف اشتماله بالنفاذ المعجل ومن ثم لا يصادف النعى محلاً فى قضاء الحكم المطعون فيه .

(حكم المحكمة الاتحادية العليا للدولة الامارات رقم ٦٥ لسنة ٢٢ ق جلسة ٢٠٠٢/١/٨ متاح على موقع شبكة قوانين الشرق)

كما قضى بأنه لما كان الغرض من شمول الحكم الابتدائى بالنفاذ المعجل فى الاحوال التى يجوز فيها ذلك هو تنفيذ الحكم قبل صيرورته نهائياً حائزاً لقوة الامر المقضى اما بفوات ميعاد استئنافه او برفض الاستئناف المرفوع عنه وكان الحكم الابتدائى الصادر فى الدعوى بعد رفض الاستئناف المرفوع عنه نهائياً واجب النفاذ ومن ثم فلا جدوى بعد ذلك من النعى على الحكم المطعون فيه فيما انتهت اليه من تأييد الحكم الابتدائى المذكور برفض طلب النفاذ المعجل ويضحى النعى بهذا السبب غير مقبول.

(حكم تمييز ديبى طعن رقم ٣٧٢ لسنة ٢٠٠٢، جلسة ٢٠٠٣/١/٥ متاح على موقع شبكة قوانين الشرق).



نص عليها القانون على عدم تنفيذها الا اذا كانت نهائية، وذلك ما نصت عليه م ٤٢٦ مرافعات مصرى من أن قاض التنفيذ لا يستصدر - أمره بتحديد جلسة بيع العقار المحجوز إلا بعد التحقق من أن الحكم المنفذ به قد أصبح نهائياً<sup>(١)</sup>، وما نصت عليه المادة ١٤٥ من قانون الشهر العقاري من أنه لا يجوز محو القيد إلا بموجب حكم نهائي أو رضاء الدائن<sup>(٢)</sup>، وكذلك الأحكام التي نص عليها القانون على عدم تنفيذها الا اذا كانت نهائية كأمر تقدير الرسوم التكميلية الصادر من أمين الشهر العقاري ليس مما ينص القانون على شموله بالنفاذ المعجل حتى يصبح التنفيذ به قبل صيرورته نهائياً<sup>(٣)</sup>، وبناء علي ما تقدم نقسم هذا المبحث الى مطلبين كالآتي :

**المطلب الاول : مفهوم التنفيذ المعجل**

**المطلب الثاني : مسؤولية المحكوم له عن التنفيذ المعجل**

- (١) د. محمود مصطفى يونس، المرجع السابق ص ٩٠ ، وكذلك نقض جلسة ١٩٧٦/١/١٤ السنة ٢٧ ص ٢١٣ لدى د. المستشار عبدالحكيم فوده الموسوعة الحديثة فى التعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية، الجزء الخامس، المكتب الدولى للاصدارات القانونية، دون سنة نشر، ص ٩٦٢
- (٢) د. عيد القصاص، المرجع السابق، هامش (١) ص ٢١٠، د. احمد ابوالوفا، المرجع السابق، ص ٧١.
- (٣) طعن رقم ١٠٢، لسنة ٣١ ق، تاريخ الجلسة ١٨ / ١١ / ١٩٦٥، مكتب فني ١٦، رقم الجزء ٣، رقم الصفحة ٣١١١ - تم رفض هذا الطعن كما قضى بان الحكم المعجل النفاذ وإن صلح سنداً لا تخاذ إجراءات التنفيذ على العقار السابقة على الزيادة فإنه يفقد الصلاحية بالنسبة للزيادة ما يتبعها من إجراءات وفيها حكم مرسى الزاد إذا اشترط القانون لإجرائها صيرورة الحكم المنفذ به نهائياً وذلك حتى يتجنب إبطال البيع فى حالة إلغاء الحكم الذي شرع فى التنفيذ بمقتضاه ومن ثم فإذا أجري قاضي اليوع الزيادة قبل أن يصير الحكم المنفذ به نهائياً فإنما تكون قد أجريت بغير سند تنفيذي صالح لإجرائها وبالتالي يكون إجرائها معيباً (نقض مصري ١٩٦٨/١/١١ الطعن ٢٥٩ لسنة ٣٤ ق س ١٩ ص ٤٦) انظر د. احمد مليجي الموسوعة الشاملة فى التعليق على قانون المرافعات ص ١٠٣٥، ص ١٠٣٦، وانظر كذلك موقع محكمة النقض المصرية .

## المطلب الأول مفهوم التنفيذ المعجل

اجتهد الفقه في وضع تعريفاً للتنفيذ المعجل ، و سمي بالتنفيذ الموقت أو الوقتي ، ويعتبر التنفيذ المعجل ميزة منحها القانون للمحكوم له لتنفيذ الحكم الابتدائي قبل أن تستقر حجيته ، وذلك للقضاء على محاولات التسوية التي قد يلجأ إليها المحكوم عليه لتأخير التنفيذ ، وقد أجاز المشرع التنفيذ المعجل رعاية لمصلحة المحكوم له ولا اعتبارات أهمها أن سند المحكوم له قد يكون قويا بما يرجح معه احتمال تأييد الحكم أمام محكمة الطعن ، وعدم إلغاؤه ، أو لتوافر حالة الاستعجال مما يستلزم تنفيذ الحكم فوراً دون انتظار لصيرورته نهائياً.

ومما سبق يثير تساؤلات أهمها ما هي المبررات التي من شأنها إجاز المشرع التنفيذ المعجل ؟ ، وهل يتضمن القانون المصري شمول التنفيذ المعجل للملحقات الطلب الأصلي والمصاريف ، عكس ما فعل القانون الإماراتي بشأن الإجراءات المدنية حيث نص علي أن النفاذ المعجل بقوة القانون أو بحكم المحكمة يمتد أيضاً إلي ملحقات الطلب الأصلي ؟ ، وهل يجوز اتفاق الأطراف على شمول الحكم بالنفاذ المعجل في غير حالاته التي نص عليها القانون ؟ وهو ما سوف نبينه في ثلاثة فروع كالآتي :

**الفرع الأول:** تعريف التنفيذ المعجل ومبرراته

**الفرع الثاني:** امتداد التنفيذ المعجل إلي ملحقات الطلب الأصلي

**الفرع الثالث:** جواز اتفاق الأطراف على شمول الحكم بالنفاذ المعجل في غير حالاته

## الفرع الأول تعريف التنفيذ المعجل ومبرراته

لم يضع المشرع تعريفاً محدداً للنفاذ المعجل ، ولكن الفقه اجتهد في وضع تعريفاً له ، حيث عرفه البعض بأنه صلاحية الحكم غير النهائي

للتنفيذ الجبري المعجل قبل الأوان أو قبل الوقت المحدد لإجرائه ، لأنه يتم قبل أن يصير الحكم حائزا لقوة الأمر المقضي<sup>(١)</sup> ، كما عرف البعض التنفيذ المعجل بأنه صورة من صور الحماية الوقتية للمحكوم له<sup>(٢)</sup> ، ويرتبط مصيره بمصير الحكم ذاته ، فإذا صار الحكم نهائيا استقر التنفيذ ، وإذا ألغى من قبل محكمة الطعن ألغى ما تم تنفيذه وزالت قوته التنفيذية<sup>(٣)</sup> ، وقد وصفه البعض بأنه تنفيذ قلق وغير مستقر<sup>(٤)</sup> ، لذلك سمي بالتنفيذ المؤقت أو الوقتي<sup>(٥)</sup> .

ويعتبر التنفيذ المعجل ميزة منحها القانون للمحكوم له لتنفيذ الحكم الابتدائي قبل أن تستقر حججته<sup>(٦)</sup> ، وذلك للقضاء على محاولات التسويق التي قد يلجأ إليها المحكوم عليه لتأخير التنفيذ للاستفادة من الأمر الموقوف للاستئناف<sup>(٧)</sup> .

- (١) د. أسامة أحمد شوقي المليجي ، المرجع السابق ص ٥٦  
(٢) د. أحمد ماهر زغلول ، أصول التنفيذ الجبري ، وفقا لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية والتشريعات المرتبطة بهما ، بدون دار نشر ، ط ١ ، ١٩٨٤ ص ١١٤ ، وانظر كذلك د. وجدي راغب ، النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات دار النهضة العربية ط ١٩٧١ ص ٨٠ وكذلك د. علي عبد الحميد تركي ، المرجع السابق ص ١٥٩  
(٣) د. طلعت دويدار ، النظرية العامة للتنفيذ القضائي ، المرجع السابق ص ٥٢ ، د. وجدي راغب المرجع السابق ص ٨٠ ، كذلك د. أحمد هندي ، د. نبيل عمر ، التنفيذ الجبري قواعده وإجراءاته ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٣ ، ص ٤٥ .

- (٤) د. نبيل عمر ، د. أحمد هندي ، التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ، ص ٤٥  
(٥) د. طلعت دويدار ، النظرية العامة للتنفيذ القضائي ، المرجع السابق ص ٥٢  
(٦) د. علي أبو عطيّة هيكمل ، التنفيذ الجبري في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، عام ٢٠٠٨ ص ٤٦ .  
(٧) د. عزمي عبدالفتاح ، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري ، دار النهضة العربية - القاهرة عام ٢٠٠٢ ص ١٨٥ . كذلك د. نبيل عمر ، د. أحمد هندي ، المرجع السابق ص ٤٤

ويرى الباحث أن التنفيذ المعجل هو تنفيذ مبسر، لأنه يتم قبل ولادة الحكم، أي قبل ميغاده الطبيعي، حيث يتم تنفيذ الحكم مبكرا قبل الأوان وبالتالي يعتبر التنفيذ المعجل استثناء على القاعدة الأساسية للتنفيذ.

**مببرات التنفيذ المعجل:**

أجاز المشرع على سبيل الاستثناء تنفيذ الحكم قبل الأوان ولو كان قابلا للطعن فيه أو طعن عدم تنفيذ الحكم إلا إذا كان حائزا لقوة الأمر المقضي، وقد مضت الإشارة إلى أن التنفيذ المعجل ميزة للمحكوم له لتنفيذ الحكم قبل أن تستقر حجته، لذلك فالمشرع أجاز التنفيذ المعجل رعاية لمصلحة المحكوم له ولا اعتبارات أهمها أن سند المحكوم له قد يكون قويا بما يرجح معه احتمال تأييد الحكم أمام محكمة الطعن، وعدم إلغائه ومثال ذلك الحكم بناء على سند رسمي، وكذلك قد يسمح المشرع بالتنفيذ لتوافر حالة الاستعجال مما يستلزم تنفيذ الحكم فورا دون انتظار لصورته نهائيا<sup>(١)</sup>، أو قد يكون المحكوم له مما أولاهم المشرع رعاية خاصة لاعتبارات إنسانية كالحكيم بأجور العمال والصناع والخدم<sup>(٢)</sup>.

ومما يجدر الإشارة إليه أن المشرع استند إلى عدة مببرات في الخروج على القاعدة العامة للتنفيذ وهي فكرة الترجيح أي ترجيح تأييد الحكم المطعون فيه أمام محكمة الاستئناف وفكرة الاستعجال، وفكرة الرعاية الإنسانية الخاصة بفئات معينة من المحكوم لهم.

وعلى الرغم من الاعتبارات التي يقوم عليها التنفيذ المعجل لحماية المحكوم له فإن المشرع قرر حماية للمحكوم ضده وذلك للتوازن بين مصالح الخصوم، فحدد حالات النفاذ المعجل ووضع له شروطا وضمانات

(١) د. احمد خليل، قانون التنفيذ الجبري، مكتبة الإشعاع الفنية الإسكندرية عام

١٩٩٨ ص ٥٢، د. علي عبد الحميد تركي، المرجع السابق ص ١٥٧

(٢) د. احمد ابوالوفا، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، مكتبة الوفاء

القانونية الإسكندرية، ط ٢٠١٥ ص ٦٢

تجعل المحكوم له يتروى ويصبر ويراجع نفسه قبل طلب التنفيذ المعجل<sup>(١)</sup>، وهي حماية تنفيذية ممنوحة بمقتضى الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى، حيث أن هذا الحكم لم يستقر بعد ومن المحتمل إلغاء أو تعديله أمام محكمة الدرجة الثانية<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الثاني

#### امتداد التنفيذ المعجل إلى ملحقات الطلب الأصلي

لا يوجد نص في القانون المصري يتضمن شمول التنفيذ المعجل للملحقات الطلب الأصلي والمصاريف<sup>(٣)</sup>، عكس ذلك القانون الإماراتي بشأن الإجراءات المدنية نص علي أن النفاذ المعجل بقوة القانون أو بحكم المحكمة يمتد أيضا إلي ملحقات الطلب الأصلي وإلي مصروفات الدعوي<sup>(٤)</sup>.

ومن هنا يثور تساؤل هل يمتد الحكم بالنفاذ المعجل إلي ملحقات الطلب الأصلي والمصاريف وما رأي الفقه في ذلك ؟

اختلف شراح القانون في تلك المسألة فذهب رأي إلي أن شمول الحكم بالنفاذ المعجل يشمل ملحقات الطلب الأصلي والمصاريف القضائية متي حكم بها<sup>(٥)</sup>، لأن المصارف من توابع الحكم الأصلي وتأخذ حكمه طالما حكم بها وما يؤكد ذلك ما نصت عليه م ١٨٤ من قانون المرافعات

(١) د. علي عبد الحميد تركي، المرجع السابق، ص ٥٨.

(٢) د. محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، دار النهضة العربية، ط ٤ ١٩٧٨، ص ١٨٢، د. محمد محمود إبراهيم، أصول التنفيذ الجبري على ضوء المنهج القضائي، دار الفكر العربي، ١٩٨٣، ١٩٨٣.

(٣) د. علي الحديدوي، التنفيذ الجبري في دولة الإمارات العربية المتحدة، بدون دار نشر، ط ١، ٢٠٠٠.

(٤) المادة ٢٣٠/١ من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات رقم ١١ لسنة ١٩٩٢، وهذه المادة وردت بنفس الصياغة في المادة ٢/١٩٥ مرافعات مدنية

وتجارية كويتي

(٥) د. احمد ابوالوفا، المرجع السابق، هامش رقم ٤ ص ٧٤

المصري مع أن المحكوم عليهم يلتزمون بالتضامن في المصاريف إذا كانوا متضامنين في أصل التزامهم المقضي به<sup>(١)</sup>، وما يعزز ذلك ما نص عليه قانون دولة الإمارات في المادة ١/٢٣٠ بينما ذهب رأي ثاني إلى امتداد النفاذ المعجل إلى ملحقات الطلب الأصلي كالفوائد ما دام قضي بها أما المصاريف فلا يمتد إليها النفاذ المعجل.

والحكمة من ذلك استقلال الحكم بالمصاريف عن الحكم في الدعوي الأصلية بالإضافة إلى أن النفاذ المعجل استثناء من القاعدة العامة في التنفيذ ولا يطبق على الحكم بالمصاريف<sup>(٢)</sup>.

ويري أنصار هذا الرأي أن الاعتبارات المبررة لشمول الحكم بالنفاذ المعجل لا ينطبق على الحكم بالمصاريف<sup>(٣)</sup>. وتطبيقاً لذلك قضي بأنه إذا قدر الحكم بالمصاريف فلا يجوز أن يأمر بتنفيذها معجلاً<sup>(٤)</sup>.

وهذا الرأي هو المعتمد لدي قانون المرافعات الفرنسي حيث تنص المادة ٢/٥١٥ بأنه لا يجوز في أي حالة الأمر بالنفاذ المعجل بالنسبة للمصاريف<sup>(٥)</sup>، بينما ذهب رأي أخير إلى أن الحكم المشمول بالنفاذ لا

---

(١) د. محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون إجراءات التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، ٢٠١٣، ص ٩٦، د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، وكذلك امطر د. نبيل عمر، أحمد هندي، التنفيذ الجبري، المرجع السابق، هامش ٤ ص ٤٥

(٢) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق ص ٧٠ ومن أنصار هذا الرأي أيضاً د. أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، بند ٦١ ص ١٢١.

(٣) د. فتحي والي، المرجع السابق، د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق ص ١٩١، د. أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التنفيذ وفقاً للنصوص الشرعية المركز القومي للإصدارات القانونية - القاهرة، ط ٢٠٠٨، ص ٣٩٠.

(٤) حكم محكمة طوخ الجزئية ١٨ أكتوبر ١٩٤٥، المحاماة ٣١ - ١٤٢٤ - ٤١٠ لدي د. فتحي والي المرجع السابق، هامش ٤، ص ٧٠

(٥) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، هامش ٤، ص ٧٠، د. أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق هامش ٢، ص ١٢١، د. عبيد القصاص، المرجع السابق، هامش ١ ص ٢٠٩

يلحق إلا الحكم الأصلي ولا يشمل ملحقاته ولا المصاريف ولا غيرها من  
توابعه إلا إذا ورد نص صريح يشمل الملحقات والمصاريف بالنفاذ  
المعجل<sup>(١)</sup>.

ويرى الباحث أن الرأي الأول هو الراجح لأن المصاريف من توابع  
الحكم وأن ما يحكم به القاضي من مصاريف مع الحكم في الطلب  
الأصلي يعد مكملاً للطلب<sup>(٢)</sup>. وما يؤكد ذلك ما جاء بالمذكرة الإيضاحية  
لمشروع قانون المرافعات المصري تعليقا على المادة ١٨٩ من أن الأمر  
الصادر بتقدير المصاريف هو في حقيقته مكمل للحكم الصادر بالإلزام<sup>(٣)</sup>.  
ولذلك تقترح مادة في قانون المرافعات المصري تنص على أنه : " يمتد  
النفاذ المعجل القانوني والقضائي الى ملحقات الطلب الأصلي والمصاريف  
متي حكم بها "

### الفرع الثالث

**جواز اتفاق الأطراف على شمول الحكم بالنفاذ المعجل في غير حالاته**  
حدد القانون حالات التنفيذ المعجل بنوعيه هما التنفيذ المعجل  
القانوني ويسمى الوجودي أو الحتمي والتنفيذ المعجل القضائي ويسمى  
الجوازي أو التقديري وذلك في المواد ٢٨٨ ، ٢٨٩ ، ٢٩٠ مرافعات ،  
وصار على ذات المنوال القانوني الإماراتي في المواد ٢٢٨ ، ٢٢٩ ،  
إجراءات مدنية ، إلا أنه يشور تساؤل حول ما إذا كان يجوز للخصوم  
الاتفاق على شمول الحكم بالنفاذ المعجل في غير الحالات المنصوص عليها  
في القانون أم لا ؟  
... اختلف شرع القانون في تلك المسألة إلى ثلاثة اتجاهات كالآتي : ...

**الاتجاه الأول : عدم جواز اتفاق الخصوم على شمول الحكم بالنفاذ المعجل في  
غير حالاته :**

(١) د. عزمي عبدالفتاح ، المرجع السابق ص ٢٠٧ .

(٢) د. عيد القصاص ، المرجع السابق ، ص ٢٠٩ .

(٣) المرجع السابق ، هامش ٤ ، ص ٢٠٩ .

ويمثل هذا الاتجاه غالبية الفقه وحجتهم في ذلك. أن حالات التنفيذ المعجل وارده في النصوص على سبيل الحصر<sup>(١)</sup>، وأن القانون لم يعترف بالنفاذ المعجل الاتفاقي<sup>(٢)</sup>، وأن حالات النفاذ المعجل من النظام العام<sup>(٣)</sup>. بالإضافة إلي أن الاتفاق علي شمول الحكم بالنفاذ المعجل في غير حالات التي نص عليها القانون قول ضعيف<sup>(٤)</sup>، لأن النفاذ المعجل استثناء من القاعدة العامة لتنفيذ الأحكام، ولا يجوز القياس على الاستثناء أو التوسع فيه<sup>(٥)</sup>، علاوة علي أن اتفاق الأطراف قبل صدور الحكم علي شموله بالنفاذ المعجل قد يكون وسيلة لإكراه المدين على قبول هذا الشرط<sup>(٦)</sup>.

وبالتالي لا يجوز للخصوم الاتفاق على شمول الحكم بالنفاذ المعجل في غير حالات جوازه، وهذا هو ما نص عليه قانون دولة الإمارات حيث قرر أنه لا يجوز الاتفاق قبل صدور الحكم على شموله بالنفاذ المعجل في غير حالاته<sup>(٧)</sup>، وما أكدته قانون المرافعات الفرنسي الجديد<sup>(٨)</sup>.

**الاتجاه الثاني: جواز الاتفاق على شمول الحكم بالنفاذ المعجل:**

ذهب هذا الاتجاه من الفقه إلي جواز اتفاق الخصوم على اعتبار الحكم مشمولاً بالنفاذ المعجل قبل الحكم أو بعده وحجتهم في ذلك المادة ٢/٢١٩ مرافعات مصري والتي تجيز للأطراف ولو قبل رفع الدعوي على

(١) د. عزمي عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ١٨٧

(٢) د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص ١٦١.

(٣) د. أسامة شوقي المليجي، المرجع السابق ص ٥٩.

(٤) د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، دار الجامعة الجديدة، ط

٢٠١٥، ص ١٦٥

(٥) د. طلعت دويدار، المرجع السابق ص ٥٤

(٦) د. علي عبدالحميد تركي، المرجع السابق ص ١٦٠.

(٧) المادة ٢/٢٣٠ من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات رقم ١ لسنة ١٩٩٢.

(٨) المادة ١/٥١٤ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد تنص على أنه "في غير

حالات النفاذ المعجل القانوني لا يمكن إجراء تنفيذ معجل إلا بحكم المحكمة

وأنظر كذلك د. علي الحديدي، المرجع السابق ص ٥٥.



أن يكون حكم محكمة الدرجة الأولى نهائيا لا من يملك الأكثر ( اعتبار الحكم نهائيا ) يملك الأقل إخفاء القوة التنفيذية للحكم<sup>(١)</sup>.  
الاتجاه الثالث : جواز الاتفاق على شمول الحكم بالنفذ المعجل :

لا خلاف بين شرع القانون علي جواز اتفاق الخصوم قبل أو بعد صدور الحكم علي عدم شموله بالنفذ المعجل انتظارا لحيازته قوة الأمر المقضي وحتتهم في ذلك أنه إذا كانت قوة التنفيذ المعجل التي نص عليها المشرع تتعلق بالنظام كما نادي أنصار الاتجاه الأول إلا أن ذلك لا ينطبق علي الحق في التنفيذ الموقت لأن هذا الحق خاص يمكن لصاحبه النزول عنه<sup>(٢)</sup> ، ولا يستثنى من ذلك إلا الحالات التي لا يجوز فيها التنازل بنص صريح ، ومثال ذلك عدم جواز التنازل عن النفاذ المعجل المقرر في المادة ٦ من قانون العمل الحالي رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ لأن هذا التنازل يعتبر باطلا وفقا للمادة ٤ من ذات القانون<sup>(٣)</sup>.

ويري البعض أن الخلاف السابق لا محل له لأنه في الواقع العملي لا يوجد ما يمنع من تنفيذ الحكم الابتدائي بمجرد صدوره فإذا اتفق الأطراف علي التنفيذ يكون اختياريا وليس إجباري<sup>(٤)</sup>.

ويري الباحث عدم جواز اتفاق الخصوم على شمول الحكم بالنفذ المعجل في غير حالات جوازه لأن القانون حدد حالات النفاذ المعجل

(١) من أنصار هذا الاتجاه د. محمد عبدالحالق عمر، المرجع السابق، بند ١٥٨ ص ١٩٥، د. أسامة شوقي المليجي، المرجع السابق، ص ٥٨. د. عزمي عبدالفتاح، المرجع السابق ص ١٨٧.

(٢) د. علي عبدالحميد تركي، المرجع السابق، ص ١٦٠، دار أسامة احمد شوقي المليجي، المرجع السابق ص ٥٩. د. محمد عبدالحالق عمر، المرجع السابق بند ١٥٩ ص ١٩٠. د. عيد القصاص، أصول التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ٢٠٦ وما بعدها، د. عزمي عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ١٨٦.

(٣) د. عيد القصاص، المرجع السابق، ص ٢٠٦.

(٤) د. طلعت دويدار، المرجع السابق، ص ٥٥.

القانوني والقضائي ، لذا يقترح إضافة فقرة في قانون المرافعات تنص على أنه لا يجوز الاتفاق على شمول الحكم بالنفاذ في غير حالات جوازه

### المطلب الثاني

#### مسؤولية المحكوم له عن التنفيذ المعجل

مضت الإشارة إلى أن التنفيذ المعجل نفاذ مؤقت يتعلق مصيره بالحكم المطعون فيه حيث تتوقف صحته على نتيجة الطعن في الحكم المشمول بالنفاذ ، فإذا أيدت محكمة الطعن الحكم المشمول بالنفاذ المعجل فإن إجراءات التنفيذ التي اتخذت صحيحة أما إذا ما ألغى الحكم أمام محكمة الطعن ، يتم إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ<sup>(١)</sup>.

ومن هنا نتساءل عن مدى التزام المحكوم له طالب التنفيذ<sup>(٢)</sup> ، مدنيا عن الأضرار الناجمة عن إجراء التنفيذ المعجل ؟ .

لا يوجد في قانون المرافعات المصري ولا قانون الإجراءات المدنية الإماراتي نص يلزم المحكوم له طالب التنفيذ بالتعويض عن الأضرار التي لحقت المحكوم عليه<sup>(٣)</sup> ، وقد انقسم الفقه والقضاء بشأن ذلك إلى عدة آراء كما يلي :

#### الاتجاه القائل بمسؤولية المحكوم له

يري البعض أنه يجب التفرقة بين ما إذا كان طالب التنفيذ حسن النية أم غير ذلك ، فإذا كان المحكوم له سبى النية فإنه يلتزم بالتعويض لأنه كان عالما بأن الحكم الابتدائي مبني على غش وتزوير وأنه سوف يلغى من

(١) د. نبيل عمر ، د. احمد هندي ، التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ص ٤٥  
(٢) طالب التنفيذ - المحكوم له وهو اول شخص يظهر على مسرح التنفيذ ويسمى الدائن او الحاجز ، انظر في ذلك د. المستشار عبد الحكيم فوده الموسوعة الحديثة في التعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية ، المرجع السابق ، ص ١١

(٣) عكس ذلك القانون الكويتي م ٣/١٩٢ التزام المحكوم له بتعويض الضرر الذي يصيب المحكوم عليه في حالة تنفيذ الحكم المشمول بالنفاذ المعجل لو ألغى الحكم بعد ذلك ولو كان طالب التنفيذ حسن النية .

محكمة الطعن<sup>(١)</sup>، ويعتبر المحكوم له سيئ النية في حالة تنفيذه الحكم بالمخالفة لقواعد القانون، وإعمالاً لذلك قضت محكمة النقض بأن تنفيذ الحكم بالمخالفة لقواعد القانون اعتبار المحكوم له حائزاً سيئ النية منذ إعلانه بالطعن في الحكم أو القرار المنفذ به<sup>(٢)</sup>.

أما لو كان حسن النية فقد اختلف الفقه في ذلك، البعض يري أن المحكوم له يلتزم بتعويض الضرر الذي لحق خصمه ولو كان حسن النية على أساس أن المحكوم له يباشر التنفيذ تحت مسؤوليته وهو يعلم أنه قد يطعن على الحكم أو يلغي من محكمة الطعن، وكان من الممكن أن يكتفي بالحجز على أموال مدنية لدي الغير أو أي إجراءات تحفظية أخرى وقبل أنصار هذا الرأي أن التنفيذ ليس حقاً للمحكوم له ولكنه رخصة أتاحتها القانون له إن شاء انتظر حتى يحوز الحكم قوة الأمر المقضي وإن شاء استخدمها واستعملها تحت مسؤوليته وبالتالي تحمل المخاطر الناجمة عن هذا التنفيذ إذا ما ألغي من محكمة الطعن<sup>(٣)</sup>.

(١) د. احمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات، طبعة نادي القضاة، ط ١٣ عام ٢٠١٦، بند ١٨١٢، ص ١٠٢٩، د. احمد ابوالوفا، المرجع السابق، بند ٢٥، ص ٦٣

(٢) نقض ١٩٨٢/٥/٦ طعن رقم ٨٦١ لسنة ٤٨ ق انظر في ذلك د. احمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات، المرجع السابق، بند ١٨١٨ ص ١٠٢٥، وقضي باعتبار طالب التنفيذ الحائز سيئ النية منذ إعلانه بالطعن في الحكم أو القرار المنفذ به إذا تم هذا التنفيذ بالمخالفة لقواعد القانون. (نقض ١٩٨٢/٥/٦ لسنة ٧٩ ق لدي د. احمد ابوالوفا، المرجع السابق، ص ٦٧).

(٣) انظر في ذلك د. احمد ابوالوفا، المرجع السابق، بند ٢٥ ص ٦٣ وكذلك د. نبيل عمر، د. احمد هندي، التنفيذ الجبري، المرجع السابق ص ٤٥، ص ٤٦، د. احمد السيد الصاوي، أسامة الروبي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٨، ص ٣٠، ص ٣١ ومن أنصار هذا الاتجاه د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، المرجع السابق ص ٩٢، وكذلك د. محمد عبدالحالق عمر، المرجع السابق، ص ١٨٤، نقض ٢٩ فبراير ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٤٧ ص ٤٠٥.

عكس ذلك القضاء الفرنسي وعلى رأسه محكمة النقض الفرنسية يرى أنه يجب على من نفذ الحكم تنفيذًا معجلًا ثم ألغى حكمه بعد الطعن فيه أن يعرض المحكوم عليه عما أصابه من ضرر بسبب التنفيذ، لا فرق بين أن يكون من نفذ الحكم حسن النية أو سيء النية، ولذا جرى هذا القضاء على القول بإلزامه بفوائد المبالغ التي تسلمها نتيجة للتنفيذ من يوم تسلمها، وبإلزامه بالفرق بين الفائدة القانونية والفائدة التي تعطيها خزينة المحكمة على المبالغ المحصلة من التنفيذ التي أودعت بها، وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الرأي في قضائها<sup>(١)</sup>

ومبررات هذا الرأي أن التنفيذ المعجل ليس حقًا للمحكوم له وإنما هو رخصة يستعملها المحكوم له على مسؤوليته وأن حق المحكوم له في إجراء التنفيذ - إن كان ذلك حقًا - يزول بإلغاء الحكم فيصير التنفيذ الذي تم غير مستند إلى أساس من الحق، كما أن تنفيذ حكم غير انتهائي تنفيذًا معجلًا عمل لا يخلو من عدم التبصر الموجب لمسؤولية المحكوم له لتعلمه أن الحكم جائز الطعن فيه ومحتمل إلغاؤه<sup>(٢)</sup>

واخذت محكمة النقض المصرية بهذا الرأي إذ قررت في أحد أحكامها أن تنفيذ الأحكام والقرارات الجائز تنفيذها مؤقتًا يقع على عاتق المحكوم له - طالب التنفيذ وعله ذلك تحمله مخاطره إذا ما ألغى الحكم المطعون فيه،

(١) راجع حكم محكمة النقض المصرية في ١١ مارس سنة ١٩٣٧ في مجموعة قواعد محكمة النقض الجزء الثاني صفحة ٤٥٥، وفي ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ منشور في مجلة التشريع والقضاء لدار النشر للجامعات المصرية السنة الأولى العدد الثاني ص ١٧ د. رمزي سيف، قواعد تنفيذ الأحكام والعقود الرسمية في قانون المرافعات الجديد، مجلة المحاماة، العددان الأول والثاني، السنة الثلاثون - ١٩٤٩، ١٩٥٠ بند ٦٣ متاح على

[http://www.mohamoon.com/montada/Default.aspx?action=Review\\_Research&id=97&Type=5&CatID=24](http://www.mohamoon.com/montada/Default.aspx?action=Review_Research&id=97&Type=5&CatID=24)

(٢) د. رمزي سيف، المرجع السابق، د. أحمد هندی، أصول التنفيذ الجبري، المرجع السابق، ص ٣٢، د. محمد عبدالحالقي عمر، مبادئ التنفيذ، المرجع السابق، ص ١٨٦

فهو يلتزم بتعويض الضرر الناشئ عن التنفيذ على أساس تحمله المخاطر وليس على أساس ثبوت خطئه أو سوء قصده<sup>(١)</sup>.

كما قضي بأن تنفيذ الأحكام والقرارات الجائز تنفيذها مؤقتا يكون وعلي ما جري به قضاء محكمة النقض على مسئولية طالب التنفيذ وحده إذا بعد إجراء التنفيذ مجرد رخصة للمحكوم له إن شاء انتفع بها وإن شاء تريض حتى يحوز الحكم قوة الشيء المحكوم فيه، فإذا لم يترتب المحكوم له وأقدم على تنفيذ الحكم وهو يعلم أنه معرض للإلغاء عند الطعن فيه فإنه يكون قد قام بالتنفيذ على مسئولية بغير تبصر فيتحمل مخاطرة إذا ما ألغى الحكم ويصبح التنفيذ بغير سند من القانون بما يلزم طالب التنفيذ بإعادة الحالة إلي ما كانت عليه وتعويض الضرر الذي قد ينشأ عن التنفيذ، ولا يغير من ذلك أن يكون الحكم الندي جري التنفيذ بمقتضاه صادرا من القضاء المستعجل إذ يقع على عاتق من بادر بتنفيذه، مسئولية هذا التنفيذ إذا ما ألغى هذا الحكم في الاستئناف شأنه في ذلك شأن الأحكام الصادرة في الموضوع والمشمول بالتنفيذ المعجل<sup>(٢)</sup>،<sup>(١)</sup>.

(١) نقض ٢ نوفمبر ١٩٨٨ طعن رقم ٦٣ لسنة ٥٥ ق، نقض ٨ يناير ١٩٨٠ لسنة ٣١ ق ص ٩٨، نقض ٢٧ مارس ١٩٦٩ المكتب الفني سنة ٢٠ ص ٥٠٨، نقض ٢٣ مايو ١٩٦٧ سنة ١٨ العدد الثالث ص ١٠٨٤، انظر في ذلك د. أحمد مليجي الموسوعة الشاملة في التعليق علي قانون المرافعات بند ٢٨١٧ ص ١٠٢٥.

(٢) نقض ١٧/١١/١٩٩٤ سنة ٤٥ الجزء الثاني ص ١٣٩٥  
كما قضي "بانه وإن كان قرار لجنة الطعن المنصوص عليها في المادة ٥٠ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ يعتبر وفقا للمادتين ٥٣ و ١٠١ من هذا القانون من القرارات الجائز تنفيذها مؤقتا ولو طعن فيه أمام المحكمة الابتدائية، إلا أن تنفيذ الأحكام والقرارات الجائز تنفيذها مؤقتا يجري على مسئولية طالب التنفيذ لأن إباحة تنفيذها قبل أن تصبح نهائية هو مجرد رخصة للمحكوم له إن شاء انتفع بها وإن شاء تريض حتى يحوز الحكم أو القرار قوة الشيء المحكوم فيه، فإذا اختار استعمال هذه الرخصة وأقدم على تنفيذه وهو يعلم أنه معرض للإلغاء إذا ما طعن فيه فإنه يتحمل مخاطرة هذا التنفيذ فإذا ألغى الحكم =

وقضى بان " تنفيذ الأحكام الجائز تنفيذها مؤقتا يكون - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - على مسؤولية طالب التنفيذ وحده، إذ يعد إجراء التنفيذ مجرد رخصة للمحكوم له إن شاء انتفع بها وإن شاء تبرص حتى يجوز الحكم قوة الشيء المحكوم فيه، فإذا لم يترث المحكوم له وأقدم على تنفيذ الحكم وهو يعلم أنه معرض للإلغاء عند الطعن فيه فإنه يكون قد قام بالتنفيذ على مسؤوليته بغير تبصر فيتحمل مخاطره إذا ما ألغى الحكم، ويصبح التنفيذ بغير سند من القانون بما يلزم طالب التنفيذ بإعادة الحال إلى ما كانت عليه وتعويض الضرر الذي قد ينشأ عن التنفيذ ولا يغير من ذلك أن يكون الحكم الذي جرى التنفيذ بمقتضاه صادراً من القضاء

= أو القرار المنفذ به بناء على الطعن فيه وجب على طالب التنفيذ بعد أن ثبت أن الحق ليس في جانبه أن يرد إلى خصمه الذي جرى التنفيذ ضده ما يكون قد استوفاه منه وأن يعيد الحال إلى ما كانت عليه قبل حصول التنفيذ، كما يلتزم بتعويض الضرر الذي لحق هذا الخصم من جراء ذلك التنفيذ وتبعاً لذلك يرد إليه الثمار التي حرم منها، ويعتبر الخصم سيء النية في حكم المادتين ١٨٥/١ و ٩٧٨ من القانون المدني منذ إعلانه بالطعن في الحكم أو القرار المنفذ به لأن هذا الإعلان يتضمن معنى التكليف بالحضور لسماع الحكم بإلغاء القرار أو الحكم المطعون فيه فيعتبر بمثابة إعلان للحائز بعيوب حيازته مما يزول به حسن نيته طبقاً للمادة ٩٦٦ من القانون المدني. ولما كانت مصلحة الضرائب قد أعلنت بالطعن في قرار لجنة الطعن قبل أن تباشر إجراءات التنفيذ الإداري على عقار المطعون ضده وأنه قضى في هذا الطعن بتخفيض الضريبة المستحقة على المطعون ضده فإنها تعتبر سيئة النية بالنسبة لما قبضته من ثمار ذلك العقار من تاريخ وضع يدها عليه بعد أن رساً مزاده عليها، وتلتزم لذلك بريعه عن المدة من تاريخ هذا الاستلام إلى تاريخ رده إلى المطعون ضده، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى هذه النتيجة فإنه لا يكون مخالفاً للقانون.

طعن رقم ١١٤ - لسنة ٣٥ ق - تاريخ الجلسة ٢٧ / ٠٣ / ١٩٦٩ - مكتب

فني ٢٠ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٥٠٨ - تم رفض هذا الطعن

= (١) المستشار سيف النصر سليمان محمد، مرجع القاضى والمتقاضى فى اشكالات

ومنازعات التنفيذ المدنية والتجارية، دار محمود للنشر، القاهرة سنة ١٩٩٩،

ص ٤٣

المستعجل فإنه يقع على عاتق من يادر بتنفيذه، مسؤولية هذا التنفيذ إذا ما ألغى هذا الحكم فى الإستئناف شأنه فى ذلك شأن الأحكام الصادرة فى الموضوع والمشمولة بالنفاذ الموقت<sup>(١)</sup>،<sup>(١)</sup>

(١) الطعن رقم ١٠ - لسنة ٣٤ ق - تاريخ الجلسة ٢٣ / ٥ / ١٩٦٧ - مكتب فنى ١٨ - رقم الجزء ٣ - رقم الصفحة ١٠٨٤ ، تم رفض هذا الطعن . متاح على فلاشة العدالة القانونية الصادره عن نقابة المحامين المصرية وقضى بانه " من المقرر فى قضاء محكمة النقض - أن تنفيذ الأحكام الجائز تنفيذها مؤقتا يكون على مسؤولية طالب التنفيذ وحده، إذ يعد إجراء التنفيذ مجرد رخصة للمحكوم له أن شاء أنتفع بها وإن شاء تريض حتى يحوز الحكم قوة الشيء المحكوم فيه، فإذا لم يترث المحكوم له وأقدم على تنفيذ الحكم وهو يعلم أنه معرض للإلغاء عند الطعن فيه، فإنه يكون قد قام بالتنفيذ على مسؤوليته فيتحمل مخاطره إذا ما ألغى الحكم، فإن الحكم الصادر من محكمة جناح المنشية فى ٢٧/٣/١٩٧٢ برفض الإشكال والاستمرار فى التنفيذ - ليس من شأنه، وهو لم يصبح نهائياً للطعن فيه - أن يوجب على طالب التنفيذ الاستمرار فيه بل له أن يترث حتى يصبح الحكم إنتهائياً استعمالاً للرخصة المخولة له فى هذا الخصوص.

الطعن رقم ٥٩٧ - لسنة ٤٤ ق - تاريخ الجلسة ٠٨ / ٠١ / ١٩٨٠ - مكتب فنى ٣١ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٩٨ - تم رفض هذا الطعن متاح على فلاشة العدالة القانونية الصادره عن نقابة المحامين المصرية كما قضى بانه "المقرر فى قضاء محكمة النقض ان تنفيذ الاحكام الجائز تنفيذها مؤقتا يجرى على مسؤولية طالب التنفيذ لان اباحة تنفيذها قبل ان تصبح نهائية هو مجرد رخصة للمحكوم له ان شاء تريض حتى يحوز الحكم او القرار قوة الشيء المحكوم فيه فاذا ما اختار استعمال هذه الرخصة واقدم على تنفيذه وهو يعلم انه معرض للإلغاء اذا ما طعن عليه فانه يتحمل مخاطر هذا التنفيذ فاذا ألغى الحكم والقرار المنفذ به بناء على الطعن فيه وجب على طالب التنفيذ بعد ان ثبت ان الحق ليس ان فى جانبه ان يرد الى خصمه الذى جرى التنفيذ ضده ما يكون قد استوفاه منه وان يعيد الحال الى ماكانت عليه قبل حصول التنفيذ كما يلتزم بتعويض الضرر الذى لحق هذا الخصم من جراء ذلك التنفيذ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه اورد فى مدوناته ان الحكم ٣٨٦ لسنة ١٩٨١ مدنى مستأنف مستعجل الجيزة قد ألغى الحكم المستعجل ٢٤٩١ سنة ١٩٨٠ الصادر لصالح الطاعنة بعد ان وصم الطاعنة بانها استعملت الغش =

## الاتجاه القائل بعدم مسؤولية المحكوم له

ذهب البعض من الفقه إلى أن طالب التنفيذ - المحكوم له بحكم يشملون بالنفاذ المعجل لا يلتزم بالتعويض عن الضرر الذي لحق المحكوم عليه إذا تم إلغاء الحكم المطعون فيه أمام محكمة الطعن<sup>(٢)</sup>، وحيث هذا الرأي أن المحكوم له يمارس حقا خوله القانون له وليس رخصة، ولذلك فإن ممارسة المحكوم له حقه في تنفيذ الحكم المشمول بالنفاذ المعجل لا يوجب مسؤولية<sup>(٣)</sup>.

ويرى أنصار هذا الرأي أن تعزيز مسؤولية المحكوم له بالنفاذ المعجل رغم حسن نيته يؤدي إلى إحجام الكثيرين من المتقاضين عن استعمال حقهم في التنفيذ وذلك خشية تحميلهم المسؤولية المدنية، ومن ثم يؤدي إلى

---

= والتواطؤ في سبيل حصولها على الحكم المستعجل رقم ٢٤٩١ سنة ١٩٨٠ والتنفيذ به إذا كلفته بالوفاء بالاجرة خلال يومين خلافا لما يتطلبه القانون واصلته بالحكم المستعجل اعلانا غير قانوني وانتهى الحكم المطعون فيه الى الزام الطاعنة بالتعويض المؤقت اعمالا لقواعد المسؤولية التقصيرية كما الزمها بدفع قيمة تكاليف اعادة الشيء لاصله واعمالا للمسؤولية العقدية فانه لا يكون قد خالف القانون هذا الى ان التزام الطاعنة بدفع قيمة تكاليف اعادة الشيء لاصله ليس حكما بتعويض الضرر الذي لحق الطاعون ضده انما هو تقدير لما يتكبده من مصاريف وهو يختلف عن التعويض الجابر للضرر. (الطعن رقم ٥٣٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٦ / ٢ / ٢٩ س ٤٧ ج ١ ص ٤٠٦)

متاح على الموقع الالكتروني التالي:

<https://www.egyils.com/2017/01/23/76325>

(١) انظر في ذلك المستشار / سعيد احمد شعلة، قضاء النقض في التنفيذ والحجز، مجموعة القواعد القانونية التلى قررتها محكمة النقض خلال خمسة وستين عاما من ١٩٣١ - ١٩٩٥، منشأة المعارف بالاسكندرية، سنة ١٩٩٧ ص ٤٦

(٢) د. أحمد ابوالوفا، المرجع السابق، بند ٢٥ ص ٦٥، د. أحمد السيد صاوي، أسامه روبي، المرجع السابق، ص ٣٤، د. احمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات، المرجع السابق بند ١٨١٢، ص ١٠٢٠.  
(٣) د. احمد السيد صاوي، أسامه روبي، المرجع السابق ص ٣٤.



تفويت الغرض الذي ابتغاه المشرع من نظام النفاذ المعجل ، ولذلك من الأفضل عدم مسؤولية المحكوم له بحكم مشمول بالنفاذ المعجل إذا كان حسن النية ، وعليه التزام بإعادة الحال إلي ما كان عليه إذا ما ألغي الحكم أمام محكمة الطعن<sup>(١)</sup>.

وقيل بأن التنفيذ المعجل ليس حقاً للمحكوم له وإنما هو رخصة قول يفتقر إلى أساس قانوني يقوم عليه ، لأن حق المحكوم له في التنفيذ المعجل ليس رخصة لأنه ليس من قبيل الحقوق العامة التي يعترف بها القانون للناس كافة كحق المرور في الشوارع العامة ، فالحق يكسبه الشخص ويختص به دون غيره ، أما الرخصة فهي حقاً عاماً يعترف به القانون للناس كافة<sup>(٢)</sup> ، وإذا أراد المحكوم له أن يجنب نفسه المسؤولية ، كان عليه أن يترصص حتى يصبح الحكم حائزاً لقوة الشيء المقضى به ، لترتب على ذلك إهدار حق المحكوم له وضياح قيمة الحكم بالرغم من تأييده وصورته حائزاً لقوة الشيء المحكوم فيه ، إذ أن تنفيذه بعد التريصص حتى يصبح حائزاً لقوة الشيء المحكوم فيه يصبح عديم الجدوى ، ومثل ذلك الأحكام الصادرة في الأمور المستعجلة<sup>(٣)</sup>.

وقيل بأن مسؤولية طالب التنفيذ في الحكم المشمول بالنفاذ المعجل كالحكم الحائز لقوة الشيء المحكوم فيه ، إذا ما ألغي كل منهما بعد الطعن فيه بطريق الطعن المناسب ، لأن كليهما تم تنفيذه على سند صحيح ابطل فيما بعد فإما أن يكون المحكوم له مسؤول في الحالتين وإما أن تنتفي المسؤولية

(١) د. محمود منصف يونس ، المرجع السابق ، ص ٩٢ ، د. احمد مليجي الموسوعة الشاملة في التنفيذ ص ٣٥١ . الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات ص ١٠٣٢ .

(٢) د. رمزي سيف ، قواعد تنفيذ الأحكام والعقود الرسمية في قانون المرافعات الجديد ، مجلة المحاماة ، بند ٦٤ المرجع السابق ، د. احمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٦٤

(٣) د. احمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٦٥

فيهما ولم يقل احد بمسئولية المحكوم له بحكم حائز على قوة الشئ المقضى به اذا الفى الحكم امام محكمة الطعن وبذلك لا محل للمسئولية فى النفاذ المعجل<sup>(١)</sup>.

ويرى البعض أن المحكوم له بحكم مشمول بالنفاذ المعجل ، كالمحكوم له بحكم حائز لقوة الشئ المحكوم فيه ، كل منهما في تنفيذه للحكم ، إنما يستعمل حقه الذي يخوله إياه القانون فلا يسأل إلا إذا كان سيء النية أو أساء التنفيذ<sup>(٢)</sup> ، ولكل شخص مطلق الحرية فى الالتجاء الى القضاء ومن استعمل حقه لا يسأل إلا إذا أساء هذا الاستعمال أو كان سيء النية ، فمن رفع دعوى أو طعن في حكم ثم تبين أنه لم يكن على حق بدليل خسراته للدعوى أو فشله في الطعن لا يسأل عما يترتب على عمله هذا من ضرر لخصمه إلا إذا كان سيء النية كالخصم الذى يطلب وقف تنفيذ حكم مؤقتا وتجييه المحكمة لا يسأل اذا حكم عليه فى الدعوى الموضوعية بصحة اجراءات التنفيذ والاستمرار فيه<sup>(٣)</sup>.

ومن جماع ما تقدم يري الباحث انه ايا كان الامر سواء استعمل طالب التنفيذ حقه الذي خوله إياه القانون او كان ذلك رخصة له فان تنفيذ الأحكام والقرارات الجائز تنفيذها مؤقتا يقع على عاتق المحكوم له سواء لتحمله المخاطر او على أساس ثبوت خطئه أو سوء قصده فهو يلتزم بتعويض الضرر الناشئ عن التنفيذ ولو كان حسن النية

لذ يقترح الباحث فقرة ثالثة تضاف إلى المادة ٢٨٧ مرافعات مصري تنص على أنه يلتزم المحكوم له - طالب التنفيذ بتعويض الضرر الذي

(١) نقض ١٥ ابريل ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ٤ ص ١٣٦ لدى د. احمد

ابوالوفا، المرجع السابق، ص ٦٤ ، ٦٥

(٢) د. احمد ابو الوفا، المرجع السابق، ص ٦٥

(٣) د. رمزي سيف، قواعد تنفيذ الأحكام والعقود الرسمية في قانون المرافعات

الجديد، مجلة المحاماة، بند ٦٤ المرجع السابق، د. احمد ابو الوفا، المرجع

السابق، ص ٦٥

أصاب المحكوم عليه في حالة تنفيذ الحكم المشمول بالنفاذ المعجل لو ألغى الحكم بعد ذلك ولو كان طالب التنفيذ حسن النية .

## المبحث الثاني حالات التنفيذ المعجل

قدمنا أن القاعدة العامة للتنفيذ هي تنفيذ الحكم إذا كان حائزاً على قوة الأمر المقضي<sup>(١)</sup>، ولذلك فالأحكام غير الحائزة على قوة الأمر المقضي ليس لها قوة تنفيذية، وقد رأى المشرع أن تأخير التنفيذ قد يضر الدائن فاستثنى النفاذ المعجل وهو تنفيذ الحكم قبل أدائه - حيازته قوة الأمر المقضي - رغم قابليته للطعن فيه أو طعن فيه فعلاً، وينقسم التنفيذ المعجل إلى التنفيذ المعجل القانوني - الحتمي والتنفيذ المعجل القضائي<sup>(٢)</sup>، وهو ما سوف نبينه في مطلبين كالتالي :

**المطلب الأول:** التنفيذ المعجل القانوني

**المطلب الثاني:** التنفيذ المعجل القضائي

### المطلب الأول التنفيذ المعجل القانوني

عرف التنفيذ المعجل القانوني بالنفاذ الحتمي أو النفاذ المعجل بقوة القانون كما سمي في التشريع الإماراتي والكويتي، وقد نص القانون على حالات التنفيذ المعجل القانوني، إلا أن هناك حالات منصوص عليها في مواضع أخرى ومن هذا المنطلق سوف نبين في المطلب تعريف التنفيذ القانوني في الفرع الأول ثم حالاته في الفرع الثاني كما يلي :

(١) د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، المرجع السابق، ص ٥٤ .

(٢) د. عيد القصاص، المرجع السابق، ص ٢١٠

## الفرع الأول تعريف التنفيذ المعجل القانوني

يعرف التنفيذ المعجل القانوني بالنفاذ المعجل الحتمي وهو الذي يستمد منه الحكم قوته التنفيذية من نص القانون دون حاجة إلي أن يطلبه الخصم المحكوم له أو أن يحكم القاضي به <sup>(١)</sup> ، وليس للقاضي سلطة تقديرية في الحكم به ، ولكن عليه أن يقضي بشمول الحكم بالنفاذ المعجل متى توافرت حالات ، فإذا رفض القاضي أو غير وصفه ، كان للمحكوم له أو المحكوم عليه التظلم من الخطأ في وصف الحكم <sup>(٢)</sup> ، وفقاً للمادة ٢٩١ مرافعات مصري والمادة ٢٣٣ إجراءات مدنية إماراتي والمادة ١٩٨ كويتي <sup>(٣)</sup> ، والكفالة جوازية في الأحكام المستعجلة ، والأوامر على عرائض <sup>(٤)</sup> ، وجوبه في المواد التجارية <sup>(٥)</sup> .

## الفرع الثاني

### حالات التنفيذ المعجل القانوني

#### ١- الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة

يقصد بالمواد المستعجلة وفقاً لما تعنيه الفقرة الثانية من المادة ٢٢٧ من قانون المرافعات المصري هي تلك التي يقتصر فيها الفصل على الإجراءات

(١) د. طلعت دويدار ، النظرية العامة للتنفيذ القضائي ، المرجع السابق ، ص ٥٥ د .

علي عبد الحميد تركي ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ .

(٢) د. محمود مصطفى يونس ، المرجع السابق ، ص ٩٧ . د. أسامه شوقي المليجي ،

المرجع السابق ص ٦١

(٣) المادة ٢٩١ مرافعات مصري ، المادة ٢٣٣ إجراءات مدنية إماراتي ، المادة ١٩٨

كويتي

(٤) د. محمد محمود إبراهيم ، المرجع السابق ، ص ٢١٧ ، المادة ٢٨٨ مرافعات

مصري ، المادة ٢٢٨ إجراءات مدنية إماراتي

(٥) المادة ٢٨٩ مرافعات مصري ، المادة ٢٢٩ إماراتي .

الوقتية او التحفظية دون المساس بالموضوع<sup>(١)</sup> ، والتنفيذ المعجل لا يكون الا فى الأحكام والاورامر الابتدائية التى يتوافر فيها الاستعجال<sup>(٢)</sup> ، والأحكام المستعجلة وقتية لا تحوز قوة الأمر المقضى ولا تلزم محكمة الموضوع عند الفصل فى أصل الحق<sup>(٣)</sup> ، فهى مؤقتة بطبيعتها - لاتقيد الخصوم والمحكمة الا اذا كانت المراكز القانونية للخصوم والوقائع المادية والظروف التى انتهت بالحكم هى بعينها لم يطرا عليها أى تغيير<sup>(٤)</sup> ،

(١) الطعن رقم ٣٣٢٤ لسنة ٦٠ ق جلسة ٨ / ١٢ / ١٩٩٧ س ٤٨ ج ٢ ص ١٤٠١ متاح على:

<http://www.shaimaatalla.com/vb/showthread.php?t=955>  
(٢) د. احمد محمد محمد حشيش ، مبادئ التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات ، دار

النهضة العربية ، سنة ٢٠١١ ص ١٠

(٣) طعن مصرى رقم ١٢٩٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ٤ / ١٧ / ١٩٩٥ س ٤٦ ج ١ ص ٦٣٧

(٤) الطعن رقم ١٤٠٧ لسنة ٦٠ ق جلسة ٢٥ / ١ / ١٩٩٥ س ٤٦ ج ١ ص ، وكذلك طعن بالنقض رقم ٢٧٥ لسنة ٤٦ ق جلسة ٩ / ٤ / ١٩٨٠ ، طعن رقم ٧٧٧ لسنة ٥٢ ق جلسة ٢٥ / ٧ / ١٩٨٩ ، طعن رقم ١٠٥٢ لسنة ٤٧ ق جلسة ٢٩ / ١١ / ١٩٨٧٢٣٨ انظر فى ذلك الطعون د. مستشار حازم بيومى المصرى ، الموسوعة التاصيلية فى المرافعات المدنية والتجارية ، دون دار طبع ط ١ ، سنة ٢٠١٣

وقضت محكمة النقض المصرية بان "المقرر - ان الاصل فى الاحكام الصادرة من القضاء المستعجل انها ذات حجية موقوتة اذانها تتحسس النزاع من ظاهر الاوراق دون المساس بالحق ومن ثم فهى لاتقيد محكمة الموضوع وهى تفصل اصل الحق الا ان هذا لايعنى جواز لثارة النزاع الموقت الذى فصل فيه الحكم المستعجل من جديد متى كان مركز الخصوم والظروف التى انتهت بالحكم هى بعينها لم يطرا عليها اى تغيير اذهننا يضع الحكم المستعجل طرفى الخصومة فى وضع ثابت واجب الاحترام بمقتضى حجية الامر المقضى بالنسبة لنفس الظروف التى اوجبت ولذات الموضوع الذى كان محل البحث فى الحكم السابق صدور هفان طرا تغيير مادى او قانونى فى مراكز الخصوم او فى اجراءات الطلب وملاساته سقطت حجية الحكم السابق وساغ للقاضى ان يفصل فى النزاع بما يواجهه الحالة الطارئة الجديدة دون ان يعد ذلك فصلا فى نزاع خلافا=

وقد أوجبت المادة ٢٨٨ مرافعات مصري النفاذ المعجل للأحكام الصادرة في المواد المستعجلة أيا كانت المحكمة التي أصدرتها<sup>(١)</sup> ، سواء كانت صادرة من محكمة الموضوع في مسألة مستعجلة بالتبعية للطلب الأصلي طبقا للمادة ٤٧/٣ مرافعات أو من قاضي الأمور المستعجلة أو من قاضي التنفيذ عندما يفصل في منازعات التنفيذ الوقتية بوصفه قاضي الأمور المستعجلة طبقا للمادة ٢٧٥ مرافعات<sup>(٢)</sup> . و أيا كانت المادة التي صدر فيها الحكم مدنية أو تجارية أو زراعية أو بحرية أو إدارية<sup>(٣)</sup> ، فالمرجع ربط بين الحكم الصادر وبين طبيعة الطلب المستعجل ولم يقيد بمحكمة معينة وتطبيقا لذلك قضى بان اختصاص القضاء المستعجل يقف عند اتخاذ إجراء وقتي مبناه ظاهر الأوراق ولم يمس اصل الحق وانه لا يجوز الاتفاق على إسباغ اختصاص له يتجاوز هذا الحد<sup>(٤)</sup> .

وهو ذات ما قرره المادة ٢٢٨ من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات حيث نصت على أن النفاذ المعجل واجب بقوة القانون في

---

= لحكم سبق صدوره بين الخصوم انفسهم وحاز قوة الامر المقضى على النحو الذي قصده المادة ٢٤٩ من قانون المرافعات  
نقض مصري الطعن رقم ٢٤٨٢ لسنة ٥٥ ق جلسة ٢٩ / ٢ / ١٩٩٦ س ٤٧  
ج ١ ص ٣٩٧ متاح على منتدى الدكتور شيماء جامعة المنصورة  
<http://www.shaimaatalla.com/vb/showthread.php?t=955>

(١) المادة ٢٨٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ، وتقابلها المادة ٢٢٨ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ والمادة ١٩٣ والقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٨٥ بشأن المرافعات المدنية والتجارية الكويت  
(٢) د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ الجبري، المرجع السابق ص ٥٦ . د. عزمي عبدالفتاح، المرجع السابق ص ١٩ . د. احمد ماهر زغلول المرجع السابق ص ١٢٣ .

(٣) د. نبيل عمر، د. احمد هندي، التنفيذ الجبري، المرجع السابق ص ٤٩  
(٤) طعن بالنقض مدني رقم ١٤٣٤ ش ٤٧ ق جلسة ١٨ / ١١ / ١٩٧٨ ، مجموعة المكتب الفني لسنة ٢٩ ج ٢ ، ص ١٧١٣ . د. محمد محمود إبراهيم ص ١٩٤ .

الأحوال الآتية : " ١ - الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة أيا كانت المحكمة التي أصدرتها (١) .

والعلة التي من أجلها منح المشرع هذه الأحكام القوة التنفيذية وبالتالي شمولها بالنفاذ المعجل هي أن هذه الأحكام لا تحتتمل التأخير، ذلك فهي تحتاج إلى إجراءات موجزة وناجزة وتنفذ بمجرد صدورها (٢) ، بالإضافة إلى أن الحكم الصادر في المواد المستعجلة واجب النفاذ معجلاً بقوة القانون، ومن جهة أخرى فالتراخي في تنفيذه والانتظار حتي يصبح الحكم نهائياً من شأنه تفويت الغرض المقصود منه وبالتالي فوات المصلحة أو ضياع الحق (٣) ، كما في حالة المستأجر الذي يترك العين المؤجرة بعد أن يجزئها أو يتلفها - فهذه الحالة لا تزول معالمها بمرور الوقت - ولكن يترتب على البطء في إثباتها تفويت حق المورج في الانتفاع بالعين أو تأجيرها للغير ففي مثل هذه الأحوال يقتضي الأمر اتخاذ إجراء سريع لا يحتتمل الإبطاء

ومن الجدير بالذكر أن المشرع خرج على القاعدة الأساسية للأحكام وهي ارتباط القوة التنفيذية للأحكام بقوة الشيء المقضي به فإذا كان الحكم حائزاً علي قوة الأمر المقضي فإن القوة التنفيذية تثبت للحكم، والعكس بالعكس فإذا كان الحكم غير حائزاً علي قوة الأمر المقضي فإن القوة التنفيذية لا تثبت للحكم ولكن استثني المشرع التنفيذ الجبري للأحكام المستعجلة قبل الأوان بمجرد صدورها وهو النفاذ المعجل للأحكام المستعجلة ولو كانت قابلة للطعن فيها أو طعن فيها فعلاً بالاستئناف (٤) .

(١) المادة ٢٢٨ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي .

(٢) د. أسامة شوقي المليجي، المرجع السابق ص ٦٢ .

(٣) طعن بالنقض ١٨/١١/١٩٧٨، وكذلك د. رمزي سيف، قواعد تنفيذ

الأحكام والعقود الرسمية في القانون الجديد، مجلة المحاماة، العددان ١٧٤١

لسنة ٣٠، ١٩٤٩ - ١٩٥٠ متاح على الموقع الإلكتروني :

<http://www.mohamoon.com>

د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، المرجع السابق، ص ٤٨ .

طلما توافر شرط الاستعجال ، وفكرة الاستعجال هذه لا تتحقق الا في ظل الخطر المحدق الذي يترصد الحق وينذر باخطار لا يفلح معها الاصلاح الا حق اذا ما تحقق الضرر بالفعل مما يقتضى التدخل لدرء الخطر<sup>(١)</sup> ، ولذا فان حاجة الاستعجال هي الدافع الي شمول الحكم بالنفاذ المعجل بقوة القانون وهي الحاجة هي التي تملي ضرورة اتخاذ التدابير العملية لتجنب خطر محقق على وشك الوقوع أو إيقافه إذا وقع<sup>(٢)</sup> ، والخطر المحدق بالحق من العوامل التي تبرز اتخاذ الإجراء الوتقي لحماية حقوق الجميع مؤقتا حتي البت في موضوع النزاع<sup>(٣)</sup>

هذا غير أن الحكم الصادر في المواد المستعجلة قابل للتنفيذ دون حاجة إلي طلب الخصم قبل صدور الحكم حتي لا يضار المحكوم له أن هو أغفل أبدأ هذا الطلب قبل صدور الحكم<sup>(٤)</sup> علاوة على انه لا فائدة من عدم تنفيذ الحكم المستعجل فورا حيث أن المحكوم عليه لا يضار من تنفيذ الأحكام المستعجلة قبل صيرورتها نهائية لأنها لا تتضمن قضاء في الموضوع كأثر لطبيعتها الوتقية وبالتالي ليس لها حجية الشيء المقضي به بالنسبة للموضوع فلا مانع من تنفيذها وإلغائها بعد ذلك<sup>(٥)</sup> ، وقد قضي

(١) د. ابراهيم امين المياوي، منازعات التنفيذ الجبري دار النهضة العربية، ط ١ دون سنة نشر، ص ٢٦٨

(٢) د. احمد ماهر زغلول، المرجع السابق، ص ١٢٣ .

(٣) الطعن رقما ٤٤٦، ٥١٢ لسنة ٢٠١٣ تجاري جلسة ٢٠١٤/٤/٣٠ متتدي قانون دولة الامارات

(٤) د. محمد محمود ابراهيم ص ٩٥ والطعون المشار اليها، مجموعة المكتب الفني لسنة ٢٩ ج ٢ طعن رقم ١٤٣٤ س ٤٧ ق ص ١٧١٣، ١٧١٤، طعن ١٩٧٧/١٢/٤، مجموعة المكتب الفني لسنة ٢٨ ج ٢، طعن ٣٣٧ س ٤٢ ق ص ١٨٧٧ ..

(٥) د. علي عبد الحميد تركي، المرجع السابق ص ١٦١، د. عزمي عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ١٩٠. حكم المحكمة الاتحادية العليا للدولة الإمارات في ٢٠٠٣/٣/٣٠، مجموعة الأحكام المدنية، س ٢٥، ع ١، رقم ٩٥، ص ٧٥٨ لدي علي عبد الحميد تركي، المرجع السابق، هامش ١ ص ١٦١ .



بأن القضاء المستعجل لا يجوز مساسه بأصل الحق<sup>(١)</sup>، لأن قاضي الأمور المستعجلة يقتصر دوره على تلمس جدية الإجراء دون عرض أو تعميق في أصل الموضوع أو المساس بالحق المراد حمايته لخروج عن نطاق اختصاصه<sup>(٢)</sup>.

وتطبيقاً لذلك قضى بان " اختصاص القضاء المستعجل في المسائل التي يخشى عليها من فوات الوقت منوط بتوافر شرطين أولهما - ضرورة توافر الاستعجال في المنازعة المطروحة أمامه ؛ وثانيهما - أن يكون المطلوب إجراء وقتياً لا فصل في أصل الحق. فإذا افتقرت المنازعة إلى أي من هذين الشرطين إنعدم اختصاص القضاء المستعجل بنظرها، وتعين عليه الحكم بعدم الاختصاص ؛ إما لعدم وجود وجه للاستعجال وإما للمساس بالموضوع ومن ثم فلا يختص القضاء المستعجل بنظر المنازعة التي تفترق إلى ركن الاستعجال ولو كان الإجراء المطلوب فيها إجراء وقتياً لا يمس أصل الحق كما أنه لا يختص بالفصل في المنازعة التي تمس الحقوق

- 
- (١) الطعن رقم ٣١ لسنة ٧ ق ص ٢٠١٣/٢/١٧ ق ٤١، تمييز مدني رأس الخيمة  
(٢) الطعن رقم ٤٤٦، ٥١٢ لسنة ٢٠١٣ تجاري جلسة ٢٠١٤/٤/٣٠ مجموعة الأحكام والبيدات القانونية الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا للدولة الإمارات. وفضى بانه " وحيث أنه، ولما كان من المقرر قانوناً أن قاضي الأمور المستعجلة يختص وفقاً لنص المادة ٤٥ من قانون المرافعات بالحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس بالحق في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت فأساس اختصاصه أن يكون المطلوب الأمر بالتخاذ قرار عاجل والأ يمس هذا القرار أصل الحق الذي يترك لذوى الشأن يتناضلون فيه أمام القضاء الموضوعي وإذا تبين أن الإجراء المطلوب ليس عاجلاً أو يمس أصل الحق حكم بعدم اختصاصه بنظر الطلب ويعتبر حكمه هذا منهيًا للنزاع المطروح عليه بحيث لا يبقى منه ما تصح إحالته لمحكمة الموضوع الطعن رقم ٣٣٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/٢/٣، ووارد بمؤلف أحكام وآراء في القضاء المستعجل و منازعات التنفيذ الوتية للمستشار/مصطفى مجدي هرجه ص ٩ طبعة نادي القضاة ١٩٩٢/١٩٩١

أو تؤثر في الموضوع مهما أحاط بها من استعجال و مهما ترتب على عدم الحكم فيها من ضرر<sup>(١)</sup>.

وقد أوجب المشرع المصري والإماراتي علي المحكمة أن تبين في الحكم نوع القضية التي صدر فيها الحكم وذلك عما إذا كانت مستعجلة أو موضوعية فإذا كانت موضوعية تحدد مدنية أو تجاري أو أحوال شخصية<sup>(٢)</sup> وبالتالي يمكن لموظف التنفيذ التأكد علي أن الحكم صادر من قاضي الأمور المستعجلة أو قاضي الموضوع فليتعرف على طبيعة الحكم وصدوره في مادة مستعجلة<sup>(٣)</sup>.

فإذا لم تبين المحكمة في حكمها أنه صادر في مادة مستعجلة طبقا للمادة ١٧٠ مرافعات والمادة ١٣٠ / إجراءات مدنية إماراتي فإنه لم يترتب البطلان على إغفال ذلك البيان وإنما يمتنع كاتب المحكمة عن وضع الصيغة التنفيذية على الحكم، وعلني المحضر عدم تنفيذ الحكم ولو كان عليه الصيغة التنفيذية، والغرض من ذلك معرفة المحضر أن الحكم مشمول بالنفاذ المعجل بقوة القانون<sup>(٤)</sup>، ومن أمثلة الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة الحكم بتعيين حارس والحكم بنفقه مؤقتة<sup>(٥)</sup>.

(١) د. محمد علي راتب، قضاء الأمور المستعجلة، الطبعة الخامسة سنة ١٩٦٨،

ص ١١

(٢) المادة ١٧٨ من قانون المرافعات المصري والتي يقابلها المادة ١/١٣٠ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، وكذلك د. علي الخديدي، المرجع السابق ص ٥٧.

(٣) د. محمد محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٩٤، د. علي الخديوي، المرجع السابق.

(٤) د. علي عبد الحميد تركي، المرجع السابق، ص ١٦٢.

(٥) د. نبيل عمر، د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، المرجع السابق ص ٥٠، وكذلك نقض ١٩٧٧/٦/١، طعن رقم ٦٤٧ لسنة ٤٣ ق لدي المرجع السابق. ومن أمثلة الدعاوى المستعجلة دعوى المعاينة، دعوى منع التعرض للحيازة، المنع من السفر، الحراسة القضائية، وكل الدعاوى التي يتوافر فيها الاستعجال كالنظم والحجز التحفظي والتسجيل العيني للعقار.

## ٢- الأحكام الصادرة في المواد التجارية ( م ٢٨٩ مرافعات ) .:

تجمع غالبية القوانين علي اعتبار الأحكام الصادرة في المواد التجارية من ضمن حالات النفاذ المعجل بقوة القانون<sup>(١)</sup>، كالقانون المصري ( م ٢٨٩ مرافعات ) والقانون الكويتي ( م ١٩٣ مرافعات )، عكس ذلك القانون الإماراتي يعتبر هذه الحالة من حالات النفاذ المعجل القضائي (م ٢٢٩ / ١ إجراءات مدنية )<sup>(٢)</sup>، وهو ما فعله المشرع اللبناني حيث وضع هذا النوع من الأحكام في ذيل قائمة النفاذ المعجل القضائي، وقد احسن المشرع المصري في ادراج الأحكام الصادرة في المواد التجارية ضمن النفاذ المعجل القانوني<sup>(٣)</sup>.

وترجع الحكمة من شمول الأحكام الصادرة في المواد التجارية بالنفاذ المعجل إلي السرعة التي تطلبها المعاملات التجارية في اقتضاء الحقوق<sup>(٤)</sup>، هذا غير أنها لا تحتتمل الإرجاء أو التأخير<sup>(٥)</sup> والأحكام الصادرة في المواد

---

(١) د. نبيل عمر، د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، المرجع السابق ص ٥٢  
(٢) تنص المادة ٢٨٩ مرافعات مصري علي أن النفاذ المعجل بقوة القانون للأحكام الصادرة في المواد التجارية وذلك بشرط تقديم كفالة  
(٣) انظر في ذلك د. طلعت دويدار، وظيفة فكرة الاستعجال في فن التوافق بين المصالح المتعارضة في التنفيذ القضائي، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠٠٩ ص ٥٥

(٤) د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ٨٣، د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ، ص ٥٧ د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، المرجع السابق ص ٦٧، د. محمد عبدالحق عمر، المرجع السابق ص ٢٣٦، د. عزمي عبدالفتاح، المرجع السابق ص ١٩٢، د. أحمد أبو الوفا المرجع السابق ص ٩٣، المستشار سيف النصر سليمان محمد، المرجع السابق، ص ٤١  
(٥) د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ٨٣، د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ، ص ٥٧ د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، المرجع السابق ص ٦٧، د. محمد عبدالحق عمر، المرجع السابق ص ٢٣٦، د. عزمي عبدالفتاح، المرجع السابق ص ١٩٢، د. أحمد أبو الوفا المرجع السابق ص ٩٣.  
(٥) د. أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق ص ١٢٤.

التجارية نافذة نفاذا معجلا مادامت المادة تجارية وبغض النظر عن مصدر الالتزام التجاري عقد أم غير عقد وأيما كان دليلا وأيما كان موضوعه بتنفيذ عقد تجاري أو فسخه<sup>(١)</sup> ، وذلك بشرط تقديم كفالة<sup>(٢)</sup> .

وتطبيقا لذلك قضى بأن النفاذ يكون معجلا بقوة القانون ما دامت المادة تجارية وسواء كانت المطالبة قائمة على سند أم ناشئة عن الإخلال بالالتزام تعاقدى<sup>(٣)</sup> وسواء كان العقد مصدر الالتزام ثابت فى ورقة رسمية أو عرفية أو بطريق من طرق الإثبات وسواء كان الحكم قد صدر بتنفيذ الالتزام أم صدر بفسخ العقد ورد ما قبض مع التعويض<sup>(٤)</sup> .

وطالما تعلق الحكم بمادة تجازية أو مادة مستعجلة فعلي الكاتب الالتزام بتسليم صورة تنفيذية لطالب التنفيذ - المحكوم له حتى ولو يتضمن الحكم ما يفيد التنفيذ المعجل<sup>(٥)</sup> .

(١) د. عزمي عبدالفتاح، المرجع السابق ص ١٩٢ ، د. وجدي راغب ص ٨٣ ، ص ٨٤

(٢) المادة ٢٨٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية، الإشارة السابقة

(٣) استئناف القاهرة جلسة ١٩٦٢/٣/٢٧ ، المجموعة الرسمية ٦٠ - ٩٧٩ - ٨٦ .

(٤) استئناف مصر ١٩٢٩/٣/١٧ المحاماة ٩ - ٨٥٩ - ٤٧٦ لدي د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، المرجع السابق ص ٦٧

(٥) د. احمد ماهر زغلول، المرجع السابق ص ١٢٥

وقضى بانه " فلما كان من المقرر بنص المادة ٢٧٩ من القانون المدني بأن التضامن بين المدتين لا يعترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون وقد أجازت المادة ٢٨٥ من القانون المدني مطالبة المديونية بالتضامن بالدين مجتمعين أو منفردين - ولما كان ذلك وكان الثابت من عقود التسهيلات الائتمانية المشار إليها موضوع الداعي أنه نص بها بأن المدعى عليه الثاني ضامن متضامن في سداد كافة المستحقات الناشئة عن هذه التسهيلات الائتمانية للبنك المدعى ومن ثم فإن المحكمة تلزم المدعى عليه الثاني بالتضامن مع الشركة المدعى عليها الأولى بأداء المبلغ المقضي به على النحو الذي سيرد بالنتوق وحيث أنه عن المصروفات فتلزم بها المحكمة المدعى عليهما عملا بالمادة ١/١٨٤ من قانون المرافعات شاملة أتعاب المحاماة. وحيث أنه عن طلب النفاذ فلما كان النفاذ المعجل واجب بقوة القانون لشرط تقديم كفالة في =

## الكفالة في المواد التجارية

اشترط المشرع الكفالة في الأحكام الصادرة في المواد التجارية على المحكوم له لحماية المحكوم عليه الا اذا نص القانون في حالات معينة على الاعفاء منها او التنفيذ المعجل بغير كفالة<sup>(١)</sup> وبالتالي الكفالة وجوبية في المواد التجارية طالما الحكم صادر في مسألة تجارية موضوعية ، واذا كان صادر في مادة تجارية مستعجلة كما لو كان حكماً مستعجلاً في مسألة تجارية فالكفالة جوازية طبقاً للمادة ٢٨٨ مرافعات مصرى ، والكفالة في المواد التجارية مقترنة بالنفاذ ولو لم يشترطها الحكم او اغفلها لوجوبها بقوة القانون وذلك لرجحان احتمال الغاء الحكم أمام محكمة الطعن واشترط المشرع الكفالة لضمان مواجهة هذا الاحتمال ، وهذا ما لم ينص القانون في مسائل تجارية من قوانين اخرى على عدم وجوب الكفالة مثل المادة ٢١١ من القانون التجارى والتي تنص على أن الأحكام الصادرة بشهر الافلاس واجبة النفاذ بقوة القانون ولم تشترط هذه المادة كفالة وبذلك لا يجوز للمحكمة اشتراطها، وهنا اوجب المشرع الكفالة بقوة القانون اذا صدر الحكم في مادة تجارية عدا احكام شهر الافلاس فهي واجبة النفاذ معجلا بقوة القانون دون كفالة طبقا للمادة ٢١١ من القانون التجارى<sup>(٢)</sup> واستثناء من المادة ٢٨٩ من قانون المرافعات المصرى<sup>(٣)</sup> اما لو كان الحكم صادر في مادة غير تجارية فلا يشترط كفالة<sup>(٤)</sup>.

= الأحكام الصادرة في المواد التجارية عملا بالمادة ٢٨٩ من قانون المرافعات من ثم فلا حاجة للنص عليه في المنطوق.

الطعن رقم ١٣٩ - لسنة ٤ ق - تاريخ الجلسة ٢٨ / ٥ / ٢٠١٣ فلاشة العدالة القانونية الصادره عن نقابة المحامين المصرية

(١) د. احمد السيد الصاوى ، د. اسامة روى - المرجع السابق ص ٦٧ ، د. احمد ابو الوفا - المرجع السابق هامش ٣ ص ٧٣ والحكم المشار اليه استئناف القاهرة ٢٣ نوفمبر ١٩٦٢ المجموعة الرسمية ٦٠ ص ١٣٧ .

(٢) د. احمد مليجى ، الموسوعة الشاملة فى التنفيذ - المرجع السابق بند ٣٢٨ ص ٣٦٧ .

وإذا كان الحكم مشمول بالنفاذ المعجل بشرط تقديم كفالة وتم تنفيذه دون تطبيق شرط الكفالة كان التنفيذ باطلا دون حاجة لاثبات وقوع الضرر وذلك كالحكم بحل الشركة وتصفيتها المشمول بالنفاذ المعجل بشرط تقديم كفالة<sup>(٣)</sup>.

وتطبيقا لذلك قضى بان عدم صدور قضاء الحكم المطعون فيه فى مادة تجارية النص عليه باغفاله النص على الزام المحكوم له بتقديم كفالة رغم شمول الحكم بالنفاذ المعجل لصدوره فى مادة تجارية وارد على غير محل<sup>(٤)</sup>.

وبما سبق يتضح ان المشرع المصرى اوجب الكفالة على طالب التنفيذ قبل الشروع فى التنفيذ ولو لم يشترطها الحكم لان الاحكام الصادرة فى

---

= وقضى بانه " وحيث أنه عن النفاذ المعجل - بلا كفالة فإن هذا القضاء صادر فى مادة تجارية ومن ثم فهو معجل النفاذ بقوة القانون بشرط تقديم كفالة وعملاً بالمادة ٢٨٩ من قانون المرافعات

الطعن رقم ٧١٣ - لسنة ١ ق - تاريخ الجلسة ٨ / ٥ / ٢٠١٣ متاح على فلاشة العدالة القانونية الصادره عن نقابة المحامين المصرية.

(١) المستشار سيف النصر سليمان محمد، مرجع القاضى والمتقاضى فى اشكالات ومنازعات التنفيذ المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٤١

(٢) وقضى بانه " إذ كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه لم يصدر فى مادة تجارية فلا عليه إن لم يقض بالزام المطعون ضده الأول بتقديم كفالة رغم شمول الحكم بالنفاذ المعجل ومن ثم يكون النعى على الحكم المطعون فيه بالسبب السادس غير مقبول.

الطعن رقم ١٩٣٥ - لسنة ٥٧ ق - تاريخ الجلسة ١٩ / ٥ / ١٩٩٢

- مكتب فني ٤٣ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٥٥٥ - تم رفض هذا الطعن متاح على فلاشة العدالة القانونية الصادره عن نقابة المحامين المصرية

(٣) نقض ١٩٧٩/٥/٧ ، طعن رقم ٢٧ لسنة ٤٥ ق - المرجع السابق .

(٤) الطعن رقم ٩٣٥ لسنة ٥٧ ق جلسة ٩/٤/١٩٩٢ - انظر د. احمد مليجى ،

الموسوعة الشاملة فى التعليق على قانون المرافعات ، المرجع السابق بند ١٨٣٢ ص ١٠٣٥ .

المواد التجارية مشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون بشرط تقديم كفالة<sup>(١)</sup>، وهذا ما فعله المشرع الكويتي المادة ٣٥/د من قانون المرافعات المدنية والتجارية فالكفالة واجبة بقوة القانون على المحكوم له حماية للمحكوم عليه .

عكس ذلك في قانون دولة الامارات الاتحادي الكفالة جوازية فتدخل في سلطة القاضى التقديرية فله ان يامر بها او يشمل الحكم بالتنفيذ المعجل بدون كفالة<sup>(٢)</sup> .

واعمالا لذلك قضت محكمة النقض بابوظيى بانه لما كان النص فى المادة ٢٢٩ من قانون الإجراءات المدنية على انه يجوز للمحكمة بناء على طلب ذوى الشأن - شمول الحكم بالنفاذ المعجل بكفالة او بدونها فى الاحوال الآتية : (١) - الأحكام الصادرة فى المواد التجارية ٢ -

٣٠٠٠٠ - ٤٠٠٠ - ٥٠٠٠٠٠ - ٦٠٠٠٠ - ٧٠٠٠٠٠

(٠٠٠٠) مما موداه انه يكون للقاضى فى هذه الحالات ان يامر بالنفاذ المعجل ولو ان رفض الامر بالنفاذ المعجل فالامر بالنفاذ المعجل يكون جوازيا للقاضى فى هذه الحالات ويخضع لسلطته التقديرية واذا قضت المحكمة برفض شمول حكمها بالنفاذ المعجل فلا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ويكون النص بهذا الوجه على غير اساس<sup>(٣)</sup> .

كما قضى بان " والنفاذ فى الأحكام الصادرة فى المواد التجارية واجبة النفاذ بقوة القانون بشرط تقديم كفالة ولو لم ينص عليها الحكم حيث أن النفاذ هنا مبنى على ما تقضيه المعاملات التجارية من التعجيل بوفاء الديون المحكوم بها سواء كانت المطالبة التجارية قائمة على سند أو على

(١) د. احمد ابو الوفا ، المرجع السابق ص ٩٣ والاحكام المشار اليها - استئناف القاهرة ٢٧ مارس ١٩٦٢ - المجموعة الرسمية ٦٠ ص ٦٧١ .

(٢) د. على الحديدى ، المرجع السابق ، ص ٦١

(٣) محكمة النقض - ابو ظبى طعن رقم ٦٥١ لسنة ٢٠١٢ جلسة ٢٠١٣/١٠/٢

- متاح على موقع شبكة قوانين الشرق

إخلال بالتزام تعاقدى ، فالقانون يوجب شمول الحكم بالنفاذ المعجل فى جميع حالات المطالبات التجارية ، والكفالة ضمان يمكن الرجوع إليه فى حالة الإلغاء ويجب أن يكون هذا الضمان كافياً ومحققاً للغاية التى توفاهها المشرع من وجوب اقتران النفاذ بها<sup>(١)</sup> .

٣- الأوامر على عرائض

الأوامر على العرائض هى القرارات التى تصدر من القضاء على الطلبات التى يتقدم بها ذوى الشأن فى صورة عرائض بقصد الحصول على اذن القضاء بعمل أو اجراء قانوني معين<sup>(٢)</sup> ، كما عرفت الأوامر على عرائض بانها الأوامر التى تصدر من قاضى الامور الوقتية وهو فى المحكمة الابتدائية رئيسها أو من يقوم مكانه أو يندب لذلك من قضاتها وفى المحكمة الجزئية رئيسها<sup>(٣)</sup> ، أو من قاضى التنفيذ بوصفه قاضياً للأمور

(١) حكم محكمة استئناف القاهرة جلسة ١٩٦٢/٣/٢٧ المجموعة الرسمية السنة ٦٦٠ ، الاستئناف رقم ١٠٢٩ لسنة ٧٩ ق تجارى ص ٦٨١ حتى ص ٦٧٩ . وقد قضت محكمة النقض بانه " وحيث أنه عن النفاذ المعجل بلا كفالة فإن المدعى عليه وكما هو ثابت من الأوراق يزاول على وجه الاحتراف أعمال النشر والطباعة ومن ثم كان هذا العمل تجارياً وعلى سند من المادة ٥/ح من قانون التجارة رقم ١٧/١٩٩٩ ويكون هذا القضاء صادراً فى مادة تجارية ومن ثم فهو معجل النفاذ بشرط تقديم كفالة عملاً بالمادة ٢٨٩ مرافعات. الطعن رقم ٤٩١ - لسنة ٣ ق - تاريخ الجلسة ٢٠١٣ / ٤ / ٣

كما قضت محكمة النقض وحيث أنه عن طلب شمول الحكم بالنفاذ المعجل فهو نافذ بقوة القانون لصدوره فى مادة تجارية عملاً بالمادة ٢٨٩ من قانون المرافعات بشرط تقديم كفالة ومن ثم تلتفت عنه المحكمة مشيرة لذلك بالأسباب دون الحاجة لإنزاله بالمنطوق. الطعن رقم ٧٧٧ - لسنة ٤ ق - تاريخ الجلسة ٢٠١٣ / ٣ / ٥

(٢) د. احمد صدقى محمود، قواعد المرافعات فى دولة الامارات، ط ١ بدون دار نشر سنة ١٩٩٩، ص ٤٩٩

(٣) د. احمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، هامش ١ ص ٩٢ وانظر كذلك المادة ٢٧ من قانون المرافعات المصرى د. سحر عبد الستار امام ، نحو نظام مخصوص القضاة ، دار النهضة العربية ٢٠١٥ ص ٢٢ .



الوقتية وقد عالج المشرع تلك الاوامر فى المواد ١٩٤ وما بعدها من قانون المرافعات المدنية المصري والمواد ١٤٠ وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية الاماراتى<sup>(١)</sup>.

### إجراءات الأوامر على عرائض

يقدم الخصم، عريضة إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة، أو إلى رئيس الهيئة التى تنظر الدعوى، من نسختين متطابقتين مشتملة على وقائع الطلب وأسائده وموطن مختار له إذا لم يكن له موطن أو محل عمل فى البلدة التى بها مقر المحكمة مع ارفاق المستندات المؤيدة لها<sup>(٢)</sup>، ويصدر القاضى أمره كتابة على إحدى نسختي العريضة فى اليوم التالى لتقدمها على الأكثر ولا يلزم ذكر الأسباب التى بنى عليها الأمر إلا إذا كان مخالفاً لأمر سبق صدوره فعندئذ يجب ذكر الأسباب وإلا كان باطلاً<sup>(٣)</sup>، وله رفض الأمر وفقاً لما يراه<sup>(٤)</sup>.

(١) وقد بينت احكام الاوامر على عرائض المادة ١٩٤ وما بعدها قانون المرافعات المدنية المصري، وكذلك المادة ١٤٠ وما بعدها من قانون الاجراءات المدنية الاماراتى.د. عزمى عبد الفتاح، المرجع السابق ص ١٩١، د. على عبد الحميد تركى، المرجع السابق ص ١٦٢

ويختص قاضى التنفيذ نوعياً دون غيره بجميع منازعات التنفيذ الوقتية والموضوعية اياً كانت قيمتها الا ما استثنى بنص خاص المادتان ٢٧٥، ٣٣٥ مرافعات (الطنن رقم ٢٣١٩ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٩/١٢/٢٣، الطعن رقم ١٥٨٧ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٩/٤/٢٤، المحاماه ٧٢ العدد ١ سنة ٢٠٠١، كذلك طعن رقم ١٠٩٤٩ لسنة ٧٨ ق، ٢٠ ابريل ٢٠١٦ متاح على موقع محكمة النقض المصرية

كما قضى بان "مؤدى نص المادة ٢٢٠ من قانون الاجراءات المدنية ان قاضى التنفيذ يختص وحده دون غيره بتنفيذ السند التنفيذى واصدار الاحكام والاوامر والقرارات المتعلقة بذلك فى جميع منازعات التنفيذ الوقتية وهى المنازعة التى يطلب فيها الخصم الحكم باجراء وقتى بوقف التنفيذ ولا يمس اصل الحكم .....

تنقض مدنى ابو ظبى طعن رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٩ ق جلسة ٢٠٠٩/٤/٨

(٢) المادة ١٩٤ مرافعات مصرى، م ١/١٤٠ اجراءات اماراتى

(٣) المادة ١٩٥ مرافعات مصرى، م ٢/١٤٠ اجراءات اماراتى

(٤) تمييز دبنى جلسة ٦ / ١١ / ١٩٩٣ طعن رقم ٥٩ لسنة ١٩٩٣ مجلة القضاء

والتشريع، العدد الرابع ١٩٩٦، ص ٧٠٥، لدى د. احمد صدقى محمود،

قواعد المرافعات فى دولة الامارات، ط ١ بدون دار نشر سنة ١٩٩٩، ص

٥٠٣

وينفذ الامر الصادر على عريضة نفاذا معجلا بقوة القانون طبقا للمادة ٢٨٨ مرافعات حيث تتمتع بالقوة التنفيذية لحظة صدورها<sup>(١)</sup> ، حيث يقدم خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره والا سقط الامر وللخصم استصدار امر جديد<sup>(٢)</sup> .

ومن الجدير بالذكر انه لا تطبق القواعد الاجرائية المعروفة فى قانون المرافعات كتوقيع محام على الطلب ، او التمسك بالدفع الاجرائية او الموضوعية او الدفع بعدم القبول او حضور وغياب الخصوم<sup>(٣)</sup> .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بان " الأوامر على العرائض هى الأوامر التى يصدرها قضاة الأوامر الوقتية بما لهم من سلطة ولائيه و ذلك بناء على الطلبات المقدمة إليهم من ذوى الشأن على عرائض و تصدر تلك الأوامر فى غيبة الخصوم دون تسبب بإجراء وقتى أو تحفظى فى الحالات التى تقتضى بطيغتها السرعة أو المباغته دون مساس بأصل الحق المتنازع عليه ، و لذا لا تحوز تلك الأوامر حجية و لا يستنفذ القاضى الوقتى سلطته بإصدارها فيجوز له مخالفتها بأمر جديد مسبب<sup>(٤)</sup> "

كما قضت محكمة تمييز دبي بان " الأمر على عريضه و على ما يبين من نصوص الباب العاشر من الكتاب الأول من قانون الإجراءات المدنية هو الأمر الذى يصدره القاضى المختص أو رئيس الدائرة التى تنظر

(١) د. عزمي عبدالفتاح ، المرجع السابق ، ص ٢٥٠

(٢) المادة ٢٠٠ مرافعات مصرى ، والمادة ٤/١٤٠ إجراءات اماراتى

(٣) د. محمود السيد التحيوى ، بحث بعنوان الاوامر الصادره على عرائض باعتبارها المنهج المثالى والشكل النموذجى لاعمال الحماية القضائية الولائية ، منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية كلية الحقوق جامعة المنوفية ، العدد ١٣ السنة السابعة ، ابريل ١٩٩٨ ص ٤٦٤

(٤) نقض مدني - الفقرة رقم ١ من الطعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٨ ق - جلسة ١٨ / ١٢ / ١٩٧٨ مكتب فني ٢٩ رقم الصفحة ١٩٤٣ ، نقض مدني - الفقرة رقم ٢ من الطعن رقم ١٦٠٥ لسنة ٥٣ ق - تاريخ الجلسة ١٢ / ١٢ / ١٩٨٧ مكتب فني ٣٨ رقم الصفحة ١١٣٥ . انظر فى ذلك القاضى / محمد حته متاح على :

<http://kenanaonline.com/users/hetta11/posts/114191>

الدعوى بما له من سلطة ولائية و ذلك بناء على الطلبات المقدمة إليه على عرائض من ذوى الشأن و تصدر تلك الأوامر فى غيبة الخصوم دون تسيب مالم تكن على خلاف امر سابق على احدى نسختى العريضة<sup>(١)</sup> ، فالقاضي الأمر يصدر أمره فى غيبة الخصوم وبدون أسباب بإجراء وقتي أو - تحفظي دون المساس بأصل الحق<sup>(٢)</sup> .

وتعتبر الأوامر على العرائض احد وسائل الحصول على الحماية الوقتية الولائية<sup>(٣)</sup> ، فهى الصورة النموذجية للعمل الولاى حيث يصدرها القاضي بما له من سلطة ولائية<sup>(٤)</sup> ، بل المنهج المثالى والشكل النموذجى لاعمال الحماية الولائية للحقوق<sup>(٥)</sup> ، وتنفذ الأوامر على عرائض تنفيذاً

---

(١) تمييز ديبى، طعن رقم ٧٣ لسنة ٢٠١٠ جلسة ٢٠١٠/٩/٢٨. متاح على موقع شبكة قوانين الشرق

وقد قضى بان الأوامر على العرائض هى الأوامر التى يصدرها القاضي المختص أو رئيس الدائرة التى تنظر الدعوى بما له من سلطة ولائية و ذلك بناء على الطلبات المقدمة إليهم من ذوى الشأن على عرائض و تصدر تلك الأوامر فى غيبة الخصوم دون تسيب بإجراء وقتي أو تحفظي فى الحالات التى تقتضى بطبيعتها السرعة أو المباغتة دون المساس بأصل الحق ( تمييز ديبى، طعن رقم ١٩٩ لسنة ١٩٩٣ جلسة ١٩٩٣/١٢/٢٥ حقوق مجلة القضاء والتشريع العدد الرابع ١٩٩٦، ص ٩٦٦، لدى د. احمد صدقى محمود، قواعد المرافعات فى دولة الامارات، ط ١ بدون دار نشر سنة ١٩٩٩، ص ٥٠١

(٢) دائرة القضاء باهوطبى الطعن رقم ١٥٩ لسنة ٢٠١٥ س ٩ ق. أمدني جلسة ٢٠١٥/١٢/٢٢ مجموعة الأحكام والمبادئ الصادرة عن محكمة النقض من الدوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية، السنة القضائية التاسعة ٩ سنة ٢٠١٥.

(٣) د. نبيل عمر ، التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، المرجع السابق ص ٣٢  
(٤) د. طلعت دويدار، وظيفة فكرة الاستعجال فى فن التوافق بين المصالح المتعارضة فى التنفيذ القضائى، المرجع السابق، ص ٦٠، ٦١  
(٥) د. محمود السيد التحوي، بحث بعنوان الأوامر الصادرة على، منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية كلية الحقوق جامعة المنوفية، المرجع السابق ١٩٩٨ ص ٤٥٧

معجلاً بقوة القانون وبغير كفالة ما لم ينص الحكم أو الأمر على تقديم كفالة وذلك طبقاً لنص المادة ٢٨٨ مرافعات مصرى والمادة ٢/٢٢٨ إجراءات مدنية اماراتى<sup>(١)</sup>.

وقد قضى بان الأوامر على العرائض و على ما يبين من نصوص الباب العاشر من الكتاب الأول لقانون المرافعات هى الأوامر التى يصدرها قضاة الأمور الوقتية بما لهم من سلطة ولائمة، و ذلك بناء على الطلبات المقدمة إليهم من ذوى الشأن على العرائض و تصدر فى غيبة الخصوم و دون تسبب بإجراء وقتى أو تحفظى فى الحالات التى تقتضى السرعة أو المباغته، و هى واجبة النفاذ بقوة القانون بمجرد صدورها عملاً بنص المادة ٢٨٨ من قانون المرافعات، و من ثم فإن قيام جهة الإدارة بتنفيذ أمر صادر على عريضة من قاضى الأمور الوقتية لا ينظر إليه بمعزل عن ذات الأمر، و ليس من شأنه أن يغير من وصف هذا الأمر بإعتباره صادراً من جهة القضاء، و قد أوجب القانون تنفيذه، فلا يتمخض بالتالى هذا التنفيذ عن قرار إدارى يتمتع بالحصانة أمام المحاكم العادية كما أن عدم تنفيذ ذلك الأمر لا يعدو أن يكون عملاً مادياً كاشفاً و ليس منشئاً لمركز قانونى و لا

(١) د. على عبد الحميد تركى، المرجع السابق، ص ١٦٢ و تقابل هذه المواد المادة ١٩٣ من قانون المرافعات الكويتى.

وقضى بان "الأوامر على العرائض و على ما يبين من نصوص الباب العاشر من الكتاب الأول من قانون المرافعات هى الأوامر التى يصدرها قضاة الأمور الوقتية بما لهم من سلطة ولائمة و ذلك بناء على الطلبات المقدمة إليهم من ذوى الشأن على عرائض و تصدر تلك الأوامر فى غيبة الخصوم و دون تسبب بإجراء وقتى أو تحفظى فى الحالات التى تقتضى بطبيعتها السرعة أو المباغته دون مساس بأصل الحق المتنازع عليه، و لذا لا تحوز تلك الأوامر حجية و لا يستنفذ القاضى الأمر سلطته بإصدارها إذ يجوز له مخالفتها بأمر جديد مسبب".

نقض للمدني - فقرة ٢ طعن رقم ١٦٠٥ لسنة ٥٣ ق، جلسة ٢١ / ١٢ / ١٩٨٧  
مكتب في ٣٨ ص ١١٣٥

يتمخض هو الآخر إلى مرتبة القرار الإداري مما يكون معه نظر التعويض عن الخطأ في تنفيذ أو عدم تنفيذ أمر قاضي الأمور الوقتية الصادر على عريضة منعقداً لإختصاص القضاء العادي<sup>(١)</sup>

(١) الطعن رقم ١٨٣٤ - لسنة ٥١ ق - تاريخ الجلسة ٣٠ / ١٢ / ١٩٨٢ -  
مكتب فني ٣٣ - رقم الجزء ٢ - رقم الصفحة ١٢٧٩ - تم قبول هذا الطعن متاح على فلاشة العدالة القانونية الصادره عن نقابة المحامين المصرية وقد قضى بأن "المقرر- في قضاء هذه المحكمة - ان الاوامر على العرائض - وعلى ما يبين من نصوص الباب العاشر من الكتاب الاول لقانون المرافعات - هي الاوامر التي يصدرها قضاة الامور الوقتية بما لهم من سلطة ولائية وذلك على الطلبات المقدمة اليهم من ذوى الشأن على العرائض، وهي على خلاف القاعدة فى الاحكام القضائية تصدر فى غيبة الخصوم ودون تسبب باجراء وقتى او تحفظى فى الحالات التى تقتضى السرعة او المباغتة لما كان ذلك وكان الاصل ان القاضى لا يباشر عملاً ولائياً الا فى الاحوال التى وردت فى التشريع على سبيل الحصر، وتمشياً مع هذا الاصل وحرصاً من المشرع على عدم الخروج بهذه السلطة الوقتية الى غير ما يستهدف منها قضى فى المادة ١٩٤ من قانون المرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ بتقييد سلطة القاضى فى اصدار الامر على عريضة بحيث لا يكون له - وعلى ما افصحت عنه المذكرة الايضاحية - ان يصدر هذا الامر فى غير الحالات التى يرد فيها نص خاص يبيح له اصداره، واذا كان لا يوجد نص فى القانون يبيح انتهاج طريق الاوامر على عرائض لوقف تسبيل خطابات الضمان فان الحكم المطعون فيه غد قضى بتأييد الامر على عريضه الصادر بوقف تسبيل خطابى الضمان محل النزاع لصالح الجهة المستفيدة "الطاعنة" وبايداع قيمتها امانة لدى البنك المطعون ضده الثانى يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى اوجه الطعن ولا ينال من ذلك الاعتصام بما نصت عليه المادة ١٤٠ من قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ من انه "يجوز للمحكمة المشار اليها فى المادة ٩" من هذا القانون ان تأمر، بناء على طلب احد طرفى التحكيم، باخذ تدابير موقته او تحفظية سواء قبل البدء فى اجراءات التحكيم او اثناء سيرها"، اذ ان سلطة المحكمة فى هذا الشأن مرهون اعمالها بوجود نص قانونى يبيح للخصم الحق فى استصدار امر على عريضة فيما قد يقتضيه النزاع موضوع التحكيم من اتخاذ اى من هذه التدابير وذلك اعمالاً للاصل العام فى طريق الاوامر على العرائض الوارد فى المادة ١٩٤ من قانون المرافعات بحسابة استثناء لا يجرى الا فى نطاقه دون ما توسع فى التفسير، واذا لم يرد فى القانون - =

والعلة التي من اجلها قرر المشرع النفاذ المعجل بقوة القانون للأوامر على عرائض هو اتخاذ إجراءات وقتية او تحفظية في غيبة الخصم الآخر ، إضافة الى انه لو طعن فيها وحكمت المحكمة بوقف تنفيذها فلن يحقق الغرض الذي تهدف اليه لذلك اوجب المشرع النفاذ المعجل للأوامر على عرائض<sup>(١)</sup>

ومن الأوامر على العرائض الأمر الصادر من قاضي التنفيذ في طلب ذوى الشأن وضع الصيغة التنفيذية على أحكام المحكمين ، يخضع لأحكام الأوامر على العرائض ومنها وجوب القضاء ببطلان الأمر الصادر مخالفاً لآخر سابق عليه إذا لم يتم تسيبته من القاضي الأمر اعتبار هذا البطلان مقررأ ، لمصلحة من صدر الأمر ضاراً به ويسقط بتنازله عنه صراحة أو ضمناً . المادتان ٥٠٩ ، ١٩٥ مرافعات<sup>(٢)</sup> .

---

= وعلى ما سلف القول - نص خاص يبيح وقف تسجيل خطاب الضمان عن طريق الامر على عريضة فانه لا يجدى الحكم المطعون فيه الركون الى المادة ١٤ من قانون التحكيم المشار اليه سنداً لقضائه .

النقض المدني - الفقرة رقم ١ من الطعن رقم ١٩٧٥ لسنة ٦٦ ق - تاريخ الجلسة ١٢ / ١٢ / ١٩٩٦ مكتب فني ٤٧ رقم الصفحة ١٥١٤

(١) د. احمد مليجي ، الموسوعة الشاملة في التنفيذ ، المرجع السابق ، ص ٣٦٢ ، د. علي عبد الحميد تركي ، المرجع السابق ص ١٦٣ .

وقد قضى بان طلب الحكم بوقف تنفيذ الاحكام القضائية او غيرها من السندات التنفيذية الاخرى كاوامر الاداء والاوامر على عرائض واوامر تقدير الرسوم القضائية موقتا لحين الفصل في موضوع النزاع يعتبر منازعة تنفيذ وقتية ( نقض مدني وتجاري طعنين رقمي ١٩٠٠٩ ، ١٩٠١٠ لسنة ٨٥ ق ، ١٦ نوفمبر ٢٠١٦ ، متاح على موقع محكمة النقض المصرية

(٢) الطعن رقم ٢٦٩٠ لسنة ٥٧ ق - جلسة ٢٣ / ١١ / ٢٠٠٣ مجموعة المكتب

الفني - س ٥٤ ص ١٢٩٥ ويجوز التظلم من الامر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم طبقا لحكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة ٥٨ من ق ٢٧ لسنة ١٩٩٤ الطعن رقم ٧٠٨٨ لسنة ٧٨ ق - جلسة ١١ / ١ / ٢٠١٦ النشرة التشريعية والقانونية الصادرة عن المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية مارس ٢٠١٦

## التظلم من الامر الصادر على عريضة وتسببيه واستئنافه

لدوي الشأن ولن صدر عليه الامر التظلم إلى المحكمة المختصة أو القاضي الامر الذي أصدره حسب الأحوال إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك وذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أو تبعا للدعوى الاصلية في اية حالة عليها الدعوى<sup>(١)</sup>، وتطبيقا لذلك قضى بان مفاد النص في المادتين ١٩٧، ١٩٩ من قانون المرافعات - يدل على أن المشرع رسم طرقاً خاصة للتظلم من الأوامر على العرائض فأجاز لمن صدر الأمر ضده التظلم لنفس القاضي الأمر أو إلى المحكمة المختصة بنظر موضوع النزاع الذي صدر الأمر تمهيداً له أو بمناسبة، و سواء كان التظلم للقاضي الأمر، أو للمحكمة المختصة فإنه يحصل بالطرق المعتادة لرفع الدعوى - أي بصحيفة تودع قلم الكتاب<sup>(٢)</sup>، كما قضى بان التظلم من الأمر إما أن يكون لنفس القاضي الأمر أو أن يكون للمحكمة المختصة التابع لها<sup>(٣)</sup>، ويكون التظلم في كلتا الحالتين بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى والمقصود بالمحكمة المختصة بنظر التظلم المنوه عنها بالمادة ١٩٧ سائلة الإشارة هي المحكمة المختصة بنظر النزاع المتعلق بموضوع الأمر<sup>(٤)</sup>.

(١) المادة ١٩٧، ١٩٩ مرافعات مصرى، والمادة ١٤١ / ٤ إجراءات اماراتى

(٢) النقض المدني - الفقرة رقم ١ من الطعن رقم ٤٨٠ لسنة ٤٩ ق - تاريخ الجلسة ٣٠ / ٥ / ١٩٨٢ مكتب فني ٣٣ رقم الصفحة ٦١٤ القاضي /

محمد حته متاح على:

<http://kenanaonline.com/users/hetta11/posts/114191>

(٣) النقض المدني - الفقرة رقم ٥ من الطعن رقم ١٩١٤ لسنة ٥٠ ق - تاريخ الجلسة ١٢ / ٥٣ / ١٩٨٥ مكتب فني ٣٦ رقم الصفحة ٣٨٠

(٤) النقض المدني - الفقرة رقم ١ من الطعن رقم ٩١ لسنة ٦٠ ق - تاريخ الجلسة ٢٣ / ٥٦ / ١٩٩٤ مكتب فني ٤٥ رقم الصفحة ١١١١

وقد قضى بان مودى نصوص المواد ١٩٤، ١٩٧، ١٩٩ من قانون المرافعات أن الأمر على عريضة يصدر من قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة أو رئيس الهيئة التي تنظر الدعوى وأن التظلم منه يكون إلى ذات المحكمة أو إلى نفس القاضي الأمر بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى.

نقض مدني - فقرة رقم ١ طعن رقم ٩١٣ لسنة ٥٠ ق - جلسة ٢٥ / ١٢ / ١٩٨٣ مكتب فني ٣٤ ص ١٨٩٩

وقد حدد المشرع المصري للتظلم عشرة ايام من صدور الامر بالرفض او البدء فى تنفيذ الامر او اعلانه<sup>(١)</sup>، عكس ذلك المشرع الاماراتى لم يحدد ميعاد للتظلم . ولا يمنع من نظر التظلم قيام الدعوى الاصلية امام المحكمة ويحكم فى التظلم بتأييد الأمر أو بتعديله أو بإلغائه ويكون هذا الحكم قابلاً للطعن بطرق الطعن العادية<sup>(٢)</sup> .

ويجب ان تشتمل صحيفة التظلم من الأمر الصادر على عرضة على الأسباب التى أقيم عليها التظلم<sup>(٣)</sup>، حيث وضع المشرع قاعدة إجرائية أمره أوجب فيها اشتمال الصحيفة للأسباب التى أقيم عليها التظلم فاعتبر التسبب وسيلة إجرائية لاكتمال شكل صحيفة التظلم وجعل البطلان جزءاً لتخلف هذا الإجراء طبقاً للمادة ١٩٧ مرافعات<sup>(٤)</sup>، غير ان المشرع أوجب أن تكون أسباب التظلم على سبيل البيان والتحديد وتعرف تعريفاً واضحاً كاشفاً عن المقصود منها كشفاً وافياً نافياً عنها الغموض والجهالة بحيث يبين منها وجه العيب الذى يعزوه المتظلم إلى الأمر وموضعه منه، ولا يغنى عن ذلك أن تذكر أسباب التظلم من خلال المرافعة الشفوية أمام المحكمة عند نظر التظلم أو فى المذكرات المكتوبة التى تقدم إليها، فإذا ما خلت صحيفة التظلم من الأسباب فإن التظلم يكون باطلاً<sup>(٥)</sup>.

(١) المادة ١٩٧ مرافعات مصرى

(٢) المادة ١٩٩ مرافعات مصرى، والمادة ١٤١ / ٤ اجراءات اماراتى وانظرن

كذلك نقض مدني - الفقرة رقم ٣ من الطعن رقم ٨٢٢ لسنة ٥٦ ق -

تاريخ الجلسة ٢٣ / ٠١ / ١٩٩١ مكتب فني ٤٢ رقم الصفحة ٢٧٩

(٣) المادة ١٤١ / ٢ اجراءات اماراتى، والمادة ١٩٧ مرافعات مصرى

(٤) المادة ١٩٧ مرافعات مصرى، كذلك الطعن رقم ٧٤١ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٥

/ ٣ / ٢٠٠٤ مجموعة المكتب الفنى - س ٥٥ ص ٣٤٥، المستحدث من

المبادئ التى قررتها الدوائر المدنية فى مواد المرافعات من أول يناير ٢٠٠٣ لغاية

آخر ديسمبر ٢٠١٢

(٥) الطعن رقم ٨٥٦٧ لسنة ٦٥ ق - جلسة ٢٦ / ٦ / ٢٠٠٧ المستحدث من

المبادئ التى قررتها الدوائر المدنية فى مواد المرافعات من أول يناير ٢٠٠٣ لغاية

آخر ديسمبر ٢٠١٢



ومما يجدر الإشارة إليه انه ليس لغير طرفي الأمر التظلم منه ولو ادعى بان الامر يتعلق بحقوقه<sup>(١)</sup>، ولو كانت له مصلحة في ذلك بإعتبار أن التظلم ما هو إلا دعوى وقتية ينتهي أثرها بصدر الحكم في الدعوى الموضوعية و لا يقيد الحكم الصادر فيه محكمة الموضوع إذ يقتصر الحكم في التظلم على تأييد الأمر أو إلغائه أو تعديله فقط دون مساس بأصل الحق<sup>(٢)</sup>.

ويجوز استئناف الحكم الصادر في التظلم<sup>(٣)</sup>، حيث ان الحكم الذي يصدره القاضي في التظلم يكون حكماً قضائياً لا مجرد أمر ولائي و يجوز للطعن فيه وفقاً للمادة ٢٧٧ مرافعات المعدلة بق ٧٦ لسنة ٢٠٠٧، واعمالاً لذلك قضى بان "أحكام قاضي التنفيذ في منازعات التنفيذ الوتية والموضوعية تستأنف أياً كانت قيمتها أمام المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية أياً كانت قيمة الدعوى"<sup>(٤)</sup>.

- (١) تمييز دبي، جلسة ٤ يوليو ١٩٩٣ الطعن رقم ٦٥، ١٢٦ لسنة ١٩٩٣، مجلة القضاء والتشريع، العدد الرابع ١٩٩٦، ص ٢٠٩ لدى د. احمد صدقي محمود، قواعد المرافعات في دولة الامارات، المرجع السابق، ص ٥٠٤
- (٢) نقض مدني - فقرة ٢ من الطعن رقم ٩١٣ لسنة ٥٠ ق - جلسة ٢٥ / ١٢ / ١٩٨٣ مكتب فني ٣٤ ص ١٨٩٩
- (٣) تمييز دبي، جلسة ١٢/٢٥/١٩٩٣ الطعن رقم ٦٥، ١٢٦ لسنة ١٩٩٣، مجلة القضاء والتشريع، العدد الرابع ١٩٩٦، ص ٩٦٦ ولدى د. احمد صدقي محمود، قواعد المرافعات في دولة الامارات، المرجع السابق، ص ٥٠٤، كذلك نقض ١١/٣/١٩٦٩ - م نقض - ٢٠ - ٣٨٨، لدى د. عزمي عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ٢٥٣
- (٤) الطعن رقم ٨٨٧٧ لسنة ٦٤ ق - جلسة ١٣/٦/٢٠١١ المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية في مواد المرافعات من أول أكتوبر ٢٠١٠ لغاية سبتمبر ٢٠١١.

كما قضى بان مودى نص المادة ٢٧٧ من قانون المرافعات بعد تعديلها بالقانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ والعمول به اعتباراً من الأول من أكتوبر سنة ٢٠٠٧ أن أحكام قاضي التنفيذ في المنازعات الوتية والموضوعية تستأنف أياً كانت قيمتها أمام المحكمة الابتدائية. لما كان ذلك، وكان بين من الأوراق أن الاستئناف رقم .... لسنة ٤٨ ق الإسماعيلية - مأمورية بورسعيد - قد أقيم من المطعون ضده الأول عن حكم صادر من قاضي التنفيذ بمحكمة ضواحي =

## المطلب الثاني التنفيذ المعجل القضائي

حددت المادة ٢٩٠ مرافعات مصري حالات التنفيذ المعجل القضائي<sup>(١)</sup>، حيث تنص على انه : يجوز الأمر بالإنفاذ المعجل بكفالة أو بغير كفالة في الأحوال الآتية:

### ١- الأحكام الصادرة بأداء النفقات والأجور والمرتبات.

=بورسعيد الجزئية في دعوى تنفيذ موضوعية بعد نفاذ القانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ المشار إليه فإنه يكون داخلا في اختصاص محكمة بورسعيد الابتدائية منعقدة " بهيئة استئنافية " ، واذ لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وفصل في موضوع الاستئناف دون إحالته إلى المحكمة المختصة به فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن. الطعن رقم ١١٧٧٩ لسنة ٧٨ ق - جلسة ٢٠٠٩/١١/٩ المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية في مواد المرافعات من أول يناير ٢٠٠٣ لغاية آخر ديسمبر ٢٠١٢

(١) وهذه المادة تقابل المادة ٢٢٩ من قانون الاجراءات المدنية الاماراتى حيث تنص على انه " يجوز للمحكمة بناء على طلب ذي الشأن شمول حكمها بالإنفاذ المعجل بكفالة أو بدونها في الأحوال الآتية :-

- ١ - الأحكام الصادرة في المواد التجارية.
- ٢- إذا كان المحكوم عليه قد أقر بنشأة الالتزام ولو نازع في نطاقه أو ادعى انقضاءه.
- ٣- إذا كان الحكم قد صدر تنفيذا لحكم سابق حائز لقوة الأمر المقضي أو مشمولا بالإنفاذ المعجل بغير كفالة أو كان مبنيا على سند رسمي لم يطعن بتزويره أو سند عرفي لم يحدد متى كان المحكوم عليه خصما في الحكم السابق أو طرفا في السند.
- ٤- إذا كان الحكم صادرا لمصلحة طالب التنفيذ في منازعة متعلقة به.
- ٥- إذا كان الحكم صادرا بأداء أجور أو مرتبات أو تعويض ناشئ عن علاقة عمل.
- ٦- إذا كان الحكم صادرا في إحدى دعاوي الحيازة أو بإخراج مستأجر العقار الذي انتهى عقده أو فسخ أو بإخراج شاغل العقار الذي لا سند له متى كان حق المدعي غير مجحود أو كان ثابتا بسند رسمي.
- ٧- في أية حالة أخرى، إذا كان يترتب على تأخير التنفيذ ضرر جسيم بمصلحة المحكوم له على أن يبين ذلك في الحكم بيانا وافيا

٢- إذا كان الحكم قد صدر تنفيذاً لحكم سابق حائز لقوة الأمر المقضي أو مشمول بالنفاذ المعجل بغير كفالة أو كان مبنياً على سند رسمي لم يطعن فيه بالتزوير وذلك متى كان المحكوم عليه خصماً في الحكم السابق أو طرفاً في السند.

٣- إذا كان المحكوم عليه قد أقر بنشأة الالتزام.

٤- إذا كان الحكم مبنياً على سند عرفي لم يجمده المحكوم عليه.

٥- إذا كان الحكم صادراً لمصلحة طالب التنفيذ في منازعة متعلقة به.

٦- إذا كان يترتب على تأخير التنفيذ ضرر جسيم بمصلحة المحكوم له

وقد جاءت بحالة أخيرة أعطت للمحكمة سلطة تقديرية في الأمر بالنفاذ المعجل في أية حالة تری أن تأخير التنفيذ يترتب عليه ضرر جسيم بمصلحة المحكوم له وبالتالي أصبحت حالات التنفيذ المعجل القضائي على سبيل المثال لا الحصر<sup>(١)</sup>.

والمرجع المصري قصد من م ٢٩٠ / ٦ تحقيق سهولة وتيسير في تطبيق قواعد التنفيذ المعجل ولذلك فللخصم طلب شمول الحكم بالنفاذ المعجل في غير حالات م ٢٩٠ ، وللقاضي الحكم بالنفاذ المعجل ولو لم توجد أحد حالات المادة ٢٩٠ طالما تبين له من ظروف الدعوي أنه يترتب على تأخير التنفيذ ضرر جسيم بمصلحة المحكوم له<sup>(٢)</sup> ، واعتبر البعض هذا النص ثورة حقيقية في ميدان التشريع بالنسبة للنفاذ المعجل<sup>(٣)</sup> ، وعليه نبحت تعريف التنفيذ المعجل القضائي في الفرع الاول ثم نتحدث عن الاعتبارات المبررة لحالات التنفيذ المعجل القضائي في الفرع الثاني.

(١) المادة ٢٩٠ / ٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري .

(٢) د. احمد مليجي ، الموسوعة الشاملة في التنفيذ ، المرجع السابق ص ٣٧٤ بند

٣٣١ .

(٣) د. فتحي والي ، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية ، المرجع السابق ، ص

## الفرع الأول تعريف التنفيذ المعجل القضائي

يعرف التنفيذ المعجل القضائي بالنفاذ المعجل لأنه يستمد قوته التنفيذية من حكم القاضي، وحتى يتم تنفيذ الحكم لا بد أن يقرر القاضي في نهاية الحكم الأعلى أن يشمل الحكم بالنفاذ المعجل<sup>(١)</sup>، ويصدر التنفيذ المعجل من القاضي بما له من سلطة تقديرية بشأنه فله الأمر به إذا توافرت، حالاته وله عدم الأمر به رغم عدم توافر حالاته، فهو نفاذ جوازي وما يدل على ذلك بدء م ٢٩٠ مرافعات بعبارة "يجوز الأمر بالنفاذ المعجل"<sup>(٢)</sup>.

وليس للمحكمة الحكم به من تلقاء نفسها أيا كانت المبررات فإذا أمرت به دون طلب فتكون قضت بما لا يطلبه الخصوم<sup>(٣)</sup>، وكان حكمها خطأ ويعتبر عدم النص عليه في الحكم رفضا ضمنيا له وبالتالي لا يجوز تنفيذ الحكم معجلا<sup>(٤)</sup>، وعلي المحكمة تسيبه طبقا للمادة ١٧٦ مرافعات مصري وإلا كان حكمها باطلا سواء كان الحكم مشمولا بالنفاذ المعجل وجوبا أو جوازا<sup>(٥)</sup>، وإعمالا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن

- (١) د. أحمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠٠٧، ص ٣٩.
- (٢) د. عيد محمد القصاص، المرجع السابق ص ٢١٧.
- (٣) د. نبيل عمر، المرجع السابق، ص ٣٤، د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، المرجع السابق ص ٦٨، د. أحمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، المرجع السابق، ص ٤٠، عكس ذلك القانون الفرنسي تنص المادة ٥١٧ منه على أنه في حالات النفاذ المعجل القضائي يجوز للقاضي الأمر بالنفاذ المعجل من تلقاء نفسه ودون طلب. د. فتحي والي التنفيذ الجبري، المرجع السابق هامش ٤، ص ٦٨.
- (٤) د. محمد محمود إبراهيم المرجع السابق، ص ٢١٧، د. عزمي عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ١٨٨، د. أحمد مليجي، المرجع السابق، ص ٢٤٦.
- (٥) د. استئناف مصر ٧ فبراير ١٩٢٨، المحاماة، السنة ٨، ص ٨٦٤ لدي د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق ص ٧٤، د. محمد محمود إبراهيم المصري، ص ٢١٧ وكذلك المادة ١٧٦ مرافعات مصري تنص على أنه يجب أن تشمل الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها وإلا كانت باطلة.

المادة ١٧٦ مرافعات أوجبت أن تشتمل الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها وإلا كانت باطلة<sup>(١)</sup>.

وللمحكمة عند شمول حكمها بالنفاذ المعجل أن تمنح المدين مهلة تبدأ بعدها القوة التنفيذية للحكم طبقاً للمادة ٢/٢٤٦ مدني وإذا قضت للدائن بإلزام المدين بالدين الحالي والأقساط التي لم تحل مواعيد حلولها أن تأمر بالنفاذ المعجل فوراً بالنسبة لما استحق فعلاً، وعند حلولها بالنسبة لم لم تستحق بعد<sup>(٢)</sup>.

وللمدعي طلب التنفيذ المعجل في صحيفة الدعوي أو في مذكرة لاحقه أثناء جلسة وحتى قفل باب المرافعة<sup>(٣)</sup>، فإذا لم يطلب الخصم التنفيذ المعجل وتراضي حتى انتهت الخصومة فلا يجوز الرجوع للمحكمة لطلب النفاذ لخروج القضية من ولايتها<sup>(٤)</sup>، كما لا يجوز طلب الأمر بالتنفيذ المعجل لأول مرة أمام محكمة الاستئناف حيث يعتبر هذا طلباً جديداً لا يجوز إيداعه لأول مرة أمام هذه المحكمة طبقاً لما نصت عليه م ١ / ٢٣٥ م مرافعات<sup>(٥)</sup>، من انه: " لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها " وهي قاعدة تتعلق بالنظام العام ويجوز التمسك بها في أي حالة عليها الدعوي<sup>(٦)</sup>.

(١) الطعن رقم ٣٩٤ لسنة ٥٥ مكتب فني ٣٨ مجموعة أحكام النقض ص ٧٠٨ جلسة ١٣/٥/١٩٨٧.

(٢) د. أحمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، المرجع السابق ص ٤١. د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، المرجع السابق ص ٦٩ والأحكام المشار إليها هامش ٦ استئناف أسبوط ١٧ إبريل ١٩٢٩ - المحاماة ٩ - ٥٢٣ - ١٢٨، استئناف أسبوط ١٥ مايو ١٩٢٩ - المحاماة ٩ - ٨٦٨ - ٤٧٩.

(٣) د. علي الخديدي، المرجع السابق ص ٥٩.

(٤) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٧٢.

(٥) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، المرجع السابق، ص ٦٩، د. أحمد هندي أصول التنفيذ الجبري، المرجع السابق ص ٤١. د. عاشور مبروك، المرجع السابق، ص ١٦٩.

(٦) د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق ص ٢٠١، والطعن المشار إليه رقم ٤٧٢ سنة ٣٧ ق ص ٧٩٦ جلسة ٤/٥/١٩٧٤.

وهنا يختلف القانون المصري والإماراتي عن القانون الفرنسي حيث ينص على جواز تقديم طلب التنفيذ المعجل ولو لأول مرة أمام الاستئناف إذا لم يقدم أمام أول درجة لو يتم الأمر به<sup>(١)</sup>، ويرى البعض أن بحث تلك المسألة لا محل له هنا لأن الصادر في الاستئناف سيكون نهائيا وينفذ عاريا طبقا للقواعد العامة في التنفيذ دون حاجة لشموله بالنفاذ المعجل<sup>(٢)</sup>

## الفرع الثاني.

### الاعتبارات المبررة لحالات النفاذ المعجل القضائي

يقسم الفقه حالات النفاذ المعجل القضائي الجوازي إلي اعتبارين<sup>(٣)</sup>، الأول يرجع إلي الاستعجال أو السرعة في التنفيذ وهو يستند إلي الضرر الذي يتعرض له طالب التنفيذ من تأخير التنفيذ ويعتبر النفاذ المعجل هنا نوعا من الإجراءات الاحتياطية التي ينظمها المشرع للدائن<sup>(٤)</sup>، ومظهر للحماية المستعجلة تمارس في مرحلة التنفيذ<sup>(٥)</sup>، والاستعجال هو الخطر المحدق بالحق والمطلوب رفعه بأجراء وقتي لا تسعف فيه اجراءات التقاضى العادية<sup>(٦)</sup>.

- (١) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، المرجع السابق، هامش ٣ ص ٦٩. انظر في ذلك المادة ٥٢٥، ٥٢٦ قانون المرافعات الفرنسي الجديد، لدي د. احمد هندي، المرجع السابق هامش ٢، ص ٤١
- (٢) د. عاشور مبروك المرجع السابق ص ١٦٩، د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق ص ٢٠٢.
- (٣) د. احمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التنفيذ، المرجع السابق ص ٣٧٤.
- (٤) د. احمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، المرجع السابق ص ٤٢.
- (٥) د. احمد ماهر زغلول، المرجع السابق، بند ٦٦، ص ١٢٧.
- (٦) الدعوى رقم ١٤١٥ لسنة ١٩٨١ مستعجل جزئى القاهرة، جلسة ١٩٨٧/١١/٥، المستشار د. حازم بيوضى المصرى، الموسوعة إتصاليه فى المرافعات المدنية والتجارية (الصفة-المصلحة- القضاء المستعجل) دان النهضة العربية، سنة ٢٠١٣، ص ٣١٩.

أما الثاني يرجع إلي قوة سند الحق المحكوم به والذي يستخلص منه المشرع احتمال تأييد الحكم أمام محكمة الطعن الاستئناف<sup>(١)</sup>، مما يقلل احتمال إلغاء الحكم في الاستئناف<sup>(٢)</sup>، وبالتالي رجحان الحق في التنفيذ الجبري<sup>(٣)</sup>.

أولاً : الحالات التي ترجع إلي الاستعجال أو السرعة في التنفيذ

١- الأحكام الصادرة بأداء النفقات والأجور والترتبات (١/٢٩٠) . . .

..... ١- الأحكام الصادرة بأداء النفقات : . . .

يقصد بالأحكام الصادرة بأداء النفقات، الأحكام الموضوعية الصادرة بتقرير نفقة أو زيادتها أيا كان مصدر الالتزام بها بموجب اتفاق أو قانون<sup>(٤)</sup>، أمام أحكام النفقات الوقتية فهي مشمولة بالتنفيذ المعجل بقوة القانون طبقاً للمادة ٢٨٨ مرفعات<sup>(٥)</sup>.

ويصدر المادة ٦٥ من قانون الأحوال الشخصية رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ أصبحت الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو رويته أو النفقات أو الأجور أو المصروفات وما في حكمها واجبة التنفيذ بقوة القانون وبلا كفالة<sup>(٦)</sup>، ولأهمية هذه الأحكام المادية والأدبية للمحكوم له الأمر الذي يتطلب تنفيذها دون تأخير<sup>(٧)</sup>.

(١) د. احمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التنفيذ، المرجع السابق، ص ٣٧٥

(٢) د. احمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، المرجع السابق، ص ٤٢ .

(٣) د. احمد مليجي الموسوعة الشاملة في التنفيذ، المرجع السابق، ص ٣٧٥ .

(٤) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، المرجع السابق، هامش ٣٤، ص ٧٤، د. عيد

القصاص، المرجع السابق ص ٢٢٩، د. احمد خليل، المرجع السابق،

هامش، ص ٦٤، د. أسامة المليجي المرجع السابق، ص ٨١، ص ٨٢

(٥) د. احمد خليل، المرجع السابق، هامش ١ ص ٦٢، د. طلعت دويدار، النظرية

العامة للتنفيذ القضائي ص ٥٩ .

(٦) د. احمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، المرجع السابق، ص ٥٤ .

(٧) د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، المرجع السابق ص ٥٩

وكذلك د. احمد هندي، المرجع السابق، ص ٣٥

أما ضم الصغير وحفظه وتسليمه فهي مشمولة بالنفاذ المعجل بحكم المحكمة طبقاً للمادة ١/٦٦ من قانون الأحوال الشخصية حيث نصت على جواز تنفيذ الأحكام الصادرة بضم الصغيرة وحفظه وتسليمه جبراً<sup>(١)</sup>.

ويشترط أن يكن الحكم صادر بأداء نفقة أما الحكم الصادر بإسقاط النفقة فلا ينطبق علي حكمه النص وبالتالي لا يكون مشمول بالنفاذ المعجل<sup>(٢)</sup>، وما ينطبق على النفقات ينطبق على أجرة الحضانة والرضاعة والسكن وتسليم الصغير ورؤيته<sup>(٣)</sup>، فهي مشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون طبقاً للمادة ٦٥ أحوال شخصية.

ومما سبق يتضح أن الأحكام الصادرة بالنفقات وأجرة الحضانة والرضاعة والسكن وتسليم الصغير ورؤيته مشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون بلا كفالة طبقاً للمادة ٦٥ أحوال شخصية من القانون لسنة ٢٠٠٠ وهو ما نص عليه قانون المرافعات المدني والتجارية لدولة الكويت م ١٩٣/ب<sup>(٤)</sup>، عكس ذلك قانون دولة الإمارات الإتحادي لم ينص علي الأحكام الصادرة بأداء النفقات.

لذلك يقترح الباحث إضافة الأحكام الصادرة بالنفقات وما في حكمها إلي حالات النفاذ المعجل القانوني.

ب- الأحكام الصادرة بأداء الأجر والمرتبات ١/٢٩٠

ويقصد بتلك الأحكام هي أحكام الالزام وهي الأحكام الموضوعية الصادرة في دعاوي الأجر والمرتبات<sup>(٥)</sup>، وليست الأحكام المستعجلة

- (١) د. احمد هندي، المرجع السابق هامش ٤ ص ٥٤.
- (٢) د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، المرجع السابق ص ٦٠، د. احمد خليل، المرجع السابق، هامش، ص ٦٤، د. نبيل عمر، أصول التنفيذ الجبري ص ٣٢، د. أسامه المليجي، المرجع السابق، ص ٨١، ٨٢.
- (٣) د. طلعت دويدار، المرجع السابق، ص ٦٠، د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، المرجع السابق، ص ٧٤، د. نبيل عمر، أصول التنفيذ الجبري ص ٣٢.
- (٤) د. فتحي والي التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، المرجع السابق ص ٤٤.
- (٥) د. احمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، المرجع السابق، ص ٥٣.



لأنها مشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون<sup>(١)</sup>، أما الأجور هي ما يتقاضاه العمال والهدم والصناع عن أعمالهم، بينما المرتبات هي ما يتقاضاه الموظف نظير عمله في الحكومة<sup>(٢)</sup>.

وهذه الأحكام مشمولة بالنفاذ المعجل بحكم المحكمة جوازا على أن تكون هناك علاقة عمل في الدعوي المرفوعة، وأن يكون الأجر ناشئا عن هذه العلاقة بغض النظر عن صفة المدعي وطبيعة عملية وأيا كان القانون الذي ينظم علاقة العمل<sup>(٣)</sup> وهو ما نص عليه القانون الإماراتي الاتحادي، وقانون المرافعات لدولة الكويت<sup>(٤)</sup>.

ولا يدخل في هذه الحالة ما يطالب به العامل من معاش أو مكافأة أو تعويض طبقا لقانون المرافعات المصري (م ١/٢٩٠)<sup>(٥)</sup> عكس ذلك القانون الإماراتي الاتحادي وقانون المرافعات لدولة الكويت حيث نص على شمول التعويض الناشئ عن علاقة العمل بالنفاذ المعجل سواء كان بسبب الفصل التعسفي أو الإصابة أثناء ويسبب العمل دون المعاش أو المكافأة م ٥/٢٢٩ إماراتي<sup>(٦)</sup> م ١٩٤ / د مرافعات كويتي.

ويري البعض الحاق التعويضات بالحكم الصادر بالمرتببات لاتحاد الدولة أسوه بالقانون الفرنسي الذي شمل التعويضات بالنفاذ المعجل بقوة القانون مثلها مثل الأجور والمرتبات<sup>(٧)</sup>.

- (١) د. طلعت دويدار، المرجع السابق، ص ٦٣
- (٢) د. احمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، المرجع السابق، ص ٥٣.
- (٣) د. علي الحديدوي / التنفيذ الجبري في الدولة الإمارات، المرجع السابق، ص ٧٢، د. احمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، المرجع السابق ص ٥٤ والطنعن المشار اليه رقم ٥٥ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/٥/٥.
- (٤) المادة ٥/٢٢٩ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، المادة ١٩٤ / د مرافعات مدنية وتجارية لدولة الكويت.
- (٥) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، المرجع السابق، ص ٧٨، د. احمد ابو الوفاء، المرجع السابق ص ٩٩، عزمي عبدالفتاح ص ١٩٥.
- (٦) د. محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، هامش ٢، ٣ ص ١١٣.
- (٧) د. محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، هامش ٢، ٣ ص ١١٣.

وبالتالي يشترط أن تكون العلاقة علاقة عمل وليس ناتجة عن عقد  
مقاوله<sup>(١)</sup> فلا يدخل في هذه الحالة الأتعاب المستحقة لأصحاب المهنة  
الحرّة مثل ( المحاماة والطبيب والمهندس والمقاول ) فلا تسري عليهم نص  
المادة ١/٢٩٠<sup>(٢)</sup> .

والحكمة من شمول الأحكام الصادرة بالأجور والمرتبات بالنفاذ المعجل  
هو احتياج العامل للمرتب أو الأجر حتى يواجه متطلبات الحياة<sup>(٣)</sup> ولما  
يمثله المرتب من مورد حيوي للمحكوم له<sup>(٤)</sup> وأساسي لمعيشته<sup>(٥)</sup> ،  
ومورد رزقه الوحيد<sup>(٦)</sup> حماية من المشرع للمحكوم له ولأسرته<sup>(٧)</sup> .

فإذا كان القانون المصري اقتصر علي الأجور والمرتبات في النفاذ المعجل  
القضائي ، فإن القانون الفرنسي قد شمل التعويضات ضمن النفاذ المعجل  
بقوة القانون أما القانون الإماراتي والكويتي شملا التعويضات ضمن  
النفاذ المعجل القضائي كما أن المعاشات قد يكون العامل في أشد الاحتياج  
لها وليس لديه من ينفق عليه ولذلك يري الباحث أنه من الأفضل شمول  
تلك الأحكام السابقة بالنفاذ المعجل بقوة القانون وبلا كفالة .

وبالتالي يقترح الباحث تعديل المادة ١/٢٩٠ لتصبح كالآتي :

١- الأحكام الصادرة بأداء النفقات والأجور والمرتبات وما في حكمها  
كالمعاشات والتعويضات الناشئة عن علاقة العمل مشمولة بالنفاذ  
المعجل بقوة القانون وبلا كفالة .

(١) د. وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، المرجع السابق ص ٨٥، د .  
احمد هندي، ص ٥٣ .

(٢) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، المرجع السابق، ص ٧٨ . د. احمد ابوالوفا،  
المرجع السابق، ص ٩٩ . د. أسامة المليجي، المرجع السابق ص ٨٢، د .  
عزمي عبدالفتاح، المرجع السابق ص ١٩٥ . د. احمد هندي، أصول التنفيذ  
الجبري، المرجع السابق، ص ٥٣ .

(٣) د. أسامة المليجي، المرجع السابق ص ٨٣ .

(٤) د. احمد ماهر زغلول، المرجع السابق، ص ١٣٢ .

(٥) د. محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، ص ١١٣ .

(٦) د. احمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التنفيذ، ص ٣٧٦ .

(٧) د. احمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، المرجع السابق، ص ٥٣ .

٢٠- الأحكام التي يترتب علي تأخير تنفيذها ضرر جسيم للمحكوم له  
(٦ / ٢٩٠)

نصت على هذه الحالة المادة ٦/٢٩٠ مرافعات مصري، ويقابلها المادة  
٧/٢٢٩ اجراءات مدنية اماراتية، والمادة ٢٩٤ / و مرافعات كويتي،  
وباستقراء نص المادة ٦/٢٩٠ مرافعات مصري نجد ان هذه الحالة عامة  
ومرنة خولت للمحكمة سلطة تقديرية واسعة في شمول الحكم بالتنفيذ  
المعجل، إذا توافر أحد الشروط العامة للحماية الوقية إلا وهو  
الاستعجال، والذي يظهر ويتوافر في احتمال حدوث ضرر جسيم  
بمصلحة المحكوم له من جراء التأخير في تنفيذ الحكم حتي يصبح نهائياً<sup>(١)</sup>  
ومن أمثلة هذه الحالة تعرض السلعة محل الحجز للتلف، وعلى القاضى  
تسبيب حكمه وبيان مبررات وجود الضرر الجسيم<sup>(٢)</sup>

ومما سبق يثير تساؤل هو ما مفهوم الضرر الجسيم الذي نص عليه القانون المصري؟  
ذهب جانب من الفقه إلي أن المشرع المصري يقصد بالضرر الجسيم هو  
الضرر غير العادي الذي يصيب المحكوم من تأخير التنفيذ ويمكن ان يكون  
هذا الضرر مادياً أو ادبياً، ولا يجب أن يكون مؤكداً، لعدم التحقق من  
التأكيد مقدماً بل يكفي مجرد احتمال قوي لتحقيق الضرر<sup>(٣)</sup>

أما الضرر العادي فلا يكفي لتبرير الاستعجال، لأن تأخير تنفيذ الحكم  
يضر دائماً بمصلحة المحكوم له، ولكن الضرر غير العادي هو المبرر للتنفيذ  
المعجل<sup>(٤)</sup>

(١) د. وجدي راغب، ص ٨٦، د. طلعت دويدار ص ٧٣، د. نبيل عمر التنفيذ  
الجبري للسندات التنفيذية، ص ٤٠١، د. عاشور مبروك، المرجع السابق،  
ص ١٧٦.

(٢) د. عصام فوزى الجنائى، التنفيذ الجبرى تنفيذ السندات التنفيذية، بدون دار  
نشر، سنة ٢٠١٣، ص ١٧.

(٣) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٧٣ بند ٣٤

(٤) د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ٨٦.

ويري جانب آخر من الفقه ما تؤيده أن الضباط في تحديد الضرر الجسيم هو أن يكون الضرر الجسيم مبني على سند المحكوم له مما يرجح معه احتمال تأييد الحكم إذا طعن عليه أمام الاستئناف بعد ذلك<sup>(١)</sup> ولم يقصد المشرع بهذا النص مجرد مدي عوز المحكوم له لما يتحصله من تنفيذ الحكم أو رعاية لطائفة معينه من المحكوم عليهم وإلا نص علي ذلك صراحة، ولا المشاكسة الخصم أو إعساره مستقبلا<sup>(٢)</sup>.

والبعض يري ان معيار المادة ٦/٢٩٠ غير مجدي لأنه يفتح الباب على مصراعية لاستخدام الضرر الناتج عن تأخير تنفيذ الحكم وهو ليس من غايات التشريع بالإضافة إلي أن نص المادة ٦/٢٩٠ له بديل شرعي وهو المادة ٢٨٦ مرفعات<sup>(٣)</sup>.

والواضح أن تقدير جسامه الضرر مسألة نسبية تتوقف على الظروف الموضوعية والشخصية الملائسة<sup>(٤)</sup> ومن أمثلة هذه الحالة الحكم بإجراء الإصلاحات العامة والحكم برد الحيازة عند سلبها<sup>(٥)</sup>.

ولذلك يعتبر البعض هذه الحالة نوعا من الإجراءات الاحتياطية التي ينظمها القانون لصالح الدائن قبل التأكيد لكامل حقه<sup>(٦)</sup>.

ومما ينبغي ذكره أنه على القاضي أن يضع في اعتباره الموازنه بين ما يتحمل أن يصيب المحكوم له من ضرر بسبب التأخير في التنفيذ، وما يحتمل

(١) د. احمد ابوالوفا، المرجع السابق، ص ١٠٤، د. احمد المليجي، المرجع السابق، ص ٣٧٨.

(٢) د. احمد ابوالوفا، المرجع السابق، ص ١٠٤.

(٣) د. محمد محمود ابراهيم، المرجع السابق، ص ٢١٥.

(٤) د. احمد مليجي، المرجع السابق، ص ٣٧٨، د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ٨٦.

(٥) د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ٨٦.

(٦) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٧١، ٧٢، د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ، المرجع السابق، ص ٧٣.

أن يصيب المحكوم عليه من ضرر بسبب النفاذ المعجل<sup>(١)</sup> كما يأخذ في الاعتبار مدى احتمال تأييد الحكم في الاستئناف<sup>(٢)</sup> فهو يوازن بين ما يصيب المحكوم عليه وما يصيب المحكوم له من ضرر فعليه الموازنة بين الضررين<sup>(٣)</sup> وهذا هو فن التوافق بين المصالح المتعارضة الذي يعتبره البعض أرقى أنواع الفن القانوني<sup>(٤)</sup>.

ثانياً: الحالات التي تستند إلى قوة سند الحق المحكوم به :

هذه الحالات تستند إلى قوة سند الحق المحكوم به ، والتي يبني الحكم الابتدائي فيها على سند قوي مما يرجح معه احتمال تأييده إذا طعن فيه وبالتالي يرجح وجود الحق المحكوم به<sup>(٥)</sup> كما أنها وردت على سبيل الحصر، وللقاضي سلطة تقديرية في شمول الحكم بالنفاذ المعجل أو عدم شموله حسب رجحان تأييد الحكم في محكمة الطعن أو عدم رجحانه<sup>(٦)</sup>.

١- الحكم الصادر بتنفيذ الحكم سابق حائز لقوة الأمر المقضي أو مشمولاً بالنفاذ المعجل بدون كفالة أو كان مبنيًا على سند رسمي لم يطعن عليه بالتزوير، حتى ولو كان المحكوم عليه خصماً في الحكم السابق أو طرفاً في السند (م ٢/٢٩٠).

أ- الحكم الصادر بتنفيذ الحكم سابق حائز لقوة الأمر المقضي ويفترض في هذه الحالة هي صدور حكمين الأول حكم نهائي أو مشمول بالنفاذ المعجل بغير كفالة بين خصمين في موضوع ما، ثم يصدر

---

(١) د. وجدي زاغب، المرجع السابق، ص ٨٧، د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ، المرجع السابق ص ٧٣، علي الحديدي، المرجع السابق،

ص ٧٦.

(٢) د. علي الحديدي ص ٧٦، د. عاشور بريك ص ١٧٧.

(٣) د. أحمد مليجي بند ٣٦٦ ص ٣٧٩.

(٤) د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ، ص ٧٣.

(٥) د. وجدي زاغب، ص ٨٧.

(٦) د. فتحي والي، ص ٧٥.

حكم آخر لصالح المحكوم له بين ذات الخصوم لكن في موضوع جديد يتعلق بالموضوع الذي صدر فيه الحكم الأول، فهذا الحكم الأخير يجوز تنفيذه معجلات بحكم المحكمة إذا كان غير نهائي<sup>(١)</sup>، وصورة هذه الحالة نصت عليها م ٣/٢٢٩ إجراءات مدنية إماراتية، ١٩٤ / ب مرافعات كويتي، ويشترط للحكم بالنفاذ المعجل في هذه الحالة ثلاثة شروط كالآتي:

**الشرط الأول: أن يكون الحكم السابق نهائياً أو مشمولاً بالنفاذ المعجل بغير كفالة.** ويقصد بان يكون الحكم السابق نهائياً أي غير قابل للطعن فيه أو طعن فيه فعلاً أو فوات ميعاد الطعن أي حائزاً على قوة الأمر المقضي، أو حكم ابتدائي مشمولاً بالنفاذ المعجل بغير كفالة<sup>(٢)</sup> أي حكم قوي يترجح تأييده أمام محكمة الطعن<sup>(٣)</sup> وعلة ذلك أن يكون الحكم السابق قوي يبرر شمول الحكم الصادر تنفيذاً له بالنفاذ المعجل<sup>(٤)</sup>، فلو كان مشمولاً بالنفاذ المعجل بالكفالة كما في المواد التجارية فلا يجوز تنفيذ الحكم الجديد معجلاً طبقاً للمادة ٢/٢٩٠ وينفذ معجلاً طبقاً للمادة ٦/٢٩٠<sup>(٥)</sup>.

**الشرط الثاني: أن يكون هناك صلة قوية بين الحكمين**

وتعني الصلة هي وجود ارتباط قوي بين الحكم الأول والحكم الثاني<sup>(٦)</sup> وأن يكون الحكم الجديد - الثاني صادراً تنفيذاً للحكم الأول

- 
- (١) د. احمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، ص ٤٥، د. عزمي عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ١٩٨، ص ١٩٩، د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ، المرجع السابق ص ٦٤.
  - (٢) د. عزمي عبدالفتاح ص ١٩٩، د. احمد ابوالوفيا ص ١٩٦، د. وجددي راغب ص ٨٨.
  - (٣) د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، المرجع السابق، ص ٣٧.
  - (٤) د. احمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، ص ٤٥.
  - (٥) د. عزمي عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ١٩٩.
  - (٦) د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، المرجع السابق، ص ٣٧.

السابق ومبنيًا عليه<sup>(١)</sup>، ومن أمثلة هذه الحالة صدور حكم نهائي بالتعويض دون تقدير ثم يصدر حكم جديد بتقدير التعويض<sup>(٢)</sup>، كذلك الحكم الصادر بفسخ العقد ثم يصدر حكم برد المبيع للبائع تنفيذًا للحكم الصادر بفسخ العقد<sup>(٣)</sup>، وكذلك الحكم النهائي الصادر بصحة ونفاذ عقد البيع، ثم يصدر حكم بتسليم المبيع تنفيذًا للحكم الصادر بصحة عقد البيع<sup>(٤)</sup>، وأيضًا صدور حكم بعزل ناظر الوقف ثم يصدر حكم آخر بالزام ناظر الوقف المعزول بتسليم أعيان الوقف<sup>(٥)</sup>.

الشرط الثالث: أن يكون المحكوم عليه في حكم نهائي خصمًا في الخصومة.

وذلك التي صدر فيها الحكم السابق حتي يمكن الاحتجاج عليه بالحكم الجديد<sup>(٦)</sup>، لأن الأحكام لا يحتج بها إلا على من رفعت عليه ولا يقيد الطعن إلا من رفعه وذلك فيما عدا الأحكام الخاصة بالطعون التي ترفع من النيابة العامة<sup>(٧)</sup>.

- (١) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٩٦.
- (٢) د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ٨٨، د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٧٥. طعن رقم ٥٥٩ سنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٥/٢/٢٥ مجموعة المكتب الفني ال ٣٠ ص ٦٤١.
- (٣) د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ٨٨، د. فتحي، المرجع السابق، ص ٧٦، ٧٥.
- (٤) استئناف القاهرة ١٩٥٠/١٢/١٩ المحاماة ٣٢ س، ٦٧٢، ٦٧٣، د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ٨٨، د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٧٦، د. عزمي عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ١٩٩.
- (٥) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٩٧، د. عزمي عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ١٩٩. كذلك راجع حكم محكمة استئناف مصر ٨ ديسمبر ١٩١٩ المجموعة الرسمية س ٢١ عدد ٤١ لدى د. رمزي سيف، مجلة المحاماة، العدد ٣، ٤ سنة ١٩٤٩، هامش ٣٣.
- (٦) د. علي الحديدي، المرجع السابق، ص ٦٥، د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص ٤٦، د. أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، ص ١٣٣، د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ٨٩، د. عزمي عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ١٩٩.
- (٧) حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن " فيما عدا الأحكام الخاصة بالطعون التي ترفع من النيابة لا يفيد من الطعن ألا من رفع عليه، على أنه إذا كان =

ب- الحكم الصادر بناء على سند رسمي لم يطعن فيه بالتزوير:

ويفترض في هذه الحالة صدور حكم ابتدائي بإلزام أحد الخصوم بأداء معين وكان ذلك ثابت في ورقة رسمية ولم يطعن عليها ولو مجرد محض ادعاء بالتزوير وبالتالي يعتبر الحكم الابتدائي مشمولاً بالنفاذ المعجل دون حاجة إلى انتظار إعادة تأكيده أمام محكمة الطعن<sup>(١)</sup> ومثال ذلك صدور حكم بالتعويض استناداً إلى محضر بوليس ثابت فيه مسؤولية المحكوم عليه عن الضرر، ففي هذه الحالة يكون الحكم مشمولاً بالنفاذ المعجل بحكم المحكمة<sup>(٢)</sup>.

=الحكم صادراً في موضوع غير قابل للتجزئة أو في التزام بالتضامن أو في دعوى يوجب القانون فيها اختصاص أشخاص معينين جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه لثناء نظر الطعن المرفوع في الميعاد وإذا رفع الطعن على أحد زملائه منضمماً إليه في طلباته فإن لم يفعل أمرت المحكمة الطاعن باختصامه في الطعن يدل وعلى ما جري به قضاء هذه المحكمة أنه وأن كان الأصل أنه لا يفيد من الطعن إلا رافعه، غير أنه إزاء عدم استساغة تنافر المواقف بين المحكوم عليهم في موضوع غير قابل للتجزئة، أو في التزام بالتضامن، أو في دعوى يوجب القانون اختصاص أشخاص معينين مما لا يحتمل بطبيعته سوي حل واحد يسري عليهم جميعاً، أجاز القانون لمن لم يستعمل من المحكوم عليهم حقه في الطعن أن ينقم فيه إلى من طعن منهم في الميعاد جمعها لشمول المحكوم عليهم بما يحقق وحدة موقفهم جميعاً فيما ينتهي إليه أمر ذلك الحكم بل وألزم القانون المحكمة المنظور أمامه الطعن أن تأمر الطاعن في حالة تخلف سواه من المحكوم عليهم من استعمال حقهم بأن يدخلهم في الطعني بطريقة اختصاصهم ليستكمل صورته الجامعة التي لا معدى عنها لصدور حكم واحد في أمر يتأتى على تعدد الأحكام، فإذا ما تم اختصاص باقي المحكوم عليهم استقام شكل الطعن واكتملت له موجبات مقبولة بما لازمه سريان أثر الطعن في حق جميع الخصوم ومنهم من تم اختصاصهم فيه بعد رفعه، أما إذا امتنع الطاعن عن تنفيذ ما أمرته به المحكمة فلا يكون الطعن قد اكتملت له مقوماته - ويجب علي المحكمة ولو من تلقاء نفسها أن توصي بعدم قبوله (طعن رقم ٣ لسنة ٥٢ جلسة ١٩٨٩/٦/٢٦ مكتب فني ٣٩ ص ١٠٦٣)

(١) د. أحمد خليل، المرجع السابق ص ٥٩.

(٢) المرجع السابق.



ويشترط للحكم بالنفاذ المعجل القضائي في هذه الحالة شروطا ثلاثة كالآتي :

.....الشرط الاول : أن يكون السند الذي صدر بناء عليه الحكم رسميا  
عرفت المادة ١٠/١ من قانون الإثبات المصري السند الرسمي بأنه السند  
الذي يحرره موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ويثبت فيه ما تم  
علي يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود  
سلطته واختصاصه<sup>(١)</sup> وهو ذات ما نصت عليه المادة ٧ من قانون الإثبات  
الإماراتي<sup>(٢)</sup> وينطبق هذا التعريف على المحررات الموثقة وغيرها من  
المحررات الرسمية كمحاضر البوليس والنيابة وعقود الزواج العرفي<sup>(٣)</sup>.

والأصل أن السندات الرسمية تصلح بذاتها سندا تنفيذيا واجب النفاذ  
دون حاجة إلى رفع دعوي لاستصدار حكم بناء على هذا السند متى  
توافرت الشروط اللازمة لإجراء التنفيذ أما إذا لم تتوافر الشروط كان  
يكون الحق الثابت فيها غير معلوم المقدار أو معلق على شرط واقف أو  
غير قابل للتنفيذ الجبري ، ففي هذه الحالة لا بد من الإلتجاء إلى القضاء  
لاستصدار حكم بناء على هذا السند<sup>(٤)</sup> فإذا كان السند الرسمي -  
محررا موثقا فهو في حد ذاته سندا تنفيذيا ولا حاجة لرفع دعوي إلا إذا  
كان معلقا على شرط أو غير معين المقدار مما ينفي صلاحيته كسند تنفيذي  
وفي هذه الحالة يتم رفع دعوي لاستصدار حكم ليؤكد الحق الوارد بالمحرر  
أو يبين مقداره ويكون الحكم بالتبعية سندا تنفيذيا لأن وجود السند

(١) د. علي الخديدي ، المرجع السابق ، ص ٦٥ .

(٢) المادة ٧ من قانون الإثبات لدولة الإمارات العربية المتحدة .

(٣) د. احمد خليل ، المرجع السابق ، ص ٥٩ .

(٤) د. احمد ابوالوفا ص ٩٧ ، د. وجددي راغب ص ٨٩ ، د. علي الخديدي

الرسمي يرجع وجود حق للمحكوم له مما يبرر شمول الحكم بالنفاذ المعجل<sup>(١)</sup>.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه " إنه و أن كانت المحررات الموثقة من السندات التنفيذية المنصوص عليها في المادة ٢٨٠ من قانون المرافعات و تقبل التنفيذ بذاتها، إلا أن الحجية لا تثبت لهذه المحررات، فيجوز للدائن أن يستصدر حكماً بالحق الثابت فيها و يحق للمدين من ناحيته أن يلجأ إلى القضاء للطعن عليها بما يراه على خلاف الأمر في الأحكام الحائزة لحجية الشيء المقضى<sup>(٢)</sup>.

كما قضت محكمة النقض بأبوظبي بأنه " لما كان من المقرر ان النص في المادة ٥٥٢ من قانون الإجراءات المدنية على انه: ١/ لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي اقتضاء لحق محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء ٢/ والسندات التنفيذية هي... ب/ المحررات الموثقة طبقاً للقانون المنظم للتوثيق والتصديق.... ولا يجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة بنص في القانون إلا بموجب صورة من السند التنفيذي عليها صيغة التنفيذ... مفاده أن المشرع جعل المحررات الموثقة من السندات التنفيذية التي يستطيع الدائن بمقتضاها ان يلجأ إلى السلطة المختصة بالتنفيذ لاقتضاء حقه الثابت بالمحرر الموثق من المدين جبراً دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء، على أنه يشترط لكي يعتبر المحرر الموثق سنداً تنفيذياً على هذا النحو أن يتم توثيقه بالشكل الذي رسمه القانون وان يرد هذا التوثيق على التزام يجوز تنفيذه جبراً وان يكون هذا الالتزام محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء<sup>(٣)</sup>.

(١) د. احمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، المرجع السابق، ص ٤٧.  
(٢) الطعن رقم ٠٦٦١ لسنة ٤٠ مكتب فنى ٢٦ صفحة رقم ١١٧٤ بتاريخ ١٠ - ٠٦ - ١٩٧٥

(٣) دائرة القضاء ابوظبي طعن رقم ٥٠٣ لسنة ٢٠١٥ تجارى س ٩ ق جلسة ٢٠١٥ / ١١ / ١٣ مجموعة الأحكام والمبادئ الصادرة من محكمة النقض من دوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية السنة التاسعة ٢٠١٥ م ص ١١٢، ١١٢٧

ومما سبق يثور تساؤل هو هل الحكم الصادر بفسخ عقد رسمي مبني على هذا السند فيجب شموله بالنفاذ المعجل أم لا ؟

لقد ثار خلاف بين شرّاح القانون حول ما إذا كان الحكم الذي يقضي بفسخ عقد رسمي يعتبر مبنياً عليه أم لا، فذهب رأي إلي أن الحكم الصادر بفسخ عقد رسمي يعتبر مبنياً على العقد لأن الحكم الصادر بفسخ العقد الرسمي إنما هو تنفيذ للشرط الفاسخ فيه سواء كان الشرط صريحاً أم ضمناً وبالتالي يكون الحكم الصادر بفسخ العقد الرسمي مبنياً عليه ويجوز شموله بالنفاذ المعجل<sup>(١)</sup>

وذهب رأي راجح إلي أن الحكم الصادر بفسخ العقد الرسمي لا يعد مبنياً على هذا السند وبالتالي لا يجوز شموله بالنفاذ المعجل إلا إذا قضى بتنفيذ الالتزام الثابت فيه<sup>(٢)</sup> والحكم القاضي بتنفيذ الالتزام الثابت في السند هو الحكم المبنى على سند رسمي<sup>(٣)</sup>، كما أن الحكم الصادر بالفسخ مبني على وقائع خارجه عن السند الرسمي<sup>(٤)</sup> وهذه الوقائع تفيد عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه، ولا يمكن اعتبار السند دليلاً على ثبوتها ولو تضمن شرطاً فاسخاً صريحاً<sup>(٥)</sup> فتنسب هذه الوقائع إلي أحد المتعاقدين ولا يشهد السند على ثبوتها أو صحتها<sup>(٦)</sup> بالإضافة إلي أن السبب الذي بني عليه النفاذ المعجل ينقضي في حالة الحكم بالفسخ<sup>(٧)</sup>.

(١) د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ٨٩، د. أحمد هندي، أصول التنفيذ

الجبري، المرجع السابق، ص ٤٧

(٢) د. رمزي سيف، مجلة المحاماة، المرجع السابق

(٣) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٧٦، د. أحمد أبو الوفا، المرجع

السابق، ص ٩٨. فالحكم بالزام المشتري بعقد رسمي يدفع الثمن هو حكم

بأمر ثابت في السند ويشهد هذا السند عليه. د. رمزي سيف مجلة المحاماة.

(٤) د. محمد عيد الخالق عمر، المرجع السابق، بند ١٦٦ ص ١٩٥.

(٥) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٧٧، د. أحمد هندي، أصول التنفيذ

الجبري المرجع السابق، ص ٤٨

(٦) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٩٨، د. أحمد ماهر زغلول، المرجع

السابق، هامش ٢ ص ١٣٤.

(٧) د. أحمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، المرجع السابق، ص ٤٨.

ويذهب رأي ثالث إلى أنه يجب التفرقة بين وجود شرط فاسخ صراحة في العقد الرسمي وبين تخلفه، فإذا وجد شرط فاسخ صريح فإن الحكم الصادر بالفسخ يكون مبنياً على السند الرسمي ويجوز شموله بالنفاذ المعجل، وفي حالة عدم وجود شرط فاسخ صريح في العقد فإن الحكم الصادر بالفسخ لا يكون مبنياً على السند الرسمي لأنه منشأ لحالة قانونية جديدة<sup>(١)</sup> بالإضافة إلى أن الحكم بالفسخ لا يكون قابلاً للتنفيذ الجبري إلا إذا تم إعادة الحال إلى ما كان عليه<sup>(٢)</sup>.

ويرى البعض مما نؤيده أن هذا الخلاف الفقهي لا أهمية له في ظل وجود السلطة التقديرية الواسعة للقاضي في شمول الحكم بالنفاذ المعجل حيث يأمر به ولو لم تتوافر هذه الحالة متى توافرت حالة الاستعجال طبقاً للمادة ٦/٢٩٠ مرافعات مضرري<sup>(٣)</sup> أضف إلى ذلك أن حكم الفسخ من الأحكام المنشئة وليس من الأحكام الصادرة بالزام وبالتالي ليس له تأثير مباشرة على التنفيذ الجبري<sup>(٤)</sup>.

**الشرط الثاني:** ألا يكون المحكوم عليه قد طعن بالتزوير على السند الرسمي. ويعني ذلك إلا يكون السند الذي بني عليه الحكم بالتزوير من قبل المحكوم عليه، وعله ذلك أن مجرد الادعاء بالتزوير ولو لم يصدر حكم يزعم الثقة في السند الرسمي<sup>(٥)</sup> أضف إلى ذلك أن الادعاء بالتزوير في المحرر الرسمي يؤدي إلى احتمال إلغاء الورقة وانعدام قيمتها كورقة

(١) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٧٧، د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ٨٩، ٩٠.

(٢) د. علي عبد الحميد تركي، المرجع السابق ص ١٧٥.

(٣) د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ٩٠.

(٤) د. احمد خليل هامش، المرجع السابق، ص ٦٠.

(٥) د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ٩٠، د. احمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، المرجع السابق، ص ٤٨، د. علي عبد الحميد تركي، شرح إجراءات التنفيذ الجبري، المرجع السابق، ص ١٧٤.

رسمية لها حجية فى الإثبات<sup>(١)</sup> وتطبيق لذلك قضى بأن الطعن فى السند بالتزوير يمنع من شمول الحكم بالمبلغ الوارد به بالنفاذ المعجل<sup>(٢)</sup> . ويرى البعض أن مجرد الادعاء بالتزوير يكفى ولو حكم برفض الادعاء<sup>(٣)</sup> إلا إذا حكم بسقوط حق المدعى بالتزوير فى ادعائه وفقا للمادة ٤٩ من قانون الإثبات فإن الادعاء بالتزوير لا يكون له أثر<sup>(٤)</sup> ، وكذلك مجرد إنكار الخط أو الإمضاء أو المنازعة فى صحة السند أو فى تفسيره غير كاف<sup>(٥)</sup> .

الشروط الثالث: أن يكون المحكوم عليه طرفا فى السند الرسمي<sup>(٦)</sup>

ويقصد بذلك أن يكون المحكوم عليه طرفا فى الورقة الرسمية ولو كان خلفا عام أو خاص<sup>(٧)</sup> وإذا لم يكن المحكوم عليه طرفا فى السند تطبق نص المادة ٦/٢٩٠ مرافعات مصري<sup>(٨)</sup>

٢- إذا كان الحكم مبني على إقرار المحكوم عليه بنشأة الالتزام :

يقصد بهذه الحالة أن يكون المحكوم عليه أقر قضائيا بنشأة الالتزام الثابت فى السند - العقد الذى أثبتته الحكم كأن يرب بوجود العقد وصحته<sup>(٩)</sup> لأن الإقرار له من الأهمية بمكان فى المجال الإجرائي<sup>(١٠)</sup> فهو

(١) د. فتحي والى، المرجع السابق، ص ٧٧ .

(٢) حكم استئناف أسبوط ١٣ يونيو ١٩٢٩ المحاماة ١٠ - ١٥٩ .

(٣) د. احمد هندي، أصول التنفيذ الجبري المرجع السابق، ص ٤٨، د. فتحي والى، المرجع السابق، ص ٧٧ .

(٤) د. فتحي والى، المرجع السابق، هامش ٣ ص ٧٧ .

(٥) د. عزمى عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ٢٠١، استئناف ٣٠ يونيو ١٩٣٦، ١٧ - ٣٨ - ١٥٥ لدي د. فتحي والى، المرجع السابق، ص ٧٧ .

(٦) د. أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، ص ١٣٤ .

(٧) د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ، المرجع السابق، ص ٦٦، د. فتحي والى، المرجع السابق، ص ١٧٦، د. احمد خليل، المرجع السابق، ص ٦٠، د. احمد هندي، المرجع السابق، ص ٤٨ .

(٨) د. عزمى عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ٢٠١ .

(٩) د. أسامه شوقى المليجي، المرجع السابق، ص ٧٣ .

(١٠) د. احمد هندي، أصول التنفيذ الجبري المرجع السابق، ص ٤٢ .

يرجح احتمال وجود الحق ومنبر للنفذ المعجل للحكم<sup>(١)</sup> ولكنه لا يقر ببقاء الالتزام في ذمته بل ينازع في بقاء الالتزام المترتب على العقد<sup>(٢)</sup> فيدعي انقضائه<sup>(٣)</sup> بالوفاء أو الإبراء أو التقادم أو المقاصة<sup>(٤)</sup> وبالتالي إذا أقر المحكوم عليه بأصل الالتزام كان الحكم مشمولاً بالنفذ المعجل ولو نازع في بقاء الالتزام وادعى انقضائه بالوفاء أو الإبراء أو التقادم أو الفسخ<sup>(٥)</sup> وإعمالاً لذلك قضى بأن النزاع في بقاء الالتزام بعد الاعتراف به اعتباره قائماً<sup>(٦)</sup> فهو ينازع في بقاء الالتزام<sup>(٧)</sup>.

لأنه إذا أقر ببقاء الالتزام في ذمته ولم ينازع فيه غير مسلماً بطلبات خصمه مما يعد قبول للحكم الصادر في الدعوى فيكون الحكم نهائياً غير قابل للطعن فيه - حائز لقوة الأمر المقضي ولا حاجة لشموله بالنفذ المعجل وتطبق عليه القواعد العامة في التنفيذ<sup>(٨)</sup> لأن المحكوم عليه قد اسقط حقه في الطعن على هذا الإجراء<sup>(٩)</sup> ويشترط للحكم بالنفذ المعجل طبقاً لهذه الحالة شروط ثلاثة كالآتي:

- (١) د. أحمد خليل، المرجع السابق، ص ٦٢، د. عزمي عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ٢٠١.
- (٢) د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ٩٢.
- (٣) د. أحمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، المرجع السابق، ص ٤٣.
- (٤) د. أحمد ابوالوفا ص ٩٥، استئناف مصري ١٧ يونيو ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٥٢٨.
- (٥) حكم محكمة الاستئناف القاهرة جلسة ١٩٦٢/٢/٢٦ المجموعة الرسمية السنة ٦٠ ع طعن رقم ٣٤٨ لسنة ٤٩ ق تجاري المحاماة ١٤، ١٢٣٨ - ١٢٨، كذلك محمد محمود إبراهيم ص ٢٠٨.
- (٦) د. أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، ص ١٣٥.
- (٧) د. أحمد خليل، المرجع السابق، هامش ٣ ص ٦٢، د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ٩٢، د. عيد القصاص، المرجع السابق، ص ٢٢٣، د. أحمد ابوالوفا، المرجع السابق، ص ٩٥، د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٧٩.
- (٨) د. عاشور مبروك، المرجع السابق، ص
- (٩) د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، المرجع السابق، ص ٣٦.

**الشرط الأول: إقرار المحكوم عليه بنشأة الالتزام والادعاء بالتقصانه**

إذا أقر المحكوم عليه بنشأة الالتزام ونازع في بقاءه جاز شمول الحكم بالنفاذ المعجل طبقاً للمادة ٣/٢٩٠<sup>(١)</sup> ولا يعتبر المحكوم عليه مقرر للالتزام إذا اعترف بوجود الورقة العرفية المثبتة للعقد بصدر الالتزام، وأقر بالتوقيع عليها أيا كان نوع التوقيع ولكنه تمسك ببطلان العقد للإكراه أو الغلط أو نقص الأهلية أو خلص في الورقة بإنكار التوقيع أو الادعاء بالتزوير<sup>(٢)</sup> فإذا طوّل المستأجر بالأجرة فدفع الدعوي بأنه لم يتنفع بالعين المؤجرة فإن هذا الدفع إنكار للالتزام بدفع الأجرة فلا يجوز الأمر بالنفاذ المعجل<sup>(٣)</sup>.

وتطبيقاً لذلك قضي بأنه " يكفي للحكم بالتنفيذ المؤقت الاعتراف بالالتزام الأصلي الذي نشأت عنه العلاقة القانونية التي ترتب عليها الحكم في الدعوي مثل الاعتراف بعقد البيع الذي ترتب على الحكم بفسخه ورد الثمن<sup>(٤)</sup> .....

**الشرط الثاني: إقرار المحكوم عليه أمام القضاء**

يجوز شمول الحكم بالنفاذ المعجل بحكم المحكمة إذا أقر المحكوم عليه بنشأة الالتزام صحيحاً أيا كان مصدر الالتزام ولو نازع المحكوم عليه في نطاق هذا الالتزام أو أدعي انقضائه<sup>(٥)</sup> لأن الإقرار حجه على المقر يأخذ بها القاضي بالنسبة إلى من أقر بها، فاستخلاص الإقرار بالحق أو نفيه من سلطة محكمة الموضوع متى كان سائغاً<sup>(٦)</sup> ولا يشترط في الإقرار شكل

(١) د. عزمي عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ٢٠٤.

(٢) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٧٨.

(٣) د. فتحي والي، هامش، المرجع السابق، ص ١٧٨.

(٤) استئناف ١٩٩٣/٨/٢، المحاماة ٤ - ٢٥٢ - ١٨٢.

(٥) د. علي الحديدوي، المرجع السابق، ص ٦٣، د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ٩٢.

(٦) الطعن رقم ٤٣٧ لسنة ٢٠١٥ س ٩ ق. أ. تجاري جلسة ٢٠١٥/١٠/٢١ دائرة القضاء بأبوظبي، المكتب الفني، مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من الدوائر المدنية والتجارية والإدارية.

معين فقد يكون شفوياً أو في مذكرة صراحة أو ضمناً يستفاد من وقائع الدعوي ومسلك المحكوم عليه فيها<sup>(١)</sup> كان يقتصر المدعي عليه على إبداء وسائل دفاع الغرض منها التهرب من التزامه<sup>(٢)</sup> والتخلص من الخصومة بغير حكم في موضوعها<sup>(٣)</sup>.

وهنا يثور تساؤل هو ما هي طبيعة الإقرار المحكوم عليه وهل يعتد بالإقرار في خصومة سابقة؟

اختلف شرع القانون في تلك المسألة وانقسموا إلي عدة آراء فذهب الرأي الأول إلي إقرار المحكوم عليه قضائياً أي أمام جهة القضاء<sup>(٤)</sup> وأن يكون الإقرار أثناء الخصومة التي صدر فيها الحكم فإن كان الإقرار في خصومة سابقة لا يعتبر إقرار قضائي ولا يجوز شمول الحكم بالنفاذ المعجل إن استند إلي إقرار غير قضائي<sup>(٥)</sup>.

وما يؤكد ذلك ما قيل بأن الإقرار القضائي في خصومة سابقة لا يعتبر إقراراً قضائياً في خصومة لاحقة ولو كانت بين نفس الخصوم وذات الواقعة<sup>(٦)</sup> وما يعزز ذلك ما نصت عليه المادة ١٠٣ (إثبات مصري)<sup>(٧)</sup>.

(١) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٧٩، د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٩٤، د. أسامة المليجي، المرجع السابق، ص ٧٥، د. عزمي عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ٢٠٢، د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٠٧.

(٢) د. أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، ص ١٣٦، د. علي الحديدي، المرجع السابق، ص ١٦٢، د. أحمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، المرجع السابق، ص ٤٤.

(٣) د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ، المرجع السابق، ص ٦٨.  
(٤) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٩٤، د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٠٧، د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ٩٢.

(٥) د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ٩٢ وللزميد انظر د. أحمد هندي، أصول التنفيذ الجبري المرجع السابق، ص ٤٤.

(٦) د. عبدالرازق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، ج ١ بند ٧٣٢، سنة ١٩٦٦ ص ٦٨١.

(٧) المادة ١٠٣ إثبات مصري تنص على أن الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعي بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوي المتعلقة بهذه الواقعة.



وتطبيقاً لذلك قضي بأن "الإقرار إذا صدر أمام القضاء في دعوي متعلقة بالواقعة التي حصل عنها الإقرار هو إقرار قضائي حجة على المقرر وعلى القاضي أن يأخذ به ويحكم بمقتضاه أما الإقرار الذي صدر في دعوي أخرى لا تتعلق بموضوع الإقرار فلا يعتبر إقرار قضائياً ويخضع لتقدير القاضي فله أن يأخذ به كدليل أو لا يأخذ به أصلاً حسب تقدير الظروف التي صدر فيها"<sup>(١)</sup>.

وذهب رأي ثانٍ إلى أن الإقرار يكون قضائياً أمام جهة القضاء وإذا لم يكن كذلك يكون موثقاً أي مصدقاً عليه أمام مكتب التوثيق لأن الإقرار الموثق يعادل الإقرار القضائي ويجوز شمول الحكم بالتنفيذ المعجل ويندر في هذه الحالة الإقرار غير القضائي طالما اعتبرته المحكمة دليلاً كاملاً وليس مجرد قرينة أو مبدأ بثبوت بالكتابة<sup>(٢)</sup>.

وذهب رأي ثالث أن الإقرار قضائياً ولا يشترط أن يكون الإقرار حدث أثناء الخصومة التي انتهت بالحكم المشمول بالتنفيذ المعجل ويكفي أن يكون الإقرار حدث في خصومة سابقة<sup>(٣)</sup>.

ويرى الباحث أن هذا الخلاف الفقهي لا محل له على الإطلاق هنا وأن الإقرار يكون قضائياً أو غير قضائياً وطالما أن المحكوم عليه أقر بنشأة الالتزام فلا يهم طبيعة الإقرار قضائياً أو غير قضائياً وسواء الإقرار أثناء خصومة انتهت بالحكم المشمول بالتنفيذ المعجل أو ف خصومة سابقة ولا داعي لتوثيق الإقرار منعاً من تعطيل الإجراءات وتعقيدها، وتمشياً مع السرعة والمرونة التي خولها المشرع للقاضي الأمر بالتنفيذ المعجل من

(١) طعن رقم ٦٠ لسنة ٥٥ ق مكتب فني ٣٧ ص ٥٩٥ جلسة ١٩٨٦/٥/٢٧

مناخ علي [www.lowjo.net](http://www.lowjo.net)

(٢) د. عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ٢٠٢

(٣) د. فتحي والي ص ٧٩ والحكم المشار إليه محكمة القاهرة الابتدائية

١٩٦٢/١٢/٤ القضية رقم ٤٦٧ لسنة ١٩٦١ غير منشور انظر كذلك د.

طلعت دويدار هامش ٤، ص ٦٧.

علمه<sup>(١)</sup>، فالعبارة بإقرار المحكوم عليه بنشأة الالتزام صحيحا دون اعتداد بطبيعة الإقرار<sup>(٢)</sup>، بالإضافة إلى أن عبارة المشرع جاءت عامة ويجب الأخذ بعموم النص فيكون الإقرار قضائي أو غير قضائي ولو أورد المشرع التخصيص لنص على أن الإقرار يكون قضائي<sup>(٣)</sup>.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن: الإقرار قضائي أو غير قضائي يتضمن نزول المقر عن حقه في مظالبة خصمه بإثبات ما يدعيه وهو تصرف قانوني من جانب واحد، فيشترط لصحة ما يشترط لسائر التصرفات القانونية فيجب أن يكون صادر عن إرادة غير مشوبة بأي عيب من عيوب الإرادة فإذا شابة الإقرار غلط كان باطلا وحق للمقرر الرجوع فيه<sup>(٤)</sup>.

٢- الحكم الصادر بناء على سند عرقي لم يجهده المحكوم عليه (م/٤٧٩٠).  
إذا كان موضوع الدعوى مبنيا على سند غير رسمي لا منازعة فيه فيه جاز للمحكمة شمول الحكم بالنفاذ المعجل، والأمر بالتنفيذ الموقت متروك للسلطة التقديرية للقاضي ولا تملك محكمة النقض مساءلته عما استقر عليه رايه في ذلك<sup>(٥)</sup>.

(١) د. أحمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، المرجع السابق ص ٤٤.

(٢) د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، المرجع السابق، ص ٣٦، د. أحمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، المرجع السابق، ص ٤٤، أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، ص ١٣٥.

(٣) أحمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، المرجع السابق، ص ٤٤.

(٤) طعن رقم ٢٧ لسنة ٣٣ ق مكتب فني ١٨ ص ١٥٦ جلسة ١٩٦٧/١/١٩،

طعن رقم ٧٢ لسنة ٣٥ مكتب فني ٢٠ ص ٤٠٤ جلسة ١٩٦٩/٣/١١

انظر في ذلك الموقع الإلكتروني الأتي : [www.lowjo.net](http://www.lowjo.net)

(٥) طعن رقم ٤ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٨/٤/٢١ انظر في ذلك المستشار / سعيد

أحمد شعلة، قضاء النقض في التنفيذ والحجز، مجموعة القواعد القانونية

التلى قررتها محكمة النقض خلال خمسة وستين عاما من ١٩٣١ - ١٩٩٥،

منشأة المعارف بالاسكندرية، سنة ١٩٩٧ ص ٤١

... ويفترض في هذه الحالة ثلاثة فروض كالآتي:

**الفرض الأول:** أن يكون الحكم الصادر مبني على ورقة عرفية .  
فإذا كان الحكم مبني على ورقة رسمية أو أسباب أخرى فلا تتوافر شروط النفاذ المعجل الواردة في المادة ٤/٢٩٠<sup>(١)</sup> والورقة العرفية طبقاً للمادة ١٠ من قانون الإثبات هي كل محرر لم يكتسب صفة الرسمية، أي لم يحررها موظف عام أو شخص تعلق بخدمة عامة وتم توقيعها من ذوي الشأن بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصحابهم والورقة العرفية قد تكون إيصال بالدين أو عقد ابتدائي<sup>(٢)</sup> .

**الفرض الثاني:** أن يكون المحكوم عليه طرفاً في السند العرفي :  
يتعين أن يكون أحد أطراف الورقة المحكوم عليه<sup>(٣)</sup> أو خلفه حتى يكون الحكم الصادر بناء على الورقة العرفية مشمولاً بالنفاذ المعجل طبقاً للمادة ٤/٢٩٠<sup>(٤)</sup> ويكون السند العرفي قرينة تدعم الحكم الذي يبني على هذا السند<sup>(٥)</sup> .

**الفرض الثالث:** عدم وجود المحكوم عليه الورقة العرفية :  
يقصد بهذا الشرط عدم انكار المحكوم عليه لما هو نسب إليه على الورقة العرفية من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة<sup>(٦)</sup> ، وبمعنى آخر عدم نفي

- 
- (١) د. عزمي عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ٢٩٣ .
  - (٢) د. أسامة المليجي، المرجع السابق، ص ٧٦، د. عزمي عبدالفتاح المرجع السابق الإشارة السابقة
  - (٣) د. احمد ماهر زغلول، المرجع السابق، ص ١٣٦، د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية المرجع السابق ص ٢٨ .
  - (٤) د. أسامة المليجي، المرجع السابق، ص ٧٦ .
  - (٥) د. احمد هندي، اصول التنفيذ الجبري، المرجع السابق، ص ٤٩، د. عزمي عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ٢٠٣ .
  - (٦) د. احمد مليجي، المرجع السابق، ص ٣٨٩، د. أسامة المليجي، المرجع السابق، ص ٧٧، د. احمد هندي، المرجع السابق، ص ٤٩ .

المحكوم عليه كتابة للورقة أو توقيعها<sup>(١)</sup> أما الخلف العام أو الخاص للمحكوم عليه فيكتفي أن يخلف بين يديه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة صادرة عن سلفه<sup>(٢)</sup>.

ويعتبر الإنكار أو الادعاء بالتزوير جحود<sup>(٣)</sup> يهدم قوة الورقة العرفية في الإثبات فلا يجوز شمول الحكم بالنفاذ المعجل<sup>(٤)</sup> أما عدم الإنكار للورقة العرفية يعطيها قوة في الإثبات مما يرجح وجود الحق<sup>(٥)</sup> فيكون الحكم قوي واحتمال الغاؤه في الاستئناف ضعيف مما يبرر شمول الحكم بالنفاذ المعجل<sup>(٦)</sup>.

ولا تعتبر الورقة مجحوده في الحالات التالية على سبيل المثال :

- إذا حكم بصحة الورقة في دعوي سابقة وحاز الحكم قوة الأمر المقضي وصدر حكم في دعوي أخرى على ذات المحكوم عليه واستند هذا الحكم إلى ذات الورقة وبالتالي فلا جحود ويطبق هذا الشرط فيكون الحكم مشمول بالنفاذ المعجل بحكم المحكمة طبقاً للمادة ٤/٢٩٠<sup>(٧)</sup>.

- إذا كان التوقيع على السند العرفي موثقاً فلا يؤثر إنكار المحكوم عليه على قوة الورقة في الإثبات<sup>(٨)</sup>.

- (١) د. أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، ص ١٣٦
- (٢) د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ٩١، د. أحمد مليجي، المرجع السابق، ص ٣٨٩، كذلك د. أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، هامش ٣ ص ١٣٦، انظر كذلك م ٢/٢٤ من قانون الإثبات المصري
- (٣) د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٠٨.
- (٤) د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ، المرجع السابق، ص ٦٩، د. مجدي راغب، المرجع السابق، ص ٩١، د. علي أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص ٥٧.
- (٥) د. أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، ص ١٣٧.
- (٦) د. نبيل عمر، المرجع السابق، ص ٣٨.
- (٧) د. أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص ١٠١.
- (٨) د. وجدي راغب ص ٩٠، د. أحمد مليجي ص ٣٩٠، د. عزمي عبد الفتاح ص ٢٠٤ استئناف مصر جلسة ١٩٧٣/٦/١٠ مجلة المحاماة العدد ١٤ ص ٢٣٨

- فسخ العقد لا يعتبر جحود لان الفسخ يفيد صدور العقد<sup>(١)</sup>
- عدم نفى المحكوم عليه لكتابة الورقة أو توقيعه عليها بالختم أو الإمضاء أو البصمة<sup>(٢)</sup> وإقراره بصحة الورقة صراحة أو ضمناً بمناقشة موضوعها<sup>(٣)</sup> وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض فى حكم لها أن من احتج عليه بمحرر عرفى وناقش موضوعه فان ذلك يعد تسليمًا منه بصحة التوقيع عليه ونسبته إلى من وقعه والدفع بالجهالة صورة من صور الإنكار<sup>(٤)</sup>.

(١) استئناف طنطا فى جلسة ١٧/٦/١٩٥٨ س ٥٦، ص ١١٩ لدى د. عبدالعزيز خليل ابراهيم بدوى، قواعد واجراءات التنفيذ الجبرى والتحفظ فى قانون المرافعات، دار الفكر العربى، سنة ١٩٨٠، ص ٧٥

(٢) د. احمد ماهر زغلول، المرجع السابق، ص ١٣٦.

(٣) د. وجدي راغب ص ٩١، وقضى بان النص فى المادة ٣/٣٤ من قانون الإثبات على أن من احتج عليه بمحرر عرفى وناقش موضوعه لا يقبل منه إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة فمناقشة الموضوع تفيد التسليم بصحة نسبة الإمضاء أو البصمة لمن يشهد عليه المحرر - طعن رقم ١٤٨ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٨/٥/٢٣ مكتب فنى ٢٩ ص ١٢٧٩ متاح على [www.Lawho.net](http://www.Lawho.net)

كما قضى بان النص فى الفقرة الثالثة من المادة ١٤ من قانون الإثبات على أن "من احتج عليه بمحرر عرفى وناقش موضوعه لا يقبل منه إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة الأصعب. و على ما أوضحته المذكرة الإيضاحية لهذا القانون يدل على أن المناقشة المعنية بهذا النص هى المناقشة التى تفيد التسليم بصحة نسبة الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة لمن يشهد عليه المحرر، وإذ كان دفاع الطاعن أمام محكمة أول درجة قد اقتصر على التمسك بأن السند الإذنى المنسوب له غير صحيح و مزور و ليست هناك معاملات مالية أو تجارية بين الطرفين، ثم ردد الطاعن هذا الدفاع بطلب قدمه لإعادة الدعوى للمرافعة للطعن بالإنكار أرفق به أوراقاً للمضاهاه لتأييده - كما تمسك بهذا الطعن و دلل عليه تفصيلاً فى صحيفة الاستئناف، و كان ما أبداه الطاعن من ذلك الدفاع لا يفيد التسليم بصحة نسبة الورقة له، و كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر فإنه يكون قد خالف القانون و أخطأ فى تطبيقه و تأويله.

الطعن رقم ٢١١٧ لسنة ٥٣ مكتب فنى ٣٨ صفحة رقم ٧٩٨ بتاريخ ٠٩ -

١٩٨٧ - ٠٦

(٤) طعن رقم ١٠٢٩ لسنة ٥١ ق مكتب فنى ٣٨ ص ٦١٢ جلسة ٢٦/٤/١٩٨٧

متاح على [www.Lawjo.net](http://www.Lawjo.net).

- ادعاء المحكوم عليه بأنه وقع على الورقة دون العلم بمضمونها<sup>(١)</sup> وكذلك المنازعة في تفسير بنود السند العرفي<sup>(٢)</sup> لا تعتبر جحود طالما لم يتخذ طريق الطعن بالتزوير على الورقة ويكفى الاعتراف بتوقيعه على الورقة العرفية<sup>(٣)</sup>.

- قول المدعى عليه انه مستعد للإنكار ولم ينكر السند فعلا<sup>(٤)</sup> وطالما توافر عدم الجحود فانه يجوز الحكم بالنفاذ المعجل ولو كان المحكوم عليه قد طعن في التصرف القانوني بالبطلان لأي سبب من أسبابه<sup>(٥)</sup>.

ويقصد بالشرط الثالث من الحالة الرابعة (٤ / ٢٩٠) من حالات النفاذ المعجل القضائي اتخاذ المحكوم عليه موقف سلبي وهو عدم إنكار ما نسب إليه على الورقة من كتابة أو توقيع . ولم يشترط المشرع اتخاذ موقف ايجابي بان يقر المحكوم عليه بصحة الورقة ونسبتها إليه صراحة أو ضمناً<sup>(٦)</sup> وهذا لا يتحقق إلا بعلم المحكوم عليه بالسند مما يثور تساؤل هو هل الحكم المبني على سند عرفي لم يحدده المحكوم عليه مشمولاً بالنفاذ المعجل ولو اشار المدعى إلى السند في صحيفة دعواه ولم يحضر المحكوم عليه الجلسات؟ اختلف شراح القانون في تلك المسألة فذهب رأى إلى انه إذا اشار المدعى إلى السند العرفي في صحيفة دعواه ولم يحضر المحكوم عليه إحدى الجلسات كان الحكم مبني على سند عرفي لم يحدده المحكوم عليه ويجوز

(١) د. احمد هندي، اصول التنفيذ الجبري، المرجع السابق، ص ٥١، د. احمد

ماهر زغلول، المرجع السابق، هامش ٣ ص ١٣٧

(٢) استئناف مصر ١٦/١٢/١٩٢٩ - المحاماة ١٠ ص ١٤٩

(٣) د. عبدالعزیز خليل ابراهيم بديوي، المرجع السابق، ص ٧٥

(٤) د. احمد هندي، اصول التنفيذ الجبري، المرجع السابق، ص ٥٠ والحكم المشار

إليه استئناف مصر ٢٠/١٢/١٩٣٩، المحاماة السنة ٢٠ ص ٣٠٤

(٥) استئناف مصر ١٠ نوفمبر ١٩٢٩ - المحاماة ٧ - ٤٧٢ - ٣٢٤، د. محمد

محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٠٨، د. فتحي والي، المرجع السابق،

ص ٩٠

(٦) د. احمد هندي، اصول التنفيذ الجبري، المرجع السابق، ص ٤٩

شموله بالنفاذ المعجل<sup>(١)</sup> ، وإذا لم يشر المدعى في صحيفة الدعوى ولم يحضر الجلسات فإن الحكم غير مبني على سند عرفي لم يجده المحكوم عليه لأن ذلك يؤول على عدم علم المحكوم عليه بأن المدعى بنى دعواه على هذا السند<sup>(٢)</sup> ، حيث أن عدم الجحود يفترض العلم بالشئ<sup>(٣)</sup> .  
بينما ذهب رأى آخر إلى أن الحكم بنى على سند عرفي سواء أشار المدعى في صحيفة الدعوى عن السند أم لا<sup>(٤)</sup> .

وقد ذهب جمهور الفقه مما نؤيده بالأخذ بالرأى الأول لان عدم الجحود ليس مجرد واقعة قانونية محضة بل عمل قانوني سلبي والعمل القانوني السلبي شأنه شأن العمل القانوني الايجابي يقوم على الإرادة ولا يمكن أن تنسب إلى المحكوم عليه إرادة عدم الجحود إذا كان لم يصل إلى علمه محل هذه الإرادة وهي الورقة العرفية<sup>(٥)</sup> . أما لو سكت المحكوم عليه بعد علمه فإن ذلك يؤول على عدم الجحود<sup>(٦)</sup> ، فإذا لم يسكت كان يكون قد حضر وانكر السند فالسند مجحود ولا تطبق المادة ٤/٢٩٠<sup>(٧)</sup> .  
وإذا كان الحكم صادر لمصلحة طالب التنفيذ في منازعة متعلقة به (٥/٢٩٠) .

نصت المادة ٥/٢٩٠ مرافعات مصري على انه " .... إذا كان الحكم صادر لمصلحة طالب التنفيذ في منازعة متعلقة به " ، وهي ذات ما نصت عليه المادة ٤/٢٢٩ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي<sup>(٨)</sup> ، ويفترض في

---

(١) د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٠٩ ، د. احمد هندي، المرجع السابق، ص ٥٠ .

(٢) د. عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ٢٠٤ .

(٣) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٨٠ .

(٤) د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٠٩ ، د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٨٠ .

(٥) د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢١٠ ، د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٨٠ ، ص ٨١ .

(٦) د. احمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، المرجع السابق، ص ٥١ ، د. احمد ابو الوفاء، المرجع السابق، ص ١٠٠ .

(٧) د. عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ٢٠٤ .

(٨) وهذه المادة تقابل المادة ١٩٤/ج من قانون المرافعات المدنية و التجارية الكويتي

هذه الحالة أن المحكوم له - الدائن معه سنداً تنفيذياً وشرع في التنفيذ بموجبه لكي يقتض الحق الذي ضمنه السند، ثم ثارت منازعة موضوعية متعلقة بالتنفيذ أدت إلي وقفه<sup>(١)</sup> فإذا صدر حكم في هذه المنازعة منهي للخصومة لمصلحة طالب التنفيذ سواء الحكم برفض الدعوي أو عدم القبول أو عدم الاختصاص أو سقوط الخصومة أو تركها أو بطلان الصحيفة أو اعتبار الدعوي كأن لم تكن أو غيرها من صور إنهاء الدعوي دون الحكم في موضوعها فإنه يكون الحكم مشمولاً بالتنفيذ المعجل بالاستمرار في التنفيذ الذي تم وقفه من قبل<sup>(٢)</sup> لأن المحكوم له معه سنداً تنفيذياً ولكن وقف فاعليته بسبب المنازعة الموضوعية فيكون الحكم الابتدائي الصادر بالاستمرار في التنفيذ مشمولاً بالتنفيذ المعجل<sup>(٣)</sup>.

وتتعلق هذه الحالة بمنازعات التنفيذ الموضوعية<sup>(٤)</sup>،<sup>(٥)</sup>، ومن أمثلة المنازعات الموضوعية دعوي الاستحقاق الفرعية للعقار كأن يرفع الغير

- (١) د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ٨٧، د. أسامة المليجي، المرجع السابق، ص ٧٩
- (٢) د. أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، ص ٢٨، د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص ٥٢، د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٨١، د. وجدي راغب ص ٨٧، د. أسامة المليجي، المرجع السابق، ص ٧٩.
- (٣) د. عزمي عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ٢٥٥، د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٨١، د. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص ٥٩.
- (٤) د. عزمي عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ٢٥٥، د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ٨٧، د. أسامة المليجي، المرجع السابق، ص ٧٩.
- (٥) والمنازعة الموضوعية هي تلك التي يطلب فيها الخصم الحكم بما يحسم النزاع في أصل الحق، أما المنازعة الوقتية هي التي يطلب فيها اتخاذ إجراء وقتي بما لا يمس أصل الحق الذي يتناضل الخصوم بشأنه. طعن رقم ١٣٩١ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٣/١/١٩٨٩ انظر في ذلك المستشار / سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض في التنفيذ والحجز، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض خلال خمسة وستين عاماً من ١٩٣١ - ١٩٩٥، المرجع السابق، ص ٣٥٧، وكذلك انظر نقض مدني فقرة رقم ١ من الطعن رقم ٨١ لسنة ٤٥ مكتب فني ٢٩ صفحة رقم ١٠٥٥ بتاريخ ١٣ - ٥٤ - ١٩٧٨ متاح على <http://kenanaonline.com/basune1>



دعوي يطلب فيها بطلان إجراءات التنفيذ مع طلب استحقاق العقار المحجوز عليه أو بعضه<sup>(١)</sup> ، الحكم الصادر في الاعتراض على قائمة شروط المبيع في التنفيذ على العقار<sup>(٢)</sup> .

ويستثنى من هذه الحالة الأحكام الصادرة في منازعات التنفيذ الوقتية فهي احكام وقتية صادرة من قاضى التنفيذ بوصفه قاضيا للأمور المستعجلة تكون مشموله بالنفاذ المعجل بقوة القانون وفقا للمادة ٢٨٨ مرافعات<sup>(٣)</sup> ، والحكم الصادر لمصلحة طالب التنفيذ فى دعوى استرداد المنقولات المحجوزة واجب النفاذ بقوة القانون سواء حكمت المحكمة بشطب دعوى الاسترداد أو إذا اعتبرت كأن لم تكن ، أو حكم باعتبارها كأن لم تكن. برفضها أو بعدم الاختصاص أو بعدم قبولها ، أو ببطلان صحيفتها ، أو بسقوط الخصومة فيها أو بقبول تركها ، ولو كان قابلا للاستئناف وللحاجز ان يمضى فى التنفيذ ولا يتوقف الاستمرار فى التنفيذ على حكم المحكمة ، وهو ما نص عليه القانون المصرى والاماراتى<sup>(٤)</sup> .

والعلة من النفاذ المعجل فى هذه الحالة هو رجحان حق المحكوم له طالب التنفيذ الذى أكده السند التنفيذي وعززه صدور الحكم الابتدائي برفض المنازعة والاستمرار فى التنفيذ<sup>(٥)</sup> .

- (١) المادة ٣٠٩ إجراءات مدنية إماراتية ، والمادة ٤٥٤ مرافعات مصرى ، د. علي الحديدى ، المرجع السابق ، ص ٧٠ ، د. أحمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، ص ١٠٣ ، د. علي عبد الحميد ترك ، إجراءات التنفيذ الجبرى وفقا لقانون الاجراءات المدنية رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ ، المرجع السابق ، ص ١٧٩
- (٢) د. أسامة المليجي ، المرجع السابق ، ص ٧٤٩ ، د. ابو الوفا ، المرجع السابق ، ص ١٠٣ .
- (٣) د. محمود الامير يوسف الصادق ، تنفيذ الاحكام القضائية فى الفقه الاسلامى ، دار الجامعه الجديده ، سنة ٢٠٠٨ ، ص ٢٢٦
- (٤) طبقا للمادة ٣٩٥ مرافعات مصرى . والمادة ٢٨٨ من قانون الاجراءات المدنية الاماراتى ، وانظر فى ذلك د. أحمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، ص ١٠٣ ، د. محمود الامير يوسف الصادق ، المرجع السابق ، ص ٢٢٦
- (٥) د. أحمد ماهر زغلول ، المرجع السابق ، ص ١٣٨ ، د. أحمد هندي ، اصول التنفيذ الجبرى ، المرجع السابق ، ص ٥٢ .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه يجوز وفقاً لنص المادة ٥/٢٩٠ مرافعات الأمر بالنفاذ المعجل بكفالة أو بغير كفالة في الأحكام الصادرة لمصلحة طالب التنفيذ في المنازعات المتعلقة بالتنفيذ، وإذا كانت دعوى الاستحقاق الفرعية من المنازعات المتعلقة بالتنفيذ، فإنه يجوز شمول الحكم القاضي برفضها بالنفاذ المعجل بغير كفالة بحسبانه حكماً صادر لمصلحة طالب التنفيذ ونفاذ هذا الحكم يكون بالمضي في إجراءات البيع التي أوقفت بسبب رفع تلك الدعوى<sup>(١)</sup>

### الخاتمة

ويعد أن انتهينا من دراسة حالات التنفيذ المعجل لمخلص إلى اهم النتائج التي تم التوصل اليها من خلال البحث مع الإشارة إلى بعض التوصيات والمقترحات التي يمكن ان تساهم في القصور الذي اعترى بعض النصوص وذلك على النحو التالي:

#### أولاً: اهم النتائج التي توصل إليها الباحث

أظهرت الدراسة ان عدم تنفيذ الأحكام القضائية في مصر من أكبر العقبات التي تهدد سير العدالة كما أحسن المشرع صنعاً عندما خول

(١) نقض مدني رقم ٥٩٥ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/٣/٢٦ ص ٢٦ ص ٦٧٥، انظر في ذلك د: احمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التنفيذ بند ٣٤٩ ص ٣٩١. وكذلك انظر المستشار مصطفى مجدى هرجه، منازعات التنفيذ الوقفية دار الثقافة للطباعة والنشر القاهرة سنة ١٩٨٣، ص ٨٧ كما قضى بانه " متى كان الحكم المستأنف قد قضى برفض طلب وقف إجراءات البيع بعد الحكم في دعوى الاستحقاق الفرعية برفضها والإستمرار في التنفيذ، وهو بهذه المثابة حكم مشمول بالنفاذ المعجل، ويجوز تنفيذه جبراً رغم إستئنافه عملاً بالمادة ٤٦٥ من قانون المرافعات السابق - المقابلة للمادة ٢٨٧ من قانون المرافعات القائم - فإن الحكم المطعون فيه إذ إنتهى إلى أن الإجراءات في هذا الخصوص سليمة يكون قد إنتزم صحيح القانون. الطعن رقم ٥٩٥ - لسنة ٣٩ ق - تاريخ الجلسة ١٩٧٥ / ٠٣ / ٢٦ - مكتب فني ٢٦ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٦٧٥ - تم رفض هذا الطعن منشور على فلاشة العدالة القانونية الصادره عن نقابة المحامين المصرية

القاضي سلطة في شمول حكمه بالنفاذ المعجل كلما كان في تأخير التنفيذ  
ضرر جسيما بالمحكوم له بعد ان كانت كثير من حالات النفاذ المعجل  
القضائي على سبيل الحصر ويكون الحكم بالنفاذ واجبا بحيث لا يجوز  
للقاضي استخدام سلطة التقديرية

اقرار المحكوم عليه بنشأة الالتزام يكون قضائي أو غير قضائي وطالما أن  
المحكوم عليه أقر بنشأة الالتزام فلا يهم طبيعة الإقرار قضائي أو غير  
قضائي وسواء الإقرار أثناء خصومة انتهت بالحكم المشمول بالنفاذ المعجل  
أو في خصومة سابقة ولا داعي لتوثيق الإقرار منعا من تعطيل الإجراءات  
وتعقيدها . وتمشيا مع السرعة والمرونة التي خولها المشرع للقاضي الأمر  
بالنفاذ المعجل من عدمه

الخلاف الفقهي حول شمول الحكم الصادر بفسخ عقد رسمي المبني  
على هذا السند من عدمه لا أهمية له في ظل وجود السلطة التقديرية  
الواسعة للقاضي في شمول الحكم بالنفاذ المعجل حيث يأمر به ولو لم  
توافر هذه الحالة متى توافرت حالة الاستعجال طبقا للمادة ٦/٢٩٠  
مرافعات مصري ذلك أن حكم الفسخ من الأحكام المنشئة وليس من  
الأحكام الصادرة بإلزام وبالتالي ليس له تأثير مباشرة على التنفيذ الجبري  
إذا أشار المدعى إلى السند العرفي في صحيفة دعواه ولم يحضر المحكوم  
عليه إحدى الجلسات كان الحكم مبني على سند عرفي لم يحدده المحكوم  
عليه ويجوز شموله بالنفاذ المعجل ، وإذا لم يشر المدعى في صحيفة  
الدعوى ولم يحضر الجلسات فان الحكم غير مبني على سند عرفي لم  
يجزده المحكوم عليه لان ذلك يؤول على عدم علم المحكوم عليه بان  
المدعى بنى دعواه على هذا السند ، حيث أن عدم الجحود يفترض العلم  
بالشيء.

## ثانيا / التوصيات

- أوصى بتعديل نصوص حالات التنفيذ المعجل لتناسب مع المتطلبات  
المستجدة.

- اصلاح منظومة المحضرين وأن يكون المحضر من خريجي كليات الحقوق أو الشريعة والقانون وأن يجيد أحكام التنفيذ الواردة في قانون المرافعات

- رقابة ومتابعة تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية والآلية التي يتم التنفيذ بها

- يقترح الباحث اضافة فقرة فى احدى نصوص التنفيذ المعجل فى قانون المرافعات المصري تنص على أنه " يمتد النفاذ المعجل القانوني والقضائي الى ملحقات الطلب الأصلي والمصاريف متي حكم بها "

- يقترح الباحث فقرة ثالثة تضاف إلى المادة ٢٨٧ مرافعات مصري تنص على أنه يلتزم المحكوم له - طالب التنفيذ بتعويض الضرر الذي أصاب المحكوم عليه فى حالة تنفيذ الحكم المشمول بالنفاذ المعجل لو ألغى الحكم بعد ذلك ولو كان طالب التنفيذ حسن النية .

- من الأفضل شمول الأحكام الصادرة بأداء النفقات والأجور والمرتبات وما فى حكمها كالمعاشات والتعويضات الناشئة عن علاقة العمل بالنفاذ المعجل بقوة القانون وبلا كفالة فإذا كان القانون الفرنسي قد شمل التعويضات ضمن النفاذ المعجل بقوة القانون اما القانون الإماراتي والكويتي شملا التعويضات ضمن النفاذ المعجل القضائي ، غير ان العامل قد يكون فى أشد الاحتياج الى المعاشات وليس لديه من ينفق عليه ولذلك يرى الباحث شمول تلك الأحكام بالنفاذ المعجل بقوة القانون وبلا كفالة

والباحث لا يدعى انه سيفصل قولا او يصلح عيبا او يكمل نقصا وانما هى محاولة من الباحث لالقاء الضوء على حالات التنفيذ المعجل فى ضوء قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري وقانون الإجراءات المدنية الاماراتى الاتحادي . هذا وما كان من صواب فمن الله وفضله وما كان من تقصير أو إهمال فمن نفسى ومن الشيطان وهذا جهلنا ، نسأل الله أن

ينفع هذا الموضوع وكل مطلع عليه ويستفاد به ولعله يكون امتدادا لما بدأ به غيري أو بداية لمن يبدأ بعدي من المهتمين في هذا المجال محل الدراسة  
والله ولي التوفيق

### قائمة المراجع أولا: الكتب والمؤلفات العامة

١. د.إبراهيم أمين الميماوي، منازعات التنفيذ الجبري دار النهضة العربية، ط ١ دون سنة نشر
٢. د.إحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية، ط ٢٠١٥
٣. د.إحمد السيد الصاوي، أسامه الروبي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٨
٤. د.إحمد خليل، قانون التنفيذ الجبري، مكتبة الإشعاع الفنية الإسكندرية، عام ١٩٩٨
٥. د.إحمد صدقي محمود، قواعد المرافعات في دولة الإمارات، ط ١ بدون دار نشر سنة ١٩٩٩
٦. د.إحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ الجبري، وفقا لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية والتشريعات المرتبطة بهما، بدون دار نشر، ط ١، ١٩٨٤
٧. د.إحمد محمد محمد حشيش، مبادئ التنفيذ الجبري في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١١
٨. د.إحمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات، طبعة نادي القضاة، ط ١٣ عام ٢٠١٦
٩. د.إحمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التنفيذ وفقا للنصوص الشرعية المركز القومي للإصدارات القانونية - القاهرة، ط ٢٠٠٨
١٠. د.إحمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، سنة ٢٠٠٧

١١. د. احمد هندي، د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري قواعده وإجراءاته، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٣
١٢. د. اسامه أحمد شوقي المليجي، الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، عام ٢٠٠٠
١٣. د. السيد خميس حسين السري، ضمانات المحكوم عليه فى النفاذ المعجل، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، سنة ٢٠١٦
١٤. د. سحر عبد الستار امام، نحو نظام مخصوص القضاة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١٥
١٥. د. رمزي سيف، قواعد تنفيذ الأحكام والعقود الرسمية فى قانون المرافعات الجديد، مجلة المحاماة، العددان الأول والثاني، السنة الثلاثون - ١٩٥٠، ١٩٤٩
١٦. د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، عام ٢٠١٧
١٧. د. طلعت دويدار، وظيفة فكرة الاستعجال فى فن التوافق بين المصالح المتعارضة فى التنفيذ القضائي، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠٠٩
١٨. د. عبدالرازق السنهوري، الوجيز فى شرح القانون المدني، ج ١، سنة ١٩٦٦
١٩. د. عبدالعزيز خليل ابراهيم بديوى، قواعد واجراءات التنفيذ الجبرى والتحفظ فى قانون المرافعات، دار الفكر العربى، سنة ١٩٨٠
٢٠. د. عزمي عبدالفتاح، قواعد التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات المصري، دار النهضة العربية - القاهرة عام ٢٠٠٢
٢١. د. عصام فوزى الجنائنى، التنفيذ الجبرى تنفيذ السندات التنفيذية، بدون دار نشر، سنة ٢٠١٣
٢٢. د. علي أبو عطية هيكل، التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، عام ٢٠٠٨

٢٣. د.علي الحديزي، التنفيذ الجبري في دولة الإمارات العربية المتحدة، بدون دار نشر، ط ١، ٢٠٠٠
٢٤. د.علي عبدالحميد تركي، شرح إجراءات التنفيذ الجبري، ط ١، ٢٠٠٩
٢٥. د.عبد القصاص، أصول التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، ٢٠٠١
٢٦. د.فتححي والي، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، جامعة الكويت ط ٢٠٠٦
٢٧. د.فتححي والي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، مطبعة جامعة القاهرة عام ١٩٩٥ .
٢٨. د.محمد حاتم البيات، حماية حق الدائن - طالب التنفيذ في الحصول على حقه الثابت في السند التنفيذي بين النظرية والتطبيق، في ضوء قانون المرافعات القطري، بحث منشور في المجلة القانونية والقضائية، مركز الدراسات وزارة العدل- قطر، العدد الثاني سنة ٢٠١٠
٢٩. د.محمد عبدالحالق عمر، مبادئ التنفيذ، دار النهضة العربية، ط ٤ ١٩٧٨
٣٠. د.محمد علي راتب، قضاء الأمور المستعجلة، الطبعة الخامسة سنة ١٩٦٨
٣١. د.محمد محمود إبراهيم، أصول التنفيذ الجبري على ضوء المنهج القضائي، دار الفكر العربي، ١٩٨٣
٣٢. د.محمود السيد التحيوي، بحث بعنوان الاوامر الصادره على عرائض باعتبارها المنهج المثالي والشكل النموذجي لاعمال الحماية القضائية الولائية، منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية كلية الحقوق جامعة المنوفية، العدد ١٣ السنة السابعة، ابريل ١٩٩٨
٣٣. د.محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون إجراءات التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، ٢٠١٣

٣٤. د. محمود محمد هاشم، المبادئ العامة في التنفيذ، دار الفكر العربي  
عام ١٩٧٨
٣٥. د. مستشار حازم بيومي المصري، الموسوعة التاصيلية فى المرافعات  
المدنية والتجارية، دون دار طبع ط ١، سنة ٢٠١٣
٣٦. د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، دار الجامعة  
الجديدة، ط ٢٠١٥
٣٧. د. وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائي فى قانون المرافعات  
دار النهضة العربية ط ١٩٧١
٣٨. المستشار د. حازم بيومي المصري، الموسوعة التاصيلية فى المرافعات  
المدنية والتجارية (الصفة - المصلحة - القضاء المستعجل) دار  
النهضة العربية، سنة ٢٠١٣
٣٩. المستشار سعيد احمد شعلة، قضاء النقص فى التنفيذ والحجز،  
مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقص خلال خمسة  
وستين عاما من ١٩٣١ - ١٩٩٥، منشأة المعارف بالاسكندرية،  
سنة ١٩٩٧
٤٠. المستشار سيف النصر سليمان محمد، مرجع القاضى والمتقاضى فى  
اشكالات ومنازعات التنفيذ المدنية والتجارية، دار محمود للنشر،  
القاهرة سنة ١٩٩٩
٤١. المستشار عبدالحكيم فوده، الموسوعة الحديثة فى التعليق على قانون  
المرافعات المدنية والتجارية، الجزء الخامس، المكتب الدولى  
للإصدارات القانونية، دون سنة نشر،
٤٢. المستشار مصطفى مجدى هرجه، منازعات التنفيذ الوقتية دار الثقافة  
للطباعة والنشر القاهرة سنة ١٩٨٣
٤٣. المستشار/ مصطفى مجدى هرجه ص ٩ طبعة نادي القضاة  
١٩٩٢/١٩٩١



## ثانياً : القوانين الوطنية والغربية

- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري
- قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات رقم ١ لسنة ١٩٩٢ .
- قانون المرافعات المدنية الكويتي
- قانون المرافعات الفرنسي الجديد .

## ثالثاً : احكام المعاكم

- محكمة النقض المصرية
- المحكمة الاتحادية العليا لدولة الامارات العربية المتحدة
- محكمة طوخ الجزئية
- محكمة تمييز رأس الخيمة
- محكمة تمييز دبي
- مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا لدولة الإمارات
- المبادئ الصادرة عن محكمة النقض من الدوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية، السنة القضائية التاسعة ٩ سنة ٢٠١٥
- مجلة المحاماة، العددان الأول والثاني، السنة الثلاثون - ١٩٤٩، ١٩٥٠

## رابعا : المنتديات القانونية

- منتدى الدكتور هاشم شيماء جامعة المنصورة
- منتدى قانون دولة الامارات
- موقع شبكة قوانين الشرق
- موقع محكمة النقض المصرية

## خامساً : المواقع الالكترونية

<https://www.egyils.com/2017/01/23/76325>

<http://www.shaimaaatalla.com/vb/showthread.php?t=955http://www.mohamoon.com>

<http://kenanaonline.com/users/hetta11/posts/114191>

[www.lowjo.net](http://www.lowjo.net)

[www.eastlaws.com](http://www.eastlaws.com)

[www.cc.gov.eghttp://www.mohamoon.com/montada/Default.aspx?action=Preview\\_Research&id=97&Type=5&CatID=24](http://www.cc.gov.eghttp://www.mohamoon.com/montada/Default.aspx?action=Preview_Research&id=97&Type=5&CatID=24)

## المخلص

اتاح القانون لكل فرد حق اللجوء الى القضاء للمطالبة بحقه من خلال اجراءات معينة حددها قانون المرافعات ، وعلى كل شخص ان يطالب بحقه ليحصل على حكم بحقه وينفذه في مواجهة خصمه ، فما ضاع حق وراءه مطالب .

القاعدة العامة للتنفيذ هي تنفيذ الحكم إذا كان حائزا على قوة الأمر المقضي ، ولذلك فالأحكام غير الحائزة على قوة الأمر المقضي ليس لها قوة تنفيذية ، وقد رأى المشرع أن تأخير التنفيذ قد يضر الدائن فاستثنى التنفيذ المعجل وهو تنفيذ الحكم قبل أوانه - حيازته قوة الأمر المقضي - رغم قابليته للطعن فيه أو طعن فيه فعلا ، ويعتبر التنفيذ المعجل ميزة منحها القانون للمحكوم له لتنفيذ الحكم الابتدائي قبل أن تستقر حجيته للقضاء على محاولات التسوية التي قد يلجأ إليها المحكوم عليه لتأخير التنفيذ للاستفادة من الامر الموقوف للاستئناف .

والتنفيذ المعجل تنفيذ مبتسر ، لأنه يتم قبل ولادة الحكم ، أي قبل ميغاده الطبيعي ، حيث يتم تنفيذ الحكم مبكرا قبل الأوان ، لذلك فالمشرع أجازته استثناء على القاعدة الأساسية للتنفيذ رعاية لمصلحة المحكوم له ولا اعتبارات أهمها أن سند المحكوم له قد يكون قويا بما يرجح معه احتمال تأييد الحكم أمام محكمة الطعن ، وعدم إلغاؤه ومثال ذلك الحكم بناء على سند رسمي ، وكذلك قد يسمح المشرع بالتنفيذ لتوافر حالة الاستعجال مما يستلزم تنفيذ الحكم فورا دون انتظار لصيرورته نهائيا ، أو قد يكون المحكوم له مما أولاهم المشرع رعاية خاصة لاعتبارات إنسانية كالحكم بأجور العمال والصناع والخدم ، وينقسم التنفيذ المعجل إلي التنفيذ المعجل القانوني - الحتمي ، والتنفيذ المعجل القضائي .

---

---

**ملاح المذهبين الشخصى والمادى**  
**فى نصوص الشرع**  
**"دراسة مقارنة بين قانون العقوبات الإماراتى**  
**وقانون العقوبات الفلسطينى رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦"**

---

---

**دكتور/ ساهر ابراهيم شكرى الوئيد**  
**أستاذ القانون الجنائى المشارك**  
**كلية الحقوق - جامعة الأزهر - غزة**

# ملاحح المذهبين الشخصي والمادي في نصوص الشرع

دراسة مقارنة بين قانون العقوبات الإماراتي

وقانون العقوبات الفلسطيني رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦م

د/ ساهر إبراهيم شكري الوليد

أستاذ القانون الجنائي المشارك

كلية الحقوق - جامعة الأزهر - غزة

بسم الله الرحمن الرحيم

## ملخص البحث

تتاول هذا البحث المذاهب المتبعة في الشرع في خطة المشرع الإماراتي في قانون العقوبات مقارنة بقانون العقوبات الفلسطيني رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦، وقد اشتمل على ثلاثة مباحث: جاء الأول منها للحديث عن مفهوم الشرع ومعيار البدء في التنفيذ والمقصود بالأعمال الظاهرة، حيث سلط الضوء على موقف المشرعين الإماراتي والفلسطيني من المذهبين الشخصي والمادي، وإلى أي حد تحقق التوازن دون توسع أو تضيق في نطاق الشرع.

وتتاول المبحث الثاني مدى تأثير المشرعين الإماراتي والفلسطيني في المعالجة التشريعية للعدول الاختياري وللجريمة المستحيلة بالمذهبين الشخصي والمادي.

أما المبحث الثالث فتم تخصيصه للنصوص التي تقرر العقاب على الشرع في كل من قانون العقوبات الإماراتي والفلسطيني رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦، ومدى تأثيرهما بالمذهبين الشخصي والمادي من خلال الأخذ بمبدأ المغايرة في العقاب، مع عدم إغفال مبدأ المساواة في العقاب.

وقد انتهينا إلى مجموعة من النتائج لعل أهمها أن المشرعين الإماراتي والفلسطيني في مجال الشروع لم يتجها إلى مذهب معين؛ فقد يكون المذهب المتبع في موضوع الجريمة المستحيلة يختلف عن المذهب المتبع في موضوع العقاب على الشروع، وقد يختلف المذهب المتبع في مفهوم الشروع عن المذهب المتبع في العدول الاختياري، إضافة إلى أن مصطلح الشروع يختلف عن مصطلح المحاولة في القانونين الإماراتي والفلسطيني، وهناك مجموعة من النتائج الأخرى والتوصيات التي تضمنتها خاتمة هذا البحث.

### ***Abstract***

#### ***Features of the Attempt Theories within the UAE and The Palestinian Penal Act No. (74) of 1936***

This Work entails theories of the Criminal Attempt followed in the plan of both UAE and the Palestinian Penal Act No. (74) of 1936. Also, this work is divided into three chapters. The first chapter includes the definition of the attempt, the criteria of the criminal execution and what is called the apparent works, where the light was shed on the position of both acts – the UAE and the Palestinian Penal Act No. (74) of 1936 – with respect to theories of attempt and to what limit the balance was achieved regarding such theories without narrowing or expanding in respect of scope of the attempt.

The second chapter of this work shows to what limit were both acts affected by such theories with respect to the voluntary abandonment and the impossible crime.

The third chapter entails the provisions within those acts with regard to the penalties that are imposed in cases of attempt to crime through implementing the policy of the penal gradient, taking into consideration the principle of equity regarding such penalties.

The work provided ends to a sum of results where both the UAE and the Palestinian legislators do not adopt a certain theory concerning the criminal attempt as the theory that is followed regarding the voluntary abandonment may differs from the theory that is followed concerning the impossible crime. Moreover, the terms "try" and "attempt" that are mentioned in both acts seem to be totally different. Also, many results and recommendations were reached by the researcher as shown at the end of this work.

## مقدمة

### موضوع البحث وأهميته:

الشروع في الجريمة وإن كان من الموضوعات التقليدية، إلا أنه يعد من الموضوعات الشائكة، نظراً إلى صعوبة وضع معيار دقيق لتحديد البدء في التنفيذ، فالتشريعات في ذلك تختلف بحسب المذاهب المتبعة، فمنها من يوسع في نطاق الشروع متبعاً في ذلك أفكار المذهب الشخصي، ومنها ما يضيق من نطاقه معتقاً بذلك أفكار المذهب المادي، ومنها ما يتجه إلى التوفيق بين المذهبين أو تبني أفكار أحدهما في مسألة ما، وتبني نقيضه في مسألة أخرى.

والبحث في موضوع الشروع لا يتوقف عند موضوع معيار البدء في التنفيذ وما تحيطه به من صعوبات، وإنما يمتد إلى موضوعات أخرى ذات أهمية بالغة، كالعدول الاختياري والجريمة المستحيلة، وفكرة الزنية المجردة، والأعمال الظاهرة وفكرة العقوبة الأقل للشروع، وكذلك المساواة في العقاب، وكل هذه الموضوعات تجد سنداً في أفكار المذهبين الشخصي والمادي.

وتكمن أهمية هذه الدراسة في أنها تسلط الضوء على خطة المشرعين في قانون العقوبات الإماراتي والفلسطيني رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ من حيث المذاهب المتبعة في الشروع، ومدى التوازن في

المعالجة التشريعية التي تضمن عدم الإفراط في العقاب من خلال التوسع في نطاق الشروع، أو عدم الإفلات من العقاب من خلال التضييق، كما أن المقارنة بين هذين القانونين لها أهميتها من حيث إنها مقارنة غير مسبقة، ولأن قانون العقوبات الفلسطيني رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ المطبق في قطاع غزة ينتمي إلى القوانين التي تتبع النظام الأبجولوسكسوني.

إشكالية البحث:-

يأتي هذا البحث للإجابة عن تساؤل رئيس وهو: إلى أي مدى يمكن الاعتراف بالأفضلية لأي من المذهبين الشخصي والمادي في نطاق النصوص النازمة للشروع في قانون العقوبات الإماراتي والفلسطيني رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦، ويتفرع عن هذا التساؤل الرئيس عدة تساؤلات أهمها ما يلي:

- ١- ماذا يقصد بالبده في التنفيذ؟ وماذا يقصد بالأعمال الظاهرة؟
- ٢- هل يعد مصطلح المحاولة مرادفاً للشروع، أو أن لكل منهما مدلوله؟
- ٣- هل اعتنق المشرع الإماراتي والفلسطيني مذهباً واحداً في المعالجة التشريعية للشروع؟
- ٤- هل وفق المشرع الإماراتي والفلسطيني في المعالجة التشريعية للعدول الاختياري والجريمة المستحيلة؟
- ٥- هل يعد مجرد عقد العزم مستوجباً للعقاب؟ أو بمعنى آخر هل يعد صورة من صور الشروع؟ وكيف عالج المشرعان الإماراتي والفلسطيني هذا الموضوع؟
- ٦- هل تأثرت النصوص العقابية للشروع في القانونين الإماراتي والفلسطيني بالمذهبين الشخصي والمادي؟

## منهجية البحث:

سيرتكر بحث هذا الموضوع على قانون العقوبات الإماراتي مقارنة بقانون العقوبات الفلسطيني رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦، مع إطلالة على بعض القوانين الأخرى إن لزم الأمر، والاسترشاد بما استقر عليه القضاء والاهتداء بما وصل إليه الفقه من حقائق وما أبداه من آراء في هذا المجال، ولذلك سنتتبع النصوص ذات العلاقة بالتحليل والمقارنة.

## خطة البحث:

يقسم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث وهي على النحو الآتي:

المبحث الأول: أفكار المذهبين الشخصي والمادي في تعريف الشروع.

المبحث الثاني: ملامح المذهبين الشخصي والمادي في نصوص العدول الاختياري والجريمة المستحيلة.

المبحث الثالث: المذهب المتبع في النصوص الناظمة للعقاب على الشروع في القانون المقارن.

### المبحث الأول

#### أفكار المذهبين الشخصي والمادي في تعريف الشروع

يتنازع الشروع في الجريمة مذهبان رئيسان، لكل منهما أفكاره ومحدداته، وهذان المذهبان انعكسا على مفهوم الشروع، فاختلفت التعريفات التي قيلت في الشروع بحسب المذهب الذي ينطلق منه التعريف، وهذان المذهبان هما المذهب الشخصي والمذهب المادي. وللوقوف على أفكار هذين المذهبين في الشروع يقتضي ذلك أن نعرض لأفكار المذهب الشخصي والمذهب المادي في الشروع، ثم نستظهر ملامح هذين المذهبين في تعريف الشروع في خطة التشريعات المقارنة، ولذلك سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي:



المطلب الأول: أفكار المذهب الشخصي في الشروع.

المطلب الثاني: أفكار المذهب المادي في الشروع

المطلب الثالث: ملامح المذهبين الشخصي والمادي في تعريف الشروع

### المطلب الأول

#### أفكار المذهب الشخصي في الشروع

لا يعتد أنصار المذهب الشخصي بالفعل ومدى اتصاله بالتنفيذ لقيام حالة الشروع، وإنما يجب الاعتداد بإرادة الجاني الإجرامية وميوله الخطرة ومدى دلالة الفعل على هذه الإرادة والخطورة، سواء أكان الفعل جزءاً من الركن المادي أم مرتبطاً به، أم حتى من الأعمال التحضيرية السابقة مباشرة على التنفيذ<sup>(١)</sup>. ويصرغ بعضهم المذهب الشخصي في الشروع بقولهم: "يعد بدءاً في تنفيذ الفعل ولو كان سابقاً على الأفعال المكونة للجريمة، حتى يمكن القول: إن هذا الفعل سيدفع بالمجرم حتماً إذا ترك على حاله إلى ارتكاب الجريمة أو ارتكاب العمل المكون لها أو جزء منها، بحيث يصح القول: إن المجرم قد سلك بهذا الفعل سبيل الجريمة نهائياً وأخذ في استعمال الوسائل التي كان قد أعدها لها"<sup>(٢)</sup>.

وبذلك فإن المذهب الشخصي في الشروع لا يهتم بالسلوك

المكون للركن المادي، وإنما يعتمد على شخصية الجاني وخطورته الإجرامية<sup>(٣)</sup>.

(1) محمد محيي الدين عوض، القانون الجنائي، مبادئه الأساسية ونظرياته العامة، مكتبة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٨١م، ص ٢١٤.

(2) محمود، محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، للقسم العام، الطبعة السادسة، دار مطابع الشعب، القاهرة، ١٩٦٤م، ص ٢٥٤.

(3) محمد سمير، الجريمة المستحيلة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٥٥.

ويذهب رأي في الفقه إلى أن المذهب الشخصي بصفة عامة  
يجد أساسه في الباعث الذي دفع المجرم إلى ارتكاب الجريمة، وبناءً  
عليه يجب البحث في الباعث للقول بتحقيق الجريمة في حالة  
الشروع<sup>(١)</sup>.

والحقيقة أن الاعتماد على الباعث لا يصلح أساساً للمذهب  
الشخصي في الحالات كلها، فإذا كان المذهب الشخصي يقوم على  
الباعث إلى ارتكاب الجريمة، فإن هذا التأسيس يمكن قبوله أحياناً ومن  
ذلك التمييز بين الجريمة السياسية والجريمة العادية، ولكن في مواضع  
أخرى لا يصح تأسيس المذهب الشخصي على فكرة الباعث؛ ف فيما  
يتعلق بالشروع تظهر ملامح المذهب الشخصي بالنظر إلى قيام الجاني  
بتنفيذ نيته دون الاعتماد على تنفيذ السلوك المكون للركن المادي، وإذا  
كان الشروع يتحقق حسب أفكار المذهب الشخصي من لحظة قيام  
الجاني بتنفيذ نيته الإجرامية حتى لو كان التنفيذ قد وقع في دائرة  
الأعمال التحضيرية، فإن هذا لا يعني أن الباعث هو الأساس الذي  
يقوم عليه هذا المذهب، فليس كل ما يدور أو يستقر في خلد الجاني  
يصنف أنه باعث، ولذلك إذا أراد شخص أن يرتكب جريمة قتل  
غريمه بالسم، فإنه يكون قد تحقق الشروع وفقاً لأفكار المذهب  
الشخصي بمجرد قيامه بتنفيذ نيته من خلال شراء السم، ولا حاجة هنا  
إلى استظهار ملامح المذهب الشخصي؟ والبحث في السبب الذي دفعه  
إلى إزهاق روح المجني عليه أو الغاية التي يرمي إليها من توجيه  
إرادته إلى غرض معين، يستوي أن يكون ذلك بهدف الانتقام أو  
تسهيلاً لسرقة أو دفاعاً عن الشرف.

(1) على بدوي، الأحكام العامة في القانون الجنائي، الجزء الأول، الجريمة،  
مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٣٨م، ص ٨٣.

وفي إطار المذهب الشخصي تتعدد المعايير التي تحدد قيام الشروع، حيث ذهب الفقيه (Roux) إلى أن الشروع يتحقق بالبدء في التنفيذ، حيث يتحقق الشروع بالنظر إلى الفاعل، فإذا استخدم الفاعل ما أعده ووضعه موضع التنفيذ، وأخذ خطوة حاسمة على المضني في سبيل الجريمة حيث يقطع الفاعل في هذه المرحلة خط الرجعة، فإن ذلك يعد عملاً تنفيذياً<sup>(1)</sup>.

غير أن هذا الرأي لم يوضح لحظة المضني نحو الخطوة الحاسمة، ومتى تعد حاسمة، ومتى لا تعد كذلك<sup>(2)</sup>.

ويرى الفقيه (Garoud): أن المعيار الذي يتحقق به الشروع هو كل فعل يؤدي حلاً ومباشرة إلى إتمام الجريمة، فإن لم يكن كذلك فيعد ذلك مجرد عمل تحضيرية<sup>(3)</sup>.

ويعد معيار (Garoud) أكثر المعايير انتشاراً في التشريعات، حيث سار على هذا المعيار قانون العقوبات اللبناني والسوري<sup>(4)</sup>، وكذلك قانون العقوبات الإماراتي<sup>(5)</sup>.

وبناءً على ما سبق فإن دخول شخص عقاراً أو بيتاً مسكوناً أو معداً للسكن أو محلاً معداً لحفظ المال بقصد السرقة، وكان الدخول بطريق التسور أو الكسر أو المفاتيح المصطنعة، فإن هذه الأفعال تعد

(1) Philippe Salvage, droit pénal général, paris, 1994, p:36.

(2) محمد سمير، المرجع السابق، ص ٥٧.

(3) Garoud (R), précis droit criminel, paris, 1934, p:203

(4) عرف قانون العقوبات اللبناني في المادة (٢٠٠) منه الشروع بأنه كمل محاولة لارتكاب جريمة بدأت بأفعال ترمي مباشرة إلى اقترافها تعتبر كالجناية نفسها، إذا لم يحل دون إتمامها سوى ظروف خارجة عن إرادة الفاعل، وذات التعريف أورده المادة (١٩٩) من قانون العقوبات السوري.

(5) عرف قانون العقوبات الإماراتي الشروع في المادة (٣٤) بأنه: البدء في التنفيذ حيث نصت بقولها: "يعد بدءاً في التنفيذ ارتكاب فعل يعتبر في ذاته جزءاً من الأجزاء المكونة للركن المادي أو يؤدي إليه حلاً ومباشرة.

بدءاً في التنفيذ يؤدي حالاً ومباشرة إلى إتمام الجريمة، وبه يتحقق الشرع طالما أن قصد الفاعل السرقة وأنه أظهر نيته في ارتكابها<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني أفكار المذهب المادي في الشرع

يقوم المذهب المادي على معالجة موضوعية وليست شخصية، وذلك بالنظر إلى الهيكل المادي للجريمة أو الأفعال التنفيذية التي تدخل في بنیان الجريمة المادي دون البحث في أي عنصر إرادي أو نفسي<sup>(٢)</sup>.

ولذلك يلزم أن يكون الفعل جزءاً من السلوك الإجرامي، كعنصر من عناصر الركن المادي المكون للجريمة، كالبدء في اختلاس المال في السرقة، وإطلاق العيار الناري في القتل، وإشعال النار في الحريق، وبناءً عليه لا يكفي المذهب المادي بثبوت نية الجريمة أو مجرد إعلانها بأقوال أو أفعال تمهد لها<sup>(٣)</sup>.

ووفقاً لأفكار المذهب المادي في الشرع فإنه لا يتصور الشرع إلا بالبدء في التنفيذ، ولا يكون ذلك متاحاً إذا انعدمت الوسيلة

---

(1) عبد المجيد سلمان، الشرع في السرقة وفي الجريمة المنصوص عليها في المواد (٢٢٣) وما بعدها من قانون العقوبات، مجلة المحاماة، العدد الثالث، السنة الثانية عشرة، ديسمبر، ١٩٣١م، ص ١، في المقابل قضي في فرنسا بأن مجرد حرق السيارة للتحايل على شركة التأمين لا يعد شروعاً في الاحتيال، لأنه لا يؤدي إلى التحايل، ١٩٥٩-٥-٢٢ وCrimi، منشور على الرابط

[http://fr.jurispedia.org/index.php/Tentative-dinfracation-\(Fr\)](http://fr.jurispedia.org/index.php/Tentative-dinfracation-(Fr)).

(2) أحمد عوض بلال، الجرائم المادية والمسؤولية الجنائية بدون خطأ، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م، ص ٣٣٠. وانظر كذلك محمد محيي الدين، المرجع السابق ص ٢١٢-٢١٤.

(3) أنظر في ذلك: علي بدوي، المرجع السابق، ص ٢١٥، محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٥٢.

المستخدمة في ارتكاب الجريمة، ولذلك يتجه أنصار المذهب المادي إلى عدم العقاب على الجريمة المستحيلة<sup>(١)</sup>.

ويتجه فريق من أنصار المذهب المادي إلى التضييق في مفهوم الشروع، وذلك بالمغلاة في المعيار المحدد للفعل المكون للشروع، حيث يرى هذا الفريق أنه لا يعد بدءاً في التنفيذ إلا إذا أتى الجاني فعلاً يدخل في الركن المادي كإطلاق النار في القتل، ووضع اليد في جيب السارق في جريمة السرقة، أما الأعمال السابقة كالأعمال التحضيرية والأعمال التنفيذية التي لا تدخل ضمن الركن المادي، فإنها لا ترقى إلى مرتبة الشروع<sup>(٢)</sup>.

ونظراً إلى أن هذه المغلاة وهذا التضييق في نطاق الشروع يؤدي إلى إخراج حالات كثيرة من دائرة العقاب، حاول أنصار المذهب المادي التوسع في نطاق الشروع، وذلك عن طريق إدخال الظروف المشددة للجريمة في الأعمال المنفذة لها، حيث يعد بدءاً في التنفيذ التسور والكسر واستعمال مفاتيح مصطنعة في جريمة السرقة<sup>(٣)</sup>.

ولم يسلم هذا الرأي الموسع لنطاق الشروع في المذهب المادي من النقد؛ ذلك أن الاعتماد على الظروف المشددة يؤدي إلى نتائج غير مقبولة، فعلى سبيل المثال إذا كان التسور يعد شروعا في السرقة، فإنه

(1) grandmoulin (J), Le droit pénal Egyptien indigene Le Cairo, 1908, P: 395.

انظر كذلك، محمد شلال العاني، القسم العام في قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي، النظرية العامة للجريمة، الطبعة الأولى، الآفاق المشرقة، ناشرون، ٢٠١٦م، ص ٢٢٧.

(2) Philippe Salvage, op. cit, P:36.

ومن ذلك تسميم كلب الحراسة بقصد السرقة؛ إذ لا يعد شروعا في جريمة السرقة. انظر في ذلك: سمير الشناوي، ص ٢٣٧.

(3) انظر في طرح هذا المعيار: محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٥٢، ٢٥٣، محمد سمير، المرجع السابق، ص ٥١.

لا يعد كذلك في جريمة القتل، وإذا أو تم ضبط أو الجاني في حالة التسور، فكيف يمكن الجزم بأنه قد أراد من وراء هذا التسور السرقة أم القتل أم الإغتصاب، ويذهب رأي من أنصار المذهب المادي إلى أنه لكي يكون الفعل مكوناً للشروع يجب أن يكون دالاً على قصد الجاني بحيث لا يقبل التأويل، ولذلك فإن الأعمال التحضيرية تخرج من نطاق الشروع حسب هذا الرأي؛ لأن العمل التحضيري بطبيعته يقبل التأويل، فقد يكون مقصوداً منه غرض برئ أو إجرامي كسواء السم، أما الفعل التنفيذي فلا يحتمل إلا تأويلاً واحداً، وهو وجود النية الإجرامية، ومثال ذلك: قيام الجاني بكسر الخزانة؛ إذ يعد ذلك شروعاً في سرقة<sup>(1)</sup>.

ومع ذلك فإن هذه التفرقة ليست دقيقة؛ لأن كسر الخزانة يمكن أن يكون بهدف آخر غير السرقة، كما لو استهدف الجاني من الكسر الاطلاع على وثيقة داخل هذه الخزانة<sup>(2)</sup>.

ويتجه رأي آخر إلى التفرقة بين العمل التنفيذي الذي يقوم به الشروع وبين العمل التحضيري الذي لا يرقى إلى مرتبة الشروع، فعندما يقوم الجاني بالعمل التنفيذي ثم يريد العدول، فإنه يقول لنفسه: أنا أريد أن أتوقف، بينما لو كان في مرحلة التحضير وأراد العدول فيقول لنفسه أنا لا أريد، غير أن هذا الرأي لم يستطع أن يضع تحديداً دقيقاً للتفرقة بين العمل التحضيري والعمل التنفيذي، فقد يحدث أن يكون العمل تحضيرياً بخصوص جريمة وتنفيذياً في جريمة أخرى كالتسور في السرقة والتسور في القتل، ففي الحالة الأولى يكون تنفيذياً، بينما يعد تحضيرياً في الحالة الثانية<sup>(3)</sup>.

(1) على بدوي، المرجع السابق، ص ٢١٥، وانظر كذلك: MouriceAydalot, droit pénalencyclopedie, dalloz, paris, 1969, P:3.  
(2) على بدوي، المرجع السابق، ص ٢١٥.  
(3) انظر في عرض هذا الرأي: محمد سمير، المرجع السابق، ص ٥٤.

## المطلب الثالث

### المذهب المتبع في مفهوم الشروع في التشريع المقارن

بعد أن استعرضنا الأفكار التي يقوم عليها المذهبان الشخصي والمادي في الشروع، نعرض في هذا المطلب لمفهوم الشروع في قانون العقوبات الإماراتي<sup>(١)</sup>، وفي قانون العقوبات الفلسطيني رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦م<sup>(٢)</sup>.

ويقتضى ذلك تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: نتناول في أولهما مذهب قانون العقوبات الإماراتي في الشروع، ثم نتناول في الفرع الثاني مذهب قانون العقوبات الفلسطيني رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦م في الشروع.

**الفرع الأول:** مذهب قانون العقوبات الإماراتي في مفهوم الشروع.

**الفرع الثاني:** مذهب قانون العقوبات الفلسطيني رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦م في مفهوم الشروع.

### الفرع الأول

#### مذهب قانون العقوبات الإماراتي في مفهوم الشروع

عرّف المشرع الإماراتي الشروع في الجريمة في المادة (٣٤) من قانون العقوبات التي نصت بقولها "الشروع هو البدء في تنفيذ فعل

---

(١) قانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (٣) لسنة ١٩٨٧م وفقاً لآخر التعديلات بالقانون رقم (٣٤) لسنة ٢٠٠٥م.

(٢) هو قانون طبق في فلسطين زمن الانتداب البريطاني، وبموجبه ألغي العمل بقانون الجزاء العثماني، نشر في الملحق رقم (١) للعدد (٦٥٢) الممتاز من الوقائع الفلسطينية المؤرخ في ١٤ كانون الأول سنة ١٩٣٦م، وبعد حرب فلسطين سنة ١٩٤٨م وما ترتب عليها من احتلال إسرائيل للأراضي الفلسطينية باستثناء قطاع غزة الذي خضع لإشراف الإدارة المصرية، بينما تولت المملكة الأردنية إدارة الضفة الغربية، وترتب على ذلك سريان قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠م في الضفة الغربية، وانتهاء العمل بالقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦م، الذي ظل معمولاً به في قطاع غزة حتى يومنا هذا رغم تعاقب السلطات الحاكمة له.

بقصد ارتكاب جريمة إذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لا تدخل لإرادة الجاني فيها، وبعد بدءاً في التنفيذ ارتكاب فعل يعتبر في ذاته جزءاً من الأجزاء المكونة للركن المادي للجريمة أو يؤدي إليه حالاً ومباشرة، ولا يعتبر شروعاً في الجريمة مجرد العزم على ارتكابها ولا الأعمال التحضيرية لها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

ومن التعريف السابق يتضح أن المشرع الإماراتي سار على نهج التشريعات التي تتضمن في تعريفها للشروع، أنه بدء في التنفيذ<sup>(١)</sup>، وحسناً فعل المشرع الإماراتي عندما بين في صلب المادة (٣٤) من قانون العقوبات المقصود بالبدء في التنفيذ على خلاف بعض القوانين التي لم تبين المقصود بهذه العبارة صراحة أو ضمناً<sup>(٢)</sup>. مفهوم البدء في التنفيذ والمذهب المتبع:

اعتمد المشرع الإماراتي في قانون العقوبات في تعريفه للشروع على مصطلح البدء في التنفيذ، ولم يقف الأمر عند ذلك، حيث جاءت المادة (٣٤) موضحة المقصود بالبدء في التنفيذ<sup>(٣)</sup>.

(1) بالمقابل هناك بعض التشريعات لم تدخل ضمن تعريف الشروع عبارة البدء في التنفيذ، ومن ذلك المشرع الجنائي الإنجليزي في القانون الصادر سنة ١٩٨١م، حيث اكتفى بمجرد الإعداد المحض لارتكاب الجريمة، وأعمال الإعداد لا يشترط أن تشكل بدءاً في التنفيذ، وإنما قد تسبق عملية البدء، كالرصد والتردد على مكان ارتكاب الجريمة.

Michael Jefferson, Criminal law, 1995, P: 329.

(2) ومن هذه القوانين قانون العقوبات المصري الذي عرف الشروع بموجب المادة (٤٥) بأنه "البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جريمة أو جنحة إذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لا تدخل لإرادة الفاعل فيها...".

ويرى بعض الفقه أن عدم تحديد ماهية البدء في التنفيذ يعد أمراً مستحسنًا، لأنه يكسب نص الشروع مرونة تجعله يتسع لاستيعاب الصور المختلفة، خاصة في ظل التطور الذي ينعكس بدوره على أساليب الجريمة والوسائل المستخدمة فيها، في حين يذهب اتجاه آخر في الفقه إلى ضرورة أن يتدخل المشرع لتحديد ماهية البدء في التنفيذ بحيث يكون شاملاً لجميع صورته، انظر في عرض هذه الآراء سمير الشناوي، الشروع في الجريمة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١م، ص ١٥٥، ص ١٥٦.

(3) انظر في ذلك، محمد شلال العاني، المرجع السابق، ص ٢٢٣، كذلك انظر، طایل محمود الشيباب، الوسيط في شرح قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، القسم الخاص، الجرائم الواقعة على الأشخاص الطبعة الأولى، مكتبة الجامعة، الشارقة، ٢٠١٥، ص ٦٥.



ومن الواضح أن المادة (٣٤) لم تقصر البدء في التنفيذ على المفهوم الضيق الذي تعلق بارتكاب جزء من الأجزاء المكونة للركن المادي للجريمة، وإنما عدت أن البدء في التنفيذ يشكل كل عمل يؤدي حالاً ومباشرة إلى الجريمة، وبذلك يكون المشرع الإماراتي وفقاً للمادة (٣٤) عقوبات قد اعتنق فيما يتعلق بمفهوم الشروع المذهب الشخصي، وبالتحديد المعيار الذي نادى به الفقيه الفرنسي (Garoud) وهو (الأعمال التي تؤدي حالاً ومباشرة إلى الجريمة)<sup>(١)</sup>، وتظهر ملامح المذهب الشخصي في المادة (٣٤) عقوبات إماراتي في الوجوه الآتية:

١- ضبط مفهوم البدء بالتنفيذ بمعيار الأعمال المؤدية حالاً ومباشرة إلى ارتكاب الجريمة:

يتحقق الشروع وفقاً لهذا المعيار إذا كان الفعل هو الحركة المباشرة نحو ارتكاب الجريمة أو أن يكون مؤدياً حالاً ومباشرة إلى تنفيذ الجريمة الأصلية، وأن يكون قد ارتكب الفعل في ظروف تدل على أن لدى الفاعل القدرة على إخراج قصده إلى حيز التنفيذ<sup>(٢)</sup>.

ومن الواضح أن المشرع الإماراتي لم يرد حصر الشروع في المفهوم الضيق للبدء في التنفيذ الذي ينصرف إلى تنفيذ السلوك المكون

---

(1) وفي هذا الاتجاه انظر، ممدوح خليل البحر، الجرائم الواقعة على الأموال في قانون العقوبات الإماراتي، الطبعة الأولى، مكتبة الجامعة، الشارقة، ٢٠٠٩م، ص ٧٧، وكذلك انظر، غنام محمد غنام، شرح قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، القسم العام الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م، ص ١٩٦ وعكس هذا الاتجاه يذهب رأي في الفقه إلى أن المشرع الإماراتي قد تبنى معياراً مختلفاً يجمع بين المذهبين المادي والشخصي، محمد السعيد عبد الفتاح ومحمد أمين الخرشنة، شرح قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، مكتبة الجامعة، الشارقة، ٢٠١٥م، ص ٥٥.

(2) India, 3 Vol, 1961- 1962, P:404Goure: The pénal law of  
وانظر كذلك: محمد محيي الدين عوض، قانون العقوبات السوداني معلقاً  
عليه، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٧٩م، ص ١٩٨.

للركن المادي، وإنما أراد أن يجعله يتسع للأعمال التنفيذية التي لا تدخل ضمن الركن المادي إذا كانت تؤدي حالاً ومباشرة إلى الجريمة<sup>(١)</sup>.

وفي هذا الاتجاه سار القضاء في دبي حيث قضت محكمة تمييز دبي بأن اصطحاب المجني عليه إلى مكان الحادث وإسهامه مع شركائه في خلع ملابس المجني عليها عنوة تمهيداً للصلة الجنسية وعدم إتمام ذلك لسبب لا دخل لإرادته مؤداه قيام المسؤولية عن الشروع في الاغتصاب<sup>(٢)</sup>.

كما قضت ذات المحكمة بأن التوجه إلى منزل المجني عليه لسرقته وإعداد أدوات الجريمة والإمساك به وشل حركته يشكل شروعاً في سرقة<sup>(٣)</sup>.

٢- عدم الاستبعاد الكلي للأعمال التحضيرية من نطاق الشروع:

لم يستبعد المشرع الإماراتي بشكل كلي الأعمال التحضيرية على ارتكاب الجريمة من نطاق الشروع، حيث جاءت، المادة (٣٤) من قانون العقوبات بصياغة تسمح بتصور قيام حالة الشروع لمجرد توافر عمل من الأعمال التحضيرية حيث نصت المادة (٣٤) وهي بصدد تعريف البدء في التنفيذ بقولها: "ولا يعتبر شروعاً في

(1) في حكم قديم لمحكمة النقض المصرية عدت أن الأعمال التي تؤدي مباشرة إلى ارتكاب الجريمة لا يشترط أن تكون من الأفعال المكونة للركن المادي للجريمة، ولكنها أيضاً لا تعد من الأعمال التحضيرية، نقض ١٩٢٣/١١/٥، مجلة المحاماة، س ٤، رقم ٤٧٨، ص ٦٤١، أورده بسمير الشناوي، المرجع السابق، هامش رقم (٥)، ص ١٩٥.

(2) جلسة ١٩٩٤/٢/٥، الطعان رقم ٥٦، ٥٩، لسنة ١٩٩٣م، جزاء، مجلة القضاء والتشريع، العدد الخامس، أورده غنام محمد غنام، شرح قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، القسم العام، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م، ص ١٩٦.

(3) تمييز دبي، ٢٠٠١/٦/٢٠م، الطعن رقم ٦٣ لسنة ٢٠٠١م، جزاء، أورده، غنام، محمد غنام، المرجع السابق، ص ١٩٧.

الجريمة مجرد العزم على ارتكابها ولا الأعمال التحضيرية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"، مما يعني أن المشرع ترك الباب مفتوحاً بحيث يمكن تصور الشروع لمجرد الأعمال التحضيرية.

وقد أورد المشرع الإماراتي في القسم الخاص من قانون العقوبات بعض النصوص التي يستدل منها على صلاحية الأعمال التحضيرية لقيام الشروع، وما يميز هذه النصوص أن المشرع الإماراتي ميز بين الشروع والمحاولة الإجرامية، وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

تمييز الشروع عن المحاولة الإجرامية في خطة المشرع الإماراتي. ينقسم الفقه بصدد التمييز بين الشروع والمحاولة إلى ثلاثة اتجاهات: الأول منها يرى بأن المحاولة الإجرامية حالة مختلفة عن الشروع، حيث تدخل الأعمال التحضيرية في نطاق المحاولة الإجرامية ولا تدخل في نطاق الشروع<sup>(١)</sup>.

ويستند هذا الرأي إلى أن المشرع لو لم يقصد بها شيئاً آخر غير البدء في التنفيذ لما أوردتها مكتفياً بمصطلح الشروع<sup>(٢)</sup>.

ويذهب الاتجاه الثاني إلى عدم التمييز بين الشروع والمحاولة، حيث إنهما لفظان مترادفان لمعنى واحد. ويستند هذا الرأي إلى أن بعض التشريعات عرفت الشروع بأنه: المحاولة، ومن ذلك قانون العقوبات اللبناني في المادة (٢٠٠)، وقانون العقوبات السوري في المادة (١٩٩)<sup>(٣)</sup>.

---

(1) تجدر الإشارة إلى أن هذا الاتجاه وإن كان يرى بأن المحاولة تشمل الأعمال التحضيرية، إلا أنه لا يدخل في نطاقها مجرد التفكير أو العزم على ارتكاب الجريمة، محمود محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، الجزء الثاني، سنة ١٩٦٦م، ص ٧٥.

(2) انظر في عرض هذا الرأي، سمير الشناوي، المرجع السابق، ص ١٣٩.

(3) انظر في عرض هذا الرأي، سمير الشناوي، المرجع السابق، ص ١٤١.

أما الاتجاه الثالث فيذهب إلى أن المحاولة مرحلة وسط بين التحضير والبدء في التنفيذ، فهي لاحقة على الأعمال التحضيرية وسابقة على البدء في التنفيذ، مما يعني أنها تشمل (١) تلك الأعمال التنفيذية التي لا تدخل في الركن المادي، ولكنها ضرورية لارتكاب الجريمة، ومن ذلك التسور في السرقة.

وبالرجوع إلى قانون العقوبات الإماراتي يتضح لنا أن المشرع الإماراتي عندما نص على المحاولة الإجرامية، لم يكن ذلك من باب الترادف في المعنى مع الشروع، ويظهر ذلك جلياً من خلال استعراض المواد (١٨٩، ١٧٩، ١٧٥، ١٧٤)، حيث نصت المادة من قانون العقوبات بقولها: "يعاقب بالإعدام كل من حاول أو شرع بالقوة في قلب نظام الحكم أو الاستيلاء عليه". ونصت المادة (١٧٥) بقولها: "يعاقب بالسجن المؤبد كل من حاول الاعتداء على سلامة رئيس الدولة أو حريته أو تعدد تعريض حياته للخطر، وتكون العقوبة بالإعدام إذا وقعت الجريمة أو شرع في ارتكابها". وكذلك نصت المادة (١٧٩) بقولها "يعاقب بالسجن المؤبد كل من حاول الاعتداء على سلامة رئيس دولة أجنبية أو حريته، وتكون العقوبة بالإعدام إذا وقعت الجريمة أو شرع في ارتكابها". فالنصوص السابقة وخاصة المادتين (١٧٥، ١٧٩) فرقنا فيما يتعلق بالعقوبة بين من حاول وبين من شرع، فجعلت عقوبة الشروع أشد من عقوبة المحاولة، وهو ما يعزز أن الشروع هو البدء في التنفيذ أو القيام بالأعمال التنفيذية المؤدية حالاً ومباشرة إلى ارتكاب الجريمة، أما المحاولة فهي مجرد أعمال تحضيرية قدر المشرع لها عقوبة أقل من عقوبة الشروع نظراً إلى أنها تأتي في مرتبة أدنى من الأعمال التنفيذية من حيث الخطورة، ومن هنا يمكن القول: إن المشرع الإماراتي اعتنق الاتجاه الأول الذي يميز بين

(1) انظر في عرض هذا الرأي، سمير الشناوي، المرجع السابق، ص ١٤٢.

المحاولة والشروع حيث تدخل الأعمال التحضيرية في الأولى دون الثانية.

ولم يأخذ المشرع الإماراتي بالاتجاه الثالث الذي يرى بأن الشروع هو البدء في تنفيذ السلوك المكون للركن المادي، بينما المحاولة تشمل الأعمال التنفيذية التي تسبق البدء في التنفيذ ولكنها لاحقاً للأعمال التحضيرية؛ لأن المادة (٣٤) من قانون العقوبات الإماراتي وسعت من نطاق الشروع، فجعلت هذا النوع من الأعمال التنفيذية من ضمن الشروع، وأطلقت عليه الأعمال المؤدية جالاً ومباشرة إلى ارتكاب الجريمة.

### الفرع الثاني

#### مذهب قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ في مفهوم الشروع

استخدم المشرع في قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ مصطلح المحاولة بدلاً من الشروع، وقد جاءت المادة (١/٣٠) من ذات القانون تعرف المحاولة بقولها: "يعتبر الشخص بأنه حاول ارتكاب الجرم إذا ما شرع في تنفيذ نيته على ارتكاب ذلك الجرم باستعمال وسائل تؤدي إلى وقوعه واطهر نيته هذه بفعل من الأفعال الظاهرة، ولكنه لم يتمكن من تنفيذ نيته هذه إلى حد إيقاع الجرم". ويظهر من النص السابق أن المشرع قد عرف المحاولة وفق منظور المذهب الشخصي، ويمكن استخلاص ملامح المذهب الشخصي في نص المادة (٣٠) على النحو الآتي:

أولاً- استخدام المشرع مصطلح المحاولة:

سبق القول: إن هناك ثلاثة اتجاهات قيلت بصدد التمييز بين الشروع والمحاولة، والسؤال المطروح هنا هو: هل قصد المشرع في قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ عند استخدامه مصطلح المحاولة التمايز عن الشروع؟ أو أن المحاولة وردت بمعنى الشروع؟

بالرجوع المادة (٣٠) نجد أنها عرفت المحاولة بالشروع، حيث نصت أن الشخص يعد قد حاول إذا ما شرع في تنفيذ نيته، ولكن هذا لا يعني أن يكون المشرع قد قصد أن تكون المحاولة مرادفة للشروع؛ فالمحاولة التي عرفتها المادة (٣٠) يدخل في نطاقها الأفعال الظاهرة التي تؤدي إلى وقوع الجريمة حتى وإن لم تكن ضمن السلوك المكون للركن المادي، كما أضافت المادة (٣٠) وهي بصدد تعريف المحاولة قولها وأظهر نيته هذه بفعل من الأفعال الظاهرة، ونرى أن المقصود بالأفعال الظاهرة كل فعل يتعدى مرحلة التفكير والعزم ويظهر إلى الوجود ولا يشترط أن يدخل ضمن للركن المادي للجريمة، كما لا يشترط أن يكون فعلاً تنفيذياً يسبق السلوك المكون للركن المادي، وبذلك يدخل في مفهوم الأفعال الظاهرة الأعمال التحضيرية؛ لأنها تكون قد ظهرت من خلال الفعل وتعدت مرحلة التفكير وهي بداية تنفيذ النية.

ونخلص مما سبق إلى أن المشرع في قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ أخذ بالاتجاه الذي يميز بين المحاولة والشروع، فيجعل المحاولة تشمل الأعمال التحضيرية، وهذا يعد ترجمة لأفكار المذهب الشخصي في الشروع.

#### ثانياً- الاعتماد في تعريف المحاولة على النية:

تظهر أفكار المذهب الشخصي في نص المادة (٣٠) التي استندت في تعريف المحاولة إلى نية الشخص الذي ارتكب المحاولة، حيث تتحقق المحاولة إذا شرع الشخص في تنفيذ نيته أو إذا أظهر نيته بفعل من الأفعال الظاهرة، كما أن المادة (٣٠) لم تقصر المحاولة بإتيان عمل من الأعمال التي تدخل في الركن المادي للجريمة، وهذا

ما يعزز اعتناق المشرع فيما يتعلق بمفهوم الشروع أفكار المذهب الشخصي<sup>(١)</sup>.

ثالثاً- العقاب على مجرد عقد العزم:

من المعلوم أن القانون ينظم السلوك الظاهر للأفراد في المجتمع، وأن القوانين العقابية لا تعاقب على مجرد النية وعقد العزم، طالما أن الشخص لم ينتقل إلى مرحلة البدء في التنفيذ، أو القيام بأفعال تنفيذية تؤدي إلى وقوع الجريمة<sup>(٢)</sup>.

ورغم ذلك تضمن قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ حالة شاذة تعاقب على مجرد عقد العزم، وهذا يعكس تطرفاً واضحاً يتعدى أفكار المذهب الشخصي، وهذا التطرف جاء في النصوص التي تنظم الجرائم الماسة بالنظام العام، حيث نصت على ذلك المادة (٥٢) التي تعرضت للجنايات التي تعد من قبيل الخيانة، فعَدَّتْ أن كل من عقد النية لإشهار حرب ضد الحكومة أو حتى عقد النية على التحريض بالإغارة بالسلاح يعد أنه ارتكب جنابة ويعاقب بالحبس المؤبد.

(1) رغم أن ملامح المذهب الشخصي واضحة في المادة (٣٠)، إلا أن محكمة الاستئناف العليا في غزة أخذت في أحد أحكامها بأفكار المذهب المادي حيث قضت بقولها "وحيث أنه ومتى كان ذلك لا يمكن قانوناً أن يعتبر ما قام به المتهم هو الشروع في تنفيذ السرقة؛ ذلك أن مجرد الفتح وعدم اخذ أي شيء دون وجه حق، ولما كان أي من ذلك لم يتحقق وكانت أفعال المتهم قد اقتصر على مجرد فتح الصندوق، فإن الركن المادي للسرقة غير متوافر"، استئناف عليا جزاء فلسطيني، غزة، رقم (٢٠٠١/٨٦) جلسة ٢٠٠١/١١/١٢ غير منشور.

(2) نعمان محمد خليل جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧م، ص ٣٨، إيداد محمد جاد الحق، المدخل إلى علم القانون، الجزء الأول، نظرية القانون، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، ٢٠١٢، ص ١٤.

## المبحث الثاني

### ملامح المذهب الشخصي والمادي في نصوص العدول الاختياري والجريمة المستحيلة

تتبع أفكار المذهب الشخصي وكذلك المذهب المادي على حالة العدول الاختياري والجريمة المستحيلة، فالنصوص الناظمة لهاتين الحالتين إما أن تكون متأثرة بأفكار المذهب الشخصي أو بأفكار المذهب المادي، وفي هذا الصدد نبحت في خطة كل من قانون العقوبات الإماراتي وقانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ لاستظهار ملامح أي من المذهبين، ويقضي ذلك تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في أولهما المذهب المتبع في نصوص العدول الاختياري، ونتناول في ثانيهما المذهب المتبع في نصوص الجريمة المستحيلة.

**المطلب الأول: المذهب المتبع في نصوص العدول الاختياري.**

**المطلب الثاني: المذهب المتبع في نصوص الجريمة المستحيلة.**

#### المطلب الأول

#### المذهب المتبع في نصوص العدول الاختياري

يقضي استظهار المذهب المتبع في النصوص التي تنظم العدول الاختياري في خطة التشريعات المقارنة أن نعرض لخطة المشرعين الإماراتي والفلسطيني في العدول الاختياري، على أن يسبق ذلك الحديث عن ماهية العدول الاختياري، وسوف نخصص لكل منهما فرعاً مستقلاً على النحو الآتي:

**الفرع الأول: ماهية العدول الاختياري.**

**الفرع الثاني: خطة المشرع الإماراتي في العدول الاختياري.**

**الفرع الثالث: خطة المشرع الفلسطيني في العدول الاختياري.**



## الفرع الأول ماهية العدول الاختياري

العدول الاختياري عن إتمام الجريمة هو عدول الجاني بقرار إرادي حر، دون أن يكون ذلك راجعاً إلى ضغوط أو عوامل خارجية مستقلة عن إرادة الفاعل، سواء أكانت مادية أم معنوية<sup>(١)</sup>.

ومثال العوامل المادية: إمساك يد المجرم قبل إطلاق العيار الناري، أو القبض على السارق وهو يخنلث الأشياء، ومثال العوامل المعنوية: عدول المجرم عن إتمام جريمته عند رؤيته أحد أفراد الشرطة، أو توهمه بسماع خطوات قادمة إليه، ففي هذه الأحوال لا يكون العدول اختيارياً<sup>(٢)</sup>.

مما سبق يتضح أن العدول الاختياري يقوم على عنصرين، أولهما: أن يكون إرادياً، وثانيهما: أن يكون سابقاً على تمام الجريمة، وفيما يتعلق بالعدول الإرادي يذهب رأي في الفقه إلى التوسع في مفهوم العدول الإرادي، حيث يعد العدول في نظرهم إرادياً حتى وإن عرضت للجاني عوامل أو ظروف خارجية من شأنها أن تعيق التنفيذ، طالما أن الاستمرار في الجريمة وتحقيق أثرها كان ممكناً بالرغم من وجود هذه العوامل، ووفقاً لهذا الرأي لا تنفي الصفة الإرادية لمجرد اقتران صعوبة عند تنفيذ الجريمة، أما إذا أصبح التنفيذ مستحيلًا فإن وقف الجريمة يكون لأسباب خارجة عن إرادة الفاعل<sup>(٣)</sup>.

(1) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢م، ص ٣٦٥، كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص ٢٥١، علي بدوي، المرجع السابق، ص ٢٢٩، محمد سمير، المرجع السابق، ص ٩٠.

(2) محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص ٢٦٢.

(3) انظر في عرض هذا الرأي، سمير الشناوي، المرجع السابق، ص ٣٤٧.

ويفرق بعضهم بين المؤثرات الخارجية التي يترتب عليها جعل العدول إجبارياً وبين المؤثرات الشخصية التي لا تنفي الصفة الإرادية عن العدول<sup>(١)</sup>.

والحقيقة أن التفرقة بين المؤثرات الخارجية والشخصية منتقدة؛ لأنه ليس كل المؤثرات الشخصية ترتب عدولاً اختيارياً، فمثلاً إذا أصيب الجاني بكسر ساقه، فإن ذلك يحول دون تمام الجريمة، فهنا العدول إجباري رغم أن الإصابة من المؤثرات الشخصية<sup>(٢)</sup>. ونرى في هذا المقام إن العدول يكون إرادياً كلما كان بالإمكان الإقدام وإتمام الجريمة، ويترك تقدير ذلك لقاضي الموضوع بناء على كل حالة على حدة.

ويفرق القضاء الفرنسي في هذا الصدد بين ثلاث فرضيات، الأولى: أسباب داخلية تدفع الفاعل للتوقف كالخوف والشفقة والأخلاق، وقد قضي في فرنسا باعتبار هذه الحالات عدولاً يستوجب عدم العقاب<sup>(٣)</sup>، والثانية: أسباب خارجية كما لو تم التوقف بسبب وصول الشرطة أو مقاومة الضحية، فهذا لا يعد عدولاً اختيارياً<sup>(٤)</sup>، أما الفرضية الثالثة فهي مختلطة الأسباب، كصرخات الضحية نتيجة الألم، ووجود صوت إنذار، ففي هذا النوع من التوقف لا تتحقق فكرة العدول الاختياري<sup>(٥)</sup>.

(1) انظر في عرض هذا الرأي، علي راشد، القانون الجنائي المدخل وأصول

النظرية العامة، الطبعة الثانية دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٣٠٣.

(2) سمير الشناوي، المرجع السابق، ص ٣٥٢.

(3) انظر حكم المحكمة الإضاحية في فرنسا (دي فورت)، ١٩٦٧/٠٩/٢٢،

منشور على الرابط: <http://cours-de-droit->

(4) نقص جنائي فرنسي، ١٩٦٩/٠٧/٢٣، منشور على الرابط:

<http://cours-de-droit.blogspot.com/2006/12/droit-pnal-12-2e-semestre-cours-de-mme.html>.

(تاريخ الدخول: ٢٠١٦/٦/٢٠)

(5) نقص جنائي فرنسي، ١٩٨٥/١/٢٩، منشور على الرابط:

<http://cours-de-droit.blogspot.com/2006/12/droit-pnal-12-2e-semestre-cours-de-mme.html>

(تاريخ الدخول: ٢٠١٦/٦/٢٠)

ويتجه رأي من أنصار المذهب الشخصي إلى التفرقة بين  
 العدول من حيث الباعث، فإذا كان الباعث على العدول شريفاً كالتوبة  
 والندم والإشفاق على المحني عليه أو ذويه أو خشية العقاب، فإنه  
 يكون عدولاً اختيارياً لا يستوجب عقاباً، بينما لا يعتد به إذا كان  
 الباعث إليه خبيثاً كما لو عدل الفاعل عن ارتكاب الجريمة، وكان  
 الباعث على ذلك رغبته في إرجاء التنفيذ إلى فرصة أفضل<sup>(١)</sup>. غير  
 أن اتجاه آخر يذهب إلى عدم الاعتداد بالباعث على العدول، فالعدول؛  
 بدافع الشفقة أو الندم كالعدول بدافع إرجاء تنفيذ الجريمة إلى فرصة  
 أفضل وأكثر ملائمة، ولذلك لا عقاب على العدول<sup>(٢)</sup> أيًا كان الدافع.

### الفرع الثاني

#### خطة المشرع الإماراتي في العدول الاختياري

عرف المشرع الإماراتي الشروع في الجريمة في المادة (٣٤)  
 من قانون العقوبات بأنه: "البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جريمة إذا  
 أوقف أو خاب أثره لأسباب لا تدخل لإرادة الجاني فيها".

(1) انظر في عرض هذا الرأي: سمير الشناوي، المرجع السابق، ص ٩١،  
 وانظر كذلك: محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٦٦، حيث يرى  
 أن العدول بسبب الخوف لا يعد اختيارياً.

(2) Roux, cours de droit criminal français, 2eme, edT1,  
 sirey, paris, 1927, p:113

وانظر كذلك: محمد محيي الدين عوض، القانون الجنائي، مبادئه الأساسية،  
 المرجع السابق، ص ٢٢٤، سمير الشناوي، المرجع السابق، ص ٢٠٥،  
 على راشد، المرجع السابق، ص ٣٠٢ وما بعدها مأمون سلامة ص ٤٠٢،  
 أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري، القسم العام، دار  
 النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص ٣٤٧، على بدوي، المرجع  
 السابق، ص ٢٣١، محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات،  
 المرجع السابق، ص ٢٦٢، رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون  
 الجنائي، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف بالإسكندرية، دون سنة نشر  
 ص ٥٠٧.

ومن هذا النص يتضح أن المشرع الإماراتي قد تبني ضمن الأحكام العامة عدم العقاب على العدول الاختياري؛ حيث إن العدول الاختياري يكون إرادياً، ولذلك لا يدخل ضمن نطاق الشروع المعاقب عليه بموجب المادة (٣٤).

والعدول الاختياري هو العدول قبل تمام الجريمة، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة تمييز دبي بأنه لا تأثير للعدول الاختياري عن تحقيق الغاية بعد تمام الجريمة<sup>(١)</sup>، ومن الواضح أن محكمة تمييز دبي ميزت بين حالة العدول الاختياري وبين التوبة الإيجابية<sup>(٢)</sup>، حيث يكون العدول اختياريًا إذا وقع قبل تمام الجريمة، بينما إذا وقع العدول الإرادي الحر بعد تمامها. فهذه الحالة تسمى التوبة الإيجابية ولا تنفي معها حالة الشروع.

وفكرة التوبة الإيجابية التي لا تنفي الشروع، ولكنها تعد سبباً لتخفيف العقوبة تجد لها تطبيقاً في قانون العقوبات الإماراتي في المادة (٢٨٨) التي نصت بقولها: يعاقب بالسجن المؤبد كل من هاجم طائراً أو سفينة بقصد الاستيلاء عليها أو على كل أو بعض البضائع التي تحملها أو بقصد إيذاء واحد أو أكثر ممن فيها أو بقصد تحويل مسارها بغير تراجع مقتضي، ويحكم بذات العقوبة إذا وقع الفعل من شخص على متن الطائرة أو السفينة، وإذا قام الجاني بإعادة الطائرة أو السفينة بعد الاستيلاء عليها مباشرة ولم يكن قد ترتب على فعله الإضرار بها أو بالبضائع التي تحملها أو إيذاء الأشخاص الموجودين عليها إلى

(١) راجع تمييز دبي الطعن رقم ٧١ لسنة ٩٤ مجموعة أحكام المحكمة، العدد ٦، ص ٨٦٠ رقم ٣، أورده، غنام محمد غنام، المرجع السابق، ص ٢٠٠، وراجع أيضاً تمييز دبي، الطعن رقم (٦)، لسنة ١٩٩٣م، مجموعة أحكام المحكمة، العدد ٤، ص ١٠٧٤، رقم ١٨، أورده، غنام محمد غنام، المرجع السابق، ص ٢٠١.

(٢) انظر في هذه التفرقة، غنام محمد غنام، المرجع السابق، ص ٢٠٠.

قائدها الشرعي أو إلى من له الحق في حيازتها قانوناً، كانت العقوبة السجن مدة لا تجاوز خمس سنوات<sup>(١)</sup>، وفي مواضع أخرى رتب المشرع على التوبة الإيجابية الإغفاء من العقوبة، ومن ذلك أن المشرع الإماراتي أعفى كل من كلف بأداء الشهادة أمام إحدى الجهات القضائية، فامتنع عن حلف اليمين أو أداء الشهادة دون عذر مقبول، إذا عدل عن هذا الامتناع قبل صدور الحكم في موضوع الدعوى<sup>(٢)</sup>.

مما سبق يتضح لنا أن خطة المشرع الإماراتي فيما يتعلق بالعدول الاختياري ابتعدت عن أفكار المذهب الشخصي، وهذا على عكس خطة المشرع فيما يتعلق بمفهوم الشروع، حيث سبق القول إن المشرع أخذ بمفهوم الشروع وفقاً لأفكار المذهب الشخصي، فالعدول الاختياري في قانون العقوبات الإماراتي غير معاقب عليه أيأ كان الباعث ودون الالتفات إلى نية الشخص الذي عدل، وهذا بحسب ذاته يتنافى مع بعض الآراء التي تنادي بأفكار المذهب الشخصي، حيث يذهب (جاروفالو وجراماتيكا) إلى أن العدول الاختياري لا يبرر الإغفاء من العقاب إلا إذا كان صادقاً والباعث إليه نبيلاً، مما يعنى الاعتماد في هذا الأمر على معيار شخصي محض<sup>(٣)</sup>.

### الفرع الثالث

#### خطة المشرع الفلسطيني في العدول الاختياري

وفقاً لقانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦م

يعتبر قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ المطبق في قطاع غزة من القوانين التي صدرت في زمن الانتداب البريطاني على فلسطين، وهو من القوانين التي يغلب عليها طابع النظام الأنجلوسكسوني، وقد جاءت المادة (٤) منه توجب اتباع المبادئ المتبعة في تفسير القوانين في إنجلترا عند تفسير نصوص هذا القانون،

(١) راجع المادة (٢٦١) من قانون العقوبات الإماراتي.

(٢) انظر في عرض هذا الرأي، سمير الشناوي، المرجع السابق، ص ٣٤٩.

كما نصت على أن الألفاظ والعبارات المستعملة فيه بأنها استعملت للدلالة على المعنى المقصود منها في الشرائع الإنجليزية<sup>(١)</sup>.

وما يميز العديد من التشريعات التي تأخذ بالنظام الأنجلوسكسوني أنها لا تميز بين العدول الاختياري عن الجريمة والعدول الإجمالي، حيث ترتب العقاب في الحالتين<sup>(٢)</sup>، وقد جاء قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ في هذا الاتجاه؛ إذ لم يعتد بالعدول الاختياري، ولذلك لم يرتب عليه الإغفاء من العقاب<sup>(٣)</sup>(٤).

(1) ساهر إبراهيم الوليد، الأحكام العامة في قانون العقوبات الفلسطيني، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٥، ص ١٧٨.

وعلى عكس ذلك يذهب الفقيه (Norman) إلى أن هناك قوانين طبقت في المستعمرات البريطانية وعلى الشعوب الخاضعة للاستبداد البريطاني، لكن هذه القوانين لا تعكس بامتياز ما هو سائد في بريطانيا، حيث يذهب هذا الرأي إلى أن قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦م يتضمن أفكاراً ليست بالضرورة من النظام الإنجليزي، وإنما أخذت من القانون الفرنسي والعثماني والبريطاني، انظر في ذلك،

Norman Abram's, interpreting the criminal code ordinance, 1936, The untapped well, 1972, p:25 or follow this site, <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/Israel.7&div=10&id=&page> (منشور على الرابط) تاريخ الدخول ٢٠١٦/٤/٢٢.

وانظر كذلك، ماهر أسامة مسعود، المذهب الشخصي، في قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ المطبق في قطاع غزة، بحث غير منشور ٢٠١٥، ص ٣٠.

(2) Godby, commentary on Egyptian criminal law part 1, 1924, p:94.

(3) يعتبر القانون الهندي والقانون القبرصي من القوانين التي لم ترتب الإغفاء من العقاب في حالة العدول الاختياري، وكذلك أيضاً قانون العقوبات البحريني لسنة ١٩٥٥م الملغى حيث إن المادة (٤٢) توجب العقاب حتى في حالة العدول الاختياري، وبصدور قانون العقوبات البحريني رقم ١٥ لسنة ١٩٧٦م نصت المادة (٣٩) على أنه: "لا عقاب على من عدل مختاراً عند إتمام الجريمة التي شرع في ارتكابها، إلا إذا كون سلوكه جريمة أخرى".

(4) انظر في ذلك: محمد محيي الدين عوض، قانون العقوبات السوداني، معلقاً عليه، للمرجع السابق، ص ١٩٤.

ولكنه في ذات الوقت جعل للعدول أثراً في السلطة التقديرية للقاضي عند تطبيق العقوبة، قد تنتهي إلى التخفيف أو الإدانة مع وقف التنفيذ، ويظهر ذلك جلياً في المادة (٢/٣٠) من ذات القانون التي نصت بقولها: "لا عبرة إلا فيما يتعلق بالعقوبة، سواء أقيم ذلك الشخص بكل ما هو ضروري لإتمام ارتكاب الجرم أم لم يقم بذلك، وسواء أحوالت دون تنفيذ نيته بتمامها ظروف لم يكن فيها مختاراً، أم عدل من تلقاء نفسه عن متابعة تنفيذ نيته"، وما يميز المادة السابقة أنها لم تقتصر على مجرد العدول بعد البدء بالتنفيذ بمعناه الضيق، وإنما متى بدأ الجاني بتنفيذ نيته، وهو الأمر الذي يشمل الأعمال التنفيذية المؤدية إلى ارتكاب الجريمة التي تسبق السلوك كعنصر في الركن المادي للجريمة، وهنا تظهر بوضوح ملامح اعتناق المشرع لأفكار المذهب الشخصي في العدول الاختياري، حيث إن الأثر المتمثل في عدم الإغفاء من العقاب إنما يرجع إلى اعتداد المشرع بنية ارتكاب الجريمة ولا عبرة بعد ذلك في العدول<sup>(١)</sup>.

#### الاستثناء من قاعدة العقاب في حالة العدول الاختياري:

بالرغم من أن المادة (٢/٣٠) من قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦م جاءت صريحة بعدم الاعتداد بالعدول الاختياري فيما يتعلق باستحقاق العقاب، إلا أن المشرع خرج عن هذا الأصل العام الذي يعكس تطرفاً ينتمي إلى أفكار المتشددين من أنصار المذهب الشخصي، حيث اعتد المشرع في حالة خاصة بالعدول الاختياري مرتباً على ذلك عدم العقاب، ومقترباً في نطاق هذه الحالة من أفكار

(1) انتقد جانب من الفقه الأنجلوسكسوني مسلك بعض التشريعات الأنجلوسكسونية التي ساوت بين العدول الاختياري والعدول الإجمالي؛ حيث إن إلحاق العقاب بالفاعل في حالة العدول الاختياري سيؤدي إلى الاستمرار في المشروع الإجرامي.  
انظر في عرض هذا الرأي، محمد سمير، المرجع السابق، ص ٩٠.

المذهب المادي، ويظهر ذلك في المادة (١١٧) من قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦، التي نصت على جريمة الشهادة الزور، حيث اشترط أن تؤثر الشهادة الزور في أي أمر جوهري يتعلق بمسألة تتوقف على الإجراءات القضائية، إذ إن اشتراط ذلك في جريمة الشهادة الزور معناه اشتراط أن تقع الجريمة تامة، فإذا عدل الشاهد عن أقواله الزور وعاد إلى قول الحقيقة، فإن هذا العدول الاختياري يجعل من أقواله الزور التي قالها قبل العدول غير ذي أثر، ولذلك يعد بالعدول في هذه الحالة.

### المطلب الثاني

#### المذهب المتبع في نصوص الجريمة المستحيلة

يقتضي الحديث عن المذهب المتبع في النصوص الناظمة لفكرة الجريمة المستحيلة أن نعرض لماهية الجريمة المستحيلة ومكانتها في المذهبين الشخصي والمادي، ثم نتناول موقف قانون العقوبات الإماراتي وكذلك قانون العقوبات الفلسطيني رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦، وسوف نخصص لكل منها فرعاً مستقلاً على النحو الآتي:

الفرع الأول: ماهية الجريمة المستحيلة ومكانتها في المذهبين الشخصي والمادي.

الفرع الثاني: خطة المشرع الإماراتي في الجريمة المستحيلة.

الفرع الثالث: خطة المشرع الفلسطيني في الجريمة المستحيلة.

#### الفرع الأول

#### ماهية الجريمة المستحيلة ومكانتها في المذهبين الشخصي والمادي

أولاً: - ماهية الجريمة المستحيلة:

الجريمة المستحيلة هي: الحالة التي لا تتحقق فيها النتيجة الإجرامية بسبب يرجع إلى انعدام محل الجريمة، أو عدم صلاحية الوسائل المستخدمة من قبل الفاعل<sup>(١)</sup>.

(1) Roux, Cours de droit criminel français, 2eme, ed.T.1, Sirey, Paris, 1927, P: 117.



وفي تعريف آخر هي: عدم تحقق النتيجة المرجوة لاستحالة  
مادية في التنفيذ يجهلها الفاعل<sup>(١)</sup>.

وقد أثرت فكرة الجريمة المستحيلة لأول مرة أمام القضاء  
الفرنسي في قضية (Laurent)، الذي نوى قتل أبيه، فأعد بندقية  
مشحونة بالرصاص وتركها في المنزل، فلما شاهدها الأب شك في  
أمرها وتركها في مكانها بعد إفراغها من الرصاص، وحين قدم الابن،  
أخذها وصوبها تجاه الأب وضغط على الزناد، وقد قضت محكمة  
(Agent) بإدانتها بالشروع في القتل<sup>(٢)</sup>.

(1) Stefani, Levasseur. et Bouloc, droit pénal général, Paris,  
1995, P: 203.

وفي الفقه العربي انظر: رمسيس بهنام، المرجع السابق، ص ٥١٥،  
محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٥٢، محمد محيي الدين  
عوض، القانون الجنائي، المبادئ الأساسية، المرجع السابق، ص ٢٢٨،  
محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق،  
ص ٢٦٥، علي بدوي، المرجع السابق، ص ٢٤٠، أحمد عوض بلال،  
مبادئ قانون العقوبات، المرجع السابق، ص ٣٥٣، مأمون سلامة، المرجع  
السابق، ص ٤٠٥، علي راشد، المرجع السابق، ص ٣٠٦، سمير الشناوي،  
المرجع السابق، ص ٣٨٠، محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم  
الخاص، الطبعة الثانية، مكتبة الصحافة، الإسكندرية، ١٩٨٩م، ص ٤٢٦،  
فتوح عبد الله الشاذلي وعلي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات  
القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص ٣٤٢، محمد عبد  
المالك مهران، نظرية الجريمة المستحيلة، مجلة المحاماة، العدد الأول  
والثاني، ص ٦١، ط ١٩٨١، ص ٤٥، أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون  
العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٣١٠،  
سمير عالية، قانون العقوبات، القسم العام، المؤسسة الجامعية للدراسات  
والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٢، ص ٢٢٧، كامل السعيد، المرجع  
السابق، ص ٢٦٣، خليل عفت ثابت، الجريمة المستحيلة، مجلة المحاماة،  
العدد التاسع، السنة الثالثة، عدد يونيو، ١٩٢٣، ص ١، محمد شلال العاني  
أحكام القسم العام في قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي، دراسة تأصيلية  
فقهيّة موازنة، الطبعة الأولى، الأفاق المشرقة، ناشرون، ٢٠١٠،  
ص ٢٢٦، غنام محمد غنام، المرجع السابق، ص ٢٠٢.

(2) انظر في ذلك، محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم العام، المرجع  
السابق، ص ١٣٧.

وتختلف الجريمة المستحيلة عن الجريمة الموقوفة؛ ذلك أن الخطر في الجريمة المستحيلة لا يتحقق بسبب عدم صلاحية الوسيلة المستخدمة أو انعدام محل الجريمة، وإن كانت الجريمة المستحيلة تتبى بخطورة إجرامية لدى الفاعل، وهذا على خلاف الجريمة الموقوفة التي تحدث خطورة في الفعل ذاته<sup>(١)</sup>.

وكذلك تختلف الجريمة المستحيلة عن الجريمة الخائبة، ومعيار التفرة بينهما يكون بالنظر إلى لحظة تنفيذ الجريمة، فإذا كانت أسباب الاستحالة قائمة وقت التنفيذ كانت الجريمة مستحيلة، أما إذا طرأت بعد البدء في التنفيذ فإن الجريمة تكون خائبة، وهذا المعيار يصلح للتفرقة بين الجريمة المستحيلة والموقوفة أيضاً<sup>(٢)</sup> ويرى جانب من الفقه بأن الجريمة المستحيلة يمكن أن تأخذ صورة الجريمة الموقوفة والجريمة الخائبة، ومثال ذلك: من يريد إطلاق عيار ناري على آخر بقصد قتله، وقيل إطلاق النار يحول شخص ثالث بينه وبين مقصده، ثم يقبض بعد ذلك أن البندقية من الأساس لم تكن صالحة للاستعمال أو خالية من الطلقات أو أن المراد قتله كان قد فارق الحياة<sup>(٣)</sup>.

ونرى أن الجريمة المستحيلة لا تأخذ صورة الجريمة الموقوفة، فالنشاط الإجرامي في الجريمة الموقوفة لا يستنفذ، بينما يستنفذ الفاعل نشاطه الإجرامي في الجريمة المستحيلة.

(1) محمد سمير، المرجع السابق، ص ١١٠.

(2) رمسيس بهنام، المرجع السابق، ص ٥١٥، أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٣١٠، سمير الشناوي، المرجع السابق، ص ٣٨٣، عبد الأحد جمال الدين، المبادئ الأساسية في القانون الجنائي، الجريمة والمسئولية الجنائية، ط ٣، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٤م، ص ٣٨٤.

(3) حسني الجندي، النظرية العامة للجريمة المستحيلة في القانون المصري والمقارن والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٠، ص ٦٧.

ويجب التفرقة بين الجريمة المستحيلة والجريمة الوهمية أو الظنية التي تقوم في اعتقاد الفاعل، حيث يتصور أن الفعل الذي أتياه يعد جريمة وهو ليس كذلك<sup>(١)</sup>، فالجريمة المستحيلة هي جريمة من حيث الواقع، ولكن استحال تنفيذها بسبب يرجع إلى انعدام المحل أو عدم صلاحية الوسائل، أما الجريمة الوهمية فهي غير معاقب عليها بغض النظر عما قام في ذهن الفاعل<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: - مكانة الجريمة المستحيلة في المذهبين الشخصي والمادي:

#### ١- الجريمة المستحيلة في منظور المذهب الشخصي:

يرى أنصار المذهب الشخصي أن الأصل هو شخصية الجاني ونيته الإجرامية التي تدل عليها الأفعال التي أتاها الجاني بشكل لا يدعو إلى الشك في خطورته؛ فالعبرة ليست في النشاط بذاتيته الموضوعية، وإنما في دلالاته، ولذلك يجب عقاب الجاني سواء أكانت الجريمة ممكنة الوقوع أم مستحيلة<sup>(٣)</sup>، ويستند أنصار المذهب الشخصي في الاعتداد بالجريمة المستحيلة وترتيب الجزاء على فاعلها إلى مجموعة من المبررات يمكن إجمالها على النحو الآتي:

(1) محمد محيي الدين عوض، القانون الجنائي، المبادئ الأساسية، المرجع السابق، ص ١٣٥، سمير الشناوي، المرجع السابق، ص ٣٨٤، محمد سمير المرجع السابق، ص ١١٥.

ومن الأمثلة على الجريمة الوهمية أن يشرع شخص في سرقة نقوده معتقداً أنها ملك شخص آخر، وتعد هذه الحالة صورة معكوسة للغلط في الإباحة، ففي الجريمة الوهمية يأتي الفاعل فعله معتقداً على خلاف الحقيقة أنه جريمة، بينما في الغلط في الإباحة يأتي فعله معتقداً على خلاف الحقيقة أنه مباح.

(2) علي راشد، المرجع السابق، ص ٣١٣.

(3) انظر في طرح هذا الرأي، محمد محيي الدين عوض، القانون الجنائي مبادئه الأساسية، المرجع السابق، محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص ٢٦٩، أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات، المرجع السابق، ص ٣٦٢، خليل عفت ثابت، الجريمة المستحيلة، المرجع السابق، ص ٢.

أ- يذهب أنصار المذهب الشخصي في تبرير العقاب على الجريمة المستحيلة إلى أن العقاب في مثل هذه الأحوال يحقق حماية للمجتمع خاصة أن الجاني قام بكل الأفعال التنفيذية اللازمة، ولذلك فإن عقابه يؤدي إلى إبقاء تهديد المصالح قائماً، وإعطاء فرصة للجاني لتأجيل تنفيذ جريمته وإتمامها في وقت آخر<sup>(١)</sup>.

ب- يعتبر أنصار المذهب الشخصي أن البدء في التنفيذ يتحقق بكل فعل يؤدي حالاً ومباشرة إلى إتمام الجريمة من وجهة نظر الجاني، فالبدء في التنفيذ هو الفعل الذي يدل على أن الجاني خطى في سبيل تنفيذ الجريمة خطوات يستحيل معها العدول عنها حتى لو كان إتمام الجريمة مستحيلاً، ولا يتطلب القانون في الشروع سوى البدء في التنفيذ بغض النظر عن النتيجة ودون الاهتمام بالأسباب التي منعت تحقيق النتيجة ما دامت خارجة عن إرادة الفاعل<sup>(٢)</sup>.

ت- إذا كان مناط العقاب على الشروع لا يرجع إلى انطوائه على ضرر مادي، وإنما باعتباره يشكل خطراً، فإن هذا الخطر متحقق في الجريمة المستحيلة لأن اتجاه إرادة الجاني إلى السلوك والنتيجة الإجرامية<sup>(٣)</sup> يعد دليلاً على خطورة إجرامية لدى الفاعل يجب ألا يترك صاحبها دون عقاب.

(1) انظر في ذلك: محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٤٨، محمد سمير، المرجع السابق، ص ١٨٩، محمد مجيب الدين عوض، القانون الجنائي، مبادئه الأساسية، المرجع السابق، ص ٢٣٢.

(2) انظر في طرح هذا الرأي: علي بدوي، المرجع السابق، ص ٢٤٧، أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات، المرجع السابق، ص ٣٦١.

(3) انظر في طرح هذا الرأي، علي بدوي، المرجع السابق، ص ٢٤٥، سمير الشناوي، المرجع السابق، ص ٣٩٧، كامل السعيد، المرجع السابق، ص ٢٤٤، وكذلك انظر:

'Donnedieu de Vabres: Trait de droit criminel et de legislation pénal compare, 3 eme.ed. Recueil. Sirey, paris, 1947, P:144.

ث- إن تقرير العقاب على الجريمة المستحيلة لا يتنافى مع الاحترام الواجب لحقوق الأفراد وحررياتهم، فالعقاب هنا لا يتقرر لمجرد توافر نية إجرامية مجردة، وإنما لاقتران هذه النية بسلوك يرى الجاني أنه يؤدي إلى إتمام الجريمة<sup>(1)</sup>.

ج- يرى أنصار المذهب الشخصي بأن عدم العقاب على الجريمة المستحيلة يتعارض مع الشعور العام، ففي فرنسا أصدرت إحدى محاكم الجنح حكماً ببراءة شخص كان قد وضع يده في جيب شخص آخر قاصداً السرقة، غير أنه وجد هذا الجيب فارغاً، وقد تعرض هذا الحكم للنقد الشديد<sup>(2)</sup>.

(1) Donnedieu de vabres, op. cit, P: 144.

وانظر كذلك ما ذهب إليه العالم الإيطالي (جاروفالو)، أحد زعماء المذهب الشخصي، أورده، على بدوي، المرجع السابق، هامش رقم (1)، ص ٢٤٥.

(2) انظر في ذلك، محمد سمير، المرجع السابق، ص ٢٩٨، وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الفرنسي اتجه في بداية الأمر إلى عدم العقاب على الجريمة المستحيلة أخذاً بذلك بأفكار المذهب المادي، ففي قضية تتلخص وقائعها أن أحد الأشخاص أراد التخلص من زوجته فقرر قتلها بوضع السم لها، فتوجه إلى أحد الأطباء وطلب منه مادة سامة، ولكن الطبيب أعطاه مادة غير سامة على أنها سامة، ثم قام الطبيب بإبلاغ الشرطة، وفيما بعد وجهت له تهمة الشروع في قتل الزوجة، ولما عرض الأمر على المحكمة قضت بالبراءة لاستحالة الجريمة، انظر، محمد سمير، المرجع السابق، ص ١٧٤، ص ١٧٥، على بدوي، المرجع السابق، ص ٢٥٠، وكذلك راجع حكم محكمة استئناف مونتيليه الصادر بتاريخ ١٨٥٢/٠٢/٢٦م، وحكم محكمة النقض الفرنسية، بتاريخ ١٨٥٢/١١/٠٤، وحكم محكمة النقض الفرنسية، بتاريخ ١٨٧٦/١١/٠٤، والصادر كذلك بتاريخ ١٨٧٧/٠٤/١٨ أحكام منشورة على الرابط:

<http://cours-de-droit.blogspot.com/2006/12/droit-pnal-12-2e->

[semestre-cours-de-mme.html](http://cours-de-droit.blogspot.com/2006/12/droit-pnal-12-2e-semestre-cours-de-mme.html) (تاريخ الدخول: ٢٠١٦/٦/٢٠)

وبعد ذلك اتجه القضاء الفرنسي إلى العقاب على الجريمة المستحيلة أخذاً بالمذهب الشخصي، حيث أصدرت محكمة النقض حكماً بالعقاب في جريمة قتل اتضح أن المجني عليه كان ميتاً وذلك بتاريخ ١٩٤٦/٠٤/٠٨م، وانظر كذلك حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ =

وقد تعرضت أفكار المذهب الشخصي في الجريمة المستحيلة للانتقاد، ومن ذلك أن أفكار المذهب الشخصي التي تتادي بالعقاب على الجريمة المستحيلة متطرفة وتؤدي إلى الإسراف في توقيع العقاب؛ لكونه يعول على خطورة الفاعل لا على خطورة الفعل<sup>(١)</sup>.

كما أن أفكار المذهب الشخصي في هذا الصدد تخالف قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات، وذلك انطلاقاً من أن المذهب الشخصي يعول على النية الإجرامية، فعلى سبيل المثال: فإن جريمة القتل هي إزهاق روح إنسان حي على قيد الحياة، ولذلك يعد الإنسان الحي كمحل في جريمة القتل ركناً مفترضاً لتحقيق النتيجة الإجرامية وفقاً للنموذج التشريعي للجريمة، حيث يترتب على عدم توافره استحالة تحققها، ومن ثم كانت عنصراً داخلياً في تكوين تلك النتيجة، وبناء عليه إذا انصب فعل القتل على جثة أو حيوان أو طائر فلا تعد الجريمة قتلاً لانعدام محلها القانوني<sup>(٢)</sup>.

ومن ناحية أخرى فإن الخطر في الجريمة المستحيلة منعدم؛ فلا خطر في محاولة قتل ميت أو إجهاض امرأة ليست حبلية<sup>(٣)</sup>.

---

= ١٦/٠١/١٩٨٦، والحكم الصادر بتاريخ، ١٥/٠٣/١٩٩٤م، منشور على

الرابط:

تاريخ [http://Fr.Jurispedia.org/index.php/Tentative-dinfracation-\(fr\)](http://Fr.Jurispedia.org/index.php/Tentative-dinfracation-(fr))

الدخول ٢٤/٦/٢٠١٦

(1) انظر في طرح ذلك: سمير الشناوي، المرجع السابق، ص ٣٩٩، محمد سمير، المرجع السابق، ص ١٩٤، مأمون سلامة، المرجع السابق، ص ٤٠٩.

(2) حسنين إبراهيم عبيد، مفترضات الجريمة، مدلولها، طبيعتها، ذاتيتها، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الثالث والرابع، السنة التاسعة والأربعون، سبتمبر - ديسمبر، ١٩٧٩م، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨١م، ص ٥٤٨.

(3) محمد سمير، المرجع السابق، ص ١٩٦.

وإذا كان أنصار المذهب الشخصي يعتمدون على خطورة الجاني المستقبلية، فإن هذا القول تعرض للنقد أيضاً؛ لأنه يقيم العقاب على أساس أن الجاني قد يقدم مستقبلاً على ارتكاب الجريمة التي استحالته في السابق، وهذا من الأمور التي لا يمكن التنبؤ بها على وجه اليقين<sup>(١)</sup>.

## ٢- الجريمة المستحيلة في منظور المذهب المادي:

يذهب أنصار المذهب المادي وعلى رأسهم الفقيه الألماني (فويرباخ) إلى عدم العقاب مطلقاً على الجريمة المستحيلة؛ على اعتبار أنها ليست من صور الشروع، ولأن الشروع؛ يستلزم البدء في تنفيذ الجريمة، وهو أمر مستحيل ما دام التنفيذ مستحيلًا بسبب يرجع إلى انعدام المحل أو عدم صلاحية السلوك أو الوسيلة، حيث ينعدم الركن المادي ولا تبقى إلا اللبنة الإجرامية وهي لا تغني عن الركن المادي<sup>(٢)</sup>.

ويستند أنصار المذهب المادي إلى أنه لا يعقل فرض العقاب على مجرد النية أو توافر العزم على ارتكاب الجريمة<sup>(٣)</sup>، كما أن الخطر الذي يبرر العقاب على الشروع ينتفي تماماً في الجريمة المستحيلة، لذلك تنتفي علة التجريم والعقاب<sup>(٤)</sup>.

- (1) حسنى الجندي، المرجع السابق، ص ٣٥٧.
- (2) انظر في طرح هذا الرأي، أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات، المرجع السابق، ص ٢٥٥، علي راشد، المرجع السابق، ص ٣٠٨، كامل السعيد، المرجع السابق، ص ٢٤٠، محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص ٢٦٥، محمد سمير المرجع السابق، ص ١٤٧.
- (3) انظر في عرض ذلك، محمد محيي الدين عوض، القانون الجنائي، مبادئه الأساسية، المرجع السابق، ص ٢٢٩، خليل عفت ثابت، المرجع السابق، ص ١.
- (4) انظر في عرض هذا الرأي، مأمون سلامة، المرجع السابق، ص ٣٠٩، ص ٣١٠، محمود نجيب حسنى، المرجع السابق، ص ٣٤٤، محمد محيي الدين عوض، القانون الجنائي، مبادئه الأساسية، المرجع السابق، ص ٢٢٨، سمير الشناوي، المرجع السابق ص ٣٩١، ص ٣٩٢.

ولم يسلم المذهب المادي من الانتقادات في مجال عدم العقاب على الجريمة المستحيلة، حيث وجه له أنه لا يقرر حماية كافية للمجتمع؛ لأنه سيؤدي إلى إفلات العديد من المجرمين من دائرة العقاب بالرغم من ثبوت خطورتهم الإجرامية المقترنة بأفعال مادية<sup>(١)</sup>، كما أن العمل بالمذهب المادي على إطلاقه قد يفضي إلى نتائج فاحشة، خاصة إذا كانت الاستحالة راجعة إلى سبب عارض مثل رطوبة البارود في المقذوف الناري في جريمة القتل، أو خلو الجيب من النقود في جريمة السرقة، كما أن عدم العقاب في الجريمة المستحيلة يفضي إلى عدم العقاب في الجرائم الخائبة، كمن يطلق عياراً نارياً فلا يصيب المجني عليه؛ لبعده عن المرمى الذي يصل إليه المقذوف، فالجريمة الخائبة من نوع الجريمة المستحيلة؛ لأنها تصبح مستحيلة بالكيفية التي ارتكبت فيها، أو في الظروف التي وقعت فيها<sup>(٢)</sup>.

ويذهب جانب من الفقه وبحق إلى أن الجريمة المستحيلة هي صورة من صور الشروع الذي يستوجب عقاباً؛ ذلك أن البدء في التنفيذ يتوافر بمجرد قيام الجاني بأعمال مادية تدل على ثبات إرادته وإصراره نهائياً على ارتكابها، فلا يلزم أن تكون الأفعال التي يأتيها الجاني صالحة في الحقيقة لإحداث النتيجة المعاقب عليها، وإنما يكفي أن يتوافر هذه الصلاحية في رأي الجاني وتقديره<sup>(٣)</sup>.

وإذا كانت الجريمة المستحيلة لا تتضمن خطراً على المجتمع بالنظر إلى الفعل، فإنها تبقى متضمنة للخطر ولكن بالنسبة إلى شخصية الجاني.

(1) انظر في عرض ذلك: فتوح الشاذلي، وعلى القهوجي، المرجع السابق، ص ٣٤٤، علي بدوي، المرجع السابق، ص ٢٤٣، سمير الشناوي، المرجع السابق، ص ٣٩٥.

(2) علي بدوي، المرجع السابق، ص ٢٤٣.

(3) سمير الشناوي، المرجع السابق، ص ٣٩٥.



وفي إطار المذهب المادي حاول بعضهم أن يخفف من تطرف الأفكار التي يقوم عليها هذا المذهب ، وذلك من خلال تقسيم الاستحالة إلى مطلقة ونسبية بالنظر إلى محل الجريمة والوسائل التي تستعمل في ارتكابها ، حيث تكون الاستحالة مطلقة إذا كان محل الجريمة منعماً، كمن يقوم بأفعال القتل على محل لا تتوافر فيه صفة الإنسان الحي، أو كمن يريد إسقاط امرأة غير حامل، بينما تكون الاستحالة نسبية بالنظر إلى محل الجريمة إذا كان المحل حائزاً للصفات المقصودة من ارتكاب الجريمة ولكنه لم يكن موجوداً، كمن يطلق عياراً نارياً في حجرة معتقداً أن المجني عليه موجوداً فيها، وهو غير موجود، وتكون الاستحالة مطلقة بالنسبة إلى الوسيلة إذا كانت غير صالحة إطلاقاً لكي ترتكب بها الجريمة ، كمن يريد قتل آخر بالسم، فيضع له مادة غير سامة بينما تكون الاستحالة نسبية إذا كان من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة ولكن لأسباب عارضة لم تتحقق تلك النتيجة ، وبناء على هذه التفرقة يرى هذا الفريق أنه في أحوال الاستحالة المطلقة لا يتحقق الشرع ولا مجال للعقاب ، في حين تعد الاستحالة النسبية شروعاً يستوجب العقاب<sup>(١)</sup>

(1) انظر في معيار الاستحالة المطلقة والنسبية، خليل عفت ثابت ، الجريمة المستحيلة ، المرجع السابق ، ص ٢ ، علي بدوي ، المرجع السابق ، ص ٢٤٣ ، محمد زكي أبو عامر قانون العقوبات، القسم العام ، المرجع السابق ، ص ١٤٠ وما بعدها ، محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص ٣٥٤ ، عبد الأحد جمال الدين ، المرجع السابق ، ص ٣٨٦ وما بعدها ، محمد شلال العائني، أحكام القسم العام، في قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي ، النظرية العامة للجريمة ط ١ ، آفاق مشرقة، ناشرون ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٢٦ وما بعدها ، ممدوح خليل البحر ، المرجع السابق ص ٢٠٥ ، محمد زكي أبو عامر ، قانون العقوبات ، القسم الخاص، طبعة ثانية ، مكتبة الصحافة، الإسكندرية ، ١٩٨٩ ، ٤٣٣ وما بعدها ، محمد صبحي نجم، قانون العقوبات ، القسم العام، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان ، ٢٠٠٦ ، ص ٢٤٩ =

وفي ذات السياق اتجه فريق آخر إلى تقسيم الاستحالة إلى قانونية ومادية، حيث لا يعد شروعاً ولا يعاقب عليه في حالة الاستحالة القانونية، بينما يعد شروعاً مستوجباً للعقاب، في الاستحالة المادية، والاستحالة القانونية هي انعدام احد الأركان المكونة للجريمة كانهدام المحل في جريمة القتل بأن يقع فعل القتل على ميت، أما الاستحالة المادية فهي ترد على الوسيلة التي استعملت بقصد ارتكاب الجريمة، كما ترد على محل الجريمة إذا كان غير موجود في المكان، أو عدم توافره في ظروف معينة<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثاني

#### خطة المشرع الإماراتي في الجريمة المستحيلة

لم يتعرض المشرع الإماراتي في قانون العقوبات لفكرة الجريمة المستحيلة، ولم يظهر من نصوص القسم العام والقسم الخاص في قانون العقوبات ما يفيد تبني المشرع مبدأ العقاب في حالة الجريمة المستحيلة<sup>(٢)</sup>، وهو الأمر الذي يعزز تبني المشرع الإماراتي

---

=وتجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض المصرية في معظم أحكامها بشأن الجريمة المستحيلة تتبنى التفرقة بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية، راجع نقض جنائي مصري ١٩٨٦/١١/١٩، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٣٧ ص ٩٠٤، ونقض جنائي مصري، ١٩٩٣/١/٢٠، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٤٤، ص ١٢٧، كذلك انظر، أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات، المرجع السابق، ص ٣٦٣، محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص ٢٦٧، فتوح الشاذلي وعلي القهوجي، المرجع السابق، ص ٣٤٩

- (1) خليل عفت ثابت، المرجع السابق، ص ٢، محمد سمير، المزج السابق، ص ٢٩٠ وما بعدها، محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص ٤٣٢.
- (2) ظايل محمد الشيباب، الوسيط في شرح قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، القسم الخاص، الجرائم الواقعة على الأشخاص، مكتبة الجامعة، الشارقة، ٢٠١٥، ص ٦٥، محمد شلال العاني، المرجع السابق، ص ٢٢٩.

فيما يتعلق بالجريمة المستحيلة أفكار المذهب المادي الذي لا يعترف بالجريمة المستحيلة، وبالتالي لا يقرر العقاب عليها، وهذا على خلاف ما عليه بعض قوانين العقوبات في الدول العربية التي تضمنت نصوصها العقاب على الجريمة المستحيلة، ومن ذلك قانون العقوبات اللبناني، في المادة (٥٤٤) التي أقرت توقيع العقاب في جريمة الإجهاض حتى ولو كانت المرأة التي أجريت عليها وسائل الإجهاض غير حامل<sup>(١)</sup>، وكذلك قانون العقوبات العراقي في المادة (٣٠) التي نصت بقولها: "ويعتبر شروعاً في ارتكاب الجريمة كل فعل صدر بقصد ارتكاب جنائية أو جنحة مستحيلة التنفيذ، أما بسبب يتعلق بموضوع الجريمة أو بالوسيلة التي استعملت في ارتكابها، ما لم يكن اعتقاد الفاعل صلاحية عمله لإحداث النتيجة مبنياً على وهم أو جهل مطبق".<sup>(٢)</sup>

ومن هنا يتضح أن المشرع الإماراتي لم يتبع مذهباً معيناً في كل جزئيات الشروع، فقد سبق القول إن المذهب المتبع في مفهوم الشروع هو المذهب للشخصي، بينما عدم تقرير العقاب في الجريمة المستحيلة يتضمن نظرة المشرع إلى الخطر بأنه خطر يتعلق بالفعل لا بالفاعل، وعدم التعويل على الخطورة الإجرامية لدى الفاعل.

أما على صعيد القضاء، فنجد أن القضاء الإماراتي لم يلتزم الصمت في موضوع الجريمة المستحيلة، حيث تبنى استبعاد العقاب في الاستحالة القانونية والاستحالة المطلقة<sup>(٣)</sup>، أما إذا كانت الاستحالة

(١) يقابلها نص المادة (٥٢٠) من قانون العقوبات السوري.

(٢) وفي ذات الاتجاه المشرع في قانون العقوبات الكويتي، حيث نصت المادة ٢/٤٥ بقولها: "لا يحول دون اعتبار الفعل شروعاً أن تثبت استحالة الجريمة لظروف جهلها الفاعل".

(٣) راجع حكم المحكمة الاتحادية العليا، الدائرة الجزائية رقم ٥٢ لسنة ٢٠٠٧ ق، موقع محامي الإمارات، أورده، طایل عارف الشيباب، المرجع السابق،

نسبية فإن القضاء لا يستبعدهما من نطاق الشروع، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة، الاتحادية العليا بقولها " من المقرر أن الجريمة المستحيلة هي حالة ما اذا لم يكن في وسع الجاني في الظروف التي أتى كل نشاطه، وعلى الرغم من ذلك لم تتحقق النتيجة، ويشترط فيها أن تكون أسباب عدم تحقق النتيجة قائمة وقت اقتراف الفعل، فهي ليست عارضة، وإنما هي مقدره منذ لحظة بدء الجاني، في مشروعه الإجرامي، وكانت تواجه كل شخص سواء يأتي الفعل في نفس الظروف ولو حاز من المهارة ما لم يكن متوافراً لدى الجاني، وفي تعبير آخر تكون أسباب الخيبة محتملة عند الجريمة الخائبة ولكنها محققة عند بدئه في الجريمة المستحيلة، وكانت الواقعة متعلقة بأحد العاملين في مستشفى وقع على وصفه طبية وقلد توقيع الطبيب بغرض تقديمها إلى الصيدلي لصرف الدواء، وذلك أن الجريمة لا تعد مستحيلة إلا إذا لم يكن في الإمكان تحقيقها مطلقاً، كأن تكون الوسيلة التي استخدمت في ارتكابها غير صالحة البتة لتحقيق الغرض الذي يقصده الفاعل، أما إذا كانت الوسيلة كما هو الأمر في واقعة الدعوى صالحة بطبيعتها، ولكن الجريمة لم تتحقق بسبب ظرف آخر خارج عن إرادة الجاني، فإنه لا يصلح القول بالاستحالة (١).

### الفرع الثالث

#### خطة المشرع الفلسطيني في الجريمة المستحيلة

سبق القول: إن قانون العقوبات الفلسطيني رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ ينتمي إلى النظام الأنجلوسكسوني الذي يميل إلى المذهب الشخصي الذي ينادي بالعقاب في حالة الجريمة المستحيلة (٢).

- (1) حكم المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم ٥٣ لسنة ٢٠ ق، مجموعة أحكام المحكمة، أوردة غنام محمد غنام، المرجع السابق، ص ٢٠٦.
- (2) الرأي السائد في الفقه الأنجلوسكسوني بشأن الجريمة المستحيلة يميل إلى المذهب الشخصي، حيث يرى ( ارشبولد ) أن الشروع يتحقق إذا أقدم =

وبالرجوع إلى نصوص قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ يمكننا الوقوف على بعض النتائج التي تعكس أفكار المذهب الشخصي في الجريمة المستحيلة وهي كالآتي:

١- نصت المادة ( ٣/٣٠ ) من قانون العقوبات بقولها: " لا عبرة فيما إذا لم يكن في الإمكان ارتكاب الجرم بالفعل بسبب ظروف كان يجهلها المجرم ". من خلال هذا النص يتضح أن المشرع اعتنق المذهب الشخصي في الجريمة المستحيلة، دون تفرقة بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية أو الاستحالة القانونية والاستحالة المادية.

٢- لم يفرق قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ بين الجريمة المستحيلة والشروع التام (الجريمة الخائبة) والشروع الناقص (الجريمة الموقوفة)، والدليل على ذلك انه قرر في المادة (٢٩) عقوبة للمحاولة تسري دون تفرقة بين الجريمة الخائبة والجريمة الموقوفة. (١) وهذا

---

صغير يقل عمره عن أربع عشرة سنة على محاولة اغتصاب، حيث إنه وإن كانت هنا قرينة قاطعة تكيد بأن هذا الطفل في هذه السن يكون غير قادر على ارتكاب الجريمة، إلا أنه لا مانع من العقاب على الشروع في الاغتصاب طالما أن ما تنصرف إليه قصد الجاني يعد جريمة أصلاً، وإن عدم العقاب قاصر على الجريمة التامة لاستحالة وقوعها لا إلى استحالة الشروع فيها.

Archibold, pleading Evidence , practice in criminal cases , 35.th. ed. , by T.R, Butler and Marston Grasia , sweet and Maxwell. London , 1962. P : 1584.

- (1) نص المادة ( ٢٩ ) على أنه: " كل من حاول ارتكاب جرم يعاقب بالعقوبات التالية إلا في المواضع التي نص فيها هذا القانون على عقوبة خاصة:
- أ- بالحبس المؤبد إذا كان الجرم الذي حاول ارتكابه يستوجب بعد الإدانة عقوبة الإعدام .
  - ب- بالحبس مدة لا تتجاوز أربع عشرة سنة إذا كان الجرم الذي حاول ارتكابه هو القتل عن غير قصد .
  - ت- بالحبس مدة لا تتجاوز عشر سنوات إذا كان الجرم الذي حاول ارتكابه أي جرم آخر يستوجب عقوبة الحبس المؤبد .
  - ث- بالحبس مدة لا تتجاوز نصف الحد الأقصى للعقوبة التي يعاقب بها الفاعل بعد إدانته في أية حالة أخرى .

على عكس بعض التشريعات التي أخذت بأفكار المذهب الشخصي وعاقبت على الجريمة المستحيلة ، ولكنها ميزت في درجة العقوبة بين الجريمة المستحيلة والجريمة الخائبة، فجعلت عقوبة الجريمة المستحيلة تتساوى مع عقوبة الجريمة الموقوفة التي تعد أدنى في المرتبة من الجريمة الخائبة (١).

٣- لم تقتصر المعالجة التشريعية للجريمة المستحيلة على ما ورد في نصوص القسم العام من قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦، وإنما ورد في نصوص القسم الخاص تطبيقات للقاعدة العامة ، وتعد المادتان (١٧٥ ، ١٧٦) تجسيدا واضحا صريحا لاعتناق المشرع المذهب الشخصي في الجريمة المستحيلة حيث رتب المشرع العقاب على الشروع في الإجهاض حتى لو ثبت أن المرأة غير حامل طالما كان يعتقد أنها حامل، حيث نصت المادة (١٧٥) بقولها: " كل من ناول امرأة حاملا كانت أو غير حامل سماً أو مادة مؤذية أخرى، أو استعمل الشدة معها على أي وجه كان، أو استعمل أي وسيلة أخرى مهما كان نوعها بقصد إجهاضها ... يعتبر أنه ارتكب جناية ويعاقب بالحبس مدة أربع عشرة سنة " (٢).

(1) لمزيد من التفصيل انظر، سمير الشناوي ، المرجع السابق ، ص ٥٣٢ ص ٥٣٣.

(2) بعد قانون العقوبات الفلسطيني رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ من التشريعات التي تجرم الشروع في الإجهاض في كل صورته ، سواء وقع الشروع من غير المرأة ودون رضاها ، أو من غيرها برضاها أو من المرأة ذاتها ، وبذلك تختلف خطة قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ عن بعض التشريعات العقابية التي تجرم الشروع في الإجهاض ما لم يكن بموافقة الحامل. انظر في ذلك ، سمير الشناوي ، المرجع السابق ، ص ٤٧٩ ، ص ٤٩٨ و من التشريعات العقابية ما لم يقرر العقاب من الأساس، ومن ذلك قانون العقوبات المصري، حيث نصت المادة ( ٢٦٤ ) بقولها لا عقاب على الشروع في الإسقاط .

وقد اتجه القضاء الفلسطيني في غزة إلى تطبيق أفكار المذهب الشخصي في الجريمة المستحيلة بتقريره للعقاب عليها، وذلك في قضية تتلخص وقائعها بأن النيابة العامة قدمت أحد المتهمين بتهمة الشروع في القتل، غير أن محكمة الجنايات قضت ببراءة المتهم استناداً إلى ما جاء في المادة (٣٠) التي اشترطت أن يكون الشروع بوسائل تؤدي إلى الجريمة، وهو ما لا يتوافر في القضية المطروحة، فالتهم قام بإلقاء قنبلة يدوية في المكان الذي يوجد فيه من انتهى قتلهم، إلا أن القنبلة لم تتفجر لتلف جهاز الإشعال فيها، وأن هذا التلف حسب ما قضت به محكمة الجنايات لا يؤدي إلى الجريمة مما يعني عدم انطباق المادة (٣٠)، غير أن النيابة العامة استأنفت الحكم، فقضت محكمة الاستئناف العليا بإلغاء الحكم المستأنف لتوافر الشروع، وقد جاء في حكمها تنفيذاً لما قضت به محكمة الجنايات ما يلي:

وحيث إنه بالرجوع إلى النص الإنجليزي للفقرة الأولى من المادة ٣٠ عقوبات، وهو الأصل الذي نقل عنه النص العربي حرفياً والذي يتعين الرجوع إليه إذا استشكل الباحث في تعريف مدلول ألفاظ النص العربي أو كلمة من كلماته، يتضح بجلاء أن النص الإنجليزي قد عبر بكلمة (Adapted) عند وصفه للوسائل التي يستعملها الشخص، ومعنى الكلمة المذكورة الدقيق هو ملائمة لا مؤدية كما جاء في النص العربي، ولا شك في اختلاف معنى الكلمتين؛ إذ أن الكلمة الأولى ملائمة تشير إلى حالة ذهنية تتعلق بالشخص مستعمل الوسيلة واعتقاده بأن الأداة التي يستعملها يمكن أن توصل إلى الغرض الذي يسعى إليه، أي تأخذ بمعيار شخصي بعكس كلمة مؤدية التي تقتصر في الإشارة إلى نفس الوسيلة المستعملة وكونها صالحة بذاتها أو غير صالحة بصرف النظر عن اعتقاد الشخص المستعمل لها، أي تأخذ بمعيار موضوعي صرف، أما عن الفقرة الثالثة من المادة (٣٠)

عقوبات، فإن المحكمة تراها صريحة في الدلالة على أنه لا عبرة فيها إذا لم يكن في الإمكان ارتكاب الجرم بالفعل بسبب ظروف كان يجهلها المجرم، ومن أن كلمة ظروف والتي وردت بها تشمل جميع الظروف السابقة على ارتكاب الفعل كفساد الوسيلة كما هو الأمر في خصوص هذه الدعوى، وكذلك الظروف التالية لارتكاب الفعل كعدم إحكام التصويب أو إسعاف المجني عليه بالعلاج مثلاً، ولا ترى المحكمة محلاً أو مبرراً لما ذهبت إليه محكمة الدرجة الأولى من أن المقصود بكلمة ظروف على تلك التي تتلو ارتكاب الفعل المادي فقط دون تلك التي تسبق ارتكابه؛ وذلك لأنها لا ترى سواء في سياق الفقرة الثالثة أو في ربطها بالفقرة الأولى من المادة نفسها، مما يؤيد محكمة أول درجة ما ذهبت إليه. (١)

ونرى في هذا المقام أن كلمة ( ملائمة ) التي وردت في النص الإنجليزي ، وكلمة ( مؤدية ) التي وردت في النص العربي كليهما مرتبطة بما دار في ذهن الجاني ، دون الاعتماد على السلوك أو الوسيلة إذا كانت مؤدية أو غير مؤدية؛ فالعبرة هي بتصور الجاني ، فإذا كان الأخير يعتقد أن سلوكه مؤدياً أو ملائماً لتحقيق النتيجة ولم تتحقق فإنه يعد شارعاً، ومما يؤكد ذلك أن المادة (٣٠) عرفت في فقرتها الأولى المحاولة اعتماداً على فكرة تنفيذ النية، حيث يعد الشخص بأنه حاول ارتكاب الجرم إذا ما شرع في تنفيذ نيته باستعمال وسائل تؤدي إلى وقوعه ، وأظهر نيته هذه بفعل من الأفعال الظاهرة، ولذلك فإن العبرة هو بما يدور في ذهن الجاني وليس بالنظر إلى الوسيلة من حيث كونها مؤدية أو ملائمة لأحداث النتيجة.

(1) حكم محكمة استئناف عليا، غزة، قضية رقم (٦٠/٤٤) جلسة ١٩٦٠/١١/١٥ ، مجموعة مختارة من أحكام محكمة الاستئناف العليا، القسم الجزائي ، الجزء السابع عشر، إعداد وليد الحايك، ص ١٣٧ .



## المبحث الثالث

### المذهب المتبع في النصوص الناظمة للعقاب على

### الشروع في القانون المقارن

يقتضى البحث في هذا الموضوع أن نعرض لخطّة كل من المشرع العقابي الإماراتي والمشرع العقابي الفلسطيني في قانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦، بخصوص العقوبات المقررة للشروع، وذلك للتعرف إلى الأفكار التي تهيمن على النصوص الناظمة للعقاب على الشروع، هل هي أفكار المذهب الشخصي أو المذهب الموضوعي؟، وفي سبيل ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين: نتناول في الأول منهما المذهب المتبع في النصوص الناظمة للعقاب على الشروع في قانون العقوبات الإماراتي، وفي المطلب الثاني نعرض لموقف المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ من ذلك.

**المطلب الأول:** المذهب المتبع في النصوص الناظمة للعقاب على الشروع في قانون العقوبات الإماراتي .

**المطلب الثاني:** المذهب المتبع في النصوص الناظمة للعقاب على الشروع في قانون العقوبات الفلسطيني رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ .

## المطلب الأول

### المذهب المتبع في النصوص الناظمة للعقاب على

### الشروع في قانون العقوبات الإماراتي

تتعمد أفكار المذهبين المادي والشخصي على التشريعات فيما يتعلق بالنصوص التي تعاقب على الشروع، ومن هذه التشريعات، قانون العقوبات الإماراتي، حيث إن الممتنع للنصوص العقابية الخاصة بالشروع، سواء في القسم العام، أو القسم الخاص، سيجد أن المشرع الإماراتي سار على الأصل العام وهو المغايرة في العقاب أو التدرج

في العقاب، بحيث تكون عقوبة الشروع أقل من العقوبة المقررة للجريمة التامة، ولكنه في مواضع خاصة لم يتبع نظام المغايرة ففي العقاب فجعل العقوبة المقررة للشروع مساوية للعقوبة المقررة للجريمة التامة، ويمكن القول: إن مبدأ المغايرة في العقاب يجسد أفكار المذهب المادي، أما المساواة في العقوبة بين الشروع والجريمة التامة فيجسد أفكار المذهب للشخصي، ولتفصيل ذلك نرى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: نتناول في أولهما تجسيد أفكار المذهب المادي بقاعدة المغايرة أو التدرج في العقاب، ثم نتناول في ثانيهما تجسيد أفكار المذهب الشخصي بقاعدة المساواة في العقاب.

الفرع الأول: تجسيد أفكار المذهب المادي بقاعدة المغايرة في العقاب.  
الفرع الثاني: تجسيد أفكار المذهب الشخصي بقاعدة المساواة في العقاب.

### الفرع الأول

#### تجسيد أفكار المذهب المادي بقاعدة المغايرة في العقاب

ينظر أنصار المذهب المادي إلى عقوبة الشروع نظرة مادية مرتبطة بالمخاطر أو الضرر المترتب على الجريمة دون أي اهتمام بالجانب النفسي والخطورة الإجرامية لدى الفاعل، ومن هذا المنطلق اقتضى الأمر أن تكون عقوبة الشروع أخف من عقوبة الجريمة فيما لو وقعت تامة، نظراً إلى أن الضرر سيكون أشد في الجريمة التامة، وهذه المغايرة في العقاب تطبق أيضاً في نطاق حالات الشروع، فيكون العقاب في الجريمة الخائبة أشد من العقاب في الشروع الناقص أو الجريمة الموقوفة، وبذات المنطق لا يتقرر العقاب في حالة الجريمة المستحيلة<sup>(١)</sup>.

(١) محمد سمير، المرجع السابق، ص ٤٧، سمير الشناوي، المرجع السابق، ص ٥٠٢، و ٥٠٣، وانظر كذلك،

Bouzat et Binatel : traite et droit pénal et de criminologie, tome 1, Dalloz, Paris, 1968 : 209

وسند التدرج في العقوبة أو المغايرة العقابية في نطاق حالات الشروع هو أن الجاني في الجريمة الخائبة يستنفذ جميع الأفعال اللازمة لارتكاب الجريمة ، فلذلك تقرر له عقوبة أشد ممن أوقفت جريمته عند حد الشروع اليسير، أما في الجريمة المستحيلة فلا يتقرر العقاب نظراً إلى استحالة التنفيذ. (١)

وقد أخذ المشرع الإماراتي ، في قانون العقوبات بمبدأ التدرج في العقاب أو المغايرة العقابية مجسداً بذلك أفكان المذهب المادي، ويظهر ذلك جلياً من خلال المادة ( ٣٥ ) التي وضعت الأصل العام في العقاب على الشروع وهو مبدأ المغايرة أو التدرج في العقاب الذي يعكس فكر المذهب المادي ، حيث قررت في مواد الجنايات عقوبة السجن المؤبد إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة التامة هي الإعدام، وعقوبة السجن المؤقت إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة التامة هي السجن المؤبد، وعقوبة الحبس لمدة لا تزيد عن نصف الحد الأقصى المقرر للجريمة أو الحبس إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة التامة هي السجن المؤقت ، كما جاءت المادة ( ٣٦ ) بخصوص الجناح التي يعاقب على الشروع فيها وكذلك عقوبة الشروع.

وقاعدة التدرج أو المغايرة في العقاب التي تقررت بالمادة (٣٥) الخاصة بالجنايات تجد تطبيقاً لها في القسم الخاص من قانون العقوبات بما جاءت به المادة ( ٣٢٤ ) التي نصت بقولها: " تكون العقوبة على الشروع في الجرائم المنصوص عليها في هذا الفصل في حدود نصف الحد الأدنى والأقصى للعقوبة المقررة لكل منهما " . وهذه الجرائم هي جرائم ماسة بالعقائد والشعائر الدينية ، ومنها ما هو من الجنايات، ومنها ما هو من الجناح، والجرائم التي تعد

(١) Rossi, traite de droit pénal, t 2. SocietypographieBelge, Bruxelles 1850, p : 331

مشار إليه لدى سمير الشناوي ، المرجع السابق ، ص ٥٠٦

من الجنايات هي جريمة إنشاء أو إدارة جمعية أو منظمة أو فرع لإحداها بهدف مناهضة أو تجريح الأمس أو التعاليم التي يقوم عليها الدين الإسلامي ، (١) وكذلك جريمة الانضمام إلى تلك الجمعيات أو الاشتراك فيها أو تقديم المعونة لها (٢) ، وجريمة مناهضة تعاليم الدين أو الترويج لمذاهب تنال من هذا الدين (٣) .

ومن الحالات التطبيقية لقاعدة التدرج العقابي في الشروع في الجنايات ما جاءت به المادة (٣٤٠) التي تعاقب على الشروع في جنایات الإجهاض بنصف العقوبة المقررة، وكذلك ما جاءت به المادة (٣٥٥) ، التي تقرر عقوبة الحبس المؤبد على الشروع في جريمة موقعة الأثنى بالإكراه، والشروع في اللواط بالإكراه؛ إذ إن العقوبة المقررة للجريمة التامة هي الإعدام .

أما في مواد الجنح، فيتضح من المادة (٣٦٠) من قانون العقوبات الإماراتي ، أن المشرع لم يعاقب على الشروع في جميع الجنح، وإنما يتدخل المشرع بالنص الصريح ليقرر العقاب على الشروع في الجنح، ومما يلاحظ أن المشرع لم يضع قاعدة عامة في العقاب على الشروع في الجنح تقوم على مبدأ التدرج والمغايرة كما فعل بالنسبة إلى الجنايات في المادة (٣٥٩)، ومع ذلك تضمن القسم الخاص من قانون العقوبات بعض النصوص التي تقرر مبدأ التدرج والمغايرة العقابية، حيث نصت على توقيع نصف العقوبة المقررة للجريمة التامة، ومن ذلك الشروع في الجنح الواردة في المادة (٣٢٤) وهي جنح ماسة بالعقائد والشعائر الدينية (٤) ، وكذلك الشروع في جنحة

(1) راجع المادة (٣١٧) من قانون العقوبات الإماراتي.

(2) راجع المادة (٣١٨) من قانون العقوبات الإماراتي.

(3) راجع المواد (٣١٩، ٣٢٠، ٣٢١) من قانون العقوبات الإماراتي.

(4) الجنح التي أحالت إليها المادة (٣٢٤)، هي الإساءة إلى أحد المقدسات أو الشعائر الدينية وسب أحد الأديان السماوية المعترف بها، والحض على =

السرقه وفقاً للمادة (٣٩٢)، وعقوبة الشروع في جنحة التهديد وفقاً للمادة (٣٩٨)، وعقوبة الشروع في جنحة قتل دواب الركوب أو الجر أو الحمل أو الإضرار بها عمداً، وجنح تسميم الأسماك وقطع الأشجار وقلعها وإتلاف المزروعات والآلات الزراعية المملوكة لغيره . وإذا كانت صورة التدرج العقابي في الحالات السابقة تتسجم مع القاعدة التي نصت عليها المادة (٣٥)، وهي التدرج في حدود نصف العقوبة المقررة للجريمة التامة، إلا أن المشرع الإماراتي نص على حالات خاصة تتدرج فيها العقوبة ولكنها لا تكون في حدود النصف، ومن الأمثلة على هذه الحالات في نصوص القسم الخاص، ما نصت عليه المادة (٣٩٩) بخصوص جريمة الاحتيال، حيث يقرر المشرع عقوبة الحبس مدة لا تتجاوز سنتين، أو الغرامة التي لا تزيد على عشرين ألف درهم في حالة الشروع، علماً بأن العقوبة المقررة للجريمة التامة هي الحبس في حده الأقصى، مما يعني أن عقوبة الشروع في حدها الأقصى تزيد عن النصف، وهذه المغايرة تعكس أفكار المذهب المادي ولكنه أيضاً لا يتجاهل أفكار المذهب الشخصي التي تولي أهمية للخطورة الإجرامية لدى الجاني، والتي هي بلا شك تكون ظاهرة في جرائم الاحتيال، ولذلك عمد المشرع إلى الزيادة في العقوبة عن النصف.

وقد تأخذ المغايرة في العقاب شكلاً آخر، حيث تكون العقوبة المقررة للجريمة التامة هي الحبس كعقوبة أصلية، والغرامة كعقوبة

---

=المعصية و الترويج لها، وإتيان أي أمر من شأنه الإغراء على ارتكابها، وأكل المسلم لحم الخنزير رغم علمه، وتناول الطعام والشراب مجاهرة في نهار رمضان، والتحريض والمساعدة على هذه المجاهرة، وشرب الخمر حسب ما نصت عليه المادة (٣١٣)، وكذلك جريمة الإساءة إلى أحد المقدسات أو الشعائر المقررة في الأديان الأخرى، وجريمة تدنيس حرمة أماكن دفن الموتى وانتهاك جثة الأدي، أو الرفات أو تدنيسها.

تكميلية وجوبية، أو إحدى هاتين العقوبتين، وفي حالة الشروع تكون العقوبة الحبس أو الغرامة ، أي أن المشرع لم يجعل الغرامة عقوبة تكميلية وجوبية، وإنما جعلها عقوبة أصلية وترك للقاضي أن يختار إما توقيع عقوبة الحبس، أو عقوبة الغرامة. (١)

## الفرع الثاني

### تجسيد أفكار المذهب الشخصي بقاعدة المساواة في العقاب

على عكس الأفكار السائدة في المذهب المادي، والتي تؤدي إلى الأخذ بمبدأ التدرج العقابي أو المغايرة العقابية في حالة الشروع، استناداً إلى فكرة الضرر الذي لم يتحقق، فإن أنصار المذهب الشخصي الذي يعتمد على فكرة الخطورة الإجرامية لدى الجاني قد ذهبوا إلى الأخذ بمبدأ المساواة في العقاب بين الشروع والجريمة التامة، وسندهم في ذلك أنه لا عبرة بالخطر أو الضرر طالما أن إقدام الجاني كان نتيجة خطورة إجرامية لديه، وأن عدم تمام الجريمة ليس لأن هذه الخطورة زالت ، وإنما لأسباب لا دخل لإرادته فيها، ولذلك حق عليه أن يتساوى مع المجرم في حالة الجريمة التامة، إضافة إلى أن المساواة في العقاب تعبر عن رغبة المشرع في تشديد عقوبة الشروع؛ لكي يكون لها الأثر الرادع بما يكفل حماية المجتمع. (٢)

وإذا كان المشرع الإماراتي في قانون العقوبات قد أخذ بمبدأ المغايرة في العقاب مجسداً بذلك أفكار المذهب المادي، إلا أنه في ذات الوقت لم يغفل أفكار المذهب الشخصي فيما يتعلق بالعقاب على الشروع، وهو ما يتجسد في مبدأ المساواة في العقاب الذي يجد سنده في نصوص القسم العام والخاص من قانون العقوبات، ففي القسم العام نجد أن المادة (٣٥) بعد أن نصت على المبدأ العام الذي يقرر

(١) راجع المادة (١٦٨) من قانون العقوبات الإماراتي.

(٢) انظر في طرح هذا الرأي، سمير الشناوي، المرجع السابق، ص ٥١٠.

المغايرة في العقاب، انتهت في خاتمتها بتقرير استثناء على هذا المبدأ وهو ما جاء في قول المشرع ... ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وقد ورد في القسم الخاص بنصوص عقابية يهيمن عليها المذهب الشخصي، أي أنها لا تأخذ بمبدأ المغايرة في العقاب، وإنما تقرر المساواة في العقوبة بين الشروع والجريمة التامة، وهو ما يجسد فكر المذهب الشخصي، ومن التطبيقات على ذلك تقرير المساواة في عقوبة الشروع والجريمة التامة في حمل السلاح ضد الدول أو التحريض عليها<sup>(١)</sup>، وكذلك في جريمة قلب نظام الحكم والاستيلاء عليه، حيث تكون العقوبة الإعدام سواء تمت الجريمة أو وقعت في صورة الشروع أو حتى المحاولة<sup>(٢)</sup>، وفي جريمة الاعتداء على سلامة رئيس دولة أجنبية وحرثته، تكون العقوبة الإعدام، سواء وقعت الجريمة تامة أو توقفت عند حد الشروع، وإذا وقع الاعتداء على سلامة رئيس الدولة أو حرثته فتكون العقوبة هي الحبس المؤبد، سواء وقعت تامة أو في صورة الشروع.<sup>(٣)</sup>

ومن ذلك أيضاً المساواة بين الشروع والجريمة التامة في عقوبة استعمال المتفجرات استعمالاً من شأنه تعريض حياة الناس للخطر،<sup>(٤)</sup> وكذلك استعمال هذه المتفجرات للإضرار عمداً بأموال غيرنا.<sup>(٥)</sup>

وفي مواد الجرح نصت على مبدأ المساواة المادة (٤٠٦) بشأن جريمة اختلاس المدين للمنقول الذي كان قد رهنه ضماناً لدين

(1) تنص المادة (١٤٩) مكرراً ٢، من قانون العقوبات الإماراتي على أنه: "يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت كل من حمل السلاح ضد الدولة أو شرع في ذلك أو حرض عليه".

(2) راجع المادة (١٧٤) من قانون العقوبات الإماراتي.

(3) راجع المادة (١٧٩) من قانون العقوبات الإماراتي.

(4) راجع المادة (١٧٥) من قانون العقوبات الإماراتي.

(5) راجع المادة (١٩٥) من قانون العقوبات الإماراتي.

عليه، أو على آخر، حيث ساوى المشرع بين عقوبة الاختلاس التام وبين الشروع فيه، وقرر لهما عقوبة واحدة وهي الحبس مدة لا تزيد عن سنتين، أو بالغرامة التي لا تجاوز عشرين ألف درهم: (١)

### المطلب الثاني

## المذهب المتبع في النصوص الناظمة للعقاب على المحاولة في قانون العقوبات الفلسطيني رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦

تظهر ملامح المذهبين المادي والشخصي في خطة المشرع في قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ فيما يتعلق بالنصوص الناظمة للعقاب على المحاولة، حيث أخذ المشرع بفكرة المغايرة في العقاب أو التدرج في العقاب مجسداً أفكار المذهب المادي نظراً إلى أن العلة من التدرج تكمن في اعتماد المشرع على فكرة الضرر لا على النية والخطورة الإجرامية، ولكنه - أي المشرع - لم يغفل مبدأ المساواة في العقاب الذي يعكس أفكار المذهب الشخصي، إذ يساوي في العقاب بين المحاولة والجريمة التامة، وكأنه لم يعتمد على فكرة الضرر بقدر اعتماده على النية والخطورة الإجرامية لدى مرتكبي جريمة المحاولة.

وفي هذا المقام نعرض لمبدأ المغايرة في العقاب، ثم نعرض لمبدأ المساواة في العقاب، ولذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي :

الفرع الأول: تجسيد أفكار المذهب المادي من خلال مبدأ المغايرة في العقاب.

الفرع الثاني: تجسيد أفكار المذهب الشخصي من خلال مبدأ المساواة في العقاب.

(1) راجع المادة ( ١٩٦ ) من قانون العقوبات الإماراتي.



## الفرع الأول

### تجسيد أفكار المذهب المادي من خلال مبدأ المغايرة في العقاب

الأصل العام الذي قرره المشرع في قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ بشأن العقاب على المحاولة هو التدرج أو المغايرة في العقوبة، وهذا ما تضمنته المادة ( ٢٩ ) التي نصت بقولها: " كل من حاول ارتكاب جرم يعاقب بالعقوبات التالية إلا في المواضع التي نص فيها هذا القانون على عقوبة خاصة :

- أ- بالحبس المؤبد إذا كان الجرم الذي حاول ارتكابه يستوجب بعد الإدانة عقوبة الإعدام.
- ب- بالحبس مدة لا تتجاوز أربع عشرة سنة إذا كان الجرم الذي حاول ارتكابه هو القتل عن غير قصد. (١)

(١) يلاحظ أن المشرع نص في الفقرة ( ب ) من المادة ( ٢٩ ) على عقوبة الشروع في جريمة القتل عن غير قصد، وهو ما يثير التساؤل حول وقوع المشرع في خطأ نظراً إلى أن الشروع لا يتصور إلا في الجرائم القصدية ، وترى في هذا المقام أن المشرع لم يجانبه الصواب، وذلك أن المقصود بالقتل عن غير قصد الذي ورد في الفقرة ( ب ) ليس القتل الخطأ ، وإنما أراد المشرع بذلك القتل دون سبق إصرار، ودليلنا على ما نذهب إليه ما يلي:

أ- إن المشرع في قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ نظم القتل الخطأ بالمادة ( ٢١٨ )، حيث يعاقب كل من تسبب بوفاة شخص آخر من جراء عمله بعدم احتراز أو حيطة أو اكتراث بالحبس مدة سنتين أو بغرامة قدرها مائتا جنيه .

ب- أن المشرع فرق بين صورتين للقتل المقصود، الأولى وهي القتل المقترن بسبق الإصرار التي نصت عليها المادة ( ٢١٥ ) والذي أطلق عليه القتل قصداً ، أما الصورة الثانية فهي القتل المقصود في صورته البسيطة دون سبق الإصرار ، غير أن النسخة العربية للنص جاءت بتسميته ( القتل عن غير قصد )، والمقصود القتل دون سبق إصرار الذي قرر له عقوبة الحبس المؤبد، ولو أن المشرع أراد به القتل عن غير قصد بمعنى الخطأ، لما كان يستقيم في منطق الأمور أن تكون العقوبة هي الحبس المؤبد

ت- بالحبس مدة لا تتجاوز عشر سنوات إذا كان الجرم الذي حاول ارتكابه هو أي جرم آخر يستوجب عقوبة الحبس المؤبد .

ث- بالحبس مدة لا تتجاوز نصف الحد الأقصى للعقوبة التي يعاقب بها الفاعل بعد إدانته في أية حالة أخرى.

وقد جاءت العديد من نصوص القسم الخاص في قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ تطبيقاً لقاعدة التدرج والمغايرة، ومن ذلك النص على عقوبة الإعدام إذا وقعت جريمة القتل العمد تامة وتكون العقوبة الحبس المؤبد إذا وقعت في صورة المحاولة<sup>(١)</sup>. كما عاقب المشرع على جريمة إضرار النار في المحصولات بالحبس مدة أربع عشرة سنة، وتكون عقوبة المحاولة فيها الحبس مدة لا تزيد عن سبع سنوات<sup>(٢)</sup>، وفي إطار مبدأ التدرج والمغايرة الذي يعكس أفكار المذهب المادي تضمن قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ حالات تعد استثناء من المادة (٢٩) بشأن العقاب على الشروع، حيث تضمنت هذه الحالات عقوبة الشروع اقل من الجريمة التامة ولكنها ليست في حدود ما نصت عليه المادة (٢٩)، ومن ذلك محاولة إضرار النار بوجه غير مشروع حيث إن عقوبة الجريمة إذا وقعت تامة هي الحبس المؤبد، ووفقاً للمادة (٢٩) فيفترض أن لا تزيد عقوبة المحاولة عن عشر سنوات، لكن المشرع جعل الحد الأقصى لعقوبة المحاولة أربع عشرة سنة<sup>(٣)</sup>، والأمر ذاته ينطبق على جريمة إغراق السفن ومحاولة الإغراق<sup>(٤)</sup>، وكذلك جريمة الإتلاف والإضرار بالمال

(١) راجع المادتين (٢٢٢، ٢٢٣) من قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ .

(٢) راجع المادتين (٣١٩) ، (٣٢٠) من قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ .

(٣) راجع المادتين (٣١٧) ، (٣١٨ / ١) من قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ .

(٤) راجع المادتين (٣٢٣) ، (٣٢٤) ، من قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ .

بالمفرقات والمحاولة فيها: (١)

## الفرع الثاني

### تجسيد أفكار المذهب الشخصي من خلال مبدأ المساواة في العقاب

سبق القول: إن المشرع في قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ قرر القاعدة العامة بشأن العقاب على المحاولة والشروع التي نصت عليها المادة ( ٢٩ ) والتي تتضمن فكرة التدرج والمغايرة في العقاب، لكن المادة ذاتها تضمنت ما يجيز الخروج على هذا الأصل العام ، وقد كان ذلك من خلال نصوص عديدة وردت في القسم الخاص من قانون العقوبات تقرر المساواة بين العقوبة في المحاولة والعقوبة في الجريمة التامة، مما يعزز اعتناق المشرع في هذه الحالات أفكار المذهب الشخصي .

ومن الأمثلة على ذلك جريمة الحرب ضد الحكومة ، حيث تكون العقوبة الحبس المؤبد سواء وقعت الجريمة في صورتها التامة أو اقتصر على المحاولة (٢) ، كما ساوى المشرع بين عقوبة محاولة المتجمهر القيام بالشغب أو إحداث الشغب بالفعل (٣) ، والحصول على مال دون وجه حق لتسوية الجنايات أو الامتناع عن التعقيبات القانونية، حيث إن العقوبة واحدة في المحاولة وفي الجريمة وتماها (٤) ، ومن ذلك أيضا تهريب السجناء ، أو محاولة التهريب (٥) ، واستغلال شخص آخر من أجل تغيير معتقداته أو محاولة ذلك، (٦)

(١) راجع المادتين ( ٣٢٦ / ٣ / أ ، ب ) ، ( ٣٢٧ ) من قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ .

(٢) راجع المادة ( ٥٣ ) من قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ .

(٣) راجع المادتين ( ٣ / ٧٩ ) ، ( ٨١ ) من قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ .

(٤) راجع المادة ( ١٢٩ ) من قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ .

(٥) راجع المادة ( ١٣٢ ) من قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ .

(٦) راجع المادة ( ١٤٩ ) من قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ .

كما ساوى المشرع في العقاب ، على محاولة وتتمام الجريمة في الاغتصاب والمواقعة غير المشروعة واللواط ومخالفة نواميس الطبيعة والاختصاب بالخداع<sup>(١)</sup> .

وجاءت المساواة أيضاً في النصوص التي تعاقب على جرائم الإجهاض في صورها المختلفة، سواء وقعت تامة أو في صورة المحاولة<sup>(٢)</sup> وكذلك في جريمة جعل الإنسان غير قادر على المقاومة، أو الشروع في ذلك ،<sup>(٣)</sup> والمساواة بين الأفعال التي تؤدي إلى إلحاق أذى بليغ والمحاولة في ذلك ،<sup>(٤)</sup> ومن ذلك أيضاً المساواة في العقاب في جريمة تزيف المسكوكات والشروع فيها<sup>(٥)</sup>، كما ساوى المشرع في عقوبة صنع أو الشروع في صنع طوابع البريد دون تفويض وبصورة غير مشروعة<sup>(٦)</sup> .

(١) راجع المادة ( ١٥٤ ) من قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ ، وانظر كذلك المادة ( ١٥٧ ) التي ساوت في العقاب بين الشروع والتتمام في جريمة الفعل المنافي للحياء باستعمال القوة ودون استعمالها ، والمواد ( ١٦١ ) ، ( ١٦٢ / أ ) التي ساوت بين الشروع وتتمام جريمة قيادة الأتني والنساء للبغياء ، والمواقعة غير المشروعة ومزاولة الفحشاء .

(٢) راجع المواد ( ١٧٥ ، ١٧٦ ، ١٧٧ ) من قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ .

(٣) راجع المادتين ( ٢٢٣ ، ٢٢٤ ) من قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ .

(٤) راجع المادة ( ٢٣٥ / ب ) من قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ .

(٥) راجع المادة ( ٣٦٢ / أ ، ب ) من قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ ، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع في هذه المادة استخدم مصطلح الشروع وليس المحاولة .

(٦) راجع المادتين ( ٣٧٢ / أ ، ب ) ، ( ٣٧٣ / أ ) من قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ ، ومما يلاحظ أن المشرع استخدم في هاتين المادتين مصطلح الشروع وليس المحاولة .

## الخاتمة

بعد أن تم الانتهاء بتوفيق من الله - سبحانه وتعالى - من إعداد هذا البحث خلصنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات وهي على النحو الآتي:

### أولاً - النتائج:

- ١- القاسم المشترك بين المذهبين الشخصي والمادي في الشروع يكمن في فكرة الأعمال الظاهرة ، وإن كان مفهومها يضيق ويتسع حسب كل مذهب ، ففي المذهب المادي تنحصر الأعمال الظاهرة في السلوك المكون للركن المادي، وفي المذهب الشخصي يتسع مفهومها ليشمل أيضاً الأعمال التنفيذية حتى وإن لم تكن من مكونات الركن المادي للجريمة، وقد يصل الأمر إلى اعتبار الأعمال التحضيرية مكونة للشروع ، ولذلك لا يمكن الاعتماد على النية المجردة للمسؤولية عن جريمة الشروع .
- ٢- ارتباطاً بالنتيجة السابقة اتجه المشرع في قانون العقوبات الفلسطيني رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ اتجاهاً متطرفاً عندما اعتد بمجرد النية لتوقيع العقوبة في الجرائم المنصوص عليها في المادة ( ٥٢ )، وهذا المسلك يخالف المعيار الذي قرره المشرع في المادة ( ٣٠ / أ ) للمحاولة الإجرامية، والمتمثل في إظهار النية بفعل من الأفعال الظاهرة .

- ٣- رغم أن قانون العقوبات الإماراتي وقانون العقوبات الفلسطيني رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ أخذاً بأفكار المذهب الشخصي فيما يتعلق بمفهوم الشروع ومعيار البدء في التنفيذ ، إلا أنهما يختلفان من حيث تقييد مفهوم الشروع ، فالمعالجة التشريعية في القانون الإماراتي في المادة ( ٣٤ ) جاءت أكثر انضباطاً من تلك التي

نصت عليها المادة ( ٣٠/أ ) من قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦، فالمشرع الإماراتي لم يعتمد على معيار إظهار النية بأي فعل ظاهر كما فعل المشرع في قانون العقوبات الفلسطيني ، وإنما حدد الشروع بأنه الأعمال التنفيذية التي تؤدي حلالاً ومباشرة إلى الجريمة ، كما نص صراحة على الأصل العام وهو استبعاد الأعمال التحضيرية من مجال الشروع ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، وهذا ما لم تتضمنه المادة ( ٣٠/أ ) عقوبات فلسطيني ، حيث تدخل الأعمال التحضيرية في دائرة الأعمال الظاهرة.

٤- استخدم المشرع الإماراتي مصطلح الشروع وفي مواضع أخرى استخدام مصطلح المحاولة ، أما المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ ، فقد استخدم مصطلح المحاولة ، والقاسم المشترك بينهما أنهما لم يستخدمان هذين المصطلحين من باب الترادف ، فالمحاولة أوسع مجالاً من الشروع؛ فهي تشمل الأفعال الظاهرة التي يأتيها الشخص تنفيذاً لنيته ، ولذلك جاء مصطلح المحاولة منسجماً مع خطة المشرع في قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ ، كما أن المشرع الإماراتي كان موفقاً في استخدام مصطلح الشروع كأصل عام ومصطلح المحاولة في مواضع معينة .

٥- رغم أن قانون العقوبات الإماراتي تبنى أفكار المذهب الشخصي في مفهوم الشروع ومعيار البدء في التنفيذ ، إلا أنه ابتعد عن هذا المذهب آخذاً بأفكار المذهب المادي فيما يتعلق بمعالجته لحالة العدول الاختياري ، وعدم تقرير العقاب ، وحسناً فعل ، وهذا على عكس خطة المشرع في قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة

١٩٣٦ الذي اعتنق أفكار المذهب الشخصي في صورته المتطرفة، حيث لم يرتب على العدول الإغفاء من العقاب .

٦- تختلف المعالجة التشريعية لفكرة الجريمة المستحيلة في كل من القانونين الإماراتي والفلسطيني؛ فالمشرع الإماراتي في قانون العقوبات لم يتدخل بالنص لتقرير العقاب على الجريمة المستحيلة أخذاً في ذلك بأفكار أنصار المذهب المادي ، حيث جاءت المادة (٣٤) تعالج صراحة الشروع في صورته وهما الجريمة الموقوفة والجريمة الخائبة دون أي ذكر لحالة الجريمة المستحيلة ، وهذا على عكس المشرع في قانون العقوبات الفلسطيني رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ الذي اعتنق أفكار المذهب الشخصي في صورته المتشددة حيث نص صراحة على العقاب في حالة الجريمة المستحيلة بشكل مطلق، أي دون الالتفات إلى نوع الاستحالة أهي مطلقة أم نسبية ، ولم يقتصر موقف المشرع في قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ على النص على العقاب للجريمة المستحيلة في القسم العام من القانون ، وإنما أكد ذلك في نصوص القسم الخاص .

٧- تعرض القضاء الإماراتي لحالة الجريمة المستحيلة ، وكانت نتيجة هذا الاجتهاد استبعاد العقاب على الجريمة المستحيلة إذا كانت الاستحالة مطلقة أو قانونية ، مما يعني أن القضاء الإماراتي لم يستبعد العقاب على الجريمة المستحيلة إذا كانت الاستحالة نسبية، وهذا يمثل حلاً وسطاً بين أفكار المذهب الشخصي والمادي.

٨- ينفق كل من قانون العقوبات الإماراتي وقانون العقوبات الفلسطيني رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ في توجههما نحو المذهبين المادي والشخصي فيما يتعلق بالعقاب على الشروع والمحاولة،

فلم يتبع أي منهما مذهباً وحيداً، فقد اتبعا مبدأ التدرج العقابي أو المغايرة العقابية بتقرير عقوبة للشروع أقل من عقوبة الجريمة التامة، وهذا يعد ميلاً إلى أفكار المذهب المادي، وفي مواضع أخرى ساوى للمشرعات الإماراتي و الفلسطيني بين عقوبة الشروع والجريمة التامة، وفي ذلك ميل إلى أفكار المذهب الشخصي.

## ثانياً: التوصيات:

١- نوصي المشرع الفلسطيني بتعديل المادة (٣٠) من قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ بحيث ينصب التعديل على ضبط فكرة البدء في التنفيذ كما فعل المشرع الإماراتي، ودون الاعتماد على فكرة الأعمال الظاهرة؛ كونها تؤدي إلى التوسع المفرط في العقاب، والنص صراحة على عدم اعتبار عقد العزم صورة من صور الشروع، والنص صراحة على عدم اعتبار الأعمال التحضيرية صورة من صور الشروع إلا في أحوال خاصة تقرر بنص. كما نأمل من المشرع أن يتدخل بالتعديل في نطاق المادة (٣٠) بإلغاء الفقرة الخاصة بالعقاب على العدول الاختياري، والنص صراحة على استبعاد العقاب.

٢- نوصي المشرع الفلسطيني بإلغاء المادة (٥٢) من قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦، والتي تقرر التجريم بمجرد عقد العزم في جرائم معينة.

٣- نوصي المشرع الإماراتي باستحداث نص يتضمن تقرير العقاب في حالة الجريمة المستحيلة، بحيث يعطى القاضي السلطة التقديرية في تقرير العقوبة أو استبعادها أو التخفيف منها بالنظر إلى ظروف كل قضية على حدة، وبالنظر إلى نوع الاستحالة وشخصية الجاني.



٤- نوصي المشرع الفلسطيني بتعديل المواد ( ٢١٢، ٢١٣، ٢٩ )، بحيث يستبدل مصطلح القتل عن غير قصد بمصطلح القتل ، قصداً دون سبق إصرار ؛ وذلك لعدم الخلط بين هذه الجريمة وجريمة القتل الخطأ .

### قائمة المراجع

#### ١/ الكتب العربية:

١. أحمد عوض بلال، الجرائم المادية والمسئولية الجنائية بدون خطأ، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م.
٢. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م.
٣. إياد محمد جاد الحق، المدخل إلى علم القانون، الجزء الأول، نظرية القانون، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، ٢٠١٢م.
٤. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف بالإسكندرية، دون سنة نشر.
٥. ساهر إبراهيم الوليد، الأحكام العامة في قانون العقوبات الفلسطيني، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٥م.
٦. سمير الشناوي، الشروع في الجريمة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١م.
٧. سمير عالية، قانون العقوبات، القسم العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٢م.
٨. طایل محمود الشياب، الوسيط في شرح قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، القسم الخاص، الجرائم الواقعة على الأشخاص الطبعة الأولى، مكتبة الجامعة، الشارقة، ٢٠١٥م.

٩. عبد الأحد جمال الدين، المبادئ الأساسية في القانون الجنائي، الجريمة والمسئولية الجنائية، ط٣، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٤م.
١٠. علي بدوي، الأحكام العامة في القانون الجنائي، الجزء الأول، الجريمة، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٣٨م.
١١. علي راشد، القانون الجنائي المدخل وأصول النظرية العامة، الطبعة الثانية دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر.
١٢. فتوح عبد الله الشاذلي وعلي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دون سنة نشر.
١٣. مأمون سلامة، أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر.
١٤. ماهر أسامة مسعود، المذهب الشخصي، في قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦ المطبق في قطاع غزة، بحث غير منشور، ٢٠١٥م.
١٥. مجموعة مختارة من أحكام محكمة الاستئناف العيا، القسم الجزائي، الجزء السابع عشر، إعداد وليد الحايك، دون سنة نشر.
١٦. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثانية، مكتبة الصحافة، الإسكندرية، ١٩٨٩م.
١٧. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم العام
١٨. محمد سمير، الجريمة المستحيلة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١م.

١٩. محمد شلال العاني، القسم العام في قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي، النظرية العامة للجريمة، الطبعة الأولى، الأفاق المشرقة، ناشرون، ٢٠١٦م.

٢٠. محمد صبحي نجم، قانون العقوبات ، القسم العام، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، ٢٠٠٦م.

٢١. محمد محيي الدين عوض، القانون الجنائي، مبادئه الأساسية ونظرياته العامة، مكتبة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٨١م.

٢٢. محمد محيي الدين عوض، قانون العقوبات السوداني معلقاً عليه، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٧٩م.

٢٣. محمود محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، الجزء الثاني، سنة ١٩٦٦م.

٢٤. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢م.

٢٥. كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩م.

٢٦. محمود، محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة السادسة، دار مطابع الشعب، القاهرة، ١٩٦٤م.

٢٧. ممدوح خليل البحر، الجرائم الواقعة على الأموال في قانون العقوبات الإماراتي، الطبعة الأولى، مكتبة الجامعة، الشارقة، ٢٠٠٩م.

٢٨. غنام محمد غنام، شرح قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، القسم العام الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م.

٢٩. محمد السعيد عبد الفتاح ومحمد أمين الخرشة، شرح قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، مكتبة الجامعة، الشارقة، ٢٠١٥م.

٣٠. نعمان محمد خليل جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧م.

### ب/ الكتب الأجنبية :

- Archibold, pleading Evidence , practice in criminal cases , ٣٠.th. ed. , by T.R, Butler and Marston Grasia , sweet and Maxwell. London , 1962.
- Bouzat et Binatel :traite et droitpénal et de criminologie, tome 1 ,Dalloz , Paris , 1968.
- Donnedieu de Vabres: Trait de droitcriminelet de legislation pénal compare, 3 eme.ed. Recueil. Sirey,paris, 1947
- grandmoulin (J), Le droitpénal Egyptian indigene Le Cairo, 1908.
- Garoud (R), précis droit criminal, paris, 1934,
- Goure: The pénal law of India, 3 Vol, 1961-1962.
- Michael Jefferson, Criminal law; 1995.
- MouriceAydalot, droitpénalencyclopedie, dalloz, paris, 1969.
- Philippe Salvage, droitpénalgénéral, paris, 1994.
- Roux, cours de droid criminal français, 2eme, edT1, sirey, paris, 1927.

## جـ / الأبحاث والمقالات:

١. حسنين إبراهيم عبيد، مفترضات الجريمة، مدلولها، طبيعتها، ذاتيتها، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الثالث والرابع، السنة التاسعة والأربعون، سبتمبر - ديسمبر، ١٩٧٩م، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨١م.

٢. خليل عفت ثابت، الجريمة المستحيلة، مجلة المحاماة، العدد التاسع، السنة الثالثة، عدد يونيو، ١٩٢٣م.

٣. عبد المجيد سلطان، الشروع في السرقة وفي الجريمة المنصوص عليها في المواد (٣٢٢٣) وما بعدها من قانون العقوبات، مجلة المحاماة، العدد الثالث، السنة الثانية عشرة، ديسمبر، ١٩٣١م.

٤. محمد عبد المالك مهران، نظرية الجريمة المستحيلة، مجلة المحاماة، العدد الأول والثاني، س ٦١، ١٩٨١م.

## د / الرسائل العلمية:

١. حسني الجندي، النظرية العامة للجريمة المستحيلة في القانون المصري والمقارن والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٠م.

## هـ / روابط الانترنت:

- (<http://heinonline.org/HOL/Landing Page?handle=hein.journals/Israel 7&div=10 & id = & page>).
- <http://cours-de-droit.blogspot.com/2006/12/droit-pnal-12-2e-semestre-cours-de-mme.html>

(تاريخ الدخول: ٢٠١٦/٦/٢٠)

- [http://Fr.Jurispedia.org/index.php/Tentative-dinfraction- \(fr\)](http://Fr.Jurispedia.org/index.php/Tentative-dinfraction- (fr))

تاريخ الدخول ٢٠١٦/٦/٢٤

---

---

# التفتيش في الجريمة الإلكترونية

---

---

سعود على اللوغاني

# التفتيش في الجريمة الإلكترونية

## سعود على اللوغاني

بسم الله الرحمن الرحيم

### المقدمة

يعرف التفتيش بأنه " عبارة عن اجراء من اجراءات التحقيق التي تهدف الى البحث عن أدلة مادية لجناية او جنحة تحقق وقوعها في محل يتمتع بحرمة المسكن أو الشخص ، وذلك بهدف اثبات ارتكابها أو نسبتها الى المتهم وفقاً لاجراءات قانونية محددة<sup>١</sup>.

ولم تحدد بعض التشريعات المقصود بالتفتيش ومنها المشرع المصري على الرغم أنه ذكره كاحد اجراءات التحقيق الأصلية ونص عليه بذلك ، بينما تناول المشرع الاماراتي التفتيش وعرفه بشكل غير مباشر في المادة ٥١ من قانون الإجراءات الجزائية بأنه " البحث عن آثار أو اشياء تتعلق بالجريمة أو لازمة للتحقيق فيها".

كما عرفتها ايضاً المادة ١٢٢ من التعليمات القضائية للنيابة العامة الاتحادية بأنه " اجراء من اجراءات التحقيق التي تهدف الى ضبط أدلة الجريمة موضوع التحقيق وكل مايفيد في كشف الحقيقة ، من أجل اثبات ارتكاب الجريمة أو نسبتها الى المتهم ، وينصب على المتهم والمكان الذي يقيم فيه ، ويجوز أن يمتد الى أشخاص غير المتهمين ومساكنهم وذلك بالشروط والأوضاع المحددة في القانون".

وإذا ما امعنا النظر في أساس التفتيش بشكل عام نجد أن فيه انتهاكاً للحق في الخصوصية التي حماها الدستور وبالتالي يستباح هذا الحق طالما

(١) هلالى عبد اللاه أحمد، تفتيش نظم الحاسب الآلي و ضمانات المتهم المعلوماتي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٤٧ .

أن هنالك مبرراً نص عليه القانون لهذا الانتهاك ، لذا فهو يعد من بين أفسى الصلاحيات التي يمارسها القانون ضد المواطن ، ويعد أحد مظاهر تقييد الحريات الانسانية التي ساهمت التشريعات الكبرى الاساسية وبشكل مباشر في دعم المحافظة عليها

وإذا ما كان التفتيش يهدف الى ضبط الأدلة المادية التي تفتيد في الكشف عن الحقيقة فان وقوعه على الدعائم المادية لوسائل التقنية الحديثة لا يثير جدلاً فقهيًا ، الا أن الامر يختلف تماما بالنسبة للكيان المعنوي لهذه الوسائل التقنية والمتمثل في البيانات والمعلومات الالكترونية غير المحسوسة ، حيث يثير وقوع التفتيش على هذه المكونات جدلاً كبيراً لما لها من طبيعة خاصة تخرجها من دائرة المكونات المادية لوسائل التقنية الحديثة ، وعلى ذلك يعد تفتيش أنظمة الحاسب الآلي والشبكة المعلوماتية من اخطر المراحل حال اتخاذ الإجراءات الجزائية ضد المجرم المعلوماتي ، لكون محل التفتيش هنا يرد على نظام تقني رقمي ، الامر الذي يثير جدلاً فقهيًا متزايداً يوماً بعد يوم فيما يخص الجانب غير المادي له ، فهو لا يعدو ان يكون الا معلومات الكترونية ليس لها اي مظهر مادي محسوس في العالم الخارجي.

وحال أنه تقتضي مصلحة وظروف التحقيق في هذه النوعية من الجرائم المستحدثة الدخول الى أنظمة الحاسب الآلي والشبكة المعلوماتية ، للبحث والتنقيب في البرامج المستخدمة وملفات البيانات المخزنة ، عما يتعلق بجرمة وقعت باستخدام الأنظمة الالكترونية ، فما مدى صلاحيتها كمحل يرد عليه التفتيش ، وما هي الضمانات المقررة لذلك في ضوء القوانين الجزائية المقارنة ، وهذا ما سنقوم بالتطرق له من خلال المطالب الآتية :

(١) عمر محمد ابوبكر بن يونس : الجرائم الناشئة عن استخدام الانترنت ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠٤ ، ص ٨٥٢



**المطلب الأول: تفتيش أنظمة المعلومات الالكترونية**

**المطلب الثاني: الحدود المكانية لتفتيش شبكات الحاسب الآلي**

**المطلب الثالث: ضوابط التفتيش في الجرائم الالكترونية**

### **المطلب الأول**

### **تفتيش أنظمة المعلومات الإلكترونية**

لا يختلف التفتيش في مدلوله القانوني بالنسبة للجرائم المعلوماتية عن مدلوله السائد في فقه الإجراءات الجنائية ، فالمقصود منه هو أنه إجراء من اجراءات التحقيق تقوم به سلطة مختصة ، لأجل الدخول الى نظم المعالجة الآلية للبيانات بما تشمله من مدخلات وتخزين ومخرجات ، وذلك لأجل البحث فيها عن افعال غير مشروعة تكون مرتكبة من قبل شخص ما ، وتشكل جناية او جنحة ، والتوصل من خلال ذلك الى أدلة وآثار تفيد في اثبات الجريمة الواقعة ونسبتها الى المتهم بارتكابها .

وعلى الرغم من الصلاحيات التي منحها القانون للقائمين بالتفتيش ، فان هنالك بعض الإجراءات التي تعيق خضوع البيانات المخزنة آليا لقواعد التفتيش التقليدية ، ومنها تعدد الأماكن التي يوجد بها النظام المعلوماتي داخل أو خارج الدولة ، كما أن هنالك صعوبة في تحديد الأشياء التي تهدف من عملية التفتيش القائمة ، وغيرها من الصعوبات مثل عدم اكتمال المعرفة المعلوماتية والتقنية للقيام بعملية التفتيش بالصورة المطلوبة .

(١) هشام محمد رستم : الجوانب الاجرائية للجرائم المعلوماتية ، - دراسة مقارنة

- مكتبة الآلات الحديثة - أسبوط - ١٩٩٤ ، ص ٦٢ .

انظر أيضا : هلالى عبد الله أحمد ، تفتيش نظم الحاسب الآلي و ضمانات المتهم المعلوماتي ، المرجع السابق ، ص ٧٣ .

(٢) انظر : عفيفي كامل عفيفي ، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات

الفنية ودور الشرطة والقانون ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٣ ، ص ٣٤٤ .

وفي سياق موضوعنا لا بد أن نشير إلى ان المادة ٥١ من اتفاقية بودابست<sup>١</sup> قد نصت على أن لكل طرف اتخاذ الإجراءات التشريعية لكي يمنح السلطات المختصة اذناً بالتفتيش أو الدخول بطريقة مشابهة<sup>٢</sup> :-

١- لأية شبكة معلومات أو لجزء منها، وكذلك البيانات المعلوماتية المخزنة بها.

٢- أي جهاز تخزين معلومات يسمح بتخزين البيانات المعلوماتية في داخل النطاق المحلي.

٣- لكل طرف أن يتخذ الإجراءات التشريعية اللازمة أو غيرها مما يراها ضرورية للسماح للسلطات بالتفتيش، أو الدخول بطريقة مشابهة داخل شبكة معلومات أو في جزء منها، وفقاً للفقرة الأولى (أ) بعد أن يتوافر لديهم الأسباب الكافية للاعتقاد بأن المعلومات المطلوب البحث عنها وجدت مخزنة في شبكة معلومات أخرى، أو في جزء آخر من تلك الشبكة الموجودة في إطار النطاق المحلي، وأنه يمكن

(١) بتاريخ ٢٠ نيسان تقدمت اللجنة الأوروبية لمشكلات الجريمة CDBC ولجنة الخبراء في حقل جرائم التقنية CYPER CRIME بمشروع اتفاقية جرائم الكمبيوتر وخضعت مواد الاتفاقية المقترحة للمناقشة وتبادل الآراء خلال الفترة من اصدار مشروعها الأول وحتى اعداد مسودتها النهائية التي اقرت لاحقاً في بودابست ٢٠٠١ وتعرف بهذا الاسم بودابست ٢٠٠١، وكان قد تم طرح مشروع الاتفاقية للعامة ووزع على مختلف الجهات واطلق ضمن مواقع غديدة اوروبية وامريكية على شبكة الانترنت للتباحث وايداء الراي بشأنها. وتعكس الاتفاقية الجهد الواسع والمميز للاتحاد الاوروبي ومجلس اوروبا ولجان الخبراء فيهما المنضبة على مسائل جرائم الكمبيوتر واغراضها منذ اكثر من ١٠ اعوام.

(٢) صالح أحمد البربري، دور الشرطة في مكافحة جرائم الانترنت، في إطار الاتفاقية الأوروبية الموقعة في بودابست في ٢٣-١١-٢٠٠١م، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية الذي عقد في أكاديمية شرطة دبي بدولة الإمارات العربية المتحدة، بتاريخ ٢٦- ٢٨ ابريل ٢٠٠٣م، ص ٣٩٩.

الوصول إلى هذه المعلومات بطريقة مشروعة عن طريق شبكة رئيسية أخرى، أو لدى تلك الشبكة، وأنه يحق لتلك السلطات المختصة أن تمد التفتيش إليها بسرعة.

٤- أن يمنح كل طرف السلطات المختصة صلاحية ضبط أو الحصول بطريقة مشابهة على البيانات المعلوماتية والتي تم الدخول على الشبكة من أجل الحصول عليها تطبيقاً للفقرة ١، ٢.

• وهذه الإجراءات تشمل الصلاحيات الآتية

١. ضبط أو الحصول بطريقة مشابهة على شبكة المعلومات أو جزء منها أو أي جهاز لتخزين هذه المعلومات.

٢. نقل وحفظ صورة من تلك البيانات المعلوماتية.

٣. المحافظة على كامل البيانات المعلوماتية المخزونة.

٤. العمل على منع أي أحد من الدخول أو أخذ هذه البيانات المعلوماتية من شبكة المعلومات المعنية.

٥. على كل طرف أن يرخص للسلطات المختصة بأن تصدر أوامرها لأي شخص على علم بنظام تشغيل نظام المعلومات، أو الإجراءات المطبقة لحماية البيانات المعلوماتية التي تحتويها، وأن يمدها بالمعلومات المعقولة واللازمة التي تمكن من تطبيق الإجراءات المنصوص عليها في الفقرة

وبناءً على ما سبق فالتفتيش قد يرد على الحاسب الآلي ذاته ومكوناته المادية مثل الشاشة وأجهزة الإدخال والإخراج، والطابعات وأجهزة المساحات الضوئية والفارة والكابلات والاسطوانات ولوحة المفاتيح وجهاز الكمبيوتر نفسه ووحدات المعالجة المركزية cpu،

(١) دهلالي عبد الله أحمد، اتفاقية بودابست لمكافحة جرائم المعلوماتية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، الطبعة الأولى، ص ٢٥٠ وما بعدها.

وقد يرد أيضاً على المكونات المعنوية للحاسب الآلي كالأنظمة التقنية والبرمجيات .

والسؤال الذي يستوجب الاجابة عنه ، ما مدى قابلية كل من المكونات المادية وشبكات الحاسب الآلي للتفتيش والمكونات المعنوية ، وماهي الضوابط الموضوعية والتي يجب اتباعها في ذلك ، وهذا ما سنبينه في الفرعين الآتيين :-

**الفرع الأول :** مدى قابلية مكونات وشبكات الحاسب الآلي للتفتيش  
**الفرع الثاني :** مدى قابلية المكونات المنطقية "المعنوية" للحاسب الآلي للتفتيش

### الفرع الأول

#### مدى قابلية مكونات وشبكات الحاسب الآلي للتفتيش

ان خضوع المكونات المادية للحاسب الآلي بمختلف اشكالها وانواعها للتفتيش في مسرح الجريمة الالكترونية لا تثير أية مشكلة ، بمعنى أن صلاحية تفتيش هذه المكونات المادية تتوقف على طبيعة الأماكن الموجودة فيه ، حيث ان لصفة المكان وطبيعته أهمية قصوى خاصة في مجال التفتيش ، فاذا كانت موجودة في مكان خاص كمسكن المتهم أو أحد ملحقاته كان لها نفس حكمه ، فلا يجوز تفتيشها الا في نفس الحالات التي يجوز بها تفتيش مسكنه وبنفس الضمانات والإجراءات المقررة في اغلب التشريعات المختلفة كالمرشع الاماراتي والمصري .

والحقيقة هي ان ظاهرة التفتيش قابلة للعديد من الاحتمالات ، وليس هناك احتمال وحيد يرتبط بوجود او عدم وجود دليل يرتب الادانة امام القضاء ، ومثل هذا الأمر يجعل الحاسب الآلي يتخذ شكلاً موسعاً في هذا الشأن ، وهذا الأمر يدفعنا لشمول الحاسب الآلي بالحرز الخاص

(١) د. هشام محمد رستم ، الجوانب الاجرائية للجرائم المعلوماتية ، مرجع سابق ، ص ٦٩ .

الذي يستلزم الاعتراف له بالخصوصية التي يكفلها له القانون وعدم إخضاعه للمكان الموجود فيه أي تجريده منه.

علمنا بأن هنالك بعض الأنظمة التي تمنح الحق في ضبط جهاز الحاسب الآلي نفسه، كما هو الحال في المادة "٤١" من قانون الإجراءات الجنائية الفيدرالي<sup>١</sup>.

ولم ينص المشرع الإماراتي على ذلك صراحة ولكن نستقي ذلك من نص المادة "٥١" من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة على أنه: "لمأمور الضبط القضائي أن يفتش المتهم في الأحوال التي يجوز فيها قانوناً القبض عليه ويجري تفتيش المتهم بالبحث عما يكون بحسبه أو ملابسه أو أمتعته من آثار أو أشياء تتعلق بالجريمة أو تكون لازمة للتحقيق فيها".

في حين أن المادة "١٦" من قانون المنافسة الكندية قد أتاحت لمأموري الضبط القضائي أن يستخدم أو يعمل على استخدام نظام الحاسب الآلي في المكان محل التفتيش، وذلك للتفتيش عن أية بيانات مخزنة فيه، أو صالحة لاستخدام نظام الحاسب الآلي، كما يمكنه أن يستخرج أو يعمل على استخراج بيانات في شكل مطبوعات أو أية مخرجات غير ملموسة، كما يستطيع أن يضبط المطبوعات، أو المخرجات الأخرى لفحصها أو أخذ صورة عنها<sup>٢</sup>.

كذلك يجب مراعاة التمييز بين ماذا كانت مكونات الحاسب الآلي - محل التفتيش - منعزلة عن الحاسبات الأخرى أم انها متصلة بحاسب آلي

- (١) عمر محمد بن يونس، الإجراءات الجنائية عبر الانترنت في القانون الأمريكي، المرشد الفيدرالي لتفتيش وضبط الحواسيب وصولاً إلى الدليل الإلكتروني في التحقيقات الجنائية، بدون دار النشر، ٢٠٠٦. ص ١٧٣.
- (٢) د. هلالى عبدالله أحمد، تفتيش نظم الحاسب الآلي وضمانات المتهم المعلوماتي، مرجع سابق، ص ١٥٣.

بمنزل شخص آخر غير المتهم على سبيل المثال ، لأنه في هذه الحالة يجب مراعاة القيود والإجراءات التي حددها المشرع لتفتيش ذلك المكان . على خلاف ذلك بالنسبة للاماكن العامة ، فاذا وجد الشخص فيها حاملا مكونات الحاسب المادية أو مسيطرا عليها او حائزا لها فان تفتيشها لا يكون الا في الحالات التي يجوز فيها تفتيش الاشخاص وبنفس الضمانات والقيود المنصوص عليها في هذا المجال ، باعتبار أن تفتيش الشخص يشمل بشكل عام تفتيش ذاته وكل ما في حوزته وقت تفتيشه ، وسواء كان مملوكا له او لغيره فالامر سيان .

### الفرع الثاني

#### مدى قابلية المكونات المنطقية " المعنوية " للحاسب الآلي للتفتيش

لقد أثار موضوع المكونات المنطقية للحاسب الآلي خلافا كبيرا بين الفقه بشأن مدى خضوع هذه المكونات ذات الطبيعة المعنوية (Software) للتفتيش والمتمثلة في الشبكات والبرامج والأنظمة والمعلومات ، فثمة اتجاه يرى أن هذه المكونات المنطقية لا تصلح بطبيعتها لأن تكون كذلك ، على اعتبار أن التفتيش يهدف في المقام الأول الى ضبط الأدلة المادية التي يمكن مشاهدتها ، وبالتالي فانه يصعب خضوع هذه المكونات المعنوية وغير المرئية للتفتيش طبقا لقواعد التفتيش المنصوص عليها في قوانين الإجراءات الجنائية في معظم تشريعات الدول .

ولذلك فقد اقترح البعض لمواجهة هذا القصور التشريعي بالنص صراحة على أن تفتيش الحاسب الآلي لا بد أن يشمل " المواد المعالجة عن طريق الحاسب الآلي أو بيانات الحاسب الآلي ، بحيث تصبح الغاية من التفتيش بعد التطور التقني الذي حدث بسبب ثورة الاتصالات

(١) عبدالله حسين محمود ، سرقة المعلومات المخزنة في الحاسب الآلي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٢ ، ص ٣٧٠ .

والتكنولوجيا تتركز في البحث عن الأدلة المادية او أي مادة معالجة بواسطة الحاسب الآلي<sup>١</sup>.

وفي المقابل هناك اتجاه آخر يرى أن المكونات المعنوية لا تختلف عن الكيان المادي للحاسب الآلي من حيث خضوعها لأحكام التفتيش وما في حكمه ، بدعوى أن البيانات التي هي عبارة عن نبضات الكترونية قابلة للتخزين على أوعية ووسائط مادية كالأشرطة المغنطة والاقراص والاسطوانات ، كذلك يمكن تقديرها وقياسها بوحدات قياس خاصة معروفة ، وعلى هذا الأساس تكون صالحة كموضوع للضبط والتفتيش شأنها في ذلك شأن الوسائط المادية ذاتها<sup>٢</sup> ، ويستند أصحاب هذا الرأي إلى أن القوانين الاجرائية عندما تنص على اصدار الاذن بضبط " أي شيء " فان ذلك يجب تفسيره بحيث يشمل بيانات الكمبيوتر المحسوسة وغير المحسوسة<sup>٣</sup>.

وعليه فان التشكيك في الطبيعة المادية للبيانات الالكترونية قد لا يكون له مسوغ قانوني ، لأن هذه البيانات ولأسباب قانونية وتقنية يجب النظر اليها على أساس أن البيانات والمعلومات هي عبارة عن " أشياء " كما وصفها القانون الفرنسي ، وبذلك تعتبر البيانات والمعلومات نبضات أو ذبذبات الكترونية أو موجات كهورمغناطيسية يمكن تخزينها على وسائط متعددة ، ويمكن نقلها من مكان لآخر ، كما يمكن تقييمها وقياسها ، أي

---

1- Piragoff (Donald K) Computer crimes and other crimes against information technology in Canada :Rev. Intern. De. Dr.pen 1993. P 241

(٢) موسى مسعود ارحومة ، الاشكاليات الاجرائية التي تثيرها الجريمة المعلوماتية عبر الوطنية ، بحث مقدم الى المؤتمر المغربي الاول حول : المعلوماتية والقانون ، الذي تنظمه اكااديمية الدراسات العليا- طرابلس ، خلال الفترة ٢٨ - ٢٩ / ١٠ / ٢٠٠٩ ، ص ٧ .

(٣) خالد ممدوح ابراهيم ، فن التحقيق الجنائي في الجرائم الالكترونية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، الطبعة الاولى ، ٢٠١٠ ، ص ١٩٧ .

انها كما وصفتها محكمة بروكسل أشياء محسوسة ومادية يمكن أن ترد عليها عملية التفتيش عند الاعتداء عليها<sup>١</sup>.

ونلاحظ أن الاختلاف بين الأشياء المادية والمعنوية (المعلومات) تكمن في نوع الوعاء الخاص بحفظ كل منهما ، ففي النوع الأول فالوعاء هو الأوراق المادية ، وفي النوع الثاني فيكون الوعاء في ذاكرة الحاسب الآلي او خادم Server أو شبكة الكمبيوتر أو الانترنت ، وهذا الاختلاف مجرد اختلاف شكلي ليس له تأثير على مضمون الوعاء من المعلومات والبيانات<sup>٢</sup> ، ويرجع الأساس في هذا الاختلاف الى أن جرائم المعلومات ذات طبيعة تقنية الكترونية وبالتالي فان بياناتها في الغالب ستكون ايضا من طبيعة الكترونية ، وهذا لا يعني أن اثباتها ببيانات أخرى من غير هذه الطبيعة أمر غير متيسر<sup>٣</sup>.

فالوقوف على مصطلح "الأشياء" عند الأشياء المادية قد يصطدم مع المذهب السائد في تفسير النصوص الجنائية ، والذي لا يعتمد على التفسير الحرفي للفظ فقط ، وإنما يعتمد ويشكل أوسع على مذهب التفسير المنطقي ، والذي يطبق اذا كان النص محل التفسير غامضا في المعنى المقصود منه<sup>٤</sup>.

(١) هشام محمد رستم ، الجوانب الاجرائية للجرائم المعلوماتية ، مرجع سابق ، ص ٦٨ .

(٢) عارف محمد عبدالرحيم ، دور ومهام أعضاء الضبط القضائي في مرحلتي التحري والتحقيق الابتدائي ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، ٢٠٠٧ ، ص ٢٥٤ .

(٣) أسامة أحمد المناعسة ، جلال صايل الهواوشة ، جلال الزعبي ، جرائم الحاسب الآلي والانترنت ، دراسة تحليلية مقارنة ، الاردن ، عمان ، ٢٠٠١ ، ص ٢٦٦ .

(٤) علي محمود علي حمودة ، أدلة اثبات الجرائم الالكترونية وتقديرها في اطار نظرية الاثبات الجنائي ، بحث منشور في مجلة الامن والقانون ، مجلة تصدر عن أكاديمية شرطة دبي ، ص ٣٨ .



فما عناه المشرع من إجازة التفتيش هو إتاحة الفرصة للبحث عن الدليل الذي يساعد في كشف الحقيقة بشأن جريمة وقعت، ولا شك أن المشرع حينما استعمل لفظ (شيء) لم يكن يقصد بذلك الكلمة بمفهومها الحرفي، إذ ما قصده هو البحث عن الدليل في موضعه، بصرف النظر عما إذا كان موضع البحث شيئاً مادياً أو معنوياً، وما إذا كانت الأشياء المراد ضبطها مادية أو معنوية، الأمر الذي يعني أن المشرع وقت وضع النص لم تكن في ذهنه مسألة الوسط الافتراضي لعدم شيوعه آن ذاك، ولذا فسكوته عن التصريح بإمكانية تفتيشه والحالة هذه لا يحول دون شموله بالنص تطبيقاً لفكرة التفسير الغائي.

وعلى الرغم من أن المشرع الاماراتي لم يعبر بصريح العبارة عن مدى خضوع المكونات المنطقية للحاسب الآلي للتفتيش، إلا أنه قد أكد ذلك في قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي، حيث أشارت نصوص المواد (٥١، ٥٣، ٥٥، ٥٧) من هذا القانون إلى أن التفتيش يقع على الأشياء المتعلقة بالجريمة أو التي تكون لازمة للتحقيق فيها، وقد كرر المشرع كلمة أشياء في جميع هذه المواد دون أن يحدد ماهية هذه الأشياء، وهل هي أشياء مادية أو معنوية.

وعلى هذا النهج نجد أن المادة ٤٨٧ من القانون الجنائي الكندي تعطي للسلطة المختصة الحق في إصدار الاذن بضبط "أي شيء" طالما تتوافر أسس معقولة للاعتقاد بأن الجريمة ارتكبت أو يشتبه في ارتكابها باستخدامه، أو أن هناك نية في أن يستخدم في ارتكاب الجريمة، أو أنه سوف ينتج دليلاً على وقوع الجريمة، ويفسر الفقه عبارة أي شيء بأنها تشمل المكونات المادية والمعنوية في الحاسب الآلي.

---

(١) انظر: هلالي عبدالله أحمد، تفتيش نظم الحاسب الآلي وضمائم المتهم المعلوماتي، ص ٨٢.

كما أن المادة ٢٥١ من قانون الإجراءات الجنائية اليوناني تمنح سلطة التحقيق الحق في القيام بأي عمل ضروري لجمع الدليل من مسرح الجريمة وحمايته ، وفي ذلك يفسر الفقه اليوناني عبارة " أي شيء " بأنها تشمل ضبط البيانات المخزنة أو المعالجة إلكترونياً ، وبذلك فإن تفتيش البيانات المخزنة في الذاكرة الداخلية للحاسب الآلي لا تشكل أي مشكلة في القانون اليوناني ، إذ يمكن للمحقق أن يعطي تعليماته للخبير لجمع البيانات التي تكون مقبولة كدليل أمام هيئة المحكمة .

وقد اعتبرت بعض التشريعات مثل فرنسا<sup>١</sup> إلى أن الكيان المعنوي المتمثل في البرامج والتي تشغل حيزاً في ذاكرة الحاسب الآلي وتشكل نبضات الكترونية ، أنه كيان مادي ويتشابه مع التيار الكهربائي ويعد من قبيل الأشياء المادية التي يرد عليها الضبط والتفتيش .

ومن خلال استقراء موقف التشريعات الحديثة نجدها قد ذهبت صراحة إلى أن التفتيش يمكن أن يقع على جميع أنظمة وبرامج الحاسب الآلي . ومثال ذلك التشريع الإنجليزي بشأن إساءة استخدام الحاسب الآلي

(١) نفس المرجع ص ٨٤ .

(٢) جرم قانون العقوبات الفرنسي الجديد الاستيلاء غير المشروع على التيار الكهربائي في فروضه المختلفة ، فنص في المادة ٣١١ - ٢ منه على " اختلاس الطاقة عمداً اضراً بالغير يأخذ حكم السرقة " . حيث أن المشرع الفرنسي قد اعتبر سرقة التيار الكهربائي من قبيل الأشياء عندما وسع في مفهوم السرقة بحيث يمكن أن تقع على الشيء أو منفعة الشيء ، وهي على هذا النحو لا يمكن أن تتمخض عنها جريمة سرقة إلا بوقوع الفعل المادي للسرقة المتمثل في اختلاس التيار الكهربائي بتمريره خارج العداد الذي يخصص كمية التيار الكهربائي المستهلكة ، فلو لا هذا السلوك لما أمكن اكتشاف هذه الجريمة والعقاب عليها تحت وصف السرقة . انظر : حسين بن سعيد الغافري ، السياسة الجنائية في مواجهة جرائم الانترنت ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص ٤٧٩ .

الصادر في سنة ١٩٩٠ الذي نص على أن اجراءات التفتيش تشمل أنظمة الحاسب الآلي<sup>١</sup>.

وكذلك أخذ القانون الفرنسي في المادة ١/٥٧ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي ، المضافة بالقانون ٢٠٠٣ - ٢٣٩ الصادر في ١٨ مارس لسنة ٢٠٠٣ اذ تجيز للمأموري الضبط القضائي التفتيش عن المعلومات في الأماكن التي يجري فيها التحقيق سواء أكانت معلومات مخزنة في النظام المعلوماتي للمتهم أم كانت مخزنة في نظام معلوماتي آخر طالما أن هذه المعلومات تم الوصول إليها من النظام الاساسي أو متاح الوصول إليها بواسطة هذا النظام الأساسي<sup>٢</sup>.

وكذلك الحال في التشريع الامريكسي حيث بينت المادة ٣٤ من القواعد الفديرالية الخاصة بالإجراءات الجنائية الصادرة سنة ١٩٧٠ بعد تعديلها الى مد نطاق التفتيش ليشمل ضمن ما يشمل من أجهزة الحاسب الآلي وأوعية التخزين والبريد الالكتروني والصوتي والمنقول عن طريق الفاكس<sup>٣</sup>.

فضلاً عن أن (اتفاقية بودابست) تقضي في المادة (١٩) من القسم الرابع) بحق الدول الأعضاء في تفتيش أجهزة الكمبيوتر في اطار الإجراءات الجنائية ، حيث نصت على أن " لكل دولة طرف حق أن تسن من القوانين ما هو ضروري لتمكين السلطات المختصة بالتفتيش او الدخول الى :

- نظام الكمبيوتر أو جزء منه أو المعلومات المخزنة به.

(١) د. علي محمود علي حمودة ، أدلة اثبات الجرائم الالكترونية ، مرجع سابق ، ص ٣٧ .

(٢) بكري يوسف بكري ، التفتيش عن المعلومات في وسائل التقنية الحديثة ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الاولى ، ٢٠١١ ، ص ٧٣ .

(٣) انظر في ذلك : هلاي عبد الله أحمد ، تفتيش نظم الحاسب الآلي و ضمانات المتهم المعلوماتي ، مرجع سابق ، ص ٨٤ .

- الوسائط التي يتم تخزين معلومات الكمبيوتر بها مادامت مخزنة في اقليمها.

وتأسيساً على ما سبق يتبين لنا أنه يجوز ان يتم تفتيش أنظمة جهاز الحاسب الآلي والمعلومات الالكترونية المحتواه نفسها ، لما لها من أهمية اقتصادية كبيرة جدا اذا ما تم الاعتداء عليها بالانلاف أو التخريب أو التشويه ، بل ان المعلومات الالكترونية تعتبر هي عصب الحياة الاقتصادية ، وبذلك فان القانون لم يكتفِ بأن كفل لها الحماية القانونية اللازمة بل اضافة الى ذلك فقد نص على أن اجراء التفتيش على نظم المعلومات الالكترونية وأوعية حفظها وتخزينها والوسائط المتعددة التابعة لها هو اجراء يندرج ضمن اجراءات التفتيش القانوني .

وتفادياً للقصور الذي يعترى بعض التشريعات الجنائية ، وحتى لا يتم تفسير بعض ألفاظ النصوص القانونية تفسيراً ضمناً قد ينطوي على احتمالين يسبب تضارباً وجدلاً لدى فقهاء القانون فانه يجب مراعاة اضافة عبارة ( المعلومات والأنظمة الالكترونية أو البيانات المخزنة في الحاسب الآلي والمعالجة بواسطته ) ضمن تلك التشريعات ، وذلك حتى يمتد ضبط الأدلة المادية للحاسب الآلي ليشمل ايضاً البيانات المعلوماتية بمختلف أشكالها .

### المطلب الثاني

#### الحدود المكانية لتفتيش شبكات الحاسب الآلي

ان الطبيعة التي تتميز بها أجهزة الحاسب الآلي هي كونها متصلة مع بعضها عن طريق الشبكة المحلية في اقليم الدولة ، أو انها قد تتصل مع بعضها بحواسيب تقع خارج اقليم الدولة وذلك عن طريق الشبكة المعلوماتية العالمية " الانترنت " . ومن شأن ذلك أن يفضي الى بعد الأدلة

(١) انظر : يونس عرب ، حجية الاثبات بالمستخرجات الالكترونية في القضايا

المصرفية بحث منشور على الرابط الالكتروني :

[http://www.arab-elaw.com/show\\_similar.aspx?id=78](http://www.arab-elaw.com/show_similar.aspx?id=78)

الالكترونية الموجودة عبر شبكات الحاسب الآلي عن الموقع المادي للتفتيش ، وان كان يمكن الوصول اليها عن طريق نفس الحاسب الآلي الذي صدر له اذن التفتيش ، فقد يكون الموقع الفعلي للبيانات داخل اختصاص قضائي آخر او ربما في بلد آخر ، والسؤال الذي يطرح هنا : هل يمتد تفتيش حاسوب معين الى الأجهزة الاخرى المرتبطة به سواء أكان داخل اقليم الدولة أم خارجها ؟

وللاجابة على هذا السؤال لابد من بيان ثلاثة احتمالات :-

**الاحتمال الأول :-** اتصال حاسوب المتهم بحاسوب آخر موجود في مكان آخر داخل الدولة

ويثير هذا الاحتمال سؤالين ، الأول هل يقتصر التفتيش على الحاسب الآلي الخاص بالمتهم والموجود في منزله ؟ والثاني : هل يمتد التفتيش ليشمل الأجهزة الاخرى المتصلة بجهاز المتهم والمملوكة لشخص آخر خلاف المتهم ؟

بالرجوع الى القواعد العامة للتفتيش في قانون الإجراءات الجزائية الاماراتي ، نجد أنها تقضي بأنه لا يجوز تفتيش غير المتهمين أو تفتيش منازل غير المتهمين طبقاً للمادة ( ٥٣ ) الا بعد الحصول على اذن خطي من النيابة العامة ، وبناءً على ذلك فانه لا يجوز تفتيش الحاسب الآلي الموجود بمنزل غير المتهم الا بعد استصدار الاذن والا كان الاجراء باطلاً . غير أن الإجراءات قد تستغرق وقتاً لصدور الاذن من النيابة العامة ، الأمر الذي قد يفضي الى تلاشي الدليل أو صعوبة الوصول اليه ، فضلاً عن أن الجاني نفسه قد يجدها فرصة مواتية حتى يقوم بالعبث بالدليل أو محاولة طمسه حتى لا يكتشف أمره ، وهذا يجد ذاته يشكل تهديداً حقيقياً للسلطات المختصة وعرقلة لسير اجراءاتها ، لأنه وكما اسلفنا بأن سرعة الانتقال الى مسرح الجريمة لمعاينته وضبط الآثار وأدلة الجريمة هي من

الأمر التي تساهم في الحفاظ على الأدلة وتحصيلها و سرعة اكتشاف الجريمة .

وعليه فإننا نرى ضرورة معالجة هذه المشكلة بنص خاص يشمل توسيع دائرة اختصاص السلطات المعنية بالتفتيش لاجراء تفتيشها ، ولو استلزم الأمر الدخول الى النظام المعلوماتي دون الحصول على اذن بذلك ولكن ضمن قيود وشروط محددة .

وقد تبنت بعض التشريعات الجنائية الحديثة ومنها القانون الألماني هذا الاتجاه حيث يرى امكانية تفتيش سجلات البيانات التي تكون في موقع آخر استنادا الى مقتضيات القسم ١٠٣ من قانون الإجراءات الألمانية، وكذلك الحال بالنسبة للقانون الاتحادي الاسترالي حيث لم تعد صلاحيات التفتيش المتصلة بالأدلة الحاسوبية تقتصر على مواقع محددة فقط ، وإنما تتوزع لتشمل بيانات الأدلة على شبكة الحواسيب ، فلا توجد حدود جغرافية محددة ، ولا يحتاج الأمر الى الحصول على موافقة الطرف الثالث للقيام بعملية التفتيش .

كما وتسمح اتفاقية بودابست ٢٠٠١ للدول الاعضاء أن تمد نطاق التفتيش الذي يكون محله جهاز كمبيوتر معين الى غيره من الأجهزة المرتبطة به في حالة الاستعجال اذا كان يتواجد به معلومات يتم الدخول اليها من خلال جهاز الحاسب الآلي الأصلي محل التفتيش وذلك وفقاً للمادة ١٩ من القسم الرابع .

(١) انظر : هلالى عبداللاه أحمد، تفتيش نظم الحاسب الآلي و ضمانات المتهم

المعلوماتي ، مرجع سابق ، ص ٨٣ .

(٢) ان بعض فقهاء الجنائي ينتقد مثل هذا النص بحجة أنه يعطي للجهات القائمة بالتفتيش سلطة واسعة المدى ، وبما أن أجهزة الكمبيوتر تتصل ببعضها البعض على مستوى العالم ، فان سلطتها تلك ستمتد الى تفتيش أجهزة كثيرة ومتعددة ، من دون الحصول على اذن لتفتيشها ، وهذا ما يتعارض مع ما تضمنه ميثاق الحقوق والحريات الكندي في الفصل الثامن منه والذي ينص =

واخيرا فان المشرع الهولندي قد أجاز من خلال قانون جريمة الحاسوب الهولندي في المادة (٢٥/أ) منه ، إمكانية امتداد تفتيش المسكن إلى تفتيش نظام آلي موجود في مكان آخر بغية التوصل إلى بيانات يمكن أن تفيد بشكل معقول في كشف الحقيقة وإذا ما وجدت هذه البيانات يجب تسليمها ، ومن ثم أجاز المشرع للقائم بالتفتيش سلطة تسجيل البيانات الموجودة في النهاية الطرفية التي يتصل بها النظام المعلوماتي دون التقييد بالحصول على إذن مسبق بذلك من المحقق المختص ، وعلى الرغم مما تقدم فان هذه السلطة غير مطلقة بل هي مقيدة بقيود ثلاثة<sup>١</sup> :-

١- ألا تكون النهاية الطرفية المتصل بها الحاسوب موجودة ضمن إقليم دولة أخرى حتى لا يفضي الاتصال بها إلى انتهاك سيادة الدولة الإقليمية.

٢- أن تحتوي النهاية الطرفية المتصل بها الحاسوب على بيانات ضرورية بصورة كافية لظهور الحقيقة.

٣- أن يحمل قاضي التحقيق محل الشخص صاحب المكان الذي ينبغي تفتيشه بصورة مؤقتة.

**الاحتمال الثاني :- اتصال حاسوب المتهم بحاسوب آخر موجود في مكان آخر خارج الدولة**

قد يلجأ بعض الجناة بتخزين بياناتهم في أنظمة حاسب آلي يقع خارج إقليم الدولة التي يقيمون فيها عن طريق شبكة الاتصالات البعيدة ، مستغلين عدم إمكانية الوصول إليها ، وعليه فان تفتيش هذه الأجهزة

---

=على حق الفرد في الحماية من التفتيش والضيظ غير المعقولين . انظر في ذلك : شيماء عبد الغني محمد عطا الله ، الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، ٢٠٠٧ ، ص ٣٠٠ .

(١) د.عفيفي كامل عفيفي ، مرجع سابق ، ص ٣٤٧ .

التي تقع خارج حدود الدولة تتعلق بجريمة ما قد يتعدى القيام به دون الحصول على موافقة تلك الدولة نظرا لتمسك كل دولة بسيادتها<sup>١</sup> .  
وهذا الأمر قد يزيد من تعقيد مشاكل الجريمة الالكترونية ، اذ ان انعقاد اختصاص التفتيش الالكتروني العابر للحدود لا بد ان يتم في اطار اتفاقيات ثنائية او دولية تجيزه ، ومن ثم فانه لا يجوز القيام به في ظل غياب هذه الاتفاقية ، او على الاقل الحصول على اذن الدولة الاخرى التي يجري التفتيش في اقليمها ، ومن هنا تبرز أهمية الحاجة الملحة الى التعاون الدولي بين الدول لما فيه من مصلحة مشتركة تصب في التصدي لهذه الجرائم المستحدثة وردع مرتكبيها<sup>٢</sup> .

وقد عرضت على القضاء الالماني واقعة تتعلق بالغش المعلوماتي ، وتبين وجود اتصال بين الحاسب الآلي المتواجد في المانيا وبين شبكة اتصالات في سويسرا حيث يتم تخزين بيانات المشروعات فيها ، الا أنها لم تتمكن من ذلك الا عن طريق التماس المساعدة بالتبادل بين الدولتين<sup>٣</sup> .  
وفي المقابل يؤيد جانب من الفقه أمر امتداد التفتيش الى أجهزة الحاسب الآلي الموجودة خارج اقليم الدولة ، حيث يقوم هذا الراي على اساس واقعي ، اذ ان معتقيه يحاولون التعامل بواقعية مع ما يعترض سلطات التحقيق من مشكلات . وهذا الاتجاه أخذ به المشرع الفرنسي حيث أجازت المادة ١٧ من الفقرة الثانية من قانون الامن الداخلي رقم ٢٣٩ لسنة ٢٠٠٣ لمأمور الضبط القضائي أن يقوم بتفتيش الأنظمة المتصلة

(١) هشام محمد رستم ، الجوانب الاجرائية للجرائم المعلوماتية ، مرجع سابق ، ص ٧١ .

(٢) انظر : محمد ابو العلا عقيدة ، التحقيق وجمع الأدلة في مجال الجرائم الالكترونية ، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية الذي عقد بأكاديمية شرطة دبي من ٢٦ - ٢٨ أبريل ٢٠٠٣م ، الجزء الأول ، محور القانون الجنائي ، ص ٣٥ .

(٣) حسين بن سعيد الغافري ، مرجع سابق ، ص ٤٨٥ .



حتى ولو كانت خارج الاقليم مع مراعاة الشروط المنصوص عليها في المعاهدات الدولية. كما يسمح قانون التحقيق البلجيكي مادة ٨٨ لقاضي التحقيق الحصول على نسخة من البيانات التي هو في حاجة اليها دون انتظار اذن من سلطات الدول الاخرى<sup>١</sup>.

كما أجازت المادة "٣٢" من الاتفاقية الأوروبية التي أعدها المجلس الأوروبي في صيغتها النهائية في ٢٥ مايو من عام ٢٠٠١م إمكانية الدخول بغرض التفتيش والضبط في أجهزة أو شبكات تابعة لدولة أخرى بدون إذنها، وذلك في حالتين الأولى اذا تعلق الأمر بمعلومات او بيانات مباحة للجمهور، والثانية اذا رضي صاحب هذه البيانات أو حائزها بعملية التفتيش<sup>٢</sup>.

ونشير في هذا المقام الى أن القانون الاجرائي الاماراتي لم يتطرق الى مسألة تنظيم عمليات التفتيش عن بعد ، ومن أجل سد هذه الثغرات نرى ألا يكون الاذن بالتفتيش الالكتروني محددًا في مكان معين ، بل يجب ان يمتد الى تفتيش اي نظام موجود في مكان آخر بغية التوصل الى بيانات يمكن أن تفيد بشكل معقول في كشف الحقيقة ، شريطة عدم انتهاك سيادة الدول الاخرى ، حيث أنه في ضوء نصوص القانون الاماراتي الحالي نجد انه لا يمكن العمل بها بشكل مطلق ، لأن هذا النوع من التفتيش ينطوي في الحقيقة على معنى تفتيش غير المتهم ، ولذلك فإنه لا يجوز إعماله إلا في الأحوال التي يجوز فيها للقائم بالتفتيش تفتيش غير المتهم أو منزله .

وبناء على ماتقدم فان تفتيش نظم الحاسب الآلي يعتبر تفتيشاً للفضاء الافتراضي وأوعية التخزين ، وهو أمر يتعلق بالقدرة على تحديد

(١) د. موسى مسعود ارحومة ، مرجع سابق ، ص ١١ .

(٢) د. هلالى عبداللاه أحمد ، تفتيش نظم الحاسب الآلي وضمانات المتهم المعلوماتي ، مرجع سابق ، ص ٢٣٠ ، انظر أيضاً محمد أبو العلا عقيدة ، التحقيق وجمع الأدلة في مجال الجرائم الالكترونية ، مرجع سابق ، ص ٣٦ .

المطلوب مسبقاً وليس مجرد سبر غور نظام الكتروني ، لأن التعامل وفق المسلك الأخير قد يكون له عواقب قانونية تشمل في بطلان الإجراءات لانها خارج نطاق امر التنقيش ، او لربما قد تنطوي الإجراءات على كشف خصوصية البيانات المخزنة في النظام ، فالبيانات المخزنة في نظام الحاسب الآلي لا تتعلق جميعها بالجريمة المراد التنقيش على اثرها ، فمنها بيانات خاصة تتعلق بالمتهم ، لهذا اهتم الفقه بمخاطر الاعتداء على الخصوصية أو الحياة الخاصة في معرض الكشف عن الدليل .

**الاحتمال الثالث :- التنصت والمراقبة الالكترونية لشبكات الحاسب**

**الآلي**

تعتبر المراقبة من أهم مصادر التحري التي غالباً ما يستعان بها في البحث والتقصي عن الجرائم سواء التامة أو غير التامة ، وسواء التقليدية أو المستحدثة كالجرائم الالكترونية ، فهي جزء لا يستغنى عنه في اعمال رجال البحث والتحري اذ تعتبر اسرع الطرق لكشف الجرائم .

ويقصد بالمراقبة الالكترونية هو العمل الذي يقوم به المراقب باستخدام التقنية الالكترونية لجمع معلومات وبيانات عن المشتبه به سواء كان شخصاً او مكاناً او شيئاً حسب طبيعته مرتبطاً بالزمن (التراخي والوقت) لتحقيق غرض امني او لاي غرض آخر .

وان مسألة التنصت والمراقبة الالكترونية بالرغم من كونها مثيرة للجدل الا أن التشريعات المعاصرة تقرر أن " ضابط فائدة المراقبة يكمن في ظهور الحقيقة " ويعتبر السند الشرعي المبرر لهذه المراقبة ، وذلك بسبب أن

(١) انظر : د- يونس عرب ، حجية الاثبات بالمستخرجات الالكترونية في القضايا

المصرفية بحث منشور على الرابط الالكتروني :

[http://www.arab-elaw.com/show\\_similar.aspx?id=78](http://www.arab-elaw.com/show_similar.aspx?id=78)

(٢) مصطفى محمد موسى ، المراقبة الالكترونية عبر شبكة الانترنت ، دراسة مقارنة

بين المراقبة الأمنية التقليدية والالكترونية ، دار الكتب والوثائق القومية ، الطبعة

الاولى ، ٢٠٠٣ ، ص ٣ .

هذا الاجراء يتضمن اعتداءا جسيما على حرمة الحياة الخاصة وسرية الاتصالات ، فيباح استثناءا وفي حدود ضيقة وذلك للفائدة المنتظرة منه والتي تتعلق باظهار الحقيقة بكشف غموض الجريمة وضبط الجناة.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية لمراقبة المحادثات الهاتفية والاتصالات الالكترونية ، فذهب بعض الفقهاء الى ان مراقبة المحادثات الهاتفية والاتصالات الالكترونية يعد نوعا من التفتيش وبالتالي تخضع لقيوده ، واستندوا في ذلك الى ان هذه المراقبة تتفق مع التفتيش في ان الهدف منها البحث في وعاء لسر توصل الى السر ذاته ، وازاحة ستار الكتمان عنه بغرض ضبط ما يفيد الوصول الى الحقيقة . ولا أهمية هنا لوجود الكيان المادي لوعاء السر ، فيصح ان يكون ماديا يمكن ضبطه بوضع اليد عليه استقلالا ، ويمكن ان يكون معنويا يتعذر ضبطه الا اذا اندمج في كيان مادي ، فالغاية من مراقبة المحادثات التليفونية هي البحث عن دليل معين وهي ذات الغاية من التفتيش<sup>١</sup>.

في حين يرى البعض الآخر ان هذا التكييف لا يتماشى مع تعريف التفتيش بانه التنقيب عن الادلة المادية للجريمة ، فالمحادثات السلوكية واللاسلكية ليس لها كيان مادي ملموس يمكن ضبطه ، ذلك ان التنصت عليها لا يضبط دليلا ماديا ، وانما هو دليل قولي ليس الا ، ولا يعد شريط التسجيل الذي افرغ فيه المحادثة هو الدليل بذاته ، بل هو الوسيلة التي ادت الى المحافظة على الدليل القولوي. والقول بغير ذلك يفضي الى اعتبار الاعتراف الشفوي وشهادة الشهود دليلا غير قولي مادام قد تم تثبيتها في محضر مكتوب ، فضلا عن أن القواعد الاجرائية لعمليتي التنصت والمراقبة تختلف عن القواعد الاجرائية لعملية التفتيش ذاتها<sup>٢</sup>.

- (١) احمد فتحي سرور، مراقبة المكالمات التليفونية، مشار اليه عند : د. علي محمود حمودة، ادلة اثبات الجرائم الالكترونية، مرجع سابق، ص ٧٢.
- (٢) تتلخص محاور الاختلاف بين كل من القواعد الاجرائية للمراقبة والتسجيل عن قواعد التفتيش كون المشرع المصري قد قام بوضع ضمانات تحول دون استخدام هذا التعسف حيث حدد المشرع مدة الاذن بالتسجيل والتنصت =

وطبقا للمادة ( ٧٥ ) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي فإنه يجوز للنيابة العامة مراقبة وتسجيل المحادثات السلكية واللاسلكية متى استوجبت مقتضيات التحقيق ذلك بعد الحصول على اذن من النائب العام<sup>١</sup>، ولجد أن هذا النص لم يشمل صراحة مراقبة وضبط الأجهزة الالكترونية بجميع اشكالها وصورها بما في ذلك الرسائل الالكترونية بمختلف انواعها على شبكة الانترنت.

ويمكن برأينا أن تشمل هذه المراقبة الوسائل الالكترونية والمحادثات الالكترونية لأن شبكات الحاسب الآلي تستخدم في اجراء الاتصالات الهاتفية والمراسلات الالكترونية وتصفح المواقع على شبكة الانترنت خطوط الهاتف من خلال جهاز يرتبط بها يسمى المودم ، وهو جهاز معدل للموجات<sup>٢</sup> ، ولذلك فإن المراقبة الالكترونية لهذه الاتصالات

---

=بثلاثين يوما تجدد لمدة اخرى مماثلة، خلافا لادن التفتيش الذي لم يشترط مدة معينة لسريانه . الامر الثاني وهو الحصول على أمر مسبب من القاضي بعد اطلاقه على الاوراق من اجل اقرار عملية المراقبة، بخلاف التفتيش الذي يتولاه القائم بالتحقيق سواء كان قاضي التحقيق او احد اعضاء النيابة العامة . الامر الثالث هو ان عملية التفتيش تتم في حضور المتهم على خلاف مراقبة المحادثات التلفونية التي ينبغي اجراؤها بشكل سري دون علم المشتبه فيه . انظر في ذلك : محمد امين الخرشنة، مشروعية الصوت والصورة في الاثبات الجنائي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص ٥٥ وما بعدها .

- (١) حيث تطرقت المادة ١٥ من المرسوم بقانون اتحادي رقم ٥ لسنة ٢٠١٢ بقانونية التقاط أو اعتراض أي اتصال عن طريق شبكة معلوماتية عمدا وبدون تصريح بالحبس والغرامة التي لا تقل عن ١٥٠ الف درهم ولا تتجاوز ٥٠٠ الف درهم او باحدى هاتين العقوبتين، وهذا برأينا يمكن ان يشمل الاتصال السلكي او اللاسلكي للاتصالات والمكالمات على شبكة الانترنت.
- (٢) هلالى عبد اللاه احمد، تفتيش نظم الحاسب الآلي، مرجع سابق، ص ٢٢١ .

يمكن ان تتم بمراقبة خطوط الهاتف التي تتم بواسطته عملية الاتصال<sup>١</sup>.

ولذا يمكن ان تمتد سلطة النائب العام بمراقبة المحادثات الهاتفية الى هذه الاتصالات الالكترونية من محادثات وغيرها ، مما يتم استعراضه على جهاز الحاسب الآلي طالما أن هذا الاتصال يتم بواسطة خطوط الهاتف.

وباستعراض موقف التشريعات المختلفة في هذا المجال نجد أن القانون الفرنسي الصادر في ١٩٩١/٧/١٠ يميز اعتراض الاتصالات البعدية بما في ذلك شبكات تبادل المعلومات<sup>٢</sup>. كما واستقر قضاء محكمة النقض الفرنسية على مشروعية مراقبة المحادثات التلفونية ، الا أنها استلزمت العديد من الضمانات لتحقيق تلك المشروعية ، وبعد تحقق الشروط الثلاثة الآتية : الحصول على اذن بالمراقبة من قاضي التحقيق ، وثانيا : حتمية اشراف القاضي على عملية المراقبة ، وثالثا : عدم استخدام اساليب الغش والخداع في التنصت ومراعاة حقوق الدفاع<sup>٣</sup>. وقد حدد المشرع الفرنسي

(١) في ديسمبر سنة ١٩٩٤ اكتشف أحد الباحثين في مركز الحاسبات الآلية الموجودة في San-Diego بجنوب كاليفورنيا أن تم اختراق الحاسب الآلي الشخصي الخاص به من جهاز يقع بمدينة شيكاغو، ولكن يتم التحكم فيه عن بعد. وبعد مضي شهر عشر على المعلومات المسروقة على موقع Well على الانترنت، فقام المجني عليه بمراقبة الشبكة الا أنه يبدو أن الجاني كان يعمل من عدة مدن. وعرجة المكالمات التلفونية المسجلة بمعرفة شركة التلفونات عن طريق الكمبيوتر وجد ان الجاني يقوم بالبحث باستخدام Mpdem متصل بتلفون محمول. وباختراقه المدينة بمستقبل هوائي خاص متصل بجهاز كمبيوتر محمول امكن لفريق البحث أن يحدد المكان الذي تصدر منه النداءات والذبذبات وتم القبض على الجاني. انظر: جميل عبد الباقي الصغير، ادلة الالبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، مرجع سابق، ص ١٠٠.

(٢) حسين بن سعيد الغافري، مرجع سابق، ص ٤٨٦.

(٣) انظر : محمد أبو العاقبة، مراقبة المحادثات التلفونية، مشار اليه عند : محمد امين الخرشنة، مرجع سابق، ص ٨٢.

مدة المراقبة بأربعة اشهر قابلة للتجديد وذلك حرصا منه من تعسف استخدام هذا الحق واساءة استعمال السلطة.

وفي هولندا أجاز المشرع لقاضي التحقيق أن يأمر بالتنصت على شبكات الاتصالات اذا كانت هناك جرائم خطيرة مشترك فيها المتهم وتشمل هذه الشبكة التلكس والفاكس ونقل البيانات .

وفي الولايات المتحدة الامريكية يمكن مصادرة محتوى الرسائل الرقمية بواسطة قانون التنصت ١٨ ٢٥١٠ U.S.C. ولكنه يشمل متطلبات صارمة للحصول على موافقة قضائية ، حيث يتطلب موافقة مسبقة من قاضي فيدرالي وهو أكثر صرامة في المتطلبات اذا قورن بالمتطلبات اللازمة للحصول على اذن تفتيش الممتلكات ، حيث تصبح عمليات التنصت جزءا لا يتجزأ من التحقيق بعد استنفاذ اساليب التحقيق الأخرى . وقبل اصدار الأمر بالتنصت يجب على القاضي الفيدرالي أن يبحث في ما يلي :-

- أ- سبب محتمل يجعله يعتقد بأن هذا الشخص يرتكب أو ارتكب جريمة من الجرائم في قائمة الجرائم المحددة.
- ب- سبب محتمل أن تكون الاتصالات الخاصة بالجريمة سيتم الحصول عليها من خلال عمليات اعتراض الرسائل .
- ج- أن اساليب التحقيق الطبيعية قد تم تجربتها وباءت بالفشل أو انها من غير الممكن أن تنجح أو انها بالغة الخطورة .
- د- سبب محتمل أن الوسائل التي يتم اعتراض الاتصالات منها تستخدم فيما يتعلق بتنفيذ الجريمة.

(١) لين وينميل، الجريمة الالكترونية : القضايا والتحديات في الولايات المتحدة، من أوراق العمل المقدمة الى ورشة عمل الجريمة الالكترونية، وزارة العدل، أبوظبي، في الفترة من ٢ الى ٣ يونيو ٢٠١٠ .

أما في ألمانيا فقد تم تعديل القوانين الخاصة بها وأصبح للقاضي الحق في إصدار أوامره بمراقبة اتصالات الحاسب الآلي وتسجيلها والتعامل معها إلا أن القانون قد حددها مدة اقصاها ثلاثة أيام فقط، وكذلك أقرت محكمة مقاطعة KOFU في اليابان سنة ١٩٩١ شرعية التنصت على شبكات الحاسب الآلي لغرض البحث عن دليل يفيد الجريمة<sup>١</sup>.

ومما يجدر الإشارة إليه بهذا الصدد أن هذا المنع لا يشمل الرقابة التي تمارسها المؤسسات الكبرى على عمل موظفيها، لأن تلك الرقابة تعتبر رقابة إدارية لمصلحة أرباب العمل للتأكد من أن الموظف لم يبدد وقت العمل لمصلحة شخصية، أو أنهم يعملون لحساب الغير، ويوجد في أمريكا جهاز يسمى penregisster and atrap and trace device وهو جهاز تسجيل التفصي trap@trace device يصور الموجات الإلكترونية، ويمكنه أن يقوم بتعريف وتحديد رقم الاتصال المطلوب، أو تحديد عنوان البريد الإلكتروني، أو الموقع الإلكتروني، ورقم التعريف الدولي IP<sup>٢</sup> للمتعم المتصل بشبكة الإنترنت، فيساعد الجهات الأمنية

- (١) منير محمد الجنيهي و محمد ممدوح محمد الجنيهي، جرائم الانترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٩٠.
- (٢) يعرف ال (IP) وهو اختصار لكلمة Internet protacop انه وسيلة لنقل البيانات من مكان على الانترنت الى مكان آخر، أما IP address فهو عنوان مكون من أربعة أرقام ويستخدم لتحديد هوية كل جهاز يتصل بالانترنت، ذلك أنه عندما يتجول مستخدم الانترنت في حوار على شبكة الانترنت، فإنه يترك آثاره في كل مكان يقوم بزيارته أو الدخول عليه على الشبكة، ذلك أن الموقع الذي يمر به يفتح سجلا خاصا به يتضمن عنوان الموقع الذي جاء منه، ونوع الكمبيوتر والمتصفح الذي يستخدمه، وعنوان رقم الدائم والمتغير للكمبيوتر الذي يتصل منه. وتمثل عملية الاستفادة عما يكشف عنه الرقم IP في البحث والتحقيق الجنائي، ذلك أنه عندما يزور شخصا موقعا على الشبكة، يقوم الكمبيوتر بتسجيل ال IP العائد للكمبيوتر الذي اتصل منه، وعند ارسال بريد إلكتروني كذلك، يمكن لمستلم الرسالة معرفة عنوان ال IP للكمبيوتر المرسل منه، وكذلك عند استخدام برنامج =

والقضائية في الوصول إلى الدليل الجنائي عند الحاجة وعند حدوث جريمة، ولدقة هذا الجهاز في التحري والمراقبة الالكترونية نقترح اعتماده كما هو مطبق في تسجيل المكالمات الهاتفية بعد صدور إذن بذلك من النيابة العامة.

كما ويمكن الاستعانة بشركات الاتصالات المزودة للخدمة في الحصول على معلومات العميل الذي يكون موضع شبهة، من خلال البحث على دليل يساعد في ثبوت التهمة أو نفيها من خلال معرفة المواقع الالكترونية التي قام بزيارتها، وما هي الرسائل التي أرسلها عبر مزود الخدمة، بعد مراعاة الخصوصية والضمانات الدستورية للمتهم المعلوماتي. وتأسيساً على ما سبق نشير الى أن الطبيعة الخاصة التي يتمتع بها الدليل الالكتروني من حيث سرعة فقده وزواله، قد تفرض علينا أن نقوم بالتخفيف من حدة شروط استئذان النيابة العامة أو القاضي المختص بالرغم من كونها تمس خصوصية الأفراد، حتى تتمكن من مباشرة اعتراض الاتصالات الالكترونية في الحالة التي تتولى التحقيق بنفسها في جريمة الكترونية قائمة وتبين لها ضرورة القيام بالمراقبة وتسجيل هذه الاتصالات عبر شبكة الانترنت، وذلك كسباً للوقت وضبط الدليل والتحفظ عليه.

### المطلب الثالث

#### ضوابط التفتيش في الجرائم الالكترونية

##### الفرع الأول

#### الضوابط الموضوعية لتفتيش نظم الحاسب الآلي

يقصد بالشروط الموضوعية بصفة عامة الضوابط التي لا بد من الأخذ بمقتضاها حتى يكون التفتيش صحيحاً من الناحية القانونية كونه اجراء من

---

=الايوت لوك يمكن النقر على زر Option بعد ان يفتح الرسالة فيتم الاطلاع على عنوان المرسل. انظر في ذلك، د. عبد الفتاح بيومي حجازي، الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والانترنت، دراسة متممة في جرائم الحاسب الآلي والانترنت - دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٢، ٦٣، ٦٤.



اجراءات التحقيق ، ويترتب على عدم صحته او مشروعيته البطلان اذا ما دفع به المتهم ، وتكمن في سبب التفتيش ومحله والسلطة المختصة به .  
**أولاً: سبب التفتيش:**

ان الهدف الرئيسي من اجراء التفتيش هو البحث عن الدليل الجنائي في الجرائم المرتكبة بهدف الوصول الى الحقيقة ، واقتناع عدالة المحكمة به . ويشترط لمباشرة التفتيش باعتباره اجراءاً من اجراءات التحقيق ان تكون هناك جريمة وقعت بالفعل سواء كانت جناية ام جنحة ، وان يكون هناك اتهام موجه للشخص المراد تفتيشه او تفتيش مسكنه ، أو توافر امارات قوية وقرائن ودلائل تفيد في الكشف عن الحقيقه سواء في مسكنه او شخص غيره أو مسكن غيره .

وهذا ما أخذت به محكمة النقض المصرية في حكم لها بقولها " الأصل في القانون أن الاذن بالتفتيش هو اجراء من اجراءات التحقيق لا يصح إصداره الا لضبط جريمة - جناية أو جنحة - واقعة بالفعل ترجحت نسبتها الى متهم معين ، وان هنالك من الدلائل ما يكفي للتصدي لحرمة مسكنه او لحرمة الشخصية" ، وستتطرق بايجاز لكل نقطة منها كما يأتي :-

#### أ- وقوع جريمة الكترونية تشكل جناية أو جنحة

يعني انه يشترط لصحة اجراء التفتيش في النظم المعلوماتية أن نكون بصدد جريمة معلوماتية نص عليها القانون ويعتبرها القانون جناية أو جنحة ، ومن ثم فانه يستبعد من نطاق التفتيش أن تكون الجريمة المرتكبة من المخالفات نظراً لضآلتها بحيث لا يتوفر لها من الخطورة ما يبرر اهدار حرمة الشخص أو حرمة مسكنه عن طريق التفتيش .

وتطبيقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، فانه لا محل لاصدار اذن تفتيش نظام حاسب آلي معين الا اذا نص المشرع صراحة على أن هذا

(١) نقض ١٦ اكتوبر ١٩٦٧ ، مجموعة احكام النقض س ١٨ رقم ١٩٥ ص ٩٦٥ .

الفعل المرتكب من قبيل الأفعال غير المشروعة والتي تعتبر بنظر القانون من الجرائم وحدد لها عقوبة معينة ، كما اورد المشرع الاماراتي تلك الافعال ضمن قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات ، كالاتلاف ، التعديل ، التغيير ، الافشاء ، التعطيل ، والايقاف ، وعلى ذلك لا يكفي القول بمجرد وقوع الجريمة للقول بجواز التفتيش .

ولذا فقد نصت العديد من التشريعات كما بينا على استخدامات نص خاص للجريمة المعلوماتية . كما هو الحال بالنسبة لقانون اساءة استخدام الحاسب الاني الذي صدر في المجلترا سنة ١٩٩٠ ، وقانون الاحتيال واساءة استخدام الحاسب الآلي الأمريكي الصادر سنة ١٩٨٦ والذي طبق على المستوى الفيدرالي ، وفي فرنسا صدر قانون خاص بالغش المعلوماتي عام ١٩٨٨ .

ومع ذلك إن خلا تشريع دولة ما من النص على تجريم أنماط السلوك التي تمس بنظام المعلومات ، فإن ذلك لا يمنع من قيام وصف الجريمة للفعل المراد جمع الدليل بشأنه في حالات كثيرة كاستعمال الحاسوب في التزوير أو استعمال شبكة المعلومات العالمية في إرسال رسائل سب وتشهير ونحوه ، إذ أن وصف الجريمة يثبت لهذه الأفعال وفقاً للتكييف التقليدي المقرر بموجب قانون العقوبات ، فالحاسوب في هذه الحالة وسيلة لارتكاب الجريمة ولا يغير من وصفها كجريمة تقليدية.

ب- اتهام شخص أو اشخاص معينين بارتكاب الجريمة الالكترونية أو المشاركة فيها: ويعني ذلك وجوب أن تتوافر في حق الشخص المراد تفتيش شخصه أو مسكنه دلائل كافية ، تعزز القناعة بأنه قد ساهم في ارتكاب الجريمة الالكترونية سواء باعتباره فاعلاً أصلياً أو شريكاً فيها مما يستوجب اتهامه فيها ، وعليه فإذا لم تتوافر هذه الدلائل الكافية فلا يجوز توجيه الاتهام له وبالتالي لا يجوز تفتيشه .

(١) انظر : د. عبدالله حسين علي محمود ، مرجع سابق ، ص ٣٧٨ .

وعليه فإنه بمجرد توافر الأدلة والقرائن يعد مسوغاً كافياً للحق في تفتيشه دون انتظار تحقق أي اعتبار آخر ، وعلى ذلك نصت المادة ٧٢ من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي على أن " لعضو النيابة العامة تفتيش منزل المتهم بناء على تهمة موجهة اليه بارتكاب جريمة او باشتراكه في ارتكابها ، وله ان يفتش أي مكان ويضبط فيه أية اوراق او اسلحة وكل ما يفيد في كشف الحقيقة " .

ت- توافر امارات قوية او قرائن او اجهزة او معدات معلوماتية تفيد في كشف الحقيقة لدى المتهم المعلوماتي او غيره:

لم تتعرض قوانين الإجراءات الجنائية لتعريف الدلائل وإنما اكتفت بالنص الذي على وجوب توافر دلائل قوية متوافقة مع الاتهام الموجه للمتهم ، الا ان الفقه تصدى لتحديد مفهومها حيث عرفها بعض الفقهاء بأنها " مجموعة الوقائع الظاهرة والملموسة التي يستنتج منها ان شخصاً معيناً هو مرتكب الجريمة " ، وعرفها آخرون بأنها " امارات معينة تستند الى العقل وتبدأ من ظروف أو وقائع يستنتج منها الفعل توجي للوهلة الأولى بأن جريمة ما وقعت وأن شخصاً معيناً هو مرتكبها " وهذه الامارات لا يكفي في تقديرها مجرد المنطق بل لابد في شأنها من تدخل الخبرة والتعقل " .

وقد اشترط المشرع الاماراتي وجود هذه الامارات والقرائن كشرط لاجراء التفتيش اذ نصت المادة ٧٥ اجراءات جزائية على أن " لعضو النيابة العامة ان يفتش المتهم ولا يجوز له تفتيش غير المتهم او منزل غير منزله الا اذا اتضح من امارات قوية انه حائز لاشياء تتعلق بالجريمة ... " .

(١) محمد زكي ابو عامر ، الاجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٤ ، ص ٧٧ .

(٢) بكري يوسف بكري ، مرجع سابق ، ص ٩٤ .

كشف الحقيقة ، ولكن المشرع قد اشترط وجود هذه الامارات والقرائن بالنسبة لتفتيش شخص غير المتهم او مسكن غير المتهم .

اما قانون الإجراءات الجنائية الأمريكية فقد عبر عن الدلائل الكافية باصطلاح السبب المعقول أو المحتمل ، ونص على ذلك ايضاً التعديل الرابع للدستور الأمريكي فلذكر بأنه لايجب اصدار اوامر القبض أو التفتيش مالم تكن بناء على سبب معقول .

وفي المبادئ الخاصة بضبط وتفتيش الدليل الالكتروني قرر القضاء الأمريكي بقوله " أن اذن التفتيش والضبط الذي يشير الى كافة البرمجيات والقطع الصلبة للحاسوب دون تحديد لا يعد أمراً غير دستوري أو امراً محظوراً ، اذا كان هناك سبب ملائم يدعو الى الاعتقاد بان الحاسوب على سبيل المثال قد تم استخدامه لتخزين وارسال صور دعارة للاطفال -

بمعنى انه يمكن الحصول من خلاله على دليل الكتروني يساهم في كشف الجريمة - فقبل عملية الضبط كان المتهم قد الغى اكثر من ١٤٠٠ صورة اباحية وقام رجال الضبط باسترداد بعضها منها باستخدام برنامج خاص . ومثل هذا لا يعد تجاوزاً لصلاحيه اذن التفتيش حيث كان مضمونه يرتبط بما يتم البحث عنه وليس كيف تتم عملية البحث والتفتيش .

وعموماً فان تقدير هذه الدلائل متروك للسلطة التي تصدر الاذن بالتفتيش شريطة ان يكون تقديرها منطقياً ومتفقاً مع الواقع ، بحيث تكشف هذه الدلائل بجدية عن وقوع الجريمة محل الاذن بالتفتيش وأن يكون هناك جاني تنسب اليه التهمة ، فالتقدير المجرد لذاته للدلائل التي تبرر المساس بحريات الاشخاص لا يمكن أن تكون محل مصداقية ، وانما

(١) هلالى عبدالله احمد، تفتيش نظم الحاسب الآلى، مرجع سابق، ص ١١٧ .

(٢) عمر محمد بن يونس ، مستشار موسوعة التشريعات العربية ( سجل جينيس

للأرقام القياسية ١٩٩٩ ) ، الطبعة الأولى ٢٠٠٧ - ٢٠٠٨ ، بدون دار نشر .

يجب ان تقترن هذه الدلائل مع ما درجت عليه قواعد الخبرة بما لا ينافي العقل والمنطق.

ويقصد بالدلائل الكافية للتفتيش في مجال الجريمة الالكترونية هي مجموعة المظاهر والامارات المعينة وفقاً للسياق العقلي والمنطقي والخبرة الفنية والحرفية للقائم بالتفتيش ، والتي ترجح نسبة الجريمة الالكترونية الى شخص ما بوصفه فاعلاً أو شريكاً .

ومن أمثلتها: ارتباط عنوان انترنت بروتوكول الخاص بجهاز الحاسب الآلي الذي يحتوي على صور فاضحة مع رقم حساب المتهم لدى مزود الخدمات ، ووجود رقمين للهاتف لديه يستخدمهما في ذلك .

ث- ان يكون التفتيش بقصد ضبط اشياء تتعلق بالجريمة أو تنفيذ في كشف الحقيقة.

أن يكون الاذن الصادر بالتفتيش موضوعه جريمة الكترونية اي يهدف للبحث عن أدلة في مسرح الجريمة ذات طبيعة الكترونية تتصل بالحاسب الآلي أو احد انظمته وبرمجياته ، ولذلك يبطل كل تفتيش يجري لغاية اخرى خلاف ما نص عليه المشرع.

وقد نصت المادة ١٢٨ من تعليمات النيابة العامة على أنه " يكون تفتيش مسكن المتهم للبحث عن الاشياء الخاصة بالجريمة التي يجري جمع الأدلة أو التحقيق بشأنها ، ومع ذلك اذا ظهرت عرضاً اثناء التفتيش اشياء تعد حيازتها جريمة أو تنفيذ في كشف الحقيقة في جريمة أخرى وجب ضبطها شريطة الا يكون ذلك نتيجة سعي يستهدف البحث عنها ، أو تعسفا في تنفيذ التفتيش".

(١) د. هلالى عبد اللاه احمد، تفتيش نظم الحاسب الآلي، مرجع سابق، ص ١٢١.

(٢) د. شيماء عبد الغني، مرجع سابق، ص ٢٨٢.

وفي هذا السياق ذكر الملحق الخاص بمبادئ التفتيش وضبط الدليل الالكتروني في القضاء الأمريكي أنه اثناء التفتيش عن دليل رقمي له علاقة بجرائم المخدرات اكتشف مأمور الضبط القضائي صور اباحية للاطفال (جريمة عرضية) ، فاستمر في التفتيش عن أدلة اخرى تخص هذه الجريمة العرضية ، فان هذا الاستمرار في التفتيش عن الجريمة العرضية يعد باطلاً وبالتالي يعد الدليل المستمد منه باطلاً ولو تم برضا المتهم .

وعليه يمكن القول ان اذن التفتيش الصادر بتفتيش عقار يوجد به حاسب آلي يستلزم فيه توضيح الصفة القانونية للحاسب الآلي بشكل مستقل ، وبما يوحي بضرورة وجود ما يدل على امكانية التحفظ على الحاسب الآلي بشكل مستقل للكشف عن الأدلة المرتبطة به من قبل المختصين بذلك ، فاذن التفتيش ينبغي ان يحتوي على كشف بما يجب ان تكون عليه المواد المراد ضبطها ، فمسألة التفتيش في ذاتها ليست عشوائية وانما قيدها المشرع ضمن اطار وحدود معينة حتى لا يحول عن الهدف الخاص الذي يرنو للوصول اليه .

#### ثانياً: محل التفتيش

يقصد بمحل التفتيش المستودع الذي يحتفظ فيه المرء بالاشياء المادية التي تضمن سره ، والسر الذي يحميه القانون هو ذلك الذي يستودع في محل له حرمة . ولاشك في ان تحديد محل التفتيش تحديداً دقيقاً بالنسبة للجرائم الالكترونية قد تكتفه بعض الصعوبة ، ذلك أن تحديد كل او بعض مكونات الوسائل الالكترونية وايرادها في اذن التفتيش وتحديدها تحديداً دقيقاً قد يستلزم ثقافة فنية عالية في تقنية الحاسب الآلي ، وقد لا تتوافر للمحقق أو مأمور الضبط القضائي .

(١) د. هلالى عبدالله أحمد، تفتيش نظم الحاسب الآلي، مرجع سابق، ص

ومحل التفتيش في موضوع بحثنا يمكن أن يشمل الحاسب الآلي والأنظمة التقنية والشبكة المرتبطة به والملحقات الفنية وكل مكوناته المادية والمعنوية وكل ما قد يتصل به اتصالاً مباشراً أو غير مباشر، وقد يكون موضوع الجريمة محل التفتيش شخصاً معيناً أو مكاناً معيناً يتمتع بالخصوصية.

فالشخص باعتباره محلاً قائماً لاجراء التفتيش عليه، قد يكون من مستغلي أو مستخدمي الحاسب الآلي أو من خبراء البرامج سواء أكانت برامج النظام أم برامج تطبيقية، وقد يكون من المحللين أو من مهندسي الصيانة والاتصالات، أو من مديري النظم المعلوماتية، أو أي اشخاص آخرين يكون بموزتهم أجهزة أو معدات معلوماتية أو أجهزة حاسب آلي محمولة أو هواتف متصلو بجهاز المودم أو مستندات أو اكواد أو غير ذلك مما يتعلق بالجريمة محل البحث.

(١) إذا كان محل التفتيش انثى فيشترط تفتيشها بمعرفة انثى مثلها، وذلك بهدف الحفاظ على حياة المرأة وصيانة لِعرضها وشرفها وهذا المبدأ يتعلق بالنظام العام، ويرتب البطلان في حال عدم التقيد به. وهذا ما نصت عليه المادة (٥٢) من قانون الاجراءات الجزائية الاتحادي بقولها "إذا كان المتهم انثى، يجب ان يكون التفتيش بمعرفة انثى يندبها لذلك مأمور الضبط القضائي بعد تخليفها بيننا بأن تؤدي اعمالها بالأمانة والصدق ويتعين كذلك أن يكون شهود التفتيش من النساء" وذات المبدأ جرى العمل عليه في فرنسا لتعلقه بالاداب العامة، بالرغم من عدم وجود نص في قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي يوجب ان يتم تفتيش الانثى بمعرفة انثى، الا أن هذا المبدأ يجد اساسه في بعض النصوص القانونية الأخرى غير قانون الاجراءات الجنائية مثل المرسوم الصادر في نوفمبر سنة ١٨٨٥ والخاص بنظام العمل في السجون حيث تقضي المادة ٣٤ من هذا المرسوم بضرورة تفتيش الانثى بمعرفة الانثى، وهو ذات المبدأ الذي تضمنته الفقرة الثانية من المادة ٢٧٥ من المرسوم الصادر في ٢٣ فبراير ١٩٥٩ والذي حل محل المرسوم الأول. انظر: د. بكري يوسف بكري، مرجع سابق، ص ٩٩ وما بعدها.

(٢) ويستبعد من نطاق تفتيش الأشخاص من يتمتعون بمحصانات معينة، انظر في ذلك: د. هلالى عبد الله أحمد، تفتيش نظم الحاسب الآلي، مرجع سابق، ص ١٢٦.

وعما يجدر التنويه اليه في هذا الصدد أنه لا يشترط في هذه الاشياء ان تكون مملوكة للمتهم وإنما يكفي ان يكون حائزاً لها ، كما لا يشترط ان تكون في يد المتهم وقت التفتيش وإنما يصح تفتيشها حتى لو كان يضعها امامه في طريق عام طالما أن ظاهر الحال لا يوحي بأنه تخلى عنها.

أما بالنسبة للمنازل وما في حكمها ، كمحل يرد عليه تفتيش الحاسب الالى فقد نصت المادة ١٢٤ من تعليمات النيابة العامة على انه " ينصرف تفتيش المسكن الى كل مكان خاص يقيم فيه المتهم بصفة دائمة او مؤقتة كما ينصرف الى ملحقات هذا المكان كالحديقة او المخزن او المرآب أو حظائر الحيوانات والطيور ، كما يمتد الى ما في حكمه من الأماكن الخاصة التي يقيم فيها الشخص ولو لفترة محدودة من اليوم كعيادة الطبيب ومكتب المحامي والمتجر.

أما إذا انتفت صفة الخصوصية والسر المهني عن المحل بأن كان من المحلات العامة كالمقاهي ، ودور السينما ، وقاعة الانتظار بالعيادة الطبية وجميع المحلات التي يمكن ارتيادها من قبل أي شخص ، فإنه لا يخضع لقيود التفتيش الخاصة بالمساكن .

### ثالثاً: السلطة المختصة بالتفتيش

لقد خول القانون الحق في التفتيش لجهات معينة نص عليها قانوناً كون التفتيش اجراء من اجراءات التحقيق وفيه مساس بالحرية الشخصية للأفراد وانتهاكا للحرمة الخاصة لهم وتلك الجهات هي النيابة العامة وقاضي التحقيق باعتبارهما السلطات الأصلية للتحقيق.

كما أن القانون خول للنيابة العامة أن تتدب مأموري الضبط القضائي أو من الموظفين الذين يتم منحهم صفة مأموري الضبط



القضائيوأجاز لهم التفتيش ولكن ضمن شروط وضوابط معينة لا يجوز الخروج عنها ، ونفرق هنا بين حالتي التلبس<sup>1</sup> وحالة غير التلبس.

١- في حالة التلبس :

ان الجرائم الالكترونية كغيرها من الجرائم التقليدية يمكن أن تتوافر فيها شروط الجريمة المتلبس بها وفي هذه الحالة نفرق بين تفتيش الأشخاص وتفتيش المنازل :

بالنسبة لتفتيش الأشخاص فإن اغلب التشريعات الجنائية تميز تفتيش الأشخاص في حالة التلبس دون الحصول على إذن بذلك من النيابة العامة ، تطبيقا للقاعدة السائدة اذا جاز القبض على الشخص جاز تفتيشه ، وذلك حتى يتم تدارك عرقلة الإجراءات المتخذة في موقع الحادثة من قبض على المتهم وجمع أدلة وسؤال الشهود ، ولانه كما اسلفنا القول بأنه كلما كان عنصر السرعة والانتقال الفوري من أهم العناصر التي تؤدي الى عدم ضياع الأدلة وسرعة اكتشاف الجاني ، وهذا ما يتحقق في حالة التلبس بالجريمة<sup>2</sup> والتي يضبطها مأمور الضبط القضائي .

(١) عرفت المحكمة الاتحادية العليا التلبس بأنه " صفة تلازم الجريمة لا شخص المجرم ، وأن وجود مظاهر خارجية تنبئ بذاتها عن وقوع الجريمة كاف لقيام حالة التلبس ، وتقدير حالة التلبس أو عدم توافرها أمر موضوعي يترك لرجل الضبط القضائي ، ويخضع في ذلك لرقابة سلطة التحقيق تحت اشراف محكمة الموضوع . " الطعن رقم ٢٠٢ ، جلسة ١٣/٥/١٩٩٢ لسنة ١٣ قضائية، المحكمة الاتحادية العليا بأبوظبي.

(٢) تنص المادة ٤٢ من قانون الاجراءات الجزائية الاتحادي على أنه : تكون الجريمة متلبس بها حال ارتكابها أو بعد ارتكابها ببرهنة يسيرة . وتعتبر الجريمة متلبسا بها اذا تبع المجني عليه مرتكبها ، او تبعته العامة مع الصباح اثر وقوعها او اذا وجد مرتكبها بعد وقوعها بوقت قريب حاملا آلات أو اسلحة او متاع او اشياء يستدل منها على أنه فاعل او شريك فيها او اذا وجدت به في هذا الوقت آثار او علامات تفيد ذلك.

ففي قانون الإجراءات الجزائية الاماراتي نصت المادة ٥١ منه على انه يجوز للمأمور الضبط القضائي أن يفتش المتهم في الأحوال التي يجوز فيها قانونا القبض عليه ، وتقابله في ذلك المادة ١/٤٦ من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

واباحة تفتيش المتهم المقبوض عليه مقصورة على شخصه بالبحث عما يكون في جسمه او ملابسه او الامتعة التي يحملها من اثار أو ادلة تتعلق بالجريمة الواقعة ، وعليه فلا يملك مأمور الضبط القضائي تفتيش منزله لمجرد أن القبض عليه وقع صحيحا .

وتحدد المادة ٤٥ من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي الحالات التي يجوز فيها القبض استناداً لحالة التلبس اذ نصت على أنه " لمأمور الضبط القضائي أن يأمر بالقبض على المتهم الحاضر الذي توجد دلائل كافية على ارتكابه جريمة في احوال التلبس بالجنايات أو الجنح المتلبس بها والمعاقب عليها بغير الغرامة أو الجنح المعاقب عليها بغير الغرامة اذا كان المتهم موضوعاً تحت المراقبة أو يخشى هروبه أو في جنح السرقة والاحتيال وخيانة الامانة والتعدي الشديد ومقاومة أفراد السلطة العامة بالقوة وانتهاك حرمة الآداب العامة والجنح المتعلقة بالاسلحة والذخائر والمسكرات والعقاقير الخطرة " . بل ان المشرع توسع في مسألة القبض في حالة التلبس فأعطى لكل شخص من غير مأموري الضبط القضائي في حال مشاهدته للجاني يرتكب جنحة او جناية أن يقوم بالقبض عليه وتسليمه لافراد السلطة العامة أو مركز الشرطة ، حيث نص على ذلك في المادة ٤٨ من ذات

(١) ويقابها في ذلك المادة ٣٤ من قانون الاجراءات الجنائية المصري التي تنص بقولها " لمأمور الضبط القضائي في احوال التلبس بالجنايات أو الجنح التي يعاقب عليها بالحبس لمدة لا تزيد على ثلاثة أشهر أن يأمر بالقبض على المتهم الحاضر الذي توجد دلائل كافية على اتهمه " .

القانون " لكل من شاهد الجاني متلبساً بجناية أو جنحة ، أن يسلمه الى أقرب أفراد السلطة العامة دون احتياج الى أمر بضبطه " .  
ثم اضافت المادة ٤٦ أنه : اذا لم يكن المتهم حاضراً في الاحوال الميينة في المادة السابقة جاز لمأمور الضبط القضائي أن يصدر أمراً بضبطه واحضاره ، ويذكر ذلك في المحضر.

والجدير بالذكر أن التلبس يتحقق بمشاهدة الجريمة لا بمشاهدة شخص الجاني ، فطبيعة التلبس عينية وليست شخصية كونها حالة تلازم الفعل لا الفاعل ، فلذا تكون لمأمور الضبط الاختصاصات الواسعة التي تمنحها له حالة التلبس ولو لم يكن قد شاهد الجاني أو عرفه ، بل شاهد الجريمة فحسب ، كما لو شاهد المجني عليه يصاب بعيار ناري في حضوره دون أن يشاهد مطلق هذا العيار .

اما بالنسبة لتفتيش المنازل فقد فرق قانون الإجراءات الجزائية بينه وبين تفتيش الأشخاص حيث أوجب الحصول على اذن بالتفتيش من النيابة العامة وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة ٥٣ من ذات القانون بقولها " لا يجوز لمأمور الضبط القضائي تفتيش منزل المتهم بغير اذن كتابي من النيابة العامة ما لم تكن الجريمة متلبساً بها وتتوافر امارات قوية على أن المتهم يخفي اشياء أو اوراقا تفيد كشف الحقيقة " . كما يتم البحث عن الاشياء والاوراق المطلوب ضبطها في جميع أنحاء المنزل وملحقاته ومحتوياته.

وتنسحب قواعد التفتيش السابقة على ما يخص التفتيش عن الأدلة الالكترونية والمعلومات في وسائل التقنية الحديثة ، وفي كل الاحوال فان ممارسة مأمور الضبط القضائي للتفتيش المصرح به قانوناً بناء على حالة التلبس دون توفر حالة من الحالات التي تم ذكرها تعرض هذا الاجراء

(١) محمد عيد الغريب ، الاختصاص القضائي لمأمور الضبط القضائي في الاحوال العادية والاستثنائية ، بدون دار نشر ، ٢٠٠٣ ، ص ٦٤ .

للبطلان ، ومع ذلك فان تقدير ما اذا كانت الجريمة في حالة تلبس ام لا يتم في لحظة التدخل من مأمور الضبط القضائي ، وطالما قدر مأمور الضبط القضائي أن الجريمة في حالة تلبس وتستدعي التدخل من قبله ، وكان تقديره مبنيًا على أسباب معقولة ، فان تدخله يظل مشروعاً ولو اتضح بعد ذلك أن الجريمة ليست في حالة تلبس ، ذلك أن تقديره للمسألة كانت متعلقة بالفعل المرتكب لا الفاعل .

## ٢- في حالة غير التلبس

إذا لم تتوافر حالة من حالات التلبس المنصوص عليها في القانون فانه لا يجوز القبض على أي شخص أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته الا بأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة وذلك لحماية الحريات التي كفلها الدستور للأفراد وبالتالي فهي حماية شاملة لأفراد المجتمع بأسره ، وفي هذه الحالة أجاز القانون ان تقوم السلطة المختصة بانتداب أحد مأموري الضبط القضائي لتفتيش شخص متهم أو تفتيشه منزله<sup>١</sup> . فالندب يعتبر اجراء من اجراءات التحقيق ولما كان التحقيق اساسا من اختصاص النيابة العامة فقد حولها المشرع باصدار القرار دون غيرها ، ويمكننا استخلاص ذلك من المواد ٦٨ ، ٦٩ من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي ، والمادتين "٧٠ - ٢٠٠" من قانون الإجراءات الجنائية المصري ، كما يستلزم أن يستوفي أمر الندب لشروطه الشكلية والموضوعية التي حددها القانون.

ويتضح لنا مما سبق أن الاصل في التفتيش هو عمل تحقيقي تختص به النيابة العامة أساسا ، الا وانه على سبيل الاستثناء وفي احوال معينة

---

(١) يعرف الانتداب للتفتيش بانه " تصرف اجرائي يصدر عن سلطة التحقيق بمقتضاه تمنح أحد مأموري الضبط القضائي اذنا بتفتيش شخص ومسكن متهم في جنابة او جنحة تحقق وقوعها اذا توافرت دلائل جديدة على حيازته لأشياء تتعلق بالجريمة المرتكبة تفتيد في كشف الحقيقة عنها. انظر: د. خالد ممدوح ابراهيم ، فن التحقيق في الجرائم الالكترونية ، مرجع سابق ، ص ١٩١ .

وبشروط خاصة ، يجوز لمأموري الضبط القضائي القيام به ، بمعنى آخر ان التفتيش الذي يقوم به مأمور الضبط القضائي يعد من الصلاحيات الاستثنائية الممنوحة له بنص القانون طالما قامت مسبباته ، وبالتالي فان كل تفتيش يقوم به مأمور الضبط القضائي لا يكون صحيحاً في القانون ما لم يكن قد قامت حالة استثنائية قررها القانون<sup>١</sup>.

وعليه فان القواعد السابقة تسري على التفتيش في البيئة الالكترونية بحثاً عن الدليل الالكتروني ، نظراً لعدم وجود النصوص الخاصة بالتفتيش في هذه الوسائل في التشريع الاماراتي ، لذلك فان تم التفتيش بمعرفة النيابة العامة فانها تتقيد بذات القيود التي يتقيد بها مأمور الضبط القضائي عند القيام بالتفتيش ، وتمتع بنفس سلطاته فلها تفتيش المكان ومن كان موجوداً وقامت ضده دلائل قوية توحي انه يخفي معه اشياء تفيد كشف الحقيقة ، كما أنها مقيدة بعدم التعسف في التفتيش والبحث والتنقيب في اشياء اخرى لا تمت للجريمة بصلة.

وبما ان محل التفتيش الذي يبناه بالتفصيل يقع على الوسائل الالكترونية سواء تم ضبطها مع الشخص نفسه أو بداخل منزله ، وقد يقع التفتيش على الحاسب المحمول الخاص بالمتهم والذي قد يكون مزوداً بنظام حماية يمنع من دخوله دون تدخل المتهم ومساعدته ، فهل يجوز اجبار المتهم على تزويد السلطات المختصة بكلمة المرور Password ؟ أو بالأحرى هل يمكن اكراهه على الافصاح عن كلمة السر وما في حكمها من أجل تسهيل الوصول الى البيئة المعلوماتية محل التفتيش ؟<sup>٢</sup>

(١) حسين بن سعيد الغافري ، مرجع سابق ، ص ٣٦٨ .

(٢) ظهرت في الآونة الاخيرة العديد من البرمجيات التي تساعد على كسر كلمات سر الملفات المحمية ، أو تكشف كلمة سر حافظ الشاشة ، بل وحتى كلمة مدير الشبكة مثل برنامج Recovery Modules Password وبرنامج Crak Software وبرنامج Revelation وهذا الأمر يفيد مأموري الضبط القضائي حيث يمكنهم فك كلمات السر والشفرات الخاصة بالانظمة =

لقد تباينت الآراء الفقهية في ذلك ، فثمة رأي يرفض اجبار المتهم على تقديم المعلومات اللازمة لتسهيل عملية الدخول للنظام الالكتروني ، وحثتهم في ذلك قاعدة معروفة وهي عدم جواز اجبار المتهم على تقديم دليل ضد نفسه ، بل له الحق في الصمت دون أن يفسر ذلك اقراراً منه على صحة الاتهام الموجه اليه . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز اجبار المتهم بالادلاء عن المعلومات أو كلمة المرور الخاصة به أو اجباره على طباعة ملفات موجودة داخل النظام . حيث أن في اجباره على ذلك يجعل من الدليل الذي تم الحصول عليه دليلاً غير مشروع لا يعتد به في الاثبات .

كما تضمنت أيضاً توصيات المؤتمر الدولي السادس لقانون العقوبات المنعقد في روما عام ١٩٥٣ أنه " لا يجبر المتهم على الاجابة ، ومن باب أولى لا يكره عليها ، فهو حر في اختيار الطريق الذي يسلكه ويراه محققاً لمصلحته " .

---

=الالكترونية للبحث عن أدلة الجريمة والتحقيق فيها . انظر في ذلك : د. ممدوح عبد الحميد عبد المطلب ، جرائم استخدام الكمبيوتر وشبكة المعلومات العالمية ، الجريمة عبر الانترنت ، البحث والتحقيق في جرائم الكمبيوتر ، مكتبة دار الحقوق ، الشارقة ، الامارات العربية المتحدة ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠١ ، ص ١٢٢ وما بعدها .

كما أن هناك برامج عشوائية لاستخراج كلمة المرور ، ويتم ذلك بمحاولة توليد كلمات مزور متوالية أو كلمات مأخوذة من قاموس اللغة ( وهو موجود على أقراص مضغوطة ويمكن البحث فيه بسهولة كبيرة ) حتى يمكن الحصول على النتيجة المطلوبة . ولكن هذه البرامج تحتاج الى حاسبات سريعة لأنها قد تجرب ملايين أو آلاف الملايين من كلمات المرور حتى تصل الي الكلمة المنشودة ، وبعض المجرمين يستخدمون كلمات مزور مكونة من مزيج من الحروف الكبيرة والصغيرة لجعل الأمر أكثر صعوبة أمام هذه البرامج العشوائية . انظر : حسن طاهر محمود ، جرائم نظم المعلومات ، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ، الطبعة الأولى ، الرياض ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٣٩ .

(١) هشام فريد رستم ، الجوانب الاجرائية للجرائم المعلوماتية ، مرجع سابق ، ص

اضف الى ذلك ان الحاسب الآلي الخاص بالمتهم يمتثل ان يحتوي على العديد من المستندات والمعلومات الخاصة به وباشخاص آخرين ، وفي اطلاع الجهات القائمة بالتحقيق على هذه المستندات والمعلومات انتهاكا لخصوصية الغير.

وهذا الاتجاه اعتنقه بعض التشريعات الحديثة ، ومنها القانون الياباني الذي يحظر على الأجهزة المختصة اكرام المتهم على الافصاح عن كلمة المرور ، وكذلك تبنى الشيء نفسه مشروع قانون الإجراءات الجنائية البولندي.

وفي المقابل ذهب راي آخر الى القول بأنه وان كان لا يجوز اجبار الشخص على الادلاء بأقواله ضد نفسه ، بيد أن ذلك لا ينبغي ان يكون حائلاً دون اجباره على تقديم معلومات يقتضيها دخول السلطات المختصة للنظام المعلوماتي ، متى كانت هذه المعلومات بموزته قياساً على اجبار الشخص على تسليم مفتاح الخزنة الذي بموزته :

ويرى البعض أن الرأي الأخير لا يمكن القبول به أياً كانت مبرراته ، فقياس المعلومات التي بموزة المتهم على مفتاح الخزنة وما في حكمه قياس مع الفارق. ذلك أن المعلومة ( المتمثلة في كلمة السر وما في حكمها ) هي أمر معنوي بخلاف المفتاح الذي هو شيء مادي محسوس قابل للتسليم . هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فان هذا الرأي الأخير لا يتفق مع الأصول المستقرة في الاثبات الجنائي ، كما ويتنافى مع مقتضيات حق الدفاع أمام القضاء الجنائي. ومن ناحية ثالثة وحتى لو سلمنا بفرضية يجوز اكرام المتهم على اعطاء كلمة المرور التي تمكن من اليدخول للنظام المعلوماتي ، فان الأمر يتخلله صعوبات حقيقية موجودة لا يمكن التغلب عليها وهي

(١) جميل عبدالباقي الصغير، أدلة الاثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ١٠٥.

تذرع المتهم بنسيان كلمة المرور أو عدم حفظها أو شيء من هذا القبيل<sup>١</sup>.

والذي نراه أنه في سبيل الحصول على كلمة المرور الخاصة بالنظام المعلوماتي للمتهم بطريقة مشروعة وقانونية لا يترتب على اثرها بطلان الإجراءات ، فانه يمكن اجبار غير المتهم للحصول على المعلومة التي من شأنها تيسير الدخول الى النظام المعلوماتي كمزود الخدمة في البلد نفسه في سبيل الحصول على معلومات العميل الذي يكون موضع شبهة من خلال معرفة المواقع الإلكترونية التي قام بزيارتها ، وما هي الرسائل التي أرسلها عبر مزود الخدمة ، ذلك لأن الاكراه الذي يقع على غير المتهم في تحقيق مصلحة عامة لا يمس حقوق الدفاع ، فعنصر الاكراه أو الاجبار هنا لا يشكل ضرراً بالنسبة له خلافاً للوضع بالنسبة للمتهم .

حيث أنه يمكن لمزود الخدمة تحديد وقت دخوله تلك المواقع ووقت خروجه منها من خلال الاحتفاظ بسجل الدخول والخروج Log files ورقم التعريف الدولي (IP Address) وهو ما يعرف باسم Dynamic IP Address ، حيث تعرف الأولى بأنها العناوين المحددة لكل مستخدم ، ويتم استخدامها في كل مرة يتم فيها الدخول إلى الشبكة العالمية (الإنترنت) ، وكذلك معرفة الأجهزة التي تتصل معها من خلال التعريف الدولي ، مع ملاحظة أن مزودي الخدمة لا يطلعون عادة على السجلات ما لم يطلب منهم ذلك بشكل رسمي وبعد الحصول على إذن تفتيش من النيابة العامة ، ومراعاة عدم التعسف في البحث عن الدليل الرقمي المحدد للإدانة<sup>٢</sup>.

- (١) انظر : موسى مسعود ارحومة ، مرجع سابق ، ص ٨ وما بعدها .
- (٢) مدوح عبد الحميد عبد المطلب جزائم استخدام الكمبيوتر وشبكة المعلومات العالمية ، مكتبة دار الحقوق ، الشارقة ، الامارات العربية المتحدة ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٠ ، ص ١١٤ .



ويثور تساؤل في هذا المقام عن المسؤولية الجنائية لمزود الخدمة ذاته فهل تتحقق مسؤولية عن تقصيره في عدم التقييد بلوائح وقيود تقديم الخدمة وتقييدها ضمن اطار معين يمنع القيام بالبحث من خلالها أو بواسطتها ، او من جانب آخر ما يتم بثه وتداوله من عناصر هي تشكل في حقيقتها جريمة كارسال المواد الاباحية عن شبكة الانترنت ، حيث يرى البعض عدم قيام المسؤولية الجنائية في أي حال من الاحوال ، بينما يرى رأي اخرون قيام المسؤولية الجنائية ضد مزود الخدمة ..

وعليه فقد قامت بعض الدول الى وضع ما يسمى بالبروكسي (Proxy) عن طريق الشركة القائمة بتزويد خدمة الانترنت في تلك الدول وذلك حتى تتم عملية المراقبة على تلك المواقع .

وبالنظر للقوانين المقارنة نجد أن الولايات المتحدة الامريكية واجهت مثل هذه المشكلة ، الى حين اصدر المشرع الأمريكي في ٨ فبراير ١٩٩٦ قانون اداب الاتصالات بقصد مواجهة تفشي تداول المواد الاباحية في وسائل الاتصال العامة ومن بينها شبكة الانترنت ، وقد تضمن هذا القانون احكاما مختلفة بث مشاهدة المواد الاباحية .

(١) البروكسي يعمل كوسيط بين الشبكة ومستخدميها من أجل التحكم والسيطرة على شبكة الانترنت ، وتسهيل الوصول ، وقلّعة المواقع ، وتقوم فكرة البروكسي على تلقي مزود البروكسي طلبا من المستخدم للبحث عن صفحة ما ضمن ذاكرة Cache المحلية المتوفرة ، فيتحقق البروكسي فيما اذا كانت هذه الصفحة قد جرى تنزيلها من قبل ، فيقوم باعادة ارسالها الى المستخدم بدون الحاجة الى ارسال الطلب الى الشبكة العالمية . ان انه لم يتم تنزيلها من قبل فيتم ارسال الطلب الى الشبكة العالمية ، وفي هذه الأخيرة يعمل البروكسي كمزود زبون ويستخدم أحد عناوين IP . ومن اهم مزايا البروكسي ان ذاكرة Cache المتوفرة لديه يمكن ان تحتفظ بتلك العمليات التي تمت عليها مما يجعل دوره اقوى في الاثبات عن طريق فحص تلك العمليات المحفوظة بها ، والتي تخص المتهم والموجودة عند مزود الخدمة . انظر : د. حسين بن سعيد الغافري ، مرجع سابق ، ص ٥١٢ .

ولكن ورود هذه العبارات في القانون اثار حالة من الارتياح ونقاشا شديداً في اوساط من المحاكم الامريكية التي اعتبرت احداها أن عبارتي فاحشة (Indecent) وقاضحة (Monifestementchoquants) غير دستورية وذلك بعد أن استفاضت في اجراء تحليل مسهب لخصوصيات الاتصال بواسطة شبكة الانترنت<sup>١</sup>.

وفي فرنسا تم الاستعانة بتجربة (التيليماتيك) أو شبكة الميتيل والتي سبقت استخدام الانترنت في هذه الدول بسنوات عديدة ، واعتبرت ان شبكة الانترنت خدمة من بين الخدمات المقدمة وانها تخضع لقانون الاتصال عن بعد الصادر في ٣٠ سبتمبر ١٩٨٦ على اعتبار انها توفر خدمات سمعية وبصرية وفقاً للمعنى المبين في هذا القانون<sup>٢</sup>.

وقد نص هذا القانون على أنه يقع على عاتق مزود الخدمة الالتزام بحسن تنفيذ الخدمة المعلوماتية بحيث يتم تنفيذها بما يتفق مع اعراف المهنة ويلتزم ايضاً بالاعلام عن وسائل الدخول الى الخدمة مثل شفرة تحقيق هوية المستخدم ، والذي يقوم بمراقبة محتوى الرسائل التي تصل اليه<sup>٣</sup> ، وهذا ما قد يفيد في التحقيقات الجنائية وصولاً الى الدليل الالكتروني في الجريمة الالكترونية المرتكبة .

وخلاصة القول ان الدول قد شعرت بما قد يسفر عن الانترنت من جرائم تمس المجتمع والأفراد ، فقامت بدورها بسن تشريعات معينة بهدف مواجهة هذا الخطر القادم ، وتحميل مزود الخدمة أو مقدمها في بعض الأحيان المسؤولية الجنائية ، في حال اخلاله بالالتزامات المفروضة عليه ، والتي تعد بمثابة ثغرة جنائية تمكن للمجرم الالكتروني العبور من خلالها

- (١) طوني ميشال عيسى ، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت ، صادر لبنان ، ٢٠٠١ ، ص ١٧٠ .
- (٢) المرجع السابق ، ص ١٧٢ .
- (٣) جميل عبدالباقي الصغير ، الانترنت والقانون الجنائي ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢ ، ص ١٦٢ .

وارتكاب جريمته ، في حين أنه ربما لم يتمكن من ارتكاب جريمته في حال التزام مزود الخدمة بما يفترض عليه .

لذلك نرى ضرورة إضافة مادة في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات تلزم الشركات المزودة للخدمات الاتصالات بالاحتفاظ بسجلات الدخول والخروج (Log files) لمدة مناسبة إذا لم يكن مطبقاً وذلك لسهولة تتبع مجرمي الإنترنت كما هو الحال في بعض الجهات ، مثل شركة Google جوغل التي تحتفظ بسجلات تصفح المستخدمين لفترة تمتد بين ١٨ إلى ٢٤ شهراً ، وجدير بالذكر بأنه لا يحق لمزودي الخدمة الاطلاع على هذه المعلومات من تلقاء انفسهم ، ما لم يتم تزويدهم بطلب رسمي من الجهات المسؤولة عن تطبيق القانون ، لكي يمكن لمأموري الضبط القضائي من مراقبة تحركات مستخدمي شبكة المعلومات المشتبه بهم ، وما إذا كانت تحركاتهم تشكل جريمة أم لا .

### الفرع الثاني

#### الضوابط الشكلية لتفتيش نظم الحاسب الآلي

بجانب الضوابط والشروط الموضوعية التي تستوجب مراعاتها لصحة اجراء تفتيش نظم الحاسب الآلي ، فإن هنالك ضوابط وشروط شكلية نص عليها القانون تستلزم التقيد والأخذ بها وذلك صوناً للتحريات الفردية من التعسف أو الانحراف عند قيامها باجراء التفتيش ومن أهمها ما يأتي :

أولاً: تسبیب الأمر بالتفتيش :

والمقصود بالتسبیب هو وجود دلائل وقرائن تدل على وجود أدلة معينة من شأنها ان تكشف عن الغموض الذي يعتري الجريمة المرتكبة.

(١) انظر التقرير منشور عبر الموقع الإلكتروني الخاص بهيئة الإذاعة البريطانية.  
[http://news.bbc.co.uk/hi/arabic/sci\\_tech/newsid\\_6457000/6457527.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/arabic/sci_tech/newsid_6457000/6457527.stm)

2 -sheetz, Michael, computer crime investigation, jhonwileg & sons , incorporated , new jersey , usa, 2007, p: 102

ويعتبر من الضمانات القانونية المقررة في التشريعات الاجرائية للكثير من الدول<sup>١</sup>.

وهذا التسبب ضمان لتوافر العناصر الواقعية التي يجب ان يحتويها سبب التفتيش بالمعنى الدقيق وحتى يكون ذلك التسبب تحت رقابة هيئة الحكم وكذلك الدفاع حتى يمكن مراقبة ما اذا تم اصدار اذن التفتيش وفقاً للشروط القانونية من عدمه ، وحتى يمكن تقدير جدية صدوره وهو امر تقديري لسلطة التحقيق تحت رقابة محكمة الموضوع .

وعليه فان امر التفتيش في الجريمة الالكترونية يهدف للتوصل الى ما يفيد ارتكاب جريمة تشكل عدوانا وانتهاكا على الأنظمة التقنية ، وبالتالي فان التفتيش لا يكون شاملاً وإنما محددًا ومخصصاً في الاشياء التي يمكن ان يستمد منها الدليل الالكتروني لكي يكون مبرراً للقيام به .  
**ثانياً : الحضور الضروري لبعض الأشخاص عند القيام بعملية التفتيش :**

ويعتبر هذا الشرط من أهم الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون وذلك لضمان الاطمئنان الى سلامة الاجراء وفقاً للقواعد التي قررها القانون دون ان تشكل انتهاكاً لأحد .

وتفاديا لأي دفع بعدم حيازة الأشياء المضبوطة ، وضمانا لحرمة مسكن المشبوه فيه أو جب المشرع حضوره أو من ينوب عنه كضمانة لصحة التفتيش. أما إذا كان المشتبه به قد امتنع عن الحضور أو كان فارا ، يكون في هذه الحالة مأمور الضبط القضائي ملزماً بالقيام بالتفتيش وذلك بحضور شاهدين لا يكونان موظفين تحت سلطة ضابط الشرطة القضائية ، والمشرع الاماراتي لم يشترط هذا الاجراء الا بالنسبة لتفتيش المسكن حيث نص في المادة ٥٩ اجراءات بأنه "يجري التفتيش بحضور المتهم أو من ينييه كلما امكن ذلك ، والا تم بحضور شاهدين ويكون هذان الشاهدان بقدر الامكان من اقاربه الراشدين أو القاطنين معه بالمنزل أو من جيرانه ويثبت

(١) انظر المواد ٥١ - ٥٣ من قانون الاجراءات الجزائية الاتحادي .

ذلك بالمحضر ، ويقابله ذات المعنى في التشريع المصري . أما بالنسبة لتفتيش الأشخاص فان المشرع لم يشترط حضور شهود اثناء عملية التفتيش وفقا لما نصت عليه المادة ٥١ اجراءات جزائية.

اما اذا كان القائم بالتفتيش هو قاضي التحقيق أو عضو النيابة العامة فيصح اتخاذ هذا الاجراء دون حاجة لاستدعاء شهود (المادة ٢٩) اجراءات جزائية مصرية ولم يرد مثل هذا النص في قانون الإجراءات الجزائية الاماراتي ، ويستوي الأمر عند قيام مأمور الضبط القضائي بمباشرة التفتيش بناء على ذلك من سلطة التحقيق ، فلا يلتزم باستدعاء شهود لأن المدوب يحل محل النائب تماما .

### ثالثا : وقت التفتيش

تركت بعض التشريعات الاجرائية أمر تحديد وقت التفتيش متروكا للقائم بعملية التفتيش ، ومن ثم فانه يجوز له القيام بالتفتيش في الوقت الذي يراه مناسباً ليلا او نهارا ، حسب ملابسات الواقعة وظروفها وطبيعتها ، حيث نصت المادة ١٣٩ من التعليمات القضائية للنيابة العامة على " ..... ويجوز اجراء التفتيش في أي وقت ليلا او نهارا وان يجري بالكيفية التي تحقق الغرض منه وبالطريقة التي يراها " ، وبفسر الرأي قد اخذ قانون الإجراءات الجنائية المصري .

على خلاف ذلك فنجد أن هناك بعض التشريعات الاجرائية تحظر تفتيش المنازل وما في حكمها الا في اوقات محدد نص عليها القانون .

ويستخلص من مقتضيات المادة ٦٢ من قانون الإجراءات الجنائية المغربي على أنه لا يمكن الشروع في تفتيش المنازل أو معاينتها قبل الساعة السادسة صباحا وبعد الساعة التاسعة ليلا ، إلا إذا طلب رب المنزل أو وجهت استغاثة من داخله ، أو في الحالات الاستثنائية التي نص عليها القانون ، غير أن العمليات التي ابتدأت في ساعة قانونية يمكن مواصلتها

(١) هلالى عبدالله احمد ، تفتيش نظم الحاسب الآلي ، مرجع سابق ، ١٦٥ .

(٢) كما اوردنا اعلاه فان هناك حالات استثنائية يصح من خلالها القيام بعملية التفتيش ليلا او نهارا دون التقيد بالوقت الذي حدده المشرع ومنها =

دون توقف. وهكذا لا يمكن لمأمور الضبط القضائي أن يقوم بتفتيش المنزل في أي وقت شاء وإنما عليه أن يراعي الوقت القانوني المسموح به<sup>١</sup>، ومثل ذلك نجد في المادة ٥٩ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي فقد حدد وقت التفتيش من الساعة السادسة صباحاً الى الساعة التاسعة مساءً<sup>٢</sup>.

ولأهمية هذا الموضوع ولأن الناس غالباً ما يكونون في حالة استرخاء في الفترة الممتدة بين غروب الشمس وشروقها، لذا نرى وضع نص يمنع فيه اجراء التفتيش في هذه الفترة إلا في جرائم معينة وفي حالات الضرورة القصوى، وحسنا فعل المشرع الاماراتي اذ لم يحدد وقتاً معيناً للقيام بالتفتيش وإنما ترك أمر تقدير مدى جديته وضرورته الى تقدير النيابة العامة، ذلك أن الجريمة الالكترونية جريمة لا تقتيد بوقت معين لأن الجاني يمكنه القيام بجريمته وهو في منزله سواء في اقليم الدولة أو خارجها، وكما بينا سلفاً فان الدليل الالكتروني يصعب الحصول عليه أو قد يتعرض للحذف والتغيير، لذا تستلزم بعض الجرائم نظراً لخطورتها وصعوبة اثباتها لاحقاً الى ضبط الجاني مع جهاز الحاسب الآلي متلبساً بجريمته.

وعليه نستخلص مما سبق أنه يسري على الجرائم الالكترونية القواعد العامة لاجراء التفتيش فان كان التشريع يتضمن وقتاً معيناً يتم خلاله القيام بعملية التفتيش فان الجريمة الالكترونية تندرج تحت هذه القواعد العامة وضعها في ذلك وضع الجريمة التقليدية، وعلى العكس من ذلك

---

= - حالة رضا صاحب المنزل رضاه حراً صريحاً وعن علمه بالسبب.  
- حالة الضرورة وتشمل في حالة الاستغاثة من داخل المنزل وحالات الحريق والغرق وما شابه ذلك.

انظر: محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٥٨٠.

(١) انظر الرابط الالكتروني :  
<http://www.blog.saeed.com/2009/11/perquisition-domiciliaire-garanties-droits-crime-terrorisme/>

(٢) نبيلة هبة هروال، الجوانب الاجرائية لجرائم الانترنت في مرحلة جمع الاستدلالات، دراسة مقارنة، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٧، ص ٢٥٩.

فان كان المشرع لم يحدد وقتاً ولا زمناً معيناً للقيام بعملية التفتيش فانه يجوز اجراء التفتيش في أي وقت وفقاً لما تراه السلطات المختصة بذلك بناء على تقديرها لوقائع وظروف وملابسات الجريمة .

رابعاً : تحرير محضر بتفتيش نظم الحاسب الآلي :

باعتبار أن التفتيش عمل من أعمال التحقيق ، فينبغي تحرير محضر يثبت فيه ما تم من اجراءات ، وما أسفر عنه التفتيش من أدلة ، ولم يتطلب القانون شكلاً معيناً في محضر التفتيش ، وبالتالي فانه لا يشترط لصحته سوى ما تستوجه القواعد العامة في المحاضر عموماً ، والتي تقضي بأن يكون مكتوباً باللغة العربية اللغة الرسمية للدولة وأن يحمل تاريخ تحرير وتوقيع محرره وان يتضمن كافة الإجراءات التي اتخذت بشأن الوقائع التي بينها .

ولا يختلف الأمر بالنسبة لمحضر تفتيش النظم المعلوماتية ، فيما عدا أن يستلزم بالإضافة الى الشكليات السابقة ضرورة احاطة قاضي التحقيق أو عضو النيابة بتقنية المعلومات ، ومن جهة اخرى ان يكون هناك شخص متخصص في الحاسوب والانظمة التقنية للاستعانة به في المسائل الفنية الضرورية ، والمحافظة على الأدلة المتحصل عليها من التلف أو الازالة .

### الفرع الثالث

الإجراءات التي يجب اتباعها عند التفتيش في مجال نظم

### المعلومات الإلكترونية

أولاً- عدم العبث بالأجهزة التقنية ونقلها من مكان إلى آخر إلا من قبل مختصين :  
عندما يتم تفتيش الأجهزة التقنية ، فإنه يجب أن يتم ذلك من قبل مختصين أو محققين مدربين تتوافر لديهم الكفاءة العلمية والخبرة الفنية في مجال الحاسبات ، حتى لا يتم تغيير حالة الأجهزة والبرامج ، لأن ذلك قد

(١) كمال أحمد الكركي ، التحقيق في جرائم الحاسوب ، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية منظم المؤتمر : أكاديمية شرطة دبي - مركز البحوث والدراسات خلال الفترة : ٢٦ - ٢٨ / ٤ / ٢٠٠٣ م : دبي - الإمارات العربية المتحدة ، ص ٤٨٦ .

يفضي إلى ضياع الدليل الجنائي بسهولة إذا ما تم التعامل مع الآثار الموجودة في مسرح الجريمة من قبل غير المختصين.

ثانياً - عدم فتح جهاز الحاسب الآلي محل التفتيش في مسرح الجريمة :

يفضل أن يتم تصوير جهاز الحاسب الآلي والأجهزة التقنية الأخرى ذات العلاقة بالجريمة قبل أن يتم نقلها إلى المختبر في مسرح الجريمة، وأن يتم ذكر وقت وتاريخ ومكان التقاط كل صورة، وأن لا يتم تشغيلها ، وأن يكون التفتيش بشكل ظاهري في مسرح الجريمة لاحتمال إتلاف الدليل الجنائي الموجودة عليها، أو على الأقل قد يغير حالة الذاكرة أو الملفات، وإذا كان هناك حاجة إلى تشغيل جهاز الحاسب الآلي في مسرح الجريمة، فيجب أن يتم من قبل مختصين، وأن يتم تدوين جميع الخطوات التي تمت.

ثالثاً - أن لا يتم السماح للمشتبه به التعامل مع جهاز الحاسب الآلي موضوع الجريمة في مسرح الجريمة:

إن الأدلة الإلكترونية من السهل محوها أو إتلافها عند العمل على جهاز الحاسب الآلي، لذلك يجب عدم السماح للمشتبه به من التقرب أو لمس أو العمل على هذه الأجهزة تحت أي سبب، حتى وإن أبدى رغبته في الولوج إلى النظام المعلوماتي بإدخال كلمة السر، لأنه لربما قد يقوم متعمداً بمسح الأدلة المخزنة على جهاز الحاسب الآلي، لذا يفضل أن يقوم بإعطاء كلمة المرور للمأموري الضبط القضائي أو أن يقوم بالدخول إلى النظام أمام ناظرهم وتحت إشرافهم المباشر، وأن يتم منعه من الاقتراب من مصدر الطاقة في مسرح الحادث.

رابعاً - أن يتم إعداد نسخة احتياطية عن وسائط تخزين المعلومات الموجودة في مسرح الجريمة<sup>١</sup>

(١) د. هلاي عبد الإله أحمد، تفتيش نظم الحاسب الآلي، مرجع سابق، ص

(٢) تعليمات طرق تفتيش الأجهزة الإلكترونية في دورة (جرائم الكمبيوتر)، التي عقدت بمعهد العلوم الأمنية والإدارية بأكاديمية شرطة دبي بالتعاون مع مكتب التحقيقات الفيدرالي FBI، بتاريخ ٢٠٠٨/٠٥/٠٩م.



يجب أن يتم أخذ نسخة احتياطية عندما يتم تفتيش الأجهزة الإلكترونية إذا وجدت في حالة تشغيل قبل أن يتم إطفائها ونقلها إلى المختبر الجنائي للفحص، وذلك خشية أن يتم إتلاف الدليل الجنائي وقت إغلاقها أو وقت نقلها.

#### خامساً - توثيق جميع خطوات التحقيق

من المتعارف عليه أنه لا بد من تدوين جميع إجراءات التحقيق بشكل عام، وتوثيق جميع إجراءات التفتيش في مجال تفتيش أجهزة الكمبيوتر وأجهزة نظم المعلومات الإلكترونية بشكل خاص، من حيث تحديد الوقت والتاريخ وذكر الخطوات بالتفصيل.

سادساً - أن يتم التعامل مع الدليل الجنائي الرقمي بعناية فائقة:

يجب التعامل بعناية فائقة مع الأدلة الرقمية، لأنها حساسة، ويمكن أن تتلف بسهولة، ويجب أن يتم الاحتفاظ بها في أماكن لا تحتوي على أي مجال من المجالات الكهرومغناطيسية أو الكهربائية.

#### النتائج

- يجب أن يخضع التفتيش في الجرائم الإلكترونية لمجموعة من الضمانات التي توضح حدوده المكانية والزمانية والموضوعية والاجرائية، نظراً لخطورته ومساسه بالحريات الشخصية للأفراد وحياتهم الخاصة وحرمة منازلهم، ومن أهم هذه الضمانات، أن يتم مباشرة من قبل السلطة المختصة وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً، وأن يراعى وقت التفتيش بناءً على تقديرهم لخطورة الجريمة من عدمه.

- ينبغي أن يتضمن إذن التفتيش في الجرائم الإلكترونية أمراً خاصاً بتفتيش وضبط جهاز الحاسب الآلي وملحقاته وما يتبعها من أجهزة

(١) كمال أحمد الكركي، مرجع سابق، ص ٤٨٨.

(٢) د. هشام فريد رستم، الجوانب الاجرائية للجرائم المعلوماتية، مرجع سابق، ص ١٢٧.

مغلظة واقراص ضوئية وكل ما من شأنه ان يكون دليلا على ارتكاب الجريمة الالكترونية ، وان لا يتم الا للبحث عن الاشياء الخاصة بالجريمة التي يجري جمع الاستدلالات بشأنها.

- صعوبة الحصول على الدليل الالكتروني بسبب امتداد النطاق المكاني في عملية التفتيش الى أنظمة وحواسيب أخرى ذات صلة بالجريمة واتساع الرقعة الجغرافية مما يفضي الى صعوبة الوصول الى هذا الدليل ، الأمر الذي يقضي بتفعيل دور التعاون الدولي اطار اتفاقيات ثنائية او دولية تجيزه ، ومن ثم فانه لايجوز القيام به في ظل غياب هذه الاتفاقية ، او على الاقل الحصول على اذن الدولة الاخرى التي يجري التفتيش في اقليمها.

- عدم جدوى الإجراءات التقليدية في التفتيش عن الادلة الالكترونية اذ لا بد من اتباع بعض الإجراءات التقنية المتخصصة التي تتفق مع طبيعة وتقنية الدليل بحيث تساند وتدعم تلك الإجراءات في سبيل استخراج الدليل من البيئة الرقمية .

### التوصيات

- دعوة الدول العربية للانضمام للاتفاقيات الدولية التي تعنى بشؤون الجرائم الالكترونية ولاسيما اتفاقية بودابست لمكافحة جرائم المعلوماتية ، من خلال تبني واعتماد منهجية الإجراءات العملية الحديثة المتعلقة بالتفتيش في سبيل مواجهة ومكافحة الجرائم الالكترونية أو الحد منها أو من تفاقمها قدر الامكان.

- ضرورة استحداث قواعد خاصة بالإجراءات الجنائية في مرحلة التحقيق في الجرائم الالكترونية ، تتضمن كيفية اجراء التفتيش على المكونات المكونة المادية والمعنوية للحاسب الآلي وملحقاته وما يتعلق به من أنظمة تقنية وبيانات الكترونية والتحفظ على الأدلة

المتحصلة من الجريمة ، وعدم الاكتفاء باخضاع التفتيش التقني لقواعد التفتيش التقليدي.

ضرورة التخفيف من الشروط الشكلية في الحصول على اذن النيابة العامة أو القاضي المختص للتفتيش في الجرائم الالكترونية نظرا للطبيعة الخاصة التي يتمتع بها الدليل الالكتروني من حيث سرعة تغييره وزواله ، كسباً للوقت وضبطاً للدليل الالكتروني والتحفظ عليه.

ضرورة قيام الجهات المختصة بعقد دورات تدريبية محلية واقليمية ودولية لمأموري الضبط القضائي فيما يتعلق بالطرق الفنية الحديثة للتفتيش على الادلة الالكترونية في الكيان الرقمي ، وكذلك بالنسبة لاعضاء النيابة العامة والقضاة ، ليكونوا أكثر قدرة على فهم وقائع الجريمة المرتكبة حين الخوض في المسائل الفنية ، كاستجواب المتهمين وسماع تقرير الخبير التقني .

ضرورة إضافة مادة في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات تلزم الشركات المزودة لخدمات الاتصالات بالاحتفاظ بسجلات الدخول والخروج (Log files) لمدة مناسبة وذلك لسهولة تتبع مجرمي الإنترنت.

## المراجع

### المؤلفات العربية

اسامة أحمد المناعسة ، جلال صايل الهواوشة ، جلال الزعبي ، جرائم الحاسب الآلي والانترنت ، دراسة تحليلية مقارنة ، الاردن ، عمان ، ٢٠٠١

بكري يوسف بكري ، التفتيش عن المعلومات في وسائل التقنية الحديثة ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الاولى ٢٠١١.

- جميل عبدالباقي الصغير ، الانترنت والقانون الجنائي ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢.
- جميل عبدالباقي الصغير ، أدلة الاثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢.
- حسن طاهر محمود ، جرائم نظم المعلومات ، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ، الطبعة الأولى ، الرياض ، ٢٠٠٠
- حسين بن سعيد الغافري ، السياسة الجنائية في مواجهة جرائم الانترنت ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩
- خالد ممدوح ابراهيم ، فن التحقيق الجنائي في الجرائم الالكترونية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، الطبعة الاولى ، ٢٠١٠
- شيماء عبد الغني محمد عطا الله ، الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، ٢٠٠٧.
- طوني ميشال عيسى ، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت ، صادر لبنان ، ٢٠٠١
- عارف محمد عبدالرحيم ، دور ومهام أعضاء الضبط القضائي في مرحلتي التحري والتحقيق الابتدائي ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، ٢٠٠٧
- عبدالله حسين محمود ، سرقة المعلومات المخزنة في الحاسب الآلي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٢
- علي محمود علي حمودة ، أدلة اثبات الجرائم الالكترونية وتقديرها في اطار نظرية الاثبات الجنائي ، بحث منشور في مجلة الامن والقانون ، مجلة تصدر عن أكاديمية شرطة دبي

- عمر محمد ابوبكر بن يونس : الجرائم الناشئة عن استخدام الانترنت ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠٤ .
- عفيفي كامل عفيفي ، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة والقانون ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٣ .
- عمر محمد بن يونس ، مستشار موسوعة التشريعات العربية ( سجل جينيس للأرقام القياسية ١٩٩٩ ) ، الطبعة الأولى ٢٠٠٧ - ٢٠٠٨ ، بدون دار نشر .
- عمر محمد بن يونس ، الإجراءات الجنائية عبر الانترنت في القانون الأمريكي ، المرشد الفيدرالي لتفتيش وضبط الحواسيب وصولا الى الدليل الالكتروني في التحقيقات الجنائية ، بدون دار النشر ، ٢٠٠٦ .
- موسى مسعود ارحومة ، الاشكاليات الاجرائية التي تثيرها الجريمة المعلوماتية عبر الوطنية ، بحث مقدم الى المؤتمر المغاربي الاول حول المعلوماتية والقانون ، الذي تنظمه اكااديمية الدراسات العليا - طرابلس ، خلال الفترة ٢٨ - ٢٩ / ١٠ / ٢٠٠٩ .
- مصطفى محمد موسى ، المراقبة الالكترونية عبر شبكة الانترنت ، دراسة مقارنة بين المراقبة الأمنية التقليدية والالكترونية ، دار الكتب والوثائق القومية ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٣ .
- محمد امين الخرشنة ، مشروعية الصوت والصورة في الاثبات الجنائي ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١١ .
- منير محمد الجنيهي و ممدوح محمد الجنيهي ، جرائم الانترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ .

- محمد زكي ابو عامر ، الإجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٤.
- محمد عيد الغريب ، الاختصاص القضائي لمأمور الضبط القضائي في الاحوال العادية والاستثنائية ، بدون دار نشر ، ٢٠٠٣ .
- ممدوح عبد الحميد عبد المطلب جرائم استخدام الكمبيوتر وشبكة المعلومات العالمية ، مكتبة دار الحقوق ، الشارقة ، الامارات العربية المتحدة ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٠ .
- محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨ .
- نبيلة هبة هروال ، الجوانب الاجرائية لجرائم الانترنت في مرحلة جمع الاستدلالات ، دراسة مقارنة ، الاسكندرية ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠٠٧ .
- هشام محمد رستم : الجوانب الاجرائية للجرائم المعلوماتية ، دراسة مقارنة - مكتبة الآلات الحديثة - أسنوط - ١٩٩٤ .
- هلالى عبد اللاه أحمد ، تفتيش نظم الحاسب الآلي و ضمانات المتهم المعلوماتي ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ .
- هلالى عبداللاهاحمد ، اتفاقية بودابست لمكافحة جرائم المعلوماتية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، الطبعة الأولى .
- البحوث والندوات
- صالح أحمد البربري ، دور الشرطة في مكافحة جرائم الانترنت ، في إطار الاتفاقية الأوروبية الموقعة في بودابست في ٢٣-١١-٢٠٠١م ، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية الذي عقد في أكاديمية شرطة دبي بدولة الإمارات العربية المتحدة ، بتاريخ ٢٦ - ٢٨ ابريل ٢٠٠٣ .

- كمال أحمد الكركي ، التحقيق في جرائم الحاسوب ، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية منظم المؤتمر : أكاديمية شرطة دبي - مركز البحوث والدراسات خلال الفترة : ٢٦ - ٢٨ / ٤ / ٢٠٠٣ م : دبي - الإمارات العربية المتحدة.

- لين وينمبل ، الجريمة الإلكترونية : القضايا والتحديات في الولايات المتحدة ، من أوراق العمل المقدمة الى ورشة عمل الجريمة الإلكترونية ، وزارة العدل ، أبوظبي ، في الفترة من ٢ الى ٣ يونيو ٢٠١٠ .

- محمد ابو العلا عقيدة ، التحقيق وجمع الأدلة في مجال الجرائم الإلكترونية ، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية الذي عقد بأكاديمية شرطة دبي من ٢٦ - ٢٨ أبريل ٢٠٠٣ م ، الجزء الأول ، محور القانون الجنائي.

#### المواقع الإلكترونية

- [http://www.arab-elaw.com/show\\_similar.aspx?id=78](http://www.arab-elaw.com/show_similar.aspx?id=78)

- <http://www.blog.saeed.com/2009/11/perquisition-domiciliaire-garanties-droits-crime-terrorisme>

- [http://news.bbc.co.uk/hi/arabic/sci\\_tech/newsid\\_6457000/6457527.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/arabic/sci_tech/newsid_6457000/6457527.stm)

#### المراجع الاجنبية

- sheetz, Michael, computer crime investigation, jhonwileg & sons, incorporated, new jersey, usa, 2007
- Piragoff (Donald K) Computer crimes and other crimes against information technology in Canada :Rev. Intern.De.Dr.pen1993.P241.

---

---

**إنكار العدالة الجنائية الدولية  
في عمليات بناء السلام**

---

---

**دكتور / أحمد حسن فولي**  
**أستاذ القانون الدولي العام المساعد**  
**كلية المدينة الجامعية بعجمان -**  
**الإمارات العربية المتحدة**



---

## إنكار العدالة الجنائية الدولية

في عمليات بناء السلام

دكتور / أحمد حسن فولى

أستاذ القانون الدولي العام المساعد

كلية المدينة الجامعية بعجمان -

الإمارات العربية المتحدة

---

بسم الله الرحمن الرحيم

### مقدمة

تمثل نظرية بناء السلام نقلة نوعية حقيقية في آليات مواجهة المجتمع الدولي للآثار الناتجة عن الصراعات الداخلية التي تمر بها أي دولة، حيث تسعى عمليات بناء السلام إلى إقامة الأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية لسلام دائم في مجتمعات مزقتها الحروب لسنوات طويلة. ولا جدال في أن هذه الأسس تمثل دعائم قوية لبناء سلام حقيقي يمكن أن يستمر لفترة طويلة، ولكن أخطر الظواهر التي انتشرت في الدول الخارجة توأ من النزاع هي إصدار قوانين عفو وطنية عن مرتكبي الجرائم التي وقعت أثناء فترة النزاع، وهو ما يمثل إنكار لأهم مبادئ القانون وهو مبدأ العدالة.

وحقيقة الأمر أن العفو عن هؤلاء المجرمين يترك في نفوس الضحايا شعوراً بالغ الآسى بالظلم لإنكار حقهم في محاكمات عادلة، وهو ما يمكن أن ينشأ عنه بذور جديدة لنزاع مستقبلي للثأر واستعادة حقوق ضحاياهم التي أنكرها قانون العفو، وهو ما يمثل تهديداً حقيقياً

للسلام في المستقبل، ولذلك يجب أن تكون مكافحة ظاهرة العفو أحد أهم أهداف عمليات بناء السلام.

ومن خلال دراسة نظرية بناء السلام، يتضح أنها لم تهتم بمعالجة قضية إفلات مرتكبي الجرائم الواقعة أثناء فترة النزاع من العقاب، وهو ما يمثل ثغرة في هذه النظرية تحاول معالجتها من خلال هذا البحث.

كما يلقي البحث الضوء على أحد أهم قضايا القانون الدولي، وهي قضية إنكار العدالة، وهي من أقدم القضايا التي عالجها القانون الدولي حين قرر مسئولية الدولة التي تنكر العدالة أمام الدولة المتضررة والمجتمع الدولي ككل، وألزمها بتصحيح الأخطاء التي ارتكبتها واتخاذ ما يلزم ضماناً لتحقيق العدل بين الأجانب والمواطنين على إقليمها، ولكن نظراً لأن المفهوم التقليدي لإنكار العدالة نشأ قاصراً على حالات حرمان الدولة للأجانب المقيمين على أرضها من اللجوء إلى القضاء، فإن فكرة إنكار الدولة لحق مواطنيها في العدالة الجنائية لم تُناقش في مجال القانون الدولي باعتبارها إنكاراً للعدالة الجنائية الدولية.

وفكرة العدالة الجنائية الدولية يمكن استخلاصها من التزام كافة الدول بتحقيق العدالة الجنائية على إقليمها بموجب العديد من وثائق القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الجنائي التي صدقت عليها الدول على نطاق واسع، ولا مبالغة في القول أن هذا الالتزام بات أحد القواعد الدولية الآمرة التي لا يجوز لأي دولة مخالفتها.

### إشكاليات البحث

يتعرض هذا البحث لإشكاليتين، الأولى منهما عدم تناسب مفهوم إنكار العدالة الذي استقر عليه القانون الدولي قديماً مع التطورات الحديثة للقانون الدولي المعاصر، والثانية نقشي ظاهرة العفو عن

مجرمي النزاعات الداخلية بدعوى استقرار السلام خلال المرحلة التالية للنزاع، ويحاول البحث تدعيم نظرية بناء السلام بأدوات وضوابط قانونية تمكنها من مكافحة هذه الظاهرة.

### أهمية البحث

يتميز موضوع البحث بأهمية خاصة لتعرضه لدراسة واحدة من أخطر القضايا الدولية وأكثرها جدلاً وهي العلاقة بين العدالة والسلام، فكثيراً ما يتم إنكار العدالة الجنائية بدعوى بناء السلام، ويتوارى الأثر السلبي لتوازنات القوى السياسية الداخلية والدولية على تحقيق العدالة خلف دعاوى زائفة مثل الرغبة في تحقيق المصالحة الوطنية ومتطلبات العدالة الانتقالية وإثراء مفاوضات السلام، ويكشف هذا البحث الستار عن واحدة من أخطر القضايا الدولية المعاصرة وهي إنكار حق الضحايا في محاكمات جنائية عادلة وإفلات المجرمين من العقاب.

وتتزايد أهمية موضوع البحث في ظل تزايد النزاعات الداخلية التي يشهدها كثير من الدول حالياً، ففي ليبيا وسوريا والعراق واليمن وغيرها نجد نيران الحرب مشتعلة على الأرض، وفي الوقت ذاته تتحرك مفاوضات السلام على المستويين الوطني والدولي، وتطرح دعاوى العفو بل بالفعل صدرت بعض قوانين العفو في هذه البلدان خلال الفترة الماضية دون وجود إطار قانوني دولي حاكم لمشروعية هذه القوانين، لضمان عدم إفلات مرتكبي الجرائم الدولية التي وقعت خلال الصراع من العقاب.

### خطة البحث:

ينقسم البحث إلى ثلاثة مباحث رئيسية، الأول منها يوضح مفهوم إنكار العدالة الجنائية الدولية، والمبحث الثاني يتعرض لدراسة نظرية بناء السلام ومدى قدرتها على مواجهة عقبات تحقيق العدالة الجنائية

الدولية في الدول الخارجة من النزاعات، والمبحث الثالث يتعرض لسبل مكافحة حالات إنكار العدالة الجنائية الدولية في عمليات بناء السلام.

## المبحث الأول

### مفهوم إنكار العدالة الجنائية الدولية

يستوجب توضيح مفهوم إنكار العدالة الجنائية الدولية التعرض لموضوعين، الأول هو إنكار العدالة باعتبارها أحد الأفكار القديمة المتعارف عليها في القانون الدولي، أما الموضوع الثاني، فهو مفهوم العدالة الجنائية الدولية التي يمكننا استخلاصها من مبادئ العدالة الجنائية المستقرة في مختلف الأنظمة القانونية الوطنية المعاصرة، والتي تتوافق مع ما ورد في مختلف وثائق القانون الدولي الجنائي والقانون الدولي لحقوق الإنسان بشكل يخلق منها قواعد ثابتة للعدالة الجنائية متفق عليها دولياً، ومن خلال دمج هذه المفاهيم في سياق متناغم سوف يمكننا التوصل لمفهوم واضح لإنكار العدالة الجنائية الدولية.

وعلى هذا النحو سيقسم هذا المبحث إلى مطلبين، الأول يتعرض للمفهوم التقليدي لإنكار العدالة في القانون الدولي والثاني يتعرض لتعريف العدالة الجنائية الدولية، وفي نهاية المبحث أستخلص مفهوم إنكارها.

## المطلب الأول

### المفهوم التقليدي لإنكار العدالة في القانون الدولي

لا يُعد مفهوم إنكار العدالة Denial of Justice من المفاهيم الحديثة في القانون الدولي، حيث عرف هذا المفهوم منذ عدة قرون للتعبير عن حالة الشخص الأجنبي الذي يصاب بضرر حال وجوده في دولة غير دولته، وعدم وجود الآليات القضائية التي تمكنه من

الحصول على حقه في هذه الدولة، وقديماً كان وجود حالة إنكار العدالة يسمح للشخص المتضرر باللجوء إلى الأعمال الثأرية للانتقام لنفسه والحصول على حقه، واستندت فلسفة قبول هذه الأعمال إلى إلزامية تطبيق العدل، فلو لم تضع الدولة التي أصيب الشخص بالضرر على أرضها نظاماً قضائياً كفيلاً بضمان تحقق العدل فإن الشخص المتضرر يمكنه الحصول على حقه باستخدام القوة ضد من تسبب في ضرره سواء في نفسه أو فيماله<sup>(١)</sup>. ومع تطور القانون الدولي تطورت وسائل مواجهة إنكار الدولة للعدالة، وأصبح للدولة التي ينتمي إليها الفرد بجنسيته حق رفع دعوى المسؤولية الدولية في مواجهة الدولة المتهمه بإنكار العدالة.

ويعني إنكار العدالة رفض الدولة منح الأجنبي المقيم على إقليمها حماية لحقوقه من خلال رفع دعوى قضائية أمام محاكمها الوطنية، واتجه بعض الفقه إلى أن مفهوم إنكار العدالة لا يقتصر على حالة

1) استخدمت قديماً "خطابات الانتقام" وهي خطابات تمنح للأشخاص المضرورين من دول جنسيتهم لتعطيهم الحق في الحصول على التعويض المناسب لما أصابهم من أضرار من أي شخص من جنسية الشخص الذي أصابهم بالضرر إذا وجد في الدولة التي أصدرت الخطاب، كما تمنح هذه الخطابات حق الاستعانة بسلطات هذه الدولة في تحقيق ذات الهدف، ويشار في هذا الصدد إلى أن فكرة الثأر الشخصي ترجع جذورها الأولى إلى الواقع العملي في اليونان ثم انتشرت في القرون الوسطى، وبرز الفقهاء القدامى هذه الفكرة بالحاجة الملحة باعتبارها السبيل الوحيد عند إنكار العدالة لوصل الفرد إلى حقه، وقد ورد النص على حق الفرد في الثأر الشخصي في بعض المعاهدات الدولية خلال القرن الرابع عشر، ووضع لها شرطان، الأول أن يكون التصريح باستخدام الثأر صريحاً، بمعنى أن يقوم الأمير في مقاطعة المضروور من إنكار العدالة بتسليمه خطاب الانتقام، على أن يقوم بتنفيذه على نفقته الخاصة، والشرط الثاني أن لا يسلم للفرد خطاب الانتقام إلا بعد استنفاد طرق الطعن الداخلية. لمزيد من التفصيل انظر د. عادل أبو هشيمة، إنكار العدالة في القانون الدولي الخاص، دار الكتب القانونية، ٢٠١٦، ص ٩-١٢.

رفض حق الأجنبي في التقاضي أمام محاكم الدولة المقيم بها فقط، ولكن يتحقق أيضا إنكار العدالة في حالة فساد الجهاز القضائي في هذه الدولة وإصداره أحكاماً ظالمة ظلماً بيناً ضد الأجنبي<sup>(١)</sup>.

ويستند اتهام الدولة بإنكار العدالة على التزام كل دولة أمام المجتمع الدولي بضمان حسن سير العدالة على إقليمها والتزامها بإقامة نظام قضائي يكفل للأجنبي المقيم على إقليمها حداً أدنى من الضمانات القانونية التي تمكنه من الحصول على حقوقه<sup>(٢)</sup>.

ومن خلال التعمق في مضمون فكرة إنكار العدالة المتعارف عليها في القانون الدولي يمكننا ملاحظة أنها نشأت قاصرة على أعمال العدالة ما بين المواطنين والأجانب، حيث إن الهدف من مواجهة إنكار العدالة دولياً لم يكن إلا حماية الأجانب المقيمين في دولة غير دولة جنسيتهم، ويلاحظ على هذا المفهوم قصوره الشديد، لأن فكرة العدل في ذاتها لم تكن أبداً قاصرة على علاقات الأجانب بالمواطنين، ولكن مفهوم العدل يجب أن يشمل كل معاملات البشر بما في ذلك أعمال العدل بين مواطني الدولة أنفسهم<sup>(٣)</sup>، وعليه فإن إنكار العدل يمكن أن يتحقق عندما تتخذ الدولة أي تدابير قانونية أو سياسية من شأنها توقيف العمل بالقانون أو حرمان مواطنيها من اللجوء إلى محاكمها للحصول على حقوقهم.

- (1) انظر أ.د. محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام "الحماية الدولية - القاعدة الدولية - الحياة الدولية" منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ، ج ٢، ص ٣٦٥.
- (2) انظر أ.د. دحامد سلطان، أحكام القانون الدولي العام في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠، ص ٣١٤.
- (3) العدل لغة هو الإتصاف والتوسط في الحكم على أمور البشر بلا إفراط أو تفريط. راجع د. عبد الله على سعيد، أ.د. محمد الأمين البشري، العدالة الجنائية: مفهوماً ونظماً وتطبيقاتها في دولة الإمارات العربية المتحدة، مركز بحوث شرطة الشارقة، ٢٠١٣م، ص ٣١.

ولكن القانون الدولي في بداياته لم يستطع أن يناقش ذلك لتأثره بشدة بمبدأ السيادة المطلقة، وما يقتضيه من عدم إمكانية التدخل في أي شأن من الشؤون الداخلية للدولة، وكانت معاملة الدولة لمواطنيها من الموضوعات التي تقع في صميم الاختصاص الداخلي للدولة، ولذلك ما كان للقانون الدولي أن يتدخل إلا لحماية الأجانب، ولم تعرف خلال تلك الفترة قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان والالتزامات الدولية التي نشأت بين طبياته، وأيضاً لم يعرف القانون الدولي الجنائي وما تضمنته وثائقه من ضمانات لتحقيق العدالة الجنائية<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### تعريف العدالة الجنائية الدولية ومفهوم إنكارها

وردت العديد من التعريفات لمفهوم العدالة الجنائية منها: أنها استخدام المعارف القانونية في تطبيق قواعد البينة وفقاً لنظم الإجراءات الجنائية، بالشكل الذي يمنح كلاً من المجنى عليه والمتهم حقوقاً متساوية في مختلف مراحل النزاع<sup>(٢)</sup>، وتعرف أيضاً بأنها معالجة المجتمع للجرائم من خلال رصد عدد من الإجراءات التي تطبقها أجهزة متخصصة تقوم بتطبيق القانون وتنفيذ العقاب على الجناة<sup>(٣)</sup>.

ويتطلب تحقيق العدالة الجنائية مشاركة كافة أجهزة الدولية التشريعية والقضائية والتنفيذية في منظومة عمل واحدة تستهدف الوصول للحقيقة وتضمن حق الضحية والمجتمع في القصاص من

(1) جدير بالذكر أن المسؤولية الدولية التي أقرها القانون الدولي التقليدي على الدولة التي تنكر العدالة هي مسؤولية مدنية لا ينتج عنها إلا تعويض المضرور نتيجة لما أصابه من ضرر.

- 2) Alfred Cohn & Rudolf E. Grey, Criminal Justice System and Process, London, Emst Bern, 1985. p.215
- 3) Joseph J. Senna & Larry Siegl, Introduction to criminal justice, New York, West Publishing co, 1984, p 84

الجاني وتضمن حق المتهم في إثبات براءته مما نسب إليه (1). ولا شك أن العدالة الجنائية تمثل أحد الركائز الأساسية التي تقوم عليها دولة القانون في كل زمان ومكان (2).

وحقيقة الأمر أن مفهوم العدالة الجنائية نشأ مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بالقانون الجنائي الوطني، حيث وضعت كل دولة ضمانات تحقيق العدالة الجنائية بداخلها إلى أن تزايدت المطالب بتدويل ضمانات هذه العدالة والاعتراف بنظم عالمية موحدة لحمايتها، وهو ما تحقق مع ظهور القانون الدولي لحقوق الإنسان، وبالفعل ورد النص على الحقوق الأساسية التي تضمن تحقيق العدالة الجنائية في مختلف المواثيق الدولية منها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، بالإضافة إلى تعرض مختلف الوثائق الإقليمية لحقوق الإنسان لهذه الحقوق، ومنها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان.

ونظراً للتصديق الدولي واسع النطاق على هذه الوثائق، فإن ضمانات تحقيق العدالة الجنائية باتت تمثل أحد قواعد القانون الدولي الثابتة، والتي اتخذت الطبيعة الأمرة باعتبارها أحد الالتزامات الدولية الأكثر ثباتاً ووضوحاً واتفاقاً بين أعضاء الجماعة الدولية.

ومع نشأة القضاء الجنائي الدولي ورد النص على ضمانات تحقيق العدالة الجنائية في الوثائق الدولية المنشأة للمحاكم الجنائية الدولية،

1) Clemens F. Bartollas, Crime and justice. Oxford university press, 1992, p.213

2) للمزيد من التعريفات والمفاهيم المرتبطة بفكرة العدالة الجنائية راجع د. عبد الله على سعيد، أ.د. محمد الأمين الشنقيط، العدالة الجنائية: مفهومها ونظمها وتطبيقاتها في دولة الإمارات العربية المتحدة، ص 30 وما بعدها.



ومنها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة لرواندا،  
والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة ليوغسلافيا السابقة وأخيراً تضمن  
النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية كافة هذه الحقوق.  
وعلى هذا النحو سأعرض فيما يلي لتعريف العدالة الجنائية  
الدولية ثم أستخلص مفهوم إنكارها.

### أولاً: تعريف العدالة الجنائية الدولية وتحديد مضمونها

من خلال القبول الدولي واسع النطاق للحقوق المرتبطة بتحقيق  
العدالة الجنائية يمكننا القول أننا أصبحنا أمام مفهوم جديد وهو العدالة  
الجنائية الدولية، وهي التزامات تعهدت الدول بالوفاء بها أمام المجتمع  
الدولي ويتطلب تحقيق هذه العدالة التزاماً حقيقياً من جانب كافة  
السلطات التشريعية والقضائية والتنفيذية لكل دولة بحماية هذه الحقوق.

ويمكننا تعريف العدالة الجنائية الدولية بأنها: مجموعة القواعد  
القانونية المتفق عليها بين الدول باعتبارها السبيل الأمثل لمكافحة  
الجريمة وضمان حق الضحايا والمجتمع في القصاص من مرتكبيها  
وعدم إفلاتهم من العقاب وضمان حق المتهم بارتكابها في إثبات  
براءته دون إفراط أو تفريط في أي من هذه الحقوق.

ولو حاولنا تفصيل الالتزامات التي تتحملها كل دولة بهدف ضمان  
تحقيق العدالة الجنائية على إقليمها لوجدنا عشرات الحقوق، ولكن من  
خلال رؤية شاملة لمفهوم العدالة الجنائية وما يتطلبه تحقيقها، يمكننا  
تحديد ثلاثة التزامات أساسية تقع على عاتق كل دولة، الأول أن تكفل  
الدولة لكل شخص على أراضيها حق اللجوء لمحكمة مستقلة ونزيهة،  
والالتزام الثاني أن تكفل الدولة عدالة الإجراءات التي تتم خلالها  
المحاكمة، وأخيراً التزام الدولة بتنفيذ الأحكام الصادرة من الهيئات  
القضائية.

## ١. التزام الدول بحماية الحق في اللجوء لمحكمة مستقلة ونزيهة:

تلتزم الدولة أمام المجتمع الدولي بأن تكفل لضحايا الجرائم الجنائية الحق في اللجوء إلى محكمة جنائية مستقلة عن أي سلطة أخرى داخل الدولة، وقد ورد النص على هذا الالتزام الدولي في العديد من الوثائق الدولية منها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان<sup>(١)</sup>، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية<sup>(٢)</sup>، كما نصت كافة الوثائق الإقليمية المعنية بحماية حقوق الإنسان على حق ضحايا الجرائم في المتول أمام قضاء جنائي مستقل<sup>(٣)</sup>. كما أكد إعلان المبادئ الأساسية لحقوق ضحايا الجريمة الصادر في عام ١٩٨٥م في الجزء الأول منه على حق الضحايا في الوصول إلى آليات العدالة والمعاملة المنصفة وأهمية إنشاء وتعزيز تلك الآليات.

(1) نصت المادة الثامنة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن لكل شخص الحق في اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة لإنصافه الفعلي من أية أعمال تنتهك الحقوق الأساسية التي يمنحها إياه الدستور أو القانون ويجب أن تتسم هذه المحاكم بالاستقلالية اللازمة لتوصلها لحكمها بموجب القانون بعيداً عن التأثيرات السياسية.

(2) بموجب نصوص العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية تتعهد كل دولة بأن تكفل توفير سبيل فعال لإنصاف أي شخص تنتهك حقوقه أو حرياته المعترف بها في العهد حتى لو صدر الانتهاك من أشخاص يتصرفون بصفتهم الرسمية، كما تتعهد الدول بأن تتخذ سلطاتها المختصة كافة سبل الانتصاف الفعال للضحايا.

(3) انظر المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والمادة الثامنة من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، والمادة السادسة والعشرون من الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، والمادة الأربعين من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

## ٢. التزام الدول بعدالة إجراءات المحاكمات الجنائية<sup>(١)</sup>:

تلتزم الدول بموجب القانون الدولي باتخاذ كافة الإجراءات التي تضمن عدالة المحاكمات الجنائية التي تتخذ على أراضيها، وحتى تتحقق تلك العدالة تراعى محاكم الدولة أعمال مبدأ المساواة وعدم التمييز بين مواطنيها أمام القانون، ويعنى مبدأ المساواة أمام القانون أنه يجب على المحكمة أن تنظر قضية الشخص المائل أمامها دون أي تمييز على أساس جنسه أو دينه أو عرقه أو توجهه السياسي<sup>(٢)</sup>.

ولا تستهدف عدالة إجراءات المحاكمات الجنائية حماية حقوق الضحايا فقط، بل إن جزءاً كبيراً منها يستهدف التزام الدولة باتخاذ كافة الإجراءات الكفيلة بضمان حماية المتهمين لتحقيق العدل ما بين المتهم والضحية، ومن أهم هذه الحقوق احترام الحياة الخاصة للمتهم أثناء المحاكمة<sup>(٣)</sup>، وتعريف المتهم بالتهمة الموجهة

(1) انظر المادة الرابعة عشر من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والمادة السابعة من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، والمادة الثامنة من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، والمادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

(2) انظر المواد الأولى والثانية والسابعة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمواد الثانية والرابعة والسادسة والعشرين من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والمادة الثانية من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والمواد الثانية والثالثة والثامنة عشر والثامنة والعشرين من الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، والمواد الأولى، الرابعة والعشرين، السابعة والعشرين من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، وكذلك المادة الرابعة عشر من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، هذا بالإضافة إلى المادة الثانية من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا والمادة الحادية والعشرين من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة.

(3) انظر المادة السابعة عشر من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والمادة الحادية عشر من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، =

إليه<sup>(١)</sup>، وقيام المحكمة بتعيين محام للمتهم في حالة عدم قدرته على تعيين محام<sup>(٢)</sup>، بالإضافة إلى افتراض براءة المتهم حتى تثبت إدانته<sup>(٣)</sup>، ويعتمد إعمال هذا الحق على دور الأجهزة الأمنية التي تتولى مهمة التحفظ على المتهم لحين الفصل في القضية.

كما تلتزم محاكم الدول بموجب القانون الدولي بأن تجرى المحاكمات بصورة علنية حيث تكون المحاكمات السرية أكثر انحرافاً عن جادة العدالة، لكونها بمنأى عن الرقابة الشعبية، فالعلنية تفترض عقد الجلسات في مكان يُمكن عموم الأفراد من حضورها، كما تستوجب العلنية أيضاً نشر ما يدور في وقائع الجلسات من خلال

- 
- =المادة الثامنة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والمادة السابعة عشر من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.
- (1) انظر المادة الرابعة عشر من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والمادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والمادة الثامنة من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان.
- (2) انظر المادة الرابعة عشر من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والمادة السابعة من الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان، والمادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والمادة الثامنة من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان. والقاعدة الثالثة والتسعين من قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء لعام ١٩٥٥م، والمبدأ الثامن عشر من المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن.
- (3) انظر المادة الحادية عشر من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة الرابعة عشر من العهد الدولي لحقوق الإنسان، والمادة السابعة عشر من الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، والمادة الثامنة من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، والمادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، كما ورد الحق في افتراض البراءة في المادة عشرين من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا، والمادة الحادية والعشرين من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة، والمادة السادسة والسبعين من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

وسائل الإعلام ويتحقق مع تلك العلنية ما يعرف بالرقابة الشعبية التي تثبت روح الاطمئنان لدى الكافة بعدالة المحاكمة وقانونيتها واستثناء من ذلك أجاز القانون الدولي لحقوق الإنسان أن تعقد جلسات المحكمة بشكل سري ويمنع حضور وسائل الإعلام لأغراض حماية الآداب العامة والنظام العام والأمن القومي المتعارف عليها في أي مجتمع ديمقراطي أو لمقتضيات الحرمة الخاصة لأطراف الدعوى<sup>(١)</sup>، كما تلتزم الدول بموجب القانون الدولي أن تجرى المحاكمات الجنائية في غضون مدة معقولة ودون تأخير لا مبرر له<sup>(٢)</sup>.

### ٣. التزام الدولة بتنفيذ الأحكام:

لا تكتمل العدالة دون أن يتم تنفيذ الحكم الذي تتوصل إليه المحكمة فعلياً وقد أوضحت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن الامتناع عن تنفيذ الحكم مدة خمس سنوات يعد خرقاً للحق في المحاكمة المنصفة وهو ما يمثل إنكاراً للعدالة، فما قيمة الحكم الصادر عن السلطة القضائية ما لم تقم السلطات التنفيذية بتنفيذه بشكل كامل<sup>(٣)</sup>. ويرتبط هذا الالتزام بشكل وثيق بدور السلطات التنفيذية في الدولة وتنفيذها للأحكام الصادرة من المحاكم بمجرد صدوره.

(١) د. محمد يوسف علوان، د. محمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، الحقوق المحمية، الجزء الثاني، دار الثقافة الأردن، ٢٠٠٩ م، ص ٢٣٧

(٢) انظر المادة الرابعة عشر من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والمادة السابعة من الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان، والمادة الثامنة من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، والمادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والمادة العشرين من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا، والمادة الحادية والعشرين من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا.

(٣) د. محمد يوسف علوان، د. محمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، الحقوق المحمية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ٢٤٠

## ثانياً: استخلاص تعريف إنكار العدالة الجنائية الدولية

علماً بأن مفهوم إنكار العدالة المتعارف عليه في القانون الدولي نشأ مقتصرأ على إنكار الدولة لحق الأجنب المقيمين على أراضيها في اللجوء إلى قضائها الوطني وهو ما يمثل قصوراً شديداً في تحديد القانون الدولي التقليدي لهذا المفهوم.

وتفهماً لكون ذلك نتج بسبب عدم إمكانية تدخل القانون الدولي في الشؤون الداخلية للدولة وكان موضوع معاملة الدولة لرعاياها من أكثر هذه الموضوعات خصوصية بالنسبة لأي دولة وأن تلك النظرة قد تغيرت في ظل معطيات القانون الدولي المعاصرة.

وإدراكاً لكون العدالة الجنائية لم تعد مفهوماً وطنياً تستقل كل دولة بوضع الضمانات التي تكفل تحقيقها كما ترى، ولكن أصبح هناك قاسم مشترك من الحقوق التي تنفق أغلب الدول على ضرورة حمايتها ضماناً لتحقيق العدالة.

وتسليماً بأن هذا القاسم المشترك الذي قبلته الدول وصدقت على الوثائق الدولية التي تتضمنه على نطاق واسع أصبح يمثل مفهوم العدالة الجنائية الدولية.

ويقيناً بأن العدالة الجنائية لم تقرر لحماية المجنى عليه فقط بل إن أعمال العدل الجنائي يتطلب توفير الحماية المناسبة لكل متهم بارتكاب جريمة جنائية من بطش سلطات الدولة وتمكينه من إثبات براءته.

يمكننا تعريف إنكار العدالة الجنائية الدولية بأنه: اتخاذ سلطات الدولة أية تدابير سياسية أو قانونية من شأنها الحيلولة دون إجراء المحاكمات الجنائية العادلة بهدف مساعدة مرتكبي الجرائم الجنائية على الإفلات من العقاب، أو اتخاذ سلطات الدولة أية إجراءات استثنائية بغاية توقيع عقوبات على بعض الأشخاص دون الالتزام بإجراءات المحاكمة العادلة التي تضمنتها قواعد القانون الدولي.

ومن خلال هذا التعريف أصبح جلياً أن إنكار العدالة الجنائية يمكن أن يتخذ صورتين:

الصورة الأولى هي اتخاذ سلطات الدولة لأية تدابير سياسية أو قانونية من شأنه الحيلولة دون محاكمة مرتكبي الجرائم الجنائية أو من شأنها الحيلولة دون تنفيذ العقوبات التي تصدر ضدهم.

الصورة الثانية هي اتخاذ سلطات الدولة أي إجراءات استثنائية غير قانونية بهدف توقيع عقوبات على بعض الأشخاص دون إجراء محاكمات عادلة وفقاً لمعايير العدالة الجنائية المتفق عليها دولياً.

ويجب الإشارة إلى أن بحثنا يناقش حالات إنكار العدالة الجنائية الدولية التي تحدث عند إصدار تدابير عفو وطنية فقط نظراً لأن نظرية بناء السلام ترتبط بشكل وثيق بالدول الهشة الخارجة من الصراع، التي تعاني عدم القدرة على فرض وتطبيق القانون، وهو ما يجعلها تلجأ غالباً لتدابير العفو وتتجاهل القانون إرضاء لمرتكبي الجرائم كما سيرد لاحقاً، ولن يتعرض هذا البحث للحالة الثانية التي تتخذ فيها الدولة إجراءات استثنائية هادفة لتوقيع عقوبات على بعض الأشخاص دون إجراء المحاكمات العادلة، حيث إنها تمثل مجال بحثي آخر يختلف في معيياته ونتائجه عن موضوع بحثنا.

### البحث الثاني

#### مدى قدرة عمليات بناء السلام على مواجهة تحديات

#### العدالة الجنائية الدولية

شهد أسلوب التفكير في كيفية مواجهة النزاعات المسلحة الداخلية وسبل إحلال السلام بعد الصراع تطوراً هائلاً خلال الفترة الماضية، حيث اتفق الخبراء المتخصصون في دراسات الحرب والسلام على أن نهاية الحرب لا تعنى بالضرورة أن السلام قد استقر بشكل نهائي، ولكن استقرار السلام يتطلب وضع حد لتكرار النزاعات مرة أخرى،

وهو ما يستوجب تأسيس سلام دائم على دعائم قوية وراسخة في أعماق المتنازعين بعد إزالة كافة الأسباب المؤدية إلى النزاع السابق، وبناء على هذا التغيير نشأت نظرية بناء السلام<sup>(1)</sup>.

ولا شك أن نظرية بناء السلام لها ما لها من قبول على مستوى التفكير النظري. ولكن في ظل تنامي ظاهرة إصدار الدول لقوانين العفو عقب انتهاء الصراعات الداخلية وفي ضوء فهم العدل باعتباره أهم أسس إقامة سلام دائم، تثار التساؤلات التالية:

هل تتضمن نظرية بناء السلام رؤية واضحة وأدوات فاعلة لمكافحة ظاهرة إصدار الدول الخارجية من النزاعات الداخلية لقوانين عفو عن مرتكبي الجرائم التي وقعت أثناء النزاع؟

وهل تركز الأفكار النظرية لبناء السلام على فهم حقيقي للإشكاليات التي تعانيها الدول الخارجية من النزاعات الداخلية وتقدم لها حلولاً واقعية؟

ومن خلال هذا المبحث سأحاول الإجابة عن هذه التساؤلات من خلال مطلبين يتعرض الأول لدراسة نظرية بناء السلام من مختلف جوانبها، وفي المطلب الثاني أتعرض لدراسة تحديات تحقيق العدالة الجنائية الدولية في الدول الخارجية من النزاع.

### المطلب الأول

#### نظرية بناء السلام

سأتعرض لنظرية بناء السلام من خلال عدة عناصر رئيسية، أولها يوضح مفهوم بناء السلام، وثانيها يناقش فلسفة هذا المفهوم، وثالثها يميز بين مفهوم بناء السلام وبين المفاهيم الأخرى المرتبطة

(1) انظر د. جمال منصر، بناء السلم في مرحلة ما بعد النزاعات: المضمين والنطاقات، بحث منشور بمجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الثالث



بالسلام، ورابع هذه العناصر يحدد الجهات الفاعلة في عمليات بناء السلام، والعنصر الخامس يناقش الأدوات التي تستخدمها تلك الجهات أثناء بنائها للسلام.

### أولاً: مفهوم بناء السلام:

أول مستخدم لمفهوم بناء السلام هو يوهان غالتونغ Johan Galtung (أحد أشهر علماء النرويج المؤسسين لدراسات السلام) في مقال له عام ١٩٧٥م<sup>(١)</sup> ولكن استخدام هذا المفهوم تزايد بصورة واضحة بعد أن استعمله الأمين العام الأسبق للأمم المتحدة الدكتور بطرس غالي في تقريره المعنون بخطة السلام، والذي أصدره في عام ١٩٩٢م، وعرف بناء السلام بأنه "العمل على تجديد ودعم الهياكل التي من شأنها تعزيز السلم لتجنب العودة إلى حالة النزاع"<sup>(٢)</sup>. وفي تقرير آخر معنون بأسباب النزاع والعمل على تحقيق السلم الدائم والتنمية المستدامة في أفريقيا، أشار الدكتور بطرس غالي إلى أن بناء السلام بعد انتهاء النزاع هو "الإجراءات المتخذة في نهاية النزاع لتعزيز السلم ومنع العودة إلى المجابهة المسلحة"<sup>(٣)</sup>.

وعلى المستوى الفقهي يعرف بناء السلام بأنه مجموعة من الإجراءات والترتيبات التي تنفذ في مرحلة ما بعد انتهاء النزاعات

---

(1) Johan Galtung هو أحد علماء النرويج ولد في ١٩٣٠ ويعد من أحد أهم المؤسسين لدراسات السلام، وقد أسس معهد دراسات السلام في أوسلو عام ١٩٥٩م، وهذا المعهد يعد أحد أنشط المراكز البحثية في مجالات دراسات السلام، وفي ١٩٦٤م أصدر "غالتونغ" مجلة دراسات السلام، ويعود لهذا العالم الفضل في تطوير سبل إحلال السلام ومعالجة قضايا العنف في النزاعات الداخلية وعلى مستوى النزاعات الدولية أيضا. انظر د. جمال منصر، بناء السلم في مرحلة ما بعد النزاعات: المضامين والنطاقات، مرجع سابق، ص ٣٨٠

(2) انظر وثائق الامم المتحدة، الوثيقة A/47/277

(3) انظر وثائق الأمم المتحدة، الوثيقة A/52/871

بهدف ضمان عدم النكوص أو الانزلاق إلى النزاعات مجدداً، وذلك بإحداث تغيير في بعض عناصر البيئة التي شهدت النزاع لخلق بيئة جديدة من شأنها تقليل المتناقضات التي دفعت إلى النزاع وتعزيز عوامل الثقة بين أطرافه وتعزيز القدرات الوطنية على مستوى الدولة من أجل إدارة نتائج النزاع لوضع أسس للتنمية المستدامة<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: فلسفة بناء السلام:

أثبتت التجارب التاريخية أن نهاية الحرب لا تعنى بالضرورة أن السلام قد استقر، فالسلام الذي يظهر على سطح المشهد بعد نهاية كل حرب قد يحتوى بداخلة حرباً كامنة في النفوس، ثم تعود لتشتعل نيرانها من أصغر الشرر، ويرجع ذلك لتعدد الأسباب التي يمكن أن تنهي فترة النزاع، فقد يتوقف العنف نتيجة انتصار عسكري لأحد الأطراف المتنازعة، أو يتوقف لإنهاك قوى الطرفين وعدم قدرتهم على مواصلة الحرب، أو يتوقف بسبب عدم امتلاك الأدوات اللازمة للاستمرار في النزاع، وكل هذه الأسباب تأتي بسلام هش ينتهي بمجرد زوالها ثم تعود الحرب مرة أخرى وعادة تأتي النزاعات التالية بشكل أكثر عنفاً من سابقتها.

بناء على ما سبق يرى الخبراء المتخصصون في دراسات أسباب النزاعات، أن الحرب ذات طبيعة دائرية حيث تعود لتكرر دورتها كلما أتاحت الفرصة، وفي هذا الشأن يشير تقرير الأمم المتحدة عن التنمية في أفريقيا الصادر في عام ٢٠١١م إلى أن ٩٠% من الحروب الأهلية التي شهدتها العقد الماضي وقعت في بلدان سبق أن شهدت حرباً أهلية خلال العقود الثلاث الماضية<sup>(٢)</sup>، كما تشير تقارير الأمم

(١) د. جمال منصر، بناء السلم في مرحلة ما بعد النزاعات: المضامين والتطبيقات، مرجع سابق، ص ٣٨٢.

(٢) انظر وثيقة الأمم المتحدة رقم (A/67/765) الصفحة رقم ١١.

المتحدة إلى أن نصف عدد البلدان التي خرجت من النزاعات المسلحة تعود للصراع خلال السنوات الخمس التالية على انتهاء الصراع السابق<sup>(1)</sup>، ولا فكاك من هذه الدائرة إلا بكسرها وهو ما يتطلب إعادة التفكير في الحرب كحدث وفي السلام كمتطلب دائم وهو ما يستوجب انتهاج إستراتيجية تفكير جديدة في موضوعي السلم والحرب<sup>(2)</sup>.

والنقطة الأولى في هذا التفكير هي النظرة للحرب، وهو الأمر الذي يعتقد أنصار نظرية بناء السلام وجوب تغييره، فالحرب في الماضي كان ينظر إليها كمرض يستوجب العلاج، أما الآن فينظر إليها كعرض لأمراض دفينّة بين الممتازين ولن ينتهي العرض دون المعالجة الجذرية لأسباب المرض.

ويُثبت تحليل النزاعات الداخلية الماضية أن الأمراض التي تؤدي إلى اشتعال النزاع تتمثل في الخلاف السياسي والظلم الاجتماعي والاقتصادي وغياب الوعي وغير ذلك من القضايا التي تسهم في تصاعد التوتر المجتمعي حتى يصل إلى اشتعال النزاع، وعليه فإن أنصار نظرية بناء السلام يؤكدون على أن معالجة تلك المشكلات سوف تمنع النزاعات مستقبلاً، ويحاولون تحقيق ذلك من خلال خطط تستهدف تفكيك السياسات المؤدية إلى تفاقم النزاع واستمرار العنف واستبدالها بآليات وعمليات تؤدي إلى اجتثاث الأسباب الجذرية للنزاعات والحيلولة دون عودة دورة العنف مجدداً بعد إخمادها<sup>(3)</sup>.

1) <http://www.un.org/ar/peacebuilding/faqs.shtml>

2) مارتن غريف يتشوتيرى أوكالاهان، المفاهيم الأساسية في العلاقات الدولية، ترجمة ونشر مركز الخليج للأبحاث، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٨، ص ١٠٥

3) جمال منصر، بناء السلم في مرحلة ما بعد النزاعات: المضامين والنطاقات، مرجع سابق، ٢٠١٥، ص ٣٨١

وبشكل عام تستهدف عمليات بناء السلام إعادة إبرام العقد الاجتماعي بين المواطنين بعد فترات النزاع بغض النظر عن انتمائهم العرقي أو المحلي أو نوع جنسهم أو ديانتهم أو غير ذلك من جوانب التمييز، ويؤكد مؤيدي نظرية بناء السلام على أن هذا العقد الجديد سيؤدي إلى ترسيخ شعور أطراف النزاع السابق بالانتماء إلى الدولة الواحدة من جديد ويدعم شعورهم بوجود رابط مشترك من الحقوق والمسؤوليات وسيؤكد المواطنون أنهم لن يُحرموا من الفوائد التي ستتحقق نتيجة قيام دولة أقوى، وأن انخراط دولتهم في الحروب سيعود عليهم بالخسائر مجتمعيين، وسينشئ هذا العقد داخل الأطراف رغبة حقيقية في سلام دائم، وقد استجابت منظمة الأمم المتحدة لهذه الفكرة ويشار في هذا الشأن إلى وجود أربعة عشر بعثة سياسية ميدانية مرسلة من جانب منظمة الأمم المتحدة لمساعدة المجتمعات الهشة في مرحلة ما بعد النزاع على تحقيق الإصلاحات اللازمة لإبرام عقد اجتماعي جديد<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ أن نظرية بناء السلام لا تنظر إلى طرفي الحرب كمجرم وضحية ولكنها تنظر إلى كلا الطرفين كضحايا لنظم سياسية واقتصادية واجتماعية ظالمة أودت بهم لحالة النزاع، وأن المعالجة القوية لذلك تستوجب معالجة هذه النظم، وذلك بدوره سيقضي على حالة النزاع<sup>(٢)</sup>، ولا يعنى ذلك أن مؤيدي نظرية بناء السلام يطالبون

- (1) انظر في ذلك تقرير الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادر في ٢٠١٣م بشأن جلسة الاستماع البرلمانية المنعقدة بالأمم المتحدة في يومي ٦٠٧ ديسمبر ٢٠١٢م بعنوان "لرب غير مطروق: نهج برلمانية لمنع نشوب النزاعات والمصالحة وبناء السلام" ص ١١ الوثيقة رقم A/67/765
- (2) تتفق فلسفة بناء السلام وفكرته الأساسية مع الكثير من النظريات الحديثة التي اتجهت إلى أن المجرم هو ضحية المجتمع، وأن السياسات العقابية التقليدية لم تنجح في مواجهة الجرائم، ومن أهم هذه النظريات نظرية الدفع الاجتماعي، وبداية فكرتها كانت في ظهور حركة الدفع الاجتماعي =

بالعفو عن مرتكبي الجرائم التي ارتكبت أثناء النزاع، وإنما فلسفة النظرية بوجه عام تعتمد ضمناً على فكرة العدالة التصالحية، ولذلك فإن فكرة العقاب في ذاتها لا يمكن اعتبارها أحد الركائز الأساسية لهذه النظرية على الرغم من أنها تعالج نزاعات مسلحة، وهو توجه دولي مختلف تماماً عما سبق انتهاجه دولياً في معالجة النزاعات المسلحة، وعليه نجد أن مفهوم بناء السلام يختلف إلى حد كبير عن المفاهيم المعتادة المرتبطة بالسلام في القانون الدولي وهي فرض السلام وحفظ السلام.

### ثالثاً: التمييز بين بناء السلام وغيره من المفاهيم المرتبطة بالسلام:

يستوجب وضوح مفهوم بناء السلام التمييز بينه وبين مفهوم فرض السلام، ومفهوم حفظ السلام، فلكل من هذه المفاهيم دلالاته ومحتواه وأدواته التي تميزه عن غيره.

---

= ضد الجريمة على يد العالم الجنائي الإيطالي فيليب جراماتيكا مؤسس مركز الدفاع الاجتماعي في جنوا عام ١٩٤٥، ونادي بأن السبيل الأمثل لمواجهة المجرم هو إعادة تأهيله اجتماعياً وتحسين أحواله، وانطلق جراماتيكا من أن المجرم هو ضحية المجتمع، وعليه فنأن المجتمع هو المسئول عن انحراف أفراده، وقد واجهة نظرية جراماتيكا الكثير من الانتقادات بسبب أنها لم ترى المجرم منتهكاً للقانون ولكنها وجهت الاتهام للدولة بأنها كانت السبب في انحراف المجرم، ولم تصمد هذه النظرية أمام الانتقادات التي وجهت لها، وفي عام ١٩٥٤م ظهرت حركة جديدة عرفت بحركة الدفع الاجتماعي الجديدة على يد المستشار مارك أنسل الذي حاول المزج ما بين ضرورة توقيع الجزاء الجنائي على المجرم الذي ينتهك القانون ولكن مع مراعاة ظروفه الشخصية، وظل مارك أنسل يدافع عن فكرة المزج ما بين التدابير الاحترازية والمسئولية المجتمعية وتأثر المجرم بالظروف الشخصية والاجتماعية المحيطة بالجريمة حتى وفاته عام ١٩٩٠م، انظر الدكتور أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، ٢٠١٥، ص ٥٢-٥٤

١. فرض السلام (Peace Enforcement) : يشير مصطلح فرض السلام إلى مجموعة التدابير التي يمتلك مجلس الأمن سلطة فرضها بموجب ميثاق الأمم المتحدة، وقد تكون هذه التدابير ذات طبيعة غير عسكرية أو ذات طبيعة عسكرية وفقاً لما جاء في المادتين الحادية والأربعين والثانية والأربعين من ميثاق الأمم المتحدة، والسمة الرئيسية المميزة لعمليات فرض السلم هي الطابع الإجباري أو غاية عقاب الدول التي تنتهك التزام دولي، فلا يكون للدولة إرادة فيها وإنما يتخذها مجلس الأمن قسراً لإجبار الدولة على العدول عن الأعمال التي تمثل تهديداً للسلام والأمن الدوليين<sup>(١)</sup>.

٢. حفظ السلام (Peace keeping) : يشير مصطلح حفظ السلام إلى التدابير التي يتخذها مجلس الأمن بهدف الحفاظ على حالة السلام القائمة والحيلولة دون عودة الاشتباكات وعدم تفاقم الأوضاع، وهذه التدابير عادة تكون مؤقتة لا تنتهي النزاع ولا تؤثر على المراكز القانونية للمتنازعين وحقهم في المطالبات المستقبلية، وقد تتخذ عمليات حفظ السلام شكل إنشاء مناطق منزوعة السلاح أو تكون في صورة قرارات وقف إطلاق النار أو الهدنة، وهذه القرارات تتسم بطبيعة مزدوجة بين العسكرية والسياسية، فهي تسعى لإيقاف العمليات العسكرية بهدف دفع الجهود السياسية ولا تقوم هذه القوات بعمليات عسكرية صريحة مثل ما يحدث في عمليات فرض السلام ولكن دور قوات حفظ السلام يقتصر على الفصل ما بين المتنازعين دون المهاجمة مع حقها في الدفاع عن النفس<sup>(٢)</sup>.

- (1) انظر د. على جميل حرب، نظام الجزاء الدولي، العقوبات الدولية ضد الأفراد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩م، ص ٢٨٩.
- (2) انظر د. أحمد أبو العلا، تطور دور مجلس الأمن في حفظ السلام والأمن الدوليين، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٢٧.

٣. بناء السلام: هو مصطلح يعبر عن الإجراءات التي يتم اتخاذها في المرحلة التالية على انتهاء النزاع من أجل ضمان عدم الانزلاق في دائرة النزاعات مجدداً، وتعمل هذه الإجراءات على تغيير كل ما يمكن من عناصر بيئة النزاع السابق لخلق بيئة جديدة تساعد على تقليل المتناقضات التي أدت إلى النزاع السابق وتعزيز عوامل الثقة بين أطراف النزاع.

ومن خلال تحديد هذه المفاهيم يمكننا التمييز بين عمليات بناء السلام وغيرها من عمليات حفظ السلام، أو فرض السلام، من خلال العناصر التالية:

- أن حفظ السلام يهدف إلى تثبيت حالة السلم اللاحقة على انتهاء النزاع لأطول فترة ممكنة دون الغوص في التفاصيل الدقيقة للأسباب التي أدت إلى نشوب النزاع ومعالجتها، بينما يستهدف فرض السلام اتخاذ إجراءات عقابية من شأنها إجبار من تصدر ضده التدابير على عدم إتيان أي فعل من شأنه تهديد السلام والأمن أو انتهاك القانون الدولي بأي شكل من الأشكال أما بناء السلم فيستهدف معالجة الأسباب المؤدية لنشوب النزاع بشكل جذري<sup>(١)</sup>، ولا يُنظر إلى الانتهاكات التي حدثت أثناء النزاع كجرائم تستوجب المواجهة القانونية، بل يُنظر إليها كنتائج لأخطاء سياسية واقتصادية واجتماعية متركمة.

(١) تصف منظمة الأمم المتحدة بناء السلام بأنه "عملية التصدي للأسباب الجذرية للنزاعات الأصلية" انظر في ذلك تقرير الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادر في ٢٠١٣م بشأن جلسة الاستماع البرلمانية المنعقدة بالأمم المتحدة في يومي ٦،٧ ديسمبر ٢٠١٢م بعنوان "درب غير مطروق: نهج برلمانية لمنع نشوب النزاعات والمصالحة وبناء السلام" ص ١٠ الوثيقة رقم A/67/765

- يتحقق فرض السلام وحفظ السلام بمجرد التوقف عن النزاعات المادية الملموسة بين الأطراف المتنازعة، أما بناء السلام فيحتاج إلى بناء حالة من السلام النفسي بين الأطراف بالشكل الذي يضمن عدم وجود رغبة داخلية لدى أي منهم في العودة للنزاع، وهو ما يستوجب توفير مناخ السلام الاجتماعي والسياسي الضامن لاستمرارية حالة السلام المادي الظاهرة على السطح<sup>(١)</sup>.
- يمكن تحقيق فرض السلام أو حفظة باستخدام القوة العسكرية التي تملك سلطة المهاجمة في فرض السلام وتعمل على الفصل بين القوات المتنازعة في حفظ السلام، ولكن القوات العسكرية لا تمارس أي دور في عمليات بناء السلام.
- تحتاج عمليات بناء السلام لفترات زمنية طويلة حتى تؤتي ثمارها، بينما فرض السلام أو حفظ السلام يمكن تحقيقه بمجرد انتقال القوات الدولية لمنطقة النزاع.
- فكرة فرض السلام تتفق في جوهرها مع أن تهديد السلام يمثل جريمة تستحق عقاب من يرتكبها أما عمليات بناء السلام لا تتعامل مع من يرتكب فعلاً من شأنه تهديد السلام كجرم، ولكنها تنظر إليه كضحية للعديد من العوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

#### رابعاً: الجهات الفاعلة في عمليات بناء السلام<sup>(٢)</sup>:

١. **البلد قيد النظر:** يمثل احترام (مبدأ السيادة الوطنية) أحد أهم المبادئ الأساسية الحاكمة لتدخل المجتمع الدولي ممثلاً في

- (1) مارتن غريفيث شوثيرى أو كالاهان، المفاهيم الأساسية في العلاقات الدولية، مرجع سابق، ص ١٠٧
- (2) لمراجعة الجهات الفاعلة في عملية بناء السلام انظر وثيقة الأمم المتحدة رقم A/RES/60/180



الأمم المتحدة بتقديم الدعم أو المساندة أو المشورة للدول في فترة ما بعد النزاع، ولا تبدأ إجراءات بناء السلام إلا بعد أن يتحقق الحد الأدنى من الأمن والسلام في المنطقة بالشكل الذي يسمح بفاعلية دور المجتمع الدولي وفي العادة يتم ذلك من خلال إبرام اتفاقات سلام بمشاركة الحكومة المعنية، ولا يمكن البدء في عمليات بناء السلام دون إبداء رغبة صريحة من حكومة الدولة الخارجة من النزاع.

٢. البلدان المجاورة إقليمياً: عادة تشارك البلدان المجاورة إقليمياً باعتبارها أحد الجهات الفاعلة في عملية بناء السلام حيث تقدم دعماً في جهود الإغاثة وكذلك في الحوارات السياسية، وذلك لأن البلدان المجاورة هي الأكثر تأثراً باشتعال النزاع، وفي العادة ترتبط البلدان المجاورة إقليمياً بعلاقات جيدة مع الدولة التي شهدت النزاع وهو ما يمكنها من التأثير بقوة في توجهات الأطراف المتنازعين.

٣. المنظمات الإقليمية والمتخصصة ذات الصلة: تشارك المنظمات الإقليمية التي يقع في إقليمها الدولة المعنية في عمليات بناء السلام، وأيضاً المنظمات المتخصصة وبشكل خاص المنظمات المالية حيث يمكنها تقديم مساعدات تدعم عملية بناء السلام، فمما لا شك فيه أن استقرار السلام في الدولة المستهدفة يمثل أحد أهداف المنظمة الإقليمية التي تكون هذه الدولة في نطاقها الإقليمي وهو أيضاً موضوع اختصاص المنظمات المتخصصة وفقاً لمجال تخصصها.

٤. لجنة بناء السلام التابعة للأمم المتحدة: أنشأت لجنة بناء السلام من قبل مجلس الأمن والجمعية العامة للأمم المتحدة<sup>(١)</sup>،

(1) انظر قرار مجلس الأمن رقم ١٦٤٥ لعام ٢٠٠٥م، وقرار الجمعية العامة لرقم A/RES/60/180

وولاية هذه اللجنة تتمثل في جمع الموارد وإعطاء النصائح واقتراح استراتيجيات متكاملة لتحقيق بناء السلام، وتركز هذه اللجنة اهتمامها على بناء المؤسسات وإعادة الأعمار والتنمية المستدامة في البلد الخارجة من النزاع، وتحاول اللجنة تمديد فترة رعاية المجتمع الدولي لمجتمع الدولة المعنية لأطول فترة ممكنة، والقيمة الحقيقية التي يضيفها عمل هذه اللجنة تتمثل في تدخلها خلال الثغرة الزمنية الكائنة بين أعمال الإغاثة وتنفيذ مشروعات التنمية، وأهمية هذه الفترة هي أنه في أعقاب انتهاء الإغاثة عادة يحتاج مجتمع الدولة لفترة زمنية طويلة لتحقيق مستوى التنمية الذي يضمن استقرار السلام، وخلال هذه الفترات الحرجة يرى المختصون في إدارة مجتمعات ما بعد الصراع أن انقطاع الاهتمام والدعم الدولي قد يتسبب في عودة النزاع نظراً لحالة الهشاشة التي تعانيها الدولة، وجدير بالذكر أن هذه اللجنة لا تصدر قرارات ملزمة تجبر الدولة المعنية احتراماً لسيادتها الوطنية ولكنها تصدر آراء استشارية، ويشار في ذلك إلى أن هذه الآراء تتمتع بأهمية خاصة بفضل قوة تشكيل هذه اللجنة<sup>(١)</sup>.

- (١) تضم لجنة بناء السلام ٣١ دولة عضو على النحو التالي
- سبعة من الدول الأعضاء في مجلس الأمن على أن يكون من بينهم أعضاء دائمين في المجلس يتم اختيارهم وفقاً للقواعد والإجراءات التي يقرها المجلس.
  - سبعة من الدول الأعضاء في المجلس الاقتصادي والاجتماعي يتم انتخابهم من المجموعات الإقليمية وفقاً للقواعد والإجراءات التي يقرها المجلس مراعيًا في ذلك البلدان التي مرت بتجربة التعافي من الصراع.
  - خمسة دول من كبار المساهمين بالأنصبة المقررة في موازنة منظمة الأمم المتحدة وبالتبرعات التي تقدم في صناديق الأمم المتحدة وبرامجها ووكالاتها مع مراعاة أن لا يكونوا من الذين وقع عليهم الاختيار في الفقرتين السابقتين.

٥. مكتب دعم بناء السلام: نشأ هذا المكتب بجهود الأمانة العامة للأمم المتحدة، ويرأسه مساعد الأمين العام، ويتمثل اختصاصه في تنسيق جهود بناء السلام بين لجنة بناء السلام وكافة فروع وهيئات الأمم المتحدة الأخرى وغيرها من المنظمات الدولية، ويقوم هذا المكتب أيضاً بتحديد قدرة منظومة عمل الأمم المتحدة على بناء السلام بالفعالية المرجوة<sup>(١)</sup>.

٦. صندوق بناء السلام: هو صندوق تابع للأمين العام للأمم المتحدة، ويسعى إلى تلبية الحاجات الفورية لبناء السلام خلال مرحلة ما بعد الصراع، ويقدم للدولة المعنية دعماً مالياً سريعاً ليساعدها على تخطي مرحلة الخطر بعد النزاع خشية العودة إلى دائرة الصراع<sup>(٢)</sup>.

٧. الاختصاص الحصري لمجلس الأمن الدولي: بعد استعراض كافة الجهات السابقة التي يمكنها القيام بجهود فاعلة في عمليات بناء السلام فإن هذه الأدوار لا تتم إلا من خلال آليات حددتها الأمم المتحدة تبدأ بتقديم طلب الدعم أو المساندة أو المشورة من الدولة الخارجة من النزاع إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة أو مجلس الأمن أو المجلس الاقتصادي

-- خمسة من كبار المساهمين بالأفراد العسكريين وكذلك أفراد الشرطة المدنية في بعثات الأمم المتحدة مع مراعاة أن لا يكونوا من الدول التي وقع عليهم الاختيار في الفقرات الثلاث السابقة.

- سبعة أعضاء إضافيين يتم اختيارهم وفقاً للقواعد والإجراءات التي تقرها الجمعية العامة مع إيلاء الاعتبار اللازم لتمثيل كافة المجموعات الإقليمية في التشكيل العام للجنة التنظيمية ومراعاة تمثيل البلدان التي مرت بتجربة التعافي من الصراع.

لمراجعة تشكيل اللجنة انظر الفقرة الرابعة من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم A/RES/60/180

1) <http://www.un.org/ar/peacebuilding/faqs.shtml>

(2) المرجع السابق نفسه

والاجتماعي، ولكن الجمعية العامة للأمم المتحدة والمجلس الاقتصادي والاجتماعي لا يستطيعان اتخاذ أي إجراءات بشأن أية حالة قيد النظر إلا بعد موافقة مجلس الأمن<sup>(١)</sup>.

### خامساً: أدوات بناء السلام<sup>(٢)</sup>:

١. المصالحة الوطنية: تمثل المصالحة الوطنية الركيزة الأساسية لتهيئة مجتمع الدول الخارجة من النزاعات لعملية بناء سلام دائم، ويستوجب تحقيق تلك المصالحة إحداث تغييرات عميقة في نفوس المتنازعين، وتدريبهم على النظر لآمال المستقبل وترك الماضي بما فيه، وتعيد بناء جسور الثقة فيما بينهم، ووفقاً للمنهج النظري لبناء السلام يعتمد نجاح عمليات المصالحة الوطنية على قدرة الجهات الفاعلة في عملية بناء السلام على العمل من خلال إجراءات العدالة التصالحية لتسوية الخلافات التي يمكن التصالح بشأنها إضافة إلى تفعيل دور لجان المصالحة وتقصى الحقائق<sup>(٣)</sup>. وما يجب الإشارة إليه

- (1) المرجع السابق نفسه
- (2) د. جمال منصر، بناء السلم في مرحلة ما بعد النزاعات: المضامين والنطاقات، مرجع سابق ص ٣٨٥
- (3) غزت ميادين البحوث الجنائية والدراسات الخاصة بنظم العدالة الجنائية عبارات مستحدثة ومسميات متباينة ونظرية مختلفة لبحث أفضل سبل مكافحة الجرائم ومعاملة المجرمين، ومن بينها العدالة الجنائية المجتمعية، والعدالة الجنائية التصالحية القائمة على أكتاف المجتمع، والعدالة الجنائية التصالحية، واعتمدت هذه النظريات على فكرة أساسية واحدة وهي إسهام المجتمع في جهود مكافحة الجريمة والاحتراف، حيث أخفقت أساليب العقاب التقليدية المقررة، وفقاً لنظام العدالة الجنائية التقليدية في مواجهة تفاقم الجرائم. ورأي الكثير من المهتمين بشئون السلام والأمن في المجتمعات المختلفة أن الأمر يتطلب البحث في وسائل غير تقليدية (مستحدثة) يمكن أن تحقق نتائج على المدى البعيد لمواجهة انتهاكات القانون، ومن هذه الوسائل اعترفت بعض النظم الجنائية الحديثة بأساليب =

في هذا الصدد أن نظرية بناء السلام لا تشير صراحة إلى عدم استخدام المحاكمات الجنائية لمرتكبي الجرائم أثناء مرحلة النزاع ولكنها لم تتضمن أي أدوات أو تقدم حلول واقعية لسبل تفعيل هذه المحاكمات.

٢. الدعم السياسي: أهم الأدوات التي تعمل من خلالها الجهات السابقة على بناء السلام داخل الدولة المعنية هو الدعم السياسي لمد جسور الثقة وإنماء التعاون بين أطراف النزاع والحكومة وطوائف المجتمع المدني بالدول المعنية للتوصل إلى قواسم المصلحة المشتركة التي تمكنهم من إبرام العقد الاجتماعي الجديد واستعادة قوة مؤسسات الدولة، وبخاصة المؤسسات الأمنية التي تعمل على حفظ النظام العام وإرساء قواعد الأمن

---

=التوفيق والوساطة بين أطراف الجريمة ومساعدة الضحايا وأيضاً برامج التأهيل المجتمعي وغاية هذا المساعي إدماج الضحية والمجرم والمجتمع بأكمله في عمليات تصالحية هادفة إلى الحيلولة دون نشوب نزاعات مستقبلية، ومثال ذلك في كندا طبق نظام العدالة التصالحية بين السكان الأصليين في مقاطعة يوكان في ١٩٧٤م، ثم طبقت التجربة في مقاطعة أونتاريو عام ١٩٧٦م، كما أنشأ مركز للعدالة التصالحية بمقاطعات فيكتوريا وبرتش كولومبيا عام ١٩٧٨م، وطبقت بريطانيا تجربة العدالة التصالحية في عام ١٩٩٠م بإطلاق مشروع ديغون وفي محاكم أحداث أكستر أو أنشأ مركز نيوهام لخدمات العدالة التوفيقية في ١٩٩٦م، وكذلك في نيوزلندا بدأت تجربة العدالة التصالحية في ١٩٨١م وأيضاً في أستراليا تم إنشاء مركز لتقديم خدمات التوفيق والمصالحة في عام ١٩٨٠م، أما في فرنسا أجريت أو لتجارب العدالة التوفيقية عام ١٩٩٢م في منطقة ليون وإلى الآن تجرى الدراسات الميدانية على مجتمع المهاجرين والسكان الأصليين لاستخلاص القواعد المشتركة التي يمكن اعتبارها قواعد أساسية للعدالة تصالحية، لمزيد من التفصيل انظر د. عبد الله على سعيد، أ.د. محمد الأمين البشري، العدالة الجنائية: مفهومها ونظمها وتطبيقاتها في دولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ٢٠١٣، ص ١٢٩ وما بعدها.

في الدولة، وأيضا المجالس التشريعية، لتمارس دورها كحلقة وصل ما بين القواعد الشعبية والحكومة وفي حالة ما كانت المؤسسات القضائية منهاره من أثر فترة النزاع فيمثل استئناف عملها أحد أهم أدوات بناء السلام لاستعادة حكم القانون في الدولة.

٣. **الدعم الاقتصادي:** يمثل الدعم الاقتصادي للمؤسسات الاقتصادية أحد الأدوات الأساسية التي يُعتمد عليها لبناء سلام دائم، وإرساء الأسس اللازمة لإطلاق عملية التنمية وتشجيع النمو الاقتصادي وكافة متطلبات التنمية المستدامة، ولا يقتصر الدعم الاقتصادي على تقديم المساعدات المالية وإنما يمتد أيضا للسعي إلى استيفاء المتطلبات اللازمة لإيقاف العقوبات الاقتصادية الدولية التي قد تكون مفروضة أثر فترة النزاع.

٤. **الدعم الفني:** رابع الأدوات التي يتم العمل من خلالها على بناء السلام الدائم يتمثل في الدعم الفني للقطاعين الحكومي والخاص، ونقل خبرات تجارب الدول المشاركة في عمليات بناء السلام، والتي نجحت في الخروج من فترات ما بعد النزاع لتمكين الدولة المعنية من الاعتماد على قدراتها الذاتية بعد انتهاء فترة الدعم الاقتصادي والمساعدات الخارجية.

### **المطلب الثاني**

#### **تحديات العدالة الجنائية الدولية في الدول الخارجة من النزاع**

بعد أن تعرضت لدرسه نظرية بناء السلام، أحاول من خلال هذا المطلب التعرف على واقع الدول الخارجة من النزاعات، وأرصد التحديات التي تقف حائلاً أمام تحقيق العدالة الجنائية الدولية وتحول دون محاكمة مرتكبي جرائم النزاعات السابقة، ويمكننا من خلال ذلك التحقق مما إذا كانت أدوات بناء السلام كافية لإنجاز مهمتها أم لا.

وعلى ذلك، سأعرض لانتشار ظاهرة إصدار قوانين العفو في أعقاب النزاعات الداخلية، ثم أناقش الأسباب الدافعة لإصدار هذه القوانين.

تشير الدراسات إلى أن الفترة من ١٩٩٠م وحتى عام ٢٠٠٨م شهدت إصدار ما يقرب من ٩٠ قانون عفو عن مرتكبي الجرائم أغلبها صدرت أثناء المرحلة الانتقالية التالية على الصراعات<sup>(١)</sup>. وبعد هذا التاريخ صدرت العديد من قوانين العفو من بينها قانون الحصانة من الملاحقة القضائية اليمنى الصادر في ٢٠١٢م، وقانون العفو السوري الصادر في ٢٠١٤م، وقانون العفو الليبي الصادر في ٢٠١٥م، ونظراً لتباين توازنات القوى السياسية على الأرض في النزاعات المختلفة، فإن أشكال العفو أنت متباينة ولم تتفق الدول على نموذج واحد للعفو، ولكنها انتهجت أشكال مختلفة من العفو<sup>(٢)</sup>. ففي بعض الحالات تصدر الدولة عفواً شاملاً وفي حالات أخرى تصدر الدول عفو جزئي وفي حالات أخرى تصدر الدول عفو مشروط.

أول أشكال العفو وأخطرها هو العفو الشامل ويعنى تنازل الدولة عن حقها في معاقبة الجناة ويستخدم في مرحلة ما بعد النزاعات للدلالة على إعفاء شريحة واسعة من مجتمع الدولة من المثل أمام القضاء للمحاكمة على ارتكاب أي جرائم خلال فترات النزاع دون أي شروط

1) Louise Mailinder, *Amnesty, human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*, oxford, hard publishing, 2008, p173

(2) العفو يعنى باللغة اليونانية amnesty وهي كلمة مشتقة من المصطلح الأصلي amnesia وهو يعنى فقدان الذاكرة أو التناسي أو النسيان، ويقصد بالعفو حظر الملاحقة الجنائية وإيقاف المطالبات المدنية لأشخاص محددة أو فئات معينة ارتكبوا أية جرائم خلال فترة محددة من الزمن دون محاكمة.

Diane F. Orentlicher "settling accounts: the duty to prosecute human right violations of a prior regime" *Yale law Journal*, vol 100, NO. 8 (1991), P235

أو أي التزام من جانبهم، والعمو الشامل تصدره الدول الخارجة من النزاعات المسلحة عادة تنفيذاً لاتفاقات المصالحة التي يتم إبرامها بين الأطراف المتنازعة، ويوصف هذا النوع بأنه أخطر أنواع العفو لما يتضمنه من انتهاك صارخ لأحكام القانون، ومن المفهوم أن هذا العفو لا تمنحه إلا الدول الأكثر تأثراً بالنزاع، والتي انتشرت فيها انتهاكات القانون بشكل واسع ويترتب على العفو الشامل زوال الوصف التجريمي عن الفعل بما يترتب على ذلك من انقضاء الدعوى الجنائية إن كانت ما زالت قائمة أو انقضاء الحكم الجنائي الصادر بالإدانة بجميع أثاره<sup>(١)</sup>.

(١) يشار إلى أن قانون العفو الشامل قد يكون عينياً أي متعلق بالجريمة وفي هذه الحالة يسرى على كافة الأشخاص المساهمين في ارتكابها، وقد يكون العفو الشامل شخصياً أي صادراً لصالح طائفة معينة من المتهمين أو المحكوم عليهم، وفي هذه الحالة لا يستفيد منه غيرهم من المساهمين أو الشركاء في الجريمة. ونظراً لأن العفو الشامل يعطل أحكام قانون العقوبات بشكل كامل فإن بعض الدول وضعت نصوص دستورية تمنع هذا النوع من العفو إلا بقانون يصدر بأغلبية خاصة من سلطتها التشريعية. نصت الفقرة الثانية من المادة ١٥٥ من الدستور المصري المعد للعام ٢٠١٤م على أن لا يكون العفو الشامل إلا بقانون يصدر بموافقة أغلبية أعضاء مجلس النواب. ولم تشير هذه المادة إلى أغلبية الحاضرين كما هو الحال في سائر القوانين طبقاً لنص المادة ١٢١ من الدستور، ولكنها وضعت أغلبية خاصة تتمثل في أغلبية كافة الأعضاء وليس الحاضرين فقط. د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، ٢٠١٥م، ص ١١٣٨

ومن أمثلة العفو الشامل الذي صدر بعد إبرام اتفاق سياسي نجد اتفاق سلام لومي الذي أبرم في سيراليون في يوليو ١٩٩٩م بين حكومة سيراليون والجهة المتحدة لسيراليون، وعرف باسم اتفاق "الصفح والعفو" ونص على أنه "بعد توقيع الاتفاق تمنح حكومة سيراليون لجميع المقاتلين والمتعاونين صفحاً ورأفة مطلقين وخالصين فيما يتعلق بكل ما قاموا به من أعمال لبلوغ أهدافهم حتى تاريخ توقيع هذا الاتفاق" كما تضمن هذا الاتفاق النص على الهدف المراد منه بشكل صريح حيث جاء فيه "توطيداً للسلام =



والنوع الثاني من العفو هو العفو الجزئي، وهو ما اتخذته بعض الدول التي لازالت تملك جزء من قواها، فأصدرت عقواً جزئياً وفي هذا النوع لا يتم الإعفاء من المسؤولية الجنائية عن الجرائم المرتكبة أثناء النزاع بشكل كامل، ولكن يعفي عن جزء منها فقط مع الإبقاء على الجزء الآخر، مثل أن يتم استثناء بعض الجرائم الخطيرة من العفو أو النص على أن العفو لن يتضمن الجرائم المنصوص عليها في القانون الدولي<sup>(١)</sup>. ويوصف هذا النوع بأنه أفضل أنواع العفو.

أما النوع الثالث من العفو، فهو العفو المشروط، حيث تصدر تدابير العفو في بعض الحالات مشروطة بشروط محددة مثل وضع نصفي هذه القوانين يقضى بإسقاط الحق في الاستفادة من العفو إذا عاد

=تعزيزاً لروح المصالحة الوطنية تكفل حكومة سيراليون عدم رفع أي دعاوى رسمية أو قضائية ضد أي عضو من الجبهة أو من المقاتلين السابقين التابعين للمجلس الثوري للقوات المسلحة أو لجيش سيراليون أو قوات الدفاع المدني بشأن أي عمل قاموا به لبلوغ أهدافهم كأعضاء في تلك المنظمات منذ مارس حتى تاريخ توقيع هذا الاتفاق ويجب أن تتخذ بالإضافة إلى ذلك ما يلزم لتأمين حصانة المقاتلين السابقين والمنفذين وغيرهم ممن يوجدون حالياً خارج البلد لأسباب تتعلق بالصراع المسلح من تدابير تشريعية وغيرها من التدابير اللازمة التي تكفل لهم ممارسة حقوقهم المدنية والسياسية على نحو كامل بغية إعادة إدماجهم في المجتمع في كنف الشرعية الكاملة وتنفيذاً لهذا الاتفاق صدر قانون العفو بالفعل في نفس العام ففي يولييه ١٩٩٩م حيث أصدر البرلمان في سيراليون قانون يمنح جميع المقاتلين والمتعاونين معهم صفحاً ورافة مطلقين وخالص ينفي ما يتعلق بالأعمال التي قاموا بها لبلوغ هدفهم وذلك بعد إبرام اتفاق سلام لومي الميزم بين الحكومة والجبهة المعارضة في سيراليون انظر أدوات سيادة القانون لدول ما بعد الصراع، تدابير العفو، منشورات الأمم المتحدة، الوثيقة رقم (HR/PVB/09/1)، 2009، ص ٣٧

(1) نص قانون العفو الليبي الصادر في يوليو ٢٠١٥م على أن لا يشمل العفو جرائم الأموال والمخدرات وهتك العرض بالقوة والقتل على الهوية والخطف والاختفاء القسري والتعذيب.

الظرف المستفيد من العفو إلى استخدام القوة مرة أخرى<sup>(١)</sup>، وهو ما يعني تعليق المسؤولية الجنائية وليس إسقاطها كلياً، وقد يكون العفو مشروطاً بأن لا يكون المجرم سبق إدانته جنائياً أو مشروطاً بأن لا يكون متهماً بجريمة جنائية وتجرى إجراءات محاكمته أثناء صدور القانون<sup>(٢)</sup>.

ويرجع تنامي ظاهرة العفو عن مجرمي النزاعات المسلحة الداخلية إلى أن معطيات الواقع خلال المرحلة التالية على النزاعات تفرض الكثير من التحديات أمام سلطات الدولة في إجراء المحاكمات الجنائية العادلة، فالدول الخارجة من النزاعات تعاني حالة من التدمير الذي يلحق بمؤسساتها أثر فترة النزاع إضافة إلى استنفاد الموارد والأمن المنقوص والمواطنين المنقسمين والمعدومين إضافة إلى أن مؤسسات الدولة التشريعية والقضائية في هذه المجتمعات الهشة لا يمكنها القيام بدورها بأي شكل من الأشكال<sup>(٣)</sup>.

(1) من أمثلة نصوص العفو المشروط نجد قانون العفو السوري الصادر في ٢٠١٤م حيث منح الإعفاء الكامل من العقوبة لغير السوريين الذين دخلوا سوريا بقصد الانضمام إلى منظمات إرهابية أو شاركوا في ارتكاب أعمال إرهابية بشرط أن يسلموا أنفسهم إلى السلطات المختصة، وأيضاً نص قانون العفو الذي أصدرته ليبيا في يوليو ٢٠١٥م حيث نص على شرط أساسي للحصول على هذا العفو وهو أن يتعهد الشخص المستفيد من العفو بعدم العودة للإجرام وأن يسلم سلاحه وأن يرد الأموال محل الجريمة في حالة جرائم الأموال.

(2) فكرة العفو المشروط معروفة منذ فترة طويلة ومن أمثلته قانون العفو الشيلي الذي صدر عام ١٩٧٨م حيث شمل جميع الأشخاص الذين ارتكبوا أفعالاً غير قانونية أثناء فترة الحصار التي استمرت خلال الفترة من سبتمبر ١٩٧٣م إلى مارس ١٩٧٨م وتضمن هذا القانون شرط للاستفادة من العفو وهو ألا يكون الشخص خاضع لإجراءات قانونية أثناء صدور القانون أو سبقت إدانته فعلاً. انظر قانون العفو الشيلي الصادر بمرسوم رقم ١٩١-٢ المادة الأولى في أبريل ١٩٧٨م.

(3) المجتمعات الهشة: هذا المصطلح ذكر في وثائق الأمم المتحدة للتعبير عن حالة المجتمعات الخارجة توأ من الصراعات، ويقول الأمين العام السابق =

أضف إلى ذلك فهنا لمساحة الفجوة الطبيعية بين النظرية والتطبيق في كافة الأنظمة القانونية الوطنية أو الدولية التي تتأثر بفعل توازنات القوى السياسية على أرض الواقع العملي، فإن كانت الأفكار النظرية تتضمن ضرورة محاسبة المجرمين من أجل استعادة حكم القانون وبت مشاعر الأمان وروح الثقة لدى كل من شعر بحالة انعدام الأمن وافقد الثقة في قدرة النظام القانوني على تحقيق العدالة<sup>(1)</sup>. فإن الواقع العملي يستوجب في كثير من الأحيان التضحية بهذه الأفكار النظرية استجابة لتوازنات القوى المتصارعة على أرض الواقع.

وفي ظل هذه المعطيات فإن تهدئة الأوضاع على أرض الواقع وتهيئة المناخ الوطني للبدء في عمليات بناء السلام وإقناع آلاف المتورطين في النزاع المسلح بتسليم سلاحهم وإقناع قادتهم بالجلوس على طاولة المفاوضات والاستجابة لمتطلبات التهدئة، لم تكن أبدا بالأمر الهين، والمقابل دائماً كان التضحية بالمحاكمات الجنائية العادلة.

---

=للأمم المتحدة أن مساعدة هذه المجتمعات التي مزقتها الحروب على أن تقيم سيادة القانون من جديد وتسوى تجاوزات الماضي واسعة النطاق وأن تنجح في ذلك في ظل مؤسسات مدمرة وموارد مستنفذة وأمن منقوص وسكان منقسمين ومعدومين، هي مهمة مميّنة وصعبة للغاية وغالباً ما تكون فوق الطاقة، فهذه المجتمعات تعاني من انعدام الإرادة السياسية للإصلاح، وانعدام الاستقلال المؤسسي في الأجهزة المسئولة عن إدارة العدالة، وعدم توفر القدرة الفنية اللازمة لإصلاح هذه الأجهزة إضافة إلى عدم توفر المقدر المالية اللازمة لذلك وانعدام ثقة المواطنين في قدرة السلطة على تحقيق العدل أو توفير الأمن. انظر تقرير الأمين العام للأمم المتحدة المقدم إلى مجلس الأمن بعنوان "سيادة القانون والعدالة الانتقالية في مجتمعات الصراع ومجتمعات ما بعد الصراع" وثائق الأمم المتحدة، الوثيقة رقم (s/2004/616)

- 1) See, Wolfgang Kaleck, Double Standards: International criminal Law And West, Berlin and Torkalopsahl Academic E publisher, brussels, 2015, p 38

وأول الأسئلة التي تطرح نفسها عند التعرف على هذا العدد الهائل من حالات العفو التي تعقب النزاعات الداخلية هو:

ماهي الأسباب التي تدفع الدول لاتخاذ هذه التدابير رغم أنها تنكر حق الضحايا في القصاص العادل من مرتكبي الجرائم أثناء فترة النزاع وتتعارض مع الالتزامات الدولية بإجراء المحاكمات الجنائية العادلة؟

ومن خلال رصد وتحليل المجتمعات الخارجية من النزاعات الداخلية تبين وجود ثلاث أسباب يصعب فصلها عن بعضها أو تجزئتها حيث تتشابك فيما بينها بشكل يؤدي بها مجتمعة إلى الحاجة لتجنيب قواعد الإجراءات الجنائية العادلة والعفو عن المجرمين، وهذه الأسباب تتمثل في عدم قدرة الحكومات على إجراء المحاكمات الجنائية العادلة، وطبيعة النزاعات الداخلية التي تستدعي اللجوء إلى إجراءات العدالة التصالحية، ورغبة المواطنين فيطي صفحة الماضي ونسيان وقائع النزاع في ظل فقدانهم الثقة في إمكانية تحقق عدالة جنائية حقيقية سواء على المستوى الوطني أو على مستوى القضاء الدولي.

وسأحاول توضيح هذه الأسباب بالتفصيل فيما يلي:

أولاً: عدم قدرة الحكومات على تطبيق معايير العدالة الجنائية الدولية:

في الحقيقة، إن تفهم فترة النزاع والآثار التي تنتج عنها تثبت أن كثيراً من الدول تلجأ إلى تدابير العفو جبراً وليس طوعاً، حيث أن أجهزة الدولة التي تدير مرحلة ما بعد الصراع لا تسعى إلا إلى تهدئة الأوضاع واستقرار حالة السلام التي تعيشها البلاد، وغالباً ترى حكومة الدولة الخارجية من النزاع أن محاولة تطبيق قواعد العدالة الجنائية في مرحلة ما بعد النزاع لن تأتي إلا بانفجار في الأوضاع الداخلية بشكل لا يمكن للدولة تحمله، وهو ما قالته حكومة الأرجنتين

في عام ١٩٩٣م أمام لجنة حقوق الإنسان في ردها على التقرير الذي قدمه الفريق الخاص المعنى بالاختفاء القسري متضمناً انتقادات لقوانين العفو التي أصدرتها الأرجنتين في عامي ١٩٨٦م و١٩٨٧م والمعروفة بقانون التوقف الكامل وقانون الطاعة الواجبة<sup>(١)</sup>، وقالت الحكومة في ردها على هذا الانتقادات ما يلي:

"اتساقاً مع نظرية أن المجرم ينبغي محاكمته كانت الضرورة تقتضى أن يوضع عدد كبير جداً في ألقاص الاتهام من الفاعلين المباشرين وغير المباشرين ومن يلزم من أعوانهم وشركائهم والمتواطئين معهم ومساعدتهم وفي داخل هذه الفئات كان سيتعين تطبيق القانون على أغلبية الضباط وضباط الصف في القوات المسلحة وقوات الأمن بل والمجندين والمشاركين في أعمال غير قانونية فضلاً عن ذلك كانت التحقيقات ستكشف عن المدى الكامل لمسئولية آلاف الموظفين المدنيين في الحكومة المركزية والسجون وإدارة البلديات والمستشفيات وجميع المؤسسات الضالعة في أعمال القمع فضلاً عن آلاف الشركاء المدنيين ولو أمكن تلبية هذا الطلب لأدى إلى تفجير حالة من الفوضى"<sup>(٢)</sup>.

(1) أصدرت الأرجنتين قانون الطاعة الواجبة في ١٩٨٧م وتضمن إعفاء القادة العسكريين من المسؤولية الجنائية عن الجرائم التي ارتكبت خلال فترة الحرب، واعتبر هذا القانون أن هؤلاء القادة لم يرتكبوا تلك الجرائم بإرادتهم الحرة وعليه فلا يمكن محاسبتهم عليها، وكان إصدار هذا القانون بعد قرابة عام من إصدار الأرجنتين لقانون التوقف الكامل *punto final* في ديسمبر ١٩٨٦م والذي حاولت من خلاله وضع حد زمني أقصى لتلقى الشكاوى الجنائية المتعلقة بفترة الحرب وتضمن هذا القانون مهلة مدتها ستون يوماً لرفع هذه الشكاوى، وبعد انقضاء هذا المهلة لا يمكن رفع أي دعاوى جديدة.

2) Kathryn Sikknk and Carrie Walling, "The impact of human rights trials in Latin America" *Journal of Peace Research*.vol 44, No 4 , 2007, p.4٢7

ومن خلال هذا التقرير يبدو جلياً أن قوانين العفو عن مرتكبي الجرائم الجنائية التي تصدر في أعقاب فترات الصراع لا تعكس عدم رغبة سلطات الدولة في إجراء المحاكمات، ولكن في كثير من الحالات تصدر هذه القوانين نتيجة لعدم القدرة على إجراء هذه المحاكمات في فترات تعانى فيها أجهزة الدولة من حالة شبه انهيار، وكل ما ترنو إليه هو رأب الصدع وتعزيز قدراتها المتهاكمة لتتمكن من استعادة السيطرة على الأوضاع الداخلية.

وحقيقة الأمر أن ما نكرته حكومة الأرجنتين يعكس الواقع إلى حد كبير وهو ما نراه مجسداً في أعقاب كل نزاع داخلي في البلدان المجاورة، وهي حقائق يجب الاعتراف بها رغم قسوتها وما تؤدي إليه من ضياع لحقوق الضحايا في القصاص العادل، ويجب وضع هذه الحقائق في الاعتبار عند التفكير في أي معالجة واقعية لإشكاليته عدالة ما بعد النزاعات المسلحة الداخلية.

ثانياً: توافق طبيعة النزاعات الداخلية مع إجراءات العدالة التصالحية: لو اتفقنا على أن الدولة لا تستطيع إجراء المحاكمات الجنائية، فإن السبيل الوحيد لتطبيق العدالة الجنائية سيكون عن طريق التدخل الدولي والإحالة للمحاكمات الجنائية الدولية، ولكن هذا الحل يصطدم برؤية بعض الباحثين لأن اللجوء للعدالة التصالحية لا يكون بسبب عدم قدرة الأجهزة الوطنية فقط، ولكن السبب الأهم في تفضيل إجراءات العدالة التصالحية هو توافقها مع طبيعة النزاع، وعليه فإنهم يرفضون حتى التدخل الدولي لإجراء المحاكمات الجنائية.

ويرى هؤلاء الباحثون في إجراءات العدالة التصالحية ما لا يمكن الحصول عليه من خلال تطبيق إجراءات العدالة الجنائية، وهي حقيقة تفرضها طبيعة الجرائم المرتكبة في الصراعات الداخلية من قبل مجموعات قائمة على أيديولوجيات أو اتجاهات فكرية أو ثقافية

مختلفة، وهذه الكيانات تتكون من قواعد واسعة من الأشخاص المؤمنين بأفكارها وعدد قليل من القادة المسؤولين عن توجيه هذه الكيانات، وفي ظل الصعوبات العملية التي تواجه محاكمة آلاف الأشخاص المتورطين في هذه الجرائم، فإن المحاكمات الجنائية سوف تقتصر على القادة المسؤولين. عن توجيه جماعاتهم، وهو ما يخلق حالة من الغضب في قواعد هذه الكيانات، ويساعد على عودة الصراع لدفاع هذه القواعد الجماهيرية عن قادتهم.

ونظراً للطبيعة الخاصة لهذه الصراعات يرى الكثيرون أن السبيل الأمثل لإدارة مرحلة ما بعد الصراع هو المفاوضة السياسية وجذب الأطراف المتنازعة إلى الجلوس على طاولة المفاوضات، ويؤكد مؤيدوا هذا الاتجاه أن محاولات القبض على قادة الجبهات المتصارعة ستزيد الأمر سوء ولن تأتي بحل للأزمة، وهو ما أكد عليه الكثير من الباحثين والمحللين عقب صدور أوامر اعتقال من المحكمة الجنائية الدولية لخمسة من قادة جيش الرب المتهم بارتكاب جرائم دولية في أوغندا<sup>(١)</sup>.

وعلى الرغم من أن النزاع في أوغندا كان من أكثر النزاعات وحشية وانتهاكا للقانون الدولي<sup>(٢)</sup>، رأي الكثير من الباحثين أن إحالة

(١) أصدرت المحكمة الجنائية الدولية أوامر اعتقال لخمسة من قادة جيش الرب (جوزيف كوني، أوكوت أدريامبو، دومينيك أونغين، فنسنت أوتسي، راسكا لوكي)

(٢) يشار في هذا الشأن إلى أن النزاع الأوغندي استمر قرابة العشرين عاماً ونجح عنه عشرات الآلاف من القتلى وقرابة نصف مليون من المهاجرين، واستخدم جيش الرب الأطفال في إحراق أوغندا، فما يقرب من خمسينة وثمانين في المائة من جنوده كانوا من الأطفال الذين تم تربيتهم روحياً وفقاً لأفكار عنصرية موجهة، وتم فصلهم عن عائلاتهم ومزقت روابطهم العائلية، وما يقرب من ثلاثين ألف طفل منهم كُفوا بإحراق منازلهم، وفي عام ٢٠٠٠م أصدرت الحكومة قانون عفو عن الجرائم التي ارتكبت من =

قادة جيش الرب للمحكمة الجنائية الدولية سوف يؤدي إلى تهديد السلام الذي تحقق من خلال المفاوضات معهم، ولن يتحقق من هذه الإحالة إلا اشتعال الصراع وإعاقة المفاوضات التي بدأت تؤتي ثمارها على الأرض، وذلك بسبب خشية قادة جيش الرب من حضور مفاوضات التصالح خوفاً من القبض عليهم وتسليمهم للمحكمة، وفي هذا التوقيت تلقت المحكمة الجنائية الدولية كثيراً من الشكاوى التي تضمنت المخاوف من حالة الفوضى والاضطراب واحتمال عودة الحرب الأهلية بسبب أوامر الاعتقال التي أصدرتها، والجدير بالملاحظة هو أن أوامر الاعتقال التي أصدرتها المحكمة لم تؤتي ثمارها على الأرض، فلم تتمكن المحكمة من القبض على هؤلاء القادة بسبب هروب البعض وموت البعض الآخر باستثناء (أونغين) الذي سلم نفسه للمحكمة في عام ٢٠١٥م<sup>(١)</sup>.

ومن الأمثلة الأخرى التي تبدو فيها قوة أثر إجراءات العدالة التصالحية في تهدئة الأوضاع أيضاً نجد حروب التحرير التي عاشتها جمهورية الكونغو الديمقراطية خلال ثلاث سنوات من ١٩٩٦م وحتى ١٩٩٨م وقتل فيها قرابة ثلاثة ملايين شخص غير المصابين، ثم تحركت إجراءات العدالة الجنائية الدولية والعدالة التصالحية جنباً إلى جنب، وفيما يتعلق بإجراءات العدالة الجنائية تم إحالة عشرة أشخاص للمحكمة الجنائية الدولية. والتساؤل الذي تزايد طرحه عقب صدور

---

=قبل جيش الرب، وفي عام ٢٠٠٥م عاد قرابة أربعة عشر ألف طفل من هؤلاء الجنود المقاتلين ثم بدأت إجراءات استعادة السلام عن طريق إقامة مشروعات إعادة إدماجهم في المجتمع.

Eric Blumenson, The challenge of A Global Standard of Justice, Peace, Pluralism and punishment at the international criminal court, vol 44, Columbia journal of transnational law, 2006, P: 802

- 1) Wolfogangkaleek, Double stander: International criminal law and west FICHL publication series.No. 26 (2015) p94



أوامر الاعتقالات هو كيف يمكن محاسبة عشرة أشخاص عن موت الملايين؟ فمالم لا شك فيه أن تلك المحاكمات لن تتخذ إلا طابعاً رمزياً ولا يمكن معاقبة كل من شارك بفعلة في ارتكاب الجرائم خلال تلك السنوات، وعلى مستوى إجراءات العدالة التصالحية تم نزع سلاح مئات الآلاف من المقاتلين وتسريح آلاف الجنود وهو ما ساعد على تهدئة حقيقية للأوضاع على الأرض، وهو ما لم يحدث إلا من خلال اعتماد ضمانات العفو لآلاف من القادة المشاركين في الحرب<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: رغبة المواطنين في طي صفحة الماضي ونسيان وقائع النزاع:

تمثل الرغبة في نسيان وقائع الصراعات الداخلية مطلباً يسيطر على كثير من المواطنين الذين عاشوا هذا الوقائع، وذلك لأن كثيراً منهم فقد الثقة في تحقق العدالة وتسرب إلى نفسه الشعور بأن سلام المستقبل أصبح مرهون بطي صفحة ماضي النزاع بكل ما فيها من جرائم مهما كانت وحشيتها. والتساؤل الذي يتردد في ذهن كل من عاش الأعمال الوحشية التي شهدتها النزاعات هو ما الفائدة من قول الحقائق أو محاولة استعادة ذكريات القتل والدمار سواء أمام لجان التحقيق أو في أروقة المحاكمات بعد تدمير دولهم؟

وقد واجه أعضاء لجان تقصى الحقائق والمصالحة لسيراليون التيتم تشكيلها بعد قرابة أحد عشر عاماً من الحرب الأهلية (١٩٩١م - ٢٠٠٢م) هذه التساؤلات، فبعد أن مرت البلاد بارتكاب جرائم بتر الأعضاء واغتصبت النساء والفتيات الصغيرات وبعد اختطاف الشباب والأطفال من الجنسين وتجنيدهم لإلزاميا وتم إجبارهم على ارتكاب جرائم القتل والتشويه والاعتصاب والخطف، انتشرت حالة من فقدان الثقة في تحقيق العدالة لدى كل من عاش هذه الأحداث، وقد أدت كثرة

(١) إيريك سوتاس، العدالة الانتقالية والعقوبات، المجلة الدولية للصليب

الأحمر، المجلد ٩٠، العدد ٨٧٠، يونيو، ٢٠٠٨، ص ٨٤-٨٥

هذه الوقائع إلى انتشار قناعة بأنه لا سبيل لمستقبل خال من العنف سوى النسيان والصفح، وهو ما عبر عنه أحد مسئولى لجنة تقصى الحقائق والمصالحة في سيراليون حين قال: إن الناس في سيراليون لم تهتم بما حدث وبما لم يحدث أرادوا النسيان وحسب<sup>(١)</sup>.

وعندما انعقدت المحكمة الخاصة بالجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب التي وقعت في سيراليون رفض السكان قول الحقائق خوفاً من استعادة حالة العنف والدمار التي عاشتها البلاد ورفضوا التعاون مع أعضاء لجنة المصالحة وكشف الحقيقة، وذلك على الرغم من أن هذه اللجنة لا تمثل جهة قضائية ولم تنشأ بغاية محاسبة مرتكبي الجرائم، إلا أنهم خافوا من أن ترسل اللجنة الاعترافات والمعلومات التي ستحصل عليها للمحكمة وهو السبب الأساسي في رفض التعاون مع اللجنة<sup>(٢)</sup>.

هذا بالإضافة إلى تشكك سكان البلدان التي شهدت الحروب الأهلية في عدالة المحاكمات الجنائية ويرجع ذلك لعدة أسباب، أهمها أن هذه المحاكمات لا تعقد إلا بعد انقضاء سنوات طويلة من نهاية الحرب، ولا يمكنها أن تتدخل لوقف الحرب أثناء اشتعالها، ومن وجهة نظر هؤلاء السكان، إن تأخر هذه المحاكمات أكبر دلالة على ضعفها وافتقارها للقوة الكافية لإقرار العدالة، ومثال ذلك أن محاكمات

(1) انظر روزاليندشو، تقرير خاص نشرة معهد السلام الأمريكي بعنوان إعادة النظر في لجان تقصى الحقائق والمصالحة، دروس من سيراليون، ٢٠٠٥، ص ٣.

(2) يشار في هذا الشأن إلى أن المواطنين في سيراليون كانوا يختبئون من مقابلات اللجنة وفي بعض المناطق التي كانت تزورها لجان كشف الحقائق لم تستطع اللجنة الحصول على مقابلة واحدة أو معلومة واحدة لهروب كل من يمكن أن يدلى بشهادة بشأن النزاع السابق، انظر روزاليندشو، إعادة النظر في لجان تقصى الحقائق والمصالحة، دروس من سيراليون، مرجع سابق، ص ٢.

سيراليون لم تعقد إلا بعد انقضاء إحدى عشرة سنة من الحرب، ويخشى شهود الوقائع من قول الحقائق أمام تلك المحاكم لما يمكن أن يواجهوه من ثأر المقاتلين السابقين إذا اعترفوا على حقائق أفعالهم<sup>(١)</sup>، وفي ظل هشاشة الأجهزة الأمنية للدولة في الفترات التالية على النزاعات الداخلية، فإنهم لن يجدوا من يحميهم.

والمثال الثاني الأكثر وضوحاً على ذلك هو ما شهدته كمبوديا من جرائم إبادة جماعية بين ١٩٧٥م و١٩٧٨م حيث تشير الأرقام الإحصائية إلى أن أعداد القتلى بلغت ثلث السكان ولم يعطى المجتمع الدولي أي اهتمام لهذه الجرائم لسنوات عديدة حتى بدأت مفاوضات السلام في عام ١٩٨٩م، ولم تذكر هذه الجرائم إلا في اتفاق باريس المبرم عام ١٩٩١م ولم تتجه الأمم المتحدة لاتخاذ إجراءات جنائية لمحاكمة مرتكبي هذه الجرائم إلا في ٢٠٠٣م، وتقرر أن تعقد المحاكمة الجنائية في ٢٠٠٧م بمشاركة قضاة من كمبوديا وقضاة دوليين. ولم يتم القبض إلا على خمسة أشخاص فقط، ولا شك أن محاكمة هذه الحفنة القليلة من الأشخاص عن جرائم ارتكبت قبل ثلاثين عاماً من المحاكمة لا تحقق أي هدف من أهداف العدالة الجنائية<sup>(٢)</sup>.

وتتجلى هذه الحقيقة من خلال النزاعات الداخلية التي اشتعلت نيرانها في البلدان العربية مواكبة لثورات الربيع العربي، التي راح ضحيتها عشرات الآلاف من القتلى والمصابين، ودُمرت بسببها أوطان بأكملها وشرد الملايين من المهاجرين ولا نجد فيهم من يثق في عدالة الهيئات الدولية التي تمثل شريكاً أساسياً في ما حدث لهم لشدة تأثرها بالتوازنات السياسية للدول الكبرى.

(1) انظر روزاليندشو، إعادة النظر في لجان تقصى الحقائق والمصالحة،

دروس من سيراليون، مرجع سابق، ص ٥-٦

(2) إيريك سوتاس، العدالة الانتقالية، مرجع سابق، ص ٨٨

وأخطر من ذلك أننا يمكن أن نرى أن هذه الصراعات الداخلية تحوى بين طياتها حقيقة الصراع الدولي بين القوى الدولية المتناحرة على السيطرة على النظام الدولي وسعيها إلى الاحتفاظ بمراكز القوى والنفوذ في مختلف أرجاء المعمورة، والشاهد على ذلك يتجسد في الصراع السوري الذي يعكس عودة صراع القوى الدولية القديمة الممثلة في الولايات المتحدة والاتحاد السوفيتي.

ولذلك تفقد الشعوب الثقة في العدالة الدولية لوصفها دوماً بالعدالة الانتقائية، وهي واحدة من أخطر المشكلات التي يعانيها نظام القانون الدولي منذ نشأته، وظن البعض أن تلك الإشكالية انتهت في أعقاب الحرب العالمية الثانية، مع نشأة نظام دولي جديد بدأ عادلاً ومبشراً مع عقد محاكمات للمتسببين في اشتعال نيران الحرب، ولكنه عاد لما كان عليه مع بداية الحرب الباردة واستمرت بعد ذلك لعقود طويلة<sup>(١)</sup>.

وعلى سبيل المثال وليس الحصر لانتقائية العدالة الجنائية الدولية التي تجلت في مرحلة الحرب الباردة، تُظهر المقارنة بين الحالتين فيبورووندي وفي رواندا مفارقة هائلة في معاملة المجتمع الدولي مع الجرائم المرتكبة في أكثر من منطقة حيث وقعت فيبورووندي جرائم إبادة جماعية في ١٩٧٢م وفي ١٩٩٣م بحسب ما قرره اللجنة الفرعية لحقوق الإنسان<sup>(٢)</sup>، ووثقه المقرر الخاص بشأن بورووندي<sup>(٣)</sup>، وتضمنته وثائق مجلس الأمن الدولي<sup>(٤)</sup>. وعلى الرغم من ذلك لم يسع المجتمع الدولي لتحقيق العدالة فيبورووندي لا بإجراءات عدالة جنائية ولا بجهود عدالة تصالحية وعلى العكس من ذلك، وفيرواندا المجاورة

- 1) Wolfgang Kaleck, Double Standards: International criminal Law And West, op, p1,2
- 2) UN Doc. E/CN.4/Sub.22-6/July 1985.
- 3) UN Doc. E/CN.1996//Add.1,27 February 1996
- 4) Report UN Doc. S/1995/157,20 May 1994

سعى المجتمع الدولي بخطوات سريعة لمحاكمة مرتكبي جرائم الإبادة الجماعية التي وقعت في عام ١٩٩٤م من خلال المحكمة الجنائية الدولية الخاصة، وأيضاً الكثير من المحاكمات المحلية التي قدم إليها من شاركوا في ارتكاب هذه الجرائم ومن المؤسف أن الأمم المتحدة لم تتعامل مع هذه الحالات المتجاوزة بنفس الإجراءات على الرغم من تشابه الظروف والأسباب المؤدية لكل منهما وإن لم يكن تطابقها وهي تفرقة لا مبرر لها بسبب تشابه حجم المجازر ودرجة خطورتها وأيضاً طبيعتها<sup>(١)</sup>. ويطلق الفقه على هذه الحالة الانتقائية الأفقية حيث ترتكب ذات الجرائم في نفس التوقيت ولا يعاملها النظام القانوني الدولي على قدم المساواة بل ينظر لبعضها فقط كجرائم تستحق المحاكمة وتُمر الأخرى دون التوقف عندها<sup>(٢)</sup>.

ولا شك في أن ثقة الدول شعوباً وحكومات في عدالة القضاء الجنائي الدولي باتت مُنعدمة، ولم تحقق المحكمة الجنائية الدولية حتى الآن الآمال المغفودة عليها، وبخاصة لدى الدول التي تعاني الحروب والنزاعات وذلك من تأثير القوى السياسية الدولية في المحكمة، ونظراً لتعدد التجارب التاريخية التي تثبت إنكار النظام الدولي للعدالة فإن الشعوب تفضل العفو يقيناً منها بأن العدالة الجنائية باتت حُلماً بعيد المنال فلا يكون أمامها إلا الاستسلام لما يفرضه الواقع الدولي المؤلم الذي نعيشه.

نستخلص من دراسة هذا المبحث أن الأفكار النظرية لبناء السلام تمثل نقلة نوعية حقيقية لسبل دعم المجتمع الدولي لشعوب الدولة التي مرت بنزاع داخلي، وأن هذه الأفكار النظرية يمكن أن تساعد على

1) راجع في ذلك إيريك سوتاس، العدالة الانتقالية والعقوبات، مرجع سابق،

2) Wolfgang Kaleck, Double Standards: International criminal Law And West, op, p7

تحقيق سلام مستقبلي يدوم لفترات طويلة ويكسر دائرة النزاع والعنف التي تدور هذه المجتمعات في فلكها، ولكن بعد أن تفهمنا نظرية بناء السلام وطبيعة الدور الذي تقوم به عمليات بناء السلام في المطلب الأول ثم حلت التحديات التي تواجه تحقيق العدالة الجنائية الدولية، يمكن أن نحدد العيوب الأساسية لنظرية بناء السلام فيما يلي:

١. أن البدء في عمليات بناء السلام لا يتم إلا بعد انتهاء النزاع، وهو ما يمثل أكبر أخطاء هذه النظرية حيث إن الانتظار لنهاية النزاع يؤدي إلى المزيد من الجرائم والانهيار لأجهزة الدولة، وهو ما يجعل التدخل لاستعادة ما كانت عليه الدولة قبل النزاع أمراً أكثر صعوبة، وهنا يمكن أن يرى البعض أن التدخل مع اشتعال النزاع يبدو غير ممكن لتفشي مظاهر العنف في المجتمع، وأرى عكس ذلك لأن الأطراف المساهمة في عمليات بناء السلام لو لم تسهم وبفعالية في إطفاء نيران النزاع المشتعل لن يكون لها أثر في نفوس المتنازعين بعد النزاع (وهو ما أثبتته تجارب عمليات بناء السلام السابقة)، ويتفق ذلك مع أن عمل لجنة بناء السلام لا يشترط وجودها ميدانياً في مناطق النزاع حيث إنها تمارس عملها من خلال التواصل مع الأطراف المتنازعة في مختلف البلدان بأي وسيلة اتصال ممكنة، ومن بينها مؤتمرات الفيديو التي تتيح المشاركة المباشرة مع مختلف الأطراف في بلدان متعددة.

وفي الحقيقة، إن شرط انتهاء النزاع لتدخل لجنة بناء السلام يحول دون ظهور أي دور حقيقي لهذه اللجنة على أرض الواقع، ففي الوقت الذي تشتعل فيه نيران النزاعات الداخلية في مختلف الدول العربية وما تخلفه من ويلات ودمار وتشريد لملايين المواطنين في سوريا وليبيا والعراق واليمن نجد البلدان المدرجة على جدول أعمال اللجنة هي بوروندي وجمهورية أفريقيا الوسطى وسيراليون وغينيا بيساو، وعلى

اللجنة أن تنتظر حتى تُدمر هذه الدول العربية بالكامل ثم تأتي  
لبناء السلام فيها؟

٢. تقوم النظرية على أساس أن بناء السلام يعتمد على الإصلاح  
السياسي والدعم الاقتصادي وتحقيق العدالة الاجتماعية، وتميل  
النظرية بوضوح لأفكار العدالة التصالحية وأهملت النظرية  
ركيزة العدالة الجنائية على الرغم من أنها أهم ركائز السلام  
الدائم.

٣. أغفلت النظرية أخطر القضايا التي تواجه مجتمعات الدول  
الخارجة من النزاعات وهي إصدار سلطات الدول لقوانين  
عفو عن مرتكبي الجرائم التي تقع أثناء النزاع مع الوضع في  
الاعتبار أن هذا العفو يمثل أحد الأسباب القوية لاستعادة النزاع  
سواء من جانب المجرمين السابقين لاستمرائهم الجرم وعدم  
معاقبتهم على ما ارتكبه من جرائم سابقة أو من جانب  
الضحايا لشعورهم بالظلم ورغبتهم في القصاص.

٤. تفقد لجنة بناء السلام كثيراً من مصداقيتها وقدرتها على تحقيق  
سلام عادل في ظل تبعيتها لمجلس الأمن الدولي، حيث إن  
غلبة التوجهات السياسية التي تحكم عمل المجلس ستؤثر قطعاً  
في عمل اللجنة، ويجب إعادة النظر في هذه التبعية، وأقترح  
في هذا الشأن أن تتبع لجنة بناء السلام للجمعية العامة للأمم  
المتحدة مباشرة.

### المبحث الثالث

#### مكافحة إنكار العدالة الجنائية الدولية في عمليات بناء السلام

تستوجب مكافحة إنكار العدالة الجنائية الدولية في عمليات بناء  
السلام بداية التوافق على رؤية قانونية واضحة لنطاق شرعية قوانين  
العفو الوطنية التي تتخذها الدول بعد النزاع، كما تتطلب هذه المكافحة  
إبرام اتفاقية دولية تحدد التزامات قانونية صريحة وواضحة تمنع

الدول من إصدار تدابير العفو التي تنكر العدالة الجنائية الدولية،  
وأخيراً يجب إصلاح مجلس الأمن الدولي.

وفي البداية سوف أتحدث عن شرعية قوانين العفو، حيث إن الأسباب التي تجبر الدول على اتخاذها عقب النزاعات جعلت الكثيرين يطالبون بإطلاق سلطة الدولة في إصدارها لمعالجة أثر النزاع، وعلية يجب في البداية الرد على مؤيدي شرعية هذه القوانين بهدف إثبات عدم صحة نظرتهم والتأكيد على عدم شرعية الكثير منها.

أما الاتفاقية الدولية فيجب أن تتضمن حالات إنكار العدالة الجنائية الدولية التي ترتكبها الدول في أعقاب النزاعات، وتستهدف هذه الاتفاقية الحصول على اعتراف دولي واسع النطاق بأن قوانين العفو التالية على النزاعات تمثل خرقاً للقانون الدولي، والقيمة المضافة التي يمكن الحصول عليها من هذه الاتفاقية هي أن لا يكون خيار العفو الشامل من الخيارات المطروحة أثناء إجراء مفاوضات السلام من جانب أي طرف من أطراف النزاع باعتباره خرقاً لأحكام القانون الدولي، وأن تعلم الأطراف المتفاوضة أن إقرار هذه التدابير لن يُنتج أي أثر قانوني على المستوى الدولي، وأن المحاكم الجنائية الدولية لن تعترف بها بل إن إصدارها قد يكون سبباً لتدخل القضاء الجنائي الدولي لمحاكمة مرتكبي الجرائم.

وأخيراً يأتي إصلاح مجلس الأمن الدولي باعتبارها الجهاز التنفيذي الدولي المناط به مساعدة المحكمة الجنائية الدولية في تحقيق العدالة الجنائية وبدونه لن تحقق المحكمة مهامها التي نشأت من أجلها.

### **المطلب الأول**

#### **الرد على مؤيدي تدابير العفو الشامل التالي على النزاعات الداخلية**

سبق وأن ناقشت الأسباب المؤدية لاتخاذ تدابير العفو، وفي الحقيقة أن واقعية هذه الأسباب جعلت الكثير من الباحثين يرون أنه يجب



إطلاق سلطة الدول دون قيود في إصدارها عقب النزاعات الداخلية، وذلك اعتقاداً بأنها تدابير تتفق مع أحكام القوانين الوطنية والدولية، وقد استند هذا التوجه على الكثير من الحجج والأسانيد التي يمكنني إجمالها فيما يلي:

١. أن القانون يستمد شرعيته من رضا مواطني الدولة التي تنظم قواعده علاقات مجتمعتها، وما دامت قوانين العفو الشامل تصدر بناء على رضا هؤلاء المواطنين وتعبّر عن رؤيتهم لأسلوب معالجة مشكلات مجتمعتهم، فلا يمكن الادعاء بأنها تدابير غير شرعية أو غير عادلة.

٢. أن فكرة العفو الشامل مقبولة لدى كل المجتمعات، حيث إن كافة دساتير الدول تتضمن نصوص تمنح رئيس الدولة أو السلطة التشريعية حق إصدار قوانين عفو شامل.

٣. أن القانون الدولي لم يعتبر العفو الشامل الذي تصدره الدول إنكاراً للعدالة، بل أنه حدث سلطات الدول عليه منذ زمن بعيد، فالفقرة الخامسة من المادة السادسة من البروتوكول الثاني الملحق باتفاقيات جينيف لعام ١٩٤٩م ورد فيها أن "تسعى السلطات الحاكمة، عند انتهاء الأعمال العدائية، لمنح العفو الشامل على أوسع نطاق ممكن للأشخاص الذين شاركوا في النزاع المسلح أو الذين قيدت حريتهم لأسباب تتعلق بالنزاع المسلح"، هذا بالإضافة إلى أن الأمم المتحدة ظلت لفترة طويلة من الزمن تحت الدول على اتخاذ هذه التدابير خلال الفترات التالية على النزاعات.

وسوف أتعرض للرد على هذه الحجج فيما يلي للتأكيد على عدم شرعية الكثير من تدابير العفو التي تقرها الدول عقب النزاعات وأنها تمثل إنكاراً للعدالة الجنائية الدولية.

أولاً: الإدعاء بأن تدابير العفو الوطنية تستمد شرعيتها من رضا المواطنين:

لا شك أن القانون يستمد شرعيته من رضا مواطني الدولة عما يتضمنه من قواعد وأحكام، ولذلك يتصور البعض أن رضا المواطنين ورغبتهم في إصدار قانون عفو شامل يصلح أن يكون سند لمشروعيته، ولا يمكن أن يُتهم هذا القانون بأنه يمثل إنكاراً للعدالة الجنائية الدولية.

وفي الواقع أن اكتساب تدابير العفو شرعيتها من رضا المواطنين وقبولهم بها رغم إنكارها لقواعد العدالة الجنائية، يستحضر الخلاف التاريخي ما بين الفقهاء المنتمين لمدرسة القانون الوضعي والفقهاء المنتمين لمدرسة القانون الطبيعي بشأن مصدر العدالة.

حيث رأى الفقهاء المنتمين لمدرسة القانون الوضعي ومن بينهم هوبز وهيجل وكلسن أن العدل هو الالتزام بتطبيق القانون، وهو ما يعنى أن التعرف على قواعد العدالة تكون من خلال قراءة ما نصت عليه قواعد القانون الوضعي، بغض النظر عما تحويه هذه القواعد من أحكام، ما دامت صادرة بموجب الضوابط الدستورية للدولة، وتحظى بقبول شعبي من المجتمع الذي ينظم القانون علاقاته، ولو أردنا التعرف على أن الدولة تتكر العدالة أم تلتزم بتطبيقها فعلياً قياس توافق تصرفات سلطاتها مع ما تضمنته نصوص هذا القانون<sup>(1)</sup>.

في حين رأى الفقهاء المنتمين لمدرسة القانون الطبيعي، أن العدالة هي أصل كل شيء وتسبق نشأة القانون، وهو ما يعنى وجوب التزام من يضع القانون بمبادئ العدالة كمبادئ سامية لا يمكن الفكك منها، ومن الممكن أن توصف قواعد القانون الوضعي بأنها غير عادلة لو لم

1) Edward Eldfonc & Alan R. Coffy, Criminal Law history, Philosophy and Enforcement, New York, Harper And Row, 1981, p,22

تتفق مع مبادئ العدالة السامية، فالعدالة وفقاً لهذا المفهوم هي المثل العليا التي تستقي من القانون الطبيعي وتعكسها القوانين الوضعية التي تضعها سلطات الدول لمنع وقوع الظلم ضد الأفراد أو الجماعات<sup>(١)</sup>.

ويمكنني اختصار هذا الخلاف بأن فقهاء القانون الوضعي رأوا أن القانون هو الذي يخلق العدالة أما فقهاء القانون الطبيعي رأوا أن العدالة تسبق القانون ويجب أن يلتزم القانون بمبادئها.

ومن يرى شرعية قوانين العفو لأنها صدرت بناء على رغبة المواطنين يستند إلى آراء الفقهاء المنتمين لمدرسة القانون الوضعي قائلاً أن قوانين العفو التي تصدرها الدول في أعقاب النزاعات متضمنة عفواً شاملاً سوف تكون مقبولة لو كانت صادرة بناء على رغبة المواطنين، ومعبرة عن آمالهم المستقبلية، وأن قياس مدى تحقق العدل من عدمه يكون من خلال التعرف على تطبيق هذا القانون الذي رأي فيه مجتمع الدولة مصالحة.

وأرى أن الاستناد إلى ذلك يجافي الحقيقة ويتجاهل الواقع لأن أي قانون عفو شامل تصدره دولة متضمن نصوص تحول دون المحاكمة الجنائية لمرتكبي الجرائم سيكون إنكاراً للعدالة سواء نظرنا للأمر من وجهة نظر فقهاء القانون الطبيعي أو نظرنا إليه من وجهة نظر فقهاء القانون الوضعي.

فلو نظرنا للأمر من منطلق أن قواعد العدالة تستمد من القانون الطبيعي فلا خلاف على أنها قوانين تنكر فكرة العدالة الطبيعية التي تستوجب نصرة الضحايا، والقصاص من الجاني، وأيضاً لو نظرنا للأمر من زاوية الاعتراف بأن القانون الوضعي هو الذي ينشئ العدل

---

(1) د. عبد الله على سعيد، أ.د. محمد الأمين البشري، العدالة الجنائية: مفهوماً ونظماً وتطبيقاتها في دولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص ٣٢.

فالننتيجة لن تختلف، وذلك انطلاقاً من أننا يجب أن ننظر للقانون الذي وضعته الدولة بقبول شعبي قبل النزاع وليس بعده، ولا شك أن كافة قوانين الدول تتضمن قواعد العدالة الجنائية المتفق عليها دولياً سواء ما يتعلق بحق الضحايا في رفع الدعاوى الجنائية، أو حق الدولة في القصاص من الجاني استناداً على فكرة الحق العام، وأيضاً استقلال أجهزة القضاء وعدم تأثرها بتوازنات القوى السياسية.

ولتدعيم موقفنا في رفض الاعتماد على رغبة المواطنين كسند لشرعية قانون العفو الصادر بعد النزاع علينا أن نتساءل لماذا يرغب الضحايا في نسيان الماضي رغم المآسي التي عانوها وأعمال القتل الوحشية التي تعرضوا لها؟ فهل تأتي هذه الرغبة من خالص اختيارهم أم بناء على ضعفهم وعدم قدرتهم على تطبيق العدالة؟

ولا شك في أن الأمر سيختلف أن كانت تلك الرغبة نابعة من إرادتهم الحرة عما إذا كانت نابعة من الإكراه الناتج عن الخوف، وعدم القدرة على أبداء رغبتهم الحقيقية في القصاص العادل، ورؤية من ارتكبوا الجرائم خلف قضبان السجون.

وللإجابة عن هذا التساؤل، يجب أن نستحضر حالة الدولة خلال الفترة التالية على النزاع، والانهيار الذي تعانیه أجهزتها الأمنية والقضائية، والمخاوف التي تسيطر على المواطنين من انتقام مرتكبي الجرائم في حالة الإفصاح عن جرائمهم، وقد سبق التعرض لذلك، ومن هنا يمكنني التأكيد على أن رغبة مواطني الدولة في العفو لا تُعرب عن إرادتهم الحرة ولكنهم يكونوا مكرهين على ذلك.

واستناداً على أن صحة الإرادة هي شرط أساسي لكي تنتج أثراً قانونياً، وإدراكاً لأن هذه الحرية غير متوفرة في ظل المناخ السائد خلال الفترة التالية على النزاع، فلا يمكن الاستناد على رضا المواطنين بقوانين العفو كسند لشرعيتها، وهنا يجب أن نتيقن من أن

خيار القصاص العادل لو كان أحد الخيارات المتاحة أمام ضحايا الجرائم المرتكبة أثناء النزاع فأنهم لن يقبلوا بالعفو. ثانياً: الإدعاء بأن تدابير العفو تتفق مع قواعد القانون الدولي وسياسة الأمم المتحدة:

من يدعى إتفاق تدابير العفو الشامل مع قواعد القانون الدولي مستنداً إلى ما تضمنته الفقرة الخامسة من المادة السادسة من البروتوكول الثاني الملحق باتفاقيات جينيف لعام ١٩٤٩م السابق ذكرها يمكننا الرد عليه بأن، العفو المقصود هنا لا يمكن أن يشتمل على جرائم ورد النص عليها في القانون الدولي، كما أن مفهوم العفو الوارد في الوثائق الدولية يجب تفسيره - تفسير ضيق - بأنه العفو الذي يعقب المحاكمات وليس العفو الذي تصدره الدول قبل إجراء المحاكمة، فالنوع الأول من العفو لا يمكن أن يمثل إنكاراً للعدالة أما النوع الثاني الذي يعفي المتهمين من المثول أمام المحاكم هو إنكار كامل للعدالة الجنائية الدولية.

وفي هذا الصدد أتفق مع رؤية السيد "لويس جوانية"<sup>(١)</sup> حيث أكد أن العفو الذي يحول دون خضوع الأشخاص المتهمين بارتكاب الجرائم الدولية هو عفو غير قانوني بموجب قواعد القانون الدولي أما العفو الذي يُمنح بعد المحاكمة إما لتخفيف العقوبة أو الإعفاء من تنفيذها هو عفو محبذ قانوناً ويدعم فكرة المصالحة الوطنية التي تتحقق خلال فترات العدالة الانتقالية، واعتبر "جوانية" أن الحكم في حد ذاته وبغض النظر عن تنفيذه هو وصمه عار في جبين الجاني قد تكون مرضية

(١) لويس جوانية هو المقرر الخاص للجنة الفرعية لمنع التمييز وحماية الأقليات وقد ذكر هذه الرؤية في دراسته التي أعدها تحت عنوان "مجموعة مبادئ لحماية وتعزيز حقوق الإنسان من خلال العمل على محاربة الإفلات من العقاب" أنظر (E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1)

للمجتمع الذي اقترف فيه جريمته وللضحايا بشكل خاص والأهم من ذلك وفقا لفلسفه القانون أن النطق بالحكم يعنى إعلاء قيم العدالة<sup>(١)</sup>.

وأما من يتصور أن تدابير العفو الوطنية تتفق مع سياسة الأمم المتحدة مستنداً على أن وسطاء المنظمة كانوا يشجعون الدول الخارجة من النزاعات على إجراء هذا العفو، يمكننا الرد عليه بأن المنظمة غيرت سياستها منذ بداية الألفية الجديدة حيث أعلن الأمين العام أن العدل والسلام ليست قوى متناقضة بل إن تحقيقهما على الوجه السليم يتطلب تعزيز كل منهما للأخرى، وأشار الأمين العام صراحة إلى خطأ سياسة المنظمة خلال الفترة السابقة وأكد على ضرورة تعديل سياستها<sup>(٢)</sup>.

وفي هذا الصدد، يجب الانتباه إلى أن معطيات الفترة التالية على نشأة الأمم المتحدة هي التي فرضت عليها انتهاج سياسة العفو والمصالحة ما بين القوى المتصارعة داخل البلدان، ومن أهم هذه المعطيات فترة الحرب الباردة التي عطلت دور مجلس الأمن الدولي لفترة طويلة من الزمن.

وقد واجهت هذه السياسة إستهجان دولي شديد، ووصفت إجراءات العفو التي تتضمنها مرحلة العدالة الانتقالية بأنها لا تحقق العدالة من أي نوع، فهي تحول دون بحث قضايا الماضي، وتفرض سيطرة مرتكبي الجريمة بالقوة، وتولد شعور عميق لدى الضحايا بإنكار العدالة من جانب المجتمع الذي يتفاوض مع المجرم بدلاً من معاقبته<sup>(٣)</sup>.

1) انظر إيريك سوتاس، العدالة الانتقالية والعقوبات، مرجع سابق، ص ١٠١

2) انظر وثائق الأمم المتحدة الوثيقة رقم S/2004/616

3) إيريك سوتاس، العدالة الانتقالية والعقوبات، مرجع سابق، ص ٨٤، ٨٥

هذا بالإضافة إلى العديد من قرارات المحاكم الدولية التي رفضت الاعتراف بالأثر القانوني للكثير من قوانين العفو، منها رفض المحكمة الخاصة لسيراليون كثيراً من الطعون المتعلقة بمنعها من النظر في الجرائم الدولية التي تضمنها قانون عفو سيراليون الذي صدر بعد النزاع، وقالت المحكمة أن أحد النتائج المترتبة على الطابع الخطير للجرائم المرتكبة ضد الإنسانية هي أن بإمكان الدول بموجب القانون الدولي أن تمارس اختصاصاً قضائياً عالمياً على هذه الجرائم ... وعندما يكون الاختصاص القضائي عالمياً لا يكون بمقدور دولة ما أن تحرم دولة أخرى من ممارسة اختصاصها القضائي في مقاضاة الجاني عن طريق تدابير العفو.

كما صدر حكم محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان - في مايو ٢٠٠٧م - مؤكداً على أن إصدار كولومبيا لقانون وطني ينص على إعاقه إجراءات التحقيق أو المحاكمة الجنائية العادلة لمرتكبي الجرائم الجنائية لا يتوافق مع التزامات كولومبيا الدولية السابقة بتوقيع عقوبة جنائية تتناسب مع الجرائم التي ترتكب على أراضيها، كما أن تخفيف العقوبات بشكل مبالغ فيه أيضاً يعد خرقاً للالتزام الدولي بمحاكمة عادلة بالإضافة إلى أن هذه الأحكام يجب أن تصدر من جهات قضائية ولا يجوز منح سلطة تخفيف العقوبات للجان التحقيق أو المصالحة التي تنشئها الدول في أعقاب النزاعات<sup>(١)</sup>.

(١) يشار في شأن العقوبات المخففة التي لا تتناسب مع الالتزام الدولي بالعدالة الجنائية إلى قانون العدالة والسلام الإندونيسي الذي صدر في ٢٠٠٥م وتضمنت المادة التاسعة والعشرين من هذا القانون عقوبات مخففة تتراوح بين خمس سنوات وثمان سنوات لجرائم جنائية تصل عقوبتها وفقاً للقوانين العادية لثمانين عاماً، وتقرر هذه العقوبات لأفراد المنظمات شبه العسكرية التي تقبل تسريح أعضائه أو تلقى سلاحهم وتدلّى بمعلومات عن المجموعة التي تنتمي لها. انظر أدوات سيادة القانون، مرجع سابق، ص ٣٨.

وأمام الكثير من الانتقادات التي واجهتها الأمم المتحدة عدلت من سياستها، وأقرت أن تدابير العفو التي تعتمدها الدولة في أعقاب فترات النزاعات المسلحة يجب أن لا تؤثر على الالتزامات الدولية التي تقع على عاتق الدولة بإجراء المحاكمات العادلة وجبر الضحايا ولا يمكن لهذه التدابير أن تلغى الطابع الجنائي للوقائع الخطيرة التي يتقدم بها الضحايا<sup>(١)</sup>.

**ثالثاً: الإدعاء بأن تدابير العفو تستمد شرعيتها من دساتير الدول:**  
فيما يتعلق بالنصوص الدستورية التي تعترف بسلطة المجالس التشريعية أو رئيس الدولة في العفو، فأنا يجب أن نتفق هنا على أن شرعية هذا الإعفاء لن تتحقق إلا بتحقيق شرطين:

الشرط الأول: أن تملك سلطات الدولة القدرة على معاقبة المجرم ثم تعفوا بإرادتها، أما لو كانت بعض العصابات الإجرامية تملك القدرة على الوقوف في مواجهة سلطة الدولة وتجبرها على إصدار العفو عن أفعالها فلا يمكننا وصف هذا العفو بالشرعية الدستورية بأي حال من الأحوال، والدليل على ذلك أن الكثير من قوانين العفو التي أصدرتها الدول في أعقاب الصراعات الداخلية واجهت أحكام بعدم دستورتها بعد أن استعادة الدولة قدراتها<sup>(٢)</sup>.

(1) انظر تقرير الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادر في ٢٠١٣م بشأن جلسة الاستماع البرلمانية المنعقدة بالأمم المتحدة في يومي ٦، ٧ ديسمبر ٢٠١٢م بعنوان "درب غير مطروق: نهج برلمانية لمنع نشوب النزاعات والمصالحة وبناء السلام" ص ٩ الوثيقة رقم A/67/765، راجع في ذلك أيضاً، لويز آرپور "العدالة الاقتصادية والاجتماعية للمجتمعات التي تمر بمرحلة انتقالية" المحاضرة السنوية الثانية عن العدالة الانتقالية، استضافها مركز حقوق الإنسان والعدالة العالمية التابع لكلية الحقوق في جامعة نيويورك بالشراكة مع المركز الدولي للعدالة الانتقالية، نيويورك ٢٥ أكتوبر ٢٠٠٦م.

(2) في الأرجنتين، وبعد أن صدر قانون التوقف الكامل وقانون الطاعة الواجبة ألغى البرلمان الأرجنتيني هذه القوانين في ٢٠٠٣م وبعدها بعامين في=



أما الشرط الثاني: ألا يشمل هذا العفو مرتكبي الجرائم الدولية، وذلك لأن السلطة التشريعية للدولة لا تمتلك قانوناً منح هذا العفو، فالدولة حرة في إصدار ما تشاء من تشريعات بشرط ألا يتعارض مع ما التزمت به أمام المجتمع الدولي من التزامات.

والتساؤل الهام الذي يمكن طرحه في هذا الشأن: ما هو موقف الدولة إذا كانت لم توقع على بعض الاتفاقيات الدولية التي تجرم الأفعال المرتكبة أثناء النزاع؟

ومن أمثلة هذه الحالة قانون العفو الذي أصدرته جواتيمالا متضمناً العفو عن مرتكبي جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية، وادعت جواتيمالا عدم التزامها بمحاكمة مرتكبي هذه الجرائم لعدم انضمامها لاتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية لعام ١٩٨٦م كما تضمن هذا القانون العفو عن مرتكبي جرائم التعذيب لعدم انضمام جواتيمالا لاتفاقية مناهضة التعذيب<sup>(١)</sup>.

٢٠٠٥م قضت المحكمة العليا بأن هذه القوانين غير دستورية حيث تمثل إنكار للمعدلة الجنائية وبالفعل عقدت الأرجنتين أكبر عدد من المحاكمات الجنائية في تاريخها وشهدت بعدها الأرجنتين أطول فترة حكم ديمقراطي في تاريخها، ومن أمثلة هذه الأحكام التي صدرت في مواجهة تدابير العفو أيضاً حكم المحكمة الدستورية الكولومبية بعدم دستورية نصوص قانون العفو الذي أصدرته كولومبيا في أعقاب الأحداث.

**Kathryn Silknk and Carrie Walling, "The impact of human rights trials in Latin America" Journal of Peace Research, vol 44, No 4, 2007, p 417.**

(١) اعتمد هذا القانون في عام ١٩٩٦م ونص على أنه لا يجوز أن يشمل العفو كل الجرائم الدولية ولكنه سحب العفو عن بعض هذه الجرائم فقط، فمثلاً تضمن هذا القانون نصاً يقرر أن تستبعد من نطاق العفو الجرائم التي لا يجوز إسقاطها بالتقادم وفقاً للقانون الغواتيمالي أو المعاهدات التي أصبحت غواتيمالا طرفاً فيها، وهو ما يعني أن هذا العفو يمكن أن يشمل العفو عن ارتكاب جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وذلك لأن غواتيمالا لم تنضم لاتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية لعام ١٩٨٦م كما أنه لم يشمل جرائم التعذيب والاختفاء القسري لذات السبب.

ولا شك في أن هذا العفو أيضاً يمثل انتهاك للقانون الدولي، وذلك استناداً على أن التزام الدول بمحاكمة مرتكبي جرائم التعذيب والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب أصبح بمثابة قاعدة دولية أمره وملزمة لكافة الدول بغض النظر عن توقيعها على الاتفاقية ذات الصلة من عدمه، وذلك لخطورة أثر هذه الجرائم على السلام والأمن الدوليين، وهو ما قررتَه الدائرة التمهيدية للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة حين أشارت إلى أن العفو الوطني الذي يصدر بشأن ارتكاب جرائم يشكل خطراً قاعدة من القواعد الأمرة هو عفو غير معترف به قانوناً على الصعيد الدولي<sup>(1)</sup>.

وهنا يجب الإشارة إلى أن الدولة لا يمكن أن تدفع المسؤولية الدولية التي تنشأ بسبب إصدارها لقانون عفو بدافع مرورها بقوة قاهرة أو ظروف طارئة حالت دون قدرتها على إجراء المحاكمات الجنائية العادلة، والسبب في ذلك أن الظروف القهرية أو الطارئة التي تمر بها الدولة يمكن أن تبرر عدم إجرائها للمحاكمات الجنائية وهو فعل سلبي، أما إصدار الدولة لقانون عفو فهو فعل إيجابي لا يجد ما يبرره خاصة وأن هذا العفو يمكن أن يُتهم على أنه محاولة من سلطات الدولة للحيلولة دون إجراء المحاكمات الدولية التي يجب أن تعقد في حالة عدم قدرة الدولة على إجراء المحاكمات على المستوى الوطني.

(1) يشار في هذا الشأن إلى أن المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة أصدرت هذا الرأي بشأن عدم جواز إصدار تدابير عفو للمتهمين بجرائم التعذيب وعللت المحكمة رأيه قائلة إن لحقيقة حظر التعذيب بموجب قاعدة قطعية من قواعد القانون الدولي أثراً آخرى على مستوى العلاقات بين الدول وعلى المستوى الفردي، فعلى مستوى العلاقات بين الدول يفيد هذا الحظر في إزالة الشرعية الدولية عن أي فعل تشريعي أو إداري أو قضائي يمنع محاكمة مرتكبي جرائم التعذيب...، انظر وثائق الأمم المتحدة (HR/PVB/09/1) بعنوان أدوات سيادة القانون لدول ما بعد الصراع، مرجع سابق ص ٢٩

ومما سبق يمكننا التأكيد على أن الحجج التي تذكر لوصف قوانين العفو بالمشروعية لا تصلح لتحقيق هدفها، وسأحاول في المطلب التالي تحديد حالات العفو التي تمثل إنكار للعدالة الجنائية الدولية للتمييز بينها وبين تدابير العفو التي يمكن قبولها دولياً.

### المطلب الثاني

#### الحاجة لاتفاقية دولية لمكافحة إنكار العدالة الجنائية الدولية

##### في مرحلة ما بعد النزاع

تتطلب مكافحة إنكار العدالة الجنائية الدولية في مرحلة ما بعد النزاع إبرام اتفاقية دولية تتضمن التزامات واضحة على كافة الدول، وكافة الهيئات الدولية التي تشارك في عمليات بناء السلام، بما فيها لجنة بناء السلام وغيرها من الأطراف الدولية الفاعلة في هذه العمليات.

وقبل التعرض لما يجب أن تتضمنه هذه الاتفاقية، يجب التنويه إلى مشروع "القانون النموذجي للعدالة الجنائية لدول ما بعد الصراع" الذي أعده معهد الولايات المتحدة للسلام والمركز الأيرلندي لحقوق الإنسان بجامعة أيرلندا الوطنية بالتعاون مع المفوضية السامية لحقوق الإنسان ومكتب الأمم المتحدة المعنى بالجريمة والمخدرات، وبمشاركة ثلاثمائة من خبراء إدارة فترات ما بعد النزاع بالأمم المتحدة وقضاة المحاكم الجنائية الوطنية والدولية السابقة ووزراء العدل بمختلف الدول ومختلف هيئات الأمم المتحدة وأيضاً مشاركة كليات الحقوق من مختلف جامعات العالم<sup>(1)</sup>.

وانطلقت رؤية واضعي هذا القانون من أن فترات الصراع عادة يكون لها بالغ الأثر في النظام القانوني للدولة، حيث تدمر السجون

(1) انظر القانون النموذجي للعدالة الجنائية خلال الفترات اللاحقة للصراعات، المجلد الأول، تحرير فيفيان أوكوتير وكوليت روش، مطبعة معهد الولايات المتحدة للسلام، واشنطن، ٢٠٠٧م.

ومراكز الشرطة ودور القضاء، وغالباً يؤدي ذلك إلى هروب القضاة والمحامين والعديد من قوة الشرطة، وهو ما رصدته هيئات الأمم المتحدة في مجتمعات ما بعد الصراع، ونظراً لأن هذه البيئة تمثل أرضاً خصبة لارتكاب الجرائم الخطيرة، وأن النص على تشريعات جنائية حديثة ومتوافقة مع ما توصلت إليه النظم الجنائية المعاصرة عادة يواجه العديد من التحديات بسبب الصراع المتصاعد بين القوى السياسية في هذه المجتمعات، فقد تم وضع هذا القانون النموذجي لتسترشد به الدول الخارجة من النزاعات في وضع قانون جنائي متوافق مع أحدث معايير العدالة الجنائية الدولية ومتطلبات حقوق الإنسان وتطبيقه على ما يقع من جرائم في مرحلة ما بعد الصراع<sup>(١)</sup>.

وما يجب الإشارة إليه، أن هذا القانون لم يتعرض لإشكالية الإفلات من العقاب على الجرائم المرتكبة خلال فترة النزاع، ولذلك تأتي فكرة مشروع اتفاقية مكافحة إنكار العدالة الجنائية الدولية في مرحلة ما بعد النزاع لتتكامل مع مشروع القانون الجنائي النموذجي لدول ما بعد الصراع لضمان عدم إفلات مرتكبي الجرائم الواقعة أثناء فترة الصراع من العقاب.

(١) تضمن المشروع ثلاث مجلدات الأول منها صدر في ربيع ٢٠٠٧ وهو القانون الجنائي أو قانون العقوبات ويركز على المبادئ العامة للقانون الجنائي وماهية السلوك الذي يعتبر جنائي أو الظروف التي يمكن فيها اعتبار شخص ما مسؤولاً جنائياً، والعقوبات ذات الصلة ويتضمن المجلد الثاني الذي صدر في نفس العام قانون الإجراءات الجنائية ويتضمن القواعد الإجرائية التي تحكم كيفية التحقيق في الجرائم، وفي العام التالي صدر المجلد الثالث متضمناً القانون النموذجي للتوقيف والقوانين والإجراءات التي يتعين على نظام العدالة الجنائية تطبيقها على الأشخاص المحتجزين قبل أي محاكمة وخلالها، والقانون النموذجي لسلطات الشرطة ويتضمن صلاحيات الشرطة وواجباتها في التحقيقات الجنائية وأيضاً الإجراءات ذات الصلة التي يجب على الشرطة إتباعها لحفظ النظام العام. انظر القانون النموذجي للعدالة الجنائية خلال الفترات اللاحقة للصراعات، المرجع السابق، ص ٥٢-٥٧.

وتستهدف هذه الاتفاقية بداية ترسيخ مفهوم إنكار العدالة الجنائية الدولية الذي سبق توضيحه في المبحث الأول بعد التوافق الدولي على صياغته، والهدف الثاني لهذه الاتفاقية هو وضع أطر وضوابط حاكمة لسلطة الدول في إصدار تدابير عفو وطنية خلال المرحلة التالية على النزاع.

وعند التفكير في تحديد الحالات التي تمثل فيها تدابير العفو إنكار للعدالة الجنائية الدولية يثار تساؤل هام وهو هل يُفضل تضيق هذه الحالات أم يُفضل التوسع فيها؟

وفي الحقيقة أن هذا التساؤل يستوجب الانتباه للخلافات الفقهية المثارة قديماً بشأن تحديد مدى ضيق أو اتساع مفهوم إنكار العدالة المتعارف عليه في القانون الدولي، فبعض الفقه اتجه إلى تضيق مفهوم إنكار العدالة ليشمل حالات قليلة جداً، وهي ما عرفت بالنظرية المقيدة لإنكار العدالة<sup>(1)</sup>، والبعض الآخر عد هذه الحالات حصراً لتتسأ نظرية عرفت بالنظرية التعددية لإنكار العدالة، واتخذت هذه النظرية منهجاً وسطاً ما بين الضيق والاتساع، أما البعض الآخر فذهب إلى التوسع في الحالات التي يمكن أن يوجه فيها الاتهام للدولة بإنكار العدالة لتتسأ النظرية الموسعة.

ومن خلال مطالعة مضمون هذه النظريات الثلاث، وبناء على تفهم فكرة مسئولية الدولة عن تصرفات سلطاتها التشريعية والقضائية

(1) قيدت هذه النظرية من الحالات التي يمكن أن تواجه فيها الدولة الاتهام بإنكار العدالة، فوفقاً لمؤيدي هذه النظرية لا يحدث إنكار العدالة إلا في حالتين، الحالة الأولى هي عدم الاعتراف بحق الأجنبي في المثل أمام القضاء الوطني للدولة أما الحالة الثانية هي تمييز الدولة بين الأجانب والمواطنين في حق الاستفادة من درجات التقاضي المختلفة كأن تسمح الدولة للأجنبي بالمثل أمام قضاء أول درجه دون الاعتراف بحقه في إجراءات الطعن والاستئناف في الأحكام التي تصدر ضده على الرغم من إقرار هذا الحق للمواطنين.

والتففيذية أمام المجتمع الدولي، وما استقر عليه الفقه والعمل الدولي من أن كافة سلطات الدولة ملتزمة بالتصرف وفقاً لما صدقت عليه دولتها من معاهدات وما نشأ عنها من التزامات دولية، وأيضاً ما اتخذ الطبيعة الأمرة من قواعد وأحكام القانون الدولي باعتبارها قواعد إلزامية التطبيق، يمكن أن يجد الباحث ضالته في تحديد الحالات التي يجب أن تواجه فيها الدولة الاتهام بإنكار العدالة الجنائية الدولية لو أصدرت تدابير عفو وطنية في أعقاب النزاعات داخلية.

وفيما يلي سوف أحاول تحديد هذه الحالات ثم أذكر بعض الملاحظات الهامة لتحديد نطاق تطبيقها:

### أولاً: حالات إنكار العدالة الجنائية الدولية في أعقاب الصراع:

(١) حالة إنكار السلطة التشريعية للدولة للعدالة الجنائية الدولية: وتتمثل هذه الحالة في إصدار قانون عفو شامل أو أي نوع آخر من العفو إذا نص القانون على إعفاء مرتكبي الجرائم الدولية من المحاكمة في أعقاب النزاع المسلح بشكل يتعارض مع الالتزام الدولي بإجراء المحاكمات الجنائية العادلة لمرتكبي تلك الجرائم.

(٢) حالة إنكار السلطة القضائية للدولة للعدالة الجنائية الدولية: تتحقق هذه الحالة عند امتناع محاكم الدولة عن نظر القضايا المقدمة إليها من الضحايا رغم قدرتها على نظرها واختصاصها بالفصل فيها أو تباطؤها غير المبرر في الفصل في هذه الدعاوى بشكل يُستدل منه على قصدها التسوية وهو ما يؤدي إلى حرمان الضحية من الوصول إلى حقه بإبقاء مطالبته معلقة لغير أجل محدد كما يمثل إنكار للعدالة الجنائية الدولية من جانب محاكم الدولة حالة ما إذا تقدم إليها بعض المواطنين بدعواهم ولكنها فصلت فيها بإصدار مجموعة من

## الأحكام التعسفية تحت تأثير نزعات عنصرية أو شعور عدائي ضد طائفة معينة<sup>(١)</sup>.

(1) استخلصت الحالات التي تضمنتها هذه الحالة من مؤيدي نظرية التعداد الحصري لحالات إنكار العدالة قديماً، حيث يتحقق إنكار العدالة وفقاً لمؤيدي هذه النظرية إذا امتنعت محاكم الدولة عن النظر في نزاع يتقدم به إليها أحد الأجانب رغم اختصاصها بالفصل فيه أو تباطؤها غير المبرر في الفصل فيه بشكل يستدل منه على قصدتها التسوية وحرمان الأجنبي من الوصول إلى حقه بإبقاء مطالبته معلقة لغير أجل محدد ويعد إنكار للعدالة حالة ما إذا تقدم الأجنبي لمحاكم الدولة بدعوته ففصلت فيها ولكنها أصدرت ضده حكماً تعسفياً تحت تأثير نزعه عنصرية أو شعور عدائي ضد الأجانب عامة أو ضد جنسية هذا الأجنبي بالذات، وكان في الحكم أو في الإجراءات التي اتبعت لإصداره إخلالاً ظاهراً بمبادئ العدل. فوفقاً لمؤيدي هذه النظرية لا تقتصر مسؤولية الدولة على السماح للأجنبي بالمثول أمام قضائها الوطني فقط بل أن الدولة مسؤولة أيضاً عن ضمان عدالة المحاكمة التي ينظر من خلالها دعوى الأجنبي ولا يمكن للدولة أن تدفع عنها المسؤولية الدولية بأنها قررت في قوانينها السماح للأجنبي بحقوق التقاضي التي يتمتع بها المواطنين وأنه لا يمكنها مراقبة كيفية أداء المحاكم لمهمتها، ولكن يؤكد مؤيدي هذه النظرية أن الدولة مسؤولة أمام المجتمع الدولي عن تسييس قضائها وعدم التزامه الحيادة والنزاهة والعدالة وهو ما يترتب على التزام الدولة بحسن النية في الوفاء بالالتزامات الدولية وهو ما أقره مجمع القانون الدولي في اجتماع لوزان ١٩٢٧ وأقرته أيضاً لجنة القانون الدولي في تحديدها لمفهوم إنكار العدالة ورد في المادة السادسة من قرار مجمع القانون الدولي في اجتماع لوزان ١٩٢٧ م " تكون الدولة أيضاً مسؤولة إذا كان في الإجراءات التي اتبعت أمام قضائها أو في الحكم الصادر منه إخلالاً ظاهراً بالعدالة، وعلى الأخص إذا كان الدافع على هذه الإجراءات أو هذا الحكم شعور الكراهية بالنسبة للأجانب بوصفهم كذلك أو باعتبارهم رعايا دولة معينة بالذات. كما تنص المادة الرابعة من مشروع لجنة القانون الدولي المعنون بإنكار العدالة على ما يأتي:

تسأل الدولة عن الأضرار التي تصيب الأجانب نتيجة أفعال أو امتناع مما يعتبر إنكار للعدالة.

٣) حالة إنكار السلطة التنفيذية للدولة للعدالة الجنائية الدولية: قد تتخذ هذه الحالة صورتين الأولى هي اتفاقات المصالحة الوطنية التي تبرمها السلطات السياسية للدولة مع خصومها أو الأطراف الأخرى للنزاعات إذا تضمنت هذه الاتفاقات الإعفاء من المسؤولية الجنائية الناتجة عن ارتكاب جرائم دولية، أما الصورة الثانية هي تقاعس الأجهزة الأمنية عن تنفيذ أحكام القضاء أو القيام بمهامها الأساسية المعاونة للسلطة القضائية رغم قدرتها على القيام بها، ويتمثل ذلك في عدم قيامها بإجراءات البحث والتحري وضبط الجناة والمتهمين بارتكاب الجرائم الواقعة أثناء فترة النزاع الداخلي<sup>(١)</sup>.

٢. يكون هناك إنكار للعدالة في حكم الفقرة السابقة إذا لم تسمح المحكمة أو السلطة المختصة في الدولة الأجنبية بممارسة الحقوق المنصوص عليها في الفقرات هـ، و، ز، من الشطر الأول من المادة السادسة من هذا المشروع ( وهي حق التقاضي وحق المرافعة العلنية وحق الدفاع عن النفس في المسائل الجنائية في حدود القواعد القانونية والمبادئ الثابتة عالمياً )

٣. كذلك يكون هناك إنكار للعدالة في حكم الفقرة المذكورة إذا أصدرت المحكمة حكماً أو قراراً فيه ظلم واضح لمجرد أن الشخص المضرور أجنبي .

لمزيد من التفاصيل راجع أ.د. على صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ، ص ٢٢٣، د. عادل أبو هشيمة، مرجع سابق، ص ٧٩. د. مصطفى أحمد فؤاد، مفهوم إنكار العدالة " دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي مع الإشارة إلى أهم التطبيقات القضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٦، ص ٢٨

(١) توسع البعض في تحديد الحالات التي يوجه فيها للدولة اتهام بإنكار العدالة، فلا تقتصر حالات إنكار العدالة على التصرفات الصادرة عن السلطة القضائية ولكن يمكن أن يتحقق إنكار العدالة من جانب السلطات التنفيذية، فعلى الرغم من الارتباط الوثيق بين مفهوم العدالة ودور =



ثانياً: ملاحظات بشأن تحديد حالات إنكار العدالة الجنائية الدولية في مرحلة ما بعد الصراع.

(١) يتحقق إنكار العدالة الجنائية الدولية إذا أصدرت السلطة التشريعية قانون عفو وطني متضمن الإعفاء عن مرتكبي الجرائم الدولية حتى لو كانت الأجهزة القضائية والتنفيذية في حالة انهيار كلي أو جزئي، كما يتحقق إنكار العدالة الجنائية الدولية إذا أبرمت السلطة التنفيذية اتفاقات مصالحة وطنية متضمنة العفو عن مرتكبي هذه الجرائم حتى لو كانت

=الأجهزة القضائية إلا أن تحقق العدالة على أرض الواقع يتطلب ممارسة الأجهزة التنفيذية لدورها بفاعليه، وعليه ظهر اتجاه فقهي واسع يؤكد على أن إنكار العدالة يمكن تحقيقه إذا قصرت الأجهزة التنفيذية في القيام بوظائفها المكمل للوظائف القضائية. وفي هذا الشأن يقول الأستاذ جورج سل إن إنكار العدالة يحدث في الحالات التي تقصر فيها الأجهزة التنفيذية والإدارية المعنية بممارسة مهام مرتبطة بعمل الوظائف القضائية، ويقول الأستاذ "فيزامورس" أن إنكار العدالة يحدث إذا تعسفت أجهزة الشرطة في استخدام إجراءات حبس أو احتجاز الأجانب، أو في تنفيذ الأحكام التي تصدر لمصلحة الأجانب. ووفقاً لهذا الاتجاه يتحقق إنكار العدالة أيضاً في حالات تقصير أجهزة الشرطة في القيام بإجراءات البحث والتحري وضبط الجناة في الجرائم التي ترتكب ضد الأجانب على إقليم الدولة. ويذهب البعض إلى التوسع في تحديد مفهوم إنكار العدالة فلا يقتصر الأمر على الأجهزة الشرطة فقط بل أن كل تصرف أو امتناع يحول دون تحقق العدالة من أي جهاز من الأجهزة الإدارية للدولة يمثل إنكار للعدالة ويتحقق على أساسه مسئولية الدولة أمام المجتمع الدولي، وقد أشارت العديد من قضايا التحكيم الدولية لهذا المعنى. د. عادل أبو هشيمة، إنكار العدالة في القانون الدولي الخاص، دار الكتب القانونية، ٢٠١٦م، ص ١٩ ، أ.د. مصطفى أحمد فؤاد، مفهوم إنكار العدالة "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي مع الإشارة إلى أهم التطبيقات القضائية، مرجع سابق ص ٨٢ ، أ.د. حامد سلطان، أحكام القانون الدولي العام في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠م، ص ٣١٨

الأجهزة الداخلية للدولة في حالة انهيار كلى أو جزئي. (وهنا يجب الانتباه إلى أن عدم الاعتراف بحق الدولة في العفو عن مرتكبي الجرائم الدولية سيضع إطار قانونى دولى حاكم لمفاوضات السلام التي تجرى في أعقاب النزاعات فلا يمكن أن يعتبر كل شيء مباح ولكن هذه المفاوضات يجب أن تظل داخل الأطر المقبولة وفقاً للقانون الدولي العام وما يضعه من التزامات على سلطات الدولة)

(٢) لا يتحقق إنكار العدالة الجنائية الدولية بسبب الأخطاء الفردية التي يمكن أن تشهدها المحاكمات الجنائية أو تنتج عن ممارسات الأجهزة الأمنية ولكن يجب أن يعكس تكرار ممارسة هذه الحالات سياسة عامة تنتهجها الدولة في إدارة العدالة الجنائية خلال مرحلة ما بعد النزاع.

(٣) لا يمكن النظر لأي تدابير عفو تصدرها الدولة باعتبارها إنكاراً للعدالة الجنائية الدولية، فإجراءات العفو التي تصدرها بعض الدول في الظروف العادية والتي لا تنمى بفترات نزاع داخلي قد تكون قائمة على أسس قانونية وفقاً لما يتضمنه دستور الدولة، وهو حق للدولة لا يتعارض مع القانون الدولي أما إنكار العدالة الذي نقصده يرتبط بظروف المرحلة الحرجة التي تمر بها الدول بعد النزاعات فقط.

(٤) في حالة كثرة الدعاوى وتعدد الجرائم التي ترتكب أثناء فترة النزاع، بحق للدولة البدء بالجرائم الأكثر خطورة والتي يخشى من ضياع أدلتها، وفي حالة عدم استطاعة الأجهزة القضائية البدء في كافة الدعاوى المعروضة عليها يمكن إرجاء التحقيقات في ما لا تستطيع البدء فيه أسوة بما تتبعه المحكمة الجنائية في حالات إرجاء التحقيقات في بعض القضايا.

(٥) لا يعتبر العفو الذي يصدر عن تنفيذ العقوبات بعد إصدار الأحكام الجنائية إنكار للعدالة الجنائية الدولية، حيث إن العفو الذي ينكر العدالة الجنائية هو العفو الذي يسبق المحاكمة ويحول دون قيامها وليس العفو الذي يمنح بعد صدور الحكم.

(٦) لا تفهم الحصانات الدبلوماسية الممنوحة لرؤساء الدول أو وزراء الخارجية أو سفراء الدول المتوافقة مع قواعد القانون الدولي والمتضمنة حصانتهم القضائية من الخضوع لأحكام القانون الوطني للدول الأجنبية باعتبارها أحد صور إنكار العدالة الجنائية.

### المطلب الثالث

#### إصلاح مجلس الأمن الدولي

انطلاقاً من فهمنا لطبيعة الأسباب المؤدية لإنكار العدالة الجنائية الدولية، يمكننا التأكيد على أن المعالجة الحقيقية لهذه الإشكالية لن تؤدي ثمارها ببذل الجهود على المستوى الوطني فقط، ولكن معالجة هذه الإشكالية تتطلب إصلاح مجلس الأمن الدولي، فمن المستقر أن المحكمة الجنائية الدولية تمارس دورها في حماية هذه العدالة في حالات عدم قدرة الدول على تحقيقها أو عدم رغبتها في ذلك، ومن المفهوم أن المحكمة لن تستطيع أن تمارس دوراً حقيقياً إلا بمساعدة مجلس الأمن الدولي.

فعلى الرغم من أن المحكمة الجنائية الدولية نشأت لمعالجة قضية ازدواجية المعايير التي يعانيها القانون الدولي منذ نشأته إلا أنها أخفقت في مواجهة هذه الإشكالية بسبب عدم تعاون مجلس الأمن، وباتت المحكمة تواجه إتهام بأنها لم تنشأ إلا لمحاكمة القادة الأفارقة والدول الضعيفة فقط، فكثيراً من الجرائم الدولية ترتكب بمشاركة وتخطيط

قادة الدول القوية في مناطق مختلفة من العالم إلا أن المحكمة لا تحاكم إلا القادة الأفارقة<sup>(١)</sup>.

وقد واجهت المحكمة العديد من التساؤلات بشأن مدى قدرتها على تحقيق العدالة الجنائية الدولية، في ظل النظام الدولي الراهن والسلطات التي يتمتع بها مجلس الأمن، وأسلوب اتخاذه للقرارات المتعلقة بالسلام الدولي، من هذه التساؤلات كيف يمكننا الاقتناع بأن المحكمة الجنائية الدولية هي أداة العدالة الدولية وتحقيق المساواة أمام القانون في الوقت الذي نجد فيه كافة القضايا المعروضة أمام المحكمة لبلدان أفريقية؟ وفي الوقت الذي يبدو فيه للقاصي والداني أن إحالة أحد قادة الدول القوية للمحاكمة أمامها هدف صعب المنال؟<sup>(٢)</sup>

وفي ظل عدم قيام مجلس الأمن بدورة، كيف يمكن للمحكمة أن تطبق العدالة وعملها اصبح مرهون بمعاونة الدولة الطرف التي تنظر حالتها، وهو ما يعنى أن المتهم سوف يقدم الأدلة التي تقوي إدانته وهي فرضية يجافها المنطق ويحايبها الخيال<sup>(٣)</sup>، بالإضافة إلى أن المحكمة تواجه مشكلة تأخر المحاكمات لسنوات طويلة<sup>(٤)</sup> حيث يصل

1) يشار في هذا الشأن إلى أن خطة عمل المحكمة لعام ٢٠١٦م تتضمن ثمانية حالات وهي الحالة في جمهورية أفريقيا الوسطى، والحالة في كوت ديفوار، والحالة في ليبيا، والحالة في دارفور، والحالة في جمهورية الكونغو الديمقراطية، والحالة في مالي، والحالة في كينيا، والحالة في أوغندا. انظر وثائق المحكمة الجنائية الدولية (ICC-ASP/14/20)

- 2) Eric Blumeson, The challenge of A Global Standard of Justice, Peace, Pluralism and punishment at the international criminal court, vol 44, Columbia journal of transnational law, 2006, 818.
- 3) V.Peskn, International Justice in Rwanda and the Balkans: virtual trials and the struggle for state cooperation, Cambridge university press, 2008, p255
- 4) Alex Whiting, In International criminal Prosecution, Justice Delayed Can Be Justice Delivered, Harvard International Law, vol 50, 2009, p324

متوسط زمن المحاكمة أمامها إلى عشرة سنوات<sup>(١)</sup>، وعلى ما سبق رأي الكثير من الباحثين أن القضايا التي تنظرها المحكمة لا تمثل إلا قضايا مُفتعلة لا تعبر عن واقع الجرائم الخطيرة التي تهدد السلام والأمن الدولي<sup>(٢)</sup>.

ولذلك فقدت أغلب الدول شعوباً وحكومات الثقة في نزاهة المحكمة، وهو ما يجعلهم يفضلون خيار العفو لإدراكهم عدم وجود عدالة حقيقية في المجتمع الدولي، وأن محاكمة مرتكبي الجرائم الدولية ستظل آمال وطموحات يصعب تحقيقها على أرض الواقع.

وفي الحقيقة أن كافة التحديات التي تواجه المحكمة الجنائية الدولية سواء في عدم قدرتها على نظر الجرائم التي تحدث في دول ليست أطراف في المحكمة، أو تأخر المحاكمات، أو ازدواجية معايير العدالة الجنائية الدولية، ترجع إلى سلبية دور مجلس الأمن كجهاز تنفيذي يمارس أهم الأدوار في منظومة العدالة الجنائية الدولية، ولذلك فإن إصلاح منظومة العدالة الجنائية الدولية يعتمد بشكل أساسي على إصلاح مجلس الأمن.

وعند إلقاء الضوء على دور مجلس الأمن في تحقيق العدالة الجنائية الدولية باعتباره الجهاز التنفيذي الدولي نجده متمثل في مهمتين رئيسيتين، المهمة الأولى هي التدخل العاجل لوقف العنف

(1) تم إطلاق أول تحقيق رسمي من المحكمة الجنائية الدولية في ٢٣ يونيو ٢٠٠٤م بشأن جمهورية الكونغو الديمقراطية وكانت القضية بشأن انتهاكات القانون الدولي التي ارتكبت في شرق الكونغو حيث كان الصراع بين الجماعات المسلحة وجيش الكونغو في ١٩٩٩م وصدر أمر الاعتقال لتوماس ديليو وتم اعتقاله في مارس ٢٠٠٦م وفي يوليو ٢٠١٢م تم الحكم عليه بأربعة عشر عام وتؤكد في ديسمبر ٢٠١٤م.

2) Janine Natalya Clark, peace, Justice and the international criminal court, Journal of international criminal justice, vol:4, 2011, p. 522

والسيطرة على النزاع بمجرد نشوبه لمنع تفاقم الانتهاكات وتزايد الجرائم، والمهمة الثانية تتمثل في التدخل الآجل وهي إحالة الحالة للمحكمة الجنائية الدولية، ومعاونتها في تنفيذ قرارات القبض على الأفراد وتسليمهم، وللأسف أن المجلس فشل في تحقيق المهمتين.

فيما يتعلق بالمهمة الأولى والمتمثلة في التدخل العاجل لمنع تفاقم الجرائم الدولية في الدول التي تشهد نزاعات داخلية فإن الواقع الدولي المعاصر في سوريا وغيرها من الدول التي تشهد نزاعات داخلية أثبت فشل مجلس الأمن في هذه المهمة، وأصبحت قرارات المجلس معدومة الأثر على أرض الواقع، ولم تتعدى البيانات الرسمية التي تلقىها الدول أمام المجلس إلا كونها عبارات للتدبير والشجب والإدانة للانتهاكات التي تزداد على الأرض يوم بعد يوم دون أن يمتلك المجلس القدرة على تدخل فعال بسبب صراع القوى العظمى المسيطرة عليه<sup>(1)</sup>.

أما المهمة الثانية وهي التدخل الآجل، فتتمثل في التعاون مع المحكمة الجنائية الدولية في تنفيذ قرارات القبض على الأفراد وتسليمهم، ولا شك أن عدم القيام بها يفقد المحكمة قدرتها على الوجود الفعال على الساحة الدولية وهو ما أكده رئيس المحكمة الجنائية ليوغسلافيا السابقة حين قال أن المحاكم الدولية بوجه عام أشبه بمارد كبير بلا ساقين ولا يدين، وحتى تعمل هذه المحاكم بالشكل المطلوب منها لا بد من تركيب أطراف صناعية وهذه الأطراف الاصطناعية

(1) انظر قرار مجلس الأمن رقم (٢٠١٤/٢١٩١) الذي إعتبر أن الإفلات من العقاب في سوريا يؤدي للمزيد من الإنتهاكات للقانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، وقراره رقم (٢٠١٤/٢١٩٣) الذي طالب فيه المجلس جميع الأطراف الفاعلة في الصراع السوري في الحد من العنف والهجمات ضد المدنيين والسكان العزل، وقرارات المجلس أرقام (٢٠١٤/٢١٦٥)، (٢٠١٥/٢٢٣٢)، (٢٠١٥/٢٢٢٢) والتي طالب فيها المجلس بضرورة مكافحة الإفلات من العقاب لمرتكبي الجرائم الدولية.

تتمثل في تعاون الدول، وفي حالة عدم تعاون الدول لا يكون هناك سبيل لفاعلية قرارات هذه المحاكم إلا بدعم حقيقي من مجلس الأمن باعتباره الهيئة التنفيذية الدولية وفي حالة عدم تعاون المجلس مع المحكمة ستكون قرارات المحكمة هي والعدم سواء<sup>(١)</sup>. ويشهد الواقع الدولي منذ نشأة المحكمة الجنائية عدم تعاون مجلس الأمن في تنفيذ قراراتها، وذكرت المحكمة في تقريرها السنوي المرسل للأمم المتحدة "أن سلطة مجلس الأمن في إحالة حالة ما إلى المحكمة هي في غاية الأهمية لضمان المساءلة، ولكن من دون المتابعة اللازمة لضمان التعاون، وبخاصة إلقاء القبض على الأفراد وتسليمهم، لن تتحقق العدالة، إن تقاعس المجلس عن اتخاذ مزيد من التدابير لضمان تقديم الدعاوى إلى المحكمة يهدد بتقويض مصداقية المجلس والمحكمة على السواء، وتوجد حاليا ١١ رسالة من المحكمة إلى المجلس حول عدم التعاون فيما يتعلق بدارفور وليبيا لا تزال بلا جواب"<sup>(٢)</sup>.

وفي الحقيقة أن هذه المشكلات، سواء كانت متمثلة في تأخر تدخل مجلس الأمن بإجراءات جديّة للحيلولة دون تفاقم النزاعات أو عدم تعاون المجلس مع المحكمة في تنفيذ قراراتها، ترجع لسببين رئيسيين وهما تشكيل المجلس، وآلية التصويت فيه.

وعليه يجب إعادة النظر بشكل جاد في تشكيل مجلس الأمن الذي يثبت يوم بعد يوم عدم قدرته على مواجهة تحديات السلام والأمن الدولي الراهنة، وعدم تمثيله لتوازنات القوى الدولية المعاصرة، فالتشكيل الحالي يعكس توازنات القوى الدولية في أعقاب الحرب

1) Janine Natalya Clark, peace, justice and the international criminal court, op, 527

2) انظر وثائق المحكمة الجنائية الدولية الوثيقة رقم A/70/350

العالمية الثانية<sup>(١)</sup>، ومع مرور ما يزيد عن سبعة عقود من الزمان، ونحن على مشارف الاحتفال بالذكرى السنوية الخامسة والسبعين لنشأة المنظمة في ٢٠٢٠م، باتت هذه التركيبة الموروثة للمجلس بالية وغير متناسبة مطلقاً مع واقع العلاقات الدولية.

حيث تضاعف عدد أعضاء الأمم المتحدة إلى ما يقارب أربع أضعاف عددها عند نشأتها، كما يستبعد التشكيل الحالي من العضوية الدائمة بالمجلس أكبر الدول الممولة للأمم المتحدة مثل اليابان وألمانيا، إضافة إلى استبعاد القوى الصاعدة الأخرى مثل الهند والبرازيل، وكافة الدول الأفريقية على الرغم من أن ٨٥% من الموضوعات التي يناقشها المجلس خاصة بدول إفريقية دون أن يكون لها مقعد واحد دائم<sup>(٢)</sup>.

والعقبة الأساسية التي تواجه مطالب توسع نطاق العضوية في المجلس تتمثل في صراع مصالح الدول الدائمة العضوية الحالية، وهو ما أدى إلى فشل كافة محاولات التوسع السابقة<sup>(٣)</sup>، ومن المفهوم أن أي

(1) لم يتغير تشكيل المجلس إلا مرة واحدة في عام ١٩٦٥م عندما تمت زيادة عدد أعضائه غير الدائمين من ٦ إلى ١٠ مع الإبقاء على الدول الخمس الدائمين العضوية

(2) يشار في هذا الشأن إلى أنه لا يخلوا اجتماع دولي بشأن السلام والأمن العالمي وسبل تحقيق العدالة الدولية من المطالبة بإعادة النظر في تشكيل مجلس الأمن والية التصويت فيه لأثرها السلبي على العدالة الدولية، انظر على سبيل المثال جلسة الاستماع البرلمانية المنعقدة بالأمم المتحدة في ٢٠١٢م بعنوان "دروب غير مطروقة: نهج برلمانية لمنع نشوب النزاعات وتحقيق المصالحة وبناء السلام" (انظر وثائق الأمم المتحدة الوثيقة رقم A/67/765)

(3) نذكر منها على سبيل المثال: المحاولة الأمريكية في ٢٠١٠م عندما دعى الرئيس باراك أوباما لأن تصبح الهند عضواً دائماً في المجلس، ولكن من المعروف أن الصين رغم قبولها لفكرة وجود أعضاء دائمين جدد ترفض أن يكون من بينهم اليابان أو الهند، يشار في هذا الصدد أيضاً لمحاولة=



تغيير في العضوية لن يحدث دون قبول ثلثي أعضاء الأمم المتحدة على أن يكون من بينهم الدول الأعضاء الدائمين الحاليين.

فعلى الرغم من تعدد محاولات توسيع عضوية المجلس إلا أن هذه العقبة الكؤود وقفت حائلاً أمام تحقق أي منها، ومن أهم هذه المحاولات، تقديم الأمين العام السابق للأمم المتحدة كوفي عنان - عند الإعداد للقمة العالمية للأمم المتحدة ٢٠٠٥م - مقترحين لتوسيع مجلس الأمن إلى ٢٤ عضواً، الأول هو إضافة ستة مقاعد دائمة جديدة بدون إي حق نقض، وإضافة ثلاثة مقاعد جديدة غير دائمة، مدة العضوية فيها عامين، ويتم تقسيم هذه المقاعد بين المناطق الإقليمية الرئيسية في العالم، إفريقيا وآسيا وأوروبا والأمريكتين، أما المقترح الثاني هو إضافة تسعة مقاعد جديدة، منها ثمانية مقاعد مدة العضوية فيها أربع سنوات، وتكون قابلة للتجديد، والمقاعد التاسع يكون مدة العضوية فيه عامين غير قابلة للتجديد أسوة بالعضوية غير الدائمة الحالية، ويتم تقسيم هذه المقاعد على المناطق الرئيسية في العالم السابق ذكرها، وأشار كوفي عنان إلى أن إصلاح مجلس الأمن لن يكون بزيادة عدد أعضائه بل يجب أن يكون نظام عمل المجلس أكثر ديمقراطية وأن يكون المجلس أكثر خضوعاً للمساءلة<sup>(١)</sup>. ولم يقبل أي من هذه المقترحات خلال القمة العالمية عام ٢٠٠٥م.

---

=بريطانيا وفرنسا التوصل لحل وسط في مارس ٢٠٠٨م عندما طرحت فكرة عضوية طويلة تصل ما بين خمسة وخمسة عشر عاماً في المجلس لمنح بعض الدول وضع مميز يمكنها من ممارسة دور أكثر قوة في حماية السلام والأمن الدوليين، لمزيد من التفصيل انظر، كارسى، ماكديونالد وستيوارت أم. باتريك، توسيع مجلس الأمن ومصالح الولايات المتحدة الأمريكية، بحث منشور، مركز الإمارات للبحوث والدراسات الإستراتيجية، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١١م، ص ٢٢.

(١) انظر تقرير الأمين العام السابق كوفي عنان للأمم المتحدة في المعنون (في جو أفسح من الحرية صوب تحقيق التنمية والأمن وحقوق الإنسان للجميع) الذي صدر في ٢٠٠٥م.

وعلى الرغم من عدم قبول هذه المقترحات إلا أنها فتحت الباب أمام العديد من المقترحات الأخرى التي تضمنت رؤى متعددة لتوسيع نطاق العضوية في المجلس بل وإعادة هيكلته بالكامل، حيث عرضت ثلاث مقترحات رئيسية. المقترح الأول من مجموعة الدول الأربع (البرازيل، وألمانيا، والهند، واليابان)<sup>(1)</sup>، المقترح الثاني من تحالف الوحدة من أجل الإجماع UFC بقيادة (المكسيك، وإيطاليا، وكوريا الجنوبية، وباكستان)<sup>(2)</sup>، المقترح الثالث من الاتحاد الإفريقي<sup>(3)</sup>، ولم يكتب لأى من هذه المقترحات النجاح، حيث احتد الخلاف ما بين التكتلات الإقليمية ولم تستطع أى منهما حشد الإجماع على مقترحها.

وفي سبتمبر ٢٠٠٨م طرحت الجمعية العامة نقاشات إصلاح مجلس الأمن بين كافة حكومات الدول الأعضاء بالأمم المتحدة، وعقدت

- (1) يسعى هذا المقترح إلى زيادة عضوية المجلس إلى ٢٥ عضواً، حيث يضاف ٦ أعضاء دائمين، و ٤ غير دائمين، ووفقاً لهذا المقترح تحصل آسيا وإفريقيا على عضوين دائمين جديدين لكل منهما، ولكل من أمريكا اللاتينية/ الجنوبية، وأوروبا الغربية مقعد دائم واحد، وتمنح إفريقيا، آسيا، وأوروبا الشرقية، وأمريكا اللاتينية مقعد غير دائم. (A/59/L64, July 2005)
- (2) يسعى هذا المقترح إلى زيادة عضوية المجلس إلى ٢٥ عضواً، بإضافة عشرة أعضاء غير دائمين، مع الإبقاء على مدة العضوية غير الدائمة، عامين، ويتم اختيار الأعضاء غير الدائمين العشرين بناء على أساس التمثيل الإقليمي، ٦ دول من إفريقيا، ٥ دول من آسيا، ٤ دول من مجموعة دول أمريكا اللاتينية والبحر الكاريبي، و ٣ من أوروبا الغربية والمجموعات الأخرى، و ٢ من أوروبا الشرقية (A/59/L68, July 2005)
- (3) سعى هذا المقترح إلى زيادة عضوية المجلس إلى ٢٦ عضواً، بإضافة ٦ أعضاء دائمين، و ٥ أعضاء غير دائمين، ويتوافق هذا المقترح مع مقترح مجموعة الأربع في شأن توزيع الأعضاء الدائمين الجدد، على أن يتم منح إفريقيا مقعدين منتخبين جدد بدلاً من مقعد واحد، ومنح آسيا، وأوروبا الشرقية وأمريكا اللاتينية مقعد واحد، وتضمن المقترح الاعتراف لجميع الأعضاء الدائمين بحق الفيتو (A/60/L41, December 2005)

خمس جلسات تفاوضية، توصلت إلى رغبة جميع الدول أعضاء الأمم المتحدة في توسيع العضوية الدائمة والمنتخبة في المجلس، وهو ما دعى الكثيرين للتفاوض بشأن إمكانية اتخاذ قرار بالتوسع في أكتوبر ٢٠١٠م. وانفراجة إشكالية تشكيل المجلس، إلا أن الموقف المتصلب للدول الدائمة ونفوذها في مختلف التحالفات الدولية المتفاوضة حال دون اتخاذ أى قرار، وتصلب الموقف كون كل تحالف يصر على موقفة<sup>(١)</sup>.

وأمام مخاوف المجتمع الدولي من خطورة عدم قدرة مجلس الأمن على القيام بمهامه الأساسية، وعدم القدرة على مواجهة إشكالية تشكيلة المعيب، ظهرت العديد من الأفكار التي يمكنني وصفها بالمُسكنات للآلام الناتجة عن داء عضال يستعصي على العلاج، ومن هذه المُسكنات مبدأ مسؤولية الحماية، ومسئولية عدم النقص، ومقترح الفيتو الثلاثي، ومقترح عدم استخدام الفيتو في حالة اتخاذ قرار من الجمعية العامة بموافقة ثلثي الأعضاء، وسأحاول توضيح هذه المحاولات بإيجاز.

وفقاً لمبدأ "مسئولية الحماية" يقع على عاتق المجتمع الدولي مسؤولية جماعية للاستجابة من خلال الأمم المتحدة بموجب الفصلين السادس والسابع من ميثاق الأمم المتحدة حسب الاقتضاء، بطريقة حاسمة وفي الوقت المناسب حينما تفشل سلطات الدولة الوطنية في حماية سكانها من الإبادة الجماعية، وجرائم الحرب، والتطهير العرقي والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية<sup>(٢)</sup>.

- (1) كارسي. ماكdonald، وستيوارت إم. باتريك، توسيع مجلس الأمن ومصالح الولايات المتحدة الأمريكية، مرجع سابق، ص ٢١
- (2) أقر مبدأ مسؤولية الحماية في مؤتمر القمة العالمية في ٢٠٠٥م

وعلى الرغم من اعتبار الكثير من الباحثين أن إقرار مبدأ مسؤولية الحماية يمثل نصراً مبنياً للنظام القانوني الدولي، إلا أنني أرى أنه لم يأتى بجديد، حيث أن تدخل الأمم المتحدة بموجب الفصلين السادس والسابع من الميثاق لا يمكن اعتبارها إضافة للقانون الدولي، فهي مسؤولية مجلس الأمن التي مني بالفشل في القيام بها منذ نشأة المنظمة، إضافة إلى أن مبدأ مسؤولية الحماية لم يتعرض لا من قريب ولا من بعيد لإشكالية "حق النقض" وهي العقبة الأساسية التي تواجه عدالة النظام القانوني الدولي.

وفى إطار معالجة هذه العقدة المستعصية على أي حلول سلمية، والمتمثلة في حق النقض، وصعوبة تعديل ميثاق الأمم المتحدة للتخلص منها، حاول البعض مناقشة الدول الخمس دائمة العضوية في المجلس عدم استخدام حق النقض لتحسين مصداقية المجلس وضمان شرعية قراراته. وذلك من خلال مطالبة هذه الدول بما عرف بمسؤولية عدم النقض.

ونقتضي "مسؤولية عدم النقض" موافقة الدول الخمس دائمة العضوية طوعاً على عدم استخدام حقها في النقض لمنع اتخاذ إجراءات لمواجهة جرائم دولية كان سيتم إقرارها بالأغلبية لولا استخدام حق النقض، وفي هذا الصدد يشار إلى مقترح الوزير الفرنسي (السابق) للشئون الخارجية هوبير فيدرين، والذي دعى من خلاله الدول الدائمة العضوية في المجلس أن تتوافق على "مدونة سلوك" تحتوى بعض المبادئ التي تمنع هذه الدول من استخدام حق النقض بشكل يعرقل تحقيق المهام التي أنشئ المجلس من أجلها<sup>(1)</sup>.

(1) دون كراوس، بحث بعنوان تطور الأمم المتحدة ومجلس الأمن الدولي، منشور ضمن كتاب التطورات الاستراتيجية العالمية - رؤية استشرافية، مركز الإمارات للبحوث والدراسات الاستراتيجية، أبوظبي، ٢٠١١م،

أما مقترح الفيتو الثلاثي ومقترح عدم استخدام الفيتو في حالة صدور قرار من الجمعية العامة بأغلبية ثلثي الأعضاء، وردا في تقرير وزيرة الخارجية الأمريكية السابقة مادلين أولبريت؛ ووزير الدفاع الأمريكي السابق وليام كوهين وقدم للحكومة الأمريكية في ٢٠٠٨م لتبناه بالأمم المتحدة لمعالجة إشكالية استخدام حق النقض، وتضمن توصيتين، الأولى أنه يجب موافقة الأعضاء الخمس الدائمين في مجلس الأمن على أنه ما لم يوافق ثلاثة أعضاء دائمين على استخدام حق النقض ضد قرار معين، يتعين على الأعضاء الخمسة جميعاً إما الامتناع عن التصويت أو تأييد القرار، وينبغي تطبيق الاتفاق على وجه الخصوص، على أي قرارات تنص على فرض عقوبات أو تفويض عمليات حفظ السلام في الحالات التي تكون فيها الفظائع الجماعية أو الإبادة الجماعية على وشك الحدوث أو جارية. أما التوصية الثانية فهي سرعة استجابة الأعضاء الخمس الدائمين بالمجلس للقرارات التي تصدرها الجمعية العامة للأمم المتحدة بموافقة ثلثي أعضائها دون أن يكون من بينهم من يستخدم الفيتو بشكل يعرقل اتخاذ الإجراءات اللازمة<sup>(١)</sup>.

وعلى الرغم من أن هذا المقترحات تضمنت تنازلات جزئية عن الهيمنة الأمريكية إلا أنني أرى أنها لم تعد مناسبة لمطالب التغيير، فيجب الاعتراف بأن النظام الدولي الراهن بات يواجه رفضاً عالمياً، وإن لم تتم الإستجابة الطوعية السريعة لمطالب التغيير، ووضع نظام دولي أكثر عدالة، سيتم الإطاحة بهذا النظام بالكامل.

فبعد الأحداث الراهنة في المنطقة العربية، وتساعد الخلاف منا بين القوي الدولية، يجب الاعتراف بأن الاستجابة لمطلب توسيع

(1) دون كراوس، بحث بعنوان تطور الأمم المتحدة ومجلس الأمن الدولي، مرجع سابق، ص ٥٦.

عضوية المجلس هو الاستثمار الأمثل في السلام الدولي مستقبلاً، وهو السبيل الوحيد لتحقيق عدالة دولية حقيقية والبناء على المكتسبات التي حققها القانون الدولي خلال الفترة الماضية، والبديل سيكون انتكاسة حقيقية للنظام القانوني الدولي أشبه بالحروب العالمية السابقة لإعادة توزيع القوى بالقوة<sup>(1)</sup>.

وعلى ما سبق أرى أن توافق الرؤى بين التكتلات الدولية الفاعلة في الجمعية العامة بشأن توسيع العضوية في مجلس الأمن بات ضرورة لاستمرار المنظمة ككل، وأن إقرار قاعدة المساواة في التصويت على كافة القرارات التي يتخذها المجلس هي الضمانة الوحيدة لعدالة جنائية دولية حقيقية.

### الخاتمة

على الرغم من أن البناء الفكري لنظرية بناء السلام يتحدث عن نهج شامل لتوفير أسس السلام المستقبلي، إلا أن النظرية أغفلت الكثير من التحديات التي يفرضها الواقع وتحويل دون إجراء المحاكمات الجنائية العادلة في الدول الخارجة من النزاع، ولا تحتوي أدوات بناء السلام على أساليب معالجة حقيقية لقضية إفلات المجرمين من العقاب، على الرغم من أن هذه المحاكمات تمثل أهم دعائم بناء سلام دائم قائم على ترسيخ حكم القانون، وهي السبيل الوحيد لإبرام عقد اجتماعي جديد بعد تصفية حسابات الماضي.

وتبين من خلال البحث أن الواقع المؤلم الذي تعيشه الدول في أعقاب فترة النزاع تسبب في حالة من اللبس الحقيقي في أذهان

(1) تشير التجارب التاريخية إلى أن مهمة التوافق الدولي على إعادة تقسيم عناصر القوة في المجتمع الدولي لم تحدث بشكل رضائي ولكنها عادة كانت في أعقاب صراع مسلح تفرض من خلالها الدول وجودها بالقوة.

الكثيرين ما بين الدروب المشروعية وغير المشروعة التي يمكن للدولة أن تسلكها للخروج من حالة الانهيار الجزئي التي تعانيها، حيث تصور البعض أن الظروف التي تعيشها الدولة في أعقاب النزاع تصلح كسند لمشروعية العفو عن مرتكبي الجرائم التي وقعت أثناء النزاع، وذلك بسبب عدم وجود ضوابط واضحة للعفو المشروع دولياً والعفو الذي ينتهك أحكام القانون الدولي، حيث أن إصدار تدابير العفو ظلت لفترة طويلة من الزمن خاضعة للاختصاص المطلق لسلطات الدول، ولذلك يجب إبرام اتفاقية دولية لتحديد نطاق المشروعية الدولية لتدابير العفو التي تقرها الدول في أعقاب النزاع.

ولمعالجة إشكالية إنكار العدالة الجنائية الدولية في أعقاب النزاع، يجب الاعتراف بأن الجهود الوطنية لن تنجح وحدها دون إجراء الإصلاح اللازم في مجلس الأمن الدولي باعتباره الهيئة الدولية المناط بها دعم ومساعدة المحكمة الجنائية الدولية في مكافحة إفلات المجرمين من العقاب، والتدخل في حالات عدم رغبة الدول أو عدم قدرتها على القيام بذلك.

### التوصيات

- إعادة النظر في تبعية لجنة بناء السلام لمجلس الأمن الدولي، وتوصي الدراسة بأن تكون تبعية هذه اللجنة للجمعية العامة للأمم المتحدة.
- رعاية الأمم المتحدة لمشروع اتفاقية مكافحة إنكار العدالة الجنائية الدولية في أعقاب النزاع، وتتضمن هذه الاتفاقية تعريف محدد لمفهوم إنكار العدالة الجنائية الدولية، وتحديد واضح لحالات العفو غير المشروع دولياً.
- سرعة توفيق الرؤى بين التكتلات الدولية الفاعلة بالجمعية العامة، بشأن توسيع العضوية في مجلس الأمن الدولي، وإقرار

قاعدة المساواة في التصويت على قرارات المجلس دون الاعتراف بحق النقض للدول الدائمة باعتبار ذلك هو الضمانة الوحيدة لعدالة جنائية دولية حقيقية في المستقبل.

### المراجع العربية

- د. أحمد أبو الوفا، " الوسيط في القانون الدولي العام " دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م.
- د. أحمد أبو العلا، تطور دور مجلس الأمن في حفظ السلام والأمن الدوليين، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٥م.
- د. أحمد فتحى سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الأول، دار النهضة العربية، ٢٠١٥م.
- أيريك سوتاس، العدالة الانتقالية والعقوبات، المجلة الدولية للصليب الأحمر، المجلد ٩٠، العدد ٨٧٠، يونيو، ٢٠٠٨م.
- د. جمال منصر، بناء السلم في مرحلة ما بعد النزاعات: المضامين والنطاقات، بحث منشور بمجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الثالث عشر، ٢٠١٥.
- د. حامد سلطان، أحكام القانون الدولي العام في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠م.
- دون كراوس، بحث بعنوان تطور الأمم المتحدة ومجلس الأمن الدولي، منشور ضمن كتاب التطورات الاستراتيجية العالمية - رؤية استشرافية، مركز الإمارات للبحوث والدراسات الاستراتيجية، أبوظبي، ٢٠١١م.
- روز اليندشو، تقرير خاص نشرة معهد السلام الأمريكي بعنوان إعادة النظر في لجان تقصى الحقائق والمصالحة، دروس من سيراليون، ٢٠٠٥.



- د. عادل أبو هشيمة، إنكار العدالة في القانون الدولي الخاص، دار الكتب القانونية، ٢٠١٦م.
- د. عبدا لله على سعيد، د. محمد الأمين البشري، العدالة الجنائية: مفهومها ونظمها وتطبيقاتها في دولة الإمارات العربية المتحدة، مركز بحوث شرطة الشارقة، ٢٠١٣م.
- د. على جميل حرب، نظام الجزاء الدولي، العقوبات الدولية ضد الأفراد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩م.
- د. على صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ.
- كارسي. ماك دونالد وستيوارت أم. باتريك، توسيع مجلس الأمن ومصالح الولايات المتحدة الأمريكية، بحث منشور، مركز الإمارات للبحوث والدراسات الإستراتيجية، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١١م.
- لويز آر بور "العدالة الاقتصادية والاجتماعية للمجتمعات التي تمر بمرحلة انتقالية" المحاضرة السنوية الثانية عن العدالة الانتقالية، استضافها مركز حقوق الإنسان والعدالة العالمية التابع لكلية الحقوق في جامعة نيويورك بالشراكة مع المركز الدولي للعدالة الانتقالية، نيويورك ٢٥ أكتوبر ٢٠٠٦م.
- د. محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام "الحماية الدولية- القاعدة الدولية- الحياة الدولية" منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ.
- د. مصطفى أحمد فؤاد، مفهوم إنكار العدالة "دراسة مقارنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي مع الإشارة إلى أهم التطبيقات القضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٦م.

• مارتن غريفيتشونيرى أوكالاهان، المفاهيم الأساسية في العلاقات الدولية، ترجمة ونشر مركز الخليج للأبحاث، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٨م.

• د. محمد يوسف علوان ، د. محمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، الجزء الثاني، الحقوق المحمية، دار الثقافة، الأردن، ٢٠٠٩م.

### الوثائق الدولية

• أدوات سيادة القانون لدول ما بعد الصراع، تدابير العفو، منشورات الأمم المتحدة، الوثيقة رقم (HR/PVB/09/1).

• تقرير الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادر في ٢٠١٣م بشأن جلسة الاستماع البرلمانية المنعقدة بالأمم المتحدة في يومي ٦،٧ ديسمبر ٢٠١٢م بعنوان "درب غير مطروق: نهج برلمانية لمنع نشوب النزاعات والمصالحة وبناء السلام" ص ١١ الوثيقة رقم A/67/765

• القانون النموذجي للعدالة الجنائية خلال الفترات اللاحقة للصراعات، المجلد الأول، تحرير فيفيان أوكونر وكوليت روش، مطبعة معهد الولايات المتحدة للسلام، واشنطن، ٢٠٠٧م.

### المراجع الأجنبية

- Alfred cohn&Udolf E. Grey, Criminal Justice System and Process, London, Emst Bern, 1985
- Clemens F. Bartollas, Crime and justice. Oxford university press, 1992
- Diane F. Orentlicher "settling accounts: the duty to prosecute human right violations of a prior regime" Yale law Journal, vol 100, NO: 8 (1991)
- Double stander: International criminal law and west FICHL publication series .No . 26 (2015)

- Edward Eldfonc & Alan R. Coffy, Criminal Law history, Philosophy and Enforcement, New York, Harper And Row, 1981
- Eric Blumenson, The challenge of A Global Standard of Justice, Peace, Pluralism and punishment at the international criminal court, vol 44, Columbia journal of transnational law, 2006
- Hiromsisato, modes of International criminal justice and General Principles of Criminal Responsibility, Gottingen Journal of International Law 4, 2012
- Joseph J. Senna & Larry Siegl, Introduction to criminal justice, New York, West Publishing co, 1984
- Janine Natalya Clark, peace, Justice and the international criminal court, Journal of international criminal justice, vol4, 2011
- Kathryn Sikknk and Carrie Walling, "The impact of human rights trials in Latin America" Journal of Peace Research. vol 44, No 4 , 2007
- Louise Mailinder, Amnesty, human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide, oxford, hard publishing, 2008
- V. Peskn, International Justice in Rwanda and the Balkans: virtual trials and the struggle for state cooperation, Cambridge university press, 2008
- Wolfgang Kaleck, Double Standards: International criminal Law And West, Berlin and Torkalopsahl Academic E publisher, brussels, 2015

---

---

**دور الأمم المتحدة في تعزيز مبدأ سيادة  
القانون على الصعيدين الوطني والدولي**

---

---

**الدكتور / عاطف عبد الله عبد ريتة  
مدرس القانون الدولي  
كلية الحقوق - جامعة جنوب الوادي**

---

دور الأمم المتحدة في تعزيز مبدأ سيادة  
القانون على الصعيدين الوطني والدولي  
الدكتور / عاطف عبد الله عبد ريت  
مدرس القانون الدولي  
كلية الحقوق - جامعة جنوب الوادي

---

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

فاتحة القول ، يمكن أن نجلزها في مقدمة ميثاء تنم عن البحث ومحتواه ، نذكر فيها بدءاً (وبالله التوفيق ) من أقوال سيدنا على (رضى الله عنه ) المأثورة: "نقل الصخور من الجبال أهون من تفهيم من لا يفهم" . ويذكر أفلاطون- قديماً - قائلاً: "مصيبة أن تدرس بلا تفكير، والمصيبة الكبرى أن تفكر بلا دراسة" . ونقول مستدركين أن المصيبة الأكبر من تلك وذاك أن يكون لديك عقلاً معطلاً . فأولوا الأبواب هم الأساس الرصين لبناء الأوطان ، فهم يدركون أن أعمال الفكر تنهض به الأوطان ؛ لأن المعرفة الجيدة هي مقياس للنوعية الرأي العام (١) . بيد أن أصحاب العقول يدركون أيضاً أن التزام الحكومات بالمبادئ التي أخذتها على عاتقها هو أساس لبقائها ، فإن لم تلتزم بها فسوف تقع في شدة وضيق بين مطرقة العالم الخارجي وسندان الشعوب . وإن سيادة النظام القانوني في المجتمع ، يؤدي على المدى الطويل نسبياً إلى سيادة العقلية المنظمة لدى المواطن . وهذه العقلية المنظمة ، هي التي تولد ، بدورها العقلية العلمية ، إذ لا علم

---

1- فيتش داويل ، السياسة والرأي العام : مصاعب في طريق الديمقراطية ، ترجمة المركز الثقافي للتعريب والترجمة ، الناشر دار الكتاب الحديث ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٨ م ، ص ٨٧ .

ولا إبداع ولا عمل ولا تنمية، بدون عقلية علمية منظمة. ومن تلك المبادئ التي تشددق بها الحكومات والشعوب مبدأ سادة القانون، ومامن شك أن أهمية ترسيخ مبدأ سادة القانون تتزايد فترة بعد فترة؛ لأن الدساتير تستمد احترامها من مقدار ما توفره للإنسان من حقوق<sup>(١)</sup>.

على الرغم من الإنسان درج على وضع أسس فلسفية تحكم تصرفه في الحياة، تكون بمثابة دليل للعمل. ومافئ الإنسان يطور فلسفته في ضوء المشاكل المتجددة<sup>(٢)</sup>. بيد أنه الشئ الذي يندى له الجبين، هو أنه لا يزال الكثير من العقلنيات السياسية، على ما يبدو، حيسة الماضي؛ ولكي تؤدي الديمقراطية وظيفتها على النحو المناسب في كثير من البلدان؛ ولكي تتأصل الثقافة الديمقراطية في المجتمع، يجب أن يكون لدى من يشغلون الوظائف العامة العزم على الاعتراف بأوجه القصور، وعندها فقط يمكن إيجاد حلول يقبلها الجميع. وهو مالم يتحقق ذلك بعد على الأرجح في مجتمعات العالم الثالث. ومن ثم يؤمن صانعو ضمير الأمة بضرورة ضبط السياسة بضوابط قانونية<sup>(٣)</sup>. والخدير يلفت النظر، هو أن النقد ليس جريمة، وإنما ممارسة لحرية الوجدان وعمل فكري، وهما من الخصائص المتأصلة للديمقراطية، وانعدامهما هو أحد أسباب عدم نجاح دول العالم الثالث في تحقيق الديمقراطية الكاملة المتوخاة في دستور بلادها؛ لأن من حق المواطنين مقاومة ظلم وطفیان الحكام، وذلك أهم الضمانات غير

- 1 - د. زحل محمد الأمين، مبدأ الشرعية في النظامين الدستوري والدولي، الناشر دار النهضة العربية ٢٠١٠، ص ٥٧.
- 2 - د. سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة في الفكر السياسي الإسلامي، الطبعة السادسة ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦، الناشر دار الفكر العربي، ص ١٥.
- 3 - د. عليان بوزيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الإسكندرية، الناشر دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٩، ص ٩.

القانونية لضمان نفاذ القواعد القانونية<sup>(١)</sup>. غير أننا نعيش في ظل تفتتة التطورات والتحويلات والانقلابات، التي هدهدت كثيراً من المبادئ والمفاهيم والقيم، والتي تتطلب تحولاً جذرياً في الرؤى والأفكار، ومن ثم تتطلب تغيراً متقابلاً معها من جانب القائمين على شؤون الحكم. ومن تلك المبادئ مبدأ سيادة القانون، إذا إن عملية التحول نحو سيادة القانون تتطلب تحول في القيم التي تحكم المؤسسات القائمة على تطبيق القانون والقيم الشائعة في المجتمع، وتحتوي تلك القيم على احترام القانون واعتباره سلطة عليا والدراية بالحقوق والامتيازات في ظل القانون والعدل وخضوع الجميع للقانون دون تمييز. لذلك فإن الإرادة السياسية التي تبدأ بالمستويات العليا والتي تدفع نحو التغيير على مستوى القاعدة تعد من المسائل الهامة في تفعيل عملية التحول هذه. لأن كرامة الفرد انعكاس طبيعي لكرامة الوطن؛ لأن الفرد اللبنة الجوهريّة في بناء الوطن، فبقيمة الفرد وكرامته تكون مكانة الوطن ورفعته وهيبته، فسيادة القانون ليس ضماناً مطلوباً لحرية الفرد فحسب، بيد أنه الأساس الوحيد للمشروعية السلطة في آن الوقت<sup>(٢)</sup>.

بيد أن هذه هي مسألة في غاية الصعوبة، لاسيما في الدول التي تبدأ بعملية التحول وكذلك الدول التي تسيطر عليها حكومات قوية واسعة السلطات، إذ أنها تخشى من فقد السلطة والثروة بل أحياناً من فقد الحياة أو الحرية. لذلك يلزم وجود قائد متميز قادر على المخاطرة وتغيير مسار المجتمع بطرق سلمية بعيداً عن العنف واللاقانون. عليه فالإرادة السياسية التي تبدأ من أعلى تأخذ طريقين: فإما بذلك الوعود بالتغيير

- 1 - د. سعيد السيد على، المبادئ الأساسية للنظم السياسية وأنظمة الحكم المعاصرة، دار الكتاب الحديث ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م، ص ١٤٧.
- 2 - طارق إبراهيم الدسوقي عطية، الأمن السياسي، دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠١٠، ص ٧٤.

المتدرج الذي لا يهدد عملية التغيير، أو التغيير السريع الذي يتسم بالمخاطرة نتيجة للضغوط الداخلية. مع وضع في الاعتبار إن أهم المعايير التي تقوم عليها الديمقراطية هي سيادة الشعب (١). كما يدرك ذلك المجتمع الدولي، فإن تشجيع وضمان سيادة القانون في بلد ما يعزز إلى حد بعيد تنمية ذلك البلد بزمتهما. وتسلم أحدث السياسات والممارسات الإنمائية بضرورة فهم الصلات بين مختلف جوانب التنمية، وبخاصة بين السمات القانونية وغير القانونية في العملية الإنمائية. ويعتبر إصلاح شئون سيادة القانون وإعادة إنشاء نظم العدالة أمراً ضرورياً للمجتمعات في مرحلة ما بعد النزاعات. وليس تعزيز سيادة القانون في أعقاب النزاعات استثماراً في انتعاش البلد فحسب، بل يمكن أيضاً، من خلال معالجة مظالم الحرب الفادحة وأسباب النزاع الجذرية، أن يساعد في منع العودة إلى الأعمال العدائية في المستقبل (٢). لأن ضيافة كرامة الإنسان لاغنى عنها للمسلم الدولي والوطني (٣). والحقيق بالحق والأحق أن يحق، أن مبدأ سيادة القانون يفهم ضمناً بغض النظر على النص عليه من عدمه، فلا معنى ولا غاية لقانون ما لم يتم إعلاء من جانب الذين يقبضون على مقاليد الحكم. بيد أن تقاعسهم جعل هذا المبدأ حبر على ورق. بيد أنه هناك أربة بين الأنظمة الدكتاتورية المستبدة وبين مبدأ سيادة القانون وأنها يلتقيان في علاقة مزجاة. غير أن المنظمات الدولية - وعلى الأخص الأمم المتحدة - أدركت بفكر ثاقب أن إعلاء مبدأ سيادة القانون يعزز السلم

- 1 - د. حسام مرسى، مدخل العلوم السياسية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى ٢٠١٢، ص ٧٣.
- 2 - الأمم المتحدة، المجلس الاقتصادي والاجتماعي، لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية الدورة الثامنة عشرة المستأنفة فيينا، ٣ و٤ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٩، البند ٧ من جدول الأعمال ص ١١.
- 3 - د. طارق عزت رخا، قانون حقوق الإنسان بين النظرية والتطبيق في الفكر الوضعي والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، بدون تاريخ للنشر، ص ٦.



والأمن الدوليين . ومن ثم تمثل الأمم المتحدة أداة ضغط على الدول أن تكرر مبدأ سيادة القانون على أرض الواقع ؛ ولذلك تقدم الأمم المتحدة المساعدة في مجال سيادة القانون في أكثر من ١٥٠ دولة من الدول الأعضاء بما يشمل جميع مناطق العالم. وتنفذ هذه الأنشطة في جميع السياقات، بما في ذلك سياقات التنمية، والأوضاع الهشة، والنزاعات، وبناء السلام. وهناك ثلاثة كيانات أو أكثر من كيانات الأمم المتحدة منخرطة الأنشطة المتصلة بسيادة القانون في ٧٠ بلداً على الأقل، وخمسة كيانات أو أكثر في ما يزيد عن ٣٥ بلداً. وتشير كل الدلائل إلى الاتجاه نحو تعزيز المبادرات المشتركة والشاملة للكيانات التنفيذية الرئيسية في مجال سيادة القانون، ولا سيما في حالات النزاع ومع بعد النزاع، حيث ثمة ١٧ عملية من عمليات حفظ السلام تشمل ولاياتها عنصر تعزيز سيادة القانون<sup>(١)</sup>.

غير أن الأمم المتحدة ما زالت تواجه تحديات مرتبطة بفعالية المساعدة التي تقدمها في مجال سيادة القانون. وتشمل هذه التحديات الحاجة إلى تعزيز الإرادة السياسية والقيادة اللازمة لجعل سيادة القانون ضمن الأولويات الوطنية، والدفع بجهود الإصلاح إلى الأمام، وغياب التنسيق عموماً بين الجهات الفاعلة المعنية على الصعيدين الوطني والدولي. ومن الضروري مواجهة هذه التحديات من أجل سد الفجوة بين القواعد والمعايير الدولية من جهة، وتنفيذها بفعالية على الصعيد الوطني من جهة أخرى<sup>(٢)</sup>. ومن ثم فإن بناء وتعزيز سيادة القانون في ذهن تطوير الأمم المتحدة، لا سيما من البلدان في مرحلة انتقالية أو الخارجة بعد فترة من

1 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السادسة والستون، البند ٨٣ من جدول الأعمال المؤقت، سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، تعزيز أنشطة الأمم المتحدة في مجال سيادة القانون وتنسيقها، تقرير الأمين العام في ٨ أغسطس ٢٠١١، ص ٣.

2 - المرجع السابق، ص ٤.

الصراع المسلح، وأصبح موقعا مركزياً التركيز لعمل الأمم المتحدة. وكتيجة لذلك، هناك تزايد الطلب في جميع أنحاء منظومة الأمم المتحدة لتحسين فهم إيصال العدالة في الصراع وفي حالات ما بعد الصراع<sup>(١)</sup>. وتشكل التدابير الرامية إلى كفالة احترام حقوق الإنسان للجميع وسيادة القانون واحدة من الركائز الأربع للاستراتيجية وتشكل في الوقت نفسه عنصراً في جميع الركائز الأخرى<sup>(٢)</sup>. وقد تم التأكيد بصورة صحيحة على أنه سيكون من الغريب فعلاً القول: بأن المنظمة التي نشأت منها الحماية الدولية لحقوق الإنسان، والتي لا تزال تنظر إلى حماية تلك

### 1- The United Nations. Rule of Law Indicators, 1st edition. United Nations, 2011.p.v

شهدت السنوات الأخيرة تركيزاً متزايداً من جانب الأمم المتحدة على مسألتي العدالة الانتقالية وسيادة القانون في مجتمعات الصراع ومجتمعات ما بعد الصراع، مما قدم دروساً هامة نستفيد بها في أنشطتنا المقبلة. وستوقف النجاح على عدد من العوامل البالغة الأهمية من بينها ضرورة تأمين أساس مشترك في القواعد والمعايير الدولية، وتعبئة الموارد اللازمة لإجراء استئمان مستدام في مجال العدالة. وعلينا أن نتعلم أيضاً تجنب صيغة الحل المناسب لكل الحالات واستيراد النماذج الأجنبية وأن نقيم دعمنا، بدلاً من ذلك، على التقييمات والمشاركة والاحتياجات والأمان الوطني. وستسعى الاستراتيجيات الفعالة إلى دعم القدرة الفنية على الإصلاح ودعم الإرادة السياسية للإصلاح على حد سواء. ويجب لذلك أن تدعم الأمم المتحدة الدوائر المحلية المعنية بالإصلاح وأن تساعد في بناء المؤسسات الوطنية لقطاع العدالة، وتسهيل إجراء مشاورات وطنية بشأن إصلاح العدالة والعدالة الانتقالية، وأن تساعد على سد الفراغ في مجال سيادة القانون البادي في عدد جد كثير من مجتمعات ما بعد الصراع. راجع:

-UN\SI\2006\616. 23 August 2004.p.1

2 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة الخامسة والستون البند ٦٩ (ب) من جدول الأعمال المؤقت - تعزيز حقوق الإنسان وحمايتها: مسائل حقوق الإنسان، بما في ذلك النهج البديلة لتحسين التمتع الفعلي بحقوق الإنسان والحريات الأساسية، تقرير السيد مارتن شابين، المقرر الخاص المعني بتعزيز وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية في سياق مكافحة الإرهاب، مذكرة الأمين العام، صادر ١٠ أغسطس ٢٠١٠، ص ٦.

الحقوق بوصفها أحد أهدافها الأساسية ينبغي أن تستثنى من الالتزام باحترامها كل دولة لا تلتزم بها<sup>(١)</sup>. تلتزم الأمم المتحدة، بموجب ولايتها الأساسية، ولا سيما المواد (٣١١) و (٢١٢٤) و (١٥٥) من الميثاق، بالتحديد بحقوق الإنسان<sup>(٢)</sup>. وعليه فإن مبدأ سيادة القانون يكرس التمتع بحقوق الإنسان، فتعميم مسائل حقوق الإنسان من خلال فرقة العمل، يتماشى مع استراتيجية الأمم المتحدة العالمية<sup>(٣)</sup>.

"بذل المجتمع الدولي تقدماً كبيراً في تحديد قواعد حقوق الإنسان، وخلق (David M.Trubek) يقول: (آلية للعمل الدولي لإنفاذها، والتأكد من أن أصبحت حقوق الإنسان المعترف بها دولياً جزءاً من خطاب السياسة الداخلية في العديد من البلدان"<sup>(٤)</sup>). ومن ثم تشكل سيادة القانون أحد الحلول التي يمكن أن تُدرج في معالجة تجدي إقامة نظام

- 1- Andrea Bianchi, "Security Council's anti-terror resolutions and their implementation by Member States" *Journal of International Criminal Justice* vol.4, issue 5 (2006), p. 1062.
- 2- Frédéric Mégret and Florian Hoffman, "The United Nations as a Human Rights Violator? Some reflections on the United Nations changing human rights responsibilities", vol. 25, No.2 (May 2003), *Human Rights Quarterly* (2003), p. 317; and René Cassin, "La déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme" in 79 *Recueil des Cours*, (1951-II) *Académie de Droit International* vol. 99.p. 239-367.
- 3- Eric Rosand, Alistair Millar, and Jason Ipe "Human rights and the implementation of the United Nations Global Counter-Terrorism Strategy: hopes and challenges" (Center on Global Counterterrorism Cooperation, 2008), p. 21
- 4- David M. Trubek: *The "Rule of Law" in Development Assistance: Past, Present, and Future*, University of Wisconsin-Madison 2003.p.11 or <http://dev.law.wisc.edu/facstaff/trubek/RuleofLaw.htm>

قانونى يوفر الثقة والأمان فى ممارسة الحقوق والحريات ، وسيادة القانون هى فقط التى يمكن أن تضمن وبشكل كاف تعايشاً اجتماعياً منسجماً وتطوراً وطنياً ناضجاً وحرية لكل فرد وللمجتمع إلى أقصى حدودها . وإيجاد حكم ديمقراطى والمحافظة عليه يتطلب وجود سيادة القانون ، غير أن المعايير والعلاقات والأدوار المرتبطة بذلك هى أمور معقدة . وقد قال رئيس مجلس الدولة الفرنسى السابق ( رينيه ) بهذا الصدد : لا يمكن أن تقوم سيادة القانون أو تتحقق إلا حيث يكون الإقرار بحقوق الإنسان واحترامها متوافراً على أكمل وجه . وإنه لأمر جوهرى يحمى هذه الحقوق نظام قانونى ، حتى لا يكون المرء مضطراً فى النهاية إلى الثورة ضد الطغيان والظلم . وفى عام ٢٠١١ حدثت تغيرات سياسية عميقة فى منطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا استجابة للنداءات الشعبية التى تطالب بتعزيز المساءلة والشفافية وسيادة القانون . وهو ما يبرز أهمية المخراط الأمم المتحدة فى عملية متواصلة لتعزيز سيادة القانون على الصعيدين الوطنى والدولى . ومن أجل ذلك قسمنا هذا البحث إلى مقدمة وستة مباحث على النحو التالى :

### المقدمة

**المبحث التمهيدي :** مفهوم مبدأ سيادة القانون وإشكالياته وتمييزه عن غيره ومفهوم سيادة القانون الدولى .

**المبحث الأول :** مبدأ سيادة القانون كمبدأ يدخل فى طيات المبادئ العامة التى أقرتها الأمم المتحدة .

**المبحث الثانى :** الأساس المعيارى لدور الأمم المتحدة فى تعزيز مبدأ سيادة القانون والمسائل التى تجسده .

**المبحث الثالث :** إطار الأمم المتحدة لإعلاء مبدأ سيادة القانون على الصعيدين .

**المبحث الرابع :** الصعوبات التى تواجه الأمم المتحدة فى إعلاء مبدأ سيادة القانون .

**المبحث الخامس :** علاقة مبدأ سيادة القانون بالسلم والأمن الدوليين .

## المبحث التمهيدي مفهوم مبدأ سيادة القانون وإشكالياته عموماً ومفهوم سيادة القانون الدولي

الشيء الذي لا يمكن تأيقه ، أن مبدأ سيادة القانون يثير إشكاليات عديدة متعلقة بوجود أربة بين النص والتطبيق للقانون مفهومة العام، أو بكل ما تحمله تلك الكلمة في طياتها من معاني. وإن من الإشكاليات التي تقف أمام مبدأ سيادة القانون كالصناديد، سياسة الكيل بمكاليين في تطبيق القانون . أو كما قال صلى الله عليه وسلم : إن الذي أهلك الأمم الغابرة إذا سرق الشريف تركوه ، وإذا سرق الضعيف أقاموا عليه الحد . كما من الإشكاليات التي تقف حجرة عثرة أمام سيادة القانون فساد المنظومة القضائية برمتها . بداءة وانتهاء . مما حدا بأفلاطون إلى القول : من الأفضل للشعب أن يكون له قضاة صالحون وقوانين سيئة ، من أن يكون له قوانين جيدة وقضاة فاسدون . لكن ما العمل إذا اجتمع السوء على حد سواء في القضاة والقوانين معاً ؟ هنا يبرز دور الشعوب .

أو كما يقول (Learned Hand) القاضي البريطاني المخصص بتفسير القانون الدستوري : "إن الحرية تكمن في قلوب الرجال والنساء ، فإذا ماتت هذه الحرية فلا جدوى من دستور أو قانون ، وليس يوسع المحكمة أن تحميها" . وهذا يؤكد أن احترام مبدأ سيادة القانون مسئولية الشعب جنباً إلى جنب مع مسئولية الدولة (١) . بعد هذه التوطئة نقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين :

- 1- Hand, Learned: Dilliard, Irving, ed., The Spirit of Liberty, Chicago: University of Chicago Press (1977), pp.226 ;  
- see also Gunther, Gerald: Learned Hand: The Man and the Judge, New York: Knopf, (1994), p.394 ;  
- see also Jerome N. Frank Some Reflections on Judge Learned Hand, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1957. pp. 666-705.

**المطلب الأول:** مفهوم مبدأ سيادة القانون وإشكالياته وتمييزه عن غيره.  
**المطلب الثاني:** مفهوم سيادة القانون الدولي.

### المطلب الأول

مفهوم مبدأ سيادة القانون وإشكالياته وتمييزه عن غيره.

في بدايته الأمر نذكر أن مبدأ سيادة القانون من وجهة الحساب التاريخي كما يقول (Timor -Leste): "ليس اختراعاً حديثاً ، بيد أنه تطور على مدى القرون من خلال الكفاح من أجل السلطة" (١). ويضيف (SIMON CHESTERM) قائلاً: "كثيراً ما خلط التاريخ مبكراً بين سيادة القانون والقانون نفسه ، فشرعية حمورابي ، التي أصدرها ملك بابل حوالي ١٧٩٠ قبل الميلاد ، كانت واحدة من المجموعة الأولى للقوانين المكتوبة ، وكان إدراجها في الحجر ، وإتاحتها للجمهور مثل تقدماً كبيراً نحو نظام قانوني" (٢). ويضيف قائلاً: أزعج بأن حاكم بابل كان يحكم وفقاً

---

•- Learned Hand (1872–1961), US jurist and writer; full name Billings Learned Hand. He wrote over 2,000 opinions as judge of the US Court of Appeals, 2nd Circuit 1924–51. He authored *The Spirit of Liberty* (1952) and *The Bill of Rights* (1958).

1- Timor –Leste: *The Rule of Law: Theoretical, Cultural and Legal, Challenges, Law Journal East Timor, Dember 2010. p4*

2 - إن الشرائع الأولى للمسألة سيادة القانون تعود إلى حضارات قديمة ، وعهود سحيقة ، تعتبر شرعية حمورابي - سادس ملوك مملكة بابل القديمة - من أقدم الشرائع المكتوبة في التاريخ البشري . وتعود إلى العام ١٧٩٠ قبل الميلاد وتتكون من مجموعة من القوانين. وهناك العديد من الشرائع المشابهة لمثل شرعية حمورابي والتي وصلتنا من بلاد آشور منها مجموعات القوانين والتشريعات تتضمن مخطوطة أور - نامو ، ومخطوطة إشنونا ، ومخطوطة لبت - إشتار ملك آيسن إلا أن تشريعات حمورابي =

لمبدأ سيادة القانون ، بمعنى أن هناك كان تمييز بين سيادة الرجل ، التي تعنى ممارسة السلطة فى نزوة من الحكم المطلق، وبين حكم القانون، الذى يعنى ممارسة السلطة فى غير تعسف ، وفى كلتا الحالتين كان ملزماً بسيادة القانون<sup>(١)</sup>. بيد أن الفضل يعود إلى أفلاطون وأرسطو فى ظهور مبدأ سيادة القانون كأداة قوية داخل الخطاب السياسى والقانونى<sup>(٢)</sup> بيد أن الكاتب البريطانى (ألبرت فين ديسى) فى القرن التاسع عشر قد صاغ فى الواقع نفس العبارة فى باب قانون الدستور فى عام ١٨٩٥ يقول: "كل مسئول بداءة من رئيس الوزراء وانتهاءً بالشرطي أو جاني الضرائب العادي يتحملون المسؤولية نفسها كأي مواطن آخر لكل عمل يقومون به دون مسوغ قانوني. وتعج التقارير بالحالات التي جرى فيها جلب المسئولين أمام القضاء وتم تطبيق العقوبات عليهم - بصفتهم

=هي الأولى فى التاريخ التي تعتبر متكاملة وشمولية لكل نواحي الحياة فى بابل. وهي توضح قوانين وتشريعات وعقوبات لمن يخترق القانون. ولقد ركزت على السرقة، والزراعة (أو رعاية الأغنام)، وإتلاف الممتلكات، وحقوق المرأة، وحقوق الأطفال، وحقوق العبيد، والقتل، والموت، والإصابات. وتختلف العقوبات على حسب الطبقة التي ينحدر منها المنتهك لإحدى القوانين والضحية. ولا تقبل هذه القوانين الاعتذار، أو توضيح للأخطاء إذا ما وقعت. وتشريع صولون القرن السادس (ق.م)، مسح العمل السياسى فى اليونان بمسحة ديمقراطية . وقانون الألواح الاثني عشرة الروماني حوالى العام (٤٥٠ ق.م) على بدائته، كرس انفصال الدين عن القضايا المدنية وحسى حقوقاً أساسية للمواطنين. والدين المسيحي جعل الدولة الرومانية تتأثر ببعض مبادئه السامية فى مجال كرامة الفرد وحق الملكية والتركيز على إنسانية العقوبة . ونظام الحكم المبني على ينابيع الشريعة الإسلامية قام على الشورى والعدالة والاختيار الحر. راجع الموسوعة الحرة على الموقع الشبكي لها .

- 1- SIMON CHESTERMAN: An International Rule of Law? 56 (2) AM. J. COMP. L. (2008) .p.4
- 2- J Rose, 'The Rule of Law in the Western World: An Overview' Journal of Social Philosophy, vol. 35. (2004) p. 457.

الشخصية - جراء عمل قاموا به بصفتهم الرسمية تجاوزوا فيها صلاحياتهم القانونية"<sup>(١)</sup>. ولهذا فإن، الذين يضعون القوانين وينفذونها هم أنفسهم مجبرين بالتقيد بها.

والحقيق بالذكر، أنه من بداية القرن العشرين وحتى وقتنا الآن نستطيع القول: بأن مبدأ سيادة القانون أضحي من المفاهيم المتداولة على الساحة الإعلامية والقانونية. أو كما يقول (STOPHANE BEAULAC): بأن مبدأ سيادة القانون هو بلا شك واحد من أقوى التعبيرات الحديثة، هو معنى من المعانى القوية، بل أصبح نشاطاً فى حد ذاته، وظاهرة عقلية اجتماعية توجد داخل وعى الإنسان وأعماله المستقلة ضمن الواقع الاجتماعى المادى، ويات على ظهره أو على صفة فى وجهه. أو بعبارة أخرى، من خلال العملية المعرفية للعقل البشرى، أضحي لغة سيادة القانون وليس فقط تمثيل الواقع، بيد أنها ذرأت واقع تحول، وبالتالي، فقد ساهمت التجمعات فى نمذجة وعى مشترك للمجتمع، منها المجتمع الدولى. فى حين أن الأفكار المختلفة المرتبطة بتعبير سيادة القانون الجارى هو بلا شك - كما ذكرنا سلفاً - مرتبط بقدر ما يعود إلى أفلاطون وأرسطو، وظهور سيادة القانون كأداة قوية داخل الخطابات السياسية والقانونية<sup>(٢)</sup>. وعلاوة على ذلك شهد القرن العشرون أكبر تداول للجدل الفكرى حول مبدأ سيادة القانون، وما فتئت القنوات الإعلامية تتحدث عن هذا المبدأ من خلال حواراتها الهزلية، وحوارات ترقى إلى الجدية أحياناً. والشئ المتفق عليه إزاء الاختلافات التشرذمية، أنه لا يوجد رؤية

- 1- HW Arendt, 'The Origins of Dicey's Concept of the "Rule of Law"' Australian Law Journal .vol, 31 (1957) p.117
- 2- STÉPHANE BEAULAC: The Rule of Law in International Law Today, Virginia Journal of International Law, vol.9(2003-04) 44,p.197



وتعريفاً محدداً لمبدأ سيادة القانون؛ نظراً لأنه مصطلح غامض (١). بيد أنه  
المتفق عليه أيضاً أن الأنظمة الاستبدادية التي حلت في منتصف القرن  
العشرين انتهكت مبدأ سيادة القانون (١). لأن المصطلح كما يرى ( Paul  
Horwitz ): بأن مبدأ سيادة القانون هو مصطلح متلون (٢). هو  
مصطلح متنازع عليه في الوقت الحاضر. بعبارة ساخرة أين السيادة؟ وأين  
القانون في بلاد لا تملك السيادة ولا تملك القانون؟. وبعبارة أكثر دقة، أن  
الدول التي لا تملك سيادتها في الأصل، لا تملك صياغة قوانينها. وبعبارة  
تفسيرية أن الدول القوية قد تمسك بسيادة القانون لإجبار الدول الضعيفة

- 1- RULE OF LAW HANDBOOK A PRACTITIONER'S GUIDE FOR JUDGE ADVOCATES 2010, The Judge Advocate General's Legal Center and School, U.S. Army Center for Law and Military Operations Charlottesville, Virginia 2010. pp.9-10
- 2- Michel Rosenfeld. LEGITIMACY OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY....southern California law; Review, Vol. 74: 1307. 2001. p.1310 ; -  
- See also Jeremy Waldron: The Concept and The Rule of law, Georgial law Review, Vol,43, Fall 2008 .Number, 1. p.6
- 3- Paul Horwitz .DEMOCRACY AS THE RULE OF LAW. University of Alabama School of Law. November 9, 2009. p.5.  
- see also Paul Horwitz: Sources and Limits of Freedom of Religion in a Liberal Democracy: Section 2(a) and Beyond, University of Toronto Faculty Review \Vol 54. Winter 1996 .p.1 ;  
- see also Paul Horwitz: Sources and Limits of Freedom of Religion in a Liberal Democracy: Section 2(a) and Beyond, University of Toronto Faculty Review \Vol 54. Winter 1996 .p.1.  
- See Paul H. Rubin and Martin J. Bailey: The Role of Lawyers in Changing the Law, vol.23.No.2. Jun 1994. pp. 907-908 The Journal of Legal Studies .

حتى تلتزم بها، وقد لا تلتزم به الدول القوية فى حالة تهديد مصالحها وتتصرف خارج الشرعية الدولية، أى خارج سيادة القانون الدولى . وعلى النطاق الداخلى كثيراً ما تتحدث الأنظمة الاستبدادية عن سيادة القانون والالتزام بها فى حالة إذا كان هذا القانون يقيها مدد أطول فى السلطة . وقد تنصب عليه صفعاً باليمين والشمال إذا كان يهدد بقائهم فى السلطة .

وما لا شك فيه ، أن سيادة القانون هو من بين الركائز الأساسية التى تقوم عليها الديمقراطية عالية الجودة (١) . هو فكرة مثالية (٢) . لأنه كما يقول (Sayan Majumdar) : بأن القوانين ونظم العدالة فى جميع أنحاء العالم تستند على أعنذة مؤخرتها مبدأ سيادة القانون ، وهو بمثابة المبدأ التوجيهى للحكومة ، التى عليها أن تسن التشريعات والإجراءات والأنظمة مطابقة لمفهوم المساواة والمعاملة المتساوية أمام القانون بغض النظر عن الطائفة أو العقيدة أو الجنس أو اللون أو الدين والخلفية الاجتماعية ، والوضع السياسى والاقتصادى (٣) .

ويدعم وجهة النظر السابقة (Batry R. Weingast) بالقول : "بأن الدولة إن رغبت أن تحافظ على بقائها ومركزها فهى محتاجة إلى دعم مواطنيها ، ومن ثم يجب أن يكون هناك توافق بين الدولة والمواطنين حول الحدود المناسبة لتصرفات الدولة ، التى يقف مبدأ سيادة القانون على اعتبار حدودها - فإذا انتهكت الدولة تلك الحدود فمن ثم يسحب

- 1- Guillermo O'Donnell: WHY THE RULE OF LAW MATTERS, Journal of Democracy Volume 15, Number 4 October 2004,p.32,33
- 2- Fallon, Richard H. Jr. : Rule of Law as a Concept in Constitutional Discourse, Columbia law Review,vol 97 .January 1997 .No.1 .p.1
- 3- Sayan Majumdar:Violation of the Rule of law .law Journal East Timor, March 2009. p.1

المواطنون دعمهم للدولة ، وبالتالي تفقد الدولة السلطة" (١). بيد أنه هناك العديد من الانتقادات لفكرة سيادة القانون. حيث أصر (ماركس) أن القاعدة القانونية وإيديولوجياتها ما هي إلا بمثابة قناع للدفاع عن الممتلكات، فحين يرى (سميث) إنها فكرة ملثمة ترعى مصالح تسييس الليبرالية ، ويعلن (أجامبين) أن سيادة القانون بشكل متزايد ينطوي على استثناء - مفتاح لسيادة القانون المعاصر هو القدرة على تجريد الناس وضعهم القانوني (٢). ولكن في أى نظام ديمقراطى يجب أن تكون القاعدة للقانون، هي المنتج الطبيعى والأكثر استجابة للشعب، وكذلك الحكومة (٣). والمثل العليا للحكم القانون تسعى لضمان وجود قاعدة قانونية تحكم لا رغبات أفراد أقوى (٤).

وتجدر الإشارة هنا عند التنقير عن رداكالية المصطلح الفينا فى النظام الإنجليزى أن مصطلح "Common law" يعنى سيادة القانون، وأن كلمة "rule of law" تعنى سيادة القانون غير المكتوب، والمستفاد من ذلك، أن كلمة سيادة القانون تعبر عن نظام قانونى بذاته هو النظام الأنجلو سكسونى. وتعبير الحكومة فى "Government under Law"

- 1- Batry R. Weingast The Political Foundations of Democracy And the Rule of Law, CENTER FOR INSTITUTIONAL REFORM AND The INFORMAL SECTOR, University of Maryland at College Park. April, 1993, Working Paper No. 54 .p.38'
- 2- Holston, J.:A just rule of law in Insurgent citizenship: disjunctions of democracy and modernity in Brazil Princeton, Princeton University Press 2008,p.416
- 3- Antonin Scalia: The Rule of Law as a Law of Rules,The University of Chicago law Review, Vol. 56, No. 4, Autumn, 1989, p.1179
- 4- Margaret Jane Radin: Reconsidering the Rule of law, Boston university law Review, vol.69, No, 4, July 1989.p.781

القانون، يعبر عنها بحكومة القانون، إنما هو تعبير عن نظام دستوري متميز حتى داخل المجموعة الأنجلوسكسونية فهي تعنى فى النظام القانونى الأمريكى شيئاً يختلف تماماً عن النظام الإنجليزى حيث تعنى فى الولايات المتحدة الأمريكية تلك المجموعة من الحقوق الدستورية. والتي هى حقوق جوهريّة يجب أن تقيد كافة سلطات الدولة، ولاسيما المشرع وترعاها محكمة دستورية يمكن لها أن تمتنع عن تطبيق أى قانون تراه مخالفاً للدستور. حتى عند البحث عن جذور المصطلح نرجع إلى نقطة البدء أن هذا المصطلح يكتنفه الغموض، أو كما يقول (Helen Yu and Alison Guernsey): بأن مبدأ سيادة القانون ليس له تعريفاً دقيقاً، ومعناه يمكن أن يختلف بين مختلف الأمم والأعراف القانونية. عموماً، ومع ذلك، يمكن أن يفهم على أنه نظام قانونى وسياسى فى إطار القانون، الذى يقيد الحكومة من خلال تعزيز الحريات وخلق بعض النظام والقدرة على التنبؤ بشأن كيف يمكن لبلد أن تؤدي وظائفها. بمعنى أبسط، أن سيادة القانون هو النظام الذى يحاول حماية حقوق المواطنين من الاستخدام العشوائى والسئى للسلطة الحكومية (١).

يشاطر وجهة النظر السابقة (Stefanie Ricarda Roos) بالقول: بأن تعريفاً دقيقاً للمصطلح سيادة القانون لا وجود له. بيد أنه، يمكن أن يختلف معناه بين مختلف الأمم والأعراف القانونية بصفة عامة. فأما مصطلح حكم القانون يمكن أن يكون تفهم على أنه نظام قانونى وسياسى فى إطار القانون الذى يقيد الدولة وسلطاتها - التشريعية والتنفيذية والقضائية - عن طريق تعزيز الحريات وصنع بعض النظام والقدرة على التنبؤ فى الكيفية التى يعمل بها فى البلاد. بمعنى أبسط، أن سيادة القانون

- 1- Helen Yu and Alison Guernsey: What is the Rule of Law? THE WORLD BANK WORKING PAPER SERIES;2011. P.1 or [http://www.uiowa.edu/ifdebook/faq/Rule\\_of\\_Law.shtml](http://www.uiowa.edu/ifdebook/faq/Rule_of_Law.shtml)

هو النظام الذي يحاول حماية حقوق المواطنين من السلطات التعسفية والمسيئة التي تستخدمها الحكومة. وفقاً لهذا المفهوم أن سيادة القانون يعتبر المكون الأساسي، والشرط الجوهري لأي نظام ديمقراطي<sup>(١)</sup>. يقول (Todd J. Zywick): "معلقاً على غموض مصطلح سيادة القانون أنه من الصعب في كثير من الأحيان تحديد مفهوم سيادة القانون". على الرغم من أن قد يكون هناك خلاف على أهمية أو الرغبة في سيادة القانون. وأن تداول هذا المصطلح، أثمر على وجود على وجود الكثير من منتقديه<sup>(٢)</sup>. وأن ممارسة سلطة الدولة تستخدم سيادة القانون وتسترشده في المعايير التي تجسد القيم الاجتماعية على نطاق واسع التي تدعمها، وتجنب قاعدة عريضة من الدعم العام، ما تفرضه مقتضيات تطبيق مبدأ سيادة القانون<sup>(٣)</sup>.

لا أخال أن أحداً ينكر، أن مبدأ سيادة القانون ما فتئ الشغل الشاغل لجميع المفكرين والعاملين في الحقل المجتمعي العام<sup>(٤)</sup>. بحيث جرت ترجمته عملياً على أنه خضوع الحاكم والمحكوم للقانون السائد

- 1- Stefanie Ricarda Roos: The Rule of Law, as a Requirement for Accession to the European Union, The International Institute University of Wisconsin-Madison, June 2003. pp.10-11
- 2- Todd J. Zywick: The Rule of Law, Freedom, and Prosperity. LAW AND ECONOMICS WORKING PAPER SERIES, George Mason University SCHOOL of LAW 2002. p.1, or This paper can be downloaded without charge from the Social Science Research Network Electronic Paper Collection: [http://ssrn.com/abstract\\_id](http://ssrn.com/abstract_id)
- 3- Michael Johnston: Good Governance: Rule of Law, Transparency, and Accountability, Department of Political Science, Colgate University 2005. p.1
- 4 - Toni M. Massaro: Empathy, Legal Storytelling, and The Rule of Law: New Words, Old Wounds? Michigan Law Review, 2009, Vol. 87: p.2099

مبدئياً، إلا أن مدى فاعلية مبدأ سيادة القانون في البناء المجتمعي ومدى القدرة على الالتزام به واحترامه ارتبط ارتباطاً وثيقاً بمدى تطور القانون وعصريته. وقد مرت على استيعاب الحالات المجتمعية بشكل دائم قدرة الهيئات الاجتماعية في مجتمع ما، والتزامها بالقانون يرتبط بمدى قدرة القانون على كسب احترام هذه الهيئات ولا يكون ذلك إلا إذا كان القانون متطوراً بشكله ومضمونه سباقاً دائماً إلى التأسيس؛ لدفع المجتمع نحو حالة من الارتقاء الدائم عما هو فيه قادراً بشكل سريع ومرن على ضبط وتأثير الظواهر والنواتج التي تنجم وتنتج عن ارتقاء المجتمع، ويقدر ما يتمكن أى نظام من إيجاد قانون يجعل في شكله ومضمونه المواصفات المتقدمة الذكر لجهة تطوره وعصريته ويقدر ما يلتزم الحاكم - الدولة والسلطة ورجال الدولة - بهذا القانون ويسهروا على تطبيقه واحترامه ومنع خرقه من أيا كان ومهما علا شأنه فإن هذا النظام يخلق شكلاً من الاخلاقيات التي تسود المجتمع على مر الزمن مؤسساً بذلك لحالة احترام مبدأ سيادة القانون. ولذا يعتبره كل من (تشارلز فرايد ورونالد دوركين) كوسيلة رئيسية للحكم الأخلاقي والتقدم الحضاري<sup>(١)</sup> بيد أنه هناك مصطلحات تداولت مع تداول مصطلح سيادة القانون، تميز بينها وبين سيادة القانون كما يلي:

**أولاً: سيادة القانون وسيادة الشريعة في الإسلام.**

يقول الدكتور سليمان الطماوي: إنه من قبيل المسلمات أن الدولة كنظام من صنع البشر - إنما قامت لتحقيق الخير لجمع الأفراد الذين ينتسبون إليها ... وقد درج الإنسان على وضع أسس فلسفية تحكم تصرفه في الحياة وتكون بمثابة دليل للعمل، يحدد له جوانب الخطأ والصواب

1- Robin West: Law, Rights, and Other Totemic Illusions: Legal Liberalism and Freud's Theory of the Rule of Law. University of Pennsy Ivania law Review, vol 134, No.4.1986.p.818

(١) وذلك التنظيم الوضعي، بيد أنه عند التفلية في أقنوم الشريعة الإسلامية ألفينا أنها كرسست مبدأ الشرعية، بأن قيد الدولة - حكام ومحكومين - بأحكام الشريعة، ولم يفرض طاعة المواطنين للدولة بما يخالف هذه الأحكام. فجاء في الحديث الشريف: السمع والطاعة حق ما لم يؤمر بمعصية. فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة، " لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق (٢)". وتجدد الإشارة إلى أن مبدأ سيادة القانون لا يختلف في معناه عن مبدأ الدولة القانونية الذي تخرص الدولة العصرية على اعتماده كخاصة من خصائصها الجوهرية. إن مبدأ سيادة القانون يندو شبيهاً لمبدأ سيادة الشريعة في الإسلام، عندما كانت المجتمعات الإسلامية خاضعة لأحكامها من جميع نواحي حياتها، حيث كان لا يُعتبر صالحاً كل عمل يأتي به الفرد، أكان من الحكام أو الرعية، إلا إذا كان موافقاً لأحكام الشريعة (٣).

- 1 - د. سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٥.
- 2 - صحيح البخاري بشرح العيني ج ١٤ ص ٢٢١. وصحيح مسلم ج ٦ ص ١٥، والجامع الصغير للسيوطي ج ٢ رقم ٩٩٠٣.
- 3 - ادمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري، الجزء الأول، الدولة وأنظمتها، بيروت ١٩٦٨، ص ١٨٨ و ١٨٩.
- ومن بين مميزات مبدأ سيادة القانون - الشريعة السماوي - في التشريع الإسلامي أنه مبدأ ذو طابع ديني وديني في آن واحد أي ذو نفحة إيمانية؛ حيث يثاب كل من حرص على احترام المبدأ في الدنيا والآخرة لما يروم إليه المبدأ من إحقاق الخير وإحقاق المصلحة العامة للأمة الإسلامية؛ ونستخلص من السنة الشريفة أهمية العمل بالتشريع الإسلامي واحترامه من خلال ما جاء عن الرسول (صلى الله عليه وسلم) بأن: «...فيه نبأ من قبلكم وخبر ما بعدكم وحكم ما بينكم...من تركه من جبار قسمه الله...ومن ابتغى الهدى في غيره أضله الله...وهو جبل الله المتين ونوره المبين والذكر الحكيم والصراط المستقيم...وهو الذي لا تزيف به الأهواء؛ ولا تلبس به الألسنة، ولا تشعب معه الآراء، ولا يشعب منه العلماء، ولا يملأ الأتقياء... من علن به سبق، ومن قال به صدق، ومن حكم به عدل، ومن عمل به أجر، ومن دعا =

## ثانياً: القانون وسيادة القانون والمشروعية والنظام القانوني.

يعرف (François Terré) القانون بالقول: "هو مجموعة قواعد سلوكية ترعى العلاقات بين البشر في مجتمع ما، كثير التنظيم أو قليله" (١). يبدآن التشريعية تعني إذا التطابق مع القانون، وتغدو مرادفاً للانتظام القانوني (٢). حتى لا يتعسف أحد في استعمال السلطة، يقتضي، بطبيعة الأشياء، أن تلجم كل سلطة أي سلطة أخرى (٣). والنظام القانوني هو مجموعة منظمة من القواعد القانونية، من الضوابط، التي تسوس مجتمعاً ما. وهو يضم قواعد تنتمي إلى القانون العام وأخرى إلى القانون الخاص. ليست كل هذه القواعد على مستوى واحد، وهي لا تتمتع بالقيمة ذاتها... ويُقال إن القواعد القانونية، أو الضوابط، متسلسلة (٤) ومبدأ سيادة القانون هو أصل من الأصول الدستورية ويترتب عليه أنه لا يمكن للسلطات العامة القائمة في بلد ما أن تمارس سلطتها إلا وفق قوانين مكتوبة صادرة وفق الإجراءات الدستورية المتفق مع الدستور في بلد معين. والهدف تحقيق مبدأ الحماية ضد الأحكام التعسفية في الحالات الفردية (٥). عندما جاءت الثورة الفرنسية متأثرة بأفكار (جان جاك روسو)، و(مونتسكيو) لتلقى مقولة الملك لويس الرابع عشر: الدولة أنا، وأنا

---

=إليه هدى إلى صراط مستقيم» (جزء من حديث رواه الترمذي وأشار إليه القرطبي في الجامع لأحكام القرآن، ٥/١).

- 1- Le Droit », c'est un ensemble de règles de conduite, qui, dans une société donnée et plus ou moins organisée, régissent des rapports entre les homes. dans François Terré, Introduction générale au droit, Dalloz, 2000, n°3, p.3
- 2- Montesquieu, L'Esprit des Lois, livre XI, Chapitre VI .
- 3- Georges Vedel et Pierre Delvolvé; Droit administratif, Tome I, PUF, 12ème édition 1992, p. 444 .
- 4- Philippe Ardant, Institutions politiques et Droit constitutionnel, 11ème édition, L.G.D.J., 1999, n° 66, p.97
- 5- From Wikipedia, the free encyclopedia: [http://en.wikipedia.org/wiki/Rule\\_of\\_law](http://en.wikipedia.org/wiki/Rule_of_law).



الدولة ولتعلن أنه لا توجد سلطة في فرنسا فوق القانون<sup>(١)</sup>. وفقهاء القانون<sup>(٢)</sup> في تحديدهم لمراحل ظهور مبدأ المشروعية ظهر كضمانة أساسية من ضمانات حقوق الأفراد وخرياتهم، وبالتالي أصبحت السيادة ركناً من أركان الدولة، وبعدها أصبحت خاصة وسمية من سمات الحكم<sup>(٣)</sup>. والحرى بالذكر، أنه دون واستقر في الدساتير مبدأ يقضى بخضوع كل من الحاكم والمحكوم للقانون. ويقصد بالقانون هنا معناه الواسع، أى مجموعة القواعد المجردة، التى توضع قبل وقوع الحوادث التى تطبق عليها، ويصرف النظر على الأشخاص الذين تسرى عليهم، وبالتالي فإن القانون هنا يشمل الدستور والقانون بمعناه الضيق، والأنظمة والتعليمات والقرارات ويسمى هذا بمبدأ سيادة القانون<sup>(٤)</sup>. وأن الهدف من إقرار مبدأ المشروعية وجود دولة قانونية، وأن الغاية التى يتغياها هى بقاء الدولة وديمومتها<sup>(٥)</sup>. وأن تصرفاتها محددة بسياج قانونى لا تتعداه<sup>(٦)</sup>.

- 1- د. هايل نصر، حول دولة القانون، الحوار المتمدن، منشور العدد: ٣٧١٧ - ٤/٥/٢٠١٢ - ٢٠:٣٨ دراسات وابحاث قانونية، على الموقع التالى: <http://www.ahewar.org>
- 2- د. ثروت بدوى، النظم السياسية، دار النهضة العربية. القاهرة ١٩٧٢ ص ١٣، وراجع أيضا د. يحيى الجمل، الأنظمة السياسية المعاصرة، النهضة العربية. القاهرة ١٩٦٩ ص ١٣ ص ٣٣، ود. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، ص ٥٠.
- 3- د. عليان بوزيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٩٩.
- 4- د. محمد الحمورى، الحقوق والحريات بين أهواء السياسة وموجبات الدستور، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى ٢٠١٠، الأردن، ص ١٩٠.
- 5- د. عاصم رمضان مرسى يونس، الحريات العامة فى الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ٢٠١٠، ص ١٤.
- 6- د. زحل محمد الأمين، مبدأ الشرعية فى النظامين الدستورى والدولى، مرجع سابق، ص ٢٢.

## ثالثاً: سيادة القانون وحكم القانون.

إن المفاهيم والتعبيرات المتصلة بسلطة القانون يمكن أن تستبدل بأخرى مثل: سيادة القانون، أو تفوق القانون، أو حكم القانون. وهذا التعبير الأخير ليس غير محاولة ناقصة لترجمة عبارة غنية بالمعاني استعملها البريطانيون للدلالة على أساس نظامهم السياسي والقانوني

●= وهكذا بعدما برزت فكرة السيادة لدى الغرب في العصور الوسطى بطابع ديني وسادها مبدأ الحق الإلهي؛ عمل فكر الثورة الفرنسية على صقل ذلك بإبراز مفهوم السيادة بعيداً عن هاجس الدين، أسماها البعض من الفقه المحافظ بالسيادة الوطنية (مونتسكيو ولوك) ونص عليه دستور فرنسا لسنة ١٧٩١م، وأسماها البعض الآخر من الفقه الراديكالي مثل (جون جاك روسو) بالسيادة الشعبية، واقتنع المشرع بإدراج ذلك في دستور سنة ١٧٩٣م مباشرة بعد ذلك. لقد عمل فكر الثورة الفرنسية على ترسيخ مبادئ سياسية مصيرية هامة آنذاك؛ قبل التأكيد على مبدأ حكم القانون نظراً لما لها من أولوية في تلك الظرفية الدقيقة والخرجة؛ وذلك كمبدأ سيادة الدولة بدل سيادة الحاكم وتشخيص الحاكم للدولة وليس تشخيص طائفته أو عشيرته، ومبدأ تمثيل القانون (الدستور) للإرادة العامة وهي إرادة الشعب، وأن السيادة هي للشعب وليس للحاكم؛ ومبدأ فصل السلطات وإقرار الحريات العامة وحقوق الإنسان وممارسة الحكم عن طريق مبدأ التمثيل الانتخابي وما شابه ذلك، إنها الأدوات الأولى في بناء ما بدأ يعرف بدولة القانون القائم على احترام إرادة الأمة أي بإقرار ما بدأ يصطلح عليه بالنظام الديمقراطي وفق منظومة النظام الرأسمالي الليبرالي. وهكذا يبدو أن الفكر الفرنسي نادى بمبدأ سمو القانون ويأن ليس من حق الحكام خرق أو تجاوز الدستور كقانون يوضع بشكل ديموقراطي من طرف الشعب، وهذا الشعب هو الجهة الوحيدة الذي له صلاحية مراجعة الدستور، وهو ما تم التنصيص عليه في الإعلان عن حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩م بفرنسا؛ وهو أيضاً نفس ما تم التنصيص عليه دستورياً في وثائق الولايات المتحدة الأمريكية سنة ١٧٨٧م بعد وثائق إعلان ١٧٧٦م. راجع بوشعيب أوعبي، مبدأ حكم القانون في إطار الحقل الدستوري مجلة التسامح - العدد الرابع والعشرون - خريف ٢٠٠٨ - على الموقع:

[www.altasamoh.net/Article.asp](http://www.altasamoh.net/Article.asp)

"The Rule of law" (١) .هنا يجب التمييز بين حكم القانون (Rule of Law) وسيادة القانون (Supremacy of Law) رغم الخلط الشائع بينهما .  
سيادة القانون - تعنى أي أن يكون القانون فوق الجميع أي فوق الحكام والمحكومين - ليس إلا مكوناً واحداً من مكونات حكم القانون (٢) .  
وذات هذا السياق تفهمته الأمم المتحدة ، حيث أشار تقرير الأمين العام الأخير حول " حكم القانون والعدالة في حالات النزاع وما بعد النزاع " إن حكم القانون هو " مبدأ من مبادئ إدارة الحكم يكون كافة الأشخاص والمؤسسات والكيانات ؛ سواء في المجال الخاص أو العام بما فيها الدولة نفسها، خاضعين لمحاسبة القوانين العلنية، والمطبقة بالتساوي، والمنفذة باستقلالية، والمتفقة مع المعايير و المبادئ الدولية الخاصة بحقوق الإنسان .  
أما إن المبدأ يتطلب اتخاذ التدابير لضمان الالتزام بمبادئ سيادة القانون، والمساواة أمام القانون، والإنصاف، وفصل السلطات، والمشار إليها في اتخاذ وتفادي العشوائية، واحترام الشفافية الإجرائية القانونية (Legal Certainty) والقرار، والاستقرار القانوني(٣) .

يستلزم حكم القانون حماية متساوية لحقوق الإنسان العائدة إلى الأفراد والجماعات، كما يستلزم فرض عقوبات متساوية وفقاً للقانون . وهو يسود على الحكومات، ويؤمن معاملة جميع المواطنين بالتساوي، وأن يكونوا خاضعين للقانون لا لمشية القوى . وعلى القانون أن يحمي الجماعات الضعيفة من الاستغلال والتعسف(٤) . إن مفهوم حكم القانون

- 1- Jacques Cadart, Institutions politiques et Droit constitutionnel, Economica, 1990, p.15-16.
- 2-- Reid J.P., Rule of Law: The Jurisprudence of Liberty in the Seventeenth and Eighteenth Centuries:,, Northern Illinois University Press, 2004, p.4
- 3- تقرير الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة حول " حكم القانون والعدالة الانتقالية في حالات النزاع وما بعد النزاع " ٣١ آب/أغسطس ٢٠٠٧، ص ٦
- 4- (UNPD-Pogar) Rule of Law: <http://www.undp-pogar.org/themes/ruleoflaw.asp>.

لا يهتم بمدى تطابق القوانين بمد ذاتها مع الحق أو العدالة ؛ بل هو يشير ببساطة إلى كيفية تعامل النظام القائم مع القانون<sup>(١)</sup>.

أما سيادة القانون، هي خاصية من خصائص حكم القانون، والتي تعنى أن جميع الأشخاص أفراداً وحكومة خاضعون للقانون<sup>(٢)</sup> إن حكم القانون يعني أن القانون هو الأسمى، وهو يتعارض مع القوة التعسفية. إذا خرق شخص ما القوانين المطبقة أمام المحاكم العادية فإنه يعاقب. <sup>(٣)</sup> وهذا كما قال مونتيسكيو يعني بأن "القانون يجب أن يكون مثل الموت الذي لا يستثنى أحداً" <sup>(٤)</sup>. فقد وصف اللورد (Mackenzie Stuart) حكم القانون في قوانين المجموعة الأوروبية على نحو فحواه: "إن الذين يستعملون حكم المجموعات يخضعون بدورهم لقيود القانون، ولذلك تكون للمحكومين حقوق في جسمى القانون"<sup>(٥)</sup>. وقد اعتبرت محكمة العدل الأوروبية أن "معاهدة المجموعة الاقتصادية الأوروبية، وإن عُنّدت بشكل اتفاق دولي، إلا أنها تشكل، رغم ذلك، الميثاق الأساسي لمجموعة قائمة على حكم القانون"<sup>(٦)</sup>.

يرى (Ben Estep) وآخرين، أن مبدأ سيادة القانون يشير إلى أنه مبدأ للحكم، يكون فيه جميع الأشخاص والمؤسسات والكيانات العامة والخاصة، بما في ذلك لدولة نفسها، مسئولين أمام القوانين الصادرة

- 1- From Wikipedia, the free encyclopedia:  
[http://en.wikipedia.org/wiki/Rule\\_of\\_law](http://en.wikipedia.org/wiki/Rule_of_law)
- 2- Mark Cooray, The rule of law, The Australian achievement: <http://www.ourcivilisation.com/cooray/btof/chap180.htm>
- 3- Jason Leung, The Rule of Law and its Relevance to The HKSAR: <http://www.jasononline.com/law/ruleoflaw.htm>
- 4- Montesquieu, L'Esprit des Lois, livre XI, Chapitre VI.
- 5- Lord Mackenzie Stuart, European Communities and the Rule of Law, London, Stevens and Sons, 1977, p.3
- 6 - رأي محكمة العدل الأوروبية رقم ٩١١١ تاريخ ١٩٩١/١٢/١٤

علناً، تطبق على الجميع بالتساوي، والفصل فيها بشكل مستقل، والتي تنفق مع القواعد والمعايير الحقوقية الإنسانية، وكذلك اتخاذ تدابير لضمان الالتزام بمبادئ سيادة القانون، والمساواة أمام القانون، والمسئولية أمام القانون، والعدل في تطبيقه، والفصل بين السلطات، والمشاركة في صنع القرار، واليقين القانوني، وتجنب التعسف، والشفافية الإجرائية والقانونية<sup>(١)</sup>. ما لاشك فيه أن الخضوع للقانون هو الضمان للحكم الصالح (الرشيد)<sup>(٢)</sup> - ومن ثم فإن الحكم الدستوري يعتمد على القانون - ويستهدف تحقيق الصالح العام لأبناء الدولة<sup>(٣)</sup>.

رابعاً: سيادة القانون ودولة القانون.

- 1- Jim Parsons, Monica Thornton, Hyo Eun (April) BangBen Estep, Kaya Williams, and Neil Weiner: Developing Indicators to Measure the Rule of Law: A Global Approach, Report to the World Justice Project, JULY 2008, p.3
- 2- Good governance: Good governance is generally characterized by accessibility, accountability, predictability and transparency. This paper treats "good governance" as having openness, participation, accountability, and transparency as key elements. But Rule of law: Many institutions identify a fair, impartial, and accessible justice system and a representative government as key elements of the rule of law. In this paper, the term "rule of law" is used to mean independent, efficient, and accessible judicial and legal systems, with a government that applies fair and equitable law equally, consistently, coherently, and prospectively to all of its people. In MORITA, SACHIKO and ZAELEKE, DURWOOD RULE OF LAW, GOOD GOVERNANCE, AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT, Washington, DC 2007. United States, p.16 .
- 3 - حكم المحكمة الدستورية العليا (ج، م، ع) الدعوى رقم ٢٣ لسنة ١٤ ق، جلسة ١٩٩٤/٢/١٢ .

وقد ميز فقيها الدستورى الدكتور (ثروت بدوى) بين مبدأ خضوع الدولة للقانون أو نظام الدولة القانونية، ومبدأ سيادة القانون - فمبدأ خضوع الدولة للقانون يعنى خضوع جميع السلطات فى الدولة للقانون - وهو مبدأ قانونى - قصد به صالح الأفراد وحماية حقوقهم ضد السلطة - أما سيادة القانون فينبع عن فكرة سياسية تعلق بتنظيم السلطات العامة فى الدولة (١). الدولة القانونية هى التى يخضع فيها الحاكم لقواعد تقيدها وتسمو عليها وبذلك يهدف مبدأ خضوع الدولة للقانون إلى جعل السلطات الحاكمة فى الدولة تخضع لقواعد ملزمة لها كما ملزمة للمحكومين (٢). أما مبدأ سيادة القانون يعتبر ركناً من أركان نظام الدولة القانونية (٣). سيادة القانون يعنى وجوب أن يخضع الأفراد، حكاماً كانوا أو محكومين، لحكم القانون، وإغفال هذا المبدأ يؤدي - دون شك - إلى اعتبار الأحكام التى يتضمنها الدستور بخصوص كفالة حريات وحقوق الأفراد فى حكم العدم (٤). دولة القانون، كما يصفها (G. Cornu) حالة ناتجة عن خضوع مجتمع ما لنظام قانونى يقصى الفوضى والعدالة الخاصة. ومعنى أدق، اسم يستأهل وحده نظاماً قانونياً يتم فيه

- 1 - د. ثروت بدوى، النظم السياسية - الجزء الأول - النظرية العامة للنظم السياسية، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٧٠، ص ١٣٨
- 2 - د. محمد عبد الحميد أبوزيد، تقاسيم السلطة تعزيزاً للديمقراطية: دراسة مقارنة، مطبعة العشرى، طبعة أولى بدون تاريخ، ص ٦٣. وراجع أيضاً د. رجب عبد الحميد، النظم السياسية المعاصرة، ٢٠٠٨/٢٠٠٩، بدون دار نشر، ص ٧٥.
- 3 - د. إبراهيم عبد العزيز شبيحا، النظم السياسية، الدول والحكومات، دار النهضة العربية ٢٠٠٦، ص ١٠٢
- 4 - د. إبراهيم عبد العزيز شبيحا، النظم السياسية والقانون الدستورى، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون تاريخ للنشر، ص ٥١٨. وراجع أيضاً د. إبراهيم عبدالله إبراهيم حسين، الالتزامات السياسية للحاكم والمحكوم فى النظم السياسية والقانون الدستورى: دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامى، دار النهضة العربية ٢٠٠٩، ص ٢٥٣.

فعلًا احترام القانون ضمانًا لحقوق الخاضعين<sup>(١)</sup>. وتذكر (Marie-Joëlle Redar): "بأن الدولة القانونية بالمفهوم الثوري تقع في نقطة وسط ما بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي. هي تستند إذاً على فكرة سلطة القانون، وفي الأصل على فكرة سيادة الإرادة العامة. ويبدو أن هذه الصيغة الأولى من صيغ الدولة القانونية تلتقى مع ما يسميه الدولة الشرعية، دولة حكم القانون"<sup>(٢)</sup>، أي دولة القانون<sup>(٣)</sup>. وأما سيادة القانون تجسد شكلاً من بين الركائز الأساسية لأي نظام ديمقراطي لدولة القانون، فسيادة القانون هي أساس المجتمع المتحضر. أنها تضع عملية شفافة ومتساوية للوصول للجميع للعدالة. فإنه يضمن الالتزام بمبادئ الحماية القانونية. وسيادة القانون تعني عدم الوثوق بالدول التي قوانينها لا تمنع الاستبداد بالحكم، وتمنع الأفراد الآخرين إلى الوصول إلى القوانين الثابتة<sup>(٤)</sup>. في أي نظام ديمقراطي، ووفقاً لمبدأ سيادة القانون، يتحمل المسئولون المنتخبون والمعينون والمؤسسات التي يعملون في إطارها المسئولية عن تصرفاتهم ويخضعون للمساءلة أمام الشعب. ولكي يتحقق

1- Etat de droit: Situation résultant pour une société de sa soumission à un ordre juridique excluant l'anarchie et la justice privée. En un sens plus restreint, nom qui mérite seul un ordre juridique dans lequel le respect du Droit est réellement garanti aux sujets de droits, notamment contre l'arbitraire" dans. G. Cornu – dir: Vocabulaire juridique, PUF 1987, p. 325

2- Marie-Joëlle Redar, De l'Etat légal à l'Etat de droit, Presses universitaires d'Aix-Marseille, p. 13

3 - د. سعيد السيد على، المبادئ الأساسية للنظم السياسية وأنظمة الحكم المعاصرة مرجع سابق، ص ١٥٣

4- The Kenya Section of the International Commission of Jurists, 2011 Copyright in the publication as a whole is vested in the Kenya Section of the international Commission of Jurist and no part may be produced in whole or in part without.p.1

ذلك، يجب أن يكون الناس على دراية بما يحدث في حكم بلدهم. لذلك يجب كفالة الشفافية وإمكانية الحصول على المعلومات بشأن الشؤون العامة، وينبغي تشجيع الدول على اعتماد وتنفيذ تشريعات تكفل حصول الجماهير على المعلومات على نطاق واسع. ولكي تكون هذه المؤسسات فعالة، يجب أن تكون خارج سيطرة الحكومة، ومخولة بصلاحيات محددة في مجال صنع القرار أو صلاحيات لإجراء التحقيقات والإبلاغ وأن تكون مزودة بموارد كافية<sup>(١)</sup>. وتصف أغلبية دول العالم اليوم نفسها بأنها ديمقراطية. ومع ذلك، فإن الديمقراطية هي نظام اجتماعي وسياسي دينامي لا يتحقق أداؤه المثالي تمامًا على الإطلاق. وعلاوة على ذلك، فإن إرساء الديمقراطية لا يسير في خط مستقيم وليس بلا رجعة وبالتالي يلزم أن تقوم مؤسسات الدولة والمواطنون برصد هذه العملية ومواصلة الإشراف عليها. ووفقاً لذلك، فإن جميع البلدان، فضلاً عن المجتمع الدولي ذاته، يمكن أن تستفيد من مواصلة تعزيز ودعم ممارستها الديمقراطية<sup>(٢)</sup>.

يرى (Dicey): "أن تعبير سيادة القانون يعنى التفوق المطلق أو غلبة القانون العادية بالمقارنة، مع تأثير قوة التعسف"<sup>(٣)</sup>. إن مفهوم سيادة القانون بذاته لا يقول شيئاً عن عدالة القوانين نفسها، بل يبين ببساطة كيف النظام القانوني يحافظ على القوانين. وكنتيجة لذلك يمكن أن توجد دولة غير ديمقراطية تماماً أو دولة لا تحترم حقوق الإنسان مع أو بدون سيادة القانون، وهي حالة يجاد العديدون بإمكان تطبيقها على العديد من

1 - الأمم المتحدة، مذكرة توجيهية للأمين العام بشأن الديمقراطية، منشورات

الأمم المتحدة ٢٠١١، ص ٩، ١٠

2 - الأمم المتحدة، مذكرة توجيهية للأمين العام بشأن الديمقراطية، مرجع سابق، ص ١

3- AV Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10th edn (London: Macmillan, 1961) p 202.



النظم الدكتاتورية الحديثة. رغم ذلك فإن سيادة القانون تعتبر شرطاً مسبقاً للديمقراطية، وقد خدمت على هذا الأساس كأساس شائع للتعامل مع حقوق الإنسان بين الدول من قبيل جمهورية الصين الشعبية والغرب. وبالتالي يكون مبدأ سيادة القانون ضماناً هامة من ضمانات خضوع الدولة للقانون، فخضوع الدولة للقانون أعم من سيادة القانون<sup>(١)</sup>. والحرى بالذكر أن التمتع الفعلي بالحقوق والحريات لا يتم بحق إلا فى رحاب الدولة القانونية... وأن الخضوع للقانون هو مبدأ يدور جوداً وعمداً مع الديمقراطية<sup>(٢)</sup>. وأن الطريق العملى إلى سيادة القانون هو الديمقراطية<sup>(٣)</sup>. إذا كان النظام السياسى هو الذى يحدد ويحقق أهداف المجتمع، فإن النظام القانونى هو الذى يحدد الطريق للوصول إلى تلك الأهداف، فهناك تلازم بين الاثنين لدرجة لا يمكن معها تجاهل أحدهما، فكلاهما يمثل روح العصر الذى ينتمى إليه - برغم من أن السياسة تسبق القانون فى هذا المضمار<sup>(٤)</sup>. أو كما يقول (فيتمان جاى) فى كتابه الحقوق الدستورية والسياسات الدستورية: "بأن الشعب هو الذى يصنع القانون، وعادة ما يظهر القانون على أنه جزء من النظام الطبيعى للأشياء. ويمكن النظر إلى

- 1 - د. فوزى أو صديق، الوسيط فى النظم السياسية والقانون الدستورى، القسم الأول، النظرية العامة للدولة، دار الكتاب الحديث ١٤٢٩ هـ، ٢٠٠٩م، ص ١٩٠
- 2 - دشحاته أبو زيد شحاته، مبدأ المساواة فى الدساتير العربية، فى دائرة الحقوق والواجبات العامة وتطبيقاته القضائية، بدون دار نشر، عام ٢٠٠١، ص ٤٦٢. وراجع أيضاً د. محمد سعد أبو عامود، النظم السياسية فى ظل العولمة، دار الفكر الجامعى، الإسكندرية، الطبعة الأولى ٢٠٠٨، ص ٩
- 3 - د. وائل محمد يوسف عبدالعال، نطاق تطبيق المحكمة الدستورية العليا للمادة الثانية من الدستور: دراسة تحليلية مقارنة، رسالة دكتوراة - جامعة بنى سويف ٢٠٠٩، ص ٧٩.
- 4 - د. جمال سلامة على، أصول العلوم السياسية: اقتراب واقعى من المفاهيم والمتغيرات، دار النهضة العربية الطبعة الرابعة، القاهرة ٢٠١٢، ص ١٤٩

القانون والقرارات القانونية على أنها أمور حتمية، مبنية على المبادئ الثابتة للعدالة، وليس نتاج عمل إنساني على الإطلاق" (١).  
في النهاية يذكر (David Boies): "بأن سيادة القانون توفر نوعين من الحماية الأساسية ضد التعسف، وضد الحكومة التمييزية في العمل، كما أن الحماية تنص على أن يطبق على حكم يجب أن يكون في حالة يمكن التنبؤ بها بشكل معقول. كما تنص على أن يجب أن تكون القاعدة يمكن التنبؤ بها دون اعتبار لهوية الأطراف. وبالتالي مبدأ سيادة القانون ذات أهمية في المجتمع الديمقراطي هو مكون من مكونات الحضارة، يجب الحفاظ عليها" (٢).

### المطلب الثاني

#### سيادة القانون الدولي

في بدائية الأمر، حتى يمكننا الولوج وسبر أغوار سيادة القانون الدولي، علينا أن نطرح التساؤل الذي طرحه (Harold Hongju Koh): "هل القانون الدولي قانون دول حقاً؟" (٣). يرى (Stepan Wood): "بأن هناك فجوة بين القانون الدولي والعلاقات الدولية" (٤). بيد أن (Prosper Weil) يرى: "أن القانون الدولي ما هو إلا مجموعة القواعد القانونية التي

1 - فينمان جاي، الحقوق الدستورية والسياسات الدستورية (النظام القانوني للولايات المتحدة) ترجمة علاء الحضري، دار الكتاب الحديث ٢٠٠٨،

- 2- David Boies: Judicial Independence and the Rule of Law, Journal of Law & Policy, 2006, Vol. 22:57, p.57
- 3- Harold Hongju Koh: Is International Law Really State Law?, Harvard Law Review, Vol. 111, No. 7 (May, 1998), pp. 1824-1861
- 4- Stepan Wood: International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary American Journal of International Law, Vol. 92, No. 3, July 1998 pp. 367.

تحكم العلاقات الدولية<sup>(١)</sup>. ما لاشك فيه أن العلاقات الدولية تهتم بالظواهر أوسع بكثير من مجرد تنظيم الشؤون القانونية الدولية<sup>(٢)</sup> ففى النظم القانونية فى القانون العام، يفترض أن السلطة العامة تمارس وفق سيادة القانون<sup>(٣)</sup>.

يقصد بمفهوم سيادة القانون الدولى - فى المقام الأول- وجود قوانين معروفة على صعيد المجتمع الدولى ولا تنطوي على أى تمييز. إلا أن وجود القوانين وحده لا طائل منه ما لم تنفذ هذه القوانين فعلاً، ولذا، يتعين على الدولة إنشاء المؤسسات اللازمة لصون النظام القانونى، بما فى ذلك المحاكم والنيابة والشرطة، علماً بأن هذه المؤسسات عينها ملزمة باحترام ضمانات حقوق الإنسان، وفقاً لما تنص عليه المعاهدات العالمية والإقليمية المعنية بحماية حقوق الإنسان، مثل: العهد الدولى الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، والميثاق الأفريقى لحقوق الإنسان والشعوب<sup>(٤)</sup>. مالاريب فيه أننا نشهد أبلجة للقواعد القانونى الدولى فى

- 1- Prosper Weil: Towards Relative Normativity in International Law ? the American Journal of International Law vol 77.No.3.Jul 1984.p418
- 2- Başak Cali, International law for international relations: foundations for interdisciplinary study, Part I Studying international law p.1 or fund at: <http://www.fds.oup.com/ chapter1>
- 3- DAVID DYZENHAUS: THE RULE OF ADMINISTRATIVE LAW IN INTERNATIONAL LAW, LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS, [Vol. 68:127. 2005, pp.127-133 available at <http://law.duke.edu/journals/lcp>.
- 4- Robinson, Mary. Opening Speech, Building Justice: A Conference on Establishing the Rule of Law in Post-Conflict Situations. Vienna 26-27 June 1998. [www.conf.ERL.Vienna.26-27.June.1998](http://www.conf.ERL.Vienna.26-27.June.1998).

عصرنا الراهن، ما لا تحصيه مدداً وعدداً أن هناك ازدياد للقواعد الآمرة الدولية، وضاف على ذلك هناك إلزام على الدول أن تضمن الاتفاقات الدولية في التشريعات الداخلية، مما يوحي أن سيادة القانون الدولي آخذة في تنامي مرجعيتها بالنسبة للقوانين الداخلية للدول. حيث تلعب دور الأمم المتحدة دوراً جوهرياً في صياغة مفاهيم موحدة للعدالة لدعم سيادة القانون الدولي. حيث إن مفاهيم مثل: العدالة و سيادة القانون و العدالة الانتقالية هي مفاهيم ضرورية لفهم الجهود التي يبذلها المجتمع الدولي لتعزيز حقوق الإنسان، وحماية الأشخاص من الخوف والعوز، وتسوية منازعات الملكية، وتشجيع التنمية الاقتصادية، وتعزيز الحكم الخاضع للمساءلة، وتسوية الصراعات بالوسائل السلمية. وهذه المفاهيم تعين الأمم المتحدة على تحقيق أهدافها وتحديد السبل التي تتبعها من أجل تحقيقها. غير أن هناك تعدد في التعاريف وصور فهم هذه المفاهيم، هناك بالنسبة للبعض قدر غير قليل من التداخل مع مفاهيم أخرى ذات صلة، مثل إصلاح القطاع الأمني وإصلاح القطاع القضائي وإصلاح شؤون الحكم. بيد أنه لا بد من وجود فهم موحد للمفاهيم الأساسية.

#### أولاً: مفهوم سيادة القانون على الصعيد الدولي.

الشيء الذي لا يمكن تأبقه أو التغاطش عنه أن هناك تأييد واسع لإعطاء سيادة القانون على الصعيد الدولي في كثير من الأحيان أهمية، بيد أن ذلك يقابله المراوغة في فهم مصطلح سيادة القانون المفاهيمي لسيادة القانون الدولي. بيد أن إشكالية المفهوم تجعلنا نطرح التساؤل التالي: ما مدى مفهوم سيادة القانون على الصعيد الدولي؟ هل يمكن أن يمثّل هذا المفهوم مفهوم سيادة القانون على الصعيد الوطني. الجواب المختصر أن لسيادة القانون على الصعيد الدولي دلالة فقط في الامتثال والمتطلبات الإجرائية أو أنها يمكن أن تشمل المعايير أكثر موضوعية مثل: حقوق الإنسان والديمقراطية، والفصل بين السلطات. بيد أن المقارنة بين

المصطلحين والمفهوم المفاهيمي بينهما يثير تساؤل ، حول أوجه الشبه والاختلاف بين السلطة التي تخضع لرقابة سيادة القانون الوطنية من جهة ، وبين السلطة التي تخضع لرقابة سيادة القانون الدولية من جهة أخرى . إلى أى مدى يمكن مقارنة المؤسسات الدولية مع الحكومات الوطنية ، وما هي المعايير التي يمكن أن تستخدمها لتقييم القابلية للمقارنة ؟ يقول ( Tamanaha ) : بأن سيادة القانون على الصعيد الدولي قد بدأت (١) . فالملتجع الدولي في أواخر القرن العشرين له دور متزايد لتطوير القواعد العالمية لمعالجة الشواغل العالمية (٢) . وعلاوة على ذلك ، فقد أصبح من الواضح بشكل متزايد أن غير قادر هيكلية لمعالجة العديد من مشاكل العالم الأكثر إلحاحاً ، فعلى سبيل المثال مشكلة الانتشار النووي ، والاختراع العالمي ، ومشكلة الاستقرار المالي العالمي (الانصهار المالي) . (٣) . في ضوء الحالة الراهنة ، يجدر التفكير بشكل خلاق حول كيفية تحسين فروع القانون الدولي لمعالجة تلك المشكلات . فالحكمة التقليدية لدى علماء القانون الدولي هي ، إذا عمل الحكم مرة واحدة ، لا توجد دولة لديها الحق القانوني في الانسحاب من القاعدة . بدلاً من ذلك إذا أرادت أمة لتغيير حكم ، إما يجب أن تقنع الدول الأخرى على الدخول في معاهدة تجاوز

- 1- BZ Tamanaha, On the Rule of Law: History, Politics, Theory (Cambridge: Cambridge University Press, 2004) p 127.
- 2- Jonathan I. Charney: Universal International Law, The American Journal of International Law, Vol.87.No 4,1993,p.529
- 3- LINOS-ALEXANDRE SICILIANOS, LES RÉACTIONS DÉCENTR ALISÉES À L'ILLICITE: DES CONTRE-MESURES À LA (1990); droit comparé Revue internationale de Legitime Defense ZOLLER, supra note 4, Numero4 Année 1991 ,Volume 43 ,p. 950.

القاعدة ، أو يجب أن تنتهك سيادة على أمل أن توضح الدول الأخرى لهذا الانتهاك<sup>(١)</sup>.

يقول (LINOS-ALEXANDRE) : بأن ملء الفجوة الناجمة عن عدم الالتزام و عدم إنفاذ القانون. هي واضحة فى مجال القانون الدولى<sup>(٢)</sup>. وخاصة فى التدابير المضادة، حيث لا يوجد نظام أو آلية فعالة مركزية لإنفاذ القانون على الرغم من وجود مجلس الأمن ، وبالتالي لا يجوز للدولة أن تلجأ إلى الأفعال التى تعتبر غير قانونية من أجل فرض واجب هو مستحق عليه ( فردية التدابير المضادة ). بيد أنه نحن فى حاجة لمثل تلك التدابير لمساعدة الدولة المتضررة . وهناك التدابير المضادة الجماعية تستخدم عندما تكون الدولة المضرورة غير قادرة على إجبار الدولة المسببة للضرر على الالتزام بتعهداتها<sup>(٣)</sup>. وقد استخدمت التدابير المضادة الجماعية عن خرق التزام دولى ليس لدولة، ولكن لمواطنى الدولة نفسها، كما يمكن استخدام التدابير المضادة عندما تنتهك لمصلحة العامة الدولية، ومثال عندما انتهكت دولة إيران اتفاقية فيينا المتعلقة بالأمور الدبلوماسية خلال أزمة الرهائن<sup>(٤)</sup>. ما يشير الدهشة أن زيادة التدابير

- 1- Jacob Katz Cogan: Noncompliance and the International Rule of Law. THE YALE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 2006. [Vol. 31:189 pp.199-200
- 2- CURTIS A. BRADLEY & MITU GULATI: Mandatory Versus Default Rules: How Can Customary International Law Be Improved?, the yale law journal online 2011, vol. 120: p.421
- 3- Ibid. p.421
- 4- Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (U.S. v. Iran), 1980 I.C.J. 3, 43 (May 24) (“[T]he Court considers it to be its duty to draw the attention of the entire international community . . . to the irreparable harm that may be caused by events of the kind now before the Court. Such events cannot fail to undermine the edifice of law . . . the maintenance of=

المضادة يجعل الدول أكثر التزاماً بالقانون الدولي ، بل ليس من المستغرب أن انتهاكات حقوق الإنسان ولدت ردود من الدول فى شكل تدابير مضادة جماعية وأجل مثال على ذلك ماحدث فى كوسوفو، حيث لجأ حلف الناتو لاستخدام القوة للحد من انتهاكات حقوق الإنسان، كما أن المجموعة الأوروبية فى اللائحة ٩٨/١٩٠١، وضعت حظراً فورياً على الطيران اليوغوسلافي<sup>(١)</sup>.

يقول (Arnold N. Pronto): بأن (الآن بويل وكريستين تشينكين) جعلوا من القانون الدولي استكشاف أساليب معاصرة تقوم على فرضية أساسية هى الطبيعة اللامركزية للقانون الدولي، فهناك اليوم مجموعة واسعة النطاق ومتباينة من الطرق والإجراءات التى يتم بها إنشاء القانون الدولي ، هناك توسع فى وظيفة القانون الدولي الحديث . ببساطة، لم يعد الحال أن صنع القانون الدولي يأتى من الكيانات (الدول) أى من خلال عدد قليل من العمليات الحكومية الدولية . فاليوم يتم إنشاء القانون فى عدد كبير من المحافل، بما فى ذلك العمليات المتعددة الأطراف، والمحاكم وأجهزة المنظمات الدولية. وعلى الرغم من ذلك تبقى الدول هى الصانعة الأولى للقانون الدولي ، وانضم إليها الفواعل الجدد مثل: المنظمات الدولية، والقضائية، والكيانات المؤثرة فى صنع القانون الدولي، بما فى ذلك المنظمات غير الحكومية وحتى الأفراد<sup>(٢)</sup>. فقد أكد البعض أن القواعد القانونية الدولية تقوم على شئ من التجريد والعمومية، لأن

---

=which is vital for the security and well-being of the [international community

1- Council Regulation (EC) No. 1901/98, Concerning a Ban on Flights of Yugoslav Carriers Between the Federal Republic of Yugoslavia and the European Community, art.1, 1998 O.J. (L248) 1

2 Arnold N. Pronto: Some Thoughts on the Making of International Law, New York:Oxford University Press, 2007 . Pp. 602-603

العلاقات الاجتماعية في تطور مستمر ، وأن القانون في حاجة إلى أن يكمل (١). وعلاقة مبدأ السيادة بالقواعد القانونية تتوقف على درجة ارتباط هذا المبدأ بالنظام القانوني الدولي. فكلما زاد هذا الارتباط كلما فقد السيادة معناها المطلق لتصبح سلطة قانونية منظمة. (٢) إن تنظيم المجتمع الدولي معناه إخضاع المجتمع للنظام ومن ثم للقانون ليس بالأمر اليسير (٣).  
ثانياً: تطوير سيادة القانون على الصعيد الدولي من خلال الممارسات الوطنية والدولية.

الشيء الذي لا يمكن التغاضي عنه أن التطبيق المحلي للقانون الدولي تقليدياً قد ساهم في تطوير القانون الدولي بشكل عام. وهذا شكل جزءاً من المؤلف الجديد في القانون الدولي وتفسير المعاهدات في شكل ممارسات الدول. كما أن لديها أساس لمبادئ القانون العامة. علاوة على ذلك، قرارات المحاكم الوطنية قد لجئ إليها كوسائل فرعية لتحديد قواعد القانون الدولي. هذه الأدوار الكلاسيكية التي تعزى إلى الممارسات القانونية المحلية، بيد أن تلك الممارسات ليست فقد وحدها تساهم في التطوير المعيارى لسيادة القانون الدولي. لكن القيام بالممارسات الوطنية وخاصة تلك السابقة للقواعد الدولية أو القرارات، يمكن أن يكون لها تأثير التارجح مرة أخرى على تطوير حكم القانون على الصعيد الدولي. لا تقويض سيادة القانون على الصعيد الدولي، التي يمكن أن تساعد وتيسير فعلاً نحو الإصلاح. ولكن علينا أن نطرح التساؤل التالي: ما تأثير

- 1- د. جعفر عبد السلام، العدالة والانصاف في القانون الدولي، مجلة الاقتصاد والإدارة، ١٣٩٦، ص ٦٤. وراجع أيضاً د. مصطفى أحمد فؤاد دراسات في القانون الدولي، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٧
- 2- د. عائشة راتب، دراسات قانونية، دار النهضة العربية ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣، ص ١٩
- 3- د. رياض صالح أبو العطا، طبيعة القانون الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة بدون تاريخ نشر، ص ١٥٢.



القوانين الوطنية وقرارات المحاكم الوطنية على عمليات المساءلة فيما يتعلق المؤسسات الدولية، مثل الأمم المتحدة؟<sup>(١)</sup>. وما لا شك فيه أن سيادة القانون الدولي تتطلب على أقل تقدير بعض الأمور الأساسية لشئون القانونية داخل المجتمع الدولي، التي لا شك أن يتمتع بها، بيد أنه اليوم، فإن قلة من الناس في الواقع تدرك أن هناك مجموعة من القواعد تتمتع بمخصائص ونسب القانون الدولي<sup>(٢)</sup>. مع التنبيه أن القانون الدولي والقانون الوضعي الداخلي جزءاً من نظام قانوني حقيقي<sup>(٣)</sup>. بيد أن القواعد القانونية المستمدة من القانون الدولي للقانون الداخلي خلقت اعتراضات قوية فائحة المجال للمجدل واسع بصدد هذا الشأن<sup>(٤)</sup>. يذكر (A Watts): بأن القانون الدولي ليس لديه المشرع الواسطي، وأى عملية تشريعية بمعنى الكلمة نحو خلق وضع قواعد قانونية هي في الأساس تعتمد على اللامركزية من خلال المؤتمرات الدولية، أو الاجتماعات داخل المنظمات الدولية قد تنتج نصوصاً تشريعية تشبه التشريعات الصادرة عن طريق التفاوض والتسوية، وهي ليست عملية تشريعية حسب الدقة<sup>(٥)</sup>. ما لا شك فيه إذا كان صلح وستفاليا لعام ١٦٤٨ جسد مبدأ السيادة

- 1- Lt Col Mike Cole,: RULE OF LAW HANDBOOK A PRACTITIONER'S GUIDE FOR JUDGE ADVOCATES, The Judge Advocate General's Legal Center and School, U.S. Army Center for Law and Military Operations Charlottesville, Virginia 2011.p.71
- 2- Thomas M. Franck: Fairness in International Law and Institutions (New York: Oxford University Press, 1995), p.all
- 3- R Jennings and A Watts, Oppenheim's International Law, Vol 1, 9th edn (London: Longman, 1992) pp 12-13
- 4- GL Williams, 'International Law and the Controversy Concerning the Word "Law"' (1945) 22 British Yearbook of International Law,p.146
- 5- A Watts,The International Rule of Law' German Yearbook of International Law(1993) 36,p.15-28

الوطنية، وأن نظام الدول ذات السيادة أصبح راسخاً في مجموعة من القواعد التي تطورت في وقت لاحق في جميع أنحاء العالم<sup>(١)</sup>. بيد أننا نرى إذا كان صلح وستفاليا جسداً مبدأ سيادة الوطنية، بالتالي أشار ضمناً على مبدأ سيادة القانون، المتمثل في احترام الالتزامات الواردة في ذلك الصلح المتمثلة في المساواة الرسمية في السيادة، وعدم التدخل في الشؤون الداخلية... الخ. كل هذا يجسد لنا أن للقانون الدولي سيادة يجب أن تحترم. بيد أنه على بساط البحث تلوح في الأفق إشكالية واقعية طرحها (Jacob Katz Cogan) في التساؤل الأتي: ما معنى أن يكون هناك قانون إذا سمح بانتهاكه؟، وماذا يعني وجود نظام قانوني إذا تم التغاضي عنه وعدم الالتزام به؟ ويجب قائلاً: أن القانون الذي يفشل في إلزام التمسك بقواعده يقابل بالإزدراء، ومن ثم فلا حاجة لإدانة الأفعال الفردية لعدم الامتثال<sup>(٢)</sup>. ويضيف قائلاً: بأن هناك واجب عام على الامتثال للقانون، بما في ذلك القانون الدولي، ولكننا هنا لسنا بصدد مناقشة طبيعة ذلك الالتزام<sup>(٣)</sup>. لأنها سوف تصبح واضحة، أيأ كان أساس هذا الالتزام، سواء كان معنوياً أو احترازياً، أنا يمكن التغلب على طبيعة الالتزام في السياق الدولي في ظروف معينة. هناك، بطبيعة الحال، يمكن اكتشاف طبيعة الالتزام من واجب طاعة القانون<sup>(٤)</sup>.

ولكن بيد أنه على الصعيد الداخلي للدول هل تتحقق سيادة القانون والمساواة أمامه بمجرد فرض النظام واستتباب الأمن..؟ وهل

- 1- David Held: The Changing Structure of International Law: Sovereignty Transformed? 2003, p.162. or Fund at: [www.polity.co.uk/global/pdf/](http://www.polity.co.uk/global/pdf/).
- 2- Jacob Katz Cogan: Noncompliance and the International Rule of Law, op, cit, p.189
- 3- Jacob Katz Cogan, op, cit, p.189
- 4- Heidi M. Hurd, Challenging Authority, YALE L.J. 1611 (1991). p. 100.

تتحقق تلك السيادة إذا كانت الأجهزة المكلفة بحماية النظام واستتباب الأمن، تتدخل فى كل شاردة وواردة فى مؤسسات الدولة العامة والخاصة..؟ وقد قيل فى تبرير هذا التدخل إنه موجه فقط لمراقبة الفاسدين وكشفهم ومحاسبتهم. والسؤال الذى نطرحه هنا هو هل قضي على الفساد؟ أو على الأقل هل تم الحد من انتشاره فى تلك المؤسسات..؟ الواقع يقول عكس ذلك تماماً. فالفساد عندما يدخل بلد ينتشر كالسرطان حتى يعم فى كل مكان، وبدأت تطفو على السطح طبقة فاسدة اغتنت على حساب الدولة والشعب معاً، إذ يتبارى أعضاؤها فى بناء القصور الفارحة والمزارع واقتناء سيارات سنة صنعها.. إلخ، ولا يجرؤ أحد على محاسبتهم أو حتى الاقتراب منهم. لم ترَ الأجهزة المختصة استثناء الفساد أمامها، بل رأت أصحاب الرأى من الوطنيين المفكرين والمثقفين، فضيقت عليهم بالمنع من السفر والاعتقال، إنها لفارقة غريبة حقاً أن يجري ذلك، بينما الفاسدون والمفسدون يسرحون ويمرحون فى طول البلاد وعرضها. وهل تتحقق سيادة القانون إذا لم تحمل تلك السيادة فى مضمونها أيضاً معنى تقييد المسئولين، لابل إلزامهم باحترام القانون؟ وإلا تصبح السيادة فى هذه الحالة ذريعة لتبرير الاستبداد.؟ وهل تتحقق السيادة للقانون والمساواة أمامه بمجرد النص على ذلك فى الدستور..؟ إذا لم تحمل تلك السيادة فى مضمونها خضوع الدولة للقانون، بالتوازي مع وجود جهاز قضائي قوي مستقل وكفاء كضمانة لمراقبة هذا الخضوع، بحيث يكون من حق كل شخص أن يلجأ إلى قضاء مستقل عادل، متى تأثرت مصالحه بتصرف صادر من السلطة أو الفرد على حد سواء؟ فالرقابة القضائية تحد من شطط السلطتين التشريعية والتنفيذية فى إصدار تشريعات وقرارات تنتقص من سيادة القانون وحقوق الناس وحررياتهم. يتطلب الالتزام بسيادة القانون إيجاد ثقافة الشرعية والتمكين القانوني التى تتصدى للاستبعاد حتى يعرف جميع الناس حقوقهم ومستحقاتهم ويكون بإمكانهم السعي لحمايتها.

والحماية القانونية هي الوسيلة الأكثر استدامة لضمان هذه الحماية (١). بيد أنه على الصعيد الدولي، تكفل سيادة القانون إمكانية التنبؤ بأعمال الدول ومشروعيتها، وتعزز مساواتها في السيادة، وتدعم مسؤولية الدولة أمام جميع الأفراد داخل إقليمها والخاضعين لولايتها. ويتسم التنفيذ التام للالتزامات المبينة في ميثاق الأمم المتحدة وغيره من الصكوك الدولية، بما في ذلك الإطار الدولي لحقوق الإنسان (٢).

فتعزيز سيادة القانون الدولي تتطلب اتخاذ إجراءات ضد الجريمة عبر الوطنية، فالمجتمع الدولي، بما في ذلك الأمم المتحدة، يجب أن يواصل تقديم المساعدة للدول في التصديق على المعاهدات، وتنسيق قوانينها المحلية مع الالتزامات الدولية، وتوسيع نطاق ولاية محكمة العدل الدولية، وتعزيز سرعة بدء نفاذ وفعالية نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (٣). والامثال لمحكمة العدل الدولية وميثاق الأمم المتحدة، وكفالة تنفيذ الدول الأطراف للمعاهدات في مجالات مثل: الحد من التسلح ونزع السلاح والقانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان، ودعوة جميع الدول إلى النظر في توقيع نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والتصديق عليه (٤). وقد هيا ميثاق الأمم المتحدة وغيره من مصادر القانون الدولي الظروف التي يمكن في ظلها صون العدل واحترام الالتزامات الناشئة عن المعاهدات. ويتسع نطاق قبول سيادة القانون على الصعيد الدولي، ويتزايد استخدام للمعاهدات لتنظيم علاقاتها (٥). ويجرى في نهاية المطاف إنفاذ سيادة القانون الدولي عن طريق تطبيق المبادئ الديمقراطية ومعايير حقوق الإنسان والمعايير الإنسانية الدولية. وتقع على

- 1- UN/A/67/ 290\ 10 August 2012.p.18
- 2- UN/A/67/ 290\ 10 August 2012.p.4
- 3- UN/A/56/ 326\ 6 September 2001.p.2
- 4 - UN/A/CONF.183/9\p.2
- 5- UN/A/56/ 326\ 6 September 2001.p.11

عائق الدولة المسئولة الرئيسية عن ضمان حماية الفرد ورفاهه. وفي حين أن هياكل مثل: المحكمة الجنائية الدولية والمحكمة الجنائية الدولية تتسم بأهمية حاسمة في تحدى ثقافة الإفلات من العقاب وذلك بردها ارتكاب انتهاكات لحقوق الإنسان في المستقبل ومن ثم كونها آليات منع، لا بديل عن اتخاذ إجراء رسمي محدد لكفالة مثول من ينتهكون القانون الدولي أمام العدالة<sup>(١)</sup>. وتشكل هذه المعاهدات إطاراً شاملاً للمعايير القانونية التي تنظم سلوك الدول وهي تؤثر تأثيراً عريضاً على حياة الأفراد والمجتمعات المحلية. فهي تغطي طائفة عريضة من التفاعلات البشرية، من حقوق الإنسان إلى استخدام الفضاء الخارجي<sup>(٢)</sup>. وفي ١٩ آب/أغسطس ٢٠٠١، صدق ٣٧ بلداً على نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، الذي يقضي، لأول مرة، بإنشاء محكمة دائمة لمحاكمة الأفراد المتهمين بارتكاب الإبادة الجماعية وجرائم الحرب وجرائم ضد الإنسانية. مما سيشكل خطوة عملاقة إلى الأمام في مسيرة حقوق الإنسان العالمية وسيادة القانون الدولي<sup>(٣)</sup>. ويعترف الآن على نطاق واسع بالتحدي الذي يشكله الفساد بالنسبة لسيادة القانون والحكم الرشيد والتنمية. فلقد سلب الفساد من العديد من البلدان النامية والبلدان التي تمر بمرحلة انتقالية أصولها الوطنية. وتأخرت محاولات هذه البلدان استعادة الأموال التي فقدتها بهذه الطريقة، وذلك من جراء عدم وجود معاهدات دولية مناسبة أو بسبب سرية المصارف<sup>(٤)</sup>. وقد اكتسبت الجهود الرامية إلى القضاء على الأسلحة النووية قوة جديدة من الفتوى التي أصدرتها محكمة العدل الدولية في عام ١٩٩٦ بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استعمالها، التي قضت فيها المحكمة بالإجماع بأنه لا ينبغي

1- UN/A/56/ 326\ 6 September 2001.p.11

2- UN/A/56/ 326\ 6 September 2001.p.10

3- UN/A/56/ 326\ 6 September 2001.p.11

4- UN/A/56/ 326\ 6 September 2001.p.13

التهديد بالأسلحة النووية أو استعمالها ما لم يكن ذلك متوافقاً مع مقتضيات القانون الدولي الواجبة التطبيق في الصراع المسلح، وبأن هناك التزاماً يوجب مباشرة التفاوض بنية حسنة وإتمامه على نحو يؤدي إلى نزع السلاح النووي بجميع جوانبه في ظل رقابة دولية صارمة وفعالة<sup>(١)</sup>.  
ملاشك فيه أن سيادة القانون الدولي تقتضي إقامة سلام عادل ودائم في جميع أنحاء العالم وفقاً لمبادئ الميثاق ومقاصده، ودعم المساواة بين جميع الدول في السيادة، واحترام سلامتها الإقليمية واستقلالها السياسي، وحل المنازعات بالوسائل السلمية، ووفقاً لمبادئ العدل والقانون الدولي، وحق الشعوب التي لا تزال تحت السيطرة الاستعمارية والاحتلال الأجنبي في تقرير المصير، وعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول، واحترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية، واحترام ما لجميع الناس من حقوق متساوية دون تمييز على أساس العرق أو الجنس أو الدين، والتعاون الدولي على حل المشاكل الدولية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وذات الطابع الإنساني<sup>(٢)</sup>. بيد أنه بعد أحداث الحادي عشر من سبتمبر، حدث هجوم على مبدأ سيادة القانون، وخاصة القانون الدولي والعلاقات الدولية عموماً<sup>(٣)</sup>. بحجة أن القانون الدولي لا يخدم الأداة الفعالة لمكافحة الإرهاب، وأن أحداث الحادي عشر من سبتمبر ٢٠٠١ ضيّقت صفوف أصحاب النظرة الواقعية للعلاقات الدولية، الذي عرض فيها القانون الدولي في المقام الأول كغطاء لمصالح استراتيجية

1- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory opinion, I.C.J. Reports-1996, p.26

2- Leila Nadya Sadat, Terrorism and the Rule of Law, Wash. U. Global Stud. L. Rev. 135 (2004).p.135

3 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة الحادية والستون، البند ٨٠ من جدول الأعمال، قرار اتخذته الجمعية العامة، إعلان الأمم المتحدة بشأن الألفية

، وبالتالي افتقرت الأمم المتحدة الآلية على إلزام الدول على الامتثال  
لخطاب القانون الدولي. (١)

وعلى ما تقدم نقول: أن هناك ضرورة ملجئة لتقيد الجميع بسيادة  
القانون ووضعها موضع التطبيق على الصعيدين الوطني والدولي على  
السواء، والتزامها الرسمي بنظام دولي يستند إلى سيادة القانون والقانون  
الدولي، وهو النظام الذي يعتبر، إلى جانب مبادئ العدل، أمراً لا غنى  
عنه من أجل التعايش السلمي والتعاون فيما بين الدول، بأن النهوض  
بسيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي أمر أساسي لتحقيق النمو  
الاقتصادي المطرد والتنمية المستدامة والقضاء على الفقر والجوع وحماية  
جميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية، (٢) وأن الأمن الجماعي  
يتوقف على التعاون الفعال للوقوف، وفقاً للميثاق والقانون الدولي، في  
وجه التهديدات عبر الوطنية، أن من واجب جميع الدول الامتناع في  
علاقاتها الدولية عن التهديد باستعمال القوة أو استعمالها بأي شكل  
يتعارض مع مقاصد الأمم المتحدة ومبادئها، وتسوية ما ينشأ فيما بينها  
من منازعات بالوسائل السلمية على وجه لا يجعل السلام والأمن  
الدوليين والعدل عرضة للخطر، ونهيب بالدول التي لم تعترف بعد  
بالولاية القانونية لمحكمة العدل الدولية وفقاً لنظامها الأساسي أن تنظر في  
القيام بذلك (٣). يرى (Jean L. Cohen): "أن السيادة كأداة من أدوات

1- LAURA A. DICKINSON . USING LEGAL PROCESS  
TO FIGHT TERRORISM: DETENTIONS, MILITARY  
COMMISSIONS, INTERNATIONAL TRIBUNALS,  
AND THE RULE OF LAW, SOUTHERN  
CALIFORNIA LAW REVIEW [Vol. 75,,2002,p.1407

2 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة الخامسة والخمسون، البند ٦٠ (ب)  
من جدول الأعمال، قرار اتخذته الجمعية العامة، سيادة القانون على  
الصعيدين الوطني والدولي ٢٠٠٦، ص ١.

3 - المرجع السابق، ص ١

القانون يجب أن تكون متوافقة مع المبادئ العالمية لحقوق الإنسان ، والتخلي عن مشاريع الإمبريالية العالمية التي تتنافى مع مبدأ سيادة القانون الدولي . والأفضل من الإمبريالية هي تحديث القانون الدولي وتعزيز المؤسسات فوق الوطنية ، والإصلاح القانوني ، وإنشاء قاعدة عالمية تحمي مبدأ سيادة القانون ، التي أساسها المساواة بين الدول على أساس العدل" (١). كما يرى (Dencho Georgiev) : أن الأمثل العليا لسيادة القانون الدولي تقوم على مبادئ متناقضة ، وبالتالي غير قادر على تقديم نهج مفيدة لهيكل المجتمع الدولي. وذلك بالنظر إلى الصراع الاجتماعي ، الذي يجب حله عن الطرق السياسية ، إذ أن أصحاب المدرسة الواقعية في العلاقات الدولية يرون أن القانون الدولي يلعب دوراً هاماً وثانويًا في السياسة الدولية ، ويدعون أن القانون الدولي ليس مستقلاً عن السياسة الدولية . وبالتالي لا معنى للتأكيد والحاجة إلى إنشاء سيادة القانون الدولي على السياسة الدولية (٢) .

يقول (JEREMY WALDRON): "ينبغي أن نفكر في سيادة القانون في الساحة الدولية والسؤال عن حكم القانون في الساحة الدولية ، وسيادة القانون لا تتطلب أن يكون هناك شيئاً من هذا القبيل - القانون الدولي - أو ما هو عليه الآن ، أو التفكير في معاهدات معنية مثل العهدين لحقوق الإنسان ، أو من قيمة القانون الدولي العرفي . بل سيادة القانون تعيد إلى الأذهان مجموعة معنية من القيم والمبادئ والشرعية" (٣).

- 1- Jean L. Cohen, Whose Sovereignty? Empire Versus International Law, Ethics & International Affairs 18, no. 3 (2004). P.3
- 2- Dencho Georgiev: Politics or Rule of Law: Deconstruction and Legitimacy in International Law, 4 EJIL (1993) 1-p.1
- 3- JEREMY WALDRON, THE RULE OF INTERNATIONAL LAW. Harvard Journal of Law & Public Policy 2001 [Vol. 30,no.1.p.11



في ختام بقية القول نشارك (André Nollkaemper) وآخرين في رأيهم :  
 "بأن مفهوم سيادة القانون المطبقة على الساحة الدولية، لا يزال يفتقر إلى  
 تصور رسمي، ولا سيما في علاقاته في المجتمعات المحلية، مما يطرح  
 تساؤلات وإشكاليات وخاصة في دور المحاكم في تعزيز سيادة القانون، في  
 إمكانية وجود سيادة القانون الدولي في غياب السلطات القضائية الإلزامية  
 في القانون الدولي العام، وتساؤلات عن دور الهيئات شبه القانونية  
 والتنظيمية العالمية وآليات المساءلة في تطوير مجتمع دولي يحكم وفقاً لسيادة  
 القانون<sup>(١)</sup>. وما من شك في أن الأمم المتحدة، بوصفها أكثر المنظمات  
 الدولية سلطة وشمولاً، قد دعمت وعززت على الدوام مبدأ سيادة  
 القانون. بيد أنه لا يكفي تبيان الالتزام بالقانون وأهمية مبدأ سيادة القانون  
 فإن لم يكن في الإمكان منع انتهاكات القانون الدولي وميثاق الأمم  
 المتحدة، فلا بد من الإشارة إلى عواقب هذه الانتهاكات بوضوح وإدانتها  
 على الفور ويتمثل أحد أسباب تدهور سلطة القانون في رداءة نوعية  
 الممارسات الدولية المحددة المعايير، مما أسفر عن إدخال عبارات غامضة  
 وغير واضحة في الوثائق، حيث يضحي بنزاهة الصكوك القانونية الدولية  
 وفعاليتها من أجل مشاكل سياسية راهنة<sup>(٢)</sup>.

### ثالثاً: العالمية واليقين والتنوع في سيادة القانون الدولي ..

ما لا شك فيه أن دور الطعون الوطنية في تطوير سيادة القانون  
 على الصعيد الدولي يثير سؤال آخر إلى توتر محتمل بين العالمية واليقين في  
 سيادة القانون على الصعيد الدولي من جهة، وتنوع القانون الوطني من

1- André Nollkaemper, Jan Wouters and Nicolas Hachez. Accountability and the Rule of Law at International Level, the Amsterdam Centre for International Law (University of Amsterdam) and the Leuven Centre for Global Governance Studies (University of Leuven 2008. p.1

2- UN\A/63/226\6 August 2008\p.29

جهة أخرى. وعلاوة على ذلك أن سيادة القانون التقليدي تعتمد على وجه اليقين والقدرة على التنبؤ. ولكن هل هذا معيار عملي في ضوء التنوع في النظم القانونية؟ كيف يمكن للقانون الدولي لحقوق الإنسان - على سبيل المثال - الحفاظ على التنوع الوطني مع ضمان المعايير العالمية لحقوق الإنسان واليقين القانوني؟ كيف يجب أن تكون القيمة النسبية من التوحيد واليقين التي قد ينظر إليها على أنها جوهرية في أن تكون سيادة القانون متوازنة مع قيمة التنوع؟ ويرتبط التوتر بين العالمية والتنوع على التساؤل حول الشرعية من المبادئ القانونية والقواعد الدولية. على الرغم من أن القانون الدولي له تأثير على سيادة القانون المحلي، وخاصة في الدعوات والتدخلات التي يطلقها القانون الدولي في الانتخابات المحلية. إذ أن القانون الدولي وإجراءات تسوية المنازعات الدولية تعاني من مشاكل شرعية، ينبغي أن تبقى على مسافة من خلال ترك هامش تقدير للمجال الوطني. هل يمكن أن يكون التوسع في سيادة القانون الدولي مقوضاً لسيادة القانون على المستوى

المحلي، بدلاً من تعزيز ذلك؟<sup>(١)</sup>. يذكر (HLA Hart): "بأن القدرة على التنبؤ واليقين والاستقرار قيم ليست مطلقة. ومع ذلك أن درجة معينة من الغموض وعدم اليقين في القانون أمر لا مفر منه في أي نظام قانوني سواء كان وطنياً أو دولياً: (١). ومع ذلك فإن مستوى القدرة على التنبؤ واليقين والاستقرار، أظهرت من القواعد القانونية الدولية انخفاضاً نوعاً ما في المعيار الذي يبررها في ظل سيادة القانون على الصعيد

1- Amsterdam Center for International Law: Interface between International and National Legal Orders An International Rule of Law Perspective, March 2013, Fund at: <http://www.acil.uva.nl/..intern-ational-law/.../call-for-papers-inte..>

2- HLA Hart, 'Positivism and the Separation of Law and Morals' Harvard Law Review, Vol. 71 (1958), pp.593-529

الدولى ، بيد أنها كانت كافية فى المجالات الفنية الدولية المختلفة، وهى تشمل القانون الدولى لحقوق الإنسان، والقانون الدولى الاقتصادى، وقانون العمل الدولى، والقانون الدولى للبحار، والقانون الدولى للمسئولية الدولية، والقانون الجنائى الدولى<sup>(١)</sup> . تعزيز سيادة القانون فى الشؤون الدولية أصبحت مشكلة ذات أهمية وهى الأكثر إرباكاً للعاملين فى الحقل القانونى الدولى ، وانتقدت هذه المسألة من بعضهم ، حيث أن قواعد القانون الدولى نادراً ما تخضع للتأويل وتطبيق الإلزامى من قبل المحاكم، حيث حجج التشكيك فى قدرتها لتحل محل القانون والإجراءات القانونية، وينال منها العنف والإكراه فى الإنفاذ . والمشرعون الوطنيون والقضاة يرفضون الاستجابة للقانون الدولى يرون فيه السياسة أكثر من القانون ، وأما فكرة تعزيز سيادة القانون فى الشؤون الدولية هى مجردة غاية مثالية ، والمثال المدلل على ذلك أن القانون الدولى للبحار، قد أثار جدل من السخرية والاضطراب حيث أن الدول الساحلية غير راضية عنه [ حيث ترى أن الدول الاستعمارية الإمبريالية المسلحة بالتكنولوجيا نهبوا الأرض والآن يسعون لنهب البحر ] . وبالتالي من الصعب المطالبة من جانبهم بإنفاذ القانون ، حيث هناك خيبة أمل<sup>(٢)</sup> . ما لا شك فيه أن التركيز على أهمية القانون الدولى كأحد مكونات عملية صنع القرار داخل هيئات الأمم المتحدة سيزيد من سلطة القانون الدولى ككل<sup>(٣)</sup> . ومفهوم سيادة القانون هو لب مهمة المنظمة. وهو يشير إلى " مبدأ للحكم يكون فيه جميع الأشخاص والمؤسسات والكيانات والقطاعان العام والخاص ، بما فى ذلك الدولة ذاتها، مسئولين أمام قوانين صادرة علناً، وتطبق على

- 1- STÉPHANE BEAULAC: The Rule of Law in International Law Today, op, cit. p.206
- 2- Bernard H. Oxman: The Rule of Law and the United Nations Convention on the Law of the Sea, 7 EJIL (1996) P.353
- 3- UN\A/C.6/65/SR. 8\10 January 2011.p.11

الجميع بالتساوي ويحتكم في إطارها إلى قضاء مستقل، وتتفق مع القواعد والمعايير الدولية لحقوق الإنسان. ويقتضي هذا المبدأ كذلك اتخاذ تدابير لكفالة الالتزام بمبادئ سيادة القانون، والمساواة أمام القانون، والمسئولية أمام القانون، والعدل في تطبيق القانون، والفصل بين السلطات، والمشاركة في صنع القرار، واليقين القانوني، وتجنب التعسف، والشفافية الإجرائية والقانونية" (١).

وبالنسبة للأمم المتحدة، فإن مفهوم مصطلح العدالة، يعنى المثل العليا للمساءلة والإنصاف في حماية الحقوق وإحقاقها ومنع التجاوزات والمعاقبة عليها. والعدالة تنطوي على احترام حقوق المتهمين ومصالح الضحايا ورفاه المجتمع بأسره. وهي مفهوم متأصل في جميع الثقافات والتقاليد الوطنية، وفي حين تنطوي إقامتها عادة على آليات قضائية رسمية، فإن الآليات التقليدية لتسوية المنازعات لها نفس القدر من الأهمية. وقد عمل المجتمع الدولي على التحديد الجماعي للمتطلبات الموضوعية والإجرائية لإقامة العدالة لما يربو على نصف قرن (٢). ويشمل مفهوم العدالة الانتقالية كامل نطاق العمليات والآليات المرتبطة بالمحاولات التي يبذلها المجتمع لفهم تركة من تجاوزات الماضي الواسعة النطاق بغية كفالة المساءلة وإقامة العدالة وتحقيق المصالحة. وقد تشمل هذه الآليات القضائية وغير القضائية على السواء، مع تفاوت مستويات المشاركة الدولية - أو عدم وجودها مطلقاً - ومحاكمات الأفراد، والتعويض، وتقصى الحقائق، والإصلاح الدستوري، وفحص السجل الشخصي للكشف عن التجاوزات، والفصل أو اقتراحهما معاً (٣).

1- UN\S/2004/ 616\ 23 August 2004\pp.5,6

2- UN\S/2004/ 616\ 23 August 2004\p. 6

3- - UN\S/2004/ 616\ 23 August 2004\pp.5,6n

## المبحث الأول

### مبدأ سيادة القانون كمبدأ يدخل في طيات المبادئ العامة التي أقرتها الأمم المتحدة

مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتحدة المصدر الثالث من مصادر القانون الدولي ، وهذا ما أقره نص المادة (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، حيث نصت على: " ١ - وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدولي ، وهي تطبق في هذا الشأن: (ج) مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتحدة. (١) مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتحدة تمثل

- 1-- The scope of general principles of law, to which Article 38(1) of the Statute of the ICJ refers, is unclear and controversial but may include such legal principles that are common to a large number of systems of municipal law. Given the limits of treaties or custom as sources of international law, Article 38(1) may be looked upon as a directive to the Court to fill any gap in the law and prevent a non liquet by reference to the general principles. In earlier stages of the development of international law, rules were frequently drawn from municipal law. In the 19th century, legal positivists rejected the idea that international law could come from any source that did not involve state will or consent, but were prepared to allow for the application of general principles of law, provided that they had in some way been accepted by states as part of the legal order. Thus Article 38(1)(c), for example, speaks of general principles "recognised" by states. An area that demonstrates the adoption of municipal approaches is the law applied to the relationship between international officials and their employing organisations,(1) although today the principles are regarded as established international law. The significance of general principles has undoubtedly=

=been lessened by the increased intensity of treaty and institutional relations between states. Nevertheless, the concepts of estoppel and equity have been employed in Similarly, there have been frequent references to equity the adjudication of international disputes.(2) For example, a state that has, by its conduct, encouraged another state to believe in the existence of a certain legal or factual situation, and to rely upon that belief, may be estopped from asserting a contrary situation in its dealings The principle of good faith was said by the ICJ to bene of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations (2).It is generally agreed that equity cannot be employed to subvert legal rules (4)that is, operate contra legem This "equity as law" perception is reinforced by references to equitable principles in the text of the United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. (5)though this may be little more than an admission as to the existence, and legitimizationof the discretion of the adjudicator. However, the principles of estoppel and equity in the international context do not retain all the con notations they do under common law. The reference to the principles as "general" signify that, if rules were to be adapted from municipal law, they should be at a sufficient level of generality to encompass similar rules existing in many municipal systems. Principles of municipal law should be regarded as sources of inspiration rather than as sources of rules of direct application :In-

- (1) – See North Sea Continental Shelf cases, note 6 at 26; Flegenheimer Claim 25 ILR 91; Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v Thailand) (Merits) [1962] ICJ Reports 6 at 32-3.
- (2)- Nuclear Tests Cases (Australia v France; New Zealand v France) [1974] ICJ Reports 253 at 268 (3)- River Meuse Case (Netherlands v Belgium) PCIJ Reports Series A/B No 70 76 at 76 per Judge Hudson
- (4)- Case Concerning the Frontier Dispute (Burkina=



مواطنيها على عدم احترام القانون<sup>(١)</sup>. ما لاشك فيه أن فكرة القانون تقوم على الانضباط الذاتي<sup>(٢)</sup>، والقانونى الدولى جزء من النظام القانونى<sup>(٣)</sup>. من وجهة النظر الكلاسيكية (التقليدية) : بأن العولمة وأتمنات الحوكمة العالمية الناشئة<sup>(٤)</sup> وظهور الحكم العالمى أثر فى تحويل بنية القانون الدولى، على الرغم من الكثير من هذا التحول يحدث تحت سطح النظام القانونى الدولى، وغالباً ما تذهب هذه العملية دون ملاحظة من أحد. وعلاوة على ذلك لا يزال الحكم العالمى يظهر فى مجرد الزيادة الكمية فى الصكوك القانونية الدولية، وإلى جانب ذلك فى بعض الأحيان مع آليات إنفاذ أقوى يرافقه التغييرات فى إجراءات صنع المعاهدة. ومن ذات النظرية والمنظور أن الأعمدة المركزية للنظام القانونى الدولى تواجه تحديات متزايدة من حيثية أن التمييز بين القانون المحلى والدولى يصبح أكثر مخطورة، ويتخذ أشكالاً لينة فى صنع القاعدة، ويمثل أكثر انتشاراً من أى وقت مضى، ومن ثم يتم التقويض التدريجى للمساواة فى السيادة بين الدول، وأساس شرعية القانون الدولى بشكل متزايد<sup>(٥)</sup>.

- 1- American Bar Association. What is The rule of law. [www.americanbar.org/](http://www.americanbar.org/)
- 2- Richard A. Posner: The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987,, p.762 Vol. 100, No. 4, Feb., 1987 Harvard Law Review.
- 3- Henkin, Louis: International Law as Law in the United States, 82 Michigan Law Review (1983.) p. 1555.
- 4- Benedict Kingsbury, Nico Krisch and Richard B. Stewart: The Emergence of Global Administrative Law, Duke University School of law Law and Contemporary Problems ,Vol .68.No.3\4,Summer - Aut 2005. p.1.
- 5- and Nico Krisch Introduction Global Governance and Benedict Kingsbury Administrative Law in the International Legal Order , European Journal of International Law feb- 2006.vol.17.Issue16/pp.1-13



الحقيق بالذكر أن المصدر الثالث من مصادر القانون التي يذكرها النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، يساعد على كفاءة إمكان الاعتماد على مصادر أخرى في الحالات التي لا توفر فيها المعاهدات الدولية والقانون العرفي قاعدة كافية تستند إليها المحكمة في اتخاذ قرار من القرارات. وإن مبدأ القانون العام، باعتباره مصدراً من مصادر قانون حقوق الإنسان الدولي، يشكل سنداً قانونياً أساسياً إلى حد يجعله موجوداً في كافة النظم القانونية الرئيسية في العالم. فإذا ما ثبت أن الدول تتبنى، في قانونها المحلي، مبدأً قانونياً بعينه ينص على حق من حقوق الإنسان أو هو أساسي لحماية تلك الحقوق. فهذا دليل واضح على وجود مبدأ ملزم قانوناً في إطار قانون حقوق الإنسان الدولي. وعلى هذا بوسع القضاة والمحامين الاستئناس بالنظم القانونية الأخرى لتحديد ما إذا كان مبدأ بعينه من مبادئ حقوق الإنسان مقبولاً يتكرر أحياناً كثيرة بحيث يمكن اعتبار أنه أصبح مبدأً عاماً من مبادئ القانون الدولي. وحالات القياس في مجال القانون المحلي استخدمت على هذا النحو، مثلاً، في ميدان المبادئ النازمة للعملية القضائية من قبيل مسألة الأدلة.<sup>(١)</sup> فعلى حين أن قانون حقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي يهدفان إلى حماية الفرد، يوفر قانون حقوق الإنسان الدولي معاملة لا تمييزية لكل فرد في جميع الأوقات، سواء زمن السلم أو في أزمته الحرب أو غيرها من الاضطرابات. والقانون الإنساني الدولي غايته، من ناحية أخرى، كفاءة قدر أدنى من الحماية لضحايا النزاعات المسلحة كالمرضى والجرحى والغرقى وأسرى الحرب عن طريق حظر ما يسبب الآلام الإنسانية المفرطة والتدمير المادي الذي تسفر عنه الغزوات الحربية<sup>(٢)</sup>. وبالرغم من أن اتفاقيات جنيف لعام

- 1- an Brownlie, Principles of Public International Law (Oxford, Clarendon Press, 1979), 3rd edn., 1979, p. 18
- 2- Seguridad del Estado, Derecho Humanitario y Derechos Humanos, Informe Final, San Jose, Costa Rica, Comite Internacional de la Cruz Roja/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1984, p. 7

١٩٤٩ وملحقها الإضافيين المعتمدين عام ١٩٧٧ تضمن حقوقاً أساسية معينة للأفراد في حالات مبينة تحديداً من النزاعات المسلحة الدولية والداخلية فليست الميادين الإنسانية والزمنية والمادية لانطباق القانون الإنساني الدولي واسعة بقدر سعة ميادين قانون حقوق الإنسان الدولي. (١) وبهذا المعنى فإن القانون الإنساني ذا طابع يكفل قدرًا أدنى من المساواة أيضًا بالرغم من أن مبدأ عدم التمييز مكفول فيما يخص التمتع بالحقوق التي يوفرها هذا القانون (١).

كما أشارت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على هذا المبدأ في قضية جولدر، ذكرت المحكمة أن "من بين الأسباب التي حدثت للحكومات الموقعة على أن تقرر "اتخاذ الخطوات الأولى للإنفاذ الجماعي لبعض الحقوق المنصوص عليها في الإعلان العالمي" هو إيمانها العميق بسيادة القانون"؛ ويبدأ بالتالي "طبيعياً ومما يتمشى مع مبدأ النية الحسنة ... أن يوضع في الحسبان هذا الاعتبار المعلن على نطاق واسع في تفسير أحكام المادة (١١٦) من الاتفاقية الأوروبية" وفقاً لسياقها وفي ضوء موضوع ومقاصد الاتفاقية وأشارت المحكمة بالإضافة إلى ذلك إلى الإشارات المتعلقة بسيادة القانون التي يتضمنها النظام الأساسي لمجلس أوروبا فخلصت إلى أنه يعسر على المرء أن يتصور، في المسائل المدنية،

1 - انظر على سبيل المثال المادة ٣ المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع المؤرخة في ١٢ آب / أغسطس ١٩٤٩؛ والمادة ٧٥ من البروتوكول الإضافي الملحق باتفاقيات جنيف المؤرخة في ١٢ آب / أغسطس ١٩٤٩، والمتصلة بحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية (البروتوكول الأول) (المادة ١) من البروتوكول الإضافي لاتفاقيات جنيف المؤرخة في ١٢ آب / أغسطس ١٩٤٩ المتصلة بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية) والمادة ٢ من (البروتوكول الثاني).

2- J. Patrnoic and B. Jakovljevic, *International Humanitarian Law in the Contemporary World*, Sanremo, Italy, International Institute of Humanitarian Law (Collection of Publications 10), 1991, p. 28

سيادة القانون دون أن تكون هناك إمكانية الوصول إلى المحاكم". ومجلس أوروبا كان يتشكل من ٤٣ دولة عضواً حتى تاريخ ٢٢ نيسان/أبريل ٢٠٠٢، تشير المادة (١١٣٨) (ج) إشارة عفى عنها الزمن وهي الأمم المتحدة<sup>(١)</sup>. كما أكدت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات على ذلك بالقول: وفور بدء نفاذ المعاهدة وحين تصبح ملزمة للدول الأطراف يجب على هذه الدول أن تفي بالالتزامات التعاهدية "بحسن نية" (العقد شريعة المتعاقدين). وهذا يعني، في جملة أمور، أن الدولة لا يمكنها أن تهرب من المسؤولية بمقتضى القانون الدولي بالتذرع بأحكام قوانينها الداخلية لتبرير عدم أدائها لالتزاماتها القانونية الدولية. إضافة إلى ذلك، فإن مسؤولية الدولة، بموجب قانون حقوق الإنسان الدولي، هي مسؤولية صارمة من حيث أن الدول مسؤولة عن انتهاكات التزاماتها التعاهدية حتى في الحالات التي لا تكون فيها هذه الالتزامات دولية<sup>(٢)</sup>. ومعاهدات حقوق الإنسان هي معاهدات اشتراعية ذات طابع موضوعي من حيث إنها تخلق معايير عامة هي نفسها بالنسبة لكافة الدول الأطراف. وهذه المعايير يجب أن تطبق من قبل الدولة الطرف بغض النظر عن حالة التنفيذ من جانب الدول الأطراف الأخرى. والمبدأ التقليدي المتمثل في المعاملة بالمثل لا ينطبق، بعبارة أخرى، على معاهدات حقوق الإنسان<sup>(٣)</sup>. ونظراً لأهمية ذات الموضوع وجب علينا التنقيح عن مرجعية سيادة القانون في ميثاق الأمم المتحدة، وكذلك في المحافل الدولية، وهذا ما شرعنا فيه بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين كما يلي:

1 - الحكم الصادر في ٢١ شباط/فبراير ١٩٧٥، السلسلة ألف، رقم ١٨، الفقرة

٣٤

2 - اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، المادة (٢٦)

3- Eur. Comm. HR, Application No. 788/60, Austria v. Italy decision of 11 January 1961 on the admissibility, 4 Yearbook of the European Convention on Human Rights, p. 140.

**المطلب الأول:** مرجعية مبدأسيادة القانون في ميثاق الأمم المتحدة .  
**المطلب الثاني:** مرجعية مبدأسيادة القانون في المحافل الدولية.

**المطلب الأول**  
**مرجعية مبدأسيادة القانون**  
**في ميثاق الأمم المتحدة**

أنشئت الأمم المتحدة في أعقاب حرب مروعة من أجل ضمان أن تصبح العلاقات بين الدول مؤسسة على القانون الدولي، بما في ذلك حقوق الإنسان وكرامة الشخصية الإنسانية، ومفهوم سيادة القانون هو القوام الأساسي لعمل المنظمة ورسالتها. وبالفعل، أكد إعلان الألفية على الالتزام جميع الدول بسيادة القانون بوصفها أهم إطار على الإطلاق لتعزيز الأمن والازدهار الإنسانيين<sup>(١)</sup>. الحقيق نالحق بأن الهدف من مطالبة الميثاق بسيادة القانون هو إحلال الحق محل القوة<sup>(٢)</sup>. وفي ديباجة ميثاق الأمم المتحدة، تؤكد الدول الأعضاء إيمانها " ... بما للرجال والنساء والأمم، كبيرها وصغيرها، من حقوق متساوية ". وحيثما تنجح الأمم المتحدة في دعم التغيير الذي يمكن من تحسين حياة الشعوب بتحقيق المساواة في الحماية القانونية وإقامة العدل، فإنها تكون بذلك قد عززت مبدأ سيادة القانون. وفي نهاية المطاف، فإن المساواة في الحماية القانونية، باعتبارها الوسيلة الكفيلة بتحقيق التحرر من الخوف والتحرر من الفاقة، هي أكثر أشكال الحماية استدامة. وربما تكمن في إسهامات الأمم المتحدة في هذه الحماية أبلغ المنجزات التي حققتها. ولذلك، فإن النجاح في هذا

- 1 - الأمم المتحدة، تقرير الأمين العام عن أعمال المنظمة، : مواجهة تحديات عالم متغير، الأمم المتحدة، نيويورك، ٢٠٠٦، ص ٥٣.
- 2 - الأمم المتحدة، تقرير الأمين العام عن أعمال المنظمة، الجمعية العامة، الوثائق الرسمية، الدورة الثانية والستون، الملحق رقم ١ (A/62/1)، الأمم المتحدة، نيويورك، ٢٠٠٧، ص ٢٥.

المسعى هو من أصعب أشكال النجاح. إن مبدأ سيادة القانون هو - فى أن واحد - هدف للمنظمة ووسيلة لتحقيق غاياتها. وتشمل قائمة أنشطة الأمم المتحدة فى مجال سيادة القانون عمل ٤٠ كياناً، وتبين مدى عمق هذا المسعى ودرجة تعقيده. وما فتئت الأمم المتحدة، منذ تأسيسها، تدعم تعزيز القواعد والمعايير الدولية وتطويرها وتطبيقها. إلا أن انتهاكات القانون الدولى ما زالت تتكرر كثيراً، ووسائل المساءلة ما زالت محدودة للغاية، والإرادة السياسية لكفالة التقيد بالقواعد والمعايير ما زالت ضعيفة للغاية. إن سيادة القانون مبدأ من المبادئ الأساسية التى قامت الأمم المتحدة على أساسها. ولا يزال هدف الأمم المتحدة هو أن تكون بمثابة مجتمع من الدول التى تتصرف وفقاً لقواعد تستهدف تعزيز حقوق الإنسان وكرامته وتسوية المنازعات الدولية بالوسائل السلمية. وقد غدت العدالة الجنائية الدولية من الجوانب الأساسية فى أعمال المنظمة، وهى مفهوم يقوم على فرضية أن تحقيق العدالة يوفر أساساً أمتناً لقيام السلام الدائم<sup>(١)</sup>.

### أولاً: ميثاق الأمم المتحدة وتعزيز مبدأ سيادة القانون ..

إن المتأمل فى ديباجة ميثاق الأمم المتحدة يرى تصميماً على إنقاذ الأجيال المقبلة من ويلات الحرب، وتهيئة الأحوال التى يمكن فى ظلها تحقيق العدالة، واحترام الالتزامات الناشئة عن المعاهدات وغيرها من مصادر القانون الدولى، ودفع الرقى الاجتماعى قدماً، ورفع مستوى الحياة فى جو من الحرية أفسح، وممارسة التسامح وحسن الجوار، واستخدام الآليات الدولية فى تحقيق التقدم الاقتصادى والاجتماعى للشعوب قاطبة، ووجوب اشتراك دول العالم فى تحمل مسئولية إدارة الشؤون الاقتصادية والاجتماعية على مستوى العالم وفى التصدى للأ

1 - الأمم المتحدة، تقرير الأمين العام عن أعمال المنظمة، الجمعية العامة، الوثائق الرسمية، الدورة الثانية والستون، الملحق رقم ١ (A/62/1)، مرجع سابق، ص ٢٥.

خطار التي تهدد السلم والأمن الدوليين وعلى ضرورة الاضطلاع بهذه المسؤولية على صعيد متعدد الأطراف، وعلى لزوم اضطلاع الأمم المتحدة بالدور الأساسي في هذا الصدد باعتبارها أكثر المنظمات شمولاً وتمثيلاً في العالم، التغييرات الكبرى التي تحدث على الساحة الدولية وتطلعات جميع الشعوب إلى نشوء نظام دولي يقوم على المبادئ المكرسة في الميثاق، بما في ذلك تعزيز وتشجيع احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع واحترام مبدأ المساواة بين الشعوب في الحقوق وتقرير المصير والسلام والديمقراطية والعدالة والمساواة وسيادة القانون والتعددية والتنمية وتحسين مستويات المعيشة والتضامن<sup>(١)</sup>. إن أساس أقنوم دور الأمم المتحدة في تعزيز مبدأ سيادة القانون هو ميثاق الأمم المتحدة ذاته، إلى جانب الركائز الأربع التي يقوم عليها النظام القانوني الدولي الحديث وهي: القانون الدولي لحقوق الإنسان<sup>(٢)</sup>؛ والقانون الإنساني الدولي؛ والقانون الجنائي الدولي؛ والقانون الدولي للاجئين. ويشمل ذلك ثروة معايير الأمم المتحدة لحقوق الإنسان والعدالة الجنائية التي وضعت خلال

1 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الوثائق الرسمية، الدورة السابعة والستون، الملحق رقم ٥٣ ألف، تقرير مجلس حقوق الإنسان، الدورة الحادية والعشرون، ١٠ - ٢٨ أيلول/سبتمبر و ٥ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠١٢، الأمم المتحدة، نيويورك، ٢٠١٢، ص ٤٣

2 - أكد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بالفعل منذ عام ١٩٤٨ أن الاعتراف بالكرامة المتأصلة وبالحقوق الثابتة هو أساس الحرية والعدل والسلام. وبالمثل، يقتضي العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الذي صدقت عليه ١٥١ دولة، احترام مبادئ الشرعية وسيادة القانون حتى أثناء حالة الطوارئ. ولإقامة العدالة يقتضي العهد، المساواة أمام القانون وإتاحة جلسات استماع منصفة وعلنية، وافتراس البراءة، وحد أدنى معيناً من الضمانات الإجرائية. وثمة عدد لا يحصى من المعاهدات والإعلانات والمبادئ التوجيهية ومجموعات المبادئ التي اعتمدها الأمم المتحدة لتحديد بخصوصية التزام المجتمعات الدولية إزاء العدالة وسيادة القانون.

نصف القرن الماضي<sup>(١)</sup>، وهذه تمثل المعايير المنطبقة عالمياً التي اعتمدت تحت رعاية الأمم المتحدة ومن ثم يجب أن تكون الأساس العياري لجميع أنشطة الأمم المتحدة الداعمة للعدالة وسيادة القانون. يكتسي احترام سيادة القانون على الضعيفين الوطني والدولي أهمية محورية في كفالة إمكانية التنبؤ في العلاقات الدولية ومشروعيتها، ولتحقيق نتائج عادلة في الحياة اليومية لجميع الأفراد. ولئن كانت المسؤولية عن تعزيز سيادة القانون تقع على عاتق الدول الأعضاء ومواطنيها، فإن الأمم المتحدة تتبوأ مكانة مثلى تتيح لها دعم جهود الدول الأعضاء وتقديم المساعدة المتكاملة

1 - يلزم العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، على سبيل المثال، الدول الأطراف "باحترام الحقوق المعترف بها فيه وبتأمينها" و"باتخاذ الخطوات اللازمة ... لإعمال الحقوق ... بما في ذلك عن طريق تأمين الرجوع الجائر في حالة الانتهاكات وتأمين قيام السلطات القضائية أو الإدارية أو التشريعية المختصة، بالبت في الحقوق وإنفاذ إجراءات الانتصاف هذه عند إتاحتها (المادة ٢). وتنفر سيادة القانون من التعسف في ممارسة السلطة. ولذلك يحظر العهد صراحة التعسف في الحرمان من الحياة (المادة ٦)، والقبض والاحتجاز (المادة ٩)، واستبعاد الفرع من بلده (المادة ١٢)، والتدخل بالحياة الخاصة أو الأسرة أو المنزل أو المراسلات (المادة ١٧). كما يضمن العهد أن تكون إجراءات القبض والاحتجاز (المادة ٩)، والسجن (المادة ١٠)، والإبعاد (المادة ١٣) والمحكمة العادلة (المادة ١٤) إجراءات عادلة قانونية. وبما يتصف بالأهمية، أن المادة ٢٦ تسلم بأن جميع الأشخاص متساوون أمام القانون، ونحوهم لهم الحق المتساوي في الحماية أمام القانون دون أي تمييز. وبالمثل، تعهدت الدول الأطراف بتصديقها على العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية باتخاذ "التدابير اللازمة ... للعمل على تأمين التحقيق التام للحقوق المعترف بها ... وذلك بجميع الوسائل الممكنة ..." (المادة ٢). ومن المؤكد، أن سيادة القانون ضرورية لحماية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية كما هي ضرورية لحماية الحقوق المدنية والسياسية، ولكي يكفل أي نظام قانوني العدالة وحماية سيادة القانون للجميع لا بد أن يتضمن هذه القواعد والمعايير الأساسية.

والفعالة إليها. ومن أجل تحفيز الجهود الجماعية الرامية إلى تعزيز سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي<sup>(١)</sup>

ثانياً: مرجعية مبدأ سيادة القانون في قرارات الجمعية العامة

لاخفية أن مبدأ سيادة القانون احتل إهتماماً رئيسياً في قرارات الجمعية العامة. وقد مرت معالجة الجمعية العامة لموضوع سيادة القانون في مرحلتين موضوعيتين تستندان إلى إعلان عالمي معتمد من الجمعية العامة وتميزت المرحلة الأولى بالتركيز على سيادة القانون وطنياً وضمن الخدمات الاستشارية لمركز حقوق الإنسان، بينما شملت المرحلة الثانية سيادة القانون وطنياً ودولياً.

المرحلة الأولى - منذ عام ١٩٩٣ وحتى ٢٠٠٢ وتستند إلى إعلان وبرنامج عمل فيينا الصادر عن المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان الذي عقد في حزيران / يونيو ١٩٩٣ حيث جاء في الفقرة ٦٩ من برنامج العمل توصية بإحداث برنامج شامل في إطار الأمم المتحدة بغية مساعدة الدول في مهمة بناء وتقوية الهياكل الوطنية المناسبة التي لها أثر مباشر على المراعاة الشاملة لحقوق الإنسان والحفاظ على سيادة القانون<sup>(٢)</sup>. وبناء على هذه الفقرة بدأت الجمعية العامة وفي إطار اللجنة الثالثة بإصدار قرارات تحت عنوان تعزيز سيادة القانون - وأول قرار صدر عن الجمعية العامة هو القرار ٤٤/١٢٢ تاريخ ١٩٩٣/١٢/٢٠ حيث طلبت الجمعية العامة من الأمين العام أن يقدم في الدورة ٤٩ مقترحات محددة للبرنامج<sup>(٣)</sup>. وأصدرت الجمعية العامة عدة قرارات حول هذا البند كان آخرها القرار ٥٧/٢٢١ تاريخ ٢٠٠٢/١٢/١٨. وترافقت قرارات الجمعية العامة بقرارات عن

1- Un\A\66\749: March 2012

2 - إعلان وبرنامج عمل فيينا الصادر عن المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان الذي عقد في حزيران / يونيو ١٩٩٣.

3 - القرار ٤٤/١٢٢ تاريخ ١٩٩٣/١٢/٢٠.



لجنة حقوق الإنسان تتعلق بالترابط بين تعزيز الديمقراطية وحقوق الإنسان وسيادة القانون<sup>(١)</sup>.

**المرحلة الثانية -** منذ عام ٢٠٠٦ وتستند إلى إعلان القمة العالمية للأمم المتحدة عام ٢٠٠٥ وفي إطار اللجنة السادسة للجمعية العامة وتحت بند بعنوان - سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي . وآخر قرار صدر عن الجمعية العامة هو القرار ١٢٨/٦٣ تاريخ ٢٠٠٨/١٢/١٨<sup>(٢)</sup>. وقد أنشأت الأمانة العامة للأمم المتحدة في عام ٢٠٠٦ بناء على الفقرة ١٣٤ من إعلان القمة العالمية للأمم المتحدة، الفريق المعني بالتنسيق والدعم لتطبيق سيادة القانون. ويتألف الفريق المذكور من إدارة الشؤون السياسية، وإدارة عمليات حفظ السلام، ومفوضية حقوق الإنسان، ومكتب الشؤون القانونية، وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي، واليونيسيف، ومفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، وصندوق الأمم المتحدة الإنمائي للمرأة، ومكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة. ويتمثل دور الفريق المذكور في ضمان التماسك ومنع التجزؤ عبر جميع المجالات المواضيعية، بما فيها القضاء والأمن وإصلاح السجون والقانون الجنائي والإصلاح القانوني ووضع الدساتير والعدالة الانتقالية<sup>(٣)</sup>.

ونظراً لإتساع المواضيع المتعلقة بسيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي فقد جاء في الفقرة العاشرة من القرار ١٢٨/٦٣ تاريخ ٢٠٠٨/١٢/١١ بأن الجمعية العامة تدعو الدول الأعضاء إلى أن تركز في تعليقاتها في المناقشات المقبلة للجنة السادسة على المواضيع الفرعية المتمثلة في تعزيز سيادة القانون على الصعيد الدولي (الدورة ٦٤)

- 1 - القرار ٢٢١/٥٧ تاريخ ٢٠٠٢/١٢/١٨ .
- 2 - إعلان القمة العالمية للأمم المتحدة عام ٢٠٠٥، والقرار ١٢٨/٦٣ تاريخ ٢٠٠٨/١٢/١٨
- 3 - الفقرة ١٣٤ من إعلان القمة العالمية للأمم المتحدة

وقوانين وممارسات الدول الأعضاء في تنفيذ القانون الدولي (الدورة ٦٥) وسيادة القانون والعدالة الانتقالية في حالات النزاع وما بعد انتهاء النزاع (الدورة ٦٦) دون الإخلال بالنظر في البند ككل<sup>(١)</sup>. ومن الملاحظ بأن قرارات الجمعية العامة ومنهجية عمل الفريق المعني بالتنسيق والدعم لتطبيق سيادة القانون من قبل الأمانة العامة لم تتضمن توصية أو مطالبة مجلس الأمن بسيادة القانون. والجدير بالإشارة أن مناقشات الدورتين ٦٤ و٦٥ في اللجنة السادسة يفترض أن تتناول مدى التزام مجلس الأمن بسيادة القانون وخاصة الأعضاء دائمي العضوية في المجلس.

### ثالثاً: مرجعية مبدأ سيادة القانون في مجلس الأمن.

الحري بالذكر في هذا الصدد بأن مجلس الأمن استخدم عبارة سيادة القانون لأول مرة في الجزء - بء - من قراره رقم ١٦١ / ١٩٦١ الخاص بالحالة في الكونغو. حيث ورد في الفقرة الثانية من الديباجة بأن المجلس يأسف بشدة للانتهاكات المنهجية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية والغياب العام لسيادة القانون في الكونغو *the general absence of the rule of law in the Congo*. ويلاحظ بأن الصيغة الفرنسية للقرار استخدمت تعبير الغياب العام للعام للمشروعية *absence generale de legalite* بدلاً من سيادة القانون *rule of law*<sup>(٢)</sup>. ثم أصدر المجلس قراره رقم ١٩٩٦/١٠٤٠ حيث أعرب عن دعمه للجهود التي يبذلها الأمين العام لتشجيع المصالحة الوطنية وتحقيق الديمقراطية والأمن وسيادة القانون في بوروندي. ثم شكل المجلس العديد من عمليات حفظ السلام التي أصبحت عناصر معنية بسيادة القانون. مثلاً تلك التي تجرت في جواتيمالا عام ١٩٧٧ وجمهورية الكونغو ١٩٩٩ وليبيريا عام ٢٠٠٣ وكوت ديفوار ٢٠٠٤ وهايتي ٢٠٠٤<sup>(٣)</sup>. لذلك نلاحظ اهتمام مجلس الأمن بمسألة إعمال

1 - القرار ١٢٨/٦٣ تاريخ ١١/١٢/٢٠٠٨

2 - قرار مجلس الأمن رقم ١٦١ / ١٩٦١

3 - قرار مجلس الأمن رقم ١٩٩٦/١٠٤٠

سيادة القانون في فترة ما بعد الصراع وخاصة لجهة إنشاء آليات للعدالة الانتقالية. وقد أصدر الأمين العام للأمم المتحدة عدة تقارير عن سيادة القانون في فترة ما بعد الصراع وخاصة تعزيز آليات العدالة الانتقالية. ويعرب مجلس الأمن عن التزامه بكفالة احترام سيادة القانون وتعزيزها في سياق جميع الجهود التي تبذلها الأمم المتحدة ذاتها من أجل إعادة إرساء السلام والأمن. ويسلم المجلس بأن بناء السلام على نحو مستدام يتطلب اتباع نهج متكامل يعزز الاتساق فيما بين الأنشطة السياسية والأمنية والإيمانية والمتعلقة بحقوق الإنسان وسيادة القانون. وفي هذا الصدد، يؤكد المجلس من جديد الأهمية الملحة للنهوض بالجهود التي تبذلها الأمم المتحدة لبناء السلام، ولاتباع نهج في الميدان على صعيد الأمم المتحدة يحقق التنسيق فيما بين جميع أجزاء منظومة الأمم المتحدة، بما في ذلك فيما يتعلق بكفالة تقديم الدعم اللازم لبناء القدرات من أجل مساعدة السلطات الوطنية على التقيد بسيادة القانون، ولا سيما بعد انتهاء بعثات الأمم المتحدة لحفظ السلام وغيرها من البعثات ذات الصلة<sup>(١)</sup>.

#### رابعاً: مرجعية مبدأ سيادة القانون في تقارير الأمين العام...

وتجدر الإشارة إلى أن الجهود المبذولة لتعزيز سيادة القانون في الشؤون الدولية ما فتئت أن تكون الموضوع ذات الأهمية الرئيسي لدى الأمم المتحدة. وقد أشارت تقارير أمناء الأمم المتحدة السابقين إلى الحملة التي تقوم بها الأمم المتحدة لتشجيع مشاركة الدول في المعاهدات الدولية. وجرى خلال سنوات عديدة تنظيم حدثين إضافيين ناجحين يتعلقان بالمعاهدات، جرى فيهما التركيز على المعاهدات المتعددة الأطراف التي تتصل بالنهوض بحقوق المرأة والطفل والمعاهدات المتعلقة بمنع الإرهاب وقمعه. واتخذت ٦١ دولة ما مجموعه ١٣٥ إجراء

1 - راجع دور مجلس الأمن في تعزيز مبدأ سيادة القانون على موقع الأمم المتحدة.

يتعلق بالمعاهدات (شملت ٦٥ توقيعاً و ٧٠ تصديقاً وانضماماً)، وذلك فيما يتعلق بـ ٢٣ معاهدة تتصل بالتهوض بحقوق المرأة والطفل. وبخصوص الاتفاقيات الأربع بشأن منع الإرهاب، كان عدد الدول التي اتخذت إجراءات بشأن هذه المعاهدات أكبر، بما في ذلك الإجراءات التي نجم عنها بدء نفاذ الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب في ١٠ نيسان/أبريل ٢٠٠٢. ونظم حدث آخر يتعلق بالمعاهدات أثناء مؤتمر القمة العالمي للتنمية المستدامة، لتشجيع المشاركة في ٢٥ اتفاقية تتجلى فيها الجهود التي يبذلها الجنس البشري لتحقيق النهوض الاقتصادي وفي نفس الوقت ضمان الحفاظ على البيئة للأجيال المقبلة<sup>(١)</sup>. ومن مطالعة تقارير الأمانة للأمم المتحدة يتضح لنا أن تعزيز سيادة القانون عالمياً أعيق بسبب نقص الخبرة الفنية على الصعيد الوطني. فقد مُتعت بلدان كثيرة من المشاركة في الإطار الدولي للمعاهدات بسبب عدم امتلاكها للخبرة الفنية المناسبة لتنفيذ الإجراءات المتعلقة بالمعاهدات أو لسن قوانين وطنية تضمن الامتثال للالتزامات التي تقررها المعاهدات<sup>(٢)</sup>. في عام ٢٠٠٤، تحدث كوفي أنان أمام الجمعية العامة عن الحاجة إلى استعادة سيادة القانون وتوسيع نطاقها في جميع أنحاء العالم. ووصفها بأنها إطار يجعل الحق سبيلاً إلى القوة بدلاً من أن تكون القوة هي التي تفرض الحق. وحذر من أن سيادة القانون تتعرض للخطر في مختلف أنحاء العالم، حيث يجري تجاهل القوانين في أماكن عديدة. ويجب أن تلتزم الأمم المتحدة بصفقتها الجماعية، وكل دولة عضو فيها

- 
- 1 - موقع الأمم المتحدة الشبكي
  - 2 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الوثائق الرسمية، الدورة السابعة والخمسون، الملحق رقم ١ (A/57/1)، تقرير الأمين العام عن أعمال المنظمة، الأمم المتحدة، نيويورك، ٢٠٠٢، ص ٣٩-٤٠

بصفتها الفردية، بكفالة أن نتمسك بهذه المبادئ القانونية التي تشكل  
عماد منظمة الأمم المتحدة<sup>(١)</sup>.

وخلاصة ما تقدم نرى أن مبدأ سيادة القانون بالنسبة للأمم  
المتحدة بعد أحد مبادئ الحكم التي يكون فيها جميع الأفراد والمؤسسات  
والكيانات، العامة والخاصة، بما في ذلك الدولة ذاتها، خاضعين  
للمساءلة وفقاً للقوانين التي تصدر بصورة علنية، وإنفاذ تلك القوانين  
بصورة متكافئة، والفصل بمقتضاها بصورة مستقلة، والتي تتسق مع  
القواعد والمعايير الدولية لحقوق الإنسان. ويقتضى ذلك المبدأ أيضاً اتخاذ  
تدابير لكفالة التقيد بمبادئ إعلاء القانون، والمساواة أمام القانون،  
والمساءلة طبقاً للقانون، والعدالة في تطبيق القانون، والفصل بين  
السلطات، والمشاركة في صنع القرار، والتيقن من الإجراءات القانونية،  
وتجنب التعسف، وتوفير الشفافية الإجرائية والقانونية. وتقدم الأمم  
المتحدة خبرة ودعم أساسيين لوضع التشريعات والقيام بصفة خاصة  
بتعزيز المؤسسات التشريعية والتنفيذية والقضائية وفقاً لتلك المبادئ لكفالة  
تزويدها بالقدرات والموارد والاستقلال اللازم لقيام كل منها بدوره<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني

#### مرجعية مبدأ سيادة القانون في المحافل الدولية

أما فيما يخص مرجعية مبدأ سيادة القانون في المحافل الدولية،  
الفينا أن حماية حقوق الفرد وحرياته على المستوى الدولي، فقد بدأ  
العمل في القرن التاسع عشر بتحريم الاسترقاق وتحسين أحوال المرضى

- 1 - الأمم المتحدة، تقرير الأمين العام عن أعمال المنظمة، : مواجهة تحديات  
عالم متغير ٢٠٠٦، مرجع سابق، ص ٥٦
- 2- الأمم المتحدة، مذكرة توجيهية للأمين العام بشأن الديمقراطية، منشورات  
الأمم المتحدة ٢٠١٠، ص ١٠.

والجرحي في أزمة الحرب<sup>(١)</sup> وقد أبرمت في أعقاب الحرب العالمية الأولى معاهدات عديدة فيما بين الدول الحلفاء أو الدول المنشأة حديثاً بغرض توفير حماية خاصة للأقليات<sup>(٢)</sup>. فيما يلي عرض موجز للجان والإعلانات والمؤتمرات المعنية بسيادة القانون .  
**أولاً: اللجنة الدولية لحقوقوقيين .**

خصصت منذ عام ١٩٥٢ إلى التماسك ، بأولوية وتنفيذ القانون الدولي والمبادئ التي تعزز حقوق الإنسان .وهي منظمة غير حكومية منشأة لتعزيز فهم واحترام سيادة القانون والحماية القانونية لحقوق الإنسان في جميع أنحاء العالم. يقع مقرها الرئيسي في جنيف ، سويسرا ، ولها ٨٥ فرعاً وطنياً ومنظمات قانونية تابعة لها .كما تتمتع اللجنة بوضع استشاري في المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة ، واليونسكو ، ومجلس أوروبا ، ومنظمة الاتحاد الإفريقي. ترتبط اللجنة الدولية للحقوقيين بعلاقات تعاونية مع الهيئات المختلفة لمنظمة الدول الأمريكية<sup>(٣)</sup> .

**ثانياً: مؤتمر أئينا في ٢٨ فبراير ١٩٥٩ .**

هذا المؤتمر دعت إليه اللجنة الدولية للحقوقيين ، وفقاً لمقرارات

هذا المؤتمر، تم الاتفاق على عدد من القواعد:

- أن سيادة القانون تنبعث من الحقوق الفردية ، والتي تشمل على : حرية القول والصحافة والعبادة والاجتماع وتكوين الجمعيات والحق في انتخابات حرة بقصد إصدار القوانين من قبل الممثلين المنتخبين انتخاباً صحيحاً وبقصد كفالة الحماية المتساوية للجميع . إن المحافظة على ذلك المبدأ مرهون بما يلي :

1- A. H. Robertson, Human Rights in the World (Manchester, Manchester University Press, 1972), pp. 15-20.

2- A. H. Robertson pp.20-22.

3- اللجنة الدولية للحقوقيين على موقعها الشبكي

- خضوع الدولة للقانون .
- احترام الحكومات لحقوق الأفراد فى ظل سيادة حكم القانون  
و ضرورة توفير الوسائل الفعالة لكفالاته .
- يجب أن يسترشد القضاة بمبدأ سيادة القانون، وأن يقوموا بحمايته وأن  
يضعوه موضع التنفيذ، وأن عليهم أن يقاوموا أى عدوان على  
استقلالهم كقضاة من جانب الحكومة أو الأحزاب السياسية .
- أنه يجب على رجال القانون فى العالم أن يحافظوا على استقلال  
مهنتهم وأن يؤكدوا حقوق الأفراد فى ظل سيادة القانون و ضمان  
محكمة عادلة لهم.

ثالثاً: مؤتمر نيودلهي ١٩٥٩ .

فى هذا المؤتمر تم رسم مضموناً متميزاً وأكثر رقيماً لمبدأ سيادة  
القانون، تمثل فى:

- أن حقوق الإنسان قيد على سلطة الدولة.
- أن خضوع المشرع لمبدأ سيادة القانون يوجب وضع حدود منضبطة  
للعمل التشريعى .
- أنه لا جدوى من إعلان مبدأ سيادة القانون وتأكيده فى مجال الإدارة  
والتشريع إذا لم تكفل حماية واقعية وحقيقة للمواطن فى النطاق  
الجنائى بالترفة الأساسية بين ما يجوز أن يكون موضوعاً لأجراء  
جنائى، وحيث يسمح باتخاذ إجراء جنائى فلا بد من توافر ضمانات  
صارمة<sup>(١)</sup>. فمبدأ سيادة القانون هو المظهر للقيم والمثل العليا، والتي  
ترتكز أساساً على كرامة الإنسان وقيمته وأنه أسنى من كافة النظم  
فى المجتمع، وهو يتطلب التمسك بالآثار القانونية للأصول

1- LE PRINCIPE DE LA LEGALITE, DANS UNE  
SOCIETE LIBRE, RAPPORT SUR LES TRAVAUX  
DU CONGRES INTERNUTIUAL DE JURISTES  
TENU A, NEW DALHI " JANVIER 1959, P. 200-207

الديمقراطية، ومنها مبدأ سيادة الشعب، وكفالة الحريات و الفصل بين السلطات وإخضاع الإدارة للقانون وكفالة حيطة القضاء واستقلاله. على أن فكرة سيادة القانون لا يمكن أن تتساوى مع فرض النظام واستتباب الأمن أو أن تعتبر مرادفاً لها، والقول بغير ذلك يمثل فكراً استبدادياً متخلفاً، استبدادياً لأنه يصور سيادة القانون كقاعدة تفرض على المحكومين ولا الحكام، ومتخلفاً لأنه يطابق بين سيادة القانون وبين معنى بوليسى وهو القضاء على الفوضى والاضطرابات. ولا يمكن القول: بأنه حيث يوجد نظام قانونى ملزم يحقق الهدوء ويفرض الطاعة ويمحق عناصر التمرد فى الجماعة يتحقق للقانون سيادته (١)

**ثالثاً: إعلان برلين ٢٠٠٤ (إعلان محكمة العدل الدولية بشأن تعزيز حقوق الإنسان وسيادة القانون في مكافحة الإرهاب) (٢).**

وجاء فى الإعلان أن العالم يواجه تحدياً خطيراً، فهناك هدهد لثوابت والرواسخ، التى منها مبدأ سيادة القانون وحقوق الإنسان. وما من شك أن تلك الرواسخ تحقق من خلال توفير الحماية القانونية للإنسان. بيد أنه منذ سبتمبر ٢٠٠١ واعتمدت العديد من الدول الجديدة تدابير مكافحة الإرهاب التى من شأنها خرق التزاماتها الدولية. فى بعض البلدان، فى مرحلة ما بعد سبتمبر ٢٠٠١ ساد مناخ انعدام الأمن وقد

1- SCHWARRX .B. AMERICAN CONSTITAR-  
IONNAL. LOW GREAVES .H.E.G. THE  
BRITISH CONSTITARION 1950 . pp. 24-26

2 - اعتمده فى ٢٨ أغسطس ٢٠٠٤، بحضور ١٦٠، من الفقهاء، من جميع مناطق العالم، ممثل المفوضين وأعضاء الشرف، والفروع الوطنية، والمنظمات التابعة لها فى لجنة الحقوقين الدولية (محكمة العدل الدولية). راجع إعلان برلين ٢٠٠٤ (إعلان محكمة العدل الدولية بشأن تعزيز حقوق الإنسان وسيادة القانون فى مكافحة الإرهاب على الموقع التالى: <http://www.icj.org/dwn/database/CommentaryBerlinDeclaration.pdf>



استغلته الدول لتبرير - منذ فترة طويلة - انتهاكات حقوق الإنسان ومبدأ سيادة القانون تحت مسمى الأمن القومي. لكن على الدول أثناء اعتماد تدابير ترمي إلى قمع أعمال الإرهاب، يجب عليها الالتزام الصارم مبدأ سيادة القانون، بما في ذلك المبادئ الأساسية للقانون الجنائي والدولي ومعايير محددة والتزامات القانون الدولي لحقوق الإنسان وقانون اللاجئين، وعند الاقتضاء، والقانون الدولي الإنساني. هذه المبادئ والمعايير والالتزامات تحدد حدود الدولة الجائزة والشرعية لمكافحة الإرهاب<sup>(١)</sup>. لا يمكن للطبقة المغيضة من الأعمال الإرهابية أن تكون بمثابة أساس أو ذريعة للدول على تجاهل التزاماتها الدولية، ولا سيما في مجال الحماية الأساسية لحقوق الإنسان ومبدأ سيادة القانون. وتنفى أمن منحنى الخطاب بشجع على التضحية بالحقوق والحريات الأساسية باسم القضاء على الإرهاب. لا يوجد تعارض بين واجب الدول لحماية حقوق

1 - كانت قضية الإرهاب وحقوق الإنسان شاغلاً من شواغل برنامج الأمم المتحدة بشأن حقوق الإنسان منذ أمد طويل، ولكنها أصبحت أكثر إلحاحاً في أعقاب هجوم ١١ أيلول/سبتمبر ٢٠٠١ مع حدوث طفرة في أعمال الإرهاب على نطاق العالم. ولقد أولت الأمم المتحدة، مع إدانتها الإرهاب إدانة قاطعة ومع إقرارها بواجب الدول أن تحمي من يعيشون في إطار ولايتها القانونية من الإرهاب، أولوية لمسألة حماية حقوق الإنسان في سياق تدابير مكافحة الإرهاب. وشدد الأمين العام، والمفوض السامي لحقوق الإنسان، وغيرهما في منظومة الأمم المتحدة، على أن قواعد حقوق الإنسان يجب احترامها احتراماً تاماً إن الدفاع عن حقوق الإنسان وإعلاء شأن سيادة القانون في سياق مكافحة الإرهاب هو حقاً جوهر استراتيجية الأمم المتحدة العالمية لمكافحة الإرهاب. وأقرت الدول الأعضاء بأن اتخاذ تدابير فعالة لمكافحة الإرهاب وحماية حقوق الإنسان هما هدفان لا تناقض بينهما ويكمل كل منهما الآخر ويعززهما. وتعهدت هذه الدول باتخاذ تدابير للتصدي لانتهاكات حقوق الإنسان ولكفالة أن تمثل أي تدابير تتخذ لمكافحة الإرهاب لالتزاماتها المتعلقة بحقوق الإنسان. راجع الأمم في مواجهة حماية حقوق الإنسان في سياق مكافحة الإرهاب، على موقعها الشبكي.

الأشخاص المهددين بالإرهاب ومسئوليتهم لضمان أمن وحماية لا يقوض حقوق الآخرين. على العكس من ذلك، وحماية الأشخاص من الأعمال الإرهابية وواحد احترام حقوق الإنسان على حد سواء جزءاً من شبكة محكمة من الحماية على عاتق الدولة. على حد سواء لحقوق الإنسان والقانون الإنساني المعاصر تسمح للدول هامشاً واسعاً من المعقول المرنة اللازمة لمكافحة الإرهاب دون مخالفة لحقوق الإنسان والقانوني الإنساني ومبدأ سيادة القانون. ومن خلال هذا الإعلان طرحت محكمة العدل الدولية حزمة من المبادئ لفض الاشتباك بين مبدأ سيادة القانون، وقمع الإرهاب، وحقوق الإنسان:

(أ) - مبدأ واجب الحماية ، على جميع الدول واجب احترام وضمان الحقوق الأساسية وحرية الأشخاص الخاضعين لولايتها، والذي يتضمن أي إقليم يخضع لها الاحتلال أو السيطرة. ويجب على الدول اتخاذ تدابير لحماية هؤلاء الأشخاص ، من أعمال الإرهاب. تحقيقاً لهذه الغاية ، يجب دائماً عند أخذ تدابير مكافحة الإرهاب أن تؤخذ مع المراعاة التامة للمبادئ الشرعية المتمثلة في التناسب والضرورة وعدم التمييز<sup>(١)</sup>.

1 - راجع المبدأ ٧: واجب الدولة في الحماية (١) على الدولة واجب تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية ، والالتزام بحماية حقوق المجتمع المدني. وتلتزم الدولة بهذا الواجب بطريقة غير مباشرة (أي من خلال الامتناع عن التدخل في حقوق الإنسان والحريات الأساسية) ، وبطريقة مباشرة (أي من خلال ضمان احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية). (٢) يشمل واجب الدولة التزاماً بضمان أن الإطار التشريعي المتعلق بالحريات الأساسية والمجتمع المدني يُمكن على نحو ملائم تلك الهيئات من العمل ، وأن الآليات المؤسسية الضرورية لضمان الحقوق المعترف بها لجميع الأفراد موجودة. راجع الحركة العالمية من أجل الديمقراطية الدفاع عن المجتمع المدني المبادئ الدولية التي تحمي المجتمع المدني <http://www.defendingcivilsociety.org/ar/index.php/principles>

## (ب) - مبدأ القضاء المستقل.

يتمثل في أنه يجب عند وضع وتنفيذ تدابير مكافحة الإرهاب، تكون الدول ملزمة بضمان استقلال السلطة القضائية ودورها في مراجعة الإجراءات التي تجريها الدولة، ولا يجوز للدولة أن تتدخل في العملية القضائية، كما لا يجوز أن تقوض من سلامة القرارات الإدارية<sup>(١)</sup>.

## (ج) - مبدأ احترام مبادئ القانون الجنائي.

يجب على الدول تجنب إساءة استخدام تدابير مكافحة الإرهاب من قبل ضمان تقييد فقط الأشخاص المشتبه في ضلوعهم في أعمال إرهابية مع الجرائم التي تعرف بدقة من قبل القانون، وفقا لمبدأ الشرعية

1 - إن السلطة القضائية تكتسي أهمية خاصة باعتبارها أهم ضمانة لاحترام حقوق الإنسان وحماية مصالح الأفراد والجماعات، وباعتبارها الآلية المعهود إليها بضمان سيادة القانون، ومساواة الجميع أمام مقتضياته؛ ويتربط عن الثقة في استقلال ونزاهة القضاء دوران عجلة الاقتصاد بشكل فعال ومنتج، وتنشيط الاستثمارات، وتحقيق التنمية؛ وقد أكد ذلك إعلان القاهرة المنبثق عن المؤتمر الثاني للعدالة العربية، المنعقد في فبراير ٢٠٠٣، والذي جاء فيه: «أن النظام القضائي المستقل يشكل الدعامة الرئيسية لدعم الحريات المدنية وحقوق الإنسان، وعمليات التطوير الشاملة، والإصلاحات في أنظمة التجارة والاستثمار، والتعاون الاقتصادي الإقليمي والدولي، وبناء المؤسسات الديمقراطية»، وهناك مقولة معروفة وهي أنه: إذا كان العدل أساس الحكم، فإن استقلال القضاء هو أساس العدل. والاستقلال الكامل للسلطة القضائية يعني أنه لا يجوز باسم أي سلطة سياسية أو إدارية، أو أي تفويض مادي أو معنوي، التدخل في أي عمل من أعمال القضاء، أو التأثير عليه بأي شكل من الأشكال، ولا يجوز لأي شخص أو مؤسسة من السلطة التنفيذية، ولو كان وزير العدل أو رئيس الدولة، أن يتدخل لدى القضاء بخصوص أي قضية معروضة عليه للبت فيها، أو ممارسة ضغط مباشر أو غير مباشر للتأثير على المحاكم فيما تصدره من أحكام قضائية، وألا يخضع القضاة وهم يزاولون مهامهم إلا لضمايرهم، ولا سلطان عليهم لغير القانون. راجع إعلان القاهرة المنبثق عن المؤتمر الثاني للعدالة العربية، المنعقد في فبراير ٢٠٠٣

عجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ٢٠١٧، المجلد الرابع (٨١٣)

(لا جريمة إلا بنص). ولا يجوز للدول تطبيق القانون الجنائي بأثر رجعي حتى لا تجرم الممارسة القانونية للحقوق والحريات الأساسية. يجب أن تكون المسؤولية الجنائية عن أعمال الإرهاب فردية، ليست جماعية. في مجال مكافحة الإرهاب، وينبغي أن تطبق الدول وحيثما كان ذلك ضروريا القائمة بتكيف القوانين الجنائية بدلاً من خلق قوانين جديدة، وتحديد الجرائم على نطاق واسع أو اللجوء إلى حد معين من التدابير الإدارية، ولا سيما تلك التي تنطوي على الحرمان من الحرية<sup>(١)</sup>.

(د) - مبدأ الحد من التقيدات.

ينبغي على الدول إلا تعلق الحقوق، التي لا يجوز تقييدها بموجب معاهدة أو قاعدة عرفية؛ ولذا جاء نص المادة (٢٧/٢) من الاتفاقية

1 - من المبادئ الهامة في القانون الجنائي وبصورة عامة مؤسس بصفه أساسية على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص على قانون ويجب ان ينص على الجريمة والعقوبة بنصوص واضحة، وهذا يعني (انه لا جريمة ولا عقوبة الا على الفعل الذي يعده القانون وقت اقترافه جريمة ولا يجوز تطبيق عقوبة اشد من العقوبة النافذة وقت ارتكاب الجريمة. أن مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني هو من المبادئ العريقة في التشريعات المقارنة وقد أخذت به معظم الدول لا بل جميعها ونصت عليه في قوانينها وتشريعاتها الجزائية لكون هذا المبدأ يشكل ركيزة أساسية للحرية الشخصية حيث أنه والأصل في التصرفات الإباحة المطلقة للأفعال التي لا تخالف النظام العام والعرف وهذا المبدأ في وقتنا المعاصر شكل القاعدة الأساسية في النظام القانوني في أي هيئة اجتماعية وأن الاستثناء من الأصل هو التجريم على مجموعة من الأفعال أو الترك والذبي يمس بمصالح الأشخاص أو الأموال والممتلكات أو الهيئة الاجتماعية ككل، وجاء هذا المبدأ ليجسد روح العدالة وبين لكافة الأفراد حدود حريتهم وحدود العقاب على مخالفة تلك الحرية وحدد العقاب لكل فعل أو ترك لفعل مخالف لنصوص تلك القوانين فأضحت لكل جريمة عقوبة ولا عقوبة بدون نص. راجع رزاق حمد العوادي - مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، مجلة الحوار المتمدن، دراسات وأبحاث قانونية، عدد: ٤٠٢٩ - صادر ١٣/١٢/٢٠١٣ على الموقع التالي:

<http://www.ahewar.org/debat/show.ar>

الأمريكية على قائمة طويلة من الأحكام التي لا يجوز تعليقها بأي حال من الأحوال: المادة (٣)، الحق في الشخصية القانونية، المادة (٤) الحق في الحياة؛ المادة (٥) الحق في المعاملة الإنسانية؛ المادة (٦) عدم التعرض للاسترقاق؛ المادة (٩) عدم تطبيق القوانين على الشخص بأثر رجعي؛ المادة (١٢) حرية الوجدان والدين؛ المادة (١٧) حقوق الأسرة؛ المادة (١٨) الحق في اسم؛ المادة (١٩) حقوق الطفل؛ المادة (٢٠) الحق في جنسية؛ المادة (٢٣) الحق في المشاركة في إدارة شئون الحكم<sup>(١)</sup>. ويجب التأكيد على أن أى انتقاص من موضوع الحق، لا بد أن يكون الحرمان مؤقتاً كما فى حالات الطوارئ، أو للحالات القصوى المتناسبة لمواجهة تهديد معين ولا تميز فيها لا على أساس العرق أو الجنس أو اللون، أو الميول الجنسية أو الدين أو اللغة أو السياسة أو الرأى أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو العرقي أو الملكية أو المولد أو أى وضع آخر<sup>(٢)</sup>.

(هـ) - منذ الالتزام بالثوابت والقواعد القطعية.

1- A Court HR, The Word "Law in Article 30" of the American Convention on Human Rights, Advisory Opinion OC-6/86 of May .9, 1986, Series A. No. 6, p. 20, para. 21

2 - حكم المحكمة الدستورية فى ١٤/١/١٩٩٥، ق ١٧، س ١٤، مجموعة أحكام المحكمة - الجزء السادس، قاعدة رقم ٣٢، ص ٤٤٠. وحكمها فى ١٥/٤/١٩٩٥، ق ٦، س ١٥. مجموعة أحكام المحكمة - الجزء السادس، قاعدة رقم ٦٣٧، ٤.١) ومن حيث أن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أنه "حرية التعبير وتفاعل الآراء التى تتولد عنهما، لا يجوز تقييدها بأغلال تعوق ممارستها، سواء من ناحية فرض قيود مسبقة على نشرها أو من ناحية العقوبة اللاحقة التى توخى قمعها، إذ يتعين أن يقتل المواطنون من خلالها - وعلائية - تلك الأفكار التى تجول فى عقولهم ويطرحونها عزمًا - ولو عارضتها السلطة العامة - إحدائًا من جانبهم - وبالوسائل السلمية - لتغيير قد يكون مطلوبًا ومن ثم وجب القول بأن حرية التعبير التى كفلها الدستور هى القاعدة فى كل تنظيم ديمقراطى فلا يقوم إلا بها ولا ينهض مستويا إلا عليها. يراجع فى ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٥٣ لسنة ٢١ ق جلسة ٣ يونيه لعام ٢٠٠٠".

يجب على الدول مراقبة فى جميع الأوقات وفى جميع الظروف الالتزام بالثوابت والقواعد القطعية خاصة المتعلقة بالحظر ضد التعذيب والمعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة أو العقاب، وغيرها من القواعد الآمرة للقانون الدولى لحقوق الإنسان، ويجب التحقيق بشكل فعال دون تأخير، وتقديم المسئولين عن ارتكاب هذه الجرائم وسرعة مثولهم أمام العدالة.

#### (و) - مبدأ عدم الحرمان من الحرية.

لا يجوز للدول أبداً احتجاز أى شخص سراً أو بمعزل عن العالم الخارجى ويجب الاحتفاظ بسجل لجميع المعتقلين. ويجب أن توفر لجميع الأشخاص المحرومين من حريتهم، حيثما يتم احتجازهم، والوصول الفورى إلى المحامين وأفراد الأسرة والعاملين فى المجال الطبى. من واجب الدول لضمان إبلاغ جميع المعتقلين لأسباب الاعتقال بالتهم التى الموجهة إليه والأدلة ضدهم، ومثولهم على وجه السرعة أمام المحكمة. إن جميع المحتجزين لديهم الحق فى المثول أمام المحكمة أو إجراءات قضائية عادلة فى جميع الأوقات وفى جميع الظروف، لهم الطعن فى قانونية احتجازهم. يجب أن يكون الاعتقال الإدارى استثنائى القياس، ويجب أن يكون محدود بفترة زمنية محددة بدقة وتكون خاضعة لإشراف قضائى متكررة ومنتظمة<sup>(١)</sup>.

1- ينص المبدأ الثانى من مجموعة المبادئ المتعلقة بالاعتقال على أنه: "لا يجوز إلقاء القبض أو الاحتجاز أو السجن إلا مع التقيد صارم بأحكام القانون على يد موظفين مختصين أو أشخاص مرخص لهم بذلك". وتنص المادة ١٢ من الإعلان الخاص بالحماية من الاختفاء القسرى على وجوب أن تضع كل دولة فى إطار قانونها الوطنى قواعد "تحدد الموظفين المرخص لهم بإصدار أوامر لحرمان من الحرية" و"الظروف التى يجوز فى ظلها إصدار مثل هذه الأوامر". كما تنص على أنه ينبغى على الدول أن "تكفل مارسة رقابة صارمة، بما فى ذلك، تحديد التسلسل الواضح لمراقبة من يزاولون المسؤوليات على جميع الموظفين المكلفين بالقيام بعمليات القبض على =

أما فيما يتعلق بمدى الشرعية فإن الأحكام المتعلقة بالتقييد تنص  
على أن القيود المفروضة يجب أن ينص عليها قانون أو تنشئ بقانون  
أو تفرض بما يتفق مع القانون أو عملاً بالقانون. غير أن المادة (٣٠) من  
الاتفاقية الأمريكية تتضمن "حكماً عاماً لا يجوز بمقتضاه أن تطبق  
التقييدات التي تفرض على ممارسة الحقوق المتوخاة في الاتفاقية إلا وفقاً  
للقوانين التي تنسب بدواعي المصلحة العامة ووفقاً للغرض الذي أنشئت من  
أجله تلك القيود." وقد حللت محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان  
عبارة "القوانين" الواردة في المادة (٣٠) في فتوى أكدت فيها "أن معنى  
هذه الكلمة في سياق نظام لحماية حقوق الإنسان لا يمكن فصلها عن  
طبيعة ومنشأ ذلك النظام الذي هو في الواقع قائم على أساس تأكيد  
وجود بعض الخصائص التي لها حرمتها والتي يختص بها الفرد ولا يمكن  
أن تقيّد بصورة مشروعة من خلال ممارسة السلطة الحكومية." (١) وتري  
المحكمة أنه "لذلك من الأساسي ألا تترك التدابير التي تتخذها الدولة  
والتي تمس الحقوق الأساسية لتقدير الحكومة بل ينبغي إحاطتها بمجموعة  
من الضمانات التي تستهدف كفالة عدم خرق الخصائص التي يتمتع بها  
الفرد والتي لها حرمتها" (٢).

(ح) - مبدأ المحاكمة العادلة.

يجب على الدول أن تكفل، في جميع الأوقات وفي جميع الظروف،  
محكمة مستقلة وحيادية، منشأة بحكم القانون والتي منحت من أجله

---

=الأشخاص واعتقالهم واحتجازهم ووضعهم في الحجز ونقلهم وحبسهم.  
راجع مجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي  
شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن اعتمدت ونشرت علي الملأ بموجب  
قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ١٧٤ \ ٤٣ المؤرخ في ٩ كانون  
الأول/ديسمبر ١٩٨٨

11- A Court HR, The Word "Law in Article 30 of  
the American Convention on Human Rights,  
Advisory Opinion OC-6/86 of May .9, 1986,  
Series A. No. 6, p. 20, para. 21

2- المرجع السابق، ص ٢٩ و ٣٠، الفقرة ٢٢

كامل ضمانات المحاكمة العادلة، بما في ذلك افتراض البراءة، والحق في اختبار الأدلة، وحقوق الدفاع، وخصوصاً الحق في محام قانوني فعال، والحق في الطعن قضائياً. وضمان التحقيق على المدنيين المتهمين من قبل السلطات المدنية ويحاكم أمام المحاكم المدنية وليس أمام المحاكم العسكرية. الأدلة التي تم الحصول عليها عن طريق التعذيب، أو غيرها من الوسائل التي تشكل خطورة انتهاك حقوق الإنسان ضد المدعى عليه أو طرف ثالث، هو غير مقبول، ولا يمكن الاعتماد عليه يوماً في أية إجراءات. والقضاة والمحامين في محاولة الدفاع عن المتهمين بارتكاب جرائم إرهابية يجب أن تكون قادرة على أداء وظائفهم المهنية دون ترهيب أو إعاقة أو تدخل غير لائق<sup>(١)</sup>.

1 - في إطار القانون الدولي لحقوق الإنسان وعلاقته بالعدالة الجنائية يظل الهدف دائماً أن يتمتع الإنسان بضمانات معينة سواء في مرحلة ما قبل المحاكمة أو أثناء المحاكمة أو بعد المحاكمة، ومن هنا فإن التشريع الجنائي الوطني لأية دولة يجب أن يحترم ويضع ويدخل هذه المعايير في حسابه ومن هنا جاز القول بأن المحاكمة العادلة التي تحترم المعايير الدولية التي نص عليها قانون حقوق الإنسان هي دليل على صحة النظام القضائي الجنائي في بلد ما ودليل على مستوى احترام حقوق الإنسان، وعدم تطبيق تلك المعايير هو دليل على ظلم النظام القضائي الجنائي في بلد ما ودليل على انتهاك صارخ لحقوق الإنسان. هناك جملة من النصوص الدولية الإلزامية سواء كانت اتفاقية أم عرفية أم مبادئ عامة للقانون ترسخت في الضمير الإنساني تتضمن مقاييساً ومعاييراً وعناصر لضمان المحاكمة العادلة. تهدف جملة تلك المعايير إلى حماية الإنسان المتهم من تاريخ إيقافه ومروراً بمرحلة احتجازه قبل المحاكمة والاحتفاظ به وأثناء محاكمته إلى نهاية استفتاء وسائل الطعن الممكنة قانوناً في الحكم الصادر ضده. يير الدولية ذات الطابع التعاهدي. إذا تحدثنا عن موضوع المحاكمة العادلة فهو مختلف عن موضوع العدالة الجنائية وبما أن البحث في المعايير الدولية للمحاكمة العادلة وليس في معايير الدولية للعدالة الجنائية بالمعنى الواسع، فإن المعايير الدولية التي لها صفة المعاهدة فإنها تنقسم إلى معايير دولية (تعاهدية) عالمية وأخرى اقليمية نتناول ذلك فيما يلي: أولاً المعايير الدولية (التعاهدية) العالمية. أهم هذه =



(ط) - مبدأ الإنصاف والتعويض.

يجب على الدول التأكد من أن أى شخص تتأثر سلباً نتيجة اعتماد تدابير مكافحة الإرهاب التابعة للدولة، أو من جهة غير الدولة التى تصرف أو تتقاضى عنها الدولة، يجب أن تكون لديها وسيلة انصاف فعالة للتعويض عن الانتهاكات، وأن الدولة مسؤولة عن انتهاكات حقوق الإنسان الخطيرة، ويجب أن تخضع للمساءلة أمام محكمة القانون، التى يجب أن يكون له سلطة مستقلة لمراقبة تدابير مكافحة الإرهاب<sup>1</sup>.

1 - =الاتفاقيات التى تعتبر الجماهيرية طرفاً فيها ما يلي: العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦ ف . اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية وغير الإنسانية ١٩٨٤ ف . اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ١٩٨١ ف . اتفاقيات جنيف الأربع الخاصة بالنزاع المسلح ١٩٤٩ ف (القانون الدولي الإنساني) وبرتوكوليهما الإضافيين .. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ١٩٦٦ ف. ناشد خبراء الأمم المتحدة الحكومات فى نداء مشترك اليوم "بتكثيف جهودها للوفاء بالتزاماتها، وضمان أنصاف ضحايا التعذيب بما يتناسب والضرر الذى لحقهم وعائلاتهم وإعادة تأهيلهم." كما أن لجنة مناهضة التعذيب، التى تمخذه الذكرى ٢٥ على إنشائها، أكدت فى تعليقها العام رقم ٣ (٢٠١٢) أن الحق فى الإنصاف للناجين من التعذيب يشمل العديد من العناصر، بما فى ذلك العمل على "رد الحقوق" إلى الوضع الذى كانت عليه الضحية قبل تعرضها للتعذيب و"التعويض وإعادة التأهيل والترضية" (مثلاً: بمتابعة المسؤولين وتقديم اعتذارات علنية بما فى ذلك الاعتراف وقبول المسؤولية والحق فى معرفة الحقيقة)، وتقديم ضمانات بعدم تكرار الانتهاكات. كما ناشد مقرر الأمم المتحدة الخاص المعنى بمسألة التعذيب جوان منديز "الحكومات بجعل الضحية مركز اهتمامها واتخاذ تدابير شاملة فى تعويض ضحايا التعذيب." أكثر من ذلك، لا يمكن إنصاف ضحايا التعذيب دون التزام الدول بتعدادتها فيما يخص التحقيق فى ادعاءات التعرض للتعذيب ومحاسبة المسؤولين. وفى هذا الصدد قال المقرر الخاص المعنى بتعزيز الحقيقة والعدالة والتعويضات و ضمانات عدم التكرار "من الأهمية بمكان إشراك الضحية فى تقصي الحقيقة والإجراءات القضائية والمتابعة لإضفاء المصداقية عليها، ولكي تعكس بشكل واقعي حجم الانتهاك" ونظراً لانتشار =

## رابعاً: إعلان برلين حول التعذيب وسيادة القانون ٢٠١١.

شدد إعلان برلين حول التعذيب وسيادة القانون على أن تعمل جميع الدول على إطلاق إصلاحات تشريعية ومؤسسية تهتم المؤسسات والقطاعات ذات الصلة، بما في ذلك الجيش، وقوات الأمن، والسجون، ومؤسسات الطب النفس والقضاء، إلخ. وخاصة عدم عسكرية السجون ومؤسسات أخرى وإخضاعها لاختصاص وزارة العدل أو أية سلطة مدنية أخرى لوضع حد للإفلات من العقاب وعدم الاعتماد على الدلائل التي تم الحصول عليها عن طرق التعذيب أثناء مرحلة التحقيقات؛ يجب أن تضمن جميع الدول الحماية القانونية التامة لجميع الأفراد، وإخبارهم، عند اعتقالهم، بمحقوقهم والتواصل الفعّل دون تخوف مع شخص ثقة ومع محام ومع طبيب مستقل، وكذا الحصول على الحماية القضائية المتساوية وجبر الأضرار الفردية الأخرى، بما في ذلك استعادة الحقوق، والتعويض المادى العادل والمناسب، والرعاية الطبية اللازمة، وإعادة التأهيل؛ يجب أن تقوم جميع الدول بتحرّيات فعّالة ومستقلة وسريعة وشفافة ومحايدة بخصوص جميع الادعاءات بالتعرض للتعذيب بهدف تقديم المتهمين إلى العدالة ومكافحة الإفلات من العقاب، وضمان مساءلة السلطات واحترامها لمبدأ سيادة القانون<sup>(١)</sup>.

---

= التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة في العالم العربي، حان الأوان لتفسي الحكومات بالتزاماتها وتتخذ جميع الخطوات اللازمة لمناهضة التعذيب، وإنصاف جميع الضحايا، ومتابعة المتورطين في هذه الانتهاكات.

1 - إعلان برلين حول التعذيب وسيادة القانون (انعقد خلال الفترة من ١١ إلى ١٣ أيار ٢٠١١، برنامج حوار حقوق الإنسان العربي - والأوروبي ٢٠١١، ص ٤.

## المبحث الثاني

### الأساس المعيارى لدور الأمم المتحدة فى تعزيز مبدأ سيادة القانون والمسائل التى تجسده

عن دور الأمم المتحدة فى تعزيز وإعلاء مبدأ سيادة القانون تقول (RenataGiannini): " بأن الأمم المتحدة تلعب دوراً خاصاً بتعزيز سيادة القانون على الصغيدين الوطنى والدولى، هو فى صميم مهمة الأمم المتحدة"<sup>(١)</sup>: لا أخال أن أحداً يأنق أن أهم شيئاً يربو إليه المجتمع الدولى قاطبة، هو توطيد أركان السلام والأمن فى فترة ما بعد الصراع مباشرة، فضلاً عن صون السلام والأمن فى الأجل الطويل، لا يمكن أن يتحقق إلا إذا كان السكان على ثقة من إمكان كشف المظالم عن طريق المشاكل الشرعية لتسوية المنازعات بالوسائل السلمية وإقامة العدل بشكل منصف. وفى الوقت ذاته، فإن حالة الضعف الشديد للأقليات والنساء والأطفال والسجناء والمحتجزين والمشردين واللاجئين وغيرهم، التى تتجلى فى جميع حالات الصراع وما بعد الصراع، تضفى عنصر استعجال على حتمية استعادة سيادة القانون<sup>(٢)</sup>.

وكنهة الأمر تمكن فى المهمة المعقدة، التى زجت بالكثير من أجل حلها فى حيص بيص، ومع ذلك فإن مساعدة المجتمعات التى مزقتها الحروب على أن تقيم من جديد سيادة القانون وتسوى تجاوزات الماضى الواسعة النطاق، وأن تقوم بذلك كله فى إطار من مؤسسات مدمرة وموارد مستنفذة وأمن منقوص وسكان منقسمين ومصدومين، هى مهمة مخيفة، وغالباً ما تكون فوق الطاقة. فهى تتطلب إيلاء الاهتمام لصنوف

- 1- Renata Giannini: The Rule of Law: State Sovereignty vs. International Obligations, ODUMUNC 2010, Issue Brief for the GA Sixth Committee, Legal,p.1
- 2- UN\S/2004/ 616\ 23 August 2004\p. 4

شئى من حالات العجز، من بينها: انعدام الإرادة السياسية للإصلاح، وانعدام الاستقلال المؤسسى داخل قطاع العدالة، وانعدام القدرة الفنية المحلية، والافتقار إلى الموارد المادية والمالية، وانعدام ثقة الجمهور فى الحكومة، وانعدام الاحترام الرسمى لحقوق الإنسان، وأعم من ذلك، انعدام السلام والأمن. وعلى مر السنين، جمعت الأمم المتحدة خبرة هامة فى التصدى لكل من صنوف العجز الرئيسية هذه. فقد نشرت إدارات ووكالات وبرايمج وصناديق كما نُشر أخصائيون على نطاق المنظومة إلى بلدان عديدة تمر بمرحلة انتقالية أو مزقتها الحروب أو هي فى مرحلة ما بعد الصراع لمساعدتها فى الأعمال المعقدة ذات الأهمية الحيوية المتمثلة فى إصلاح سيادة

القانون والتنمية<sup>(١)</sup>. وعلاوة على ذلك وبطبيعة الحال، ففي أمور مثل: العدالة وسيادة القانون، فإن أوقية من الوقاية تساوى أكثر بكثير قنطاراً من العلاج. ففي حين يتم تكثيف جهود الأمم المتحدة بحيث تكون مقبولة من السكان من أجل أن تلبى مسيس احتياجاتهم الأمنية وتتصدى لشروخ الحرب المستطيرة، كانت تترك الأسباب الجذرية للصراع فى الغالب دون أن تعالج. ومع ذلك لن يتأتى للمجتمع الدولى أن يحول دون العودة إلى الصراع فى المستقبل إلا بمعالجة أسباب الصراع عن طريق السبل الشرعية والعدالة. ولا يمكن للسلام والاستقرار أن يسودا إلا إذا أدرك السكان أن القضايا المشحونة سياسياً مثل: التمييز العرقى، وعدم المساواة فى توزيع الثروة والخدمات الاجتماعية، وإساءة استعمال السلطة، وإنكار الحق فى الملكية أو المواطنة والنزاعات الإقليمية بين الدول، هي قضايا يمكن تناولها بطريقة شرعية ومنصفة. والوقاية، من هذا المنظور، هي أول حتمية للعدالة<sup>(٢)</sup>. فيما يلى عرض موجز للأساس

1- UNIS/2004/ 616\ 23 August 2004\pp. 4,5

2- UNIS/2004/ 616\ 23 August 2004\p. 5

المعيارى لدور الأمم المتحدة فى تعزيز مبدأ سيادة القانون والمسائل التى تجسده، من خلال تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

**المطلب الأول:** الأساس المعيارى لدور الأمم المتحدة فى تعزيز مبدأ سيادة القانون.

**المطلب الثانى:** المسائل التى تجسد دور الأمم المتحدة فى تعزيز إعلاء مبدأ سيادة القانون.

### **المطلب الأول**

#### **الأساس المعيارى لدور الأمم المتحدة**

#### **فى تعزيز مبدأ سيادة القانون**

إن الأساس المعيارى لدور الأمم المتحدة فى تعزيز مبدأ سيادة القانون هو ميثاق الأمم المتحدة ذاته، إلى جانب الركائز الأربع التى يقوم عليها النظام القانونى الدولى الحديث، ألا وهى: القانون الدولى لحقوق الإنسان<sup>(١)</sup>؛ والقانون الإنسانى الدولى؛ والقانون الجنائى الدولى؛ والقانون الدولى للاجئين. ويشمل ذلك ثروة معايير الأمم المتحدة لحقوق الإنسان والعدالة الجنائية التى وضعت خلال نصف القرن الماضى<sup>(٢)</sup>

1 - أكد الإعلان العالمى لحقوق الإنسان بالفعل منذ عام ١٩٤٨ أن الاعتراف بالكرامة المتأصلة وبالحقوق الثابتة هو أساس الحرية والعدل والسلام. وبالمثل، يقتضى العهد الدولى الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الذى صدقت عليه ١٥١ دولة، احترام مبادئ الشرعية وسيادة القانون حتى أثناء حالة الطوارئ. وإقامة العدالة يقتضى العهد، المساواة أمام القانون وإتاحة جلسات استماع منصفة وعلنية، وافتراس البراءة، وحد أدنى معيناً من الضمانات الإجرائية. ولغة عدد لا يحصى من المعاهدات والإعلانات والمبادئ التوجيهية ومجموعات المبادئ التى اعتمدها الأمم المتحدة لتحديد بخصوصية التزام المجتمعات الدولية إزاء العدالة وسيادة القانون.

2 - يلزم العهد الدولى الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، على سبيل المثال، الدول الأطراف "باحترام الحقوق المعترف بها فيه وبتأمينها" و"باتخاذ الخطوات اللازمة ... لإعمال الحقوق ... بما فى ذلك عن طريق تأمين الرجوع =

وهذه تمثل المعايير المنطبقة عالمياً التي اعتمدت تحت رعاية الأمم المتحدة. ومن ثم يجب أن تكون الأساس المعياري لجميع أنشطة الأمم المتحدة الداعمة للعدالة وسيادة القانون. وما لا شك فيه أن قواعد ومعايير الأمم المتحدة وضعتها واعتمدها بلدان المعمورة بأسرها، واستوعبتها المجموعة الكاملة للنظم القانونية للدول الأعضاء سواء كانت تستند إلى القانون العرفي أو القانون المدني أو الشريعة الإسلامية أو غير ذلك من الأعراف القانونية. وهذه القواعد والمعايير، بطبيعتها هذه، تكتسب شرعية لا يمكن الادعاء بأنها تصطبغ بها النماذج الوطنية المصدرة والتي تعكس، في أغلب الأحيان، المصالح الفردية أو تجربة المانحين أو مقدمي المساعدات أكثر مما تعكس أفضل مصالح البلدان المضيفة أو احتياجاتها من التطوير القانوني. وهذه المعايير تضع أيضاً حدوداً معيارية للمشاركة من جانب

= الجابر في حالة الانتهاكات وتأمين قيام السلطات القضائية أو الإدارية أو التشريعية المختصة، بالبث في الحقوق وإنفاذ إجراءات الانتصاف هذه عند إتاحتها (المادة ٢)، وتوفر سيادة القانون من التعسف في ممارسة السلطة. ولذلك يحظر العهد صراحة التعسف في الحرمان من الحياة (المادة ٦)، والقبض والاحتجاز (المادة ٩)، واستبعاد الفرع من بلده (المادة ١٢)، والتدخل بالحياة الخاصة أو الأسرة أو المنزل أو المراسلات (المادة ١٧). كما يضمن العهد أن تكون إجراءات القبض والإحتجاز (المادة ٩)، والسجن (المادة ١٠)، والإبعاد (المادة ١٣) والمحكمة العادلة (المادة ١٤) إجراءات عادلة قانونية. وبما يتصف بالأهمية، أن المادة ٢٦ تسلّم بأن جميع الأشخاص متساوون أمام القانون، وتخول لهم الحق المتساوي في الحماية أمام القانون دون أي تمييز. وبالمثل، تعهدت الدول الأطراف بتصديقها على العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بالتخاذ التدابير اللازمة... للعمل على تأمين التحقيق التام للحقوق المعترف بها... وذلك بجميع الوسائل الممكنة... (المادة ٢). ومن المؤكد، أن سيادة القانون ضرورية لحماية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية كما هي ضرورية لحماية الحقوق المدنية والسياسية، ولكي يكفل أي نظام قانوني العدالة وحماية سيادة القانون للجميع لا بد أن يتضمن هذه القواعد والمعايير الأساسية.

الأمم المتحدة، إلى حد أنه، لا يمكن أبداً لمحاكم الأمم المتحدة - على سبيل المثال - أن تسمح بفرض عقوبة الإعدام، ولا يمكن أبداً لاتفاقيات السلام التي تقرها الأمم المتحدة أن تُعد بإصدار أحكام بالعفو العام في حالة جرائم الإبادة الجماعية، أو جرائم الحرب أو الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية، أو الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، وحيثما تكون أجهزة الأمم المتحدة مكلفة بالاضطلاع بمهام تنفيذية أو قضائية لا بد أن تمثل المرافق التي تديرها الأمم المتحدة امتثالاً صارماً للمعايير الدولية لحقوق الإنسان في إدارة العدالة<sup>(١)</sup>.

1- إن النظام القضائي في الدولة أمر أساسي لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، حيث تؤدي المحاكم دوراً رئيسياً في حماية الضحايا، أو من يحتمل أن يكونوا ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان وضمن حصولهم على سبل الانصاف الفعالة، وذلك بتقديم مرتكبي هذه الانتهاكات إلى العدالة، والتأكيد على أن أي شخص يرتكب أفعالاً إجرامية يتلقى محاكمة عادلة وفقاً للمعايير الدولية. فالنظام القضائي يعتبر أساسياً لعملية التأكد من امتثال القوانين التشريعية والأعمال التنفيذية للقانون الدولي لحقوق الإنسان وحكم القانون. وقد أبرزت جميع الأجهزة الدولية لحقوق الإنسان هذا الدور الحاسم الذي يلعبه النظام القضائي في حماية حقوق الإنسان والحريات، حيث ذكرت، الجمعية العامة للأمم المتحدة مراراً أن "سيادة القانون القضائي ... يلعبان دوراً مركزياً في تعزيز وحماية حقوق الإنسان"<sup>(١)</sup> وذكرت أيضاً أن "النظام القضائي، بما في ذلك وجود وكالات لإنفاذ القوانين وللملاحقة القضائية، وبصفة خاصة وجود قضاء مستقل واستقلال مهنة المحاماة بما يتماشى تماماً مع المعايير الواجبة التطبيق، والواردة في الصكوك الدولية لحقوق الإنسان، تعتبر أموراً أساسية بالنسبة إلى الأعمال التامة وغير التمييزي لحقوق الإنسان، وأموالاً لا غنى عنها لعملية الديمقراطية والتنمية الدائمة"<sup>(٢)</sup>. ولقد أكد الأمين العام للأمم المتحدة في هذا الخصوص على أنه: "يجب الاعتراف بأهمية سيادة القانون وضمن احترام حقوق الإنسان، ودور القضاة والمحامين في الدفاع عن حقوق الإنسان"<sup>(٣)</sup>. راجع القرارات 05 / 181 المؤرخ 22 كانون الأول/ديسمبر 1995 و 731 / 184 المؤرخ 20 كانون الأول/ديسمبر 1993 بعنوان "حقوق الإنسان في"

مالاشك فيه أن المعايير والقواعد الدولية تنطوي على آثار قانونية مختلفة ويتوقف ذلك على مصدرها . وهكذا نجد أن المستويات المختلفة للالتزامات القانونية للدولة تتوقف على ما إن كانت المعايير الدولية مستمدة من قانون ناشئ بموجب معاهدة أو من القانون الدولي العرفي أو من مختلف مجموعات المبادئ والقواعد الدنيا والإعلانات. فقد صدرت القواعد والمعايير الدولية المتصلة بحقوق الإنسان في إدارة العدالة عن عدد من الهيئات الداخلة في منظومة الأمم المتحدة. ومن أبرز هذه الهيئات لجنة حقوق الإنسان ولجنتها الفرعية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان والمؤتمرات الدورية للأمم المتحدة بشأن منع الجريمة ومعاملة المجرمين . وقد تم في نهاية الأمر اعتماد هذه المعايير سواء في الجمعية العامة أو المجلس الاقتصادي والاجتماعي ، وهما هيئتان رئيسيتان في الأمم المتحدة (١) .

### المطلب الثاني

### المسائل التي تجسد دور الأمم المتحدة في

### تعزيز إعلاء مبدأ سيادة القانون

يتجسد دور الأمم المتحدة في تعزيز مبدأ سيادة القانون في المسائل

الآتية:

- = مجال النظام القضائي . ٢- تعزيز سيادة القانون - تقرير الأمين العام إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة، وثيقة صادرة عن الأمم المتحدة 275 /A/57، الفقرة ٤١. ٣- اللجنة الدولية للحقوقيين المبادئ الدولية المتعلقة باستقلال ومسؤولية القضاة، والمحامين، ويمثلي النيابة العامة، الجزء الأول، (الطبعة الأولى) جنيف ٢٠٠٧، ص ١
- ١- مكتب الأمم المتحدة، مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان: حقوق الإنسان والسجون، دليل تدريب موظفي السجون على حقوق الإنسان، سلسلة التدريب المهني العدد رقم ١١، الأمم المتحدة نيويورك جنيف، ٢٠٠٤، ص ٥ مكتب الأمم المتحدة، مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان: حقوق الإنسان والسجون، دليل تدريب موظفي السجون على حقوق الإنسان، سلسلة التدريب المهني العدد رقم ١١، الأمم المتحدة نيويورك جنيف، ٢٠٠٤، ص ٥



## أولاً: ملء فراغ سيادة القانون.

في ظروف ما بعد الصراع كثيراً ما تبدى الأطر القانونية دلالات متراكمة على الإهمال والتشويه السياسي، وتتضمن عناصر تمييزية، وقلما تفي بمتطلبات المعايير الدولية لحقوق الإنسان والقانون الجنائي<sup>(١)</sup>. وكثيراً ما تكون قوانين الطوارئ والمراسيم التنفيذية هي السائدة. وإذا وجدت القوانين المناسبة فإن الجمهور العام قد لا يعرف عنها شيئاً، وقد لا تملك الجهات الفاعلة الرسمية القدرات أو الوسائل لتنفيذها. وعادة ما تنقص النظم الوطنية القضائية أو الإصلاحية أو نظم الشرطة الموارد البشرية والمالية والمادية الضرورية لأداء عملها بصورة ملائمة. كما تعوزها الشرعية في كثير من الأحيان، بعد أن تحولت بفعل الصراع وإساءة الاستخدام إلى أدوات للقمع. وتتسم هذه الحالات -دائماً- بوفرة في الأسلحة، وتفشي العنف الجنساني أو الجنسي، واستغلال الأطفال، واضطهاد الأقليات والفتنات الضعيفة، والجريمة المنظمة، والتهديب والاتجار بالبشر، وغير ذلك من الأنشطة الإجرامية. وفي هذه الحالات كثيراً ما تملك الجماعات الإجرامية المنظمة موارد تفوق ما لدى الحكومة المحلية، وأسلحة أفضل مما بأيدي سلطات إنفاذ القانون المحلية. وإعادة بناء قدرات المؤسسات الوطنية وشرعيتها مهمة طويلة الأمد. غير أن العمل

1 - عادة ما تواجه الدول التي تمر بالمرحلة الانتقالية بعد فترات الصراع تحديات تبدو في الظاهر مستعصية، مثل القدرة المحدودة للغاية لنظام العدالة الجنائية، والحاجة إلى إرساء دعائم القانون والنظام في ظل تصاعد معدلات الجريمة، والحاجة إلى مواكبة المعايير الدولية لحقوق الإنسان، وجميعها لا بد من معالجتها مع احترام الثقافة والتقاليد المحلية في الوقت ذاته. وقد أريكت هذه التحديات الحكومات الوطنية والعاملين في بعثات حفظ السلام على حد سواء راجع: فيقيان أوكونر وكوليت روش هانس جورج ألبريشت وجوران كليمنسيك: القوانين النموذجية للعدالة الجنائية خلال الفترات اللاحقة للصراعات، المجلد الثاني، معهد الولايات المتحدة للسلام، ٢٠١١، ص xxiii

العاجل لإعادة الأمن البشري وحقوق الإنسان وسيادة القانون لا يمكن إرجاؤه، كثيراً ما يُطلب من عمليات حفظ السلام التابعة للأمم المتحدة ملء هذا الفراغ في سيادة القانون<sup>(١)</sup>.

والحقيقة، والشى الذى لا يمكن ألته دور الأمم المتحدة فى ملء فراغ سيادة القانون، حيث تواجه فى بعض الحالات صعوبات فى تنفيذ عمليات حفظ السلام حيث لا توجد آليات عاملة للعدالة الجنائية على الإطلاق. وفى هذه الحالات وجد حفظه السلام مجرمين متلبسين بأعمال إجرامية خطيرة تشكل تهديداً مباشراً للمدنيين ولعملية حفظ السلام نفسها. وتفتقر العناصر العسكرية عادة إلى التدريب والمهارات والموارد اللازمة للتصدي لمثل هذه الحالات. وفى نفس الوقت، كثيراً ما تُنشر العناصر المدنية التابعة لعمليات السلام، بما فيها الشرطة، ببطء شديد، وقلما تكلف بأداء مهام تنفيذية مثل القبض على المجرمين. بيد أن حالات عدم سيادة القانون هذه يمكن أن تقوض جهود عملية السلام بأكملها. وبالنظر إلى هذه الحقائق ينبغي التعاون مع الدول الأعضاء، إعادة النظر فى استراتيجيات الأمم المتحدة الراهنة لمعالجة الحالات التي تنتشر فيها عمليات حفظ السلام فى أحيان كثيرة والتي تتسم بغياب سيادة القانون، بما فى ذلك دور العنصر العسكرى وعنصر الشرطة المدنية وقدراتهما وواجباتهما<sup>(٢)</sup>. وفى بعض الحالات التى بلغت فيها هذه المشكلة أقصى حدتها، وكملت الشرطة المدنية فى بعثات حفظ السلام بمهام تنفيذية، تشمل سلطة إلقاء القبض والاحتجاز. وعلى الرغم من أن الشرطة المدنية للأمم المتحدة توفر فى أغلب الحالات الدعم والمشورة للعمليات، ولا تكون محولة سلطة الاضطلاع بمهام تنفيذية، فقد أصبحت مسؤولياتها

1 - الأمم المتحدة، مجلس الأمن، تقرير الأمين العام: سيادة القانون والعدالة الانتقالية فى مجتمعات الصراع ومجتمعات ما بعد الصراع، ٢٢ أغسطس

٢٠٠٤، ص ١٣.

2 - المرجع السابق، ص ١٤.

مركبة بشكل مطرد. وفي جميع الحالات يكون دورها أساسياً لإعادة سيادة القانون، وجديراً بدعم وموارد أكبر. ومجرد تواجد موظفي إنفاذ القانون في الشوارع عقب الصراع من شأنه التقليل بشكل ملحوظ من أعمال النهب والتحرش والاختصاب والسرقه والقتل<sup>(١)</sup>. الجدير بالتنويه، أن أعمال الشرطة تشكل في بيئات ما بعد الصراع عنصراً ذا أهمية بالغه في سلسلة تدابير إقامة سيادة القانون، فإنها ينبغي أن يصاحبها تقديم الدعم للمؤسسات والمهام الأخرى في منظومة العدالة. ولا يجوز اعتبار تعزيز قدرات الشرطة أو الشرطة المدنية التابعة للأمم المتحدة على إلقاء القبض على المجرمين مساهمة في إقامة سيادة القانون، إذا لم توجد قوانين حديثة يمكن تطبيقها، ولم توجد مرافق احتجاز إنسانية وتتوافر لها الموارد الملائمة والإشراف المناسب، يمكن أن تؤدي القبوض عليهم، ولم يوجد نظام قضائي كفاء لمحاكمتهم طبق الأصول القانونية وعلى جناح السرعة، ولا محامو دفاع لتمثيلهم. وقد تحقق تقدم في الأعوام الأخيرة نحو معالجة أوجه النقص هذه، بما في ذلك عدد من المشاريع المكرسة لإعداد القوانين والمبادئ التوجيهية وأدوات سياسات سيادة القانون في المرحلة الانتقالية<sup>(٢)</sup>.

ومما لا ريب فيه، أن إنشاء لجان وطنية مستقلة لحقوق الإنسان تشكل واحدة من الاستراتيجيات التكميلية التي يُرجى أن تساعد على استعادة سيادة القانون، وحل النزاعات سلمياً وحماية الفئات الضعيفة حيثما لا يكون نظام العدالة قادراً بعد على أداء مهامه بصورة كاملة. وقد أنشئ كثير من لجان حقوق الإنسان هذه في المجتمعات التي تشهد صراعات وفي مجتمعات ما بعد الصراعات، وكلفت بولايات تشمل مهام شبه قضائية، وحل النزاعات، وبرامج الحماية. ومن الأمثلة الحديثة

1- UNIS\2004\ 616.22 Aug 2004.p.14

2- UNIS\2004\ 616.22 Aug 2004.p.14

على ذلك المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان في كل من أفغانستان ورواندا وكولومبيا وإندونيسيا ونيبال وسريلانكا وأوغندا، التي تقوم كل منها الآن بدور هام في هذا المجال. كما استخدمت الأمم المتحدة بتواتر مطرد آليات استثنائية لتقصي الحقائق مثل: لجان التحقيق الدولية المخصصة المنشأة للنظر في جرائم الحرب المرتكبة في أماكن مثل: يوغوسلافيا السابقة ورواندا وبوروندي وقيمور - ليشتي<sup>(١)</sup>. وضاف إلى ذلك ينبغي أن تتضمن خطط إعادة إدماج كل من المدنيين المشردين والمحاربين السابقين استراتيجيات للإسراع باستعادة سيادة القانون. وتشكل عمليات نزع سلاح المحاربين وتسريحهم وإعادة إدماجهم أحد الجوانب الرئيسية للانتقال من حالة الصراع إلى الوضع الطبيعي. وبالنسبة للسكان الذين عاشوا ويلات الحرب، تعد تلك العمليات من أبرز الدلائل الملموسة على العودة التدريجية للسلام والأمن. وينفس الطريقة ينبغي أن يكون المشردون موضوع برامج مكرسة لتسهيل عودتهم. ومن شأن برامج العفو العام المصممة بعناية أن تسهل عودة الفئتين وإعادة إدماجهما، وينبغي تشجيع هذه البرامج، ولو أنها، كما ذكر سابقاً، ينبغي ألا يُسمح لها مطلقاً بالعفو عن أعمال الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية أو الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان<sup>(٢)</sup>. وأخيراً، ينبغي أن تكون هناك ضمانات أفضل لكفالة ألا تُودي نفس التدخلات المصممة لحماية الفئات الضعيفة والتي تعرضت للإيذاء، بمن فيها النساء والأطفال، إلى مزيد من الإيذاء لهذه الفئات. ففي مثل هذه الحالات كثيراً ما تعاني النساء من العنف المنزلي في البيت، ومن العنف الذي يستهدفهن في الحياة العامة. ويتطلب التصدي لأعمال الاعتداء الجنسي والاستغلال والصدمات النفسية المتفشية على نطاق

1- UN\S\2004\ 616.22 Aug 2004.p.15

2- UN\S\2004\ 616.22 Aug 2004.p.15

واسع التي تتعرض لها هذه الفئات في بيئات الصراع وما بعد الصراع مهارات وموارد وآليات خاصة لضمان ألا يسهم موظفو إنفاذ القانون وحفظه السلام وغيرهم ممن يتعاملون مع هذه الفئات في زيادة معاناتها عن غير قصد . وكذلك من المهم للغاية أن يُساءل أولئك الذين يسعون لإساءة معاملة هذه الفئات أو استغلالها . والحقيقة أن سيادة القانون إذا كان لها معنى على الإطلاق ، فإنها تعنى أن لا أحد فوق القانون ، بما في ذلك حفظه السلام<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: دور الأمم المتحدة في المساهمة في تطوير نظم العدالة الوطنية.

إن غياب الحماية القانونية في أماكن الاحتجاز يرتبط أيضاً بالتصورات التأهيلية والإصلاحية للعقوبة<sup>(٢)</sup> ، التي أسهمت في سيطرة نموذج تقرر فيه سلطات السجن والموظفون الفنيون وحراس الأمن من طرف واحد نظام العقوبة .خلافاً للاعتقاد الشائع ، ترغب غالبية المحيين للنظام للعدالة الجنائية ، أنه قادر على أساليب الردع والرد القوي لمعاقبة الجرائم الفعلية والوقاية منها ، وذلك بدلاً من التركيز على التسويات والتعويض المالي أو الوساطة .بيدأن عوائق متشعبة تحول دون تحقيق هذه

1- UNIS\2004\ 616.22 Aug 2004.p.15

2 - يشمل ذلك رؤية "الاتجاهات السياسية والثقافية الثلاثة التي أسهمت في وضع الدستور الإيطالي، وما تلا ذلك من إصلاح للسجون: الاتجاه الكاثوليكي، الذي ينظر إلى العقوبة بوصفها إصلاحاً للمجرم؛ والاتجاه الليبرالي المحافظ الذي يعد مصدر النظرية العلاجية والإدماجية فيما يتعلق بالعقوبة؛ والشيوعية بنسختها اللينينية والغرامشية، المستوحاة من أنظمة العقوبة الرامية إلى تربية المجرم وإعادة إدماجه في المجتمع. ويتأيد من هذه الاتجاهات الثقافية المتلاقية، تحقق إصلاح السجون مقابل لمن هو تحويل السجون إلى عقوبة ملتبسة وغير متساوية ولا نمطية، وما ينتج عن ذلك من المحلل للضمانات فيما يتعلق بالعقوبة" راجع:

Luigi Ferrajoli, Derechoyrazón ( Madrid, Trotta, 1995), p. 720-

الغاية<sup>(١)</sup>. ألا ومنها: عدم مراعاة الأصول القانونية. تعني مراعاة الأصول القانونية ضرورة اتباع إجراءات معينة كي تتمكن الدولة من إنفاذ الحقوق الأساسية بشكل مشروع؛ وهي بذلك ترسي مجموعة من المتطلبات التي لا بد من تليتها حتى يتمكن الأفراد من الدفاع عن أنفسهم بشكل مناسب في وجه أي عمل من جانب الدولة يمكن أن يمس بحقوقهم. وداخل نظام العدالة الجنائية، ينبغي ألا تقتصر مراعاة الأصول القانونية على تحديد العقوبات بل ينبغي أن تشمل أيضاً ضمان حماية جميع المحتجزين، وتوفير إطار للعلاقة بين السجناء وسلطات السجن فيما يتعلق بالحقوق والالتزامات، بما في ذلك سبل الحصول على خدمات الدفاع وسبل الانتصاف القانوني<sup>(٢)</sup>. بيد أن مسئولية العمل المباشر لحماية حقوق الإنسان والأمن البشري في الأماكن التي أدى فيها الصراع إلى إضعاف سيادة القانون المحلية أو إفشالها تقع على عاتق المجتمع الدولي، فإنه ليس بوسع أية تدابير خصوصية أو مؤقتة أو خارجية على المدى الطويل أن تحل مطلقاً محل نظام عدلي وطني فعال. ولذلك عُنِيَ عدد من كيانات الأمم المتحدة على مدى عقود من الزمن بمساعدة البلدان على تعزيز نظمها الوطنية لإقامة العدالة وفقاً للمعايير الدولية<sup>(٣)</sup>. وتجدر الإشارة

1 - جول هاردينج وشين سكانلون وشون ليزوكارسون بيكر وآي لى ليم، حكم العدالة وسيادة القانون، نشرة الهجرة القسرية ٣، نازحو بورما ٢٩، ٢٠١٢، ص ١، أو الموقع التالي:

[http://www.theirc.org/where/the\\_irc](http://www.theirc.org/where/the_irc)

2 - الأمم المتحدة، اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، لجنة مناهضة التعذيب - الدورة الخمسون، ٦ - ٣١ أيار/مايو ٢٠١٣، النيد ٣ من جدول الأعمال المؤقت، ص ٢٣ 3- UNIS\2004\ 616.22 Aug 2004.p.16.

• وتستطيع الأمم المتحدة أن تساهم مساهمة كبيرة في مساعدة الدول على إقامة وصيانة نظام عدالة جنائية فعال، يستند إلى سيادة القانون وقادر على أداء هذه المهام. وعلى سبيل المثال، فإن مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة تراكمت لديه خبرة قيمة في مجال تقديم المساعدة =

إلى أن إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية يشترط الامتثال للمعايير الدولية لحقوق الإنسان، ولكنه لا يتضمن حكماً مماثلاً بشأن النظم الوطنية (١). وعلى أية حال فإن الاستراتيجيات الفعالة لبناء نظم العدالة المحلية هي تلك التي تولى الإهتمام اللازم للقوانين والإجراءات الرسمية وغير الرسمية والمؤسسات الرسمية منها أو غير الرسمية. ومن الأساسي وجود قوانين تتوافق مع القانون الدولي لحقوق الإنسان وتستجيب للاحتياجات والظروف الحالية للبلاد. والدعم المؤسسة

=التشريعية وغيرها من أنواع المساعدة لتيسير مراقبة المخدرات، ومكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية وغسل الأموال والإرهاب والفساد، وتعزيز التعاون الدولي، لا سيما في مجالي تسليم المجرمين والمساعدة المتبادلة في المسائل الجنائية. وبما يعزز قدرة المكتب على القيام بذلك استغلاله لمكاتبه الميدانية وعددها ٢٢ مكتبا، التي تقوم بدور فريد في تيسير وتحسين تقديم المساعدة التقنية للدول، عند الطلب، فيما يتعلق بالصكوك العالمية المتعلقة بمنع الإرهاب الدولي وقمعه. وعلى وجه الخصوص، أثبت فرع منع الإرهاب التابع للمكتب فعاليته كمقدم للمساعدة التقنية في مجالات الصياغة التشريعية والتعاون الدولي وتدريب مسؤولي العدالة الجنائية. ولكن لا يزال من اللازم القيام بكثير من العمل في مجال التشريعات بحد ذاتها، وفي مجال تعزيز هياكل الدول وآلياتها المؤسسية التي تنفذ تلك التشريعات. ولإني أحث مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة على مواصلة عمله الذي تمس إليه الحاجة في هذا الصدد: راجع بيان الأمين العام للأمم المتحدة: الاتحاد من أجل مواجهة الإرهاب على موقع الأمم المتحدة

- 1- Alexandra Xanthaki, "The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and collective rights: what's the future for indigenous women?" in Stephen Allen and Alexandra Xanthaki, eds., *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (Oxford, Hart Publishing, 2011), p. 413.
- See also Alexandra Xanthaki, "Multiculturalism and international law: discussing universal standards", *Human Rights Quarterly*, vol. 32, No. 1 (2010), p. 40

الرئيسية للنظم التي تقوم على سيادة القانون هي النظام القضائي القوي الذي يتمتع بالاستقلالية و المزود على النحو الملائم بالسلطة والتمويل والتجهيز، والتدريب من أجل إعمال حقوق الإنسان لدى إقامة العدالة . وتتسم المؤسسات الأخرى لنظام العدالة بنفس القدر من الأهمية، بما فيها خدمات الشرطة المراعية للقانون، وخدمات السجون الإنسانية، والإنصاف في المحاكمة، و توافر رابطات كفاءة لمحامي الدفاع<sup>(١)</sup>. فى القضايا الجنائية وهي مؤسسة كثيراً ما تُنسى رغم دورها الحيوي. وخارج نطاق القانون الجنائي، ينبغي كذلك لهذه الاستراتيجيات أن تضمن قيام آليات قانونية فعالة للانتصاف فى الدعاوى والنزاعات المدنية، بما فيها النزاعات بشأن الأملاك، والطعون فى القوانين الإدارية، والدعاوى المتعلقة بالجنسية والمواطنة وغيرها من المسائل القانونية الهامة التى تنشأ فى بيئات ما بعد الصراع. ولا بد من إقامة نظم لقضاء الأحداث لضمان معاملة الأطفال الخارجين عن القانون معاملة مناسبة، وفقاً للمعايير الدولية المعترف بها فى مجال قضاء الأحداث. وينبغي أن تراعى مؤسسات قطاع العدالة الفروق بين الجنسين، وأن يشمل إصلاح القطاع المرأة وتمكينها. ويشكل التعليم والتدريب القانونيان وتوفير الدعم لتنظيم الأوساط القانونية، بما فى ذلك نقابات المحامين، عوامل حفازة هامة لاستمرار التطوير القانوني المطرد<sup>(٢)</sup>.

والحقيق بالذكر أن المرجو من برامج الأمم المتحدة أن تدعم سبل الوصول إلى العدالة، والتغلب على العقبات الثقافية أو اللغوية أو الاقتصادية أو السوقية أو العقبات الجنسانية. وتؤدى برامج المساعدة القانونية والتمثيل القانوني العام دوراً أساسياً بهذا الصدد. وإضافة إلى ذلك، ففى حين يتم التركيز على بناء نظام عدالة رسمى يعمل بفعالية

1- UN\2004\ 616.22 Aug 2004.p.16

2- UN\2004\ 616.22 Aug 2004.p.16



ووفقاً للمعايير الدولية ، من الضروري للغاية أيضاً في الوقت ذاته تقييم الوسائل التي تكفل أداء الآليات التكميلية والأقل رسمية لعملها ، خاصة على المدى المتوسط<sup>(١)</sup>

ويمكن أن تقوم لجان حقوق الإنسان الوطنية المستقلة بدور حيوي في ضمان المساءلة ورد الحقوق إلى أصحابها وحل المنازعات والحماية خلال الفترات الانتقالية. وكذلك يتعين إيلاء الاهتمام الواجب للتقاليد المحلية وغير الرسمية لإقامة العدالة أو حل المنازعات ، لمساعدة هذه التقاليد على مواصلة دورها الذي كثيراً ما يكون حيوياً ، مع التقيد بكل من المعايير الدولية والتقاليد المحلية . ويمكن أن يسفر تجاهل هذه التقاليد أو الخروج عليها عن حرمان قطاعات واسعة من المجتمع من

1- UNIS\2004\ 616.22 Aug 2004.p.16

تتألف شبكة برنامج الأمم المتحدة لمنع الجريمة والعدالة الجنائية من مركز الأمم المتحدة المعني بمنع الاجرام الدولي وعداد من المعاهد الإقليمية والأقليمية حول العالم وكذلك من مراكز متخصصة . وقد استحدثت لمساعدة المجتمع الدولي على تعزيز التعاون الدولي في مجال حاسم وهو منع الجريمة والعدالة الجنائية . وتتيح العناصر المكونة لها مجموعة متنوعة من الخدمات ، من بينها تبادل المعلومات والبحوث والتدريب والتعليم العام . وفيما يلي أعضاء الشبكة : المركز المعني بمنع الاجرام الدولي ، معهد الأمم المتحدة الأقليمي لبحوث الجريمة والعدالة ، معهد آسيا والشرق الأقصى لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين ، معهد الأمم المتحدة لمنع الجريمة ومكافحتها ، المنتسب إلى الأمم المتحدة ، المعهد الأفريقي لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين ، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ، المعهد الأسترالي لدراسات الجريمة ، المركز الدولي لاصلاح القانون الجنائي وسياسة العدالة الجنائية ، المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية ، المعهد الوطني للعدالة في وزارة العدل ، في الولايات المتحدة الأمريكية ، معهد راؤول فالينبرغ لحقوق الانسان والقانون الانساني ، والمركز الدولي لمنع الجريمة والمجلس الاستشاري الدولي العلمي والفني . راجع

E/CN.15/2002/ 3\ 26 February 2002\p.25

سبل الوصول إلى العدالة وفى بيئات ما بعد الصراع خاصة ينبغى أيضا أن تشترك الفئات الضعيفة والمستبعدة والمجنى عليها والمهمشة فى تطوير قطاع العدالة، وأن تستفيد من مؤسساته الناشئة. ومن الضرورى فى مثل هذه الظروف اتخاذ تدابير لضمان مراعاة مؤسسات قطاع العدالة للشئون الجنسانية. وفيما يتعلق بالأطفال من المهم أيضا توفير الدعم للمؤسسات الناشئة المعنية بحماية الطفل وقضاء الأحداث، بما فى ذلك الدعم من أجل إيجاد بدائل للاحتجاز، وتعزيز قدرات مؤسسات قطاع العدالة على حماية الطفل<sup>(١)</sup>.

وتشير الخبرة الوطنية المكتسبة إلى أن أفضل سبيل لتحقيق هذه الأهداف المعقدة هو تحديد عملية وطنية، توجهها خطة وطنية للعدالة وترعاها مؤسسات وطنية مستقلة معينة خصيصاً لهذا الغرض، مثل اللجان القضائية أو القانونية. ويمكن أن يساعد دعمنا لهذه العمليات والهيئات على ضمان توفير الموارد اللازمة لتطوير هذا القطاع، وتنسيق ذلك التطوير وفقاً للمعايير الدولية تحت سيطرة وإدارة وطنيتين. وإذا ما أضيف إلى ذلك دعم مجد لبناء القدرات داخل قطاع العدالة يعظم الأمل فى أن تسهم أنشطة الأمم المتحدة فى إدخال تحسينات مستدامة على العدالة وسيادة القانون<sup>(٢)</sup>.

1- UNIS\2004\ 616.22 Aug 2004.p.16

2- UNIS\2004\ 616.22 Aug 2004.pp.16-17

• دأبت الأمم المتحدة منذ تأسيسها على تعزيز اصلاح نظم العدالة الجنائية، مستفيدة من مبادئ ميثاق الأمم المتحدة والشرعة الدولية لحقوق الانسان . وكان القرار المتخذ فى سنة ١٩٤٨ لانشاء فريق دولي من الخبراء معنى بمنع الجريمة ومعاملة المجرمين مستوحى من الاعتقاد المشترك بأن نظم العدالة الجنائية فى كثير من أنحاء العالم فى حاجة إلى اصلاح .وبالنسبة للدول الأعضاء، أتاح برنامج الأمم المتحدة لمنع الجريمة والعدالة الجنائية أداة لمعاونتها على تحديث نظمها الخاصة بالعدالة الجنائية ولتحسين تقيدها بصكوك حقوق الانسان، كمساهمة منها فى العدالة = الاجتماعية . ومع =

وأن من الأشياء التي ترسخ مبدأ سيادة القانون، الحق في المساواة أمام المحاكم والهيئات القضائية توافر العدالة الإجرائية. ويشمل ذلك، في سياق مواجهة التهم الجنائية، الإبلاغ على وجه السرعة وعلى النحو المناسب بالتهم باستخدام لغة مناسبة؛ والاتصال بمحام من اختيار الشخص؛ والمساعدة المجانية من مترجم شفوي. وينبغي، بشكل خاص، اتخاذ تدابير تكفل أن يفهم أفراد الشعوب الأصلية ما يُقال في الإجراءات القانونية وأن يفهم ما يقولونه فيها<sup>(١)</sup>. ويُعدّ الحصول على المساعدة القانونية، بما في ذلك الاستعانة بمحام، عنصراً أساسياً في كثير من الأحيان لضمان التقاضي أمام المحاكم. كما أولت هيئة رصد تنفيذ كل من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، هذين الصكين بأنهما يشملان الحقوق في الاستعانة بمحام في القضايا المدنية والجنائية<sup>(٢)</sup>. تنص الاتفاقيات الإقليمية

---

=إدانة التركيز الأصلي على حقوق الانسان والانصاف، كانت المعايير والقواعد موجّهة بشكل متزايد نحو تحسين الفعالية والنجاحة في نظم العدالة الجنائية، مع ايلاء الاعتبار الخاص إلى الجنائية ولتحسين تقيدها بصكوك حقوق الانسان، كمساهمة منها في العدالة الاجتماعية. ومع إدانة التركيز الأصلي على حقوق الانسان والانصاف، كانت المعايير والقواعد موجّهة بشكل متزايد نحو تحسين الفعالية والنجاحة في نظم العدالة الجنائية، مع ايلاء الاعتبار الخاص إلى احتياجات البلدان النامية والبلدان التي تمر بمرحلة انتقالية، عن طريق التعاون التقني. وقد أعقب هذا التحول الادراك المتزايد بأن ادارة شؤون العدالة الجنائية يتعين النظر إليها في إطار أوسع خاص بالتنمية السياسية والاقتصادية والاجتماعية. احتياجات البلدان النامية والبلدان التي تمر بمرحلة انتقالية، عن طريق التعاون التقني. وقد أعقب هذا التحول الادراك المتزايد بأن ادارة شؤون العدالة الجنائية يتعين النظر إليها في إطار أوسع خاص بالتنمية السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

- 1 - اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم ١٦٩، المادة ١٢.
- 2 - انظر اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام رقم ٣٢ (٢٠٠٧)، ولجنة القضاء على التمييز العنصري، التعليق العام رقم ٣١ (٢٠٠٥).

المتعلقة بحقوق الإنسان، بما في ذلك الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، والاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، على الحق في سبيل انتصاف. وينص الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب على حق كل شخص في أن يُستمع لقضيته، وهو ما يستلزم بالضرورة توفير سبيل انتصاف. وطلبت لجنة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان إلى الدول اتخاذ إجراء إيجابي لإزالة العقبات التي تعترض الوصول إلى العدالة<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً: دور الأمم المتحدة في دعم دور المحاكم الجنائية المختصة التي أنشأتها

وُجدت المحاكم الدولية منذ نشأة النظام الدولي الحديث بغرض تسوية المنازعات ما بين الدول وفي بعض الأحيان ما بين جهات دولية فاعلة أخرى. غير أن عقد محاكمات نورمبرج بعد الحرب العالمية الثانية هو الذي أفضى بشكل رئيسي إلى إنشاء محاكم خاصة تنظر في القضايا الجنائية المرفوعة ضد الأفراد فيما يتعلق بالجرائم الدولية الأساسية، أي الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية ومنذ وقت ليس ببعيد خلال العقد المنصرم أنشأت الأمم المتحدة أو ساهمت في إنشاء مجموعة متنوعة من المحاكم الجنائية الخاصة. وقد أنشئت هذه المحاكم سعياً لتحقيق مجموعة من الأهداف<sup>(٢)</sup> من ضمنها تقديم المسؤولين عن ارتكاب

#### 1- Inter-American Commission on Human Rights, Access to Justice as a Guarantee of Economic, Social and Cultural Rights (OEA/Ser.L/V/II. 129 Doc 4, 2007 .

2 - المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة يجمع بينها أنها أنشئت جميعها بسبب حروب أهلية تطوّر بعضها إلى نزاع مسلح دولي، كما أن هذه المحاكم أنشأها مجلس الأمن أو سعى من أجل إنشائها متصرفاً بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، وفيما يلي تفصيل ذلك: أ- المحكمة الدولية ليوغسلافيا السابقة: يمكن تلخيص أسباب إنشاء المحكمة الدولية ليوغسلافيا السابقة، في أنه بعد انهيار نظام القومية الثنائية، وتفكك الاتحاد السوفيتي عام ١٩٨٩، وكذلك الاتحاد اليوغسلافي في عام ١٩٩٢، سعت جمهوريات =

=هذا الأخير إلى الاستقلال، غير أن هذا الأمر لم تقبل به جمهورية صربيا على الأخص، وترتب على ذلك نشوب نزاع مسلح اكتسى طابع الصراع الديني والقومي في نفس الوقت.. وقد اندلعت الشرارة الأولى لذلك النزاع في جمهورية البوسنة والهرسك التي يُشكل المسلمون ٤٢٪ من سكانها، في حين يشكل الصرب ٣٢٪، والكروات ٨٪. ونظراً للتفوق العسكري الذي كان يتمتع به صرب البوسنة آنذاك بسبب دعم الجيش الصربي لهم بقوة ارتكبوا مخالفات جسيمة للقانون الدولي الإنساني أبرزها إبادة قرى بأكملها، وقتل المدنيين الأبرياء، وطرد وتشريد آلاف الكروات والمسلمين وتعريضهم للموت جوعاً وعطشاً، وإقامة معسكرات الاعتقال الجماعية التي شهدت ممارسة أفظع صنوف التعذيب الجسدي والنفسي، وكذلك اغتصاب النساء، فضلاً عن ارتكاب مجازر عديدة، وتنفيذ حالات إعدام متزايدة خارج القانون والقضاء، ودفن الضحايا في مقابر جماعية لم يكتشف أمر بعضها إلا في السنوات الأخيرة.

ب- المحكمة الدولية لرواندا: لعل أبرز وقائع الأزمة الرواندية التي أدت إلى تدخل مجلس الأمن، تكمن في أنه عقب وقوع حادثة تحطم طائرة الرئيسين البورندي والرواندي بتاريخ ٦ - ٤ - ١٩٩٤، ارتكبت أفعال عنف فظيعة في رواندا هزت الرأي العام العالمي بقوة، وقد وقعت أعمال العنف المتبادل هذه بين القوات الحكومية الرواندية من جهة، وقوات الجبهة الوطنية الرواندية من جهة أخرى، والواقع أن هذا العنف المتبادل استمر مدة طويلة ارتكبت خلالها وقائع قتل، وقطع للطرق، فضلاً عن ارتكاب جرائم إبادة جماعية راح ضحيتها الألوف من المدنيين الأبرياء من النساء والأطفال من سكان مدينة "كيغالي" ومن أفراد قبيلتي التوتسي والهوتو بوجه خاص. ونظراً لما حصل من مخالفات خطيرة للقانون الدولي الإنساني وانتهاكات صارخة واسعة النطاق لحقوق الإنسان، وجد مجلس الأمن الدولي نفسه أمام وضع يهدد السلام والأمن الدولي، الأمر الذي دفعه إلى التصرف بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، وإنشاء المحكمة الدولية لرواندا.

ج- المحكمة الخاصة لسيراليون: ستفاد من صحيفة الاتهام المتعلقة بالقضية التي تنظر فيها محكمة سيراليون في الوقت الراهن تحت رقم (SCS-2003-01) ضد تشارلز تيلور رئيس جمهورية ليبيريا الأسبق، أن حالة النزاع المسلح في سيراليون بدأت عام ١٩٩١، وأنه تورطت في هذا النزاع تنظيمات وفصائل مسلحة عدة، من بينها الجبهة الثورية المتحدة، وقوات الدفاع المدني، والمجلس الثوري للقوات المسلحة، من أجل الوصول إلى الحكم =

الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان والقانون الإنساني إلى القضاء، ووضع حد لهذه الانتهاكات ومنع تكرارها، ضمان العدالة والكرامة للضحايا، وضع سجل للأحداث الماضية، وتشجيع المصالحة الوطنية، وإعادة سيادة القانون، والإسهام في إعادة السلام. وتحقيقاً لهذه الأهداف ظهرت إلى الوجود مجموعة متنوعة من النماذج المؤسسية، منها: المحكمتان الجنائيتان الدوليتان المخصصتان اللتان شكلهما مجلس الأمن كهيئتين فرعيتين للأمم المتحدة في يوغوسلافيا السابقة المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة، ورواندا المحكمة الجنائية الدولية لرواندا؛ ومحكمة مختلطة في سيراليون شكلت كمحكمة تستند إلى معاهدة؛ ومحكمة مختلطة في كمبوديا اقترحت في إطار قانون وطني صدر خصيصاً وفقاً لمعاهدة؛ ومحكمة مختلطة شكلت بوصفها محكمة داخل محكمة، على هيئة دائرة خاصة في محكمة الدولة للبوسنة والهرسك؛ وهيئة ذات اختصاص قضائي مقصور على الجرائم الجنائية الجسيمة في تيمور - ليشتي، أنشأتها إدارة الأمم المتحدة الانتقالية في تيمور - ليشتي؛ واستخدام قضاة ومدعين عامين دوليين في محاكم كوسوفو، عملاً بالقواعد التنظيمية الصادرة عن بعثة إدارة الأمم المتحدة المؤقتة في كوسوفو؛ ولجنة للتحقيق في الجماعات غير القانونية ومنظمات

---

والسيطرة على أراضي سيراليون، وعلى الأخص مناطق تعدين الماس فيها. ويُستفاد من صحيفة الاتهام المشار إليها أيضاً أنه في جميع فترات النزاع المسلح في سيراليون، قامت التنظيمات المسلحة المذكورة أعلاه بهجمات شنيعة وعلى نطاق واسع ومنهجي ضد السكان المدنيين في سيراليون، وقد شملت الهجمات تجنيد الأطفال للأغراض العسكرية، والتعذيب الجسدي، والاعتداءات الجنسية ضد الرجال والنساء والأطفال المدنيين، والاختطاف، وإرهاب السكان المدنيين، وإتلاف ممتلكاتهم. راجع: د. محمد هاشم ماقورا: مقارنة بين المحاكم الجنائية الدولية الدائمة والمؤقتة، دراسات وأبحاث، على الموقع:

<http://www.aladel.gov.ly/main/modules/sections/item.php?ite mid=28>

الأمن السرية في جواتيمالا، يتوقع إنشاؤها استناداً إلى اتفاق بين الأمم المتحدة وجواتيمالا، كوحدة دولية للتحقيق/ الملاحقة القضائية تعمل بموجب القانون الوطني لجواتيمالا. وتجري -حالياً- مناقشة تفاصيل هذا الاتفاق<sup>(١)</sup>.

ويمكن أن تؤدي المحاكمات الجنائية دوراً هاماً في السياقات الانتقالية. فهي تعبر عن الرفض العام للسلوك الإجرامي. ويمكنها أن تتيح وسيلة مباشرة لمساءلة مرتكبي الجرائم وتكفل توفير قدر من العدالة للضحايا بمنحهم فرصة مشاهدة من قام بتعذيبهم من قبل. يتعرض للمساءلة عن جرائمهم. ويقدر ما تتيح القواعد الإجرائية ذات الصلة لهم طرح آرائهم وشواغلهم في المحاكمة، يمكن أيضاً أن تساعد الضحايا على استعادة كرامتهم. كما أن المحاكمات الجنائية يمكنها أن تسهم في زيادة ثقة الجمهور في قدرة الدولة على إنفاذ القانون واستعادتها لذلك. ويمكنها أيضاً أن تساعد المجتمعات على الخروج من فترات الصراع عن طريق إعداد سجلات لأحداث ووقائع معينة مفصلة ومدعومة بالأدلة. ويمكنها المساعدة على تجريد العناصر المتطرفة من الشرعية، وضمان استبعادها من العملية السياسية الوطنية، والمساهمة في إعادة السلوك المتحضر والسلام وفي الردع. غير أن تحقيق الأهداف المتعددة للعدالة الجنائية والموازنة بينها ليس مهمة سهلة، وهناك عدد كبير من العقبات في السياقات الانتقالية تحد من نطاق العدالة الجنائية، وهي إما عقبات تتعلق بالموارد أو بكثرة القضايا أو بتوازنات القوى السياسية<sup>(٢)</sup>. ولا شك أن نظم العدالة المحلية ينبغي أن تكون الملاذ الأول في السعي لمحاسبة المجرمين. ولكن حيثما لم تكن السلطات المحلية مستعدة أو قادرة على محاكمة المنتهكين محلياً، فإن دور المجتمع الدولي يكتسب أهمية قصوى. ويوفر

1- UN\S\2004\ 616.22 Aug 2004,p.18

2- UN\S\2004\ 616.22 Aug 2004,p.18

إنشاء وإدارة المحاكم الجنائية الدولية والمختلطة خلال العقد الماضي ذليلاً قوياً على هذه المقولة . وتمثل هذه المحاكم إنجازات تاريخية في مجال مساءلة الزعماء المدنيين و القادة العسكريين عن الانتهاكات الجسدية لقانون حقوق الإنسان والقانون الإنساني الدوليين . وقد أثبتت إمكانية إقامة العدل وعقد محاكمات نزيهة بصورة فعالة على الصعيد الدولي ، في أعقاب انهيار النظم القضائية الوطنية. بل والأهم من ذلك أنهما تعكس تحول المجتمع الدولي تدريجياً عن التسامح مع إفلات المجرمين من العقاب والعفو عنهم إلى إقامة سادة القانون الدولي . والمحاكم الجنائية الدولية والمختلطة ، على الرغم من نقائصها وعيوبها ، قد غيرت طابع العدالة الدولية ، وعززت الطابع العالمي لسيادة القانون. وقد قامت أول محكمتين جنائيتين دوليتين معاصرتين ، وهما المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا ، بدور حاسم في النهوض بقضية العدالة في يوغوسلافيا السابقة وفي رواندا ، والحقيقة أن البلدين اللذين خدمتهما هاتان المحكمتان كانا سيشهدان نقصاً هائلاً في العدالة لولا وجود المحكمتين ، وينطبق ذلك أيضاً على البلدان الخاضعة للمحاكم المختلطة التي ينبغي الاعتراف بأنها نتاج للمحكمتين الأصليتين . كما قدمت إسهاماً عالمياً بما خلفته من سوابق قضائية وفيرة في مجال القانون الجنائي الدولي ، مما أدى إلى توسيع وتقوية هذه الدعامة الرئيسية للنظام القانوني الدولي . ونتيجة لمداولات المحكمتين ، ستستفيد الآن الجهود القانونية الرامية إلى محاسبة المنتهكين من زيادة وضوح جريمة الاغتصاب باعتبارها جريمة حرب وجريمة ضد الإنسانية ، وزيادة وضوح عناصر الإبادة الجماعية ، وتعريف التعذيب ، وطبيعة المسؤولية الجنائية الفردية ، ومبدأ المسؤولية القيادية ، وإصدار الأحكام المناسبة . وبالإضافة إلى ذلك ، وفرت المحكمتان الإرشاد لإنشاء محاكم مختلطة في أماكن أخرى (١).



وفي النهاية، ففى بلدان ما بعد الصراعات، لن تحاكم أبداً  
الأغلبية الساحقة من مرتكبي الانتهاكات الحسمة لحقوق الإنسان  
والقانون الإنسانى الدولى لا دولياً ولا محلياً. ولهذا السبب ينبغي أن  
تكون سياسة الملاحقة القانونية استراتيجية، وأن تستند إلى معايير  
واضحة، وتأخذ السياق الاجتماعى بعين الاعتبار. وينبغي ضمان أن  
تستند توقعات الجمهور إلى معلومات صحيحة بناء على استراتيجية  
اتصالات فعالة. ويجب وضع برامج لحماية ضحايا العنف الجنسانى  
والجنسى ودعمهم، ولحماية الشهود. ومن لحظة إنشاء أية محكمة دولية  
أو مختلطة فى المستقبل، من الضرورى النظر، على سبيل الأولوية، فى  
استراتيجية الخروج النهائية وفى التركة المقصود تركها فى البلد المعنى (١)  
علاوة على ذلك، قد تدعو الحاجة إلى وضع آليات أخرى للعدالة  
الانتقالية، من أجل التغلب على العيوب المتأصلة فى نظام العدالة  
الجنائية، لكي تضطلع بما لا تقوم به المحاكم أو بما لا تحسن القيام به،  
فتساعد بوجه خاص على إشباع الرغبة الطبيعية التى يشعر أقرباء  
الضحايا فى العثور على محبوبيهم والوقوف على مصيرهم؛ وتحرص  
على تمكن الضحايا وأنسابهم من بلسمه الآمهم من جراح؛ وتلبى  
الحاجة إلى توفير سجل تاريخى كامل وشامل عما حصل خلال فترة  
الصراع وعن الأسباب الكامنة وراءه؛ وتعزز المصالحة الوطنية وتشجع  
نشوء قوى معتدلة؛ وتضمن إبعاد من تستروا على انتهاكات حقوق  
الإنسان أو ساعدوا وحرصوا على أعمال القمع عن جهازى القضاء  
والأمن (٢).

وأخيراً، فإن الجهود الرامية إلى المحاسبة القانونية للمنتهكين على  
ما اقترفوه من تجاوزات فى الماضى لم تقتصر على المحاكم القائمة فى  
البلدان التى وقعت فيها الانتهاكات أو على المحاكم الدولية فحسب. فقد

1- UN\SI\2004\ 616.22 Aug 2004.p.21

2- UN\SI\2004\ 616.22 Aug 2004.p.21

شهدت السنوات الأخيرة عدداً لم يسبق له مثيل من القضايا التي عُرضت على المحاكم الوطنية لدول ثالثة، بموجب مبدأ العالمية، وهو عنصر من عناصر القانون الدولي قلما استُخدم في السابق، ويقضي هذا المبدأ بأن بعض الجرائم تبلغ درجة من الخطورة تجعل لدى جميع البلدان اهتماماً بمحاكمتها<sup>(١)</sup>. وقد استُدل بهذا الاختصاص العالمي بدرجات متفاوتة من النجاح في قضايا تتعلق بتجاوزات ارتُكبت في جميع المناطق. ومن المؤكد، أن هذا الشكل الاستثنائي من الاختصاص القانوني يُدخِر بحق لملاحقة أخطر الجرائم، و فقط في الحالات التي يفتقر فيها النظام القضائي للبلد الذي ارتُكبت فيه الانتهاكات إلى القدرة على القيام بذلك أو الرغبة فيه. أضف إلى ذلك أن استخدام هذا المبدأ يثير مسائل قانونية وسياسية ودبلوماسية معقدة. ومع ذلك فإنه مبدأ راسخ في القانون الدولي ومدون في صكوك الأمم المتحدة، ويمثل أداة احتياطية ذات أهمية محتملة في كفاح المجتمع الدولي ضد الإفلات من العقاب. وعلى ذلك، فإن تجارب العقد الماضي في مجال الاختصاص العالمي تستحق أن تُستعرض بعناية وأن يُنظر فيها بإمعان، حتى يمكن أن نجد سبباً لتعزيز وحماية هذا المبدأ الهام من مبادئ العدالة والمساءلة<sup>(٢)</sup>.

رابعاً: دور الأمم المتحدة في دعم دور المحكمة الجنائية الدولية.

وعلى مدى أكثر من نصف قرن مضى منذ انعقاد محاكمتي نورمبرج وطوكيو فشلت الدول فشلاً زريعاً للأسف في تقديم المسؤولين عن ارتكاب أخطر الجرائم التي تثير قلق المجتمع الدولي برمته إلى العدالة. وبالتالي عندما أنشئت المحكمة الجنائية الدولية بدأ العالم في الوفاء بالوعد الذي قطعه بعد الحرب العالمية الثانية وهو عدم العودة إليها. ولا تزال المحكمة الجنائية الدولية هي أول هيئة قضائية دولية دائمة وقائمة على

1- UN\2004\ 616.22 Aug 2004.p.22

2- UN\2004\ 616.22 Aug 2004.p.22

معااهدة قادرة على تقديم مرتكبي تلك الجرائم إلى العدالة وعلى تقديم تعويضات إلى الضحايا عندما تكون الدول غير قادرة على القيام بذلك أو غير راغبة فيه. وتضطلع المحكمة بدور خاص في مواجهة جرائم الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية، وبالتالي النهوض بالسلم والأمن الدوليين. وإنشاء هذه المحكمة هو بمثابة خطوة تجاه تحقيق العدالة الجنائية الدولية<sup>(١)</sup>.

ما لا يمكن تأبقه والتغاطش عنه إن مفهوم محاولة تحقيق المشاركة العالمية في نظام روما الأساسي جوهرى لضمان ألا يسود الإفلات من العقاب في أي جزء من أجزاء العالم. ويعكس نظام روما الأساسي توافقاً دولياً مذهلاً في الآراء بشأن ضرورة وجود جهاز عالمي دائم يعهد إليه الاختصاص على أخطر الجرائم التي تثير قلق المجتمع الدولي. واليوم، أصبحت دول عديدة أطرافاً في هذا النظام لكن يزال عدد كبير من الدول متوجساً من الانضمام إليه لأسباب مختلفة. كما أن المحكمة الجنائية الدولية، بعد كل شيء، هي رمز لأنصارها من جديد نحو إقامة نظام عالمي يقوم على سيادة القانون الدولي<sup>(٢)</sup>، كما أنها أهم تطور في الآونة

---

1 - الأمم المتحدة، جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ندوة حول المؤتمر الاستعراضي للمحكمة الجنائية الدولية: التحديات الرئيسية للعدالة الجنائية الدولية، نيويورك، ٣٠ نيسان/أبريل ٢٠١٣، منشورات المحكمة الجنائية الدولية الطبعة الأولى ٢٠١٠، ص ٦

2- Jacob Katz Cogan: Noncompliance and the International Rule of Law, op.cit.p.192.

- see also Antonio Cassese, On the Current Trends Towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law, 9 EUR. J. INT'L L. 2, 8 (1998);p.9

- see also Kenneth Anderson, The Ottawa Convention Banning Landmines, the Role of International Non-governmental Organizations and the Idea of International Civil Society, 11 EUR. J. INT'L L. 91, 92 (2000)p.11

الأخيرة في كفاح المجتمع الدولي الطويل المدى للنهوض بقضية العدالة و سيادة القانون هو إنشاء المحكمة الجنائية الدولية . ولم يبدأ نفاذ نظام روما الأساسي إلا في ١ تموز/يوليه ٢٠٠٢، بيد أن المحكمة لها بالفعل أثر هام في تحذير المنتهكين المحتملين بأن إفلاتهم من العقاب ليس أمراً مضموناً، كما أنها بمثابة عامل حافز على سن قوانين وطنية ضد أخطر الجرائم الدولية . وقد صدق حتى الآن نحو ٩٤ بلداً على نظام روما الأساسي. ومن المهم للغاية الآن أن يضمن المجتمع الدولي حصول هذه المؤسسة الناشئة على ما تحتاج إليه من موارد وقدرات ومعلومات ودعم من أجل التحقيق مع أولئك الذين يتحملون أكبر قسط من المسؤولية عن جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية وأعمال الإبادة الجماعية وملاحقتهم وتقديمهم للمحاكمة، في الحالات التي تفتقر فيها السلطات الوطنية إلى القدرة على القيام بذلك أو الرغبة فيه . وللمجلس الأمن دور خاص ينبغي أن يقوم به في هذا الخصوص، إذ يتمتع بسلطة إحالة القضايا إلى المحكمة الجنائية الدولية، حتى في الحالات التي لا تكون فيها البلدان المعنية أطرافاً في النظام الأساسي للمحكمة . ومع ذلك، ينبغي لجميع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة التي لم تصدق بعد على نظام روما الأساسي أن تضي قدماً نحو التصديق عليه في أقرب فرصة ممكنة<sup>(١)</sup>.

والخلاصة أن الفظائع التي ارتكبت وترتكب من الأنظمة الدكتاتورية بحق شعبيها هزت ضمير الإنسانية بقوة و تهدد السلم والأمن والرفاه في العالم. وفي هذا الصدد، فإن المحكمة ليست جهازاً قضائياً

1 - عبد الحسين شعبان العدالة الانتقالية: مقاربات عربية للتجربة الدولية بحث قدم إلى مؤتمر العدالة الانتقالية في القاهرة ٢٤ - ٢٥ شباط (فبراير) ٢٠١٢ نظمه المعهد العربي لحقوق الإنسان (تونس) بالتعاون مع المنظمة العربية لحقوق الإنسان (القاهرة)، منشور على موقع الحوار المتمدن الحوار المتمدن- العدد: ٣٦٥٢ - ٢٠١٢ / ٢ / ٢٨ - ٢٠:٥٣ المحور: دراسات وإبحاث قانونية ، على الموقع التالي:  
<http://www.ahewar.org/debat/show>

وحسب بل إنها تضطلع أيضاً بدور كبير في النهوض بسيادة القانون والقانون الدولي عموماً عن طريق تعزيز السلام الدولي والنهوض بالعدالة. ومنذ الجزء الأول من القرن العشرين شهد المجتمع الدولي بعض الجرائم الأكثر ترويعاً التي عادة ما نجح في مقاضاة مرتكبيها وفي إرساء أسس السلام والعدالة في المجتمعات المتأثرة بها. وقد أنجزت مرحلة تاريخية في مكافحة الإفلات من العقاب وفي تحقيق العدالة الجنائية الدولية في سنة ١٩٩٨ عندما اعتمدت ١٢٠ دولة نظام روما الأساسي الذي يرمي الأساس القانوني لإنشاء أول محكمة دولية كبرى في القرن الحادي والعشرين - وهي المحكمة الجنائية الدولية المستقلة والدائمة. ودخل هذا النظام الأساسي حيز النفاذ في تموز/يوليه ٢٠٠٢. ومنذ ذلك الحين تمارس هذه المحكمة اختصاصها على أخطر الجرائم التي تثير قلق المجتمع الدولي، وهي الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب<sup>(١)</sup>.

**خامساً: دور الأمم المتحدة في دعم لجان تقصي الحقائق...**

يقول هيجل في تفسير بحث الإنسان عن الحقيقة: " وسوف يظل البحث عن الحقيقة يوقظ حماسة الإنسان ونشاطه ما بقي فيه عرق ينضج وروح تشعر..."<sup>(٢)</sup>. فما بالك حين تبحث الضحية عن الحقيقة؟ لعل ذلك يخنزل في الكثير من ثناياه فكرة العدالة الانتقالية ومجال اختصاصها ونطاق عملها. ثمة آلية أخرى هامة - يجب ألا تغيب عن البال - لمعالجة انتهاكات حقوق الإنسان السابقة ألا وهي لجنة تقصي الحقائق<sup>(٣)</sup>. ولجان تقصي

1 - الأمم المتحدة، جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ندوة حول المؤتمر الاستعراضي للمحكمة الجنائية الدولية: التحديات الرئيسية للعدالة الجنائية الدولية، نيويورك، ٣٠ نيسان/أبريل ٢٠١٣، مرجع سابق، ص ١.

2- Steven B. Smith: Hegel's Critique of Liberalism, University of Chicago Press 1989, p.266.

3- UN\2004\ 616.22 Aug 2004.p.22

• ثمة عدد من هيئات تقصي الحقائق الهامة والأكثر ديمومة والتي تراقب انتهاكات حقوق الإنسان وتحقق فيها وتعد تقارير عنها. وهي تتضمن =

الحقائق هي هيئات رسمية مؤقتة غير قضائية معنية بتقصي الحقائق وتتولى التحقيق في نمط انتهاكات حقوق الإنسان أو القانون الإنساني التي ارتكبت على امتداد عدد من السنين . وتتبع هذه الهيئات نهجاً يركز على الضحية وتحتّم أعمالها بتقديم تقرير نهائي يتضمن ما توصلت إليه من حقائق وما تتقدم به من توصيات . وشُكلت حتى الآن أكثر من ثلاثين لجنة من هذا النوع، من بينها لجان الأرجنتين وشيلي وجنوب أفريقيا وغانا والمغرب والسلفادور وغواتيمالا وتيمور - ليشتي وسيراليون<sup>(١)</sup> . وكان مستوى مشاركة الأمم المتحدة في لجنة كل من السلفادور وجواتيمالا وتيمور - ليشتي وسيراليون والدعم الذي قدمته إليها كبيراً، وتنخرط بعثة الأمم المتحدة في ليبيريا وجمهورية الكونغو الديمقراطية حالياً في دعم العمليات الاستشارية التي تجريها لجنة تقصي الحقائق في كل من هذين البلدين . وتمتلك لجان تقصي الحقائق قدرات تجعلها مفيدة للغاية في مجال مساعدة المجتمعات بعد انتهاء النزاع على إثبات الحقائق

---

=آليات الأمم المتحدة المختلفة مثل : مكاتب المفوضية السامية لحقوق الإنسان ، والمبعوثين الخاصين للأمين العام أو المفوض السامي لحقوق الإنسان ، وهيئات معاهدات حقوق الإنسان ، والمقررين الخاصين والخبراء المستقلين المعيّنين من طرف لجنة حقوق الإنسان حول مواضيع خاصة أو مهام خاصة ببعض البلدان. وتشمل كذلك آليات إقليمية موازية لتقصي الحقائق تحت سلطة أنظمة حقوق الإنسان التابعة لمنظمة الوحدة الإفريقية أو OAS أو الاتحاد الأوروبي. ومن بين أمثلة آليات الاتحاد الأوروبي لتقصي الحقائق نذكر: المفوض الأوروبي لحقوق الإنسان واللجنة الأوروبية لمنع التعذيب والكرامية واللجنة الأوروبية للوقاية من التعذيب. وثمة بالطبع هيئات لتقصي الحقائق تابعة لمنظمة الأمن والتعاون في أوروبا أنشئت بموجب العقد النهائي لهلسينكي، بما في ذلك المفوض السامي للأقليات الوطنية وممثل حرية وسائط الإعلام. راجع المركز الدولي للعدالة الانتقالية : لجان الحقيقة على الموقع التالي :

<http://www.marefa.org>

1 - UNIS\2004\ 616.22 Aug 2004.p.22

المتعلقة بانتهاكات حقوق الإنسان السابقة وتشجيع المساءلة بشأنها وحفظ الأدلة عليها والكشف عن هوية مرتكبيها، والتوصية بتقديم التعويضات وإجراء إصلاحات مؤسسية. كما يمكنها أن تشكل منبراً عاماً يستخدمه الضحايا لكي يرووا للأمة قصصهم الشخصية، وأن تيسر النقاش العام بشأن كيفية تسوية مظالم الماضي<sup>(١)</sup>. ومن ضمن العوامل التي يمكن أن تحد من هذه الفوائد المحتملة هي ضعف المجتمع المدني وعدم الاستقرار السياسي وخوف الضحايا والشهود من الإدلاء بشهاداتهم، وضعف النظام القضائي أو فساده، وعدم كفاية الوقت اللازم لإجراء التحقيقات، وإحجام عامة الناس عن دعمها ونقص التمويل. وما هو ثابت هو أن تعيين لجان تقصي الحقائق على عجل أو عبر عملية مسيسة يقوض مصداقيتها. وأفضل طريقة لتشكيلها هي إجراء مشاورات تشتمل على آراء عموم الناس في مهامها وفي اختيار المفوضين. ولا بد للجان، لكي تكون ناجحة، من أن تتمتع بالاستقلالية الحقيقية ومن اعتماد معايير وعمليات موثوقة في اختيار المفوضين. ومن الضروري وجود استراتيجيات قوية في مجال الإعلام والاتصالات العامة لتحقيق آمال عامة الناس والضحايا ولتعزيز المصداقية والشفافية. ولا بد من ضمان مراعاتها للفوارق بين الجنسين والاستجابة للضحايا وضحايا التمييز. وأخيراً، سيقضي العديد من مثل هذه اللجان دعماً دولياً قوياً لتتمكن من العمل، إلى جانب إبداء الشركاء الدوليين احترامهم لاستقلالية عملياتها<sup>(٢)</sup>.

تساعد عمليات السعي إلى معرفة الحقيقة المجتمعات الخارجة من نزاعات أو التي تمر بمرحلة انتقالية على تفصي انتهاكات حقوق الإنسان المرتكبة في الماضي، وتضطلع بها لجان الحقيقة أو لجان التحقيق أو غير

1 - UN\2004\ 616.22 Aug 2004.p.23

2- UN\2004\ 616.22 Aug 2004.p.23

ذلك من بعثات تقصي الحقائق. ويدعم حق الأشخاص في معرفة الحقيقة العديد من هيئات المعاهدات والمحاكم الإقليمية والمحكمة الدولية. الحقيقة هيئات تحقيق غير قضائية أو شبه قضائية، تتولى تقصي أنماط أعمال العنف المرتكبة الماضي، وكشف أسباب تلك الأفعال الهدامة وتبعاتها. وكل لجنة من لجان الحقيقة مؤسسة متفردة بذاتها، وإنما أنشطتها الأساسية تشتمل عادة على جمع أقوال الضحايا والشهود، وإجراء بحوث مواضيعية منها التحليلات الجنسانية والأطفالية للانتهاكات بما فيها أسبابها وتبعاتها، وتنظيم جلسات استماع علنية وغير ذلك من برامج التوعية، ونشر تقرير نهائي يورد ما تم التوصل إليه من نتائج وتوصيات. وتسعى لجان التحقيق وغيرها من آليات تقصي الحقائق، بالمثل، إلى كشف الحقيقة وراء مزاعم انتهاكات حقوق الإنسان الماضية، لكنها تعمل في إطار ولايات أضيق نطاقاً. ويعد تقصي الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان وتوثيقها خطوة هامة في إعمال الحق في معرفة الحقيقة<sup>(١)</sup>.

#### سادساً: دور الأمم المتحدة في دعم فحص السجلات

ما لاخفية فيه أن إصلاح المؤسسات العمومية يمثل مهمة أساسية في البلدان التي تمر بمرحلة انتقالية من الحكم التسلطي أو الصراع إلى الديمقراطية والسلام. ويتعين تحويل المؤسسات العمومية التي ساهمت في إدامة الصراع أو خدمة نظام الحكم التسلطي إلى مؤسسات تدعم الانتقال والسلام وتحافظ على سيادة القانون. فالمؤسسات التي انتهكت حقوق الإنسان ودافعت عن المصالح الخاصة بفئة قليلة لا بد أن تتحول إلى مؤسسات تحمي حقوق الإنسان وتمنع الانتهاكات وتخدم الجمهور بدون تحيز. وتتحول المؤسسات المتعطلة وغير المنصفة التي أشاعت الخوف إلى

1 - الأمم المتحدة، مذكرة توجيهية أعدها الأمين العام، نهج الأمم المتحدة في شأن العدالة الانتقالية، صادرة في آذار/مارس ٢٠١٠، ص ١٢.



مؤسسات منصفة وفعالة تحظى بالثقة المدنية<sup>(١)</sup>. وفى بناء مؤسسات منصفة وفعالة يساهم الإصلاح المؤسسى فى توفير العدالة الانتقالية بطريقتين رئيسيتين: الأولى، هى أن المؤسسات العمومية المنصفة والفعالة تؤدى دوراً حاسماً فى منع الانتهاكات المقبلة. وبعد فترة من انتهاكات حقوق الإنسان على نطاق كبير يشكل منع تكررها هدفاً مركزياً فى أى إستراتيجية مشروعية وفعالة للعدالة الانتقالية. وثانياً يساهم الإصلاح المؤسسى فى العدالة الانتقالية من ناحية أنه يمكن المؤسسات العمومية وخاصة فى قطاعى الأمن والعدالة من تطبيق المساءلة الجنائية عن الانتهاكات السابقة. فمثلاً يستطيع جهاز الشرطة بعد إصلاحه من إجراء تحقيقات مهنية فى الانتهاكات المرتكبة أثناء أو الحكم التسلطى ؛ ويستطيع مكتب الادعاء العام بعد إصلاحه من إصدار صحائف اتهام بفعالية وتسطيع المحكمة بعد إصلاحها من إصدار أحكام غير متحيزة بشأن هذه الانتهاكات الماضية. ولذلك يمكن أن يكون الإصلاح المؤسسى شرطاً مسبقاً المساءلة الجنائية المحلية عن الانتهاكات التى جرت أيام الصراع أو الحكم التسلطى<sup>(٢)</sup>. والإصلاح المؤسسى الفعال والمستدام مهمة معقدة وتنطوى على تحديات. وقد تشمل تدابير الإصلاح المؤسسى مثلاً إنشاء إجراءات للإشراف والشكاوى والتدابير التأديبية ؛ وإصلاح أو إنشاء أطر قانونية ؛ واستحداث أو تنقيح خطوط توجيهية أخلاقية ومدونات لقواعد السلوك ؛ وتغيير الرموز المصاحبة لممارسات الانتهاك ؛ ودفع مرتبات كافية وإقامة معدات وبنية تحتية كافية. وقد يتعين أيضاً أن تستعرض جهود

- 1 - مفوضية الأمم المتحدة، أدوات سيادة القانون لدول ما بعد الصراع، فحص السجلات: إطار تشغيلى، مطبوعات الأمم المتحدة، نيويورك وجنيف ٢٠٠٦، ص ٣.
- 2 - مفوضية الأمم المتحدة، أدوات سيادة القانون لدول ما بعد الصراع، فحص السجلات: إطار تشغيلى، مطبوعات الأمم المتحدة، نيويورك وجنيف ٢٠٠٦، مرجع السابق، ص ٤.

الإصلاح الفعال سير أعمال القطاع العام بأكمله والنظر فى تجميع مؤسسات عمومية أو حلها أو إنشاء مؤسسات جديدة. والمحتوى الدقيق والنطاق المحدد لهذه التدابير يتوقفان على ظروف البلد<sup>(١)</sup>. وفى حين أن وجود نهج شامل لإزاء الإصلاح المؤسسى أمر حاسم لكفالة فعاليته واستدامته فإن هذه الخطوط التوجيهية تركز على مجال واحد: إصلاح العاملين فى المؤسسات. والعناصر الرئيسية التى تتكون منها أى مؤسسة سوء العمل والانتهاكات فى الماضى نتيجة مختلف العيوب فى موظفى المؤسسة. ولذلك كان إصلاح الموظفين عنصراً مركزياً فى أى عملية فعالة ومستدامة للإصلاح المؤسسى<sup>(٢)</sup>. يشكل فحص السجلات الشخصية للعاملين فى الخدمة العامة لمعرفة من كان ضالِع بتجاوزات ماضية عنصراً آخرًا من العناصر الهامة للعدالة فى المرحلة الانتقالية، وهذا مجال كثيراً ما التُمتت فيه مساعدة الأمم المتحدة. وتساعد عمليات الفحص هذه على ترسيخ العدالة الانتقالية فى البلدان بعد انتهاء الصراع. و طُلب من عمليات الأمم المتحدة أن تدعم عمليات الفحص هذه بمختلف الطرق فى البوسنة والهرسك وكوسوفو وتيمور - ليشتي وليبيريا والآن فى هايتى<sup>(٣)</sup>. ولقد ساعدت الأمم المتحدة بمختلف الطرق لوضع معايير مهنية وإنشاء آليات إشراف وتحديد معايير موضوعية وقانونية فى هذا المجال. ويستتبع فحص السجلات الشخصية هذا عادة عملية رسمية للكشف عن هوية المسئولين عن التجاوزات وإخراجهم من الخدمة وخاصة من صفوف الشرطة ودوائر السجون والجيش والجهاز القضائى. وتُبلغ الأطراف موضع التحقيق بالتهم الموجهة إليها وتمنح فرصة الرد عليها أمام الهيئة التى تدبر عملية الفحص. وللمتهمين عادة الحق فى أن يبلغوا خلال مدة

1 - المرجع سابق، ص ٤.

2 - مفوضية الأمم المتحدة، أدوات سيادة القانون لدول ما بعد الصراع، فحص السجلات: إطار تشغيلى، مرجع سابق، ص ٤.

3- UN\SI\2004\ 616.22 Aug 2004.p.24

معقولة بطبيعة القضية المتهمين بها بشكل عام، و الحق في الطعن فيها . وفي استئناف أى حكم سلبى أمام محكمة ما أو هيئة مستقلة أخرى ما . وإن إدراج عناصر المحاكمة المشروعة هذه يميز عمليات الفحص الرسمية عن عمليات التطهير الجماعية التى تمارس فى بعض البلدان وتشمل القيام على نطاق واسع بفصل الأفراد واعتبارهم غير أهل لمواصلة شغل منصبهم ليس على أساس سجلاتهم بل بالأحرى بسبب انتمائهم الحزبى أو رأيهم السياسى أو ارتباطهم بمؤسسة حكومية سابقة<sup>(١)</sup>.

وحرىاً بنا فى الصدد أن نذكر قبل المقاربة هذا المقام أن فحص السجلات جانب هام فى إصلاح الموظفين فى البلدان التى تمر بمرحلة انتقالية. ويمكن تعريف السجلات بأنه تقدير مدى الاستقالة لتحديد الملاءمة للخدمة العامة. وتشير الاستقامة إلى تمسك الموظف بالمعايير الدولية لحقوق الإنسان والسلوك المهنى بما فى ذلك النظافة المالية للشخص. وقد تبين أن الموظفين العموميين المسئولين شخصياً عن انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان أو جرائم خطيرة بموجب القانون الدولى يتسمون بعدم الاستقامة وخيانة ثقة المواطنين الذين يتعين على هؤلاء الموظفين خدمتهم. وليس من المرجح أن المواطنين، وخاصة ضحايا الانتهاكات، سيشعرون بالثقة والاعتماد على مؤسسة عمومية تحتفظ بأشخاص أو تعين أشخاصاً بعيوب خطيرة من ناحية الاستقامة، وهو ما ينتقص بصفة أساسية من قدرة المؤسسة على تنفيذ ولايتها. وتهدف عمليات فحص السجلات إلى استبعاد الأشخاص الذين يتصفون بعيوب خطيرة من ناحية الاستقامة من الخدمة من أجل إعادة توفير الثقة المدنية وإعادة إثبات مشروعية المؤسسات العمومية<sup>(٢)</sup>.

1- UNIS\2004\ 616.22 Aug 2004.p.24

2 - مفوضية الأمم المتحدة، أدوات سيادة القانون لدول ما بعد الصراع، فحص السجلات: إطار تشغيلى، مرجع سابق، ص ٥ .

## سابعاً: دور الأمم المتحدة في دعم تقديم التعويضات.

تنص أحد المبادئ العامة في القانون الدولي العام على أن أي عمل غير شرعي - أي بمعنى أي انتهاك لالتزام بموجب القانون الدولي - يؤدي إلى إنهاض التزام بجبر الأضرار<sup>(١)</sup>. مالارية فيه أن الذي يوطد مبدأ سيادة القانون التعويضات، التي تسهم في تحقيق شكل متوازن وغير كامل للعدالة، وذلك بمقتضى تعزيزها لنوعية حياة من عانوا الظلم وتحقيقها للإقرار وتعزيزها لثقة المواطنين وتطوير التضامن الاجتماعي. ولا يعتبر أي مما سبق بمثابة إعادة الحال إلى ما كان عليه أو تعويض متناسب مع الضرر الواقع. ومع ذلك فهي ليست فقط تعزية، وإنما أرضية يمكن على أساسها إقامة علاقات عادلة بين المواطنين ربما للمرة الأولى في بلدان تخرج لتوها من الصراع أو الحكم التسلطي<sup>(٢)</sup>. تلعب الأمم المتحدة دوراً محورياً وجوهرياً في معالجة أيضاً مسألة منح تعويضات إلى الضحايا. فعشية حرب الخليج الأولى، بتت لجنة الأمم المتحدة للتعويضات بما يربو على ٥,٢ مليون طلب، ودفعت أكثر من ١٨ بليون دولار إلى ضحايا اجتياح العراق واحتلاله للكويت بشكل غير قانوني<sup>(٣)</sup>. وتعمل لجنة حقوق الإنسان حالياً - على وضع المبادئ والخطوط التوجيهية المتعلقة بالحق في الانتصاف والجبر لضحايا انتهاكات القانون الدولي المتعلق بحقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي. وفي عمليات السلام التي تنفذ في العالم، يقوم موظفو الأمم المتحدة بمساعدة الدول على وضع برامج

1- Permanent Court of International Justice, Factory at Chorzow (Claim for Indemnity) case, (Germany v. Poland), (Merits), PCIJ (ser. A) No. 17, 1922, p. 29

2 - بابلو دي جريف: جهود التعويضات من المنظور الدولي، منشور على الموقع التالي:

<http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=370405>

3- UN\S\2004\ 616.22 Aug 2004.p.25

تعويضات لمواجهة التحديات المشتركة التي تطرحها فترة ما بعد الصراع، من مثل خسارة المشردين واللاجئين لممتلكاتهم<sup>(١)</sup>.

وبالفعل، ففي ضوء ما يواجهه الأمم المتحدة من انتهاكات واسعة النطاق لحقوق الإنسان، من واجب الدول التحرك ليس ضد مرتكبيها فحسب، بل أيضا باسم الضحايا؛ وذلك بعدة طرق من بينها منح التعويضات. وإن وجود برامج فعالة وعاجلة لمنح تعويضات إلى الضحايا لقاء ما عانوه من أذى تشكل عنصراً تكميلياً لمساهمات المحاكم ولجان الحقيقة، وذلك بمنح تعويضات قانونية ملموسة والعمل على تحقيق المصالحة وإعادة بث الثقة في نفوس الضحايا بالدولة. وتشتمل التعويضات -أحياناً- على عناصر غير مالية، من مثل: رد الحقوق القانونية إلى الضحايا، وبرامج تأهيل الضحايا واتخاذ تدابير رمزية مثل: تقديم اعتذارات رسمية وإقامة نصب تذكارية وتنظيم احتفالات لإحياء ذكرى الضحايا<sup>(٢)</sup>. وثمة جانب عام آخر من جوانب التعويضات في البلدان بعد انتهاء الصراع ألا وهو استعادة حقوق الملكية أو مجرد التعويض على فقدانها حيث يتعذر استعادتها. وتشكل الأشكال المادية

1- UN\2004\ 616.22 Aug 2004.p.25

2- UN\2004\ 616.22 Aug 2004.p.25

• - الغرض من الجبر الكافي والفعال والفوري هو تعزيز العدالة من خلال معالجة الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان أو الانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي. وينبغي للجبر أن يكون متناسبا مع فداحة الانتهاكات والأضرار المترتبة عليها. وتوفر الدولة، وفقا لقوانينها المحلية والتزاماتها القانونية الدولية، الجبر لضحايا ما تقوم به أو تمتنع عنه من أفعال تشكل انتهاكات جسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان وانتهاكات خطيرة للقانون الإنساني الدولي. وفي الحالات التي يعتبر فيها شخص ما، أو شخصية اعتبارية، أو كيان آخر مطالبا بجبر أحد الضحايا، ينبغي أن يوفر الطرف المسؤول عن الانتهاك جبراً للضحية، أو للدولة إذا كانت الدولة قد وفرت فعلا الجبر للضحية راجع:

- UN\A/RES/60/ 147\21 March 2006\p.9

للتعويضات لربما أكبر التحديات، خاصة عندما تدار هذه التعويضات عبر برامج حكومية جماعية. ومن بين الموضوعات المثارة الصعبة -  
موضوعات تتعلق بمن من الضحايا ينبغي أن يحصل على تعويضات  
ومقدار التعويضات التي ينبغي دفعها ونوع الضرر المشمول بها وكيفية  
قياس الضرر كما وكيفية مقارنة مختلف أنواع الضرر والتعويض عليها  
وكيفية توزيعها<sup>(١)</sup>.

ويرجح ألا يحظى شكل واحد فقط التعويضات برضا الضحايا.  
وبدلاً من ذلك، سيلزم في الأحوال العادية وضع مجموعات مختلفة  
مدروسة على النحو الملائم من التدابير لمنح التعويضات، وذلك كعنصر  
تكميلي لإجراءات المحاكم الجنائية ولجان تقصي الحقائق<sup>(٢)</sup>. وأياً كان  
الشكل المعتمد للعدالة في المرحلة الانتقالية ومهما تكن برامج التعويضات  
التي ترافقه، فإن ما تقتضيه العدالة ويمليه السلام يستلزم القيام بشيء ما  
لمنح تعويضات إلى الضحايا. والواقع أن قضاة المحكمتين اللتين أنشئت

1- UN\SI\2004\ 616.22 Aug 2004.p:24

2 - تشير الأحكام التي تنص على الحق في الانتصاف لضحايا انتهاكات القانون  
الدولي لحقوق الإنسان، الواردة في العديد من الصكوك الدولية، ولاسيما  
المادة الثامنة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة الثانية من العهد  
الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والمادة السادسة من الاتفاقية  
الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، والمادة الرابعة عشر  
من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو  
اللاإنسانية أو المهينة، والمادة التاسعة والثلاثون من اتفاقية الطفل، والقانون  
الإنساني الدولي كما ورد في المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي المتعلقة بقوانين  
الحرب البرية وأعرافها والمؤرخة ١٨ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٠٧، والمادة  
الحادية والتسعين من البروتوكول الإضافي الملحق باتفاقيات جنيف المؤرخة  
١٢ آباً والمؤرخة ٨ حزيران أيونية ١٩٧٧ والمادتان (٦٨ و ٧٥) من نظام  
روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية: راجع الأمم المتحدة، الجمعية  
العامة، الدورة الستون، البند ٧١ (أ) من جدول الأعمال، ٢١ مارس  
٢٠٠٦، ص ٣.

ليوغوسلافيا ورواندا أقروا هم أنفسهم بهذا الأمر، واقترحوا على الأمم المتحدة النظر في إقامة آلية خاصة للتعويضات تعمل جنباً إلى جنب مع المحكمتين<sup>(١)</sup>.

### المبحث الثالث

**إطار الأمم المتحدة لإعلاء مبدأ سيادة القانون على الصعيدين**  
في بدايته الأمر نذكر أن حكم القانون يستند على العدل والأمن وتعزيز سيادة القانون لمنع أو تخفيف أو التعافي من الصراع ؛ وذلك ينطوي على مجموعة معقدة من المشاكل المترابطة، من مظاهر ملموسة من العنف والظلم إلى الثغرات والاحتياجات المؤسسية الأوسع الاجتماعية والاقتصادية. وانتهيار سيادة القانون هو أهم مؤشر لتصاعد الصراع، وبالتالي المرحلة الحرجة في منع نشوب الصراعات. في الصراع الدائر، وحماية المدنيين في أعقاب الصراع، وسيادة القانون أمر بالغ الأهمية في خلق بيئة سليمة وآمنة في الانتعاش التي يمكن أن يحدث. وفي التحليل النهائي، سيادة القانون يوفر الأساس للغاية من أجل تحقيق الأهداف الإنمائية<sup>(٢)</sup>.

1- UN\S/2000/1063- see also S/2000/1198

• - والحق في الانتصاف، وكذلك الحقوق الإجرائية والموضوعية ذات الصلة، التي هي ضرورية لتأمين سبيل انتصاف، هي حقوق مشمولة بالحماية في سياق مجموعة كبيرة من الصكوك الدولية. وقد تبين لبيئات معاهدات الأمم المتحدة أنه، عند توفير سبيل الانتصاف، ينبغي مواءمتها على نحو يراعي الضعف الخاص لفئات معينة من الأشخاص. وعلاوة على ذلك، لا يُستوفى واجب توفير سبيل الانتصاف إلا بتقديم تعويضات. وقد تأخذ التعويضات شكل رد الحقوق، وإعادة التأهيل، وتدابير من قبيل الاعتذارات العلنية، والاحتفالات التذكارية العامة، وضمائمات عدم التكرار، وإدخال تغييرات على القوانين والممارسات ذات الصلة، ومقاضاة مرتكبي انتهاكات حقوق الإنسان. راجع:

- UN\A/HRC/24/50\30 July 2013.p.6

2- A Global UNDP Programme for Justice and Security, 2008-2011: Strengthening the Rule of Law in Conflict- and Post-Conflict Situations, New York-United Nations 2011,p.5

مأمن شك أن الاعتماد المتبادل بحكم الضرورة بين سيادة القانون على الصغيدين الدولي والوطني يتطلب التطبيق الفعال للقانون الدولي أن يسود القانون على الصعيد المحلي، بينما تؤدي سيادة القانون على الصعيد الوطني إلى نشوء توقعات تتعلق بالقانون الدولي. ويجب على الأمم المتحدة والمؤسسات الدولية الأخرى أن تأخذ في اعتبارها الاحتياجات المحلية، وهي تسعى إلى تعزيز سيادة القانون على الصعيد الوطني، بوسائل من بينها تقديم المساعدة التقنية واتخاذ تدابير أخرى ذات صلة بالعدالة الجنائية وحالات ما بعد النزاع<sup>(١)</sup>. الحقيق بالذكر أن المبادئ الراسخة للقانون الدولي تحدد إطار أنشطة الأمم المتحدة الرامية إلى تعزيز سيادة القانون على الصعيد الدولي، وهي المبادئ المكرسة في ميثاق الأمم المتحدة، والواردة بمزيد من التفصيل في الصكوك الدولية اللاحقة. وتوفر هذه الوثائق الإطار القانوني العام لنهج المنظمة إزاء تقديم المساعدة من أجل تعزيز سيادة القانون على الصعيد الدولي. وتنص المادة الثانية من الميثاق على أن تعمل الهيئة وأعضاؤها، سعياً وراء المقاصد المذكورة في المادة الأولى، وفقاً لمبادئ المساواة في السيادة بين الدول، والوفاء بحسن نية بالالتزامات الدولية، وتسوية المنازعات الدولية بالطرق

1- UN/A/C.6/65/SR. 8\10 January 2011:p.14

• أكدت الأمم المتحدة على ضرورة التقيد الشامل بسيادة القانون ووضعها موضع التطبيق على الصغيدين الوطني والدولي على السواء، والتزامها الرسمي بنظام دولي يستند إلى سيادة القانون والقانون الدولي، وهو النظام الذي يشكل، إلى جانب مبادئ العدل، أمراً أساسياً من أجل التعايش السلمي والتعاون فيما بين الدول واقتناعاً منها بأن النهوض بسيادة القانون على الصغيدين الوطني والدولي أمر أساسي لتحقيق النمو الاقتصادي المطرد والتنمية المستدامة والقضاء على الفقر والجوع وحماية جميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية، وإذ تقر بأن الأمن الجماعي يتوقف على التعاون الفعال للوقوف، وفقاً للميثاق والقانون الدولي، في وجه التهديدات عبر الوطنية. راجع:

- UN\A/63/443\ 17 November 2008\p:4



السلمية وحظر التهديد باستعمال القوة أو استعمالها في العلاقات الدولية وتنص المادة نفسها أيضا على أنه، دون الإخلال بتطبيق تدابير القمع الواردة في الفصل السابع من الميثاق، فليس في هذا الميثاق ما يسوغ للأمم المتحدة أن تتدخل في الشؤون التي تكون من صميم السلطان الداخلي للدولة ما<sup>(١)</sup>.

ولمة أحكام أخرى في الميثاق هي -أيضا- ذات صلة في تحديد المبادئ التي توجه عمل المنظمة في مجالات محددة من ولايتها، من قبيل صون السلام والأمن الدوليين، وتسوية المنازعات بالوسائل السلمية، وتطوير التعاون الدولي في المجالين الاقتصادي والاجتماعي. وينص الميثاق أيضا في الفصل الخامس عشر على أن يلتزم الأمين العام والموظفون بأعلى معايير الكفاءة والمقدرة والنزاهة في أدائهم لواجباتهم، وبما يتوافق كذلك مع الصفة الدولية البحتة لمسئولياتهم<sup>(٢)</sup>. ويشكل

1 - الأمم المتحدة، مذكرة الأمين العام التوجيهية، نهج الأمم المتحدة إزاء تقديم المساعدة من أجل تعزيز سيادة القانون على الصعيد الدولي، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك أيار/مايو ٢٠١١، ص ٥

2 - المرجع، السابق، ص ٥.

• أكدت الأمم المتحدة على أن من واجب جميع الدول الامتناع في علاقاتها الدولية عن التهديد باستعمال القوة أو استعمالها بأي شكل يتعارض مع مقاصد الأمم المتحدة ومبادئها، وتسوية ما ينشأ فيما بينها من منازعات بالوسائل السلمية على وجه لا يجعل السلام والأمن الدوليين والعدل عرضة للخطر، وفقا للفصل السادس من الميثاق، وإذ تهيب بالدول التي لم تقبل بعد الولاية القضائية لمحكمة العدل الدولية، وفقا لنظامها الأساسي، أن تنظر في القيام بذلك. يدخل تعزيز سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي في صميم رسالة الأمم المتحدة. ويشكل ترسيخ دعائم احترام سيادة القانون عنصرا أساسيا في إحلال السلام الدائم بعد انتهاء النزاع، وحماية حقوق الإنسان على نحو فعال، وتحقيق التقدم والتنمية في المجال الاقتصادي بشكل مطرد. ومبدأ خضوع الجميع - بدءا بالفرد وانتهاء بالدولة نفسها - للمساءلة بموجب قوانين صادرة علنا، وتطبق على الجميع بالتساوي، ويحتكم في إطارها إلى قضاء=

إعلان مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول وفقاً لميثاق الأمم المتحدة شرحاً ذا حجية للمبادئ الواردة في الميثاق. وأكدت الجمعية العامة على الصلة الجوهرية بين هذه المبادئ وسيادة القانون على الصعيد الدولي، بالإعراب عن اقتناعها بأن هذا الإعلان من شأنه أن يساهم في تعزيز السلم العالمي، ويكون من معالم طريق إنماء القانون الدولي والعلاقات بين الدول، وتعزيز حكم القانون بين الدول<sup>(١)</sup>. يقوم عمل الأمم المتحدة في مجال سيادة القانون على رؤية مشتركة تشمل كامل نطاق أهداف الأمم المتحدة المتعلقة بالسلم والأمن، والتقدم الاجتماعي والاقتصادي، وحقوق الإنسان. وتستند أنشطة المنظمة إلى الميثاق والقواعد والمعايير الدولية. ويدفع المبدأ المتمثل في مسئولية جميع الأفراد والكيانات - بما فيها الدول ذاتها - أمام القانون، الجهود المبذولة في هذا الميدان وفي نهاية المطاف، فإن الحماية القانونية، باعتبارها وسيلة لتحقيق التحرر من الخوف والتحرر من الفاقة، هي أكثر أشكال الحماية استدامة<sup>(٢)</sup>. ولا تزال الجهود التي تبذلها الأمم المتحدة في صميم الجهود المبذولة على الصعيد العالمي من أجل تعزيز سيادة القانون على الصعيد الوطني والدولي. وتكمن إحدى النقاط الرئيسية للقوة التي تميز المنظمة في تنوع وعمق خبرتها التراكمية في مجال سيادة القانون، الذي يربط بجميع مجالات عمل الأمم المتحدة تقريباً. وتتميز حلول المشاكل التي تواجه العالم حالياً - مثل تغير المناخ، والتشريد القسري، ومكافحة الإرهاب، والنزاع المسلح، والانتهاكات الجسيمة لحقوق

---

= مستقل، هو مفهوم أساسي يرفد قسماً وافراً من أعمال الأمم المتحدة.  
راجع:

- UN\A/63/443\ 17 November 2008\p.4

1 - الأمم المتحدة، مذكرة الأمين العام التوجيهية، نهج الأمم المتحدة لإزاء تقديم المساعدة من أجل تعزيز سيادة القانون على الصعيد الدولي، مرجع سابق، ص ٥.

2- UN\S/2004\616\para.6.p.5

الإنسان، والانكماش الاقتصادي - بأن لها أبعاداً هامة تتعلق بسيادة القانون<sup>(١)</sup>.

وعلى الصعيد الدولي، تضيف سيادة القانون قابلية التنبؤ والمشروعية على أعمال الدول، وتعزز مساواتها في السيادة، وتدعم مسئولية الدولة أمام جميع الأفراد داخل إقليمها والخاضعين لولايتها. ويتسم تنفيذ الالتزامات الواردة في ميثاق الأمم المتحدة وغيره من الصكوك الدولية، بما في ذلك الإطار الدولي لحقوق الإنسان، تنفيذاً كاملاً بأهمية محورية للجهود الجماعية الرامية إلى صون السلام والأمن الدوليين، والتصدي بفعالية للتهديدات الناشئة، وسد الثغرات التي تعترى المساواة عن ارتكاب جرائم دولية. وعلى الصعيد الوطني، تندرج سيادة القانون في صميم العقد الاجتماعي بين الدولة والأفراد الخاضعين لولايتها، وتكفل أن يسود العدل المجتمع في كل مستوياته. فسيادة القانون تضمن حماية حقوق الإنسان بكامل نطاقها، وتوفر للمواطنين وغير المواطنين على حد سواء، سبلاً مشروعة للانتصاف في حالات إساءة استعمال السلطة، وتتيح تسوية المنازعات بطرق سلمية وعادلة. وسيادة القانون إنما تكفلها المؤسسات الوطنية التي يمكنها سن وتنفيذ قوانين واضحة وعامة وعادلة، وتوفر خدمات عامة نزيهة ومنصفة وتخضع للمساءلة، للناس كافة على قدم المساواة. ويشجع تعزيز سيادة القانون

1-UN\A/64/298\17 August 2009\p.4

• وبموجب قرارها ١/٦٧، اعتمدت الجمعية العامة إعلاناً بشأن سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، شدد فيه رؤساء الدول والحكومات على أهمية وضع أطر قانونية عادلة ومستقرة ويمكن التنبؤ بها لتحقيق التنمية الشاملة والمستدامة والعادلة والحفاظ على السلام والأمن. وأشاروا أيضاً إلى الروابط القوية بين التنمية المستدامة وسيادة القانون، مثل الآثار السلبية للجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية، بما في ذلك الجريمة البيئية، فضلاً عن علاقة الدعم المتبادل بين الالتزام بسيادة القانون واحترام جميع حقوق الإنسان، بما فيها تلك المتعلقة بالبيئة. راجع:

- UN\EP\UNEP/GC.27/13\28 November 2012\p.3

تهيئة بيئة تيسر تحقيق التنمية البشرية المستدامة وحماية وتمكين المرأة والطفل والفئات الضعيفة، من قبيل المشردين داخلياً وعديمي الجنسية واللاجئين والمهاجرين. وفي حين أن المسؤولية عن ضمان سيادة القانون على الصعيدين الدولي والوطني تقع على عاتق الدول الأعضاء ومواطنيها، يمكن للأمم المتحدة المساعدة في تعزيزها. ويجب أن تتماشى هذه المساعدة مع الإطار المعياري المتفق عليه دولياً، لكن يجب أيضاً أن تسترشد بالأمان الوطني وترتكز على السياق الوطني. فيما يلي عرض لأطر الأمم المتحدة لتعزيز سيادة القانون على الصعيدين من خلال

المطلبين التاليين:

**المطلب الأول:** أطر الأمم المتحدة لإعلاء مبدأ سيادة القانون على الصعيد الدولي.

**المطلب الثاني:** أطر الأمم المتحدة لإعلاء مبدأ سيادة القانون على الصعيد الوطني.

### المطلب الأول

**أطر الأمم المتحدة لإعلاء مبدأ سيادة القانون على الصعيد الدولي**

في بداية القول نذكر بأن: ميثاق الأمم المتحدة بمثابة شهادة بأن القانون الدولي ما فتئ يشكل دعامة التعاون الفعال المتعدد الأطراف. وترى المنظمة أن التعاون المتعدد الأطراف القائم على سيادة القانون يستند إلى مبادئ متفق عليها بشكل مشترك تدعمها الدول الأعضاء منذ مدة طويلة. وهذه المبادئ مكرسة في ميثاق الأمم المتحدة وتشكل الأساس الذي يقوم عليه، وتواصل تطويرها على مر السنين. وفي ظل نظام دولي تخضع فيه ممارسة السلطة لأحكام القانون، يجب على الدول أن تفي بالتزاماتها الدولية، وبخاصة فيما يتعلق بالميثاق، بصرف النظر عن قوانينها الداخلية، وأن تنشئ آليات داخلية فعالة، عند الاقتضاء، بغية كفالة الامتثال. ولتعزيز سيادة القانون على الصعيد الدولي تتبع الأمم المتحدة النهج والأطر التالية:

أولاً: دور الأمم المتحدة في تدوين قواعد القانون الدولي وتطويره وتعزيزه وتنفيذه.

بعد أن تم إنشاء منظمة الأمم المتحدة، بدأت هذه المنظمة تولي اهتماماً كبيراً بتطوير قواعد القانون الدولي، وقد جعلت المنظمة الدولية من هذه المهمة منطلقاً أساسياً لتحقيق أهدافاً في مجال تأمين المتطلبات الأساسية لحفظ الأمن والسلم الدوليين والارتقاء بواقع التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدول الأعضاء فيها، يدفعها إلى ذلك ميثاقها الذي فرض على جهازها الأساس (الجمعية العامة) هذا الواجب القانوني، وساعد على اضطلاع منظمة الأمم المتحدة بهذا الدور مجموعة عوامل من بينها ما تتمتع به هذه المنظمة من خصوصية كونها منظمة عالمية عامة الاختصاص، وكونها تضم في عضويتها دول العالم بأسرها؛ ولأنها تملك من الأجهزة ما يمكنها من أداء مهامها في مجال صناعة قواعد القانون الدولي وإنشائها<sup>(١)</sup>. من هنا فقد اهتمت الأمم المتحدة عند إعادة تنظيم المجتمع الدولي بعد الحرب العالمية الثانية بمواصلة الجهود في ميدان التقنين على أسس جديدة، فنصت في المادة (١١١٣) من ميثاقها على أن تنشئ الجمعية العامة دراسات وتشير بتوصيات بقصد إنماء التعاون الدولي في الميدان السياسي وتشجيع التقدم المطرد لقانون الدولي وتدوينه، ثم بادرت في أول جلسة الجمعية العامة في ١١ أيلول ١٩٤٦ بوضع هذا

1 - تستمد المنظمة شخصيتها القانونية وامتيازاتها وحصاناتها من الميثاق، الذي ينص على أن "تتمتع الهيئة في بلاد كل عضو من أعضائها بالأهلية القانونية التي يتطلبها قيامها بأعباء وظائفها وتحقيق مقاصدها؛ وأن تتمتع الهيئة في أرض كل عضو من أعضائها بالمزايا والإعفاءات التي يتطلبها تحقيق مقاصدها"، وأن "تتمتع المندوبون عن أعضاء الأمم المتحدة وموظفو هذه الهيئة بالمزايا والإعفاءات التي يتطلبها استقلالهم في القيام بمهام وظائفهم المتصلة بالهيئة". مذكرة الأمين العام التوجيهية، نهج الأمم المتحدة إزاء تقديم المساعدة من أجل تعزيز سيادة القانون على الصعيد الدولي، منشورات الأمم المتحدة، أيار/مايو ٢٠١١، ص ١٣.

النص موضع التنفيذ عن طريق تكوين لجنة إعدادية مكونة من ١٧ دولة لبحث الوسائل الكفيلة بتشجيع إتمام القانون الدولي وتدوين قواعده. وقد اجتمعت هذه اللجنة في شهر أيار من عام ١٩٤٧ وتناولت الموضوع من جميع جوانب وانتهت إلى رأي بإنشاء لجنة القانون الدولي<sup>(١)</sup>. وهكذا فإن ما حققته الأمم المتحدة، بمساعدة لجنة القانون الدولي وغيرها من الجهات الدولية المعنية بإقرار القواعد الدولية وتثبيتها خلال ستة عقود ونصف يفيد انعقاد عزم جماعة الدول على المضي بصورة جدية في تطوير القواعد الدولية وتقنينها. وسيأتي يوم يكتمل فيه هذا العمل ويصبح بذلك المجتمع الدولي مجموعة كاملة من القواعد القانونية المدونة التي تحكم العلاقات بين أعضائها في مختلف الميادين، وتجسد العدالة الدولية<sup>(٢)</sup>. ويسجل البعض تطوراً كبيراً قد طرأ على عمل لجنة القانون الدولي وذلك عقب نجاحها في سنة ١٩٥٦ في تقديم مشروع مواد متكاملة لموضوعات قانون البحار كافة. وقد كان عمل اللجنة في هذا الميدان نقطة تحول في منهجها نقلها من محور الارتكاز على التدوين إلى محور الإنماء وقد حصل اقتران هذا من ناحية العنصر التكويني بزيادة

- 1 - سير مايكل وود، النظام الأساسي للجنة القانون الدولي، الأمم المتحدة ٢٠١٠، ص ١ أو على موقعها.
- 2 - يُعد إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية، بوصفه أشمل صك دولي يتناول حقوق الشعوب الأصلية، نقطة انطلاق رئيسية للنظر في الحقوق الفردية والجماعية لهذه الشعوب، بما في ذلك حقها في الوصول إلى العدالة. وتمثل المادة ٤٠ من الإعلان الحكم العام المتعلق بسبل الانتصاف - التي هي أحد المكونات الرئيسية. وتنص هذه المادة على ما يلي: للشعوب الأصلية الحق في إجراءات عادلة ومنصفة من أجل حل الصراعات والخلافات مع الدول أو الأطراف الأخرى وفي صدور قرار سريع في هذا الشأن، كما لها الحق في سبل انتصاف فعالة من أي تعد على حقوقها الفردية والجماعية وتراعى في أي قرار من هذا النوع عادات الشعوب الأصلية المعنية وتقاليدها وقواعدها ونظمها القانونية وحقوق الإنسان الدولية راجع

- UN\A/HRC/24/50\30 July 2013.pp.4-5

عدد أعضاء اللجنة على نحو يضمن تمثيل آسيا وأفريقيا تمثيلاً كافياً وعملياً نحو يتماشى مع الطابع العالمي الذي اتخذته العضوية في الأمم المتحدة في السنوات الأخيرة. إن مسودات لجنة القانون الدولي الخاصة بقانون البحار (المياه الإقليمية، والجرف القاري)، والحفاظ على مصادر الثروة البحرية، والحصانة الدبلوماسية هي أمثلة لمسودات التقنين، وهذه المسودات تشكل أسس المعاهدات التي أبرمت جزئياً أو تمت الموافقة عملياً في مؤتمر جنيف لقانون البحار ١٩٥٨، ومن ناحية أخرى فإن مسودات اللجنة المثالية حول قانون مسؤولية الدول، وقانون المعاهدات، تحاول أن توضح وتعيد صياغة بعض أجزاء القانون الدولي التقليدي دون احتمال عقد مؤتمر مباشر تشترك فيه عدة دول حول هذا الموضوع. وقد تجنب ميثاق منظمة الأمم المتحدة التعامل مع مصطلح التشريع في حين فضل استخدام مصطلح التطوير التدريجي لقواعد القانون الدولي وتقنينها ولعل السبب الذي يقف وراء ذلك يكمن في أن واضعي ميثاق الأمم المتحدة قد رفضوا إعطاء هذه المنظمة سلطة تشريعية بسبب رغبتهم في المحافظة على قواعد القانون الدولي السائدة باعتبارها قواعد من صنعهم، وإن عملية التشريع ستجعل دول العالم وبخاصة دول العالم الثالث أغلبية دول صغيرة هي التي ستؤدي دوراً في تقرير تلك القواعد. ومن هنا سار أغلب فقهاء القانون الدولي الغربيين على استبعاد فكرة تشريع القانون الدولي في ظل ميثاق الأمم المتحدة واعتبروا أن تطور القانون الدولي يكمن في عملية تقنينه وهو ما عهد به إلى لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة. وذلك لكي يكون زمام توجيه العملية بأيديهم على اعتبارهم المتخصصين في القانون الدولي أكثر من غيرهم، فهو قانون أوروبي ولا بد من أن يبقى كذلك<sup>(١)</sup>. ومع ذلك فقد سجلت هذه

1 - وليس هذا هو السبب الوحيد الذي يقف أمام تبني منظمة الأمم المتحدة لمفهوم التقنين وتجنبه لاستخدام مصطلح التشريع، بل إن هناك مجموعة أخرى من الأسباب تقف بحسب اعتقادنا وراء هذا الأمر، وهذه الأسباب هي:-

=أولاً: إن الدول حين وضع الميثاق كانت تؤمن بأن المجتمع الدولي لا يزال مجتمعاً بدائياً وأنه يمر بمراحل من النمو والتطور وبالتالي يجب ألا يصر إلى اعتماد بعض الأفكار التي تعد انقلاباً على المفاهيم التقليدية للقانون الدولي التقليدي، وبالتالي لم يكن أمام تلك الدول إلا أن تختار أنماطاً من القواعد التي تنسجم مع متطلبات تلك الحقبة، وهذا يفرض عليها ألا يصر إلى الإفصاح عن فكرة التشريع على الصعيد الدولي نظراً لخطورة تلك الفكرة والنتائج الكبرى التي تترتب عليها.

ثانياً: إن الإقرار بفكرة التشريع في إطار ميثاق الأمم المتحدة يعني أيضاً التسميم بوجود سلطة عليا تعمه إرادات الدول وسيادتها، تشريع لتملك الدول قواعدها المنظمة لمجالات علاقاتها المختلفة، وهذا الأمر لم يكن قد تبلور في تجارب التنظيم الدولي ولا سيما أن من المبادئ المسلم بها في إطار التنظيم الدولي وكإحدى النتائج المترتبة على الإقرار بالشخصية الدولية لمنظمات الدولية، تمتعها بالإرادة الذاتية التي تتميز بها عن إرادة الدول الأعضاء على أنها لا يمكن أن تكون إرادة فوق إرادة الدول التي أنشأتها. وبالتالي قد تأثر واضعو الميثاق بمثل هذه الأفكار فتجنب هؤلاء الخوض في موضوعات قد تسبب الإرباك في واقع التعامل الدولي، مما رجح استخدام المنظمة لمصطلح التقنين.

ثالثاً: وقد يبرر عدم النص على مصطلح التشريع بأن الميثاق اكتفى بالإشارة إلى مبادئ عامة تستوعب فكرة التشريع ويمكن أن تفهم بأنها عملية مرادفة لها، فالميثاق أعطى الجمعية العامة سلطة من أجل العمل على التطوير التدريجي والمطرد لقواعد القانون الدولي وتدوين أحكامه، ولعل هذا المنطلق العام يجعل الأمم المتحدة مركزاً للنهوض بواقع القانون الدولي العام ويعطيها من المرونة في العمل في هذا الإطار بالقدر الذي يكفل لها أداء وظيفتها التشريعية في مجال التعامل مع المعاهدات الدولية الجماعية وإيجاد الأجيحة التي تمارس دورها التشريعي وهذا ما حدث فعلاً من خلال ما قامت به هذه المنظمة من دور كبير في مجال إنشاء عدد كبير من القواعد الدولية الجديدة في شتى مجالات القانون الدولي عبر عدد كبير من الاتفاقيات الجماعية الشارعة.

رابعاً: لقد كرس الميثاق جل اهتماماته لموضوعات ذات الطابع السياسي المنبثقة من مقصد المنظمة الدولية في حفظ الأمن والسلم الدوليين، الأمر الذي أضعف من دور الميثاق في معالجة عدد من القضايا ذات الطبيعة القانونية البحتة، كتلك المتصلة بفكرة التشريع على الصعيد الدولي. وهكذا نجد =



المنظمة تطوراً بارزاً في مجال إتمام قواعد القانون الدولي وتطوير قواعده، وتمكنت من الوصول إلى إقرار أعداد كبيرة من الاتفاقيات الدولية الشارعة التي عاجت شتى الموضوعات، بحيث يصح القول بأن: الدور الذي أدته منظمة الأمم المتحدة في هذا الميدان، يمثل أبرز مظاهر الارتقاء بقواعد القانون الدولي بعد أن انتقلت المنظمة من الأساليب التقليدية التي تقتصر على تجميع القواعد المبعثرة إلى أسلوب علمي معاصر يستند إلى إنشاء القواعد الدولية الجديدة، وبناء منظومات قانونية متكاملة تحكم شتى جوانب العلاقات الدولية للدول. سيادة القانون على الصعيد الدولي هي الركيزة الأساسية لميثاق الأمم المتحدة؛ ولأجل ذلك أنشئت الأمم المتحدة لجنة القانون الدولي لتدوين قواعد القانون الدولي<sup>(١)</sup>. وبلوغ هذه

= أن توزيع المهام والوظائف على الأجهزة الرئيسية للمنظمة الدولية كان يسير في هذا الاتجاه، وهذا ما يبرر منح مجلس الأمن اختصاصات واسعة في اتخاذ القرارات الملزمة وحرمان الجمعية العامة من تلك الاختصاصات. خامساً: ميثاق المنظمة الدولية لم يعتبر الجمعية العامة برلماناً دولياً يمارس اختصاص صنع القانون الدولي وأقراره، لأنه مجرد الجمعية العامة من سلطة إصدار القرارات الدولية الملزمة وكل ما تممكه أن تقدم التوصيات غير الملزمة، وبالتالي فإن تحاشي الإشارة إلى التشريع في الميثاق ينسجم مع طبيعة السلطات والاختصاصات التي منحت لكل جواز، فلكي تكون الجمعية العامة قادرة على ممارسة اختصاص البرلمان الدولي الذي يشرع لا بد لها من أن تملك من السلطات ما يؤهلها لذلك، وإذا ما لم يتحقق في إطار الميثاق.

1(1)- The International Law Commission established in pursuance of General Assembly resolution 174 (II) of 21 November 1947, in accordance with its statute annexed thereto, as subsequently amended, held its forty-fifth session at its permanent seat at the United Nations Office at Geneva from 3 May to 23 July 1993. This session was opened by the Chairman of the forty-fourth session, in YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION 1993, Volume II, Part Two Report of the Commission to the General Assembly on the work of its forty-fifth session. UNITED NATIONS, New York and Geneva, 1995, p.9

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ٢٠١٧، المجلد الرابع (٨٦٧)

الغاية المثلى، تسعى المنظمة إلى تهيئة الظروف التي تسمح باحترام العدالة ، والالتزامات الناشئة عن المعاهدات وغيرها من مصادر القانون الدولي<sup>(١)</sup>. وفي أيار/ مايو ٢٠١١ أصدر الأمين العام مذكرة توجيهية بشأن نهج الأمم المتحدة إزاء تقديم المساعدة في مجال سيادة القانون على الصعيد الدولي . وتوفر هذه المذكرة المبادئ التوجيهية والإطار اللازمين لتعزيز سيادة القانون في العلاقات بين الدول، وبين الدول والمنظمات الدولية، وفيما بين المنظمات الدولية . وتحدد المذكرة الصكوك القانونية الرئيسية التي توجه عمل المنظمة في هذا المجال وتصف كيفية تطبيق مبادئ هذه الصكوك في مجالات محددة من مجالات تقديم المساعدة في مجال سيادة القانون على الصعيد الدولي . وتنص المذكرة على أن المخراط

1 - وقد نشأت حركة تدوين القانون الدولي في مؤتمرات متخصصة مثل مؤتمر فيينا، ١٩٠٧ - ١٩٠٩، ومؤتمر لندن البحري ١٨١٤ - ١٩٠٨/١٨١٥، وباريس ١٨٥٦، ولاهاي ١٨٩٩ وفي إطار مشاريع خاصة معهد القانون الدولي ورابطة القانون الدولي، اللذين تم إنشائهما في عام ١٨٧٣، وبحوث هارفارد في مجال القانون الدولي، التي نشرت في الفترة ١٩٢٩ - ١٩٣٠ ولأسباب منها ضرورة كفاية الوضوح في القانون من أجل قبول اختصاص محكمة العدل الدولية الدائمة المنشأة حديثاً، المخرطت عصبة الأمم في جهود حكومية دولية أكثر انتظاماً، توجت بأعمال لجنة الخبراء المعنية بالتدوين التدريجي للقانون الدولي ١٩٢٤ ومؤتمر لاهاي للتدوين، لعام ١٩٣٠ ولجنته التحضيرية، إلا أن هذه المساعي لم تتكامل بنجاح كبير. وفي عام ١٩٣١ اتخذت جمعية عصبة الأمم قراراً بشأن إجراءات التدوين، كان موضوعه الرئيسي تعزيز دور الحكومات في عملية التدوين . وقد أدرجت كثير من الأفكار الواردة في ذلك القرار في النظام الأساسي للجنة. راجع:

- United Nations Documents on the Development and Codification of International Law, prepared for the Committee on the Progressive Development of International Law and Its Codification, (including Historical Survey of Development of International Law and Its Codification by International Conferences (A/AC.10/5 of 29 April 1947 American Journal of International Law, Suppl., vol. 41, No. 4, .1947.p. 29-147

الأمم المتحدة في جهود تعزيز سيادة القانون على الصعيد الدولي متجددة في الإقرار بأن وجود نظام فعال متعدد الأطراف وفقاً للقانون الدولي شرط ضروري من أجل التصدي للتحديات والتهديدات التي يواجهها العالم<sup>(١)</sup>. الجدير بلفت الانتباه أن المساعدة في التطوير التدريجي للقانون الدولي وتدوينه تهدف إلى تيسير تنفيذ ولاية الجمعية العامة المنصوص عليها في الفقرة (أ١) من المادة (١٣) من الميثاق، عن طريق إعداد مشاريع اتفاقيات وصكوك دولية أخرى تتعلق بمواضيع لم ينظمها القانون الدولي بعد أو بمواضيع لم يتطوراً القانون الناظم لها تطوراً كافياً في ممارسات الدول، فضلاً عن صياغة ومنهجة القواعد الدولية القائمة. ويسهم العمل في هذا المجال في توطيد الأسس القانونية للعلاقات الدولية وتعزيزها، وتفسير القواعد القانونية الدولية وتطبيقها، والوفاء بحسن نية بالالتزامات الدولية<sup>(٢)</sup>.

1- UN\ A\66\133\8-August 2011.p.4

2 - وينبغي للأمم المتحدة، لدى تقديم المساعدة في هذا المجال إلى الجمعية العامة وهيئات الأمم المتحدة الأخرى والمؤتمرات الدبلوماسية، أن تسعى إلى تحقيق ما يلي:

أولاً: تيسير اختيار مواضيع للتطوير التدريجي والتدوين مع مراعاة أن تكون محددة وصالحة لذلك الغرض وأن تعكس التطورات الجديدة في القانون الدولي والجوانب المثيرة لقلق بالغ في المجتمع الدولي.

ثانياً: تمكين هذه الهيئات من أداء دورها في هذا المجال بطريقة متماسكة تتفق مع المصالح والاحتياجات الراهنة للدول والمجتمع الدولي ككل، مع مراعاة مختلف النظم الاجتماعية والقانونية وإيلاء اهتمام خاص لمصالح البلدان النامية.

ثالثاً: تيسير تعاون الهيئات ذات الصلة مع الحكومات والمنظمات الدولية أو الوطنية، بما في ذلك الهيئات القانونية الإقليمية.

رابعاً: تيسير مشاركة الدول في عملية التطوير التدريجي والتدوين، لضمان تمثيل جميع المناطق ومختلف النظم القانونية والاقتصادية تمثيلاً عادلاً.

خامساً: نشر المعلومات المتعلقة بالتطوير التدريجي للقانون الدولي وتدوينه. راجع الأمم المتحدة، مذكرة الأمين العام التوجيهية، نهج الأمم المتحدة لإزاء تقديم المساعدة من أجل تعزيز سيادة القانون على الصعيد الدولي، مرجع سابق، ص ٩.

إن من الأمور الهامة التي تساعد على توطيد مبدأ سيادة القانون دور الأمم المتحدة في تعزيز المعاهدات وإذكاء الوعي بها إلى كفاية أن تُبرم المعاهدات وتدخل حيز النفاذ في الوقت المناسب وأن يتقيد بها جميع الأطراف ذات الصلة. وعلاوة على ذلك، تنفذ الأمانة العامة للأمم المتحدة أنشطة تتعلق بتسجيل المعاهدات ونشرها، بموجب المادة (١٠٢) من الميثاق، وتنفذ أيضاً مهام الوديع الموكلة إلى الأمين العام، وفقاً للمادة (٩٨) من الميثاق. وتكفل هذه الأنشطة توفير الدعاية المناسبة للمعاهدات، وتنفيذ جميع الإجراءات المتعلقة بالمعاهدات على نحو سليم، وجعل المعلومات المتعلقة بالنصوص الرسمية وبالمشاركة في المعاهدات متاحة للجميع. وهي تسهم بذلك في تعزيز الوعي بالالتزامات الدولية، وتيسير تنفيذ هذه الالتزامات بحسن نية، وتشجيع استخدام المعاهدات في التسوية السلمية للمنازعات الدولية<sup>(١)</sup>. والحرى بالذكر

1 - وينبغي للأمم المتحدة، حين الاضطلاع بهذه الأنشطة، أن تسعى إلى تحقيق ما يلي:

أولاً: جعل المعاهدات المتعددة الأطراف معروفة ومتاحة بصورة عامة، من خلال توزيعها على أوسع نطاق ممكن، بما في ذلك عن طريق التوعية بوجود قاعدة البيانات التي تضم مجموعة الأمم المتحدة للمعاهدات، وتنظيم أنشطة مختلفة، مثل المناسبات المخصصة للمعاهدات، ومراسم التوقيع، والاجتماعات التذكارية والمؤتمرات الأخرى.

ثانياً: الاستجابة لاحتياجات الدول، ولا سيما البلدان النامية، المتعلقة ببناء القدرات والمساعدة التقنية في المسائل ذات الصلة بالمعاهدات

ثالثاً: كفاية التوازن بين مختلف المناطق الجغرافية فيما يتعلق ببناء القدرات والمساعدة التقنية.

رابعاً: تقديم المساعدة، حسب الطلب، بشأن اعتماد صكوك القانون الدولي وتنفيذها وتطبيقها وتفسيرها

خامساً: التعاون والتنسيق حسب الاقتضاء مع المنظمات الأخرى ذات الصلة من أجل كفاية الدعم المتبادل والاتساق والمواءمة بين البرامج المختلفة. راجع مذكرة الأمين العام التوجيهية، نهج الأمم المتحدة لإزاء تقديم المساعدة من أجل تعزيز سيادة القانون على الصعيد الدولي، مرجع سابق، ص ٨ =

والمهم بمكان، أن الذي يجسد سيادة القانون على الصعيد الدولي الالتزام والامتثال للقانون الدولي. ولئن كان الامتثال للقانون الدولي واسع الانتشار، فإن الانتهاكات الأقل تواتراً تميل إلى اجتذاب قدر أكبر من الاهتمام. ويظهر ذلك، على سبيل المثال، في الجهود المبذولة لتعزيز نزع السلاح ومنع انتشار أسلحة الدمار الشامل على النطاق العالمي. فقد أثبتت المعاهدات المتعددة الأطراف فعالية ملحوظة في تحريم الأسلحة البيولوجية والكيميائية وتعزيز الضوابط الرقابية ضد انتشار الأسلحة النووية. بل إن الدول الأعضاء تعمل الآن على إزالة العوائق أمام إحراز تقدم في مجال نزع السلاح النووي الذي يتميز بصعوبته<sup>(١)</sup>. ومع ذلك،

=رابعاً: قديم المساعدة، حسب الطلب، بشأن اعتماد صكوك القانون الدولي وتنفيذها وتطبيقها وتفسيرها

خامساً: التعاون والتنسيق حسب الاقتضاء مع المنظمات الأخرى ذات الصلة من أجل كفاءة الدعم المتبادل والاتساق والمواءمة بين البرامج المختلفة. راجع مذكرة الأمين العام التوجيهية، نهج الأمم المتحدة إزاء تقديم المساعدة من أجل تعزيز سيادة القانون على الصعيد الدولي، مرجع سابق، ص ٨

1-UN A\66\133\8-August 2011.p.6

• هناك عدد من المعاهدات المتعددة الأطراف التي تحظر بعض أنواع الأسلحة (مثل اتفاقية الأسلحة الكيميائية، واتفاقية الأسلحة البيولوجية) ومعاهدات متعددة الأطراف تم التفاوض بشأنها ولكنها لم يبدأ نفاذها (مثل معاهدة الحظر الشامل للتجارب النووية)، أو معاهدات هي موضع اتفاق من حيث المبدأ ولكن لم يتم التفاوض بشأنها (مثل معاهدة وقف إنتاج المواد الانشطارية المقترح إبرامها). وهناك أيضاً نظم قانونية لم يتم تطويرها سوى جزئياً (مثل معاهدة الفضاء الخارجي) وأسلحة لا تشملها أي معاهدة متعددة الأطراف، مثل القذائف، والأسلحة الصغيرة والأسلحة الخفيفة، والأسلحة التقليدية، والأسلحة الفضائية. وهناك أيضاً معاهدات بشأن الأسلحة منشأة بموجب القانون الإنساني الدولي (مثل الاتفاقية المتعلقة بأسلحة تقليدية معينة، واتفاقية الدخائر العنقودية، واتفاقية حظر الألغام المضادة للأفراد). وبالإضافة إلى ذلك، هناك نظم توريد مخصصة، مثل مجموعة موردي المواد النووية. وأنشأ مجلس الأمن أيضاً ولايات قانونية، كما في القرار ١٥٤٠ (٢٠٠٤).

فإن انتهاكات القانون الدولي ما زالت كثيرة الحدوث، في العديد من المجالات، ولا تزال الإرادة السياسية ضعيفة فيما يتعلق بكفالة الامتثال بصورة متسقة. وفي الوقت الذي مرت على اتفاقيات جنيف أعوام كثيرة، ويمعن مجلس الأمن النظر في السنوات الأخيرة من الجهود التي تستهدف حماية المدنيين في النزاعات المسلحة، يبعث القصور في الالتزام بسيادة القانون في هذا السياق على الانزعاج ويثير قلقاً شديداً. وتعتبر الوسائل السلمية لمعالجة الانتهاكات المزعومة للقانون الدولي أمراً جوهرياً لأي مفهوم يتعلق بسيادة القانون على الصعيد الدولي. وقد سلمت الدول الأعضاء مراراً بالحاجة إلى تعزيز الآليات الدولية لتسوية المنازعات<sup>(١)</sup>.

- 1 - يهدف دعم الآليات الدولية لتسوية المنازعات إلى ضمان حسن أداء المهام الموكلة للأمين العام في ما يتعلق بإنشاء وتجديد هذه الآليات مثل تعهد قوائم المحكمين والموفقين في إطار المعاهدات المتعددة الأطراف، وتقديم المساعدة إلى تلك الآليات في ممارسة مهامها مثل تقديم المساعدة التقنية إلى لجان التحكيم أو لجان تقصي الحقائق، وتشجيع لجوء الأطراف في منازعة دولية إلى استخدام هذه الآليات مثل إدارة الصناديق الاستثنائية للأمين العام بهدف مساعدة الدول على اللجوء إلى المحاكم الدولية. ويهدف ذلك الدعم أيضاً إلى مساعدة الأمين العام في المهام الموكلة إليه بوصفه طرفاً ثالثاً في التسوية السلمية للمنازعات الدولية. ويساهم العمل في هذا المجال في تسوية المنازعات الدولية بالوسائل السلمية على نحو يدرأ الخطر عن السلم والأمن الدوليين والعدالة الدولية. ويتبغى للأمم المتحدة، عند دعم الآليات الدولية لتسوية المنازعات، أن تقوم بما يلي:  
أولاً: تقديم مساعدة مهنية لكفالة حسن سير عمل هذه الآليات، مع احترام استقلالها.  
ثانياً: تيسير اللجوء الفوري والفعال إلى هذه الآليات من قبل الأطراف في منازعة دولية.  
ثالثاً: مع احترام حقها في حرية اختيار وسائل التسوية.  
رابعاً: التصرف على نحو لا يستتبع الحكم.  
خامساً: بشأن تسوية المنازعة الدولية المعنية.

ومن الأمور التي تثير الانتباه أن الآليات القائمة على المعاهدات  
أضحت تُستخدم أكثر من أي وقت مضى، ولا سيما محكمة العدل  
الدولية. وتُنظر المحكمة في عدد متزايد من القضايا الخلافية التي تشمل  
طائفة واسعة من مسائل القانون الدولي العام، مثل: القانون الجنائي  
الدولي، وتعيين الحدود البحرية، والحصانات من الولاية القضائية،  
وحقوق الملاحا. وفي إحدى السنوات الماضية، طلبت الجمعية العامة  
أيضا من المحكمة أن تقدم فتوى بشأن ما إذا كان إعلان مؤسسات الحكم  
الذاتي المؤقتة في كوسوفو الاستقلال من جانب واحد موافقاً للقانون  
الدولي. وهذا يعزز مبدأ سيادة القانون من حيث أن الاتجاه نحو زيادة  
اللجوء إلى المحكمة في تسوية المنازعات بالوسائل السلمية<sup>(١)</sup>. وقد شهدت  
ملاحظات الأفراد بصدد المسؤولية عن الأعمال التي يجرمها القانون  
الدولي نمواً مطرداً منذ أن أنشأ مجلس الأمن المحكمة الدولية ليوغوسلافيا  
السابقة والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا في التسعينات من القرن الماضي.  
ورغم طابعهما المؤقت، فإن هاتين الآليتين القضائيتين تُضيفان على  
ميدان القانون الجنائي الدولي قيمة مستمرة. وبالنسبة للمحكمتين  
المخصصتين، وكذلك للمحكمة الخاصة لسيراليون، يتمثل التحدي الآن  
في التخطيط لآلية للقيام بالمهام المتبقية بعد انتهاء مهامها، وفي تعزيز إرث  
تلك المحاكم والحفاظ عليه<sup>(٢)</sup>.

=سادساً: كفاءة الحصول، حسب الاقتضاء، على معلومات.  
سابعاً: موثوقة حول اجتهادات هذه الآليات، ولا سيما من خلال جمع ونشر  
وتعميم الأحكام.

ثامناً: وقرارات التحكيم والقرارات الأخرى الصادرة عن الهيئات المكلفة  
بوظائف تسوية المنازعات. راجع مذكرة الأمين العام التوجيهية، نهج  
الأمم المتحدة إزاء تقديم المساعدة من أجل تعزيز سيادة القانون على  
الصعيد الدولي، مرجع سابق، ص ١١.

1- Un\A/64/298\17 August 2009\p.6

2 - من بين المبادرات المتعلقة بهذا الإرث هو دليل المحكمة الدولية ليوغوسلافيا  
السابقة بشأن الممارسات المتطورة، الذي أعدته المحكمة بالاشتراك مع  
معهد الأمم المتحدة الأقاليمي لبحوث الجريمة والعدالة.

وتدعم الأمم المتحدة وسائل عديدة لتقصي الحقائق ومكافحة الإفلات من العقاب. وقد أنهت مؤخراً لجنة التحقيق الدولية المستقلة، المنشأة عملاً بقرار مجلس الأمن (١٥٩٥/٢٠٠٥)، عملها، وبدأت المحكمة الخاصة للبنان أداء مهامها المتعلقة بملاحقة المسؤولين عن وفاة رئيس الوزراء السابق (رفيق الحريري) وعن جرائم أخرى تدخل في اختصاص المحكمة الخاصة. وتقدم المنظمة المساعدة إلى البعثة الدولية المستقلة لتقصي الحقائق، التي أنشأها مجلس حقوق الإنسان في مستهل عام ٢٠٠٩ للتحقيق في ما يمكن أن يكون قد ارتكب من انتهاكات للقانون الدولي في غزة بين كانون الأول/ ديسمبر ٢٠٠٨ وكانون الثاني/يناير ٢٠٠٩. وعملاً بقرار مجلس الأمن (١٦١٢/٢٠٠٥) يجرى بانتظام رصد الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي ضد الأطفال في الصراعات المسلحة والإبلاغ عنها والتصدي لها. وقد زادت مؤخراً مساءلة مرتكبي تلك الانتهاكات بموجب قرار مجلس الأمن (١٨٨٢/٢٠٠٩)<sup>(١)</sup>. وتعزيز سيادة القانون على الصعيد الدولي أمر حيوي لمواجهة التحديات العالمية بفعالية. وفي مجال البيئة، قدمت الأمم المتحدة الدعم لبناء قدرات المفاوضين من البلدان النامية على المشاركة في استحداث إطار شامل بشأن تغير المناخ من المقرر وضعه في صيغته النهائية في كوينهاجن في عام ٢٠٠٩<sup>(٢)</sup>. وفيما يتعلق بالقرصنة، تقدم المنظمة المشورة والمساعدة للدول في ميادين تشمل

- 1 - راجع على التوالي قرارات مجلس الأمن التالية: القرار (١٥٩٥/٢٠٠٥)، والقرار (١٦١٢/٢٠٠٥)، والقرار (١٨٨٢/٢٠٠٩).
- 2 - برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، المفاوضات حول التخفيف من آثار تغير المناخ مع التركيز على الدول النامية، صادر في تموز ٢٠٠٨، ص ٤٣ - ١. وراجع أيضاً:

- Chung, R K 2007. A CER discounting scheme could save climate change regime after 2012. Climate Policy 7 (2): 171-176. Access 13 November 2007. <http://www.earthscanjournals.com/cp/007/02/default.htm>



التطبيق الموحد والمتسق لأحكام اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، التي تشكل الإطار القانوني الدولي لقمع القرصنة. ويعد الترابط القائم بين سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي أمراً جوهرياً ومتعدد الجوانب. وترتكز الأمم المتحدة تركيزاً متزايداً على التداخل البالغ الأهمية بينهما، مما يوطد طابع الاعتماد المتبادل والتعاوض بينهما. وبمجال القانون الدولي للاجئين يعطي مثلاً على تلك الجهود، إذ بدأت الأمم المتحدة، في عام ٢٠٠٨، بالاشتراك مع الدول، في استعراض التقدم المحرز في تنفيذ خطة الحماية وبرنامج عملها، اللذين يمثلان إطاراً متفقاً عليه للسعي إلى مراعاة أولويات حماية اللاجئين في جميع أنحاء العالم. ويكمن الهدف في تقديم دعم أكثر فعالية إلى الدول لتوفير الحماية والحلول الدائمة للاجئين على الصعيدين الوطني والدولي. ويتمثل الهدف العام لأنشطة الأمم المتحدة في مجال سيادة القانون في إيجاد سبل أفضل لدعم الدول الأعضاء من أجل تحقيق الامتثال للالتزامات الدولية، وضمان تنفيذ القواعد والمعايير الدولية على الصعيد الداخلي، والأهم من ذلك كله، تعزيز المؤسسات والسياسات والعمليات وتحسين الظروف التي تكفل قيام نظام وطني ودولي فعال وعادل (١). وفي

1 - يهدف التشجيع على تطبيق القانون الدولي بصورة موحدة ومتسقة إلى تعزيز النظم القانونية التي وضعتها المعاهدات المتعددة الأطراف، وسلامة الصكوك الدولية ذات الصلة، وذلك من خلال المساهمة في تحسين فهم هذه الصكوك وتيسير تفسيرها بشكل موحد وتنفيذها بفعالية. ولذا فإن العمل في هذا المجال ييسر الوفاء بالالتزامات الدولية بحسن نية، فضلاً عن تيسير العلاقات الودية والتعاون بين الدول. ولهذه الأغراض، ينبغي للأمم المتحدة أن تسعى إلى تحقيق ما يلي:

أولاً: كفاءة استجابات مناسبة للطلبات الواردة من الدول، ولا سيما من البلدان النامية، والجهات الفاعلة الأخرى ذات الصلة للحصول على المشورة والمساعدة بشأن تفسير أو تطبيق أو تنفيذ أحكام الصكوك الدولية ذات الصلة، بما في ذلك من خلال الشراكات مع الجهات الفاعلة الحكومية=

النهاية، ينبغي للأمم المتحدة أن تكون النموذج المحتذى فيما يتعلق بسيادة القانون إذا ما أرادت أن تكون فعالة في تعزيزها. وأن النظام الجديد لإقامة العدل قد بدأ يعمل في ١ تموز/ يوليه ٢٠٠٩. فللمرة الأولى في تاريخ المنظمة، عُين ١٥ قاضياً محترفاً للفصل في الطعون في القرارات الإدارية، بما فيها القرارات القاضية بفرض إجراءات تأديبية. وأحرز مزيد من التقدم صوب ضمان اتباع إجراءات عادلة وواضحة لإدراج أسماء الأفراد والكيانات في قوائم الجزاءات ورفعها منها. ويتعين على المنظمة أن تتصدى بشكل مباشر للشواغل الخطيرة التي أثرت بشأن نهج مكافحة الإرهاب التي تتناقض مع التزام الدول الأعضاء بسيادة القانون<sup>(١)</sup>.

وغير الحكومية، ولا سيما من خلال تقديم الدعم للجهود الوطنية ودون الإقليمية والإقليمية الرامية إلى تنفيذ هذه الصكوك.

ثانياً: السعي إلى تحقيق فهم أفضل للصكوك الدولية ذات الصلة، بوسائل تشمل عقد اجتماعات أفرقة خبراء وإجراء دراسات خاصة.

ثالثاً: جمع وتصنيف المعلومات المتعلقة بتنفيذ الصكوك الدولية ذات الصلة، بما في ذلك التشريعات الوطنية والاجتهادات القضائية، حسب الاقتضاء، ونشرها على نطاق واسع.

ثالثاً: تقديم تقارير دورية عن التطورات المتصلة بتنفيذ الصكوك الدولية.

رابعاً: التنسيق والتعاون مع المنظمات النشطة في نفس المجالات أو في المجالات ذات الصلة بهدف كفالة الاتساق والتساق في المشورة أو المساعدات الأخرى المقدمة، وتفاذي ازدواجية غير مرغوب فيها في الجهود المبذولة، وتحقيق الكفاءة والفعالية، راجع مذكرة الأمين العام التوجيهية، نهج الأمم المتحدة إزاء تقديم المساعدة من أجل تعزيز سيادة القانون على الصعيد الدولي، مرجع سابق، ٨٠٧.

1 - وقد نظر مركز التنسيق المعنى برفع الأسماء من القائمة في ٤١ طلباً لرفع الأسماء من القائمة، قدمت عدة طلبات منها بالنيابة عن أكثر من شخص واحد أو كيان واحد، وأسفر ذلك عن قيام لجان الجزاءات المختصة برفع أسماء ٩ أفراد و ١٢ كياناً من القوائم. وفي أعقاب اتخاذ قرار مجلس الأمن ١٨٢٢ (٢٠٠٨) والكيانات بإدراج أسمائهم في =

وفى فذلكة ما سبق نقول: ما من شك في أن مجموعة القواعد والمعايير الدولية التي وضعت برعاية الأمم المتحدة، لا تزال من أعظم إنجازات المنظمة. فهي تشكل إطاراً قانونياً دولياً متطوراً يتناول جميع التحديات التي تواجه البشرية، من العلاقات بين الدول إلى كرامة الإنسان والتنمية. وتمثل الجوانب الأساسية لسيادة القانون على الصعيد الدولي في تدوين القانون الدولي وتطويره التدريجي، وتنفيذ الالتزامات القانونية الدولية والامثال لتلك الالتزامات سواء كانت ناشئة عن المعاهدات أو عن القانون الدولي العرفي. وتدعم الأمم المتحدة تطوير القانون الدولي والقواعد الملزمة وغير الملزمة والآليات التي ترصد تطبيقها وامثال الدول لها. ولا تزال هناك فجوة بين تلك القواعد وتطبيقها تطبيقاً كاملاً على

=قوائم الجزاءات ورفعها منها، ويشمل ذلك إخطارهم بالأجزاء التي يجوز نشرها علناً من بيان الحالة، وهى أجزاء أصبحت الدول ملزمة الآن بتحديدتها لدى اقتراح إدراج أي اسم في القوائم؛ وتم استعراض كل الأسماء بحلول ٣٠ حزيران/يونيه ٢٠١٠، ثم تستعرض بصفة منتظمة بعد ذلك. ومع أن المجلس أدخل تحسينات على إجراءات إدراج الأسماء في القوائم ورفعها منها، ينبغي اتخاذ مزيد من الخطوات، بما فى ذلك بخصوص إجراءات منح إعفاءات من تدابير الجزاءات لأسباب إنسانية. وفى عام ٢٠٠٩ اختتم فريق الحقوقيين البارزين التابع للجنة الحقوقيين الدولية، نظره الذي استغرق أربع سنوات فى أثر استراتيجيات مكافحة الإرهاب على سيادة القانون وحماية حقوق الإنسان على الصعيدين الوطني والعالمي. وأكد الفريق أن بعض الممارسات قد قوضت الأهداف المشروعة لمكافحة الإرهاب، على الرغم من التزام المجتمع الدولي بعكس ذلك. ويقع على عاتق فرادى الدول الأعضاء، وكذلك المنظمة، استعادة الثقة فى قدرة الأساليب المستخدمة لمواجهة هذا التهديد العالمي الخطير على تعزيز سيادة القانون بالفعل؟ راجع القرار مجلس الأمن ١٨٢٢ (٢٠٠٨) الذي اتخذته مجلس الأمن فى جلسته ٥٩٢٨ المعقودة فى ٣٠ حزيران/يونيه ٢٠٠٨، راجع الوثيقة التالية:

- UN\ S/RES/1822 (2008) pp.1-14

الصعيد الوطني. وتقدم المنظمة المساعدة التقنية والبرمجة لمساعدة الدول الأعضاء على تطوير قوانينها وممارستها لتنفيذ القانون الدولي. وتزداد مواءمة آليات رصد ومتابعة امثال الدول لالتزاماتها الدولية كما يزداد ربط هذه الآليات على نحو أكثر فعالية بتطوير الممارسات الجيدة والمساعدة التقنية التي تقدمها منظومة الأمم المتحدة إلى الدول. وينطبق هذا في مختلف مجالات القانون الدولي، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر، قانون المعاهدات، والقانون التجاري، وقانون البحار وقانون العمل، وقانون حقوق الإنسان، والقانون الإنساني، والقانون الجنائي، وقانون مكافحة الفساد.

**ثانياً: دور الأمم المتحدة في تعزيز ودعم معكمتي العدل الدولية والجنائية الدولية ودورها في العلاقات الدولية.....**

الخليق بالذكر، إن المبدأ المتمثل في مسؤولية كل الأفراد والكيانات، بما فيها الدول، أمام القانون، يكمن في صميم سيادة القانون. ومن ثم فإن المسؤولية الدولية التي تقع على عاتق جميع أشخاص القانون الدولي عن الوفاء بالتزاماتهم ذات أهمية فائقة لأي مفهوم لسيادة القانون على الصعيد الدولي. من هذا المنطلق تساهم الأمم المتحدة في تثبيت سيادة القانون، من خلال المشاركة في إنشاء الآليات الدولية والمختلطة المعنية بالمساءلة والعدالة وبخاصة المحاكم الجنائية، في عملية محاكمة الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات الجسيمة للقانون الإنساني الدولي وغيرها من الجرائم، من أجل كفالة وقف هذه الانتهاكات والتصدي لها بفعالية، على نحو يوضع حداً للإفلات من العقاب. وتهدف كفالة المساءلة عن هذه الجرائم إلى إعادة بسط السلم والأمن الدوليين وصونهما، ويمكن أن تساهم في عمليات المصالحة الوطنية<sup>(1)</sup>.

1 - وينبغي للأمم المتحدة، عند إنشاء الآليات الدولية والمختلطة المعنية بالمساءلة والعدالة، وما يخلفها من آليات لتصرف الأعمال المتبقية، كفالة ما يلي:

ما زالت محكمة العدل الدولية هي المحفل القضائي الوحيد الذي يمكن للدول الأعضاء أن تعرض عليه أي منازعة قانونية تتعلق بالقانون الدولي من الناحية الفعلية. فلا يوجد أي محفل آخر له اختصاص قضائي يمكن أن يمتد إلى نطاق بعيد المدى كنطاق محكمة العدل الدولية، ومع ذلك، فلا يكون للمحكمة الاختصاص للنظر في قضية من القضايا إلا إذا قبلت الدول المعنية باختصاصها(١). ويمكن أن يتخذ هذا القبول شكل إبرام

=أولاً: أن يُعهد تطبيق القانون إلى أشخاص يتمتعون بالقدر اللازم من التراة والاستقلالية وعدم التحيز

ثانياً: عدم تطبيق عقوبة الإعدام

ثالثاً: عدم منح عفو عن جرائم الإبادة الجماعية، وجرائم الحرب، والجرائم ضد الإنسانية، بما فيها جرائم العنف لأسباب تتعلق بالعرق ونوع الجنس والعنف الجنسي.

رابعاً: وجود ضمانات للأشخاص الذين سيجري التحقيق معهم وتقديمهم للمحاكمة وفقاً للمعايير الدولية المتعلقة بالعدالة والإنصاف ومراعاة الأصول القانونية.

خامساً: تقديم المساعدة القضائية إلى المشتبه فيهم والمتهمين الذين ليس في وسعهم دفع نفقاتها.

سادساً: وجود ضمانات مناسبة لحماية الضحايا والشهود.

سابعاً: عدم وجود ما يمس بحق الضحايا في المطالبة بالتعويض عن الأضرار.

ثامناً: عدم ترتيب مسؤولية جنائية على الأطفال - وإذا بوش في تنفيذ إجراءات قضائية في حقهم فينبغي أن يُعاملوا وفقاً للمعايير الدولية الواجبة التطبيق.

تاسعاً: إيلاء الاعتبار الواجب لاستراتيجية الإنجاز، والأعمال المتبقية، وإرث المحكمة وآلية تصريف الأعمال المتبقية؛

عاشراً: التعاون إلى أقصى حد ممكن مع المحاكم الدولية وآليات تصريف أعمالها المتبقية والمدعين العامين والمحامين الذين يمثلون أمامها. راجع مذكرة الأمين العام التوجيهية، نهج الأمم المتحدة إزاء تقديم المساعدة من أجل تعزيز سيادة القانون على الصعيد الدولي، مرجع سابق ١٢.

1 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السادسة والستون البند ٨٣ من جدول الأعمال، سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، إقامة =

اتفاق مخصص الغرض على تقديم منازعة محددة إلى المحكمة أو شكل حكم يقضي باختصاصها يرد في معاهدة . ويمكن أيضا أن يُستمد اختصاص المحكمة من الإعلانات الاختيارية التي تقبل بأن اختصاص محكمة العدل الدولية الراسمي . وتوفر هذه الإعلانات الاختيارية أفضل السبل التي تكفل تسوية جميع المنازعات بين الدول بالطرق السلمية (١) . إلا أنه حتى الآن ، لم تقبل إلا ٦٦ دولة من الدول الأعضاء أن اختصاص المحكمة الزاسمي . وفي هذا الصدد : تقبل الدول الأعضاء أن اختصاص محكمة العدل الدولية إلزامي ؛ وبوسع الجمعية العامة ومجلس الأمن إحالة أي مسألة قانونية إلى محكمة العدل الدولية لاستصدار فتوى بشأنها ، شأنهما في ذلك شأن سائر هيئات الأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة عندما تأذن لها الجمعية العامة بذلك . ويمكن للهيئات الرئيسية للأمم المتحدة الفرصة من كفالة أن يكون كل ما تتخذه من إجراءات متفقاً مع ميثاق الأمم المتحدة والقانون الدولي ، مما يزيد من مشروعية أعمالها . أما في الممارسة العملية ، فنادرًا ما تُطلب تلك الفتاوى . وفي هذا الصدد : تلتزم الجمعية العامة ومجلس الأمن وسائر هيئات الأمم المتحدة حسب الاقتضاء ، بزيادة الاستفادة من قدرتها على طلب الفتاوى من محكمة العدل الدولية . ما لا شك فيه أن بناء وتعزيز سيادة القانون - لا سيما من البلدان الخارجة من فترة صراع مسلح ، أي في مرحلتها الانتقالية - أصبح موقع مركزي لعمل الأمم المتحدة . وكنتيجة لذلك ، هناك تزايد الطلب في جميع أنحاء منظومة الأمم المتحدة لتحسين فهم إيصال العدالة

---

=العدل: برنامج عمل لتعزيز سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، تقرير الأمين العام، صادر ١٦ مارس ٢٠١٢، ص ٦. أو راجع الوثيقة:

- UN/A/66/ 749\ 16 March 2012\p.6

1 - المرجع السابق، ص ٦ وما بعدها

فى الصراع وفى حالات ما بعد الصراع (١). لعل أهم طلب هو القصاص من مرتكبى جرائم ضد الإنسانية ومحاكمتهم . تساهم الأمم المتحدة، فى ذلك من خلال المشاركة فى إنشاء الآليات الدولية والمختلطة المعنية بالمساءلة والعدالة، وبخاصة المحاكم الجنائية، فى عملية محاكمة الأشخاص المسئولين عن الانتهاكات الجسيمة للقانون الإنسانى الدولى وغيرها من الجرائم، من أجل كفالة وقف هذه الانتهاكات والتصدي لها بفعالية، على نحو يضع حدا للإفلات من العقاب . وتهدف كفالة المساءلة عن هذه الجرائم إلى إعادة بسط السلم والأمن الدوليين وصونهما، ويمكن أن تساهم فى عمليات المصالحة الوطنية(٢).

من أجل ذلك، واصلت محكمة العدل الدولية المساهمة فى تعزيز سيادة القانون على الصعيد الدولى حيث تلقت مجموعة من القضايا جديدة . وفى الوقت الراهن، لا تزال ١٤ قضية خلافية وطلب فتوى واحد قيد نظر المحكمة . وفى تموز/ يوليه ٢٠١١، أصدرت المحكمة أمراً باتخاذ تدابير مؤقتة فيما يتعلق بطلب تفسير الحكم الصادر فى ١٥ حزيران /يونيه ١٩٦٢ فى قضية معبد (برياه فيهيوار) كمبوديا ضد تايلند، وتوضح هذه القضية الدور الذى تضطلع به المحكمة فى حل المنازعات القانونية الكامنة وراء التوترات القائمة بين الدول بطريقة سلمية . ومن المبادرات التى اتخذها مكتب الشؤون القانونية لتعزيز دور المحكمة تشجيع الدول على إصدار إعلانات تقرر بالاختصاص الإلزامى للمحكمة، وذلك فى المناسبتين السنويتين لتوقيع المعاهدات والتصديق عليها لعامى ٢٠١٠ و ٢٠١١، وفى حلقة دراسية بشأن الاختصاص القضائى الخلاقى للمحكمة

1- The United Nations. Rule of Law IndicatorsolsFirst edition. United Nations, 2011.p.v

2 - الأمم المتحدة، مذكرة الأمين العام التوجيهية، نهج الأمم المتحدة لإزاء تقديم المساعدة من أجل تعزيز سيادة القانون على الصعيد الدولى، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، أيار/مايو ٢٠١١ . ص ١٢

حضرها مستشارون قانونيون من وزارات الخارجية ورئيس المحكمة وبعض أعضاء هيئتها الآخرين في نيويورك<sup>(١)</sup>.  
والقاء القبض على (راتكو ملاديتش وجوران هادزيتش) معلمان بارزان في تاريخ المحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة. أما فيما يتعلق بالمحكمة الجنائية الدولية لرواندا، فما زال هناك تسعة متهمين طلقاء. وأحرزت المحكمتان بعض التقدم في استراتيجية الإنجاز الخاصة بكل منهما، والتي تشمل التواصل مع الهيئات القضائية الوطنية، وذلك بسبل منها على سبيل المثال مشروع إقامة العدل في قضايا جرائم الحرب، الذي يشترك في تنفيذه كل من المحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة ومنظمة الأمن والتعاون في أوروبا ومعهد الأمم المتحدة الأقليمي لبحوث الجريمة والعدالة. وأنشئت، بموجب قرار مجلس الأمن ١٩٦٦/٢٠١٠ آلية لتصرف الأعمال المتبقية، لها فرع في أروشا خاص برواندا يبدأ أعماله في ١ تموز/يوليه ٢٠١٢، وآخر في لاهاي خاص بيوغوسلافيا يبدأ أعماله في ١ تموز/يوليه ٢٠١٣. وستواصل هذه الآلية اختصاص المحكمتين وتضطلع بما تبقي من المهام الأساسية المنوطة بهما، بما في ذلك محاكمة البهاريين من العدالة، ومواصلة تنفيذ برامج حماية الشهود، ورصد تنفيذ أحكام السجن، وإدارة المحفوظات. وبالمثل، فإن المحكمة الخاصة لسيراليون المكلفة بتصرف الأعمال المتبقية، التي أنشئت بموجب اتفاق بين الأمم المتحدة وحكومة سيراليون، ستضطلع بالمهام المتبقية للمحكمة الخاصة لسيراليون بعد إغلاق ملف قضية تشارلز تيلور<sup>(٢)</sup>. وتتيح الدوائر

- 1 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السادسة. والستون، البند ٨٣ من جدول الأعمال المؤقت، سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، أغسطس ٢٠١١، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك ٢٠١١، ص ٦.
- 2 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السادسة والستون، لبند ٨٣ من جدول الأعمال المؤقت، سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، مرجع سابق، ص ٧



الاستثنائية في المحاكم الكمبودية للضحايا الاضطلاع بدور قوى ومهم .  
وأظهرت دراسة مستقلة أن غالبية الضحايا الذين شاركوا في إجراءات  
المحاكمة بدوا راضين عن عمل هذه الدوائر وعن الحكم الصادر في قضية  
دوتش في تموز/ يوليه ٢٠١٠ . ولا تزال المحاكمة الثانية جارية في قضية  
القادة الأربعة الكبار للخمير الحمر، الذين ما زالوا على قيد الحياة،  
وهم ( نونتشيا وإينغ ساري وخيو سامفان وإينغ ثيريث )<sup>(١)</sup> . وفي ٣٠  
حزيران/يونيه ٢٠١١ ، تلقت السلطات اللبنانية من المحكمة الخاصة  
للبنان، وهي أحدث محكمة يتم إنشاؤها بدعم من الأمم المتحدة، لائحة  
اتهام مصحوبة بأوامر بالقبض على المتهمين بقتل رئيس الوزراء  
السابق (رفيق الحريري وآخرين) عام ٢٠٠٥ . ويشكل ذلك خطوة هامة  
نحو إنجاز ولاية المحكمة الفريدة من نوعها، والمتمثلة في محاكمة مرتكبي  
الجرائم الإرهابية التي تشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين<sup>(٢)</sup> .

ويبلغ - حالياً - عدد الدول الأطراف في المحكمة الجنائية  
الدولية، وهي أول محكمة جنائية دولية دائمة، ١١٦ دولة . ولا تزال  
الأمم المتحدة ملتزمة بدعم المحكمة، وقد واصلت التعاون معها من  
خلال توفير الدعم اللوجستي للعمليات الميدانية للمحكمة وتسليم  
الوثائق اللازمة للمدعي العام ومحامي الدفاع. وأكملت المحكمة أولى

1 - بعد محاكمة طويلة مكلفة، أصدرت المحكمة الخاصة المكلف محاكمة الخمير  
الحمر حكمها في قضية كاينغ غويك اياف الملقب ب"دوتش" (٦٧ عاما)،  
أحد آخر القادة الأحياء للنظام المتهم بقتل حوالي مليوني كمبودي حكمت  
محكمة استئناف على "دوتش" مدير سجن بنوم بنه في عهد نظام الخمير الحمر  
في كمبوديا، الجمعة بالسجن مدى الحياة، في اول حكم نهائي للمحكمة  
التي ترعاها الامم المتحدة شدد حكم السجن ثلاثين عاما الصادر عن غرفة  
البداية..

2 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السادسة والستون، لبند ٨٣ من  
جدول الأعمال المؤقت، سيادة القانون على الصعيد الوطني  
والدولي، مرجع سابق، ص ٧

محاکماتها فى قضية لوبانجا، وصدور الحكم فى أواخر عام ٢٠١١ .  
وعقب قيام مجلس الأمن بإحالة الحالة فى ٢٠١١ (١) . وضم على ذلك  
أن المدعى العام للمحكمة الجنائية فتح تحقيقاً فى الجماهيرية العربية  
الليبية إلى المحكمة عملاً بالقرار ١٩٧٠ فى الموضوع وأصدرت المحكمة  
أوامر بإلقاء القبض على معمر القذافى، وابنه سيف الإسلام  
القذافى، وعبد الله السنوسى بتهمة ارتكاب جرائم ضد الإنسانية . وطلب  
المدعى العام أيضاً الإذن ببدء تحقيق فى الجرائم الخطيرة التى ارتكبت  
عقب الانتخابات التى جرت فى كوت ديفوار فى تشرين الثانى/نوفمبر  
٢٠١٠ ، وذلك بناء على طلب من الرئيس الحسن واتارا . وما زال تعاون  
الدول فى ما يتعلق بتنفيذ أوامر إلقاء القبض الصادرة عن المحكمة أحد  
الإشكالات القائمة ، ذلك أنه ما زال هناك ١٠ أفراد طلقاً من أصل ٢٦  
فرداً صدرت فى حقهم أوامر بإلقاء القبض أو أوامر بالحضور . وفى

١ - أصدرت المحكمة الجنائية الدولية الثلاثة أول حكم لها وقضت بالسجن ١٤  
عاماً على قائد الميليشيا الكونغولي توماس لوبانغا ديبلو بتهمة تجنيد  
الأطفال . وأدين لوبانغا ديبلو فى مارس بتهمة خطف أطفال تحت سن  
الخامسة عشر وإجبارهم على القتال فى الحرب التى شهدتها جمهورية  
الكونغو الديمقراطية عامى ٢٠٠٢ و ٢٠٠٣ ، بحسب وكالة رويترز . والحكم  
التاريخى الذى صدر الثلاثة هو أول حكم تصدره المحكمة الجنائية الدولية  
الدائمة التى احتفلت مؤخراً بالذكرى العاشرة لإنشائها . وقال رئيس المحكمة  
أدريان فولفورد إن الفترة التى قضاه لوبانغا ديبلو فى الحجز فى لاهاي  
ستحسب من فترة العقوبة وهو ما يعنى أن أمامه ٨ سنوات فى السجن  
فقط . وانتقد القاضي أول مدع للمحكمة وهو لويس مورينو أوكامبو الذى  
أنهى مؤخراً فترته لأدائه السيء فى القضية . وقال فولفورد إن المحكمة خفضت  
فترة السجن على لوبانغا ديبلو لحسن سلوكه وفشل الادعاء فى تقديم أدلة  
وإدلائه بتصريحات مضللة للإعلام . وقتل نحو ٦٠ ألفاً فى منطقة إيتوري  
شرقى جمهورية الكونغو الديمقراطية فى صراع عرقي استمر من عام ١٩٩٩  
حتى عام ٢٠٠٣ . راجع أخبار سكاى نيوز على موقعها  
[www.skynewsarabia.com](http://www.skynewsarabia.com)

السنوات المقبلة، مستشهد المحكمة بعض التغييرات بانتخاب ثلث قضاتها البالغ عددهم ١٨ قاضيًا، ومدعاً عاماً جديداً<sup>(١)</sup>.  
**ثالثاً: دور الأمم المتحدة في دعم الآليات غير القضائية لتعزيز مبدأ سيادة القانون على الصعيد الدولي.**

من الشائع بصورة متزايدة أن تنشئ البلدان الخارجة من حرب أهلية أو حكم تسلطي لجان حقيقة لتعمل في فترة ما بعد الانتقال المباشرة. وهذه اللجان - وهي هيئات تنشأ بموافقة رسمية وموقته وتقوم بتحقيقات غير قضائية - تأخذ فترة قصيرة نسبياً لجمع الأقوال والقيام بالتحقيقات وأعمال البحث وعقد الجلسات العلنية قبل استكمال عملها بإصدار تقرير نهائي معلن. وفي حين أن لجان الحقيقة ليست بديلاً عن ضرورة المقاضاة فإنها تتيح شكلاً من أشكال تفسير الماضي؛ ولذلك تثير إهتماماً خاصاً في الحالات التي يستحيل فيها أو لا يرجح فيها تقديم الجرائم الجماعية إلى المقاضاة - إما بسبب نقص القدرات في النظام القضائي، وإما بسبب عفو فعلي أو قانوني<sup>(٢)</sup>.

يشكل إيفاد لجان دولية للتحقيق أو لتقصي الحقائق، تتسم بالمصداقية والاستقلالية وتركز على المساءلة وتقدم تقارير علنية، حافزاً هاماً في الجهود المبذولة لمكافحة الإفلات من العقاب. وما فتئت هذه اللجان تشكل أداة فعالة في تسليط الضوء على الانتهاكات التي تتعرض لها النساء والأطفال، وذلك مثلاً عن طريق إثبات ارتكاب جرائم العنف الجنسي والجنساني أثناء النزاعات، وهي جرائم غالباً ما لا يبلغ سوى

- 1 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السادسة والستون، لبند ٨٣ من جدول الأعمال المؤقت، سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، مرجع سابق، ص ٨  
-see also UN\A\66\133\8-August 2011..p.1-5.
- 2 - مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، أدوات سيادة القانون لدول ما بعد الصراع: لجان التحقيق، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك وجنيف، ٢٠٠٦، ص ١.

عن عدد قليل منها، وبذلك لا يستفيد ضحاياها من تدابير الإنصاف والجبر. وفي حزيران/يونيه ٢٠١١، تلقى مجلس حقوق الإنسان تقريراً من اللجنة التحقيقية الدولية بشأن الجماهيرية العربية الليبية<sup>(١)</sup>. وكوت ديفوار. ولضمان التركيز بقدر كاف على العنف الجنسي والجنساني، انتدبت الأمم المتحدة خبيراً للانضمام إلى اللجنة الأخيرة<sup>(٢)</sup>.

- 1- The commission decided to consider actions by all parties that might have constituted human rights violations throughout the Libyan Arab Jamahiriya. It also considered violations committed before, during and after the demonstrations witnessed in a number of cities in the country in February 2011. In the light of the armed conflict that developed in late February 2011 in the Libyan Arab Jamahiriya and continued during the commission's operations, the commission looked into both violations of international human rights law and relevant provisions of international humanitarian law, the *lex specialis* that applies during armed conflict. Furthermore, following the referral of the events in the Libyan Arab Jamahiriya by the Security Council to the International Criminal Court, the commission also considered events in the light of international criminal law. In UN/A/HRC/17/44\ 1 June 2011\p.2
- 2- The commission was in Côte d'Ivoire from 4 to 28 May 2011. Besides Abidjan it visited the west of the country, the north and the south, including the towns of Duékoué, Guiglo, Korhogo, Odienné and San Pedro. It had meetings with Ivorian authorities including President Alassane Ouattara and Prime Minister Guillaume Soro, political figures, national institutions, international organizations and civil society organizations. With the assistance of a technical team provided by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights it heard hundreds of victims and first-hand witnesses of human rights violations, and took testimony from relations and other persons with indirect

وفي نيسان/أبريل ٢٠١١، خلص فريق الخبراء المعني بالمساءلة في سري لانكا، الذي شكله الأمين العام، إلى أن هناك ادعاءات موثوق بها تفيد وقوع انتهاكات جسيمة واسعة النطاق للقانون الدولي ارتكبتها قوات حكومية ونمور التاميل في المراحل الأخيرة للنزاع<sup>(١)</sup>. وفي نيسان/أبريل ٢٠١١، طلب مجلس حقوق الإنسان من مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان إيفاد بعثة عاجلة إلى الجمهورية العربية السورية، للتحقيق في

=ctknowledge of certain violations. It also travelled to Liberia, where a great many Ivorians have taken refuge, and there met governmental authorities and representatives of the United Nations Mission in Liberia. in UN\A/HRC/17/48\ 6 June 2011\p.1

1 - وفقاً لفريق الخبراء، ارتكبت الحكومة الانتهاكات التالية: أ- قتل المدنيين في قصف واسع النطاق ب- قصف المستشفيات ومنشآت المنظمات الإنسانية ج- الحرمان من المساعدة الإنسانية د- انتهاكات حقوق الإنسان التي تعرض لها ضحايا الصراع والتاجون منه هـ- انتهاكات حقوق الإنسان خارج منطقة النزاع، بما في ذلك ضد منت قدي الحكومة، ومن بينهم وسائل الإعلام. وارتكبت نمور تاميل إيلا م للتحرير الانتهاكات التالية: أ- استخدام المدنيين دروعاً بشرية؛ ب- قتل مدنيين كانوا يحاولون الفرار من المنطقة التي يسيطر عليها نمور التاميل ج- استخدام المعدات العسكرية على مقربة من المدنيين د- التجنيد القسري للأطفال هـ- العمل القسري و- قتل المدنيين من خلال العمليات الانتحارية. خلص الفريق إلى أنه "في ظل المزاعم التي تتسم بالمصادقية، يصبح على الحكومة واجب قانوني يتمثل في إجراء تحقيقات فورية وحقيقية، وفي ملاحقة المسؤولين عن هذه الانتهاكات، إذا كانت الأدلة تبرر ذلك. راجع: الأمم المتحدة، مجلس حقوق الإنسان، الدورة الثانية العشرون، البند ٢ من جدول الأعمال، التقرير السنوي لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، وتقارير المفوضية السامية والأمين العام، تقرير المفوضية السامية لحقوق الإنسان بشأن تقديم المشورة والمساعدة، التقنية لحكومة سري لانكا فيما يتعلق بتعزيز المصالحة والمساءلة، في سري لانكا، صادر في ١١ فبراير ٢٠١٣، هامش، ص ٣.

جميع الانتهاكات المزعومة للقانون الدولي لحقوق الإنسان، ولإثبات وقائع وظروف تلك الانتهاكات والجرائم المرتكبة وينبغي بذل مزيد من الجهود لضمان تمكين هذه اللجان من جمع المعلومات اللازمة في الوقت المناسب، ومتابعة تنفيذ توصياتها<sup>(١)</sup>.

ومن الآليات غير القضائية التي تعزز الامتثال للقواعد والمعايير الدولية آلية الرصد والإبلاغ عن الانتهاكات الجسيمة المرتكبة ضد الأطفال في حالات النزاعات المسلحة، التي أنشأها مجلس الأمن بموجب قراره ١٦١٢ (٢٠٠٥) ونُفذت في ١٣ بلداً من البلدان المتأثرة بالنزاع في عام ٢٠١٠<sup>(٢)</sup>. وقد أثمر هذا الضغط الدولي المركز، في جملة أمور، عن

#### 1- UN\A\66\133\8-August 2011.p.9

2 - تأسيس فريق عمل مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة والمعني بالأطفال والنزاع المسلح بموجب قرار مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة رقم ١٦١٢ لسنة ٢٠٠٥ لمعالجة القضايا المرتبطة بالأطفال في حالات النزاع المسلح. يجتمع ممثلون من ١٥ دولة عضواً في المجلس بانتظام ويناقشون الدول أو الحالات بهدف تقديم توصيات مكتوبة يتعين متابعتها من قبل الدول المعنية أو الحالات. ولقيام الفريق بعمله، يتم دعمه من قبل مكتب الممثل الخاص للأمين العام المعني بالأطفال والنزاع المسلح، والذي يوفر مدخلات جوهرية لعمل الفريق ويتابع النتائج المتفق عليها لفريق العمل. ثم ينتهي فريق العمل إلى نتائج وتوصيات يتم تحسينها بين الأعضاء الخمسة عشر لفريق العمل. ومنذ نشأتها، كان هناك تقدم في هذا المجال الذي يعتبر ذا أهمية خاصة للمجتمع الدولي. تميل المفاوضات في سياق مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة إلى أن تكون مكثفة ومستهلكة للوقت ومُتعبة لهؤلاء قليلي الصبر. تحدث المفاوضات عادة داخل إحدى قاعات مؤتمرات الأمم المتحدة، ولكن قد تكون هناك في بعض الأحيان مفاوضات غير رسمية بين الأعضاء للوصول إلى نتائج متفق عليها. ويساهم هذا التفاعل بين المفاوضات الرسمية وغير الرسمية في انسياب العملية ذاتها وسيرها بنشاط. فيمكن الاتفاق على نتيجة معينة بعد القليل من الاجتماعات في حين أنه قد يستهلك الآخرون قدراً كبيراً من الوقت يمتد لأشهر من المفاوضات. يرجع ذلك إلى تعقيد وحساسية القضية محل النقاش، فقد تحتاج الكلمة الواحدة إلى ساعات طويلة من =

إطلاق سراح ٢٩٧٣ قاصراً من معسكرات الماويزين في نيبال وإعادة ٥٦٨ طفلاً، بينهم ٢٠١ فتاة، إلى ذويهم في سرى لانكا. واقتداء بهذا النموذج، طلب مجلس الأمن، في قراره ١٩٦٠ (٢٠١٠)، من الأمين العام وضع ترتيبات للرصد والتحليل والإبلاغ في إطار الجهود التي تبذلها الأمم المتحدة للتصدي للعنف الجنسي المتصل بالنزاعات. ومن شأن ذلك أن يمكن من إدراج الأطراف التي يوجد من الأسباب ما يوجب الاشتباه في ارتكابها أعمال عنف جنسي في قائمة خاصة بذلك أو شطبها منها، ويسر التزام أطراف النزاع بمنع هذه الانتهاكات والتصدي لها<sup>(١)</sup>. وأثبتت عمليات المسح جدواها في وضع سجل للانتهاكات ومساعدة الدول على الوفاء بالتزاماتها في مجال التحقيق والادعاء، كما يتضح من عملية المسح التي أجرتها مفوضية حقوق الإنسان لتوثيق أخطر انتهاكات حقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي المرتكبة في جمهورية الكونغو الديمقراطية ما بين آذار/ مارس ١٩٩٣ وحزيران/ يونيو ٢٠٠٣. وقد حدد التقرير المتعلق بعملية المسح مجموعة من الخيارات بشأن آليات العدالة الانتقالية المناسبة، أعقبه مؤخراً إعلان الحكومة إنشاء دوائر متخصصة وإعداد مشروع قانون لكي ينظر فيه البرلمان<sup>(٢)</sup>.

رابعاً: دور الأمم المتحدة في زيادة الامتثال للقانون الدولي من خلال تعزيز الامتثال في سياق الأمم المتحدة.....

يمثل ميثاق الأمم المتحدة أساس سيادة القانون على الصعيد الدولي. فهو ينطبق على جميع الدول الأعضاء بالتساوي، وعلى الهيئات الرئيسية للأمم المتحدة. وبالإضافة إلى ذلك، تلتزم الدول الأعضاء بمجموعة

---

=التفاوض حيث يمكن تفسيرها بعدة طرق تعتمد على المصالح الوطنية للدول المعنية وتعتمد كذلك على عوامل أخرى. راجع:

- Un: Security Council Working Group Documents. Children and Armed Conflict, www.un.org

1 - قرار مجلس الأمن رقم (١٩٦٠) (٢٠١٠)

2- UN\A\66\133\8-August 2011.p.9

## نصوص القانون الدولي الأوسع نطاقاً<sup>(١)</sup>. وفي هذا الصدد، من المهم أن

1 - تبذل الأمم المتحدة وغيرها من المنظمات الدولية والإقليمية جهوداً متزايدة لمساءلة الجماعات المسلحة من غير الدول على المستوى الدولي لانتهاكاتهم الاعتراف الدولية. ومن ثم تقدم الأمم المتحدة حوافز للأمتثال نوردما كالآتي: بداية، يجب علينا أن نلاحظ أن الجماعات المسلحة من غير الدول ممن تسعى إلى تحقيق بعض الأهداف العسكرية والسياسية ليست جميعاً غير مبالية باحترام بعض المعايير الدولية. وقد تبين من قبل وجود بعض الحوافز الإيجابية التي يمكن أن تدفع تلك الجماعات إلى إبداء احترام أكبر للمعايير الدولية. ومن بعض هذه الحوافز التي ذكرتها الجماعات المسلحة من غير الدول: الحاجة إلى الدعم الشعبي (كسب العقول والقلوب)، وصورة الجماعة بعيون الآخرين، والاحترام المتبادل لمعايير الجماعة، والحاجة أو الرغبة في استشراف صورة جيدة للجماعة على الصعيدين الوطني والدولي فضلاً عن تعزيز العلاقات الأسرية بين الفئات السكانية المعنية. ومن هنا يتبين أن هناك أسباب عسكرية، وسياسية، وقانونية، وإنسانية قد تدعوا الجماعات المسلحة إلى احترام المعايير الدولية. من ناحية المبررات العسكرية للامتثال للمعايير، فتضم عنصرين رئيسين هما التعامل بالمثل والخيارات الاستراتيجية. فاحترام أحد أطراف النزاع للمعايير عادة ما يشجع احترامها من الأطراف الأخرى، والعكس بالعكس. فباللجوء إلى الإساءات وانتهاكات المعايير من قبل طرف ما قد يقابله الفعل بالمثل من الطرف الآخر. كما أن ضبط النفس سيساعد في نهاية المطاف على المحافظة على دعم السكان. أما من الناحية الأخرى المتعلقة بالخيارات الاستراتيجية، فإذا ما ركزت الجماعات المسلحة من غير الدول الهجوم على الأهداف العسكرية المشروعة بدلاً من استهداف المدنيين فذلك يعني ارتفاع درجة احتمال أن تعزز هذه الجماعات من أهدافها العسكرية، وبذلك قد تتوصل إلى فهم حقيقة مفادها أن بعض الطرق التي تنتهجها في الحرب غير فعالة وغير مجدية أو أنه يترتب عليها تكاليف إنسانية مفرطة، ما سيؤدي في نهاية المطاف إلى فقدان تلك الجماعات للدعم والتأييد. وبالنسبة للمبررات السياسية الباعثة على الامتثال فتتركز في رغبة عدد لا بأس به من الجماعات المسلحة من غير الدول بوجود اعتراف بهم أو بالقضايا التي يناصرونها. وفي بحثنا هذا، أجرينا مقابلات مع عدد من الأفراد المنتمين إلى هذه الجماعات، وقد أخبرونا أنهم يتفهمون أن الاعتراف بهم وبمطالباتهم السياسية لن يكون سهلاً، لكنهم يرون ضرورة في الاعتراف بهم ضمن =



=القانون الإنساني الدولي بصفتهم "طرف في النزاع" وذلك ليتمكنوا من الامتثال للمعايير الدولية. وبالإضافة إلى ذلك، يحتاج كثير من الجماعات المسلحة من غير الدول للدعم (البشري، والمادي، والمالي) من القاعدة الشعبية التي يدعون أنهم يقاتلون لأجلهم. وهناك جماعات أخرى تسعى إلى قلب الحكومة القائمة سعياً منهم ليكونوا على الأقل جزءاً من الإدارة المستقبلية للدولة. وفي بعض الحالات الخاصة، قد ترغب الجماعات المسلحة من غير الدول على أن تبدو بمظهر من يحترم المعايير الدولية عدا عن الدولة التي يقاتلون، وأخيراً، هناك بعض الجماعات المسلحة التي نجد غضاضة في قبول فكرة أن رفع مستوى الاحترام للمعايير الدولية ذات الصلة بنزاعهم المسلح سيسهل من مساعي تحقيق السلام ويعزز من فرص إقامة السلام الدائم. في الجانب القانوني، يرتبط الامتثال ارتباطاً أساسياً بتجنب التعرض للعقوبات الجزائية وغيرها من التدابير القسرية كالحصار، وحظر السفر، وتجميد الأصول. ويعد الخوف من التعرض للملاحقة الجزائية للجرائم الدولية عنصراً مؤثراً على سلوك بعض الجماعات المسلحة من غير الدول أو كبار الشخصيات ضمن تلك الجماعات بما في ذلك مبدأ مسؤولية قيادات الجماعات. ومثال ذلك أن استخدام التزوح القسري كأداة تكتيكية أو طريقة للحرب قد يمثل جريمة حرب أو جريمة ضد الإنسانية، ما قد يعرض مرتكبيها إلى المسؤولية الجنائية. ومن هنا تأتي أهمية ممارسة الجماعة المسلحة من غير الدول للقيادة الفعالة وإحكام الرقابة على عناصرها المقاتلين لأن ذلك ينصب في النهاية في مصلحة كبار المسؤولين في تلك الجماعة. وفي إحدى الحالات، وصف أحد قادة الجماعات المسلحة من غير الدول لكاتبتي هذه المقالة كيف أنه عمد إلى الاحتفاظ بقيود تتعلق بفرض الانضباط الداخلي للجماعة بما ينسجم مع المعايير التي قبلت الجماعة بتطبيقها. ثم استخدم تلك القيود لاحقاً كدفاع عن نفسه عندما وُجّهت إليه تهمة ارتكابه لجرائم الحرب. وأخيراً، في الجانب الإنساني، يتعلق الامتثال بالرغبة الحقيقية لبعض الجماعات المسلحة من غير الدول باحترام الكرامة الإنسانية. ولا ينبغي التقليل أبداً من أهمية هذه الرغبة التي قد تتيح الفرص لتجاوز حدود الالتزامات الدولية الحقيقية وإشراك الجماعات المسلحة من غير الدول لقاء احترامها للمعايير، وهذا الأمر يوفر قدراً أكبر من الحماية للمدنيين بدلاً من مجرد فرضها عليهم فرضاً بموجب القانون الدولي. وبالمقابل، يمكن للهيئات الإنسانية بدورها أن تقدم حلول التمويل المالي لمساعدة الفاعلين ذوي الصلة بالأمر وتمكينهم من الوفاء بالتزامهم =

يتقيد مجلس الأمن، بالإضافة إلى الهيئات الرئيسية الأخرى للأمم المتحدة، تقيداً كاملاً بالقانون الدولي المنطبق والمبادئ الأساسية لسيادة القانون لكفالة إضفاء المشروعية على أعمالهم. وفي هذا الصدد: يجب أن تلتزم الدول الأعضاء والهيئات الرئيسية للأمم المتحدة بتطبيق ميثاق الأمم المتحدة ومجموعة نصوص القانون الدولي الأوسع نطاقاً، بصورة متسقة ومتوازنة في سياساتها وممارساتها؛ يشجع الأمين العام الدول الأعضاء على أن تدفع قدماً بعجلة المناقشات الحكومية الدولية بشأن إصلاح مجلس الأمن، وأن تنتهي منها؛ يقبل الأمين العام تماماً أن القانون الدولي ذا الصلة، لا سيما القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي وقانون اللاجئين الدولي، ملزم لأنشطة الأمانة العامة للأمم المتحدة، وهو يتعهد بالامتنال لما يناظر ذلك من التزامات؛ يؤيد الأمين العام تأييداً كاملاً النظام الجديد لإقامة العدل وسيكفل تطبيق مبادئ سيادة القانون بصورة متسقة في جميع وحدات الأمم المتحدة<sup>(١)</sup>. وفي الختام، نجد أن هناك حاجة إلى الانتقال من المناهج التقليدية المرتكزة إلى الدولة في التعامل مع القانون الدولي، إلى منهج يستبصر تطبيقاً مباشراً للقانون الدولي على الجميع، التي قد تشكل المشاركة معها في تحسين الامتنال إلى المعايير الدولية مساهمة في منتهى الأهمية في تخفيف وطأة المعاناة عن الإنسانية في حالة عدم الامتنال.

---

=للمعيار المطلوب، كان يكون ذلك على سبيل المثال عن طريق توفير التفاوض والبرامج التعليمية التربوية للأطفال الذين جُندوا في السابق في القوات المسلحة وذلك لتسهيل أمور الإفراج عنهم بصورة مأمونة. راجع أنيسة بلال، وغيليس جياشا، وستيورات كيسي - ماسلين: نحو المشاركة، والامتنال، والمساءلة، نشرة الهجرة القسرية ٢٠١٣، على الموقع:

<http://www.fmreview.org/ar/non-state>

1- UN\A/RES/67/ 1\ 30 November 2012\p.1-8

## خامساً: دور الأمم المتحدة في كفالة التنفيذ على الصعيد الوطني . . .

الحرى بالتذكير بأن الهدف الثالث المعلن في ديباجة ميثاق الأمم المتحدة بأن تهيئ الأحوال يقضي التي يمكن في ظلها تحقيق العدالة واحترام الالتزامات الناشئة عن المعاهدات وغيرها من مصادر القانون الدولي . ومن أهم الواجبات التي لا بد وأن تؤديها دعم تطبيق القواعد التي تحتويها تلك المعاهدات مع المساعدة على تثبيت وتعزيز القيم التي تنطلق منها. على أنه لا يكفي أن تعتمد الدول ببساطة إلى إعلان موافقتها كي تصبح ملتزمة بالمعاهدات . ولكي تتاح الفرصة أمام شعوب جميع الدول لأن تشارك في النظام القانوني العالمي الناشئ وأن تنعم بفوائده يتعين على الدول أن تحترم وتنفذ الالتزامات التي تجسدها المعاهدات ذات الصلة . ويتسم أيضا بأهمية جوهرية تحقيق الآمال التي يعدها إطار القواعد العالمية الذي وضعه المجتمع الدولي . فبغير التزام من هذا القبيل ، ستظل سيادة القانون في الشؤون الدولية لا تعدو أن تكون شيئاً مجرداً بعيد المنال<sup>(١)</sup> .

1 - وما زال الأمر يتطلب الكثير . فما برح الأفراد والمؤسسات يجدون أنفسهم في الغالب الأعم محرومين من الحقوق والمزايا التي يكفلها القانون الدولي وتنص عليها المعاهدات . وفي بعض الأحيان ترفض السلطات الوطنية الاعتراف بالتزاماتها بموجب القانون الدولي واحترام تلك الالتزامات حتى عندما تكون الدولة قد انضمت عن طيب خاطر إلى المعاهدات ذات الصلة . والحاصل أن هذه السلطات تفتقر ببساطة في غالب الأحيان إلى الخبرة أو الموارد التي تتطلبها لكفالة تنفيذ وتطبيق التزاماتها على نحو سليم ولصياغة واعتماد التشريعات اللازمة ووضع الإجراءات والترتيبات الإدارية التي يتطلبها الأمر ، وتدريب المشاركين في عملية تطبيق تلك التشريعات والإجراءات والترتيبات وتعريفهم بالقواعد الدولية التي يعهد إليهم بتنفيذها . ودعماً للجهود في مجال تنفيذ الالتزامات بالمعاهدات الدولية نحن نزود الحكومات بالفعل ، بناء على طلبها ، بالمساعدة في صياغة القوانين الوطنية وتنظيم برامج التدريب في جوانب بعينها من القانون الدولي للمشاركين في التطبيق ، ومنهم مثلاً مسؤولو إنفاذ =

علة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، العدد الثاني ١٢٠١٧ المجلد الرابع (٨٩٣)

=القوانين، وموظفو السجون، والأخصائيون الاجتماعيون وموظفو شؤون الهجرة.

ومن أجل بناء القدرات الوطنية اللازمة لتنفيذ المعاهدات بصورة المجمع، طلبت إلى كل مكتب وإدارة وبرنامج ووكالة وصندوق تابع للأمم المتحدة استعراض الأنشطة التي تقوم بها هذه الهيئات والنظر فيما يمكن عمله، في إطار ولاياتها القائمة وفي ضوء الموارد المتاحة لها، لتعزيز تطبيق القانون الدولي وتقديم المساعدة الفنية بما يعين الحكومات على الوفاء بالتزاماتها بموجب المعاهدات التي هي طرف فيها أو قد ترغب في أن تكون طرفاً فيها. وبصورة أعم، طلبت أيضاً إلى جميع كيانات الأمم المتحدة، دون الاقتصار على الكيانات التي تتعامل مباشرة مع المسائل القانونية، أن تبين الأسلوب الذي يمكن أن تساعد به على زيادة الوعي بالقانون الدولي سواء بين صفوف الجمهور بشكل عام أو بين صفوف الذين يعملون على تطبيق القانون ولا سيما العاملين في سلك المحاماة والقضاء. ومع تطور القانون الدولي وتأثيره على مجالات أوسع باستمرار من الحياة اليومية وفي دوائر الأعمال، فإنه سيؤثر أيضاً تأثيراً متزايداً على قوانين كل دولة. وهذه الحقيقة تفرض مسؤولية خاصة على المشتغلين بالقانون وعلى الذين يقومون بتعليمهم وتدريبهم. ولا سبيل إلى أن يظل القانون الدولي - على فرض حدوث ذلك - بمثابة مادة إضافية اختيارية يجوز أو لا يجوز تدريب المشتغلين بالقانون عليها. ولتلبية متطلبات سيادة القانون، فإن المشتغلين بالقانون يحتاجون إلى الاطلاع الوثيق على القانون الدولي وعلى دراسة طرائقه كيما يعرفوا أساليب البحث فيه عندما تقتضي دراسة طرائقه كيما يعرفوا أساليب البحث فيه عندما تقتضي.

لقد كانت الأعوام الماضية أعوام توطيد وتقديم وتحديات مجال حقوق الإنسان، سواء داخل نطاق منظومة الأمم المتحدة أو على صعيد الدول. وما برحت قدرتنا على ترسيخ دعائم مدونة قانونية لحقوق الإنسان تتطور على الصعيدين الدولي والوطني. وكانت من أسس هذا التقدم الاستراتيجيات التي وضعتها مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان لتعزيز التعاون مع المنظمات الإقليمية ودون الإقليمية ومع المؤسسات المالية الدولية. راجع الأمم المتحدة، الجمعية العامة تقرير الأمين العام عن أعمال المنظمة، الوثائق الرسمية، الدورة الخامسة والخمسون، الملحق رقم ١ (A/55/1)، الأمم المتحدة - نيويورك، ٢٠٠٠، ص ٥٠.

ما زالت مجموعة المعايير والقواعد الدولية التي وضعت برعاية الأمم المتحدة تشكل أحد الإنجازات الكبرى التي حققتها المنظمة . ففي حين أن هناك مزيداً من المجالات التي يجدر أن تُسن قوانين بشأنها، فإن التحدي الحقيقي يكمن في تنفيذ الإطار القانوني الحالي. فاحترام هذا الإطار دون المستوى المطلوب، ويتكرر ارتكاب انتهاكات له، والإرادة السياسية التي تكفل الامتثال الدائمة له ضعيفة للغاية . والقدرات التقنية والمالية اللازمة للوفاء بالالتزامات محدودة في كثير من الأحيان. وفي هذا الصدد تصدق الدول على المعاهدات الدولية التي لم تنضم إليها بعد أو تنضم إليها، وتستعرض وتسحب كل ما لديها من تحفظات على المعاهدات التي انضمت إليها بالفعل؛ تنفذ الدول الأعضاء الصكوك القانونية الدولية تنفيذاً متسقاً وكاملاً، بطرق من بينها وضع خطط عمل وطنية محددة، تدعمها بإرادة سياسية والتزامات مالية؛ حيثما يعرقل العجز في قدرات دول أعضاء امتثالاً للالتزامات الدولية، تلتزم بطلب المساعدة الدولية من مقدمي المساعدة الثنائيين ومتعددي الأطراف؛ يلتزم الأمين العام<sup>(١)</sup> بالاستجابة استجابة متكاملة للطلبات التي ترد من الدول

1 - ومن المهم أن لا تكتفي الأمم المتحدة بمجرد تعزيز سيادة القانون بالنسبة للدول لأعضاء، بل أن تكفل أيضاً تطبيق سيادة القانون داخل المنظمة . وتحقيقاً لهذه الغاية، تنظر الجمعية العامة في مجموعة من الإصلاحات التي طرحت من خلال الأمانة العامة لتعزيز النظام الداخلي للعدالة في الأمم المتحدة، ويواصل مجلس الأمن دراسة كفاءة ومصداقية نظام الجزاءات في المنظمة<sup>(١)</sup>. هناك عديد من الفئات الفقيرة والمهمشة في العالم لا تستفيد من الحماية التي توفرها سيادة القانون . وينطبق هذا بصفة خاصة على أعداد ضخمة بقدر غير متناسب من النساء، ليس لهن من سبيل إلى الحصول على العدالة. وطوال السنوات القليلة الماضية، ظلت المنظمة تسعى إلى معالجة هذا الوضع المختل، عن طريق توسيع نطاق البرامج التي تضطلع بها في مختلف أنحاء العالم . وفي السنة الماضية، نفذت منظومة الأمم المتحدة برامج بشأن سيادة القانون في أكثر من ١٢٠ بلداً، توجد في بلدانها منها عمليات للسلام مقررة من قبل مجلس الأمن وتشمل =

الأعضاء للمساعدة في تنفيذ التزاماتها الدولية<sup>(١)</sup>. إن إنشاء اللجان التعاهدية لحقوق الإنسان وتطورها يعد واحداً من أعظم الإنجازات التي تحققت في إطار الجهود التي يبذلها المجتمع الدولي لتعزيز وحماية حقوق الإنسان. واللجان التعاهدية لحقوق الإنسان هي راعية القواعد القانونية التي وضعتها معاهدات حقوق الإنسان<sup>(٢)</sup>. واستناداً إلى التزاماتها

= مهامها تحقيق هدي التصدي لظاهرة الاستبعاد و تعزيز العدالة والأمن للجميع<sup>(٢)</sup>.

- ١- الأمم المتحدة، الجمعية العامة تقرير الأمين العام عن أعمال المنظمة، الوثائق الرسمية، الدورة الثانية والستون، الملحق رقم ١ (A\62\1)، الأمم المتحدة - نيويورك، ٢٠٠٧، ص ٢٦ .
- ٢- الأمم المتحدة، الجمعية العامة تقرير الأمين العام عن أعمال المنظمة، الوثائق الرسمية، الدورة الخامسة والستون، الملحق رقم ١ (A\65\1)، الأمم المتحدة - نيويورك، ٢٠١٠، ص ٢١ .
- 1- الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السادسة والستون البند ٨٣ من جدول الأعمال، سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، إقامة العدل: برنامج عمل لتعزيز سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، تقرير الأمين العام، صادر ١٦ مارس ٢٠١٢، مرجع سابق، ص ٥ .

2- راجع على سبيل المثال

:-Christof Heyns and Frans Vioen, *The Impact of the United Nations Human Rights Treaties on the Domestic Level*, (Kluwer Law International, The Hague, 2002), p. 648 .

وهناك عدد قليل من الدراسات الأكثر تحديداً التي تتناول معاهدات أحادية، مثل *What Happened?* دراسة حول أثر اتفاقية حقوق الطفل في خمس دول: استونيا ونيبال وبيرو وأوغندا واليمن، و *Save the Children, 2009*، تقرير دراسة عن تأثير اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل (مركز إنوشينتي للأبحاث التابع لليونيسيف، ٢٠٠٤). وبالنسبة لتأثير إجراءات اتصالات الأفراد الخاصة بالبيئات المنشأة بموجب معاهدات، طالع *Committee on International Human Rights Law and Practice of the International Law Association*. تقرير نهائي حول النتائج التي توصلت إليها اللجان التعاهدية لحقوق الإنسان =

القانونية المنصوص عليها بموجب معاهدات حقوق الإنسان الدولية الرئيسية، فإن الدول الأطراف تقدم تقارير دورية إلى اللجان التعاهدية لحقوق الإنسان التي تقوم بمراجعة التشريعات والسياسات وتقديم المشورة للدول بشأن أفضل السبل لتحقيق الامتثال لالتزامات حقوق الإنسان. وقد تم تصميم عملية تقديم التقارير بحيث تكون مستمرة وديناميكية. وأنشأت الدول نظام اللجان التعاهدية لحقوق الإنسان وهي المستفيد الأساسي من عمل هذا النظام. وهذه الدول تتحمل مسؤولية تنفيذ الأحكام الجوهرية لمعاهدات حقوق الإنسان والتأكد من أن النظام لديه تأثير إيجابي على تمتع الأفراد بالحقوق على المستوى الوطني. إن معاهدات حقوق الإنسان الدولية الرئيسية (١) تضع التزامات قانونية للدول الأطراف لتعزيز وحماية حقوق الإنسان على المستوى الوطني. وعندما يوافق بلد ما على التقييد بإحدى المعاهدات من خلال التصديق أو الانضمام أو الخلفة (٢)، فإن هذا البلد يتحمل التزاماً قانونياً لتنفيذ الحقوق التي تنص عليها هذه الاتفاقية. وبالتالي فإن كل معاهدة من معاهدات حقوق الإنسان الدولية

From Judgment to Justice: أو (٢٠٠٤) الخاصة بالأمم المتحدة  
 Implementing International and Regional Human Rights Decisions  
 (مبادرة العدالة في المجتمع المفتوح - مؤسسات المجتمع المفتوح، ٢٠١١).

- 1 - العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية؛ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية؛ الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة؛ اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، اتفاقية حقوق الطفل؛ الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم؛ اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة؛ الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري.
- 2 - ومن الآن فصاعداً، سوف يغطي مصطلح التصديق الأشكال الثلاثة لموافقة الدولة الطرف على الالتزام بإحدى المعاهدات.

الرئيسية تنشئ هيئة دولية من الخبراء المستقلين لمراقبة، من خلال وسائل مختلفة، تنفيذ أحكامها (في حالة لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، يتم إنشاء هيئة المعاهدة من خلال قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي). وتتكون كل لجنة (١) من خبراء مستقلين مشهود لهم بالكفاءة في مجال حقوق الإنسان والذين يتم ترشيحهم وانتخابهم من قبل الدول الأطراف.

### سادساً: دور الأمم المتحدة في تعزيز الهيئات المنشأة بموجب معاهدات

يتضمن العديد من الصكوك الدولية آليات تستعرض مدى امتثال الدول الأعضاء. وتوفر هذه الآليات أداة أساسية لتعزيز التنفيذ وإبراز الثغرات التي تعترى القدرات (١). وينبغي تعزيز الدعم المقدم إلى هيئات

1 - لجنة حقوق الإنسان؛ لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (CESCR)؛ لجنة القضاء على التمييز العنصري (CERD)؛ لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة (CEDAW)؛ لجنة مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة (CAT)؛ اللجنة الفرعية لمنع التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة (SPT)؛ اللجنة الفرعية المعنية بمنع التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة (SPT)؛ لجنة حقوق الطفل (CRC)؛ لجنة حماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم (CMW)؛ لجنة حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة (CRPD)؛ اللجنة المعنية بالاختفاء القسري (CED).

2 - في الفترة ما بين يناير ٢٠٠٨ ويناير ٢٠١٢، قدمت إدارة معاهدات حقوق الإنسان بالمفوضية السامية للأمم المتحدة لحقوق الإنسان الدعم لبناء القدرات في مجال عمل المعاهدات (عادة ما تركز بشكل خاص على معاهدة أو معاهدين، وفي حالات قليلة على إجراءات الشكاوى الفردية) في الدول التالية (لا تضع هذه القائمة في الحسبان الدعم المباشر المقدم من المفوضية السامية للأمم المتحدة لحقوق الإنسان على مستوى الدولة أو المستوى الإقليمي أو غيرها من مظاهر الوجود على مستوى الدولة): أرمينيا والبحرين (مرتين) وبيلاروس وبليز وبلغاريا وبوركينا فاسو وبوروندي والرأس الأخضر وجمهورية أفريقيا الوسطى وتشاد والصين (مرتين) =



رصد المعاهدات وتنفيذ توصياتها بصورة متسقة. وفي هذا الصدد: ؛ تلتزم الدول الأعضاء بأن ترصد الموارد الكافية لآليات الهيئات المنشأة بموجب معاهدات، وأن تفي على نحو منتظم بالتزاماتها بتقديم التقارير المطلوبة منها، وأن تنفذ استنتاجاتها وتوصياتها ؛ وحيثما يتعذر على الدول الأعضاء تقديم التقارير أو تنفيذ التوصيات من جراء عجز في قدراتها، تلتزم بطلب المساعدة الدولية ؛ ويلمح مقدمو المساعدة الثنائيون ومتعددو

=والكونغو وكوت ديفوار وكرواتيا وجمهورية الكونغو الديمقراطية ومنطقة أوزوبيا والاتحاد الأوروبي وجمهورية مقدونيا اليوغوسلافية السابقة وغامبيا وألمانيا وغانا وهندوراس وإندونيسيا (مرتين) والأردن وكازاخستان (مرتين) وقيرغيزستان وليبيريا وملديف ومالي (مرتين) وموريتانيا والمكسيك والمغرب والنيجر وبنما وبيرو والفلبين وقطر وسان تومي وبرينسيبي والسنگال وسيريا (مرتين) وسيشيل وسيراليون وجنوب أفريقيا (مرتين) وسوازيلند وطاجيكستان وتنزانيا وتايلاند (مرتين) وتوغو وتركمانيستان وفيتنام. تم تنظيم ثلاث حلقات عمل إقليمية بشأن تعزيز التنفيذ الوطني لتوصيات الهيئات المنشأة بموجب معاهدات والإجراءات الخاصة والاستعراض الدوري الشامل، وذلك لممثلين من حكومات ومؤسسات وطنية لحقوق الإنسان ولجان كبار المسؤولين من ١٧ دولة أوروبية (ألمانيا وقبرص والجمهورية التشيكية وفنلندا وفرنسا وألمانيا ومالطا وجمهورية مقدونيا اليوغوسلافية السابقة والجبل الأسود وهولندا والنرويج وبولندا والبرتغال ورومانيا وصربيا وسويسرا والمملكة المتحدة) في بروكسل في مارس ٢٠١١ ؛ وبالنسبة لدول غرب ألبقان (ألمانيا والبوسنة والهرسك وكرواتيا وجمهورية مقدونيا اليوغوسلافية السابقة والجبل الأسود وصربيا وتركيا) في بلغراد في ديسمبر ٢٠١١ ؛ وبالنسبة لدول جنوب القوقاز (أرمنيا وبيلاروس ومولدوفا وجورجيا وأوكرانيا) في تبليسي في يناير ٢٠١٢، أما دول آسيا الوسطى (أذربيجان وكازاخستان وقيرغيزستان وطاجيكستان وتركمانيستان وأوزباكستان) في بيشكيك في أبريل ٢٠١٢. راجع: - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السادسة والستون، البند ١٢٤ من جدول الأعمال، إصلاح الأمم المتحدة: التدابير والمقترحات، إصلاح الأمم المتحدة: التدابير والمقترحات، مذكرة من الأمين العام صادر في ٢٦ يونيو ٢٠١٢، ص ١١٧. أو:

- UN\A\66\860\26\june2012.p117

الأطراف دعم تنفيذ توصيات آليات الهيئات المنشأة بموجب معاهدات،  
في ميزانية وتخطيط مساعداتهم في مجال سيادة القانون<sup>(١)</sup>.

1 - وفي هذا السياق، فإن المفوضية السامية للأمم المتحدة لحقوق الإنسان تقوم بالاستجابة على نحو منتظم للطلبات المقدمة من الحكومات (وغيرها من الأطراف الأخرى، بما في ذلك البرلمانات ومؤسسات حقوق الإنسان الوطنية والسلطة القضائية والمجتمع المدني) لدعم بناء القدرات في مجال تقديم التقارير الخاصة بالمعاهدات وفي بعض الأحيان إجراءات الشكاوى الفردية. ومع ذلك، فإن قدرة المفوضية السامية للأمم المتحدة لحقوق الإنسان لتقديم التعاون الفني هي أقل بكثير من تلك اللازمة لمساعدة جميع الدول المتأخرة في تقديم تقاريرها. عندما لا تكون هناك آلية وطنية دائمة لصياغة التقارير يمكنها الحفاظ على الذاكرة والقدرات المؤسسية، فإن أنشطة التعاون التقني لا تميل إلى بناء قدرات أقوى تدريجياً مع مرور الوقت. إن ترشيد وتعزيز أنشطة التعاون التقني للمفوضية السامية للأمم المتحدة لحقوق الإنسان التي تعمل على دعم ترشيد هياكل التقارير الوطنية تعد أمراً ضرورياً من أجل الانتقال من مرحلة التقديم المستمر المخصص للتدريب نحو التوصل إلى حل دائم لكل دولة طرف تطلب المساعدة. راجع:

- الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السادسة والستون، البند ١٢٤ من جدول الأعمال، إصلاح الأمم المتحدة: التدابير والمقترحات، إصلاح الأمم المتحدة: التدابير والمقترحات، المرجع السابق، ص ٣٣.

• تناولت هيئات الأمم المتحدة المنشأة بموجب معاهدات حقوق الإنسان العديد من مظاهر عدم المساواة هذه. فقيما يتعلق بإقامة العدل، مثلاً، دعت لجنة القضاء على التمييز العنصري الدول إلى ضمان تكافؤ فرص الوصول إلى العدالة أمام جميع الجماعات، وذلك بتوفير المساعدة القانونية، وتيسير المطالبات الجماعية، وتشجيع المنظمات غير الحكومية على الدفاع عن حقوق المجتمعات المحلية، وضمان مراعاة السلطات القضائية والمسؤولين القضائيين لأوجه الحماية المدرجة في الاتفاقية، وتشجيع المجتمعات القائمة على النسب على العمل في الشرطة وتولي وظائف إنفاذ القانون والعدالة. وقد أشار عدد من الدول، منها اليابان وفنلندا والنرويج، في بياناتها المقدمة إلى آلية الخبراء، إلى تدابير للمساعدة على التغلب على مظاهر عدم المساواة هذه. راجع الأمم المتحدة، الجمعية العامة، مجلس حقوق الإنسان، الدورة الرابعة والعشرون، =

## سابعاً: دور الأمم المتحدة في تعزيز تسوية المنازعات الدولية.

تكمن إحدى السمات المحورية لسيادة القانون على الصعيد الدولي في قدرة الدول الأعضاء على الاحتكام إلى آليات قضائية دولية لتسوية منازعاتها سلمياً، دون التهديد باستعمال القوة أو استعمالها. ومن المؤسف أن إحجام بعض الدول عن الاستعانة على الدوام بالهيئات القضائية الدولية وحواجز الاختصاص القضائي الموضوعية عليها، قد أسهما في إيجاد شواغل بأن النظام القانوني الدولي ليس متاحاً للجميع على قدم المساواة، وأن تطبيق القانون الدولي انتقائي<sup>(١)</sup>.

ثامناً: دور الأمم المتحدة في معالجة مسألة انعدام الجنسية.

لكل فرد الحق في أن تكون له جنسية. ولا يجوز حرمان أحد، تعسفاً، من جنسيته ولا من حقه في تغيير جنسيته. وعلى الدول أن تضع ضمانات لمنع انعدام الجنسية بمنح جنسيتها للشخص المولود في إقليمها أو المولود خارج إقليمها لأحد الوالدين من رعاياها والذي يكون لولا ذلك عديم الجنسية. وعلى الدول أيضاً منع حالات انعدام الجنسية عند فقدان الجنسية أو الحرمان منها، وكثير ومن الاتفاقات الدولية نصت على ذلك ومنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان<sup>(٢)</sup>. ومعالجة مسألة انعدام الجنسية

---

=النيد ٥ من جدول الأعمال المؤقت، هيئات وآليات حقوق الإنسان، الوصول إلى العدالة في مجال تعزيز وحماية حقوق الشعوب الأصلية، دراسة أعدتها الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية، صادر ١٣ يوليو ٢٠١٣، ص ١٥

1- United Nations, Human rights Office of High commissioner: MEETING REPORT, Regional Expert Meeting on the Human Rights of Stateless Persons in the Middle East and North Africa Amman, 18-19 February 2010, p. 2.

2 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السادسة والستون البند ٨٣ من جدول الأعمال، سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، إقامة=

<sup>(١)</sup> مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ٢٠١٧، المجلد الرابع (٩٠١)

أمر أساسي وجزء لا يتجزأ من الجهود التي تبذلها الأمم المتحدة لتعزيز سيادة القانون منذ نشأتها<sup>(١)</sup>. ذلك أن نحو ١٢ مليون شخص في مختلف أنحاء العالم عديمو الجنسية. وامتلاك الجنسية شرط ضروري للمشاركة الكاملة في المجتمع والتمتع بحقوق الإنسان الأساسية. وقليلة جداً هي

=العدل: برنامج عمل لتعزيز سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، تقرير الأمين العام، صادر ١٦ مارس ٢٠١٢، مرجع سابق، ص ٦.

1 - في أعقاب الحرب العالمية الثانية، كانت من بين أكثر القضايا إلحاحاً بالنسبة للدول الأعضاء في منظمة الأمم المتحدة الوليدة هي كيفية تلبية احتياجات ملايين من الأفراد الذين خلفتهم الحرب لاجئين أو عديمي الجنسية. وبناء على قرار صدر في عام ١٩٤٩ من المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة، تم تعيين لجنة خاصة كلفت بدراسة صياغة اتفاقية بشأن وضع اللاجئين والأشخاص عديمي الجنسية، وطرح مقترحات للقضاء على انعدام الجنسية. كما تنص المادة ١٥ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ على ما يلي: "لكل شخص الحق في جنسية، ولا يجوز حرمان شخص من جنسيته، أو إنكار حقه في تغييرها" ويتأسس هذا الحق على وجود رابطة حقيقية وفعالة بين الفرد ودولة ما. وقد حظيت هذه الرابطة بالاعتراف لأول مرة كأساس للمواطنة في قضية حكمت فيها محكمة العدل الدولية في ١٩٥٥ وهي قضية نوتيبوم. وقد قضت المحكمة في هذه القضية بما يلي: "وفقاً لأعراف الدول، ووفقاً للقرارات التحكيمية والقضائية، تعتبر الجنسية رباطاً قانونياً يتأسس على حقيقة الانتماء الاجتماعية ورابطة أصيلة بالوجود، والاهتمام، والمشاعر، إضافة إلى وجود الحقوق والواجبات المتبادلة." كما تعرف محكمة الأمريكيتين لحقوق الإنسان الجنسية بأنها: "الرباط السياسي والقانوني الذي يربط شخصاً ما بدولة معينة، ويربطه بها بروابط الولاء والإخلاص، ويمنحه حق الحماية الدبلوماسية من جانب تلك الدولة" "كاستيللو - بروتوسي وآخرون، بيرو - الحكم الصادر في مايو ١٩٩٩ من محكمة الأمريكيتين لحقوق الإنسان مسلسل ج رقم ٥٢ لعام ١٩٩٩. لمزيد من التفصيل راجع الاتحاد البرلماني الدولي: دليل البرلمانيين رقم ١١ - ٢٠٠٥، الجنسية وانعدام الجنسية دليل البرلمانيين المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، ٢٠٠٥، ص ١٠.

الدول الأطراف في اتفاقية تخفيض حالات انعدام الجنسية لعام ١٩٦١ واتفاقية عام ١٩٥٤ المتعلقة بمركز الأشخاص عديمي الجنسية، وهما السكان القانونيان الرئيسيان في مجال حماية عديمي الجنسية ومنع حالات انعدام الجنسية وخفضها. وبمناسبة الذكرى الخمسين لاتفاقية عام ١٩٦١، قامت مفوضية الأمم المتحدة لشئون اللاجئين، التي عهدت إليها الجمعية العامة بمهمة تحديد حالات انعدام الجنسية ومنعها وخفضها وحماية عديمي الجنسية، بمضاعفة جهودها لتشجيع الانضمام إلى الاتفاقيتين الرئيسيتين بشأن انعدام الجنسية وتنفيذهما. وتتيح مناسبة معاهدات الأمم المتحدة للعام ٢٠١١، التي ينظمها مكتب الشؤون القانونية، فرصة للدول الأعضاء للتصديق على هاتين الاتفاقيتين أو الانضمام إليهما.

وسعيًا لتسليط الضوء على الدعم الذي تقدمه المنظمة إلى الدول الأعضاء في مجال منع حالات انعدام الجنسية وخفضها، أصدر الأمين العام مذكرة توجيهية بشأن الأمم المتحدة وانعدام الجنسية في حزيران/يونيه ٢٠١١. وتشدد المذكرة على أن اكتساب الجنسية هو الحل الرئيسي لمشكلة انعدام الجنسية، وتشجع الدول على ضمان المساواة بين الجنسين في قوانينها المتعلقة بالجنسية وتنفيذ هذه القوانين لمنع حالات انعدام الجنسية. والتصدي بفعالية لحالات انعدام الجنسية ضروري أيضًا في جهود منع النزاعات، ويدعم التنمية الاجتماعية والاقتصادية، لكنه يتطلب بذل مزيد من الجهود من جانب جميع أصحاب المصلحة، بما في ذلك الدول ومنظومة الأمم المتحدة المجتمعات المتضررة (١).

1- الأمين العام، مذكرة توجيهية بشأن الأمم المتحدة وانعدام الجنسية في حزيران/يونيه ٢٠١١، ص ١ - ١١

## المطلب الثاني

### إطار الأمم المتحدة لإعلاء مبدأ سيادة القانون على الصعيد الوطني

تتهج الأمم المتحدة نهجاً لإعلاء مبدأ سيادة القانون على الصعيد

الوطني أهمها مايلي:

أولاً: دور الأمم المتحدة في وضع الدساتير الوطنية.

تمثل الدساتير أو انتشار الدساتير الجديدة ما يمثّلها حجر الزاوية

للنهج الذي تتبعه الأمم المتحدة إزاء تعزيز سيادة القانون، وكثيراً ما تظطلع بدور رئيسي في تنفيذ القانون الدولي. وتنص الدساتير في كثير

من البلدان على التطبيق المباشر للقانون الدولي في النظام القانوني المحلي.

وفي بعض الحالات، يكون من الضروري سن تشريع محلي في حالة

افتقار الالتزامات الدولية إلى المستوى اللازم من الدقة كي تكون ذاتية

التنفيذ. ويمكن للدساتير أن تجعل القانون الوطني أقل درجة من القانون

الدولي وقد تنص أيضاً على الإجراءات التي يتعين أن تتبعها المحاكم في

تقييم مدى توافق القانون الوطني مع الالتزامات الدولية للدولة، بما في

ذلك مراعاة قرارات المحاكم الدولية ذات الصلة (١). يذهب بعض

1 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة الخامسة والستون، البند ٨٧ من

جدول الأعمال المؤقت، سيادة القانون على الصعيدين الوطني

والدولي، تعزيز أنشطة الأمم المتحدة في مجال سيادة القوانين وتنسيقها

تقرير الأمين العام، صادر ٢٠ أغسطس ٢٠١٠، ص ١٠، ١١.

• وينبغي أن تتقيد المساعدة التي تقدمها الأمم المتحدة بمذكرتي التوجيهية

بشأن عمليات وضع الدساتير، والتي تشمل تشجيع امتهال الدساتير

للقانون الدولي لحقوق الإنسان وغيره من المعايير والقواعد. فعلى سبيل

المثال، تقدم المنظمة الدعم إلي عملية وضع الدستور في الصومال عن

طريق تنظيم حلقة دراسية توجيهية للجنة الدستور في البرلمان الاتحادي

الانتقالي في الصومال، ونقوم بإسداء المشورة للجنة الدستور الاتحادية

المستقلة بشأن حقوق الإنسان. وأثمرت الجهود المشتركة بين الوكالات عن

تقديم دعم طارئ للأمم المتحدة في قبرغيزستان لمساعدة الحكومة في

عملية وضع الدستور. وجرت الموافقة على الدستور من خلال استفتاء =

الفقهاء<sup>(١)</sup> إلى أن بعض الدساتير نشأت بالفعل عن طريق معاهدات دولية. لذلك يرون أن المعاهدة الدولية أسلوب لنشأة الدساتير ومثال ذلك دستور الولايات المتحدة الأمريكية الذي هو ثمرة معاهدة دولية بين ثلاثة عشر ولاية اتفقت على أن تنشأ دستوراً لها في كنف اتحاد واحد كما أن كل الدساتير الفيدرالية والكونفدرالية التي قامت في أوروبا الوسطى هي ثمرة معاهدة دولية. وكذلك الحال نجد أن الدستور السويسري الصادر عام ١٨٤٨ والمعدل عام ١٨٧٤ يرجع في أساسه إلى معاهدة دولية عقدت عام ١٢٩١ بين ثلاث مقاطعات اتحدت للدفاع عن مصالحها المشتركة وعلى هذا الغرار نشأت دساتير مملكة بولندا ١٨١٥ والامبراطورية الألمانية عام ١٨٤٨. <sup>(٢)</sup>

= عام. وتقدم الأمم المتحدة المساعدة أيضاً في عملية الاستعراض الشامل للدستور في زيمبابوي. راجع الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة الخامسة والستون، البند ٨٧ من جدول الأعمال المؤقت، سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، تعزيز أنشطة الأمم المتحدة في مجال سيادة القوانين وتنسيقها، مرجع سابق، ص ١١.

#### 1- Mirkin-quetezevitchk, droit constitutional international Paris (1933) p.7

مشار إليه في د. عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والانظمة السياسية ج ١، ط ١ - منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٧٥ - ١٩٧٦، ص ٦٨.

2 - ومن الأمثلة الحديثة للدساتير التي يعد القانون الدولي أصلاً لنشأتها هو دستور جمهورية البوسنة والهرسك الذي تمت صياغته بمعاهدة دولية واعتمد بتوقيع هذه المعاهدة دون استفتاء أو مصادقة البرلمان وكذلك دستور المملكة الأردنية الهاشمية لعام ١٩٢٨ الذي وضع بموجب المادة ٢٠ من المعاهدة البريطانية الأردنية. كما أن دستور دولة الإمارات العربية هو الآخر وليد اتفاق دولي بين سبع كيانات كانت تتمتع بمركز دولي معين ومثله دستور اتحاد الجمهوريات العربية الصادر عام ١٩٧١ الذي كان نتيجة اتفاق دولي بين ثلاث جمهوريات عربية هي سورية وليبيا ومصر عقد عام ١٩٧١ ولقد لعبت المعاهدة المعقودة بين بريطانيا والعراق عام ١٩٢٢ دوراً رئيسياً مباشراً في تكوين =

تشكل الدساتير أو ما يعادلها الأساس اللازم لدولة تقوم على سيادة القانون. وإذا صممت عملية صياغة الدستور بشكل سليم يشمل الجميع، فإنها يمكن أن تؤدي دوراً مهماً في عمليات الانتقال السياسي السلمي وبناء السلام بعد انتهاء النزاع، وكذلك في منع نشوب النزاعات عن طريق كفالة المساواة في الحقوق لصالح الفئات المهمشة. وعلى مدى السنة الماضية، قدمت الأمم المتحدة الدعم في المسائل الدستورية إلى كل من إندونيسيا وبوتان والجماهيرية العربية الليبية وجنوب السودان وزمبابوي والصومال وقرغيزستان ومدغشقر وملديف ونيبال. ففي جنوب السودان، كفلت هيئة الأمم المتحدة للمرأة وبعثة الأمم المتحدة في السودان إشراك القيادات النسائية في صياغة الدستور الانتقالي لجنوب السودان وطلقت الحكومة المشورة بشأن إدراج أسس قوية للمساعدة على منع العنف الجنسي والتضدي له. وفي آب/أغسطس ٢٠١٠، توجت عملية استعراض الدستور في كينيا، المدعومة من الأمم المتحدة، بإصدار دستور كينيا الجديد<sup>(١)</sup>. ما لا ريب فيه أن انتشار الدساتير الجديدة، وإنشاء الحكومات عن طريق التراضي، قد يعزز الاتجاه النزولي في صراع عنيف. ومع ذلك، فعمليات السلام الناجمة تعني أن هناك احتمال أن تكون أكثر في بناء الدستور في المستقبل، ربما، على سبيل المثال، كما حدث في زيمبابوي، وفيجي، ومدغشقر، وقرغيزستان، والصومال

---

= القواعد الدستورية الأساسية التي حددت سمات الدستور العراقي الصادر عام ١٩٢٥. راجع - د. صلاح جبير البصيصي، المعاهدة الدولية كطريق لوضع فئ ضوء قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، الناشر مركز الدراسات الكوفية، العدد السابع، عام ٢٠٠٨، ص ٤٩.

1- الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السادسة والستون، البند ٨٣ من جدول الأعمال المؤقت، سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، تعزيز أنشطة الأمم المتحدة في مجال سيادة القانون وتنسيقها، تقرير الأمين العام في ٨ أغسطس ٢٠١١، مرجع سابق، ص ٩



جنوب السودان والفلبين وقبرص. بلاشك أن المسائل الدستورية الناجمة عن المطالبات من أجل تقرير المصير وأيضاً موثقة جيداً، على سبيل المثال، كالمطالبات الأكراد في أجزاء من تركيا والعراق وبعض العشائر مسلمة في أجزاء من مينداناو في جنوب الفلبين. ومع ذلك، فإن موجات الاحتجاج التي اندلعت في أجزاء من شمال أفريقيا والشرق الأوسط في أوائل عام ٢٠١١، والتنازلات اللاحقة التي أدلت بها الأنظمة الاستبدادية هي أمثلة على نوع من التحول غير معروف في السياسة التي قد تولد بناء دستور جديد<sup>(١)</sup>. بيد أن المشاكل الناجمة عن الفقر وعدم المساواة والمطالب من أجل تقرير المصير هي من بين العوامل المعروفة التي قد تنتج جديدة موجات من العمليات الدستورية.<sup>(٢)</sup> ولذا

1- Stockholm(Sweden) buildingafter Constitution conflict, Policy:paper International Institute for Democracy and Electoral Assistance May 2011. p.10

2 - ما لا شك أن العالم شهد حركة غير مسبوقه في إنشاء الدساتير بعد انتهاء الحرب الباردة عام ١٩٨٩. ف. War in 1989 في أمريكا الجنوبية، عملية بناء الدستور في البرازيل في عام ١٩٨٨ was quickly followed by Colombia (1991), Argentina (1994), Peru (1993), Chile وسرعان ما تبع من كولومبيا (١٩٩١)، الأرجنتين (١٩٩٤)، بيرو (١٩٩٣)، تشيلي (1989 followed by amendments throughout the 1990s), Ecuador (2008) and Bolivia (١٩٨٩ تليها التعديلات في جميع أنحاء ١٩٩٠)، الإكوادور (٢٠٠٨) وبوليفيا. (2009) (٢٠٠٩). In Africa, 23 of 52 states had experienced internal conflicts by 1994. من ٥٢ دولة شهدت صراعات داخلية بحلول عام ١٩٩٤. In all regions, constitution building often followed peace building. In Eastern Europe, new states emerged and existing ones were altered considerably, and new constitutions were promulgated in all cases. كبير، ودساتير جديدة صدرت في جميع الحالات. In Asia, Indonesia (1999-2002), Pakistan

لقد إصلاح عملية الدساتير جديدة<sup>(١)</sup>. بيد أن المسعى السياسيّة المشيرة للجدل للغاية، والتي من المرجح أن تنطوي سياسية خطيرة وتهدد الصراعات التوزيعات الحالية للسلطة<sup>(٢)</sup>.

مافتى ما تقدمه الأمم المتحدة من دعم لعمليات وضع الدساتير بشكل عنصراً حاسماً في عملها المتعلق بسيادة القانون. ويتركز إطار السياسات بشأن هذه المساعدة على الملكية الوطنية، والدعم المقدم على الصعيد الوطني للاضطلاع بعمليات شاملة وتشاركية وشفافة. وسيتم تصميم الدعم بحيث يلائم السياق الوطني المحدد، وهو مستمد من نطاق واسع من خبرات الأمم المتحدة. والتخطيط المسبق، بما في ذلك زيادة

=(2010) في آسيا، إندونيسيا (1999 - 2002)، باكستان (2010)، Nepal (2006 to date), Afghanistan (2004), Mongolia (1992), Thailand (1991, 1997), نيبال (2006 حتى الآن)، وأفغانستان (2004) ومنغوليا (1992)، تايلاند (1991، 1997، 2006، 2007) and Myanmar (2008) undertook constitution building, as did Fiji (1997) and the (2008) قام بناء الدستور، كما فعل فيجي (1997) and the Solomon Islands (2009) وجزر سليمان (2009). These constitution building processes are located within broader transitions, العمليات بناء الدستور sometimes democratic and quite often in post-conflict ضمن التحولات أوسع وديمقراطية في بعض الأحيان وكثير من الأحيان في مرحلة ما بعد الصراع، وما زالت الجهود تبذل لإنشاء الدستور لدولة الصومال. راجع

Stockholm(Sweden):op cit .p.8 -

1- Stockholm(Sweden):op cit .p.10

2- A Boege, V., Brown, A., Clements, K. and Nolan: on Hybrid political Boege، بنى، A، كليمنتس، K. ونولان، A، بناء على أوامر السياسية والهجين Orders and الدول الخارجة : تشكيل الدولة في سياق 'هشاشة

'Emerging States: State Formation in the Context of Fragility and Constructive Conflict Management, Center Berghof 2008.p.15 or fund at:www.Berghof Research

الوعي العام والتشاور، هو أمر بالغ الأهمية، وكذلك المتابعة الكافية لضمان التنفيذ. وتشجع الأمم المتحدة التهجّج الدستورية التي تدمج المعايير الدولية لحقوق الإنسان بصورة مباشرة و تعلي مقامها، بما في ذلك إنشاء سلطة قضائية مستقلة ومحيدة، بوصفها أساساً متيناً لسيادة القانون<sup>(١)</sup>. ويتجلى هذا النهج في الجهود التي بُذلت مؤخراً. ففي نيبال، تدعم الأمم المتحدة حملة التوعية التي تقوم بها الجمعية التأسيسية لتأمين مشاركة الجمهور مشاركة مجدية تقوم على قاعدة عريضة في عملية بناء الدستور، بما في ذلك تدريب عضوات الجمعية المنتخبات حديثاً، والمجتمع المدني وجهات أخرى في مجال حقوق المرأة وإدماجها في الدستور الجديد. ويتواءم الدستور الذي اعتمد في إكوادور في عام ٢٠٠٨، والدستور الذي اعتمد في دولة بوليفيا المتعددة القوميات في عام ٢٠٠٩ مع الجوانب الرئيسية لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، بدعم من المنظمة<sup>(٢)</sup>.

لعبت الأمم المتحدة دوراً في إبرام عمليات السلام في العديد من البلدان، بيد أن دورها تحسد في كما هو الحال في ناميبيا على مدى فترة من الزمن. ولا سيما في أجزاء من يوغوسلافيا السابقة التي شهدت الصراع الأشد، وشهدت البوسنة وكوسوفو، والمشاركة الدولية المعقدة في المسائل الإنسانية، والحرب نفسها، وصنع السلام وبناء الدستور. كان دستور ما بعد الحرب في البوسنة التي شكلتها اتفاقات دايتون، تتوخى المشاركة المستمرة للأمم المتحدة، ومنظمة حلف شمال الأطلسي (الناتو)، ومنظمة الأمن والتعاون في أوروبا (OSCE) والاتحاد الأوروبي (EU). في النقيض من ذلك، في تلك الأجزاء من يوغوسلافيا التي شهدت الصراع أقل حدة، مثل سلوفينيا، فبدلاً من تدويلها عملية السلام، قد تأثر بناء

1- UN\ A/64/ 298\ 17 August 2009\p.9

2- UN\ A/64/ 298\ 17 August 2009\p.9

الدستور من قبل الاتحاد الأوروبي بزخم التحولات الديمقراطية لديها جزئياً وجزئياً على الامتثال لدخول الاتحاد الأوروبي ومتطلبات العضوية، فالعديد من البلدان، مثل تركيا، قامت بتنقيحات كبيرة لدساتيرها<sup>(١)</sup>.  
**ثانياً: دور الأمم المتحدة في وضع القوانين.**

تواصل الأمم المتحدة دعم الدول في إدماج الالتزامات القانونية الدولية في القانون المحلي، وكذلك وضع الأسس القانونية لحكومة مؤسسات العدل والأمن وممارسة الرقابة عليها ومساءلتها<sup>(٢)</sup>. تمثل القوانين السليمة قاعدة جوهرية للحكومة الديمقراطية والتنمية الاقتصادية في أية دولة، إلا أن صياغة القوانين السليمة لا تعدو كونها نصف الصورة، أما النصف الثاني، والأكثر تحدياً، فيتمثل في التطبيق السليم للأطر القانونية التي تمت صياغتها. فغالباً ما يُنظر إلى مهمة صياغة الأطر القانونية باعتبارها هدفاً في حد ذاتها، حيث تنطوي هذه النظرة على افتراض مؤداه أن

#### 1- Stockholm(Sweden):op cit .p..9

2 - وتشمل الإنجازات التي تحققت في ميدان العدالة الجنائية تقديم المساعدة إلى وزارة العدل في جمهورية أفريقيا الوسطى في صياغة قانون جنائي جديد ومدونة إجراءات جنائية جديدة. وفي نيبال، قدم برنامج الأمم المتحدة الإنمائي دعمه في صياغة قانون العقوبات ومدونة الإجراءات الجنائية والقانون المدني ومدونة الإجراءات المدنية. واعتمدت تشريعات جديدة أو معدلة تضم مبادئ تحقيق العدالة للأطفال في ملاوي ورواندا وليبيريا وموريتانيا وتركمانستان وباكستان وبابوا غينيا الجديدة والفلبين وتونس وشيلي وكولومبيا. ويفضل أعمال الدعوة المركزة، تمكنت منظمة الأمم المتحدة للطفولة من رفع الحد الأدنى لسن المسؤولية الجنائية في جورجيا وكازاخستان وبوليفيا. ومن المتوقع أن تساهم ورقة توجيهية أصدرتها اليونيسيف مؤخراً عن الإصلاح التشريعي لقضاء الأحداث في توجيه ما سيُبدل من جهود في المستقبل. راجع الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السادسة والستون، البند ٨٣ من جدول الأعمال المؤقت، سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، تعزيز أنشطة الأمم المتحدة في مجال سيادة القانون وتنسيقها، تقرير الأمين العام في ٨ أغسطس ٢٠١١، مرجع سابق ١١

القوانين قد تم بالفعل وضعها موضع التطبيق، وأن المجتمع قد حصل بالفعل على الخدمات التي صدرت القوانين لأجل توفيرها، ولكن الأمر الواقع، أن هناك الكثير من المتطلبات تغفله هذه النظرة. ويطلق على هذه الظاهرة: فجوة التطبيق، التي تعبر عن الاختلاف القائم بين الحلول التي تنص عليها الصيغ القانونية، وبين تطبيقها على أرض الواقع. فحينما يغيب التطبيق عن التشريعات بعد صدورها، وأيضاً حينما تظل اللوائح الاقتصادية في صورتها الورقية دون تطبيق، يتولد تأثير سلبي على مصداقية المسؤولين الحكوميين على المستوى المحلي، وتتزايد مخاطر الفساد الإداري، كما تسيطر الضبابية على بيئة ممارسة الأعمال التي تعمل بها المشروعات الصغيرة وريادية الأعمال<sup>(١)</sup>. ما برحت المنظمة تساعد البلدان منذ فترة طويلة على تطوير قوانينها الوطنية بحيث تضمنها القواعد والمعايير الدولية<sup>(٢)</sup>. والكثير من المبادئ والمعايير العالمية غير الملزمة التي

- 1 - مركز المشروعات الدولية ومنظمة النزاهة، تحسين أوضاع الحوكمة على مستوى الدولة: سد فجوة التطبيق بين وضع القوانين والممارسة العملية، متاح على الموقع على التالي : [http:// www.cipe.arabia.org](http://www.cipe.arabia.org)
- 2 - وتشمل الإنجازات التي تحققت في ميدان وضع القوانين وخاصة في مجال العدالة الجنائية تقديم المساعدة إلى وزارة العدل في جمهورية أفريقيا الوسطى في صياغة قانون جنائي جديد ومدونة إجراءات جنائية جديدة. وفي نيبال، قدم برنامج الأمم المتحدة الإنمائي دعمه في صياغة قانون العقوبات ومدونة الإجراءات الجنائية والقانون المدني ومدونة الإجراءات المدنية. واعتمدت تشريعات جديدة أو معدلة تضم مبادئ تحقيق العدالة للأطفال في ملاوي ورواندا وليبيريا. وموريتانيا وتركمانستان وباكستان وبنابوا غينيا الجديدة والفلبين وتونس وشيلي وكولومبيا. وبفضل أعمال الدعوة المركزة، تمكنت منظمة الأمم المتحدة للطفولة من رفع الحد الأدنى لسن المسؤولية الجنائية في جورجيا وكازاخستان وبوليفيا. ومن المتوقع أن تساهم ورقة توجيهية أصدرتها اليونيسيف مؤخراً عن الإصلاح التشريعي لقضاء الأحداث في توجيه ما سيبدأ من جهود في المستقبل. وأسفرت دراسة مشتركة بين مكتب الأمم المتحدة لغرب أفريقيا ومفوضية حقوق الإنسان بشأن الاتجار بالأشخاص في غرب أفريقيا عن وضع مبادئ توجيهية لاعتماد تشريعات =

تضعها الدول بصورة مشتركة في معظم مجالات القانون الدولي، يساعد في صياغة تشريعات وسياسات تعكس الممارسة الجيدة. وبما يدل على ذلك ما حققه الدعم المقدم إلى البلدان مؤخراً من نجاحات. وقد اعتُمدت تشريعات هامة بشأن حقوق الطفل في على المعلومات ومشاركة الجمهور وإمكانية لجوئه إلى القضاء في المسائل البيئية، وبشأن المساءلة وإجراءات الاستجابة والتعويض فيما يتعلق بالأضرار الناجمة عن القيام بأنشطة خطيرة على البيئة. وتعمل جهود الأمم المتحدة أيضاً على إنشاء الأساس القانوني لتعزيز المؤسسات، والحكومة، والرقابة والمساءلة. ففي تيمور-ليشتي، على سبيل المثال، قامت بعثة حفظ السلام بدعم وضع قوانين ولوائح تنظم عمل الشرطة، وقوة الدفاع، ووزارة الدفاع والأمن، والأمن الوطني. وتحتاج جميع الدول الأعضاء إلى ضمان توائم تشريعاتها المحلية مع التزاماتها الدولية، عند الاقتضاء. ومن شأن عدم القيام بذلك، سواء أكان ذلك نتيجة لغياب الإرادة السياسية أم القدرة، أن يقوض سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً: دور الأمم المتحدة في إنفاذ القوانين

ما لا ريب فيه، أن إصلاح عملية القانون لا تنتهي بانتهاء سن القوانين؛ وبالتالي إن تدوين القوانين الجديدة لا يعني بالضرورة أن هذه القوانين سيتم تطبيقها. فخلال وبعد صياغة أي قانون جديد وتبنيه، يلزم تركيز الانتباه على تطبيقه. وقد يكون العامل الرئيسي الأهم للتنفيذ الناجح هو التأكد من أن العاملين في مجال العدالة الجنائية على دراية تامة

---

تعملية تتماشى مع القواعد والمعايير الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان. وللتصدي للقرصنة، وضع مكتب الشؤون القانونية، بالتعاون مع مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة والمنظمة البحرية الدولية، توجيهات لأغراض وضع التشريعات الوطنية المتعلقة بالقرصنة وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار وغيرها من الصكوك. راجع

- Un\ A/66/I33\ 8 August 2011\ pp.10-11  
1-UN\ A/64/ 298\ 17 August 2009\ p.10

بالقانون الجديد مع تدريبهم على أحكامه قبل وضعه موضع التطبيق . كما يلزم كذلك أن تعمل المعاهد والجامعات التي تقوم بالتدريب على تبنيه في مناهجها التعليمية . ومن الضروري غرس الوعي بالالتزامات والحقوق القانونية الجديدة بين عموم السكان ، وحملات التوعية العامة حيوية في هذا الشأن . وقد أنشأت بعض الدول آليات للإشراف على تنفيذ القوانين الجديدة . وفي بعض الدول ، تم تحويل الهيئات التي كان منوطاً بها في الأصل إصلاح القوانين إلى هيئات تنفيذ وإشراف لتقييم القوانين الجديدة والإشراف على تطبيقها .<sup>(١)</sup> . ولما تعنى الضمانات الدستورية والقوانين شيئاً من دون تنفيذها . وبالتالي ، فإن المساعدة التي تقدمها الأمم المتحدة تساهم في تعزيز المؤسسات ، الرسمية وغير الرسمية على السواء ، بحيث تكون جيدة من حيث التنظيم والتمويل والتدريب والتجهيز لسن القوانين الجنائية أو العامة أو الخاصة ، وإصدارها وإنفاذها وإعلاء شأنها والفصل في القضايا وفقاً لأحكامها ، على النحو الذي يكفل حماية الجميع ، وأمنهم وسلامتهم ، وإمكانية لجوئهم إلى العدالة<sup>(٢)</sup> .

- 1 - فيفيان أوكونر وكوليت روش هانس جورج ألبريشت وجوران كليمنسيك : القوانين النموذجية للعدالة الجنائية خلال الفترات اللاحقة للصرعات ، مرجع سابق ، ص ٣٣ .
- 2- تعزز المساعدة المقدمة من الأمم المتحدة في مجال سيادة القانون القدرات المؤسسية اللازمة لإعطاء القوة والمعنى للضمانات والقوانين والسياسات والأنظمة الدستورية . فمثلاً ، كي تكون للمواطنين ثقة بسيادة القانون ، يجب معالجة الشكاوى الانتخابية بنزاهة وحياد وعلى وجه السرعة وفقاً لقوانين البلد . وقد قدمت الأمم المتحدة الدعم من أجل تعزيز آليات تسوية المنازعات الانتخابية في بوروندي وهايتي وقيرغيزستان والعراق ، من بين بلدان أخرى . راجع الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، الدورة السادسة والستون ، البند ٨٣ من جدول الأعمال المؤقت ، سيادة القانون على =

ويدعم من الأمم المتحدة، أنشئ برنامج كبير بشأن إقامة العدل مدته ثلاث سنوات في الأرض الفلسطينية المحتلة لتطوير القدرة المؤسسية لوزارة العدل، وتعزيز إمكانية اللجوء إلى العدالة على المستوى الشعبي، وبناء الثقة بين الأطراف الفاعلة في قطاع العدالة والجمهور. وقدم دعم مماثل في عام ٢٠٠٩ في تيمور - ليشتي وسري لانكا وسيراليون وكوسوفو وكولومبيا وليبيريا. واضطلعت بعثة الاتحاد الأوروبي المعنية بسيادة القانون في كوسوفو بكامل المسؤولية التنفيذية في مجال سيادة القانون الشرطة والجمارك والعدالة. في كوسوفو في ٩ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٨، في أعقاب البيان الرئاسي لمجلس الأمن الذي وفي ظل السلطة العامة رحب فيه المجلس بنشر البعثة في إطار قرار المجلس ١٢٤٤ ١٩٩٩ للأمم المتحدة. وفي تيمور - ليشتي، نقلت شرطة الأمم المتحدة المسؤوليات إلى الشرطة الوطنية في آذار/ مارس ٢٠٠٩، مما يشكل خطوة أساسية نحو تحقيق قدر أكبر من السلام والأمن. وقام عنصر الشرطة في بعثة الأمم المتحدة في جمهورية أفريقيا الوسطى وتشاد بدور مركزي في إنشاء المفزة الأمنية المتكاملة في أوائل عام ٢٠٠٩. وفي أربعة بلدان أفريقية، يجري إنشاء مكاتب مساعدة شرطية وعسكرية وخطوط هاتفية ساخنة لمواجهة العنف ضد المرأة، بمساعدة من الأمم المتحدة، على أساس العمل الرائد المنجز في رواندا. ويجري تنفيذ بناء قدرات موظفي السجون، وإصلاح البنية الأساسية من خلال مشاريع تعاونية للأمم المتحدة والجهات المانحة في السودان. وتدعم الأمم المتحدة في تركيا برنامجاً مبتكراً حول الوساطة بين الضحايا والجناة، باعتباره جزءاً لا يتجزأ من عملية العدالة الجنائية. وفي أرمينيا وإندونيسيا وجورجيا وملديف وميانمار ونيبال، أدرجت

---

=الصعيدين الوطني والدولي، تعزيز أنشطة الأمم المتحدة في مجال سيادة القانون وتنسيقها، تقرير الأمين العام في ٨ أغسطس ٢٠١١، مرجع سابق



عناصر نظم تحقيق العدالة للأطفال في مناهج تدريب أفراد الشرطة و/ أو السلطة القضائية و/ أو المحامين. وأنشئ المعهد القضائي في هايتي في عام ٢٠٠٩ بدعم من بعثة حفظ السلام (١). وتساعد المنظمة في تعزيز المؤسسات والعمليات التي تقضي بالقانون العام والخاص، وتتيح للأفراد إمكانية المطالبة بحقوقهم. وفي الأرض الفلسطينية المحتلة، وبعد قيام نقابة العمال بحملة، أدى تعيين قضاة متخصصين في قضايا العمل منذ تموز/يوليه ٢٠٠٩ إلى تمكين العمال الفلسطينيين من تقديم شكاوى ضد أرباب العمل. وقد حلت مشكلة حالة الناطقين باللغة البيهارية/الأردية في بنجلاديش، التي تُعد واحدة من أكبر حالات انعدام الجنسية التي طال أمدها في العالم، بدعم من الأمم المتحدة في عام ٢٠٠٨ من خلال تأكيد الجنسية عن طريق تسجيل الناخبين، وإصدار بطاقات هوية وطنية، مما يؤولهم للمشاركة في انتخابات كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٩ (٢). وفي كوت ديفوار، ساعدت الأمم المتحدة ٦٠٠٠ شخص على الحصول على شهادات ميلاد ووثائق هوية أخرى. وفي المغرب، يعزز تقديم الدعم لتنمية قدرات الأقسام المختصة بالأسرة في المحاكم الابتدائية، وإنشاء وحدة للتدريب في وزارة العدل، تنفيذ قانون الأسرة التاريخي لعام ٢٠٠٤، الذي يمنح أنواعاً جديدة من الحماية للمرأة في حالات الزواج والطلاق. وتستهدف المساعدة التي تقدمها الأمم المتحدة أيضاً آليات بديلة لحل المنازعات وأنظمة غير رسمية تطبق قوانين وممارسات عرفية أو تقليدية أو دينية. ويُقدر أن هذه الأنظمة تعالج ٨٠ في المائة من الحالات في كثير من البلدان النامية. وثمة إنجاز يتمثل في إنشاء مجلس التحكيم في كمبوديا، وهو الهيئة الوطنية القانونية البديلة الوحيدة لتسوية المنازعات. وهناك مثال آخر يتمثل في الجهود المبذولة مع قيادات الطائفة الإسلامية في جنوب فيرغيزستان لاستكشاف أوجه التقارب بين المبادئ الأساسية

1- UN\ A/64/ 298\ 17 August 2009\p.11

2- UN\ A/64/ 298\ 17 August 2009\p.11

للشريعة الإسلامية والقوانين التي تنظم حل المنازعات المتعلقة بالملكية من منظور جنساني<sup>(١)</sup>.

وتقوم حالياً الدراسة المشتركة للأمم المتحدة حول نظم العدالة غير الرسمية بتحليل خصائص هذه الآليات في جميع مناطق العالم، وصلاتها بالنظام الرسمي، وأثارها على حقوق الإنسان، بهدف التعرف على الفرص المتاحة في مجال البرمجة وتحدياتها. ومن شأن ذلك أن يساعد المنظمة على وضع نهج متماسك لتحسين الاستجابة لطلبات المساعدة في السياقات المعقدة للتعددية القانونية<sup>(٢)</sup>.

1- UN\A/64/298\ 17 August 2009\p.11-12

2- UN\A/64/298\ 17 August 2009\p.12

• تهدف المساعدة المقدمة من الأمم المتحدة إلى استعادة الثقة تدريجياً بسيادة القانون، ولا سيما في أوساط المشردين والفتيات الضعيفة، وهم في كثير من الأحيان الأكثر تضرراً من جراء النزاع. وللقيام بذلك، تسعى الأمم المتحدة إلى تحقيق نتائج مبكرة وواضحة عن طريق تلبية الاحتياجات الفورية من الحماية القانونية وزيادة تقديم الخدمات المتصلة بالعدالة والأمن، مع العمل في نفس الوقت على وضع الأسس للإصلاحات والتعزيز المؤسسي في الأجل الطويل. ففي جمهورية الكونغو الديمقراطية مثلاً، دعمت الأمم المتحدة على نحو تعاوني محاكمة المتهمين في قضايا فردية بارزة تنطوي على العنف الجنسي والجنساني، مع العمل في نفس الوقت مع السلطات الوطنية على وضع أسس الإصلاح المؤسسي في الأجل الطويل. وكان من بين الخطوات المهمة إنشاء الهيئة الدائمة لشئون العدالة والسجون في إدارة عمليات حفظ السلام، وهو ما سيساعد على الشروع في إنشاء عناصر العدالة و/أو السجون وتعزيز العناصر الموجودة في العمليات الميدانية. وأحرزت المنظمة تقدماً في مجال استحداث أدوات لمساعدة الحكومات الوطنية على جمع البيانات اللازمة لتوجيه جهود الإصلاح. فمؤشرات الأمم المتحدة لسيادة القانون، التي أعدتها إدارة عمليات حفظ السلام بالاشتراك مع مفوضية حقوق الإنسان وبدأ العمل بها رسمياً في تموز/يوليه ٢٠١١، تشكل أداة لرصد التغييرات في الأداء وفي خصائص المؤسسات الوطنية للعدالة الجنائية. ومثلما يتضح من =

## رابعاً: دور الأمم المتحدة في دعم العدالة الانتقالية.

يقول (Louise Arbour): "ينبغي أن تسعى العدالة الانتقالية لمعالجة أكثر شمولاً لجذور أسباب النزاعات وما يتصل بها من انتهاكات لجميع الحقوق، بما فيها الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية"<sup>(١)</sup>. بمعنى أبلج أن العدالة الانتقالية لا تسعى فقط إلى تحقيق العدالة لضحايا الفظائع الجماعية، ولكن تسعى أيضاً إلى مساعدة المجتمعات التي أتى عليها التراج على تحقيق السلام الدائم والمصالحة. ويتطلب السلم والمصالحة تحولاً مجتمعياً شاملاً ينطوي على مفهوم واسع للعدالة ويعالج الأسباب الجذرية للنزاع وما يتصل به من انتهاكات لجميع الحقوق. ومع ذلك، فإن المجتمع الدولي لم يعتمد بعد نهجاً للعدالة الانتقالية يعالج بصورة شاملة انتهاكات الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية<sup>(٢)</sup>. وفي حين أن المقصود عند الحديث عن العدالة الانتقالية هو مجموعة الأنشطة والعمليات التي تساعد على طي صفحات الماضي بما تتضمنه من ذكريات الظلم والفظائع المرتكبة، هناك أيضاً التغيير الدستوري الذي يلبي الحاجة إلى خلق إطار ديمقراطي جديد لحكم يراعى فيه إعمال حقوق الإنسان. حيث في كثير من حالات النزاع وما بعد النزاع، تكتنف اللامبالاة أو الشكوك الجهود المبذولة لتعزيز سيادة القانون.

---

=مشروعين تجريبيين ينفذان في هايتي وليبريا، يمكن للحكومات الوطنية أن تؤدي دوراً قيادياً في تنفيذ هذه الأداة. ويؤمل أن تواصل الحكومات التي تعتمد هذه المؤشرات استخدامها بوصفها آلية للرصد المستمر. وواصل مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة واليونسيف العمل مع البلدان من أجل إنشاء نظم لجمع البيانات المتعلقة بقضاء الأحداث استناداً إلى دليل قياس مؤشرات قضاء الأحداث. وساعدت المؤشرات، في جملة أمور، على وضع معايير مرجعية لإصلاح قضاء الأحداث في غينيا- بيساو، واستحداث قاعدة بيانات موحدة بشأن قضاء الأحداث في الجمهورية العربية السورية. راجع:

- UN/A/66/ 133\8 August 2011\pp.16,17 .24  
1- Louise Arbour, "Economic and social justice for societies in transition", New York University Journal of International Law and Politics, vol. 40, No. 1 (Fall 2007), pp. 26-27  
2- UN/A/HRC/12/ 18\ 6 August 2009 \p.22

ونادراً ما تضع الحكومات سيادة القانون على رأس أولوياتها بسبب ما تواجهه من احتياجات متزاخمة وتحديات جسام ويشكل استمرار واتساق الدعوة التي يمارسها قادة الأمم المتحدة والجمعية العامة ومجلس الأمن إلى جانب الحوار الثنائي الرفيع المستوى مع كبار المسؤولين الحكوميين أمران حيويان لضمان إيلاء الاهتمام اللازم لسيادة القانون وإعطائها الحيز السياسي اللازم لاكتساب الزخم<sup>(١)</sup>. يعتبر تعزيز سيادة القانون أحد الغايات التي كثيراً ما تعزى إلى تدابير العدالة الانتقالية. وعلى سبيل التوضيح، استخدمت جميع لجان تقصي الحقائق عملياً حتى الآن المفهوم في الوقت نفسه بطريقة تفسيرية إذ إن عدم احترام مبادئ سيادة القانون أحد العوامل التي تؤدي إلى انتهاكات حقوق الإنسان المتعلقة بمعرفة الحقيقة والعدالة والجبر وضمائنات عدم التكرار - وكأحد مواضيع عملها - حيث أن المقصود من توصياتها هو تعزيز سيادة القانون<sup>(٢)</sup>. وكما ورد

- 1 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السادسة والستون، البند ٨٣ من جدول الأعمال المؤقت، سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، تعزيز أنشطة الأمم المتحدة في مجال سيادة القانون وتنسيقها، تقرير الأمين العام في ٨ أغسطس ٢٠١١، مرجع سابق، ص ١٧، ١٨.
- عرف الأمين العام، في التقرير الذي قدمه في عام ٢٠٠٤ إلى مجلس الأمن بش أن سيادة القانون والعدالة الانتقالية في المجتمعات التي تعيش نزاعاً أو الخارجة من نزاع، العدالة الاجتماعية بأنها "كامل نطاق العمليات والآليات المرتبطة بالمحاولات التي يبذلها المجتمع لتنهض تركة من تجاوزات الماضي الواسعة النطاق بغية كفالة المساءلة وإقامة العدالة وتحقيق المصالحة. وتتكون العدالة الانتقالية من كل من العمليات والآليات القضائية وغير القضائية، من قبيل البحث عن الحقيقة ومبادرات الملاحقة القضائية وبرامج الجبر والإصلاح المؤسسي، أو مزيج مناسب من هذه العناصر. راجع:

UNA/HRC/12/ 18\ 6 August 2009 \p.22

- 2- See, for example, Security Council report entitled, "From Madness to Hope: The 12-year War in El Salvador: Report of the Commission on the Truth for El Salvador", S/25500, chapter V Truth and Reconciliation Commission, "Institutional Hearing: The Legal Community" in=

في المادة الأولى من الإعلان المتعلق بحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري،<sup>(١)</sup> فإن أي عمل من أعمال الاختفاء القسري يشكل انتهاكاً لقواعد القانون الدولي التي تكفل، ضمن جملة أمور، حق الشخص في الاعتراف به كشخص في نظر القانون، وحقه في الحرية والأمن، وحقه في عدم التعرض للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة. كما ينتهك الحق في الحياة أو يشكل تهديداً خطيراً لهذا الحق<sup>(٢)</sup>. ومن ثم يعد الاختفاء القسري تعذيباً<sup>(٣)</sup>. ظهرت تدابير البحث عن الحقيقة، ومبادرات العدالة، والجبر وضمائمات عدم التكرار أول ما ظهرت كممارسات وتجارب في أوضاع ما بعد الاستبداد، على سبيل المثال في بلدان أمريكا اللاتينية بالمخروط الجنوبي وإلى درجة أقل في أوروبا الوسطى والشرقية وجنوب أفريقيا. في نهاية المطاف، صير إلى الحديث عن هذه التدابير بأنها عدالة انتقالية<sup>(٤)</sup>. وهي مجموعة من التدابير المترابطة والمتآزرّة عند تنفيذها لمعالجة تركّات الانتهاكات والاعتداءات الجسيمة على حقوق الإنسان. وتعني معالجة تركّات الاعتداءات بداية

=Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report (London, Macmillan Reference Limited, 1998), esp. vol. 4, chap. 4; Comisión de Verdad y Reconciliación of Peru, "Los factores que hicieron posible la violencia", vol. VIII, No. 2, in Informe Final (Lima, Comisión de Verdad y Reconciliación, 2003), esp. chap. 1, part

1- قرار الجمعية العامة ١٣٣/٤٧ المؤرخ ١٨ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٩٢.

2- الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السادسة والخمسون البند ١٣٢ (أ) من القائمة الأولية، مسائل حقوق الإنسان: تنفيذ الصكوك المتعلقة بحقوق الإنسان، مسألة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، تقرير المقرر الخاص بشأن مسألة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، مذكرة الأمين، صادرة في ٣ يوليو ٢٠٠١، ص ٥

3- Nigel Rodley, *The Treatment of Prisoners in International Law*, 2nd ed. (Oxford, Clarendon Press, 1999), pp. 257-261

4- UN\A/HRC/21/ 46\9 August 2012,p.17

بإعمال معايير حقوق الإنسان التي كانت تنتهك بصورة منهجية أو جسيمة<sup>(١)</sup>.

بيد أن تحليلاً وظيفياً يأخذ مأخذ الجدل الغايات التي يمكن تحقيقها على نحو معقول عن طريق تنفيذ هذه التدابير<sup>(٢)</sup>. وفي حين يمكن القول: بأنها جميعاً تخدم الهدف النهائي المتمثل في تحقيق العدالة، من شأن تحليل وظيفي أقل تجريداً يميز بين الغايات الفورية والوسيلة والنهائية للتدابير أن يخلص إلى أنه يمكن تصور التدابير الأربعة على أنها تساعد في تحقيق هدفين وسيطين، ألا وهما، الاعتراف بالضحايا وتعزيز الثقة، وهدفين نهائيين، ألا وهما، المساهمة في المصالحة وتعزيز سيادة القانون. يعتبر تعزيز سيادة القانون أحد الغايات التي كثيراً ما تعزى إلى تدابير العدالة الانتقالية. وعلى سبيل التوضيح، استخدمت جميع لجان تقصي الحقائق عملياً حتى الآن المفهوم في الوقت نفسه بطريقة تفسيرية. إذ إن عدم احترام مبادئ سيادة القانون أحد العوامل التي تؤدي إلى انتهاكات الحقوق وكأحد مواضيع عملها هو تعزيز سيادة القانون<sup>(٣)</sup>. ويتفق

- 1- Pablo de Greiff, "Theorizing Transitional Justice", in *Transitional Justice: NOMOS LI*, Melissa S. Williams, Rosemary Nagy and Jon Elster, eds., (New York and London, NYU Press, 2012, pp.xiv-367
- 2- Pablo de Greiff, "Some thoughts on the development and present state of transitional justice", *Journal for Human Rights*, vol 5, No. 2 (2011).pp.1-5
- 3- See, for example, Security Council report entitled, "From Madness to Hope: The 12-year War in El Salvador: Report of the Commission on the Truth for El Salvador", S/25500, chapter V Truth and Reconciliation Commission, "Institutional Hearing: The Legal Community" in Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report (London, Macmillan Reference Limited, 1998), esp. vol. 4, chap. 4; Comisión de Verdad y Reconciliación of Peru, "Los factores que hicieron posible la violencia", vol. VIII, =

العلماء إلى حد كبير بشأن الأمرين كليهما: مركزية المفهوم وفائدة تدابير العدالة الانتقالية في الجهود الرامية إلى إعادة ترسيخ سيادة القانون، ومن ثم يعد سيادة القانون أحد الركائز التي تقوم عليها العدالة الانتقالية<sup>(١)</sup>. ودعم العدالة الانتقالية يساهم في تعزيز سيادة القانون، وذلك يستلزم شرطين اثنين. أولهما، من الواضح أن هذه التدابير لا تستطيع، لوحدها، أن تؤثر في بسط سيادة القانون أو استمرارها. فإضافة إلى الإرادة السياسية، يتطلب تجاوز تركت الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي مجموعة كاملة من التدخلات منها إصلاحات دستورية وقانونية واسعة، وبرامج إنمائية، وإعادة التوازن إلى التفاوتات الهيكلية، وتجاوز أنماط الاستبعاد والتهميش وما إليها التي ينبغي تنسيق تدابير العدالة الانتقالية معها<sup>(٢)</sup>. وثانيًا، أن مفهوم سيادة القانون الذي كثيراً ما قيل إن العدالة الانتقالية تساهم فيه ليس مفهوماً شكلياً محضاً، كما يتضح من كون العديد من البلدان التي نفذت فيها تدابير العدالة الانتقالية هي بلدان تعرف مستوى مقبولاً من سيادة القانون، بالمعنى الشكلي. فعلى سبيل المثال، تبنى تقريراً لجنتي الحقيقة والمصالحة في كل من شيلي وجنوب أفريقيا نبرة نقدية إزاء الفهم الشكلي لسيادة القانون الذي وجدته سائداً في بلديهما. وفي سياق تطبيق

---

=No. 2, in Informe Final (Lima, Comisión de Verdad y Reconciliación, 2003), esp. chap. 1, part 4

1- Ruti Teitel, "Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation", *Yale Law Journal*, vol. 106, No. 7 (1997), pp. 2009-2080

2- الأمم المتحدة، الجمعية العامة، مجلس حقوق الإنسان، الدورة الحادية والعشرون، البند ٣ من جدول الأعمال، تعزيز وحماية جميع حقوق الإنسان، المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بما في ذلك الحق في التنمية، تقرير المقرر الخاص (هابلودي غريف) المعني بتعزيز الحقيقة والعدالة والجبر وضمائمات عدم التكرار، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك ٢٠١٢، ص ١٧.

تدابير العدالة الانتقالية، ينبغي فهم سيادة القانون بطريقة تتسق مع فهم غايتها النهائية، ألا وهي تعزيز نظام اجتماعي عادل، وكذا مع الغايات الأكثر خصوصية التي تحدّد استناداً إليها تدابير العدالة الانتقالية، ومنها الاعتراف والثقة والمصالحة، وهي جميعها معنية بشكل حاسم بالظروف التي يمكن للأفراد في ظلها أن يعتبروا أنفسهم بمسوغات معقولة أصحاب حقوق ويمكنهم أن يستخدموا تلك الصفة لتقديم دعاوى في مواجهة آخرين، ولا سيما في مواجهة مؤسسات الدولة<sup>(١)</sup>. وقد طبقت تدابير العدالة الانتقالية في سياقها الأصلي عقب تغير النظام. لكنها كانت تعبيراً عن التزام النظام الخلف بسيادة القانون وفي الآن نفسه مساهمة في تعزيز هذا الالتزام. ولم يتم هذا فقط بتوزيع العقوبات الجنائية من خلال محاكمات عادلة إجرائياً عندما كان بالإمكان إجراؤها، وإنما عن طريق الجمع بين التدابير المذكورة. وكان المقصود من هذا الجمع إعطاء الأفراد أسباباً لاعتبار أنفسهم أصحاب حقوق لهم الحرية في تنظيم أنفسهم لفعل جملة أمور منها تقديم مطالبات وإثبات أن الانتهاكات التي تعرضوا لها لن تبقى دون عواقب. وتتجاوز سيادة القانون في شكلها العملي هنا كثيراً المفهوم القانوني المحض الذي يمكن اختزاله في الانتظام أو الاتساق في تطبيق القانون. فهي تشمل أيضاً الظروف التي تضمن في ظلها للأفراد مشاركة معقولة في عمليات سن القوانين التي يمكنهم من خلالها إعطاء محتوى لمفهوم العدالة<sup>(٢)</sup>. ومفهوم سيادة القانون ليس مجرد مفهوم شكلي. وينبغي فهم سيادة القانون بطريقة تتسجم مع فهم غايتها النهائية

1 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، مجلس حقوق الإنسان، الدورة الحادية والعشرون، البند ٣ من جدول الأعمال، تعزيز وحماية جميع حقوق الإنسان، المدنية والسياسية والاقتصادية، والاجتماعية والثقافية، بما في ذلك الحق في التنمية، تقرير المقرر الخاص (بابلوي غريف) المعني بتعزيز الحقيقة والعدالة والجبر وضمانات عدم التكرار، المرجع السابق، ص ١٧  
2- UN/A/HRC/21/ 469 August 2012,p.17



-ألا وهي النهوض بنظام اجتماعي عادل - وكذا مع الغايات الأكثر  
خصوصية التي تحدد تدابير العدالة الانتقالية بناء عليها، ومنها الاعتراف  
والثقة والمصالحة . والمقصود من هذا الجمع بين التدابير هو إعطاء الأفراد  
أسباباً لاعتبار أنفسهم أصحاب حقوق لهم الحرية في تنظيم أنفسهم  
لتقديم مطالبات وإثبات أن الانتهاكات التي تعرضوا لها لن تبقى دون  
عواقب . كما تلعب دوراً تحفيزياً قوياً في عملية تنظيم المجتمع المدني :

ويشمل مفهوم سيادة القانون أيضاً الظروف التي تضمن في ظلها للأفراد مشاركة معقولة في عمليات سن القوانين التي يمكنهم من خلالها إعطاء مضمون لمفهوم العدالة<sup>(١)</sup>. لضمان المساءلة، وخدمة العدالة، وتحقيق المصالحة، تقوم الأمم المتحدة بدعم العمليات والآليات التي تتصدى للإرث الذي خلفته الانتهاكات السابقة الواسعة النطاق في البلدان. وهذه يمكن أن تشمل آليات قضائية وغير قضائية، ومحاكمات فردية، وتعيوضات، وعمليات للبحث عن الحقيقة، وإصلاحات موسسية، أو مزيج من هذه العناصر. وساعد الوجود الميداني للأمم المتحدة في الآونة الأخيرة هذه المبادرات في أوغندا وبوروندي وتوجو وجمهورية الكونغو الديمقراطية وسيراليون والصومال وجواتيمالا وغينيا-بيساو وكينيا وليبيريا ونيبال. وفي نيبال، قامت الأمم المتحدة بدعم الحكومة في إجراء مشاورات بشأن مشروع قانون لإنشاء لجنة للحقيقة والمصالحة. وفي توجو، أنشأ مرسوم رئاسي في أيار/ مايو ٢٠٠٩ لجنة الحقيقة والمصالحة نتيجة لعملية تشاورية وطنية بدعم من الأمم المتحدة. وبدأت في الآونة الأخيرة مشاورات تدعمها المنظمة بشأن آليات العدالة الانتقالية المرتقبة في بوروندي. ودعت قيادة الأمم المتحدة في غينيا-بيساو إلى تقديم دعم إلى لجنة التحقيق في اغتيال الرئيس الراحل ورئيس أركان الجيش. وبدأت لجنة بوتو في باكستان تحقيقاتها في ١ تموز/ يوليه

1- UN/A/HRC/21/ 46\9 August 2012,p.24

٢٠٠٩. وفي كثير من البلدان، تتضمن النتائج أن آليات العدالة الانتقالية تغطي الجرائم التي تُرتكب ضد الأطفال، وتستجيب لاحتياجاتهم بوصفهم ضحايا، وتمنحهم صوتاً في العملية تمشياً مع تحقيق مصالحهم على أفضل وجه<sup>(١)</sup>. وتواصل الأمم المتحدة انتهاج سياسة طويلة الأمد في معارضة العفو عن جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية والإبادة الجماعية وغيرها من الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي. وتحدد أدوات سيادة القانون للدول المارة بمرحلة ما بعد النزاع: حالات العفو، التي نشرتها مؤخراً مفوضية حقوق الإنسان<sup>(٢)</sup>.

1 - وتقدم الأمم المتحدة المساعدة في مجال سيادة القانون في أكثر من ١٥٠ دولة من الدول الأعضاء بما يشمل جميع مناطق العالم. وتنفذ هذه الأنشطة في جميع السياقات، بما في ذلك سياقات التنمية، والأوضاع الهشة، والنزاعات، وبناء السلام. وهناك ثلاثة كيانات أو أكثر من كيانات الأمم المتحدة منخرطة الأنشطة المتصلة بسيادة القانون في ٧٠ بلداً على الأقل، وخمسة كيانات أو أكثر في ما يزيد عن ٣٥ بلداً. وتشير كل الدلائل إلى الاتجاه نحو تعزيز المبادرات المشتركة والشاملة للكيانات التنفيذية الرئيسية في مجال سيادة القانون، ولا سيما في حالات النزاع ومع بعد النزاع، حيث ثمة ١٧ عملية من عمليات حفظ السلام تشمل ولاياتها عنصر تعزيز سيادة القانون. غير أن الأمم المتحدة ما زالت تواجه تحديات مرتبطة بفعالية المساعدة التي تقدمها في مجال سيادة القانون. وتشمل هذه التحديات الحاجة إلى تعزيز الإرادة السياسية والقيادة اللازمة لجعل سيادة القانون ضمن الأولويات الوطنية، والدفع بجهود الإصلاح إلى الأمام، وغياب التنسيق عموماً بين الجهات الفاعلة المعنية على الصعيدين الوطني والدولي. ومن الضروري مواجهة هذه التحديات من أجل سد الفجوة بين القواعد والمعايير الدولية من جهة، وتنفيذها بفعالية على الصعيد الوطني من جهة أخرى. راجع

-UN/A/66/13/8 August 2011 p.3,4

2 - لقد دأبت هيئات الأمم المتحدة ومسؤولوها وخبرائها على إدانة تدابير العفو التي تعفو عن جرائم الحرب والإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية أو الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، كحالات الإعدام=

خارج القضاء أو بإجراءات موجزة أو تعسفاً، والتعذيب وما يماثله من معاملة قاسية أو لا إنسانية أو مهينة، والاسترقاق، وحالات الاختفاء القسري، بما في ذلك عندما تتعلق تلك الانتهاكات بجنس معين. وسياسة الأمم المتحدة فيما يتعلق بتدابير العفو هي نتيجة منطقية للمبادئ التي تم التأكيد عليها مراراً في منظومة الأمم المتحدة، وهي أن الدول يجب أن (أ) تضمن تقديم المسؤولين عن الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان والقانون الإنساني إلى العدالة و(ب) تكفل للمضحايا الحق في سبيل انتصاف فعال، بما في ذلك الجبر وللأمم المتحدة بموجبها مبادئ تقضي طائفة واسعة من السياسات والمبادئ في هذا المجال، فضلاً عن التطورات الأخيرة في القوانين والممارسة الدولية على النحو الملخص في الفرع التالي. فأولاً، المبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي التي اعتمدها الجمعية العامة في عام ٢٠٠٥، والتي تعكس الالتزامات القائمة بموجب القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي، تنص على أنه: في حالات الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي التي تشكل جرائم بموجب القانون الدولي أي "جرائم الحرب" يقع على الدول واجب التحقيق فيها وواجب محاكمة الأشخاص الذين يزعم أنهم ارتكبوا هذه الانتهاكات في حال توفر أدلة كافية ضدهم، وواجب إنزال العقوبة بالجناة في حال إدانتهم. كما أن المبدأ ١٩ من المجموعة المستوفاة من المبادئ المتعلقة بحماية حقوق الإنسان وتعزيزها من خلال اتخاذ إجراءات لمكافحة الإفلات من العقاب، والتي أحاطت بها لجنة حقوق الإنسان للأمم المتحدة علماً مع التقدير في عام ٢٠٠٥ يؤكد أساساً القاعدة نفسها: يتعين على الدول أن تجري تحقيقات فورية وكاملة ومستقلة وبمحايدة في انتهاكات حقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي وتتخذ تدابير مناسبة ضد مرتكبي هذه الانتهاكات، ولا سيما في مجال القضاء الجنائي، من خلال ضمان ملاحقة الأشخاص المسؤولين عن الجرائم الجسيمة بموجب القانون الدولي ومحاكمتهم وفرض عقوبات مناسبة عليهم وفيما يتعلق بتطبيق هذا المبدأ على تدابير العفو، ينص المبدأ ٢٤ على أنه: "لا يخرج العفو، وغيره من تدابير الرأفة، عندما يكون الغرض منها تهيئة الظروف المواتية لاتفاق سلم"

## خامساً: دور الأمم المتحدة في نشر ثقافة الشرعية

يعيش معظم فقراء العالم - مع تهميش حياتهم اليومية - في ظل انتهاكات واسعة النطاق لحقوقهم مع الإفلات من العقاب<sup>(١)</sup>. وتشير بعض التقديرات إلى أن أكثر من ٤ ملايين من فقراء العالم مستبعدون من سيادة القانون. ويقتضي الالتزام بسيادة القانون توفر ثقافة الشرعية، و التمكين القانوني للتصدي لهذا الاستبعاد لكي يعرف جميع الأشخاص حقوقهم واستحقاقاتهم ويكون بإمكانهم السعي لحمايتهم. وعلى نحو متزايد، تساعد الجهود التي تبذلها الأمم المتحدة الأفراد والمجتمعات المحلية، ولا سيما الفئات الأكثر فقراً وتهميشاً، والأفراد والمجتمعات المتضررة من الصراعات والأزمات، في الحصول على الحماية القانونية، وفي حل الصراعات بالطرق السلمية، والاستجابة للاحتياجات والشواغل الأمنية<sup>(٢)</sup>. وتشكل المساعدة القانونية وشبه القانونية مجالاً

---

= أو تيسير المصالحة الوطنية، عن الحدود التالية: لاتفاق سلم أو تيسير المصالحة الوطنية، عن الحدود التالية: (أ) لا يجوز لمرتكبي الجرائم الجسيمة بموجب القانون الدولي الاستفادة من مثل هذه التدابير إلى أن تفي الدولة بالالتزامات الواردة في المبدأ ١٩ أو يكون مرتكبو الجرائم قد حوكموا أمام محكمة لها اختصاص - سواء كان دولياً أو مدّاً ولا أو وطنياً - خارج الدولة المعنية... راجع، الأمم المتحدة، مفوضية حقوق الإنسان، أدوات سيادة القانون لدول ما بعد الصراع: تدابير العفو، نيويورك/جنيف ٢٠٠٩، مرجع سابق، ص ٢٨.

- 1 - الأمم المتحدة، مجلس حقوق الإنسان، الدورة الرابعة والعشرون، البندين ٢ و٣ من جدول الأعمال، التقرير السنوي لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، وتقارير المفوضية السامية والأمين العام، تعزيز وحماية جميع حقوق الإنسان، المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بما في ذلك الحق في التنمية، صادر ٦ أغسطس ٢٠١٣، ص ٤
- 2 - وبالتالي ننبه على أن أي نهج مجزأ في إقامة سيادة القانون والعدالة الانتقالية لن يثمر نتائج مرضية في بلد مزقه الحرب أو نهشت فيه الفظائع. ولكي تتسم استراتيجيات سيادة القانون والعدالة بالفعالية ينبغي أن تكون شاملة تشارك في إطارها جميع مؤسسات قطاع العدالة، سواء أكانت رسمية أو

من المجالات التي تتلقى دعماً متزايداً من الأمم المتحدة حيث توجد مبادرات اضطلع بها مؤخراً في أكثر من ٢٥ بلداً وعلى المستوى الإقليمي في غرب أفريقيا . وتشمل المساعدات المقدمة التمثيل القانوني في القضايا الجنائية للضحايا والشهود ومن يدعى ارتكابهم الجرائم ، فضلاً عن تقديم مساعدات من أجل حماية الاستحقاقات من قبيل حقوق الملكية (١) . وفي عام ٢٠٠٨ ، أنشئ ١٤ مركزاً لتقديم مساعدات في مجال الحماية على مستوى المحافظات في العراق وقدمت خدمات المساعدة القانونية لأكثر من ٣٠٠٠٠ شخص ، ٣٨ في المائة منهم من النساء . وأدت الجهود

=غير حكومية، في وضع وتنفيذ خطة استراتيجية واحدة للقطاع تحت سيطرة وقيادة وطنيتين. وينبغي أن تشمل هذه الاستراتيجيات إيلاء الاهتمام لمعايير العدالة، والقوانين التي تنظمها، والمؤسسات التي تنفذها والآليات التي ترصدها، والمواطنين الذين يجب أن يستفيدوا منها. راجع:

- UN\S/2004/616\23 August 2004\p.12

وقد تمثل أحد الإنجازات الرئيسية الأولى للأمم المتحدة المشكلة حديثاً آنذا في صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠ كانون لأول/ديسمبر ١٩٤٨. وما زال هذا الصك القوي يمارس تأثيراً هائلاً على حياة الناس في جميع أرجاء العالم. فقد آنت هذه هي المرة الأولى في التاريخ التي تقوم فيها منظمة دولية باعتماد وثيقة تعتبر ذات قيمة عالمية. أما آنت هي المرة الأولى أيضاً التي عُرضت فيها حقوق الإنسان والحريات الأساسية يمثل هذا التفصيل.

1- يوفر التوجيه على نطاق المنظومة بشأن نهج الأمم المتحدة في تقديم المساعدة في مجال سيادة القانون توجيهها عاما للسياسات صوب مزيد من الاتساق في استخدام التقييمات المشتركة، ومشاركة كيانات الأمم المتحدة في وضع الاستراتيجيات والبرامج في مجال سيادة القانون، التي تشكل أساس القيادة الهادفة التي يضطلع بها أصحاب المصلحة الوطنيون . وتتخذ كيانات الأمم المتحدة نهجاً يتسم بطابع أكبر من الشمولية والا استراتيجية تجاه سيادة القانون على الصعيد القطري، ينطوي على تخطيط البرامج وتنفيذها بشكل مشترك . ومن الأمور الهامة أيضاً تحقيق التنسيق الفعال وشراكات قوية مع أصحاب المصلحة الآخرين راجع .

- UN\ A/64/ 298\ 17 August 2009\p.17

المبدولة مؤخراً في دارفور بالسودان وفي سري لانكا والصومال إلى توفير التمثيل القانوني لضحايا العنف الجنساني، والتثقيف القانوني، والخدمات القانونية، للمشردين داخلياً<sup>(١)</sup>. وهناك نهج تكميلي اتبعته

1 - تنص المعايير الدولية على توفير الحماية القانونية من العنف لجميع الأشخاص دون تمييز. ومبدأ المساواة وعدم التمييز بالاستناد إلى مجموعة أسس، منها الجنس أو أي أساس آخر، مكرس في أحكام مماثلة في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وتنص المواد ٧ و٩ و١٠ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على الحق في السلامة الجسدية والعقلية وعلى حق الفرد في الحرية والأمان على شخصه. وقد أقرت اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في تعليقها العام رقم ١٦ المتعلق بالمساواة بين الرجل والمرأة في حق التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بأن العنف القائم على أساس نوع الجنس ضرب من التمييز الذي يحول دون القدرة على المساواة في التمتع بالحقوق والحريات، بما في ذلك الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ودعت الدول الأطراف إلى اتخاذ التدابير الملائمة للقضاء على العنف ضد الرجال والنساء وإلى بذل العناية الواجبة لمنع أفعال العنف التي ترتكبها ضدهم جهات خاصة والتحقيق فيها والتوسط بشأنها ومعالجة مرتكبيها ضحاياها واعترافاً بطابع العنف القائم على أساس نوع الجنس، يتضمن القانون الدولي قواعد تحظر العنف ضد المرأة في سياقات مختلفة سواء داخل الأسرة أم على مستوى المجتمع المحلي والدولة. وتنص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على توفير حماية خاصة للنساء والفتيات من التمييز. وأشارت اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة في تعليقها العام رقم ١٩ إلى أن الدول عندما تصدق على الاتفاقية فإنها تتعهد بالتزامات قانونية لمنع العنف ضد المرأة والقضاء عليه، وأوضحت اللجنة أن العنف القائم على أساس نوع الجنس الذي يعوق أو يبطل تمتع المرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية بموجب القانون الدولي العام أو اتفاقيات حقوق الإنسان والحريات الأساسية بموجب المادة ١ من الاتفاقية. زاجع الأمم المتحدة، الجمعية العامة، مجلس حقوق الإنسان، الدورة العشرون البنودان ٢ و٣ من جدول الأعمال، التقرير السنوي لمفوضة الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، وتقارير المفوضية السامية والأمين العام، تعزيز وحماية جميع حقوق الإنسان، المدنية=

الأمم المتحدة يتمثل في دعم دعاوى التقاضي للمصلحة العامة لتحقيق أثر اجتماعي أوسع نطاقاً لصالح الفئات المهمشة والمجتمعات المحلية الضعيفة. ويستعرض منشور صدر مؤخراً بعنوان العدالة للفقراء حالة دعاوى التقاضي للمصلحة العامة من أجل إعمال حقوق المجتمعات المحلية الفقيرة باستخدام أمثلة من جنوب أفريقيا وكينيا والهند. وتنمية قدرة المجتمع المدني على المساعدة في الحد من التعسف في استعمال السلطة والتفوذ وانتشار الفساد، ورصد وتقييم الإصلاح الزراعي ونظم سجلات الأراضي، وتحسين تقديم خدمات الأمن والعدالة، ما زالت جميعها تشكل أحد الأهداف الرئيسية لتقديم المساعدة. وفي كثير من المجتمعات المتضررة من النزاع، تشجع المنظمة إجراء مناقشات في المجتمع المدني بشأن الجهود المبذولة لإصلاح مؤسسات الأمن والعدالة، لكفالة أن تعكس السياسة العامة حواراً يتسم بالشفافية والتعددية بين السلطات والمجتمعات المحلية التي تقوم على خدمتها<sup>(١)</sup>.

---

=والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بما في ذلك الحق في التنمية دراسة مواضيعية بشأن مسألة العنف ضد النساء والفتيات والإعاقة تقرير مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، ٣٠ مارس ٢٠١٢، ص ٤،٣

1 - وعندما تنتهي حالة الصراع أو القمع، يتعين أن تشجع الإصلاحات عودة عقلية شرطة زمن السلم وإدراك أن واجب ضابط الشرطة هو التصرف بمهنية عالية للحفاظ على سيادة القانون واحترام حقوق الإنسان. غير أن استرجاع مثل هذه العقلية ليس بالشيء الهين. وحتى لو تم قطع العلاقات الداخلية المعقدة بين أنظمة شرطة الدولة وأجهزة الأمن الأخرى، فإنه من المحتمل جداً أن تصطدم الإصلاحات بمقاومة داخل الجهاز نفسه من لدن الضباط والمسؤولين الذين يخشون فقدان السلطة ويستأثرون من عواقبها ويرفضون الحاجة إلى أي مراقبة أو تدخل خارجي. لذا، فإن بناء قوات شرطة تتميز بالاحترافية وعدم التمييز وتسير نفسها بنفسها في إطار من النزاهة يستلزم إتباع منهج شامل تجاه الإصلاح المؤسساتي (مثلاً الإصلاح الذي يخص التوظيف، وإعادة التدريب، وإعادة الهيكلة، والتدبير/كتابة=

## سادساً: دور الأمم المتحدة في دعم الحماية القانونية

تواصل المنظمة تحديد ومعالجة المجالات الفائقة الأهمية المتعلقة بالالتزام بسيادة القانون، بما يكفل توازن الدعم الذي تقدمه واستجابته لاحتياجات الدول الأعضاء. وفي بعض هذه المجالات، تم اتخاذ إجراءات، في حين ما زالت هناك مجالات أخرى تتطلب بذل المزيد من الجهود المتضافرة. ويلزم إطلاع الدول الأعضاء على ما نواجهه من تحديات في توفير المساعدات في مجال سيادة القانون على الصعيد الوطني لتوجيه الانتباه من أجل التصدي لها. تشكل المشاركة المبكرة والمناسبة في مجال سيادة القانون حجر الزاوية للتدخل المتسق والاستراتيجي والنجاح على الأجل الطويل في البلدان المتضررة من النزاع المسلح. ومن خلال اتباع نهج متتابع يلبي الاحتياجات الملحة المتعلقة بالحماية القانونية مع القيام في الوقت ذاته بوضع أساس الإصلاحات الطويلة الأجل في مجال العدالة تهدف المساعدة المقدمة من الأمم المتحدة في مجال سيادة القانون إلى تمكين المجتمعات المحلية واستعادة الثقة تدريجياً في سيادة القانون في صفوف المشردين والفقهاء المستهدفة<sup>(١)</sup>. تشير كثير من الأدلة إلى أن

---

=التقارير وتدابير المراقبة). وقد كانت خطة إصلاح الشرطة المتكونة من ثلاث نقاط، والتي أعدتها قوات حفظ السلام الدولية في البوسنة تهدف إلى: (١) إعادة هيكلة شرطة ما بعد الحكم الشيوعي وما بعد النظام شبه العسكري، (٢) الإصلاح بتطبيق إجراءات جديدة في التدريب والاختيار ومنع الشهادات، (٣) اتباع أسلوب ديمقراطي من خلال إنشاء قوات شرطة لا تخضع للأمور السياسية، ونزوية، وقابلة للمحاسبة، ومتعددة الإثنيات، وتؤمن بمبادئ شرطة المجموعة. راجع المركز الدولي للعدالة الانتقالية: العدالة الانتقالية: فحص الموظفين وإصلاح الشرطة والمؤسسات الفاسدة، على موقعه الإلكتروني.

1 - من المسلم به على نحو متزايد أن التشريد الداخلي الذي يمس نحو ٢٥ مليون نسمة، في مختلف أنحاء العالم، يعد أبرز ظاهرة مأسوية يشهدها العالم المعاصر. وكثيراً ما يكون التشريد نتيجة معاناة بالغة جراء صراعات عنيفة =



وأنتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان وعوامل ذات صلة يغلب عليها طابع التمييز، ومن ثم يكاد يفضي دائماً إلى خلق ظروف بالغة الشدة والإيلام للسكان المتضررين. فيؤدي إلى تفريق الأسر وتمزيق الروابط الاجتماعية والثقافية والقضاء على علاقات التوظيف المستقرة، وإضاعة الفرص التعليمية، وحرمان الناس من الضرورات الحيوية مثل الغذاء والماء والدواء، وتعريض الأبرياء لأعمال العنف من قبيل الاعتداء على المخيمات والخطف والاختصاب. وسواء تجمع المشردون داخلياً في مخيمات، أو فروا إلى الأرياف ابتعاداً عن مصادر الاضطهاد والعنف المحتملة، أو اندسوا في مجتمعات الفقراء والمعوزين مثلهم، يظلون أشد السكان عرضة للتأثر وأكثرهم حاجة للحماية والمساعدة. وفي السنوات الأخيرة، ازداد وعي المجتمع الدولي لمحنة المشردين داخلياً، ويتخذ حالياً خطوات لتلبية احتياجاتهم. وفي عام ١٩٩٢، عين الأمين العام للأمم المتحدة، بناء على طلب لجنة حقوق الإنسان، ممثلاً بشأن المشردين داخلياً لدراسة أسباب وعواقب التشريد الداخلي، ومركز المشردين داخلياً في القانون الدولي، ومدى الاهتمام بأوضاع المشردين في إطار الترتيبات المؤسسية الدولية القائمة وطرق تحسين الحماية والمساعدة المقدمة لهم، بما في ذلك طريق الحوار مع الحكومات والأطراف الأخرى ذات الصلة. وتبعاً لذلك، وجه ممثل الأمين العام جُلَّ أنشطة ولايته نحو استحداث أطر معيارية ومؤسسية ملائمة لحماية ومساعدة المشردين داخلياً، وتنظيم بعثات قطرية في نطاق حوار متواصل مع الحكومات وغيرها من الأطراف المعنية، والترويج لتحقيق استجابة دولية منهجية لمحنة المشردين داخلياً. ومنذ أن لفتت الأمم المتحدة أنظار المجتمع الدولي أول مرة إلى أزمة التشريد الداخلي، عمد كثير من المنظمات الحكومية الدولية والمنظمات غير الحكومية إلى توسيع حدود ولايتها أو نطاق أنشطتها لتناول احتياجات المشردين داخلياً بصورة أكثر فعالية. وأصبحت الحكومات أكثر استجابة بعد أن أدركت مسؤوليتها الأولية عن حماية ومساعدة السكان المتضررين الخاضعين لسيطرتها؛ وغدت في الحالات التي يتعذر فيها الاضطلاع بهذه المسؤولية، لعدم توافر الإمكانيات، أقل عزوفاً عن طلب المساعدة من المجتمع الدولي. ومن ناحية أخرى، فمن الصحيح القول إن المجتمع الدولي، وإن يكن أكثر نزوعاً للاستجابة الفعالة لظاهرة التشريد الداخلي، على الصعيدين المعياري والمؤسسي، فإنه أقل تهيؤاً للاضطلاع بهذه المهمة. راجع مبادئ توجيهية بشأن التشريد الداخلي، الصادر عن الأمم المتحدة ١٩٩٨، على موقعها

مخيمات والمشردين داخلياً هي في كثير من الأحيان ميادين رئيسية، وأن هذه الأماكن تزداد معدلات تجنيد الأطفال المحاربين، ويمكن ملائم للاحتشاد، وتمثل الجماعات المسلحة عاملاً حاسماً للتصدي وحمايتها<sup>(١)</sup>.

وتعمل الأمم المتحدة على دعم الحماية القانونية وتدعيم سيادة القانون من خلال نبذ العنف القائم على أساس نوع الجنس، وكما تضمن القانون الدولي قواعد تحظر العنف ضد المرأة في سياقات مختلفة سواء داخل الأسرة أم على مستوي المجتمع المحلي والدولة. وتنص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على توفير حماية خاصة للنساء والفتيات من التمييز. وأشارت اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة في تعليقها العام رقم ١٩ إلى أن الدول عندما تصدق على الاتفاقية فإنها تتعهد بالتزامات قانونية لمنع العنف ضد المرأة والقضاء عليه، وأوضحت اللجنة أن العنف القائم على أساس نوع الجنس الذي يعوق أو يبطل تمتع المرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية بموجب القانون الدولي العام أو اتفاقيات حقوق الإنسان<sup>(٢)</sup>. وتعمل المنظمة على تطوير خبرتها الداخلية من خلال التدريب، وكذلك عن طريق الشراكة مع الآخرين لتوفير أفرقة احتياطية من الخبراء والاحتفاظ بقوائم تضم أسماء خبراء قادرين على تلبية الاحتياجات الملحة في مجال سيادة القانون، بما في ذلك الاحتياجات التي ظهرت مؤخراً في المؤسسات الأمنية. وأسفر نشر القدرات الشرطة الدائمة في البعثات في جمهورية الكونغو الديمقراطية وغينيا - بيساو وليبيريا، عن استحداث نهج

- 1- Vera Achvarina and Simon F. Reich. "No Place to Hide: Refugees, Displaced Persons, and .the Recruitment of Child Soldiers." International Security, vol. 31, No. 1 (Summer 2006), pp. 127-164
- 2- A/HRC/20/5\30 March 2012\p.5

استراتيجية جديدة لدعم السلطات الوطنية . وفيما تُحسن نشر قوات الشرطة تحسناً كبيراً، لا يزال نشر الخبراء في مجال العدالة والإجراءات الإصلاحية متخلفاً بشكل خطير. وبالتالي فإن الفرص البالغة الأهمية لإقامة شراكات مجدية مع الأطراف الوطنية الفاعلة، والنهج الاستراتيجية الجيدة التنسيق لدعم العدالة الجنائية، كثيراً ما تضيع في مرحلة بدء عمليات السلام. إلا أن التحدي الأكبر أمام الحماية قد يكمن في التنفيذ الفعلي لآليات الحماية القانونية الدولية والإقليمية. وفي بعض الدول، فإنه من اللازم إدخال الالتزامات العرفية وتلك المنصوص عليها في المعاهدات إلى القانون الوطني قبل تطبيقها على المستوى الوطني. وفي حالة أخفقت الدول في تلبية التزامات إزاء الحماية الدولية، فإن هناك فرصاً محدودة لتعويض المتضررين. وحيث تملك العديد من اتفاقيات حقوق الإنسان آليات للمراجعة وتقديم الشكاوى، تتسم هذه الآليات ببطء العمل ويمكن أن تكون لها نتائج، يُذهب تأخيرها بأهميتها لدى الشاكي. وهناك غياب واضح لأي إجراءات مماثلة وفقاً لأدوات الحماية الخاصة باللاجئين. وتمثل خبرة النزوح في شمال أفريقيا فرصة لمراعاة الكيفية التي يمكن بها تعزيز آليات الحماية الدولية والإقليمية لضمان عدم تقويض حدود النطاق والتنفيذ لأهداف الحماية الكلية التي جاءت هذه الآليات من أجلها.<sup>(١)</sup>  
سابعاً: دور الأمم المتحدة في إصلاح المؤسسات العقابية.

وافقت الأمم المتحدة، منذ عام ١٩٥٧، على مجموعة واسعة من الاتفاقيات والإعلانات والمبادئ التي تحتوي على إشارات إلى معاملة السجناء، يتناول البعض منها قضايا ذات صلة لم ينظر فيها عندما أقرت القواعد لأول مرة؛ ويوضح البعض الآخر ويوسع مبادئ عامة واردة في القواعد؛ فيما تشير أخرى إلى الموظفين المعننين، بعدة سبل، بالأشخاص

1- راجع تماراً وود أطر عمل الحماية القانونية، منشور في نشرة الهجرة القسرية

١٩، ص ٢ أو الموقع التالي:

<http://www.fmreview.org/ar/north-africa/wood.pd>

عجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ٢٠١٧ المجلد الرابع (١٢٢)

المحرورين من حريتهم فعلى سبيل المثال، اعتمدت الجمعية العامة، في قرارها ١١١١/٤٥ المؤرخ ١٤ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٠، المبادئ الأساسية لمعاملة السجناء. وتوضح تلك المبادئ الأساس الذي تستند إليه القواعد، بغية تسهيل تنفيذها على نحو كامل. ومنذ عام ٢٠١٠، سدت قواعد معاملة السجناء والتدابير غير الاحتجازية للمجرمات - قواعد بانكوك - الفجوة فيما يتعلق بمعاملة السجناء (١). وتجدر الإشارة إلى أنه في عام ١٩٨٤ اعتمد المجلس الاقتصادي والاجتماعي، في قراره ٧٤/١٩٨٤ إجراءات التنفيذ الفعال للقواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء، استجابة لتحديات ترجمة القواعد إلى أحكام وممارسات على الصعيد الوطني. وتضمنت الإجراءات أحكاماً تشجع الدول الأعضاء على إضفاء الطابع المؤسسي على القواعد في نظامها الخاص. وبغية التحقق من التقدم المحرز في تنفيذ القواعد، دعت الدول الأعضاء أيضاً إلى إبلاغ الأمين العام كل خمس سنوات بمدى تطبيق القواعد وبأية صعوبات صودفت في تنفيذها. وقدمت هذه المعلومات رداً على استبيانات كانت الأساس لحمسة استقصاءات أجريت في الفترة من عام ١٩٧٠ إلى عام ١٩٩٠ (٢).

وهناك أيضاً ترتيبات للرصد المستقل لمعاملة المحتجزين. ففي عام ٢٠٠٢، اعتمدت الأمم المتحدة البروتوكول الاختياري لاتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة. ودخل البروتوكول حيز النفاذ في عام ٢٠٠٦، وأرسى نظاماً

---

1- قرار الجمعية العامة ١٦٥. ٢٢٩. المؤرخ ٢١ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٠.

2- انظر أيضاً قرار الجمعية العامة ٢٨٥٨ (د-٢٦) (بتاريخ ٢٠ كانون الأول/ديسمبر ١٩٧١، الذي تسترعي فيه الجمعية انتباه الدول الأعضاء إلى القواعد وتوصي بتنفيذها الفعال في إدارة المؤسسات العقابية والإصلاحية.

للزيارات المنتظمة إلى أماكن الاحتجاز من جانب اللجنة الفرعية لمنع التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، التابعة للجنة مناهضة التعذيب، تكمله زيارات منتظمة ومستمرة تجريها مجموعات تفتيش مستقلة وطنية. حتى ٩ شباط/فبراير ٢٠١٢، تلقت الأمانة ٣٣ رداً على المذكرة الشفوية المؤرخة ٨ آذار/ مارس ٢٠١١ وعلى التذكير اللاحق لها بشأن طلب معلومات عن المسألة المثارة الفقرة ١٠ من منطوق قرار الجمعية العامة ٦٥/٢٣٠١ (١). وأبلغت البلدان عديدة عن تشريعاتها الوطنية الخاصة وأفضل ممارساتها بشأن عمليات معاملة السجناء (١).

1 - طلبت الجمعية العامة، في الفقرة ١٠ من منطوق قرارها ٦٥/٢٣٠١ المؤرخ ٢١ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٠، والمعنون "مؤتمر الأمم المتحدة الثاني عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية"، إلى لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية أن تنشئ فريق خبراء حكومياً دولياً مفتوح العضوية لتبادل المعلومات عن أفضل الممارسات، وكذلك التشريعات الوطنية والقانون الدولي الساري، وعن تنقيح قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء لتضمينها آخر ما تم التوصل إليه في مجال علم الإصلاح وأفضل الممارسات بغية تقديم توصيات إلى اللجنة بشأن الخطوات التي يمكن اتخاذها لاحقاً

2 - من هذه الدول ما يلي: الأرجنتين، والأردن، وإستونيا، وإسرائيل، وإكوادور، وألمانيا، والإمارات العربية المتحدة، وأوكرانيا، وإيطاليا، والبحرين، والبرازيل، وبلجيكا، وتايلند، وجنوب أفريقيا، والدمرك، ورومانيا، والسلفادور، وسويسرا، وشيلي، والصين، وغواتيمالا، والفلبين، وفنلندا، وكندا، ولبنان، ومصر، والمكسيك، والمملكة المتحدة، وموريشيوس، والنمسا، ونيوزيلندا، والولايات المتحدة الأمريكية، واليابان، راجع: الأمم المتحدة، لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية، الدووة الحادية والعشرون، فيينا ٢٣ - ٢٧ نيسان/أبريل ٢٠١٢، البند ٨ من جدول الأعمال المؤقت، استخدام وتطبيق معايير الأمم المتحدة وقواعدها في مجال منع الجريمة والعدالة الجنائية، جتماع فريق الخبراء المعني بالقواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء، ص ٦

ولم يعلق كثير من البلدان على تنقيح قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء القائمة لكي تجسد التطورات الأخيرة في مجال العلوم الإصلاحية وأفضل الممارسات. وأبدت الدانمرك، لدى الإبلاغ عن سياساتها المتعلقة بالسجون، تعليقات مؤداها أن قانونها الوطني فاق أحكام بعض القواعد. فعلى سبيل المثال، فيما يخص القاعدة ٨ (د)، اقترحت الدانمرك أن تُستبدل صيغتها بتلك الواردة في المادة ٣٧ (ج) من اتفاقية حقوق الطفل. وذكرت فنلندا أن القواعد المتقدمة تقادماً واضحاً هي وحدها التي يلزم تنقيحها، وأن إجراء تقييم سيحدد المجالات التي تتطلب أحكاماً جديدة تماماً. وأعربت أيضاً عن قلقها من أن وضع اتفاقية دولية ملزمة جديدة قد يؤدي إلى خفض مستوى القواعد الحالية (١). وأبدت جنوب أفريقيا تأييدها لنهج يركز على تعديلات مستهدفة على القواعد مثل: المصطلحات والحماية الإضافية للفئات الضعيفة، لكنها عارضت توسيع نطاق تعريف السجناء ليشمل جميع المحتجزين. وأشارت الولايات المتحدة الأمريكية إلى أن القواعد ينبغي أن تراعي مسألة النساء في السجون، وأن تشير، كحد أدنى، إلى قواعد بانكوك. واعتُبر أن القواعد متقدمة على نحو لافت للانتباه. وأشارت بلدان مبلغة عديدة، من بينها: جنوب أفريقيا والصين وفنلندا والمكسيك والمملكة المتحدة وموريشيوس والنمسا ونيوزيلندا واليابان، إلى أن تشريعاتها الوطنية بشأن معاملة السجناء تستند إلى القواعد أو تأثرت بها تأثيراً كبيراً، ومع ذلك، فإن المشاكل المستمرة في تطبيق الأحكام الوطنية ترجع أساساً إلى الاكتظاظ المزمّن في كثير من السجون وعدم كفاية البنى التحتية في السجون. ما لاشك أن هناك ممارسات دولية جيدة في هذا الصدد (٢).

1 - المرجع السابق، ص ٦.

2 - ومن بين الممارسات الوطنية الجيدة المبيّنة في الردود:

- = أفادت الأرجنتين بأن الاحتفاظ في إدارة السجون الاتحادية تم التغلب عليه بنجاح بنهاية عام ٢٠٠٧ من خلال تطوير معايير للمساحات المخصصة، مع مراعاة مؤشرات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، وتوزيع السجناء على نحو أفضل.

- وتولي النمسا اهتمامًا خاصًا لإمكانية عمل السجناء، وأفادت بوجود نحو ٥٠ فئة عمل مختلفة في سجونها.

- واستحدثت بلجيكا السماح بالزيارات العائلية المنتظمة لجميع السجناء، مع التركيز بصورة خاصة على تعزيز الأواصر بين الأبوين وأطفالهما وأشارت إستونيا إلى وحدة إعادة تأهيل متعاطي المخدرات في سجن تارتو، والتعاون مع المنظمة غير الحكومية كونفيكتوس إستونيا لأغراض أنشطة العمل الجماعي بشأن تعاطي المخدرات وفيروس نقص المناعة البشرية/ الأيدز. وعلى وجه الخصوص، أسفرت ممارسة اختبار فيروس نقص المناعة البشرية والمساعدات الطبية المتاحة للمرضى المصابين بذلك الفيروس في السجون عن حصول سجن تارتو على جائزة أفضل الممارسات التي تمنحها منظمة الصحة العالمية لعام ٢٠٠٣.

- ولدى ألمانيا برنامج معزز للتعليم الإلكتروني في السجون عاد بفائدة كبيرة على العدد الكبير غير المتناسب من السجناء الذين يعانون من قصور في تعليمهم، وخاصة أنه يس مع بوتيرة فردية للتعليم. وفي غواتيمالا، تم تحديد وتسجيل السجناء المسنين تسجيلًا سليمًا بغية توفير رعاية خاصة لهم بما يستجيب لمتطلباتهم الصحية.

- وفي إسرائيل، أعلنت المحكمة العليا في عام ٢٠٠٧ أن الدولة مطالبة بأن توفر سريرا لكل سجين في السجون الإسرائيلية. وبيّنت المحكمة في قرارها أن الحق في النوم على سرير هو أحد المعايير الدنيا للمعيشة والكرامة.

- وأبلغت إيطاليا عن مشروع تجريب ي للمجرمين الذين تتراوح سنهم بين ١٨ و ٣٤ عاما، على أساس التزام طوعي بالاضطلاع بأنشطة محددة تتعلق بالتعليم والعمل وباحترام القواعد الداخلية. وكان المشروع "بروغيتو جيوفاني" مفتوحا أمام الأقل خطورة ممن ارتكبوا جرائم لأول مرة، وكان يهدف إلى إعادة دمجهم في المجتمع.

- وفي الأردن، انصبت عناية كبيرة على اختيار وتدريب الموظفين المكلفين ببرامج رعاية شؤون السجناء وإعادة تأهيلهم. وكانت برامج إعادة ا لتأهيل تتناول احتياجات مختلف فئات مرتكبي الجرائم المسنين والأثرياء والمدمنين والأميين، وغير ذلك.

- = وأشار لبنان إلى الجهود المبذولة للقضاء على الأمية بين السجناء وإلى إمكانية متابعة الدراسات العليا في السجن . وأفادت الفلبين بأنها اعتمدت خدمة الزيارة الإلكترونية التي تمكن السجناء من التواصل بالفيديو مع أسرهم . وفي السلفادور، أخذ ببرامج جديدة لمعاملة السجناء تتناول تسوية النزاعات وضبط النفس عند الانفعال.
- وفي البرازيل، يقدم محام عام مساعدة قانونية كاملة ومجانبة للسجناء ويتحمل أيضا المسؤولية عن تنظيم إنفاذ العقوبة.
- وأشارت كندا إلى تنفيذ نموذج جديد للتدريب في مجال الإشراف المجتمعي المبادرة الاستراتيجية في مجال الإشراف المجتمعي وأنشئت في عام ٢٠٠٨ مراكز للإبلاغ اليومي لتقديم خدمات للمجرمين الموضوعين تحت إشراف المجتمعي المحلي ولضمان المسؤولية عنهم، مع مراعاة مستوى الخطر الذي يشكلونه.
- واعتمدت شيلي أحد عشر تدبيراً لاستعادة الكرامة، تتناول مختلف الاحتياجات الأساسية للسجناء، من قبيل ظروف المعيشة والساعات التي يقضيها السجن خارج الزنزانة، والمساعدة الروحية، إلى جانب تحسين الرعاية الصحية والخدمات الصحية في حالات الطوارئ في إطار السجن.
- وأبلغت الصين عن تدابيرها الرامية إلى منع التعذيب. وعرضت إكوادور نموذجا المسمى نموذج العناية المتكاملة الخاص بالمحرومين من حريتهم، الذي يهدف إلى تحسين نوعية الحياة في مراكز التأهيل الاجتماعي وتعزيز القدرات الفردية لكل شخص محروم من حريته كي يندمج من جديد في المجتمع.
- ونقحت سويسرا مؤخرا قانون عقوباتها، مدخلة أحكاما جديدة يُعتبر بموجبها العمل في السجن والمشاركة في الدورات التدريبية أمرين لهما قيمة متساوية لغرض إعادة التأهيل.
- وفي جنوب أفريقيا، نفذت إدارة الخدمات الإصلاحية استراتيجية متعددة الجوانب للقضاء على اكتظاظ السجن تشمل، في جملة أمور، تحسين الاستفادة من تحويل عقوبة السجن إلى أحكام بديلة، وتعزيز الإشراف الإصلاحي المجتمعي، وتشجيع إجراء حوار وطني حول أسباب الحبس كعقوبة.
- وفي الإمارات العربية المتحدة، توفر للسجناء جميع الخدمات الطبية والأدوية مجانا، بما في ذلك العمليات الجراحية.



يُعرّف منذ وقت طويل بأهمية وجود نظام إصلاحي قوي وإنساني لحماية حقوق الإنسان، وتطبيق عدالة جنائية فعالة. وغالبية الأشخاص المحتجزين في العالم، بمن فيهم الأطفال، ينتظرون المحاكمة، لسنوات في بعض الأحيان. وتشير التقديرات إلى وجود أكثر من مليون طفل محتجزهم النظم القضائية في أنحاء العالم. وأحوال السجون في كثير من البلدان، ولا سيما المتضررة بالنزاعات والأزمات، مزرية من حيث الأمراض والمرافق الصحية والحاجة إلى الماء والغذاء. والعنف في السجون في أنحاء العالم، ولا سيما ضد النساء والأطفال، وباء صامت. وعدم توفر إمكانية الحصول على التعليم أو الرعاية الصحية أو الاتصال بالأسر لفترات طويلة يؤثر على جميع السجناء ولا سيما الأطفال<sup>(١)</sup>. وكثيراً ما تؤدي الظروف غير الإنسانية في السجون إلى حدوث حالات

== ركزت المملكة المتحدة على برامجها الرامية إلى منع الانتحار، والتعامل مع الضرر الذاتي، وكذلك الحد من العنف؛ راجع الأمم المتحدة، لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية، الدووة الحادية والعشرون، فيينا ٢٣-٢٧ نيسان/أبريل ٢٠١٢، البند ٨ من جدول الأعمال المؤقت، مرجع سابق، ص ٧، ٨.

1- تتضمن معايير الأمم المتحدة وقواعدها في مجال منع الجريمة والعدالة الجنائية عدة معايير تتعلق بإصلاح نظام العقوبات والمساعدة القانونية، بما في ذلك القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء، وإجراءات التنفيذ الفعال للقواعد الدنيا النموذجية لمعاملة السجناء، ومجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن، والمبادئ الأساسية لمعاملة السجناء، وإعلان كمبالا بشأن أحوال السجون في أفريقيا، وإعلان أروشا بشأن الممارسات الحسنة في السجون، وإعلان كادوما بشأن الخدمة المجتمعية، والتوصيات المقدمة أثناء حلقة دراسية بشأن العدالة الجنائية وتحدي اكتظاظ السجون، عُقدت في سان خوسيه من ٣ إلى ٧ شباط/فبراير ١٩٩٧. راجع الأمم المتحدة، المجلس الاقتصادي والاجتماعي، لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية الدورة الثامنة عشرة فيينا، ١٦-٢٤ نيسان/أبريل ٢٠٠٩، البند ٢ من جدول الأعمال المؤقت إقرار جدول الأعمال والمسائل التنظيمية الأخرى، ص ٧، ٨.

وفاة، وتمرد وفرار وغيرها من القلاقل، وتقوض فرص إعادة الإدماج في المجتمع وليس من المستغرب أن المستغرب أن المستويات العالية من معاودة الجرم بين المحتجزين السابقين تظل تشكل تحدياً كبيراً للجهود التي تبذلها الأمم المتحدة لمنع الجريمة<sup>(١)</sup>.

ورغم هذه الصورة القائمة، لا تزال البرامج والموارد المتصلة بسيادة القانون وسياسات السجون والاحتجاز قاصرة. ونادراً ما تقتضي الحلول بناء مزيد من السجون، بل تقتضي توفير موارد لبناء قدرات الموظفين وإعادة الإدماج الاجتماعي للمجرمين في إطار السجون وبعد الإفراج عنهم للحد من استبعادهم الاجتماعي ومعاودة ارتكابهم الجرائم. وبالنسبة للأطفال يجب إيلاء أولوية لعدم تعريضهم للإجراءات القضائية وإيجاد بدائل لحرمانهم من الحرية. وتكمن أساساً الحلول المستدامة للمبالغة

1 - كانت القواعدُ النموذجيةُ الدنيا لمعاملة السجناء - يشار إليها فيما يلي باسم القواعد- ثمرة عملية طويلة من الإعداد بدأت في عام ١٩٢٦ بالعمل الذي اضطلعت به اللجنة الدولية للإصلاح أسيحت فيما بعد اللجنة الدولية للعقوبة والإصلاح واستمرت مع إجراء مراجعة في عام ١٩٣٣ وكذلك إجراء تحديث إضافي قامت به لجنة خبراء مخصصة في عام ١٩٤٩ وطرحت اللجنة الدولية للعقوبة والإصلاح قبل حلها بفترة وجيزة في عام ١٩٥١، مشروعاً منقحاً للقواعد، التي اعتمدها في نهاية المطاف مؤتمر الأمم المتحدة الأول لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين في عام ١٩٥٥، ووافق عليها المجلس الاقتصادي والاجتماعي في عام ١٩٥٧. وسرعان ما أصبحت القواعد معترفاً بها باعتبارها النموذج الذي تقاس عليه المعايير الأخرى لمعاملة السجناء، على الرغم من أنها لم تكن ملزمة قانوناً. وعلى مدى أكثر من ٦٠ عاماً، اجتازت القواعد اختبار الزمن بنجاح ملحوظ. فبصفة عامة، لغة هذه القواعد بسيطة وسهلة الفهم، وما تنص عليه من مبادئ لا يزال بالأهمية ذاتها التي كان عليها عندما وافق المجلس الاقتصادي والاجتماعي على القواعد لأول مرة. الأمم المتحدة، لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية، الدورة الحادية والعشرون، فيينا ٢٣- ٢٧ نيسان/أبريل ٢٠١٢، البند ٨ من جدول الأعمال الموقت، مرجع سابق، ص ٢، ٣

في الاحتجاز الاحتياطي في تحسين نظام إقامة العدل. وبحسب أصحاب المصلحة في مجال سيادة القانون إلى المشاركة في التصدي لهذه التحديات. وفي عام ٢٠٠٩، نظمت الأمم المتحدة، في شراكة مع السويد، المؤتمر الدولي الأول لدور الإجراءات الإصلاحية في عمليات السلام، حضرته وفود من ٢٤ من الدول الأعضاء. وازداد لاحقاً عدد البلدان المشاركة بخبراء في مجال الإجراءات الإصلاحية، في عمليات السلام من ١٤ بلداً إلى ١٧ بلداً<sup>(١)</sup>.

### ثامناً: دور الأمم المتحدة في التصدي لآفة العنف الجنسي.

صيرورة الأمر ليس بالضرورة قيورة الواقع، بمعنى أليخ إذا كان العنف الجنسي أضحى واقعاً، فلا نسلم بديموته وصيرورته ونصيفه بالواقعية؛ لأن ذلك يمثل واقعاً كارثياً على المجتمع. بيد أن البحوث أظهرت أن العنف على أساس نوع الجنس، ولا سيما العنف الجنسي، يمكن أن تكون له عواقب خطيرة طويلة الأجل على الصحة البدنية والعقلية للناجيات، بما في ذلك الإصابة بعاهات دائمة<sup>(٢)</sup>. ووفقاً لدراسة نشرت في صحيفة الرابطة الطبية الأمريكية، فإنه قد ظهر من عينة من النساء الأستراليات مأخوذة على الصعيد الوطني أن العنف الجنساني يرتبط ارتباطاً كبيراً باضطرابات الصحة العقلية والإعاقة الذهنية<sup>(٣)</sup>. أصبح الاغتصاب والانتهاك الجنسي للأطفال والنساء سمة من سمات النزاع

1 - الأمم المتحدة، لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية، الدورة الحادية والعشرون، فيينا ٢٣-٢٧ نيسان/أبريل ٢٠١٢، البند ٨ من جدول الأعمال المؤقت، مرجع سابق، ص ٣، ٤

2- Persephone, "Violence against women with a disability", Antwerp, January 2002, updated in May 2008; and Amnesty International, Democratic Republic of Congo: Mass rape - time for remedies, 25 October 2004. Available from <http://www.amnesty.org/en/library/>

3- Susan Rees, PhD; Derrick Silove, MD and others, "Lifetime Prevalence of Gender-Based Violence in Women and the Relationship with Mental Disorders and Psychosocial Function", 2011, pp. 513-521

بشكل متزايد. وغالبا ما يرتكب هذا العنف ضد الفتيان والفتيات في ظل انعدام سيادة القانون، وهي نتيجة من نتائج النزاع، ومما يزيد من تفاقمه ثقافة الإفلات من العقاب التي تلو ذلك. وفي بعض الحالات استخدم العنف الجنسي كأسلوب متعمد من أساليب الحرب يهدف إلى إذلال السكان أو إبادتهم أو إلى إجبارهم على النزوح<sup>(١)</sup>.

1 - أنباء عن ارتفاع معدلات حوادث الاغتصاب والعنف الجنسي ضد الأطفال من بوروندي، وتشاد، وجمهورية أفريقيا الوسطى، وجمهورية الكونغو الديمقراطية، والسودان، والصومال، وكوت ديفوار، وهائتي. يتزايد بروز الاغتصاب المنظم والعنف الجنسي على نطاق واسع كسمة من سمات النزاع. وكثيرا ما ترتكب هذه الانتهاكات في بيئة تتعذر فيها سيادة القانون بسبب النزاع القائم، وكثيرا ما تخيم عليها ثقافة الإفلات من العقاب على مثل هذه الجرائم. وفي حالات عديدة لا يمكن الاعتماد على البيانات عن الحوادث، ومدى انتشار العنف الجنسي ونطاقه، أو قد لا تتوفر هذه البيانات بسبب المحرمات الثقافية المتجذرة التي تحيط بهذه الجرائم، وخوف الضحايا وعائلاتهم من الأعمال الانتقامية، بالإضافة إلى مجموعة من العوامل الأخرى. كذلك يصعب الحصول على المعلومات الدقيقة التي تعدّ عاملا حاسما في مكافحة الإفلات من العقاب ولوضع استجابة برنامجية، أو التحقق من تلك المعلومات. ويبدو أن العنف الجنسي ينتشر بصورة خاصة في معسكرات اللاجئين ومستوطنات السكان المشردين داخليا وما يحيط بها من مناطق. ويشكل العنف الجنسي في أوقات النزاع، ولا سيما ضد الفتيان والفتيات، كسرا للمحرمات الاجتماعية العميقة في كل ثقافة، وبذلك فإنه يسبب أقصى حد من التدمير للنسيج الاجتماعي للمجتمعات المحلية. ولذلك، فإن إجراءات التدخل المطلوبة في أعقاب العنف الجنسي الواسع النطاق والمنهجي تستلزم اتباع نهج أكثر شمولاً تبدأ مع الضحايا ولكن تمتد لتشمل المجتمعات المحلية التي سيلتسون فيها إيجاد مكان لهم مرة أخرى للتعافي. كما أن وصم ضحايا العنف الجنسي الذي غالبا ما يؤدي إلى نيلهم أو تهميشهم يتطلب إجراءات تدخل شاملة على مستوى المجتمعات المحلية للبنات والصبيّة المتضررين. ولا بد من التشديد على مكافحة الإفلات من العقاب على جرائم الاغتصاب وغيرها من أعمال العنف الجنسي من خلال التحقيق في هذه الجرائم ومقاضاة مرتكبيها بصورة صارمة ومنظمة على المستوى الوطني، وزيادة تركيز آليات العدالة الدولية على هذه المشكلة.

فى الجهود الرامية إلى التصدي لآفة العنف الجنسى والعنف الجنسانى؁ زادت المنظمة تركيزها بنجاح على أبعاد سيادة القانون خلال السنة الماضية . وأفردت إحدى الوكالات المتخصصة ٢٠ فى المائة من إجمالى الأموال المتأتية من برنامجها العالمى لسيادة القانون فى بيئات الصراع وبيئات ما بعد انتهاء الصراع؁ لعناصر العدل بين الجنسين . وجمعت الأمم المتحدة ممارسات جيدة مهمة فى التشريعات المتعلقة بالعنف ضد المرأة . وفى عام ٢٠٠٨؁ أسفر الدعم المقدم من الأمم المتحدة عن اعتماد الكثير من القوانين أو السياسات العامة أو الاستراتيجيات الوطنية الجديدة الرامية إلى التصدى لأشكال العنف المتعددة ضد المرأة؁ بما فى ذلك العنف العائلى والاتجار بالمرأة وتشويه أعضائها التناسلية . ومع ذلك فإن القصور فى القوانين والإجراءات والمؤسسات - وضعف الإرادة السياسية - فى

=وعلى الصعيد الوطنى؁ لا بد من القيام بمبادرات شاملة للتصدي لمسألة العنف الجنسى؁ وتعتبر الملكية الوطنية لهذه البرامج عاملا حاسما . وعلى الجهات المانحة؁ ومنظومة الأمم المتحدة؁ والمنظمات غير الحكومية؁ أن تعطي الأولوية لتوفير الدعم التقنى والمالى للسلطات الوطنية؁ كي يتسنى لها إعداد الاستراتيجيات الوطنية الرامية إلى التصدي للعنف الجنسى وتنفيذها . وثمة توافق عام فى الآراء على أن أعمال الاغتصاب والعنف الجنسى ضد الأطفال فى النزاعات المسلحة هي جرائم خطيرة . ولذلك فإنه من الأهمية بمكان تعزيز الجهود من أجل إنهاء ظاهرة الإفلات من العقاب وضمان الوصول إلى العدالة والمساءلة وسبل الانتصاف لحالات هذه الجرائم المرتكبة ضد الأطفال . وينص القانون الإنسانى الدولى وقانون حقوق الإنسان على أنه يحق للأطفال المتضررين من النزاعات المسلحة الحصول على احترام خاص وحماية خاصة ورعاية خاصة؁ بما فى ذلك حمايتهم من كل أشكال العنف والاستغلال الجنسى . وبموجب نظام روما الأساسى للمحكمة الجنائية الدولية؁ يشكل الاغتصاب وغيره من أشكال العنف الجنسى أيضا جريمة حرب أو جريمة ضد الإنسانية إذا ارتكب كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجى ضد السكان المدنيين . راجع مكتب المثل الخاص للأمين العام المعنى بالأطفال والصراعات المسلحة : الاغتصاب وغيره من العنف الجنسى الشديد فى حق الأطفال؁ منشور على موقع الأمم المتحدة

الكثير من البلدان تجعل من شبه المستحيل مساءلة المجرمين وتقديم الحماية والخدمات والتعويضات الكافية للضحايا. وتتمثل التحديات الكبيرة في الحالات التي يكون فيها المسؤولون عن إغلاء شأن سيادة القانون، من قبيل أفراد الشرطة والقوات المسلحة، هم المجرمون المزعومون. وهنا، يجب أن تركز الجهود على تعزيز الإرادة السياسية، ومنع الإفلات من العقاب ومكافحته. وسوف تتطلب المقاومة المستمرة لهذه الانتهاكات دعماً منهجياً ومتسقاً ومستمراً في مجال سيادة القانون للجهود الوطنية المبذولة على الأجل الطويل<sup>(١)</sup>. في القرار، ١٨٨٢ (٢٠٠٩)، اعتبر المجلس أن الاغتصاب وغيره من أشكال العنف الجنسي، جرائم تستحق الاهتمام على سبيل الأولوية، ودعا أطراف النزاع إلى إعداد خطط عمل للتصدي لهذه الانتهاكات وتنفيذها. ويدعو القرار الجديد أيضاً إلى تعزيز التواصل وتبادل المعلومات بين المجلس والفريق العامل المعني بالأطفال والنزاعات المسلحة التابع له، ولجان الجزاءات التابعة لمجلس الأمن كخطوة نحو اتخاذ تدابير تستهدف مرتكبي الانتهاكات باستمرار. لأن العنف الجنسي يعتبر انتهاكاً لحقوق الإنسان كما أنه يؤثر على جهود التنمية في الدول التي يسود فيها الصراعات. وقد أثارت الأمم المتحدة موضوع العنف الجنسي في مجلس الأمن ضمن تقارير هامة متعلقة ببناء السلام وإصلاح الأمم المتحدة، وفي أطر عمل وتوجيهات جديدة للعمل الإنساني. وقد أقرت المحكمة الجنائية الدولية: بأن الاغتصاب في حالات الصراعات يعد جريمة حرب و/أو جريمة ضد الإنسانية، وبدأ عدد متزايد من الدول التي عانت من الصراعات اتخاذ خطوات في تعديل أطر تشريعاتها وسياساتها، بحيث تتضمن ما ورد في قرار مجلس الأمن رقم ١٣٢٥ بشأن المرأة والحرب والسلام<sup>(٢)</sup>.

1- UN/A/66/133\ 8 August 2011\p.13

2 - نداء بروكسل من أجل التصدي للعنف الجنسي أثناء الصراعات وما بعدها بروكسل في الفترة من ٢١ إلى ٢٣ حزيران/يونيه ٢٠٠٦

## تاسعاً: دور الأمم المتحدة في التصدي للإجلاء القسري.

وعرفت المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة الإبعاد بمناسبة قضية الجنرال RADISLAV KRSTIC بأنه " :الترحيل القسري لأشخاص محميين عن طريق الطرد أو طرق قسرية أخرى من الأماكن التي يتواجدون فيها بصفة مشروعة دون مبررات يسمح بها القانون الدولي (١). وبموجب القانون الدولي، تشكل عمليات الإخلاء القسري ظاهرة تختلف عن سائر الظواهر وكثيراً ما ترتبط بغياب ضمان حيازة قانوني وهو عنصر أساسي في الحق في السكن اللائق. وعمليات الإخلاء القسري نتائج عديدة تشترك فيها مع عمليات الإخلاء الناجمة عن الترحيل التعسفي، بما فيها نقل السكان وعمليات الطرد الجماعي والهجرات الجماعية والتطهير العرقي وممارسات أخرى تنطوي على ترحيل السكان من بيوتهم وأراضيهم ومجتمعاتهم بالإكراه وبصورة غير طوعية (٢). وتشكل عمليات الإخلاء القسري انتهاكات صارخة لمجموعة واسعة من حقوق الإنسان المعترف بها دولياً بما في ذلك حق الإنسان في السكن اللائق وفي الغذاء وفي الماء وفي الصحة وفي التعليم وفي العمل وفي أمن الشخص وفي أمن المسكن وفي عدم التعرض للمعاملة القاسية وغير الإنسانية والمهينة وفي حرية التنقل. ويجب إجراء عمليات الإخلاء القسري بصورة قانونية، وفي ظروف استثنائية فقط، وعلى نحو يتفق تماماً مع أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي ذات الصلة. وتزيد عمليات الإخلاء القسري من شدة عدم المساواة والصراع

1- ICTY, RADISLAV KRSTIC, Case No. IT-98-33-T, Judgment, 02 August 2001, p. 183. In: [www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf](http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf)

2 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، مجلس حقوق الإنسان، الدورة الرابعة، البند ٢ من جدول الأعمال المؤقت، تنفيذ قرار الجمعية العامة ٦٠/٢٥١/ المؤرخ ١٥ آذار/مارس المعنون مجلس حقوق الإنسان، تقرير المقرر الخاص (ميلون كوثاري) المعنى بالسكن اللائق كعنصر من عناصر في مستوى معيشي مناسب، ٥ فبراير ٢٠٠٧، ص ١٥.

الاجتماعي والفصل والعزل وهي تمس دائماً شرائح المجتمع الأفقر والأضعف اجتماعياً واقتصادياً والأكثر تهميشاً، خاصة النساء والأطفال والأقليات والشعوب الأصلية<sup>(١)</sup>. غالباً ما يكون فشل سيادة القانون أكثر وضوحاً في الأعداد الكبيرة من الأحياء الفقيرة الموجودة في كافة أنحاء العالم، إذ يوجد حالياً أكثر من مليون شخص يعيشون في مستوطنات غير رسمية. وثمة عدد متزايد من الحالات التي يتعرض فيها السكان للإجلاء القسري وغير القانوني من منازلهم. وفي الوقت الذي تواجه فيه أزمة اقتصادية عالمية، يتعين الإشادة بالمبادرات الدولية الأخيرة الرامية إلى تعزيز التمكين القانوني للفقراء من أجل لفت الانتباه على الصعيد العالمي إلى الروابط الموجودة بين الفقر والاستبعاد القانوني والظلم<sup>(٢)</sup>.

والخدير بلفت الانتباه أن القانون الدولي لحقوق الإنسان لا يعترف فقط بحقوق كل فرد، بل إنه يلزم الدول بأن تؤمن وتضمن التمتع الفعلي بحقوق الإنسان فوق أقاليمها. هذا الواجب منصوص عليه في العديد من المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان<sup>(٣)</sup>. ومؤكداً في الاجتهاد القضائي الدولي إلى حد يمكن اعتباره كأحد عناصر القانون الدولي العرفي. ومن المهم إذن أن نقدم إن واجب ضمان الاحترام الفعلي لحقوق الإنسان يعني، خاصة أنه على الدولة أن تتخذ كل ما يلزم من إجراءات تشريعية

1 - المرجع السابق، ص ١٥.

2 - لجنة التمكين القانوني للفقراء وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي، تسخير القانون لصالح الجميع؛ ١٤٣٤/المجلد الأول: تقرير لجنة التمكين القانوني للفقراء، ٢٠٠٨؛ وقرار الجمعية العامة ٦٣ والوثيقة A/64/133.

3 - راجع المادة ٢ من إتفاقية القضاء على التمييز العنصري؛ المادة ٢ من إتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة؛ المادة ٢ من إتفاقية حقوق الطفل؛ المادة ١ من الإتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان؛ المادة ١ من الإتفاقية الأمريكية لمنع التعذيب والمعاقبة عليه؛ والمادة ١ من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.



وغيرها لتفعيل الحقوق التي يكفلها القانون الدولي<sup>(١)</sup> كما أكدت على ذلك الهيئات الدولية لحقوق الإنسان في مرات عديدة<sup>(٢)</sup>. علاوة على هذا، وكما أوضحنا ذلك المحكمة واللجنة بين-أمريكتين لحقوق الإنسان، فإنه من الواجب على الدولة أيضا ومن أجل الامتثال التام لالتزاماتها وتفعيل حقوق الإنسان أن تضمن حقوق الإنسان من خلال كل نظامها القانوني، والسياسي، والمؤسسي وتنظيم الجهاز الحكومي وبصورة عامة جميع الهياكل التي تمارس السلطة، بحيث تضمن قانوننا التمتع الحر والكامل بحقوق الإنسان. يقول (موتوما روتيري)، إن ما يثير قلقنا هو أن تكون الأزمة الاقتصادية والمالية الحالية وآثارها على البطالة والفقر قد أسهمت بقدر أكبر في صعود الأحزاب السياسية والحركات والجماعات المتطرفة، وفي زيادة حدة المسائل المتصلة بالهوية. ربما أن المجتمعات قد أصبحت أكثر تنوعاً من حيث الأصل الثقافي والإثني والانتماء الديني، فقد أدى هذا التنوع، بعض الحالات، إلى إثارة توترات لها صلة بالهوية، استغلتها في سياق الأزمة الاقتصادية والمالية بعض الأحزاب السياسية المتطرفة للتحريض على التمييز ضد جماعات معينة وكرهها. وذكر (موتوما روتيري)، أن الأزمة الاقتصادية والمالية أحييت في بعض البلدان القوالب النمطية السلبية البالية والتحيز العنصري ضد أفراد الأقليات. وفي بعض المناطق، عبر أشد الناس تأثراً بالأزمة

- 1 - راجع المادة ٢/ج و(د) إتفاقية القضاء على التمييز العنصري؛ المادة ٢(أ) من إتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة؛ المادة ٤ من إتفاقية حقوق الطفل؛ المادة ٢/١ من إتفاقية مناهضة التعذيب والمادة ٢ من الإتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان المادة ٢ والمادة ٦ من الإتفاقية بين-أمريكية بشأن منع التعذيب والمعاقبة عليه؛ المادة الأولى(د) الإتفاقية بين-أمريكية بشأن الاختفاء القسري.
- 2 - لجنة حقوق الإنسان: التعليق العام رقم ٣١ على المادة ٢ من المعاهدة: طبيعة الإلتزام القانوني العام المفروض على الدول الأطراف في المعاهدة، ٢٠ نيسان/أبريل ٢٠٠٤، الفقرة ١٢.

الحالية عن إحباطهم بالتصويت لفائدة أحزاب سياسية متطرفة، بما فيها الأحزاب التي لديها برامج عنصرية ومعادية للأجانب، وذلك في جو من الخوف والاستياء بسبب استمرار الإفقار والبطالة وتخفيض مخصصات المساعدات الاجتماعية في الميزانية. هذا علاوة على أن تطور التكنولوجيات الجديدة قد أدى إلى استخدام شبكة الإنترنت كأداة لنشر الأفكار وشبكات التواصل الاجتماعي لبث أفكارها

ودعايتها في ظل حصانة نسبية<sup>(١)</sup>. و الحري بالذكر في هذا الصدد هو أن صون المجتمع الديمقراطي وتدعيمه أمر أساسي لمنع ومناهضة العنصرية والتمييز العنصري وكره الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب. وينبغي للزعماء السياسيين وأحزابهم التنديد بشدة ووضوح بجميع الوسائل السياسية التي تروج أفكاراً قائمة على التفوق العرقي أو الكراهية العرقية أو تحرض على التمييز العنصري أو كره الأجانب. والزعماء السياسيين مسئولون أخلاقياً عن ترويج التسامح والاحترام، و ينبغي لهم الامتناع عن تشكيل تحالفات مع الأحزاب السياسية المتطرفة ذات الطابع العنصري أو الكاره للأجانب. ويجب أن يكون احترام حقوق الإنسان والحريات والديمقراطية وسيادة القانون حجر الزاوية لأي برنامج أو نشاط كمي تعكس النظم السياسية والقانونية طابع المجتمع المتعدد الثقافات<sup>(٢)</sup>.

1 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، مجلس حقوق الإنسان، الدورة الثالثة والعشرون، البند ٩. من جدول الأعمال، العنصرية والتمييز العنصري وكره الأجانب وما يتصل بذلك من أشكال التعصب، متابعة وتنفيذ إعلان وبرنامج عمل ديربان تقرير المقرر الخاص المعني بالأشكال المعاصرة للعنصرية والتمييز العنصري وكره الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب عن تنفيذ قرار الجمعية العامة ٦٧ / ١٥٤، صادر في ٢٦ مارس ٢٠١٣، ص ٤.

2 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، مجلس حقوق الإنسان، الدورة الثالثة والعشرون، البند ٩ من جدول الأعمال، العنصرية والتمييز العنصري =

وختاماً أن من أدوات تدعيم سيادة القانون سبل الانتصاف من عمليات الإخلاء القسري. حيث يحق لكل من هو معرض لعملية إخلاء قسري أو لمن تعرض لها بالفعل اللجوء إلى سبل انتصاف في حقه. ومن بين سبل الانتصاف المناسبة المتاحة عقد جلسة استماع منصفة والحصول على المشورة القانونية وعلى المساعدة القانونية والعودة وإرجاع الممتلكات إلى أصحابها وإعادة التوطين وإعادة التأهيل والتعويض وينبغي التأكيد، على النحو الساري، بالمبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة لقانون حقوق الإنسان الدولي والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي. عندما لا يكون هناك مناص من تنفيذ الإخلاء، وتدعو الضرورة إليه من أجل تعزيز الرفاه العام، يجب على الدولة أن تقدم أو تؤمن تعويضاً عادلاً ومنصفاً عن أية خسارة تنجم عنه في الممتلكات أو الأمتعة الشخصية، عقارية أو غير عقارية، بما في ذلك الحقوق أو المنافع المرتبطة بالممتلكات. وينبغي تقديم تعويض عن أية خسارة قابلة للتقسيم من منظور اقتصادي بما يتلاءم ويتناسب مع جسامه الانتهاك والظروف المحيطة بكل حالة، كالحسارة في الأرواح أو الأعضاء أو الضرر الجسدي أو العقلي أو ضياع الفرص بما في ذلك فرص العمل والتعليم والمزايا الاجتماعية؛ والأضرار المادية وضياع المكاسب بما في ذلك ضياع احتمال المكسب؛ والضرر المعنوي؛ والنفقات الضرورية للحصول على المساعدة القانونية أو مساعدة ذوي الخبرة والأدوية والخدمات الطبية والخدمات النفسية والاجتماعية. وينبغي ألا يحل التعويض النقدي، بأي حال من الأحوال، محل التعويض العيني في

---

=وكره الأجنبي وما يتصل بذلك من، أشكال التعصب، متابعة وتنفيذ إعلان وبرنامج عمل ديربان تقرير المقرر الخاص المعني بالأشكال المعاصرة للعنصرية والتمييز العنصري وكره الأجنبي وما يتصل بذلك من تعصب عن تنفيذ قرار الجمعية العامة ٦٧/١٥٤، صادر في ٢٦ مارس ٢٠١٣، ص ١٣

شكل أرض أو موارد مشتركة الملكية . وفي حال مصادرة الأرض ، ينبغي تعويض من تعرض للإخلاء بأرض تضاهيها أو تفوقها من حيث النوعية والمساحة والقيمة<sup>(١)</sup>.

**عاشراً: دور الأمم المتحدة في وضع الاستراتيجيات والبرامج في مجال سيادة القانون ..**

يوفر التوجيه على نطاق المنظومة بشأن نهج الأمم المتحدة في تقديم المساعدة في مجال سيادة القانون توجيهاً عاماً للسياسات صوب مزيد من الاتساق في استخدام التقييمات المشتركة ، ومشاركة كيانات الأمم المتحدة في وضع الاستراتيجيات والبرامج في مجال سيادة القانون ، التي تشكل أساس القيادة الهادفة التي يضطلع بها أصحاب المصلحة الوطنيون . وتتخذ كيانات الأمم المتحدة نهجاً يتسم بطابع أكبر من الشمولية والاستراتيجية تجاه سيادة القانون على الصعيد القطري ، ينطوي على تخطيط البرامج وتنفيذها بشكل مشترك . ومن الأمور الهامة أيضاً تحقيق التنسيق الفعال وشراكات قوية مع أصحاب المصلحة الآخرين . ويقتضي النجاح في البلد تقاسم أساليب العمل وإقامة شراكات على صعيد المقر ترجم إلى تقديم دعم متسق إلى الميدان . وثمة شراكة عالمية جديدة بين برنامج الأمم المتحدة الإنمائي ومكتب الأمم المتحدة المعنى بالمخدرات والجريمة تستهدف تقديم مساعدة تقنية متسقة ومترابطة لدعم الجهود التي تبذلها الدول الأعضاء في مجال العدالة الجنائية ومكافحة الفساد . ووضعت إدارة عمليات حفظ السلام والشركاء الآخرون استراتيجية مشتركة للمساعدة في مجال سيادة القانون في شرق

I - الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، مجلس حقوق الإنسان ، الدورة الرابعة ، البند ٢ من جدول الأعمال المؤقت ، تنفيذ قرار الجمعية العامة ٦٠ / ٢٥١ المؤرخ ١٥ آذار / مارس المعنون مجلس حقوق الإنسان ، تقرير المقرر الخاص (ميلون كوثاري ) المعنى بالسكن اللائق كعنصر من عناصر في مستوى معيشي مناسب ، مرجع سابق ، ص ٢٥ .

تشاد، وهم يخططون للقيام بمبادرة مماثلة مع البرنامج الإنمائي في جنوب السودان<sup>(١)</sup>. وتتمثل نقطة الانطلاق في الجهود الفعالة المبذولة في مساعدة أصحاب المصلحة الوطنيين على وضع استراتيجيات وخطط وطنية بشأن سيادة القانون. ويبيّن الجيل الأحدث من أطر المساعدة الاستراتيجية أن أنشطة سيادة القانون تحظى باهتمام متزايد، مع قيام ما لا يقل عن ٤٠ بلداً من جميع مناطق العالم بإدراج سيادة القانون في أولويات ونتائج خططها الوطنية. ودعمت الأمم المتحدة مؤخراً وضع استراتيجية أمنية وطنية في ليبيريا كما دعمت وضع خطط إنمائية في بوروندي وجمهورية الكونغو الديمقراطية<sup>(٢)</sup>.

ويجري استكمال الدعم المقدم للتخطيط الوطنى بزيادة العمل المشترك للأمم المتحدة. وأنشأت بعثة الأمم المتحدة لتقديم المساعدة إلى العراق فرقة عمل متكاملة بشأن سيادة القانون لوضع استراتيجية شاملة بالتضافر مع الجهود التي يبذلها العراق لصياغة خطته الإنمائية الوطنية للفترة ٢٠١٠-٢٠١٤. وأنشأ إطار عمل الأمم المتحدة للمساعدة لليبيريا للفترة ٢٠٠٨-٢٠١٠ فريقاً مواضيعياً بشأن سيادة القانون صادق على نهج مشترك وطنى لقضاء الأطفال، مما أدى إلى وضع برنامج مشترك. ويقوم مكتب الأمم المتحدة المتكامل في بوروندي بتجميع موارد وخبرة خمسة كيانات للاضطلاع بمجهود بشأن الأمن والعدالة الانتقالية والعدالة ينطوي على تقاسم خطط العمل والميزانيات. وفي أفغانستان، تشكل الاستراتيجية الوطنية لقطاع العدالة وبرنامج العدالة الوطنى أساساً لعملية تعاونية واستراتيجية تضطلع بها السلطات الوطنية لإصلاح قطاع العدالة، وتدعمها آلية لتنسيق قطاع العدالة في المحافظات

- 1 - برنامج الأمم المتحدة الإنمائي ومكتب الأمم المتحدة المعنى بالمخدرات والجريمة على موقع الأمم المتحدة الشبكي
- 2 - برنامج الأمم المتحدة الإنمائي ومكتب الأمم المتحدة المعنى بالمخدرات والجريمة، مرجع سابق، على موقع الأمم المتحدة الشبكي.

أنشأتها بعثة الأمم المتحدة لتقديم المساعدة إلى أفغانستان وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي.<sup>(١)</sup> وفي مجال منع الجريمة، أجرى مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة وبرنامج مدن أكثر أماناً التابع لبرنامج الأمم المتحدة للمستوطنات البشرية (موئل الأمم المتحدة) في نيكاراغوا و هندوراس بالإضافة إلى خمسة من كيانات الأمم المتحدة المشتركة في برنامج منع العنف المسلح في كينيا، تقيماً مشتركاً وأرسلوا واضطلع بعثات للبرمجة. ومما يبعث على التفاؤل ظهور إشارات تدل على نشوء نهج متطور على نطاق الأمم المتحدة على أرض الواقع. إلا أن هذه الإشارات لا تعكس وجود منهجية مشتركة ومتسقة أو نهج شامل في مجال سيادة القانون. ولتحسين الدعم المتناسك الذي تقدمه الأمم المتحدة للجهود الوطنية، تقوم المنظمة باستعراض خطط التنمية الوطنية لتقييم كيفية انعكاس سيادة القانون في عملية تحديد الأولويات الوطنية، والنهج المتبعة لوضع استراتيجيات عامة بشأن سيادة القانون، أو استراتيجيات محددة بشأن العدالة أو الأمن.<sup>(٢)</sup>

## 1 - بعثة الأمم المتحدة لتقديم المساعدة إلى أفغانستان وبرنامج الأمم المتحدة

الإنمائي، على الموقع الشبكي

- برنامج الأمم المتحدة الإنمائي؛ يساعد البلدان على بناء القدرات في مجال التنمية المستدامة التي محورها الناس، عاملاً مع صانعي السياسة الحكومية وجماعات الناس ومنظماتهم؛ يقدم الدعم لبرامج شتى في ١٧٤ من البلدان والاقليم النامية وذلك عن طريق شبكته المؤلفة من ١٣٢ من المكاتب القطرية؛ يركز على القضاء على الفقر وتوفير سبل الرزق للفقراء، وتحقيق الإنصاف في معاملة الجنسين، وتجديد البيئة، وسلامة الإدارة؛ ينشط الحوار والعمل في مجال التنمية بإعداده تقرير التنمية البشرية السنوي، ودعمه لعملية إصدار تقارير التنمية البشرية الوطنية في ١١٠ بلدان؛ ينسق على الصعيد القطري جميع الأنشطة التي تقوم بها منظمات الأمم المتحدة في مجال التنمية؛ يتلقى تمويله من مساهمات طوعية آتية من كل أمم العالم تقريباً.

2 - مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة (المكتب)، ظل لسنوات عديدة، يتناول القضايا المتعلقة بالإرهاب الدولي والتعاون الدولي في هذا=

الحادي عشر: دور الأمم المتحدة في تحسين تقديم الخدمات  
وتحسين تقديم الخدمات لتعزيز سيادة القانون يتمثل في:  
(أ). تقديم الخدمات بشكل فعال ومنصف...

تعتمد قوة سيادة القانون على تقديم الخدمات العامة لجميع الأفراد على نحو فعال ومنصف في نطاق اختصاص قضائي ما، دون تمييز، بما يتماشى مع القواعد والمعايير المقبولة دولياً. وتشمل هذه الخدمات العامة أعمال الشرطة، والعدالة الجنائية، والإصلاحات، والعدالة المدنية والإدارية، والمعونة القانونية والمساعدة القانونية وسن القوانين. ولضمان الحصول على هذه الخدمات على قدم المساواة، قد يتطلب الأمر اعتماد تدابير خاصة من أجل الفئات المهمشة والفئات الضعيفة الأخرى وضحايا وشهود جرائم محددة، من قبيل الجرائم الجنسية والجرائم الجنسانية، أو من يحتاجون إلى حماية دولية. ويمكن أن تتزعزع شرعية الدولة إذا ما حدث إخفاق في تقديم خدمات عادلة ومنصفة وفعالة تكفل سيادة القانون<sup>(١)</sup>. وفي هذا الصدد، تتخذ الدول الأعضاء جميع الخطوات اللازمة لتقديم خدمات تكفل سيادة القانون على نحو يتسم بالإنصاف والفعالية وعدم التمييز والمساءلة. ويتعين أن تستوفي هذه الخدمات المعايير الدولية وأن تكون متوافرة ومتاحة في جميع أنحاء البلد. ويجب اتخاذ تدابير خاصة

---

=المجال وفي عام ٢٠٠٢، أقرت الجمعية العامة برنامجاً موسعاً لأنشطة فرع منع الإرهاب التابع للمكتب. ويركز البرنامج الموسع على تقديم المساعدة للدول، بناء على طلبها، فيما يخص الجوانب القانونية والمتعلقة بمكافحة الإرهاب، خاصة لغاية التصديق على الصكوك القانونية الدولية لمكافحة الإرهاب وتنفيذها، وتعزيز قدرة النظم الوطنية للعدالة الجنائية على تطبيق أحكام هذه الصكوك امتثالاً لمبادئ سيادة القانون.

1 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السادسة والستون البند ٨٣ من جدول الأعمال، سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، إقامة العدل: برنامج عمل لتعزيز سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، تقرير الأمين العام، صادر ١٦ مارس ٢٠١٢، مرجع سابق، ص ٧.

لضمان استفادة النساء والأطفال والفئات الضعيفة استفادة كاملة من الخدمات ذات الصلة بسيادة القانون واستجابة هذه الخدمات لحقوقهم واحتياجاتهم ؛ وتلتزم الدول الأعضاء بدعم تقديم خدمات المعونة القانونية والمساعدة القانونية، بما في ذلك لأشد الفئات فقراً وضعفاً<sup>(١)</sup> .  
(ب) - تقديم الخدمات على نحو يتسم بالمساواة والشفافية .

من المهم تعزيز الشفافية والمساءلة والمراقبة داخل المؤسسات القضائية والأمنية والتشريعية، وتوسيع نطاق المشاركة في عمليات صنع القرار، من أجل بناء ثقة الجمهور واطمئنانهم. وفي هذا الصدد: وتكفل الدول الأعضاء أن تتضمن أطرها القانونية المبادئ الأساسية للحكومة المفتوحة، من قبيل الشفافية المالية، والوصول إلى المعلومات، والإفصاحات ذات الصلة بالمسؤولين العموميين، وآليات المساءلة والانتصاف والرقابة، وتوفير تدابير الحماية للمبلغين عن المخالفات والشهود، وإشراك الجمهور في صنع السياسات والقرارات، والتنفيذ الفعال لهذه الأطر القانونية<sup>(٢)</sup>. ومن الأمور التي دعم مبدأ سيادة القانون البعد عن اتخاذ تدابير تراجعية، والتدبير التراجعي هو التدبير الذي يؤدي، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، إلى خطوات تراجعية في التمتع بحقوق الإنسان. ومن الأمثلة على ذلك رفع أسعار الخدمات بشكل غير متناسب بحيث يصبح الفقراء غير قادرين على تحمل تكاليف المياه والصرف الصحي، وترك الهياكل الأساسية تتدهور بسبب نقص الاستثمار لضمان التشغيل والصيانة<sup>(٣)</sup>.

(ج) - الميزانية والتخطيط على الصعيد الوطني .  
الحقيق بالحق أن خفض الإنفاق العام يؤثر بشكل خاص على الأشخاص الأكثر فقراً والأكثر تهميشاً، الذين يتلقون الجزء الأكبر من

1 - المرجع السابق، ص ٨.

2 - المرجع السابق، ص ٨.

3- Catarina de Albuquerque, On the Right Track: Good Practices in Realising the Rights to Water and Sanitation (2012), pp. 32 and 79-81



دخلهم من استحقاقات الضمان الاجتماعي، ويعتمدون اعتماداً كبيراً على الخدمات العامة، وينفقون الجزء الأكبر من دخلهم على الخدمات الأساسية<sup>(١)</sup>. ومنذ عام ٢٠١٠، كان خفض الإنفاق العام من أكثر رداات الفعل شيوعاً على الأزمات في أوروبا. وقد اعتمدت خطط لتصحيح الميزانيات في عدد من البلدان، منها أيرلندا وإسبانيا والبرتغال واليونان، واعتمدت برامج لتقليص الإنفاق العام بناء على طلب البنك المركزي الأوروبي، والمفوضية الأوروبية، وصندوق النقد الدولي<sup>(٢)</sup>. وبما يساهم في تحقيق الاستدامة والحيلولة دون حدوث حالات تراجع غير مقبول وضع نظام ضريبي فعال يسمح بضخ استثمارات متواصلة في قطاعي المياه والصرف الصحي. وتقع على الحكومات مسؤولية تعبئة الإيرادات الضريبية بصورة هادفة وملائمة<sup>(٣)</sup>. يشكل توفير الموارد والميزانية والتخطيط والإدارة بطريقة سليمة مفاتيح رئيسية أيضاً لضمان رفع مستويات الكفاءة مما يؤدي إلى ثقة الجمهور في مؤسسات العدالة والأمن والمؤسسات التشريعية. وفي هذا الصدد، تضمن الدول الأعضاء حصول مؤسسات سيادة القانون على نصيب كاف من الميزانية الوطنية، ووجود هيكل فعالة للتخطيط والإدارة لديها، للقيام بمهامها على نحو يتسم بالهنية والمساءلة وبطريقة عادلة ومستقلة، بعيداً عن الفساد والتحيز؛

- 1- James Harrison and Mary-Ann Stephenson, "Assessing the impact of the public spending cuts: taking human rights and equality seriously", University of Warwick, Legal Studies Research Paper No. 2011-07, p. 3.
- 2- European Commission, Directorate-General for Economic and Financial Affairs, "The Second Economic Adjustment Programme for Greece: First review December 2012, Fund at: [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/publications/occasional\\_paper/2012/pd](http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2012/pd)
- 3- Rhadika Balakrishna and others, Maximum Available Resources & Human Rights (Centre for Women's Global Leadership, 2011), p.10

وتنظر الدول الأعضاء في إعداد استراتيجيات سيادة القانون الوطنية متعددة السنوات ونشرها<sup>(١)</sup>.

(د) - جمع البيانات الوطنية.

يتسم جمع البيانات وتحليلها بالأهمية الحاسمة لتعزيز تقديم الخدمات، ويمكن من إنشاء خطوط أساس يمكن الاستناد إليها في وضع السياسات وتوجيه الإجراءات نحو المجالات ذات الأولوية. وفي هذا الصدد: تخلص الدول الأعضاء المزيد من الموارد لتعزيز قدرة المؤسسات الوطنية على أن تجمع وتحلل بطريقة منهجية البيانات ذات الصلة بسيادة القانون، من قبيل معدلات الجرائم، وأنماط الأحكام، ومتوسط الوقت اللازم للانتهاء من المحاكمات، ومعدلات الاحتجاز قبل المحاكمة، والنسبة المثوية للسكان الذين يستخدمون المحاكم المدنية، ومعدلات إنفاذ قرارات المحاكم وسرعته، واستخدام أدوات من قبيل استطلاعات الرأي العام فيما يتعلق بقطاع سيادة القانون، تماشيًا مع القواعد والمعايير المقبولة دوليًا لحماية البيانات. ومن الضروري أن تضمن هذه الجهود أن تكون جميع البيانات مفصلة حسب نوع الجنس للاستشارة بها في تقديم خدمات تفي باحتياجات جميع الناس، وتيسر الدول الأعضاء تنفيذ أدوات رصد التأثير من أجل مراقبة التغيرات في أداء مؤسسات العدالة وخصائصها الأساسية<sup>(٢)</sup>.

(هـ) - دعم المجتمع المدني.

وعلاوة على ذلك، يلعب تنفيذ تدابير العدالة الانتقالية دورًا تحفيزيًا قويًا في عملية تنظيم المجتمع المدني. فوجود مجتمع مدني قوي

1 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السادسة والستون البند ٨٣ من جدول الأعمال، سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، إقامة العدل: برنامج عمل لتعزيز سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، تقرير الأمين العام، صادر ١٦ مارس ٢٠١٢، مرجع سابق، ص ٨.

2 - المرجع السابق، ص ٩.

ليس مهمًا فقط لضمان التملك المحلي الواسع لتدابير العدالة الانتقالية، وإنما هو بصفة أعم ملازم هام لسيادة القانون ويعد غيابها تركبة مشتركة للانتهاكات المنهجية للحقوق؛ بل إن المقصود إلى حد ما من بعض أنواع الانتهاكات هو تحديدًا منع حرية عمل المجتمع المدني، بما في ذلك في المجال العام، لأن ذلك يمنع تكون معارضة سلمية فعالة<sup>(١)</sup>. وبعبارة أخرى يقول (Hannah Arendt): "لا يمكن للحكومة شمولية، ككل نظم الطغيان، يقيتًا أن توجد دون تحطيم المجال العام للحياة، أى دون تحطيم القدرات السياسية للناس عن طريق تفريقهم"<sup>(٢)</sup>. وبالمقابل، يؤدي تخفيف تنظيم الجماعات إلى التمكين، على الأقل بفضل قوة التكتل جزئيًا. ففي مواجهة عنف منهجي منظم، ثمة فارق بين أن يرد المرء منفردًا وأن يرد كجزء من جماعة. كما أن النقطة الحاسمة ليست مسألة أعداد فحسب، وإنما الأنشطة المميزة التي تكرر منظمات المجتمع المدني المشكلة على هذا النحو نفسها لها؛ وتوجد في صلب هذه الأنشطة إثارة المطالب، أي ليس الدفاع، وإنما تأكيد الاعتراف بالوضع والاستحقاقات والحقوق. تتعزز سيادة القانون عندما يُمكن جميع الأفراد من المطالبة بحقوقهم، وطلب وسائل انتصاف فعالة، والتعبير عن مطالبات مشروعة من المؤسسات العامة بتحقيق المساءلة في تقديم الخدمات العامة بعدل وإنصاف. وتقوم منظمات المجتمع المدني، بما في ذلك الرابطة المهنية للمحامين وأعضاء النيابة العامة والقضاة، والمؤسسات الأكاديمية ومؤسسات بحوث السياسات، ومنظمات المساعدة القانونية، ومنظمات

---

1- الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السادسة والستون البند ٨٣ من جدول الأعمال، سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، إقامة العدل: برنامج عمل لتعزيز سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، تقرير الأمين العام، صادر ١٦ مارس ٢٠١٢، مرجع سابق، ص ٩.

2- Hannah Arendt: The Origins of Totalitarianism, 2nd ed. (Harcourt Inc., 2009) p. 475

الدعوة التي تركز على سيادة القانون جميعها بتقديم إسهامات هامة في مجال تعزيز الخدمات التي تكفل سيادة القانون، ولا سيما عن طريق تمكين الأفراد وتزويدهم بالمعلومات. وفي هذا الصدد: تلتزم الدول الأعضاء بمنح جميع الأفراد حقهم الكامل في تكوين الجمعيات وعقد الاجتماعات، ودعم منظمات المجتمع المدني وإفساح المجال التشريعي والسياسي اللازم لها كي تزدهر<sup>(١)</sup>.

### (و) - تدعيم أنظمة العدالة التقليدية وغير الرسمية

قد تكون لدى الدول الأعضاء آليات للعدالة تستند إلى التقاليد أو العادات أو الدين وتعمل بجانب مؤسسات الدولة. ويمكن أن تؤدي هذه الأنظمة دوراً هاماً في تقديم خدمات العدالة، بما في ذلك الفصل في المنازعات وحسمها. وفي هذا الصدد: تكفل الدول الأعضاء والأمم المتحدة أن تماشى جميع القوانين والآليات للعدالة، بما في ذلك آليات العدالة التقليدية وغير الرسمية، مع القواعد والمعايير الدولية؛ وتضع

1 - وتؤدي منظمات المجتمع المدني دوراً فعالاً في المساعدة على التغلب على العوائق التي كثيراً ما تترك المواطنين، ولا سيما أكثرهم تضرراً من التهميش والضعف، في معزل عن مؤسسات الدولة. وفي إندونيسيا، قدم برنامج الأمم المتحدة الإنمائي دعمه للقواعد الشعبية من المجتمع المدني عن طريق تعزيز الوعي القانوني والخدمات شبه القانونية في ثلاث محافظات. وبالشراكة مع لجنة هويرو، أقيمت روابط بين المنظمات النسائية الشعبية في ستة بلدان أفريقية لتعزيز قدراتها على رصد وحماية حقوق المرأة في الأراضي والإرث في نظم العدالة غير الرسمية. ويتمويل من صندوق الأمم المتحدة للديمقراطية، قامت مبادرات للمجتمع المدني بمساعدة الفئات المهمشة في جابون وغواتيمالا للحصول على أوراق الهوية القانونية وتوسيع نطاق المشاركة في عمليات الإصلاح الدستوري في بوليفيا وغانا ونيبال. راجع الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السادسة والستون، البند ٨٣ من جدول الأعمال المؤقت، سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، تعزيز أنشطة الأمم المتحدة في مجال سيادة القانون وتنسيقها، تقرير الأمين العام في ٨ أغسطس ٢٠١١، مرجع سابق، ص ١٧، ١٨

الدول الأعضاء استراتيجيات لتوضيح وتعزيز العلاقة بين أنظمة العدالة التقليدية وغير الرسمية وأنظمة العدالة الرسمية؛ تضع الدول الأعضاء استراتيجيات تكفل حصول جميع الأشخاص، ولا سيما النساء ومن ينتمون إلى الفئات الضعيفة أو الفئات المهمشة الأخرى، على إمكانية اللجوء إلى القضاء على قدم المساواة في إطار جميع آليات إقامة العدل<sup>(١)</sup>.  
**الثاني عشر: دور الأمم المتحدة في دعم السلام والأمن في حالات النزاع وما بعد انتهاء النزاع.**

إن النزاع المسلح، سواء أكان دولياً أم داخلياً، يتسبب في الكثير من المعاناة للمضحايا وللمجتمع ككل. وهو يشكل وضعا يتسم بغياب سيادة القانون والتخلي عن احترام حقوق الإنسان. ومع أن المجتمع الدولي دعا إلى القيام بمساع وقائية شتى وقام بالفعل بتنفيذ هذه المساعي، فإنه لا مناص من نشوب النزاعات المسلحة بسبب التطورات والشقاكات السياسية أو المنازعات على السلطة، وهو ما يدل على أن التدابير الوقائية لا تكفي وحدها. فهذا الوضع الخطير يستدعي اللجوء إلى العدالة الانتقالية لمجابهة تداعيات النزاعات المسلحة في حالات ما بعد انتهاء النزاع، وهو ما قد يعزز في الأجل الطويل أثر التدابير الرامية إلى منع تجدد النزاع المسلح. غير أنه قد تبين أن ثمة مشاكل تحيط بتطبيق العدالة الانتقالية في حالات ما بعد النزاع بسبب عوامل شتى أهمها تفضيل الدول تطبيق السياسة الواقعية وسن قوانين العفو عن مرتكبي الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان في سبيل تحقيق الاستقرار السياسي. ولا يزال تحميل الجناة تبعه ما ارتكبه من انتهاكات جسيمة لحقوق

1 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السادسة والستون البند ٨٣ من جدول الأعمال، سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، إقامة العدل: برنامج عمل لتعزيز سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، تقرير الأمين العام، صادر ١٦ مارس ٢٠١٢، مرجع سابق، ص ١٠.

الإنسان يمثل عاملاً رئيسياً لإقامة العدل وإحلال السلام في حالات ما بعد النزاع<sup>(١)</sup>. يقوض النزاع سيادة القانون، بوسائل منها إضعاف قدرة مؤسسات العدالة والأمن. ولهذا الوضع دور كبير في تكريس الإفلات من العقاب وإيجاد حالة من عدم الاستقرار وتأخير الانتعاش. وكثيراً ما تفتقر المؤسسات إلى الهياكل الأساسية والنظم الإدارية والموارد المالية والموارد البشرية الأساسية المؤهلة وآليات الحوكمة والرقابة. وقد يكون

#### 1 - المرجع السابق، ص ١١ .

• على مدى عدة سنوات ماضية، ظلت الأمم المتحدة تعمل على تعزيز كفاءتها وفعاليتها من خلال جهود الإصلاح في مجالات عديدة، تتراوح بين الأنشطة السياسية والمتعلقة بحفظ السلام والأمن وحقوق الإنسان و المساعدات الإنسانية، إلى أنشطة التنمية. ومن بين المواضيع المشتركة لتلك المبادرات، تركيزها على التماسك والتنسيق على نحو أفضل، ووضوح الأدوار والمسؤوليات، ووضع استراتيجيات متماسكة ومتكاملة، وجود شراكات أقوى بين الجهات الفاعلة الرئيسية، والاتجاه نحو مزيد من القدرة على التنبؤ والمساءلة. وفي المجال الإنساني، تم إحراز تقدم من خلال الصناديق المشتركة، وزيادة التنسيق والقدرات والمساءلة في قطاعات محددة، وتعزيز الدعم للقيادة على المستوى القطري. وفي مجال حفظ السلام، يجري تطوير وتعميق أطر للشراكة مع المنظمات الإقليمية والمنظمات الأخرى لتمكيننا من المشاركة بشكل أكثر ثباتاً وفعالية في دعم السلم والأمن. وتعمل الجهات الفاعلة في مجالي التنمية والمساعدات الإنسانية بشكل وثيق لضمان أن تكون هناك ترتيبات للتنسيق، وزيادة في القدرات والبرامج والأموال، أثناء نقص المساعدات الإنسانية مع مرور الزمن، بفرض الحفاظ على الجهود الرامية إلى مساعدة البلدان على إرساء أسس السلام الدائم والتنمية المستدامة، وتوسيع نطاق تلك الجهود. ولكن العديد من تلك الجهود واجه عقبات منهجية خطيرة. فعلى سبيل المثال، أحبطت ترتيبات التمويل الطوعي والتمويل المخصص العديد من المحاولات لإيجاد قدرة حقيقية على التنبؤ بالنتائج والمساءلة بصدها. وقد أيدت الدول الأعضاء قدراً ضئيلاً أو معدوماً من القدرات الدائمة للعديد من المجالات ذات الأولوية. راجع

UN/A/63/881- S/2009/304-12 June 2011.p.11

مسئولو العدالة والأمن عرضة للفساد أو هدفاً للتهديدات، مما يقوض  
استقلالية المؤسسات ونزاهتها. ويؤدي إفلات متتهكي حقوق الإنسان  
من العقاب إلى تآكل الثقة بالقيادات والمؤسسات الحكومية، مما يحول  
دون نشوء ثقافة احترام سيادة القانون. ولذلك، تشكل حالات النزاع  
وما بعد النزاع محور تركيز رئيسي لما تقدمه الأمم المتحدة من مساعدة في  
مجال سيادة القانون، ينطوي على تحديات وألويات خاصة<sup>(١)</sup>.

1 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السادسة والستون البند ٨٣ من  
جدول الأعمال، سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، إقامة  
العدل: برنامج عمل لتعزيز سيادة القانون على الصعيدين الوطني  
والدولي، تقرير الأمين العام، صادر ١٦ مارس ٢٠١٢، مرجع  
سابق، ص ١١.

• إن تسخير القوة الكاملة لمنظومة الأمم المتحدة دعماً لبلد خارج من الصراع  
يمثل تحديات فريدة وكبيرة. وتمتلك الأمم المتحدة قدرات ثرة في مجالات  
السلام والأمن، وحقوق الإنسان، والتنمية والعمل الإنساني، وسيادة  
القانون، ويتطلب النجاح في بناء السلام تضافر جهود جميع هذه  
الركائز. ولكن كل كيان من كيانات الأمم المتحدة التي تمتلك قدرات في  
هذه المجالات مصمم لهدف مختلف. فلكل منها ولايات، ومبادئ  
توجيهية، وهياكل حكم، وترتيبات تمويل مختلفة - كما أن لكل منها  
ثقافات مختلفة وأفكاراً مختلفة بشأن الكيفية التي تدار بها الأمور. ومع  
تطور الممارسة، أنشأ كل جزء من منظومة الأمم المتحدة مجموعته الخاصة  
به من الشركاء الخارجيين وأصحاب المصلحة. ويصبح هذا عامل تعقيد  
لوحدة الهدف وللعمل على أرض الواقع. وترتبط أجزاء مختلفة من  
الأمم المتحدة حقاً بصكوك دولية متميزة، لكل منها سرعة تقدمه  
وأسلوب مساءلته الخاص به. وفي هذا السياق، فإن الجهود التي نبذلها  
للعمل ككيان واحد في الميدان هي جهود بالغة الأهمية، لكنها غير كافية.  
فالتبيعة المجزأة للحكومة على نطاق المنظومة تزيد من حاجة الدول  
الأعضاء لأن تتخذ موقفاً مشتركاً في أجهزة الأمم المتحدة المتعددة التي  
تتناول القضايا ذات الصلة ببناء السلام، وأن تعمل معنا عن كثب من  
أجل تهيئة المنظمة بطريقة أفضل لتكون قادرة على استجابة أكثر سرعة  
وفعالية فور انتهاء الصراع. راجع UN/A/63/881-S/2009/304-12  
June 2011.p.11

في حالات النزاع وما بعد انتهاء النزاع، تدعم الأمم المتحدة مبادرات سيادة القانون التي لا غنى عنها من أجل إقرار السلام والأمن. ويتم الجمع بين المشاركة السياسية والاستراتيجية رفيعة المستوى من قبل الأمم المتحدة فيما يتعلق بقضايا سيادة القانون والمبادرات الرامية إلى بناء قدرات ونزاهة المؤسسات الرئيسية في مجالي العدالة والأمن على الصعيد الوطني، بما في ذلك الشرطة والنظام القضائي والسجون. ويتم على نطاق واسع تقديم المساعدة على كفاءة المساءلة وتعزيز الأعراف، وبناء الثقة في مؤسسات العدالة والأمن، وتعزيز المساواة بين الجنسين. كما تتضمن هذه المساعدة آليات خلاقية، من قبيل خلايا دعم الملاحقة القضائية في جمهورية الكونغو الديمقراطية، التي تم إنشاؤها لمساعدة السلطات الوطنية في الملاحقة القضائية للجرائم الخطيرة<sup>(١)</sup>. ومن الأمور ذات الأهمية البالغة الاعتراف بالمساهمة الحيوية التي تقدمها مؤسسات العدالة في إقرار السلام والأمن في حالات النزاع وما بعد النزاع، وينبغي توفير الدعم بطريقة متناسبة ومتعاقبة جيداً. وفي حين يتزايد التركيز على تعزيز سيادة القانون في بيئات النزاع وما بعد انتهاء النزاع، كثيراً ما تنعدم الموارد البشرية والمالية اللازمة لتنفيذ الأنشطة، وما زالت هناك ثغرات في القدرات الحاسمة في بعض المجالات الرئيسية. وتعمل لجنة التوجيه المعنية بالقدرات المدنية في أعقاب النزاع على سد هذه الثغرات من خلال تعزيز الشراكات مع الدول الأعضاء والمجتمع المدني والشركاء الآخرين متعددي الأطراف، ولا سيما في نصف الكرة الجنوبي، ويزيادة الوضوح والمساءلة في دعم الأمم المتحدة. وبالإضافة إلى ذلك، توجد بيانات

1 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السادسة والستون البند ٨٣ من جدول الأعمال، سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، إقامة العدل: برنامج عمل لتعزيز سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، تقرير الأمين العام، صادر ١٦ مارس ٢٠١٢، مرجع سابق، ص



عملية محدودة بشأن مدى قوة وفعالية مؤسسات سيادة القانون الرئيسية. وينبغي تشجيع الدول الأعضاء على توفير الموارد الكافية، وخاصة عندما يأذن مجلس الأمن صراحةً باتخاذ مبادرات في مجال سيادة القانون. وفي هذا الصدد: تعين الدول الأعضاء خبراء في القضاء المدني لدعم مبادرات الأمم المتحدة في قطاع سيادة القانون في حالات النزاع وما بعد انتهاء النزاع؛ تدعم الدول الأعضاء وتمول وضع وتنفيذ برامج متعددة السنوات مشتركة مع الأمم المتحدة من أجل تعزيز سيادة القانون في بيئات النزاع وما بعد انتهاء النزاع، وتدعم الآليات الابتكارية للموارد البشرية والمالية، من قبيل خلايا دعم الملاحقة القضائية وتعزز الدول الأعضاء الموارد الخاصة بأنشطة سيادة القانون التي تنفذ في سياق عمليات حفظ السلام التابعة للأمم المتحدة والبعثات السياسية الخاصة، بما في ذلك تقديم التبرعات لإجراءات سيادة القانون التي تقوم بتنفيذها كيانات الأمم المتحدة ووكالاتها وصناديقها وبرامجها المختصة؛ وتدعم الدول الأعضاء استخدام مؤشرات الأمم المتحدة لسيادة القانون باعتبارها أداة رئيسية غير تقييمية لقياس جوانب قوة وفعالية مؤسسات إنفاذ القانون والمؤسسات القضائية والإصلاحية في بيئات النزاع وما بعد انتهاء النزاع<sup>(١)</sup>.

### الثالث عشر: دور الأمم المتحدة في تهيئة بيئة تمكينية للتنمية البشرية المستدامة.

تسهل فعالية سيادة القانون التنمية البشرية المستدامة. ويؤدي توفير وتنفيذ أطر قانونية مستقرة وقابلة للتنبؤ للأعمال التجارية والعمل إلى

---

1 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السادسة والستون البند ٨٣ من جدول الأعمال، سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، إقامة العدل: برنامج عمل لتعزيز سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، تقرير الأمين العام، صادر ١٦ مارس ٢٠١٢، مرجع سابق، ص ١١.

تحفيز العمالة عن طريق تشجيع مباشرة الأعمال الحرة ونمو المؤسسات صغيرة الحجم ومتوسطة الحجم ، وجذب الاستثمارات العامة والخاصة ، بما في ذلك الاستثمار المباشر الأجنبي. ومنذ وقت طويل تم إرساء الصلة بين التنمية الاقتصادية وسيادة القانون. فالتفاوتات المتزايدة في الثروات داخل البلدان ولما بينها هي الآن بمثابة شاغل رئيسي يحمل في طياته إمكانية إضعاف المجتمعات وزعزعة استقرارها. وتدعم الأمم المتحدة وضع برنامج كلي للتنمية البشرية المستدامة يتناول التحديات المتصلة بالنمو الشامل للجميع ، والحماية الاجتماعية والبيئة. وفي برنامج من هذا القبيل ، يتعين أن تؤدي سيادة القانون دوراً هاماً في ضمان المساواة في الحماية وفي إمكانية الحصول على الفرص، (١) من خلال مايلي :

١ - ولا تزال هناك فجوة خطيرة في القدرات الوطنية المطلوبة لضمان تحقيق انتقال مستقر من النزاع إلى السلام الدائم والتنمية المستدامة: عدم قدرة الجهات الفاعلة على الصعيد الوطني وعلى مستوى المجتمعات المحلية لإدارة أو حل التوترات الجديدة أو المتكررة التي قد تؤدي إلى تجدد النزاع. ولقد سارعت الأمم المتحدة وثيرة عملها لمعالجة هذه الفجوة، ووضع برامج إرشادية وتدريبية لتعزيز القدرات الوطنية في إدارة النزاع، بدءاً من الحفاظ على الموارد الطبيعية وانتهاء بتنفيذ اتفاقات السلام. وتكرس مكونات الشؤون المدنية في عمليات حفظ السلام التابعة للأمم المتحدة أو ت ماما متزايداً لتعزيز القدرات الوطنية على إدارة النزاعات بين المجتمعات المحلية، بالاعتماد على القدرات المحلية الموجودة. وفي ليبيريا، يجمع فريق برنامج الدعم القطري المشترك بين الوجود المحلي للشؤون المدنية والخبرة البرنامجية لحمس وكالات تابعة للأمم المتحدة لدعم عملية إدارة المقاطعات المحلية في جميع أنحاء ليبيريا. وفي دارفور، دعمت الأمم المتحدة الدور القوي الذي تضطلع به الإدارة المحلية في حل النزاعات المجتمعية وعززت إمكانيات الوصول إلى العدالة وتسوية المنازعات من خلال خمسة عشر مركزاً للمساعدة القانونية في جميع أنحاء السودان. وفي نيبال، عملت الأمم المتحدة على استباق التوترات خلال الانتخابات عن طريق تقييم المناطق المعرضة للخطر في وقت مبكر ونشر الأفرقة المعنية بالشؤون المدنية هناك. واستباقاً للاستفتاء الذي سينظم في جنوب =

## (أ) - تعزيز الروابط بين سيادة القانون والانتعاش الاقتصادي.

ما لا ريب فيه أن الروابط القائمة بين سيادة القانون والسلم والأمن والتنمية باتت الآن من الأمور المسلمة بها، وأصبحت مقبولة على نطاق واسع أن تعزيز سيادة القانون في أي بلد من شأنه أن يدعم التنمية إجمالاً<sup>(١)</sup>. يركز الجزء الأكبر من استجابة الأمم المتحدة في مجال سيادة القانون في حالات النزاع وما بعد النزاع على الشواغل الأولية المتعلقة بالسلامة والأمن. ولكن لسيادة القانون أيضاً دور هام في الانتعاش الاقتصادي. فمن عوامل تيسير الثقة المتبادلة وثقة المستثمرين حسن سير العدالة والمؤسسات الأمنية، وكذلك وجود إطار تشريعي قوي يستند إلى القواعد والمعايير الدولية، بما في ذلك القانون التجاري الدولي<sup>(٢)</sup>. وإيجاد حلول للمسائل المعقدة المتصلة بمحازاة الأراضي أو استخراج الموارد الطبيعية كثيراً ما يقتضي إجراء إصلاح قانوني و البت في النزاعات المتعلقة

---

=السودان، يجري نشر متطوعين وطنيين تابعين للأمم المتحدة لمساعدة المجتمعات المحلية على التوصل إلى اتفاقات دائمة بشأن الأرض والمياه وعلى تسوية التوترات المحلية قبل أن تتحول إلى أعمال عنف. وفي بوروندي، قامت مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين بتنفيذ مشروع صندوق بناء السلام من أجل تعزيز قدرات اللجنة الوطنية للأراضي وغيرها من الأصول وقد توصل هذا المشروع إلى حل أكثر من ٢٠٠٠ قضية نزاع على الأرض، الأمر الذي أدى إلى زيادة كبيرة في عدد اللاجئين العائدين من جمهورية تنزانيا المتحدة، الذين كانت التراعات على الأراضي مصدر قلق كبير لديهم. راجع

- UN/A/64/866- S/2010/386/16June 2010.p.11

1 - الأمم المتحدة، المجلس الاقتصادي والاجتماعي، لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية الدورة الثانية والعشرون ٢٦ نيسان/أبريل ٢٠١٣ - فيينا، ٢٢ البند ٨ من جدول الأعمال المؤقت متابعة نتائج مؤتمر الأمم المتحدة الثاني عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية والأعمال التحضيرية لمؤتمر الأمم المتحدة الثالث عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية دليل المناقشة لمؤتمر الأمم المتحدة الثالث عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية، ص ٣.

2 - انظر قرار الجمعية العامة ٢١/٦٥.

بالحقوق القانونية. فالمبالغة في إطالة فترة الاحتجاز قبل المحاكمة، وهو أمر شائع بصورة خاصة في حالات ما بعد النزاع، يمكن أن تؤدي إلى تبعات اجتماعية واقتصادية وخيمة على الأفراد والأسر والمجتمعات المحلية، وإلى تقويض الجهود الوطنية لتحقيق الأهداف الإنمائية<sup>(١)</sup>. ينبغي للدول الأعضاء إعادة تركيز اهتمامها على سيادة القانون من أجل تعزيز البيئات المواتية للنمو الاقتصادي المستدام. ويتعين أن يكون هذا النمو منصفاً وشاملاً للجميع ومتسماً بالمسؤولية الاجتماعية كي يخلق قادراً من الاستقرار يكفي لترسيخ مبادرات الحد من الفقر ومبادرات بناء السلام<sup>(٢)</sup>.

1 - مؤسسة المجتمع المفتوح وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي للآثار الاجتماعية والاقتصادي للاحتجاز قبل المحاكمة، ٢٠١١، متاح على الموقع الشبكي التالي: [www.soros.org](http://www.soros.org)

2 - ولذا تسعى المنظمة إلى تعزيز الصلة بين سيادة القانون والانتعاش الاقتصادي في حالات ما بعد النزاع بصورة أكثر منهجية. فعلى سبيل المثال، تركز الخطة المتعلقة بتنفيذ سياسات الإنعاش المبكر في السودان، التي ينفذها برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، على سيادة القانون والوصول إلى العدالة و سبل العيش بوصفهما الركيزتين الأساسيتين لبرجعة الإنعاش. وفي جمهورية الكونغو الديمقراطية، وُضع مشروع برنامج الأمم المتحدة الإنمائي المعني بإعادة الإدماج الاجتماعي والاقتصادي للنساء الناجيات من العنف الجنسي والجنساني في كیفو الشغالية وكيفو الجنوبية وفق تصميم يوفق بين سبل كسب الرزق وإمكانية الوصول إلى العدالة. وفي العراق، تعاونت أمانة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي مع منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية من أجل تقديم الدعم لإعداد تشريعات جديدة بشأن المشتريات العامة والسبل البديلة لتسوية المنازعات في سياق برنامج أوسع لتنمية القطاع الخاص. وينبغي الاستفادة من مثل هذه المبادرات الواعدة التي تربط سيادة القانون بالانتعاش الاقتصادي والتنمية البشرية، وتكرار العمل بها عند الاقتضاء. راجع الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السادسة والستون، البند ٨٣ من جدول الأعمال المؤقت، سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، تعزيز أنشطة الأمم المتحدة في مجال سيادة القانون وتنسيقها، تقرير الأمين العام في ٨ أغسطس ٢٠١١، مرجع سابق، ص ٢٠.

وفى هذا الصدد تعقد الدول الأعضاء العزم على وضع وتنفيذ أطر قانونية كافية لتعزيز مباشرة الأعمال الحرة، والاستثمار في القطاعين العام والخاص، ومن أجل تطوير المؤسسات صغيرة الحجم والمؤسسات متوسطة الحجم، تنظر الدول الأعضاء في اعتماد وتنفيذ الاتفاقيات والنصوص القانونية الأخرى التي تم وضع عدد منها في مجال التجارة والاستثمار والتنمية في إطار الأمم المتحدة. وحيثما يعرقل العجز في قدرات دول أعضاء لتنفيذ ذلك، تلتزم بطلب المساعدة الدولية وبتقديم التمويل الكافي لهذه المساعدة تعقد الدول الأعضاء العزم على اتخاذ خطوات لتشجيع العمالة وتنفيذ معايير وقواعد العمل المتفق عليها دولياً، بما فى ذلك للأفراد العاملين في القطاعات غير الرسمية .

(ب) - مكافحة الفساد.

وسادت منذ وقت طويل أوجه قلق داخلية حول ما سيمسى فى ما بعد بالحكم الرشيد فى جميع مناطق العالم . ولكن خلال الحرب الباردة، لم تول أوجه القلق هذه أهمية كبرى فى العلاقة بين البلدان المانحة والبلدان المتلقية إلا أن مجموعة من العوامل المختلفة ساعدت على وضع الحكم الرشيد فى صدارة جدول الأعمال الدولى، أهمها انتهاء الحرب الباردة والإحساس بأن سياسات التكيف الهيكلى المستندة إلى السوق فشلت فى تنشيط النمو الاقتصادى فى بلدان كثيرة والقلق من أن المعونة كانت غير فعالة فى الأغلب فى تحقيق أهدافها . وتم اعتبار السياسات السيئة والحكم السيئ فى البلدان المتلقية مسئولين إلى حد كبير عن هذا الفشل . وبالتالي أصبح الحكم الرشيد شرطاً لتقديم المساعدة الإنمائية من جانب الوكالات المانحة (١) . يشكل الفساد تحدياً يلزم أن تتصدى له جميع الدول الأعضاء، لا سيما لأنه ثمة صلة وثيقة بين انخفاض معدلات الفساد

1 - الأمم المتحدة، المجلس الاقتصادى والاجتماعى، تقرير لجنة السياسات الإنمائية عن دورتها السادسة، ٢٩ آذار/مارس - ٢ نيسان/أبريل ٢٠٠٤، ص ١٤ .

والتنمية الاقتصادية والاجتماعية. وقد أنشأت الدول الأعضاء برعاية الأمم المتحدة إطاراً معيارياً قوياً لمواجهة هذا التحدي، ويجب أن ينصب التركيز الآن على امتثال الجميع لهذا الإطار وتنفيذه تنفيذاً كاملاً. وفي هذا الصدد، تنظر الدول الأعضاء في التصديق على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وتنفيذ أحكامها بالكامل، مستفيدة من آلية استعراض الأقران التي أنشأها مؤتمر الدول الأطراف في الاتفاقية يدمج مقدمو المساعدة الثنائية ومتعددة الأطراف في ميزنتهم وتخطيطهم في مجال سيادة القانون دعم تلبية احتياجات الدول الأعضاء من المساعدة التقنية، كما تحدد من خلال آلية استعراض الأقران التابعة لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد(١).

### (ج) - حماية الحقوق في السكن والأرض والممتلكات والموارد الطبيعية.

إن تعزيز سيادة القانون هو أحد الأهداف الأساسية للأمم المتحدة ككل. فالقانون يوضع القواعد والمعايير والإجراءات الرسمية اللازمة لإعتماد القرارات وتنفيذها بفعالية. وينص القانون على تصميم وتمكين المؤسسات اللازمة. وتؤسس القانون الحكم الرشيد القائم على الشمول والشفافية والمساءلة في إدارة هذه المؤسسات (٢). كما يحدد

1- الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السادسة والستون البند ٨٣ من جدول الأعمال، سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، إقامة العدل: برنامج عمل لتعزيز سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، تقرير الأمين العام، صادر ١٦ مارس ٢٠١٢، مرجع سابق، ص ١٢

2- عُرف الحكم الرشيد بطرق شتى على أنه إدارة المجتمع بواسطة الشعب وعلى أنه ممارسة السلطة لإدارة شئون البلد وموارده. ويتعين أن يبرز توافق في الآراء عن معناه الرئيسي وكيفية تطبيقه في الممارسة العملية. وفي الوقت الحالي، هناك اتجاهان متميزان في الحوار الدائر بشأن الحكم الرشيد: يستمد أحدهما جذوره من البحث الأكاديمي بينما ينبع الآخر من الجهات المألحة. ويتناول الحوار الأكاديمي في المقام الأول الطريقة التي تبنى بها العلاقة بين القوة والسلطة في مختلف السياقات في حين يركز=

=الحوار النابع من الجهات المألحة بشكل أكبر على هياكل الدولة المصممة لضمان المساواة وتطبيق القانون على النحو الواجب والضمانات ذات الصلة. وبينما يوجه الحوار الأكاديمي أساساً نحو تحسين فهم الصلات المؤسسية بين الدولة والمجتمع المدني والقطاع الخاص فإن الحوار النابع من الجهات المألحة موجه نحو تعزيز فعالية السياسات.

ويرز مفهوم الحكم الرشيد في حوار الجهات المألحة حوالي عام ١٩٩٠، عندما اعتمده البنك الدولي كشرط لإقراض البلدان النامية. واتسمت الفكرة في البداية بالحياد السياسي إلى حد كبير وركزت أساساً على تحسين جودة إدارة القطاع العام. وبحلول منتصف التسعينات، اتسع نطاق مفهوم معظم الجهات المألحة للحكم الرشيد بحيث شمل الأفكار المتعلقة بالشفافية والمساءلة والمشاركة. وأضيف الجانب المتعلق بإمكانية التبديل إلى المزيج في أعقاب الأزمة المالية في أواخر التسعينات بالإضافة إلى الدعوات الموجهة إلى إجراء تحسينات في إدارة الشركات وإلى استقرار الأسواق المالية. ويجري حالياً بحث مفهوم الحكم الرشيد على ثلاثة مستويات منفصلة وإن كانت متداخلة. المستوى الأول هو المستوى الوطني الذي يغطي جميع ال عناصر القياسية التي لها طابع سياسي واقتصادي وإداري. أما المستوى الثاني فهو المستوى العالمي الذي يضم جميع العناصر التي استحدثتها عملية العولمة بما في ذلك الثاني فهو المستوى العالمي الذي يضم جميع العناصر التي استحدثتها عملية العولمة بما في ذلك أما المستوى الثالث فهو مستوى الشركات. وتكتسب الفكرة المتعلقة بالمسؤولية الاجتماعية للشركات أو الإدارة الرشيدة للشركات زخماً في بعض البلدان النامية يمكن ترجمته على أنه يعكس محاولة لتجاوز العضلات الاجتماعية التي تنشأ عندما تؤدي خيارات الشركات التي ترغب في تحقيق أقصى أرباح إلى نتائج غير مستصوبة اجتماعياً، أو للتوفيق بين دوافع القطاع الخاص لتحقيق أقصى أرباح والصالح العام. ومن الأمثلة الجيدة في هذا الصدد المبادرات التي اتخذها قطاع الأعمال الياباني وغرفة التجارة الدولية والمجلس العالمي للأعمال التجارية من أجل التنمية المستدامة وكيانات أخرى، اعتمدت جميعها مدونات لقواعد السلوك تتصل بالمشاكل البيئية العالمية. ورغم أن مفهوم ما يمثل الحكم الرشيد على المستوى الوطني سيستمر في التطور فإن المفهوم مبني حالياً على علاقات داعمة لبعضها البعض وتعاونية مع بعضها البعض بين الحكومة والمجتمع المدني والقطاع الخاص. ومن ثم يكتسب طابع العلاقات بين=

الضمانات لحماية القطاعات الضعيفة من المجتمع. ويوفر أيضاً، من بين أمور أخرى، الخيارات والمؤسسات القانونية التي تسمح بالتدخل في حالة الحرمان من الحماية التي يكفلها القانون. والقانون هو قوة ديناميكية تستجيب لاحتياجات وتطلعات المجتمع في عالم متغير، وهو يسترشد بقيم وتحديات العصر. وفي القرن الحادي والعشرين، فإن أحد المهام الأساسية للقانون تتمثل في إضاءة المسار نحو التنمية المستدامة. (١) تشكل الإدارة

هذه المجموعات الفاعلة الثلاث والحاجة إلى تعزيز آليات قابلة للاستمرار لتيسير تفاعلها أهمية حاسمة. وينظر إلى الحكم الرشيد أيضاً على أنه يستلزم مزيجاً من المشاركة والشفافية في صنع القرار والمساءلة وسيادة القانون والقدرة على التنبؤ. والحكم "الرشيد" هو مفهوم معياري. ومن ثم فإن القيم التي تمثل أساس الحكم هي تلك التي تمتنعها المؤسسات أو الجهات الفاعلة المحددة لها. والإقرار بهذه الحقيقة له أهمية خاصة في سياق العلاقة بين الجهات المانحة والمتلقية بقدر ما يمكن أن يؤدي وجود هذه القيم إلى إصرار على اعتماد معايير السلوك المستمدة من الجهات المانحة في سياقات سياسية- ثقافية بخلاف الجهات المانحة. وأخيراً فإن الحكم له قيمة كأداة، أي كوسيلة وليس كغاية. ويشير هذا تساؤلاً عن الحكم الرشيد في أي مجال أنه يتعين تطبيق معايير الحكم الرشيد في المجالات الوطنية والعالمية وعلى مستوى الشركات لخدمة أهداف الحد من الفقر والنمو المستدام والمساواة الاجتماعية والمشاركة. راجع UN/E/2004/ 33 pp.14-16/ 24 May 2004

1 - الأمم المتحدة، مجلس إدارة برنامج الأمم المتحدة للبيئة، الدورة السابعة والعشرون لمجلس الإدارة/المنتدى البيئي الوزاري العالمي نيروبي، ١٨ - ٢٢ شباط/فبراير ٢٠١٣، البنودان ٤ (أ) و٤ (و) من جدول الأعمال المؤقت العدالة والحوكمة والقانون لتحقيق الإستدامة البيئية، ص ٢، ٣.

الجدير بلفت الانتباه أن مجالين يشكلان مصدر قلق متزايد حيث سيلزم بذل المزيد من الجهود لإحجاز استجابة أكثر فعالية من الأمم المتحدة. أولاً، الموارد الطبيعية. فقد خلصت دراسة أجراها برنامج الأمم المتحدة للبيئة مؤخراً إلى أن ٤٠ في المائة من التراعات الداخلية على مدى فترة ٦٠ عاماً كانت ترتبط بالأرض والموارد الطبيعية، وأن تلك الصلة تضاعف من خطر الانتكاس إلى حالة التراع في الأعوام الخمسة الأولى. وتُبدل جهود لتوجيه الانتباه مبكراً إلى تلك المخاطر ولتحسين التنسيق =



المنصفة والشفافة للمسكن والأرض والممتلكات استناداً إلى مبادئ سيادة القانون دعائم رئيسية للاستقرار الاقتصادي والاجتماعي والسياسي. وقد تسببت حالات العجز الشديد في هذا المجال في الكثير من النزاعات العنيفة والتشريد لفترة طويلة. وفي هذا الصدد، تعقد الدول الأعضاء العزم على وضع أنظمة لإدارة المسكن والأرض والممتلكات تحمي الحقوق

=فيما بين الوكالات لمواجهتها، بطرق من بينها تعزيز القدرات الوطنية على منع نشوب المنازعات على الأرض والموارد الطبيعية، وتشمل الأمثلة برامج في أفغانستان وتيمور ليشتي والسودان حيث أظهر التنسيق فيما بين عدة كيانات تابعة للأمم المتحدة في تناول إدارة الأرض والموارد الطبيعية أهمية اتباع نهج جامع. ومن أجل زيادة الإنجاز على الأرض، أطلب إلى الدول الأعضاء ومنظومة الأمم المتحدة أن تجعل مسائل تخصيص الموارد الطبيعية وملكيته وإمكانية الحصول عليها جزءاً لا يتجزأ من استراتيجيات بناء السلام. وثانياً، فإن شبكات الجريمة المنظمة والاتجار تشكل خطراً متزايداً على استقرار مؤسسات الدولة وعلى هيكل العدالة والأمن بكامله في البلدان التي تتعافى من نزاعات أو أزمات أخرى. ففي شرق أفريقيا على سبيل المثال، نشأت حلقة مفرغة يسمح فيها ضعف سيادة القانون بانتشار الأنشطة غير المشروعة التي تسيطر عليها الجماعات الإجرامية المنظمة، التي تقوض بدورها بناء السلام والانتعاش في مرحلة ما بعد انتهاء النزاع. وينذر عدم مواجهة تلك التحديات بالانتكاس إلى حالة النزاع وبزعزعة استقرار الدول والمنطقة التي توجد فيها. ويلزم الآن تعزيز النهج الإقليمية، وزيادة التعاون الدولي بقدر كبير، وتقوية التعاون المشترك بين الوكالات. وأرحب بالجهود الرامية إلى دعم تنفيذ خطة عمل الجماعة الاقتصادية لدول غرب أفريقيا لمكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية من خلال مبادرة ساحل غرب أفريقيا المشتركة بين الوكالات. واجع الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة الرابعة والستون، البنود ١٠ و ١٠٨ و ١١٤ و ١٢٠ من جدول الأعمال، تقرير لجنة بناء السلام، تقرير الأمين العام عن صندوق بناء السلام، متابعة نتائج مؤتمر قمة الألفية، تعزيز منظومة الأمم المتحدة، ومجلس الأمن الدورة السنة الخامسة والستون: تقرير مرحلي للأمين العام عن بناء السلام في المرحلة التي تعقب مباشرة انتهاء النزاع، الصادر ١٦ يونيو ٢٠١٠، ص ١٦

الاجتماعية والاقتصادية الدولية حماية فعالة، وتنفيذها بالكامل، مع التركيز بصفة خاصة على كفالة تكافؤ حقوق المرأة في السكن والأرض والممتلكات، بما في ذلك الحقوق التي تؤول عن طريق الاستخلاف والميراث<sup>(١)</sup>.

1 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السادسة والستون البند ٨٣ من جدول الأعمال، سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، إقامة العدل: برنامج عمل لتعزيز سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، تقرير الأمين العام، صادر ١٦ مارس ٢٠١٢، مرجع سابق، ص ١٣

• يرتبط ضمان حياة الأراضي ارتباطاً واضحاً بحق الإنسان في الحصول على غذاء كاف. إذ يعيش نصف الذين لا يتمتعون بالأمن الغذائي في أسر معيشية زراعية ذات حيازات صغيرة، ويعمل قرابة ٢٠ في المائة عمالاً زراعيين ولا يملكون أراضٍ: إن ضمان حياة الأراضي والحصول على الأراضي كمورد إنتاجي أمر جوهري لحماية الحق في الحصول على الغذاء لكلا الفئتين. ويشدد المبدأ التوجيهي ٨، الفقرة ١٠٠ من المبادئ التوجيهية الطوعية لمنظمة الأغذية والزراعة بشأن الحق في الغذاء على الحاجة إلى تعزيز وحماية ضمان حياة الأراضي، وخاصة للمرأة ولشرائح الفقراء والمحرومين من المجتمع، من خلال التشريعات التي تحمي الحق الكامل والمتساوي في امتلاك الأرض وغيرها من الممتلكات، بما في ذلك الحق في الوراثة؛ ويوصي بالنهوض بإصلاح الأراضي لتعزيز إمكانية حصول الفقراء والنساء على الأراضي. وانطلاقاً من هذا المبدأ التوجيهي، أكدت الدول الأعضاء في المؤتمر الدولي المعني بالإصلاح الزراعي والتنمية الريفية الذي عقدته منظمة الأغذية والزراعة في عام ٢٠٠٦، على الدور الأساسي للإصلاح الزراعي في إعمال حقوق الإنسان الأساسية والأمن الغذائي. وأكدت من جديد أن الحصول على الأراضي والمياه والموارد الطبيعية الأخرى المتعلقة بسبل عيش السكان في المناطق الريفية على نحو أوسع وأكثر أمناً واستدامة، وخاصة للنساء والسكان الأصليين والجماعات المهمشة والضعيفة، أمر أساسي للقضاء على الجوع والفقر، ويسهم في التنمية المستدامة، وينبغي لذلك أن يكون جزءاً لا يتجزأ من السياسات الوطنية. وبالفعل، فإن للحقوق المتعلقة باستخدام الأراضي ما يبررها أيضاً من الناحية الاقتصادية: إذ تؤكد =

ومن الأمور الفارقة الأهمية بالنسبة للكثير من الأهداف العالمية تأمين الحق في السكن وتعزيز إعادة الممتلكات إلى أصحابها وإدارة الأراضي - عملية صنع القرار بشأن إمكانية الحصول على الأراضي واستخدامها، وتنفيذ تلك القرارات والتوفيق بين المصالح المتضاربة فيما يتعلق بالأراضي. وتعمل الأمم المتحدة الآن على وضع مبادئ توجيهية مشتركة بين الوكالات بشأن الممارسة الجيدة في إدارة الأراضي. وقد لفت مؤتمر العمل الدولي، في دورته الثامنة والتسعين، المعقودة في حزيران/يونيه ٢٠٠٩، الانتباه إلى العلاقة بين حقوق الملكية وتعزيز فرص المرأة في مباشرة الأعمال الحرة. إلا أن النظام يفتقر بدرجة كبيرة إلى الموارد في هذه المجالات، ويجب زيادة المساعدات في مجال التوفيق بين المصالح المتعلقة بالأراضي في عالم يتزايد فيه النزاع على الأراضي. ورغم الإعلان على نطاق واسع عن فوائد الوصول إلى المياه المأمونة والصرف الصحي، فإن المجتمع الدولي عاجز - حالياً - عن ضمان توفر المياه المأمونة والصرف الصحي للجميع، دون تمييز، بما في ذلك للأجيال المقبلة. ويقدر عدد الأشخاص الذين لا يحصلون على المياه المأمونة بحوالي ١.٨ مليار شخص<sup>(١)</sup>.

=وثائق كثيرة على أن توفير الأمن لأصحاب الأراضي أو لمستخدمي الأراضي من طردهم منها يعزز قدرتهم على المنافسة من خلال تشجيع الاستثمار المتصل بالأراضي، ويخفض تكلفة الائتمان عن طريق زيادة استخدام الأرض كضمان. راجع: الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة الثالثة والستون، البند ٦٤ (ب) من جدول الأعمال تعزيز حقوق الإنسان وحمايتها: مسائل حقوق الإنسان، بما في ذلك النهج البديلة لتحسين التمتع الفعلي بحقوق الإنسان والحريات الأساسية: الحق في الغذاء، ٢١ أكتوبر ٢٠٠٨، ص ٢٢.

1- Kyle Onda and others, "Global access to safe Water: accounting for water quality and the resulting impact on MDG progress", International Journal of Environmental Research and Public Health, vol. 9, No. 3, p. 880.

#### (د) - إنشاء السجلات المدنية والاحتفاظ بها.

يشكل ضمان التسجيل المدني الملائم والاحتفاظ بسجلات مدنية شاملة أمراً محورياً للحصول على الاعتراف القانوني من قبل الدولة والمساواة أمام القانون، ويمكن الأفراد من المشاركة في العمليات الاقتصادية والسياسية، والتماس حماية الدولة، والحصول على خدمات عامة مثل الصحة والتعليم. وفي هذا الصدد، تعقد الدول الأعضاء العزم على إنشاء نظم فعالة للتسجيل العام للمواليد مجاناً، ولسجلات الجنسية وغيرها من السجلات المدنية، التي تكون متاحة تماماً للجميع<sup>(١)</sup>.

وبما سبق نرى أن تعزيز سيادة القانون على الصعيد الوطني من المجالات التي ما زالت قدرات المجتمع الدولي فيها ضعيفة. ويمثل تنفيذ التوصيات الواردة في تقرير الأمين العام للأمم المتحدة لعام ٢٠٠٩ عن بناء السلام في المرحلة التي تعقب مباشرة انتهاء النزاع<sup>(٢)</sup>، أمراً بالغ الأهمية لضمان اتباع نهج دولي أكثر فعالية واتساقاً إزاء بناء السلام. ونحن بحاجة إلى تحسينات ملموسة على أرض الواقع في قطاعات من قبيل سيادة القانون. وهذا يتطلب دعماً يمكن التنبؤ به بدرجة أكبر وتنسيقاً أكثر فعالية بين الأمم المتحدة وغيرها من الجهات الفاعلة. وعلينا أن نجتمع الجهات المانحة بالدولة المضيئة، وأن نكفل التنسيق الاستراتيجي في ما بين الوكالات المانحة دعماً للسلطات المحلية. وهنا يكتسب استعراض القدرات المدنية أهمية خاصة، فنحن بحاجة إلى توضيح أدوار ومسئوليات مختلف أجزاء الأمم المتحدة ضمناً لإجراء عملية تخطيط متكاملة. وستواجه الأمم المتحدة والمجتمع الدولي عما قريب اختبارات عسيرة على أرض الواقع في هذا المجال في أماكن من قبيل جنوب السودان وجمهورية الكونغو الديمقراطية وكوت ديفوار، وتعتقد المملكة المتحدة أنه من المهم أن يبدأ المجتمع الدولي في أقرب فرصة ممكنة التخطيط لمواجهة هذه الاختبارات

1-A/63/881-S/2009/304.p.111

2-A/63/881-S/2009/304.p.111

بشكل منسق وفعال<sup>(١)</sup>. إن مساعدة البلدان على إنشاء نُظم التسجيل المدني وإدارتها ليست من مسؤوليات أي من وكالات الأمم المتحدة. غير أن الشعبة الإحصائية التابعة للأمم المتحدة واليونيسيف وصندوق الأمم المتحدة للسكان وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي هي هيئات تعمل جميعاً مع البلدان النامية من أجل تحسين مختلف جوانب الإحصاءات السكانية. وتركز كل من منظمة الصحة العالمية وهيئتها الشريكة، أي شبكة القياسات الصحية، على تحسين نُظم المعلومات الصحية وقدرة البلدان على اقتفاء أثر أسباب الوفاة الرئيسية<sup>(٢)</sup>.

### المبحث الرابع

## الصعوبات التي تواجه الأمم المتحدة في إعلاء مبدأ سيادة القانون.

الجدير بلفت الانتباه إن أي محاولة من جانب المجتمع الدولي لإعادة بناء أي مجتمع محطم سوف تذهب أدراج الرياح دون وجود مؤسسات تعمل على تعزيز وحماية حكم القانون في مرحلة مبكرة. ووجود القانون

- 1 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السادسة والستون، البند ٨٣ من جدول الأعمال المؤقت، سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، تعزيز أنشطة الأمم المتحدة في مجال سيادة القانون وتنسيقها، تقرير الأمين العام في ٨ أغسطس ٢٠١١، مرجع سابق، ص ١٠٢
- 2- يعود التسجيل المدني بفوائد عديدة. وحق الفرد في أن يُقيد في بداية حياته ونهايتها من الأمور الأساسية لضمان اندماجه في المجتمع. وكثيراً ما يُشترط، لدى انعدام التأمين أو الإرث، تسجيل الوفاة والإشهاد عليها لأغراض الدفن أو إعادة الزواج أو تسوية قضايا جنائية. وهناك أيضاً مخاطر مرتبطة بنظام التسجيل المدني. فمن الممكن استخدام المعلومات التي يتيحها ذلك النظام لممارسة التمييز ضد فئات معينة. غير أن هناك سُبلاً لتصميم نُظم تتوخى الحد من تلك المخاطر. راجع التسجيل المدني: لماذا يُعد تسجيل الولادات والوفيات أمراً مهماً؟ صحيفة وقائع رقم ٣٢٤، تشرين الأول/أكتوبر ٢٠٠٧، منشور على موقع منظمة الصحة العالمية: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs324/a>

أمر مركزي للحفاظ على حكم القانون. ففي المجتمعات الخارجة من الصراعات، قد ترى السلطات الوطنية أن القانون القديم غير قابل للتطبيق، كلياً أو جزئياً، ما يقود إلى الحاجة لإعادة صياغة بعض نصوص القانون القائم أو إيجاد حل مؤقت يسد الثغرة واعتماده إلى أن يتم وضع قانون جديد. وفي نهاية المطاف، وحتى منذ الأيام الأولى للتعافي من الصراع، يحتاج الشرطة والمدعون العامون والقضاة وقوات حفظ السلام، والأهم منهم جميعاً المواطنون، إلى الاطمئنان لوجود قانون وإلى وضوح لماهية هذا القانون. إن أوجه القصور الواضحة للعيان التي تعاني منها بعض القوانين للفترات اللاحقة للصراعات قد ألهمت العديد من جهود إصلاح القوانين الراهنة.

ويقول (Brigitte Stern): بأن أوجه القصور في قواعد القانون الدولي مثلاً ليست مبرراً لانتهاكها (١). وفي عصرنا الراهن يقاس تطور الدول وتقدمها بمدى احترام سيادة القانون، على اعتبار أن الدولة في المجتمعات الحديثة تخضع للقانون، ولا يخضع القانون فيها للدولة، كما يخضع للقانون كل من الحاكم والمحكوم مهما كان شأن الحاكم، لأن الحاكم مجرد إنسان، ليست لإرادته قوة منشئة في عالم القانون أعلى من القوة التي تكون لإرادة أضعف شخص من رعاياه. وبناء على ذلك، لا يجوز للمسئول مهما علت مكانته أن يصدر بنفسه أو بالواسطة تشريعات تنتقص من مبدأ سيادة القانون والمساواة أمامه، كما في بعض القوانين التي تحجب حق التقاضي، أو شل آثار بعض الأحكام القضائية المكتسبة الدرجة القطعية عبر تعطيل تنفيذها كلياً أو جزئياً، وما يترتب على ذلك من

- 
- 1- Brigitte Stern, How To Regulate Globalization?, in THE ROLE OF LAW IN INTERNATIONAL POLITICS: ESSAYS IN INTERNATIONAL RELATIONS AND INTERNATIONAL LAW (Michael Byers ed., 2000) pp. 247, 260

مسئوليات سياسية واقتصادية وجزائية ومدنية. والأخطر من ذلك زعزعة الثقة بالسلطة القضائية وبالقرارات التي تصدر عنها.

الجدير بالتنويه هنا أن سيادة القانون لا تتحقق فعليا في أى مجتمع، مالم تُفرض هذه السيادة أيضاً<sup>(١)</sup>، وأيضاً على جميع السلطات فى الدولة. وعلى السلطة التشريعية أثناء سنها لأي تشريع أن تهتدي بالقواعد الدستورية ومبادئ الحق الطبيعي والعهود والمواثيق الدولية المؤسسة على احترام حقوق الإنسان وحرياته العامة. لأن السلطة فى الدولة إذا لم تهتد بمثل هذه القواعد التى هى ضوابط ملزمة لها، تستطيع أن تسن ما تشاء من التشريعات تضيق فيها الخناق على أفرادها، ثم تأتى تلك السلطة لتقول إن سيادة القانون متحققة لأنها خاضعة له. ونسيت أن سيادة القانون هنا شكلية باعتبار أن السلطة هنا تخضع للقانون الذى وضعته، وهذا ما يؤدي إلى تحقيق الطغيان باسم القانون وسيادته. وأكبر عامل التمييز بين الدول التى يوجد فيها بعض الحرية وتلك الحكومات الاستبدادية هو سيادة القانون. فالسيادة القانون تقوم على ثلاث محطات: المحطة الأولى، يتطلب

1 - لكن هذا المبدأ ليس مجرد كلمتين تتراصان علي السطور فيعطي إليها بريقاً إذاً يشعرك بأن من قام بكتابتها يستطيع أن يحقق الديمقراطية ويضمن لك الحكم الرشيد ولكن المبدأ لتطبيقه وجني ثماره يجب أن ينفذ عن قناعة ورغبة جدية يدفعها تغيير سلوكي مادي في تصرفات المواطنين فيجب أن يتجذر مبدأ سيادة القانون في وجدان المجتمع ويصبح الدافع إلي كل تحركاته غير مصحوب بالنظرة القائمة التي تمتاز بتفكير البعض ممن يري في القانون سلاحاً يطبق علي الفقراء لصالح الأغنياء دون مرده الأمر إلي علته في أن سيادة القانون عندما تتحول من مبدأ إلي قناعة واعتقاد وممارسة سيستوي الغني والفقير أمام نصوصه المجردة. وإن كون الأفراد علي وعي تام بأن تمسكهم بالقانون هو السبيل الوحيد لتطبيقه وإن كان هناك من يتحايل عليه فإن تحايله لا يغري الجميع علي أن ينجح إلي ذات الغرض مفترضاً أن هذا هو الشائع أو الواقع أو السبيل لتحقيق المصلحة. راجع أحمد عبد الله خليل نشر في روزاليوسف اليومية يوم ١٠ - ٠٩ - ٢٠١٠، على الموقع:

www.rosaonline

أن يتم سن جميع القوانين في وقت سابق للسلوك الذي يسعون لتنظيم وأن تصاغ وتصدر في العام من قبل السلطة الشرعية. يجب أن يكون الهدف من جميع القوانين هو المحافظة على الحرية الفردية<sup>(١)</sup>.

المحنة الثانية هي أن لا أحد فوق القانون وليس هناك من هو تحته. وهكذا، فإن القيود التي وضعها القانون على القوة والاحتياط في حاجة إلى تحافظ على الجميع على قدم المساواة، وحماية القانون ضد القوة والاحتياط يجب أن تحمي الجميع على قدم المساواة. هذا يزيل من السياق تقدير أولئك الذين يرون فرض القانون والقدرة على تنفيذه أو على تحمل الحماية له بشكل انتقائي. هذا المبدأ يتطلب أيضا أن يكون تطبيق القانون على أنفسهم. بالطبع، لم يكن هذا هو الحال دائما. فقد خسر الملك بريطانيا في ١٦٢٨، عندما قضى البرلمان البريطاني مناقشة مسألة وضع الملك من القانون هل الملك هو فوق حكم القانون، أو هو حكم القانون فوق الملك؟ الحمد لله، - فقد الملك ١٠ أصوات من أصل مئتين<sup>(٢)</sup>. المحنة الثالثة في حكم القانون يتطلب أن الهياكل التي تصدر أو تفرض القانون أو تفسيره سيكون وجودها أمراً أساسياً - مثلاً في الولايات المتحدة الأمريكية نجد أن الكونجرس يكتب القوانين والرئيس يفرض القوانين والمحاكم تفسر القوانين - التي لا يمكن تغييرها بين عشية وضحاها أو بأثر رجعي من قبل الناس الذين يديرون ذلك. وبعبارة أخرى، فإن هذا السياق يوحي أنه ليس هناك سوى توافق واسع يمكن أن تتغير الأهداف أو القيم أو الهياكل المستخدمة لتنفيذ القوانين؛ لا يمكن تغييرها من قبل ضمور أو الإهمال أو الأزمات<sup>(٣)</sup>. ومن بين المحطات

- 1- Judge Andrew P. Napolitano: The rule of law, Published July 19, 2012. [www.foxnews.com/.../2012/07/19/rule-law](http://www.foxnews.com/.../2012/07/19/rule-law)
- 2- Judge Andrew P. Napolitano: The rule of law, Published July 19, 2012 op,cit, [www. Foxnews .com/.../2012/07/19/rule-law](http://www.Foxnews.com/.../2012/07/19/rule-law)
- 3- Ibid, [www.foxnews.com/.../2012/07/19/rule](http://www.foxnews.com/.../2012/07/19/rule)



الدولية البارزة المؤكدة على مبدأ حكم القانون يمكن الإشارة أيضا إلى الإعلان العالمي للديمقراطية الذي أقره مجلس الاتحاد البرلماني الدولي في القاهرة في ١٦ سبتمبر ١٩٩٧م معلناً فيه: أن الديمقراطية تقوم على سيادة القانون ومباشرة حقوق الإنسان؛ وأنه في الدولة الديمقراطية لا يعلو أحد على القانون وأن الجميع متساوون أمام القانون. ويشأن العنصر الأساسي لمبدأ حكم القانون أكد إعلان نيودلهي الصادر عن المؤتمر الدولي لرجال القانون في نيودلهي سنة ١٩٥٩م أن الدولة القانونية هي دولة تؤكد المساواة بين المواطنين في التزامهم بقانون ينظم العلاقات الاجتماعية ويحمي القيم والمبادئ الأساسية ويعهد إلى محكمة عليا أو محكمة دستورية متخصصة بالرقابة على تحقيق هذا الهدف<sup>(١)</sup>.

في عصرنا، أصبحت انتهاكات سيادة القانون الأكثر اضطراباً عندما تكسر الحكومة قوانينها الخاصة. فمثلاً في الولايات المتحدة الأمريكية يتساءل ( Judge Andrew P. Napolitano ) ماذا عن الغش في جميع الكونجرس عندما تسن القوانين التي لم تقر إعادة القوات الى الوطن من الشرق الأوسط؟ ماذا عن الأبرياء الذين قتلوا سراً كل من رئيس (CIA) باستخدام طائرات بدون طيار؟ لا يمكن العثور على وسيلة لتبرير بموجب الدستور؟ وإنها ليست - ضريبة؟ نحن نعيش في زمن مخوف بالمخاطر. الرئيس يتصرف فوق حكم القانون بحروبه الخاصة. الكونجرس يعمل تحت سيادة القانون عن طريق السماح للرئيس يفعل ما يمكن أن يفعله من ذلك<sup>(٢)</sup>. سيادة القانون هي الأساس لبناء الهيكل من الحرية والتقدم في

1 - بوشعيب أوعبي (باحث وأكاديمي من المغرب)، مبدأ حكم القانون في إطار الحقل الدستوري، على الموقع

<http://www.altasamoh.net/print.asp?Id=561>

2- Judge Andrew P. Napolitano: The rule of law, Published July 19, 2012. [www.foxnews.com/.../2012/07/19/rule-law](http://www.foxnews.com/.../2012/07/19/rule-law)

أمر المجتمع المدني (١) بيد أنه هناك صعوبات تواجه إقرار مبدأ سيادة القانون على كافة الأصعدة ، لعل أهمها مايلي:  
أولاً: الفساد . . .

يعتقد العدد من المحللين أن صيانة سيادة القانون أمراً أساسياً للنشاط الاقتصادي (٢). بيد أنه في عالم يتسم بالاضطراب النسبي الناجم عن التغيرات الأساسية لفترة ما بعد الحرب الباردة هناك فرص جديدة وحوافز دافعة لممارسة الفساد. وتقف التجارب الأخيرة بمثابة تحد في وجه الافتراض القائل: بأن الأسواق الحرة وعدم التدخل هي الوسائل العلاجية المضادة للفساد. ويتضح الآن أن كل نظام اجتماعي - سياسي وكل نظام اقتصادي يولد نوعه الخاص من الفساد وأن أي نظام كان لا يخلو تماماً من الفساد. ومع ذلك، تبدو البلدان الفقيرة أكثر عرضة من غيرها للتأثر بالفساد: الفساد هو مشكلة رئيسية في العديد من الاقتصادات النامية في العالم اليوم (٣). فالفساد والفقر يرتبطان برابطة قوية ويعزز أحدهما الآخر، الأمر الذي يؤدي إلى دوامة دافعة نحو هوة التدهور ، وهي كثيراً ما تسهم في إحداث أزمة سياسية وبشرية حادة ونزاع عنيف وبينما يوجد إقرار طويل العهد بأن الفساد يشكل عائقاً أمام إقرار مبدأ سيادة القانون . وربما ليس هناك ما هو أكثر تعقيداً من الحد من الفساد وتعزيز سيادة القانون (٤) . فيما عرض لنوعين من الفساد.

- 1- Hon.samuel.Bufford: Defining the Rule of law,from ABA Judges,Hournal,fall 2007,p.1
- 2- Augustine Nwabuzo Corruption and Development: New Initiatives in Economic Openness and Strengthened Rule of Law, Journal of Business Ethics June 2005, Volume 59, Issue 1-2, pp 121-138
- 3- Robert J. Barro, Ph.D:RULE OF LAW, DEMOCRACY, AND ECONOMIC PERFOR- MANCE, Index of Economic Freedom 2000. p.4
- 4- TimoThy Frye, Corruption and Rule of Law. russia aFTer The global economic crisis, Peterson Institute for International Economics2011:p.80 | www.piie.com

## (أ) الفساد السياسي وإهدار مبدأ سيادة القانون...

لا أخال أن أحداً ينكر أن إهدار مبدأ سيادة القانون يأتي من الفساد السياسي، الذي يغطي مجموعة واسعة من الممارسات الفاسدة التي تتباين بين بناء الأحزاب غير المشروعة وتمويل الانتخابات، وبين شراء الأصوات الانتخابية، ووقوع الناخبين في الرشاوى أو الضغط والاتجار في السلطة بين السياسيين والمسؤولين العموميين المنتخبين، ولذا يجب حماية الناخبين من الرشاوى أو الضغط<sup>(١)</sup>. وإذا يخضع العديد من هذه الجوانب بالفعل لتغطية كافية من التشريعات في عدد كبير من الدول، فإنه يندر وجود قوانين كافية لتنظيم تمويل الأحزاب السياسية والحملات الانتخابية. كذلك فإن الأحزاب غير المشروعة وتمويل الحملات الانتخابية يقوضان صرح التنافس المنصف بين الأحزاب ويشيطان عزيمة المواطنين مما يصرف اهتمامهم عن السياسة ويؤدي في آخر المطاف إلى تبيد ثقتهم في المؤسسات الديمقراطية واحترامهم لها. ووجود التنافس بين الأحزاب السياسية هو عنصر من عناصر ديمقراطية تعدد الأحزاب وهو يستلزم تمويلًا مناسبًا<sup>(٢)</sup> ولقد شهدت ظروف عمل الأحزاب السياسية تغيرات عبر السنين، فعصر وسائل الاتصال وإعلام الجمهور يفرض على الأحزاب السياسية إنفاق مبالغ طائلة من أجل الوصول إلى المواطنين وتحقيق رؤية واضحة لديهم وإبلاغهم بشأن السياسات والأفكار والمفاهيم السياسية من أجل كسب دعمهم. وقد أدى تزايد التكاليف إلى

- 1- Huber, Martina. Monitoring the Rule of Law, Consolidated Framework and Report, The Hague: Netherlands Institute of International Relations 2002. p.8
- 2- Karl -Heins Nassmacher: Introduction: Political Parties, Funding and Democracy, in Reginald Austin, Maja Tjernström (Editors): Funding of Political Parties and Election Campaigns, Hand book Series, International Institute for Democracy and Electoral Assistance 2003, p.5.

اضطرار الأحزاب السياسية لالتماس أموال إضافية إلى جانب ما يميزه القانون لها<sup>(١)</sup>.

ويتم ذلك - أحياناً - عن طريق التحايل على الأنظمة القانونية القائمة ومحاولة الحصول على مصادر تمويلية غير مشروعة أو حتى اللجوء إلى ممارسة الفساد فعلاً. وكثيراً ما تلقى ممارسات كهذه تشجيعاً يعود سببه إلى غياب القوانين والأنظمة الفعالة التي تحكم شؤون تمويل الأحزاب السياسية وإنفاقها وشفافية عملياتها السياسية. ولقد أدت بعض الحالات التي وقعت مؤخراً فيما يخص تمويل الأحزاب السياسية إلى إذكاء الوعي بشأن المخاطر التي ينطوي عليها الفساد السياسي والمناداة بضرورة زيادة صرامة الأنظمة القانونية. ولكن تنظيم تمويل الأحزاب السياسية والحملات الانتخابية لا يطبق حتى الآن سوى في نحو ثلث بلدان العالم فقط<sup>(٢)</sup>. ونرى أن هناك حاجة ملحة لمعالجة هذا الوضع من أجل منع إساءة الممارسة والتشجيع على قيام تنافس سياسي منصف وتمكين

1- Karl -Heins Nassmacher: Introduction: Political Parties, Funding and Democracy, in Reginald Austin, Maja Tjernström (Editors): Funding of Political Parties and Election Campaigns op, cit. p.5

2 - هناك تشريعات تتعلق بتمويل الأحزاب السياسية في ٤٠ بلداً فقط من بين ١١١ بلداً غطتها دراسة أجراها مؤخراً المعهد الدولي للديمقراطية والمساعدة الانتخابية. كما لا توجد في ٤٧ في المائة من البلدان أحكام تلزم الأحزاب السياسية بالكشف عن المساهمات التي تتلقاها؛ وفي ٨٦ في المائة منها لا توجد أحكام تلزم الملتزمين بالكشف عن المبالغ التي يتبرعون بها؛ و ٧١ في المائة من البلدان لا تنظم حداً أقصى للمساهمات في الأحزاب السياسية؛ و ٥٢ في المائة من الأحزاب السياسية للبلدان ليست ملزمة بأن تكشف علناً عن مصروفاتها؛ ولا يوجد في ٥٢ في المائة من البلدان حد أقصى مثبت لمصروفات الأحزاب السياسية. راجع:

- Reginald Austin and Maja Tjernström, eds., Funding of Political Parties and Election Campaigns (Stockholm, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2003. p. 225

الناخبين من اتخاذ قرارات مبنية على الدراية وتعزيز الأحزاب باعتبارها  
وسائل ديمقراطية فعالة تعمل من أجل المصلحة العامة. وهناك تباين واسع  
بين النهوج المتبعة في تمويل الأحزاب السياسية والحملات الانتخابية،  
وهي تشمل الإعانات التي تقدمها الحكومة للأحزاب السياسية  
 والمرشحين، وفرض القيود على مصروفات الحملات الانتخابية،  
 ووجود إطار تنظيمي لضمان شفافية المساهمات والمصروفات. ويلزم من  
 كل دولة أن تضع نظامها الخاص وفقاً لقيمتها السياسية وثقافتها، ونظامها  
 السياسي والانتخابي، ومرحلة التقدم التي بلغتها وقدرتها المؤسسية.  
 ولقد بدأت بعض الممارسات الجيدة بالظهور، وذلك بالرغم من  
 الصعوبات التي ينطوي عليها هذا المجال<sup>(١)</sup>. وقد وضعت دول عديدة  
 أنظمة خاصة تتعلق بالمساهمات المقدمة للأحزاب السياسية وللكيانات  
 الخاضعة لها، بما في ذلك القواعد التي تحدد قيم التبرعات والتدابير التي  
 من شأنها أن تمنع تجاوز الحدود القصوى المثبتة. وكثيراً ما تتضمن هذه

- 1- see for example regulation No. 2004/2003 of 4 November 2003 of the European Parliament and the Council of the European Union on the regulation governing political parties at the European level and the rules regarding the funding; and the report on the proposals for a European Parliament and Council regulation on the statutes and financing of European political parties 1999-2003; recommendation Rec(2003)4 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member States on common rules against corruption in the funding of political parties and electoral campaigns; Parliamentary Assembly, recommendation 1516 (2001); and Venice Commission, Guidelines and Report on the Financing of Political Parties, 2001; the Convention on Preventing and Combating Corruption of the African Union, art. 10; resolution AG/Res.2044 of the Organization of American States on promotion and strengthening of democracy; and the United Nations Convention against Corruption, art. 7, paras. 2-4.

الأطر التنظيمية حظراً على بعض المصادر والتبرعين كالتبرعات من مصادر مجهولة الهوية، والتبرعات المقدمة من الشركات والكيانات الأخرى الخاضعة لتأثير سلطة الإدارة العمومية والشركات التي تقدم السلع والخدمات للإدارة العمومية، والتبرعات التي مصدرها أحزاب سياسية أخرى أو من منحين أجنب.

(ب) الفساد القضائي والموت الحقيقي لمبدأ سيادة القانون . . .

من مطالعة الأمر الراهن على ما يبدو، فإن الفساد القضائي هو مشكلة عالمية. فهذا الفساد لا يقتصر على بلد بعينه أو على منطقة معينة. ومع ذلك، فإن مظاهر هذا الفساد تبدو في أسوأ حالاتها في البلدان النامية وأيضاً في البلدان التي تمر بمراحل انتقالية<sup>(١)</sup>.

لا أخال أن أحداً ينكر أن الدستور هو المحسد والثوى الأول لمبدأ

سيادة القانون . بيد أنه يمكن للقضاة أن يختلفوا حول ما يتطلبه الدستور .

ولكن المخزي في الأمر أن يتم تفسير الدستور على افتراضات لا أساس

لها ولا تراعى عيش الناس<sup>(٢)</sup> . بيد أن المفهوم التقليدي للوظيفة

القضائية لا تنف عن حد تطبيق القانون، إنما للقضاة سلطة الاعتراض على

التشريعات بأثر رجعي مما ينطوي على إضافة الوظيفة التشريعية

للقضاء، إذا كان هذا يقلل من تعزيز مبدأ سيادة القانون<sup>(٣)</sup> .

1- مركز استقلالية القضاة والمحامين، التقرير السنوي التاسع حول الاعتداءات

على العدالة، آذار/مارس ١٩٩٧ شباط/فبراير ١٩٩٩. على موقع الشبكي

at <http://sc.judiciary.gov.ph/pio>.

2- It is perfectly proper for judges to disagree about what the constitution requires. But it is disgraceful for an interpretation of constitution to be premised upon unfounded assumptions about how people live IN: Lynne N. Henderson. Legality and Empathy. Michigan law Review. Vol 85.No.7.Jun1987.p.1574

3- Augusto Zimmermann. The Rule of Law as a Culture of Legality: Legal and Extra-legal Rule of Law in Society . Law Journal: Murdoch University1990 .p.39

رغم أن الفساد داخل النظام القضائي يشكل مصدراً لقلق دائم، فإن الإقرار بآثاره على سيادة القانون لم يكن إقراراً تاماً سوى منذ فترة قريبة. ويتوقف احترام التمتع بسائر القوانين الأخرى في آخر المطاف على إقامة العدل على الوجه الصحيح. لذا فإن وجود الفساد داخل النظام القضائي يشكل مصدراً لمخاطر تهدد استقلاليته وحياده وإنصافه ويقوض سيادة القانون - وهي شرط أساسي للنمو الاقتصادي والقضاء على الفقر. كما أن حماية حقوق الإنسان والأمن البشري حماية فعالة تستلزم نظاماً قضائياً سليماً وجيداً للأداء وقادراً على إنفاذ القوانين وإقامة العدل بأسلوب منصف وفعال وعملي. كما أن إجراء المحاكمات المنصفة، وهو واحد من أهم حقوق الإنسان الأساسية، لا يمكن أن يتم إلا عن طريق القضاء المستقل والمساواة الإجرائية بين كافة الأطراف. وكل هذه العناصر تنعدم في النظام القضائي الفاسد. ويبدو أن فساد النظام القضائي هو مسألة مثيرة للقلق على الصعيد العالمي ككل. وهي لا تقتصر على بلد أو إقليم معين. مع ذلك فإن مظاهر هذا النوع من الفساد تبدو أسوأ أثراً في البلدان النامية والبلدان التي تمر اقتصاداتها بمرحلة انتقالية. ووفقاً للتقرير السنوي لعام ١٩٩٩ الذي أصدره مركز استقلال القضاء والمحامين، فإن فساد النظام القضائي يتفشى في ٣٠ بلداً من أصل ٤٨ بلداً غطاها ذلك التقرير<sup>(١)</sup>. وقد أخذت القرائن بشأن فساد النظام القضائي تظهر بشكل متزايد في العديد من أنحاء العالم<sup>(٢)</sup>. في تقييم معمق أجراه مكتب الأمم

1- Centre for the Independence of Judges and Lawyers, Ninth annual report on Attacks on Justice, March 1997—February 1999 at <http://sc.judiciary.gov.ph/pio/>

2 - في استقصاء أجري في موريشوس، ذكر نحو ١٥ إلى ٢٢ في المائة من الأشخاص الذين جرت مقابلتهم أن "جميع" أو "معظم" القضاة "يمارسون الفساد". ووفقاً لاستقصاء مماثل أجري في جمهورية ترانيبا المتحدة في عام ١٩٩٦. ذكر ٣٢ في المائة من مقدمي الردود الذين تعاملوا مع القضاء أنهم دفعوا فعلاً "مبالغ إضافية" للحصول على الخدمات. وفي أوغندا، أبلغ أكثر من ٥٠ في المائة من الأفراد الذين =

المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة لسلامة النظام القضائي في نيجيريا،  
اتضح أن الصورة مثبتة أيضا. (١) فقد بلغ متوسط عدد القضاة الذين

=تعاملوا مع المحاكم عن دفعهم رشوى إلى الموظفين، ولكن هذا الرقم  
تراجع بمرور الوقت، إذ لم يتجاوز عدد الردود التي ادعت دفع الرشوى  
إلى القضاء ٢٩ في المائة في عام ٢٠٠٢. وفي استقصاء أجراه البنك  
الدولي في كمبوديا، اتفق ٦٤ في المائة من الأشخاص الذين تمت  
مقابلتهم مع البيان الذي يذكر "النظام القضائي فاسد جدا"، كما دفع  
الرشوى فعلا أكثر من ٤٠ في المائة ممن تعاملوا مع القضاء. وكشفت  
دراسة استقصائية وطنية للأسر المعيشية أجريت مؤخرا عن الفساد في  
بنغلاديش أن ٦٣ في المائة من الأفراد الذين دخلوا في منازعات قضائية  
دفعوا رشوى إما لموظفي القضاء أو لمحامي خصومهم وأن ٨٩ في المائة  
من الذين أجريت عليهم الدراسة يعقدون فعلا بممارسة القضاة للفساد  
وفي الغالب يعتقد ٦٢ في المائة من مقدمي الردود بوجود مستويات  
مرتفعة من الفساد في النظام القضائي. وفي دراسة مماثلة أجراها البنك  
الدولي في لاتفيا، أبلغ ٤٠ في المائة من المجيبين على الاستقصاء الذين  
تعاملوا مع نظام المحاكم أن تقديم الرشوى إلى القضاة وموظفي الإدعاء  
هو أمر شائع. وفي نيكاراغوا، ذكر ٤٦ في المائة من الأفراد الذين  
أجريت الدراسة عليهم من بين المتعاملين مع النظام القضائي وجود  
ممارسات للفساد في ذلك النظام، وتلقى بين ١٥ و ٣٠ في المائة منهم  
إشارات تدل على قبول دفع الرشوى. وفي بوليفيا، ذكر ٣٠ في المائة من  
مقدمي الردود على استقصاء بشأن تقديم الخدمات أن دفع الرشوى  
طلب منهم لدى تعاملهم مع القضاء وبين ١٨ في المائة منهم أنهم دفعوا  
الرشوى بالفعل. راجع:

- Petter Langseth and Oliver Stolpe, Strengthening  
Judicial Integrity against Corruption, Centre for  
International Crime Prevention, Global Programme  
against Corruption first published in CIJL  
Yearbook, 2000. P. 10 or At: <http://www.unodc.org/pdf/crime/gpacpublications/cicp10.pdf>

1 - مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، تقييم سلامة النظام  
القضائي وقدراته في ثلاث ولايات نيجيرية / أيار/مايو ٢٠٠٤، على  
الموقع التالي:



دفعوا رشاوى من أجل الإسراع بالإجراءات القضائية أكثر من ٧٠ في المائة من بين جميع القضاة الذين جرت مقابلتهم. ودفع معظم تلك الرشاوى لموظفي المحاكم والمسولين عن إنفاذ القانون والشرطة. ووفقاً لما أكدته دراسات أخرى، (١) فإن المستضعفين، من الجانبين الاقتصادي والتعليمي على السواء، وكذلك الأفراد من بين الأقليات، يمثلون بصفة خاصة الفئات التي تشهد أسوأ التجارب في النظام القضائي والتي تحمل أيضاً أسوأ فكرة عنه. وهؤلاء الأشخاص أكثر احتمالاً لمجابهة الفساد وهم يواجهون عقبات عند لجوئهم إلى القضاء ويعانون من تأخير الإجراءات. وذلك علاوة على ظهور رابطة قوية بين الفساد والوصول إلى القضاء، الأمر الذي يؤكد أن الفساد يحدث في الغالب عند تأخير الإجراءات وتأجيلها. ومن النتائج الأخرى التي تم التوصل إليها هي أن للفساد داخل النظام القضائي أثر سلبي على التنمية الاقتصادية وهو يقف عائقاً أمام الاستثمار الأجنبي المباشر. ويبدو أن الفساد في الجهاز القضائي لا يقتصر على الصور التقليدية للفساد المتمثلة في الرشوة، بيد أن التزاوج بين السلطة القضائية والسلطة التنفيذية، وكذلك العلاقة بين بعض القضاة والمحامين، هي أشد فساداً من الرشوة (١).

= [http://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/ Justice\\_Sector\\_Assessment\\_2004](http://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/Justice_Sector_Assessment_2004).

- 1- M. Anderson, "Getting rights right", Is access to justice as important as access to health or education? Insights—Development Research, No. 43, September 2002 ID21 insights, accessed 10.07.04 at <http://www.id21.org/insights/insights43/index.html>
- 2- Nihal Jayawickrama, DEVELOPING A CODE OF JUDICIAL CONDUCT, Conference: 18 February 2009, annual report for 1999, judicial corruption was pervasive in 30 countries. 12 ... Attacks on Justice: March 1997-February 1999 (Geneva, Centre for the ... programs", a=

## ثانياً: بطء العدالة...

مفهوم العدالة غني جداً، وكثير الدقة. إنه لا يتضمن فقط فكرة العقاب، بل أيضاً فكرة النجاة وتغليب الحقيقة على الخداع والكذب....التخلي عن -أو حتى تأجيل - مسار العدالة يمثل إهانة لأولئك الذين يحترمون القانون، وخيانة لأولئك الذين يعتمدون عليه لحمايتهم؛ إن الأمر يتعلق هنا بالدعوة لاستخدام القوة من أجل الانتقام، ومن ثم إفلاس السلام<sup>(١)</sup>. وبما لا شك أن نظم العدالة المحلية ينبغي أن تكون الملاذ الأول في السعي لمحاسبة المجرمين. ويبدو أن حيثما لم تكن السلطات المحلية مستعدة أو قادرة على محاكمة المنتهكين محلياً، فإن دور المجتمع الدولي يكتسب أهمية قصوى. ويوفر إنشاء وإدارة المحاكم الجنائية الدولية والمختلطة خلال العقد الماضي دليلاً قوياً على هذه المقولة. وتمثل هذه المحاكم إنجازات تاريخية في مجال مساءلة الزعماء المدنيين والقادة العسكريين عن الانتهاكات الجسدية لقانون حقوق الإنسان والقانون الإنساني الدوليين. وقد أثبتت إمكانية إقامة العدل وعقد محاكمات نزيهة بصورة فعالة على الصعيد الدولي، في أعقاب انهيار النظم القضائية الوطنية؛ بل والأهم من ذلك أنها تعكس تحول المجتمع الدولي تدريجياً عن التسامح مع إفلات المجرمين من العقاب والعفو عنهم إلى إقامة سيادة القانون الدولي. والمحاكم الجنائية الدولية والمختلطة، على الرغم من نقائصها وعيوبها، قد غيرت طابع العدالة الدولية، وعززت الطابع العالمي لسيادة القانون<sup>(٢)</sup>.

---

=paper presented to the workshop on "Corruption in the Judiciary" at the 9th .p.10. Or ...at [http://www.coe.int/.../TYEC\\_Turkey\\_judicial\\_ethics\\_conf..](http://www.coe.int/.../TYEC_Turkey_judicial_ethics_conf..)

1 - راجع قضية بنيل بلانكا ضد غواتيمالا، الحكم الصادر في ٨ آذار/مارس ١٩٩٨، سلسلة ج رقم ٣٧، الفقرة ١٧٣؛ قضية باماكا فيلاسكيز ضد غواتيمالا، الحكم الصادر في ٢٥ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠٠، سلسلة ج رقم ٧٩، الفقرة ٢١١.

2- UN/S/2004/ 616/ 23 August 2004/para.40.p.19

ومنذ عام ٢٠٠٤، طرأت تطورات هامة فيما يتعلق بالحق في العدالة. وينطبق الشيء نفسه على حق الضحايا في الانتصاف العادل والفعال، مما يعني تمكن ضحايا الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان من المطالبة بحقوقهم والحصول على تعويض عادل وفعال. وبالمثل، أحرز تقدم على صعيد الملاحقة الجنائية لكبار المسؤولين عن انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان: حيث بدأت المحكمة الجنائية الدولية التحقيق في بعض الحالات واستهلت إجراءات الملاحقة في بعض القضايا<sup>(١)</sup>، كما صدقت ١١٤ دولة على نظام روما الأساسي، وقام مجلس الأمن بإحالة قضيتين إلى المحكمة الجنائية الدولية. وما فتئت دولة مثل سويسرا تتفانى في تأييد المحكمة الجنائية الدولية تأييداً راسخاً منذ إنشائها. لكن المحكمة تقتصر على محاكمة كبار المسؤولين عن تلك الجرائم، كما أن اختصاصاتها ومواردها محدودة. ولم تكتسب المحكمة بعد طابع العالمية، مما يضطرها لمواجهة مقاومة فيما تتعلق بالمقبولية والمصادقية في مناطق معينة من العالم. وفي ضوء هذه الصعوبات، تشدد سويسرا على أهمية المحاكمات الوطنية. ويجب زيادة ترسيخ مبدأ التكامل المنصوص عليه في الفصل السابع عشر من نظام روما الأساسي، كما ينبغي تشجيع الدول على تعديل تشريعاتها لتيسير ملاحقة مرتكبي الجرائم الأساسية التي تندرج ضمن الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب. وينبغي زيادة الترويج لمبدأ الولاية القضائية العالمية كأداة لمكافحة الإفلات من العقاب. وينبغي استخدام هذه الأداة بفعالية أكبر، وبخاصة من قبل الدول الأطراف في نظام روما الأساسي. وقد بادرت سويسرا في عام ٢٠١١ بتكييف تشريعاتها في هذا الصدد<sup>(٢)</sup>. واعتمد العديد من البلدان

1 - تمكف المحكمة الجنائية الدولية حالياً على التحقيق في ست حالات وقد افتتحت رسمياً ١٢ قضية.

2 - في كانون الثاني/يناير ٢٠١١، بدأ نفاذ التشريع المتعلق بتنفيذ نظام روما الأساسي الذي يتضمن تعدد الولاة للقانون الجنائي السويسري فيما يخص =

تشريعات جديدة مماثلة وأحرز تقدم كبير فيما يتعلق بإزالة القيود القانونية المفروضة فيما يتعلق بملاحقة مرتكبي الجرائم الدولية بموجب القانون الوطني، من قبيل التقادم والعفو وتسليم المجرمين ومبدأ عدم جواز المحاكمة على ذات الجرم مرتين، والطاعة الواجبة، وحصانة رؤساء الدول ومسئولية الرؤساء .

ومن جانب آخر، يظل عدد القضايا التي يجري التحقيق فيها ومحاكمة المسؤولين عنها أمام المحاكم الوطنية محدوداً. وقليلة هي الدول التي تعمل بصدق على ملاحقة مواطنيها المسؤولين عن الجرائم الأساسية. وإذا عُقدت هذه المحاكمات، فإنها كثيراً ما تستهدف الأشخاص ذوي المسؤولية الأقل وتتغاضى عن المسؤولين ذوي المناصب العليا. وعلاوة على ذلك، ما زالت حماية الشهود غير كافية في معظم البلدان. كما أن فرص وصول الضحايا إلى العدالة قليلة وتدابير الجبر والتعويض المرتبطة بالإجراءات القضائية كثيراً ما تكون غير متوافرة. وفي حين أنجزت المحاكم المختلطة والمحاكم الدولية الكثير فيما يتعلق بملاحقة المرتكبين الرئيسيين للجرائم الدولية، لا يزال هناك الكثير مما يتعين إنجازه فيما يخص آليات تصريف الأعمال المتبقية، وبخاصة فيما يتعلق بإحالة القضايا العالقة إلى الدول المعنية وفقاً للمعايير الدولية للمحاكمة العادلة، وحماية الشهود والضحايا، والموقع، وإدارة المحفوظات والسجلات وتأمينها. وثمة أوجه قصور أيضاً فيما يتعلق بترجمة سجلات المحكمة إلى لغات البلدان المعنية، والاستخدام المشترك لقواعد البيانات، واستخدام المعلومات التي جمعتها المحاكم الدولية/المختلطة لأغراض تدقيق الإجراءات والإصلاحات المؤسسية. وينبغي أيضاً معالجة مسألة المعايير المزدوجة

---

=الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية . ويمكن الاطلاع على التشريع الجديد باللغة الفرنسية في الموقع الشبكي التالي:  
[www.admin.ch/ch/f/as/2010/4963.pdf](http://www.admin.ch/ch/f/as/2010/4963.pdf)

ومساءلة الأطراف الخارجية من أجل تعزيز مصداقية ومشروعية مبادرات مكافحة الإفلات من العقاب. وليس هذا بالمجال الوحيد الذي تغيب فيه حلقات الوصل الآتفة الذكر: فكثيراً ما يكون إرث المؤسسات القضائية الدولية عرضة للإهمال كما أن دور هذه المؤسسات في دعم وتعزيز البرامج الوطنية للإصلاح القضائي والإصلاح المؤسسي هو - عموماً - دور هامشي. فالآليات الدولية للعدالة الانتقالية كثيراً ما تكون بعيدة عن واقع الدول المعنية فيما يتعلق باللغة المستخدمة ومقبولية هذه الآليات لدى الجمهور، ومستوى التواصل معها وتأثيرها على مبادرات الحكم الرشيد وسيادة القانون. وقد يكون وجودها عابراً بحيث لا تخلف إرثاً يذكر. ويمكن الدفع حتى بوجود خطر إنشاء نظم عدالة موازية تعمل بمعايير مختلفة وانطلاقاً من فهم مغاير للعدالة مقارنة بالفهم الراسخ في النظم المحلية. وثمة مخاطر مرتبطة بآليات العدالة الانتقالية التي لا تفضي إلى نظام قضائي محلي فعال. ففي المدى الطويل، قد تعود الجرائم المرتبطة بالنزاع إلى الظهور في سياق الجريمة المنظمة<sup>(١)</sup>.

وكنهة الختام تتلور في قول (إريك سوتاس) : "أنه منذ العصور الوسطى، تقاس السيادة الكاملة للدولة بحسب قدرتها على تحقيق العدالة على جميع المستويات. ولحسن الحظ، تم إحراز بعض التقدم في المفاهيم، لكن النظام الذي يتفاوض على العقاب يكشف عن ضعفه. فالعدالة ينبغي أن تكون تصالحية وعقابية في آن معاً. هذا المطلب هو الأقوى، لأننا نعيش في عصر بنسبية خطيرة جداً على المستوى الدولي، ولانتتهك فيه معاهدات حقوق الإنسان بشكل متكرر فحسب، كما كانت الحال، وللأسف، في معظم الأحيان في التاريخ، بل يقوض فيه أيضاً مضمون هذه المعاهدات بتفسيرات تعسفية، ويتم الطعن في سلطتها، بسن تشريعات محلية أو معاهدات إقليمية تتعارض مع التزامات الدول

1-UN/S/2004/ 616/ 23 August 2004/para.40.p.22

الأطراف، على سبيل المثال . وتلاحظ هذه النزعة بشكل خاص فى ما يتعلق بحظر التعذيب" (١).

ثانياً: تدهور الظروف الأمنية والإفلات من العقاب.

فى مستهل هذه النقطة نذكر قول: (Genevieve Jacques) "بأن اللا عقاب هو قمة الأكذوبة، والصمت والنسيان انتهاك لذاكرة الأفراد والجماعات" (٢). ويذكر (Louis Joinet) : "بأن الإفلات من العقاب يقصي الكثير من الحقوق، والواجبات الأساسية التي يجب أن تضمن لكل واحد: حق الحقيقة، واجب الحقيقة، حق العدالة، واجب العدالة... فاللاعقاب يشمل مجالات مضاعفة، معنوية، سياسية، قانونية.. (٣). بيد أن المخاطر التي تهدد أمن الإنسان متداخلة ومتشعبة الأبعاد، وتترتب عليها آثار متعددة الجوانب، وهى تنشأ من سلسلة متنوعة من المصادر تتراوح ما بين الظواهر الطبيعية، والدول التسلطية، ومطامع القوى الإقليمية والدولية، وقد تأتى على أيدي أطراف محليين، مثل الأجهزة للدولة أو المتمردين، وقد يكون هؤلاء الأطراف إقليميين أو عالميين كشبكات الاتجار بالبشر، أو قوات الاحتلال العسكرى. وقد تتفاقم هذه المصادر بفعل الظواهر التي تكتنف عناصر الخطر المؤثرة فى أمن الإنسان عبر الحدود والقارات (٤).

1- إيريك سوتاس، العدالة الانتقالية والعقوبات، مختارات من المجلة الدولية

للصليب الأحمر، المجلد ٩٠ - العدد ٨٧٠ / يونيو / حزيران ٢٠٠٨، ص ١١٢

2- Genevieve Jacques: Beyond Impunity: An Ecumenical Approach to Truth, Justice and Reconciliation World Council of Churches (January 1, 2000)pp.1-60

3- Louis Joinet, Lutter contre l'impunité, dix questions pour comprendre et pour agir, Paris, La découverte, 2002. P. 9

4 - تقرير التنمية الإنسانية العربية للعام ٢٠٠٩، تحديات أمن الإنسان فى البلدان

العربية، الناشر المكتب الإقليمي للدول العربية وبرنامج الأمم الإنمائي

٢٠٠٩، ص ١٩٣

وغالبًا ما يؤدي تفشي الإفلات من العقاب إلى ظهور تحالفات بين مرتكبي الفظائع الماضية والضالعين في الجريمة المنظمة<sup>(١)</sup>. وقد يؤدي هذا الوضع إلى حالات شائكة وغاية في الخطورة كثيرًا ما تقترون بتدهور عميق في الظروف الأمنية في البلد وتهدد أي احتمال لتحقيق التنمية المستدامة. ولعل هذا السيناريو سبباً إضافياً من الأسباب التي تدعو إلى النظر في وضع استراتيجيات سليمة ومنتينة في مجال العدالة الانتقالية وسيادة القانون. إذ ينبغي أن تسهم هذه الاستراتيجيات في تعزيز بنية مؤسسية تملك الجهات الوطنية زمامها وإقامة دولة تتسم بالمرونة والمشروعية وتعمل بكفاءة بعد رحيل الجهات الدولية عن الساحة. وتشكل اللجنة الدولية لمكافحة الإفلات من العقاب في جواتيمالا مثلاً جيداً يوضح كيف يمكن لمثل هذه المبادرة الدولية أن تتعاون مع المؤسسات

1 - فالإفلات من العقاب في "المفهوم القانوني" هو "غياب العقوبة عند خرق قاعدة من قواعد القانون الجنائي"، ويمكن تعريفه بشكل أدق، هو "غياب حق أو فعل يرتب المسؤولية الجنائية للفاعلين المنتهكين لحقوق الإنسان، وكذا المسؤولية المدنية والإدارية والأخلاقية، وهذا يجعلهم يفرون من كل تحقيق يمكن أن يضعهم محط اتهام، إيقاف أو إصدار حكم قضائي، ورغم حصول الفاعل المتهم، وحصول ضرر للضحايا(١)" فالإفلات من العقاب يمكن اعتباره في حد ذاته انتهاكاً مضاعفاً لحقوق الإنسان، فهو يجرم الضحايا وأقاربهم من الحق في إقرار الحقيقة والاعتراف بها، والحق في إقرار العدالة، والحق في الإنصاف الفعال والتعويض، وهو يظيل أمد الأذى الأصلي الذي لحق بالضحية من خلال السعي لإنكار وقوعه، وفي هذا انتهاك آخر لكرامة الضحية وإنسانيته (٢) راجع على التوالي

(1)- Louis Joinet, question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques). Rapport final pour la commission des droits de l'homme des Nations Unites, (E/CNU/sub.2/1997/20/Rev.1) (Le chapitre III.

(٢)- أرام عبد الجليل: دراسة حول الآليات الدولية والمحلية لمحاربة الإفلات من العقاب، الحوار التمدن- العدد: ١٥٣٨، صادر ٢٠٠٦/٥/٢، على الموقع [www.ahewar.org](http://www.ahewar.org)

الوطنية وتسهم فى الإصلاح المؤسسى<sup>(١)</sup>. فزيادة التعاون بين آليات العدالة الانتقالية والمؤسسات الوطنية والدولية المعنية بمكافحة الجريمة المنظمة أمر ضروري وحاسم. ويؤكد مجلس الأمن - مراراً وتكراراً - معارضته القوية لمسألة الإفلات من العقاب على الانتهاكات الخطيرة للقانون الإنسانى الدولى وقانون حقوق الإنسان. ويؤكد مجلس الأمن كذلك أن الدول مسئولة عن الامتثال للالتزامات التي تعهدت بها فى هذا الصدد بوضع نهاية للإفلات من العقاب، وبالتحقيق بدقة مع المسئولين عن ارتكاب جرائم حرب أو أعمال إبادة جماعية أو جرائم ضد الإنسانية أو غير ذلك من الانتهاكات الخطيرة للقانون الإنسانى الدولى، وبمحاكمة هؤلاء الأشخاص، منعاً لوقوع الانتهاكات، وتحاشياً لتكرارها، وسعيًا إلى إرساء السلام الدائم ونشر العدالة وإجلاء الحقائق وتحقيق المصالحة. ويشير مجلس الأمن إلى أن العمل الذى تضطلع به المحكمة الجنائية الدولية والمحاكم المختصة والمختلطة والدوائر المتخصصة فى المحاكم الوطنية قد أدى إلى تعزيز مكافحة الإفلات من العقاب على الجرائم ذات الطابع الأشد خطورة، التى لها أهمية على الساحة الدولية، ويحيط المجلس علمًا بالتقييم الذى أجرى للعدالة الجنائية الدولية، فى سياق المؤتمر الأول لاستعراض نظام روما الأساسى، الذى عقد فى كمبالا، أوغندا، فى الفترة من ٣١ أيار/مايو إلى ١١ حزيران/يونيه ٢٠١٠. وقد عقد المجلس عزمه على الاستمرار بقوة فى مكافحة الإفلات من العقاب، وفى دعم المساءلة، بالوسائل السلمية ويوجه المجلس الانتباه إلى المجموعة الكاملة التى ينبغى النظر فى اللجوء إليها من آليات تحقيق العدالة والمصالحة، بما

1- Andrew Hudson and Alexandra W.Taylor, "The International Commission against Impunity in Guatemala: a new model for international criminal justice mechanism, Journal of International Criminal Justice, Vol. 8, No.1, p. 53-74



فيها المحاكم الجنائية الوطنية والدولية والمختلطة بأنواعها، ولجان الحقيقة والمصالحة، والبرامج الوطنية لتقديم التعويضات للضحايا، وآليات الإصلاح المؤسسي، والآليات التقليدية لحل المنازعات<sup>(١)</sup>.

**ثالثاً: العفو عن مرتكبي الجرائم..**

الحق والحق أقول: بأننا نعيش في عالم وحشي، ويحرم الإنسان حقوقه على نطاق واسع. والناجون يروون قصصاً رهبة من التعذيب، والتعرض للإحتفاء قسراً وترحيلهم، ومجموعات بأكملها من السكان يتعرضون للاضطهاد واغتصاب النساء، ونسمع عن وجود أطفال صغار يحملون أسلحة، أو يجري تجنيدهم قسراً للقتال لا طائلة منه إلا الدمار والموت، وألغينا القرويين في مناطق الحرب يتعرضون للترهيب من قبل الفصائل المتحاربة، ويجبرون على اتخاذ أحد الجانبين أو خطر الظهور بمظهر الخونة وهذه القصص تأتي من عشرات البلدان في جميع العالم<sup>(٢)</sup>.

ولذا أعرب الاتحاد البرلماني الدولي عن قلقه إزاء ما يصيب مناطق عديدة ومجتمعات بأسرها في عالمنا المعاصر من تأثيرات وحشية جراء استمرار جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة الجماعية و/أو الإرهاب، وجميعها جرائم خطيرة تثير قلق المجتمع الدولي كله<sup>(٣)</sup>. فقد أثبتت التجارب أن تدابير العفو التي تسد باب المقاضاة أو سبل الانتصاف

- 1 - راجع المؤتمر الأول لاستعراض نظام روما الأساسي، الذي عقد في كمبالا، أوغندا، في الفترة من ٣١ أيار/مايو إلى ١١ حزيران/يونيه ٢٠١٠
- 2- International Council on Human Rights Policy. Hard cases: bringing human rights violators to justice abroad, A guide to universal jurisdiction International Council on Human Rights Policy 1999, Versoix, Switzerland, p.9
- 3 - الاتحاد البرلماني الدولي وثيقة رقم ١٣ للاتحاد البرلماني الدولي) الجمعية الثانية عشرة بعد المائة للاتحاد البرلماني الدولي تعمم في الدورة الستين للجمعية العامة وفقاً لقرارها ٤٧/٥٧ في إطار البند ٨٢ من القائمة الأولية قرار اتخذته الجمعية الثانية عشرة بعد المائة بالإجماع مانيفلا، ٨ نيسان/أبريل ٢٠٠٥، ص ١.

المدنية في سياق جرائم بشعة هي تدابير يُستبعد أن تفضي إلى حل دائم، وقد أصبحت تدابير العفو، التي خضعت طويلاً إلى السلطة التقديرية الواسعة للدول، منظمة بواسطة مجموعة أساسية من مبادئ القانون الدولي. والأهم من ذلك هو أن تدابير العفو التي تمنح مقاضاة أفراد قد يتحملون المسؤولية القانونية عن ارتكاب جرائم حرب أو إبادة جماعية أو جرائم ضد الإنسانية أو غير ذلك من الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان<sup>(١)</sup>. فعلى سبيل المثال عندما اعتمدت الأرجنتين قوانين العفو في الثمانينات، فإن الحكومة دافعت عن إجراءاتها تلك على أساس وجود حاجة ماسة إلى المصالحة الوطنية وتوطيد أسس النظام الديمقراطي. وفي عام ٢٠٠٣ ألغى الكونغرس الأرجنتيني تلك القوانين بأثر رجعي، وأيدت المحكمة العليا إجراءات الكونغرس بعد عامين<sup>(٢)</sup>. وبعد مرور عقدين من الزمن على فشل محاولات الانقلاب في الأرجنتين إبان الثمانينات، فإن عدد المحاكمات التي أجرتها الأرجنتين في سياق انتهاكات حقوق الإنسان والعدالة الانتقالية تفوق عددها في أي بلد آخر من بلدان العالم، وقد تمتعت الأرجنتين بأطول فترة غير منقطعة من الحكم الديمقراطي في تاريخها<sup>(٣)</sup>.

وفي بعض البلدان، عمدت المحاكم تدريجياً إلى تضيق نطاق تدابير العفو التي تنتهك التزامات بلدانها في مجال حقوق الإنسان. ففي

---

1 - مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، أدوات سيادة القانون، لدول ما بعد

الصراع، تدابير العفو الأمم المتحدة، نيويورك وجنيف ٢٠٠٩، ص ١.

2 - مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، أدوات سيادة القانون، لدول ما بعد

الصراع، تدابير العفو الأمم المتحدة، نيويورك وجنيف ٢٠٠٩، مرجع

سابق، ص ٢.

3- Kathryn Sikkink and Carrie Booth Walling, "The impact of human rights trials in Latin America," *Journal of Peace Research*.vol. 44, No. 4 (2007), pp. 427-430

شيلي، على سبيل المثال، فسرت المحاكم قانون عفو صادر في حقبة (بينوشيه) تفسيراً ضيق النطاق، بحيث سمحت بملاحقة قضايا استناداً إلى مذاهب قانونية تتحدى ما يصبو إليه قانون العفو من تأمين إفلات كامل من العقاب. وفي أنحاء أخرى، حشدت مجموعات حقوق الإنسان قواها للطعن في قوانين العفو التي سنت منذ عقود، متمسكة بالقانون الدولي لدعم قضيتها<sup>(١)</sup>.

وقد اضطلعت الأمم المتحدة بدور بارز في ترسيخ القوانين التي تدعم تلك الجهود، وهي القوانين المخصصة في هذه الأداة. فقد دأب موظفو ووكالات حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة، منذ أمد بعيد، على إدانة تدابير العفو عن الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان. كما أكدت الهيئات السياسية للأمم المتحدة وكبار مسئوليتها مؤخراً على عدم جواز إذا كان الغرض النهائي من العدالة الانتقالية هو تحقيق لاستقرار والسلام الاجتماعي فإن هذا الغرض لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال مناخ يسمح بترسيخ مبادئ سيادة القانون والالتزام بهذه حتماً ولزوماً. ولذلك يرى البعض أنه يجب ترسيخ مفهوم سيادة القانون كدعامة أساسية في بنية مرحلة الانتقال من الصراع إلى الاستقرار ومن الاستبداد إلى الديمقراطية<sup>(٢)</sup>. ولذلك يمكن القول: بأن العدالة

#### 1- UN/S/616/2004.para.11

• - أما تشيلي فبعد مرور ١٠ سنوات على عودة الحكم المدني، حدث تطور مفاجئ بإيداع بينوشيه رهن الإقامة الجبرية تمهيداً لمحاكمته بعد احتجاجه في بريطانيا ومطالبة القضاء في إسبانيا بمحاكمته. وكان الجيش بقيادة بينوشيه قد أصدر قانوناً للعفو الذاتي، خلافاً لتجربة جنوب أفريقيا التي لم تقر مبدأ العفو، وكذلك تجربة الأرجنتين حين كان العفو آخر المسلسل. راجع عبد الحسين شعبان، العدالة الانتقالية: مقاربات عربية للتجربة الدولية، مجلة / المستقبل العربي العدد ١٠٠، دراسات الوحدة العربية، بيروت ٨ أيار / مايو ٢٠١٣، ص ١٠٩

#### 2- G.O'Donell, Why the Rule of Law Matter's, Journal of Democracy, Vol. 15, No. 4,2004,Pp. 32-46

الانتقالية وسيادة القانون وجهان لعملة واحدة<sup>(١)</sup>. ومن ثم تنص المبادئ القانونية وسياسة الأمم المتحدة التي تناولها هذه الأداة على تقييد السلطة التقديرية للدول على وجه الخصوص. ولكنها تنطوي على انعكاسات هامة أيضاً بالنسبة للأمم المتحدة. وقد سلم الأمين العام بهذه الحقيقة في تقريره عن سيادة القانون والعدالة الانتقالية في المجتمعات التي تعيش صراعاً أو الخارجة من صراع عندما أكد أنه لا يمكن أبداً لاتفاقات السلام التي تقرها الأمم المتحدة أن تعد بإصدار تدابير بالعمو العام في حالة جرائم الإبادة الجماعية، أو جرائم الحرب أو الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية، أو الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان. وكذا فإن موظفي الأمم المتحدة، في المقر كانوا أم في الميدان، لا يمكن أبداً أن يقرروا تدابير عمو يتفق القانون الدولي وسياسة الأمم المتحدة على إدانتها<sup>(٢)</sup>. وتشكل سياسة الأمم المتحدة التي تعارض تدابير العمو عن جرائم الحرب والانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان<sup>(٣)</sup>، حتى لو كانت في سياق

1 - مستشار / عادل ماجد دراسات، منظومة شاملة "العدالة الانتقالية والإدارة الناجحة لمرحلة ما بعد الثورات"، منشور في مجلة السياسة الدولية - العدد ١٩٢ أبريل ٢٠١٣ - المجلد ٤، ص ١٨

2- UN/S/616/2004.para.11

3 - إن تدابير العمو التي تمنع المقاضاة في سياق جرائم الحرب، المعروفة أيضاً بالانتهاكات الجسيمة للقانون الإنساني الدولي، سواء ارتكبت أثناء صراعات مسلحة دولية أم غير دولية، هي تدابير، تتنافى مع التزامات الدول بموجب اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ وبروتوكولاتها لعام ١٩٧٧ المصدق عليها على نطاق واسع، وقد تنتهك أيضاً القانون الدولي العرفي. تشكل جرائم الحرب انتهاكات خطيرة لقوانين الحرب، المعروفة أيضاً بالقانون الإنساني الدولي، وهو مجموعة القوانين الدولية التي تحكم سلوك الأطراف المتنازعة في الصراعات المسلحة الدولية وغير الدولية. وتعتبر بعض الانتهاكات خطيرة للغاية، بموجب قوانين الحرب، بحيث تنطوي على مسؤولية جنائية فردية على الصعيد المحلي والدولي معاً. وتتضمن جرائم الحرب عادة انتهاكات خطيرة لقوانين الحرب التي تهدف إلى حماية الأشخاص غير المشاركين في الأعمال العدائية أو الذين توقفوا عن المشاركة فيها، وانتهاكات خطيرة للقواعد التي تقيّد وسائل وأساليب القتال.=

مفاوضات سلام، تطوراً هاماً قائماً على تجارب طويلة. ففي الماضي كان وسطاء الأمم المتحدة يشجعون أطراف الصراعات المسلحة أحياناً على الاتفاق على تدابير عفو واسعة النطاق بغية وضع حد للصراع. فتدابير العفو التي تعفي المسؤولين عن ارتكاب انتهاكات حقوق الإنسان من العقاب الجنائي كثيراً ما أخفقت في تحقيق أهدافها، بل يبدو أنها جرت المستفيدين منها على ارتكاب المزيد من الجرائم. ومن الأمثلة المعروفة على ذلك حكم العفو العام المدرج في اتفاق سلام لومي لعام ١٩٩٩، الذي لم يخلق في إنهاء الصراع المسلح في سيراليون فحسب وإنما لم يفلح

=المخالفات الجسيمة لاتفاقيات جنيف والبروتوكول الإضافي الأول. تشير جميع اتفاقيات جنيف الأربع التي تتناول المنازعات المسلحة الدولية إلى بعض الانتهاكات بوصفها مخالفات جسيمة وتشرط على الأطراف السامية المتعاقدة أن "تتخذ أي إجراء تشريعي يلزم لفرض عقوبات جزائية فعالة على الأشخاص الذين يقتربون أو يأمرن باقتراح إحدى الجرائم الجسيمة" المحددة في الاتفاقية. وإضافة إلى ذلك يلتزم كل طرف متعاقد "بملاحقة المتهمين باقتراح مثل هذه الجرائم الجسيمة أو الأمر باقتراحها، وتقديمهم إلى المحاكمة، أياً كانت جنسيتهم" ولكل طرف أيضاً "إذا فضل ذلك، وطبقاً لأحكامه التشريعية، أن يسلمهم إلى طرف متعاقد معني آخر ما دامت تتوفر لدى الطرف المذكور أدلة اتهام كافية ضد هؤلاء الأشخاص". تنص المادة ٨٥ من البروتوكول الإضافي لعام ١٩٧٧ الملحق باتفاقيات جنيف المعقودة في ١٢ آب/أغسطس ١٩٤٩، والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة الدولية (البروتوكول الأول)، على انطباق الأحكام المتعلقة بالجرائم الجسيمة لاتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ على الجرائم الجسيمة المحددة في البروتوكول، كما تضيف أفعالاً تعتبر هي الأخرى مخالفات جسيمة. والعفو الذي يمنع مقاضاة مرتكبي مخالفات جسيمة يتنافى بوضوح مع التزامات الدول بموجب اتفاقيات جنيف وبروتوكولها الإضافي الأول فيما يتعلق بالبحث عن الأشخاص الذين يُدعى ارتكابهم مخالفات جسيمة وضمائم مقاضاتهم. راجع د. عادل عامر: انتهاكات حقوق الإنسان والجرائم ضد الانسانية، الناشر دار العلوم القانونية على الموقع

<http://www.adelamer.com/vb/showthread>

كذلك في وقف ارتكاب المزيد من الفظائع<sup>(١)</sup>. لأن مسئولية فرض عقوبات عند ارتكاب انتهاكات تقع في المقام الأول على عاتق الدولة . ومن العملية ينبغي أن يكون فرض العقاب قريباً بقدر الإمكان الجريمة ومرتكبيها حتى الأثر الرادع للعقاب أقصاه<sup>(٢)</sup> .

ما لاشك فيه أن العفو عن مرتكبي الجرائم، ينتهك ويخل بكثير من الاتفاقات الدولية، والتي تشمل: العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، والميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان، والاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، واتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، والاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري. واتفاقية منع الإبادة الجماعية والقانون الدولي العرفي، والعفو عن جرائم ضد الإنسانية لن يكون متسقاً مع التزامات الدول بموجب عدة معاهدات، وقد تكون غير متناسقة مع الدول واجباتهم ستعقد بموجب القانون الدولي العرفي<sup>(٣)</sup>. يقول (Max Pensky) في هذا الصدد: "بأن هناك توافق في الآراء فيما يتعلق بالعفو المحلي عن الجرائم الدولية -عموماً- يتعارض مع القانون الدولي"<sup>(٤)</sup>. بيد أن (Diba)

1- Benchmarks for assessing possible national alternatives to International Criminal Court Cases against LRA leaders - A Human Rights Watch memorandum", No. 1 (May 2007), P.4

2 - ماري لاروزا وكارولين فورزنز: الجماعات المسلحة والعقوبات وإنفاذ القانون الدولي الإنساني، مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر المجلد ٩٠ - العدد ٨٧٠ - يونيو /حزيران ٢٠٠٨، ص ٧٧

3- Commissioner for High HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE UNITED NATIONS, RULE-OF-LAW TOOLS FOR POST -CONFLICT STATES,( Amnesty) New York and Geneva 2009.P.11

4- Max Pensky:Amnesty on trial: impunity, accountability, and the norms of international law. Ethics & Global Politics. Vol. 1, No. 1\_2, 2008, pp. 1\_40

(Majzub يرى: "أن العفو يمثل حلاً وسطاً بين السلام والعدالة" (١) حيث أن في كثير من الأحيان، عندما ترغب إحدى الدول إلى الانتقال من الدكتاتورية إلى الديمقراطية أو من الحرب إلى السلام بطرق شتى يجوز المحاكمة، وتلك تشمل في محكمة دولية أو وطنية من لجان القانون والحق؛ وبالتالي وينبغي التنبيه على أن القرارات الصادرة من بلدا حول كيفية التعامل مع ماضيها تعتمد على أشياء كثيرة: نوع من الديكتاتورية أو الحرب تحملت، ونوع من الجرائم ارتكبت، ومستوى التواطؤ المجتمعي والثقافة السياسية في البلاد والتاريخ، والشروط اللازمة لدكتاتورية أن تتكرر، فجائية التحول، والسلطة والموارد في الحكم الديمقراطي الجديد (٢). تعتبر منظمة العفو الدولية أن قرارات العفو عن الجرائم التي يشملها القانون الدولي - الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب والتعذيب والاختفاء القسري وعمليات الإعدام خارج نطاق القضاء - انتهاكاً للقانون الدولي. فضلاً عن ذلك، ربما تشكل قرارات العفو عن الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان وجرائم الحرب خرقاً للقانون الدولي العرفي والقانون الدولي للمعاهدات. ويقوم الحظر المفروض على قرارات العفو عن الجرائم التي يشملها القانون الدولي والانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان على الواجب الصريح للدول في أن تحقق في مثل هذه الجرائم وتقاضي مرتكبيها، وكذلك على حق الضحايا في الحقيقة والعدالة والجبر (٣)

- 1- DIBA MAJZUB: PEACE OR JUSTICE? AMNESTIES AND THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, Melbourne Journal of International Law [Vol 3, 2002, p.1
- 2- Yav Katshung Joseph: The relationship between the International Criminal Court and Truth Commissions: Some thoughts on how to build a bridge across retributive and restorative justices Centre for Human Rights and Democracy Studies, 2005. pp.3-4

3 - منظمة العفو الدولية قانون الحصانة من الملاحقة القانونية والقضائية اليمنى : حرق للالتزامات الدولية، مطبوعات منظمة العفو الدولية، الطبعة الأولى ٢٠١٢، ص ٧

وقد أعلن مقرر الأمم المتحدة الخاص (لويس جوانيه) أن للضحايا حقاً في العدالة يستتبع التزامات على الدولة: بأن تحقق في الانتهاكات، وتقاضي الجناة، وتعاقبهم، إذا ما ثبت ذنبهم<sup>(١)</sup> وبناء عليه، لا يجوز منح العفو لمرتكبي الانتهاكات قبل حصول الضحايا على انتصاف فعال<sup>(٢)</sup> وقد جرى التأكيد على هذا الرأي في مبادئ تالية للأمم المتحدة، بما في ذلك مجموعة المبادئ المستوفاة المتعلقة بالإفلات من العقاب والصادرة عن لجنة حقوق الإنسان. حيث نص تقرير اللجنة على أنه، وفيما يتعلق بحق الضحايا في التماس العدالة، يتعين على الدول أن تجري تحقيقات فورية وكاملة ومستقلة ومحيدة في انتهاكات حقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي وتتخذ تدابير مناسبة ضد مرتكبي هذه الانتهاكات<sup>(٣)</sup> ولا يجوز لمرتكبي الجرائم الجسيمة بمقتضى القانون الدولي الاستفادة من تدابير العفو حتى عندما يكون الغرض منها تهيئة الظروف المؤاتية أو لتسهيل المصالحة الوطنية<sup>(٤)</sup>. ويهدف موقف الأمم المتحدة المتمثل في أن اتفاقات السلام التي تقررها لا يمكن أبداً أن تُعد بإصدار تدابير بالعفو العام في حالة جرائم الإبادة الجماعية، أو جرائم الحرب أو الجرائم المرتكبة ضد

1 - المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة، اللجنة الفرعية المعنية بمنع التمييز وحماية الأقليات التابعة للجنة حقوق الإنسان، مسألة إفلات مرتكبي انتهاكات حقوق الإنسان (المدنية والسياسية) من العقاب: التقرير الختامي المنقح من إعداد السيد جوانيه بناء على قرار اللجنة الفرعية رقم ١٩٩٠/٢ أكتوبر/تشرين الأول ١٩٩٧ الفقرة ٢٧

2- UN/E/CN.4/Sub.2/1997/20/Eev 1996. para 23.

3 - المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة، لجنة حقوق الإنسان، المجموعة المستوفاة من المبادئ المتعلقة بحماية حقوق الإنسان وتعزيزها من خلال اتخاذ إجراءات لمكافحة الإفلات من العقاب ٨ فبراير/شباط ٢٠٠٥، المبدأ ١٩ ص ١٢٠.

- Un /E/CN.4/2005/102/Add.1

4 - المرجع السابق، المبدأ ٢٤، ص ١٤.



الإنسانية، أو الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان<sup>(١)</sup> إلى تأمين مساحة للعدالة. وعندما لا تكون ظروف المقاضاة مهيأة بالكامل أثناء صراع مسلح أو في أعقابه مباشرة، فإن سياسة المنظمة تسعى إلى ضمان بقاء الباب مفتوحاً أمام العدالة<sup>(٢)</sup>.

أكدت اللجنة المعنية بالعمو ضمن لجنة الحقيقة والمصالحة لجنوب أفريقيا أن لعملية العمو في هذا البلد طابع فريد لأنها لا تنص على عفو شامل وإنما على عفو مشروط، حيث تشرط الكشف العلني عن الجرائم والجنح المتعلقة بالانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان قبل أن يتسنى منح العفو. المحكمة الدستورية لجنوب أفريقيا قد أقرت قانون عفو غير شامل؛ لأن على لجنة الحقيقة والمصالحة أن تنظر في ملابسات القضايا الفردية لكل شخص وقد عرف بعض الكتاب قوانين العفو الشامل بأنها قوانين عفو تنطبق على الجميع دون أن تشرط تقديم أي طلب من المستفيدين أو حتى إجراء تحقيق أولى في الوقائع لتحديد ما إذا كان المستفيدون من هذا

#### 1- Un/S/2004/616 Para.10

2 - يعني ذلك أن على الدول أن تقوم بالتحقيقات والملاحقات الجنائية دون اعتبار لتكاليف تأجيلها. فقد شددت هيئات معاهدات حقوق الإنسان مراراً على "القاعدة العامة" المتمثلة في "ضرورة إجراء تحقيق جنائي على الفور لحماية مصالح الضحايا والحفاظ على الأدلة وحتى لضمان حقوق أي شخص قد يُعتبر مشتبهاً به في سياق التحقيق" لجنة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان، ماريلا موراليس كارو وآخرون) مجزرة لا روشيلا كولومبيا، قرار المقبولة، التقرير رقم ٠٢/٤٢/٩٠ تشرين الأول / أكتوبر ٢٠٠٢. الفقرة ٣٣. بيد أنه في ظروف استثنائية. تأجيل الملاحقات القضائية. لا إلغائها، لصالح إعادة السلم الدولي. انظر نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، المادة ١٦ (التي تميز مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة في إطار ممارسة سلطاته لإدامة أو إعادة السلم والأمن الدوليين أن يعلق لفترة اثني عشر شهراً، قابلة للتجديد، التحقيقات أو إجراءات المقاضاة التي تقوم بها المحكمة الجنائية الدولية). راجع: مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، أدوات سيادة القانون، لدول ما بعد الصراع، تدابير العفو. مرجع سابق، ص ٣.

القانون يندرجون تحت نطاق تطبيقه (١). وكثيراً ما أفردت قوانين العفو  
الشامل وأدينت بشكل خاص (٢).

رابعاً: ضعف أنثروبولوجيا الطب الشرعي.

وفيما يتعلق بأنثروبولوجيا الطب الشرعي (٣)، بما لها من أهمية  
فيما يتعلق بالحق في المعرفة والحق في العدالة، فقد تحققت بعض  
التحسينات منذ عام ٢٠٠٤. لكن بالرغم من إطلاق العديد من المبادرات  
الدولية، فإن القدرات المحلية في البلدان التي تسجل أعداداً كبيرة من  
الأشخاص المفقودين تظل في كثير من الأحيان قدرات ضعيفة لا تستوفي  
المعايير الدولية. وقد وقعت بعض الدول على الاتفاقية الدولية لحماية  
جميع الأشخاص من الاختفاء القسري وهي تدعم المبادرات في مجال  
الطب الشرعي من أجل كشف مصير الأشخاص الذين ما زالوا

1- Garth Meintjes and Juan E. Méndez, «Reconciling  
amnesties with universal jurisdiction», *International  
Law Forum*, Vol.2. No. 2 (2000), p. 76

2- Kristin Henrard, "The viability of national amnesties in  
view of the increasing recognition of individual criminal  
responsibility at international law," *Michigan State  
University—DCL Journal of International Law*, vol. 8  
(Fall1999. ), p. 595

- وراجع أيضاً مبادئ المنع والتقصي الفعالين لعمليات الإعدام خارج نطاق  
القانون والإعدام التعسفي والإعدام بإجراءات موجزة (قرار المجلس  
الاقتصادي والاجتماعي ١٩٨٩/٥٦ المرفق، المبدأ ١٩ قضية المدعى العام  
ضد كوندبوا الرأي المستقل للقاضي روبرتسون، الفقرة ٤٧

3 - الأنثروبولوجيا هي علم الإنسان. وقد لُحِثت الكلمة من كلمتين يونانيتين هما  
anthropos ومعناها "الإنسان" و logos ومعناها "علم". وعليه فإن المعنى  
اللفظي لإصطلاح الأنثروبولوجيا (anthropology) هو علم  
الإنسان. وتُعرَّف الأنثروبولوجيا تعريفات عدة أشهرها: علم الإنسان، وعلم  
الإنسان وأعماله وسلوكه. علم الجماعات البشرية وسلوكها وإنتاجها. علم  
الإنسان من حيث هو كائنٌ طبيعي واجتماعي وحضاري. علم الحضارات  
والمجتمعات البشرية. راجع ويكيبيديا، الموسوعة الحرة على موقعها الشبكي.

مفقودين ، من قبيل شعبة الطب الشرعي التي تعمل تحت إشراف مشترك بين وزارة العدل في كوسوفو وبعثة الاتحاد الأوروبي المعنية بسيادة القانون في كوسوفو. (١)

خامساً: اصطدام التدخل الإنساني بمبدأ سيادة القانون ..

في يدائية الأمر نذكر أن الأمم المتحدة قد تقع بين شقى الرضى ، من حيثة أن التدخل الإنساني بتصطدم بمبدأ سيادة القانون والحفاظ على سيادة المقدس ، فمسألة التوفيق بين الأمرين مسألة فى غاية الصعوبة . بيدأنه مفهوم التدخل الإنساني تطور ومجموعة فرعية من القوانين التي تحكم استخدام القوة وبسرعة كبيرة تأتي لاحتلال موقف المؤسسة جنباً إلى جنب مع الدفاع عن النفس . ومجلس الأمن يعترف إذن به كسبب من الأسباب القانونية والشرعية للحرب . وسواء قبلت هذه المسألة على نطاق واسع أم لا ، وحتى الآن هذه المسألة لا تزال مثيرة للجدل . ويرى ( Scheffer, David J ) : "ينبغي أن يكون مفهوم التدخل الإنساني مفهوماً ليشمل ... أساليب غير قسرية ، وهي تتم دون تدخل قوة عسكرية لتخفيف المعاناة الإنسانية الجماعية داخل الحدود السيادية" (٢) . ويقول ( Ian Hurd ) : "السؤال الأكثر شيوعاً هل أصبح التدخل الإنساني قانونياً بموجب القانون الدولي؟ الرد على هذا التساؤل ينتج عنه جواباً غامضاً ، حيث يبدو أن التدخل الإنساني يتعارض مع ميثاق الأمم المتحدة . بيد أن الممارسات التي تمارسها الدول فى هذا الصدد اصبغت عليه الصبغة القانونية فى ظروف معينة . أما الذين يجادلون فى شرعيته عليه الاستشهاد بممارسات الدول والمعايير الدولية لدعم وجهة نظرهم" (٣) . ويضيف (

- 1- Un/S/2004/616Para.10 .
- 2- Scheffer, David J. "Towards a Modern Doctrine of Humanitarian Intervention." University of Toledo Law Review Vol 23. (1992): 253-274.
- 3- Ian Hurd. Is Humanitarian Intervention Legal? The Rule of Law in an Incoherent World, Ethics & International Affairs 25, no3 (2011), Carnegie Council for Ethics in International Affairs 2011. pp. 293-313

( Ian Hurd ) حول إشكالية اصطدام التدخل الإنساني بمبدأ سيادة القانون قائلاً: أن التدخل الإنساني هو إما أن يكون قانوني أو غير قانوني اعتماداً على فهم واحد لكيفية بناء القانون الدولي، مما أثار جدلاً واسعاً لحمله في طياته المشروعية وغير المشروعية في نفس الوقت على حد سواء. أن التركيز التقليدي من جانب العلماء هو في غير محله، حيث ذهبوا إلى أن الامتثال للقانون الدولي، ينصب على القواعد القطعية، التي لديها القدرة على تشكيل تضاريس السياسة في العلاقات الدولية؛ لدرجة أن ممارسات الدول يغير معنى القانون الدولي، والتمييز بين الامتثال وعدم الالتزام غير قابل للاستمرار. الخلافات حول الامتثال وعدم الالتزام هي خلافات حول السلوكيات الموضوعية في المسألة، وأنها لا يمكن حلها بالرجوع إلى قواعد نفسها. وينبغي أن ينظر القانون كمورد يستخدم من قبل الدول، وليس كمييار يمكننا على أساسها تقييم السلوك<sup>(١)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك عناصر رئيسية في النظام القانوني الذي يحكم استخدام القوة، حيث يبدأ هذا النظام بميثاق الأمم المتحدة ولكنه يشمل أيضاً المعاهدات الأخرى، مثل: اتفاقية الإبادة الجماعية، وغيرها من المعاهدات المنشئة للمنظمات، مثل: الاتحاد الأفريقي ومنظمة حلف شمال الأطلسي، والعرف الدولي، وقوانين الدفاع عن النفس هي ذات الصلة أيضاً. وهذه القواعد القطعية، هي التي يمكن للدول من خلال استخدام القوة ضد الآخرين. وهي تشكل البيئة القانونية الحالية التي تجري الحرب من خلالها. غير أن الثوابت القانونية - المذكورة للتو - تخالفها الدول الكبرى فالولايات المتحدة في الحرب على الإرهاب قد جلبت عصر التدخل الإنساني إلى نهايته<sup>(٢)</sup>. بيد أنه في الحالات السابقة - التي

1- Ian Hurd. Is Humanitarian Intervention Legal? Op, cit. pp. 293-313

2- A. Cottey. "Beyond Humanitarian Intervention: The New Politics of Peacekeeping and Intervention." Contemporary Politics 2008: pp. 429-446

ذكرناه للتو - كيف يمكن أن يفحص التدخل الإنساني في هذه البيئة على أنه غير قانوني، ومن ثم إقامة الحجج على شرعيته وعدمها. بيد أن ميثاق الأمم المتحدة يعبر عن سلوك الدول، وأن فكرة سيادة القانون كامة في عالم السياسة، فليس الهدف هنا أن يجادل لصالح أو ضد التدخل الإنساني؛ بل الهدف هو إظهار أن ممارسة التدخل الإنساني موجود في الفضاء بين الشرعية واللاشرعية، وحيث ليست مقياساً لقياس الامتثال. إذن، ما هي قوة القانون إذا كان يمكن أن يكون فعل في وقت واحد يشكل انتهاكاً وامتثالاً؟ ومساهمة القانون الدولي - في هذا الصدد - من المعقول لكل مثل من الممارسة أن ينظر إما إلى الامتثال أو عدم الامتثال مع القانون الدولي. وذلك فمن الأهمية بمكان توصيخ القوانين القائمة على التدخل الإنساني. وهذا أمر جيد للعالم، يجب معرفة دولة القانون، التي يمكن أن تقيّم الامتثال أو عدم الالتزام من الحكومات في حالات معينة. وأن قواعد التدخل الإنساني على تبعية هي في الواقع، ولكنها أن يجعل السياسة الدولية لا يأتي في لحظة فيها الدول أن تختار بين الامتثال وعدم الامتثال<sup>(١)</sup>.

يقول (B. Martenczuk): "بأن التدابير التي يتخذها أو يأذن بها مجلس الأمن للتدخل، هي قانونية لا لبس فيها، طالما تتفق مع سلطة مجلس الأمن لدرء الأخطار التي تهدد السلم والأمن الدوليين"<sup>(٢)</sup>. مما لا شك فيه أن الدولة التي تعامل مواطنيها أو غيرهم معاملة وخشية وقاسية بشكل مفرط للحفاظ على سلطتها [كما هو الحال في سوريا]

- 1- Ian Hurd. Is Humanitarian Intervention Legal? Op, cit. pp. 293-313
- 2- B. Martenczuk, "The Security Council, the International Court and Judicial Review: What Lessons from Lockerbie?" European Journal of International Law 10, N.3.1999. pp.517-547

تجعل نفسها عرضة للتدخل من جانب دولة أخرى ، ويعتقد بعض الخبراء بأن التدخل الإنساني نظام موجود في ميثاق الأمم المتحدة<sup>(١)</sup>. مما لا شك فيه أن ممارسة الحرب بين الدول لم تتغير كثيراً ، وأن حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية في تآكل ، وبالتالي إذا انهار ميثاق الأمم المتحدة انهار معه نظام استخدام القوة في العلاقات الدولية ، وعلاوة على ذلك هناك معوقات متعلقة بالقاعدة التي تحظر استخدام القوة بين الدول ، المنصوص عليها في المادة (٥١) من ميثاق الأمم المتحدة<sup>(٢)</sup> . والعنصر الأساسي في هذه الحجة هو الإدعاء بأن القانون قد تغير من خلال ممارسات الدول ، مما يوحى بوجود صلاحيات العمل معاً لفرض إعادة تفسير المادة ٥١ في ضوء الأفكار المعيارية ، مما يشير إلى وجود قاعدة من قواعد التدخل الإنساني ، كما يجب أن يكون الحال أن القانون قد تغير نتيجة لذلك<sup>(٣)</sup>.

بيد أن الإشكالية في الابتكارات الحديثة في ممارسة الدول ، قد تشمل أن الدول قد تستخدم فكرة التدخل الإنساني لتبرير استخدامها للقوة ، من الناحية النظرية القانونية يشيرون إلى ما أدلى به (كوفي أنان) : بالقول لم يعد بإمكان الدولة حماية مجرمي الحرب والقتل بحجة السيادة الوطنية ، وهذا أضفى نوعاً من المسؤولية والحماية لانتهاك سيادة القانون

---

1- Ian Brownlie, "International Law and the Use of Force by States' Revisited," Chinese Journal of International Law 1.No.1,2002.pp.1-9

2- Michael Glennon, "The Fog of Law: Self-Defense, Inherence, and Incoherence in Article 51 of the United Nations Charter," Harvard Journal of Law and Public Policy.25,2002.pp.539-558.

- see also Michael Glennon "How International Rules Die," Georgetown Law Journal.93.2005.p.393

3- Michael J. Smith, "Humanitarian Intervention: An Overview of the Ethical Issues," Ethics & International Affairs 12.1998.pp.63-79

الدولى<sup>(١)</sup>. وهذا المفهوم، يؤدي إلى مراجعة الصلاحيات القانونية لمجلس الأمن، ويدعم الحجة القائلة بأن النزعة الإنسانية يمكن أن تكون قانونية دون الحصول على موافقة المجلس. ويشير كل من ( Paul D. Williams and Alex J. Bellamy): "إلى النظر إلى ممارسات الدول فيما يتصل بالنظر في القانون، ونحن يجب أن نعترف أيضا في العديد من الحالات تعتمد الدول على هذا المبدأ"<sup>(٢)</sup>. يرى (Fernando R. Tesón): "بأن الإطار القانوني للممارسة السيادة يتمثل في احترام حقوق الإنسان، وهو شرط سابق للممارسة، ويضيف أنه ما دامت للسيادة قيمة فعالة، فالسيادة تستخدم القيمة المتمثلة في الغايات البشرية، ويجب ألا يسمح للذين ينتهكون الغايات الإنسانية بالاختفاء وراء مبدأ السيادة"<sup>(٣)</sup>. ويؤيد كل من (Gareth Evans and Mohamed Sahnoun) ماسبق، حيث يرأيان: "بأن أقوى المؤيدين لمبدأ السيادة، يجب أن يعترفوا أن الدولة تحمل سلطة غير محدودة للقيام بما تريد لشعبها بالذات، وبالتالي السيادة تعنى المسؤولية المزدوجة، من حيث الالتزام بالمواثيق الدولية وخاصة العهدين الدوليين الخاصين بحقوق الإنسان، من ناحية، وحماية شعبها من ذاتها، وبالتالي الدول تحتضن هذه المسؤولية المزدوجة"<sup>(٤)</sup>. يرى (Brian Tamanaha): "بأن

- 1- Alex J. Bellamy, "The Responsibility to Protect—Five Years On," *Ethics & International Affairs* 24, No. 2. summer2010.pp.143-169
- 2- Paul D. Williams and Alex J. Bellamy, "The Responsibility to Protect and the Crisis in Darfur," *Security Dialogue*36.No.1. 2005.,pp.27-47
- 3- Fernando R. Tesón, "The Liberal Case for Humanitarian Intervention," in J. L. Holzgrefe and Robert O.Keohane, eds., *Humanitarian Intervention: Ethical, Legal, and Political Dilemmas* (Cambridge: University Press, 2003. p.93
- 4- Gareth Evans and Mohamed Sahnoun, "The Responsibility to Protect," *Foreign Affairs* 81, no.6,2002 pp. 99-110

هذا يمثل تلاعب بالقانون الدولي ، الذي غالباً ما يؤخذ كاستراتيجية ، وهذا التلاعب واضح في استخدامات القانون في السياق الأمريكي في السياق الدولي" (١). وهناك مؤلفات متنامية تسعى إلى ربط العلوم السياسية والقانون حول قياس الامتثال وعدم الامتثال (٢). ويرى ( Robert Howse and Ruti Teitel ) : " بأنه لا يمكن التفريق بين الامتثال من عدم الامتثال ، يجب أن يقاس تأثير السلوك على القانون ، وأن مساهمة القانون الدولي في تغيير الشروط والشكل للمساومة بين الدول التي تأخذ مكانة حول القواعد القانونية" (٣). وأخيراً يرى كل من ( Jutta Brunnée and Stephen J. Toope ) : " أنه وعلى الرغم من كل هذه الالتباسات في القانون الدولي ، ما فتئت فكرة سيادة القانون قوية في السياسة الدولية. الدول لا تزال مقتنعة ينبغي أن تمثل للقانون بدلاً من انتهاك القانون، وأن النزعة

1- Brian Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law* (Cambridge: Cambridge University Press,)2006.p.1-2.

٢- راجع على سبيل المثال مايلي :

- Harold Hongju Koh, "Why Do Nations Obey International Law?" *Yale Law Journal* 106, no.8.1997. pp. 2599-2659
  - Oona Hathaway, "Do Human Rights Treaties Make a Difference," *Yale Law Journal* 111 no. 3 2002. pp. 1935-2042
  - Judith Kelley, "Who Keeps International Commitments and Why? The International Criminal Court and Bilateral Non-Surrender Agreements," *American Political Science Review* 101 no.3 2007, pp.573-589
  - Emilie Hafner-Burton, Jon Pevehouse, and Janavon Stein, "Human Rights Institutions, Membership, and Compliance" (paper presented at the American Political Science Association annual meetings2009 .pp.1-15
- 3- Robert Howse and Ruti Teitel, "Beyond Compliance: Rethinking Why International Law Matters," *Global Policy* 1, No. 2. 2010. pp. 127-136



الإنسانية متوافقة مع القواعد" (١). وماتم من تدخلات كما يقول ( Hilpold, Peter ) : "يتم قبوله أكاديمياً بحوادث التدخل الإنساني" (٢) .  
 وفلكة ما سبق ، تلخص في أنه في القرن التاسع عشر ، أدى جانب من الفقه ريبته في شرعة التدخل لإقرار السلام والنظام في أوروبا ، ولكن لم تعد هذه الرية تراود الفقهاء المحدثين ، فعهد عصبة الأمم ، ومن بعده ميثاق الأمم المتحدة ، كان هدفهما إنشاء أجهزة على أسس سلمية تتبع المنظمة الدولية ومفوضة سلطات للتدخل لمصلحة سلام الأمم وأمنها . فمهمة الأمم المتحدة حفظ السلم والأمن الدوليين وبدون حاجة إلى التنازع مع الاختصاص القومي . ولكن في حالة عجز الأمم المتحدة عن القيام بذلك . فإن الدول لا تنفق على رأى موحد لمشروعية التدخل الإنساني ، وتبين المناقشات في الأمم المتحدة أن مبادئ السلام والحرية لا تنجزاً . وتكمن الصعوبة في الدوافع الحقيقية للدول صاحبة المصلحة والتي تحاول أن تظهر بمظهر الحامي لحقوق الإنسان . وهكذا على الرغم من أن هناك اهتماماً عاماً ومشاركاً من جانب كل الدول - بسبب القيم المعترف بها- لمبدأ سيادة الدول وما يقتضيه من احترام ومراعاة مبدأ عدم التدخل ، إلا أن كل دولة تميل إلى تفسير مبدأ عدم التدخل بما يتلاءم وموقفها في ميدان العلاقات الدولية . وأحياناً نجد الاختلاف بين الدول حول القيم واجبة الحماية والتصرفات المحظورة .  
**سادساً: الدولة الفاشلة ..**

دولة فاشلة هي دولة ذات حكومة مركزية ضعيفة أو غير فعالة حتى أنها لا تملك إلا القليل من السيطرة على جزء كبير من إراضيها ولا

- 1- Jutta Brunnée and Stephen J. Toope, Legitimacy and Legality in International Law, Cambridge University Press 2010, pp.1-150
- 2- - Hilpold, Peter, 'Humanitarian Intervention: Is there a Need for a Legal Reappraisal?', European Journal of International Law, 12 (2002), pp. 437-467

تملك القدرة والرغبة فى حماية مواطنيها من العنف وربما من الدمار نفسه، ونزعتها إلى اعتبار نفسها فوق القانون محلياً كان أم دولياً<sup>(١)</sup>. وتفقد مستوى الرقابة اللازمة لتفادي التى يجري النظر فيها لدولة على أنها دولة فاشلة مختلف عليه. وعلاوة على ذلك، فإن إعلان أن دولة ما قد فشلت هو موضوع جدل عمومًا، وعندما يتم رسمياً، قد يحمل عواقب سياسية كبيرة<sup>(٢)</sup>.

الحرى بلفت الانتباه أن الدولة تصبح فاشلة إذا ظهر عليها عدد من الأعراض أولها، أن تفقد السلطة القائمة قدرتها على السيطرة الفعلية على أراضيها أو أن تفقد احتكارها لحق استخدام العنف المشروع في الأراضي التي تحكمها. وثانيها، هو فقدانها لشرعية اتخاذ القرارات العامة وتنفيذها. وثالثها، عجزها عن توفير الحد المعقول من الخدمات العامة. ورابعها، عجزها عن التفاعل مع الدول الأخرى كعضو فاعل في الأسرة الدولية<sup>(٣)</sup>. مما لاشك فيه أن الحصول على اعتراف الأسرة الدولية الشكلي

1 - نعوم تشكومي، الدول الفاشلة: إساءة استعمال القوة والتعدى على الديمقراطية، ترجمة سامى الكعكى، دار الكتاب العربى بيروت ٢٠٠٧، ص ٨.

2 - تعريف الدولة الفاشلة (Failed State): حسب Naom Chomsky فإن المصطلح يشير إلى الدولة التي لا تستطيع أن تبسط سيطرتها وسيادتها على كامل ترابها الإقليمي، وتتشكل مؤسسات الدولة في تحقيق متطلبات المواطنين. الدولة الفاشلة هي الدول غير القادرة أو غير الراغبة في حماية مواطنيها من العنف وربما من الدمار نفسه وحتى إذا ما كانت الدول الفاشلة تملك إشكالا ديمقراطية، إلا أنها تعاني من قصور وهجر ديمقراطي خطير يجرده مؤسساته الديمقراطية من إي جوهر حقيقي للديمقراطية. راجع: - FAQ. Failed States. Number 6. the Fund for Peace. Accessed. 2007, pp.10-22

3 - مؤشر الدول الفاشلة شملت القائمة ١٧٧ دولة، والتي تم تصنيف فيها ٣٥ في "حالة إنذار"، و ٨٨ في حالة "تحذير"، ٤٠ "معتدلة"، ١١ "مقبولة"، ويظهر أدناه أسوأ ٢٠ دولة، وهى: الصومال، وتشاد، والسودان، والكونغو الديمقراطية، وهاييتي، وزيمبابوي، وأفغانستان، وجمهورية أفريقيا=

بها. تتزايد مستلزمات ذلك الاعتراف الدولي كما تتزايد الالتزامات التي يتطلبها استمرار ذلك الاعتراف في العقدين الماضيين. كان واحداً من أهم عيوب بناء الدولة في أفغانستان فشلها في تحقيق سيادة القانون، على الرغم من الجهود المكثفة التي بذلتها المؤسسات الدولية (١) ؛ لأن سيادة القانون عنصر ضروري في أي استراتيجية للتنمية (٢). ولا شك أيضاً أن حجة الدول العظمى، في إطار توظيف هذا المصطلح، جاهزة دائماً للتدخل في مختلف البلدان التي تعاني من الفشل، خاصة إذا كانت دولة نفطية مثل العراق؛ أو ذات موقع استراتيجي مهم مثل أفغانستان أو الصومال أو السودان، والشعوب - دائماً - هي من يدفع الثمن. وما هو مفهوم الدول الفاشلة يطرح كمصطلح يبرر التدخل في شئون الدول المستقلة بدعوى فشلها وعدم الوفاء بالتزاماتها تجاه السلم والأمن الدوليين؛ ولن يكون نموذجاً أفغانستان والعراق الأخيرين في سلسلة يبدو أن حلقاتها تتوالى. وقد أشار المفكر الأمريكي (ويليام بلوم) الذي أصدر كتاباً عام ٢٠٠٢ تحت عنوان (الدولة المارقة: دليل إلى الدولة العظمى الوحيدة في العالم) إلى مسؤولية الولايات المتحدة عن تنفيذ وتمويل ٤٠ انقلاباً و ٣٠ عدواناً في ٥٠ عاماً. (٣) وكثيراً ما يوظف هذا المصطلح من

=الوسطى، والعراق، وساحل العاج، وغينيا، وباكستان، واليمن، و  
نيجيريا، والنيجر، وكينيا، و بوروندي، وغينيا، و بيساو، وميانمار، وإثيوبيا.  
الدول الفاشلة وفقاً لمؤشر الدول الفاشلة عام ٢٠١١. لفورين بوليسي.

1- Report released June 2011: RULE OF LAW IN AFGHANISTAN CONFERENCE REPORTv Organized by the American Institute of Afghanistan Studies Boston Universityv September 23-24, 2010,p.1

2- David M. Trubek: The "Rule of Law" in Development Assistance: Past, Present, and Future, University of Wisconsin-Madison 2003, op,cit ..p.1

3 - وليام بلوم، الدولة المارقة: دليل إلى الدولة العظمى الوحيدة في العالم، ترجمة كمال السيد، الناشر المجلس الاعلى للثقافة، ٢٠٠٢، ص ١٧٩ -

طرف الولايات المتحدة الأمريكية كذريعة لتشن ما تسميه حرباً وقائية أو استباقية تكفل لها الأمن والسلامة دون أن تهتم في ذلك بالرأي العام العالمي، بل إنها تقف أحياناً ضد هذا الرأي في بعض المسائل الحيوية التي تهدد بقاء العالم ككل كما هو الحال بالنسبة لمشكلة الاحتباس الحراري، وذلك إلى جانب التجائها إلى فرض القيود المحددة لحرية الأفراد المواطنين بحجة المحافظة على الأمن القومي.

### سابعاً: قلة المشاورات بين الأطراف المعنية.

ما لاربية فيه أن المشاورات بين الأطراف المعنية تتيح منبراً هاماً للحوار والتفاعل<sup>(١)</sup>. أشارت مفوضة الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان إلى أن العدالة الانتقالية يجب أن تطمح إلى مساعدة المجتمعات المقموعة على التحول إلى مجتمعات حرة عن طريق التصدي لمظالم الماضي بواسطة تدابير تحقق مستقبلاً عادلاً. كما يجب أن تتناول هذه العدالة الجرائم والانتهاكات التي أرتكبت خلال فترة النزاع التي أدت إلى عملية العدالة الانتقالية، وتتجاوزها لتتناول انتهاكات حقوق الإنسان التي سبقت فترة النزاع وسببت حدوثها أو ساهمت في ذلك<sup>(٢)</sup>. كما قال الأمين العام إن أكثر تجارب العدالة الانتقالية نجاحاً تدين بالفضل، في قسط كبير من نجاحها، لحجم ونوعية التشاور المضطلع به مع الجمهور

1 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة الرابعة والستون، البند ٧١ (أ) من جدول الأعمال المؤقت، تعزيز حقوق الإنسان وحمايتها: تنفيذ الصكوك، المتعلقة بحقوق الإنسان التنفيذ الفعال للصكوك الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، بما في ذلك التزامات تقديم التقارير بمقتضى الصكوك الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، مذكرة من الأمين العام صادر ١٠ أغسطس ٢٠٠٩، ص ٢٩

2 - لويز آر بور، "العدالة الاقتصادية والاجتماعية للمجتمعات التي تمر بمرحلة انتقالية"، المحاضرة السنوية الثانية عن العدالة الانتقالية، التي استضافها مركز حقوق الإنسان والعدالة العالمية التابع لكلية الحقوق في جامعة نيويورك، بالشراكة مع المركز الدولي للعدالة الانتقالية (نيويورك، ٢٥ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠٠٦، ص ٥.

والضحايا. وفي كانون الثاني/يناير ٢٠٠٥، طبقت المفوضية السامية لحقوق الإنسان آنذاك، (لويز آرور)، هذا المنظور على سياق أفغانستان تحديداً عندما فإن القانون الدولي لحقوق الإنسان يشترط إجراء مشاورات وطنية، مثلما يقتضي الحس السليم. فالأشخاص الذين تضرروا جراء القمع أو النزاع بحاجة إلى من يستمع إليهم حتى يتسنى لبرامج العدالة الانتقالية أن تعكس على أفضل وجه تجاربهم الحقيقية، فضلاً عن احتياجاتهم واستحقاقاتهم. ومما يزيد هذه المسألة أهمية أن الأحوال تختلف بين بلد وآخر، ولذلك تتعين صياغة كل برنامج بعناية ليراعي الاحتياجات المحددة للحالة الوطنية بعينها. كما أن إعداد عملية مشاورات متأنية سيضمن إحساساً محلياً قوياً بالانتماء لنهج العدالة الانتقالية وسيعزز مشاركة أصحاب المصلحة في مختلف مراحل برنامج العدالة الانتقالية<sup>(١)</sup>. يتضمن القانون الدولي لحقوق الإنسان مطلباً يتعلق بالمشاورات الوطنية. فالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية يضمن، في مادته (٢٥)، حق كل مواطن في المشاركة في إدارة الشؤون العامة. وقد أشارت هيئة المعاهدة التي ترصد تنفيذ العهد، وهي اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، إلى أن إدارة الشؤون العامة هو مفهوم واسع يتعلق بممارسة السلطة السياسية، وعلى وجه الخصوص، السلطات التشريعية والتنفيذية والإدارية؛ وهو يشمل شتى أوجه الإدارة العامة كما يخص تحديد وتنفيذ السياسة العامة التي ستتبع على الأصعدة الدولية والوطنية والإقليمية والمحلية<sup>(٢)</sup>. كما أوضحت اللجنة أن للمواطنين الحق في استشارتهم بشأن تصميم برامج العدالة الانتقالية وتنفيذها.

- 1 - مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، أدوات سيادة القانون في الدول الخارجة من نزاعات: المشاورات الوطنية بشأن العدالة الانتقالية. الأمم المتحدة، نيويورك وجنيف، ٢٠٠٩، ص ٢.
- 2 - التعليق العام رقم ٢٥ (١٩٩٥) بشأن الحق في المشاركة في الشؤون العامة وحق الاقتراع والحق في تقلد الوظائف العامة على قدم المساواة ( المادة ٢٥ ) الفقرة ٥.

وفي عام ٢٠٠٦، أوصت اللجنة جمهورية أفريقيا الوسطى بأن تبادر في أسرع وقت ممكن إلى تنفيذ توصيات الحوار الوطني الهادف إلى إنشاء لجنة لتقصي الحقائق والمصالحة<sup>(١)</sup>. كما أظهرت الدراسات الاستقصائية عزوف المجتمع عن دعم برامج العدالة الانتقالية. فقد كشفت الدراسات الاستقصائية التي أجريت في يوغوسلافيا السابقة في الفترة بين عام ٢٠٠٠ وعام ٢٠٠٢، على سبيل المثال، أن المحاكمات الدولية لا تحظى بدعم واسع النطاق في المجتمع. وقد أجرى معهد العدالة والمصالحة في جنوب أفريقيا واحدة من أشمل المشاورات الكمية وأوسعها نطاقاً من أجل تقييم عمليات العدالة الانتقالية في الفترة ٢٠٠٠\٢٠٠١. فقد اضطلع الباحثون في سياق هذه المشاورات بدراسة استقصائية واسعة وذات مواطن من جنوب أفريقيا. وكان هدف الدراسة هو قياس مدى رضا تمثيل وطني شامل ضمت نحو ٤٠٠ المواطن من أداء لجنة الحقيقة والمصالحة، ومدى قبولهم عملية العفو العام، فضلاً عن المستوى الذي بلغته المصالحة العرقية<sup>(٢)</sup>. أجرى برنامج الأمم المتحدة الإنمائي دراسة استقصائية ركزت على رأي الجمهور بشأن معايير حقوق الإنسان

#### 1- CCPR/C/CAF/CO/2 7para8

2- مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، أدوات سيادة القانون في الدول الخارجة من نزاعات: المشاورات الوطنية بشأن العدالة الانتقالية. مرجع سابق، ص ٨

• إن جنوب أفريقيا، وحتى تاريخه، هي البلد الذي كان الضحايا فيه هم الأكثر استعداداً لقبول الحاجة للحد من العدالة الجزائية وقبول العفو. وكان نظام الفصل العنصري ما قبل العام ١٩٩٤ يقوم على أساس نظام عنصري فرضته المؤسسات، والذي على الرغم من أنه لم يكن فريداً من نوعه في التاريخ إلا أنه يصبح أمراً لا يطاق، ليس فقط بالنسبة لمجتمع السود في البلد، إنما أيضاً بالنسبة لقسم متزايد من الأقلية البيضاء في جنوب الوادي والمجتمع الدولي. وفي تشرين الثاني /نوفمبر ١٩٧٣ اعتمد المجتمع الدولي اتفاقية دولية تحرم جريمة الفصل العنصري، وتنص على المعاقبة عليها. راجع إيريك سوتاس، العدالة الانتقالية والعقوبات، مرجع سابق، ص ٩١

والانتهاكات وإجراءات المساءلة في هذا الصدد؛ واستكشفت مظاهر التحيز الإثني في تقييم جرائم الحرب ومصير الأشخاص المفقودين؛ وتناولت التحديات التي يواجهها القضاة والمدعون؛ وسعت إلى تحديد أشكال جبر مناسبة. وتناولت الأسئلة المطروحة، في جملة مواضع، عدد الأشخاص المتنوعين الإثنيات الذين تعرضوا لانتهاكات لحقوق الإنسان؛ ومدى تأييد الجمهور لتسوية مشاكل الأشخاص المفقودين؛ وسبل تحقيق المصالحة بين المجتمعات المحلية الإثنية؛ ومستويات تفضيل أشكال جبر معينة كالتعويضات المادية وإعادة التأهيل ورد الاعتراف رسمياً للضحايا<sup>(١)</sup>.

ويتمثل أحد أوجه القصور التي تعترض أسلوب الاستقصاء في ميلها إلى اقتراح طائفة محدودة من الخيارات التي يتعين على المجيب التعاطي معها. وقد يحول ذلك دون إتاحة الفرصة للمجيبين لاقتراح ترتيبات عدالة انتقالية جديدة أو لم تخطر على البال أصلاً. والدراسات الاستقصائية التي لا تُصاغ بعناية كافية لتخطي هذا القصور قد تحد من فرص واضعي السياسات لمراعاة أشكال من الممارسات التقليدية أو المحلية يمكن أن تضطلع بدور هام في برنامج العدالة الانتقالية. غير أن أساليب جمع البيانات الكيفية يمكن أن تساعد على تجاوز بعض من هذه المخاطر<sup>(٢)</sup>. يقوم أسلوب التشاور هذا على تشكيل مجموعة صغيرة من الأشخاص الذين سبق اختيارهم لمناقشة موضوع معين بتوجيه من وسيط/ميسر مختص لمدة ساعة أو ساعتين<sup>(٣)</sup>.

1 - المرجع السابق، ص ٨

2 - مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، أدوات سيادة القانون في الدول الخارجة من نزاعات: المشاورات الوطنية بشأن العدالة الانتقالية. مرجع سابق، ص ٨

3- W. Lawrence Neuman, Social Research Methods: Qualitative and Quantitative Approaches, 6th ed. (Boston, Pearson. 2006) p. 412.

وفي حين اعترفت دراسة لأحد الخبراء في عام ٢٠٠٧ بالمشاكل العملية لإجراء المشاورات الطويلة الأمد، فقد لاحظت أن البيانات لا تمكن، بمرور الوقت، من التوصل إلى نتائج فورية ذات صلة بالسياسات، ولكنها ذات أهمية حاسمة لتحديد التوجهات، ومن ثم السببية<sup>(١)</sup>. وبالإضافة إلى ذلك، فإن المشاورات المطولة قد تيسر قبول الأطراف المشاركة للعملية، ونضوج آرائها، والتحسين المستمر للمنهجيات. وقد توخت جنوب أفريقيا الحذر بدرجة كبيرة لتلافي المشاورات المتسارعة. فقد استغرقت الأنشطة التحضيرية للجنة الحقيقة والمصالحة، في هذا البلد، ١٨ شهراً عقب إجراء الانتخابات المحلية في عام ١٩٩٤. وقد وصف ذلك أحد المعلقين قائلاً: لقد كان هذا الوقت التحضيري ذا أهمية حاسمة لوضع التشريعات المعقدة التي تحدد صلاحيات اللجنة، وللحصول على تأييد جميع الأحزاب السياسية تقريباً، وطلب المشاركات من كثير من المراقبين الخارجيين الذين اكتسبت اللجنة المقترحة شرعيتها عن طريقهم<sup>(٢)</sup>.

تواجه الحكومات الانتقالية تحديات متعددة متعلقة بالحكم، فهذه الحكومات عادة ما تكون بحاجة إلى المحافظة على الأمن والنظام العام دون اللجوء إلى أساليب استبدادية موروثية من الماضي أو من العهد السابق، وفي ذات الوقت تواجه التحدي لتحقيق الاحتياجات الأساسية للجمهور، والبدء بعملية إعادة البناء الوطني والمبادرة ببرنامج للإصلاح

- 1- Oskar Thoms, James Ron and Roland Paris, The effects of transitional justice mechanisms working paper (Ottawa 17 Centre for International Policy Studies, April 2008), p. 81
- 2- Priscilla B. Hayner, Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity (New York, Routledge, 2001), p. 221



السياسي والاقتصادي، وزيادة الإنتاج والاستجابة لمتطلبات القطاع العام والخاص، علاوة على الشفافية في كل ذلك.  
ثامناً: عدم جدية الضمانات.

فالمحاكمات الجنائية التي توفر ضمانات إجرائية معقولة ولا تستثني من قبضة العدالة من يسكون بزمام السلطة تظهر هيمنة القانون على الجميع ؛ وعمليات البحث عن الحقيقة التي تساهم في فهم الأوجه العديدة لإخفاق النظم القانونية في حماية حقوق المواطنين توفر أساساً يمكن للنظم القانونية أن تتصرف وفقه، بالخلف، في المستقبل ؛ وبرامج التعويضات التي تحاول الجبر من انتهاك الحقوق تعمل على ضرب أمثلة، وإن بأثر رجعي، على أهمية الالتزام بفكرة الإعلاء من شأن المعايير القانونية ؛ وتدابير الإصلاح المؤسسي والشخصي، حتى الإصلاحات الأساسية منها التي لا تزيد عن فحص سجلات من أساؤوا استخدام سلطتهم وتسريحهم، تزيد من نزاهة نظم سيادة القانون<sup>(١)</sup>. إن تأسيس سيادة القانون والمحافظة عليها بتطبيق وجود ضمانات. فيجب أولاً، ألا يقوم من يسن القانون بمقاضاة أو معاقبة المنتهكين له. ثم إذا كان الذين ينفذون القوانين هم الذين يقومون بسنها فإنهم يكونون في حل منها في واقع الأمر، لأن الإنحياز البشري سيأخذ مفعوله. ولذا، فإن مبدأ سيادة القانون، كما فهمه بعض المناصرين لمبدأ الفصل بين السلطات، لا يتطلب عدم امتلاك المسؤولين التنفيذيين لسلطة تقديرية خاضعة لتقدير المرء أو عدم امتلاكهم سلطة وضع الأحكام أو النظم القانونية بحد

---

1 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، مجلس حقوق الإنسان، الدورة الحادية والعشرون، البند ٣ من جدول الأعمال، تعزيز وحماية جميع حقوق الإنسان، المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بما في ذلك الحق في التنمية، تقرير المقرر الخاص المعني بتعزيز الحقيقة والعدالة والجبر و ضمانات، عدم التكرار، بابلو دي غريف، ٩ أغسطس، ٢٠٠٩، ص ١٦.

ذاتها، فالمطلوب هو أن يتم اتخاذ الأعمال التقديرية وصياغة الأحكام القانونية من قبل السلطة التنفيذية ضمن حدود قوانين معروفة بشكل أكثر عموماً وتم وضعها من قبل مشرع لا يخضع لرغبة السلطة التنفيذية<sup>(١)</sup>. بالإضافة إلى ذلك، تؤثر الحكومات الانتقالية بشكل خاص على الأمن والقوات المسلحة في النظام السياسي الجديد<sup>(٢)</sup>، وتقرر السياسات التي تتخذها أية حكومة انتقالية بشكل أساسي الشكل النهائي للمؤسسات السياسية والقانونية والقواعد التي تحكمها والشخصية الوطنية للكيان السياسي القادم. والجانب المهم هنا هو الشرعية السياسية المشروطة لهذه الحكومة، وذلك لأنها قامت بالوعد بالانتقال إلى نظام سياسي ديمقراطي جديد أو شيء آخر<sup>(٣)</sup>.

ينبغي -عموماً- أن تطبق معايير حقوق الإنسان الدولية الملزمة قانوناً على نحو مباشر وفوري في النظام القانوني المحلي لكل دولة طرف بحيث يتمكن الأفراد من طلب إعمال حقوقهم أمام المحاكم والهيئات القضائية الوطنية. والقاعدة التي تنص على استنفاد سبل الانتصاف المحلية قاعدة تعزز أولوية سبل الانتصاف الوطنية في هذا الشأن. ويعتبر وجود الإجراءات الدولية لمتابعة المطالبات الفردية وزيادة تطويرها أمراً له أهميته، لكن هذه الإجراءات ليست في نهاية الأمر سوى إجراءات تكمل سبل الانتصاف الوطنية الفعالة ومن ثم إقرار سيادة القانون.

- 1- Joseph Raz, "The Rule of Law and Its Virtue", in Raz, J., *The Authority of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1979). pp.196-202
- 2- Shain, Y., and Linz, J.J., 'The Role of Interim Governments', *Journal of Democracy*, vol. 3, no. 1, January 1992, p. 73.
- 3- Stanger, A.K., "Democratization and the International System: The Foreign Policies of Interim Governments", in Shain, Y., and Linz, J.J., eds., *Between States: Interim Governments and Democratic Transitions* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), p. 256

## تاسماً: قلة التآزر في مجال جبر الضرر

وفيما يتعلق بمحقوق الضحايا في جبر الضرر، يمكن تحسين التنسيق بين برامج التعويض والجبر والآليات الأخرى للعدالة الانتقالية، من قبيل الآليات القضائية أو لجان تقصي الحقائق. أما آليات التشاور والمشاركة، فقلما تكون متوافرة، كما يشعر الضحايا بأن الجبر لا قيمة له ويفتقر إلى أي أثر تاهيلي. وتعد برامج الجبر التي توفرها المنظمة الدولية للهجرة أمثلة مثيرة للاهتمام بشأن دور الجبر في توفير المزيد من الدعم المستدام. وينبغي إيلاء مزيد من التفكير للتداخل بين مثل هذه التدابير التعويضية والتعاون الإنمائي، وحتى لأوجه التآزر التي يمكن أن توجد بين التنمية والأولويات المحددة في مجال الجبر. ومن الضروري توفير التمويل المناسب لبرامج الجبر: ففي بعض الحالات، تلقت التدابير الأخرى للعدالة الانتقالية، من قبيل المحاكم، دعماً مالياً أكبر بكثير من الدعم المقدم إلى برامج تعويض الضحايا. وفي حالات أخرى، تلقى مقاتلون سابقون، بعضهم مسئول عن ارتكاب جرائم شنيعة، دعماً مالياً في إطار عملية نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج، في حين ظل الضحايا ينتظرون عدة سنوات قبل تلقي أي دعم ملموس من برامج جبر الضرر. ويؤثر هذا التعاقب العشوائي للأحداث تأثيراً سلبياً في عملية تحويل النزاعات؛ إذ يتعذر على الأشخاص المعنيين فهمه وقد يعرقل تحقيق أهداف العدالة الانتقالية برمتها<sup>(١)</sup>. ينبغي ألا يفسر الحق في الانتصاف الفعال دائماً على أنه يقتصر على سبل الانتصاف القضائية. فكثيراً ما تكون سبل الانتصاف الإدارية كافية بحذاتها، ومن المشروع أن يتوقع من يعيش داخل نطاق الولاية القضائية لدولة طرف، استناداً إلى مبدأ حسن النية، أن تأخذ كافة السلطات الإدارية في الاعتبار مقتضيات العهد لدى اتخاذ قراراتها. وينبغي

1 - من قبيل: اللجنة الدولية المعنية بالأشخاص المفقودين، على الموقع الشبكي التالي:

<http://www.ic-mp.org/about-icmp>

أن يكون كل سبيل من سبل الانتصاف الإدارية هذه متيسراً ومعقول التكلفة ومتوفراً في الوقت المناسب وفعالاً. كما أنه كثيراً ما يكون التمتع بالحق المطلق في الطعن قضائياً في الإجراءات الإدارية من هذا النوع أمراً مناسباً في هذا المضمار. وبالمثل، هناك بعض الالتزامات من قبيل تلك المتعلقة بعدم التمييز، (ولكنها، لا تقتصر بأي حال من الأحوال عليها) حيث النص على شكل من أشكال سبل الانتصاف القضائية فيما يخصها ضروري فيما يبدو للامثال لمقتضيات العهد. وبعبارة أخرى، يعتبر الانتصاف أمام القضاء ضرورياً كلما استحال أعمال حق من الحقوق المشمولة بالعهد إعمالاً كاملاً دون أن تقوم السلطة القضائية بدور ما في ذلك<sup>(١)</sup>.

وفي ختام بقية القول، نرى إذا فقد جبر الضرر معقوليته. وذاك المتوقع دائماً - من باب أولى ينبغي للدول أن تلغي التشريعات التي تؤدي إلى تأمين الإعفاء من القصاص للمسؤولين عن الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، مثل التعذيب، وأن محاكمهم على هذه الانتهاكات، موفرة في ذلك أساساً وطيداً لسيادة القانون<sup>(٢)</sup>.

1 - اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الدورة التاسعة عشرة (١٩٩٨) التعليق العام رقم ٩ الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التطبيق المحلي للعهد

2- A/CONF.157/23/25 July 1993, para.6

• تشير التطبيقات الفعلية للمفهوم إلى أن أي برنامج لتحقيق العدالة الانتقالية عادة ما يهدف لتحقيق مجموعة من الأهداف تشمل: وقف الانتهاكات المستمرة لحقوق الإنسان، التحقيق في الجرائم الماضية؛ تحديد المسؤولين عن انتهاكات حقوق الإنسان ومعاقبتهم، تعويض الضحايا؛ منع وقوع انتهاكات مستقبلية، الحفاظ على السلام الدائم، الترويج للمصالحة الفردية والوطنية. ولتحقيق تلك الأهداف، تتبع العديد من الاستراتيجيات بعضها ذي صبغة قضائية وبعضها لا يحمل هذه الصبغة، هي: الدعاوى الجنائية؛ وتشمل هذه تحقيقات قضائية مع المسؤولين عن ارتكاب انتهاكات حقوق الإنسان؛ وكثيراً ما يركز المدعون تحقيقاتهم على من يعتقد أنهم يتحملون=

=القدر الأكبر من المسؤولية عن الانتهاكات الجسيمة أو المنهجية. ويمكن القول إن أول أعمال لهذه الآلية كان مع محاكمات نورمبرج التي أجريت للنازيين في ألمانيا بعد الحرب العالمية الثانية. وهي قد تتم على المستوى أو الإقليمي أو الدولي أو من قبل بعض الأجهزة الخاصة مثل المحكمة الخاصة بسيراليون. بلجان الحقيقة؛ وهي هيئات غير قضائية تجري تحقيقات بشأن الانتهاكات التي وقعت في الماضي القريب، وإصدار تقارير وتوصيات بشأن سبل معالجة الانتهاكات والترويج للمصالحة، وتعويض الضحايا وإحياء ذكراهم، وتقديم مقترحات لمنع تكرار الانتهاكات مستقبلاً. برامج التعويض أو جبر الضرر؛ وهذه مبادرات تدعمها الدولة، وتسهم في جبر الأضرار المادية والمعنوية المترتبة على انتهاكات الماضي؛ وتقوم عادة بتوزيع خليط من التعويضات المادية والرمزية على الضحايا، وقد تشمل هذه التعويضات المالية والاعترافات الرسمية. الإصلاح المؤسسي؛ وتستهدف إصلاح المؤسسات التي لعبت دوراً في هذه الانتهاكات (غالباً القطاع الأمني والمؤسسات العسكرية والشرطة والقضائية.. وغيرها)، وإلى جانب تطهير هذه الأجهزة من المسؤولين غير الأكفاء والفاستدين، غالباً ما تشمل هذه الجهود تعديلات تشريعية وأحياناً دستورية. كما يشير الواقع إلى وجود آليات أخرى من قبيل جهود تخليد الذكرى وتشمل إقامة المتاحف والنصب التذكارية التي تحفظ الذكرى العامة للضحايا، وترفع مستوى الوعي الأخلاقي بشأن جرائم الماضي. ويمكن أن تتم هذه الآليات على المستوى الوطني بشكل كامل، أو على المستوى الدولي أو على نحو مختلط أو هجين مثل الترتيبات الخاصة في سيراليون وتيمور الشرقية وكوسوفا، إذ يعد إنشاء الاستراتيجيات المختلطة أو الهجينة للعدالة الانتقالية استجابة منطقية للمشكلات التي تواجه الاستراتيجيات ذات الطابع الدولي مثل البعد الجغرافي والانفصال القيمي عن المجتمعات المعنية، ومن ثم فالاستراتيجيات الهجينة من المتوقع أن تكون أكثر قدرة على تحقيق المصالحة الوطنية والسلام الاجتماعي، لاسيما في حال اعتمادها على مجموعة من القيم الاجتماعية والثقافية قادرة على استيعاب الاختلافات في روايات الأطراف المختلفة للأعمال العدائية التي تكون هذه المجتمعات قد شهدتها. من ناحية أخرى، لا تعمل آليات ومناهج العدالة الانتقالية بصورة منفصلة عن بعضها البعض إنما تعمل وفق رؤية تكاملية فيما بينها وقد تكون مكملتها لبعضها البعض؛ فمثلاً قد يعتبر البعض إن قول الحقيقة دون تعويضات خطوة بلا معنى، كما إن منح تعويضات مادية دون عمليات مكملتها لقول الحقيقة والمكاشفة=

## المبحث الخامس

### علاقة مبدأ سيادة القانون بالسلم والأمن الدوليين

في فاتحة هذا المقام نبادر بالقول: بأنه لا تنتهي الصراعات على حين غرة. وحتى مع توقف أعمال العنف، غالباً ما يظل السلام هشاً ولا يكتسب القوة والصلابة إلا في ظل وجود العدل والاستعداد لمواجهة الأسباب الجذرية للصراع، وليس فقط مواجهة ما يخلفه الصراع. ويندلع العديد من الصراعات نتيجة للشعور بالتمييز والظلم. لذلك فإن استعادة حكم القانون تعد بعداً جوهرياً لبناء السلام، وهي تتطلب مشاركة متواصلة وصبورة حتى يصبح حكم القانون قوياً. فحين يضعف حكم القانون، يصبح الأمن العام مهدداً ويشعر المجرمون بالقوة. ويؤدي مثل هذا الوضع إلى تقويض الجهود الرامية إلى استعادة احترام حقوق الإنسان وإرساء الديمقراطية والمجتمع المدني، ويغذي الجريمة والفساد، ويهدد بتجدد الصراع. وهكذا فإن العدالة القائمة على أساس حقوق الإنسان لا غنى عنها لتحقيق السلام وديمومته<sup>(1)</sup>

ما لا ريبه فيه أن السلم والأمن الأساسيين - سواء وفرتهما الدولة أو تم توفيرهما بمساعدة دولية - هما ضروريان للسكان، ولإيجاد الحيز

---

=سيكون ينظر الضحايا محاولة لشراء صمتهم. كما إن تكامل عملية التعويض مع المحاكمات يمكن أن توفر جبراً للأضرار أكثر شمولاً مما توفره كل على أفراد. وقد تحتاج التعويضات من جانب آخر إلي دعمها بواسطة الإصلاحات المؤسسية لإعلان الالتزام الرسمي بمراجعة البياكل التي ساندت أو ارتكبت انتهاكات حقوق الإنسان مع الأخذ في الحسبان إن النصب التذكارية غالباً ما تهدف إلي التعويض الرمزي والجبر المعنوي للأضرار. راجع ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، العدالة الانتقالية، على موقعها الشبكي.

1 - فيفيان أوكونر وكوليت روش هانس جورج البريشت وجوران كليمنسيك: القوانين النموذجية للعدالة الجنائية خلال الفترات اللاحقة للصراعات، مرجع سابق، ص xxiii.

السياسي المطلوب، وللتمكن من إيصال المساعدة الدولية. وينبغي أن تتمثل الأهداف الرئيسية في دعم العملية السياسية وإعادة تشكيل نظام سياسي مستقر وسلمي. وتحتاج الحكومة في فترة ما بعد الصراع إلى بناء القدرات الأساسية للدولة، التي من شأنها أن تساعد في استعادة شرعيتها وفعاليتها، بما في ذلك القدرة على توفير الخدمات الأساسية والسلامة العامة الضرورية، وتعزيز سيادة القانون، وحماية وتعزيز حقوق الإنسان<sup>(١)</sup>. إن كنهة الأمر تكمن في أنه لا أحد ينكر أيضاً أن الالتزام بمقاصد ومبادئ ميثاق الأمم المتحدة والقانون الدولي يمثلان أساساً لا غنى عنها لإرساء عالم أكثر سلماً وازدهاراً وعدلاً. والأمم المتحدة تؤكد في المحافل الدولية على عزمها على تعزيز الاحترام التام لها وإحلال سلام عادل ودائم في جميع أنحاء العالم<sup>(٢)</sup>. وبملاييب فيه أن حقوق الإنسان وسيادة القانون والديمقراطية مترابطة ويدعم كل منها الآخر وأنها تندرج ضمن قيم الأمم المتحدة ومبادئها الأساسية العالمية غير القابلة للتجزئة، وتدعو الأمم المتحدة إلى ضرورة التقيد الشامل بسيادة القانون ووضعها موضع التطبيق على الصعيدين الوطني والدولي على السواء، والتزامها الرسمي بنظام دولي يستند إلى سيادة القانون والقانون الدولي، وهو نظام يشكل، إلى جانب مبادئ العدل، أمراً أساسياً من أجل التعايش السلمي والتعاون فيما بين الدول<sup>(٣)</sup>.

- 1 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة الثالثة والستون، البنود ١٠ و ١٠١ و ١٠٧ و ١١٢ من جدول الأعمال، تقرير لجنة بناء السلام، تقرير الأمين العام عن صندوق بناء السلام، متابعة نتائج مؤتمر قمة الألفية، تعزيز منظومة الأمم المتحدة ومجلس الأمن، السنة الرابعة والستون: تقرير الأمين العام عن بناء السلام في المرحلة التي تعقب مباشرة انتهاء النزاع، الصادر ١١ يونيو ٢٠١١، ص ٨
- 2 - القرار رقم ١١٦/٦٤ المؤرخ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٩.
- 3- UN/A/RES/65/ 32/ 10 January 2011/p.1-2

الأشياء التي لا يمكن التغافل عنها، هي بأن النهوض بسيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي أمر أساسي لتحقيق النمو الاقتصادي المطرد والتنمية المستدامة والقضاء على الفقر والجوع وحماية جميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية، أن الأمن الجماعي يعتمد على التعاون الفعال، وفقاً للميثاق والقانون الدولي، من أجل الوقوف في وجه الأخطار العابرة للحدود الوطنية، أن من واجب جميع الدول الامتناع في علاقاتها الدولية عن التهديد باستعمال القوة أو استعمالها بأي شكل يتعارض مع مقاصد الأمم المتحدة ومبادئها وتسوية ما ينشأ فيما بينها من منازعات دولية بالوسائل السلمية على وجه لا يجعل السلام والأمن الدوليين والعدل عرضة للخطر، وفقاً للفصل السادس من الميثاق، وإذ تهييب بالدول التي لم تقبل بعد الولاية القضائية المنوطة بمحكمة العدل الدولية، وفقاً لنظامها الأساسي، أن تنظر في القيام بذلك، وتسترشد الأمم المتحدة والدول الأعضاء فيها في الأنشطة التي تضطلع بها لتعزيز واحترام سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي وبالعدل والحكم الرشيد<sup>(١)</sup>، فسيادة القانون مفهوم واسع ومعقد ومتأصل في تاريخ جميع الثقافات والأمم، وفي الجهود التي تبذلها الدول منذ زمن طويل لإنشاء مجتمع دولي قائم على القانون. ويمثل تعزيز سيادة القانون أمراً أساسياً لتحقيق رؤية الأمم المتحدة بإقامة عالم يسوده العدل والأمن والسلام<sup>(٢)</sup>. يقر مجلس الأمن بضرورة التزام الجميع بسيادة القانون وبإعمالها، ويؤكد الأهمية الحيوية التي يوليها لتعزيز العدالة وسيادة القانون، بوصف ذلك عنصراً لا غنى عنه للتعايش السلمي ومنع نشوب النزاعات المسلحة<sup>(٣)</sup>. أن الركيزة التي تقوم عليها سيادة القانون على الصعيد الدولي هي مبدأ منع التهديد باستعمال القوة أو استعمال القوة

1- UN/A/RES/65/32/ 10 January 2011/p.1-2

2- Un/A/C.6/65/SR. 8/10 January 2011.p.2

3- UN/S/PRST/2012/ 1/ 19 January 2012.p.1



وكذلك تسوية المنازعات بالوسائل السلمية<sup>(١)</sup>. وإذا كان المجلس قد مُنح قدرًا كبيرًا من السلطة التقديرية لتحديد ما يشكل تهديدًا للسلام، فإن قراره بهذا الشأن يجب أن يكون دائمًا مرتبطًا بحالة ملموسة بعينها وليس بمشكلة مجردة أو بحالة مستقبلية افتراضية<sup>(٢)</sup>. أو كما يقول ( F. Frowein and N. Krisch ): " ينبغي لقرارات مجلس الأمن القانونية أن تظل دائمًا محصورة في حالة بعينها، وأن تفسر على أنها قرارات أولية وليست نهائية<sup>(٣)</sup>. ومما يُقال عن نظام الجزاءات في شكله الحالي، أنه ذو طابع قضائي أو شبه قضائي<sup>(٤)</sup>. لا جدال في أن القانون الدولي يمثل دعامة أساسية لعالم أكثر سلمًا وأمنًا وازدهارًا وعدالة. وإن البديل لسيادة القانون لا يتمثل في مجتمع تسود فيه القوة على العدالة وإنما هو مجتمع لا تتوفر فيه فرص لتحقيق السلم والازدهار على المدى البعيد. وتحظى سيادة القانون بأهمية قصوى على الصعيد الوطني وكذلك في العلاقات الدولية. فهي تشكل

- 1- UN/A/C.6/65/SR. 8/10 January 2011.p.6
- 2- Matthew Happold, "Security Council resolution 1373 (2001) and the constitution of the United Nations", in Leiden Journal of International Law, vol. 16 (2003); Valeria Santori, "The United Nations Security Council's (broad) interpretation of the notion of the threat to peace in counter-terrorism", in International Cooperation in Counter-terrorism: The United Nations And Regional Organizations in the Fight Against Terrorism, Givseppe Nesi, ed. (Hampshire, the United Kingdom, Ashgate Publishing Limited, 2006) p. pp89-111 .
- 3- F. Frowein and N. Krisch, "Introduction to Chapter VII", in The Charter of the United Nations: a Commentary, B. Simms, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2002).p.all
- 4- Erica De Wet, The Chapter VII Powers on the United Nations Security Council, (Portland, Hart Publishers, 2004) pp. 352-354.

أحد أضلاع مثلث الحرية ضلعاه الآخران هم الديمقراطية وحقوق الإنسان ، ولا يكون مولاة الثلاثة أقوىاء إلا عندما تكون هناك حرية حقيقية ، وحيثما يكون أحد الثلاثة ضعيف ، فإن الآخرين لن ينميا إمكاناتهما بصفة كاملة.

بيد أنه تجدر الإشارة هنا إلى إشكالية في غاية الصعوبة ألا وهي التوفيق بين إقرار مبدأ سيادة القانون من ناحية ، والسلم والأمن الدوليين من ناحية أخرى ، حيث أنه يتطلب مبدأ سيادة القانون إقرار العدالة ، التي تتطلب بدورها محاكمة الذين أجزموا في حق الشعوب ، الذين ارتكبوا جرائم بحق الإنسانية بنأى الشيطان عن ارتكابها ، بيد أن إقرار السلم والأمن الدوليين يتطلب اتخاذ تدابير العفو وطى صفحات الماضي ، فتدابير العفو التي تعفي المسؤولين عن ارتكاب انتهاكات حقوق الإنسان من العقاب الجنائي كثيراً ما أخفقت في تحقيق أهدافها ، بل يبدو أنها جرات المستفيدين منها على ارتكاب المزيد من الجرائم . ومن الأمثلة المعروفة على ذلك حكم العفو العام المدرج في اتفاق سلام لومي لعام ١٩٩٩ ، الذي لم يخفق في إنهاء الصراع المسلح في سيراليون فحسب وإنما لم يفلح كذلك في وقف ارتكاب المزيد من الفظائع (١) . مما خلق القول المأثور أن السلم والعدالة تقضيان لا يجتمعان . حل هذه الإشكالية يرى الأمين العام السابق (كوفي أنان) في تقرير له ، بأن "العدالة والسلم ليستا قوتين متناقضتين بل إنهما متلازمان إذا سعي لتحقيقهما على الوجه السليم تعزز إحداهما الأخرى وتساندها . "وقد تناول الأمين العام (بان كي مون) موضوعاً مماثلاً أثناء زيارة قام بها إلى السودان في أيلول/سبتمبر ٢٠٠٧ ، عندما أكد أن "العدالة جزء هام في بناء السلم وإدامته . وإن عدم التصدي

- 1- Benchmarks for assessing possible national alternatives to International Criminal Court Cases against LRA leaders – A Human Rights Watch memorandum", No. 1 (May 2007), P.4

لثقافة الإفلات من العقاب وتركة جرائم الماضي لا يمكن إلا أن يؤدي إلى تفويض السلام<sup>(١)</sup>. يؤكد ذلك ما ذكره (Dartyl Robinson): "أنه تم التوصل إلى اتفاقات سلام دون تضمينها أحكاماً تتعلق بالعمو في حالات كان يُقال فيها إن العمو شرط ضروري للسلام. ومن الأمثلة البارزة على ذلك الاتهام الذي وجهته المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة في أيار/مايو ١٩٩٩ بحق (سلوبودان ميلوسيفيتش)، الذي كان رئيساً ليوغوسلافيا آنذاك، في وقت كان فيه منخرطاً في مفاوضات تهدف إلى وضع حد للصراع في كوسوفو. وكان كثيرون يفتشون أن تؤدي إدانته تلك إلى إطالة أمد الصراع، ولكن السيد (ميلوسيفيتش) وافق على سحب القوات الصربية من كوسوفو بعد فترة قصيرة من إتهامه. وقد خلص أحد الدبلوماسيين، مشيراً إلى تلك الحادثة، إلى أن هذه الحالات وغيرها تثير شكوكاً كبيرة حول القول المأثور إن السلام والعدالة تقيضان لا يجتمعان"<sup>(٢)</sup> ويهدف موقف الأمم المتحدة المتمثل في أن اتفاقات السلام التي تقرها لا يمكن أبداً أن تُعد بإصدار تدابير بالعمو العام في حالة جرائم الإبادة الجماعية، أو جرائم الحرب أو الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية، أو الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان<sup>(٣)</sup> إلى "تأمين مساحة للعدالة"<sup>(٤)</sup>. وعندما لا تكون ظروف المقاضاة مهيأة بالكامل أثناء صراع مسلح أو في أعقابه مباشرة، فإن سياسة المنظمة تسعى إلى ضمان بقاء الباب مفتوحاً أمام العدالة.

- 
- 1 - مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، أدوات سيادة القانون، لدول ما بعد الصراع، تدابير العمو، مرجع سابق، ص ٢.
  - 2- Dartyl Robinson, *Serving the interests of justice: Amnesties, truth commissions and the International Criminal Court* European Journal of International Law, vol. 14, No. 3 (2003), p.481
  - 3- UN/S/2004/616 .para. 10
  - 4- Natalie Nougayrède, "La justice a ses raisons que la raison politique ne connaît pas. Le monde, paris.8 Feb 2007. at www. Le monde.org

بيد أن هذا التوتر المفترض بين العدالة والسلام تلاشى تدريجياً في السنوات الأخيرة. وتقر الأمم المتحدة الآن بأنه يمكن للعدالة والسلام أن يعزز كل منهما الآخر متى كان السعي إليهما قائماً على أسس سليمة. وينعكس الإدراك المتزايد بأن العدالة والسلام يمكن أن يعزز كل منهما الآخر في القانون الدولي الحالي و في سياسة الأمم المتحدة في مجال العفو العام. فبناء على مصادر مختلفة من القانون الدولي وسياسة الأمم المتحدة، لا يكون العفو العام جائزاً إذا كان سيؤدي إلى عدم مقاضاة الأفراد المسؤولين جنائياً عن جرائم الحرب، والإبادة الجماعية، وجرائم ضد الإنسانية، والانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان<sup>(١)</sup>. أو الانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي. ويقر كذلك القانون الدولي وسياسة الأمم المتحدة بحق الضحايا في سبل انتصاف فعالة، بما في ها الجبر، وبحق الضحايا والمجتمعات في معرفة الحقيقة عن الانتهاكات. ويهدف العمل المتواصل الذي تقوم به الأمم المتحدة في مجال العدالة والسلام، ولا سيما فيما يتعلق بالعفو العام، إلى الحفاظ على فرص تحقيق العدالة سواء أثناء عمليات السلام أو بعدها<sup>(٢)</sup>. وطرح السؤال لأول مرة عن مشروعية العفو العام عن جرائم الحرب والإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية في إطار اتفاق لوميه للسلام عام ١٩٩٩ بين حكومة سيراليون والهيئة الثورية المتحدة، إذ نص الاتفاق على منح عفو عام على نطاق واسع. وعند التوقيع على هذا الاتفاق، أضاف الممثل الخاص للأمين العام في سيراليون إلى جانب توقيعه تحفظاً جاء فيه: "إن الأمم المتحدة لا تقر العفو

1 - تتضمن الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان التعذيب، وغيره من أشكال المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، وحالات الإعدام خارج القضاء أو بإجراءات موجزة أو الإعدام التعسفي، والرق، وحالات الاختفاء، والاعتصاب وغيره من أشكال العنف الجنسي على مثل هذه الدرجة من الخطورة.

2- UN/ E/CN.4/2005/102/Add.1 – see also UN/ . E/CN.4/ 2006/ 91

عن الإبادة الجماعية أو الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية أو جرائم الحرب أو غير ذلك من الانتهاكات الجسيمة للقانون الإنساني الدولي<sup>(١)</sup>.

وتمسكت الأمم المتحدة بموقفها في وقت لاحق في المجول، والسودان، وأوغندا، حيث حاول ممثلو الأمم المتحدة في بداية الأمر الحد من نطاق العفو العام، وعند فشلهم في ذلك ضافوا تحفظاً إلى توقيعاتهم. وأثناء توقيع مذكرة التفاهم لعام ٢٠٠٢ بين القوات المسلحة لأبجولية والاتحاد الوطني للاستقلال التام لأبجوليا (يونيتا)، أدخل الممثل الخاص للأمين العام تحفظاً على عدم اعتراف الأمم المتحدة بأي عفو عام شامل. وفي السودان، وافقت الحكومة على حذف بند العفو العام الشامل من اتفاق عام ٢٠٠٤ بين الحكومة والحركة الشعبية لتحرير السودان. وعلى النحو ذاته، ألغت حكومة أوغندا وجيش الرب للمقاومة بند العفو العام الشامل من اتفاق ٢٠٠٨ بشأن نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج<sup>(٢)</sup>.  
لاخفة في قول أنه يكتسي الدعم وتطوير النظام القانوني الدولي، الذي يقوم يقوم على سيادة القانون أهمية قصوى، في العلاقات بين الدول .  
فاحترام القانون الدولي شرط أساسي من شروط السلام والأمن الدوليين .  
وبالمثل، فإن سيادة القانون شرط أساسي لتحقيق التنمية المستدامة .  
وينطبق هذا بصفة خاصة في حالات ما بعد انتهاء النزاع، حيث تكون الحاجة إلى إقامة العدالة على أشدها، ولكن ربما يكون هيكل إقامتها قد انهار أو فقد شرعيته<sup>(٣)</sup>. فالامثال لحكم القانون أمر حاسم لمنع نشوب

1 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، مجلس حقوق الإنسان، الدورة الثانية عشرة، البند ٢ من جدول الأعمال، التقرير السنوي لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، وتقارير المفوضية السامية والأمين العام دراسة تحليلية بشأن حقوق الإنسان والعدالة الانتقالية، صادر ٦ أغسطس ٢٠٠٩، ص ٢٠

2 - المرجع السابق، ص ٢١.

3- UN/A/63/ 226/6 August 2008/p.40

النزاعات، وتحقيق الاستقرار في الأوساط الهشة والمتضررة من النزاعات، وتحقيق التنمية المستدامة الطويلة الأجل<sup>(١)</sup>.

يتزايد الاعتراف بأن الدول التي اتسمت بالحوكمة غير الفعالة، والسياسات القمعية، والفقر، وارتفاع معدلات الجرائم العنيفة، والإفلات من العقاب، تشكل تهديدات كبيرة للسلام والأمن الدوليين. إذ تؤدي أوجه العجز المفرط في مؤسسات العدالة والأمن للدولة، التي تفاقمت بسبب انتشار الفساد والتدخل السياسي، إلى تدني مستويات أمن المواطن والفرص الاقتصادية، وإلى نمو السخط وعدم الثقة أو العداء الصريح تجاه الحكومة. وتقف الحركات الأيديولوجية المتطرفة في كثير من الأحيان على أهبة الاستعداد لتسخير هذه العواطف، فتحرض الفئات المهمشة، والشباب العاطلين عن العمل، والعناصر الإجرامية، على تحدي النظام القائم من خلال اللجوء إلى العنف. وتنشأ الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية بالتوازي مع زيادة عدم الاستقرار، فتتوحد أشكالاً جديدة من العنف، وتقوض في الوقت نفسه شرعية مؤسسات الدولة واختصاصها<sup>(٢)</sup>. وبالنسبة للمجتمعات الخارجة من النزاعات، تسعى المؤسسات المعنية بالأمن والعدالة جاهدة لإدارة التحديات الاجتماعية - الاقتصادية والسياسية الأوسع نطاقاً التي تلازم عمليات الانتعاش. وقد تثبت العناصر الفاعلة المؤسسية أنها غير قادرة على متابعة المسألة عن الجرائم الخطيرة المرتكبة في الماضي أو أنها غير مستعدة لذلك. كما أن المجتمع المدني ليس بعد في وضع يمكنه من مساءلة المؤسسات. وفي حال عدم استجابة الحكومة، قد تتوجه جماهير عريضة للأطراف المقاتلة لتلبية احتياجاتها من العدالة والأمن الذي يضمن الشرعية على المنظمات الإرهابية وأمراء الحرب. وتصبح الثقة المدنية في

1- UN/A/63/ 226/6 August 2008/p.43

2- UN/S/2011/ 634.para.6.p.4

الحضيض ، مما يقوض الجهود الجماعية المبذولة لمواجهة التحديات التي تعترض سيادة القانون. ويزداد مع الوقت خطر الانزلاق نحو نزاع يتسم بالعنف. ويفيد الإدراك العميق للتحديات والمخاطر التي تطرحها أوجه العجز في سيادة القانون إزاء السلم والأمن الدوليين في إجراء نقاش متزايد بين الدول الأعضاء بشأن الأثر الذي يخلفه انعدام الأمن على التنمية المستدامة<sup>(١)</sup>.

وعلى الرغم من دور المنظمة كمركز عالمي لتعزيز سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي . وعلى الرغم أيضا من أن تقدما قد أحرز، بيد أنه هناك تحديات في إدراك الفائدة التي تتضمنها القواعد والمعايير الدولية بالنسبة لشعوب الأمم المتحدة . وينبغي أن يبقى التركيز على نقطة الصلة الحاسمة الحرجة بين سيادة القانون على الصعيد الوطني وعلى الصعيد الدولي ، وذلك بمساعدة الدول الأعضاء وشعوبها بشكل فعال على إيجاد القدرات اللازمة لضمان الأعمال والتمتع الفعليين بنظام وطني ودولي عادل . ولا بد أن تهدف الجهود المبذولة مجدداً في مجال التنسيق والتماسك إلى تحقيق هذه الغاية<sup>(٢)</sup> . لقد حان الوقت أن تتخذ

1- UN/S/2011/ 634.para.7,8.p.5

2 - الأمم المتحدة منظمة مكونة من دول ذات سيادة وهي توفر الآليات اللازمة للمساعدة على إيجاد حلول للمشاكل أو المنازعات الدولية ، ولمعالجة الشواغل الملحة التي تواجه البشرية في كل مكان . وهي لا تضع تشريعات كما يفعل البرلمان الوطني. ولكن ممثلي جميع بلدان العالم تقريباً - كبيرها وصغيرها ، غنيها وفقيرها ، بما لها من آراء سياسية ونظم اجتماعية متباينة - يعربون عن آرائهم ويدلون بأصواتهم في قاعات اجتماع الأمم المتحدة وأروقتها لصياغة سياسات المجتمع الدولي. وللأمم المتحدة ستة أجهزة ، يرد وصفها أدناه. وتقع مقارها جميعاً في المقر الرئيسي للأمم المتحدة بنيويورك ، باستثناء محكمة العدل الدولية ، التي يوجد مقرها في لاهاي بهولندا. وبالإضافة إلى ذلك ، هناك ١٤ وكالة متخصصة تعمل في مجالات متنوعة تشمل الصحة والتمويل والزراعة والطيران المدني والاتصالات السلكية واللاسلكية ، وتترابط معاً من خلال المجلس الاقتصادي =

الدول الأعضاء، والأمم المتحدة، والجهات المانحة، والمجتمع المدني، إجراءات فيها تصميم على المضي بجدول أعمال سيادة القانون إلى الأمام. ومع ذلك، ولكي يكون جميع أصحاب المصلحة الرئيسيين فعالين، لا بد لهم من العمل كمجتمع واحد يسوده القانون. حتى يمكن أن يسهم تطبيق مبدأ سيادة القانون بطريقة ناجحة في تعزيز السلم والأمن الدوليين، يجب أن تسلك الدول الخطوات التالية:

**أولاً: التطبيق الصحيح لفهم المنظمة لمبدأ سيادة القانون كمبدأ على المستوى الدولي.**

إن إعادة ترسيخ حكم القانون أمر حيوي بالنسبة للمنخرطين على المستويين الوطني والدولي في بناء السلام خلال الفترات اللاحقة للصراعات. فغالبًا ما تنهار نظم العدالة الاجتماعية وتصاب بالوهن الشديد في أعقاب الصراع. فقد يتم تدمير السجون ومراكز الشرطة ودور القضاء. وقد يكون القضاء والمحامون هربوا من البلاد. وقوة الشرطة قد لا تكون لها وجود. وفي بعض الحالات، فقد توقف نظام العدالة الجنائية عن العمل تمامًا كما اكتشفت عمليات حفظ السلام التابعة للأمم المتحدة، ما أثار فزعها<sup>(١)</sup>. مثل هذه البيئة يمكن أن تكون أرضًا خصبة للجرائم الخطيرة، حيث يعمل المجرمون والعصابات الإجرامية بحرية في جو من الحصانة. وبينما قد تتوقف جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية مع نفاذ وقف إطلاق النار أو إبرام اتفاقيات سلام، فإن جرائم مثل الاغتصاب والابتزاز والقتل والاختطاف غالبًا ما تستمر دون توقف. كما قد تعود التوترات العرقية إلى الظهور في الفترة اللاحقة للصراع في صورة

=والاجتماعي (انظر أدناه). والأمم المتحدة هي ووكالاتها المتخصصة تولف  
مأ منظومة الأمم المتحدة. راجع موقع الأمم المتحدة

1 - فيفيان أوكونر وكوليت روش هانس جورج البريشت وجوران  
كليمينسيك: القوانين النموذجية للعدالة الجنائية خلال الفترات اللاحقة  
للصراعات، مرجع سابق، ص ٥ .



هجمات انتقامية، وخطب كراهية، وهجمات على ممتلكات شخصية وثقافية. ويتنشر كذلك العنف الجنسي في الدول الخارجة من الصراعات. وعلاوة على ذلك، تنخرط الجماعات الإجرامية في سلسلة متنوعة واسعة من الجرائم الخطيرة، تشمل الاتجار بالبشر، والمخدرات، والأسلحة، والتهريب، وغسيل الأموال. ويخلق الصراع العنيف والجرائم التي تعقبه في البيئة اللاحقة للصراع جوًّا من الخوف، وعدم الثقة، وانعدام الأمن. ويعاني الناس من أمرين معاً، التعرض المباشر للعنف والإحساس الشديد بعدم الأمان، ويتوقون بقوة إلى بيئة يمكن من خلالها الوثوق في الآخرين مجددًا. إن الثقة تغد من المقومات الرئيسية في رأس مال أي مجتمع خارج من الصراع، وهي ضرورية لتعزيز امثال الشعب للنظم الاجتماعية والقانونية على حد سواء، لضمان عدم عودة الدول الخارجة من الصراعات إلى الصراع مجددًا، ولبناء السلام<sup>(١)</sup>.

يدخل تعزيز سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي في صميم رسالة الأمم المتحدة. ويشكل ترسيخ دعائم احترام سيادة القانون عنصرًا أساسيًا في إحلال السلام الدائم بعد انتهاء النزاع، وحماية حقوق الإنسان على نحو فعال، وتحقيق التقدم والتنمية في المجال الاقتصادي بشكل مطرد. ومبدأ خضوع الجميع - بدءًا بالفرد وانتهاء بالدولة نفسها - للمساءلة بموجب قوانين صادرة علنًا، وتطبق على الجميع بالتساوي، ويحتكم في إطارها إلى قضاء مستقل، هو مفهوم أساسي يوفر قسطًا وافرًا من أعمال الأمم المتحدة. يشمل مبدأ سيادة القانون المجسد في ميثاق الأمم المتحدة عناصر تتصل بإدارة العلاقات بين دولة وأخرى. وفي هذا الصدد، تضطلع أجهزة الأمم المتحدة الرئيسية، بما في ذلك الجمعية العامة ومجلس

---

1 - فيفيان أوكونر وكوليت روش هانس جورج البريشت وجوران كليمنسيك: القوانين النموذجية للعدالة الجنائية خلال الفترات اللاحقة للصراعات، مرجع سابق، ص ٥.

الأمن، بأدوار حيوية مستمدة من الميثاق وتتطلب العمل وفقاً لأحكامه. تدعم أنشطة سيادة القانون التي تضطلع بها الأمم المتحدة وضع المعايير والمقاييس الدولية في معظم مجالات القانون الدولي وتعزيزها وتنفيذها<sup>(١)</sup>. إن سيادة القانون مبدأ من المبادئ الأساسية التي قامت الأمم المتحدة على أساسها. ولا يزال هدف الأمم المتحدة هو أن تكون بمثابة مجتمع من الدول التي تتصرف وفقاً لقواعد تستهدف تعزيز حقوق الإنسان وكرامته وتسوية المنازعات الدولية بالوسائل السلمية. وقد غدت العدالة الجنائية الدولية من الجوانب الأساسية في أعمال المنظمة، وهي مفهوم يقوم على فرضية أن تحقيق العدالة يوفر أساساً أمتناً للقيام السلام الدائم<sup>(٢)</sup>.

1 - وتعمل الأمم المتحدة من أجل دعم وجود إطار تتحقق فيه سيادة القانون على الصعيد الوطني: سن دستور أو ما يعادله، بوصفه القانون الأسمى في البلد؛ ووضع إطار قانوني واضح ومتسق، مع كفالة تنفيذه؛ وبناء مؤسسات قوية تتولى شؤون العدل والحكم والأمن وحقوق الإنسان، تحظى بقدر وافٍ من التنظيم والتمويل والتدريب والتجهيز؛ وإرساء عمليات العدالة الانتقالية وآلياتها؛ وإقامة مجتمع عام ومدني يساهم في تعزيز سيادة القانون وإخضاع الموظفين الحكوميين والمؤسسات العامة للمساءلة. فتلک هي المعايير والسياسات والمؤسسات والعمليات التي تشكل ضلب المجتمع الذي ينعم في ظلّه الأفراد بالسلامة والأمان، وحيث تسوّى النزاعات بالطرق السلمية، وتتوافر سبل الانتصاف لجر الضرر، ويخضع للمساءلة كل من ينتهك القانون، بما في ذلك الدولة. وهناك ما يربو على ٤٠ كياناً من كيانات الأمم المتحدة تنشط في مجالات سيادة القانون، وتعكف المنظمة على تنفيذ عمليات وبرامج سيادة القانون فيما ينيف على ١١٠ بلدان في جميع مناطق العالم، ويوجد أكبر حضور لها في أفريقيا. وتتفد العديد من كيانات الأمم المتحدة أنشطة في البلدان نفسها. فهناك خمسة كيانات أو يزيد تعمل حالياً بشكل متزامن في مجال سيادة القانون في ما لا يقل عن ٢٤ بلداً، معظمها يعيش في حالة نزاع أو في مرحلة ما بعد النزاع. راجع موقع الأمم المتحدة الشبكي.

2 - الأمم المتحدة، تقرير الأمين العام عن أعمال المنظمة، الجمعية العامة، الوثائق الرسمية، الدورة الثانية والستون، الملحق رقم (A/62/1) =

يبين التاريخ أن الأزمات الاقتصادية كثيراً ما توضع بخلاء اتجاهات غير سليمة في مجتمعاتنا وحياتنا السياسية، من قبيل المغالاة في الوطنية والعنصرية وانتهاكات حقوق الإنسان وإلغاء سيادة القانون (١). وقد أصبح لدى المجتمع الدولي الآن تقبل عام للحقيقة المتمثلة في أن تعزيز وضمأن حكم القانون في بلد ما يساعد بشدة على تنمية ذلك البلد إجمالاً. وتتعرف السياسات والممارسات التنموية الأحدث عهداً بالحاجة إلى فهم الصلات مختلف جوانب التنمية، وخصوصاً بين الجوانب القانونية وغير القانونية لعملية التنمية (٢). ويجري - حالياً - استعمال لغة عالمية جديدة في الخطاب التنموي الدولي؛ إذ تستخدم في كثير من الأحيان عبارات مثل: الشراكة والتمكين والامتلاك والمشاركة والمساءلة والشفافية، بل وتستخدم في أحيان أكثر عبارات مثل: الحكم الرشيد وحكم القانون وحقوق الإنسان غير أنه حتى إذا أخذ بلغة جدول الأعمال الجديد وأفكاره فإن التغييرات المقابلة كما يعترفنا، أو كما يراها كل من (Robert Chambers) و(Jethro Petit): "بأن هذه أمثل الطيبة تتناقض مع ما يشوب العمل الإنمائي من قصور وفساد وتكتم وجشع ودوافع متضاربة. غير أن لغة التوافق الجديد في الآراء تشير الأمل في سلوك سبيل أعدل

---

=تقرير الأمين العام عن أعمال المنظمة، الأمم المتحدة • نيويورك، ٢٠٠٧، فقرة ٨١، ص ٢٥.

1 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الوثائق الرسمية، الدورة الرابعة والستون، الملحق رقم ١، تقرير الأمين العام عن أعمال المنظمة، الأمم المتحدة، نيويورك، ٢٠٠٩، فقرة ٧٠، ص ١٦.

2- Amartya Sen, "What is the role of legal and judicial reform in the development process?" statement made at the World Bank Legal Conference entitled "Role of Legal and Judicial Reform in Development", Washington, D.C., 5 June 2000. pp.2-28.

وأرحب صوب تطور البشر ورفاههم (١). وقد أبرز بعض الباحثين أن التفكير التنموي شهد في السنوات القليلة الماضية تحولاً سريعاً عن إيمان بأهمية المشاريع وتقديم الخدمات إلى لغة الحقوق والحكم الرشيد، مما يدل ضمناً على المخراط في عملية تغيير أعراس نطاقاً (٢). أكدت الأمم المتحدة - مراراً وتكراراً - المكانة المركزية لسيادة القانون بالنسبة للتنمية البشرية وصون السلام والأمن. ويستمر الطلب على ما تقدمه من مساعدة في هذا المجال في التزايد يوماً عن يوم، حيث أضحت منظومة الأمم المتحدة تعمل الآن في ما أكثر من ٨٠ بلداً لمساعدة الدول على ترجمة المعايير القانونية الدولية إلى تشريعات وطنية ودعم إعداد الدساتير وإقامة مؤسسات العدل والأطر القانونية. ومع ذلك، فإننا ما زلنا نواجه تحديات عديدة. فعلى سبيل المثال، تتسبب ثقافة الإفلات من العقاب وانعدام المساءلة، حتى بالنسبة لأكثر الجرائم الدولية جسامة، في تقويض خطير لسيادة القانون في بلدان كثيرة. أحرزت منظومة الأمم المتحدة تقدماً في تعزيز قدراتها في مجال سيادة القانون، وفي تحسين التنسيق والاتساق على نطاق المنظومة، لا سيما في بيئات النزاع وما بعد النزاع. وقد سعت أيضاً إلى تعزيز قدرات المنظمة في مجال وضع السياسات وتنسيقها، وذلك بإنشاء وحدة لسيادة القانون تدعم الفريق التنسيقى المرجعي المعنى بسيادة

---

1- Robert Chambers and Jethro Petit, "Shifting power to make a difference", *Inclusive Aid: Changing Power and Relationships in International Development*, Leslie Groves and Rachel Hinton, eds. (London, Earthscan, 2004)pp.137-162.

2- Leslie Groves and Rachel Hinton, "The complexity of inclusive aid", *Inclusive Aid: Changing Power and Relationships in International Development*, Leslie Groves and Rachel Hinton, eds.(London, Earthscan, 2004).pp.1-256.

القانون الذي يسهر على كفالة اتساق أنشطة سيادة القانون على نطاق منظومة الأمم المتحدة<sup>(١)</sup>.

ملا ريب فيه أن العالم يشهد تغيرات هامة جداً تؤدي إلى مناخ سياسي موات للديمقراطية وللتعاون الدولي ولزيادة نطاق التمتع بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ولتحقيق تطلعات جميع الأمم إلى التنمية الاقتصادية والرفاه الاجتماعي. وعلى الرغم من هذه التطورات، لا يزال العالم حتى اليوم محاطاً بالعنف وغيره من أشكال الجرائم الخطيرة. وتشكل هذه الظواهر، حيثما وجدت، خطراً يهدد الحفاظ على سيادة القانون<sup>(٢)</sup> ومن ثم على السلم والأمن الدوليين.

**ثانياً: تجديد الإيمان بدور مجلس الأمن في إقرار سيادة القانون ومن ثم صيانة السلم والأمن الدوليين.**

يؤكد مجلس الأمن مجدداً التزامه بميثاق الأمم المتحدة والقانون الدولي، وبالنظام الدولي القائم على سيادة القانون والقانون الدولي، وهو الأمر الذي لا غنى عنه للتعايش السلمي والتعاون فيما بين الدول من أجل التصدي للتحديات المشتركة، مما يساهم في صون السلام والأمن الدوليين. ومجلس الأمن ملتزم بتسوية المنازعات بصورة سلمية وينشط في دعم ذلك، وهو يؤكد من جديد دعوته الدول الأعضاء إلى تسوية منازعاتها بالوسائل السلمية، على النحو المنصوص عليه في الفصل السادس من ميثاق الأمم المتحدة. ويشدد المجلس على الدور الرئيسي الذي تؤديه محكمة العدل الدولية، وهي الجهاز القضائي الرئيسي للأمم المتحدة، في الفصل في المنازعات القائمة بين الدول، وعلى العمل القيم الذي تضطلع به، ويهيب بالدول التي لم تقبل بعد بولاية المحكمة المحددة

1 - الأمم المتحدة، الوثائق الرسمية، الدورة الثالثة والستون الملحق رقم ١، تقرير الأمين العام عن أعمال المنظمة، الأمم المتحدة • نيويورك، ٢٠٠٨، الفقرتان ٧٢، ٧٣، ص ١٩، ٢٠.

2- UN/ A/CONF.203/15/24 March 2005. p.16

في نظامها الأساسي، أن تنتظر في القيام بذلك<sup>(١)</sup>. ويدعو مجلس الأمن الدول إلى اللجوء أيضا إلى الآليات الأخرى لتسوية المنازعات، بما فيها المحاكم الدولية والإقليمية بأنواعها، وهي المحاكم التي تتيح للدول إمكانية تسوية منازعاتها بصورة سلمية، فتساهم بذلك في منع نشوب النزاعات أو تسويتها<sup>(٢)</sup> ويؤكد مجلس الأمن أهمية الأنشطة التي يضطلع بها الأمين العام للأمم المتحدة فيما يتعلق بتشجيع الوساطة وتسوية المنازعات فيما بين الدول على نحو سلمي، ويشير في هذا الصدد إلى تقرير الأمين العام لمؤرخ ٨ نيسان/أبريل ٢٠٠٩ عن تعزيز الوساطة وأنشطة ويشجع الأمين العام على دعمها، اللجوء بصورة متزايدة وفعالة إلى جميع الطرائق والأدوات الدبلوماسية المتاحة له بموجب الميثاق لهذا الغرض<sup>(٣)</sup>.

ويسلم مجلس الأمن بأن احترام القانون الإنساني الدولي هو أحد العناصر الرئيسية لإرساء سيادة القانون في حالات النزاع، ويؤكد من جديد إيمانه بأن حماية السكان المدنيين في أثناء النزاعات المسلحة ينبغي أن تشكل جانبًا هامًا من الجوانب التي تنطوي عليها أي استراتيجية شاملة لكل النزاعات<sup>(٤)</sup>. ويكرر مجلس الأمن كذلك دعوته جميع أطراف النزاعات المسلحة إلى احترام القانون الدولي المنطبق على حقوق المرأة.

١- الأمم المتحدة، مجلس الأمن، تشجيع وتعزيز سيادة القانون في صون السلام والأمن الدوليين - ٢٦ حزيران/يونيه ٢٠١٠، بيان مقدم من رئيس مجلس الأمن في جلسة مجلس الأمن ٦٣٤٧ المعقودة في ٢٦ حزيران/يونيه ٢٠١٠، أدلى رئيس مجلس الأمن باسم المجلس بالبيان، متاح على موقع الأمم المتحدة.

٢- الأمم المتحدة، مجلس الأمن، تشجيع وتعزيز سيادة القانون في صون السلام والأمن الدوليين - ٢٦ حزيران/يونيه ٢٠١٠، بيان مقدم من رئيس مجلس الأمن في جلسة مجلس الأمن ٦٣٤٧ المعقودة في ٢٦ حزيران/يونيه ٢٠١٠، أدلى رئيس مجلس الأمن باسم المجلس بالبيان، متاح على موقع الأمم المتحدة.

3- Un/ S/2009/189

٤- مجلس الأمن القرار ١٨٩٤ (٢٠٠٩).

والطفل والمشردين والعاملين في مجال الأنشطة الإنسانية وغيرهم من المدنيين ممن قد يعانون من أوجه ضعف محددة، من قبيل ذوي الإعاقة والمسنين، وعلى توفير الحماية لهؤلاء الأشخاص. ويؤكد مجلس الأمن من جديد معارضته القوية لمسألة الإفلات من العقاب على الانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان. ويؤكد مجلس الأمن كذلك أن الدول مسئولة عن الامتثال للالتزامات التي تعهدت بها في هذا الصدد بوضع نهاية للإفلات من العقاب، وبالتحقيق بدقة مع المسئولين عن ارتكاب جرائم حرب أو أعمال إبادة جماعية أو جرائم ضد الإنسانية أو غير ذلك من الانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي، وبمحاكمة هؤلاء الأشخاص، منعا لوقوع الانتهاكات، وتحاشياً لتكرارها، وسعيًا إلى إرساء السلام الدائم ونشر العدالة وإجلاء الحقائق وتحقيق المصالحة. يأخذ مجلس الأمن بالفكرة التي تقول بأن توطيد وتعزيز سيادة القانون في حالات النزاع وما بعد النزاع جزء لا يتجزأ من الولايات التي ينشئها. وتتنوع المهام التي يصدر بها تكليف تنوعًا كبيرًا وهي تشمل صياغة الدساتير والإصلاح التشريعي، وتعزيز المؤسسات، بما في ذلك في مجالات الشرطة والعدالة والمؤسسات الإصلاحية، وتقديم الدعم إلى عمليات العدالة الانتقالية<sup>(١)</sup>

ويشير مجلس الأمن إلى أن العمل الذي تضطلع به المحكمة الجنائية الدولية والمحاكم المختصة والمختلطة والدوائر المتخصصة في المحاكم الوطنية قد أدى إلى تعزيز مكافحة الإفلات من العقاب على الجرائم ذات الطابع الأشد خطورة، التي لها أهمية على الساحة الدولية، ومحيط المجلس علمًا بالتقييم الذي أجرى للعدالة الجنائية الدولية، في سياق المؤتمر الأول لاستعراض نظام روما الأساسي، الذي عقد في كمبالا، أوغندا،

١- الأمم المتحدة، مجلس الأمن، قياس فعالية الدعم المقدم من منظومة الأمم المتحدة لتعزيز سيادة القانون في حالات النزاع وما بعد النزاع تقرير الأمين العام، صادر ١١ يونية ٢٠١٣، ص ٤.

في الفترة من ٣١ أيار/مايو إلى ١١ حزيران/يونيه ٢٠١٠. وقد عقد المجلس عزمه على الاستمرار بقوة في مكافحة الإفلات من العقاب، وفي دعم المسألة، بالوسائل السلمية ويوجه المجلس الانتباه إلى المجموعة الكاملة التي ينبغي النظر في اللجوء إليها من آليات تحقيق العدالة والمصالحة، بما فيها المحاكم الجنائية الوطنية والدولية والمختلطة بأنواعها، ولجان الحقيقة والمصالحة، والبرامج الوطنية لتقديم التعويضات للضحايا، وآليات الإصلاح المؤسسي، والآليات التقليدية لحل المنازعات<sup>(١)</sup>. ويعرب مجلس الأمن عن التزامه بكفالة احترام سيادة القانون وتعزيزها في سياق جميع الجهود التي تبذلها الأمم المتحدة ذاتها من أجل إعادة إرساء السلام والأمن. ويسلم المجلس بأن بناء السلام على نحو مستدام يتطلب اتباع نهج متكامل يعزز الاتساق فيما بين الأنشطة السياسية والأمنية والإمائية والمتعلقة بحقوق الإنسان وسيادة القانون. وفي هذا الصدد، يؤكد المجلس من جديد الأهمية الملحة للنهوض بالجهود التي تبذلها الأمم المتحدة لبناء السلام، واتباع نهج في الميدان على صعيد الأمم المتحدة يحقق التنسيق فيما بين جميع أجزاء منظومة الأمم المتحدة، بما في ذلك فيما يتعلق بكفالة تقديم الدعم اللازم لبناء القدرات من أجل مساعدة السلطات الوطنية على التقيد بسيادة القانون، ولا سيما بعد انتهاء بعثات الأمم المتحدة لحفظ السلام وغيرها من البعثات ذات الصلة<sup>(٢)</sup>. ويرى

- 1 - التقييم الذي أجرى للعدالة الجنائية الدولية، في سياق المؤتمر الأول لاستعراض نظام روما الأساسي، الذي عقد في كمبالا، أوغندا، في الفترة من ٣١ أيار/مايو إلى ١١ حزيران/يونيه ٢٠١٠
  - 2 - الأمم المتحدة، مجلس الأمن، تشجيع وتعزيز سيادة القانون في صون السلام والأمن الدوليين - ٢٦ حزيران/يونيه ٢٠١٠، بيان مقدم من رئيس مجلس الأمن في جلسة مجلس الأمن ٦٣٤٧ المعقودة في ٢٦ حزيران/يونيه ٢٠١٠، مرجع سابق، على ذات الموقع
- معظم الناس على علم بما تعمله الأمم المتحدة في مجال حفظ السلام أو في إيصال المساعدة الإنسانية إلى بلد ما من البلدان النائية. ولكن ليس من المعلوم دائماً بنفس القدر الطرق الكثيرة التي تؤثر بها الأمم المتحدة تأثيراً=



مجلس الأمن أن الجزاءات تشكل أداة هامة لصون السلام والأمن الدوليين وإعادة إرسائهما. ويعرب المجلس مجدداً عن ضرورة كفالة توجيه الجزاءات بعناية دعماً لأهداف واضحة، وكفالة الدقة في تصميمها من أجل التقليل إلى أدنى حد من العواقب السيئة التي يحتمل أن تترتب عليها، وضمان تنفيذ الدول الأعضاء لها. ولا يزال المجلس ملتزماً بكفالة وجود إجراءات منصفة وواضحة لإدراج أسماء الأفراد والكيانات في قوائم الجزاءات ورفعها من تلك القوائم، ولتخ الاستثناءات للدواعي الإنسانية (١).

### ثالثاً: قبول الولاية القضائية لمحكمة العدل الدولية.

بما لا شك فيه أن محكمة العدل الدولية توجد في صلب النظام الدولي القائم على احترام القانون، ومن ثم سيادته، وبعد أخذ هذا الأمر في الاعتبار، نعتقد أنه من المهم تشجيع جميع الدول التي لم تقبل بعد الاختصاص الإلزامي للمحكمة ومحكمة العدل الدولية هي في نهاية

=مباشراً على حياتنا جميعاً، في جميع أنحاء العالم. فالأمم المتحدة وأسرة مؤسساتها تعمل يومياً بدون توقف أو انقطاع، جماعياً وفردياً، على حماية حقوق الإنسان؛ وتعزيز حماية البيئة؛ والمساعدة على النهوض بالمرأة وإعلاء حقوق الطفل؛ ومكافحة الأوبئة والمجاعات والفقر. وفي جميع أرجاء العالم، تقوم الأمم المتحدة ووكالاتها بمساعدة اللاجئين والمعاونة على تحسين الاتصالات السلوكية واللاسلكية؛ وإيصال المعونة الغذائية وحماية المستهلكين؛ ومكافحة الأمراض والمساعدة على زيادة الإنتاج الغذائي؛ وتقديم القروض إلى البلدان النامية والمعاونة على تهيئة الأسواق المالية. ووكالات الأمم المتحدة هي التي تحدد القواعد والمعايير التي تكفل سلامة النقل وكفاءته جواً وبحراً، وتعمل على كفالة احترام حقوق الملكية الفكرية، وتنسق تخصيص النطاقات الترددية اللاسلكية. ومن ثم فإن الأعمال التي تضطلع بها الأمم المتحدة تؤثر تأثيراً طويلاً الأمد على نوعية حياتنا. راجع موقع الأمم المتحدة.

1 - وفي هذا السياق، يشير المجلس إلى اتخاذ القرارين ١٨٢٢/٢٠٠٨ و ٢٠٠٩/١٩٠٤ اللذين يشتملان على تحسينات إجرائية في نظام الجزاءات المتعلقة بتنظيم القاعدة والطالبان، مثل تعيين أمين للمظالم وغير ذلك من التحسينات.

- see also UN/ S/PRST/2010/ 11/ 29 June 2010.pp.1-4

المطاف الهبئة الرئسنة المكلفة بمهمة نصرة سيادة القانون على الصعيد الدولي . ولكن لم تقبل باختصاص المحكمة وفقاً للفقرة (٢) من المادة (٣٦) من نظامها الأساسي إلا ٦٦ من ١٩٢ دولة عضواً في الأمم المتحدة . وفي رأينا أن المحكمة برهنت بجلء منذ إنشائها على دورها الحيوي والبناء في حل النزاعات ، واستطراداً ، فإن من شأن كل من الدول الأعضاء والمجتمع الدولي أن تستفيد أياما استفادة من قبول اختصاص المحكمة على نطاق أوسع (١) . وضمف على ذلك تعزيز الآليات القضائية وغير القضائية ، مثل التحكيم والتوفيق ، التي تدعم التعهدات الملزمة في مجال التجارة والاستثمار ، يسهم إسهاماً كبيراً في تعزيز سيادة القانون.

رابعاً: التطوير والتدوين التدريجي للقانون الدولي والمعايير الدولية ..  
والمجدد ما ذكرناه سلفاً أن القانون الدولي يمثل دعامة أساسية لعالم أكثر سلماً وازدهاراً وعدالة. أن البديل لسيادة القانون لا يتمثل في مجتمع تسود فيه القوة على العدالة وإنما هو مجتمع لا تتوفر فيه فرص لتحقيق السلم والازدهار على المدى البعيد. ومن بين أعظم إنجازات الأمم المتحدة المجموعة الشاملة للقواعد والمعايير الدولية التي وضعت تحت رعايتها. والتطوير التدريجي للقانون الدولي وتدوينه عملية متواصلة وجزء أساسي من عمل المنظمة. ومن المجالات التي تستدعي أن تبذل الأمم المتحدة مزيداً من الجهد ، ربط بناء قدراتها في مجال التصديق على المعاهدات العامة بالتدريب القانوني على تطبيق المجالات الموضوعية للقانون الدولي على الصعيد المحلي. وغالباً ما تتمثل أعظم التحديات في التنفيذ الكامل للقواعد الدولية ، وبالتالي تسخير الإمكانيات التي تتيحها هذه القواعد كغفالة عالم أفضل . إلا أن انتهاكات القانون الدولي ما زالت تتكرر كثيراً ، ووسائل المساءلة ما زالت محدودة للغاية ، والإرادة

السياسية لكفالة الامتثال للقانون الدولي ما زالت ضعيفة للغاية . ولتعزيز سيادة القانون على الصعيد الدولي ، يجب تعزيز عمل محكمة العدل الدولية وغيرها من آليات حل النزاعات الدولية (١). ورغم ما أُخِز من تقدم في مجال العدالة الجنائية الدولية، وهو ما أُلْمَر مجموعة قوانين جنائية دولية قابلة للإنفاذ، فإن الإفلات من العقاب عن ارتكاب أعمال شنيعة ما زال مستمراً في أماكن عديدة. وتذكرنا باستمرار ثقافة الإفلات من العقاب هذه بنقاط الضعف العميقة في مجال سيادة القانون. وتشمل الجهود المتجددة لمكافحة الإفلات من العقاب وتعزيز العدالة العالمية زيادة المساعدة المقدمة للدول الأعضاء لتمكينها من محاسبة مرتكبي الجرائم وإنصاف الضحايا، وتقديم الدعم لجميع آليات العدالة الانتقالية وإيلاء مزيد من الاهتمام لإرث المحاكم الدولية والمختلطة، وممارسة الولاية القضائية العالمية عند الاقتضاء، وإضفاء طابع عالمي على نظام روما الأساسي، وتقديم دعم مطلق للمحكمة الجنائية الدولية (٢).

#### خامساً: مكافحة الإفلات من العقاب.

إن الإفلات من العقاب هو انتهاك الدولة للالتزامات الدولية التي عليها الوفاء بها. كلما ارتكبت انتهاكات لحقوق الإنسان. وبعبارة أخرى، الإفلات من العقاب فعل غير مشروع. وعرفت المحكمة بين-الأمريكية لحقوق الإنسان الإفلات من العقاب بانعدام التحقيق والملاحقة، واعتقال ومحاكمة وإدانة المسؤولين عن انتهاكات الحقوق وقد اقترح تعريف للإفلات من العقاب، في مشروع مجموع المبادئ المتعلقة بحماية حقوق الإنسان وتعزيزها من خلال العمل على مكافحة الإفلات من العقاب التي أعدها خبير إفلات مرتكبي انتهاكات حقوق الإنسان المدنية والسياسية من العقاب، والتي تنظر فيها - حالياً - لجنة الأمم المتحدة لحقوق وفي المادة (١٨)، يعرف الإفلات من العقاب بأنه عدم قيام

1-UN/A/63/ 226/6 August 2008/p.13

2 -UN/A/63/ 226/6 August 2008/p.14

الدول بالوفاء بالتزاماتها اتجاه التحقيق في الانتهاكات، واتخاذ التدابير المناسبة في ما يتعلق بالجناة، لا سيما في مجال القضاء، من خلال ضمان أن تتم محاكمتهم ومعاقبتهم،<sup>(١)</sup> لتوفير سبل إنصاف فعالة للضحايا وجبر الضرر الذي لحق بهم، واتخاذ خطوات لمنع تكرار مثل هذه الانتهاكات<sup>(٢)</sup> ويشكل الإفلات مرتكبي انتهاكات حقوق الإنسان من العقاب في حد ذاته انتهاكاً لالتزام الدولة بأن تضمن عندما يتعلق الأمر بحقوق الإنسان. وكما أشار خبير الإفلات من العقاب فإن الإفلات من العقاب يتعارض مع واجب ملاحقة ومعاقبة مرتكبي الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان الذي يعتبر متأصلاً في حق الضحايا في الحصول من الدولة ليس فقط على تعويض مادي، بل أيضاً الحق في المعرفة أو بعبارة أدق الحق في معرفة الحقيقة<sup>(٣)</sup>.

ويعتبر واجب منع والقضاء على الإفلات من العقاب في حالات انتهاكات حقوق الإنسان ضمناً في المعايير التي أسسها التزام الدولة بأن تضمن. ولهذا السبب فإن مسألة الإفلات من العقاب لم تذكر في المعاهدات والصكوك الدولية. وتماشياً مع ذلك، اعتبر خبير الإفلات من العقاب أن العديد من الصكوك الدولية تنص على الإلتزام الأمر بمكافحة الإفلات من العقاب. منها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان) المادتان(٧،٨)، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية) المادة(٢)، واتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة والمادتان(٤،٥)، والإعلان المتعلق بحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري<sup>(٤)</sup>. ولقد أشار خبير الإفلات مرتكبي

1-UN/E/CN.4/Sub.2/ Rev.1/20/1997

2 - اللجنة الدولية للحقوقيين، القضاء العسكري والقانون الدولي: المحاكم العسكرية والانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، الجزء الأول، جنيف

٢٠٠٤، ص ٤٦

3-UN/E/CN.4/Sub.2.18/1995/para.13.

4-UN /E/CN.4/Sub.2 6/1993.para.46

انتهاكات حقوق الإنسان المدنية والسياسية، من العقاب إلى أن هذا الإفلات ظاهرة تتغير هندستها إذ أن هناك العديد من الوسائل والسبل المختلفة التي يمكن للدولة أن تنقض بها الالتزامات الخاصة بحقوق الإنسان. ويذكر الفقه الإفلات من العقاب بحكم القانون، من خلال الإشارة إلى ظاهرة الإفلات من العقاب التي تنتج مباشرة عن القواعد القانونية كالعفو؛ والإفلات من العقاب بحكم الأمر الواقع التي تشمل حالات أخرى<sup>(١)</sup>. وإذا ذكر الإفلات من العقاب بحكم القانون، يجدر تسليط الضوء على إعلان وبرنامج عمل فيينا المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان والذي يتضمن البند التالي: " يجب على الدول أن تلغي التشريعات التي تؤدي إلى إفلات المسؤولين عن الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، كالتعذيب، من العقاب ومحكمة مرتكبيها، ومن خلال ذلك توفير الأساس المتين لسيادة القانون"<sup>(٢)</sup>.

كما تجدر الإشارة أيضا إلى الإعلان المتعلق بحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري، المادة (١١٨) والتي تنص صراحة على ما يلي: لا يستفيد الأشخاص الذين ارتكبوا أو يزعم أنهم ارتكبوا جرائم وخاصة جرائم الاختفاء القسري من أي قانون عفو خاص أو أي إجراء مماثل قد يترتب عليه إعفاؤهم من أي محاكمة أو عقوبة جنائية".<sup>(٣)</sup> إن الإجراء النموذجي للإفلات من العقاب بحكم القانون هو منح العفو لمرتكبي الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان. كما اعتبرت لجنة

---

1 - اللجنة الدولية للحقوقيين، القضاء العسكري والقانون الدولي، مرجع سابق،

2 - المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان - إعلان فيينا وبرنامج العمل، يونيو 1993، الفقرة ٦٠.

3 - الإعلان المتعلق بحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري، المادة (١/١٨) وراجع أيضا اللجنة الدولية للحقوقيين، القضاء العسكري والقانون الدولي، مرجع سابق، ص ٤٧.

حقوق الإنسان مراراً أن العفو أو غيره من التدابير القانونية التي تحول دون التحقيق مع ومحاكمة ومعاقبة مرتكبي الانتهاكات، ومنح تعويض للضحايا، كلها أمور لا تتفق مع الالتزامات المنصوص عليها في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (١). وشددت اللجنة على أن هذا النوع من العفو يساعد على خلق مناخ لإفلات مرتكبي انتهاكات حقوق الإنسان من العقاب، وكذلك يؤدي إلى تقويض الجهود الرامية إلى إعادة ترسيخ احترام حقوق الإنسان وسيادة القانون، ويشكل الأضرار مآخراً للإلتزامات الدولية بموجب العهد. وخلصت اللجنة بين- الأمريكية لحقوق الإنسان مراراً إلى أن تطبيق العفو يجعل الإلتزامات التي تعهدت بها الدول الأطراف بموجب المادة (١١١) من الاتفاقية غير ذي قيمة، وغير فعالة، وبالتالي يشكل انتهاكاً لهذه المادة، ويقضي على أكثر الوسائل فعالية لحماية هذه الحقوق والتي تضمن محاكمة ومعاقبة الجناة (٢). وهناك العديد من أشكال الإفلات من العقاب بحكم الأمر الواقع من بينها، على سبيل المثال، القصور المتواطئ للسلطات، والسلبية الواضحة من جانب المحققين، والتحيز، والتخويف، والفساد داخل الجهاز القضائي (٣). وبصورة عامة، يحدث الإفلات من العقاب بحكم الواقع، حسب خبير الأمم المتحدة المعني بالحق في الجبر والتعويض وإعادة التأهيل عندما تفشل سلطات الدولة في التحقيق في الوقائع

1 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السابعة والأربعون، الملحق رقم ٤٠ (40/a/40)، المرفق السادس أ، التعليق العام رقم ٢٠ (٤٤) على المادة ٧ الدورة ٤٤ للجنة حقوق الإنسان ١٩٩٢.

2 - اللجنة الأمريكية المشتركة لحقوق الإنسان، تقرير رقم ٩٦/٣٦. وراجع أيضاً اللجنة الدولية للحقوقيين، القضاء العسكري والقانون الدولي، مرجع سابق، ص ٤٧

3-UN/E/CN.4/sub.2/6/1993.para.46

- وراجع أيضاً اللجنة الدولية للحقوقيين، القضاء العسكري والقانون الدولي، مرجع سابق، ص ٤٨.

وتحديد المسؤولية الجنائية الناجمة عنها<sup>(١)</sup>. وهكذا، ففي عالم واسع ينتشر فيه الإفلات من العقاب بحكم الواقع، لا يحدث هذا فقط عندما تفشل السلطات في التحقيق في انتهاكات حقوق الإنسان ولكن أيضا عندما لا يتم التحقيق بشكل فوري ومجدية وفقا للمعايير الدولية. وكذلك، يحدث الإفلات من العقاب بحكم الواقع عندما لا تقوم الدولة بتقديم مرتكبي انتهاكات حقوق الإنسان أمام المحاكم أو عندما يلاحق فقط بعض مرتكبيها جنائيا. كما أنه يحدث أيضا الإفلات من العقاب بحكم الواقع متى فشلت السلطات في التحقيق في جميع انتهاكات حقوق الإنسان في قضية معينة، أو محاكمة جميع المسؤولين عن جميع الجرائم المرتكبة<sup>(٢)</sup>.

وهناك شكل آخر للإفلات من العقاب بحكم الأمر الواقع وهو عندما يحكم على المسؤولين عن حالات انتهاك حقوق الإنسان بعقوبات لا تتفق مع خطورة الانتهاك أو عندما لا تضمن السلطات تنفيذ الحكم. كما أن الإفلات من العقاب بحكم الأمر الواقع يقع، بكل بساطة، عندما يحرم ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان من الحق في العدالة، ويقيد وصولهم إلى المحاكم، أو ألا ينظر إلى القضايا بشكل يتماشى مع المعايير الدولية المعمول بها. وعلاوة على ذلك، يقع والإفلات من العقاب أيضا عندما يستحيل ضمان وجود محكمة مستقلة ونزيهة، وبسبب انتفاء هذه الصفات يسهل إنكار العدالة والإضرار بمصداقية العملية القضائية

---

1- UN/E/CN.4/sub.2/8/1992.para.2-5.

- اللجنة الدولية للحقوقيين، القضاء العسكري والقانون الدولي، مرجع سابق، ص ٤٩.

2-UN/E/CN.4/sub.2/18/1995.para.2-5

- اللجنة الدولية للحقوقيين، القضاء العسكري والقانون الدولي، مرجع سابق، ص ٤٩.

(١). كان إنشاء المحكمة الجنائية الدولية في عام ٢٠٠٢ تجسيداُ استمرار طويلاً من أجل القضاء على ظاهرة الإفلات من العقاب، والالتزام من خلال سيادة القانون بأن من يرتكب جريمة الإبادة الجماعية أو جرائم ضد الإنسانية أو جرائم حرب لن يفلت من يد العدالة بعد الآن. وأظهرت هذه الخطوة الهامة التزام المجتمع الدولي بوضع آلية دائمة وعالمية تضمن عدم السماح بالإفلات من العقوبة على ارتكاب هذه الجرائم البالغة الخطورة. ومن الجوانب الهامة أن النظام ينص على اتخاذ السلطات القانونية الوطنية إجراءات قبل ممارسة الولاية القضائية الدولية. ومنذ عام ٢٠٠٤، بدأت المحكمة إجراء تحقيقات في حالات في أوغندا وجمهورية الكونغو الديمقراطية ودارفور؛ وهذه الحالة الأخيرة محالة من مجلس الأمن المحكمة. وفي آذار/مارس ٢٠٠٦، اعتقل مواطن كونغولي يدعى أنه ارتكب جرائم حرب، وأحيل إلى المحكمة. وفي تشرين الأول/أكتوبر ٢٠٠٥، قامت الدائرة الابتدائية للمحكمة بإصدار أوامر اعتقال خمسة من كبار قادة جيش الرب للمقاومة بشأن ارتكاب جرائم ضد الإنسانية وجرائم حرب في أوغندا منذ تموز/أيار ٢٠٠٢. وسيمثل توسيع مشاركة الدول الأعضاء في المحكمة الجنائية الدولية تحدياً آخر في مجال العدالة الدولية<sup>(٢)</sup>. ويندرج الاعتراف الواضح من قبل الحكومات بالتهديد الذي يشكله الإفلات من العقاب للديمقراطية وحقوق الإنسان وسيادة القانون مباشرة؛ لأن منع الجريمة والعدالة الجنائية - خصوصاً - في حالات ما بعد الصراع حيث يمكن أن تكون نزاهة السلطة القضائية واستقلالها ضعيفين، يهدفان إلى وضع حد للإفلات من العقاب وإلى استعادة سيادة

- 1 - الأمم المتحدة، مواجهة تحديات عالم متغير، تقرير الأمين العام (كوفي أنان) السنوي عن أعمال المنظمة ٢٠٠٦، منشورات الأمم المتحدة نيويورك ٢٠٠٦، الفقرة ١٠٨، ص ٤٥، ٥٥
- 2 - الأمم المتحدة، مواجهة تحديات عالم متغير، تقرير الأمين العام (كوفي أنان) السنوي عن أعمال المنظمة ٢٠٠٦، منشورات الأمم المتحدة نيويورك ٢٠٠٦، الفقرة ١٠٨، ص ٥٥، ٤٥



القانون ؛ ومن ثم ينبغي أن ينعكس ذلك في مجال العدالة الجنائية على الصعيد الدولي من أجل تحقيق سيادة القانون. وعلى العكس فإن تحليل الصلة القائمة بين القانون الجنائي / الإنساني الدولي والجريمة المنظمة العادية/عبر الوطنية يؤثر في استحداث مؤسسات جديدة للعدالة الجنائية في القوانين الجنائية المحلية<sup>(١)</sup>. والجدير بالتنويه أنه يجب التركيز من حيثية المبادئ الشاملة والقيم التي تظل جزءاً لا يتجزأ من العدالة الجنائية على الصعيد الدولي من أجل تحقيق سيادة القانون، مثل: العدالة والإنصاف وعدم التمييز وكذلك التركيز على إعادة تأهيل الجناة واستعادة كرامة الضحايا من خلال رد الممتلكات والتعويض والاعتذار وإعادة التأهيل وغير ذلك من أشكال الانتصاف<sup>(٢)</sup>.

**سادساً: جبر الضرر.**

إن من الأشياء المتعارف، التي تعتبر من ناموس الكون وناسوته  
جبر الضرر، وجبر الضرر من الأشياء التي تضمن سيادة القانون، حيث  
أنها تضمن لضحايا انتهاكات حقوق الإنسان في آن واحد المراعاة الفعلية للحق في المعرفة الذي يشمل الحق في معرفة الحقيقة والحق في العدل والحق في التعويض، وهي حقوق لا يوجد في غيابها علاج فعال ضد الآثار المشؤومة للإفلات من العقاب. ويرد في مجموعة المبادئ كذلك ينبغي ألا يخرج العفو، وغيره من تدابير الرأفة عندما يكون الغرض تهيئة الظروف المواتية لاتفاق سلم أو تسيير المصالحة الوطنية، على الحدود التالية: (أ) لا يحظى مرتكبوا الجرائم الخطيرة بتلك التدابير طالما لم تف الدولة بواجباتها المتمثلة في التحقيق في الانتهاكات، واتخاذ التدابير اللازمة، على مستوى القضاء خاصة، ضد مرتكبي هذه الانتهاكات لملاحقتهم ومحاکمتهم وفرض عقوبات مناسبة عليهم وتوفير سبل تظلم فعالة للضحايا وجبر

- 1- Ruth G. Teitel, "Transitional justice genealogy", Harvard Human Rights Journal, vol. 16 (2003) pp. 69-94.
- 2- Ilaria Bottigliero, Redress for Victims of Crimes under International Law, Brill Academic Pub. (/april 2004). pp.1-304

الضرر الذي لحق بهم واتخاذ كافة التدابير الرامية إلى الحيلولة دون تكرار هذه الانتهاكات حتى يمكن إقرار مبدأ سيادة القانون ومن ثم إقرار السلم والأمن الدوليين يجب إعلاء لواء القاعدة العامة في كل من القانون المدني والقانون المشترك (الاجلوسكسوني) تقضي بأن كل تعدي على حق خاص ينجم عنه ضرر، ويستلزم جبراً لهذا الضرر. وعلى الدولة أن تتحمل التزاماً متعدد الأبعاد من أجل ضمان التمتع بحقوق الإنسان. فبالإضافة إلى واجب اتخاذ كل ما يلزم من إجراءات تشريعية وغيرها من الإجراءات، على الدولة أن تتدخل في أربعة مجالات رئيسية: منع الانتهاكات، واحترام، وحماية، وتعزيز حقوق الإنسان. واجب الاحترام يقوم على التزام الدولة بالامتناع عن الأعمال التي من شأنها أن تنتهك حقوق الإنسان؛ واجب الحماية يقوم على التزام الدولة بحماية الأشخاص من الأعمال التي من شأنها أن تحول دون تمتعهم بحقوقهم. يكرس القانون الدولي واجب تقديم جبر الضرر كنتيجة قانونية لكل فعل غير مشروع ترتكبه الدولة<sup>(١)</sup>. إن تصرف الدولة الذي يمكن أن ترتب عليه مسؤولية قانونية هو أي فعل ارتكبه أي جهاز من أجهزتها، سواء كان الجهاز يمارس وظائف تشريعية، أو تنفيذية، أو قضائية، أو أية وظائف أخرى، أما كان المركز الذي يشغله في تنظيم الدولة، وسواء كان جهازاً من أجهزة الحكومة المركزية، أو وحدة إقليمية للدولة<sup>(٢)</sup>. وهذا يعني أن أي تصرف، سواء كان مشروعاً أو غير مشروع خارج نطاق القانون، فعلاً أو امتناع عن فعل، يمكن أن يشكل انتهاكاً لحقوق الإنسان<sup>(٣)</sup>.

- 1 - المادة (٢٨) من مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدولة
- 2 - المادة (٤) من مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدولة
- 3 - الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السادسة والخمسون، البند ١٣٢ (أ) من القائمة الأولية، مسائل حقوق الإنسان: تنفيذ الصكوك المتعلقة بحقوق الإنسان: مسألة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، صادر ٣ يوليو ٢٠٠١، ص ٩.

## سابعاً: الاعتراف بقرارات الأمم المتحدة.

وفي عام ٢٠٠٤، تحدث الأمين العام للأمم المتحدة (كوفي أنان) أمام الجمعية العامة عن الحاجة إلى استعادة سيادة القانون وتوسيع نطاقها في جميع أنحاء العالم. ووصفها بأنها إطار يجعل الحق سبيلاً إلى القوة بدلاً من أن تكون القوة هي التي تفرض الحق. وحلر أن سيادة القانون تتعرض للخطر في مختلف أنحاء العالم، حيث يجري تجاهل القوانين في أماكن عديدة. ويجب أن تلتزم الأمم المتحدة بصفتها الجماعية، وكل دولة عضو فيها بصفتها الفردية، بكفالة أنه يجب التمسك بهذه المبادئ القانونية التي تشكل عماد منظمة الأمم المتحدة، ويجب تعزيزها على كل الصعد وفي جميع الحالات<sup>(١)</sup>. وبإيجاز فإن معايير الأمم المتحدة وقواعدها قد تنامت تدريجياً مع مرور الزمن من خلال صكوك مختلفة على نحو مخصص أساساً ولا غرابة في ذلك نظراً لأن الدول تعالج عادة القضايا المثيرة للقلق عند نشوئها حسب الاحتياجات المتصورة وغالباً ما لا يتم ذلك إلا عندما تنضج إرادة الفعل السياسية الضرورية. وقد يأخذ هذا الفعل شكل بيانات بشأن السياسة العامة أو نصوص تشريعية أو إعلانات أو مبادئ توجيهية أو دلائل أو بيانات حول المبادئ أو اتفاقيات<sup>(٢)</sup>. وقد تمكنت المؤتمرات من صوغ نصوص يمكن اعتبارها تشريعية، بمعنى أنها ترسي معايير تنطبق على جميع الدول. ومعظم هذه المواد هو قواعد قانونية لينة ترد في قرارات صادرة عن هيئات الأمم المتحدة ذات الصلة. غير أن بعض تلك المواد أخذ يدرج بصورة متزايدة في صيغة معاهدات أو يجد سبيله إلى مجموعة القواعد القانونية العرفية. ونظراً لكونها نتاج ما يزيد على نصف قرن من العمل فمن الصعب اعتبار تلك النصوص مدونة كاملة لممارسات

1 - الأمم المتحدة، مواجهة تحديات عالم متغير، تقرير الأمين العام (كوفي أنان)

السنوي عن أعمال المنظمة ٢٠٠٦، مرجع سابق، الفقرة ١١٢، ص ٥٦

2- Roger Clark, The United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Program: Formulation of Standards and Efforts at Their Implementation (2002), pp.1-354

موصى بها . وتمثل تلك الصكوك مجالات أمكن فيها التوصل إلى درجة عالية من توافق الآراء في وقت معين . وهناك قدر من التداخل والتكرار والتقدم ؛ غير أن أثرها في تطوير العدالة الجنائية وفي تدعيم فكرة حكم القانون ، وبصفة أعم في تكوين ضمير عالمي يكرس مبادئ النزاهة والحرية واحترام القيم المشتركة ليس موضع تساؤل (١) . وكان لبعض معايير الأمم المتحدة وقواعدها أثر هام في تطور المبادئ الدولية ، الملزمة منها وغير الملزمة ، للعمل على الصعيدين الوطني والاقليمي . في على سبيل المثال ألفينا أن القواعد الدنيا النموذجية لمعاملة السجناء ، مثلاً ، مجسدة إلى حد بعيد في المبادئ التوجيهية النموذجية للمؤسسات الإصلاحية في أستراليا (٢) وفي مسودة إيضاحية لمبادئ توجيهية مقترحة لمعاملة السجناء ضمن إطار الكومنولث ، (٣) وكذلك في القواعد

1- انظر في هذا الصدد تقارير الأمين العام المقدمة إلى الجمعية العامة عن تنفيذ استنتاجات أو توصيات المؤتمر الخامس والمؤتمر السادس والمؤتمر السابع والمذكورة المقدمة من الأمين العام إلى لجنة منع الجريمة ومكافحتها في دورها الحادية عشرة عن نتائج استعراض كيفية وبرنامج عمل الأمم المتحدة في ميدان منع الجريمة والعدالة الجنائية وتقرير مكتب خدمات الرقابة الداخلية عن التقييم المتعمق لبرنامج الأمم المتحدة لمنع الجريمة والعدالة الجنائية وانظر أيضاً قرارات الجمعية العامة ٣٠٢١ (د- ٢٧) المؤرخ ١٨ الأول / ديسمبر ١٩٧٢ ، و ٥٩/٣٢ المؤرخ ٨ كانون الأول / ديسمبر ١٩٧٧ ، و ١٧١/٣٥ المؤرخ كانون الأول / ديسمبر ١٩٨٠ ، و ٣٢/٤٠ المؤرخ ٢٩ تشرين الثاني / نوفمبر ١٩٨٥ ، و ٤٥/١٠٨ المؤرخ ١٤ كانون الأول / ديسمبر ١٩٩٠ ، و ٤٦/١٥٢ المؤرخ ١٨ كانون الأول / ديسمبر ١٩٩١ ، و ٥٠/١٤٥ المؤرخ ٢١ كانون الأول / ديسمبر ١٩٩٥ ، و ٥٥/٥٩ المؤرخ كانون الأول / ديسمبر ٢٠٠٠ .

2- Conference of Correctional Administrators, Standard Guidelines for Corrections in Australia (1989).

3 - البيان الختامي المؤرخ ١٩ تشرين الثاني / نوفمبر ١٩٩٣ ، الذي عرض على مؤتمر وزراء العدل لدول الكومنولث جرانديبي ، موريشيوس ، ١٥ - ١٩ تشرين الثاني / نوفمبر ١٩٩٣ ، الفقرتان ٤٩ و ٥٠ .

الأوروبية بشأن السجون، الصادرة عن مجلس أوروبا<sup>(١)</sup> وكانت المعايير الدولية المتعلقة بقانون الأحداث وبالعدالة التصالحية هي في صلب ما أجرى في السنوات الأخيرة من مراجعات للقانون الألماني في ذلك المجالين<sup>(٢)</sup>. كما دأبت المنظمات غير الحكومية على الاستظهار بالصكوك ذات الصلة في عملها، مثلاً فيما يتعلق بأحوال السجون<sup>(٣)</sup>. فمنظمة العفو

٢- التوصية، التي اعتمدها اللجنة الوزارية لمجلس أوروبا في ١٢ شباط /فبراير  
R(87)3. ١٩٨٧

2- Otto Bönke, "Criminal policy in the process of reform: review of juvenile and restorative justice as examples of the application of United Nations and European standards and norms in Germany", Expert Group Meeting: the Application of the United Nations Standards and Norms in Crime Prevention and Criminal Justice, Stadtschlaining, Austria, 10-12 February 2003, (United Nations Office on Drugs and Crime, 2003), pp. 49-58.

3- Making Standards Work: an International Handbook on Good Prison Practice, 2nd. ed. (Penal Reform International, 2001) pp.1-209. see also Allen, T.R.S. "Legislative Supremacy and the Rule of Law: Democracy and Constitutionalism." Cambridge Law Journal, Vol. 44, No. 1 (March, 1985): pp. 111-143. Carothers, Thomas. "The Rule of Law Revival." Foreign Affairs, Vol. 77, No. 2 (1998): pp. 95-106. Cooter, Robert D. "The Rule of State Law and the Rule-of-Law State: Economic Analysis of the Legal Foundations of Development." In Annual World Bank Conference on Development Economics 1996. The World Bank, 1997, pp. 191-217. Craig, Paul. "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework." Public Law (1997): pp. 467-487. Ghai, Yash. "The Rule of Law, Legitimacy, and Governance." International Journal of the Sociology of Law, Vol. 14 (1986): pp. 179-208. Golding, Martin P. "Transitional Regimes and the Rule of Law." Ratio=

الدولية، على سبيل المثال، تقول إنها تستعمل معايير الأمم المتحدة وقواعدها بأشكال ثلاثة. أولاً بأنها، في إطار أبحاثها، تقديم تصرفات الموظفين العموميين المبلغ عنها على ضوء القواعد والمعايير الواردة في الصكوك، معتبرة إياها معايير قياسية للسلوك الرسمي. وثانياً بأنها تدعو الحكومات مراراً وتكراراً إلى تنفيذ تلك الأحكام، بوسائل منها ضمان تجسيدها في التشريعات الداخلية وإدراجها في برامج تدريب الموظفين. وثالثاً بأنها ترفق نصوص الصكوك ذات الصلة بتقاريرها المتعلقة بانتهاكات حقوق الإنسان في بلدان معينة، وبذلك تعمم تلك النصوص على الموظفين وعلى عامة الناس<sup>(١)</sup>. قد استخدمت لجنة حقوق الطفل

---

=Juris, Vol. 9, No. 4 (1996): pp. 387-395. Golub, Stephen. "The Rule of Law and the UN Peacebuilding Commission: A Social Development Approach." Cambridge Review of International Affairs, Vol. 20, No. 1 (March, 2007): pp. 47-67. Grote, Rainer. "Rule of Law, Rechtsstaat and Etat de Droit." In Christian Starck, ed. Constitutionalism, Universalism and Democracy - A Comparative Analysis. Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 269-306. Rapaczynski, Andrzej. "The Rule of Law in Theoretical and Comparative Perspective." In Roger Michener, ed. The Balance of Freedom: Political Economy, Law, and Learning. Paragon House, 1995, pp. 81-106. Weingast, Barry R. "The Political Foundations of Democracy and the Rule of Law." American Political Science Review, Vol. 91, No. 2 (1997): pp. 245-263.

1- Amnesty International, "The role of United Nations standards and norms in the fight for human rights", Expert Group Meeting ...2009, pp. 231-232.

○ فعلى سبيل مقدمة منظمة العفو الدولية إلى أعضاء مجلس الشورى بمصر تحليلاً وتوصيات بشأن مسودة قانون الجمعيات المصري، استناداً إلى التزامات مصر الدولية الخاصة بحقوق الإنسان، ولاسيما تلك التي تنبثق من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. لقد تم إدخال بعض =

المعايير والقواعد المتعلقة بقضاء الأحداث لدى تفسير الأحكام ذات الصلة من اتفاقية حقوق الطفل (مرفق قرار الجمعية العامة ٤٤/٢٥١) (١). وقد شهد هذا الوضع تغيراً سريعاً في السنوات الأخيرة. إذ يتضمن نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أحكاماً بشأن دور الضحايا في إجراءات المحكمة تتسق روحاً مع إعلان مبادئ العدل الأساسية المتعلقة بضحايا الإجرام والتعسف في استعمال السلطة. مرفق قرار الجمعية العامة ٣٤/٤٠، الذي أصدره المؤتمر السابع في عام ١٩٨٥ (٢)

وثمة مثال آخر لمفهوم استحدث من خلال المؤتمرات ووجد مسيله إلى دائرة المعاهدات، يظهر في عنوان اتفاق ية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية. فني محاضرة شهيرة ألقاها في جامعة ييل، ضمن إطار " Storrs Lecture " عام ١٩٥٦، اقترح (Philip Jessup) تعبير القانون عبر الوطني ليشمل جميع النصوص القانونية التي تحكم الأفعال

---

=التعديلات على المسودة السابقة التي علق عليها منظمة العفو الدولية، إلا أن المنظمة يساورها القلق بشأن مسودة القانون، بصيغته الحالية الذي أعدته وزارة التنمية المحلية، وتم تعديله بعد مناقشات في مجلس الشورى في ٣٠ إبريل/نيسان، ولا زال يحتفظ على أحكام لا تتماشى مع التزامات مصر الدولية المتعلقة بحرية تكوين الجمعيات وحرية التعبير. وإذا ما تم إقرار هذا القانون فسوف يمنح السلطات صلاحيات واسعة يمكن استخدامها لانتهاك هذه الحقوق في الممارسة العملية. ويمكن لهذه الأحكام، في الممارسة العملية، أن تسمح للسلطات بتقييد أو قمع بحوث حقوق الإنسان والعمل الدعوى، الأمر الذي يشكل انتهاكاً للمعايير الدولية الخاصة بالمدافعين عن حقوق الإنسان. راجع منظمة العفو الدولية، مذكرة إلى مجلس الشورى بمصر: قانون كيانات العمل الأهلي (المعرف بقانون الجمعيات) \_ الوثيقة MDE12/025/2013 على الموقع التالي:

-(<http://www.amnesty.org/ar/library/asset/MDE12/025/2013>)

1- G. Van Bueren, The International Law on the Rights of the Child Dordrecht International Law, kluwer. 1998) pp1-20

2 - الأمم المتحدة، مجموعة المعاهدات، المجلد ٢١٨٧، الرقم ٤٤/٣٨٥.

أو الأحداث العابرة للحدود الوطنية<sup>(١)</sup>. واستخدم الأمين التنفيذي للمؤتمر الخامس تعبير الجريمة عبر الوطنية لوصف الجريمة العابرة للحدود، كتعبير خاص يعلم الإجرام لا كتعبير قانوني أما الآن، ومع دخول اتفاقية الجريمة المنظمة حيز النفاذ، أصبح تعبير الجريمة المنظمة عبر الوطنية مصطلحاً فنياً قانونياً<sup>(٢)</sup>.

وعلى ما تقدم نرى أن القرارات والإعلانات الصادرة من الأمم المتحدة أرست مبادئ قانونية تكرر مبدأ سيادة القانون ومن ثم، فهي تمثل العناصر الأساسية لإطار كان مفقوداً، كما تمثل مقياساً يمكن للدول أن تستخدمه لوضع منهاج يستهدف تلبية الاحتياجات الملحة على نحو منسق ومتناغم. والتحدى الذي يواجه المجتمع الدولي هو كيفية ضمان أن يظل العزم السياسي قوياً وألا تتعثر الجهود الرامية إلى استخدام تلك الصكوك، جنباً إلى جنب مع المجموعة الموجودة من المعايير والقواعد في مجال منع الجريمة والعدالة الجنائية كلبنات أساسية في حكم القانون.

**ثامناً: تعزيز التلاحم بين الجهات المانحة.**

ويقوم عدد من الجهات الفاعلة التابعة للأمم المتحدة بتقديم المساعدة فيما يتعلق بسيادة القانون في طائفة من الميادين على الصعيد الوطني. وتتولى وكالات الأمم المتحدة وصناديقها وبرامجها تقديم الدعم من أجل إنشاء مؤسسات قانونية في مجتمعات تجتاز مرحلة ما بعد انتهاء الصراع، إدراكاً منها بأن سيادة القانون عنصر جوهري في بناء السلام في الأجل الطويل وبصورة مستدامة. كما أن البلدان التي لديها مؤسسات في مرحلة التطور تطلب أيضاً الدعم من الأمم المتحدة، وتجد المنظمة أن

- 1- Philip C. Jessup, Transnational Law No. 2, 1956, p.1-113
- 2- M. Cherif Bassiouni and Eduardo Vetere, eds., Organized Crime: a Compilation of U.N Documents, 1975-1998 (Ardsley, New York, Transnational Publishers, 1998) pp.xlix-815



الطلب لا يفتأ يتزايد التماساً لمساعدتها التقنية وأنشطتها في مجال بناء القدرات (١).  
تاسعاً: تعزيز الديمقراطية العالمية.

والحقيق بالإحقاق أن الدولة التي بنعم فيها المواطن بحقوق كاملة في إطار احترام حقوق الآخرين، هي دولة ديمقراطية تسعى إلى ترسيخ مبدأ سيادة القانون (٢). فالديمقراطية، القائمة على أساس سيادة القانون، هي في نهاية المطاف وسيلة لتحقيق السلم والأمن الدوليين. والتقدم والتنمية في الميدانين الاقتصادي والاجتماعي، واحترام حقوق الإنسان، وهي الدعائم الثلاث التي تقوم عليها مهمة الأمم المتحدة على النحو الوارد في ميثاق الأمم المتحدة. والمبادئ الديمقراطية متغلغلة في جميع أجزاء النسيج المعياري للأمم المتحدة. بل إن العبارة الأولى في الميثاق ذاته وهي "نحن شعوب الأمم المتحدة"، تتبعها عن قرب بعد ذلك إشارات هامة إلى الدعائم الديمقراطية الأساسية مثل: حقوق الإنسان، والحريات الأساسية وما للرجال والنساء... من حقوق متساوية، والحياة في جو أفسح من الحرية، و تقرير المصير، وإزالة التمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين. وقد توسعت الجمعية العامة، في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في تفصيل الأحكام العامة لحقوق الإنسان الواردة في الميثاق، بما في ذلك الالتزامات المتعلقة بعدم التمييز، والمساواة أمام القانون، وحرية التنقل،

- 1 - الأمم المتحدة، تقرير الأمين العام عن أعمال المنظمة، الجمعية العامة، الوثائق الرسمية، الدورة الثانية والستون، الملحق رقم ١ (A/62/1) تقرير الأمين العام عن أعمال المنظمة، مرجع سابق، فقرة ٨٤، ص ٢٦
- 2 - مؤتمر الأمم المتحدة التاسع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين، القاهرة ٢٩ نيسان / أبريل - ٨ أيار/مايو ١٩٩٥، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك ١٩٩٥، ص ٥٣

A/CONF.169/16/Rev.1. p 53.

والفكر، والرأي، والإعلام، والتعبير، والتجمع، وتكوين الجمعيات، المعترف بها بوصفها حقوقاً لا غنى عنها للديمقراطية<sup>(١)</sup>.

ويتضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أحكاماً صريحة تُعلن أن إرادة الشعب هي مصدر سلطة الحكومة، ويُعبر عن هذه الإرادة بانتخابات نزيهة دورية تُجرى على أساس الاقتراع السري وعلى قدم المساواة بين الجميع، أو حسب أي إجراء مماثل يضمن حرية التصويت وتكفل لكل شخص الحق في الاشتراك في إدارة الشؤون العامة لبلاده إما مباشرة أو بواسطة ممثلين يختارون اختياراً حراً، وأن لكل شخص نفس الحق الذي لغيره في تقلد الوظائف العامة في بلده) ... (المادة ٢١). ويقرر كذلك أن الفرد لا يخضع في ممارسته لحقوق الإنسان وحرياته بأي قيود إلا ما يُقرره القانون لضمان الاعتراف بحقوق الغير وحرته واحترامها ولتحقيق المقتضيات العادلة للنظام العام والمصلحة العامة والأخلاق في مجتمع ديمقراطي (المادة ٢٩). وقد أعطى الإعلان وضماً قانونياً في الكثير من المعاهدات والصكوك التي وضعتها الأمم المتحدة لاحقاً<sup>(٢)</sup>. وفي مؤتمر القمة العالمي لعام ٢٠٠٥، أكدت حكومات العالم من جديد أن الديمقراطية قيمة عالمية تستند إلى إرادة الشعوب المعبر عنها بحرية في تحديد نظمها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية وإلى مشاركتها الكاملة في جميع نواحي حياتها، وأكدت أن الديمقراطية والتنمية واحترام جميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية أمور مترابطة وتعزز بعضها بعضاً، وجددت التزامها بدعم الديمقراطية عن طريق تعزيز قدرات البلدان على تطبيق مبادئ وممارسات الديمقراطية، وعقد العزم على تعزيز قدرة الأمم المتحدة على مساعدة الدول الأعضاء<sup>(٣)</sup>.

- 1 - الأمم المتحدة، مذكرة توجيهية للأمين العام بشأن الديمقراطية، منشورات الأمم المتحدة ٢٠١٠، ص ٢
- 2 - المرجع السابق، ص ٢.
- 3 - الأمم المتحدة، مذكرة توجيهية للأمين العام بشأن الديمقراطية، مرجع سابق، ص ٣.

وما فتئت الأمم المتحدة تنادي منذ فترة طويلة بأن يكون مفهوم الديمقراطية مفهوماً كلياً: يجمع بين الجانبين الإجرائي والموضوعي؛ وبين المؤسسات الرسمية والعمليات غير الرسمية؛ والأغليات والأقليات؛ والرجال والنساء؛ والحكومات والمجتمع المدني؛ والجانبين السياسي والاقتصادي؛ على الصعيدين الوطني والمحلي. وثمة إدراك كذلك بأن تلك القواعد والمعايير، وإن كانت عالمية الطابع وضرورية في آن واحد، فإنه لا يوجد نموذج واحد: فقرار الجمعية العامة ٧١٦٢ يفترض أنه رغم وجود سمات مشتركة بين النظم الديمقراطية، فليس ثمة نموذج وحيد للديمقراطية. وأن الديمقراطية لا تخص بلداً بعينه أو منطقة بعينها. وفي الواقع، فإن مثل الديمقراطية متأصل في الفلسفات والتقاليد المستمدة من أنحاء كثيرة من العالم. ولم تسعى المنظمة على الإطلاق إلى تصدير أو ترويج أي نموذج بعينه، وطني أو إقليمي، للديمقراطية<sup>(١)</sup>. وتنشأ جاذبية الديمقراطية، جزئياً، من ارتباطها بالنهوض بنوعية حياة جميع البشر، وبالتالي، بالعمل من أجل بلوغ الأهداف الإنمائية للألفية. ومن الأرجح أن تتسرخ التنمية إذا أتيحت للناس فرصة حقيقية لتقرير نظام حكمهم وتقاسم ثمار التقدم<sup>(٢)</sup>.

هاشراً: تعزيز العدالة الجنائية الدولية من أجل سيادة القانون...

إن إعادة تأسيس أو إصلاح نظام العدالة الجنائية المتداعي تُعد كذلك أمراً حاسماً في نجاح جهود بناء السلام، لكن هذه تكون عادة مهمة هرقلية تحتاج إلى التزام وخبرة العديد من العناصر الوطنية والدولية المختلفة. فهي مهمة يمكن أن تشمل مجموعة من الأنشطة المتداخلة، التي تتراوح بين توفير الموارد الأساسية مثل الأقلام والأوراق والملابس الرسمية لرجال الشرطة، وإعادة بناء دور القضاء والسجون، وتجنييد وفحص عناصر جديدة للعمل في مجال العدالة الجنائية، وإعادة هيكلة

1- المرجع السابق، ص ٣.

2- المرجع السابق، ص ٣.

قوة الشرطة أو نظام المحاكم بالكامل. ومن الضروري كذلك التطلع إلى ما هو أبعد من مجرد توفير الموارد والبنية التحتية، والعاملين، وإعادة الهيكلة، إلى القوانين التي يلزم تطبيقها سعيًا إلى العدالة. فحتى النظام الذي تتوفر له بصورة جيدة الموارد والعاملون، وتكون مؤسساته فعالة، سوف يفشل في الوفاء باحتياجات المجتمع ما لم تكن قوانينه ملائمة (١).

لاخفية في أن سيادة القانون مفهوم يقع في صميم المهمة المسندة إلى المنظمة. وتشير سيادة القانون إلى مبدأ في الحوكمة يقضي بأن يكون جميع الأشخاص والمؤسسات والكيانات في القطاعين العام والخاص، بما في ذلك الدولة نفسها، خاضعين لقوانين تصدر علنًا وتتخذ على الجميع بالتساوي، ويحكم بموجبها في التقاضي على نحو مستقل، وتتسق مع القواعد والمعايير الدولية لحقوق الإنسان. وهي تتطلب أيضًا تدابير لضمان الامتثال لمبادئ حكم القانون، والمساواة أمام القانون والمساءلة أمام القانون والعدالة في تطبيق القانون والفصل بين السلطات والمشاركة في اتخاذ القرارات واليقين القانوني واجتناب التعسف وتوخي الشفافية الإجرائية والقانونية (٢). وبالنسبة للأمم المتحدة، فإن العدالة من المثل العليا للمساءلة والإنصاف في حماية الحقوق وإحقاقها ومنع التجاوزات والمعاقبة عليها. والعدالة تنطوي على احترام حقوق المتهمين ومصالح الضحايا ورفاه المجتمع بأسره. وهي مفهوم متأصل في جميع الثقافات والتقاليد الوطنية، ولئن كانت إقامتها تنطوي عادة على آليات قضائية رسمية، فإن الآليات التقليدية لتسوية المنازعات لها نفس القدر من الأهمية. وقد عمل المجتمع الدولي على التحديد الجماعي للمطلوبات

1 - فيغيان أوكونر وكوليت روش هانس جورج البرهيت وجوران كليمنسيك: القوانين النموذجية للعدالة الجنائية خلال الفترات اللاحقة للمصراعات،

مرجع سابق، ص ٦.

2 - الأمم المتحدة، مؤتمر الأمم المتحدة الثاني عشر، لمنع الجريمة والعدالة الجنائية، سلفادور، البرازيل ١٢-١٩ نيسان/أبريل ٢٠١٠، ص ١٢.

٢٠، منشورات الأمم المتحدة ٢٠١٠، ص ٥. وراجع أيضًا: UN/A/CONF.213/12/5 February 2010, p. 5

الموضوعية والإجرائية لإقامة العدالة<sup>(١)</sup> وتشمل العدالة الجنائية الدولية، بمعناها الواسع، القانون الجنائي الدولي الموضوعي والإجرائي وآليات إنفاذه. ويشمل القانون الجنائي الدولي الموضوعي عدة فئات من الجرائم الممثلة بعدد من الاتفاقيات الدولية. أما القانون الجنائي الدولي الإجرائي فيمثل الطرائق الدولية للتعاون بين الدول في المسائل الجنائية، أي تسليم المجرمين والمساعدة القانونية المتبادلة ونقل الإجراءات الجنائية ونقل الأشخاص المحكوم عليهم والاعتراف بالأحكام الجنائية الأجنبية وإنفاذ القوانين والتعاون في مجال الاستخبارات وتعاون أكثر تخصصاً في مجال مكافحة غسل الأموال. وتشمل آليات الإنفاذ المؤسسات الدولية للتحقيق والمقاضاة وإصدار الأحكام في بعض الجرائم الدولية، مثل المؤسسات المختصة التي أنشأها مجلس الأمن والمحكمة الجنائية الدولية والمحاكم المختلطة النماذج التي أنشأتها الأمم المتحدة وبعض الحكومات<sup>(٢)</sup>.

ولكن كانت مجالات القانون الجنائي الدولي والقانون الجنائي عبر الوطني تختلف من حيث الأصل التاريخي والمحتوى المعياري والتنفيذ المؤسسي، فإنها غالباً ما ترتبط ارتباطاً وثيقاً فيما بينها من الناحية العملية. فبعض الجرائم العادية، إذا ارتكبت بطريقة منهجية أو على نطاق واسع، قد تصل إلى جرائم أكثر خطورة بمقتضى القانون الدولي، بحيث يتعين عندئذ أن تتناولها المحاكم والهيئات القضائية الدولية. وللمحاكم والهيئات القضائية الجنائية الدولية دور هام خصوصاً في حالات الصراع أو ما بعد الصراع التي تكون فيها الدولة التي تتحمل المسؤولية الأولى عن المقاضاة غير راغبة في تحمل تلك المسؤولية أو غير قادرة على تحملها<sup>(٣)</sup>. إن جهود المجتمع الدولي الرامية إلى إرساء معايير وقواعد ومبادئ توجيهية في مجال العدالة الجنائية لم تأت من فراغ. فالقانون الروماني كان يطبق في امبراطورية ضمت الجانب الأكبر من أوروبا وأجزاء من أفريقيا وغرب

1-UN/A/CONF.213/12/ 5 February 2010,p.6

2-UN/A/CONF.213/12/ 5 February 2010,p.4

3-Neil Boister, "Transnational Criminal Law", European Journal of International Law (2003), vol. 14, No. 5, pp. 953-976.

آسيا. وفي مرحلة لاحقة، انتشرت التعاليم المنظمة للسلوك الاجتماعي التي تتضمنها الشريعة الإسلامية عبر ثلاث قارات، ولا تزال تشكل عنصراً هاماً في النظم القضائية لكثير من البلدان (١).

**الحادي عشر: المحاكمة العادلة.**

والجدير بلفت الانتباه والتنبيه هو أن صكوك حقوق الإنسان الدولية والإقليمية تعترف بحق كل فرد، كحق أساسي، في المراعاة الواجبة للقانون، بما في ذلك الحق في الحصول على محاكمة عادلة وعلنية من قبل محكمة مختصة، ومستقلة وحيادية تم تأسيسها بموجب القانون. ويجري التأكيد على أهمية هذا الحق في حماية حقوق الإنسان من خلال الواقع القائل: بأن تطبيق جميع الحقوق الأخرى إنما يعتمد على حسن إقامة العدل. إن وجود محكمة مستقلة وحيادية يمثل أحد العناصر الأساسية للحق في الحصول على محاكمة عادلة. أما العنصر المتأصل الآخر للمحاكمة العادلة فيتمثل في وجود مساواة إجرائية بين جميع الأطراف، وهو ما يطلق عليه اسم المساواة في الأسلحة. وإذا كان النظام القضائي فاسداً، فلن تكون أي من هذه العناصر موجودة. إن فساد النظام القضائي يؤثر على الوصول غير الملثم إلى القرارات القضائية وإلى النتائج غير الملائمة لتلك القرارات. وستبقى تلك القرارات غير عادلة وغير متوقعة، وبالتالي، فإن سيادة القانون لن تكون هي العنصر السائد (٢). لا يمكن

1 - الأمم المتحدة، مؤتمر الأمم المتحدة، الحادي عشر لمنع الجريمة، والعدالة الجنائية، خمسون سنة من مؤتمرات الأمم المتحدة لمنع الجريمة والعدالة الجنائية المحازات الماضي وأفاق المستقبل، بانكوك ١٨ - ٢٥ نيسان/أبريل ٢٠٠٥، ص ٢.

-see also UN/A/CONF.203/15/24 March 2005, p.2

2 - (بيتر لانغسيث)، دكتوراه، مدير البرامج، و(أوليفر ستولب)، خبير مساعد، وبرنامج الأمم المتحدة العالمي لمكافحة الفساد، ومركز منع الجريمة الدولية، ومكتب مراقبة المخدرات ومنع الجريمة، ومكتب الأمم المتحدة في فيينا، ٢٠ كانون أول/ديسمبر ٢٠٠٥، للكتاب السنوي لمركز استقلالية القضاة والمحامين CIJL، ٢٠٠٥، تعزيز نزاهة القضاء ضد الفساد، فيينا، آذار/مارس ٢٠٠١، ص ٤.

تحقيق الأمن البشري إلا بإرساء سيادة القانون واستيفاء شروط المحاكمة العادلة. وهناك اتفاقات كثيرة كفلت الحق في المحاكمة العادلة (١)؛ ذلك أن مبدأ سيادة القانون والمحاكمة العادلة بسهمان في إضفاء الأمان على الحياة الشخصية، إذ يكفلان عدم تعرض أى شخص تعسفاً للملاحقة أو الاعتقال، وبضمنان تمتع كل إنسان بالحق في أن تُنظر قضيته في المحكمة نظراً منصفاً وعلناً على يد قاضٍ مستقلٍ ومحيدٍ. فمن شأن الإنصاف في تنفيذ إجراءات المحكمة أن يُفضي إلى إقامة العدل وبث الطمأنينة في نفوس المواطنين من باب ثقتهم في وضوح النظام القضائي (٢). إن مفهوم المحاكمة العادلة التي توفر الضمانات الواجبة يرتبط مباشرة بمبدأ المساواة أمام المحاكم والبيئات القضائية. وهو ما يستتبع أن تمتع كل من المتهم وأي طرف آخر في الإجراءات بالمساواة، وأن يتم التعامل مع جميع أطراف الدعوى دون أي تمييز (٣). ولجميع أطراف المحاكمة نفس

1 - من تلك الاتفاقات مايلي: المادة ١١ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨، المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام ١٩٥٠، المادة ١٤ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦، المادة ٨ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام ١٩٦٩، مبادئ الأمم المتحدة الأساسية لاستقلال السلطة القضائية لعام ١٩٨٥، قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية لإدارة شؤون قضاء الأحداث لعام ١٩٨٥، المادة ٧ من الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام ١٩٨٦، مبادئ الأمم المتحدة الأساسية المتعلقة بدور المحامين لعام ١٩٩٠، مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية بشأن دور أعضاء النيابة العامة لعام ١٩٩٠

2-Carothers, Thomas. The Rule of Law Revival. Foreign Affairs, Vol. 77, Issue 2. 1998.p.95-106- see also Cotran, Eugene and Mai Yamani.. The Rule of Law in the Middle East and the Islamic World, Human Rights and the Judicial Process. New York: Palgrave. 2000, pp.x-180

3 - لجنة حقوق الإنسان، التعليق العام رقم ٣٢، المادة ١٤: الحق في المساواة أمام المحاكم والبيئات القضائية والحصول على محاكمة عادلة، الفقرة ٨.

الحقوق الإجرائية إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك. وفي هذه الحالة، يجب تبرير أي انعدام مساواة في الإجراءات على أسس معقولة وموضوعية، وألا ينطوي ذلك على ضرر فعلي، أو إجحاف للمتهم (١). ولن تكون هناك مساواة في الأسلحة، على سبيل المثال، إذا كان بإمكان الإدعاء إستئناف أي قرار وكان المتهم محروماً من ذلك (٢).

**الثاني عشر: مكافحة الفساد**  
وتصدياً للتحديات الناجمة عن الفساد، اضطلعت الأمم المتحدة عبر عدد من السنوات بحجم واسع من العمل الذي تضمن وضع واعتماد المدونة الدولية لقواعد سلوك الموظفين العموميين، وإعلان الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والرشوة في المعاملات التجارية الدولية واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية. وتشمل أحكاماً تتعلق برشوة المسئولين العموميين (٣) مع ذلك، ونظراً لطبيعة تركيز اتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة ونطاقها، فقد أجمعت الدول الأعضاء على أن اعتماد صك مستقل سيكون أنسب أسلوب لمعالجة ظاهرة الفساد المتعددة الأوجه (٤) وفي ٣١ تشرين الأول/ أكتوبر ٢٠٠٣، وبعد أقل من

- 1 - لجنة حقوق الإنسان، آراء ٢٣ تموز / يوليو ٢٠٠٧، دادكو ضد أستراليا، البلاغ رقم / ١٣٤٧ / ٢٠٠٥، الفقرتان ٤ و٧.
- 2 - لجنة حقوق الإنسان، آراء ٣ نيسان / أبريل ٢٠٠٣، فايس ضد النمسا، البلاغ رقم ١٠٨٦ / ٢٠٠٢ / الفقرتان ٩، ٦، والآراء التي اعتمدت في ٣٠ آذار / مارس، ١٩٨٩ روينسون ضد جامايكا، البلاغ رقم ٢٢٣ / ١٩٨٧، الفقرتان ٤، ١٠.
- وراجع أيضاً اللجنة الدولية للحقوقيين: دليل مراقبة المحاكمات في حالات الإجراءات الجنائية دليل الممارسين رقم ٥، جنيف، ٢٠٠٩، ص ٨٧
- 3 - أنشأت الجمعية العامة للأمم المتحدة، بموجب قرارها ٥١/٥٥، لجنة مخصصة للتفاوض بشأن اتفاقية واسعة النطاق وفعالة لمكافحة الفساد على أساس شامل ومتعدد الاختصاصات.
- 4 - برنامج الأمم المتحدة الإنمائي (٢٠٠٨)، إطار برنامج الأمم المتحدة الإنمائي حول الفساد والتنمية: مذكرة توجيهية بشأن مكافحة الفساد، نيويورك: =



عامين من المفاوضات المكثفة، اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها ٤١٥٨ المؤرخ ٣١ تشرين الأول/أكتوبر اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وفتحت مجال التوقيع عليها بين ٩ و ١١ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٣ في مريدا، المكسيك. وتقضي الاتفاقية بأن يتم تحديد مجموعة من الجرائم وهي تشمل على مجموعة واسعة من التدابير الوقائية. كما تتضمن أحكاماً أساسية بشأن تعزيز التعاون الدولي فيما يخص الشئون الجنائية، وبشأن بعض الجوانب المعينة للتعاون في مجال إنفاذ القانون الدولي. أخيراً، فإن أحد الإنجازات الرئيسية للاتفاقية هو ما استحدثته من أحكام واسعة النطاق بشأن استعادة الأصول، وبشأن المساعدة التقنية والتنفيذ. وإلى جانب وضع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، أطلق مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة البرنامج العالمي لمكافحة الفساد باعتباره وسيلة لتقديم المساعدة التقنية إلى الدول الأعضاء بهدف تعزيز الأطر القانونية والمؤسسية وتوطيد سلامة الضمانات، وتطوير توجيه السياسات، وجمع الممارسات الجيدة والعبر المستفادة في مجموعة من المنشورات<sup>(١)</sup>، إلى جانب تحسين التعاون بين الوكالات الناشطة دولياً في مجال سياسة مكافحة الفساد والدفاع عنها.

---

=برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، وراجع أيضاً البرنامج الإنمائي للأمم المتحدة تعزيز المساواة الاجتماعية: مذكرة توجيهية، صادرة سبتمبر/أيلول ٢٠١٠، ص ١٩

1 - بما في ذلك مجموعة وسائل مكافحة الفساد التي وضعها مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة أيلول/سبتمبر ٢٠٠٤، ودليل الأمم المتحدة لسياسات مكافحة الفساد وكتيب الأمم المتحدة عن التدابير العملية لمكافحة الفساد لاستخدام موظفي الإدعاء والتحقيقات أيلول/سبتمبر ٢٠٠٤.

## الخاتمة

عندما نخط البحث أو نسطره، تأتي جنونة الخاتمة، فتظل الخاتمة هي مسكنا وأرجح، التي يفوح شذاها على البحث ومحتواه، عاضة آباء في حمل مقتضية، تستغرق كل البحث ومحتواه فهي منتهاه، وعلى أية كفة وأية حال الكمال من المحال. فإن فكرة سيادة القانون تبدو أكبر بكثير من معنى سيادة قانون تضعه سلطة تشريعية، حتى لو كانت منتخبة انتخاباً ديمقراطياً من الشعب، فإن ذلك القانون إن لم يوافق ويتفق مع المواثيق الدولية لحقوق الإنسان لا تكون له السيادة. فحقوق الإنسان في صورتها الطبيعية التي جاءت المواثيق والعهود الدولية تبياناً لها. وهي مبادئ تسمو على القوانين الداخلية، فمنذ عام ١٩٤٤ ومحكمة العدل الدولية مستقرة سواء في الأحكام أو الآراء الاستشارية على مبدأ سمو قواعد القانون الدولي العرفية والمكتوبة على أحكام وقواعد القوانين الداخلية فيما بين الدول الأعضاء في الجماعة الدولية ورست على هذا المبدأ عدم جواز تنصل الدول من التزاماتها الدولية تحت ستار أن قانونها الوطني أو دستورها الوطني يسح أو يحجز لها ذلك التهرب. كما خرج مبدأ سمو الالتزامات الناشئة عن المعاهدات الدولية على تلك الناشئة عن أحكام القوانين الوطنية من دائرة القانون العرفي إلى دائرة القانون الوضعي المكتوب وذلك من خلال النص صراحة على هذا المبدأ في المادة ٢٧ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ ونفس المادة من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التي تبرمها المنظمات الدولية لعام ١٩٦٨. أما فكرة الظروف الطارئة فإنه لا يجوز التعلل بها من أجل انتهاك حقوق الإنسان الطبيعية؛ لأنه لو حدث ذلك فإن الدولة تكون قد أهدرت مبدأ سيادة القانون. ولذا فقد حمل هذا البحث عنواناً فحواه: دور الأمم المتحدة في

تعزير سيادة القانون على الصعيدين الدولي والوطني، وقد توصلنا إلى

عدة الحقائق التالية:

الحقيقة الأولى:

الشيء الذي لا يمكن نكرانه، أن مبدأ سيادة القانون يثير إشكاليات عديدة متعلقة بوجود أرية بين النص والتطبيق للقانون بمفهومه العام، أو بكل ما تحمله تلك الكلمة في طياتها من معاني. وإن من الإشكاليات التي تقف أمام سيادة القانون كالصناديد، سياسة الكيل بمكالين في تطبيق القانون كما من الإشكاليات التي تقف حجرة عثرة أمام سيادة القانون فساد المنظومة القضائية برمتها - بداءة وانتهاء. ومن ثم فإن احترام مبدأ سيادة القانون مسؤولية الشعب جنباً إلى جنب مع مسؤولية الدولة.

الحقيقة الثانية:

بأن مبدأ سيادة القانون هو بلا شك واحد من أقوى التعبيرات الحديثة، هو معنى من المعاني القوية، بل أصبح نشاطاً في حد ذاته، وظاهرة عقلية اجتماعية توجد داخل وعى الإنسان وأعماله المستقلة ضمن الواقع الاجتماعي المادي، ويات على ظهره أو على صفة في وجهه. ومن ثم فإن الدولة إن رغبت أن تحافظ على بقائها ومركزها فهي محتاجة إلى دعم مواطنيها، ومن ثم يجب أن يكون هناك توافق بين الدولة والمواطنين حول الحدود المناسبة لتصرفات الدولة - التي يقف مبدأ سيادة القانون على أعتاب حدودها - فإذا انتهكت الدولة تلك الحدود فمن ثم يسحب المواطنون دعمهم للدولة، وبالتالي تفقد الدولة السلطة.

الحقيقة الثالثة:

يقصد بمفهوم سيادة القانون الدولي في المقام الأول وجود قوانين معروفة على صعيد المجتمع الدولي ولا تنطوي على أي تمييز. إلا أن وجود القوانين وحده لا طائل منه ما لم تنفذ هذه القوانين فعلاً. ومن ثم نشهد أبلجة للقواعد القانون الدولي في عصرنا الراهن، ما لا تحصىه مدداً وعدداً أن

هناك ازدياد للقواعد الأمرة الدولية ، وضمف على ذلك هناك إزلام على الدول أن تضمف الاتفاقات الدولية فى التشريعات الداخلية، مما يوحى أن سيادة القانون الدولي آخذة فى تنامى مرجعيتها بالنسبة للقوانين الداخلية للدول.

#### الحقيقة الرابعة:

أن مبدأ سيادة القانون يدخل فى طيات المبادئ التى أقرتها الأمم المتحدة. جوهر سيادة القانون هو أن السلطة يجب أن لا تستخدم إلا فى الطرق التى يسمح به القانون. من الصعب جداً على أى دولة أن تحافظ على سيادة القانون إذا أقدم مواطنيها على عدم احترام القانون. ومن ثم فإن المصدر الثالث من مصادر القانون التى يذكرها النظام الأساسى لمحكمة العدل الدولية، يساعد على كفالة إمكان الاعتماد على مصادر أخرى فى الحالات التى لا توفر فيها المعاهدات الدولية والقانون العرفى قاعدة كافية تستند إليها المحكمة فى اتخاذ قرار من القرارات. وإن مبدأ القانون العام، باعتباره مصدراً من مصادر قانون حقوق الإنسان الدولي، يشكل سندا قانونياً أساسياً إلى حد يجعله موجوداً فى كافة النظم القانونية الرئيسية فى العالم.

#### الحقيقة الخامسة:

أن الهدف من مطالبة ميثاق الأمم المتحدة بسيادة القانون هو إضلال الحق محل القوة. إن الأساس المعيارى لدور الأمم المتحدة فى تعزيز مبدأ سيادة القانون هو ميثاق الأمم المتحدة ذاته، إلى جانب الركائز الأربع التى يقوم عليها النظام القانونى الدولي الحديث وهى: القانون الدولي لحقوق الإنسان؛ والقانون الإنسانى الدولي؛ والقانون الجنائى الدولي؛ والقانون الدولي للاجئين. ويشمل ذلك ثروة معايير الأمم المتحدة لحقوق الإنسان والعدالة الجنائية التى وضعت خلال نصف القرن الماضى. وهذه تمثل المعايير المنطقية عالمياً التى اعتمدت تحت رعاية الأمم

المتحدة ومن ثم يجب أن تكون الأساس المعيارى لجميع أنشطة الأمم المتحدة الداعمة للعدالة وسيادة القانون.

#### الحقيقة السادسة:

ملء فراغ سيادة القانون فى ظروف ما بعد الصراع كثيراً ما تبدى الأطر القانونية دلالات متراكمة على الإهمال والتشويه السياسى، وتتضمن عناصر تمييزية، وقلما تفي بمتطلبات المعايير الدولية لحقوق الإنسان والقانون الجنائى. وكثيراً ما تكون قوانين الطوارئ والمراسيم التنفيذية هي السائدة. وإذا وجدت القوانين المناسبة فإن الجمهور العام قد لا يعرف عنها شيئاً، وقد لا تملك الجهات الفاعلة الرسمية القدرات أو الوسائل لتنفيذها. وعادة ما تنقص النظم الوطنية القضائية أو الإصلاحية أو نظم الشرطة الموارد البشرية والمالية والمادية الضرورية لأداء عملها بصورة ملائمة. كما تعوزها الشرعية فى كثير من الأحيان، بعد أن تحولت بفعل الصراع وإساءة الاستخدام إلى أدوات للقمع.

#### الحقيقة السابعة:

أن حكم القانون يستند على العدل والأمن وتعزيز سيادة القانون لمنع أو تخفيف أو التعافى من الصراع؛ وذلك ينطوى على مجموعة معقدة من المشاكل المترابطة، من مظاهر ملموسة من العنف والظلم إلى الثغرات والاحتياجات المؤسسية الأوسع الاجتماعية والاقتصادية. وانهيار سيادة القانون هو أهم مؤشر لتصاعد الصراع، وبالتالي المرحلة الحرجة فى منع نشوب الصراعات. فى الصراع الدائر، وحماية المدنيين فى أعقاب الصراع، وسيادة القانون أمر بالغ الأهمية فى خلق بيئة سليمة وأمنة فى الانتعاش التى يمكن أن يحدث. و فى التحليل النهائى، سيادة القانون يوفر الأساس للغاية من أجل تحقيق الأهداف الإنمائية.

#### الحقيقة الثامنة:

على الصعيد الدولى، تضيف سيادة القانون قابلية التنبؤ والمشروعية على أعمال الدول، وتعزز مساواتها فى السيادة، وتدعم

مسئولية الدولة أمام جميع الأفراد داخل إقليمها والخاضعين لولايتها. ويتسم تنفيذ الالتزامات الواردة فى ميثاق الأمم المتحدة وغيره من الصكوك الدولية، بما فى ذلك الإطار الدولى لحقوق الإنسان، تنفيذاً كاملاً بأهمية محورية للجهود الجماعية الرامية إلى صون السلام والأمن الدوليين، والتصدي بفعالية للتهديدات الناشئة، وسد الثغرات التى تعترى المساواة عن ارتكاب جرائم دولية. وعلى الصعيد الوطنى، تندرج سيادة القانون فى صميم العقد الاجتماعى بين الدولة والأفراد الخاضعين لولايتها، وتكفل أن يسود العدل المجتمع فى كل مستوياته. فسيادة القانون تضمن حماية حقوق الإنسان بكامل نطاقها، وتوفر للمواطنين وغير المواطنين على حد سواء، سبلاً مشروعة للانتصاف فى حالات إساءة استعمال السلطة، و تتيح تسوية المنازعات بطرق سلمية وعادلة. وسيادة القانون إنما تكفلها المؤسسات الوطنية التى يمكنها سن وتنفيذ قوانين واضحة وعامة وعادلة، وتوفر خدمات عامة نزيهة ومنصفة وتخضع للمساواة، للناس كافة على قدم المساواة. ويشجع تعزيز سيادة القانون تهيئة بيئة تيسر تحقيق التنمية البشرية المستدامة وحماية وتمكين المرأة والطفل والفئات الضعيفة، من قبيل المشردين داخلياً وعديمي الجنسية واللاجئين والمهاجرين.

**الحقيقة التاسعة:**

أن أوجه القصور فى قواعد القانون الدولى ليست مبرراً لانتهاكها. وفى عصرنا الراهن يقاس تطور الدول وتقدمها بمدى احترام سيادة القانون، على اعتبار أن الدولة فى المجتمعات الحديثة تخضع للقانون، ولا يخضع القانون فيها للدولة، كما يخضع للقانون كل من الحاكم والمحكوم مهما كان شأن الحاكم، لأن الحاكم مجرد إنسان، ليست لإرادته قوة منشئة فى عالم القانون أعلى من القوة التى تكون لإرادة أضعف شخص من رعاياه. أن سيادة القانون لا تتحقق فعلياً فى أى مجتمع، مالم تُفرض هذه السيادة أيضاً، وأيضاً على جميع السلطات فى الدولة. وعلى السلطة

التشريعية أثناء سننها لأي تشريع أن تهتدي بالقواعد الدستورية ومبادئ الحق الطبيعي والعهود والمواثيق الدولية المؤسسة على احترام حقوق الإنسان وحرياته العامة. لأن السلطة فى الدولة إذا لم تهتد بمثل هذه القواعد التى هى ضوابط ملزمة لها، تستطيع أن تسن ما تشاء من التشريعات تضيق فيها الخناق على أفرادها، ثم تأتى تلك السلطة لتقول إن سيادة القانون متحققة لأنها خاضعة له. ونسيت أن سيادة القانون هنا شكلية باعتبار أن السلطة هنا تخضع للقانون الذى وضعته، وهذا ما يؤدي إلى تحقيق الطغيان باسم القانون وسيادته. وأكبر عامل التمييز بين الدول التى يوجد فيها بعض الحرية وتلك الحكومات الاستبدادية هو سيادة القانون .

#### الحقيقة العاشرة:

أن الالتزام بمقاصد ومبادئ ميثاق الأمم المتحدة والقانون الدولي يمثلان أساساً لا غنى عنها لإرساء عالم أكثر سلماً وازدهاراً وعدلاً. والأمم المتحدة تؤكد فى المحافل الدولية على عزمها على تعزيز الاحترام التام لها وإحلال سلام عادل ودائم فى جميع أنحاء العالم. أن حقوق الإنسان وسيادة القانون والديمقراطية مترابطة ويدعم كل منها الآخر وأنها تندرج ضمن قيم الأمم المتحدة ومبادئها الأساسية العالمية غير القابلة للتجزئة، وتدعو الأمم المتحدة إلى ضرورة التقيد الشامل بسيادة القانون ووضعها موضع التطبيق على الصعيدين الوطني والدولي على السواء، والتزامها الرسمي بنظام دولي يستند إلى سيادة القانون والقانون الدولي، وهو نظام يشكل، إلى جانب مبادئ العدل، أمراً أساسياً من أجل التعايش السلمى والتعاون فيما بين الدول .

#### الحقيقة الحادية عشر:

حتى يمكن أن يسهم تطبيق مبدأ سيادة القانون بطريقة ناجحة فى تعزيز السلم والأمن الدوليين يجب أن تسلك الدول الخطوات التالية: التطبيق الصحيح لفهم المنظمة لسيادة القانون كمبدأ على المستوى

الدولي. وتجديد الإيمان بدور مجلس الأمن فى إقرار سيادة القانون ومن ثم صيانة السلم والأمن الدوليين، وقبول الولاية القضائية لمحكمة العدل الدولية، والتطوير والتدوين التدريجي للقانون الدولي والمعايير الدولية، ومكافحة الإفلات من العقاب، جبر الضرر، والاعتراف بقرارات الأمم المتحدة، وتعزيز التلاحم بين الجهات المألحة، وتعزيز الديمقراطية العالمية، وتعزيز العدالة الجنائية الدولية من أجل سيادة القانون، والمحكمة العادلة، ومكافحة الفساد.

ومن جملة ما استخلصناه من الحقائق، نوصى... بما هو آت:  
التوصية الأولى:

وتعزيز سيادة القانون مهمة صعبة ومعقدة وطويلة الأجل، يتوقف نجاحها أساساً على مدى التزام المجموعات الوطنية التي تعمل معها الأمم المتحدة. ولا يمكن لأي برنامج من البرامج المتصلة بسيادة القانون أن يكتب له النجاح على المدى البعيد إذا كان مفروضاً من الخارج. فهو يتطلب فهماً عميقاً للسياق السياسي والأسس التي يقوم عليها في إطار التقييمات والاحتياجات والطموحات الوطنية. ويجب أن تكون القيادة وصنع القرارات بشأن البرنامج في أيدي أصحاب المصلحة الوطنيين. والإرادة السياسية من جانب السلطات الوطنية أمر أساسي. وتشمل الملكية الوطنية أيضاً استطلاع آراء الجمهور على أساس مبادئ الإشراف والمشاركة والشفافية والمساءلة. ومن العناصر الأساسية في العمل المتعلق بسيادة القانون دعم دوائر الإصلاح والتمكين القانوني لجميع شرائح المجتمع حتى يتسنى إيصال جميع الأصوات عندما يتم تحديد الأولويات الوطنية.

التوصية الثانية:

نظراً لأن سيادة القانون تكتسي أهمية خاصة في سياق حياتها اليومية. نرى أن مبدأ سيادة القانون تقتضي التقيد بمبدأ الحكم الرشيد، وهو مبدأ يكون فيه جميع الأشخاص والمؤسسات والكيانات العامة والخاصة، بما في ذلك الدولة ذاتها، مسؤولين أمام قوانين صادرة علناً،



وتطبق على الجميع بالتساوي ويحتكم في إطارها إلى قضاء مستقل، وتتفق مع القواعد والمعايير الدولية لحقوق الإنسان. ويقتضي هذا المبدأ كذلك اتخاذ تدابير لكفالة الالتزام بمبادئ سمو القانون، والمساواة أمام القانون، والمساءلة أمام القانون، والعدل في تطبيق القانون، والفصل بين السلطات، والمشاركة في صنع القرار، واليقين القانوني، وتجنب التعسف، والشفافية الإجرائية والقانونية.

**التوصية الثالثة:**

وينبغي أن تركز الأمم المتحدة على أوجه الترابط الحيوي بين سيادة القانون على الصعيدين الدولي والوطني، والبحث عن سبل أفضل لدعم الدول الأعضاء ورعاياها في تطبيق القواعد والمعايير الدولية على الصعيد المحلي، وللعمل على تحقيق التقيد بالالتزامات الدولية، والتركيز خصوصاً على تعزيز المؤسسات والسياسات والعمليات والشروط التي تكفل إنفاذ نظام وطني ودولي عادل والتمتع به.

**التوصية الرابعة:**

ويجب أن تركز الجهود الرامية إلى تحقيق ذلك على قيم متفق عليها على نحو مشترك. واستناداً إلى الالتزامات الواردة في ميثاق الأمم المتحدة، وإعلان مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول. احترام ميثاق الأمم المتحدة والقانون الدولي، باعتبارهما ركيزتين لا غنى عنهما لعالم أكثر سلاماً ورخاء وعدلاً. الإقرار بأن السلام والأمن والتنمية وحقوق الإنسان وسيادة القانون والديمقراطية أمور مترابطة فيما بينها ويعزز كل منها الآخر، وأنها جزء من القيم والمبادئ الأساسية للأمم المتحدة، وهي قيم عالمية تشكل كلا لا يتجزأ.

**التوصية الخامسة:**

الإقرار بأن وجود نظام فعال متعدد الأطراف، وفقاً لأحكام القانون الدولي، أساسي للتصدي للتحديات والتهديدات المتعددة الأوجه والمترابطة التي يواجهها عالمنا، وأن إحراز تقدم في مجالات السلام والأمن

والتنمية وحقوق الإنسان يقتضي أن تكون الأمم المتحدة، قوية وفعالة، وهي تضطلع بدور أساسي بتنفيذ قراراتها ومقرراتها.  
**التوصية السادسة:**

احترام المساواة بين الدول في السيادة، وضرورة تشجيع عدم استعمال القوة أو التهديد باستعمالها ضد السلامة الإقليمية أو الاستقلال السياسي لأي دولة بأي طريقة لا تتفق مع ميثاق الأمم المتحدة. وضرورة حل النزاعات بالوسائل السلمية بما يتفق مع ميثاق الأمم المتحدة. وإعلان مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول و مبادئ العدالة والقانون الدولي. واحترام وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، وحق تقرير المصير وللشعوب، والمساواة في الحقوق بين الجميع دون تمييز على أساس العرق أو الجنس أو اللغة أو الدين. والإقرار بأن الحماية من جرائم الإبادة الجماعية والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية والتطهير العرقي وجرائم الحرب ليست فقط مسئولية الدولة تجاه رعاياها، بل هي أيضا مسئولية المجتمع الدولي.  
**التوصية السابعة:**

تقديم المساعدة لمؤسسات سيادة القانون التي تعاني من عيوب متصلة يمكن أن يكون غير مجد، وربما يؤدي إلى نتائج عكسية إن لم تكن هذه المساعدة مدعومة باستراتيجية ومحوار في مجال السياسات العامة مستند إلى مبادئ. وبينما يشكل إصلاح المؤسسات المركزية أمراً بالغ الأهمية بالنسبة للنهوض بمسئولية الدولة، ينبغي أن تكون النهج المتخذة على صعيد المجتمع مكملة لأهمية إنجاز الحكم الرشيد من القمة إلى القاعدة. وفي كثير من الأحيان تهمل أهمية الدعم الجماهيري لسيادة القانون وحاجة المجتمع المدني للعدالة والأمن. وتكسب المجتمعات الكثير من وجود الحماية القانونية وتخسر الكثير في غيابها. إن إنشاء مؤسسات عامة قوية، وهو في العادة هدف طويل الأمد، قد لا يتم عندما تكون الإجراءات القانونية غير مفهومة، ويكون الوصول إلى القضاء محدوداً، وعندما يقوض الإفلات

من العقاب عن الجرائم والانتهاكات الأخرى الثقة في مؤسسات الدولة. ويركز بعض كيانات الأمم المتحدة على منع الجريمة، والتمكين القانوني للفقراء ووصولهم إلى القضاء. ويلزم إيلاء عناية أكبر لاستغلال الإمكانيات التي تحملها تلك النهج لتحسين نتائج سيادة القانون عبر نطاق أنشطة الدولية.

**التوصية الثامنة:**

يتطلب مجال المساعدة المقدمة في مجال سيادة القانون مشاركة نشطة من جميع أصحاب المصلحة بالعمل على تنفيذ استراتيجية شاملة بطريقة منسقة. وعليه، فإن مجال المساعدة التي تقدمها الأمم المتحدة يرتبط بوجود شراكات ذات مغزى. ويشمل هذا العمل أنشطة عديدة تقوم بها كيانات لا حصر لها عبر المجتمع الدولي. وفي العديد من البلدان، تظل الأمم المتحدة من الجهات الفاعلة الصغيرة في مجال سيادة القانون. وتوفر المنظمات الدولية الثنائية الأطراف والمنظمات الدولية الأخرى الجزء الأكبر من المساعدة. وتقوم المنظمات الإقليمية والمنظمات غير الحكومية بأدوار في جهود الإصلاح، كما أن المؤسسات البحثية وعلماء الاجتماع شركاء هامون آخرون في تطوير المعرفة، ويوصف المجتمع المدني شريكاً رئيسياً، فإنه لا يولد الحاجة للتغيير فحسب، بل يساهم أيضاً في الوفاء بها. ويتمثل جزء بالغ الأهمية من نهج سيادة القانون بالأمم المتحدة في السعي إلى إيجاد شراكات قوية ومنتجة مع جميع أصحاب المصلحة، لتحقيق أهداف مشتركة وبرمجة منسقة. وستؤدي جهود الأمم المتحدة المبذولة نحو التنسيق والاتساق المؤسسي في المساعدة المقدمة في مجال سيادة القانون إلى تحقيق القدر القليل، إن لم تقترن بمبادرات مماثلة في إطار المجتمع الدولي الأوسع.

**التوصية التاسعة:**

يجب إصلاح العوائق الفنية، مثل آليات التمويل المتضاربة أو التي تشكل عبئاً كبيراً، تعوق مجتمع سيادة القانون. ويعاني العمل من انعدام

هيكلي لتنسيق الملتحقين وسوء فهم لحجم المساهمات وتأثيرها. وتظل قاعدة المعارف الجماعية ضعيفة، ويرغم المؤتمرات والشبكات المختصة العديدة، إلا أنه لا توجد قيادة تعنى بالتأهيل المهني في مجال سيادة القانون.

### التوصية العاشرة:

وأخيراً، حتى تحقيق عالم عادل آمن سلمي خاضع لسيادة القانون، ينبغي أن يبقى التركيز على نقطة الصلة الحاسمة الحرجة بين سيادة القانون على الصعيد الوطني وعلى الصعيد الدولي، وذلك بمساعدة الدول الأعضاء وشعوبها بشكل فعال على إيجاد القدرات اللازمة لضمان الأعمال والتمتع الفعليين بنظام وطني ودولي عادل. ولا بد أن تهدف الجهود المبذولة في مجالي التنسيق والتماكك إلى تحقيق هذه الغاية. لقد حان الوقت أن تتخذ الدول الأعضاء، والأمم المتحدة، والجهات المانحة، والمجتمع المدني، إجراءات فيها تصميم على المضي بجدول أعمال سيادة القانون إلى الأمام، وينبغي عليهم تحديد الطرق والوسائل الكفيلة بتعزيز وتنسيق أنشطة المنظمة المتعلقة بسيادة القانون. ومع ذلك، ولكي يكون جميع أصحاب المصلحة الرئيسيين فعالين، لا بد لهم من العمل كمجتمع واحد يسوده القانون.

### المراجع

#### أولاً: المراجع العربية.

- د. إبراهيم عبد العزيز شبيحا، النظم السياسية، الدول والحكومات، دار النهضة العربية ٢٠٠٦.
- د. إبراهيم عبد العزيز شبيحا، النظم السياسية والقانون الدستوري، الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية، بدون تاريخ للنشر.
- د. إبراهيم عبدالله إبراهيم حسين، الالتزامات السياسية للحاكم والمحكوم في النظم السياسية والقانون الدستوري: دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية ٢٠٠٩،

- ادمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري، الجزء الأول، الدولة وأنظمتها، بيروت ١٩٦٨ .
- ثروت بدوي، النظم السياسية - الجزء الأول - النظرية العامة للنظم السياسية، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٧٠ .
- د. ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٧٢ .
- د. جمال سلامة على، أصول العلوم السياسية: اقتراب واقعى من المفاهيم والمتغيرات، دار النهضة العربية الطبعة الرابعة، القاهرة ٢٠١٢ .
- د. جعفر عبد السلام، العدالة والانصاف فى القانون الدولى، مجلة الاقتصاد والإدارة، ١٣٩٦ .
- د. حسام مرسى، مدخل العلوم السياسية، دار الفكر الجامعى، الطبعة الأولى ٢٠١٢ .
- د. رجب عبد الحميد، النظم السياسية المعاصرة، ٢٠٠٨ | ٢٠٠٩، بدون دار نشر
- د. رياض صالح أبو العطا، طبيعة القانون الدولى، الطبعة الأولى، دار النهضة بدون تاريخ نشر،
- د. زحل محمد الأمين، مبدأ الشرعية فى النظامين الدستورى والدولى، دار النهضة العربية ٢٠١٠ .
- د. سعيد السيد على، المبادئ الأساسية للنظم السياسية وأنظمة الحكم المعاصرة، دار الكتاب الحديث ١٤٢٨ هـ ٢٠٠٧ .
- د. سليمان الطماوى، السلطات الثلاث فى الدساتير العربية المعاصرة وفى الفكر السياسى الإسلامى، دار الفكر العربى ١٤١٧ هـ ١٩٩٦ م .
- د. شحاته أبوزيد شحاته، مبدأ المساواة فى الدساتير العربية، فى دائرة الحقوق والواجبات العامة وتطبيقاته القضائية، بدون دار نشر، عام ٢٠٠١ .

- طارق إبراهيم الدسوقي عطية، الأمن السياسي، دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠١٠
- طارق عزت رخا، قانون حقوق الإنسان بين النظرية والتطبيق فى الفكر الوضعى والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، بدون تاريخ للنشر
- د. عائشة راتب، دراسات قانونية، دار النهضة العربية ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣
- د. عاصم رمضان مرسى يونس، الحريات العامة فى الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ٢٠١٠
- د. عبد الحميد متولى، القانون الدستوري والانظمة السياسية ج ١، ط ١ - منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٧٥ - ١٩٧٦
- د. عليان بوزيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الأسكندرية، دار الجامعة الحديثة ٢٠٠٩.
- د. فوزى أو صديق، الوسيط فى النظم السياسية والقانون الدستوري، القسم الأول، النظرية العامة للدولة، دار الكتاب الحديث ١٤٢٩ هـ، ٢٠٠٩ م.
- د. محمد الحمورى، الحقوق والحريات بين أهواء السياسة وموجبات الدستور، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، الأردن ٢٠١٠.
- د. محمد عبد الحميد أبوزيد، تقاسم السلطة تعزيز للديمقراطية: دراسة مقارنة، مطبعة العشرى، طبعة أولى بدون تاريخ.
- د. محمد سعد أبو عامود، النظم السياسية فى ظل العولمة، دار الفكر الجامعى، الأسكندرية، الطبعة الأولى ٢٠٠٨.
- د. مصطفى أحمد فواد، دراسات فى القانون الدولى، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٧.
- د. يحيى الجمل، الأنظمة السياسية المعاصرة، النهضة العربية - القاهرة ١٩٦٩.

- د. وائل محمد يوسف عبدالعال ، نطاق تطبيق المحكمة الدستورية العليا للمادة الثانية من الدستور: دراسة تحليلية مقارنة، رسالة دكتوراة - جامعة بنى سويف ٢٠٠٩.
- ثانياً: الكتب والمقالات المترجمة.
- جول هاردينج وشين سكانلون وشون ليزوكارسون بيكر وآى لى ليم، حكم العدالة وسيادة القانون، نشرة الهجرة القسرية ٣، نازحو بورما ٢٩. ٢٠١٢.
- سير مايكل وود، النظام الاساسي للجنة القانون الدولي، الأمم المتحدة ٢٠١٠.
- فينمان جاي، الحقوق الدستورية والسياسات الدستورية ( النظام القانونى للولايات المتحدة ) ترجمة علاء الخضرى، دار الكتاب الحديث ٢٠٠٨.
- فيفيان أوكونر وكوليت روش هانس جورج ألبريشت وجوران كليمينسيك: القوانين النموذجية للعدالة الجنائية خلال الفترات اللاحقة للصراعات، المجلد الثانى، معهد الولايات المتحدة للسلام، ٢٠١١.
- فيتش دايليل، السياسة والرأى العام: مصاعب فى طريق الديمقراطية ، ترجمة المركز الثقافى للتعريب والترجمة، الناشر دار الكتاب الحديث ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٨ م .
- مارى لاروزا وكارولين فوردنز: الجماعات المسلحة والعقوبات وإنفاذ القانون الدولى الإنسانى، مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر المجلد ٩٠ - العدد ٨٧٠ - يونيو /حزيران ٢٠٠٨.
- وليام بلوم، الدولة المارقة: دليل إلى الدولة العظمى الوحيدة فى العالم، ترجمة كمال السيد، الناشر المجلس الاعلى للثقافة، ٢٠٠٢.
- نعوم تشكومى، الدول الفاشلة: إساءة استعمال القوة والتعدى على الديمقراطية، ترجمة سامى الكعكى، دار الكتاب العربى بيروت ٢٠٠٧.

**-A. H. Robertson, Human Rights in the World. (Manchester University Press, 1972).**

**: - A Boege, V., Brown, A., Clements, K. and Nolan  
on Hybrid political Orders and Emerging States: State  
Formation in the Context of Fragilit y Constructive Conflict  
Management, Center Berghof 2008.**

**- Amartya Sen, "What is the role of legal and judicial reform  
in the development process?", statement made at the World  
Bank Legal Conference entitled "Role of Legal and Judicial  
Reform in Development", Washington, D.C., 5 June 2000.**

**- André Nollkaemper, Jan Wouters and Nicolas Hachez.  
Accountability and the Rule of Law at International Level,  
the Amsterdam Centre for International Law (University of  
Amsterdam) and the Leuven Centre for Global Governance  
Studies (University of Leuven 2008.**

**-Arnold N. Pronto: Some Thoughts on the Making of Intern -  
ational Law, New York:Oxford University Press , 2007.**

**-AV Dicey, Introduction to the Study of the Law of the  
Constitution, 10th edn (London: Macmillan, 1961).**

**-Jim Parsons, Monica Thornton, Hyo Eun (April) Bang -  
Ben Estep, Kaya Williams, and Neil Weiner:Developing  
Indicators to Measure the Rule of Law:A Global Approach ,  
Report to the World Justice Project, JULY 2008.**

**- Brigitte Stern, How To Regulate Globalization?, in THE  
ROLE OF LAW IINTERNATIONALPOLITICS: ESSAYS  
IN INTERNATIONAL RELATIONS AND INTERNAT -  
IONAL LAW (Michael Byersed. 2000).**

**- Brian Tamanaha, Law as a Means to an End: Threat to the  
Rule of Law (Cambridge: Cambridge University Press,)2006.**



- **BZ Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004).**
- **Christof Heyns and Frans Vijoen, *The Impact of the United Nations Human Rights Treaties on the Domestic Level*, (Kluwer Law International, The Hague, 2002).**
- **Cooter, Robert D. "The Rule of State Law and the Rule-of-Law State: Economic Analysis of the Legal Foundations of Development." In *Annual World Bank Conference on Development Economics 1996*. The World Bank, 1997.**
- **Cotran, Eugene and Mai Yamani. *The Rule of Law in the Middle East and the Islamic World, Human Rights and the Judicial Process*. New York: Palgrave. 2000.**
- **CRAIG, PAUL. "FORMAL AND SUBSTANTIVE CONCEPTIONS OF THE RULE OF LAW: AN ANALYTICAL FRAMEWORK." *PUBLIC LAW* (1997).**
- **David Held: *The Changing Structure of International Law: Sovereignty Transformed?* 2003.**
- **David M. Trubek: *The "Rule of Law" in Development Assistance: Past, Present, and Future*, University of Wisconsin-Madison 2003.**
- **Eric Rosand, Alistair Millar, and Jason Ipe "Human rights and the implementation of the United Nations Global Counter-Terrorism Strategy: hopes and challenges" (Center on Global Counterterrorism Cooperation, 2008).**
- **Erica De Wet, *The Chapter VII Powers on the United Nations Security Council*, (Portland, Hart Publishers, 2004).**
- **Fernando R. Tesón, "The Liberal Case for Humanitarian Intervention," in J. L. Holzgrefe and Robert O. Keohane, eds., *Humanitarian Intervention: Ethical, Legal, and Political Dilemmas* (Cambridge: University Press, 2003).**
- **F. Frowein and N. Krisch, "Introduction to Chapter VII", in *The Charter of the United Nations: a Commentary*, B. Simms, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2002).**

- G. Cornu – dir: *Vocabulaire juridique*, PUF 1987.
- Gunther, Gerald: *Learned Hand: The Man and the Judge*, New York: Knopf, (1994).
- G. Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child* (Dordrecht, Kluwer Law, International, 1998).
- Hand, Learned: Dilliard, Irving, ed., *The Spirit of Liberty*, Chicago: University of Chicago Press 1977.
- Hannah Arendt: *The Origins of Totalitarianism*, 2nd ed. Harcourt Inc., 2009.
- Helen Yu and Alison Guernsey: *What is the Rule of Law?* THE WORLD BANK WORKING PAPER SERIES, 2011
- Holston, J.: *A just rule of law in Insurgent citizenship: disjunctions of democracy and modernity in Brazil* Princeton, Princeton University Press 2008.
- Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1979), 3rd edn., 1979.
- Jacques Cadart , *Institutions politiques et Droit constitutionnel* , Economica , 1990
- Joseph Raz, "The Rule of Law and Its Virtue", in Raz, J., *The Authority of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1979).
- Jutta Brunnée and Stephen J. Toope, *Legitimacy and Legality in International Law*, Cambridge University Press 2010.
- J. Patrnoic and B. Jakovljevic, *International Humanitarian Law in the Contemporary World*, Sanremo, Italy, International Institute of Humanitarian Law (Collection of Publications 10), 1991.
- Karl Heins Nassmacher: *Introduction: Political Parties, Funding and Democracy*, in Reginald Austin, Maja Tjernström (Editors): *Funding of Political Parties and Election Campaigns* , *Handbook Series* , International Institute for Democracy and Electoral Assistance 2003.

- Leslie Groves and Rachel Hinton, "The complexity of inclusive aid", *Inclusive Aid: Changing Power and Relationships in International Development*, Leslie Groves and Rachel Hinton, eds. (London, Earthscan, 2004).
- Lord Mackenzie Stuart, *European Communities and the Rule of Law*, London, Stevens and Sons, 1977.
- Li Col Mike Cole, **RULE OF LAW HANDBOOK A PRACTITIONER'S GUIDE FOR JUDGE ADVOCATES**, The Judge Advocate General's Legal Center and School, U.S. Army Center for Law and Military Operations Charlottesville, Virginia 2011.
- *Making Standards Work: an International Handbook on Good Prison Practice*, 2nd. ed. (Penal Reform International, 2001).
- Marie -Joëlle Redar, *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, Presses universitaires d'Aix-Marseille 1992.
- M. Cherif Bassiouni and Eduardo Vetere, eds., *Organized Crime: a Compilation of U.N Documents, 1975-1998* (Ardsley, New York, Transnational Publishers, 1998).
- Michael Johnston: *Good Governance: Rule of Law, Transparency, and Accountability*, Department of Political Science, Colgate University 2005.
- MORITA, SACHIKO and ZAEELKE, **DURWOOD RULE OF LAW, GOOD GOVERNANCE, AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT**, Washin gton, DC. United States. 2007.
- Nigel Rodley, *The Treatment of Prisoners in International Law*, 2<sup>nd</sup> ed. (Oxford, Clarendon Press, 1999).
- Oskar Thoms, James Ron and Roland Paris, *The effects of transitional justice mechanisms working paper* (Ottawa 17) Centre for International Policy Studies, April 2008.
- Pablo de Greiff, "Theorizing Transitional Justice", in *Transitional Justice: NOMOS LI*, Melissa (S. Williams, Rosemary Nagy and Jon Elster, eds., (New York and London, NYU Press, 2012).
- Rapaczynski, Andrzej. "The Rule of Law in Theoretical and Comparative Perspective." In Roger Michener, ed. *The*

- Balance of Freedom: Political Economy, Law, and Learning.* Paragon House, 1995.
- Philip C. Jessup, *Transnational Law No. 2*, 1956.
- Priscilla B. Hayner, *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity* (New York, Routledge, 2001).
- Reginald Austin and Maja Tjernström, eds., *Funding of Political Parties and Election Campaigns* (Stockholm, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2003).
- Reid J.P., *Rule of Law: The Jurisprudence of Liberty in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*, Northern Illinois University Press 2004.
- Renata Giannini, *The Rule of Law: State Sovereignty vs. International Obligations*, ODUMUNC , Issue Brief for the GA Sixth Committee, Legal 2010.
- R Jennings and A Watts, *Oppenheim's International Law, Vol 1*, 9th edn (London: Longman, 1992).
- Robert J. Barro, Ph.D: *RULE OF LAW, DEMOCRACY, AND ECONOMIC PERFORMANCE*, Index of Economic Freedom 2000.
- Robert Chambers and Jethro Pettit, "Shifting power to make a difference", *Inclusive Aid: Changing Power and Relationships in International Development*, Leslie Groves and Rachel Hinton, eds. (London, Earthscan, 2004).
- Roger Clark, *The United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Program: Formulation of Standards and Efforts at Their Implementation* (2002).
- Stanger, A.K. "Democratization and the International System: The Foreign Policies of Interim Governments", in Shain, Y., and Linz, J.J., eds., *Between States: Interim Governments and Democratic Transitions* (Cambridge: Cambridge University Press 1995).
- Stefanie Ricarda Roos: *The Rule of Law, as a Requirement for Accession to the European Union*, The International Institute University of Wisconsin-Madison, June 2003.

- Todd J. Zywick: *The Rule of Law, Freedom, and Prosperity*. LAW AND ECONOMICS WORKING PAPER SERIES, George Mason University SCHOOL of LAW 2002.
- Thomas M. Franck: *Fairness in International Law and Institutions* (New York: Oxford University Press, 1995).
- W. Lawrence Neuman: *Social Research Methods: Qualitative and Quantitative Approaches*, 6th ed. (Boston, Pearson, 2006).
- Yav Katschung Joseph: *The relationship between the International Criminal Court and Truth Commissions: Some thoughts on how to build a bridge across retributive and restorative justices* Centre for Human Rights and Democracy Studies, 2005.

#### رابعاً: الدوريات الأجنبية

- Alex J. Bellamy: "The Responsibility to Protect—Five Years On," *Ethics & International Affairs* 24, No. 2, summer 2010.
- ALLEN, T.R.S. "LEGISLATIVE SUPREMACY AND THE RULE OF LAW: DEMOCRACY AND CONSTITUTIONALISM." *CAMBRIDGE LAW JOURNAL*, VOL. 44, NO. 1 (MARCH, 1985).
- Andrew Hudson and Alexandra W. Taylor, "The International Commission against Impunity in Guatemala: a new model for international criminal justice mechanism," *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, No. 1, 2011.
- Andrea Bianchi, "Security Council's anti-terror resolutions and their implementation by Member States" *Journal of International Criminal Justice* vol. 4, issue 5 (2006).
- Antonio Cassese, *On the Current Trends Towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law*, 9 *EUR. J. INT'L L.* 2, 8 (1998).
- Antonin Scalia: *The Rule of Law as a Law of Rules*, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 56, No. 4, Autumn, 1989.
- Amir N. Licht, Chanan Goldschmidt, and Shalom H. Schwartz. *Culture Rules: The Foundations of the Rule of Law and Other Norms of Governance* William Davidson Institute Working Paper Number 605, August 2003.

- **Augustine Nwabuzo**: *Corruption and Development: New Initiatives in Economic Openness and Strengthened Rule of Law*, *Journal of Business Ethics* .Issue 1-2 ,Vol. 59. June 2005.
- **Augusto Zimmermann**. *The Rule of Law as a Culture of Legality: Legal and Extra-legal Rule of Law in Society* . *Law Journal: Murdoch University*1990.
- **A Watts**, 'The International Rule of Law' *German Yearbook of International Law*(1993).
- **B. Martenczuk**, "The Security Council, the International Court and Judicial Review: What Lessons from Lockerbie?" *European Journal of International Law* 10,N.3.1999.
- **Batry R. Weingast**: *The Political Foundations of Democracy And the Rule of Law*, *CENTER FOR INSTITUTIONAL REFORM AND THE INFORMAL SECTOR* University of Maryland at College Park., *Working Paper No. 54* April, 1993.
- **Bernard H. Oxman**:*The Rule of Law and the United Nations Convention on the Law of the Sea* , 7 *EJIL* (1996).
- **Benedict Kingsbury, Nico Krisch and Richard B. Stewart**: *The Emergence of Global Administrative Law* ,*Duke University School Law and Contemporary Problems* *Of law* ,Vol .68.No.3\4,Summer –Aut 2005.
- **Benedict Kings and Nico Krisch**:*Introduction .Global Governane and Global Administrative Law in the International Legal Order* , *European Journal of International law* .vol.17.Issue16/feb 2006
- **Carothers, Thomas**. *The Rule of Law Revival*. *Foreign Affairs*, Vol. 77, Issue 2. 1998.
- **Curtis A. Bradley & Mitu Gulati**:*Mandatory Versus Default Rules: How Can Customary International Law Be Improved?* *the yale law journal*,vol. 120, online 2011.
- David Boies**: *Judicial Independence and the Rule of Law*, *Journal of Law & Policy*, Vol. 22:57. ,2006.
- DAVID DYZENHAUS: THE RULE OF ADMINISTRATIVE LAW IN INTERNATIONAL LAW, LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS**, [Vol. 68:127. 2005.

- Daryl Robinson, *Serving the interests of justice: Amnesties, truth commissions and the International Criminal Court* European Journal of International Law, vol. 14, No. 3 (2003).**
- Dencho Georgiev: *Politics or Rule of Law: Deconstruction and Legitimacy in International Law*, 4 EJIL (1993)**
- DIBA MAJZUB: PEACE OR JUSTICE? AMNESTIES AND THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, Melbourne Journal of International Law [Vol 3, 2002.**
- Fallon, Richard H. Jr. : *Rule of Law as a Concept in Constitutional Discourse*, Columbia Law Review, vol 97 No.1..January 1997.**
- Frédéric Mégret and Florian Hoffman, "The United Nations as a Human Rights Violator? Some reflections on the United Nations changing human rights responsibilities", vol. 25, No.2 (May 2003), Human Rights Quarterly (2003).**
- Gareth Evans and Mohamed Sahnoun, "The Responsibility to Protect," Foreign Affairs 81, no.6,2002.**
- Garth Meintjes and Juan E. Méndez, «Reconciling amnesties with universal jurisdiction», International Law Forum, Vol.2. No. 2 (2000).**
- Georges Vedel et Pierre Delvolvé, *Droit administratif*, Tome I , PUF, 12ème édition 1992.**
- Ghai, Yash. "The Rule of Law, Legitimacy, and Governance." International Journal of the Sociology of Law, Vol. 14 (1986).**
- GL Williams, 'International Law and the Controversy Concerning the Word "Law"' 22 British Yearbook of International Law (1945).**
- GOLDING, MARTIN P. "TRANSITIONAL REGIMES AND THE RULE OF LAW." RATIO JURIS, VOL. 9; NO. 4 (1996).**
- GOLUB, STEPHEN. "THE RULE OF LAW AND THE UN PEACEBUILDING COMMISSION: A SOCIAL DEVELOPMENT APPROACH." CAMBRIDGE REVIEW OF INTERNATIONAL AFFAIRS, VOL. 20, NO. 1 (MARCH, 2007).**
- Guillermo O'Donnell: *WHY THE RULE OF LAW MATTERS*, Journal of Democracy Volume 15, Number 4 October 2004**

**-Harold Hongju Koh: Is International Law Really State Law?**, *Harvard Law Review*, Vol. 111, No. 7 (May, 1998).

**-Heidi M. Hurd, Challenging Authority, YALE L.J. 1611** (1991).

**-Harold Hongju Koh, "Why Do Nations Obey International Law?" Yale Law Journal 106, no.8.1997.**

**-Henkin, Louis: International Law as Law in the United States**, *82 Michigan Law Review* (1983 ).

**-Huber, Martina. Monitoring the Rule of Law, Consolidated Framework and Report, The Hague: Netherlands Institute of International Relations 2002.**

**-HLA Hart, 'Positivism and the Separation of Law and Morals' Harvard Law Review, Vol. 71 (1958).**

**-HW Arendt, 'The Origins of Dicey's Concept of the "Rule of Law"' Australian Law Journal .vol,31(1957).**

**-Ian Hurd. Is Humanitarian Intervention Legal? The Rule of Law in an Incoherent World, Ethics & International Affairs 25, no3 (2011), Carnegie Council for Ethics in International Affairs 2011.**

**- Ian Brownlie, "International Law and the Use of Force by States' Revisited," Chinese Journal of International Law 1.No.1,2002.**

**- Ilaria Bottigliero, Redress for Victims of Crimes under International Law ,Brill Academic Pub , april 2004.**

**-Leila Nadya Sadat, Terrorism and the Rule of Law, Wash. U. Global Stud. L. Rev. 135 (2004).**

**- LAURA A. DICKINSON . USING LEGAL PROCESS TO FIGHT TERRORISM: DETENTIONS, MILITARY COMMISSIONS, INTERNATIONAL TRIBUNALS, AND THE RULE OF LAW, SOUTHERN CALIFORNIA LAW REVIEW [Vol. 75, ,2002.**

**-LINOS-ALEXANDRE SICILIANOS, LES RÉACTIONS DÉCENTRALISÉES AL'ILLICITE: DES CONTRE-**



**MESURES À LA (1990); droit comparé Revue internationale de ,Volume 43 Année 1991, Numéro 4 Legitime Defense ZOLLER, supra note 4 .**

**-Lynne N. Henderson. Legality and Empathy. Michigan law Review. Vol 85.No.7.Jun1987.**

**-Jacob Katz Cogan: Noncompliance and the International Rule of Law. THE YALE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW [Vol. 31:189,2008.**

**-JEREMY WALDRON , THE RULE OF INTERNATIONAL LAW. Harvard Journal of Law & Public Policy [Vol. 30,no.1. 2001.**

**-Jeremy Waldron: The Concept and The Rule of law , Georgial law Review ,Vol,43.Number ,1. , Fall 2008.**

**-Jean L. Cohen. Whose Sovereignty? Empire Versus International Law, Ethics & International Affairs 18, no. 3 (2004).**

**-Jonathan I. Charney: Universal International Law, The American Journal of International Law ,Vol.87.No 4,1993.**

**-J Rose, 'The Rule of Law in the Western World: An Overview' Journal of Social Philosophy,vol.35 .(2004).**

**-Judith Kelley, "Who Keeps International Commitments and Why? The International Criminal Court and Bilateral Non-Surrender Agreements," American Political Science Review 101 no.3.2007.**

**-Kenneth Anderson, The Ottawa Convention Banning Landmines, the Role of International Non-governmental Organizations and the Idea of International Civil Society, 11 EUR. J. INT'L L. 91, 92 ,2000.**

**-Kathryn Sikkink and Carrie Booth Walling, "The impact of human rights trials in Latin America," Journal of Peace Research.vol. 44, No. 4 (2007).**

**-Kristin Henrard, "The viability of national amnesties in view of the increasing recognition of individual criminal responsibility at international law," Michigan State University—DCL Journal of International Law, vol. 8 (Fall1999. ).**

- Margaret Jane Radin: *Reconsidering the Rule of law*, *Boston university law Review*, vol.69 ,No,4,July 1989.

- Michel Rosenfeld.*LEGITIMACY OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY*.*southern California law, Review*, Vol.74:1307 .2001.

-Michael Glennon, "The Fog of Law: Self-Defense, Inherence, and Incoherence in Article 51 of the United Nations Charter," *Harvard Journal of Law and Public Policy*.25 ,2002.

-Michael Glennon *How International Rules Die*," *Georgetown Law Journal*.93.2005.

-Michael J. Smith, "Humanitarian Intervention: An Overview of the Ethical Issues," *Ethics & International Affairs*12.1998.

-Max Pensky:*Amnesty on trial: impunity, accoun -tability, and the norms of international law*. *Ethics & Global Politics*. Vol. 1, No. 1\_2, 2008.

-Neil Boister, "Transnational Criminal Law", *European Journal of International Law*, vol. 14, No. 5. (2003).

-Oona Hathaway, "Do Human Rights Treaties Make a Difference," *Yale Law Journal*111 no. 3 2002.

-Otto Bönke, "Criminal policy in the process of reform: review of juvenile and restorative justice as examples of the application of United Nations and European standards and norms in Germany", *Expert Group Meeting: the Application of the United Nations Standards and Norms in Crime Prevention and Criminal Justice, Stadtschlaining, Austria, 10-12 February 2003*, (United Nations Office on Drugs and Crime, 2003).

- Pablo de Greiff, "Some thoughts on the development and present state of transitional justice", *Journal for Human Rights*, vol 5, No. 2 (2011).

Paul Horwitz .*DEMOCRACY AS THE RULE OF LAW*. *University of Alabama School of Law*. November 9, 2009.

- Paul Horwitz: Sources and Limits of Freedom of Religion in a Liberal Democracy: Section 2(a) and Beyond, University of Toronto Faculty Review\Vol 54. Winter 1996.
- Paul H. Rubin and Martin J. Bailey: The Role of Lawyers in Changing the Law; The Journal of Legal Studies, vol. 23. No. 2. Jun 1994.
- Paul D. Williams and Alex J. Bellamy, "The Responsibility to Protect and the Crisis in Darfur," Security Dialogue 36. No. 1. 2005.
- Petter Langseth and Oliver Stolpe, Strengthening Judicial Integrity against Corruption, Centre for International Crime Prevention, Global Programme against Corruption first published in CIJL Yearbook, 2000.
- Philippe Ardant, Institutions politiques et Droit constitutionnel, 11ème édition, L.G.D.J., No. 66. 1999.
- Prosper Weil: Towards Relative Normativity in International Law? The American Journal of International Law vol. 77. No. 3. Jul 1983.
- René Cassin, "La déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme" in 79 Recueil des Cours, Académie de Droit International vol. 99(1951-II).
- Richard A. Posner: The Decline of Law as an Autonomous Harvard law Vol. 100, No. 4, Feb., 1987., Discipline: 1962-1987,
- Robin West: Law, Rights, and Other Totemic Illusions: Legal Liberalism and Freud's Theory of the Rule of Law. University of Pennsylvania law Review, vol 134, No. 4. 1986.
- Robinson, Mary. 1998. Opening Speech, Building Justice: A Conference on Establishing the Rule of Law in Post- Conflict Situations. Vienna 26-27 June 1998. Conf, ERL. Vienna 26-27 June 1998.
- Robert Howse and Ruti Teitel, "Beyond Compliance: Rethinking Why International Law Matters," Global Policy 1, No. 2. 2010.
- Ruth G. Teitel, "Transitional justice genealogy", Harvard Human Rights Journal, vol. 16 -2003.
- Ruti Teitel, Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation", . Yale Law Journal, vol. 106, No. 7 (1997).

- Sayan Majumdar: *Violation of the Rule of law .law Journal East Timor, March 2009.*

- Shain, Y., and Linz, J.J., 'The Role of Interim Governments', *Journal of Democracy, vol. 3, no. 1, January 1992.*

- SIMON CHESTERMAN: *An International Rule of Law? 56(2) AM. J. COMP. L. \_\_ (2008).*

- STÉPHANE BEAULAC: *The Rule of Law in International Law Today, Virginia Journal of International Law ,vol.9(2003-04).*

- Stepan Wood: *International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary American Journal of International law, Vol. 92, No. 3, July 1998.*

- Timor -Leste: *The Rule of Law: Theoretical .Cultural and Legal , Challenges ,Law Journal East Timor, Dember 2010.*

- Timothy Frye, *Corruption and Rule of Law. Ter russia aF The global economic crisis, Peterson Institute for International Economics 2011.*

- Toni M. Massaro: *Empaty ,Legal Storytelling ,and The Rule of law: New Words .old Wounds? Michigan law Review, Vol, 87, 2009.*

- WEINGAST, BARRY R. "THE POLITICAL FOUNDATIONS OF DEMOCRACY AND THE RULE OF LAW." *AMERICAN POLITICAL SCIENCE REVIEW, VOL. 91, No. 2 (1997).*

خامساً: وثائق ومنشورات الأمم المتحدة والمنظمات الأخرى.  
(أ) الوثائق العربية.

- لجنة حقوق الإنسان، آراء ٣ نيسان / أبريل ٢٠٠٣، فايس ضد النمسا، البلاغ رقم ١٠٨٦ / ٢٠٠٢ / الفقرتان ٦، ٩، والآراء التي اعتمدت في ٣٠ آذار / مارس، ١٩٨٩ روبنسون ضد جامايكا، البلاغ رقم ٢٢٣ / ١٩٨٧، الفقرتان ٤، ١٠.

- المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة، اللجنة الفرعية المعنية بمنع التمييز وحماية الأقليات التابعة للجنة حقوق الإنسان، مسألة

إفلات مرتكبي انتهاكات حقوق الإنسان (المدنية والسياسية) من العقاب: التقرير الختامي المنقح من إعداد السيد جوانيه بناء على قرار اللجنة الفرعية رقم ١٩٩ ٢ أكتوبر/تشرين الأول ١٩٩٧  
الفقرة ٢٧

- الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة الحادية والستون، البند ٨٠ من جدول الأعمال، قرار اتخذته الجمعية العامة، إعلان الأمم المتحدة بشأن الألفية ٢٠٠٠.
- الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السادسة والخمسون البند ١٣٢ (أ) من القائمة الأولية، مسائل حقوق الإنسان: تنفيذ الصكوك المتعلقة بحقوق الإنسان، مسألة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، تقرير المقرر الخاص بشأن مسألة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، ، مذكرة الأمين، صادرة في ٣ يوليو ٢٠٠١.
- الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الوثائق الرسمية، الدورة السابعة والخمسون، الملحق رقم ١ (A/57/1)، تقرير الأمين العام عن أعمال المنظمة، الأمم المتحدة، نيويورك، ٢٠٠٢.
- اللجنة الدولية للحقوقيين، القضاء العسكري والقانون الدولي: المحاكم العسكرية والانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، الجزء الأول، جنيف ٢٠٠٤.
- مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة أيلول/سبتمبر ٢٠٠٤، ودليل الأمم المتحدة لسياسات مكافحة الفساد وكتيب الأمم المتحدة عن التدابير العملية لمكافحة الفساد لاستخدام موظفي الإدعاء والتحقيقات أيلول/سبتمبر ٢٠٠٤.

- الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة الخامسة والخمسون، البند ٦٠ (ب) من جدول الأعمال، قرار اتخذته الجمعية العامة، سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي ٢٠٠٦.
- الأمم المتحدة، تقرير الأمين العام عن أعمال المنظمة، : مواجهة تحديات عالم متغير، الأمم المتحدة، نيويورك، ٢٠٠٦.
- مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، أدوات سيادة القانون لدول ما بعد الصراع: لجان التحقيق، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك وجنيف، ٢٠٠٦.
- لويز آربرو، "العدالة الاقتصادية والاجتماعية للمجتمعات التي تمر بمرحلة انتقالية"، المحاضرة السنوية الثانية عن العدالة الانتقالية، التي استضافها مركز حقوق الإنسان والعدالة العالمية التابع لكلية الحقوق في جامعة نيويورك، بالشراكة مع المركز الدولي للعدالة الانتقالية (نيويورك، ٢٥ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠٠٦).
- الأمم المتحدة، تقرير الأمين العام عن أعمال المنظمة، الجمعية العامة، الوثائق الرسمية، الدورة الثانية والستون، الملحق رقم ١ (A/62/1)، الأمم المتحدة، نيويورك، ٢٠٠٧.
- لجنة حقوق الإنسان، آراء ٢٣ تموز / يوليو ٢٠٠٧، دادكو ضد أستراليا، البلاغ رقم ١٣٤٧١ / ٢٠٠٥، الفقرتان ٤ و٧
- تقرير الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة حول "حكم القانون والعدالة الانتقالية في حالات النزاع وما بعد النزاع" ٣ آب/أغسطس ٢٠٠٧
- مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، أدوات سيادة القانون في الدول الخارجة من نزاعات: المشاورات الوطنية بشأن العدالة الانتقالية. الأمم المتحدة، نيويورك وجنيف، ٢٠٠٩

- الأمم المتحدة، الوثائق الرسمية، الدورة الثالثة والستون الملحق رقم ١، تقرير الأمين العام عن أعمال المنظمة، الأمم المتحدة، نيويورك، ٢٠٠٨.
- برنامج الأمم المتحدة الإنمائي (٢٠٠٨)، إطار برنامج الأمم المتحدة الإنمائي حول الفساد والتنمية: مذكرة توجيهية بشأن مكافحة الفساد، نيويورك: برنامج الأمم المتحدة الإنمائي ٢٠٠٨.
- اللجنة الدولية للحقوقيين: دليل مراقبة المحاكمات في حالات الإجراءات الجنائية دليل الممارسين رقم ٥، جنيف، ٢٠٠٩.
- الأمم المتحدة، المجلس الاقتصادي والاجتماعي، لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية الدورة الثامنة عشرة المستأنفة فيينا، ٣ و ٤ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٩، البند ٧ من جدول الأعمال.
- الأمم المتحدة، الجمعية العامة، مجلس حقوق الإنسان، الدورة الحادية والعشرون، البند ٣ من جدول الأعمال، تعزيز وحماية جميع حقوق الإنسان، المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بما في ذلك الحق في التنمية، تقرير المقرر الخاص المعني بتعزيز الحقيقة والعدالة والجبر وضمانات، عدم التكرار، باهلو دي غريف، ٩ أغسطس، ٢٠٠٩.
- الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة الخامسة والستون البند ٦٩ (ب) من جدول الأعمال المؤقت - تعزيز حقوق الإنسان وحمايتها: مسائل حقوق الإنسان، بما في ذلك النهج البديلة لتحسين التمتع الفعلي بحقوق الإنسان والحريات الأساسية، تقرير السيد مارتن شاينين، المقرر الخاص المعني بتعزيز وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية في سياق مكافحة الإرهاب، مذكرة الأمين العام، صادر ١٠ أغسطس ٢٠١٠.

- الأمم المتحدة، مذكرة توجيهية للأمين العام بشأن الديمقراطية، منشورات الأمم المتحدة ٢٠١٠.
- الأمم المتحدة، مجلس الأمن، تشجيع وتعزيز سيادة القانون في صون السلام والأمن الدوليين - ٢٦ حزيران/يونيه ٢٠١٠، بيان مقدم من رئيس مجلس الأمن في جلسة مجلس الأمن ٦٣٤٧ المعقودة في ٢٦ حزيران/يونيه ٢٠١٠.
- البرنامج الإنمائي للأمم المتحدة تعزيز المساواة الاجتماعية: مذكرة توجيهية، صادرة سبتمبر/أيلول ٢٠١٠.
- الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السادسة والستون، البند ٨٣ من جدول الأعمال المؤقت، سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، تعزيز أنشطة الأمم المتحدة في مجال سيادة القانون وتنسيقها، تقرير الأمين العام في ٨ أغسطس ٢٠١١.
- الأمم المتحدة، مذكرة الأمين العام التوجيهية، نهج الأمم المتحدة إزاء تقديم المساعدة من أجل تعزيز سيادة القانون على الصعيد الدولي، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك أيار/مايو ٢٠١١.
- الأمم المتحدة، الجمعية العامة، مجلس حقوق الإنسان، الدورة الحادية والعشرون، البند ٣ من جدول الأعمال، تعزيز وحماية جميع حقوق الإنسان، المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بما في ذلك الحق في التنمية، تقرير المقرر الخاص (بابلو دي غريف) المعني بتعزيز الحقيقة والعدالة والجبر وضمائم عدم التكرار، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك ٢٠١٢.
- الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الوثائق الرسمية، الدورة السابعة والستون، الملحق رقم ٥٣ ألف، تقرير مجلس حقوق الإنسان،



- الدورة الحادية والعشرون، ١٠ - ٢٨ أيلول/سبتمبر و ٥ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠١٢، الأمم المتحدة، نيويورك، ٢٠١٢.
- الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السادسة والستون البند ٨٣ من جدول الأعمال، سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، إقامة العدل: برنامج عمل لتعزيز سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، تقرير الأمين العام، صادر ١٦ مارس ٢٠١٢.
- الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة السادسة والستون، البند ١٢٤ من جدول الأعمال، إصلاح الأمم المتحدة: التدابير والمقترحات، إصلاح الأمم المتحدة: التدابير والمقترحات، مذكرة من الأمين العام صادر في ٢٦ يونيو ٢٠١٢.
- منظمة العفو الدولية قانون الحصانة من الملاحقة القانونية والقضائية اليمنى: حرق للالتزامات الدولية، مطبوعات منظمة العفو الدولية، الطبعة الأولى ٢٠١٢.

(ب)- الوثائق الأجنبية

- 6/1993, para.46 - UN /E/CN.4/Sub.2 .  
 18/1995\para.13. - UN/E/CN.4/Sub.2  
 -UN/E/CN.4/Sub.2\ Rev.1/20/1997  
 -UNA/56/ 326\ 6 September 2001  
 -UN\S/2004/ 616\ 23 August 2004  
 UN\A/CONF.203\15\24 March 2005 -  
 UN\A/63/ 226\6 August 2008-  
 UN\A/64/ 298\17 August 2009-  
 UN\A/C.6/65/SR. 8\10 January 2011-  
 UN\A/RES/65/ 32\ 10 January 2011-  
 UN\A/67/ 290\ 10 August 2012-  
 UN\ A/RES/67/ 1\ 30 November 2012-  
 Un\A\66\749. March 2012 -  
 -A\CONF.169\16\Rev.1.  
 UN\A/CONF.183/9-

الصفحة	الفهرس الموضوع
٧٤٣	المقدمة
٧٥١	المبحث التمهيدي
٧٥٢	مفهوم مبدأ سيادة القانون وإشكالياته وتمييزه عن غيره
٧٧٢	المطلب الأول: مفهوم مبدأ سيادة القانون وإشكالياته وتمييزه عن غيره
٧٧٢	المطلب الثاني: مفهوم سيادة القانون الدولي
٧٩١	المبحث الأول
٧٩١	مبدأ سيادة القانون كمبدأ يدخل في طيات المبادئ العامة التي أقرتها الأمم المتحدة
٧٩٨	المطلب الأول: مرجعية مبدأ سيادة القانون في ميثاق الأمم المتحدة
٨٠٧	المطلب الثاني: مرجعية مبدأ سيادة القانون في المحافل الدولية
	المبحث الثاني
٨٢١	الأساس المعياري لدور الأمم المتحدة في تعزيز مبدأ سيادة القانون والمسائل التي تجسده
٨٢٣	المطلب الأول: الأساس المعياري لدور الأمم المتحدة في تعزيز مبدأ سيادة القانون
٨٢٣	المطلب الثاني: المسائل التي تجسد دور الأمم المتحدة في تعزيز إعلاء مبدأ سيادة القانون
	المبحث الثالث
٨٥٧	إطر الأمم المتحدة لإعلاء مبدأ سيادة القانون على الصعيدين
٨٦٢	المطلب الأول: إطر الأمم المتحدة لإعلاء مبدأ سيادة القانون على الصعيد الدول

٩٠٤	المطلب الثاني: أطر الأمم المتحدة لإعلاء مبدأ سيادة القانون على الصعيد الوطني
٩٧٥	المبحث الرابع الصعوبات التي تواجه الأمم المتحدة في إعلاء مبدأ سيادة القانون
١٠٢٤	المبحث الخامس: علاقة مبدأ سيادة القانون بالسلم والأمن الدوليين
١٠٦٨	..... الخاتمة
١٠٧٨	..... المراجع
١١٠٠	..... الفهرس

---

# محددات العدالة الانتقالية في القانون الدولي

---

دكتور

عبد الله محمد الهواري  
أستاذ القانون الدولي العام المساعد  
كلية الحقوق- جامعة المنصورة

## محددات العدالة الانتقالية

### في القانون الدولي

دكتور/ عبد الله محمد الهواري

أستاذ القانون الدولي العام المساعد

كلية الحقوق- جامعة المنصورة

بسم الله الرحمن الرحيم

هُيَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ  
عَلَىٰ الْأَعْدَاءِ أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ ﴿٨﴾

صدق الله العظيم (سورة المائدة- الآية ٨)

### مقدمة

#### أولاً- موضوع الدراسة:

إن الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان في فترات عدم الاستقرار في دولة ما يحق عليه إثرها للضحايا أن يروا معاقبة المرتكبين ومعرفة الحقيقة والحصول على تعويض مناسب لجبر ما لحق بهم من أضرار، وحيث إن الانتهاكات المنهجة للقانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان لا تؤثر على الضحايا فحسب، بل أيضاً على المجتمع ككل، فمن واجب الدول أن تضمن تطبيق إجراءات انتقالية لتعويض الأضرار ومنع تكرار هذه الانتهاكات. وبذلك فإن واجباً خاصاً يقضي بإصلاح المؤسسات التي كان لها يد في هذه الانتهاكات أو كانت عاجزة

عن تفاديها. ومن هنا تبرز أهمية إجراءات العدالة الانتقالية للاعتراف بما اقترف من انتهاكات للقانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني والقانون الدولي الجنائي، وكذا لدمج معاناة الضحايا في الذاكرة الوطنية.

وتشير العدالة الانتقالية - عموماً - إلى التدابير القضائية وغير القضائية التي قامت بتطبيقها دولاً مختلفة من أجل معالجة ما ورثته من انتهاكات جسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني. وتتضمن هذه التدابير الملاحقات القضائية، ولجان الحقيقة، وبرامج جبر أضرار الضحايا وأشكال متنوعة من إصلاح المؤسسات.

ومصطلح العدالة الانتقالية هو أحد المفاهيم الحديثة، ليس فقط على المستوى المحلي، بل أيضاً على المستوى الدولي، وهو لا يندرج حصراً ضمن فقه العلوم السياسية فقط، لكنه يندرج أيضاً في دراسات حقوق الإنسان. وكما يرى البعض من أهل التحقيق أن العدالة الانتقالية ما هي إلا أحد فروع القانون الدولي<sup>(1)</sup>،

ويُقصد بالعدالة الانتقالية محاولة الوصول إلى عدالة شاملة أثناء فترات الانتقال السياسي من خلال تطوير مجموعة واسعة من الاستراتيجيات المتنوعة لمواجهة إرث انتهاكات حقوق الإنسان في الماضي. وإذا كانت فكرة العدالة قيمة مطلقة لا يمكن طمسها أو التكر لها أو حتى تأجيلها تحت أي ظرف أو سبب كان أو ذريعة أو حجة، فإن العدالة الانتقالية تشترك مع العدالة التقليدية في إحقاق الحق وإعادة إلى

(1) KIERAN (M.), "Beyond legalism: Towards a thicker understanding of transitional justice", Journal of Law and Society, Vol.34, no. 4, 2007, p.439.

أصحابه، وفي كشف الحقيقة وفي جبر الضرر وتعويض الضحايا،  
وخصوصاً لما له علاقة بالقضايا السياسية والمدنية العامة.  
وجدير بالذكر، أن العدالة الانتقالية تختلف عن العدالة التقليدية  
في كونها تُعني بالفترات الانتقالية، مثل: الانتقال من حالة نزاع داخلي  
مسلح أو حرب أهلية إلى حالة السلم والانتقال الديمقراطي، أو في حالة  
انهيار النظام القانوني إلى إعادة بنائه بالتزامن مع إعادة بناء الدولة، أو  
الانتقال من حكم تسلطي ديكتاتوري إلى حالة الانفراج السياسي  
والانتقال الديمقراطي، أي الانتقال من حكم مغلق بانسداد الآفاق، إلى  
حكم يشهد حالة انفتاح وإقرار بالتعددية.

وقد يتبادر إلى الذهن أن اختيار طريق العدالة الانتقالية يتناقض  
مع طريق العدالة الجنائية، سواء على المستوى الوطني أو على المستوى  
الدولي، في حين أن اختيار الطريق الأول لا يعني استبعاد الطريق الثاني،  
وخصوصاً بالنسبة للضحايا، ومسألة الإفلات من العقاب.

وقد بدأت إرهاصات العدالة الانتقالية في الظهور أعقاب الحرب  
العالمية الثانية في أوروبا (مع محاكمات نورمبرج وطوكيو)، ثم بدأت تظهر  
بشكل أكثر قوة ووضوحاً مع إقامة محاكمات حقوق الإنسان في اليونان في  
أواسط السبعينات ومع الملاحقة القضائية ضد الحكم العسكري في  
الأرجنتين بعد مرور عشر سنوات، وكذا جهود تقصي الحقائق في الجزء  
الجنوبي من أمريكا اللاتينية، مثل لجنتي تقصي الحقائق في الأرجنتين  
وتشيلي. وقد ساهمت جهود الأرجنتين وتشيلي إسهاماً هاماً في ترسيخ  
معنى العدالة لضحايا انتهاكات حقوق الإنسان. وساهمت كذلك جهود  
أوروبا الشرقية في التعامل مع انتهاكات الماضي من خلال مساءلة متهمي  
حقوق الإنسان كما في ألمانيا أو منعهم من الوصول إلى السلطة (كما في  
تشيكوسلوفاكيا في عام ١٩٩١). أما الإسهام الأكبر والأبرز في مجال لجان  
الحقيقة والمصالحة فتمثل في إنشاء جنوب أفريقيا للجنة الحقيقة والمصالحة

الشهيرة في عام ١٩٩٥ للتعامل مع جرائم حقوق الإنسان السابقة. كما  
اشتهرت كذلك المحكمتان الجنائيتان الدوليتان ليوغسلافيا السابقة ورواندا  
كمحاولة للاعتماد على القانون الدولي لحقوق الإنسان لضمان  
المحاسبة.

وقد تكثفت الجهود السابقة في مجال العدالة الانتقالية بإنشاء  
المحكمة الجنائية الدولية التي تعتبر قمة التطور في جهود البشرية ضد انتهاك  
كرامة الإنسان وحقوقه. وهكذا، يمكن اعتبار الربع الأخير من القرن  
العشرين بداية التجارب المهمة والناجحة في مجال العدالة الانتقالية في  
مختلف دول العالم.

وتجدر الإشارة، أن ممارسات العدالة الانتقالية قد وجدت صداها  
في المنطقة العربية، حيث تتابع إنشاء لجان الحقيقة والمصالحة منذ عام  
٢٠٠٤، حيث أنشأت المغرب هيئة الإنصاف والمصالحة، وفي عام ٢٠١١  
أنشأت جمهورية مصر العربية اللجنة القومية للتحقيق وتقصي الحقائق في  
شأن أحداث ثورة ٢٥ يناير، وفي عام ٢٠١٠ أنشأت تونس اللجان  
التونسية الثلاث لتقصي الحقائق، وفي عام ٢٠١١ أيضاً أنشئت لجنة الأمم  
المتحدة لتقصي الحقائق في ليبيا، وأخيراً وفي عام ٢٠١١ أيضاً أصدر ملك  
البحرين حمد بن عيسى آل خليفة الأمر الملكي رقم ٢٨ بإنشاء اللجنة  
البحرينية المستقلة لتقصي الحقائق. وعليه، تُعد العدالة الانتقالية بمثابة  
مدخل جدير يركز على دراسة القانون ودوره في عملية التحول  
الديمقراطي، ويرتكز على قواعد القانون الدولي لتحديد المعايير الجوهرية  
للحقيقة، والعدالة، والتعويض (جبر أضرار ضحايا الانتهاكات الجسيمة  
لللقانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني).

#### ثانياً - مشكلة وتساؤلات الدراسة:

شهدت السنوات الأخيرة تقدماً كبيراً في مساعي تطبيق العدالة  
الانتقالية خلال التحول الديمقراطي في عدد كبير من الدول، وأصبحت



هذه القضية مطروحة بصورة لم يسبق لها مثيل لمواجهة إرث انتهاكات القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني. من هنا، فإن التساؤل الذي تحاول هذه الدراسة الإجابة عليه هو: ما هي محددات العدالة الانتقالية في القانون الدولي؟ وترتيباً على ما سبق يمكن بلورة مجموعة من التساؤلات الفرعية لمشكلة الدراسة، وصياغتها على النحو التالي:

- ١- ما هو مفهوم العدالة الانتقالية في الإشكاليات الدولية المعاصرة؟
  - ٢- ما هي حقوق الضحايا في العدالة الانتقالية من منظور القانون الدولي؟
  - ٣- ما هي وظيفة مسئولية الدول في نطاق العدالة الانتقالية؟
  - ٤- هل يعد القانون الدولي أساساً للعدالة الانتقالية؟
  - ٥- ما هي التزامات الدول بخصوص جرائم القانون الدولي؟
  - ٦- ما المقصود بلجان الحقيقة، كأحد أدوات العدالة الانتقالية.
- ثالثاً - أهمية الدراسة:**

تكتسب هذه الدراسة أهميتها من محاولة تقديم رؤية لهذا الفرع الجديد من فروع القانون الدولي (القانون الدولي للعدالة الانتقالية)، كما أنها تلقي الضوء على أبعاد جديدة لعملية التحول الديمقراطي من حيث إسهام العدالة الانتقالية في تأسيس نظام جديد وتحقيق المصالحة الوطنية اللازمة لاستدامة النظام الديمقراطي ومواجهة انتهاكات القانون الدولي لحقوق الإنسان في الماضي، وكذا عدم تكرار حدوثها مستقبلاً.

**رابعاً - منهج الدراسة:**

تنحو الدراسة إلى الاستفادة من أكثر من منهج بحثي لتحقيق تساؤلاتها، ومن ثم الرد على فرضياتها. فتعتمد الدراسة على المنهج القانوني، والمنهج التحليلي، والمنهج الوصفي، والمنهج التاريخي،

كأساليب متكاملة للبحث والدراسة، لما لهذه المناهج من أهمية كبيرة في موضوع العدالة الانتقالية من منظور القانون الدولي.  
خامساً - خطة الدراسة:

سوف نقصر بحثنا في هذه الدراسة على التصدي لمحددات العدالة الانتقالية في القانون الدولي، دون الدخول في تفصيلات مفهوم العدالة الانتقالية، ومراجعة تطوراتها التاريخية، وتجاربه الدولية، لذا سوف تقسم دراستنا لهذا الموضوع كالآتي:

**الفصل الأول: العدالة الانتقالية في الإشكاليات الدولية المعاصرة.**

**المبحث الأول: الديمقراطية وتعزيز سيادة القانون.**

**المبحث الثاني: العدالة الانتقالية ومكافحة الإفلات من العقاب.**

**الفصل الثاني: القانون الدولي: أساس قانوني للعدالة الانتقالية.**

**المبحث الأول: محتوى محدد محاط بفروع القانون الدولي.**

**المبحث الثاني: الالتزامات الدولية الخاصة بجرائم القانون الدولي.**

**الفصل الثالث: حقوق الضحايا ووظيفة مسئولية الدول في نطاق العدالة الانتقالية.**

**المبحث الأول: مضمون حق الضحايا في العدالة الانتقالية من منظور القانون الدولي.**

**المبحث الثاني: وظيفة مسئولية الدول في نطاق العدالة الانتقالية.**

**الفصل الرابع: لجان الحقيقة: أداة رئيسة للعدالة الانتقالية.**

**المبحث الأول: لجان الحقيقة: ماهيتها وأهدافها.**

**المبحث الثاني: لجان الحقيقة بين التجارب وضرورة الإنشاء.**

## الفصل الأول

### العدالة الانتقالية: محور الاهتمامات الدولية المعاصرة

#### تمهيد وتقسيم:

تبدو العدالة الانتقالية للوهلة الأولى<sup>(١)</sup> في نظر القانون، وكأنها مفهوم شاذ أو غريب. لذا يثور بصدد العدالة الانتقالية - عادة - العديد من التساؤلات: حول حقيقتها وحدودها ونطاق عملها. وتسجل العدالة الانتقالية<sup>(٢)</sup> على الرغم من نتائج المساعي التي تتخذ ولاسيما الوطنية منها، على أنها تدخلات تدرجية تتم بواسطة المجتمع الدولي.

وقد تركت مسارات التحولات التي مرت بها الدول بصمة في وضع تصور حقيقي لمفهوم تلك العدالة، وهذه الأخيرة قد لعبت دوراً هاماً في إعادة تعريف ما يسمى بقواعد اللعبة السياسية.

وتشكل أنشطة الديمقراطية وتعزيز السلام الإطار الاستراتيجي ليس فقط لتدخل العدالة الانتقالية، ولكن أيضاً لتبرير تنفيذها. وتعتبر العدالة الانتقالية - في هذا الشأن - أحد أدوات اللعبة المستخدمة في

---

(١) يقصد بالعدالة الانتقالية "كامل نطاق العمليات والآليات المرتبطة بالمحاولات التي يبذلها المجتمع لفهم تركة من تجاوزات الماضي الواسعة النطاق، بغية كفالة المساءلة وإقامة العدالة وتحقيق المصالحة، وقد تشمل هذه الآليات القضائية وغير القضائية على السواء، مع تفاوت مستويات المشاركة الدولية (أو عدم وجودها في الأصل) ومحاکمات الأفراد، والتعويض، وتقصي الحقائق، والإصلاح الدستوري، وفحص السجل الشخصي للكشف عن التجاوزات". راجع في هذا الصدد تقرير الأمين العام للأمم المتحدة حول "سيادة القانون والعدالة الانتقالية في مجتمعات الصراع ومجتمعات ما بعد الصراع"، مجلس الأمن، ٢٤ أغسطس ٢٠٠٤، التقرير رقم: S/2004/616، ص ٢.

(٢) مصطلح العدالة الانتقالية هو أحد المفاهيم الحديثة، ليس فقط على المستوى المحلي، بل أيضاً على المستوى الدولي، وهو لا يندرج حصراً ضمن فقه العلوم السياسية فقط، بل يضمن أيضاً في دراسات حقوق الإنسان. كما يرى البعض من أهل القانون أن العدالة الانتقالية ما هي إلا فرع من فروع القانون الدولي.

الدول التي تمر بمراحل انتقالية ليس فقط لمحاولة إرساء قواعد السلم وتحقيق الأهداف الطموحة للجماعة الدولية، ولكن أيضاً لتعزيز القيم الجوهرية المعروفة والمشهورة عالمياً.

والوظيفة الموكلة للعدالة الانتقالية، من خلال الإجراءات المعدة لاستخلاص نتائج الماضي والاهتمام بضححايا الأعمال الوحشية، هي تشجيع تحول المجتمع، وتسهيل المصالحة، وتوطيد السلم وإعلاء سيادة القانون<sup>(1)</sup>.

وتهدف العدالة الانتقالية ليس فقط إلى معالجة انتهاكات حقوق الإنسان في الدول محل الانتقال، ولكن أيضاً إلى دفع هذه الدول نحو التحول الديمقراطي.

يضاف إلى ذلك، أن العدالة الانتقالية تعتمد على القانون الدولي لتحقيق أهدافها المختلفة، ولاسيما أن القانون الدولي هو الذي يحكم التنظيم القانوني للأفعال المكونة للانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان ويحدد الأولويات في مسائل الإفلات من العقاب<sup>(2)</sup>.

وعليه، سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين: الأول نتكلم فيه عن الديمقراطية وتعزيز سيادة القانون والثاني، نعالج فيه العدالة الانتقالية ومكافحة الإفلات من العقاب.

## المبحث الأول

### الديمقراطية وتعزيز سيادة القانون

لقد أسفر التغير المفاجئ للبيئة العالمية الناجم عن انهيار نظام الكتكتلات - دون شك - عن تعزيز الأعمال الدولية وأنشطة مساعدة

(1) TRICA (D.), "Transitional justice in balance: Comparing processes, weighing efficacy", Washington, DC: United states institute of peace press, 2014, p.13.

(2) MELISSA (S.), "Transitional justice", New York: New York University press, 2015, p.75.

الدول التي تمر بأزمات هيكلية جذرية وعميقة. وتطمح المقاربة المفاهيمية لإستراتيجية العدالة الانتقالية - عادة - إلى تشجيع الديمقراطية وسيادة القانون وذلك من خلال تحقيق الاسترداد الدولي ووضع نظام يضمن الحد الأدنى من حماية الحقوق الأساسية للإنسان<sup>(1)</sup>.

وجدير بالذكر، أن مختلف الإجراءات التي تتخذ من هذا المنظور، والمتعلقة بطرق إدارة مسائل الأمن الدولي وإن كانت تخضع لضابط معياري متذبذب، إلا أنها تقتسم هدف مشترك يتمثل في تعزيز السلم. وقاد إدراك مصادر عدم الاستقرار المجتمع الدولي إلى حشد التعبئة لمواجهة المشاكل الخاصة بإصلاح الهياكل الوظيفية في الدول التي تعاني من الضعف المؤسسي، وتعرض لانتهاك حقوق الإنسان وتهديد السلم<sup>(2)</sup>.

وتمثل إدارة التحولات التي تمر بها الدول تحدياً رئيساً أمام المجتمع الدولي لتعزيز الديمقراطية المؤسسة على مبادئ سيادة القانون. أضف إلى ذلك، أن إدارة تلك التحولات الدولية تُعتبر، اليوم أكثر من أي وقت مضى، بمثابة الإشكالية أو المشكلة غير محددة المعالم أو الحدود، الأمر الذي دفع المجتمع الدولي إلى التواجد بالقرب من التحولات الحديثة التي تحدث في العالم العربي ولم تتوقف بعد<sup>(3)</sup>.

وقد لوحظ أن مفهوم العدالة الانتقالية بدأ يتبلور ويبرز إلى الوجود تدريجياً، في الفترة نفسها، مقترحاً معاملة خاصة للجرائم المرتكبة

- 
- (1) KIERAN (M.), "Beyond legalism: Towards a Thicker understanding of transitional justice". *Journal of law and society*, Vol. 34, No4, 2013, p. 409.
  - (2) KUBI (A-N.) "Between justice and reconciliation: The survivors of Rwanda". *African security review*, vol. 16, No 5, 2012, p. 28.
  - (3) GRODSKY (B.), "Human rights accountability: exploring determinants of transitional justice", Michigan: The university of Michigan, 2014, p.3.

والإفلات من العقاب وذلك قبل الانتقال أو التحول الذي تمر به الدول المعنية.

ويركز مجال العدالة الانتقالية - في الواقع - على الانتقال إلى الديمقراطية، وهذا الحقل قد تأثر بشكل بالغ بمناصري حقوق الإنسان الذين قد رأوا أن العدالة الانتقالية توفر جسراً للانتقال من فترة القمع والتسلطية إلى نظام سياسي أكثر ديمقراطية<sup>(1)</sup>.

وتركز آليات العدالة الانتقالية المختلفة ليس فقط على إعادة تأهيل ضحايا الانتهاكات الجسيمة ليصبحوا مواطنين فاعلين في المجتمع، ولكن أيضاً على إعلاء وتعزيز سيادة القانون.

ومن ثم، سوف نعالج هذا المبحث في نقطتين: الأولى (أ) وندرس فيها ترقية سيادة القانون: أحد عناصر الديمقراطية، والثانية (ب) ونعالج فيها مفاهيم الديمقراطية وسيادة القانون.

### أ- تعزيز سيادة القانون: عنصر مكمل للديمقراطية

يكتنف التحول من النظام السلطوي إلى النظام الديمقراطي - في الحقيقة - العديد من الإشكاليات والصعوبات. وتكمن هذه الأخيرة - عادةً - في تعزيز نظام المعايير والقيم التي ترتبط بثقافة أو ثقافات معينة (1). ويُنظر إلى تعزيز سيادة القانون على أنها أكثر حياداً وموضوعية، واكتسبت تبعاً لذلك مكاناً بارزاً في الخطاب الدولي لإدارة الأزمات وتحليل العدالة الانتقالية (2).

### (أ) الجدل حول نموذج الانتقال أو التحول

مع التركيز على الأزمات الدولية التي تمر بها القارة الأفريقية، والتي تُعد مسرحاً خصباً للنزاعات المسلحة والحروب الأهلية وحالات العنف الخطيرة، بدأ إطار جديد من التحليل يفرض نفسه بغرض فهم

(1) MELISSA (S.), "Transitionnel justice", op. cit, p.83.

المواقف المتعددة للتغيرات المؤسسية المتتابة والمتلاحقة للتحويلات التي تشهدا الدول<sup>(١)</sup>.

وفي نطاق التحويلات والانتقالات بين أهداف النزاعات المسلحة والحروب الأهلية أو أي حالة من حالات العنف بغية التوصل إلى حلول سلمية، لم تعد إقامة الديمقراطية أمراً له الأولوية، بل أحياناً يصبح أمراً موجلاً. ومع ذلك يبقى تدعيمها أمراً يجري على لسان كل فعل يتم مباشرته<sup>(٢)</sup>.

وتصدير الديمقراطية من مجتمع إلى مجتمع آخر يكتنفه - في الواقع - صعوبات ومعضلات جمة، تتعلق بنظام القواعد والقيم الخاصة بثقافة كل مجتمع على حده. وإذا كانت الديمقراطية (عملية الديمقراطية) تركز على مفهوم محدد للديمقراطية الليبرالية والغربية، فسوف يثور الشك حول مدى ملاءمة هذا النوع من الديمقراطية مع المواقف العديدة المقصودة<sup>(٣)</sup>.

وقد أثار عملية مقاومة تصدير نموذج للديمقراطية الغربية، الآن أكثر من أي وقت مضى، تساؤلات هامة يأتي على رأسها: متى تخين الفرصة لإقامة ديمقراطية تحل محل الاضطرابات والتوترات الداخلية والحروب الأهلية التي توجد في عدد متزايد من بقاع العالم ولاسيما العربي (حالة النزاع الدرامي السوري خير مثال لذلك)<sup>(٤)</sup>.

(1) AOLAINE, (F.), "Justice discours in transition", Paris, Pédone, 2013, p.300.

(2) KUBI (A.-N.), "Between justice and reconciliation: The survivors of Rwanda", art. Préc., p.43.

(3) HERMET (G.), "Les démocratisations aux XXe siècle: Une comparaison Amérique Latine/Europe de l'Est", Revue internationale de politique comparée, vol. 8, No.2, 2001, p.285.

(4) KEPPEL (G.), "Révolutions arabes: la tectonique syrienne". Le Figaro, 24 août, 2012, p.4.

وهكذا يختصم - جزئياً<sup>(١)</sup> - نموذج الانتقال أو التحول الذي تمر به الدول بأفكار مناهضة للإمبريالية ومرتبطة بتصدير نموذج ديمقراطي غربي<sup>(٢)</sup>.

وفي الحقيقة، لم يختلف الهدف الديمقراطي، ولكن توقفت التحولات التي تمر بها الدول عن أن تكون نظامية ومنهجية. وجدير بالذكر، أن الجهات الفاعلة في العملية الانتقالية تبذل قصارى جهدها للتخلص من الدلالات الإيديولوجية التي يتضمنها هذا المصطلح.

وقد عكست العدالة الانتقالية - بدورها - صدى هذه المجادلات والخلافات، واستندت، في نفس الوقت، على مفهوم خاص ومحدد للانتقال أو التحول<sup>(٣)</sup>. أضف إلى ذلك، أن صورتها قد اتسعت واتسع طيفها لدمج خصائص معينة لحالات ما بعد الصراع<sup>(٤)</sup>.

## (٢) تعزيز سيادة القانون

تعتبر سيادة القانون أحد مبادئ إدارة الحكم<sup>(٥)</sup>. يخضع بموجبها كل الأشخاص والمؤسسات والكيانات العامة والخاصة، بما في ذلك الدولة

(1) MBODJ (E.), "La constitution de transition et la résolution des conflits en Afrique. L'exemple de la République démocratique du Congo", Rev. Dr. Publ., 2010, no. 2, p. 442.

(2) CAROTHERS (T.), "The end of the transition paradigm", Journal of democracy, 2008, Vol. 19, no7, p.115.

(3) AOLAIN (F.), "The paradox of transition in conflicted democracies", 2015, Paris, Pedone, p.173.

(4) AOLAIN (F.), "Justice discours in transition", op. cit., p.305.

(5) TEITEL (R.), "Transitional justice genealogy", Harv. H.R.J., Vol.16, 2003, p.69; BRONWYN (A.), "The irreconcilable goals of transitional justice", H.R.Q., 2007, Vol. 30, no3, p. 95.



نفسها، للمساءلة أمام قوانين منشورة على الملأ، وتطبق بشكل متساو، ويُقضي بها بشكل مستقل، وتتماشى مع الأعراف، والمعايير الدولية لحقوق الإنسان<sup>(1)</sup>.

وتتطلب سيادة القانون أيضاً - في رأينا الخاص - اتخاذ التدابير اللازمة لضمان الالتزام بمبادئه، والمساواة، والمساءلة أمامه، وتحقيق النزاهة في تطبيقه، والفصل بين السلطات، والمشاركة في عملية صنع القرار، وترسيخ اليقين إزاء ما ينص عليه، وإبطال القرارات التعسفية، وتحقيق الشفافية في الإجراءات القانونية.

وتفترض سيادة القانون الاحكام إلى قواعد مستقرة، وقابلة للتوقع، ومجردة عن الخصوصيات، كما تستلزم توفير حماية متساوية لحقوق الإنسان، سواء للأفراد أو الجماعات، وكذا فرض عقوبات متساوية وفقاً للقانون<sup>(2)</sup>.

وبهذا المعنى، فإن ثمة علاقة متبادلة بين سيادة القانون والعدالة الانتقالية باعتبارها عملية تشمل كامل نطاق العمليات، والآليات المرتبطة بالمحاولات التي يبذلها المجتمع الدولي لفهم تركة من تجاوزات الماضي واسعة النطاق بغية كفالة المساءلة، وإحقاق العدل وتحقيق المصالحة. وهكذا، تستهدف العدالة الانتقالية سيادة القانون في المدى البعيد مع موازنته باعتبارات الطابع الانتقالي للمرحلة التي يمر بها النظام<sup>(3)</sup>.

(1) BASSIOUNI (M.-C.), "Post-conflict justice", Ardrley, New-York, Transnational, international and comparative criminal law series, 2002, p. 850.

(2) BROOKS (R.), "The new imperialism: Violence, norm and the (rule of law)", Michigan law review, 2013, Vol. 109, no. 13, p.2275.

(3) CAROTHERS (T.), "The rule of law revival", Foreign affairs, 2014, Vol. 99, no.8, p.95.

وتأتي هذه الموازنة أو المقاربة - في رأينا الخاص - في سياق إدراك الطبيعة الخاصة للقانون في السياق الانتقالي، ولاسيما أن دور القانون التقليدي في صياغة تعاريف الجرائم وتصميم الآليات قد يغفل أكثر القضايا والأنشطة الرئيسية.

وقد اعترفت منظمة الأمم المتحدة، خلال عام ١٩٩٠، أن أحد الأسباب الرئيسية لفشل بعثات دعم ما بعد النزاع هو عدم إعطاء الأولوية لاستعادة سيادة القانون. ويُذكر أن هذا قد انعكس في العديد من القرارات والتوصيات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، وذلك على الصعيدين الوطني والدولي<sup>(١)</sup>.

وأخذت منظمة الأمم المتحدة، في عام ٢٠٠٠، مبادرة جديدة بغرض تعزيز سيادة القانون، وذلك من خلال تأسيس لجنة جديدة لتدعيم السلم. وقد أبرز الأمين العام للمنظمة، من جانبه، أهمية هذا البعد في استراتيجيات تسمى استراتيجيات الانتعاش، وقرر إنشاء وحدة خاصة بدراسة مفهوم سيادة القانون تسمى (مجموعة التنسيق)، تكون مهمتها ترشيح وتبرير التصرفات الصادرة عن الأمم المتحدة<sup>(٢)</sup>.

### ب- مظاهر الديمقراطية وسيادة القانون

إن ثمة تلازم حقيقي وحتمي بين سيادة وحكم القانون من ناحية، والديمقراطية وحقوق الإنسان من ناحية أخرى. ويُعد هذا التلازم جزءاً من البنيان القانوني للمجتمع، وإطاراً للقيم التي ينبغي عليه أن يحترمها في

---

(1) Voir, le résolutions de l'Assemblée générale sur l'état de droit: A/RES/48/132, 20 décembre 1993 A/RES/49/194, 23 décembre 1994 ; A/RES/50/179, 22 décembre 1995 ; A/RES/51/96, 12 décembre 1996 ; A/RES/52/125, 12 décembre 1997 ; A/RES/55/99, 4 décembre 2000 et A/RES/57/221, 18 décembre 2002.

(2) TEITEL (R.), "Transitional justice genealogy", art. Préc., p. 98.

سياق التحول نحو الديمقراطية (١). وبدعم من مبادئ سيادة القانون (٢).

### (١) مضمون الهدف الديمقراطي

ترتكز جهود الأمم المتحدة في تعزيز الديمقراطية، في المقام الأول، على المادة ٢١/٣ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨، والتي تنص على أن "إرادة الشعب هي مناط سلطة الحكم، ويجب أن تتجلى هذه الإرادة من خلال انتخابات نزيهة تجري دورياً بالاقتراع العام وعلى قدم المساواة بين الناخبين وبالتصويت السري أو بإجراء مكافئ من حيث ضمان حرية التصويت". وقد أصبح وجود مبدأ عام للشرعية الديمقراطية، والذي يُعد بمثابة نتيجة طبيعية لحق الشعوب في تقرير المصير<sup>(١)</sup>، منذ ذلك الحين مؤيداً ومدعماً في القانون الدولي العام<sup>(٢)</sup>.

ويُعد الحق في تشكيل حكومة ديمقراطية بمثابة المطلب القانوني المشروع، ولاسيما في النطاق الأوربي حيث يوجد مبدأ سمو النظام الديمقراطي والذي تم الإعلان عنه في عام ١٩٩٣ مع اعتماد مجلس أوروبا لمعايير الانضمام - معايير كوينهاجن - والتي تتطلب وجود مؤسسات مستقرة وضامنة للديمقراطية، وسيادة القانون، وحقوق الإنسان، واحترام وحماية الأقليات. وهذا ما أكدت عليه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان حينما أعلنت أن الديمقراطية هي النظام السياسي الوحيد المرغوب<sup>(٣)</sup>. ومن جانبها، فقد أكدت أيضاً منظمة الدول الأمريكية على ضرورة تعزيز

(1) THIERRY (H.), "L'évolution du droit international: Cours général de droit international public", R.C.A.D.I., 1990, p.159.

(2) FRANCK (T.); "Fairness in the international legal and institutional system: general course on public international law". R.C.A.D.I., 1993, p.99.

(3) Cour eur. D.H. (Gr.- Ch.), parti communiste unifié du Turquie et autres C.Turquie, no 133/1996/752/951, 30 janvier 1998, par. 45.

الديمقراطية، وذلك حينما أعلنت المادة الثانية من ميثاقها على أن "أحد الأهداف الأساسية للمنظمة هو تعزيز وتوطيد الديمقراطية". وهذا الأمر أيضاً قد تم التأكيد عليه فيما بعد من جانب بروتوكول واشنطن والذي أعطى للجمعية العامة سلطة معاقبة الحكومات التي تطيح بالنظام الديمقراطي في المنطقة<sup>(1)</sup>. ومن جانبه، نص الميثاق الديمقراطي للدول الأمريكية على أن الديمقراطية هي النظام الشرعي الوحيد للحكم في الدول الأطراف<sup>(2)</sup>.

وبشكل عام، لا يتضمن القانون الدولي مبدأً عاماً يفرض النظام الديمقراطي على الحكومات<sup>(3)</sup>. والآن يوجد التساؤل الآتي: هل تشكل الديمقراطية شرطاً لشرعية الحكومات في القانون الدولي العام؟ وقد صرح الأستاذ "برونلي" في هذا الصدد بأنه لا وجود لهذا المبدأ في ممارسات الدول<sup>(4)</sup>.

وجدير بالذكر، أن مسألة الديمقراطية الدولية مازالت أمراً يناقش على مستوى واسع النطاق. وبصرف النظر عن الأنظمة الاتفاقية أو آليات التكامل الإقليمي، لا يعد هذا الأمر بمثابة التزام قانوني عالمي في القانون الدولي العام<sup>(5)</sup>. ويبقى النموذج الديمقراطي الغربي، رغم القيم التي

---

(1) DUARTE (B.), "Les parties politiques, la démocratie et la convention européenne des droits de l'homme", Rev. Trim. Dr. H., 1999, no34, p.314.

(2) CAMINOS (H.), "The role of the organisation of American states in the promotion and protection of democratic governance". R.C.A.D.I., 1998, P.103.

(3) ASPREMONT (D.), "L'Etat non démocratique en droit international", pédone, Paris, 2008, p.263.

(4) BROWNLIE (I.), "International law at the Fiftieth anniversary of the United Nations", R.C.A.D.I., 1990, p.72.

(5) CHANTEBOUT (B.), "Droit constitutionnel", Sirey, 2013, p.357.

يرتكز إليها، أسوأ الأنظمة ومع ذلك يُعد الخيار الوحيد الذي يمكن أن يقدم إلى الدول محل التحولات أو الانتقالات<sup>(١)</sup>.

وفي مقامنا هذا نستطيع أن نقول بكل وضوح أن الديمقراطية هي عبارة عن مفهوم يصعب استيعابه، الأمر الذي جعل من تحديد آثاره على المسرح الدولي أمراً معقداً للغاية. وجدير بالذكر أن الأمم المتحدة تتبنى مفهوماً موسعاً لهذا النظام، الأمر الذي يعكس عالميتها وتنوع الآراء السياسية لأعضائها. وطبقاً للإعلان الختامي لمؤتمر القمة العالمي المنعقد في عام ٢٠٠٥، تُعد الديمقراطية قيمة عالمية تنبع من إرادة الشعوب في تحديد نظامها السياسي، والاقتصادي، والاجتماعي، والثقافي وترتكز مساهمتها الكاملة في كل مظاهر ومناحي وجودها<sup>(٢)</sup>.

ويكمن جوهر الديمقراطية ليس فقط في اختيار القادة من قبل المواطنين، ولكن أيضاً يجب أن تكون إرادة الشعب هي الأساس الشرعي لممارسة السلطة. وفي هذا الصدد، يشكل مبدأ الأغلبية واحترام المعارضة وحرية تكوين الأحزاب السياسية ضمانات التعبير الفعال عن مثل هذه الإرادة<sup>(٣)</sup>. ويتمثل المبدأ الثاني، الهدف الجوهري للديمقراطية، في حماية الحريات الأساسية للأفراد. وينعكس الطابع المركزي لحماية حقوق الإنسان في التعارض بين الديمقراطية الإجرائية والديمقراطية الموضوعية<sup>(٤)</sup>. وإذا كانت الديمقراطية الإجرائية تتطلب، على الأقل، العمل وفقاً لمبدأ

---

(1) GICQUEL (J.-E.), "Droit constitutionnel et institutions politiques", Paris, Montchrestien, 2013, p.375.

(2) Voir, La déclaration finale du sommet mondial de 2005 et la résolution de l'Assemblée générale des N.U. numéro : A/RES/62/7, 13 décembre 2007.

(3) PACTET (p.); "Droit constitutionnel", Sirey, 2011, p.81.

(4) SALMON (J.), "Dictionnaire de droit international public", 2001, Bruxelles, Bruylant, p.319.

الأغلبية، فإن الديمقراطية الموضوعية ترتبط بمسألة شرعية ممارسة السلطة<sup>(١)</sup>.

## (٢) مفهوم سيادة القانون

يتشابه بشكل وثيق منطق تعزيز سيادة القانون ومفهوم الديمقراطية. ويدعم هذان العنصران بعضهما البعض كثيراً، لدرجة تعتبر فيها سيادة القانون أحد شروط الديمقراطية.

وترتكز سيادة القانون - في الواقع - على دور القواعد القانونية في أداء الدولة لوظائفها المختلفة. وإذا كان احترام القواعد والمبادئ كسمة من سمات سيادة القانون يعطي الشرعية لممارسة السلطة، فإنه يجب تأطير تلك القواعد (القواعد التي يتعين الامتثال لها).

وفي تقريره حول إدارة العدالة أثناء المراحل الانتقالية، عرف الأمين العام للأمم المتحدة سيادة القانون على أنها: "مبدأ للحكم يكون فيه جميع الأشخاص والمؤسسات والهيئات العامة والخاصة، بما في ذلك الدولة نفسها، خاضعة ومراقبة بواسطة قوانين صادرة علناً، وتطبق بشكل يتفق مع القواعد والمبادئ المعمول بها في مجال حقوق الإنسان هذا من جهة، ومن جهة أخرى تعني سيادة القانون التدابير اللازمة لضمان الامتثال لمبادئ سيادة القانون، والمساواة أمام القانون، والمسئولية بموجب القانون، والعدل في تطبيق القانون، والفصل بين السلطات، والمشاركة في صنع القرار، واليقين القانوني، وتجنب التعسف، والشفافية في الإجراءات والعمليات التشريعية"<sup>(٢)</sup>.

وإذا كان الغرض النهائي من العدالة الانتقالية هو تحقيق الاستقرار والسلام الاجتماعي، فإن هذا الغرض لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال

(1) CAMPBELL (C.), "The paradox of transition in conflicted democracies", Cambridge, Cambridge University press, 2007, p.172.

(2) Doc. S/2004/616, 23 aout 2004, Par. 6.

مناخ يسمح بتسيخ مبادئ سيادة القانون، والالتزام بهذه المبادئ حتماً ولزوماً<sup>(1)</sup>. ولذلك يرى البعض أن يتعين ترسيخ مفهوم سيادة القانون كدعامة أساسية في بنيان مرحلة الانتقال من الصراع إلى الاستقرار، ومن الاستبداد إلى الديمقراطية<sup>(2)</sup>. ومن هنا، يمكننا القول بأن العدالة الانتقالية وسيادة القانون وجهان لعملة واحدة.

وغياب سيادة القانون قد يترتب عليها خروج الحاكم والمحكومين عن قواعد الشرعية بحيث تنزلق البلاد إلى أتون الفوضى وعدم الاستقرار. كما يترتب على غياب سيادة القانون - أيضاً - عدم إلمام المتقاضين بحقوقهم وواجباتهم، الأمر الذي تصبح معه المحاكم ساحات للتشاحن بدلاً من ممارسة دورها الطبيعي في إرساء الحقوق في جو من الهيبة والوقار من خلال أطراف حريصة على ذلك<sup>(3)</sup>.

### المبحث الثاني

#### العدالة الانتقالية ومكافحة الإفلات من العقاب

إذا كان البعض يرى أنه يجب ترسيخ مفهوم سيادة القانون كدعامة أساسية في بنيان العدالة الانتقالية، تشترط سيادة القانون وضع حداً للإفلات من العقاب عن الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان. وهذا هو ما تستهدفه - في الحقيقة - آليات العدالة الانتقالية في إطار بناء السلام<sup>(4)</sup>.

- (1) GOHIN (O.), "Droit Constitutionnel". Litec, 2010, p.251.
- (2) DONNEL (G.), "Why the rule of law matters", Journal of democracy, 2014, Vol. 19, n°8, p. 32.
- (3) LANGLOIS (A.), "Human rights without Democracy ? Acritique of the separationist thesis", H.R.Q., 2013, p.990.
- (4) HUMPHREY (M.), "Human rights politics and transitional justice", University of Sydney, 2013, p.2.

وفي رواندا - على سبيل المثال - أكد برنامج إعادة البناء بعد انتهاء الصراع، ضرورة إقرار العدل ومعاقبة المسؤولين عن جرائم الإبادة الجماعية وغيرها من انتهاكات حقوق الإنسان عام ١٩٩٤. وفي بوروندي، دعا اتفاق أروشا للسلام إلى إقامة هيكل وآليات لمعالجة مسألة الإفلات من العقاب.

ومما يجدر ذكره، أنه يتطلب إقرار احترام حقوق الإنسان وضع حدًا للإفلات من العقاب. هذه الحقوق من العقاب وإخضاعهم للمساءلة. وإذا كانت الاعتبارات السياسية تولى أهمية خاصة لتحقيق السلم، يقتضي إرساء هذا الأخير أيضًا إقامة العدل، وذلك من خلال التركيز على حقوق الضحايا. ومن ثم لا يجب التعامل مع مقتضيات إرساء السلم وتحقيق العدل مع أنهما طرفي نقيض، وبالتالي يجب العمل على إقرار العدل والسلم معًا<sup>(١)</sup>.

ومن هنا، سوف نقسم هذا الموضوع إلى نقطتين (أ) ونعالج فيها قضية ترابط القيم الأساسية للجماعة الدولية، و(ب) نعالج فيها عقوبة مخالفة حقوق الإنسان والانتقال.

١- ترابط القيم الأساسية للجماعة الدولية

تشكل المخاوف المتزايدة للجماعة الدولية من الأوضاع والمواقف الداخلية للدول، ولاسيما في الآونة الأخيرة، اعترافًا من جانب تلك الجماعة الدولية بضرورة حماية الفرد من الانتهاكات الأكثر خطورة والتي يمكن أن يتعرض لها أو تنال منه (١). وتمثل تلك الانتهاكات في حقيقة الأمر تهديدًا للسلم والأمن الدوليين، الأمر الذي يبرر تلك التبعة (٢).

---

(1) RICHARD (J.), "Justice as a tool for peace-making : Truth commissions and international criminal tribunals", *Journal of international law and politics*, vol. 38, N°13, 2009, p.65.



## (١) مجتمع طامح لمناقشة جذور العدالة الانتقالية

تعد العدالة الانتقالية - في الواقع - امتداداً طبيعياً لاعتراف الجماعة الدولية بالقيم والمصالح المشتركة لها، مما يعكس الخطاب الواضح عن الحقائق، ويوسع - على الأقل من الناحية النظرية - حركة حماية حقوق الإنسان. وقد بدد وطور النظام القانوني الدولي رؤى مجتمع الدول، فبعد أن كان يقوم هذا الأخير على الأناية وحب الذات، تحول وتبدل وأصبح يهتم بالمصالح المشتركة، ويسعى لتحقيق أهداف مشتركة<sup>(١)</sup>. وتعتبر الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان بمثابة الاعتداء ليس فقط على الإنسانية جمعاء ولكن أيضاً وبصفة خاصة على المصالح المشتركة والجماعية للمجتمع الدولي الأمر الذي يبرز التعبئة والحشد لها بغرض مواجهتها ودحضها. وجدير بالملاحظة، أن المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة قد أعلنت، بصدد الجرائم ضد الإنسانية، أنه: "إذا كان يجب العقاب على الأفعال اللاإنسانية التي تجاوز جسامتها وخطورتها الحدود المقبولة من قبل المجتمع الدولي، فإنه يجب دحض وإنكار الجرائم ضد الإنسانية لأنه لا يقصد من ورائها الاعتداء على فرد معين بذاته، وإنما القصد من الاعتداء عليه هو باعتباره شخصاً إنسانياً ينتمي إلى فئة جنسية أو دينية أو عنصرية أو سياسية معينة"<sup>(٢)</sup>.

ومن هذا المنظور، تعتبر القواعد التي تعاقب على ارتكاب تلك الأفعال أو التصرفات دولية لأنها تلمح إلى قمع التصرفات التي من الممكن أن تنال من النظام العام لقانون الشعوب أو من المجتمع الدولي<sup>(٣)</sup>.

- (1) WEIL (P.), "Cours général de droit international public: le droit international en quête de son identité", R.C.A.D.I., vol. 237, 1992, p.29.
- (2) T.P.I.Y., Le procureur C. Drazen Erdemovic, no II-96-22-A, Jugement portant condamnation, 29 novembre 1996, par. 28.
- (3) MAISON (R.), "Crimes internationaux", dans GAUDIN (H.), RIALS (S.) et SUDRE (F.), "Dictionnaire des droits de l'homme", Paris, P.U.F., 2008, p.181.

وعن طريق قمع وعقاب التصرفات غير المقبولة بالنظر إلى طابعها العدوانية على الإنسانية وعلى الفرد باعتباره شخصاً إنسانياً، أعلى القانون الدولي من كرامة الشخص باعتباره كائناً بشرياً أو إنسانياً، وجعلها ضمن مراتب القيم الجوهرية أو الأساسية<sup>(1)</sup>.

ويشكل تنامي اهتمامات وأولويات المجتمع الدولي - في الواقع - قاعدة تنمية وتطوير العدالة الانتقالية<sup>(2)</sup>. ويوجد على هامش المصالح الوطنية والعلاقات بين الدول مبادئ رفيعة الشأن لكل دولة، ويجب أن تكون هذه المبادئ موضع حماية خاصة من جانب القانون الدولي، وذلك لأنها تعكس ضمير الإنسانية وتعتبر بمثابة التراث المشترك<sup>(3)</sup>. ويبرر الحفاظ على هذه المبادئ العديد من المساعي التي تتخذ المساعدة في تجسيد وتوحيد هيكل الدول ولاسيما تلك التي تمر بمرحلة انتقال أو تحول. وتوجب هذه القيم أو يوجب الحفاظ عليها أن يُوجه الانتقال أو التحول الذي تمر به الدولة نحو استعادة أوضاعها، وحماية حقوق الإنسان، قمع وعقاب الانتهاكات التي تتعرض لها. ومن هنا تُعد العدالة الانتقالية أحد المحاور الرئيسة لهذا التحول.

وجدير بالذكر، أن التدخلات التي تستند إلى حماية القيم والمبادئ رفيعة الشأن تكون - في الواقع - إلى الآن موضع جدل ونقاش

(1) DUPUY. (P.-M.), "Les considérations élémentaires d'humanité dans la jurisprudence de la cour internationale de justice", dans droit et justice, Mélangés en l'honneur de Nicolas Valticos, Paris, Pédone, 1999, p.125.

(2) SUR (S.), "Les phénomènes de mode en droit international", dans "le droit international et le temps", SFDI, Paris, Pédone, 2001, p.49.

(3) SALDANA (Q.), "Culpabilité en droit international pénal". R.C.A. D.I., 1960, p. 457.

من جانب أطراف المجتمع الدولي، وذلك بالنظر إلى تعدد سياقات الانتقال وعدم تجانس الدول والمجتمعات<sup>(1)</sup>.

ولما كانت العدالة الانتقالية تعتمز تأكيد وإعلاء الاحترام المستمر للقواعد والمبادئ التي تعترف وتقر بهذه القيم، فهي بذلك تساهم في عالمية المبادئ التي يتم تصديرها إلى دول ذات ثقافات مختلفة جلياً<sup>(2)</sup>. هذا ناهيك عن دخول المبادئ التي تدعم نقل أنشطة المساعدة في سياق هذا الخطاب. وهذا كله قد يصب في صالح بعض القوى وليس في صالح الدولة المعنية محل الانتقال<sup>(3)</sup>.

وتتعرض، هكذا، العدالة الانتقالية للعديد من الانتقادات<sup>(4)</sup>، والتي عاودت الظهور في سياق النقاش حول دقطة الدول<sup>(5)</sup>. ونحن من هنا لا يسعنا إلا أن نرفع شعار التناقض والذي يوجد من جراء تصدير قيم معينة إلى دولة محل انتقال أو تحول ولاسيما إذا كانت ثقافة هذه الأخيرة ترفض تلك القيم أو تتعارض معها<sup>(6)</sup>. وقد أعلن الأستاذ (ديوي) - مع ذلك - أنه: "لا ينبغي أن نخاف من المطالبة بتعزيز القيم العالمية التي تم

- (1) DELMAS (M.), "La refondation des pouvoirs, les forces imaginantes du droit", seuil, 2007, p.265.
- (2) RUIZ-FABRI (H.), "Human rights and state sovereignty: have the boundaries been significantly redrawn?", UMR de droit comparé de Paris, 2007, p.69.
- (3) MULLERSON (R.), "Democratization: Supply stimulated or demand induced?", Leiden, Martinus nijhof publishers, 2008, p.231.
- (4) NAGY (R.), "Transitional justice as global project: critical reflections", 2008, vol. 29, N°2, p.281.
- (5) JOUANNET (E.), "Universalisme du droit international et impérialisme: Le vrai faux paradoxe du droit international?", Société de législation comparée, 2007, p.40.
- (6) Ibid., p. 41.

دجها في القانون الوضعي، حيث إنها لا تكون فقط جزءاً من تراثنا الأوربي، ولكن هي أيضاً تُعد جزءاً من التراث المشترك للإنسانية<sup>(١)</sup>.  
أيًا كان الأمر، ساهم إعلاء وتنفيذ العدالة الانتقالية - من وجهة نظرنا الخاصة - ليس فقط في تقدم الإنسانية جمعاء، ولكن أيضاً في حفظ التوازن والاستقرار العالميين.

(٢) الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان، تهدد السلم والاستقرار الدوليين.  
يأتي الاعتراف بالتهديد الذي يشكل انتهاكاً للقيم الأساسية للنظام القانوني الدولي نتيجة الارتباط المتبادل<sup>(٣)</sup> والمعترف به بين حفظ السلم، واحترام حقوق الإنسان، وتحقيق العدالة. وقد تأكد هذا المفهوم لاسيما عقب الحرب العالمية الثانية<sup>(٤)</sup>. وإذا كان احترام كرامة الإنسان قد أصبح شرطاً للسلم الدولي<sup>(٥)</sup>، فإن عدم الاستقرار الذي يتولد، فيما وراء حدود الدولة، وانتهاكات حقوق الإنسان على الساحة الدولية، يبرران هذا الخشد الدولي. وإذا كان تهديد السلم يُفهم، بحسب الأصل، بطريقة دقيقة وأمنة، أصبحت هذه المواقف، لاسيما في نهاية الحرب الباردة، موضع اهتمام خاص من جانب الأمم المتحدة<sup>(٦)</sup>. ويهتم مجلس

- (1) DUPUY (P.-M.), "Some reflections on contemporary international law and the appeal to the universal values: A response to Martti Koskenniemi," E.J.I.L., Vol. 16, 2005, p.135.
- (2) FOUCHARD (I.), "Crime international entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international", Paris, Pédone, 2008, p.183.
- (3) Voir, La déclaration des N.U. sur le droit des peuples à la paix, approuvée par l'Assemblée générale, A/RES/39/11, 12 novembre 1984.
- (4) SOREL (J.-M.), "L'élargissement de la notion de menace contre la paix", dans le chapitre VII de la charte des N.U., Colloque de Rennes, pédone, 1995, p. 3-57.
- (5) SOREL (J.-M.), "L'élargissement de la notion de menace contre la paix", art. préc., p.58.

الأمن الدولي، من الآن فصاعداً، بانتهاكات حقوق الإنسان: وفي قرار يدعو إلى احترام القانون الدولي الإنساني ومكافحة الإفلات من العقاب أكد أنه: "بقلق بالغ إزاء معاناة المدنيين أثناء النزاعات المسلحة، وبصفة خاصة العنف الموجه ضدهم، وخاصة ضد النساء والأطفال والفئات الضعيفة الأخرى، بما في ذلك اللاجئين والمشردين، يقدر المجلس تماماً الآثار المترتبة من جراء ذلك على السلام والمصالحة والتنمية المستدامة"<sup>(١)</sup>.

ويُعد تشكيل مجلس الأمن للمحاكم الجنائية الدولية الخاصة برواندا ويوغسلافيا السابقة بمثابة اعتراف صريح بالارتباط القائم بين تهديد السلم والإفلات من العقاب. وقد أكد مجلس الأمن والجمعية العامة مراراً وتكراراً على أهمية ذلك<sup>(٢)</sup>.

ويتمثل الهدف النهائي للعدالة الانتقالية، من ثم، في خلق قواعد لإعادة بناء أسس الدولة محل الانتقال، مع ضمان حماية حقوق الإنسان الأساسية. وهكذا، تسعى العدالة الانتقالية - في مقاربة هي الأكثر تفاعلاً - إلى وضع نموذج لحماية النظام العام العالمي ومكافحة الإفلات من العقاب، واللذين يمثلان عقبة كبيرة أمام التحول الديمقراطي.

ب. عقوبة انتهاك حقوق الإنسان والانتقال

لقد منحت مكافحة الإفلات من العقاب على المستوى الدولي اهتمام خاص لمسألة حماية حقوق الإنسان (١)، وهذا يبدو واضحاً مع تطور القانون الدولي الجنائي، الذي يشكل الأساس المعياري الدولي الأول في العدالة الانتقالية (٢).

(1) S/RES/1265, 17 septembre 1999.

(2) A/RES/65/33, 10 Janvier 2011; A/RES/64/254, 25 Mars 2010; A/RES/62/158, 11mars 2008; doc. S/PRST/2010/22, 26 Octobre 2010; S/PRST/2010/11, 29 Juin 2011. S/PRST/2006/43/22 décembre 2008; S/PRST/2008/4, 8 février 2008.

## (١) مكافحة الإفلات من العقاب، أساس إعادة بناء الدولة محل الانتقال

يعنى الإفلات من العقاب "غياب المسئولية الجنائية، سواء في الواقع أو القانون، المرتكبي انتهاكات حقوق الإنسان، وكذلك غياب المسئولية المدنية والإدارية والتأديبية، وهروبهم من كل تحقيق يطمح إلى اتهامهم أو القبض عليهم أو محاكمتهم. واعترافهم بأنهم مذنبين يعني أن توقع عليهم العقوبات المناسبة بما في ذلك جبر وتعويض ما لحق الضحايا من أضرار"<sup>(١)</sup>.

ويجب أن يكون الاعتراف بالانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، وكذا معاقبة مرتكبيها بمنع الإفلات من العقاب، في أول اهتمامات وأولويات الدولة التي تمر بمرحلة انتقال.

ويغرض إعادة بناء الدولة محل الانتقال أو التحول على أسس الديمقراطية وسيادة القانون، يتعين معالجة الفظائع المرتكبة في الماضي، الأمر الذي يترتب عليه الحد من الإفلات من العقاب، وإعادة ثقة الشعب في المؤسسات. ففي رومانيا، بينما مر أكثر من عشرين عاماً على سقوط نظام شاوشيسكو، يشكل غياب إجراءات الملاحقة القضائية، وبشكل عام، غياب تدابير العدالة الانتقالية، بداية لانعدام الثقة التي يبديها الشعب نحو المؤسسات السياسية والقضائية، الأمر الذي يفسر الأزمات الديمقراطية المتتالية التي تمر بها تلك الدولة<sup>(٢)</sup>.

وتمثل حماية حقوق الإنسان لهذا السبب، في رأينا الخاص، نقطة تحول لإدراك واستيعاب عملية التحول أو الانتقال، وكسر حلقة الإفلات من العقاب، وإدخال ثقافة حماية حقوق الإنسان، والآليات المناسبة لضمان توفير عقوبة عادلة للانتهاكات التي حدثت أثناء تلك الحقبة.

(1) Doc. E/CN. 4/ Sub. 2/1996/18, 20 Juin, 1996.

(2) Cour eur. D.H., Sandry et autres C. Roumanie; no. 22465. 03, 8 décembre 2009.

ويتمثل هدف الانتقال الذي تدعمه آليات العدالة الانتقالية، في وضع حد للإفلات من العقاب. ويتفق هكذا، الانتقال المتوخى في إطار العدالة الانتقالية ليس فقط مع أهداف تلك الفترة، ولكن أيضًا مع تأسيس نظام مناسب وصالح لمنع وقمع الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان ولاسيما الأساسية<sup>(١)</sup>. وهكذا، انضمت تلك الآلية، في هذا السياق، إلى إشكالية القانون الدولي العام، وأصبحت تشكل الطريقة الأولى والمثلثى لمكافحة عملية الإفلات من العقاب أثناء المراحل الانتقالية التي تمر بها الدول. ويُذكر أن توجه الحركة الدولية لمكافحة الإفلات من العقاب كان قد لاح في الأفق عن طريق تنمية وتطوير مجال ونطاق تطبيق القانون الدولي الجنائي<sup>(٢)</sup>.

ويطمح القانون الدولي الجنائي، كما هو حال العدالة الانتقالية، ليس فقط إلى التنديد بالتصرفات التي تنال من القواعد العالمية، ولكن أيضًا إلى وضع حد أو على الأقل رفض تلك التصرفات غير المقبولة. ومساهمة في حماية القيم العالمية، تستند العدالة الانتقالية ليس فقط على التطورات القانونية المعترف بها كمحور مشترك للحماية، ولكن أيضًا تستند على قانونية الطرق المعدة لحماية تلك القيم.

(٢) تطور القانون الدولي الجنائي والعدالة الانتقالية

على خلفية ارتكاب الأعمال الدرامية الإنسانية خلال القرن الحالي، والمذابح التي تعرض لها الخمير الحمر في كمبوديا، والفظائع التي

---

(1) FREEMAN (M.), "Le rôle des parlements dans l'aboutissement du processus de réconciliation, guide pratique à l'usage des parlementaires", Union interparlementaire, 2015, p. 5.

(2) DRUMBL (M.-A.), "Atrocity, punishment, and international law", Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 3.

ارتكبت في منطقة البلقان، والإبادة الجماعية بـرواندا، والقمع العنيف في جنوب أوروبا وأمريكا اللاتينية، وكذا الفصل العنصري في سيراليون، تم حشد القانون الدولي للمساهمة في منع وعقاب مثل هذه الفظائع. ويلاحظ أن، تأسيس التعاون الدولي لقمع العدوان على القيم الأساسية التي يعترف بها المجتمع الدولي لا يزال يتسم بالبطء أحياناً والتعقيد أحياناً أخرى<sup>(1)</sup>.

وبالنظر إلى سمة الفشل التي لحقت بمرحلة نورمبيرج حول تطوير الأدوات اللازمة في الصراع الدولي للحد من عملية الإفلات من العقاب، لا تزال ذكرى فظائع الحرب العالمية الثانية متجلزة في الوعي الجماعي. ومن هنا، بدأ ينظم المجتمع الدولي تدريجياً، منذ ذلك الحين إلى اليوم، ما يسمى بالقانون الدولي الجنائي لمواجهة الفظائع التي ارتكبت في عدد متزايد من بقاع العالم، وكذا الحد من ظاهرة الإفلات من العقاب<sup>(2)</sup>.

ويعتبر تطور مفهوم الاختصاص الجنائي العالمي، وبدء نفاذ النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بمثابة نقطة تحول رئيسة في حياة المجتمع الدولي<sup>(3)</sup>. وأصبح القانون الدولي الجنائي، منذ ذلك الحين، فرعاً رئيساً خصباً من فروع القانون الدولي العام<sup>(4)</sup>.

وتهدف العدالة الانتقالية، في جميع الأحوال، ليس فقط إلى القمع المنظم لانتهاكات حقوق الإنسان التي تحدث في الدول محل الانتقال

- 
- (1) DRUMBL (M.A.), "Atrocity, Punishment, and international law", op.cit., p. 5.
  - (2) KOLB (R.), "Droit international pénal", Bale/Bruxelles, Heßing and Lichtenhahn, Bruylant, 2014, p. 44.
  - (3) CRYER (R.) et ROBINSON (D.), "An introduction to international criminal law and procedure", Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 449.
  - (4) KOLB (R.), "Droit international pénal", op.cit., p. 47.



أو التحول<sup>(1)</sup>، ولكن أيضاً، إلى المساهمة في التحول من ثقافة الإفلات من العقاب إلى ثقافة المحاسبة أو المساءلة<sup>(2)</sup>.

ويتعين أن تعمل العدالة الانتقالية، على أية حال، من منظور القانون الدولي. وذلك لأنه إذا كان يمكننا أن نستوعب عملية تجريم القانون الدولي كهدف نهائي أو وسيلة نهائية لحماية القيم الأساسية للجماعة الدولية، تساهم العدالة الانتقالية، باعتبارها صيغة عملية تنصدي لانتهاك تلك القيم وتعاقب عليها، في حماية هذه القيم العالمية<sup>(3)</sup>. وهكذا، تساهم العدالة الانتقالية، مباشرة، في التطور المنشود لمفهوم العلاقات الدولية، وتوجه نحو إنشاء نظام للأمن الإنساني وحماية حقوق الإنسان. وفي النهاية، تعتبر العدالة الانتقالية بمثابة أداة نهج شامل تدعم الطابع الديمقراطي، وتعزز سيادة القانون، وتكافح الإفلات من العقاب في الدول التي تمر بمراحل انتقالية.

### الفصل الثاني

#### القانون الدولي: الأساس القانوني للعدالة الانتقالية

تمهيد وتقسيم: ...

بالنظر إلى أنها تأخذ في تحليلاتها اعتبارات السياسة الواقعية، فإن هدف العدالة الانتقالية الذي يدرج أو يسجل - بالضرورة - في الخطابات الناقلة للمثل العليا لا يكون أقل من إعادة تأسيس محور القيم الأساسية للمجتمع، والذي تعمل الجماعة الدولية على تربيته وسموه ورفع شأنه<sup>(4)</sup>.

(1) ASCENSIO (H.), DECAUX (E.) et PELLET (A.), "Droit international pénal", Paris, pédone, 2012, p. 15.

(2) KOLB (R.), "Droit international pénal", op.cit., p. 53.

(3) FOUCHARO (I.), "Crime international, entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international", op.cit., p. 187.

(4) HUMPHREY (M.), "Human rights "politics and the transitional Justice", op.cit., p. 211.

ومن جهة أخرى ، وباستدارة الوجه نحو العقوبة واستعادة الحد الأدنى من حماية الحقوق الفردية تستند العدالة الانتقالية - بالضرورة - على القواعد التي تتولد أو تنتج عن طريق تلك الأهداف<sup>(1)</sup>.

ونظراً لأن العدالة الانتقالية تتبنى رؤية يقدرها ويشمنها القانون الدولي لمجتمع يؤسس على قيم جوهرية ، ويدرج في برنامج يهدف إلى الحد من الإفلات من العقاب بشأن الأفعال والتصرفات الأكثر خطورة والتي تنال من الإنسانية جمعاء ، فهي تستند إلى نصوص وأحكام القانون الدولي التي تحدد التصرفات الأكثر جسامة أو خطورة ، وكذا إلى النتائج أو العواقب التي تترتب عليها أو تتعلق بها. وهكذا ، يعتبر القانون الدولي - في رأينا الخاص - ليس فقط الأساس القانوني لمبادرات ما بعد الانتقال والتي تتعلق بإدارة الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان ، ولكن أيضاً القاسم أو الجامع المشترك لجميع التصرفات التي يجب أن تكون موضع اهتمام خاص أو معاملة تفضيلية من جانب الدول التي تمر بمراحل انتقالية<sup>(2)</sup>.

وإذا كان التسجيل المباشر للعدالة الانتقالية كطريقة تستجيب أو تتفاعل مع إشكاليات الجماعة الدولية أمراً لا ريب فيه ، يثير تعدد المواقف التي يمكن مواجهتها ، وعدم تجانس الإشكاليات ، وتنوع مجالات عمل العدالة الانتقالية ، واختلاف التدابير الإجراءات المستخدمة ، العديد من التساؤلات من ناحية مدى تأطير أو مستوى إحاطة القانون الدولي لهذه المسألة<sup>(3)</sup>.

- (1) GRODSKY (B.), "Human rights accountability: exploring determinants of transitional justice", op.cit., p. 43.
- (2) AOLAIN (F.), "Justice discours in transition", op. cit., p. 130.
- (3) CAROTHERS (T.), "The end of the transition paradigm", art. Précis, p. 80.

وعليه ، سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين ، نتكلم في الأول عن (محتوى محدد أو محاط بفروع القانون الدولي) ، وفي الثاني نتكلم عن (الالتزامات الدولية الخاصة بجرائم القانون الدولي).

### المبحث الأول

#### موضوع محدد ومحاط بمختلف فروع القانون الدولي

بالنظر إلى أن النصوص والأحكام سائلة الذكر ، سواء ذات الطبيعة الاتفاقية أو العرفية ، تعالج الأفعال والتصرفات الأكثر خطورة ، وتطمح إلى حماية القيم الأساسية العالمية ، لذا فهي تتبوأ مكانة محورية في صدر القانون الدولي ، وترتبط - في الوقت نفسه - بالدول الأعضاء في المجتمع الدولي<sup>(1)</sup>.

يضاف إلى ما سبق ، أنه يتعين على الدولة محل الانتقال ، والتي تعتبر في نظر القانون الدولي في مركز متشابه مع غيرها من الدول ، أن تحترم هذه القواعد ، ولا تدعى لنفسها ميزة أو خاصية على حساب دولة أو دول أخرى<sup>(2)</sup>.

وتتجه ، بالضرورة ، آليات العدالة الانتقالية نحو معالجة الانتهاكات الخطيرة أو الجسيمة على حقوق الإنسان ، والتي تمثل المرجع الأساسي لفهم وإدراك مجالها المادي والنظام القانوني الذي ينتج عنها. وتتجه أيضاً فروع القانون الدولي المختلفة نحو حماية حقوق الإنسان ، كما أنها تساهم في تحديد انتهاكات القانون الدولي ، وكذا الالتزامات التي تتعلق بها.

ويطمح القانون الدولي لحقوق الإنسان ، والقانون الدولي الإنساني ، والقانون الدولي الجنائي ، والفروع الأخرى للقانون الدولي إلى

(1) AOLAINE (F.), "The paradox of transition in conflicted democracies", op.cit., p. 115.

(2) TEITEL (R.), "Transitional Justice genealogy", art. Préc., p. 302.

حماية حقوق الإنسان الأساسية. مع ملاحظة أن لكل منهم مجال عمله ونطاق تطبيقه الذي يتميز عن الآخر في تحديد التزامات الحكومات محل الانتقال. يضاف إلى ذلك، أن هذه القوانين تشكل أساس العدالة الانتقالية، والمرجع في تحديد مجاله المادي والأولوي<sup>(١)</sup>.

وإذا كان يلعب القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان دوراً بارزاً في فهم وإدراك النطاق القانوني للعدالة الانتقالية، يغطي القانون الدولي الجنائي الجزء الأكبر من مشكلات العدالة الانتقالية (أ). لهذا السبب، وبالنظر إلى الطبيعة الخاصة لانتهاكات القانون الدولي، تمثل الأفعال المكونة لجرائم القانون الدولي الأولية القانونية للعدالة الانتقالية (ب).

#### ١- المصادر الإطارية للعدالة الانتقالية

تؤكد الإشارة إلى الأفعال والتصرفات التي تُعد انتهاكاً خطيراً لحقوق الإنسان على الدور الأولي أو المحوري للقانون الدولي في التنظيم القانوني للعدالة الانتقالية. كما يشكل القانون الدولي قاعدة مشتركة وأساس معياري لتعدد مبادرات ما بعد المراحل الانتقالية (١).

ولا ترتب هذه الصياغة - مع ذلك - آثاراً قانونية دقيقة أو آثاراً محددة بشكل دقيق، كما أنها تمنع أو تعوق في نفس الوقت تأسيس تحديد المجال المادي للعدالة الانتقالية على هذه الصياغة أو على هذا التكييف القانوني. ويسمح اللجوء إلى القانون الدولي الإنساني وإلى القانون الدولي لحقوق الإنسان وإلى القانون الدولي الجنائي - مع ذلك - بتحديد القواعد الأولية والقانونية التي تحكم أحداث ما قبل الانتقال أو التحول (٢).

(1) BRONWYN (A.), "The irreconcilable goals of transitional Justice, art. Préc., p. 70.

## (١) القانون الدولي أساس مشترك لتدابير العدالة الانتقالية

تغطي العدالة الانتقالية نطاق كبير من المشكلات التي يأتي تنوعها المتزايد من ارتباطها بسياقات تدابير وإجراءات تلك العدالة. وإذا كانت ردود الأفعال القانونية التي تتواءم مع المتطلبات المحلية للانتقالات أو التحولات المعنية متعددة، فهي - في ذات الوقت - تفتقر إلى الوحدة. وتشكل قواعد القانون الدولي - آنذاك - القاسم المشترك للاستراتيجيات المتعددة والممتدة على الصعيدين الوطني والدولي. ويكون الاستناد المباشر أو غير المباشر على التشريع الدولي في هذه الفترات من التحول السياسي - من ثم - أمراً منتظماً أو منهجياً<sup>(١)</sup>.

وقد أشار الأمين العام للأمم المتحدة في تقريره عن العدالة في الدول محل التحول أو الانتقال إلى أن: "الأساس المعياري لجهودنا الرامية إلى تعزيز سيادة القانون هو ميثاق الأمم المتحدة نفسه، والذي يكمله أربعة أعمدة آخرين للنظام القانوني الدولي الحديث وهم: القانون الدولي لحقوق الإنسان، والقانون الدولي الإنساني، والقانون الجنائي الدولي، والقانون الدولي لشئون اللاجئين، وكذا المعايير المعمول بها عالمياً، والتي اعتمدت تحت رعاية منظمة الأمم المتحدة، والتي يجب أن تكون الأساس المعياري لجميع الأنشطة التي تضطلع بها من أجل تعزيز العدالة وسيادة القانون"<sup>(٢)</sup>.

(1) TURNER (C.), "Delivering lasting peace, Democracy and human rights in times of transition: The role of international law", International Journal of transitional Justice, 2015, Vol. 8, no. 5, p. 126; AMBOS (K.) et WIERDA (M.), "Building a future on peace and Justice, studies on transitional justice, conflict resolution and development: the Nuremberg declaration on peace and justice", Berlin: Springer, 2014, p572.

(2) Doc. S/2004/616, p. 9.

وعلى الرغم من التأثير أو النفوذ السياسي القوي الذي يؤثر على هذه العدالة، يحدد القانون الدولي، بشكل مباشر، المجال المادي للاهتمامات الجوهرية والأساسية للعدالة الانتقالية<sup>(1)</sup>. ويساهم اللجوء إلى القانون الدولي في تبرير أسس وقواعد هذه العدالة: تشكل الأفعال والتصرفات التي يتخذها المجتمع الدولي للتسامح أو للتساهل، خلال مراحل العدالة الانتقالية، الأولوية القانونية والشرعية لحكومات الدول محل التحول أو الانتقال. وعلى الرغم من أن انتهاكات الماضي، ومخالفات حقوق الإنسان، والفظائع المؤسسية تكون جميعها إيجابية، إلا أنها لا تشكل نظام قانوني محدد أو فئة قانونية معينة<sup>(2)</sup>. وتعود هذه الصيغ، في الواقع، إلى ثلاثة فروع للقانون الدولي، والتي تلعب دوراً محددًا في تنظيم العدالة الانتقالية.

وعندما يتعلق الأمر بنشر تلك العدالة، تصبح هذه الأنظمة تكميلية: يركز القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني على التزامات الدولة والطريقة أو الكيفية التي يجب على الدول أن تتعامل بها مع الأفراد في وقت السلم وكذا وقت النزاع المسلح. ويركز القانون الدولي الجنائي، من ناحيته، على المسؤولية الفردية لمرتكبي هذه الانتهاكات. ومن خلال التداخل بين هذه الأنظمة، وطبيعة العلاقات بينهما وبين إجراءات العدالة الانتقالية، نستطيع أن نقول أن هذه الأخيرة تستند على أسس موسعة.

---

(1) BORAINÉ (R.), "Transitional Justice: a holistic interpretation", Oxford University Press 2014, p. 18; GRAY (D.-C.), "what so special about transitional Justice? Prolegomenon for an Excuse- centered approach to transitional justice", American Society of International Law, 2013, Vol. 100, p. 147.

(2) Doc. E/CN/4/1999/65, 8 février 1999.

## (٢) تعدد نظام المجال المادي الواحد أو الموحد

تشكل الأنظمة القانونية "دعائم ومركزات النظام القانوني الدولي الحديث" - القانون الدولي لحقوق الإنسان، والقانون الدولي الإنساني، والقانون الدولي الجنائي - القاعدة المعيارية للعدالة الانتقالية<sup>(١)</sup>. ويطمح القانون الدولي الإنساني، الذي يدير ويحكم تصرفات المقاتلين وسير العمليات الحربية، إلى حماية الأشخاص الذين اشتركوا أو اشتركوا وتوقفوا في العمليات الحربية، ويقيد الوسائل والطرق المستخدمة أثناء الحرب<sup>(٢)</sup>. وهذا القانون لا يوجد مطبقاً إلا في حالة النزاع المسلح الدولي أو الداخلي. وأياً كانت آليات العدالة الانتقالية، وأياً كانت اللوائح والتوجيهات أو التعليمات المرتبطة بها، فإنه من غير الملائم أن تعتمد تلك الآليات - وغيرها من اللوائح والتوجيهات المرتبطة بها - فقط على نظام - غالباً إشكالياتي أو مشكوك فيه - يتطلب تكيف أو وصف قانوني للسياق<sup>(٣)</sup>.

(1) Doc. S/2004/616, op.cit., p. 7.

(٢) لمزيد من التفاصيل حول القانون الدولي الإنساني، راجع ما يلي: د. سعيد سالم جويلي، المدخل لدراسة القانون الدولي الإنساني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣؛ د. عبد الغني عبد الحميد محمود، القانون الدولي الإنساني "دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية"، دار النهضة العربية، ١٩٩١؛ د. أحمد أبو الوفا، الفئات المشمولة بحماية القانون الدولي الإنساني، القانون الدولي الإنساني، دليل للتطبيق على الصعيد الوطني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، دار المستقبل العربي، القاهرة، ط ١، ٢٠٠٣؛ د. حازم عتلم، قانون النزاعات المسلحة غير الدولية، القانون الدولي الإنساني، دليل للتطبيق على الصعيد الوطني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، دار المستقبل العربي، القاهرة، ط ١، ٢٠٠٣.

(3) VITTE (S.), "Typologie des conflits armés en droit international humanitaire: Concepts Juridiques et réalités", International review of the red cross, 2013, no. 873, p. 21.

وإذا كانت الانتقالات المعاصرة غالباً ما ترتبط بحالات النزاعات المسلحة<sup>(1)</sup>، وعلى الرغم من أن توصيفها دائماً ما يكون مصدراً للجدل، فلم يكن هذا هو واقع الحال في الساعات الأولى من تطوير العدالة الانتقالية والتي تسعى في المقام الأول إلى استخلاص النتائج والآثار المترتبة على السياسات الإجرامية أو الجنائية للأنظمة القمعية<sup>(2)</sup>.

وسوف تكون إجراءات العدالة الانتقالية، من ثم، معدة لاستخلاص نتائج الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني في نهاية حالات العنف المرتبطة بالنزاع المسلح. ويجب أن يؤخذ في الاعتبار أن هذا النظام سوف لا يطبق في الحالات والمواقف الأخرى.

ويمنح القانون الدولي الإنساني، والذي يطبق من حيث المبدأ وقت السلم ووقت الحرب، للفرد حماية دولية، كما يضمن له الحقوق التي من الممكن أن يثور النزاع بشأنها مع دولة أو عدة دول. وهذه المبادئ كانت قد أضيفت، في الواقع، بشدة أثناء فترة ما قبل الانتقال أو التحول، كما أنها قد أضيفت أيضاً أثناء فترة الانتقال نفسها، واستعادة الحد الأدنى من احترام حقوق الإنسان. وتشكل عقوبة انتهاكات حقوق الإنسان، وإصلاح المؤسسات الهدف النهائي لعملية الانتقال أو التحول.

وتحدد القواعد المتعلقة بحقوق الإنسان، في مجملها، مستوى حماية حقوق الشخص تجاه الدولة محل الانتقال أو التحول، لذا فهي تدخل في تفاعل كبير وضحخم مع مجال العدالة الانتقالية<sup>(3)</sup>، والذي يبحث

- (1) CULLEN (A.), "The concept of non- international armed conflict in international humanitarian law", Cambridge University press, 2012, p. 344.
- (2) KRITZ (N.-J.), "Transitional Justice : How emerging democracies Rockon with former regimes", United States institute of peace press, 1995, Vol. T, p. 604.
- (3) ANDRIEU (K.), "Transitional Justice: Anew discipline in human rights", Dans SEMELIN (J.), online Encyclopedia of mass violence, 2010, p. 37.



عن استخلاص نتائج انتهاكاتها<sup>(1)</sup>.

ويشكل نطاق الحقوق المحمية وكذا اللبس أو الغموض النسبي فيما يتعلق بعبارة بعض التعليمات الخاصة بهذا الفرع عقبة كبيرة أمام تحديد أولويات الحكومات محل الانتقال أو التحول. وتُدعى حقوق الإنسان اليوم أكثر من أي وقت مضى لأن تلعب دوراً أساسياً في تحديد ليس فقط آليات العدالة الانتقالية ولكن أيضاً نطاق إجراءاتها وأولوياتها. ويلعب النظام القانوني للقانون الدولي لحقوق الإنسان دوراً هاماً فيما يتعلق بتأطير، وتنمية والتغلب على أوجه القصور المحتملة للقانون الدولي الجنائي، موجهاً بشكل خاص بأهداف هذه المجتمعات، ومحدداً للمبادئ المتعلقة بإجراز عملية تطوير العدالة الانتقالية ليس ذلك فقط، ولكن أيضاً للالتزامات التي تقع على عاتق الدول في معالجة هذه الانتهاكات<sup>(2)</sup>.

لا يشكل، بالتالي، عقاب انتهاكات حقوق الإنسان المرتكبة قبل الانتقال أو التحول أولوية أساسية لآليات العدالة الانتقالية، وذلك باستثناء عقاب المخالفات والانتهاكات الأكثر خطورة أو جسامة لهذه الحقوق. ولا يشكل وصف خطير أو جسيم، مع ذلك، إلا مؤشر أو دليل دون تورط أو اتهام قانوني مباشر. ولا تهدف العناصر المتعلقة بضخامة أو مدى الانتهاكات المقصودة والمرتبطة بالقيمة الخاصة للمصلحة المحمية (محل الحماية) إلا إلى تعزيز الحدس أو البديهة وليس لعمل تحديد للانتهاكات المعنية أو المقصودة من جانب آليات العدالة الانتقالية.

- (1) KAMALI (M.), "Accountability for human rights violations: a comparison of transitional justice in East Germany and south Africa", col. J. Trans. L., 2001, Vol. 40, no. 1, p. 89.
- (2) NINO (C.), "The duty to punish past abuses of human rights put into context: The case of Argentina", with reply of Diana F. Orentlicher, Yale Law Journal, 1991, Vol. 100, no. 8, p. 2219.

وعلى الرغم من وجود مسألة التحديد والتجريم المباشر للانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان على المستوى الدولي، عجلت المواجهات بشأن معايير تحديد هذه الفئة من الانتهاكات بفشل هذا العمل أو هذا الهدف<sup>(1)</sup>. ويُلاحظ أن معظم الصكوك الدولية لحماية حقوق الإنسان لا تنص إلا على مسئولية الدول في حالة انتهاك أحد هذه الحقوق<sup>(2)</sup>.

لقد دخل البعد الجنائي في القانون بهدف تجريم الانتهاكات الخطيرة للقواعد الأساسية للقانون الدولي الإنساني (العدوان والانتهاكات الخطيرة لقوانين وأعراف الحرب) والقانون الدولي لحقوق الإنسان (الجرائم ضد الإنسانية والإبادة الجماعية والتعذيب).

وقد ارتقت الانتهاكات الأكثر جسامة لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني لتقف في مصاف جرائم القانون الدولي، كما أنها تطورت لتشمل بالتنظيم مسألة وضع علاج دولي للانتهاكات الأكثر خطورة لهذين الفرعين المكملين للقانون الدولي<sup>(3)</sup>. وقد جمع القانون الدولي الجنائي هذه الانتهاكات الجسيمة ليس ذلك فقط، ولكن أيضًا ساهم في تعريفها، وتعزيز الترسخ التدريجي للمجال المادي للأولويات التي يجب على حكومات الدول محل الانتقال تحديدها دون قيد أو شرط

- (1) FROUVILLE (O.), "Atteintes massives aux droits de l'homme", dans ASCENSIO (H.), DECAUX (E.) et PELLET (A.), "droit international pénal", op.cit., p. 417.
- (2) MARGUERITE (T.), "international criminal law and Human rights", dans SCHABAS (A.) et BERNAZ (N.), "Routledge Handbook of international criminal law", Routledge, 2011, p. 436.
- (3) FOUCHARD (I.), "Crime international entre internationalisation du droit pénal et pénalisation. du droit international", op.cit., p. 196.

وذلك من ناحية معالجة فظائع الماضي. وجدير بالذكر، أن هذا الفرع من القانون الدولي لم يستوعب تماماً المجال المادي للعدالة الانتقالية والذي يتميز بوجود طموحات كثيرة وكبيرة تطمح إلى الاحترام الأكثر رحابة للقواعد التي تحمي الحقوق الأساسية للإنسان. ولا تتعلق العدالة الانتقالية فقط بالمخالفات المحددة في القانون الدولي الجنائي، حيث إن مجالها يكون واسع ورحب لدرجة أصبح معها يستوعب الاعتبارات الأكثر تنوعاً<sup>(1)</sup>. والأمراً هنا لا يتعلق بالتحديد الحصري لنطاق ومدى العدالة الانتقالية، ولكن بتحديد وتعيين أولوياتها والمساهمة، من ثم، بهذه الطريقة في تأسيس هيكلها المعياري. وفي معرض مكافحة الإفلات من العقاب عالمياً، انجهدت آليات العدالة الانتقالية لمحو معالجة الأفعال والتصرفات المجرمة على المستوى الدولي والتي تدخل في فئة جرائم القانون الدولي.

#### ب- تحديد المجال المادي الأولي للعدالة الانتقالية

لم تكن فئة جرائم القانون الدولي موضع تحديداً وتعريف مقبول عالمياً، ولكن إجماعاً موسعاً ظهر تدريجياً بشأن ضرورة التخلص من تلك الأفعال المقصودة أو المعنية والمشار إليها من قبل<sup>(2)</sup>. ودون الخوض في تفاصيل العناصر المادية لهذه الجرائم<sup>(3)</sup>، يتعلق الأمر في هذا الشأن بتحديد

(1) SALMON (J.), "Dictionnaire de droit international public", op.cit., p. 288.

(2) SALMON (J.), "Dictionnaire de droit international public", op.cit., p. 88.

(3) PAZARTIS (P.), "la répression pénale des crimes internationaux", Cours et travaux, Institut des hautes Etudes internationales de Paris, Université et panthéon Assas (Paris II), Pédone, 2007, p. 95; CASSESE (A.), GAETA (P.) et JONES (J.-R.), "The Rome statute of the international criminal court: A Commentary, Oxford, Oxford University press, 2002, p. 2355; CRYER (R.),=

ما يشمل مفهوم جريمة القانون الدولي (١)، والتعرف على الأفعال المعنية بغية تقديم الدعم النظري الضروري لتحديد الأولويات القانونية للحكومات محل الانتقال (٢).

### (١) معايير تحديد جريمة القانون الدولي:

اللجوء إلى مفهوم جريمة القانون الدولي لتحديد وجمع التصرفات المكونة للمجال المادي الأولوي للعدالة الانتقالية ينتج عن تدرج جسامة انتهاكات حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، ويرتبط - في نفس الوقت - بوجود القانون الدولي الجنائي الذي يجرم هذه التصرفات الفردية، ويقدر النتائج القانونية المتعلقة بها<sup>(١)</sup>. ولم يتم

---

=FRIMAN (H.); ROBINSON (D.), WILMSHURST (E.); "An introduction to international criminal law and procedure", op.cit., p. 477 et BELLELI (R.), "international criminal justice: law and practice from the Rome Statute to its review", Farnham, Ashgate, 2010, p. 706.

- (1) Il reste que la plupart des règles qui encadrent la justice transitionnelle rentrent dans la catégorie des normes impératives, l'interdiction du génocide en étant l'exemple le plus marquant, voir, à cet égard, CIJ, Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo C. Rwanda), arrêt, recueil 2006, par. 64, p. 32 et CIJ, Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie- Herzégovine C. Serbie et Monténégro" arrêt du 26 février 2007, Recueil 2007, par 161, p. 61. Le T.P.I.Y. a, de la même manière, qualifié certaines normes de droit impérative. Voir, T.P.I.Y., le procureur C. Zorna Kupreskic et consorts, no IT-95-16-, no. IT- 95-16-T, Jugement, 14 janvier 2000, par. 520. Voir aussi, T.P.I.Y., le procureur C. Dusko Tadic, no. IT-94-1-A-AR77, arrêt 27 février 2001, T.P.I.Y., le procureur C. Radislav Krstic, no. IT-98-33-T, Jugement, 2 août 2001, par. 541 ; T.P.I.Y., le procureur C. Goran Jelusic, no IT-95-10-T, =

تقنين هذا المفهوم في قانون المعاهدات. ولم يعلن القانون الدولي الاتفاقي - بدوره - إلا نادراً وجود فعل أو تصرف يشكل جريمة بالنسبة له<sup>(1)</sup>. وهذا المفهوم - مع ذلك - كان موضع العديد من التعريفات التي لجأت، بشكل اختياري أو تراكمي، إلى عناصر مختلفة بغية تحديد هذه الطبقة أو الفئة من الانتهاكات.

وتفاوتت، في الحقيقة، معايير الاعتراف بجريمة القانون الدولي تفاوتاً كبيراً، أضف إلى ذلك، أنها تنتج عن تراكم العديد من العناصر. والمقصود هنا، هو مخالفة قاعدة القانون الدولي العرفي أو القانون الدولي الاتفاقي الذي يتكفل بحماية القيم المعتبرة كأساسية من جانب الجماعة الدولية، والتي تتعلق بالتالي، بكل الأفراد وكل الدول. وهذه الأخيرة يوجد لديها مصلحة عالمية أكيدة وظاهرة في قمع هذه الجرائم، الأمر الذي يبرر إمكانية كل دولة في ملاحقة مرتكبيها.

ويعتبر الأصل الدولي لهذه القاعدة، والتجريم الدولي لتلك التصرفات، والمصلحة العليا في احترام هذه القاعدة بمثابة المميزات أو الخصائص التي توجد - تحت صيغ مختلفة - في معظم التعريفات المقدمة<sup>(2)</sup>. والطابع الأساسي للقيم المحمية من قبل المجتمع الدولي يكون جوهرياً ومحورياً في تعريف هذه الجرائم. وقد أكد ذلك الدكتور / بيسيوني

---

=jugement, 14 décembre 1994, par. 60, T.P.I.Y., le procureur C. Milomir stakic, no. IT-97-24-T, Jugement 31 Juillet 2003, par. 500 et devant le T.P.I.R., le procureur C. Clement kayishema et Obed Ruzindana, no. TPIR-95-1, Jugement, 21 mai 1999, par. 88.

- (1) FOVCHARD (I.), "Crime international. Entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international", op.cit., p. 28.
- (2) CASSES (A.), "International Criminal Law: Cases and Commentary", New York, Oxford University press, 2011, p. 11-13.

حينما أعلن "أن مخالفات وانتهاكات القانون الدولي ذات الطابع المعياري يمكن أن تضر بسلم وأمن البشرية، وتتعارض - في نفس الوقت - مع القيم الإنسانية الأساسية، لذا فإنه تشكل جرائم دولية"<sup>(1)</sup>.

والجرائم الدولية هي "التصرفات التي تنال من النظام العام الدولي الخاص بحقوق الشعوب أو الجماعة الدولية"<sup>(2)</sup>، وهي أيضاً المعنية أو المقصودة في مفهوم جريمة القانون الدولي، وبالأحرى في مفهوم العدالة الانتقالية. ويجدر بنا أن نذكر أن الجريمة لا تقع من منظور القانون الدولي إلا إذا كانت تشكل اعتداءً على القيم التي يبحث المجتمع الدولي عن حمايتها عن طريق القواعد الجنائية التي تخاطب الأفراد"<sup>(3)</sup>.

واستخدام تعبير أو مصطلح جريمة هو "وصف لجسامة خاصة للتصرف أو الفعل المعني أو المقصود، يترتب عليه نيل ودحض المجتمع له، ويرد - نتيجة لذلك - الاستجابة العقابية المنصوص عليها من جانب النظام القانوني ذات الصلة"<sup>(4)</sup>.

والمقصود بالعنصر الثاني الذي يسمح بالاعتراف بجريمة القانون الدولي: النتائج القانونية التي تتعلق به أو يترتب عليها، والتي تربط هذا المفهوم بالعدالة الانتقالية.

- (1) BASSIOUNI (C.), "Introduction au droit pénal international", Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 59-62.
- (2) MAISON (R.), "Crimes internationaux", dans GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.), RIAL (S.) et SUDRE (F.), "Dictionnaire des droits de l'homme", op.cit., p. 180.
- (3) GAETA (P.), "The history and the Evolution of the notion of international crimes", dans BELLELLI (R.), "international criminal Justice: Law and practice from the Rome Statute to ints review", op.cit., p. 175.
- (4) CONDORELLI (L.), "présentation de la IIe partie", dans ASCENSIO (H.), DECAUX (E.) et PELLET (A.), "Droit international pénal", op.cit., p. 241.

ويرتكز وصف جريمة في الواقع - وقبل كل شيء - على نتائج محددة تتعلق بارتكابها وليس على تعداد الحقوق محل الحماية (المحمية). وتشكل جريمة القانون الدولي - في الحقيقة - اعتداءً على مضمون إحدى قواعد القانون الدولي، والتي اعترف بها المجتمع الدولي كقاعدة جوهرية وأساسية تثير مخالفتها المسؤولية الجنائية للأفراد المسؤولين عن ذلك مباشرة وفقاً للقانون الدولي<sup>(١)</sup>.

ويستند، هكذا، وصف جريمة القانون الدولي على النتائج والآثار القانونية السالفة الذكر، وذلك حسبما أشار الأستاذ (كازس)، حيث أعلن أن: "الجرائم الدولية هي بمثابة اعتداء على مصلحة محمية من جانب قواعد قانونية دولية، وتنطوي بالتالي على المسؤولية الجنائية الشخصية للأفراد المعنيين"<sup>(٢)</sup>.

وتبرر المسؤولية الفردية، في النهاية، عملية تقييد مجال الأولويات بالنسبة لحكومات الدول محل الانتقال أو التحول بشأن هذه الأفعال أو التصرفات، وذلك لأن العدالة الانتقالية تطمح، أولاً وقبل أي شيء، إلى الاختصاص الشخصي للمسؤولين عن إقرار هذه الانتهاكات.

(٢) تحديد جرائم القانون الدولي، أولويات العدالة الانتقالية

يرتكز تطور القانون الدولي الجنائي على أربع فئات أو طبقات من الجرائم الدولية<sup>(٣)</sup>، والتي مازالت تسمى بالجرائم الأساسية. وتشكل،

(1) FOUCHARD (I.), "Crime international, Entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international", op.cit., p. 264.

(2) CASSESE (A.), "International Criminal Law", op.cit., p. 11-13.

(3) SZUREK (S.), "Historique, la formation du droit pénal", dans ASCENSIO (H.), DECAUX (E.) et PELLET (A.), "Droit international pénal", op.cit., p. 7-22 ; voir. Aussi "La cristallisation coutumière de ce noyau dur de

هكذا، الإبادة الجماعية، العدوان، الجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب أساس جرائم القانون الدولي<sup>(1)</sup>. وإنشاء المحكمة الجنائية الدولية والمكلفة بمعالجة الجرائم الأكثر جسامة وخطورة والتي تمس كل المجتمع الدولي كان قد ركز ورسخ الاعتراف بهذا الأساس<sup>(2)</sup>. وحدد نظامها الأساسي - في الواقع - اختصاصها بجرائم الحرب والإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية مواجهًا مكانتهم وترتيبهم في تسلسل انتهاكات حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، ومؤكدًا على طبيعتهم العرفية. وإذا كانت فئة الجرائم الأساسية قد أسست اليوم بشكل جيد نسبيًا أو إلى حد ما، فإن قائمة جرائم القانون الدولي المعترف بها على هذا النحو تكون أكثر رحابة وضخامة وأكثر تنوعًا من مؤلف إلى آخر<sup>(3)</sup>. وتعتبر جرائم التعذيب والاختفاء القسري<sup>(4)</sup> بمثابة الأمثلة المتكررة لجرائم القانون الدولي. وبما يجدر ذكره، أن للأهداف المحورية لمكافحة الإفلات من العقاب أكثر من علاقة خاصة مع المجال المادي للعدالة الانتقالية، وتعتبر ظروف حدوثها بمثابة خصائص لسياق تطبيق هذا الشكل من العدالة<sup>(5)</sup>.

---

crimes", Dans Ibid., p. 23-35.

- (1) MAHIU (A.), "les processus de codification du droit international pénal", dans, ASCENSIO (H.), DECAUX (E.) et PELLET (A.), "Droit international pénal", op.cit., p. 50.
- (2) DUMEE (M.), "le crime d'agression", dans, ASCENSIO (H.), DECAUX (E.), et PELLET (A.), "Droit International Pénal", op.cit., p. 251.
- (3) CASSESE (A.), "International Criminal Law", op.cit., p. 12.
- (4) FROUVILLE (O.), "Disparitions forcées", dans, ASCENSIO (H.), DECAUX (E.) et PELLET (A.), "Droit international pénal", op.cit., p. 378.
- (5) Coc. E/CN. 4/2005/102/Add.1.



وتندمج العناصر السياقية في الاعتراف بهذه الجرائم مشددة ومؤكدة على العلاقة العميقة بين العدالة الانتقالية وجرائم القانون الدولي. وتشغل آليات العدالة الانتقالية - عادة - بتحديد طابع الشدة والجسامة الذي يميز أفعال الانتهاكات. وتبرر ضخامة الانتهاكات المعنية نشر العدالة الانتقالية بهدف استعادة الثقة في أجهزة الدولة، ووضع هيكل يقلص مخاطر العودة إلى ديناميكية العنف.

وتقلل، بالضرورة، إمكانية رؤية هذه الأفعال ملاحقة من جانب السلطات الوطنية فرص اشتراك الدولة<sup>(1)</sup>. وتعتمد معالجتها القضائية، بالتالي، على تغيير الحكومة<sup>(2)</sup>: الرابطة مع العدالة الانتقالية تكون هنا أكثر وضوحاً.

ويساهم تدرج جسامة أو خطورة المخالفات أو الانتهاكات، والاشتراك المباشر أو غير المباشر للدولة، بشكل أو بآخر في تحديد وتعريف هذه الجرائم و/ أو بدون أن تشكل الضرورة شروطاً لتعريفها. وهذا الأمر يكون واضحاً بالنسبة لجرائم الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية<sup>(3)</sup>.

وقد حددت المادة الثانية من اتفاقية منع وقمع إبادة الجنس البشري لعام ١٩٤٨ أفعال جريمة الإبادة وهي: "الأفعال المقصود بها إبادة جماعية بشرية كلياً أو جزئياً بالنظر إلى صفتها الوطنية أو العنصرية أو الجنسية أو الدينية ... وهذه الأفعال هي: (أ) قتل أعضاء الجماعة. (ب) الاعتداء

---

(1) REYDAMS (L.), "The rise and fall of universal Jurisdiction", dans SCHABAS (W.-A.) et BERNAZ, "Routledge Handbook of international criminal Law", Routledge, 2015, p. 273.

(2) GAETA (P.), "The history and the evolution of the notion of international crimes", op.cit., p. 177.

(3) ذ. عبد الواحد محمد الفار، "الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٢٨٩ وما بعدها.

الجسيم على أعضاء الجماعة. (ج) إخضاع الجماعة بصورة عمدية لظروف من شأنها القضاء عليهم كلياً أو جزئياً. (د) اتخاذ وسائل من شأنها إعاقة التناسل داخل الجماعة. (هـ) نقل الأطفال من جماعة إلى أخرى بصورة قسرية".

وجدير بالملاحظة، أن محكمة العدل الدولية كانت قد أخذت بهذا التعريف، الذي قنن ما جرى عليه العرف، كما أخذت به أيضاً دون تعديل المحاكم الجنائية الدولية الخاصة والمحكمة الجنائية الدولية الدائمة<sup>(1)</sup>.

وتتميز جريمة إبادة الجنس البشري عن الجرائم ضد الإنسانية أن الأولى يعاقب عليها، سواء ارتكبت أثناء الحرب، أو السلم، بينما الثانية يعاقب عليها أثناء الحرب أو على أثر ارتكاب جرائم الحرب<sup>(2)</sup>.

وتختلف أيضاً جريمة إبادة الجنس عن الجرائم ضد الإنسانية في أنها ترتكب ضد مجموعة من السكان المدنيين، بينما الجرائم ضد الإنسانية يمكن أن يكون ضحيتها شخصاً واحداً<sup>(3)</sup>.

وتعرف المادة السابعة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الجرائم ضد الإنسانية بأنها "ترتكب في إطار واسع النطاق أو منهجي، موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين، تأييداً لدولة أو سياسة تنظيمية، ولا توجد ضرورة لأن تشكل هذه الأفعال عملاً عسكرياً وعن علم بالهجوم".

(1) CIJ, Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif du 28 mai 1951, Recueil 1951, p. 15 et s.

(2) SCHABAS (W.-A.), "Genocide in international law", Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 423-453.

(3) SCHABAS (W.-A.), "Le génocide", dans ASCENSIO (H.); DECAUX (E.) et PELLET (A.), "Droit international pénal", op.cit., p. 321.

والواضح أن نظام روما الأساسي لا يتطلب لاعتبار الجريمة من قبيل الجرائم ضد الإنسانية سوى ارتكاب الأفعال المجرمة ضد السكان المدنيين وأن تشكل هذه الأعمال الإجرامية جزءاً من اعتداءات جسيمة أو واسعة النطاق أو منظمة<sup>(١)</sup>.

بسبب هذا الارتباط بين العناصر المكونة لجرائم القانون الدولي وسياق العدالة الانتقالية، يساهم إدراج الأفعال المكونة لجرائم القانون الدولي - سواء في آلية قضائية أو غير قضائية - في تحديد طبيعة العدالة الممارسة. وهذا يسمح، في الواقع - بتعزيز الطابع الانتقالي للإجراء الذي يطمح إلى استنباط نتائج انتهاكات حقوق الإنسان المرتكبة في الماضي.

ويذكر أن الاعتراف بارتكاب جرائم القانون الدولي يساهم في تحديد العدالة الانتقالية إلى الحد، حيث يكون هدفها الرئيس هو معالجة هذه الفئة من الأفعال، سواء بشكل مباشر أو غير مباشر<sup>(٢)</sup>.

وترتكز العدالة الانتقالية على هذه الفئة من الانتهاكات الخاصة بالقانون الدولي بسبب تداخل عناصرها السياقية وتبادل الأهداف والفلسفة المشتركة. وتخوف العدالة الانتقالية من هذه الفئة يرجع إلى النتائج والآثار القانونية الفردية والدولية المرتبطة بهذه التصرفات. ويتضمن مفهوم جريمة القانون الدولي - في النهاية - المسؤولية الجنائية لمرتكبي هذه الجرائم، ويقع على الدول - في ذات الوقت - التزاماً بأن تمنع أو على الأقل تحد من آثار اقترافها.

---

(1) GUZMAN (M.), "Crimes against humanity", dans SCHABAS (W.-A.) et BERNÁZ (N.), "Routledge HandBook of international criminal law", op.cit, p. 123.

(2) DAVID (E.), "Éléments de droit pénal international et européen", Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 642.

## المبحث الثاني

### الالتزامات الدولية الخاصة بجرائم القانون الدولي

يبدو أن هدف العدالة الانتقالية، في هذه المرحلة، لا يتمثل فقط في إعادة تجميع المبادئ المحددة للأفعال التي يتعين معالجتها، ولكن أيضاً في فرض مجموعة من الالتزامات المتعلقة بهذه الأفعال، وكذا طرق العقاب عليها. وينظم القانون الدولي، في كل الأحوال، العديد من المواقف التي تكون موضع تدابير وإجراءات ممتدة وذلك باسم العدالة الانتقالية أو في إطار العدالة الانتقالية. فهو، من ثم، يجرم التصرفات الفردية الأكثر خطورة، وينص على طرق العقاب عليها، ويفرض على الدول مجموعة من الالتزامات الخاصة بمنع ارتكاب هذه الأفعال.

وتحدد النصوص والأحكام المتعلقة بالانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان، موضوع العدالة الانتقالية الذي يختلط اليوم بجرائم القانون الدولي، والقواعد التي يجب على الدول محل الانتقال احترامها. هذا ناهيك عن أنها تشكل أساس العديد من المبادرات التي تتخذ أو تتم في إطار العدالة الانتقالية.

وحشد التصرفات الأكثر خطورة على حقوق الإنسان في صدر طوائف جرائم القانون الدولي يحدد ليس فقط المجال المادي الأولوي للعدالة الانتقالية والذي يدخل في نطاق الالتزامات التي تقع على عاتق الدول، ولكن أيضاً يحدد النتائج المترتبة على تلك التصرفات أو الانتهاكات.

ويترتب على وصف فعل ما بأنه يُعد جريمة من جرائم القانون الدولي، أن تثور المسؤولية الفردية لمقترب هذا الفعل. وينتج عن تنسيق الأنظمة القانونية المختلفة - بسبب تعريفاتها وتداخل مجالات تطبيقها - سلسلة من الالتزامات المتعلقة بالقواعد الأولية والمحددة للتصرفات المكونة لهذه الاعتداءات والانتهاكات الأكثر خطورة على حقوق الإنسان

والقانون الدولي الإنساني والتي تخاطب الأفراد والدول على حد سواء. وتنقسم هذه الالتزامات - بدورها - إلى فئتين رئيسيتين: نطمح الأولى إلى منع ارتكاب هذه الأفعال (أ)، ونطمح الثانية إلى استخلاص نتائج حدوثها (ب).

#### أ - الالتزام بمنع وعدم اقتراح جريمة القانون الدولي.

يقع على الدول، في المقام الأول التزاماً بمنع ارتكاب جرائم القانون الدولي (١). ويؤخذ في الاعتبار أن هذا الالتزام يكون ذا مخاطبين (٢).

(١) الالتزام بأخذ التدابير اللازمة لمنع الأفعال المكونة لجرائم القانون الدولي. تنص الأنظمة الاتفاقية المختلفة - صراحةً - على التزام الدولة باعتماد الإجراءات اللازمة بهدف منع وقمع الأفعال التي تجرمها. وتتضمن اتفاقية منع التعذيب، واتفاقيات جنيف مثل هذا الالتزام مؤكدةً بشكل خاص على ضرورة تشكيل ومراقبة ممثلي الدولة.

ويختلف مضمون الالتزام بالمنع من أداة إلى أخرى تبعاً للنصوص وثيقة الصلة وطبيعة الأفعال المقصودة بالمنع، مع الأخذ في الاعتبار أن هذه التدابير والإجراءات ليست - بالضرورة - ذات طبيعة معيارية<sup>(١)</sup>. وعلى الرغم من وضوح هذه النصوص، يبقى نطاق أو مدى هذا الالتزام من الأمور التي يصعب تحديدها، لاسيما من ناحية تقدير بداية وقوع الانتهاك، ومن ثم انعقاد مسئولية الدولة.

وقد عرض الحكم الصادر بخصوص تطبيق اتفاقية منع وقمع جريمة إبادة الجنس البشري في عام ٢٠٠٧ الصعوبات التي تثار بشأن

---

(1) FICHET-BOYLE (I.), "L'obligation de prendre des mesures internes nécessaires à la prévention et à la répression des infractions", dans ASCENSIO (H.), DECAUX (E.) et PELLET (A.), "Droit international pénal", op.cit., p. 872.

تطبيق وتنفيذ هذا الالتزام، مؤكداً بقوة تبعية هذا الالتزام للقانون الوضعي<sup>(١)</sup>. ويتعين على الدول تنفيذ وتطبيق الوسائل التي تمتلكها - طبقاً لقضاء محكمة العدل الدولية - بغرض إعاقة الأشخاص أو مجموعة الأشخاص الذين لا يوجدون مباشرة تحت سلطتها من ارتكاب فعل الإبادة، وهذا الالتزام يختلف - في الواقع - عن الالتزام بعدم الارتكاب والذي يوجه للأفراد الخاضعين مباشرة لسلطة الدولة. وتقتضي مخالفة هذا الالتزام سالف الذكر استدعاء التزام آخر ألا وهو الالتزام بتوقيع العقاب<sup>(٢)</sup>.

وقد أشارت المحكمة ذاتها إلى معنى هذا الالتزام، في تفسيرها لاتفاقية عام ١٩٤٨ بشأن إبادة الجنس البشري. ويجب أن يؤخذ الالتزام بالمتع بعين الاعتبار، وذلك وفقاً للظروف والأحوال الخاصة بكل دولة على حدة. والالتزام المقصود هنا هو الالتزام ببذل عناية وليس الالتزام بتحقيق نتيجة<sup>(٣)</sup>. ويلاحظ أن تعميم هذا الالتزام على كل جرائم القانون الدولي يبقى أمراً دقيقاً خارج كل علاقة اتفاقية، على الرغم أن الدول تخضع لمبدأ حسن النية في تنفيذها لتعهداتها والتزاماتها الدولية. وبمخصوص أساسه، فإنه لا يكون من الضروري أن تبحث عن عرض صريح لهذا الالتزام، مادامت الدول - متفقة بشأن وجود ضرورة حتمية بمكافحة التصرفات التي تهدد أسس الجماعة الدولية - ملتزمة في نفس الوقت بمنعها<sup>(٤)</sup>.

(1) CIJ, Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie- Herzégovine C. Serbie- et- Monténégro), arrêt du 26 février 2007, Recueil 2007, par. 165-166, p. 63.

(2) Ibid., p. 155.

(3) SHELTON (D.), "Encyclopedia of genocide and crimes against humanity", Macmillan reference, USA, 2015, Vol. 8, p. 820.

(4) FICHET-BOYLE (I.), "L'obligation de prendre des mesures internes nécessaires à la prévention et à la répression des infraction", op.cit., p. 871.

ويترتب على طبيعة القيم المحمية من جانب هذه القواعد المانعة - في الواقع - نتائج محددة من ناحية الأوامر أو التعليمات التي تتعلق بها. وتوجه الالتزامات المتضمنة في نطاق اتفاقية منع وقمع إبادة الجنس البشري إلى الجميع، وتكون مشروعة حتى خارج أي التزام اتفاقي<sup>(1)</sup>.

وتولد القيمة التي يوليها القانون لهذا الالتزام، وكذا إرادة حماية وصيانة المصالح الأساسية للمجتمع الدولي، المسؤولية الجماعية بشأن حماية القيم التي يتألف منها. وساهم امتداد المسؤولية بمنع جرائم القانون الدولي إلى المجتمع الدولي بأسره في التضامن الدولي نحو تجريم القانون الدولي لتصرفات وأفعال محددة، كما غل يد الجميع بسلسلة من الالتزامات الموجهة نحو الدول المعنية بهذه المخالفات أو الجرائم<sup>(2)</sup>. ويمكن أن يتولد عن تقصير الدولة أو عدم كفاية التدابير المتخذة لمنع حدوث الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان آثار تتجاوز الحدود والتي تبرر التدخل، أو على الأقل الدعم والمساندة، من جانب الجماعة الدولية.

وفي سياق أكثر عمومية لتطوير سياسة منع المنازعات<sup>(3)</sup>، فإن تدرج السياسات والفروض المختلفة، وكذا المعالجة القضائية لتلك الفظائع والانتهاكات في استراتيجيات التنمية المختلفة كان بغية إرساء وتدعيم ثقافة المنع<sup>(4)</sup>. وقد ظهرت هذه الرابطة التي توجد بين العدالة الجنائية الدولية والمنع في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، حيث عزمت الدول

- 
- (1) CIJ, Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Avis Consultative du 28 mai 1951, Recueil 1951, p. 23.
  - (2) SHELTON (D.), "Encyclopedia of genocide and crimes against humanity", op.cit., p. 823.
  - (3) Doc. A/55/985- S/2001/574, 7 Juin 2001.
  - (4) CIJ, Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie- Herzégovine) C. Serbie- et- Monténégro, arrêt du 26 février 2007, recueil 2007, par 462, p. 151.

الأطراف على وضع نهاية لإفلات مرتكبي هذه الجرائم من العقاب، والمساعدة، من ثم، في منع وقمع جرائم جديدة<sup>(١)</sup>.

وتشكل العدالة الانتقالية في هذا الشأن - من وجهة نظرنا الخاص - تقنية تهدف إلى المساهمة في عدم عودة دورة العنف المميز لجرائم القانون الدولي. وعلى الرغم من كونها رد فعل لعمل غير مشروع - وتطبيقها يكون وسيلة الدولة لعلاج افتقارها الأولى، واتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع وقوع جرائم في المستقبل - فقد برز دور العدالة الانتقالية من جانب الأمين العام للأمم المتحدة، حيث قد ساهمت نزعته التربوية في تحقيق هذا الهدف<sup>(٢)</sup>.

وجدير بالذكر، أن تثقيف السكان كان ضرورياً لمنع حدوث مثل هذه الانتهاكات. وهكذا، تكون العدالة الانتقالية ليس فقط وسيلة لاستخلاص نتائج الانتهاكات المرتكبة، ولكن أيضاً إجراء يُتخذ لتنفيذ التزام الدولة بمنع تكرار الانتهاكات التي ترتكب بشكل ممنهج ويمتد حيال حقوق الإنسان<sup>(٣)</sup>.

#### (٢) الالتزام بعدم الاقتراث: أمر مزدوج المخاطبين

يوجه الحظر أو المنع المطلق بعدم ارتكاب أحد الأفعال المكونة لجرائم القانون الدولي - في المقام الأول - إلى الأفراد. وإذا كان وجود المسؤولية الجنائية للدولة، والتي سوف تتعلق بحدوث مثل هذه الأفعال، أمراً مستبعداً بالرغم من المحاولات العديدة التي تمت في هذا الصدد، فإن هذا لا يستوجب الإعفاء من المسؤولية عن ارتكاب مثل هذه الجرائم<sup>(٤)</sup>.

(1) Statut de la CPI, préambule, al. 5.

(2) Doc. S/2004/616, op.cit., par. 4.

(3) GREIFF (P.) et DUTHIE (R.), "Transitional Justice and development making connections", Paris, P.U.F., 2015, p. 237.

(4) MAYER (A.) et GREIFF (P.), "Justice as prevention: Vetting public employees in transitional societies", New York, Social Science research council, 2012, p. 516.



ويمكن أن تكون الدول مسئولة مباشرة - في الواقع - عن ارتكاب هذه الجرائم، بنفس الطريقة التي يسأل بها الأفراد، حيث تلتزم التزاماً مطلقاً بعدم اقترافها. وإذا كانت محكمة العدل الدولية قد أكدت هذا الأمر بصدد جريمة إبادة الجنس البشري، يثير - دائماً - الامتداد العام لهذا الالتزام على كل جرائم القانون الدولي العديد من التساؤلات.

والتزام الدول بعدم ارتكاب فعل يشكل جريمة لا يكون - عموماً - واضحاً بشكل صريح في النصوص الاتفاقية التي تطمح إلى منع التصرفات المعنية. واتفاقية منع وقمع جريمة إبادة الجنس البشري لم تكن أكثر وضوحاً وصراحة: حيث تركز المادتان الثانية والثالثة من الاتفاقية على الطابع الفردي لهذه الأفعال.

وقد تم تأسيس التزامات الدول على المواد التالية: تدعو المادة الرابعة الدول إلى معاقبة الأشخاص الذين يرتكبون جريمة إبادة الجنس البشري، وتدعو المادة الخامسة الدول الأطراف إلى إصدار التشريعات الداخلية اللازمة لضمان تنفيذ نصوص الاتفاقية المذكورة، وتدعو المادة السادسة الدول بأن تلاحق الأفراد المتهمين بارتكاب جريمة الإبادة الجماعية.

والهدف العام من هذه الأداة هو إثارة مسئولية الأفراد حال ارتكاب مثل هذه الأفعال. وهذا الأمر مرتبط - في الواقع - بالتزام الدول ليس فقط بمعاقبة ارتكاب مثل هذه الأفعال الفردية، ولكن أيضاً منع ارتكابها<sup>(1)</sup>.

وقد فسرت - من جانبها - محكمة العدل الدولية اتفاقية عام ١٩٤٨، في معرض تطبيق اتفاقية منع وقمع جريمة الإبادة لعام ٢٠٠٧،

---

(1) MAYER (A.) et GREIFF (P.), "Justice as prevention: Vetting public employees in transitional societies", op.cit., p. 518.

وأقرت - مع ذلك - أن: "تحظر المادة الأولى على الدول الأطراف أن ترتكب - بنفسها - فعل الإبادة الجماعية للجنس البشري. ومثل هذا الحظر ينتج أولاً من وصف "جريمة حق الشعوب" التي أعطتها هذه المادة للإبادة. وتشج ثانياً من الالتزام الصريح بمنع ارتكاب هذه الأفعال. وسوف يكون من غير المنطقي أن تلتزم الدول بأن تعيق الأفراد من ممارسة تأثيرات بشأن ارتكاب فعل الإبادة، في حين أنه لا يُحظر عليها أن ترتكب هذه الأفعال بنفسها عن طريق أجهزتها والأشخاص الخاضعين لرقابتها وسيطرتها. إجمالاً، يحمل الالتزام بمنع جريمة الإبادة الجماعية في طياته - بالضرورة - التزاماً آخر بمنع ارتكابها"<sup>(1)</sup>.

ويذكر أنه، قد تم تسليط الضوء على الطبيعة العرفية لهذه الجرائم، سواء من جانب أعمال لجنة القانون الدولي<sup>(2)</sup>، أو من جانب أحكام القضاء السابقة على وجود محكمة العدل الدولية، لاسيما في قضية الأنشطة العسكرية على إقليم الكونغو<sup>(3)</sup>، والتي أكدت الطابع الأمر لحظر الإبادة الجماعية. ورغم تأكيد الطابع العرفي لهذه الالتزامات بخصوص جرائم القانون الدولي<sup>(4)</sup>، أثار غياب الاعتراف العام والصريح بمثل هذه الالتزامات، ونقص تقييم النتائج المرتبطة بها العديد من الشكوك حول مداها الفعال.

(1) CIJ, Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie- Herzégovine C. Serbie- et- Monténégro), arrêt du 26 février 2007, Recueil 2007, par. 167, p. 92.

(2) Doc. A/CN. 4/SER. A/2001/Add. 1, p. 90.

(3) CIJ, Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique de Congo C. Rwanda), arrêt, Recueil 2006, par. 64, p. 32.

(4) WYLER (E.), "State responsibility and international crimes", dans SCHABAS (W.-A.) et BERNAZ (N.), "Routledge Handbook of international criminal law", op.cit., p. 397 et s.

ومع ذلك، وفي المنطق المتبع بواسطة محكمة العدل الدولية، كل فعل يشكل إحدى الجرائم الأكثر خطورة في القانون الدولي والمرتكب بواسطة أحد الأفراد، ويكون قابل لأن ينسب إلى الدولة، من الممكن أن تثار معه مسؤولية هذه الأخيرة<sup>(١)</sup>. وقد أدرج هذا الالتزام في اتفاقيات لاهاي الخاصة بالقانون الدولي الإنساني، كما تم تسليط الضوء عليه من جانب أحكام القضاء الوطني الخاصة بالجرائم ضد الإنسانية<sup>(٢)</sup>.

ب- الالتزام باللاحقة القضائية قلب العدالة الانتقالية

يتمثل الهدف الرئيس للقانون الدولي الجنائي في ضمان الملاحقة القضائية أو محاكمة مرتكبي الجرائم الذميمة أو الجديرة بالعقاب<sup>(٣)</sup>. ويستند هذا الالتزام - في الواقع - على نصوص اتفاقية تخضع بمقتضاها الدول للالتزام بملاحقة مرتكبي هذه الجرائم (١). والقيمة العرفية لهذا الالتزام تكون - دائماً - محل جدل ونقاش (٢).

#### (١) التزام ذو طبيعة اتفاقية

لا يرتب وصف جريمة القانون الدولي - في حد ذاته - التزاماً بملاحقة قضائية مطلقة<sup>(٤)</sup>، بل يستوجب هذا التكييف القانوني، على العكس، التزامات أو حقوق - والتي تختلف من نظام اتفاقي إلى آخر -

- (1) BIANCHI (A.), "Ferrini V. Federal Republic of Germany", A.J.I.L., 2005, Vol. 99, p. 242 et s.
- (2) KAMATALI (J.-M.), "Accountability for genocide and other gross human rights violations: the need for an integrated and victim-based transitional justice", Justice of genocide research, 2009, Vol. 11, no. 4, p. 277 et s.
- (3) MAYER (A.) et GREIFF (P.), "Justice as prevention: Vetting public employees in transitional societies", op.cit., p. 520.
- (4) BASSIOUNI (M.-C.), "Introduction to international criminal law", New- York, Ardsley, Transitional publishers, 2003, p. 119.

من ناحية الملاحقة القضائية، والعقاب، وتسليم مرتكبي هذه الجرائم.

وجدير بالذكر، أننا نجد هذا الالتزام في صدر العديد من الأنظمة الاتفاقية التي حملت الدول الأطراف بالالتزام بملاحقة وعقاب وتسليم الأشخاص المسؤولين عن أعمال القمع المحظورة بواسطتها<sup>(1)</sup>. وتتوزع - في الواقع - درجة وضوح الالتزام بالتحاذا الإجراءات المناسبة لقمع المخالفات طبقاً للاتفاقيات. وتعد اتفاقية الإبادة أحد الاتفاقيات الأولى التي وضعت مثل هذا الالتزام على عاتق الدول. وأدرجت - تبعاً لذلك - الأنظمة الاتفاقية المختلفة مثل هذا الأمر بين نصوصها، كاتفاقية منع التعذيب التي فرضت على الدول الأطراف تجريمه في صدر تشريعاتها، وملاحقة مرتكبي جريمة التعذيب، وقد انعكس هذا الالتزام في معاهدة منع وقمع جريمة الفصل العنصري، وكذا اتفاقية الاختفاء القسري، والتي بموجبها يقع على عاتق الدول التزاماً بملاحقة الجناة جنائياً، وكذا تسليمهم.

ويتعين على الدول الأطراف في اتفاقيات جنيف وما ألحق بها من بروتوكولات - في النهاية - محاكمة مرتكبي جرائم الحرب أو تسليمهم إلى قضاء دولة أخرى لمحاكمتهم. ويُطبق الالتزام بالملاحقة القضائية أو الجنائية لمرتكبي الانتهاكات الخطيرة لاتفاقيات جنيف، سواء أثناء النزاع المسلح الدولي أو غير الدولي. ويشكل - من ثم - التزاماً ذاتية عرقية<sup>(2)</sup>.

(1) BASSIOUNI (M.-C.), "Post- Conflict Justice", op.cit., p. 3-54.

(2) Cent nonate- quatre États sont signataires de ces conventions au 1<sup>er</sup> mai 2011.

## (٢) مسألة وجود التزام عرفي بالملاحقة القضائية

يرجع تحديد المدى الذي يمكن بموجبه أن ينتج هذا الالتزام عن القانون الدولي العرفي إلى صعوبة تحديد إطار العنصر التأسيسي للعرف الدولي<sup>(١)</sup>، وممارسات الدول المستمرة في هذا المعنى.

وجدير بالملاحظة، أن مسألة معرفة، ما إذا كان الالتزام العام بحماية حقوق الإنسان يتضمن التزاماً بالملاحقة القضائية لمرتكبي الانتهاكات قد نوقشت لدرجة أصبحت معها الالتزامات الإجرائية موضع العديد من النصوص الصريحة في معاهدات حقوق الإنسان<sup>(٢)</sup>. ولا يفترض حق الطعن الفعال - بالضرورة - واجب الملاحقة، ويمكن - مع ذلك - ضمان الحقوق المحمية في هذه الاتفاقيات من خلال آليات أخرى تُعتبر كطرق طعن كافية وفعالة وفقاً لمقتضى النصوص.

وقد انعكس استمرار المناقشات حول القيمة العرفية لهذا الالتزام في إقامة - بناءً على طلب الجمعية العامة للأمم المتحدة - إطار هيكلية كانعكاس لهذه الإشكالية<sup>(٣)</sup>. وقد أبرز التقرير المقدم من لجنة القانون الدولي في يوليو ٢٠٠٩، أن القانون الاتفاقي غالباً ما يحكم أو ينظم مسألتها عدم اليقين وصعوبات تعميم القواعد<sup>(٤)</sup>.

ويرى جانب كبير من فقه القانون الدولي أن الالتزام القانوني الدولي بالملاحقة القضائية والتسليم يُعد بمثابة التزاماً عاماً يستند ليس فقط

---

(1) PROVOST (R.), "International human rights and humanitarian law", Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 112.

(2) ROHT (N.), "Transitional Justice in the twenty first century: Beyond Truth Versus Justice", Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 358.

(3) Doc. A/CN. 4/571, 12 Juillet 2006, par. 41.

(4) Doc. A/64/10, 2009 et Doc. A/CN. 4/612, 26 mars 2009, par. 4, p. 2.

على نصوص المعاهدات الدولية ولكن أيضاً على قواعد عرفية ملزمة، لاسيما فيما يتعلق بفئات محددة من الجرائم<sup>(1)</sup>.

وأضاف أحد فقهاء القانون الدولي أنه إذا وقعت دولة ما وصدقت على عدد معين من المعاهدات المتضمنة الالتزام بالملاحقة القضائية والتسليم، فإن هذا يدل على أن مبدأ الملاحقة القضائية والتسليم أصبح بمثابة القاعدة العرفية<sup>(2)</sup>. ويعني تزايد عدد الإتفاقيات التي تتضمن هذا المبدأ وجود نية التقيد بهذا النص العام، الأمر الذي يستوجب تكريسه في القانون العرفي.

وبخصوص الجرائم الدولية، فإن أفضل طريقة لفرض احترام القانون هي فرض الالتزام بالملاحقة القضائية والتسليم<sup>(3)</sup>، وقد ناقشت - من جانبها - محكمة العدل الدولية هذه المسألة مراراً وتكراراً دون أن تقطع بصفة نهائية في طبيعتها العرفية<sup>(4)</sup>. وبما يجدر بنا ذكره، أن ظهور هذه القاعدة كان قد تأكد - مع ذلك - بشكل متزايد<sup>(5)</sup>.

- (1) HENZELIN (M.), "Le principe de l'universalité en droit pénal : droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité", Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 752.
- (2) PROVOST (R.), "International human rights and humanitarian law", op.cit., p. 115.
- (3) ENACHE (C.) et FRIED (A.), "Universal Crime, Jurisdiction and duty : The obligation of aut Dedere aut Judicare in international law", Mc Gill law Journal, 1998, Vol. 43, p. 628 et s.
- (4) Voir, Ordonnance, du 14 avril 1992, Recueil 1992, par. 187 et arrêt du 20 Juillet 2012, par. 21, p. 5.
- (5) VAN- STEENBERGHE (R.), "The obligation to extradite or prosecute clarifying its nature", Journal of international criminal justice, 2011, Vol. 9, n<sup>o</sup>. 5, p. 1089.

ولقد عزز اعتماد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية القانون الدولي العرفي بشأن وجود التزام قانوني بالملاحقة القضائية، مع أن هذا الأخير لا يلزم إلا الدول الأطراف. وعزز القانون الدولي من جانبه - أيضًا - المبدأ الذي يقضي بأنه: "لا يجب أن تبقى الجرائم الأكثر خطورة والتي تمس المجتمع الدولي بأسره دون عقاب، وقمعها يجب أن يكون مضموناً بواسطة الإجراءات المتخذة على المستوى الوطني ليس ذلك فقط، ولكن أيضًا بتعزيز التعاون الدولي"<sup>(١)</sup>.

وإذا ما جمعنا نصوص نظام روما الأساسي وتلك الخاصة بالأنظمة الاتفاقية، سوف تتقيد الدول بشكل متزايد بهذا الالتزام، مع الأخذ في الاعتبار أن زيادة عدد الدول الأطراف لا يزيد هذا الالتزام إلا قوةً ودعمًا.

وجدير بالملاحظة، أن ممارسات الأمم المتحدة والوثائق المعتمدة بواسطة أجهزتها المختلفة تتكاتف لتدعيم هذا الاتجاه<sup>(٢)</sup>.

ويشكل تعريف الجرائم ضد الإنسانية على المستوى الدولي، وكذا التزامات الدول بشأن معالجة انتهاكات القانون الدولي - في رأينا الخاص - النطاق القانوني المرجعي للعدالة الانتقالية وأساسها المعياري.

### الفصل الثالث

#### حقوق الضحايا ووظيفة مسؤولية الدول في نطاق العدالة الانتقالية

تمهيد وتقسيم:

في الوقت الذي لا تدخل فيه الأفراد في عداد أشخاص القانون الدولي العام، يكون من الأحرى تحديد ماهية حقوقهم في هذا القانون

(1) Statut de la CPI, op.cit., préambule, al. 4.

(2) Doc. E/CN. 4/2005/102/Add. 1 et Doc. S/PRST/2002, 41, p. 1.

سالف الذكر، حينما يقنوا ضحايا لانتهاكات القواعد التي تخمهم<sup>(1)</sup>.  
ومن هنا، فقد كان الاهتمام يتعلق- في المقام الأول- بمدى  
الملاحقة القضائية، والعقوبات الجنائية، وتطوير القانون الدولي الجنائي،  
عما ساهم في التركيز على التزامات الدول في قمع الجرائم الأكثر خطورة  
ليس ذلك فقط، ولكن أيضاً على إنشاء آليات كافية لجعل هذا القمع أكثر  
فعالية. ويشهد على الاهتمام التزايد بمحقوق الضحايا، الدعاوى  
والإجراءات التي تتم أمام المحكمة الجنائية الدولية<sup>(2)</sup>.  
وقد وجد هذا الاتجاه صدى خاص في مجال العدالة الانتقالية،  
حيث كانت الأهداف قد دعت آلياتها ومحرقاتها لأن تتبنى مقاربات  
تعتمد- بالدرجة الأولى- على الضحايا. وإذا كان التبرير الأخلاقي  
لهذا المسعى واضحاً، فهو يدفع- مع ذلك- إلى التساؤل ليس فقط  
بخصوص حقيقة وقوام حقوق الضحايا، ولكن أيضاً بخصوص الالتزامات  
الأساسية للدول تجاههم، لاسيما في ظل الاضطرابات التي تشهدها  
الدول المعنية.

وإذا كانت الأهداف النهائية للعدالة الانتقالية تتمثل في الحق في  
الإصلاح (التعويض)، والعدالة، والحقيقة، فإن تطبيقها يمكن أن يدخل  
في المخطط الكلاسيكي للقانون الدولي الخاص بنتائج قيام مسؤولية الدولة  
بسبب غيابها، أو اشتراكها المباشر في الانتهاكات المرتكبة. وتسوية حقوق  
الضحايا سوف تكون وسيلة لتنفيذ الالتزام الأكثر عمومية للدولة بضمان  
عدم تكرار الأعمال غير المشروعة والذي يشكل الدعامة القانونية الرابعة

(1) ARGENT (P.), "Le droit de la responsabilité internationale complété?", Ann. Fr. Dr. Intern., 2005, Vol. 51, p. 2B.

(2) SCHIFF (B.-N.), "Building the international criminal court", Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 44- 46.



للعدالة الانتقالية. وتشير، مع ذلك، طبيعة الموضوعات التي أضيرت بالفعل غير المشروع للدولة، وكذا المستفيدين من هذه الحقوق (الأفراد) تساؤلات من ناحية أسس القانون الواجب التطبيق على العدالة الانتقالية<sup>(١)</sup>.

ويتأكد النطاق القانوني للعدالة الانتقالية - في الحقيقة - تدريجياً بين الاعتراف بحقوق الضحايا وتكريس الالتزامات الإيجابية للدول. وتطور الخطاب القانوني الخاص بالعدالة الانتقالية - وكذا بالمسؤولية - أمام المؤسسات الدولية يؤكد ويُقر بهذه الحقوق بشكل متزايد.

وفي نطاق تطبيقها بواسطة آليات العدالة الانتقالية، يتكامل قانون مسؤولية الدول، والقانون الدولي الجنائي، والقانون الدولي الإنساني، والقانون الدولي لحقوق الإنسان في صدر العدالة الانتقالية، حتى تتمكن من صياغة أنظمتها وأهدافها<sup>(٢)</sup>.

وتعكس العدالة الانتقالية، على أية حال، النتائج التقليدية لمسؤولية الدول، وتجسد سلسلة القواعد التي يتم إعدادها لإدارة تطبيقها، الأمر الذي يساعد في تشكيل وتكوين أساسها المعياري.

وعليه، سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين: نعالج في الأول مضمون حق الضحايا في العدالة الانتقالية، وفي المبحث الثاني، نعالج وظيفة مسؤولية الدول في نطاق العدالة الانتقالية.

- 
- (1) GALLANT (K.-S.), "The principle of legality in international and comparative criminal law" Cambridge, Cambridge University Press, Cambridge studies in international and comparative law, 2009, 534.
  - (2) SCHIFF (B.-N.), "Building the international criminal court", op.cit., p. 53.

## المبحث الأول

### مضمون حق الضحايا في العدالة الانتقالية

لقد ساهمت العدالة الانتقالية - في الحقيقة - في إبراز وبلورة وجود الحقوق الأساسية لضحايا انتهاكات حقوق الإنسان في ثلاثة محاور أساسية وهي: العدالة، والحقيقة، والإصلاح (التعويض أو جبر أضرار الضحايا). وتشكل هذه الحقوق أو هذا الثالوث من حقوق الضحايا الركيزة أو الدعامة القانونية للعدالة الانتقالية.

وفيما وراء تسوية الحقوق الأساسية للأفراد، يرتبط تطويرها بأهداف أكثر عمومية لهذه المجتمعات، يتم تحديدها عن طريق تشييد أسس نظام قادر على منع تكرار انتهاكات حقوق الإنسان. وتشكل تسوية حقوق الضحايا - في الواقع - وسيلة لبلوغ الأهداف النهائية للانتقال<sup>(1)</sup>.

ولا يتضمن الاعتراف بحقوق الضحايا أي فائدة ترجى إلا على النحو الذي يُمكنهم من المطالبة بها أمام سلطة أو محكمة مختصة. ويشكل نقص المال، وانعدام الإرادة، وغياب الهياكل الكافية، وعدم اليقين من ناحية الأساس المعياري لهذه المطالبات الفردية عاملاً أساسياً في عملية التحديد<sup>(2)</sup>.

وتساهم أدوات العدالة الانتقالية مباشرة في بلورة الحق في الحصول على تعويض عن الأضرار الناتجة عن الانتهاكات الأكثر خطورة. ولا يزال أساس هذه الحقوق يثير العديد من الأسئلة والتي من بينها: ما هي نتائج مسؤولية الدولة؟ وهل يمكن أن يشكل التأكيد المتزايد لحقوق الضحايا أساساً للحق في العدالة الانتقالية؟

(1) TEITEL (R.), "Transitional Justice Genealogy", art. Préc., p. 79.

(2) ORENTLICHER (D.-F.), "Settling accounts revisited: Reconciling global norms with local agency", the international Journal of transitional Justice, 2007, Vol. 1, no. 1, p. 147.

ويدخل تطور مضمون حقوق الضحايا في السياق العام للقانون الدولي، والذي أكبر ليس فقط على تشكيل مضمونها، ولكن أيضًا تشييد معياريتها على المسرح الدولي. وتشكل العناصر الثلاثة الأساسية لحق الضحايا- الحق في العدالة، وفي التعويض، وفي الحقيقة- في الواقع الهيكل والأساس القانوني لأدوات وآليات العدالة الانتقالية. وعليه، سوف نقسم هذا البحث إلى نقطتين: نعالج في الأولى (أ) الحق في الحقيقة، باعتباره أحد مكونات الحق في الطعن، ونعالج في الثانية (ب) الحق في تعويض الضحايا.

#### أ- الحق في معرفة الحقيقة، أحد مكونات الحق في الطعن

يرتبط حق الضحايا في العدالة والذي يدخل في نطاق العدالة الانتقالية بالحقوق المختلفة المعترف بها في القانون الدولي، وبصفة خاصة حق ضحايا الانتهاكات في الطعن (١). ويمنح تأسيس الحقيقة على حوادث الماضي - وكذا تنفيذ حدود الانتقال - الحق في معرفة الحقيقة مكانًا بارزًا في الهيكل المعياري للعدالة الانتقالية (٢). (١) الحق في العدالة، حق مركب (متعدد العناصر):

يعتبر الحق في العدالة العنصر الأول لحق الضحايا في نطاق العدالة الانتقالية. وجدير بالذكر، أن هذا الحق يرتبط مباشرة بالالتزام بالملاحقة القضائية لمرتكبي جرائم القانون الدولي والذي يقع على عاتق الدول. ويحيل الحق في العدالة إلى الحق في الطعن ضحايا انتهاكات القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي والإنساني، والمنصوص عليه في القانون الدولي.

ويتضمن الحق في الطعن العناصر المختلفة والمرتبطة عمومًا بحتمية إصلاح انتهاكات أو مظالم الماضي. ويمكن تصنيف التدابير أو الإجراءات الخاصة بذلك - بشكل عام - إلى فئتين، تتعلق الأولى بالأشكال العامة والإجرائية للإصلاح أو التعويض والتي تتضمن بشكل خاص الالتزام

بمواجهة الجرائم المرتكبة، وذلك عن طريق إنشاء إجراءات التحقيق والمطاردة القضائية، وتتعلق الثانية بالإجراءات الجوهرية الموجهة نحو تقديم أشكال التعويض أو الإصلاح للضحايا، والتي من الممكن أن تكون مادية أو معنوية (تسوية الحق في الطعن والحق في معرفة الحقيقة).

وتبعاً للأفعال الإجرامية، تلتزم الدول بتنفيذ بعض الالتزامات الإجرائية، والتي تندمج في الحق في الطعن الممنوح لضحايا هذه الأفعال. وجدير بالذكر، أن العديد من الوثائق الدولية كانت قد اعترفت وأقرت بهذا الحق الفردي، والذي كان قد شهد تطورات هامة في السنوات الماضية. وتطمح هذه النصوص - في نفس الوقت - لأن تضمن ليس فقط حق إجرائي في الوصول إلى إجراءات التحقيقات، ولكن أيضاً، حق جوهرى بإعادة إصلاح الانتهاكات أو المظالم. وقد تم الاعتراف بالحق في الطعن، أولاً، في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وتحديدًا في المادة الثامنة منه<sup>(١)</sup>. وقد ورد النص على هذا الحق، فيما بعد، في العديد من الوثائق الاتفاقية الدولية ولاسيما في الفقرة الثالثة من المادة الثانية من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية<sup>(٢)</sup>.

ويرتبط بعمق التزام الدول بتجريم بعض التصرفات في تشريعها الداخلي بالتزامها بلاحقة مرتكبيها وعقابهم. ويلاحظ في هذا الشأن، أن قرارات لجنة حقوق الإنسان التابعة لمنظمة الأمم المتحدة، وكذا قرارات أجهزة رقابة تطبيق العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، كانت قد لعبت دوراً هاماً ليس فقط في تطويرها، ولكن أيضاً في المساهمة في

(١) راجع المادة الثامنة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والصادر في العاشر من ديسمبر عام ١٩٤٨.

(٢) راجع الفقرة الثالثة من المادة الثانية من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والصادر في السادس عشر من ديسمبر عام ١٩٦٦.

التأكيد على سعة نطاقها، وكذلك طابعها المركب (متعدد العناصر)<sup>(١)</sup>.

والمحاولة الأكثر أهمية بشأن تحديد وتعيين مضمون الحق في الطعن تأتي من اعتماد الجمعية العامة للأمم المتحدة المبادئ الأساسية المتعلقة بحق الطعن<sup>(٢)</sup>، وذلك تنويعاً لتطور تقنين حقوق الضحايا في هذا المجال. وقد منحت هذه الوثيقة أهمية كبيرة للحق في معرفة الحقيقة في نطاق الحق في الطعن<sup>(٣)</sup>.

ويرتبط الحق في العدالة - في الواقع - بعمق بالحق في معرفة الحقيقة، ويتعلق كلاهما بالالتزام ليس فقط بمباشرة التحقيقات الكاملة والفعالة، ولكن أيضاً باستعادة الحقيقة حول حوادث الماضي<sup>(٤)</sup>. وينعكس الارتباط بين هذه الالتزامات في أحكام القضاء المتعلقة بالحق في الطعن. وقد أبرزت الأجهزة القضائية الدولية العديد من العناصر المكونة لهذا الحق (الحق في الطعن)، وبشكل خاص محكمة الدول الأمريكية والتي كانت قد ركزت، فيما يتعلق بحالات العنف الخطيرة، على الحق في معرفة الحقيقة. وفي حكم (فيلا سكينز) قد رأت المحكمة أن المادة (١/١)، والتي تطمح إلى ضمان حرية كل شخص في الممارسة الفعالة للحقوق

---

(1) DOAK (J.), "Victims' rights, Human Rights and Criminal Justice. Preconceiving the role of third parties", Hart Publishing, 2008, p.161- 163 et SEIBERT- FOHR (A.), "The fight against impunity under the international covenant on civil and political rights", Max Planck Yearbook of United Nations Law, 2009, Vol. 6, p. 301.

(2) Doc. A/RES/60/ 147, op.cit.

(3) DOC. A/RES/60/147, op.cit., Principe 3.

(4) DOAK (J.), "Victims' Rights, Human Rights and Criminal Justice reconceiving the Role of Third parties", op. cit., p. 159-160.

الواردة في الاتفاقية تستوجب التزام الدول بالتحقيق والملاحقة القضائية والعقاب على كل انتهاكات الاتفاقية<sup>(1)</sup>.

وقد استند تقرير الأستاذ (جوانيه) على هذا الحكم لتكريس الحق في العدالة والذي أوجب على الدول: "سرعة إجراء تحقيقات وافية، ومستقلة، ومحيدة في انتهاكات حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، واتخاذ التدابير الملائمة تجاه الفاعلين، لاسيما في مجال العدالة الجنائية للمسؤولين عن ارتكاب جرائم خطيرة بموجب القانون الدولي، وملاحقة ومعاقبة المسؤولين بالعقوبات المناسبة"<sup>(2)</sup>.

ويتضمن الحق في العدالة المعترف به - على الأقل نظرياً- للضحايا أثناء فترة الانتقال إمكانية كل ضحية في أن يؤكد حقوقه، وفي أن يمارس أيضاً طرق طعن عادلة وفعالة تضمن له قيام مسؤولية الفاعلين عن طريق آليات قضائية محايدة ومستقلة، والاستفادة - من ثم - بالتعويض أو الإصلاح المناسب. وهكذا، يتضمن هذا الحق التزام الدولة بالتحقيق في الانتهاكات، والمحاكمة، وملاحقة المسؤولين إذا ما ثبتت إدانتهم، وكذا معاقبتهم<sup>(3)</sup>.

وهكذا، يتضمن الحق في العدالة المشار إليه بواسطة العدالة الانتقالية مفهوماً أكثر اتساعاً من تلك الوارد في نطاق الملاحقة القضائية<sup>(4)</sup>

(1) Inter-Am. CT.HR., Velasquez-Rodriguez C. Honduras, arrêt sur le fons série C, no 4, 29 Juillet 1988, par. 174-176, voyez aussi inter-Am. CT. H.R., Villagran Morales et autres affaire des "Ninos de la call"), C. Guatemala, Fond, Série C, no. 63, 19 novmber 1999, Para. 225.

(2) Rapport Joinet, Doc. E/CN. 4/Sub. 2/1996/18, principe 19.

(3) SISSON (J.), "A conceptual Framework for dealing with the past", Revue de politique étrangère, 2010, Vol. 50, no. 3, p. 13.

(4) Doc. S/2004/616, op.cit., par. 7.

ويتواجد، بالتالي، الحق في العدالة محدودًا فعليًا أثناء الانتقال، الأمر الذي يقود إلى التركيز على الحق في معرفة الحقيقة والذي، على الرغم من اندماجه في الحق في العدالة، يستقل تدريجيًا<sup>(١)</sup>.

(٢) الحق في معرفة أصل الحقيقة:

من أهم حقوق ضحايا الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان معرفة الحقيقة الأصلية والجوهرية حول الأسباب والظروف التي ارتكبت خلالها التجاوزات والجرائم التي ترتب عليها إلحاق الضرر بهم بكافة صورته المادية والمعنوية. وترسخ فكرة كشف الحقيقة - في رأينا الخاص - فكرة الردع العام، إذ إنها تنقل رسالة واضحة بأن مرور الزمن لم ولن يشكل عقبة في سبيل الكشف عن الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان أو غض الطرف عنها.

ويقود تطور العدالة الانتقالية - في الواقع - نحو تكريس وإقرار حق ضحايا الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان في معرفة وكشف الحقيقة. وبمقتضى تفسير هيكل انتقالات دول أمريكا اللاتينية، والذي ساهم إلى حد كبير في تحديد مشكلات العدالة الانتقالية، يتعين التركيز على أهمية توضيح وإقرار الأحداث أو الوقائع الماضية بدلاً من الانخراط في مجال المساعي والمقاربات الأكثر تعقيداً<sup>(٢)</sup>.

وتركز العدالة الانتقالية - في الواقع - على توضيح الحقائق وإقرارها بشكل رسمي. ما تبقى هو أن تؤكد على أن إقرار الحقيقة يتطلب

---

(1) AMBOS (K.), "The legal framework of transitional Justice", International Criminal Justice Review, 2014, Vol. 9, no. 3, p. 159.

(2) COHEN (S.), "State Crimes of previous Regimes: Knowledge, Accountability, and the policing of the past", law and social inquiry, 1995, Vol. 20, no. 1, p. 43.

أن يهيمن الحق في معرفة الحقيقة على كل آليات وعمليات وأدوات العدالة الانتقالية<sup>(١)</sup>.

وتؤكد الآثار الإيجابية للحق في معرفة وكشف الحقيقة - عادةً - على القيمة الأساسية التي يتمتع بها. ويُعد الكشف عن الحقيقة وإبرازها بمثابة العلاج النفسي الناجع لضحايا انتهاكات حقوق الإنسان، بل ويشجع على المصالحة.

ويسمح الاعتراف بانتهاكات ووقائع الماضي - في الواقع - بطي صفحة الماضي وفتح مرحلة أو صفحة جديدة من إعادة البناء المجتمعي. ويُذكر، أن إقرار انتهاكات حقوق الإنسان التي وقعت في الماضي يؤدي إلى تطور السياق القضائي اللازم للحكم على هذه التصرفات والفصل النهائي في صحتها<sup>(٢)</sup>.

وعلى الرغم من الحداثة النسبية لسياق حقوق الإنسان، فإن هذا الحق كان قد اعترف به سريعاً كميّار أساسي لحقوق ضحايا انتهاكات الماضي. وهذا قد ظهر جلياً في تقرير الأستاذين (جوانيه) و (أورنتلشيه)

- 
- (1) ORENTLICHER (D.-F.), "Settling Accounts revisited: Reconciling Global Norms with local Agency", op.cit., p. 12.
  - (2) BREEN SMYTH (M.), "The function of truth recovery in transitional societies", dans BREEN SMYTH (M.), "Truth recovery and Justice after conflict managing violent pasts", Routledge, 2007, p. 6-21, HAYNER (P.-B.), "Unspeakable Truths: Transitional Justice and the challenge of truth commissions", New York, 2013, p. 145, DIMITRIJEVIC (N.), "Justice Beyond Blame- Moral Justification of a truth commission", Journal of conflict resolution, 2009, Vol. 50, no. 3, p. 368 et MENDELOFF (D.), "Truth-seeking, truth telling and post conflict peace building", international studies review, 2004, Vol. 6, p. 355.



والذي جاء فيه: "أن معرفة الشعب لتاريخ اضطهاده هي جزء لا يتجزأ من تراثه، وعلى هذا النحو يجب أن تكون محمية عن طريق التدابير المناسبة والتي تُتخذ باسم إحياء الذكرى الذي تلتزم به الدولة. وتهدف هذه التدابير- في الواقع- إلى المحافظة على الذكرى الجماعية، وبصفة خاصة الوقاية من تطور موضوعات التحريف والإنكار"<sup>(١)</sup>. وقد أقر المفوض السامي لحقوق الإنسان بأن هذا الحق ليس فقط غير قابل للتصرف<sup>(٢)</sup>، ولكن أيضاً غير قابل للتقييد أو التحديد<sup>(٣)</sup>.

وقد اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة، بموجب الوثائق المختلفة المعتمدة من جانب أجهزة الأمم المتحدة<sup>(٤)</sup> والتي أكدت على إحياء ذكرى ضحايا الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان، وكذا على تعزيز أهمية الحق في معرفة الحقيقة والعدالة<sup>(٥)</sup>، قراراً حددت بموجبه يوم (٢٤) من شهر مارس من كل عام كيوم عالمي للحق في معرفة الحقيقة فيما يتعلق بانتهاكات حقوق الإنسان وكرامة الضحايا. وعن طريق قرارها الصادر في عام ٢٠١٤، أكدت الجمعية العامة للأمم المتحدة- أيضاً- على: "أهمية احترام وضمأن الحق في معرفة الحقيقة الكاملة للمساهمة في وضع حد للإفلات من العقاب وتشجيع وحماية حقوق الإنسان"<sup>(٦)</sup>.

وقد تأكد هذا التوسع المعياري عن طريق اعتماد الاتفاقية الدولية لحماية الأشخاص من الاختفاء القسري<sup>(٧)</sup>. وجدير بالذكر، أن الحق في

---

(1) Rapport Joint, Doc. E/CN. 4/Sub. 2/1996/18, op.cit., principe 2.

(2) Voir le rapport Orentlicher, Doc. E/CN. 4/2005/102/Add. 1, op.cit., principe 2.

(3) Voir, Doc. E/CN. 4/2006/91, 6 février 2006, par. 44 et 45.

(4) Voir, Doc. A/HRC/ RES/ 12/ 12, 12 octobre 2009 et Doc. A/HRC/ 15/ 33/ 28 Juillet 2010.

(5) Voir, Doc. A/ RES/65/ 196, 3 mars 2011, préambule.

(6) Voir, Doc. A/ RES/ 68/ 165/ 21 Janvier 2014 par. 1.

(7) BURGOGUE-LARSEN (L.), "Le bannissement de l'impunité : décryptage de la politique Jurisprudentielle de la cour interaméricaine des droits de l'homme" Rev.=

معرفة أصل الحقيقة قد تبوأ مكاناً بارزاً وهاماً في صدر هذه الاتفاقية سالفه الذكر، والتي كانت قد أكدت في ديباجتها ومادتها رقم (٢٤) على حق كل ضحية في معرفة الحقيقة فيما يتعلق بظروف وأحوال الاختفاء القسري<sup>(١)</sup>.

وقد ارتبط الإقرار أو الاعتراف سالف الذكر بأعمال محكمة الدول الأمريكية، والتي كانت قد لاحظت تطور أوضاع وأحوال هذا الحق في القانون الدولي<sup>(٢)</sup>. وقد كشفت المحكمة سالفه الذكر عن هذا التطور من خلال الحكم الصادر في قضية (فيلا سكينز) ضد هندوراس عام ١٩٨٨ بخصوص حالات الاختفاء القسري المسجلة في السياسة المنهجية للقوات المسلحة لهندوراس. وقد قررت هذه المحكمة: "أن التحقيق في وقائع وحوادث هذا النوع سوف يستغرق وقتاً طويلاً، أضف إلى ذلك وجود عدم يقين بشأن مصير الشخص المختفي"<sup>(٣)</sup>.

وقد أكدت المحكمة ذاتها- أيضاً- في نفس الحكم: "أن الحق المذكور ليس حقاً جديداً أو مستقلاً، وهو يرتبط بحق الضحية وحق أقاربه في توضيح الحقائق المتعلقة بالانتهاكات- وكذا مسئولية أجهزة الدولة المختصة- وذلك من خلال التحقيق والادعاء المنصوص عليهما في

---

=Trim. Dr. H., 2012, no. 83, p. 26. et NAQVI (Y.), "The right to the truth in international law : factor fiction?", International review of the red cross, 2006, Vol. 88, no. 862, p. 245 et s.

- (1) ROSA (A.-M.), "The missing and transitional justice: the to know and the fight against impunity", international review of the red cross, Vol. 339, no. 362, 2006, p. 355.
- (2) BURGORGUE- LARSEN (L.), "Les grandes décisions de la cour interaméricaine des droits de l'homme", Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 739.
- (3) Inter- Am. CT.H.R., Velasquez Rodriguez C. Honduras, arrêt sur le fond, Série C, no. 4, 29 juillet 1988, par 181.

المادتين (٨) و (٢٥) من الاتفاقية<sup>(١)</sup>. وقد تأكد غياب الطابع المستقل لهذا الحق في تقرير المفوض السامي لحقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة<sup>(٢)</sup>.  
وجدير بالملاحظة، أنه قد ورد النص على الحق في معرفة الحقيقة في العديد من النصوص الاتفاقية. وقد أقرت من جانبها لجنة حقوق الإنسان أن هذا الحق يشكل وسيلة لوضع نهاية أو لمنع مخالفة المادة السابعة من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والتي نصت على حظر تعريض أي شخص للتعذيب أو المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة<sup>(٣)</sup>.  
وقد عرضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان - من جانبها - لهذا الحق كحق مدمج أو مندمج في منع التعذيب، والحق في الطعن الفعال، والحق في التحقيقات الفعالة، والحق في العلم بالنتائج<sup>(٤)</sup>. وينفس الطريقة، يشكل غياب التحقيق خرقاً للالتزام الإجرائي بحماية الحق في معرفة الحقيقة<sup>(٥)</sup>.

وللحق في معرفة الحقيقة وجهين أو بُعدين، وقد أقرت ذلك محكمة الدول الأمريكية حينما أعلنت أن "الحق في معرفة الحقيقة له بعدين، فهو من ناحية حق فردي، ومن ناحية أخرى فهو حق جماعي، ويرتبط كلاً منهما ليس فقط بالضحية وأقاربه، ولكن أيضاً بالمجتمع بأسره"<sup>(٦)</sup>.

- 
- (1) Inter- Am. CT. H.R., Bamaca Velasquez C. Guatemala, arrêt sur le fond, Série C, no. 70, 25 novembre 2000, par. 201.
  - (2) Voir, Doc. A/HRC/5/7, 7 juin 2007.
  - (3) Voir, Doc. CCPR/C/38/D/343/1988.
  - (4) Cour eur. D.H., Kurt C. Turquie, no. 24276/94, 25 mai 1988; Cour eur. D.H., Tas C, Turquie, no. 24396/94, 14 Novembre 2000 et Coureur. D.H., Chbypre C. Turquie, no. 25781/94, 10 mai 2001.
  - (5) DOAK (J.), "Victims' rights, human rights and criminal justice, reconceiving the Role of third parties", op.cit., p. 185 et s.
  - (6) Voir, Doc. E/CN. 4/Sub. 2/ 1996/18, op.cit., principe 1.

وفي بُعد الفردي يتعلق الحق في معرفة الحقيقة بالحق في التحقيق  
الفعال الذي يعقبه معاقبة المسؤولين. والبعد الجماعي لهذا الحق يجب أن  
يرتبط بلجان تقضي الحقائق<sup>(1)</sup>.

وقد قسم أحد فقهاء القانون الدولي الحقيقة إلى أربعة أقسام<sup>(2)</sup> :  
الصنف الأول: الحقيقة الموضوعية التي تُبنى على الوقائع والأدلة، والتي  
تسفر عنها عادة أعمال لجان تقصي الحقائق أو تحقيقات السلطات  
القضائية، الصنف الثاني: الحقيقة الشخصية التي تتمخض عن سرد  
تجارب الضحايا الشخصية، والتي تتكامل غالباً مع الحقيقة الموضوعية.  
وأهمية هذه الحقيقة أنها تعكس ما يحيط بنفس الإنسان من آلام وشجون،  
الصنف الثالث: وهو الحقيقة المجتمعية أو الحوارية وهي التي تنشأ عن  
الحوار المجتمعي وتستند إلى التجربة التي تتمخض عن التفاعل والمناقشة  
وتبادل وجهات النظر بين أطراف المجتمع وعناصره المختلفة. ويكون  
لوسائل الإعلام عادة أثر واضح في تكوين وترسيخ هذا الصنف من  
الحقيقة، وميزة هذا النوع من الحقيقة أنه يعكس مفاهيم الشفافية  
والديمقراطية في أبهى صورها، والصنف الرابع: حقيقة الانتقام وجبر  
الضرر التي ترتبط عادة بالبيات المكاشفة والمصارحة من جانب جميع  
الأطراف، وتسمح بالإقرار بالذنب والاعتذار مقابل الحصول على  
الصفح والعفو، وتتميز بأنها تنفذ إلى غياهب الماضي السحيق وتستشرف  
آفاق المستقبل بما يحقق مصالح الضحايا ويخفف آلامهم ويساهم في التثام  
جراح المجتمع ويمنع تكرار ما حدث من انتهاكات.

---

(1) BURGORGUE-LARSEN (L.), "Le bannissement de  
l'impunité: décryptage de la politique Jurisprudentielle  
de la cour interaméricaine des droit de l'homme", art  
Preci, p. 756.

(2) AMBOS (K.O), "The legal framework of transitional  
Justice", art. Précii., p. 170.

وجدير بالملاحظة، أن الحق في معرفة الحقيقة قد استقل تدريجياً عن الحق في الطعن ليشكل حقاً مستقلاً تماماً للضحايا<sup>(١)</sup>، وإن ظل نظامه القانوني إلى اليوم محل جدل ونقاش. وعلى أية حال، يجب فحص الحق في معرفة الحقيقة من منظور حق الضحايا في الحصول على التعويض المناسب (الخطى في جبر أضرار الضحايا)، لا سيما أن هذا الأخير يشكل قلب الهيكل المعياري للعدالة الانتقالية.

#### ب- الحق في تعويض الضحايا

يُعد الحق في الحصول على تعويض الأضرار الناتجة عن انتهاكات الماضي (جبر أضرار ضحايا الماضي) بمثابة أساس جوهري لحق العدالة الانتقالية (أو لقانون العدالة الانتقالية)، والذي يعززه تطور القانون الدولي العام معترفاً - اليوم - بمثل هذا الحق مباشرة لصالح الضحايا (١). ويشكل - مع ذلك - سياق العنف الذي تحاول العدالة الانتقالية مواجهته ضغوطاً بشأن تحديد تلك التعويضات (٢).

#### (١) الاعتراف الدولي بالحق الفردي في التعويض:

لقد اكتسب حق تعويض ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان اعترافاً لا مثيل له في القانون الدولي. وإذا كان هذا الحق قد عُولج منذ فترة طويلة في نطاق القواعد الخاصة بالمسئولية الدولية، سهل الاهتمام المتزايد بالضحايا الاعتراف بمثل هذا الحق مباشرة لصالحهم وبدل أساسه من قانون المسئولية الدولية إلى القانون الدولي لحقوق الإنسان<sup>(٢)</sup>. ويملك

- (1) MALLINDER (L.), "Amnesty, Human Rights and political transitions Bridging the peace and justice divide", Oxford, Hart publishing, studies in international law, 2008, p. 234.
- (2) SAUL (P.), "Compensation for unlawful death in international law: A focus on the inter-American court of human rights", American University International law review, Vol. 19, no 3, p. 523.

ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان اليوم الحق في التعويض المناسب والمعترف به من جانب العديد من الوثائق الاتفاقية الدولية والتي تنفرض عن هذا الفرع من القانون وليس من القانون الوطني<sup>(١)</sup>.

ويؤكد تدوين هذا القانون في صدر المبادئ الأساسية، أنه ينتمي مباشرة - من الآن فصاعداً - إلى الأفراد<sup>(٢)</sup>. وإذا وقع أحد الأفراد ضحية مخالفة القانون الدولي لحقوق الإنسان أو القانون الدولي الإنساني يتعين - وفقاً لهذه الوثائق - منحه تعويض فعال يتناسب مع ما ألحق به من أضرار<sup>(٣)</sup>. وتحمل الدولة مسؤولية هذا الإصلاح، إذا ما كانت مسؤولة عن هذه المخالفة أو هذا الانتهاك. ولأجل ذلك، يتعين إنشاء برامج للمساعدة والتعويض لصالح الضحايا في الحالات التي لا تتمكن فيها الأشخاص المسؤولة من تنفيذ التزامها بالتعويض.

وجدير بالذكر، أن هذه المبادئ الأساسية ليس لها إلا نطاق معياري نسبي<sup>(٤)</sup>، ويتوقف احترامها على حسن نية الدول، مع الأخذ في الاعتبار، أنه لم يتم النص على أية آلية للتنفيذ في هذا الشأن<sup>(٥)</sup>. وعلى الرغم من إمكانية اختصاص فائدتها أو نفعيتها على نطاق واسع، كان لها الفضل في توضيح طبيعة هذا الحق.

- 
- (1) PISILLO MAZZESHI (R.), "Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme", R.C.A.D.I., 2008, Vol. 333, p. 366 et s.
  - (2) Voir, Doc. A/RES/60/147, op.cit., la délation telle qu'adoptée en 2005.
  - (3) Voir, Doc. A/RES/60/147, op.cit., principe 15.
  - (4) D'ARGENT (P.), "Le droit de la responsabilité internationale complété ?", op. cit., p.36.
  - (5) BASSIOUNI (M.-C.), "International recognition of victims' rights" . H.R.L.R., 2006, Vol. 6, no. 2, p. 267.

وجدير بالذكر، أن للحق في التعويض بُعداً مزدوجاً، فهو من ناحية يرتب التزاماً بإصلاح الأضرار التي تلحق بالضحايا، ويفرض على الدول، من ناحية أخرى، ضمان التعويض العادل والمناسب<sup>(1)</sup>. وقد أشارت المبادئ الأساسية إلى العديد من أشكال التعويض والتي من بينها: الإصلاح، والتعويض، والترضية، وإعادة التأهيل أو التكيف، وضمن عدم التكرار<sup>(2)</sup>. وتعكس أشكال التعويض الواردة بالإعلان التمييز بين التعويضات المادية والرمزية، وكذا التمييز بين التعويضات الفردية والجماعية<sup>(3)</sup>. وتعتبر محكمة الدول الأمريكية من بين الأنظمة المحلية التي تهتم بحماية حقوق الإنسان، وتضمن بشكل فعال حق تعويض ضحايا انتهاكات هذه الحقوق، وتسمح، في نفس الوقت، بتأكيد وإبراز دور التحقيقات الفردية في حماية حقوق الإنسان<sup>(4)</sup>. وقد أكدت الممارسات والتطبيقات العملية وجود التزام دولي بإصلاح كل أشكال انتهاكات حقوق الإنسان<sup>(5)</sup>.

## (٢) حق تعويض الضحايا والعدالة الانتقالية

تثير التعويضات - كما صرح الأمين العام للأمم المتحدة - صعوبات عديدة، حيث: "يجب اتخاذ قرارات صعبة فيما يتعلق بصفة

(1) Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 mai 2004, Par. 16.

(2) Doc. A/RES/60/147, op.cit., principe 9.

(3) JEAGÈNE (J.-B.), "Réparer l'irréparable - les réparations aux victimes devant la cour pénale internationale", Paris, P.U.F., 2014, p.81-85.

(4) MARTIN-CHENUT (K.), "Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme: la cour interaméricaine, pionnière et modèle?", Paris, Société de législation comparée, 2010, p.334.

(5) PISILLO MARZZECCHI (R.), "Responsabilité de l'Etat pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme", op. cit., p.368.

خاصة بالأشخاص الذين يدخلون ضمن الضحايا المستحقين للتعويض، مبلغ التعويض، أشكال الأضرار التي تغطيها التعويضات، طرق تقدير وتحديد الأضرار، والمعايير المستخدمة للمقارنة وكذا تعويض الأشكال المختلفة للأضرار، وتقسيم التعويضات<sup>(1)</sup>.

وتندمج هذه الإشكاليات السابقة في طبيعة الانتهاكات المشار إليها سلفاً. ويصطدم الحق في تعويض الضحايا - في الواقع - بضرورة تحديد قدرة المدين المالية أو قدرته على الدفع. والفكرة هنا، أن الانتهاكات يمكن أن تصل إلى درجة كبيرة من الضخامة أو الجسامة والتي قد تتجاوز قدرة الدول المالية واللوجستية اللازمة لضمان تعويض كل الضحايا. وجدير بالذكر، أن الحجة التي قبلت لتبرير تحديد وتقييد حق الفرد في الحصول على التعويض تكون - من وجهة النظر القانونية - غير معقولة وغير مقبولة، وذلك لأنه حينما يكون الانتهاك ضخماً وخطيراً سوف يحصل أقل الضحايا ضرراً على الحق في التعويض<sup>(2)</sup>.

ويطرح قبول مثل هذا الحق لصالح ضحايا انتهاكات القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني العديد من المشكلات لاسيما فيما يتعلق بالتطبيق السليم والحقيقي، الأمر الذي يشير توقعات وهمية وزائفة لدى هؤلاء الضحايا<sup>(3)</sup>.

وجدير بالذكر، أنه لا تملك الدول محل الانتقال تقريباً الوسائل المادية أو المالية اللازمة لدفع التعويض الكامل. وعادة ما تتكتم الدول

(1) Doc. S/2004/616, op. cit., par. 54.

(2) ANTKOWIAK (T.), "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The inter-American Court of Human Rights and beyond", col. J. Trans. L., Vol. 46, n°2, 2009, p.358.

(3) BONNEAU (K.), "Le droit à réparation des victimes de violations des droits de l'homme : le rôle pionnier de la cour interaméricaine des droits de l'homme", droits fondamentaux, 2013, p. 84.



بشأن تعهدها بالاعتراف بهذه الحقوق للضحايا، والتي ينتج عن إقرارها  
لمسئوليتها، لأسباب اجتماعية أو اقتصادية واضحة<sup>(١)</sup>.  
وقد أكدت محكمة العدل الدولية - بدورها - على وجود مثل  
هذا الحق وذلك في رأيها الاستشاري الصادر في التاسع من يوليو لعام  
٢٠٠٤، بخصوص الآثار القانونية لبناء جدار في الأراضي الفلسطينية  
المحتلة<sup>(٢)</sup>، وأعلنت أنه: "يتعين على إسرائيل إصلاح أي أضرار قد لحقت  
بأي شخص طبيعي أو معنوي"<sup>(٣)</sup>. هذه القضية وكذا تلك التي تتعلق  
بالأنشطة العسكرية على إقليم الكونغو ضد أوغندا<sup>(٤)</sup>، وكذلك التي  
تتعلق بتطبيق اتفاقية منع الإبادة الجماعية<sup>(٥)</sup>، أظهرت جميعاً صعوبات  
جمة لاسيما بخصوص الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان. ويعكس هذا  
الحكم الأخير - في حقيقة الأمر - هذه الصعوبات: "لقد كانت فكرة  
جيدة حقاً من جانب المحكمة أن أعلنت أن دولة صربيا كانت على الأقل  
وقت صدور الحكم - من الناحية الاقتصادية والمالية - في حالة أسوأ من  
البوسنة. وينبغي أن تدفع الهرسك في أي حادثة كانت مبلغ ضخمة من المال  
لأجل تعويض الضحايا. وربما كان هذا هو البديل الأفضل لمواكبة القضاء

- (1) BASSIOUNI (M.-C.), "International recognition of victims' rights", op.cit., p. 212.
- (2) CIJ, Conséquences Juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif du 9 Juillet 2004, Recueil 2004, p. 136- 203.
- (3) Ibid., par. 152, p. 158. Voyez aussi ibid., par. 153 et 147, p. 197-198.
- (4) CIJ, Activités armées sur le territoire du Congo (Congo Contre Ouganda), arrêt du 19 décembre 2005, Recueil 2005, p. 168- 283.
- (5) CIJ, Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, arrêt du 26 février 2007, Recueil 2007, p. 43- 240.

الإبداعي لمحكمة الدول الأمريكية لحقوق الإنسان، وصياغة بعض أشكال التعويضات أو الإصلاحات في شكل معنوي مثل إنشاء المؤسسات...<sup>(1)</sup>.

ويجدر بنا أن نذكر، أن التعويضات الرمزية والجماعية كانت قد تبوات في الواقع - مكاناً بارزاً في صدر المنازعات التي تثور بين الدول الأمريكية. وإذا كان يمكن المطالبة بكل أشكال التعويضات الفردية أو الجماعية، فقد تم التركيز على التعويضات الرمزية، لأن التعويضات الفردية لا تسمح بحل مشكلة هذه الانتهاكات<sup>(2)</sup>.

وأعدت محكمة الدول الأمريكية - من هذا المنظور - أشكالاً عديدة ومتنوعة للتعويض غير المالي (العيني) لضحايا انتهاكات حقوق الإنسان. والدليل على أهميتها المتزايدة، تشكل تدابير التسوية المرتبطة بالحق في معرفة الحقيقة والحق في العدالة، الإجراءات الأولية في أحكامها<sup>(3)</sup>.

وفي النهاية، نود أن نقول أنه قد عدل تطور التزامات الدولة بموجب القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان المفهوم التقليدي لمسئولية الدول، ورتب على ذلك العديد من النتائج القانونية ليس فقط تجاه الدول الأخرى، ولكن أيضاً تجاه الأفراد ومجموعة الأفراد الخاضعين لولايتها القضائية. وإذا كان حق الضحايا في الحصول على التعويض المناسب وفقاً لقانون مسؤولية الدول يُعد أمراً لا جدال فيه، يقدم هذا البيكل المعياري - مع ذلك - نمطاً جديداً لقراءة حق أو قانون

---

(1) SIMMA (B.), "Peace through law : the role of the ILC", 2009, Vol. 211, p. 190.

(2) Doc AIRES/60/147, op.cit., principe 22.

(3) BONNEAU (K.), "Le droit a réparation des victimes des violations des droits de l'homme : le rôle pionnier de la cour interaméricaine des droits de l'homme", op.cit., p. 4.

العدالة الانتقالية. وإذا كانت حقوق الضحايا تُعد الأساس الجوهرى لالتزامات الدول في نطاق العدالة الانتقالية، تشكل النتائج الخاصة بمسئوليتها عن انتهاكات الماضي، وتقصيرها في معالجة هذه الأخيرة وإصلاحها أساس الالتزام العام بتأسيس آليات وتحديد أهداف تلك العدالة.

## المبحث الثاني

### وظيفة مسؤولية الدول في نطاق العدالة الانتقالية

إذا كان الحق في التعويض يشكل الأساس الجوهرى لإجراءات العدالة الانتقالية، فإن انعقاد مسؤولية الدول يعتبر بمثابة الأساس القانونى الإضافى أو التكميلى لعمليات وآليات تلك العدالة<sup>(1)</sup>. وتلتزم الدول محل الانتقال - في هذا السياق - ليس فقط بوضع القواعد التى تمت مخالفتها فى الماضى موضع التنفيذ، ولكن أيضاً بتقديم ضمانات بعدم التكرار، وإصلاح الأضرار التى وقعت فى الفترة قبل الانتقال<sup>(2)</sup>.

ومن جراء الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان، تصبح الحكومة الجديدة مدينة بالعديد من الالتزامات التى من بينها إصلاح آثار هذه الانتهاكات. ويُذكر، أن تخلف الدولة عن اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع هذه الانتهاكات، وغياب الملاحقة القضائية لمرتكبي جرائم الماضى يشير لمسئوليتها.

ويمكن، هكذا، أن تنضوي ممارسة العدالة الانتقالية مباشرة إلى نطاق القواعد القانونية أو الفرعية للقانون الدولى العام بما فى ذلك قواعد معاقبة انتهاكات قواعده الأساسية<sup>(3)</sup>.

(1) SASSOLI (M.), "Réparation", dans CHETAIL (v.), "Lexique de LA consolidation de la paix", Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 436.

(2) Doc. A/RES/56/83, op.cit., art. 1, 29, 30 et 31.

(3) SALMON (J.), "Dictionnaire de droit international public", op.cit., p. 961.

وربط العدالة الانتقالية بالمسئولية الدولية للدولة يثير العديد من الصعوبات ، لاسيما أن القواعد الفرعية أو الثانوية للقانون الدولي تحكم العلاقات بين الدول وليس مصالح الدولة مع رعاياها<sup>(1)</sup>. وليس المقصود هنا هو إحلال قانون المسئولية الدولية محل القانون الدولي لحقوق الإنسان كأساس للعدالة الانتقالية ، ولكن تعميق التفكير أو التأمل بشأن أعمدها المعيارية.

وفيما وراء الحقوق الفردية للضحايا بضرورة إنشاء آليات قضائية أو شبه قضائية تطمح إلى معالجة جرائم الماضي ، تشور العديد من التساؤلات حول ظهور التزام عام على الدولة بتأسيس آليات العدالة الانتقالية كطريق لتعويض انتهاكات الماضي ، والتي يتفرع عن التزامها العام بتقديم ضمانات عدم التكرار.

ولا يمكن - في رأينا الخاص - أن تفصل حقوق الضحايا عن قانون مسئولية الدول ، وذلك لأن عدم احترام الدولة للالتزامات المرتبطة بهذه الحقوق يثير مسئوليتها الدولية هذا من جانب ، ومن جانب آخر ، فإن تسوية الحقوق الفردية يجب أن يشكل ضمانا لعدم تكرار مثل هذه الانتهاكات. ويشكل قانون المسئولية الدولية - هكذا - أساساً قانونياً مكماً لآليات وعمليات العدالة الانتقالية. ويبرر وجود التزام عام على عاتق الدولة بتأسيس آلية العدالة الانتقالية كنمط أو أسلوب لتطبيق قواعد المسئولية الدولية.

وعليه ، سوف نقسم هذا المبحث إلى جزئين ، نعالج في الجزء الأول (أ) العدالة الانتقالية : إصلاح فعل الدولة غير المشروع دولياً ، وفي الجزء الثاني (ب) نعالج الأساس القانوني العام لعملية العدالة الانتقالية.

---

(1) JEAGÈNE (J.-B.), "Réparer l'irréparable les réparations aux victimes devant la cour pénale internationale", op.cit., p. 16.

## أ- العدالة الانتقالية، إصلاح فعل الدولة غير المشروع دولياً

تتحمل الدولة المسؤولية عن أعمال العنف الجماعي التي تنسب به الفترة السابقة على التغيير المؤسسي، والمميز لسياق نشر وتعميم إجراءات العدالة الانتقالية، ويجب عليها، من ثم، إصلاح آثارها (١)، وبأخذ الإصلاح- في الحقيقة- أشكالاً عدة، لاسيما بالنظر إلى نوعية الانتهاكات المعنية (٢).

### (١) آثار مسؤولية الدولة عن انتهاكات الماضي:

يشير كل فعل غير مشروع دولياً للدولة مسؤليتها الدولية<sup>(١)</sup>. وتتحمل- من ثم- الدول محل الانتقال والتي شهدت انتهاكات خطيرة لحقوق الإنسان كل شكل للمسئولية القانونية عن ارتكاب هذه الأفعال، والتي تنسب إليها مباشرة، وذلك حينما ترتكب هذه الجرائم بواسطة أجهزتها<sup>(٢)</sup>، أو بواسطة الأشخاص الخاضعين لرقابتها<sup>(٣)</sup>، أو التي تعجز بشأنها عن تنفيذ التزاماتها باتخاذ الإجراءات المناسبة لمنعها<sup>(٤)</sup>. ومع أن حكومة الخلف (الوارثة) لا تكون مسئولة مباشرة عن هذه الأفعال، فهي تبقى مسئولة بشكل غير مباشر، بالنظر للمبدأ التقليدي لاستمرارية الدول. ويجب على الدولة أن تضع، من ثم، نهاية للانتهاكات، وأن تقدم تأكيدات و ضمانات بعدم التكرار إذا ما اقتضت الظروف ذلك<sup>(٥)</sup>. وتلتزم الدولة، بالإضافة إلى ذلك، بالإصلاح الكامل للضرر الذي وقع بواسطة فعلها غير المشروع دولياً<sup>(٦)</sup>، وذلك عن طريق التعويض، أو الإصلاح، أو اتخاذ إجراءات الترضية<sup>(٧)</sup>.

(1) Doc. A/RES/56/83, op.cit., art. 1.

(2) Ibid., art. 4, 5, 6, et 7.

(3) Ibid., art. 8.

(4) MORIN (J.-Y.), "L'État de droit : émergence d'un principe de droit international", R.C.A.D.I., 1995, Vol. 245, p. 287.

(5) Doc. A/RES/56/83, op.cit., art., 30.

(6) Ibid., art, 31.

(7) Doc. A/RES/55/83/op.cit., par. 34- 37.

وجدير بالملاحظة، أن العدالة الانتقالية سوف تلعب - في هذا النطاق القانوني - دوراً خاصاً، يسمح من جانب بتنفيذ التزاماتها بواسطة الدولة عن طريق منع وعقاب جرائم القانون الدولي، ويقدم من جانب آخر، ضمانات بعدم التكرار.

وهكذا، تشكل العدالة الانتقالية نمطاً للتعويض، كالترضية التي توجه بشكل مباشر إلى أشخاص قانون المسؤولية الدولية (الدول والمنظمات الدولية)، أو بشكل غير مباشر إلى الضحايا. وعلى أية حال، يتعين فحص طرق الإصلاح النوعي أو الخاص في سياق الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، والتي تأخذ - عادةً - شكل الاختصاص الفردي لمرتكبي جرائم الماضي.

#### (٧) العدالة الانتقالية، إصلاح أو تعويض يتناسب والانتهاكات المعنية

لقد حثت الطبيعة الخاصة لانتهاكات القانون الدولي على تطور النظريات الخاصة بالنتائج المترتبة على مسؤولية الدولة عن جرائم القانون الدولي والتي سوف تؤدي - في النهاية - إلى تفاقم نظام المسؤولية الدولية<sup>(١)</sup>. وتشكل المسؤولية الفردية - حينئذ - أحد الأشكال التي تميز النظام الخاص للمسؤولية عن جريمة الدولة<sup>(٢)</sup>، ومع أن وجود شكل للمسؤولية الجنائية لم يكن محل اتفاق من جانب الدول ويشكل عقبة أمام الاعتراف بمسؤولية دولية من طبيعة أخرى، تتسم إصلاحات مثل الانتهاكات، في نطاق قانون المسؤولية الدولية، بمخصائص نوعية أو خاصة ترتبط بطرق مساعدة أو احتياطية للإصلاح أو التعويض.

(1) MAISON (R.), "La responsabilité individuelle pour crimes d'État en droit international public", Bruxelles, Bruylant, coll. De droit international, no. 56, 2004, p. 481.

(2) Ibid., p. 511.

وفيما وراء الأشكال الأولى للتعويض مثل الإصلاح أو التصحيح، والتي قد لا تتكيف أو تتلاءم مع الانتهاكات المعنية، سوف تلعب الترضية وضمائمات عدم التكرار دوراً رئيساً في جبر أضرار الضحايا. وسوف يشمل إصلاح الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان، هكذا، كل الآليات التي تطمح إلى إعادة تكوين النظام الاجتماعي المضطرب من جراء الجريمة الدولية<sup>(١)</sup>.

وعلى الرغم من أنها تعتبر، من حيث المبدأ، طرق مساعدة أو احتياطية لإجراء عملية الإصلاح، تركز الدعاوى الدولية لحماية حقوق الإنسان على أشكال الترضية، كما تفرض عمل التحقيقات اللازمة، وكذا عقاب الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات كطريق للإصلاح. هكذا، قررت ذلك محكمة الدول الأمريكية لحقوق الإنسان - وكذا لجنة حقوق الإنسان - في عدد من الحالات الخطيرة لانتهاكات الحقوق الأساسية، حينما أعلنت: "أنه يتعين على الدولة المسئولة، كأحد أشكال الإصلاح، أن تجري تحقيق كامل ومحايد يطمح إلى تحديد ومعاقبة المسؤولين عن الانتهاكات، وأن تأمر بالبحث عن جثث الضحايا التي اختفت، وأن تعتمد كل التدابير اللازمة لأن تعيق ارتكاب الأفعال غير المشروعة وتمنع تكرار حدوثها"<sup>(٢)</sup>.

---

(1) MAISON (R.), "La responsabilité individuelle pour crimes d'État en droit international public", op.cit., p. 459.

(2) Voyez, les affaires suivantes de la inter-Am. Ct. H.R., Elamparo C. Venezuela, Réparations, série C, no. 28, 14 septembre 1996, par. 61; the "Street Children" C. Guatemala, Réparations, Serie c, no. 77, 26 mai 2001, par. 99-101; Garrido and Baigorria C. Argentina, Réparations, Série C, no. 39, 27 aout 1998, par. 74; Castillo-Paez C. Peru, Réparations, Serie C, no. 43, 27 novembre 1998, par. 103-107; Bamaca- Velasquez C.=

وجدير بالذكر، أن نظام المسؤولية الفردية المعترف به من جانب القانون الدولي، ونظام العقاب الفردي يشكلان - في الواقع - نمطاً لإصلاح الفعل غير المشروع للدولة، وشكلاً خاصاً للترضية يسمح بضمان عدم تكرار الفعل غير المشروع<sup>(١)</sup>.

بشكل عام، تمثل عمليات اختصاص المسؤولين - الجنائية وغير الجنائية - طرق الإصلاح المتناسبة مع الانتهاكات المعنية، والمنسجمة مع أهداف الدول محل الانتقال. وجدير بالذكر، أن المحاسبة من الممكن أن تمثل، خصوصاً في حالات الأنظمة الانتقالية، عنصراً لإصلاح وجبر الأضرار التي لحقت بالمجتمع من جراء ارتكاب الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان، كما يمكن أن تشجع أيضاً على المصالحة الوطنية.

ويشكل الاختصاص الفردي لمرتكبي جرائم الماضي - في النهاية - طريقة ليس فقط لردع مرتكبي الانتهاكات في المستقبل ولكن أيضاً لاستعادة حس العدالة في المجتمع ككل.

#### ب- الأساس القانوني العام لعملية العدالة الانتقالية

يشكل احترام الدولة لالتزاماتها، وتقديم الضمانات اللازمة لعدم تكرار عدم المشروعية هدفاً للعدالة الانتقالية (١). وتثير هذه الضمانات مع العناصر الأخرى للقانون المطبق على العدالة الانتقالية التساؤل حول ظهور التزام عام على الدولة بتحقيق مثل هذا الهدف (٢).

(١) العدالة الانتقالية، ضمان بعدم تكرار جرائم الماضي.

لقد ورد النص على التزام الدولة بتقديم تأكيدات وضمانات بعدم التكرار في قانون مسؤولية الدول، وبالتالي فلا يجب أن يعتبر التزام

---

=Guatemala, Réparations, arrêt du 22 février 2002, serie C, no. 91, par. 73-78.

(1) MAISON (R.), "La responsabilité individuelle pour crimes d'État en droit international public", op.cit., p. 433.



ثانوي يترتب على مخالفة القانون ولكن يجب أن يعتبر وسيلة تملكها الدولة للوفاء بالتزاماتها الأساسية<sup>(1)</sup>. وتعتبر هذه الأخيرة - في الواقع - بمثابة ليس فقط وظيفة وقائية للدولة، ولكن أيضاً وسيلة لتعزيز التنفيذ الإيجابي في المستقبل<sup>(2)</sup>. وتصبح - من ثم - مظهراً لصيانة وإعادة تأسيس العلاقة القانونية التي نالت منها المخالفة التي وقعت في الماضي<sup>(3)</sup>. وقد أقرت المبادئ الجوهرية<sup>(4)</sup> أيضاً هذا الحق للضحايا، مع الأخذ في الاعتبار أن هذا الأخير ليس له - مع ذلك - نفس الطبيعة، لأنه يشكل في هذا السياق نموذجاً منفصلاً للإصلاح<sup>(5)</sup>.

وللضمانات سائلة الذكر وظيفة مزدوجة، ففي سياق دولي تطمح ليس فقط إلى استعادة الثقة في علاقة دائمة ومستمرة<sup>(6)</sup>، ولكن أيضاً إلى إعادة وضع الدولة محل الانتقال على المسرح الدولي كأحد أشخاص القانون الدولي العام. وفي سياق داخلي، يطمح احترامها إلى استعادة علاقة الثقة بين الحكومة والشعب. من هذا المنظور سوف تعتبر الحقوق المعترف بها للضحايا مكملة لقانون مسؤولية الدولة عن الفعل غير المشروع دولياً<sup>(7)</sup>.

- 
- (1) TOMUSCHAT (C.), "Reparation in cases of genocide", Journal of international criminal Justice, Vol. 5, no. 4, 2007, p. 911.
  - (2) CRAWFORD (J.), "Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État", Paris, Pédone, 2013, p. 325.
  - (3) D'ARGENT (P.), "Le droit de la responsabilité internationale complété ?", op.cit., p. 239.
  - (4) Doc. A/RES/60/147, op.cit.
  - (5) CRAWFORD (J.), "Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État", op.cit., p. 333.
  - (6) D'ARGENT (P.), "Le droit de la responsabilité internationale complété ?", op.cit., p. 237.
  - (7) Ibid., p. 27.

ويجسد الأساس المزدوج لتدابير العدالة الانتقالية، هذه الالتزامات ليس فقط اتجاه الجماعة الدولية، ولكن أيضاً تجاه الشعب. وتضع الروابط الثابتة، بين التدابير المناسبة للعدالة الانتقالية وإعادة تأسيس دولة القانون الديمقراطية، من هذه التدابير نمطاً أو أسلوباً يتم تقديمه من جانب الدولة كضمانات بعدم التكرار. ويرتكز العنصر الرئيس لإعادة بناء المجتمع - في الحقيقة - على الثقة الوطنية أو المدنية، والحال هكذا، يستند إعادة تأسيس هذا المجتمع على تدابير تمثل الركائز الأربع لمكافحة الإفلات من العقاب والمقترحة من جانب الأستاذ (لويس جوانيه) وهي: الحق في الحقيقة، والحق في العدالة، والحق في التعويض، والحق في الأمن<sup>(1)</sup>.

ويُعد إنشاء المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا بمثابة الرسالة القوية أو الخطاب شديد اللهجة والذي يبحث ليس فقط عن منع عودة العنف، ولكن أيضاً عن المساهمة في إعادة تأسيس هذه المجتمعات<sup>(2)</sup>.

وتطمح آليات العدالة الانتقالية، فيما وراء الملاحظات الجنائية، إلى الحد من نفوذ المسؤولين القدامى في الحياة السياسية. والمقصود هنا هو التقويض النهائي لكل أركان النظام كمصدر للانتهاكات. وتُعد هذه الآليات - في الحقيقة - بمثابة الشكل المناسب أو المرحلة الأولى لإعادة البناء السياسي للدولة<sup>(3)</sup>.

- (1) HAZAN (P.), "La paix contre la justice? Comment reconstruire un Etat avec des criminels de guerre ", Bruxelles. 2010, p.117.
- (2) GOLDSTONE (R.-J.), "Justice as a tool for peacemaking: Truth commissions and international criminal tribunals", New York University, Journal of international law and politics, 1996, vol. 28. no3, p.485.
- (3) MAISON (R.). "La responsabilité individuelle pour crimes d' Etat en droit international public ". op. cit., p.489.

وجدير بالذكر، أنه لضمان عدم تكرار مثل هذه الانتهاكات لحقوق الإنسان، يتعين - في المقام الأول - وضع الأشخاص الخطرة على الحياد أو على أفراد<sup>(١)</sup>.

ويتحول هذا الأثر المانع - في الحقيقة - إلى الوظائف الأولى للعقوبة الجنائية، إذا: "كانت الأهداف والوظائف التي يتم البحث عنها من جانب الأنظمة الجنائية الوطنية صعبة التحديد بدقة. وتشمل أهداف وأغراض العقوبات تحقيق الوقاية أو الردع، وتهدف العقوبة أيضاً إلى ردع أعضاء المجتمع عن ارتكاب المخالفات الخطيرة والجسيمة لحقوق الإنسان. ويهدف المنع الخاص إلى تخويف المحكوم عليه لمنع تكرار المخالفات. وتهدف العقوبة - بشكل عام - إلى إعادة التأهيل الاجتماعي وحماية المجتمع، وذلك من خلال تمييز المحكوم عليه"<sup>(٢)</sup>.

والمقصود، فيما وراء وظيفة إعادة التأهيل وفي النطاق الخاص للانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، هو التنديد بالمخالفات الأكثر خطورة للقانون الدولي الإنساني بهدف منع تكرارها. ويهدف اختصاص المسئولين أو محاسبتهم، من هذا المنظور، إلى تأكيد التماسك الاجتماعي<sup>(٣)</sup>. وكما قال الأستاذ (فوسونيه) أن "نفعية العقوبة لا تتمثل فيما يترتب عليها من آثار على المجرمين، ولكن فيما يترتب عليها من آثار على المجتمع نفسه"<sup>(٤)</sup>. وتساهم آليات العدالة الانتقالية - في النهاية - في

(1) ELLIS (M.-S.), "Combating impunity and enforcing accountability as a way to promote peace and stability". Journal of national security law and policy, 2006, p.111.

(2) T.P.IY, le procureur C. Erdemovic, no I T-96-22, Jugement portant condamnation, 29 novembre 1996, par. 60.

(3) MAISON (R.), op. cit., P. 463.

(4) FAUCONNET (P.), "La responsabilité, étude de sociologie". Paris, F.Alcan, 1920, p.227.

منع تكرار انتهاكات حقوق الإنسان، ومن ثم، فهي تساهم في صيانة النظام الاجتماعي للدولة<sup>(١)</sup>.

## (٢) التزام عام بالعدالة الانتقالية

يُعد التزام الدولة بإعادة التأسيس، والمصالحة، وتدعيم السلم شرطاً أساسياً لنجاح عملية الانتقال التي تمر بها الدولة. ومن هنا فإن الانتقال الناجح هو الذي يسمح بإقامة سياق دائم لحماية الحقوق الأساسية للفرد.

وجدير بالذكر، أن يمكن أن تعتبر العدالة الانتقالية كأسلوب متميز للخروج الدائم من الأزمات. وعلى الرغم من عدم اليقين بشأن صحة هذه الافتراضات، فإنه يكون مشروعاً، في ضوء الهيكل المعياري لهذا السياق، أن نتساءل حول الظهور التدريجي لالتزام الدولة بالمشاركة في عملية إدارة وقائع وحوادث الماضي.

ويستند عرض العناصر المختلفة للعدالة الانتقالية - في الواقع - على تحديد أصحاب المصلحة في إدارة فترة ما بعد الأزمة بغية تقديم ضمانات بعدم التكرار، شريطة أن تتعلق هذه الضمانات بالعرض الفعال لإجراءات تهدف إلى تحقيق العدالة، والحقيقة وجبر أضرار الضحايا. ولا يمكن أن يكون السلام مؤكداً في الحقيقة وبموجب هذا التحليل إلا من خلال تحقيق العدالة. ويبرر هذا الهدف بعدم التكرار في نفس الوقت تغيير معايير العدالة واللجوء إلى طرق بديلة، وذلك حينما تسمح هذه الأخيرة بالانضمام إلى شكل العدالة، والحقيقة، وجبر الأضرار دون أن تُعرض للخطر الوضع الحالي الانتقالي.

وتشكل الحقوق المعترف بها للضحايا بواسطة القانون الدولي الأساس القانوني ليس فقط للعدالة الانتقالية، ولكن أيضاً لمطالبة الدولة

---

(1) MAISON (R.), op. cit., p.644.

بحق العدالة الانتقالية. وفيما وراء هذا الثالث لقانون أو لحق العدالة الانتقالية، فإن حق الضحايا في عدم تكرار الانتهاكات، كأحد التزامات الدولة، يبرز ويساهم في إقرار قانون العدالة الانتقالية والذي تويده وتدعمه الممارسات الدولية المعاصرة.

#### الفصل الرابع

### لجان الحقيقة: الأداة الرئيسية للعدالة الانتقالية

#### تهديد وتقسيم:

تتخذ الحكومات الانتقالية - عادةً - سلسلة كبيرة وضخمة من الإجراءات بهدف التوفيق بين حقوق الضحايا والحوادث الطارئة الانتقالية. وتعبيراً عن المقاربة الاصلاحية للعدالة، توجد لجان الحقيقة في طبيعة اختياراتها وتكون بمثابة شعار العدالة الشاملة. وتشكل لجان الحقيقة بأدرة العدالة الانتقالية للكشف عن الحقيقة وتوثيق القمع وجرائم الماضي وصياغة توصيات بغرض منع تكرار العنف.

وقد حدث تطور النطاق الموسمي للقانون الدولي لحقوق الإنسان، والذي لاقى ترحيباً كبيراً بل وتشجيعاً من جانب المجتمع الدولي<sup>(1)</sup>، الدول محل الانتقال على إنشاء مثل هذه اللجان (لجان تقصي الحقائق) بغية المساعدة ليس فقط في إثبات حقائق الماضي، ولكن أيضاً في محاسبة مرتكبي انتهاكات حقوق الإنسان<sup>(2)</sup>.

وجدير بالذكر، أن العديد من هذه اللجان كان قد نفذ أعمالاً هامة ساعدت في تعويض الضحايا والتحفيز على الحوار الوطني ليس

(1) Voyez, Conseil de sécurité, Doc. S/PRST/2006/2, 22 Juin 2006.

(2) STEINER (H.), "Truth Commissions: A Comparative assessment", World Peace Foundation, Harvard Law School, 1997, p. 39.

ذلك فقط، ولكن أيضاً شجعت الحكومات على اتخاذ الإجراءات اللازمة لعمل الإصلاحات المؤسسية وتعزيز المصالحة الوطنية<sup>(١)</sup>.

وكان البعض قد هاجم عملية إنشاء لجان تقصي الحقائق بدعوى أنها تُعد بمثابة العمل غير المحمود، وأنها مخالفة للقانون وغير قضائية<sup>(٢)</sup>، إلا أنه يرد على ذلك، بأن هذه اللجان تستمد جزءاً من شرعيتها من خلال الإجراءات التكميلية الذي يجب أن تُسجل فيه، كما أنها تُعد أداة مكملة لأعمال القضاء. يُضاف إلى ذلك، أن هذه اللجان تتخذ، مع الآليات الأخرى للعدالة الانتقالية، التدابير اللازمة بفرض كسر دائرة الإفلات من العقاب وتخليد ذكرى الضحايا، والإصلاح المؤسسي<sup>(٣)</sup>.

وقد باركت الجمعية العامة للأمم المتحدة، من جانبها، إنشاء العديد من الدول لآليات قضائية وغير قضائية متخصصة مثل إنشاء لجان الحقيقة والمصالحة، وشجعت الدول الأخرى على إنشاء آليات قضائية متخصصة، وعند الضرورة، إنشاء لجان الحقيقة والمصالحة كجهاز مكمل للهيئة القضائية بشأن عمل التحقيقات اللازمة حول المخالفات الخطيرة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني وتقديم العلاج المناسب والفعال لمنع تكرار مثل هذه المخالفات في المستقبل<sup>(٤)</sup>.

وعليه، سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نعالج في المبحث الأول لجان الحقيقة، ماهيتها وأهدافها، ونعالج في الثاني لجان الحقيقة بين التجارب وضرورة الإنشاء.

- (1) WIEBELHAUS-BRAHM (E.), "Truth Commissions", dans SCHABAS (W.-A.) et BERNAZ (N.), "Routledge Handbook of international criminal law", op.cit., p. 293.
- (2) TEITEL (R.), "Transitional Justice", Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 92.
- (3) AUKERMAN (M.), "Extraordinary Evil, ordinary crime: A framework for understanding transitional Justice", Harvard H.R.J., 2013, Vol. 19, p. 342.
- (4) Doc. A/ RES/ 68/ 165, 21 Janvier 2014, par. 2 et 4.

## المبحث الأول لجان الحقيقة، ماهيتها وأهدافها

إن الحقيقة قيمة مطلقة لا يمكن التخلي عنها لأسباب عديدة، ولكي  
نتمكن من اتخاذ تدابير جبر أضرار الضحايا، لا بد من أن يُعرف بكل  
وضوح ما يراد جبره، ثم إنه لا يمكن لمجتمع أن يطمس ببساطة فصلاً من  
تاريخه، ولا يمكنه أن ينكر وقائع معينة ماضية مهما اختلف الناس في  
تفسيرها، حيث يستملاً هذه الثغرة ختمًا بأكاذيب وبروايات متضاربة أو  
مبيلة عن أحداث الماضي<sup>(1)</sup>. إن وحدة الأمة تعتمد على وجود هوية  
مشتركة، مما يفترض معه وجود ذاكرة مشتركة، كما أن الحقيقة تجلب قدرًا  
من التطهير الصحي للمجتمع<sup>(2)</sup>.

ولما كانت العدالة الانتقالية هي إحدى ركائز بناء صرح الحقوق  
الإنسانية، وضرورة لا غنى عنها لحماية واحترام الإنسان وحقوقه، فإنها  
تحتاج إلى تفعيل عناصرها حتى تؤتي أكلها<sup>(3)</sup>، ومن أهم تلك العناصر  
هي معرفة الحقيقة والتي تتم عادةً بتكوين لجان تسمى (لجان الحقيقة  
والمصالحة)<sup>(4)</sup>.

وتتسم لجان الحقيقة والمصالحة بكونها هيئات وطنية رسمية محدثة  
بمقتضى قانون صادر في نطاق الصلاحيات القانونية لرئيس الدولة أو  
رئيس الحكومة أو البرلمان، أو في نطاق اتفاقيات سلام بين الأطراف

- (1) CAROTHERS (T.), "Rule of law temptations", Fletcher forum of world affairs, 2009, vol. 33, no. 1, p. 93.
- (2) FREEMAN (M.), "Truth commissions and procedural fairness", Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 204.
- (3) FREEMAN (M.), "Truth commissions and procedural fairness", op.cit., P. 213.
- (4) LAPLANTE (L.) et THEIDON (K.), "Truth with consequences: Justice and reparations in Post-Truth commission Peru", H.R.Q., 2007, Vol. 29, no. 1, p. 213.

المتنازعة، أو بينها من جهة وبين الأمم المتحدة من جهة أخرى، إذا كانت قد أشرفت على تسوية النزاع<sup>(١)</sup>.

وعلى ذلك، يمكن القول أن لجان الحقيقة هي هيئات غير قضائية وغير برلمانية، بمنزلة هيئات وسيطة بين الدولة والمجتمع موكول إليها، من منظور فقه حقوق الإنسان، النظر في اختصاصين أحدهما نوعي والآخر زمني<sup>(٢)</sup>.

وتستند لجان الحقيقة إلى منظومات مرجعية متنوعة، قاسمها المشترك مبادئ حقوق الإنسان وحكم القانون وقيم الديمقراطية. ويندرج ضمن مصادر المرجعية، بصفة أساسية، القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، وكذا أحكام وقرارات المحاكم الدولية والإقليمية<sup>(٣)</sup>.

وتستهدف لجان الحقيقة، بشكل عام، إعادة الاعتبار للكرامة الإنسانية المتأصلة، وحفظ الذاكرة الفردية والجماعية، وإعادة تأكيد صفة المواطنة. وبعد الكشف عن انتهاكات حقوق الإنسان يتم إقرار الاعتراف العام بها، وجبر الأضرار الفردية والجماعية<sup>(٤)</sup>.

- (1) JAUDEL (E.), "Justice sans châtement, les commissions vérités et réconciliations", Paris, Odile Jacob, 2013, p. 96.
- (2) DANCY (G.), KIM (H.) et WIEBEL HAUS-BRAHM (E.), "The turn to truth: Trends in truth commission experimentation", Journal of human rights, 2010, Vol. 9, no. 1, p. 43.
- (3) LEFRANCE (S.), "Les commissions vérité: une alternative au droit?", Droit et cultures, 2008, no. 56, p. 230.
- (4) CUEVA (E.-G.), "Commissions de vérité: Mythes et leçons apprises", dans BLEEKER (M.), "La Justice transitionnelle dans le monde francophone: état des lieux", 2006, p. 98.



وعليه، سوف نقسم هذا البحث إلى نقطتين، نعالج في النقطة الأولى (أ) ماهية لجان الحقيقة، وفي الثانية (ب) نعالج أهداف ومبررات إنشاء لجان الحقيقة.

### أ - ماهية لجان الحقيقة

لجان الحقيقة هي - في الواقع - هيئات تنشأ بغرض الكشف عن الحقيقة والتحقيق في الانتهاكات الخطيرة والجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان، مع تحديد المسئول عنها.

وتقوم هذه اللجان - خلال مباشرة وظائفها - بعملية مواجهة الماضي بغرض كشف الحقيقة وتحقيق المصالحة. وتتطلب عمليات هذه اللجان تجهيز وتفعيل عدد من الوسائل. وتعد المحاسبة التاريخية من خلال معرفة الحقيقة إحدى الخطوات الهامة في عملية المصالحة<sup>(1)</sup>.

وترتبط دواعي إنشاء هذه اللجان ارتباطاً وثيقاً بسياسات إحدائها. ويمكن القول أن أسباب الإنشاء تكون - كقاعدة عامة - محكومة باتجاهين: إما الانتقال من بيئة سياسية شمولية محكومة بالاستبداد إلى بيئة التحول إلى الديمقراطية، أو الانتقال إلى بيئة السلم المدني في إطار اتفاقات سلام بين طرفين أو أكثر، إثر نزاع سياسي مسلح طال مدته، أو نزاع سياسي تخللته مراحل أو فترات نزاع مسلح<sup>(2)</sup>.

وتتسم لجان الحقيقة - عادةً - بما يلي<sup>(3)</sup>:

- (1) MOTTET (C.) et POUT (C.), "La Justice transitionnelle: Une voie vers la réconciliation et la reconstruction d'une paix durable", Dealing with the past-series conference paper, 2011, p. 113.
- (2) BRAHM (E.), "What is a truth commission and why does it matter?", Peace and conflict Review, Vol. 3, no. 2, 2009, p. 9.
- (3) LEFRANCE (S.), "La justice transitionnelle n'est pas un concept", Mouvements, 2008, no. 53, p. 36.

## أولاً: هيئات مؤقتة

لجان الحقيقة والمصالحة هي في طبيعتها القانونية هيئات مؤقتة تنقضي بانتهاء الفترة المحددة في أمر التفويض الخاص بتأسيسها. وتكمل عملها بتقديم تقرير نهائي يضم استنتاجاتها وتوصياتها. ويمكن مد عملها بأمر تفويض جديد إذا ما اقتضت الضرورة ذلك.

## ثانياً: عمل تحقيقات بشأن أحداث الماضي

تعمل لجان الحقيقة والمصالحة على كشف الحقيقة عن طريق إجراء التحقيقات اللازمة بشأن الانتهاكات التي وقعت في الماضي. ويحدد عادةً أمر التفويض المتعلق بإنشائها مهام هذه اللجان، كما يحدد الفترة الزمنية والانتهاكات الجسيمة التي ستعكف على القيام بها.

## ثالثاً: هيئات رسمية

لجان الحقيقة والمصالحة هي في طبيعتها القانونية هيئات معترف بها رسمياً مفوضة من قبل الدولة وتستمد صلاحيتها منها، وفي بعض الأحيان من المعارضة المسلحة بالإضافة إلى الدولة، أو ينص عليها في اتفاقية سلام.

وفي رأينا الخاص، أنه توجد أمام لجان الحقيقة والمصالحة تحديات كبيرة تواجه عملها ومنها:

## أولاً: الدوافع غير المشروعة

حتى عندما تأسس لجان الحقيقة والمصالحة لا يكون هناك ضمان أنه قد تم تأسيسها بناءً على دوافع مناسبة. فعلى سبيل المثال، قد تنظر الحكومة إلى لجان الحقيقة باعتبارها وسيلة انتقام سياسي بصورة غير مباشرة، أو وسيلة لوضع المسؤولية على كتف آخرين للقيام ببعض المهام الصعبة التي تنأى بنفسها عن القيام بها. ويجوز عمداً أن تضعف من عمل اللجنة، وبذلك تسهل على نفسها الطعن في النتائج التي تتوصل إليها أو نبذها. كما يمكن لحكومة تتسم بالاستخفاف السياسي أن تؤسس لجان

الحقيقة سعيًا لوقاية نفسها من انتقادات الضحايا، بأنها لم تقم برفع الضيم الذي سببته الانتهاكات الجنسية لحقوق الإنسان في الماضي. لكل ذلك، فنحن نرى ضرورة أن يتم اختيار أعضاء اللجان من أشخاص يُشهد لهم بالكفاءة والصدق والشجاعة في اتخاذ القرارات، دون التأثير بأي مؤثرات سياسية أو عرقية أو مصالح شخصية.

### ثانيًا: التحيز.

من التحديات الكبيرة التي تواجه عمل لجان الحقيقة والمصالحة يوجد التحيز، حيث يمكن لأعضاء هذه اللجان أنفسهم أن ينظروا إلى عملهم بصورة متحيزة تجعل من المستحيل الوصول إلى رسم صورة كاملة وموضوعية للماضي.

### ثالثًا: التوقعات غير الواقعية

من بين ما يواجه عمل لجان الحقيقة وجود ما يسمى بالتوقعات غير الواقعية، لذا ينبغي على هذه اللجان أن تحذر خلق توقعات غير واقعية من جانب الضحايا والجمهور بصفة عامة، وهو ما يمكن أن يُنزل بالضحايا مزيدًا من الإحباط والأسى.

### (١) الطبيعة القانونية للجان الحقيقية

تتسم لجان أو هيئات الحقيقة والمصالحة بكونها هيئات وطنية رسمية محدثة بقانون صادر في نطاق الصلاحيات القانونية لرئيس الدولة أو رئيس الحكومة أو البرلمان، أو في نطاق اتفاقيات سلام بين الأطراف المتنازعة<sup>(١)</sup>.

وعلى أساس ذلك كله، يمكن القول أن هيئات الحقيقة هي هيئات رسمية غير قضائية وغير برلمانية، وتُعد بمنزلة هيئات وسيطة بين الدولة

(1) BAKINER (U.), "Truth Commissions impact: An Assessment of How Commissions influence politics and society", Simons papers in security and development, 2013, p. 402.

والمجتمع، وموكل إليها النظر في اختصاصين أحدهما نوعي والآخر زمني. ومع ذلك، لا تقوم لجان الحقيقة بدور مماثل لذلك الذي يقوم به المدعي العام أو القضاء، حيث إنه لا يدخل في مهام هذه اللجان تحديد المسؤولية الفردية لمن اقترف أو شارك في اقتراف الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، كما أنها لا تختص بتوجيه اتهام جنائي لأي شخص من الأشخاص<sup>(1)</sup>.

وإذا كان من شأن دورها في كشف حقائق انتهاكات حقوق الإنسان، أن يؤدي إلى اتخاذ التدابير القضائية اللازمة، فإن ذلك لا ينفي عنها طبيعتها غير القضائية<sup>(2)</sup>.

وإذا كانت هذه اللجان لا تُعد بمثابة جهة قضائية أو شبه قضائية، إلا أنها تلعب - مع ذلك - دوراً هاماً في كشف النقاب عن الحقيقة عن طريق جمع الأدلة وسماع شهادة الشهود، وذلك من أجل تعيين الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات والجرائم المرتكبة، مما يسهل معه إقامة المحاكمات الجنائية الدولية أو الوطنية<sup>(3)</sup>.

وجدير بالإشارة، أنه من بين السلطات الكبيرة التي تملكها لجان الحقيقة والمصالحة سلطة منح العفو لمن ارتكب انتهاكات لحقوق الإنسان وفقاً لشروط محددة. ومن هذا المنطلق، منحت لجنة الحقيقة والمصالحة بجنوب أفريقيا العفو للأشخاص الذين اعترفوا بجرائمهم كاملة<sup>(4)</sup>.

---

(1) JAUDEL (E.), "Justice sans châtement, les commissions vérités et réconciliations", op.cit., p. 89.

(2) CUEVA (E.-G.), "Commissions de vérité: Mythes et leçons apprises", op.cit., p. 112.

(3) FREEMAN (M.), "Truth Commissions and procedural fairness", op.cit., p. 301.

(4) BRAHM (E.), "What is a Truth commission and why does it Matter?", op.cit., p. 28.

ويمكن منح العفو بطرق عديدة: عن طريق لجنة تقضي الحقائق نفسها (كما في جنوب أفريقيا)، أو عن طريق دولة تأتي بعد انتهاء لجنة تقصي الحقائق من أعمالها (كما في السلفادور)، أو عن طريق مفاوضات سياسية تسبق لجنة تقصي الحقائق (كما في سيراليون).  
(٢) **التفرقة بين لجان الحقيقة والمصالحة وبين ما يشتهر معها من لجان أخرى**

سوف نفرق في هذا المقام بين لجان الحقيقة والمصالحة وبين لجان التحقيق، ولجان تقصي الحقائق، واللجان التاريخية، وذلك على النحو الآتي:  
**أولاً: لجان التحقيق**

إذا كانت تنفق لجان التحقيق مع لجان الحقيقة والمصالحة في أنها تجري التحقيقات الضرورية بشأن الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان أو القانون الدولي لحقوق الإنسان، إلا أنها أقل من حيث النطاق والسلطات المخولة لها. وهي (لجان التحقيق) أيضاً تعتبر كبدية أو تمهيداً لإنشاء لجان الحقيقة والمصالحة<sup>(١)</sup>.

ومن أمثلة لجان التحقيق، التحقيقات التي أجراها المفوض الوطني لحقوق الإنسان في هندوراس في عام ١٩٩٣ فيما يتعلق بالاختفاءات. والتحقيقات التي أجراها مفوض ضحايا أيرلندا الشمالية في أواخر التسعينات، ولجان التحقيق التي أنشأتها الأمم المتحدة للنظر في الجرائم المرتكبة في يوغسلافيا السابقة ورواندا<sup>(٢)</sup>.  
**ثانياً: اللجان التاريخية**

تنشأ اللجان التاريخية بهدف التحقيق في الجرائم والمخالفات التي ارتكبت منذ عدة سنوات، كنوع من التوضيح التاريخي للوقائع التي حدثت في الماضي، بهدف إعادة الاعتبار للكرامة الإنسانية للضحايا<sup>(٣)</sup>.

(1) TEITEL (R.), "Transitional Justice", op.cit., p. 182.

(2) STEINER (H.), "Truth Commissions: A comparative assessment", op.cit., p. 18.

(3) BRAHM (E.), "What is a Truth Commission and why does it matter?", op.cit., p. 83.

وتجدر الإشارة، أن هذه اللجان لا تعتبر آلية من آليات تطبيق العدالة في المرحلة الانتقالية، كما هو الحال بالنسبة للجان الحقيقة والمصالحة، وإنما تنشأ في أي وقت للتحقيق في الانتهاكات المشار إليها سلفاً. يضاف إلى ذلك، أن اللجان التاريخية لا تركز على الجرائم الجنائية الدولية، وإنما تركز على ما تخلفه هذه الجرائم من آثار سلبية خطيرة على جماعات معينة. ومن أمثلة هذه اللجان التاريخية، اللجنة الأمريكية لترحيل المدنيين وجسهم خلال الحرب<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً: لجان تقصي الحقائق

تختص لجان تقصي الحقائق بمتابعة أي انتهاكات لحقوق الإنسان، ثم تجري بشأنها التحقيقات اللازمة، وتعد بعد ذلك التقارير النهائية فيما انتهت إليه التحقيقات بغرض تقديمها إلى الجهات المعنية<sup>(٢)</sup>.

ومن أمثلة لجان تقصي الحقائق، نجد على مستوى منظمة الأمم المتحدة مكاتب المفوضية السامية لحقوق الإنسان، والمقررين الخاصين، والخبراء المستقلين المعيّنين من جانب لجنة حقوق الإنسان حول أوضاع خاصة أو القيام بمهام معينة في بعض الدول.

وعلى مستوى الاتحاد الأوروبي نجد المفوض الأوروبي لحقوق الإنسان، واللجنة الأوروبية لمنع التعذيب والكرهية، وكذا اللجنة الأوروبية للوقاية من التعذيب<sup>(٣)</sup>.

(1) BAKINER (U.), "Truth Commission Impact: An Assessment of How Commissions influence politics and society". op.cit., p. 332.

(2) SASSOLI (M.), "Réparation", dans HETAIL (V.), "Lexique de la consolidation de la paix", op.cit., p. 90.

(3) HAZAN (P.), "La paix contre la justice? Comment reconstruire un État avec des criminalise de guerre", op.cit., p. 201.

## ب - أهداف ومبررات إنشاء لجان الحقيقة

تحدد أهداف لجان الحقيقة تبعاً لمهامها المنحدرة من الاختصاص النوعي، لأجل ذلك تنشأ هذه اللجان من أجل الكشف عن حقائق ماضي الانتهاكات بالتحري والتحقيق فيها بغية جبر أضرار الضحايا واقتراح ضمانات عدم التكرار.

### (١) أهداف لجان الحقيقة والمصالحة

تهدف لجان الحقيقة - بادئ ذي بدء - إلى إظهار وكشف النقاب عن حقيقة انتهاكات حقوق الإنسان في بلد أو دولة معينة، وذلك عن طريق عمل مواجهة بين الجناة والضحايا أو أقاربهم، يعترف بموجبها الجناة بذنوبهم، ويقرون بالوقائع التي حدثت، حتى يشهد التاريخ على وقوع مثل هذه الأحداث. ومن هنا، تساهم لجان كشف الحقيقة في منع تكرار الانتهاكات التي وقعت مرة أخرى، وذلك من خلال الاقتراحات التي تسوقها بغية الإصلاح المؤسسي والسياسي في الدولة المعنية<sup>(١)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنه توجد العديد من العوامل والمؤثرات الخارجية والتي قد تحول دون تمكين لجان الحقيقة من تحقيق أهدافها. ومن ذلك - على سبيل المثال - وجود حالة من الاضطراب السياسي والاجتماعي التي تسببه النزاعات والانتهاكات، وانعدام الرغبة لدى السلطات المستولة في أن تتعاون وتتكاتف مع هذه اللجان، وضعف النظام القضائي داخل الدولة، الأمر الذي يترتب عليه زيادة صعوبة أداء اللجان لدورها.

يُضاف إلى ما سبق، أنه كثيراً ما يصاب الشهود بحالة من الرهبة الشديدة تدفعهم إلى الإحجام عن الإدلاء بشهادتهم، خوفاً من انتقام

(1) OLSEN (T.-D.), PAYNE (L.-A.) et REITER (A.-G.), "When Truth Commissions Improve Human Rights", International Journal of Transitional Justice, 2010, Vol. 4, n. 3, p. 463.

الجنة منهم فيما بعد، خاصة في ظل انعدام وجود برامج فعالة لحماية الشهود. هذا ناهيك عن مشكلة التمويل التي قد تؤدي إلى عدم قدرة لجان الحقيقة على تحقيق أهدافها<sup>(١)</sup>.

وتجدر الإشارة، إلى أن لجان الحقيقة تنشأ - عادة - في أعقاب سقوط نظام ديكتاتوري بغرض التحقيق في الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والتي وقعت خلال فترة ولايته. ومن أمثلة ذلك، لجان الحقيقة التي أنشئت في الأرجنتين وشيلي وجنوب أفريقيا. وقد تنشأ لجان الحقيقة أيضاً بعد الحروب الأهلية المسلحة، كما في حالة السلفادور وجواتيمالا<sup>(٢)</sup>.

وتنشأ لجان الحقيقة دائماً في فترة انتقالية تحدد وصولاً إلى تحقيق الديمقراطية. ومهمة تلك اللجان تتمثل في تسجيل وتدوين المدى الحقيقي للانتهاكات والجرائم المرتكبة، عن طريق اللجوء إلى شهادة الشهود كوسيلة أساسية لتحقيق ذلك، ثم بعد ذلك تضع هذه اللجان تقريرها النهائي بما انتهت إليه التحقيقات وتقدمه إلى السلطات المختصة المعنية.

ومن الملاحظ في هذا الصدد، أن الحكومات المستبدة قد ترتكب جرائم وانتهاكات خطيرة وجسيمة، ولكنها لا تكتسب صفة التجريم وفقاً للنظام القانوني المعمول به داخل هذه الدول، وذلك لأن هذه الحكومات غالباً ما تصبغ الشرعية على هذه الأفعال والانتهاكات التي ترتكبها ضد مواطنيها. يُضاف إلى ذلك، أن الضحايا لا يُنظر إليهم بصفتهم كذلك، بل على العكس، يتم النظر إليهم من جانب تلك الحكومات على أنهم

- 
- (1) FREEMAN (M.), "Truth Commissions and Procedural fairness", op.cit., p. 39.
  - (2) CRENZEL (E.), "Argentina's National Commission on the disappearance of persons: Contributions to transitional Justice", International Journal of Transitional Justice, Vol. 2, no. 2, 2008, p. 321.



أشخاص خطرون استحقوا العقاب الذي أنزل بهم. وذلك هو حال إسرائيل التي استخدمت الإطار القانوني لإصباغ الشرعية على ما ارتكبه من جرائم ضد الشعب الفلسطيني الأعزل<sup>(١)</sup>. ومن هنا يأتي دور لجان الحقيقة والمصالحة في الكشف عن الجرائم والانتهاكات التي ارتكبت، عن طريق إجراء تحقيق عام وشامل، يهدف إلى كشف الحقيقة، ويضع تصور كامل بشأنها.

والغالب أن لجان الحقيقة تنشأ في الحالات التي يكون فيها للنظام السابق المتهم بارتكاب جرائم وانتهاكات خطيرة للقانون الدولي لحقوق الإنسان، سيطرة سياسية واقتصادية واجتماعية داخل الدولة المعنية، وبالتالي قد لا يكون من الأفضل أو الأنسب تقديم أعضاء ذلك النظام للمحاكمة الجنائية، ويكون من الأنسب في هذه الأحوال إنشاء لجان الحقيقة<sup>(٢)</sup>.

وإذا كانت لجان الحقيقة والمصالحة تمثل بديلاً للمحاكمات الجنائية، فهي من هذا المنظور تقوم بدور بارز لا يمكن إغفاله، فهي تعمل من أجل المصالحة بين جميع الأطراف المعنية، ومساعدة الدولة في مرحلتها الانتقالية نحو الديمقراطية. هذا بالإضافة إلى دورها في جبر الضحايا، والمساعدة في عودتهم إلى حياتهم الأولى مرة أخرى. علاوة على ذلك، تعمل لجان الحقيقة والمصالحة على وقف الحصانات المطلقة التي تتمتع بها الحكومة المستبدة، والأكثر من ذلك كله، هو دورها في التأكيد على منع تكرار ارتكاب مثل هذه الانتهاكات في المستقبل.

- 
- (1) HAZAN (P.), "La Paix Contre la Justice ? Comment reconstruire un Etat avec des criminels de guerre", op.cit., p. 211.
  - (2) JAUDEL (E.), "Justice sans châtement, les Commissions vérités et réconciliations", op.cit., p. 111.

ويُذكر، أنه قد تم إنشاء لجنة الحقيقة في سيراليون في يوليو عام (٢٠٠٢) بواسطة تشريع صادر من البرلمان، وكان يتعين عليها تقديم تقرير شامل عما انتهت إليه من نتائج واقتراحات إلى رئيس الدولة في يونيو عام (٢٠٠٤)، والذي كان من شأنه أن يتناول كافة الأحداث التاريخية المتعلقة بالانتهاكات التي وقعت في سيراليون بسبب اندلاع الحرب الأهلية خلال فترة التسعينات، مع وضع تحليل دقيق لكل الأسباب التي أدت إلى اندلاع النزاع؛ وقد بدأ النزاع في سيراليون في (٢٣) من شهر مارس عام (١٩٩١)، عندما قامت قوات تطلق على نفسها الجبهة المتحدة الثورية بتدمير مدينة (بمبالي) القريبة من الحدود الشمالية مع ليبيريا وكانت البداية الرسمية لنهاية النزاع بإبرام اتفاقية لومي للسلام في السابع من يوليو (١٩٩٩)<sup>(١)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن أبرز ما يميز المرحلة الانتقالية لتطبيق العدالة في سيراليون هو وجود لجنة للحقيقة في نفس توقيت إنشاء محكمة دولية وهي محكمة سيراليون. والغالب أن لجان كشف الحقيقة تنشأ بعد النزاعات أو الانتهاكات التي تُقترف من جانب الأنظمة المستبدة كنظام بديل للمحاكمات الجنائية الدولية، لكن ما حدث في سيراليون هو إنشاء كل من لجنة الحقيقة والمحكمة الخاصة بسيراليون في نفس التوقيت.

وكانت اتفاقية لومي للسلام المشار إليها سلفاً قد تعهدت بأن يتم إنشاء لجنة الحقيقة خلال ستين يوماً من تاريخ الاتفاقية المبرمة في يوليو (١٩٩٩). وعلى الرغم من الجهود التي بُذلت في هذا الشأن، إلا أن البرلمان في سيراليون لم يستصدر التشريع الخاص بإنشاء اللجنة إلا في ٢٢ يوليو عام (٢٠٠٠)، ويضاف إلى ذلك، أنه قد ترتب على تجدد أعمال القتال تعطيل إنشاء لجنة الحقيقة المعنية، الأمر الذي دفع مجلس الأمن إلى

---

(1) FREEMAN (M.), "Truth Commissions and procedural fairness", op.cit., p. 31.

تعزير إنشاء محكمة دولية لمحاكمة الأشخاص الذين يتحملون المسؤولية الأكبر لارتكابهم انتهاكات خطيرة لأحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني وقوانين سيراليون، وقد بدأت كل من لجنة الحقيقة والمحكمة الخاصة عملها في منتصف عام (٢٠٠٢).

وقد حاول البعض تهميش دور لجنة الحقيقة والمصالحة، عن طريق الادعاء بأن دورها لم يتعد كونها جهازاً تابعاً للمحكمة الخاصة، بحيث تقوم بعمل تحقيقات لصالح المحكمة، أو أنها تمثل هيئة محلين كبرى. وقد كان أمراً متصوراً أن تعتمد جهة التحقيق الخاصة بالمحكمة على المستندات والأدلة التي تحصل عليها لجنة الحقيقة والمصالحة، من أجل استخدامها كأدلة إدانة في المحاكمة. ومعنى ذلك أن الجناة سوف يحجمون عن التعاون مع لجنة الحقيقة، طالما أن هناك يقيناً بعدم استقلاليتها، من الناحية الفعلية، وأنها تقوم بدور مساعد للمحكمة في التحقيق وجمع الأدلة، للمساعدة على إدانتهم، وليس مجرد تسجيل وتدوين الحقيقة الوقائع والأحداث التي يدلي بها كافة الأطراف المعنية، تمهيداً لإجراء التوفيق والمصالحة بينهم، وهو دورها الأساسي في الأصل<sup>(١)</sup>.

والبواقع، أنه لم يتم أي اتفاق بين كل من المحكمة الخاصة ولجنة الحقيقة والمصالحة كما كان متصوراً، الأمر الذي ظمأن المسؤولين عن ارتكاب انتهاكات ضد قوانين الإنسانية، وشجعهم على المثول أمام اللجنة للإدلاء بأقوالهم<sup>(٢)</sup>.

وعلى الرغم مما تقدم ذكره من الدور التسجيلي للجان الحقيقة الذي قد يشمل في بعض الأحيان دوراً توفيقياً بين الأطراف المتخاصمة،

(1) TEITEL (R.), "Transitional Justice", op.cit., p. 192.

(2) BAKINER (U.), "Truth Commissions Impact: An Assessment of How Commissions influence politics and society", op.cit., p. 339.

فإن لجنة الحقيقة قد تفضل ، أو بعبارة أخرى قد تعتمد تجاهل بعض الأحداث والحقائق التي أحاطت بالنزاع الداخلي أو الانتهاكات المرتكبة. وانطلاقاً من ذلك ، تحين الآن الفرصة لأن نشير إلى الدور الذي لعبته الولايات المتحدة الأمريكية في معظم الانتهاكات الجسيمة التي ألمت بحقوق الإنسان في أمريكا اللاتينية ، بداية من الأرجنتين وشيلي ، وحتى السلفادور وجواتيمالا في أمريكا الوسطى. كل هذه الدول بعد أن عانت شعوبها من ويلات الاضطهاد المتعمد والانتهاك المنظم ضد حقوق الإنسان بواسطة أنظمة مدعومة من الولايات المتحدة الأمريكية ، لجأت في نهاية الأمر إلى تشكيل لجان الحقيقة كوسيلة متاحة ووحيدة أمامها في المرحلة الانتقالية لتطبيق العدالة ، وذلك من أجل اعتبار الانتهاكات الجسيمة التي ارتكبت ضد المواطنين. ورغم كل ذلك ، لم تشر لجان الحقيقة في كل هذه الدول إلى الدور الرئيس الذي لعبته الولايات المتحدة الأمريكية في دعم ومساندة تلك الأنظمة. وهذا ما يعني أن لجان الحقيقة غالباً ما تفتقر إلى جزء هام ، عندما تقتصد في الإشارة إلى مساهمة دول أخرى في ارتكاب هذه الجرائم<sup>(١)</sup>.

ففي قضيتي الأرجنتين وشيلي ، تطرقت لجنة الحقيقة - على استحياء - إلى دور الولايات المتحدة الأمريكية. وفي قضية السلفادور ، تجاهلت اللجنة تماماً دور الولايات المتحدة. والوحيدة التي أعطت اهتماماً ملحوظاً لدور الولايات المتحدة في الاعتداءات المرتكبة ، هي لجنة جواتيمالا<sup>(٢)</sup>. وفي فبراير عام (١٩٩١) أصدرت لجنة الحقيقة بشيلي تقريرها النهائي ، وقد وثق التقرير ألفين وتسعمائة وعشرين حالة انتهاك

(1) SMITH (G.-L.), "Immune to Truth, Latin America Truth Commissions and U.S. Support for Abusive Regimes", Columbia Human Rights law Review, Fall 2001, p. 117 et s.

(2) Ibid., op.cit., p. 157 et s.

جسيم لحقوق الإنسان، وأن رجال الدولة مسئولون عن (٩٥٪) من هذه الانتهاكات، ولم ينكر هذا التقرير كلياً دور الولايات المتحدة الأمريكية في حملة الانتهاكات التي وقعت في شيلي، حيث أشار باستحياء إلى دور الولايات المتحدة في إرساء قاعدة "ضد الثورية"، وكذلك أيديولوجيتها في تنشئة نظام "بينوشيه" ضمن فعاليات الحرب الباردة التي خاضتها الولايات المتحدة في ذلك الوقت، وقد حققت الولايات المتحدة هذا الهدف عن طريق القيام بما يلي:

- أ - إعطاء تدريبات خاصة للضباط الشيليين في كيفية التعامل مع الثوار.
- ب - تدخلها في العمليات الانتخابية.
- ج - تجنيد مخططى الانقلاب، وقتل رموز الجيش، وفوق كل ذلك تدعيم نظام بينوشيه<sup>(١)</sup>.

من ناحية أخرى، تحولت جهود الأمم المتحدة في السلفادور بعد الحرب الأهلية إلى سلام هش عام (١٩٩١)، عن طريق إبرام اتفاق بين الحكومة والثوار، نتج عنه إنشاء لجنة الحقيقة في السلفادور لتدوين الانتهاكات الجسيمة التي وقعت منذ عام (١٩٨٠). وقد انتهت اللجنة من وضع تقاريرها في ١٥ من شهر مارس عام (١٩٩٣)، والذي نتج عنه تحميل الحكومة المسؤولية عن (٩٥٪) من الانتهاكات التي وقعت خلال الحرب الأهلية. وقد أكدت لجنة الحقيقة ما أسمته "الخداع المثبت" من جانب حكومة الولايات المتحدة الأمريكية من خلال إدارات كارتر وريجان ويوش، وأن انفجار العنف هو مسؤولية عناصر يمينية ويسارية متطرفة وغير معلومة ولا علاقة لها بحكومة أو جيش السلفادور<sup>(٢)</sup>.

والحقيقة أنه تم توجيه انتقادات حادة إلى لجنة الحقيقة في السلفادور لأنها لم تشر إلى دور الولايات المتحدة، وقد قام "توماس بورجنتال" أحد

<sup>(١)</sup> (1) Ibid., op.cit., p. 182 et s.  
(2) Ibid., op.cit., p. 186 et s.

أعضاء اللجنة وأستاذ قانون ونائب الرئيس السابق للمحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان، وقاض في محكمة العدل الدولية، بعرض ثلاثة أسباب أساسية لعدم التطرق إلى دور الولايات المتحدة الأمريكية وهي:

أ - أن تنفيذ دور الولايات المتحدة الأمريكية لم يكن ضمن تفويض اللجنة من الأمم المتحدة.

ب- أن التطرق إلى دور الولايات المتحدة سوف يؤدي إلى التطرق لدور الاتحاد السوفيتي وكوبا ونيكاراجوا وهو ما يؤدي إلى الانغماس (انغماس اللجنة) في أمور قد تصرفها عن دورها الأساسي.

ج- خلصت اللجنة إلى أن تلك الأمور خاصة بشعب الولايات المتحدة وممثليها الذين يتم انتقاؤهم بعناية لكي يحققوا ويقرروا في هذه المسألة وفقاً لإطار دولتهم الديمقراطي.

كل هذه التبريرات يمكن - في الواقع - الرد عليها. فالتبرير الأول مردود عليه بأن أساس تفويض اللجنة من الأمم المتحدة يستند على التحقيق في كل أفعال العنف الخطيرة التي ظهرت منذ عام (١٩٨٠) وتأثيرها على المجتمع، وذلك حتى يعلم الجميع حقيقة ما حدث دون تحريف أو تشويه.

والتبرير الثاني أقل حجة، لأن التقرير أشار إلى أن الحكومة مسؤولة عن (٩٥٪) من أعمال العنف التي وقعت أثناء الحرب الأهلية، بينما الثوار مسئولون عن (٥٪). وبالتالي، فإن التحقيق في دور الاتحاد السوفيتي وكوبا ونيكاراجوا يكون أقل أهمية من دور الولايات المتحدة التي ساعدت الحكومة في الانتهاكات التي وقعت.

والتبرير الثالث، الذي يذهب إلى أن ممثلي الولايات المتحدة هم الأكثر قدرة على تقييم أفعال الإدارة الأمريكية، فإنه من باب أولى على لجنة الحقيقة والتي يفترض فيها الحيادة والاستقلال، أن تقوم بالتحقيق في التدخلات التي حدثت من جانب الولايات المتحدة المسيطرة على الحكومة

من أجل زعزعة الاستقرار بها، وهي في هذه الحالة تكون صاحبة مصلحة كبرى في كشف هذه الحقائق<sup>(١)</sup>.

واللجنة الوحيدة التي كانت لها محاولات جدية وشاملة في استبانة دور الولايات المتحدة في الانتهاكات التي وقعت هي لجنة جواتيمالا. فقد توصلت هذه الأخيرة إلى أن الدولة مسؤولة عن (٩٥%) من الاعتداءات المسجلة، وأن اليمين المسلح مسئول فقط عن (٣%). وأشارت اللجنة إلى مؤامرة الولايات المتحدة في تجنيد عناصر متعددة في الجناح اليميني في قطاعات الأعمال والجيش، بهدف معارضة الحكومة الإصلاحية التي شكّلت في ذلك الوقت.

#### (٢) مبررات إنشاء لجان الحقيقة

أحياناً لا تحقق محاكمات مجرمي الحرب النتائج المرجوة منها، أو قد لا يكون هناك جدوى لإنشائها من الأساس، وذلك لعدة أسباب من بينها:

أولاً: لا يمكن للمحاكم الجنائية الدولية أن تحاكم الأموات أو تستجوبهم، كما أنه لا يمكن تعويض أو إصلاح أرواح الضحايا.

ثانياً: قد لا تتناسب العقوبة مع جسامة الجرم المرتكب، خاصة إذا كانت الجريمة قد راح ضحيتها عدد كبير من الضحايا.

ثالثاً: وفقاً للقواعد القانونية المستقرة في كافة الأنظمة القانونية، والتي تنص على حق الشخص في عدم تجريم نفسه، وكذلك عدم الاعتراد بالاعتراف الذي يتم تحت تأثير التعذيب، فلن يكون من السهل إجبار الجناة على الاعتراف بالجرائم المرتكبة.

رابعاً: وفقاً لقاعدة الشرعية، قد تثار عدة صعوبات في حالة عدم وجود اتفاقية أو عرف دولي مستقر، يضيفي الصفة التجريمية على الأفعال المرتكبة.

(1) Ibid., op.cit., p. 189.

خامساً: تلعب التأثيرات والضغط السياسي، في معظم الأحوال، دوراً بارزاً في سير المحاكمات الدولية، بحيث تفتقر هذه الأخيرة إلى عنصرَي الحيطة والعدل.

سادساً: قد يحدث تأثير على الشهود أو المدعي عليهم أو المدعين، إذا لم يكن للمحكمة نظام معين لتوفير الحماية اللازمة لهم.

سابعاً: إذا كان النظام المتبع في التقاضي أمام المحكمة الجنائية الدولية هو نظام دول القانون الأجلو- أمريكي، فقد يخشى في هذه الحالة أن تتحول ساحة المحكمة إلى مضمار يتبارى فيه المدعي العام والدفاع، بحيث يفوز الأكثر مهارة وليس الأكثر استحقاقاً(1).

والدور الذي تلعبه لجان الحقيقة، في الكشف عن كافة الجوانب المتعلقة بالاضطهادات والانتهاكات التي ارتكبت خلال فترة الأنظمة الاستبدادية أو بعد الحروب الأهلية، هو، في الواقع، دور فعال وجدير بالاعتبار، ذلك لأن الأنظمة سالفة الذكر غالباً ما تسعى جاهدة إلى تورية حقيقة ما ارتكبهت من أفعال مناقضة لقوانين حقوق الإنسان عن أعين شعبها وعن المجتمع الدولي، حتى لا تكون هناك مغبة لتحميلها المسؤولية أو حتى مجرد اللوم عن تلك الأفعال.

وبالتالي، يتضح لنا مدى الحاجة إلى إنشاء لجان الحقيقة، وكذا الدور البارز الذي تلعبه، وذلك إذا ما تعذر تقديم المتهمين للمثول أمام محكمة جنائية دولية أو داخلية للمساءلة عما يكونوا قد ارتكبوه من انتهاكات خلال فترة حكمهم، أو خلال فترة اشتعال الحرب الأهلية، سواء كان ذلك بسبب اعتبارات سياسية أو اجتماعية. فضلاً عن الصعوبات التي تتعلق بالقبض على المتهمين خاصة إذا ما كان النظام المستبد لم يسقط بعد، أو كان أعضاؤه قد تفاوضوا- دولياً- على ترك

(1) OLSEN (T.-D.), "When Truth Commissions improve Human Rights", op.cit., p. 455.



مناصبهم مقابل منحهم العفو العام عن أي جرائم انتهاكات قد يعدون مسئولين عنها بعد ذلك<sup>(١)</sup>.

والفارق بين لجان الحقيقة والمصالحة ومحاكم مجرمي الحرب، هي تمامًا كالفارق بين العدالة الإصلاحية والعدالة العقابية، فالعدالة الإصلاحية تهدف إلى إصلاح ما أصاب المجتمع من دمار وانقسام وما أحل بالضحايا من ظلم وما يعيشون فيه من آلام وصددمات نفسية كلما ورد إلى خاطرهم ما سبق أن وقع عليهم من تعذيب وظلم واضطهاد<sup>(٢)</sup>.

في النهاية، تعمل لجان الحقيقة على رجوع الأعداد الكبيرة من مرتكبي الانتهاكات الخطيرة والجسيمة لحقوق الإنسان للانغماس مرة أخرى في بوتقة المجتمع والتعايش فيه، بعد الاعتراف بذنوبهم وإجراء المصالحة بينهم وبين الضحايا. أما المحاكمات الجنائية، تهدف في المقام الأول إلى إنزال عقاب رادع على الجاني دون الاهتمام بالجانب الإصلاحي أو التوفيقي بالنسبة للضحايا، وفي الغالب لا يتحقق الجانب الرادع للعقوبة إذا كان الجاني (أو الجناة) قد ارتكب أو ارتكبوا جرائم قتل على نطاق واسع، وكان نظام المحكمة لا يتبنى عقوبة الإعدام كوسيلة عقابية.

### المبحث الثاني

#### لجان الحقيقة بين التجارب وضرورة الإنشاء

منذ منتصف القرن العشرين، كانت قد تسببت الحروب وحركات التمرد المسلحة والنزاعات العرقية والدينية والممارسات القمعية في معاناة إنسانية هائلة أدت في الغالب إلى وفاة الملايين من الناس معظمهم من المدنيين<sup>(٣)</sup>.

(1) TEITEL (R.), "Transitional Justice", op.cit., p. 92.

(2) FREEMAN (M.), "Truth Commissions and procedural fairness", op.cit., p. 40.

(3) TEITEL (R.), "Transitional Justice", op.cit., p. 194.

وكان الرأي العام الدولي يزداد مطالبةً عقب حدوث مثل هذه الانتهاكات بإيجاد نظام يستجيب لمتطلبات العدالة وصولاً إلى الحقيقة بما يؤمن المصالحة أيضاً، ولاسيما بعد المساءلة. وأحياناً كان يطلق على هذا النوع من العدالة مصطلح "عدالة ما بعد النزاعات"<sup>(١)</sup>.

وقد عرف العالم في النصف الثاني من القرن الماضي تأليف لجان خاصة تختص بالعدالة الانتقالية. أطلق عليها لجان الحقيقة أو لجان الحقيقة والمصالحة أو لجان الإنصاف والمصالحة، أو غير ذلك من المسميات. وكانت الدول المبادرة لذلك في أمريكا اللاتينية، ثم ظهرت فيما بعد في أفريقيا والدول العربية<sup>(٢)</sup>.

وقد تألف عدد من لجان الحقيقة والمصالحة التي يمكن الإشارة إليها بحسب تواريخ تأليفها وما أسست له في هذا الشأن: في بوليفيا تأسست عام (١٩٨٢) الهيئة الوطنية للتحريات حول الاختفاءات، وفي الأرجنتين تأسست الهيئة الوطنية حول اختفاء الأشخاص عام (١٩٨٣)، وتأسست في الفلبين عام (١٩٨٦) الهيئة الرئاسية حول حقوق الأشخاص، ثم تبعها تأليف هيئتين في شيلي عام (١٩٩٠) و عام (١٩٩١)، وفي السنغادور تأسست عام (١٩٩١) لجنة تقصي الحقائق، وفي جواتيمالا تأسست عام (١٩٩٤) لجنة بشأن انتهاكات حقوق الإنسان، ثم في بيرو عام (٢٠٠٠)، وباراجواي عام (٢٠٠٣).

وفي أفريقيا، كانت هناك تجربة رواندا عام (١٩٩٠)، وجنوب أفريقيا عام (١٩٩٥)، وكذلك سيراليون عام (٢٠٠٠). أما أحداث تيمور الشرقية فقد دفعتها إلى تأسيس هيئة التلاقي والمصالحة عام (٢٠٠٢)، وفي غانا تم تأسيس مفوضية المصالحة الوطنية عام (٢٠٠٢).

(1) FREEMAN (M.), "Truth Commissions and procedural fairness", op.cit., p. 39

(2) Ibid., op.cit., p. 40 et s.

وعلى مستوى الوطن العربي الذي بفضل أحداث ربيع الكبري، أطلقت ديناميات واعدة في مجال العدالة الانتقالية، فكان المغرب قد أسس عام (٢٠٠٤) هيئة الإنصاف والمصالحة، وفي تونس تبلور مسار نوعي أفضى إلى ميلاد مشروع قانون لهيئة الحقيقة والكرامة، وفي كل من ليبيا واليمن تم اقتراح مشروعين قانونيين يوشران على استشراف المستقبل، وفي مصر تتواصل الدعوات إلى الحوار الموسع حول الممكن من العدالة الانتقالية.

وعليه، سوف نقسم هذا المبحث إلى نقطتين، نعالج في الأولى (أ) تجربة لجنة الحقيقة في جنوب أفريقيا، وفي الثانية (ب) نعالج مسألة ضرورة إنشاء لجان الحقيقة والمصالحة في دول الربيع العربي.

أ - تجربة لجنة الحقيقة والمصالحة في جنوب أفريقيا

تعتبر لجنة الحقيقة والمصالحة في جنوب أفريقيا النموذج الأمثل للجان الحقيقة التي نجحت في تحقيق العدالة في المرحلة الانتقالية، ومساعدة الدولة نحو التحول إلى الديمقراطية، ومنع أية نزاعات مستقبلية. وتعتبر جنوب أفريقيا من الدول التي سادها نزاع طويل الأمد، نتيجة قيام المحتل البريطاني بتطبيق سياسة الأبارتيد التي تقوم على الفصل العنصري والتصنيف على أساس التفرقة بين البيض والسود من مواطني جنوب أفريقيا. ونتج عن ذلك، وجود حالة من العنف بين مؤيدي ومناهضي الأبارتيد، امتدت من الستينات حتى بداية الثمانينيات من القرن الماضي<sup>(١)</sup>. وفي عام (١٩٨٣)، أقر المجتمع الدولي استنكاره للأبارتيد من خلال تبنيه للاتفاقية الدولية الخاصة بقمع ومعاقبة جريمة الأبارتيد (الفصل

---

(1) GEULA (M.), "South Africa, Truth and reconciliation Commission as an alternate mens of addressing transitional government conflicts in adivided society", Boston University, International law Journal, Spring, 2000, p. 54.

العنصري<sup>(١)</sup> وترتب على ذلك قيام الغرب بسحب المساعدات الاقتصادية لجنوب أفريقيا، مما أدى إلى حدوث أزمة اقتصادية بجنوب أفريقيا<sup>(٢)</sup>. وهكذا، بدأت المفاوضات لمحو مرحلة انتقالية، تم خلالها إنشاء لجنة الحقيقة والمصالحة التي مارست عملها لإرساء مبادئ العدالة والديمقراطية.

#### (١) إنشاء لجنة الحقيقة والمصالحة

لقد بدأت مباحثات سرية من أوائل الثمانينيات بين ممثلي الجنوب الوطني الأفريقي وقادة المجلس الأفريقي القومي بغرض إذابة حدة التوتر وخلق نوع من التفاهم بين المجموعات العرقية. وترتب على ذلك، قيام رئيس جنوب أفريقيا برفع الحظر عن المجلس الأفريقي القومي والمنظمات التي تمارس أنشطة مماثلة، وبالتالي الإفراج عن الزعيم نيلسون مانديلا والمعتقلين بسبب عضويتهم في منظمات محظورة<sup>(٣)</sup>.

في الفترة من عام ١٩٩٠ وحتى عام ١٩٩٣، اندلعت موجة من العنف والقتل السياسي، الأمر الذي دفع إلى وجود محادثات بين ممثلي حكومة جنوب أفريقيا والمعارضة، وترتب على ذلك إبرام اتفاق بين جميع الجهات، بموجبه تقوم الحكومة بإجراء انتخابات ديمقراطية،

---

(١) راجع: الاتفاقية الدولية لقمع جريمة الفصل العنصري والمعاقبة عليها والتي اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة (٣٠٦٨) في ٣٠ نوفمبر (١٩٧٣) ودخلت حيز النفاذ في ١٨ يوليو عام (١٩٧٦).

- (2) GIBSON (J.) et GOUWS (A.), "Overcoming Intolerance in South Africa Experiments in Democratic Persuasion", Cambridge University Press, 2003, p. 78.
- (3) GEULA (M.), "South Africa, Truth and reconciliation commission as an alternate means of addressing transitional government conflicts in a divided society", op.cit., p. 57.

وتستبدل قوانين الفصل العنصري بدستور مؤقت، حتى يتم إقرار  
دستوري نهائي بواسطة حكومة جنوب أفريقيا<sup>(١)</sup>.

وقد لوحظ أن مسودة الدستور المؤقت لم تتضمن أية بنود بشأن  
العفو المقرر لأعضاء حكومة جنوب أفريقيا، لأن جريمة الفصل العنصري  
كانت تعد جريمة ضد الإنسانية، وفقاً لأحكام القانون الدولي<sup>(٢)</sup>. وقد  
رفض المجلس الأفريقي القومي منح غطاء من الحصانة، مصراً على  
ضرورة إجراء تحقيق شامل بشأن انتهاكات الحكومة، وقد استمرت  
المفاوضات بين الجانبين، إلى أن قام البرلمان بسن قانون تعزيز الوحدة  
والمصالحة عام (١٩٩٥)، والذي تضمن سياسة العفو المشروط بخصوص  
الجرائم السياسية، وقرر إنشاء لجنة الحقيقة والمصالحة<sup>(٣)</sup>.

وقد قرر قانون تعزيز الوحدة الوطنية والمصالحة السالف الذكر  
إنشاء لجنة الحقيقة والمصالحة من أجل إظهار الحقيقة الكاملة بشأن طبيعة  
وأسباب ومدى الانتهاكات الخطيرة التي وقعت أثناء النزاع في جنوب  
أفريقيا، مع إمكانية منح العفو للأشخاص الذين يتعاونون في كشف  
الوقائع الخاصة بالانتهاكات التي ارتكبت تنفيذاً لأغراض سياسية<sup>(٤)</sup>.

وقد نص قانون الوحدة الوطنية والمصالحة على إنشاء لجنة الحقيقة  
والمصالحة والمكونة من سبعة عشر عضواً يتم تعيينهم بواسطة الرئيس بعد  
التشاور مع مجلس الوزراء، وذلك من أجل إجراء جلسات استماع  
وتحقيقات لإظهار الحقيقة بشأن الانتهاكات التي وقعت في الفترة من عام  
(١٩٦٠) وحتى عام (١٩٩٣)، من أجل استعادة الكرامة الإنسانية

---

(1) Ibid., op.cit., p. 58.

(٢) راجع، المادة الأولى من اتفاقية قمع والعقاب على جريمة الفصل العنصري والتي  
دخلت حيز النفاذ في عام ١٩٧٦.

(3) GEULA (M.), op.cit., p. 58.

(٤) راجع: قانون تعزيز الوحدة الوطنية والمصالحة رقم ٣٤ لعام (١٩٩٥).

للضحايا، ومنح العفو لمرتكبي الانتهاكات بعد إقرارهم  
بارتكابها<sup>(١)</sup>.

وبعد انتخاب الزعيم نيلسون مانديلا رئيساً لجنوب أفريقيا في  
أبريل عام (١٩٩٤)، قرر إشراك جميع الشعب في اختيار أعضاء لجنة  
الحقيقة والمصالحة، ثم تم تقليص عدد المرشحين، وفي النهاية، قام الرئيس  
مانديلا باختيار أعضاء لجنة الحقيقة والمصالحة، من خلال قائمة مقدمة من  
لجنة الاختيار<sup>(٢)</sup>.

### (٢) مهام وسلطات لجنة الحقيقة والمصالحة

الهدف الأساسي للجنة الحقيقة والمصالحة هو تعزيز الوحدة  
الوطنية والمصالحة، لأجل ذلك تملك هذه اللجنة العديد من السلطات  
والصلاحيات شبه القضائية. من هنا، سوف نتعرض لمهام هذه اللجنة ثم  
نعقبها بالكلام عن سلطاتها.

### أولاً: مهام لجنة الحقيقة والمصالحة:

الهدف الأساسي للجنة الحقيقة والمصالحة، وفقاً لقانون الوحدة  
الوطنية، هو تعزيز الوحدة الوطنية والمصالحة. ويمكن تلخيص مهامها وفقاً  
لأمر التفويض الخاص بإنشائها، فيما يلي<sup>(٣)</sup>:

- أ - إظهار الحقيقة الكاملة بشأن الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان.
- ب - تسهيل عملية العفو، وذلك لمن يكشف عن الوقائع الخاصة  
بالانتهاكات التي ارتكبت لأغراض سياسية.

---

(1) DUGARD (J.), "Symposium: Reconciliation and Justice: The south African experience", transitional law and contemporary problems, Fall, 1988, p. 312.

(2) OMAR (A.), "Truth and Reconciliation in south Africa: Accounting for the past", Buffalo Human Rights Law Review, 1998, p.354.

(٣) راجع: قانون تعزيز الوحدة الوطنية والمصالحة، الفصل الثاني، مرجع سابق،  
الفقرة (٣).

ج- مساعدة الضحايا على استعادة كرامتهم الإنسانية، مع التوصية بالتعويضات المناسبة.

د- إعداد تقرير يتضمن كافة النتائج التي توصلت إليها اللجنة، مع التوصية بالإجراءات الواجب اتخاذها لمنع تكرار انتهاكات حقوق الإنسان في المستقبل.

ووفقاً لقانون الوحدة الوطنية، تم تقسيم لجنة الحقيقة والمصالحة إلى ثلاث لجان وهي: لجنة انتهاكات حقوق الإنسان، ولجنة العفو، ولجنة التعويضات وإعادة التأهيل المختصة بتقديم التوصيات اللازمة بشأن برامج التعويضات. وهذا التقسيم قد ساعد لجنة الحقيقة والمصالحة على القيام بدورها بكل دقة<sup>(١)</sup>.

#### ثانياً: سلطات لجنة الحقيقة والمصالحة

تتميز لجنة الحقيقة والمصالحة في جنوب أفريقيا عن لجان الحقيقة التي أنشئت في دول أخرى في مرحلة العدالة الانتقالية، في أنها تتمتع بسلطات شبه قضائية، ويشمل ذلك سلطاتها في الاستدعاء والتفتيش والمصادرة، وعمل برنامج لحماية الشهود<sup>(٢)</sup>. كما قامت اللجنة بعقد جلسات الاستماع بشكل علني وفقاً للقانون، مع إمكانية عقد جلسات سرية في حالات الضرورة، وعلى رأسها الانتهاكات التي ترتكب ضد النساء<sup>(٣)</sup>. أضف إلى ذلك، سلطة اللجنة في الإعلان عن أسماء المسؤولين عن انتهاكات حقوق الإنسان، مع منح العفو بالنسبة للدعاوي المدنية والجنائية<sup>(٤)</sup>.

(1) GEULA (M.), op.cit., p. 64

(2) GEULA (M.), OP. CIT., P.66.

(3) Truth and reconciliation commission of South Africa report, vol.4, Chapter 10, special hearing: Women, at 284.

(٤) راجع: قانون تعزيز الوحدة الوطنية، مرجع سابق، الفصل الثاني، الفترة ٤ (أ) (٣).

وقد التزمت لجنة الحقيقة والمصالحة بمراعاة اتساق الشروط الاجرائية وقواعد الإثبات التي اتبعتها مع دستور وقوانين جنوب أفريقيا. وفي ذلك، قررت المحكمة الدستورية لجنوب أفريقيا أن المذكرة الختامية المرفقة بالدستور المؤقت قد رخصت للبرلمان إصدار قانون العفو، ومنحت لجنة الحقيقة سلطة العفو<sup>(١)</sup>.

### ب- ضرورة إنشاء لجان الحقيقة في دول الربيع العربي

لقد اندلعت منذ أواخر عام (٢٠١٠) العديد من التظاهرات في الدول العربية لأسباب مختلفة، سواء بسبب سيادة الأنظمة الدكتاتورية وغياب آليات تطبيق الديمقراطية الحديثة التي تتمثل في وجود تعددية حزبية منافسة على نظام الحكم، وسواء بسبب الفساد أو البطالة أو غلاء المعيشة.

وقد تحولت هذه التظاهرات في بعض الدول العربية إلى ثورات أدت إلى إسقاط الأنظمة الحاكمة في كل من تونس ومصر وليبيا واليمن<sup>(٢)</sup>. فقد اشتعل فتيل هذه الثورات في تونس، والتي نجم عنها إسقاط النظام الحاكم برئاسة زين العابدين بن علي بأكمله. وقد انتقلت شرارة الثورة سريعاً إلى مصر التي كانت على صفيح ساخن بسبب انتشار الفساد والبطالة والفقر وغياب العدالة الاجتماعية والكرامة الإنسانية، مما ترتب عليه إسقاط نظام مبارك خلال فترة وجيزة لم تتجاوز الثلاثة أسابيع. وامتد أثر هذه الثورات إلى العديد من الدول العربية ونجحت في إسقاط الأنظمة الحاكمة في كل من ليبيا وتونس، ومازال هناك ثورة تحولت إلى نزاع مسلح داخلي في سوريا<sup>(٣)</sup>.

(1) GEULA (M.), op.cit., P.67.

(٢) راجع، وفاء لطفي، "الثورة والربيع العربي"، إطلالة نظرية، مركز الشرق الأوسط للدراسات الحضارية والاستراتيجية، لندن، ٢٠١٢، ص ٢-٣.

(٣) راجع: د/ أحمد يوسف أحمد، "عشرات الربيع العربي - محاولة للفهم"، متاح على الرابط الآتي:

<http://www.alittihad.ae/waihatdetails.php?id=61986>



وعلى الرغم من أن دول الخليج العربي قد حاولت أن تنأى بنفسها عن رياح التغيير، إلا أن الربيع العربي قد طرق أبوابها، وظهرت مظاهرات شديدة من قبل المعارضة في البحرين، وكانت قاب قوسين أو أدنى من تحقيق مطلب التحول إلى ملكية دستورية عصرية، لولا تدخل المملكة العربية السعودية التي لمجحت في الحيلولة دون تفشي الربيع العربي في دول الخليج العربي. وقد ظهرت أيضاً احتجاجات في سلطنة عمان، إلا أن الحكومة قد لمجحت في الاستجابة لمطالب الإصلاح المختلفة<sup>(١)</sup>.

(١) اللجنة القومية للتحقيق وتقصي الحقائق بشأن أحداث ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١ بمصر

قام أحمد شفيق رئيس الوزراء المصري الأسبق بتشكيل هذه اللجنة في العاشر من فبراير عام (٢٠١١)، للتحقيق وتقصي الحقائق في الأحداث والممارسات غير المشروعة التي كانت قد واكبت الانتفاضة الشبابية منذ ٢٥ يناير ٢٠١١. وتولى اللجنة اتخاذ ما تراه لازماً من سماع الشهود واستيفاء المعلومات واستدعاء من ترى استدعاءه ممن اتصل بالأحداث السالفة الذكر، والاطلاع على الأوراق والمستندات والمحاضر، وتلقى المكاتبات من المواطنين ومنظمات المجتمع المدني وغيرها، التي تتضمن بيانات أو معلومات عن الأحداث. كما يحق للجنة المذكورة أن تستعين بمن ترى ضرورة الاستعانة بهم، وتلتزم كافة جهات الدولة، بموجب قرار رئيس مجلس الوزراء، بتزويد اللجنة بكافة المعلومات التي تطلبها، على أن تقدم اللجنة المذكورة تقريرها النهائي وتوصياتها إلى النائب العام<sup>(٢)</sup>.

ويلاحظ أن تشكيل اللجنة المذكورة قد تم قبل يوم واحد من سقوط مبارك، وكان تشكيلها قد تم تنفيذاً لما تضمنه خطاب الرئيس

(١) راجع: وفاء لطفي، المرجع السابق، ص ١٠ - ١١.

(٢) راجع: الشرق الأوسط: تشكيل لجنة تحقيق وتقصي حقائق بشأن أحداث الانتفاضة الشبابية في مصر، ١١ فبراير ٢٠١١. متاح على الرابط الآتي:

Htm1:7284245/http://Arabic.people.com.cn/31662.

السابق مبارك بتكليف الحكومة بهذا الشأن، وتأكيداً لما أعلنه رئيس الوزراء من التزام الحكومة بسرعة التحقيق في أسباب الانفلات الأمني الذي واكب انتفاضة ٢٥ يناير ٢٠١١، خاصة يوم الجمعة ٢٨ يناير، بالإضافة إلى تفصي الحقائق حول أحداث ميدان التحرير يوم الأربعاء ٢ فبراير ٢٠١١، والتي أطلق عليها إعلامياً مسمى "موقعة الجمل"<sup>(١)</sup>.

وقد استغرق عمل اللجنة المذكورة مدة شهرين كاملين، وقدمت تقريرها النهائي إلى النائب العام يوم الاثنين الموافق ١٨ أبريل ٢٠١١، لاتخاذ الإجراءات المناسبة بشأنه، وقد أدانت اللجنة الشرطة في تقريرها، لاستعمالها القوة المفرطة وقيامها بالقبض على العديد من المتظاهرين والإعلاميين واحتجازهم دون وجه حق، وتعمدها إحداث حالة من الانفلات الأمني. كما أدانت اللجنة في تقريرها رموز النظام السابق، بسبب تخريبهم على ارتكاب أعمال العنف والبلطجة ضد المتظاهرين خلال أحداث موقعة الجمل<sup>(٢)</sup>.

وقد اقتصر دور اللجنة على مجرد التنويه إلى ضرورة الاهتمام ببعض المسائل، تحديداً تطوير علاقة الشرطة والشعب، والأخذ بنظام الانتخاب بالقائمة، والحق في التجمع السلمي، وتأمين آثار مصر ضد السرقة والنهب، ومحاولة البلطجة، وصياغة قانون ينظم تفصي الحقائق<sup>(٣)</sup>.

---

(١) ذات المرجع السابق، نفس المكان.

(٢) راجع التقرير النهائي للجنة التحقيق وتفصي الحقائق بشأن الأحداث التي واكبت ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١، متاح على الرابط الآتي:

<http://egyptelections-carnegieendowment.org/2011.19/04/fact-finding-commission-issues-report-on-violence-against-protesters>

(٣) ذات المرجع السابق، نفس المكان.

وعما سبق، يتضح لنا أنه قد اقتصر دور اللجنة المذكورة على مجرد جمع المعلومات والأدلة عن الانتهاكات التي ارتكبت خلال ثورة ٢٥ يناير، تمهيداً لمحاكمة المسؤولين عنها أمام القضاء، ولم يتم تزويد اللجنة بأية سلطات تتضمن منح العفو وإجراء المصالحة بين الجناة من أتباع النظام السابق والضحايا مقابل الاعتراف بذنبهم وإبداء الرغبة في إصلاح ما تم إفساده. وهذا يعني أن لجنة التحقيق لم يكن لها دور مستقل ومباشر بخصوص تحقيق العدالة خلال المرحلة الانتقالية، مما ترتب عليه استمرار النزاع بين الفئات والأحزاب السياسية المتعارضة، والتي أدت إلى اندلاع مظاهرات عارمة في ٣٠ يونيو ٢٠١٣، أسقطت نظام محمد مرسي، أول رئيس منتخب بعد ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١.

(٢) إنشاء لجان تقصي الحقائق في بعض دول الربيع العربي الأخرى  
على غرار الوضع بمصر، تم إنشاء عدد من لجان تقصي الحقائق في كل من تونس وليبيا والبحرين، ويلاحظ عدم منح هذه اللجان سلطات واسعة كآلية هامة ولازمة في مرحلة العدالة الانتقالية.  
أولاً: اللجان التونسية لتقصي الحقائق.

في أعقاب الثورة التونسية التي اندلعت في ١٧ ديسمبر ٢٠١٠، وأدت إلى سقوط نظام زين العابدين بن علي، تم إنشاء ثلاث لجان مستقلة هي: اللجنة العليا للإصلاح السياسي، والتي تتولى مراجعة جميع التشريعات التي سنها النظام السابق لخدمة مصالحه وإقصاء معارضيه، واللجنة الوطنية لتقصي الحقائق حول الرشوة والفساد، واللجنة الوطنية لاستقصاء التجاوزات، وذلك من أجل الشروع في عملية الإصلاح السياسي والتحقيق في قضايا الفساد والرشوة والتجاوزات الأمنية التي راح ضحيتها عشرات الضحايا في عهد الرئيس المخلوع زين العابدين بن علي<sup>(١)</sup>.

(1) WILLIAMS (P.) and COLLEEN (B.), "The Arab="

ومع ذلك، فإن هذه اللجان، شأنها شأن لجنة الحقيقة وتقصي الحقائق المصرية، قد اقتصر دورها على التحقيق في مسائل الفساد والتجاوزات الأمنية تمهيداً لمحاكمة مرتكبيها، ولم يتم منحها أي سلطات شبه قضائية تمكنها من تحقيق عدالة انتقالية، تمنع وقوع النزاعات المستقبلية، مما يعني مزيداً من انتهاكات حقوق الإنسان<sup>(١)</sup>.

وجدير بالإشارة، أنه في نوفمبر ٢٠١٢ قام أحد مبعوثي الأمم المتحدة بزيارة تونس، حيث أفاد أن الجهود خلال المرحلة الانتقالية تقتصر فقط على التعويضات، بدلاً من إظهار الحقيقة وإجراء المحاكمات الجنائية والإصلاح المؤسسي.

### ثانياً: لجنة الأمم المتحدة لتقصي الحقائق في ليبيا:

أدى اندلاع الثورة في ليبيا في خضم ثورات الربيع العربي إلى وقوع جرائم وانتهاكات جسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان، على نحو دفع مجلس الأمم المتحدة لحقوق الإنسان إلى إنشاء لجنة مستقلة لتقصي الحقائق في ٢٥ فبراير ٢٠١١، وذلك من أجل التحقيق في تزايد موجة العنف والانتهاكات ضد المدنيين في ليبيا<sup>(٢)</sup>. وقد قامت اللجنة بإجراء العديد من المقابلات مع الضحايا والشهود وممثلين من حكومة القذافي، وذكرت أنها لم تتمكن من استكمال التحقيقات بسبب استمرار النزاع في

---

=spring and its unfinished Business", U.S. Foreign policy and the Arab Spring: Ten Short- Tern Lessons Learned, Denver Journal of international law and policy, fall, winter, 2012, at 57.

(1) Ibid., op. cit., p.58.

(2) HELLER (K.J.), "The international commission of inquiry on Libya: A critical Analysis", Melbourne law school, 2012, p.12.

عدة مناطق، الأمر الذي دفع مجلس حقوق الإنسان إلى مد تكليف هذه اللجنة حتى مارس ٢٠١٢<sup>(١)</sup>.

وفي مارس ٢٠١٢، وضعت اللجنة تقريرها النهائي الذي كان قد أشار إلى مسؤولية حكومة القذافي عن ارتكاب انتهاكات جسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، علاوة على ارتكاب جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية. وخلصت اللجنة أيضاً إلى مسؤولية الثوار عن ارتكاب جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية. إلا أنها لم تستطع التوصل إلى قرار نهائي بصدد مشروعية قتل معمر ومعتصم القذافي<sup>(٢)</sup>. وأشارت اللجنة في تقريرها إلى ضعف النظام الأمني الليبي، المتمثل في ضعف النظام الأمني والقضائي وعدم قدرة السلطات في ليبيا على تطبيق القانون.

ولنحزن نرى أنه قد اقتصر دور لجنة تقصي الحقائق التابعة للأمم المتحدة على مجرد التحقيق في الوقائع التي انطوت على ارتكاب انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان، على أن يتم تحقيق العدالة من خلال عدة آليات تشمل إنشاء لجان الحقيقة والمصالحة أو الإحالة إلى القضاء الوطني إذا كان لديه القدرة والمؤهلات على إجراء مثل تلك المحاكمات، أو من خلال إنشاء محاكم خاصة مشكلة تشكيباً مختلطاً من قضاة دوليين ووطنيين لإجراء المحاكمات عن ارتكاب جرائم الحرب، أو أخيراً الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية.

والحقيقة أن لجنة الحقيقة الليبية التي أنشأها المجلس الوطني الانتقالي لم تحقق أي من أهدافها القائمة على تحقيق العدالة في سبيل التحول إلى الديمقراطية والاستقرار. ومما يدل على ذلك، استمرار العنف

(1) Ibid., op. cit., p.13

(2) Ibid., op. cit., p.13.

والقتل بواسطة الميليشيات المسلحة ، حتى وقت كتابة هذه السطور ، وعدم قدرة الحكومة على تطبيق القانون وضمان أمن البلاد.

### ثالثاً: اللجنة البحرينية المستقلة لتقصي الحقائق

لقد اندلعت في الرابع عشر من فبراير عام ٢٠١١ مظاهرات عارمة في البحرين من جانب المعارضة متأثرة برياح الربيع العربي التي أدت إلى الإطاحة بأنظمة الحكم في كل من تونس ومصر على التوالي ، وقد نجم عن هذه المظاهرات حدوث اشتباكات بين الجيش والمتظاهرين أدت إلى وقوع قتلى وجرحى<sup>(١)</sup>.

وفي التاسع والعشرين من يونيو ٢٠١١ ، أصدر ملك البحرين حمد بن عيسى آل خليفة الأمر الملكي رقم ٢٨ بإنشاء اللجنة البحرينية المستقلة لتقصي الحقائق ، من أجل التحقيق في الأحداث التي جرت في البحرين في الفترة من فبراير ٢٠١١ ، وقد كلفت اللجنة بمهمة تحديد ما إذا كانت الأحداث التي وقعت في البحرين قد شهدت انتهاكات لقوانين وقواعد حقوق الإنسان الدولية ، وعلى وجه التحديد تقديم سرد كامل لأعمال العنف التي وقعت ، وتحديد الجهات المتورطة في هذه الأعمال ، والتحقيق في الحالات المزعومة لوحشية الشرطة والعنف من قبل المتظاهرين والمحتجين ضد الآخرين. أضف إلى ذلك ، الكشف عن ظروف وملاءمة عملية التوقيف والاعتقال ، والشكاوى المتعلقة بالتعذيب والاختفاء القسري ، كذلك التحقيق في مزاعم مضايقة وسائل الإعلام ومناقشة الهدم غير القانوني للمباني الدينية ، ومزاعم تورط جهات أجنبية في الأحداث<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع: الجزيرة نت، الاحتجاجات بالبحرين، سياق تاريخي، ١٦ أبريل ٢٠١٣. متاح على الرابط الآتي:

<http://www.aljazeera.net/news/pages/71460ded-eead-4cfog62-l-ag25co58f968>.

(٢) راجع: الموقع الرسمي للجنة البحرين المستقلة لتقصي الحقائق ، الصفحة الرئيسية. متاح على الرابط الآتي:

وتتميز اللجنة البحرينية عن غيرها من اللجان التي كانت قد أنشئت في دول الربيع العربي في أنها قد شكّلت تشكيلاً دولياً، على الرغم من أن إنشاءها قد تم بموجب قرار داخلي<sup>(١)</sup>. كما منحت هذه اللجنة العديد من الاختصاصات التي مكنتها من إتمام عملها بنجاح.

علاوة على ما سبق، فقد صدر الأمر الملكي رقم ٢٩ الذي يقضي بتمتع رئيس اللجنة وأعضائها بكافة المزايا والحصانات المقررة لموظفي الأمم المتحدة وفقاً لاتفاقية حصانات وامتيازات الأمم المتحدة لعام ١٩٤٦<sup>(٢)</sup>.

وعلى الرغم من المزايا والاختصاصات التي تم منحها للجنة المذكورة، إلا أنها لم تضطلع بأية سلطات تمكنها من منح العفو لبعض الأشخاص المتورطين في ارتكاب انتهاكات حقوق الإنسان نظير الكشف عن بعض الحقائق الغامضة، كما لم يعهد إليها أية اختصاصات من شأنها تمكين اللجنة من إجراء مصالحات اجتماعية بين الجناة والضحايا كجزء من عملية تحقيق العدالة. وقد اقتصر دور اللجنة على التحقيق في انتهاكات حقوق الإنسان باعتباره مرحلة من مراحل تحقيق العدالة.

ويمكن القول بشكل عام أن لجنة البحرين لتقصي الحقائق قد حققت بشكل كبير الهدف من إنشائها في الكشف عن ملامسات انتهاكات حقوق الإنسان التي وقعت خلال المظاهرات التي اندلعت منذ ١٤ فبراير ٢٠١١، ويرجع ذلك إلى أن مدى ونطاق الانتهاكات المذكورة التي وقعت في البحرين لم يكونا بدرجة الجسامة الشديدة إذا ما قورنت بالانتهاكات

---

= <http://www.bici.org.bh/indexd6cc.html?lang=ar>

(١) راجع المادة (٢) من الأمر الملكي رقم ٢٨ لسنة ٢٠١١ بشأن إنشاء اللجنة البحرينية المستقلة لتقصي الحقائق.

(٢) راجع: المادة (١) من الأمر الملكي رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١ بخصوص مزايا وحصانات لجنة تقصي الحقائق.

التي وقعت خلال ثورات تونس ومصر وليبيا، على نحو يمكن القول معه أن عمل اللجنة البحرينية قد يكون إجراءً مناسباً للترضية وتهدئة الأوضاع في مملكة البحرين.

## خاتمة

وهكذا، عرضنا لموضوع هذا البحث في أربعة فصول، تكلمنا في الفصل الأول عن العدالة الانتقالية في الاشكاليات الدولية المعاصرة، وفي الفصل الثاني تصدينا لموضوع القانون الدولي، أساس قانوني للعدالة الانتقالية، وفي الفصل الثالث من هذه الدراسة علمنا حقوق الضحايا ووظيفة مسئولية الدول في نطاق العدالة الانتقالية من منظور القانون الدولي العام، وفي الفصل الرابع والأخير تكلمنا عن لجان الحقيقة كأداة رئيسة للعدالة الانتقالية.

لكن صعوبة موضوع البحث وندرة مراجعة العربية لا يعني عدم الوصول إلى أية نتائج قد تكون مفيدة لمن يعتني بهذا النوع من الدراسات. لذلك رأينا من الأجدر بنا منهجياً التطرق في خاتمة هذا البحث إلى أبرز النتائج التي توصلنا إليها، والتي تبادر لنا صحتها والتي تتمثل فيما يلي:

١- يجب ألا نفهم مصطلح العدالة الانتقالية على أساس أنه عدالة من نوع خاص، بل على أنه منهج لتحقيق العدالة خلال المراحل الانتقالية.

٢- أثار غياب تعريف محدد للعدالة الانتقالية، وعدم اليقين من ناحية أسس وأهداف هذه الظاهرة، والمطالبات العديدة التي كانت قد ظهرت العديد من التساؤلات.

٣- تنبع فائدة القانون الدولي في توفير سابقة قانونية تميل إلى الملاحقة القضائية ووضع نظام محدد لتيسير وتسيير هذه العملية، حتى لا يبقى أمام المناوئين لإجراء المحاكمات مجالاً للجدل بأن الملاحقات القضائية عبارة عن أعمال انتقام سياسي تسقط بالتقادم.



- ٤- يجب على الديمقراطيات الناشئة المستعدة لتحمل المسؤولية عن الانتهاكات والجرائم التي وقعت في الماضي اتخاذ قرارات حاسمة بشأن التطهير وإعادة تأهيل الضحايا وتعويضهم وإنشاء لجان تقصي الحقائق.
- ٥- إذا كان النظام الدولي يفرض على الدول طرق معالجة جرائم القانون الدولي، أدى تنوع المواقف محل المعالجة إلى تطور الآليات المختلفة المعدة لمعالجة أوجه القصور المندرجة في عملية الانتقال.
- ٦- يمثل الحق في معرفة الحقيقة، والحق في العدالة والحق في التعويض قلب العدالة الانتقالية.
- ٧- لأغراض توحيد وتحقيق الأهداف المعيارية عن طريق القانون الدولي، تستند العدالة الانتقالية على هذا الأخير في مواجهة أوجه القصور في التشريعات الوطنية وعدم الاستقرار الانتقالي.
- ٨- تجمع العدالة الانتقالية المتطلبات وثيقة الصلة بالقانون الدولي من ناحية إدارة جرائم القانون الدولي أثناء مرحلة إعادة بناء الدولة، وتعكس تقنية التنفيذ الخاص أو النوعي الذي يتلاءم والمرحلة الانتقالية. وعناصر الاستجابة المتضمنة في هذا النظام، نتائج الانصهار بين الظروف المحددة والقانون الدولي، تكون ليس فقط محددة ومترابطة ولكن أيضاً راسخة ومتجانسة.
- ٩- يحدد ويعين القانون الدولي، لاسيما قانون المنظمات الدولية، حدود الممارسات المثلى في الدول محل الانتقال، ويرتكز هذا السياق مباشرة على الفروع المختلفة للقانون الدولي العام مثل: القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني والقانون الدولي الجنائي.
- ١٠- يتكيف ويتلاءم القانون الدولي بشكل هادئ، ويقر بالحدود والقيود الخاصة بعملية الانتقال أو التحول الذي تمر به الدول.

- ١١- لا يختلف القانون الدولي المطبق على المراحل الانتقالية عن تلك المطبق على كل المراحل والمواقف الأخرى، ورغم ذاتياته، يحكم القانون الدولي كل المراحل الانتقالية.
- ١٢- تكثيف وتعزيز تطبيقها، المؤيد بالمسعى المعياري الدولي المتطور، يشكل علامات وإشارات على أن تأسيس العدالة الانتقالية يُعد مجالاً أساسياً للقانون الدولي.
- ١٣- أصبح نظام تطبيق القانون الدولي، مع ثمرة التوليف بين متطلبات القانون الدولي ذات الصلة وقيود وحدود عملية الانتقال، نظاماً شاملاً، وعماماً، وتقدمياً، وانتقائياً، ويتجلى ذلك من خلال استخدام آليات بديلة تعكس التدرج المعياري.
- ١٤- تشكل محصلة التداخل بين الأجندة الاستراتيجية الدولية وقواعد القانون الدولي التي تحكم الآثار المتعلقة بانتهاكات حقوق الإنسان استجابةً للمشكلات التي تواجه الحكومات الجديدة في الدول محل الانتقال.
- ١٥- إذا كانت العدالة الانتقالية تسعى إلى تحقيق حقوق الضحايا بشروط تتفق والأهداف النهائية، واعتماد استراتيجية تتجه نحو ضمان عدم تكرار انتهاكات الماضي، فهي تعتبر، من ثم، وسيلة واقعية وعملية لتسوية المنازعات.
- ١٦- يتحدد نظام العدالة الانتقالية - في الواقع - بوظيفتها. وهذه الأخيرة تكون في المقام الأول ورغم الجدل الذي يتعلق بأهدافها، عدالة ذات نزعة آلية، يعتمد تطورها على فكرة أن صندوق أدوات العدالة الانتقالية يكون مخصصاً لخدمة أهداف أكثر عمومية وتتعلم مباشرة بعملية الانتقال، وتسعى من خلالها العدالة الانتقالية نحو إغلاق تدريجي حلقة مظلمة من الماضي وتحقيق الاستقرار والأمن.

- ١٧- لا تذهب العدالة الانتقالية على عكس القواعد الأساسية المتعلقة بحماية حقوق الإنسان، ولكن يختلف تطبيقها الكامل باختلاف النظام الذي يطمح إلى تحقيقها.
- ١٨- تعكس العدالة الانتقالية رؤية مثالية وعملية للقانون الدولي، وتسعى إلى تحقيق أهدافه الأكثر أهمية، معترفةً بالقيود المتأصلة أو المندجة في عملية الانتقال.
- ١٩- يُحدد القانون الدولي المعايير الأساسية للحقيقة والعدالة والتعويض بالنسبة للدول المعنية.
- ٢٠- يمثل القانون الدولي - وبصفة خاصة القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني والقانون الدولي الجنائي - وسيلة لإعادة التفكير في الماضي وفهمه، ويعكس حماية النظام العام للمجتمع الإنساني العالمي الذي يتعايش أو يتواجد مع النظام العام لمجتمع الدول ذات السيادة.
- ٢١- تعتبر العدالة الانتقالية بمثابة نقطة التقاء بين ثلاث مجموعات قانونية: نظام قديم نريد أن نتخلى عنه والذي يمثل في نفس الوقت شرعية رسمية، ونظام وطني جديد نؤسس له، ونظام قانوني انتقالي يستند على القانون الدولي في تحديد معايير وأهداف إعادة بناء الدولة محل الانتقال. وهكذا، تصبح العدالة الانتقالية ملتقى بين النظام القانوني الدولي والوطني، وتطمح إلى حماية حقوق الإنسان وتمنع انتهاكها في المستقبل.
- ٢٢- تهدف أدوات العدالة الانتقالية إلى تدعيم مسار الديمقراطية واستعادة ثقة الشعب في المؤسسات.

٢٣- تُعد العدالة الانتقالية بمثابة أسلوب لمعالجة إرث الماضي من العنف، وإعادة بناء الدولة المعنية على أسس ثابتة ومتمينة بدعم ومساندة من الجماعة الدولية.

٢٤- تعتبر العدالة الانتقالية، طبقاً للمقاربة الأفضل، بمثابة الوسيط المثالي للتوفيق بين النظام الدولي والنظام المحلي، فالأول يحدد الأهداف والممارسات المشروعة والتدابير والإجراءات المناسبة لتحقيق العدالة خلال المراحل الانتقالية والمعايير التي يجب احترامها في هذا السياق، بينما يطبع الثاني على هذه التدابير والإجراءات حس ووعي المجتمع المعني وإرثه من العنف بغرض أن تعكس الصدى الوطني المأمول.

٢٥- باركت الجمعية العامة للأمم المتحدة إنشاء العديد من الدول لآليات قضائية وغير قضائية متخصصة، مثل إنشاء لجان الحقيقة والمصالحة، وشجعت الدول الأخرى على إنشاء آليات قضائية متخصصة، وعند الضرورة لجان الحقيقة كجهاز مكمل للهيئة القضائية يختص بإجراء التحقيقات حول المخالفات الخطيرة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، وتقديم العلاج المناسب والفعال لمنع تكرار هذه المخالفات في المستقبل.

٢٦- تلعب لجان الحقيقة دوراً بارزاً في إعادة تأهيل الضحايا (ضحايا الأنظمة الفاسدة أو ضحايا النزاعات الداخلية). وتسعى إلى توفير الوسائل اللازمة والملائمة لتسوية النزاعات عن طريق التحقيق في أنماط مختلفة وواسعة لانتهاكات حقوق الإنسان.

٢٧- تساهم العدالة الانتقالية في صيانة وحماية القيم المشتركة للدول، لاسيما التي تكون من بينها محل انتقال.

## قائمة المراجع

### أولاً: المراجع العربية:

- ١- د/ أحمد أبو الوفا، "الفئات المشمولة بحماية القانون الدولي الإنساني"، القانون الدولي الإنساني، دليل للتطبيق على الصعيد الوطني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، دار المستقبل العربي، القاهرة، ط١، ٢٠٠٣.
- ٢- د/ حازم عتلم، "قانون النزاعات المسلحة غير الدولية"، القانون الدولي الإنساني، دليل للتطبيق على الصعيد الوطني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، دار المستقبل العربي، القاهرة، ط١، ٢٠٠٣.
- ٣- د. سعيد سالم جويلي، "المدخل لدراسة القانون الدولي الإنساني"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
- ٤- د/ عبدالغني عبدالحميد محمود، "القانون الدولي الإنساني"، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١.
- ٥- د/ عبدالواحد محمد الفار، "الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.

### ثانياً: المراجع الأجنبية:

- 1- AMBOS (K.), "The legal framework of transitional justice", international criminal justice review, vol.9, n°3, 2014.
- 2- AMBOS (K.) et WIERDA (M.), "Building a future on Peace and justice", Studies on transitional justice, conflict resolutions and development, Berlin, Pringer, 2014.
- 3- ANDDRUEU (K.), "Transitional justice: Anew discipline in Human Rights", dans SEMELIN (J.), Online Encyclopedia of mass violence, 2010.
- 4- ANTKOWIAK (T.), "Remedial Approaches to Human Rights violations: The inter-American Court of Human Rights and Beyond", Col. J. trans. L., vol.46, n°2, 2009.
- 5- AOLAIN (F.), "Justice discours in transition". Paris, Pédone, 2013.

- 6- -----, "The Paradox of transition in conflicted democracies", Paris, Pédone, 2015.
- 7- ASCENSIO (H.), "Droit international Pénal", Paris, Pédone, 2012.
- 8- ASPREMONT. (D.), "L'Etat non démocratique en droit international", Paris, Pédone, 2008.
- 9- AUKERMAN (M.), "Extraordinary Evil, ordinary crime: A framework for understanding transitional justice", Harvard. H.R.J., 2013.
- 10- BAKINER (U.), "Truth commissions impact: An assessment of How commissions influence politics and society", Simons papers in security and development, 2013.
- 11- BASSIOUNI (M.-C.), "introduction au droit pénal international", Bruxelles, Bruylant, 2002.
- 12- ....., "International recognition of victims' rights", H.R.L.R., Vol. 6, n°2, 2006.
- 13- ....., "Introduction to international criminal law", New York, Ardsley, transitional publishers, 2003.
- 14- ....., "Post-conflict justice", Ardsley, New York, international and comparative law, 2002.
- 15- BELLELT (R.), "International criminal justice: law and practice from the Rome statute to its review", Farnham, Ashgate, 2010.
- 16- BIANCHI (A.), "Federal Republic of Germany", A.J.I., Vol. 99, 2005.
- 17- BONNEAU (K.), "Le droit a réparation des victimes de violations des droits de l'homme: le rôle pionnier de la cour interaméricaine des droits de l'homme", droits fondamentaux, 2013.
- 18- BORAINÉ (A.), "Transitional justice: a holistic interpretation", Oxford University Press, 2014.
- 19- BRAHM (E.), "What is a truth commission and why does it matter?", Peace and conflict review, vol.3, n°2, 2009.
- 20- BREEN (M.), "The function of truth recovery in

- transitional societies", dans BREE (M.). "Truth recovery and justice after conflict managing violent posts", Routledge, 2007.
- 21- BROOKS (R.), "The new imperialism: Violence, norm and the (rule of law)", Michigan law review, Vol.109, n°13, 2013.
  - 22- BROWNLIE (I.), "International law at the Fiftieth anniversary of the U.N.", R.C.A.D.I., 1990,
  - 23- BRONWYN (A.), "The irreconcilable goals of transitional justice", H.R.Q., 2007.
  - 24- BURGORGUE-LARSEN (L.), "Le bannissement de l'impunité: Décryptage de la politique jurisprudentielle de la cour interaméricaine des droits de l'homme", Rev. Trim. dr.h., n°89, 2012.
  - 25- ....., "Le grands décisions de la cour interaméricaine des droits de l'homme", Bruxelles, Bruylant, 2008.
  - 26- CAMENOS (H.), "The role of the organization of American states in the promotion and protection of democratic governance". R.C.A.D.I., 1998.
  - 27- CAMPBELL (C.), "The paradox of transition in conflicted democracies", Cambridge, Cambridge University press, 2007.
  - 28- CAROTHERS (T.), "The end of the transition paradigm", Journal of democracy, vol. 19, n°7, 2008.
  - 29- ....., "The rule of law revival", foreign affairs, vol. 99, n°8, 2014.
  - 30- CASSESE (A.), "International criminal law: Cases and commentary", New York, Oxford University Press, 2011.
  - 31- CASSESE (A.), GAETA (P.) et JONES (J.-R.), "The Rome statute of the international criminal court: A commentary", Oxford, Oxford University Press, 2002.
  - 32- CHANTEBOUT (B.), "Droit constitutionnel", Sirey, 2013.
  - 33- COHEN (S.), "State crimes of previous regimes: knowledge, Accountability and the policing of the past",

- law and social inquiry, 1995, vol. 20, n°1.
- 34- CONDORELLI (L.) "Présentation de la II<sup>e</sup> partie", dans ASCENSIO (H.), DECAUX (E.) et PELLET (A.), "Droit international pénal", Paris, Pédone, 2012.
  - 35- CRAW-FORD (J.), "Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat", Paris, Pédone, 2013.
  - 36- CRENZELIE (E.), "(Argentina) National commission on the disappearance of persons: contribution to transitional justice", vol.2, no2, 2008.
  - 37- CRYER (R.) et ROBINSON (D.), "An introduction to international criminal law and procedure", Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
  - 38- CUEVA (E.-G.), "Commissions de vérité: Mythes et leçons apprises", dans BLEEKER (M.), "La justice transitionnelle dans le monde francophone: état des lieux", 2006.
  - 39- CULLEN (A.), "The concept of non-international armed conflict in international humanitarian law", Cambridge University Press, 2012.
  - 40- DANCY (G.) et KIM (H.), "The turn to truth: Trends in Truth commission experimentation", journal of Human Rights, Vol.9, no1, 2010.
  - 41- D'ARGENT (P.), "Le droit de la responsabilité internationale compété ?", Ann. Fr. dr. intern., 2005, Vol, 52.
  - 42- DAVID (E.), "Éléments de droit pénal international et européen", Bruxelles, Bruylant, 2009.
  - 43- DELMAS (M.), "La refondation des pouvoirs, les forces imaginantes du droit", Seuil, 2007.
  - 44- DIMITRIJEVIC (N.), "Justice beyond Blame-Moral justification of a truth commission", journal of conflict resolution, vol. 50, no. 3, 2009.
  - 45- DOAK (J.), "Victims rights, Human Rights and criminal justice reconceiving the role of third parties", Hart publishing, 2008.
  - 46- DRUMBL (M.-A.), "Atrocity, punishment and international law", Cambridge, Cambridge University



- Press, 2014.
- 47- DUARTE (B.), "Les parties politiques, la démocratie et la convention européenne des droits de l'homme", Rev. Trim. dr. h., n°34, 1999.
  - 48- DUGARD (J.), "Symposium: Reconciliation and justice: The south African experience", transitional law and contemporary problems, 1988.
  - 49- DUMEE (M.), "Le crime d'agression", dans ASCENSIO (H.), DECAUX (E.) et PELLET (A.), "droit international pénal", Paris, Pèpone, 2012.
  - 50- DUPUY (P.-M.), "Les considérations élémentaires d'humanité dans la jurisprudence de la cour internationale de justice", dans droit et justice, Mélangés en l'honneur de Nicolas Valticas, Paris, Pédone, 1999.
  - 51- ELLS (M.-S.), "Combating impunity and enforcing accountability as a way to promote peace and stability", Journal of national security law and policy, 2006.
  - 52- ENACHE (C.) et FRIED (A.), "Universal crime, jurisdiction and duty: The obligation of aut dedere aut judicare in international law", Mc Gill law journal, vol. 43. 1998.
  - 53- FICHET-BOYLE (I.), "L'obligation de prendre des mesures internes nécessaires a la prévention et à la répression des infractions", dans ASCENIO (H.), DECAUX (E.) et PELLET (A.), "Droit international pénal", Paris, Pédone, 2012.
  - 54- FOUCHARD (I.), "Crime international entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international", Paris, Pédone, 2008.
  - 55- FRANCK (T.), "Fairness in the international legal and institutional system: general cours on public international law", R.C.A.D.I., 1993.
  - 56- FREEMAN (M.), "Le rôle des parlements dans l'aboutissement du processus de réconciliation, guide pratique a l'usage de parlementaires", Union interparlementaire, 2015.
  - 57- ....., "Truth commissions and procedural

- fairness", Cambridge university Press, 2013.
- 58- FROUVILLE (O.), "Disparitions forces". Dans ASCENSIO (H.), DECAUX (E.) et PELLET (A.), "Droit international pénal", Paris, pédone, 2012.
- 59- ....., "Atteintes massives aux droits de l'homme", dans ASCENSIO (H.), DECAUX (E.) et PELLET (A.), "Droit international pénal", Paris pédone, 2012.
- 60- GAETA (P.), "The history and the evolution of the notion of international crimes", dans BELLELLE (R.), "international criminal justice: law and practice from the Rome statute to its review", Farnham, Ashgate, 2010.
- 61- GALLANT (K.-S.), "The principal of legality in international and comparative criminal law", Cambridge university Press, 2009.
- 62- GEULA (M.), "South Africa, Truth and reconciliation commission as an alternate means of addressing transitional government conflict in a divided society", Boston University, international law journal, 2000.
- 63- GIBSON (J.), "Overcoming intolerance in South Africa, experiments in democratic persuasion", Cambridge university Press, 2003.
- 64- GICOUEL (J.E.), "Droit constitutionnel et institutions politiques", Paris, Montchrestien, 2013.
- 65- GOHIN (O.), "Droit Constitutionnel". Litec, 2010.
- 66- GOLDSTONE (R.-J.), "Justice as a tool for peacemaking: Truth commissions and international criminal tribunals", New-York University, Journal of international law and politics, 1996, vol. 28, n°3.
- 67- GRAY (D.-C.), "What's so special about transitional justice?", American society of international law, 2013, vol. 100.
- 68- GREIFF (P.) et DUTHIE (R.), "Transitional justice and development making connections", Paris, P.U.F., 2015.
- 69- GRODSKY (B.), "Human rights accountability: exploring determinants of transitional justice",

- Michigan: The university of Michigan, 2014.
- 70- GUZMAN (M.), "Crimes against humanity", dans SCHABAS (W.-A.) et BERNAZ (N.), "Routledge Handbook of international criminal law", Routledge, 2015.
- 71- HAYNER (P.-B.), "Unspeakable truths: Transitional justice and the challenge of Truth commissions", N.Y., 2013.
- 72- HAZAN (P.), "La paix contre la justice? Comment reconstruire un Etat avec des criminels de guerre", Bruxelles, 2010.
- 73- HUMPHREY (M.), "Human rights politics and transitional justice", University of Sydney, 2013.
- 74- JAUDEL (E.), "Justice sans châtement, les commissions vérités et réconciliations", Paris, Odile Jacob, 2013.
- 75- JEAGENE (J.-B.), "Réparer l'irréparable-les réparations aux victimes devant la cour pénal internationale", Paris, P.U.F., 2014.
- 76- JOUANNET (E.), "Universalisme du droit international et impérialisme: Le vrai faux paradoxe du droit international?", Société de législation comparée, 2007.
- 77- KAMALI (M.), «Accountability for human rights violations : A comparison of transitional justice in East Germany and South Africa». Col. J. trans. L., vol. 40, 2001.
- 78- KAMATALL (J.-M.), "Accountability for genocide and other gross human rights violations: The need for an integrated and victim-based transitional justice", justice of genocide research, vol. 11, no4, 2009.
- 79- KIERAN (M.) "Beyond legalism: Towards a Thicker understanding of transitional justice". Journal of law and society, vol. 34, N°4, 2013.
- 80- KOLB (R.), "Droit international pénal". Bale, Bruxelles, Bruylant, 2014.
- 81- KRITZ (N.-J.), "Transitional justice: How emerging democracies Rocken with former regimes", United States institute of Peace Press, vol.I, 1995.

- 82- KUBI (A.-N.) "Between justice and reconciliation: The Survivors of Rwanda". African security review, vol. 16, No 5, 2012.
- 83- LANGLOIS (A.), "Human rights without Democracy ? Acritique of the separationist thesis", H.R.Q., 2013.
- 84- LAPLANTE (L.), "Truth with consequences: justice and reparations in post- truth commission Peru", H.R.Q., vol. 29, no1, 2007.
- 85- LEFRANC (S.), "La justice transitionnelle n'est pas un concept", Mouvements, no53, 2008.
- 86- MAHIOU (A.), "Les processus de codification du droit international pénal", dans ASCENSIO (H.), DECAUX (E.) et PELLET (A.), "Droit international pénal", Paris, Pédone, 2012.
- 87- MAISON (R.), "Crimes internationaux", dans GAUDIN (H.), RIALS (S.) et SUDRT (F.), "Dictionnaire des droits de l'homme", Paris, P.U.F., 2008.
- 88- ....., "La responsabilité individuelle pour crimes d'Etat en droit international public", Bruxelles, Bruylant, 2014.
- 89- MALLINDER (L.), "Amnesty, Human Rights and political transitions Bridging the peace and justice divide", Oxford, Studies in international law, 2008.
- 90- MARGUERITE (T.), "International criminal law and Human Rights", dans SCHABAS (A.) et BERNAZ (N.), Routledge Handbook of international law, Routledge, 2011.
- 91- MARTIN- CHENUT (K.), "Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme: La cour interaméricaine, Pionnière et modèle?", Paris Pédone, 2010.
- 92- MELISSA (S.), "Transitional justice", New York: New York University Press, 2015.
- 93- MENDELOFF (D.). "Truth- seeking, Truth telling and post conflict peace building", International Studies Review, Vol.6, 2004.
- 94- MOLLET (C.), "La justice transitionnelle: une voie vers

- la réconciliation et la reconstruction d'une paix durable", Dealing with the Past-Series conference paper, 2011.
- 95- MAYER (A.), "Justice as prevention: Vetting public employees in transitional societies", New-York, social science research council, 2012.
- 96- NAGY (R.), "Transitional justice as global project: critical reflections", Vol. 29, no2, 2008.
- 97- NAQAVI (Y.), "The right to the Truth in international law: factor fiction?", inter. Review of the red cross, vol. 88, no862, 2006.
- 98- NINO (C.), "The duty to punish past abuses of human rights put into context: The cas of Argentina", with reply of DIANA Florentlicher, Tale law Journal, Vol. 100, no. 8, 1999.
- 99- OLSEN (T.-O.), "When Truth commissions improve human rights", international journal of transitional justice, vol. 4, no3, 2010.
- 100-OMAR (A.) "Truth and reconciliation in South Africa: Accounting for the past", Buffalo Human Rights law review, 1998.
- 101-ORNTLICHER (D.F.), "Settling accounts revisited: Reconciling global norms with local Agency", The international journal of transitional justice, Vol.1, n°1, 2007.
- 102-PAZARTIS (P.) "La répression pénale des crimes internationaux", Cours et travaux, institut des Hautes Etudes internationales de Paris, Université Panthéon-Assas (Paris II), Pédone, 2007.
- 103-PISILLO (R.) "La responsabilité de l' Etat pour violation des obligation positives relatives aux droits de l'homme", R.C.A.D.I.,vol. 333, 2008.
- 104-PROVOST (R.), "International Human Rights and humanitarian law", Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- 105-REYDAMS (L.), "The rise and fall of universal jurisdiction", dans SCHABAS (W.-A.) et BERNAZ

- (N.), "Routledge Handbook of international criminal law", Routledge, 2012.
- 106-RICHARD (J.), "Justice as a tool for Peace-Making: Truth Commissions en international criminal tribunals", Journal of international law and politics, Vol., 38, no13, 2009.
- 107-ROHT (N.), "Transitional Justice in the twenty first century: Beyond Truth versus justice", Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- 108-SCHABAS (W.-A.), "genocide in international law", Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- 109-SCHIFF (B.N.), "Building the international criminal court", Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- 110-SHELTON (D.), "Encyclopedia of genocide and crimes against humanity", Macmillan reference, USA, 2015.
- 111-TEITEL (R.), "transitional justice genealogy", Harvard H.R.J., Vol. 16, 2003.
- 112-THIERRY (H.), "L'évolution du droit international: Cours général de droit international public", R.C.A.D.I., 1990.
- 113-THICIA (D.), "Transitional justice in balance: comparing processes, weighing efficacy", Washington, DC: United States, Institute of peace press, 2014.
- 114-VAN-STEENBERGHE (R.), "The obligation to extradite or prosecute clarifying its nature", Journal of international criminal justice, Vol. 9, n° 5, 2011.
- 115-VITTE (S.), "Typologie des conflits armés en droit international humanitaire: concepts juridiques et réalités", inter. Review of the red cross, no873, 2013.
- 116-WEIL (P.), "Cours général de droit international public: Le droit international en quête de son identité", R.C.A.D.I., vol. 237, 1992.

## ثانياً: وثائق المنظمات الدولية

### أ- وثائق الأمم المتحدة

(١) مجلس الأمن، الجمعية العامة، الأمين العام، ولجنة القانون الدولي.  
(٢) قرارات.

- A/RES/39/11, 12 novembre 1984.
- A/RES/46/1982, 19 décembre 1991.
- A/RES/808, 22 février 1993.
- A/RES/48/132, 20 décembre 1993.
- A/RES/49/194, 23 décembre 1994.
- A/RES/50/179, 22 décembre 1995.
- A/RES/51/96, 12 décembre 1996.
- A/RES/52/125, 12 décembre 1997.
- A/RES/55/99, 4 décembre 2000.
- A/RES/57/221, 18 décembre 2002.
- A/RES/55/89, 22 février 2001.
- A/RES/56/83, 28 Janvier 2002.
- A/RES/60 /147, 16 décembre 2005.
- A/RES/1757, 30 mai 2007.
- A/RES/56/12, 3 février 2011.
- A/RES/65/196, 3 mars 2011.
- A/RES/67/97, 14 septembre 2012.
- A/RES/67/295, 13 décembre 2013.
- A/RES/68/185 , 21 Janvier 2014.

### ب- تقارير ووثائق أخرى:

- DOC. S/2000/915/ 4 octobre 2000.
- DOC. S/2004.616, 23 aout 2004.
- DOC. A/CN. 4/571, 12 juillet 2006.
- DOC. A/61/636- S/2006/980, 14 décembre 2006.
- DOC. A/HRC/4/84, 20 février 2007.
- DOC. A/CN. 4/612, 26 mars 2009.
- DOC. A/65/318, 20 aout 2010.
- DOC. A/PRST/2012/1, 19 Janvier 2012.

ج - مجلس حقوق الإنسان والمفوض السامي لحقوق الإنسان:

- DOC. E/CN. 4/Sub.2/1982/15, 27 juillet 1982.
- DOC. E/CN. 4/Sub.2/1985/16Rev.1, 21 juin 1985.
- DOC. E/CN. 4/Sub.2/1993/8, 2 juillet 1993.
- DOC. E/CN. 4/Sub.2/1996/17, 24 mai 1996.
- DOC. E/CN. 4/1997/104, 16 janvier 1997.
- DOC. E/CN. 4/2000/62, 18 janvier 2000.
- DOC. E/CN. 4/Sub. 2/1996/18, 20 juin 1996.
- DOC. E/CN. 4/Sub. 2/1993/6, 19 juillet 1993.
- DOC. E/CN. 4/2001/35, 1 février 2001.
- DOC. E/CN. 4/2004/88, 27 février 2004.
- DOC. HR/PUB/06/4, 2006.
- DOC. A/HRC/4/84, 20 février 2007.
- DOC. A/HRC/5/7, 7 juin 2007.
- DOC. A/HRC/12/18/Add.1, 21 août 2009.
- DOC. A/HRC/15/33, 28 juillet 2010.
- DOC. E/CN.6/2012/2, 21 décembre 2011.
- DOC. A/HRC/24/42/Add.1, 30 juillet 2013.
- DOC. A/HRC/24/54, 6 août 2013.
- DOC. A/HRC/25/19, 18 décembre 2013.

رابعاً: اتفاقيات دولية

- ميثاق الأمم المتحدة، سان فرانسيسكو، ٢٥ يونيو ١٩٤٥.
- الاتفاقية الدولية للتخلص من كل أشكال التمييز العنصري، ٢١ ديسمبر ١٩٦٥.
- العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، ١٦ ديسمبر ١٩٦٦.
- الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، ٢٢ نوفمبر ١٩٦٩.
- اتفاقية منع وقمع المخالفات المرتكبة ضد الأشخاص المتمتعين بحماية دولية، ١٤ ديسمبر ١٩٧٣.
- الاتفاقية الدولية لحماية الأشخاص ضد الاختفاء القسري، ١٣ أبريل ٢٠٠٥.



## خامساً: أنظمة أساسية

- النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة، ٢٣ مايو ١٩٩٣.

- النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا، ٨ نوفمبر ١٩٩٤.

- النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ١٧ يوليو ١٩٩٨.

## سادساً: أحكام قضائية دولية

### ١- محكمة العدل الدولية:

#### (١) آراء استشارية

- CIJ, Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif du 28 mai 1951, Recueil 1951, p.15-69.
- CIJ, conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif du 9 juillet 2004, Recueil 2004, p.136- 203.

#### (٢) أحكام قضائية:

- CIJ, Activités armées sur le territoire du Congo C. Ouganda, arrêt du 19 décembre 2005, Recueil 2005, p.168-283.
  - CIJ, Activités armées sur le territoire du Congo C. Rwanda, arrêt, du 3 février 2006, Recueil 2006, p. 6-57.
  - CIJ, Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie- Herzégovine C- Serbie- et - Monténégro), arrêt du 26 février 2007, Recueil 2007, p.43-240.
  - CIJ, Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique C. Senegal), arrêt du 20 juillet 2012.
- ب- المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة:
- T.P.I.Y., le procureur C. Dusko Tadic, no IT-94-1-A, arrêt, 15 juillet 1999.
  - T.P.I.Y., le procureur C. Goran Jelasic, no IT-95-10-T, Jugement, 14 décembre 1999.
  - T.P.I.Y., le procureur C Zoran Kupreskic et consorts, no IT-95-16-T, Jugement, 14 Janvier 2000.
  - T.P.I.Y., le procureur C. Zejnir Delalic et al., no IT-96-21-

A, Chambre d'appel, 20 février 2001.

- T.P.I.Y., le procureur C.Radislau Krstic, no IT-98-33-T, Jugement, 2 aout 2001.
- T.P.I.Y., le procureur C.Milomir stakic, no IT-97-24-T, Jugment, 31 juillet 2003.

جـ - محكمة الدول الأمريكية لحقوق الإنسان:

- Inter- Am. Ct. H.R, Velasquez Rodriguez C.Honduras, arrêt sur le fond, Série C, no4, 29 juillet 1988.
- Inter- Am. Ct. H.R, El Ampraro C. Venezuelav, réparations, série C, no28, 14 décembre 1996.
- Inter- Am. Ct. H.R, Castillo Paez C.Perou, Fond, affaire no 10. 733, 3 novembre 1997.
- Inter- Am. Ct. H.R, Villagram Morales et autres, Fond, série C, no63, 19 novembre 1999.
- Inter- Am. Ct.H.R.R, Bamaca Velasquez C.Guatemala, arrêt sur le fond, série C, no 70 , 25 novembre 2000.
- Inter- Am. Ct.H.R.R, The "Street children" C.Guatemala, Réparations, série C, no77, 26 mai 2001.
- Am. Ct.H.R.R, Bamaca Velasquez C.Guatemala, Réparations, série C, no91, 22 fevrier 2002.

د - المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان:

- CEDH, Kurt C. Turquie, Jugement, no 24276/94, 25 mai 1998.
- CEDH, Tas C. Turquie, , no 24396/94/14 novembre 2000.
- CEDH, Chypre C. Turquie, no 25781/94, 10 mai 2001.
- CEDH, Sandru et autres C.Roumanie, no 22465. 03, 8 décembre 2009.

## قائمة المحتويات

الصفحة	الموضوع
١١٠٧	مقدمة
١١٠٧	أولاً- موضوع الدراسة
١١١٠	ثانياً- مشكلة وتساؤلات الدراسة:
١١١١	ثالثاً- أهمية الدراسة:
١١١٢	رابعاً- منهج الدراسة: ١١١٢
١١١٣	خامساً- خطة الدراسة:
١١١٣	الفصل الأول: العدالة الانتقالية:
	محور الاهتمامات الدولية المعاصرة
١١١٤	المبحث الأول: الديمقراطية وتعزيز سيادة القانون
١١١٦	أ- تعزيز سيادة القانون: عنصر مكمل للديمقراطية
١١١٦	(١) الجدل حول نموذج الانتقال أو التحول
١١١٨	(٢) تعزيز سيادة القانون
١١٢٠	ب- مفاهيم الديمقراطية وسيادة القانون
١١٢١	(١) مضمون الهدف الديمقراطي
١١٢٤	(٢) مفهوم سيادة القانون
١١٢٥	المبحث الثاني: العدالة الانتقالية ومكافحة الإفلات من العقاب
١١٢٦	أ- ترابط القيم الأساسية للجماعة الدولية
١١٢٧	(١) مجتمع طامح لمناقشة جذور العدالة الانتقالية
١١٣٠	(٢) الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان، تهدد السلم والاستقرار الدوليين

الصفحة	الموضوع
١١٣١	ب - عقوبة انتهاك حقوق الإنسان والانتقال
١١٣٢	(١) مكافحة الإفلات من العقاب، أساس إعادة بناء الدولة محل الانتقال
١١٣٣	(٢) تطور القانون الدولي الجنائي والعدالة الانتقالية
١١٣٥	الفصل الثاني: القانون الدولي: الأساس القانوني للعدالة الانتقالية
١١٣٧	المبحث الأول: موضوع محدد ومحاط بمختلف فروع القانون الدولي
١١٣٨	أ - المصادر الإطارية للعدالة الانتقالية
١١٣٩	(١) القانون الدولي أساس مشترك لتدابير العدالة الانتقالية
١١٤١	(٢) تعدد نظام المجال المادي الواحد أو الموحد
١١٤٥	ب - تحديد المجال المادي الأولوي للعدالة الانتقالية
١١٤٦	(١) معايير تحديد جريمة القانون الدولي
١١٤٩	(٢) تحديد جرائم القانون الدولي، أولويات العدالة الانتقالية
١١٥٤	المبحث الثاني: الالتزامات الدولية الخاصة بجرائم القانون الدولي
١١٥٥	أ - الالتزام بمنع وعدم اقتراح جريمة القانون الدولي
١١٥٥	(١) الالتزام بأخذ التدابير اللازمة لمنع الأفعال المكونة لجرائم القانون الدولي
١١٥٨	(٢) الالتزام بعدم الاقتراح: أمر مزدوج المخاطبين
١١٦١	ب - الالتزام بالملاحقة القضائية قلب العدالة الانتقالية
١١٦١	(١) التزام ذو طبيعة اتفاقية

الصفحة	الموضوع
١١٦٣	(٢) مسألة وجود التزام عربي بالملاحقة القضائية
١١٦٥	الفصل الثالث: حقوق الضحايا ووظيفة مسئولية الدول في نطاق العدالة الانتقالية
١١٦٨	المبحث الأول: مضمون حق الضحايا في العدالة الانتقالية
١١٦٩	أ - الحق في معرفة الحقيقة، أحد مكونات الحق في الطعن
١١٦٩	(١) الحق في العدالة، حق مركب (متعدد العناصر)
١١٧٣	(٢) الحق في معرفة أصل الحقيقة
١١٧٩	ب - الحق في تعويض الضحايا
١١٧٩	(١) الاعتراف الدولي بالحق الفردي في التعويض
١١٨١	(٢) حق تعويض الضحايا والعدالة الانتقالية
١١٨٥	المبحث الثاني: وظيفة مسئولية الدول في نطاق العدالة الانتقالية
١١٨٧	أ - العدالة الانتقالية، إصلاح فعل الدولة غير المشروع دولياً
١١٨٧	(١) آثار مسئولية الدولة عن انتهاكات الماضي
١١٨٨	(٢) العدالة الانتقالية، إصلاح أو تعويض يتناسب والانتهاكات المعنية
١١٩٠	ب - الأساس القانوني العام لعملية العدالة الانتقالية
١١٩٠	(١) العدالة الانتقالية، ضمان بعدم تكرار جرائم الماضي
١١٩٤	(٢) التزام عام بالعدالة الانتقالية
١١٩٥	الفصل الرابع: لجان الحقيقة: الأداة الرئيسة للعدالة الانتقالية
١١٩٧	المبحث الأول: لجان الحقيقة، ماهيتها وأهدافها

الصفحة	الموضوع
١١٩٩	أ - ماهية لجان الحقيقة
١٢٠٠	أولاً: هيئات مؤقتة
١٢٠٠	ثانياً: عمل تحقيقات بشأن أحداث الماضي
١٢٠٠	ثالثاً: هيئات رسمية
١٢٠٠	أولاً: الدوافع غير المشروعة
١٢٠١	ثانياً: التحيز
١٢٠١	ثالثاً: التوقعات غير الواقعية
١٢٠١	(١) الطبيعة القانونية للجان الحقيقية
١٢٠٣	(٢) التفرقة بين لجان الحقيقة والمصالحة وبين وما يشتهب معها من لجان أخرى
١٢٠٣	أولاً: لجان التحقيق
١٢٠٣	ثانياً: اللجان التاريخية
١٢٠٤	ثالثاً: لجان تقصي الحقائق
١٢٠٥	ب - أهداف ومبررات إنشاء لجان الحقيقة
١٢١٣	(١) أهداف لجان الحقيقة والمصالحة
١٢١٥	(٢) مبررات إنشاء لجان الحقيقة
١٢١٥	المبحث الثاني: لجان الحقيقة بين التجارب وضرورة الإنشاء
١٢١٧	أ - تجربة لجنة الحقيقة والمصالحة في جنوب أفريقيا
١٢١٨	(١) إنشاء لجنة الحقيقة والمصالحة
١٢٢٠	(٢) مهام وسلطات لجنة الحقيقة والمصالحة
١٢٢٠	أولاً: مهام لجنة الحقيقة والمصالحة:
١٢٢١	ثانياً: سلطات لجنة الحقيقة والمصالحة

الصفحة

الموضوع

- ب - ضرورة إنشاء لجان الحقيقة في دول الربيع العربي ١٢٢٢
- (١) اللجنة القومية للتحقيق وتقصي الحقائق بشأن أحداث ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١ بمصر ١٢٢٣
- (٢) إنشاء لجان تقصي الحقائق في بعض دول الربيع العربي ١٢٢٥
- الأخرى
- أولاً: اللجان التونسية لتقصي الحقائق ١٢٢٥
- ثانياً: لجنة الأمم المتحدة لتقصي الحقائق في ليبيا ١٢٢٦
- ثالثاً: اللجنة البحرينية المستقلة لتقصي الحقائق ١٢٢٨
- خاتمة ١٢٣٠
- قائمة المراجع ١٢٣٥
- قائمة المحتويات

---

---

# مدخل إلى دراسة المنطق القانوني

---

---

الدكتور

أحمد على ديهوم

أستاذ مساعد فلسفة القانون وتاريخه

كلية الحقوق- جامعة عين شمس



## مدخل إلى دراسة المنطق القانوني

الدكتور / أحمد على ديهوم

أستاذ مساعد فلسفة القانون وتاريخه

كلية الحقوق - جامعة عين شمس

بسم الله الرحمن الرحيم

(قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا يَمْلِكُ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ)

صدق الله العظيم - سورة البقرة - الآية (٣٢)

### الإهداء

إلى روح والدتي ..... أدخلها الله - فسيح جناته

### مقدمة

يعد الأساس النظري من أساسيات تكوين الباحث القانوني، إلا أن ذلك لا يعد كافياً؛ حيث يتطلب الواقع العملي تزويد الباحث بالعديد من القدرات الفنية، عن طريق اكتساب العديد من المعارف، وتفكيك محتوى النصوص، وذلك بغية الوصول إلى قدرة الباحث على التحليل والنقد والمناقشة والاستنتاج.

وتجدر الإشارة إلى أن الدراسة المنهجية قد تم إهمالها في كثير من الأحيان، حيث تم الاعتماد على اجتهادات خاصة وشخصية، على الرغم من وجود العديد من القواعد والأدوات المنهجية.

ويرجع أساس وجود قواعد للتحليل القانوني إلى ارتباط المنطق بالقانون، حيث إنه إذا وجد قانون وجد له منطق، نشأ به وفي ظله، بحيث يمكن القول أن القانون نشأ وترعرع مع المنطق وعاش وتطور في ظله.

ويكمن ذلك في أن القانون في كافة الأزمنة والأماكن لم يكن وليد الصدفة، بل مثل ضرورة من ضروريات الحياة، وقد قضت الحاجة إلى استمراره ليحكم العلاقات فيما بين الأطراف، وهذا ما اقتضى تمتعه بقدر من القبول.

فالقانون ظاهرة اجتماعية واقتصادية وسياسية بجانب أنه ظاهرة عقائدية، فهو يعكس كافة هذه المجالات، فهذا الشمول مثل الصياغة النهائية للقانون.

وقد عكست الصياغة القانونية استعمال العقل الإنساني، وذلك ليتواءم القانون مع تطورات المجتمع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وهذا ما يستتبع ارتباطه بمنطق محدد، فلم يكن القانون بمعزل عن حكم المنطق. ففي كافة مجالات القانون وصياغته ومبادئه يظهر دور المنطق، ليس هذا فحسب بل أن تطبيق القانون أمام القضاء يعكس المنطق، هذا بالإضافة لدور المنطق في مجال الفقه والتحليل والتفسير القانوني أو القضائي.

فألواقع يقرر أن كافة القضايا المنطقية تمثل الربط بين المقدمات والنتائج، فإذا اتفقت النتائج مع أحكام العقل وجدت العلاقة بين السبب والمسبب، أو بين المقدمة والنتائج، إذ أن القاعدة تقرر أن "العلة تدور حول المعلول وجوداً وعدمًا". ومفاد ما سبق أن التشريع وليد منطق سديد، كما أن القضاء العادل يكون نتاج منطق سليم واستخلاص سائغ.

وتجدر الإشارة إلى أن الإنسان يولد بالفطرة منطقياً، حيث يتمتع منذ وجوده بالفكر وهو في ذلك يشبه باقي الكائنات الأخرى كالحوانات والنباتات، إلا أن ما يميزه عنهم أنه يفكر منطقياً، فالإنسان بغريزته يقوم بفرز الأشياء وتصنيفها، وإن تباينت قدرات كل إنسان في هذا الأمر.

(١) د. محمود السقا، دراسة في علم المنطق القانوني، القاهرة، دار النهضة العربية،

فالإنسان منذ طفولته يرى المحسوس ويدركه ، ثم يقوم بالتعبير عن مدى فهمه سواء بالإشارة أو بالسمع أو اللمس ، وذلك فى مستهل حياته ، وعندما يكبر تكبر معه دائرة المعرفة لديه ، ومن ثم يقوى الدليل فى الإقناع والافتناع ، أو ما يمكن أن نطلق عليه حجبية المنطق.

ومما سبق يمكن تعريف المنطق كعلم بأنه "العلم الذى يبحث فى المبادئ العامة للفكر السديد، ويتخذ موضوعاً رئيسياً له هو البحث فى تحديد الشروط التى بواسطتها يصح الانتقال من أحكام فرضت صحتها إلى أحكام أخرى تولدت عنها، والأولى "أحكام معلومة" والثانية "أحكام مجهولة".

فالمنطق وفق هذا التعريف يمثل عملية من عمليات الخلق الفكرى ، وهو يهدف إلى تجنب الخطأ فى التفكير، وبجانب اعتباره طبقاً لهذا التعريف علماً يصلح لكافة العلوم ، وكافة مجالات الحياة ، ومن ذلك علم القانون ، إذ عد تعلم المنطق ودراسته ضرورة فى ظل أن حقل القانون عد حقلأ خصباً للمنطق ، بالإضافة لساحة القضاء.

أولاً: أهمية الدراسة:

يقوم المنطق فى المجال القانونى بدور هام وضرورى ، وذلك لكافة المشتغلين بالقانون سواء أكان قاضياً أم مشرعاً أم باحثاً أم محامياً ، فمن جهة دارس القانون فيجب أن يتبين سر القواعد القانونية ، ويمكن تمثيل ذلك فى ٢:

- ١- أنها تساعد على تكوين الفكر المنطقى لدى الباحث.
- ٢- أنها تهيئ الباحث لفهم مبادئ وأسس الاستدلال المنطقى ، والعمل على تطبيقه.

(١) د. محمود السقا ، دراسة فى علم المنطق القانونى ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨ ، ص ٢٥

(٢) د. محمود السقا ، المرجع السابق ، ص ٢٣ وما بعدها.

- ٣- أنها تساعد الباحث على التمييز بين الأدلة المقنعة والأدلة المصطنعة، بجانب التمييز بين الأدلة القوية والأدلة الضعيفة.
- ٤- أنها تساعد الباحث على التخلص من التأثير بالعواطف والمشاعر في سبيل سعيه للتوصل إلى معرفة الحقيقة.
- ٥- أنها تساعد الباحث على تنفيذ الآراء بالحجج والبراهين.
- ٦- أنها تؤدي إلى تمتع الباحث بقوة المواجهة والحوار والتفوق اللغوي.

٧- أنها تؤدي إلى قوة الباحث وعظمة ما يقدمه من مؤلفات ودراسات، وهذا ما يستتبع التوصل إلى مناهج البحث وتقسيماتها.

أما من جهة القضاء، فإن الدراسة تمثل أهمية للقاضي حال تطبيقه للنصوص القانونية من خلال المنازعات المثارة أمامه، وهذه الأهمية تتمثل في:

- ١- الرضا التام بالأحكام، حيث تعد الأحكام عنواناً للحق والعدالة، إذ أن اكتساب الأحكام صفة الصديق والحق، يتأسس على كونه مبنياً على المنطق، بحيث تتولد القناعة لدى الخصوم أن الحكم جاء مطابقاً للحقيقة مطبقاً القانون أحسن تطبيق، وهذا ما يؤدي إلى ارتضاء الكافة به.
- ٢- الحسم في الأحكام، فالمنازعات المعروضة على القاضي تتضمن في طياتها خليطاً من الواقع والقانون، والقاضي في قيامه بوظيفته يقوم بتحديد القاعدة القانونية، ومن ثم يقوم بتفسيرها وتطبيقها، وهو يقوم بذلك على نحو من المنطق، بحيث يؤدي إلى الحسم في الأحكام.
- ٣- الاستقرار القانوني، حيث إن إنزال حكم القاعدة القانونية على الوقائع يؤدي إلى الاستقرار القانوني، وذلك من خلال إكساب القاعدة القانونية خاصية الإلزام.

(١) د. محمود السقا، المرجع السابق، ص ٢٥ وما بعدها.

إذ أن وقائع الدعوى تمثل الهيكل العظمى الذى يكسوه القانون، وهذا الهيكل إذا كان به خلل فإنه يؤثر على حسن تطبيق القانون، وهذا ما يفقد القانون إلزاميته، حيث لا يعكس احتياجات المجتمع.

والقاضى فى استخلاصه الوقائع وإنزال حكم القانون عليها، يقوم بذلك على أساس من التفكير المنطقى المتضمن تحليل النصوص. أما من جهة المشرع، فإن صياغة التشريع مادة مادة لا بد أن تتم فى ظل ما يقضى به العقل ويرتضيه الضمير، أى يصاغ على ما يقضى المنطق ويحكم به.

وبالرغم هذا الدور الهام على كافة الأصعدة القانونية، فإن المنطق القانونى لم يحظ بالاهتمام على المجال البحثى، ومما لاشك فيه أن المنطق القانونى يضرب بجذوره تطبيقه فى التاريخ القانونى للأمم. ومن المستقر عليه أنه لفهم أى فكرة قانونية لا بد من تأصيلها، وذلك لبيان الفكرة وأساسها وكيفية ونطاق تطبيقها، هذا ما يعكس فكر المجتمعات وتطورها؛ لذا فإن دراسة المنطق القانونى وتأصيله يعد من الأهمية فى ضوء الدور الذى يقوم به.

#### ثانياً: منهج الدراسة

فى ضوء سعينا نحو بيان وتأصيل المنطق القانونى، وتوضيح دوره قديماً وحديثاً، فإننا سوف نتبع المنهج التحليلى، حيث سوف يتم تناول العديد من النصوص وتحليلها لبيان أدوار المنطق القانونى ودوره فى المجال القانونى على كافة الأوجه.

#### ثالثاً: خطة الدراسة:

لما للمنطق القانونى من أهمية قصوى، وذلك من حيث تكوين القاعدة القانونية، ومن حيث تطبيقها فيما يعرف بالمنطق القضائى، فإننا نتناول فكرة المنطق القانونى من حيث التأصيل والتطبيق. وبناءً على ذلك نتناول دراسة المنطق القانونى، فيما يلى:

**الفصل الأول: تأصيل فكرة المنطق القانوني.**

**المبحث الأول: ماهية المنطق القانوني.**

**المبحث الثاني: أساس المنطق القانوني**

**الفصل الثاني: الجانب التطبيقي للمنطق القانوني.**

**المبحث الأول: المنطق والقاعدة القانونية.**

**المبحث الثاني: المنطق والقاضي.**

### **الفصل الأول**

#### **تأصيل فكرة المنطق القانوني**

يقوم المنطق القانوني بدور بارز في علم القانون، حيث يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالجانب القانوني، فحيثما وجد قانون يوجد منطق، فكلاهما نشأ معاً وحيأ معاً وتطورا معاً.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن دور المنطق امتد ليشمل صياغة القواعد القانونية، بالإضافة إلى الأحكام القضائية، لذا فقد اشترط في الصياغة ضرورة كونها منطقية بحيث يتقبلها العقل. كما أن الأحكام القضائية عكست المنطق القانوني، إذ يتعرض الحكم للطعن حال عدم ترابطه أو منطقيته<sup>١</sup>.

وأمام الرغبة في تبيان فكرة المنطق لا بد من تبيان ماهيته وأساسه، فطالما أنه ارتبط بالقانون فحتماً هو يضرب بجذوره في تاريخ المجتمعات، وهذا ما يمكن تبيانه فيما يلي:

**المبحث الأول: ماهية المنطق القانوني.**

(١) د. محمود السقا، المنطق القانوني والمنطق القضائي، القاهرة، دن، ٢٠٠١،

ص ٤.

(٢) د. محمد على عمران، دروس في نظرية القانون، ١٩٨٥، ص ١٠٧.

## المبحث الأول ماهية المنطق القانوني

يشترط لتوضيح فكرة ما معرفة ماهية الفكرة أولاً وذلك لبيان حدودها ومعالمها، من خلال إلقاء الضوء على المفهوم، وهذا ما يميز الفكرة عن غيرها، بالإضافة إلى الدور الذي تقوم به.

وبناءً على ذلك نتناول ماهية المنطق القانوني فيما يلي:

**المطلب الأول: مفهوم المنطق القانوني.**

**المطلب الثاني: دور المنطق القانوني.**

### المطلب الأول

#### مفهوم المنطق القانوني

سعى العديد من فقهاء علم القانون إلى تعريف فكرة المنطق القانوني، وهذا ما رتب تبيان طبيعته القانونية، ويمكن تفصيل ذلك فيما يلي:

**الفرع الأول: تعريف المنطق القانوني.**

**الفرع الثاني: جوهر المنطق القانوني.**

### الفرع الأول

#### تعريف المنطق القانوني

يعد المنطق القانوني من ضمن مصطلحات العلم القانوني، وبالتالي يندرج ضمن العلوم الاجتماعية، وهذا ما يرتب صعوبة وضع تعريف جامع مانع له، وذلك مثله في ذلك مثل أى مصطلح فى العلوم الاجتماعية.

(١) د. فايز محمد حسين، دور المنطق القانوني فى تكوين القانون وتطبيقه "دراسة فى فلسفة القانون"، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١١، ص ٤٩.

وبالرغم من ذلك إلا أن الفقهاء سعوا إلى وضع تعريف للمنطق القانوني، فقد عرف بأنه "العلم الذي يمدنا بأدوات لتحليل البرهان"<sup>١</sup>، وذلك تأسيساً على أن القضايا تتضمن حججاً، فهي التي تعكس وجود براهين لإثبات الادعاءات<sup>٢</sup>.

وقد عرف أيضاً بأنه "دراسة التحليل العقلي للمسائل المتعلقة بالقانون، من حيث المفاهيم والمصطلحات القانونية"، كما عرف بأنه "المنهج الذي يساهم في تطبيق القاعدة القانونية وتفسيرها، ومن ثم استخلاص مبادئها العامة من أحكامها"<sup>٣</sup>.

كما عرف بأنه "العلم الذي يهتم بدراسة تطبيق المبادئ القانونية على الوقائع القانونية، بمعنى آخر هو الوسيلة التي ينتهجها المنهج القانوني للتطبيق على الوقائع المعروضة، بحيث تعكس التفكير المنطقي الذي من خلاله يمكن معالجة المسألة"<sup>٤</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن البعض قد عرف المنطق بأنه العلم الذي يتضمن القواعد القانونية والمنطقية القانونية، هذا بالإضافة إلى قواعد القياس والتفسير، وتطبيق القانون<sup>٥</sup>.

فيما عرفه البعض بأنه "العلم الذي يدرس الأسس العقلية للقانون من ناحية النشأة والتكوين والتطور والتطبيق، أو بمعنى آخر هو تناول

---

(١) ويزلي سالمون، المنطق، ترجمة وتعليق د.جلال موسى، بيروت، الشركة العالمية للكتاب، الطبعة الثانية، ١٩٨٦، ص ١٥.

(٢) د.السيد العري حسن، الاستدلال المنطقي للأحكام في ضوء التغيرات الاجتماعية "دراسة مقارنة بين النظامين الإسلامي والأجلوأمريكي"، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ١٢.

(٣) د.محمود السقا، المرجع السابق، ص ١٥.

(٤) د.عزمى عبد الفتاح، تسييب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، القاهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، ١٩٨٣، ص ٤٥٥.

(5) Puy(f): La nation de la logique juridique in A.P.D, 1966, p.248.



الفكرة القانونية من جوانبها المختلفة من حيث النشأة والتكوين والتطور والتطبيق<sup>١</sup>.

ومما سبق كله يمكن القول أن المنطق القانوني هو الانعكاس العقلي أو الفكري في تكوين القاعدة القانونية وتطبيقها، وذلك من خلال أعماله في صياغة القاعدة القانونية بشكل مترابط، وتطبيقها من خلال أحكام قضائية متسقة مع مضمونها.

وتجدر الإشارة هنا إلى ارتباط فكرة المنطق القانوني بفلسفة القانون، إذ عد المنطق القانوني جزءاً منها، وقد تشابها في كونهما في مرتبة تالية للفلسفة العامة والمنطق العام من جانب.

ومن جانب آخر فإن كليهما يبحثان دراسة المسائل الفلسفية أو المنطقية العامة في الجانب القانوني، وهذا ما استتبع إلقاء الضوء من جهة المنطق القانوني على المفاهيم القانونية والمنهج القانوني، بالإضافة إلى الأحكام القضائية من جهة التسبيب<sup>٢</sup>.

ومما سبق يمكن القول أن مفهوم المنطق القانوني يتوقف بصفة أساسية على مفهوم فكرة القانون، إذ أن هذه الأخيرة تختلف من مجتمع لآخر، ومن ثم تتباين الوسائل والأفكار القانونية<sup>٣</sup>.

ومما هو جدير بالملاحظة أن المنطق القانوني يتعد عن المنطق العام، وذلك في كونه لا يكتفى بالنظر إلى معاني الكلمات والرموز، إنما هو يهتم بالبحث عن الأسس العقلية والفكرية للمبادئ القانونية، فهو يدرس ماهية هذه المبادئ ومادتها، من نشأة وتكوين وأحكام<sup>٤</sup>.

(١) د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٥٢.

(٢) د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٥٣.

(3) Villey(M): Histoire de la logique juridique, In Annales de la faculté de droit de Toulouse, 1956, p.66.

(٤) د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٥٣ وما بعدها.

وتطبيقاً لذلك عرف نوعان للمنطق القانوني: أولهما المنطق القانوني النظري، الذي يهتم ببحث تقسيمات النظم القانونية، بالإضافة إلى تحليل المصطلحات القانونية، وثانيهما المنطق القانوني العملي "القضائي"، الذي يهتم بتطبيق القواعد القانونية على النزاعات أمام القضاء<sup>١</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن نطاق المنطق القانوني العملي لا يقتصر على القضاء الجالس فقط، وإنما يمتد ليشمل القضاء الواقف أيضاً، حيث ينصب عمل المحامي على إثبات حججه بالبراهين، وهو في ذلك يلجأ إلى الاستدلالات أو المنطق القانوني<sup>٢</sup>.

ومفاد ذلك أن الاستدلال بغية تفسير النصوص لاستنباط الأحكام عرف بالمنطق القانوني، أما إذا كان الاستنباط بغية الوصول إلى حكم قضائي فهو منطق قضائي<sup>٣</sup>.

## الفرع الثاني

### جوهر المنطق

أثارت مسألة جوهر المنطق القانوني خلافاً واسعاً، وقد وجد اتجاهان للإجابة على التساؤل حول ما هو جوهر المنطق<sup>٤</sup>؟ أولهما مدرسة "بروكسل"، وهي التي أطلق عليها مدرسة "بيرلمان في المنطق القانوني"، وقد ذهبت إلى رفض فكرة المنطق الصوري أو الشكلى في القانون.

(١) د. السيد العربي، المرجع السابق، ص ١٤ وما بعدها.

(٢) د. عزمى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ٤٥٧.

(٣) باجيرن ملكيفيك، فهر عبد العظيم، المنطق القضائي "دراسة نظرية تطبيقية في ضوء القانون وأحكام المحاكم المصرية"، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠١١، ص ١١١.

(٤) يرجع ذلك الخلاف إلى عام ١٩٥٣، حيث عقدت ندوة خصص قسم منها إلى دراسة نظريات الدليل في العلوم الصورية وغير الصورية، د. حسن عبد الحميد، د. محمد مهران، المنطق والقانون، ذ.ن، ١٩٩٦، ص ١٠٥.

(٥) د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٧١.

وثانيهما مدرسة "جورج كاليونفسكي"، التي أيدت فكرة المنطق  
الصورى فى المجال القانونى، وهذا ما أطلق عليه "منطق القواعد"، أو  
"المنطق الأخلاقى العملى"، ويمكن تفصيل ذلك فيما يلى:  
**أولاً: المنطق القانونى الصورى:**

يشرع أنصار هذا الاتجاه فى توضيح فكرتهم بتحديد مفهوم  
المنطق الصورى، فقد رأوا أنه يمثل جزءاً من النظرية العامة للعلم، تلك  
التي تتضمن الاهتمام بكل ما يتعلق بالعلم وتطوره<sup>١</sup>.

وينصب اهتمام المنطق القانونى على البحث عن وسائل  
الاستدلال المستخدمة لإثبات صحة المعارف العلمية، ويعد وفقاً لذلك  
أحد أهم الأسس التي لا يمكن الاستغناء عنها فى أى نظرية من النظريات.  
وهدياً على ذلك يبحث المنطق الصورى دراسة قواعد الاستدلال  
ومبادئه التي ترشد العقل إلى الصواب، وذلك دون الاهتمام بالمضمون،  
فمهمة المنطق تتمحور حول ضمان الصدق وثباته<sup>٢</sup>.

ومفاد ذلك أن المنطق الصورى لا يهتم بالمادة أو المضمون، إنما  
ينصب كل اهتمامه على الشكل فقط، وهذا ما يرتب أن هناك نوعاً واحداً  
من المنطق، وإن كان له عدة تطبيقات فى العلوم المختلفة.

ويعنى آخر أن المنطق الصورى يهدف إلى استخلاص مبادئ عامة  
للفكر، وهو فى ذلك يقصر اهتمامه على الشكل فقط أو الصورة الحية  
للفكر، وذلك بغض النظر عن المضمون<sup>٣</sup>.

(١) د. حسن عبد الحميد، د. محمد مهران، المرجع السابق، ص ١١٠.

(٢) د. حسن عبد الحميد، د. محمد مهران، المرجع السابق، ص ١١٠ وما بعدها.

(٣) د. عبد الهادى الفضلى، مذكرة فى المنطق، مؤسسة دار الكتاب الإسلامى،

دن، ١٤٠٩هـ، ص ١٧.

Bergel(J.L): Théorie générale du droit, paris, Dalloz, 1989,  
p.261 et ss,

Hebraud(p): Rapport introductive in la logique judiciaire,  
1967, p.41 et s.

وقد استتبع ذلك أنه لا وجود لمنطق خاص عن المنطق الصوري أو العام، إذ أن تباين المعرفة في المجالات المختلفة مزده إلى تباين المضامين، أما الشكل فيظل ثابتاً، لذا أمكن القول أن المنطق القانوني لا يعد نوعاً مستقلاً وخاصاً، إنما هو جزء من المنطق الصوري أو العام، ولكن مضمونه هو علم القانون<sup>١</sup>.

ومفاد ما سبق كله أن المنطق الصوري، وإن انصب اهتمامه على البحث في قواعد الاستدلال ووسائله، بحيث يساهم في الانتقال من ما هو معلوم للمجهول، أو بمعنى آخر من قضية إلى أخرى أو من نتيجة إلى أخرى، وذلك بغض النظر عن المضمون.

وترجع سيادة هذا المنطق الصوري أو الشكلى إلى عدة أمور تتمثل في<sup>٢</sup>:

- ١- أن الفكر الحديث يصب جل اهتمامه على الجانب الشكلى، وذلك بالمقارنة بالجانب الموضوعى، وهذا ما يظهر من خلال التفرقة بالمشروعية السائدة لدى الفراعنة والشرعية الشكلية حالياً.
- ٢- أن تطبيق القانون فى صورته الأولى كان فى الإطار الشكلى، وهذا ما يؤكد أن ظهور المنهج القانونى الشكلى أسبق من المنهج الموضوعى فى الظهور من الناحية التاريخية.
- ٣- أن النظم القانونية قديماً قد سادتها الشكلية المفرطة كالقانون الرومانى، وهذه الشكلية قد ظلت هى السائدة فى العديد من المجالات، وهذا ما استتبع القول أن المنطق الصورى هو الصورة الأولى للمنطق القانونى<sup>٣</sup>.

(١) د. محمود السقا، المرجع السابق، ص ١٢، د.حسن عبد الحميد، د.محمد مهران، المرجع السابق، ص ١١١.

Horovitz(J): Ulrich klug's legal logic acritical account in Etudes de logique juridique, voll, bruxelles, 1966, p.78et s.

(٢) د.فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٧٥ وما بعدها.

(3) Souleau(PH): La logique du Juge, In la logique judiciaire, p.55.

وقد وجهت عدة انتقادات لهذه الاتجاه، تمثلت في أن المنهج  
الصوري لا يلائم المجال القانوني، إذ أن الواقع العملي يشهد استخدام  
القضاة للمنهج الجدلي دون الشكلى فى سبيل الوصول إلى إصدار  
الأحكام، هذا بالإضافة إلى أن القضاة فى أحيان كثيرة يصدرُونَ أحكاماً  
تأسيساً على قواعد العدالة والإنصاف أى بما يراه ملائماً للوقائع وتحقيقاً  
للعدالة، وذلك حال عدم وجود نصوص.

كما أن المنهج الصورى أو الشكلى يتسم بالحيادية، إذ أنه يفض  
الطرف عن المضمون بما يشمله من قيم سواء أكانت أخلاقية أو قانونية أو  
سياسية، وهذا ما يخالف منطق القواعد القانونية التى تعد أداة فى يد  
الإنسان لتحقيق أهداف محددة فى المجتمع، كما أنها تحمى العديد من القيم  
كالعدالة والحرية والمساواة.

وأمام هذه الانتقادات قام الأستاذ "جورج كاليونفسكى" بإعادة  
إحياء المنطق الصورى، ولكن بإدخال العديد من التعديلات عليه، وهذا  
ما رتب ظهور ما عرف بالمنطق الأخلاقى العملى أو منطق القواعد  
القانونية، وقد وجد هذا الرأى أساسه فى أفكار أرسطو عن المنطق، وقد  
أسس على:

(1) Villey(M): Questions de logique juridique dans l'histoire  
droit, études de logique juridique travaux du centre  
national de recherche de logique, Bruxelles, 1967, p.20 et  
ss.

(٢) د. محمود السقا، المرجع السابق، ص ٢٤.

Bergel (L): op.cit, p.263.

(٣) د. حسن عبد الحميد، د. محمد مهران، المرجع السابق، ص ١١٢؛ د. فايز محمد  
حسين، المرجع السابق، ص ٧٩ وما بعدها.

Kalinawiski(G): Y-a T-il- une logique juridique ? In logique  
et analyses, 1956, p.55 et ss.

Hassan Abd el Hamid: La crise contemporaine des concepts  
juridiques, Le Caire, dar el nahda, 2001, p.285.

١- إن القانون يعد علماً ذات طبيعة معيارية، إذ أنه يبحث عن ما يجب أن يكون وليس ما هو كائن، وهذا ما يستبعد وجود منطق قانوني، إذ أن هذا الأمر يخضع للمنطق الشكلي أو الصوري.

٢- إن القانون يرتبط بالواقع، إذ أن القاعدة القانونية تعكس قيماً معينة للمجتمع أو الدولة، فالمنطق القانوني لا يقتصر على تطبيق القضاء له، فهو يتضمن الاستدلال من القواعد والوقائع معاً، أي أنه يهتم بالنظريات والتطبيقات.

٣- إن المنطق الأخلاقي العملي يرتبط بكل من المنطق الصوري والجدلي معاً، إذ أنه يهتم بالشكل والمضمون، وذلك بغية الوصول إلى النتائج السليمة من تحليل القواعد القانونية.  
**ثانياً: المنطق الجدلي:**

يستهل أنصار هذا الاتجاه نظريتهم بتعريف المنطق القانوني، إذ عرف لديهم بأنه "فرع من فروع المنطق التي تتيح للقاضي بتقييم حجج الخصوم ومجادلاتهم، بحيث يصل إلى حكم أو نتيجة".<sup>١</sup>

وقد عد المنطق القانوني وفقاً لذلك فرعاً مستقلاً من فروع المنطق، ينصب على تحويل القاضي تقييم مجادلات الخصوم وحججهم، وذلك من خلال أدوات وطرق للاستنباط والاستدلال.<sup>٢</sup>

إذ أنه من خلال تحليل مرافعات وحجج الخصوم ودفاعهم، يمكن استخلاص أدوات المنطق ووسائله، وهذا ما يدل على أن المنطق القانوني لا يمكن أن يخضع للمنطق الصوري، وخاصة في مسائل الاستدلال.<sup>٣</sup>

(1) Perelman(ch): Qu` est- ce que la logique juridique, A.P.D, 1967, p.305 et ss.

- Perelman(Ch): Raisonement Juridique et logique juridique, A.P.D, 1966, p.3.

(2) Recensens- Siches(L): La logique matérielle du raisonnement juridique, Bruxelles, 1971, p.130.

(٣) د.حسن عبد الحميد، د.محمد مهران، المرجع السابق، ص ١٠٨.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذا الاتجاه قد أسس على عدة أفكار تمثلت في<sup>١</sup>:

١- رفض كافة الأفكار التي تسعى إلى تطبيق المفاهيم والمبادئ المنطقية الصورية التي عدت مسبقاً للاستدلالات القانونية ومكوناتها، وهذا يعد انعكاساً لفكرة الربط بين التجربة والمنطق القانوني.

٢- إعلاء الأسلوب العملي القائم على التجربة في تحليل الاستدلالات القانونية، أو ما يعرف بالاستدلالات للقضائي.

٣- الإغناء من أهمية الدراسات السابقة، حيث إن المتخصصين تكون لديهم مرجعية عن فهم ووعي حال وجود دراسات سابقة لديهم نتيجة الممارسات المختلفة، وهذا ما يدفعهم لمزيد من التدقيق والتنظيم. ووفقاً لذلك فإن هذا الاتجاه يهتم بالبلاغة ودورها أمام القضاء، إذ أن لغة المتخصصين تتطور من خلال المزيد من الممارسات، وهي ما تعد من وسائل الإقناع<sup>٢</sup>.

وبالرغم من أسس هذا الاتجاه، وانتشاره في الأوساط العلمية، إلا أن هناك العديد من الانتقادات التي وجهت إليه، وقد تمثلت في<sup>٣</sup>:

١- إن هذا الاتجاه قد اهتم بمحور واحد من الناحية القانونية لإعمال المنطق، إذ أن الجانب القانوني للقاعدة القانونية يتضمن

---

(١) د.حسن عبد الحميد، د.محمد مهران، المرجع السابق، ص ١٠٥ وما بعدها؛ د.حسن عبد الحميد، السابقة القضائية، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ٤٨.

- Horowitz(J): Expose et critique d'une illustration du caractère prétend non formel de la logique juridique in A.P.D, p.182 et s.

- Hassan Abd el Hamed: op.cit p.181.

(2) Perlman(ch): Logique juridique, paris, 1980, p.26.

Stamatis(M.C): Argumenten en droit, paris, 1995, p.154.

(٣) د.حسن عبد الحميد، د.محمد مهران، المرجع السابق، ص ١٠٨ وما بعدها؛ د.فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٨٤ وما بعدها.

إعدادها وصياغتها، هذا بالإضافة إلى تفسيرها، وذلك كله قبل تطبيقها.

وهذا ما تناقض عنه هذا الاتجاه، حيث قصر الجانب القانوني لإعمال المنطق في تطبيق القاعدة القانونية، وغض الطرف عن التشريع والتفسير، وهما لا يقلان أهمية عن التطبيق.

٢- إن هذا الاتجاه اتسم بالتناقض، فبينما يرفض أى فكرة معدة مسبقاً أياً كانت، أقاموا اتجاههم على فكرة أعدت مسبقاً، إذ أن الفاحص لاتجاههم يتضح أن فكرتهم نجد أساسها فى أفكار أرسطو عن الجدل. وما سبق كله يمكن القول أن كلا الاتجاهين قد حددا جوهر المنطق من خلال وجهات نظر مختلفة، فالإتجاه الأول رأى أن المنطق ينصب فقط على الشكليات دون المضمون.

رأى الإتجاه الثانى أن المنطق القانونى يهتم بالتطبيق فقط دون سواء، ونرى أن هذا الأمر يعد قصوراً فى كلا الجانبين، إذ أن تحليل القواعد القانونية يستلزم كلا المجالين، المنطق الشكلى والمنطق الموضوعى. وهدياً على ذلك فإننا نؤيد ما ذهب إليه البعض، إن المنطق يتمتع بطبيعة خاصة، بحيث يعد منطقاً ضرورياً من جهة وفى ذات الوقت هو منطق موضوعى أو مادى، وذلك تأسيساً على خصوصية القواعد القانونية، حيث إن هناك عدة قواعد لا يمكن أن تخضع للمنطق الموضوعى كقواعد الإجراءات والمواعيد.

ومن جهة أخرى فإن الاستدلال القضائى الذى يقوم به القاضى، يتضمن الاعتماد على مقدمات وهذه المقدمات يمكن أن تكون قانونية ويمكن أن غير قانونية، كالقواعد السياسية أو القواعد الأخلاقية، وهذا ما يعكس خصوصية للمنطق القانونى.

(١) د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٨٦ وما بعدها.



هذا بالإضافة إلى أن القانون ليس بناءً شكلياً محضاً، بل أنه يطبق على وقائع ذات مضامين مختلفة، والقاضي في سبيل القيام بالعمل المتوط به من الفصل في المنازعات، فإنه يتعامل مع هذه الوقائع ذات المضامين المختلفة.

كما أن القاضي قد يقوم أحياناً بالبحث عن قواعد لسد ما يشوب التشريع من نقص لدى التطبيق، هذا بالإضافة إلى أنه يقوم بتوضيح أوجه الضعف والقوة في الحجج المختلفة ومغالطات الوقائع، وذلك في سبيل استدلال صائب للفصل في النزاع، وهذا كله ما لا يمكن احتواؤه في المنهج الشكلي فقط<sup>١</sup>.

وهذا ما سارت عليها محكمة النقض في أحكامها، إذ قضت بأن الوصية يجوز صدورها في حال الصحة كما يجوز في حال المرض. فإذا طعن في تصرف بأنه وصية، فالعبرة في تكييفه هي بما اتتواه المتصرف وقصد إليه. ولقاضي الموضوع، في سبيل استظهار هذا القصد، أن يعدل عن المدلول الظاهر لصيغة التصرف إلى ما يتضح له من الظروف والملايسات. فإذا كيفت محكمة الموضوع التصرف بأنه وصية، معتمدة على ما تدل عليه عباراته من أن المتصرف قد قصد به أن يختص بعض أولاده، دون غيرهم ورثته، بكل ما يترك عنه بعد وفاته من عقار ومنقول ليقسم بينهم قسمة تركة للذكر مثل حظ الأنثيين، وعلى عدم تسجيل ورقة التصرف، واحتفاظ المتصرف بها طول حياته، وحصول التصرف بغير عوض، ووجود ورقة بين أوراق المورث مكتوبة في نفس اليوم الذي أجرى فيه التصرف ومماثلة لورقته من جميع الوجوه عدا بيان الثمن، فإن هذا التكييف لا غبار عليه<sup>٢</sup>.

(1) Reconsens-Siches(L): op.cit, p.129 et ss.

(٢) [الطعن رقم ٥٦ - لسنة ١٢ ق - تاريخ الجلسة ١ / ٤ / ١٩٤٣ - مكتب فني ٤ ع - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ١٠٧] - لرفض الطعن.

كما قضت بأن " إذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى اعتبار التصرف وصية، فإن هذه الوصية تصح وتنفذ في ثلث التركة من غير إجازة الورثة، وذلك بالتطبيق لنص المادة ٣٧ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بعدم نفاذها كلية فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

ومفاد ذلك أن القاضى له مراجعة الشكل وإعمال المنطق الشكلى، هذا بالإضافة إلى سلطته فى البحث عن المضمون والنظر فيه، وهو المنطق الموضوعى.

### المطلب الثانى

#### دور المنطق

يقوم المنطق بدور هام سواء على مستوى تكوين القاعدة القانونية من الناحية التشريعية، كذلك على مستوى تطبيق القاعدة القانونية أى من الناحية القضائية.

ويمكن تفصيل ذلك فيما يلى:

الفرع الأول: الدور التشريعى.

الفرع الثانى: الدور القضائى.

#### الفرع الأول

##### الدور التشريعى

يمثل المنطق أداة أو وسيلة الفهم القانونى السليم، وقد ارتبط ارتباطاً وثيقاً بالقانون، إذ أن القانون عد انعكاساً لإرادة الإنسان، وهو فى ذلك يستلزم مقومات ليخرج فى الصورة المثلى، ومن أهم هذه المقومات المنطق.

(١) الطعن رقم ١٨١ - لسنة ٣٦ ق - تاريخ الجلسة ١٦ / ٦ / ١٩٧٠ -  
مكتب فنى ٢١ رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ١٠٦١ - أنقض الحكم  
والإحالة

فالقانون يجب أن يتصف بالقبول من الكافة، وهو فى سبيل الحصول على هذا القبول يجب أن يتصف بالمنطقية، وهنا يتجلى دور المنطق فى تكوين القاعدة القانونية سواء على المستوى اللغوى أو الهيكلى. حيث يساهم المنطق فى نشأة القانون، بدءاً من صياغة قواعده، مروراً بتطبيقه وتفسيره، وصولاً إلى استخلاص المبادئ العامة من قواعده.

وقد لجأ المشرع للمنطق فى إضفاء التماسك والتنظيم على القواعد القانونية، وذلك من خلال العمل على تماسك المفاهيم حال اتفاق كافة الجزئيات مع المبادئ الكلية، أو بمعنى آخر اتفاق ما هو جزئى من القواعد القانونية مع المقدمات الكبرى ألا وهى المبادئ العامة، وهذا ما يعكس فكرة اتسام القانون بالترابط والتماسك، ومفاد ذلك أن القانون هو نتاج المقدمات المنطقية، وهذا ما أمكنتنا معه القول أن التشريع الجيد هو انعكاس لمنطق سديد. وتجدر الإشارة هنا إلى أن كله هذا يصب فى مصلحة الفقه، إذ كلما ارتفع مقدار المنطق فى القانون، كلما سما وتفوق دور الفقه<sup>٢</sup>.

ومن جانب آخر فإن المنطق القانونى يساهم فى تكوين علم القانون، ويرجع ذلك إلى أن استخدام المنطق فى المجال القانونى يستتبع تحول النظريات القانونية إلى علم قانونى<sup>٣</sup>.

---

(١) د. محمود السقا، المرجع السابق، ص ١٠ د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٥٨.

Marty(G)&Raynoud(p): Droit civil, TI, Introduction générale al'étude du droit, 2ed, paris, Sirey, 1972, p.95.

(٢) د. محمود السقا، المرجع السابق، ص ٦ د. السيد العربى، المرجع السابق، ص ١٧.

Goldschmidt(w): La logique du droit, A.P.D, 1966, p.112 et ss (٣) د. حسن عيد الحميد، د. محمد مهران، المرجع السابق، ص ١١٢ د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٦٠ وما بعدها.

وقد عكست صياغة التشريعات الوطنية الدور الحيوى للمنطق، وقد ظهر ذلك فى العديد من التطبيقات، فنجد المشرع المدنى ينص فى مادته الأولى على أن " ١ - تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها.

٢ - فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه، حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة." ومفاد ذلك أن المشرع قد عالج فرض إلحاق عيب النقص فى التشريع، فقرر أنه حال عدم وجود نص يلجأ إلى العرف، وحال عدم وجوده نلجأ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، ومن ثم القانون الطبيعى وأحكام العدالة.

وغير خاف أن هذا النص يعكس فكرة المنطق القانونى، من استنباط واستدلال للأحكام من مصادر مختلفة، وذلك حال عدم وجود نص، بل أن الواقع العملى قد أظهر ذلك بوضوح، إذ قضت محكمة النقض بأن " المقرر وفقاً لحكم المادة الأولى من القانون المدنى أن النصوص التشريعية إنما تسرى على جميع المسائل التى تتناولها فى لفظها أو فى فحواها، وأن فحوى اللفظ لغة يشمل إشارته ومفهومه واقتضاه، والمراد بمفهوم النص هو دلالاته على شيء لم يذكر فى عبارته وإنما يفهم من روحه فإذا كان النص تدل عبارته على حكم فى واقعة اقتضت هذا الحكم ووجدت واقعة أخرى مساوية لها فى علة الحكم أو أولى منها بحيث يمكن تفهم هذه المساواة أو الأولوية بمجرد فهم اللغة من غير حاجة إلى اجتهاد أو رأى فإن مؤدى ذلك أن يفهم أن النص يتناول الواقعتين وأن حكمه يثبت لهما لتوافقهما فى العلة سواء كان مساوياً أو أولى ويسمى المفهوم من باب أولى أو مفهوم الموافقة"<sup>١</sup>.

(١) [الطعن رقم ٢٩٩٨ - لسنة ٦٥ ق - تاريخ الجلسة ١١ / ١٢ / ٢٠٠١]

[الطعن رقم ١١٣٩٥ - لسنة ٧٨ ق - تاريخ الجلسة ١٢ / ١ / ٢٠١٠ -

[رفض الطعن]

ومفاد ذلك الحكم أن القاضى يلجأ إلى البحث عن دلالة النص، وذلك بكافة الوسائل سواء بالمعنى المباشر أو غير المباشر، من خلال روح النص، أو بالقياس مع نصوص أخرى، وهذا ما يعد منطقاً للتفكير.

كما قضت بأن " ١ - صدور حكمين متناقضين في نزاع بذاته وبين الخصوم أنفسهم وإزاء خلو التشريع والعرف من حكم منظم لتلك الحالة فإنه إعمالاً للفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني تعين اللجوء لمبادئ الشريعة الإسلامية وموادها إذا سقط الأصل يصار إلى البدل ولا حجية مع تناقض، فإذا تناقض متساويان تساقطاً وتماحياً ووجب الرجوع للأصل باسترداد محكمة الموضوع لسلطتها في الفصل في النزاع على هدى من الأدلة المطروحة تحقيقاً للعدالة دون تقييد بأي من هذين الحكمين، وعلى ذلك فلا وجه للرأي الذي يعتد بالحكم الأسبق بمقولة أنه الأولى لأنه لم يخالف غيره ولا للحكم اللاحق لتضمنه نزول المحكوم له عن حقه في السابق بل الأولى هو إطراحهما والعودة للأصل بأن يتحرى القاضى وجه الحق في الدعوى على ضوء الأدلة المطروحة".

ومفاد ذلك أن القاضى خول اللجوء إلى قواعد العدالة للفصل في المنازعات، وهذه القواعد هى قواعد عامة مما يستتبع اللجوء إلى وسائل المنطق من استنباط واستدلال بغية استخلاص الأحكام.

وبالإضافة إلى نص القانون المدنى نجد أن المشرع يقرر فى القانون التجارى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فى مادته السابعة على أن " يكون عملاً تجارياً كل عمل يمكن قياسه على الأعمال المذكورة فى المواد السابقة لتشابه فى الصفات والغايات".

فمفاد ذلك أن المشرع قد خول اللجوء إلى القياس وذلك فى سبيل استخلاص الأحكام، فلتحديد طبيعة العمل سواء أكان مدينياً أم تجارياً

(١) [الطعن رقم ٢٢٠٤ - لسنة ٧٦ ق - تاريخ الجلسة ١٠ / ٩ / ٢٠٠٧]

لا بد من اللجوء إلى القياس<sup>١</sup>. إذ أنه بعد أن نص على الأعمال التجارية  
أحال للقياس في تحديد ما يستجد من أعمال.

## الفرع الثاني

### الدور القضائي

يمتد دور المنطق ليشمل تطبيق القاعدة القانونية، وهذا ما يعرف  
بالمنطق القضائي، فالارتباط وثيق بين القانون من جهة والمنطق القضائي  
من جهة أخرى، إذ عد المنطق القضائي أداة القاضى فى تطبيق القانون  
على المنازعات المختلفة<sup>٢</sup>.

فالسطة القضائية تتمحور مهمتها ليس فقط فى مجرد تطبيق  
القانون، إنما تمتد للتوفيق بين النظام القانونى والتشريعى من جهة،  
والأفكار المجتمعية السائدة عما هو عادل من جهة أخرى، وهذا ما يمثل  
وظيفة سياسية<sup>٣</sup>.

وهذه الوظيفة السياسية تدفع القاضى إلى ملاءمة النصوص مع  
التطورات الاجتماعية الاقتصادية، وذلك من خلال تفسير النصوص فى  
ضوء القواعد العامة، بواسطة اللجوء إلى مناهج وأساليب المنطق، ويرجع  
ذلك إلى أن القانون وتطبيقه يجب أن يؤسس على أساس قوى يحوز به  
رضاء الكافة ومن ثم تطبيقه<sup>٤</sup>.

أما من جهة الوظيفة القانونية للقاضى فإنه يقوم بالعديد من المهام  
بغية الوصول إلى إصدار حكم، وهذا ما يميز المنطق القانونى عن

- (١) د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٦١.
- (٢) د. أحمد محمد حشيش، أساس الوظيفة القضائية، القاهرة، دار النهضة  
العربية، ١٩٩٩، ص ٧ وما بعدها.
- (٣) د. أحمد فتحى سرور، النقض فى المواد الجنائية، القاهرة، طبعة نادى  
القضاة، ١٩٩٧، ص ٢٢٤، د. محمود السقا، المرجع السابق، ص ١٢.
- (٤) د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٦٣.

القضائي، إذ أن مهمة القاضي تعكس اتصاله بالواقع من جهة، وبالقانون من جهة أخرى.

فالقاضي يتعامل مع الواقعة المطروحة بدءاً من إثباتها مروراً بتكييفها بغية تحديد القاعدة القانونية واجبة التطبيق عليها، وصولاً لاستنباط الحل أو الحكم<sup>١</sup>.

فبداية يقوم القاضي بتقدير الوقائع المعروضة، وهو في ذلك يلتزم بعدم الخروج عن العقل والمنطق، وإلا عد خروجه ضرباً من ضروب التحكم والتعسف التي تناقض مبادئ الوظيفة القضائية<sup>٢</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن القاضي في تقديره الوقائع يقوم بتحليلها بغية معرفة عناصرها وأجزائها، ومن ثم تركيبها أو إعادة تأليفها من جديد، وذلك للتأكد من التحليل، وصولاً إلى استنباط الواقعة النهائية، وهذا كله ما يعكس النشاط الفكري أو الأسلوب المنطقي<sup>٣</sup>.

وهدياً على ذلك يقوم القاضي بتكييف الواقعة النهائية التي توصل إليها، وذلك في سبيل تحديد القاعدة القانونية واجبة التطبيق، وهي ما تعد المقدمة الأولى للاستدلال المنطقي.

ومما سبق كله يمكن القول أن الحكم القضائي يمثل التعبير العملي لمنطق قانوني محدد، فأى قضية تتضمن التعرف على القاعدة القانونية موضوع الدراسة، ومن ثم الواقعة المطروحة على القاضي بعد إلباسها التكييف القانوني، وأخيراً مدى تطبيق القاعدة القانونية على الواقعة المطروحة.

(١) د.أحمد فتحى سرور، الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية "الجزء الثالث"

النقض الجنائى وإعادة النظر، نادى القضاة، ١٩٨٠، ص ١٩١ وما بعدها.

(٢) د.فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٦٨.

(٣) د.أحمد فتحى سرور، المرجع السابق، ص ١٩٥ وما بعدها.

ومن هذه الأمور يتضح أن القضية تدور حول المسألة القانونية وتطبيقها من حيث إيجاد رابطة السببية بين القاعدة القانونية المطبقة على الواقع والنتيجة المترتبة عليها، وهذا ما يمثل صورة حية للتفكير المنطقي. فالمنطق يقتضى وجود "المقدمة الكبرى" و"المقدمة الصغرى"، بالإضافة للنتيجة، ولتوضيح ذلك نذكر مثلاً على ذلك، نص قانون العقوبات فى مادته ٣١١ على أن "كل من اختلس مالا منقولاً للغير يعتبر سارقاً".

وتطبيقاً للفكر المنطقي يمكن تحليل هذا النص فيما يلى :  
أولاً : المقدمة الكبرى : وهى متمثلة فى أن كل من اختلس مالا منقولاً عد سارقاً :

ثانياً : المقدمة الصغرى : إسناد الاختلاس إلى المتهم.

ثالثاً : النتيجة : وهى السرقة والعقوبة المقررة بها.

فالقاضى حتى يكسب حكمه الإقناع يجب أن يحيطه بسياج من المنطق السديد، فالقاضى فى تطبيق الفكر المنطقي فى القضية يجب أن يتبع التالى :

أولاً : تحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق "المقدمة الكبرى".

ثانياً : تحديد الواقعة محل التداعى وتكييفها القانونى "المقدمة الصغرى".

ثالثاً : استنباط مدى انطباق القاعدة الواجبة التطبيق على الواقعة التى ثبتت لديه، ومن ثم التوصل إلى صياغة الحكم سواء بالإدانة أو البراءة، أو بإثبات الحق أو نزعه من صاحبه.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن القاضى فى ذلك يلجأ إلى العديد من الأدوات المنطقية، كالأستدلال سواء الجدلى أو الاستقرائى، كما يلجأ إلى الاستنباط<sup>٢</sup>.

(١) د. محمود السقا، دراسة فى علم المنطق القانونى، المرجع السابق، ص ٢١.

(٢) انظر ما يلى.



ويساهم المنطق القضائي فى اتصاف الأحكام بعدم التناقض، إذ أن الأحكام تكون عرضة للطعن حال تناقضها أى قيامها على أسس متعارضة، وهذا الأمر يعالجه المنطق، إذ أنه يرتب سلامة الفكر والاستنتاج<sup>١</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن وظيفة المنطق تتجلى بوضوح فى المجال الجنائى عن المدنى، ويرجع ذلك إلى تباين موقف المشرع فى مسائل الإثبات أمامهما، فبينما يخول للقاضى الجنائى حرية فى تكوين عقيدته، يقيد القاضى المدنى بطرق ووسائل محددة، وقد يعود ذلك لارتباط التشريعات الجنائية فى الغالب الأعم بمصلحة الدولة العليا<sup>٢</sup>.

وقد عكس ذلك المشرع المصرى بنص فى قانون الإجراءات الجنائية المادة ٣٠٢ على أن "يحكم القاضى فى الدعوى حسب العقيدة التى تكونت لديه بكامل حريته ومع ذلك لا يجوز له أن يبني حكمه على أى دليل لم يطرح أمامه فى الجلسة. وكل قول يثبت أنه صدر من أحد المتهمين أو الشهود تحت وطأة الإكراه أو التهديد به يهدر ولا يعول عليه".

ومفاد ذلك أن القاضى يتمتع بالحرية فى تقديره للأدلة، كما له تكوين عقيدته من خلال الأدلة فى مجملها، وهو فى ذلك يستخدم المنطق بغية إقامة دلائل متماسكة مترابطة تؤدى إلى حكم منطقى.

وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض فى العديد من أحكامها، إذ قضت بأنه "لما كان من المقرر وفق المادة ٣٠٢ من قانون الإجراءات الجنائية أن القاضى الجنائى يحكم فى الدعوى حسب العقيدة التى تكونت لديه بكامل حرية مما يطرح أمامه فى الجلسة دون إلزام عليه بطريق معين فى

(١) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام فى قانون المرافعات، الإسكندرية، منشأة المعارف، ط ٥، ١٩٨٥، ص ٢٨٣. د. محمد سعيد عبد الرحمن، الحكم القضائى، القاهرة، دار النهضة العربية، دت، ص ٢٥٥.

(٢) د. محمود السقا، المرجع السابق، ص ٣١٥.

الإثبات إلا إذا استوجه القانون أو حظر عليه طريقاً معيناً في الإثبات. وإذا كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتمد في إثبات تزوير السند موضوع جريمة الاستعمال إلى ما انتهى إليه تقرير قسم أبحاث التزييف والتزوير المرفق بأوراق الدعوى المدنية المضمومة - من أن الكاتب للتوقيع المنسوب صدوره إلى المدعية بالحقوق المدنية شخص آخر غيرها، فإن ادعاء الطاعن بأن الحكم المطعون فيه أحال في ذلك إلى الحكم الصادر في الدعوى المدنية يكون غير صحيح<sup>١</sup>.

## المبحث الثاني

### أساس المنطق القانوني

تتجلى أهمية المنطق القانوني من خلال اعتماد المدارس الفقهية الكبرى عليه، وهذا ما يتضح من خلال دراسة القانون الروماني الذي يعد أساس المدرسة اللاتينية، هذا بالإضافة إلى تأثيره في العديد من القوانين الحديثة، كما يتضح من خلال دراسة المنهج الأصولي في الشريعة الإسلامية.

ويمكن توضيح ذلك فيما يلي:

المطلب الأول: المنطق لدى الرومان.

المطلب الثاني: المنطق في الفقه الإسلامي.

### المطلب الأول

#### المنطق لدى الرومان

يضرِب المنطق بجذوره في المجتمعات القديمة سواء الشرقية أو الغربية، فقد وجدت العديد من الوقائع والقضايا التي تبين اعتماد الفراعنة على التفكير المنطقي في استنباط الأحكام<sup>٢</sup>.

(١) الطعن رقم ٨٣٠ - لسنة ٤٧ ق - تاريخ الجلسة ٢٦ / ١٢ / ١٩٧٧ -

مكتب فني ٢٨ رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٢١٠٨٥ - لرفض الطعن.

(٢) د. محمد علي الصافوري، مقدمات في المنطق القانوني، دن، دت، ص ١٨

وما بعدها.

كما أن القانون الروماني قد عرف التفكير المنطقي، بل يمكن القول إن تطوره قد حدث تحت ظل التفكير المنطقي نوعاً ما، إلا أن الملاحظ أن الرومان لم يهتموا بوضع المبادئ العامة بل عمدوا إلى الحلول الجزئية أو الفردية، وذلك اعتماداً على تأثيرهم بالفلسفة الإغريقية التي اهتمت بالبحث عن المبادئ العامة.

ولما للقانون الروماني من أثر جليل فإنه من الأهمية تناول المنطق في ظل أحكامه، إلا أن هذا الأمر لم يلقِ بشماره إلا من خلال إلقاء الضوء على دور الفلسفة الإغريقية في ذلك، ويمكن تفصيل ذلك فيما يلي:

### الفرع الأول: المنطق اليوناني.

### الفرع الثاني: المنطق الروماني.

### الفرع الأول

### المنطق اليوناني

اشتهر الإغريق باهتمامهم بالفلسفة دون غيرها من المجالات، مما رتب تمييزهم بإعمال العقل وتحكيمه في كافة الموضوعات، وقد دفعهم ذلك للتساؤل عن كافة المراتب والنظر إلى العالم من خلال العقل.<sup>١</sup> وقد ساهمت هذه الظروف من اهتمام الإغريق بالفلسفة وإعمالهم للعقل في الاهتمام بالاستدلال العقلي في كافة الأمور، حيث كانوا يعتمدون على استنتاج مسلمات أولية للوصول إلى الكليات بواسطة الاستدلال، وهذا ما وجد مجاله الخصب في الخطابة بصفة خاصة وكافة العلوم بصفة عامة. وتحقيقاً لذلك يمكن القول إن بدايات المنطق تجد جذورها في الحضارة الإغريقية، وذلك بوصفه ضرباً من ضروب إعمال العقل، وارتباطه لديهم بفن الخطابة باعتباره نظرية بلاغية.<sup>٢</sup>

- (١) أرنست باركر، النظرية السياسية عند اليونان، ترجمة لويس اسكندر، القاهرة، مؤسسة سجل العرب، ١٩٦٦، ص ١١.
- (٢) أحلام مجلى الشبلى، جذور المنطق عند فلاسفة اليونان قبل أرسطو، بحث على النت، ص ٦٣، حسن بشير صالح، علاقة المنطق باللغة عند فلاسفة المسلمين، مصر، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣، ص ٣٤.

ويرجع ارتباط المنطق بالخطابة إلى اتصال الأخيرة بالجدل، وذلك في كون كليهما يلجأ في المعرفة إلى كافة الوسائل وليس إلى علم بعينه، وبما تجدر الإشارة إليه أن الأفراد قد اشتهروا بالخطابة، سواء كان ذلك بالفطرة أو بالممارسة من خلال مكتسبات الحياة<sup>١</sup>.

وبما لا شك فيه أن المنطق قد وجد مجالاً للتطبيق في كافة مناحي الحياة الإغريقية والنظريات العلمية، فنجد أن المدرسة الفيثاغورية تؤسس على تفكير منطقي وذلك بغية التفسير الرياضي، وهو ما اتصف باليقينية والانضباط، هذا بجانب نبوعه من العقل<sup>٢</sup>.

كما وجد المنطق مجالاً خصباً للتطبيق في المجال القضائي، ويرجع ذلك إلى رغبة كل فرد في تطبيق القانون وفقاً لمصالحه، وهم في ذلك يلجئون إلى تضليل القاضى بواسطة اللجوء إلى التشكيك في الوقائع، وهذا ما دفع القضاة إلى استبعاد كل ما ليس له علاقة بالقضية، وذلك بغية الوصول إلى الحكم العادل، وهذا ما اتبعته هيئة كبار العلماء "Areopage"<sup>٣</sup>.

ومفاد ذلك أن القضاة يتوصلون إلى الفصل في النزاع من خلال استخلاص الوقائع وثبوتها، وهذا ما يعكس تأسيس الأحكام على الأدلة والبراهين التي تواجه أدلة وبراهين الخصوم، وهذا ما يستتبع اللجوء إلى الاستدلال.

وبما هو جدير بالذكر أن كلا من الخطيب والقاضى يلجآن إلى وسائل الاستقراء والقياس بغية بناء حجتهما في الوصول إلى مبتغاهما،

- (١) أرسططاليس، كتاب الخطابة، ترجمة د. إبراهيم سلامة، الأجلو المصرية، الطبعة الثانية، د.ت، ص ٧٥.
- (٢) د. محمد على الصافورى، مقدمات في المنطق القانونى، د.ن، د.ت، ص ٤٧ وما بعدها؛ أحمد فؤاد الأهوانى، المدرسة الفلسفية، الدار المصرية للتأليف والترجمة، ١٩٦٥، ص ١٤ وما بعدها.
- (٣) أرسططاليس، المرجع السابق، ص ٧٦.

سواء أكان الدفاع عن حجة أو الحكم في نزاع، وهما في ذلك يقومان بتحليل والوقائع وتركيبها، وهذا ما يماثل دور القاضي حديثاً في سبيل تكوين عقيدته.

وهدياً على ذلك نجد العديد من الخطباء الذين اشتهروا في ساحات القضاء، وهم من بلوروا فكرة المنطق من خلال خطب القضايا العامة والخاصة، وذلك من خلال تضمينها العديد من صور الاستدلال والقياس، فما هو أحد الجناة يستعرض بطولاته وخدماته العامة البارزة، وذلك في سبيل إثبات أو إبعاد فكرة الارتشاء لخيانة البلاد<sup>١</sup>.

وقد بزغ نجم المنطق خلال الأزمة العقلية لدى الإغريق، وذلك على أثر ظهور السفسطائيين، إذ عملوا على تعليم الأفراد الحكمة وعلى الأخص الحكمة الإنكارية، تأسيساً على أن الوصول إلى الحقيقة العلمية يعد أمراً مستحيلًا، إذ أن العلم ما هو إلا ظاهرة لا حقيقة من ورائها<sup>٢</sup>.

وتطبيقاً لذلك فقد انصب اهتمامهم على إقناع الأفراد بأفكارهم الداعية إلى إنكار العدل المطلق وأفكار الكهنة بأى وسيلة، وذلك بواسطة تفسير كل شيء دون الخضوع لأى مبادئ، وهذا ما استتبع لجوءهم إلى الخطابة وذلك لارتباطها بالإقناع والجدل<sup>٣</sup>.

ويبرر موقف السفسطائيين تقديمهم المنفعة على الحقيقة، إذ أن الأفراد يسعون إلى المنفعة بكافة الوسائل وهذا ما استتبع أن أصبح

- (١) أرسططاليس، المرجع السابق، ص ٧٦ وما بعدها.
- (٢) ج.ق. ريسون، خطباء اليونان، ترجمة أمين سلامة، مراجعة محمد صقر خفاجة، دن، د.ت، ص ١٠٢ وما بعدها.
- (٣) أرسططاليس، المرجع السابق، ص ١٧.
- (٤) دعزت قرني، الفلسفة اليونانية حتى أفلاطون، الكويت، ١٩٩٣، ص ٨٧؛ د.محمد على الصافوري، المرجع السابق، ص ٥٦؛ د.حسن عبد الحميد، محاضرات في المدخل لدراسة فلسفة القانون لطلبة الدراسات العليا، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٥ - ٢٠١٦، دار النهضة العربية، ص ٥٤.

الإنسان هو المقياس الوحيد للأشياء، وعدت الحقيقة هي المنفعة المدركة<sup>١</sup>.

وهدياً على ذلك فقد ساد لديهم مبدأ الشك، حيث إن لديهم أنه من غير الممكن التوصل إلى الحقيقة الثابتة والدائمة. وما سبق كله أن الفكر السفسطائي قد هاجم الأفكار القانونية السائدة، إذ نظروا إلى القانون من خلال أنه اختراع إنساني شكلي وتحكمي، وهو ما يخالف مفاهيم الطبيعة الكونية السائدة لدى الإغريق<sup>٢</sup>.

وقد ترتب على انتشار الفكر السفسطائي إفساد عقول الإغريق وزعزعة عقائدهم، وهذا ما دفع سقراط إلى التصدي إلى أفكارهم، وذلك في إطار نظريته عن المعرفة<sup>٣</sup>.

وقد استهل سقراط تفكيره المنطقي من خلال بناء نظرية تؤسس على التصور، إذ أن كافة الموضوعات لا يمكن إدراكها إلا من خلال ردها إلى تصور عام يحكمها<sup>٤</sup>.

كما أنه في سبيل مجابهة حجج السفسطائيين، فقد لجأ إلى أسلوبهم في الجدل والبحث عن منظور لغوي وذلك بغية إقناع الأفراد، وقد أطلق على منهجه "فن التوليد" أي توليد المعاني<sup>٥</sup>.

---

(١) د. طه عوض غازي، دروس في فلسفة القانون "القانون الطبيعي بين المتنادين به والمنكرين له، القاهرة، دار النهضة العربية، د.ت، ص ٣٠

(2) E.Brehier: Histoire de la philosophie, Vol I, Antiquité et moyen âge, paris, P.U.F, 1981, p.74 et s.

(٣) د.محمد على الصافوزي، المرجع السابق، ص ٥٨، أحلام مجلى، المرجع السابق، ص ٦٧.

(٤) أحلام مجلى، المرجع السابق، ص ٦٧.

(٥) د. حسن صالح، المرجع السابق، ص ٤٢.

ومفاد ذلك أن فلسفة سقراط قد أسست على وضع مفاهيم بحيث تتألف مجموعة من الأفكار التي تحمل ذات الصفات، وذلك في مقابل تجنب الأفكار المختلفة<sup>١</sup>.

وهدياً على ذلك سعى سقراط إلى البحث عن جوهر الأشياء، وذلك من خلال إعمال العقل في الاستقراء والتحليل، وهذا كله بغية الوصول إلى مبادئ ومفاهيم كلية<sup>٢</sup>.

فوفقاً لذلك ذهب سقراط إلى أن الماهيات موجودة في الموجودات، ويمكن الاهتداء إليها من خلال استعمال العقل، وقد تضمن هذا الأمر لديه الاهتداء إلى الاستقراء، حيث يختص الاستقراء بتكوين المفاهيم<sup>٣</sup>.

وقد تلقف أفلاطون أفكار أستاذه سقراط، وشرع في بناء نظريته الفلسفية من خلال كتاباته، وقد اتسم منطقَه بالجدل، حيث رأى أنه الارتقاء بالعقل من الأشياء المحسوسة إلى المعقولات من خلال الانتقال من معانٍ بواسطة معانٍ<sup>٤</sup>.

ومما هو جدير بالذكر أنه بالرغم من تضمن المنطق العديد من الأفكار الفلسفية بل والعامّة أيضاً من خلال الخطابة، إلا أن المنطق كعلم لم يعرف إلا على يد أرسطو.

إذ أن أرسطو قد ألقى الضوء على المنطق وضرورته، وذلك من خلال الربط بين المبادئ والنتائج بواسطة الاستدلال أو الاستنباط، فقد

(١) تحقيقاً لذلك وضع سقراط تعريفاً للعديد من المسائل كتعريفه للفضيلة بأنها فرع من فروع المعرفة تهتم بالخير العام، كما عرف القانون بأنه القواعد التي تحكم الأفراد فيما بينهم وتؤسس على العدل الذي يختص به العقل. د: محمد على الصافوري، المرجع السابق، ص ٥٩.

(٢) د. طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ٣٤.

(٣) أحلام مجلي، المرجع السابق، ص ٦٨ وما بعدها.

(٤) ديوسف كرم، تاريخ الفلسفة اليونانية، لجنة التأليف والترجمة، ١٩٣٦، ص

رأى أن الإنسان حالما يتوصل إلى مبادئ أو مقدمات، فإنه يستنتج النتيجة، وهذا ما يعرف بالقياس<sup>١</sup>.

وقد ذهب أرسطو إلى أن الخطابة هي أكثر المجالات التي يمكن أن تتضمن المنطق، إذ تعنى لديه "القدرة على النظر في كل ما يرسل إلى الإقناع في أى مجال من المجالات"<sup>٢</sup>.

وتنحصر مهمة الخطابة في الاهتمام بمسائل تستلزم المناقشة، وتتصف بعدم وجود قواعد علمية أو فنية لحلها، بحيث يمكن التوصل إلى نتيجة من خلال الاستنتاج والاستدلال.

وقد بينى هذا الاستدلال على مقدمات تم التوصل إليها من خلال الإثبات عليها بواسطة القياس، أو بينى على مقدمات ثابتة من غير قياس، وذلك لشيوعها<sup>٣</sup>.

وهدياً على ما سبق فإن أرسطو قد قسم الخطابة إلى ثلاثة أنواع، أولها الاستشارية وثانيها الاستدلالية، وآخرها القضائية، وهذه الأخيرة تعكس دور المنطق القضائي، فكلها تتضمن نفس التكوين، إلا أن القضائية تختص بالاتهام والدفاع<sup>٤</sup>.

وقد اهتم أرسطو في ذلك بإلقاء الضوء على دواعي الجريمة أو دوافعها، هذا بالإضافة إلى الاستعدادات الذاتية للجاني، ومن ثم الظروف المحيطة بالجريمة، وذلك بغية تحديد القانون ومن ثم المسؤولية<sup>٥</sup>.

(١) د. محمد يحيى فرج، الخطاب اليوناني في الفكر الفلسفي القديم، دن، د.ت، ص ٢٩٣؛ بول موى، المنطق وفلسفة العلوم، ترجمة د. فؤاد حسن زكريا، دار النهضة العربية، ص ٣٤٩.

(٢) أرسططاليس، المرجع السابق، ص ٨٤.

(٣) أرسططاليس، المرجع السابق، ص ٨٨.

(٤) أرسططاليس، المرجع السابق، ص ٩٥.

(٥) أرسططاليس، المرجع السابق، ص ١٥٥.



وتجدر الإشارة هنا إلى أنه يلجأ إلى الاستدلال والاستنتاج بغية ربط كافة هذه العناصر بالوقائع المعروضة. ويذهب الفقهاء إلى أن الاستدلال هو أساس المنطق، حيث يقوم على القوانين الكامنة في طبيعة الأشياء، أو ما يعرف بقوانين الفكر الأساسية، وهذا ما أمكن القول معه أنه للاستدلال السليم يجب التفكير بطريقة عقلية متسقة<sup>١</sup>.

## الفرع الثاني

### المنطق الروماني

كان للفلسفة الإغريقية الأثر البالغ في القانون الروماني، فقد اتسم الرومان بكونهم عماليين إذ اهتموا بالعمل، وذلك في مقابل عدم الاكتراث بالنظر أو التفكير، وهذا ما تميز به الإغريق مما دفع الرومان للتأثر بهم، حيث جمعوا بين التفكير المجرد الإغريقي والتطبيق لديهم<sup>٢</sup>.

وقد تمثلت قنوات التأثير في عاملين: أولهما انتقال بعض المفكرين الإغريق للعيش في روما، وذلك نظراً لإعجابهم بها مما رتب تفرغهم للكتابة عنها، وثانيهما انتقال بعض الرومان إلى بلاد الإغريق وإطلاعهم على الفلسفة واقتناعهم بها، وهذا ما استتبع تعلمها ومن ثم العمل بها لدى العودة إلى روما<sup>٣</sup>.

وقد جسّد العامل الثاني الفقيه والمفكر "شيشرون"، إذ قام بدراسة كافة الأفكار الفلسفية الإغريقية، ومن ثم العمل بها في خضم مسؤولياته

---

(١) د. محمد مهران، مدخل إلى المنطق الصوري، دار الثقافة للطباعة والنشر،

١٩٧٥، ص ٤٣؛ د. محمد يحيى فرج، المرجع السابق، ص ٢٩٤.

(٢) د. محمد علي الصافوري، المرجع السابق، ص ١٠٦.

M.Villey: Deux conceptions du droit naturel dans l'antiquité, R.H.D, 1953, p.475 et s.

R.Monier, G.Cardascia et J.Imbert : Histoire des institutions et des fait sociaux, paris, 1956, p.213 et s.

(٣) د. محمد علي الصافوري، المرجع السابق، ص ١٨٦.

وواجباته، وسأهم في انتشار كافة الأفكار الإغريقية، وإن اتسم بأسلوب سهل ويسير بحيث تستقر في أذهان المخاطبين<sup>١</sup>.

وقد انعكس تأثير "شيشرون" على فكرة المنطق القانوني في التطبيق لدى الرومان، حيث ساهم عمله كمحام في تطبيق الأفكار الفلسفية المجردة عنه، وذلك بواسطة استخدام العديد من الأفكار التي من أهمها العدالة<sup>٢</sup>.

وقد تجلّى تأثير الرومان بالمنطق اليوناني في العديد من المسائل، كالتقسيمات والتعريفات، بجانب اللجوء إلى القياس والاستدلال بنوعيه الشكلي والقانوني<sup>٣</sup>.

وقد شهد القانون الروماني تطوراً ملحوظاً على أثر هذه الأفكار والوسائل، إذ اتسم القانون الروماني بالشكلية المفرطة، حيث لم يكن التصرف القانوني ينتج أثره إلا إذا أفرغ في قالب الشكلي المحدد<sup>٤</sup>.

---

(1) Gaudemet: Histoire des institutions de l'antiquité, paris, 1967, p.191.

(٢) د.محمد على الصافوري، المرجع السابق، ص ١٨٧؛ د.السيد عبد الحميد فودة، تطور القانون، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣، ص ٢٤٥ وهامشها.

G.Gulei: Les Rapport de l'équité avec le droit et la justice dans l'œuvre de Cicéron, R.H.D,1968, p.640.

(٣) د.فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٩٠ وما بعدها.

(٤) د.صوفى أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، القاهرة، دن، ١٩٦٠، ص ١٧٥ وما بعدها، د.السيد عبد الحميد فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقهاء الإسلاميين، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٩٦، ص ١١١ وما بعدها.

Billier(J): Mayioli(A): Histoire de la philosophie du droit, paris, A.colin,2001,p.57.

وقد ترتب على هذه الشكلية عدة أمور تمثلت في سيادة التفسير الشكلى والحرفى للقواعد، إذ اعتنق الفقهاء التفسير الضيق دون النظر فى روح القانون أو النصوص وأهداف المشرع<sup>١</sup>.

وقد وجدت عدة تطبيقات لهذا التفسير الحرفى، فقد تضمن قانون الألواح الإثنى عشر نصاً يخول لابن الأسرة السيادة لنفسه حال بيعه من قبل رب الأسرة ثلاث مرات، وأمام ذكر النص الابن فقد سلبت السيادة من رب الأسرة على البنات حال بيعهم مرة واحدة<sup>٢</sup>.

كما ذكر تطبيق آخر فى قانون "أتيليا"، حيث عالج القانون حالة عدم وجود أوصياء للنساء والقصر، فقد أسند اختصاص تعيين الأوصياء إلى الدستور المدنى، إلا أنه لم يعالج فرض وجود أوصياء ولكنهم غير قادرين على مباشرة أعمالهم لأى سبب ما، وبالرغم من اتحاد العلة والحكمة فى الحالتين إلا أن الفقهاء وتمسكاً منهم بالتفسير الحرفى للنصوص لم يطبقوا النص إلا فى فرض عدم وجود أوصياء<sup>٣</sup>.

كما ترتب على الشكلية أن المنهج الرومانى قد انصب اهتمامه على الفروع دون الأصول، أو بمعنى آخر فإن الفقهاء لم يهتموا بالتعريفات أو التقسيمات<sup>٤</sup>.

إلا أن هذا الأمر لم يدم تحت تأثير التفكير المنطقى فقد تطور الفكر الرومانى، فمن جهة أولى من حيث التقسيمات والتعريفات، ذهب

(١) د.السيد عبد الحميد فودة، الفقه الرومانى بين التجديد والتقليد، الإسكندرية، دار الفكر الجامعى، ٢٠٠٧، ص ١٢٨.

(2) Monier(R): Manuel élémentaire de droit romain, TI, paris, 1948, p.355.

- Cuq(E): Manuel des institutions juridique de droit romain, paris, 1920, p.152.

(3) Bonfante: Histoire du droit romain, TI, paris, 1928, p.423.

- Monier: op, cit, p.415.

(٤) د.فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٩٢ وما بعدها.

"شيشرون" إلى أن القانون يتسم بالصعوبة والتفرق، وبغية التسهيل والوضوح ينبغي تعريف القانون، ومن ثم تقسيمه إلى أجزاء وفقاً لأسلوب منطقي، وهذا ما يستتبع تصنيف الموضوعات بحسب الجنس والنوع<sup>١</sup>.

وترتب على ذلك تغيير في المنهج القانوني الروماني، إذ لجأ الفقهاء إلى الاهتمام بالتنظيم والتقسيم للأفكار، وذلك بغية عرضها في صورة منطقية تتسم بالسهولة<sup>٢</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا المنهج قد وجد تطبيقاً له لدى "جاوس" و"جستنيان"، فنجد أن هذا الأخير قد اتبع أسلوباً يتسم بالوضوح والبساطة، وذلك من خلال تقسيم موضوعات القانون والتمييز بينها.

وهدياً على ذلك فقد ميز بين الأشخاص والأشياء والدعاوى، أما الأشخاص فقد عدوا أصحاب الحقوق الذين يحول لهم ممارستها، أما الأشياء فهي محل الحقوق سواء المادية أو غير المادية، أما الدعاوى فهي الوسيلة المخولة من قبل القانون لحماية الحقوق والمطالبة بها<sup>٣</sup>.

كما ترتب على اتباع المنهج المنطقي في القانون الروماني هجر التفسير الشكلي أو الحرفي للقواعد، إذ ظهر التفسير الغائي الذي يقضى بعدم التمسك بحرفية النصوص، وذلك مراعاة للعدالة من جهة وتحقيق المصلحة العامة والتطبيق المنطقي للنصوص من جهة أخرى<sup>٤</sup>. وهذا ما

(١) د. محمد علي الصافوري، المرجع السابق، ص ١٨٩.

(٢) د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٩٤.

(٣) د. علي بدوي، مذكرات وجيزة في القانون الروماني، القاهرة، مطبعة الأمانة، ١٩٢٩، ص ١٢. د. محمد علي الصافوري، المرجع السابق، ص ١٩١.

(٤) د. أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون دراسة في فلسفة القانون، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠١، ص ١٧١؛ د. السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص ٢٥١ وما بعدها.

ترجمه "شيشرون" بقوله "المغالاة في التمسك بحرفية النصوص مغالاة في الظلم".<sup>١</sup>

وقد أثر ذلك في المنهج الروماني من خلال تطلب التفسير الغائي معرفة المقصد الحقيقي للتشريع، وهذا ما استتبع السعى نحو التقريب بين النصوص بغية تحقيق غايتها، بجانب اتفاقها مع قصد المشرع الذي كان يستنبط قصده ليس من الشكل وإنما من البحث عن الهدف والحكمة من التشريع أو من روح النص.<sup>٢</sup>

وهذا ما أبرزه "شيشرون" في عرضه نزاعاً على تفسير وصية وهي ما عرفت باسم قضية "كوربوس"، إذ انصب النزاع على كتابة وصية لولد لم يولد بعد ووارث احتياطي، وهو من وضع يده على الأموال لعدم وجود الولد، إلا أن أحد الورثة نازع في التركة.

وقد تضمنت هذه القضية حجتين: إحداهما تتمسك بالتفسير الحرفي للنصوص، ومبناه أن الوصى لم يرغب في امتلاك الوارث الاحتياطي الأموال إلا بعد ولادة الولد، والأخرى تتمسك بالتفسير الغائي الذي بحث عن قصد الوصى واتجاهه إلى امتلاك الوارث الاحتياطي

---

(١) د. محمود السقا، شيشرون خطيباً وفيلسوفاً وفقهياً، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة السابعة عشرة، العدد الثاني، يوليو ١٩٧٥، ص ٧٣٤.

- Paoli(U.E): Droit attique et droit romain dans les rhéteurs latins, R.H.D, 1953, p.175.

- Vonglis(B): La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique, paris,1968, p.121.

(٢) د. محمود السقا، أثر الفلسفة في الفقه والقانون الروماني في العصر العلمي، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، الجزء الثالث، السنة الثالثة والأربعون، العدد الأول، مارس ١٩٧٣، ص ١٦٢ وما بعدها، د. السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص ٢٥٣.

- Vonglis: op.cit, p.122.

الأموال حال عدم وجود ولد، وهذا التفسير الأخير هو ما كتب له الغلبة في النهاية<sup>١</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الفقه لم يكتف بتقريب النصوص للتفسير بل لجئوا إلى استخلاص المبادئ العامة من الحلول الفردية، بحيث يمكن تطبيقها على النزاعات بصورة منطقية، وهذا ما ساهم في تطوير القانون<sup>٢</sup>.

وإن كان ذلك لا يعارض عدم اهتمامهم بوضع النظريات العامة للتصرفات القانونية، وذلك لاهتمامهم بالجانب العملي فقط للقانون<sup>٣</sup>.

هذا بالإضافة إلى التجاء الفقهاء في سبيل البحث عن قصد المشرع إلى القياس، إذ سعوا إلى تطبيق النص القانوني حالما تتوافر حكيمته وعلته، وقد عد ذلك أداة مثلى لإكمال النقص التشريعي، إذ أنه من المستقر عليه عدم قدرة النصوص التشريعية على تنظيم كافة المعاملات، وهذا ما دعا البعض إلى القول أن النصوص وضعت لتنظيم الحالة المعروضة والحالات المماثلة لها<sup>٤</sup>.

ومما لا شك فيه أن هذا الأمر قد أظهر التأثير بالأفكار الفلسفية الإغريقية وخاصة أفكار أرسطو، إذ ذهب هذا الأخير إلى أن المشرع يجب عليه أن يدرك كافة الحالات الممكنة في التشريع، وذلك بغية تقييد

(١) انظر في تفصيل هذا النزاع د. محمود السقا، المنطق، المرجع السابق، ص ٨٩ وما بعدها.

(٢) د. صوفى أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٥، ص ١٣١. Cuq: op cit, p.41.

(٣) د. السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص ٢٥٤. Cuq: op.cit, p.49.

(٤) د. محمود السقا، أثر الفلسفة في الفقه والقانون، المرجع السابق، العددان الأول والثاني، ص ١٨ وما بعدها،

- Vonglis: op.cit, p.106 et ss. Schulz: History of roman legal science, oxford, 1953, p.69 et ss.

سلطات القاضى فى التفسير، إلا أن هذا الأمر يتسم بالصعوبة بل الاستحالة، وذلك لما للحاجات غير المتناهية للإنسان لمواكبة تطور الحياة. وأمام هذا الأمر خول للفقهاء اللجوء إلى أعمال القياس والوسائل المنطقية من استنباط وتفسير، وذلك لإكمال النقص التشريعى، وهذا ما أقره الفقه الرومانى<sup>١</sup>.

وقد وجد صدى لهذا الأمر فى التطبيقات القضائية، إذ استشهد "شيشرون" فى إحدى القضايا بوقائع أخرى ماثلة، وذلك لعدم وجود نص تشريعى حيال الواقعة المعروضة، وهذا ما مثل قياساً منطقياً.

إذ أن الحالة المعروضة لم يكن هناك نص تشريعى يعالجها، فى حين أن هناك واقعة أخرى ماثلة للحالة المعروضة يعالجها نص، مما دفع "شيشرون" للمطالبة بالقياس فيما بين الحالة المعروضة والماثلة المعالجة بموجب النص التشريعى، وذلك بغية تلافى عيب النقص التشريعى<sup>٢</sup>.

ويرجع ذلك إلى تأثر فقهاء الرومان بالفلسفة الإغريقية بصدد اتباع المنهج الجدلى، الذى اكتمل بتشديد التقسيمات القانونية على أسس منطقية، وهذا ما استتبع اتباع مسلك محدد فى استخلاص القواعد وتبويبها وعرضها<sup>٣</sup>.

وقد تجلّى أثر المنطق القانونى لدى الرومان فى ظهور كل من القانون البريتورى وقانون الشعوب، فمن جهة القانون البريتورى فقد مثل

(١) د.محمود السقا، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص ١٥٨ وما بعدها؛ د.السيد

عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص ٢٥٦ الهامش.  
Vonglis:op.cit,p.102 et ss.

(٢) د.محمود السقا، المنطق، المرجع السابق، ص ٩١.

(٣) د.السيد عبد الحميد فودة، الفقه الرومانى، المرجع السابق، ص ٢٢٨ وما بعدها.

Monier(R): Manuel elementaire du droit romain, paris, 1948, p.40. Monier, Cardascia, et Imbert: op cit ,p.224. Villey(M): Logique d'Aristote et droit romain, R.H.D, 1951, p.312

مجموعة القواعد التي أوجدها البريتور لتجنب عوار التشريعات من نقص أو جمود<sup>١</sup>.

إذ خول للبريتور بموجب سلطته القضائية والولاية أن يتخذ من التدابير ما يحقق سير العدالة، وقد انعكس ذلك على المنهج القانوني من خلال التحرر من الشكلية واستحداث صيغ دعاوى جديدة، كما توسع في التفسير وذلك بغية الوصول إلى قصد المشرع والمتعاقدين في العقود، إذ عدت المقاصد والمعاني هي الأساس وليست الألفاظ<sup>٢</sup>.

أما من جهة قانون الشعوب فقد مثل مجموعة القواعد التي استخلصها بريتور الأجانب لتطبيقها عليهم، إذ لم يكن للأجانب حق التمتع بحماية أحكام القانون الروماني.

وبالرغم من تقبل هذا الأمر في ظل مجتمع مغلق، إلا أنه ومع تطور المجتمع واعتماده على الاقتصاد الحر، الأمر الذي استتبع معه التعامل مع الأجانب، لجأ الرومان إلى استحداث وظيفة بريتور الأجانب لإضفاء الحماية على تعاملاتهم<sup>٣</sup>.

ونظراً لعدم وجود قواعد منصوص عليها تطبق على الأجانب، فقد لجأ البريتور إلى استحداث قواعد قانونية، وذلك بالاهتداء بالمبادئ العامة السائدة في مختلف الأمم<sup>٤</sup>.

(١) د. طه عوض غازي، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية "نشأة القانون وتطوره"، دار النهضة العربية، د. ت، ص ١٧٧ وما بعدها.

(٢) د. أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون، المرجع السابق، ص ١٦٩؛ د. السيد عبد الحميد فودة، تطور القانون، المرجع السابق، ص ٢٥٢.

(٣) د. محمود السقا، العلاقات الدولية الرومانية خلال عصر الإمبراطورية العليا في نطاق فلسفة المدينة العالمية، مجلة مصر المعاصرة، أكتوبر ١٩٧٤ السنة ٦٥ العدد ٣٥٨٠، ص ٦٩١ وما بعدها.

(٤) د. طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ١٨٢؛ د. السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص ٢٤٩ وما بعدها.



ومفاد ما سبق كله أن المنطق اليوناني قد وجد أثره فى القانون الرومانى، وذلك من خلال بناء هيكل قانونى يتسم بالانتظام والانضباط، يعتمد على الاستدلالات الفقهية<sup>١</sup>.

وقد ساهم فى ذلك اتسام الفقهاء الرومان بكونهم فقهاء شارحين، ولم يكونوا فقهاء مهتمين بالتفكير المجرد، وهذا ما رتب عظمتهم فى صياغة القواعد القانونية لمواكبة تطورات المجتمع.

هذا بالإضافة إلى قدرتهم على تطوير القواعد القانونية بما يتلاءم مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، وقد أدى هذا إلى اعتبار القانون الرومانى من أعظم القوانين القديمة، بما تضمنه من أسلوب يتسم بالتنظيم وتصنيف الموضوعات وترتيب الحجج، بحيث عد منهجاً عاماً للبحث النظرى والقانونى<sup>٢</sup>.

### المطلب الثانى

#### المنطق فى الفقه الإسلامى

يسود الأنظمة القانونية على مستوى كافة الدول ثلاث مدارس فقهية، أولها المدرسة اللاتينية، وثانيها المدرسة الأنجلوسكسونية، وثالثها الشريعة الإسلامية.

وقد تميزت أحكام الشريعة الإسلامية عن نظائرها بالكمال والبساطة والوضوح، ويرجع ذلك لكونها شريعة سماوية، إلا أن أحكام الشريعة الإسلامية لم تضع التفصيلات، وإنما عاجلت المسائل فى قواعدها العامة، كما أن الوحي قد توقف بوفاة الرسول صلى الله عليه وسلم ووقائع الحياة غير متناهية، وهذا ما استتبع اللجوء إلى وسائل للتطبيق على ما يجد من مسائل.

(١) د.حسن عبد الحميد، د.محمد مهران، المرجع السابق، ص ١٢٧.

(٢) د.مصطفى صقر، فلسفة العدالة عند الإغريق وأثرها على فقهاء الرومان

وفلاسفة الإسلام، المنصورة، مكتبة الجلاء، ١٩٨٩، ص ٩٦٠.

وبناءً على ذلك نتناول المنطق القانوني في ظل الفقه الإسلامي،  
فيما يلي:

**الفرع الأول: أصول الفقه والمنطق القانوني.**

**الفرع الثاني: التطبيقات الفقهية للمنطق.**

**الفرع الأول**

**أصول الفقه والمنطق القانوني**

يتمثل المنطق القانوني في الفقه الإسلامي في علم أصول الفقه، ويرجع ذلك إلى تشابه كليهما في الغاية، وهذا ما دعا البعض إلى إطلاق مصطلح المنطق الفقهي الإسلامي على المنطق القانوني في الفكر الإسلامي، وهو ما يعكسه علم أصول الفقه<sup>١</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن ارتباط علم أصول الفقه بالمنطق القانوني يعود إلى طبيعة علم أصول الفقه، إذ تتضمن العديد من التعاريف وطرق الفقه وكيفية الاستدلال، وقد دعا ذلك البعض إلى القول أن الأصول بالنسبة للفقه تعد بالمنطق بالنسبة للفلسفة<sup>٢</sup>.

وبناءً على ذلك يمكن تعريف أصول الفقه بأنه "مجموعة القواعد اللغوية والتشريعية التي من خلالها يمكن التوصل إلى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية".

ومفاد ذلك أن استنباط الأحكام الشرعية يستلزم أمرين، أولهما العلم باللغة وأساليبها، والدلالة على عباراتها وألفاظها، وثانيهما الإلمام بمقاصد الشارع من التشريع والمبادئ الحاكمة له<sup>٣</sup>.

(١) د.فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٩٧.

(٢) د.على سامي النشار، مناهج البحث عند مفكرى الإسلام، القاهرة، دار المعارف، الطبعة الثانية، ١٩٦٧، ص ٦٤ وما بعدها.

(٣) الشيخ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه وتاريخ التشريع الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٩٤٢، ص ٥.

أما من جهة اللغة فإنه من المستقر أن الفقيه أو المجتهد يلجأ أولاً إلى المعنى المباشر أو الذى تدل عليه الكلمات مباشرة، وذلك قبل اللجوء إلى المعنى الخفى أو ما يعرف بالتأويل.

وهدياً على ذلك نجد أن هناك العديد من تقسيمات الألفاظ، فهناك تقسيم بحسب وضع اللفظ، كما أن هناك تقسيماً للفظ باعتبار استعماله، هذا بجانب تقسيم اللفظ من حيث الظهور والخفاء.<sup>١</sup> أما من حيث مقاصد الشارع فقد عالج الفقهاء ذلك من خلال التطرق إلى طرق استنباط الأحكام من النصوص، ومبادئ التشريع الإسلامى العامة.<sup>٢</sup>

ومما سبق كله يمكن القول أن هدف أصول الفقه يمثل فى تقديم العون للمجتهد لاستنباط الأحكام هذا من جهة، ومن جهة أخرى الإمام بطرق استنباط الأحكام لغير المجتهدين، وذلك بغية تخرجها وصولا للترجيح فيما بينها.<sup>٣</sup>

وتجدر الإشارة إلى أن علم أصول الفقه باعتباره منطلقاً قانونياً يضرب فى جذور الفقه الإسلامى، فنجد محاولات للشافعى والغزالى وابن حزم للربط بين المنطق والفقه، وذلك من خلال اتباع مناهج تحليلية مؤسسة على الاستدلال لاستنباط الأحكام.<sup>٤</sup>

وقد تأثر فقهاء الأشاعرة بالفكر المنطقى، وهذا ما انعكس على مذهبهم من خلال وضع عدة طرق لفظية فى استنباط الأحكام، بحيث

- (١) د. سعيد أبو الفتوح، أصول الفقه "الحكم الشرعى وطرق استنباطه من الأدلة"، الجزء الثانى، القاهرة، دار نصر، ٢٠١٥، ص ١٣٢، وما بعدها.
- (٢) د. الشيخ عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص ٧.
- (٣) د. محمد سلام مذكور، أصول الفقه الإسلامى، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٦، ص ٩.
- (٤) د. محمود محمد على، العلاقة بين المنطق والفقه عند مفكرى الإسلام "قراءة فى الفكر الأشعرى"، عين للدراسات، ٢٠٠٠، ص ١٣٣، وما بعدها.

يتم التعرف على معانى النصوص ودلالاتها بالمنطق ، هذا بالإضافة إلى البحث عن مقصد الشارع من التشريع<sup>١</sup> .

ومما هو جدير بالذكر أن المعتزلة قد لجئوا إلى التأويل ، وذلك بغية استنباط الأحكام المتوافقة مع التفكير العقلى ، بل يمكن القول أن المعتزلة سعوا إلى الإكثار من الاستنباط ، إذ رأوا أن العقل يأتى فى مقدمة الأدلة الشرعية<sup>٢</sup> .

كما رفضوا فكرة التقليد وذلك تأسيساً على أن قبول التقليد يتضمن موافقة الغير على آرائه دون حجة أو بينة ، هذا الأمر يشبه القلادة فى العنق وهذا ما لا يمكن التسليم به فى مجال العلم ، إذ أن المقلد لا يسلم من خطأ الأصيل<sup>٣</sup> .

وتجدر الملاحظة أن علم أصول الفقه قد عرف نوعين من المنطق ، أولهما الفقهى الشكلى ، وهو ما يتضمن العمل أو الأخذ بالمعنى المباشر أو الدلالة المباشرة للألفاظ ، وثانيهما المنطق الفقهى الموضوعى ، ويتضمن البحث عن مقاصد الشارع والعلل من الأحكام والمبادئ العامة للتشريع<sup>٤</sup> . وهذا ما يشابه الوضع فى القانون الرومانى .

ومما سبق كله يمكن القول أن علم أصول الفقه يمثل أهمية تشابه علم المنطق القانونى ، وهذه الأهمية تتمثل فى<sup>٥</sup> :

- (١) د. محمود محمد على ، المرجع السابق ، ص ٨٦ .
- (٢) د. حسن عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص ٨٧ .
- (٣) د. طه عوض ، دروس فى فلسفة القانون ، المرجع السابق ، ص ١٥٦ وما بعدها .
- (٤) الشيخ عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص ٥٠ . د. حسن عبد الحميد ، د. محمد مهران ، المرجع السابق ، ص ١٣٧ ، د. فايز محمد حسين ، المرجع السابق ، ص ١٠٧ وما بعدها .
- (٥) د. فايز محمد ، حسين ، المرجع السابق ، ص ١٠٤ وما بعدها .

١- الإمام وفهم علوم التفسير والحديث، إذ أن الفقيه الجيد هو الذى يستطيع استنباط الأحكام الشرعية من النصوص والأدلة، وهذا ما لم يتحقق إلا بالإمام بعلوم التفسير والحديث<sup>١</sup>.

٢- القدرة على الإمام وفهم التشريع وأحكامه ومراحل تطوره، والكشف عن الأحكام الثابتة والأحكام المتغيرة، بحيث يمكن إيجاد الحلول للوقائع المستجدة، وهذا الدور ما يعكسه القاضى فى الوصول إلى الأحكام<sup>٢</sup>.

٣- يكسب علم أصول الفقه الأحكام الشرعية صفة اليقين، وهذا ما يساعد على التأكد من الأحكام<sup>٣</sup>، ويمكن القول أن علم المنطق الإسلامى هو ما يلجأ إليه المجتهد والقاضى لاستنباط الأحكام الشرعية بغية الفصل فيما يعرض عليه من وقائع.

وقد لجأ فقهاء الشريعة الإسلامية لعدة وسائل منطقية، وذلك بغية استنباط الأحكام الشرعية، وقد تجلّت هذه الوسائل فى القياس والاستدلال بالاستحسان والمصلحة المرسلة.

أما من جهة القياس فيقصد به "الحاق واقعة لم يرد بشأنها نص أو حكم بواقعة أخرى ثبتت بحكم أو نص، وذلك لاشتراكهما فى علة الحكم التى تدرك بالإمام باللغة<sup>٤</sup>."

- (١) د. شعبان محمد إسماعيل، أصول الفقه وتطوره والحاجة إليه، القاهرة، دار الأنصار، د.ت، ص ٣١ وما بعدها.
- (٢) د. محمد كمال إمام، أصول الأحكام الشرعية الفقه الإسلامى، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥، ص ٣٤.
- (٣) د. محمود محمد على، المرجع السابق، ص ٣٨، د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ١٠٥.
- (٤) د. محمد مصطفى شلبى، أصول الفقه الإسلامى "المقدمة التعريفية بالأصول وأدلة الأحكام وقواعد الاستنباط، الإسكندرية، الدار الجامعية، الطبعة الرابعة، ١٩٨٣، ص ٢٠٣.

ومفاد ذلك أنه حال عرض واقعة ليس لها حكمٌ صريحٌ فى الكتاب أو السنة، فإنه يتم البحث عن واقعة مناظرة لها مشتركة معها فى العلة والحكم وثبت لها حكماً، وذلك بغية الوصول إلى حكم الواقعة الجديدة<sup>١</sup>.

ومما سبق يمكن القول أن القياس يعد نوعاً من التفكير المنطقى، وذلك بغية الوصول إلى حكم للواقعة المعروضة، وقد وجدت العديد من التطبيقات له، من ذلك قول الله تعالى "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ"<sup>٢</sup>.

فمفاد ذلك أن الله سبحانه وتعالى ينهى المؤمنين عن إجراء البيوع وقت النداء إلى الصلاة، ويسرى هذا الحكم قياساً على أى تصرف آخر، وذلك لاشتراكهما فى علة النهى أن هذه الأعمال تشغل عن الصلاة<sup>٣</sup>.

أما من جهة الاستحسان فقد قصد به "العدول عن حكم مسألة عن نظائرها، وذلك للدليل شرعى خاص"، أو هو "عدول المجتهد عن حكم مسألة بمقتضى قياس جلى إلى قياس آخر خفى"<sup>٤</sup>.

ومفاد ذلك أن الاستحسان هو ترجيح دليل على آخر، حيث يكون هناك دليلان، أولهما ظاهر وثانيهما خفى، ويرجح الدليل الخفى بغية تحقيق مصالح الأفراد، أو بمعنى آخر هو وسيلة لتجنب الحرج الذى قد يرتبه تطبيق القواعد العامة<sup>٥</sup>.

(١) د. محمد مصطفى شلبى، المرجع السابق، ص ٢٠٣، د. طه عوض غازى،

المرجع السابق، ص ٢٢٤.

(٢) سورة الجمعة، الآية ٩

(٣) د. محمد مصطفى شلبى، المرجع السابق، ص ٢٠٥.

(٤) د. محمد مصطفى شلبى، المرجع السابق، ص ١٧٦، د. محمد كمال إمام،

نظرية الفقه فى الإسلام "مدخل منهجى، بيروت، ١٩٩٨، ص ٧٢، د. محمد

سلام مذكور، الفقه الإسلامى، القاهرة، ص ٦٤.

(٥) د. طه عوض غازى، المرجع السابق، ص ٢٢٤.

وتجدر الإشارة إلى أن الاستحسان قد أقر في القرآن وفي سنة الرسول صلى الله عليه وسلم ومن بعده الصحابة، أما من جهة القرآن فإن الله سبحانه وتعالى قد حرم بعض المحرمات، إلا أنه استثنى حالات بعد ذلك تأسيساً على قوله "إلا ما اضطررتم إليه"، كما يظهر أيضاً في أن الله سبحانه وتعالى قد قرر عدة واجبات، إلا أنه استثنى أشخاصاً منها، من ذلك قوله تعالى "فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ".

أما من جهة الرسول صلى الله عليه وسلم فقد كان يحرم شجر الحرم وحشائشه، إلا أنه تحت حاجة الناس إلى شجر الأذخر وعدم قدرة الأفراد عن الاستغناء عنه فقد استثناه.

أما الصحابة فقد أقروا الاستحسان وذلك في العديد من الوقائع، منها الحكم بميراث المرأة المطلقة في مرض موت زوجها، إذ أن الأصل هو انتهاء العلاقة الزوجية ومن ثم زوال السبب الموجب للميراث، إلا أن المصلحة هي إقرار الميراث لها.

ومما هو جدير بالذكر أن الاستحسان بموجبه تم إقرار بعض العقود، كعقد السلم وهو بيعٌ آجلٍ بثمن عاجل، كما تم إقرار عقد الاستصناع وهو اتفاق أحد الأشخاص مع صانع، وذلك بغية صنع شيء في مقابل دفع المقابل مقدماً. وهذان التصرفان يعدان تعاقدًا على محل غير موجود، وهو غير جائز وفقاً للقواعد العامة، إلا أنه استحساناً للمصلحة تم إقرارهما.

هذا بالإضافة إلى إقرار عقد الإيجار، إذ أن الإيجار يرد على منفعة الشيء المؤجر، وهو محل غير مؤكد وجوده في المستقبل، إلا أنه استحساناً تم إقراره.

(١) د.محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٢٧٨.

(٢) د.محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٢٧٨.

(٣) د.محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ١٥١ وهامشها.

(٤) د.طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ١٥١ الهامش.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن التفكير المنطقي قد انعكس في كل من القياس والاستحسان، فإعمال العقل في القياس يتضمن إظهار حكم واقعة منصوص عليها في واقعة أخرى مستجدة لا حكم لها، أما الاستحسان فيتضمن ترك حكم واجب التطبيق في واقعة تأسيساً على ضرورة أو مصلحة، إذ أن الحكم يترك لمصلحة بحيث يغلب حكم آخر خفي لمقتضى.

أما من جهة المصالح المرسلة فيقصد بها تلك المصالح التي لم تشر النصوص إلى اعتبارها أو إلغائها، أو بمعنى آخر تلك الوقائع التي لم يرد بها نص أو إجماع، هذا بالإضافة لعدم وجود نظير لها للقياس عليه.<sup>١</sup> وقد أقر الاستدلال بناءً على المصلحة المرسلة تأسيساً على أن الشريعة بغت تحقيق الصالح للعباد، وذلك في ظل تباين مصالح الأفراد زمانياً ومكانياً.<sup>٢</sup>

وتحقيقاً لذلك أقر الفقهاء العديد من الاستدلالات القائمة على المصلحة، وذلك شريطة أن تكون محققة وعامة، هذا بجانب كونها معقولة وملائمة، مثال ذلك جواز نفى أهل الفساد، وجواز شهادة الصبيان، وذلك بالإضافة إلى جواز قتل الجماعة بالواحد.

- (١) د. بدران أبو العنين، أصول الفقه، القاهرة، دار المعارف، الطبعة الأولى، ١٩٦٩، ص ٣١.
- (٢) د. محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٣٠٠، د. طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ٢٢٤.
- (٣) د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ١١٢.
- (٤) د. زكي الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٩٦٤، ص ١٦٥ وما بعدها؛ د. محمد كمال إمام، أصول الأحكام الشرعية الفقه الإسلامي، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥، ص ١٩٧ وما بعدها؛ د. عبد المجيد مطلوب، أصول الفقه الإسلامي، ١٩٨٩، ص ١١٢ وما بعدها.



وتجدر الإشارة هنا إلى أن الفقهاء لم يكتفوا بالاستدلال من نصوص القرآن والسنة، بل ذهبوا إلى الاستدلال من المبادئ الفقهية العامة، إذ عدت هذه المبادئ مثلها مثل المبادئ العامة للقانون، بحيث يمكن الارتكان إليها لاستنباط الأحكام<sup>١</sup>.

ويرجع ذلك إلى أن هذه القواعد تعد أدوات المجتهد في استنباط الأحكام، حيث تضم العديد من القواعد التي تمتاز بتباين أصولها ومصادرها، كما أن هذه القواعد قد عكست فروع العلوم المختلفة<sup>٢</sup>.  
ومما سبق كله يمكن القول أن الاعتماد على القواعد الفقهية العامة، إنما يعكس البناء المنطقي والاستدلالات الفقهية في الفقه الإسلامي<sup>٣</sup>.

### الفرع الثاني

#### التطبيقات الفقهية للمنطق

يرتبط علم أصول الفقه بعلم المقاصد في الشريعة الإسلامية، ويرجع ذلك إلى أن المقاصد الشرعية تعد بناءً مترابطاً، وتتصف بتغلغل البناء الأصولي بين ثناياه، وهذا ما يستتبع عدم فصلهما عن بعضهما البعض.

ويمكن القول بناءً على ذلك أن الحكم الشرعي يعد بغية الفقيه من جهة، إلا أن وسيلة استنباط الحكم هي بغية الأصولي من جهة أخرى، فالحكم له مراد ومقصد، ويتمثل المقصد في تحقيق غاية الحكم<sup>٤</sup>.

- (١) د.فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ١١٢.
- (٢) د.فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ١١٨، د.محمد البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، الطبعة الخامسة، ٢٠٠٢، ص ٣٩ وما بعدها.
- (٣) د.فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ١١٨.
- (٤) د.محمد سعيد محمد فرماوي، القواعد الحاكمة لمسالك المقاصد الشرعية "دراسة تحليلية في النص القرآني"، رسالة دكتوراه، حقوق الإسكندرية، ٢٠١١، ص ٢٩٤.

ومفاد ذلك أن أصول الفقه تشتبك مع علم المقاصد، وذلك من حيث إن الأصول تعد وسيلة تحقيق المقاصد، وهذا ما يعكس حقيقة علاقة المقاصد بالأصول بكونها علاقة الفرع بأصله.<sup>١</sup>

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المقاصد عدت فيما سبق جزءاً من غلم الأصول، وهذا ما يبرز كون الأصول والمقاصد أمراً واحداً، إذ أن كليهما يبغيان الوصول إلى معرفة الأحكام الشرعية وتطبيقها بما يحقق مقاصد الشريعة.<sup>٢</sup>

ويقصد بالمقاصد في اللغة العديد من المعاني منها<sup>٣</sup>:

- ١- التوجه والنهوض إلى الشيء، ومن ذلك قول الناس "قصّدت فلاناً"، أى توجهت إليه.
- ٢- العدل والاستقامة، ومن ذلك قول الله تعالى "وَعَلَى اللَّهِ قَصْدُ السَّبِيلِ".<sup>٤</sup>
- ٣- الكسر، ومن ذلك قول "تقصّدت الرماح: تكسّرت وصارت قصداً قصداً".<sup>٥</sup>

أما اصطلاحاً فتعنى الغايات التى تقصد من وراء الأفعال، أما مقاصد الشريعة فتعنى المصالح التى قصدها الشارع بتشريع الأحكام، وتمثل هذه المصالح فى حفظ الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال<sup>٦</sup>.

- (١) د. محمد سعيد، المرجع السابق، ص ٢٩٤، د. نجوان رمضان، المقاصد الشرعية وفقه المستجدات "دراسة تأصيلية تطبيقية"، رسالة دكتوراه، حقوق الإسكندرية، ٢٠١١، ص ٥٤.
- (٢) د. نجوان رمضان، المرجع السابق، ص ٥٤.
- (٣) انظر للإمام العلامة ابن منظور، لسان العرب، بيروت دار صادر، الطبعة الثالثة ١٩٩٤، الجزء الثالث، ص ٣٥٣، الفيروز أبادى، القاموس المحيط، طبعة جديدة موثقة ومصححة، ضبط وتوثيق يوسف الشيخ محمد البقاعى، دار الفكر، ١٩٩٥، ص ٢٨١.
- (٤) سورة النحل، الآية ٩
- (٥) د. نجوان رمضان، المقاصد الشرعية، المرجع السابق، ص ١٩.
- (٦) نقلاً عن بحثنا مدخل تاريخى وفلسفى لحقوق الإنسان، القاهرة، دار النهضة النهضة العربية، ٢٠١٢، ص ٩٩.

ويمكن القول أن المقاصد الشرعية باعتبار ما تضمنه من أحكام الله سبحانه وتعالى تعد قواعد أصولية استدلالية، بحيث تساهم في استنباط الأحكام الشرعية وتطبيقها<sup>١</sup>.

وقد وجدت العديد من القواعد الكلية الأصولية الفقهية والتي عكست العديد من المبادئ الفقهية والقانونية، وهذا يرجع إلى أنها تعد ثمار جهد المذاهب الفقهية في تجميع شتات الأحكام الفقهية وتطبيقها على الوقائع المختلفة<sup>٢</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه القواعد عدت مرآة لجهود وفكر الفقهاء في استنباط الأحكام من النصوص الشرعية، وقد وجدت لهذه القواعد صدى وأثر في القوانين الوضعية، لما تميزت به من صياغة اتسمت بالوجازة والجزالة<sup>٣</sup>.

وتعد قاعدة الأمور بمقاصدها من أهم القواعد الفقهية التي استقرت ضمن القواعد الفقهية، كما أنها آثرت في العديد من المجالات، إذ أن كافة الأعمال تؤسس على أعمال القلوب، وهذا ما يرجح صلاحها أو فسادها<sup>٤</sup>.

ويقصد بهذه القاعدة أن الأحكام التي تترتب على الأمور العامة يكون تأسيسها على مقتضى ما هو مقصود من هذا الأمر، وقد وجدت هذه القاعدة أساسها في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم "إنما الأعمال بالنيات"<sup>٥</sup>.

- (١) د. محمد سعيد، المرجع السابق، ص ٢٩٤.
- (٢) د. أشرف أحمد فهمي، قاعدة الأمور بمقاصدها وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون المدني "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠١٠، ص ١ وما بعدها.
- (٣) د. أشرف أحمد فهمي، المرجع السابق، ص ٢.
- (٤) د. أشرف أحمد فهمي، المرجع السابق، ص ٤.
- (٥) د. أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دمشق، دار القلم، الطبعة الثانية، ١٩٨٩ - ١٤٠٩ هـ، ص ٤٧.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن نطاق القاعدة أوسع من نطاق الحديث الشريف، إذ أن لفظ "الأمر" أوسع نطاقاً من "الأعمال"، ويرجع ذلك إلى أن لفظ "الأمر" يتضمن الأفعال والأقوال والاعتقادات، وذلك بخلاف الأعمال إذ تتضمن الأفعال فقط هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فإن لفظ "المقاصد" أوسع وأعم من لفظ "النيات"، حيث إن المقاصد تتضمن العزم والتوجه المقترن بالفعل والمتقدم عليه، وذلك عكس النيات التي تنحصر في التوجه المقترن بالفعل فقط<sup>١</sup>. ولجد أن هذه القاعدة قد وجد لها العديد من التطبيقات الفقهية والقانونية التي تعكس المنطق في الشريعة، هذا بالإضافة إلى دورها في وسائل وأدوات استنباط الأحكام الفقهية.

فمن جهة استنباط الأحكام الفقهية فقد عد الاستدلال والاستقراء مصدرًا للقواعد الفقهية، ويقصد بالاستقراء تتبع الجزئيات للوصول إلى أحكام عامة تشمل الكافة<sup>٢</sup>، أما الاستدلال فيقصد به إقامة الدليل دون نص أو إجماع، ودون قياس شرعي، ومن أمثلة ذلك المصالح المرسلة<sup>٣</sup>.

وبما لا شك فيه أن المقاصد تقوم بواجب ضبط وتحديد ضوابط الاستنتاج بصفة عامة، بحيث يحدد مدى اعتباره من عدمه<sup>٤</sup>.

- (١) د. أشرف أحمد، المرجع السابق، ص ٤٣.
- (٢) أبو عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي الشافعي، البحر المحيط، الكويت وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الطبعة الثانية، ١٤١٣-١٩٩٢، ج ٤ ص ١٠، على بن محمد بن علي المعروف بالشريف الجرجاني، التعريفات، القاهرة، المطبعة الخيرية، ١٣٠٦هـ، ص ١٨.
- (٣) محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحى الحنبلى المعروف بابن النجار، شرح الكوكب المنير المسمى مختصر التحرير أو المختبر المتكرر شرح المختصر فى أصول الفقه، تحقيق د. محمد الزحيلي، ودينزيه حماد، مكتبة العبيكان، ١٩٩٧-١٤١٨هـ، ج ٤ ص ٣٩٧.
- (٤) د. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، القاهرة، دار الحديث، الطبعة السابعة، ٢٠٠٣-١٤٢٣هـ، ص ٨٨ و١٠١.

أما من جهة التطبيقات الفقهية فنجد العديد من القواعد الفقهية تطبيقاً لقاعدة الأمور بمقاصدها، من ذلك قاعدة "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه".

وقد وجدت هذه القاعدة أساسها في قاعدة أخرى مفادها "أن من استعجل شيئاً آخره الشرع يجازى برده، هذا بالإضافة إلى أن استعجال الشخص شيئاً لم يتقرر ثبوته لمصلحته عوقب بالحرمان منه".

وقصد بها أن لجوء الشخص إلى وسائل غير مشروعة بغية الوصول إلى منفعة مشروعة يرتب حرمانه منها، كما أن لجوءه إلى وسائل مشروعة للتحايل وصولاً إلى أمر غير مشروع يرتب ذات الأمر.

وتطبيقاً لذلك يحرم الشخص الذي قام بقتل مورثه قتلًا يوجب معه القصاص أو الكفارة من الميراث، إذ أنه استعجل الميراث بقتل مورثه فيحرم منه، كذلك يحرم الموصى له من المال الموصى به حال قتله الوصي، وهنا يظهر نتائج استنتاج الحكم من قاعدة أصولية.

كذلك نجد أن القاعدة التي تقضى بأن "دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه"، وهي أحد تطبيقات أو نتائج استنباط الحكم من قاعدة الأمور بمقاصدها.

(١) د.علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمى الحسينى، الرياض، دار علم الكتب، طبعة خاصة، ٢٠٠٣-١٤٢٣هـ، المجلد الأول، ص ٩٩

(٢) د.علي حيدر، المرجع السابق، ص ٩٩، م. عليوة مصطفى فتحى الباب، الوسيط فى سنن وصياغة وتفسير التشريعات "الكتاب الثانى صياغة وتفسير التشريعات"، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، ٢٠١٢، ص ٦٩١.

(٣) د.أشرف أحمد، المرجع السابق، ص ١٠٨.

(٤) د.علي حيدر المرجع السابق، ص ٩٩.

(٥) مجلة الأحكام العدلية، الطبعة الخامسة، ١٩٦٨، ص ١٦.

وقد عنت أنه إذ كان الشيء لا يظهر للعيان فإن سببه الظاهر يدل على وجوده، إذ أن الأمور الباطنة لا يمكن التوصل إليها إلا من خلال المظاهر الخارجية<sup>١</sup>.

وتطبيقاً لذلك في المجال القانوني نجد أن العقود تنعقد حال توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، وهو ما يعنى وجود إيجاب وقبول<sup>٢</sup>، ويقصد بالإيجاب "تعبير عن إرادة التعاقد يصدر من أحد الأشخاص مبدئياً رغبته في إبرام عقد ما بشروط أساسية حددها، وهذا الإيجاب حال مصادفته قبولاً ينعقد العقد<sup>٣</sup>.

وقد اشترط الفقه الإسلامى اتحاد المجلس بعدم وقوع ما يفيد عدم التعاقد أو الإعراض عنه، إذ حال وقوع إعراض قبل القبول بطل الإيجاب، وتطبيقاً لذلك لا ينعقد العقد حال وجود إيجاب من شخص لآخر، ويقوم هذا الأخير بالإعراض عن القبول وذلك سواء بقول كأن يتحدث فى موضوع آخر، أو بفعل كأن يترك المجلس، إذ أن هذا الإعراض يستتبط منه عدم القبول<sup>٤</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن تطبيقات قاعدة الأمور بمقاصدها قد وجدت صدها فى التفسير، إذ أن الأفعال بلا نية يطبق عليها قواعد محددة للتفسير فى سبيل الوصول إلى المقصد الحقيقى للشخص.

ومفاد ذلك أن الأفعال الصريحة لا تحتاج إلى البحث عن مقصدها، حيث إن الفعل الصريح يعبر عن مقصده، وهذا ما سار عليه

- (١) د.على حيدر، المرجع السابق، ص ٦٨.
- (٢) د.حمدى عبد الرحمن، الوسيط فى النظرية العامة للالتزامات "الكتاب الأول المصادر الإرادية للالتزام العقد والإرادة المنفردة"، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص ١٧٧.
- (٣) د.حمدى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ١٧٧، د.عبد الودود يحيى، الوجيز فى النظرية العامة للالتزام، ١٩٩٤، رقم ٢٥.
- (٤) د.على حيدر، المرجع السابق، ص ٦٨.

حكم القانون المصري، إذ نص في مادته ١٥٠ على أن "١ - إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين".

ومفاد ذلك أن وضوح الألفاظ والأفعال يعكس وضوحاً في الإرادة، وهذا ما يؤكد مبدأ سلطان الإرادة، وقد قضى في ذلك بأن " إذا كان المدلول الظاهر للاتفاق المبرم بين الطرفين هو التزام الطاعن باستغلال سينما لحساب المطعمون عليه إلى أن يجد هو أو المطعمون عليه خلال أجل محدد مستغلاً لها وعندئذ يتعهد الطاعن بدفع نصف الإيجار الذي يقدمه المستغل الجديد فإن موذى ذلك أن هذا الالتزام مقيد بشرط وجود هذا المستغل خلال الأجل المتفق عليه بحيث ينتهي بانقضاء ذلك الأجل، وإذن فمضى كان الحكم المطعمون فيه قد أسس قضاءه بالزام الطاعن بنصف الإيجار عن المدة التالية لانتهاء الأجل استناداً إلى عقد الاتفاق سالف الذكر يكون قد انحرف في تفسير الاتفاق عن المعنى الظاهر له ومسخه وما يستوجب نقضه".<sup>٢</sup>

كما قضى بأن " من المقرر أن النص في الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ من القانون المدني على أنه "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين" يدل على أن القاضي ملزم بأن يأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة كما هي، ولئن كان المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ إلا أن المفروض في الأصل أن اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الإرادة، فمضى كانت عبارة العقد

(١) د.حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٤١٨ وما بعدها.  
(٢) [الطعن رقم ٦٥٣ - لسنة ٢٥ ق - تاريخ الجلسة ٤ / ٥ / ١٩٦١ -  
مكتب فني ١٢ رقم الجزء ٢ - رقم الصفحة ٤٤٤] - لنقض الحكم  
والإحالة]

واضحة في إفادة المعنى المقصود منها فإنه لا يجوز الانحراف عن موداها الواضح إلى معنى آخر<sup>١</sup>.

أما الألفاظ غير الصريحة فيجب البحث فيها عن المقصد الحقيقي للشخص، حيث إن حكم اللفظ يتباين بتباين مقصد الشخص، ومثال ذلك لفظ انعقاد عقد البيع، إذ حال استعمال فعل مضارع فإن العقد ينعقد، أما حال استعمال فعل مستقبل فإن العقد لا ينعقد<sup>٢</sup>.

وهذا ما انتهجه القانون المدني المصري، إذ نص في الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ على أن "٢- أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات".

ومفاد ذلك أن المشرع قد هدف الوصول إلى نية المتعاقدين، وتحقيقاً لذلك نجد العديد من الضوابط للوصول للنية الحقيقية للمتعاقدين، من ذلك أن القاضى لا يجوز له تفسير نية كل متعاقد على حدة، بل يجب البحث عن النية المشتركة<sup>٣</sup>.

وقد قضى في ذلك بأن "المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن مفاد نص المادة ١٥٠ / ١ من القانون المدني أن القاضى ملزم بأن يأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة كما هي فلا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن موداها الواضح إلى معنى آخر، كما لا يجوز للمحكمة أن تعتد بما تفيده عبارة معينة دون غيرها من عبارات المحرر، بل يجب عليها أن تأخذ بما تفيده العبارات بأكملها وفي مجموعها، ولما كان ما تقضي به

- (١) الطعن رقم ٧٧٩٠ - لسنة ٧٤ ق - تاريخ الجلسة ٤ / ٤ / ٢٠٠٦ -
- (٢) مكتب فني ٥٧ رقم الصفحة ٢٣٠٤ - إنقض الحكم والتصدي للموضوع
- (٣) د. على حيدر، المرجع السابق، ص ٢٠.
- (٣) د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٤٢٢.



المادة المشار إليها يعد من القواعد التي وضعها المشرع على سبيل الإلزام وينطوي الخروج عنها على مخالفة القانون لما فيه من مسخ وتشويه/عبارة العقد الواضحة فيخضع بهذه المثابة لرقابة محكمة النقض<sup>١</sup>.

وتطبيقاً لقاعدة الأمور بمقاصدها نجد أن هناك قاعدة تقضى بأن "يكون الإحراز مقروناً بقصد"<sup>٢</sup>، إذ اشترط أن يكون إحراز الأفراد للأشياء بقصد، وذلك حتى يتحقق الإحراز، إذ حال عدم اقتران الإحراز بقصد فإنه لا يتحقق. وتطبيقاً لذلك إذ قام شخص بوضع وعاء لجمع مياه المطر، فإن المطر المتجمع يكون ملكه<sup>٣</sup>.

وتجدر الإشارة هنا أنه بالإضافة إلى قاعدة الأمور بمقاصدها وجدت قواعد أخرى فقهية كلية، وجدت صداها في التطبيق وعكست المنطق القانوني في التطبيق، من ذلك القاعدة التي تقضى بأنه "إذ تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع"<sup>٤</sup>.

ومفاد ذلك أنه حال وجود سببين في مسألة واحدة، أحدهما يقضى بإعمال حكم القانون والعمل به، والآخر يقضى بمنع تطبيق هذا الحكم، فإن السبب الذي يقضى بالمنع يقدم على السبب الذي يقضى بالإعمال<sup>٥</sup>.

وتطبيقاً لذلك نجد أن الرهن الذي قام برهن داره لا يخول له بيعه بالرغم من ملكه، وذلك أن الرهن يضمن للمرتهن ماله، وهذا ما يعد مانعاً من استمتاع الرهن بحقه في التصرف في ملكه<sup>٦</sup>.

- (١) [الطعن رقم ٥٤٧٢ - لسنة ٨١ ق - تاريخ الجلسة ١٣ / ٦ / ٢٠١٢ - مكتب فني ٦٣ رقم الصفحة ٢٩٠١ - انقض الحكم والتصدي للموضوع]
- (٢) مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٢٥٠، ص ٢٤٠.
- (٣) د.علي حيدر، المرجع السابق، المجلد الثالث، ص ٢٦١.
- (٤) مجلة الأحكام العدلية، المرجع السابق، المادة ٤٦، ص ٢١.
- (٥) م.عليوم مصطفى فتح الباب، المرجع السابق، ص ٦٦٥.
- (٦) د.علي حيدر، المرجع السابق، ص ٥٢.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن القانون المدني المصري لم يساير هذا الأمر بخلاف القانون الإماراتي الذي أقره، إذ خول القانون المصري للراهن أن يبيع ملكه، وإن اشترط عدم تسببه بضرر للمرتهن، إذ نص في مادته ١٠٤٣ على أن "يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، وأي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن".

وقد قضى تحقيقاً لذلك بأن "من المقرر أن جريمة النصب بطريق الاحتيال القائمة على التصرف في مال ثابت ليس ملكاً للمتصرف ولا له حق التصرف فيه لا تتحقق إلا باجتماع شرطين، الأول: أن يكون العقار المتصرف فيه غير مملوك للمتصرف، والثاني: ألا يكون للمتصرف حق التصرف في العقار، وكان القانون المدني، وفقاً لما نصت عليه المادة ١٠٤٣ منه لم يرتب على مجرد رهن العقار تجريد المالك من ملكيته أو سقوط حقه في التصرف فيه فحريته في التصرف في العقار المرهون باقية، وكان الثابت من مدونات الحكم أن الطاعن باع الشقة للمدعي بالحقوق المدنية بصفته ولياً طبيعياً على أولاده القصر، وكانت الملكية والصفة التي تصرف بمقتضاها ليست محل منازعة في الدعوى، فإن الواقعة المنسوبة إلى الطاعن تكون بمنأى عن التأثيم".

ومما سبق كله يتضح تطبيقات المنطق القانوني في الشريعة الإسلامية من خلال علم أصول الفقه، وهذا ما عكسته المبادئ الكلية في فلك المقاصد الشرعية وتطبيقاتها من جهة، ومن جهة أخرى في فلك القواعد الفقهية الكلية بصفة عامة.

(١) [الطعن رقم ٤٦ - لسنة ٦٤ ق - تاريخ الجلسة ٥ / ٥ / ٢٠٠٣ -  
مكتب فني ٥٤ رقم الصفحة ٦٢٣] - [النقض والتصحيح للدعوى  
الجناية]

## الفصل الثاني الجانب التطبيقي للمنطق القانوني

تجد الأفكار والأدوات المنطقية مجالاً خصباً للتطبيق، وذلك سواء على المستوى التشريعي أو على المستوى القضائي، إذ أن المشرع والقاضي وحتى المشتغل بالقانون يلجئون إلى المنطق القانوني، وذلك لإثبات حججهم فيما توصل إليه من حكم. ويمكن تفصيل ذلك فيما يلي:

**المبحث الأول: المنطق والقاعدة القانونية.**

**المبحث الثاني: المنطق والقاضي.**

### المبحث الأول

#### المنطق والقاعدة القانونية

تمثل القاعدة القانونية الوحدة التي يؤلف منها القانون، وهي تتمتع بخصائص مميزة تتمثل في كونها عامة مجردة مقترنة بجزاء، وهذا ما يعكس تتضمنها جانبين أحدهما موضوعي والآخر شكلي، ويتجلى دور المنطق في الربط بين هذين الجانبين.

أما من جهة الجانب الموضوعي فإن القاعدة القانونية تتضمن عنصرين، أولهما هو الفرض ويقصد به المركز المجرد أو الواقعة المجردة التي تواجهها القاعدة القانونية، وثانيهما هو الحكم ويقصد به الحل الذي يلائم الواقعة<sup>١</sup>.

(١) د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣١.

(٢) د. حمدي عبد الرحمن، أصول القانون، دن، ١٩٩٨، ص ٤٨. د. سليمان مرقس، شرح القانون المدني ج ١ المدخل للعلوم القانونية، ١٩٧٤، ص ٤٩. د. حسن كيرة، المدخل لدراسة القانون، دن، ١٩٩٨، ص ١٥.

وقد وجدت العديد من التطبيقات من ذلك قاعدة أن "كل خطأ سبب ضرراً بالغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"، فالفرض هنا يتبلور في الخطأ والضرر، أما الحكم فينعكس في الالتزام بالتعويض<sup>١</sup>.

ومفاد ما سبق أن الربط بين عنصرى القاعدة القانونية من فرض وحكم يعكس التفكير المنطقي، وهذا بغية تحقيق التناسق والتكامل، وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذا التناسق يكتمل من خلال الجانب الشكلي، إذ أن الشكل هو الوسيلة لإدراك الهدف المتبغى، وهذا ما عكسه اهتمام البعض بدراسة الشكل فقط، وهذا ما عرف بالوضعية القانونية<sup>٢</sup>.

وبما سبق كله يتبين أن القاعدة القانونية تبرز الجانب المنطقي للقانون، وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية، وهذا ما يتطلب أدوات لتبيان الأحكام.

وبناءً على ذلك تتناول وسائل التحليل فيما يلي:

**المطلب الأول: مدارس تفسير النصوص.**

**المطلب الثاني: مجالات التفسير.**

### **المطلب الأول**

#### **مدارس تفسير النصوص.**

يقصد بالتفسير بيان المعنى المقصود للمشرع من القاعدة القانونية، إذ أن كل قاعدة قانونية نص عليها المشرع تتضمن معنى، والتفسير هدف إلى بيان المعنى المقصود من المشرع<sup>٣</sup>.

(١) د.حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٨.

(٢) د.محمد جمال عيسى، الشكلية القانونية، القاهرة، دار النهضة العربية،

١٩٩٤، ص ١٨ وما بعدها، د.فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٥.

Villey(M): Philosophie du droit, Dalloz, paris, 1978, p.8et ss.

Trigeaud(j): philosophie du droit, Bordeaux, Ed. Bure,

1999, p.3 et ss.

(٣) د.عبد المهدي محمد، قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي

الأردني "دراسة أصولية مقارنة"، رسالة لاستكمال متطلبات الدكتوراه،

الجامعة الأردنية، ٢٠٠٥، ص ٥٨.

وقد يأتي التفسير من متخصص فى القانون، حيث يقوم بتفسير التشريع مادة مادة أو بحسب الموضوع، وهذا ما يعرف بالتفسير الفقهي، كما قد يأتي من الجهة التى أصدرت التشريع وهذا ما يعرف بالتفسير التشريعي، هذا بالإضافة إلى أن التفسير قد يأتي من قبل هيئة المحكمة حال تصديها لنزاع، وهذا ما يعرف بالتفسير القضائي.

وبالرغم من الاتفاق على معنى التفسير إلا أن الخلاف قد نشب حول تفسير النصوص كاصطلاح مركب، إذ ذهب البعض إلى أن تفسير النصوص يقتصر على بيان معنى النص المبهم، حيث لا يجوز التفسير عند وضوح النص، بينما ذهب جانب آخر إلى أن التفسير يشمل كافة النصوص الغامض منها والواضح، فيما ذهب ثالث إلى أن التفسير يشمل كافة القواعد بالإضافة إلى التوفيق بين النصوص المتعارضة واستكمال النقص فى التشريع.

وقد امتد هذا الخلاف لمدارس التفسير ذاتها، حيث وجدت العديد من المدارس حال القيام بتفسير النصوص، وأيا ما كان نوع هذا التفسير فقهيًا أو تشريعيًا أو قضائيًا.

وبناءً على ما سبق يمكن تناول التفسير فيما يلى:

**الفرع الأول:** مدرسة الشرح على المتون.

**الفرع الثانى:** مدرسة التطور التاريخي.

### الفرع الأول

#### مدرسة الشرح على المتون

وجدت هذه المدرسة فى أعقاب صدور التقنينات الفرنسية،

١٩٠٨م أو ما تعرف بتقنينات نابليون، وإن كان لها صدى فى المجتمعات

(١) د. عبد المهدى محمد، المرجع السابق، ص ٦٠.

(٢) د. محمد صبرى السعدى، تفسير النصوص فى القانون المدنى والشريعة الإسلامية، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٧٩، ص ٢٥ وما بعدها.

القديمة، من ذلك القانون الروماني وذلك قبل التائر بقواعد العدالة، وقد سادت فرنسا حتى أواخر القرن التاسع عشر، وترجع نشأتها إلى نظرة الفقهاء إلى نصوص التشريع نظرة تقديس واحترام، حيث ساد الاعتقاد أن هذه النصوص تتضمن كافة القواعد اللازمة لتنظيم الحياة<sup>١</sup>.

ويكمن أساس هذه الأفكار في انبهار الفقهاء بالتقنيات الفرنسية آنذاك، حيث استطاعت أن تستوعب كافة التشريعات والأعراف والتقاليد وأحكام القضاء السائدة في فرنسا، وهذا ما استتبع اعتبار التشريع المصدر الوحيد للقانون<sup>٢</sup>.

وتطبيقاً لذلك تكونت هذه المدرسة من كبار الشراح، وقد اقتصرت مهمتها على تفسير نصوص التشريع والبحث عن إرادة المشرع عند وضع النص، وقد اعتمد فقهاء هذه المدرسة على شرح نصوص التشريع مادةً مادةً، وذلك على خلفية اعتبار القانون الوضعي يتضمن بصور حصرية المواد التي سنّها المشرع، وهذا ما يستتبع استثمار كافة الأوجه التي يمكن الاستفادة منها في جعل القواعد تشمل كافة الوقائع، وهذا ما ترتب قيام الفقهاء بالشرح في شكل تعليقات، بحيث يصبح التفسير عبارة عن متن، وهذا ما أنشأ الاعتقاد بأن التقنيات التي تم شرحها شملت كافة ما يلزم من قواعد لمواجهة متطلبات الحياة ووقائعها غير المتنامية<sup>٣</sup>.

- (١) د. محمد صبري السعدى، تفسير النصوص في القانون المدني والشريعة الإسلامية، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٩، ص ١٤٠.
- (٢) د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية دراسة مقارنة بين الفقهاء المدني والإسلامي، بغداد، مطبعة وزارة الأوقاف والشئون الدينية، ص ١٧٠.
- (٣) د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩٩، ص ٧٤٩؛ د. محمد حسين قاسم، د. رمضان محمد أبو السعود، مبادئ القانون المدخل إلى العلوم القانونية والالتزامات، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩٥، ص ١١٧.

ومما سبق يتضح أنه طالما أن قواعد التشريع قد حوت كافة المسائل، فإن تفسير النصوص يجب أن يقتصر على البحث عن إرادة المشرع الحقيقية التي قصدتها عند وضع النص لا عند تطبيقه.

أما حال تعدد الوصول إلى الإرادة الحقيقية للمشرع وقت وضع النص، فإن القائم بالتفسير يقوم بالبحث عن الإرادة المفترضة، أى الإرادة التي يفترض توافرها لدى المشرع وقت وضع القاعدة المعروضة، فنية المشرع الحقيقية وقت وضع التشريع هى أساس تفسير النص، وذلك حتى لو تغيرت الظروف وقت تطبيق التشريع<sup>١</sup>.

ومما سبق يمكن إيجاز مبادئ هذه المدرسة وطريقتها فى التفسير فيما يلى<sup>٢</sup>:

أولاً: تقديس التشريع، حيث عد النص التشريعى هو المصدر الوحيد للقانون، فهو يجمع كافة القواعد التى تلزم لسد احتياجات الحياة اليومية المتطورة<sup>٣</sup>.

وتطبيقاً لذلك فإنه حال وقوع حادثة تحتاج بيان حكم القانون، فإن القاضى أو الفقيه يقوم باستعراض قواعد التشريع قاعدة قاعدة، وذلك بغية الوصول إلى القاعدة الواجبة التطبيق<sup>٤</sup>.

ثانياً: انحصار دور القاضى فى تطبيق النص الواجب والالتزام به، حيث إنه يدل دلالة صريحة على قصد المشرع.

- (١) د.عبد الودود يحيى، دروس فى مبادئ القانون لطلبة كلية التجارة، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٦، ص ١٧٣ وما بعدها؛ د.عبد المهدي، المرجع السابق، ص ٧٦ وما بعدها، د.همام محمد محمود، المدخل إلى القانون، الإسكندرية، دار المعرفة الجامعية، ٢٠٠٠، ص ٤٤٩.
- (٢) د.عبد المهدي، المرجع السابق، ص ٧٧ وما بعدها.
- (٣) د.سليمان مرقس، فلسفة القانون، بيروت، مكتبة صادر، ١٩٩٩، ص ٢٣٤.
- (٤) د.عبد المهدي، المرجع السابق، ص ٧٧.

ثالثاً: أن القائم على التفسير يلتزم بالبحث عن إرادة المشرع الحقيقية التي قصدتها عند وضع النص، وذلك من خلال ألفاظ النص وأصل الكلمات، هذا بالإضافة للبحث في الأعمال التحضيرية للتشريع. رابعاً: أنه حال تعلد الوصول إلى الإرادة الحقيقية للمشرع وقت وضع النص، يتم اللجوء إلى الإرادة المفترضة للمشرع عند وضع التشريع، أي الإرادة التي يفترض أن المشرع قد قصدتها من وضع القاعدة محل النزاع، وذلك من خلال اللجوء إلى المصادر التاريخية، من أقوال الفقهاء وغيرها، وهم في ذلك لا يضعون في اعتبارهم احتياجات المجتمع، بل ينظرون إلى إرادة المشرع وقت وضع القانون. وتجدر الإشارة إلى أن المفسر حال افتراضه إرادة المشرع بغية الوصول إلى حل للنزاع المثار أمامه، فإنه ينسب الحل للمشرع على أساس افتراض وجود إرادة له.

خامساً: يلتزم المفسر وفقاً لهذه المبادئ بتقريب النصوص فيما بينها، إذ أن النصوص تفسر بعضها بعضاً، وتطبيقاً لذلك فإنه حال وجود تعارض بين النصوص تتم إزالته إما باكتشاف أن كل نص يحكم فرضاً مختلفاً، أو أن أحد النصوص يمثل استثناءً، أو بتقرير أن النص السابق قد ألغى بموجب النص اللاحق.

وقد وجدت العديد من التطبيقات لتفسير النصوص على أساس منهج مدرسة الشرح على المتون، ومن ذلك:

#### أولاً: قضية أرنولد الطحان:

عرضت هذه القضية على المحكمة العليا بروسيا عام ١٧٧٩، وتتمثل وقائع هذه الدعوى في أن أرنولد كان رجلاً من عامة الشعب،

- (١) د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٢٣٦، د. محمد شريف أحمد، المرجع السابق، ص ١٧٥.
- (٢) د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٧٥١.
- (٣) فارس حامد عبد الكريم، أساس مقولة إن التشريع متى توقفت حكمته توقف حكمه، مقاله على النت.



وكان يدير طاحونة على سفح تل عدت هي مصدر دخله الذي ينفق منه على نفسه وعائلته ، وقد كان استخدام الطاحونة يعتمد على المياه المنحدرة من جدول يمر في أرض أعلى التل مملوكة لأحد الإقطاعيين.

وفي أحد الأيام قرر الإقطاعي حفر بركة داخل أرضه وذلك بغية تربية الأسماك بها، وهذا ما استتبع احتجاز مياه الجدول وأدى إلى توقف الطاحونة عن العمل. وقد استتبع هذا تضرر أرنولد وسوء أحواله المادية، وهذا ما دفعه إلى رفع دعوى على الإقطاعي لمنعه من احتجاز المياه، إلا أن الإقطاعي دفع بأنه يقوم باستخدام ملكه، حيث إن الماء يجري في أرضه، وقد أيدته في ذلك المحكمة العليا مقررة أن مالك الأرض يجوز ما بداخلها من ماء، كما أضافت أن من يستعمل حقه لا يعد مخطئاً ومن ثم لا يكون قد أضر بالغير، وهذا التأييد تأسس على تفسير حرفي للنصوص.

### ثانياً: قضية الرئيس روزفلت:

خلال فترة عامي ١٩٠٥ - ١٩٣٦ سادت الحياة الاقتصادية الأمريكية ظاهرة تحكم أرباب الأعمال في مجالات عقود العمل، إذ كانوا يفرضون شروطاً مجحفة على العمال حال استخدامهم، كما يدفعون أجوراً بخسة في مقابل تطلبهم العمل في أحوال مزرية.

ونتيجة لذلك أصدرت بعض الولايات الأمريكية العديد من التشريعات بغية إصلاح الأحوال، وذلك في سبيل حماية العمال من تحكم أرباب العمل، إلا أن المحكمة العليا أقرت بعدم دستورية هذه التشريعات تأسيساً على مخالفتها مبدأ حرية التعاقد، ومبدأ العقد شرعية المتعاقدين.

وأثناء ذلك حدثت الأزمة الاقتصادية العالمية عام ١٩٢٩، تلك الأزمة التي ألفت بظلالها على كافة الدول ومن ضمنها الولايات المتحدة الأمريكية، وهذا ما تجلّى في معاناة الشعوب اقتصادياً، وهذا ما دفع الرئيس روزفلت مدعوماً بتأييد شعبي إلى إصدار العديد من القوانين

بغية القيام ببعض الإصلاحات الاقتصادية والاجتماعية لتخطى هذه الأزمة.

إلا أن المحكمة العليا قضت بعدم دستورية هذه التشريعات، وذلك على أساس مخالفتها مبدأ الحرية فى التعاقد. وبالرغم من تراجع المحكمة فيما بعد وإقرارها دستورية هذه التشريعات، إلا أن هذه الواقعة تبين أن المحكمة العليا قد قضت بعدم الدستورية فى البداية على أساس تفسير حرفى للنصوص وقت إصدارها دون النظر لتغير الظروف المتمثلة فى الأزمة الاقتصادية، وهذا ما عكس مذهب الشرح على المتن.

وبالرغم من تضمن هذه المدرسة مرحلة ازدهار إلا أن هناك العديد من المثالب التى أخذت عليها، وهذه المثالب تمثلت فى<sup>١</sup> :

١- أن أساس هذه المدرسة يقوم على شمولية التشريع، أى أن التشريع شامل لكافة متطلبات الحياة، وهذا الأمر يخالف سنة التطور وتباين الظروف والأوضاع فى المجتمع، وذلك بالرغم من أن الثبات على النص يحقق نوعاً من الاستقرار القانونى.

إذ أن القول أن التشريع شامل بحيث يعد هو المصدر الوحيد، يخالف الواقع من حيث وجود العديد من المصادر الأخرى كالعرف.

٢- أن القول بشمول التشريع يودى إلى ضرورة استنباط أحكام لكل قضية من خلال النصوص المقررة، وهذا ما يستتبع التكلف وتحميل النصوص ما لا تحتمل.

ويؤدى هذا كله إلى جمود التشريع بحيث لا يواكب التطورات المختلفة فى المجتمع، وهذا ما يجعل التشريع لا يلبي احتياجات الأفراد المتجددة.

ومفاد ما سبق كله أن هذه المدرسة قد مرت بثلاث مراحل، تمثلت فى<sup>٢</sup> :

- (١) د. عبد المهدي محمد، المرجع السابق، ص ٨١.
- (٢) محمد شريف أحمد، المرجع السابق، ص ١٧٠، د. محمد صبرى السعدى، المرجع السابق، ص ١٤٢.

أولاً: مرحلة التكوين، وهي الفترة ما بين ١٨٠٤ و ١٨٢٠، وقد أسست على الاهتمام بالشرح الوافى للنصوص نصاً نصاً، وذلك فى ضوء النصوص كافة والأعمال التحضيرية.

ثانياً: مرحلة الازدهار، وهي الفترة ما بين ١٨٣٠ و ١٨٨٠، حيث إنه نتيجة تطور العلاقات الاقتصادية ظهرت العديد من النظم الجديدة التى لم تستوعبها النصوص، مما دعا فقهاء هذه المدرسة إلى البحث عن إرادة المشرع الحقيقية أو افتراضها، وهذا ما جعلهم يلجئون إلى الأفكار القانونية والمبادئ العامة التى تتضمنها النصوص.

ثالثاً: مرحلة الانتهاء، وهي الفترة ما بين ١٨٨٠ و ١٩٠٠، حيث لجأ الفقهاء إلى الاختصار على دراسة الأحكام التى استقر عليها القضاء.

### الفرع الثانى

#### مدرسة التطور التاريخى

نظراً لما وجه من انتقادات لمدرسة الشرح على المتون، فقد ظهرت ملامح مدرسة جديدة فى التفسير متمثلة فى المدرسة الاجتماعية أو التطور التاريخى، وذلك خلال القرن الثامن عشر فى كتابات بعض المفكرين مثل مونتسكيو، حيث أشار إلى أن القوانين ما هى إلا نتيجة لعوامل مختلفة تسود المجتمع، لذا وجب أن تعكس القوانين احتياجات المجتمعات المختلفة.

إلا أن هذا المذهب لم يتبلور كلياً وينتشر إلا على يد الفقيه الألمانى "سافينى"، وقد ذهبوا إلى أن كل قاعدة من قواعد القانون تنطوى من جهة المضمون وشكل صياغتها على عنصرين: أولهما عنصر العلم وهذا ما يمثل عنصراً موضوعياً يتضمن جملة معطيات تتسم بالطابع السياسى والاجتماعى، وثانيهما عنصر خارجى يتمثل فى صياغة القاعدة القانونية.

(١) د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٢٤٩ وما بعدها.

وهذان العنصران يعكسان السياسة القانونية المتبناة في مجتمع ما، فالعنصر الموضوعي يعكس شئون وحاجات وتطلعات أفراد المجتمع، وذلك في سبيل تحقيق العدالة باعتباره الهدف الأعلى. أما العنصر الخارجي فيعكس استخدام أنسب الأدوات التشريعية، وتشمل المعطيات والحاجات والأهداف الاجتماعية، وذلك بحيث تتحقق العدالة.

واستكمالاً لذلك رأته المدرسة أنه يجب التعامل مع النص القانوني بما يتلاءم مع تطورات الأحداث، ولو كان ذلك بواسطة تأويل القانون القديم، وهذا ما يؤدي إلى أن تفسير القوانين وتطبيقها لا يرتبط بإرادة المشرع عند وضعه، وإنما بالاستناد إلى الضرورات المرتبطة بوقت تطبيقها.

ويرجع ذلك إلى أن التشريع بمجرد صدوره ينفصل عن إرادة واضعه، بحيث يتمتع بالاستقلال وهذا ما يستتبع تغييره من وقت لآخر وذلك في سبيل سعيه إلى تلبية متطلبات المجتمع، مما يؤدي إلى أن التفسير الذي يصدر يعطى للقاعدة وفقاً للحالة الجديدة، وليس وفقاً لوقت إصدارها<sup>١</sup>.

فمفاد ذلك أن تفسير القانون لا يعتمد على النص، وإنما يعتمد على الحاجات الاجتماعية، وهذه الحاجات يتم تقسيمها إلى أربعة أنواع، تتمثل في<sup>٢</sup>:

أولاً: المعطيات الطبيعية الواقعية، وهي تلك الحقائق التي تمثل ظروف المجتمع المحيطة بالجماعة، وهي تشمل كافة الأحوال الطبيعية التي

(١) د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، بيروت، دار النهضة للطباعة والنشر، الطبعة الرابعة، ١٩٨٣، ص ٨٥؛ فارس حامد، المرجع السابق.

(٢) د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص ١٧٥؛ د. مهاب نجما، المدخل إلى القانون، لبنان، طرابلس، دار الشمال للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٩٩٠، ص ١٦١.

(٣) فارس حامد، المرجع السابق.

تسود المجتمع وتحيط بالإنسان، كالحالة الجغرافية والأحوال الأدبية  
والخلقية والدينية والاقتصادية والسياسية.

وهذه المعطيات وإن كانت لا تخلق القواعد القانونية إلا أنها تحدد  
نطاقها، فمثلاً فى نظام الزواج نجد أنه يؤسس على حقائق طبيعية  
كاختلاف التكوين الفسيولوجى بين الرجل والمرأة، وهذا ما يرتب  
اختلاف المركز القانونى بينهما، ومثال ذلك نظام العدة فيسرى على المرأة  
فى كافة الحالات بينما يسرى على الرجل فى أحيان معينة.

ثانياً: المعطيات التاريخية، وهى تلك الحقائق التى تتضمن القواعد  
التي تنظم السلوك فى المجتمع والتي استقرت عبر الزمن، مما أكسبها صلابة  
وقوة واحتراماً، وهذا ما جعلها تراثاً مكتسباً لا يمكن إغفاله أو التحلل  
منه.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه المعطيات تعد أساس كل إصلاح وبناء  
قانونى جديد، فنتيجة لاعتبارها تراثاً يتضمن خبرة مكتسبة عبر الزمن  
اكتسبت حجية مسلماً بها، وإن كانت حجية نسبية لا تقف كحجر عثرة  
أمام تطور القانون.

فالتاريخ ليس سوى تجربة مرت بها الإنسانية فى وقت سابق،  
وهذا ما يجعله قادراً على منح القانون أساساً راسخاً، وقد وجدت العديد  
من النماذج على ذلك، فمثلاً فى نظام الزواج نجد أن نظام الزواج الذى  
ساد المجتمعات البدائية قام على نظام خطف النساء، وهذا ما رتب استقرار  
فكرة الزواج من الأجنبيات أو على الأقل من النساء اللاتى لا يتصلن  
بصلة قرابة للزوج.

ثالثاً: المعطيات العقلية، وهى تشمل القواعد التى يقوم العقل  
باستخلاصها من النظم السابقة، وذلك بعد تهذيبها وتحويرها، وذلك  
على أساس أن القانون يعمل على ملاءمة معطيات الواقع والطبيعة  
والتاريخ، وذلك فى ضوء غاية القانون.

ونظراً لإسهام العقل في معرفة هذه المعطيات فإنها تمثل الجوهر الأساسي للقانون الطبيعي باعتباره أحد مصادر القانون، هذا القانون الذي تستمد قواعده من استخلاص العقل لطبيعة الإنسان وحركة المجتمع. رابعاً: المعطيات المثالية، وهذه المعطيات التي تتضمن اتجاهات مثالية تنحو بالقانون نحو السمو والتقدم المستمر نحو الكمال، وهذا ما يرتب عدم وقوف القانون جامداً عن التطور والتقدم، ولو كانت هذه التطورات لا تدعمها المعطيات الأخرى، وذلك في سبيل تحقيق صالح الجماعة.

وتطبيقاً لذلك نجد أن فكرة المسؤولية قد تطورت تأسيساً على ذلك، فالقاعدة أنه لا مسؤولية بدون خطأ يثبتته الضرور، إذ يجب وجود خطأ من قبل شخص يحدث ضرراً بآخر، إلا أن تطورات الحياة والنتائج الظالمة المترتبة على وجوب ثبوت الخطأ وخاصة في مجال عقود العمل، حيث زادت النتائج الظالمة في ظل اكتشاف الآلة. ففي ظل ظهور الآلة أصبح من الصعوبة إثبات وجود خطأ.

وهذا ما دعا المشرع تأسيساً على المعطيات المثالية للتدخل لحماية العامل، حيث ذهب إلى وجوب تعويض العامل وذلك تأسيساً على مبدأ جديد ألا وهو المسؤولية بدون خطأ أو ما عرف بمبدأ تحمل التبعة، وهذا ما رتب تعويض العامل دون إثبات خطأ بل بمجرد تحقق الضرر.

وهذا ما عكس تدخل المعطيات المثالية لتطور القانون، وإن كان هذا التطور تم على أساس استبعاد ركن تاريخي في المسؤولية ألا وهو الخطأ.

ومقاد ما سبق أن تفسير النص وفقاً لهذه المدرسة ينطلق من نص ويذهب به بعيداً في تفسيره، وذلك وفقاً لما يراه ملائماً على المستوى الاجتماعي.

ويمكن إيجاز أسس هذه المدرسة في<sup>١</sup> :

- ١- أن التفسير ينطلق من نص لينطلق به بعيداً.
- ٢- أن التفسير لا يكون لإرادة المشرع، بل أنه ينصب على القاعدة ذاتها، حيث إن التشريع يستقل عن إرادة المشرع بمجرد صدوره.
- ٣- أن تفسير القاعدة القانونية يعتمد على متطلبات المجتمع وقت تطبيقها وليس وقت صدوره.

ولتوضيح هذه الأسس نجد في القانون المصري مثلاً لتطبيقها، وهذا المثال يتضمنه القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ والخاص بإجارة المحلات، حيث يتضمن نصاً يمنع الإيجار من الباطن أو تحويل عقد الإيجار بدون إجازة صاحب الملك، إلا أنه وبعد عشرين سنة من صدور القانون نشب نزاع تمثل في قيام مستأجر بإعطاء شقته لأخيه، وهذا ما قوبل برفض صاحب العقار، مما دفعه لرفع دعوى يطلب فيها طرد الشاغل الجديد.

وفي سبيل سعى المحكمة لفض النزاع شرعت في دراسة الأوضاع الاجتماعية وقت سن التشريع، حيث ساد في هذا الوقت سيطرة الطبقة الإقطاعية على المجتمع، هذا بالإضافة إلى ظهور أزمة السكن في أعقاب الحرب العالمية الثانية، وهو ما ترتب قيام المشرع بالتخاذ العديد من الإجراءات من ضمنها تحديد عقود الإيجار بحكم القانون أو منع تحويل العقد وذلك في سبيل حماية الطبقة البرجوازية.

وفي سبيل ملاءمة القانون لتطورات المجتمع، فإن المحكمة قامت بدراسة الأوضاع وقت النزاع، حيث ساد المجتمع النظام الاشتراكي وهو ما استتبع تحولات جذرية في بناء المجتمع.

---

(١) محمد شريف أحمد، المرجع السابق، ص ١٨٨؛ مهذب لجأ، المدخل إلى علم القانون، ص ١٦١؛ د. عبد المهدي، المرجع السابق، ص ٩٧

وبناءً على ذلك ووفقاً لحكمة النص من منع تحويل العقد المتمثلة في منع استغلال المستأجر للشاغر الجديد، وهذا ما لا يتحقق في النزاع، ومن ذلك يتضح أن المحكمة قامت بتفسير القاعدة القانونية وقت تطبيق القاعدة، وليس وقت سنّها.

وإذ كان هذا النزاع في القضاء المصري قد عكس فكر المدرسة التاريخية، فإن نظرية الظروف الطارئة تعد انعكاساً لفكر المدرسة التاريخية بصورة واضحة، وذلك في سبيل تحقيق العدالة والمصلحة العليا.

فقد يلتزم شخصان بعقد محدد، إلا أنه أثناء تنفيذ العقد تنشأ ظروف قهرية غير مألوفة، كالزلازل أو الحروب أو الثورات، تؤدي إلى إلحاق خسارة فادحة بأحد الطرفين، وهذا ما يستتبع إثارة التساؤل حول هل يلزم هذا الطرف المتعرض للخسارة باستكمال الاتفاق أم يمكن تعديل العقد، أو بمعنى آخر هل نلتزم بالفاظ العقد كما وردت أم نضع في الاعتبار تغير الظروف.

ولتوضيح ذلك نتناول قضية عرضت في فرنسا باسم قضية "غاز بوردو"، وقد تمثلت وقائعها في أن بلدية بوردو في فرنسا أبرمت عقداً مع شركة لتوزيع الغاز في المدينة بسعر محدد، إلا أن أسعار الفحم قد ارتفعت بشكل كبير بسبب الحرب، وهذا ما استدعى الأمر معه رفع تعريف الغاز، وذلك بغية تحنّب الشركة صاحبة الامتياز خسائر فادحة.

وتحقيقاً لذلك قامت الشركة برفع دعوى على البلدية بغية رفع التعريف أمام مجلس الدولة، والذي قضى بحق الشركة في رفع التعريف تأسيساً على أن قيام الحرب يمثل صعوبة تعيق الشركة عن أداء مهامها مما يستلزم تعديل شروط العقد، وذلك بغية تمكين الشركة من الاستمرار في تقديم الخدمة.

(١) د. عبد السلام الترميناني، نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر، ١٩٧١، ص ١٩ وما بعدها.



ومفاد ذلك أنه إذا طرأت ظروف استثنائية خارجة عن إرادة المتعاقدين، مما يؤدي إلى الإخلال باقتصاديات العقد بحيث أصبح تنفيذ الالتزام أمراً مرهقاً، فإن المنطق يقضى بأن العقد لا يمكن تفسيره وفقاً للقواعد العامة التي تقضى بوجوب تنفيذ العقد وفقاً لما تم الاتفاق عليه، وذلك بغض النظر عن الظروف الاستثنائية الطارئة، لذا وجب تفسيره في ضوء هذه الظروف.

وبما سبق وبالرغم من دور التفسير وفقاً لهذه المدرسة في تطور القانون، إلا أنه قد وجدت العديد من المآخذ عليها، تمثلت في:

١- أن المدرسة التاريخية قد جانبها الصواب في دور التفسير، إذ خرجت عن دوره وجعلته يتمثل في تعديل النصوص أو إلغائها وليس مجرد بيان للنصوص، وهذا ما يخالف أهداف القانون من حيث الثبات والاستقرار.

٢- أن المدرسة قد غالت في ربط القانون ببيئة المجتمع، في مقابل إغفال دور إرادة الإنسان في توجيه أحكام القانون، وفي ذلك مخالفة للواقع الذي تعكسه الحركات الكبرى في تاريخ البشرية، من أن التشريعات جاءت نتيجة لإرادة الإنسان.

### المطلب الثاني

### مجالات التفسير وأدواته

توجد العديد من المجالات التي تفتح مجال اللجوء للتفسير، وتجدر الإشارة إلى أن هذه المجالات ظهرت بصورة مختلفة في المجتمعات القديمة، مما أدى إلى ظهور وسائل لمعالجتها، من ذلك الحيلة وقواعد العدالة.

- (١) د. عبد المهدي، المرجع السابق، ص ٩٩ وما بعدها.  
(٢) د. محمد شريف أحمد، المرجع السابق، ص ١٩٤، د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص ٨٧.

أما حديثاً ووفقاً لمدارس التفسير فإنه يمكن معالجة المشاكل التي تعوق التطبيق القانوني وتقف كحجر عثرة أمام تحقيق العدالة، من خلال تفسير النصوص كل بحسب وجهة نظره.

ويمكن تلخيص هذه المشكلات في:

أولاً: وجود نقص أو فراغ في التنظيم القانوني، وذلك حال عدم وجود قاعدة قانونية تحكم وقائع النزاع المعروض، نتيجة تزايد احتياجات الأفراد المتجددة، وهذا ما يطلق عليه البعض مشكلة الثغرات. ثانياً: عدم ملاءمة القاعدة القانونية، وذلك حال وجود قاعدة قانونية ولكن تطبيقها في إطلاقها لا يتلاءم مع بعض الحالات الفردية، وقد يؤدي التطبيق المطلق إلى نتائج غير ملائمة بحيث تكون العدالة في عدم إخضاع بعض هذه الحالات للقاعدة.

ثالثاً: التخلف القانوني، وتظهر حال وجود قاعدة قانونية ولكنها لا تتماشى مع ظروف المجتمع المتغيرة، فالقانون يصدر لمجابهة ظروف وأحوال معينة، إلا أنه سرعان ما تتبدد هذه الظروف.

وتجدر الإشارة إلى أنه بجانب هذه المشاكل التي تواجه القاعدة القانونية بصفة عامة، فإنه قد تتضمن بعض القواعد غموضاً يحتاج إلى تفسير أو يتضمن التشريع تعارضاً بين النصوص، وكافة هذه المشاكل يمكن معالجتها من خلال التفسير، وهذا ما يمكن إيضاحه فيما يلي:

الفرع الأول: مجالات التفسير.

الفرع الثاني: أدوات التفسير.

### الفرع الأول

#### مجالات التفسير

توجد العديد من المجالات التي تفتح المجال لتفسير النصوص، وهذه المجالات تتمثل في:

## أولاً: نقص التشريع:

يعد النقص في التشريع كأحد مجالات التفسير أو أسباب التفسير محلاً للجدل والاختلاف بين فقهاء التفسير، فهل يعد إكمال النقص في التشريع بواسطة التفسير عملاً مقبولاً أم هو اجتهاد خارج دائرة النص؟ تباينت وجهات النظر حول هذا الأمر، فبينما ذهب مدرسة الشرح على المتون إلى أن إكمال نقص يندرج ضمن وظائف التفسير، وذلك تأسيساً على أن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون لديهم، لذا وجب أن تتضمن نصوصه كافة المسائل اللازمة لتلبية احتياجات الأفراد في معاملاتهم اليومية، وذلك من خلال البحث في التشريع نصاً نصاً أو البحث عن إرادته المفترضة<sup>١</sup>.

وقد سائرتها في ذلك المدرسة الاجتماعية، حيث ذهبت إلى أن التشريع يتسم بشموله لكافة المستجدات، وهذه الشمولية مكتسبة من خلال إعطاء المفسر الحرية المطلقة في تفسير أى نص قانوني، وفقاً لمستجدات وتطورات الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في المجتمع، ومن ثم فإن نقص التشريع يندرج ضمن وظائف التفسير<sup>٢</sup>.

وبالرغم من الاتفاق على هذا الأمر بين مدرستي التفسير، إلا أن بعض الفقهاء ذهبوا إلى أن معالجة نقص التشريع لا تندرج ضمن مفهوم التفسير، إذ أن ذلك يعد اجتهاداً خارج النص<sup>٣</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن القاضى ملتزم بالفصل فى النزاع المعروض عليه، وذلك حتى ولو لم يعثر على قاعدة تحكم النزاع، وقد ذكرت

---

(١) د. محمد صبرى السعدى، المرجع السابق، ص ١٤٢؛ محمد شريف أحمد، المرجع السابق، ص ١٧٤؛ د. عبد المهدى، المرجع السابق، ص ١٤١ وما بعدها.

(٢) د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص ١٧٥؛ د. مهاب نجاء، المرجع السابق، ص ١٦١؛ د. عبد المهدى، المرجع السابق، ص ١٤٢.

(٣) د. عبد المهدى، المرجع السابق، ص ١٤٣.

محكمة النقض أنه لما كان القاضي وفقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون المدني لا يحكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة إلا إذا لم يوجد نص تشريعي أو عرف أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية يمكن تطبيقها، لما كان ذلك وكان القانون ٥٢ لسنة ١٩٤٠ قد رتب البطلان المطلق على بيع الأرض الناشئة عن تقسيم لم يصدر قرار باعتماده وهو بطلان يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به ومن ثم فلا يقبل التحدي بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة في هذا الخصوص، لما كان ذلك وكانت العبرة في تحديد طلبات الخصم هي بما يطلب الحكم له به وإذا كانت مورثة الطاعن لم تطلب من محكمة الموضوع إلزام المطعون عليه الأول رد الثمن الذي دفعته فلا على الحكم إذ لم يعرض لذلك<sup>١</sup>.

كما قضت بأنه من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه وفقاً للحكم المادة الأولى من القانون المدني فإن النصوص التشريعية إنما تسري على جميع المسائل التي تتناولها في لفظها أو في فحواها، وأن فحوى اللفظ لغة يشمل إشارته ومفهومه واقتضائه، والمراد بمفهوم النص دلالة على شيء لم يذكر في عبارته وإنما يفهم من روحه، فإذا كانت عبارة النص تدل على حكم في واقعة اقتضته، ووجدت واقعة أخرى مساوية لها في علة الحكم أو أولى منها، بحيث يمكن فهم هذه المساواة أو الأولوية بمجرد فهم اللغة من غير حاجة إلى اجتهاد أو رأي، فإنه يفهم من ذلك أن النص يتناول الواقعتين وأن حكمه يثبت لهما لتوافقهما في العلة، سواء كان مساوياً أو أولى، ويسمى مفهوم الموافقة أو المفهوم من باب أولى<sup>٢</sup>.

- (١) [الطعن رقم ١١٧١ - لسنة ٥٦ ق - تاريخ الجلسة ١٨ / ١١ / ١٩٩٠ - مكتب فني ٤١ - رقم الجزء ٢ - رقم الصفحة ٦٩١ - تم رفض هذا الطعن].
- (٢) [الطعن رقم ١١٣٩٥ - لسنة ٧٨ ق - تاريخ الجلسة ١٢ / ٠١ / ٢٠١٠ - تم رفض هذا الطعن].

وتتم معالجة النقص في التشريع من خلال البحث عن الإرادة  
المفترضة للمشرع في هذا النزاع، وذلك وفقاً لرأى مدارس التفسير.  
**ثانياً: غموض النص:**

لعل من الأمور المستقرة أن غموض نصوص التشريع يعد من  
الأسباب الرئيسية للتفسير، إذ أن توضيح النصوص الغامضة من المسائل  
الهامة التي يهتم بها دارسو القانون في كافة المجالات، وذلك بغية الوصول  
إلى التطبيق الأمثل للقانون ومن ثم تحقيق العدالة.

وتجدر الإشارة إلى أن الألفاظ الغامضة الواردة في التشريعات لا بد  
من معرفة معناها، إذ أن النصوص ما وضعت إلا لتطبيقها، إلا أن ما  
لا يفهم معناه لا يمكن تطبيقه، ومن ثم فإنه يجب التفسير بغية الوصول  
إلى المعنى وإزالة الغموض.

وتجدر الملاحظة أن التفسير هنا يقتصر على الألفاظ الغامضة أما  
إذا كان هناك لفظ واضح، فتطبق قاعدة أنه لا اجتهاد مع صراحة النص.

### الفرع الثاني

#### أدوات التفسير

هناك العديد من أدوات تفسير النصوص في ظل غموض النص  
أو نقصه، إلا أن ما يهمنا منها ما يظهر فيه دور المنطق، ألا وهو دلالة  
المفهوم، ودلالة المفهوم تتضمن إيضاح دلالة اللفظ على حكم شيء لم  
يذكر في سياق الكلام ولم ينطق به، وهذه الدلالة تنقسم إلى:  
**أولاً: الاستنتاج بطريق القياس لله مفهوم الموافقة لله:**

تعده هذه الدلالة صورة من صور القياس، حيث يستنبط المعنى  
من النص حتى ولو لم يشر إليه صراحة، وذلك بسبب اتحاد في العلة أو  
اختلافه مع ما نص عليه، فالقاعدة أن العلة تدور حول المعلول وجوداً  
وعدماً.

(١) د. محمود السقاء، المنطق، المرجع السابق، ص ١٢٦، د. السيد العري،  
الاستدلال المنطقي للأحكام، المرجع السابق، ص ٣٧.

وتطبيقاً لذلك فإن تضمن النص حكماً معيناً بالذات، لا يمنع من انطباقه على كافة الحالات الأخرى التي تتوافر فيها ذات العلة سواء بذات العلة أو بصورة أوضح.

ومثال ذلك إذا تضمن النص حكم أن المحررات المعدة للإثبات تكون حجة على من وقعها بتوقيعه "أى إمضائه"، وذلك ما لم يحددها أو يطن عليها بالتزوير، فإن هذا الحكم لا يمنع من تطبيقه على الإمضاء ببصمة الختم أو بصمة الأصبع، وذلك بالرغم من عدم النص عليه، وذلك لاتحادهم فى العلة.

كما يجد مفهوم الموافقة سبيله فى تطبيق نص المادة ٣١٢ من قانون العقوبات، إذ نصت على أنه "لا تجوز محاكمة من يرتكب سرقة إضراراً بزوجه أو زوجته أو أصوله أو فروعها إلا بناءً على طلب المجنى عليه. وللمجنى عليه أن يتنازل عن دعواه بذلك فى أية حالة كانت عليها، كما له أن يُقف تنفيذ الحكم النهائي على الجاني فى أى وقت شاء".

ومفاد ذلك أن تحريك الدعوى الخاصة بالسرقة بين الأصول والفروع تتوقف على طلب من المجنى عليه، كما أن له التنازل عن الدعوى فى أى وقت كانت عليه، ليس هذا فحسب بل يجوز له إيقاف تنفيذ الحكم أيضاً.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن النص لم يتناول فرض خيانة الأمانة، إلا أن حكم خيانة الأمانة يتفق مع حكم السرقة فى علة الحفاظ على الروابط الأسرية، وهذا ما استتبع تطبيق النص على جريمة خيانة الأمانة.

=Perelman: Logique juridique, op.cit, p.12 et ss.

Terre(f): Introduction générale au droit, 3ed, paris, 2001, p. 351

(١) د.محمود السقا، المرجع السابق، ص ١٢٦ وما بعدها.

(٢) د.حملى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٤٧٠. د.محمود السقا، المرجع

السابق، ص ١٢٧

Terre(f) : Introduction générale au droit, 3ed, paris, 2001, p. 351.

وقد قضت محكمة النقض في ذلك بـ " إنه لما كان الإعفاء من العقوبة الوارد ذكره في باب السرقة في المادة ٣١٢ عقوبات علقه المحافظة على كيان الأسرة فإنه يكون من الواجب أن يمتد حكم هذا الإعفاء إلى جميع الجرائم التي تشترك مع السرقة فيما تقوم عليه من الحصول على مال الغير بدون حق. وإذن فهو يتناول مرتكب الجريمة الواردة في المادة ٣٢٦ع".

**ثانياً: الاستنتاج من باب أولى "قياس من باب أولى":**

يتمثل هذا السبيل في التفسير وأن تكون هناك حالة منصوص على حكمها، ويكون في ذات الوقت حالات أخرى تتضمن ذات علة الحكم وبصورة أوضح، ومن ثم يتعين تطبيق الحكم المنصوص عليها من باب أولى.

ومثال ذلك ما تضمنته المادة ٢٧٤ من قانون العقوبات من إعطاء الزوج حق العفو عن زوجته المحكوم عليها في دعوى الزنا، حيث نص على أن "المرأة المتزوجة التي ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على ستين، لكن لزوجها أن يوقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها له كما كانت".

فالحكم قد قصر عفو الزوج على إيقاف تنفيذ حكم الحبس، إلا أنه ومن باب أولى يحق للزوج أن يعفو قبل الحكم على الزوجة، من خلال طلب إيقاف السير في إجراءات دعوى الزنا، وذلك تطبيقاً لقاعدة "أن من يملك الأكثر يملك الأقل"، وهذا ما يعكس المنطق في عالم القانون.

- (١) الطعن رقم ١٠٩ - لسنة ١٢ ق - تاريخ الجلسة ١٥ / ١٢ / ١٩٤١ - مكتب فني ع٥ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٢٥٩٧ - [رفض الطعن].
- (٢) د. محمود السقا، المرجع السابق، ص ١٢٧؛ د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٤٧١؛ د. السيد العربي، المرجع السابق، ص ٣٢. Perelman op.cit, p.8.
- (٣) د. محمود السقا، المرجع السابق، ص ١٢٨.

كما يجد هذا الأمر تطبيقاً من خلال المادة ٢٣٧ عقوبات إذ نصت على أن "من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومن يزني بها يعاقب بالحبس بدلاً من العقوبات المقررة في المادتين ٢٣٤، ٢٣٦".

ومفاد ذلك أن عقوبة الزوج حال مفاجأة الزوجة بالزنا وقتلها تخفف إلى الحبس، وذلك تأسيساً على أن هذا الفرض يعد من الأعدار المخففة للعقاب، وتجدد الإشارة إلى أن النص لم يتناول فرض قيام الزوج بفعل الضرب الذي يفضى إلى عاهة مستديمة، إلا أنه قياساً ومن باب أولى يسرى حكم هذا النص على الضرب، ويرجع ذلك إلى أن الضرب أقل خطورة من القتل؛ لذا كان التخفيف واجباً، فإذا كان النص يقرر التخفيف على القتل وهو من الجرائم الخطرة فإنه يطبق على الضرب المفضى إلى عاهة من باب أولى.

### ثالثاً: الاستنتاج من مفهوم المخالفة:

وهذه الصورة من الاستنتاج تتمثل في إعطاء حالة غير منصوص عليها حكماً مخالفاً لحالة منصوص عليها، وذلك لاختلافهما في العلة، حيث قد تكون الحالة المنصوص عليها جزئية من جزئيات الحالة غير المنصوص عليها، وهذا ما يستلزم تخصيصها بحكم تنفرد به دون سائر الجزئيات الأخرى.<sup>٢</sup>

ومثال ذلك ما تضمنته قواعد القانون المدني القديم من عدم النص على حكم بيع الشيء المستقبل، إلا أنه وفي ذات الوقت قرر حكماً لبيع التركات المستقبلية، حيث نص في المادة ٢٦٣ على أن "بيع الحقوق في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه".

(١) د. حمدى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٤٧١؛ د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٢٧٢.

(٢) د. محمود السقا، المرجع السابق، ص ١٢٨ وما بعدها؛ د. حمدى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٤٧٢؛ د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٢٧٣.



فمفاد ذلك أن بيع التركة المستقبلية باطل ولو برضاء الفرد ذاته ،  
والتركة المستقبلية تعد جزءاً من بيع الشيء المستقبل ، وهذا ما يفهم منه أن  
إقرار نص خاص لهذه الجزئية تنفرد به لا ينطبق على بيع الأشياء الأخرى  
المستقبلية ، وهذا الحكم هو ما يمكن الوصول إليه بطريق الاستنتاج بمفهوم  
المخالفة. وتطبيقاً لذلك جاز لصاحب المصنع أن يبيع أشياء لم تصنع بعد ،  
كما جاز للزارع أن يبيع محصول قطنه الذي لم يزرعه بعد .

كما يجد الاستنتاج بمفهوم المخالفة مجالاً للتطبيق من خلال نص  
المادة الرابعة من القانون المدني ، إذ نصت على أن "من استعمل حقه  
استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر".

فمفاد ذلك أن من استعمل حقه بصورة مشروعة لا يسأل عما  
ينشأ عن هذا الاستعمال من أضرار ، وهذا ما يستتبع بمفهوم المخالفة أنه  
من استعمل حقه بصورة غير مشروعة يسأل عن الأضرار الناشئة عن هذا  
الاستعمال .

وقد قضى تحقيقاً لذلك بأنه " نصت المادتان الرابعة والخامسة من  
التقنين المدني على أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً  
عما ينشأ عن ذلك من ضرر بالغير وأن استعمال الحق لا يكون غير  
مشروع إلا إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير وهو ما لا يتحقق إلا  
بانتفاء كل مصلحة من استعمال الحق ، وحقا التقاضي والدفاع من الحقوق  
المباحة ولا يسأل من يلج أبواب القضاء تمسكاً أو ذوداً عن حق يدعيه  
لنفسه إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح إلى اللدد في الخصومة والعنت مع  
وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم ، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد  
اقتصر في نسبة الخطأ إلى الطاعن إلى ما لا يكفي لإثبات انحرافه عن حقه

(١) د. محمود السقا، المرجع السابق، ص ١٢٩.

(٢) د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٤٧١ وما بعدها؛ د. فايز محمد

حسين، المرجع السابق، ص ٢٧٣.

المكفول في التقاضي والدفاع إلى الكيد والعنت واللدن في الخصومة فإنه يكون فضلاً عما شابه من القصور قد أخطأ في تطبيق القانون".<sup>١</sup>  
رابعاً: البحث عن حكمة التشريع:

يتمثل هذا المنهج في قيام المفسر بالبحث عن حكمة التشريع، أي يتوصل إلى علة الأحكام التي تتضمنها النصوص، وذلك في سبيل تفسير الألفاظ الغامضة أو المبهمة.<sup>٢</sup>

فالمستقر عليه أن أي تشريع ينبغي تحقيق مصلحة سواء أكانت اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية أو أخلاقية، والوصول إلى هدف التشريع أو المصلحة المتبتغاة من وراءه يسهل من تفسير النصوص المبهمة أو الغامضة.<sup>٣</sup>

وتطبيقاً لذلك يمكن تفسير لفظ الليل كظرف مشدد في جريمة السرقة، فالحكمة من النص هنا أن المشرع جعل الليل ظرفاً مشدداً لسهولة ارتكاب هذه الجريمة في الظلام، وهذا ما استتبع تشديد العقوبة في سبيل ردع المجرمين الذين يستسهلون ارتكاب جرائمهم في الليل. وأمام هذه الحكمة وجب تفسير لفظ "الليل" بمعنى الظلام، ولم يقتصر على المعنى الفلكي الذي يعنى البدء من غروب الشمس وينتهي عند شروقها.<sup>٤</sup>

كما يتضح هذا الأمر بصدد عقد الإيجار الذي قام المشرع بإصدار قانون خاص لتنظيمه، وذلك في أعقاب الأزمات والظروف الاقتصادية،

(١) للطعن رقم ٤٣٨ - لسنة ٤٣ ق - تاريخ الجلسة ٢٨ / ٣ / ١٩٧٧ - مكتب

فني ٢٨ رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٢٨١٢ - لنقض الحكم والإحالة.

(٢) د. حسام الأهواني، أصول القانون، د. ن، ١٩٨٨، ص ٢٩٠ وما بعدها، د.

محمود جمال ذكي، دروس في مقدمات الدراسات القانونية، د. ن، الطبعة الثانية، ١٩٦٩، ص ٢٥٥.

(٣) د. محمود السقا، المرجع السابق، ص ١٣٠؛ د. فايز محمد حسين، المرجع

السابق، ص ٢٧٤.

(٤) د. محمود السقا، المرجع السابق، ص ١٣٠ وما بعدها.

وقد أوجد العديد من الوسائل لحماية المستأجر من المؤجر، إذ أنه وقف في صف الطرف الضعيف من وجهة نظره ألا وهو المستأجر، لذا فإنه مراعاة لهذه الحكمة يجب تفسير النصوص في ضوء ذلك.

## المبحث الثاني المنطق والقاضي

ينوء على كاهل الدولة ثقل الفصل في المنازعات التي تثور فيما بين الأفراد، وذلك في سبيل تنظيم المجتمع وعلاقاته، وعدم العودة مرة أخرى إلى برائن عصر القوة والانتقام الفردي.

ويكلف القاضي بحمل هذه المهمة، إذ خول من قبل الدولة النظر والفصل في المنازعات، وهو في ذلك يقوم بتطبيق القواعد القانونية، هادفاً إلى تحقيق العدالة والاستقرار والأمن القانونيين.

وهذا الالتزام الملقى على عاتق القاضي يعتبر التزاماً قانونياً، إذ أنه ملتزم بالفصل في المنازعات وإنزال حكم القانون على الوقائع المعروضة وإلا عد منكرًا للعدالة، وهذا ما يمثل جريمة تستوجب العقاب.<sup>١</sup>

وتجدر الإشارة هنا إلى أن القاضي في سبيل القيام بوظيفته في الوصول إلى أحكام فاصلة في المنازعات يقوم بتحليل الوقائع وتركيبها، وذلك في ضوء المنطق القانوني.

فالقاضي يقوم بتكييف الوقائع محل النزاع في سبيل تحديد القاعدة القانونية واجبة التطبيق، وهذا ما يستتبع تسيب ما توصل إليه من حكم، هادفاً إلى تبيان ما اعتمد عليه في تكوين اعتناقه بصورة منطقية.<sup>٢</sup>

ويمكن تبيان دور المنطق في دور القاضي فيما يلي:

- (١) دنزيه المهدي، المدخل لدراسة القانون "نظرية القانون"، د. ن، ١٩٩٢، ص ٣٠٨ وما بعدها، د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٢٧٥.
- (٢) د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٥٣.
- (٣) د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٥٢.

**المطلب الأول: دور القاضى وأدواته المنطقية.**

**المطلب الثانى: المنطق والطعن.**

### **المطلب الأول**

#### **دور القاضى وأدواته المنطقية**

تتمثل وظيفة القانون فى تنظيم العلاقات بين أفراد المجتمع، وذلك بصورة تحقق العدالة والمساواة، وهذا ما يعكسه دور القاضى فى ثنانيا عمله فى الفصل فى المنازعات.

ويعد ما يقوم به القاضى من تكييف حجر الزاوية فى العملية القضائية، هذا بالإضافة لكونه انعكاسا لفكرة العدالة القانونية من خلال التطبيق الصحيح للقواعد القانونية على المراكز القانونية المعروضة<sup>١</sup>.

ويرجع ذلك إلى أن كافة الأطراف فى الحياة القانونية يلجئون للتكييف، فالفرد يكيف تصرفاته القانونية كما أن القاضى يقوم بتكييف المراكز المعروضة عليه، هذا بالإضافة إلى أن المشرع يقوم بتكييف كافة الأشياء<sup>٢</sup>.

ومفاد ذلك أن التكييف يعد عملية قانونية تتضمن ترجمة وقائع معروضة بواسطة مفاهيم قانونية، وهذا ما يمكن القول معه أن القواعد القانونية تمثل الأساس الذى يساهم فى تكييف الوقائع المعروضة<sup>٣</sup>.

(١) د. محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للتكييف القانونى للدعوى فى قانون المرافعات، القاهرة، دار الفكر العربى، ١٩٨٢، ص ١١٤.

(٢) د. محمد نور عبد الهادى شحاته، سلطة التكييف فى القانون الإجرائى "دراسة مقارنة فى القوانين الإجرائية المدنية والجناثية والإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، دت، ص ٣.

Terre: L'influence des volontes individuelles sur les qualifications, thèse, L.G.D.J, 1957, No 630, p.510 et ss.

(3) H.Motulsky : Droit processuel, Ed Montchrestien, 1973, p.197.

ويرتبط بالتكليف التسبب إذ يلزم القاضى بتسبب ما توصل إليه من حكم، وذلك لتبيان طرق استنباطه واستنتاجه وتحليله للأدلة وكيفية توصله للنتيجة النهائية.

وبما لا شك فيه أن التكليف والتسبب يتضمنان وسائل منطقية، بل أنهما يعتمدان بصورة أساسية عليها، ويمكن تفصيل ذلك فيما:

**الفرع الأول: مراحل التحليل القضائي.**

**الفرع الثاني: أدوات القاضى المنطقية.**

### **الفرع الأول**

#### **مراحل التحليل القضائي**

يقوم القاضى فى سبيل الوصول إلى حكمه بتحليل الوقائع المعروضة وإعادة تركيبها، وذلك فى سبيل فهم الواقعة الصحيحة - مقدمة صغرى - بغية تكيفها للوصول إلى القاعدة القانونية الملائمة - مقدمة كبرى -، وصولاً إلى نتيجة نهائية أو الحكم، وهو فى ذلك ملزم بتبيان أسس حكمه وكيفية فهمه للوقائع ووسائل استنباطه واستقرائه وهذا ما يتضمنه تسبب الحكم.

ويقصد بالتكليف تفعيل القاعدة القانونية من خلال تطبيقها على ما يعرض من وقائع، وذلك من خلال ثبوتها والتأكد منها، أو بمعنى أكثر دقة "التكليف تمهيد لازم لتحديد قاعدة القانون القابلة للتطبيق على النزاع المعروض".<sup>٢</sup>

كما عرف أيضاً بأنه عمل قانونى إلزامى يقوم به قاضٍ بمناسبة طرح دعوى عليه يتجسد فى التسبب، جوهره صهر واقع الدعوى

(١) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام فى قانون المرافعات، الإسكندرية، دار المعارف، الطبعة الخامسة، ١٩٨٥، ص ٢٧١.

(٢) د. عيد القصاص، التزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة "دراسة تحليلية مقارنة فى قانون المرافعات المصرى والفرنسى، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ٣٥٥.

والقانون المنطبق عليها بتجريدتها تجريداً قضائياً، وذلك من خلال قياس منطقي فيما بين مقدمات يعتمد على قواعد، أصول ثابتة والنتيجة هو التكييف القانوني<sup>١</sup>.

ومفاد ذلك أن التكييف يساهم في تطبيق القاعدة القانونية على الوقائع أو النزاعات المعروضة، أو بمعنى آخر هو وسيلة التحول من الواقع إلى القانون، إذ يعد المقدمة الأساسية في سبيل الوصول إلى القاعدة القانونية التي تلائم الوقائع، وهذا ما يظهر اللجوء إلى وسائل المنطق القانوني<sup>٢</sup>.

وخلاصة ما سبق يمكن القول أن التكييف يعد لازماً لسريان حكم القانون في المجتمع بصورة صحيحة ومن ثم تحقيق سيادته، فالقاضي في ممارسته وظيفته تعرض عليه وقائع قانونية يترتب عليها آثار محددة، وهو مطالب بتكييفها تكييفاً صحيحاً لإنزال حكم القانون بحيث يتسم بالعدالة، فيدون التكييف لا يمكن للقاضي التوصل إلى حكم قانوني سليم<sup>٣</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن التكييف لازم لكل من القاضي الجنائي والقاضي المدني، وإن اتم بأهمية خاصة في القانون الجنائي ويرجع ذلك لارتباطه بمبدأ الشرعية<sup>٤</sup>.

- (١) د. محمد محمود، المرجع السابق، ص ١١٣.
- (٢) د. محمد نور شحاتة، المرجع السابق، ص ١٣. د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٥٥ وما بعدها.
- (٣) د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٢؛ د. نبيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٢، ص ١٩٦؛ د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٥٨.
- (٤) د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٥٦ وما بعدها.

Soyer(J.C): Droit pénal et procédure penal, 2ed, paris, delta, L.G.D.J, 1995, p.76.

حيث إن القانون الجنائي بكافة أجزائه يعتمد على التكييف، ويتجلى ذلك في ظهوره في كافة المراحل القضائية بدءاً من التحقيق الابتدائي، مروراً بالمحاكمة وصولاً إلى محكمة النقض<sup>١</sup>.

والتكييف وفقاً لذلك هو نشاط ذهني أولى للقاضي في سبيل انتهاج المنهج السليم إذ يعد استدلالاً فكرياً، فالقاضي يحدد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، بحيث يقوم من خلال التكييف بربط القاعدة القانونية بالوقائع بواسطة الاستدلالات المنطقية<sup>٢</sup>.

ويرجع ذلك إلى أن إنزال القاضي حكم القواعد القانونية على الوقائع لا يتصف بالتلقائية، بل يجب على القاضي أن يتخذ قرار بصده، وهذا ما يعكس أهمية التكييف، إذ بدونها لا يمكن للقاضي تطبيق القاعدة القانونية بشكل صحيح، بحيث يتصف تطبيقه بالعشوائية<sup>٣</sup>.

والقاضي في سبيل التكييف السليم للواقعة قد يلجأ إلى أحد منهجين، الأول هو المنطق القانوني الشكلي، وهو ما يعني الالتزام بحرفية النصوص، والثاني هو المنطق القانوني الموضوعي، وهنا يترك مساحة من الحرية للقاضي للعمل فيها.

أما من جهة المنطق القانوني الشكلي فيتجلى حال تحديد القانون حلاً معيناً للنزاع، فهنا يلتزم القاضي بالقاعدة القانونية دونماوية، وذلك

(1) Garraud: Traité d'instruction criminelle, 1959, Tome IT, p.33.

-Perreau Bernard: De la qualification en matière criminelle, pref J.A.Roux, L.G.D.J, 1926, p.1

(٢) د. على حمودة، القواعد المنطقية لفهم الواقع والقانون في الدعوى الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢، ص ٩٦؛ د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٥٩.

(٣) د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٢.

كالالتزام بمفهوم المضطلحات التي حددها المشرع، إذ حال مخالفة ذلك يوصم عمل القاضى بالعييب ويجب نقضه<sup>١</sup>.

وقد يلجأ القاضى فى تكييفه للوقائع للقياس القضائى الشكلى، إذ وفقاً لذلك تعد القاعدة القانونية مقدمة كبرى، أما المقدمة الصغرى فتتمثل فى الوقائع المطروحة، أما التكييف فهو نتيجة القياس<sup>٢</sup>.

أما من جهة المنطق القانونى الموضوعى فيتجلى حال ترك القواعد القانونية للقاضى سلطة تقديرية وفقاً للظروف والأحوال، إذ أن القاضى وفقاً للرأى الراجح فى الفقه يخول له التعويل على كافة عناصر الدعوى. ويرجع ذلك إلى أن القاضى ملزم بتطبيق القانون من تلقاء نفسه، لذا وجب عليه تكييف الدعوى فى حدود كافة عناصر الدعوى بما يتضمنه من طلبات ودفع، علماً بأن العبرة بمحقيقة ما قصد منها وليس بالألفاظ المعبرة عنها<sup>٣</sup>.

وبما سبق كله يمكن القول أن القاضى فى سبيل تكييفه للوقائع يستخدم مناهج المنطق المختلفة من شكلية وموضوعية، إذ من خلالها يتم استخلاص القواعد القانونية الواجبة التطبيق.

وتتجلى أهمية المنطق فى التكييف فى إكساب العمل القضائى اليقين والسلامة إلى حد بعيد، إذ يرتب اللجوء إلى المنطق ضبط عمل القاضى بصدد تطبيق القانون، مما يسهل مراقبة النتائج المتوصل إليها ومن ثم الحكم، وهذا ما يستتبع فعالية القانون وعدالته<sup>٤</sup>.

(١) د. أحمد سيد صاوى، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضى الموضوع فى المواد المتعلّقة بالتجارية، القاهرة، دار النهضة العربية، د.ت، ص ٢١٨؛ د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٥٩.

(٢) د. محمد محمود، المرجع السابق، ص ١١٥.

(٣) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٢١٤ وما بعدها؛ د. عيد القصاص، المرجع السابق، ص ٣٢٨ وما بعدها؛ د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٥٧ وما بعدها.

(٤) د. على حمودة، المرجع السابق، ص ٩٤؛ د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٦٣.



ويرتبط بالتكليف تسبيب الحكم إذ أن كليهما يعد من عمل القاضى، فالقاضى يقوم بتكليف الواقعة وذلك بغية تحديد القاعدة القانونية واجبة التطبيق، ثم بناءً على ذلك يحكم فى النزاع وهو ملتزم هنا بتسبيب الحكم، إذ نصت المادة ١٧٦ من قانون المرافعات على أنه "يجب أن تشمل الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها وإلا كانت باطلة". وقد قضى فى ذلك بأن "المادة ١٧٦ من قانون المرافعات تقضي بأنه يجب أن تشمل الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها وإلا كانت باطلة - كما أن المادة ١٧٨ من ذات القانون تقضي بأن القصور فى أسباب الحكم يترتب عليه بطلان الحكم - خلو مسودة الحكم من أية أسباب اكتفاء بالإحالة إلى الأسباب المدونة فى أحد الأحكام الأخرى الصادرة فى ذات الجلسة التي صدر فيها الحكم - بطلان الحكم فى هذه الحالة - وجوب إعادة الدعوى إلى المحكمة التي أصدرت الحكم للفصل فيها مجدداً".

كما نصت المادة ٣١٠ إجراءات جنائية على أنه "يجب أن يشمل الحكم على الأسباب التي بني عليها، وكل حكم بالإدانة يجب أن يشمل على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة، والظروف التي وقعت فيها، وأن يشير إلى نص القانون الذي حكم بموجبه.

وقد قضى فى ذلك بأنه "لما كان القانون قد أوجب فى المادة ٣١٠ من قانون الإجراءات الجنائية أن يشمل الحكم على الأسباب التي بني عليها وإلا كان باطلا، والمراد بالتسبيب المعتبر قانونا هو تحديد الأسانيد والحجج المبني عليها الحكم والمنتجة فيما انتهى إليه سواء من حيث الواقع أو من حيث القانون. وكان من المقرر أنه يجب للإدانة فى جرائم تزوير المحررات أن يعرض الحكم لتعيين المحرر المقول بتزويره وما انطوى عليه من بيانات ليكشف عن ماهية تغيير الحقيقة فيه وإلا كان باطلا، وكان الحكم

(١) الطعن رقم ٦٢ - لسنة ٢٥ ق - تاريخ الجلسة ٢٢ / ٣ / ١٩٨١ -  
مكتب فني ٢٦ رقم الجزء ٢ - رقم الصفحة ٢٧٤٩ - [بطلان الطعن].

المطعون فيه سواء في معرض تحصيله لواقعة الدعوى أو سرده لمؤدى الأدلة التي عول عليها ومن بينها تقرير قسم أبحاث التزييف والتزوير بمصلحة الطب الشرعي قد اقتصر على القول بأنه: "وقد تمكن المتهم من تغيير بطاقة وبيانات الحرز وحرر بخط يده بيانات كاميرات مغايرة"، دون أن يعرض في وضوح وتفصيل لبيانات بطاقة الحرز محل الاتهام سواء من حيث بياناتها المطبوعة أو بياناتها المكتوبة بخط اليد، وكيفية نسبتها إلى مفتش التموين محرر المحضر، على اعتبار أن تلك البطاقة هي الدليل الذي يحمل أدلة التزوير، وعلى نحو يكشف عن ماهية تغيير الحقيقة فيها، فإن الحكم يكون مشوباً بقصور يعنيه ويوجب نقضه والإعادة دون حاجة إلى بحث باقي أوجه الطعن".<sup>١</sup>

والتسبيب هو استعراض الحجج والأسانيد الواقعية والقانونية التي أسس عليها الحكم<sup>٢</sup>، ومفاد ذلك أن التسبيب هو بيان الأسانيد والحجج التي بنى عليها الحكم.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن التسبيب وفقاً لذلك يرتبط بالمنطق القانوني ارتباطاً وثيقاً، ويتجلى ذلك في كونه الوسيلة التي يمكن منها التأكد من صحة الحكم، إذ من خلاله يمكن تبين القصور أو فساد الأحكام<sup>٣</sup>.

وقد قضى تأكيداً لذلك بأن "الأحكام في المواد الجنائية يجب أن تبنى على الجزم واليقين لا على الظن والاحتمال وكان الشارع يوجب في المادة ٣١٠ من قانون الإجراءات الجنائية أن يشتمل كل حكم بالإدانة على

(١) الطعن رقم ٢٤٧٢٩ - تاريخ الجلسة ١٠ / ١٢ / ٢٠٠٦ - للنقض والإحالة للدعوى الجنائية.

(٢) د. أحمد هندي، أصول المرافعات المدنية والتجارية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٣، ص ٩٢٠ وما بعدها.

Guinchard(S): Droit processuel, Dalloz, 2005, p.773.

(٣) د. على حمودة، المرجع السابق، ص ٩.

بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة بياناً تتحقق به أركان الجريمة والظروف التي وقعت فيها والأدلة التي استخلصت منها المحكمة ثبوت وقوعها من المتهم، وأن تلتزم بإيراد مودى الأدلة التي استخلصت منها الإدانة حتى يتضح وجه استدلالها بها وسلامة مأخذها وإلا كان الحكم قاصراً<sup>١</sup>.

ويمكن القول بناءً على ذلك أن التسيب يتضمن الأسباب الواقعية والقانونية التي من خلالها يتوصل القاضى إلى حكم معين، وهذا ما يضمن على القانون عدالة التطبيق، إذ التسيب يعد وسيلة القاضى فى البرهان على حسن فهم القانون وتطبيقه<sup>٢</sup>.

وتأكيداً لذلك قضى بأن "المادة ٣١٠ من قانون الإجراءات الجنائية قد أوجبت في كل حكم بالإدانة أن يشتمل على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة بياناً تتحقق به أركان الجريمة التي دان الطاعنين بها والظروف التي وقعت فيها والأدلة التي استخلصت منها المحكمة ثبوت وقوعها منهما، وكان يبين مما حصله الحكم المطعون فيه أنه بين واقعة الدعوى بما تتوافر به كافة العناصر القانونية للجريمة التي دان الطاعنين بها وأورد على ثبوتها في حقهما أدلة سائغة ومن شأنها أن تؤدي إلى ما رتبته عليها وجاء استعراضه لأدلة الدعوى على نحو يدل على أن المحكمة محصتها التمحيص الكافي وألمت بها الإماماً شاملاً يفيد أنها قامت بما ينبغي عليها من تدقيق البحث لتعرف الحقيقة، ومن ثم فإن معنى الطاعن في هذا الشأن لا يكون سديداً"<sup>٣</sup>.

فالقانون فى سعيه لتحقيق العدالة ينشد الاتفاق مع مقتضيات التفكير المنطقي، إذ أن القانون أيا ما كان يهدف إلى إقناع الأفراد، وهذا ما

- 
- (١) الطعن رقم ٣١٣٧٨ - تاريخ الجلسة ٥ / ٢ / ٢٠٠٧ - بالنقض والإحالة للدعوى الجنائية
- (٢) د.فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٦٦.
- (٣) الطعن رقم ٣٢٤٥٤ - تاريخ الجلسة ١٤ / ٩ / ٢٠٠٨ - بالنقض والتصحيح للدعوى الجنائية.

يتحقق بالوسائل المنطقية، وذلك ما ينعكس على التكييف والتسبيب، حيث إن كليهما يعتمدان على المنطق بغية الوصول إلى تطبيق صحيح للقانون<sup>١</sup>.

ومما سبق كله يمكن القول أن القاضى من خلال التكييف والتسبيب يظهر استيعابه لكافة الوقائع للنزاع المعروض، كما يعكس استيعابه لكافة المسائل القانونية.

فالتكييف يعكس ضمان عدم تحيز القاضى، وبذله العناية اللازمة لفحص أدلة الخصوم ودفاعهم، وهذا ما يمكن التأكد منه من خلال التسبيب، إذ من خلاله يبين القاضى منهجه القضائى فى التكييف وأسبابه فيما توصل إليه من حكم<sup>٢</sup>.

وتحقيقاً لذلك يتضمن التسبيب سرداً لكافة وقائع الدعوى، وذلك قبل استخلاص ما هو صحيح منها وتقريره، ومن ثم تكييف الوقائع بغية تحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، وأخيراً منطوق الحكم المتسق مع أسبابه<sup>٣</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن القاضى فى سبيله للتسبيب يلجأ إلى المنطق القانونى من خلال الاستدلال، فهو يبين كيفية استخلاصه للوقائع وإعماله للقانون، وهذا ما يجعل التسبيب مرآة لمدى سلامة المنطق القضائى<sup>٤</sup>.

(١) د. حمدى عبد الرحمن، أصول القانون، المرجع السابق، ص ٢٠٠ د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٦٧.

(٢) د. محمد محمود، المرجع السابق، ص ٤٢ وما بعدها، د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائى الخاص، الإسكندرية، منشأة المعارف، د. ت، ج ٢، ص ٢٥٠.

(٣) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ١٧١؛ د. أحمد أبو الوفا، تسبيب الأحكام، بحث منشور فى مجلة الإسكندرية، البحوث القانونية والاقتصادية، السنة السابعة، ١٩٥٦، العددان الأول والثانى، ص ٤.

Cadiet(L): Droit Judicaire prive, paris, 1992, p.567.

(٤) د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص ٤٤.

فمفاد ذلك أن القاضى يؤسس حكمه وعقيدته من خلال الوقائع والأدلة، وهو فى ذلك يتبع منهجاً جدلياً يتضمن عدة فروض، لذا فهو ملزم بتوضيح أسباب حكمه وحججه وكيفية توصله للحكم أو النتيجة النهائية<sup>١</sup>.

## الفرع الثانى أدوات القاضى المنطقية

يستخدم القاضى العديد من الأدوات المنطقية فبجانب التفسير الذى يشترك فى استخدامه المشرع، يلجأ القاضى إلى الاستدلال، والاستدلال هو طلب الدليل، وقد عرفه الأصوليون بأنه إقامة الدليل والنظر فيه. ويعد الاستدلال عملية منطقية تستتج فيها صحة أشياء ناتجة عن التسليم بصحة قضية أخرى، فهو "عملية منطقية ينتقل فيها الفكر من قضية مسلم بصحتها إلى أشياء أخرى ناتجة عنها بالضرورة"<sup>٢</sup>.

ومفاد ذلك أنه يمكن القول أن الاستدلال هو الانتقال من ما هو معلوم إلى ما هو مجهول، إذ أنه يتضمن عدة عمليات مجردة، تؤسس على معلومة مؤكدة فى نزاع وتطبيقها على واقعة أخرى<sup>٣</sup>.

ومما سبق يتضح أن الاستدلال يتضمن مقدمة ونتيجة تربطهما علاقة منطقية يكشف عنها العقل، وذلك من خلال تطبيق المقدمة أو المقدمة الكبرى ألا وهى القاعدة المؤكدة الموجودة على الواقعة محل النزاع

- (١) د. أحمد فتحى سرور، المرجع السابق، ص ٢١١.
- (٢) د. عبد المنعم الحفنى، المعجم الفلسفى، القاهرة، الدار الشرقية، ١٩٩٠، مادة "استدلال"؛ د. عبد الرحمن بدوى، المنطق الصورى والرياضى، الكويت، دن، ١٩٧٧، ص ١٣٩؛ د. السيد العربى، المرجع السابق، ص ٢٩.
- (3) Perelman(CH): Raisonement juridique et logique juridique, A.P.D, 1966, p.2, Villey(M): Histoire de la logique, op.cit, p,23.

المعروض أو المقدمة الصغرى، وذلك من خلال وجود ارتباط فيما بينهم وهذا ما يظهر أو يتوصل إليه العقل.<sup>١</sup>

وقد يكون الاستدلال قانونيا وقد يكون قضائيا، فمن جهة الاستدلال القانوني فهو منهج عقلي يرتب الوصول إلى الحلول القانونية للنزاعات المعروضة، وذلك باللجوء إلى عدة وسائل عقلية.<sup>٢</sup>

فالقانون يهدف إلى تنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع، وهذا ما يستتبع فرض سلوك معين يعكس قيمه ومبادئه، وهو ما يعكس تجاربه السابقة، والاستدلال القانوني هو تطبيق هذه المبادئ على ما يستجد من وقائع.<sup>٣</sup>

أما الاستدلال القضائي فيعد الأداة الرئيسية في تطبيق القواعد القانونية على الوقائع المجتمعية، إذ القضاة في الأحكام القضائية ملتزمون بتسييب أحكامهم، وهذا ما يتضمن اللجوء إلى وسائل المنطق من استدلال وقياس.<sup>٤</sup>

ويعكس الحكم القضائي منهج الاستدلال وبوضوح، إذ أنه يتضمن مقدمة كبرى ألا وهي النص القانوني، ومقدمة صغرى ألا وهي الواقعة أو النزاع المعروض، ومن ثم النتيجة أو التطبيق.<sup>٥</sup>

(١) د. محمود السقا، المرجع السابق، ص ٢٣، د. السيد العربي، المرجع السابق،

ص ٢١.

Perelman(ch): logique juridique, op.cit, p.4 et ss, Terre, op, cit, p.350 et s,

(2) Bergel(J.L): Théorie générale du droit, paris, Dalloz, 1989, p.263.

(٣) د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٢٣٥.

Bergel: op, cit, p.264.

(٤) د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٢٣٥.

(5) Perelman:La raisonnable et le déraisonnable en droit, paris, 1984, p.136 et ss.Hebraud(P): op, cit, p.146.

ومما تجدر الإشارة إليه أن الاستدلال القضائي يتصف بأهميته القصوى فى المجال القانونى، إذ يعد استدلالاً مركباً، فهو من جهة يتوصل إلى الحكم من خلال القواعد، وهذا ما يمثل أداة تطبيق القواعد، ومن جهة أخرى يتضمن وسائل الاستدلالات الرئيسية أو الأولية من مقدمات كبرى وصغرى ونتيجة، فهو قد يتضمن اللجوء إلى قواعد قانونية بالإضافة إلى قواعد أخرى غير قانونية<sup>١</sup>.

ويتخذ الاستدلال صورتين، أولهما الاستنتاجى أو الاستنباط، وثانيتهما الاستقرائى أو الاستقراء، كما قد يكون الاستدلال مباشراً، وذلك فى الأمور التى يتوصل إليها من خلال قضية واحدة معلومة بلا توسط قضية أخرى، وقد يكون غير مباشر وذلك فى الأمور التى يتوصل إليها من خلال عدة قضايا<sup>٢</sup>.

يقصد بالمنهج الاستنباطى الوصول إلى الأحكام الجزئية من الأحكام الكلية إلى الجزئية، أى الوصول من الكل إلى الجزء، أو بمعنى آخر هو التوصل إلى معرفة حكم الخاص ارتكازاً على العام أو الكل<sup>٣</sup>. فالاستنباط وفقاً لهذا التعريف يقوم على أساس تصور عقلى لوضع مقدمات وفروض، وذلك للوصول إلى نتائج، وهذه الفروض تبدأ من الكل أو العام إلى الخاص أو الجزء.

وتجدر الإشارة إلى أنه من الضرورى أن يتضمن هذا الأسلوب صحة وسلامة التفكير المنطقى، صحة المقدمات والفروض، بالإضافة إلى صحة المدركات العقلية، وذلك حتى تكون النتائج التى تستنتج صحيحة. ومفاد ذلك أن الاستنباط يمثل جوهره البحث فى الكليات أو المبادئ العامة المدرجة فى النصوص الدستورية أو التشريعية، وذلك

(١) د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٢٣٦.

(٢) د. السيد العربى، المرجع السابق، ص ٢٩.

(٣) د. حسن عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٢٢ وما بعدها.

للوصول إلى حلول للجزئيات، بحيث تشمل المبادئ مقدمات عامة والجزئيات مقدمات صغرى.

فلاستنباط يستخدم في المجال القانوني عند وضع المبادئ العامة والقوانين، وتطبيقاً لذلك يقوم القاضى بتحديد الوصف القانوني للمشكلة محل النزاع، ومن ثم يقوم بتطبيق المبدأ القانوني العام على الحالة الخاصة.

فالقاضى لدى قيامه محل النزاع المعروض عليه يقوم باستخدام المنهج الاستنباطى، حيث يقوم باستخدام مقدمات وفروض صحيحة متمثلة فى النصوص القانونية ثم يطبقها على الوقائع المعروضة "الجزئيات"، فالقاضى يستخلص حكم الجزء "النزاع" من الكل "النصوص القانونية".<sup>١</sup>

وتجدر الإشارة إلى أن عملية الاستنباط لا تشترط أن يكون المرء على معرفة بقواعد المنطق بشكل دقيق، إذ بالرغم من أنها قد تبدو وسيلة استدلالية معقدة إلا أنها حديثة.

ومثال ذلك أن النص القرآنى الكريم الذى تضمن أن الأشياء المسكرة محرمة، يمكن من خلاله وبسهولة استنباط أن كافة الأشياء المستحدثة محرمة أيضاً كالمخدرات وغيرها.<sup>٢</sup>

وقد يكون الاستدلال من باب أولى، وذلك من خلال استنتاج حكم لنزاع من قضية أخرى، تأسيساً على ذات الأسباب، فإذا كانت القضية الأولى صادقة فمن باب أولى فإن القضية الثانية صادقة لتوافر ذات الأسباب.

ومثال ذلك الاستدلال أو الاستنباط فى القرآن الكريم على البعث، فقد قال تعالى "أَوَلَيْسَ الَّذِي خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ يَقَادِرُ عَلَىٰ"

(١) د. السيد العربى، المرجع السابق، ص ٣٠ وما بعدها.

(٢) د. السيد العربى، المرجع السابق، ص ٣٠.



أَنْ يَخْلُقَ وَمِثْلَهُمْ<sup>١</sup> ، فالنص القرآني يقرر أن خلق السموات والأرض أكبر من خلق الإنسان ، والله سبحانه وتعالى القادر على خلق ما هو أكبر قادر على خلق ما هو أقل<sup>١</sup> .

أما من جهة المنهج الاستقرائي فيقصد به الوصول إلى حكم الكل من خلال حكم الجزء ، فهو يعنى استقراء أو ملاحظة حكم الجزئيات للوصول إلى حكم الكل ، فهو منهج تصاعدي من الجزء إلى الكل .  
وتجدر الإشارة إلى أن المنهج الاستقرائي يقوم على أساس الملاحظة ، أي ملاحظة الأمور الجزئية وتحديدتها ، ومن ثم تدوين ما تم التوصل إليه من خلالها ، وذلك للوصول إلى حكم كلى لكافة الأمور الجزئية ، بحيث يجمع الحكم الكلى كافة الأحكام الجزئية<sup>٢</sup> .

ونظراً لقيام المنهج الاستقرائي على هدف يتغنيه ألا وهو الوصول من الخاص إلى العام أو من الجزء إلى الكل ، فقد عد السبيل نحو تكوين المفاهيم والوصول إلى العموميات ، وذلك من خلال دراسة الفروض والبراهين وإيجاد الأدلة .

ومفاد ما سبق أن المنهج الاستقرائي في نطاق القانون يقوم على أساس النظر في الجزئيات وردها إلى مبدأ عام ، بحيث ينطبق هذا المبدأ العام على كافة الجزئيات المتشابهة سواء من حيث الطبيعة أو الحكم القانوني أو من حيث الآثار المترتبة .

والاستقراء له نوعان ، أولهما التام أو الصوري ، وهو ما يعرف أيضاً بالاستقراء الرياضي ، حيث يقوم الرياضيون بالبرهان على قضية خاصة ثم ينتقلون إلى ما هو أهم منها ، وثانيهما الاستقراء الناقص الذي

(١) د. السيد العربي ، المرجع السابق ، ص ٣٢ ، د. سعد الدين السيد صالح ، قصة الصراع بين منطق اليونان ومنطق المسلمين ، الزقازيق ، د.ن ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٠ ، ص ٥٢٢ .

(٢) د. حسن عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص ٢٢ وما بعدها .

يتضمن الاستدلال بأكثر الجزئيات فقط ليحكم على الكل. وهذا النوع الأخير هو ما يكثر استخدامه في الأنظمة القانونية.

ففي الاستقراء تمتد القاعدة العامة إلى عدد من الحالات الجديدة، وذلك لتشابهها أو تماثلها، فالاستقراء يعد ممكناً حال وجود حالات متشابهة.

ويجد هذا الأمر تطبيقاً له في ظل قانون المرافعات في نصه على رد القاضى، حيث نص على أن "يجوز رد القاضى لأحد الأسباب الآتية:

(١) إذا كان له أو لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التي ينظرها، أو إذا جدت لأحدهما خصومة مع أحد الخصوم، أو لزوجته بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضى ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المطروحة عليه.

(٢) إذا كان لمطلقة التي له منها ولد أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضى بقصد رده.

(٣) إذا كان أحد الخصوم خادماً له، أو كان هو قد اعتاد مؤاكلة أحد الخصوم أو مساكنته، أو كان تلقى منه هدية قبيل رفع الدعوى أو بعده.

(٤) إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل".

فوفقاً لهذا النص يجوز رد القاضى في حالات محددة، إلا أن الحالة الرابعة تتسم بالشمول وعدم التحديد، حيث إن لفظ العداوة

(١) د. السيد العربى، المرجع السابق، ص ٣٣.

والمودة من الألفاظ العامة التي تندرج تحتها العديد من المواقف، لذا فإن  
أى موقف يندرج ضمن هذه الحالة يطبق عليه حكم رد القاضى.

وتطبيقاً لذلك نجد أن الربا فى الشريعة الإسلامية يعكس ذلك،  
فقد قيل أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد حرم تبادل الذهب  
بالذهب، والفضة بالفضة والتمر بالتمر والقمح بالقمح والبر بالبر،  
والشعير بالشعير، إلا إذا كانت متساوية فى الكمية.

فعلة التحريم تكمن فى طبيعة السلع المتقولة التى تباع بالكيل  
والمقاس، وهذا ما يستلزم تحريم التبادل بمقادير غير متساوية، وبناءً على  
ذلك يمتد التحريم إلى الزبيب أو أى سلعة أخرى، وذلك حال تبادلها فى  
ذات الظروف.

كما أن الاستقراء يتميز عن القياس من حيث درجة التأكيد،  
فالاستقراء يعد أكثر تأكيداً من القياس فى التوصل إلى النتائج.

ومما تجدر الإشارة إليه أن كلا المنهجين لا غنى عنهما وهما  
يتصفان بالتكامل وليس التناقض، ويرجع ذلك إلى أن الاستقراء يتحول  
إلى استنباط، إذ أن ملاحظة الجزئيات توصلنا إلى أحكام نسمى إلى تطبيقها  
على جزئيات أخرى.

وتطبيقاً لذلك نجد أرسطو قد انتهج المنهج الاستنتاجى وإن لم  
يغفل الاستقراءى، إذ اهتم أرسطو بالكليات فقد رأى أن الوجود الحقيقى  
للأشياء يكمن فى جوهره، وجوهر الأشياء يكمن فى الأشياء ذاتها فكل

(١) د.السيد العربى، المرجع السابق، ص ٣٤ وما بعدها؛ د.حسين حامد، أصول  
الفقه، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٠، ص ٥٢٨.

(٢) د.السيد العربى، المرجع السابق، ص ٣٥.

Weal B.Hallaq: Legal Reasoning in Islamic law and  
common law logic and method, in Cleveland state law  
review, V.34, 1979, p.92.

(٣) د.حسن عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٢٢ وما بعدها.

شيء يحمل في طياته جوهره، وهذا ما يستتبع استنباط حقائق الأشياء وجوهرها أو استنتاجها من ملاحظتها.

### المطلب الثاني

#### الطعن والمنطق القضائي

يقوم القاضى بإصدار الأحكام للفصل فى المنازعات التى تثار فيما بين الأفراد، وهو يقوم بذلك من خلال عدة مراحل من تكييف وتسييب للحكم - كما سبق الذكر - ، وهو فى ذلك يلجأ إلى الوسائل المنطقية من استدلال للوصول إلى النتيجة النهائية.

ورغبة من المشرع فى تحقيق العدالة وإكساب القانون صفة الإقناع من خلال التطبيق، فإن القاضى يخضع للرقابة فيما توصل إليه من نتيجة من خلال مراجعة الوسائل المنطقية، حيث ينظر فى استنباطه واستقرائه للوقائع التى أسس عليها حكمه، هذا بالإضافة إلى مراقبة استدلاله للأحكام.

وقد يعترى هذه الأساليب عيوباً مما يفتح مجال الطعن، وهى ما قد تتمثل فى الخطأ فى الإسناد والقصور فى البيان، هذا بالإضافة إلى الفساد فى الاستدلال، ويمكن تبيان ذلك فيما يلى :

الفرع الأول: الخطأ فى الإسناد والقصور فى البيان.

الفرع الثانى: الفساد فى الاستدلال.

#### الفرع الأول

#### الخطأ فى الإسناد والقصور فى البيان

يلتزم القاضى فى فصله فى المنازعات أن يصدر أحكاماً تتسم بالصحة وتحقق العدالة إذ أن الأحكام تعد عنوان الحقيقة، وهذا ما يستتبع تضمن الأحكام أدلة تعكس عقيدته واقتناعه، وذلك من خلال

(١) د.حسن عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٢٣ وما بعدها.  
Hassan Abd El hamied, op, cit , p.335 et ss.

عرضه للأدلة وثبوتها في الأسباب دون خطأ في الإسناد أو فساد في الاستدلال<sup>١</sup>.

ويقصد بالخطأ في الإسناد أن يكون تقدير القاضي للوقائع قد بني على أسس سليمة، بحيث تعكس إجراءات سليمة للخصومة الجنائية، وهذا ما يستتبع أن تؤسس المحكمة تقديرها على أدلة من أوراق الدعوى، إذ أن مخالفة ذلك الأمر قد يؤدي بالقاضي إلى نتيجة غير واقعية أو بمعنى آخر استنتاج خاطئ، وهو ما يوصم المنطق القضائي بالغييب<sup>٢</sup>.

ومفاد ذلك أن الخطأ في الإسناد يستلزم أن يعتد القاضي في تأسيس حكمه على أدلة لا سند لها في الدعوى، وهذا من شأنه أن يؤثر على عقيدة القاضي ومن ثم حكمه، أي أن يوصم الخطأ في الإسناد بالمؤثر<sup>٣</sup>.

وقد نصت المادة ٣٠٢ من قانون الإجراءات الجنائية على أن "يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته ومع ذلك لا يجوز له أن يبني حكمه على أي دليل لم يطرح أمامه في الجلسة. وكل قول يثبت أنه صدر من أحد المتهمين أو الشهود تحت وطأة الإكراه أو التهديد به يهدر ولا يعول عليه".

وقد قضى في ذلك بأن "من المقرر وفق المادة ٣٠٢ من قانون الإجراءات الجنائية المعدلة بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ أن القاضي الجنائي يحكم في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته، إلا أنه محظور عليه أن يبني حكمه على أي دليل لم يطرح أمامه بالجلسة،

(١) أ.عبد الرزاق حمادة، فساد الاستدلال وأثره في الحكم الجنائي، مجله المحامي، السنة السابعة، ١٩٨٤، أعداد يناير وفبراير ومارس، ص ١٥٧.

(٢) د.أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٢١٧.

(٣) د.أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٢١٧ وما بعدها؛ د.أحمد أبو الوفا، تسيب الأحكام، المرجع السابق، ص ٢٠.

يستوي في ذلك أن يكون دليلاً على الإدانة أو للبراءة، وذلك كي يتسنى للخصوم الاطلاع عليه والإدلاء برأيهم فيه - لما كان ذلك - وكان الحكم المطعون فيه قد أشار إلى أن الدعوى مرتبطة بدعوى أخرى وأحال بشأن وقائع كل منهما للأخرى لوحدة المستندات والدفاع فيها دون أن يفصح عن وقائع الدعوى الأخرى التي قال أنها مرتبطة بهذه الدعوى ولم يأمر بضم أوراقها لها حتى يتيح للمدعي بالحق المدني - الطاعن - والذي لم يكن طرفاً فيها فرصة الاطلاع عليها وإبداء وجهة نظره في المستندات والدفاع التي قال الحكم أنها واحدة في الدعويين بما يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون بشأن ما ارتآه من قيام ارتباط بين الدعويين مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه<sup>١</sup>.

ومفاد ذلك أن الخطأ هنا في الإسناد يؤثر على المنطق القضائي من خلال التأثير على استنباط واستنتاج النتائج النهائية، أو بمعنى آخر الحكم النهائي للقاضي.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن القاضي يقع على كاهله أيضاً التحقق من كافة الأدلة المطروحة أمامه، وذلك أيما ما كان مصدرها أي سواء أكانت من الخصوم أو من جهة المتهم، إذ أن القاضي ملزم بتقدير كافة الأدلة من حيث صحتها من عدمه، أو من حيث إنتاجها من عدمه<sup>٢</sup>.

وحال مخالفة القاضي ذلك يوصم الحكم بالعييب بما يعرف بالقصور في البيان، ويتحقق هذا العيب الموجب لطعن الحكم حال عدم بيان مضمون الأدلة التي استندت إليها المحكمة في إصدار الحكم، كما يتحقق حال عدم مناقشة الأدلة أو عدم الرد على أوجه الدفاع الجوهرية<sup>٣</sup>.

(١) الطعن رقم ٧٨١ - لسنة ٤٩ ق - تاريخ الجلسة ٦ / ١٢ / ١٩٧٩ - مكتب فني ٣٠ رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٢٩٠٢ - للنقض والإحالة للدعوى المدنية.

(٢) أ. عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص ١٥٨.

(٣) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٢٢١.

وقد نصت المادة ٣١١ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه "يجب على المحكمة أن تفصل في الطلبات التي تقدم لها من الخصوم، وتبين الأسباب التي تستند إليها".

وقد أكدت ذلك محكمة النقض في العديد من أحكامها، إذ قضت بأنه "من المقرر وفق المادة ٣١٠ من قانون الإجراءات الجنائية أن كل حكم بالإدانة يجب أن يشتمل على بيان كاف لمؤدى الأدلة التي استخلصت منها المحكمة ثبوت الإدانة فلا يكفي مجرد الإشارة إليها بل ينبغي سرد مضمون كل دليل بطريقة وافية يبين منها مدى تأييده للواقعة كما اقتنعت بها المحكمة ومبلغ اتفاقه مع باقي الأدلة التي أقرها الحكم حتى يتضح وجه استدلاله بها، وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه استند في إدانة الطاعنين بين ما استند إليه إلى المعاينة التصويرية دون أن يورد مؤدى هذه المعاينة أو يذكر عنها شيئاً ليوضح وجه اتخاذها دليلاً مؤدياً لأدلة الإثبات الأخرى التي بينها، فإن الحكم المطعون فيه يكون قاصر البيان".

ومما تجدر ملاحظته أن هذه العيوب تستتبع التأثير على استنباط واستقراء الأحكام، إذ أن المنطق القضائي يستهدف الإقناع والتعاقد والتكامل لتبيان عدالة الأحكام وصحتها، وهذا ما قد يتأثر بالقصور فى البيان.

فمن جهة أولى يلتزم القاضى بتبيان كافة الأدلة التى استند عليها، وذلك بحيث يتناول مضمونها وتفصيلاتها، وإن كان ذلك قاصراً على الأدلة المؤثرة فى الحكم، أو التى أثرت فى تكوين عقيدة القاضى واقتناعه. وقد قضى تحقيقاً لذلك بأنه "حيث إنه ولئن كان الأصل أن المحكمة لا تلتزم بمتابعة التهم فى مناحي دفاعه المختلفة إلا أنه يتعين عليها أن تورد فى حكمها ما يدل على أنها واجهت عناصر الدعوى وألمت بها

(١) [الطعن رقم ٨٤٣٥٢ - تاريخ الجلسة ١ / ١٠ / ٢٠٠٦] - [النقض والإحالة للدعوى الجنائية].

على وجه يفصح عن أنها فطنت إليها ووازنت بينها. لما كان ذلك وكان  
الثابت أن الحكم المطعون فيه أيد الحكم الابتدائي بالإدانة لأسبابه - وإن  
أوقف تنفيذ العقوبة - دون أن يعرض لدفاع الطاعن إيراداً له ورداً عليه  
رغم جوهريته لاتصاله بواقعة الدعوى وتعلقه بموضوعها وتحقق الدليل  
فيها ولو أنه عنى ببحثه وتمحيصه وفحص المستندات التي ارتكز عليها  
بلوغاً إلى غاية الأمر فيه لجاز أن يتغير وجه الرأي في الدعوى ولكنه إذ  
أسقطه جملة ولم يورده على نحو يكشف عن أن المحكمة أحاطت به  
وأقسطته حقه فإنه يكون مشوباً بالقصور بما يبطله ويوجب نقضه".

كما أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بالإدانة في جريمة تقليد علامة  
تجارية، دون أن يبين مضمون العلامة الصحيحة والعلامة المقلدة، وتبيان  
التشابه فيما بينهما".

كما أن القاضي ملتزم ببيان العناصر الأساسية للجريمة في  
حكمه، وإن كان ذلك يختلف في الحكم بالبراءة عن الحكم بالإدانة، إذ  
أن الحكم بالبراءة يكفي فيه التشكك في إسناد الفعل للمتهم، وهذا ما  
يستتبع عدم تطلب اليقين، وإن كان ذلك يستلزم استدلالاً منطقياً سليماً  
لصحة الوصول إلى الشك ومن ثم البراءة، وهدياً على ذلك يبين القاضي  
ظروف الدعوى والأدلة وأسباب التشكيك فيها.

وقد قضى في ذلك بأن "الأصل - كما جرى قضاء محكمة النقض  
- أن المادة ٣١٠ من قانون الإجراءات الجنائية لم تشترط أن يتضمن حكم  
البراءة - وبالتالي ما يترتب عليه من قضاء في الدعوى المدنية - أمورا أو  
بيانات معينة أسوة بأحكام الإدانة، ومن ثم فإن ما ينعاه الطاعن على

(١) الطعن رقم ٤٦٨٣، لسنة ٥٤ ق، تاريخ الجلسة ١٩٨٥/٦/٦، مكتب فني

٣٦ رقم الجزء ١، رقم الصفحة ١٧٦٢، [النقض والإحالة للدعوى الجنائية].

(٢) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٢٢٥ وما بعدها.



الحكم المطعون فيه من خلوه من بيان فحوى المحرر المزور والاختتام المقلدة والمختصين الذين نسب إليهم تزوير توقيعاتهم، يكون في غير محله<sup>١</sup> .  
أما من جهة الإدانة فإن المحكمة ملزمة بتبيان شروط الجريمة وأركانها من مادي ومعنوي، هذا بالإضافة لتبيان الظروف المشددة حال تحققها<sup>٢</sup>.

وهذا ما سارت عليه أحكام محكمة النقض إذ قضت بأن "من المقرر أن القانون قد أوجب في كل حكم بالإدانة أن يشتمل على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة بيانا تتحقق به أركان الجريمة والظروف التي وقعت فيها والأدلة التي استخلصت منها المحكمة ثبوت وقوعها من المتهم، وأن تلتزم بإيراد مودى الأدلة التي استخلصت منها الإدانة حتى يتضح وجه استدلالها بها وسلامة مأخذها وإلا كان الحكم قاصرا. وكان المقصود من عبارة بيان الواقعة الواردة بالمادة ٣١٠ من قانون الإجراءات الجنائية هو أن يثبت قاضي الموضوع في حكمه كل الأفعال والمقاصد التي تتكون منها أركان الجريمة وما خرج عن هذه الأركان مما له شأن هام ترتب عليه نتائج قانونية كتاريخ الواقعة ومحل حدوثها والظروف المشددة للعقاب، فإن أهمل قاضي الموضوع إثبات فعل أو مقصد أو مأخذ لظرف مشدد مما يخل بركن من الأركان التي لا تقوم إلا على توافرها جميعا أو مما لا يسوغ الزيادة في العقوبة التي فرضها أو النزول بها عن حددها المقرر قانونا، وكان من حق كل ذي مصلحة الطعن في حكمه لقصوره في البيان، ولما كان البين مما أورده الحكم المطعون فيه - سواء في تحصيله لواقعة الدعوى وسرده لأدلة الثبوت فيها - أنه أغفل الإشارة كلية إلى ظرف سبق الإصرار، الأمر الذي يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة التطبيق القانوني على الواقعة وأن تبدي رأيها فيما تثيره الطاعنة، ومن

(١) الطعن رقم ٤٧٧٣ - تاريخ الجلسة ١٤ / ٦ / ٢٠٠٧ - [رفض الطعن].

(٢) د. أحمد فتحى سرور، المرجع السابق، ص ٢٢٦ وما بعدها.

ثم ، يكون الحكم المطعون فيه معيباً بالقصور في التسيب الذي له الصدارة على أوجه الطعن المتعلقة بمخالفة القانون بما يوجب نقضه والإعادة<sup>١</sup> .  
هذا ويلتزم القاضى بالرد على أوجه الدفاع الجوهرية وبصورة كافية ، إذ أن عدم الرد على أوجه الدفاع أو الرد بصورة غير كافية ، قد يثير الشك في الحكم والأسلوب المنطقي الذي أدى إلى النتيجة أو الحكم ، وهذا ما يعكس عيباً في التسيب أو قصوراً في الاستنباط والاستقراء من قبل القاضى .

وقد قضى في ذلك بأنه "إذا كان المتهم قد دفع تهمة التبديد المسندة إليه بأن العقد محل الدعوى ليس عقد وديعة وإنما هو حرر بصيغتها لكي يكرهه صاحب العقد على دفع دين مدني وطلب إعلان شهود نفسي لتأييد هذا الدفاع ، ولكن محكمة الدرجة الأولى لم تجبه إلى ما طلب ولم تعن بالرد على طلبه وقضت بإدائته ، فتمسك أمام المحكمة الاستئنافية بهذا الدفاع وطلب تحقيقه فلم تجبه هي الأخرى إليه ولم ترد عليه ، فهذا منها قصور يوجب نقض الحكم ؛ إذ هذا الدفاع لو صح لأدى إلى براءة المتهم ، فكان عليها إما أن تحققه وإما أن ترد عليه بما يفنده"<sup>٢</sup> .

### الفرع الثاني

#### الفساد في الاستدلال

يقصد بالفساد في الاستدلال الخروج على المنطق القانوني والواقع السليم في الاستنتاج ، وهذا ما لا يمكن تجنبه إلا من خلال تأويل الأحكام للوقائع الثابتة والمعروضة<sup>٣</sup> .

(١) الطعن رقم ٢٤١٢٣ - تاريخ الجلسة ٢٠ / ٢ / ٢٠٠٧ - للنقض والإحالة للدعوى الجنائية.

(٢) الطعن رقم ١١٣٦ - لسنة ٢٠ ق - تاريخ الجلسة ٢٨ / ١١ / ١٩٥٠ - مكتب فني ٢ رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٢١٦ - للنقض والإحالة للدعوى الجنائية.

(٣) د. روف عبيد ، ضوابط تسيب الأحكام ، دن ، ١٩٥٦ ، ص ٢٦١ ؛ أ. عبيد الرزاق حمادة ، المرجع السابق ، ص ١٥٥ .

ومفاد ذلك أن الاستدلال من قبل القاضى يتسم بالصحة حال عدم اتسامه بالقصور، وهذا ما يمكن التأكد منه من خلال أسباب الحكم، إذ تعكس مدى سلامة استنباط القاضى للنتائج والحكم المنتهى إليه<sup>١</sup>.

ويتسم الاستدلال بالفساد فى عدة حالات، تتمثل فى<sup>٢</sup>:

١- الاستناد إلى أدلة غير مقبولة.

٢- التناقض فى العناصر الواقعية.

٣- عدم الفهم للعناصر الواقعية.

٤- عدم اللزوم المنطقى للنتيجة.

وهدياً على ذلك فإن الاستنباط وصولاً إلى نتيجة نهائية يشوبه العواز فى الوسيلة المنطقية أو فى الاستدلال، وذلك حال تحقق حالة من هذه الحالات.

فمن جهة الاستناد إلى أدلة غير مقبولة فيتحقق ذلك حال تأسيس الحكم على أدلة باطلة، كالتى تستخلص من إجراءات باطلة أو من دليل غير مشروع، وذلك كالأدلة المستنبطة من تفتيش باطل أو استجواب اتسم بالبطلان<sup>٣</sup>.

وقد قضى فى ذلك بأنه "لما كان من المقرر أن كل ما يشترط لصحة التفتيش الذى تجرّبه النيابة أو تأذن فى إجراءاته هو أن يكون رجل الضبط القضائى قد علم من تحرياتة واستدلالاته أن جريمة معينة - جنائية أو

(١) د.فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٧١.

(٢) د.أحمد فتحى سرور، المرجع السابق، ص ٢٣١ وما بعدها؛ د.أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، المرجع السابق، ص ٢٧٧؛ د.محمود السقا، المنطق القانونى، المرجع السابق، ص ٢٦٥ وما بعدها.

Rigaux(f): La nature du contrôle de la cour cassation, Bruxelles, 1966, p.307 et ss.

(٣) د.أحمد فتحى سرور، المرجع السابق، ص ٢٣٢؛ د.فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٧٢.

جنحة - قد وقعت من شخص معين وأن تكون هناك من الدلائل والأمارات الكافية والشبهات المقبولة ضد هذا الشخص بقدر يبرر تعرض التفتيش لحرته أو لحرمة مسكنه في سبيل كشف مبلغ اتصاله بتلك الجريمة، ولما كانت الواقعة كما هي ثابتة في محضر التحريات التي صدر الإذن بناء عليها - على ما نقله الحكم عنها - تفيد أن التحريات دلت على أن المتهم يتجر في المواد المخدرة، وكان الاتجار في تلك المواد لا يعدو أن يكون حيازة مصحوبة بقصد الاتجار فهو في مدلوله القانوني ينطوي على عنصر الحيازة إلى جانب دلالاته الظاهرة فيها، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بأن إذن التفتيش قد صدر عن جريمة مستقبلية لم يثبت وقوعها يكون قد أخطأ في تطبيق القانون فضلاً عن فساد استدلاله بما يوجب نقضه. ولما كان هذا الخطأ قد حجب المحكمة عن تناول موضوع الدعوى وتقدير أدلتها، فإنه يتعين أن يكون النقص مقروناً بالإعادة".

ويتجلى فساد الاستدلال بصورة واضحة في هذه الحالة حال الاستناد إلى أدلة غير صالحة للاقتناع بها، إذ أن القانون لا يستلزم أن تكون الأدلة مباشرة، بل يمكن أن تكون غير مباشرة أي تستنبط من أحداث وقائع أخرى، بحيث تؤدي إلى النتيجة بصورة منطقية<sup>١</sup>.

وتحقيقاً لذلك فإن القرائن القضائية لا يمكن الاستناد إليها إلا إذا اتسمت بالتأكيد، أي لا افتراض فيها، وقد قضى بأن "من المقرر أن مجرد التأخير في عرض محضر الاستدلالات المحرر بمعرفة الضابط الذي قبض على المتهم في حالة التلبس بالجريمة لا يدل بذاته على معنى معين ولا يمنع المحكمة من الأخذ بما ورد به وأقوال محررة من أدلة منتجة في الدعوى ما دامت قد اطمأنت إليها، كما لا جناح عليها في أخذها برواية منقولة عن

(١) الطعن رقم ٢٠٩٥٢ - لسنة ٦٤ ق - تاريخ الجلسة ٧ / ١٢ / ٢٠٠٣ -

مكتب فني ٥٤ رقم الصفحة ١١٧١ - للنقض والإحالة للدعوى الجنائية.

(٢) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٢٣٢.

شهودها إذا أنست الصدق فيها واقتنعت بصدورها عن نقلت عنه ، وكذلك تعويلها في تكوين عقيدتها على ما جاء بتحريات الشرطة باعتبارها معززة لما ساقته من أدلة<sup>١</sup> .

وبالإضافة إلى ذلك فإن فساد الاستدلال يتحقق حال عدم قدرة المحكمة على فهم عناصر الدعوى ، ويعود ذلك إلى أن عدم الفهم يؤدي إلى عوار في الاستنباط والاستنتاج ومن ثم الاستدلال.

فالقاضي يلتزم بتوضيح وقائع الدعوى وأدلتها بصورة واضحة لا لبس فيها ، بحيث تعكس منطقته في تكوين عقيدته ، إذ حال عرض الوقائع بصورة مبهمة وغامضة فإن ذلك يدل على فهم خاطئ للوقائع ومن ثم الانتهاء باستنباط معيب ، وهذا ما يستوجب نقض الحكم<sup>٢</sup> .

وقد قضت محكمة النقض بأنه "لما كان الحكم لم يبين مودى أقوال المتهمين الأول والثاني والرابع عشر والخامس عشر وأقوال الشهود ..." ، "..." و"..." الذين تساند إلى أقوالهم في إدانة الطاعن ، كما لم يستظهر الحكم توافر عناصر اشتراك الطاعن في ارتكاب جريمة التزوير أو التهريب القائم عليها اكتفاء بما ورد عن ذلك في التحريات والتي لا تصلح بمفردها كدليل إثبات"<sup>٣</sup> .

واستكمالاً لذلك فإن الفساد يتحقق أيضاً حال وجود تناقض بين الوقائع المعروضة ، إذ يلتزم القاضي حال استقرائه الوقائع وعرضها أن يزيل ما بينها من تناقض ، وذلك في سبيل إقامة دليل قوى لا يتصف بالضعف<sup>٤</sup> .

- (١) [الطعن رقم ٣٠١٥٧ - لسنة ٥٩ ق - تاريخ الجلسة ٢٦ / ٩ / ١٩٩٩ - مكتب فني ٥٠ رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٤٧٣٢ - أرفض الطعن].
- (٢) د. أحمد فتحى سرور، المرجع السابق، ص ٢٣٤.
- (٣) [الطعن رقم ٤٢٦٣٠ - لسنة ٧٤ ق - تاريخ الجلسة ٦ / ٧ / ٢٠٠٥ - مكتب فني ٥٦ رقم الصفحة ١٣٥٦ - [النقض والإحالة للدعوى الجنائية].
- (٤) د. أحمد فتحى سرور، المرجع السابق، ص ٢٣٥ ؛ د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٧٢.

وقضى فى ذلك بأنه "لما كان التناقض بين تحريات المباحث وأقوال الضابط فى خصوص تحديد تاريخ الواقعة والقضايا الجنائية التى أسندها الأخير للطاعن والتى لا سند لها من صحيفة الحالة الجنائية - بفرض حصوله - لا يعيب الحكم ما دام قد استخلص الإدانة منهما استخلاصاً سائفاً لا تناقض فيه".<sup>١</sup>

كما أن الفساد فى الاستدلال يتحقق حال وجود تناقض بين ما أبدته المحكمة من أسباب وما نطقت به فى حكمها، ويرجع ذلك إلى أن التسبب يعد الوسيلة لتبيان مدى سلامة العمل القضائى من عدمه، من استنباط واستنتاج واستخلاص للنتائج الصحيحة، وفقاً لمنهج منطقى محدد وسليم.<sup>٢</sup>

وقد قضت محكمة النقض فى ذلك بأن "من المقرر أن لمحكمة الموضوع أن تعول فى قضائها على إقرار المتهم بارتكابه الجريمة ولو كان وارداً فى محضر الشرطة متى اطمأنت إلى صدقه ومطابقتها للحقيقة والواقع - كما هو الحال فى الدعوى المطروحة - وكان لا يعيب الحكم ولا يقدر فى سلامته خطؤه فى تسمية إقرار المتهم اعترافاً طالما أن هذا الإقرار قد تضمن من الدلائل ما يعزز الأدلة الأخرى وما دامت المحكمة لم ترتب على هذا الإقرار وحده الأثر القانونى للاعتراف وهو الاكتفاء به والحكم على الطاعن بغير سماع الشهود، فإن منعى المحكوم عليه التاسع فى هذا الشأن يكون غير سديد".<sup>٣</sup>

- (١) [الطعن رقم ١١٢٦٦ - لسنة ٦٤ ق - تاريخ الجلسة ١٤ / ٤ / ٢٠٠٣ - مكتب فني ٥٤ رقم الصفحة ٥٣٠] - [رفض الطعن].
- (٢) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، المرجع السابق، ص ٢٧٧؛ د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ٣٧٢.
- (٣) [الطعن رقم ٣٨٣٢٨ - لسنة ٧٣ ق - تاريخ الجلسة ١ / ٤ / ٢٠٠٤ - مكتب فني ٥٥ رقم الصفحة ٢٨٧] - [رفض الطعن].

وتجدر الإشارة هنا إلى أن مراقبة محكمة النقض للاستدلال من قبل محكمة الموضوع لا يعد خارج نطاق اختصاصها، إذ لا يعكس تدخلاً في الموضوع، فقواعد المنطق القضائي تندمج مع القواعد القانونية بحيث تعد كياناً واحداً ووحدة واحدة في التطبيق لا يجوز تجزئتهما، وهذا ما يعكس تطبيقاً نموذجياً للمنطق القضائي في الأحكام<sup>١</sup>.

وهدياً على ذلك نجد العديد من الأحكام لمراقبة سلامة استدلال المحكمة، من ذلك ما قضى بأنه "من المقرر أن الاعتراف في المسائل الجنائية عنصر من عناصر الاستدلال التي تملك محكمة الموضوع كامل الحرية في تقدير صحتها وقيمتها في الإثبات، وأن من سلطتها الأخذ بأقوال المتهم في حق نفسه وفي حق غيره من المتهمين في أي دور من أدوار التحقيق وإن عدل عنها بعد ذلك مادامت قد اطمأنت إلى صدقها ومطابقتها للحقيقة والواقع"<sup>٢</sup>.

كما قضى بأنه "لما كانت المحكمة وهي في مقام وزن الأدلة التي ارتكبت إليها النيابة العامة في إسناد تهمة قتل ..... عمداً إلى المتهمين، ترى أن هذه الواقعة ذاتها قد تنازعتها دعويان تستقل كل منهما عن الأخرى، الأولى هي الدعوى المطروحة ضد كل من المتهمين ..... و..... وثالث سبق القضاء بانقضاء الدعوى الجنائية بوفاته، والثانية تحمل رقم ..... لسنة ..... جنابات مركز ..... ضد كل من المتهمين، ..... و.....، وقد نسجت خيوط الاتهام في كل من هاتين الدعويين من اعترافات المتهمين مؤيدة بتحريات الشرطة. لما كان ذلك، ولئن كانت الأدلة التي حملت الاتهام في كل من الدعويين متساوية في القوة إلا أنها مضادة في الاتجاه، إذ جاءت في

(١) د. أحمد فتحى سرور، المرجع السابق، ص ٢٤١، د. محمود السقا، المنطق

القانوني، المرجع السابق، ص ٢٩١.

(٢) الطعن رقم ٢٧٧٣٥ - لسنة ٧٢ ق - تاريخ الجلسة ٨ / ١٢ / ٢٠٠٣

- مكتب فني ٥٤ رقم الصفحة ١١٨٤ - [ أرفض الطعن. ]

أخراهما ناسخة لما ابنتيت عليه أولاها، وهوت بها في مكان سحيق تبوات فيه مباوى الكذب الذي بات مبدؤها وممتهاها. لما كان ذلك، وكان دفاع المتهمين المائلين قد قام على بطلان الاعتراف المعزوه إليهما لصدوره وليد إكراه، وكان من المقرر أن الاعتراف في المسائل الجنائية من عناصر الاستدلال التي تملك المحكمة كامل الحرية في تقدير صحتها وقيمتها في الإثبات، ولها ألا تعول عليه ولو كان صادقاً متى كان وليد إكراه كائناً ما كان قدره أو تراءى لها أنه مخالف للحقيقة والواقع، وكانت المحكمة تطمنن إلى هذا البطلان لما تكشف عنه الأوراق من القبض على المتهمين وحجزهما بغير أمر من السلطات ما يزيد على الشهر، أخذاً بأقوالهما المؤيدة بالبرقيتين المرسلتين إلى كل من وزير الداخلية والنائب العام في تاريخ سابق على تحرير محضر ضبطهما، الأولى مؤرخة ..... والثانية مؤرخة ..... بما تحمله من استغاثة والد المتهم ..... من القبض على ابنه المذكور وحجزه بدون وجه حق، وكذا من الإكراه الذي لا تجده المحكمة بدأ من التسليم به بعد قعود المحقق عن تحقيقه، فضلاً عما تراءى للمحكمة من مخالفة هذا الاعتراف للحقيقة والواقع سيما وقد اعترف متهمان آخران في الجنائية رقم ..... لسنة ..... مركز ..... باقترافهما ذات الجريمة وضبط دراجة المجنني عليه البخارية - المسروقة - بإرشاد أولهما، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنه من المقرر أن التحريات لا تصلح وحدها لأن تكون دليلاً بذاته أو قرينة بعينها على الواقعة المراد إثباتها، وكانت المحكمة ترى في التحريات التي أجراها كل من المقدم ..... والرائد ..... ما يجافي حقيقة الواقع على ما شهد به اللواء ..... في الجنائية رقم ..... لسنة ..... بعدم صحة هذه التحريات، وما اعترف به متهمان آخران باقترافهما ذات الواقعة التي حررت بشأنها تلك التحريات، الأمر الذي ترى معه المحكمة إطراحها وعدم التعويل عليها في مقام الإثبات. لما كان ذلك، وقد أهدرت الأدلة التي ساقتها النيابة العامة للتدليل على



ثبوت واقعة قتل المجني عليه ..... في حق المتهمين ..... و..... وقد خلت أوراق الدعوى من دليل آخر على إسناد جرائم القتل وإحراز السلاح والسرقة في حقهما، فإنه يتعين القضاء ببراءتهما مما أسند إليهما<sup>١</sup>.

ومما سبق كله يمكن القول أن القاضى يقوم باستنباط الوقائع الصحيحة من كافة الأدلة فى سبيل تكوين عقيدته، وهنا لا يكتفى بالاستدلال المنطقى للمقدمات التى يؤسس عليها اقتناعه، إنما يجب عليه ربط هذه المقدمات بما توصل إليه من نتائج أو منطوق الحكم، وذلك بناءً على قواعد منطقية سليمة<sup>٢</sup>.

فمفاد ذلك أن أصول الاستدلال السليم تستلزم أن يؤسس الحكم على دليل يرتب النتيجة التى توصل إليها، وذلك دون تعسف أو تناقض لأحكام العقل والمنطق<sup>٣</sup>.

وقد قضى بناءً على ذلك بأن "استنتاج ظرف سبق الإصرار من الوقائع المعروضة أمر موضوعي من شأن محكمة الموضوع وحدها، ولا رقابة عليها في ذلك لمحكمة النقض ما دامت الأدلة والقرائن التى استندت هي إليها تنتج عقلاً ما استخلصته منها"<sup>٤</sup>.

(١) [الطعن رقم ٧٩٢٥٧ - لسنة ٧٥ ق - تاريخ الجلسة ٢٠ / ١٢ / ٢٠٠٦ - مكتب فني ٥٧ رقم الصفحة ١١٠٠٥ - [النقض والتصحيح للدعوى الجنائية].

(٢) د. على حمودة، المرجع السابق، ص ١٩ وما بعدها.

(٣) د. محمود السقا، المرجع السابق، ص ٢٩٢.

(٤) [الطعن رقم ١٠٠٥ - لسنة ٤ ق - تاريخ الجلسة ٢٣ / ٤ / ١٩٣٤ - مكتب فني ٤٣ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٢٣١٢ - [رفض الطعن].

## الخاتمة

تناولنا فى هذا البحث دور تأصيل المنطق القانونى ودوره فى المجالات القانونية، وقد ارتبط المنطق القانونى بالقانون بصفة عامة، إذ ظهرت الحاجة إليه بعد ظهور القانون، حيث إن القانون يبنى برضاء الناس للتطبيق، وهذا لا يأتى إلا من خلال الإقناع.

وقد ظهر المنطق بصفة عامة مرتبطاً بالخطابة فى المجتمعات القديمة، وهذا ما عكسه المجتمع الإغريقى حيث هدفت الخطب العامة إلى الإقناع، مما استتبع اللجوء إلى المنطق لتحقيق ذلك، ثم انتقل الأمر إلى الخطب الخاصة وخاصة الخطب القضائية.

وقد ساهم فى بزوغ المنطق فى الحياة الإغريقية إعلاؤهم من قيمة العقل، هذا بجانب الأزمة الفكرية فى ظل ظهور السفسطائية، حيث نادوا بمبادئ إنسانية وهذا ما استتبع زعزعة إيمان الإغريق فى مبادئهم المستقرة من أن الطبيعة هى المسيطرة.

وهذا الأمر دفع سقراط ومن بعده أفلاطون إلى محاولة التصدى لهم، وقد لجئوا إلى وسائل الإقناع كما فعل السفسطائيون، إلا أن المنطق كعلم لم يوجد إلا من خلال أرسطو وكتاباتاته لذا عرف ما يسمى بالمنطق الأرسطى.

ولما للفلسفة الإغريقية من تأثير فقد وجد صدى لهذه الأفكار فى الدواة الرومانية، وذلك من خلال العديد من الفقهاء ومن أشهرهم "شيشرون"، الذى حاول نقل الأفكار الفلسفية الإغريقية إلى الرومان من خلال التطبيق.

وقد وجد صدى لهذا الاتجاه فى الحياة القانونية الرومانية، وهذا ما عكسه تطور القانون الرومانى، وظهور مصادر بجانب القانون المدنى كقانون الشعوب والقانون البريتورى، كما ساهم فى طريقة التفكير وهذا ما انعكس على تبويب القوانين وترتيبها.

كما أثر المنطق فى طرق التفسير، حيث ساد القانون الرومانى الشكلية أو الالتزام بالنص فى تفسير القواعد القانونية والنصوص - وهذا ما وجد صداه حديثاً فى الوضعية القانونية - ، إلا أنه تحت تأثير المنطق القانونى انتهج الرومان سبيل البحث عن حكمة النص وهدف المشرع.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الفقه الإسلامى لم يكن بالبعيد عن المنطق وتطبيقاته، إذ وجد المنطق مجالاً له فيما يعرف بأصول الفقه، وقد لجأ الفقهاء إلى المنطق الشكلى والموضوعى، إذ قاموا باستخدام الألفاظ والمعانى وتأويلها، كما لجئوا إلى القياس والمصالح المرسلة فى سبيل إيجاد الأحكام للوقائع المستحدثة فى الدولة الإسلامية.

وقد وجد المنطق القانونى المجال الخصب للتطبيق فى المجال القضائى قديماً وحديثاً، إذ أن القاضى فى سبيل الوصول إلى حكم يقوم بأداء عدة عمليات منطقية، من تحليل وتركيب الوقائع وتكييفها، ومن ثم تسيب ما توصل إليه من حكم.

وهو فى ذلك يقوم بتفسير النصوص، والتفسير أمر لا يقتصر على القاضى بل أن كافة المشتغلين بالقانون يلجئون للتفسير، كما أنه يقوم باستنباط واستقراء النصوص واستدلالها.

والقاضى فى هذا الأمر ليس حراً طليق اليدين، إنما وجدت عليه رقابة فى كافة عملياته المنطقية للتأكد من سلامة الحكم، بحيث نصل إلى الغاية القصوى وهى عدالة الأحكام.

ومما لا شك فيه أن تسيب الأحكام قد يعد من حقوق الإنسان الإجرائية، وذلك بغية التأكد من محاكمته محاكمه عدالة، وهذا ما أوجد أسباب الطعن التى تنصب على مراجعة العملية المنطقية من خلال التسيب.

فالقاضى فى تسيبه يضمن طرق تحليله وتفسيره النصوص، وكيفية استنباطه النتيجة هذا بالإضافة لاستدلاله عليها من الوقائع

المختلفة، وقد يصيب أى من هذه العمليات العوار، وهذا ما يستوجب  
نقض الحكم.

ف نجد أن هناك أسباباً للخطأ فى الإسناد والقصور فى التسييب أو  
البيان، كما نجد الطعن للفساد فى الاستدلال، وهذا كله ينصب على  
العمليات المنطقية التى قام بها القاضى للوصول إلى حكمه.  
ومما لا شك فيه أن المنطق يقوم بدور هام وبارز فى كافة الأصعدة  
القانونية، إلا أن هذا الدور لا يلقى الاهتمام المقبول من قبل الفقهاء،  
ويرجع ذلك فى اعتقادى إلى أن الأمر أصبح تلقائياً فى القيام به، وهذا ما  
لا يقبل فى المعرفة والعلم.

### المراجع

#### أولاً: المراجع العربية:

- د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائى الخاص، الإسكندرية،  
منشأة المعارف، دت، ج ٢.
- ابن منظور، لسان العرب، بيروت دار صادر، الطبعة الثالثة  
١٩٩٤، الجزء الثالث.
- أبو عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشى  
الشافعى، البحر المحييط، الكويت وزارة الأوقاف والشئون  
الإسلامية، الطبعة الثانية، ١٤١٣ - ١٩٩٢.
- أحلام مجلى الشبلى، جذور المنطق عند فلاسفة اليونان قبل  
أرسطو، بحث على النت.
- د. أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون دراسة فى فلسفة القانون،  
الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠١
- د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام فى قانون المرافعات،  
الإسكندرية، منشأة المعارف، ط ٥، ١٩٨٥.

- د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام فى قانون المرافعات، الإسكندرية، دار المعارف، الطبعة الخامسة، ١٩٨٥.
- د. أحمد أبو الوفا، تسبيب الأحكام، بحث منشور فى مجلة الإسكندرية، البحوث القانونية والاقتصادية، السنة السابعة، ١٩٥٦، العددان الأول والثانى.
- د. أحمد سيد صاوى، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضى الموضوع فى المواد المدنية والتجارية، القاهرة، دار النهضة العربية، د.ت.
- د. أحمد فتحى سرور، الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية "الجزء الثالث" النقض الجنائى وإعادة النظر، نادى القضاة، ١٩٨٠.
- د. أحمد فتحى سرور، النقض فى المواد الجنائية، القاهرة، طبعة نادى القضاة، ١٩٩٧.
- أحمد فؤاد الأهوانى، المدرسة الفلسفية، الدار المصرية للتأليف والترجمة، ١٩٦٥.
- د. أحمد محمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، دمشق، دار القلم، الطبعة الثانية، ١٩٨٩ - ١٤٠٩ هـ.
- د. أحمد محمد حشيش، أساس الوظيفة القضائية، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.
- د. أحمد هندى، أصول المرافعات المدنية والتجارية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٣.
- أرسططاليس، كتاب الخطابة، ترجمة د. إبراهيم سلامة، الأنجلو المصرية، الطبعة الثانية، د.ت.

- أرنتست باركر، النظرية السياسية عند اليونان، ترجمة لويس اسكندر، القاهرة، مؤسسة سجل العرب، ١٩٦٦.
- د. أشرف أحمد فهمي، قاعدة الأمور بمقاصدها وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون المدني "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠١٠.
- د. السيد العربي حسن، الاستدلال المنطقي للأحكام في ضوء التغيرات الاجتماعية "دراسة مقارنة بين النظامين الإسلامي والانجلوأمريكي، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.
- د. السيد عبد الحميد فودة، تطور القانون، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣.
- د. السيد عبد الحميد فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٩٦.
- د. السيد عبد الحميد فودة، الفقه الروماني بين التجديد والتقليد، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٧.
- الفيروز أبادي، القاموس المحيط، طبعة جديدة موثقة ومصححة، ضبط وتوثيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، ١٩٩٥.
- د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، بيروت، دار النهضة للطباعة والنشر، الطبعة الرابعة، ١٩٨٣.
- باجيرن ملكيفيك، فهر عبد العظيم، المنطق القضائي "دراسة نظرية تطبيقية في ضوء القانون وأحكام المحاكم المصرية"، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠١١.

- د. دبران أبو العينين، أصول الفقه، القاهرة، دار المعارف، الطبعة الأولى، ١٩٦٩
- بول موى، المنطق وفلسفة العلوم، ترجمة د. فؤاد حسن زكريا، دار النهضة العربية.
- ج. ق. ريسون، خطباء اليونان، ترجمة أمين سلامة، مراجعة محمد صقر خفاجة، دن، د. ت.
- د. حسام الأهواني، أصول القانون، دن، ١٩٨٨.
- حسن بشير صالح، علاقة المنطق باللغة عند فلاسفة المسلمين، مصر، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣.
- د. حسن عبد الحميد، السابقة القضائية، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.
- د. حسن عبد الحميد، محاضرات فى المدخل لدراسة فلسفة القانون لطلبة الدراسات العليا، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٥ - ٢٠١٦، دار النهضة العربية.
- د. حسن عبد الحميد، د. محمد مهران، المنطق والقانون، دن، ١٩٩٦.
- د. حسن كيره، المدخل لدراسة القانون، دن، ١٩٩٨.
- د. حسين حامد، أصول الفقه، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٠.
- د. حمدى عبد الرحمن، أصول القانون، دن، ١٩٩٨.
- د. حمدى عبد الرحمن، الوسيط فى النظرية العامة للالتزامات "الكتاب الأول المصادر الإرادية للالتزام العقد والإرادة المنفردة"، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠١٠.
- د. ر. عوف عبيد، ضوابط تسبيب الأحكام، دن، ١٩٥٦.

- د. زكى الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامى، الطبعة الثانية، ١٩٦٤.
- د. سعد الدين السيد صالح، قصة الصراع بين منطق اليونان ومنطق المسلمين، الزقازيق، دن، الطبعة الأولى، ١٩٩٠.
- د. سعيد أبو الفتوح، أصول الفقه "الحكم الشرعى وطرق استنباطه من الأدلة"، الجزء الثانى، القاهرة، دار نصر، ٢٠١٥.
- د. سليمان مرقس، شرح القانون المدنى ج ١ المدخل للعلوم القانونية، ١٩٧٤.
- د. سليمان مرقس، فلسفة القانون، بيروت، مكتبة صادر، ١٩٩٩.
- د. سمير تيناغو، النظرية العامة للقانون، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩٩.
- د. شعبان محمد إسماعيل، أصول الفقه وتطوره والحاجة إليه، القاهرة، دار الأنصار، د.ت.
- د. صوفى أبو طالب، الوجيز فى القانون الرومانى، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٥.
- د. صوفى أبو طالب، الوجيز فى القانون الرومانى، القاهرة، دن، ١٩٦٥.
- د. طه عوض غازى، دروس فى فلسفة القانون "القانون الطبيعى بين المنادين به والمنكرين له، القاهرة، دار النهضة العربية، د.ت.
- د. طه عوض غازى، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية "نشأة القانون وتطوره، دار النهضة العربية، د.ت.
- د. عبد الرحمن بدوى، المنطق الصورى والرياضى، الكويت، دن، ١٩٧٧.



- أ.عبد الرزاق حمادة، فساد الاستدلال وأثره في الحكم الجنائي، مجلة المحامي، السنة السابعة، ١٩٨٤، أعداد يناير وفبراير ومارس.
- د.عبد السلام الترمينائي، نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر، ١٩٧١.
- د.عبد المجيد مطلوب، أصول الفقه الإسلامي، ١٩٨٩.
- د.عبد المنعم الحفني، المعجم الفلسفي، القاهرة، الدار الشرقية، ١٩٩٠.
- د.عبد المهدي محمد، قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني "دراسة أصولية مقارنة"، رسالة لاستكمال متطلبات الدكتوراه، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٥.
- د.عبد الودود يحيى، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ١٩٩٤.
- د.عبد الودود يحيى، دروس في مبادئ القانون لطلبة كلية التجارة، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٦.
- د.عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه وتاريخ التشريع الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٩٤٢.
- د.عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، القاهرة، دار الحديث، الطبعة السابعة، ٢٠٠٣ - ١٤٢٣ هـ.
- د.عبد الهادي الفضلي، مذكرة في المنطق، مؤسسة دار الكتاب الإسلامي، دن، ١٤٠٩ هـ.
- د.عزت قرني، الفلسفة اليونانية حتى أفلاطون، الكويت، ١٩٩٣.

- د.عزى عبد الفتاح، تسيب الأحكام وأعمال القضاة فى المواد المدنية والتجارية، القاهرة، دار الفكر العربى، الطبعة الأولى، ١٩٨٢.
- د.على بدوى، مذكرات وجيزة فى القانون الرومانى، القاهرة، مطبعة الأمانة، ١٩٢٩.
- د.على حمودة، القواعد المنطقية لفهم الواقع والقانون فى الدعوى الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢.
- د.على حيدر، درر الحكام شرح مجله الأحكام، تعريب فهمى الحسينى، الرياض، دار علم الكتب، طبعة خاصة، ٢٠٠٣-١٤٢٣هـ، المجلد الأول.
- د.على سمانى النشار، مناهج البحث عند مفكرى الإسلام، القاهرة، دار المعارف، الطبعة الثانية، ١٩٦٧.
- على بن محمد بن على المعروف بالشريف الجرجانى، التعريفات، القاهرة، المطبعة الخيرية، ١٣٠٦هـ.
- م. عليوه مصطفى فتحى الباب، الوسيط فى سن وصياغة وتفسير التشريعات "الكتاب الثانى صياغة وتفسير التشريعات"، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، ٢٠١٢.
- د.عيد القصاص، التزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة "دراسة تحليلية مقارنة فى قانون المرافعات المصرى والفرنسى، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.
- فارس حامد عبد الكريم، أساس مقولة إن التشريع متى توقفت حكمته توقف حكمه، مقاله على النت.

- د.فايز محمد حسين، دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه "دراسة في فلسفة القانون"، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١١.
- محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحى الحنبلى المعروف بابن النجار، شرح الكوكب المنير المسمى مختصر التحرير أو المختبر المبتكر شرح المختصر فى أصول الفقه، تحقيق د.محمد الزحيلي، و.د.نزيه حماد، مكتبة العبيكان، ١٩٩٧ - ١٤١٨هـ.
- د.محمد البورنوي، الوجيز فى إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، الطبعة الخامسة، ٢٠٠٢.
- د.محمد جمال عيسى، الشكلية القانونية، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.
- د.محمد حسين قاسم، د. رمضان محمد أبو السعود، مبادئ القانون المدخل إلى العلوم القانونية والالتزامات، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩٥.
- د.محمد سعيد عبد الرحمن، الحكم القضائى، القاهرة، دار النهضة العربية، د.ت.
- د.محمد سعيد محمد فرماوى، القواعد الحاكمة لمسالك المقاصد الشرعية "دراسة تحليلية فى النص القرآني"، رسالة دكتوراه، حقوق الإسكندرية، ٢٠١١.
- د.محمد سلام مدكور، أصول الفقه الإسلامى، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٦.
- د.محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية "دراسة مقارنة بين الفقهاء المدنى والإسلامى، بغداد، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية.

- د.محمد صبرى السعدى ، تفسير النصوص فى القانون المدنى والشريعة الإسلامية، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٧٩.
- د.محمد على الصافورى، مقدمات فى المنطق القانونى، دن، د.ت.
- د.محمد على عمران، دروس فى نظرية القانون، ١٩٨٥.
- د.محمد مهران، مدخل إلى المنطق الصورى، دار الثقافة للطباعة والنشر، ١٩٧٥.
- د.محمد كمال إمام، أصول الأحكام الشرعية الفقه الإسلامى، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥.
- د.محمد كمال إمام، أصول الأحكام الشرعية الفقه الإسلامى، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥.
- د.محمد كمال إمام، نظرية الفقه فى الإسلام "مدخل منهجى"، بيروت، ١٩٩٨.
- د.محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للتكييف القانونى للدعوى فى قانون المرافعات، القاهرة، دار الفكر العربى، ١٩٨٢.
- د.محمد مصطفى شلبى، أصول الفقه الإسلامى "المقدمة التعريفية بالأصول وأدلة الأحكام وقواعد الاستنباط، الإسكندرية، الدار الجامعية، الطبعة الرابعة، ١٩٨٣.
- د.محمد نور عبد الهادى شحاته، سلطة التكييف فى القانون الإجرائى، دراسة مقارنة فى القوانين الإجرائية المدنية والجنائية والإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، د.ت.
- د.محمد يحيى فرج، الخطاب اليونانى فى الفكر الفلسفى القديم، دن، د.ت.

- د. محمود السقا، العلاقات الدولية الرومانية خلال عصر الإمبراطورية العليا فى نطاق فلسفة المدينة العالمية، مجلة مصر المعاصرة، أكتوبر ١٩٧٤ السنة ٦٥ العدد ٣٥٨٠.
- د. محمود السقا، شيشرون خطيباً وفيلسوفاً وفقهياً، بحث منشور فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة السابعة عشرة، العدد الثانى، يوليو ١٩٧٥.
- د. محمود السقا، دراسة فى علم المنطق القانونى، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.
- د. محمود السقا، أثر الفلسفة فى الفقه والقانون الرومانى فى العصر العلمى، بحث منشور فى مجلة القانون والاقتصاد، الجزء الثالث، السنة الثالثة والأربعون، العدد الأول، مارس ١٩٧٣.
- د. محمود السقا، المنطق القانونى والمنطق القضائى، القاهرة، دن، ٢٠٠١.
- د. محمود جمال ذكى، دروس فى مقدمات الدراسات القانونية، دن، الطبعة الثانية، ١٩٦٩.
- د. محمود محمد على، العلاقة بين المنطق والفقه عند مفكرى الإسلام "قراءة فى الفكر الأشعرى"، عين للدراسات، ٢٠٠٠.
- د. مصطفى صقر، فلسفة العدالة عند الإغريق وأثرها على فقهاء الرومان وفلاسفة الإسلام، المنصورة، مكتبة الجلاء، ١٩٨٩.
- د. مهاب نجما، المدخل إلى القانون، لبنان، طرابلس، دار الشمال للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٩٩٠.
- د. نبيل عمر، سلطة القاضى التقديرية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٢.

- د.مجبوان رمضان، المقاصد الشرعية وفقه المستجدات "دراسة تأصيلية تطبيقية"، رسالة دكتوراه، حقوق الإسكندرية، ٢٠١١.
- دنزيه المهدي، المدخل لدراسة القانون "نظرية القانون"، د.ن، ١٩٩٢.
- د.ممام محمد محمود، المدخل إلى القانون، الإسكندرية، دار المعرفة الجامعية، ٢٠٠٠.
- ويزلي سالمون، المنطق، ترجمة وتعليق د.جلال موسى، بيروت، الشركة العالمية للكتاب، الطبعة الثانية، ١٩٨٦.
- د.يوسف كرم، تاريخ الفلسفة اليونانية، لجنة التأليف والترجمة، ١٩٣٦.

#### ثانياً: المراجع الأجنبية:

- Bergel(J.L): Théorie générale du droit, paris, Dalloz, 1989.
- Billier(J): Mayoli(A): Histoire de la philosophie du droit, paris, A.colin, 2001.
- Bonfante: Histoire du droit romain, TI, paris, 1928.
- E.Brehier: Histoire de la philosophie, Vol I, Antiquité et moyenâge, paris, p.U.F, 1981.
- Cadiet(L): Droit Judiciaire prive, paris, 1992.
- Cuq(E): Manuel des institutions juridique de droit romain, paris, 1920.
- Garraud: Traite d'instruction criminelle, 1959, Tome IT.
- Gaudemet: Histoire des institutions de l'antiquité, paris, 1967.
- Goldschmidt(w): La logique du droit, A.P.D, 1966.
- Guinchard(S): Droit processuel, Dalloz, 2005.
- Gulci(G): Les Rapport de l'équité avec le droit et la justice dans l'œuvre de ciceron, R.H.D, 1968.

- Hassan Abd el Hamid: La crise contemporaine des concepts juridiques, Le Caire, dar el nahda, 2001.
- Hébraud(p): Rapport introductive in la logique judiciaire, 1967.
- Horowitz(J): Ulrich klug's legal logic acrtical account in Etudes de logique juridique, vol1, Bruxelles, 1966.
- Horowitz(J): Expose et critique d'une illustration du caractère prétend non formel de la logique juridique in A.P.D
- Kalinawiski(G): Y-a T-il- une logique juridique ? In logique et analyses, 1956.
- Marty(G)&Raynoud(p): Droit civil, TI, Introduction générale à l'étude du droit, 2ed, paris, Sirey, 1972.
- Motulsky(H) : Droit processuel, Ed Montchrestien, 1973.
- Monier(R), G.Cardascia et J.Imbert: Histoire des institutions et des fait sociaux, paris, 1956.
- Monier(R): Manuel élémentaire de droit romain, TI, paris, 1948.
- Paoli(U.E) : Droit attique et droit romain dans les rhéteurs latins, R.H.D, 1953.
- Perelman : La raisonnable et le déraisonnable en droit, paris, 1984.
- Perelman(ch): Qu` est- ce que la logique juridique, A.P.D, 1967.
- Perelman(ch): Logique juridique, paris, 1980
- Perelman(ch): Raisonnement: Juridique et logique juridique, A.P.D, 1966.
- Perreau Bernard: De la qualification en matière criminelle, préf J.A.Roux, L.G.D.J, 1926.
- Puy(f): La nation de la logique juridique in A.P.D, 1966.
- Recesens- Siches(L): La logique matérielle du raisonnement juridique, Bruxelles, 1971.

- Rigaux(f) : La nature du contrôle de la cour cassation, Bruxelles, 1966.
- Schulz: History of roman legal science, oxford, 1953.
- Stamatis(M.C): Argument en droit, paris, 1995.
- Soyer(J.C) : Droit pénal et procédurepénal, 2ed, paris, delta, L.G.D.J, 1995.
- Terre(f) : Introduction générale au droit, 3ed, paris, 2001.
- Terre: L'influence des volontés individuelles sur les qualifications, thèse, L.G.D.J, 1957.
- Trigeaud(j) : philosophie du droit, Bordeaux, Éd. Bure, 1999.
- Villey(M): Histoire de la logique juridique, In Amales de la faculté de droit de Toulouse, 1956.
- Villey(M) : Questions de logique juridique dans l'histoire droit, études de logique juridique travaux du centre national le recherché de logique, Bruxelles, 1967.
- Villey(M): Deux conceptions du droit naturel dans l'antiquité, R.H.D, 1953.
- Villey(M): Logique d'Aristote et droit romain, R.H.D, 1951.
- Villey(M): Philosophie du droit, Dalloz, paris, 1978.
- Vonglis(B) : La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique, paris, 1968.
- Weal B.Hallaq: Legal Reasoning in Islamic law and common law logic and method, in Cleveland state law review, V.34, 1979.



---

---

**التعويض العقابي في القانون الأمريكي  
ومدى ملاءمة تطبيقه في النظام القانوني المصري**

---

---

**د/ أحمد السيد الدقاق  
مدرس القانون المدني  
كلية الحقوق جامعة الإسكندرية**

**التعويض العقابي فى القانون الأمريكى  
ومدى ملاءمته تطبيقه فى النظام القانونى المصرى  
د. أحمد السيد الدقاق  
مدرس القانون المدنى  
كلية الحقوق جامعة الإسكندرية**

بسم الله الرحمن الرحيم

**ملخص البحث**

تطور دور المسئولية المدنية فى المدرسة الأنجلو أمريكية ليشمل عقاب مرتكب الفعل الضار عن طريق التعويض العقابى فضلاً عن دورها التقليدى المتمثل فى إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار بإلزام مرتكب الفعل الضار بدفع تعويض مساوٍ للضرر الذى أصاب المضرور. ولما كان التعويض العقابى يعد غريباً على فكر الأنظمة القانونية التى تنتمى إلى المدرسة اللاتينية فسوف نقوم - من خلال هذا البحث - بشرح نظام التعويض العقابى ومزاياه والأهداف المهمة التى يعمل على تحقيقها. وينتهى البحث إلى اقتراح الأخذ بمبدأ التعويض العقابى فى النظام القانونى المصرى.

**Abstract**

*The role of civil liability in the Anglo-American school of law has developed to cover not only compensating victim but also punishing the tortfeasor through imposing punitive damages. Although this*

*idea sounds odd for legal systems that belong to the Latin school of law, this article argues that advantages of the doctrine of punitive damages serve important functions. Therefore, the author recommends the adoption of punitive damages in the Egyptian legal system.*

## مقدمة

من المستقر عليه فى النظم القانونية اللاتينية أن دور المسؤولية المدنية هو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار؛ لذلك فإن التعويض المدنى يقتصر دائماً على ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب. أما عقاب مرتكب الفعل الضار فمجاله ليس المسؤولية المدنية وإنما المسؤولية الجنائية. فإذا قرر القانون الجنائى أن الفعل الضار يشكل جريمة فإن مرتكبه يعاقب أيضاً بجزاء جنائى يتمثل فى السجن أو الحبس أو الغرامة.

أما فى النظام القانونى الأمريكى فإن دور المسؤولية المدنية لم يعد مقتصرأ على إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار بل أصبح- فى بعض الحالات - يمتد ليشمل عقاب مرتكب الفعل الضار

---

1- Gerhard Wagner, Punitive Damages in European Private Law 2 (February 21, 2011). HANDBOOK OF EUROPEAN PRIVATE LAW. (Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt and Reinhard Zimmermann, eds., Forthcoming), available at <https://ssrn.com/abstract=1766113>

٢- القانون المدنى المصرى الصادر بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، م (٢٢١)١). انظر عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى: الجزء الثانى - نظرية الالتزام بوجه عام، طبعة المستشار أحمد مدحت المراهقى، دار الشروق، ٢٠١٠، ص ٧٩٢.

وتحقيق الردع العام والخاص؛<sup>1</sup> لذلك فإن القانون الأمريكى يميز بين نوعين من التعويض المدنى: (الأول) التعويض الجابر للضرر و(الثاني) التعويض العقابى. وبالإضافة إلى ذلك فإن الفعل الضار قد يُشكل جريمة تستوجب عقاب مرتكبها - بالإضافة إلى التعويض - بجزاء جنائى وفقاً لأحكام القانون الجنائى.

ومن المسلم به أن النظام القانونى المصرى يعتنق فكر المدرسة القانونية اللاتينية. ولعل ذلك ما أدى إلى ندرة كتابات الفقه المصرى عن مبدأ التعويض العقابى باعتباره من أفكار المدرسة الأنجلوأمريكية؛ وهنا تبرز أهمية هذا البحث فى إلقاء الضوء على صورة مختلفة من صور التعويض لا يعرفها النظام القانونى المصرى حيث يرى الباحث ضرورة دراسة جميع المبادئ والأفكار القانونية بصرف النظر عن مدى انتمائها لفكر المدرسة اللاتينية أو المدرسة الأنجلو أمريكية. ويهدف هذا البحث إلى الإجابة عن التساؤل حول مدى ملاءمة تطبيق مبدأ التعويض العقابى فى النظام القانونى المصرى على مرتكب الفعل الضار الجسيم.

وفى سبيل الإجابة عن هذا السؤال فإننا نتناول بالمنهج الوصفى والتحليلى النظام القانونى للتعويض العقابى فى القانون الأمريكى للوقوف على مزايا وعيوب هذا النظام فضلاً عن استخدام المنهج التاريخى للتعرف على تاريخ نشأة التعويض العقابى ومراحل تطوره.

لذلك تنقسم دراستنا فى هذا البحث على النحو الآتى:

**المبحث الأول:** مفهوم التعويض العقابى وتقديره

**المبحث الثانى:** التعويض العقابى بين المدرسة الأمريكية والمدرسة اللاتينية

---

١- د. أسامة أبو الحسن مجاهد، فكرة التعويض العقابى، دار النهضة العربية،

## المبحث الأول مفهوم التعويض العقابي وتقديره

إن دراسة مبدأ التعويض العقابي تقتضى تحديد مفهومه والتعرض لمزاياه وعيوبه. لذلك فإننا نقسم هذا المبحث الأول على النحو الآتى:

**المطلب الأول: مفهوم التعويض العقابي.**

**المطلب الثانى: تقدير التعويض العقابي**

### المطلب الأول مفهوم التعويض العقابي

يجب لدراسة مفهوم التعويض العقابي محاولة وضع تعريف منضبط له بعد الإطلاع على تعريفات الفقه والقضاء فضلاً عن تأصيله تاريخياً بإلقاء الضوء على تاريخ نشأته وتطوره فى النظم القانونية المختلفة. كذلك فإنه لا غنى عن استقصاء مزاياه وعيوبه من أجل تقييمه. لذلك تنقسم دراستنا فى هذا المطلب على النحو الآتى:

**الفرع الأول: التعريف بالتعويض العقابي ونشأته التاريخية**

**الفرع الثانى: تطبيقات قضائية لمبدأ التعويض العقابي**

### الفرع الأول التعريف بالتعويض العقابي ونشأته التاريخية

يُقصد بالتعويض العقابي "التعويض المقرر بالإضافة إلى التعويض الجابر للمضرر أو التعويض الرمزي كعقاب لمرتكب الفعل الضار عنسلوكه الشائن ولردعه ولردع الغير الذى قد يرتكب مثل هذا السلوك فى

المستقبل.<sup>1</sup> كما عُرِّفَ التعويض العقابي أيضاً بأنه "التعويض الذي يُمنح بالإضافة إلى التعويض الجابر للضرر عندما ينطوى تصرف المدعى عليه على تهور أو تعمد أو غش بهدف عقاب مرتكب الفعل الضار أو جعله مثلاً للآخرين."<sup>2</sup>

كما عرفت المحكمة العليا الأمريكية التعويض العقابي بأنه "غرامة خاصة تفرض عن طريق هيئات المحلفين المدنية لمعاقبة السلوك الشائن ومنع حدوثه مستقبلاً."<sup>3</sup>

ويتضح من التعريفات السابقة أن دور التعويض العقابي ليس جبر الضرر الذي يصيب المضرور، وإنما عقاب مرتكب الفعل الضار بسبب سلوكه الشائن الناشئ عن تهور أو تعمد أو غش. وبعبارة أخرى، إذا بلغ الفعل الضار حداً معيناً من الجسامة فإن مرتكبه لا يكون ملزماً بالتعويض الجابر للضرر فقط وإنما يلتزم أيضاً بتعويض إضافي كعقوبة له على جسامة خطئه وهو التعويض العقابي.

لذلك ذهب الفقه إلى القول بأن التعويض العقابي هو جزاء شبه جنائي إذ أنه يقع في منطقة وسطى بين الجزاء المدني والجزاء الجنائي؛ فهو جزاء يشبه جزاء الغرامة في القانون الجنائي غير أن المضرور عادة هو من يحصل عليه وليس الدولة ومن ثم يصعب اعتباره جزاءً جنائياً؛

- 1- Restatement (Second) of Torts §908 (1979) Westlaw (database updated March 2017).
- 2- Punitive Damages, Black's Law Dictionary (10th ed. 2014).
- 3- Gertz v. Robert Welch Inc., 418 U.S. 323, 350, 94 S. Ct. 2997, 41 L. Ed. 2d 789, 811 (1974).
- 4- David G. Owen, A Punitive Damage Overview: Functions, Problems and Reform, 39 Vill. L. Rev. 363, 365 (1994).

ويتضح من استعراض تاريخ نشأة نظام التعويض العقابي أنه لم يكن أبداً نظاماً خاصاً بالمدرسة القانونية الأنجلو أمريكية. فالتعويض العقابي ما هو إلا نظام مضاعفة أو تعدد التعويضات المعروف في الكثير من الشرائع القديمة الذي كان يسمح للمضروب الحصول على تعويض أكبر مما يجبر ضرره. فمرتكب الخطأ كان يدفع تعويضاً مضاعفاً لجبر ضرر المضرور، وكعقوبة له أيضاً.

ويمكن تتبع تاريخ التعويض العقابي بالرجوع إلى أول قانون مكتوب في العالم، وهو تقنين حمورابي الذي شرع في القرن الثامن عشر قبل الميلاد ونص في مادته الثامنة على أنه "إذا قام إنسان بسرقة ثوراً أو شاة أو حماراً أو خنزيراً أو قارباً، فإنه يدفع تعويضاً يعادل ثلاثين مثلاً لقيمة الشيء المسروق إذا كان يعود للإله أو للقصر أو عشرة أمثال إذا كان يعود لمسكين. فإذا لم يكن لدى السارق ما يعوّض به فإنه يعدم".<sup>1</sup>

كما أن مبدأ مضاعفة التعويضات أو تعددها موجود في التوراة التي قررت أنه "إذا سرق إنسان ثوراً أو شاة فذبحها أو باعها فإنه يعوّض عن الثور بخمسة ثيران وعن الشاة بأربعة من الشياة"<sup>2</sup> كما نص على أنه "إذا ضُبط الثور أو الحمار أو الشاة المسروق مع اللص فإنه يعوّض بدفع الضعف".<sup>3</sup>

كما وردت فكرة مضاعفة التعويضات في قانون الألواح الاثنى عشر الذي صدر في القرن الخامس قبل الميلاد ويعد أول القوانين الرومانية

- 1- Ga. Punitive Damages § 1-1 (2d ed.)
- 2- CODE OF HAMMURABI § 8, reprinted in ALBERT KOCOUREK & JOHN WIGORE, SOURCES OF ANCIENT AND PRIMITIVE LAW 391 (1915).

٣- التوراه، سفر الخروج، الإصحاح ١: ٢٢.

٤- التوراه، سفر الخروج، الإصحاح ٤: ٢٢.

المكتوبة، حيث تضمن بعض العقوبات التي تلزم المخطئ بدفع تعويض يعادل ما بهي نضعف وأربعة أضعاف قيمة الضرر.

وانتقلت فكرة التعويض المضاعف إلى القانون الإنجليزي في عام ١٢٧٥ حينما نص لأول مرة على عقوبة التعويض المضاعف كعقوبة الاعتداء على رجال الدين.<sup>١</sup> ثم توالت النصوص القانونية المقررة للتعويض المتعدد حتى أربعة أضعاف حتى بلغت ٦٥ نصاً قانونياً في عام ١٧٥٣.<sup>٢</sup>

ثم انتقلت فكرة التعويض المضاعف إلى القانون الأمريكي وكان أول تطبيق لها في عام ١٧٨٤ بولاية نورث كارولينا في قضية *Genay v. Norris*.<sup>٣</sup> وتخلص وقائع هذه القضية في قيام المدعى عليه - وهو طبيب - بوضع حشرة في مشروب المدعى بغرض المزاح مما أدى إلى مرضه بشدة، ولم يتعاف من هذا المرض بشكل كامل إلا بعد مرور عدة أشهر. فقضت المحكمة بالزام المدعى عليه بدفع تعويض عقابي نظراً لجسامة خطئه، خاصة وأنه يعمل كطبيب ومن ثم كان من الواجب عليه توقع الضرر الذي أصاب المدعى.<sup>٤</sup>

وقد لاقت فكرة التعويض العقابي في بادئ الأمر مقاومة من الفقه والقضاء في أمريكا إلا أنها بدأت تلقى قبولاً كبيراً مع منتصف القرن

1- W.W. BUCKLAND, A TEXT-BOOK OF ROMAN LAW 581-84 (3d rev. Stein ed. 1966) cited in David G. Owen, A Punitive Damage Overview, at 368.

٢- المرجع السابق، ص ٣٦٨.

٣- المرجع السابق.

4- *Genay v. Norris*, 1 S. C. 3, 1 Bay 6 (1784).

٥- المرجع السابق.



التاسع عشر حيث تبينها الغالبية العظمى من الولايات الأمريكية مع ملاحظة اختلاف نطاق تطبيقها.<sup>١</sup>

## الفرع الثاني تطبيقات قضائية لتعويض العقابي

يهدف هذا الفرع إلى التعرف على بعض الحالات التي قام فيها القضاء الأمريكي بمنح الضرور تعويضاً عقابياً، إذ يتبين من هذه الحالات أن الحكم بالتعويض العقابي يقتصر على الحالات التي يرتكب فيها المعتدى خطأ جسيماً على الأقل.

ولعل أشهر التطبيقات القضائية لمبدأ التعويض العقابي هي قضية *Liebeck v. McDonald's Restaurants* التي حازت شهرة كبيرة في الإعلام الأمريكي والعالمي وأثارت جدلاً واسعاً نظراً لضخامة قيمة التعويض الذي قرره هيئة المحلفين قبل أن تقوم محكمة الاستئناف بتخفيض قيمته. وتخلص وقائع هذه القضية في قيام المدعية بشراء كوب من القهوة من أحد فروع سلسلة مطاعم ماكدونالدز، وأثناء ركوبها السيارة وضعت الكوب بين ساقيها وقامت بإزالة الغطاء لإضافة السكر والكرème إلا أن القهوة انسكبت على ساقيها مما تسبب لها في حروق من الدرجة الثالثة قدرت بنسبة ٦٪ من مساحة جسدها. وبعد إجرائها عملية جراحية قدر الأطباء إصابتها بتشوهات وندوب دائمة بنسبة ١٦٪ من مساحة جسدها.<sup>٢</sup>

١- المرجع السابق.

2- Patrick S. Ryan, Revisiting the United States Application of Punitive Damages: Separating Myth from Reality, 10 ILSA J. INT'L & COMP. L. 69, 80 (2003).

أقامت المدعية دعواها طالبة تعويضاً جابراً للضرر الذي أصابها  
وتعويضاً عقابياً؛ فقضت محكمة أول درجة بقبول الدعوى وقدرت قيمة  
التعويضات على النحو الآتي:

- ٢٥٥,٥٥٥ دولار كتعويض جابر للضرر تحصل المدعية منه على  
١٦٥,٥٥٥ دولار فقط نظراً لمساهمتها بنسبة ٢٥% في الضرر الذي  
أصابها؛ نظراً لارتكابها خطأ يتمثل في محاولة إزالة غطاء الكوب بين  
ساقها في السيارة.

- ٢,٧٥٥,٥٥٥ دولار كتعويض عقابي. وقد تم تقدير قيمة هذا التعويض  
بقيمة مبيعات سلسلة المطاعم للقهوة على مستوى العالم خلال يومين  
فقط.<sup>1</sup>

وقد أسست المحكمة قضاءها بالتعويض العقابي على أن القهوة التي  
يقوم المطعم بإعدادها تزيد درجة حرارتها عن القهوة التي تقدم في باقي  
المطاعم بحوالي ٢٥ - ٣٥ درجة. وقد سبق وأن تسببت درجة حرارة  
القهوة في حوالي ٧٥٥ حادث مماثل إلا أن المطعم امتنع عن تعديل درجة  
حرارة القهوة مفضلاً الوصول إلى اتفاقات ودية مع المضررين قدرت  
بـ نصف المليون دولار قبل إقامة هذه القضية. ومع ذلك فقد رفض المطعم  
تسوية النزاع ودياً مع المدعية التي طالبت المطعم بمبلغ ١١ ألف دولار  
فقط. وأثناء مرحلة الوساطة رفض المطعم دفع مبلغ ٢٢٥,٥٥٥ دولار  
كتعويض للمدعية مفضلاً انتظار حكم القضاء.<sup>٢</sup>

1- McDonald's Restaurants, No. CV-93-02419, 1995 WL 360309 at 1.

٢- Ryan، المرجع السابق، ص ٨١.

وبعد أن قام المدعى عليه بالطعن على حكم التعويض العقابي البالغ ٢.٧٠٠.٠٠٠ دولار بالاستئناف تم تخفيض قيمته إلى ٤٨٠.٠٠٠ دولار ليصبح التعويض الإجمالي - بعد إضافة التعويض الجابر للضرر - هو ٦٤٠.٠٠٠ دولار. ورغم تهديد المدعية بالطعن على الحكم للمطالبة بزيادة قيمة التعويض إلا أنها لم تفعل بل تم التوصل لتسوية ودية غير معلنة مع سلسلة المطاعم مضمونها دفع تعويضات إجمالية قدرتها بعض التقارير الإعلامية بأنها لم تتجاوز ٦٠٠.٠٠٠ دولار.<sup>١</sup>

أما في قضية *Chiara v. Dernago* كان المدعى عليه يعمل كسائق شاحنة، وأثناء قيادته الشاحنة تحت تأثير الخمر تسبب في حادث سيارة أسفر عن إصابة المدعية في الفقرات العنقية.<sup>٢</sup> فقضت المحكمة للمدعية بتعويض جابر للضرر بقيمة ١٦٠.٠٠٠ دولار إلى جانب تعويض عقابي بقيمة ٧٠.٠٠٠ دولار نظراً لأن القيادة تحت تأثير الخمر تعتبر خطأً جسيماً.<sup>٣</sup> وقد أيدت محكمة الاستئناف هذا الحكم.<sup>٤</sup>

وفي قضية *Warren v. Shelter Mutual Insurance Co.* قام المدعى برفع الدعوى طالباً تعويضاً جابراً للضرر وتعويضاً عقابياً عن وفاة ابنه اثر سقوطه من مركب كان يستقله بسبب توقف نظام التوجيه الهيدروليكي بالمركب عن العمل لتسرب الزيت من الموتور؛ الأمر الذي أدى إلى انحراف المركب بعنف وسقوط الابن في المياه وارتطام المركب به عدة مرات مما أدى إلى وفاته. وقد تبين أن الشركة المصنعة المدعى عليها

- 1- Daniel J. Shapiro, Punitive Damages, 43 LA. B. J. 252, 254 n. 1 (1995).
- 2- Chiara v. Dernago, 2008 WL 8727097.
- 3- Chiara v. Dernago, 128 A.D.3d 999, 1001, 11 N.Y.S.3d 96, 99 (N.Y. App. Div. 2015).

٤- المرجع السابق، ص ٩٨.

تعلم أن أى نقص يسير فى زيت الموتور يتسبب عادة فى فقد السيطرة على المركب ومن ثم سقوط الركاب واستمرار المركب فى الدوران مما قد يؤدي إلى الاصطدام بالركاب ووفاتهم. ومع ذلك لم تقم الشركة المصنعة بوضع أى علامة تحذيرية على المركب تشير إلى مثل هذه الخطورة بالمخالفة لقانون المسؤولية عن المنتجات الأمر الذى يثير المسؤولية القانونية للشركة.<sup>1</sup>

وقضت هيئة المحلفين بمنح المدعى تعويضاً جابراً للضرر بقيمة ١٢٥,٠٠٠ دولار وتعويضاً عقابياً بقيمة ٢٣ مليون دولار. وقد أيدت محكمة الاستئناف هذا الحكم إلا أن المحكمة العليا بولاية لويزيانا اعتبرت أن قيمة التعويض العقابى مبالغ فيها فقضت بتخفيض قيمته إلى ٤,٢٥٠,٠٠٠ دولار.<sup>٢</sup>

### المطلب الثانى تقدير مبدأ التعويض العقابى

انقسمت آراء الفقهاء بين مؤيد ومعارض لمبدأ التعويض العقابى. فيؤيد جانب من الفقه التعويض العقابى نظراً لأنه يعمل على عقاب مرتكب الفعل الضار وتحقيق الردع العام والردع الخاص إلى جانب الحفاظ على السلام العام فى المجتمع وتشجيع تطبيق القانون وتعويض المضرور عن الأضرار التى لا يتم التعويض عنها عادة فضلاً عن حماية المستهلك. ومع ذلك فإن هناك جانباً آخر من الفقه ينتقد مبدأ التعويض العقابى بحجة أنه يتعارض مع دور المسؤولية المدنية فى القانون المدنى ويؤدى إلى إثراء المضرور على حساب مرتكب الفعل الضار ويتعارض مع مبدأ التناسب

1- Warren v. Shelter Mut. Ins. Co., 233 So.3d 568 (2017), available at <http://www.lasc.org/opinions/2017/16C1647.OPN.pdf>  
٢- المرجع السابق.

بين الجريمة والعقوبة وذلك بسبب المبالغة في تقدير قيمته أحياناً. لذلك تنقسم دراستنا في هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين:

**الفرع الأول:** الأهداف التي يحققها التعويض العقابي

**الفرع الثاني:** الانتقادات الموجهة إلى التعويض العقابي

### **الفرع الأول** **الأهداف التي يحققها التعويض العقابي**

ذهب الفقه الأمريكي إلى أن التعويض العقابي يعمل على تحقيق ستة أهداف تتمثل فيما يلي:

١. عقاب مرتكب الفعل الضار.
  ٢. الردع الخاص.
  ٣. الردع العام.
  ٤. الحفاظ على السلام في المجتمع.
  ٥. تشجيع تطبيق القانون.
  ٦. تعويض المضرور عن الأضرار التي لا يتم التعويض عنها.
- وتتناول فيما يلي كل من هذه الأهداف بالدراسة والتحليل.

#### **الهدف الأول - عقاب مرتكب الفعل الضار:**

يعد عقاب مرتكب الفعل الضار أحد أهم أهداف التعويض العقابي، فلا يكفي أن يدفع مرتكب الفعل الضار تعويضاً للمضرور جابراً للضرر الذي أصابه، إذ أن مرتكب الفعل الضار يستحق عقوبة إضافية نظراً لارتكابه خطأً جسيماً تسبب في ضرر للغير حتى لو كان هذا السلوك لا يشكل جريمة وفقاً لأحكام القانون الجنائي. فإذا كان القانون الجنائي لا يعتبر بعض أشكال الخطأ الجسيم جرائم فإن ذلك لا يحول دون عقاب

مرتكب مثل هذه الأخطاء والذي قدر المجتمع أنه ارتكب سلوكاً غير مقبول ويعد خروجاً عن السلوك المألوف<sup>1</sup>.

#### الهدف الثاني - الردع الخاص:

يعد الردع الخاص هدفاً هاماً من أهداف التعويض العقابي. فإذا كانت المسؤولية المدنية تهدف عادة إلى إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار، إلا أن ذلك لا يحول دون ردع مرتكب الفعل الضار لمنع من تكراره في المستقبل. فقيام مرتكب الفعل الضار بدفع تعويض عقابي إلى جانب التعويض الجابر للضرر سيقبل من فرص تفكيره في تكرار ذات الفعل؛ ومن ثم يحقق التعويض العقابي الردع الخاص لدى مرتكب الفعل الضار الذي يشكل خطأ جسيماً.

#### الهدف الثالث - الردع العام:

رغم أن أول ما يتبادر إلى الذهن من أهداف المسؤولية التقصيرية هو تعويض المضرور إلا أنه يجب الأخذ في الاعتبار أن المسؤولية التقصيرية تهدف أيضاً إلى منع بعض أنواع السلوك الاجتماعي. هذا المنع لن يتحقق إلا عن طريق الردع العام أي أن يدرك من يفكر في ارتكاب الفعل الضار في عواقب ارتكابه ومن ثم يتراجع عن ارتكابه. وبطبيعة الحال فإن هذا الردع لن يتحقق إلا عن طريق وجود جزاء مثل التعويض العقابي.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا لولاية ساوث كارولينا في قضية Johnson v. Atlantic Coast Line R. Co. بأن التعويض العقابي لا يُوقع من أجل مصلحة المضرور فقط وإنما يُوقع من أجل حماية كل أفراد المجتمع من هؤلاء الذين يتجاهلون حقوقهم<sup>2</sup>.

- 1- Nathan C. Prater, Punitive Damages in Alabama: A Proposal for Reform, 26 Cumb. L. Rev. 1005, 1031 (1996).
- 2- Johnson v. Atl. Coast Line R. Co., 142 S.C. 125, 140 S.E. 443, 447 (1927).

وجدير بالذكر أن الردع - خاصاً كان أم عاماً - قد يتحقق عن طريق فرض التعويض الجابر للضرر دون الحاجة إلى التعويض العقابي إذ أن مرتكب الفعل الضار قد يضطر لدفع مبلغ كبير من المال كتعويض جابر للضرر مما يحقق وظيفة الردع، ومع ذلك فعندما تكون قيمة التعويض الجابر للضرر قليلة نتيجة لصغر الضرر الذي أصاب المضرور فإنه يفضل في تحقيق الردع ومن ثم يغدو التعويض العقابي لازماً لتحقيقه.<sup>1</sup>

#### الهدف الرابع - الحفاظ على السلام في المجتمع:

ذهب الفقيه الأمريكي روسكو باوند إلى أن مرتكب الفعل الضار "يشير في الشخص المضرور رغبة في الانتقام من شأنها أن تؤدي إلى حرب خاصة واضطراب في سلام المجتمع. لذلك فإن من عرض الأمن العام للخطر عليه أن يشترى الرغبة في الانتقام التي أيقظها."<sup>2</sup>

فالضرر الذي يعانيه المضرور قد يدفعه إلى الانتقام من مرتكب الفعل الضار. فمجرد الحصول على تعويض جابر لضرره قد لا يكفي المضرور إذ أنه يعتقد أن العدالة تقتضي توقيع جزاء آخر على مرتكب الفعل الضار ولو كان هذا الفعل لا يشكل جريمة وفقاً لأحكام القانون الجنائي؛ لذلك يعمل التعويض العقابي على تنظيم إشباع رغبة المضرور في الانتقام عن طريق اللجوء إلى القضاء بدلاً من محاولة إشباع هذه الرغبة بوسائل غير قانونية.<sup>3</sup>

1- Dorsey D. Ellis, Jr., Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages, 56 S. Cal. L. Rev. 1, 9 (1982).

2- ROSCOE POUND, JUSTICE ACCORDING TO LAW 10 (1951).

3- فقد ذهبت المحكمة العليا لولاية ساوث كارولينا إلى القول بأن "التعويض العقابي هو بمثابة نوع من الانتقام الخاص الذي ينفذ في المحاكم بدلاً من خلال المبارزات أو الأزقة الخلفية".

## الهدف الخامس - تشجيع تطبيق القانون:

إن التعويض العقابي لا يهدف إلى عقاب مرتكب الفعل الضار وتحقيق الردع العام والخاص فقط. فهذه الأسباب تفسر سبب فرض التعويض العقابي على مرتكب الفعل الضار إلا أنها لا تبرر حصول الضرور على قيمة التعويض العقابي إلى جانب التعويض الجابر للضرر<sup>1</sup> والواقع أن حصول الضرور على مبلغ التعويض العقابي يحقق أحد أهداف التعويض العقابي ذاته ألا وهو ضمان تطبيق القانون. ففي بعض الحالات قد يمتنع الضرور عن المطالبة بالتعويض الجابر للضرر نظراً لأن الضرر ليس كبيراً ومن ثم فإن مبلغ التعويض سيكون هزياً لا يستحق بذل الوقت والجهد والمال من أجل المطالبة به. هنا لا يتم تطبيق القانون نظراً لغياب الحافز لدى الضرور وبالتالي يفشل القانون في تحقيق هدفه.

وبما لا شك فيه أن التعويض العقابي يعد حلاً لهذه المشكلة إذ أنه يشكل حافزاً للضرور للجوء إلى القضاء دفاعاً عن حقوقه مما يساهم في تطبيق القانون ومن ثم تحقيق القانون لهدفه المتمثل في منع السلوك الإجتماعى الخاطئ<sup>2</sup>.

كذلك قد يعتمد شخص ارتكاب الفعل الضار نظراً لأن المنفعة التي ينتظر الحصول عليها تفوق قيمة التعويض الجابر للضرر المتوقع الزامه بدفعه وهو الأمر الذى يشجع مثل هذا الشخص على مخالفة القانون فى

---

=Campus Sweater & Sportswear Co. v. M. B. Kahn Const. Co., 515 F. Supp. 64, 105 (D.S.C. 1979), aff'd sub nom. Campus Sweater & Sportswear Co. v. M. B. Kahn Const. Co, 644 F.2d 877 (4th Cir. 1981)

1- Hensley v. Erie Ins. Co., 168 W. Va. 172, 182, 283 S.E.2d 227, 233 (1981).

٢ - Parter -، المرجع السابق، ص ٢٧.



غياب التعويض العقابي. فعلى سبيل المثال قد تقوم جريدة بنشر أخبار أو صور تتعلق بالحياة الخاصة لأحد الأشخاص رغم علمها بعدم قانونية هذا الأمر إلا أن الجريدة تفعل ذلك لعلمها بأن الأرباح التي ستحققها من مبيعات العدد ستفوق قيمة التعويض الجابر للضرر الذي سيطلب منها دفعه.

### الهدف السادس - تعويض المضرور عن الأضرار التي لا يتم التعويض عنها:

في بعض الأحيان لا تكون قيمة التعويض الجابر للضرر معادلة تماماً لقيمة الضرر الفعلي. وقد يحدث ذلك لعدة أسباب. فقد يفشل المضرور في إثبات بعض الأضرار التي أصابته نتيجة الفعل الضار لا سيما الضرر المتمثل في المكسب الفائت. فعلى سبيل المثال إذا تعرض شخص لحادث ترتب عليه مكوثه في المستشفى لعدة سنوات غائباً عن الوعي فمما لا شك فيه أنه يفقد العديد من الفرص التي يترتب عليها مكسب مالي، ومع ذلك فإنه لا يمكن أخذ هذه الفرص بعين الاعتبار عند تقدير قيمة التعويض الجابر للضرر لأنها مجرد فرص غير محققة الوقوع.

وكذلك يصعب في كثير من الأحيان تقدير قيمة التعويض العادل عن الضرر الأدبي الذي أصاب المضرور ذلك لأن مقدار الضرر الأدبي عن ذات الفعل قد يختلف من شخص لآخر.

وفضلاً عن ذلك فإن اللجوء إلى القضاء له تكلفته المتمثلة في رسوم رفع الدعوى ومقابل التعاقد مع محام وتكلفة الانتقال من وإلى المحكمة وغيرها. ومع ذلك فإن هذه المصروفات قد لا يتم أخذها في

١- د. على فيلالى، تطور الحق في التعويض بتطور الضرر وتنوعه، حوليات جامعة الجزائر ١ - العدد ٣١ - الجزء الأول ص ٢٠.

٢- Owen، المرجع السابق A Punitive Damage Overview، ص ٣٧٩.

الاعتبار عند تقدير قيمة الضرر<sup>١</sup>، ومن ثم فإن التعويض الجابر للضرر قد لا يكون معبراً بالفعل عن قيمة الضرر الفعلي؛ الأمر الذى يغدو معه التعويض العقابى أكثر أهمية كوسيلة لضمان ألا تقل القيمة الإجمالية للتعويض عن قيمة الضرر الفعلى. وبذلك فإن التعويض العقابى قد يحقق ما يفشل التعويض الجابر للضرر فى تحقيقه.

#### الهدف السابع - حماية المستهلك:

يسعى بعض التجار إلى تحقيق أعلى ربح ممكن حتى ولو تحقق ذلك من خلال خداع المستهلك والتدليس عليه. ومن أمثلة ذلك قيام التاجر بنشر الإعلانات الكاذبة للترويج لمنتجه، وعدم الإفصاح للمستهلك عن الأضرار المترتبة على استعمال المنتج، بل وطرح المنتج للتداول ولو كان التاجر على علم بعدم مطابقته للمواصفات الفنية والاشتراطات الصحية.

ومع ذلك فإن المستهلك الذى تعرض للخداع قد لا يقاضى التاجر لأى سبب كما لو كانت القيمة المتوقعة للتعويض الجابر للضرر ضئيلة. لذلك فإن احتمالية توقيع جزاء التعويض العقابى على التاجر قد يشجع المستهلك على مقاضاته فضلاً عن الردع الذى يحققه التعويض العقابى فى نفس التاجر؛ الأمر الذى يترتب عليه عدول التاجر عن أساليبه الملتوية لتحقيق الربح ومن ثم توفير حماية أفضل للمستهلك.<sup>٢</sup>

ويتضح مما سبق أن التعويض العقابى لا يهدف فقط إلى عقاب مرتكب الفعل الضار، بل إن له أهداف أسمى تتمثل فى منع السلوك الاجتماعى الضار للغير عن طريق تحقيق الردع الخاص والردع العام، والحفاظ على السلام الاجتماعى، وتشجيع تطبيق القانون، وتعويض

١- المرجع السابق.

٢- Parter، المرجع السابق، ص ص ١٠٣٥ - ١٠٣٦.

المضرور عن الأضرار التي لا يعوض عنها عادة، بالإضافة إلى حماية المستهلك.

## الفرع الثاني الانتقادات الموجهة للتعويض العقابي

وجه الفقه المعارض لمبدأ التعويض العقابي مجموعة من الانتقادات إلى هذا المبدأ يتمثل أبرزها فيما يلي:

١. أن المسؤولية المدنية لا يجب أن تهدف إلى العقاب أو الردع.
  ٢. أن التعويض العقابي يؤدي إلى إثراء المضرور بلا سبب على حساب مرتكب الفعل الضار.
  ٣. أن التعويض العقابي يتعارض مع مبدأ التناسب بين الجريمة والعقوبة.
  ٤. أن قيمة التعويض العقابي يتم المبالغة في تقديرها في كثير من الأحيان.
- الانتقاد الأول - المسؤولية المدنية لا يجب أن تهدف إلى العقاب أو الردع:

يرى الفقه المعارض للتعويض العقابي - وهم أغلبهم من أنصار المدرسة القانونية اللاتينية - أن قواعد المسؤولية التقصيرية تهدف فقط إلى تعويض المضرور بهدف إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار. فهي لا تهدف إلى عقاب مرتكب الفعل الضار أو ردعه أو ردع الغير. أما إذا كان الفعل الضار يمثل في حد ذاته جريمة تبرر توقيع عقوبة على مرتكبه هنا يبرز دور القانون الجنائي الذي يحدد هذه العقوبة. لذلك فإن نظام التعويض العقابي يتعارض مع هدف المسؤولية التقصيرية، بل

1- Helmut Koziol, Punitive Damages - A European Perspective, 68 LA. L. REV. 741, 751 (2008).

ويشكل خلطاً بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية ؛ ذلك لأنه يهدف إلى عقاب مرتكب الفعل الضار بدلاً من تعويض المضرور.

أما مؤيدى التعويض العقابي فيرون أنه لا خلط بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية. فالتعويض العقابي الذى يفرض عند قيام المسؤولية المدنية يهدف إلى عقاب مرتكب الفعل الضار نظراً لاعتدائه على حق خاص هو حق المضرور، أما المسؤولية الجنائية فإنها تفرض عقوبات جنائية على الجانى نظراً لاعتدائه على حق عام هو حق المجتمع ككل.

بعبارة أخرى فإن التعويض العقابي لا يهدف إلى حماية حق المجتمع الذى هو هدف القانون الجنائي بل إنه يهدف إلى حماية حق المضرور الذى هو هدف القانون المدنى. والدليل على ذلك هو أن التعويض العقابي لا يفرض إلا بناء على طلب المضرور بعكس العقوبات الواردة فى القانون الجنائي التى تفرض - بحسب الأصل - بصرف النظر عن طلب المجنى عليه.<sup>1</sup>

كذلك فإن المضرور (صاحب الحق الخاص) هو من يحصل عادة على مبلغ التعويض العقابي، وذلك بعكس الحال بالنسبة لعقوبة الغرامة الجنائية التى تحصلها الدولة (صاحبة الحق العام).<sup>2</sup> لذلك فإنه لا يوجد خلط بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية كما يدعى المعارضون، بل إن التعويض العقابي يملأ الفراغ الموجود بين القانون المدنى والقانون الجنائي.<sup>3</sup>

1- Thomas B. Colby, Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages As Punishment for Individual, Private Wrongs, 87 Minn. L. Rev. 583, 608 (2003).

٢- المرجع السابق

3- THOMAS J. COLLINS, PUNITIVE DAMAGES & BUSINESS TORTS: A PRACTITIONER'S HANDBOOK 14 (1998).

## الانتقاد الثاني - التعويض العقابي يؤدي إلى إثراء المضرور على حساب مرتكب الفعل الضار دون سبب:

يرى الفقه المعارض للتعويض العقابي أنه يؤدي إلى إثراء المضرور على حساب مرتكب الفعل الضار. فمرتكب الفعل الضار يضطر لدفع مبلغ من النقود وهو ما يمثل افتقاراً، وفي المقابل يحصل المضرور على هذا المبلغ وهو ما يمثل إثراءً بلا سبب؛ ذلك لأن المضرور قد حصل بالفعل على تعويض جابر للضرر الذي أصابه ومن ثم يضحى المبلغ الإضافي المتمثل في التعويض العقابي إثراءً بلا سبب.

أما الفقه المؤيد للتعويض العقابي فيرى أن التعويض العقابي لا يترتب عليه إثراء بلا سبب، بل هو إثراء بسبب يتمثل في الخطأ التقصيري الجسيم، فمرتكب الفعل الضار مطالب بدفع تعويض عقابي بسبب الإخلال بالتزام قانوني يتمثل في ضرورة أخذ الحيطة والحذر حتى لا يضر بالغير. ومن المسلم به أن تقدير مدى الإخلال بهذا الالتزام القانوني يتم من خلال اللجوء إلى معيار الشخص العادي، فإذا تبين أن سلوك مرتكب الفعل الضار يعد محرفاً عن سلوك الشخص العادي الذي يوجد في ذات الظروف الخارجية المحيطة، فإنه يكون قد أخل بالتزامه القانوني بأخذ الحيطة والحذر حتى لا يضر بالغير؛ ومن ثم يصبح هناك سبب قانوني لدفع التعويض العقابي؛ وبالتالي فإن إثراء المضرور يصبح بسبب صحيح وفق اللقانون.

## الانتقاد الثالث - التعويض العقابي يتعارض مع مبدأ التناسب بين الجريمة والعقوبة:

يرى الفقه المعارض للتعويض العقابي أن فرض التعويض العقابي على مرتكب الفعل الضار قد يتعارض مع مبدأ التناسب بين الجريمة

- 1- MAGNUS STRAND, THE PASSING-ON PROBLEM IN DAMAGES AND RESTITUTION UNDER EU LAW 342 (Edward Elgar Publishing, Inc. 2017).

والعقوبة، إذ يرى هذا الفقه أن العقوبة الملائمة للفعل الضار هي التعويض الجابر للضرر بالإضافة إلى العقوبة الجنائية إذا كان الفعل الضار يشكل جريمة، أما فرض تعويض إضافي (التعويض العقابي) إلى جانب هذه العقوبات فإنه يخالف مبدأ التناسب بين الجريمة والعقوبة.<sup>1</sup>

وقد تعرضت المحكمة العليا الأمريكية لهذه المسألة باعتبارها مسألة تتعلق بالدستور، حيث ينص التعديل الثامن من الدستور الأمريكي على ما يعرف بنص الغرامات المفرطة الذي قرر أنه "لا يمكن فرض كفالة مفرطة ولا فرض غرامة مفرطة ولا يمكن إنزال عقوبات غير مألوفة أو وحشية".

ففى قضية *BFI, Inc. v. Kelco Disposal, Inc.* قضت

المحكمة العليا الأمريكية بأنه لا مجال لتطبيق مبدأ تناسب العقوبة والجريمة عند الحديث عن التعويض العقابي؛ إذ أن مجال تطبيق هذا المبدأ يقتصر على العقوبات الجنائية المقررة وفقاً لأحكام القانون الجنائي، أما التعويض العقابي فهو عقوبة مدنية لم يضعها واضعو الدستور في اعتبارهم عند تقرير هذا المبدأ الذي وُضِعَ لضمان عدم تعسف الدولة في فرض الغرامات المفرطة على الأفراد؛ لذلك فإنه لا يحكم العلاقات بين الأفراد العاديين وإنما يحكم العلاقات بين الدولة والأفراد.<sup>2</sup>

**الانتقاد الرابع - مبالغة هيئات المحلفين في تقدير قيمة التعويض العقابي:**

مما لا شك فيه أن بعض هيئات المحلفين في المحاكم الأمريكية قد أساءت استخدام فكرة التعويض العقابي بأن أصدرت أحكاماً بإلزام

- 1- Barbara J. Shander, Punitive Damages - Addressing the Constitutionality of Punitive Damages in the Third Circuit, 39 Vill. L. Rev. 1105, 1113 (1994).
- 2- *Browning-Ferris Indus. of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal, Inc.*, 492 U.S. 257, 257, 109 S. Ct. 2909, 2911, 106 L. Ed. 2d 219 (1989).

مرتكبي الفعل الضار بدفع مبالغ مالية ضخمة كتعويض عقابي مما أدى إلى هجوم الفقه على مبدأ التعويض العقابي بوصفه عقوبة تعسفية.<sup>1</sup>

والواقع أن المبالغ التي تحددها هيئة المحلفين غير نهائية حيث يمكن استئناف الحكم وعرض الأمر على قاضي ليتحقق من عدم المبالغة في تقدير قيمة التعويض العقابي. وقد حدث ذلك بالفعل في العديد من القضايا؛ حيث قامت المحاكم الاستئنافية بتخفيض مبالغ التعويضات العقابية؛ كما وضعت المحكمة الدستورية العليا بعض المعايير التي يجب مراعاتها من أجل التأكد من عدم المبالغة في تقدير قيمة التعويض العقابي؛ فضلا عن دور المحكمة العليا في كل ولاية في الرقابة على تقدير هذه المبالغ.

كما أنه لا مجال لتوجيه هذا النقد في حالة تطبيق التعويض العقابي في الدول التي تنتمي إلى المدرسة اللاتينية مثل مصر إذ لا وجود لهيئة المحلفين في تشكيل المحاكم.

### المبحث الثاني

#### التعويض العقابي بين المدرسة الأمريكية والمدرسة اللاتينية

سبق وأن أوضحنا أن أهمية هذا البحث تكمن في استقصاء مدى إمكانية تطبيق مبدأ التعويض العقابي في النظام القانوني المصري. لذلك كان لا بد من دراسة أحكام هذا المبدأ وفقاً لفكر المدرسة الأمريكية قبل أن نتعرض لوضع هذا المبدأ في الفكر القانوني للمدرسة اللاتينية. لذلك يتعين تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين هما:

---

1- David G. Owen, Punitive Damages in Products Liability Litigation, 74 Mich. L. Rev. 1257, 1320 (1976).

**المطلب الأول:** أحكام التعويض العقابي وفقاً للقانون الأمريكي  
**المطلب الثاني:** التعويض العقابي في نظر المدرسة اللاتينية

### **المطلب الأول**

**أحكام التعويض العقابي وفقاً للقانون الأمريكي**

إن دراسة أحكام التعويض العقابي وفقاً للقانون الأمريكي تقتضى التعرض لمعايير السلوك الموجب للتعويض العقابي فضلاً عن معايير إثبات هذا السلوك وأخيراً لمعايير تقدير قيمة التعويض العقابي. لذلك كان من الضروري تخصيص فرع مستقل لكل نوع من أنواع هذه المعايير الأمر الذى يدفعنا إلى تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

**الفرع الأول:** معايير السلوك الموجب للتعويض العقابي

**الفرع الثاني:** معايير إثبات السلوك الموجب للتعويض العقابي

**الفرع الثالث:** معايير تقدير قيمة التعويض العقابي

### **الفرع الأول**

**معايير السلوك الموجب للحكم بالتعويض العقابي**

من المسلم به أنه ليس كل فعل ضار يعد سبباً موجباً لدفع تعويض عقابي إذ يشترط أن يبلغ الفعل الضار قدراً معيناً من الجسامة حتى يلتزم مرتكبه بدفع تعويض عقابي. وجدير بالذكر أن الولايات الأمريكية تختلف عن بعضها البعض فى تحديد قدر جسامة الفعل الضار الموجب لدفع التعويض العقابي.<sup>1</sup> فيمكن القول بأن الغالبية العظمى من الولايات الأمريكية تأخذ بأحد ثلاثة معايير بينهم فروق دقيقة لتحديد مدى التزام مرتكب الفعل الضار بدفع التعويض العقابي.

1- Mark P. Robinson Jr. & Sharon J. Arkin, Standards of conduct, in 3 LITIGATING TORT CASES § 28:42 (2015).



## المعيار الأول - تعمد إيذاء المضرور:

يُقصد بهذا المعيار أن مرتكب الفعل الضار يصبح مسئولاً عن دفع تعويضاً عقابياً إذا كان قد تعمد إيذاء المضرور. ويعد هذا المعيار هو أكثر المعايير تشدداً. فتهور مرتكب الفعل الضار أو إهماله الجسيم لا يعد سبباً كافياً للإلزامه بدفع تعويض عقابي بل يجب إثبات نية إيذاء المضرور.<sup>١</sup> وقد اعتنقت ١٢ ولاية أمريكية هذا المعيار لتحديد مدى مسئولية مرتكب الفعل الضار عن دفع تعويض عقابي.<sup>٢</sup>

## المعيار الثاني - الرعونة:

يُقصد بهذا المعيار أن مرتكب الفعل الضار يصبح مسئولاً عن دفع تعويض عقابي إذا تعمد ارتكاب فعل ينم عن رعونة وعدم اكتراث شديد بسلامة الغير أو حقوقه. فلا يشترط - وفقاً لهذا المعيار - إثبات نية مرتكب الفعل الضار إيذاء المضرور بل يكفي إثبات نية ارتكاب الفعل ذاته وأن هذا الفعل من الطبيعي أن يترتب ضرراً للغير. لذلك ذهب الفقه إلى القول بأن الفعل المقصود وفقاً لهذا المعيار هو الفعل الذي يفوق درجة الإهمال

- 
- 1- Lori S. Nugent, Robert W. Hammesfahr & Richard L. Blatt, The conduct required to recover punitive damages-Four categories of conduct, in PUNITIVE DAMAGES: A STATE-BY-STATE GUIDE TO LAW AND PRACTICE § 3:3 (2012).

٢- هذه الولايات هي: أريزونا، كاليفورنيا، ديلاوير، كنتاكي، ماين، مارييلاند، مونتانا، نيفادا، داكوتا الشمالية، أوهايو، رود آيلاند، وفيرجينيا.

Lori S. Nugent, Robert W. Hammesfahr & Richard L. Blatt, The Law of Punitive Damage Recovery (Tables 7-1), in PUNITIVE DAMAGES: A STATE-BY-STATE GUIDE TO LAW AND PRACTICE § 7:2 (2012).

الجسيم<sup>١</sup> وقد اعتنقت هذا المعيار ٢٥ ولاية أمريكية وهو ما يمثل نصف عدد الولايات الأمريكية بالكامل.<sup>٢</sup>

**المعيار الثالث - الإهمال الجسيم:**

وفقاً لهذا المعيار يصبح مرتكب الفعل الضار مسئولاً عن دفع تعويضاً عقابياً إذا ارتكب فعلاً ضاراً دون محاولة توفير الحماية المناسبة للغير من آثاره.<sup>٣</sup> وقد اعتنقت ١٢ ولاية أمريكية هذا المعيار.<sup>٤</sup>

1- Lori S. Nugent, Robert W. Hammesfahr & Richard L. Blatt, The conduct required to recover punitive damages - Four categories of conduct, in PUNITIVE DAMAGES: A STATE-BY-STATE GUIDE TO LAW AND PRACTICE § 3:3 (2012).

٢- هذه الولايات هي: ألاباما، ألاسكا، أركنساس، كولورادو، كونيتيكت، جورجيا، هاواي، أيداهوا، انديانا، أيوا، كنساس، مينيسوتا، ميزوري، نيوجيرسي، نيوميكسيكو، نيويورك، أوكلاهوما، أوريغن، بنسلفانيا، كارولينا الجنوبية، داكوتا الجنوبية، يوتاه، فيرمونت، فيرجينيا الغربية، ويسكونسن، ووايومنج.

Lori S. Nugent, Robert W. Hammesfahr & Richard L. Blatt, The Law of Punitive Damage Recovery (Tables 7-1), in PUNITIVE DAMAGES: A STATE-BY-STATE GUIDE TO LAW AND PRACTICE § 7:2 (2012).

3- Lori S. Nugent, Robert W. Hammesfahr & Richard L. Blatt, The conduct required to recover punitive damages - Four categories of conduct, in PUNITIVE DAMAGES: A STATE-BY-STATE GUIDE TO LAW AND PRACTICE § 3:3 (2012).

٤- هذه الولايات هي: فلوريدا، إلينوي، كنساس، مسيسيبي، كارولينا الشمالية، تينيسي، وتكساس.

Lori S. Nugent, Robert W. Hammesfahr & Richard L. Blatt, The Law of Punitive Damage Recovery (Tables 7-1), in PUNITIVE DAMAGES: A STATE-BY-STATE GUIDE TO LAW AND PRACTICE § 7:2 (2012).

ويختلف هذا المعيار عن الرعونة من حيث مدى إمكانية توقع الضرر. فإذا كان من المرجح أن ارتكاب الفعل الضار يترتب ضرراً للغير كان فعلاً يتصف بالرعونة التي هي أشد من الإهمال الجسيم. أما إذا كان حدوث الضرر كنتيجة للفعل الضار هو أمر غير مرجح فإن الفعل الضار يتصف فقط بالإهمال الجسيم دون الرعونة.

وبما لا شك فيه أن الفروق بين المعايير الثلاثة هي فروق دقيقة؛ الأمر الذي يترتب عليه حدوث تداخل بين هذه المعايير في كثير من الأحيان، فما قد يعتبره البعض إهمالاً جسيماً قد يراه البعض الآخر رعونة تفوق درجة الإهمال الجسيم، باعتبار أنها من مسائل الواقع لا القانون.

ويمكننا محاولة توضيح الفروق الدقيقة بين المعايير الثلاثة عن طريق

الأمثلة الآتية:

**المثال الأول** - تعمد السائق الاصطدام بأحد المارة: في هذا المثال يلتزم السائق بدفع تعويض عقابي وفقاً لأى من المعايير الثلاثة، إذ أن تعمد الإيذاء يستوجب دائماً مسئولية مرتكب الفعل الضار عن دفع تعويضاً عقابياً ذلك لأن تعمد الإيذاء يفوق التهور والإهمال الجسيم.

**المثال الثاني** - الاصطدام بأحد المارة نتيجة لكون السائق تحت تأثير مخدر ومتجاوز للسرعة القصوى المسموح بها قانوناً: في هذا المثالي لتزم السائق بدفع تعويض عقابي في الولايات التي تعتنق أحد المعيارين الثاني أو الثالث لأن الفعل الضار يمثل تهوراً يفوق الإهمال الجسيم بالنسبة للولايات التي تأخذ بالمعيار الثاني أو يمثل إهمالاً جسيماً بالنسبة للولايات التي تأخذ بالمعيار الثالث. أما الولايات التي تعتنق المعيار الأول فلن يلتزم السائق بدفع تعويض عقابي باعتبار أن السائق لم يتعمد إيذاء المضرور.

**المثال الثالث -** الاصطدام بأحد المارة نتيجة لعدم استخدام السائق للأنوار الأمامية للسيارة رغم عدم انشغاله بغير الطريق وعدم تجاوز السرعة القانونية للطريق: في هذا المثال يلتزم السائق بدفع تعويض عقابي في الولايات التي تأخذ بالمعيار الثالث فقط، أما باقي الولايات فلن تُلزم السائق بدفع تعويض عقابي نظراً لعدم تعمدته إيذاء المضرور وعدم ارتكابه فعلاً ينم عن تهور ورعونة تفوق الإهمال الجسيم، بل إن ما فعله يعد إهمالاً جسيماً فقط.

ويتضح مما سبق عدم وجود تلازم بين قيام المسئولية التقصيرية والتزام مرتكب الفعل الضار بدفع تعويض عقابي. فإذا كان الفعل الضار لا يرقى إلى مستوى الإهمال الجسيم - كحد أدنى - فلا مجال للإلزام مرتكبه بدفع تعويض عقابي في أي ولاية أمريكية إذ يكون ملتزماً بدفع التعويض الجابر للضرر فقط.

### الفرع الثاني

#### معايير إثبات السلوك الموجب للتعويض العقابي

يُقصد بمعيار الإثبات درجة قوة الأدلة أو درجة اقتناع المحكمة بأدلة ارتكاب المعتدى الفعل الضار. فهناك ثلاثة معايير للإثبات في القانون الأمريكي. هذه المعايير هي: معيار الدليل الذي لا يدع مجالاً للشك المعقول، معيار الأدلة الواضحة والمقنعة، ومعيار رجحان الأدلة.<sup>1</sup>

وفي مجال بحثنا، يُقصد بمعيار الدليل الذي لا يدع مجالاً للشك المعقول أن تتوافر أدلة قاطعة على ارتكاب المعتدى للفعل الضار أي أن

1- William Douglas Woody & Edie Greene, Jurors' Use of Standards of Proof in Decisions about Punitive Damages, 30 Behav. Sci. Law 856, 856 (2012).

٢- المرجع السابق.

ارتكاب المعتدى للفعل الضار يكون ثابتاً ثبوتاً يقينياً. ويُقصد بالشك المعقول الشك الذي يكون له مبررات منطقية، أما مجرد الشك فلا يصلح لأن يكون سبباً لإهدار الأدلة. ويعتبر هذا المعيار هو أكثر معايير الإثبات تشدداً وعادة ما يكون مطلوباً في القضايا الجنائية.

بينما يُقصد بمعيار الأدلة الواضحة والمقنعة أن تكون هناك أدلة معقولة ومقنعة تشير إلى ارتكاب المعتدى للفعل الضار، بمعنى أن تطمئن المحكمة تماماً إلى ارتكابه الفعل الضار نظراً لقوة الأدلة رغم أنها ليست أدلة قاطعة ولا تثبت ارتكاب الفعل ثبوتاً يقينياً.<sup>١</sup>

أما معيار رجحان الأدلة فيعني أن احتمال ارتكاب المعتدى للفعل الضار أغلب على الظن من احتمال عدم ارتكابه إياه بغض النظر عن درجة قناعة المحكمة بارتكاب المعتدى للفعل الضار.<sup>٢</sup> ويعد هذا المعيار هو أسهل المعايير في الإثبات.

ورغم أن معيار رجحان الأدلة عادة ما يكون كافياً للإثبات في المسائل المدنية فإن الولايات الأمريكية اختلفت فيما بينها حول معيار الإثبات المطلوب في حالة بحث إلزام مرتكب الفعل الضار بدفع تعويض عقابي.<sup>٣</sup> فقد اشترطت ولاية كولورادو معيار الدليل الذي لا يدع مجالاً

١- منصور بن عبدالرحمن الحيدري، التعويض العقابي في القانون الأمريكي - دراسة مقارنة في ضوء أحكام الفقه الإسلامي، المجلة العربية للدراسات الشرعية والقانونية، العدد الثاني (يوليو ٢٠١٥)

2- Lori S. Nugent, Robert W. Hammesfahr & Richard L. Blatt, Compendium of Published Jury Instructions, in PUNITIVE DAMAGES: A STATE-BY-STATE GUIDE TO LAW AND PRACTICE, Appendix III. (2012).

٣- منصور بن عبدالرحمن الحيدري، المرجع السابق.

4- Lee R. Russ, Standard of proof as to conduct underlying punitive damage awards - modern status, 58 A.L.R.4th 878.

للسك المعقول، بينما اشترطت ٢٩ ولاية أخرى معيار الأدلة الواضحة والمقنعة،<sup>١</sup> واكتفت ١٩ ولاية أخرى بمعيار رجحان الأدلة،<sup>٢</sup> بينما يظل هذا الأمر محل خلاف في ولاية أخيرة هي ولاية نيويورك.<sup>٣</sup>

ويتضح من ذلك أن معيار الإثبات المتطلب لإلزام مرتكب الفعل الضار بدفع تعويض عقابي يختلف عن معيار الإثبات المتطلب لإلزامه بدفع تعويض جابر للضرر؛ فالأصل أن مرتكب الفعل الضار يكون مسؤولاً عن دفع تعويض جابر للضرر إذا كانت الأدلة ترجح ارتكابه الفعل الضار، ومع ذلك فإن هذا المعيار لا يعد كافياً لإلزامه بدفع تعويض عقابي وفقاً لقوانين ٣٠ ولاية أمريكية تشترط معياراً أشد في الإثبات يتمثل في معيار الأدلة الواضحة والمقنعة أو معيار الدليل الذي لا يدع مجالاً للسك المعقول.

ولعل السبب في اختلاف معايير الإثبات المتطلبة للتعويض الجابر للضرر وللتعويض العقابي يرجع إلى اختلاف طبيعتهما عن بعضهما

---

١- هذه الولايات هي: ألاباما، ألاسكا، أريزونا، كاليفورنيا، فلوريدا، جورجيا، هاواي، إنديانا، أيوا، كنساس، كنتاكي، مينسوتا، ميسيسيبي، ميزوري، مونتانا، نيفادا، نيوجيرسي، داكوتا الشمالية، أوهايو، أوكلاهوما، أوريغن، بنسلفانيا، كارولينا الجنوبية، داكوتا الجنوبية، تينيسي، تكساس، يوتاه، فيرجينيا وويسكونسن.

Lori S. Nugent, Robert W. Hammesfahr & Richard L. Blatt, The Law of Punitive Damage Recovery (Tables 7-1), in PUNITIVE DAMAGES: A STATE-BY-STATE GUIDE TO LAW AND PRACTICE § 7:2 (2012).

٢- هذه الولايات هي: أركنساس، كونيتيكت، دولاير، أيداهوا، إلينوي، ليوزيانا، ماين، ميريلاند، ماساشوستس، ميتشجن، نبراسكا، نيوهامشير، نيوميكسيكو، كاولينا الشمالية، رود آيلاند، فيرمونت، واشنطن، فيرجينيا الغربية، ووايومنج. المرجع السابق.

٣- المرجع السابق.

البعض ؛ فالتعويض الجائر للضرر لا يهدف سوى لإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار ؛ لذلك يكفي أن يكون من الراجح أن يكون المعتدى قد ارتكب الفعل الضار ؛ أما التعويض العقابي - ذو الطبيعة شبه الجنائية - فإنه يهدف لما هو أكثر من ذلك إلى حد عقاب المعتدى وردعه ؛ ومن ثم يكون من المنطقي اشتراط معيار متشدد في الإثبات - وهو المعيار الذي يتطلبه القانون الجنائي عادة - تفادياً لتوقيع عقوبة التعويض العقابي على شخص برئ.

### الفرع الثالث معايير تقدير قيمة التعويض العقابي

بما لا شك فيه أن تقدير قيمة التعويض العقابي هي مسألة شائكة. وقد كانت قيمة التعويضات العقابية في الولايات المتحدة الأمريكية تمثل أحد أهم الانتقادات الموجهة إلى نظام التعويض العقابي بصفة عامة. ويرجع السبب في ذلك إلى قيام بعض هيئات المحلفين بتقدير قيم مبالغ فيها للتعويضات العقابية مما دعا البعض إلى القول بعدم دستورية التعويضات العقابية ؛ لذلك كان من الضروري التعرض لضمانات عدم التعسف في تقدير قيمة التعويض العقابي وفقاً للقانون الأمريكي. والواقع أن هناك اتجاهين في الولايات الأمريكية بشأن هذه الضمانات :

#### الاتجاه الأول - وضع حد أقصى للتعويض العقابي في التشريع:

بادرت العديد من الولايات بوضع نصوص تشريعية تتضمن تحديداً للحد الأقصى لقيمة التعويض العقابي بحيث لا يحق لهيئة المحلفين تحديد قيمة أكبر<sup>١</sup> هذا الحد الأقصى يكون رقمياً أحياناً ونسبياً إلى قيمة

١ - أخذت ٢٢ ولاية أمريكية بهذا المعيار هي :  
الاباما، الاسكا، أركنساس، كلورادو، كونكتيكت، فلوريدا، جورجيا، =

التعويض الجابر للضرر في أحيان أخرى<sup>١</sup>. وبما لا شك فيه أن تحديد حد أقصى لقيمة التعويض العقابي لا يحول دون سلطة المحكمة الأعلى درجة في مراجعة مبلغ التعويض الذي تحدده المحكمة الأدنى درجة بناء على طلب مرتكب الفعل الضار بما لا يجاوز الحد الأقصى الذي يحدده القانون. **الاتجاه الثاني - سلطة القضاء في الرقابة على قيمة التعويض العقابي:**

تركزت بعض الولايات الأخرى الأمر برمته بيد القضاء، حيث تقوم هيئة المحلفين في محكمة أول درجة بتقدير قيمة التعويض العقابي. وفي حالة اعتقاد مرتكب الفعل الضار أن القيمة كانت مبالغاً فيها فلا يوجد ما يحول دون قيامه بالطعن في الحكم وقيام المحكمة الأعلى درجة بمراجعة قيمة التعويض العقابي.

وقد ترتب على ذلك شيوع مبالغة هيئات المحلفين في الولايات التي أخذت بالاتجاه الثاني في تقدير قيمة التعويض العقابي، كما أن تحديد حد أقصى لقيمة التعويض العقابي في الولايات التي أخذت بالاتجاه الأول لم يمنع مبالغة هيئات المحلفين في تحديد قيمة التعويض العقابي إذ قد تمنح هيئة محلفين الحد الأقصى للتعويض العقابي رغم أن الأمر لا يستدعي ذلك.

وقد حدا ذلك بالمحكمة العليا الأمريكية إلى التصدي لمسألة تقدير قيمة التعويض العقابي في حكمين باتا من أهم الأحكام القضائية الأمريكية

---

= أيدها، انديانا، كنساس، ماين، ميتشيجان، ميسيسيبي، مونتانا، نيفادا، نيو جيرسي، نورث كارولينا، نورث داكوتا، أو كلاهوما، بنسلفانيا، تكساسو فيرجينيا. الجمعية العامة لولايات كونكتيكت، <https://www.eqa.et.gov/2003/olrdata/ins/rpt/2003-R-0743.htm>، تاريخ آخر زيارة ٢٠١٨/٦/١.

١- فعلى سبيل المثال حدد قانون ولاية فيرجينيا الحد الأقصى للتعويض العقابي بمبلغ ٣٥٠ ألف دولار بينما حدد قانون ولاية نورث داكوتا الحد الأقصى بمثلئ قيمة التعويض الجابر للضرر أو ٢٥٠ ألف دولار أيهما أكبر. المرجع السابق.



فى مجال التعويض العقابى ؛ إذ وضعت المحكمة العليا معايير ملزمة للمحاكم الأدنى لتحديد قيمة التعويض العقابى ؛ ضماناً لعدم المبالغة فى تحديده. الحكم الأول صدر فى قضية *BMW of N. Am., Inc. v. Gore*.<sup>1</sup> أما الحكم الثانى فقد صدر فى قضية *State Farm v. Campbell*.<sup>2</sup>

وتتناول فيما يلى المعايير التى أقرتها المحكمة العليا الأمريكية فى الحكمين المشار إليهما ثم نتعرض لكيفية تطبيق المحكمة لهذه المعايير.

- **معايير المحكمة العليا الأمريكية لتقدير قيمة التعويض العقابى:**

تمثل المعايير التى وضعتها المحكمة العليا فى الحكمين سالفى الذكر فيما يلى: (١) معيار جسامة السلوك، (٢) معيار نسبة التعويض العقابى إلى قيمة الضرر الفعلى، و(٣) معيار المقارنة بالعقوبات المدنية أو الجنائية للسلوك المشابه. وتتناول فيما يلى كل من هذه المعايير بالتفصيل.

**المعيار الأول - معيار جسامة السلوك:**

ذهبت المحكمة العليا الأمريكية إلى أنجسامة السلوك تعتبر أهم معايير تقدير قيمة التعويض العقابى؛ فالتعويض العقابى يجب أن يكون انعكاساً لضخامة الجرم المرتكب، ويجب أن يكون هناك قدر من التناسب بين قيمة التعويض العقابى وجسامة السلوك، بحيث تزداد قيمة التعويض العقابى كلما كان السلوك أكثر جسامة، وبالمثل كلما كان السلوك أقل جسامة كلما انخفضت قيمة التعويض العقابى.<sup>3</sup>

- 1- *BMW of N. Am., Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559, 116 S. Ct. 1589, 134 L. Ed. 2d 809 (1996).
- 2- *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408 (2003).
- 3- *BMW of N. Am., Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559, 575 (1996).

وإعمالاً لذلك فإن الفعل الإجرامي العنيف يعتبر أكثر جسامة من الفعل الإجرامي الذي لا ينطوي على عنف، كذلك فإن الفعل الإجرامي الذي لا ينطوي على عنف يعتبر أكثر جسامة من الفعل الذي يشكل غشاً أو تدليساً فقط، وبالمثل فإن الفعل الذي يشكل غشاً أو تدليساً يعتبر أكثر جسامة من الفعل الذي يقع نتيجة الإهمال، وكذلك فإن الفعل الذي يترتب عليه ضرر بدني أكثر جسامة من الفعل الذي يترتب عليه ضرر اقتصادي،<sup>١</sup> كما أن الفعل الضار المتكرر أكثر شناعة من الفعل الضار الذي يقع للمرة الأولى.<sup>٢</sup>

**المعيار الثاني - معيار نسبة التعويض العقابي إلى قيمة الضرر الفعلي:**

ذهبت المحكمة العليا الأمريكية إلى وجوب أن يكون هناك تناسب معقول بين قيمة التعويض العقابي وقيمة التعويض الجابر للضرر.<sup>٣</sup> هذا التناسب لا يقصد به أن تكون قيمة التعويض العقابي معادلة لقيمة التعويض الجابر للضرر، فقد قدرت المحكمة أن قيمة التعويض العقابي تكون غالباً معقولا إذا كانت نسبتته إلى التعويض الجابر للضرر لا تتجاوز ٩ : ١، أي أن تكون قيمة التعويض العقابي تسعة أضعاف قيمة التعويض الجابر للضرر، أما إذا تجاوزت النسبة هذا الحد فإن احتمالات اعتبار قيمة التعويض العقابي مبالغا فيها تكون أكبر.<sup>٤</sup>

ومع ذلك فقد رفضت المحكمة العليا قطعياً وضع معادلة حسائية يتم على أساسها حساب التعويض العقابي أو وضع حد أقصى له،<sup>٥</sup> وقررت أن يتم تقدير التناسب بين قيمة التعويض العقابي وقيمة

١- المرجع السابق، ص ٥٧٦.

٢- المرجع السابق، ص ٥٧٧.

٣- المرجع السابق، ص ٥٨٠.

٤- المرجع السابق.

٥- المرجع السابق، ص ٥٨٢.

التعويض الجابر للضرر وفقاً لظروف كل حالة على حدة. وذكرت المحكمة - تبريراً لرفضها - أن ضعف قيمة التعويض الجابر للضرر قد تبرر زيادة نسبة قيمة التعويض العقابي إلى قيمة التعويض الجابر للضرر خاصة إذا كان الفعل الضار - رغم جسامته - قد ترتب عليه ضرر اقتصادي يسير أو إذا كان من الصعب تحديد قيمة الضرر الفعلي.

وبعبارة أخرى إذا كانت قيمة التعويض الجابر للضرر كبيرة فإنه من المتوقع أن تكون نسبة التعويض العقابي إلى التعويض الجابر للضرر قليلة والعكس صحيح، فإذا كانت قيمة التعويض الجابر للضرر منخفضة فمن المتوقع أن تكون نسبة التعويض العقابي إلى التعويض الجابر للضرر كبيرة.

**المعيار الثالث - معيار المقارنة بالعقوبات المدنية أو الجنائية للسلوك المشابه:**  
أوجبت المحكمة العليا الأمريكية - عند تقدير قيمة التعويض العقابي - أن تأخذ المحاكم في اعتبارها على سبيل الاسترشاد قيمة العقوبات المدنية أو الجنائية المقررة للسلوك المشابه. فعلى سبيل المثال إذا كان السلوك يمثل غشاً تجارياً فإن قيمة التعويض العقابي ينبغي أن تكون متناسبة مع قيمة الغرامات المقررة وفقاً لقوانين الغش التجاري.

#### • تطبيقات معايير المحكمة العليا في القضاء الأمريكي:

نستعرض فيما يلي كيفية تطبيق المعايير الثلاثة سالف الذكر من خلال تحليل الأحكام القضائية الأمريكية الصادرة في قضية *BMW* وفي قضية *State Farm*.

١- المرجع السابق، ص ٥٨٢.

٢- المرجع السابق، ص ٥٨٣.

## التطبيق الأول - قضية BMW :

فى قضية BMW ، اشترى المدعى سيارة من تاجر لسيارات BMW بولاية الاباما مقابل ٤٠,٧٥٠ دولار. وعند توقيع عقد البيع قام المدعى بالتوقيع على ورقة تفيد علمه بأن السيارة ربما تكون قد تعرضت لبعض التلف قبل قيامه بالشراء وأنه قد قام بفحص السيارة وقبلها بحالتها. وبعد مرور تسعة أشهر قام المدعى بتسليم السيارة إلى أحد المراكز المتخصصة فى تلميع السيارات الذى اكتشف أن بعض أجزاء السيارة كانت قد أعيد دهانها.<sup>٢</sup> واكتشف المدعى بأن دهان السيارة الأصلية قد تعرض للتلف أثناء نقل السيارة من مصنع BMW بألمانيا إلى موزع السيارات بولاية جورجيا الأمر الذى قرر معه المشتري مقاضاة شركة BMW.

وقد تبين أن فرع شركة BMW بالولايات المتحدة الأمريكية يتبع سياسة تقضى بعد الإفصاح عن الأضرار التى أصابت السيارة قبل تسليمها إلى تجار السيارات أو الزبائن طالما أن تكلفة إصلاحها لا تزيد عن ٣% من القيمة المحددة للسيارة من قبل المصنع.<sup>٣</sup> وفى حالة المدعى كانت تكلفة إعادة دهان السيارة هى ٦٠١ دولار أى أقل من ٣% من قيمة السيارة.<sup>٤</sup>

كما تقدم المدعى بأدلة تفيد قيام شركة BMW ببيع مالا يقل عن ٩٨٣ سيارة أخرى تم إصلاحها بمبلغ يتجاوز ٣٠٠ دولار إلى مستهلكين لا

1- BMW of N. Am., Inc. v. Gore, 517 U.S. 559, 563 (1996).

٢- المرجع السابق.

٣- المرجع السابق، ص ٥٦٣ - ٥٦٤.

٤- المرجع السابق، ص ٥٦٤.

يعلموا بالأضرار التي أصابت سياراتهم قبل الشراء مما يوحي بأن الشركة جمعت ملايين الدولارات من سلوكها الاحتيالي<sup>١</sup>.

وجدت هيئة المحلفين أن الضرر الذي أصاب السيارة أثناء عملية النقل يقدر بـ ١٠٪ من إجمالي قيمة السيارة أي أربعة آلاف دولار؛ لذلك حكمت بإلزام الشركة بدفع تعويض جابر للضرر يساوي أربعة آلاف دولار بالإضافة إلى تعويض عقابي بقيمة أربعة ملايين دولار<sup>٢</sup>.

قامت الشركة بالطعن على الحكم المشار إليه أمام المحكمة العليا لولاية الأabama التي قامت بتخفيض مبلغ التعويض العقابي إلى النصف فأصبح مليوني دولار فقط تأسيساً على أن الحكم المطعون فيه لم يكن من الملائم أخذه في الاعتبار السلوكيات الاحتيالية التي قامت بها الشركة خارج ولاية الأabama<sup>٣</sup>.

ثم قامت الشركة بالطعن على الحكم الأخير أمام المحكمة العليا الأمريكية التي ألغت حكم المحكمة العليا لولاية الأabama باعتبار أن مبلغ التعويض العقابي مبالغاً فيه تطبيقاً للمعايير سالفة الذكر كما يلي:

فيما يتعلق بالمعيار الأول، وجدت المحكمة أن الضرر الناتج عن الفعل الضار هو ضرر اقتصادي فقط ولا يوجد أي إصابة جسدية للمضرور. ومن ثم يجب ألا تكون قيمة التعويض العقابي كبيرة<sup>٤</sup>.

وفيما يتعلق بالمعيار الثاني، وجدت المحكمة أن تحديد مليوني دولار كقيمة للتعويض العقابي جعل نسبة قيمته إلى قيمة التعويض الجابر

١- المرجع السابق.

٢- المرجع السابق، ص ٥٦٥.

٣- المرجع السابق، ص ٥٦٧.

٤- المرجع السابق، ص ٥٧٦.

للضرر ٥٠٠ : ١ وهى نسبة مبالغ فيها بشدة خاصة وأن فعل الشركة لم يكن على قدر كبير من الجسامة وفقاً للمعيار الأول.<sup>١</sup>  
أما فيما يتعلق بالمعيار الثالث، وجدت المحكمة أن أكبر عقوبة مدنية فى قانون الممارسات التجارية الخادعة بولاية الأاباما هى ألفى دولار فقط، لذلك فإن مبلغ مليونى دولار كتعويض عقابى يكون مبالغاً فيه بشدة.<sup>٢</sup>

وعندما أعادت المحكمة العليا لولاية الأاباما النظر فى موضوع الدعوى قامت بإعادة حساب قيمة التعويض العقابى إعمالاً لمعايير المحكمة العليا الأمريكية وقضت بتخفيض مبلغ التعويض العقابى إلى ٥٠ ألف دولار فقط.<sup>٣</sup>

#### التطبيق الثانى - قضية State Farm:

تخلص وقائع هذه القضية فى وقوع حادث على طريق سريع ذي حارتين فقط، حيث قرر السيد/ كامبل تخطى ست سيارات أمامه فانتقل إلى حارة الاتجاه المعاكس، مما كاد أن يتسبب فى حادث مع سيارة السيد/ أوسبيتال الذى نجح فى تفادى الاصطدام إلا أنه فشل فى الحفاظ على اتزان السيارة واصطدم بسيارة السيد/ سلاشر؛<sup>٤</sup> وقد نتج عن هذا الحادث وفاة السيد/ أوسبيتال وتعرض السيد/ سلاشر للعجز المستديم.<sup>٥</sup>  
كانت وثيقة تأمين السيد/ كامبل لدى شركة State Farm تغطى حتى ٢٥ ألف دولار لكل مضرور أو ٥٠ ألف دولار كحد أقصى. ورغم

١- المرجع السابق، ص ٥٨٢.

٢- المرجع السابق، ص ٥٨٤.

3- BMW of N. Am., Inc. v. Gore, 701 So.2d 507, 515 (Ala. 1997).

4- State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell, 538 U.S. 408, 412-413 (2003).

٥- المرجع السابق، ص ٤١٣.

أن تحقيقات الشركة انتهت إلى مسئولية السيد/ كامبل عن الحادث إلا أنها رفضت التسوية الودية بدفع قيمة وثيقة التأمين للأطراف المضرورة، بل وقامت بتعديل نتيجة التحقيق الداخلي لإخفاء حقيقة خطأ السيد/ كامبل ووعده بأنه لن يضطر لدفع أى مبالغ لو خسر الدعوى المقامة من المضرورين كما سيقوم محامى الشركة بالدفاع عنه<sup>١</sup>.

أصدرت محكمة أول درجة حكمها بإلزام كامبل بدفع ١٨٥,٨٤٩ دولار كتعويض للأطراف المضرورة، وهو ما يزيد بقيمة ١٣٥,٨٤٩ دولار عن قيمة وثيقة التأمين، وتنصلت الشركة من وعدها بالألا يتحمل كامبل بأية تعويضات في حالة خسارة الدعوى، كما رفضت مساعدته فى استئناف الحكم ونصحته ببيع منزله لتسديد قيمة التعويض الزائد عن قيمة وثيقة التأمين<sup>٢</sup>.

قام كامبل بعقد اتفاق مع الطرفين المضرورين يقضى بعدم التزامه بدفع المبلغ المحكوم به الزائد عن قيمة وثيقة التأمين (مبلغ الـ ١٣٥,٨٤٩ دولار) مقابل قيامه بمقاضاة شركة State Farm لطلب التعويض عن الأضرار التى أصابته نتيجة التبدليس الذى قامت به الشركة بتعمد تقديمها ومحاميتها نصائح مغلوطة إليه، كما تضمن الاتفاق أنه فى حالة الحكم بتعويض عقابى يمنح كامبل الأطراف المضرورة ما يوازى ٩٠٪ من قيمة التعويض العقابى المحكوم به<sup>٣</sup>.

وقد حكمت هيئة المحلفين بإلزام شركة State Farm بدفع ٢.٦ مليون دولار كتعويض جابر للضرر و١٤٥ مليون دولار كتعويض عقابى، إلا أن قاضى محكمة أول درجة قام بتصحيح الحكم - تطبيقاً

١- المرجع السابق.

٢- المرجع السابق.

٣- المرجع السابق، ص ٤١٣ - ٤١٤.

لمعايير المحكمة العليا الأمريكية الواردة في حكم قضية BMW - إلى إلزام الشركة بدفع مليون دولار كتعويض جابر للضرر و ٢٥ مليون دولار كتعويض عقابي؛<sup>١</sup> فقام الطرفان بالطعن على الحكم أمام المحكمة العليا لولاية يوتاه التي قضت بإلزام الشركة بدفع مبلغ مليون دولار كتعويض جابر للضرر ومبلغ ١٤٥ مليون دولار كتعويض عقابي.<sup>٢</sup>

فقامت الشركة بالطعن على الحكم لدى المحكمة العليا الأمريكية التي قضت بأن مبلغ التعويض العقابي المقدر بـ ١٤٥ مليون دولار مبالغ فيه ولم يراع المعايير المقررة بمقتضى قضية BMW، وذلك للأسباب الآتية:

**بالنسبة للمعيار الأول،** وجدت المحكمة العليا أن الضرر المترتب على الفعل الضار هو ضرر اقتصادي فقط ولا يوجد أية إصابة جسدية للمضرور؛ ومن ثم يجب ألا تكون قيمة التعويض العقابي كبيرة، كما يجب - عند تقدير قيمة التعويض العقابي - الأخذ في الاعتبار الفعل الضار الذي تسبب في ضرر للمدعى وليس جميع الأفعال الضارة التي ارتكبتها المعتدى على أشخاص آخرين غير المدعى.<sup>٣</sup>

**وفيما يتعلق بالمعيار الثاني،** وجدت المحكمة العليا أن نسبة التعويض العقابي إلى التعويض الجابر للضرر هي ١٤٥ : ١. واعتبرت المحكمة أن هذه النسبة مبالغ فيها إذ أن أي نسبة تجاوز ٩ : ١ تكون محل شك.<sup>٤</sup>

**أما فيما يتعلق بالمعيار الثالث،** وجدت المحكمة أن أقصى عقوبة مدنية وفقاً لقانون ولاية يوتاه يمكن أن توقع على الشركة هي ١٠ آلاف دولار

١- المرجع السابق، ص ٤١٥.

٢- المرجع السابق.

٣- المرجع السابق، ص ٤٢٠.

٤- المرجع السابق، ص ٤٢٥.



كعقوبة على التدليس. لذلك فإن تحديد قيمة التعويض العقابي بـ ١٤٥ مليون دولار يكون مبالغاً فيه.<sup>١</sup>

وعندما أعادت المحكمة العليا لولاية يوتاه النظر في موضوع القضية قامت بإعادة حساب قيمة التعويض العقابي وقدرته بمبلغ ٩ مليون دولار فقط، وبذلك تكون نسبة التعويض العقابي إلى التعويض الجابر للضرر ٩ : ١.<sup>٢</sup>

### المطلب الثاني التعويض العقابي في فكر المدرسة اللاتينية

يتبنى القانون المصري بشكل عام إلى المدرسة القانونية اللاتينية، الأمر الذي يستدعي دراسة تجارب تشريعات الدول التي تنتمي إلى هذه المدرسة مع مبدأ التعويض العقابي لبيان مدى توافق هذا المبدأ مع النظام القانوني المصري.

ترفض الغالبية العظمى من التشريعات التي تنتمي إلى المدرسة اللاتينية مبدأ التعويض العقابي بحجة أنه ذو طبيعة جنائية لا تتوافق مع هدف القانون المدني المتمثل في إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار، ومع ذلك سوف نقوم فيما يلي بإلقاء الضوء على بعض التشريعات المقارنة أو الآراء الفقهية التي تنتمي إلى هذه المدرسة وتسمح بالتعويض العقابي أو نادى بالسماح به.

أولاً: إن بعض التشريعات التي تنتمي إلى هذه المدرسة تسمح بتوقيع التعويض العقابي في إطار القانون المدني. ومن أمثلة ذلك تشريعات دول البرازيل والنرويج والفلبين وبولندا.<sup>٣</sup>

١- المرجع السابق، ص ٤٢٨.

2- Campbell v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co., 2004 UT 34, 98 P.3d 409.

3- John Y. Gotanda, PUNITIVE DAMAGES: A COMPARATIVE ANALYSIS, 42 Colum. J. Transnat'l L. 391, 397 (2004).

**ثانياً:** إن القانون المدني لولاية لويزيانا بالولايات المتحدة الأمريكية يسمح بتوقيع التعويض العقابي على مرتكب الفعل الضار. فقانون هذه الولاية – وإن كان قد تأثر بفكر المدرسة الأنجلوسكسونية – إلا أنه ينتمى إلى المدرسة اللاتينية بصفة عامة.<sup>1</sup> لذلك ترفض محاكم الولاية توقيع التعويض العقابي إلا بناء على نص قانوني يعكس باقى الولايات التى تسمح بتوقيع التعويض العقابي بناء على السوابق القضائية.<sup>2</sup> ومن تطبيقات ذلك ينص القانون المدني لولاية لويزيانا على أنه: "بالإضافة إلى التعويضات العامة والخاصة، فإنه يمكن توقيع تعويض عقابي على المدعى عليه الذى يقود المركبة تحت تأثير مخدر بشرط إثبات أن الإصابات محل المطالبة القضائية كانت نتيجة إهمال وعدم اكتراث المدعى عليه لحقوق وسلامة الآخرين وكانت نتيجة للحالة التى كان بها المدعى عليه."<sup>3</sup>

كذلك ينص ذات القانون على أنه "بالإضافة إلى التعويضات العامة والخاصة، فإنه يمكن منح تعويض عقابي بشرط إثبات أن الإصابات التى أقيمت بسببها الدعوى قد حدثت بسبب الإهمال وعدم الاكتراث بحقوق وسلامة الشخص بواسطة الاعتداء الجنسى الذى حدث وقت أن

- 1- John W. de Gravelles & J. Neale de Gravelles, Louisiana Punitive Damages - A Conflict of Traditions, 70 La. L. Rev. 579, 579 (2010).
- 2- Ricard v. State, 390 So. 2d 882, 883 (La. 1980) overruled by Booze v. City of Alexandria, 637 So.2d 91 (La. 1994). See also Finally Mays v. Bd. of Commissioners Port of New Orleans, No. CIV.A. 14-1014, 2015 WL 1245683, at 11 (E.D. La. Mar. 18, 2015). See also Fisk Elec. Co. v. Winter Park Const. Co., No. CIV.A. 15-700, 2015 WL 3650907, at 4 (E.D. La. June 11, 2015).
- 3- La. Civ. Code Ann. art. 2315.4.

كان الضحية يبلغ من العمر ١٧ سنة أو أقل ، بصرف النظر عما إذا كان المدعى عليه قد تمت ملاحقته قضائياً أم لا . وتطبق أحكام هذه المادة على المعتدى فقط فى النشاط الجنسى الإجرامى.<sup>١</sup>

كذلك ينص ذات القانون على أن "أى شخص يتعرض لاعتراض مراسلاته السلوكية أو اللاسلوكية ، أو الكشف عنها أو استخدامها بالمخالفة لهذا الفصل يكون له سبب قانونى لمقاضاة الشخص الذى قام باعتراض ، كشف ، استخدام ، أو التحريض على اعتراض أو كشف أو استخدام هذه المراسلات. ويكون مخولاً لمطالبة هذا الشخص بـ: ... (٣) التعويضات العقابية."<sup>٢</sup>

كذلك ينص ذات القانون على أنه "بالإضافة إلى التعويضات العامة والخاصة التى يمكن منحها وفقاً لهذا الفصل ، يمنح التعويض العقابى بشرط إثبات أن بيع أو توزيع المواد غير المشروعة أو المشاركة فى توزيع المواد غير المشروعة تم بإهمال وعدم اكتراث لحقوق وصحة وسلامة الآخرين."<sup>٣</sup>

**ثالثاً:** نادى جانب من الفقه الفرنسى بتضمين تعديلات القانون المدنى الفرنسى نصاً يسمح بتوقيع التعويض العقابى على مرتكب الفعل الضار.

ففى عام ٢٠٠٥ قام بعض الفقهاء الفرنسيين بإعداد مسودة لتعديل القانون المدنى الفرنسى وسُميت باسم "مسودة كاتالا" نسبة إلى البروفيسير بيير كاتالا الذى كان بمثابة قائد هذه المجموعة من الفقه الفرنسى.<sup>٤</sup> وتضمنت المادة ١٣٧١ من مسودة كاتالا النص على التعويض

1- La. Civ. Code Ann. art. 2315.7.

2- La. Stat. Ann. § 15:1312.

3- La. Stat. Ann. § 9:2800.76.

4- deGravelles & deGravelle ، المرجع السابق ، ص ٥٨١ .

العقابي على النحو الآتي: "قد يكون صاحب الخطأ المتعمد - لاسيما المربح - مسئولاً عن دفع تعويض عقابي إلى جانب التعويض الجابر للضرر. ويجوز للقاضي أن يحيل جزء من هذا التعويض إلى الخزانة العامة. ويجب على القاضي تقديم أسباب محددة لتوقيع التعويض العقابي ويجب أن يميز بوضوح بينه وبين غيره من التعويضات الممنوحة للمضور. ولا يمكن أن يكون التعويض العقابي محلاً لعقد التأمين."<sup>1</sup>

وفي عام ٢٠١٠ كان هناك اقتراح آخر بتعديل القانون المدني الفرنسي وسُمي بـ "اقتراح بيتيل" نسبة إلى عضو البرلمان الفرنسي لورينت بيتيل. ونصت المادة ٢٥ - ١٣٨٦ من هذا الاقتراح على أنه "في الحالات التي يسمح فيها القانون بذلك، عندما يكون الضرر ناشئاً عن خطأ متعمد أو إخلال متعمد بالعقد أدى إلى إثراء المخطئ ولا يمكن للتعويض الجابر للضرر وحده إزالته يستطيع القاضي أن يلزم المتسبب في الضرر بأن يدفع - إلى جانب التعويض الجابر للضرر وفقاً لنص المادة ٢٢ - ١٣٨٦ - تعويضاً عقابياً لا تزيد قيمته عن ضعف قيمة التعويض الجابر للضرر."<sup>2</sup>

وفي عام ٢٠١٠ أيضاً تقدم جانب من الفقه إلى وزارة العدل الفرنسية بمسودة ثالثة لتعديلات القانون المدني الفرنسي سُميت بـ "مسودة مجموعة تيرى" تضمنت المادة ٦٩ منها النص على التعويض العقابي كما يلي: "إذا كان شكل التعويض ومقداره رمزياً وناشئاً عن خطأ متعمد، يجوز للقاضي الحكم على المخطئ بالتعويض العقابي بقرار مسبب."<sup>3</sup>

1- Chantal B.P. Mahé, Punitive Damages in the Competing Reform Drafts of the French Civil Code, in THE POWER OF PUNITIVE DAMAGES - IS EUROPE MISSING OUT? 259, 261, n. 10 (Lotte Meurkens & Emily Nordin ed., 2012).

٢- المرجع السابق، ص ص ٢٦٠ - ٢٦١.

٣- المرجع السابق، ص ص ٢٦١ - ٢٦٢.

ومن الجدير بالذكر أن تعديلات القانون المدني الفرنسي صدرت بالفعل فى عام ٢٠١٦ وجاءت خالية من النص على التعويض العقابى، الأمر الذى يرجح عدم تقبل المشرع الفرنسى لمبدأ التعويض العقابى باعتباره مبدأ دخيلاً على فكر المدرسة اللاتينية التى تقودها فرنسا، ومع ذلك فإن اجتهادات قطاع كبير من الفقه الفرنسى الذى نادى بمبدأ التعويض العقابى تثبت أن الأمر غير محسوم تماماً فى المدرسة اللاتينية. ومن الوارد أن يتم النص على التعويض العقابى فى تشريعات دول أخرى تتبع المدرسة اللاتينية.

رابعاً: يرفض غالبية الفقه الألمانى مبدأ التعويض العقابى بحجة أن الهدف من التعويض المدنى هو جبر الضرر وليس عقاب مرتكب الفعل الضار، ومع ذلك يرى جانب من الفقه الألمانى أن التعويض العقابى ليس غريباً عن القانون المدنى الألمانى، حيثقرر المشرع الألمانى تعويضات لا تهدف إلى جبر ضرر المضرور بقدر عقاب مرتكب الفعل الضار. والدليل على ذلك هو أن قيمة التعويض لا يتم تقديرها فى بعض الحالات بناء على الضرر وإنما بناء على مدى جسامته الخطأ<sup>١</sup>.

فعلى سبيل المثال، فى قضايا الاعتداء على الحق فى الخصوصية نجد أن المحكمة العليا الفيدرالية قد قضت بوجود أن يحقق التعويض عنصر الردع وهو أحد أهداف التعويض العقابى وليس التعويض الجابر للضرر<sup>٢</sup>. كذلك فى قضايا الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية نجد أن

1- Volker Behr, Punitive Damages in America and German Law - Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts, 78 CHI.-KENT. L. REV. 105 (2003), available at <http://scholarship.kentlaw.jit.edu/cklawreview/vol78/iss1/6>

٢- المرجع السابق، ص ١٣٦.

المعتدى يلتزم أحياناً بدفع تعويض لصاحب الحق ولو لم يصاب بضرر.<sup>١</sup> كذلك فى قضايا التمييز العنصرى فى العمل نجد أن التعويض الذى يحكم به للضحية ليس التعويض العادل وإنما التعويض الذى يحقق الردع.<sup>٢</sup> لذلك يمكن القول بأن التعويض العقابى لا يعد مبدأ غريباً كلياً عن النظام القانونى الألمانى.

**خلاصة القول** أن مبدأ التعويض العقابى وإن كان غير مألوف فى فكر المدرسة اللاتينية إلا أن ذلك لم يمنع بعض تشريعات بعض الدول التى تنتمى إلى هذه المدرسة القانونية من الأخذ به أو مطالبة جانب من الفقه بتقنينه نظراً للمزايا التى يحققها. لذلك فإن انتماء القانون المصرى إلى المدرسة القانونية اللاتينية لا يحول دون الأخذ بمبدأ التعويض العقابى.

### الخاتمة

إن التعويض العقابى يهدف إلى عقاب مرتكب الفعل الضار وتحقيق الردع العام والحفاظ على السلام فى المجتمع وتشجيع تطبيق القانون وتعويض المضرور عن الأضرار التى لا يتم التعويض عنها، ونظراً لعدم اتفاق بعض هذه الأهداف مع فكر المدرسة القانونية اللاتينية التى ترى أن دور المسئولية المدنية يقتصر على إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حدوث الضرر؛ لذلك فإن مبدأ التعويض العقابى يجد صعوبة فى الاعتراف به فى المدرسة القانونية اللاتينية.

ومع ذلك فقد تبين من البحث أن بعض التشريعات التى تنتمى إلى هذه المدرسة قد اعتنقت مبدأ التعويض العقابى بالفعل فضلاً عن مطالبة جانب من الفقه باعتراف هذا المبدأ فى البعض الآخر من الدول مثل

١- المرجع السابق، ص ١٤٦.

٢- المرجع السابق، ص ١٤٦.

فرنسا، حيث يتم النظر إلى التعويض العقابي باعتباره جزاء مدنيا يوقع عند الاعتداء على حق خاص وليس جزاء جنائيا يوقع عند الاعتداء على حق المجتمع.

واستهداء بهذا المنهج؛ فإننا نقترح إضافة مادة إلى القانون المدني المصري تسمح للمحكمة بتوقيع التعويض العقابي على مرتكب الفعل الضار وفقاً للشروط والمعايير الآتية:

**أولاً-** فيما يتعلق بالسلوك الموجب للحكم بالتعويض العقابي: يشترط أن يكون الفعل الضار متعمداً أو يتصف بالرعونة وفقاً لمفهوما في القانون الأمريكي سالف البيان بحيث لا يكفى الفعل الضار ولو كان جسيماً للحكم بالتعويض العقابي.

**ثانياً-** فيما يتعلق بمعايير إثبات السلوك الموجب للحكم بالتعويض العقابي: يشترط أن يكون ارتكاب المعتدى للفعل الضار ثابتاً بأدلة قاطعة أو أدلة واضحة ومقنعة بحيث لا يكفى ترجيح ارتكاب المعتدى للفعل الضار للحكم بالتعويض العقابي.

**ثالثاً-** فيما يتعلق بتقدير قيمة التعويض العقابي: يشترط ألا تزيد قيمة التعويض العقابي عن ضعف قيمة التعويض الجابر للضرر.

### فائمة المراجع

#### أولاً - المراجع العربية:

• أسامة أبو الحسن مجاهد، فكرة التعويض العقابي، ص ٤، دار النهضة العربية ٢٠١٥.

• عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: الجزء الثاني - نظرية الالتزام بوجه عام، طبعة المستشار أحمد مدحت المراغى، دار الشروق (٢٠١٠).

٣. على فيلالى، تطور الحق فى التعويض بتطور الضرر وتنوعه، حوليات جامعة الجزائر ١ - العدد ٣١ - الجزء الأول (٢٠١٨).
٤. منصور بن عبدالرحمن الحيدرى، التعويض العقابى فى القانون الأمريكى - دراسة مقارنة فى ضوء أحكام الفقه الإسلامى، المجلة العربية للدراسات الشرعية والقانونية، العدد الثانى (يوليو ٢٠١٥).

### ثانياً - المراجع الأجنبية:

#### • الكتب:

1. ALBERT KOCOUREK & JOHN WIGORE, SOURCES OF ANCIENT AND PRIMITIVE LAW 391 (1915).
2. MAGNUS STRAND, THE PASSING-ON PROBLEM IN DAMAGES AND RESTITUTION UNDER EU LAW 342 (Edward Elgar Publishing, Inc. 2017).
3. ROSCOE POUND, JUSTICE ACCORDING TO LAW (1951).
4. W.W. BUCKLAND, A TEXT-BOOK OF ROMAN LAW 581-84 (3d rev. Stein ed. 1966).
5. RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS §908 (1979) Westlaw (database updated March 2017).
6. Lori S. Nugent, Robert W. Hammesfahr & Richard L. Blatt, PUNITIVE DAMAGES: A STATE-BY-STATE GUIDE TO LAW AND PRACTICE (2012).
7. THOMAS J. COLLINS, PUNITIVE DAMAGES & BUSINESS TORTS: A PRACTITIONER'S HANDBOOK (1998).

#### • الأبحاث والمقالات:

1. Barbara J. Shander, *Punitive Damages - Addressing the Constitutionality of Punitive Damages in the Third Circuit*, 39 Vill. L. Rev. 1105 (1994).



2. Daniel J. Shapiro, *Punitive Damages*, 43 LA. B J. 252 (1995).
3. David G. Owen, *Punitive Damages in Products Liability Litigation*, 74 Mich. L. Rev. 1257 (1976).
4. David G. Owen, *A Punitive Damage Overview: Functions, Problems and Reform*, 39 Vill. L. Rev. 363 (1994).
5. Dorsey D. Ellis, Jr., *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, 56 S. Cal. L. Rev. 1 (1982).
6. Gerhard Wagner, *Punitive Damages in European Private Law 2* (February 21, 2011), HANDBOOK OF EUROPEAN PRIVATE LAW (Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt and Reinhard Zimmermann, eds., Forthcoming), available at <https://ssrn.com/abstract=1766113>
7. Helmut Koziol, *Punitive Damages - A European Perspective*, 68 La. L. Rev. 741 (2008).
8. John W. deGravelles & J. Neale deGravelles, *Louisiana Punitive Damages - A Conflict of Traditions*, 70 La. L. Rev. 579 (2010).
9. John Y. Gotanda, PUNITIVE DAMAGES: A COMPARATIVE ANALYSIS, 42 Colum. J. Transnat'l L. 391 (2004).
10. Lee R. Russ, *Standard of proof as to conduct underlying punitive damage awards - modern status*, 58 A.L.R.4th 878.
11. Mark P. Robinson Jr. & Sharon J. Arkin, *Standards of conduct*, in 3 LITIGATING TORT CASES § 28:42 (2015).
12. Nathan C. Prater, *Punitive Damages in Alabama: A Proposal for Reform*, 26 Cumb. L. Rev. 1005, 1031 (1996).
13. Patrick S. Ryan, *Revisiting the United States Application of Punitive Damages: Separating Myth from Reality*, 10 ILSA J. INT'L & COMP. L. 69, 80 (2003).
14. Thomas B. Colby, *Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages as Punishment for Individual, Private Wrongs*, 87 Minn. L. Rev. 583 (2003).

15. Volker Behr, *Punitive Damages in America and German Law - Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts*, 78 CHI.-KENT. L. REV. 105 (2003), available at <http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol78/iss1/6>
16. William Douglas Woody & Edie Greene, *Jurors' Use of Standards of Proof in Decisions about Punitive Damages*, 30 Behav. Sci. Law 856 (2012).

### • الأحكام القضائية:

1. BMW of N. Am., Inc. v. Gore, 517 U.S. 559, 116 S. Ct. 1589, 134 L. Ed. 2d 809 (1996)
2. Booze v. City of Alexandria, 637 So. 2d 91 (La. 1994).
3. Browning-Ferris Indus. of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal, Inc., 492 U.S. 257, 109 S. Ct. 2909, 106 L. Ed. 2d 219 (1989).
4. Campbell v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co., 2004 UT 34, 98 P.3d 409.
5. Campus Sweater & Sportswear Co. v. M. B. Kahn Const. Co., 515 F. Supp. 64, 105 (D.S.C. 1979), aff'd sub nom. Campus Sweater & Sportswear Co. v. M. B. Kahn Const. Co., 644 F.2d 877 (4th Cir. 1981)
6. Chantal B.P. Mahé, *Punitive Damages in the Competing Reform Drafts of the French Civil Code*, in THE POWER OF PUNITIVE DAMAGES - IS EUROPE MISSING OUT? 259 (Lotte Meurkens & Emily Nordin ed., 2012).
7. Chiara v. Dernago, 2008 WL 8727097
8. Chiara v. Dernago, 128 A.D.3d 999, 1001, 11 N.Y.S.3d 96, 99 (N.Y. App. Div. 2015).
9. Finally Mays v. Bd. of Commissioners Port of New Orleans, No. CIV.A. 14-1014, 2015 WL 1245683 (E.D. La. Mar. 18, 2015).
10. Fisk Elec. Co. v. Winter Park Const. Co., No. CIV.A. 15-700, 2015 WL 3650907 (E.D. La. June 11, 2015).

11. *Genay v. Norris*, 1 S. C. 3, 1-Bay 6 (1784).
12. *Hensley v. Erie Ins. Co.*, 168 W. Va. 172, 182, 283 S.E.2d 227, 233 (1981).
13. *Johnson v. Atl. Coast Line R. Co.*, 142 S.C. 125, 140 S.E. 443 (1927).
14. *McDonald's Restaurants*, No. CV-93-02419, 1995 WL 360309.
15. *Ricard v. State*, 390 So. 2d 882, 883 (La. 1980).
16. *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408, 412-413 (2003).
17. *Warren v. Shelter Mut. Ins. Co.*, 233 So.3d 568 (2017), *available at* <http://www.lasc.org/opinions/2017/16C1647.OPN.pdf>

• المواقع الإلكترونية:

١. [www.lasc.org](http://www.lasc.org) الموقع الرسمي للمحكمة العليا لولاية لويزيانا الأمريكية
٢. [www.cga.ct.gov](http://www.cga.ct.gov) الموقع الرسمي للجمعية العامة (البرلمان) لولاية كونكتيكت الأمريكية
٣. [www.kentlaw.iit.edu](http://www.kentlaw.iit.edu) الموقع الرسمي لمدرسة شيكاغو كينت للقانون بالولايات المتحدة الأمريكية.

## الفهرس

ملخص البحث	..... ١٣٩١
مقدمة	..... ١٣٩٢
المبحث الأول: مفهوم التعويض العقابى وتقديره	..... ١٣٩٤
المطلب الأول: مفهوم التعويض العقابى	..... ١٣٩٤
الفرع الأول: التعريف بالتعويض العقابى ونشأته التاريخية	..... ١٣٩٤
الفرع الثانى: تطبيقات قضائية للتعويض العقابى	..... ١٣٩٨
المطلب الثانى: تقدير مبدأ التعويض العقابى	..... ١٤٠١
الفرع الأول: الأهداف التى يحققها التعويض العقابى	..... ١٤٠٢
الفرع الثانى: الانتقادات الموجهة للتعويض العقابى	..... ١٤٠٨
المبحث الثانى: التعويض العقابى بين المدرسة الأمريكية والمدرسة اللاتينية	..... ١٤١٢
المطلب الأول: أحكام التعويض العقابى وفقاً للقانون الأمريكى	..... ١٤١٣
الفرع الأول: معايير السلوك الموجب للحكم بالتعويض العقابى	..... ١٤١٣
الفرع الثانى: معايير إثبات السلوك الموجب للتعويض العقابى	..... ١٤١٧
الفرع الثالث: معايير تقدير قيمة التعويض العقابى	..... ١٤٢٠
المطلب الثانى: التعويض العقابى فى فكر المدرسة اللاتينية	..... ١٤٣٠
الخاتمة	..... ١٤٣٥
قائمة المراجع	..... ١٤٣٦
الفهرس	..... ١٤٤١