

الضوابط القانونية لمنع الاحتكار التعسفي لتحالفات شركات  
الطيران الدولية  
دراسة تحليلية مقارنة

دكتور

محمد مرسى عبده

أستاذ القانون التجاري والبحري المساعد

كلية القانون . جامعة الشارقة

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

## مُقَدِّمة

يمر النقل الجوي الدولي في الآونة الأخيرة بتغيرات حيوية لا تهدأ تطوراتها؛ نتيجة لتحول الاقتصاد نحو التحرر والعالمية، وظهور التجمعات الاقتصادية الإقليمية، والاتجاه نحو التخصص، مع استحداث ترتيبات تجارية عالمية جديدة على قطاع الخدمات، بما فيه خدمات النقل الجوي، الأمر الذي أشعل سوق المنافسة بين شركات الطيران الدولية.

ويُعد الاقتصاد الحر من أهم المحاور التي تقوم عليها تجارة الخدمات الجوية منذ فترة ليست بالقصيرة؛ وذلك لكونه يشجع على المنافسة بين شركات الطيران من جهة، ويعزز فرص المستهلكين في الحصول على أفضل الخدمات الجوية بأقل الأسعار من جهة أخرى، وهذا التحرر الاقتصادي في مجال التجارة الجوية ظهر جلياً في تركيز الكيانات الاقتصادية التي تبحث عن وضع تنافسي مميز في سوق الناقلين الجويين؛ حيث إن شركات الطيران تتحالف فيما بينها بما يضمن لشركات الطيران الكبرى التواجد في أسواق مختلفة من خلال تقديم خطوط طيران أكثر بأسعار أقل، ويجعل شركات الطيران الصغرى تتمتع بالإمكانيات التي توفرها شركات الطيران الكبرى، وعلى رأسها رفع كفاءة

الخدمات التي تقدمها خطوطها الجوية، وخفض التكاليف، فضلاً عن الاستفادة من سمعة الشريك المتحالف.

وعلى الرغم من أهمية هذه التحالفات بين شركات الطيران ودورها الإيجابي في تنمية وتطوير النقل الجوي الدولي تظل مسألة تنظيم المنافسة بين التحالفات التي تتم بين شركات النقل الجوي من أهم المسائل المطروحة على طاولة النقاش؛ وذلك لحماية المنافسة العادلة، ومنع هذه التحالفات من ارتكاب أية ممارسات احتكارية تضر بأي طرف من أطراف النقل الجوي الدولي، ولاشك أن التركيز الاقتصادي لشركات النقل الجوي، وإطلاق المنافسة بين تحالفات شركات الطيران تحتاج لوجود ضوابط قانونية تحُول دون دخول هذه التحالفات إلى المنافسة غير المنصفة من أجل الهيمنة على سوق الخدمات الجوية.

والحقيقة التي لا يمكن إنكارها أن النظم القانونية على اختلافها قد اتفقت على ضرورة وضع القوانين التي تحمي المنافسة وتمنع الممارسات الاحتكارية الضارة بالمنافسة العادلة؛ ففي النظام الأنجلوأمريكي نجد في الولايات المتحدة قانون مكافحة الاحتكار عام ١٨٩٠م، هو أول محاولة قانونية للحكومة الأمريكية للحد من السلوك التنافسي غير المشروع بين الشركات، وهو

ما يعرف بقانون شيرمان Sherman Antitrust Act<sup>(١)</sup>، ثم تلاه قانون آخر عام ١٩١٤م عرف بقانون كلايتون Clayton Antitrust Act<sup>(٢)</sup>، وفي إنجلترا صدر العديد من القوانين التي تنظم المنافسة، وكانت البداية مع قانون التجارة العادلة عام ١٩٧٣م The Fair Trading Act، الذي ألغى وحل محله قانونان ينظمان المنافسة، هما: قانون المنافسة عام ١٩٩٨م The Competition Act<sup>(٣)</sup>، وقانون المشروع عام ٢٠٠٢م The Enterprise Act<sup>(٤)</sup>.

أما في النظام اللاتيني فقد نظم المشرع المصري المنافسة في قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥<sup>(٥)</sup>، وتضمنت أحكامه نصوصاً تدخل في صلب تنظيم المنافسة العادلة ومنع الاحتكار التعسفي لتحالفات شركات الطيران، وفي فرنسا حظر المشرع في

---

(١) The Sherman Anti-Trust Act of 1890 (15 U.S.C.A. §§ 1 et seq.), the first and most significant of the U.S. antitrust laws, was signed into law by President Benjamin Harrison and is named after its primary supporter, Ohio Senator John Sherman.

(٢) The Clayton Antitrust Act of 1914, codified at 15 U.S.C. § 12-27.

(٣) The Competition Act, Chapter 41, United Kingdom, First Published 1998.

(٤) Enterprise Act, Chapter 40, United Kingdom, First Published 2002.

(٥) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥م، الجريدة

الرسمية، العدد ٦ مكرر، ١٠ فبراير سنة ٢٠٠٥م.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

حكم المادة (1-420L) من قانون التجارة الفرنسي قيام تحالفات أو اتفاقات خارج فرنسا، سواء كانت صريحة أو ضمنية، طالما كان الهدف منها أو كان لوجودها تأثير مباشر أو غير مباشر على منع أو تقييد أو تشويه المنافسة في السوق الفرنسية، وهو ما يساير النهج الأوروبي، حيث تكفلت المواد (من 81 إلى 89) من معاهدة روما<sup>(1)</sup>، واللائحة الأوروبية رقم 139/2004م المتعلقة برقابة التركيزات بين المشروعات<sup>(2)</sup>، وأيضاً معاهدة عمل الاتحاد الأوروبي عام 2012م *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*<sup>(3)</sup>، بتجسيد السياسة الأوروبية تجاه تنظيم المنافسة داخل دول

---

(1) Article 81 et Article 82 du Traité de Rome Instituant la Communauté européenne, signé à Rome en 1957. Disponible sur :<http://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/IMG/pdf/tce.pdf>

(2) Règlement (CE) No 139/2004 du conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, Journal officiel de l'Union européenne, L 24/1, 29.1.2004. Disponible sur :  
<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:024:0001:0022:FR:PDF>

(3) Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, Journal FR officiel de l'Union européenne, C 326/47, 26.10.2012. Disponible sur :  
<http://eurlex.europa.eu/legalcontent/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=FR>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الاتحاد الأوروبي، والتي تركز لقمع كل الممارسات المنافسة للمنافسة العادلة، ومنع استغلال المركز المسيطر في السوق الأوروبية.

أما على مستوى النقل الجوي الدولي، فنجد أن حماية المنافسة بين شركات الطيران، وتجنب الممارسات الاحتكارية التعسفية في هذا السوق الحيوي يعد أمراً محل اهتمام كبير، لاسيما أن اتفاقية شيكاغو بشأن الطيران المدني - والتي تعد بمثابة الدستور الحاكم لعمليات النقل الجوي الدولي - قد أكدت على هذا المعنى؛ فقد نصت الفقرة الثالثة من ديباجة الاتفاقية على أنه: "لذلك فإن الحكومات الموقعة أدناه قد اتفقت على مبادئ وترتيبات معينة تضمن للطيران المدني الدولي التطور على نحو آمن ومنظم، وتحقيق إنشاء خصوصية للنقل الجوي على أساس تكافؤ الفرص واستثمارها بطريقة اقتصادية وسليمة".

كما أن الهدف من وراء إنشاء منظمة الطيران المدني الدولي أو الإيكاو وفقاً للمادة (٤٤) من اتفاقية شيكاغو، العمل على تطوير مبادئ وتقنيات الملاحة الجوية الدولية، وتعزيز تخطيط وتطوير النقل الجوي الدولي من أجل تحقيق العديد من الغايات، أهمها: منع الهدر الاقتصادي الناتج عن المنافسة غير المعقولة، ودعم المبادئ والترتيبات الرامية إلى إنشاء خدمات

للنقل الجوي الدولي على أساس تكافؤ الفرص، وتشغيلها على أساس سليم واقتصادي، مع الاحترام المتبادل لحقوق الدول ومراعاة الصالح العام<sup>(١)</sup>. وعلى الرغم من ذلك يشير الواقع العملي في مجال النقل الجوي أن هناك بالفعل ثمة غموض يكتنف حماية المنافسة العادلة في هذا السوق الحيوي، وقد رأينا حجم التصريحات المتبادلة في هذا الخصوص عام ٢٠١٥م، بين الولايات المتحدة الأمريكية ودولة الإمارات العربية المتحدة؛ حيث إن الولايات المتحدة الأمريكية ادعت أن شركات الطيران الوطنية الإماراتية تقوم بأفعال في مجال النقل الجوي تمثل انتهاكات لمبادئ المنافسة العادلة، كونها تقوم بتسيير رحلات مباشرة بين دولتين أجنبيتين من دون البدء أو الانتهاء من دولة الإمارات، بما يشكل مخالفة لاتفاقية شيكاغو ١٩٤٤ م، واستندت في ذلك إلى قيام الطائرات الإماراتية بنقل ركاب من مدينة ميلانو الإيطالية إلى مدينة نيويورك الأمريكية والعكس.

---

(١) International Civil Aviation Organization , Policy and Guidance Material on the Economic Regulation of International Air Transport, International Civil Aviation Organization, Doc 9587, Third Edition 2008, P.28. Available at:

[http://www.icao.int/Meetings/atconf6/Documents/Doc%209587\\_en.pdf](http://www.icao.int/Meetings/atconf6/Documents/Doc%209587_en.pdf)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وردت دولة الإمارات على المزاعم الأمريكية بأنها لم تنتهك اتفاقية شيكاغو، أو أن طيرانها الوطني ارتكب أفعالاً تعد من قبيل المنافسة غير العادلة في سوق النقل الجوي الدولي؛ حيث إن ما تقوم به شركات الطيران الوطنية لديها قائم على اتفاقية الأجواء المفتوحة الموقعة بين دولة الإمارات العربية المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية، كما أنها تستند إلى حقوق الطيران التي نصت عليها اتفاقية شيكاغو، بالإضافة إلى أن الشركات الوطنية الإماراتية ليس لديها رحلات بين دولتين أجنبيتين، وأن رحلة ميلانو نيويورك التي تستند إليها الولايات المتحدة الأمريكية تبدأ أو تنتهي بدبي في الإمارات، أي: أن الرحلة تبدأ من دبي إلى نيويورك مروراً بميلانو، أو تقلع من نيويورك إلى دبي مروراً بميلانو.

وإذا كان سوق النقل الجوي عاملاً رئيساً في تشجيع وتعزيز التنمية الاقتصادية المستمرة على المستوى الوطني بالإضافة إلى المستويات الدولية، ولما كانت مبادئ حرية التجارة والصناعة والمساواة بمثابة المحرك الرئيس لقوانين المنافسة لهذا السوق، بيد أن دورها يجب أن يتوقف عند الحد الذي لا



يمس الصالح العام؛ بما يكفل حماية السوق والمستهلكين<sup>(١)</sup>؛ إذ إن استعمال الحق في المنافسة في تجارة الخدمات الجوية يظل دائماً مشروطاً بأن يكون على النحو الذي لا يؤدي إلى منع المنافسة أو تقييدها أو الإضرار بها في السوق المعنية، وهذا ما أكد عليه قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥م؛ حيث تنص مادته الأولى على أنه: "تكون ممارسة النشاط الاقتصادي على النحو الذي لا يؤدي إلى منع حرية المنافسة أو تقييدها أو الإضرار بها، وذلك كله وفق أحكام القانون".

فإذا كان سوق النقل الجوي الدولي يمر بفترة من التغيير الجوهري؛ نتيجة تزايد المنافسة والتحول نحو تعدد الجنسيات في قطاع الأعمال، وظهور التجمعات الاقتصادية الإقليمية، وتحرير صناعات الخدمات، واستحداث ترتيبات تجارية عالمية جديدة لقطاعات الخدمات الجوية؛ بيد أنه يظل دائماً في حاجة إلى تكافؤ الفرص؛ حيث إن توفير الفرص المنصفة والمتكافئة في هذا السوق المحرر يمثل ضماناً حقيقية لنجاح شركات الطيران، وحصول

---

(١) د. حسين الماحي، حماية المنافسة. دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون المصري رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م ولأئحته التنفيذية، المكتبة العصرية، الطبعة الأولى ٢٠٠٧م، ص ٥ وما بعدها.

المستهلك الجوي على أفضل الخدمات الجوية الممكنة، مع استمرار هذا السوق الحيوي لكل دول العالم في النمو.

### إشكالية البحث:

على الرغم من إجماع النظم القانونية المختلفة على ضرورة وجود قوانين وطنية تنظم المنافسة وتحميها، إلا أن هذا الإجماع سيتشتت وسيذهب هباءً عندما يتعلق الأمر بتنظيم المنافسة في سوق النقل الجوي الدولي<sup>(١)</sup>، حيث تتعدد المواقف الوطنية تجاه هذا السوق، وستنشأ الخلافات بين الدول عند التطبيق الفعلي لقانون المنافسة في دولة على شركات طيران تابعة لدول أخرى، باعتبار أن النقل الجوي الدولي من الأنشطة التجارية التي يوجد فيها

---

(١) تقتصر الدراسة على النقل الجوي الدولي دون النقل الجوي الداخلي؛ حيث إن الأخير يتم تنفيذه بأسره داخل الحدود الإقليمية للدولة، أو كما تقضى المادة (٣/٢٨٥) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م بأن النقل يكون داخلياً إذا كانت النقطتان المعنيتان باتفاق المتعاقدين للقيام والوصول واقعتين في مصر، ولو كانت الطائرة تواصل رحلتها بعد مغادرة نقطة الوصول إلى ما وراء الحدود الإقليمية المصرية، وهذا النوع من النقل لا يثير في الغالب أي مشاكل عملية تتعلق بالممارسات الاحتكارية لتحالفات شركات الطيران الدولية في سوق النقل الجوي؛ فأغلب التشريعات جعلته وفقاً على الشركات الوطنية دون سواها، كما أنه لا يثير أي صعوبات من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق عليه، فهو يخضع لأحكام القانون الوطني؛ نظراً لتنفيذه برمته داخل إقليم الدولة.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

تعارض شديد في آراء الدول حول مستويات حماية المنافسة، وأن كل دولة حسب وضعها الاقتصادي تحتفظ بأيدولوجيا معينة نحو هذا السوق؛ لذا فإن اتخاذ إجراءات فردية بشأن المنافسة في هذا المجال، وفرض أحكام تنظيمية على الخطوط الجوية التابعة لدول أخرى، سيزيد من احتمال نشوء خلافات بين الدول، بما يعود بآثار سلبية على النقل الجوي الدولي.

حيث يتنافس الناقلون الجويون اليوم في سوقٍ عالميٍّ يزداد انفتاحاً يوماً بعد يوم من جهة، وتحاول أن تسيطر عليه تحالفات شركات الطيران من جهة أخرى؛ الأمر الذي يقتضي عند البحث في إشكالية المنافسة بين الناقلين الجويين في سوق الخدمات الجوية مراعاة عنصرين جوهريين: الأول: طبيعة السوق المتحررة، الثاني: الحفاظ على المنافسة العادلة، ولا شك في أن إحداث التوازن بين هذين العنصرين سيصب في مصلحة المستهلك الذي سيتمكن من الحصول على أفضل الخدمات الجوية بأرخص الأسعار، بالإضافة إلى زيادة كفاءة وجودة قطاع النقل الجوي.

لذا سنحاول في هذه الدراسة الربط بين موضوع التنظيم القانوني للتحالفات التي تتم بين شركات النقل الجوي في الوقت الحالي، وموضوع منع الممارسات الاحتكارية التعسفية في سوق النقل الجوي؛ فإذا كانت شركات الطيران تتحالف مع بعضها كأثر لتحرر تجارة الخدمات الجوية، ويهدف

الاندماج في الأسواق العالمية، إلا أن ذلك يجب أن يتم في ظل مجموعة من القواعد تحمي حرية المنافسة بين التحالفات المختلفة لشركات الطيران التي تتزاحم فيما بينها للسيطرة على أسواق النقل الجوي، وبالشكل الذي يضمن وجود منافسة عادلة ومنصفة بين هذه التحالفات، وبعيداً عن تشويه المنافسة بالممارسات الاحتكارية التعسفية.

فالهدف الرئيس من وراء هذه الدراسة هو رسم حدود العلاقة بين الاتفاقات المختلفة التي تتم بين شركات الطيران، والتي تهدف للسيطرة على الأسواق كأبرز مظاهر النشاط الاحتكاري من ناحية، وسياسة تعزيز حرية المنافسة في سوق النقل الجوي القائمة على تنظيم ظاهرة تحالف شركات الطيران الدولية؛ وذلك للحيلولة دون وقوع ممارسات احتكارية تعسفية في هذا السوق الحيوي من ناحية أخرى.

### منهج البحث:

قد يستشعر البعض أن موضوع التحالفات بين الشركات والاتفاقات التي تتم للسيطرة على الأسواق وكذلك الممارسات الاحتكارية، تقترب في مضمونها من العلوم الاقتصادية، وهذه حقيقة لا يمكننا إغفالها، بل إن معالجة بعض الجوانب الاقتصادية لهذا الموضوع . على استحياء . قد يفرضه تكامل منهج البحث العلمي.

إلا أن الباحث عكف في هذه الدراسة على إبراز الجوانب القانونية لموضوع البحث من خلال اتباع المنهج التحليلي المقارن، وتظهر المقارنة من خلال مقارنة القوانين المصرية التي نظمت موضوع المنافسة بغيرها من القوانين؛ كالقانون الأمريكي والأوروبي، وكذلك الوثائق الدولية المرتبطة بتنظيم المنافسة في قطاع النقل الجوي الدولي، ومن أهمها اتفاقية شيكاغو للطيران المدني الدولي، واتفاق عبور الخطوط الجوية الدولية، واتفاق النقل الجوي الدولي، والإعلانات والتوصيات التي اعتمدها خمس مؤتمرات عالمية للنقل الجوي الدولي، فضلاً عن قرارات الجمعية العمومية للمنظمة الطيران المدني الدولي ذات الصلة بالموضوع.

كما يظهر المنهج التحليلي من خلال التعرض بالشرح والتحليل للمظهر القانوني للاتفاقات التي تتم بين شركات الطيران الدولية للسيطرة على سوق النقل الجوي الدولي، مع دراسة بعض الحالات ذات الصلة للخروج بالدراسة من النظرية إلى التطبيق.

#### خطة البحث:

على هدي مما سبق سيكون من المناسب لدراسة الضوابط القانونية لمنع الاحتكار التعسفي لتحالفات شركات الطيران الدولية أن نقسم هذه الدراسة إلى مبحثين على النحو الآتي:

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

**المبحث الأول:** تحالفات شركات الطيران لاحتكار أسوق النقل الجوي الدولي.

**المطلب الأول:** أشكال التحالفات بين شركات الطيران الدولية.

**المطلب الثاني:** آليات الاحتكار التعسفي لتحالفات شركات الطيران الدولية.

**المبحث الثاني:** الآليات القانونية لمنع الممارسات الاحتكارية التعسفية

لتحالفات شركات الطيران الدولية.

**المطلب الأول:** دور قوانين المنافسة الوطنية في منع الاحتكار التعسفي

لتحالفات

شركات الطيران الدولية.

**المطلب الثاني:** الترتيبات الدولية للسيطرة على الممارسات الاحتكارية التعسفية

لتحالفات شركات الطيران الدولية.

وحرري بنا أن نمهد لهذا البحث بالحديث عن طبيعة السوق التنافسية

لشركات النقل الجوي الدولي، والوقوف على المؤثرات المرتبطة بالمنافسة في

سوق النقل الجوي، وعلى رأسها المؤثرات القانونية والمؤثرات الاقتصادية.

## مطلب تمهيدي

### طبيعة السوق التنافسية لشركات الطيران الدولي

يسهم قطاع الطيران إسهاماً كبيراً في النمو الاقتصادي لارتباطه بالعديد من الأنشطة الاقتصادية الحيوية، وعلى رأسها حركة السياحة وتنشيط العمالة، فضلاً عن مساهمته في الترابط الثقافي والاجتماعي، ويكفي أن نشير إلى أن آخر تقرير أعدته مؤسسة أكسفورد بشأن اقتصاديات النقل الجوي يشير إلى أن منطقة الشرق الأوسط وفر لها قطاع الطيران حوالي ٢ مليون فرصة عمل، وساهم بمبلغ ١١٦ مليار دولار في الناتج المحلي الإجمالي للمنطقة، وأن نصيب مصر منها ١٣٩٠١ فرصة عمل، ومبلغ ١٧٣٨٥ مليون دولار من حجم الناتج المحلي المصري، وأن مصر وجنوب أفريقيا يمتلكان أكبر سوق لنقل الجوي على مستوى القارة الأفريقية، وأن شركة مصر للطيران تعتبر من شركات الطيران ذات المستوى العالمي<sup>(١)</sup>.

---

(<sup>1</sup>) Aviation: Benefits Beyond Borders, Report prepared by Oxford Economics for AirTransport Action Group, April 2014.

Available at:

[http://aviationbenefits.org/media/26786/ATAG\\_AviationBenefits2014\\_FULL\\_LowRes.pdf](http://aviationbenefits.org/media/26786/ATAG_AviationBenefits2014_FULL_LowRes.pdf)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وتتميز البنية الاقتصادية لسوق النقل الجوي الدولي بخصائص فريدة (١) نابعة من الطبيعة الخاصة للعرض والطلب داخل هذا القطاع الحيوي، حيث يتميز العرض في سوق النقل الجوي بأنه يتأثر بالمعايير الزمنية الموسمية؛ كنهاية الأسبوع أو العطلات المدرسية، والأحداث العالمية أيضاً كالمسابقات الرياضية وغيرها، ويتمتع العرض أيضاً بمرونة كبيرة؛ حيث يتأثر صعوداً وانخفاضاً بأي حدث يقع يكون متعلق بأنشطة النقل الجوي؛ لذلك يكون دائماً من الصعب على أي شركة طيران أن تضع تصوراً محكماً لسوق العرض لفترة زمنية محددة، وكذلك يتأثر بشدة العرض في هذا السوق بالأزمات الاقتصادية والكوارث الطبيعية والحوادث الإرهابية، والتي يسبب حدوثها تغير سريع ومفاجئ على سوق الطلب، بما ينعكس فوراً على سوق العرض؛ لذلك نجد أن شركات الطيران لديها حساسية شديدة تجاه هذه الحوادث المفاجئة التي تؤثر بشكل كبير على حركة المسافرين الجويين، وتقلل من عدد الطائرات أو المقاعد المستخدمة، بما يؤدي في النهاية إلى تآكل ربحية هذه الشركات.

---

(١) يعرف النقل الجوي الدولي بأنه: "النقل الذي يتجاوز تنفيذه الحدود الإقليمية للدولة الواحدة". راجع: د. محمد فريد العريني ود. محمد السيد الفقي، القانون البحري والجوي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠١٠م، ص ٤٥٠.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



أما سوق الطلب داخل قطاع النقل الجوي فإنه يتأثر بالعديد من العوامل، أهمها عاملا الوقت والسعر، فضلاً عن المميزات الأخرى التي تروج لها كل شركة طيران؛ فنجد أن هناك مسافرون لديهم حساسية تجاه عنصر الوقت خاصة فيما يتعلق برجال الأعمال الذين يمثل لهم عنصر الزمن أهمية خاصة في مجال إبرام الصفقات، ورغبتهم في الرجوع إلى موطنهم في مواعيد محددة، مع تمتعهم براحة كافية خلال الرحلة تمكنهم في إنجاز أعمالهم، وأخيراً يُعد من أهم ما يميز هذا السوق أنه سوق تحررية، اجتاحتها التجمعات الاقتصادية الإقليمية والعالمية؛ نتيجة التحول نحو تعدد الجنسيات في قطاع الأعمال، وظهور التخصص، وإطلاق صناعات الخدمات، واستحداث العديد من الترتيبات التجارية العالمية الجديدة لقطاعات النقل الجوي؛ بما أدى إلى احتدام المنافسة في هذا السوق الحيوي<sup>(١)</sup>.

ولما كان موضوع البحث منصباً على النظام القانوني الخاص بضبط قواعد المنافسة بين المتعاملين في سوق النقل الجوي لمنع الاحتكار التعسفي لشركات الطيران؛ لذا فمن الأهمية بمكان تحديد شكل السوق التنافسية في

---

(١) Organisation de l'aviation civile internationale, Politique et éléments indicatifs sur la réglementation économique du transport aérien international, Troisième édition 2008, P.33. Disponible sur: [http://www.icao.int/Meetings/atconf6/Documents/Doc%209587\\_f\\_r.pdf](http://www.icao.int/Meetings/atconf6/Documents/Doc%209587_f_r.pdf)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

مجال النقل الجوي، وذلك من خلال الوقوف على أهم السمات الرئيسية التي تحكم المنافسة فيه.

حيث يوجد العديد من المؤثرات المرتبطة بالمنافسة في سوق النقل الجوي، أهمها: المؤثرات القانونية الممثلة في القوانين التي تحكم عمل شركات الطيران في سوق النقل الجوي الدولي، والمبادئ التي تضمنتها وأثرت على طبيعة المنافسة، وكذلك المؤثرات الاقتصادية التي فرضتها طبيعة العمل في هذا السوق من ظهور التحالفات بين شركات الطيران، وتدخل بعض الدول لدعم شركات الطيران الوطنية لديها.

أولاً . ركيزة منظومة التشريعات الخاصة بالنقل الجوي الدولي:

يمكن القول بأن الوضع القانوني لهيكل التنظيم الوطني الخاص بالنقل الجوي الدولي في أي دولة يقوم على العناصر التالية: قوانين الطيران الأساسية المطبقة داخل الدولة، والقواعد والأنظمة والقرارات التي تصدر تنفيذاً لهذه القوانين، والقوانين الوطنية أيضاً ذات الصلة بمسائل النقل الجوي، مثل: قوانين حماية المنافسة وقوانين حماية البيئة والجمارك ولوائح إصدار تراخيص الطيران وغيرها، وكذلك الاتفاقات الدولية متعددة الأطراف والثنائية التي تكون الدولة طرفاً فيها، بحيث تلتزم الدولة الطرف بمراعاة الحقوق والالتزامات الدولية التي تفرضها هذه الاتفاقات عند تنظيمها للخدمات الجوية الدولية، ويأتي على رأس

الاتفاقات الدولية المنظمة للنقل الجوي الدولي، والتي تُعد بمثابة العمود الفقري لمنظمة التشريعات الخاصة بالنقل الجوي الدولي اتفاقية شيكاغو<sup>(١)</sup>.

حيث يخضع نشاط الطيران المدني الدولي لأحكام اتفاقية الطيران المدني الدولي أو اتفاقية شيكاغو ١٩٤٤<sup>(٢)</sup>، وتقوم منظمة الطيران المدني الدولي ICAO، وهي منظمة متخصصة تتبع الأمم المتحدة، بموجب هذه الاتفاقية بوضع الحدود الدنيا من القواعد القياسية وأساليب العمل الموصى بها للطيران المدني الدولي، وتتوزع هذه القواعد وأساليب العمل الموصى بها في ١٨ ملحقاً لاتفاقية شيكاغو، مع بقاء كل دولة مسؤولة عن تنظيم نشاط الطيران المدني لديها، على أن تأخذ بعين الاعتبار متطلبات اتفاقية الطيران المدني

---

(١) Manual on the Regulation of International Air Transport, International Civil Aviation Organization, Doc 9626, Second Edition 2004, p.15.

(٢) صدقت مصر على هذه الاتفاقية وأصبحت سارية في حقها اعتباراً من ١٢ أبريل عام ١٩٤٧م، وذلك بمقتضى القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٤٧م، الوقائع المصرية، العدد ٢٠ المنشور بتاريخ ٦ مارس ١٩٤٧م.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الدولي، والحدود الدنيا للقواعد القياسية وأساليب العمل الموصى بها،  
والموضوعة من قبل الأيكاو<sup>(١)</sup>.

وقد قسمت اتفاقية شيكاغو إلى أربعة أبواب؛ خصص الباب الأول  
لمعالجة الأمور المتعلقة بالملاحة الجوية ك نطاق الاتفاقية، والطيران فوق أقاليم  
الدول المتعاقدة، وجنسية الطائرات، والتدابير اللازمة لتسهيل الملاحة الجوية،  
وخصص الباب الثاني لوضع الإطار القانوني لمنظمة الطيران المدني الدولي،  
وخصص الباب الثالث لأمر النقل الجوي الدولي؛ ليعالج التقارير والمعلومات  
المتعلقة بالنقل، والمطارات وتسهيلات الملاحة الجوية، ومؤسسات الاستغلال  
والتشغيل المشترك، أما الباب الرابع والأخير فقد تضمن الأحكام الختامية  
للاتفاقية؛ لينظم علاقة الاتفاقية بالاتفاقيات والتعهدات الدولية الأخرى،  
والمنازعات والإخلال بالتعهدات الناشئة عنها، ومدى تطبيقها في حالة الأزمات  
والحروب، وكذلك التعاريف اللازمة لوضعها موضع التنفيذ، وأخيراً ملحقات  
الاتفاقية.

---

(١) يمكن الإطلاع على النص العربي الرسمي لاتفاقية الطيران المدني الدولي،  
شيكاغو ١٩٤٤م، الوثيقة رقم ٩٦٦٣، والموقعة بتاريخ ٢٩ سبتمبر ١٩٩٥م  
بمونتريال، على الرابط التالي:

<http://www.icao.int/Meetings/a38/Documents/9663.pdf>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ونظراً لعجز اتفاقية شيكاغو عن الوصول لحل مرضٍ في شأن استغلال الخطوط الجوية، والتوفيق بين مبدأ الجو الحر *Liberté de L'air* أو ما يعرف بالسموات المفتوحة، ومبدأ الجو المنظم *L'ordre dans L'air*، الذي يؤدي الأخذ بأيهما إلى نتائج هامة تتعكس على نشاط سوق النقل الجوي وازدهاره وطبيعة المنافسة فيه قرر القائمون على مؤتمر شيكاغو أن يضعوا - بجانب اتفاقية الطيران المدني الدولي - اتفاقيين مستقلين يجسدان هذين المبدأين، على أن يترك للدول الأعضاء حرية الانضمام لأي منهما، ويمثل مبدأ السموات المفتوحة الاتفاق الذي عرف باسم اتفاق النقل الجوي الدولي أو اتفاق الحريات الخمس، ويمثل مبدأ الجو المنظم الاتفاق الذي عرف باسم اتفاق عبور الخطوط الجوية الدولية أو اتفاق الحريتين<sup>(١)</sup>.

وقد صدقت مصر - مثل غالبية الدول - على اتفاق الحريتين<sup>(٢)</sup> دون اتفاق الحريات الخمسة؛ وبذلك أصبحت ملتزمة بمقتضاه أن تمنح باقي الدول

---

(١) د. محمد فريد العريني و د. محمد السيد الفقي، القانون البحري والجوي، مرجع سابق، ص ٤٠٨ وما بعدها.

(٢) صدقت مصر على هذه الاتفاق بمقتضى القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٤٧م، الوقائع المصرية، العدد ٢٠ المنشور بتاريخ ٦ مارس ١٩٤٧م.  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

المتعاقدة فيما يتعلق بالخطوط الجوية الدولية المنتظمة <sup>(١)</sup> الحريتين التاليتين:  
أ) السماح للطائرات المدنية للدول المتعاقدة بحرية الطيران فوق إقليمها بدون هبوط، وتظهر أهمية هذه الحرية في أن حرمان أحد خطوط الطيران منها، إما سيؤدي لاستحالة تسيير الخط الجوي كونه لا يستطيع أن يمر فوق دولة لا تمنح دولته هذه الحرية، وإما سيؤدي إلى زيادة تكلفة تشغيل خط الطيران الذي يحاول أن يصل للوجهة المقصودة بالمرور حول الإقليم الجوي للدولة التي لم تسمح له بالمرور فوق إقليمها. ب) السماح للطائرات المدنية للدول المتعاقدة بحرية الهبوط فوق إقليمها لأغراض غير تجارية، ولهذه الحرية أهمية اقتصادية وفنية، حيث تكفل للطائرات المدنية للدول المتعاقدة حرية الهبوط على إقليم أي دولة أخرى مصدقة على الاتفاق، سواء للتزود بالوقود أو غير ذلك؛ وبالتالي

(١) عرّفت منظمة الطيران المدني الدولي حديثاً الخط الجوي الدولي المنتظم بأنه: سلسلة من رحلات الطيران التي تتميز بالآتي: (أ) تمر بالفضاء الجوي فوق أراضي أكثر من دولة. (ب) تؤديها الطائرات لنقل الركاب أو البريد أو البضائع لقاء أجر، على أن تكون كل رحلة مفتوحة لاستعمال الجمهور. (ج) أن يجري تشغيلها بهدف خدمة الحركة الجوية بين نفس النقطتين أو النقاط، إما وفقاً لجدول زمني معلن عنه، وإما برحلات منتظمة أو متكررة لدرجة تشكل سلسلة منتظمة بصورة ملحوظة. راجع:

Policy and Guidance Material on the Economic Regulation of International Air Transport, International Civil Aviation Organization, Doc 9587, Third Edition 2008, P.22. Available at: [http://www.icao.int/Meetings/atconf6/Documents/Doc%209587\\_e n.pdf](http://www.icao.int/Meetings/atconf6/Documents/Doc%209587_e n.pdf)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

عدم الحاجة لحمل الحد الأقصى من الوقود من بداية الرحلة والاستعاضة بالركاب أو البضائع، أو لعمليات الصيانة وإصلاح الأعطال الفنية<sup>(١)</sup>.

هكذا تكون مصر قد صدقت على اتفاق الحريتين الذي يضمن الحد الأدنى لفعالية في تنشيط سوق النقل الجوي، مع إبرام العديد من الاتفاقات الثنائية مع الدول الراغبة في تحرير الخدمات الجوية معها، ورأت عدم الانضمام لاتفاق الحريات الخمس؛ وذلك لكونه يفتح باب المنافسة على مصراعيه أمام شركات الطيران العالمية التابعة للدول المتعاقدة، وهو ما قد يكون في غير مصلحة شركات الطيران المصرية حتى وقتنا الحاضر؛ فالسماوات المفتوحة تُعد من أهم العوامل المحركة للمنافسة الشرسة بين شركات الطيران في سوق النقل الجوي.

### ثانياً . مبدأ السماوات المفتوحة وتحرير الأجواء :Open skies

يقصد بمبدأ السماوات المفتوحة . عموماً . تحرير أجواء الدولة لمصلحة شركات الطيران المدني من الشروط والقيود المتعلقة بعدد الرحلات وفي جميع

---

(١) د. خيرى الحسيني، التطورات الجديدة في قانون الطيران الدولي العام بظهور مؤسسات

النقل الجوي الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ١٩٧٦م، ص ٢١٨.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

المحطات<sup>(١)</sup>، ويعود ظهور فكرة السماوات المفتوحة لأغراض تجارية لأول مرة إلى عام ١٩٢٨م، وتحديداً في المؤتمر الدولي الأمريكي السادس بمدينة هافانا، والذي خرجت عنه اتفاقية الطيران التجاري التي تعرف باسم "بان . أمريكان" للطيران التجاري، والموقعة في هافانا بتاريخ ٢٠ فبراير ١٩٢٨م، وقد تضمنت هذه الاتفاقية العديد من الأحكام التي رسخت لمبدأ السماوات المفتوحة؛ حيث سمحت للطائرات التابعة لدولة متعاقدة بإنزال ركاب أو تفريغ بضائع في أحد مطارات الوصول التابعة لدولة أخرى متعاقدة، ثم إنزال أو تفريغ باقي الركاب أو البضائع في مطار آخر تابع لنفس الدولة، وأخذ ركاب أو بضائع من هذا المطار لتوصيلهم إلى دولة أو دول أجنبية بشرط استيفاء الشروط القانونية المطلوبة من قبل الدولة التي يتم التحليق فوقها<sup>(٢)</sup>.

بعد ذلك وتحت تأثير اتفاقية هافانا، جاءت اتفاقية شيكاغو ١٩٤٤م لتكرس لمبدأ السماوات المفتوحة؛ حيث إنه تمخض عنها اتفاق النقل الجوي الدولي أو اتفاق الحريات الخمس الذي قرر مبدأ تحرير الأجواء كضرورة

---

(١) د. سيدي محمد بن سيد أبيه، مفهوم الأجواء المفتوحة وسيادة الدول، مكتب نائب رئيس مجلس الوزراء لشؤون الإعلام، الإمارات العربية المتحدة، أبوظبي ٢٠٠٦م، ص ٨.

(٢) د. محمد فريد العريني و د. محمد السيد الفقي، القانون البحري والجوي، مرجع سابق، ص ٤٠٧.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



لمواكبة التطور الحاصل في ميدان صناعة الطيران، ومستجدات النقل الجوي، وينص هذا الاتفاق على أن كل دولة متعاقدة تمنح باقي الدول المتعاقدة، فيما يخص الخدمات الجوية الدولية المنتظمة الحريات التالية<sup>(١)</sup>: (١) حرية الطيران عبر إقليمها بدون هبوط. (٢) حرية الهبوط فوق إقليمها لأغراض غير تجارية. (٣) حرية إنزال ركاب أو تفريغ بريد أو بضائع مُحمّلين من إقليم الدولة التي تمتلك الطائرة جنسيته. (٤) حرية حمل ركاب أو شحن بريد أو بضائع للوصول بهم إلى إقليم الدولة التي تحمل الطائرة جنسيته. (٥) حرية حمل ركاب أو شحن بريد أو بضائع من إقليم الدولة المتعاقدة باتجاه إقليم أي دولة متعاقدة أخرى، وحرية إنزال ركاب أو تفريغ بريد أو بضائع في إقليم الدولة المتعاقدة محملين من إقليم دولة متعاقدة أخرى، وفيما يخص الحريات الثلاثة الأخيرة، فإن التزام الدول المتعاقدة بها لا يتعلق إلا بالخطوط العابرة في طريق جوي يشكل خط سير مباشر بدرجة معقولة، ويبدأ وينتهي في إقليم دولة جنسية الطائرة.

وإذا كان اتفاق الحريات الخمس الذي يُعد نبراساً لمبدأ السماوات المفتوحة، فإن الاتفاقات الثنائية بين الدول على تحرير الأجواء فيما بينها تُعد

---

(١) International air transport agreement, signed at Chicago, on 7 December 1944. Available at:

<http://www.mcgill.ca/files/iasl/chicago1944c.pdf>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

هي الأخرى وسيلة لترسيخ هذا المبدأ في الممارسات التجارية الدولية؛ حيث إن سياسة الأجواء المفتوحة تعتبر من السياسات الاقتصادية المعروفة التي تلجأ إليها الدول لجذب شركات الطيران الأجنبية من أجل تنشيط أسواقها وتسهيل حركة الأشخاص والبضائع بين الدول، ويتم ذلك على أساس اتفاق الدول المتعاقدة فيما بينها على جعل أجواء كل منها مفتوحة لشركات الطيران التابعة للدولة الأخرى بشروط المعاملة بالمثل.

وتعتبر الولايات المتحدة الأمريكية أكثر دول العالم ترويجاً لمبدأ السماوات المفتوحة، وذلك بهدف تمكين شركات الطيران لديها من اكتساح أسواقٍ جديدة، واستغلال الجو التنافسي الذي سينشأ من تحرير الأجواء، والذي ستكون هي المتفوقة فيه بفضل ما تحتله شركات الطيران لديها من مركز قوي بالمقارنة بشركات الطيران الأخرى، خاصة داخل أسواق الدول النامية؛ لذلك نجد أن الولايات المتحدة الأمريكية أصبح لديها وحدها ١١٥ شريكاً في الاتفاقات الثنائية لتحرير الأجواء خلال الفترة من عام ١٩٩٢م إلى عام ٢٠١٥م<sup>(١)</sup>.

---

(<sup>١</sup>) Open Skies Agreements Fact Sheet, Released by the Bureau of Economic and Business Affairs, Washington, April 14, 2015. Available at:

<http://www.state.gov/documents/organization/206046.pdf>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

أما على مستوى الدول الأوروبية فتظهر التجربة الأوروبية كخير مثال على تطبيق مبدأ السماوات المفتوحة وتحرير الأجواء؛ حيث إنه قد تم تحرير النقل الجوي بصورة كاملة داخل الاتحاد الأوروبي؛ وحتى تتجنب دول الاتحاد الأوروبي الآثار السلبية التي قد تصيب بعض الدول الأوروبية الأضعف اقتصادياً نتيجة تحرير هذا السوق الهائل، تمت عملية التحرير على مراحل بالتوازي مع عملية المواءمة التنظيمية لجميع عمليات الطيران المدني؛ لذا ظهرت سوق وحيدة للنقل الجوي مفتوحة تماماً ومكاملة، حيث نجد قواعد تطبق على مستوى الاتحاد الأوروبي تحكم قواعد المنافسة بين شركات الطيران الأوروبية، وتنظم مسألة المعونات الحكومية التي تقدمها الدول لشركاتها الوطنية، وكذلك تنظم مختلف الشروط الاقتصادية والفنية للنقل الجوي، وهذا القواعد يراقب تطبيقها سلطات مستقلة على مستوى كل دولة، وكذلك على مستوى الاتحاد الأوروبي<sup>(١)</sup>.

---

(<sup>1</sup>) International Civil Aviation Organization, Worldwide air transport conference, Montréal, 18 to 22 March 2013, working paper: Basic principles of fair competition, Presented by Ireland on behalf of the European Union, p.1. Available at: [http://www.icao.int/meetings/atconf6/documents/workingpapers/atconf6-wp051\\_en.pdf](http://www.icao.int/meetings/atconf6/documents/workingpapers/atconf6-wp051_en.pdf)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وبالنسبة للدول العربية فإننا نجد على المستوى الجماعي أن الهيئة العربية للطيران المدني تبنت عام ٢٠٠٤م اتفاقية جماعية تهدف إلى تحرير خدمات النقل الجوي بين الدول العربية، وهي ما تعرف باتفاقية دمشق، والتي دخلت حيز التنفيذ في ديسمبر ٢٠٠٧م بعد أن وقّعت عليها خمس دولة عربية، وصل عددهم الآن إلى ثمان دول، ومن المتوقع ألا يزيد عدد الدول التي ستتضم لهذه الاتفاقية، خاصة بالنسبة للدول العربية ذات الكثافة السكانية كمصر؛ وذلك حتى لا يؤثر ذلك على حصتها في سوق النقل الجوي العربي<sup>(١)</sup>.

أما على مستوى الجهود الفردية للدول العربية فالمواقف جد متباينة بالنسبة لمبدأ السماوات المفتوحة، وذلك متوقف على مدى قدرة شركات النقل الوطنية لدى كل دولة على ركوب قطار المنافسة فائق السرعة لسوق النقل الجوي، فدولة كجمهورية مصر العربية قدرت ألا تتضمن لاتفاق الحريات الخمس، وأن تكتفي بإبرام اتفاقات ثنائية لتحرير النقل الجوي لكافة مطاراتها، باستثناء المطارات المحورية؛ كمطاري القاهرة والإسكندرية، فلا تبرم اتفاقات

---

(١) عبدالله عناني، اتفاقية دمشق ٢٠٠٤م، تحرير النفاذ للأسواق وقواعد الملكية

لنقلات العربية، مجلة الطيران العربي، الهيئة العربية للطيران المدني، العدد

٢٢، ديسمبر ٢٠١٤م، ص ٥٥ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

لتحرير أجواء بشأنها إلا وفقاً لضوابط معينة تضمن لها المنافسة العادلة مع شركات الطيران الأجنبية المنخفضة التكاليف، وألا تدخل في اتفاقات قد تعرض شركتها الوطنية - مصر للطيران - إلى خسارة فادحة؛ نظراً لعدم قدرة الشركة على مواجهة كفاءة شركات الطيران العالمية في الوقت الحالي<sup>(١)</sup>.

وعلى صعيد مختلف نجد دولة عربية أخرى - دولة الإمارات - تُعد ثامن أكبر دولة بعد الولايات المتحدة الأمريكية تبرم اتفاقات ثنائية لتحرير الأجواء، وبلغ إجمالي عدد اتفاقات الأجواء المفتوحة إلى ٧٩ اتفاقاً<sup>(٢)</sup>، وأن شركات الطيران لديها - طيران الإمارات والاتحاد - أصبح منافساً شرساً لشركات الطيران الأمريكية، وجعل الأخيرة - دلتا إيرلاينز، يونايتد كونتيننتال وأمريكان إيرلاينز - تفقد جزءاً كبيراً من حصتها في سوق النقل الجوي، الأمر الذي دفعها إلى تقديم مذكرة إلى الكونجرس الأمريكي تؤكد فيها أن شركات الطيران الخليجية - ومنها شركات الطيران الإماراتية - تلقت دعماً حكومياً

---

(١) السماوات المفتوحة، صراع السياحة والطيران المزمّن، مقال منشور بجريدة الأهرام المصرية، بتاريخ ٦ فبراير ٢٠١٤م.

(٢) Aviation in UAE, Delegation to the international civil aviation organization. Available at:

<http://www.uaeicao.gov.ae/Contentviewer.aspx?ContentId=6&LinkPath=Home%20%3E%20THE%20UAE%20%3E%20AVIATION%20IN%20UAE>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثامن ٢٠١٦ المجلد الثاني

بحوالي ٤٠ مليار دولار، مما جعل لها الأفضلية، دون مراعاة لمبادئ المنافسة العادلة<sup>(١)</sup>، وهو ما فندته الإمارات، معتبرة ذلك حجة من شركات النقل الأمريكية الهدف منها حماية مصالحها الخاصة من منافسة شركات الطيران الخليجية لها، ونوع من الخداع هدفه التكرار من حرية الملاحة الجوية الذي تبنته الولايات المتحدة منذ أربعينيات القرن الماضي.

وفي الوضع الراهن يُعد مبدأ السماوات المفتوحة فرضية لا تتحقق إلا بانضمام الدولة إلى اتفاق الحريات الخمس الذي تضمنته الوثيقة الختامية لمؤتمر الطيران المدني الدولي (شيكاغو ١٩٤٤م)، أو من خلال الاتفاقات الدولية الثنائية على تحرير الخدمات الجوية بين الدول المتعاقدة، وفي كلتا الحالتين تكون سوق النقل الجوي لشركات الطيران التابعة للدول المتعاقدة مسرحاً للمنافسة الشرسة؛ لذا يجب أن تحاط بضمانات تحول دون قيام بعض هذه الشركات بتصرفات مقيدة للمنافسة العادلة، وأن تحول دون وصول أحدها لمرحلة الاحتكار التعسفي لإحدى خطوط الطيران.

---

(١) US carriers discuss Gulf open skies with Obama officials, Flight Global - Aviation connected, 18 Mar 2015. Available at:

<http://www.flightglobal.com/news/articles/analysis-gloves-come-off-in-us-gulf-open-skies-pat-410328/>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ثالثاً . ظهور التحالفات بين شركات النقل الجوي الدولي:

يقع على عاتق المشروعات التي تعمل في ظل البيئة التنافسية الدولية عبء تطوير وتنمية أنشطتها لتلاحق التطورات الاقتصادية المتغيرة؛ لذا نجد أن شركات الطيران الدولية تحاول جاهدة أن تطور من إمكانياتها؛ لتحافظ على مكانها في السوق التنافسية للنقل الجوي الدولي، ولكن بعيداً عن الاستراتيجيات التقليدية للتطوير القائمة على نظرية التطوير الداخلي للمشروع، أو نظرية التطوير الخارجي عن طريق عمليات الدمج والاستحواذ؛ فالتطوير الذاتي يحتاج إلى عملية طويلة من الاستثمار لزيادة حصة الشركة في السوق وفقاً لقواعد المنافسة التقليدية، أما الاستحواذ والدمج فيحمل دائماً في طياتها خطر عدم القدرة على التراجع فيه، بالإضافة إلى التكلفة العالية.

فقد ترتب على تحرير سوق النقل الجوي بفضل سيادة مبدأ السماوات المفتوحة تعزيز المنافسة في البيئة التشغيلية للناقلين الجويين، الأمر الذي جعل الكثير من شركات الطيران - كشركة مصر للطيران - تبحث عن سبيل للمنافسة في هذا السوق المتحرر، والاعتماد على استراتيجيات جديدة ومنتوعة من أجل التكيف مع المتغيرات، وإلا ستضطر إلى الخروج من السوق؛ وتمثل الحل في اتجاه العديد من شركات الطيران الدولية إلى الممارسات التعاونية، وعقد تحالفات فيما بينها بهدف زيادة كفاءتها وخفض تكاليفها، وتوفير خدمات

ميسرة ورحلات متواصلة للركاب عن طريق تقاسم أعباء التشغيل وتخفيض النفقات؛ وبالتالي زيادة قدرتها على المنافسة.

وحتى هذه اللحظة لا يوجد تعريف قانوني لمصطلح اتفاقات التحالف Alliance aérienne بين شركات الطيران، وإن كان يمكن أن يشار إليها بأنها: تلك الاتفاقات المختلفة التي تبرم بين عدة شركات للنقل الجوي بهدف المنافسة، والتي تختلف بحسب حجم الالتزامات المفروضة على شركات الطيران المتحالفة مع بعضها، خاصة فيما يتعلق بالخدمة المقدمة؛ فالاتفاق على الدخول في تحالف قد يأخذ صورة بسيطة؛ مثل: استخدام شركات الطيران لطائرات الشركات المتحالفة، وتقاسم الرموز والرحلات الجوية بين عدة شركات بهدف الحد من التكاليف؛ وبالتالي تحقيق الفائدة الاقتصادية للشركات المتحالفة، وقد يأخذ صورة أكثر تعقيداً تجعل من الاتفاق على التحالف أشبه باتفاقات التركيز الاقتصادي بين الشركات المتحالفة.

وإذا كان التركيز في مجال المشروعات ظاهرة اقتصادية تتسم بنمو حجم المشروع من جهة، وخفض عدد المشروعات التي تعمل في السوق من جهة أخرى؛ فإن هذه الظاهرة يتسع مفهومها القانوني ليشمل كل العمليات التي من شأنها زيادة حجم الوحدات الاقتصادية، والتي تهدف إلى تحقيق التكامل



بين المشروعات الممثلة في عملية التركيز<sup>(١)</sup>، إلا أن التحالفات التي تتم بين شركات النقل الجوي لا تصل لدرجة التوافق مع إحدى الآليات القانونية المكونة للتركز الاقتصادي كالاندماج Mergers والاستحواذ Acquisition والمشروعات المشتركة Joint Ventures<sup>(٢)</sup>.

فإن كانت تحالفات شركات الطيران تقترب من فكرة النمو الأفقي للمشروعات - حيث يتم التوسع في الإنتاج وزيادة حجمه في ذات النشاط، من خلال اتحاد مشروعين أو أكثر يعملان في إنتاج نفس السلعة، أو تقديم ذات الخدمة<sup>(٣)</sup> - إلا أنها تمثل شكلاً قانونياً مستقلاً يخضع لنظام قانوني خاص به، يتوقف على طبيعة العلاقات والترتيبات القانونية التي تربط بين شركات الطيران في اتفاق التحالف؛ حيث إن معظم تحالفات شركات الطيران يغيب عنها الجوهر القانوني للتركز الاقتصادي، وهو نقل سلطة الرقابة والسيطرة

---

(١) د. على سيد قاسم، التجمع ذو الغاية الاقتصادية، مجلة القانون والاقتصاد ١٩٨١م، السنة ٥١، ص ٢٩١.

(٢) د. أسامة فتحي عبادة، النظام القانوني لعمليات التركيز الاقتصادي في قانون المنافسة. دراسة تحليلية مقارنة، دار الفكر والقانون ٢٠١٤م، ص ٦٧ وما بعدها.

(٣) د. لينا حسن زكي، قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار. دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والأوروبي، دار النهضة العربية ٢٠٠٦م، ص ٢٤٦.  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

على التحالف إلى واحدة من الشركات المتحالفة لتكون له القدرة على فرض السياسة الاقتصادية على سائر الشركات الأخرى المتحالفة<sup>(١)</sup>.

ويشير الواقع العملي الحالي إلى أن التنافس في سوق النقل الجوي أضحى غير مقتصرٍ على شركات الطيران الفردية، بل إن المنافسة الحقيقية اليوم على أشدها بين تحالفات شركات الطيران وبعضها البعض، الأمر الذي قد ينذر بظهور العديد من السلوكيات في سوق النقل الجوي تتضمن مناهضة للمنافسة العادلة، على رأسها إساءة استخدام المركز المهيمن، وغيرها من الممارسات الاحتكارية، وهو ما جعل العديد من الجهات تبدي تخوفها من التأثير السلبي لهذه التحالفات على المنافسة العادلة في سوق النقل الجوي<sup>(٢)</sup>.

رابعاً . دعم حكومات بعض الدول لشركات الطيران الوطنية بما يمنحها أفضلية تنافسية.

لا يجادل أحد في أن إطلاق المنافسة من القيود نتيجة تحرير الأجواء من شأنه أن يؤدي إلى المنافسة الشديدة بين شركات الطيران المختلفة، الأمر

---

(١) د.حسام الدين عبد الغني الصغير، النظام القانوني لاندماج الشركات، دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية ٢٠٠٤م، ص ١٠.

(٢) Organisation for Economic Co-operation and Development, Competition Committee, Latin American Competition forum, Session IV: Competition Issues in the Air Transport Sector, paper n°DAF/COMP/LACF(2011)9, Colombia, 13-14 September 2011, p.7.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الذي سيؤدي إلى نتيجة حتمية؛ وهي التهام القوي للضعيف دون رحمة؛ خاصة في ظل غياب قواعد تحكم هذه المنافسة، وضبابية الوضع الراهن تجاه المنافسة العادلة في سوق النقل الجوي.

لذا ذهب العديد من الحكومات إلى تقديم الدعم لشركات الطيران الوطنية لجعلها قادرة على المنافسة في سوق الطيران الحرة، ومواجهة التحالفات، الأمر الذي أدى في النهاية إلى حرمان شركات طيران لدولٍ أخرى - الدول النامية - من فرص المنافسة العادلة والمنصفة<sup>(١)</sup>.

الدعم الحكومي هو أية مساهمة مالية مباشرة أو غير مباشرة مقدمة من حكومة دولة المشروع أو إحدى هيئاتها العامة، يترتب عليها تحقيق فائدة لمتلقي الدعم؛ فالأخير يجني فائدة مالية من وراء برامج أو خطط أو أية ممارسات تقدمها له حكومته<sup>(٢)</sup>، وتلك المعونات الحكومية التي تمنح الناقلين الجويين الوطنيين منافع مالية غير متاحة للناقلين المنافسين في نفس الأسواق الدولية يمكن أن تؤدي إلى تشويه التجارة في الخدمات الجوية، ويمكن أن

---

(١) International Civil Aviation Organization, Report of The Sixth Worldwide air transport conference, Montréal, 18 to 22 March 2013, working paper: Fair competition in international air transport, Presented by the Secretariat, p.1. Available at: [http://www.icao.int/Meetings/atconf6/Documents/WorkingPapers/ATConf6-wp004\\_en.pdf](http://www.icao.int/Meetings/atconf6/Documents/WorkingPapers/ATConf6-wp004_en.pdf)

(٢) د. حسين الماحي، حماية المنافسة، مرجع سابق، ص ٧٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

تشكل ممارسات تنافسية غير عادلة أو تدعم هذه الممارسات، ويعتبر من أهم أشكال الدعم الحكومي للناقلين الجويين تقديم الحكومة أموال للشركة كتعويض عن خسائر التشغيل أو لإعادة الهيكلة أو لأغراض التوسع، وكذلك الإلغاء الجزئي أو الكلي لديون شركة الطيران المستحقة للحكومة، أو إعطاء قروض بشروط ميسرة، وأيضاً معاملة شركة الطيران الوطنية معاملة ضريبية تفضيلية<sup>(١)</sup>.

---

(١) Manual on the Regulation of International Air Transport, International Civil Aviation Organization, op.cit, p.42.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

## المبحث الأول

### تحالفات شركات الطيران لاحتكار أسواق النقل الجوي الدولي

يعرف الفقه<sup>(١)</sup> المنافسة - عموماً - بأنها: السماح للتفاعل بين العرض والطلب من خلال تقديم عدة شركات لعروض متميزة لمنتجات وخدمات تلبية احتياجات مماثلة في سوق معينة، وتحدث توازناً بين الجودة والسعر بهدف الفوز بالعملاء، بما يمكن جمهور المستهلكين من الوصول إلى أفضل المنتجات والخدمات بأقل الأسعار، والمنافسة تكون تامة أو مثالية La concurrence parfaite، عندما يكون عدد مقدمي المنتجات أو الخدمات - وكذلك المستهلكين - كبيراً (التكافؤ atomicité)، وتكون المنتجات والخدمات المعروضة متجانسة ومتقاربة في جودتها (تجانس المنتجات homogénéité des produits)، مع وجود حرية كاملة في الدخول إلى السوق المعنية (حرية الوصول liberté d'accès)، وتأمين نشر جميع المعلومات عن المنتجات والخدمات للجميع (الشفافية transparence)<sup>(٢)</sup>.

(١) Pour savoir plus; voir: Jean GABSZEWICZ, La concurrence imparfaite, Collection Repères, édition La Découverte 2003.

(٢) د. أحمد محمد محرز، الحق في المنافسة المشروعة في مجالات النشاط

الاقتصادي، الصناعة . التجارة . الخدمات . منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٩٤م،

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ويتطبيق ذلك المفهوم على سوق النقل الجوي نجد أن الوصول إلى المنافسة العادلة يتطلب أن يوجد لكل خط نقل جوي عدة شركات طيران متكافئة تقدم خدمات متقاربة في المستوى لعدد لا بأس به من جمهور المستهلكين الجويين يمثل طلباً حقيقياً على الرحلات الجوية، وأن يتمتع جميع الناقلين الجويين بحقوق مماثلة بشأن الدخول إلى السوق المعنية، وبصفة خاصة فيما يتعلق بتسهيلات المطارات، بما يسمح بدخول منافسين جدد للسوق المعنية، على أن تكون كافة المعلومات والبيانات المتعلقة بخطط النقل الجوي موضوع المنافسة متاحة للشركات الأخرى وللمستهلكين؛ بناء على ذلك إذا ما اختلف أحد العناصر السابقة للمنافسة الكاملة؛ كأن غاب التكافؤ بين مقدمي الخدمات الجوية والمستهلكين الجويين، أو أن تحكمت إحدى شركة الطيران في مسألة دخول منافسين جدد إلى السوق المعنية بسبب مركزها المهيمن، أصبحت المنافسة في هذه السوق غير مثالية *La concurrence imparfaite*.

وبناء على ذلك إذا ما نجحت دولة في تحرير سوق النقل الجوي لديها، مع قدرتها على الحفاظ على مبادئ المنافسة العادلة؛ فإنها ستحقق العديد من

---

ص ٢٤ وما بعدها؛ د. مغاوري شلبي علي، حماية المنافسة بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية ٢٠٠٥م، ص ٢٠.  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

المزايا الاقتصادية؛ حيث إن دخول شركات جديدة للنقل الجوي إلى السوق يعني بالضرورة زيادة فرص العمل داخل هذا القطاع الحيوي، والقطاعات الأخرى المرتبطة به كقطاع السياحة. كما سيسمح لها بتسيير خطوط جديدة لشبكة النقل الجوي لديها، مع زيادة عدد المقاعد المتاحة وحجم حركة الركاب، بما يسمح لها بإمكانية تشغيل مطارات كانت غير مستغلة لديها أو إنشاء مطارات جديدة تستوعب تشغيل الخطوط الجوية الجديدة، كذلك ستدفع المنافسة الحقيقية في سوق النقل الجوي الشركات المتنافسة إلى رفع الكفاءة الاقتصادية للشركة وتطوير أساليب الإدارة لجذب العملاء، بما يؤدي إلى تنوع الخيارات أمام المستهلك الجوي، الأمر الذي سينتهي بانخفاض أسعار تذاكر الطيران وارتفاع مستوى الخدمة.

ومع ذلك يبقى دائماً مطروحاً على طاولة النقاش أن استعمال الحق في المنافسة يعتبر من أهم العوامل التي تقوم على مبدأ حرية التجارة والصناعة، بيد أن ذلك يظل مشروطاً بأن يتم على النحو الذي لا يقيد أو يضر أو يعوق حرية المنافسة، فإذا ما نشأ وضع احتكاري لإحدى تحالفات شركات الطيران نتيجة لحرية المنافسة التي يشهدها سوق النقل الجوي، وتفق تحالف معين بسبب تقدمه على باقي منافسيه بسبب الخدمات المتميزة التي

يقدمها، إلا أن مشروعية ذلك تظل مرهونة بعدم القيام بأي ممارسات مقيدة للمنافسة العادلة أو إساءة المركز المسيطر الناشئ عن هذا التحالف<sup>(1)</sup>.

## المطلب الأول

### أشكال التحالفات بين شركات الطيران الدولية

تحالف شركات الطيران Airlines Alliances والممارسات التجارية التعاونية فيما بينها أصبح أمراً يفرضه الواقع العملي في سوق النقل الجوي المتحرر، من أجل الاستمرار في المنافسة وعدم الخروج من الأسواق؛ لذلك تعتبر التحالفات التي تتم بين شركات الطيران العالمية من أبرز الآليات التي تتبعها شركات الطيران الدولية للسيطرة على سوق النقل الجوي، هذه التحالفات الضخمة المتنافسة تمثل مجموعات من شركات الطيران الكبيرة والمتوسطة الحجم، التي تغطي عملياتها مناطق جغرافية واسعة، ولديها شبكات عالمية مختلطة ذات امتداد كبير، ويكفي العلم بأن الثلاث تحالفات الرئيسة ( Star

---

(1) Catherine Prieto, Les restrictions de concurrence des compagnies aériennes, Dalloz, 26 août 2004, Cahier Droit des affaires, chronique, p.2134.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



السوق العالمية<sup>(١)</sup>.  
(Alliance, SkyTeam and Oneworld) تسيطر على ٦٠% من حصة

وقد تعرض الاتحاد الدولي للنقل الجوي The International Air Transport Association لظاهرة تحالفات شركات الطيران الدولية<sup>(٢)</sup>، ووصفتها بكونها اتفاقات تجارية تجمع بين ثلاث شركات طيران أو أكثر تهدف إلى: أ) تقديم خدمات النقل الجوي المشتركة لشركات الطيران المتحالفة تحت علامة تجارية واحدة أو اسم تجاري واحد. ب) قيام الشركات المتحالفة

---

(١) أهم التحالفات العالمية بين شركات النقل الجوي هي: ١) تحالف ستار Star Alliance وهو أكبر تحالف لشركات الطيران في العالم، والذي أسسته عام ١٩٩٧م الخطوط الجوية الكندية ولوفتهانزا وشبكة الخطوط الجوية الاسكندنافية وشركة طيران يوناييتد، وقد انضمت مصر للطيران لهذا التحالف عام ٢٠٠٨م. ٢) تحالف عالم واحد One World Alliance أسسته في عام ١٩٩٨م شركة طيران أميركان والخطوط الجوية البريطانية وشركة طيران كاثي باسفيك وكانتاس. ٣) تحالف Sky Team Alliance وأسسته عام ٢٠٠٠م شركة طيران إيروميكسيكو، والخطوط الجوية الفرنسية، وشركة طيران دلتا، والخطوط الجوية الكورية، لمزيد من التفاصيل حول أهم تحالفات شركات الطيران، راجع:

Manual on the Regulation of International Air Transport, op.cit, p.150.

(٢) Passenger Services Conference Resolutions Manual, The International Air Transport Association, 30<sup>th</sup> edition, effective 1 June 2010 -31 May 2011, Recommended Practice n°1008, p.759.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ووكلائها بالترويج للجمهور للعلامة التجارية أو الاسم التجاري للتحالف. ج)  
استخدم العلامة التجارية أو الاسم التجاري للتعرف على الخدمات التي يقدمها  
التحالف في المطارات أو في أي منطقة تقديم خدمات أخرى.

وقد حاول البعض<sup>(1)</sup> تعريف تحالفات شركات الطيران الدولية بأنها:  
شراكة طويلة الأمد بين شركتي طيران أو أكثر، في محاولة لتحسين الميزة  
التنافسية للشركات المتحالفة في مواجهة منافسيهم في السوق، وذلك من خلال  
تقاسم الموارد المتاحة لديها، كالعلامات التجارية والقدرة على دخول الأسواق،  
ورفع كفاءة الخدمات المقدمة، وغيرها من الإمكانيات المتوافرة لدى الشركات  
المتحالفة.

هكذا تدور الاتفاقات التي تتم بين شركات الطيران بخصوص التحالف  
فيما بينها للمنافسة والسيطرة على أكبر حصة ممكنة من سوق النقل الجوي  
حول العديد من الترتيبات المتعلقة بعمليات النقل المشتركة التي تنطوي على  
تضافر قدرات الشركات المتحالفة خدماتها، مثل: تقاسم الرموز ومكاتب  
المبيعات ومرافق الصيانة، وكذلك التنسيق بشأن تخطيط الخطوط الجوية  
والجداول الزمنية للرحلات، والتعاون بشأن نظام الحجز الآلي وأسعار التذاكر،

---

(1) Michael Z.F. Li, Distinct Features of Lasting and Non-lasting  
Airline Alliances, Journal of Air Transport Management, Volume  
6, Issue 2, April 2000, p.65.

للوصول إلى الحد من التكاليف مع تقديم أفضل الخدمات الجوية بأفضل الأسعار، ومن ثم السيطرة على السوق التي استهدفها التحالف<sup>(١)</sup>.

### أولاً . اتفاقات تقاسم الرموز **Code sharing agreements**

تُعد ظاهرة المشاركة بالرمز من أهم آليات التعاون بين شركات النقل الجوي، وعنصراً رئيساً في معظم التحالفات، والتي أخذت في التزايد في الآونة الأخيرة؛ بهدف تكوين تحالفات بين شركات الطيران تكون قادرة على مواجهة الظروف التنافسية المحتدة في سوق النقل الجوي، ووفقاً للمنظمة الدولية للطيران المدني، يقصد بتقاسم الرموز أن يسمح ناقل جوي لناقل آخر باستخدام رمز شركته لتشغيل رحلة معينة، أو أن يتفق ناقلان على أن يتقاسما نفس الرحلة برمزي شركتيهما؛ ويظهر ذلك في شكل اتفاق بين ناقل كبير وناقل فرعي أصغر على تشغيل رحلة دولية بالتعاون فيما بينهما، أو لتشغيل خط مواصلة بنفس الرمز، مع أحقية كل منهما بإصدار تذاكر للرحلة، بحسب نسب المقاعد المتفق عليها لكل شركة على ذات الرحلة<sup>(٢)</sup>؛ لذا فإن اتفاقات تقاسم

(١) Sock-Yong phang, Competition law and the international transport sector, The Competition Law Review, July 2009, Volume 5, Issue 2, pp 193-213.

(٢) Manual on the Regulation of International Air Transport, International Civil Aviation Organization, op.cit, p.168.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الرموز تسمح بعرض وبيع خدمات نقل تشترك فيها أكثر من شركة طيران، كما لو كانت خطوط شركة طيران واحدة<sup>(١)</sup>.

وتلك الآلية تشبه لحد كبير فكرة منح ناقل جوي امتياز تجاري من أحد شركات النقل ذات الشهرة، وتمكينه من استخدام مختلف عناصر هوية الشركة المشهورة كرموز علامات رحلات الشركة مانحة الامتياز والزي الموحد ورموز التسويق، حتى يستطيع أن يحقق نجاحاً اقتصادياً نظير مقابل عادل، مع إلزامه بمستويات قياسية للخدمات الجوية التي يقدمها، وتحت رقابة الشركة مانحة الامتياز، للحفاظ على مستوى الخدمة المقدمة من قبله.

وتأخذ اتفاقات تقاسم الرموز بين شركات النقل الجوي أشكالاً أخرى تؤثر فعلياً على سوق المنافسة، مثال ذلك: اتفاقات الرحلات الجوية المشتركة A joint service flight وهي الرحلات التي تحدد برموز علاماتي شركتي طيران وافقتا على تقاسم التكاليف والإيرادات الخاصة بالرحلة، وكذلك الاتفاق

---

(١) د. نادية محمد معوض، المشاركة بالرمز وتحالف شركات الطيران، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، السنة الحادية والعشرون، العدد الأول، يناير ٢٠١٣م، ص ٤٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الذي يقضي بقيام ناقل جوي باستئجار طائرة تخدم خطأً جويًا معيناً، بهدف دخول السوق الذي المستخدمة فيه الطائرة المستأجرة<sup>(١)</sup>.

لذا يعد جوهر اتفاق تقاسم الرموز هو السماح بتقديم خدمات نقل جوي تشترك فيه تأديتها أكثر من شركة طيران، لكن يظهر أمام المستهلك الجوي أن مؤدي الخدمة شركة طيران واحدة؛ مثال ذلك: أن يتفق ركاب مع شركة مصر للطيران على نقله من القاهرة إلى مونتريال بكندا، فيتم نقل الراكب من القاهرة إلى أمستردام بهولندا على خطوط مصر للطيران ورمزها (MS)، ثم يواصل رحلته من أمستردام بهولندا إلى مونتريال بكندا على الخطوط الهولندية ورمزها (KLM)، وذلك بناء على الاتفاق المبرم بين الشركة المصرية والشركة الهولندية على تقاسم الرموز بهدف الحد من التكاليف ودخول الأسواق الجديدة، وفي تلك الحالة يكون رمز الرحلة الموضوع على التذكرة هو (MS.KLM)<sup>(٢)</sup>.

---

(١) Manual on the Regulation of International Air Transport, International Civil Aviation Organization, op.cit, p.104.

(٢) د. نادية محمد معوض، المشاركة بالرمز وتحالف شركات الطيران، مجلة الأمن والقانون، مرجع سابق، ص ٤٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وبالنظر في الخطوط الجغرافية التي تغطيها اتفاقات تقاسم الرموز، يمكن تصنيفها إلى ثلاثة أنواع رئيسة هي<sup>(١)</sup>: (١) التشغيل المتوازي على خط جوي محوري Parallel operation on a trunk route، حيث تعمل ناقلات شركات الطيران أطراف الاتفاق على ذات الخط الذي يصل في الغالب بين نقطتين محوريتين مع تقاسم رموز شركتيهما، بحيث يتمكن كل مشغل من استخدام رمز المشغل الآخر، على أن يتم تقاسم التكاليف والإيرادات، فمثلاً: الرحلة بين باريس بفرنسا وميلانو بإيطاليا تشغلها الخطوط الجوية الفرنسية والخطوط الجوية الإيطالية، ويحق لكل مشغل أن يستخدم رمز شركة المشغل الآخر طالما تعلق الأمر بذات الخط الجوي.

(٢) التشغيل الأحادي على خط جوي محوري Unilateral operation on a trunk route، وفيه يتم الاتفاق على توزيع الخطوط الجوية المحورية في السوق المعنية على ناقلات شركات الطيران أطراف الاتفاق، حيث تخصص خطوط معينة لكل ناقل جوي ليشغلها منفرداً، على أن يتم تقاسم الرموز بشأن كل الرحلات، فنجد رمز شركة طيران موضعاً لرحلة تشغلها شركة طيران أخرى، فمثلاً: نجد أن رمز شركة الخطوط الجوية

---

(١) Competition Impact of Airline Code-Share Agreements, European Commission, Directorate-General for Competition, Final Report 2007, p.16.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

البريطانية موضوعاً على رحلة مانشستر. شيكاغو التي تشغلها الخطوط الجوية الأمريكية، وبالمقابل نجد رمز شركة دلتا الأمريكية موضوعاً على رحلة باريس بوسطن التي تشغلها الخطوط الجوية الفرنسية.

٣) التشغيل بهدف ربط الخدمات على خط جوي محوري Connecting to a trunk route service، حيث تضع شركة طيران رمز شركتها على رحلات تمتد لتصل إلى قطاعات في السوق تخضع لشركات طيران أخرى بالتنسيق معها، بهدف تسهيل ربط المستهلكين الجويين في هذا القطاع بخدمات التشغيل الخاصة بها.

ويرجع انتشار التحالفات القائمة على أسلوب تقاسم الرموز إلى ما يوفره من حوافز لشركات الطيران المتحالفة تضمن لها البقاء في سوق المنافسة الذي تتزايد حدته يوماً بعد يوم، ومن أهم تلك الحوافز<sup>(١)</sup>؛ (١) يضمن للشركات المتحالفة موقع أفضل على شاشة نظام الحجز الآلي، تأسيساً على أن المشاركة بالرمز يعامل على شاشة الحجز الآلي معاملة الرحلات المباشرة التي لها الأولوية على رحلات النقل المشترك. (٢) الروابط التعاونية التي تنشأ بين شركات الطيران المختلفة نتيجة اتفاقات المشاركة بالرمز، يحافظ على المركز التنافسي للشركات المتعاونة وحمايته وتحسينه. (٣) المشاركة بالرمز يضمن

(١) Manual on the Regulation of International Air Transport, International Civil Aviation Organization, op.cit, p.151.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

لشركات الطيران التواجد على طرق جوية لا تطير فيها بحسب الأصل، والتمتع بحق الدخول المزيد من الأسواق وتوجيه رحلات لم تكن في المتناول من قبل، وذلك بأداة تسويقية غير مكلفة. ٤) أسلوب تقاسم الرموز يضمن للشركات المتحالفة حركة إضافية، خاصة في الحالات التي لا تسمح فيها أحجام الحركة بأن يشغل كل ناقل منهما رحلات لحسابه الخاص، وهو ما يمكن الشركات المتحالفة من تحقيق إيرادات إضافية نتيجة الحصول على حركة وافدة من الناقلين الفرعيين.

وعلى الرغم من المزايا التي يحققها أسلوب تقاسم الرموز لشركات الطيران والمستهلكين الجويين، كونه يسمح بتقديم خدمات جوية إضافية ومستوى كفاءة أفضل، إلا أنه قد يؤثر سلباً على سوق المنافسة العادلة بسبب تركيز القوى الموجودة في السوق، الأمر الذي قد يؤدي إلى ارتفاع الأسعار، أو كما سنرى أن اتفاقات تقاسم الرموز وما تتطلبه من تبادل للمعلومات التجارية الهامة بين شركات الطيران المتحالفة قد ينتج عنه بعض الممارسات المقيدة للمنافسة، تظهر في صورة تواطؤ ضمني بين هذه الشركات لاحتكار السوق؛ وهو ما جعل سلطة المنافسة ومنع الاحتكار في الاتحاد الأوروبي ترفض عدة



اتفاقات لتقاسم الرموز بين عدة شركات طيران أوروبية، كونها تتضمن تقييداً للمنافسة داخل السوق الأوروبية المشتركة<sup>(١)</sup>.

### ثانياً . اتفاقات حجز السعة (المقاعد) Block space agreements:

يسعى الناقلون الجويون إلى مضاهاة السعة مع الطلب على النقل الجوي كلما أمكن ذلك، بغية زيادة الأرباح إلى الحد الأقصى من خلال تقليل السعة غير المستغلة في كل رحلة إلى الحد الأدنى؛ لذلك تلجأ شركات الطيران إلى التحالف فيما بينها في صورة عقد اتفاقات لحجز السعة بين شركاتها، لزيادة قدرتها التنافسية والسيطرة على السوق.

ويقصد بحجز المساحات أو السعة المحجوز مسبقاً قيام شركتي طيران أو أكثر بالاتفاق على شراء ناقل جوي عدداً من مقاعد الركاب أو حيزاً محدداً لشحن على متن طائرة تابعة لناقل ثان؛ فالسعة لها أهمية تشغيلية ومالية حيوية للناقلين الجويين، ويرجع ذلك بصورة أساسية إلى طبيعة النقل الجوي التجاري الذي له عدة سمات خاصة به فيما يتعلق باقتصاديات تشغيله، ومن بين هذه السمات ما يلي: (١) أن وسيلة الإنتاج المستخدمة - طائرات النقل - هي وسيلة مكلفة جداً؛ لذلك يجب استغلالها بفاعلية لكي تدر عائداً يكفي

---

(١) Code-Sharing Agreements in Scheduled Passenger Air Transport, The European Competition Authorities' perspective, European Competition Journal, December 2006, p.270.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

لتغطية الاستثمار. ٢) المنتج المعروض - مقاعد الركاب والمساحات المخصصة للبضائع - غير قابل للتخزين؛ لأنه بمجرد إقلاع الطائرة لا يمكن بيع المقاعد أو المساحات الشاغرة وتفقد. ٣) أن النجاح المالي للناقل الجوي - في ظل مرونة الطلب على النقل الجوي وتأثره بالوقت والسعر - يعتمد بصورة كبيرة على كفاءة استخدام الطائرة، والقدرة على المضاهاة بين السعة والطلب<sup>(١)</sup>.

وتختلف درجة المخاطر المالية المرتبطة بهذه الاتفاقات بحسب نوع الاتفاق المبرم بين الشركات المتحالفة؛ حيث إن المخاطر المالية في اتفاق حجز السعة تزداد عندما يكون من نوعية السعة الثابتة Hard block، كون الناقل المسوق يلتزم بشراء تذاكر بعدد مقاعد محددة من الناقل المشغل، ويتحمل وحده مسؤولية بيعها بعد ذلك، ونقل نسبة الخطورة عندما يكون اتفاق حجز السعة من نوعية السعة المرنة soft block، حيث إن الناقل المسوق لا يلتزم بشراء سوي عدد التذاكر التي نجح في تسويقها فعلاً من العدد الكلي للسعة المطروحة للرحلة الجوية خلال المهلة المتفق عليها.

---

(١) Manual on the Regulation of International Air Transport, International Civil Aviation Organization, op.cit, p.١٠٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وقد يكون اتفاق حجز السعة أكثر تعقيداً عندما يتم الاتفاق بين شركات الطيران المتحالفة على تقاسم الحصص، حيث إن إحدى شركات الطيران تقوم بتشغيل جزء من الرحلة، وتتولى شركة طيران أخرى الجزء الآخر من الرحلة الجوية، ثم يتم تقسيم إيرادات الرحلة بين الشركة وفقاً للاتفاق المبرم بينهما.

هكذا يلجأ الناقلون الجويون للتنسيق فيما بينهم، وإبرام اتفاقات حول السعة بشأن الخطوط الجوية التي يعملون عليها؛ وذلك لتجنب الإفراط في السعة والمنافسة الهدامة فيما بينهم؛ حيث إن اتفاقات تقاسم السعة والمشاركة بين الأطراف في وتيرة الحركة بين المطارات المعنية تسمح باستخدام عدد طائرات أقل بتقليل التكاليف؛ وبالتالي زيادة إيرادات شركات الطيران المتعاقدة.

### ثالثاً . مجموعة المصالح والتشغيل المشترك للخطوط الجوية الدولية:

في الوقت الذي تُعد فيه مسألة امتلاك الدولة لشركة طيران وطنية أمراً ليس في متناول جميع الدول، خاصة الدول النامية، ذهبت بعض الدول التي ترغب، في تشغيل خدمات النقل الجوي بصورة منتظمة كونه قطاع يتسم بأهمية رئيسية في التنمية الاقتصادية إلى ما يعرف بتكوين مجموعة المصالح، بهدف الحصول على الفوائد المثلى من قطاع النقل الجوي الدولي.

ويقصد بمجموعة المصالح في قطاع النقل الجوي بأنها: تلك الدول التي تنتمي لتجمع اقتصادي إقليمي أو شبه إقليمي، وتتفق مع بعضها - تحقيقاً لمصالحها الاقتصادية المشتركة - على قيام إحدى الدول في هذا التجمع الاقتصادي بتعيين شركة طيران تابعة لأي دولة أخرى تنتمي لذات التجمع الاقتصادي الإقليمي كناقل جوي لها، وأن تسمح لها بممارسة حقوق النقل الجوي على إقليمها، طالما كانت ملكية أغلبية شركة الطيران والسيطرة الفعلية في يد الدولة الأخرى أو في يد مواطنيها<sup>(١)</sup>.

وبذلك يمكن لأحد الناقلين الجويين أن يمثل أكثر من دولة تنتمي لتجمع اقتصادي إقليمي، ويكون بمثابة الناقل الجوي الرسمي لها، بشرط أن تكون ملكية أغلبية رأسمال الشركة والسيطرة الفعلية لإحدى هذه الدول أو في يد مواطنيها، على أن يتم اقتسام الفوائد الاقتصادية من وراء تشغيل الخطوط الجوية لشركة الطيران المعنية على هذه الدول بحسب ما يتم الاتفاق عليه.

وما يعرف بمجموعة المصالح أو التشغيل المشترك للخطوط الجوية يُعد من المسائل التي أقرتها اتفاقية الطيران المدني الدولي أو اتفاقية شيكاغو ١٩٤٤م؛ حيث إن المادة (٧٧) منها تنص على أنه: "ليس في أحكام هذه الاتفاقية ما يمنع دولتين متعاقدتين أو أكثر من إنشاء هيئة للاستثمار

---

(١) Ruwantissa Abeyratne, Aeronomics and Law, Fixing Anomalies, Springer 2012, p.45.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

المشترك أو مؤسسات استثمار دولية للنقل الجوي، أو من اتباع نظام الخطوط الجوية المشتركة على أي خط أو في أي منطقة، على أن تخضع هذه الهيئات أو المؤسسات وهذه الخطوط المشتركة لجميع أحكام هذه الاتفاقية، بما في ذلك الأحكام المتعلقة بتسجيل الاتفاق لى المجلس...<sup>(١)</sup>.

وتظهر خطورة مجموعة المصالح على المنافسة العادلة في سوق النقل الجوي الدولي، بالنظر في الترتيبات التنظيمية التي أوصى بها المؤتمر الرابع للنقل الجوي الدولي بشأن الاتفاقات الثنائية المتعلقة بتحرير خدمات النقل الجوي، ويكون أحد أطرافها دولة تنتمي لأحد التجمعات الاقتصادية الإقليمية؛ حيث جاءت هذه الترتيبات متضمنة لمعايير موسعة تجعل كل طرف في اتفاق للنقل الجوي أن يتوقع حصول الناقل الجوي الذي عينه كناقل جوي لدولته على حق دخول سوق الطرف الثاني، حتى لو كان هذا الناقل الجوي لا يحمل

---

(<sup>١</sup>) Article (77) of the Chicago Convention 1944: "Joint operating organizations permitted; Nothing in this Convention shall prevent two or more Contracting States from constituting joint air transport operating organizations or international operating agencies and from pooling their air services on any routes or in any regions, but such organizations or agencies and such pooled services shall be subject to all the provisions of this Convention, including those relating to the registration of agreements with the Council".

جنسيته، بل يكفي أن يكون تحت السيطرة الفعلية لدولة تنتمي معه لمجموعة مصالح واحدة.

وبناء على ما جاء في التوصية الرابعة للمؤتمر العالمي الرابع للنقل الجوي يمكن أن تتضمن الاتفاقات الثنائية أو المتعددة للنقل الجوي بنداً يمكن كل دولة طرف في الاتفاق من دخول الناقل الجوي الذي تعينه لنفسها سوق الطرف الثاني من الاتفاق؛ ولكن بشرط توافر أحد أمرين: الأول أن يكون معظم ملكية الناقل الجوي والسيطرة الفعلية عليه في يد مواطني أي دولة تكون طرفاً في الاتفاق. الثاني أن يكون معظم ملكية الناقل الجوي أو السيطرة الفعلية في يد مواطن واحد أو أكثر من دول أخرى ليست بالضرورة طرفاً في الاتفاق المعني، ولكنها أطراف في مجموعة معرفة على أنها مجموعة مصالح<sup>(١)</sup>.

---

(<sup>١</sup>) Policy and Guidance Material on the Economic Regulation of International Air Transport, International Civil Aviation Organization, op.cit, p. ٤٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

## المطلب الثاني

### آليات الاحتكار التعسفي لتحالفات شركات الطيران الدولية<sup>(١)</sup>

إذا كان الاحتكار - عموماً - يقصد به سيطرة شركة أو مجموعة شركات على حصة ضخمة من إنتاج سوق منتج معين تمكنها من فرض سيطرتها على إجمالي إنتاج هذا السوق؛ وبالتالي زيادة أرباحها من خلال

(١) استخدم الباحث مصطلح الاحتكار التعسفي بدلاً من الاكتفاء بمصطلح الاحتكار، والسبب يرجع إلى أن غالبية القوانين المنظمة للمنافسة في مختلف النظم القانونية لم تحظر الاحتكار في حد ذاته، بل حظرت الوصول إلى الوضع الاحتكاري من خلال الممارسات المقيدة للمنافسة أو التعسف في استغلاله، فالاحتكار قد تؤدي إليه المنافسة الحرة في حالة تفوق مشروع على منافسيه في السوق المعنية وانصراف العملاء إليه، بل قد يكون الاحتكار وضعاً طبيعياً عندما لا يوجد في السوق المعنية إلا مشروع واحد، كما هو الوضع لشركة مصر للطيران بالنسبة لسوق النقل الجوي الداخلي، كذلك قد يكون الاحتكار بقوة القانون كما في حالة المشروع المبتكر الذي يحصل على براءة اختراع من الجهة المختصة بالدولة تمكنه من احتكار استغلال ابتكاره مدة زمنية معينة؛ لذلك تظل ممارسات المشروع المحتكر مشروعة طالما لم تتطوّر على إساءة في استغلال الوضع الاحتكاري، فنكون أمام احتكار تعسفي، لمزيد من التفاصيل حول وجهة النظر تلك، راجع: د. حسين الماحي، حماية المنافسة، مرجع سابق، ص ٨٤ وما بعدها؛ د. أحمد عبد الرحمن الملحم، الاحتكار والمحظور ومحظورات الاحتكار في ظل نظرية المنافسة التجارية، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الثالث والستون، ١٩٩٣م، ص ٢٦ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

تخفيض الإنتاج وزيادة الأسعار<sup>(١)</sup>؛ فلا شك في أن اتجاه أغلب دول العالم إلى تبني مبدأ السماوات المفتوحة من خلال الاتفاقات الثنائية التي تبرم بشأن تحرير الخدمات الجوية، وتحرير المنافسة من القيود، سيؤدي إلى قيام حرب في الأسعار بين شركات الطيران الكبرى، الأمر الذي سيدفع بعض شركات الطيران إلى الخروج من سوق النقل الجوي، بينما ستتجه شركات أخرى إلى احتكار السوق.

فلا يمكن إنكار أن ظهور التحالفات العالمية كان له تأثير واضح على صناعة شركات الطيران؛ فقد أدت القوة التسويقية للتحالفات الكبيرة، وسيطرتها على المطارات المحورية إلى اهتزاز المنافسة العادلة في سوق النقل الجوي، بما يضر بمصالح بعض الدول؛ حيث ظهرت شواغل لدى شركات الطيران الصغيرة والمتوسطة الحجم، وانعكس ذلك على قدرتها على البقاء، الأمر الذي دفع بعضها إلى التركيز على جزء معين من السوق، والتنافس كشركات منخفضة التكاليف، وانتقلت بعضها إلى تكوين تحالفات إقليمية مع الناقلين الجويين المجاورين لها ذوي الاتجاهات المتماثلة.

---

(١) د. أمل محمد شلبي، الحد من آليات الاحتكار، منع الإغراق والاحتكار من الوجهة

القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ٢٠٠٦م، ص ٨.  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



لذلك من الأهمية بمكان التأكيد على أن الأنشطة التجارية لشركات النقل الجوي من الأنشطة ذات الطابع الاستثنائي لما تحمله من أهمية خاصة لصالح تجارة الأعمال؛ لذا يجب ألا تترك كلية في أيدي شركات الطيران، بل من الضروري أن تمارس من خلال أطر واضحة، ووفق ضوابط سليمة تضمن حماية المنافسة العادلة، وحماية لشركات الطيران الضعيفة، وحماية للمستهلكين الجويين.

فإذا كانت المنافسة في سوق النقل الجوي عبارة عن أعمال واتفاقات مشروعة في حد ذاتها. بين شركتين أو أكثر من شركات النقل الجوي؛ استناداً إلى مبدأ حرية التجارة، بيد أن تنظيمها من خلال وضع قواعد تشكل نظاماً قانونياً يضبط هذه الأعمال والاتفاقات، يعتبر بمثابة صمام الأمان لعدم استغلال هذه الممارسات كأداة لتقييد قواعد المنافسة الحرة بين المشروعات، وتخل بقواعد النظام العام الاقتصادي؛ بما يكفل إتاحة المناخ السليم للمنافسة الحرة بين المتعاملين في سوق النقل الجوي.

حيث إن نجاح سياسة تنظيم المنافسة في سوق النقل الجوي، المتمثلة في وضع ضوابط تحول دون قيام شركات الطيران بأفعال مقيدة للمنافسة في هذه السوق المتحررة، سيحقق العديد من الأهداف، أهمها: (١) حماية حرية المنافسة بين شركات النقل الجوي، عن طريق ضمان عدالة الدخول إلى

الأسواق. ٢) تحقيق رفاهية المستهلك الجوي، وضمان حماية حقوقه ضد الممارسات الاحتكارية لشركات النقل الجوي. ٣) ضمان عدم انفراد عدد قليل من شركات الطيران بكل الأرباح، وهو ما يؤدي إلى زيادة كفاءة الأداء الاقتصادي لشركات الطيران العاملة في السوق، بما ينعكس إيجابياً على التنمية الاقتصادية في السوق المعنية؛ لذلك يظل من الأهمية بمكان لإنجاح سياسة تنظيم المنافسة في سوق النقل الجوي الوقوف على الممارسات الاحتكارية التعسفية التي صاحبة ظهور تحالفات شركات الطيران، وكذلك تحديد السوق المعنية محل هذه الممارسات الضارة بالمنافسة لتتمكن سلطات المنافسة المختصة من اتخاذ الإجراءات اللازمة لمواجهتها.

أولاً. الممارسات الاحتكارية التعسفية لتحالفات شركات الطيران الدولية:

ترتبط الممارسات الاحتكارية بالمشروعات التجارية التي تمتلك القوة الاحتكارية في السوق المعنية؛ فمن غير المتصور البحث فيما إذا كانت أحد التصرفات الصادرة من مشروع أو تحالف معين تعد من الممارسات الاحتكارية التعسفية من عدمه، دون التأكد بداية من أن هذا المشروع أو التحالف لديه قوة احتكارية في السوق المعنية؛ فالأخيرة هي التي تمكن المشروع الحائز لها من السيطرة على السوق المعنية من خلال تخفيض الإنتاج وزيادة الأسعار، بفضل قدراته الاقتصادية والمالية، وتجعله قادراً على القضاء على المنافسين

الموجودين في السوق المعنية، ومنع المنافسين المحتملين من دخول هذه السوق.

وتعتبر مسألة تحديد الممارسات الاحتكارية التعسفية في سوق النقل الجوي قائمة على اجتهاد السلطات المعنية بتنظيم المنافسة في الدول المختلفة؛ ففي الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد الأوروبي نجد أن السلطات المعنية لديها تعتبر التركيز في الأسواق، والتسعيرة التعسفية، والآثار المترتبة على الإكثار في الرحلات الجوية لخط جوي محدد، واتفاقات تقاسم الرموز وحجز المساحات (المقاعد) ضمن الاتفاقات التي قد تنطوي على ممارسات احتكارية تعسفية في سوق النقل الجوي الدولي<sup>(1)</sup>؛ أي أن سياسة تنظيم المنافسة في سوق النقل الجوي تركز على تنظيم سلوك الناقلين الجويين من خلال العمل في اتجاهين رئيسيين: الاتجاه الأول . منع الاتفاقات المقيدة للمنافسة بين شركات الطيران العاملة في السوق المعنية، الاتجاه الثاني - منع تحالفات الطيران ذات القوة السوقية من إساءة مركزها المسيطر في السوق المعنية.

أ . الاتفاقات المقيدة للمنافسة لتحالفات شركات الطيران بشأن فرض الأسعار أو السعة:

---

(<sup>1</sup>) Angela Cheng-Jui Lu, International Airline Alliances: EC competition law/US antitrust law and international air transport, Kluwer Law International, October 2002, p.245.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

يشار إلى الاتفاقات المقيدة للمنافسة . عموماً . بأنها: كل تنسيق للسلوك بين المشروعات، أياً ما كان الشكل الذي يتخذه هذا التنسيق، وسواء كان صريحاً أو ضمنياً، إذا كان محله أو الآثار المترتبة عليه من شأنها أن تمنع أو تقيد المنافسة<sup>(١)</sup>، وهو ما قد يظهر بوضوح في صورة التحالفات أو اتفاقات الكارتل التي تتم بين مشروعين أو أكثر من المشروعات التي تمارس نشاطاً اقتصادياً في سوق معينة، بهدف تحريف أو تغيير القواعد الطبيعية في السوق، بحيث يصبح غير خاضع لقوى العرض والطلب<sup>(٢)</sup>.

فإذا كانت القاعدة في نظام السوق هي أن أسعار السلع والخدمات تتغير صعوداً وهبوطاً تحت تأثير قوى العرض والطلب؛ حتى يتم التوازن بين المعروض من تلك السلع والخدمات والمطلوب منها عند السعر الذي يرتضيه

---

(١) في هذا الشأن قرر مجلس المنافسة الفرنسي أن وجود مجموعة المصالح الاقتصادية، بهدف تحسين ظروف التشغيل لأعضائها لا يعد في حد ذاته محظوراً طبقاً للمادة L420-1 من قانون التجارة الفرنسي، ومع ذلك فإن اللجوء إلى تكوين مجموعة المصالح الاقتصادية لا يحول دون تطبيق أحكام هذه المادة، إذا ثبت أنه استخدم لتنفيذ ممارسات متفق عليها، غرضها أو أثرها الحد من حرية ممارسة المنافسة. انظر:

Conseil de la Concurrence (commission permanente), Décision n° 01-D-32 du 27 juin 2001 relative à la saisine de M. Henri Faraud dirigée contre des pratiques mises en œuvre dans le secteur des taxis à Saint-Laurent-du-Var, p.8. Disponible sur : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/01d32.pdf>

(٢) د. د. لينا حسن زكي، قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار، مرجع سابق، ص ٤١. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

المنتجون والمستهلكون، بيد أن بعض المشروعات . منفردة أو مجتمعة . في سبيلها لجني أقصى ربح لها قد تقوم بممارسات من شأنها أن تعوق قوى السوق عن دورها في تحديد الأسعار، بما ينعكس سلباً على قواعد المنافسة الحرة والعدالة التي تحكم آلية عمل السوق<sup>(١)</sup>.

فلاشك في أن زيادة المنافسة بين شركات الطيران الدولية في سوق النقل الجوي الدولي المتحررة كان له شديد الأثر في قيام التحالفات بين هذه الشركات، والاتفاق فيما بينها للسيطرة على أسواق النقل الجوي من خلال إعادة توزيع المعروض من الخدمات الجوية . اتفاقات السعة . وتحديد الأسعار وتقسيم الأسواق، للوصول إلى أعلى ربحية ممكنة، وهو ما يجعل الدخول إلى أحد تحالفات شركات الطيران الدولية أشبه بالدخول في أحد اتفاقات التكتل الاقتصادي أو الكارتل؛ حيث يتم الاتفاق بين عدد من المشروعات التجارية على تثبيت أسعار منتجاتها، وتوزيع الحصص السوقية في المناطق والقطاعات والدول المختلفة، للوصول إلى أرباح احتكارية لا يستطيع لغيرها من المشروعات الوصول إليها .

والحقيقة أن اتفاق الكارتل لا يشكل في حد ذاته أحد الممارسات الاحتكارية التعسفية، إنما يظل مشروعاً طالما لا يؤدي إلى تقييد المنافسة أو

---

(١) د. حسين الماحي، حماية المنافسة، مرجع سابق، ص ٥٧.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

منعها أو الإضرار بها<sup>(١)</sup>؛ لذلك يشترط في اتفاق الكارتل بين شركات الطيران الدولية ليمثل أحد الممارسات الاحتكارية التعسفية لتحالفات شركات الطيران أن يظهر التعاون بين شركات الطيران المتحالفة في إحدى الصور الآتية: (١) الاتفاق على تحديد حصص تقديم الخدمات الجوية، والمقصود هنا اتفاقات تحديد السعة؛ حيث يتم الاتفاق بين شركات الطيران أعضاء التحالف على إعادة توزيع السعة للخطوط الجوية وتخفيض عدد الرحلات عليها للوصول إلى الحصص السوقية المطلوبة، من أجل الحفاظ على المستويات الاحتكارية المتفق عليها، وبغض النظر عن ردود أفعال المنافسين والمستهلكين. (٢) الاتفاق على تثبيت الأسعار؛ حيث تتفق شركات الطيران المتحالفة أعضاء اتفاق الكارتل على تثبيت أسعار الرحلات الجوية، مع الاتفاق على تجانس الخدمات الجوية المقدمة من جميع الشركات لتصل لدرجة من الكفاءة متقاربة، بما يضمن لكل شركة نسبة ربحية معينة، وهو ما يلحق أضرار بالغة بالمنافسة العادلة، وكذلك بالمستهلكين الجويين الذين سيفقدون لحد بعيد حرية الاختيار بين أكثر من شركة طيران على أساس فرق الأسعار. (٣) الاتفاق على تقسيم الأسواق؛ حيث يتم الاتفاق بين شركات الطيران أعضاء التحالف على تقسيم السوق المعنية إلى مناطق جغرافية محددة، ويحدد لكل شركة نطاق جغرافي

(١) د. أمل محمد شلبي، الحد من آليات الاحتكار، مرجع سابق، ص ١٥٧.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

معين تقدم فيه خدماتها الجوية، بما يضمن لكل عضو وضع احتكاري في هذا النطاق الجغرافي، يمكنه من تحقيق نسبة ربحية معينة.

ويعتبر من أهم المؤشرات على السلوك التنافسي غير العادل في سوق النقل الجوي قيام شركة طيران بالتواطؤ مع شركة طيران أو أكثر عاملة على ذات الخط الجوي من أجل فرض أسعار وأجور للسفر معينة (اتفاق كارتل)؛ بهدف وضع شركة طيران أخرى في موقف اقتصادي سيئ أو إخراجها من السوق، ويمكن أن يستشف هذا السلوك المقيد للمنافسة في سوق النقل الجوي عندما يظهر أن هذه الأسعار والأجور التي فرضتها بالتواطؤ بعض شركات الطيران لا تكفي في مجموعها لتغطية تكاليف الرحلة المعنية<sup>(1)</sup>.

ويطلق على هذا النوع من الممارسات المقيدة للمنافسة أسلوب التسعير الافتراسي *Predatory pricing*، حيث تتفق عدة شركات طيران كبرى على تخفيض أجور السفر على خطوط جوية معينة من أجل طرد شركات الطيران المنافسة من السوق، أو لمنع دخول شركات طيران جديدة إلى السوق مستقبلاً، على أن تستعيد أي خسائر تكبدتها برفع أجور السفر بعد ذلك<sup>(2)</sup>، فالتسعير

(1) JAMES L. ROBENALT, *Predatory Pricing in the Low-Fare Airline Market: Targeted, Discriminatory, and Achieved with Impunity*, Ohio State Law Journal 2007, volume 68, p.642.

(2) Daniel A. Cranet, *The paradox of predatory pricing*, Cornell Law Review 2005, volume 91, n°1, p.3; Paul L. Joskow and Alvin K.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الاقتراضي على المدى الطويل سيقبل عدد شركات الطيران العاملة في السوق، وسيؤدي إلى خفض عدد الرحلات المتاحة، ويقلل من حجم الخيارات أمام المستهلكين الجويين، الأمر الذي سيسمح لشركات الطيران المتبقية في السوق بفرض أسعار للنقل عالية، كونها في موضع احتكاري<sup>(١)</sup>.

واتفاق الكارتل القائم على أسلوب التسعير الاقتراضي يقوم على إستراتيجية من خطوتين لتأمين الوصول إلى أرباح احتكارية لشركات الطيران المتواطئة؛ المرحلة الأولى: وهي مرحلة الاقتراض the predation stage حيث تبدأ شركات الطيران أطراف الاتفاق في تقاضي أجور للنقل على الخطوط الجوية المحددة في خطة اتفاق الكارتل أقل من التكلفة الحقيقية لأسعار مثل هذه الرحلات على أمل قيادة المنافسين في السوق وإجبارهم على البيع بخسارة، والخروج في النهاية منه، المرحلة الثانية: مرحل التعويض أو الاقتطاع the recoupment stage وهي تبدأ فور نجاح المرحلة الأولى؛ حيث تبدأ شركات الطيران أطراف اتفاق الكارتل بعد أن التهمت منافسيها في

---

Klevorick, A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy, The Yale Law Journal 1979, volume 89, p.213.

(١) Paul Stephen Dempsey, Predatory Practices & Monopolization in the Airline Industry: A Case Study of Minneapolis/St. Paul, Transportation Law Journal, Spring 2002, volume 29, n° 129, P.129.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



السوق وأصبحت تهيمن عليه، في فرض أسعار احتكارية للخطوط الجوية المعنية لتعويض الخسائر التي تكبدتها في المرحلة الأولى، ثم تحقيق أرباح احتكارية monopoly profits في المستقبل<sup>(١)</sup>.

وهناك العديد من الأسباب التي قد تدفع شركات الطيران لإبرام اتفاق كارتل بشأن التسعير الافتراضي؛ أهمها: مواجهة تراجع نمو سوق النقل الجوي، وندرة الموارد لبعض شركات الطيران المتعاقدة، مع ظهور تقنيات جديدة لدى أحد المنافسين، كل هذا قد يدفع عدة شركات للتواطؤ فيما بينها والتلاعب بالأسعار لزيادة أرباحها على حساب منافسيها من خلال نمو حصتها في السوق، بدلاً من نمو السوق ذاته<sup>(٢)</sup>. كما قد يكون الدافع وراء وجود مثل هذه اتفاقات التسعير الافتراضي رغبة شركات الطيران المتعاقدة في تأديب أحد شركات الطيران المنافسة أو لمنع تقدمها وتوسعها في السوق دون إخراجها منه<sup>(٣)</sup>.

---

(١) Christopher R. Leslie, Predatory pricing and recoupment, Columbia Law Review, November 2013, volume 113, n°7, p.1695.

(٢) Gregory T. Gundlach, Price Predation: Legal Limits and Antitrust Considerations, Journal of Public Policy & Marketing 1995, volume 14, n°2, p.278.

(٣) Tengku Akbar Tengku Abdullah, Competition in the airline industry: The case of price war between Malaysia Airlines  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ويمكن إثبات أن اتفاق الكارتل قائم على أسلوب التسعير الافتراضي، ويمثل ممارسة احتكارية تعسفية لشركات الطيران المتفقة من خلال تطبيق قاعدة اريدا تيرنر Areeda-Turner Rule<sup>(١)</sup> التي تفترض أن التسعير يكون افتراضياً إذا كان سعر الخدمة المقدمة من شركة الطيران أقل من تكلفتها الحدية على المدى القصير، مع الأخذ في الاعتبار للعوامل ذات الصلة بنشاط النقل الجوي مثل تغييرات السعة وأنشطة المبيعات والتسويق لشركات الطيران، بما يستلزم عند إثارة فرضية التسعير الافتراضي بشأن أحد اتفاقات الكارتل أن يتم دراسة كل حالة على حدة حسب مسوغاتها الخاصة، مع إجراء فحص متعمق للظروف الواقعية المرتبطة بالاتفاق، وعلى رأسها هيكل السوق، وسلوك شركات

---

and AirAsia, Central Asia Business Journal 2010, volume 3, p.69.

(١) اعتمدت كل الدوائر القضائية للمحكمة الاتحادية في الولايات المتحدة . باستثناء الدائرة الحادية عشرة . عند إجراء أي تحقيق بشأن وجود تسعير افتراضي، على القاعدة التي وضعها فيليب اريدا ودونالد تيرنر عام ١٩٧٥م، والتي تضع قرينة قاطعة بأن طرح مشروع لسلعة أو خدمة بسعر أقل من متوسط سعر التكلفة المتغيرة، يعد تسعيرة افتراضية غير قانونية، راجع:

Phillip Areeda and Donald F. Turner, Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act, Harvard Law Review 1975, Volume 88, n°4, pp.697-733.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الطيران أطراف الاتفاق<sup>(١)</sup>، وقد ذهبت محكمة العدل الأوروبية إلى أن التسعير يكون افتراضياً ومناهضاً للمنافسة العادلة، بمجرد أن يكون السعر المطروح من قبل أحد الشركات أقل من متوسط التكلفة المتغيرة، ودون الحاجة لإثبات أن هدف الشركة هو القضاء على المنافسين<sup>(٢)</sup>.

وقد تظهر الممارسات الاحتكارية المقيدة للمنافسة في سوق النقل الجوي أيضاً في صورة الاتفاق بين عدة شركات طيران في السوق المعنية على الوصول بالسوق إلى مرحلة احتكار القلة Oligopoly<sup>(٣)</sup>؛ حيث إن شركات الطيران أعضاء التحالف تتواطأ لاحتكار السوق المعنية دون الاتفاق صراحة على ذلك، من خلال سياسة التفاعل المتبادلة بين أعضاء التحالف بشأن تثبيت الأسعار وتحديد السعة للخدمات الجوية، فاحتكار القلة في سوق النقل

(١) Manual on the Regulation of International Air Transport, International Civil Aviation Organization, op.cit, p.130.

(٢) Cour de justice des Communautés européennes, Affaire C-333/94P, TetraPak International SA contre Commission des Communautés européennes, Arrêt de la Cour du 14 novembre 1996.

(٣) احتكار القلة مرحلة يصل لها السوق عندما يوجد به عدد قليل من البائعين، يبيعون سلعاً أو خدمات متجانسة تمثل بديلاً لبعضها البعض، بما يمكنهم من السيطرة على السوق والتحكم فيها، من خلال إنتاج الجزء الأكبر من المعروض، راجع: د. أسامة فتحي عبادة، النظام القانوني لعمليات التركيز الاقتصادي في قانون المنافسة، مرجع سابق، ص ٥٠.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الجوي لا يحتاج إلى مفاوضات أو اتفاق مكتوب، فهو لا يعدو أن يكون سوى تفاهات تتم بين أعضاء التحالف حول أسعار تقديم الخدمات الجوية بشأن الخطوط الجوية المعنية وحجم السعة عليها ناتجة عن مراقبة كل شركة لسلك الشركة الأخرى، وبغض الطرف عن ما قد ينتج عن ذلك من تقييد لحرية التجارة والمنافسة.

ومن جهة أخرى يمكن أن نستدل على الممارسات المناهية للمنافسة العادلة فيما يخص السعة بالنظر إلى التوصيتين: الأولى والثالثة الصادرتين عن الاجتماع التاسع لفريق خبراء تنظيم النقل الجوي عام ١٩٩٧م؛ حيث ينص البند الثاني من توصية لجنة خبراء الأولى على أن إضافة سعة مفرطة على أحد خطوط الطيران يُعد أحد أنواع الممارسات التنافسية غير الشريفة بين الناقلين الجويين، كما أن البند الأولى من التوصية الثالثة للجنة الخبراء تؤكد على أن تحرير الخطوط الجوية الدولية يقتضي من شركات الطيران أن تتقاسم السعة لضمان تكافؤ الفرص، وأن تلتزم بتطبيق نظام لا يجوز بموجبه لشركات الطيران التي تعرض سعة أكبر أن تزيد السعة إلا بالمقدار الذي تستطيع

شركات الطيران الأقل سعة أن تعرضه، مع مراعاة بعض الاستثناءات في حالة تشغيل طائرات جديدة أو في حالة الخدمات الموسمية<sup>(١)</sup>.

ب . الممارسات القائمة على إساءة استغلال المركز المسيطر لإغلاق الأسواق أمام المنافسين:

يتجسد المركز المسيطر في السوق بالمقدرة الاقتصادية التي يحوزها مشروع معين لما يمتلكه من ملاءة مالية وخبرة تجارية وتقدم تكنولوجي، الأمر الذي يمكنه من بسط سيطرته على السوق المعنية بإنتاج أو توزيع أو تسويق سلعة أو خدمة معينة؛ وبالتالي التحكم في الأسعار وتحديد كمية الإنتاج وطريقة التوزيع والتسويق، دون أن يضع في اعتباره موقف المشروعات الأخرى المنافسة له أو موقف عملائه<sup>(٢)</sup>.

---

(١) International Civil Aviation Organization, Policy and Guidance Material on the Economic Regulation of International Air Transport, op.cit, p.٤٠.

(٢) د. صفاء العيساوي، المفهوم القانوني للاستعمال غير المشروع للمركز المتحكم في السوق . دراسة مقارنة، مجلة واسط للعلوم الإنسانية، العدد الثالث والعشرون، المجلد التاسع ٢٠١٤، ص ٥١.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وقد عرّف بعض الفقه<sup>(١)</sup> المركز المسيطر بأنه: القوة الاقتصادية التي يتمتع بها أحد المشروعات، بما يمكنه من عرقلة المنافسة الفعالة في السوق ذات الصلة، من خلال العمل بشكل مستقل في وجه منافسيه والعملاء، وأخيراً المستهلكين، وكذلك عرّفه جانب من الفقه<sup>(٢)</sup> المركز المسيطر بأنه: سلطة أو مقدرة اقتصادية يحوزها مشروع معين يتمكن بها من تحديد الأسعار والإنتاج والتوزيع والتحكم في الكميات المنتجة وإعاقة المنافسة الفعلية في السوق المعنية، فالمشروع المسيطر بدلاً من أن يخضع لقانون السوق المرتكز على العرض والطلب، يصنع لنفسه قانوناً خاصاً به من خلال القدرة الاقتصادية التي يتمتع بها، والتي تسمح له ببناء إستراتيجيته التجارية دون الأخذ في الاعتبار بردود أفعال المنافسين<sup>(٣)</sup>.

---

(<sup>١</sup>) Anne-Lise SIBONY, Retour sur la méthode de qualification des prix prédateurs, Revue Lamy de la concurrence, septembre 2007, N°12, p.18.

(<sup>٢</sup>) د. خليل فيكتور تادرس، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧م، ص ٢٢.

(<sup>٣</sup>) د. سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية، القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية. دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية ٢٠٠٥م، ص ٣٠.  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ومن جانب القضاء انتهت محكمة العدل الأوروبية<sup>(١)</sup> إلى أن إساءة استغلال المركز المسيطر في السوق تقوم على فكرة موضوعية تتعلق بالأفعال التي يقوم بها المشروع المسيطر، والتي يكون من شأنها التأثير على بنيان أو تركيبة السوق بشكل يؤدي إلى إضعاف أو إعاقة المنافسة أو منع نموها؛ وذلك باستخدام وسائل تختلف عن المستخدمة في المنافسة العادية أو الظروف الطبيعية للسوق.

والمركز المسيطر في السوق يمكن أن يصل إليه أي مشروع بفضل ما يملكه من خبرة تجارية وإدارية، وكفاءة في الإنتاج والتوزيع، أو امتلاكه لبراءات اختراع وأسرار صناعية تجعله حائزاً لمزية تنافسية تغيب عن أقرانه، وكل ذلك يظل في نطاق المشروعية، طالما تجنب هذا المشروع القيام بممارسات تمثل قيداً على حرية المنافسة في السوق المعنية، وتؤدي إلى إغلاقه في وجه المنافسين الجدد أو ما يطلق عليه الممارسات الاستبعادية Exclusionary Practices.

---

(١) Cour de justice des Communautés européennes, Affaire 85/76, Hoffmann-La Roche c/ Commission, Arrêt de la Cour du 13 février 1979.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ويمكن أن نميز بين نوعين من المركز المسيطر في السوق<sup>(١)</sup>، النوع الأول . المركز المسيطر الفردي: وهو المركز الذي يحوزه مشروع بمفرده يقوم بالسيطرة على السوق المعنية، والتحكم فيها على نحو يؤدي إلى إعاقة المنافسة أو منعها، بحيث لا يجرؤ أي مشروع منافس على اقتحام السوق، ويحدث ذلك من خلال عدم مقدرة المشروعات الأخرى على تقديم منتجات وخدمات بديلة عن ما يقدمه المشروع المسيطر، الأمر الذي يجعل الأخير في منأى من المنافسة مع غيره من المشروعات.

**النوع الثاني - المركز المسيطر الجماعي:** وهو المركز الذي تحوزه مجموعة من المشروعات المرتبطة مع بعضها بما تملكه من قدرات مالية سمعة تجارية وخبرة فنية تمكنها من التحكم في السوق، والتصرف فيه بشكل منفرد، وباستقلال تام عن المنافسين والعملاء، وهذا النوع من المركز المسيطر هو الغالب في اتفاقات التحالف التي تتم بين شركات النقل الجوي.

وتلجأ شركات الطيران المتحالفة لمثل هذه الممارسات القائمة على إساءة استغلال المركز المسيطر لكي تذيب شهرتها كمنافس قوي لا يمكن مجاراته، ولإرسال إشارة قوية إلى المنافسين الحاليين والمتوقعين بعدم وجود

---

(١) د. صفاء العيساوي، المفهوم القانوني للاستعمال غير المشروع للمركز المتحكم في

السوق، مرجع سابق، ص ٥٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



فرص كبيرة لهم لدخول السوق وتحقيق أرباح؛ فقد اعتبرت محكمة العدل الأوروبية أن نظام المكافآت (برنامج الولاء) الذي منحته شركة الطيران البريطانية British Airways لوكلاء السفر في المملكة المتحدة على مبيعات التذاكر المنتظمة لخطوطها الجوية مستفيدة من قوتها الاقتصادية، يتنافى مع مبدأ تكافؤ الفرص مع المنافسين، ويضعهم في موضع تنافسي ضعيف، بما يمثل تشويهاً للمنافسة قائم على إساءة لاستغلال المركز المسيطر للشركة في السوق البريطانية؛ حيث إن شركة النقل الجوي أرادت من وراء هذه المعاملة التمييزية استبعاد المنافسين في السوق، وعدم السماح للمنافسين الجدد بالدخول إليه<sup>(١)</sup>.

فلا جدال في أن اتفاقات التحالف التي تتم بين شركات النقل الجوي قد ينشأ عنها العديد من الممارسات المقيدة للمنافسة في السوق المعنية بفضل هيمنة هذا التحالف على السوق، ووصوله للمركز المسيطر الجماعي، بما يمكنه من تثبيت أسعار خدمات الرحلات الجوية أو زيادتها لتعزيز السيطرة المشتركة، وبصورة مستقلة عن أي ضغط تنافسي ناتج عن ردود أفعال شركات النقل الجوي المنافسة، أو حتى المستهلكين الجويين.

---

(١) Cour de justice des Communautés européennes, Affaire C-95/04 P, British Airways plc contre Commission des Communautés européennes, Arrêt de la Cour du 15 mars 2007.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ويمكن أيضاً إثبات الضرر التنافسي الناتج عن المركز المسيطر الجماعي لأحد تحالفات شركات الطيران في السوق المعنية بالنظر في مدى تأثير المستهلك الجوي به؛ حيث يعتبر المركز المسيطر لأحد تحالفات شركات الطيران مانعاً ومقيداً للمنافسة في السوق المعنية إذا كانت الحصة السوقية لشركات الطيران المتحالفة أكبر بكثير من حصة باقي المنافسين، مما يشكل حاجزاً أمام رغبة الشركات المتنافسة في التوسع مستقبلاً استجابة لطلب المستهلكين الجويين، أو إذا ترتب على تحالف شركات الطيران نقص في البدائل المتاحة أمام المستهلكين الجويين، كأن يكون لكل خط جوي في السوق المعنية عدة شركات مشغلة له قبل التحالف، ثم يقتصر تشغيل الخط الجوي على عدد أقل من شركات الطيران بعد التحالف، بهدف الحد من التكاليف.

كما لا يوجد ما يمنع قيام تحالف معين لشركات الطيران، يتمتع بمركز مسيطر في السوق المعنية، من إساءة استغلال مركزه المسيطر الجماعي في السوق المعنية من خلال استخدام أسلوب التسعير الافتراضي، حيث يسعى هذا التحالف المسيطر إلى تثبيت أسعار رحلاته في السوق المعنية عند مستوى منخفض من الأجور، بما يجعله يعاني من خسائر أو متنازلاً عن الأرباح على

المدى القصير، بهدف استبعاد أو تأديب واحد أو أكثر من المنافسين، أو لمنع دخول منافسين جدد إلى السوق، على أن يعوض خسائره في المستقبل<sup>(١)</sup>.

ومن الجدير بالذكر أن تلك الحالة تختلف عن اتفاق الكارتل القائم على أسلوب التسعير الافتراضي، فالأخير كأحد أهم آليات الاحتكار التعسفي لشركات الطيران لا يشترط لتوافره أن يكون تحالف شركات الطيران في مركز المسيطر في السوق المعنية، بل إن استخدام أسلوب التسعير الافتراضي هو الذي سيصل بهذا التحالف في النهاية إلى المركز المسيطر في السوق<sup>(٢)</sup>.

**ج . دور الدعم الحكومي والمطارات الوطنية في تكريس الممارسات الاحتكارية التعسفية لشركات النقل الجوي الدولي:**

يُعد من أهم الممارسات التي تخل بقواعد المنافسة العادلة وأنصبة المشروعات المتنافسة في السوق المعنية، كسوق النقل الجوي، الدعم الذي يمكن أن تتلقاه شركات الطيران؛ إذ يؤدي هذا الدعم إلى تخفيض سعر الخدمة المدعومة إذا ما تم مقارنتها بأسعار الخدمات الشبيهة، في نفس السوق

---

(١) Anne-Lise SIBONY, Retour sur la méthode de qualification des prix prédateurs, op.cit, p.17.

(٢) C. Newton, Do predators need to be dominant?, European Competition Law Review 1999, No.20, 127.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

التنافسية، وهو ما يتعارض مع نظام المنافسة الحرة<sup>(١)</sup>؛ فالمنافسة الشديدة بين الناقلين الجويين في سوق النقل الجوي الدولي بسبب تحالفات شركات الطيران، واستغلال بعضها لموقفها المهيمن على سوق معينة، بالإضافة إلى الممارسات الاحتكارية التعسفية التي قد يمارسها البعض الآخر، جعل بعض الحكومات تلجأ إلى دعم شركاتها الوطنية لكي تجعلها قادرة على المنافسة في هذا السوق المحرر، الأمر الذي قد يحرم شركات الطيران لدول أخرى من فرص المنافسة العادلة والمنصفة.

ففي مصر مثلاً يظهر الدعم الحكومي للشركة الوطنية (شركة مصر للطيران للخطوط الجوية) بالنظر في عدة نواحي؛ أولاً . وفقاً للمادة (٦٦) من قانون الطيران المدني المصري تلتزم شركات ومنشآت النقل الجوي الوطنية والأجنبية بجميع الأوامر التي تصدرها سلطات الطيران المدني بشأن أجور وأسعار النقل الجوي والشروط الأخرى المتعلقة بها، بما في ذلك نوعية التشغيل ومدته؛ وبالتالي تلتزم شركات الطيران الأجنبية بالأسعار التي تحددها سلطات الطيران المصرية للرحلات المنظمة، والتي تراعي بلا شك الأسعار التي تعلن عنها شركة مصر للطيران، بحيث لا تكون أقل من الأسعار التي تعرضها الأخيرة؛ وبالتالي لا تتعرض لخسائر اقتصادية.

(<sup>١</sup>) Arlette MARTIN-SERF, Aides publiques nationales et droit de la concurrence, Revue de jurisprudence commerciale, 2000, P.97.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ثانياً . ما جاءت به المادة (١٢٢) من اللائحة التنفيذية لقانون الطيران المدني التي تنص على أنه: "يشترط للموافقة على إنشاء شركة أو منشأة لممارسة نشاط النقل الجوي التجاري الدولي أو الداخلي أو نشاط الطيران العام بمختلف أنواعه داخل الجمهورية، ألا يتعارض المشروع مع تشغيل الشركات والمنشآت المصرية المرخص لها، ويتولى قطاع الطيران المدني إجراء التنسيق والتعاون بينها في مجال التشغيل". ويظهر من هذا النص أنه عائق تنظيمي يجعل للجهات المصرية المختصة الحق في عدم الموافقة على تعيين شركات نقل جوي جديدة على الخطوط الجوية المنتظمة التي تعمل عليها شركة مصر للطيران، وبالتالي تنعدم فرص المنافسة.

ثالثاً - ما ورد في قرار وزير الطيران المدني رقم (٩٤٣) لسنة ٢٠٠١ من قيود خاصة بتوقيتات العمل على المطارات، حيث حظر تشغيل الرحلات المنتظمة الداخلية والدولية على المطارات في نفس أوقات شركة مصر للطيران، ويمثل ذلك إحدى الممارسات الحكومية المقيدة للمنافسة الحرة، التي تقوم على مبدأ توزيع توقيتات المطارات على أساس المواعيد المتاحة دون تمييز بين شركات الطيران.

رابعاً - تمييز شركة مصر للطيران للخطوط الجوية عند التعامل مع الشركات الحكومية الأخرى فيما يخص الأسعار التفضيلية، مثل الدعم الذي

تحصل عليه من شركة مصر للبترول فيما يتعلق بأسعار الوقود، والذي يمثل عنصراً هاماً من عناصر تشغيل الخط الجوي؛ حيث تصل تكلفته إلى حوالي ٤٠% من تكلفة التشغيل الكلية<sup>(١)</sup>.

خامساً - عدم خضوع شركة مصر للطيران للخطوط الجوية لأحكام قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥؛ حيث نصت المادة (٩) من هذا القانون على أنه؛ "لا تسري أحكام هذا القانون بالنسبة للمرافق العامة التي تديرها الدولة"، وهو ما ينطبق على شركة مصر للطيران للخطوط الجوية، كون النقل الجوي أحد أهم المرافق العامة في أي دولة، كما أن الشركة المعنية تابعة للحكومة المصرية<sup>(٢)</sup>.

---

(١) دراسة بشأن قطاع النقل الجوي الداخلي المنتظم للركاب في جمهورية مصر العربية في ضوء أحكام قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، جهاز حماية المنافسة المصري ٢٠٠٩م، ص٣، الدراسة متاحة على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.eca.org.eg/ECA/Publication/View.aspx>

(٢) من الجدير بالذكر أن هذا الحكم الوارد في المادة (٩) من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥م، والذي بمقتضاه تستثنى المرافق العامة التابعة للدولة من الخضوع لأحكام قانون المنافسة قد انتقده بعض الفقه مرتكزاً على عدة أسانيد هي: (١) أن الاستثناء الوارد في النص جاء عاماً ومطلقاً، والأصل أن الاستثناء وإن كان جائزاً إلا أن مشروعيته تقتيد بمداه ونطاقه، وبالتالي يُعد استثناء جميع المرافق العامة التي تديرها الدولة من الخضوع لأحكام هذا القانون غير مبرر  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

هكذا يكون من الأهمية بمكان التأكيد على أن الدعم الحكومي لشركات الطيران الوطنية يلعب دوراً جوهرياً في الإخلال بسوق المنافسة العادلة لقطاع النقل الجوي، فالمساعدات الحكومية الأحادية أو المعروفة بالإعانات الحكومية لشركات الطيران الوطنية، والتي في الغالب تكون مستنتاة من تطبيق

---

ومخالفاً للدستور. ٢) إذا كان هذا الاستثناء مقررًا للمرافق العامة التي تديرها الدولة، على اعتبار أن الحكومة تتدخل وتدعم أنشطة هذه المرافق؛ وبالتالي تغيب شبهة الاحتكار، فإن ذلك ليس مبرراً؛ حيث إن القانون لم يحظر الاحتكار، إنما المحظور هو الممارسات الاحتكارية الضارة. ٣) أن المرافق العامة - خاصة الصناعية والتجارية - أصبحت لا تختلف موضوعياً عن المشروعات الخاصة فيما شكل المنافسة؛ ومن ثم لا يوجد ما يبرر معاملة هذه المرافق معاملة تمييزية بإخراجها تماماً من نطاق قانون حماية المنافسة، راجع: د. صبري محمد السنوسي، تعليق على قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، المؤتمر التاسع لكلية الحقوق جامعة المنصورة، بعنوان "تنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الضارة"، في الفترة من ٢٩ إلى ٣٠ مارس ٢٠٠٥م، ص ٤؛ د. محمد عبد اللطيف، الأشخاص العامة وقانون المنافسة، المؤتمر التاسع لكلية الحقوق جامعة المنصورة، بعنوان "تنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الضارة"، في الفترة من ٢٩ إلى ٣٠ مارس ٢٠٠٥م، ص ١٨ وما بعدها، كما يشار في هذا الصدد إلى أن بعض القوانين . على خلاف القانون المصري . أخذت بالمعيار الموضوعي في تحديد نطاق تطبيق قانون حماية المنافسة، ومنها قانون التجارة الفرنسي؛ فوفقاً للمادة (L410-1) تطبق الأحكام الواردة في الكتاب الخامس بشأن حرية الأسعار والمنافسة على كل الأنشطة المتعلقة بالإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، ولو كان القائمون عليها أشخاص عامة، أو كانت متعلقة بمرفق عام. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

قوانين المنافسة الوطنية<sup>(١)</sup>، تُعد من أهم الأسباب التي تتال من بيئة المنافسة العادلة، والدعم الحكومي لشركات الطيران الوطنية قد يأخذ أكثر من مظهر، فقد يكون في صورة ضخ رؤوس أموال لشركات الطيران، أو في صورة إعانات شاملة، أو منح وضمادات، أو في شكل إعفاءات ضريبية، أو في صورة غطاء تأميني حكومي<sup>(٢)</sup>.

لذلك جاء الإعلان الصادر عن المؤتمر الخامس للنقل الجوي الدولي عام ٢٠٠٣م الذي تضمن العديد من المبادئ العالمية لتحرير النقل الجوي الدولي، ليؤكد على الانعكاسات السلبية للمساعدات الحكومية على سوق النقل الجوي الدولي؛ حيث نص المبدأ رقم (٥-٤) على أنه: "في الحالات التي يكون فيها للمساعدات الحكومية لقطاع النقل الجوي ما يسوغها، ينبغي للدول أن تتخذ إجراءات شفافه وفعاله للتأكد من أن هذه المساعدات مؤقتة بقدر

---

(١) تنص المادة (٩) من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥م على أنه: "لا تسري أحكام هذا القانون بالنسبة للمرافق العامة التي تديرها الدولة..". وبما أن شركة مصر للطيران للخطوط الجوية تابعة للشركة القابضة لمصر للطيران التي تمثل مرفق الطيران والمملوكة بالكامل للدولة فإنها تخرج عن نطاق تطبيق أحكام قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية.

(٢) International Civil Aviation Organization, Fair competition in international air transport, op.cit, p.3.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



الإمكان، ولن تترك تأثيراً ضاراً على المنافسة في السوق، ولن تؤدي إلى نتائج غير مجدية<sup>(١)</sup>.

والحقيقة أن الدول المتضررة من مسألة الدعم الحكومي لشركات الطيران الوطنية وأثره على المنافسة العادلة في سوق النقل الجوي لا تتردد في إثارة هذا الأمر كلما وجد المجال<sup>(٢)</sup>؛ فسويسرا مثلاً كباقي الدول الأوروبية كثيراً ما تشتكي من ضغط المنافسة لشركات الطيران الخليجية . طيران الإمارات والقطرية والاتحاد . التي تتميز برخص عروضها، والتي جعلت من طيران

---

(1) Declaration of Global Principles for the Liberalization of International Air Transport, International Civil Aviation Organization, The Fifth Worldwide air transport conference: Challenges and Opportunities of Liberalization, Montréal, 24 to 28 March 2003, P.59: “Where State aids provided for the air transport sector are justified, States should take transparent and effective measures to ensure that such aids do not adversely impact on competition in the marketplace or lead to unsustainable outcomes, and that they are to the extent possible temporary”.

(2) Organization for Economic Co-operation and Development, Airline Competition, note is submitted by Switzerland to the Competition Committee, 19 may 2014. Available at: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD%282014%2939&docLanguage=](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD%282014%2939&docLanguage=En)

En

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الإمارات يحتل المرتبة الثانية بين شركات النقل التي تقوم بنقل الركاب من وإلى مطار زيورخ السويسري.

وعلى الرغم من ذلك، تبدو الصعوبة في عدم وجود دليل حقيقي على أن شركات الطيران الخليجية تقوم بممارسات تدخل ضمن أفعال المنافسة غير العادلة؛ فتلك الدول تتميز بانخفاض تكاليف العمالة لديها في كل القطاعات، ومنها: قطاع النقل الجوي، بالإضافة إلى أن سعر الوقود لديها أقل مما هو عليه في أوروبا، ورسوم المطارات لديها منخفضة عن نظيراتها في باقي دول العالم خاصة في أوروبا، كما أن بعض هذه الدول ليس لديه قيود على ساعات العمل، وهي جميعها مما لا يمكن اعتباره سبباً للمنافسة غير العادلة.

ومن جهة أخرى تلعب المطارات دوراً جوهرياً في المنافسة بين شركات الطيران داخل سوق النقل الجوي الدولي؛ فالمطارات ليست فقط محطة لإقلاع أو هبوط أو توقف الطائرات، إنما هي جزء أساسي من التخطيط الإستراتيجي لشركات الطيران، فلاشك في أن الأخيرة تضع في خططها للمنافسة تصنيفاً للمطارات التي ستستخدمها طائراتها، معتمدة على مكان المطار ضمن حركة الخطوط الجوية، وحجمه والسعة التي يستوعبها، وكفاءة الخدمات التي يقدمها وتكلفتها، ثم تحاول أن تسخر كل هذا لخدمة أهدافها للمنافسة.

هذا الأمر يجعل من المطارات لاعباً بارزاً في ساحة النقل الجوي الدولي؛ حيث يظهر ذلك بوضوح عندما تُقدم المطارات الوطنية على تمييز شركات الطيران الوطنية في التعيين على الخطوط الجوية وتوقيات التشغيل، أو أن تقوم بفرض إتاوات على شركات الطيران الأجنبية أو إلزامها بإبرام اتفاقات تجارية مع شركات الطيران الوطنية، أو عندما تقيد حرية شركات الطيران الأجنبية بشأن التسعير أو بيع التذاكر أو السعة، وكذلك يظهر دور المطارات الوطنية في ترسيخ الاحتكار التعسفي لشركات الطيران الوطنية، عندما تعتمد إلى فرض ضرائب ورسوم على الشركات الأجنبية دون الشركات الوطنية، أو أن تحرم الشركات الأجنبية من الاستفادة من مرافق وخدمات المطار . كخدمات المناولة الأرضية وتوزيع الوقود والتموين . بالشكل الذي تستفيد به شركات الطيران الوطنية<sup>(1)</sup>.

ثانياً . تحديد السوق المعنية لممارسات تحالفات شركات الطيران:

يمكن القول بأن سوق النقل الجوي بين أي مكانين هو عبارة عن: النقل الفعلي أو المحتمل للأشخاص أو البضائع بين هذين المكانين على خدمات جوية تجارية، وهذا السوق يمكن تقسيمه إلى أربع فئات في تسلسل

(<sup>1</sup>) Antonio Bosch and José García-Montalvo, Free and Nondiscriminatory Access to Airports: A Proposal for Latin America, working paper published by Inter-American Development Bank, May 2003, pp.24-29.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

هرمي من الأصغر إلى الأكبر على النحو التالي: الفئة الأولى وهي سوق أزواج المدن City-pair market أي: الطريق الذي يربط بين مدينتين مثل (القاهرة - باريس)، الفئة الثانية سوق أزواج البلدان Country-pair market ويتألف من جميع الخطوط التي تربط بين مدن دولتين، مثل: الخطوط الجوية التي تربط المدن المصرية ومدن الولايات المتحدة الأمريكية، الفئة الثالثة سوق من إقليم إلى إقليم Region-to-region market وهو سوق يشمل جميع الطرق التي تربط بين إقليمين، مثل: سوق شمال الأطلسي الذي يربط بين إقليم أمريكا الشمالية وإقليم أوروبا، وأخيراً السوق العالمي Global market وهو السوق الذي يشمل جميع النقاط في العالم التي تخدمها شركات النقل الجوي<sup>(١)</sup>.

ويُعد دخول أي ناقل جوي لأسواق أي دولة أجنبية لتقديم الخدمات الجوية المنتظمة مرهوناً بحصوله على التراخيص والموافقات التي تشترطها الدولة المعنية بالسوق، تأسيساً على مبدأ السيادة الكاملة لكل دولة على الفضاء الجوي الذي يعلو إقليمها الذي أكدت عليه المادة الأولى من اتفاقية شيكاغو؛ لذلك يمكننا تكييف حق الناقل الجوي في الدخول إلى أحد أسواق النقل الجوي بأنه امتياز مشروط، يسجل عادة في اتفاق دولي يمنح للدول المتعاقدة حقوقاً

(١) Manual on the Regulation of International Air Transport, International Civil Aviation Organization, op.cit, p.98.

متشابهة، بمقتضاه يتم تعيين ناقل جوي لكل دولة من الدول الأطراف يمكنه القيام بالخدمات الجوية بين خطوط جوية بمواصفات جغرافية محددة تصل بين مدن تلك الدول.

ويعتبر تحديد السوق المعنية The relevant market أو السوق التنافسية ذات الصلة بنشاط الخدمات الجوية التي تقدمها شركات الطيران المتحالفة عنصراً رئيساً في تحديد ما إذا كان اتفاق التحالف يتضمن ممارسات احتكارية مقيدة للمنافسة أم لا؛ حيث إن تحديد أطر السوق التنافسية لشركات الطيران المتحالفة ليس غاية في حد ذاته، بل إن أهميته القصوى تكون لسلطات المنافسة القائمة على مراقبة ومتابعة حسن تشغيل السوق في ظل قواعد المنافسة العادلة، واتخاذ الإجراءات اللازمة إزاء الاتفاقات والممارسات التي تقع من شركات النقل الجوي وتمنع أو تقيد أو تضر بالمنافسة في السوق المعنية.

وقد تعرض المشرع المصري في قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥م لمفهوم السوق المعنية أو التنافسية؛ حيث إن المادة الثالثة منه تنص على أن: "السوق المعنية في تطبيق أحكام هذا القانون هي السوق التي تقوم على عنصرين، هما: المنتجات المعنية والنطاق الجغرافي، وتكون المنتجات المعنية تلك التي يعد كل منها

بديلاً عملياً وموضوعياً عن الآخر، ويعني النطاق الجغرافي منطقة جغرافية معينة تتجانس فيها ظروف التنافس مع أخذ فرص التنافس المحتملة في الاعتبار، وذلك كله وفقاً للمعايير التي تبينها اللائحة التنفيذية بما يتفق مع أحكام هذا القانون".

وبناء على ذلك النص يكون المشرع المصري قد وضع عنصرين للسوق المعنية: العنصر الأول . يتعلق بنوع المنتجات محل المنافسة أو السوق النوعية، العنصر الثاني . يتعلق بالنطاق الجغرافي الذي يمارس فيه النشاط التجاري ذو الصلة بالمنتجات محل المنافسة أو السوق الجغرافية<sup>(١)</sup>، وهو ما سيقوم الباحث بتطبيقه على أنشطة الخدمات الجوية لتحالفات شركات الطيران المتنافسة في النقاط التالية.

#### أ. تحديد السوق النوعية لأنشطة تحالفات شركات الطيران الدولية:

أوضحت المادة السادسة من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية رقم ١٣١٦ لسنة ٢٠٠٥م<sup>(٢)</sup> السوق النوعية فيما يخص قانون حماية المنافسة؛ حيث إن المادة نصت على أن: "المنتجات

(١) د. حسين الماحي، حماية المنافسة، مرجع سابق، ص ١٨.

(٢) اللائحة التنفيذية رقم ١٣١٦ لسنة ٢٠٠٥م لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات

الاحتكارية رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥م، رئاسة مجلس الوزراء المصري، الصادرة بتاريخ ١٦ أغسطس ٢٠٠٥م.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

المعنية: هي المنتجات التي يعد كل منها- من وجهة نظر المستهلك- بديلاً موضوعياً للآخر، ويؤخذ في هذا التحديد، على الأخص، بأي من المعايير الآتية: (١) تماثل المنتجات في الخواص وفي الاستخدام. (٢) مدى إمكانية تحول المشتريين عن المنتج إلى منتج آخر نتيجة للتغير النسبي في السعر أو في أية عوامل تنافسية أخرى. (٣) ما إذا كان البائعون يتخذون قراراتهم التجارية على أساس تحول المشتريين عن المنتجات إلى منتجات أخرى نتيجة للتغير النسبي في السعر أو في العوامل التنافسية الأخرى. (٤) السهولة النسبية التي يمكن بها للأشخاص الأخرى دخول سوق المنتج. (٥) مدى توافر المنتجات البديلة أمام المستهلك".

وفي مبتدأ الحديث عن تحديد السوق النوعية لتحالفات شركات الطيران، نشير إلى أنه وفقاً للفقرة (ب) من المادة الثانية من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥م، المنتجات تشمل السلع والخدمات؛ لذلك كل ما جاء به القانون من أحكام ولائحته التنفيذية يمكن تطبيقها على الخدمات التي تقدمها شركات النقل الجوي، ووفقاً للمادة السادسة من اللائحة التنفيذية سألغة الذكر يكون المشرع المصري في تحديده للسوق النوعية قد أخذ بمعيار القابلية للتبديل substitutability؛ حيث إن المشرع ارتكز في تحديده للسوق التنافسية على

وجهة نظر المستهلك في مدى إمكانية استبدال السلع أو الخدمات، بسلع وخدمات مماثلة، مع الأخذ في الاعتبار بالمعايير الاقتصادية التي قيلت بشأن قياس درجة قابلية المنتجات للاستبدال في السوق محل النقاء العرض والطلب.

ووفقاً لنص المادة السادسة من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية رقم ١٣١٦ لسنة ٢٠٠٥م، يمكن رد المعايير المستخدمة لقياس درجة قابلية المنتجات للاستبدال إلى معيارين أساسيين هما: المعيار الأول . معيار قابلية الطلب للاستبدال، ويرتكز على مدى مرونة طلب المستهلكين على المنتج، أي: مدى إمكانية تحولهم عن منتج ما إلى منتج بديل يشبع نفس الاحتياجات، وهناك العديد من العوامل التي تؤثر على هذا المعيار، مثل: تماثل المنتجات في الخواص والاستخدام، الخصائص المادية والفنية والقانونية للمنتجات، أفضليات طالبي المنتجات محل الفحص، وطريقة توزيع المنتجات أيضاً وتباين أسعارها، المعيار الثاني . مدى قابلية العرض للاستبدال، ويرتكز على مدى مرونة عرض المنتج للاستبدال، أي: مدى استجابة العارضين للمنتج للتغيرات التي تحدث في ثمنه، وما إذا كانوا يتخذون قراراتهم التجارية على أساس تحول المشتريين عن المنتجات إلى منتجات أخرى نتيجة التغير النسبي في السعر أو في العوامل التنافسية الأخرى.



وحتى لا يخوض الباحث في الجوانب الاقتصادية المرتبطة بتحديد السوق النوعية، والتي تناولتها دراسات عديدة سابقة<sup>(١)</sup>، ولكي لا نحيد عن الإطار القانوني للدراسة؛ سيكتفي الباحث بطرح مثال افتراضي على تحديد السوق النوعية لتحالفات شركات الطيران الدولية، وليكن دراسة للخط الجوي المنتظم والمباشر بين القاهرة وباريس، والذي تتولى تشغيله شركة الخطوط الجوية المصرية (مصر للطيران) عضو تحالف ستار Star Alliance، وشركة الخطوط الجوية الفرنسية (أير فرانس) عضو تحالف سكاي تيم Sky Team Alliance؛ حيث إن الوقوف على وجود سوق معنية بين شركات الطيران المعنية بشأن الخط الجوي المباشر بين القاهرة وباريس، هو الذي سيسمح بفتح باب النقاش حول قيام أحد التحالفات السابقة بممارسات احتكارية تعسفية في هذا السوق التنافسية أم لا.

وفي هذا المثال الافتراضي، المنتج المعنى محل الدراسة هو خدمة النقل الجوي المنتظم والمباشر بين القاهرة وباريس؛ حيث يوجد أكثر من رحلة جوية لهذا الخط تعمل بصفة دورية منتظمة بين القاهرة وباريس وفقاً لجدول

---

(١) د. حسين الماحي، حماية المنافسة، مرجع سابق، ص ٢١ وما بعدها؛ د. لنا حسن ذكي، قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار، مرجع سابق، ص ١٨٤ وما بعدها؛ د. أسامة فتحي عبادة، النظام القانوني لعمليات التركيز الاقتصادي في قانون المنافسة، مرجع سابق، ص ٢٧٢، وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

زمنية ثابتة ومعلنة للجمهور، ويمكن لأي مستهلك الحصول على الخدمة عن طريق شراء تذكرة السفر من الشركة المقدمة للخدمة مباشرة أو من خلال موقعها الإلكتروني على الشبكة المعلوماتية أو من خلال وكالات وشركات السياحة، فإذا ما خلص جهاز حماية المنافسة المختص إلى أن للمستهلك على الخط الجوي بين القاهرة وباريس الاستعاضة بإحدى الشركتين عن الأخرى، لتوافر أكثر من معيار من المعايير التي قيلت بشأن قياس درجة قابلية المنتجات للاستبدال في السوق؛ حيث إن الشركتين تقدمان خدمات نقل جوي تكاد تكون مماثلة في الخواص والغرض؛ وهو نقل الأشخاص من القاهرة إلى باريس خلال مدة زمنية معينة، وأن هناك تشابهاً في الخصائص المادية والفنية لخدمة النقل الجوي التي تقدم كلا الشركتين بين القاهرة وباريس، وأنه لا توجد أي عوائق قانونية تمنع استبدال خدمة النقل الجوي التي تقدمها إحدى الشركتين بالخدمة التي تقدمها الشركة الأخرى، فضلاً عن سهولة وصول المستهلكين لخدمات الشركتين، وتمتعهم بالحرية في اختيار الخدمة التي تقدمها إحدى الشركتين بسعر أفضل أو لمزايا ترفيهية أكثر، مع تأثر القرارات التجارية التي تصدر عن الشركتين للتغيرات التي تحدث في تكلفة الخدمة؛ لذا يمكن القول بأنه يوجد سوق تنافسية بين شركة الخطوط الجوية المصرية (مصر للطيران)

وشركة الخطوط الجوية الفرنسية (آير فرانس)؛ وبالتالي يمكن البحث . إذا دعت الحاجة . ما إذا كانت ممارسات أي منهما تمثل إخلالاً بقواعد المنافسة الحرة.

### ب . تحديد السوق الجغرافية لأنشطة تحالفات شركات الطيران الدولية:

لا شك في أن الرقابة على احترام تحالفات شركات الطيران لقواعد المنافسة العادلة في سوق النقل الجوي، والتأكد من أن الأخيرة لا تباشر أي ممارسات احتكارية تعسفية، يقتضي تحديد النطاق الجغرافي للسوق التنافسية لشركات الطيران المعنية، فالسوق الجغرافية لتحالفات شركات الطيران هي المناطق الجغرافية التي تمارس فيها هذه التحالفات تقديم خدماتها الجوية على القاطنين والمتكردين على هذه المنطقة في ظل ظروف تنافسية واحدة.

وهذا ما أوضحتها المادة السادسة من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية رقم ١٣١٦ لسنة ٢٠٠٥م بقولها: إن "النطاق الجغرافي: هو المنطقة الجغرافية التي تتجانس فيها ظروف التنافس، وفي هذا الصدد يؤخذ في الاعتبار فرص التنافس المحتملة، وأي من المعايير الآتية: (١) مدى القدرة على انتقال المشتريين بين مناطق جغرافية نتيجة التغيرات النسبية في الأسعار أو العوامل التنافسية الأخرى. (٢) ما إذا كان البائعون يتخذون قراراتهم التجارية على أساس انتقال المشتريين بين المناطق الجغرافية المختلفة نتيجة التغيرات النسبية في الأسعار أو في العوامل التنافسية

الأخرى. ٣) السهولة النسبية التي يستطيع بمقتضاها أشخاص آخرون دخول السوق المعنية. ٤) تكاليف النقل بين المناطق الجغرافية، بما في ذلك تكلفة التأمين، والوقت اللازم لتزويد المنطقة الجغرافية بالمنتجات المعنية من أسواق أو من مناطق جغرافية أخرى أو من الخارج. ٥) الرسوم الجمركية والقيود غير الجمركية على المستويين: المحلي والخارجي.

وإذا ما طبقنا ذلك على المثال الافتراضي الذي تم طرحه عند الحديث عن السوق النوعية، والذي يخص الخط الجوي المباشر بين باريس والقاهرة، حيث تتنافس على تشغيله شركة مصر للطيران وشركة آير فرانس، وكل منهما عضو في إحدى تحالفات شركات الطيران العالمية، نجد أننا أمام سوق جغرافية تنافسية من نوعية أزواج المدن City-pair market، كون الخط جوي يربط بين مدينتي القاهرة وباريس، يمتلك فيه للمستهلك الجوي القدرة على الانتقال إلى مناطق جغرافية أخرى؛ نتيجة التغيرات النسبية في أسعار الخدمات الجوية التي تقدمها شركات الطيران المعنية.

ونظراً لطبيعة نشاط النقل الجوي الذي يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالأماكن الجغرافية التي يريد المسافر أن ينتقل بينها، يمكن رسم الحدود الجغرافية لهذه السوق المعنية بين مدينتي القاهرة وباريس، حيث يلتقي عرض الخدمة مع الطلب عليها، ولا يمكن القول بأن هذا الخط الجوي سوق تنافسية يحظر فيها

القيام بممارسات احتكارية تعسفية، إلا إذا أثبتت الدراسة والتحليل الاقتصادي للعوامل المؤثرة على ظروف الطلب والعرض الخاصة بهذا الخط الجوي، والمتوتنة في المنطقة الجغرافية لمدينتي القاهرة وباريس، أن هناك تجانساً في ظروف التنافس على تشغيل هذا الخط الجوي، مع توافر أحد المعايير التي بينها اللائحة التنفيذية، كما لو أثبتت الدراسة أن لدى المستهلكين الجويين لهذا الخط الجوي القدرة على الانتقال بين مناطق جغرافية أخرى نتيجة التغيرات لنسبية في أسعار التذاكر أو في العوامل التنافسية الأخرى، مثل: مستوى الخدمات والتسهيلات التي تقدمها إحدى شركات الطيران.

## المبحث الثاني

### الآليات القانونية لمنع الممارسات الاحتكارية التعسفية لتحالفات شركات الطيران الدولية

لطالما احتاجت الإشكالات القانونية في محيط العالم الجوي إلى حلول قانونية موحدة، يترتب على إغفالها تغيير النظام القانوني الذي تخضع له العلاقات الناشئة عن استغلال الطائرات كلما عبرت من دولة إلى أخرى، وهذا ما ينطبق على مسألة تنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، فهي كغيرها من المسائل القانونية التي أثارته مستجدات سوق النقل الجوي المتحرر، وتحتاج إلى ضوابط قانونية موحدة، تهدف إلى تكافؤ الفرص بين شركات الطيران، وتنبؤ بالناقلين الجويين عن الممارسات الاحتكارية التي تعوق نمو هذا السوق وازدهاره.

ويعتبر وجود قواعد للحفاظ على المنافسة عنصراً جوهرياً لاقتصاد السوق الحر في قطاع النقل الجوي، للوصول إلى المنافسة المطلوبة، وليس المنافسة المطلقة؛ فإذا كانت المنافسة تعني تحرر السوق من القيود الاقتصادية، فإن تنظيم المنافسة يعني الحفاظ على توازن العلاقات الاقتصادية

في هذا السوق، وتصحيح ما به من عيوب، أي: إعادة بناء المنافسة  
construction de la concurrence على أسس العدالة والإنصاف<sup>(١)</sup>.

ويتطلب الوصول إلى بيئة نقل جوي تتسم بالمنافسة العادلة العديد من  
التدابير القانونية والمؤسسية والاقتصادية<sup>(٢)</sup>؛ فمن الناحية القانونية لابد من  
وجود قوانين وطنية أو إقليمية، واتفاقيات دولية تراقب عمل شركات الطيران  
وحالات التحالف والاندماج، وترصد الاتفاقات والممارسات المنافية للمنافسة  
العادلة، بما يحقق أهداف المنافسة المفتوحة والعدالة في سوق النقل الجوي.

ومن الناحية الاقتصادية يجب على الدول أن تعامل شركات الطيران  
الأجنبية بشفافية ودون تمييز، كما يجب على الحكومات ألا تقدم معونات  
ودعم مالي لشركات الطيران الوطنية إلا في ظروف محددة؛ كما في حالة  
تسيير رحلات طيران لربط المناطق النائية بباقي أنحاء الدولة، ويقواعد  
صارمة، بحيث إذا أقدمت حكومة على ذلك؛ فينبغي أن تفعله بشفافية، كأنها  
مستثمر رشيد من القطاع الخاص، ودون تشويه للمنافسة في السوق، ومن  
الناحية المؤسسية يجب أن يكون لدى كل دولة مؤسسة مستقلة عن شركات  
الطيران ومقدمي خدمات الملاحة الجوية، يكون لها مسؤوليات وصلاحيات

(١) Marie-Anne Frison-Roche, Le droit de la régulation, Recueil  
Dalloz 2001, n°7, P.610.

(٢) International Civil Aviation Organization, Basic principles of fair  
competition, op.cit, p.3.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

قانونية واضحة للتصدي لممارسات المنافسة غير العادلة في سوق النقل الجوي المعنية.

وبما أن هذه الدراسة تتناول الجوانب القانونية اللازمة لوضع إطار للمنافسة العادلة ومنع الاحتكار التعسفي في ظل تحالفات شركات الطيران الدولية؛ لذا فإننا سنركز على دور القوانين الوطنية في مواجهة الاتفاقات والممارسات المقيدة للمنافسة من جهة، ثم نتطرق للمعايير القانونية الدولية التي أقرتها منظمة الطيران المدني الدولي (الايكاو) لمواجهة هذه الممارسات من جهة أخرى.



## المطلب الأول

دور قوانين المنافسة الوطنية في منع ممارسات الاحتكار التعسفي لتحالفات

### شركات الطيران الدولية

إذا كانت طبيعة النقل الجوي الداخلي الذي يتقيد بحدود أراضي الدولة الواحدة يختلف عن طبيعة النقل الجوي الدولي الذي يقع بين دولتين أو أكثر، فلاشك في أن القواعد التي تحكم النقل الجوي الداخلي والنقل الجوي الدولي ليست متطابقة<sup>(1)</sup>؛ لذا يجب على الدول أن تتوخى الحذر عند تطبيق قوانينها وسياساتها الوطنية الخاصة بالمنافسة على قطاع الخدمات الجوية الدولية؛ والسبب الرئيس وراء ذلك هو أن سوق النقل الجوي أصبح يعتمد على مبادئ السوق الحر؛ لذا سيكون من غير الطبيعي أن تواجه الدول الممارسات المنافسة للمنافسة العادلة والمنصفة من خلال قوانين المنافسة الوطنية.

وهذا ما أكد عليه المؤتمر الثالث للنقل الجوي الدولي عام ١٩٨٥م؛ حيث جاء في التوصية الخامسة الصادرة عنه أن على الدول أن تضمن تطبيق قوانينها الوطنية في مادة المنافسة على النقل الجوي الدولي بطريقة لا تتضارب

---

(1) Hany Dowidar, The Evolution of the Air Carrier's Liability: From Warsaw 1929 to Montreal 1999, Twenty International Annual Conference :Civil Aviation Laws under the National Legislations and the International Conventions, College of Law, United Arab Emirates University, Dubai 23-25 April 2012, p.9.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

مع الالتزامات التي قطعتها على نفسها بموجب اتفاقات الخطوط الجوية أو بموجب اتفاقية شيكاغو، وبطريقة لا تقضي إلى تطبيق تلك القوانين خارج إقليمها بدون اتفاق سابق من الدول المعنية<sup>(١)</sup>.

كما أن القرار رقم (A36-15) الصادر عن الجمعية العمومية لمنظمة الطيران المدني الدولي يؤكد على القيود الاقتصادية والمالية والتشغيلية المطبقة من جانب واحد على المستوى الوطني تؤثر على استقرار النقل الجوي الدولي، وتتنافى مع المبادئ الرئيسية لاتفاقية شيكاغو، كما أنها تشكل عائقاً أمام تطور النقل الجوي الدولي؛ لذا حثت الجمعية العمومية الدول الأعضاء في منظمة الطيران المدني والدول المتعاقدة على تجنب اتخاذ تدابير انفرادية تؤثر على تطور النقل الجوي الدولي بانتظام وتناسق، وأن تضمن عدم تطبيق السياسات والتشريعات المحلية على النقل الجوي الدولي بدون المراعاة الواجبة لسماته الخاصة<sup>(٢)</sup>.

(١) International Civil Aviation Organization, Policy and Guidance Material on the Economic Regulation of International Air Transport, op.cit, p.132.

(٢) International Civil Aviation Organization, Resolutions adopted at the 36th Session of the Assembly, A36-15: Consolidated statement of continuing ICAO policies in the air transport field, op.cit, p.47.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

فمن ناحية لا يمكن الاعتماد كليةً على الأنظمة الوطنية للمنافسة لحماية سوق النقل الجوي الدولي من الممارسات المنافسة للمنافسة العادلة؛ فكل دولة لها أنظمتها الخاصة التي تتفق مع ظروفها وقطاعات طيرانها؛ لذلك يعد التعاون بين الدول في هذا السوق المحرر أمراً لازماً، خاصة بين الهيئات المعنية بتنظيم المنافسة، فالدول يجب أن تتسق فيما بينها، وتحاول أن توافق بين أحكام المنافسة المطبقة على الطيران الدولي؛ وذلك لتجنب حالات التعارض الصارخ للالتزامات المفروضة على شركات الطيران، ومن ناحية أخرى هناك العديد من الدول لا زالت لا تملك قوانين خاصة بالمنافسة، كما أن غالبية الاتفاقات الثنائية الخاصة بالخدمات الجوية غالباً ما تتضمن تنظيمات لمسائل عدة، مثل: تحديد السعة والسعر، وهو ما يتنافى مع قوانين المنافسة الوطنية التي تُحظر تماماً تحديد الأسعار أو تقسيم الأسواق بين المنافسين<sup>(1)</sup>.

لذلك جاء ضمن التوصيات الصادرة عن المؤتمر الخامس للنقل الجوي الدولي عام ٢٠٠٣م بشأن المنافسة والتعاون أن قيام الدول بسن تشريعات للمنافسة وتطبيقه يعد ضماناً مهماً للمنافسة الشريفة مع تقدم الدول صوب سوق نقل جوي محررة، مع ضرورة التعاون بين الدول لنفاذي الخلافات المتعلقة بالمنافسة، وكذلك تجنب الدول القيام باتخاذ تدابير انفرادية تؤثر على

(1) International Civil Aviation Organization, Fair competition in international air transport, op.cit, p.3.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

تنظيم وتنسيق تطور النقل الجوي الدولي، كما أن الدول يجب أن تضمن عند تطبيق القوانين المحلية على النقل الجوي الدولي مراعاة سماته الخاصة التي يتمتع بها<sup>(١)</sup>.

أولاً . قوانين المنافسة الوطنية في مواجهة الاحتكار التعسفي داخل قطاع النقل الجوي الدولي:

بادئ ذي بدء، يجوز لكل دولة عضو - وفقاً للقسم الخامس من المادة الأولى من اتفاق عبور الخطوط الجوية الدولية أو اتفاق الحريرتين<sup>(٢)</sup> الذي صدقت عليه أغلبية دول العالم - أن تعلق أو تلغي أي شهادة أو ترخيص ممنوح لشركة نقل جوي تابعة لدولة أخرى داخل إقليمها، في حالة إخفاق هذه

---

(١) International Civil Aviation Organization, Declaration of Global Principles for the Liberalization of International Air Transport, The Fifth Worldwide air transport conference, op.cit, P.59.

(٢) International Air Services Transit Agreement, signed at Chicago, on 7 December 1944. Article I, Section 5: Each contracting State reserves the right to withhold or revoke a certificate or permit to an air transport enterprise of another State in any case where it is not satisfied that substantial ownership and effective control are vested in nationals of a contracting State, or in case of failure of such air transport enterprise to comply with the laws of the State over which it operates, or to perform its obligations under this Agreement. Available at: <https://www.mcgill.ca/files/iasl/chicago1944b.pdf>

الشركة في الامتثال للقوانين الوطنية، خاصة قانون حماية المنافسة، والتي سنتناولها على النحو التالي.

موقف قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري من الممارسات الاحتكارية التعسفية لشركات الطيران الدولية:

نظم المشرع المصري المنافسة في قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥<sup>(١)</sup>، وتضمنت أحكامه نصوصاً تدخل في صلب تنظيم المنافسة العادلة ومنع الاحتكار التعسفي لتحالفات شركات الطيران، لاسيما اتفاقات الكارتل التي تتم بين شركات الطيران المتحالفة، وتهدف إلى فرض الأسعار وتقسيم الأسواق، وكذلك إساءة هذه التحالفات استغلال المركز المسيطر لها في السوق المعنية لإغلاق الأسواق أمام المنافسين.

حيث تعرّض المشرع المصري للاتفاقات والتعاقدات التي تتم بين المنافسين في السوق المعنية - الكارتل - وتمنع حرية المنافسة أو تقييد منها؛ فقد حظرت المادة (٦) من القانون على المتنافسين في السوق المعنية القيام

---

(١) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥، الجريدة

الرسمية، العدد ٦ مكرر، ١٠ فبراير سنة ٢٠٠٥م.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

باتفاقات أو تعاقدت تؤدي إلى إحداث نتائج معينة تضر بالمنافسة<sup>(١)</sup>، ودون أن يضع معياراً محدداً للوقوف على مدى اعتبار اتفاق الكارتل مانعاً أو مقيداً للمنافسة في السوق المعنية، بل اكتفى بتعدد أربعة نتائج، إذا حدث أي منها نتيجة لإبرام اتفاق الكارتل<sup>(٢)</sup> كان الاتفاق مخالفاً لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، ويقترّب هذا الحكم من النهج الذي سار عليه المشرع الفرنسي في حكم المادة (L420-1) من قانون التجارة الفرنسي، التي حظرت قيام تحالفات أو اتفاقات خارج فرنسا، سواء كانت صريحة أو ضمنية، طالما كان الهدف منها أو كان لوجودها تأثير مباشر أو غير مباشر على منع أو

---

(١) تنص المادة (٦) من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥م على أنه: "يحظر الاتفاق أو التعاقد بين أشخاص متنافسة في أية سوق معينة إذا كان من شأنه إحداث أي مما يأتي: (أ) رفع أو خفض أو تثبيت أسعار البيع أو الشراء للمنتجات محل التعامل. (ب) اقتسام أسواق المنتجات أو تخصيصها على أساس المناطق الجغرافية، أو مراكز التوزيع، أو نوعية العملاء، أو السلع، أو المواسم، أو الفترات الزمنية. (ج) التنسيق فيما يتعلق بالتقدم أو الامتناع عن الدخول في المناقصات والمزايدات والممارسات وسائر عروض التوريد. (د) تقييد عمليات التصنيع أو التوزيع أو التسويق أو الحد من توزيع الخدمات أو نوعها أو حجمها أو وضع شروط أو قيود على توفيرها".

(٢) وفقاً للمادة (١٠) من اللائحة التنفيذية رقم ١٣١٦ لسنة ٢٠٠٥م لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥م، تشمل الاتفاقات والتعاقدات التي تتم في السوق المعنية، الاتفاقات والتعاقدات المكتوبة والشفوية.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

تقييد أو تشويه المنافسة في السوق الفرنسية، خاصة عندما تؤدي هذه التحالفات أو الاتفاقات إلى تقييد الدخول إلى السوق أو حرية المنافسة من قبل المشروعات الأخرى، أو اصطناع زيادة أو خفض في الأسعار لإعاقة تحديد السعر من قبل قوى السوق، وكذلك تقييد أو التحكم في الإنتاج أو الأسواق أو الاستثمارات أو التقدم التقني أو تقسيم الأسواق ومصادر التوريد<sup>(1)</sup>.

وبناء على ذلك يكون محظوراً وفقاً لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري قيام تحالفات بين شركات الطيران أيضاً كان شكل التحالف . مشاركة بالرمز، أو حجز مقاعد، أو أي ترتيبات أخرى أكثر تعقيداً - إذا ترتب عليه رفع أو خفض أو تثبيت أسعار بيع الخدمات الجوية

---

(<sup>1</sup>) Voir : Article L420-1, Code de commerce, Version en vigueur au 9 juillet 2015: « Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à : 1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; 2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; 3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ; 4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.»

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

داخل السوق المصرية(مادة ٦/أ)، أو اقتسام سوق الخدمات الجوية المصري على أساس المناطق الجغرافية أو مراكز التوزيع أو نوعية العملاء أو المواسم أو الفترات الزمنية(مادة ٦/ب)، وكذلك تقييد إتاحة أو توزيع أو تسويق الخدمات الجوية داخل السوق المصرية(مادة ٦/د).

ومن ناحية أخرى لم يورد المشرع المصري تعريفاً للاحتكار التعسفي القائم على إساءة استغلال المركز المسيطر في السوق، إلا أنه أورد في المادة (٨) من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥م صوراً للأفعال التي يحظر على من تكون له السيطرة على سوق معينة القيام بها<sup>(١)</sup>، وهو أيضاً موقف المشرع الفرنسي في المادة (L420-2)،

---

(١) تنص المادة (٨) من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥م على أنه: "يحظر على من تكون له السيطرة على سوق معينة القيام بأي مما يأتي: (أ) فعل من شأنه أن يؤدي إلى عدم التصنيع أو الإنتاج أو التوزيع لمنتج لفترة أو فترات محددة. (ب) الامتناع عن إبرام صفقات بيع أو شراء منتج مع أي شخص أو وقف التعامل معه على نحو يؤدي إلى الحد من حريته في دخول السوق أو الخروج منه في أي وقت. (ج) فعل من شأنه أن يؤدي إلى الاقتصار على توزيع منتج دون غيره، على أساس مناطق جغرافية، أو مراكز توزيع، أو عملاء، أو مواسم، أو فترات زمنية، وذلك بين أشخاص ذوي علاقة رأسية. (د) تعليق إبرام عقد أو اتفاق بيع أو شراء لمنتج على قبول التزامات أو منتجات تكون بطبيعتها أو بموجب الاستخدام التجاري للمنتج غير مرتبطة به مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



حيث، لم تتضمن المادة تعريفاً محدداً لفكرة إساءة استغلال المركز المسيطر في السوق، بل عدت الأفعال التي يقوم بها المشروع المسيطر في السوق مستغلاً مركزه المهيمن على السوق المحلي أو لجزء كبير منه لعرقلة المنافسين والتأثير

أو بمحل التعامل الأصلي أو الاتفاق. (هـ) التمييز بين بائعين أو مشتريين تتشابه مراكزهم التجارية في أسعار البيع أو الشراء أو شروط التعامل. (و) الامتناع عن إنتاج أو إتاحة منتج شحيح متى كان إنتاجه أو إتاحتها ممكنة اقتصادياً. (ز) أن يشترط على المتعاملين معه ألا يتيحوا لشخص منافس له استخدام ما يحتاجه من مرافقهم أو خدماتهم، رغم أن إتاحة هذا الاستخدام ممكن اقتصادياً. (ح) بيع منتجات بسعر يقل عن تكلفتها الحدية أو متوسط تكلفتها المتغيرة. (ط) إلزام مورد بعد التعامل مع منافس.

ويرى الباحث أنه كان من الأفضل للمشرع المصري أن يضع معياراً عاماً للاحتكار التعسفي القائم على إساءة استغلال المركز المسيطر، على أن ترد الأفعال آفة الذكر كأمثلة لما يعد تطبيقاً من تطبيقات إساءة استغلال المركز المسيطر في السوق؛ وذلك لضمان إحاطة النص بما قد يظهر من ممارسات مستقبلية قد تتطوي على إساءة لاستغلال المركز المسيطر في السوق المصرية، أو على الأقل توضيح أن الأفعال المحظورة في المادة وردت على سبيل المثال، وبالتالي تمكين القضاء من التصدي لأي ممارسات جديدة في المستقبل قد تمثل إساءة لاستغلال المركز المسيطر في السوق المعنية، ولو لم ترد ضمن الصور التي وردت في القانون، وهو النهج الذي اتبعه المشرع الأوروبي في المادة (١٠٢) من معاهدة عمل الاتحاد الأوروبي عام ٢٠١٢م، والمتعلقة بتنظيم حظر إساءة استغلال المركز المسيطر في السوق الأوروبية.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

على هيكل المنافسة في السوق الفرنسية، مثل: رفض البيع أو البيع المقترن بشروط تمييزية، أو إنهاء العلاقات التجارية بسبب رفض الشريك الخضوع لشروط تجارية لا مبرر لها<sup>(١)</sup>.

ومن الأهمية بمكان بيان أن المشرع المصري اعتبر المشروع في مركز مسيطر داخل السوق المصرية إذا كانت حصته في السوق تزيد على (٢٥%) من تلك السوق، مع قدرته على إحداث تأثير فعال على الأسعار أو حجم المعروض بها، دون أن تكون لمنافسيه القدرة على الحد من ذلك (م٤ من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية). فالسيطرة وفقاً للقانون المصري تتحقق بتوافر ثلاثة عناصر: أ) زيادة حصة الشخص عن (٢٥%) من السوق المعنية، ويكون حساب هذه الحصة على أساس المنتجات المعنية

---

(<sup>١</sup>) Voir : Article L420-2, Code de commerce, Version en vigueur au 9 juillet 2015: « Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées».

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

والنطاق الجغرافي خلال فترة زمنية معينة<sup>(١)</sup>. (ب) قدرة الشخص على إحداث تأثير فعال في أسعار المنتجات أو في حجم المعروض منها بالسوق المعنية.

(١) انتقد جانب من الفقه موقف المشرع المصري لتبنيه المعيار الحسابي كأسس لتحقيق المركز المسيطر المشروع في السوق المعنية، حيث إن المشرع المصري افترض أن القدرة على إحداث تأثير فعال في الأسعار لا تتوافر إلا للمشروع الذي تزيد حصته السوقية على ٢٥% من السوق المعنية، على الرغم من أنه لا يوجد ما يمنع من وجود مشروع في مركز مسيطر، وتكون حصته السوقية أقل من النسبة التي حددها المشرع المصري بسبب ظروف وخصائص السوق المعنية؛ فمقدار الحصة لا يصلح وحده أن يكون معياراً للسيطرة، حيث توجد العديد من العوامل الأخرى التي تساعد على نشأت المركز المسيطر، مثل: انتماء المشروع لمجموعة قوية تيسر له الحصول على المواد الأولية، أو مساعدته في توزيع منتجاته، أو تقديم خدماته في السوق المعنية، وكذلك شهرة منتجاته بفضل تميزها بخصائص فنية عالية أو ضعف منافسيه، أو لوجود حواجز تمنع دخول منافسين جدد للسوق المعنية خاصة الحواجز التكنولوجية؛ لذلك يفضل عند الوقوف على المركز المسيطر الأخذ بمعيار موضوعي واقعي، يسمح للجهات المتخصصة بتقدير مدى قدرة المشروع على إحداث تأثير فعال في السوق دون أن يكون لمنافسيه أو عملائه أو مستهلكيه القدرة على الحد من ذلك، راجع: د. على سيد قاسم، دراسة انتقادية لمشروع قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الضارة، المؤتمر التاسع لكلية الحقوق جامعة المنصورة، بعنوان "تنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الضارة"، في الفترة من ٢٩ إلى ٣٠ مارس ٢٠٠٥م، ص ١٠؛ د. حسين الماحي، حماية المنافسة، مرجع سابق، ص ٩٩؛ د. سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية، مرجع سابق، ص ١٩٦. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ج) عدم قدرة الأشخاص المنافسين للشخص على الحد من تأثيره الفعال على الأسعار، أو على حجم المعروض من المنتجات في السوق المعنية<sup>(١)</sup>.  
وبذلك يكون المشرع المصري قد اعتد بصفة أساسية عند اعتبار مشروع ما في وضع مسيطر من عدمه على حصة المشروع في السوق المعنية، ووضع قرينة على ذلك، هي: استحواذ المشروع على نسبة تتجاوز (٢٥%) من حجم السوق، بالإضافة لضرورة مراعاة عدة اعتبارات أخرى تتعلق بتركيبة السوق، ووضع المشروع بالنسبة لباقي المنافسين، وتصرفاته في السوق المعنية<sup>(٢)</sup>، ويمكن قياس الحصة السوقية للمشروع بأحد أسلوبين: الأول - يعول على حجم مبيعات المشروع عدداً أو قيمة. الثاني - يعول على الطاقة الإنتاجية للمشروع، ويميل الباحث مع الاتجاه الفقهي<sup>(٣)</sup> الذي يؤيد اعتماد الأسلوب الأول لحساب الحصة السوقية للمشروع، كونه أكثر تعبيراً عن

---

(١) المادة (٧) من اللائحة التنفيذية رقم ١٣١٦ لسنة ٢٠٠٥م لقانون حماية المنافسة ومنع

الممارسات الاحتكارية رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥.

(٢) د. أسامة فتحي عبادة، النظام القانوني لعمليات التركيز الاقتصادي في قانون المنافسة،

مرجع سابق، ص ٣١٩.

(٣) د. حسين الماحي، حماية المنافسة، مرجع سابق، ص ٧٣؛ د. أحمد عبد الرحمن الملحم،

الاحتكار والأفعال الاحتكارية، دراسة تحليلية مقارنة في القانون الأمريكي والأوروبي

والكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى ١٩٩٧م، ص ٥٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

حقيقة المقدرة الاقتصادية الفعلية للمشروع ومدى تأثيرها في السوق المعنية، بخلاف الأسلوب الثاني الذي قد يعيبه عدم الدقة، فقد يكون إنتاج أحد المشروعات كبيراً، لكنه ينتج أكثر من حاجة السوق؛ وبالتالي يخفق في تسويق كل إنتاجه، فلا يمكن أن نأخذ في الحسبان حجم إنتاجه غير الموزع عند حساب حصته السوقية.

وقد اعتبر المشرع المصري أن الشخص يكون ذا تأثير فعال على أسعار المنتجات أو حجم المعروض منها في السوق المعنية، إذا كانت له القدرة من خلال ممارساته المنفردة على تحديد أسعار تلك المنتجات أو حجم المعروض منها بهذه السوق، دون أن تكون لمنافسيه القدرة على منع هذه الممارسات، وذلك بمراعاة عدة عوامل هي: (أ) حصة الشخص في السوق المعنية ووضع النسبة لباقي المنافسين. (ب) تصرفات الشخص في السوق المعنية في الفترة السابقة. (ج) عدد الأشخاص المتنافسين في السوق المعنية وتأثيرها النسبي على هيكل السوق. (د) مدى قدرة كل من الشخص ومنافسيه على الوصول إلى المواد اللازمة للإنتاج. (هـ) وجود عقبات لدخول أشخاص آخرين السوق المعنية<sup>(١)</sup>.

---

(١) المادة (٨) من اللائحة التنفيذية رقم ١٣١٦ لسنة ٢٠٠٥م لقانون حماية المنافسة ومنع

الممارسات الاحتكارية رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥م.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وفيما يخص موضوع البحث يمكننا أن نتوقف عند صورة من الأفعال التي حظر فيها المشرع المصري على صاحب المركز المسيطر القيام بها، وهي التي جاءت في الفقرة (ح) وحظرت على صاحب المركز المسيطر بيع منتجات بسعر يقل عن تكلفتها الحدية أو متوسط تكلفتها المتغيرة، وهذه الصورة ما هي إلا تطبيق لقاعدة اريدا تيرنر Areeda-Turner rule السابق الإشارة إليها بشأن التسعير الافتراضي، فوفقاً لقانون حماية المنافسة المصري إذا قام تحالف لشركات الطيران - مركز مسيطر جماعي - في السوق المعنية ببيع تذاكر طيران لخط جوي معين بتكلفة أقل من التكلفة الحدية أو متوسط تكلفتها المتغيرة، يكون قد أساء استغلال مركزه المسيطر باستخدامه أسلوب التسعير الافتراضي، وهو ما يمثل ممارسة احتكارية تعسفية لشركات الطيران المتحالفة وفقاً لقانون المنافسة المصري، بعد إجراء فحص متعمق للظروف الواقعية المرتبطة بالاتفاق، وعلى رأسها هيكل السوق، وسلوك شركات الطيران أطراف الاتفاق.

وهذا ما أكدت عليه اللائحة التنفيذية لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية رقم ١٣١٦ لسنة ٢٠٠٥م، فوفقاً للفقرة (ح) من المادة

(١٣) من اللائحة يراعى عند تحديد ما إذا كان المنتج<sup>(١)</sup> يتم بيعه بسعر يقل عن تكلفته الحدية أو متوسط تكلفته المتغيرة<sup>(٢)</sup> - التسعير الافتراضي - عدة أمور هي: (١) ما إذا كان البيع يؤدي إلى إخراج أشخاص منافسين للشخص المسيطر من السوق. (٢) ما إذا كان البيع يؤدي إلى منع أشخاص منافسين للشخص المسيطر من الدخول إلى السوق. (٣) ما إذا كان يترتب على البيع قدرة الشخص المسيطر على رفع الأسعار بعد إخراج الأشخاص المنافسين له من السوق. (٤) ما إذا كانت الفترة الزمنية لبيع المنتج بسعر يقل عن تكلفته الحدية أو متوسط تكلفته المتغيرة تؤدي إلى تحقيق، أي: مما سبق.

- موقف القانون الأمريكي لحماية المنافسة **Antitrust Law** من الممارسات الاحتكارية التعسفية لشركات الطيران الدولية:

(١) وفقاً للفقرة (ب) من المادة (٢) من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري المنتج يشمل السلع والخدمات؛ لذلك فإن النص يشمل الخدمات التي تقدمها شركات النقل الجوي.

(٢) وفقاً للفقرة (ح) من المادة (١٣) من اللائحة التنفيذية رقم ١٣١٦ لسنة ٢٠٠٥م لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥م، ويقصد بالتكلفة الحدية: نصيب الوحدة من المنتجات من إجمالي التكاليف خلال فترة زمنية محددة، كما يقصد بالتكلفة المتغيرة: التكلفة التي تتغير بتغيير حجم ما يقدمه الشخص من منتجات خلال فترة زمنية محددة، ويقصد بمتوسط التكلفة المتغيرة: إجمالي التكاليف المتغيرة مقسوماً على عدد وحدات من المنتجات.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

يمكن القول بأنه يوجد لدى الولايات المتحدة الأمريكية قانونان أساسيان يحكمان تنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية التي تقيد حرية التجارة في مجال النقل الجوي هما<sup>(١)</sup>: قانون شيرمان Sherman Antitrust Act، وقانون كلايتون Clayton Antitrust Act؛ وقد عالج القانون الأول الاتفاقات المقيدة للمنافسة، مثل: اتفاقات تثبيت الأسعار أو تقسيم الأسواق، أما الثاني فقد جاء ليسد الثغرات التي وجدت في القانون الأول، وعلى رأسها تجريم

---

(١) لن نتناول في هذا الخصوص قانون لجنة التجارة الفيدرالية Federal Trade Commission Act، الذي أقره الكونجرس الأمريكي في ٢٩ سبتمبر ١٩١٤م بهدف إنشاء لجنة تختص بالرقابة على الممارسات التجارية غير العادلة، لها سلطة منع المشروعات من استخدام أساليب المنافسة غير العادلة التي من الممكن أن تؤثر على حرية التجارة، وتسبب ضرراً جوهرياً بالمستهلكين، والعلة في ذلك أن المشرع الأمريكي استثنى في المادة (٢/أ) من القسم الخامس من القانون شركات النقل الجوي الوطنية والأجنبية من الخضوع لرقابة هذه اللجنة، انظر:

Federal Trade Commission Act 1914, 15 U.S. Code § 45, SEC.5; (a) (1) Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful. (2) The Commission is hereby empowered and directed to prevent persons, partnerships, or corporations, except banks, savings and loan institutions described in section 18(f)(3)...., common carriers subject to the Acts to regulate commerce, air carriers and foreign air carriers subject to the Federal Aviation Act of 1958,....

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



حالات الاندماج أو الاستحواذ التي تضر بالمنافسة، والتي كانت مشروعة في حد ذاتها وفقاً لقانون شيرمان، طالما تمت بدون نية احتكار السوق؛ ليكتمل بذلك منظومة حماية المنافسة ومنع الاحتكار وفقاً لسياسة المنافسة الأمريكية. وما يهمننا في هذا الصدد هو قانون شيرمان لمكافحة الاحتكار، فوفقاً للقسم الأول منه أي شخص يبرم عقداً أو أن يشترك في تحالف أو أن يتآمر مع آخرين بغية إعاقة التجارة داخل الولايات المتحدة أو مع الدول الأجنبية يُعد مرتكباً لجناية عقوباتها الغرامة التي لا تزيد عن مائة مليون دولار إذا كان المدان شركة، أو مليون دولار إذا كان المدان شخصاً طبيعياً، أو السجن مدة لا تزيد عن عشر سنوات، أو بالعقوبتين كليهما وفقاً لتقدير المحكمة<sup>(1)</sup>؛ لذا يدخل تحت طائلة التجريم أي عقد أو تحالف أو تواطؤ بين شركات الطيران، من شأنه أن يقيد من المنافسة الحرة في سوق النقل الجوي الأمريكي، سواء

---

(<sup>1</sup>) The Sherman Antitrust Act, 15 U.S. Code § 1: «Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court».

كان الاتفاق صريحاً أو ضمناً، مثل: الاتفاق على خفض أو رفع أو تثبيت أسعار الرحلات الجوية، أو الاتفاق على تقسيم الأسواق بين شركات الطيران أطراف الاتفاق.

وفيما يخص إساءة استغلال المركز المسيطر في القانون الأمريكي، فوفقاً للقسم الثاني من قانون شيرمان يُحظر على المشروعات احتكار أو محاولة احتكار أو التآمر لاحتكار أي جزء من التجارة داخل الولايات المتحدة الأمريكية أو مع الدول الأجنبية، حيث يعد مرتكباً لجناية عقوبتها الغرامة أو الحبس أو بالعقوبتين كليهما كل شخص استخدم أي سلوك منافٍ للمنافسة، بهدف اكتساب أو الحفاظ على القوة الاحتكارية<sup>(١)</sup>؛ وبذلك يكون المشرع الأمريكي قد اشترط لتطبيق هذا النص أن تكون الشركات المتورطة في هذا

---

(<sup>١</sup>) The Sherman Antitrust Act, 15 U.S. Code § 2: «Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court».

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

النوع من الممارسات الاحتكارية التعسفية في موضع احتكاري فعلاً أو في طريقها لأن تصبح محتكرة<sup>(١)</sup>.

ومن الجدير بالذكر أن قانون شيرمان لم يضع معياراً عاماً للمركز المسيطر في السوق، وترك ذلك للمحاكم الأمريكية، وبالرجوع إلى الأخيرة نجد أن أشهر الأحكام الأمريكية التي تناولت إساءة استغلال المركز المسيطر، انتهت فيها المحاكم إلى أن المركز الاحتكاري المسيطر لا ينشأ إلا إذا كان لدى أحد المشروعات المقدرة على رفع الأسعار أو تفادي المنافسة عند الرغبة في ذلك<sup>(٢)</sup>، كما ذهب المحكمة الأمريكية العليا في حكم آخر إلى أن جريمة إساءة استغلال المركز المسيطر وفقاً للقسم الثاني من قانون شيرمان تتطلب توافر عنصرين: الأول - أن يكون المشروع المدان في مركز المسيطر فعلاً، ولديه القوة الاحتكارية التي تمكنه من الهيمنة على معظم إنتاج السوق المعنية. الثاني - أن يصدر عن صاحب المركز المسيطر ممارسات عمدية إقصائية للمنافسين Exclusionary أو افتراضية Predatory أو مانعة للمنافسة في

---

(١) د. حسين محمد فتحي، الممارسات الاحتكارية والتحالفات لتقويض حريتي التجارة والمنافسة، دراسة لنظام الأنترنت في النموذج الأمريكي، دار النهضة العربية ١٩٩٨م، ص ٧٤.

(٢) United States Supreme Court, United States v. American Tobacco Co., 221 U.S. 106, May 29, 1911.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

السوق Anticompetitive، بهدف الحفاظ على مركزه المسيطر في السوق المعنية<sup>(١)</sup>.

- موقف القانون الأوروبي لحماية المنافسة Le droit antitrust européen من ممارسات الاحتكار التعسفي لشركات الطيران الدولية:

يقوم النظام الاقتصادي في السوق الأوروبية على مبدأ السوق المفتوح والمنافسة الحرة، فمنذ معاهدة روما الموقعة عام ١٩٥٧م وقيام الجماعة الاقتصادية الأوروبية، كان الهدف الرئيس للسوق الأوروبية المشتركة هو تحقيق الاستقرار الاقتصادي للجماعة الأوروبية من خلال توثيق العلاقات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية بين الدول الأعضاء، وتنمية الأنشطة الاقتصادية للدول الأعضاء بشكل منسق ومتوازن، في ظل وجود نظام فعال لحماية المنافسة<sup>(٢)</sup>، وهو ما يمكن أن نستنتجه مما ورد في المادة (٤) من الاتفاقية التي تقضي بأن على الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي اعتماد سياسات اقتصادية تقوم على التنسيق بين الدول الأعضاء بشأن السوق الداخلية وتحديد الأهداف المشتركة، وأن يتم ذلك وفقاً لمبدأ اقتصاد السوق

(١) United States Supreme Court, Aspen Skiing co V. Aspen Highlands Skiing Corp, 472 U.S. 585, June 19, 1985. Available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/472/585/>

(٢) Xavier vives, Competition policy in the EU, fifty years on from the treaty of Rome, Oxford university press 2009, p.2.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

المفتوح والمنافسة الحرة<sup>(١)</sup>، كما أن المادة (١/٣) من معاهدة روما نصت على ضرورة إقامة نظام لضمان المنافسة لا يشوه السوق المشتركة<sup>(٢)</sup>.

وقد تكفلت المواد (من ٨١ إلى ٨٩) من المعاهدة بتجسيد السياسة الأوروبية تجاه تنظيم المنافسة داخل دول الاتحاد الأوروبي، التي تركز لقمع كل الممارسات المنافية للمنافسة، ومنع استغلال المركز المهيمن في السوق<sup>(٣)</sup>، فوفقاً للمادتين (٨١ و ٨٢) من معاهدة روما، يكون متعارضاً مع السوق المشتركة ويحظر بموجب المعاهدة إبرام أي اتفاق بين المشروعات أو أي ممارسات تؤثر على التجارة بين الدول الأعضاء، ويكون الغرض منها أو نتائجها منع أو تقييد أو تشويه المنافسة داخل السوق المشتركة، لاسيما الاتفاقات التي تهدف إلى جعل أسعار البيع أو الشراء ثابتة بشكل مباشر أو غير مباشر، أو الاتفاق على تقييد بيع منتج بآخر، أو الاتفاق على تقسيم

---

(١) Article (4) de traité instituant la communauté européenne signé à Rome le 25 mars 1957 version consolidée.

(٢) Article (3/1g) de traité instituant la communauté européenne signé à Rome le 25 mars 1957 version consolidée.

(٣) Joseph Wilson, Globalization and the limits of national merger control laws, International Competition Law Series, Kluwer Law International 2003, p.130.

الأسواق، أو أي اتفاق يكون الهدف منه الحفاظ على الوضع المسيطر في السوق المشتركة عن طريق تقييد المنافس<sup>(١)</sup>.

وذلك يُظهر بوضوح أن اتفاقية روما بشأن إنشاء الاتحاد الأوروبي جاءت متأثرة بقانون شيرمان الأمريكي للحد من السلوك التنافسي غير المشروع بين الشركات، وإن كان هناك فارق في الهدف لكل منهما؛ فقانون شيرمان في الولايات المتحدة الأمريكية كان يهدف في المقام الأول الدفاع عن المنافسة الحرة، أما النصوص التي جاءت في معاهدة روما بخصوص تنظيم المنافسة كان الهدف منها تعزيز حماية المستهلك الأوروبي.

ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى أن القانون الأوروبي لحماية المنافسة عام ٢٠٠٤م شهد عدة إصلاحات هامة بشأن تطبيق المادتين (٨١ و ٨٢) من معاهدة روما، وذلك بصدور اللائحة الأوروبية رقم ٢٠٠٣/١ بشأن تنفيذ قواعد المنافسة المنصوص عليها في المادتين ٨١ و ٨٢ من معاهدة روما، والتي دخلت حيز التنفيذ في الأول من مايو ٢٠٠٤م<sup>(٢)</sup>، وأهم ملامح هذه

---

(١) Article 81 et Article 82 du Traité de Rome Instituant la Communauté européenne, signé à Rome en 1957. Disponible sur : <http://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/IMG/pdf/tce.pdf>

(٢) Règlement (CE) No 1/2003 du conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, Journal FR officiel de l'Union européenne, L 1/1, 4.1.2003. Disponible sur : [http://eur-](http://eur-مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية)  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الإصلاحات هي<sup>(١)</sup>: أولاً- إنشاء نظام لا مركزي بشأن تطبيق المادتين ٨١ و ٨١ من معاهدة روما، بحيث أصبح من حق المحاكم الوطنية في الدول الأعضاء تطبيق هاتين المادتين بعدما كان الأمر مقصوراً على محاكم وسلطات الاتحاد الأوروبي، في ظل القواعد المنصوص عليها في اللائحة التي تسمح بالتطبيق المتوازي لقواعد القانون الأوروبي والقواعد الوطنية المتعلقة بالمنافسة، وتتسق بين السلطات القضائية الوطنية والسلطات القضائية للاتحاد الأوروبي، وهذا ما أكدت عليه محكمة العدل الأوروبية<sup>(٢)</sup> في حكم حديث لها عندما قضت بأنه: يجوز للمفوضية الأوروبية أن ترفض التعامل مع شكوى بشأن ممارسة مقيدة للمنافسة، طالما أن ذات الشكوى قد تم التعامل معها من قبل سلطات المنافسة الوطنية، تأسيساً على المادة (١٣) من اللائحة الأوروبية رقم ٢٠٠٣/١ م.

[lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=FR](http://lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=FR)

(١) د. سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات

التجارية، مرجع سابق، ص ١٦ وما بعدها.

(٢) Cour de justice des Communautés européennes, Affaire T-355/13, easyJet Airline Co. Ltd contre Commission des Communautés européennes, communiqué de presse n° 7/15, Luxembourg, le 21 janvier 2015. Disponible sur : <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-01/cp150007fr.pdf>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ثانياً- بعد صدور اللائحة أصبح كل اتفاق تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها في المادة (٣/٨١)<sup>(١)</sup> يُعد صحيحاً بمجرد إبرامه دون حاجة إلى إخطار المفوضية الأوروبية للمنافسة به والحصول على شهادة منها بأنه لا يخالف الحظر المنصوص عليه في المادة (١/٨١)، وفي حالة المنازعة في صحة الاتفاق يجب على أطرافه أن يثبتوا توافر الشروط المنصوص عليها في المادة (٣/٨١)، وعلى كل من يدعي مخالفة الاتفاق للمادة السابقة أن يثبت هذه المخالفة<sup>(٢)</sup>.

---

(١) وفقاً للمادة (٣/٨١) من معاهدة روما يستثني من تطبيق أحكام المادة (١/٨١) من المعاهدة أية اتفاقات تتم بين مشروعات أو قرارات أو ممارسات تصدر عنها تسهم في تحسين الإنتاج أو توزيع السلع أو تعزيز التقدم التقني والاقتصادي مع تحويلها نصيب عادل من الفوائد الناتجة عنها للمستهلكين، وبدون: أ) أن تفرض على المشروعات المعنية أي قيود لا تكون حتمية لبلوغ الأهداف السابقة. ب) أن تمنح هذه المشروعات القدرة على إمكانية استبعاد المنافسة بشأن نسبة كبيرة من المنتجات المعنية.

(٢) Larry Bumgardner, Antitrust Law in the European Union, Graziadio Business Review 2006, volume 8, Issue 3.  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



ثالثاً - دعم سلطات المفوضية الأوروبية للمنافسة<sup>(١)</sup> فيما يخص مراقبة تطبيق المادتين ٨١ و ٨٢ من معاهدة روما، وبحث مدى توافر شروطهما بشأن أي اتفاق له علاقة بالسوق الأوروبية المشتركة، ومن ثم رفع الأمر لمحكمة العدل الأوروبية إذا ما تأكدت المفوضية من وقع انتهاكات للأحكام المنظمة للمنافسة في السوق الأوروبية المشتركة<sup>(٢)</sup>.

(١) لمزيد من التفاصيل حول الإطار المؤسسي لحماية المنافسة في الاتحاد الأوروبي، راجع: د. عمر محمد حماد، الاحتكار والمنافسة غير المشروعة. دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية ٢٠٠٩م، ص ٤٠٦ وما بعدها.

(٢) من أهم التطبيقات القضائية على دعم سلطات المفوضية الأوروبية للمنافسة بشأن الممارسة المنافية للمنافسة العادلة في السوق الأوروبية المشتركة؛ الدعوى التي تقدمت بها المفوضية الأوروبية للمنافسة ضد شركة ميكروسوفت أمام المحكمة الأوروبية، والتي قضت فيها الأخيرة بتغريم شركة ميكروسوفت ٦٠٠ مليون دولار لإرتكابها سلوكاً منافياً للمنافسة العادلة قائماً على إساءة استخدام الوضع المهيمن؛ حيث إن الدعوى انتهت بأن شركة ميكروسوفت أساءت استعمال المركز المهيمن، كونها أصدرت نظام التشغيل ويندوز ملحقاً به برنامج ويندوز ميديا بلاير المشغل للوسائط، مما أثر على وضع المنافسين المنتجين لهذه النوعية من البرامج؛ لذلك أمرت المحكمة الشركة بالإضافة للغرامة تعديل نظام التشغيل ويندوز وإنتاج نسخة جديدة خلال ٩٠ يوماً لا تتضمن برنامج ويندوز ميديا بلاير، مع السماح لنظام الويندوز بالتشغيل البيئي للبرامج البديلة المشغلة للوسائط، للاطلاع على الحكم راجع:

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

أما فيما يخص السياسة الأوروبية الحالية تجاه المنافسة فإنها تقوم على الإطار التنظيمي الذي أنشئ بموجب اللائحة الأوروبية رقم ٢٠٠٤/١٣٩ المتعلقة برقابة التركزات بين المشروعات<sup>(١)</sup>، وأيضاً معاهدة عمل الاتحاد الأوروبي عام ٢٠١٢ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne<sup>(٢)</sup>، والتي تضمنت ثلاثة مجالات رئيسة مرتبطة بتنظيم المنافسة في السوق الأوروبية المشتركة هي:

- تدابير ضد التكتلات الاقتصادية أو الكارتلات le dispositif contre les ententes وقد نظمها المادة (١٠١) من الاتفاقية.

---

Microsoft Corp, v Commission of the European Communities, Judgment of the Court of First Instance (Grand Chamber), 17 September 2007, Case T-201/04, European Court Reports 2007 II-03601. Available at:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62004TJ0201>

(<sup>1</sup>) Règlement (CE) No 139/2004 du conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, Journal officiel de l'Union européenne, L 24/1, 29.1.2004. Disponible sur :

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:024:0001:0022:FR:PDF>

(<sup>2</sup>) Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, Journal FR officiel de l'Union européenne, C 326/47, 26.10.2012. Disponible sur

[:http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=FR](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=FR)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

- تدابير ضد إساءة استعمال المركز المسيطر le dispositif contre les abus de position dominante وقد نظمتها المادة (١٠٢) من الاتفاقية.

- رقابة المساعدات الحكومية le contrôle des aides d'Etat وقد نظمتها المادة (١٠٧) من الاتفاقية.

ويتضح من هذه الآليات التي أقرها الاتحاد الأوروبي بشأن تنظيم المنافسة أن دول الاتحاد الأوروبي اتفقت على حماية هيكل السوق المشترك وبنيته الاقتصادية من التركزات المنافية للمنافسة العادلة، كما أن السيطرة على المعونات التي تقدمها الدول للمشروعات كان الهدف منه حماية المنافسة العادلة من تحيز الدولة تجاه بعض المشروعات، الأمر الذي قد ينتهي بحدوث اضطرابات في السوق.

ووفقاً للمادة (١٠١) من معاهدة عمل الاتحاد الأوروبي يمكن للمفوضية الأوروبية للمنافسة أن تراقب أية ممارسات تقيد أو تشوه المنافسة داخل السوق الأوروبية المشتركة، ويتم ذلك من خلال تحليل النتائج المترتبة على المشاورات والتعهدات التي تتم بين المشروعات بشأن التكتل فيما بينها، ومدى احتمال أن يمثل ذلك تقييداً للمنافسة وحرية التجارة بين الدول الأعضاء،

ولو لم ترق هذه التعهدات لمرتبة العقد كما أكدت محكمة العدل الأوروبية<sup>(١)</sup>؛ فإذا ثبت للمفوضية أن الاتفاق الذي سينتج عن المشاورات التي تمت بين المشروعات غير مقيدة للمنافسة، فيتوقف دور المفوضية عند هذا الحد باعتبار أن الاتفاق المزمع إبرامه لا يخالف الحظر المنصوص عليه في المادة (١٠١)، أما إذا ثبت للمفوضية أن هذا الاتفاق إذا أبرم فسيكون مقيداً للمنافسة في السوق الأوروبية، فيمكن للمفوضية الأوروبية أن تتدخل لإيقافه، وإذا أبرم فيكون باطلاً بقوة القانون.

وتجدر الإشارة إلى أن الأفعال التي عدتها المادة (١٠١/١) واعتبرتها مقيدة ومشوهة للمنافسة، وهي: تثبيت الأسعار، أو الحد والسيطرة على الإنتاج، أو الفرص السوقية، أو التطور التقني، أو الاستثمار، أو تقسيم الأسواق، أو مصادر التوريد، وكذلك تطبيق شروط مختلفة بشأن الصفقات المماثلة، أو تضمين العقود التزامات إضافية ليس لها علاقة بموضوع العقد أو معاملة العملاء معاملة تمييزية غير عادلة، جميعها ممارسات وردت على سبيل المثال وليس الحصر، حيث إشارات المادة أنفة الذكر لتلك الممارسات بعبارة "وعلى

(١) Cour de justice des Communautés européennes, Affaire C-41/69, ACF Chemiefarma NV contre Commission des Communautés européennes, Arrêt de la Cour du 15 juillet 1970. Disponible sur : <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&jur=C.T.F&num=41/69&td=ALL>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وجه الخصوص تلك "et notamment ceux qui يحق للمفوضية الأوروبية للمنافسة وهي تراقب الأعمال المقيدة للمنافسة وفقاً للمادة (١٠١) أن تجري قياساً على الممارسات السابقة، لكي تحول دون وقوع أي اتفاقات تتم بين المشروعات وتؤدي إلى تقييد وتشويه المنافسة في السوق الداخلية<sup>(١)</sup>.

وفي كل الأحوال يجب على المفوضية الأوروبية للمنافسة في سبيلها لتحقيق المنافسة العادلة في السوق الأوروبية المشتركة، إذا ما توصلت إلى أن هناك اتفاقاً مقيداً للمنافسة أن توازن بين اعتبار هذا الاتفاق باطلاً وبين الاستثناءات التي جاءت بها المادة (٣/١٠١)، فالأخيرة اعتبرت أن الاتفاقات التي تتم بين المشروعات تظل مشروعة ولو تضمنت قيوداً للمنافسة في السوق الأوروبية المشتركة طالما كانت هذه الاتفاقات تسهم في تحسن الإنتاج أو توزيع السلع أو تعزيز التقدم التقني والاقتصادي، مع تخويلها نصيب عادل من الفوائد الناتجة عنها للمستهلكين، وبدون: أ) أن تفرض على المشروعات المعنية أي قيود لا تكون حتمية لبلوغ الأهداف السابقة. ب) أن تمنح هذه

---

(١) وفقاً للمادة (26/2) من معاهدة عمل الاتحاد الأوروبي السوق الداخلية للاتحاد الأوروبي Le marché intérieur تتضمن المساحات بلا حدود داخلية، والتي يكون فيها حرية حركة البضائع والأشخاص والخدمات ورؤوس الأموال مكفولاً وفقاً للأحكام المنصوص عليها في المعاهدة.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

المشروعات القدرة على إمكانية استبعاد المنافسة بشأن نسبة كبيرة من المنتجات المعنية.

أما فيما يخص حماية المنافسة في السوق الأوروبية من الممارسات المرتبطة بإساءة استغلال المركز المسيطر، فوفقاً للمادة (١٠٢) من معاهدة عمل الاتحاد الأوروبي يكون من غير المتوافق مع السوق الأوروبية المشتركة، ويحظر القيام به بخصوص التجارة بين الدول الأعضاء، أي فعل من شخص أو أكثر يمثل إساءة استخدام لمركزه المسيطر في السوق الداخلية للاتحاد الأوروبي أو في جزء كبير منها.

وعلى الرغم من أن المعاهدة اعتبرت أن إساءة استغلال المركز المسيطر من الأفعال التي تمثل قيداً على المنافسة وتشويهاً لها في السوق الأوروبية المشتركة، وعددت أمثلة على الممارسات التي تشكل إساءة لاستغلال المركز المسيطر، إلا أنها لم تتعرض لمفهوم المركز المسيطر؛ لذلك تصدت محكمة العدل الأوروبية<sup>(١)</sup> لبيان المقصود بالمركز المسيطر في السوق

---

(١) Cour de justice des Communautés européennes, Affaire C-85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG contre Commission des Communautés européennes, Arrêt de la Cour du 13 février 1979. Disponible sur : <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&jur=C,T,F&num=85/76&td=ALL>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الأوروبية، واعتبرته حالة تنم عن قوة اقتصادية لأحد المشروعات، تمكنه من وضع عقبات أمام الحفاظ على المنافسة الفعالة في السوق المعنية، مما يتيح له فرصة للتصرف باستقلالية بشكل كبير في مواجهة منافسيه وعملائه والمستهلكين؛ ووفقاً لما جاءت به محكمة العدل الأوروبية من تحديد للمركز المهيمن أو المسيطر في السوق، لن يكون هناك انتهاك للمادة (١٠٢) من المعاهدة، إلا إذا كان هناك مشروع قادر على العمل في السوق بطريقة منعزلة عن البيئة المحيطة به، نظراً لما له من قوة اقتصادية، سببها حيازته لحصص سوقية هامة في السوق المعنية.

ويُعد من أهم الممارسات التي ضمنتها المعاهدة، وتمثل إساءة لاستغلال المركز المسيطر في السوق الأوروبية المشتركة؛ (١) أن يفرض المشروع صاحب المركز المسيطر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة أسعار الشراء أو البيع، أو أن يفرض شروطاً أخرى غير عادلة للمعاملات التجارية. (٢) الحد من الإنتاج أو الفرص السوقية أو التطور التقني على نحو يضر بمصالح المستهلكين. (٣) تطبيق شروط مختلفة بشأن الصفقات المماثلة التي يبرمها مع الشركاء التجاريين، مما يجعلهم في وضع تنافسي غير متكافئ. (٤) تضمين العقود التزامات إضافية ليس لطبيعتها أو بحسب الأعراف التجارية علاقة بموضع العقود.

ومن الملاحظ أن الأمثلة التي نصت عليها المادة (١٠٢) بشأن إساءة استغلال المركز المسيطر تشكل خروجاً فعلياً عن ممارسات المنافسة العادلة، فالأخيرة في حد ذاتها تُعدّ أمراً مشروعاً حتى لو كانت صادرة عن مشروع في موضع مسيطر داخل السوق كرد فعل على ظهور منافس جديد، مثال ذلك: أن يبادر المشروع صاحب المركز المسيطر بتحسين نوعية المنتجات أو الخدمات التي يقدمها، أو أن يتوصل إلى ابتكارات تسهم في تقديمه لمنتجات وخدمات جديدة، أو أن يطور الخدمات التي يقدمها للعملاء أثناء تأدية الخدمة أو بعدها، إلى آخره من ممارسات تتفق مع أسس المنافسة الموضوعية.

وأخيراً فضلاً عن انفراد الاتحاد الأوروبي بتنظيم أحكام لرقابة المساعدات التي تقدمها الحكومات للمشروعات في المواد من (١٠٧) إلى (١٠٩) من معاهدة عمل الاتحاد الأوربي، والتي قد تؤدي إلى تشويه المنافسة في السوق الأوروبية المشتركة، يعتبر من أهم دعائم النظام الجديد لحماية المنافسة ومنع الاحتكار التعسفي في الاتحاد الأوروبي اللائحة الأوربية رقم ٢٠٠٤/١٣٩ المتعلقة برقابة التركزات بين المشروعات، والتي تهدف إلى رقابة وحظر تكوين التركزات الضارة بالمنافسة في السوق الأوروبية المشتركة؛ حيث أكد المشرع الأوروبي في اللائحة على أنه يحظر الاندماجات التي من شأنها أن تعوق بشكل كبير المنافسة الفعالة في السوق المشتركة أو في جزء كبير



منها، لاسيما التي تؤدي إلى إنشاء أو تعزيز مركز مسيطر؛ حيث إنه يجب أن يعلن أنها تتعارض مع السوق الأوروبية المشتركة<sup>(١)</sup>.

ثانياً . نظرية التطبيق الممتد لقوانين المنافسة الوطنية على تحالفات شركات الطيران الدولية:

يمكن التسليم بأنه لا يوجد نظام دولي موحد لحماية المنافسة، وأن قوانين المنافسة الوطنية قد تتباين فيما بينها، فضلاً عن أن هناك دولاً لم تسن تشريعات خاصة بحماية المنافسة؛ لذا قد تجد الدول مبرراً كافياً لمد نطاق تطبيق قوانين المنافسة لديها على الممارسات التي تحدث خارج حدودها الوطنية؛ مراعاة لمصالحها الاقتصادية المشروعة.

وتقوم فكرة تطبيق قوانين المنافسة الوطنية على الاتفاقات والممارسات

المنافسة للمنافسة العادلة التي تتم بالخارج على نظرية الآثار Effects Theory<sup>(٢)</sup>، والتي بمقتضاها يمكن مد تطبيق قوانين المنافسة الوطنية على

---

(<sup>١</sup>) L'article 2/3 du Règlement (CE) No 139/2004 du conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, Journal officiel de l'Union européenne, L 24/1, 29.1.2004.

(<sup>٢</sup>) يعود الفضل لظهور مبدأ الآثار ومد تطبيق القوانين الوطنية على الممارسات

التي تقع في الخارج للقضاء الأمريكي؛ حيث كان أول مرة يطبق فيها هذا المبدأ

عام ١٩١١م في دعوى شهيرة أمام المحكمة الأمريكية العليا عرفت بقضية التبغ

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

شركات الطيران الأجنبية في الخارج التي ارتكبت ممارسات مقيدة للمنافسة بشأن أحد الخطوط الجوية، طالما كانت لهذه الممارسات المقيدة للمنافسة آثاراً واضحةً على السوق الوطنية<sup>(١)</sup>.

- يتضمن قانون الطيران الفيدرالي في الولايات المتحدة الأمريكية أحكاماً معينة بتنظيم المنافسة في قطاع النقل الجوي الداخلي والدولي، تمكن هيئة الطيران المدني Civil Aeronautics Board من مواجهة الممارسات غير العادلة بين المتنافسين في سوق النقل الجوي، سواء محلياً أو دولياً،

---

الكبرى؛ حيث تم التواطؤ بين شركة التبغ الأمريكية وشركة التبغ البريطانية على احتكار سوق التبغ في الولايات المتحدة الأمريكية واقتسام باقي أسواق العالم، وفيها رفضت المحكمة دفاع الشركة البريطانية المبني على أن قانون شيرمان ليس له آثار خارج حدود الولايات المتحدة الأمريكية، ولا يطبق على التواطؤ الذي تم في الخارج، وقررت تطبيق قانون شيرمان على الدعوى؛ استناداً على أن هذه الممارسات المقيدة للمنافسة وإن كانت ارتكبت في الخارج، إلا أنها أضرت بسوق المنافسة الأمريكية، راجع:

United States Supreme Court, United States v. American Tobacco Co., 221 U.S. 106, May 29, 1911.

(١) Sato chie, Extraterritorial application of EU competition law: Is it possible for Japanese companies to steer clear of EU competition law?, Journal of Political Science & Sociology 2010, Issue 11, p.30. see also; Lucia Bonova, The international Merger control regime: building cooperation without harmonization, institute of comparative law, thesis, McGill university, Canada 2005, p.20.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

لتحقيق المصلحة العامة<sup>(١)</sup>؛ حيث يحق للمجلس وتحقيقاً للصالح العام - سواء من تلقاء نفسها أو بناء على شكوى مقدمة من أي ناقل جوي وطني أو أجنبي أو وكالة لبيع تذاكر السفر - أن تجري تحقيقاً لتحديد ما إذا كان الناقل الجوي المشكو في حقه قد ارتكب أو شارك في ارتكاب أفعال خادعة أو غير عادلة للمنافسة في سوق النقل الجوي، فإذا ما تأكدت من ارتكابه مثل هذه الأفعال فإنها تلزمه بالتوقف عن القيام بهذه الممارسات المنافسة للمنافسة العادلة<sup>(٢)</sup>.

كما أن قانون تحسين مكافحة الاحتكار بشأن التجارة الخارجية الصادر عام ١٩٨٢م<sup>(٣)</sup> قد أعطى الاختصاص للمحاكم الأمريكية للنظر في الأفعال

---

(١) The Federal Aviation Act, PUBUC LAW 85-726, 23 August 1958, section 102.

(٢) The Federal Aviation Act, PUBUC LAW 85-726, 23 August 1958, section 411 "The Board may, upon its own initiative or upon complaint by any air carrier, foreign air carrier, or ticket agent, if it considers that such action by it would be in the interest of the public, investigate and determine whether any air carrier, foreign air carrier, or ticket agent has been or is engaged in unfair or deceptive practices or unfair methods of competition in air transportation or the sale thereof. If the Board shall find, after notice and hearing, that such air carrier, foreign air carrier, or ticket agent is engaged in such unfair or deceptive practices or unfair methods of competition, it shall order such air carrier, foreign air carrier, or ticket agent to cease and desist from such practices or methods of competition".

(٣) Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982, 15 U.S.C. § 6a.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانی ٢٠١٦ المجلد الثانی

الاحتكارية المقيدة للمنافسة الصادرة من شركات أجنبية في الخارج، والتي تؤثر تأثيراً مباشراً وكبيراً على التجارة المحلية داخل الولايات المتحدة الأمريكية؛ لذلك وبمقتضى هذا القانون يحق للمحاكم الأمريكية أن تفرض غرامات على شركات الطيران الأجنبية التي تبرم اتفاقات مع بعضها تتضمن ممارسات مقيدة للمنافسة، وأثرت بشكل مباشر على المنافسة في سوق النقل الجوي الأمريكي، كما لو أدت هذه الممارسات إلى رفع تذاكر طيران أحد الخطوط الجوية<sup>(1)</sup>، طالما أن شركات الطيران المعنية لم تحصل من وزارة النقل الأمريكية The U.S. Department of Transportation على تحصين للاتفاق ضد تطبيق قوانين المنافسة ومنع الاحتكار الأمريكية وفقاً للشروط المقررة لذلك<sup>(2)</sup>.

لذا قررت محكمة مقاطعة بنسلفانيا في الولايات المتحدة الأمريكية في دعوى تم رفعها ضد عدة شركات طيران أجنبية . Lufthansa, Air France, KLM, and Alitalia . تطبيقاً لقانون مكافحة الاحتكار بشأن التجارة الخارجية، أنه على الرغم من أن شركات الطيران الأجنبية المتهمه اتفقت فيما

---

(<sup>1</sup>) Rene H. Dubois, Understanding the Limits of the Foreign Trade Antitrust Improvement Act Using Tort Law Principles as a Guide, New York Law School, Law Review 2013, Volume 58, p. 710.

(<sup>2</sup>) William Gillespie and Oliver M. Richard, Antitrust Immunity and International Airline Alliances, Economic Analysis Group, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, Washington D.C, 23 February 2011, p.3.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

بينها على تثبيت أسعار رحلات معينة بين أوروبا واليابان، وأن هذا الاتفاق تم خارج الولايات المتحدة الأمريكية، إلا أنه إذا شكل مخالفة صريحة لقانون مكافحة الاحتكار الأمريكي (شيرمان)، فيمكن مد تطبيقه على هذه الشركات- وفقاً لقانون مكافحة الاحتكار بشأن التجارة الخارجية- إذا ثبت أن الممارسات المقيدة للمنافسة الناتجة عن هذا الاتفاق كان لها تأثير مباشر على سوق خدمات الطيران الأمريكي<sup>(١)</sup>.

- أخذ القانون الأوروبي تدريجياً بنظرية الآثار للاعتراف بالتطبيق الممتد لقانون المنافسة الأوروبي خارج حدود الاتحاد الأوروبي، حيث ترددت المحاكم الأوروبية بداية في الاعتراف بتطبيق القانون الأوروبي على وقائع تمت خارج نطاق اختصاص القضاء الأوروبي، ثم انتقلت إلى مرحلة تطبيق نظرية الآثار المشروطة، بحيث يمكن تطبيق القانون الأوروبي على المشروعات الأجنبية التي ارتكبت ممارسات تتطوي على تأثير مباشر وحال داخل الاتحاد الأوروبي، بشرط أن يكون لتلك الممارسات تطبيق فعلي داخل السوق الأوروبية، وأخيراً أصبح القانون الأوروبي يأخذ بنظرية الآثار على إطلاقها، وظهر ذلك جلياً في قرار المفوضية الأوروبية الشهير الذي قضى

---

(١) *McLafferty v. Deutsche Lufthansa A.G ant others, United States District Court Eastern District of Pennsylvania, Civil Action No. 08-1706, October 16, 2009.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

بمنع صفقة استحواذ شركة جنرال اليكتريك على شركة هانويل عام ٢٠٠١م، بصرف النظر عن جنسية الشركات المعنية أو مكان عملها، كونها ستجعل الشركة المستحوذة في مركز المسيطر داخل السوق العالمي لمحركات الطائرات التجارية الكبيرة، بما سيضر بالمنافسة في السوق الأوروبية المشتركة<sup>(١)</sup>.

أما على صعيد النقل الجوي تحديداً، فقد تبلور هذا الوضع في الاتحاد الأوروبي بشأن مدى اختصاص المفوضية الأوروبية للمنافسة بالنظر في الممارسات المقيدة للمنافسة الصادرة عن شركات طيران خارج الاتحاد الأوروبي، بصدور اللائحة الأوروبية رقم ٢٠٠٤/٤١١ بشأن النقل الجوي بين الاتحاد الأوروبي الدول الأخرى<sup>(٢)</sup>، حيث مدت تطبيق قواعد الاتحاد الأوروبي للمنافسة ليطبق ليس على اتفاقات الخدمات الجوية داخل الاتحاد الأوروبي فقط، بل على اتفاقات الخدمات الجوية التي تتم بين الدول الأوروبية وأي دولة

---

(١) European Commission, Commission Decision of 03/07/2001, declaring a concentration to be incompatible with the common market and the EEA Agreement, Case No COMP/M.2220 - General Electric/Honeywell.

(٢) Règlement (CE) No 411/2004 du conseil du 26 février 2004 abrogeant le règlement (CEE) no 3975/87 et modifiant le règlement (CEE) no 3976/87 ainsi que le règlement (CE) no 1/2003, en ce qui concerne les transports aériens entre la Communauté et les pays tiers.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

أخرى، وأعطت للمفوضية الأوروبية للمنافسة صلاحيات تنفيذية للتصدي لأي اتفاقات أو ممارسات منافية للمنافسة العادلة تتم خارج الاتحاد الأوروبي، وكان لها شأن بالخدمات الجوية التي تتم بين نقاط داخل الاتحاد الأوروبي ونقاط خارجية، طالما سيتأثر بذلك السوق المشتركة للاتحاد الأوروبي<sup>(١)</sup>.

- أما عن الوضع في مصر ففي قانون المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥م نجد أن المادة (٥) تمثل تجسيداً فعلياً لنظرية امتداد تطبيق قوانين المنافسة في الخارج؛ فوفقاً للمادة آفة الذكر تسري أحكام قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية على الأفعال التي ترتكب خارج مصر إذا ترتب عليها منع حرية المنافسة أو تقييدها أو الإضرار بها في مصر، وتشكل جرائم طبقاً لهذا القانون<sup>(٢)</sup>.

---

(١) Considérant n°(3) du Règlement (CE) No 411/2004 « Les pratiques anticoncurrentielles dans le domaine des transports aériens entre la Communauté et les pays tiers sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. Comme les mécanismes prévus par le règlement (CE) no 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité conviennent également à l'application des règles de concurrence aux transports aériens entre la Communauté et les pays tiers, le champ d'application de ce règlement devrait être étendu à ce type de transports aériens ».

(٢) انتقد جانب من الفقه . وبحق . الصياغة التشريعية للمادة الخامسة من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية؛ حيث استلزم المشرع لمد تطبيق أحكام مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وهذا ما أوضحته تفصيلاً المادة (٣) من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية رقم ١٣١٦ لسنة ٢٠٠٥م، والتي نصت على أنه: "تسري أحكام القانون وهذه اللائحة على الأفعال، بما فيها الممارسات أو العقود أو الاتفاقات، التي تشكل جرائم طبقاً للقانون، والتي ترتكب في الخارج إذا ترتب عليها منع حرية المنافسة أو تقييدها أو الإضرار بها في مصر".

وبناء على ذلك يمكن مد تطبيق قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري على أي ممارسات أو اتفاقات تتم بين شركات الطيران خارج مصر، إذا توافرت الشروط التالية: (١) إذا ترتب على هذه الممارسات أو العقود أو الاتفاقات التي تتم بين شركات الطيران منع حرية المنافسة أو تقييدها أو الإضرار بها في مصر. (٢) أن تشكل تلك الممارسات

---

قانون المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية على الأفعال المرتكبة في الخارج أن تشكل جرائم طبقاً لهذا القانون، مع العلم أن مصطلح الجريمة له معنى محدد في قانون العقوبات، الأمر الذي قد يحد من فعالية النص ويحول دون تحقيق الهدف منه؛ لذلك كان من الأنسب أن يستعاض عن مصطلح الجريمة بمصطلح الإخلال بأحكام هذا القانون، راجع: د. على سيد قاسم، دراسة انتقادية لمشروع قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الضارة، المؤتمر التاسع لكلية الحقوق جامعة المنصورة، بعنوان "تنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الضارة"، مرجع سابق، ص ١٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



أو العقود أو الاتفاقات التي تتم بين شركات الطيران في الخارج جرائم يعاقب عليها وفقاً لهذا القانون.

- تطبيقات قضائية بشأن ممارسات الاحتكار التعسفي لتحالفات شركات الطيران الدولية:

وبعد هذا التحليل المقارن للمبادئ الرئيسة التي يقوم عليها التنظيم القانوني للمنافسة في الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد الأوروبي ومصر، نجد أنه يمكن بتطبيق هذه القوانين الوطنية للحد من هذه الممارسات الاحتكارية التعسفية لشركات الطيران الدولية، حيث أثبت الباحث أن غالبية الاتفاقات الشائعة بين شركات النقل الجوي للسيطرة على الأسواق قد تتضمن - صراحةً أو ضمناً - العديد من الممارسات المنافية للمنافسة العادلة في سوق النقل الجوي الدولي، وذلك على النحو الآتي:

(أ) اتفاقات الكارتلات: وهي قريبة بدرجة كبيرة للاتفاقات المبرمة بين شركات الطيران بشأن تقاسم الرموز وفرض الأسعار، وتحديد سعة المقاعد، ومثل هذه الاتفاقات قد يترتب عليها تقييد للمنافسة في السوق المعنية، إذا نتج عنها، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إخراج أحد المنافسين من السوق، أو استبعاد دخول منافسين محتملين إلى السوق، خاصة في ظل غياب البدائل الواقعية، ويمكن إثبات ذلك من خلال الوقوف على الأثر

التنافسي لاتفاق الكارتل المبرم بين شركات الطيران عن طريق فحص العوامل المؤثرة في السوق المعنية، كحركة المرور للخط الجوي خاصة بين المطارات المحورية، وأعداد الركاب أو حجم البضائع التي يستحوذ عليها التحالف، وأوقات الرحلات التي ستشغلها ناقلات الشركات المتحالفة، والتي قد تظهر شركات الطيران أطراف الاتفاق في موضع المحتكر، الذي كان هدفه من اتفاق الكارتل السيطرة على السوق دون مراعاة لاعتبارات المنافسة العادلة.

وبصفة عامة تدخل اتفاقات الكارتل التي تتم بين شركات الطيران ضمن الممارسات الاحتكارية التعسفية التي تقيد من حرية المنافسة في سوق النقل الجوي إذا ترتب على الاتفاق تقسيم للأسواق بين الشركات المتعاقدة من خلال تخصيص السعة أو الخدمات أو المناطق الجغرافية، أو اشتمل على تثبيت الأسعار، أو فرض لأسعار افتراضية لأحد الخطوط الجوية.

وفي دعوى ترجع وقائعها إلى قيام شركة صن إير اسكندنافية Sun-Air of Scandinavia وهي شركة طيران دنمركية صغيرة منحتها الخطوط الجوية البريطانية امتيازاً للقيام ببعض الرحلات بين الدنمارك وعدة مطارات بريطانية بالتقدم بشكوى أمام المفوضية الأوروبية ضد شركة الخطوط الجوية الاسكندنافية Scandinavian Airlines System وشركة مارسيك

Maersk Air A/S، مدعية بأن الاتفاق الموقع بينهم على تقاسم الرموز، والذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ ٢٨ مارس ١٩٩٩م، يتضمن العديد من الأنشطة التجارية المقيدة للمنافسة سمحت لتلك الشركات الطيران المتحالفة بأن تكون هي المشغل الوحيد لعدة خطوط جوية، مما يؤدي إلى تقسيم السوق المعنية بين الشركات المتحالفة، وهو ما يشكل سلوكاً مناهضة للمنافسة العادلة في السوق الأوروبية<sup>(١)</sup>.

لذلك قررت المفوضية الأوروبية عام ٢٠٠١م بعد إجراء التحقيقات اللازمة حظر اتفاق الكارتل القائم على أسلوب تقاسم الرموز بين شركة الخطوط الجوية الاسكندنافية المكونة من اتحاد يسيطر عليها ثلاثة شركات من الدنمارك والنرويج والسويد، وشركة الطيران الدنمركية، تأسيساً على أن الشركتين عندما أخطرا المفوضية باتفاق تقاسم الرموز المبرم بينهم، لم يتضمن الإخطار المعلومات الصحيحة حول حقيقة التعاون والترتيبات التجارية بينهم، وأن النتائج التي أظهرتها التحقيقات أثبتت أن الاتفاق الحقيقي يسمح للشركات

---

(<sup>١</sup>) Européen Commission, Décision de la Commission, du 18 juillet 2001 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (Affaire COMP.D.2 37.444 — SAS/Maersk Air et affaire COMP.D.2 37.386 — Sun-Air contre SAS et Maersk Air), Journal officiel des Communautés européennes, N° L 265/15, 5 octobre 2001.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

المتحالفة باحتكار القيام برحلات على عدة خطوط جوية، وهو ما يشكل انتهاك لقواعد المنافسة العادلة الواردة في المعاهدة الأوروبية، حيث إنها تتضمن تقييداً للمنافسة، وتقسيماً للسوق المعنية بين الأطراف المتعاقدة؛ لذلك فرضت المفوضية الأوروبية غرامة قدرها ٣٩٣٧٥٠٠٠ يورو على شركة الخطوط الجوية الاسكندنافية، وغرامة قدرها ١٣١٢٥٠٠٠ على شركة مارسك للخطوط الجوية، على أن تُدفع تلك الغرامات خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إبلاغ الأطراف المعنية بقرار المفوضية الأوروبية.

كما انتهت المفوضية الأوروبية للمنافسة فيما يخص اتفاقات الكارتل التي تتم بين شركات الطيران بشأن تثبيت الأسعار إلى فرض غرامات على إحدى عشرة شركة طيران للشحن الجوي<sup>(١)</sup>، تعد أعلى غرامة تفرضها المفوضية منذ بدء عملها، حيث وصل مجموع قيمتها إلى ما يقرب من ٨٠٠ مليون يورو عام ٢٠١٠م، تأسيساً على أن شركات الطيران المعنية أعضاء اتفاق الكارتل *cartel de compagnies aériennes* ارتكبت أحد الممارسات الضارة بالمنافسة العادلة في سوق النقل الجوي، بأن قامت بالتنسيق مع

---

(١) ضم اتفاق الكارتل إحدى عشرة شركة طيران دولية، أهمها:

Air France-KLM . British airways . Singapore Airlines .

Quantas . Japan Airlines . scandinave SAS . Air Canada.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

بعضها على مدار ست سنوات من ديسمبر ١٩٩٩م إلى فبراير ٢٠٠٦م، باتخاذ تدابير - فرض رسوم إضافية على الوقود وزيادة التكاليف الأمنية - تهدف لتثبيت أسعار الشحن الجوي في مختلف أنحاء العالم، الأمر الذي أثر على خدمات الشحن الجوي في المنطقة الاقتصادية الأوروبية<sup>(١)</sup>.

(ب) إساءة استغلال المركز المسيطر: وهو ما نجده في حالة شركات الطيران التي تسيطر على أحد الأسواق بفضل هيمنتها على تقديم الخدمات الجوية لخطوط معينة دون غيرها، وعلى الرغم من صعوبة إثبات أن أحد شركات الطيران الدولية أساءت استغلال مركزها المسيطر على أحد الخطوط الجوية، وأن السوابق القضائية المرتبطة بهذا النوع من الاحتكار التعسفي لشركات الطيران قليلة؛ إلا أن المفوضية الأوروبية عام ١٩٩٢م قررت فرض غرامة على شركة لينغوس AerLingus الأيرلندية للخطوط الجوية لصالح شركة طيران ميدلاند British Midland البريطانية تأسيساً على قيام الأولى بإساءة استغلال مركزها المسيطر. تهيمن على ٧٥% من عدد الرحلات - بشأن الخط الجوي المنتظم من مطار دبلن الأيرلندي إلى مطار هيثرو بالندن،

---

(<sup>1</sup>) European Commission, The Directorate-General for Competition, Commission decision of 9 November 2010, Cartel Procedure, CASE AT.39258 – AIRFREIGHT. Available at:

[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39258/39258\\_6547\\_3.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39258/39258_6547_3.pdf)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وقامت بتعديل تعريفه الرحلات الجوية على هذا الخط دون الرجوع إلى شركة ميدلاند التي تتشارك معها تقديم الخدمات الجوية على هذا الخط<sup>(١)</sup>.

وفي عام ١٩٩٧م قضية رفعتها شركة الطيران الهولندية KLM ضد شركة الطيران البريطانية EasyJet - وتم تسويتها - تتهمها بأنها أساءت استغلال مركزها المسيطر، وحاولت أن تفرض سعراً افتراضياً لخط لندن أمستردام بهدف تقويض أسعارها لهذا الخط؛ وبالتالي إخراجها من هذا السوق<sup>(٢)</sup>.

كما أن ظاهرة إساءة استغلال المركز المهيمن باستخدام أسلوب التسعير الافتراضي كأحد أهم الممارسات المقيدة للمنافسة العادلة، بهدف طرد المنافسين من السوق وعدم السماح للمنافسين الجدد بالدخول إليه، عرفتها سوق النقل الجوي الأمريكية في العديد من قضايا احتكار القلة بدءاً من ثمانينات

---

(١) Européen Commission, Décision de la Commission, du 26 février 1992, relative à une procédure d'application des articles 85 et 86 du traité CEE (IV/33.544 - British Midland contre AerLingus), Journal officiel des Communautés européennes, N° L 96/34, 10 April 1992.

(٢) Organization for Economic Co-operation and Development, Competition Committee, Latin American Competition forum, Session IV: Competition Issues in the Air Transport Sector, paper n°DAF/COMP/LACF(2011)9, Colombia, 13-14 September 2011, p.7.

القرن الماضي<sup>(١)</sup>، تأسيساً على أن سلوك التسعير المفترس ينتهك القسم الثاني من قانون شيرمان للمنافسة، التي تحظر استخدام أي سلوك منافٍ للمنافسة بهدف اكتساب أو الحفاظ على القوة الاحتكارية، وكذلك القسم الأول الذي يدين الاتفاقات التي تتم بين الشركات وتؤدي إلى تقييد غير معقول للتجارة، والتي يأتي على رأسها اتفاقات التسعير الافتراضي لاحتكار السوق، وكانت العقوبة هي الغرامة التي لا تزيد عن مائة مليون دولار أو الحبس مدة لا تزيد عن عشر سنوات أو بالعقوبتين كليهما.

ويعد من أهم التطبيقات القضائية النادرة في هذا الخصوص ما قرره محكمة العدل الأوروبية في قضية أطلق عليها قضية Silver Line من أن تطبيق تعريفه بشأن إحدى الرحلات الجوية المنتظمة نتيجة اتفاق ثنائي أو جماعي بين شركات الطيران الدولية المختلفة، يمكن في ظروف معينة أن يشكل إساءة لاستغلال المركز المسيطر داخل السوق المعنية، لاسيما عندما تنجح الشركة صاحبة المركز المسيطر في فرض تطبيق تعريفات مرتفعة أو

---

(١) Laker Airways Ltd. v. Pan Am. World Airways, 607 F. Supp. 324, 325 (S.D.N.Y. 1985); Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgian World Airlines, 731 F.2d 909 (D.D.C. 1984); Virgin Ad. Airways Ltd. v. British Airways PLC, 257 F.3d 256, 259 (2d Cir. 2001); United States v. AMR Corp., 335 F.3d 1109, 1111 (10th Cir. 2003).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

منخفضة جداً على شركات النقل الأخرى، أو نجحت في التطبيق الحصري لتعريفه موحدة لخط جوي معين<sup>(١)</sup>.

(ج) المساعدات الحكومية State Aid في تمييز شركات الطيران الوطنية للسيطرة على السوق: نظراً لطابع النفع العام لخدمات النقل الجوي نجد أن الدول تلعب دوراً هاماً في قطاع النقل الجوي، ويظهر ذلك جلياً في أن غالبية الدول تمتلك وتسيطر على شركات الطيران والمطارات الوطنية والمشاريع ذات الصلة؛ لذلك لا تتردد العديد من الحكومات في تقديم المساعدات والإعانات المباشرة وغير مباشرة لشركات الطيران الوطنية، والاستثمار في المشاريع المرتبطة بهذا القطاع، لدعم خدمات النقل الجوي لديها، وهو ما نلمسه لحد بعيد بالنسبة لشركات الطيران الخليجية وشركة مصر للطيران للخطوط الجوية، وكذلك استفادة منه شركات طيران أجنبية

---

(١) Cour de justice des Communautés européennes, Affaire 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen et autres c/ Zentrale zur Bekämpfung unläuterer Wettbewerbs, Arrêt de la Cour du 11 avril 1989. «l'application de tarifs pour vols réguliers résultant de conventions bilatérales ou multilatérales peut, dans certaines circonstances, constituer un abus d' une position dominante sur le marché concerné, en particulier lorsqu' une entreprise en position dominante a réussi à imposer à d' autres entreprises de transport l' application de tarifs excessivement élevés ou réduits, ou encore l' application exclusive d' un seul tarif sur une même ligne».

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



كشركة طيران الخطوط الجوية الأمريكية American Airlines وشركة  
يوناييتد الأمريكية للخطوط الجوية United Airlines.

ولكن كما رأينا من قبل أن الدعم الحكومي لشركات الطيران في  
ظروف معينة يمكن أن يضع هذه الشركات بموضع احتكاري تعسفي ناجم عن  
تأثير المساعدات الحكومية على الفرص المتكافئة بين شركات النقل الجوي؛  
وبالتالي منع دخول منافسين جدد للسوق أو إخراج منافسين منه، والتأثير سلباً  
على المنافسة العادلة من خلال تشويه الأسعار والعبث بمؤشرات سوق النقل  
الجوي.

ومن الأهمية بمكان التأكيد على أن الاتحاد الأوروبي انفرد عن باقي  
دول العالم حتى عن الولايات المتحدة الأمريكية بتنظيم مسألة تأثير سوق  
المنافسة بالمساعدات الحكومية، ووضع قواعد ومبادئ لرقابة مساعدات الدول  
للشركات بما لا يؤثر على المنافسة العادلة، الأمر الذي يجعل هذه التجربة  
مثالاً يحتذى به<sup>(١)</sup>؛ حيث يُعد من أسس الحفاظ على نظام منافسة متكامل خالٍ

---

(١) أصدرت المفوضية الأوروبية مبادئ توجيهية بشأن مساعدات الدول في قطاع النقل  
الجوي تحديداً، وركزت على تنظيم تمويل الحكومات الأوروبية للمطارات وشركات  
الطيران الوطنية، يمكن الاطلاع على هذه التوجيهات على الرابط الإلكتروني  
التالي:

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

من التقييد أو التشويه للمنافسة العادلة تفعيل رقابة حقيقية على المساعدات التي تقدمها الحكومات لمشروعاتها الوطنية بطريقة تمييزية تجعل تلك المشروعات في موضع احتكاري تعسفي بما يخل بمبادئ المنافسة العادلة؛ لذلك خصت المادة (١/١٠٧) من اتفاقية عمل الاتحاد الأوروبي لتضع التدابير الملائمة لرقابة المساعدات الحكومية لمشروعات دول الاتحاد الأوروبي.

ووفقاً للمادة آنفة الذكر تعتبر متعارضة مع أهداف السوق الأوروبية المشتركة ومؤثراً على حرية التجارة بين الدول الأعضاء، المساعدات المقدمة من الدولة أو من خلال مواردها بأي شكل من الأشكال بما يشوه أو يهدد بتشويه المنافسة داخل السوق الأوروبية بسبب تفضيل مشاريع أو منتجات معينة<sup>(١)</sup>.

---

Guidelines on state aid in the air transport sector, European Commission. Available at:

[http://www.eipa.nl/UserFiles/File/state\\_aid/State\\_Aid\\_in\\_the\\_Transport\\_Sector.pdf](http://www.eipa.nl/UserFiles/File/state_aid/State_Aid_in_the_Transport_Sector.pdf)

- (<sup>١</sup>) Article (87) de traité instituant la communauté européenne signé à Rome le 25 mars 1957 version consolidée « Sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ويهدف تفعيل الرقابة على المساعدات الحكومية لدول الاتحاد الأوروبي التي قد تشوه المنافسة داخل السوق الأوروبية، يحق للمفوضية الأوروبية وفقاً للمادة (١٠٨) من الاتفاقية بالتعاون مع الدول الأعضاء أن تستعرض بصفة مستمرة أنظمة المساعدات الحكومية للمشروعات الموجودة لدى الدول الأعضاء، وأن تعرض الاقتراحات المناسبة في هذا الشأن، والتي يتطلبها سير العمل في السوق الأوروبية ونموه التدريجي، وإذا ما توصلت المفوضية الأوروبية إلى أن المساعدات الحكومية التي تقدمها دولة من دول الاتحاد مباشرة أو عن طريق أحد مواردها غير متوافق مع أهداف السوق الأوروبية وفقاً للمادة (١٠٧)، أو أن هذه المساعدات يساء استخدامها، فإنها تلزم الدولة المعنية بإلغاء المساعدات أو تعديلها خلال مدة معينة تحددها المفوضية، فإذا لم تلتزم الدولة المعنية بقرار المفوضية، جاز للأخيرة أو لأي دولة أخرى المعنية الرجوع مباشرة إلى محكمة العدل الأوروبية<sup>(١)</sup>.

---

qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions».

(<sup>١</sup>) L'article 108/2, Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. «Si, après avoir mis les intéressés en demeure de présenter leurs observations, la Commission constate qu'une aide accordée par un État ou au moyen de ressources d'État n'est pas compatible avec le marché intérieur aux termes de l'article 107, ou que cette aide est appliquée de façon abusive, elle décide que l'État intéressé doit la supprimer ou la modifier dans le délai

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

فوفقاً لهذا التنظيم القانوني الوارد في معاهدة عمل الاتحاد الأوروبي بشأن المساعدات التي تمنحها الدول للمشروعات الوطنية، يمكن للمفوضية الأوروبية للمنافسة إذا ارتأت أن المساعدات الحكومية التي قدمتها إحدى دول الاتحاد لشركات خدمات النقل الجوي بصورة مباشرة أو غير مباشرة سيقيد من حرية المنافسة في السوق الأوروبية، ويجعل الشركات المستفيدة من الإعانات الحكومية في وضع احتكاري تعسفي أن تحظر تقديم هذه المساعدات أو أن توافق عليها وفقاً لشروط تفرض على الشركات المستفيدة من تلك المساعدات تحول دون تشويه المنافسة.

وتطبيقاً لذلك انتهت المفوضية الأوروبية في قرارها الصادر بتاريخ ١٧ سبتمبر ٢٠٠٨م إلى أن المساعدات الممنوحة من الحكومة اليونانية لشركة أولمبيك للخطوط الجوية Olympic Airlines في صورة تسديد للضرائب والتأمينات الاجتماعية المستحقة على الشركة تعد مساعدات حكومية غير قانونية، يترتب عليها تشويه للمنافسة العادلة داخل السوق الأوروبية، وتشكل مخالفة صريحة للمعاهدة الأوروبية؛ لذلك أمرت المفوضية الأوروبية الحكومة اليونانية بأن توقف فوراً أي مساعدات أخرى للشركة المستفيدة، وأن تسترد كافة

---

qu'elle détermine. Si l'État en cause ne se conforme pas à cette décision dans le délai imparti, la Commission ou tout autre État intéressé peut saisir directement la Cour de justice de l'Union européenne, par dérogation aux articles 258 et 259».

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

المساعدات التي منحتها للشركة مضافاً إليها الفوائد القانونية، وأن يتم تنفيذ ذلك خلال أربعة أشهر من تاريخ إبلاغ الحكومة اليونانية بالقرار<sup>(١)</sup>.

والجدير بالذكر أن المعاهدة اعتبرت المساعدات الحكومية للمشروعات الوطنية أمراً يتفق مع مبادئ السوق الأوروبية في عدة حالات استثنائية، ومن أهم تلك الاستثناءات المرتبطة بسوق النقل الجوي، الحالة التي تكون فيها المساعدات الممنوحة من الحكومة متناسبة مع الغرض المخصصة له، وأن تكون قدمت وفقاً لشروط وظروف مشابهة لتلك التي كان يمكن أن يقبلها مستثمر من القطاع الخاص يعمل في الظروف الاقتصادية العادية للسوق، أي: أن الحكومة حلت محل المستثمر من القطاع الخاص<sup>(٢)</sup>.

لذلك في دعوى رفعتها شركة المملكة المتحدة للخطوط الجوية Air UK وعدة شركات طيران أوروبية بدعم من الحكومة البريطانية ضد المفوضية الأوروبية والحكومة الفرنسية وشركة الطيران الوطنية الفرنسية Air France بشأن عدم قانونية المساعدات المقدمة من الحكومة الفرنسية لشركة الخطوط الجوية الفرنسية، والتي وافقت عليها المفوضية الأوروبية، قضت محكمة العدل

---

(١) European Commission, Commission Decision of 17/09/2008, on State aid C 61/2007 – Greece Olympic Airways Services/Olympic Airlines.

(٢) Organisation for Economic Co-operation and Development, Competition Committee, op.cit, p.33.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الأوروبية بأن المساعدات التي قدمتها الحكومة الفرنسية إلى شركة الخطوط الجوية الفرنسية ووافقت عليها المفوضية الأوروبية لا تخالف المعاهدة الأوروبية، طالما لا تؤثر سلباً على الأوضاع التجارية في السوق الأوروبية، ولا تشكل تعارضاً مع المصالح الأوروبية المشتركة، ولم يترتب عليها أي تمييز لشركة الطيران الفرنسية ضد شركات النقل الجوي المنافسة<sup>(١)</sup>.

وأخيراً فيما يخص الدور الذي تلعبه المطارات لتكريس هيمنة شركات الطيران الوطنية على أحد الخطوط الجوية كآلية للممارسات الاحتكارية لشركات النقل الجوي، يمكن مجابته قانوناً بأمرين: الأول - ما ورد في المادة (١٥) من اتفاقية شيكاغو التي تلزم مطارات الدول المتعاقد بأن تؤدي جميع تسهيلات الملاحة الجوية بشروط موحدة لجميع طائرات الدول المتعاقدة دون زيادة في الرسوم عن الرسوم التي تدفعها الطائرات الوطنية<sup>(٢)</sup>.

---

(١) Cour de justice des Communautés européennes, Affaire T-371/94, Air UK Ltd et autres contre Commission des Communautés européennes et République française et Compagnie nationale Air France, Arrêt de la Cour du 25 juin 1998.

(٢) تنص المادة (١٥) من اتفاقية شيكاغو ١٩٤٤م على أنه: "كل مطار موجود في دولة متعاقدة ومفتوح للاستعمال العام أمام طائراتها الوطنية يجب مع مراعاة المادة الثامنة والستين أن يفتح على النحو ذاته وبشروط موحدة أمام طائرات جميع الدول المتعاقدة الأخرى، وكذلك تطبق شروط موحدة على استعمال طائرات كل دولة

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الأمر الثاني - البند الثاني من القسم الرابع من اتفاق عبور الخطوط

الجوية الدولية أو اتفاق الحريتين أحد اتفاقات مؤتمر شيكاغو ١٩٤٤م، والذي صدقت عليه أغلب دول العالم؛ حيث بلغ عدد الدول المصدقة على هذا الاتفاق إلى ١٣٥ دولة عام ٢٠٠٨م<sup>(١)</sup>؛ حيث ينص هذا البند على أنه: يجوز

متعاقدة لجميع تسهيلات الملاحة الجوية، بما في ذلك خدمات الاتصالات اللاسلكية والأرصاد الجوية، المقدمة لأغراض الاستعمال العام من أجل سلامة الملاحة الجوية وسرعة حركتها، وأي رسوم تفرضها أو تسمح بفرضها دولة متعاقدة نظير استخدام تلك المطارات أو تسهيلات الملاحة الجوية بواسطة طائرات أي دولة متعاقدة أخرى يجب ألا تزيد على، (أ) بالنسبة للطائرات غير المستخدمة في خطوط جوية منتظمة، عن الرسوم التي تدفعها طائراتها الوطنية من نفس النوع والمستخدم في عمليات مماثلة. (ب) بالنسبة للطائرات المستخدمة في خطوط جوية دولية منتظمة، عن الرسوم التي تدفعها طائراتها الوطنية المستخدمة في خطوط جوية مماثلة، وتنتشر جميع هذه الرسوم وتبلغ بها منظمة الطيران المدني الدولي، مع العلم بأنه بناء على طلب من الدولة المتعاقدة صاحبة الشأن، فإن الرسوم المفروضة مقابل استخدام المطارات والتسهيلات الأخرى تخضع للبحث من المجلس، الذي عليه أن يقدم تقريراً أو يوجه توصيات في هذا الشأن إلى الدولة أو الدول التي يعينها الأمر، ولا يجوز لأي دولة متعاقدة أن تفرض رسوماً أو ضرائب أو فرائض أخرى تتعلق فقط بحق عبور أي طائرة تابعة لدولة متعاقدة فوق إقليمها أو دخولها أو خروجها، أو تتعلق بأشخاص أو أموال على متنها".

(١) إحصائية صادرة عن المنظمة الدولية للطيران المدني (الأيكاو)، يمكن الإطلاع عليها

من الرابط التالي:

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

لكل دولة متعاقدة رهناً بأحكام هذا الاتفاق أن تفرض رسوماً عادلة ومعقولة أو تسمح بفرضها على أي من تلك الخطوط نظير استخدام تلك المطارات وغيرها من التجهيزات، ويجب ألا تتجاوز هذه الرسوم ما تدفعه طائرتها الوطنية المشغلة في خطوط دولية مماثلة لقاء استخدام تلك المطارات والتجهيزات، ويمكن لأي دولة متعاقدة أن تتقدم بطلب إلى مجلس منظمة الطيران المدني الدولي لكي يعيد النظر في هذه الرسوم المفروضة لاستعمال المطارات والتجهيزات الأخرى، على أن يقدم المجلس للدول المعنية توصياته بهذا الشأن<sup>(١)</sup>.

---

[http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Transit\\_EN.pdf](http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Transit_EN.pdf)

- (<sup>١</sup>) International Air Services Transit Agreement, signed at Chicago, on 7 December 1944. Article I, Section 4/2: Impose or permit to be imposed on any such service just and reasonable charges for the use of such airports and other facilities; these charges shall not be higher than would be paid for the use of such airports and facilities by its national aircraft engaged in similar international services: provided that, upon representation by an interested contracting State, the charges imposed for the use of airports and other facilities shall be subject to review by the Council of the International Civil Aviation Organization established under the above-mentioned Convention, which shall report and make recommendations thereon for the consideration of the State or States concerned. Available at:

<https://www.mcgill.ca/files/iasl/chicago1944b.pdf>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



كما أن أغلب قوانين المنافسة الوطنية تعتبر الأنشطة التمييزية للمطارات لصالح شركات الطيران الوطنية من الممارسات المناهضة للمنافسة العادلة؛ لذلك قررت إحدى المحاكم الأمريكية أن تخويل وزارة النقل الأمريكية اتخاذ الإجراءات المناسبة للقضاء على نشاط حكومة دولة أجنبية يشكل نوعاً من الممارسات المقيدة للمنافسة العادلة ضد الناقلات الأمريكية، بعد أن انتهت إلى أن الرسوم التي يفرضها مطار بوينس آيرس الأرجنتيني على شركات الطيران الأمريكية، والتي تعد أعلى ثلاث مرات من الرسوم التي تدفعها شركات الطيران الوطنية في الأرجنتين، يمثل تمييزاً غير معقول ضد ناقلات الولايات المتحدة الأمريكية يندرج تحت الممارسات المقيدة للمنافسة، ويضع شركات الطيران الأرجنتينية في موضع احتكاري تعسفي، وهو ما يخالف قانون حماية المنافسة الأمريكي، واتفاقية الخدمات الجوية المبرمة بين الولايات المتحدة الأمريكية والأرجنتين في ٢٢ أكتوبر ١٩٨٥م<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

الترتيبات الدولية للسيطرة على الممارسات الاحتكارية التعسفية لتحالفات

### شركات الطيران الدولية

(١) AerolinasArgentians S.A. v. U.S. Department of Transportation, U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 415 F.3d 1, Decided July 8, 2005.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

نوقش موضوع حماية المنافسة في سوق النقل الجوي الدولي لأول مرة في الدورة الرابعة والعشرين للجمعية العمومية لمنظمة الطيران المدني الدولي التي اعتمدت القرار (A24-14) بشأن التدابير الانفرادية التي تؤثر على النقل الجوي الدولي، والذي أدمج بعد ذلك في القرار (A36-15)<sup>(1)</sup>. كما تم مناقشته أيضاً في مناسبات دولية عديدة؛ حيث طرح أمام المؤتمرات الثالث والرابع والخامس للنقل الجوي الدولي، التي انتهت بالموافقة على بند نموذجي بشأن الضمانات ضد الممارسات المضادة للمنافسة العادلة، لتستخدمها الدول اختياريًا في اتفاقاتها المتعلقة بالخطوط الجوية<sup>(2)</sup>.

أولاً . مراعاة المنافسة المنصفة في الاتفاقات الثنائية لتحرير الخدمات الجوية:

يشكل مبدأ السماوات المفتوحة قيمة اقتصادية كبيرة لسوق النقل الجوي؛ كونه عاملاً مؤثراً في حركة التجارة الدولية ونقل السلع بين مختلف

---

(1) International Civil Aviation Organization, Resolutions adopted at the 36th Session of the Assembly, A36-15: Consolidated statement of continuing ICAO policies in the air transport field, Montréal, 18–28 September 2007, P.43. Available at: [http://www.icao.int/Meetings/AMC/MA/Assembly%2036th%20Session/a36\\_res\\_prov\\_en.pdf](http://www.icao.int/Meetings/AMC/MA/Assembly%2036th%20Session/a36_res_prov_en.pdf)

(2) Policy and Guidance Material on the Economic Regulation of International Air Transport, International Civil Aviation Organization, op.cit, p.131.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

دول العالم، كما أنه يعزز حركة السياحة؛ وبالتالي يساهم في خلق فرص عمل في السوق المحلية، بالإضافة إلى أن التنافس في سوق النقل يصب في النهاية لمصلحة المستهلك الجوي الذي سيحصل على أفضل الخدمات وبأرخص الأسعار، نظراً لتعدد الرحلات وتواترها<sup>(١)</sup>.

وفي الحقيقة نجد حكماً في قانون الطيران المدني المصري خاص بالحالة التي تخالف فيها شركة طيران تابعة لدولة أجنبية أحكام اتفاقية ثنائية موقعة مع مصر من قبل هذه الدولة؛ حيث تنص مادة (١٥٨) على أنه: "في حالة مخالفة الشركة الأجنبية أحكام اتفاقيات النقل الجوي الثنائية المبرمة بين مصر والدولة التي تتبعها الشركة أو مخالفة التراخيص أو التصاريح الصادرة لها تلتزم الشركة المخالفة بأن تؤدي لسلطة الطيران المدني المصري مبلغاً يعادل ضعف أعلى أجر نقل شامل عن عدد الركاب المنقولين بالمخالفة ويحسب الأجر على أساس ما تحصل عليه إحدى الشركات العاملة على نفس الخط الجوي أو الخطوط الجوية المماثلة".

وعلى الرغم من ذلك، وكما رأينا أن الحلول الأحادية المطلقة Unilatéralisme absolu لتنظيم المنافسة في سوق النقل الجوي، من خلال

---

(١) د. سيدي محمد بن سيد أبه، مفهوم الأجواء المفتوحة وسيادة الدول، مرجع سابق،

ص ٤٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

تطبيق القوانين الوطنية للمنافسة على شركات النقل الجوي الدولي قد يؤدي في الغالب إلى نشوب خلافات بين الدول؛ لذا أصبح من السمات الرئيسية داخل سوق النقل الجوي، أن معظم الاتفاقيات الثنائية Accords bilatéraux التي أبرمت في الآونة الأخيرة تضمنت بنوداً متعلقة بالمنافسة العادلة؛ فمثلاً نجد المادة (١٤) من اتفاق الخدمات الجوية المبرم بين الاتحاد الأوروبي وكندا عام ٢٠٠٩م تؤكد على أن إنشاء بيئة تنافسية عادلة في مجال الخدمات الجوية هو هدف مشترك للأطراف<sup>(١)</sup>، وهو أيضاً حال اتفاق الخدمات الجوية المبرم بين الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد الأوروبي عام ٢٠٠٧م والمعدل عام ٢٠١٠م والذي أطلق عليه Cielouvert II<sup>(٢)</sup>؛ حيث تكرر المادة (٢٠) منه لمفهوم المنافسة العادلة؛ وذلك بالنص على أن أطراف الاتفاق يدركون أهمية

---

(١) Article 14, Accord sur le transport aérien entre le Canada et la Communauté européenne et ses Etats membres, signé à Bruxelles le 17 décembre 2009. Disponible sur: <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/projets/pl0009.pdf>

(٢) Pour savoir plus; voir: Grard Loïc, Les accords de ciel ouvert. Vers un ordre juridique aérien international “post-bermudien”. Bientôt un ordre juridique “post-bilatéral”, Revue Française de Droit Aérien et Spatial 2004, n°2.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

دور المنافسة المنصفة بين شركات النقل الجوي العاملة بين ضفتي المحيط الأطلسي . بين أوروبا وأمريكا - في إنفاذ هذه الاتفاقية<sup>(١)</sup>.

وفي الاتفاقية الثنائية المبرمة بين الاتحاد الأوروبي والبرازيل بشأن تحرير الخدمات الجوية بين الطرفين، نجد أن الطرفين اتفقا على ضرورة تجنب قيام أحد منهم بممارسات تؤثر سلباً على الفرص العادلة والمتساوية بين شركات النقل الجوي العاملة في السوق المعنية، ويحق لكل طرف يجد في أي ممارسة يقوم بها الطرف الآخر ما يضر بالفرص المتكافئة بين شركات الطيران أن يرسل للطرف الآخر ملاحظاته بشأن هذه الممارسات، فإذا لم ترد الدول المعنية على هذه الملاحظات، يجوز للطرف المتضرر رفع الأمر على اللجنة المشتركة التي أنشئت بمقتضى الاتفاقية؛ لتتخذ الإجراءات التصحيحية المناسبة، ورفع الضرر عن شركات الطيران التي تأثرت من الممارسات المقيدة للمنافسة<sup>(٢)</sup>.

---

(١) Article ٢٠, Accord de transport aérien entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et les États-Unis d'Amérique, d'autre part, Décision 2007/339/CE, Journal officiel de l'Union européenne, 25 mai 2007, Disponible sur:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX:32007D0339>

(٢) Organisation for Economic Co-operation and Development, Competition Committee, op.cit, p.3٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وكذلك على مستوى الترتيبات الإقليمية، نجد أن العديد من الدول لجأت إلى وضع أحكام بشأن المنافسة العادلة، ومنها الاتحاد الأفريقي، والهيئة العربية للطيران المدني، ورابطة أمم جنوب شرق آسيا، ولجنة أمريكا اللاتينية للطيران المدني، واستعانة في ذلك بالإرشادات التي وضعتها الايكاو فيما يخص المنافسة المنصفة في مجال النقل الجوي الدولي<sup>(1)</sup>.

ثانياً . دور الايكاو في التوفيق بين إنفاذ القوانين الوطنية للمنافسة والطبيعة الخاصة لسوق النقل الجوي الدولي:

على الرغم من الدور الجوهرى التي يمكن للقوانين الوطنية بشأن تنظيم المنافسة أن تلعبه لحماية سوق النقل الجوي الدولي من الممارسات الاحتكارية التعسفية؛ بيد أن طبيعة هذا السوق المتحررة تجعل من الصعوبة بمكان تنفيذ القوانين الوطنية على شركات الطيران الدولية دون توقع حدوث خلافات بين الدول المعنية؛ لذلك تدخلت منظمة الطيران المدني الدولي في محاولة للتوفيق بين مسألة إنفاذ القوانين الوطنية للمنافسة والممارسات المرتبطة بها، والطبيعة

---

(1) International Civil Aviation Organization, Worldwide air transport conference, Montréal, 18 to 22 March 2013, working paper: Fair competition in international air transport, Presented by the Secretariat, p.1. Available at:  
[http://www.icao.int/Meetings/atconf6/Documents/WorkingPapers/ATConf6-wp004\\_en.pdf](http://www.icao.int/Meetings/atconf6/Documents/WorkingPapers/ATConf6-wp004_en.pdf)

الخاصة لسوق النقل الجوي الدولي، من خلال إصدار خطوط إرشادية بشأن تجنب وفض الخلافات حول تطبيق قوانين المنافسة على النقل الجوي الدولي، وكذلك وضع بند نموذجي بشأن تطبيق قوانين المنافسة الوطنية.

(أ) الخطوط الإرشادية بشأن تجنب وفض الخلافات حول تطبيق قوانين المنافسة الوطنية على النقل الجوي الدولي:

أصدرت منظمة الطيران المدني الدولي ICAO عام ١٩٨٩م كتاب دوري يحمل رقم 215-AT/85 متضمناً الخطوط الإرشادية غير ملزمة موجهة للدول من شأنها أن تساعد على تنظيم المنافسة في سوق النقل الجوي، من خلال تجنب وفض الخلافات التي تنشأ حول تطبيق القوانين والسياسات والممارسات الوطنية للمنافسة على النقل الجوي الدولي، لاسيما عندما تؤثر هذه القوانين على أحكام الاتفاقات الثنائية للخطوط الجوية أو عند محاولة تطبيقها خارج الحدود الوطنية؛ وأهم تلك الخطوط التوجيهية هي<sup>(١)</sup>:

• التوجيهات الصادرة بشأن تجنب الخلافات بين الدول عند تطبيق القوانين والممارسات الوطنية على تنظيم المنافسة في سوق النقل الجوي الدولي:

(<sup>١</sup>) International Civil Aviation Organization, Guidance Material on the Avoidance or Resolution of Conflicts over the Application of Competition Laws to International Air Transport, Circular 215-AT/85, published in 1989.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

١- ينبغي على الدول ضمان أن قوانينها وسياساتها وممارساتها المتعلقة بالمنافسة وأساليب تطبيقها على النقل الجوي الدولي متوافقة مع الالتزامات التي تعهدت بها بموجب الاتفاقات الدولية ذات الصلة، وفيما يتعلق بإصدار هذه القوانين أو تعديلها ينبغي على الدول أن تتيح الفرص لتلقي آراء أي طرف أجنبي ذي مصلحة، وأن تبادر بناء على طلب أي دولة أو دول أخرى إلى توضيح مدى احتمال تأثير قوانين وممارسات تنظيم المنافسة لديها على أنشطة شركات الطيران الدولي التابعة لتلك الدول.

٢- يجب على الدول عندما تطبق قوانينها الوطنية لتنظيم المنافسة أن تنظر بعين الاعتبار إلى آراء الدول التي قد تتأثر مصالحها الأساسية في مجال النقل الجوي الدولي من جراء تطبيق هذه القوانين والسياسات، كما يجب على تلك الدول أن تراعي مبادئ المجاملة والاعتدال في العلاقات الدولية، والتي تعد من أهم السمات الرئيسة التي تحكم الدول في مجال النقل الجوي الدولي.

• التوجيهات الصادرة بشأن فض المنازعات التي تنشأ بين الدول بشأن تطبيق القوانين والممارسات الوطنية على تنظيم المنافسة في سوق النقل الجوي الدولي:



١- إذا أدى تطبيق القوانين والسياسات الوطنية المتعلقة بتنظيم المنافسة إلى خلافات فعلية أو احتمالية بشأن علاقاتها في مجال النقل الجوي الدولي، ينبغي على الدول المعنية أن تعقد مشاورات فيما بينها للتفاهم على القوانين والسياسات والممارسات المتعلقة بالمنافسة والمطبقة في مجال النقل الجوي، بما يوفر لشركات الطيران الدولية أكبر قدر ممكن من الوضوح القانوني يحول دون وقوع الخلافات.

٢- عندما يؤدي تطبيق القوانين والسياسات الوطنية المتعلقة بتنظيم المنافسة على النقل الجوي الدولي إلى نشوء خلافات بين الدول حول مسائل الاختصاص القانوني، ينبغي على الدول أن تراعي التزاماتها الدولية ذات الصلة، وكذلك الممارسات المتبعة في العلاقات الدولية، مثل: الإبلاغ والتشاور والمجاملة والتعاون، كما ينبغي على الدول تزن بعناية مصالح الدول الأخرى في مثل هذه المسائل.

٣- بدون الإخلال بحق أي دولة في حماية مصالحها، عندما ينشأ خلاف حول تطبيق إحدى الدول لقوانينها وسياساتها الوطنية المتعلقة بالمنافسة على مسائل تتعلق بتنفيذ اتفاق النقل الجوي المبرم مع دولة أخرى، ينبغي أن تلجأ الدولتان المعنيتان إلى استخدام ترتيبات التشاور المنصوص

عليها في الاتفاق الثنائي قبل أن تتخذ أي منهما أي إجراء انفرادي قد يؤدي إلى تفاقم الخلاف.

### (ب) بند الايكاو النموذجي بشأن تطبيق قوانين المنافسة:

تهدف الايكاو من هذا البند أن يكون مرشداً شاملاً وقابلاً للتكيف لأي دولتين عقدتا اتفاقاً ثنائياً أو تعترضان عقده، وواجهتا صعوبات في علاقاتهما في مجال النقل الجوي من جراء تطبيق القوانين الوطنية في مادة المنافسة، ويعود للدولتين المعنيتين البت في إدراج أو عدم إدراج هذا البند في اتفاقهما الثنائي؛ إذ إنه لن يكون لاستخدامه أي معنى مثلاً إذا أيد الطرفان الممارسات التعاونية بين شركات الطيران، أو لم يكن لدى أي منهما قوانين للمنافسة من الأصل؛ فهو يهدف بوجه عام إلى تعزيز آلية العمل الثنائي لتفادي الخلافات وفضها، ووضع المسائل المرتبطة بتطبيق قوانين المنافسة على النقل الجوي في الإطار الثنائي، ويتضمن هذا البند النموذجي عشر مواد هي<sup>(1)</sup>:

١. على كل طرف أن يعلم الطرف الآخر بما لديه من قوانين وسياسات وممارسات تتعلق بالمنافسة، وبما يستجد عليها من تغييرات، وبما لها من أهداف خاصة يمكن أن تؤثر في تشغيل خطوط النقل الجوي

(1) International Civil Aviation Organization, Policy and Guidance Material on the Economic Regulation of International Air Transport, model clause on competition laws, op.cit, p.178.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

بموجب الاتفاق الثنائي، وعلى كل طرف أن يعين السلطات المسؤولة عن تنفيذ هذه القوانين والسياسات والممارسات.

٢. على كل طرف أن يساعد شركات طيران الطرف الآخر بقدر ما تسمح به قوانينه وقواعده، وذلك بتقديم الإرشاد بشأن مدى توافق أي ممارسة مقترحة من شركات الطيران مع قوانين وسياسات وممارسات المنافسة السارية لديه.

٣. إذا رأى أحد الطرفين تعارضاً بين قوانينه وسياساته وممارساته المتعلقة بالمنافسة والمسائل المتعلقة بتنفيذ هذا الاتفاق، فعليه إبلاغ الطرف الآخر بذلك، واتباع إجراءات التشاور المنصوص عليها في هذا الاتفاق إذا طلبها أحد الطرفين لتحديد ما إذا كان التعارض موجوداً، وإيجاد السبل لفضه أو التقليل منه إلى أدنى حد.

٤. على كل طرف إبلاغ الطرف الآخر بنيته في اتخاذ الإجراءات القانونية ضد أي شركة طيران تابعة لذلك الطرف الآخر، وبأي دعاوى قانونية خاصة علم أنها مرفوعة بموجب قوانينها المتعلقة بالمنافسة.

٥. بدون الإخلال بحق أي من الطرفين في التصرف، تتبع إجراءات التشاور المنصوص عليها في الاتفاق الثنائي كلما طلبها أحد الطرفين،

- وينبغي أن يكون هدفها تحديد مصالح كل من الطرفين، وتحديد الآثار التي يربح أن تنشأ من الإجراء المتخذ بموجب قانون المنافسة.
٦. يحاول الطرفان بلوغ اتفاق خلال هذه المشاورات، مع إقامة الاعتبار الواجب لمصالح كل منهما وللوسائل البديلة التي قد تؤدي إلى تحقيق الأغراض المتوخاة من الإجراءات المتخذة بموجب قوانين المنافسة.
٧. إذا تعذر الاتفاق فعلى كل طرف وهو ينفذ قوانينه وسياساته المتعلقة بالمنافسة أن ينظر بعين الاعتبار التام والتعاطف في الآراء التي يعرب عنها الطرف الآخر، وأن يراعي المجاملة والاعتدال والتلطف في العلاقات الدولية.
٨. على الطرف الذي ترفع الدعوى القانونية بموجب قوانين المنافسة السارية لديه أن يسهل اتصال الطرف الآخر بالهيئة القضائية المختصة أو تزويد هذه الهيئة بالمعلومات أو الاثنتين معاً حسبما هو ملائم، ويمكن أن تشمل تلك المعلومات بيان المصالح المترتبة على علاقاتها الخارجية، وبيان مصالح الطرف الآخر حسبما أبلغه بها، وإن أمكن نتائج المشاورات التي تكون قد عقدت مع الطرف الآخر بخصوص الدعوى.

٩. على الطرفين أن يتعاونوا طبقاً لأي التزامات دولية منطبقة، وبالحد الذي لا يخل بالقوانين والسياسات الوطنية لكل منهما، من أجل السماح لناقليها الجوبين أو غيرهم من مواطنيها بتقديم المعلومات ذات الصلة بالدعوى المرفوعة بموجب قانون المنافسة إلى السلطات المختصة، بشرط ألا يتعارض ذلك التعاون أو هذا الإقضاء مع المصالح الوطنية الأساسية.

١٠. ما دام الإجراء الذي اتخذته السلطات المسؤولة عن قانون المنافسة في أراضي أحد الطرفين موضع تـشاور مع الطرف الآخر، ينبغي للطرف موطن الإجراء أن يتمتع عن المطالبة بإفشاء المعلومات الموجودة في أراضي الطرف الآخر، وينبغي لذلك الطرف الآخر أن يتمتع عن اللجوء إلى تطبيق أي من تشريعات الإعاقة.

ثالثاً . دور الايكاو في منع الاحتكار التعسفي في سوق النقل الجوي:

في البداية أشير إلى أن هناك العديد من الجهات الدولية التي تساهم بطريقة أو بأخرى في عملية تنظيم المنافسة في سوق التجارة الدولية، ففي عام ١٩٩٥م اعتمدت منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية OECD توصية بشأن تعاون أعضاء المنظمة للقضاء على الممارسات المقيدة للمنافسة، وتعزيز

التعاون وتجنب الخلافات بين الدول في مجال إنفاذ قوانين حماية المنافسة<sup>(١)</sup>، وكذلك يوجد مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية UNCTAD الذي يعد بمثابة الجهة المختصة بتنظيم المنافسة داخل المجتمع الدولي، حيث صدر عنه مجموعة من المبادئ في صورة مدونة سلوك غير ملزمة تنظم الممارسات التجارية التقييدية، بالإضافة لدوره في نشر ثقافة المنافسة بين الدول<sup>(٢)</sup>، وأخيراً يوجد منظمة التجارة العالمية، والتي أنشأت في اجتماعها في سنغافورة عام ١٩٩٦م فريق عمل مهمته إحداث تفاعل بين مسائل التجارة الدولية وسياسات

---

(١) لمزيد من المعلومات عن دور منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية في تعزيز التعاون الدولي بشأن إنفاذ قوانين المنافسة، راجع التقرير التالي:

Challenges of International Co-operation in Competition Law Enforcement, Organisation for Economic Co-Operation and Development 2014. Available at: <http://www.oecd.org/daf/competition/Challenges-Competition-Internat-Coop-2014.pdf>

(٢) The Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices approved by the United Nations Conference on Restrictive Business Practices, adopted by the General Assembly, at its thirty-fifth session in its resolution 35/63 of 5 December 1980. Available at:

<http://ec.europa.eu/competition/international/legislation/unctad.pdf>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

المنافسة، وإعداد التقارير السنوية عن الممارسات المقيدة للمنافسة في أسواق التجارة الدولية<sup>(١)</sup>.

وبالرغم من هذه الجهود الدولية لتنظيم المنافسة في المجتمع الدولي؛ تظل منظمة الطيران المدني الدولي صاحبة الدور الجوهري في منع المنافسة غير العادلة وممارسات الاحتكار التعسفي لشركات الطيران في سوق النقل الجوي، ويظهر ذلك جلياً في القسم الأول من المادة الثانية من اتفاق عبور الخطوط الجوية الدولية أو اتفاق الحريتين؛ الذي يعطي الحق لأي دولة طرف في الاتفاق تعتبر تصرف أي دولة أخرى متعاقدة يسبب لها إجحافاً أو مشقة أن تطلب من مجلس المنظمة الدولية للطيران المدني بحث الموقف والتحري عنه، فإذا فشل التشاور بين الدولتين في حل المشكلة، جاز للمجلس أن يصدر توصياته للدول المعنية، وفي حال عدم قيام الدولة المعنية باتخاذ التدابير المناسبة لتصحيح تصرفاتها، جاز للمجلس أن يوصي الجمعية العمومية للمنظمة بتعليق حق الدولة في التمتع بالحقوق والمزايا المنصوص عليها في اتفاق الحريتين إلى أن تتخذ تلك التدابير، كما يجوز للجمعية العمومية بعد

---

(١) Andreas Heinemann, la nécessité d'un droit mondial de la concurrence, Revue internationale de droit économique 2004, n° 3, p.301 et suivant.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

موافقة أغلبية الثلثين أن تعلق حق تلك الدولة المتعاقدة في التمتع بعضوية المنظمة إلى أن تتخذ تلك الدولة الإجراءات التصحيحية<sup>(١)</sup>.

ويتضح من ذلك أنه في حالة قيام إحدى شركات الطيران تابعة لدولة موقعة على اتفاق الحريتين بممارسات مقيدة للمنافسة أو أفعال احتكارية، تسبب في وضع شركة طيران تابعة لدولة أخرى متعاقدة في وضعية مجحفة بسبب هذه الممارسات غير العادلة، وثبت ذلك في حقها أمام مجلس المنظمة الدولية للطيران المدني، قد ينتهي الأمر بحرمانها من المزايا المنصوص عليها

---

(<sup>1</sup>) International Air Services Transit Agreement, signed at Chicago, on 7 December 1944. Article II, Section 1: A contracting State which deems that action by another contracting State under this Agreement is causing injustice or hardship to it, may request the Council to examine the situation. The Council shall thereupon inquire into the matter, and shall call the States concerned into consultation. Should such consultation fail to resolve the difficulty, the Council may make appropriate findings and recommendations to the contracting States concerned. If thereafter a contracting State concerned shall in the opinion of the Council unreasonably fail to take suitable corrective action, the Council may recommend to the Assembly of the above-mentioned Organization that such contracting State be suspended from its rights and privileges under this Agreement until such action has been taken. The Assembly by a two-thirds vote may so suspend such contracting State for such period of time as it may deem proper or until the Council shall find that corrective action has been taken by such State. Available at:

<https://www.mcgill.ca/files/iasl/chicago1944b.pdf>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



في اتفاق الحرّيتين؛ أي: أنها ستعيش في عزلة تجارية، نتيجة حرمان طائراتها المدنية من حرية الطيران فوق أقاليم الدول المتعاقدة؛ وبالتالي استحالة تسير خطوطها الجوية.

إلى جانب ذلك يُعد من أهم الآليات التي تساهم في السيطرة على الممارسات الاحتكارية التعسفية التي قد تصدر عن تحالفات شركات الطيران وتقيّد من سوق المنافسة، بند الايكاو النموذجي بشأن الضمانات ضد ممارسات المنافسة غير العادلة في ما تيرمه من اتفاقات بشأن الخدمات الجوية، فضلاً عن ما جاء به المؤتمر العالمي الخامس للنقل الجوي عام ٢٠٠٣م من اقتراحات تنظم مسألة كيفية ضمان المنافسة العادلة في بيئة تحررية لسوق النقل الجوي.

(أ) توصيات المؤتمر العالمي الخامس للنقل الجوي بشأن ضمانات المنافسة العادلة في السوق التحرري للنقل الجوي:

ناقش المؤتمر العالمي الخامس للنقل الجوي الذي عقد بمدينة مونتريال بكندا في الفترة من ٢٤ إلى ٢٨ مارس ٢٠٠٣م أهم ضمانات المنافسة العادلة في سوق النقل الجوي، باعتبارها من أهم القضايا التنظيمية الرئيسة المرتبطة بتحرير سوق النقل الجوي؛ لذلك تم تخصيص البند رقم (٢)، (٣) من أجندة المؤتمر لبحث سبل تأمين المنافسة العادلة في سوق النقل الجوي في ظل

التحديات الجديدة التي تولدت عن نمو البيئة التحررية لهذا السوق، وتحالف العديد من شركات الطيران، وظهور شركات الطيران ذات الخدمات منخفضة التكلفة، بالإضافة لدعم العديد من الحكومات لشركات الطيران الوطنية بشكل قد يرهق سوق المنافسة.

وخلص المؤتمر إلى أنه يجب على شركات الطيران في ظل تحرر سوق النقل الجوي، أن تتقيد بعدة ضوابط تهدف إلى تأمين المنافسة العادلة في هذا السوق الذي يتمتع بمكانة متميزة في المجتمع الدولي، وتلك الضوابط تتمثل في<sup>(١)</sup>:

- أن عملية تحرير سوق النقل الجوي لا بد أن تتم بالتوازي مع وضع تدابير وقائية مناسبة تضمن وجود منافسة عادلة بين شركات الطيران، والمشاركة الفعالة والمستدامة بين جميع الدول، وهذه التدابير لا بد أن تكون جزءاً لا يتجزأ من عملية تحرير سوق النقل الجوي، وأن تكون متفقة مع احتياجاته، وما يمر به من مراحل تحررية متلاحقة، على نحو لا يضر بتحرير التجارة الدولية، فيجب أن تراعي هذه التدابير

---

(<sup>1</sup>) International Civil Aviation Organization, Report of The Fifth Worldwide Air Transport Conference: Challenges and Opportunities of Liberalization, Montréal, 24 to 28 March 2003, Agenda Item 2.3, P.34. Available at:

[http://www.icao.int/meetings/atconf6/documents/doc9819\\_en.pdf](http://www.icao.int/meetings/atconf6/documents/doc9819_en.pdf)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

التقدم التدريجي لمسألة تحرير النقل الجوي، وقوانين المنافسة العامة، وكذلك حماية الطيران بصفة خاصة.

• أن قوانين المنافسة العامة المطبقة في غالبية الدول تكون لها فعالية في مواجهة أغلب الممارسات المقيدة للمنافسة في سوق النقل الجوي، ولكن نظراً لوجود اختلافات بين أنظمة المنافسة، وتفاوت درجات تحرر النقل الجوي بين الدول، وللطبيعة الخاصة للإطار التنظيم للنقل الجوي الدولي، تظهر الحاجة لوضع ضمانات خاصة بالطيران، للحد من ممارسات المنافسة غير العادلة والقضاء عليها في سوق النقل الجوي الدولي.

• في الحالات التي يتم فيها تطبيق قوانين المنافسة الوطنية على النقل الجوي الدولي ينبغي الحرص على عدم اتخاذ إجراءات من جانب واحد؛ لذلك يجب أن يتم التعامل مع قضايا المنافسة التي يكون أحد أطرافها شركة نقل جوي أجنبية، بشكل يولي الاعتبار الواجب لمصالح تلك الأطراف المشاركة؛ بالتعاون بين الدول أو بين السلطات المنظمة للمنافسة لكل دولة مع بعضها، أو بينها وبين سلطات الطيران، يعد أمراً لا غنى عنه لتسهيل تحرير النقل الجوي، وتجنب المنازعات.

• أن عملية الموازنة بين أنظمة حماية المنافسة المختلفة يمثل تحدياً كبيراً للعاملين في سوق النقل الجوي، خاصة في الحالات التي تنشأ فيها منازعات بين الدول ناتجة عن تطبيق قوانين المنافسة على شركات الطيران؛ لذا يجب على الدول أن تسعى لحل تلك المنازعات الخاصة بتطبيق قوانين المنافسة الوطنية على شركات الطيران عن طريق التشاور، وباللجوء إلى آليات تسوية المنازعات المنصوص عليها في اتفاقات الخدمات الجوية المبرمة بينهم، وبالاستفادة من توجيهات منظمة الطيران المدني الدولي الخاصة بقوانين المنافسة، والواردة في السياسات والمواد الإرشادية التي اعتمدها المنظمة بشأن التنظيم الاقتصادي للنقل الجوي الدولي.

• أن مد تطبيق قوانين حماية المنافسة الوطنية على شركات النقل الجوي الأجنبية يمكن أن يؤثر على الترتيبات التعاونية بين الدول، التي تعتبر أمراً جوهرياً لكفاءة وانتظام وسلامة النقل الجوي الدولي؛ لذلك يجب أن تطبق قوانين حماية المنافسة ومنع الاحتكار بمراعاة هذه الترتيبات والحاجة الملحة للتعاون بين شركات النقل الجوي والربط المواصل بينهم، بما يعود بالنفع على جمهور المستخدمين وشركات الطيران على حد سواء.

• أنه يقع على عاتق منظمة الطيران المدني الدولي رصد التطورات بشأن المنافسة، وأن تحدث توجيهاتها فيما يخض ضمانات المنافسة العادلة بين شركات الطيران، على ضوء نمو السوق التحررية للنقل الجوي.

ويتضح من هذه الضوابط أن أغلبية المشاركين في المؤتمر كانوا حريصين على استمرار توجه سوق النقل الجوي نحو التحرر، وإن كانت هناك حاجة للوقوف في مواجهة الممارسات الاحتكارية والمقيدة للمنافسة في هذا السوق، فيجب في كل الأحوال ألا تشكل التدابير المعتمدة لضمان حرية المنافسة في حد ذاتها قيوداً تعوق تحرر هذا السوق الهام لكل دول العالم، وفي سبيل ذلك يجب الاتفاق على وضع مجموعة من القواعد تكون بمثابة حائط صد للممارسات المنافية للمنافسة العادلة، وتمثل الحد الأدنى المتفق عليه، بحيث يمكن لكل دولة استخدامها، وأن تعدل فيها أو تضيف إليها عند الضرورة، كأساس للعمل التنظيمي في بيئة النقل الجوي الدولي.

(ب) بند الايكاو النموذجي بشأن منع الممارسات المنافية للمنافسة العادلة في اتفاقات تحرير الخدمات الجوية:

رأينا في التوصيات التي خرج بها المؤتمر العالمي الخامس للنقل الجوي فيما يخص المنافسة العادلة بين شركات النقل الجوي أن الدول تحاول

أن توازن بين تحرير سوق النقل وحماية المنافسة العادلة بين الناقلين الجويين، بحيث لا تتخذ الدول تدابير انفرادية لحماية شركات النقل الوطنية تؤثر بالسلب على نمو سوق النقل الجوي وتحرره.

لذا اقترح المؤتمر على الدول أن تضع شرطاً نموذجياً خاص بحماية المنافسة العادلة بين شركات النقل الجوي، تستخدمه الدول في اتفاقات الخدمات الجوية، وينص هذا الشرط على أنه<sup>(1)</sup>:

١- اتفق الأطراف على أن الممارسات التالية لشركات الطيران يمكن اعتبارها ممارسات تنافسية غير عادلة، وتستحق دراسة دقيقة من قبل الأطراف؛ وتلك الممارسات هي؛

أ) فرض أسعار وأجور للسفر على الطرق الجوية على مستويات لا تكفي في مجموعها لتغطية تكاليف الخطوط المعنية.

ب) إضافة سعة مفرطة أو الإكثار من عدد الرحلات.

ت) القيام بممارسات في مسألة معينة بطريقة مستمرة بدلاً من القيام بها بصورة مؤقتة.

---

(1) International Civil Aviation Organization, Report of The Fifth Worldwide Air Transport Conference: Challenges and Opportunities of Liberalization, Montréal, 24 to 28 March 2003, Agenda Item 2.3, P.34. Available at:

[http://www.icao.int/meetings/atconf6/documents/doc9819\\_en.pdf](http://www.icao.int/meetings/atconf6/documents/doc9819_en.pdf)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ث) الممارسات المتبعة في مسألة معينة، ويكون لها تأثير اقتصادي سلبي حقيقي أو تلحق ضرراً اقتصادياً جسيماً بناقل آخر.

ج) الممارسات المتبعة في مسألة معينة وتعكس نية واضحة أو لديها تأثير محتمل لإعاقة أو استبعاد أو التحكم في ناقل آخر في السوق.

ح) السلوك الذي يدل على إساءة استعمال المركز المهيمن على أحد خطوط الطيران.

٢- إذا اعتبرت سلطات الطيران المدني لدى أحد الأطراف أن العملية أو العمليات المقصودة أو التي تم إجراؤها من قبل شركة الطيران المحددة من قبل الطرف الآخر قد تشكل إحدى سلوكيات المنافسة غير العادلة وفقاً للمؤشرات المنصوص عليها في الفقرة الأولى، فيمكنها أن تطلب التشاور مع الطرف الآخر وفقاً للمادة ..... (التشاور) بغية حل هذه المشكلة، ويجب أن يرفق أي طلب للمشاركة بإشعار يتضمن أسباب طلب التشاور، ويجب أن تبدأ المشاورات خلال ١٥ يوماً من تاريخ الطلب.

٣. إذا فشل الأطراف في التوصل إلى حل للمشكلة من خلال المشاورات، يجوز لأبي من الطرفين اللجوء إلى آلية تسوية المنازعات المنصوص عليها في المادة.....(تسوية الخلافات) لحل النزاع.

ومن جهة أخرى، واستكمالاً لهذا البند النموذجي الذي اقترحتة الايكاو من خلال المؤتمر العالمي الخامس للنقل الجوي بشأن النص على منع الممارسات المنافسة للمنافسة العادلة في اتفاقيات تحرير الخدمات الجوية، يمكن للأطراف المعنية الاستعانة بالتوصية رقم (٢) الصادرة عن الاجتماع التاسع لخبراء تنظيم النقل الجوي، لحل النزاع الناشئ بينهم بخصوص الممارسات غير العادلة في سوق النقل الجوي.

وتقتضي هذه التوصية بأمرين<sup>(١)</sup>: الأول - أن تقوم الدول الراغبة في تحرير خطوطها الجوية في إطار علاقاتها الثنائية أو الإقليمية بتضمين ترتيباتها، حسب تقديرها، لیتسنى لها التوسط أو حل الخلاف الناشئ عن الممارسات المزعوم أنها غير شريفة أو عن إساءة استغلال المركز المهيمن، حكماً ينص على أحد أو كلا العنصرين التاليين بشأن آلية تسوية الخلافات: أ) عقد اجتماع رفيع المستوي يصل إلى درجة الوزير، ليكون هذا الاجتماع أداة

---

(١) International Civil Aviation Organization , Policy and Guidance Material on the Economic Regulation of International Air Transport, op.cit, p.39.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



في يد الأطراف التي لم تتمكن من إيجاد حل بالتشاور لخلافها حول أي ممارسة تنافسية غير شريفة. ب) النص على الاستعانة بوسيط، أو بفريق لتسوية الخلافات يتم اختيار أعضائه من قائمة تستكملها الايكاو بأسماء خبراء الطيران المؤهلين تأهيلاً مناسباً، ويفضل أن يكون قرار هذا الفريق المعني بتسوية الخلافات ملزماً للأطراف، وينبغي لفريق تسوية الخلافات أن يتمكن من وضع حل مؤقت يتمشى مع الآليات المنصوص عليها في المؤتمر العالمي للنقل الجوي لتسوية الخلافات، سواء بتجميد الممارسات أو العودة إلى الوضع السابق عليها أو الحكم بالتعويض عن الأضرار إذا لم يكن العودة للوضع السابق ممكناً، وينبغي على الأطراف المعنية أن تتفق مسبقاً على عدة أمور هي: ١-صلاحيات فريق تسوية الخلافات، وإجراءاته، ومبادئه التوجيهية أو المعايير، وطريقة اللجوء إليه (بما في ذلك حق الطرفين وحدهما في اللجوء إليه أو حق أي مصالح خاصة أخرى في اللجوء إليه، مثل: شركات الطيران) مع مراعاة هدف وضرورة التوصل إلى إنهاء القضية ببساطة واستجابة وسرعة. ٢- كيفية تنفيذ أي قرار يصدره فريق خبراء تسوية الخلافات أو كيفية تنفيذ أي حل قد يضعه هذا الفريق.

الأمر الثاني - أن تضع الايكاو قائمة بخبراء النقل الجوي لأغراض حل تسوية المنازعات المتعلقة بالممارسات التنافسية غير الشريفة، وتستكملها لبتاح تعيينهم كوسطاء أو أعضاء في فرق خبراء تسوية الخلافات.

رابعاً . إنشاء إدارة إقليمية لمنع ممارسات الاحتكار التعسفي في مجال النقل الجوي الدولي:

يعتبر من أهم آليات مكافحة الاحتكار التعسفي لتحالفات شركات الطيران الدولية قيام كل تجمع إقليمي بإنشاء إدارة لحماية المنافسة العادلة ضمن هيكله التنظيمي للنقل الجوي الدولي، بهدف رصد ممارسات الاحتكار التعسفي لشركات الطيران الدولية فيما يخص السوق المعنية لذلك التجمع، على أن تكون تلك الإدارة بمثابة اللبنة الأساسية للتعامل مع قضايا الاحتكار التعسفي لشركات الطيران، والجهة المنوط بها اتخاذ الإجراءات المناسبة لحماية النقل الجوي الدولي من الممارسات المنافية للمنافسة العادلة.

وقد أخذت بعض التجمعات الإقليمية على عاتقها النظر في وجود مثل هذه الإدارة كآلية لحماية المنافسة في سوق النقل الجوي الدولي، فقد نوقشت هذه الآلية مؤخراً أمام الهيئة العربية للطيران المدني<sup>(١)</sup>، واقترح البعض<sup>(١)</sup> أن

---

(١) الهيئة العربية للطيران المدني، الاجتماع الرابع والثلاثون للجنة النقل الجوي، المملكة

المغربية، الرباط من ١٧ إلى ١٨ مارس ٢٠١٥م.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

يكون هناك جهاز عربي يطلق عليه (جهاز التنقيش الاقتصادي العربي)، بهدف ضمان تمتع شركات النقل الجوي العربي بفرص المنافسة العادلة، والمشاركة بفاعلية في توفير الخدمات الجوية وفق قواعد المنافسة العالمية، على أن تكون مهام الجهاز: (١) إعداد تشريعات موحدة للدول العربية فيما يخص حماية المنافسة ومنع الاحتكار. (٢) وضع رؤية موحدة لمواجهة التحديات الخاصة بالمنافسة العادلة والتنسيق مع التكتلات الإقليمية الأخرى. (٣) متابعة سوق النقل الجوي العربي، ورصد حالات الاحتكار التعسفي مع ضمان السرية في التعامل، سواء للشركات الأجنبية أو العربية. (٤) تلقي الشكاوى والبلاغات من الدول العربية حول الممارسات المضرة بالمنافسة العادلة، وإجراء التحقيقات فيها، لرفعها لسلطات حماية المنافسة المختصة في الدول المعنية. (٥) تقديم المشورات للدول العربية فيما يخص منع الاحتكار التعسفي لشركات الطيران. (٦) تنفيذ أي مهام تطلبها الهيئة العربية للطيران المدني فيما يخص حماية المنافسة العادلة في سوق النقل الجوي.

---

(١) د. مازن أحمد غانم، المنافسة العادلة والتحديات وطرق مواكبتها، الفريق والجهاز العربي للتنقيش الاقتصادي، ورقة عمل مقدمة للهيئة العربية للطيران المدني، الاجتماع الرابع والثلاثون للجنة النقل الجوي، المملكة المغربية، الرباط من ١٧ إلى ١٨ مارس ٢٠١٥م، ص ٢٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

## الخاتمة

سمحت هذه الدراسة بإلقاء الضوء على إحدى الإشكاليات الجديدة التي طرأت على سوق النقل الجوي الدولي بسبب تحول الاقتصاديات إلى التحرر والعالمية، ألا وهي ظهور الممارسات الاحتكارية التعسفية لشركات الطيران الدولية المتحالفة للسيطرة على أسواق النقل الجوي الدولي، في ظل اشتغال سوق المنافسة بين شركات الطيران الدولية.

حيث أثبتت الدراسة أن إطلاق المنافسة بين شركات الطيران الدولية يحتاج لضوابط قانونية توازن بين ظهور تحالفات شركات الطيران الدولية، كنتيجة لرغبة شركات الطيران في السيطرة على أسواق النقل الجوي من جهة، والحيلولة دون قيام هذه التحالفات بممارسات احتكارية تعسفية تهدد المنافسة العادلة في هذا السوق الحيوي من جهة أخرى.

ورأينا أنه على الرغم من أن أغلبية دول العالم لديها قوانين لحماية المنافسة، إلا أن تطبيق هذه القوانين الوطنية على شركات الطيران الأجنبية المتحالفة قد يثير العديد من المشاكل القانونية بين الدول، تأسيساً على أن سوق النقل الجوي يعد عاملاً رئيساً في تشجيع وتعزيز التنمية الاقتصادية للدول؛ وبالتالي يجب عدم المساس به بإخضاع شركات الطيران الوطنية لقوانين المنافسة للدول المختلفة.

لذلك جاءت هذه الدراسة لتؤكد على أن ظاهرة تحالفات شركات الطيران الدولية هي حقيقة واقعية تتفق مع تغيرات تحرر تجارة الخدمات الجوية، وترسخ لمجموعة من القواعد التي تحمي حرية المنافسة بين هذه التحالفات، بالشكل الذي يضمن وجود منافسة عادلة بينها، وبعيداً عن تشويه المنافسة بالممارسات الاحتكارية التعسفية، وانتهت الدراسة لعدة نتائج أهمها:

. أن أهم أشكال تحالفات شركات الطيران الدولية تأخذ في الغالب صورة اتفاقات لتقاسم الرموز والسعة، وقد يتم الاتفاق على ترتيبات أكثر تعقيداً من ذلك لتقترب من التركيز الاقتصادي القائم على الاندماج أو الاستحواذ.

. أن المنافسة العادلة في سوق النقل الجوي تحتاج من الدول تشجيع التعاون فيما بينها، خاصة في إطار إقرار التحالفات، للوصول إلى بيئة تنافسية أفضل للنقل الجوي الدولي.

. أن الممارسات الاحتكارية التعسفية لتحالفات شركات الطيران تظهر في صورة اتفاقات مقيدة للمنافسة بشأن فرض الأسعار أو السعة، أو في صورة ممارسات قائمة على إساءة استغلال المركز المسيطر لأحد تحالفات شركات الطيران لإغلاق الأسواق أمام المنافسين، وكذلك قد يأخذ صورة دعم حكومي لإحدى شركات الطيران الوطنية يكرس للممارسات الاحتكارية التعسفية.

. أنه لا حديث عن ممارسات احتكارية تعسفية لتحالفات شركات الطيران إلا بعد تحديد السوق المعنية ذات الصلة بنشاط الخدمات الجوية التي تقدمها شركات الطيران المتحالفة.

- أن تنظيم سوق المنافسة بين شركات الطيران يتطلب من الدول الالتزام بإرشادات الايكاو بشأن المنافسة العادلة عند اتفاقات الخدمات الجوية، وعند وضع قوانين المنافسة الوطنية.

- ينبغي على الدول أن تتخذ التدابير المناسبة لضمان المنافسة العادلة بين شركات الطيران، وذلك من خلال سن قوانين فعالة للمنافسة يمكن تطبيقها على النقل الجوي الدولي، وأن تنظم قواعد للمعونات الحكومية لشركات الطيران بشكل يجعلها تتسم بالوضوح والشفافية والصرامة، مع وضع الآليات المناسبة لحل المنازعات التي قد تثار بهذا الشأن، ومن خلال التنسيق المشترك، وأهم هذه الآليات نوردتها في التوصيات الآتية:

■ **حث المشرع المصري على تعديل قانون الطيران المدني واللوائح المرتبطة بخدمات النقل الجوي الدولي، التي تقيد من المنافسة الحرة والعادلة في السوق المصرية، وبما يواكب التغيرات العالمية الجديدة بشأن تجارة الخدمات الجوية المتحررة.**

■ حماية المنافسة العادلة في السوق المتحررة للنقل الجوي الدولي يحتاج إلى وضع نظام قانوني متكامل لمنع الاحتكار التعسفي لشركات الطيران الدولية، يكون تحت مظلة المنظمة الدولية للنقل الجوي الدولي. ■ أن تتضمن جميع اتفاقات الخدمات الجوية الثنائية بنوداً لتنظيم المنافسة العادلة، مع الاعتماد على بند الايكافو النموذجي بشأن منع الممارسات المناهضة للمنافسة العادلة في اتفاقات تحرير الخدمات الجوية.

■ إنشاء إدارة داخل كل تجمع اقتصادي إقليمي لحماية المنافسة العادلة في سوق النقل الجوي، يكون دورها رصد ممارسات الاحتكار التعسفي لشركات الطيران الدولية، وإتخاذ التدابير القانونية المناسبة حيالها، في ضوء التوجيهات الصادرة من منظمة الطيران المدني الدولي.

■ وأخيراً، دعوة فقهاء القانون التجاري الدولي وفقهاء القانون الدولي العام إلى إجراء دراسات قانونية مشتركة تهدف لإيجاد نظام قانوني دولي يحكم المنافسة في سوق التجارة الدولية، تحت رعاية منظمة التجارة العالمية.

## قائمة المراجع<sup>(١)</sup>

أولاً . المراجع العربية:

. مراجع عامة ومتخصصة ورسائل الدكتوراه:

▪ د. أحمد عبد الرحمن الملحم،

- الاحتكار والأفعال الاحتكارية، دراسة تحليلية مقارنة في القانون الأمريكي والأوروبي والكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى ١٩٩٧م.

▪ د. أحمد محمد محرز،

- الحق في المنافسة المشروعة في مجالات النشاط الاقتصادي، الصناعة . التجارة . الخدمات، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٩٤م.

▪ د. أسامة فتحي عبادة،

---

(١) مرتبة ترتيباً أبجدياً.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



- النظام القانوني لعمليات التركيز الاقتصادي في قانون المنافسة .

دراسة تحليلية مقارنة، دار الفكر والقانون ٢٠١٤م.

■ د. أمل محمد شلبي،

- الحد من آليات الاحتكار، منع الإغراق والاحتكار من الوجهة

القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ٢٠٠٦م.

■ د. حسام الدين عبد الغني الصغير،

- النظام القانوني لاندماج الشركات، دار الفكر الجامعي، الطبعة

الثانية ٢٠٠٤م.

■ د. حسين الماحي،

- حماية المنافسة . دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون المصري رقم

٣ لسنة ٢٠٠٥م ولوائحته التنفيذية، المكتبة العصرية، الطبعة الأولى

٢٠٠٧م.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

▪ د. حسين محمد فتحي،

- الممارسات الاحتكارية والتحالفات لتقويض حريتي التجارة والمنافسة،  
دراسة لنظام الأنترنت في النموذج الأمريكي، دار النهضة العربية  
١٩٩٨م.

▪ د. خليل فيكتور تادرس،

- المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء قوانين  
حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، دار النهضة العربية،  
٢٠٠٧م.

▪ د. خيرى الحسيني،

- التطورات الجديدة في قانون الطيران الدولي العام بظهور مؤسسات  
النقل الجوي الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة  
١٩٧٦م.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

▪ د. سامي عبد الباقي أبو صالح،

- إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية، القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية .
- دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية ٢٠٠٥م.

▪ د. سيدي محمد بن سيد أبيه،

- مفهوم الأجواء المفتوحة وسيادة الدول، مكتب نائب رئيس مجلس الوزراء لشؤون الإعلام، الإمارات العربية المتحدة، أبوظبي ٢٠٠٦م.

▪ د. عمر محمد حماد،

- الاحتكار والمنافسة غير المشروعة . دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية ٢٠٠٩م.

▪ د. ليلى حسن زكي،

- قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار . دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والأوروبي، دار النهضة العربية ٢٠٠٦م.

▪ د. محمد فريد العريني و د. محمد السيد الفقي،

- القانون البحري والجوي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠١٠م.

▪ د. مغاوري شلبي علي،

- حماية المنافسة بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية ٢٠٠٥م.

. مقالات علمية متخصصة:

▪ د. أحمد عبد الرحمن الملحم،

- الاحتكار والمحظور ومحظورات الاحتكار في ظل نظرية المنافسة

التجارية، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية،

العدد الثالث والستون، ١٩٩٣م، ص ٢٦ وما بعدها.

▪ د. صبري محمد السنوسي،

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

- تعليق على قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، المؤتمر التاسع لكلية الحقوق جامعة المنصورة، بعنوان " تنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الضارة"، في الفترة من ٢٩ إلى ٣٠ مارس ٢٠٠٥م، ص ٤.

■ د. صفاء العيساوي،

- المفهوم القانوني للاستعمال غير المشروع للمركز المتحكم في السوق . دراسة مقارنة، مجلة واسط للعلوم الإنسانية، العدد الثالث والعشرون، المجلد التاسع ٢٠١٤، ص ٥١.

■ د. عبد الله عناني،

- اتفاقية دمشق ٢٠٠٤ . تحرير النفاذ للأسواق وقواعد الملكية للناقلات العربية، مجلة الطيران العربي، الهيئة العربية للطيران المدني، العدد ٢٢، ديسمبر ٢٠١٤م، ص ٥٥ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

▪ د. على سيد قاسم،

- التجمع ذو الغاية الاقتصادية، مجلة القانون والاقتصاد ١٩٨١م،  
السنة ٥١، ص ٢٩١.

- دراسة انتقادية لمشروع قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات  
الاحتكارية الضارة، المؤتمر التاسع لكلية الحقوق جامعة المنصورة،  
بعنوان " تنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الضارة"، في  
الفترة من ٢٩ إلى ٣٠ مارس ٢٠٠٥م، ص ١٠.

▪ د. مازن أحمد غانم،

- المنافسة العادلة التحديات وطرق مواكبتها، الفريق والجهاز العربي  
للتفتيش الاقتصادي، ورقة عمل مقدمة للهيئة العربية للطيران المدني،  
الاجتماع الرابع والثلاثون للجنة النقل الجوي، المملكة المغربية، الرباط  
من ١٧ إلى ١٨ مارس ٢٠١٥م، ص ٢٤.

▪ د. محمد محمد عبد اللطيف،

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

- الأشخاص العامة وقانون المنافسة، المؤتمر التاسع لكلية الحقوق جامعة المنصورة، بعنوان "تنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الضارة"، في الفترة من ٢٩ إلى ٣٠ مارس ٢٠٠٥م، ص ١٨ وما بعدها.

▪ د. نادية محمد معوض،

- المشاركة بالرمز وتحالف شركات الطيران، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، السنة الحادية والعشرون، العدد الأول، يناير ٢٠١٣، ص ٤٤.

ثانياً - المراجع الأجنبية:

- مراجع عامة ومتخصصة ورسائل دكتوراه:

▪ Angela Cheng-Jui Lu,

- International Airline Alliances: EC competition law/US antitrust law and international air transport, Kluwer Law International, October 2002.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

- **Jean GABSZEWICZ,**
  - La concurrence imparfaite, Collection Repères, édition La Découverte 2003.
- **Joseph Wilson,**
  - Globalization and the limits of national merger control laws, International Competition Law Series, Kluwer Law International 2003.
- **Lucia Bonova,**
  - The international Merger control regime: building cooperation without harmonization, institute of comparative law, thesis, McGill University, Canada 2005.
- **Ruwantissa Abeyratne,**
  - Aeronomics and Law, Fixing Anomalies, Springer 2012.
- **William Gillespie and Oliver M. Richard,**



- Antitrust Immunity and International Airline Alliances, Economic Analysis Group, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, Washington D.C, 23 February 2011.
- **Xavier vives,**
  - Competition policy in the EU, fifty years on from the treaty of Rome, Oxford University press 2009.

- مقالات علمية متخصصة:

- **Andreas Heinemann,**
  - la nécessité d'un droit mondial de la concurrence, Revue internationale de droit économique 2004, n° 3, p.301
- **Anne-Lise SIBONY,**

- Retour sur la méthode de qualification des prix prédateurs, Revue Lamy de la concurrence, septembre 2007, N°12, p.18.
- **Antonio Bosch and José García-Montalvo,**
  - Free and Nondiscriminatory Access to Airports: A Proposal for Latin America, working paper published by Inter-American Development Bank, May 2003, pp.24-29.
- **Arlette MARTIN-SERF,**
  - Aides publiques nationales et droit de la concurrence, Revue de jurisprudence commerciale, 2000, P.97.
- **C. Newton,**
  - Do predators need to be dominant?, European Competition Law Review 1999, No.20, 127.
- **Catherine PRIETO,**

- Les restrictions de concurrence des compagnies aériennes, Dalloz, 26 août 2004, Cahier Droit des affaires, chronique, p.2134.
- **Christopher R. Leslie,**
  - Predatory pricing and recoupment, Columbia Law Review, November 2013, volume 113, n°7, p.1695.
- **Daniel A. Cranet,**
  - The paradox of predatory pricing, Cornell Law Review 2005, volume 91, n°1, p.3
- **Grard Loïc,**
  - Les accords de ciel ouvert. Vers un ordre juridique aérien international “post-bermudien”. Bientôt un ordre juridique “post-bilatéral”, Revue Française de Droit Aérien et Spatial 2004, n°2.
- **Gregory T. Gundlach,**

- Price Predation: Legal Limits and Antitrust Considerations, Journal of Public Policy & Marketing 1995, volume 14, n°2, p.278.

- **Hany Dowidar,**

- The Evolution of the Air Carrier's Liability: From Warsaw 1929 to Montreal 1999, Twenty International Annual Conference :Civil Aviation Laws under the National Legislations and the International Conventions, College of Law, United Arab Emirates University, Dubai 23-25 April 2012, p.9.

- **JAMES L. ROBENALT,**

- Predatory Pricing in the Low-Fare Airline Market: Targeted, Discriminatory, and Achieved with Impunity, Ohio State Law Journal 2007, volume 68, p.642

- **Larry Bumgardner,**

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

- Antitrust Law in the European Union, Graziadio Business Review 2006, volume 8, Issue 3.
- **Paul L.**
  - Joskow and Alvin K. Klevorick, A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy, The Yale Law Journal 1979, volume 89, p.213.
- **Paul Stephen Dempsey,**
  - Predatory Practices & Monopolization in the Airline Industry: A Case Study of Minneapolis/St. Paul, Transportation Law Journal, Spring 2002 , volume 29, n° 129, P.129.
- **Phillip Areeda and Donald F. Turner,**
  - Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act, Harvard Law Review 1975, Volume 88, n°4, pp.697-733.
- **Rene H. Dubois,**

- Understanding the Limits of the Foreign Trade Antitrust Improvement Act Using Tort Law Principles as a Guide, New York Law School, Law Review 2013, Volume 58, p. 710.
- **Sato chie,**
  - Extraterritorial application of EU competition law: Is it possible for Japanese companies to steer clear of EU competition law?, Journal of Political Science & Sociology 2010, Issue 11, p.30.
- **Tengku Akbar Tengku Abdullah,**
  - Competition in the airline industry: The case of price war between Malaysia Airlines and AirAsia, Central Asia Business Journal 2010, volume 3, p.69.

### ثالثاً - تقارير عربية وأجنبية:

- السماوات المفتوحة، صراع السياحة والطيران المزمّن، مقال منشور

بجريدة الأهرام المصرية، بتاريخ ٦ فبراير ٢٠١٤م.

- دراسة بشأن قطاع النقل الجوي الداخلي المنتظم للركاب في جمهورية

مصر العربية في ضوء أحكام قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات

الاحتكارية، جهاز حماية المنافسة المصري ٢٠٠٩م، ص ٣، الدراسة

متاحة على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.eca.org.eg/ECA/Publication/View.aspx>

- Aviation: Benefits Beyond Borders, Report prepared by Oxford Economics for AirTransport Action Group, April 2014. Available at:

[http://aviationbenefits.org/media/26786/ATAG\\_AviationBenefits2014\\_FULL\\_LowRes.pdf](http://aviationbenefits.org/media/26786/ATAG_AviationBenefits2014_FULL_LowRes.pdf)

- Code-Sharing Agreements in Scheduled Passenger Air Transport, The European Competition

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

Authorities' perspective, European Competition Journal, December 2006, p.270.

- Competition Impact of Airline Code-Share Agreements, European Commission, Directorate-General for Competition, Final Report 2007, p.16.
- Conseil de la Concurrence (commission permanente), Décision n° 01-D-32 du 27 juin 2001 relative à la saisine de M. Henri Faraud dirigée contre des pratiques mises en œuvre dans le secteur des taxis à Saint-Laurent-du-Var, p.8. Disponible sur :  
<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/01d32.pdf>
- Declaration of Global Principles for the Liberalization of International Air Transport, International Civil Aviation Organization, The Fifth Worldwide air transport conference: Challenges and Opportunities of Liberalization, Montréal, 24 to 28 March 2003, P.59.



- European Commission, The Directorate-General for Competition, Commission decision of 9 November 2010, Cartel Procedure, CASE AT.39258 – AIRFREIGHT. Available at:  
[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39258/39258\\_6547\\_3.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39258/39258_6547_3.pdf)
- Européen Commission, Décision de la Commission, du 18 juillet 2001 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (Affaire COMP.D.2 37.444 — SAS/Maersk Air et affaire COMP.D.2 37.386 — Sun-Air contre SAS et Maersk Air), Journal officiel des Communautés européennes, N° L 265/15, 5octobre 2001.
- Européen Commission, Décision de la Commission, du 26 février 1992, relative à une procédure d'application des articles 85 et 86 du traité CEE (IV/33.544 - British Midland contre AerLingus),

Journal officiel des Communautés européennes, N° L 96/34, 10 April 1992.

- International air transport agreement, signed at Chicago, on 7 December 1944. Available at: <http://www.mcgill.ca/files/iasl/chicago1944c.pdf>  
International Civil Aviation Organization , Policy and Guidance Material on the Economic Regulation of International Air Transport, International Civil Aviation Organization, Doc 9587, Third Edition 2008, P.28. Available at: [http://www.icao.int/Meetings/atconf6/Documents/Doc%209587\\_en.pdf](http://www.icao.int/Meetings/atconf6/Documents/Doc%209587_en.pdf)
- International Civil Aviation Organization, Report of The Fifth Worldwide Air Transport Conference: Challenges and Opportunities of Liberalization, Montréal, 24 to 28 March 2003, Agenda Item 2.3, P.34. Available at: [http://www.icao.int/meetings/atconf6/documents/doc9819\\_en.pdf](http://www.icao.int/meetings/atconf6/documents/doc9819_en.pdf)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

- International Civil Aviation Organization, Report of The Fifth Worldwide Air Transport Conference: Challenges and Opportunities of Liberalization, Montréal, 24 to 28 March 2003, Agenda Item 2.3, P.34. Available at: [http://www.icao.int/meetings/atconf6/documents/doc\\_9819\\_en.pdf](http://www.icao.int/meetings/atconf6/documents/doc_9819_en.pdf)
- International Civil Aviation Organization, Report of The Sixth Worldwide air transport conference, Montréal, 18 to 22 March 2013, working paper: Fair competition in international air transport, Presented by the Secretariat, p.1. Available at: [http://www.icao.int/Meetings/atconf6/Documents/WorkingPapers/ATConf6-wp004\\_en.pdf](http://www.icao.int/Meetings/atconf6/Documents/WorkingPapers/ATConf6-wp004_en.pdf)
- International Civil Aviation Organization, Resolutions adopted at the 36th Session of the Assembly, A36-15: Consolidated statement of continuing ICAO policies in the air transport

field, Montréal, 18–28 September 2007,

P.43. Available at:

- [http://www.icao.int/Meetings/AMC/MA/Assembly%2036th%20Session/a36\\_res\\_prov\\_en.pdf](http://www.icao.int/Meetings/AMC/MA/Assembly%2036th%20Session/a36_res_prov_en.pdf)
- International Civil Aviation Organization, Worldwide air transport conference, Montréal, 18 to 22 March 2013, working paper: Basic principles of fair competition, Presented by Ireland on behalf of the European Union, p.1. Available at: [http://www.icao.int/meetings/atconf6/documents/workingpapers/atconf6-wp051\\_en.pdf](http://www.icao.int/meetings/atconf6/documents/workingpapers/atconf6-wp051_en.pdf)
- Manual on the Regulation of International Air Transport, International Civil Aviation Organization, Doc 9626, Second Edition 2004, p.15.
- Open Skies Agreements Fact Sheet, Released by the Bureau of Economic and Business Affairs, Washington, April 14, 2015. Available at:

<http://www.state.gov/documents/organization/206046.pdf>

- Organisation de l'aviation civile internationale, Politique et éléments indicatifs sur la réglementation économique du transport aérien international, Troisième édition 2008, P.33. Disponible sur:  
[http://www.icao.int/Meetings/atconf6/Documents/Doc%209587\\_fr.pdf](http://www.icao.int/Meetings/atconf6/Documents/Doc%209587_fr.pdf)
- Organisation for Economic Co-operation and Development, Competition Committee, Latin American Competition forum, Session IV: Competition Issues in the Air Transport Sector, paper n°DAF/COMP/LACF(2011)9, Colombia, 13-14 September 2011, p.7.
- Organization for Economic Co-operation and Development, Airline Competition, note is submitted by Switzerland to the Competition Committee, 19 may 2014. Available at:

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

<http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD%282014%2939&docLanguage=En>

- Organization for Economic Co-operation and Development, Competition Committee, Latin American Competition forum, Session IV: Competition Issues in the Air Transport Sector, paper n°DAF/COMP/LACF(2011)9, Colombia, 13-14 September 2011, p.7.
- Passenger Services Conference Resolutions Manual, The International Air Transport Association, 30th edition, effective 1 June 2010 -31 May 2011, Recommended Practice n°1008, p.759.
- Policy and Guidance Material on the Economic Regulation of International Air Transport, International Civil Aviation Organization, Doc 9587, Third Edition 2008, P.22. Available at:  
[http://www.icao.int/Meetings/atconf6/Documents/Doc%209587\\_en.pdf](http://www.icao.int/Meetings/atconf6/Documents/Doc%209587_en.pdf)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

- US carriers discuss Gulf open skies with Obama officials, Flight Global - Aviation connected, 18 Mar 2015. Available at:  
<http://www.flightglobal.com/news/articles/analysis-gloves-come-off-in-us-gulf-open-skies-spat-410328/>

رابعاً . الأحكام قضائية:

- Cour de justice des Communautés européennes, Affaire 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen et autres c/ Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, Arrêt de la Cour du 11 avril 1989.
- Cour de justice des Communautés européennes, Affaire 85/76, Hoffmann-La Roche c/ Commission, Arrêt de la Cour du 13 février 1979.
- Cour de justice des Communautés européennes, Affaire C-333/94P, TetraPak International SA contre Commission des Communautés européennes, Arrêt de la Cour du 14 novembre 1996.

- Cour de justice des Communautés européennes, Affaire C-41/69, ACF Chemiefarma NV contre Commission des Communautés européennes, Arrêt de la Cour du 15 juillet 1970. Disponible sur : <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&jur=C,T,F&num=41/69&td=ALL>
- Cour de justice des Communautés européennes, Affaire C-85/76 , Hoffmann-La Roche & Co. AG contre Commission des Communautés européennes, Arrêt de la Cour du 13 février 1979. Disponible sur : <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&jur=C,T,F&num=85/76&td=ALL>
- Cour de justice des Communautés européennes, Affaire C-95/04 P, British Airways plc contre Commission des Communautés européennes, Arrêt de la Cour du 15 mars 2007.
- Cour de justice des Communautés européennes, Affaire T-355/13, easyJet Airline Co. Ltd contre Commission des Communautés européennes,



communiqué de presse n° 7/15, Luxembourg, le 21 janvier 2015. Disponible sur :

<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-01/cp150007fr.pdf>

- Cour de justice des Communautés européennes, Affaire T-371/94, Air UK Ltd et autres contre Commission des Communautés européennes et République française et Compagnie nationale Air France, Arrêt de la Cour du 25 juin 1998.
- Laker Airways Ltd. v. Pan Am. World Airways, 607 F. Supp. 324, 325 (S.D.N.Y. 1985); Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgian World Airlines, 731 F.2d 909 (D.D.C. 1984); Virgin Ad. Airways Ltd. v. British Airways PLC, 257 F.3d 256, 259 (2d Cir. 2001); United States v. AMR Corp., 335 F.3d 1109, 1111 (10th Cir. 2003).
- McLafferty v. Deutsche Lufthansa A.G ant others, United States District Court Eastern District of

Pennsylvania, Civil Action No. 08-1706, October 16, 2009.

- Microsoft Corp, v Commission of the European Communities, Judgment of the Court of First Instance (Grand Chamber), 17 September 2007, Case T-201/04, European Court Reports 2007 II-03601. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62004TJ0201>
- United States Supreme Court, Aspen Skiing co V. Aspen Highlands Skiing Corp, 472 U.S. 585, June 19, 1985. Available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/472/585/>
- United States Supreme Court, United States v. American Tobacco Co., 221 U.S. 106, May 29, 1911.
- United States Supreme Court, United States v. American Tobacco Co., 221 U.S. 106, May 29, 1911.

تم بحمد الله وتوفيقه،،،

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

# مد أجل التحكيم

فى قانون التحكيم المصرى والقانون المقارن وأنظمة  
التحكيم الدولية

الدكتور

عبد التواب مبارك

استاذ قانون المرافعات المساعد

بكلية الحقوق – جامعة حلوان

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

١- أهمية تحديد أجل للتحكيم :

من المسلم به أنه لا مجال للتساؤل عن مدة الخصومة أمام القضاء ، فمتى اتصلت المحكمة بالدعوى لا يمكن لا للمحكمة ولا للخصوم تحديد المدة الزمنية التي يمكن أن تنتهى فيها هذه الخصومة ، كما لا يمكن للأطراف قبل لجوئهم إلى القضاء تحديد الأجل الذى يصدر فيه الحكم المنهى للنزاع .

وعلى العكس من ذلك ، فإن تحديد أجل للتحكيم يعد من الأركان التي يقوم عليها نظام التحكيم لإرتباطه بفلسفة هذا النظام والغاية منه ، فلا شك فى أن الهدف من اللجوء إلى التحكيم هو سرعة حسم النزاع فى أقصر وقت ممكن وبأقل التكاليف<sup>(١)</sup> ، ولا يتحقق ذلك إلا بتأقيت ولاية المحكم

---

(١) وقد قضى بأن : على هيئة التحكيم ، فى جميع الأحوال ، مراعاة الوقت بعدم التساهل فى منح المهل ، مع التوسع فى تحديد الأجل ، وعليها كذلك الحذر من مجازاة الخصم الذى يستشف أنه يهدف إلى المماطلة أو إفساد الإجراءات ما دامت قد هيأت لكل طرف من طرفى التحكيم فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه . حكم التحكيم فى القضية التحكيمية رقم ٦٠٠ لسنة ٢٠٠٨ فى ٢٠١٠/٢/١ - بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم الدولى - مجلة التحكيم العربى - العدد رقم ١٥ ديسمبر ٢٠١٠ - ص ٢٣٥ . وحول قيمة الوقت باعتباره من أهم ضمانات التحكيم ، انظر : د. طلعت محمد دويدار - ضمانات التقاضى فى خصومة التحكيم - الطبعة الأولى ٢٠٠٩ - ص ٢٥ - منشورات الحلبي الحقوقية بيروت .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

ووضع حد زمني لها . هذا ، على الرغم من أن وضع نطاق زمني مسبق للتحكيم قد يؤثر سلباً على السير الطبيعي لإجراءاته وما تفرضه من وقت أو زمن هو بالضرورة لازم لسير العملية التحكيمية سيراً طبيعياً ، ولو طرح ذات النزاع المنشئ لخصومة التحكيم على القضاء لما كان هناك حديث عن زمن خصومته والأجل اللازم لصدور الحكم فيه .

بل وصلت المبالغة في الإهتمام بتحديد مدة التحكيم إلى اعتبار القانون الذي لا ينظم أجلاً لمهمة المحكمين متعارضاً مع النظام العام الدولي ، فقد يؤدي عدم تحديد زمن التحكيم إلى خطر إنكار العدالة<sup>(١)</sup> .

ولعل تحديد أجل للتحكيم هو المعبر عن أهم ما يميز ولاية المحكم عن ولاية القاضى وهو تأقيت الولاية القضائية للمحكم ، فقد اختير هذا الأخير للقيام بمهمة معينة خلال مدة زمنية محددة فتنتهى مهمته وتزول ولايته بانتهاء هذه المدة<sup>(٢)</sup> .

---

(١) انظر فى ذلك :

Jean Robert , L'arbitrage droit interne droit international privé ,6 ed. Dallz, 1993 p.116 no.139 , Ch.Jarrosson , L'arbitrage et la convention europeenne des droit de l'homme , rev. arb. 1989 p.573.

(٢) وفى هذا تقول محكمة استئناف القاهرة : من المستقر عليه لزوم ثبوت صفة القاضى للمحكم حتى النطق بالحكم ، وذلك لتتوافر له مكنة الإصرار على رأيه أو العدول عنه حتى ذلك الوقت . الدائرة (٦٣) تجارى فى القضية رقم ١٥ لسنة ١٢٧ ق مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

ولذلك ؛ نظمت معظم قوانين وقواعد التحكيم أجلاً محدداً للتحكيم هو ما تعارف على تسميته بميعاد التحكيم أو مهلة المحكم أو مدة مهمة الهيئة التحكيمية<sup>(٣)</sup> la durée de la mission du tribunal arbitral .

٢- أهمية مد أجل التحكيم - فكرة المد وسيلة لتحقيق الغاية من تحديد أجل للتحكيم :

لاشك في أن وضع أجل مسبق للتحكيم - سواءً كان باتفاق الأطراف أو بنص القانون - وتعيينه تحديداً جامداً ، دون النظر في ظروف النزاع ودرجة تعقيد واماكنية تشعبه - التي ليست أمام الأطراف ولا المشرع عند تحديد الأجل - قد يؤدي إلى الخطأ في تحديد مدته. فالأجل الفعلي أو الحقيقي اللازم لإصدار حكم التحكيم المنهي للنزاع يعجز عن تعيينه مسبقاً الأطراف والمشرع على السواء ؛ وبالتالي يمكن أن يكون الأجل الذي تم وضعه مسبقاً غير كاف لإصدار الحكم النهائي ، ويكون من الملائم - ولمصلحة العملية التحكيمية - أن يمتد هذا الأجل سعياً نحو تحقيق الغاية منه وقد اقتربت ، وحفاظاً على ما تم اتخاذه من اجراءات .

---

جلسة ٢٠١١/٣/٩ . مجلة التحكيم العربى - العدد رقم ١٦ - يونيو ٢٠١١ - ص ١٩٥ .

(٣) انظر :

Philippe Grand jean , La durée de la mission des arbitres , Rev. arb. 1995, p.163.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

فمد أجل التحكيم إذن وسيلة لتدارك الخطأ في تحديد الأجل مسبقاً  
تحديداً جامداً ، وللحفاظ على تحقيق الغاية التي من أجلها وضع هذا الأجل

ولعل ذلك هو السبب في أن قوانين التحكيم وأنظمتها الدولية ، التي  
نظمت أجلاً لإصدار حكم التحكيم ، لم تحدد أسباباً معينة لمد هذا الأجل -  
كما هو الحال في امتداد المواعيد الإجرائية بسبب العطلة والمسافة<sup>(١)</sup> -  
وإنما تركته لمقتضيات وظروف كل تحكيم على حدة ، وبحسب الحاجة إلى  
مد الأجل . فقد يكون المد راجعاً إلى طبيعة النزاع محل التحكيم ودرجة  
تعقيده وتشعب مسائله ، وقد يكون راجعاً إلى تعرض خصومة التحكيم لأى  
من العوارض التي تؤدى إلى وقف السير في اجراءاتها ، كما في حالات

---

(١) وامتداد المواعيد الإجرائية في خصومة التحكيم - كمواعيد اعلان الإخطارات  
أو بيان الدعوى أو بيان الرد أو الدفاع أو مواعيد اختيار المحكم أو المحكمين أو تقديم  
المذكرات أو المستندات أو أية مواعيد أخرى - بسبب العطلة الرسمية أو التجارية لم  
تنظمه صراحة معظم قوانين التحكيم كالقانون المصرى والفرنسى واللبنانى والأردنى  
والعمانى والكويتى والتونسى والسعودى الجديد ، فى حين نصت عليه صراحةً معظم  
قواعد التحكيم الدولية - بصرف النظر عما إذا كانت هذه القواعد قد حددت أجلاً  
لإصدار حكم التحكيم من عدمه - على سبيل المثال : م ٦/٢ من قواعد اليونسترال فى  
نسختها الجديدة ، وم ٤/٣ من قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس ، وم  
٦/٤ من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولى ، وم ٧/٣ من قواعد التحكيم لدى مركز  
دبى للتحكيم الدولى . وتقتصر أسباب امتداد المواعيد الإجرائية فى القواعد السابقة على  
العطلة الرسمية أو التجارية فقط دون المسافة التى تنفرد به الخصومة القضائية .  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى



وقف أو انقطاع الخصومة أو استبدال المحكم وتعيين بديل له لأى سبب من الأسباب ، أو الحالات التى تستعين فيها هيئة التحكيم بالقضاء أو الخبراء ، فيكون مد أجل التحكيم ، فى مثل هذه الحالات ، عوضاً عن المدة التى استنفذت فى أى منها .

كذلك ، فإن من شأن تنظيم فكرة مد أجل التحكيم تحقيق التوازن بين أمرين هامين هما : كون هذا الأجل قيماً زمنياً على المحكم ، يجب أن ينهى مهمته بإصدار الحكم المنهى للنزاع خلاله ، وإلا زالت ولايته القضائية على النزاع بما يترتب على ذلك من آثار .

والأمر الثانى : هو ضرورة إتاحة الفرصة للمحكم لبحث وتحقيق النزاع بحثاً وافياً ، وما يتطلبه ذلك - بالضرورة - من وقت أو زمن كاف ومناسب .

فتأتى فكرة مد الأجل لتحقيق التوازن بين هذين الأمرين ، وهذا ما من شأنه إنجاز عملية التحكيم برمتها ، فتأتى - بالفعل - محققة لآمال الأطراف فى اللجوء إليها .

ولذلك ؛ ارتبطت فكرة مد الأجل ارتباطاً وثيقاً بفكرة تحديد أجل للتحكيم ، فجاءت كل قواعد وقوانين التحكيم التى نظمت أجلاً للتحكيم بتنظيم مد هذا الأجل حتى تتحقق الغاية من التحكيم بصدور حكم فى موضوع النزاع الذى انعقد التحكيم من أجل حله .

٣- اشكالية مد أجل التحكيم - مشكلة البحث :

تتجلى مشكلة مد أجل التحكيم من عدة نواحي ، أولها : أن بعض قواعد التحكيم الدولية - مثل قواعد الأونيسترال للتحكيم - لم تنظم أجلاً للتحكيم ، مما يثير التساؤل حول المدة المناسبة والمعقولة للتحكيم الذى يجرى وفقاً لهذه القواعد ، وإلى أى مدى يمكن أن يمتد زمن هذا التحكيم ، وهل هناك معيار محدد لضبطه ، وهل لأى من أطراف التحكيم الإعتراض على طول مدته ، وهل للقضاء سلطة تحديد أجل لهذا التحكيم أو أن يفرض الأجل الذى نص عليه قانون التحكيم الواجب التطبيق على هذا التحكيم ، وعلى أى أساس ؟

ومن ناحية ثانية ، فإن تشريعات التحكيم التى نظمت أجلاً للتحكيم تباينت تبايناً واضحاً فى تنظيم فكرة مد الأجل ، سواء من حيث مدة المد ، أو السلطة المخولة به وحدود هذه السلطة ، ونطاق رقابة القضاء عليها ، وهل للقضاء أن يمد أجل التحكيم وعلى أى أساس يمكنه ذلك ؟ كما أن جل هذه القوانين والتشريعات - إن لم تكن كلها - لم تضع أسباباً معينة لمد أجل التحكيم ، بل تركته لمقتضيات وظروف كل تحكيم على حدة ، بحيث تصبح محاولة تأصيل هذه الفكرة وردها إلى حالات عامة يسهل معها تطبيقها .

ومن ناحية ثالثة ، فإن مشكلة مد أجل التحكيم ، ومدى صدور حكم التحكيم فى ميعاده أو بعد انقضاء الميعاد أو خلال مدة مده ، صارت من أكثر أسباب قضايا البطلان التى ترفع أمام القضاء للطعن فى أحكام

التحكيم ، مما يثير التساؤل عن كونه سبباً من أسباب إبطال حكم التحكيم ؟ وما هو موقف الفقه والقضاء في هذا الشأن ؟

تأتى هذه الصعوبات في ظل دراسات فقهية قليلة ، لم تعنى عناية خاصة بفكرة مد أجل التحكيم ، ولم تتعرض في أغلبها لمناقشة وبحث أسباب المد وحالاته .

أضف إلى ذلك ، أن تصور وجود أجل محدد - وضع مسبقاً - لإجراءات التقاضي ، ثم مد هذا الأجل لأسباب غير محددة سلفاً ، هو تصور غريب على التنظيم الإجرائي للخصومة في نموذجها العام القضائي ، فالفكر الإجرائي لا يعرف تحديداً مسبقاً لأجل الخصومة ، ولا تأقيتاً زمنياً لولاية القاضي على الخصومة التي ينظرها ، وبالتالي فإن إضفاء هذا التصور على خصومة التحكيم يصعب من محاولة قياس القواعد التي تحكمها على تلك التي تحكم الخصومة القضائية في هذا الصدد ؛ ومن ثم فهو تصور خاص بنظام التحكيم وحده ، بل من أكثر خصوصيات هذا النظام ، يفرض على دراسة فكرة مد أجل التحكيم أن تكون مستلهمة فلسفة نظام التحكيم ذاته وما تتميز به قواعده من خصوصية قد تبعتها كثيراً عما يسود الخصومة القضائية من قواعد .

#### ٤- خطة البحث :

في ضوء ما سبق ، سوف نتناول فكرة مد أجل التحكيم في نطاق دراسة تحليلية مقارنة ، تعتمد بالأساس على قانون التحكيم المصري بالمقارنة بمعظم تشريعات التحكيم العربية والأجنبية والسائد في أنظمة

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

التحكيم الدولية . فنقوم باستعراض حالات مد أجل التحكيم وضوابط المد والقواعد التى تحكمه فى كل حالة وموقف التشريعات التحكيمية المختلفة فى كل منها مع بيان موقف الفقه والقضاء بشأن تطبيق كل حالة على حدة . وسوف نمهد لذلك بمبحث تمهيدى نعرض فيه لضبط مصطلح أجل التحكيم وصوره المختلفة وتمييزه عن غيره من الأجال التى تحكم عملية التحكيم .

وعليه ؛ سنقسم هذا البحث على النحو التالى :

- مبحث تمهيدى : فى تعريف أجل التحكيم وصوره وتمييزه .
- مبحث أول : مد أجل التحكيم باتفاق أطراف التحكيم .
- مبحث ثان : مد أجل التحكيم بقرار من هيئة التحكيم .
- مبحث ثالث : مد أجل التحكيم بقرار قضائى من المحكمة المختصة .
- مبحث رابع : مدة التحكيم طبقاً لقواعد الأونسيترال للتحكيم ومدى تعارضها مع الأجل الإتفاقى أو القانونى .

## مبحث تمهيدى

### تعريف أجل التحكيم وصوره وتمييزه

٥- تعريف أجل التحكيم :

يقصد بأجل التحكيم المدة المحددة ، باتفاق أطراف التحكيم أو بنص القانون المطبق على التحكيم ، لإصدار حكم التحكيم المنهى للنزاع ، والتي تبدأ من واقعة معينة يحددها الإتفاق أو القانون ، ويلتزم بها الأطراف وهيئة التحكيم على السواء .

ومن ذلك يتضح أن تعريف أجل التحكيم يتضمن العناصر الآتية :

- ١- أن أجل التحكيم يتحدد إما باتفاق الأطراف أو بنص القانون ، فيكون اتفاقياً أو قانونياً .
- ٢- أنه يبدأ بواقعة معينة ، يتفق عليها الأطراف أو ينص عليها القانون ، مع بداية عملية التحكيم .
- ٣- أنه أجل إصدار حكم التحكيم ، وبذلك يتميز عن أجل اتفاق التحكيم وأجل اجراءات خصومة التحكيم .
- ٤- أنه ملزم لأطراف التحكيم وهيئة التحكيم ، فلا يجوز لأى من الأطراف الإعتراض عليه لطول مدته أو قصرها ، كما لا يجوز لهيئة التحكيم أن تتجاوزته وتصدر حكمها بعد انقضائه .

وسنلقى مزيداً من الضوء على هذه العناصر فى الفقرات الآتية ...

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

## ٦- صور أجل التحكيم :

نظراً للنشأة الإتفاقية للتحكيم ، فإن تحديد زمنه يرجع فى الأصل إلى إرادة الأطراف واتفاقهم ، ثم يأتى دور القانون ليكون مكملاً لهذه الإرادة عند غياب الإتفاق<sup>(١)</sup> ؛ ذلك لأن وضع أجل للتحكيم تتجلى فيه غلبة الظن بتوفير الوقت والجهد والمال ، وبالتالي يكون مرده أولاً إلى الأطراف فيحددون الأجل بما يمكن أن يحقق ظنهم ، أو أن يكمل القانون إرادتهم فيتدخل - فى حال عدم اتفاقهم عليه - بتحديد هذا الأجل سعياً نحو تحقيق هذه الغاية . وقد يحتكم الأطراف إلى قواعد تحكيم لا تحدد أجلاً للتحكيم ، فيأتى التحكيم فى هذه الحالة غير محدد المدة .

وبذلك ، انحصرت صور أجل التحكيم فى ثلاث ، نشير إليها فيما يلى

..

---

(١) وفى هذا قضت محكمة النقض بأنه : وإن كان التحكيم كأصل هو تخويل المتعاقدين الحق فى الإلتجاء إليه لنظر ما قد ينشأ بينهم من نزاع كانت تختص به محاكم الدولة ، وهو ما يستتبع أن اختصاص هيئة التحكيم فى نظر النزاع ينبى مباشرة فى كل حالة على حدة على اتفاق الطرفين اللذين يكون لهما الإتفاق على القواعد التى تسرى على اجراءات نظره .. وذلك على نحو ما استهدفته أغلب نصوص قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ واعتبرت نصوصها مكملة لإرادة طرفى التحكيم لا تطبيق إلا عند عدم الإتفاق عليها . حكمها فى ٢٠٠٧/٦/١٢ الطعن رقم ٢٠٥٠ لسنة ٧٥ ق تجارى .  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

## أ) الأجل الإتفاقي للتحكيم<sup>(١)</sup> :

فضلاً عن اتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم ، قد يتفق الأطراف على تحديد الأجل الذى ينتهى فيه هذا التحكيم ، وفى هذه الحالة يأتى تحديد الأجل كبند من بنود الإتفاق على التحكيم ، سواء كان شرطاً أم مشاركة . وإذا لم يتفق الأطراف على تحديد أجل التحكيم فى اتفاق التحكيم ، فإن ذلك لا يمنعهم من الإتفاق على هذا الأجل بعد بدء اجراءات التحكيم وأثناء سيرها<sup>(٢)</sup> .

---

(١) انظر : د. أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختياري والإجبارى - طبعة ١٩٨٥ - بند ١٠٢ ص ٢٣٨ ، د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال - التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية - الطبعة الأولى ١٩٩٨ - بند ٥٣٦ ص ٧٩٧ ، د. أحمد عبدالكريم سلامة - التحكيم فى المعاملات المالية الداخلية والدولية - الطبعة الأولى - بند ٢١٦ ص ٥٨١ ، د. نبيل عمر - التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية - الطبعة الثانية - بند ١٩٩ ص ٢٣٤ ، د. عاشور مبروك - التحكيم - طبعة ٢٠١٠ - بند ٢٤٥ ص ٣٧٢ ، د. أحمد السيد صاوى - الوجيز فى التحكيم - الطبعة الرابعة ٢٠١٣ بند ١٩٧ ص ٢٧٨ ، د. أحمد هندى - التحكيم دراسة اجرائية - دار الجامعة الجديدة ٢٠١٣ - ص ٢٦ ، د. فتحى والى قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق ٢٠٠٧ - بند ٢٢١ ص ٣٨٦ وللتحكيم فى المنازعات الوطنية والتجارية الدولية - ٢٠١٤ - بند ٢٦٩ ص ٤٩٤ .

(٢) د. فتحى والى - الإشارات السابقة .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

وفى الحالين ، يكون التحكيم محدد الأجل باتفاق الأطراف ، ويجب على هيئة التحكيم إصدار حكمها المنهى للنزاع خلال هذا الأجل وقبل انقضائه .

وتحديد أجل التحكيم باتفاق الأطراف هو ما يتوافق مع النشأة الإتفاقية للتحكيم ، فهو امتداد لإرادة الأطراف التى توافقت على اللجوء إلى التحكيم ثم تراضت على أجله ومدته<sup>(١)</sup> ، فضلاً عن توافقه مع طبيعة التحكيم ذاته ؛ إذ أن ولاية المحكمين هى بطبيعتها ولاية مؤقتة يحدد نطاقها اتفاق الأطراف .

وصورة هذا الأجل الإتفاقي هى أن يشترط الأطراف - فى اتفاق التحكيم أو فى اتفاق لاحق - أن ينتهى التحكيم بصدور الحكم المنهى

---

(١) ورغم ذلك ، عاب فريق من الفقه ترك تحديد أجل التحكيم لإتفاق الأطراف بحجة أنهم يتعذر عليهم العلم عند إبرام اتفاق التحكيم بالوقت الذى سيستغرقه حل نزاعهم لجهلهم بطبيعة هذا النزاع ودرجة تعقيده وغير ذلك من العوامل الأخرى . د. عاطف الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - دار النهضة العربية ١٩٩٩ ص ٥٥٥ و ٥٥٦ ، د. أبو العلا النمر - ميعاد التحكيم - دار النهضة العربية ١٩٩٩ ص ١٧ ، ص ١٨ . فى حين أن الحجة التى يتذرع بها هذا الفقه هى ذاتها قائمة بالنسبة للمشرع ، فهو أيضاً يتعذر عليه العلم مسبقاً بالوقت الذى يستغرقه كل تحكيم على حدة ، ورغم ذلك يضع نصاً عاماً يحدد أجل التحكيم تحديداً جامداً بغض النظر عن الفرق بين خصومة تحكيم وأخرى وطبيعة النزاع ودرجة تعقيده فى كل منها ، فضلاً عن أن الإتفاق على تحديد أجل التحكيم لا يلزم أن يرد فى اتفاق التحكيم ذاته ، بل يمكن أن يرد بعد بدء اجراءات التحكيم وأثناء سيرها كما أشرنا فى المتن .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى



للنزاع خلال مدة محددة تبدأ من تاريخ واقعة معينة أو من التاريخ الذى يحدونه ، بحيث يكون تحديد الأجل ومدته ولحظة بدء سريانه واضحاً وصريحاً .

وليس هناك قيد على ارادة الأطراف فى تحديد مدة أجل التحكيم<sup>(٢)</sup> ، ولا فى تحديد الواقعة التى يبدأ منها سريانه .

والأجل الإتفاقى للتحكيم لا يتصور أن يكون ضمناً ، بل هو - فى كل حالاته - صريحاً ومكتوباً ، مثله فى ذلك مثل الإتفاق على التحكيم ، ولذلك ؛ إما أن يرد فى اتفاق التحكيم أو فى اتفاق لاحق عليه فيكون التحكيم محدد الأجل ، وإما ألا يتفق الأطراف عليه فيكون التحكيم محدد الأجل أو غير محدد الأجل بحسب قواعد أو قانون التحكيم الذى اتفق الأطراف على تطبيقه .

#### ب) الأجل القانونى للتحكيم :

إذا لم يتفق الأطراف على تحديد أجل التحكيم ، ولكنهم اتفقوا على إخضاع اجراءاته لقانون أو قواعد مركز تحكيم معين ، وكان هذا القانون أو تلك القواعد تنظم أجلاً للتحكيم ، كان أجل التحكيم فى هذه الحالة محدداً بنص القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم ، ويجب على المحكمين إصدار حكم التحكيم المنهى للنزاع خلال هذا الأجل .

---

(٢) فقد تكون أقل من ستة أشهر أو أطول من اثنى عشر شهرا .  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثمانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

فالأصل هو ترك تحديد أجل التحكيم لإتفاق الأطراف ، فإذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق حلت القاعدة القانونية التى نص عليها القانون الواجب التطبيق محل ارادة الأطراف فى تحديد الأجل<sup>(١)</sup> . وهذه الفلسفة هى ما أعتنقها معظم مشرعى التحكيم فى العالم . فقد نصت المادة ١/٤٥ من قانون التحكيم المصرى على أن : على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهى للخصومة كلها خلال الميعاد الذى اتفق عليه الطرفان ، فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثنى عشر شهراً من تاريخ بدء اجراءات التحكيم . ونصت المادة ١٤٦٣ من قانون المرافعات الفرنسى - بعد تعديل ٢٠١١ - على أنه<sup>(٢)</sup> : إذا لم يحدد اتفاق التحكيم أجلاً للتحكيم ، كانت مدة مهمة هيئة التحكيم ستة أشهر من تاريخ اتصالها بالنزاع .

واتفاق الأطراف على تطبيق قانون يحدد أجلاً للتحكيم يعد بمثابة اتفاق ضمنى بينهم على اعتبار الأجل القانونى - الذى يحدده هذا القانون - هو

---

(١) على أساس أن نصوص قانون التحكيم مكتملة لإرادة طرفى التحكيم لا تطبق إلا عند عدم الإتفاق عليها . نقض تجارى فى ١٢/٦/٢٠٠٧ الطعن رقم ٢٠٥٠ لسنة ٧٥ ق. مشار إليه سابقاً . وانظر : استئناف القاهرة الدائرة (٨) تجارى فى الدعوى ٧٨ لسنة ١٢٦ ق بجلسة ١/١٩/٢٠١١ ، والدائرة (٧) تجارى فى الدعوى ٧٠ لسنة ١٢٣ ق بجلسة ٣/٩/٢٠١١ .

(٢) ونصها بالفرنسية :

Si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la durée de la mission du tribunal arbitral est limitée à six mois à compter de sa saisine.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

أجل التحكيم ، فيكون هذا الأجل ملزماً لهم ولهيئة التحكيم على السواء مثله في ذلك مثل الأجل الإتفاقي<sup>(١)</sup> .

والأجل القانوني للتحكيم في القانون المصري - وكل قوانين التحكيم التي نظمت أجلاً للتحكيم - لا يتعلق بالنظام العام ، فالقاعدة القانونية التي تنظم أجل التحكيم ومدته ليست من القواعد الأمرة التي يتعين الإلتزام بها<sup>(٢)</sup> ، ولذلك إذا تعارض الأجل المنصوص عليه قانوناً مع الأجل الذي اتفق عليه الأطراف كان هذا الأخير هو الواجب الإلتباع ، فالأجل المنصوص عليه في المادة ٤٥ من قانون التحكيم المصري لا يطبق إلا في حالة عدم اتفاق الأطراف على أجل وكان القانون المصري هو الواجب التطبيق<sup>(٣)</sup> .

(١) قرب د. أبو العلا النمر - البحث السابق - ص ٢٩ .

(٢) وقد تواترت أحكام محكمة النقض على ذلك - على ما سيلي بيانه - انظر على سبيل المثال : حكمها بجلسة ١٩٨٨/٢/١٤ الطعن رقم ١٦٤٠ لسنة ٥٤ - المكتب الفني ٣٩ ص ٢٤٢ . وحكمها بجلسة ٢٠٠٧/٢/٨ الطعن رقم ٧٣٠٧ لسنة ٧٦ ق ، وحكمها بجلسة ٢٠٠٧/٥/٢٤ الطعن رقم ٨٢٣ ، ٩٣٣ لسنة ٧١ ق تجارى ، وحكمها بجلسة ٢٠٠٩/٤/٢٣ الطعن رقم ٣٨٦٩ والطعن رقم ٧٠١٦ لسنة ٧٨ ق .

(٣) وقضت محكمة النقض بأن : .. مفاد ذلك أن طرفي التداعى اختاروا إخضاع اجراءات التحكيم بينهما للقواعد الإجرائية الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس عملاً بشرط التحكيم الوارد في العقد محل النزاع والمادة ٢٥ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وطبق قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس دون قانون التحكيم المصري ، وأطرح بأسباب سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق وتتفق مع صحيح القانون كل ما تزرعت به الطاعنة ركيزة لهذا الوجه من سبب مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

أما فيما يتعلق بمدّة هذا الأجل القانوني ، ولحظة بدء سريانه ، فقد اختلفت في ذلك تشريعات التحكيم وأنظمتها الدولية . ففي حين اتفق القانون الفرنسي ومعظم قوانين التحكيم الوطنية وأنظمتها الدولية على أن مدة هذا الأجل هي ستة أشهر ، تبدأ من تاريخ قبول المحكم لمهمته في القانون الفرنسي (م ١٤٦٣ من قانون المرافعات - معدلة في ٢٠١١) ، ومن تاريخ قبول كل المحكمين لمهمة التحكيم في القانون البلجيكي (م ٢/١٦٩٨ من القانون القضائي) ، ومن تاريخ قبول آخر محكم لمهمته في القانون اللبناني (م ٧٧٣ من قانون أصول المحاكمات) ومن تاريخ إخطار طرفي الخصومة بجلسة التحكيم في القانون الكويتي (م ١٨١ من قانون المرافعات) ومن تاريخ جلسة التحكيم الأولى في القانون الإماراتي (م ٢١٠ من قانون الاجراءات المدنية الإتحادي) ومن تاريخ قبول المحكم أو آخر المحكمين لمهمته في القانون التونسي ( الفصل ٢٤ من مجلة التحكيم ) ومن تاريخ آخر توقيع لهيئة التحكيم أو للأطراف على وثيقة المهمة (م ١/٣٠ من قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس . ICC في نسختها الجديدة ٢٠١١) ومن تاريخ استلام الملف من قبل المحكم المنفرد أو من رئيس

---

النعي ، فإن النعي في هذا الشأن يضحى على غير أساس . حكمها في ٢٠٠٧/٢/٨ في الطعن رقم ٧٣٠٧ لسنة ٧٦ ق . وقضت محكمة استئناف باريس بأن خضوع التحكيم لقواعد غرفة التجارة الدولية يحول دون تطبيق أى من نصوص قانون المرافعات . حكمها في ٢٠٠٩/١٢/١٧ منشور في مجلة التحكيم - العدد السابع يوليو ٢٠١٠ - ص ٦٤٧ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الهيئة إذا كانت الهيئة مكونة من ثلاثة محكمين أو أكثر (م ٣٦ من قواعد التحكيم لدى مركز دبي للتحكيم الدولي) .

فهذه القوانين والقواعد تجعل مدة الأجل اللازم لإصدار حكم التحكيم ستة أشهر ، تبدأ من تاريخ الإنتهاء من تشكيل هيئة التحكيم وقبول المحكم لمهمته .

في حين أن هذه المدة هي اثني عشر شهراً في قانون التحكيم المصري (م ١/٤٥) وقانون التحكيم العماني(م ١/٤٥) وقانون التحكيم الأردني(م ٣٧/أ) ونظام التحكيم السعودي الجديد ١٤٣٣هـ/٢٠١٢م (م ١/٤٠) ، تبدأ ، ليس من تاريخ قبول المحكم لمهمته ، وإنما من تاريخ بدء إجراءات التحكيم وهو تاريخ تسلم المدعى عليه طلب التحكيم من المدعى ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر . وكأن المشرع المصري - والقوانين التي أخذت باتجاهه - استعاض عن المدة التي يستغرقها تشكيل هيئة التحكيم واختيار المحكمين بتطويل مدة أجل التحكيم فجعلها اثني عشر شهراً من بدء الإجراءات بدلاً من السنة أشهر في القانون المقارن التي تبدأ بانتهاء تشكيل هيئة التحكيم وقبول المحكم لمهمته<sup>(١)</sup> .

(١) وفي هذا الشأن رأى فريق من الفقه أن موقف المشرع المصري أفضل كثيراً من موقف المشرع الفرنسي ؛ لأن المشرع المصري ربط بداية سريان ميعاد التحكيم بالبداء الحقيقي لإجراءات التحكيم دون أن يعتد بموافقة المحكمين ، وفي الواقع العملي قد يمر وقت طويل بين موافقة آخر المحكمين في حالة تعددهم واختلاف تواريخ قبولهم لمهمة التحكيم وبداية الإجراءات الفعلية للخصومة مما قد يقلل من المدة المحددة قانوناً أو اتفاقاً مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

### ج) عدم تحديد أجل للتحكيم - التحكيم غير محدد المدة :

إذا خلا التحكيم من الإتفاق على تحديد أجل لصدور حكم التحكيم ، وكانت القواعد الواجبة التطبيق على اجراءات التحكيم لم تحدد أجلاً ، فإن التحكيم فى هذه الحالة يكون غير محدد المدة ، ويرجع إلى هيئة التحكيم وضع الأجل الذى تراه مناسباً لإصدار الحكم المنهى للنزاع .

وتعتبر قواعد التحكيم التى وضعتها لجنة الأونسيترال - سواء فى نسختها القديمة ١٩٧٦ أو فى نسختها الجديدة ٢٠١٠ - أشهر وأهم أنظمة التحكيم التى تأخذ بهذا الإتجاه . وهذه القواعد هى التى استندت عليها قواعد التحكيم لدى مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى السارية من أول مارس ٢٠١١<sup>(١)</sup> .

---

للفصل فى النزاع وبهذا يكون المشرع قد ترك التحديد النهائى والحقيقى لهذا الميعاد فى يد المحكمين لا فى يد الخصوم . د . على بركات - خصومة التحكيم فى القانون المصرى والقانون المقارن - رسالة دكتوراه حقوق القاهرة ١٩٩٦ - ص ٢٨٧ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه : .. وإذ كان طرفى خصومة الطعن قد اتفقا على إخضاع إجراءات الدعويين التحكيميتين سالفتى الذكر لقواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى ، فإنه يتعين إعمال هذه القواعد متى كانت لا تتعارض مع قاعدة إجرائية أمرة فى مصر - قانون البلد الذى أقيمت فيها الدعوى وبوشرت فيها الإجراءات - وإذ كان نص الفقرة الأولى من المادة ٤٥ من قانون التحكيم المصرى مؤداه أن المشرع المصرى قد ارتأى ترك أمر تحديد الميعاد اللازم لإصدار حكم التحكيم المنهى للخصومة كلها لإرادة الأطراف ابتداءً وانتهاءً ، وبذلك يكون قد نفى عن الميعاد اللازم لإصدار هذا الحكم وصف القاعدة الإجرائية الأمرة ، فتضحى تبعاً لذلك القواعد مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

ولكن ، هل هذا يعنى أن التحكيم الدولى يكون مطلق الأجل دائماً حتى ولو كان يخضع لتشريعات التحكيم الوطنية ؟

الواقع أن القانون الفرنسى - وبعض قوانين التحكيم الوطنية كالقانون اللبنانى والقانون التونسى - أفرد قواعد وأحكام خاصة للتحكيم الدولى ، ولم يأت فى أى من هذه القواعد نصاً يحدد أجلاً للتحكيم ، على غرار نص المادة ١٤٦٣ المتعلقة بالتحكيم الداخلى ، بما يصح معه القول بأن التحكيم الدولى - طبقاً للقانون الفرنسى - ليس له أجل قانونى محدد ، ويترك ذلك لإتفاق الأطراف أو هيئة التحكيم . فقد نصت المادة ١٥٠٩ من قانون المرافعات الفرنسى - بعد تعديل ٢٠١١ - والتي جاءت فى الباب الخاص بالتحكيم الدولى<sup>(١)</sup> ، على أنه<sup>(٢)</sup> : يحدد اتفاق التحكيم ، إما مباشرة أو

---

الوارد ذكرها فى المواد ١٩، ٢٠، ٢٢، ٢٣ من قواعد تحكيم مركز القاهرة هى الواجبة الإعمال على إجراءات الدعويين التحكيميتين التي تمنح هيئة التحكيم سلطة تقدير المدة اللازمة لإصدار حكمها فيهما وفقاً لظروف كل دعوى والطلبات فيها وبما لا يخل بحق كل من الطرفين في الدفاع . (جلسة ٢٠٠٥/١٢/١٣ فى الطعون أرقام ٦٤٨ لسنة ٧٣ق، ٦٧٨٧، ٦٤٦٧، ٥٧٤٥، لسنة ٧٥ق) .

(١) فى قراءة لأهم تعديلات القانون الفرنسى فى مجال التحكيم ، انظر : د. أسامة أبو الحسن مجاهد - قانون التحكيم الفرنسى الجديد - طبعة ٢٠١٢ - دار النهضة العربية .

(٢) ونصها بالفرنسية :

La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale. Dans le silence de la

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثامن ٢٠١٦ المجلد الثامن

بالإحالة إلى قواعد تحكيم أو قواعد اجرائية ، الأحكام الواجبة الإتباع فى خصومة التحكيم . وإذا خلا الإتفاق من النص على ذلك ، تطبق هيئة التحكيم القواعد التى تراها مناسبة ، بحسب مقتضى الحال ، إما مباشرة أو بالجوء إلى نظام تحكيم أو قواعد اجرائية<sup>(٣)</sup> .

وطبقاً لهذا النص ، فإنه يتعين الرجوع إلى اتفاق التحكيم لتحديد القواعد التى تطبق على اجراءات التحكيم ، واتفاق التحكيم إما أن يكون قد حدد مباشرة اجراءات التحكيم ومنها أجل التحكيم ومدته ، أو أنه أحال إلى

---

convention d'arbitrage, le tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure.

(٣) وينفس العبارات تقريباً ، نصت المادة ٨١١ من قانون أصول المحاكمات اللبناى على أنه : يجوز أن تحدد اتفاقية التحكيم ، مباشرة أو بالإحالة إلى نظام للتحكيم ، الأصول التى تتبع فى الخصومة التحكيمية . ويجوز أيضاً إخضاع هذه الخصومة لقانون معين من قوانين أصول المحاكمة يحدد فى الاتفاقية . إن لم يرد نص فى الاتفاقية يطبق المحكم ، بحسب مقتضى الحال ، الأصول التى يراها مناسبة إن مباشرة أو بالالتجاء إلى قانون معين أو إلى نظام للتحكيم . ونصت المادة ٨١٣ من ذات القانون على أن : يفصل المحكم فى النزاع وفقاً للقواعد القانونية التى اختارها الخصوم ، وإلا فوفقاً للقواعد التى يراها مناسبة . وهو يعتد فى جميع هذه الأحوال بالأعراف التجارية . ونصت المادة ٦٤ من مجلة التحكيم التونسية على أنه : ١ - مع مراعاة أحكام هذا الباب ، للأطراف أن يتفقوا على الإجراءات التى على هيئة التحكيم إتباعها . ٢ - فإن لم يتفقوا كان لهيئة التحكيم - مع مراعاة أحكام هذا القانون - أن تسير فى التحكيم حسب الطريقة التى تراها مناسبة .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى



نظام تحكيم أو إلى قانون تحكيم بعينه وفي هذه الحالة يتعين الرجوع إلى هذا النظام أو هذا القانون . أما إذا خلا الإتفاق من كل ذلك تطبق هيئة التحكيم القانون أو القواعد التي تراها مناسبة .

وهذا الحل هو الذى اعتمده قواعد الأونسيترال للتحكيم الدولى فى المادة ١/١ فى نسختيها القديمة والجديدة والتي نصت على أن : إذا اتفق الأطراف على إحالة ما ينشأ بينهم من منازعات بشأن علاقة قانونية محددة ، تعاقدية كانت أم غير تعاقدية ، إلى التحكيم بمقتضى قواعد الأونسيترال للتحكيم ، سويت تلك المنازعات عندئذ وفقاً لهذه القواعد ، رهناً بما قد يتفق عليه الأطراف من تعديلات . وبموجب هذه العبارة الأخيرة من النص ، يجوز لأطراف التحكيم تعديل هذه القواعد فيما يتعلق بتحديد أجل للتحكيم . وعلى ذلك ؛ لا يكون التحكيم الدولى - طبقاً للقانون الفرنسى وقواعد الأونسيترال - محدد الأجل إلا فى الحالات الآتية<sup>(١)</sup> :

(١) ويلاحظ أن المشرع المصرى قد انتهى إلى نفس النتيجة دون أن يفرد للتحكيم الدولى أحكاماً خاصة . فقد نصت المادة ٢٥ من قانون التحكيم على أن : لطرفى التحكيم الإتفاق على الإجراءات التى تتبعها هيئة التحكيم بما فى ذلك حقهما فى إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة ف أى منظمة أو مركز تحكيم فى جمهورية مصر العربية أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التى تراها مناسبة . ونصت المادة ١/٤٥ من ذات القانون على أن : على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهى للخصومة كلها خلال الميعاد الذى اتفق عليه الطرفان فإن لم يوجد إتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال أثنى عشر شهراً من مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

١- إذا اتفق الأطراف على تحديد الأجل .

٢- إذا لم يتفق الأطراف على تحديد الأجل ، ولكنهم اتفقوا على تطبيق قواعد اجرائية أو نظام تحكيم يحدد أجلاً قانونياً .

٣- إذا لم يتفق الأطراف على تحديد الأجل ، ولم يتفقوا على تطبيق قواعد اجرائية أو نظام تحكيم بعينه ، واختارت هيئة التحكيم قواعد اجرائية أو نظام تحكيم يحدد أجلاً .

أما إذا خلا التحكيم من هذه الحالات ، فإنه يكون غير محدد المدة ؛ وبالتالي يخرج عن نطاق بحثنا .

غير أنه ، إذا كانت فكرة مد أجل التحكيم - موضوع بحثنا - تغيب عن التحكيم غير محدد المدة أو الذى يخضع لقواعد الأونسيترال ، إلا أن التساؤل الذى يمكن طرحه هنا هو عن نطاق سلطة هيئة التحكيم فى تحديد مدة التحكيم ، وماذا إذا استطالت هذه المدة عن الحد المعقول ؟ كما يثار التساؤل عن فرض تعارض تلك القواعد مع قانون التحكيم الواجب التطبيق إذا كان يحدد أجلاً للتحكيم - كالقانون المصرى - أو تعارضها مع اتفاق

---

تاريخ بدء إجراءات التحكيم وفى جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك .  
ولذلك ؛ إذا لم يتفق الأطراف على تحديد أجل للتحكيم ، ولكنهم اتفقوا على تطبيق القانون المصرى أو اختارته هيئة التحكيم ، فإن التحكيم يكون محدد الأجل بنص القانون حتى ولو كان تحكيمياً دولياً .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

الأطراف إذا كان قد حدد أجل للتحكيم ، هذا ما سوف نخصص له المبحث الأخير من هذه الدراسة .

#### ٧- تمييز أجل التحكيم :

قد يختلط الأجل المحدد لإصدار حكم التحكيم ببعض الأجال التي تحكم عملية التحكيم ، مثل أجل اتفاق التحكيم وأجل اجراءات خصومة التحكيم . وفيما يلي سنحاول أن نميز بين هذه الأجال ..

#### أ) أجل التحكيم وأجل اتفاق التحكيم :

عرفت المادة ١٠/١ من قانون التحكيم المصرى اتفاق التحكيم بأنه : اتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية . وهذا التعريف مأخوذ عن نص المادة السابعة من قانون التحكيم النموذجى ، ولا يختلف كثيراً عما ورد فى تشريعات التحكيم المقارنة .

واتفاق التحكيم - بحسب تعبير محكمة استئناف القاهرة<sup>(١)</sup> - الأساس القانونى للتحكيم ودستوره الذى يحدد نطاقه ومداه ، ومنه يستمد المحكمون سلطاتهم للفصل فى النزاع . فحيث لا اتفاق لا تحكيم<sup>(١)</sup> Pas de

---

(١) الدائرة (٩١) تجارى - فى الدعوى رقم ٩٥ لسنة ١٢٠ ق. بجلسة ٢٧/٤/٢٠٠٥ .

(١) د. أحمد مخلوف - اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية - الطبعة الثانية ٢٠٠٥ - بند ١٦ ص ٢٧ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

convention .. Pas d'arbitrage ، ومتى تخلف الإتفاق امتنع القول بقيام التحكيم<sup>(2)</sup> .

وإذا جاء هذا الإتفاق قبل نشأة النزاع سمي شرط تحكيم Clause compromissoire أما إذا جاء بعده فيسمى مشاركة تحكيم Compromis . والمبدأ الذى يحكم اتفاق التحكيم ، سواء كان شرطاً أو مشاركة ، هو استقلاله عن العقد الأصيلي<sup>(3)</sup> .

(٢) العبارة لمحكمة النقض فى حكمها الذى جاء فيه : إرادة المتعاقدين هى التى توجد التحكيم وتحدد نطاقه من حيث المسائل التى يشملها والقانون الواجب التطبيق وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها واجراءات التحكيم وغيرها ، وعلى ذلك فمتى تخلف الإتفاق امتنع القول بقيام التحكيم . جلسة ٢٠٠٤/٦/٢٢ الطعان رقما ٤٧٢٩ ، ٤٧٣٠ لسنة ٧٢ ق. تجارى .

(٣) وقد نصت على هذا المبدأ صراحةً معظم قوانين التحكيم وأنظمتها الدولية . مثال ذلك : المادة ٢٣ من قانون التحكيم المصرى والمادة ١٤٤٧ من قانون المرافعات الفرنسى - بعد تعديله فى ٢٠١١ - والمادة ٢١ من نظام التحكيم السعودى الجديد والمادة ٢٣ من قانون التحكيم العماني والمادة ٢٢ من قانون التحكيم الأردنى والمادة ١/٢٣ من قواعد الأونسيترال للتحكيم فى نسختها الجديدة والمادة ٩/٦ من قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس فى نسختها الجديدة والمادة ١/٦ من قواعد التحكيم لدى مركز دى للتحكيم الدولى . وقالت محكمة النقض : أن أحد القواعد الأساسية التى تعتبر من ركائز التحكيم هى استقلال شرط التحكيم الذى يكون جزءاً من عقد عن شروط هذا العقد الأخرى بحيث لا يصيبه ما قد يصيب العقد ومن ثم ففسخ العقد أو بطلانه أو إنهائه لا يمنع من انتاج شرط التحكيم لآثاره طالما هو صحيح فى ذاته ، وأن اتفاق مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

واتفاق التحكيم لا يعدو أن يكون - شأنه شأن أى اتفاق - تعبيراً عن تراضى إرادتين<sup>(٤)</sup> على اختيار التحكيم وسيلة لتسوية منازعات ثارت أو قد تثار بينهما ، ولذلك فهو يخضع لما تخضع له عقود القانون الخاص من

---

التحكيم سواء كان منفصلاً فى هيئة مشاركة تحكيم أو فى بند من بنود العقد الأسمى فإنه يتمتع باستقلال قانونى بحيث يصبح بمنأى عن أى عوار قد يلحق الإتفاق الأسمى . حكمها فى ٢٤/٥/٢٠٠٧ الطعان رقما ٨٢٤ ، ٩٣٣ لسنة ٧١ ق تجارى . وفى نفس المعنى نقض مدنى فى ٨/٢/٢٠٠٧ الطعن رقم ٧٣٠٧ لسنة ٧٦ ق . وأيضاً استئناف القاهرة الدائرة (٨) تجارى فى الدعوى رقم ١٠٨ لسنة ١٢٦ ق بجلسة ٢٠١٠/٢/١٥ ، ولنفس الدائرة وبمزيد من الإفاضة حكمها فى الدعوى رقم ٥٧ لسنة ١٢٥ ق بجلسة ٢٠٠٨/١١/١٩ .

(٤) ورغم استقلاله عن العقد الأسمى إلا أنه لا يلزمه ايجاب وقبول مستقلين عن الإيجاب والقبول بشأن شروط العقد الأخرى . فقد قضى بأن التراضى على شرط التحكيم الوارد فى عقد النزاع قد تحقق بالمفاوضات التى دارت حول كل شروط هذا العقد بما فى ذلك شرط التحكيم ، ذلك أنه ليس هناك حاجة إلى تراض خاص بالشرط المذكور ، اعتباراً بأن المقصود بمبدأ استقلال شرط التحكيم هو المعنى القانونى وليس المادى ، فهو لا يعنى مطلقاً أن شرط التحكيم يجب أن يكون محلاً لإيجاب وقبول مستقلين عن الإيجاب والقبول بشأن شروط العقد الأخرى . حكم التحكيم فى القضية التحكيمية رقم ٦٥٦ لسنة ٢٠٠٩ فى ١٨/١٠/٢٠١٠ مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم الدولى - مجلة التحكيم العربى العدد رقم ١٥ - ديسمبر ٢٠١٠ ص ٢٣٢ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

أحكام<sup>(١)</sup> . من هنا أنصب تناول الفقه لهذا الإتفاق على شروط صحته وأثاره ، دون عناية خاصة بمسألة مدته أو أجله وانقضائه .

وبالنظر إلى أن هذا الإتفاق - باعتباره تصرفاً قانونياً - يجمع بين وصفين للإلتزام : التزام منجز والتزام معلق<sup>(٢)</sup> ، فهو التزام منجز إذا كان الإتفاق قد تم بعد نشأة النزاع (مشاركة) حيث يتم تنفيذه مباشرة بالبده في اجراءات التحكيم ، وهو التزام معلق إذا تم الإتفاق قبل نشأة النزاع (شروط تحكيم) وفي هذه الحالة الأخيرة يكون الإلتزام معلق على شرط واقف هو حصول النزاع وهذا أمر قد يقع وقد لا يقع<sup>(٣)</sup> .

---

(١) انظر : د. سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الكتاب الأول اتفاق التحكيم ١٩٨٥ - بند ١٤٣ ص ٢٥٠ ، د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال - المرجع السابق - بند ٢١٨ ص ٣٢٠ ، د. أحمد عبدالكريم سلامة - المرجع السابق - بند ٢٢٦ ص ٢٤٣ ، د. نبيل عمر - المرجع السابق - بند ١٦٧ ص ٢٠٣ ، د. أحمد السيد صاوى - المرجع السابق - بند ٣٨ ص ٦٥ ، د. أحمد هندی - المرجع السابق - ص ٢١ ، د. فتحى والى قانون التحكيم - بند ٣٨ ص ٨٧ والتحكيم - بند ٤٣ ص ١٠١ ، د. أحمد مخلوف - المرجع السابق - بند ٥٢ ص ٥٤ وما لديه من مراجع .

(٢) د. أحمد مخلوف - المرجع السابق - بند ٦٢ ص ٦١ .

(٣) وفى ذلك تقول محكمة النقض : أن شرط التحكيم يكون دائماً سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد ضمن عقد معين ومن ثم فإنه لا يتصور أن يتضمن تحديداً لموضوع النزاع الذى لم ينشأ بعد ولا يكون فى مكنة الطرفين التنبؤ به حصراً ومقدماتاً ومن هنا لم يشترط المشرع أن يتضمن شرط التحكيم تحديداً لموضوع مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الثامن ٢٠١٦ المجلد الثانى

وفى رأينا أن أهم ما يميز اتفاق التحكيم هو أنه سبب وجود الحق فى الدعوى التحكيمية أو مصدر الحق فى الدعوى التحكيمية ومنشئها<sup>(١)</sup> .  
ولذلك ؛ فإن أجل هذا الإتفاق هو أجل مباشرة الحق فى هذه الدعوى التحكيمية ، ويبدأ سريان هذا الأجل من وقت تحقق السبب فى مباشرة الحق فى الدعوى التحكيمية وهو نشأة النزاع ، ويترتب على انقضاء هذا الأجل انقضاء هذه الدعوى التحكيمية .  
وتأسيساً على ذلك ؛ ينبغى عند تحديد أجل اتفاق التحكيم أن نفرق بين فرضين :

**الفرض الأول : إذا حدد الأطراف أجل الإتفاق أو مدته :**

---

النزاع وأوجب ذلك فى بيان الدعوى المنصوص عليه فى المادة ٣٠ من قانون التحكيم .. كل ذلك خلافاً بشأن مشاركة التحكيم باعتبار أنها اتفاق مستقل على الإلتجاء إلى التحكيم ولاحق على قيام النزاع ومعرفة موضوعه لذا أوجب المشرع فى المادة العاشرة من القانون سالف الذكر أن يحدد الإتفاق المسائل التى يشملها التحكيم وإلا كان باطلا .  
حكمها بجلسة ٢٠٠٧/٢/٨ الطعن رقم ٧٣٠٧ لسنة ٧٦ ق . واستئناف القاهرة الدائرة (٨) تجارى فى الدعوى رقم ٥٧ لسنة ١٢٥ ق بجلسة ٢٠٠٨/١١/١٩ .

(١) وغنى عن البيان أن الحق الموضوعى محل العقد الأسمى هو مصدر أو سبب وجود الحق فى الدعوى العادية ، وهو الأصل العام الذى كان يجب اللجوء إليه لولا وجود اتفاق التحكيم الذى يحول دون ذلك ، فإذا انقضى الإتفاق أو زال لأى سبب رجعنا إلى الأصل وهو الدعوى العادية أمام القضاء العام .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

ذلك لأن اتفاق التحكيم - باعتباره عقداً بين طرفيه - يكون لأطرافه مطلق الحرية فى تحديد المدة التى يسرى خلالها هذا الإتفاق ، فإذا اتفقوا على ذلك صراحة كان هذا الإتفاق محدد الأجل أو المدة ؛ وبالتالي يجب مباشرة الحق فى الدعوى التحكيمية - الناشئة عن الإتفاق - قبل انقضاء هذا الأجل .

ويبدأ سريان هذا الأجل من تاريخ تحقق سبب ممارسة الحق فى الدعوى التحكيمية ؛ أى تاريخ نشأة النزاع<sup>(٢)</sup> .

وإذا انقضت مدة هذا الأجل أدى ذلك إلى سقوط اتفاق التحكيم بانقضاء مدته ، ولا يجوز البدء فى اجراءات التحكيم (الدعوى التحكيمية) ، وإذا كانت قد بدأت فإنها تنتضى بانقضاء أجل اتفاق التحكيم - الذى هو مصدرها - بإنقضاء أجله ، وإذا صدر فيها حكم - رغم ذلك - كان باطلاً ويجوز الطعن فيه بالبطلان استناداً لنص المادة ١/٥٣ أ .

على أن سقوط اتفاق التحكيم بانقضاء أجله لا يعنى سقوط الحق فى الدعوى العادية الناشئة عن الحق الموضوعى محل النزاع ، حيث يظل لأى من الطرفين الحق فى اللجوء إلى القضاء العام استعمالاً لهذا الحق ، ودون أن يستطيع الطرف الآخر أن يدفع بإعمال اتفاق التحكيم ، لأن انقضاء مدة

---

(٢) وقد يتفق الأطراف على بدء تنفيذ اتفاق التحكيم - أى ممارسة الحق فى رفع الدعوى التحكيمية - من تاريخ واقعة أخرى ، كأن يتفقوا على البدء بالوساطة أو التوفيق قبل التحكيم ، فيكون تنفيذ الإتفاق عندئذ معلق على الإنتهاء من ذلك ، ويبدأ أجله من هذا التاريخ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى



أجل الإتفاق يعنى النزول عن الحق فى ممارسة الدعوى التحكيمية ؛ أى النزول عن اللجوء إلى التحكيم<sup>(١)</sup> .

**الفرض الثانى :** إذا لم يحدد الأطراف أجل الإتفاق أو مدته : وهذا يعنى أنه لم يرد فى اتفاق التحكيم بند أو نص على مدة مباشرة الحق فى الدعوى التحكيمية . وفى هذه الحالة نفرق بين كون الإتفاق شرطاً أم مشاركة .

**فإذا كان اتفاق التحكيم مشاركة :** فإن الحق فى مباشرة الدعوى التحكيمية الناشئة عنه ينشأ من وقت نشوء النزاع ويظل قائماً حتى يتم مباشرته ، فإذا لم يتم مباشرته فإنه لا يسقط إلا بسقوط الحق فى الدعوى العادية ؛ أى أنه يظل قائماً ما بقى الحق فى الدعوى قائماً ، ذلك لأنه ليس محدد المدة فتسرى عليه مدة التقادم العادية بحسب الحق محل الدعوى .

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف القاهرة ببطان حكم التحكيم لإستناذه إلى اتفاق تحكيم زال ولم يعد موجوداً نتيجة التنازل عنه ضمناً بالمثل أمام القضاء وتقديم طلب عارض دون الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط تحكيم . إذ يترتب على زوال شرط التحكيم بالنزول عنه أن يعود الإختصاص بنظر النزاع إلى المحاكم العادية صاحبة الولاية العامة بما لا يجوز معه اللجوء للتحكيم مرة أخرى إذ يلزم لإحياء وجود شرط التحكيم المتنازل عنه اتفاق تحكيم جديد . الدائرة (٧) تجارى بجلسة ١٢/٧/١٩٩٩ - منشور ضمن دراسة تحليلية للقضاء المصرى فى دعاوى بطلان أحكام التحكيم - أعتها د. محمد عبدالرؤف - مجلة التحكيم العربى - العدد ١١ يونيو ٢٠٠٨ - ص ١٢٣ . ١٣٥.

وترتيباً على ذلك ، إذا لم يقر أى من الطرفين - عقب إبرام المشاركة - بالبدء فى إجراءات التحكيم (رفع الدعوى التحكيمية) حتى سقط حقه فى الدعوى ، فإن المشاركة تسقط بتقادم هذا الحق ، وعندئذ لن يستطيع المدعى أن يطالب بحقه لا أمام القضاء ولا برفع دعواه التحكيمية ، على اعتبار أن الحق فى الدعوى يستند إلى الحق الموضوعى ، وما دام لم يتحرك صاحب الحق فى طلب حمايته فإنه يكون قد تنازل عنه .

أما إذا رفعت الدعوى التحكيمية - تنفيذاً للمشاركة - ثم انتهت بصدور حكم فيها ، فإنه لا يجوز إعادة رفعها مرة أخرى بناء على ذات المشاركة ، على اعتبار أن أجل هذه المشاركة هو أجل مباشرة الحق فى الدعوى التحكيمية ، فإذا تمت مباشرة هذا الحق فلا يجوز إعادة مباشرته مرة أخرى بناء على ذات المشاركة<sup>(١)</sup> .

---

(١) ولعل ذلك هو سبب الخلط بين أجل (ميعاد) التحكيم وأجل اتفاق التحكيم واعتبار أجل اتفاق التحكيم هو ميعاد التحكيم ، بحيث إذا انقضى هذا الأخير انقضى الاتفاق بانقضاء مدته ويجوز طلب بطلان حكم التحكيم الصادر بعده استناداً لنص المادة ١/٥٢/أ ، فى حين أن الذى ينقضى - فى الحقيقة - هو الحق فى رفع الدعوى التحكيمية بانقضاء مصدره وهو اتفاق التحكيم ، الدليل على ذلك أن انقضاء أجل (ميعاد) التحكيم ليس جزاؤه البطلان ، وإنما إتاحة خيارين للخصوم إما طلب ميعاد إضافى أو طلب إنهاء الإجراءات . وفى هذا قضت محكمة استئناف القاهرة بأن : مفاد المادة ٤٥ من قانون التحكيم أن عدم إصدار حكم التحكيم خلال ميعاد السنة التى حددتها الفقرة الأولى من هذه المادة لا يودى إلى بطلان الحكم الذى يصدر بعد ذلك

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

أما إذا كان اتفاق التحكيم شرطاً : فهو لا يسقط بالتقادم<sup>(٢)</sup> إذ أنه يظل قابلاً لتسوية أكثر من نزاع ينشأ عن نفس العقد الأصلي . ولذلك ؛ إذا حدث نزاع وصدر بشأنه حكم تحكيم فإن ذلك لا يحول دون إعمال شرط التحكيم مرة أخرى حال حدوث نزاع جديد ينشأ عن نفس العقد ، حتى ولو كان العقد الأصلي قد انقضى بالفسخ أو البطلان<sup>(٣)</sup> ، كما لا يحول دون

---

الميعاد ، وأن كل ما هناك أن للمتضرر من من إطالة مدة التحكيم أن يلجأ إلى رئيس المحكمة المختصة ليصدر أمراً بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم وعندئذ يكون للمتضرر أن يرفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها . الدائرة (٩١) تجارى ، جلسة ٢٦/٢/٢٠٠٣ ، وقضت نفس الدائرة بجلسة ٢٩/٤/٢٠٠٣ بأن المشرع لم يرتب البطلان على مخالفة نص المادتين ٤٥ ، ٣٨ من قانون التحكيم ولم يجعل مخالفتها سبباً من أسباب البطلان المنصوص عليها فى المادة ٥٣ ، وبنفس المعنى بجلسة ٢٥/٩/٢٠٠٥ . مجلة التحكيم العربى - العدد ١١ يونيو ٢٠٠٨ - ص ١٤٣ .

(٢) وقد قضى بأن : خلو شرط التحكيم من أى مدة أو قيد زمنى يؤدى إلى رفض الدفع بسقوط اتفاق التحكيم لإنتهاء مدته . حكم التحكيم فى القضية التحكيمية رقم ٦٢٩ لسنة ٢٠٠٩ فى ٢٣/٣/٢٠١٠ مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم الدولى - مجلة التحكيم العربى العدد رقم ١٦ - يونيو ٢٠١١ ص ١٩٩ .

(٣) وفى ذلك قضت محكمة النقض بأن : ... فسخ العقد أو بطلانه أو إنهائه لا يمنع من انتاج شرط التحكيم لآثاره طالما هو صحيح فى ذاته ، وأن اتفاق التحكيم سواء كان منفصلاً فى هيئة مشاركة تحكيم أو فى بند من بنود العقد الأصلي فإنه يتمتع باستقلال قانونى بحيث يصبح بمنأى عن أى عوار قد يلحق الإتفاق الأصلي . حكمها فى ٢٤/٥/٢٠٠٧ الطعانان رقما ٨٢٤ ، ٩٣٣ لسنة ٧١ ق تجارى . وفى نفس المعنى مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

إعمال هذا الشرط مرة أخرى إذا جاء حكم التحكيم الأول باطلاً إلا إذا كان سبب البطلان راجعاً إلى بطلان شرط التحكيم نفسه<sup>(١)</sup>.

هذا ، مع مراعاة أنه لا يجوز إعمال شرط التحكيم مرتين بالنسبة لنزاع واحد ، فإذا حدث نزاع وصدر بشأنه حكم تحكيم فلا يجوز إعمال الشرط لذات النزاع مرة أخرى .

غير أنه ، إذا كان شرط التحكيم لا يسقط بالتقادم ، إلا أنه يزول بالتنازل عنه صراحةً أو ضمناً . فقد قضت محكمة استئناف القاهرة<sup>(٢)</sup> ببطلان حكم التحكيم لإستناده إلى اتفاق تحكيم زال ولم يعد موجوداً نتيجة التنازل عنه ضمناً بالمثل أمام القضاء وتقديم طلب عارض دون الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط تحكيم .

**الخلاصة :** نخلص مما سبق إلى إن أجل اتفاق التحكيم هو أجل مباشرة الحق في الدعوى التحكيمية الناشئة عن هذا الإتفاق ، والذي يبدأ سريانه من تاريخ تحقق السبب في مباشرة الحق في هذه الدعوى وهو تاريخ نشأة النزاع أو التاريخ الذي يحدده الأطراف ، ويترتب على انقضائه انقضاء

---

نقض مدنى فى ٢٠٠٧/٢/٨ الطعن رقم ٧٣٠٧ لسنة ٧٦ ق . واستئناف القاهرة الدائرة (٨) تجارى عى الدعوى رقم ١٠٨ لسنة ١٢٦ ق بجلسة ٢٠١٠/٢/١٥ .

(١) د. أحمد مخلوف - المرجع السابق - ص ٥٨ هامش رقم ٣ ، وأشار إلى :

Ph.Fouchard, E.Gaillard, B.Goldman- Traite de l'arbitrage commercial international, 1996,p.452.

(٢) الدائرة (٧) تجارى بجلسة ١٩٩٩/١٢/٧ - مشار إليه سابقاً - مجلة التحكيم

العربى - العدد ١١ يونيو ٢٠٠٨ - ص ١٣٥ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق -- جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

هذه الدعوى التحكيمية ؛ وبذلك فهو يختلف تماماً عن أجل أو ميعاد التحكيم<sup>(٣)</sup> ، فهذا الأخير يتعلق بمدة التحكيم أو الفترة الزمنية التي يجب أن يصدر فيها حكم التحكيم المنهى للنزاع ، وقد يتفق الأطراف على تحديده ، أو أن يترك تحديده لهيئة التحكيم أو للقانون الإجرائي الذي يطبق على اجراءات التحكيم ، بل قد يأتي التحكيم بدون هذا الأجل في التحكيم غير المحدد المدة .

وفى كل الأحوال ، يتقيد المحكم بهذين الأجلين ، فمن جهة يتقيد بأجل اتفاق التحكيم باعتباره مصدر سلطاته ، ومن جهة ثانية يتقيد بأجل التحكيم باعتباره المحدد للنطاق الزمني لولايته القضائية<sup>(١)</sup> .

### (ب) أجل التحكيم وأجل خصومة التحكيم :

(٣) كما أنه يختلف عن أجل عقد التحكيم ، فهذا الأخير يبرم بين المحكم والأطراف في التحكيم الحر أو بينه وبين المؤسسة التحكيمية التي تتولى ادارة عملية التحكيم في التحكيم المؤسسى ، وإذا انقضت المدة التي حددها الأطراف أو المؤسسة التحكيمية لتعيين المحكم دون أن يتم ذلك فإن ذلك لا يعد نزولاً عن اتفاق التحكيم ولا انقضاءً لمدته .

(١) وفى التفرقة بين الأجلين : قضت محكمة النقض الفرنسية بأن انتهاء المدة التي يجب أن يصدر خلالها حكم التحكيم دون أن يتم ذلك ثم سارع أحد الأطراف باللجوء إلى القضاء لطرح نفس النزاع يجعل قرار المحكمة بعدم اختصاصها لوجود شرط التحكيم قراراً صائباً . حكمها فى ١٩٩٩ نقلاً عن د. أحمد مخلوف - المرجع السابق - ص ٦٠

إذا كنا قد انتهينا - فى البند السابق - إلى أن أجل التحكيم ليس أجل اتفاق التحكيم ، فهل هو أجل خصومة التحكيم ، على اعتبار أن بانقضائه تنقضى خصومة التحكيم ؟

ومن ناحية أخرى ، إذا كانت ولاية المحكم تنتهى بانتهاء هذا الأجل فهل هو أجل ولاية المحكم ؟

الواقع أن تباين قوانين التحكيم فى تحديد بدء هذا الأجل قد دعم هذا الخلل ، فمن ناحية ، نص قانون التحكيم المصرى - والقوانين التى أخذت باتجاهه<sup>(٢)</sup> - على يبدأ أجل (ميعاد) التحكيم من تاريخ بدء إجراءات التحكيم (م ١/٤٥)<sup>(٣)</sup> ، والتى تبدأ من تاريخ تسلم المدعى عليه طلب التحكيم من المدعى ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر (م ٢٥) ، بحيث يمكن اعتبار هذا الأجل أجل لخصومة التحكيم .

---

(٢) مثل قانون التحكيم العماني (م ١/٤٥ ، م ٢٥) ونظام التحكيم السعودى الجديد ٢٠١٢/هـ ١٤٣٣م (م ٤٠ ، م ٢٦) وقانون التحكيم الأردنى (م ٣٧/أ) مع ملاحظة قانون التحكيم الأردنى رغم أنه يتفق مع قانون التحكيم المصرى فى أن مدة الأجل اللازم لإصدار حكم التحكيم المنهى للنزاع تبدأ من تاريخ بدء إجراءات التحكيم ، إلا أن المادة ٢٦ منه نصت على أن : تبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذى يكتمل فيه تشكيل هيئة التحكيم ، وليس تاريخ تسلم المدعى عليه طلب التحكيم من المدعى .

(٣) وبعض قوانين التحكيم تجعل بدء هذا الأجل من وقت انتهاء إجراءات التحكيم - وليس من وقت بدئها - مثل قانون التحكيم البرازيلى . أشار إلى ذلك : د. مختار بربرى

- المرجع السابق ص ١٠٩ هامش رقم ١ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

ومن ناحية أخرى ، نص قانون المرافعات الفرنسي - والقوانين التي أخذت بنفس اتجاهه<sup>(١)</sup> - على أن تبدأ مدة هذا الأجل من تاريخ قبول المحكم لمهمة التحكيم (م ١٤٦٣ بعد تعديل ٢٠١١) ، بحيث يمكن اعتباره أجل لمهمة المحكم<sup>(٢)</sup> .

وفي الحاليين - سواء بدأ الأجل مع بدء اجراءات التحكيم أو مع مهمة المحكم - تنقضى خصومة التحكيم ، وتنتهى ولاية المحكم ، بإنقضاء هذا الأجل .

أضف إلى ذلك ، أن المادة ٢/٤٨ من قانون التحكيم المصرى نصت على أن تنتهى مهمة المحكم بانتهاء اجراءات التحكيم ، ونصت المادة

---

(١) مثل القانون اللبناى (م ٧٧٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية) والقانون التونسى (الفصل ٢٤ من مجلة التحكيم) .

(٢) وقواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس . ICC. فى نسختها الجديدة ٢٠١١ تفرق بين بدء اجراءات التحكيم وبدء الأجل اللازم لصدور حكم التحكيم ، حيث نصت المادة ٢/٤ من هذه القواعد على أنه : يعتبر تاريخ تسلم الأمانة العامة لطلب التحكيم هو تاريخ بدء التحكيم وذلك لكافة الأغراض ، فى حين تنص المادة ١/٣٠ من ذات القواعد على أن : تصدر هيئة التحكيم حكمها النهائى خلال ستة أشهر . ويبدأ سريان هذا الأجل من تاريخ آخر توقيع لهيئة التحكيم أو للأطراف على وثيقة المهمة ، أو فى حالة تطبيق المادة ٣/٢٣ من تاريخ إخطار هيئة التحكيم من قبل الأمانة العامة باعتماد المحكمة لوثيقة المهمة .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

١٤٧٧ من قانون المرافعات الفرنسى - بعد تعديل ٢٠١١ - على أن :  
انقضاء مهلة التحكيم يؤدي إلى انقضاء خصومة التحكيم (٣) .

حاصل ذلك ، أن أجل التحكيم يمكن اعتباره أجلاً لخصومة التحكيم ولولاية المحكم فى آن واحد ، سواء فى القانون المصرى أو القانون الفرنسى .

ورغم أن هذه النتيجة تكاد تكون منطقية وسليمة - ظاهرياً - إلا أننا لا نسلم بها ؛ وذلك لما يلى :

١- أن خصومة التحكيم ليس لها أجل أو ميعاد محدد ، فهى لا تخضع لسقوط أو تقادم<sup>(١)</sup> ، آية ذلك ودليله اتفاق الفقه الغالب على عدم القول بسقوط أو تقادم خصومة التحكيم عند انقضاء أجل التحكيم ، وإنما -

---

(٣) ونصها بالفرنسية :

L'expiration du délai d'arbitrage entraîne la fin de l'instance arbitrale.

(١) يكاد يجمع الفقه على ذلك ، انظر : د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال - المرجع السابق بند ٥٣٦ ص ٧٩٧ ، د. أحمد عبدالكريم سلامة - المرجع السابق - بند ٢١٦ ص ٥٨١ ، د. نبيل عمر - المرجع السابق بند ١٩٩ ص ٢٣٤ ، د. أحمد السيد صاوى - المرجع السابق - بند ١٩٧ ص ٢٧٨ ، د. أحمد هندی - المرجع السابق - ص ٢٦ ، د. فتحى والى قانون التحكيم - بند ٢٢١ ص ٣٨٦ والتحكيم - بند ٢٦٩ ص ٤٩٤ ، د. عاشور مبروك - المرجع السابق بند ٢٤٥ ص ٣٧٢ ، وانظر فى الرأى المخالف : د. أحمد أبو الوفا - المرجع السابق - بند ١٠٢ ص ٢٣٨ ، د. طلعت دويدار - المرجع السابق - ص ١٤٣ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى



بحسب تعبير محكمة استئناف القاهرة - إتاحة خيارين للخصوم إما طلب ميعاد إضافي أو طلب إنهاء الإجراءات<sup>(٢)</sup> .

٢- فساد قياس أجل التحكيم على أجل سقوط الخصومة القضائية أو أجل تقادمها ؛ إذ أن أجل السقوط أو التقادم يبدأ من تاريخ آخر اجراء صحيح تم اتخاذه فى الخصومة ، أى من وقت " نوم " الخصومة وتراخى همة الخصوم وتوقف نشاطهم فيها ، فى حين أن أجل التحكيم يبدأ من وقت افتتاح الخصومة وبداية السير فى الإجراءات . كما أن خطاب المشرع عند وضعه أجل السقوط أو التقادم موجهاً بالأساس إلى الخصوم ، فى حين أن تحديد أجل للتحكيم ليس موجهاً إلى الخصوم - بل قد يضعونه باتفاقهم - بقدر ما هو موجه إلى المحكم صاحب ولاية الحكم فى النزاع .

(٢) وقالت المحكمة فى حكمها : مفاد المادة ٤٥ من قانون التحكيم أن عدم إصدار حكم التحكيم خلال ميعاد السنة التى حددتها الفقرة الأولى من هذه المادة لا يودى إلى بطلان الحكم الذى يصدر بعد ذلك الميعاد ، وأن كل ما هناك أن للمتضرر من من إطالة مدة التحكيم أن يلجأ إلى رئيس المحكمة المختصة ليصدر أمراً بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء اجراءات التحكيم وعندئذ يكون للمتضرر أن يرفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها . الدائرة (٩١) تجارى ، جلسة ٢٠٠٣/٢/٢٦ ، وقضت نفس الدائرة بجلسة ٢٠٠٣/٤/٢٩ بأن المشرع لم يرتب البطلان على مخالفة نص المادتين ٤٥ ، ٣٨ من قانون التحكيم ، ولم يجعل مخالفتها سبباً من أسباب البطلان المنصوص عليها فى المادة ٥٣ ، وبفس المعنى بجلسة ٢٠٠٥/٩/٢٥ . مشار إلى هذه الأحكام ضمن الدراسة التى أعدها الدكتور محمد عبد الرؤف - مشار إليها سابقاً - بمجلة التحكيم العربى - العدد ١١ يونيو ٢٠٠٨ - ص ١٤٣ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

٣- أن خصومة التحكيم يمكن أن تبدأ دون أن يبدأ سريان هذا الأجل<sup>(١)</sup> فكيف يمكن اعتباره أجلاً لهذه الخصومة رغم أن اجراءاتها قد بدأت قبل بدء سريانه .

٤- أن انقضاء أجل التحكيم لا يترتب عليه بطلان أو سقوط أو تقادم أو أى جزء اجرائى آخر يقع بقوة القانون أو باتفاق الأطراف ، وإنما جواز اللجوء إلى القضاء بطلب انهاء الإجراءات . وبطلان حكم التحكيم الذى يصدر بعد انقضاء الأجل إنما يرجع - فى تقديرنا - إلى تجاوز المحكم حدود ولايته ، وهو السبب الذى نصت عليه الفقرة (و) من المادة ١/٥٣ وليس استناداً إلى الفقرة (أ) من ذات المادة ؛ ذلك لأن هذه الأخيرة تتعلق بسقوط اتفاق التحكيم لإنقضاء أجله الذى يختلف عن أجل التحكيم على نحو ما عرضنا له سابقاً<sup>(٢)</sup> . كما أن تجاوز المحكم لإتفاق التحكيم لا يقتصر على تجاوز المسائل الموضوعية فقط ، وإنما يتسع ليشمل المسائل الإجرائية التى اتفق عليها أطراف التحكيم ، وأجل التحكيم إما أن يكون

---

(١) كما فى القانون الفرنسى على نحو ما عرضنا سابقاً ، وبعض أنظمة التحكيم الدولية كقواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس . ICC فى نسختها الجديدة ٢٠١١ التى جعلت بدء إجراءات التحكيم من تاريخ تسلم الأمانة العامة لطلب التحكيم (م/٤م) وبدء الأجل اللازم لصدور حكم التحكيم من تاريخ آخر توقيع لهيئة التحكيم أو للأطراف على وثيقة المهمة (م/٣٠م) .

(٢) راجع بند ٧ ص ١٨ وما بعدها .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

محددًا باتفاق الأطراف أو بالقانون الذى اتفق الأطراف على تطبيقه ،  
وتجاوز المحكم لهذا الأجل يعد تجاوزاً لما اتفق عليه الأطراف .  
وهذا الحل قد يقودنا إلى القول بأن أجل التحكيم هو أجل ولاية المحكم  
، بحيث تزول هذه الولاية بإنقضاء هذا الأجل ، وإلا عد متجاوزاً لحدود  
مهمته .

ويدعم ذلك ، إن ولاية المحكم القضائية هي بطبيعتها ولاية مؤقتة ،  
يجب أن تمارس خلال مدة محددة ، وأجل التحكيم يعد القيد الزمنى لهذه  
الولاية ، فهو المهلة الزمنية المحددة لمهمة المحكم<sup>(٣)</sup> .

غير أنه ، إذا كانت مهمة المحكم القضائية هي إصدار حكم التحكيم  
المنهى للنزاع ، فإن أجل التحكيم هو أجل هذه المهمة ، أى أجل صدور  
حكم التحكيم .

وإذا انتهينا إلى أن أجل التحكيم هو أجل إصدار حكم التحكيم ، فإننا  
بذلك يمكننا التوفيق بين اتجاه القانون المصرى واتجاه القانون الفرنسى فى

---

(٣) وقد قضت محكمة استئناف القاهرة بأنه : .. كان يتعين على هيئة التحكيم  
إصدار حكم التحكيم خلال اثنى عشر شهراً من تاريخ بدء اجراءات التحكيم إعمالاً  
لصريح نصى المادتين ٢٧ ، ١/٤٥ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ الذى اتفق طرفى  
التحكيم على سريانه على التحكيم وبانتهاء مدته مع تمسك المدعية بذلك فإن ولاية هيئة  
التحكيم تكون قد انتهت ولا يجوز لها أن تصدر أى حكم أو قرار بعد ذلك وإلا كان  
باطلاً لإنهاء ولايتها . الدائرة (٨) تجارى فى الدعوى ٧٨ لسنة ١٢٦ ق بجلسة  
٢٠١١/١/١٩ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

هذا الصدد ، ذلك لأن حكم التحكيم هو غاية خصومة التحكيم وفي نفس الوقت هو الغاية من ولاية المحكم ، والإختلاف بين الإتجاهين لا يعدو أن يكون اختلافاً في تحديد الواقعة التي يبدأ منها سريان هذا الأجل ؛ إذ هو في حقيقته أجل إصدار حكم التحكيم المنهى للنزاع ، سواء بدأ سريانه ببدء خصومة التحكيم في القانون المصرى أو ببدء مهمة المحكم فى القانون الفرنسى .

وعليه ؛ فإن أجل التحكيم هو المدة الزمنية اللازمة للقيام بعمل قانونى معين هو إصدار حكم التحكيم المنهى للنزاع ، وبالنظر إلى أن هذا العمل لا يصدر إلا من محكم وفى خصومة تحكيم ، فإن هذا الأجل هو الزمن المحدد لمهمة المحكم ولإجراءات التحكيم ، سواءً عبرت عنه قوانين التحكيم بميعاد التحكيم أو بمهلة التحكيم أو مدة مهمة المحكم .

وعلى ذلك ؛ فإن مد أجل التحكيم هو فى حقيقته مد لولاية المحكم القضائية على خصومة التحكيم ، بحيث تستمر هذه الولاية رغم انقضاء الأجل المحدد لها قانوناً أو اتفاقاً ، حتى صدور حكم التحكيم المنهى للنزاع .

# المبحث الأول

## مد أجل التحكيم باتفاق الأطراف

٨- تمهيد :

اتفاق الأطراف هو الذى يحدد نطاق خصومة التحكيم ليس من حيث موضوعها وأطرافها فحسب ، وإنما أيضاً من حيث زمنها ؛ إذ يجوز للأطراف الإتفاق على النطاق الزمنى لخصومة التحكيم بوضع أجل محدد لهذه الخصومة ، فإذا ما أوشك هذا الأجل على الإنقضاء ، وكانت الخصومة فى حاجة إلى مزيد من الوقت ، جاز لهم الإتفاق على مد هذا الأجل ودون أن يكون هناك حد أقصى لمدة هذا المد . ومد أجل التحكيم هنا ليس راجعاً إلى نص القانون أو قرار المحكمة وإنما راجعاً إلى ارادة الأطراف . وهذا ما أجازته قانون التحكيم المصرى (م ١/٤٥)<sup>(١)</sup> ، ونصت

---

(١) وفى اعتقادنا أن هذا النص اقتصر على معالجة مد أجل التحكيم بقرار من هيئة التحكيم ، ووضع لمدة هذا المد حداً أقصى لا يجوز لهيئة التحكيم أن تتجاوزه ، إلا إذا اتفق الأطراف على أن تزيد هذه المدة عن هذا الحد ؛ حيث نصت المادة ١/٤٥ من هذا القانون على أن : على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهى للخصومة كلها خلال الميعاد الذى اتفق عليه الطرفان، فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثنى عشر شهراً من تاريخ بدء اجراءات التحكيم . وفى جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

عليه صراحةً المادة ٢/١٤٦٣ من قانون المرافعات الفرنسي - معدلة في ٢٠١١ - بقولها : يمتد الأجل القانوني أو الإتفاقي بواسطة اتفاق الأطراف أو بقرار من القاضي المساند عند غياب الإتفاق<sup>(١)</sup> (٢) .

تزيد على ذلك . فالمد المقصود في النص هو المد بقرار الهيئة والذي حده الأقصى ستة أشهر ما لم يتفق الأطراف على أن للهيئة أن تزيده عن هذا الحد ، والمقصود بعبارة اتفاق الطرفان هو اتفاقهم على أن تزيد الهيئة مدة المد عن الحد الأقصى وليس اتفاقهم هم على المد (وسوف نتناول ذلك تفصيلاً في المبحث المخصص للمد بقرار هيئة التحكيم) . ومن هذا نفهم أن النص لم يعالج صراحة مد أجل التحكيم باتفاق الأطراف . ولكن ، إذا كان للأطراف الإتفاق على منح هيئة التحكيم مدة تزيد عن الحد الأقصى المقرر قانوناً ، فإنه يجوز لهم - من باب أولى - أن يتفقوا هم مباشرة على مد الأجل ، إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة الذي يهيمن على نظام التحكيم . ويتشابه مع قانون التحكيم المصري في هذا الصدد قانون التحكيم الأردني (م ٣٧) وقانون التحكيم العماني (م ٤٥) ( ومجلة التحكيم التونسية ( فصل ٢٤ ) ونظام التحكيم السعودي الجديد ٢٠١٢/هـ ١٤٣٣م (م ٤٠) .

(١) ونصها :

Le délai légal ou conventionnel peut être prorogé par accord des parties ou, à défaut, par le juge d'appui.

(٢) وهو ما نصت عليه والمادة ٢/٧٧٣ من قانون أصول المحاكمات اللبناني ونصها على أنه : يجوز تمديد المهلة الاتفاقية أو القانونية إما باتفاق الخصوم وإما بقرار من رئيس الغرفة الابتدائية يصدر بناء على طلب أحد الخصوم أو الهيئة التحكيمية ، والمادة ٢/١٨١ من قانون المرافعات الكويتي التي نصت على أنه : وللخصوم الإتفاق صراحة أو ضمناً على مد الميعاد المحدد اتفاقاً أو قانوناً ولهم تفويض المحكم في مده مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وقد يكون الإتفاق على المد صريحاً ، وقد يكون ضمناً يستتبط من موقف الخصوم تجاه خصومة التحكيم ، وكل منهما له ضوابط وأحكام ، سوف نتناولها تفصيلاً فيما يلي ..

#### ٩- الإتفاق الصريح على المد :

وصورة هذا الإتفاق : أن يعبر كل طرف من أطراف التحكيم عن إرادته أو موافقته على إرادة الطرف الآخر على مد أجل التحكيم إما كتابةً أو شفاهةً ، على أن يثبت هذا الإتفاق فى محضر الجلسة إذا كان شفاهةً أو أن يلحق بمحضرها إذا كان مكتوباً .

ويجوز للأطراف الإتفاق على مد أجل التحكيم سواءً كان هذا الأجل محددًا بالإتفاق أو محددًا بنص القانون إن لم يكن هناك اتفاق على الأجل<sup>(٣)</sup> .

---

إلى أجل معين . والمادة ٣/١٤٩٨ من القانون القضائى البلجيكى التى نصت على أن : تنتهى مهمة المحكمين إذا لم يصدر حكم التحكيم فى الأجل ، إلا إذا امتد بواسطة اتفاق بين الأطراف ونصها بالفرنسية :

3. La mission des arbitres prend fin si la sentence arbitrale n'est pas rendue dans les délais, à moins que ceux-ci ne soient prorogés par un accord entre les parties .

(٣) وذهب رأى إلى القول بإن عدم اتفاق الأطراف على تحديد الأجل يمنعم من الإتفاق على مده إذا كان هذا الأجل محددًا بنص القانون . د. عاطف الفقى - المرجع السابق - ص ٥٥٣ وص ٥٥٤ . وهذا ما يتنافى مع فلسفة التحكيم وحرية أطرافه فى الإتفاق على ما يريدون .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

فإذا كان أجل التحكيم محدداً باتفاق الأطراف (الأجل الإتفاقي) فإن اتفاقهم على مده يعد اتفاقاً لاحقاً لاتفاق التحكيم مكملاً أو معدلاً له فيما يتعلق بالأجل الأصلي .

أما إذا كان أجل التحكيم محدداً بنص القانون المطبق على التحكيم - في حال عدم اتفاق الأطراف على الأجل - فإن اتفاق الأطراف على مده يعد بمثابة اتفاق جديد على تعديل القاعدة القانونية التي حددت الأجل ؛ إذ يجوز للأطراف ذلك طالما كانت تلك القاعدة ليست قاعدة أمرة لا يجوز مخالفتها (١) (٢) .

(١) وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن القاعدة التي تحدد ميعاد التحكيم ليست قاعدة أمرة . وفي ذلك قالت : أن النص في المادة ٥٠٥ من قانون المرافعات بأن " على المحكمين أن يحكموا في الميعاد المشروط ما لم يرفض الخصوم إمتداده ، ويجب عليهم عند عدم اشتراط أجل للحكم أن يحكموا خلال شهرين من تاريخ قبولهم للتحكيم وإلا جاز لمن شاء من الخصوم رفع النزاع إلى المحكمة " يدل على أن الأصل أن يكون تحديد ميعاد حكم المحكمين أو مد أجله المشروط باتفاق الطرفين ، فإن خلا اتفاقهم من تحديد هذا الأجل وجب على المحكمين إصدار حكمهم خلال شهرين من تاريخ قبولهم مهمة التحكيم ، إلا أن سريان حكم القانون في تحديد الميعاد لا يحجب إرادة الطرفين في مده سواء بأنفسهم أو بقويض وكلائهم أو محكميهم في ذلك ، وكما يكون الإتفاق على مد الأجل صريحا فإنه يستفاد ضمناً من حضور الطرفين أمام هيئة التحكيم والمناقشة في القضية بعد الميعاد . حكمها بجلسة ١٩٨٨/٢/١٤ الطعن رقم ١٦٤٠ لسنة ٥٤ - المكتب الفني ٣٩ ص ٢٤٢ . وبيانات العبارات تقريباً حكمها بجلسة ٢٠٠٧/٢/٨ الطعن رقم ٧٣٠٧ لسنة ٧٦ ق ، وحكمها بجلسة ٢٠٠٧/٥/٢٤ الطعن رقم ٨٢٣ ، ٩٣٣ مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



ولم تضع أى من تشريعات التحكيم حداً أقصى لمدة المد باتفاق الأطراف ، فيجوز لهم الإتفاق على أن تكون مدة المد مساوية لمدة الأجل الأصى - الإتفاقى أو القانونى - أو أطول منها أو أقصر . وقد قضت محكمة النقض<sup>(٣)</sup> بأن : المشرع لم يشترط لصحة اتفاق الخصوم على مد الميعاد أن يكون أمام هيئة التحكيم أو أن يكون المد لفترة محددة بزمن معين ، ومن ثم فإنه ليس ما يمنع من الإتفاق أمام الخبير المنتدب من هيئة التحكيم على مد ميعاد التحكيم لحين انتهاء أعمال الخبير وإصدار هيئة التحكيم حكمها فى النزاع .

---

لسنة ٧١ ق تجارى ، وحكمها بجلسة ٢٠٠٩/٤/٢٣ الطعن رقم ٣٨٦٩ والطعن رقم ٧٠١٦ لسنة ٧٨ ق . ومحكمة استئناف القاهرة الدائرة (٩١) تجارى بجلسة ٢٠٠٥/٩/٢٥ و بجلسة ٢٠٠٤/٦/٢٩ ، و بجلسة ٢٠٠٤/٥/٢٦ ، والدائرة (٨) تجارى بجلسة ٢٠٠٢/١/٢٣ .

(٢) ولذلك ؛ إذا كانت مدة الأجل اثنى عشر شهرا - كما هى فى القانون المصرى - فيجوز للأطراف الإتفاق على مدها ثلاثة أو أربعة أو ستة أشهر أو كما يتفقوا . ويلاحظ أن هذا الإتفاق يعد - أيضاً - معدلاً لإتفاق التحكيم - بطريق غير مباشر - على اعتبار أن الأطراف اتفقوا على تطبيق القانون الذى يطبق على الإجراءات والذى من بين نصوصه تلك القاعدة التى حددت أجل التحكيم والتى عدلها الأطراف باتفاقهم .

(٣) حكمها فى ٢٠١٠/١٢/١٥ الطعن رقم ٣٦٦٩ لسنة ٦٨ ق . تجارى .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

ويجوز للأطراف الإتفاق على مد أجل التحكيم سواءً قبل انقضاء الأجل الأصلي أو بعد انقضائه<sup>(١)</sup> ؛ ذلك لأن الأطراف بما لهم من حرية الإتفاق على التحكيم ، وتحديد أجل خصومته ، يكون لهم تعديل هذا الإتفاق أو تكملته بمد هذا الأجل حتى ولو بعد انقضائه . على أنه ينبغي التفرقة - فى هذه الحالة - بين ما إذا كان اتفاق التحكيم شرطاً أم مشاركة ، فإذا كان شرطاً ، فإنه يجوز الإتفاق على المد ولو بعد انقضاء الأجل

---

(١) انظر : د. أحمد أبو الوفا - المرجع السابق - بند ٨١ ص ١٩١ ، د. الجمال ود. عكاشة - المرجع السابق بند ٤٦٤ ص ٦٧٧ ، د. نبيل عمر - المرجع السابق بند ١٨٧ ص ٢١٧ ، د. أحمد السيد صاوى - التحكيم ٢٠١٣ بند ١٤٨ ص ١٩٢ د. فتحى والى - قانون التحكيم - بند ٢٣٦ ص ٤٠٨ وص ٤٠٩ والتحكيم بند ٢٨٧ ص ٥٢١ ، أحمد هندی - التحكيم دراسة اجرائية ٢٠١٣ ص ١٠٣ ، د. أبو العلا النمر - البحث السابق - ص ٨٧ وص ٨٨ ، د. على بركات رسالة ص ٢٩٠ .

Ph. Grandjean, La duree de la mission des arbitres , rev. arb. 1995, p. 44 ets. Emmanuel Gaillard : Le nouveau droit français de l'arbitrage interné et international, Recueil Dalloz, 20 janvier 2011, p.175 et s. , Laurence Franc-Menget: Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international Paris e-bulletin janvier 2011, www.herbertsmith.com/nr/ronlyres. Revue de veille juridique du 14 janvier 2011: Une importante réforme de l'arbitrage entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2011, www.net-iris.fr/veille-juridique/archives.

وانظر أيضاً :

Cass. Civ.18 dec. 2001, rev.arb.2002 p.899.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الأصلى ، وذلك لبقاء الشرط رغم انقضاء أجل التحكيم<sup>(٢)</sup> . أما إذا كان اتفاق التحكيم عبارة عن مشاركة تحكيم ، فلا يجوز المد إلا أثناء سريان الأجل المحدد فيها وقبل انقضائه<sup>(٣)</sup> l'expiration du delai avant fixe par la clause arbitrale لأن بانقضاء هذا الأجل تنقضى المشاركة ولا يجرى عليها التعديل ، وإن كان يجوز صياغة مشاركة جديدة باتفاق صريح عليها .

وفى كل الأحوال ، يكون الإتفاق على المد مكتوباً أو على الأقل مثبتاً فى محضر الجلسة ، وأن يتم بواسطة الخصوم أنفسهم أو ممن يكون موكلاً

---

(٢) راجع ما سبق فى التمييز بين أجل التحكيم وأجل اتفاق التحكيم وأجل خصومة

التحكيم ، بند ٧ .

(٣) انظر :

Roger Ph. Budin , op. cit. p. 34 .Ph. Grandjean , op. cit. p.45 , Emmanuel Gaillard, op.cit. p.175 et s. Revue de veille juridique du 14 janvier 2011:Une importante réforme de l'arbitrage entrera en vigueur le1<sup>er</sup> mai 2011, www.net-iris.fr/veille-juridique/archives.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

عنهم فى ذلك<sup>(١)</sup> . وإذا أبرم الإتفاق على المد من جانب الوكيل ، فإنه يصح بإجازته من الخصم بعد إبرامه<sup>(٢)</sup> .

ولكن ، ماذا إذا تعدد أطراف التحكيم ، ووافق بعضهم على المد ولم يوافق البعض الآخر ، هل يمتد الأجل وتبقى خصومة التحكيم بالنسبة للبعض وتنقضى بالنسبة للبعض الآخر ؟

الواقع أننا لم نجد معالجة تشريعية لهذه المسألة ، ولكن المتفق عليه فى الفقه أن الإتفاق على مد أجل التحكيم ، باعتباره مكملاً أو معدلاً لإتفاق التحكيم ، فإنه يجب أن يصدر عن جميع الأطراف<sup>(٣)</sup> ؛ وبالتالي لا يمتد

---

(١) د. أحمد أبو الوفا - المرجع السابق ص ١٩٠ ، د.الجمال ود.عكاشة - المرجع السابق ص ٦٧٤ ، د. أحمد الصاوى - التحكيم بند١٤٨ص ١٩٢ ، د. عاشور مبروك - المرجع السابق بند٢٥٢ ص ٣٨٢ ، د. فتحى والى - الإشارات السابقة .

(٢) وقد قضى بأن : تصح إجازة الأصل اللاحقة للإتفاق على التحكيم بعد بدء الإجراءات من جانب الوكيل .. ومتى ثبت وجود الوكالة فإن مدى سعتها ليس إلا تفسيراً لمضمونها والتفسير من أمور الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع . حكم التحكيم فى القضيتين رقما ٦٩٤ ، ٧٠٣ لسنة ٢٠١٠ بتاريخ ٢٠١١/٤/٧ بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم الدولى - منشور بمجلة التحكيم العربى العدد ١٦ ص ٢٠٦ . وإذا كانت الإجازة اللاحقة تصح بالنسبة لإتفاق التحكيم ذاته ، فإنها تصح - من باب أولى - بالنسبة للإتفاق على مد أجل التحكيم .

(٣) د. أحمد أبو الوفا - المرجع السابق ص ١٩٠ ، د.الجمال ود.عكاشة - المرجع السابق ص ٦٧٤ ، د. أحمد الصاوى - التحكيم بند١٤٨ص ١٩٢ ، د. نبيل إسماعيل عمر - التحكيم - بند ١٨٧ ص ٢١٨ ، د. فتحى والى - قانون التحكيم - مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

الأجل إذا وافق عليه البعض ورفضه البعض الآخر ؛ إذ لا يجوز لطرف من أطراف التحكيم أن يقرر بنفسه منفرداً ، ودون موافقة الطرف الآخر ، مد أجل التحكيم . وفى هذه الحالة ، يمكن لهيئة التحكيم أن تستخدم سلطتها فى مد الأجل إذا كان القانون المطبق على التحكيم يجيز لها ذلك ، كالقانون المصرى .

#### ١٠- الإتفاق الضمنى على المد :

على الرغم من أن أغلب تشريعات التحكيم وأنظمتها لم تشر إلى مد أجل التحكيم المبني على الرضاء الضمنى<sup>(١)</sup> إلا أنه مسلم به فقهاً وقضاءً إعمالاً للأصل العام فى التعبير عن الإرادة . فقد قضت محكمة النقض

---

بند ٢٣٦ ص ٤٠٧ والتحكيم بند ٢٨٧ ص ٥١٩ ، د. عاشور مبروك - المرجع السابق بند ٢٥٢ ص ٣٨٢ ، د. أحمد هندی - التحكيم ص ١٠٢ ، د. أبو العلا النمر - ميعاد التحكيم - ص ٧٨ . وفى الفقه الفرنسى :

Jean Robert , op. cit. p.117 no.141 , Ph. Grand jean , La duree de la mission des arbitres , Rev. Arb. 1995, p.163. Emmanuel Gaillard : Le nouveau droit français de l'arbitrage interné et international, Recueil Dalloz,20 janvier 2011,p.175 et s.

(١) باستثناء القانون الكويتى حيث نصت المادة ٢/١٨١ من قانون المرافعات على أنه : وللخصوم الإتفاق صراحة أو ضمناً على مد الميعاد المحدد اتفاقاً أو قانوناً ولهم تفويض المحكم فى مده إلى أجل معين . وبنفس العبارات جاء نص المادة ٢/٢١٠ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتى .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

المصرية بأن<sup>(٢)</sup> : من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن تحديد ميعاد لإنهاء مهمة المحكمين لا يمنع الإتفاق صراحةً أو ضمناً على مد هذا الميعاد لمدة أو لمدد أخرى ، ويجوز أن يستفاد هذا الإتفاق من حضور أطراف النزاع أثناء نظر التحكيم ومناقشة الموضوع بعد فوات الميعاد .

ولذلك ؛ يمكن أن يكون مد أجل التحكيم مبنياً على رضاء أو قبول ضمنى بالمد . ويحدث ذلك إذا لم تتلاق ارادة الأطراف صراحةً على المد ، أو إذا لم يكن هناك اتفاق مكتوب أو مثبت بينهم على ذلك ، فيمكن استنباط هذه الإرادة من خلال موقفهم تجاه خصومة التحكيم .

واستنباط هذه الإرادة لا يكون إلا بعد انقضاء أجل التحكيم ؛ ذلك لأن مسألة الرضاء الضمنى لا تثار إلا عند المنازعة حول موافقة الأطراف على مد الأجل ، ولا تنشأ هذه المنازعة إلا إذا انقضى الأجل الأسمى واستمرت خصومة التحكيم وصدر فيها حكم فى الفترة التى أمتد فيها الأجل .

ولذلك ؛ فإن استخلاص ارادة الأطراف فى الرضاء الضمنى على مد أجل التحكيم يرجع إلى تقدير محكمة الموضوع التى تنتظر هذه المنازعة ، أى المحكمة التى تنتظر دعوى البطلان<sup>(٣)</sup>.

---

(٢) حكمها فى الطعن رقم ٢٦٦ لسنة ٢٠٠٩ مدى بتاريخ ١٣/٥/٢٠٠٩ . وحكم محكمة استئناف باريس فى ١٠/١٢/٢٠٠٩ . منشور فى مجلة التحكيم اللبنانية - العدد السابع يوليو ٢٠١٠ - ص ٦٤٥ .

(٣) د. فتحي والى - قانون التحكيم - بند ٢٣٦ ص ٤٠٩ ، والتحكيم - بند ٢٨٧

## ١١- ضوابط المد المبني على الإتفاق الضمنى :

بالنظر إلى أن استخلاص المد المبني على الإتفاق الضمنى يعد عملاً قضائياً يقوم على استنباط رضاء الخصم بهذا المد ، فقد وجب أن يكون ذلك من خلال وقائع وظروف تكون قاطعة الدلالة عليه ، يتم استخلاصها من موقف الخصم تجاه خصومة التحكيم<sup>(١)</sup> . وموقف الخصم - فى هذا الصدد - يأخذ مظهران أحدهما ايجابى والآخر سلبى ..

**فأما الموقف الإيجابى :** فيتمثل فى صدور واقعة من الخصم يستدل منها على قبوله بالمد . مثل حضوره أمام هيئة التحكيم بعد انقضاء الأجل أو مناقشته فى القضية أو تكلمه فى موضوع النزاع أو تقديمه مستندات أو تبادل المذكرات مع خصمه أو إبدائه دفوعاً جديدة أو توجيهه خطابات إلى هيئة التحكيم يستفاد منها قبوله بالمد أو أى عمل ايجابى آخر يصدر من الخصم ويكون قاطع الدلالة على رضائه بمد الأجل<sup>(٢)</sup> .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن : من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن اسخلاص ارادة الطرفين فى تحديد ميعاد التحكيم أو فى الإتفاق على مده من سلطة محكمة الموضوع تستخلصه من وقائع الدعوى وملابساتها طالما أقامت حكمها على أسباب سائغة لها أصل فى الأوراق وتكفى لحمل قضائها . حكمها فى ٢٠١٠/١٢/١٥ الطعن رقم ٣٦٦٩ لسنة ٦٨ ق. تجارى .

(٢) انظر : د. أحمد أبو الوفا- المرجع السابق بند ٨١ ص ١٩١ و ١٩٢ ، د. جمال ود. عكاشة - المرجع السابق ص ٦٧٧ ، د. أحمد السيد صاوى - المرجع السابق بند ٢٢١ ص ٣١٤ ، د. نبيل عمر- المرجع السابق بند ١٨٧ ص ٢١٧ ، د. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

ولذلك ؛ لا يكفي أن تكون الواقعة الدالة على الرضاء ثابتة بشهادة الشهود<sup>(٣)</sup> ، وإنما يجب أن تكون صادرة عن الخصم ، وأن تبين هيئة التحكيم فى حكمها أنها قد استدلت من تلك الواقعة على الرضاء الضمنى بالمد .

وأما الموقف السلبي : فيتمثل فى تنازل الخصم عن التمسك بالدفع بإنقضاء الأجل أمام هيئة التحكيم ، أثناء نظر النزاع وقبل إصدار حكم التحكيم . فهذا المسلك من الخصم ، وإن كان يعبر عن واقعة ايجابية - هى الحضور - إلا أنه يمثل موقفاً سلبياً تجاه خصومة التحكيم يُحمل على

---

عاشور مبروك- المرجع السابق - بند ٢٥٢ ص ٣٨٢ ، د. أحمد هندی - التحكيم ص ١٠٢ ، د. فتحى والى - الإشارات السابقة ، وفى الفقه الفرنسى :

Jean Robert , op. cit. p.117 no.141 , Ph. Grand jean , La duree de la mission des arbitres ,rev. arb. 1995, p.163, Ch.Jarrosson , L'arbitrage et la convention europeenne des droit de l'homme , rev. arb. 1989 p.573 , E. Mazger , A propos de l'article 16 du decret 14 mai 1980 , rev. arb. 1980 , p. 712 .

(٣) د. فتحى والى - قانون التحكيم - ص ٤٠٨ ، والتحكيم - ص ٥٢٠ ، د. أحمد هندی - التحكيم دراسة اجرائية - ص ١٠٢ . وانظر حكم محكمة تمييز لبنان - الغرفة الخامسة - فى ٢٠٠٤/٤/١٨ الذى أيد حكم محكمة الإستئناف الذى استخلص نية التمديد من القرائن . أشار إلى ذلك : أ. مهيب معمارى فى مقالة بعنوان بطلان القرار التحكىمى فى ضوء اجتهاد محكمة النقض اللبنانية - مجلة التحكيم العربى - العدد ١١ يونيو ٢٠٠٨ - ص ١٠٣ ، ١٠٧ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى



أنه تنازل عن التمسك بانقضاء الأجل ؛ وذلك إعمالاً للمادة ٨ من قانون التحكيم المصري<sup>(١)</sup> .

وعلى ذلك ؛ فإننا لا نتفق مع ما يراه غالب الفقه<sup>(٢)</sup> من أن مجرد الحضور مع السكوت simple silence أو مع عدم إبداء أية أقوال أو

---

(١) والتي تنص على أنه : إذا استمر أحد طرفي النزاع في إجراءات التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لشرط في اتفاق التحكيم أو لحكم من أحكام هذا القانون مما يجوز الإتفاق على مخالفته ولم يقدم اعتراضاً على هذه المخالفة في الميعاد المتفق عليه أو في وقت معقول عند عدم الإتفاق اعتبر ذلك نزولاً منه عن حقه في الإعتراض . وهي تقابل المادة ١٤٦٦ من قانون المرافعات الفرنسي بعد تعديله في ٢٠١١ والمادة السابعة من قانون التحكيم الأردني والمادة السابعة من نظام التحكيم السعودي الجديد والمادة الثامنة من قانون التحكيم العماني والمادة ٣٩ من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية في نسختها الجديدة والمادة ٣٢ من قواعد الأونسيترال للتحكيم في نسختها الجديدة .

(٢) د. أحمد أبو الوفا- المرجع السابق بند ٨١ ص ١٩١ و ١٩٢ ، د. الجمال ود. عكاشة - المرجع السابق ص ٦٧٧ ، د. أحمد السيد صاوي - المرجع السابق بند ٢٢١ ص ٣١٤ ، د. نبيل عمر- المرجع السابق بند ١٨٧ ص ٢١٧ ، د. عاشور مبروك- المرجع السابق - بند ٢٥٢ ص ٣٨٢ ، د. أحمد هندی - التحكيم ص ١٠٢ ، د. فتحي والي - الإشارات السابقة ، د. على بركات - رسالة ص ٢٨٩ ، د. أبو العلا النمر- البحث السابق - ض ٨٢ وص ٨٣ ، وفي الفقه الفرنسي :

Jean Robert , op. cit. p.117 no.141 , Ph. Grand jean , La duree de la mission des arbitres ,rev. arb. 1995, p.163, Ch.Jarrosson , L'arbitrage et la convention europeenne des droit de l'homme , rev. arb. 1989 p.573 , E. Mazger , A propos de l'article 16 du decret 14 mai 1980 , rev. arb. 1980 , p. 712 .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

تقديم أية مستندات لا يعد رضاً ضمناً بمد أجل التحكيم ؛ حيث أن ذلك يعد موقفاً سلبياً من الخصم يُحمل على أنه قد تنازل عن الدفع بانقضاء الأجل .

وهذا ما تواترت عليه أحكام القضاء ، فقد قضت محكمة النقض بأن<sup>(١)</sup> : ... وحيث أن النص في المادة ١/٤٥ من قانون التحكيم المصرى يدل على أن المشرع ارتأى ترك أمر تحديد الميعاد اللازم لإصدار حكم التحكيم المنهى للخصومة كلها لإرادة الأطراف ابتداء وانتهاء ، وبذلك يكون قد نفى عن الميعاد اللازم لإصدار الحكم وصف القاعدة الإجرائية الآمرة ، وكان من المقرر قانوناً أن سكوت الخصم عن الاعتراض على الإجراء مع قدرته على ابدائه يعد قبولاً ضمناً بصحة الإجراء ، ومن ثم فإن عدم الاعتراض

---

(١) الدائرة المدنية والتجارية بجلسة ٢٣/٤/٢٠٠٩ الطعن رقم ٣٨٦٩ والطعن رقم ٧٠١٦ لسنة ٧٨ ق - منشور فى مجلة التحكيم العدد الثامن - أكتوبر ٢٠١٠ ص ٤٥٧ . وفى نفس المعنى : حكمها بجلسة ٢٤/٥/٢٠٠٧ الطعن رقم ٨٢٣ ، ٩٣٣ لسنة ٧١ ق تجارى ، وحكمها بجلسة ٨/٢/٢٠٠٧ الطعن رقم ٧٣٠٧ لسنة ٧٦ ق ، وحكمها بجلسة ١٤/٢/١٩٨٨ الطعن رقم ١٦٤٠ لسنة ٥٤ - المكتب الفنى ٣٩ ص ٢٤٢ . وانظر : حكم استئناف القاهرة الدائرة (٨) تجارى فى الدعوى رقم ٥٧ لسنة ١٢٥ ق بجلسة ١٩/١١/٢٠٠٨ والدائرة (٩١) تجارى بجلسة ٢٥/٩/٢٠٠٥ وبجلسة ٢٩/٦/٢٠٠٤ ، وبجلسة ٢٦/٥/٢٠٠٤ . وحكم محكمة استئناف عمان (الأردن ) فى القضية رقم ١٣٦/٢٠٠٨ - بتاريخ ١٣/١٠/٢٠٠٩ - مجلة التحكيم - الإشارة السابقة - ص ١٩٠ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

على تجاوز مدة التحكيم للمدة المنفق عليها طوال المدة التي استغرقتها الإجراءات وحتى صدور الحكم المنهى لمنازعة التحكيم ، يعد نزولاً عن الحق فى الاعتراض طبقاً للمادة الثامنة من قانون التحكيم ، ويجوز مد مدة التحكيم للمدة المحددة فى المادة ٤٥ سالفه البيان وليس ذلك المد من أحوال بطلان حكم التحكيم . وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى ببطلان حكم التحكيم لصدوره بعد انتهاء الأجل المحدد قانوناً لإصداره فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه .

وبناء عليه ؛ يعد مجرد حضور الخصم أمام هيئة التحكيم ، بعد انقضاء الأجل ، رضاءً ضمناً منه بمد الأجل ، حتى ولو لاذ بالصمت ولم يبد أية طلبات أو دفع (٢) .

---

(٢) وتطبيقاً لذلك قضى بأن : الإستمرار - المعنى بنص المادة ٨ المشار إليه - فى اجراءات التحكيم والذي يترتب عليه سقوط الحق فى إبداء الاعتراض ، هو مسلك ايجابي ، ولا يتصور أن يكون فى هذه الحالة فعلاً سلبياً كالغياب أو الإعتذار أو عدم الحضور ، ودلالة ذلك ما جرت عليه عبارة النص " ولم يقدم اعتراضاً على هذه المخالفة " فتقديم الاعتراض لن يكون من غائب أو معتذر أو غير حاضر ، وإنما يأتى هذا ممن يحضر الجلسة ويبدى اعتراضه على ما يراه مخالفاً ، إما إذا حضر وصمت وسكت عن إبداء هذا الاعتراض فإن حقه يكون قد سقط ولا يعتد به أو يعول على الاعتراض إذا ما إبدى لاحقاً . الحكم الصادر فى الدعوى التحكيمية رقم ٥٠٠ لسنة ٢٠٠٦ بجلسة ٢٠٠٨/١/٣٠ - مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم الدولي . مجلة التحكيم العربى - العدد ١١ يونيو ٢٠٠٨ - ص ٢٣٣ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

ولكن ، هل يعد حضور وكيل الخصم ( محاميه ) رضاءً ضمناً من موكله بالمد ؟

الواقع أن الفقه تشدد في الإعتداد بالواقعة الدالة على الرضاء الضمنى بالمد ، فلم يعتبر - على عكس القضاء - أن مجرد الحضور مع السكوت رضاءً ضمناً بمد الأجل ، على نحو ما رأينا في الفقرة السابقة . وإمعاناً في هذا التشدد ، ذهب الرأي الغالب في الفقه<sup>(١)</sup> ، مؤيداً بعض أحكام القضاء القديمة<sup>(٢)</sup> ، إلى القول بأنه : إذا صدرت الواقعة الدالة على الرضاء بمد الأجل من وكيل الخصم ( المحام ) الذى لا يحمل توكيلاً خاصاً يخوله تلك السلطة ، فإن ذلك لا يعد رضاءً ضمناً من الخصم بمد الأجل ، فمن لا يملك المد الصريح لا يملك المد الضمنى ، ذلك لأن مد أجل التحكيم يعتبر تعديلاً لاتفاق التحكيم ، وبالتالي يفترض فيه توافر سلطة إبرام الإتفاق على التحكيم ، فيجب لصحته أن يتوافر لدى المحامى توكيل خاص بذلك .

---

(١) د. أحمد أبو الوفا - المرجع السابق - بند ٨١ ص ١٩٠ و ١٩١ ، د. فتحى والى - قانون التحكيم - بند ٢٣٦ ص ٤٠٨ ، والتحكيم بند ٢٨٧ ص ٥٢٠ ، د. الجمال ود. عكاشة - المرجع السابق ص ٦٧٧ ، د. نبيل عمر - الإشارة السابقة ، د. عاشور مبروك - الإشارة السابقة ، د. محمود مصطفى يونس المرجع السابق بند ٥٨٩ ص ٤٦٤ ، د. على بركات - رسالة ص ٢٨٨ ، والأحكام المشار إليها لديهم .

(٢) حكم استئناف باريس فى ٨ يناير ١٩٧٠ . مشار إليه لدى د. فتحى والى - الإشارة السابقة .

وعلى عكس هذا الإتجاه ، جاءت بعض أحكام القضاء الحديثة ، فلم تنتشدد فى استخلاص الرضاء الضمنى بمد أجل التحكيم ، فاعتدت بحضور محام الخصم بعد انقضاء أجل التحكيم ومتابعته للإجراءات دون توكيل خاص بذلك من موكله ، وبنيت على ذلك رضاء الخصم على مد الأجل<sup>(٣)</sup>

(٣) وفى هذا ، قضت محكمة استئناف القاهرة بأنه : إذا كانت الشركة الطاعة قد أوفدت ممثلها أمام هيئة التحكيم ولم يعترض أحد منهم على ميعاد التحكيم واستمروا فى إبداء دفاعهم طوال المدة التى استغرقتها اجراءاته حتى صدور الحكم المطعون فيه ، الأمر الذى تستخلص منه المحكمة رضاء الطاعة ضمناً بمد ميعاد التحكيم ، وأما عن القول بضرورة التوكيل الخاص للموافقة على مد ميعاد التحكيم فإنه قد أصبح غير منتج فى هذا الطعن إذ انتهت المحكمة إلى وجود موافقة ضمنية من جانب الشركة الطاعة على مد ميعاد التحكيم . الدائرة ٩١ تجارى - فى ٢٦/٦/٢٠٠٢ فى الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١١٩ ق . كما قضت محكمة تمييز دى بأن : .. استخلاص تفويض الوكيل فى اللجوء إلى التحكيم وفى مد يعاد التحكيم من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع دون معقب عليها من محكمة التمييز متى كان استخلاصها سائغاً له ما يسانده فى الأوراق ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى تفويض الوكيل عن الشركة الطاعة بالموافقة على التحكيم وعلى مد أجله تأسيساً على ما ورد بأسبابه .. ، ومن ثم فإنه لا يقدر فى صحة الحكم قول الطاعة أنها فوضت وكيلها المذكور فى الحضور لتقديم دفاعها وليس لمنح المحكم مهلة لمد أجل التحكيم ويضحي النعى على الحكم بمقولة أن حكم المحكم قد صدر خارج الأجل المحدد للتحكيم لا أساس له . حكمها فى الطعن رقم ١٥١ لسنة ٢٠٠٧ جلسة ١٧ سبتمبر ٢٠٠٧ - مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

وقد شجع فريق من الفقه<sup>(١)</sup> هذا الإتجاه على اعتبار أنه قد يكون ضرورياً في أحيان كثيرة لمصلحة حسن أداء العدالة ، على أساس أن المحامى يستمد سلطته فى المد من سلطته فى تمثيل موكله دون حاجة إلى تفويض خاص بذلك ، كما أن هناك قرينة على منحه سلطة المد مستمدة من سلطته فى تمثيل موكله .

ومن جانبنا ، وقبل طرح رؤيتنا فى هذه المسألة ، نرى أن الفقه الغالب قد أسس رأيه على حجتين اثنتين هما :

١- انتهاء علم الخصم باستمرار محاميه فى متابعة إجراءات التحكيم بعد انقضاء أجل التحكيم ، وبالتالي لا يسند إليه رضاء ضمنى بمد الأجل .

---

منشور فى مجلة التحكيم - العدد الثامن أكتوبر ٢٠١٠ - ص ٢٢٣ . وأيضاً حكمها فى فى ٢٣/٤/٢٠٠٠ فى الطعن رقم ١٩٩٩/٥٣٧ منشور بمجلة التحكيم - العدد السادس ص ٢٧٤ ، وحكمها فى ٢٠٠٨/٢/١٩ فى الطعن رقم ٢٠٠٧/٢٦٨ تجارى ، منشور بمجلة التحكيم - العدد الخامس ص ٢١٣ . وانظر لمحكمة استئناف باريس :

Cour d'appel de Paris, 8 juin 1990 , et 4 juillet 1990 , rev. arb. 1992 , p. 625 , obs. J. Pellarin. Cour d'appel de Lyon , 1 juillet 1993 , rev. arb. 1995 , p.102 , obs. Fh. Fouchard.

(١) د. أبو العلا النمر - ميعاد التحكيم - ص ٨٧ ، ومن الفقه الفرنسى :

Jean Robert , op. cit. p.117 no.141 , Ph. Grand jean , La duree de la mission des arbitres ,rev. arb. 1995, p.163 , E. Mazger , A propos de l'article 16 du decret 14 mai 1980 , rev. arb. 1980 , p. 712 , Ch.Jarrosson , L'arbitrage et la convention europeenne des droit de l'homme , rev. arb. 1989 p.573.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

٢- على فرض علم الخصم بذلك ، فإنه لم يصدر منه توكيل خاص لمحاميه فى مد أجل التحكيم ، لأن المد يعد تعديلاً لإتفاق التحكيم يلزمه توافر توكيل خاص شأنه شأن اتفاق التحكيم .

وهاتين الحجبتين يمكن الرد عليهما بما يلى :

**بالنسبة للحجة الأولى :** التى تقوم على القول بانتفاء علم الخصم بانقضاء أجل التحكيم وعدم علمه باستمرار محاميه فى متابعة اجراءات التحكيم . فهذا القول مردود لتعارضه مع الواقع العملى ، وذلك من عدة نواحى : أولها ، صعوبة التسليم بالقول بانتفاء علم الخصم بانقضاء أجل التحكيم ، لاسيما وأنه إما أن يكون قد حدد هذا الأجل مع خصمه (الأجل الإتفاقى) أو أن يكون قد اختار مع خصمه القانون الواجب التطبيق على الإجراءات والذى من بين قواعده القاعدة التى تحدد أجلاً معيناً للتحكيم . إذن علم الخصم بأجل التحكيم - سواء كان اتفاقياً أو قانونياً - هو علم مفترض فيه بالضرورة ، باعتباره طرفاً فى الإتفاق على تحديد الأجل أو على القاعدة القانونية التى حددته . الأمر الذى لا يسوغ معه الإدعاء بعدم العلم بانقضاء هذا الأجل<sup>(١)</sup> .

ومن ناحية ثانية ، فإن مهمة المحامى ، وواجباته تجاه موكله فى الخصومة ، تحتم عليه أولاً العلم بانقضاء أجل التحكيم ، وثانياً إخباره

---

(١) انظر حيثيات حكم محكمة استئناف باريس فى ١٠/١٢/٢٠٠٩ . منشور فى

مجلة التحكيم - العدد السابع يوليو ٢٠١٠ - ص ٦٤٥ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

موكله بذلك . ومن ثم لا يتصور أن يقوم الوكيل بالحضور أمام هيئة التحكيم - بعد انقضاء أجل التحكيم - ويستمر في متابعة الإجراءات من تلقاء نفسه ودون إعلام موكله بذلك ، لاسيما إذا تعلق الأمر بخصوصية تحكيم باهظة التكاليف وليس خصومة عادية أمام القضاء العام . والقول بغير ذلك يتنافى مع مهمة المحامي وواجباته تجاه موكله في الخصومة<sup>(٢)</sup> . الأمر الذي لا يسوغ معه إدعاء الخصم بعدم علمه باستمرار محاميه في متابعة اجراءات التحكيم ، بل على العكس يسيع القول بافتراض رضائه الضمنى بذلك .

ومن ناحية ثالثة ، فإن ما يحدث في الواقع العملى يفترض أن هيئة التحكيم قد نبهت الأطراف وممثليهم إلى انقضاء أجل التحكيم قبل متابعتها

---

(٢) وفي هذا تنص المادة ٧٥ من قانون المرافعات على أن : التوكيل بالخصومة يخول الوكيل سلطة القيام بالأعمال والإجراءات اللازمة لرفع الدعوى ومتابعتها أو الدفاع فيها واتخاذ الإجراءات التحفظية إلى أن يصدر الحكم في موضوعها في درجة التقاضى التى وكل فيها وعلان هذا الحكم وقبض الرسوم والمصاريف ، وذلك بغير إخلال بما أوجب فيه القانون تفويضاً خاصاً . وكل قيد يرد فى سند التوكيل على خلاف ما تقدم لا يحتج به على الخصم الآخر . كما نصت المادة ٧٨ من قانون المحاماة على أن : يتولى المحامى إبلاغ موكله بمراحل سير الدعوى وما يتم فيها وعليه أن يبادر إلى إخطاره بما يصدر فيها من أحكام وأن يقدم له النصح فيما يتعلق بالطعن فى الحكم . وانظر فى دور المحامى وواجباته : نقض مدنى فى ١٩/٢/١٩٨٠ طعن رقم ١١٦٦ لسنة ٤٧ ق - س ٣١ ص ٥٤٤ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى



للإجراءات بعد انقضائه ، حفاظاً منها على استمرار ولايتها فى نظر موضوع النزاع والحكم فيه .

أما بالنسبة للحجة الثانية : فإنها تفتقر إلى السند القانونى لما يلى :  
أولاً : أن القول بلزوم توكيل خاص فى القيام بإجراء أو عمل معين يدخل ضمن أعمال الوكالة التى صدرت مسبقاً للوكيل يحتاج إلى نص خاص أو اتفاق صريح على ذلك<sup>(١)</sup> . وليس فى قانون التحكيم المصرى - ولا القانون المقارن - نصاً خاصاً يشترط توكيلاً خاصاً فى مد أجل التحكيم

(١) فقد نصت المادة ٧٦ من قانون المرافعات على أن : لا يصح بغير تفويض خاص الإقرار بالحق المدعى به ولا التنازل عنه ولا الصلح ولا التحكيم فيه ولا قبول اليمين ولا توجيهها ولا ردها ولا ترك الخصومة ولا التنازل عن الحكم أو عن طريق من طرق الطعن فيه ولا رفع الحجز ولا ترك التأمينات مع بقاء الدين ولا الإدعاء بالتزوير ولا رد القاضى ولا مخاصمته ولا رد الخبير ولا العرض الفعلى ولا قبوله ولا أى تصرف آخر يوجب القانون فيه تفويضاً خاصاً . ونصت المادة ٧٠٢ من القانون المدنى على أن :  
(١) لا بد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الإدارة ويوجه خاص فى البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء . (٢)  
والوكالة الخاصة فى نوع معين من الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص إلا إذا كان من التبرعات . (٣) والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا فى مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر وللعرف الجارى . وانظر فى تطبيقات لهذه النصوص - على سبيل المثال - المادة ١٥٣ من قانون المرافعات والمادة ١٠٤ اثبات ، وحكم محكمة النقض فى

١٩٩٠/١/٢٥ طعن رقم ٧٤ لسنة ٥٧ ق - س ٤١ ج ١ ص ٢٥٨ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

. ومن ثم فإن اشتراط ذلك يحتمل الخصوم التزاماً لم ينص عليه القانون ولم يتفق عليه الأطراف .

ثانياً : إذا كان موضوع الوكالة التي بين الخصم ومحاميه هو الحضور في خصومة التحكيم والقيام بإجراءاتها وإبداء طلبات الخصم ودفعه ، وإذا كان مد أجل التحكيم مما يكون لازماً لإتمام هذه الإجراءات ويدخل ضمن أعمال الوكالة ، فإنه يتم بنفس التوكيل دون حاجة إلى توكيل خاص جديد بذلك ، وذلك لتعلق المد بذات موضوع الوكالة ، وإقرار الوكيل به لا يعد تجاوزاً منه لحدود وكالته لاسيما مع غياب النص على وجوب توكيل خاص في هذا الشأن<sup>(١)</sup> . فضلاً عن أن الوكيل لا يستطيع الإقرار بالمد إلا بعد استبيان رأى موكله .

ثالثاً : القول بلزوم التوكيل الخاص في المد المبني على الرضاء الضمني من شأنه إثارة التساؤلات الآتية : إذا امتد أجل التحكيم بناء على حضور الوكيل الذي لم يوكل توكيلاً خاصاً بالمد ، ثم صدر حكم التحكيم

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن : مؤدى نص المادة ٧٠٢ من القانون المدني أن الوكالة الخاصة تحدد بعمل أو بأعمال قانونية معينة، وترد على أعمال التصرف وأعمال الإدارة على سواء ، وهى وإن اقتصرت على عمل معين فهى تشمل كذلك توابعه ولوازمه الضرورية وفقاً لطبيعة الأشياء والعرف الجارى . فى ٢٦/٤/١٩٨٧ فى الطعن رقم ١٢٥٧ لسنة ٥١ ق. س ٣٨ ص ٦١٨ . وانظر أيضاً حكمها فى ١٩/٢/١٩٨٠ طعن رقم ١١٦٦ لسنة ٤٧ ق. س ٣١ ص ٥٤٤ ، وفى ١٢/٢/١٩٧٥ طعن رقم ١٨ لسنة ٤١ ق. س ٢٦ ص ٣٧٨ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

فى فترة المد ، وسكت الخصم - الموكل - ولم ينزع فى صحة هذا الحكم

..

فهل يعد الأجل قد امتد ؟ وعلى أى أساس ؟ وهل يمكن أن يسند إلى هذا الخصم رضاءً ضمناً بمد الأجل دون أن يصدر منه توكيلاً خاصاً بالمد ؟ وعلى أى أساس ؟ ثم ما قيمة القول بلزوم التوكيل الخاص فى المد فى هذه الحالة ؟ وهل للخصم الآخر أن يتمسك بعدم صحة امتداد الأجل لعدم وجود توكيل خاص بالمد لمحام خصمه ؟

وفى المقابل ، إذا نزع الخصم - الموكل - فى صحة الحكم لصدوره بعد انقضاء الأجل ودون وجود توكيل خاص منه لوكيله بالمد ، فهل يعتبر أجل التحكيم قد انقضى ولا يعتد بامتداده القائم على حضور الوكيل ؟ وهل يكون حكم التحكيم فى هذه الحالة باطلاً لصدوره بعد انقضاء الأجل ؟ ثم كيف يكون التوكيل الخاص فى المد لازماً فى حالة منازعة الخصم وغير لازم فى حالة عدم منازعته ؟

حاصل ذلك أنه ، إذا صح القول بلزوم التوكيل الخاص فى المد لوجب ذلك فى الحالتين ، وكان للخصم الآخر أن يتمسك بعدم صحة امتداد الأجل لعدم وجود توكيل خاص فى المد لمحام خصمه .

اذن ، القول باشتراط التوكيل الخاص فى المد المبنى على الرضاء الضمنى لا قيمة له سوى أنه سيجعل الأمر فى النهاية متروك لهوى الخصوم فى إثارة المنازعة من عدم إثارتها بعد صدور حكم التحكيم ،

فضلاً عن أنه يحتمل الخصوم التزاماً لم ينص عليه القانون ولم يتفق عليه الأطراف .

وأخيراً : فإن الأخذ بالرأى الغالب فى الفقه سيجعل الخصم يستمر فى اجراءات التحكيم عن طريق محاميه ، رغم علمه بانقضاء أجل التحكيم ، وسكوته عن الدفع بذلك طبقاً للمادة الثامنة من قانون التحكيم المصرى ، فإذا كان الحكم فى صالحه سكت ولم ينازع ، وإذا كان فى غير صالحه طعن فيه بالبطلان استناداً على القول بعدم وجود توكيل خاص للمحامى فى مد الأجل ، وهذا ما من شأنه أن يقوض عملية التحكيم برمتها ويتعارض مع فلسفة تنظيمه ، ويكثر من دعاوى البطلان التى تقوم على هذا الأساس ، فضلاً عما قد يحمله من شبهة الغش والتحايل<sup>(١)</sup> .

#### ١٢- مدة المد المبني على الإتفاق الضمنى :

إذا اتفق الأطراف صراحةً على مد أجل التحكيم ، فإنهم - وبالضرورة - يكونوا قد حددوا مدة هذا المد فى اتفاقهم . ولكن تدق المشكلة فى حالة المد المبني على الرضاء الضمنى ، فيثور التساؤل عن مدة هذا المد ؟

---

(١) وقد قيل فى ذلك : أن القضاء عادةً ما يرفض أسباب الطعن التى يدخرها أطراف التحكيم لمرحلة البطلان حال صدور حكم التحكيم فى غير صالحهم فى حين كان فى استطاعتهم تفادى وإصلاح الموقف أثناء التحكيم . تافيرنيير تشانز النشرة القانونية لمكتب القانون الدولى التابع لجمعية المحامين الدولية ٦/٩/٢٠٠٧ . أشار إلى ذلك د. محمد عبد الرؤف فى دراسته المشار إليها سابقاً - مجلة التحكيم العربى - العدد ١١ يونيو ٢٠٠٨ - ص ٢١٨ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

وهل يمتد الأجل إلى مدة مماثلة لمدة الأجل الأصلي - الإتفاقي أو القانوني - أم يكون غير محدد المدة ؟

اختلفت آراء الفقه في هذا الشأن إلى ثلاثة اتجاهات على النحو التالي

..

الإتجاه الأول<sup>(١)</sup> ذهب أنصاره إلى القول بأن : الإتفاق الضمني على مد ميعاد التحكيم هو اتفاق على ميعاد غير محدد المدة ، ولذا إذا تحقق فإن التحكيم يتحول من تحكيم محدد المدة إلى تحكيم غير محدد المدة<sup>(٢)</sup> ؛ أى بغير ميعاد محدد .

الإتجاه الثاني<sup>(٣)</sup> ذهب إلى القول بأن تمديد المهلة لا يصح أن يكون لمهلة غير محددة ، وفى التمديد الضمنى يكون لمدة مماثلة لمدة التمديد القانوني ، وهى ستة أشهر طبقاً للمادة ٤٥ من قانون التحكيم المصرى ، ما لم يتبين أن الأطراف باتفاقهم الضمنى على التمديد قد أرادوه لمدة مماثلة للمدة الأصلية المحددة فى اتفاق التحكيم .

---

(١) د. فتحى والى - قانون التحكيم - بند ٢٣٦ ص ٤٠٩ ، والتحكيم بند ٢٨٧

ص ٥٢١ .

(٢) وهذا الرأى يصعب التسليم به لأنه ينطوى على تغيير فى طبيعة الإتفاق بدون اتفاق على ذلك ؛ إذ أن التحكيم محدد المدة أصلاً والإتفاق الضمنى على مد أجله لا يغير طبيعته بأثر رجعى ، وكان الأجدر القول بأن المد غير محدد المدة .

(٣) د. نبيل عمر - المرجع السابق بند ١٨٧ ص ٢١٨ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

الإتجاه الثالث<sup>(٤)</sup> ذهب إلى أن مدة المد فى هذه الحالة تكون محددة بمدة أجل التحكيم التى نص عليها القانون ، وهى أثنى عشر شهراً طبقاً للمادة ٤٥ من قانون التحكيم المصرى ؛ وذلك على أساس أن عدم تحديد مدة لميعاد التحكيم على نحو مطلق من شأنه إهدار الميزة الأساسية لنظام التحكيم المتمثلة فى عنصر السرعة ، بالإضافة إلى تهديد خصومة التحكيم بخطر انكار العدالة وسيرها إلى ما لا نهاية ، كذلك فإن عدم تحديد مدة لمد الميعاد يتساوى مع عدم تحديد مدة للميعاد أصلاً والحل الطبيعى فى مثل هذا الفرض هو اللجوء إلى التحديد القانونى .

وفى اعتقادنا أن مسألة الإتفاق الضمنى على مد أجل التحكيم إنما تثار عقب صدور حكم التحكيم والطعن فيه بالبطلان لصدوره بعد انقضاء الأجل الأصلى<sup>(١)</sup> ، وتلجأ المحكمة إلى استنباط الرضاء الضمنى بالمد من وقائع وظروف تدل عليه حدثت بعد انقضاء الأجل وقبل صدور الحكم ، وهى فى ذلك لا تبحث فى طول مدة المد أو قصرها وإنما ينصب بحثها على وجود رضاء ضمنى بالمد من عدم وجوده مهما طالت مدة المد . ولذلك ؛ فإن مدة هذا المد لا يمكن تحديدها سلفاً ، لأن ذلك يتعارض مع أساس فكرة استخلاص الرضاء الضمنى بالمد .

---

(٤) د. الجمال ود. عكاشة - بند ٤٦٤ ص ٦٧٤ ، د. أبو العلاء النمر - ص ٨٠

وأشار إلى :

Cass. Civ. 1er juin, 1994, rev. arb. 1995, p.69 .

(١) راجع بند ١٠ . وأحكام القضاء المشار إليها فيه .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

أما القول بأن مدة المد هنا يجب أن تكون مساوية لمدة المد القانونى أو لمدة الأجل القانونى ، فإنه يعنى وضع حد زمنى أقصى لمدة الرضاء الضمنى إما أن يصدر الحكم خلالها فيكون صحيحاً وإما أن يصدر بعدها فيكون باطلاً لصدوره بعد المدة المحددة سلفاً للمد . وهذا ما يتعارض مع فكرة استخلاص الرضاء الضمنى بالمد .

وعلى ذلك ؛ فإن المد المبنى على الرضاء الضمنى ليست له مدة محددة سلفاً ، وإنما هى مدة صدور الحكم بعد انقضاء الأجل الأصى طالبت هذه المدة أم قصرت .

وقد قضت محكمة النقض بأن<sup>(٢)</sup> : من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن اسخلاص ارادة الطرفين فى تحديد ميعاد التحكيم أو فى الإتفاق على مده من سلطة محكمة الموضوع تستخلصه من وقائع الدعوى وملايستها طالما أقامت حكمها على أسباب سائغة لها أصل فى الأوراق وتكفى لحمل قضائها . وأن المشرع لم يشترط لصحة اتفاق الخصوم على مد الميعاد أن يكون المد لفترة محددة بزمن معين .

---

(٢) حكمها فى ٢٠١٠/١٢/١٥ الطعن رقم ٣٦٦٩ لسنة ٦٨ ق. تجارى . وانظر

فى نفس المعنى :

Cour d'appel de Paris , 2 oct.1992, rev. arb. 1992,p.626, obs. B. Moreau .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

## المبحث الثانى

### مد أجل التحكيم بقرار هيئة التحكيم

١٣- تمهيد :

إذا كانت هيئة التحكيم مقيدة بأجل التحكيم المحدد لها - اتفاقاً أو قانوناً - إلا أن هذا الأجل قد ينقضى قبل أن تصدر حكمها المنهى للخصومة كلها وقد اقتربت من حسم النزاع .

وحفاظاً على ما تم من اجراءات ، وإتماماً لعملية التحكيم وقد أشرفت على نهايتها ، أجازت معظم قوانين التحكيم وأنظمتها الدولية لهيئة التحكيم أن تمد أجل التحكيم . الأمر الذى يثير التساؤل عن مدة هذا المد ونطاق سلطة هيئة التحكيم فى ذلك ..

هذا ما سوف نستعرضه فى القانون المصرى بالمقارنة بالقانون الفرنسى فيما يلى ..

١٤- المد بقرار من هيئة التحكيم فى القانون المصرى :

نصت المادة ١/٤٥ من قانون التحكيم المصرى على أنه : " على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهى للخصومة كلها خلال الميعاد الذى اتفق عليه الطرفان ، فإن لم يوجد إتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثنى عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم . وفى جميع الأحوال يجوز أن تقرر



هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر ، ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك<sup>(١)</sup> .

وطبقاً لهذا النص ، يجوز لهيئة التحكيم أن تقرر ، من تلقاء نفسها ، مد أجل التحكيم سواءً كان هذا الأجل محدداً باتفاق الأطراف أو بنص القانون لعدم وجود اتفاق<sup>(١)</sup> ، على ألا تزيد مدة المد عن الستة أشهر المقررة لها قانوناً والتي تبدأ من تاريخ انقضاء الأجل الأصلي .

ولا يجوز لهيئة التحكيم أن تستعمل سلطتها في المد إلا لمرة واحدة ، إلا إذا كان قرارها بالمد لمدة أقل من ستة أشهر فيجوز لها - في هذه الحالة - أن تكرر المد مرة أخرى على ألا يتجاوز مجموع مدد المد ستة أشهر .

---

(١) ويأخذ بنفس اتجاه القانون المصري قانون التحكيم الأردني (م/٣٧) وقانون التحكيم العماني(م/٤٥) وكذلك نظام التحكيم السعودي الجديد الصادر في ١٤٣٣هـ/٢٠١٢م (م/٤٠٢) .

(١) ويرى فريق من الفقه أن هيئة التحكيم لا تملك سلطة مد أجل التحكيم إلا إذا كان محدداً بنص القانون فإذا كان محدداً باتفاق الأطراف فلا يجوز مده إلا باتفاقهم ، وليس لهيئة التحكيم مده في هذه الحالة وإلا عد ذلك تجاوزاً منها لحدود مهمتها . د. عاطف الفقى - المرجع السابق - ص ٥٥٣ . ولا يخفى ما في هذا الرأي من تعارض واضح مع صريح نص المادة ١/٤٥ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ويجب على هيئة التحكيم أن تصدر قرارها بالمد أثناء سريان الأجل وقبل انقضائه ، فإذا انقضى الأجل زالت ولايتها على التحكيم ولا يجوز لها إصدار قرار بمد الأجل<sup>(٢)</sup>.

ويرى فريق من الفقه<sup>(٣)</sup> أن استمرار هيئة التحكيم فى نظر التحكيم ، بعد انقضاء أجل التحكيم ، يعد قراراً ضمناً منها بمد الأجل .  
فى حين يرى فريق آخر<sup>(٤)</sup> إن قرار المد يجب أن يكون صريحاً ، وقبل انقضاء الأجل .

---

(٢) وقد قضت محكمة استئناف القاهرة بأنه : .. كان يتعين على هيئة التحكيم إصدار حكم التحكيم خلال اثنى عشر شهراً من تاريخ بدء اجراءات التحكيم إعمالاً لصريح نصى المادتين ٢٧ ، ١/٤٥ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ الذى اتفق طرفى التحكيم على سريانه على التحكيم وبانتهاء مدته مع تمسك المدعية بذلك فإن ولاية هيئة التحكيم تكون قد انتهت ولا يجوز لها أن تصدر أى حكم أو قرار بعد ذلك وإلا كان باطلاً لإنهاء ولايتها . الدائرة (٨) تجارى فى الدعوى ٧٨ لسنة ١٢٦ ق بجلسة ٢٠١١/١/١٩ ، وكذلك الدائرة ٥٠ تجارى - فى الدعويين ٤١ لسنة ١١٥ ق. و ١١ لسنة ١١٦ ق بجلسة ١٩٩٩/٥/٢٦ .

(٣) د. الجمال ود. عكاشة - المرجع السابق - بند ٤٦٤ ص ٦٧٦ ، د. نبيل عمر - المرجع السابق بند ١٨٩ ص ٢٢٣ ، د. محمود مصطفى - المرجع السابق - بند ٥٩٢ ص ٤٦٦ ، د. أبو العلا النمر - البحث السابق - ص ٩٨ .

(٤) د. فتحى والى - قانون التحكيم - بند ٢٣٦ ص ٤١٠ ، والتحكيم بند ٢٨٧ ص ٥٢٢ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

ونحن نرى أن الرأي الأول يصح في حالة ما إذا كان القانون أو القواعد التي تطبق على اجراءات التحكيم لا تحدد أجلاً للتحكيم ، مثل قواعد اليونسترال ، ففي هذه الحالة يمكن القول بأن استمرار هيئة التحكيم في نظر التحكيم بعد انقضاء الأجل يعد قراراً ضمناً منها بمده<sup>(١)</sup> .

أما إذا كان أجل التحكيم محدداً بالإتفاق أو بنص القانون المطبق على الإجراءات ، مثل القانون المصري ، ففي هذه الحالة يجب أن يكون قرار هيئة التحكيم بمد هذا الأجل صريحاً ، وقبل انقضاء الأجل ، بل ويجب إعلام الخصوم به وأن يثبت في محضر الجلسة .

ولكن ، إذا كانت هيئة التحكيم تلجأ إلى مد أجل التحكيم إذا رأت أن مدته ليست كافية لإصدار الحكم المنهى للخصومة كلها ، فهل يجب عليها أن تسبب قرارها بالمد ؟

الواقع أن المشرع المصري عندما منح هيئة التحكيم سلطة مد أجل التحكيم لم يقيدھا في ذلك بأسباب معينة - كأن تكون خصومة التحكيم

---

(١) وفي هذا قضت محكمة استئناف القاهرة أن الإتفاق على تطبيق قواعد اليونسترال المعمول بها في مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم الدولي مفاده تفويض هيئة التحكيم في تحديد ميعاد إصدار الحكم وتمديد هذا الميعاد طبقاً لتقديرها ، وأن تمديد ميعاد الحكم كما يكون صريحاً فإنه يكون كذلك ضمناً باستمرار الهيئة المذكورة في نظر النزاع وهو ما تحقق في التحكيم محل التداعى . الدائرة (٩١) تجارى بجلسة ٢٠٠٣/١٢/٣٠ في الدعويين ٩١ و ٩٦ لسنة ١١٩ ق - مجلة التحكيم العربى - العدد ١١ يونيو ٢٠٠٨ - ص ١٤٤ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانی ٢٠١٦ المجلد الثانی

تعرضت لأى من أسباب وقفها أو انقطاعها أو غير ذلك مما يعد سبباً للمد - بل جعل ذلك يرجع إلى مطلق تقدير الهيئة ؛ وبالتالي فهي ليست ملزمة بتسيب قرارها بالمد . ولكن إذا كان الأطراف قد اتفقوا على أن تسبب هيئة التحكيم قرارها بالمد ، فإن هذا الإتفاق يكون ملزماً لها وعليها فى هذه الحالة أن تذكر أسباب المد .

١٥- نطاق سلطة هيئة التحكيم فى تحديد مدة المد فى القانون المصرى :

سبق أن ذكرنا أن مد أجل التحكيم هو - فى حقيقته - مد لولاية هيئة التحكيم على خصومة التحكيم بحيث تستمر هذه الولاية رغم انقضاء الأجل . وطبقاً لنص المادة ٤٥/١ يجوز لهيئة التحكيم أن تمد أجل التحكيم من تلقاء نفسها . ولكن ماذا لو اتفق الأطراف على حرمان الهيئة من سلطة مد أجل التحكيم ؟ وهل يجوز لهم ذلك رغم هذا النص ؟ هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ، جاء فى عجز الفقرة الأولى من المادة ٤٥ : " وفى جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر ، ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك " ، فهل هذا يعنى ألا يجوز للأطراف الإتفاق على تحديد مدة المد الممنوحة قانوناً للهيئة بأقل من الستة أشهر ؟

الواقع أن غالب الفقه<sup>(١)</sup> عندما تناول هاتين المسألتين عرض لهما إجمالاً ، أخذاً بظاهر النص ، فذهب إلى القول بأن هيئة التحكيم تستمد سلطتها في مد أجل التحكيم من نص القانون مباشرةً ، ولذلك لا يجوز للأطراف الإتفاق على حرمانها من هذه السلطة ، ولا على تحديد مدة المد بأقل من ستة أشهر ، وإنما أجاز لهم القانون الإتفاق على أن تزيد مدة المد التي تقرها الهيئة عن الستة أشهر .

ونرى أن الأمر - في المسألتين - على العكس من ذلك . فمن ناحية : يجوز للأطراف الإتفاق على حرمان هيئة التحكيم من سلطة مد أجل التحكيم ، ويجب على الهيئة احترام هذا الإتفاق والإلتزام به حتى ولو نص القانون المطبق على الإجراءات - وهو القانون المصرى فى هذه الحالة - على منحها هذه السلطة . ذلك ؛ لأن اتفاق الأطراف على تطبيق القانون المصرى لا يمنعهم من الإتفاق على مخالفة نص أو قاعدة فى هذا القانون غير متعلقة بالنظام العام أو ليست قاعدة أمره . وإذا كان النص على ميعاد التحكيم ومدته فى المادة ٤٥ لا يتعلق بالنظام العام ولا يتضمن قاعدة قانونية

---

(١) انظر : د. جمال ود. عكاشة - المرجع السابق ص ٦٧٧ ، د. أحمد السيد صاوى - المرجع السابق بند ٢٢١ ص ٣١٤ ، د. نبيل عمر - المرجع السابق بند ١٨٧ ص ٢١٧ ، د. عاشور مبروك - المرجع السابق بند ٢٥٢ ص ٣٨٢ ، د. أحمد هندی - المرجع السابق - ص ١٠٢ ، د. فتحى والى - التحكيم ٢٠١٤ - بند ٢٦٩ ص ٥٢٢ ، د. أبو العلا النمر - البحث السابق - ص ٨٢ وص ٨٣ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

أمرة<sup>(٢)</sup> ، فإنه وبالتالي يجوز للأطراف الإتفاق على ما يخالفها ؛ إذ أنه إذا تعارض نص القانون المطبق على الإجراءات مع اتفاق الأطراف ، وكان هذا النص غير أمر ، فإن إعمال الإتفاق يكون أولى من إعمال النص . وعليه ؛ إذا اتفق الأطراف على حرمان هيئة التحكيم من سلطة مد أجل التحكيم ، فيكون هذا الإتفاق واجب الإعمال حتى ولو خالف نص القانون في هذا الشأن ، وفي هذه الحالة لا يجوز لهيئة التحكيم أن تقرر مد أجل التحكيم بالمخالفة للإتفاق<sup>(١)</sup> .

ومن ناحية ثانية ، فإن ما جاء في عجز الفقرة الأولى من المادة ٤٥ من أن للأطراف الإتفاق فقط على زيادة مدة المد الممنوحة لهيئة التحكيم ، ولا يجوز لهم الإتفاق على مدة أقل منها ، فإنه على فرض مخالفة الأطراف

---

(٢) وقد تواترت أحكام محكمة النقض واستئناف القاهرة على القول بأن المشرع المصرى قد ارتأى ترك أمر تحديد الميعاد اللازم لإصدار حكم التحكيم المنهى للخصومة كلها لإرادة الأطراف ابتداءً وانتهاءً ، وبذلك يكون قد نفى عن الميعاد اللازم لإصدار هذا الحكم وصف القاعدة الإجرائية الأمرة . انظر على سبيل المثال : حكم محكمة النقض فى ٢٠٠٩/٥/١٣ فى الطعن رقم ٢٦٦ لسنة ٢٠٠٩ مدنى ، وحكمها فى ٢٠٠٥/١٢/١٣ فى الطعون أرقام ٦٤٨ لسنة ٧٣ق و ٥٧٤٥ ، ٦٤٦٧ ، ٦٧٨٧ لسنة ٧٥ق ، وكذلك حكمها فى ١٩٨٨/٢/١٤ طعن رقم ١٦٤٠ لسنة ٥٤ ق - المكتب الفنى ٣٠٩ ص ٢٤٢ .

(١) فإذا ما خالفت ذلك جاز الطعن فى حكمها بالبطلان استناداً لنص المادة ١/٥٣/و باعتباره تجاوز حدود الإتفاق . وراجع ما سبق بند ٧ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

ذلك واتفقوا على مدة أقل من السنة أشهر فإن هذا الإتفاق سيكون هو الأولى بالإعمال وليس نص القانون ، وذلك ترتيباً على ما قلناه بالنسبة للمسألة الأولى ، وبالتالي فإن الأمر سينحصر في النهاية في خطأ تشريعي في صياغة النص كان الأولى بالمشرع ألا يقع فيه . لأنه فضلاً عن تعارضه مع فلسفة التحكيم التي تقوم على الإتفاق واحترام مبدأ سلطان الإرادة ، وأن قانون التحكيم هو في الأصل مكمل لإرادة واتفاق الأطراف<sup>(٢)</sup> ، فإنه يتعارض مع ما استقر عليه القضاء المصري من أن النص على أجل التحكيم وتحديد مدته ليس نصاً أمراً لا يجوز الإتفاق على مخالفته ، وإذا كان النص على أجل التحكيم وتحديد مدته ليس نصاً أمراً فهل من المقبول أن يكون النص على منح هيئة التحكيم سلطة مدة محددة نصاً أمراً لا يجوز لأطراف التحكيم مخالفته !؟

أضف إلى ذلك ، إن معظم قوانين التحكيم تتجه إلى إما حرمان هيئة التحكيم من المد من تلقاء نفسها مطلقاً - كالقانون اللبناني والقانون البلجيكي<sup>(١)</sup> - أو أن تقيدها في ذلك باتفاق الأطراف أو بشروط محددة كالقانون الفرنسي ، على نحو ما سوف نرى .

---

(٢) انظر في ذلك : حكم محكمة النقض في ١٢/٦/٢٠٠٧ الطعن رقم ٢٠٥٠ لسنة ٧٥ ق تجارى . مشار إليه سابقاً .

(١) فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٧٧٣ من قانون أصول المحاكمات اللبناني على أنه : يجوز تمديد المهلة الإتفاقية أو القانونية إما باتفاق الخصوم وإما بقرار من مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وعليه ؛ فإننا نرى ضرورة تعديل هذا النص إلى الأصل الذى كان عليه فى مشروع قانون التحكيم المصرى قبل إقراره<sup>(٢)</sup> .

١٦- المد بقرار من هيئة التحكيم ونطاق سلطتها فى ذلك فى القانون الفرنسى :

كان قانون المرافعات الفرنسى حتى تعديل ٢٠١١ لا يجيز لهيئة التحكيم أن تمد أجل التحكيم من تلقاء نفسها ، وكان الأجل لا يمتد إلا باتفاق الأطراف أو بقرار من القضاء بناءً على طلب من أحد الأطراف أو من هيئة التحكيم . فقد كانت المادة ١٤٥٦ تنص على أن<sup>(٣)</sup> : الأجل

---

رئيس الغرفة الابتدائية يصدر بناء على طلب أحد الخصوم أو الهيئة التحكيمية . ونصت المادة ٣/١٦٩٨ من القانون القضائى البلجيكى على أنه :

La mission des arbitres prend fin si la sentence arbitrale n'est pas rendue dans les délais, à moins que ceux-ci ne soient prorogés par un accord entre les parties.

(٢) فقد كان النص الأصلى فى مشروع قانون التحكيم المصرى يقيد مدة المد باتفاق الأطراف ، ولكن تم تعديله على نحو ما جاء فى المتن . وجاء فى تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشئون الدستورية والتشريعية ولجنة الشئون الإقتصادية بمجلس الشعب أنه : " وبالنسبة للمادة ١/٤٥ عدلت اللجنة الفقرة الأولى باستبدال عبارة (ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد عن ذلك) بعبارة (ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك) لتحديد أن جواز الإتفاق يقتصر على زيادة المدة دون انقاصها . د. فتحى والى - التحكيم - ص ٥٢٢ هامش رقم ٤ .

(٣) وكان نصها بالفرنسية كالتالى :

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى



القانونى أو الإتفاقى يمكن أن يمتد إما باتفاق الأطراف أو بقرار من رئيس المحكمة الإبتدائية أو رئيس المحكمة التجارية فى حال تطبيق الفقرة الثانية من المادة ١٤٤٤ بناء على طلب من أحد الأطراف أو من هيئة التحكيم . وفى ظل هذا النص ، استقر الفقه والقضاء الفرنسى على عدم جواز تمديد أجل التحكيم بقرار من هيئة التحكيم<sup>(١)</sup>. وإذا رأيت هيئة التحكيم ضرورة للمد ، فعليها فى هذه الحالة أن تطلب من القضاء إصدار قرار بذلك<sup>(٢)</sup> .

---

Le délai légal ou conventionnel peut être prorogé soit par accord des parties, soit, à la demande de l'une d'elles ou du tribunal arbitral, par le président du tribunal de grande instance ou, dans le cas visé à l'article 1444, alinéa 2, par le président du tribunal de commerce.

(١) انظر :

Jean Robert , op. cit. p.116 no.139 , Ph. Grand jean , op. cit. , p.163.

وحكم محكمة النقض الفرنسية فى ١٢/٧/٢٠٠٢ - مجلة التحكيم الفرنسية ٢٠٠٣ ص ١١٥ ، وحكمها فى ١٩٩٦/٦/٢٠ Bull. ص ٩٦ .

(٢) وبنفس الإتجاه أخذ قانون التحكيم اللبنانى حيث نصت الفقرة الثانية من المادة ٧٧٣ من قانون أصول المحاكمات على أنه : يجوز تمديد المهلة الإتفاقية أو القانونية إما باتفاق الخصوم وإما بقرار من رئيس الغرفة الإبتدائية يصدر بناء على طلب أحد الخصوم أو الهيئة التحكيمية . وقانون الإجراءات المدنية الإماراتى حيث نصت المادة ٢/٢١٠ منه على أنه : ... ويجوز للمحكمة بناء على طلب المحكم أو أحد الخصوم مد الأجل المحدد بالفقرة السابقة للمدة التى تراها مناسبة للفصل فى النزاع . مع ملاحظة أن القانون اللبنانى حرم هيئة التحكيم من سلطة مد أجل التحكيم من تلقاء نفسها ، ولم يجز مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

وبعد تعديل ٢٠١١<sup>(٣)</sup> حددت المادة ١٤٦٣ أجل التحكيم - القانوني والإتفاقي - ولم تنص على مده بقرار من هيئة التحكيم ، وإنما قصرت المد على ما كانت تنص عليه المادة ١٤٥٦ قبل التعديل ، حيث نصت الفقرة الثانية منها على أنه : يمتد الأجل القانوني أو الإتفاقي باتفاق الأطراف ، فإذا لم يكن هناك اتفاق امتد بواسطة القاضى المساند<sup>(٤)</sup> .

واستثناءً من ذلك ، نصت المادة ١٤٧٥ - بعد تعديل ٢٠١١ - على أن : تعاود الخصومة سيرها بالحالة التى كانت عليها حين تحقق انقطاعها أو وقفها عندما تزول أسباب الإنقطاع أو الوقف . وعند معاودة سير الخصومة ، واستثناء من نص المادة ١٤٦٣ ، يجوز لهيئة التحكيم أن تقرر مد أجل التحكيم بما لا يجاوز ستة أشهر<sup>(١)</sup> .

---

لها المد فى أي من الأحوال ، ولو على سبيل الاستثناء كالقانون الفرنسى ، فى حين أن القانون الإماراتى أجاز لها المد ولكن بتفويض من الأطراف فقط .

(٣) فى قراءة لأهم هذه التعديلات ، انظر : د. أسامة أبو الحسن مجاهد - قانون التحكيم الفرنسى الجديد ، مشار إليه سابقاً ، وفى قراءة لمشروع التعديل قبل إقراره ومقارنته بالمرسومين الصادرين فى ١٩٨٠ و ١٩٨١ انظر : البرفسور هادى سليم - مجلة التحكيم - العدد السابع يوليو ٢٠١٠ السنة الثانية ص ٨٥ وما بعدها .

(٤) ونصها بالفرنسية :

Le délai légal ou conventionnel peut être prorogé par accord des parties ou, à défaut, par le juge d'appui.

(١) وجاء نصها كما يلى :

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

ومن ذلك يتضح أن مد أجل التحكيم بقرار من هيئة التحكيم يعد خروجاً على القاعدة في مد الأجل في القانون الفرنسي . لذلك ؛ قيدها المشرع بسبب معين هو سبق وقف الخصومة ، ويمدة محددة بستة أشهر

وعلى ذلك ؛ لا يجوز لهيئة التحكيم أن تمد أجل التحكيم إلا إذا توافر شرطين هما<sup>(٢)</sup> :

١- سبق وقف الخصومة<sup>(٣)</sup> : سواء كان الوقف راجعاً إلى تحقق أي من أسبابه التي جمعها المشرع في نص المادتين ١٤٧٢ و ١٤٧٣ ، أو

---

L'instance reprend son cours en l'état où elle se trouvait au moment où elle a été interrompue ou suspendue lorsque les causes de son interruption ou de sa suspension cessent d'exister.

Au moment de la reprise de l'instance et par exception à l'article 1463, le tribunal arbitral peut décider que le délai de l'instance sera prorogé pour une durée qui n'excède pas six mois.

(٢) انظر في ذلك :

Emmanuel Gaillard : Le nouveau droit français de l'arbitrage interné et international, Recueil Dalloz, 20 janvier 2011, p.179 et s. , Laurence Franc-Menget: Le nouveau droit français de l'arbitrage interné et international Paris e-bulletin janvier 2011, www.herbertsmith.com/nr/rdonlyres. Revue de veille juridique du 14 janvier 2011: Une importante réforme de l'arbitrage entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2011, www.net-iris.fr/veille-juridique/archives. Marie Danis et Carine Dupeyron: Réforme de l'arbitrage, www.august-debouzy.com/fr , Romain Dupeyre: Le nouveau droit français de l'arbitrage est arrivé , www.avocats.fr

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

لتحقق أي من أسباب انقطاع الخصومة المنصوص عليه في المادة ١٤٧١ .  
فإذا عاوت الخصومة سيرها بزوال سبب الوقف أو الإنقطاع ، فإنه يجوز  
لهيئة التحكيم - عوضاً عن المدة التي استغرقت في الوقف - أن تقرر مد  
أجل التحكيم .

٢- ألا تزيد مدة المد عن ستة أشهر : إذا تحقق الشرط الأول ،  
ورأت هيئة التحكيم مد أجل التحكيم ، فلا يجوز لها المد إلا لمدة ستة أشهر  
، تبدأ من تاريخ انقضاء الأجل الأصلي الإتفاقي أو القانوني .

---

(٣) عالج قانون المرافعات الفرنسي - بعد تعديله بالمرسوم بقانون رقم ٢٠١١ -  
٤٨ الصادر في ١٣ يناير ٢٠١١ - وقف خصومة التحكيم بالمواد أرقام ١٤٧١  
و١٤٧٢ و١٤٧٣ ، وطبقاً للمادة ١٤٧١ تقف خصومة التحكيم إذا تحقق أي من أسباب  
انقطاع الخصومة المنصوص عليها في ذات القانون . ونصت المادة ١٤٧٢ على أنه  
يجوز لهيئة التحكيم ، عند الإقتضاء ، أن تقرر تأجيل الفصل في موضوع النزاع إذا  
حدث عارض أو طارئ ، ويترتب على هذا القرار وقف سير الخصومة إلى الوقت الذي  
حدده أو لحين صدور قرار قطعي في العارض . ويكون لهيئة التحكيم ، تبعاً للظروف ،  
أن تلغى قرار التأجيل أو أن تقصر مدته . ومن أمثلة ذلك : أن تقرر هيئة التحكيم وقف  
الخصومة لحين الفصل في مسألة أولية أو لحين الإنتهاء من تحقيق الطعن بالتزوير في  
ورقة قدمت إليها طبقاً للمادة ١٤٧٠ . في حين نصت المادة ١٤٧٣ على أن : تقف  
خصومة التحكيم كذلك في حالة وفاة المحكم أو الحجر عليه أو منعه من مباشرة حقوقه  
المدنية أو استقالته أو رده أو عزله ، حتى يقبل المحكم الذي اختير أو عين بدلاً منه  
مهمته .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ويجب على هيئة التحكيم - عند إعمال هذا الإستثناء - أن تبين في قرارها أسباب المد ومدته<sup>(1)</sup>؛ إذ أن النص الذي حولها سلطة المد قيدها في ذلك بأسباب ومدة محددة ، فيجب عليها - في هذه الحالة - أن تسبب قرارها بالمد وتحدد مدته بما لا يزيد عن الستة أشهر .

ولذلك ؛ إذا سارت خصومة التحكيم سيراً طبيعياً دون حدوث أي من العوارض المؤدية لوقفها ، فإنه لا يجوز مطلقاً لهيئة التحكيم أن تمد أجل التحكيم .

وإذا لجأت هيئة التحكيم إلى مد أجل التحكيم دون توافر هذين الشرطين ، كان قرارها بالمد باطلاً ، إلا إذا كانت مفوضة من الأطراف في ذلك ، فيجوز لها - استناداً على هذا التفويض - أن تقرر المد دون الحاجة إلى نص القانون وما أوجبه من شروط ، على نحو ما سنرى في البند التالي .

#### ١٧- المد بقرار من هيئة التحكيم بتفويض من الأطراف :

إذا لم ينص القانون الواجب التطبيق على منح هيئة التحكيم سلطة مد أجل التحكيم ، فلا يجوز لها أن تمده من تلقاء نفسها . فهئية التحكيم لا تملك سلطة مد الأجل إلا إذا منحها القانون أو الأطراف هذه السلطة ؛ ذلك

(١) انظر :

Emmanuel Gaillard : op.cit.,p.179 et s. Marie -Danis et Carine Dupeyron: Réforme de l'arbitrage, www.august-debouzy.com/fr, Romain Dupeyre: Le nouveau droit français de l'arbitrage est arrivé , www.avocats.fr

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

لأن النص - قانوناً أو اتفاقاً - على تحديد أجل للتحكيم يعنى أن مهمة المحكم محددة بنطاق زمنى يتقيد به لا ينبغى تجاوزه ، وبانقضاء هذا الأجل تزول ولايته على التحكيم ولا تمتد إلا بنص القانون أو باتفاق الأطراف .

وبعض قوانين التحكيم حرمت هيئة التحكيم من سلطة مد أجل التحكيم من تلقاء نفسها كالقانون اللبناني والقانون البلجيكي<sup>(١)</sup> ، والبعض الآخر لم يجز لها المد إلا استثناء وفي حالات خاصة كالقانون الفرنسى ، والبعض الثالث منحها هذه السلطة ولكن مقيدة بمدة محددة كالقانون المصرى والسعودى ، والبعض الأخير منحها هذه السلطة مقيدة بتفويض من الأطراف فقط<sup>(٢)</sup> .

بيد أنه ، إذا كان الأطراف يملكون من الأساس سلطة مد أجل التحكيم ، ولهم تفويض غيرهم فى ممارسة هذه السلطة ؛ فبالتالى يجوز لهم

---

(١) انظر نص الفقرة الثانية من المادة ٧٧٣ من قانون أصول المحاكمات اللبناني ، ونص الفقرة الثالثة من المادة ١٦٩٨ من القانون القضائى البلجيكي .  
(٢) مثال ذلك ما نصت عليه المادة ١٨١ من قانون المرافعات الكويتى من أنه :  
..... وللخصوم الإتفاق صراحة أو ضمناً على مد الميعاد المحدد اتفاقاً أو قانوناً ، ولهم تفويض المحكم فى مده إلى أجل معين . وبنفس العبارة نصت على ذلك المادة ٢/٢١٠ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتى . مع ملاحظة أن القانون الكويتى ينفرد بقصر مد أجل التحكيم على اتفاق الأطراف أو تفويضهم لهيئة التحكيم فى ذلك ، ولم يجز لا للهيئة ، ولا للقضاء ، مد أجل التحكيم .

الاتفاق على تفويض هيئة التحكيم فى مد أجل التحكيم ، سواءً كان هذا الأجل محدداً بالاتفاق أو بنص القانون ، وسواءً كان القانون الواجب التطبيق يمنحها هذه السلطة أم كان يحرمها منها ، وسواءً نص هذا القانون صراحةً على هذا التفويض أم لم ينص على ذلك<sup>(٣)</sup> .

والتفويض معناه أن يتفق الأطراف على منح هيئة التحكيم سلطة مد أجل التحكيم ، إذا رأت ضرورة لذلك ، فيجوز لها بناءً على هذا التفويض مد أجل التحكيم . فالأطراف لم يتفقوا على مد أجل التحكيم ، وإنما اتفقوا على تفويض الهيئة فى مده .

وسلطة هيئة التحكيم فى المد - فى هذه الحالة - مستمدة من تفويض الأطراف لها، ولذلك فهى لا تتقيد فى المد بالضوابط التى يكون القانون قد حددها فى هذا الشأن<sup>(١)</sup> ، فلا تلتزم بالشروط التى وضعها القانون للمد ولا بمدة المد التى نص عليها ، فيجوز لها أن تمد الأجل لمدة أطول من هذه المدة ودون التزام ببيان أسباب ذلك .

---

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن : سريان حكم القانون فى تحديد الميعاد لا يحجب ارادة الطرفين فى مده سواء بأنفسهم أو بتفويض وكلائهم أو محكميهم فى ذلك . حكمها فى الطعن رقم ١٦٤٠ لسنة ٥٤ ق فى ١٤/٢/١٩٨٨ - المكتب الفنى س ٣٩ ص ٢٤٢ .

(١) د. الجمال ود. عكاشة - المرجع السابق - بند ٤٦٤ ص ٦٧٧ ، د. نبيل عمر - المرجع السابق بند ١٨٩ ص ٢٢٣ ، د. أبو العلا النمر - البحث السابق - ص ٩٧ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

غير أن ذلك ما يثير التساؤل عن نطاق سلطة هيئة التحكيم المستمدة من هذا التفويض أو بالأحرى عن نطاق هذا التفويض وحدوده .. وفى هذا الصدد ، رأى فريق من الفقه<sup>(٢)</sup> أن سلطة هيئة التحكيم فى مد أجل التحكيم مقيدة بما يضعه الأطراف فى اتفاقهم على التفويض من شروط وقيود .

ومن جانبنا نرى ، أن سلطة هيئة التحكيم فى المد ، وفى تحديد مدته - فى هذه الحالة - سلطة تقديرية مطلقة ، فلها أن تمد الأجل غير مقيدة فى ذلك بحد أقصى لمدته أو عدد مراته ، فيجوز لها المد أكثر من مرة ودون حد أقصى لمدة المد فى كل مرة .

ويرجع ذلك - فى تقديرنا - إلى ما يمكن أن نعبر عنه " ببديهية التفويض المطلق " ؛ إذ أنه إذا اتفق الأطراف على تفويض هيئة التحكيم فى مد أجل التحكيم ، فمن البدهية أن يكون هذا التفويض مطلقاً ، لأنهم لو اتفقوا على تحديد المدة التى يجوز للهيئة مدها لكان المد باتفاق الأطراف وليس بقرار من الهيئة ، لأن الأطراف قد حددوا سلفاً مدة المد ، ولا تملك الهيئة تعديل هذه المدة لا بالنقصان ولا بالزيادة ؛ وبالتالي لا نكون بصدد مد بقرار من الهيئة .

---

(٢) د. الجمال ود. عكاشة - الإشارة السابقة ، د. على بركات - رسالة ص ٢٨٨ ، د. أبو العلا النمر - البحث السابق - ص ٩٦ .  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى



ولذلك ؛ يعد التفويض المطلق فى المد أمراً بديهياً ، إما أن يكون ، وفى هذه الحالة نكون بالفعل بصدد مد بقرار من الهيئة ، وإما أن يكون المد محدد المدة فى الاتفاق فيكون مداً باتفاق الأطراف وليس بقرار من الهيئة .

أما قول هذا الفقه بإمكان تقييد سلطة هيئة التحكيم فى المد باتفاق الأطراف على ذلك فى تفويضهم لها ، بما يمكن تسميته بالتفويض المقيد ، فهو قول مرسل ولا يتلائم مع طبيعة التفويض فى هذه الحالة ؛ ذلك لأن هذا التفويض المقيد لا تخرج صورته عن الإتفاق على تحديد مدة المد وتحديد عدد مراته ومتى تستخدم هيئة التحكيم هذا التفويض ، وخلق الإتفاق من أي من هذه العناصر الثلاثة سيجعل هذا التفويض غير مقيد ثم يثار التساؤل عن الحل فى هذه الحالة .

ذلك ؛ لأنه إذا كان هذا التفويض قد حدد مدة المد ، فإن ذلك لن يكون كافياً للقول بأنه تفويض مقيد ، لأنه إذا قيد الهيئة فى مدة المد فلن يقيدها فى عدد مراته ، وسيقتضى الأمر أن يضاف إلى قيد المدة قيوداً آخر يتعلق بعدد مرات المد ، وإذا تضمن الإتفاق قيوداً على مدة المد وعدد مراته فلن يكفى ذلك للقول بأنه تفويض مقيد إذ يثار التساؤل عن ضوابط وأسباب استخدام هذا التفويض ومتى يحق للهيئة استخدامه ، مما يقتضى إضافة قيد آخر يتعلق بذلك . ولو اشتمل اتفاق الأطراف على ذلك كله فإنه لن يكون تفويضاً ، وإنما اتفاقاً ملزماً للهيئة تطبقه إذا تحققت ضوابطه دون أدنى تقدير منها .

وعليه ؛ فإن التفويض المعتبر - في نظرنا - هو التفويض المطلق بدون قيد أو شرط ، وهو ما يعد أمراً بديهياً في مد أجل التحكيم<sup>(١)</sup> ، إما أن يكون وفي هذه الحالة نكون بالفعل بصدد مد بقرار من الهيئة ، وإما أن يكون المد محدد المدة في الاتفاق فيكون مداً باتفاق الأطراف وليس بقرار من الهيئة .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن : اتفاق الطرفان على تفويض هيئة التحكيم في تحديد ميعاد التحكيم ومده يفيد تنازلهما عن التمسك بصدوره خلال الميعاد المحدد بالقانون ... وإذا كان الثابت من الأوراق أن محضر الجلسة المنعقدة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في الثامن عشر من فبراير ١٩٩٣ قد تضمن على أن الطرفين فوضا هيئة التحكيم في إصدار حكمها خلال سنة من تاريخ المحضر ، إلا إذا تراءى للهيئة ضرورة مد هذه المدة فإن لها السلطة في ذلك ، ويقر الطرفان بقبولهما قرار الهيئة كأنه قرارهما وتنازلهما عن أى شرط يخالف ذلك ، مما مؤداه أن إرادة الطرفين قد اتجهت إلى تفويض هيئة التحكيم بشأن مدة إصدار حكمها في التحكيم ، مما يكون معه الأمر بانتهاء اجراءات التحكيم استناداً لعدم إصدار هيئة التحكيم حكمها في الميعاد المحدد وفقاً للمادتين ٩ و ٤٥ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ يكون قد أهدر ارادة ما اتفقا عليه الطرفان ، ومن ثم فإن ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه - بإلغاء هذا الأمر - يكون قد وافق صحيح القانون . حكمها في الطعن رقم ١١٢٤٨ لسنة ٦٥ ق جلسة ٢٠٠٦/١١/٢٧ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ورغم اعتراف القضاء بهذا التفويض<sup>(١)</sup> ، عارضه جانب من الفقه<sup>(٢)</sup> على أساس أن من شأنه أن يؤدي إلى خطر إنكار العدالة ce qui conduirait au risque de deni justice سلطة هيئة التحكيم في تحديد زمن خصومة التحكيم ، وأنه يفقد التحكيم أهم سماته التي يتميز بها وهي السرعة في فض المنازعات . ونبه هذا الفقه الأطراف بخطورة هذا التفويض لأنه " يعد تنازلاً عن حق ثابت لهم غير مأمون العواقب في جميع الحالات"<sup>(٣)</sup> .

وقد يكون في توجه قوانين التحكيم - سواء الفرنسي أو المصري أو غيرها - إلى عدم النص صراحةً على جواز تفويض الأطراف هيئة التحكيم في مد أجل التحكيم راجعاً إلى تبادي ما أسميناه بديهية التفويض المطلق ، ضماناً لعدم تعسف هيئة التحكيم في استعماله .

---

(١) انظر على سبيل المثال : حكم محكمة النقض المصرية المشار إليه في الهامش السابق ، وأيضاً حكمها بجلسة ١٤/٢/١٩٨٨ في الطعن رقم ١٦٤٠ لسنة ٥٤ ق في ١٤/٢/١٩٨٨ - المكتب الفني س ٣٩ ص ٢٤٢ . وانظر لمحكمة استئناف باريس :

Cour d'appel de Paris , 12 nov. 1993 , rev. arb. 1993 , p. 418.

(٢) انظر :

Jean Robert , op. cit. p.116 no.139 , Ph. Grand jean , op. cit. , p.163.

ويؤيده في الفقه المصري د.أبو العلا النمر - البحث السابق - ص ١٠٣ .

(٣) د. أبو العلا النمر - البحث السابق - ص ١٠٧ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

فالقانون الفرنسى ، فضلاً عن أنه حرم هيئة التحكيم - كقاعدة - من سلطة مد أجل التحكيم ، لم ينص على حق الأطراف فى تفويض الهيئة فى ذلك ، فلا يكون أمام هيئة التحكيم ، إذا رأت ضرورة للمد ، إلا اللجوء إلى القضاء لاستصدار قراراً بالمد وتحديد مدته<sup>(٤)</sup> ، إلا إذا توافرت شروط إعمال الإستثناء السابق الإشارة إليها فى البند السابق فيجوز لها المد فى هذه الحالة . وإذا كان القانون المصرى أجاز لهيئة التحكيم مد أجل التحكيم ، إلا أنه قيدها فى ذلك بمدة محددة لا يجوز لها تجاوزها ، على ما سبق بيانه .

#### ١٨- أثر وقف اجراءات التحكيم على مد الأجل - المد بقوة القانون :

إذا تحقق أى من الأسباب التى تؤدى إلى وقف سير خصومة التحكيم<sup>(١)</sup> ، فهل تملك هيئة التحكيم مد أجل التحكيم - بناء على هذا السبب - عوضاً عن هذا الوقف ؟

لم يعالج قانون التحكيم المصرى أثر وقف اجراءات التحكيم على مد أجل التحكيم<sup>(٢)</sup> . فقد ترك مد الأجل لما تقدره هيئة التحكيم من أسباب - قد

---

(٤) على ما سوف نرى فى المبحث التالى .

(١) سواء كانت أسباب الوقف التى نص عليها القانون أو أسباب الإنقطاع أو استبدال المحكم .

(٢) فى حين اعتد القضاء المصرى بأثر الوقف على مد الأجل ، من ذلك : ما قضت به محكمة النقض من أنه ، متى حددت هيئة التحكيم ميعاداً لإصدار حكمها من تلقاء ذاتها أو بناء على طلب أحد طرفى الدعوى ، تعين عليها التقيد به ما لم يعرض مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

تكون من بينها حالات وقف اجراءات التحكيم - فلم يحدد أسباباً أو حالات معينة يجوز لهيئة التحكيم أن تمد الأجل فيها<sup>(٣)</sup> .

في حين أن بعض قوانين التحكيم الأخرى قد اعتدت بمسألة وقف اجراءات التحكيم ونظمت أثرها على مد أجل التحكيم صراحةً . غير أن هذه القوانين أخذت اتجاهين مختلفين : الأول خول هيئة التحكيم سلطة مد الأجل إذا تحققت إحدى حالات الوقف ، ويمثله القانون الفرنسي بعد تعديله في ٢٠١١ على نحو ما رأينا .

والإتجاه الثاني تدخل بالنص مباشرةً على مد الأجل إذا تحقق الوقف، وذلك بصرف النظر عما إذا كان قد خول هيئة التحكيم سلطة المد من عدمه ؛ إذ أن هذه القوانين نصت على ذلك عند معالجتها للوقف وليس عند معالجة مد الأجل .

---

خلال اجراءات نظر التحكيم ما يقتضى وقف سريان هذا الميعاد . حكمها في ٢٠٠٥/١٢/١٣ الطعون أرقام ٦٤٨ لسنة ٧٣ ق ، ٥٧٤٥ ، ٦٤٦٧ ، ٦٧٨٧ لسنة ٧٥ ق تجارى . ومن ذلك أيضاً ما قضت به محكمة استئناف عمان (الأردن) بتاريخ ٢٠٠٩/١٠/٤ ، من أن ميعاد التحكيم يقف كلما اقتضى الأمر الفصل فى نزاع لا يملك المحكم نظره ، أو كلما وجدت استحالة مادية أو قانونية تمنع المحكمين من الحكم فى النزاع . منشور بمجلة التحكيم - العدد الثامن أكتوبر ٢٠١٠ - ص ٢٠٢ .

(٣) فالمشروع المصرى عندما عالج مد أجل التحكيم لم يحدد أسباباً للمد فى أى من حالته ، سواء بالإتفاق أو بقرار من هيئة التحكيم أو بقرار قضائى من المحكمة المختصة فيما يعرف بالميعاد الإضافى .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

من ذلك ، ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة ١٨١ من قانون المرافعات الكويتي من أنه : ..... ويقف الميعاد كلما أوقفت الخصومة أو انقطعت أمام المحكم ، ويستأنف سيره من تاريخ علم المحكم بزوال سبب الوقف أو الانقطاع ، وإذا كان الباقي من الميعاد أقل من شهرين إمتد إلى شهرين . وما نصت عليه المادة ٣/٢١٠ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي من أنه : ويوقف الميعاد كلما أوقفت الخصومة أو إنقطعت أمام المحكم ، ويستأنف سيره من تاريخ علم المحكم بزوال سبب الوقف أو الإنقطاع ، وإذا كان الباقي من الميعاد أقل من شهر إمتد إلى شهر . وما نصت عليه المادة ٤/٤٠ من نظام التحكيم السعودي الجديد ١٤٣٣هـ/٢٠١٢م من أنه : إذا عين محكم بدلاً من محكم وفقاً لأحكام هذا النظام ، امتد الميعاد المحدد للحكم ثلاثين يوماً . وما نصت عليه المادة ٢/٤١ من ذات النظام من أنه : لا تنتهي اجراءات التحكيم بموت أحد طرفي التحكيم أو فقد أهليته - ما لم يتفق من له صفة فى النزاع مع الطرف الآخر على انتهائه - ولكن يمتد الميعاد المحدد للتحكيم ثلاثين يوماً ، ما لم تقرر هيئة التحكيم تمديد المدة مدة مماثلة أو يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك .

والبين من هذه النصوص ، أن أجل التحكيم يمتد تلقائياً - بنص القانون مباشرة - إذا تحقق وقف الخصومة أو انقطاعها ، فالمد هنا لا يرجع إلى اتفاق الأطراف ولا إلى قرار هيئة التحكيم ، وإنما يرجع إلى نص القانون ، فهو يقع ويرتب أثره بمجرد تحقق مفترضه ، سواء كان الأجل

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

محددًا بالإتفاق أو بنص القانون ، وسواء اتفق الأطراف على مده أم لم  
ينفقوا على ذلك ، وسواء كانت هيئة التحكيم تملك سلطة المد من عدمه .

# المبحث الثالث

## مد أجل التحكيم بقرار قضائي

١٩- تمهيد :

يعد مد أجل التحكيم بقرار قضائي من أهم صور تدخل القضاء للمساعدة في عملية التحكيم حتى إتمامها على النحو الذي يحقق الغاية منها .

غير أن تدخل القضاء في هذا الشأن ، وإن كانت غايته واحدة - وهي المساعدة في تحقيق فعالية التحكيم بمد أجله - إلا أن وسيلة تحقيق هذه الغاية اختلفت في تشريعات التحكيم المختلفة . وفيما يلي سنعرض لقانونين مختلفين يمثل كل منهما نموذجاً لكثير من تشريعات التحكيم العربية والأجنبية ، وهما القانون الفرنسي والقانون المصري .

٢٠- المد بقرار قضائي في القانون الفرنسي :

سبق الإشارة إلى أن القاعدة في القانون الفرنسي هي حرمان هيئة التحكيم من سلطة مد أجل التحكيم ، فلا يجوز لها المد إلا إذا توافرت شروط أعمال الإستثناء المنصوص عليه في المادة ١٤٧٥ على ما سبق بيانه . ولكن - عوضاً عن ذلك - أجاز المشرع الفرنسي مد أجل التحكيم بقرار قضائي يصدر من رئيس المحكمة المختصة بناءً على طلب من أحد الخصوم أو من هيئة التحكيم .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



وهذا الإتجاه استقر فى القانون الفرنسى منذ صدور المرسوم بقانون رقم ٨١ - ٥٠٠ فى مايو ١٩٨١ بتعديل النصوص المتعلقة بالتحكيم فى قانون المرافعات ، وتأكد بالتعديل الأخير الذى صدر بالمرسوم بقانون رقم ٢٠١١ - ٤٨ فى يناير ٢٠١١<sup>(١)</sup> .

فقد كانت المادة ٢/١٤٥٦ من قانون المرافعات - قبل تعديل ٢٠١١ - تنص على أن<sup>(٢)</sup> : يمتد الأجل القانونى أو الإتفاقى إما باتفاق الأطراف ،

---

(١) فى قراءة لمشروع التعديل قبل إقراره ومقارنته بالمرسومين الصادرين فى ١٩٨٠ و ١٩٨١ ، انظر : هادى سليم - مجلة التحكيم - العدد السابع يوليو ٢٠١٠ السنة الثانية - ص ٨٥ وما بعدها . وفى قراءة لأهم هذه التعديلات الأخيرة ، انظر : د. أسامة أبو الحسن مجاهد - قانون التحكيم الفرنسى الجديد - مشار إليه سابقاً . وفى التعليق عليها فى الفقه الفرنسى :

Emmanuel Gaillard : Le nouveau droit français de l'arbitrage interné et international, Recueil Dalloz, 20 janvier 2011, p.175 et s. , Laurence Franc-Menget: Le nouveau droit français de l'arbitrage interné et international Paris e-bulletin janvier 2011, www.herbertsmith.com/nr/rdonlyres. Revue de veille juridique du 14 janvier 2011: Une importante réforme de l'arbitrage entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2011, www.net-iris.fr/veille-juridique/archives. Marie Danis et Carine Dupeyron: Réforme de l'arbitrage, www.august-debouzy.com/fr , Romain Dupeyre: Le nouveau droit français de l'arbitrage est arrivé , www.avocats.fr

(٢) ونصها بالفرنسية :

Le délai légal ou conventionnel peut être prorogé soit par accord des parties, soit, à la demande de l'une d'elles ou du tribunal arbitral, par le président du tribunal de grande instance ou, dans le

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

أو بناء على طلب من أحدهم أو من هيئة التحكيم ، بواسطة رئيس المحكمة الابتدائية أو رئيس المحكمة التجارية في حالة تطبيق المادة ١٤٤٤ .

وفى ظل هذا النص ساد لدى الفقه الفرنسى<sup>(٣)</sup> أنه لا يجوز لهيئة التحكيم ، من تلقاء نفسها ، وبدون تفويض صريح من الأطراف ، مد أجل التحكيم ؛ ذلك لأن مد أجل التحكيم من سلطة الأطراف وحدهم ، ولا يتصور قبول المد من هيئة التحكيم إلا إذا نظرنا إلى المحكمين على أنهم وكلاء عن الأطراف ، وهم ليسوا كذلك ، فالمحكم ليس وكيلاً عن الأطراف *L'arbitre n'était pas le mandataire des parties* بحيث يمكنه ممارسة هذه السلطة نيابة عنهم ، فضلاً عن أن منح هيئة التحكيم سلطة مد أجل التحكيم يجعل هذا الأجل متروكاً لمشيئة المحكمين .

وقد تأكد هذا الإتجاه لدى القضاء الفرنسى ، حيث قضت محكمة النقض<sup>(١)</sup> بأن مد أجل التحكيم من المحكمين ، من تلقاء أنفسهم ، يتعارض

---

cas visé à l'article 1444, alinéa 2, par le président du tribunal de commerce.

Jean Robert , op. cit. p.116 no.139 , Ph. Grand jean , op. cit. , (٣)  
p.163.

(١) وجاء فى حكمها :

Que l'ordre public francais, aussi bien interne qu'international , interdit aux arbitres de proroger eux-memes le delai , ce pouvoir etant reserve aux parties ou a une autorite exterieure Cass. Civ. 15 juin 1994 , rev. crit. 1994 p.680 .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

مع النظام العام الفرنسي ، سواء الداخلى أو الخارجى ، فهذه السلطة مخولة فقط للأطراف وللسلطة العامة خارج التحكيم .

وأمام هذا الإستقرار الفقهى والقضائى ، أقر المشرع الفرنسى هذا الإتجاه فى التعديل الصادر فى ٢٠١١ ، حيث نصت المادة ١٤٦٣/٢ من قانون المرافعات - بعد هذا التعديل - على أنه : يمتد الأجل القانونى أو الإتفاقى باتفاق الأطراف ، فإذا لم يكن هناك اتفاق امتد بواسطة القاضى المساند<sup>(٢)</sup> .

والقاضى المساند le juge d'appui هو - طبقاً للمادة ١٤٥٩ بعد التعديل - رئيس المحكمة الابتدائية التى يتبعها التحكيم أو رئيس المحكمة التجارية بحسب الأحوال<sup>(٣)</sup> .

وعليه ؛ ووفقاً لما استقر عليه القانون الفرنسى ، يجوز مد أجل التحكيم بقرار قضائى من القاضى المساند المختص ، إما بناء على طلب من أحد الخصوم أو طلب من هيئة التحكيم إذا رأت ضرورة لذلك.

---

مشار إليه لدى د. أبو العلا النمر - البحث السابق - ص ١٠١ . وانظر أيضاً :  
حكمها فى ٢٠٠٢/١٢/٧ مجلة التحكيم الفرنسية ٢٠٠٣ ص ١١٥ .  
(٢) ونصها بالفرنسية :

Le délai légal ou conventionnel peut être prorogé par accord des parties ou, à défaut, par le juge d'appui.

(٣) انظر فى التعريف به ودوره فى عملية التحكيم : المقالات والتعليقات المشار إليها فى هامش رقم (١) فى الصفحة السابقة .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

وتقديم طلب المد من أحد الخصوم يفترض أن الخصوم لم يتفقوا على مد الأجل أو اتفقوا على المد ولكنهم اختلفوا على مدته ، فلجأ أحدهم إلى القضاء لحسم هذا الخلاف .

وإذا كان الطلب مقدماً من هيئة التحكيم ، فلا يلزم تقديمه من كامل الهيئة ، وإنما يكفي أن يقدم من أحد المحكمين في حالة عدم التوافق فيما بينهم على المد أو على مدة المد<sup>(١)</sup> .

وسواء كان طلب المد مقدماً من أحد الخصوم أو من هيئة التحكيم ، فإنه يجب تقديمه قبل انقضاء أجل التحكيم<sup>(٢)</sup> avant l'expiration du . delai

وتدخل القضاء ، ممثلاً في القاضى المساند ، في هذه الحالة وجوبياً<sup>(٣)</sup> ؛ إذ أنه يتم وفقاً لنص القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم ، وهو في هذه الحالة القانون الفرنسى .

(١) انظر :

Emmanuel Gaillard :op.cit.p.175 et s. , Revue de veille juridique du 14 janvier 2011:Une importante réforme de l'arbitrage entrera en vigueur le1<sup>er</sup> mai 2011,www.net-iris.fr/veille-juridique/archives. Marie Danis et Carine Dupeyron: Réforme de l'arbitrage,www.august-debouzy.com/fr , Romain Dupeyre: Le nouveau droit français de l'arbitrage est arrivé ,www.avocats.fr Jean Robert , op. cit. p.116 no.139 , Ph. Grand jean , op. cit. (٢) , p.163.

(٣) انظر في ذلك : المقالات والتعليقات المشار إليها في الهامش رقم (١) .  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

وإذا كان تدخل القضاء لمد أجل التحكيم يتم بناءً على طلب من أحد الخصوم أو من هيئة التحكيم ، فإن القاضي المختص بذلك يتمتع بسلطة تقديرية كاملة في تقدير ضرورة المد وتحديد مدته وفق ما يرى من ظروف وملابسات الدعوى التحكيمية ، ومدى حاجتها إلى مد الأجل والمدة المناسبة لذلك .

وله - في سبيل ذلك - استدعاء الخصم الآخر قبل إجابة طلب المد المقدم من خصمه ، أو أن يستدعى باقى أعضاء هيئة التحكيم لسماع رأيهم إذا قدم الطلب من أحدهم ، حتى يخلص إلى تقدير مدى حاجة الخصومة إلى مد الأجل والمدة المناسبة لمدته .

وتظهر أهمية دور القضاء - في هذا الشأن - عند خلاف الأطراف ، أو أعضاء هيئة التحكيم ، على مد أجل التحكيم أو اختلافهم على المدة التي يمكن أن يمتد إليها الأجل ، فيأتى دور القضاء حاسماً لهذا الخلاف ، بما يضمن حسن سير خصومة التحكيم نحو تحقيق الغاية منها مع تلبية متطلبات التحكيم بسرعة الفصل في النزاع .

فالقاضي يوازن بين اعتبارين هامين ، أولهما : حسن سير اجراءات التحكيم وتحقيق الغاية منها ، وثانيهما : تلبية الغاية من نظام التحكيم ذاته في الوصول إلى حل للنزاع بأقل التكاليف وفي أسرع وقت ممكن . وهو ما يعد تفعيلاً - متوازناً - لدور القضاء في مجال التحكيم بمعاونة أطرافه على إنجازهم دون تغليب أحد الإعتبارين على الآخر .

وتتجلى ضمانات فعالية دور القضاء فى هذا الشأن من عدة وجوه<sup>(١)</sup> ،  
الأول : فى أنه يأتى احتراماً لإرادة الأطراف فى أنهم لم يمنحوا هيئة  
التحكيم سلطة مد أجل التحكيم ولم يفوضوها فى ذلك . والوجه الثانى : أنه  
يأتى درأً لما يمكن أن يثار حول استبدال هيئة التحكيم فى تحديد الأجل  
الذى تراه مناسباً لها لحسم النزاع . والوجه الثالث : فى أنه لا يجوز الطعن  
فى القرار الصادر من القضاء فى هذا الشأن ، فضلاً عن معاملة الطلب  
على اعتبار أنه طلب مستعجل ، عملاً بنص الفقرتين الثانية والثالثة من  
المادة ١٤٦٠ من قانون المرافعات الفرنسى بعد تعديله . والوجه الرابع  
والأخير : وجوب الإلتزام بالقرار الصادر من القضاء بمد أجل التحكيم ،  
شأنه فى ذلك شأن المد باتفاق الأطراف ، فىجب على هيئة التحكيم إصدار  
حكمها المنهى للنزاع قبل انقضاء مدة المد التى حددها القرار .

---

(١) انظر فى ذلك :

Emmanuel Gaillard :op.cit.p.175 et s. , Revue de veille juridique  
du 14 janvier 2011:Une importante réforme de l'arbitrage entrera  
en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2011, www.net-iris.fr/veille-  
juridique/archives. Marie Danis et Carine Dupeyron: Réforme de  
l'arbitrage, www.august-debouzy.com/fr , Romain Dupeyre: Le  
nouveau droit français de l'arbitrage est arrivé , www.avocats.fr

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

## ٢١ - المد بقرار قضائي فى القانون المصرى - الميعاد الإضافى :

نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٥ من قانون التحكيم على أنه : " إذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه فى الفقرة السابقة جاز لأى من طرفى التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ من هذا القانون<sup>(١)</sup> أن يصدر أمراً بتحديد ميعاد إضافى أو بإنهاء اجراءات التحكيم ويكون لأى من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها"<sup>(٢)</sup>.

(١) نصت المادة ٩ على أنه : ١- يكون الإختصاص بنظر مسائل التحكيم التى يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصرى للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواء جرى فى مصر أو فى الخارج فيكون الإختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم ينفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر . ٢- وتظل المحكمة التى يعقد لها الإختصاص وفقاً للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الإختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم .

(٢) ويقابل هذا النص المادة ٣٧/ب من قانون التحكيم الأردنى التى نصت على أن: وإذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه فى الفقرة (أ) من هذه المادة جاز لأى من طرفى التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة أن يصدر أمراً لتحديد موعد إضافى أو أكثر أو بإنهاء اجراءات التحكيم ، فإذا صدر القرار بإنهاء تلك الاجراءات يكون لأى من الطرفين رفع دعواه الى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها . والمادة ٢/٤٥ من قانون التحكيم العمانى التى نصت على أن : إذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه فى الفقرة السابقة جاز لأى من طرفى التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة التجارية أن يصدر أمراً بتحديد ميعاد إضافى أو بإنهاء مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

ویموجب هذا النص أقر المشرع المصرى مبدأ تدخل القضاء المساند فى التحكيم فى شأن مسألة تعد من أهم مسائل التحكيم ، وهى مدة أو أجل التحكيم ؛ حيث توجه إلى أن يكون للقضاء دور فى الإبقاء على خصومة التحكيم حتى تتحقق الغاية منها بصدور الحكم المنهى للخصومة كلها .

وطبقاً لظاهر النص ، وما أتفق عليه غالب الفقه<sup>(١)</sup> وأخذت به أحكام القضاء<sup>(٢)</sup> ، أن الأجل الممنوح من القضاء - فى هذه الحالة - يعد أجلاً إضافياً ، وليس مداً للأجل الأسمى أو الممتد . ومما يؤيد ذلك - فى نظرنا - أن أعمال الفقرة الثانية من المادة ٤٥ يفترض - بالضرورة - أعمال

---

اجراءات التحكيم ويكون لأى من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها. والمادة ٣/٤٠ من نظام التحكيم السعودى الجديد التى نصت على أن: إذا لم يصدر حكم التحكيم فى الميعاد المشار إليه فى الفقرة السابقة جاز لأى من طرفى التحكيم أن يطلب من المحكمة المختصة أن تصدر أمراً بتحديد مدة إضافية أو بإنهاء اجراءات التحكيم ولأى من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة.

(١) د. الجمال ود. عكاشة - المرجع السابق - بند ٤٦٥ ص ٦٧٨ ، د. نبيل عمر- المرجع السابق بند ١٨٧ ص ٢١٧ ، د. عاشور مبروك- المرجع السابق - بند ٢٥٢ ص ٣٨٢ ، د. فتحى والى - قانون التحكيم - بند ٢٣٩ ص ٤١٢ ، التحكيم بند ٢٨٩ ص ٥٢٤ ، د. أحمد السيد صاوى - التحكيم ٢٠١٣ - بند ٢٢٢ ص ٣١٤ ، د. أحمد هندی - التحكيم ٢٠١٣ ص ١٠٢ ، د. على بركات - رسالة ص ٢٨٩ .

(٢) على سبيل المثال : نقض تجارى فى ٢٧ نوفمبر ٢٠٠٦ فى الطعن رقم ١٢٤٨ لسنة ٦٥ ق ، استئناف القاهرة الدائرة ٩١ تجارى فى الدعويين ٩١ و ٩٦ لسنة ١١٩ تحكيم ، جلسة ٢٠٠٣/١٢/٣٠ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى



الفقرة الأولى من ذات المادة أولاً ؛ أى أنه لا يلجأ إلى تطبيقها إلا بعد تطبيق الفقرة الأولى ، وهذا ما يفترض انقضاء الأجل الأصلي - اتفاقى أو قانونى - ثم انقضاء المدة التى امتد إليها ، وإلا فما هى المصلحة فى اللجوء إلى القضاء بطلب مدة إضافية جديدة إذا كان فى الإمكان مد الأجل بالإتفاق أو إذا كانت هيئة التحكيم لم تستنفد سلطتها فى المد . فضلاً عن المغايرة فى عبارة النص ؛ إذ تحدث المشرع عن ميعاد التحكيم بتعبيرين مختلفين فى نص واحد ، ففى الفقرة الأولى من النص تحدث عن مد الميعاد ، فى حين تحدث فى الفقرة الثانية من ذات النص عن ميعاد إضافى ، ولو كان يقصد مد الميعاد فى الأخيرة لصرح بذلك كما فعل فى الأولى ويكفيه عندئذ أن يتحدث عن مد الميعاد ، ولكنه غاير ونص على طلب ميعاد إضافى ، بما يدل على أنه قصد ميعاد جديد بعد انقضاء الميعاد الأصلي .

وترتيباً على ذلك ، فإن هذا النص يفترض : من ناحية ، انقضاء أجل التحكيم الأصلي والممتد معاً ، واستنفاد هيئة التحكيم سلطتها فى المد ، مع اخفاق الأطراف فى الإتفاق على مد جديد ، ومن ناحية ثانية ، أن تقديم

طلب الميعاد الإضافى إلى رئيس المحكمة المختصة يكون بعد انقضاء الأجل الأصلي<sup>(١)</sup> .

ويقدم الطلب من أحد الخصوم<sup>(٢)</sup> ، وطبقاً لما انتهى إليه الفقه والقضاء ، وفقاً لنظام الأوامر على عرائض<sup>(٣)</sup> .

(١) ومع ذلك ؛ يرى فريق من الفقه وجوب تقديم الطلب قبل انقضاء ميعاد التحكيم ، فالقضاء يملك أن يمد خصومة قائمة لكنه لا يمكنه أن يعيد إحياء رابطة منقضية . د. على بركات - رسالة - ص ٢٩٣ ، د. أبو العلا النمر - البحث السابق - ص ١١٧ .  
(٢) حيث لا يتصور تقديمه من الطرفين ، لأنهم لو اتفقا على طلبه لكان الأولى اتفاقهم على مد الأجل لاسيما وأن اتفاقهم على المد ليس له عدد مرات محددة .

(٣) وفى هذا تقول محكمة النقض : " أن النعى على الأمر الصادر من رئيس محكمة استئناف القاهرة بإنهاء إجراءات التحكيم بأنه ليس من قبيل الأوامر على عرائض ومن ثم فهو أمر نهائى لا يقبل الطعن فيه أمام أى جهة قضائية ولا يقبل التظلم ، ولا سبيل أمام الطرفين إلا اللجوء إلى المحكمة المختصة قانوناً بنظر النزاع ، هو نعى غير سديد ؛ وذلك لأن النص فى المادة ١٩٤ من قانون المرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ على أنه فى الأحوال التى ينص فيها القانون على أن يكون للخصم وجه فى استصدار أمر يقدم عريضة بطلبه إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة أو إلى رئيس الهيئة التى تنتظر الدعوى .. وفى المادة ١٩٧ من ذات القانون على أن لذوى الشأن الحق فى التظلم إلى المحكمة المختصة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك .. وأن النص فى المادة ٢/٤٥ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أن إذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه فى الفقرة الأولى من هذه المادة جاز لأى من الطرفين أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ من ذات القانون أن يصدر أمراً بتحديد ميعاد إضافى أو بإنهاء اجراءات التحكيم ، ومن ثم

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

واختلف الفقه فى جواز تقديمه من هيئة التحكيم أو من أحد أعضائها ، فذهب رأى<sup>(٤)</sup> إلى أنه ليس لهيئة التحكيم تقديمه ، فى حين ذهب الرأى الآخر<sup>(٥)</sup> إلى أنه ليس هناك ما يمنع من أن يقدم طلب الميعاد الإضافى من قبل هيئة التحكيم ذاتها ، إذا ما قدرت حاجتها إلى ذلك لإصدار حكمها ، وأوضحت المبرر لهذا الطلب ، خاصة وأنها أقدر من كل من الطرفين على تقدير الحاجة إلى هذا الموعد الإضافى .

ولأن القرار يصدر - طبقاً لما انتهى إليه الفقه والقضاء - وفقاً لنظام الأوامر على عرائض فلا سبيل أمام القاضى المختص فى استدعاء أطراف التحكيم أو أعضاء هيئة التحكيم لإستبيان الوضع قبل إصداره القرار ، وإنما يصدر قراره فى غيبة الجميع .

---

فإن الأمر الصادر على عريضة من المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ من هذا القانون يخضع للقاعدة العامة فى التظلم من الأوامر على العرائض من جواز الطعن فيها أمام المحكمة المختصة والتي لم يحظرها المشرع ، ولا يغير من ذلك ما ورد فى نهاية البند الثانى من المادة ٤٥ سالفه البيان من أنه يكون لأى من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها لأن ذلك يكون فى حالة صدور الأمر واستفاد طرق الطعن فيه بالطريق المقرر فى قانون المرافعات " . حكمها فى ٢٧ نوفمبر ٢٠٠٦ فى الطعن رقم ١٢٤٨ لسنة ٦٥ ق .

(٤) د. فتحى والى - قانون التحكيم - بند ٢٣٩ ص ٤١١ ، التحكيم بند ٢٨٩ ص

. ٥٢٤

(٥) د. الجمال ود. عكاشة - المرجع السابق - بند ٤٦٥ ص ٦٧٨ وص ٦٧٩ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

كما أن المشرع لم يقبده فى إصداره القرار بميعاد إضافى بأية قيود أو شروط أو ضوابط ، سواء فى مدة الأجل الإضافى أو فى عدد مراته أو فى أسبابه ، فلرئيس المحكمة سلطة تقديرية كاملة فى إجابة الطلب أو رفضه ، وفى تحديد مدة الميعاد الإضافى إذا قبل الطلب ، دون إلزام بتسبب القرار .

وإذا انتهى الميعاد الإضافى الذى حدده القاضى المختص دون صدور حكم التحكيم المنهى للنزاع ، فهل يجوز تقديم طلب بميعاد إضافى جديد أو بالأحرى هل للقاضى استعمال سلطته فى تحديد ميعاد إضافى أكثر من مرة ؟

اختلف الفقه فى ذلك ، فذهب رأى<sup>(١)</sup> إلى القول بإمكان طلب المد الإضافى أكثر من مرة ، لأن المشرع يتحدث عن طلب ميعاد إضافى بصيغة النكرة مما يفيد امكانية التكرار ، ومن ناحية ثانية فالأمر يرجع أولاً وأخيراً إلى تقدير رئيس المحكمة المقدم إليه الطلب على نحو يستطيع معه أن يرفض الطلب إذا ما استشعر أن هذا المد لن يحقق الغاية منه .  
فى حين ذهب رأى آخر<sup>(٢)</sup> إلى القول بأن : سلطة تحديد ميعاد إضافى المقررة للقاضى لا تكون إلا مرة واحدة ، فليس له سلطة الأمر بميعاد

---

(١) د. جمال ود. عكاشة - المرجع السابق - الإشارة السابقة .

(٢) د. أحمد السيد صاوى - التحكيم ٢٠١٣ - بند ٢٢٢ ص ٣١٥ ، د. فتحى والى - قانون التحكيم - بند ٢٣٩ ص ٤١٢ ، التحكيم بند ٢٨٩ ص ٥٢٤ ، د. أحمد هندى - التحكيم ص ١٠٣ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

إضافى آخر ، ذلك أن هذه السلطة تقررها المادة ٢/٤٥ فقط فى حالة إذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه فى الفقرة الأولى من ذات المادة ، ولم تخول للقاضى سلطة إعطاء ميعاد إضافى فى حالة عدم صدور الحكم فى الميعاد المشار إليه فى الفقرة الثانية من المادة ، وهى التى تشير إلى الميعاد الإضافى .

ولما كان النص قد وضع أمام أطراف التحكيم خيارين : إما طلب تحديد أجل إضافى جديد أو طلب إنهاء الإجراءات ، فإذا اختار أحدهما خيار واختار الآخر الخيار الثانى ، فلا مشكلة ؛ إذ سيعرض الأمر برمته على رئيس المحكمة الذى يقرر ضم الطلبين ليصدر قراره فيهما معاً الذى يحسم الخلاف بإجابة أحد الطلبين ورفض الآخر .

ولكن تدق المشكلة فى حالة ما إذا طلب أحد الطرفان ميعاد إضافى ولجأ الطرف الآخر إلى رفع دعواه أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع متجاهلاً صدور الأمر بميعاد إضافى ، لاسيما وأن النص جاء فى نهايته "... ويكون لأى من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها " .

وهذه من أكثر المشاكل التى ترتبت على هذا النص ، والتى أثارت جدلاً فقهيّاً واسعاً انقسم الفقه فيه إلى اتجاهين مختلفين ، على النحو التالى

..

الإتجاه الأول<sup>(١)</sup> : ذهب إلى أن منح القضاء أجلاً إضافياً للتحكيم لا يكون ملزماً لأطراف التحكيم ؛ وبالتالي يجوز للخصم المعارض عليه أن يرفع دعواه إلى قاضيه الطبيعي ، متجاهلاً القرار الصادر بالمد ، وإلا لما كان للنص أى قيمة ، فنص الفقرة الثانية من المادة ٤٥ يفتح حرية الإختيار أمام الطرفين ، إما الإستمرار فى التحكيم حتى انتهاء الميعاد الإضافى أو الإلتجاء إلى القضاء برفع الدعوى أمام المحكمة المختصة ، لاسيما وأن المشرع المصرى قد جعل الأصل فى تحديد ميعاد إصدار الحكم ومده رهن بإرادة الطرفين . وقد استند هذا الرأى إلى الأسانيد الآتية :

١- أنه إذا قيل بالتزام الأطراف بانتظار انقضاء هذا الأجل الإضافى دون صدور الحكم المنهى لخصومة التحكيم حتى يمكنهم اللجوء إلى القاضى الطبيعي ، لكان فى ذلك إجبار للخصم الذى صدر الأمر فى مواجهته بالإستمرار فى التحكيم رغم إرادته ، وهو ما ينسف الطابع الإتفاقى للتحكيم .

٢- أنه مما يؤيد هذا التفسير ما جاء بتقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشئون الدستورية والتشريعية ولجنة الشئون الإقتصادية بمجلس الشعب من أنه قصد بتعديل نص الفقرة الثانية من المادة ٤٥ أنه " يكون لأى من

---

(١) د. مختار بربرى - التحكيم - بند ١٠١ ص ١٦٤ وما بعدها . وأشار سيادته فى الهامش رقم ١ ص ١٦٧ إلى : د. أكثم الخولى - محاضرة بعنوان : الإتجاهات العامة فى قانون التحكيم المصرى الجديد - ص ١٧ .  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

الطرفين عند تحديد ميعاد إضافي أو إنهاء إجراءات التحكيم ، أن يرفع دعواه أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع " ، ومن هنا يبدو واضحاً أن الإرادة التشريعية أرادت عدم قصر الحق فى اللجوء إلى القضاء على حالة الأمر بإنهاء الإجراءات .

٣- أنه لا يصح القياس على حالة المد المقرر لهيئة التحكيم الوارد بالفقرة الأولى من نفس المادة ، لأن المد فيها مرجعه اتفاق الأطراف على ميعاد إصدار حكم التحكيم ، وفى حالة عدم وجود اتفاق يكون بمثابة تفويض من الطرفين لهيئة التحكيم فى تحديد المد ، أما الحالة المنصوص عليها فى الفقرة الثانية فإن الأمر يختلف بشأنها ، إذ يوجد أمر من المحكمة بمد الميعاد يرغم الطرف الآخر على الإستمرار فى التحكيم .

٤- أن ما يعزز هذا الإتجاه هو حذف كلمة " والأذن " للطرفين برفع النزاع إلى المحكمة المختصة ، وقد بررت اللجنة المشتركة هذا الحذف بأن الإلتجاء إلى القضاء من الحقوق المقررة أصلاً دون حاجة إلى إذن .

وذهب الإتجاه الغالب<sup>(١)</sup> إلى أن حق اللجوء إلى القضاء من قبل أطراف التحكيم مقصور على حالة صدور الأمر بإنهاء الإجراءات ، أما إذا

---

(١) د. عاشور مبروك - التحكيم - هامش ص ٢٤٧ ، د. فتحى والى - قانون التحكيم - بند ٢٣٩ ص ٤١٣ والتحكيم - بند ٢٨٩ ص ٥٢٤ وص ٥٢٥ ، د. محمود مصطفى - المرجع السابق - بند ٥٩٨ ص ٤٧١ ، د. أحمد السيد صاوى - التحكيم - بند ٢٢٢ ص ٣١٥ ، د. أحمد هندى - التحكيم ص ١٠٣ ، ولدى بعضهم إشارة إلى : أ. محمد كمال عبد العزيز - محاضرة بعنوان القواعد الإجرائية فى قانون مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الثمانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

صدر الأمر بتحديد الأجل الإضافى فيجب على الطرفين الإلتزام به حتى انقضائه . وإذا رفعت الدعوى إلى القضاء قبل انقضاء الأجل الإضافى وجب على المحكمة أن تقضى بعدم قبولها . وقد استند هذا الرأى على الأسباب الآتية<sup>(١)</sup> :

١- أن النص صريح فى أن تمنح المحكمة أجلاً إضافياً أو الأمر بإنهاء الإجراءات ، وحرّف " أو " يفيد المغايرة أى الإستمرار فى التحكيم بعد إضافة الأجل أو الأمر بإنهائه .

٢- أن هذا الميعاد الإضافى أراد به المشرع أن يكون بمثابة الفرصة الأخيرة أو طوق النجاة حتى لا ينهار كل ما بذل فى التحكيم طوال كل هذه المدة .

٣- أن القول بأن الإستمرار فى التحكيم فيه إجبار على الخصم الذى صدر الأمر فى مواجهته ، فإن هناك ما هو أكثر من ذلك ، إذ يكون لهيئة التحكيم أن تمد أجل التحكيم مدة ستة أشهر رغماً عن إرادة الطرفين وليس إرادة أحدهما فقط .

٤- أنه لو أراد المشرع هذه النتيجة لما كان نص على هذا الميعاد الإضافى .

---

التحكيم - بمركز الدراسات والتأهيل المهنى القانونى بكلية الحقوق جامعة القاهرة فى أبريل ١٩٩٤ - ص ١٩ ، د. أحمد شرف الدين - محاضرة بعنوان التحكيم الداخلى والتحكيم الدولى - فى ذات المركز ص ٢٤ .

(١) د. فتحى والى - الإشارات السابقة ، د. محمود مصطفى - الإشارة السابقة .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى



ولما عرض الأمر على القضاء ، أخذ بالإتجاه الثانى ، حيث قضت محكمة النقض بأن<sup>(٢)</sup> : ... النص فى المادة ٢/٤٥ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أن إذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه فى الفقرة الأولى من هذه المادة جاز لأى من الطرفين أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ من ذات القانون أن يصدر أمراً بتحديد ميعاد إضافى أو بإنهاء اجراءات التحكيم ، ومن ثم فإن الأمر الصادر على عريضة من المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ من هذا القانون يخضع للقاعدة العامة فى التظلم من الأوامر على العرائض من جواز الطعن فيها أمام المحكمة المختصة والتي لم يحظرها المشرع ، ولا يغير من ذلك ما ورد فى نهاية البند الثانى من المادة ٤٥ سالفه البيان من أنه يكون لأى من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها لأن ذلك يكون فى حالة صدور الأمر واستنفاد طرق الطعن فيه بالطريق المقرر فى قانون المرافعات " .

---

(٢) حكمها فى ٢٧ نوفمبر ٢٠٠٦ فى الطعن رقم ١٢٤٨ لسنة ٦٥ ق . وفى ذات المعنى حكمها بجلسة ٢٠٠٥/١٢/١٣ فى الطعون أرقام ٦٤٨ لسنة ٧٣ق ، ١٦٤٠ لسنة ٥٤ - المكتب الفنى ٣٩ ص ٢٤٢ . واستئناف القاهرة الدائرة ٩١ تجارى فى الدعويين ٩١ و ٩٦ لسنة ١١٩ تحكيم ، جلسة ٢٠٠٣/١٢/٣٠ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

## ٢٢- رأينا الخاص في هذه المسألة :

سبق أن رأينا أن سلطة مد أجل التحكيم فى القانون الفرنسى - والقوانين التى أخذت بنفس اتجاهه - إما أن تُمنح لهيئة التحكيم وإما أن تُمنح للقضاء ، وفى الحالين يمتد الأجل الأسمى قبل انقضائه ، فى حين لم يجمع بين الإثنين إلا القانون المصرى - والقوانين التى أخذت بنفس اتجاهه - الذى أجاز لهيئة التحكيم مد أجل التحكيم ثم أجاز منح أجل إضافى جديد بقرار قضائى ، وبعد انقضاء الأجل الأسمى والممتد معاً .

فالمشروع المصرى حدد أجل التحكيم بأثنى عشر شهراً ، ثم أعطى لهيئة التحكيم سلطة مده من تلقاء نفسها ستة أشهر أخرى ، وزادت مبالغته فى الحرص على إطالة أمد التحكيم إلى درجة حرمان أطراف التحكيم من الإتفاق على مدة أقل من الستة أشهر ، وفوق ذلك منح القاضى المختص سلطة إضافة أجل جديد لم يحدد مدته ولا مراته ولا أسبابه<sup>(١)</sup> ، فى حين أن الأجل القانونى فى القانون الفرنسى ستة أشهر<sup>(٢)</sup> ، قد تمتد من القضاء -

---

(١) بل بالغ فريق من الفقه فى إعمال هذا النص إلى حد أن ذهب إلى القول بأن هذه السلطة لرئيس المحكمة بناء على طلب أى من الطرفين ، ولو اتفق الطرفان على حرمان القاضى من سلطة المد . استاذنا الدكتور فتحى والى - قانون التحكيم بند ٢٣٩ ص ٤١٣ . ولكن هل لأحد الطرفين أن يتحلل من التزامه بإرادته المنفردة؟! أم أن هذا النص أمر لا يجوز مخالفته؟

(٢) وكذلك فى معظم قواعد التحكيم الدولية - التى حددت أجل للتحكيم - راجع

ما سبق بند ٦ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

قبل انقضائها - ستة أشهر أخرى ، بما يساوى الأجل القانونى وحده فى القانون المصرى دون مده ودون الأجل الإضافى الجديد .

كما أن القانون الفرنسى عندما خول القاضى المساند سلطة مد الأجل ، إنما خوله ذلك عوضاً عن حرمان هيئة التحكيم من سلطة المد من تلقاء نفسها ، وقبل انقضاء الأجل الأصلى بما يعد مداً للأجل وليس إنشاء أجل جديد .

ولذلك ؛ نرى أن ما عليه الفقه من خلاف يرجع فى الأساس إلى هذا التوجه من المشرع المصرى ، وسنه نص المادة ٤٥ من قانون التحكيم بهذه الصياغة . فالفقه بدأ فى مناقشة هذه الإشكالية بعد افتراضه صدور القرار بالميعاد الإضافى دون أن يناقش قيمة النص فى أصله ، فهو لم يعالج أصل المشكلة وإنما تناول أثرها واستغرق فى الخلاف حوله ، وكأننا أمام نصوص مقدسة نفسرها ولا ننكرها ...

وسنبداً بالتساؤل عن قصد المشرع من هذا النص ، وما هى الغاية من وضعه ، هل قصد الإبقاء على خصومة التحكيم ، وإنقاذها من الإنقضاء المبتسر ، كما رأى الفقه المؤيد وجاء فى معظم أحكام محكمة استئناف القاهرة<sup>(١)</sup> ، إذا كان - أى المشرع - فى الأصل قد منح التحكيم أجلاً يعد

---

(١) حيث قضت بأن : رئيس المحكمة عندما يصدر أمراً بتحديد مهلة فإنه يقوم بما هو مطلوب منه وضرورى لتنفيذ اتفاق التحكيم وإنجاحه ، وذلك عن طريق تمكين هيئة التحكيم من الوصول إلى حكم فاصل فى النزاع فى وقت معقول وذلك بالإستمرار فى نظر خصومة التحكيم وإنقاذها من الإنقضاء المبتسر عندما يتعذر اتفاق الأطراف مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

أطول آجال التحكيم فى القانون المقارن ، ثم منح هيئة التحكيم سلطة مده لسته أشهر تالية ، وقد يسبق هذا المد مد آخر باتفاق الطرفين صراحةً أو ضمناً ، ماذا تبقى بعد ذلك يبرر وجود هذا النص الذى أعطى - فوق ذلك - إضافة أجل جديد ، وما نشأ عن تطبيقه من تطويل وإطالة للإجراءات بما يتعارض مع فلسفة التحكيم والغاية منه ، فضلاً عما نشأ عن تفسيره من خلاف فقهي - لاشك - تتعكس آثاره بالسلب على نظام التحكيم الذى يجرى طبقاً للقانون المصرى . وليبيان ذلك نقول :

أولاً : ترتب على استعمال المشرع مصطلح " أمر " - وليس قرار أو حكم - إخضاع المسألة برمتها لقانون المرافعات فيما يتعلق بنظام الأوامر على عرائض ، على نحو ما رأينا ، فى حين أن ما يردده الفقه دائماً هو : أن تطبيق قانون المرافعات على خصومة التحكيم يقتضى نص خاص فى قانون التحكيم بالإحالة إلى أحكام قانون المرافعات إلا إذا تعلق الأمر بقاعدة اجرائية أمرة أو نص متعلق بالنظام العام ، وكلمة أمر التى وردت فى نص قانون التحكيم لا تقطع بهذه الإحالة ، كما أن النص ليس نصاً أمراً ولا يتعلق بالنظام العام<sup>(١)</sup> .

---

على مد ميعاد التحكيم وتستنفد هيئة التحكيم ولايتها فى مد الميعاد . الدائرة ٩١ تجارى فى الدعويين ٩١ و ٩٦ لسنة ١١٩ تحكيم ، جلسة ٢٠٠٣/١٢/٣٠ .

(١) وقضت محكمة النقض بأنه : .. وإذ قضى الحكم المطعون فيه ببطلان حكم التحكيم استناداً لنص المادة ٢٥ من قانون المرافعات والمادة ١٣١ من قانون الإثبات لبطلان المعاينة التى أجرتها هيئة التحكيم بدون حضور كاتب يحرر محضراً بالأعمال مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

وقد ترتب على ذلك ، وجوب تقديم الطلب على عريضة ، وفي غيبة الخصم الآخر ، وجواز التظلم من الأمر ، ثم جواز الطعن فى الحكم الصادر فى التظلم أمام محكمة النقض ، وفى المقابل قد يلجأ الخصم الآخر - الذى فرض عليه الإستمرار فى التحكيم - إلى القضاء برفع دعواه أمام المحكمة المختصة ، كل هذا مع بقاء خصومة التحكيم معلقة أمام

---

المتعلقة بها وأن هذا البطلان أثر فى الحكم لإستناده إلى المعاينة الباطلة ، فى حين أن ذلك لم يستوجبه قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، وأنه لم يتضمن نصاً بالإحالة إلى أى من القانونين فيما لم يرد بشأنه نص خاص ، فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً بما يوجب نقضه . حكمها فى ٢٧/١٢/٢٠٠٧ فى الطعن ٤٧٢١ لسنة ٧٣ ق . وقضت محكمة استئناف القاهرة بأن : وحسب الأصول التشريعية العامة ، فإنه لا يرجع إلى القواعد العامة الواردة فى قانون المرافعات ، بوصفه القانون العام فى الإجراءات ، إلا لتفسير ما غمض من أحكام قانون التحكيم أو لسد ما من نقص فيه أو عند تكملة قانون ارادة الأطراف أى تكملة ما فات الأطراف الإتفاق عليه أو لسد الثغرات أو المسائل التى يثار الجدل بشأنها ، والشرط الجوهري لتطبيق هذا المبدأ العام هو أن تكون قاعدة المرافعات التى تطبق فى الشأن التحكىمي مقرررة لقاعدة اجرائية عامة وليست قاعدة قضائية خاصة شديدة الإرتباط بشأن التقاضى أمام محاكم الدولة ، لأنه يتعين دائماً مراعاة أوجه الإختلاف بين الخصومة فى القضاء والخصومة فى التحكيم فلا تطبق على إحدهما قاعدة مستتبطة من طبيعة الأخرى وخصائصها الذاتية .

الدائرة(٧) تجارى فى القضية رقم ٧٠ لسنة ١٢٣ ق جلسة ٢٠١١/٣/٩ . منشور بمجلة

التحكيم العربى العدد ١٦ يونيو ٢٠١١ ص ١٩٣ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

هيئة التحكيم يتوقف مصيرها على القرار النهائي الذي سيصدر من القضاء

وحاصل ذلك أننا أمام تشتت نزاع واحد بين محاكم متعددة ، وكان  
المشرع من أجل الإبقاء على خصومة التحكيم المنتهية أنشئ خصومات  
أخرى عديدة أمام القضاء . وأياً ما كانت الطول المطروحة في هذا الصدد  
تحت مظلة هذا النص - وما أيسرها - فإننا في النهاية سنكون أمام حالة  
من التطويل والتأخير والإطالة بما يتعارض مع نظام التحكيم والغاية منه بل  
يقوضه من أساسه . وتحكيم استمر اثني عشر شهراً ثم امتد ستة أشهر  
أخرى لهو جدير بالإنهاء وليس بالإبقاء عليه وإنشاء أجل جديد له .

ثانياً : إن إصدار القضاء - ممثلاً في رئيس المحكمة المختصة -  
قراراً بإضافة أجل جديد للتحكيم ، على غير رغبة أحد أطرافه ، وبعد  
انقضاء أجله الأصلي والممتد معاً ، لهو ما يعد - في نظرنا - تسلط من  
القضاء على التحكيم سوغه المشرع ، وليس مساندة له في إتمامه على  
النحو الذي يحقق الغاية منه . فالدور المساند للقضاء يكون بمد أجل  
التحكيم قبل انقضائه ، أو استخلافه المد بالموافقة الضمنية عليه عند  
المنازعة حول امتداده ، وليس إنشاء أجل جديد وفرضه على أحد أطراف  
التحكيم . كما أن القاضى بإنشائه هذا الأجل الجديد وكأنه يصيغ اتفاق  
تحكيم جديد - بشأن مدة التحكيم - ضد إرادة أحد طرفيه ورغماً عنها .

ثالثاً : إذا لجأ أحد الأطراف إلى القضاء طالباً الأمر بإنهاء الاجراءات ، ورفض رئيس المحكمة هذا الطلب ، فهل له أن يأمر بأجل إضافي أم يقتصر على مجرد رفض الطلب ؟

الإجابة عن هذا التساؤل - في الحاليين - تثير اشكالية قانونية : فإذا أمر بأجل إضافي ، فإن ذلك يعد تجاوزاً منه لطلبات الخصم - فالقاضي مقيد بالحكم فيما يطلب منه - ويكون قراره باطلاً فيما يتعلق بالأجل الإضافي ؛ لأنه قضى بما لم يطلبه الخصم . وإذا اقتصر قراره على رفض الطلب بإنهاء الإجراءات ، فما مصير خصومة التحكيم في هذه الحالة ، كيف تستمر اجراءاتها وقد انقضى أجلها ولم يصدر قرار قضائي بأجل إضافي<sup>(١)</sup> ، ثم ما قيمة هذا القرار القضائي الذي رفض إنهاء الإجراءات ولم يستطع الأمر بالإستمرار فيها .

رابعاً : إذا انقضى أجل التحكيم الأصلي والممتد ، ولم يطلب أي من الأطراف لا إنهاء الإجراءات ولا أجل إضافي ، فما هو الحل ؟ ليس لهيئة التحكيم أن تحل محل الخصوم وتطلب هي الأجل الإضافي - وهذا ما اتفق عليه الفقه - كما أنها لا تملك الإستمرار في التحكيم لإنقضاء أجله الأصلي والممتد ، كما لا يمكن القول بالمد المبني على اتفاق ضمنى لأنه يفترض اتفاق الطرفين عليه ، وفي هذه الحالة امتنع الطرفين ، أو أحدهما

---

(١) ولا يصح القول بأن القرار قضى ضمناً باستمرار الإجراءات ؛ إذ ما لا يجوز للقاضي أن يحكم به صراحةً لا يجوز استنباطه مما حكم به .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

على الأقل ، عن موالة السير فى اجراءات التحكيم ؛ ولهذا لا يمكن القول بالإستمرار المبني على الإتفاق الضمنى (١) .

وخلصه القول فيما نراه فى هذه المسألة : ضرورة حذف هذه الفقرة وإعادة صياغة نص المادة ٤٥ من قانون التحكيم بما يتواءم مع فلسفة التحكيم والغاية منه . لأن النص بهذه الصياغة يوحى بأن المشرع أخطأ فى تقييد سلطة هيئة التحكيم فى مد أجل التحكيم بوضع حد أقصى له ، فأراد أن يعالج ذلك بالأجل الإضافى بقرار من القضاء .

وكان الأجدر - فى رأينا - أن يسلك المشرع أحد اتجاهين : إما أن يحجب سلطة مد أجل التحكيم عن هيئة التحكيم إلا فى حالات استثنائية خاصة ، ويمنحها للقضاء - بجانب اتفاق الأطراف - وبذلك يكون قد وافق القانون الفرنسى - بعد تطوره - فى هذا الشأن .

وإما أن يمنح هيئة التحكيم - وحدها دون القضاء - سلطة مد أجل التحكيم ، بجانب اتفاق الأطراف ، دون تقييدها بحد أقصى للمد ، وبذلك يكون قد وافق قواعد اليونسترال للتحكيم وقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس

---

(١) يرى فريق من الفقه انقضاء اتفاق التحكيم ضمناً فى هذه الحالة ، د. الجمال ود. عكاشة - المرجع السابق - بند ٤٦٧ ص ٦٨١ ، ويرى فريق آخر أن انقضاء خصومة التحكيم بسبب انتهاء مهلة التحكيم يقع بقوة القانون دون حاجة إلى استصدار حكم به من رئيس المحكمة ، د. عزمى عبدالفتاح - قانون التحكيم الكويتى - ص ٢٠٠



ICC. وقواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي وقواعد مركز دبي للتحكيم الدولي .

والتساؤل الذى يمكن أن يثار هنا عن مدى معقولية مدة المد التى تقررها هيئة التحكيم ومدى تجاوزها فى ذلك ، هو نفسه يمكن أن يثار بالنسبة لرئيس المحكمة المنوط به إصدار الأمر بالأجل الإضافى ؛ إذ ما هو المعيار الذى يرجع إليه القاضى فى تحديد مدة هذا الأجل الإضافى ، لاشك سيكون يبحث موضوع النزاع ودرجة تعقيده ومدى الإقتراب من حله ، فى حين أن هذه الأمور كلها أمام هيئة التحكيم سلفاً قبل اتخاذها قرار المد ، بل هى الأجدر على تحديد المدة الإضافية اللازمة لإصدار حكم التحكيم .

ولا يبقى بعد ذلك إلا ضبط سلطتها فى المد ومعقولية مدته ، وهذا يكون بإضافة نص يخول لأى من الطرفين أن يطلب من القضاء إنهاء الإجراءات إذا استطلت مدة الأجل الممتد ، ويرجع إلى القضاء فى النهاية سلطة إجابة الطلب أو رفضه ، ويكون قرار القضاء فى الحالتين غير قابل للطعن .

ويدعم ذلك أن أجل التحكيم فى القانون المصرى طويل نسبياً بالمقارنة بمعظم قوانين التحكيم وأنظمتة الدولية .

## المبحث الرابع

### مدة التحكيم فى قواعد الأونسيترال

### ومدى تعارضها مع الأجل الإتفاقى أو القانونى

٢٣- تمهيد :

صدرت النسخة الجديدة لقواعد الأونسيترال للتحكيم فى ٢٠١٠ ، واستحدثت أحكاماً وقواعد جديدة لم تكن موجودة فى نسختها الصادرة فى ١٩٧٦ ، ولكنها أبقت على توجهها فى النسخة الأولى من عدم تحديد أجل للتحكيم<sup>(١)</sup> ، فلم تنص على ميعاد معين يجب أن يصدر فيه حكم التحكيم على غرار قانون التحكيم النموذجى ومعظم قواعد التحكيم الدولية . وهذا ما يثير التساؤل عن مدى تعارض هذه القواعد مع اتفاق التحكيم إذا كان قد حدد أجلاً للتحكيم أو مع قانون دولة مقر التحكيم إذا كان ينص على أجل محدد للتحكيم وكانت هذه القواعد تحكم اجراءات التحكيم .

هذا ما سوف نحاول الإجابة عليه فى السطور التالية ، ولكن قبل ذلك يجب أن نشير إلى المواعيد الإجرائية فى هذه القواعد ونطاق سلطة هيئة التحكيم فى تحديدها وتعديلها .

٢٤- سلطة هيئة التحكيم فى تحديد المواعيد الإجرائية وتعديلها :

---

(١) وهذه القواعد هى التى استندت إليها قواعد التحكيم لدى مركز القاهرة الإقليمى

للتحكيم التجارى الدولى السارية اعتباراً من أول مارس ٢٠١١ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

رغم أن قواعد الأونسيترال لم تضع أجلاً للتحكيم ، إلا أنها نظمت مواعيد لإجراءات التحكيم بحيث تأتي هذه الإجراءات فى تسلسل زمنى تحدد فيه ميعاد كل اجراء على حدة<sup>(١)</sup> فضلاً عن أنها أطلقت سلطة هيئة

(١) وهذه المواعيد منها ما نصت عليه القواعد ، ومنها ما تركت تحديده لسلطة هيئة التحكيم . ومن أمثلة المواعيد المحددة بمقتضى النصوص : ميعاد رد المدعى عليه على الإشعار أو الإخطار بالتحكيم وهو ٣٠ يوماً من تاريخ تسلمه ذلك الإشعار م/٤ . وميعاد اختيار سلطة التعيين والتسمية وهو ٣٠ يوماً من تسلّم اقتراح بتسميتها ، وإلا جاز لأى طرف أن يطلب إلى الأمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة فى لاهأى أن يسمى سلطة التعيين م/٦/٢ . وميعاد تسمية المحكمين من قبل سلطة التعيين وهو ٣٠ يوماً من تاريخ تسلمها طلباً من أحد الأطراف بذلك ، وفصلها فى اعتراض على أحد المحكمين فى خلال مدة معقولة من تاريخ تسلمها طلباً من أحد الأطراف بذلك ، وإلا جاز لأى طرف أن يطلب إلى الأمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة فى لاهأى أن يسمى سلطة تعيين بديلة م/٦/٤ . وميعاد الإتفاق على عدد المحكمين وتعيينهم وهو ٣٠ يوماً من تاريخ تسلّم المدعى عليه الإشعار بالتحكيم ، وإلا تولت سلطة التعيين تحديد العدد م/٧ . وميعاد الإتفاق على تسمية وتعيين المحكم الوحيد وهو ٣٠ يوماً من تاريخ تسلّم جميع الأطراف اقتراحاً بهذا الشأن ، وإلا تولت سلطة التعيين تعيينه م/٨/١ . وميعاد اختيار المحكم من بين قائمة المحكمين وهو ١٥ يوماً من تاريخ تسلّم هذه القائمة م/٨/٢ . وميعاد الإعتراض على المحكم وهو ١٥ يوماً من تاريخ تبليغ المعارض بتعيين المحكم المعارض عليه ، أو علمه بالظروف المذكورة فى المادتين ١١ و ١٢ والمادة ١/١٣ . وميعاد استبدال المحكم وتعيين بديلاً عنه لأى سبب ، يتم وفقاً لنصوص المواد من ٨ إلى ١١ الخاصة بتعيين المحكمين م ١٤ . وميعاد تقديم طلب تفسير أو تصحيح قرار التحكيم ، ٣٠ يوماً من تاريخ تسلّم قرار التحكيم ، م ١/٣٧ وم ١/٣٨ . وميعاد إصدار مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

التحكيم فى تسيير اجراءات التحكيم وتحديد النطاق الزمنى لهذه الإجراءات . فقد نصت المادة ١٧ من هذه القواعد - فى نسختها الجديدة ٢٠١٠ - على أنه :١- مع مراعاة هذه القواعد ، يجوز لهيئة التحكيم أن تُسيّر التحكيم على النحو الذى تراه مناسباً ، شريطة أن يعامل الأطراف على قدم

قرار التفسير أو التصحيح وهو ٤٥ يوماً من تاريخ تسلم الطلب م ٢/٣٧ وم ١/٣٨ . وميعاد طلب قرار تحكيم إضافى وهو ٣٠ يوماً من تاريخ تسلم قرار التحكيم أو قرار الأمر بإنهاء الإجراءات ، وميعاد إصدار هذا القرار ٦٠ يوماً من تاريخ تسلم الطلب م ٣٩ . ومن أمثلة المواعيد المحددة بمقتضى سلطة هيئة التحكيم : الميعاد الذى يجب على المدعى إرسال بيان الدعوى خلاله م ١/٢٠ . والميعاد الذى يجب على المدعى عليه إرسال بيان الدفاع خلاله م ١/٢١ . وميعاد جلسة الإستماع م ١/٢٨ ، وفى حالة تقصير أحد الأطراف فى حضور الجلسة يجوز لهيئة التحكيم أن تواصل إجراءات التحكيم م ٢/٣٠ . ومواعيد تقديم المستندات والوثائق والأدلة م ٣/٢٧ ، وفى حالة تقصير أحد الأطراف فى تقديم تلك المستندات أو الوثائق أو الأدلة يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر قرار التحكيم بناء على الأدلة الموجودة أمامها م ٣/٣٠ . كما أن لهيئة التحكيم أن تمدد أو تقصر أى مدة زمنية تنص عليها القواعد أو يتفق عليها الأطراف م ٢/١٧ . وقد تمتد هذه المواعيد الإجرائية بسبب العطلة الرسمية أو التجارية ، حيث نصت الفقرة ٦ من المادة ٢ من قواعد الأونسترال على أنه : لغرض حساب أى مدة بمقتضى هذه القواعد ، يبدأ سريان تلك المدة فى اليوم التالى لتسلم الإشعار . وإذا كان اليوم الأخير من تلك المدة عطلة رسمية أو عطلة تجارية فى محل إقامة المرسل إليه أو مقر عمله ، مددت تلك المدة حتى أول يوم عمل يلى انتهاء العطلة . وتدخل فى حساب تلك المدة أيام العطلة الرسمية أو العطلة التجارية التى تتخلها .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

المساواة وأن تتاح لكل طرف ، فى مرحلة مناسبة من الاجراءات ، فرصة معقولة لعرض قضيته . وتسير هيئة التحكيم ، لدى ممارستها صلاحيتها التقديرية ، الاجراءات على نحو يتفادى الإبطاء والإنفاق بلا داع ، ويكفل الإنصاف والكفاءة فى تسوية المنازعات بين الأطراف .

٢- تضع هيئة التحكيم ، بعد تشكيلها ، الجدول الزمنى المؤقت للتحكيم فى أقرب وقت ممكن عمليا ، وبعد دعوة الأطراف إلى إبداء آرائهم . ويجوز لهيئة التحكيم ، فى أى وقت ، بعد دعوة الأطراف إلى إبداء آرائهم ، أن تمدد أو تقصر أى مدة زمنية تنص عليها القواعد أو يتفق عليها الأطراف . كما نصت المادة ٢٥ من هذه القواعد على أنه : ينبغى إلا تتجاوز المهل التى تحددها هيئة التحكيم لتقديم البيانات المكتوبة - بما فيها بيان الدعوى وبيان الدفاع - خمسة وأربعين يوماً ، ولكن يجوز لهيئة التحكيم أن تمدد الحدود الزمنية إذا رأت مسوغاً لذلك .

ومنحت المادة ٣٠ من هذه القواعد هيئة التحكيم سلطة إنهاء الإجراءات أو الإستمرار فيها عند مخالفة المواعيد الإجرائية ، حيث نصت على أنه :

١- أ- إذا قصر المدعى ، دون إبداء عذر مقبول ، فى تقديم بيان دعواه خلال المدة المحددة فى هذه القواعد أو التى تحددها هيئة التحكيم ، أصدرت الهيئة أمراً بإنهاء اجراءات التحكيم ، ما لم تكن هناك مسائل متبقيّة قد يلزم الفصل فيها ورأت هيئة التحكيم أن من المناسب فعل ذلك .

ب- إذا قصر المدعى عليه ، دون إبداء عذر مقبول ، فى تقديم الرد على إشعار التحكيم أو بيان دفاعه خلال المدة المحددة فى هذه القواعد أو التى تحددها هيئة التحكيم ، أصدرت الهيئة أمراً باستمرار إجراءات التحكيم ، دون أن تعتبر هذا التقصير فى حد ذاته قبولاً لمزاعم المدعى .

٢- إذا قصر أحد الأطراف فى حضور جلسة الإستماع بعد إبلاغه ، دون إبداء عذر مقبول ، جاز لهيئة التحكيم أن تواصل إجراءات التحكيم .

٣- إذا دعت هيئة التحكيم أحد الأطراف إلى تقديم مستندات أو وثائق أو أدلة أخرى وقصر فى تقديمها خلال المدة المحددة ، دون إبداء عذر مقبول ، جاز لهيئة أن تصدر قرار التحكيم بناء على الأدلة الموجودة أمامها .

٢٥- تعارض قواعد الأونسيترال مع اتفاق التحكيم أو مع قانون دولة مقر التحكيم :

سبق الإشارة إلى أن قواعد الأونسيترال للتحكيم لم تضع أجلاً للتحكيم ، كما أنها أطلقت سلطة هيئة التحكيم فى تسيير إجراءات التحكيم وتحديد الإطار الزمنى لهذه الإجراءات من خلال ما تقرره من مواعيد وأجال إجرائية .

غير أنه قد يحدث أن تتعارض هذه القواعد إما مع اتفاق التحكيم إذا حدد أجلاً للتحكيم أو مع قانون الدولة التى يجرى فيها التحكيم إذا كان هذا القانون يحدد أجلاً للتحكيم ، مثل قانون التحكيم المصرى . وفيما يلى نتناول هاتين الصورتين من التعارض ..

٢٦- تعارض قواعد الأونسيترال مع الأجل الإتفاقي :

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

إذا حدث وانفق الأطراف على إخضاع التحكيم لقواعد الأونسيترال ،  
واتفقوا كذلك على تحديد أجل للتحكيم ، سواء فى اتفاق التحكيم أو فى اتفاق  
لاحق ، فهل التحكيم فى هذه الحالة يكون محدد الأجل طبقاً للاتفاق أم  
غير محدد الأجل طبقاً للقواعد وهى الواجبة التطبيق ؟

لاشك فى أن اتفاق أطراف التحكيم على تطبيق قواعد الأونسيترال ،  
يعد جزءاً من اتفاق التحكيم ذاته ، وبالتالي تكون هذه القواعد ملزمة لهم فى  
شأن مدة التحكيم بقدر التزامهم باتفاق التحكيم ، إلا إذا تضمن اتفاقهم ما  
يخالفها أو ما يكون معدلاً لها .

وقد قضت محكمة استئناف القاهرة<sup>(١)</sup> بأن : .. وحيث أن قواعد  
اليونسيترال - التى وضعت خصيصاً لتحكيم الحالات الخاصة - قد تبناها  
المركز الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالقاهرة الذى يحيل إلى أحكام  
قواعد اليونسيترال هذه عندما يتفق أطراف التحكيم على تطبيق قواعده ؛  
بمعنى أنه عند التجاء الأطراف لأن يتم التحكيم فى إطار مركز القاهرة  
الإقليمى فإن هذا يفترض ضمناً قبولهم للإجراءات الواردة فى قواعد  
اليونسيترال، على نحو تصبح معه هذه القواعد - وليست القواعد المكملة فى  
قانون التحكيم المصرى - جزءاً من مضمون اتفاق التحكيم ذاته ، إلا إذا

---

(١) الدائرة (٧) تجارى فى الدعوى رقم ١١٩ لسنة ١٢٤ ق بجلسة ٢/٢/٢٠١٠ .  
منشور بمجلة التحكيم - العدد السابع يوليو ٢٠١٠ - السنة الثانية - ص ٤٧٣ وما  
بعدها .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

اتفقوا على خضوع تحكيمهم لقواعد اجرائية أخرى ، فقواعد المركز التحكيمى تعد بمثابة قواعد تكميلية اختيارية يلتزم بها الأطراف عند عدم تضمين اتفاقهم ما يخالفها . وعلى ذلك تعد لائحة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم هى المعتبرة فى شأن تحكيم النزاع ، وهى لم تضع مهلة معينة لإصدار حكم التحكيم ، ومن ثم يضحى اعتصام الطاعنة بالمدة الواردة فى المادة ٤٥ قانون التحكيم المصرى لإصدار حكم التحكيم على غير أساس .

والواقع أن اتفاق الأطراف على تحديد أجل للتحكيم - رغم اتفاقهم على تطبيق قواعد الأونسيترال - لا يحمل تعارضاً مع هذه القواعد بقدر ما يحمل تحديداً لنطاق تطبيقها ، فالأطراف اتفقوا على تطبيق القواعد ولكن فى حدود النطاق المتفق عليه ؛ وبالتالي فإن اتفاقهم سيكون معدلاً للقواعد وليس مخالفاً لها . وهذا ما أجازته صراحة الفقرة الأولى من المادة الأولى من هذه القواعد بنصها على أنه : " إذا اتفق الأطراف على إحالة ما ينشأ بينهم من منازعات بشأن علاقة قانونية محددة ، تعاقدية كانت أم غير تعاقدية ، إلى التحكيم بمقتضى قواعد الأونسيترال للتحكيم ، سوّيت تلك المنازعات عندئذ وفقاً لهذه القواعد ، رهناً بما قد يتفق عليه الأطراف من تعديلات " .

وعليه ؛ يكون التحكيم فى هذه الحالة محدد الأجل - رغم خضوعه لقواعد الأونسيترال - ويجب على هيئة التحكيم أن تصدر الحكم المنهى للنزاع قبل انقضاء هذا الأجل .



ولكن ماذا لو كان هذا الأجل المتفق عليه غير كاف ، هل تملك هيئة التحكيم فى هذه الحالة سلطة مده أم ينقضى التحكيم بانقضاء أجله ؟ أم يجب اللجوء إلى القضاء - فى هذه الحالة - بطلب ميعاد إضافى طبقاً للمادة ٤٥ من قانون التحكيم المصرى ؟

الواقع أن النسخة الجديدة من قواعد الأونسيترال قد حسمت هذه المسألة بإضافة فقرة جديدة تحمل رقم (٢) إلى نص المادة ١٧ ؛ حيث نصت هذه الفقرة على أنه : " تضع هيئة التحكيم الجدول الزمنى المؤقت للتحكيم فى أقرب وقت ممكن عملياً بعد تشكيلها وبعد دعوة الأطراف إلى إبداء آرائهم . ويجوز لهيئة التحكيم فى أى وقت ، بعد دعوة الأطراف إلى إبداء آرائهم ، أن تمدد أو تقصر أى مدة زمنية تنص عليها القواعد أو يتفق عليها الأطراف .

وعليه ؛ وطبقاً لهذا النص ، يجوز لهيئة التحكيم أن تمد أجل التحكيم المتفق عليه إذا رأت أنه غير كاف لإصدار حكمها المنهى للنزاع ، شريطة أن تدعو الأطراف أولاً لإبداء آرائهم فى ذلك .

ولا يجوز لأي من الأطراف - والحال هكذا - أن يلجأ إلى القضاء بطلب إضافة ميعاد جديد ؛ إذ أن هذا النص ملزم للأطراف باتفاقهم على تطبيقه ، فضلاً عن انتفاء المصلحة فى اللجوء إلى القضاء فى هذه الحالة لتوافر امكانية المد بدون اللجوء إليه .

٢٧- تعارض قواعد الأونسيترال مع الأجل القانونى لدولة مقر التحكيم :

لاشك في أن اتفاق الأطراف على تطبيق قواعد الأونسيترال على التحكيم يجعل هذه القواعد واجبة التطبيق ، وليس قانون دولة مقر التحكيم<sup>(١)</sup> إلا إذا كانت تتعارض مع قاعدة قانونية آمرة أو مع النظام العام في هذه الدولة . وهذا ما أكدته قواعد الأونسيترال - في نسختها الجديدة - في الفقرة ٣ من المادة الأولى منها ، حيث نصت على أنه : " تنظم هذه القواعد عملية التحكيم . ولكن إذا تعارض أي منها مع حكم في القانون المنطبق على التحكيم لا يمكن للأطراف أن يخرجوا عنه ، كانت الغلبة عندئذ لذلك الحكم " .

ولكن المشكلة تكمن في حالة ما إذا استمرت اجراءات التحكيم طبقاً لقواعد الأونسيترال أكثر من اثني عشر شهراً ، وكان التحكيم يجرى في مصر ، فهل يجوز في هذه الحالة اللجوء إلى القضاء بطلب إنهاء الإجراءات طبقاً لنص المادة ٢/٤٥ من قانون التحكيم المصري ؟

الواقع أن هذه المسألة تكاد تكون محسومة بتطبيق الفقرة الثانية من المادة ١٧ من هذه القواعد التي تمنح هيئة التحكيم سلطة مد وتقصير آجال التحكيم المتفق عليها أو المنصوص عليها في القواعد ، لاسيما وأنها ملزمة

---

(١) وهو ما أجازته المادة ٢٥ من قانون التحكيم المصري بنصها على أنه : لطرفي التحكيم الإتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

للأطراف باتفاقهم على تطبيقها باختيارهم قواعد الأونسيترال للتحكيم ، إلا إذا تناولها اتفاقهم بالتعديل فيكون هذا التعديل هو الواجب التطبيق في هذه الحالة .

وعلى ذلك ؛ وطبقاً لهذا النص ، لا يجوز لأي من الطرفين اللجوء إلى القضاء بطلب إنهاء الإجراءات لمخالفة ذلك لإتفاق التحكيم<sup>(١)</sup> .  
ولكن - رغم ذلك - يبقى التساؤل عن موقف القضاء إذا لجأ إليه أحد الأطراف بطلب إنهاء الإجراءات إعمالاً للمادة ٤٥ من قانون التحكيم المصرى ؟

وقبل أجابة هذا التساؤل يجب التأكيد على أمرين ، الأول : أن أعمال الفقرة الأخيرة من المادة ٤٥ من قانون التحكيم المصرى الخاصة بإضافة ميعاد جديد يفترض انقضاء الميعاد الأصلي بعد امتداده وليس انقضاء الميعاد الأصلي فقط<sup>(١)</sup> ؛ ولذلك ، وعلى فرض حدوث تقديم الطلب بميعاد

(١) انظر :

E. Gaillard: note sur Cass. Civ. 15 juin 1994, Rev.arb. 1995,p.88.

(١) وفى هذا يقول استاذنا الدكتور فتحى والى : أن قرار إنهاء الإجراءات لتجاوز الميعاد يفترض أن يكون هناك ميعاد محدد للتحكيم ، سواء كان هذا الميعاد اتفاقياً أو قانونياً أو مضافاً من المحكمة ، فإذا كان التحكيم يجرى وفقاً لقواعد اليونسيترال ، دون تقيد بميعاد ، فإنه لا يجوز استصدار أمر بإنهاء الإجراءات لتجاوز الميعاد مهما تجاوز التحكيم المدة المعقولة لنظر الدعوى . التحكيم ٢٠١٤ ص ٥٢٥ هامش رقم ٢ .  
وراجع ما سبق بند ٢١ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

إضافى ، فإن مفترضه - وهو استفاد هيئة التحكيم سلطتها فى مد الأجل - غير متوافر ، وبالتالي لا يتصور أن يحكم القضاء بإجابة هذا الطلب والحكم بإنهاء اجراءات التحكيم لعدم توافر مفترضه .

الأمر الثانى : استبان لنا من العرض السابق أن لجوء أحد طرفى التحكيم إلى القضاء بطلب انهاء الإجراءات - بعد اتفاهه على تطبيق قواعد الأونسيترال - يعد مخالفة منه لهذا الإتفاق ، إلا إذا كان الإتفاق قد عدل نصوص هذه القواعد بما يجيز اللجوء إلى القضاء لإنهاء الإجراءات إذا تجاوزت مدة محددة . والفرض أن الإتفاق لم يأت بهذا التعديل .

ورغم ذلك ، عندما عرضت المسألة على القضاء المصرى تعارضت أحكامه فى شأنها حتى تم حسمها من محكمة النقض<sup>(٢)</sup>...

فقد قرر رئيس محكمة استئناف القاهرة - بوصفه السلطة المختصة بنظر طلب انهاء الإجراءات طبقاً للمادة ٢/٤٥ من قانون التحكيم - رفض الطلب<sup>(٣)</sup> ، وجاء فى حيثيات قراره : "..... أن الأطراف وقد اتفقوا على إخضاع اجراءات التحكيم بينهم لقواعد الأونسيترال يكونوا قد اتفقوا على عدم تحديد مهلة معينة لإصدار حكم التحكيم وتركوا هذا الأمر لهيئة التحكيم تحدده طبقاً لظروف الدعوى وفقاً لنص المادة ٢٥ من قانون التحكيم

---

(٢) انظر فى التعليق على ذلك : د. أحمد شرف الدين - مقال سبق الإشارة إليه .

(٣) الأمر الصادر فى ٢٧/١٠/٢٠٠٣ من رئيس الدائرة ٩١ فى العريضتين رقمى

١٨ و١٢٠/١٩ ق.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

المصرى ... بحيث تطبق هذه القواعد كوحدة متكاملة باعتبارها القانون الذى يحكم اجراءات التحكيم بما فى ذلك مسألة المهلة التى يصدر حكم التحكيم خلالها ، ولا يخرج عن ذلك سوى القواعد الآمرة فى قانون التحكيم المصرى التى لا يجوز للطرفين مخالفتها ... وأن المهلة الواردة فى المادة ٤٥ من هذا القانون ليست من القواعد الآمرة .... لما كان ذلك فإن عدم إصدار هيئة التحكيم حكمها المنهى للنزاع كله على الرغم من مضى أكثر من ثمانية عشر شهراً على بدء اجراءات التحكيم لا يستوجب إعمال الجزاء المنصوص عليه فى الفقرة الثانية من المادة ٤٥ ، ويتعين لذلك رفض إصدار الأمر بإنهاء اجراءات التحكيم .

وعندما رفع النظم من هذا القرار ، ألغته محكمة الاستئناف<sup>(١)</sup> ، استناداً على أن قواعد الأونسيترال لم تتعرض لهذا الأمر ، ومن ثم تطبق المادة ٤٥ من قانون التحكيم المصرى.. ولا يمكن القول بأن الإحالة إلى قواعد الأونسيترال فى عقد التحكيم مفاده عدم التقيد بمدة فى نظر التحكيم . وقد حكمت محكمة النقض<sup>(٢)</sup> بإلغاء هذا الحكم ، وتأييد قرار رئيس محكمة الاستئناف وجاء فى حكمها : " إذا كان طرفى خصومة الطعن قد اتفقا على إخضاع إجراءات الدعويين التحكيميتين سالفتى الذكر لقواعد

---

(١) الدائرة ٧٥ تجارى بتاريخ ٢٠٠٥/٣/٩ فى التظلمات ٢٥،٢٨،٢٤/٢٠١٢٠ ق ١٠٠/١٢١ ق .

(٢) بجلسة ٢٠٠٥/١٢/١٣ فى الطعون أرقام ٦٤٨ لسنة ٧٣ ق ، ٥٧٤٥،٦٤٦٧،٦٧٨٧ لسنة ٧٥ ق .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجارى الدولى فإنه يتعين إعمال هذه القواعد متى كانت لا تتعارض مع قاعدة إجرائية أمرة فى مصر - قانون البلد الذى أقيمت فيها الدعوى وبوشرت فيها الإجراءات وفقاً لحكم المادة ٢٢ من القانون المدنى وإذ كان مودى نص المادة ٤٥ من قانون التحكيم المصرى أن المشرع المصرى قد ارتأى ترك أمر تحديد الميعاد اللازم لإصدار حكم التحكيم المنهى للخصومة كلها لإرادة الأطراف ابتداءً وانتهاءً وبذلك يكون قد نفى عن الميعاد اللازم لإصدار هذا الحكم وصف القاعدة الإجرائية الأمرة فتضحى تبعاً لذلك القواعد الوارد ذكرها فى المواد ١٩، ٢٠، ٢٢، ٢٣ من قواعد تحكيم مركز القاهرة هى الواجبة الإعمال على إجراءات الدعويين التحكيميّتين رقمى ٢٨٢ لسنة ٢٠٠٢، ٢٨٣ لسنة ٢٠٠٢ التى تمنح هيئة التحكيم سلطة تقدير المدة اللازمة لإصدار حكمها فيهما وفقاً لظروف كل دعوى والطلبات فيها وبما لا يخل بحق كل من الطرفين فى الدفاع .... وإذ غلب الحكم المطعون فيه عليها أحكام المادة ٤٥ من قانون التحكيم فى شأن إنهاء إجراءات التحكيم فيهما دون سند من اتفاق أو نص يجيز ذلك فإنه يكون معيباً بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه .

وعلى ذلك ، ووفقاً لما انتهت إليه محكمة النقض ، لا يجوز الأمر بإنهاء اجراءات التحكيم إعمالاً للمادة ٤٥ من قانون التحكيم المصرى ، مهما طالت مدة هذا التحكيم ، طالما اتفق الأطراف على إخضاع التحكيم

لقواعد الأونسيترال ، إذ أن هذه القواعد هي الواجبة التطبيق في هذه الحالة<sup>(١)</sup> .

ومع ذلك ، يبقى التساؤل عن استقالة مدة التحكيم ، وهل هناك قيود على سلطة هيئة التحكيم في ضبط وتحديد زمن التحكيم أم أن سلطتها في ذلك مطلقة ؟

لاشك في أن أجابة هذا التساؤل تكون بالرجوع إلى قواعد الأونسيترال ذاتها باعتبارها الحاكمة للتحكيم والواجبة التطبيق ، وليس بالرجوع إلى قانون التحكيم المصري ؛ إذ أن النص الذى يتعلق بمدة التحكيم فيه ليس نصاً أمراً ، وبالتالي لا مجال لفرض تطبيقه عند مخالفته .

وبالرجوع إلى قواعد الأونسيترال في هذا الصدد ، نجد أن الفقرة الأولى من المادة الأولى من هذه القواعد تجيز للأطراف الإتفاق على تعديل نصوصها ، بما مفاده حق الأطراف في تحديد أجل للتحكيم يجب على هيئة التحكيم أن تصدر حكمها النهائى قبل انقضائه .

وفى ذات الوقت ، نجد أن الفقرة الثانية من المادة ١٧ من هذه القواعد تجيز لهيئة التحكيم - بعد دعوة الأطراف إلى إبداء آرائهم - أن تمدد أو تقصر أى مدة زمنية تنص عليها القواعد أو يتفق عليها الأطراف ؛ وبالتالي

---

(١) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه : إذا كان التحكيم دولياً فإن القانون الفرنسى لا يكون واجب التطبيق لمجرد أن التحكيم أجرى فى فرنسا ، ولا يستوجب هذا القانون تقييد سلطات المحكمين بأجل قانونى .

Cass. Civ. 15 juin 1994 , Rev.arb. 1995,p.88,note E. Gaillard.  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

يمكن لهيئة التحكيم أن تمد هذا الأجل الذي حدده الأطراف ، ولكن لا يجوز لها أن تصدر قرارها بالمد إلا بعد إبداء جميع الأطراف آرائهم فيه ، فإذا كان لأي من الأطراف الاعتراض على المد وعلى إطالة مدة التحكيم ، فله إبداء رأيه أو اعتراضه .

ورغم أن القواعد لم تبين مدى التزام هيئة التحكيم بأراء الأطراف ، إلا أن فلسفة هذه القواعد وقيمة نصوصها وتحقيقها فعاليتها ترجح ألا تتخذ الهيئة أى قرار بالمد أو التقييد إلا بتوافق الأطراف عليه ، ولا يقتصر الأمر على مجرد ابداء الرأى دون أن تكون له قيمة أو تأثير على قرار الهيئة .

وعليه ؛ لن تصدر هيئة التحكيم قرارها بالمد إلا بعد توافق الأطراف عليه ، وإلا تكون قد تجاوزت رأى أو حق المعارض على المد .  
يضاف إلى ما تقدم ، أن النسخة الجديدة من هذه القواعد أتت بفقرة مستحدثة أضافتها فى عجز المادة ١/١٧ من القواعد تنص على أنه<sup>(١)</sup> : " وتسير هيئة التحكيم ، لدى ممارستها صلاحيتها التقديرية ، الاجراءات على نحو يتفادى الإبطاء والإنفاق بلا داع ...." .

بما مفاده استحداث مبدأ جديد يمكن أن نطلق عليه " مبدأ تفادى أو تجنب الإبطاء éviter les retards " يكون بمثابة قيداً عاماً على سلطة

---

(١) الجدير بالإشارة أن قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجارى الدولى

- السارية اعتباراً من أول مارس ٢٠١١ - جاءت خالية من هذه الفقرة !  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثامن ٢٠١٦ المجلد الثانى



هيئة التحكيم في ضبط زمن التحكيم لا يجوز لها مخالفته أو الخروج عليه<sup>(٢)</sup>.

وخلاصة ما نراه في هذا الصدد ، أن الأطراف إذا أرادوا تقييد سلطة هيئة التحكيم في ضبط زمن التحكيم ، عليهم الإتفاق على أجل محدد للتحكيم ، وهذا ما أجازته لهم المادة الأولى من القواعد ، أما في حالة عدم وجود هذا الإتفاق ورأى أي من الأطراف استطالة مدة التحكيم فعليه إبداء رأيه أو اعتراضه عند ممارسة هيئة التحكيم سلطتها في مد الآجال والمواعيد عموماً ، لأن الهيئة مقيدة في إطالة أو مد الآجال بأن يسبق ذلك إبداء الأطراف آرائهم ، فضلاً عن التزامها بمبدأ تفادي الإبطاء .

---

(٢) وقد جاء نص هذه الفقرة في النسخة الفرنسية على النحو التالي :

Le tribunal, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, conduit la procédure de manière à éviter les retards et les dépenses inutiles et à assurer un règlement équitable et efficace du litige entre les parties.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

## الختامه

انتهى بحثنا حول مد أجل التحكيم فى قانون التحكيم المصرى والقانون المقارن وأنظمة التحكيم الدولية . وفى ختامه نستعرض أهم ما جاء به من نتائج ومقترحات .

إذا كنا قد بدأنا بمبحث تمهيدى تناول تعريف أجل التحكيم وصوره وتمييزه ، فقد خصنا فيه إلى ما يلى :

١- أن أهم ما يميز اتفاق التحكيم - شرطاً أم مشاركة - أنه منشئ أو مصدر الحق فى الدعوى التحكيمية ، وهذا الحق يجب ممارسته خلال أجل معين هو أجل اتفاق التحكيم ، فأجل اتفاق التحكيم هو المدة التى يجب خلالها ممارسة الحق فى الدعوى التحكيمية الناشئة عن اتفاق التحكيم ، وبانقضائه ينقضى التحكيم لسقوط اتفاق التحكيم بانقضاء مدته .

٢- أن هناك لبس أو خلط بين أجل (ميعاد) التحكيم وأجل اتفاق التحكيم ، كان على أثره القول - فقهاً وقضاءً - بإبطال حكم التحكيم الصادر بعد انقضاء ميعاد التحكيم استناداً إلى سقوط اتفاق التحكيم بإنقضاء أجله أو مدته إعمالاً للفقرة (أ) من المادة ١/٥٣ . هذا على الرغم من إقرار القضاء - فى بعض أحكامه - بأن انقضاء ميعاد التحكيم ليس له جزاء ولا يترتب عليه بطلان أو سقوط ، وإنما إتاحة خيارين للخصوم طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٤٥ ، ورغم ذلك لم يجد سبيلاً لإبطال حكم التحكيم الصادر بعد انقضاء ميعاد التحكيم إلا الإستناد إلى الفقرة (أ) من المادة

١/٥٣ أخذاً بما استقر عليه الفقه . وأمام هذا الوضع رأينا أهمية التمييز بين الأجلين وبيان الفرق بينهما حتى يؤصل للجزاء المطبق على انقضائهما تأصيلاً سليماً ، وقد انتهينا في ذلك إلى أن أجل التحكيم ليس هو أجل اتفاق التحكيم - ولا أجل خصومة التحكيم - وأنه عند انقضاء ميعاد التحكيم لا يصح القول بسقوط خصومة التحكيم ، ولا ببطلان حكم التحكيم لصدوره بناء على اتفاق تحكيم سقط بانقضاء مدته أو أجله ، وإنما الصحيح هو أن استمرار المحكم في التحكيم رغم انقضاء ميعاده يعد تجاوزاً منه لحدود ولايته القضائية المقيدة بأجل التحكيم ، وبالتالي إبطال حكمه إنما يكون استناداً إلى الفقرة (و) من المادة ١/٥٣ وليس بالإستناد إلى الفقرة (أ) من ذات المادة .

ومن ناحية أخرى ، إذا كنا قد حصرنا حالات مد أجل التحكيم في ثلاثة أنواع ، جاءت في ثلاثة مباحث ، فقد انتهينا فيها إلى عدة نتائج واقتراحات ، نشير إلى أهمها فيما يلي :

أولاً : بالنسبة للمد المبني على الرضاء الضمني :

١- الإعتداد بحضور وكيل الخصم في مد أجل التحكيم المبني على الرضاء الضمني ، لتنافي القول بعكس ذلك مع الواقع العملي وافتقاره إلى السند القانوني وتشجيعه على اساليب الغش والتحايل في مجال التحكيم ، على نحو ما عرضنا له في موضعه من البحث .

٢- بمناسبة التساؤل عن مدة المد المبني على اتفاق ضمني ، رأينا أنه لا يجوز القول بأن التحكيم يتحول من تحكيم محدد المدة إلى تحكيم غير

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

محدد المدة ، كما لا يصح القول بتحديد مدته سلفاً بمدة الأجل القانونى أو بمدة المد القانونى ، لتنافى ذلك مع الفكرة التى يقوم عليها المد المبني على الإتفاق الضمنى ، وهى استخلاصه من محكمة البطلان - التى تنظر الطعن فى حكم التحكيم الصادر بعد انقضاء الأجل الأصلى - من رضاء الأطراف به ، وهذا الرضاء لا يمكن وضع مدة محددة له سلفاً .

ثانياً : وبالنسبة للمد بقرار من هيئة التحكيم ، فقد رأينا :

١- أن إطلاق سلطة هيئة التحكيم فى مد أجل التحكيم فيه مدعاة للظن بإبقائها على الخصومة أطول مدة ممكنة لتحقيق مكاسب مادية أكثر ، وإذا كان المشرع المصرى قيد سلطة هيئة التحكيم فى المد لمدة محددة بستة أشهر إلا أنه لم يقيد بها بعلة للمد ومدى حاجة الخصومة إليه ، بل ترك ذلك لمطلق تقدير الهيئة ، ونرى ضرورة تقييد هذه السلطة ، ليس بوضع حد أقصى لمدة المد فحسب ، وإنما أيضاً بوضع ضوابط وشروط تحدد أسباب المد ودواعيه أخذاً بما انتهى إليه تطور القانون الفرنسى فى هذا الشأن .

٢- أن استمرار هيئة التحكيم فى اجراءات التحكيم بعد انقضاء أجله لا يعد قراراً ضمناً منها بمد الأجل إلا إذا كانت القواعد التى تطبق على التحكيم لا تحدد أجل للتحكيم مثل قواعد الأونسيترال . إما إذا كان الأجل محدداً - بالإتفاق أو بالقانون المطبق على التحكيم - فإن قرار الهيئة بمده يجب أن يكون صريحاً وقبل انقضاء الأجل مع إعلام الخصوم به .

٣- ضرورة تعديل نص المادة ١/٤٥ فيما يتعلق بسلطة هيئة التحكيم فى مد الأجل لمدة ستة أشهر وحرمان الأطراف من الإتفاق على أن تكون مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

مدة المد أقل من هذه المدة ، التي جاءت فى عبارة " ... ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك " ، وذلك بإعادة أصل النص الذى كان عليه فى مشروع القانون . لأن من شأن ذلك جعل النص على مدة المد الممنوحة لهيئة التحكيم نصاً أمراً لا يجوز الإتفاق على مخالفته .

٤- إذا كان تفويض الأطراف لهيئة التحكيم فى مد أجل التحكيم يعد إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة السائد فى مجال التحكيم ، إلا أن ذلك لا يؤمن عواقبه ، ذلك لأن هذا التفويض إما أن يكون تفويضاً مطلقاً ، وإما ألا يكون تفويضاً ، إذ ليس هناك - فى نظرنا - ما أسماه جانب من الفقه التفويض المقيد ، وحسناً فعل القانون المصرى والقانون الفرنسى فى عدم النص على تفويض الأطراف لهيئة التحكيم فى مد الأجل ، ضمناً لعدم تعسف هيئة التحكيم فى استعمال هذا التفويض ، على نحو ما عرضنا له فى ثنايا البحث .

ثالثاً : وأما بالنسبة للمد بقرار قضائى ، ومن خلال المقارنة بين نموذجين لقوانين التحكيم - النموذج الفرنسى والنموذج المصرى - رأينا ما يلى :

١- أن القانون المصرى جمع بين المد بقرار من هيئة التحكيم من تلقاء نفسها ، وبدون تقييدها فى ذلك بأسباب أو دواعى محددة ، والمد بحكم من المحكمة المختصة فيما أسماه بالميعاد الإضافى ، فضلاً عن جعله الأجل الأصلى اثنتى عشر شهراً ، وبعد أن تناولنا هذا المسلك بالنقد والتحليل واستعراض آراء الفقه واتجاهات القضاء فى هذا الشأن ، خصنا إلى

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

ضرورة تعديل مسلك المشرع المصرى للأخذ بأحد اتجاهين : إما إطلاق سلطة هيئة التحكيم فى المد ، وبذلك يوافق مسلك القواعد الدولية فى التحكيم المؤسسى وهى قواعد الأونسيترال وقواعد مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم الدولى وقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس وقواعد محكمة لندن للتحكيم الدولى وقواعد مركز دى للتحكيم . هذا مع إضافة الضوابط ، التى عرضنا لها ، لضبط سلطة هيئة التحكيم فى المد ، والتى يرجع إلى القضاء مراقبتها بناء على طلب أحد الأطراف .

وإما أن يأخذ باتجاه القانون الفرنسى - بعد تطوره - فى هذا الشأن ، على نحو ما عرضنا له فى هذا البحث . وكلا الإتجاهين محمود لما فيه من تقريب بين القوانين والقواعد الحاكمة للتحكيم والسعى فى مسار توحيدها المنشود .

٢- إذا كان نص المادة ٤٥ من قانون التحكيم المصرى قد حدد أجل التحكيم ، وعالج حالات مده ، والسلطة التى تملك ذلك ، فإننا نرى ضرورة تعديل هذا النص وإعادة صياغته كاملاً ، فى ضوء ما أسفرت عنه نتائج تطبيقه ، وما عرضنا له فى هذا البحث من مقارنة بين قانون التحكيم المصرى وقوانين التحكيم الوطنية وأنظمة التحكيم الدولية . ونقترح أن يكون النص على النحو التالى :

١- على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهى للخصومة كلها خلال الميعاد الذى اتفق عليه الطرفان ، فإن لم يوجد إتفاق وجب أن يصدر الحكم

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

خلال ستة أشهر من تاريخ قبول آخر محكم مهمة التحكيم . وفى جميع الأحوال يجوز مد الميعاد باتفاق الطرفان أو بقرار مسبب من هيئة التحكيم ، على ألا تزيد فترة المد فى الحالة الأخيرة على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك .

٢- وإذا لم يصدر حكم التحكيم خلال فترة مد الميعاد المشار إليه فى الفقرة السابقة جاز لأى من طرفى التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون أن يصدر قراراً غير قابل للطعن بإنهاء إجراءات التحكيم ، ويكون لأى من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها .

وقد راعينا فى هذا الإقتراح ما يلى :

١- أنه ينهى الخلاف حول بدء أجل التحكيم مع بدء الإجراءات ، ويدعم اعتبار أجل التحكيم هو أجل مهمة أو ولاية المحكم القضائية ، فضلاً عن أنه يزيل اللبس بين أجل التحكيم وأجل اتفاق التحكيم وما ترتب على ذلك .

٢- توافق مدة التحكيم المقترحة مع المدة المقررة فى أغلب تشريعات التحكيم وأنظمتة الدولية .

٣- أنه يمنح هيئة التحكيم سلطة مد أجل التحكيم ، لكونها هي الأجر على تقدير الحاجة إلى مد الأجل ، مع تقييدها في ذلك بمدة محددة للمد مع تسبب قرارها بذلك في كل الأحوال . وذلك بدلاً من منح القضاء سلطة المد أو الميعاد الإضافي .

٤- إصدار القرار بانتهاء الإجراءات في حالة طلبه وجوبى على رئيس المحكمة المختصة ، وليس له سلطة رفضه . وهذا بدلاً من أن يفرض ميعاد إضافي للتحكيم ضد ارادة أحد أطرافه .

٥- إذا صدر القرار من القضاء بإنهاء الإجراءات ، فبدلاً من جواز التظلم فيه والطعن في الحكم الصادر في التظلم أمام محكمة الاستئناف ثم الطعن في حكم الاستئناف أمام محكمة النقض ، وتطويل الإجراءات أمام القضاء ، مع بقاء خصومة التحكيم معلقة أمام هيئة التحكيم التي لا تعرف هل انتهت ولايتها على هذه الخصومة أم لا حتى صدور حكم النقض ، بما يدل على فشل عملية التحكيم ، بدلاً من كل ذلك نعود إلى الأصل برفع الدعوى إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها .

٦- قرار القضاء بإنهاء الإجراءات لا يصدر إلا بعد انقضاء المدة التي امتد إليها أجل التحكيم ؛ أى بعد انقضاء سنة كاملة على بدء ولاية المحكم - وليس بدء اجراءات التحكيم - وهي مدة نراها معقولة بالنسبة للتحكيم ، ما لم يتفق الأطراف على المد لمدة أطول . ومن شأن ذلك إبعاد القضاء

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



عن تحديد مدة التحكيم أو مدها أو الإضافة إليها حتى إنتهائها ، ويترك ذلك - ابتداء وانتهاء - لأطراف التحكيم .

رابعاً : وإذا كنا قد تعرضنا فى المبحث الأخير لمسألة تعارض قواعد الأونسيترال مع اتفاق التحكيم أو مع قانون دولة مقر التحكيم ، فقد رأينا أنه لا مجال لتعارض اتفاق التحكيم مع تطبيق قواعد الأونسيترال ، ذلك لأن هذه القواعد قيدت - فى مادتها الأولى - تطبيقها على التحكيم رهناً بما يتفق عليه الأطراف من تعديلات فى هذه القواعد ، ولذلك إذا اتفق الأطراف على أجل محدد للتحكيم فسيكون هو الأولى بالتطبيق ويصبح التحكيم فى هذه الحالة محدد الأجل باتفاق الأطراف ، وليس غير محدد المدة طبقاً للقواعد .

وأما بالنسبة لتعارض القواعد مع الأجل القانونى لدولة مقر التحكيم ، فقد رأينا استقرار القضاء المصرى على تطبيق قواعد الأونسيترال ، تغليباً لإتفاق التحكيم ، وليس قانون التحكيم المصرى ، وبالتالي سيكون التحكيم غير محدد المدة ، ولجوء أحد الأطراف إلى القضاء فى هذه الحالة لن يجدى نفعاً .

وعليه ؛ إذا أراد الأطراف تقييد سلطة هيئة التحكيم فى ضبط زمن التحكيم ، عليهم الإتفاق على أجل محدد للتحكيم ، أما فى حالة عدم وجود هذا الإتفاق ورأى أي من الأطراف استطالة مدة التحكيم فعليه إبداء رأيه أو اعتراضه عند ممارسة هيئة التحكيم سلطتها فى مد الأجال والمواعيد عموماً

، لأن الهيئة مقيدة فى تحديد الآجال أو مدها بأن يسبق ذلك إبداء الأطراف آرائهم ، فضلاً عن التزامها بمبدأ تفادى الإبطاء .

وأخيراً ، نهيب بأطراف التحكيم قراءة أحكام وقواعد الأونسيترال بعناية قبل الإتفاق على تطبيقها ، وحسم مسألة تعارضها مع الأجل الذى يتفقوا عليه أو مع الأجل القانونى لدولة مقر التحكيم ، مع الأخذ فى الإعتبار أن هذا الأجل لا تنظمه قاعدة اجرائية أمره واجبة ، ولجوئهم إلى القضاء عند طول مدة التحكيم الخاضع لقواعد الأونسيترال لن يحقق مأربهم فى تحديد مدة التحكيم مهما طالت .

والله من وراء القصد وهو يمدى

إلى سواء السبيل

والحمد لله رب العالمين

## مراجع البحث

أولاً : باللغة العربية :

أ.د. أبو العلا على أبو العلا النمر :

ميعاد التحكيم ، الطبعة الأولى ١٩٩٩ ، دار النهضة العربية .

أ.د. أحمد أبو الوفا :

التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري ، الطبعة الخامسة ١٩٨٨ ، منشأة المعارف بالإسكندرية.

أ.د. أحمد السيد صاوى :

الوجيز فى التحكيم ، طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية - الطبعة الرابعة - ٢٠١٣ ، دار النهضة العربية .

أ.د. أحمد شرف الدين :

- سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم ، الطبعة الثانية ، بدون ناشر .

- مدة التحكيم فى ضوء قواعد اليونسترال للتحكيم ، مقالة منشورة على الموقع التالى :

<http://www.eastlaws.com>

أ.د. أحمد عبد الكريم سلامة :

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي ، الطبعة الأولى ٢٠٠٤ ، دار النهضة العربية.

أ.د. أحمد محمد حشيش :

طبيعة المهمة التحكيمية ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ .

د. أحمد مخلوف :

اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية - الطبعة الثانية ٢٠٠٥ - دار النهضة العربية .

أ.د. أحمد هندی :

التحكيم دراسة اجرائية - طبعة ٢٠١٣ - دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية .

أ.د. أسامة أبوالحسن مجاهد :

قانون التحكيم الفرنسى الجديد - دار النهضة العربية - ٢٠١٢ .

أ.د. أسامة أحمد شوقى المليجى :

هيئة التحكيم الإختبارى ، دراسة تحليلية مقارنة لطبيعتها القانونية ولطبيعة العمل الذى تقوم به ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤ .

د. حسام التلهونى :

مدى جواز إنهاء اجراءات التحكيم عند تجاوز مدتها وفقاً لقانون دولة المقر ، ورقة عمل مقدمة فى مؤتمر تعديل قواعد اليونسترال على ضوء تجربة ثلاثين عاماً ، ١٥-١٧ أبريل ٢٠١٠ بيروت ، لبنان .

أ.د. سامية راشد :

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الكتاب الأول اتفاق التحكيم  
١٩٨٥- دار النهضة العربية  
أ.د. سيد أحمد محمود :

- نظام التحكيم ، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي  
والمصري ، دار النهضة العربية ١٩٩٩ .

- مفهوم التحكيم فى قانون المرافعات ، دار النهضة العربية ، الطبعة  
الثانية ٢٠٠٥ .

أ.د. طلعت محمد دويدار :

- ضمانات التقاضى فى خصومة التحكيم - الطبعة الأولى ٢٠٠٩ -  
منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت .

أ.د. عاشور مبروك :

- النظام الإجرائى لخصومة التحكيم ، الطبعة الثانية ١٩٩٨ ، مكتبة  
الجلء بالمنصورة .

- التحكيم ، طبعة ٢٠١٠ ، دار الفكر والقانون ، المنصورة .

أ.د. عاطف الفقى :

التحكيم فى المنازعات البحرية ، دار النهضة العربية ١٩٩٧ .

أ.د. على بركات :

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

- خصومة التحكيم فى القانون المصرى والقانون المقارن ، رسالة دكتوراه ،  
حقوق القاهرة ١٩٩٦ .

- الطعن فى أحكام التحكيم ، دار النهضة العربية - ٢٠٠٣ .  
أ.د. على سالم ابراهيم :

ولاية القضاء على التحكيم ، دار النهضة العربية - ١٩٩٩ .  
أ.د. فتحى والى :

- قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق ، الطبعة الأولى ٢٠٠٧ ، منشأة  
المعارف بالإسكندرية.

- التحكيم فى المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علماً وعملاً ، الطبعة  
الأولى ٢٠١٤ ، منشأة المعارف بالإسكندرية .

أ.د. محمد نور عبد الهادى شحاته :

الرقابة القضائية على أعمال المحكمين ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ ( سنة إيداع ) .

أ.د. محمود السيد عمر التحيوى :

التحكيم فى المواد المدنية والتجارية ، ٢٠٠٦ ، دار المطبوعات الجامعية ،  
الأسكندرية .

أ.د. محمود مختار أحمد بربرى :

التحكيم التجارى الدولى - الطبعة الثالثة ٢٠٠٧ - دار النهضة العربية .

أ.د. محمود مصطفى يونس :

- قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية .

- المرجع فى أصول التحكيم ، الطبعة الأولى ٢٠٠٩ ، دار النهضة العربية .

أ.د. مصطفى محمد الجمال و أ.د. عكاشة محمد عبد العال :

التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، الطبعة الأولى ١٩٩٨ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان .

د. منير عبد المجيد :

الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي فى القانون الخاص ، طبعة ٢٠٠٠ ، منشأة المعارف بالإسكندرية ،

أ.د. نبيل إسماعيل عمر :

التحكيم فى المواد المدنية والتجارية ، الطبعة الثانية ٢٠٠٥ ، دار الجامعة الجديدة .

ثانياً : باللغة الفرنسية :

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانى ٢٠١٦ المجلد الثانى

**Ancel (P.):** Arbitrage et ordre public fiscal, Rev. Arb 2001 p.269.

**Bertin(PH.):** Les nouvelles voies de recours en matière d'arbitrage, Gaz. Pal. 1982., Doctr. P.289.

**Boulbés (R.) :** La violation de l'ordre public, moyen de nullité du compromis d'arbitrage et de sentence arbitrale, JCP.1962 ,I,p.1676.

**Crepin (S.):** Le contrôle des sentences arbitrales par la cour d'appel de Paris depuis les réformes de 1980 et 1981, Rev-arb. 1991 p.521

**Delvolvé (J-L):** Essai sur la motivation des sentences arbitrales, Rev. arb., 1989,P.149.

**Emmanuel Gaillard :** Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, Recueil Dalloz,20 janvier 2011,p.175 et s.

**Jarrosson (Ch.) :** L'arbitrage et la convention européenne des droit de l'homme , rev. arb. 1989 p.573.

**Jean Robert :** L'arbitrage droit interne droit international privé ,6 ed. Dalloz, 1993.

**Kessedjian (C.):** Principe de la contradiction et arbitrage, Rev. arb. 1995, p.381.

**Laurence Franc-Menget:** Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international Paris e-bulletin janvier 2011, [www.herbertsmith.com/nr/rdonlyres](http://www.herbertsmith.com/nr/rdonlyres).

**LEVEL (P.):** Note Sous cass. Civ. 9 juillet 1997, Rev. arb.1998 N°1,p.105.

**Loïc Cadet :** Droit Judiciaire Privé , 2<sup>em</sup> éd. 1998.



**Marie Danis et Carine Dupeyron:**Réforme de l'arbitrage, [www.august-debouzy.com/fr](http://www.august-debouzy.com/fr)

**Mayer (P.):** La pouvoir des arbitres pour regler la procedure, Rev. arb.1995.

**Pellerin (J.):** L'instance au fond devant la cour d'appel après annulation de la sentence, Rev. arb.1993, 198.

**Perrot (R.):** L'interprétation des sentences arbitrales, Rev. arb. 1969, P.7.

Les voies de recours en matière d'arbitrage ,Rev.arb.1980,p.268

**Philippe Grandjean :** La durée de la mission des arbitres , Rev. Arb. 1995.

**Revue de veille juridique** du 14 janvier 2011:Une importante réforme de l'arbitrage entrera en vigueur le1<sup>er</sup> mai 2011, [www.net-iris.fr/veille-juridique/archives](http://www.net-iris.fr/veille-juridique/archives).

**Romain Dupeyre:** Le nouveau droit français de l'arbitrage est arrivé –[www.avocats.fr](http://www.avocats.fr)

**RONDEAU–RIVIER(M.-C.):**ARBITRAGE,La sentence arbitrale , J.cl.proc.fasc. civ.fasc.1042 .

**Seraglini(CH.):**L'intensité du contrôle du respect par l'arbitre de l'ordre public, note sous paris 1<sup>e</sup> ch.C.14 juin 2001, Rev.arb.2001,n<sup>o</sup>4,p.773.

**Vincent (J.) et Guinchard (s.):** Procédure civile, 24<sup>e</sup> éd. 1996 – Dallez.

# الفهرس

العنوان	البند
أهمية تحديد أجل للتحكيم	١
أهمية مد أجل للتحكيم	٢
اشكالية مد أجل التحكيم	٣
خطة البحث	٤
مبحث تمهيدى فى تعريف أجل التحكيم وصوره وتمييزه	
تعريف أجل التحكيم	٥
صور أجل التحكيم	٦
أ) الأجل الإتفاقى للتحكيم	
ب) الأجل القانونى للتحكيم	
ج) عدم تحديد أجل للتحكيم - التحكيم غير محدد المدة	
تمييز أجل التحكيم	٧
أ) أجل التحكيم وأجل اتفاق التحكيم	
ب) أجل التحكيم وأجل خصومة التحكيم	

المبحث الأول : مد أجل التحكيم باتفاق الأطراف	
تمهيد	٨
الإتفاق الصريح على المد	٩
الإتفاق الضمنى على المد	١٠
ضوابط المد المبني على الإتفاق الضمنى	١١
مدة المد المبني على الإتفاق الضمنى	١٢
المبحث الثانى : مد أجل التحكيم بقرار هيئة التحكيم	
تمهيد	١٣
المد بقرار من هيئة التحكيم فى القانون المصرى	١٤
نطاق سلطة هيئة التحكيم فى تحديد مدة المد	١٥
المد بقرار من هيئة التحكيم ونطاق سلطتها فى القانون الفرنسى	١٦
المد بقرار من هيئة التحكيم بتفويض من الأطراف	١٧
أثر وقف اجراءات التحكيم على مد الأجل - المد بقوة القانون	١٨
المبحث الثالث : مد أجل التحكيم بقرار قضائى	
تمهيد	١٩
المد بقرار قضائى فى القانون الفرنسى	٢٠

٢١	المد بقرار قضائى فى القانون المصرى - الميعاد الإضافى
٢٢	نقد النص - رأينا الخاص الميعاد الإضافى
	المبحث الرابع : مدة أجل التحكيم فى التحكيم فى قواعد الأونسيترال ومدى تعارضها مع الأجل الإتفاقى أو القانونى
٢٣	تمهيد
٢٤	سلطة هيئة التحكيم فى تحديد المواعيد الإجرائية وتعديلها
٢٥	تعارض قواعد الأونسيترال مع اتفاق التحكيم أو مع قانون دولة مقر التحكيم
٢٦	تعارض قواعد الأونسيترال مع الأجل الإتفاقى
٢٧	تعارض قواعد الأونسيترال مع الأجل القانونى لدولة مقر التحكيم
	الخاتمة
	مراجع البحث
	الفهرس

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

# الحماية القانونية للعلامات التجارية المشهورة دراسة مقارنة

الدكتور/ عايض راشد المري  
قسم القانون – كلية الدراسات التجارية  
الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

عرفت العلامة التجارية منذ أكثر من ٣٥٠٠ عام، فعرفها الرومان عندما كان الخزافون يقومون بطبع علامات على مؤخرة منتوجاتهم من الخزف لتمييزها عن السلع الأخرى المماثلة، ثم انتشرت تلك الطريقة في كل من فرنسا وإيطاليا إبان انتشار نظام الطوائف؛ حيث كان يُفرض على كل طائفة وضع رمزها على منتجاتها لتمييزها عن المنتجات الأخرى، ولتنظيم عملية دفع الرسوم على تلك السلع المنتجة، واستمر الوضع حتى ألغي نظام الطوائف، فزال مع نظمهم الخاصة بالعلامات التجارية<sup>١</sup>.

تناول القضاء الإنجليزي القضايا المتعلقة بالعلامة التجارية منذ عام ١٥٨٤م فيما يعرف بقضية "Sandforth"، ومن ذلك الحين أصبحت المحاكم تحمي العلامات التجارية في القضايا التي تعرض عليها في إنجلترا حتى صدر القانون الإنجليزي للعلامات التجارية سنة ١٩٣٨م، وفي الولايات المتحدة الأمريكية بسطت الحماية الفيدرالية على العلامات التجارية طبقاً لقانون لانهام الأمريكي<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> أستاذتنا سميحة القليوبي - الملكية الصناعية - الطبعة السادسة - ٢٠٠٧ - دار النهضة العربية - ص

٤٤٥، أحمد محمد محرز - القانون التجاري - دار الكتب القانونية - ٢٠٠٣ - ص ٤٦٧.

<sup>٢</sup> Halpern, Sheldon W., Nard, Craig Allen, and Port, Kenneth L., Fundamentals of United States Intellectual Property Law : Copyright, Patent, Trademark, Second edition, Kluwer Law International, 2007, P. 292

وقانون لانهام هو القانون الأمريكي الفيدرالي للعلامات التجارية الصادر سنة ١٩٤٦م. انظر: د. صلاح زين

الدين - الملكية الصناعية - دار الثقافة - ٢٠٠٠م - ص ٢٤٨.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وفي سنة ١٨٧٣م، أصبحت الحاجة ملحة لعمل تنظيم دولي لحماية حقوق الملكية الفكرية، وذلك عندما أحجم المشاركون في المعرض الدولي للاختراعات، المقام في النمسا، عن إرسال اختراعاتهم؛ وذلك خوفاً من سرقتها واستغلالها من دون مقابل، ولذلك سعت الدول الصناعية لبسط حقوق الملكية الفكرية على نطاق دولي، فأبرمت اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية في عام ١٨٨٣م<sup>١</sup>.

وبعد ذلك أنشأت منظمة التجارة العالمية (WTO) في ١٥ أبريل ١٩٩٤م، بعد ثماني جولات تفاوضية بدءاً بجولة جنيف عام ١٩٤٨م، وانتهاءً بجولة أورجواي (١٩٦٨-١٩٩٤م)، بتوقيع (١١٤) دولة، بالإضافة لدول الاتحاد الأوروبي، وذلك بعد ضغط شديد من قبل رجال الأعمال في كلٍّ من الولايات المتحدة الأمريكية وأوروبا واليابان على إدراج مسألة حماية الملكية الفكرية ضمن المواضيع التي يجب أن تناقش في منظمة التجارة العالمية، وتركيز الضوء عليها، وحلت مع ملاحقتها التي أرفقت في اتفاقية مراكش لإنشاء هذه المنظمة بدلاً من اتفاقية الجات ١٩٤٧م<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> حسام الدين عبد الغني الصغير - الجديد في العلامات التجارية - دار الفكر الجامعي - ٢٠٠٥ - ص ٧.

<sup>٢</sup> انظر: محمد حسام لطفى - تأثير اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية "تريس" على

تشريعات البلدان العربية - القاهرة - ١٩٩٩م - ص ١٠-١٣. انظر أيضاً:

Khoury, Amir H., The development of modern trademark legislation and protection in Arab countries of the Middle East, Transnational Lawyer, spring 2003, P.301; Correa, Carlos M., Trade related aspects of intellectual property rights , oxford university press , 2007, P.1 – 18 ; Matthews, Duncan , Globalising intellectual property rights , Routledge , Taylor & Francis Group , 2002, p. 7 ; Blakeney , Michael , Trade related aspects of intellectual property rights : A concise guide to the Trips Agreement , Sweet & Maxwell , 1996, P.3-9.

وقد عُهد إلى هذه المنظمة اعتباراً من تاريخ الأول من يناير سنة ١٩٩٥م السهر على تنفيذ

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



وكانت العلامة التجارية تتمتع بالحماية القانونية الدولية من خلال الاتفاقيات والمعاهدات المتعلقة بحماية الملكية الفكرية السابقة على اتفاقية تريبس، مثل اتفاقية باريس للملكية الصناعية لعام ١٨٨٣م وتعديلاتها، والتي أحالت إليها اتفاقية تريبس في بعض موادها؛ حيث أحالت للمواد من ١-١٢ من اتفاقية باريس للملكية الصناعية، واتفاقية مدريد للتسجيل الدولي لعام ١٨٩١م، واتفاقية قانون العلامات لعام ١٩٩٤م لعام ٢٠٠٦م.

وقد أكدت اتفاقية تريبس على ثلاثة أمور يجب على الدول الأعضاء مراعاتها؛ أولها: اعتبار بنود هذه الاتفاقية كحد أدنى من الحماية للملكية الفكرية يجب ألا تقل عنها في الدول الأعضاء، وثانيها: تعديل تشريعاتها الداخلية بما يتواءم مع الاتفاقية، وثالثها: أن تقوم بتسوية المنازعات التي تتصل بالملكية الفكرية<sup>١</sup>.

---

دورة أوروغواي، وعددها (٢٨) اتفاقية، والتي تتكون من مجموعات ثلاث؛ الأول: التجارة السلعية وأمور التجارة في بعض القطاعات السلعية، مثل السلع الزراعية والمنسوجات والملابس الجاهزة، والثاني: هو قطاع الخدمات، والثالث: هو اتفاق يتعلق بموضوعات التجارة المرتبطة بحقوق الملكية الفكرية (Trips). كما تضمنت الوثيقة الختامية لدورة أوروغواي ثلاثة ملاحق؛ الأول: يتعلق بالتجارة في السلع (١ أ) والخدمات (١ ب) والجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (١ ج)، والثاني: يتصل بالقواعد والإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات، والثالث: خاص بألية السياسة التجارية. وتحكم هذه الاتفاقيات جميعها التجارة الدولية، وتقوم على أساس احترام مبدأي المعاملة الوطنية للأجانب، ومعاملة الدول الأعضاء بعضها بعضاً معاملة لا تقل عما تمنحه لأي دولة أخرى من مزايا وتفضيلات، ويسمى بشرط الدولة الأكثر رعاية، فضلاً عن وضع قواعد أساسية لا يجوز الخروج عنها إلا في أضيق الحدود؛ وهي حرية التجارة الدولية، وإفساح المجال للقطاع الخاص، واحترام آليات السوق والشفافية. ومن الجدير بالذكر أن قطاع الخدمات لا يتقيد بمبدأ المعاملة الوطنية إلا لقطاعات خدمية معينة تدرجها كل دولة ضمن تعهداتها، حسبما تقدره مناسباً لتحقيق مصالحها.

<sup>١</sup> Khoury, Amir H., op. Cit. , P.305-306.

وقد تناولت اتفاقية تريس مسألة العلامات التجارية في المواد من ١٥- ٢١ من الجزء الثاني؛ حيث تناولت المواد القابلة للحماية، والحقوق الممنوحة، ومدة الحماية، ومتطلبات استخدام العلامة التجارية، ثم الترخيص والتنازل. ومن الجدير بالذكر أن هذه المواد المذكورة تعد الحدود الدنيا للحماية القانونية للعلامات التجارية، والتي يجب على الدول الأعضاء الالتزام بها، وتعديل تشريعاتها بما يتواءم وهذه المواد، ولكن يجوز لتلك لدول الأعضاء أن يُضْمَنُوا قوانينهم الوطنية حماية أكبر مما نصت عليه الاتفاقية. المهم ألا تقل الحماية عما ذكر في هذه الاتفاقية<sup>١</sup>.

وقد انضمت الكويت إلى منظمة التجارة العالمية في ١ يناير ١٩٩٥م، ونظم المشرع الكويتي حقوق الملكية الفكرية أتباعاً لنهج ومتطلبات اتفاقية تريس، فصدر القانون رقم ١٩٩٩/٥م بشأن حقوق المؤلف، وتم تعديل بعض مواد القانون التجاري الخاصة بالعلامات التجارية والبيانات التجارية لتتواءم

---

<sup>١</sup> وتتكون اتفاقية تريس من (٧٣) مادة موزعة على سبعة أجزاء رئيسة؛ الجزء الأول بعنوان أحكام عامة، والجزء الثاني يتعلق بالمعايير المتعلقة بتوفير حقوق الملكية الفكرية ونطاقها واستخدامها، وتناول حقوق المؤلف والحقوق المتعلقة بها، والعلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية، والتصميمات الصناعية وبراءات الاختراع والتصميمات التخطيطية (الرسومات الطبوغرافية) للدوائر المتكاملة، وحماية المعلومات السرية، والرقابة على الممارسات غير التنافسية في التراخيص التعاقدية. والجزء الثالث تناول إنفاذ حقوق الملكية الفكرية، فتحدث عن الالتزامات العامة، ثم تناول الإجراءات والجزاءات المدنية والإدارية، ثم التدابير المؤقتة، ثم المتطلبات الخاصة فيما يتصل بالتدابير الحدودية، وأخيراً الإجراءات الجنائية. وجاء في الجزء الرابع ليتناول اكتساب حقوق الملكية الفكرية واستمرارها وما يتصل بها من الإجراءات التي تؤثر في أطراف العلاقة، وفي الجزء الخامس تناول منع المنازعات وتسويتها، وفي السادس تحدث عن الترتيبات الانتقالية، واختتمت الاتفاقية بالنص على الترتيبات المؤسسية، والأحكام النهائية في الجزء السابع.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

مع متطلبات الاتفاقية؛ فقد تناول القانون التجاري مسألة العلامات التجارية والبيانات التجارية في المواد من ٦١-٩٥.

وكذلك الأمر بالنسبة لكل دول مجلس التعاون الخليجي؛ حيث قامت بتعديل قوانينها الوطنية بما يتواءم واتفاقية تريس، وأضفت الحماية القانونية للعلامات التجارية.

وسوف تقتصر دراستنا على العلامة التجارية المشهورة في ظل القانون الكويتي، ومقارنته مع قوانين دول مجلس التعاون الخليجي وبعض الدول العربية، بالإضافة إلى اتفاقية تريس؛ إيماناً منا بأهمية العلامات التجارية على المستويين الوطني والدولي، وباعتبارها أحد رموز المشروع الاقتصادي المهمة، ولأن حماية العلامة التجارية تمثل حماية لأصحاب الحق فيها، وفي نفس الوقت حماية للمستهلكين من الوقوع في الخلط أو اللبس بين السلع والخدمات أو مصدر إنتاجها، وحمايتهم من التقليد والتزوير؛ مما يؤدي بالتالي إلى استقرار التجارة وتشجيع الاستثمار<sup>١</sup>. وتظهر فائدتها بالنسبة للمستهلكين من حيث إنهم عن طريق تلك العلامات التجارية التي تحملها المنتجات التي قاموا بشرائها من قبل، وكانت تجربتهم معها جيدة، تجعلهم يتقنون في تلك المنتجات التي تحملها تلك العلامة، ومن ثم في حال رغبتهم في شراء منتجات أخرى تجدهم يبحثون عن المنتجات التي تحمل تلك العلامة؛ لتقتهم بها وبجودتها<sup>١</sup>.

وقد نص قانون التجارة الكويتي في المادة (٦١) منه على تعريف العلامة التجارية على أنها: "... كل ما يأخذ شكلاً مميزاً من كلمات، أو إمضاءات، أو حروف، أو أرقام، أو رسوم، أو رموز، أو عناوين، أو أختام تصاوير، أو نقوش، أو عناصر تصويرية وتشكيلات الألوان، أو أي إشارة قابلة للإدراك بال نظر، والعلامات السمعية، والعلامات الخاصة بحاسة الشم، أو

<sup>١</sup> محمد الشمري - حماية العلامة التجارية وفقاً لاتفاقية التريس - ١٤٢٦هـ - الرياض - ص ١٦.

Bottero, Nicola, Mangani, Andrea and Ricolfi, Marco, the extended protection of "strong" trademarks, Marquette 267. Intellectual Property Law Review, summer 2007, P.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

أي علامات أخرى، أو أي مجموعة منها إذا كانت تستخدم أو يُراد استخدامها في تمييز بضائع أو منتجات أو خدمات للدلالة على أنها تخص صاحب العلامة؛ بسبب صنعها، أو اختيارها، أو الإتجار بها، أو عرضها للبيع<sup>١</sup>.  
والعلامات التجارية تنقسم إلى علامات تجارية عادية وعلامات تجارية مشهورة، وقد ظهرت هذه العلامات المشهورة نتيجة التطور الكبير للإنتاج، الذي جعل كثيرًا من المنتجات مجهولة وغير معروفة لدى المستهلكين إلا من خلال علامة ذلك المنتج، فأصبحت العلامة بالتالي هي المنتج، حتى إن بعض العلامات أصبحت تستخدم كتعريف لبعض أنواع المنتجات في القواميس والموسوعات، كما في كلمة Frigidaire، التي أصبحت تطلق على منتج الثلاجة، مع أن هذه الكلمة أصلًا هي علامة تجارية لمنتج معين، ولكن شيوعه بصورة كبيرة جدًا جعلت التسمية ترتبط بالعلامة، ويصبح من الصعب التفريق بينهما.

---

<sup>١</sup> القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠١م بتعديل بعض أحكام قانون التجارة الصادر بالمرسوم بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠م.

وكنا نتمنى من المشرع الكويتي والقطري التريث قبل إضافة العلامات الخاصة بالشم والسمع ما لم تتوفر الأجهزة المناسبة لفحص تلك العلامات، فعلامات الشم مثلًا تدخل في جهاز إلكتروني يقوم بتحويل الرائحة إلى عملية حسابية تظهر في صورة رموز يمكن في النهاية مقارنتها مع الروائح الأخرى، ولا يتم الاعتماد على استخدام الطرق التقليدية، وكذلك القانون الإماراتي الذي اعتبر الصوت جزءًا من العلامة التجارية إذا كان مصاحبًا لها. انظر:  
المادة (٢) من القانون الاتحادي الإماراتي، وقد أحسن صنعًا كلٌّ من القانون العماني والبحريني والسعودي باستبعاد العلامات الخاصة بالشم أو السمع من تعريف العلامة التجارية.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وقد انتشرت العلامات التجارية وشاعت نتيجة لتسارع التجارة الدولية، فنجد أن كثيراً من العلامات التجارية قد تجاوزت الحدود الإقليمية لدولها، بل وتعدت تلك الشهرة مجال النشاط الذي تستعمل فيه<sup>1</sup>.

كل هذه الأسباب ساهمت بالاهتمام بظهور مفهوم العلامة التجارية المشهورة؛ وذلك لأن مثل هذه العلامات المشهورة عالمياً أصبحت تمثل ثروة اقتصادية هامة في النشاط الاقتصادي العالمي، فمثلاً تجد أن علامة Coca Cola، Apple، Sony، وغيرها كثير، علامات تجارية مشهورة جداً تخطت الحدود الإقليمية لدولها، حتى أصبحت هذه العلامات مشهورة في كل بقاع الأرض، وبالتالي لا تقدر بثمن؛ لما لها من تأثير قوي على مزاج المستهلكين، فتجد أن يد ذلك المستهلك تمتد فوراً للمنتج الذي يحمل تلك العلامة دون سائر المنتجات الأخرى ثقةً منه بجودة وقيمة ذلك المنتج.

وقد استتبع تلك الشهرة لبعض العلامات التجارية أنها أصبحت مطعماً لطيفليي العلامات التجارية المشهورة، الذين يسعون للانتفاع من الشهرة التي حققتها تلك العلامات وتأثيرها في المستهلكين، عن طريق تقليد تلك العلامات التجارية المشهورة، ووضع تلك العلامات على منتجاتهم الرديئة؛ سعياً منهم للحصول على مبالغ طائلة جراء استخدام تلك العلامات المرتبطة بأمزجة المستهلكين، بل أصبحت السلع المقلدة تقلق دول العالم جميعاً، بالإضافة لما تسببه من خسارة وتأثير سلبي على أصحاب العلامة الأصليين؛ حيث وصلت قيمة تجارة السلع المقلدة إلى ما يقارب 5% من تجارة العالم من السلع والخدمات. وهذا ما دعا إلى المطالبة بوضع حماية خاصة للعلامات التجارية المشهورة أكبر من الحماية القانونية المقررة لبقية أنواع العلامات التجارية

<sup>1</sup> سوفالو آمال - حماية العلامة التجارية المشهورة بين التشريع الجزائري والاتفاقات الدولية - رسالة ماجستير -

جامعة الجزائر - كلية الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون - 2004/2005م - ص 5 وما بعدها، وكذلك:

نحى خالد عيسى - العلامة التجارية المشهورة - دراسة مقارنة - مجلة جامعة بابل - العلوم الإنسانية - المجلد

21 - العدد 1 - 2013م - ص 41.

الأخرى<sup>١</sup>، وهذا لا يعني التقليل من أهمية العلامات التجارية التي لم تصل إلى العالمية، ولكن هذه العلامات التجارية المشهورة أصبحت تمثل في بعض الدول ثروة اقتصادية، كما أسلفنا.

والحماية المطلوبة للعلامات التجارية المشهورة تتعدى حدود الدولة المُسجَّلة بها تلك العلامة إلى دول أخرى، حتى ولو لم تكن قد سجلت بها، وذلك استنادًا لشهرتها الكبيرة التي أغنت عن تسجيلها، كما أن هذه الحماية تعدت المجال الاقتصادي الذي عرفت به تلك العلامة إلى المجالات الأخرى، وذلك محافظة على سمعة تلك العلامات، وحماية للمستهلكين الذين يتقنون بتلك العلامة.

فالحماية القانونية للعلامات التجارية المشهورة يجب أن تتجاوز مبدأ الإقليمية للعلامة التجارية، وكذلك مبدأ التخصص لتلك العلامات، فيجب أن تشمل كل أنواع المنتجات، سواءً ما كانت قد عرفت فيها تلك العلامة أو غيرها من الأنشطة التي لم تُعرَف بها، فمثلًا علامة Apple المتعلقة بأجهزة الكمبيوتر والهواتف النقالة، لو أراد أحد الأشخاص أن يسجل هذه العلامة على أنواع إطارات سيارات، فيجب أن تمتد إليها الحماية القانونية للعلامات المشهورة وتمنع تسجيلها؛ وذلك لارتباط هذه العلامة بمستوى معين، ولأن المستهلك قد يعتقد أن هذه الإطارات من إنتاج نفس الشركة، وبنفس جودة المنتج الذي تعود عليه.

من أجل تلك الأهمية للعلامات التجارية المشهورة وقيمتها الكبيرة في الاقتصاد العالمي، كان لابد من البحث في الحماية القانونية للعلامات التجارية المشهورة في القانون الكويتي وقوانين دول مجلس التعاون الخليجي واتفاقية تريبس.

وعليه سوف يتم تقسيم هذا البحث إلى فصلين:

الفصل الأول: مفهوم العلامة التجارية المشهورة.

الفصل الثاني: حماية العلامات التجارية المشهورة.

<sup>١</sup> سوفالو آمال - المرجع السابق - ص ٩.

## الفصل الأول

### مفهوم العلامة التجارية المشهورة

سنتحدث في هذا الفصل عن كلِّ من تعريف العلامة التجارية المشهورة وأهميتها في مبحث أول، ثم نتطرق للمعايير التي تحدد شهرة العلامة التجارية في مبحث ثانٍ.

### المبحث الأول

#### تعريف العلامة التجارية المشهورة وأهميتها

سنتناول في هذا المبحث المقصود بالعلامة التجارية المشهورة، وهل تختلف عن العلامة التجارية العادية، وما أهمية حماية هذه العلامات التجارية المشهورة بالنسبة لكلِّ من المستهلك والمنتج؛ صاحب العلامة الأصلي.

### المطلب الأول

#### تعريف العلامة التجارية المشهورة

لم تتصدَّ اتفاقية تريبس أو اتفاقية باريس لتعريف العلامة المشهورة<sup>١</sup>، واكتفت بوضع الضوابط التي يمكن من خلالها تمييز العلامات المشهورة عن غيرها من العلامات التجارية العادية، ولكنها تركت تعريفها للفقهاء والاجتهادات القضاء، وسارت أغلب دول مجلس التعاون الخليجي، ومنها المشرّع الكويتي ذ

### المطلب الثاني

#### أهمية العلامة التجارية المشهورة

تحتل العلامة التجارية المشهورة أهمية كبيرة لدى كلِّ من المستهلك ومالك العلامة نفسه؛ فهي تساعد المستهلك في التعرف على السلع التي تحظى بثقة

<sup>١</sup> انظر: المادة (١٦) من اتفاقية تريبس.

كبيرة لديه، ويستطيع تمييزها عن غيرها من المنتجات من أول نظرة، كما أن لها أهمية كبيرة للتاجر؛ فهي إحدى الوسائل الرئيسية لنجاح نشاط التاجر الاقتصادي، ووسيلته في المنافسة مع غيره من التجار؛ لذلك سنتناول أهمية العلامة التجارية المشهورة بالنسبة للمستهلك ومالك العلامة<sup>1</sup> نفسه على النحو التالي:

أولاً: أهمية العلامة التجارية المشهورة بالنسبة للمستهلك:

١. تعد العلامة التجارية المشهورة دليلاً على مصدر السلعة أو الخدمة،

فوضع علامة معينة على منتج ما يعني أن هذه السلعة قد تم تصنيعها في ذلك المصنع أو تلك الدولة. وهذه الوظيفة هي الوظيفة التاريخية للعلامات التجارية، فبداية نشأة العلامات التجارية عندما كان الرومان يضعون إشاراتهم أو أسماءهم على الفخار عند صناعته؛ ليتم تمييز منتجاتهم عن غيرهم من الصناع. وهذه الوظيفة مهمة للمستهلك؛ حيث تمكنه من معرفة كل المنتجات التي تشترك في نفس العلامة، ليتعرف على المنتجات الأخرى لذلك المصنع أو لذلك التاجر، بل إن بعض العلامات التجارية المشهورة هي أكثر شهرة من أسماء

---

<sup>1</sup> يعقوب يوسف صرخوه - النظام القانوني للعلامات التجارية - دراسة مقارنة - مطبوعات جامعة الكويت

- ١٩٩٣م - ص ٥٤ وما بعدها، وكذلك انظر: سوفالو آمال - المرجع السابق - ص ٢٨ وما بعدها، وكذلك

منار نزار الملكاوي - الحماية القانونية للعلامة التجارية في ظل القانونين الأردني والمصري والاتفاقات الدولية

المعاصرة - رسالة ماجستير - معهد البحوث والدراسات العربية - القاهرة - ٢٠٠١ م - ص ٣٦ وما بعدها.



المحلات التجارية التي تستعمل تلك العلامات، فالمستهلك لا يهمله أصلاً اسم المؤسسة التي تستعمل تلك العلامة التجارية بقدر أهمية العلامة التجارية نفسها.

وقد أشارت المادة (٦١) من القانون التجاري الكويتي والمواد المقابلة لها في قوانين دول مجلس التعاون الخليجي إلى أهمية العلامة التجارية في معرفة مصدر المنتجات بقولها: "... إذا كانت تستخدم أو يراد استخدامها في تمييز بضائع أو منتجات أو خدمات للدلالة على أنها تخص صاحب العلامة، بسبب صنعها، أو اختيارها، أو إلتجار بها، أو عرضها للبيع".

٢. أصبحت العلامة التجارية المشهورة الموجودة على المنتج هي اسم لذلك المنتج بالنسبة للمستهلك، كما في Frigidaire، Vaseline، بل أصبح مُلاك تلك العلامات يخشون من فرط شهرتها أن تسقط تلك العلامات التجارية في الملك العام للبشرية؛ وذلك لارتباط تلك التسميات بسلع مختلفة تجاوزت إلى حد كبير جدًا كونها علامات تجارية لسلعة ما.

٣. تعد العلامة التجارية المشهورة رمزًا للجودة؛ حيث ترتبط العلامات التجارية المشهورة في أذهان المستهلكين بمستوى معين من الجودة استنادًا لاستخدام ذلك المنتج سابقًا، أو نتيجة للدعاية الكبيرة التي تمارسها الشركات مالكة تلك العلامات المشهورة، والتي تؤثر بشكل كبير في اختيار وقرار المستهلك، فكثيرًا ما تجد المستهلك يتنازل عن

مقارنة أسعار السلع المنافسة للسلعة صاحبة العلامة التجارية المشهورة؛ لارتباطها بالجودة في ذهنه.

٤. تساعد العلامة التجارية المشهورة المستهلك في اتخاذ قرار الاختيار بين كمية المنتجات التي تحمل علامات تجارية كثيرة؛ فالسلعة صاحبة العلامة التجارية المشهورة تمنح المستهلك الطمأنينة وتجنبه التردد، فهي تعتبر الإطار المرجعي للمستهلك عند مقارنتها ببقية أنواع السلع الأخرى<sup>١</sup>.

**ثانياً: أهمية العلامة التجارية المشهورة لمالكها:**

تمكّن الحماية القانونية للعلامة التجارية المشهورة مالكها من توفير الجهد المبذول منه لتحقيق الشهرة لعلامته، بالإضافة للوقت والمال المبذول من قبله للوصول إلى الأسواق والدول المختلفة، حتى تستطيع المنافسة في السوق بين منتجاته والمنتجات المشابهة، سواءً كان ذلك على المستوى المحلي أو على

---

Chopnick, Sarah B., search costs and famous foreign marks: <sup>١</sup>  
should congress reduce the search costs of the global  
consumer and protect famous foreign marks? Seton Hall Circuit  
٢٢٢٧Review, Fall, 2008, p.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

المستوى العالمي<sup>١</sup>؛ وذلك لما لهذه العلامة من تأثير في ذهن وقرار المستهلك عند اختياره لمنتج ما من بين المنتجات الكثيرة المعروضة. كذلك فإن هذه العلامات التجارية المشهورة يكون لها قيمة مالية في السوق قد تصل إلى مليارات الدولارات؛ مما قد يساهم في زيادة الذمة المالية لمالك تلك العلامة المشهورة.

---

<sup>١</sup> Zobel, Kristin, the famous marks doctrine: can and should well-known foreign marks receive trademark protection within the UNITED, DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law, Fall 2008, p. 145

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

## المبحث الثاني معايير تحديد شهرة العلامة التجارية

كما رأينا سابقاً، أجمت الاتفاقيات الدولية عن تعريف العلامة المشهورة، وتركت ذلك للفقهاء والمحامين باستثناء بعض التشريعات، كما في القانون الاتحادي الإماراتي والقانون الأردني. وهذا ما حدا بالجمعية العامة لاتحاد باريس لحماية الملكية الصناعية، والجمعية العامة لمنظمة الملكية الفكرية (الويبو) إلى عقد دورة مشتركة في الفترة من ٢٠-٢٩ سبتمبر ١٩٩٩م، توصلوا من خلالها لوضع توصية بشأن العلامة التجارية المشهورة؛ حيث تم وضع عدد من العوامل المشتركة التي يمكن لدول اتحاد باريس الاسترشاد بها لتحديد متى تعتبر العلامة مشهورة، وما المقصود بالقطاع المعني من الجمهور، والتي تضمنتها المادة (٢) الفقرتين (١)، (٢) من التوصية المشتركة<sup>١</sup>.

وعليه سوف نقسم معايير شهرة العلامة التجارية إلى قسمين؛ أحدهما: المعايير الشخصية، والثاني: المعايير الموضوعية، على النحو التالي:

---

<sup>١</sup> حسام الدين الصغير - حماية العلامات التجارية المشهورة - حلقة الويبو الوطنية التدريبية حول الملكية الفكرية للدبلوماسيين التي نظمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع وزارة الخارجية العمانية - مسقط من ٥-٧ سبتمبر ٢٠٠٥م - ص ٤، ٥، وكذلك نهي خالد عيسى - المرجع السابق - ص ٤٤، وكذلك: عبد الرحمن السيد قرمان - حماية العلامة التجارية المشهورة - مجلة الأمن والحياة - العدد ٣٣٤ - ١٤٣١هـ - ص ٦٨ وما بعدها.

## المطلب الأول المعايير الشخصية

تقوم معايير شهرة العلامات التجارية المشهورة على معايير شخصية، ويقصد بها مدى معرفة الجمهور بالعلامة المشهورة. وقد جاء هذا المعيار واضحاً في المادة (٢) فقرة (أ)، (ب)-١ من التوصية المشتركة بشأن الأحكام المتعلقة بحماية العلامة المشهورة بأن: من عوامل تحديد شهرة العلامة مدى معرفتها أو التعرف عليها في القطاع المعني من الجمهور.

كما جاءت الفقرة الثانية من المادة (٢) موضحة المقصود بالقطاع المعني من الجمهور، فذكرت أن القطاعات المعنية من الجمهور هي - على سبيل المثال وليس الحصر - ما يلي:

١. المستهلكون الفعليون المحتملون لنوع السلعة أو الخدمة التي

تميزها العلامة.

٢. الأشخاص المعنيون في قنوات توزيع نوع السلع والخدمات

التي تميزها العلامة.

٣. الأوساط التجارية التي تتعامل في نوعية السلع والخدمات التي

تميزها العلامة.

وعليه، فإن القطاعات المذكورة هي على سبيل المثال لا الحصر، وبالتالي فمن الممكن أن تكون هناك قطاعات معينة أخرى من الجمهور غير مذكورة.

كما نصت المادة (٢/١٦) من اتفاقية تريس على أنه: "عند تقرير ما إذا كانت العلامة التجارية معروفة جداً، تراعي البلدان الأعضاء مدى معرفة العلامة التجارية في قطاع الجمهور المعني، بما في ذلك معرفتها في البلد العضو المعني نتيجة ترويج العلامة التجارية".

ويتضح لنا من استعراض النصوص السابقة، أنه يلزم عند تقدير مدى اعتبار العلامة التجارية مشهورةً من عدمه مراعاة مدى معرفة العلامة التجارية في

نطاق الجمهور المعني؛ أي المستهلكين الذين يتعاملون بهذه العلامة<sup>١</sup>. ولكن متى يكون قطاع الجمهور كافيًا لاعتبار العلامة التجارية مشهورة؟ وهل يلزم معرفة جميع أفراد المجتمع بهذه العلامة أم يُكتفى فقط بفئة معينة من الجمهور؛ كالجمهور الذي يتعامل مع العلامة التجارية فقط دون سائر فئات المجتمع الأخرى؟

أغلب التشريعات اتبعت نهج اتفاقية تريبس في المقصود بقطاع الجمهور المعني ذيوع العلامة التجارية داخله، بأنه الجمهور المعني بالمنتجات أو الخدمات محل العلامة وليس الجمهور بكامله. ومع ذلك، فقد اختلفت تلك التشريعات في نطاق بسط الحماية للعلامة التجارية المشهورة؛ حيث اكتفى القانون السعودي والكويتي والعماني بالشهرة المحلية للعلامة التجارية لبسط الحماية القانونية لها، وذلك على عكس القانون البحريني والقطري<sup>٢</sup> والإماراتي<sup>٣</sup>، والذي أخذ

---

<sup>١</sup> Sova , Bradley, double- double trademark trouble: IN-N-OUT AND CALIBURGER'S INTERNATIONAL BURGER BRAWL, Asian-Pacific Law and Policy Journal, 2012, p. 71

<sup>٢</sup> المادة (٨/٨) من القانون رقم (٢٠٠٢/٩) القطري بشأن العلامات التجارية الذي منع تسجيل "الإشارات

المطابقة أو المشابهة إلى حد يثير اللبس لدى الجمهور بينها وبين علامة سبق تسجيلها، أو إبداع طلب بذلك

بواسطة الغير عن منتجات أو خدمات مطابقة أو مشابهة، أو الإشارات الشائعة الشهرة ولو لم يكن مودعًا طلبًا

عنها أو مسجلة بقطر، وبغض النظر عن مدى التطابق أو التشابه بين السلع أو الخدمات المرتبطة بها، أو التي

يطلب تسجيلها".

<sup>٣</sup> المادة الرابعة الفقرة (١، ٢) من قانون العلامات التجارية التي نصت على أنه: "١- لا يجوز تسجيل العلامات

التجارية ذات الشهرة العالمية التي تتجاوز حدود البلد الأصلي للعلامة إلى البلاد الأخرى إلا بناء على طلب مالكيها

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

بمعيار الشهرة العالمية والمحلية معًا؛ فقد منعت المادة (٥/٦٢) من قانون التجارة الكويتي تسجيل العلامات المطابقة أو المشابهة إلى حد يثير اللبس لعلامة أو اسم تجاري مشهور في دولة الكويت، أو بمثابة ترجمة لها، بالنسبة للبضائع أو الخدمات المطابقة أو المشابهة الخاصة بمشروع آخر، كما لا يجوز تسجيل العلامة إذا كانت عن بضائع أو خدمات غير مشابهة أو مطابقة متى كان من شأن استعمالها ما يوحي بوجود رابطة بينها وبين العلامة أو الاسم التجاري المشهور، على نحو يلحق أضرارًا بمالك العلامة<sup>١</sup>.

وكذلك جاءت المادة ٢/٢ من النظام السعودي<sup>٢</sup>، الذي منع تسجيل "العلامات المطابقة أو المشابهة للعلامات الشائعة الشهرة في المملكة، ولو كانت غير

---

الأصلي، أو بناء على توكيل رسمي منه. ٢- ولتحديد ما إذا كانت العلامة ذات شهرة يراعى مدى معرفتها لدى الجمهور المعنى نتيجة ترويجها".

<sup>١</sup> اختلفت المحاكم الصينية مثلاً في تطبيق شروط اكتساب العلامة التجارية صفة الشهرة من عدمه، فمثلاً تجد أن بعض المحاكم تكفي بوجود معيار واحد أو اثنين، بينما قد تشترط محاكم أخرى وجود المعايير جميعاً لاعتبار العلامة مشهورة. انظر:

Sova, Bradley, op. cit., p.72.

<sup>٢</sup> وكذلك جاء النص في القانون العماني في المادة (٧/٢) على أنه لا يجوز تسجيل العلامة "إذا كانت العلامة مطابقة أو مشابهة إلى حد يثير اللبس، أو بمثابة ترجمة لعلامة أو اسم تجاري معروف في سلطنة عمان بالنسبة إلى بضائع أو خدمات مطابقة أو مشابهة خاصة بمشروع آخر، أو إذا كانت معروفة ومسجلة في سلطنة عمان فيما يتعلق ببضائع أو خدمات لا تكون مطابقة أو مشابهة لتلك التي يطلب تسجيل العلامة لأجلها، شريطة أن يكون من شأن استعمال العلامة فيما يتعلق بتلك البضائع أو الخدمات في هذه الحالة الأخيرة، أن يوحي بوجود

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

مسجلة فيها، على سلع أو خدمات مطابقة أو مشابهة، والعلامات المطابقة أو المشابهة لتلك الشائعة الشهرة في المملكة والمسجلة فيها على سلع أو خدمات ليست مطابقة أو مشابهة، شريطة أن يلحق ذلك الانتفاع الضرر بصاحب العلامة شائعة الشهرة"<sup>١</sup>.

أما القانون المصري في المادة (٦٨) من قانون حماية الملكية الفكرية رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠٢م، فقد نص على أنه: "يكون لصاحب العلامة التجارية المشهورة عالمياً، وفي جمهورية مصر العربية، حق التمتع بالحماية المقررة في هذا القانون ولو لم تسجل في جمهورية مصر العربية".

ونص المشرع المصري هو الأقرب لما ورد في اتفاقية تريبس؛ حيث اشترطت الشهرة العالمية والمحلية لبسط الحماية للعلامة التجارية المشهورة، فقد جاءت المادة (٢/١٦) من الاتفاقية بالنص على أنه: "تراعي البلدان الأعضاء مدى معرفة العلامة التجارية في قطاع الجمهور المعني بما في ذلك معرفتها في البلد العضو المعني نتيجة ترويج العلامة التجارية".

أما بالنسبة لموقف الفقه من قطاع الجمهور المقصود لذيوع العلامة التجارية، فقد اختلف إلى رأيين؛ الرأي الأول - وهو الذي نؤيده - ذهب إلى أنه لا يلزم أن يكون المجتمع بكامله يعرف العلامة التجارية حتى تعد مشهورة، بل يكفي أن تكون هذه العلامة معروفة لدى فئة المجتمع التي تتعامل بهذا النوع من المنتجات التي تحمل تلك العلامة، والرأي الثاني يرى أنه يجب أن نأخذ المفهوم الواسع لفظ الجمهور، وبالتالي يجب أن تكون العلامة معروفة لدى أوساط المجتمع - المتخصص منهم بالسلع التي تحمل العلامة المشهورة، وغير المتخصص؛ أي المجتمع الذي لا يتعامل بتلك المنتجات - فمثلاً كان الفقهاء

---

رابطة بين تلك البضائع أو الخدمات ومالك العلامة المعروفة، وأن يكون من شأن ذلك الاستعمال أن يلحق

أضراراً بمصالح مالك العلامة المعروفة".

<sup>١</sup> Khoury, Amir H., op. cit., p. 278

<sup>٢</sup> سميحة القليوبي - المرجع السابق - ص ٥٥٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



الألمان يرون أن العلامة التجارية لكي تكون مشهورة يجب أن تكون معروفة لدى ثلثي المجتمع الذي تكون فيه<sup>١</sup>.

---

<sup>١</sup> انظر الآراء لدى: نهي خالد عيسى - المرجع السابق - ص ٤٧، وكذلك: سوفالو - المرجع السابق - ص

٤١ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

## المطلب الثاني

### المعايير الموضوعية

بالإضافة إلى المعايير الشخصية لبيان مدى شهرة العلامة التجارية، فهناك معايير موضوعية نصت عليها التوصية المشتركة<sup>١</sup>، فقد نصت المادة (٢) فقرة (١) من التوصية المشتركة على أن: "تأخذ السلطات المختصة في الاعتبار أية ظروف يستخلص منها بأن العلامة مشهورة". وذكرت الفقرة (١)ب من المادة (٢) أمثلة للعوامل التي يمكن للسلطات المختصة أن تستخلص منها أن العلامة مشهورة؛ وهي:

١. مدى شهرة العلامة أو معرفتها لدى قطاع الجمهور المعني، ومن الممكن تحديد مدى معرفة العلامة لدى قطاع الجمهور المعني عن طريق الدراسات الاستقصائية للأنماط الاستهلاكية واستطلاع آراء المستهلكين؛ وبالتالي معرفة نسبة المستهلكين الذين يعرفون هذه العلامة من عدمه.

٢. مدى استعمال العلامة في أي من وجوه الاستعمال، ومجالات الاستعمال ونطاقها الجغرافي. ويمكن معرفة ذلك من خلال قياس حجم مبيعات تلك العلامة في الأسواق العالمية والمحلية، وكذلك طول فترة تواجد المنتج الذي يحتوي على هذه العلامة التجارية سواء اشتمل ذلك على الانتفاع الفعلي لهذه العلامة في السوق من عدمه؛ حيث أكدت التوصية المشتركة على

---

<sup>١</sup> Nair, Latha R., tracking the protection of well-known marks in INDIA: a befuddled path to NIRVANA? , The Trademark Reporter, September-October, 2011, p. 1419.

عدم جواز اشتراط الانتفاع الفعلي للعلامة في الدولة التي يراد فيها حمايتها، باعتبارها علامة مشهورة؛ إذ يكفي أن تكون معروفة نتيجة لحملات الدعاية والإعلان.

٣. مدة الدعاية والترويج للعلامة بأي وجه من الوجوه، ودرجة نجاح حملات الدعاية والإعلان ونطاقها الجغرافي، وعرض المنتجات التي تميزها العلامة في الأسواق والمعارض الداخلية والدولية، وكمية المنتجات المطروحة في الأسواق، وحجم المبيعات، فكلما زادت كمية الدعاية وتنوعها وزيادة رقعتها؛ كلما زادت شهرة العلامة التجارية<sup>١</sup>.

٤. عدد البلدان التي سجلت بها العلامة، أو طلبات التسجيل ونطاقها الجغرافي، والمدة الزمنية التي مضت على تسجيلها، فكلما زادت هذه الدول كان ذلك مؤشراً قوياً على ذيوع هذه العلامة التجارية. ولا يشترط أن تكون العلامة مسجلة في كل البلدان باسم صاحب العلامة؛ فقد تكون العلامة

---

<sup>١</sup> تصل مبالغ الإعلانات لمطاعم "ماكدونالد" إلى حوالي ٩٠٠ مليون دولار سنوياً، وكذلك رعايتها لكثير من

الألعاب الأولمبية حول العالم. انظر:

, James E., the coming of age of the global Darnton trademark: the effect of TRIPS on the well-known marks exception to the principle of territoriality, Michigan State University Law Review, 2011, p. 21.

مملوكة لعدة شركات مختلفة تعمل في بلدان متفرقة، ولكنها تنتمي إلى مجموعة واحدة، أو تربطها صلات وثيقة أو علاقات مشاركة وتعاون.

٥. ما يدل على إنفاذ الحقوق في العلامة في الدول المجاورة، ولاسيما قرار السلطات المختصة بأنها علامة مشهورة؛ أي عدد الحالات التي تم فيها معاملة هذه العلامة التجارية كعلامة مشهورة في الدول الأخرى؛ لأنه كلما زادت الدول التي تعتبر علامة ما مشهورة، كلما كانت فرصتها بالتسجيل كعلامة مشهورة في الدول الأخرى أكبر.

٦. قيمة العلامة، وهناك أساليب مختلفة لتقدير قيمة العلامة. وقد يستفاد من القيمة المرتفعة للعلامة بأنها علامة مشهورة؛ حيث تصل القيمة السوقية لبعض العلامات التجارية إلى مليارات الدولارات.

وينبغي الإشارة إلى أن المعايير التي ذكرت آنفاً إنما هي على سبيل المثال، وليست على سبيل الحصر، وأنها معايير استرشادية لا معايير حاسمة، والفيصل في اعتبار العلامة التجارية مشهورة من عدمه يرجع لقاضي الموضوع الذي ينظر النزاع؛ فمثلاً عرضت قضية على محكمة ميريلاند في الولايات المتحدة الأمريكية تتعلق بادعاء أحد الأشخاص أنه يمتلك العلامة التجارية "GAZETTE"، وأنه يستخدمها على أكثر من مجلة أسبوعية يقوم بإصدارها. وقد توصلت المحكمة إلى عدم أحقية ذلك المدعي في منع الآخرين

من استخدام تلك الكلمة على منتجاتهم، سواءً أكانت جرائد أو غيرها؛ لأن هذه الكلمة تستخدم بمعنى "أسبوعي"، ولا تعطي خصوصية لتلك العلامة<sup>١</sup>. وفي قضية أخرى عُرضت على محكمة بنسلفانيا بالولايات المتحدة الأمريكية، رفضت فيها المحكمة اعتبار العلامة التجارية "WAWA" علامة مشهورة، بالرغم من أنها تستخدم لأكثر من (٩٠) عامًا، ولها حوالي (٥٠٠) فرع في (٥) ولايات أمريكية، واعتبرت المحكمة أن وجود العلامة في خمس ولايات دون بقية الولايات الأخرى لا يعني أنها أصبحت مشهورة، ومن ثم لا يستطيع مالك تلك العلامة أن يمنع المدعى عليه من استخدام العلامة "HAHA"<sup>٢</sup>.

وفي نهاية هذا الفصل، يتضح لنا أن اتفاقية تريبس لم تقم بتعريف العلامة التجارية المشهورة تعريفًا محددًا، وإنما اكتفت بمعيار معرفة الجمهور لها كمعيار لتحديد مدى شهرتها. أما بالنسبة للتشريعات، فقد اختلفت في تصديها لتعريف العلامة التجارية المشهورة من عدمه، ولكن حتى من قام بتعريف العلامة التجارية المشهورة منها، فإنه أيضًا اعتمد معيار معرفة الجمهور للعلامة التجارية لاعتبارها مشهورة، مع وجود فوارق بين هذه التشريعات حول هل تكفي الشهرة المحلية للعلامة في البلد المراد تسجيل العلامة التجارية فيه، أم يلزم وجود الشهرة العالمية بالإضافة للشهرة المحلية لاعتبار العلامة التجارية مشهورة.

---

<sup>١</sup> 943 F Supp. 688, 40 USPQ2d 1900 (D Md 1996), Hein, Clinton, Confused about federal trademark dilution? , 87, 1997, P. 373-374. Trademark reporter, V.

<sup>٢</sup> Wawa Inc. V. Haaf, 40 USPQ2d (ED Pa 1996), Hein, Clinton, , P. 376. op., cit.

## الفصل الثاني الحماية القانونية للعلامات التجارية المشهورة

لا شك أن شهرة العلامة التجارية يجعلها مطمعاً لكثير من الأشخاص الذين يريدون حصاد نجاح أصحاب تلك العلامات التجارية المشهورة، ونسبته لهم من دون أن يتكبدوا العناء والمصاريف؛ ولذلك نجد أن كلاً من الاتفاقيات الدولية والقوانين المقارنة قد نصت على حماية قانونية للعلامة التجارية عمومًا، وللعلامة التجارية المشهورة خصوصًا. وتتنوع هذه الحماية ما بين الحماية المدنية والحماية الجنائية.

وعليه سنقسم موضوع الحماية القانونية للعلامات التجارية إلى مبحثين، نتحدث في الأول عن الحماية المدنية للعلامات التجارية المشهورة، وفي الثاني عن الحماية الجنائية لتلك العلامات التجارية المشهورة على النحو التالي:

### المبحث الأول الحماية المدنية للعلامات التجارية المشهورة

تشكل حماية العلامة التجارية المشهورة استثناء على مبدئين أساسيين؛ هما: مبدأ الإقليمية ومبدأ التخصص، فالأصل أن تكون حماية العلامة التجارية للدولة التي تم تسجيلها فيها فقط دون غيرها؛ أي الأصل أن تكون حماية العلامة التجارية إقليمية، أي محددة بحدود إقليم الدولة التي نشأت فيها وسُجلت فيها. وعليه، لو أراد شخص ما تسجيل علامة تجارية ما في بلده، فلا يوجد ما يمنع من ذلك ما دام لم يسبق تسجيل هذه العلامة من قبل.

وكانت المحاكم بالولايات المتحدة الأمريكية ترفض نظرية العالمية للعلامة التجارية، وذلك تأييدًا منها لمبدأ الاختصاص الإقليمي<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> A. Bourjois & Co. v. Katzel, 260 U.S. 689, 692 (1923), Zobel,

Kristin, op. cit., p.147.

ولكن هذا المبدأ يكون مقبولاً لو لم تكن هذه العلامة التجارية قد تعدت شهرتها بلدها الأصلي الذي نشأت وسجلت فيه إلى البلاد الأخرى. أما بالنسبة للعلامات التجارية المشهورة، فتنطبق هذا المبدأ غير مقبول؛ لأنه بتطبيق هذا المبدأ قد يقوم شخص ما باقتناص العلامات التجارية المشهورة التي لم يتم تسجيلها في بلده، ويقوم بتسجيلها باسمه ليحظى بكل النجاحات التي حققتها تلك العلامات التجارية المشهورة في دولها. وهذا بالطبع يسبب الكثير من الخسائر لمالك العلامة التجارية المشهورة، وكذلك يخلق لبساً لدى المستهلكين الذين تمثل لهم تلك العلامة التجارية رمزاً للجودة، وبالتالي يعتقدون أن المنتجات التي تحمل تلك العلامة هي لنفس المنتجات التي يعلمون جودتها جيداً.

كذلك الأمر بالنسبة لمبدأ التخصص؛ فالأصل أن تكون الحماية القانونية للعلامة التجارية على المنتجات أو الخدمات التي تستعمل العلامة بالنسبة إليها؛ ولذلك فإن استخدام ذات العلامة من غير مالكها على منتجات أو خدمات مختلفة عن تلك التي تستعمل العلامة أو سجلت بشأنها لا يشكل اعتداءً على حق مالك العلامة.

وتقسم فئات تسجيل العلامات التجارية إلى ٤٥ فئة، وعندما يريد شخص ما أن يسجل علامته التجارية؛ فعليه أن يختار الفئة الأقرب إلى سلعته، ويقوم بتسجيل علامته التجارية عن هذه الفئة بالذات، ولا يستطيع أن يسجل العلامة التجارية في أكثر من فئة؛ فمثلاً العلامة التجارية لـ "CATERPILLAR" يمكن تسجيلها عن فئة الآلات ومستلزمات المزارع، ولكن لا يمكن تسجيلها عن فئة الأدوات المنزلية أو الزجاج.

والمشكلتان اللتان تواجهان العلامات التجارية تكمنان في أن العلامة التجارية إن لم تكن مسجلة في دولة ما، فإن ذلك يمنح الغير الحق في تسجيل العلامة التجارية في هذه الدولة التي لم تُسجَل فيها من قبل، كذلك حتى لو كانت العلامة

---

<sup>١</sup> Aktekin , U ur & Hançer , Hande, using exceptions to the territoriality principle in TURKISH trademark law to protect foreign trademarks not registered or used in TURKEY, The Trademark Reporter, July-August, 2011, op. cit., p. 1317.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

التجارية مسجلة في دولة ما عن فئة معينة من المنتجات؛ فإنه من الممكن أن يتم تسجيلها من قبل الغير عن فئة أخرى غير المسجلة فيها؛ فمثلاً لو كانت العلامة مسجلة عن فئة الآلات كما في المثال السابق، فإنه يمكن تسجيل العلامة التجارية نفسها من قبل شخص آخر عن فئة أخرى من المنتجات؛ كالأدوات المنزلية<sup>1</sup>.

وهذا المبدأ يتماشى مع الأساس الذي تقوم عليه التجارة؛ وهو مبدأ المنافسة المشروعة، فالمنافسة لا تقوم إلا بين الأشخاص الذين يمارسون نفس النشاط الاقتصادي ونفس المنتجات<sup>2</sup>. وعلى ذلك، لو قام شخص بتسجيل علامة تجارية على منتج مختلف عن المنتج الذي تم تسجيل العلامة عليه، فلا بأس من ذلك، ولكن إن كان هذا الأمر من الممكن أن يكون مقبولاً بالنسبة للعلامات التجارية غير المشهورة؛ فإنه من غير الممكن تطبيقه على العلامات التجارية المشهورة؛ لأن من شأنه أن يضع المستهلك في خلط ولبس نتيجة وجود هذه العلامات التجارية على منتجات معينة يعتقد أنها تتبع نفس مصدر المنتجات التي تحمل نفس العلامات التجارية التي يعرفها ويثق بها وبجودتها. لذلك كان من الضروري وضع نظام خاص للعلامات التجارية المشهورة يستثنى فيه مبدأ الإقليمية ومبدأ التخصص؛ وذلك تبعاً لطبيعة تلك العلامات التجارية المشهورة. وعليه، سوف نقسم المبحث إلى مطلبين نتحدث في الأول منهما عن الحماية القانونية المدنية للعلامات التجارية المتماثلة، وفي الثاني عن الحماية القانونية المدنية للعلامات التجارية المشهورة غير المتماثلة.

<sup>1</sup> Darnton , James E., op. cit., p. 16.

<sup>2</sup> كنعان الأحمر – حماية العلامة التجارية ذائعة الشهرة - ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية لأعضاء هيئة التدريس وطلاب الحقوق في الجامعة الأردنية – تنظمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع الجامعة الأردنية - عمان، من ٦ إلى ٨ أبريل/نيسان ٢٠٠٤ - ص ٥ WIPO/IP/UNI/AMM/04/DOC.04



## المطلب الأول

### الحماية المدنية للمنتجات المتماثلة

كما ذكرنا سابقاً، فإن الحماية القانونية للعلامة التجارية المشهورة يعد استثناء على مبدأ وطنية قانون العلامات التجارية؛ حيث إنه مع تطور الحياة التجارية والعلاقات الدولية وتشابكها، وانفتاح الأسواق التجارية الوطنية بعضها على بعض، بدأت تظهر علامات في دول معينة تحظى بشهرة واسعة تتجاوز حدود الإقليم أو الدولة التي نشأت وسُجِّلت فيها. ولما كانت الحماية التي تتمتع بها هذه العلامة في الدولة التي سُجِّلت فيها غير كافية لحماية هذه العلامة المشهورة في الدول الأخرى التي وصلت إليها شهرة العلامة قبل أن يتم تسجيلها فيها، فقد اقتضى هذا أن يتم، وللمرة الأولى، على الصعيد الدولي، إيجاد مادة في اتفاقية باريس هي المادة (٦) مكرر، تُقرّر إعطاء العلامات المشهورة حمايةً في البلدان التي لم تُسجّل فيها بعد، وذلك استثناء من مبدأ وطنية قانون العلامات التجارية؛ فنصت في المادة (٦) مكرر على:

"(١) تتعهد دول الاتحاد، سواء من تلقاء نفسها إذا أجاز تشريعها ذلك، أو بناء على طلب صاحب الشأن، برفض أو إبطال التسجيل ومنع استعمال العلامة الصناعية أو التجارية التي تشكل نسخاً أو تقليداً أو ترجمة، يكون من شأنها إيجاد لبس بعلامة ترى السلطة المختصة في الدولة التي تم فيها التسجيل أو الاستعمال أنها مشهورة، باعتبارها فعلاً العلامة الخاصة بشخص يتمتع بمزايا هذه الاتفاقية، ومستعملة على منتجات مماثلة أو مشابهة، كذلك تسري هذه الأحكام إذا كان الجزء الجوهري من العلامة يشكل نسخاً لتلك العلامة المشهورة أو تقليداً لها من شأنه إيجاد لبس بها.

(٢) يجب منح مهلة لا تقل عن خمس سنوات من تاريخ التسجيل

للمطالبة بشطب مثل هذه العلامة، ويجوز لدول الاتحاد أن

تحدد مهلة يجب المطالبة بمنع استعمال العلامة خلالها.

(٣) لا يجوز تحديد أية مهلة للمطالبة بشطب أو منع استعمال العلامات التي سجلت أو استعملت بسوء نية".

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ويظهر لنا من نص اتفاقية باريس أن الاتفاقية قد وضعت على عاتق الدول الأعضاء المبادرة من تلقاء نفسها، أو بناءً على طلب صاحب الشأن، رفض تسجيل العلامة التجارية المشهورة، وشطب التسجيل في حال تم تسجيل العلامة التجارية المشهورة، وكذلك منع استعمال تلك العلامة المشهورة في حال استعمالها بصورة مخالفة للحقيقة؛ كما لو كانت نسخًا أو تقليدًا أو ترجمة للعلامة الأصلية، بحيث يكون من شأن ذلك الاستعمال أن يثير لبسًا لدى المستهلك تجاه العلامة التجارية المشهورة<sup>١</sup>.

ويظهر من نص اتفاقية باريس أنها أيضًا قد وضعت مدة محددة لطلب شطب تسجيل العلامة التجارية المشهورة، وهي مدة لا تقل عن خمس سنوات من تاريخ تسجيل الغير لهذه العلامة التجارية المشهورة إذا كان حسن النية. أما إن كان الغير مُسجِّلَ العلامة التجارية المشهورة سيئ النية؛ فيجوز لمالك العلامة التجارية المشهورة طلب شطبها في أي وقت.

وكذلك الأمر بالنسبة لاتفاقية تريبس؛ فقد نصت المادة ١٦(١)

على أن: "يتمتع صاحب العلامة التجارية المسجلة بالحق المطلق في منع جميع الأطراف الثالثة التي لم تحصل على موافقة صاحب العلامة من استخدام العلامة ذاتها، أو علامة مماثلة في أعمالها التجارية بالنسبة للسلع والخدمات ذاتها، أو المماثلة لتلك التي سجلت بشأنها العلامة التجارية حين يمكن أن يسفر ذلك الاستخدام عن احتمال حدوث لبس. ويفترض احتمال حدوث لبس في حالة استخدام علامة تجارية مطابقة بالنسبة لسلع أو خدمات مطابقة. ويحظر أن تضر الحقوق الموصوفة أعلاه بأي حقوق سابقة قائمة حاليًا، أو أن تؤثر في إمكانية منح الأعضاء حقوقًا في العلامات التجارية على أساس الاستخدام". ومن ثم فقد أجبرت اتفاقية تريبس الدول الأعضاء بتطبيق

---

<sup>١</sup> Prutzman, L. Donald, international trademark protection in the UNITED STATES AND THE EUROPEAN COMMUNITY, International Law Practicum Spring, 2003, p.4

تلك الحماية للعلامات التجارية في دولها، وإلا ستحرم من الوصول للأسواق العالمية<sup>١</sup>.

, Here there be pirates: How CHINA is Hunter, Kate Colpitt<sup>١</sup> meeting its IP enforcement obligations under TRIPS, San Diego International Law Journal, Spring 2007, P.536; Pires de Carvalho, Nuno, the TRIPS regime of trademarks and designs, Szalewski, 66; Schmidt-Kluwer Law international, 2006 ,P. Joanna, the international protection of trademarks after the TRIPS agreement, Duke Journal of Comparative and International Law, Fall 1998, p. 203; Brad Luo, China Business Law Blog, Starbucks v. Shanghai Copycat, <http://chinabusinesslaw.blogspot.com/2007/05/starbucks-v-shanghai-copycat.html> (May 21, 2007).

مشار إلى هذا الحكم في:

Hill, Breann M., achieving protection of the well-known mark in CHINA: is there a lasting solution? University of Dayton Law Review, winter, 2009, p. 291etc.

وهذا الحكم يتعلق بقضية ما بين شركة "ستاريكس" المشهورة وشركة صينية أخرى استخدمت هذه العلامة في تايوان على أساس أن الشركة الأمريكية المشهورة لم تكن مسجلة في تايوان، ولكن القضاء الصيني انتهى إلى عدم أحقية الشركة الصينية في استخدام العلامة الأمريكية لشهرتها الواسعة. وجدير بالذكر أن الشركات الأمريكية تعاني، كما تعاني الشركات في كثير من دول العالم، من الاعتداءات المتكررة على علاماتها التجارية، ولكن بدأت الصين حديثاً بمساعدة الدول في حماية علاماتها التجارية، وذلك اتساقاً مع التزاماتها بموجب انضمامها لمنظمة التجارة العالمية في ٢٠٠١م.

وكذلك في حكم مشابه في جنوب أفريقيا منعت المحكمة أصحاب أحد المطاعم من استخدام علامة "BIG MAC"، التي تستخدمها سلسلة مطاعم ماكдонаلد الشهيرة؛ لأن من شأن ذلك الاستخدام أن يوقع المستهلكين في جنوب أفريقيا في الخلط بين منتجات هذا المطعم ومطاعم ماكдонаلد الشهيرة. انظر الحكم في:

*McDonalds Corp. v. Joburgers Drive-Inn Restaurant (Pty) Ltd.*  
1996 (1) SA 1(A) (S. Afr.).

مشار إليه في:

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وفي القانون الكويتي، نجد أن المشرع نص في القانون التجاري على الحماية المدنية للعلامة التجارية المشهورة في المادة (٦٢) (٥): "فإذا كانت العلامة مطابقة أو مشابهة إلى حد يثير اللبس لعلامة أو اسم تجاري مشهور في دولة الكويت، أو بمثابة ترجمة لها بالنسبة إلى البضائع أو الخدمات المطابقة أو المشابهة الخاصة بمشروع آخر؛ فإنه يتمتع عن تسجيل تلك العلامة حماية لها، كذلك لا يجوز تسجيل العلامة إذا كانت عن بضائع أو خدمات غير مشابهة أو مطابقة متى كان من شأن استعمالها ما يوحي بوجود رابطة بينها وبين العلامة أو الاسم التجاري المشهور على نحو يلحق أضرارًا بمالك العلامة". وهذا النص مطابق لما جاء ذكره في اتفاقية تريس المذكورة آنفًا.

وانتهت محكمة التمييز الكويتية إلى أنه لتقدير ما إذا كان للعلامة ذاتية متميزة عن غيرها من العلامات يكون بالنظر إليها في مجموعها، لا إلى كل عنصر من العناصر التي تتركب منها؛ فالعبرة ليست باحتواء العلامة على حروف أو رموز أو صور مما تحتويه علامة أخرى، وإنما العبرة هي بالصورة العامة التي تنطبع في الذهن نتيجة لتركيب هذه الحروف أو الرموز أو الصور مع بعضها، وللشكل الذي تبرز به علامة أخرى، بصرف النظر عن

---

Chopnick, Sarah B. op. cit., p. 222.

أيضًا هناك حكم شهير حدث في الهند في نزاع بين شركة «Whirlpool» الأمريكية الشهيرة في الأدوات الكهربائية وشركة هندية استخدمت علامتها التجارية في الهند، مع أن الشركة الأمريكية كانت مسجلة بالهند منذ سنة ١٩٦٨م، ولكنها شطبت لعدم الاستعمال، ولكن المحكمة انتصرت للشركة الأمريكية على أساس شهرتها الكبيرة بين شريحة كبيرة من المستهلكين بالهند. ويعد أيضًا هذا الحكم من أوائل الأحكام في تطبيق نصوص اتفاقية تريس لحماية العلامات التجارية المشهورة. انظر:

N.R. Dongre v. Whirlpool Corp., 1996 PTC (16) 583 SC (India);  
Darnton , James E., op. cit., p.22.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

العناصر التي تتركب منها، واما إذا كانت الواحدة منها تشترك في جزء أو أكثر مما تحتويه الأخرى<sup>١</sup>.

وكذلك اعتبرت المحكمة في المملكة العربية السعودية أن تقدير مدى وجود تشابه بين علامتين ينظر فيه إلى تقدير المستهلك العادي متوسط الحرص والانتباه، الذي ليس بالفاحص الدقيق ولا الغافل المتصف بالإهمال، هل يقع في الخلط والالتباس بينهما عند النظر إلى إحدى العلامتين، أو سماع لفظ إحداهما بمعزل عن الأخرى أو لا؟ فإذا كانت العلامتان من التشابه بحيث يمكن أن يقع في الخلط واللبس فلا يجوز التسجيل، واعتبرت أن العلامتين "تيسابري" "Tysabri"، والعلامة المطلوب تسجيلها "Giabri" من الفئة نفسها بينهما تشابه يؤدي إلى حصول اللبس والخلط لدى المستهلكين<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> الطعن ٨٩/١٥٧ تجاري - جلسة ٨٩/١٠/١٥، والطعن ٨٩/١٩٧ - جلسة ٨٩/١٢/١٧، والطعن ١٩٨٩/١٢/١٧، والطعن

٨٩/٣٠٦ تجاري - جلسة ١٩٩٠/٣/١٢ م - مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الثاني

- المجلد الثالث - يونيو ١٩٩٦ م - ص ٣١٦.

<sup>٢</sup> حكم الدائرة الإدارية السادسة السعودية - في القضية رقم ١/٢٢٨٠/ق لعام ١٤٢٦ هـ - جلسة

١١/٢١/١٤٢٧ هـ - مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية - ص ١٨٢٥ وما بعدها، وكذلك اعتبرت الدائرة

الإدارية الرابعة في القضية رقم ١/١٧٣٤/ق لعام ١٤٢٧ هـ - جلسة ١١/١٩/١٤٢٧ هـ، العلامة التجارية "بي

سي كولا" مشابهة للعلامة التجارية المشهورة "بيبيسي كولا"، على عكس المنتجات الأخرى كـ "كوكا كولا" و

"زمرم كولا" و "آرسي كولا" التي اعتبرتها مختلفة عنها، وأنه ليس من شأنها أن تثير الخلط واللبس لدى المستهلكين

- مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية - ص ١٨٢١ وما بعدها. انظر كذلك:

TCA, Decision No. 2000/5902 E. and 2000/5459 K. dated p.1303. 23.6.2000.; Aktekin, U ur & Hançer, Hande, op. cit.,

وهو حكم للمحكمة التركية، ويعد أول حكم تنتصر فيه المحكمة للعلامة التجارية المشهورة،

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ونصت المادة ٢/ي من النظام السعودي وبقية دول مجلس التعاون الخليجي على منع تسجيل العلامات المطابقة أو المشابهة للعلامات الشائعة الشهرة، ولو كانت غير مسجلة فيها على سلع أو خدمات مطابقة أو مشابهة<sup>١</sup>. ويظهر من قوانين دول مجلس التعاون الخليجي، باستثناء القانون الاتحادي الإماراتي، أنها اقتصرت على الشهرة المحلية للعلامة التجارية المشهورة لإضفاء الحماية القانونية لها دون اشتراط الشهرة العالمية<sup>٢</sup>. وجدير بالذكر أن الحماية المدنية للعلامة التجارية المشهورة تستند - بالإضافة إلى النصوص المذكورة سابقاً- إلى أحكام المنافسة غير المشروعة<sup>٣</sup>، والمتمثلة في تقليد أو تزوير أو الاستيلاء، بدون وجه حق، على العلامة التجارية دون توافر القصد الجنائي، الوارد ذكرها في القانون التجاري الكويتي

---

وتمنع تسجيلها لغير مالكيها الأصلي حتى دون أن يكون قد سبق استخدامها في تركيا.  
<sup>١</sup> المادة (٧/٢) من القانون السلطاني العماني، وكذلك المادة (٨/٨) من القانون القطري، والمادة (١١/٥) من القانون البحريني، وكذلك المادة (١/٤) من القانون الاتحادي الإماراتي، ويقابلها أيضاً المادة (١/٦٨) من قانون الملكية الفكرية المصري، والمادة (١٢/٨) من قانون العلامات التجارية الأردني.

وانظر حكم الدائرة الإدارية الثالثة رقم ١٠١/د/٣/١ لعام ١٤٢٧هـ، الصادر بالقضية رقم ١/٣٢٨٧/ق لعام ١٤٢٤هـ - جلسة ١٢/٣/١٤٢٧هـ، الذي اعتمدت فيه المحكمة على شهرة العلامة التجارية خارج المملكة كسبب لمنع شركة أخرى من تسجيل نفس العلامة التجارية على منتجات ماثلة - مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية - المملكة العربية السعودية - ص ١٨٤٣ وما بعدها

<sup>٢</sup> يذكر أن المشرع المصري والإماراتي اشترطا وجود شهرة محلية وعالمية للعلامة التجارية حتى يمكن حمايتها طبقاً للحماية القانونية للعلامات التجارية المشهورة.

<sup>٣</sup> انظر في الحق في المنافسة المشروعة: أحمد محمد محرز - ١٩٩٤م - بدون ناشر.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

والقوانين المقابلة لها في قوانين مجلس التعاون الخليجي، وكذلك دعوى التعويض<sup>١</sup>.

فقد نصت المادة (٦٠) (مكرر)(أ) من القانون التجاري الكويتي على أنه: "يحظر القيام بأي عمل من أعمال المنافسة غير المشروعة. ويعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة كل عمل يقع عمدًا من تاجر بالمخالفة للعادة أو الأصول المرعية في المعاملات التجارية في دولة الكويت، ويكون من شأنه صرف عملاء تاجر منافس أو الإضرار بمصالحه، أو إعاقة حرية التجارة بتقييد أو تفادي المنافسة في مجال إنتاج أو توزيع البضائع أو الخدمات في الكويت...".

كما أجاز القانون التجاري، في المادة (٥٥) منه، على أنه: يجوز أن يرجع المتضرر من ذلك الفعل بالتعويض على المتسبب، واتخاذ الإجراءات التحفظية الأخرى التي تكفل زوال هذا التعدي؛ كالحجز والمصادرة للأشياء المحجوزة والإتلاف، وذلك كما ورد في المواد من (٩٣-٩٥) من القانون التجاري.

وتشترك بهذه الحماية المدنية كل من العلامات التجارية المسجلة أو غير المسجلة؛ ولذلك يكون من حق الشخص الذي تعرضت علامته التجارية لأي من هذه الأفعال، وترتب عليه التباس لدى عملاء ذلك التاجر نتيجة لهذا الاعتداء أن يطلب من المحكمة منع هذا الالتباس؛ لمنع حصول الضرر، وبالتالي للمحكمة أن تأمر بشطب العلامة التجارية من سجل العلامات التجارية إن كانت مسجلة، بالإضافة إلى حقه في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت من جراء استعمال تلك الوسائل غير المشروعة.

<sup>١</sup> تناولت قوانين مجلس التعاون الخليجي دعوى التعويض؛ ففي النظام السعودي نجد المادة (٤٨)، والقانون

القطري المادة (٥١)، والقانون الإماراتي في المادة (٤٠)، والقانون البحريني في المادة (١/٤٦). أما بالنسبة لدعوى

المنافسة، فلا نجد إلا القانونين الكويتي والعماني هما الوحيدان اللذان أشارا إلى دعوى المنافسة غير المشروعة،

وذلك اتساقًا مع ما ورد في نص المادة (١٠) (ثانيًا) من اتفاقية باريس.

ودعوى المنافسة تستند إلى القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية المذكورة في القانون المدني، التي تقضي بأن كل من أحدث بفعله الخاطئ ضرراً بغيره يلتزم بتعويضه، سواء أكان في إحداثه الضرر مباشراً أو متسبباً، وعلى ذلك يمكن تأسيس مسؤولية المعتدي على حق صاحب العلامة التجارية المشهورة في ملكيته لهذه العلامة، وبالتالي استحقاقه للتعويض المناسب نتيجة للخطأ والضرر، والعلاقة السببية بين خطأ المعتدي وضرر صاحب العلامة التجارية المشهورة<sup>1</sup>.

ودعوى المنافسة غير المشروعة هي إحدى الدعاوى التي يلجأ إليها المضرور لحماية علامته التجارية، فهي وسيلة خولها القانون لصاحب الحق في الالتجاء إلى القضاء لتقرير حماية له<sup>2</sup>، ولذلك اعتبر المشرع الكويتي من أعمال المنافسة غير المشروعة كل عمل يقع عمداً من تاجر بالمخالفة للعادات أو الأصول المرعية في المعاملات التجارية في دولة الكويت، ويكون من شأنه صرف عملاء تاجر منافس أو الإضرار بمصالحه، أو إعاقة حرية التجارة بتقييد أو تفادي المنافسة في مجال إنتاج أو توزيع البضائع أو الخدمات في الكويت.

وشروط دعوى المنافسة ثلاثة؛ أولها: الخطأ، وهو التصرف المعيب الذي يمارسه المدعى عليه، كما في قيامه بتقليد علامة تجارية مشهورة لا تخصه أو تزويرها أو استعمالها، أو وضعها على منتجات منافسة، أو بالعرض لبيع

<sup>1</sup> الطعن ٨٩/١٥٧ تجاري - جلسة ٨٩/١٠/١٥ م - مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز القسم

الثاني - المجلد الثالث - يونيو ١٩٩٦ م - ص ٣١٦، انظر كذلك: د. صلاح زين الدين - المرجع السابق - ص

٣٨٦ وما بعدها.

<sup>2</sup> محمد مصطفى عبد الصادق - الحماية القانونية للعلامات التجارية إقليمياً ودولياً - دراسة مقارنة - دار

الفكر والقانون - الطبعة الأولى - ٢٠١١ م - ص ٣٥٤ وما بعدها، د. محمود مختار أحمد بري - قانون

المعاملات التجارية - الجزء الأول - دار النهضة العربية - ٢٠٠٠ م - ص ٢٤٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



منتجات تحمل العلامة المقفلة، أو بأية صورة من صور الاعتداء على العلامة التجارية<sup>١</sup>، ولكن يشترط أن يكون هناك منافسة حقيقية، وأن يرتكب المنافس خطأ في هذه المنافسة، ويجب أن تتم بين تاجرين يزاوان تجارة من نوع واحد أو متماثلة؛ لأن الاعتداء المقصود هنا هو الذي يقع ويكون من شأنه انصراف عملائه إلى التاجر الآخر.

وثانيها: الضرر الذي يصيب المدعي جراء خطأ المدعى عليه، وإثبات هذا الضرر يكفي فقط حصول التصرف غير المشروع. والضرر نوعان: إما ضرر مادي أو ضرر معنوي، ومع ذلك يجب أن يكون الضرر محققاً؛ أي أن يكون قد وقع فعلاً أو سيقع حتماً، وأن يكون ضرراً مباشراً، أي أن يكون وقع فعلاً ونتجاً عن الحادث مباشرة.

وثالثها: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، بمعنى أن يكون ثمة صلة بين الخطأ المركب والضرر الحادث، أي أن يكون الخطأ الذي ارتكبه المعتدي على العلامة التجارية المملوكة لغيره هو الذي أدى إلى إلحاق الضرر بمالك العلامة<sup>٢</sup>.

---

<sup>١</sup> يعقوب يوسف صرخوه - المرجع السابق - ص ١٨٣ وما بعدها.

<sup>٢</sup> منار نزار الملكاوي - المرجع السابق - ص ١٧٣ وما بعدها، وكذلك: ناصر عبد الحليم السلامة -

الحماية الجزائرية للعلامات التجارية - دراسة تحليلية مقارنة وفقاً لأحدث التشريعات العربية والأجنبية - دار النهضة العربية - ٢٠٠٨م - ص ٥٥ وما بعدها.

## المطلب الثاني الحماية المدنية للمنتجات غير المتماثلة

رأينا في المطلب الأول كيف تمت حماية العلامة التجارية المشهورة بالنسبة للمنتجات المتماثلة؛ حيث أضفت عليها الحماية ومنعت تسجيلها أو استعمالها، حتى ولو لم تكن تلك العلامة مسجلة في الدولة نفسها. وفي هذا المطلب سنرى الموقف من حماية العلامة التجارية المشهورة في حال وضعت على منتجات غير متماثلة مع ما اشتهرت به هذه العلامة التجارية، فمثلاً العلامة التجارية HILTON المشهورة، والتي تشير إلى الفنادق ذات الخمسة نجوم، لو قام أحد الأشخاص بوضعها على مقهى بأحد الشوارع الرئيسية، فمن الممكن أن يخلق ذلك لبساً لدى المستهلكين حول مدى علاقة هذا المقهى مع شركة HILTON العالمية المتخصصة بالفنادق، فيعتقد خطأ أن الشركة قد قامت بتوسيع خدماتها لتشمل المقاهي، وبالتالي يتصور أن يجد مستوى متميزاً من الخدمة في هذا المقهى نظراً لسمعة شركة الفنادق HILTON، ولكنه يجد الأمر على خلاف ذلك؛ مما ينعكس سلباً على سمعة تلك العلامة لديه<sup>١</sup>، وكذلك يشعر المستهلك أنه قد تعرض للخداع، وأنه لو كان يعلم بعدم وجود رابطة بينهما ما كان قد حرص على التعامل مع هذا المقهى.

وقد تناولت اتفاقية تريبس مسألة الحماية للعلامة التجارية المشهورة بالنسبة للمنتجات غير المتماثلة، فنصت في المادة (١٦) (٣) على أنه: "٣ - تطبيق أحكام المادة ٦ مكررة من معاهدة باريس (١٩٦٧م)، مع ما يلزم من تبديل، على السلع أو الخدمات غير المماثلة لتلك التي سجلت بشأنها علامة تجارية، شريطة أن يدل استخدام تلك العلامة التجارية بالنسبة لتلك السلع أو الخدمات على صلة بين تلك السلع أو الخدمات وصاحب العلامة التجارية

<sup>١</sup> انظر: كنعان الأحمر - المرجع السابق - ص ٥.

المسجلة، وشريطة احتمال أن تتضرر مصالح صاحب العلامة التجارية المسجلة من جراء ذلك الاستخدام".

ف نجد أن الحماية التي أقرتها اتفاقية تريبس شملت علامات الخدمة أيضاً، كما حظرت استخدام العلامة المشهورة إذا كانت مسجلة على سلع أو خدمات غير مماثلة للسلع أو الخدمات التي تستخدم العلامة في تمييزها وذلك في حال توافي شرطان هما:

١- أن يؤدي استخدام العلامة التجارية المشهورة إلى الاعتقاد بوجود صلة بين تلك السلع أو الخدمات غير المماثلة وصاحب العلامة التجارية المشهورة المسجلة.

٢- أن يؤدي استخدام العلامة على سلع غير متماثلة إلى احتمال المساس بمصلحة صاحب العلامة.

وبذلك تكون اتفاقية تريبس قد أعطت حماية كبيرة إذا كانت العلامة التجارية مشهورة؛ حيث يمكن لمالك العلامة التجارية منع الغير من استخدام علامة مماثلة على سلع أو خدمات غير مماثلة، إذا كان من الممكن أن يؤدي هذا الاستخدام إلى حدوث لبس أو ضرر بالنسبة لمالك العلامة التجارية نتيجة لذلك الاستخدام<sup>١</sup>. وهذا الحكم في اتفاقية تريبس مأخوذ من قانون "الإنهاء" للعلامات التجارية الأمريكي؛ إذ إن ذلك القانون يحمي مالك العلامة ضد أي استعمال من جانب شخص آخر إذا كان من شأن ذلك الاستعمال إحداث لبس لدى الجمهور، حتى ولو كان الاستعمال على بضائع

---

<sup>١</sup> فمثلاً المحكمة في جمهورية تشيلي منعت صاحب شركة تليفونات من تسجيل علامة ٠٠٧ الشهيرة، والمرتبطة

بالممثل جيمس بوند، على أساس أنه من الممكن أن يلحق تسجيل العلامة لصاحب شركة التليفونات ضرراً

بمالك العلامة الأصلية. انظر:

, James E., op. cit., p. 30 Darnton

أو خدمات غير متماثلة، وبغض النظر عن شهرة العلامة<sup>١</sup>، كما يعد هذا الحكم في اتفاقية تربرس تطورًا عما كان موجودًا في اتفاقية باريس، التي كانت تشترط لإسباغ الحماية ضد الاستعمال غير المرخص به من المالك بالنسبة للعلامة المشهورة تماثل وتطابق السلع التي تستعمل عليها العلامة<sup>٢</sup>. فمثلًا علامة (Rolls-Royes) الخاصة بالسيارات الفاخرة تُعتبر من العلامات

---

<sup>١</sup> جدير بالذكر أن قانون لانهام الأمريكي لا يحمي العلامات التجارية المشهورة ما لم تكن مستعملة في الولايات المتحدة الأمريكية، أيًا كانت درجة شهرتها. وهذا ما سارت عليه المحاكم الأمريكية في أحكامها، وإن كان هناك بعض الاستثناءات قد تحدث هنا وهناك في بعض المحاكم. انظر الأحكام التالية: الأول يمثل اتجاه الدائرة الثانية الذي يتسق مع ما يذهب إليه قانون لانهام من اشتراط استعمال العلامة حتى تحظى بالحماية

ITC Ltd. v. Punchgini, Inc., 482 F.3d 135, 163-65 (2d Cir. 2007)

وقد أرجعت بعض المحاكم السبب وراء اشتراط استعمال العلامة التجارية إلى تشجيع مالكي تلك العلامات المشهورة على استعمال تلك العلامات التجارية في هذه الدول. انظر:

Sova , Bradley,op. cit., p.82

وهذا الحكم من الدائرة التاسعة التي منحت الحماية للعلامة التجارية لشهرتها

Grupo Gigante S.A. de C.V. v. Dallo & Co., 391 F.3d 1088 (9th Cir. 2004)

انظر:

Chopnick, Sarah B., op. cit, p. 216; Zobel, Kristin, op. cit., p. 171

<sup>٢</sup> المادة (٦) (ثانيًا) (١) من اتفاقية باريس، وكذلك انظر: جلال وفا - المرجع السابق - ص ١١٧.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

المعروفة عالمياً، ومن ثمّ لا يجوز لصاحب حانة مثلاً أن يضع علامة الرولز رويس على تلك الحانة، حتى ولو لم يكن من شأن ذلك أن يضلل المستهلك، الذي من الممكن أن يعتقد أن مالك شركة الرولز رويس قد قام بتوسيع أو تغيير منتجاته وفتح تلك الحانة، أو أن هناك تعاوناً ما بين صاحب هذه الحانة وصاحب شركة الرولز رويس<sup>1</sup>.

وسارت قوانين دول مجلس التعاون الخليجي على نهج اتفاقية تريس في اضافة الحماية القانونية للعلامات التجارية المشهورة على المنتجات غير المتماثلة، فنجد أن المشرع الكويتي في المادة (٥/٦٢) من القانون التجاري قد نص على أنه: "... لا يجوز تسجيل العلامة إذا كانت عن بضائع أو خدمات غير مشابهة أو مطابقة متى كان من شأن استعمالها ما يوحي بوجود رابطة بينها وبين العلامة، أو الاسم التجاري المشهور على نحو يلحق أضراراً بمالك العلامة". وكذلك نجد المشرع الإماراتي قد نص على أنه: "لا يجوز تسجيل العلامة ذات الشهرة لتمييز سلع أو خدمات غير متماثلة أو مطابقة لتلك التي تميزها هذه العلامات إذا: أ- دل استخدام العلامة على صلة بين السلع والخدمات المطلوب تمييزها و سلع أو خدمات صاحب العلامة الأصلية. ب- أدى استخدام العلامة لاحتمال الإضرار بمصالح صاحب العلامة الأصلية"<sup>2</sup>. وكذلك نصت المادة (٧/٢) من القانون السلطاني العماني على أنه لا يجوز

---

,Nicola, Mangàni, Andrea and Ricolfi, Marco, <sup>1</sup> Bottero  
op. Cit., P. 270 -272 ; Nguyen, Xuan-Thao , fame law:  
requiring proof of national fame in trademark law,  
Cardozo Law Review, October, 2011,p. 92.

والشأن نفسه في المحاكم التركية؛ حيث قامت بتسجيل علامة تجارية مع أنها لم تكن مسجلة في تركيا استناداً على شهرتها خارج الجمهورية التركية. انظر:

TCA, Decision No. 2004/12807 E. 2005/10230 K. dated  
24.10.2005; Aktekin, U Ur & Hançer, Hande, op. cit., p. 1307.

<sup>2</sup> المادة (٣/٤) من القانون الاتحادي الإماراتي.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

تسجيل العلامة " ... إذا كانت معروفة ومسجلة في سلطنة عمان فيما يتعلق ببضائع أو خدمات لا تكون مطابقة أو مشابهة لتلك التي يطلب تسجيل العلامة لأجلها، شريطة أن يكون من شأن استعمال العلامة فيما يتعلق بتلك البضائع أو الخدمات، في هذه الحالة الأخيرة، أن يوحي بوجود رابطة بين تلك البضائع أو الخدمات ومالك العلامة المعروفة، وأن يكون من شأن ذلك الاستعمال أن يلحق أضراراً بمصالح مالك العلامة المعروفة".<sup>1</sup>

أيضاً نص المشرع المصري في المادة (٣/٦٨) من قانون الملكية الفكرية على أنه: " .. ويسري الحكم المتقدم على طلبات التسجيل التي تنصب على منتجات لا تماثل المنتجات التي تستخدم العلامة المشهورة في تمييزها إذا كانت العلامة المشهورة مسجلة في إحدى الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية، وفي جمهورية مصر العربية، وكان استخدام العلامة على المنتجات

---

<sup>1</sup> وجاء نص المادة (٢/٢) من النظام السعودي على أنه لا تسجل "العلامات المطابقة أو المشابهة للعلامات

الشائعة الشهرة في المملكة، ولو كانت غير مسجلة فيها، على سلع أو خدمات مطابقة أو مشابهة، والعلامات

المطابقة أو المشابهة لتلك الشائعة الشهرة في المملكة والمسجلة فيها على سلع أو خدمات ليست مطابقة أو

مشابهة، شريطة أن يلحق ذلك الانتفاع الضرر بصاحب العلامة شائعة الشهرة"، وجاء النص القطري في المادة

(٨/٨) من قانون العلامات على أنه لا تسجل "الإشارات المطابقة أو المشابهة إلى حد يثير اللبس لدى الجمهور

بينها وبين علامة سبق تسجيلها، أو إيداع طلب بذلك بواسطة الغير عن منتجات أو خدمات مطابقة أو مشابهة

أو الإشارات الشائعة، ولو لم يكن مودعاً طلباً عنها أو مسجلة بقطر، وبغض النظر عن مدى التطابق أو التشابه

بين السلع أو الخدمات المرتبطة بها، أو التي يطلب تسجيلها". وجاء نص المادة (٢/٢٨) من قانون العلامات

التجارية البحريني على أنه: ٢- لا يشترط لتمتع مالك العلامة المشهورة بالحماية المقررة لهذه العلامة بموجب

أحكام هذا القانون تسجيل هذه العلامة في المملكة".

غير المماثلة من شأنه أن يحمل الغير على الاعتقاد بوجود صلة بين صاحب العلامة المشهورة وتلك المنتجات، وأن يؤدي هذا الاستخدام إلى إلحاق ضرر بصاحب العلامة المشهورة".

ويظهر من استعراض النصوص السابقة أن التشريعات جميعها اتفقت على إضفاء الحماية القانونية على العلامة التجارية المشهورة حتى بالنسبة للمنتجات غير المتماثلة، بشرط أن يدل استخدام العلامة على صلة بين السلع والخدمات المطلوب تسجيلها وبين السلع والخدمات لصاحب العلامة الأصلية، وأن يكون من شأن استخدام تلك العلامة المشهورة إلحاق ضرر بصاحب العلامة المشهورة.

لكن يظهر لنا أيضًا أن التشريعات قد تفاوتت في مواقفها بين اشتراط تسجيل للعلامة المشهورة كشرط لإضفاء الحماية القانونية لها، كما في القانون الكويتي والسعودي والعماني، وبين الاكتفاء بشهرة العلامة التجارية كسبب لإضفاء الحماية القانونية عليها، كما في القانون البحريني والقطري والإماراتي، كذلك الأمر بالنسبة للضرر؛ فقد تفاوتت التشريعات بين اشتراط الضرر المحقق كما في القانون الكويتي والسعودي<sup>١</sup> والعماني، وبين الضرر الاحتمالي كما في القانون الإماراتي عندما اكتفى بالضرر الاحتمالي، وكذلك المشرع البحريني الذي اكتفى بالضرر المرجح. أما المشرع القطري فلم يشترط حدوث ضرر كما هو واضح من نص المادة (٨/٨) من قانون العلامات التجارية.

لكن ما هو الحل لو كانت العلامة التجارية غير مشهورة، هل تحظى بنفس الحماية القانونية التي للعلامة المشهورة لو كانت المقارنة بين منتجات غير متماثلة؟

الإجابة طبعًا ستكون بالنفي، وذلك كما جاء في التشريعات الخليجية المقارنة ما عدا القانون الاتحادي الإماراتي<sup>٢</sup>، وتبعتها في ذلك أحكام المحاكم؛ فقد

<sup>١</sup> حكم الدائرة الإدارية الثالثة رقم ٨٩/د/٣/ لعام ١٤٢٧هـ بالقضية رقم ١٢٥/١/ق لعام ١٤٢٦هـ بجلسة

١٨/١٢/١٤٢٧هـ. انظر: مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية السعودية - ص ١٨٥٠ وما بعدها.

<sup>٢</sup> المادة (١٠) من القانون الاتحادي الإماراتي.

نصت المادة (٦/٦٢) من القانون التجاري الكويتي على أنه: "لا يجوز تسجيل العلامة التجارية إذا كانت مطابقة لعلامة مالك آخر سبق تسجيلها، أو لطلب يتقدم على طلب تسجيل العلامة المعنية من حيث تاريخ الإيداع أو تاريخ الأولوية فيما يتعلق بالبضائع أو الخدمات ذاتها، أو ببضائع أو خدمات وثيقة الصلة بها، أو إذا كانت مشابهة إلى حدٍّ من شأنه أن يفضي إلى التضليل واللبس". فيفهم من النص أنه لا مانع من تسجيل البضائع غير المتماثلة، التي لم تكن قد استوفت معايير العلامات المشهورة ولكنها تحمل نفس شكل العلامة التجارية.

وكذلك جاء نص الفقرة (ل/٢) من النظام السعودي، المادة (٧/٢) من القانون العماني، والمادة (٨/٨) من القانون القطري، والمادة (ك/٣) من القانون البحريني.

---

<sup>١</sup> حكم الدائرة الإدارية السابعة رقم ٧/١/د/٢٢ لعام ١٤٢٧هـ بالقضية رقم ١/٦٨٩/ق لعام ١٤٢٧هـ بجملة

١٩/٨/١٤٢٧هـ، التي سمحت بتسجيل علامة تجارية مشابهة لعلامة تجارية أخرى على أساس اختلاف الفئة

بينهما، فالعلامة الأولى توضع على خدمات الإنشاء والصيانة والتنظيف وتأجير معدات البناء والإنشاء، أما

العلامة التجارية الثانية فتوضع على مستحضرات طبية، ورأت المحكمة أن من شأن هذا الاختلاف نفي الخلط

واللبس. انظر: مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية السعودية - ص ١٧٥٥ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



## المبحث الثاني الحماية الجنائية

تحدثنا في المبحث الأول عن الحماية المدنية للعلامة التجارية، وعرفنا أن المشرع أحاط العلامة التجارية بحماية مدنية، سواءً كانت العلامة مسجلة أم غير مسجلة. أما بالنسبة للحماية الجنائية، فيجب أن تكون العلامة التجارية مسجلة في البلد المطلوب حمايتها فيها حتى تتمتع بتلك الحماية الجنائية. فالعلامة التجارية في حالة كونها مسجلة تتمتع بالحماية الجنائية والحماية المدنية، ويعتبر التعدي عليها في هذه الحالة جريمة يعاقب عليها القانون، ويجوز في هذه الحالة لمالك العلامة التجارية أن يرفع دعوى التعويض أمام المحكمة الجنائية، كما يجوز له أن يرفع الدعوى ابتداءً أمام المحكمة المدنية. أما إذا لم تكن العلامة مسجلة؛ فإن الحماية المكفولة لها هي الحماية المدنية فقط، فيجوز لمالك العلامة غير المسجلة أن يرفع ضد من يعتدي على علامته دعوى المنافسة غير المشروعة متى توافرت أركانها<sup>١</sup>. ونقصد بالتسجيل هنا أن يتم التسجيل بصورة قانونية، ومراعاة كل أحكام القانون المتعلقة بالعلامة التجارية.

وتظهر أهمية الحماية المدنية للعلامة التجارية المسجلة في حال عدم توافر شروط الدعوى الجنائية؛ إذ إن الجزاء الجنائي المقرر لجرائم الاعتداء على الحق في العلامة يتطلب القصد الجنائي الخاص لدى المقلد أو المزور أو البائع، أي سوء نيته في ارتكاب مثل هذه الأفعال<sup>٢</sup>. فإذا حكم بالبراءة على أساس انتفاء القصد الجنائي؛ فإن حكم البراءة هذا لا يمنع من الحكم بالتعويض على أساس الفعل الضار، سواء كان خطأ المعتدي عمدياً أم غير عمدي<sup>٣</sup>. ولكن من النادر جداً أن يكون هناك منافسة غير مشروعة، ولا يكون هناك انتهاك للعلامة

<sup>١</sup> محمود سمير الشراوي - القانون التجاري - الجزء الأول - ١٩٨٩ - دار النهضة العربية - ص ٥٩٠.

<sup>٢</sup> Aktekin , U ur & Hançer , Hande, op. cit., p. 1313

<sup>٣</sup> سميحة القليوبي - المرجع السابق - ص ٣٥٤.

التجارية من تقليد أو تزوير. وقد أرجع القضاة والفقهاء هذا التصرف إلى السلوك "الطفيلي" الذي يلجأ إليه البعض لاقتناص الربح الوفير، مما يكون قد حققه الآخرين من مجهود حتى أصبحت منتجاتهم رائجة ومرغوبة<sup>١</sup>.

ولا يلزم لإضفاء الحماية الجنائية على العلامة التجارية أن يكون من ارتكب تلك الجرائم قد حقق أرباحاً من عدمه، أو أن يكون قد استعمل تلك العلامات على بضاعة أقل جودة أو أعلى جودة من تلك البضائع الموجودة على العلامة الأصلية، كما أنه لا يؤثر لوقوع الفعل المكوّن للجريمة عدم إصابة صاحب العلامة بضرر من جراء هذا التزوير أو التقليد، كما أن ذلك لا يؤثر في مقدار العقوبة<sup>٢</sup>.

والسبب في ضرورة وجود مثل تلك الجزاءات هو كمية المبالغ التي تضيع نتيجة هذا التزوير والتقليد، فمثلاً وحسب إحصائية قديمة، فقد قُدّرت قيمة التعاملات غير المشروعة نتيجة استخدام علامات مزورة ومقلدة في إمارة أبو

---

<sup>١</sup> Vida, A., Psychological element in trademark infringement:

court practice in France, Trademark reporter, V.87, 1997, P.

472.

وأشارت إلى الأحكام الفرنسية الآتية كأمثلة على التصرفات الطفيلية والتي يجني منها هؤلاء المتطفلين أموالاً

طائلة، وهي

TGI Paris November 5 ,1991, PIDB 1992 , III , 117 , Nr. 518 ;

Paris February 26 , 1985 , Annales 35 (1986) ; TGI Paris June

21 , 1990 , PIDB 1991 , III , 19 , Nr. 491.

<sup>٢</sup> سميحة القليوبي - المرجع السابق - ص - ٣٦٠.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ظهي بدولة الإمارات العربية المتحدة ما يعادل ٧٥٠ مليون دولار في سنة ١٩٨٨م<sup>١</sup>.

وتتنوع الجرائم التي يمكن أن تقع على العلامات التجارية من تزوير أو تقليد، أو استعمال لتلك العلامات المزورة أو المقلدة، أو الاستيلاء على العلامة التجارية بدون وجه حق من قبل الغير، بوضع تلك العلامات على منتجاته ليوحي للمستهلكين أن هذه البضاعة لها صلة بالعلامة الأصلية؛ رغبةً منه أن يحظى بالأرباح التي حققتها تلك العلامة الأصلية.

لذلك نجد أن المشرع الكويتي<sup>٢</sup> نص في المواد من (٩٢-٩٥) من القانون التجاري على العقوبات التي توقع على مخالف أحكام المواد المتعلقة بالعلامات التجارية، فتناول تزوير العلامة التجارية وتقليدها، والاستعمال بسوء نية علامة مزورة أو مقلدة، أو وضعها على منتجاته وهي مملوكة لغيره، أو باع تلك المنتجات أو عرضها أو حازها بقصد البيع وهي تحمل تلك العلامة المزورة أو المقلدة وهو يعلم بذلك، ففرض عقوبة الحبس لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات، وبغرامة لا تزيد على (٦٠٠) دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين على كل من يقوم بتلك الجرائم.

وكذلك نصت اتفاقية تريبس في المادة (٦١) على: "تلتزم البلدان الأعضاء بفرض تطبيق الإجراءات والعقوبات الجنائية على الأقل في حالات التقليد المتعمد للعلامات التجارية المسجلة، أو انتحال حقوق المؤلف على نطاق تجاري. وتشمل الجزاءات التي يمكن فرضها الحبس أو الغرامات المالية، بما يكفي لتوفير رادع يتناسب مع مستوى العقوبات المطبقة فيما يتعلق بالجرائم ذات الخطورة المماثلة. وفي الحالات الملائمة، تشمل

op. cit., P. 318. <sup>١</sup> Khoury, Amir, H.,

<sup>٢</sup> وتقابلها في قوانين دول مجلس التعاون الخليجي المواد من ٤٣-٥٤ من النظام السعودي، والمواد ٣٥-٣٨ من

القانون السلطاني العماني، والمواد من ٤٦-٥٢ من القانون القطري، والمواد من ٣١-٣٤ من القانون البحريني،

والمواد من ٣٧-٤٣ من القانون الاتحادي الإماراتي.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الجزاءات التي يمكن فرضها أيضًا حجز السلع المخالفة أو أية مواد ومعدات تستخدم بصورة رئيسية في ارتكاب الجرم، ومصادرتها، وإتلافها. ويجوز للبلدان الأعضاء فرض تطبيق الإجراءات والعقوبات الجنائية في حالات أخرى من حالات التعدي على حقوق الملكية الفكرية، لاسيما حين تتم التعديات عن عمد، وعلى نطاق تجاري".<sup>1</sup>

يظهر من هذا النص أنه يؤكد على وجوب معاقبة من يقوم بتزوير أو تقليد العلامات التجارية بطريقة متعمدة، وأنه يجب أن يكون الحبس أو الغرامات الرادعة هي جزاء من يقوم بمثل هذه الجرائم؛ حتى يتم حماية حقوق أصحاب العلامات التجارية، كما نجد أن الاتفاقية قد ألزمت - حتى تكون للعلامات التجارية حماية جنائية - أن تكون مسجلة، وكذلك نجد أن الاتفاقية قد نصت على وجوب أن تشمل تلك العقوبات المقررة لتلك الجرائم العقوبات التكميلية والتحفيزية لكل السلع المخالفة وأية مواد أو معدات تستخدم في ارتكاب الجرم ومصادرتها وإتلافها.

وسوف نقسم المبحث إلى أربعة مطالب؛ الأول: نتحدث فيه عن جريمة تزوير العلامة التجارية أو تقليدها، والثاني: نخصه لجريمة استعمال علامة مزورة أو مقلدة، والثالث: نتحدث فيه عن جريمة الاستيلاء على العلامة التجارية من دون وجه حق، والرابع: الإجراءات التحفظية والجزاءات التكميلية، وذلك على النحو التالي:

<sup>1</sup> انظر أيضًا:

Dreier, Thomas, Studies in Industrial Property and Copyright Law , From GATT to TRIPS , The agreement on trade – related aspects of intellectual property rights, Beir, Friedrich-Karl & Schricker, Gerhard, Published by Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition .٢٦٧P. Law , Munich , 1996,

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

## المطلب الأول تزوير العلامة التجارية أو تقليدها

التزوير كما يعرفه بعض الفقهاء هو: "نقل العلامة نقلاً حرفياً وتاماً بحيث تصبح العلامة المزورة صورة طبق الأصل من العلامة الحقيقية، ولا يمكن تفرقتها عنها". أما التقليد فيقتصر على نقل العناصر الأساسية للعلامة أو نقل بعضها نقلاً حرفياً مع إضافة شيء<sup>١</sup>. ولذلك فالتقليد أقل درجة من التزوير؛ فالتزوير يأخذ كل العناصر الأساسية المكونة للعلامة التجارية، وأما التقليد فيأخذ فقط العناصر الأساسية للعلامة التجارية، بحيث يؤدي ذلك التقليد إلى تضليل الجمهور. وهناك رأي آخر يرى أن التزوير يكون حتى ولو كان النسخ للعلامة التجارية قد اقتصر على الجزء الأساسي المميز للعلامة التجارية، بحيث تكون العلامة المميزة مطابقة للعلامة الأصلية، أي إنه لا يشترط لأن يعتبر الفعل تزويراً أن يكون شاملاً لكل العلامة، أو أن يكون نقلاً طبق الأصل لها، والتقليد يكون بالمحاكاة للعلامة الأصلية بحيث يدعو إلى التضليل، فينشأ التقليد للعلامة إذا كان ثمة تشابه عن قرب أو بعدٍ كافٍ لإيجاد خلط يصعب على المستهلك المتوسط الحرص التمييز بينهما<sup>٢</sup>.

وقد نصت المادة (٩٢) من القانون التجاري الكويتي على السجن لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات، وبغرامة لا تزيد على (٦٠٠) دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين "١- كل من زوّر علامة تم تسجيلها طبقاً للقانون، أو قلدها بطريقة تدعو إلى تضليل الجمهور ..."، ومن ثم فإن جريمة التزوير تقوم

<sup>١</sup> د. سميحة القليوبي - المرجع السابق - ص ٣٦١، وكذلك انظر: د. محمد مصطفى عبد الصادق - المرجع

السابق - ص ٣٢٦. وانظر: د. محمود سمير الشوقاوي - المرجع السابق - ص ٥٩١، د. أحمد محمد محرز -

المرجع السابق - ص ٤٨٨، د. محمود مختار بريري - المرجع السابق - ص ٢٤٧.

<sup>٢</sup> د. يعقوب يوسف صرخوه - المرجع السابق - ص ١٩٧ وما بعدها.

بمجرد ارتكاب الفعل المادي (التزوير) دون شرط ثبوت سوء النية، أي دون توافر القصد الجنائي. أما في جريمة التقليد فيكفي أن يكون الفعل قد تم بقصد الغش وتضليل الجمهور، أي إنه يصعب تصور حسن نية المزور أو المقلد<sup>١</sup>. وتزوير العلامات التجارية المشهورة هو أكثر صور الاعتداء، وذلك لما تمثله سمعة تلك العلامات التجارية المشهورة من عنصر جذب للمستهلكين. وبالرغم من محاربة العالم لعمليات التزوير والتقليد للمنتجات التي تحمل العلامات التجارية المشهورة، إلا أن هذه الصناعة في ازدياد مستمر، فتجد منتجات الساعات المقلدة بدرجات متفاوتة تصل في بعض الأحيان إلى أكثر من ٩٩% من العلامة الأصلية، وكذلك العطور والملابس ومستحضرات التجميل والأدوية بكل أنواعها.

وهذا ما يلاحظ في كثير من المنتجات التي توجد في الأسواق سواءً كانت عربية أو أجنبية، فتجد منتجات وبضائع لها نفس الشكل والألوان لمنتجات أخرى، بحيث إن لم تكن دقيق الملاحظة فإنك لن تستطيع التفرقة بين تلك العلامة وتلك، وهذا ما حدا بالمشرع عندما تحدث عن التقليد أن يشترط أن يكون هذا التقليد مضللًا للجمهور، وداعيًا للبس واختلاط الأمور على الآخرين<sup>٢</sup>.

ولكن التساؤل متى يعد هذا الفعل تقليدًا، ومتى لا يعد تقليدًا؟ استقر الفقه وأحكام القضاء على أن المعيار في ذلك يرجع إلى أوجه التشابه بين العلامتين

---

<sup>١</sup> ويرى بريري أن ربط التقليد بتضليل الجمهور فيه نظر؛ لأنه يرى أن المشرع كان يقصد أن يكون التقليد على

جانب من الأهمية بحيث يكون من شأنه تضليل الجمهور. وهذا لا يعني إلا وصف الفعل المادي، وتطلب قدرًا

من الجسامة بشأنه، ولكنه لا يعني لزوم سوء نية المقلد، وإثبات قصده تضليل الجمهور. انظر: د. محمود مختار

بريري - المرجع السابق - ص ٢٤٧ وما بعدها.

<sup>٢</sup> الطعن ٩٦/٥٤٣ تجاري - جلسة ١٩٩٨/٦/١م - مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز القسم

الرابع - المجلد الخامس - يونيو ٢٠٠٤م - ص ٤٨٢.

المقلدة والأصلية، وليس أوجه الاختلاف<sup>١</sup>، كما يجب أن تكون العبرة بالمظهر العام لا بالعناصر الجزئية، والعبرة في ذلك هي بتقدير الشخص العادي وليس بالشخص الفطن أو الخبير، كما أنه يجب النظر إلى العلامتين واحدة تلو الأخرى، وليساً متجاورتين؛ لأنه من الغالب ألا تكون العلامتان الأصلية والمقلدة موجودتين في نفس المكان للمقارنة بينهما؛ لأنه في هذه الحالة سيكون من السهل المقارنة بينهما، بل الواقع العملي يستبعد وجودهما في نفس المكان؛ ولذلك يكون النظر المعتبر للتجريم النظر إليهما تبعاً وليس بالتجاور، كما أن معيار تقدير التشابه بين العلامتين هو المستهلك متوسط الحرص والانتباه<sup>٢</sup>.

فإذا وصل هذا التشابه إلى مرحلة تضليل الجمهور، فهنا تكون العلامة مقلدة للعلامة الأصلية، وأما إذا لم يصل التشابه إلى ذلك الحد من أوجه التشابه بين العلامتين إلى حد التضليل، فلا جريمة هنا تستوجب العقاب، ولكن ليس بالضرورة أن يقع خداع الجمهور فعلاً، بل يكفي أن يكون من شأن هذا التقليد أن يخدع الجمهور. وجاء في حكم لمحكمة التمييز الكويتية أنه: "... بمقارنة العلامة المطلوب تسجيلها بالعلامة الأخرى المسجلة لشركة (فيما للمرطبات

<sup>١</sup> محمود سمير الشرقاوي - المرجع السابق - ص ٥٩١، محمد الشمري - المرجع السابق - ص ٤٠٠، والأحكام

القضائية المصرية التي أشار إليها المؤلف، محمد مصطفى عبد الصادق - المرجع السابق - ص ٣٢٥ وما بعدها،

وكذلك حكم الدائرة الإدارية رقم ١/د/٦٢ لعام ١٤٢٧هـ بالقضية رقم ١/٣١١/ق لعام ١٤٢٥هـ بجملة

١٧/١٠/١٤٢٧هـ - مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية - ص ١٧٨٩.

<sup>٢</sup> صلاح زين الدين - المرجع السابق - ص ٤٠٦، يعقوب يوسف صرخوه - المرجع السابق - ص ١٩٩

وما بعدها. وانظر كذلك: الطعن رقم ٨٢/٧ تجاري - جلسة ١٩٨٢/٦/٢ - مجموعة القواعد القانونية التي

قررتها محكمة التمييز - القسم الأول - المجلد الثاني - يناير ١٩٩٤م - ص ٣٣١.

المحدودة) والمودعتين بالملف الأصلي لهاتين العلامتين المقدم من جهة الإدارة، والمعلّى تحت رقم (٧) دوسيه، يتبين أن هناك جد اختلاف بينهما في مجموعهما من حيث الأحرف والشكل وطريقة الكتابة؛ إذ العلامة الأولى مكتوبة بعبارة (فيفا) باللغة العربية، وأسفلها كلمة (أمريكانا) باللغة العربية أيضاً، وذلك داخل إطار مستطيل بالألوان الأزرق والأبيض والأحمر، وأرضيتها باللون الأزرق، بينما العلامة الأخرى مكونة من كلمة (FIFA) بحروف لاتينية، وأسفلها كلمة (فيفا) بحروف عربية داخل إطار شبه دائري باللونين الأحمر والأزرق الغامق فقط، وأرضيتها باللون الأخضر، مما يتضح منه أن كلاً من العلامتين في صورتيهما العامة لها ميزتها الخاصة بها، بما لا تُكوّنان في مجموع عناصرهما انطباعاً في الذهن لدى جمهور المستهلكين من شأنه أن يخدعه أو يضلله أو يوقعه في اللبس"<sup>١</sup>.

وجدير بالذكر أن واقعة التزوير أو التقليد هي واقعة مادية، ومن ثم يمكن إثباتها بأي وسيلة من وسائل الإثبات، وتخضع لسلطة قاضي الموضوع دون رقابة عليه من قبل محكمة التمييز.

---

<sup>١</sup> الطعن ٢٠٠٣/٩٣٤ تجاري - جلسة ٢٠٠٤/٦/١٤م - مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز

- القسم الخامس - المجلد التاسع - أبريل ٢٠٠٩م - ص ١٤، كذلك انظر: حكم الدائرة الإدارية السعودية

الحادية عشرة رقم (٥٦) لسنة ١٤٢٧هـ بالقضية رقم ١٧٦٨/٢/ق لعام ١٤٢٥هـ، بجلسته ١١/٢١/١٤٢٧هـ

السعودي - مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية - ص ١٨٣١ وما بعدها.



## المطلب الثاني استعمال علامة مزورة أو مقلدة

نصت المادة (٩٢) (١) من القانون التجاري الكويتي على جريمة استعمال علامة مزورة أو مقلدة، وعاقبت مرتكبها بالسجن لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات، وبغرامة لا تزيد على (٦٠٠) دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين لكل من قام باستعمال علامة تجارية وهو يعلم أنها مزورة أو مقلدة.

فمجرد الاستعمال يعد جريمة يعاقب عليها القانون تبعاً لهذا النص، ولا يهم نوع الاستعمال أو شكله، فيكفي مجرد الاستعمال لتكوين الفعل المجرم، ولا يشترط أن يتم الاستعمال بوسيلة معينة كوضع العلامة على المنتجات والسلع، وإنما يكفي مجرد استعمالها على واجهة المحل، أو إلى جوار الاسم التجاري للمحل، أو في نشرات توزع للمستهلكين والعملاء، كما لا يهم أيضاً أن تكون المنتجات التي تحمل العلامة المزورة أو المقلدة من ذات الجودة أو أقل منها، كما يستوي في ذلك البيع مرة واحدة أو مرات عديدة؛ لذلك تطلب العقاب شرطان؛ أحدهما: توفر العنصر المادي المكوّن لعملية البيع أو العرض، وثانيهما: وجود العنصر المعنوي، وهو سوء النية بقصد غش المستهلك العادي، بأن يخلق له التباساً يحمله على الاعتقاد بأن السلعة المباعة من صانع أو تاجر معيّن؛ خلافاً للحقيقة<sup>١</sup>.

وهناك قضية رفعت بالvisين من قبل ملاًك مجموعة علامات تجارية فاخرة مشهورة؛ مثل Prada, Chanel, Gucci, Louis Vuitton, and

<sup>١</sup> سميحة القليوبي - المرجع السابق - ص ٣٦٩، ٣٧٠.

<sup>٢</sup> حكم الدائرة الإدارية الثالثة عشر السعودية رقم ١٣/د/٩ لعام ١٤٢٧هـ بالقضية رقم ٥٦/٢/ق/ لعام

١٤٢٧هـ، بجلسة ١٥/١٠/١٤٢٧هـ - مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية - ص ١٧٦٧ وما بعدها. وانظر:

Khoury, Amir H., op. cit., p. 283.

Burberry، على صاحب محل تجاري بشارع الحرير بالصين؛ لعرضه منتجات تحمل هذه العلامات التجارية بصورة غير قانونية، وانتهت المحكمة أيضًا إلى تعويض مُلّاك هذه العلامات جراء هذا الاعتداء، ولكن هذه التعويضات طبعًا لا تتناسب مع قيمة الخسائر التي تكبدها أصحاب هذه العلامات الفاخرة جراء انتشار تجارة تقليد تلك العلامات بالصين، ولكن هذا الحكم يعد مؤشرًا لاتجاه المحاكم الصينية لحماية حقوق الملكية الفكرية في الصين<sup>١</sup>.

وجريمة الاستعمال هي جريمة لاحقة على جريمة التزوير أو التقليد للعلامة التجارية التي تتم بمجرد التزوير أو التقليد، كما أنها جريمة مستمرة ما دام الاستعمال قائمًا.

فاعتبرت المحكمة أن إقرار المدعي بعلمه بتقليد العلامة التجارية المسجلة لغيره وبيعها يعد من الإضرار بصاحب العلامة التجارية المسجلة، باعتبارها حقًا من حقوقه المحمية بقانون العلامات التجارية<sup>٢</sup>.

ولكن هناك تساؤل: هل يمكن أن يعد الفعل جريمة إذا اشترى أحد بضاعة تحمل منتجات عليها علامة مزورة أو مقلدة بقصد الاستعمال الشخصي، وليس بقصد إعادة البيع؟

لا شك أن شراء المنتجات أو البضائع التي تحمل علامة مزورة أو مقلدة بقصد إعادة بيعها تكون مجرمة، ولكن إذا قام شخص ما بشراء منتجات أو بضائع عليها علامة مزورة أو مقلدة بقصد استعماله الشخصي، فإن فعله هذا لا يعد جريمة؛ وذلك لأن الاستعمال الذي سيقوم به الشخص المشتري سيكون للبضاعة وليس للعلامة التجارية المقلدة أو المزورة، والتجريم الذي نص عليه المشرع هو للعلامات نفسها، وليس للبضائع والمنتجات.

---

op. cit., p. 293. <sup>١</sup> Hill, Breann M.,

<sup>٢</sup> حكم الدائرة الإدارية الخامسة عشرة السعودية رقم ٩٠/د/١٥ لعام ١٤٢٦هـ بالقضية رقم ٨٢٧/٣/ق/لعام

١٤٢٦هـ، بجلسة ١٣/١١/١٤٢٧هـ - مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية - ص ١٨١٦ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وجدير بالذكر أن جريمة استعمال العلامة التجارية المقلدة والمزورة تطلب المشرع فيها لكي تشكّل جريمة أن تتم بسوء نية، أي يتطلب توافر القصد الجنائي<sup>١</sup>، أي يعلم مسبق أنه يقوم باستعمال علامة تجارية مقلدة أو مزورة بقصد تضليل الجمهور. ويلاحظ أن المشرع لم يتطلب القصد الجنائي في الجريمة الأولى التي تحدثنا عنها، وهي جريمة تزوير العلامة التجارية أو تقليدها، وذلك لافتراض المشرع وجود القصد الجنائي، فالمشرع يفترض سوء النية عند من يقوم بتزوير العلامة التجارية أو تقليدها، ومن ثم لا يحتاج النص عليه. أما بالنسبة لجريمة استعمال العلامة التجارية، فيجب أن يتوافر القصد الجنائي لتتوافر الجريمة؛ كأن يكون يقصد تحقيق ربح مالي من وراء ذلك الاستعمال، وأن يكون عالمًا أنه يستخدم تلك العلامة وهي مزورة أو مقلدة. أما إن كان قد استعمل هذه المنتجات التي تحمل العلامة المزورة أو المقلدة لاستخدامه الشخصي، فلا جريمة جنائية في ذلك وإن كان من الممكن أن يُساءل مدنيًا.

ولذلك فإن وضع شخص ما علامة "CONCORDE PARIS" على قمصان وعرضها للبيع مدعيًا أنه لا يعلم أنه منتهكًا لحق الملكية الفكرية الخاص بالمدعي مالك العلامة "CONCORDE" المعروفة، فهو أمر غير مقبول، بل يفترض فيه في هذه الحالة علمه وسوء نيته بذلك<sup>٢</sup>. كذلك توصلت المحكمة إلى أن القيام بتغيير ترتيب كلمات العلامة التجارية يعد أيضًا مؤشرًا على سوء النية، ومن ثم يعاقب مرتكب هذا الفعل، فإذا قام شخص ببيع منتجات

---

cit., P. 469. <sup>١</sup> Vida, A., op.

cit., <sup>٢</sup> Paris February 7, 1985, Annales 14 (1986), Vida, A., op.

p.470-471.

تحمل علامة "West Jeans"، يعد منتهاً للعلامة التجارية "Jeans West".<sup>1</sup>

### المطلب الثالث

#### الاستيلاء على العلامة التجارية بدون وجه حق

نص المشرع الكويتي في المادة (٩٢) (٢) على تجريم فعل "كل من وضع وهو سيئ النية على منتجاته علامة مملوكة للغير"، وتقع هذه الجريمة بأن يقوم أحد الأشخاص بأخذ العلامة التجارية المملوكة للغير ووضعها على منتجاته؛ مما يوهم الغير بأن منتجاته الموضوع عليها علامة ذلك الشخص هي منتجات أصلية، وأنها صاحبة تلك العلامة، فالعلامة في هذه الجريمة هي علامة أصلية وليست مزورة، كما رأينا في الجريمتين السابقتين اللتين تحدثنا عنهما، فمثلاً قد يقوم شخص ببيع قمصان رديئة الصنع ويضع عليها علامات تجارية معروفة ومشهورة، ولها سمعتها الكبيرة بالأسواق، فيأتي ذلك المستهلك البسيط ليشتري ذلك القميص معتقداً بأنه من نفس جودة العلامة التجارية الموجودة على ياقته.

وقد تطلب المشرع أيضاً في هذه الجريمة توافر القصد الجنائي، فلكي يصبح هذا الفعل مجرماً يجب أن يكون بسوء قصد. أما إن كان الفعل بحسن نية كأن كانت لاستخدامه الشخصي، فلا يعد هذا الفعل مجرماً. ويمكن إثبات القصد الجنائي بكل وسائل الإثبات، فوجود كميات كبيرة من العلامات التجارية الأصلية جاهزة للتركيب على منتجات معينة لا تستحق أن توضع عليها تلك العلامات؛ يعتبر من القرائن التي يمكن الاعتماد عليها لإثبات وجود القصد الجنائي للفاعل.

op. , Vida, A.,) Paris October 29, 1984, Annales 194 (1984

, p. 471. Cit.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

## المطلب الرابع

بيع أو عرض للبيع أو التداول أو الحيازة منتجات عليها علامة مزورة  
أو مقلدة أو موضوعة بغير وجه حق

نص المشرع الكويتي في الفقرة الثالثة من المادة (٩٢) من القانون التجاري على تجريم فعل كل من باع أو عرض للبيع، أو للتداول، أو حاز بقصد البيع منتجات عليها علامة مزورة أو مقلدة أو موضوعة بغير حق مع علمه بذلك.

ويعني هذا النص تجريم فعل الشخص الذي يقوم بواقعة البيع لبضاعة أو منتجات تحمل علامة مزورة أو مقلدة، سواءً حقق من وراء هذا البيع ربحاً أم لا، كذلك يكون التجريم في واقعة ما إذا قام الشخص أيضاً بمجرد عرض البضاعة في واجهة المحل، أو على الأرفف، أو قام بإرسال قوائم ونشرات للمستهلكين بخصوص هذه البضائع، أو أن يكون حائزاً للبضاعة تلك؛ كأن يضعها في مخزن تمهيداً لنقلها للمحل، وسواءً كان هذا الحائز هو مالك تلك البضائع من عدمه، إذ ساوى المشرع بين البائع والعارض والحائز في الجرم، ومن ثم في توقيع العقوبة المقررة لهذه الجريمة<sup>١</sup>.

ولكن المشرع أيضاً اشترط وجود القصد الجنائي في هذه الجريمة، فيجب لكي تقع هذه الجريمة أن يكون هذا البائع أو العارض أو الحائز للبضاعة التي تحمل علامة مزورة أو مقلدة، أن يبيع أو يعرض أو يحوز علامة مزورة أو مقلدة حتى يمكن معاقبته. وتوافر القصد الجنائي كما نعرف هو واقعة مادية تستلزم إثبات سوء نيته أو لا؛ لأن الأصل حسن النية حتى يثبت العكس.

<sup>١</sup> يعقوب صرخوه - المرجع السابق - ص ٢٢٣ وما بعدها.

## المطلب الخامس الإجراءات التحفظية والجزاءات التكميلية

بالإضافة إلى العقوبات التي نصت عليها التشريعات المقارنة التي استعرضناها بالمطالب الأربعة الماضية، نجد أن المشرع قد نص على إجراءات وجزاءات تكميلية بخصوص التعدي على العلامات التجارية المشهورة.

### أولاً: الحجز:

أجاز المشرع لمالك العلامة قبل رفع أي دعوى أن يستصدر بناءً على عريضة مشفوعة بشهادة رسمية دالة على تسجيل العلامة، أمرًا من القاضي المختص باتخاذ الإجراءات التحفظية اللازمة، وعلى الأخص حجز الآلات أو أية أدوات تستخدم أو تكون قد استخدمت في ارتكاب الجريمة، وكذا المنتجات أو البضائع وعناوين المحال أو الأغلفة أو الأوراق أو غيرها، مما تكون وضعت عليها العلامة أو البيانات موضوع الجريمة<sup>١</sup>. وهذا إجراء تحفظي مقر لصاحب العلامة المسجلة، ويمكنه اتخاذه قبل أو بعد تحريك الدعوى الجزائية أو التجارية في حال ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة (٩٢) من القانون التجاري، ومن بينها ما نصت عليه من معاقبة كل من باع أو عرض للبيع أو للتداول، أو حاز بقصد البيع منتجات عليها علامة مزورة أو مقلدة بغير حق مع علمه بذلك، كما أجازت الفقرة الثالثة من المادة (٩٣) - سائلة الذكر - إجراء الحجز عند استيراد البضائع من الخارج<sup>٢</sup>.

ويقتصر الإجراء التحفظي اللازم اتخاذه عند تقليد العلامة التجارية على حجز الأدوات والآلات التي استخدمت في عملية التقليد، بالإضافة إلى الأغلفة والأوراق أو غيرها التي وضعت على العلامة المقلدة، باعتبار أن الغرض من العلامة التجارية هو أن تكون وسيلة للتمييز بين المنتجات والسلع عن غيرها

<sup>١</sup> المادة (٩٣) (١) من القانون التجاري الكويتي.

<sup>٢</sup> الطعن ٩٦/١٠٣ تجاري جلسة ٤/٢٧/١٩٩٧م - مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز -

القسم الرابع - المجلد الخامس - يونيو ٢٠٠٤م - ص ٤٨٠، ٤٨١.

من السلع المماثلة أو المشابهة، بما يرفع عنها اللبس دون ما عدا ذلك من أدوات أو آلات استخدمت أو تستخدم في صناعة المنتج ذاته الذي وضعت عليه العلامة، وعلى الأخص إذا كانت هذه الأدوات والآلات تستخدم في صناعة منتج آخر؛ لأن الحماية التي قررها القانون لصاحب العلامة التجارية المقلدة تنصب على تقليد العلامة، ومنع كل ما من شأنه أن يؤدي إلى الخط بينه وبين منتجه ومنتج آخر؛ لما في ذلك من إضرار به وبنشاطه التجاري، ودرءاً للمنافسة غير المشروعة<sup>١</sup>.

#### ثانياً: المصادرة:

كما أجاز المشرع للمحكمة المدنية أن تحكم بمصادرة الأشياء المحجوزة أو التي تحجزها فيما بعد، لاستئصال ثمنها من التعويضات أو الغرامات، أو للتصرف فيها بأية طريقة أخرى تراها المحكمة مناسبة<sup>٢</sup>.

#### ثالثاً: الإتلاف:

كما يجوز لها أيضاً أن تأمر بإتلاف العلامات غير القانونية، وأن تأمر عند الإقتضاء بإتلاف المنتجات والأغلفة ومعدات الجرم وعناوين المحال والكتالوجات وغيرها من الأشياء التي تحمل هذه العلامات، وكذلك إتلاف الآلات والأدوات التي استعملت بصفة خاصة في عملية التزوير، ولها أن تأمر بكل ما سبق حتى في حال البراءة من الجريمة الجنائية<sup>٣</sup>. بالإضافة إلى حق المحكمة في أن تأمر بنشر الحكم في الجريدة الرسمية على نفقة المحكوم عليه، فلها أن تحكم به أو لا تحكم<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> الطعن ٢٠٠٣/٥٧ مدني - جلسة ٢٧/٩/٢٠٠٤م - مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز -

القسم الخامس - المجلد التاسع - يونيو ١٩٩٦م.

<sup>٢</sup> المادة (٩٥) (١) من القانون التجاري الكويتي.

<sup>٣</sup> المادة (٩٥) (٢) من القانون التجاري الكويتي.

<sup>٤</sup> المادة (٩٥) (٣) من القانون التجاري الكويتي.

ويظهر من استعراض الحماية الجنائية للعلامات التجارية بعض الملاحظات، والتي تتمثل في التالي:

أولاً: أن المشرع الكويتي لم يعالج مسألة العود في الجرائم الواقعة على العلامات التجارية، وقد تبعه في ذلك كل من المشرع العماني والإماراتي، على خلاف كل من المشرع السعودي والقطري والبحريني.

فقد جاء في نص الفقرة الأولى من المادة (٤٧) من القانون البحريني: " ... وتضاعف العقوبة بحديها الأدنى والأقصى في حالة العود مع إغلاق المحل التجاري أو المشروع أو وقف النشاط - بحسب الأحوال - لمدة لا تقل عن خمسة عشر يوماً، ولا تزيد على ستة أشهر، ونشر الحكم في صحيفة يومية مرة واحدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه"، وجاء النص السعودي مشابهاً للنص البحريني. أما القانون القطري فقد ضاعف العقوبة في حالة العود وجعل العقوبة الحبس والغرامة وجوبياً<sup>١</sup>.

ثانياً: مدة الحبس الواردة في العقوبات الواقعة على العلامات التجارية متفاوتة في قوانين دول مجلس التعاون الخليجي، فنجد أن المشرع الكويتي قد جعل مدة الحبس ثلاث سنوات، في حين أن كلاً من القانون القطري والعماني جعلها سنتين. أما السعودي والبحريني والعماني والإماراتي فقد جعلها سنة واحدة. ونعتقد أن مدة الحبس لأكثر من سنة فيه مبالغة بالمدة؛ لأن الهدف من العقوبة هو رد الاعتداء الواقع على العلامات التجارية، ومن ثم نعتقد أن الحبس لن

<sup>١</sup> انظر المادة ٤٥، ٤٦ من النظام السعودي، والمادة ٤٩ من القانون القطري، والمادة ٤٧ من القانون البحريني.



يكون الرادع بقدر ما تكون الغرامة المفروضة على المعتدي على العلامات التجارية<sup>١</sup>.

ثالثاً: مبلغ الغرامة المقررة كعقوبة على جرائم الاعتداء على العلامات التجارية متفاوت أيضاً في قوانين مجلس التعاون الخليجي، فوجد أن أقل مبلغ غرامة كان في القانون الكويتي؛ حيث بلغ ٦٠٠ دينار كويتي، في حين أنها تصل في النظام السعودي إلى مليون ريال سعودي، وتراوحت قوانين مجلس التعاون الأخرى بين هذين المبلغين، وإن كانت للقانون الكويتي أقرب. وإن كنا نعتقد أن النظام قد أحسن صنعا في قصر مدة الحبس في جرائم الاعتداء على العلامات التجارية، وزاد مبلغ الغرامات، وذلك اتساقاً مع نوع الضرر الواقع على مالك العلامة التجارية المعتدى عليه؛ حيث إن الضرر الواقع على مالك العلامة التجارية هو ضرر مالي.

رابعاً: لم تتناول قوانين دول مجلس التعاون الخليجي مسألة التدابير الحدودية الواجب اتخاذها نتيجة استيراد علامات تجارية مقلدة أو مشابهة لعلامة تجارية أخرى دون إذن صاحبها، اتساقاً مع ما ورد في اتفاقية تريبس في المواد من ٥١ ولغاية ٥٧، وذلك ما عدا القانون البحريني؛ حيث نصت المادة ٤٣ منه على أنه:

---

<sup>١</sup> من هذا الرأي. انظر: جمال محمود عبد العزيز - نحو قانون موحد للعلامات التجارية لدول مجلس التعاون

الخليجي وفقاً للاتفاقيات الدولية وقوانين العلامات التجارية الخليجية - دار النهضة العربية - ٢٠٠٨ - ص

٨٠، وكذلك انظر المواد ٤٣، ٤٤ من النظام السعودي، والمادة (٣٥) من القانون العماني، والمادة (٤٧) من

القانون القطري، والمادة (٤٧) من القانون البحريني، والمادة (٣٧) و(٣٨) من القانون الإماراتي.

" ١) يجوز لصاحب الحق، إذا كان لديه أسباب سائغة تحمله على الاعتقاد بإمكان استيراد سلع مقلدة، أو تحمل علامة مشابهة لعلامته التجارية المسجلة على نحو يؤدي إلى إحداث لبس لدى الجمهور، أن يقدم طلبًا كتابيًا إلى الجهة المختصة بالإفراج الجمركي لوقف الإفراج الجمركي عن هذه السلع وعدم السماح بتداولها. ويجب أن يكون الطلب مشفوعًا بأدلة تكفي لإقناع الجهة المختصة بالإفراج الجمركي بوجود تعددٍ بحسب الظاهر، على حق الطالب في العلامة، وأن يشتمل الطلب على المعلومات الكافية التي يكون من المعقول توافرها لدى الطالب؛ لتمكين الجهة المذكورة من التعرف بصورة معقولة على السلع المعنية.

٢) يجب على الجهة المختصة بالإفراج الجمركي أن تخطر الطالب كتابةً بقرارها بشأن طلبه خلال سبعة أيام من تاريخ تقديم الطلب. ويسري القرار في حالة قبول الطلب لمدة سنة واحدة من تاريخ تقديمه، أو للفترة المتبقية من مدة حماية العلامة التجارية؛ أيهما أقل، ما لم يطلب مقدم الطلب فترة أقصر.

٣) يجوز للجهة المختصة بالإفراج الجمركي أن تكلف الطالب بتقديم كفالة مناسبة أو ما يعادلها من ضمان بما يكفي لحماية المدعى عليه والسلطات المختصة، ولمنع إساءة استعمال الحق في طلب وقف الإفراج الجمركي.

٤) مع عدم الإخلال بأحكام الفقرات السابقة، يجوز للجهة المختصة بالإفراج الجمركي من تلقاء نفسها، دون حاجة إلى تقديم شكوى أو طلب من صاحب الحق أو من غيره، أن تصدر قرارًا بوقف الإفراج الجمركي عن السلع المستوردة أو العابرة (الترانزيت) أو المعدة للتصدير إثر ورودها إلى المنطقة الجمركية الخاضعة لولايتها، وذلك إذا توفرت أدلة كافية - بحسب الظاهر -

على أن هذه السلع مقلدة، أو تحمل دون وجه حق علامة مشابهة لعلامة تجارية مسجلة، وعلى نحو يؤدي إلى إحداث لبس لدى الجمهور.

٥) إذا قررت الجهة المختصة بالإفراج الجمركي تطبيقاً لأحكام هذه المادة وقف الإفراج الجمركي عن سلع وردت إلى المنطقة الجمركية الخاضعة لولايتها، وجب عليها ما يلي: أ) أن تخطر مستورد السلع وصاحب الحق بالقرار الصادر بوقف الإفراج الجمركي فور صدوره. ب) أن تخطر صاحب الحق، بناء على طلب كتابي منه، بأسماء وعناوين مرسل السلع ومستوردها ومن أرسلت إليه وكمياتها. ج) السماح لأصحاب الشأن بمعاينة السلع وفقاً للإجراءات الجمركية المتبعة في هذا الشأن. ويجب على صاحب الحق أن يرفع دعوى بأصل النزاع أمام المحكمة المختصة، وأن يبلغ ذلك إلى الجهة المختصة بالإفراج الجمركي خلال مدة لا تتجاوز عشرة أيام عمل من تاريخ إخطاره بقرار وقف الإفراج الجمركي عن هذه السلع، وإلا اعتبر القرار كأن لم يكن، ما لم تقرر هذه الجهة أو المحكمة المختصة مدد هذه المهلة في الحالات التي تقدرها لمدة لا تتجاوز عشرة أيام أخرى، وإذا رفعت دعوى بأصل النزاع، جاز للمحكمة تأييد الأمر أو تعديله أو إلغاؤه.

٦) إذا ثبت للمحكمة أن السلع التي تقرر وقف الإفراج الجمركي عنها مقلدة، أو تحمل دون وجه حق علامة مشابهة لعلامة تجارية مسجلة، وعلى نحو يؤدي إلى إحداث لبس لدى الجمهور، وجب الحكم بإتلاف هذه السلع على نفقة مستوردها، أو التخلص منها خارج القنوات التجارية، إذا كان من شأن الإتلاف إلحاق ضرر غير معقول بالصحة العامة أو بالبيئة.

٧) لا يجوز في جميع الأحوال الإفراج الجمركي عن السلع إلى القنوات التجارية، أو التصريح بإعادة تصديرها لمجرد إزالة العلامة التجارية التي وضعت على نحو غير مشروع.

٨) يصدر وزير المالية، قرارًا بتحديد البيانات والشروط والضوابط والإجراءات المتعلقة بتقديم طلب وقف الإفراج الجمركي والبت فيه، وما يجب إرفاقه بهذا الطلب من مستندات. ويراعى في تحديد تلك البيانات ألا يؤدي ذلك إلى العزوف عن اللجوء إلى طلب اتخاذ الإجراء المشار إليه، كما يصدر وزير المالية، بعد موافقة مجلس الوزراء، قرارًا بشأن ما يلي: أ) قواعد تقدير الكفالة، أو ما يعادلها من ضمان، التي يلزم الطالب بإيداعها استنادًا لأحكام هذه المادة. ب) الرسوم التي تفرض على تخزين السلع التي يتقرر وقف الإفراج الجمركي عنها. ويجب ألا يكون مقدار الكفالة، أو ما يعادلها من ضمان، أو مقدار الرسوم المشار إليها كبيرًا لدرجة تؤدي بصورة غير معقولة إلى العزوف عن اللجوء إلى طلب اتخاذ الإجراء المشار إليه.

٩) لأغراض هذه المادة يقصد بعبارة "سلع مقلدة" السلع - بما في ذلك الأغلفة - التي تحمل دون ترخيص علامة مماثلة لعلامة تجارية مسجلة عن هذه السلع، أو علامة لا يمكن تمييزها من حيث عناصرها الجوهرية عن العلامة التجارية المسجلة.

وعليه نتمنى أن تحذو دول مجلس التعاون الخليجي حذو المشرع البحريني، بإضافة التدابير الحدودية ضمن قوانينها المحلية، وذلك لضمان عدم دخول

السلع التي تحمل علامات تجارية مقلدة للبلاد أصلاً، وذلك بمنح السلطات الجمركية في كل بلد سلطة إيقاف الإفراج عن هذه السلع<sup>١</sup>.

---

<sup>١</sup> جمال محمود عبد العزيز - المرجع السابق - ص ٨٤ وما بعدها.

## الخاتمة

تناولنا في بحث الحماية القانونية للعلامات التجارية المشهورة كلاً من تعريف العلامة التجارية المشهورة وأهميتها، سواء بالنسبة للمستهلك أو لمالك العلامة التجارية المشهورة، ثم انتقلنا للمعايير التي تستطيع أن تحدد ما إذا كانت العلامة التجارية مشهورة من عدمه، ومن ثم خضوعها للحماية المدنية والجنائية من عدمه.

وفي الفصل الثاني تحدثنا عن حماية العلامة التجارية المشهورة، فبدأنا بالحماية المدنية، سواء كان ذلك للسلع المتماثلة أو للسلع غير المتماثلة، وموقف قوانين دول مجلس التعاون الخليجي من تلك الحماية، ومقارنتها مع ما ورد في كل من اتفاقية باريس أو اتفاقية ترينيت.

وفي المطالب الثاني تناولنا الحماية الجنائية للعلامات التجارية، فاستعرضنا أنواع الجرائم التي تتعرض لها العلامات التجارية، وموقف التشريعات والمحاكم في مواجهة تلك الجرائم. وعليه، فإننا نوصي بالتالي:

١. إصدار المشرع الكويتي لقانون خاص للعلامات التجارية

اتساقاً مع ما قامت به دول مجلس التعاون الخليجي، ولبيان أهمية العلامات التجارية بالكويت، وتشجيعاً للمستثمرين على دخول السوق الكويتية، على أن يراعى في هذا القانون تفصيلاً أكبر للعلامات التجارية المشهورة.

٢. لاحظنا اختلاف دول مجلس التعاون فيما يتعلق بالشهرة

المطلوبة لاعتبار العلامة التجارية مشهورة من عدمه، فالبعض يشترط الشهرة العالمية بالإضافة إلى الشهرة

المحلية، والبعض الآخر يكتفي بالشهرة المحلية فقط، فلو كان هناك تعريف واضح للعلامة التجارية لكان الأمر أسهل، وذلك كما فعل المشرع البحريني والإماراتي.

٣. لاحظنا أيضًا اختلاف دول مجلس التعاون الخليجي فيما يتعلق بالضرر المتطلب لاستحقاق التعويض؛ أي هل يكفي الضرر المحتمل أم الضرر المحقق؟ وكنا نتمنى لو اقتصرت التشريعات بالضرر المحتمل، وذلك تسهيلًا لاستحقاق التعويض لكل من تعرضت علامته التجارية لاعتداء من قبل الغير.

٤. كذلك الأمر بالنسبة لدعوى المنافسة غير المشروعة، فنجد أن أغلب قوانين دول مجلس التعاون لم تتناول دعوى المنافسة غير المشروعة عند الحديث عن الحماية القانونية للعلامات التجارية، فلم يتعرض لهذه الدعوى إلا القانونين الكويتي والعماني. وعليه، نتمنى من بقية دول مجلس التعاون أن تنظم دعوى المنافسة غير المشروعة كأحد أنواع الاعتداءات على العلامات التجارية.

٥. لوحظ أيضًا اختلاف دول المجلس فيما يتعلق بمدة الحبس ما بين ثلاث سنوات وسنة واحدة، وكنا نتمنى لو قامت دول

المجلس باتباع نهج متقارب حول تخفيض مدة الحبس في جرائم الاعتداء على العلامات التجارية.

٦. كذلك الأمر بالنسبة لمبالغ الغرامات كعقوبة على ارتكاب جرائم الاعتداء على العلامات التجارية، فقد اختلفت دول المجلس ما بين المتشدد والمتساهل، وكنا نتمنى لو قامت كل دول المجلس بتشديد مبالغ الغرامات المفروضة على المعتدي على العلامة التجارية، وذلك اتساقاً مع نوع الضرر الواقع على المعتدي.

٧. لوحظ أن المشرع الكويتي لم يعالج مسألة العود في الجرائم الواقعة على العلامات التجارية، وقد تبعه في ذلك كل من المشرع العماني والإماراتي، على خلاف كل من المشرع السعودي والقطري والبحريني، ولذلك نتمنى من دول مجلس التعاون التي تنص على تشديد العقوبة في حالة العود أن تقوم بالتعديلات اللازمة لتضمن العود في تشريعاتها الوطنية.

٨. لم تتناول قوانين دول مجلس التعاون الخليجي مسألة التدابير الحدودية الواجب اتخاذها نتيجة استيراد علامات تجارية مقلدة أو مشابهة لعلامة تجارية أخرى دون إذن صاحبها، اتساقاً مع ما ورد في اتفاقية تريبس، وذلك ما عدا القانون البحريني، فنتمنى من دول مجلس التعاون أن تضمن



تشريعاتها الوطنية الخاصة بالعلامات التجارية التدابير  
الحدودية الواجب اتخاذها عند استيراد علامات تجارية مقلدة.

## المراجع:

- أحمد محمد محرز - القانون التجاري - دار الكتب القانونية  
- ٢٠٠٣م.
- أحمد محمد محرز- الحق في المنافسة المشروعة - ١٩٩٤م  
- بدون ناشر.
- جمال محمود عبد العزيز - نحو قانون موحد للعلامات  
التجارية لدول مجلس التعاون الخليجي وفقاً للاتفاقيات الدولية  
وقوانين العلامات التجارية الخليجية -دار النهضة العربية -  
٢٠٠٨م.
- حسام الدين الصغير - حماية العلامات التجارية المشهورة -  
حلقة الويبو الوطنية التدريبية حول الملكية الفكرية  
للدبلوماسيين، والتي نظمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية  
(الويبو) بالتعاون مع وزارة الخارجية العمانية - مسقط من  
٥-٧ سبتمبر ٢٠٠٥م.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

- حسام الدين عبد الغني الصغير - الجديد في العلامات التجارية - دار الفكر الجامعي - ٢٠٠٥م.
- سميحة القليوبي - الملكية الصناعية - الطبعة السادسة - ٢٠٠٧م - دار النهضة العربية - القاهرة.
- سوفالو آمال - حماية العلامة التجارية المشهورة بين التشريع الجزائري والاتفاقات الدولية - رسالة ماجستير - جامعة الجزائر - كلية الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون - ٢٠٠٤/٢٠٠٥م.
- صلاح زين الدين - الملكية الصناعية - دار الثقافة - الأردن - ٢٠٠٠م.
- عبد الرحمن السيد قرمان - حماية العلامة التجارية المشهورة - مجلة الأمن والحياة - العدد ٣٣٤ - ١٤٣١هـ.
- كنعان الأحمر - حماية العلامة التجارية ذائعة الشهرة - ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية لأعضاء هيئة التدريس وطلاب الحقوق في الجامعة الأردنية - تنظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع الجامعة الأردنية - عمان، من ٦ إلى ٨ أبريل/نيسان ٢٠٠٤ -

WIPO/IP/UNI/AMM/04/DOC.04

- مجلة الأحكام والمبادئ الإدارية - المملكة العربية السعودية.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز في المواد التجارية والمدنية والأحوال الشخصية والعمالية - وزارة العدل - المكتب الفني - الكويت.
- محمد الشمري - حماية العلامة التجارية وفقاً لاتفاقية التريبس - ١٤٢٦هـ - الرياض.
- محمد حسام لطفي - تأثير اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية "تربس" على تشريعات البلدان العربية - القاهرة - ١٩٩٩م.
- محمد مصطفى عبد الصادق - الحماية القانونية للعلامات التجارية إقليمياً ودولياً - دراسة مقارنة - دار الفكر والقانون - الطبعة الأولى - ٢٠١١م.
- محمود سمير الشرقاوي - القانون التجاري - الجزء الأول - ١٩٨٩م - دار النهضة العربية.
- محمود مختار أحمد بريري - قانون المعاملات التجارية - الجزء الأول - دار النهضة العربية - ٢٠٠٠م.
- منار نزار الملكاوي - الحماية القانونية للعلامة التجارية في ظل القانونين الأردني والمصري والاتفاقات الدولية المعاصرة - رسالة ماجستير - معهد البحوث والدراسات العربية - القاهرة - ٢٠٠١م.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

- ناصر عبد الحليم السلامات - الحماية الجزائية للعلامات التجارية - دراسة تحليلية مقارنة وفقًا لأحدث التشريعات العربية والأجنبية - دار النهضة العربية - ٢٠٠٨م.
- نهى خالد عيسى - العلامة التجارية المشهورة - دراسة مقارنة - مجلة جامعة بابل - العلوم الإنسانية - المجلد ٢١ - العدد ١ - ٢٠١٣م.
- يعقوب يوسف صرخوه - النظام القانوني للعلامات التجارية - دراسة مقارنة - مطبوعات جامعة الكويت - ١٩٩٣م.

#### المراجع الأجنبية:

- Aktekin , U ur & Hançer , Hande, using exceptions to the territoriality principle in TURKISH trademark law to protect foreign trademarks not registered or used in TURKEY, The Trademark Reporter, July-August, 2011
- Blakeney, Michael, Trade related aspects of intellectual property rights: A concise guide to the Trips Agreement, Sweet & Maxwell, 1996.
- Bottero, Nicola, Mangàni, Andrea and Ricolfi, Marco, the extended protection of "strong" trademarks,

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

Marquette Intellectual Property Law Review, summer 2007.

- Chopnick, Sarah B., search costs and famous foreign marks: should congress reduce the search costs of the global consumer and protect famous foreign marks? Seton Hall Circuit Review, Fall, 2008
- Correa, Carlos M., Trade related aspects of intellectual property rights, oxford university press, 2007.
- Darnton , James E., the coming of age of the global trademark: the effect of TRIPS on the well-known marks exception to the principle of territoriality, Michigan State International Law Review, 2011
- Dreier, Thomas, Studies in Industrial Property and Copyright Law , From GATT to TRIPS , The agreement on trade – related aspects of intellectual property rights, Beir, Friedrich-Karl & Schricker, Gerhard, Published by Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law , Munich , 1996.

- Halpern, Sheldon W., Nard, Craig Allen, and Port, Kenneth L., Fundamentals of united States Intellectual Property Law : Copyright, Patent, Trademark, Second edition , Kluwer Law International, 2007.
- Hein, Clinton, Confused about federal trademark dilution? , Trademark reporter, V.87, 1997.
- Hill, Breann M., achieving protection of the well-known mark in CHINA: is there a lasting solution? University of Dayton Law Review, Winter, 2009
- Hunter, Kate Colpitt, Here there be pirates: How CHINA is meeting its IP enforcement obligations under TRIPS, San Diego International Law Journal, spring 2007.
- Khoury, Amir H., The development of modern trademark legislation and protection in Arab countries of the Middle East, Transnational Lawyer, spring 2003.

- Nair, Latha R., tracking the protection of well-known marks in INDIA: a befuddled path to NIRVANA? The Trademark Reporter, September-October, 2011.
- Nguyen, Xuan-Thao , fame law: requiring proof of national fame in trademark law, Cardozo Law Review, October, 2011
- Pires de Carvalho, Nuno, the TRIPS regime of trademarks and designs, Kluwer Law international, 2006.
- Prutzman, L. Donald, international trademark protection in the UNITED STATES AND THE EUROPEAN COMMUNITY, International Law Practicum Spring, 2003.
- Schmidt-Szalewski, Joanna, the international protection of trademarks after the TRIPS agreement, Duke Journal of Comparative and International Law, fall 1998.
- Sova , Bradley, double- double trademark trouble: IN-N-OUT AND CALIBURGER'S INTERNATIONAL

BURGER BRAWL, Asian-Pacific Law and Policy Journal, 2012.

- Vida, A., Psychological element in trademark infringement: court practice in France, Trademark reporter, V.87, 1997.
- Zobel, Kristin, the famous marks doctrine: can and should well-known foreign marks receive trademark protection within the UNITED, DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law, Fall 2008.



الفصل الأول: مفهوم العلامة التجارية المشهورة

المبحث الأول: تعريف العلامة التجارية المشهورة

المطلب الأول: تعريف العلامة التجارية المشهورة

المطلب الثاني: أهمية العلامة التجارية المشهورة

المبحث الثاني: معايير تحديد شهرة العلامة التجارية

المطلب الأول: المعايير الشخصية

المطلب الثاني: المعايير الموضوعية

الفصل الثاني: الحماية القانونية للعلامات التجارية المشهورة

المبحث الأول: الحماية المدنية للعلامات التجارية المشهورة

المطلب الأول: الحماية المدنية للمنتجات المتماثلة

المطلب الثاني: الحماية المدنية للمنتجات غير المتماثلة

المبحث الثاني الحماية الجنائية

المطلب الأول: تزوير العلامة التجارية أو تقليدها

المطلب الثاني: إستعمال علامة مزورة أو مقلدة

المطلب الثالث: الإستيلاء على العلامة التجارية بدون وجه حق

المطلب الرابع: بيع أو عرض للبيع أو التداول أو الحيازة منتجات عليها علامة

مزورة أو مقلدة أو موضوعة بغير وجه حق.

المطلب الخامس: الإجراءات التحفظية والجزاءات التكميلية

خاتمة

المراجع

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وقف الدعوى المدنية لحين الفصل في الدعوى  
الجزائية  
- دراسة مقارنة -

أ. نواصر صورية

أستاذة مساعدة قسم القانون الخاص  
كلية الحقوق جامعة باجي مختار عنابة

## الملخص

إن اختيار المدعى رفع دعواه المدنية للمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر ناتج عن الجريمة أمام المحكمة المدنية لا يعني استقلالها كلياً عن الدعوى العمومية فمناط الحكم بوقف الدعوى مرهون بصدور حكم نهائي في الدعوى الجزائية، عندئذ تسترد المحكمة اختصاصه للنظر في الدعوى. إن هذا المبدأ يعرف "بقاعدة الجزائي بوقف المدني" التي تعتبر النتيجة الحتمية لمبدأ تقييد المحكمة المدنية بالحكم الجزائي الذي يلزم القاضي المدني في أساسه الأول، وهو صحة حدوث الواقعة وثبوت إسنادها للمتهم من عدمه.

بناءً عليه فإن لهذه القاعدة خصوصيات وآليات خاصة عند تطبيقها لذلك فإنه على ضوء الفقه والتشريع الجزائي وبعض القوانين المقارنة سنتناول هذه الدراسة.

### **Abstract:**

The choice of the plaintiff to sue for prejudice damage caused by an infraction before the civil court does not mean the full independence of the publique action. The withdrawal from the penal court is subject to final penal decision. However, the civil court may examine the case. The principle is known as «the penal suspends the civil» which is inevitable consequence of «the authority of the res judicata of criminal judgment over civil matters » which binds the judge in the civil by the first principle. It must be proved

that the unlawful act has been committed by the accuse. The question resides in the particularities of the rule: What are its grounds and mechanisms, this is what shall be dealing with it regard to the doctrine, Algerian legislation and the comparative laws.

### المقدمة :

من المستقر عليه في التشريعات الحديثة أنه لا يناع أحد المضرور في اختياره لمباشرة دعواه المدنية عن طريق القضاء المدني ، وذلك بحكم الولاية العامة في الاختصاص ويطبق عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية (حسب القانون الجزائري). ولا تتأثر مطلقا بالدعوى العمومية التي تحرك بعد الحكم النهائي فيها. غير أن هذه الاستقلالية تتلاشى إذا ما رفعت الدعوى المدنية للمطالبة بالتعويض عما أصاب المدعى من ضرر ناتج عن الجريمة، وفي وقت أقيمت فيه الدعوى الجزائية أمام القضاء الجزائي عن ذات الجريمة أو في الأساس كانت مقامة أمامه مما يجعل مصدر الدعويين واحد هو الجريمة، التي تعد سبب دعوى المطالبة بالحق العام والضرر الناشئ فيها هو سبب الدعوى المدنية المرفوعة أمام القضاء المدني فضلا عن ذلك فإن الدعويان تشتركان في مكونات الخطأ الجزائي.

إن النتيجة المترتبة عن ذلك هو تأثير الدعوى الجزائية على الدعوى المدنية بصورة راجحة، ويتجلى هذا الرجحان في وقف السير في الدعوى المدنية المنظورة أمام القضاء المدني إلى حين صدور حكم جزائي نهائي. إن هذا الوقف ما هو إلا نتيجة حتمية ولازمة لإعمال مبدأ حجبية الحكم الجزائي على الحكم المدني.<sup>(1)</sup> وعليه فالإشكالية التي تطرح هي: ما هي الضوابط القانونية لهذه القاعدة وما هي أساسها وشروط تطبيقها وما هي آثارها؟ للإجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا تقسيمه إلى ثلاثة نقاط أساسية نتناول في الأولي المقصود بقاعدة الجزائي بوقف المدني وأساسها. وخصصنا الثانية لشروط تطبيق القاعدة لنخلص في الثالثة لنطاق القيد الموضوعي لقاعدة الإيقاف والآثار القانونية المترتبة عنها.

أولاً: المقصود بقاعدة الجزائي بوقف المدني وأساسها

قد يعزف المدعي المدني عن اختيار الطريق الجزائي ويؤثر الالتجاء للطريق المدني الأصلي وذلك أثناء نظر الدعوى الجزائية أو على إثر تحريكها فيؤدي لوقف الدعوى

---

<sup>(1)</sup> حسن جوخدار: أصول المحاكمات الجزائية- الدعاوي التي ينظرها القضاء الجزائي-،

منشورات جامعة دمشق، سوريا، سنة ٢٠١٠-٢٠١١، بدون طبعة، ص ٢٠٠.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

المدنية قبل القضاء فيها، شريطة أن تكون الدعوتان ناشئتين عن واقعة واحدة وهي الجريمة وقائمة بين نفس الأطراف.<sup>(١)</sup>

إن هذا الوقف لا يؤدي لنزع يد القاضي المدني عن نظر الدعوى بل هو قيد مؤقت يزول بصدور حكم له حجته في موضوع الدعوى الجزائية.<sup>(٢)</sup> وللتفصيل في ذلك لا بد من معرفة أولاً المقصود بقاعدة "الجزائي يوقف المدني" أو يعقل المدني ثم تحديد أساسها التشريعي والفقهية.

#### أ- تعريف قاعدة الجزائي يوقف المدني

تكتفي التشريعات كالعادة بتبني هذه القاعدة دون أن تقوم بتعريفها أو تحديد خصائصها، حيث يعود هذا الاختصاص عادة للفقهاء الذي يبين لنا المقصود بها بالقول أنها تعني إيقاف سير الدعوى المدنية أو إرجاء الفصل فيها من طرف القاضي المدني لحين صدور حكم جزائي بات في موضوع الدعوى الجزائية متى تم تحريك الدعويين المدنية والجزائية في آن واحد عن ذات الوقائع.<sup>(١)</sup>

---

<sup>(١)</sup> جلال ثروت : نظم الإجراءات الجنائية ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، سنة ٢٠٠٣، بدون طبعة ، ص ٢٤٨

<sup>(٢)</sup> فاروق الكيلاني: محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والمقارن، دار المروج، بيروت، سنة ١٩٩٥، بدون طبعة ، ص ٤٩٢

<sup>(١)</sup> أحمد الشلقاني: مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، الجزء الأول، ديوان

المطبوعات الجامعية ، بن عكنون، الجزائر، سنة ٢٠٠٥، الطبعة الرابعة ، ص ١٤٨

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وبقابل قاعدة الجزائي يوقف المدني،" قاعدة المدني يوقف الجزائي"، حيث يتعين كذلك على القاضي الجزائي عند الإقتضاء وقف سير الدعوى الجزائية لحين صدور حكم نهائي في الدعوى المدنية ويطلق على هذه الحالات المسائل العارضة وهذا ما يؤكد وجود ارتباط بين الدعويين.

وعليه فإن تحريك الدعوى العمومية يؤثر على الدعوى المدنية فيوقفها لحين الفصل في الدعوى الجزائية بحكم بات طبق القاعدة الجزائي يوقف المدني. فالمحكمة المدنية تلتزم بإرجاء الفصل في الدعوى بمجرد تحريك الدعوى العمومية، إلا أنها لا تتأثر مطلقاً بهذه الأخيرة إذا لجأ المضرور من الجريمة إلى رفع دعواه للمطالبة بالتعويض إلي القضاء المدني وتم الفصل في الدعوى المدنية بحكم نهائي قبل أن تحرك الدعوى العمومية .

ب- الأساس التشريعي والفقهية لقاعدة الجزائي يوقف المدني

إن قاعدة الجزائي يعقل المدني لم تكن معروفة تشريعاً في القوانين القديمة لعدم الحاجة إليها، لأن المجني عليه أو ورثته كانوا يقتصون من الفاعل أو يسترقونه ثم أصبحوا يرفعون دعوى واحدة للمطالبة بالعقاب والتعويض عن الضرر معاً. ومع ذلك فقد ترتب على هذه الدعوى الوحيدة نشوء دعويين أحدها عمومية للمطالبة بحق المجتمع في العقاب والثانية مدنية لاقتضاء المضرور حقه في

---

(2) Chavanne .Albert, Les effets du procès pénal sur le procès engagé devant le tribunal civil, revue de science criminelle, 1954, p 239

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



التعويض.<sup>(2)</sup> وبمرور الزمن تمكنت المجتمعات من التمييز بين العقاب الذي هو حق للمجتمع، والتعويض كحق للمضرور .

غير أن قاعدة الجزائي يعقل المدني لم تعرف النور إلا بظهور الثورة الفرنسية إذ نص عليها قانون (brumaire) في السنة الثانية للثورة. كما نصت عليها المادة الثانية من قانون الجرائم والعقوبات في السنة الرابعة منها. كما كرسها القانون المدني الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٤ وفقا لمقتضيات المادة ٢٣٥ قبل تعديلها بقانون ١٨ أبريل ١٨٨٦ بشأن دعوى التعويض<sup>(١)</sup> ولقد نص عليها أيضا قانون المرافعات المدنية الفرنسية في المواد ٢٣٩ و ٢٤٠ و ٢٥٠ بشأن دعوى التزوير .

وأخيرا استقر النص على هذه القاعدة قانون تحقيق الجنايات الملغي، إذ صاغت محتواها المادة الثالثة الفقرة الأولى منه<sup>(٢)</sup> والتي حل محلها نص المادة الرابعة من قانون الإجراءات الجزائية الصادر بموجب المرسوم رقم ١٤ - ٥٧ المؤرخ في ١٢/٣١/١٩٥٧ المعدل والمتمم بالقانون رقم ١٦٣٤ - ٢٠١٠ المؤرخ في ٢٣/١٢/٢٠١٠ والتي جاء نصها كالتالي:

---

(١) **Michel .pralus**, observation sur l'application de la règle "le criminel tient le civil em état", revue des sciences criminelles, 1954, p239

(٢) **Stefani .Gaston** : Cours de droit criminel approfondi, la primauté du criminel sur le<sup>(٣)</sup> civil, 1953, Paris, p 204

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

"L'action civile en réparation du dommage causé par l'infraction par l'article 2 peut être exercée devant une juridiction civile, séparément de l'action publique.

Toutefois, il est sursis au jugement de cette action exercée devant la juridiction civile tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique lorsque celle-ci a été mise en mouvement. "

لقد تم نقل هذه المادة للكثير من للقوانين العربية ولم يحد المشرع الجزائري عن المشرع الفرنسي وأخذ بدوره بقاعدة الجزائري يوقف المدني. إذ نصت عليها المادة الرابعة من قانون الإجراءات الجزائية بقولها:

" يجوز أيضا مباشرة الدعوى المدنية منفصلة عن الدعوى العمومية. غير أنه يتعين أن ترجى المحكمة المدنية الحكم في تلك الدعوى المرفوعة أمامه حين الفصل نهائيا في الدعوى العمومية إذا كانت قد حركت".

وقد كرس القضاء الجزائري بدوره تطبيق قاعدة الجزائري يوقف المدني فأكدته المحكمة العليا في قرار لها صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ ١٨/٠٦/١٩٩١ في ملف رقم ٧٤٤٥١ بقولها: "متى كان مقررنا أن الجزائي يوقف المدني، فإن الحكم بخلاف ذلك يعرض قضاة الموضوع بقرارهم للنقض، لما حكموا بالطلاق وأهملوا طلب الطاعن بوقف الفصل في الدعوى لحين الفصل في قضية الزنا المتابعة بها المطعون ضدها."<sup>(١)</sup>

(١) المجلة القضائية للمحكمة العليا ، العدد الثاني ، سنة ١٩٩٣ ، ص ٥٥  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ويقصد المشرع من وراء ذلك منع التعارض بين الأحكام المدنية إذا كانت مؤسسة على نفس الوقائع وقائمة بين نفس الأطراف ، ومن أجل ذلك يمنح للحكم الجزائي حجية الشيء المقضي فيه أمام القضاء المدني فيلزم هذا الأخير بالأخذ بما انتهى إليه القاضي الجزائي .

وإذا كان هذا موقف المشرع ، فيما يخص الدعوى المدنية المرفوعة أمام القضاء المدني والمتزامنة في رفعها مع الدعوى الجزائية المعروضة على القضاء الجزائي، فإن هذه القاعدة لا تؤثر مطلقاً على الدعوى المدنية المرفوعة أمام القضاء الإستعجالي لإتخاذ تدابير مؤقتة تتعلق بالوقائع موضوع المتابعة الجزائية، طبقاً لنص المادة ٥٥ مكرراً من القانون رقم ٠٦-٢٢ الصادر بتاريخ ٢٠/١٢/٢٠٠٦ المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية .

وعلى هذا المنوال نحت الكثير من تشريعات الدول العربية منحي المشرع الفرنسي والجزائري فتضمن تشريعاتها النص على قاعدة الجزائي يوقف المدني ومن بينها القانون الأردني الذي أدرجها في المادة ٦ فقرة ١ من قانون المحاكمات الجزائية، فنصت على أنه: "يجوز إقامة دعوى الحق الشخصي تبعاً لدعوى الحق العام أمام المرجع القضائي المقامة لديه هذه الدعوى، كما يجوز إقامتها على حدى لدى القضاء المدني وفي هذه الحالة يتوقف النظر فيها إلى أن تفصل دعوى الحق العام بحكم مبرم".<sup>(١)</sup>

(١) نظام توفيق المجالي: نطاق الإدعاء بالحق الشخصي أمام القضاء الجزائي، دار الثقافة

للنشر والتوزيع، عمان، سنة ٢٠٠٦ ، الطبعة الأولى، ص ٤٨

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وفي نفس السياق ذهب المشرع السوري آخذاً بنفس المبدأ بموجب نص المادة الخامسة من قانون أصول المحاكمات الجزائية التي جاءت مطابقة لنص المادة ٦٦ فقرة ١ من القانون الأردني.

بيد أن أحكام المادة ٢٦٥ من قانون الإجراءات الجزائية المصرية جاءت مخالفة نوعاً ما للقوانين العربية، ما عدا القانون الليبي الذي جاءت المادة ٢٣٨ منه مطابقة للنص المصري.

إن المادة ٢٦٥ من قانون الإجراءات المصري أرست أحكام مبدأ الجزائي يعقل المدني لكنها وضعت لها استثناءاً يتحرر من خلاله القاضي المدني من عقاب القضاء الجزائي وذلك في حالة جنون المتهم ، إذ قضت بأنه: "إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية يجب وقف الفصل فيها حتى يحكم نهائياً في الدعوى الجنائية المقامة قبل رفعها أو أثناء السير فيها، إلا أنه إذا أوقف الفصل في الدعوى الجنائية لجنون المتهم، يفصل في الدعوى المدنية".<sup>(٢)</sup>

إن هذا الاستثناء المدرج في هذه المادة حسب رأبي لا يعد من قبيل الاستثناءات على المبدأ، لكونه يخضع بطبيعته للقواعد العامة لأنه لا يمكن تعليق حق المتهم في التعويض لأجل غير معلوم. لكن السؤال الذي يطرح في هذا المقام هو ماهي الأسباب التي دعت للأخذ بهذه القاعدة؟ للإجابة عن ذلك يتعين الرجوع للفقهاء لعرض مذاهب الفقهاء المختلفة الصادرة في هذا الصدد.

---

(٢) إدوارد غالي الذهبي: وقف الدعوى المدنية لحين الفصل في الدعوى الجزائية، دار

النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٧٨ ، الطبعة الثانية ، ص ١٠  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

لقد كان الفقه قديما يؤسس مبدأ الجزائي يعقل المدني على أسس مختلفة. فبعضه مبررها بأنها وجدت لضمان حرية الدفاع لأن الدعويين المدنية والجزائية إذا نظرتا في آن واحد أمام القضاءين الجزائي والمدني، فإنه يتعذر على الشخص المرفوعة عليه هاتان الدعويان أن يباشر حقه في الدفاع على أكمل وجه. وبعبارة أخرى فإنه إذا سمح المشرع للقاضي المدني بنظر الدعوى المدنية في الوقت الذي تكون فيه الدعوى الجزائية ما تزال قائمة أمام القضاء الجزائي فإن في ذلك إرهاقا للمدعى عليه ويمس بحقوقه في الدفاع<sup>(١)</sup>

وحقيقة الأمر أن هذه النظرية لا تستند إلى أساس سليم ، فالتقاضي أمام المحاكم المدنية لا يلزم الخصوم بالحضور شخصيا بل يجوز حضور من ينوب عنهم من محامين أو أقارب أو من يوكلونهم ، مع مراعاة الإجراءات القانونية اللازمة.

في حين ذهب اتجاه آخر لاعتبار الدعوى العمومية مسألة فرعية بالنسبة للدعوى المدنية واعتبروها السند الصحيح لقاعدة الوقف.<sup>(٢)</sup>

لقد انتقدت هذه النظرية أيضا كون المسألة الفرعية لا تقتض فقط إيقاف الدعوى المدنية بل تعنى أيضا أن الجهة المطروحة أمامها الدعوى الأصلية غير مختصة بحسب الأصل بنظر المسألة الفرعية. لكن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لقاعدة الجزائي يوقف المدني لأن القاضي المدني هو المختص

(١) إدوارد غالي الذهبي: نفس المرجع ، ص ١١

(٢) د-فاروق الكيلاني: المرجع السابق، ص ٤٩٢

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

بنظر الدعوى المدنية قبل رفع الدعوى الجزائية ويظل مختصا بنظرها حتي بعد رفع الدعوى الجنائية. وعليه كل ما توجيهه " قاعدة الجزائي يعقل المدني " هو مجرد إيقاف الفصل في الدعوى المدنية دون سلب الاختصاص من المحكمة. أما بالنسبة للمسألة الفرعية فالقاضي يوقف الفصل في الدعوى الأصلية ريثما تفصل الجهة ذات الاختصاص في المسألة التي أثبتت أمامها.<sup>(١)</sup>

بينما ذهب فريق ثالث للقول بأن سند مبدأ الجزائي يعقل المدني هو منع تأثر القاضي الجنائي بالحكم المدني إذا ما صدر أو لاسواء كان هذا التأثير قانوني أو أدبي.<sup>(٢)</sup>

في حين جنح بعض الفقهاء للمناداة بالعدول عن هذا المبدأ، و تبعاً لذلك نادوا أيضاً بضرورة إلغاء قاعدة حجبية الحكم الجزائي على المدني وحثهم في ذلك أنهما قاعدتان تؤديان إلى خضوع القاضي المدني لأحكام جزائية يظهر بوضوح في كثير من الأحيان أنها غير مفعلة. كما استندوا لتدعيم موقفهم على مبادئ العدل والإنصاف، إذ لا يمكن حسب رأيهم الإحتجاج بحكم جزائي قبل من لم يكن ماثلاً في الخصومة الجزائية ولم يبدي أوجه دفاعه أو يناقش شهود خصمه.<sup>(٣)</sup>

---

(١)Stefani. Gaston, op cit, p207

(٢) د-حسن جو خدار: المرجع السابق، ص ٢٠٠

(٣) إدوارد غالي الذهبي: المرجع السابق ، ص ٠٩ ونفس الصفحة هامش رقم ١  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

لقد تعرض هذا الرأي الأخير أيضا للنقد كون قاعدة الجزائي يوقف المدني مقصورة على تأخير الفصل في الدعوى المدنية هذا من جهة. ومن جهة أخرى لمالها من أهمية بالغة لاسيما في الحيلولة دون صدور تعارض بين الأحكام المدنية والجزائية.<sup>(٤)</sup>

أما الفقه المعاصر والذي أخذ به أغلب الشراح، فقد أرجع الأساس الرئيسي للقاعدة للحجية التي يتمتع بها الحكم الجزائي أمام القضاء المدني، واعتبروه النتيجة الحتمية لمبدأ تقيد المحكمة المدنية بالحكم الذي سيصدر في الدعوى الجزائية كونه ذا الأخير هدفه الأول هو البت في صحة حدوث الواقعة وثبوت إسنادها للمتهم من عدمه، لذلك حق القول بوجوب إرجاء الفصل في الدعوى المدنية لحين صدور حكم نهائي في الدعوى الجزائية، وبعدها تسترد المحكمة المدنية اختصاصها وتواصل النظر في الدعوى مقيدة بحجية هذا الحكم الجزائي وفقا للنطاق الذي رسمه القانون.<sup>(١)</sup>

ثانيا: شروط تطبيق قاعدة الجزائي يوقف المدني

يشترط لتطبيق قاعدة إيقاف الفصل في الدعوى المدنية لحين الفصل في الدعوى الجزائية المقامة أمام القضاء الجزائي شروط معينة، فإذا تخلفت لا

---

<sup>(٤)</sup> نظام توفيق المجالي: المرجع السابق، ص ٤٩

<sup>(١)</sup> د- محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية القاهرة،

سنة ١٩٨٨، الطبعة الأولى، ص ٣٣١

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

يمكن تطبيق قاعدة الوقف، ومن ثم يحق للقاضي المدني مواصلة الفصل في الدعوى المطروحة أمامه دون أن ينتظرما ستسفر عنه الدعوى الجزائية من حكم، لأن هذا الأخير لا يكتسي الحجة تجاه الحكم المدني. فما هي إذن هذه الشروط وهل عدم توافر إحداها يؤدي لتطبيق القاعدة؟

أ- وحدة منشأ الدعويين (واقعة واحدة)

إن شرط وحدة منشأ الدعويين أو وحدة الواقعة أوجده الاجتهاد الفقهي<sup>(٢)</sup> والقضائي وهو سند للمنطق القانوني و يعني أن تكون الدعويين تستندان إلى وحدة السبب وفقا لما هو راجح<sup>(٣)</sup>. لأن المجال الطبيعي لتطبيق قاعدة الجزائي يوقف المدني هو أن تكون دعوى التعويض التي تنظر فيها المحكمة المدنية هي الدعوى التي كان ممكنا إقامتها بالتبعية للدعوى الجزائية أمام القضاء الجزائي. وعليه يجب أن يكون سبب الدعوى المدنية هو الضرر الناتج عن الجريمة وموضوعها تعويض هذا الضرر ولا بد من قيام العلاقة السببية بينهما (بين الضرر والجريمة) وبالتالي إذا ما انتفت هذه الشروط مجتمعة أو إحداها، انتفي شرط وحدة منشأ الدعويين.

(٢) د- سعيد كامل: شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، - دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة في القوانين الأردنية والمصرية والسورية وغيرها -، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة ٢٠٠٨، الطبعة الأولى، ص ٣١٩

(٣) د- عمر أبو الطيب : الدعوى المدنية التابعة، الطبعة الأولى، بدون ذكر إسم الناشر

الرباط، سنة ١٩٩٥، ص ٣٧٨



إضافة لذلك فإنه لا يمكن تصور مبدأ الحجية ولا التضارب بين الأحكام إذا كانت الواقعة سبب الدعوى المدنية تختلف عن تلك الخاصة بالدعوى الجزائية ومستقلة عنها.

ومثال ذلك استمرار القاضي المدني في نظر الدعوى المدنية المستتدة إلى الخطأ المفترض في حق صاحب البناء أو حارس الشيء بالرغم من رفع الدعوى العمومية عن جريمة القتل الخطأ المنسوبة إليهما لإختلاف السبب في كل منهما، ونظر دعوى فصل حدود الأرض رغم تحريك الدعوى العمومية عن قطع أشجار بها أو إزالة أسوارها.

لقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الشرط في المادة ٤ فقرة ٢ من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص: "غير أنه يتعين أن ترجئ المحكمة المدنية الحكم في تلك الدعوى المرفوعة أمامها لحين الفصل نهائيا في الدعوى العمومية إذا كانت قد حركت".

غير أن بعض الاجتهاد الفقهي والقضائي ذهب للحفاظ على وحدة السبب لأنه لا يشترط أن يكون واحدا بين الدعويين إذ اكتفى لتطبيق قاعدة الإيقاف بوجود مسألة مشتركة بينهما حتى ولو لم يكن سببها واحد.<sup>(١)</sup> ولقد ذهب في هذا السياق الاجتهاد القضائي الفرنسي والمغربي، فلم يكتف بوجود مسألة مشتركة بين الدعويين بل توسع ليشمل الدعاوى المدنية الأخرى ذات الطبيعة والغايات المدنية. مثل دعوى التظليق بسبب الخيانة الزوجية، اعتبار الوحدة

(١) د-محمود نجيب حسني: المرجع السابق، ص ٣١٣، ٣١٤

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الواقعة بين الدعويين مما يجعل القاضي يرجئ الفصل في الدعوى المدنية لحين الفصل في الجريمة المرتكبة من طرف القاضي الجزائي كما يرجئ الحكم في دعوى استرداد منقول إذا حركت الدعوى العمومية عن سرقته، والفصل في دعوى التعويض عن الضرر الجسماني إذا رفعت الدعوى العمومية عن واقعة الإصابة الخطأ.

ولقد لجأ الاجتهاد القضائي الفرنسي في توسعه إلى أكثر من ذلك، إذ خول للمدعى المدني أن يؤسس دعواه على سبب قانونالجزائية، أساس القانوني للدعوى الجزائية، و لم يشترط أن تؤسس على خطأ مدني مشابه للخطأ الجزائي، بل مكن المدعي المدني من تأسيسها على الخطأ المفترض ويجب على القاضي المدني في كل هذه الحالات إيقاف الدعوى المدنية عملاً بمبدأ الجزائي يبقى المدني على حاله. (1)

إن مرد موقف القضاء الفرنسي في هذه المسألة هو وحده الوقائع ووحدة المسألة المشتركة بين الدعويين التي بإمكانهما التأثير على الدعوى المدنية، وعلى إثرها لن يتمكن القاضي المدني من الفصل في الدعوى دون الحكم المثبت للمخالفة المرتكبة حتى لا يتناقض مع القضاء الجزائي.

وقد استقرت محكمة النقض في فرنسا على أنه كلما كانت الوقائع التي هي أساس الدعوى المدنية تتعلق بنتيجة المتابعة الجزائية ، كلما تقيد القاضي

---

(1)Stefani. Gaston et Levasseur. George et Bouloc

.Bernard, Procédure pénale, 12 Ed, Dalloz, Paris, 1984, p 285et286

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

المدني بمبدأ الجزائي يبقى المدني على حاله. والعلة في ذلك هو أن مجال تطبيق قاعدة الجزائي يعقل المدني هو ذات مجال قاعدة حجية الحكم الجزائي أمام القضاء المدني. و ما دام الحكم الجزائي يتمتع بالحجية أمام القضاء النا، لأنني كافة الدعاوى المدنية سواء كان موضوعها مسألة من مسائل القانون المدني أو التجاري أو قانون الأحوال الشخصية، فإنه يتعين تطبيق هذه القاعدة عليها وإيقافها لحين الفصل في الدعوى الجزائية .

### ب- إقامة الدعيين

لا يكفي وحده منشأ الدعيين لوقف السير في الدعوى المدنية بل لا بد أن تكون الدعوى العمومية قد جرى تحريكها سواء قبل رفع الدعوى المدنية أو أثناء السير فيها، كون المستقر عليه في الفقه الجنائي أنه يستوي أن تكون دعوى الحق العام، قد حركت أمام قضاء التحقيق أو تم إحالتها أمام القضاء المختص من طرف النيابة العامة أو من قبل المضرور من الجريمة حتى يتم وقف السير في الدعوى المدنية . وهذا هو الأساس الذي تقوم عليه قاعدة الجزائي بوقف المدني، وهو تقيد القاضي المدني بالحكم الجزائي والرغبة في الحيلولة دون صدور تعارض بين الحكمين ولا يتحقق ذلك إذا أجزنا للقاضي المدني الإستمرار في الدعوى المدنية والفصل فيها دون إنتظار ما ستسفر عنه الدعوى الجزائية من تحقيقات، فيؤدي ذلك لصدور العديد من حالات التعارض

بين الأحكام المدنية والجزائية الصادرة بشأن الواقعة الواحدة وبالتالي إهدار المصلحة التي إستهدفها المشرع من النص على قاعدة الجزائي يوقف المدني. إن الدفع بوقف الدعوى المدنية لم يخول لصاحب المصلحة من الخصوم فحسب، بل تستطيع المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.<sup>(١)</sup> ومن ثم فالمحكمة المدنية إذا فصلت في الدعوى المقامة أمامها بالرغم من وجوب القضاء بوقف السير فيها لحين الفصل نهائيا في الدعوى الجزائية، فإن حكمها الصادر في الدعوى المدنية يكون باطلا.

ويستوي أن يكون أحد الخصوم قد طلب الوقف أو لم يطلب ذلك، لأن وقف الدعوى أمر وجوبي يتعين على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، فإن لم تفعل كان حكمها باطلا لمخالفته لقاعدة متعلقة بالنظام العام.

بناء على ما تقدم، فإن تحقق هذين الشرطين كاف لتطبيق قاعدة الجزائي يعقل المدني، ويكون معمولا بها حتى إذا كانت الدعوى الجزائية مرفوعة ضد المسؤول المدني كما تطبق إذا كان المدعي في الدعوى المدنية دائن المضرور من الجريمة أو كان محال إليه التعويض. لأنه يكفي توافر الصفة لديه في الدعوى المدنية، ويكون الإيقاف في هذه الحالات واجبا مادام الفعل واحدا وهذا ما ذهب إليه أغلب الشراح.

### ج- إتحاد الخصوم

(١) د- حسن صادق المرصفاوي، الدعوى المدنية أمام المحاكم الجزائية ، بدون طبعة ،

منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٩ ، ص ٤٢٢

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

أضاف بعض شُراح القانون شرط إتحاد الخصوم، والمقصود به أن يكون المدعى والمدعى عليه في الدعوى الجزائية والمدنية واحداً، فإن اختلفا فلا موجب للوقف لأن الحكم الجزائي لا تكون له حجية أمام المحكمة المدنية بالنسبة لمن لم يكن مختصاً أمام المحكمة الجزائية ولم يصدر الحكم في مواجهته.

وعلى عكس ذلك ذهب البعض الآخر للقول بأنه من الواجب على المحكمة المدنية وقف السير في الدعوى لحين صدور حكم نهائي وقطعي في الدعوى الجزائية ولو اختلف الخصوم في الدعويين. وعليه يكونوا قد أكتفوا بشرطي وحدة الواقعة ووجوب إقامة الدعويين فعلاً. ونحن نرجح الرأي الأخير كونه الأقرب لقواعد العدالة والإنصاف لأنه غالباً ما يكون هناك أكثر من شخص اشتركوا في ارتكاب الجريمة سواء كانوا فاعلين أصليين أو مساهمين، ولم يتمكن المدعى من رفع الدعوى المدنية عليهم جميعاً فإقتصر بالإدعاء على بعضهم دون البعض الآخر.

### ثالثاً: نطاق القيد الموضوعي لقاعدة الإيقاف والآثار المترتبة عليها

إن التزام القاضي المدني بوقف السير في الدعوى المدنية يقصد به ترك المجال للقاضي الجزائي ليصدر حكمه أولاً. لكن السؤال الذي يطرح على هذا المستوى هو: ما هي المدة التي تبقى فيها الدعوى المدنية متوقفة عن الفصل فيها؟ فهل أن المشرع ترك للقاضي الجزائي السلطة التقديرية لتحديدها

أم تركه الأطراف الدعوى وما هي الآثار القانونية المترتبة عن ذلك؟ هذا ما سنبينه تبعاً.

### أ-مدة وقف الدعوى المدنية

إنه مما لا يقبل الجدل والمناقشة هو انعدام نصوص قانونية صريحة تتعلق بتحديد مدة التوقيف لأنه لا يمكن تحديدها مسبقاً. غير أن معظم التشريعات الحديثة أجابت عن هذا السؤال وجعلت مدة الوقف مستمرة لغاية صدور حكم قطعي بات في موضوع الدعوى الجزائية.<sup>(١)</sup> ومن بين هذه التشريعات القانون الفرنسي والأردني والسوري والمصري

ولقد أخذ القانون الجزائري بهذا الموقف وعبر عنه في أحكام المادة ٠٤، فقرة ٠٢ من قانون الإجراءات الجزائية بقوله: ".....لحين الفصل نهائياً في الدعوى العمومية التي قد حركت".

إن الحكم النهائي في معرض الحال هو ذلك الحكم البات المكتسب لحجية الشيء المقضي فيه، إما لاستيفائه طرق الطعن أو لفوات المهل القانونية دون الطعن فيه. ولا يأخذ أثر الحكم البات الأمر القاضي بأن لا وجه للمتابعة الصادر من سلطات التحقيق لأنما يصدر عنها لا يعتبر حكماً، بل إنه أمراً.

ويترتب على ما سبق أن الحكم النهائي يضع حداً لوقف الدعوى

المدنية.

(١) د- حسن صادق المرصفاوي: المرجع السابق، ص ٢٢٤

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ولا يعد من قبيل ذلك أيضا الأحكام الابتدائية والغيبية ما دامت مواعيد الطعن ما زالت قائمة بشأنها، باستثناء الحكم الصادر بالإدانة عن محكمة الجنايات ضد المتهم الفارمن العدالة، لأن ليس له ميعاد للطعن فهو حكم معلق على شرط فاسخ يسقط تلقائيا بمجرد تسليم المتهم نفسه أو بالقبض عليه فتعاد المحاكمة من جديد. وعلى إثر ذلك يجب وقف السير في الدعوى المدنية مرة أخرى حتى يتم الفصل نهائيا في الدعوى الجزائية، كل ذلك ما لم تفصل المحكمة المدنية بحكم نهائي في النزاع المعروض عليها في الفترة الممتدة بين صدور الحكم القاضي بالإدانة والقبض على المتهم أو تسليمه لنفسه. لذاترى أغلبية الفقه أنه من قبيل الحكم البات في نطاق قاعدة الجزائي يعقل المدني، لأنه لا يسوغ إيقاف الدعوى المدنية لأجل غير مسمى في إنتظار احتمال إعادة إجراءات المحاكمة إذا ما تم ضبط المتهم أو حتى يصير الحكم بات إما بالعفو العام، أو بانقضاء الدعوى العمومية أو سقوط العقوبة بالتقادم.<sup>(١)</sup>

وفي هذا الصدد نتساءل عن المدى الذي تتوقف فيه الدعوى المدنية إذا توقف السير في الدعوى الجزائية لسبب ومانع قانوني كالجنون أو العته، وما أثر هذا المانع في الحيلولة دون السير في إجراءات الدعوى المدنية ؟

---

(١) - مصطفى مجدي هرجه: الدعوى المدنية ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة

١٩٩٥، بدون طبعة ، ص ١٠٣

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

لقد أجاز التشريع المصري دون التشريع الفرنسي والأردني والسوري أو حتي الجزائري عن ذلك في المادة ٢٦٥ من قانون الإجراءات الجزائية فنص على حالة جنون المتهم، بقوله: ".....على أنه إذا أوقف الفصل في الدعوى الجنائية لجنون المتهم يفصل في الدعوى المدنية".

يتبين جليا أن هذه المادة جعلت من جنون المتهم كعارض من عوارض الأهلية، سبب عدم توقف الدعوى المدنية بالرغم من عدم وجود حكم بات. والعلة في ذلك هي عدم تعليق حقوق المدعي المدني بأجل مجهول وهو إمكانية شفاء المتهم، الذي قد لا يشفي أبدا وقد يمتد به المرض لوقت طويل.

إن الجنون لا يؤثر في مسؤولية المتهم المدنية في كثير من التشريعات

وهذا الإستثناء يقتصر على حالة نظر الدعوى المدنية أمام القضاء المدني.

أما إذا كانت مرفوعة أمام القضاء الجنائي فإن الحكم القاضي بانتفاء وجه الدعوى لهذا السبب يمتد للدعوى المدنية إذ لا تستطيع المحكمة الجزائية الفصل في هذه الأخيرة دون الدعوى الجزائية وإلا كان ذلك إخلالا منها بقاعدة تبعية الدعوى المدنية للدعوى الجزائية، إلا إذا ترك المدعي المدني دعواه ورفعها أمام القضاء المدني، ففي هذه الحالة يقضي فيها دون إنتظار الفصل في الدعوى الجزائية .

### ب- الآثار المترتبة عن قاعدة الجزائي يوقف المدني

إن الآثار القانونية المترتبة عن قاعدة الجنائي يعقل المدني تنحصر في ثلاثة آثار هامة إذا ما تحقق تصح الإسناد إلى القاعدة.



يتمثل الأثر الأول في وجوب وقف كل الإجراءات المتبعة أمام القضاء المدني، وتبعاً لذلك يتوقف القاضي المدني عن نظر الدعوى والحكم فيها.<sup>(١)</sup> غير أن هذا الأثر لا يمس باقي الإجراءات التي أتخذت بشأن الدعوى سواء من قبل الأطراف أو بأمر من المحكمة قبل الحكم بوقفها، وكل حكم تنتهي به الدعوى الجزائية يضع حداً لوقف الدعوى المدنية .

وتختلف مدة الوقف باختلاف المدة التي سيستغرقها صدور الحكم الجزائي. أما الأحكام الغير صادرة في الموضوع كالحكم بتعيين خبير والتي لا تنتهي بها الدعوى الجزائية فلا يترتب عليها مواصلة السير في الدعوى المدنية الموقوفة.

أما الأثر الثاني فهو إعتبار هذه القاعدة من النظام العام، بحيث لا يجوز للنيابة العامة عدم السير فيها بناء على أتفاق الخصوم أو التصالح مع المتهم أو التنازل عنها أو إهمالها.<sup>(٢)</sup> فالقاضي المدني ملزم بتطبيقها ويمكن إثارة الدفع بها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا، كونها قاعدة شرعت لمصلحة القضاء وحسن سير العدالة وليس لمصلحة الأطراف.

ويترتب عن كونها من النظام العام وجوب إثارتها من المحكمة المدنية من تلقاء نفسها، حتى تتيح للحكم الجزائي الذي يصدر في الدعوى العمومية

---

(١) د- علي عمر المبيضين: المرجع السابق، ص ١٦٩

(٢) عبد العزيز سعد: شروط ممارسة الدعوى المدنية أمام المحاكم الجزائية، المؤسسة

الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة ١٩٩٢، الطبعة الأولى، ص ١٣٦ و ١٣٧  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

أن يكون حجة على الحكم المدني الصادر بعده .وعليه يتعين على القاضي المدني أن يتقيد بحجية هذا الحكم الجزائي فيما يتعلق بوقوع الجريمة ونسبتها إلي فاعلها، لكن هذه الحجية لا تسلب القاضي المدني اختصاصه وسلطته في نظر الدعوى المدنية وتقدير الحكم فيها. فالمحكمة المدنية تتقيد بما فصلت فيه المحكمة الجزائية من وقائع دون القانون. ومثال ذلك حكم المحكمة الجزائية ببراءة سائق سيارة من تهمة التسبب في وفاة شخص لعدم ثبوت الخطأ الغير عمدى بحقه. فهذا الحكم لا يلزم القاضي المدني، لأن من واجبه الإلتزام بالوصف المدني الذي يختلف عن الوصف الجزائي، كون الأصل أن الخطأ المدني مفترض في جانب السائق وحكم المحكمة المدنية بالتعويض على السائق الذي حكم ببراءته جزائيا يعد من صميم اختصاصها.<sup>(١)</sup> كما لا تتقيد المحكمة المدنية بما لم تفصل فيه المحكمة الجزائية من وقائع، فضلا عن ذلك فالقاضي المدني يتقيد فقط بالوقائع التي كان الفصل فيها ضروريا لقيام الحكم الجزائي. وفي هذا الصدد ينبغي التفرقة بين الأحكام الجزائية الصادرة بالإدانة وتلك الصادرة بالبراءة:

فالأولى إذا صدرت دون أن تتعرض لركن ما نفيًا أو إثباتًا ، فلا يوجد ما يمنع المحكمة المدنية من التثبت في مدى قيام هذا الركن من عدمه طالما لم تتعرض له المحكمة الجزائية في حكمها، لكن إذا تعرضت له المحكمة

(١) د-نظام توفيق المجالي: المرجع السابق، ص ٦٧

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الجزائية نافية وقوعه وكان هذا الركن من أركان قيام الجريمة فيجب على المحكمة المدنية التقيد بالحكم الجزائي.

أما إذا كان الحكم صادرا بالبراءة فينبغي التفرقة أيضا بين ما إذا كان هذا الحكم مبني على عدم كفاية الأدلة أو على كون الفعل غير معاقب عليه قانونا. ففي الصورة الأولى يتقيد القاضي المدني بالحكم الجزائي أما في الثانية فإنه لا يتقيد به.

وأخيرا إن الأثر الثالث متعلق بمدى تأثير رفع الدعوى الجزائية على تقادم الدعوى المدنية، ومفاد هذا الأثر يكمن في حالتين:

الحالة الأولى، وهي إذا أقيمت الدعوى الجزائية أمام القضاء الجزائي ولم ترفع الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية. وبعبارة أخرى هل إجراءات المحاكمة الجزائية تؤثر في تقادم الدعوى المدنية التي لم ترفع بعد أمام المحكمة المدنية؟

إنه فيما عدا دعاوى التعويض المدني الناشئة عن الجريمة يتعين رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية قبل قوات المواعيد المحددة لسقوطها بالتقادم، وبالنسبة لدعاوى التعويض المدني الناشئة عن الجريمة فإنها لا تتقادم طالما أن الدعوى الجزائية لم تسقط بالتقادم.

أما الحالة الثانية، فتتمثل في الدعوى المدنية التي تكون قد رفعت فعلا أمام المحكمة المدنية وأثناء نظرها أقيمت الدعوى الجزائية، فإنه يتعين في هذه الحالة وقف السير في الدعوى المدنية حتى يفصل نهائيا في الدعوى الجزائية

و المقصود بالدعوى المدنية في معرض الحال هي الخصومة المدنية التي تسري عليها أحكام السقوط والانقضاء بمضي المدة وفقا لما هو مقرر قانونا ومدة السقوط أو الانقضاء تبدأ منذ صيرورة الحكم الجزائي نهائيا.<sup>(١)</sup>

بناء عليه فإنه يترتب على إنقضاء الخصومة بمضي المدة إلغاء ما تم فيها من إجراءات وزوال الآثار المترتبة على رفعها ، أما الحق الذي رفعت به الدعوى فإنه لا ينقضي بمجرد انقضاء الخصومة ، بل يبقى خاضعا في إنقضائه للمواعيد المقررة في القانون المدني على ألا تعتبر المطالبة به في الخصومة المنقضية قاطعة لمدة سقوطه بالتقادم .

---

(١) د- إدوارد غالي الذهبي: المرجع السابق، ص ١٣٧ و ١٤٢  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

## الخاتمة

قاعدة الجنائي بوقف المدني تكرس مدى تبعية الدعوى المدنية للدعوى الجزائية، حتى في حالة اختيار المضرور من الجريمة رفع دعواه للمطالبة بالتعويض طريق القضاء المدني، فتبقى الدعوى العمومية تلقى بظلالها على الدعوى المدنية. فالقضاء المدني ملزم بوقف السير فيها إنتظارا لصدور حكم نهائي في الدعوى الجزائية .

إن هذا الحكم يقيد القاضي المدني ويجعل من قاعدة الجنائي بوقف المدني النتيجة الحتمية لمبدأ "حجية الحكم الجزائي على المدني". والواقع أن قاعدة الجنائي يعقل المدني، تعتبر مظهرا من مظاهر سيادة الدعوى الجزائية على الدعوى المدنية لأنها متعلقة بالنظام العام. فالأحكام الجزائية تساهم في إستقرار وأمن المجتمع عن طريق إصدار وتطبيق العقوبات فمن البديهي عدم إصدار أحكام مدنية مناقضة لهذه الأسس. بناء عليه فإن ارتباط الدعوى الجزائية بحق المجتمع يجعلها تعلق وتهيمن على حق الفرد في الدعوى المدنية، مما ينبغي أن تكون لها هيبتها الخاصة لاسيما أن القضاء الجزائي عموما يتصف بالسلطة الردعية.

يضاف إلى ذلك أن اختصاص المحكمة الجزائية وجد لإثبات الجرائم وإسنادها لمركبيه أو تحديد وصفها القانوني وسبيلها في ذلك وسائل إثبات متعددة ومتنوعة مما يجعل خطر إصدار أحكام خاطئة قليلة الوقوع وهذا غير

مقرر للمحكمة المدنية، ومن ثم كانت علة توقيفها لحين صدور حكم جزائي نهائي ملزم للقاضي المدني هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فإن هذا الأخير مرتبط بالوقائع التي فصل فيها القاضي الجزائي وكان الفصل فيها ضروريا فيستفيد من كل المعطيات التي تسفر عنها الدعوى الجزائية التي على ضوءها يفصل القاضي المدني. فضلا عن ذلك فإن منع صدور أحكام متناقضة بين المحكمتين المدنية والجزائية يعد الهدف الأولي بالرعاية، فحرصت عليه معظم التشريعات ومن بينها التشريع الجزائري، ومبتغاها في ذلك حسن سير العدالة وزرع الثقة بين المتقاضين.

وأخيراً نخلص بالقول إلى أنه إذا حكم في الدعوى المدنية وأصبح الحكم نهائياً قبل رفع الدعوى الجزائية فإن قاعدة الجزائي يعقل المدني لا تجد لها محلاً للتطبيق.

تم بحمد الله

## قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

أ- المؤلفات

- ١- أحمد الشلقاني: مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر سنة ٢٠٠٥، ص ١٤٨
- ٢- إدوارد غالي الذهبي : إدوارد. غ: وقف الدعوى المدنية لحين الفصل في الدعوى الجزائية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة، ١٩٧٨، ص ١٠
- ٣- جلال ثروت :نظم الإجراءات الجنائية، بدون طبعة ،دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، سنة٢٠٠٣، ص ٢٤٨
- ٤- حسن جوخدار: أصول المحاكمات الجزائية- الدعاوي التي ينظرها القضاء الجزائي-، بدون طبعة، منشورات جامعة دمشق ، سوريا، سنة٢٠١٠-٢٠١١، ص ٢٠١١.
- ٥- حسن صادق المرصفاوي:الدعوى المدنية أمام المحاكم الجزائية بدون طبعة، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة ١٩٨٩، ص ٢٠٩
- ٦- رؤوف عبيد: المبادئ الجنائية في القانون المصري، الطبعة السابعة عشر، دار الجيل للطباعة، القاهرة، سنة ١٩٨٦، ص ٢٦٤

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

٧- عبد العزيز سعد: شروط ممارسة الدعوى المدنية أمام المحاكم الجزائية، بدون طبعة المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة ١٩٩٢، ص ١٣٦ و١٣٧

٨- عمر أبو الطيب : الدعوى المدنية التابعة، الطبعة الأولى، بدون ذكر إسم الناشر الرباط، سنة ١٩٩٥، ص ٣٧٨

٩- فاروق الكيلاني :محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والمقارن، بدون طبعة، دار المروج، بيروت، سنة ١٩٩٥، ص ٤٩٢

١٠- كامل السعيد: شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية-دراسة تحليلية أصلية مقارنة-، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة ٢٠٠٨، ص ٣١٩

١١- محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجزائية ، بدون طبعة، دار النهضة العربية القاهرة، سنة ، ١٩٨٨ ، ص ٣٣١

١٢-مصطفى هرجه: الدعوى المدنية، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة ١٩٩٥، ص ١٠٣

١٣- نظام توفيق المجالي: نطاق الإدعاء بالحق الشخصي أمام القضاء المدني الجزائي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة ٢٠٠٦، ص ٤٨

ب: المجالات

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



- ١-المجلة القضائية للمحكمة العليا ، العدد الثاني، سنة ١٩٩٣، ص ٥٥
- ٢- **علي عمر المبيضين**: أحكام وقف الدعوى في ظل قانون المحاكمات الأردني، مجلة المنارة، العدد الثاني، سنة ٢٠٠٠، ص ١٦٩ و ١٧٠
- ثانياً: باللغة الفرنسية

- 1-**Chavanne..Albert**: Les effets du procès pénal sur le procès engagé devant le tribunal civil, Revue des sciences criminelles, 1954, p 239
- 2-**Michel. Pralus** : Observation sur l'application de la règle "le criminel tient le civil en état", Revue des sciences criminelles, 1972, p68
- 3-**Stefani. Gaston** : Cours de droit criminel approfondi, la primauté du criminel sur le civil, 1953, Paris, p 204
- 4-**Stefani Gaston, Levasseur George et Bouloc Bernard**: Procédure pénale, 12 Ed, Dalloz, Paris, 1984, p 285 et 286

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الحماية الجنائية لحق الحيوان  
في سلامة الجسم  
دراسة في الشريعة الإسلامية والقانون  
الوضعي

د/ محمد نور الدين سيد  
استاذ القانون الجنائي المساعد  
كلية الحقوق-جامعة اسيوط

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

## مقدمة

مدى الاعتراف بحق الحيوان في سلامة الجسم  
أولاً- الخلاف الفلسفي حول تمتع الحيوان  
بالحقوق الأدبية (١) :

ذهب بعض الفلاسفة إلى القول بأن القسوة على الحيوان يعتبر  
خطأ، نظراً لأن ذلك يؤدي إلى تدمير أحد ممتلكات مالك الحيوان الأليف،  
وبالنسبة للحيوانات التي ليست مملوكة لأحد، يعتبر فعل القسوة عليها خطأ،  
لأن القسوة رذيلة لا يجب أن نشجعها، من خلال القيام بأفعال تتسم بالقسوة،  
كما أن تكرارها مع الحيوان يجعل الإنسان أكثر ميلاً إلى إساءة معاملة البشر  
من جنسه (٢)، ومن ثم يعتمد هذا الاتجاه في نفي المكانة الأدبية للحيوان في

---

David DeGrazia "Animal Rights" Oxford University Press, 2002, )'  
translated by: Mohammed Sad Tantawi, Hindawi Foundation for  
Education and Culture, 2014, 25.

(٢) فقد أشار البعض إلى أن هناك ارتباط وثيق بين العنف الحيواني والعنف تجاه البشر، حيث أكد  
مكتب التحقيقات الفيدرالي في دراسة حول أخطر القتلة والسفاحين تبين أن معظم الجناة قد بدوا  
بالعنف ضد الحيوان، فعلى سبيل المثال: نجد حالة المجرم (David Berkowitz) وصف بأنه  
كان يكره الكلاب، وقتل عدد كبير من حيوانات الجيران، وكذلك حالة (Albert Desalvo) الذي  
كان يحتجز الكلاب والقطط في أقفاص أو صناديق، ثم يطلق السهام عليها من خلال الصناديق  
بفرض قتلها.

Stephen Iannacone , "Felony Animal Cruelty Laws in New York" Pace  
P: 752-753, Lynn A. Law Review, Vol. 31, Issue 2, Spring 2011,

"Animal Cruelty Crime Statistics: Mary L. Randour & Addington

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ذاته على أساسيين، هما: مصالح مالك الحيوان الأليف، والمصالح البشرية في عدم التشجيع على القسوة كزديلة، بيد أن مصالح الحيوان ليست ذات أهمية أدبية مستقلة عن مصالح البشر.

في حين ذهب البعض الآخر إلى القول بأن القسوة على الحيوان من أجل المتعة تعتبر خطأ، نظراً لأن ذلك يسبب الضرر للحيوان دون وجود سبب وجيه، كما لو قام الكلب بمهاجمة طفل أو امرأة، ومن ثم يعتبر هذا الاتجاه

---

Findings from a Survey of State Uniform Crime Reporting Programs”

Animal Welfare Institute, spring 2012, P: 1.

كما أشار البعض إلى أن نسبة ٧٥% من مرتكبي جرائم العنف في السجن لديهم سجلات سابقة من القسوة على الحيوان.

Bonnie Erbe, “Protecting Animal Rights: A Quiet Revolution” See: POLITICS DAILY (Nov. 10, 2009), <http://www.politicsdaily.com/2009/11/10/protectinganimal-rights-a-quiet-revolution/>.

كما أشار البعض إلى أن جرائم القسوة على الحيوان تكشف عن الميل لارتكاب جرائم العنف الأخرى، فنجدها مرتبطة بجرائم العنف ضد الأشخاص خاصة العنف الأسرى.

MOGBOT (T.C) “Animal Cruelty: A Review” Journal of Natural Sciences Research, Vol. 3, No. 8, 2013, P: 96, available at: <http://www.iiste.org>, Frank R. Ascione, Claudia V. Weber, and David S. Wood “The Abuse of Animals and Domestic Violence: A National Survey of Shelters for Women who are Battered” The White Horse Press, Cambridge, UK, Society and Animal, Vol. 5, No. 3, 1997, P: 205-206.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

رفاهية الحيوان مسألة ذات اعتبار في حد ذاتها، وعليه يحظى الحيوان بمكانة أدبية، إذ يتمتع بمصالح لها أهمية أدبية مستقلة عن مصالح البشر. ننتهي إلى القول بترجيح الاتجاه الثاني، ونؤكد على أن الحيوان يحظى بحقوق أدبية منها: حقه في ألا يتسبب أي شخص في معاناته، أو قتله دون مبرر وجيه، كما أن الحيوان يحظى بحقوق تتبع من أن له مصلحة يجب أخذها في الاعتبار قدر ما تؤخذ المصالح المشابهة لأي شخص آخر، من ذلك: مصلحة الحيوان في تفادي المعاناة والألم يجب أن تؤخذ في الاعتبار قدر ما تؤخذ مصلحة الإنسان في تفادي نفس المعاناة والألم.

ثانياً - التطور التشريعي للاعتراف بحق الحيوان في سلامة الجسم:

منذ القدم كانت حالة الحيوان ووضعه في القانون محل جدل ونقاش طويل، حيث نجد القانون الفرنسي يميز الأشخاص عن الأشياء، ويعترف للأشخاص باكتساب الحقوق وتحمل الواجبات، أما الأشياء لا تزيد عن كونها ممتلكات خاصة للأشخاص، وليس لها أية حقوق أو واجبات، وكان يتم التعامل مع الحيوان تحت فئة الأشياء، ويشكل ملكية خاصة، لذلك نجد

النصوص التشريعية الفرنسية الأولى تصنف الحيوان على أنه ملكية، ومصدر المسؤولية لصاحبه أو حائزه<sup>(١)</sup>.

وقد تطور الحال بصدور قانون "loi Grammont" في ٢ يوليو ١٨٥٠، والذي اعتبره الفقه الفرنسي مرحلة أساسية في تطور وضع الحيوان في القانون، ومع ذلك لم يكن هذا القانون يهدف إلى حماية الحيوان، وإنما إلى حماية الإنسان، بيد أن التحول الواضح في وضع الحيوان يتبين بصدور القانون رقم ٦٣-١١٤٣ بتاريخ ١٤ نوفمبر ١٩٦٣م، والخاص بحماية الحيوانات، حيث يهدف هذا القانون إلى حماية الحيوان ليس بصفته ملكية خاصة فحسب، وإنما باعتباره كائناً حياً، وفي سبيل ذلك لم يكتف المشرع الفرنسي بحماية الحيوانات الأليفة فحسب، وإنما عني بحماية الحيوانات المستأنسة أو المأسورة، حيث عاقب على أفعال العنف ضدها، وقرر عقوبات جنائية (المادة ٥٢١-١) من قانون العقوبات<sup>(٢)</sup>.

ثم صدر القانون رقم ٧٦-٦٢٩ بتاريخ ١٠ يوليو ١٩٧٦م، والخاص بحماية الطبيعة، حيث يؤسس هذا القانون لحماية كل الحيوانات المتوحشة والمستأنسة، ويهدف إلى حماية الطبيعة بصفة عامة، وتبدو

---

Charlotte VERHAEGHE "Protection animal en france et dans l'union )  
europeenne: textes reglementations et nouvelle approche juridique  
animal" Thèse , Toulouse, 2006, P: 9.

Charlotte VERHAEGHE, op. cit., P: 10.)<sup>٢</sup>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

أهمية هذا القانون في أنه وضع ثلاث مبادئ أساسية في مجال وضع الحيوان في القانون<sup>(١)</sup>، وهي:

١- الحيوان كائن حساس، يجب وضعه في ظروف مناسبة مع متطلبات حياته.

٢- المعاملة السيئة تجاه الحيوانات ممنوعة.

٣- الاستخدام المؤذي للحيوانات ممنوع.

ولا يختلف الحال كثيرا في القانون الأمريكي، حيث كان الحيوان يعد كملكات للإنسان، ومن ثم أصبحت الحيوانات أهدافاً للانتهاك والاعتداء، ولم تكن القسوة على الحيوانات تشكل جريمة في Common Law<sup>(٢)</sup> ولكن حدث تطور منذ وقت طويل بسبب المناقشات الفلسفية حول حقوق الحيوان، وكان أول القوانين الأمريكية في هذا الشأن عام ١٦٤١م، القانون المعروف بـ (The Body of Liberties)<sup>(٣)</sup>، وقد ذكر الفقيه الانجليزي

Ibid, P:10.)<sup>١</sup>

<sup>٢</sup> يشير بعض الفقه الأمريكي إلى أن عدم الاهتمام بجرائم القسوة على الحيوان يرجع إلى أن الحيوان لا يدخل في مفهوم مصطلح (Crime Victims) بالرغم من أنه يعاني الضرر من الجريمة، ومن ثم يؤكد هذا الفقه على ضرورة اعتبار الحيوان يدخل في تعريف هذا المصطلح في نظام العدالة الجنائية.

IRELAND MOORE (A.N) "DEFINING ANIMALS AS CRIME VICTIMS"

Journal of Animal Law, 2005,1:1, P: 91-92.

Randall Lockwood, "Animal Cruelty Prosecution" the American )<sup>٣</sup>

Prosecutors Research Institute, July, 2006, P:5.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



Jeremy Bentham أنه لا يوجد أي سبب أو مبرر لعدم توفير الحماية القانونية للحيوانات، وأكد على أن مصالح الحيوانات قد أهملت من قبل رجال القانون والفقهاء القدامى، وأشار إلى أن الحيوانات ربما تحصل على حقوقها المنتقصة في يوم ما<sup>(١)</sup>، ولقد كان، فقد صدر أول قانون في شأن حماية الحيوان في England عام ١٨٢٢م، وكان يهدف إلى منع المعاملة القاسية وغير اللائقة بالماشية، وغيرها من الدواب، مثل الخيول، والبغال، وقرر عقوبة الغرامة التي تزيد على خمس جنيهاً، والحبس يزيد على ثلاثة أشهر، وقد دخل القانون حيز التنفيذ بقوة في عام ١٩٨٤م<sup>(٢)</sup>، وفي نفس الفترة في الولايات المتحدة، لم يكن التعامل مع القسوة بالحيوان كجريمة مستقلة، وإنما كان لدى بعض الولايات الأمريكية قوانين تتعلق بإيذاء الحيوانات المملوكة من قبل الآخرين، ويلاحظ أن هذه القوانين كانت تنطبق على الحيوانات ذات القيمة التجارية<sup>(٣)</sup>.

ثم صدر أول قانون ضد أفعال القسوة على الحيوان عام ١٨٢١م في ولاية Maine، ونص على حظر الضرب بقسوة ضد أي حصان أو

---

<sup>١</sup> (Stephen Iannacone , op. cit., P: 750.)

<sup>٢</sup> (Randall Lockwood, op. cit., P:5.)

<sup>٣</sup> (ibid, P:6.)

ماشية<sup>(١)</sup>، ولكن لم يؤسس نظام أو منظمة تتابع تطبيق هذا القانون، ثم صدر في ولاية New York عام ١٨٢٩م واحد من أكثر قوانين القسوة على الحيوان تأثيراً في الولايات المتحدة، حيث نص في القسم (٢٦) على أن كل شخص قتل عدواناً، أو إضراراً، أو شوهه، أو جرح، أي حصان، أو ثور، أو ماشية أخرى، أو أغنام تابعين لشخص آخر، أو يقوم بضرب عدواناً، أو إضراراً، أو بقسوة، أو يعذب أي من هذه الحيوانات سواء تابعين له أو لشخص آخر يسأل عند الإدانة عن جنحة<sup>(٢)</sup>، ويلاحظ الفقه أن هذا القانون يتعامل مع الحيوان على أنه ملكية خاصة بشخص ما، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يتعامل مع حقوق الحيوان بغض النظر عن ملكيته لأي شخص، لذلك يعتبر قانون New York واحد من أوائل القوانين الحديثة التي تجرم القسوة على الحيوان<sup>(٣)</sup>، ويوجد حالياً في هذه الولاية وغيرها العديد من القوانين التي تتعلق بالقسوة على الحيوان، والتخلي عن الحيوانات، والامتناع عن الإبلاغ عن الحيوانات المصابة في حادث سيارة، كما أن قانون الزراعة

---

<sup>١</sup> Favre (D) & Tsang (V), The Development of Anti-Cruelty Laws ) During the 1800's, DET. C.L. REV. 1,6, 1993, See: IRELAND MOORE (A.N), op. cit., P: 93, Stephen Iannacone, op. cit., P:751.

<sup>٢</sup> N.Y. Rev. stat. part IV, Ch. 1, title 6, sect. 26, (1829).

<sup>٣</sup> Stephen Iannacone, op. cit., P: 751.

والأسواق في الولاية عاقب على جريمة القسوة على الحيوانات باعتبارها  
جناية أو جنائية<sup>(١)</sup>.

وقد حاول هذا القانون العمل على منع المعاملة السيئة الجسيمة  
تجاه الحيوانات، وكان الغرض منه هو منع هذه المعاملة مستقبلا تجاه  
الحيوان، وتجاه البشر من باب أولى، إلا أن القانون أورد العديد من  
الاستثناءات، حيث يكون واضحا فيها احتياج الانسان لأنواع معينة من  
الحيوانات، من ذلك: حيوانات المزرعة، والصيد، وصيد الأسماك، والبحث  
العلمي أو الطبي، أو لأي غرض آخر مبرر، كما نصت أغلب قوانين القسوة  
على الحيوان في أغلب الولايات الأمريكية على هذه الاستثناءات<sup>(٢)</sup>، كما  
سنوضح في حينه.

---

See N.Y. AGRIC. & MKTS. LAW §§ 331-332, 350-379 (Consol. )'  
2009).

تجدر الإشارة إلى أنه بنهاية عام ٢٠٠٩ قررت ٤٦ ولاية أمريكية عقوبات جنائية على أفعال  
القسوة على الحيوان، منها ٣١ ولاية شددت العقوبات، ورفع مستوى الجريمة من جناية إلى  
جناية، وبنهاية ٢٠١٢م بلغ عدد الولايات التي جعلت من القسوة على الحيوان جناية ٤٧ ولاية،  
ولم يتبقى سوى ٣ ولايات فقط ليست لديها قوانين تعاقب على هذه الجناية.

Bonnie Erbe, "Protecting Animal Rights: A Quiet Revolution" See:  
POLITICS DAILY (Nov. 10,

2009), <http://www.politicsdaily.com/2009/11/10/protectinganimal->

Lynn A. Addington & Mary L. Randour , rights-a-quiet revolution/.

op. cit., P:2.

Randall Lockwood, op. cit., P:16, 17.)<sup>٢</sup>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ولقد سبقت الشريعة الإسلامية هذه القوانين الغربية في التعامل مع الحيوان ككائن حي، يجب عدم المساس بجسده، حيث وضعت عدة ضوابط عند ذبح الحيوان، تضمن عدم تعريضه للتعذيب أو الألم المفرط غير المبرر، كما نهت عن إرهاب الحيوان وتحميله أكثر مما يحتمل، كما نهت عن تعذيب الحيوان بالنار، وتوعدت فاعل ذلك بالجحيم، إلى غير ذلك من الأفعال التي حرمتها الشريعة الإسلامية واعتبرت ارتكابها معصية توجب تعزير فاعلها.

ولكن الأمر على خلاف ما سبق في القوانين العقابية العربية، حيث نجد قانون العقوبات المصري يتعامل مع الحيوان على أنه مال مملوك لغيره، وعاقب على أفعال قتله أو الإضرار الكبير به بغير مقتضى، دون التعرض لتجريم مثل هذه الأفعال على الحيوانات غير المملوكة أو السائبة، وسار على ذات النهج قانون الجزاء الكويتي، وقانون العقوبات القطري ونظيره السوداني.

ولكن نجد مسلك المشرع الإماراتي يميل إلى توفير حماية جنائية للحيوان سواء باعتباره مالا مملوكا للغير، أو باعتباره كائنا حياً تجب حمايته، وتحقق ذلك في قانون العقوبات الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧م، كما يتحقق في قانون الرفق بالحيوان رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧م، ولأئحته التنفيذية الصادرة بالقرار الوزاري رقم (٣٨٤) لسنة ٢٠٠٨م، والذي عاقب بموجبه على كافة أفعال القتل والإضرار أو القسوة على الحيوان، كما أورد فصلاً خاصاً بالحيوانات السائبة، وقرر بعض الالتزامات الواجبة للتعامل مع هذه الحيوانات، وعاقب على مخالفتها.

هذا العرض السابق للموقف التشريعي في مختلف الأنظمة القانونية من مسألة حماية الحيوان لاسيما حقه في سلامة جسمه، يدفعنا إلى بحث

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

مدلول حماية الحق في سلامة الجسم عموماً، ومدى تمتع الحيوان به على وجه الخصوص.

ثالثاً - المقصود بحماية الحق في سلامة الجسم :

إن حماية الحق في سلامة الجسم عموماً تعني تجريم كل فعل أو امتناع يؤدي هذه السلامة، فهي تتبغى سير الحياة في الجسم على نحو طبيعي، كما تقتضي أن يحتفظ الجسم بتكامله الجسدي وألا يصب بألم بدني أو نفسي<sup>(١)</sup>، ولما كانت أجهزة الجسم تعمل في تناغم فريد أَرادَه اللهُ الخالق البديع، مكونة بذلك وحدة مترابطة، أي مساس بها يمثل اعتداء على الحق في سلامة الجسم، ولا يقف هذا الحق عند الراحة البدنية التي تعني عدم الشعور بالألم فحسب، بل يمتد إلى الراحة النفسية أو المعنوية لما للنشاط النفسي من تأثير على البدن وأعضائه الحسية.

وانطلاقاً من تعريف الحق عموماً - وفق الاتجاه الموضوعي - بأنه مصلحة يحميها القانون، يمكن القول بأن الحيوان يتمتع بالحق في سلامة الجسم، على اعتبار أن ثمة مصلحة في صيانة جسم الحيوان وعدم المساس به، وثمة مصلحة اجتماعية تعود على المجتمع تتمثل في قدرة الحيوان في أداء الدور المنوط به، ما أَرادَه اللهُ تعالى، حيث سخره لخدمة الإنسان، وحتى يتمكن الحيوان من القيام بخدمة هذا الإنسان، أوجب الخالق على الإنسان

---

(١) حسن سعد سند "الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية" الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٢١.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

أن يعطي الحيوان حقه في سلامة جسمه، وعدم إيذائه، أو الإضرار به، وقد حرص القانون على حماية هذه المصلحة من خلال تجريم أفعال الاعتداء على جسد الحيوان والإضرار به وتعذيبه بدون حاجة أو مبرر، مع النص على جزاء جنائي يوقع على من يرتكب أي من أفعال الاعتداء على الحيوان، مع اختلاف سياسة التشريعات في تحديد تلك الأفعال، على النحو الذي عرضنا له بإيجاز.

منهج الدراسة :

يتبع الباحث المنهج المقارن، في بيان موقف الشريعة الإسلامية الغراء مقارنة بموقف القوانين الوضعية، لاسيما القانون المصري والاماراتي وبعض القوانين العربية الأخرى، كما يتجه الباحث إلى تعميق الدراسة المقارنة بعرض موقف القوانين الأمريكية والقانون الانجليزي.

تقسيم الدراسة:

المبحث الأول: حماية حق الحيوان في سلامة الجسم في الشريعة الإسلامية.  
المبحث الثاني: حماية حق الحيوان في سلامة الجسم في القانون الوضعي.

## المبحث الأول

### حماية حق الحيوان في سلامة الجسم في الشريعة الإسلامية

نقولها وبحق أن الشريعة الإسلامية قد أولت حق الحيوان في سلامة الجسم عنايتها واهتمامها إلى درجة فاقت ما ذهبت إليه القوانين الوضعية، كيف لا؟ وهي شرع الله الرحمن الرحيم، فقد نهت الشريعة عن تعريضه للتعذيب أو إلحاق الأذى، أو الإضرار به، وأمرت بعدم استعمال القسوة معه أو إرهاقه، وذلك باعتباره مخلوقاً له قدسيته واحترامه، كسائر خلق الله تعالى، وعاقبت على ذلك بأشد العقوبات التي وصلت إلى حد توعدهم من يعذب حيواناً بدخوله النار، وتوعدهم من يتخذه هدفاً للصيد باللعنة، كما أمرت بالرفق بالحيوان المذبوح أو المراد ذبحه، والإحسان إليه، ومن ثم نعرض في هذا إلى الرفق بالحيوان المراد ذبحه في فرع أول، ثم لتحريم إيذاء الحيوان أو الإضرار به في فرع ثان.

## المطلب الأول

### الرفق بالحيوان المراد ذبحه في الشريعة الإسلامية

قد يعتقد البعض أن الحيوان المراد ذبحه ليس له أية حقوق في الشريعة الإسلامية على اعتبار أنها تبيح ذبحه، وليس بعد الذبح ذنب، لما يتضمنه من إزهاق روح الحيوان المذبوح، ولكن نؤكد على أن الشريعة الإسلامية حرصت كل الحرص على ضمان ثمة حقوق للحيوان المراد ذبحه،

يتمحور جلها في الرفق به، والإحسان إليه، وعدم تخويفه أو تعذيبه، أو إيلاجه أثناء الذبح أو بعده.

ويتحقق ذلك من خلال وضع شروطاً وآداباً أو مستحبات للذبح أجمع عليها الفقه الاسلامي، وتقابلها أمور اتفق الفقه على كراهتها بالنسبة للذابح، نعرض لها فيما يلي:

أولاً- وضع شروط لازمة في أداة الذبح:  
أجمع الفقه الإسلامي على أن التذكية الشرعية<sup>(١)</sup> لا بد أن يتم ذبحها بشروط معينة رحمة بالحيوان، وإحساناً لذبحه، وتقليلاً من معاناته<sup>(٢)</sup>، من

---

(١) تعرف التذكية الشرعية بأنها عبارة عن قطع الأعضاء الأربعة وهي، المريء: وهو مجرى الطعام. والحلقوم: وهو الحلق ومجرى النفس. والودجان: وهما عرقان محيطان بالحلقوم". راجع: حسن الجواهري "بحوث في الفقه المعاصر" الجزء الثاني، دار الذخائر، بدون تاريخ نشر، ص ٢٢٤.

كما عرفها فقهاء الحنفية بأنها: إتلاف الحيوان بإزهاق روحه للانتفاع بلحمه بعد ذلك، وعرفوا الذبح بأنه: فري (قطع) الأوداج حتى إذا استوفى قطعها، فذلك كمال التذكية. انظر: شمس الدين أحمد بن قوادر "تنتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار" تكملة شرح فتح القدير للأمام كمال الدين بن الهمام الحنفي، الجزء التاسع، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣م، ص ١٤٢٤هـ، ص ٤٩٥.

(٢) وهو ما أكده قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي، رقم ١٠١/٣/١٠٥، بشأن الذبائح، حيث جاء فيه "رابعاً- الأصل في التذكية الشرعية أن تكون بدون تدويخ للحيوان؛ لأن طريقة الذبح الإسلامية بشروطها هي الأمثل، رحمة بالحيوان، وإحساناً لذبحته، وتقليلاً من معاناته، ويطلب من الجهات القائمة بالذبح أن تطور وسائل ذبحها بالنسبة للحيوانات الكبيرة الحجم، بحيث تحقق هذا الأصل في الذبح على الوجه الأكمل" راجع: مجمع الفقه الاسلامي، المؤتمر العاشر، المنعقد مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



ذلك: أن تكون الآلة التي يحصل بها الذبح حادة وجارحة، بحيث تقطع المذبوح أو تحرقه بعدها وليس بثقلها<sup>(١)</sup>، وذلك كالسيف، والسكين، والرمح، والسهم، سواء كان مصنوعاً من الحديد<sup>(٢)</sup> أو الرصاص، أو النحاس، أو الذهب، أو الخشب المحدد الطرف، وكذا القصب، أو الزجاج، أو الحجر إن كان له حد، وغيرها من محل يحصل به سيلان الدم من المذبوح، فقد أمرنا رسول الله (ﷺ) بإحداذ الشفرة، لما فيه من إراحة الذبيحة، فقد روى عنه (p) أنه قال: "إن الله تبارك وتعالى كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم أحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليحد أحدكم شفرته، وليرح

بجدة، المملكة العربية السعودية، في الفترة من ٢٣-٢٨ صفر ١٤١٨هـ، الموافق ٢٨ يونيو - ٣ يوليو ١٩٩٧م.

(١) وهو ما أكده مجمع الفقه الإسلامي، بقوله: "يشترط لصحة التزكية ما يلي: ٢- أن يكون الذبح بآلة حادة تقطع وتفري بعدها، سواء كانت من الحديد أم من غيره مما ينهر الدم، ما عدا السن والظفر فلا تحل" راجع: القرار السابق لمجمع الفقه الإسلامي.

(٢) جدير بالذكر أن فقهاء الشيعة الإمامية قد اشترطوا التزكية بالحديد، بينما أشار بعض الفقهاء إلى أن المعنى الأرجح للفظ (الحديد) هو الحاد القاطع، وليس المقصود به المعدن. راجع: حسن الجواهري، مرجع سابق، ص ٢٣١-٢٣٣.

في حين يرى الحنيفة أن الذبح يكون بآلة حادة حديداً كانت أو غير حديد، لحديث الرسول (ﷺ) "أنهر الدم بما شئت واذكر اسم الله تعالى"، راجع: الأمام علاء الدين أبي بكر الكاساني الحنفي "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع" تحقيق، الشيخ/ على محمد معوض، والشيخ/ عادل أحمد عبد الموجود، الجزء السادس، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣م، ١٤٢٤هـ، ص ٢٠٧.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ذبيحته" (١)، وفيما يتعلق بمدى جواز الذبح صغراً بالتيار الكهربائي، فقد أصدر المجمع الفقهي الاسلامي برابطة العالم الاسلامي في دورته العاشرة، ١٤٠٨ هـ، ١٩٨٧ م (٢)، قراراً جاء فيه:

أولاً: إذا صعق الحيوان المأكول بالتيار الكهربائي، ثم بعد ذلك تم ذبحه أو نحره وفيه حياة فقد ذُكي ذكاة شرعية، وحل أكله لعموم قوله تعالى (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ) (المائدة: ٣)

ثانياً: إذا زهقت روح الحيوان المصاب بالصعق الكهربائي قبل ذبحه أو نحره فإنه ميتة يحرم أكله، لعموم قوله تعالى {حرمت عليكم الميتة}.

ثالثاً: صعق الحيوان بالتيار الكهربائي - عالي الضغط - هو تعذيب للحيوان قبل ذبحه أو نحره، والإسلام ينهى عن هذا ويأمر بالرحمة والرأفة به، فقد صح عن النبي (ﷺ) أنه قال : « إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليجد أحدكم شفرته، وليرح ذبيحته »

رابعاً: إذا كان التيار الكهربائي - منخفض الضغط - وخفيف المس بحيث لا يعذب الحيوان، وكان في ذلك مصلحة، كتخفيف ألم الذبح عنه وتهدئة عنقه، ومقاومته فلا بأس بذلك شرعاً، مراعاة للمصلحة والله أعلم.

(١) أخرجه مسلم (١٥٤٨/٣) كتاب الصيد والذبائح، باب الأمر بإحسان الذبح والقتل وتحديد الشفرة، حديث (١٩٥٥/٥٧) بدائع الصنائع للكاساني، ج ٦، مرجع سابق، ص ٢٠٣.

(٢) مجمع الفقه الاسلامي، برابطة العالم الاسلامي، الدورة العاشرة، مكة المكرمة، في الفترة من السبت الموافق ٢٤-٢٨ صفر ١٤٠٨ هـ، ١٧-٢١ أكتوبر ١٩٨٧ م.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ثانياً - وضع آداباً أو مستحبات للذبح<sup>(١)</sup>:  
 هناك ثمة آداب أو مستحبات للذبح ويقصد بها ممارسات يثاب المسلم عليها ويكره تركها، وتقود كلها إلى العمل على إراحة الحيوان وتخفيف الألم والمعاناة عليه<sup>(٢)</sup> ومنها: قرر الفقهاء أن من الإحسان إلى الحيوان المراد ذبحه عدم بلوغ السكين النخاع، وهو العرق الأبيض في عظم الرقبة، أو قطع الرأس بالكامل، وقد كرهوا فعل ذلك، وعلّة الكراهة أن فيه زيادة المشقة وإيلام للحيوان من غير حاجة<sup>(٣)</sup>، ويستحب قطع الأوداج كلها والإسراع في القطع؛ لأن فيه إراحة الذبيحة<sup>(٤)</sup>، كما يكره قطع البعض دون البعض، لما فيه من إبطاء فوات الحياة للذبيحة<sup>(٥)</sup>، فقد ذكر الفقهاء<sup>(٦)</sup> أن

(١) ورد النص على هذه الآداب في قرار مجلس مجمع الفقه الاسلامي رقم ١٠١/٣/د ١٠ عام ١٤١٨هـ، الموافق ١٩٩٧م، سابق الإشارة إليه.

(٢) د/ محمد عبد الحليم عمر، "الممارسات المستحدثة للذبح في ضوء أحكام الشريعة الاسلامية" بحث مقدم إلى مؤتمر الذبائح بين الشريعة الاسلامية والممارسة العملية" جامعة الأزهر، القاهرة، في الفترة من ٢٦-٢٧ ذو العقدة ١٤٢٢هـ، ٩-١٠ فبراير ٢٠٠٢، ص ١٦.

(٣) من ذلك الفقه الحنفي حيث قرروا أن من بلغ بالسكين النخاع أو قطع الرأس كره له ذلك، وتوكل ذبيحته، انظر: الإمام محمد بن حسين بن علي الطوري القادري الحنفي "تكملة البحر الرائق في شرح كنز الدقائق" ج ٨، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٧م ١٤١٨هـ، ص ٣١٠.

(٤) د/ محمد عبد الحليم عمر "أحكام الذبح والمستحبات المتعلقة به في الفقه الإسلامي" دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٤م، ص ١٤.

(٥) د/ أحمد محمد اسماعيل برج، مرجع سابق، ص ١١٨.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
 العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

العروق التي تقطع في الذبيحة هي: الحلقوم، المريء، والودجان وهما مجرى الدم، وهذه العروق الأربعة محلها الحلق واللبة، وقد أجمع الفقهاء على أن الذبح لا يجوز في غير هذا المحل<sup>(٢)</sup>؛ لأنه فيه سيلان الدم، وسرعة زهوق النفس، فيكون أسهل لخروج الروح وأخف على الحيوان، وهذا من باب الإحسان الذي أمرنا به النبي (ﷺ)<sup>(٣)</sup>، وقد ذكر الشافعية أن الذكاة هي إزهاق الروح بما يوحي، ولا يعذب الحيوان، وذلك يحصل بقطع الحلقوم والمريء، إذ لا تبقى بقطعهما حياة<sup>(٤)</sup>.

<sup>(١)</sup> انظر: الكاساني "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع" ج ٦، مرجع سابق، ص ٢٠٢، شمس الدين أحمد بن قودر "تناج الأفكار في كشف الرموز والأسرار" مرجع سابق، ص ٥٠٣.  
<sup>(٢)</sup> وهو ما ضمنه القرار السابق لمجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم ١٠١/٣/١٠٥، عام ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م، بشأن الذبائح، حيث جاء فيه "أولاً- التذكية الشرعية تتم بإحدى الطرق التالية:

- ١- الذبح: ويتحقق بقطع الحلقوم والمريء والودجين، وهي الطريق المفضلة شرعاً في تذكية الغنم والبقر والطيور ونحوها، وتجاوز في غيرها.
- ٢- النحر: ويتحقق بالطعن في اللبة وهي الوهدة (الحفرة) التي في أسفل العنق، وهي الطريقة المفضلة شرعاً في تذكية الإبل وأمثالها، وتجاوز في البقر.
- ٣- العقر: ويتحقق بجرح الحيوان غير المقدور عليه في أي جزء من بدنه، سواء الوحشي المباح صيده، والمتوحش من الحيوانات المستأنسة، فإن أدركه الصائد حياً وجب عليه ذبحه أو نحره".

<sup>(٣)</sup> انظر: د/ أسامة السيد اسماعيل، مرجع سابق، ٢٨٥، ٢٨٦.

<sup>(٤)</sup> انظر: الكاساني "بدائع الصنائع... ج ٦، مرجع سابق، ص ٢٠٦، هامش (١).  
 مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
 العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

كما ذكر بعض الفقه أنه من حق الحيوان على الإنسان إراحته أثناء ذبحه، من ذلك يستحب على الذابح إضجاع ذبيحته على شقها الأيسر برفق ورأسها مرفوع<sup>(١)</sup>، ويأخذ الذابح بيده اليسرى جلدة حلقها من اللحي الأسفل بالصوف أو غيره فيمده حتى تتبين البشرة، و يضع السكين في المذبح، وقد قرر الفقهاء أن من حقوق الحيوان المذبوح أن يقوم الذابح بإيضاح محل الذبح من صوف وشعر وريش، وقد اعتبروا ذلك من سنن الذبح، وذلك إراحة للذبيحة، لما فيه من السهولة والرفق في الذبح، ثم يسمى الله، ويمرر السكين مرأً مجهزاً من غير ترديد، ويستحب شد قوائمها، وترك رجلها اليسرى لتستريح بتحريكها<sup>(٢)</sup>، ومن ثم يكون من حقوق الحيوان المذبوح الإسراع في الذبح، من باب إراحة الذبيحة، وعدم تعذيبها، فقد اعتبر الفقهاء أن التراخي في الذبح يعد من باب التعذيب المنهي عنه، لما يسببه من ألم للحيوان المذبوح، وقد استدلوا بما ذكره ابن عمر (ع) عن الرسول (ص) أنه "أمر بحد الشفار، وأن توارى عن البهائم، وقال إذا ذبح أحدكم فليجهز"<sup>(٣)</sup>، ويقصد بالإجهاز أي الإسراع في الذبح.

(١) د/ محمد عبد الحليم عمر، مرجع سابق، ص ١٧.

(٢) د/ أسامة السيد عبد السمیع، موسوعة حقوق الحيوان على الإنسان في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بما ورد في الطب والقانون" دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠١٠، ص ٢٢٣، د/ أحمد محمد اسماعيل برج، مرجع سابق، ص ١٢٠.

(٣) سنن ابن ماجه، حديث رقم ٣١٧٢، ج ٢، ص ١٠٥٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ذهب البعض<sup>(١)</sup> إلى أن إراحة الحيوان بصورة موضوعية تكون من خلال علامات رئيسية هي: الألم، والكرب، والوعي، فالألم يسبب الكرب، والكرب قد يحدث لأسباب عديدة أحدها الإحساس بالألم، وحينئذ إذا أفقدنا وعي الحيوان فيزول الكرب والإحساس بالألم، وأضاف البعض قائلاً "لا بد لإراحة الحيوان من غياب الألم أو إنقاصه إلى الحد الأدنى عند الذبح، الذي هو العنصر الرئيسي في إراحة الحيوان، وهذا يتوقف على أن تكون آلة الذبح حادة جداً، ولكن حدّها ينبغي أن لا يكون أمام الحيوان الذي يتولد له خوف وكرب من هذه الحالة. وعلى هذا فينبغي أن نتجنب أيّ عملية تخيف الحيوان عند الذبح مثل الضجيج، الذي يحدث عند الذبح، ورائحة الدم الذي يخرج من حيوان نتيجة ألم وخوف.

أمّا فقد الوعي في الحيوان بواسطة مسدس واقد أو بواسطة الصعقة الكهربائية أو بغاز ثان اوكسيد الكربون، فإنّ ثبت أنّ هذه الأمور لا تسبب أيّ أذى أو خوف عند الحيوان ولا توجب توقف قلبه وإماتته فلا بأس بها، وتكون منسجمة مع النصوص الشرعية التي أمرت بإراحة الذبيحة عند الذبح. وأمّا إذا كان فيها نوع أذى وخوف للحيوان فتكون منافية للغرض الذي جاءت من أجله، ولهذا نرى أنّ فقدان الوعي في الحيوان إنّما يكون من

(١) راجع في ذلك: حسن الجواهري، مرجع سابق، ص ٢٥٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الآداب الشرعية إذا خلا من الأذى والكرب للحيوان، وإلا فلا يكون من آداب الذبح<sup>(١)</sup>.

ثالثاً - مكروهات ومحظورات الذبح:  
١- كراهة إحداد الشفرة أمام الحيوان المراد ذبحه:

اتفق الفقهاء على كراهة أن يحد الذابح شفرته بين يدي الذبيحة وهي مهياة للذبح، لما أخرجه البيهقي أن عمر (٢) رأى رجلاً وقد أضجع شاه، ووضع رجله على صفحة وجهها وهو يحد الشفرة فضربه بالدرّة، كما روى عن ابن عباس (٣) أن رجلاً أضجع شاة يريد أن يذبحها وهو يحد شفرته، فقال له النبي (٤) "أتريد أن تميتها موتات، هلا حددت شفرتها قبل أن تضجعها"<sup>(٥)</sup> وقد أشار الفقه<sup>(٦)</sup> إلى أن هذه الروايات تندب للذابح إحداد الشفرة قبل إضجاع الشاة ونحوها، ولا يكون هذا الإحداد بمراً عن البهيمة؛ لأنها تعرف الآلة الجارحة، فإذا حد الذابح شفرته وقد أضجع ذبيحته زادها ألماً على ألم الذبح.

(١) المرجع السابق، ص ٢٥٣-٢٥٤.

(٢) أخرجه الحاكم ٤، ٢٣١، ٢٣٣ من حديث ابن عباس، وقال الحاكم صحيح على شرائط البخاري، شمس الدين أحمد بن قوادر "تتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار" مرجع سابق، ص ٥٠٧.

(٣) من الفقه الحنفي راجع: الأمام محمد بن حسين الطوري القادري الحنفي، تكملة البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، ج ٨، مرجع سابق، ص ٣١١، ومن الفقه المعاصر: د/ أحمد محمد

اسماعيل برج، مرجع سابق، ص ١١٩، د/ محمد عبد الحليم عمر، مرجع سابق، ص ١٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

كما ذهب الفقه إلى كراهة الذبح أمام ذبيحة أخرى تنظر إليه، فقد ذكر ابن قدامه "ويكره أن يسن السكين والحيوان يبصره... ويكره أن يذبح شاة والأخرى تنظر إليه"<sup>(١)</sup>، هذا ما يعد من قبيل الرفق بالحيوان المراد ذبحه.

### ٢- حظر ذبح الحيوان من خلف الرقبة:

ذكر أبو حنيفة (رحمه الله) "وإن ضربها من الفقا، فإن ماتت قبل القطع بأن ضرب على التائي والتوقف لا تؤكل، لأنها ماتت قبل الذكاة، فكانت ميتة، وإن قطع العروق قبل موتها تؤكل، لوجود فعل الذكاة وهي حية، إلا أنه يكره ذلك؛ لأنه زاد في ألمها من غير حاجة"<sup>(٢)</sup>.

### ٣- حظر سلخ الذبيحة قبل تمام موتها:

ذكر البعض أن من حقوق الحيوان على الإنسان ألا يقوم بسلخه أو وضعه في ماء ساخن أو يقوم بكسر رقبتة بعد ذبحه مباشرة قبل أن يبرد أو يتوقف عن الحركة تماماً؛ لما في ذلك من إيلاء شديد وتعذيب للحيوان بلا فائدة<sup>(٣)</sup>، لذلك كره الفقهاء<sup>(١)</sup> سلخ الحيوان أو كسر عنقه قبل تمام موته.

(١) الأمام ابن قدامه المقدسي "المعني" الجزء الثاني، بيت الأفكار الدولية، عمان، ٢٠٠٤، ص ٢٣٧٦.

(٢) الكاساني "بدائع الصنائع... المرجع السابق، ص ٢٠٧.

(٣) د/ محمد عبد الحلیم عمر، مرجع سابق، ص ١٧، د/ حسين بن عبد الله العبيدي، الذبائح الدورة الحادية والعشرون، مؤتمر مجمع الفقه الاسلامي الدولي، منظمة التعاون الاسلامي، الرياض، في الفترة ١٥-١٩ محرم ١٤٣٥هـ، الموافق ١٨-٢٢ نوفمبر ٢٠١٣م، ص ١٥-١٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



فقد ذكر الأمام النووي "المستحب إذ ذبح أن لا يكسر عنقها ولا يسلخ جلدها حتى تبرد، لما روي عن عمر (٢) أن أمر منادياً ينادي إن الذكاة في الحلق واللبة لمن قدر ولا تعجلوا الأنفس حتى تزهق" (١) كما ذكر ابن قدامه "ويكره سلخ الحيوان قبل أن يبرد؛ لأن فيه تعذيباً للحيوان فهو كقطع العضو" (٣). وفي النهاية يمكن التأكيد على أن الشريعة الإسلامية كفلت الحماية المرجوة للحيوان المذبح على النحو الذي دفع بعض المتخصصين الغربيين والمعنيين بحماية الحيوان والرفق به إلى القول بأن الذبح وفقاً للشريعة الإسلامية يكون أقل إيلاًماً للحيوان من استخدام وسائل التخدير المتداولة، بشرط أن يتم ذلك بطريقة سليمة (٤).

(١) من ذلك ما ذكره الحنيفة أنه يكره أن يجر ما يريد ذبحه وأن يسلخ قبل أن يبرد ويؤكل في جميع ذلك، لأن الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الألم فلا يوجب الحرمة، انظر: الأمام محمد بن حسين الطوري القادري الحنفي، تكملة البحر الرائق...، الموضوع السابق.

(٢) الأمام أبي زكريا يحيى النووي "المجموع شرح المذهب" الجزء الأول، تحقيق راند صبري بن أبي علفه، بيت الأفكار الدولية، عمان، ٢٠٠٥م، ص ١٩٨٨.

(٣) المغني لابن قدامه، مرجع سابق، ص ٢٣٧٨.

(٤) انظر: د/ محمد عبد الحليم عمر، مرجع سابق، ص ٢٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

## المطلب الثاني تحريم إيذاء الحيوان أو الإضرار به في الشريعة الإسلامية

نعرض في هذا الفرع لموقف الشريعة الإسلامية من حماية حقوق الحيوان غير المراد ذبحه، سواء كان هذا الحيوان من الدواب أو البهائم أو من الحيوانات المستأنسة، ونقصر الحديث في هذا الفرع على حماية الشريعة الإسلامية لحق الحيوان في السلامة الجسدية، وعدم إلحاق الأذى به، أو الإضرار به واستعمال القسوة معه أو تعذيبه أو إرهابه، وذلك من خلال عرض النقاط التالية:

أولاً- النهي عن خصاء الحيوان<sup>(١)</sup>:

جدير بالذكر أن الفقه الإسلامي قد عني ببيان حكم الشرع في إلحاق الأذى بالحيوان، والذي يصل إلى حد إحداث العاهة المستديمة به، وقد ورد ذلك في معرض الحديث عن حكم خصاء البهائم أو الدواب، فقد ذكر آدم بن سليمان، عن الشعبي قال: قرأت كتاب عمر (٢) إلى سعد ينهى عن حذف أذنان الخيل، وأعرافها، وعن خصائها، وذكر سفيان الثوري، عن عاصم بن عبد الله بن عمر، أن عمر، رضي الله عنه، كان ينهى عن خصاء البهائم، ويقول: هل الإنماء إلا في الذكور، كما ذكر أن عبد الله بن عمر كان يكره خصاء الذكور من الأبل والبقر والغنم، وذكر عبيد الله بن عمر، عن نافع، أن ابن عمر، (٢) كان يكره الخصاء، ويقول: لا تقطعوا نامية خلق الله

(١) الإخصاء: سل الخصية، قال في القاموس: خصاه خصياً: سل خصيته، نيل الأوطار للشوكاني،

تعالى، وذكر عبد الله وأبو بكر ابنا نافع، عن نافع، قال: نهى رسول الله (p) عن أن تخصي ذكور الخيل والأبل، والبقر والغنم، ويقول فيها: نشأة الخلق، ولا تصلح الإناث إلا بالذكور. وذكر محمد بن أبي ذئب قال: سألت الزهري: هل بخصاء البهائم بأس؟ قال: أخبرني عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود، أن رسول الله (p) نهى عن صبر الروح، والخصاء صبر شديد<sup>(١)</sup>. وبالرغم من هذه الأحاديث والروايات إلا أن الفقهاء اختلفوا حول خصاء الحيوانات إلى فريقين: الفريق الأول ومنهم: الشوكاني قائلًا: "إن ابن عمر قال: نهى رسول (p) عن إخصاء الخيل والبهائم" ثم قال ابن عمر "فيها نماء الخلق" (رواه أحمد ٢٤/٢) كما ذكر حديث ابن عباس "إن النبي (p) نهى عن صبر الروح، وعن إخصاء البهائم نهياً شديداً"، وفيه دليل على تحريم خصي الحيوانات، وقول ابن عمر في حديث الثاني "فيها نماء الخلق" أي زيادته إشارة إلى أن الخصي مما تنمو به الحيوانات، ولكن ليس كل ما كان جالبا لنفع يكون حلالاً، بل لا بد من عدم المانع، وإيلاء الحيوان ههنا مانع؛ لأنه إيلاء لم يأذن به الشارع، بل نهى عنه<sup>(٢)</sup>، بينما ذهب الفريق

(١) انظر في هذه الروايات: الجاحظ "الحيوان" تحقيق د/ يحيى الشامي، الطبعة الثانية، المجلد الأول (١-٣)، دار ومكتبة هلال، ١٩٩٠، ص ٩٨ - ٩٩.

(٢) الأمام محمد بن علي الشوكاني "تيل الأوطار شرح منتقى الأخبار" بيت الأفكار الدولية، عمان، ٢٠٠٤م، ص ١٥٨٨، ١٥٨٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الثاني إلى القول بجواز خصاء البهائم، إذا قصدت منه المنفعة، مثل التسمين أو تطيب اللحم<sup>(١)</sup>.

ويشير الفقه المعاصر أن هذه الأحاديث والروايات السابقة تدل بوضوح على حرمة خصاء الحيوانات لما فيه من إيلاّم للحيوان، وهو إيلاّم لم يأذن به الشارع، بل نهى عنه، والنهي هنا يفيد التحريم<sup>(٢)</sup>، وأن الخصاء لا يجوز إلا إذا دعت الحاجة إليه، كمنع فيروس معدّ منه إلى غيره، أو غير ذلك من الأسباب القوية فلا مانع عندئذ كعلاج<sup>(٣)</sup>.

ثانياً - النهي عن وسم الحيوان<sup>(٤)</sup>:  
لم تكثف الشريعة الإسلامية بالنهي عن خصاء الحيوان، لغير منفعة، وإنما حرصت على حماية الحيوان من الوسم على وجهه أو مجرد

---

(١) شمس الدين أحمد بن قوادر "تتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار" تكملة شرح فتح القدير، للكمال ابن الهمام مرجع سابق، ج ١٠، ص ٧٦، ابن قدامه، المغني، مرجع سابق، ص ٢٣٩٩.

(٢) د/ أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص ١٨١.  
جدير بالذكر أن بعض الفقه الإسلامي قد أجاز خصاء البهائم إذا كان فيه منفعة للإنسان، فقد ذكر الشيخ زاده: يجوز إخصاء البهائم منفعة للناس، لأن لحم الخصي أطيب، كما ذكر الإمام الباجي: وأما خصاء الغنم وما ينتفع بإخصائه لطيب لحمه فلا بأس بذلك. انظر المرجع السابق، ص ١٨١، ١٨٢.

(٣) د/ علي يوسف المحمدي، مرجع سابق، ص ٢١٤.  
(٤) ذكر أهل اللغة أن الوسم: أثر الكية، وقد وسمه يسمه وسمًا وسمَةً، والميسم: الشيء الذي يسم به، وأصله كله من السمّة وهي العلامة، أنظر: نيل الأوطار للشوكانى، مرجع سابق، ص ١٥٨٩.

ضربه على وجهه، فقد روي عنه (p) أنه قال حين مر عليه حمار قد وسم في وجهه، لعن الله الذي وسمه" (١)، وفي رواية أنه قال: أما بلغكم أنني قد لعنت من وسم البهيمة في وجهها أو ضربها في وجهها" (٢). دل هذا الحديث على حرمة وسم وجه الحيوان، وضربه على وجهه، حيث أن النهي واللعن منه (p) لمن يسم بهيمة يفيدان التحريم، فقد ذكر الشوكاني: "وفيه دليل على تحريم وسم الحيوان في وجهه، وهو معنى النهي حقيقة، ويؤيد ذلك اللعن الوارد لمن فعل ذلك، كما في الرواية المذكورة، فإنه لا يلعن (p) إلا من فعل محرماً" (٣).

وجدير بالذكر أن الفقه الاسلامي قد اختلف حول وسم الحيوان في غير الوجه، حيث ذهب قول وهو للشافعية والحنابلة والمالكية إلى جواز الوسم في غير الوجه، واستحبوه لماشية الزكاة والجزية، لتمييزها عن غيرها، واستندوا إلى ما ورد عنه (p) أنه نهى عن وسم الحيوان في وجهه، بينما وسم حماراً في جاعرتيه، أي حرف الورك مما يلي الدبر، فقد روى ابن عباس (r) قال: "رأي رسول الله (p) حماراً موسوم الوجه فأنكر ذلك، وقال: فوالله لا أسمه إلا في أقصى شيء من الوجه، وأمر بحماره فكوى في جاعرتيه، فهو أول من كوى الجاعرتين" (رواه مسلم ٢١١٨) (١٠٨)، وقد ذكر الإمام النووي أن يستحب أن يسم الغنم في آذانها والإبل والبقر في

(١) صحيح مسلم، حديث رقم ٢١١٧، ج ٣، ص ١٦٧٣.

(٢) سنن أبو داود حديث رقم ٢٥٦٤، ج ٣، ص ٢٦.

(٣) نيل الأوطار للشوكاني، مرجع سابق، ص ١٥٨٩.

أصول أفخاذها؛ لأنه موضع صلب، فيقل الألم فيه، ويخفف شعره فيظهر  
الوسم، والقول الثاني وهو لأبي حنيفة وإبراهيم النخعي، ذهب إلى القول  
بالكراهة، وعللوا رأيهم بأنه تعذيب ومثلة، وقد نهى الشرع الحنيف عن تعذيب  
الحيوان<sup>(١)</sup>.

هذا وقد ناقش بعض الفقه المعاصر<sup>(٢)</sup> آراء الفريقين قائلاً: "إنهم  
أقدموا على هذا العمل بدافع الحاجة إلى تمييز الأموال بعضها عن بعض،  
كما في تمييزهم التي للزكاة عن التي للجزية أو الهدى، أما وقد تطورت  
وسائل التمييز فلا داعي لإيذاء الحيوان، وقد نهى الشرع عنه، ولهذا يترجح  
عندي جانب المنع إلا للضرورة".

ثالثاً - النهي عن اتخاذ ظهور الدواب منابر:  
نهى الشرع الحنيف عن إطالة وقوف الدابة والجلوس عليها إلا  
لمصلح راجحة<sup>(٣)</sup>، فقد ورد عن رسول الله (ﷺ) أنه نهى عن اتخاذ ظهور  
الدواب منابر، فقال: إياكم أن تتخذوا ظهور دوابكم منابر، فإن الله إنما

(١) الموضوع السابق.

رد عليه الشوكاني قائلاً: "وحجة الجمهور هذه الأحاديث غيرها، والجواب عن النهي عن المثلة،  
والتعذيب أنه عام، وحديث الوسم خاص، فواجب تقديمه كما تقرر في الأصول، ص ١٥٨٩.

(٢) د/ على يوسف المحمدي، مرجع سابق، ص ٢١٣.

ويرى بعض الفقه المعاصر أن الجواز مرهون بغرض تمييز الحيوان عن غيره، أما إذا انتفت  
العلة، أو وجد بديلاً له، فحينئذ لا يجوز الوسم، لما فيه من ألم للحيوان، وهو منهي عنه. د/  
أسامة السيد عبد السمیع، مرجع سابق، ص ١٨٥.

(٣) د/ على يوسف المحمدي، المرجع السابق، ص ٢٠٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

سخرها لكم لتبلغكم إلى بلد لم تكونوا بالغيه إلا بشق الأنفس، وجعل لكم الأرض مستقراً، فعليها فاقضوا حاجاتكم" (١).

والحديث يدل على حرمة الحيوان المركوب بالوقوف طويلاً على ظهره، والحكمة من ذلك تتمثل في أن الوقوف على ظهور الدواب يسبب لها ألماً بعكس الجلوس عليها (٢)، كما ورد أن رسول الله (p) مر على قوم ووقف على دواب لهم ورواحل، فقال: "اركبوها سالمة ودعوها سالمة، ولا تتخذوها كراسي لأحاديثكم في الطرق والأسواق، فرب ركوبة خير من ركبها وأكثر ذكراً لله تعالى منه" (راوه أحمد والطبراني) ودلالة الحديث في النهي عن إتعاب الدابة بغير فائدة، كما وصف فاعل ذلك بأن دابته ربما تكون خيراً منه، بذكرها لله جل في علاه (٣).

رابعاً - النهي عن الإضرار بالحيوان بالحلب أو تركه أو بجز الصوف أو حلقه:

يقول الإمام الرملي: "ويحرم عليه أن يحلب ما يضرها لقلّة العلف، ويحرم عليه ترك الحلب إن ضرها، وإلا كره للإضاعة، ويستحب ألا يستقصي الحالب في الحلب، بل يترك في الضرع شيئاً، وأن يقص أظافره لئلا يؤذيها،

(١) سنن أبو داود حديث رقم ٢٥٦٧، ج ٣، ص ٢٧.

(٢) د/ أسامة السيد عبد السمیع، مرجع سابق، ص ١٨٧.

(٣) د/ علي يوسف المحمدي، مرجع سابق، ص ٢١٠.

ويحرم جز الصوف من أصل الظهر، أي الجلد، ونحوه، وكذا حلقه لما فيهما من تعذيب للحيوان، قيل مكروه، ويمكن حملها على التحريم...<sup>(١)</sup>.  
خامساً - النهي عن استعمال القسوة مع الحيوان أو إرهاقه:

عرضنا آنفاً أن النبي (ﷺ) قد نهى عن وسم الحيوان وضربه في الوجه، لما فيه من إيلاء للحيوان منهي عنه، ويرى الفقه أن النهي ينسحب على الضرب على الرأس أو تكسير قوائم الحيوان أو أرجله لما فيه من إيلاء وأذى للحيوان، اللهم إلا إذا كان ضرباً بقدر الحاجة، وبغرض إصلاح الدابة، فقد ذكر الإمام الرملي أنه لا يحل له ضربها أي الدابة إلا بقدر الحاجة<sup>(٢)</sup>، ويشترط ألا يكون على الوجه أو الرأس.

ويقرر الفقه أن من يستعمل القسوة مع الحيوان أيا كان نوعها من ضرب شديد بدون مصلحة، أو تحميته فوق ما يحتمل، فإنه يعد آثماً في نظر الشريعة الإسلامية، فضلاً عن معاقبته بالتعزير حسب ما يرى ولي الأمر، حيث أن التعزير يكون فيما لم يرد في شأنه عقوبة محددة شرعاً<sup>(٣)</sup>.

هذا وقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالرحمة بالحيوان المركوب خصوصاً؛ لأنه إذا كان حق الإنسان أن ينتفع بالحيوان، الذي سخره الله لخدمته، إلا أن ذلك مرهون بالألا يحمله أكثر مما يحتمل، فقد نهى الرسول

(١) انظر: الأمام شمس الدين بن محمد بن أبي العباس الرملي "نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج" ج٧، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣م، ١٤٢٤هـ، ص٢٤٣.

(٢) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي، المرجع السابق، ج٧، ص٢٤٢.

(٣) د/ أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص١٩٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



(p) أن يركب ثلاثة على دابة<sup>(١)</sup>، هذا رحمة بها، حتى تسير ببسر وسهولة، كما سار أصحابه (τ) على نهجه (p) فهذا عمر بن الخطاب (τ) يضرب جمالاً، ويقول له: لم تحمل على بعيرك ما لا يطيق<sup>(٢)</sup>.

كما أمر (p) بالتخفيف على الحيوان المركوب، وعدم إرهاقه بكثرة العمل، حيث روى أن جملاً قد اشتكى للنبي (p) كثرة العمل وقلة العلف، فقال لصاحبه: "أما إذ ذكرت هذا من أمره فإنه قد شكا كثرة العمل وقلة العلف فأحسنوا إليه"<sup>(٣)</sup>، لا شك في أن الأمر بالإحسان يفيد وجوب التخفيف على الحيوان وعدم إرهاقه بكثرة العمل، مع قلة الغذاء له.

وفي نفس السياق نجده (p) يأمر بضرورة منح الحيوان المركوب قسطاً من الراحة، وعدم إجباره على الاستمرار في العمل، دون راحة للأكل، فقد روى أنه قال: "أفلا تتقي الله في هذه البهيمة التي ملك الله إياها، فإنه شكا إلى أنك تجيعه وتدئبه"<sup>(٤)</sup>، أي تجعله مستمرا في العمل، وجه الدلالة من الحديث الأمر بإتاحة الفرصة للدواب للرعي والراحة من عناء العمل، لاسيما أثناء السفر الطويل، فقد قال (p): إذا سافرتم في الخصب (زمن كثرة

<sup>(١)</sup> أخرجه الطبراني، المعجم الأوسط، حديث رقم ٧٥١٢، ج ٧، ص ٢٨٧.

<sup>(٢)</sup> أخرجه الإمام ابن علاء الدين، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، ج ٩، حديث رقم ٢٥٦٢٩، ص ٤٨٣.

<sup>(٣)</sup> أخرجه أحمد في مسنده، حديث رقم ١٧٦٠١، ج ٤، ص ١٧٣.

<sup>(٤)</sup> أخرجه الحاكم في المستدرک على الصحيحين، ج ٢، حديث رقم ٢٤٨٥، ص ١٠٩، تحقيق/ مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

(المرعى) فأعطوا الإبل حظها من الأرض، وإذا سافرتم في السنة (زمن الجذب وعدم النبات) فأسرعوا في السير" (١) في الحديث دلالة على أمر بالرفق بالحيوان في السفر وإراحته وتفقد طعامه وشرابه (٢).

وقد أشار الفقه إلى أن من الإحسان إلى الدابة الذي أمرنا به رسول الله (ﷺ) أن لا تحمّل فوق طاقتها، وقد استرشد الفقهاء بحديث الرسول (ﷺ) "إن الله تبارك وتعالى كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم أحسنوا القتل، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليحد أحدكم شفرته، وليرح ذبيحته" (٣) إلى القول بحرمة تحميل الدابة ما لا تطيق حمله، ويقول الإمام الرملي في ذلك: "ويحرم تكليفها أي الدابة على الدوام ما لا تطيق الدوام عليه، ولا يحل له ضربها إلا بقدر الحاجة" (٤)، وعللوا ذلك بأن في تحميلها فوق طاقتها تعذيباً للحيوان الذي له حرمة في نفسه، وإحاقاً للضرر به، بل ذهبوا إلى أكثر من ذلك، حيث جعلوا من واجب الحاكم أن يمنع حملها ما لا تطيق، وجعلوا من اختصاصات المحتسب منع أرباب المواشي والدواب من استعمالها فيما لا تطيق الدوام عليه (٥). كما كفلت الشريعة الإسلامية ذات الحماية من القسوة والعنف حتى للحيوان المراد ذبحه، فقد قرر الفقه أن من الآداب المستحبة

(١) أخرجه مسلم في صحيحه، ج ٣، حديث رقم ١٩٢٦، ص ١٥٢٥.

(٢) د/ علي يوسف المحمدي "الرفق بالحيوان في ضوء الكتاب والسنة" مرجع سابق، ص ١٧.

(٣) سبق تخريجه

(٤) نهاية المحتاج للرملي، ج ٧، المرجع السابق، ص ٢٤٢.

(٥) د/ علي يوسف المحمدي، مرجع سابق، ص ٢٠٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

في الذبح سحب البهيمة إلى المذبح برفق، وقد كرهوا أن تجر الذبيحة إلى المذبح من رجلها أو تسوق سوقاً عنيفاً، فقد روى عن عمر بن الخطاب (ؓ) أنه رأى رجلاً يسوق له شاة سوقاً عنيفاً ليذبحها فضربه بالدرّة، ثم قال له: "سّقها إلى الموت سوقاً جميلاً"<sup>(١)</sup>.

---

(١) د/ محمد عبد الحليم عمر، مرجع سابق، ص ١٨.  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

### المطلب الثالث

النهى عن التحريش بين الحيوانات انطلاقاً من رحمة الإسلام بالحيوان في ذاته، باعتباره مخلوقاً له قدسيته واحترامه، فهو صنع الخالق تبارك في علاه، لذلك نجد الشريعة الإسلامية تمنع كل صور التعذيب والإيذاء للحيوان، ومنها ما يقع من استعمال بعض الحيوانات في المسابقات القائمة على التحريش بينها، ويقصد به إغراء وتهييج بعضها على بعض<sup>(١)</sup>، مثل المهارشة بين الكلاب، والمناطحة بين الكباش فيما بينها، وبين الثيران فيما بينها، والمناقرة بين الديوك، والذي يجذب الكثير من الناس للاستمتاع بمشاهدة الدماء تسيل من هذه الحيوانات، دون اعتبار لما يعانیه الحيوان من ألم وأذى، قد يصل أحياناً إلى حد موته، من جراء التناطح أو المناقرة.

لما كان ذلك نجد الشريعة الإسلامية تنهى عن مثل هذه الأفعال، وتحرمها، حيث روى ابن عباس(ع) قال: "تهى رسول الله (ص) عن التحريش بين البهائم" (رواه أبو داود ٢٠٦٢، والترمذي ١٧٠٨)، وذكر الشوكاني قائلاً: "ووجه النهي أنه إيلاّم للحيوانات، وإتعاّب لها بدون فائدة، بل مجرد

---

(١) يقال حرش بين المتقاتلين: أي أفسد وأغرى بعضهم ببعض، وهيجهم على بعض، ويقال حرش الكلاب: أي هيجها.

عبث" (١)، وقد وصل الأمر لدى بعض العلماء إلى حد أنهم عدوا تلك الأفعال سبباً في هلاك بعض الأمم (٢).

---

(١) الشوكاني "تيل الأوطار ..." المرجع السابق، ص ١٥٨٩.

(٢) انظر: د/ على يوسف المحمدي ، مرجع سابق، ص ٢٠٩.  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

## المبحث الثاني حماية حق الحيوان في سلامة الجسم في القانون الوضعي

انتهينا فيما سبق من دراسة صور حماية حق الحيوان في سلامة الجسم من منظور الفقه الاسلامي، تبين لنا مدى العناية البالغة التي أولتها الشريعة الاسلامية الغراء للرفق بالحيوان، وحسن معاملته، باعتباره مخلوقاً به روح، نعرض في هذا المطلب لموقف القوانين الوضعية من حماية الحيوان في سلامة جسمه، والصور التجريبية التي نصت عليها هذه القوانين، ومن أجل تعميق الدراسة نعرض لموقف جملة من القوانين المقارنة، ونتناول في هذا المبحث جملة جرائم تعد من قبيل الاعتداء على حق الحيوان في سلامة الجسم، ونخصص لكل منها مطلباً مستقلاً.

## المطلب الأول

جريمة الإضرار العمدي الجسيم بالحيوان بدون مقتض

ورد النص على هذه الجريمة في المادة (٣٥٥) ع. مصري، بقولها:

"يعاقب بالحبس مع الشغل:

أولاً- كل من قتل عمداً بدون مقتض حيواناً من دواب الركوب أو الجر أو الحمل أو من أي نوع من أنواع المواشي أو أضربه ضرراً كبيراً". كما نصت عليها المادة (٣٥٧) من ذات القانون بقولها: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه كل من قتل عمداً بدون مقتض أو سم حيواناً من الحيوانات المستأنسة غير المذكورة في المادة (٣٥٥) أو أضربه ضرراً كبيراً".

يقابل ذلك نص المادة (٤٢٦) ع. إماراتي اتحادي بقولها: "يعاقب

بالعقوبة المبينة في المادة السابقة<sup>(١)</sup>: "١- كل من قتل عمداً وبدون مقتض دابة من دواب الركوب أو الجر أو الحمل أو ماشية أو أضربه ضرراً جسيماً"<sup>(٢)</sup>.

كما نصت عليها المادة (٤٣١) من ذات القانون بقولها: "يعاقب

بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة التي لا تتجاوز عشرة آلاف درهم

<sup>(١)</sup> نصت هذه المادة على عقوبة الحبس والغرامة أو إحدى العقوبتين.

<sup>(٢)</sup> يقابل ذلك نص المادة (٣٩٣) ع. قطري، والمادة (٤٨٢) ع. عراقي.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

كل من قتل أو سم عمداً وبدون مقتض داجناً أو حيواناً مستأنساً من غير ما ورد في المادة (٤٢٦) أو أضر به ضرراً كبيراً<sup>(١)</sup>.

من النصوص السابقة يتبين أن كلا المشرعين - المصري والإماراتي- قد أوردا صورتان لجريمة الإضرار العمدي الجسيم بالحيوان، أولهما: جريمة الإضرار العمدي الجسيم بالدواب أو المواشي، وثانيهما: جريمة الإضرار العمدي الجسيم لداجن أو حيوان مستأنس، ونظراً للتقارب الواضح بين الصورتين لأسيما من حيث الأركان، مع اختلاف محل الجريمة في كل منهما، وكذا اختلاف العقوبة المقررة لكل منهما، لذلك نقوم بعرض أركان جريمة الإضرار العمدي الجسيم للحيوان بدون مقتض عموماً، مع بيان اختلاف المحل، ثم نعرض للعقوبة المقررة للجريمة على اختلاف صورتها.

### الفرع الأول

### أركان الجريمة

أولاً- محل الجريمة:

بالرغم من اتفاق التشريعات العربية على اشتراط أن تقع جريمة الإضرار العمدي الجسيم على حيوان مملوكاً للغير، باعتباره مالاً، يجب عدم المساس به قانوناً، سواء في صورة إتلافه كلية بقتله بغير مقتض، أو في صورة الإضرار به ضرراً جسيماً، نجد بعض هذه التشريعات ينص على ذلك صراحة، وبعضها يكتفي بإدراج جريمة الإضرار العمدي الجسيم بالحيوان ضمن جرائم الاعتداء على الأموال، دون النص صراحة على ذلك.

(١) يقابل ذلك نص المادة (٣٩٤) ع. قطري، والمادة (٤٨٣) ع. عراقي.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



من الفئة الأولى: نجد قانون العقوبات القطري رقم (١١) لسنة ٢٠٠٤م، ينص في المادة (٣٩٣) منه حيث أورد عبارة (مملوكة للغير) صفة للحيوانات محل القتل أو الإضرار الجسيم، كذلك فعل في المادة (٣٩٤) بالنسبة للحيوانات المستأنسة أو الدواجن، وفي نفس السياق نجد قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩م في المادة (٤٨٢) حيث أورد عبارة (مملوكة لغيره) لبيان أن فعل الجاني يقع على حيوانات ليست مملوكة له، كذلك فعل المشرع الكويتي في المادة (٢٥٣) من قانون الجزاء رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠م<sup>(١)</sup>.

ومن الفئة الثانية: نجد قانون العقوبات المصري حيث أورد الجريمة ضمن الباب الثالث عشر والخاص بجرائم التخريب، والتعيب، والإتلاف، وهي الجرائم التي يتصور وقوعها على المال، ثم أدرج هذا الباب ضمن الكتاب الثالث والخاص بالجنايات والجنح التي تحصل لآحاد الناس، مفاد ذلك أن فعل الجاني يقع على حيوان الغير، بينما كان المشرع الإماراتي أقل وضوحاً من نظيره المصري، حيث أدرج هذه الجريمة في الفصل التاسع، والمعنون بإتلاف المال والتعدي على الحيوان، ومن الاطلاع على النصوص الواردة بهذا الفصل وما تتضمنه من جرائم نلاحظ أن المشرع الإماراتي بالنسبة لجريمة الإتلاف الوارد النص عليها في المادتين (٤٢٤، ٤٢٥) قد نص

---

(١) انظر: مجموعة التشريعات الكويتية، الطبعة الأولى، الجزء السابع، قانون الجزاء، المجلد الأول، وزارة العدل، فبراير ٢٠١١، ص ٧٨.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

صراحة على أن تكون الأموال أو الأشياء محل الاتلاف مملوكة للغير، هذا بخلاف النصوص الخاصة بالتعدي على الحيوان في ذات الفصل، حيث خلت من النص على ذلك صراحة، في حين نجده - أي المشرع الإماراتي - يسلك مسلكاً مغايراً بالنسبة لجرائم التعدي غير العمدي على حيوان، حيث اشترط صراحة في المادة (٤٣٣) عقوبات أن تكون الدابة أو الماشية مملوكة للغير.

ذكرنا منذ قليل أن الجريمة محل الدراسة لها صورتان تختلفان في طبيعة الحيوانات محل الإضرار، حيث تقع الجريمة في صورتها الأولى على الدواب، سواء دواب الركوب مثل الخيل والإبل، أو دواب الجر مثل الحمير والبغال، أو دواب الحمل مثل الإبل، أو الماشية مثل البقر، والجاموس، والماعز، والخراف، وبالنسبة للصورة الثانية تقع الجريمة على الحيوانات المستأنسة بخلاف الحيوانات المذكورة آنفاً، مثل الكلاب، والقطط، وغيرهما، وقد أضاف المشرع الإماراتي الدواجن مثل الطيور بأنواعها والأرانب، كما أضاف المشرع القطري إلى ما سبق مجموعات النحل، وأضاف المشرع العراقي إلى كل ما سبق دود القز.

وفي مجال تقييم موقف التشريعات العربية يمكن القول بصواب ما فعل المشرعان العراقي والقطري في إضافة بعض الحشرات ذات الأهمية الخاصة للإنسان، لما تنتجه من منتج مفيد واقتصادي مثل مجموعات النحل، وما تنتجه من عسل وغذاء ملكات، ودود القز وما ينتجه من الحرير، وذلك

بخلاف موقف المشرع المصري ونظيره الإماراتي الذي قصر التجريم على الإضرار بالحيوانات المستأنسة أو الأليفة، والدواجن دون غيرها.

بينما نلاحظ أن بعض التشريعات أطلق محل الجريمة، وجعله حيواناً بدون تحديد لأنواع معينة من الحيوانات، من ذلك: قانون الجزاء الكويتي في المادة (٢٥٣) والتي عاقبت على الإضرار بالحيوان عموماً دون تحديد طبيعته، وما إذا كان من الدواب بأنواعها أو من الماشية، سواء كان من الحيوانات المستأنسة أو من غيرها.

ونلاحظ أن موقف المشرع الإماراتي لم يختلف كثير في تجريم أفعال الإضرار بالحيوان بموجب القانون الاتحادي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧م، في شأن الرفق بالحيوان، ولائحته التنفيذية الصادرة بالقرار الوزاري رقم (٣٨٤) لسنة ٢٠٠٨م، والذي عاقب بموجبه على كافة أفعال القتل والإضرار أو القسوة على الحيوان، حيث نصت المادة (١٧) من الباب العاشر من اللائحة على بعض المحظورات في التعامل مع الحيوان، ومنها قتل الحيوان أو تعريضه للضرر<sup>(١)</sup>.

كما يلاحظ أن المشرع الإماراتي قد حرص على حماية أنواع معينة من الحيوان، سواء أكان مملوكاً للجاني أم لغيره، بمعنى أن المشرع يحمي الحيوان ليس باعتباره مالاً، ولكن باعتباره روحاً خلقها الله تعالى، لا يجوز إزهاقها إلا بمنفعة أو حاجة مشروعة في ذلك، مثل: ذبحها للأكل، أو لدفع

(١) جاء بنص المادة ما يلي "القيام بأي من الأعمال التالية يضع القائمين بها تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في القانون: ٨- قتل أو تعريض أي حيوان من حيوانات السباق والتحميل والنقل للضرر عمداً وبدون مقتض".

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

خطر على النفس أو المال تطبيقاً لحالة الضرورة، مع ملاحظة قصر نطاق التجريم على الأنواع المحددة حصراً، وهي حيوانات السباق، والتحميل، والنقل ومنها: الخيل، والإبل، والحمير، والبغال، وبمفهوم المخالفة لا يمتد التجريم إلى الإضرار بالحيوانات الأخرى، لاسيما الحيوانات المستأنسة، كما فعل في قانون العقوبات الاتحادي.

ثانياً - الركن المادي:

يتكون من عناصر الفعل الإجرامي الذي يأخذ صورة الإضرار الجسيم بالحيوان، والنتيجة الإجرامية التي تتمثل في إلحاق الأذى أو الضرر بالحيوان، وعلاقة السببية بينهما، ونعتقد في أن هذه العلاقة لا تثير أدنى صعوبة في توافرها لقيامها الجريمة، ومن ثم نقصر الحديث عن الفعل الإجرامي والنتيجة الإجرامية، بالإضافة إلى العنصر السلبي للجريمة، والذي يتمثل في عدم وجود مقتضى للإضرار الجسيم بالحيوان، وذلك على النحو التالي.

#### (أ) فعل الإضرار بالحيوان:

يتمثل الفعل الإجرامي في الإضرار بالحيوان، أي فعل إلحاق الأذى به، ومن ثم تقوم الجريمة بكل فعل ايجابي أو سلبي يرتكبه الجاني يؤدي إلى إصابة الحيوان بضرر جسيم، ومن أمثلة الإضرار بفعل ايجابي: قطع ذيل جاموسة؛ لأنه يعد تشويه لخالقتها، وتبخيس لثمنها، وحرمانها من الانتفاع به فيما خلق الله تعالى لها<sup>(١)</sup>، ومن ذلك أيضا ضرب الجاموسة بحجر أحدث بها ورما شديداً بالكفل الأيمن، وشلا بالقائمة اليمنى الخلفية، حتى ولو تم

(١) جندي عبد الملك ، الموسوعة الجنائية، الجزء الثالث، ص ٢٢٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

شفاؤها فيما بعد، حيث يؤكد الفقه أن القانون لا يستلزم لقيام الجريمة أن يمتد الضرر الكبير أو يستطيل في الزمن، وإذا كان الضرر عاهة مستديمة فلا شك يعد ضرراً كبيراً<sup>(١)</sup>، ويعد ضرب الجاموسة ضرباً مبرحاً يحدث بها إصابات تفضي إلى موتها، يعد ضرراً كبيراً، فليس في الإضرار ما هو أكبر من ضرر الموت، أما إذا كان قصد الجاني قتل الجاموسة فإنه يسأل عن جريمة القتل العمدي لحيوان بدون مقتض.

ومن أمثلة الإضرار بفعل سلبي أو بالامتناع، إحجام الجاني عن تقديم الطعام أو الشراب للحيوان فترة مما يصيبه بضعف بدني شديد، وكذلك امتناع الجاني عن إخراج الحيوان من محبسه فترة وتعرضه للشمس، وإعطائه فرصة للحركة والركض، مما يؤدي إلى إصابته بشلل أو عجز عن الحركة، لاسيما إذا كان الحيوان من الماشية ثقيلة الوزن، مثل العجول الكبيرة، أو من الخيول.

### ب) عدم وجود مقتضى للإضرار بالحسم بالحيوان:

إن عدم المقتضى المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة (٣٥٥ع. مصري) يعد ركناً من أركان جريمة الإضرار العمدي بالحيوان، ويقصد به فقدان الضرورة الملجئة لهذا الفعل<sup>(٢)</sup>، يؤكد الفقه المصري<sup>(٣)</sup> أن

(١) جندي عبد الملك، مرجع سابق، ص ٢٢٦.

(٢) د/ حسن صادق المرصفاوي "المرصفاوي في قانون العقوبات تشريعا وقضاء في مائة عام" الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٤، رقم ٥٠٨٤، ص ١٦٥٠.

(٣) د/ محمود محمود مصطفى "شرح قانون العقوبات القسم الأول" الطبعة العاشرة، ١٩٨٣، ص ٦٧٥، المستشار/ مصطفى مجدي هرجه "التعليق على قانون العقوبات في ضوء الفقه والقضاء" الطبعة الثالثة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ١٤٢٨.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

المقتضى الذي يبيح الإضرار بالجسيم بالحيوان هو أن يشكل الحيوان خطراً على نفس إنسان أو ماله، وأن يكون الضرر اتقاؤه أكبر قيمة من قيمة الحيوان، أي ألا يكون تافها بالقياس إلى قيمة الحيوان، وأن يكون الخطر محدقاً لا يمكن اتقاؤه بوسيلة أخرى، ولذلك حكم بعدم وجود مقتض في واقعة قتل معزة دخلت في زراعة المتهم، حيث قررت المحكمة أنه كان في إمكان المتهم انتزاع المعزة من الزراعة دون حاجة إلى قتلها<sup>(١)</sup>، في حين يتوافر المقتضى في واقعة ضرب شخص ثوراً هائجاً أنقض عليه في زراعته مهدداً إياه بضرر على النفس أو بضرر كبير على المال.

وبناء عليه حكم في مصر بعقاب امرأة تعمدت قتل فرخة لأنها أكلت بعض الحب من جرنها استناداً إلى أن حماية الملك لا تبرر قتل حيوان من أجل حبوب قليلة منتشرة بالأرض كان في وسع المتهمة المحافظة عليها بدون احتياج إلى قتل الفرخة<sup>(٢)</sup>، وعلى العكس لا يرتكب جريمة من يضرب كلباً هاجمه ولو في منزل صاحب الكلب إذا كان دخوله في هذا المنزل مشروعاً، أما إذا كان قد دخل المنزل بطريق غير مشروع يكون انتهاكاً لحرمة ملك الغير، فإنه يعاقب على الإضرار بالجسيم بالكلب باعتبار أن تعرضه لخطر الكلب راجع إلى خطئه هو، ولا يعاقب من يضرب الكلب الذي يدخل منزله ليفترس دواجنه أو القط الذي يعبث بعش للعصافير، أما مجرد

(١) نقض ٣١ أكتوبر ١٩٣٢، مجموعة القواعد القانونية، ج ٢، رقم ٣٧٤، ص ٦٠٨.

في ذات المعنى: نقض ١٩٤١/٥/١٢ مجموعة القواعد القانونية ج ٥، رقم ٢٥٨، ص ٤٧٠.

(٢) حكم محكمة طنطا الابتدائية بتاريخ ١٢/١١/١٩٢٣، مجلة المحاماة ٤، عدد ٤١٨، مشار إليه لدى د/ رمسيس بهنام "قانون العقوبات جرائم القسم الخاص" الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٩، رقم ١١٢٠، ص ١٣٧٨.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

دخول الكلب أو القط في منزل الغير دون إحداث ضرر أو تهديد بخطر، فلا يبرر الإضرار الجسيم به من جانب صاحب المنزل<sup>(١)</sup>.

ولا يختلف الحال كثير في القوانين الأمريكية، حيث أورد المشرع في ولاية New York إعفاءات على العقوبة المقررة لجريمة القسوة على الحيوان، والإضرار به، منها: إذا كان إلحاق الأذى بالحيوان لغرض مبرر<sup>(٢)</sup> (justifiable purpose)، إلا أن الفقه الأمريكي أشار إلى ثمة صعوبة تتمثل في تفسير هذا المصطلح، فقد اتجهت المحاكم في ولاية New York إلى القول بأن الفعل يكون مبرراً، حيث يكون الغرض أو الهدف منه معقولاً أو مناسباً<sup>(٣)</sup>، إلا أن الفقه يتساءل عن من يحدد ما إذا كان الغرض مبرراً أو مناسباً، واستناداً إلى أي معيار يكون الغرض كذلك<sup>(٤)</sup>.

#### ت) النتيجة الإجرامية:

تتمثل في إلحاق الأذى أو الضرر بالحيوان، ولا يكفي مجرد الضرر اليسير، وإنما يشترط أن يكون الضرر على درجة من الجسامة لقيام الجريمة، وهو ما عبر عنه المشرع المصري بقوله (ضرراً كبيراً) والمشرع الإماراتي ونظيره القطري بقوله (ضرراً جسيماً)، وتقدير جسامة الضرر أمر

(١) د/ رمسيس بهنام، مرجع سابق، رقم ١١٢٠، ص ١٣٧٧، ١٣٧٨.

(٢) See N.Y. AGRIC. & MKTS. LAW § 353-a(1) (Consol. 1999).

(٣) People v. Arroyo, 777 N.Y.S.2d 836, 843 (Crim. Ct. 2004).

(٤) See: Stephen Iannacone, "Felony Animal Cruelty Laws in New York" op. cit., P: 763.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

موضوعي من سلطة محكمة الموضوع، فمتى كانت الوقائع الثابتة بالحكم تؤدي إليه فلا رقابة لمحكمة النقض في ذلك<sup>(١)</sup>.

وقد أشرنا إلى أن الفقه الجنائي يؤكد على أن القانون لا يستلزم لقيام الجريمة أن يمتد الضرر الكبير أو يستطيل في الزمن، حيث تقوم الجريمة تامة إذا أدى فعل الجاني إلى إلحاق الضرر الجسيم بالحيوان، حتى ولو تم شفاؤه فيما بعد، ومن البديهي أن الضرر إذا كان في صورة إحداث العاهة المستديمة بالحيوان فلا شك يعد ضرراً كبيراً<sup>(٢)</sup>، كما يعد ضرب الجاموسة ضرباً مبرحاً يحدث بها إصابات تفضي إلى موتها ضرراً كبيراً، فليس في الإضرار ما هو أكبر من ضرر الموت، أما إذا كان قصد الجاني قتل الجاموسة فإنه يسأل عن جريمة القتل العمدي لحيوان بدون مقتضى.

ويمكن القول بأن كل من المشرع المصري، والإماراتي، والقطري قد استبعدوا من نطاق التجريم أفعال الإضرار غير الجسيم بالدابة أو الماشية<sup>(٣)</sup>، إلا إذا أخذ فعل الجاني صورة البدء في تنفيذ جريمته بالإضرار الجسيم، في هذه الحالة يعاقب الجاني عن الشروع في الجريمة محل الدراسة. كما يلاحظ أن المشرع المصري قد ساوى بين فعل القتل لحيوان

(١) د/ محمود محمود مصطفى، مرجع سابق، ص ٦٧٠، د/ رمسيس بهنام، مرجع سابق، رقم ١١١٦، ص ١٣٧٢.

(٢) جندي عبد الملك، مرجع سابق، ص ٢٢٦.

(٣) وذلك بخلاف المشرع العراقي الذي أفرد نصاً خاصاً للعقاب على الإضرار بالحيوان إضراراً غير جسيم، ضمنه نص المادة (٤٨٤) بقولها: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على شهر أو بغرامة لا تزيد على عشرين ديناراً من أضر عمداً بأي حيوان مملوك لغيره ضرراً غير جسيم".

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



وفعل الإضرار به ضرراً كبيراً بضرب أو جرح، من حيث عقوبة كل منهما<sup>(١)</sup>،  
كما سنوضح في حينه.  
مدى تصور الشروع في جريمة الاضرار  
بالحيوان:

جريمة الإضرار بالحيوان ضرراً كبيراً لا يتصور فيها الشروع؛ لأن  
تحقق نتيجة الفعل بوقوع ضرر كبير ركن لازم لقيامها، ولما كان الحكم قد  
اعتبر ما وقع من المتهم شروعا في تلك الجريمة دون أن يعني في مدوناته  
بيان مدى الضرر الذي لحق الدابة من جراء إصابتها ما لا يتيسر معه  
لمحكمة النقض مراقبة تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً على الواقعة، كما صار  
اثباتها في الحكم، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه يكون معيباً بما يبطله  
ويستوجب نقضه<sup>(٢)</sup>. هذا ما اكده بعض الفقه المصري قائلا: "إن الجريمة  
إما أن تقع فتكون كاملة، وإما لا تقع أصلاً، ولا وسط بين الأمرين، ولا عقاب  
أصلاً على إحداث ضرر غير كبير<sup>(٣)</sup>". ولكننا نعتقد أن الشروع يمكن تصوره  
في الجريمة محل الدراسة، إذا أخذ فعل الجاني البدء في تنفيذ غرضه  
الإجرامي المتمثل في الإضرار الجسيم بالحيوان، كما لو قام الجاني بضرب  
الحيوان ضرباً يسيراً ليخضعه، حتى يتمكن من قطع ذيله، أو أذنه، وكذلك لو  
قام الجاني بمنع الطعام عن الحيوان فترة حتى يصيبه بضرر بدني جسيم، أو

(١) مستشار/ مصطفى مجدي هرجه، مرجع سابق، ص ١٤٢٧.

(٢) نقض مصري بتاريخ ٩ أكتوبر ١٩٦٧م، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٨، ق ١٨٦،  
ص ٩٢٩.

(٣) د/ رمسيس بهنام، مرجع سابق، رقم ١١١٥، ص ١٣٧٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ضعف بنيانه، في هاتين الصورتين يمكن اعتبار فعل الجاني بدءاً في تنفيذ جريمة الإضرار الكبير بالحيوان، مما يعد شروعاً فيها.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الإماراتي قد عاقب على مجرد تعريض الحيوان للضرر، وذلك بموجب نص المادة (١٧) من اللائحة التنفيذية لقانون الرفق بالحيوان، وقد قرر لها عقوبة الغرامة التي لا تزيد على ٢٠,٠٠٠ درهم<sup>(١)</sup>، من ثم يتبين أن المشرع الإماراتي جعل من جريمة تعريض حيوانات السباق والتحميل والنقل للضرر جنحة، معاقب عليها بالغرامة فقط.

ثالثاً - الركن المعنوي:

يأخذ الركن المعنوي في هذه الجريمة صورة القصد الجنائي، ويتضح ذلك من اشتراط المشرع وقوع الجريمة عمداً، ويتوافر القصد الجنائي بعلم الجاني بكون الحيوان مملوكاً لغيره، وعلمه بطبيعة فعله الذي يتوقعه معه تحقق الإضرار الجسيم بالحيوان، مع اعتقاده بعدم وجود مقتض لذلك، بالإضافة إلى انصراف إرادة الفاعل إلى ارتكاب فعل الإضرار وتحقيق النتيجة، ومن ثم لا تقوم الجريمة إذا لم يتحقق علم الجاني بأي من العناصر السابقة لاسيما إذا اعتقد بوجود مقتضى دفعه إلى الإضرار الجسيم بالحيوان، ويشير الفقه المصري<sup>(٢)</sup> إلى أن القصد المتطلب لهذه الجريمة هو قصد عام يكفي توافر عنصرى العلم والإرادة، ولا يحتاج إلى نية خاصة.

وقد أثير أمام القضاء خلاف حول حكم من يقوم بتصويب سلاحه إلى إنسان بقصد قتله أو الاعتداء عليه فيطلق العيار الناري إلا أنه لا

(١) المادة (١٤) من القانون الاتحادي في شأن الرفق بالحيوان.

(٢) المستشار/ مصطفى مجدي هرجه، مرجع سابق، ص ١٤٢٨.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

يصيب الإنسان ولكن يصيب حيواناً مملوكاً لغيره بسبب عدم دقته في إحكام الرماية فيحدث به أضرار جسيمة، فقد رأت المحكمة أن المتهم كانت لديه نية العدوان تجاه المجني عليه الإنسان، ومن ثم تعتبر هذه النية قائمة لديه حتى تجاه الحيوان الذي أصابه، وقد استبعدت المحكمة وصف التهمة بالنسبة للحيوان بأنها تسبب المتهم في حرج بهائم أو دواب الغير بعدم التبصر أو الإهمال أو عدم الاحتياط أو عدم مراعاة اللوائح، غير أن محكمة النقض خطأت محكمة الموضوع في ذلك ونقضت حكمها<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثاني

### العقوبة المقررة للجريمة

نعرض للعقوبة المقررة لجريمة الإضرار العمدي الجسيم بالحيوان في صورتها، أولهما: جريمة الإضرار العمدي الجسيم بالدواب أو المواشي، وثانيهما: جريمة الإضرار العمدي الجسيم لداجن أو حيوان مستأنس، مع الإشارة إلى العقوبة المقررة للجريمة في القانون الإماراتي في شأن الرفق بالحيوان.

أولاً- عقوبة جريمة الإضرار العمدي الجسيم بالدواب أو المواشي:  
أ) العقوبة البسيطة:

عاقب المشرع المصري على جريمة الإضرار العمدي الجسيم بالحيوان بدون مقتض بعقوبة الحبس مع الشغل، بحديها الأدنى الذي لا يقل عن أربع وعشرين ساعة والأقصى الذي لا يجاوز ثلاث سنوات<sup>(٢)</sup>، والغرامة

(١) نقض ٥ يناير ١٩٧٥، مجموعة القواعد القانونية س ٢٦، رقم ٢، ص ٥.

(٢) المادة (١٨) عقوبات مصري.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

التي لا تقل عن مائة قرش، ولا تتجاوز خمسمائة جنيهاً<sup>(١)</sup>، ويلاحظ أن المشرع ا قد جعل الحبس وجوبي على القاضي، ولم يمنحه سلطة تخيرية بين الحبس والغرامة، كما فعل نظيره الإماراتي حيث جعل العقوبة الحبس والغرامة أو إحداهما<sup>(٢)</sup>، مع ملاحظة أن الحبس في قانون العقوبات الإماراتي يتراوح بين شهر كحد أدنى، وثلاث سنوات كحد أقصى<sup>(٣)</sup>، والغرامة التي لا تقل عن مائة درهم، ولا تزيد عن ثلاثين ألف درهم<sup>(٤)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري قرر عقوبة خاصة للشروع في الجريمة محل الدراسة، نص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة (٣٥٥) بقولها: "كل شروع في الجرائم السالفة الذكر يعاقب عليها بالحبس مع الشغل مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه". بينما عاقب عليه المشرع الإماراتي بنصف العقوبة المقررة للجريمة التامة، ونعتقد في حسن مسلك كل من المشرع المصري ونظيره الإماراتي في تقرير عقوبة محددة للشروع في جريمة الإضرار العمدي الجسيم بالحيوان، وقد أشرنا من قبل أن الشروع متصور في هذه الجريمة على خلاف ما ذهب إليه بعض الفقه.

#### ب) العقوبة المشددة:

شددت المادة (٣٥٦ع. مصري) عقوبة جريمة الإضرار العمدي الجسيم بالحيوان بدون مقتض وجعلتها السجن المؤبد، أو السجن المشدد،

(١) المادة (٢٢) عقوبات مصري.

(٢) في نفس الاتجاه: المشرع العراقي في المادة (٤٨٢) عقوبات، والمشرع القطري في المادة (٣٩٣) عقوبات، والمشرع الكويتي المادة (٢٥٣) جزاء.

(٣) المادة (٦٩) عقوبات اتحادي.

(٤) المادة (٧١) عقوبات اتحادي.

أو السجن من ثلاث سنوات إلى سبع سنوات إذا وقعت الجريمة ليلاً، ومن ثم جعل المشرع من هذه الجريمة جنائية بدلاً من كونها جنحة في الأصل، ويؤكد الفقه أن العلة من التشديد تتمثل في أن الظلام يسهل ارتكاب الجريمة، ويزيد من صعوبة القبض على الجاني، وجدير بالذكر أن القانون المصري لم يضع تعريفاً لليل، وعليه يمكن القول أن الظرف يتوافر عند تخييم الظلام هذا ما يتفق مع العلة من تشديد العقوبة، وإذا كان من المتعارف عليه فقهاً وقضياً أن الليل يقصد به من غروب الشمس حتى شروقها، إلا أننا نتفق مع ما ذكره بعض الفقه أن الليل يقصد به الظلام<sup>(١)</sup>، فالظلام لا يخيم من غروب الشمس، فبعده (أي الغروب) يوجد الغسق، وليس فيه تخييم تام للظلام، كما أنه قبل الشروق يوجد الفجر، وليس فيه هو الآخر تخييم، ومن ثم يدخل في تقدير محكمة الموضوع القول بتوافر الليل من عدمه وفق ظروف الحال في لحظة ارتكاب الجريمة<sup>(٢)</sup>.

بينما أورد المشرع الإماراتي جملة ظروف مشددة لعقوبة الإضرار العمدي الجسيم بالحيوان بدون مقتض نص عليها في المادة (٤٢٩) عقوبات اتحادي، حيث جاء بنصها "إذا وقعت إحدى الجرائم المنصوص عليها في المواد السابقة من هذا الفصل ليلاً أو بطريق العنف على الأشخاص أو كان الجاني يحمل سلاحاً أو انتهز الجاني لارتكاب الجريمة فرصة قيام اضطراب أو فتنة أو كارثة عامة عد ذلك ظرفاً مشدداً".

(١) د/ حسن صادق المرصفاوي، مرجع سابق، رقم ٥٠٩٠، ص ١٦٥٢.

(٢) د/ رمسيس بهنام، مرجع سابق، رقم ١١١٧، ص ١٣٧٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

مفاد ذلك أن العقوبة المقررة للجريمة يتضاعف حددها الأقصى سواء الحبس أو الغرامة، وذلك وفق نص المادة (١٠٣) عقوبات اتحادي(١)، ونعتقد أن المشرع الإماراتي قد أحسن صنعا بإيراد بعض الظروف المشددة للعقوبة وهي: وقوع الجريمة ليلاً، ووقوع الجريمة بالعنف، ولم يحدد المشرع الأشخاص الواقع عليهم العنف، سواء أكان المجني عليه أم أشخاص آخرين يعيقون تنفيذ الجريمة، مثل الحارس، ومن الظروف أيضاً وقوع الجريمة بحمل السلاح من الجاني سواء أكان السلاح بطبيعته مثل المسدس أو السيف أو كان سلاحاً بالتخصيص مثل سكين المطبخ أو الفأس، ولا يتطلب المشرع استعمال السلاح، وإنما يكفي مجرد حمله، كما لم يحدد المشرع ما إذا كان السلاح ظاهراً أو مخفي، وأخيراً من الظروف المشددة استغلال الجاني فرصة الانفلات الأمني بسبب حدوث فتنة أو كارثة عامة، فينتهز الجاني فرصة انشغال الجميع بمواجهة الفتنة أو الكارثة ويقدم على ارتكاب جريمته.

يمكن القول بأن مسلك المشرع الإماراتي أفضل حالا من نظيره المصري، الذي اكتفى بتشديد العقوبة بسبب ظرف الليل، ولكن يؤخذ على المشرع الإماراتي أنه جعل التشديد جوازي للمحكمة، وكان الأصوب جعله وجوبياً، مثلما فعل المشرع المصري.

---

(١) بقولها: "إذا توافر في الجريمة ظرف مشدد جاز للمحكمة توقيع العقوبة على الوجه الآتي:

أ- إذا كانت العقوبة المقررة أصلاً للجريمة هي الغرامة جاز مضاعفة حددها الأقصى أو الحكم بالحبس.

ب- إذا كانت العقوبة المقررة أصلاً للجريمة هي الحبس جاز مضاعفة حددها الأقصى".

## ت) العقوبة التكميلية:

أضافت المادة (٣٥٥ مصري) عقوبة تكميلية جوازية تطبق بالإضافة إلى عقوبة الحبس مع الشغل أو عقوبة السجن المشدد أو السجن تتمثل هذه العقوبة في وضع الجناة تحت مراقبة البوليس مدة سنة على الأقل وستين على الأكثر، ويشير الفقه إلى العلة من هذه العقوبة تتمثل في أن هذه جريمة الإضرار العمدي الجسيم بالحيوان دون مقتض من الجرائم التي كثيرا ما تفوت ملاحظتها على الناس وقت اقترافها، ومن ثم اقتضت وقاية المجتمع منها أن يوضع مقترفاها عقب تنفيذ عقوبتها تحت مراقبة البوليس للتيقن من حركاته، وسلوكه، وكونه لا يعود إلى ارتكاب جريمة ثانية<sup>(١)</sup>. وقد نص المشرع الإماراتي على عقوبة المراقبة في المادة (٤٣٠) عقوبات اتحادي، بحيث لا تزيد مدة المراقبة على سنتين، ولا تجاوز مدة العقوبة المحكوم بها، مع ملاحظة أن المشرع الإماراتي قد اشترط أن يكون المحكوم عليه عائداً، وأن تكون مدة الحبس المقضي بها سنة فأكثر.

ثانياً - عقوبة جريمة الإضرار العمدي الجسيم  
بحيوان مستأنس:

حددها المشرع المصري في عقوبة الحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه، وبذلك يكون المشرع قد قرر عقوبة أخف مقارنة بالعقوبة السابقة، بحسب الحيوان محل الإضرار الجسيم، ولم يكثف المشرع بالمغايرة في مقدار عقوبتي الحبس والغرامة، وإنما ميز في مدى سلطة القاضي في الجمع بين العقوبتين، حيث جعله وجوباً في عقوبة الجريمة السابقة، بينما لم يجز الجمع بينهما في هذه الجريمة، نفس المنهج

(١) د/ رمسيس بهنام، مرجع سابق، رقم ١١١٧، ص ١٣٧٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

سار عليه المشرع الإماراتي حيث قرر عقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة أو الغرامة التي لا تتجاوز عشرة آلاف درهم<sup>(١)</sup>.

كما يلاحظ أن كل من المشرعين لم ينصا على ظروف مشددة خاصة بجريمة الإضرار العمدي الجسيم لحيوان مستأنس، بخلاف ما فعلا بالنسبة للجريمة السابقة، ولا يقف الأمر عند هذا الحد، وإنما لم يقرر كلا منهما عقوبة الوضع تحت المراقبة، على غرار الجريمة السابقة.

ونعتقد في أن مسلك كل من المشرع المصري ونظيره الإماراتي يطرح تساؤلا حول العلة من المغايرة في العقوبة وتشديدها بحسب نوع الحيوان محل الإضرار، ويمكن تبرير هذه المغايرة في نظرة كل من المشرعين إلى الحيوان محل الجريمة، باعتباره مالا مملوكا للغير، ومن ثم يكون التعامل مع جريمة الإضرار العمدي الجسيم الواقع على دواب أو ماشية أكثر خطورة وضررا للمجني عليه من الإضرار الواقع على حيوان مستأنس أو داجن.

---

(١) المادة (٤٣١) عقوبات اتحادي.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



## المطلب الثاني

### جريمة القسوة على الحيوان

جدير بالذكر أنه لم يرد بقانون العقوبات المصري أي نص يجرم

أفعال القسوة على الحيوان، وقد اكتفى المشرع المصري بالعقاب على أفعال قتل الحيوان بدون مقتض أو الإضرار به ضرراً كبيراً، دون التعرض لأفعال أخرى لا تقل قسوة عن قتل الحيوان أو الإضرار به، من ذلك تعذيبه أو إرهاقه في العمل وتحمله ما لا يطيق<sup>(١)</sup>، وهي تلك الصور التي ورد النص عليها في المادة (٤٣٢) ع. إماراتي اتحادي<sup>(٢)</sup> بقولها: "يعاقب بغرامة لا تتجاوز ألف درهم كل من أرهق أو عذب حيواناً أليفاً أو مستأنساً أو أساء معاملته..." كما ورد النص عليها - بشكل أكثر تفصيلاً - في المادة (٣٩٥) ع. قطري<sup>(٣)</sup>، بقولها: "يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز شهرين وبالغرامة التي لا تزيد على ألف ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من:

١- ضرب بقسوة أو عذب حيواناً من الحيوانات المستأنسة أو الداجنة أو المتوحشة المأسورة.

<sup>(١)</sup> قد يفسر موقف المشرع المصري على أساس أن تجريم الإضرار الكبير بالحيوان يشمل كل أفعال القسوة عليه، ولكن ما أشرنا إليه من قبل أن اشتراط توافر درجة جسامه في فعل الإضرار يصرف الذهن إلى أفعال تختلف في مضمونها ونتيجتها عن الإضرار العمدي الجسيم، ومن ثم كان الأجدد بالمشرع المصري أن يضع نصاً خاصاً بأفعال القسوة، كما فعل نظيره الإماراتي.

<sup>(٢)</sup> القانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٧م، الجريدة الرسمية، بتاريخ ٢٠ ديسمبر ١٩٨٧م، عدد ١٨٢، الجزء ١٤، راجع أيضاً: ملحق مجلة (دبي القانونية) العدد الأول، مايو، ٢٠٠٧.

<sup>(٣)</sup> القانون رقم (١١) لسنة ٢٠٠٤م.

- ٢- أرق حيواناً بركوبه أو سوقه أو تحميله بأكثر مما يطيق.
- ٣- اشتط في استخدام حيواناً غير صالح للعمل بسبب مرضه أو جروحه أو لعاهة فيه....<sup>(١)</sup>.

نعرض فيما يلي لأحكام هذه الجريمة في التشريعات العربية مقارنة بموقف القوانين الجنائية ببعض الولايات الأمريكية، بهدف مقارنة مسلك هذه التشريعات الوضعية بما عرضنا له من موقف الشريعة الإسلامية الغراء.

### الفرع الأول أركان الجريمة

أولاً- محل الجريمة:

اختلفت سياسة التشريعات السابقة في بيان الحيوان محل الجريمة حيث حدده كل من المشرع الإماراتي والعراقي في الحيوان الأليف أو

---

(١) كما ورد النص عليها في المادة (٤٨٦) ع. عراقي بقولها:

"١- يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر أو بغرامة لا تزيد على ثلاثين ديناراً من ضرب بقسوة حيواناً أليفاً أو مستأنساً أو عذبه أو مثل به أو أساء معاملته بطريقة أخرى أو استعمل بغير ضرورة طريقة قاسية لقتله.

٢- ويعاقب بالعقوبة ذاتها من شغل دابة ركوب أو حمل أو نقل بما لا طاقة لها على احتماله أو شغلها وهي غير صالحة للشغل لمرض أو جرح أو عاهة" القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م، الوقائع العراقية، عدد ١٧٧٨، بتاريخ ١٥ سبتمبر ١٩٦٩م.

ويقابلها نص المادة (٨٧/١) من القانون الجنائي السوداني "من يعامل بقسوة ظاهرة أو يعذب أو يرهق قصداً حيواناً أو يحمله أكثر مما يطيق أو يشتط في استخدام حيوان غير صالح للعمل بسبب سنه أو مرضه أو يهمل حيواناً إهمالاً ظاهراً يعاقب بالغرامة"

المستأنس، ويقصد بالأول: ما أُلِف الدار والناس من الطير والحيوان، وهو عكس المتوحش، ويقصد بالثاني: الحيوان الأليف، أو من ذهب وحشيته، يقال: استأنس حيواناً أي صار أليفاً، وزالت وحشيته<sup>(١)</sup>، مما سبق يتبين أن صفة أليف مرادفة لصفة مستأنس، وكان يكفي المشرع أن ينص على إحداهما، وهو ما فعله المشرع القطري، حيث اكتفى بالحيوان المستأنس وأضاف إليه الحيوان الداجن مثل الطيور والأرانب، أو الحيوان المتوحش المأسور، أي الخاضع لسيطرة الإنسان، ومحتجز لديه، سواء في قفص أو نحوه، من ذلك: بعض القرده، والخنازير البرية، والنمور أو الأسود، والذئاب.

وبالنسبة لموقف القوانين الأمريكية، نجد المشرع في ولاية OHIO

يعاقب على أفعال القسوة التي تقع على حيوانات أليفة Companion Animals، وعرفها بأنها أي حيوان يتم الاحتفاظ به في منزل الإقامة أو المعيشة، وأي كلب أو قط<sup>(٢)</sup>، كذلك فعل المشرع في ولاية New York حيث تطلب وقوع أفعال القسوة التي تعد جنائية على حيوان أليف، وعرفه بأنه كل حيوان مستأنس يتم الاحتفاظ به في منزل المالك أو الشخص الذي يرضى مثل هذه الحيوانات المستأنسة<sup>(٣)</sup>، ولكن استبعد المشرع منها حيوانات

---

<sup>١</sup> <http://www.almaany.com/home.php?language=arabic&word=>

<sup>٢</sup> OHIO REV. CODE ANN. § 959.131 (West 2002). "Any animal )

that is kept inside a residential dwelling and any dog or cat".

<sup>٣</sup> N.Y. AGRIC. & MKTS. LAW § 353-a(1) (Consol. 1999) (emphasis )

added).

المزرعة Farm Animals<sup>(١)</sup>، بينما نجد العديد من قوانين الولايات الأخرى يستبعد من نطاق الجريمة حيوانات المواشي، الحشرات، الطيور أو الدواجن، والأسماك<sup>(٢)</sup>، بينما نلاحظ أن البعض الآخر يحصر جناية القسوة على الحيوانات الأليفة، والذي ينصرف مضمونها عادة إلى الكلاب، والقطط، والخيول<sup>(٣)</sup>، في حين شمل قانون ولاية Illinois بالحماية من أفعال المعاملة

Id. § 350.)<sup>١</sup>

في حين أضافت المحاكم في الولاية إلى نطاق التجريم حيوانات مثل الأسماك والزواحف، فقد قضت المحكمة بمعاوية شخص قام بتحطيم حوض أسماك يحوي عشر جالونات أسماك، وسحق ثلاثة منها أمام صبي لا تزيد عمره عن ٩ سنوات، وقد دافع المتهم بأن الجريمة يجب أن تقع على حيوان أليف، بما يشمل الثدييات التي تتنفس الهواء، ويمكن تدريبها، أو تقدم لشركة ما لتملكها، وكذلك تتفاعل مع مالكها.

See: People v. Garcia 777 N.Y.S.2d 846 (Sup. Ct. 2004).

ARK. CODE ANN. § 5-62-102 (2009) (excludes fish); GA. CODE ANN. § 16-12-4 (West 2000) (excludes fish and “pests”); MONT. CODE ANN. § 45-8-211(4)(b) (2003) (excludes “the use of commonly accepted agricultural and livestock practices on livestock”).

ALA. CODE § 13A-11-241 (2010) (applies only to cruelty, )<sup>٢</sup> skinning, overdriving, overloading, depriving of necessities, and injuring offenses against dogs and cats); HAW. REV. STAT. § 711-1108.5 (2008) (limits felony animal cruelty charges to pet animals and horses).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

القاسية الحيوان الأليف أو المنزلي، والحيوان المتوحش<sup>(١)</sup>، بينما فضل بعض الولايات عدم وضع تعريفا للحيوان، تاركا ذلك لقرارات المحاكم<sup>(٢)</sup>. ومن جانبنا ننثي على مسلك الاتجاه الأخير للولايات الأمريكية في عدم وضع تعريف محدد للحيوان محل الجريمة، إذ أن ذلك ليس من مهمة التشريع، وإنما يترك للفقهاء والقضاء، حيث عبر بعض الفقهاء الأمريكي أن التحدي الذي يواجهه جهات الادعاء والمحاكم هو تحديد مدلول (الحيوان)، وكذلك مدلول (القسوة)<sup>(٣)</sup>.

ثانياً - الركن المادي: يتكون من عناصر هي:  
أ) الفعل الإجرامي:

اختلفت التشريعات الوضعية في تحديد صور الفعل الإجرامي المكون للجريمة، حيث حصرها المشرع الإماراتي في فعل الإرهاب، والتعذيب، وإساءة المعاملة، بينما استخدم المشرع القطري مصطلح الضرب بقسوة، ونعته أنها تعد من صور إساءة المعاملة، وزاد عليها المشرع العراقي التمثيل بالحيوان، ونعته أنها تدخل ضمن التعذيب إذا كان الحيوان حياً، أما إذا كان ميتاً

---

510 ILCS 70/2.01. "Animal" means every living creature, domestic )  
or wild, but does not include man.

ALA. CODE § 13A11-14 (2010); FLA. STAT. ANN. § 828.12 (West )<sup>٢</sup>  
2002); MONT. CODE ANN. § 45-8-211 (2003).

يوافق ذلك مسلك المشرع الجنائي السوداني، حيث نص على وقوع الجريمة على حيوان عموماً، دون تحديد، المادة (٨٧/١) عقوبات.

Randall Lockwood, "Animal Cruelty Prosecution" op. cit., P:15.)<sup>٢</sup>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

فنعقد أنها تخرج عن نطاق دراستنا في جرائم القسوة على الحيوان، التي تفترض أن يكون محل الجريمة حيواناً على قيد الحياة، حيث تنال الجريمة من حقه في سلامة جسمه، والعبث به. وبالنسبة للقوانين الأمريكية، نجد قانون ولاية ALASKA يحدده في صور: السلخ، والاقتياد المفرط، والتحميل الزائد، والحرمان من الضروريات، والضرب أو الجرح<sup>(١)</sup>، بينما حددها المشرع في ولاية New York في كل سلوك عمدي يسبب ألماً بدنياً جسيماً، أو يتم بطريقة خاصة منحرفة أو وحشية أو سادية، وقد أضافت المحاكم إلى ذلك: رمي الحيوانات من النوافذ، أو استخدامها هدفاً في الرماية، أو تعليقها أو تجويعها<sup>(٢)</sup>.

ويشير الفقه إلى أن مفهوم القسوة المشددة على النحو السابق يثير مشكلة بخصوص القصد الجنائي أو نية التسبب في إلحاق ألم بدني جسيم بالحيوان، من ذلك: الحالة التي يمتنع فيها الشخص عن إعطاء الحيوان دواءً أو علاجاً، يتبين بوضوح أن حالته تتطلب ذلك، حيث أنه وفق القسم a) من قانون New York لا يؤخذ الإهمال محل اعتبار في جناية

---

ALA. CODE § 13A-11-241 (2010) (applies only to cruelty, )'  
skinning, overdriving, overloading, depriving of necessities, and  
injuring offenses against dogs and cats).

People v. Degiorgio, 827 N.Y.S.2d 342, 344 (App. Div. 2007).<sup>٢</sup>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

القسوة المشددة، لأنه عادة لا يتضمن العنف المقصود<sup>(١)</sup>. مما تقدم نقصر الحديث عن الصور الثلاث التالية:

### ١- إرهاب الحيوان:

يقصد به لغة<sup>(٢)</sup>: أرهق يُرهق، إرهابًا، فهو مُرهق، والمفعول مُرهق، يقال: أرهق نفسه أي حملها ما لا تطيق بعمل زائد، ويقصد به اصطلاحًا: تكليف الحيوان بعمل زائد عن طاقته، ما يصيبه بالتعب الشديد والضعف. ويتصور فعل الإرهاب لدواب الركوب، أو الجر، أو الحمل، مثل الحمير، والبغال، والخيول، والإبل، مفاد ذلك أنه لا يتصور الإرهاب في حق الحيوانات المتوحشة المأسورة وكذا الحيوانات الأليفة المنزلية مثل القطط والكلاب، كما لا يتصور بالنسبة للحيوانات الداجنة، من طيور وأرانب<sup>(٣)</sup>.

وقد أشار الفقه الأمريكي<sup>(٤)</sup> أن إجبار الحيوان على الاستمرار في عمل معين، دون توفير الرعاية الطبية المناسبة، بالرغم من احتياجه لها، يعد من قبيل القسوة على الحيوان، ففي قضية *People v. O'Rourke* قام المتهم بإجبار حصان (Mabel) على الاستمرار في جر العربة بالرغم من تحذير مفتش الشرطة بالتوقف عن ذلك، قررت المحكمة الجنائية بولاية

---

See: Stephen Iannacone, "Felony Animal Cruelty Laws in New York" op. cit., P: 758.

<http://www.almaany.com/home.php?language=arabic&word=><sup>(٢)</sup>

<sup>(٣)</sup> راجع: د/ محمد محي الدين عوض "قانون العقوبات السوداني معلقا عليه" مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٩، رقم ٢٣٩، ص ٤٦٠.

<sup>(٤)</sup> Stephen Iannacone, op. cit., P: 758.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

New York أن الحيوان، مثال الخيول، غير قادر على التعبير عن معاناته، في حين كان الحصان (Mabel) يعرج كمؤشر واضح على شعوره بالألم، ونظرا لأن المتهم كان يعلم بمعاناة الحصان عند إجباره على سحب العربة لذلك افترضت المحكمة أن المتهم قد تسبب في معاناة شديدة للحيوان، بينما كان يجب عليه استدعاء الطبيب البيطري لتوفير الرعاية المناسبة للحيوان<sup>(١)</sup>.

### ٢- تعذيب الحيوان:

يقصد بالتعذيب لغة<sup>(٢)</sup>: عَذَّبَ يُعَذَّبُ ، تعذيبًا ، فهو مُعَذَّبٌ ، والمفعول مُعَذَّبٌ، يقال: عذب فلانا أي ألحق به ضررا جسدياً عمداً، ومن ثم يقصد بتعذيب الحيوان: إلحاق الضرر الجسدي به عمداً، قد يأخذ ذلك صورة حرق الحيوان، أو كي جسده، أو تغطيسه في الماء بضع دقائق، وقد رأينا أن التعذيب قد يقع أثناء ذبح الحيوان، كما لو تم الذبح بأداة غير حادة، أو تم بقطع بعض الأجزاء التي يحدث الذبح بقطعها دون البعض الآخر، أو

---

See People v. O'Rourke, 369 N.Y.S.2d 335 (Crim. Ct. 1975) )<sup>١</sup>  
(finding that permitting a horse that is limping to continue to work without supplying necessary medical attention constitutes neglect under section 353)

فقد رأَت المحكمة أن السماح للخيول التي تعرج بالاستمرار في العمل دون توفير الرعاية الطبية اللازمة يعد إهمالا بموجب القسم ٣٥٣

<http://www.almaany.com/home.php?language=arabic&word=> )<sup>٢</sup>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



بقطعها دون الاجهاز عليها، أو استخدم تيار كهربائي لا يكفي لفقد الحيوان وعيه، ثم ذبحه.

وبالنسبة للقوانين الأمريكية نجد قانون ولاية Illinois ساوى بين تعذيب الحيوان الأليف وبين القسوة المشددة الواقعة على الحيوان الأليف، حيث تعد كل منهما جناية *as a Felony* (١)، وقد عرف التعذيب بأنه إيقاع أو تعريض الحيوان للألم الجسدي الجسيم، مع وجود نية زيادة أو إطالة الألم أو المعاناة أو العذاب للحيوان (٢)، ويعد التعذيب جناية من التصنيف (٣) في قانون الولاية.

### ٣- إساءة معاملة الحيوان:

يقصد بالإساءة لغة (٣): أَسَاءَ / أَسَاءَ إِلَى يُسِيءُ، أَسِئْتُ، إِسَاءَةً، فَهُوَ مُسِيءٌ، والمفعول مُسَاءٌ، يقال: أَسَاءَ إِلَيْهِ: أَي أَلْحَقَ بِهِ ضَرَرًا، أَوْ أَضْرَبَهُ، وَيُقَالُ: أَسَاءَ مَعَامَلَتَهُ أَي تَصَرَّفَ مَعَهُ تَصَرُّفًا سَيِّئًا، وَمَنْ ثَمَّ يَقْصِدُ بِهِ فِي الْجَرِيمَةِ مَحَلَّ الْبَحْثِ: التَّصَرُّفُ مَعَ الْحَيْوَانِ بِطَرِيقَةٍ سَيِّئَةٍ أَوْ إِتْيَانِ تَصَرُّفَاتٍ

---

See, e.g., 510 ILL. COMP. STAT. ANN. 70/3.03 (West 2002) )<sup>1</sup> makes torture to all animals a felony and aggravated (Illinois animals a felony). cruelty to companion

See: 510 ILCS 70/3.03. Animal Torture.)<sup>2</sup>

<http://www.almaany.com/home.php?language=arabic&word=>)<sup>3</sup>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

سيئة مع الحيوان، من ذلك ضرب الحيوان ضرباً جسيماً، أو الامتناع عن تقديم الطعام والشراب له، وكذلك العلاج إذا كان مريضاً. حالات القسوة على الحيوان في التشريعات الخاصة:

١- قانون الزراعة المصري رقم (٥٣) لسنة ١٩٦٦م:

إذا كان قانون العقوبات المصري قد أغفل النص على التجريم أفعال القسوة على الحيوان، نجد قانون الزراعة ينص على حظر استعمال القسوة مع الحيوانات، ويصدر وزير الزراعة قراراً بتحديد الحالات التي يسري عليها هذا الحظر<sup>(١)</sup>، وبناء عليه أصدر وزير الزراعة القرار الوزاري رقم (٢٧) لسنة ١٩٦٧م بتحديد الحالات التي يسري عليها حظر استعمال القسوة مع الحيوانات<sup>(٢)</sup>، والذي نص في المادة الأولى منه على تعتبر قسوة على الحيوانات الحالات الآتية:

- إجهاد الحيوان المعد للركوب أو الحمل أو الجر بالأحمال الزائدة عن حد طاقته أو سنه.
- استخدام الحيوانات المصابة بمرض أو جرح أو عاهة تجعلها غير قادرة على العمل بحالة طبيعية.
- حبس أو تقييد الحيوان أو تغذيته بغير موجب أو الإهمال في تقديم ما يلزم من غذاء أو ماء أو هواء.

<sup>(١)</sup> المادة (١١٩) من قانون الزراعة المصري.

<sup>(٢)</sup> [http://www.agr-egypt.gov.eg/Uploads/Legislations/d5bd3ecc-](http://www.agr-egypt.gov.eg/Uploads/Legislations/d5bd3ecc-dcbe-4a73-93ef-7429d54189ea.pdf)

[dcbe-4a73-93ef-7429d54189ea.pdf](http://www.agr-egypt.gov.eg/Uploads/Legislations/d5bd3ecc-dcbe-4a73-93ef-7429d54189ea.pdf)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

- استخدام الحيوان في أعمال المناطحة أو المناقرة أو المصارعة.
  - ربط الحيوان وجعله هدفاً للتصويب عليه.
  - إجبار الحيوان على أداء حركات خاصة والاستعانة في ذلك بإرهابه أو تعذيبه لأداء هذه الحركات.
  - إرغام الحيوان على أكل أو شرب مقادير فوق طاقته بقصد زيادة وزنه.
  - استخدام الحيوان في عمل غير مألوف له مما يسبب إفزاعه أو عذابه، كاستخدام الحيوان في عجن الطين.
  - استخدام القسوة في إعداد الحيوانات في المجازر كالضرب على الرأس أو قطع العرقيب أو فقاً الأعين.
- يمكن القول - وبحق - أن المشرع المصري كان سباقاً إلى النص على حظر كل أو أغلب أشكال القسوة مع الحيوانات، والتي نعتقد في أنها تتوافق مع منهج الشريعة الإسلامية في الرفق بالحيوان، كما أوضحنا آنفاً، ولكن ما يلتف النظر ضعف العقوبة التي قررها المشرع المصري لمخالفة هذا الحظر، وهي الغرامة التي لا تزيد على ١٠ جنيهات، مع جواز الحكم بمصارعة آلات وأدوات الجريمة<sup>(١)</sup>.

ولاشك في أن هذه العقوبة ليست ذات جدوى، ولا تحقق أي من أغراض العقوبة المستقرة في السياسات العقابية الحديثة، فلا تكفي لتحقيق

(١) المادة (١٤٦) من قانون الزراعة المصري.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الردع العام، بتخويف كل من يقدم على ارتكاب أي الأفعال المنصوص عليها كحالات للقسوة على الحيوانات، ولا تكفي لتحقيق الردع الخاص، بتخويف الجاني بتوقيع العقاب عليه إذا عاد لارتكاب الفعل مرة أخرى.

## ٢- اللائحة التنفيذية لقانون الرفق بالحيوان:

تجدر الإشارة إلى أن اللائحة التنفيذية للقانون الإماراتي الاتحادي في شأن الرفق بالحيوان، والصادرة بالقرار الوزاري رقم (٣٨٤) لسنة ٢٠٠٨م قد حددت الحالات التي يكون فيها صاحب الحيوان قاسياً في معاملته له، ومنها:

- ١- الإهمال في تقديم ما يكفي من غذاء وماء ومأوى للحيوانات.
- ٢- ضرب الحيوان مما يسبب له ألماً أو أذى.
- ٣- ممارسة أي صور من صور التعدي بما فيها التعدي الجنسي.
- ٤- تعريض الحيوانات التي تستخدم في الركوب أو التحميل أو الجر للإجهاد الزائد عن طاقتها أو عدم مراعاة سنّها أو حالتها الصحية.
- ٥- تعريض الحيوان للحجز أو النقل:
  - أ- بدون تقديم ما يلزمه من غذاء أو ماء أو تهوية جيدة أو يكون الحيوان غير قادر صحياً .
  - ب- بطريقة أو وسيلة غير مناسبة لرعاية الحيوان مثل :
- خلط أنواع مختلفة من الحيوانات مع بعضها البعض دون مراعاة لجنس أو عمر أو فصيلة .
- قلة عدد الحيوانات أو كثرتها أثناء النقل أو وضعها وتحميلها في

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

أقفاص أو وسائل نقل غير مناسبة لنوع الحيوان يمكن أن تسبب له إصابات أو جروح.

– سحب الحيوانات أو جرّها من ذيلها أو أرجلها أو رقبتها.

٦- قتل الحيوان بطريقة غير رحيمة أو باستخدام طرق الموت البطيء أو إحداث ألم شديد له بدون مبرر أو بدون سبب معقول.

٧- عرض أو بيع أو الإتجار بأي حيوان مريض أو مصاب أو في حالة جسمانية هزيلة.

٨- تخلى صاحب الحيوان عنه أو تركه بدون رعاية لفترة طويلة غير محددة إلا إذا كان لديه عذر مقبول ومصرح له من قبل الإدارة أو السلطة المختصة<sup>(١)</sup>.

أول ما يلتفت النظر في النص السابق أن المشرع الإماراتي ذكر أن هذه الحالات تقع من صاحب الحيوان، مفاد ذلك أن النص لا ينطبق على هذه الحالات إذا وقعت من شخص ليس مالكا للحيوان، أي ليس صاحب له كما عبرت المادة السابقة، كما نلاحظ أن المشرع الإماراتي قد تناول أغلب الحالات التي ورد النص عليها في القرار الوزاري المصري سالف الذكر، مع ملاحظة أنه – أي المشرع الإماراتي- قد أضاف حالة التعدي على الحيوان، بما في ذلك التعدي الجنسي، يدل ذلك على إدراك المشرع الإماراتي لخطورة

(١) المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية لقانون الرفق بالحيوان.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

هذا الفعل على الأخلاق والقيم في المجتمع، هذا ما يدفعنا إلى دراسة هذه الجريمة بشكل تفصيلي فيما بعد.

كما يمكن القول بأن كافة الحالات التي ورد النص عليها في القرار الوزاري المصري أو في اللائحة التنفيذية للقانون الاماراتي تندرج تحت الصور الثلاث السابقة للفعل الإجرامي وهي الإرهاق، والتعذيب، وإساءة معاملة الحيوان، كما يلاحظ أن كلا المشرعين قد انتهجا منهج الشريعة الإسلامية في الرفق بالحيوان، فقد عرضنا آنفاً أنها - أي الشريعة الإسلامية- حرصت على حماية الحيوان من كل أوجه وأشكال التعذيب، وسوء المعاملة، والإهمال، وتحميل الحيوان ما لا يطيق من العمل.

#### (ب) النتيجة الإجرامية:

من استعراض صور السابقة للفعل الإجرامي يمكن القول أن الجريمة محل الدراسة تعد من الجرائم التي يتطلب القانون لقيامها تحقق نتيجة معينة يسعى إليها الجاني، تختلف باختلاف صورة الفعل المجرم، ومع ذلك يمكن حصرها في إلحاق الأذى بالحيوان، من ذلك: إذا باشر الجاني فعل الضرب فينبغي أن يلحق الحيوان أذى جراء الفعل، يتمثل ذلك في وجود آثار للضرب، خاصة وأن المشرع - لاسيما القطري والعراقي- قد اشترط أن يكون الضرب بقسوة، للدلالة على درجة الإيلام أو الأذى التي تلحق بالحيوان، نفس الأمر ينطبق على فعل تعذيب الحيوان، حيث يتطلب ذلك إصابة الحيوان بألم جسدي لا مبرر له، سواء اتخذ صورة حرق الحيوان أو كي جسده بالنار، أو حجزه في مكان دون شراب أو طعام، أو تغطيسه في الماء، إلى آخره، ولا

يختلف الحال بالنسبة لصورة إساءة المعاملة للحيوان، حيث تتطلب تحقق نتيجة معينة تتمثل في إلحاق الأذى بالحيوان، أو إيلامه بدون مبرر، من ذلك: جر الحيوان بعنف من أذنه، أو أرجله، أو ذيله إلى محبسه أو إلى المجزر، وقد يأخذ صورة التخلي عن الحيوان بلا مأوى أو رعاية، أو صورة الإهمال في غذاء الحيوان أو علاجه.

هل يتصور الشروع في جريمة القسوة على الحيوان؟

يمكن الإجابة بإمكانية تصور الشروع في هذه الجريمة، سواء في صور الإرهاق، أو التعذيب، أو إساءة المعاملة، كما لو أعد الجاني الأداة المستخدمة في تعذيب الحيوان ولكن يتدخل شخص ما فيمنعه من ذلك، ولكن بالرغم من تصور الشروع في هذه الجريمة إلا أننا نلاحظ أن كافة القوانين التي عاقبت على أفعال القسوة ضد الحيوان لم تتناول بالنص العقاب على الشروع فيها، والقاعدة العامة فيما يخص الشروع في الجرح أنه غير معاقب عليه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

ثالثاً - الركن المعنوي:

حددت بعض التشريعات صراحة صورة الركن المعنوي في جريمة القسوة على الحيوان، حيث تطلب توفر العمد لدى الجاني، من ذلك: القانون الجنائي السوداني ١٩٩١م في المادة (٨٧) سالفه الذكر، بينما يختلف موقف التشريعات الأخرى (الإماراتي، القطري، والعراقي) حيث لم يحدد كل منها صورة الركن المعنوي في الجريمة، قد يفسر ذلك بأن فعل الجاني سواء في صورة الإرهاق، أو التعذيب، أو إساءة المعاملة لا يتصور وقوع إي منها

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

بالخطأ، بل تفترض وقوعها عمداً، ولكن تتضح ثمة مشكلة بالنسبة للقانون الإماراتي وكذلك القطري، حيث تنص المادة (٤٣) ع. اتحادي بقولها: "يسأل الجاني عن الجريمة سواء ارتكبها عمداً أم خطأ ما لم يشترط القانون العمد صراحة" يقابلها نص الفقرة الرابعة من المادة (٣٢) ع. قطري، التي جاءت بنفس الصياغة<sup>(١)</sup>، مفاد ذلك أنه يمكن مساءلة الجاني عن جريمة القسوة على الحيوان في صورتَي العمد والخطأ، طالما أن المشرع الإماراتي ونظيره القطري لم يشترط العمد صراحة في نص المادة (٤٣٢ إماراتي) والمادة (٣٩٥ قطري) سالفنا الذكر.

وبالنسبة للقوانين الأمريكية، نجد قانون ولاية New York يشترط لإدانة الشخص بجناية القسوة المشددة توفر قصد إلحاق الأذى البدني الجسيم بالحيوان، إلا أن بعض الفقه<sup>(٢)</sup> يشير إلى ثمة مشكلة تتعلق بإثبات القصد في هذه الحالة، عندما يكون الضرر بالحيوان متوقفاً، وعندما يكون الدافع الأساسي للسلوك الإنساني - في غالب الأحوال - ليس بغرض إلحاق الضرر بحيوان معين، ولكن في حالات معينة يكون إثبات القصد سهلاً ميسوراً، حيث تكون نية الإضرار بالحيوان واضحة تماماً، من ذلك: في قضية **People v. Degiorgio** حيث قام المتهم بالتقاط كلب عجوز (يبلغ ١٢ سنة) من رقبتة، وددق رأسه في الباب، ثم رمى الكلب على الدرج على أرضية

(١) جاء بنصها "يسأل الجاني عن الجريمة سواء ارتكبها عمداً أم خطأ، ما لم يشترط القانون العمد صراحة".

(٢) Stephen Iannacone, op. cit., P: 756.)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



إسمنتية، وركلها بشكل مستمر، رأت المحكمة العليا بولاية New York - دائرة الاستئناف - أن فعل المتهم يندرج تحت حكم القسم (a 353)، لأن سلوكه يفضح نيته على ارتكاب القسوة ضد الحيوان<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني

### العقوبة المقررة للجريمة

اختلفت سياسة التشريعات السابقة في العقاب على جريمة القسوة على الحيوان، حيث جعلها البعض جنحة معاقب عليها بالحبس والغرامة، بينما جعلها البعض الآخر مخالفة معاقب عليها بالغرامة فقط، من الطائفة الأولى نجد قانون العقوبات العراقي الذي عاقب عليها بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة شهور أو بالغرامة التي لا تزيد على ثلاثين دينار، في نفس السياق عاقب عليها قانون العقوبات القطري بالحبس مدة لا تجاوز شهرين والغرامة التي لا تزيد على ألف ريال أو إحدى العقوبتين، في حين نجد من الطائفة الثانية قانون العقوبات الإماراتي الذي عليها بالغرامة فقط، والتي لا تزيد على ألف درهم، في نفس السياق يعاقب عليها القانون الجنائي السوداني بالغرامة فقط.

وبالنسبة للعقوبة المقررة للجريمة في التشريعات الخاصة نجد قانون الزراعة المصري، عاقب عليها بالغرامة فقط، والتي لا تزيد على عشرة جنيهات، وقد أشرنا من قبل إلى عدم جدوى هذه العقوبة التافهة، كما عاقب عليها المشرع الإماراتي في قانون الرفق بالحيوان بالغرامة التي لا تجاوز

(١) People v. Degiorgio, 827 N.Y.S.2d 342 (App. Div. 2007).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

عشرين ألف درهم، مفاد ذلك أن المشرع الإماراتي قد رفع الجريمة من المخالفة بموجب قانون العقوبات إلى الجنحة بموجب قانون الرفق بالحيوان، هذا مع ملاحظة أن إحدى الحالات التي أوردتها اللائحة التنفيذية لقانون الرفق بالحيوان كصور لاستعمال القسوة مع الحيوان، وهي حالة التعدي على الحيوان بما في ذلك التعدي الجنسي، هذه الحالة قد عاقب عليها المشرع الإماراتي بنص خاص، وقرر لها عقوبة خاصة جاعلا منها جريمة خاصة، وهي جريمة التعدي الجنسي على الحيوان، وعقوبتها الحبس الذي لا يقل عن شهر وبالغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف درهم، مفاد ذلك أن المشرع الإماراتي عالج فعل التعدي الجنسي الواقع على الحيوان بوصفين جنائيين الأول: جريمة التعدي الجنسي على الحيوان، والثاني: جريمة القسوة على الحيوان، ومن ثم نكون بصدد تعدد معنوي للجرائم<sup>(١)</sup>، إذ تقوم بفعل واحد من الجاني جريمتين، والعبرة بالجريمة ذات العقوبة الأشد، وهي الجريمة الأولى. وبالنسبة للقوانين الأمريكية، نجد قانون ولاية New York يقرر عقوبة السجن مدة لا تزيد على سنتين، باعتبار جريمة القسوة على الحيوان جنائية من التصنيف (E)<sup>(٢)</sup>، بيد أن بعض الفقه<sup>(٣)</sup> ينتقد هذه العقوبة، ويرى

---

(١) يقصد به "ارتكاب الجاني فعل إجرامي واحد ينطبق عليه أكثر من نص قانوني، وتقوم به أكثر من جريمة" راجع: د/ شريف سيد كامل، شرح قانون العقوبات الاتحادي، القسم العام، مرجع سابق، رقم ٤٢٩، ص ٤٣٧.

See § 353-a(3); see also N.Y. PENAL LAW § 55.10(1) (b) <sup>(٢)</sup> (McKinney 1978).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

أنها قد تكون غير كافية لمنع الاعتداءات العمدية التي تقع على الحيوان مستقبلاً، خاصة وأن بعض القائمين على نظام الإفراج الشرطي يعتبرون القسوة على الحيوان كجريمة اعتداء بسيطة، بالمقارنة بغيرها من جرائم الاعتداء الأخرى، لذلك يفرجون عن الجناة المدانين في جرائم القسوة على الحيوان إفراجاً مبكراً، كما أنه بعد الإفراج يتم إعادة الحيوانات إلى أصحابها الذين اعتدوا عليهم<sup>(٢)</sup>.

وقد تطلب المشرع في بعض الولايات الأمريكية إخضاع المحكوم عليه في هذه الجريمة إلى العلاج النفسي والتأهيل على ضبط النفس حال الغضب<sup>(٣)</sup>، كما اتجهت ولاية Illinois إلى تشديد العقوبة المقررة للقسوة العمدية على الحيوان، فقررت عقوبة السجن من سنة إلى خمس سنوات، والغرامة التي تصل إلى ٢٥,٠٠٠ دولار<sup>(٤)</sup>، كذلك فعلت ولاية Michigan

---

<sup>١</sup> Stephen Iannacone, op. cit., P: 763.)

<sup>٢</sup> See, e.g., N.Y. AGRIC. & MKTS. LAW § 353-b (Consol. )  
2003).

<sup>٣</sup> 510 ILL. COMP. STAT. ANN. 70/3.02 (West 2009); ME. REV. )  
STAT. ANN. tit. 7, § 4016 (2007); MICH. COMP. LAWS ANN. §  
712A.18 (West 2005)

<sup>٤</sup> See: 510 ILL. COMP. STAT. ANN. 70/3.02 (West 2009).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

حيث جعلت العقوبة السجن الذي لا يزيد على أربع سنوات، والغرامة لا تزيد عن ٢٠,٠٠٠ دولار، مع الإلزام بالخدمة المجتمعية<sup>(١)</sup>.

الاعفاءات من جنائية القسوة على الحيوان في القوانين الأمريكية:

معظم الولايات الأمريكية أوردت إعفاءات على قوانينها التي تعاقب على القسوة على الحيوان كجنائية *as a Felony*، تشمل معظم هذه الاعفاءات استخدام الحيوانات في البحث العلمي، والممارسات البيطرية، وممارسات التربية والزراعة، والصيد، وقد ذكرنا من قبل أن قانون ولاية New York الذي يعاقب على جنائية القسوة ضد الحيوان لا ينطبق على حيوانات المزرعة، بما يشمل الدواجن، الأغنام، الأبقار، الخنازير، والخيول، وغيرها<sup>(٢)</sup>، علاوة على ذلك، لا ينطبق على كل حيوان يعمل بشكل قانوني في الصيد، والمحاصرة، وصيد الأسماك، كما لا يشمل إرسال الحيوانات المسعورة أو المريضة التي تخضع لاختبارات علمية، أو تجارب بشكل صحيح<sup>(٣)</sup>، بينما نجد القانون ينطبق على الأشخاص الذين يرتكبون القسوة المشددة على الحيوان بدون غرض مبرر<sup>(٤)</sup>.

وتبدو المشكلة في أن هذه الأنواع من الاعفاءات تؤدي إلى حماية المعتدي وليس المعتدى عليه، أي تحمي الشخص الذي يمارس أفعال

---

See: MICH. COMP. LAWS ANN. § 750.50b (West 2005).<sup>١</sup>

See N.Y. AGRIC. & MKTS. LAW § 353-a(1) (Consol. 1999);<sup>٢</sup>

see also § 350(4)-(5).

91. § 353-a(2).<sup>٣</sup>

92. § 353-a(1).<sup>٤</sup>

القسوة، أكثر ما تحمي الحيوان، محل القسوة، كما تتيح هذه الاعفاءات للعديد من الجناة سبل الإفلات من العقاب، كما يبدو أن هناك تناقض، حيث يسمح بنية قتل الأسماك للاستخدام في الطعام بشكل منتظم، بينما يعتبر سحق سمكة ذهبية من صبي صغير جنائية، ونرى أن النتيجة في كل من الموقفين واحدة، ولكن تختلف المعالجة القانونية بموجب قانون ولاية New York<sup>(١)</sup>.

ما يمكن قوله بعد استعراض موقف التشريعات المختلفة من عقوبة جريمة القسوة على الحيوان، سواء أكان في صورة إرهابه، أو تعذيبه، أو إساءة معاملته بتحميله ما لا يطيق، يمكن القول أن هذه التشريعات قد أهدرت حق الحيوان في صيانة جسمه من المساس به بدون مبرر أو منفعة، هذا مقارنة بالشريعة الإسلامية التي تعاملت مع تعذيب الحيوان كأحد الأفعال التي تؤدي بصاحبها إلى النار.

كما أنها - أي الشريعة الإسلامية - عاقبت على اتخاذ الحيوان غرضاً أو هدفاً للرمي والصيد، فقد صح عن النبي (صلى الله عليه وسلم) أنه نهى عن أن يقتل شيء من الدواب صبراً، وفقد روى عنه (صلى الله عليه وسلم) ابن عباس (رضي الله عنهما) أنه قال: "لا تتخذوا شيئاً فيه الروح غرضاً" زاد ابن عمر (رضي الله عنهما) أن النبي (صلى الله عليه وسلم) لعن من فعل هذا" والنهي للتحريم - كما عرضنا فيما سبق - والعقوبة هي اللعنة من الله، ننتهي إلى ما قاله بعض الفقهاء "إن الإسلام بالغ في

---

See: Stephen Iannacone, op. cit., P: 763.)<sup>١</sup>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الاهتمام بأمر الحيوان والرفق به، إلى الدرجة التي علق دخول الجنة على الرفق به، وتوعد بالنار من آذاه<sup>(١)</sup>، وغد فاعله ملعوناً على لسان الرسول (صلى الله عليه وسلم)<sup>(٢)</sup>، فماذا بعد جزاء الجنة في بالرفق الحيوان؟ وماذا بعد جزاء النار واللعنة في تعذيبه؟

---

(١) فقد روى عنه (صلى الله عليه وسلم) أنه قال : "دخلت امرأة النار في هرة حبستها، لا هي أطعمتها ولا أرسلتها تأكل من خشاش الأرض" أي هوامها، والواجب علفها وسقيها، حتى تصل إلى أول الشبع والري. أنظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، للرملي، المرجع السابق، ص ٢٤١.

(٢) انظر: د/ على يوسف المحمدي، مرجع سابق، ص ٢١٦.  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

### المطلب الثالث

جريمة التعدي الجنسي على الحيوان  
يعد فعل التعدي الجنسي<sup>(١)</sup> على الحيوان من الأفعال التي تنفرها  
القطرة السوية، والخلق الحميد، وقد بلغ من الانتشار في المجتمعات الغربية  
مبلغاً وصل به إلى حد الظاهرة<sup>(٢)</sup>، التي تستحق الدراسة، من كافة النواحي  
الاجتماعية والنفسية والاخلاقية والدينية والقانونية، وفي مجال البحث سوف  
نركز على الناحيتين الدينية والقانونية، ومن ثم نعرض لموقف الشريعة  
الاسلامية الغراء من فعل التعدي الجنسي على الحيوان، والذي اصطلح على  
تسميته بإتيان البهائم، ثم نعرض لموقف التشريعات الجنائية الوضعية، مع  
قصر الدراسة على القانون الاماراتي في شأن الرفق بالحيوان، وقوانين بعض  
الولايات الأمريكية<sup>(٣)</sup>.

### الفرع الأول

This crime often referred to as bestiality, zoophilia, zoerasty, or )<sup>١</sup>  
sodomy.

<sup>(٢)</sup> فقد أشار البعض إلى أن ممارسة الجنس مع الحيوان، أو ما يعرف بـ البهيمية انتشر بشكل  
رفع درجة الانذار في مختلف دول العالم، حتى وصل إلى غرب أفريقيا في نيجيريا.

MOGBOT (T.C) "Animal Cruelty: A Review" op. cit., P: 96.

<sup>(٣)</sup> يشير بعض الفقه الأمريكي إلى أنه على مدى العقود القليلة الماضية ألغت بعض قوانين  
الولايات الأمريكية تجريم الاتصال الجنسي مع الحيوانات، من خلال اجراءات تشريعية أو قرارات  
قضائية، بشكل غير مقصود، ما لم تتضمن هذه القوانين جريمة القسوة على الحيوان، والتعرض  
غير اللائق.

Randall Lockwood, "Animal Cruelty Prosecution" op. cit., P:23.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

## تحريم إتيان البهائم في الشريعة الإسلامية

حرصت الشريعة الإسلامية على تزكية النفس البشرية، والبعد بها عن كل ما يخالف الفطرة السوية، وذلك بالعمل على كبح جماعها في السعي وراء إشباع الغرائز الشهوانية، يتجلى ذلك في تحريم إتيان البهائم، وتغليظ العقوبة لفاعله، فقد روى عن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أنه قال: "من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة"<sup>(١)</sup> وإن أجمع الفقه الإسلامي على تحريم ذلك إلا أنه اختلفوا في وصف الفعل، من حيث كونه زنا أم لا، وبالتالي اختلفوا في العقوبة المقررة، من حيث كونها حداً أم تعزيراً، وقد يأخذ وطء الحيوانات إحدى صورتين: الأولى أن يقع فعل الوطء على الحيوان، والثانية أن يقع فعل الوطء من حيوان، كما لو مكنت امرأة حيواناً من نفسها<sup>(٢)</sup>.

أولاً- وطء البهيمة لا يعد زناً ومعاقب عليه  
تعزيراً:

ذكر ابن قدامة رواية عن أحمد في الذي أتى البهيمة، فروي عنه أنه يعزر، ولا حد عليه، وجه ذلك أنه لم يصح فيه نص، ولا يمكن قياسه على الوطء في فرج الآدمي؛ لأن البهيمة لا حرمة لها، وليس فرجها بمقصود

(١) ابن قدامة، مرجع سابق، كتاب الحدود، ص ٢١٩٩.

(٢) د/ أشرف توفيق شمس الدين "الحماية الجنائية للحق في صيانة العرض في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي" دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٥، رقم ١٥٤، ص ٢٢٧.



لوطء الآدمي، حتى يحتاج في الزجر إلى الحد، فإن النفوس تعافه، وعامتها تنفر منه، فبقى على الأصل في انتفاء الحد. كما ذكر قول الخرقى: أدب وأحسن أدبه، يعني يعزر، ويبالغ في تعزيره؛ لأنه وطء فرج محرم لا شبهة له فيه، لم يوجب الحد، فأوجب التعزير، كوطء الميتة<sup>(١)</sup>، كما ذكر الشوكاني أنه روى الترمذي (١٤٥٥) وأبو داود (٤٤٦٥) من حديث عاصم عن أبي زرير عن ابن عباس أنه قال: من أتى بهيمة فلا حد عليه، وذكر أنه أصح<sup>(٢)</sup>.

كما ذكر ابن قدامة أن البهيمة تقتل، سواء أكانت البهيمة مملوكة لمن أتاها أو غير مملوكة له، أو كانت مملوكة لغيره، سواء أكانت مأكولة أو غير مأكولة، وقد قيل في علة قتلها لئلا يعير الفاعل ويذكر برؤيتها، وقيل لئلا تلد خلقاً مشوهاً، وقيل لئلا تؤكل<sup>(٣)</sup>.

وقال ابن حزم: "ثم نظرنا في القول الذي لم يتبقى غيره - وهو أن عليه التعزير - فوجدناه صحيحاً؛ لأنه قد أتى منكرًا، ولا خلاف بين أحد من الأمة أنه لا يحل أن تؤتى البهيمة أصلاً، ففاعل ذلك فاعل منكر، وقد أمر رسول الله (صلى الله عليه وسلم) بتغيير المنكر باليد، فعليه التعزير"<sup>(٤)</sup>. ويشير البعض إلى أن حديث قتل الفاعل والبهيمة هو حديث غير صحيح في

(١) ابن قدامة، الموضع السابق.

(٢) الشوكاني، المرجع السابق، كتاب الحدود، ص ١٤١٠.

(٣) المرجع السابق في ذات الموضع.

(٤) ابن حزم الظاهري "المحلّى" ج ١١، الطباعة المنيرية، القاهرة، ص ٣٨٨.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الإسناد، كما يتعارض مع ما هو ثابت عن النبي (صلى الله عليه وسلم) من النهي عن قتل الحيوان إلا لمأكله<sup>(١)</sup>. هذا ويؤيد جانب من الفقه الجنائي القول بأن فعل الواطئ لا يعتبر زنا، ويعاقب عليه تعزيراً؛ لأنه لا يمكن قياس الوطء في الفرج الآدمي محل الاشتهَاء، على وطء البهيمة، ليس محل الاشتهَاء، وتعافه النفس السوية، كما أنه فعل لا يخشى منه على الأنساب، مثل وطء الآدمي<sup>(٢)</sup>.

ثانياً - وطء البهيمة زنا معاقب عليه بالحد: يرى بعض الشافعية أن وطء البهيمة يعتبر زناً قياساً على إتيان الرجل المرأة، ويجعلون عقوبة المحصن الرجم، وعقوبة غير المحصن الجلد والتغريب، وفي رواية ثانية عن أحمد أن حكمه حكم اللائط سواء، أخرج البيهقي عن جابر بن زيد أنه قال: من أتى بهيمة أقيم عليه الحد، وأخرج عن الحسن بن علي (رضي الله عنهما) أنه قال "إن كان محصناً رجم، وروي عن الحسن البصري أنه قال: هو بمنزلة الزاني، قال الحاكم: أرى أن يجلد، ولا يبلغ به الحد<sup>(٣)</sup>، وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن يقتل هو والبهيمة، لقوله (صلى الله عليه وسلم) "من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوهام معه" (رواه أبو

(١) نيل الأوطار للشوكاني، الموضوع السابق، المعنى لابن قدامه، الموضوع السابق.

(٢) انظر: د/ أشرف توفيق شمس الدين، المرجع السابق، ص ٢٢٩، د/ هلال عبد اللاه أحمد "الحماية الجنائية للأخلاق من ظاهرة الانحراف الجنسي" دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ٣٨٨.

(٣) الشوكاني، الموضوع السابق.

داود (٤٤٦٤) وهو قول الشافعي أن البهيمة تقتل، سواء أكانت مملوكة له أو لغيره، سواء أكانت مأكولة أو غير مأكولة<sup>(١)</sup>، وفي قول ثان للشافعي إن كانت مأكولة ذبحت، وإلا لم تقتل؛ لأن النبي (صلى الله عليه وسلم) نهى عن ذبح الحيوان لغير مأكله<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الثاني

تجريم التعدي الجنسي على الحيوان في القانون الوضعي

بالرغم من أن بعض التشريعات التي عاقبت على أفعال القسوة على الحيوان، ومنها القانون الاماراتي في شأن الرفق بالحيوان، قد اعتبرت التعدي الجنسي من قبيل أفعال القسوة، إلا أن البعض الآخر قد عاقب عليها بوصفها جريمة مستقلة، ومن ذلك: قانون ولاية Illinois الأمريكية<sup>(٣)</sup>، ومن ثم نعرض لهذه الجريمة في مطلب مستقل، إيماناً منا بخطورتها على القيم والاخلاق والفطرة السوية.

<sup>(١)</sup> ابن قدامة الموضوع السابق.

<sup>(٢)</sup> الموضوع السابق.

The Criminal Code (Chapter 720 of the Illinois Compiled Statutes )<sup>٣</sup>  
[hereinafter ILCS].and the Humane Care for Animals Act. (510 ILCS  
70/1 et seq.)

See: ASPCA "Animal Cruelty: The Law in Illinois" Rev. 3 – December  
2007, available at:

[https://www.yumpu.com/en/document/fullscreen/17582037/animal-cruelty-the-law-in-illinois-center-for-public-safety-and-](https://www.yumpu.com/en/document/fullscreen/17582037/animal-cruelty-the-law-in-illinois-center-for-public-safety-and)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

نصت المادة (١٠) من قانون الرفق بالحيوان<sup>(١)</sup>، على أنه: "يحظر القيام بأي من الأفعال التالية: ١- التعدي الجنسي على الحيوان". كما أورد المشرع الإماراتي جزءاً جنائياً جراً مخالفاً هذا الحظر، نصت عليه المادة (١٤) من ذات القانون بقولها: "١- يعاقب بالحبس الذي لا يقل عن شهر وبالغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف درهم كل من تعدى جنسياً على الحيوان".

من النص السابق يتبين أن المشرع الإماراتي قد جعل من التعدي الجنسي على الحيوان جريمة، وبذلك يكون أول المشرعين العرب الذي أبدى اهتماماً واضحاً بحماية الحيوان من التعدي الجنسي، ذلك الفعل الذي كان ومازال محل صمت من المشرع المصري، بخلاف الحال في قوانين بعض الولايات الأمريكية التي أبدت اهتماماً واضحاً بتجريم أفعال الاتصال الجنسي بالحيوان، كما سبقت إلى ذلك الشريعة الإسلامية. جدير بالذكر أن بعض الفقه الجنائي<sup>(٢)</sup> قد تساؤل عن علة تجريم فعل الاتصال الجنسي بالحيوان، هل قصد المشرع بتجريمه صيانة المجتمع من المضار الناجمة عنه، أم قصد حماية الحيوان فحسب؟ ونعتقد أن علة التجريم تتمثل في إيمان المشرع

---

(١) القانون الاتحادي رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٧م في شأن الرفق بالحيوان، ولائحته التنفيذية الصادرة بالقرار الوزاري رقم (٣٨٤) لسنة ٢٠٠٨م.

(٢) كان هذا التساؤل في شأن خطة القانون الإنجليزي في تجريم الاتصال الجنسي الشاذ مع الحيوانات وغيره من صور الاتصال الشاذ مثل الواقعة من الخلف للرجل والمرأة. انظر: د/ أشرف

توفيق شمس الدين، مرجع سابق، رقم ٣٧٩، ص ٦٤

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الإماراتي بخطورة هذا الفعل على الأخلاق السوية، التي تنفر من ذلك الفعل، لاسيما وأنه قد بلغ مبلغه من الانتشار لاسيما في المجتمع الأمريكي خصوصاً<sup>(١)</sup>، التي أطلقت العنان للحرية الجنسية، ما وصل بها إلى إفساد

(١) فقد أشارت إحصائية أجريت في المجتمع الأمريكي عام ١٩٤٨م، وحدثت عام ١٩٧٥م، أن حوالي (٨%) من إجمالي الذكور من سكان الولايات المتحدة الأمريكية، بواقع (١ من ١٢ أو ١٤ ذكر) كانت لديهم خبرات في الاتصال الجنسي مع حيوانات من مختلفة الأنواع، وبلغت النسبة (٤%) من إجمالي الصبية الذكور من سكان الولايات المتحدة، وقد ارتكبوا الاتصال الجنسي مع حيوانات أثناء زيارتهم للمزرعة، بينما تبلغ النسبة (١٧%) بين صبية المزارع، كانت لديهم خبرة في الاتصال الجنسي التي تصل إلى حد النشوة مع حيوانات، بينما كانت النسبة ما بين (٤٠%) و (٥٠%) من الصبية كانت لديهم خبرة في الاتصال الجنسي مع حيوانات سواء وصلوا إلى النشوة أم لا.

كما أجريت إحصائية عن انتشار هذه الممارسات بين طلبة التعليم على اختلاف مراحلها، انتهت إلى أن حوالي من (١٤%) إلى (١٦%) من طلبة المرحلة الابتدائية، وحوالي (٢٠%) من طلبة المرحلة الثانوية، وحوالي من (٢٦%) إلى (٢٨%) من طلبة المرحلة الجامعية، كانت لديهم خبرة في الاتصال الجنسي الذي يصل إلى حد النشوة، وأكدت الإحصائية أن حوالي نصف النسبة السابقة كانت لديهم خبرة في الاتصال الجنسي مع حيوانات.

See: ALFRE C. KINSEY & WARDELL B. POMEROY and CLYDE E.

MARTIN "SEXUAL BEHAVIOR IN THE HUMAN MALE" first edition

1948, published by: W. B. Saunders Company, second edition 1975,

published by: Indiana University Press, USA, P: 670-671.

يشير البعض إلى أهمية هذه الإحصائية نظراً لأن جريمة الاتصال الجنسي مع الحيوان تتم في سرية تامة، كما أن الضحية - أي الحيوان - يستحيل أن يبلغ عن الجريمة، من ثم يصعب التوصل إلى إحصائيات كافية عن حجم التعدي الجنسي على الحيوان.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الخلق الحميد، والفطرة السوية، ومن ثم يكون المشرع الإماراتي قد أحسن صنعاً بالنص على تجريم فعل التعدي جنسياً على الحيوان، هذا بالإضافة إلى حماية الحيوان من المساس به في غير ما أراد الله تعالى، حيث خلق سبحانه -جل في علاه- الحيوانات وجعلها في خدمة الإنسان، سواء في الأكل، أو الركوب، أو الحمل، أو الزينة، أو الحراسة، وجعل التكاثر فيها بالتزاوج فيما بينها، ودب في جسدها غريزة جنسية ليس لها هدف إلا التكاثر والتزاوج، ومن ثم يكون فعل التعدي الجنسي عليها مخالفة لسنة الله تعالى في خلقه.

أولاً- أركان الجريمة :  
أ) محل الجريمة:

جدير بالذكر أن المشرع الإماراتي لم يحدد طبيعة الحيوان الواقع عليه فعل التعدي الجنسي، هذا وقد عدد المشرع أنواع الحيوانات التي تنطبق عليها أحكام القانون الاتحادي في شأن الرفق بالحيوان في المادة الأولى منه، وتشمل: الطيور، والزواحف، والبرمائيات، والأسماك، والثدييات، والحيوانات البرية الضالة والحبيسة، وبالنسبة للقوانين الأمريكية، عرفه قانون ولاية Illinois بأنه كل كائن، سواء كان حياً أو ميتاً، غير الكائن البشري<sup>(١)</sup>، إلا أننا نعتقد أن فعل التعدي الجنسي لا يتصور وقوعه على

---

See: Study about "ANIMAL SEXUAL ABUSE: FACT SHEET" available on: <http://www.vactf.org/pdfs/bestiality-factsheet.pdf>

Humane Care of Animals Act: 510 ILCS 70/3. Sec. 12-35(i).<sup>١</sup>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

كافة الأنواع السابقة، وإنما يمكن تصوره مع الثدييات سواء من الحيوانات المنزلية الأليفة أو الضالة، دون غير ذلك من أنواع الحيوانات، مثل الطيور والزواحف والأسماك والبرمائيات.

(ب) الركن المادي: يتكون من ثلاث عناصر، هي:  
١- فعل التعدي الجنسي:

حدد المشرع الإماراتي مفهوم التعدي الجنسي بأنه: أي استخدام غير شرعي للحيوان من قبل الإنسان للأغراض الجنسية<sup>(١)</sup>، ومن ثم يقع التعدي بكل فعل يرتكبه الجاني بغرض جنسي، سواء أكان في صورة واقعة الحيوان بإيلاج العضو الذكري في فرجه، أو بإيلاج أي شيء آخر، أو كان في صورة تمكين الحيوان من واقعة الجاني، كما لو مكنت امرأة حيواناً مدرباً مثل القرد، أو الكلب، أو الحصان، أو غيره على وطنها، وقد يأخذ التعدي صورة أفعال العبث بأعضاء الحيوان سواء ذكراً كان أو أنثى، وسواء حدث ذلك باليد أو بالفم<sup>(٢)</sup>. يقترب ذلك مما ذكرته دراسة عن الاعتداء الجنسي على

---

(١) المادة الأولى من اللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٧م في شأن الرفق بالحيوان، والصادرة بالقرار الوزاري رقم (٣٨٤) لسنة ٢٠٠٨م.  
(٢) يؤكد ذلك ما ذكره بعض الفقه الأمريكي أن الاستمناة للحيوان قد يتم بواسطة الانسان، وهو موضوع متكرر مثل الجماع الجنسي الكامل معه، هذا الاستمناة قد يحدث لحيوان ذكر أو أنثى، ولكنه أكثر شيوعاً مع الحيوان الذكر، خاصة الذكر من الكلاب، كما أن هذا الفعل ينتشر بين مجموعات الصبية الذكور، ويلاحظ أن الصبي إذا كان وحده، ربما يمارس الاستمناة لنفسه، أثناء استمناة الحيوان، حيث يعد ذلك محفزاً جنسياً له.

الحيوان، مشيرة إلى أن هذه الجريمة يعبر عنها بفكرة التحرش الجنسي بالحيوان، ويشمل مجالا واسعا من السلوكيات مثل: الإيلاج في الفرج أو الشرج أو الفم، كما يشمل العبث أو الملاطفة التي تتم بالاتصال بالفم أو بالأعضاء التناسلية، وأخيرا يشمل ايلاج شيء ما في أعضاء الحيوان، وأضافت الدراسة أفعال القتل أو الإصابة التي تقع على الحيوان بغرض إشباع متعة جنسية<sup>(١)</sup>.

ونعتقد أن المشرع الإماراتي قد أحسن صنعا باستخدام لفظ (التعدي) ولم يستخدم لفظ (الوطء) حيث يكون الأول أكثر تعبيرا ودلالة على مقصد المشرع في تجريم كل صور المساس الجنسي بالحيوان، حتى لو لم تصل إلى درجة الوطء الكامل للحيوان، كما أن لفظ التعدي ينصرف إلى كل فعل يقع من الإنسان على الحيوان أو منه على الإنسان، سواء أكان الحيوان مدربا على ذلك الفعل أي معتادا عليه، أو كان الحيوان غير مدرب، ولم يسبق له أن تعرض لهذا الفعل من الإنسان، كما لو قام الجاني بإيلاج عضوه الذكري في فرج الحيوان بالقوة.

ونلاحظ أن المشرع في ولاية Illinois كان أكثر وضوحا من المشرع الإماراتي في بيان صور الفعل الإجرامي، حيث ميز بين السلوك الجنسي

---

See: ALFRE C. KINSEY & WARDELL B. POMEROY and CLYDE E.

MARTIN, op. cit., P:675.

See Study about "ANIMAL SEXUAL ABUSE: FACT SHEET" )'

available at: <http://www.vactf.org/pdfs/bestiality-factsheet.pdf>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



**Sexual Conduct** والاتصال الجنسي **Sexual Contact**، حيث عرف الأول بأنه: كل ملامسة أو مداعبة من شخص، سواء بشكل مباشر أو على الملابس، بالأعضاء الجنسية أو شرح الحيوان، أو نقل أو انتقال السائل المنوي من شخص على أي جزء من جسم الحيوان، لغرض إشباع متعة أو إثارة جنسية لشخص، بينما عرف الاتصال الجنسي بأنه: أي اتصال، مهما كان طفيفاً، بين عضو جنسي أو شرح شخص، وعضو جنسي أو فم أو شرح حيوان أو أي إيلاج، مهما كان طفيفاً، من أي جزء في جسم شخص إلى عضو جنسي أو شرح حيوان، لغرض متعة أو إثارة جنسية لشخص<sup>(١)</sup>.

تجدر الإشارة إلى قانون ولاية Illinois تناول بالتجريم أفعال التحريض أو المساعدة على المشاركة في أي سلوك جنسي أو اتصال جنسي مع حيوان، كما تناول بالتجريم فعل السماح بأي سلوك جنسي أو اتصال جنسي مع حيوان يتم في منشأة تابعة للشخص أو تخضع لسيطرته، وأخيراً جرم التشجيع على ارتكاب هذه الأفعال لأغراض التجارة أو الترفيه<sup>(٢)</sup>، في حين نجد المشرع الإماراتي يترك العقاب على المشاركة في هذه الجريمة للقواعد العامة للمشاركة الإجرامية المنصوص عليها في قانون العقوبات الاتحادي<sup>(٣)</sup>.

## ٢- النتيجة الإجرامية:

<sup>(١)</sup> Humane Care for Animals Act(2003): 510 ILCS 70/3. Sec. 12-35(i).

<sup>(٢)</sup> 720 ILCS 5/12-35(b,c,d) (2003).

<sup>(٣)</sup> المادتان (٤٤ ، ٤٥) من قانون العقوبات الاتحادي رقم (٣) لسنة ١٩٨٧م.  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ذكرنا أن المشرع الإماراتي استخدم لفظ التعدي الجنسي على الحيوان، ولم يستخدم لفظ وطء الحيوان، ومفاد ذلك أن الجريمة محل الدراسة تقع تامة بمجرد أفعال المساس الجنسي بالحيوان، سواء أخذت صورة الإيلاج التام، أو وقفت عند حد العبث بأعضاء الحيوان، أو تمكنه من العبث بأعضاء الجاني، رجل كان أم امرأة، ومن ثم لا يشترط لقيام الجريمة في القانون الإماراتي حدوث الوطء التام، ونعتقد أن مسلك المشرع في ولاية Illinois في بيان المقصود بالسلوك الجنسي أو الاتصال الجنسي أكثر وضوحاً في وقوع الجريمة تامة بكل فعل يحمل في طياته إشباع متعة جنسية للجاني.

وذلك بخلاف مسلك القانون الانجليزي المعروف بقانون الجرائم الجنسية الصادر في ١٩٥٦م، حيث يشير الفقه إلى أن الاتصال الذي تقضيه هذه الجريمة، هو فعل الوطء التام مع رجل أو امرأة، وتتحقق الجريمة إذا مكنت المرأة حيواناً من وطئها<sup>(١)</sup>، ولكن إذا وقف فعل الجاني عند حد إعداد الحيوان أو تجهيزه للتعدي الجنسي عليه، فيعد ذلك شروعاً في جريمة التعدي الجنسي على الحيوان.

ووفقاً للقاعدة العامة في العقاب على الشروع، المنصوص عليها في المادة (٣٦) ع. اتحادي بالنسبة للجنح<sup>(٢)</sup>، فإنه لا يعاقب على الشروع في

(١) انظر: د/ أشرف توفيق شمس الدين، مرجع سابق، رقم ٣٧٨، ص ٤٦٣.

(٢) نصت هذه المادة على أنه "يحدد القانون الجنح التي يعاقب على الشروع فيها، وكذلك عقوبة هذا الشروع".

الجنة في الأصل ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، من ثم يكون الشروع في هذه الجريمة غير معاقب عليه، لعدم ورود نص يقرر عقوبة محددة للشروع فيها سواء في قانون الرفق بالحيوان، أو في غيره.  
ت) الركن المعنوي:

بالرغم من أن المشرع الإماراتي لم يشترط العمد صراحة في جريمة التعدي الجنسي على الحيوان، بخلاف مسلك المشرع في ولاية Illinois حيث اشترط وقوع الفعل بناء على علم أو قصد من الجاني<sup>(١)</sup>. ومن ثم نؤكد على أن هذه الجريمة من الجرائم العمدية التي يتطلب القانون لقيامها توافر القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة، بمعنى يعلم الجاني بحقيقة فعله في التعدي جنسياً على الحيوان، كما تتجه إرادته إلى ارتكاب الفعل، كما نؤكد على أن القصد المتطلب للجريمة هو القصد الجنائي العام، دون اشتراط نية خاصة.

مما تقدم يمكن القول أن الجريمة محل الدراسة لا يتصور وقوعها بالخطأ، في أي من صورته، ما يؤكد وجهة نظرنا أن المشرع الإماراتي استخدم تعبير (التعدي الجنسي على الحيوان) وليس (وطء الحيوان) فمفهوم التعدي ينصرف إلى ارتكاب الفعل عمداً، بما يحمل معنى التعدي والاعتداء على شيء أو حق ما. ولكن تثار مشكلة فيما يتعلق بنص المادة (٤٣) ع. اتحادي والتي نصت على أن الجاني يسأل عن الجريمة سواء عمد أو خطأ

<sup>(١)</sup> (2003). 720 ILCS 5/12-35(a,b,c,d)

ما لم يشترط القانون العمد صراحة<sup>(١)</sup>، هذا ما يدفع إلى الاعتقاد بإمكانية مساءلة الجاني عن جريمة التعدي الجنسي على الحيوان في صورة غير عمدية، لذلك نوصي بأن يتدخل المشرع الإماراتي بالنص صراحة على اشتراط العمد في نص المادة (١٤) من قانون الرفق بالحيوان. ثانياً - العقوبة المقررة للجريمة:

حددها المشرع الإماراتي في الحبس الذي لا يقل عن شهر وبالغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف درهم<sup>(٢)</sup>، مفاد ذلك أن المشرع الإماراتي جعل من جريمة التعدي الجنسي على الحيوان جنحة، كما يلاحظ أنه جمع بين عقوبتي الحبس والغرامة، دون منح القاضي سلطة تقريرية في جواز الحكم بإحدى العقوبتين دون الأخرى، كما نلاحظ أن المشرع ذكر الحد الأدنى للعقوبة بألا تقل عن شهر، ولم يذكر الحد الأقصى، تاركاً ذلك للقاعدة العامة في عقوبة الحبس، التي تحدده بثلاث سنوات<sup>(٣)</sup>.

ونعتقد أن المشرع الإماراتي قد جانبه الصواب عند النص على الحد الأدنى لعقوبة الحبس في نص المادة (١٤)؛ لأنه ذات الحد الأدنى العام لعقوبة الحبس وفق القواعد العامة، وبناء عليه يكون ذكر حد أدنى لا يقل عن شهر في نص المادة (١٤) تزيدياً لا جدوى منه، وكان ينبغي على

---

(١) جاء بنص المادة "يسأل الجاني عن الجريمة سواء ارتكبتها عمداً أم خطأ ما لم يشترط القانون العمد صراحة"

(٢) المادة (١٤) من القانون الاتحادي رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٧م، في شأن الرفق بالحيوان.

(٣) المادة (٦٩) عقوبات اتحادي.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

المشرع الإماراتي أن ينص على عقوبة الحبس مطلق دون تحديد حد أدنى،  
مكتفياً بالرجوع إلى القواعد العامة.

وبالنسبة لعقوبة الغرامة نص المشرع على حد أدنى ٥٠٠٠ درهم لا  
يجوز أن تقل عنه، ولم ينص على الحد الأقصى، تاركاً ذلك للقواعد العامة  
التي تحدد الغرامة في الجناح بما لا يزيد عن ٣٠,٠٠٠ درهم.

وفي مجال تقييم موقف المشرع الإماراتي ومدى ملائمة العقوبة المنصوص  
عليها لفادحة وخطورة فعل الجاني، يمكن القول بأن العقوبة التي قررها  
المشرع الإماراتي لا تتناسب مع خطورة فعل الجاني على الأخلاق والفضيلة  
السوية، وهو ما عبر عنه بعض الفقه الأمريكي بأن كافة قوانين الولايات -  
تقريباً- عاقبت على هذه الجريمة تحت مصطلح الجرائم ضد الطبيعة  
(Crimes Against Nature)<sup>(١)</sup>، خاصة إذا وصل الأمر حداً من  
الانتشار يصيب المجتمع بمضار خطيرة<sup>(٢)</sup>، وما يؤكد وجهة نظر ما عرضنا  
له من آراء الفقه الإسلامي، حيث وصل الأمر إلى قول البعض أن فعل  
الجاني يعد زنا معاقب عليه حداً، بينما ذهب البعض إلى القول بأنه زنا  
معاقب عليه قتلاً وليس حداً، والبعض الثالث ذهب إلى القول بأنه لا يعد زنا  
ولكن معصية توجب التعزير في حق الجاني، بالعقوبة التي يراها القاضي

<sup>(١)</sup> Randall Lockwood, op. cit., P:23, MOGBOT (T.C), op. cit., P: 96.)

<sup>(٢)</sup> لذلك أشار بعض الفقه الأمريكي إلى أن جرائم القسوة على الحيوان تعد جرائم ضد الدولة،  
ومنها جريمة الاعتداء الجنسي عليه.

See: IRELAND MOORE (A.N), op. cit., P: 91.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

مناسبة لجزر كل من تسول له نفسه غير السوية إلى ارتكاب هذا الفعل،  
ومن نوصي بأن يتدخل المشرع الإماراتي بالنص على عقوبة أشد كما لو  
رفع الحد الأدنى لعقوبة الحبس والغرامة.

كما يلاحظ أن المشرع الإماراتي لم يورد أية ظروف مشددة للعقوبة  
السابقة، بخلاف موقف قانون ولاية Illinois، الذي عالج العقاب على  
الجريمة محل الدراسة بشكل أكثر تفصيلاً، حيث جعلها جناية من التصنيف  
(٤) إذا وقعت بالمخالفة للفقرات (a,b,c,d) للقسم (١٢,٣٥) ويعاقب  
عليها بالسجن من سنة إلى ثلاث سنوات، والغرامة التي تزيد عن ٢٥,٠٠٠  
دولار، بينما شدد العقوبة ورفع تصنيف الجريمة إلى الجناية تصنيف (٣)،  
وعاقب عليها بالسجن من سنتين إلى خمس سنوات، والغرامة التي تزيد على  
٢٥,٠٠٠ دولار، إذا ارتكبت الجريمة في حضور شخص أقل من ١٨ سنة،  
أو تسببت الجريمة في إصابة بدنية خطيرة للحيوان، أو أدت إلى موته (١).

١ (2003) 720 ILCS 5/12-35(e)

وهو ما أكده البعض التعدي الجنسي على الحيوان قد يؤدي إلى إصابة بدنية جسيمة أو موت  
الحيوان، ضحية التعدي، لاسيما إذا وقع على القطط والكلاب والدواجن، إذ أن أعضاء تلك  
الحيوانات غير مهيأة إلى الاتصال بالعضو الذكري البشري، وقد شبهة الدراسة بين فعل التعدي  
على الحيوان وبين فعل الاغتصاب الواقع على طفل، فقد يؤدي إلى إصابة جسدية جسيمة  
بالطفل، وقد يؤدي إلى موته، إذا يتفق الأثنان في عدم القدرة على إبداء الموافقة أو الرد على  
الفاعل بنعم أو لا، مع امتلاك الجاني للقوة والسيطرة على ضحيته.

See: Frank R. Ascione, Claudia V. Weber, and David S. Wood, op.

cit., P: 206-207.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

كما نص القانون في هذه الولاية على أنه يجوز للمحكمة أن تحكم على المدان بجريمة الاتصال الجنسي مع حيوان بعقوبات أو تدابير فرعية، من ذلك: حرمان المحكوم عليه من إيواء أو إقامة أي حيوان في المنزل، وتنازله أو تخليه عن الحيوان محل الجريمة بشكل دائم، وكذلك مصادرة الحيوان، وأخيراً إخضاع المحكوم عليه لبرنامج تقييم نفسي، مع إلزامه بدفع نفقات توفير مأوى للحيوان المعتدى عليه، وتقدير الرعاية له<sup>(١)</sup>. وأخيراً نلاحظ أن المشرع الإماراتي أغفل النص بالعقاب على الشروع في جريمة التعدي على الحيوان، بالرغم من إمكانية تحقق الشروع فيها، ونعتقد في أن المشرع قد جانبه الصواب في ذلك؛ لأن ارتكاب الجاني أي فعل يمثل بدء في تنفيذ جريمة التعدي الجنسي على الحيوان يمثل خطورة واضحة على الخلق الحميد، والفترة السوية في المجتمع، يستحق العقاب عليه، لذلك نوصي بأن يتدخل المشرع بالنص على عقوبة محددة للشروع في هذه الجريمة. حالات إباحة الجريمة:

جدير بالذكر أن المشرع الإماراتي لم يورد أية حالات تبيح التعدي الجنسي على الحيوان، في حين نجد قانون ولاية Illinois ينص على أن التجريم لا يحظر القيام بممارسات التربية المقبولة، وكذلك الممارسات الطبية البيطرية، التي يقوم بها شخص مرخص له ذلك، أو لديه شهادة بيطرية فنية<sup>(٢)</sup>.

<sup>(١)</sup> 720 ILCS 5/12-35(f) (1,2,3,4) (2003).

<sup>(٢)</sup> 720 ILCS 5/12-35(g) (2003).

هذا مع ملاحظة أن الملاحقة القضائية بشأن جريمة الاعتداء الجنسي على الحيوان قليلة ونادرة، وتضع أمام جهات الادعاء تحدياً في إثباتها وإقامة الدليل عليها، مما يتطلب خبرة بييطرية للحيوان، وشهادة نفسية للجاني، لذلك تقوم المنظمات المعنية بإعداد ملاحق يتضمن قائمة بالخبراء المناسبين للمساعدة في كل القضايا<sup>(١)</sup>.

---

Randall Lockwood, op. cit., P: 24.)<sup>١</sup>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



المطلب الرابع  
جريمة اجراء التجارب العلمية على  
الحيوان بدون ترخيص

جدير بالذكر أن مصطلح (التجارب على الحيوان) يقصد به استخدام الحيوانات على اختلاف أنواعها في التجربة العلمية على اختلاف أغراضها<sup>(١)</sup>، ويقدر في الوقت الحالي أن أكثر من 100 مليون من الحيوانات تستخدم كل سنة في التجارب التي تجرى في المختبرات في جميع أنحاء العالم<sup>(٢)</sup>، حيث إن حوالي 11 مليوناً من هذه الحيوانات تستخدم في دول الاتحاد الأوروبي (EU)<sup>(٣)</sup>.

<sup>(١)</sup> يفضل البعض استخدام مصطلح (الأبحاث على الحيوان) عموماً للإشارة إلى مساع عديدة، من ذلك: الدراسات التي تسعى إلى تحقيق معرفة جديدة بالعمليات والوظائف البيولوجية، وتلك التي تسعى إلى تحقيق معرفة طبية، أو بيطرية، أو بيولوجية جديدة، بغرض تعزيز صحة البشر، أو الحيوانات، أو البيئة، بينما هناك ثمة دراسات تهدف إلى تقييم طبيعة المنتجات الكيميائية وغيرها للتحقق من سلامتها قبل استخدامها على البشر، وأخيراً قد تستخدم الحيوانات في الأغراض التعليمية، مثلما في مشروعات المسابقات العلمية، والتشريح والجراحة، لذلك يدافع هذا الرأي عن استخدام مصطلح (أبحاث الحيوان) إذ يشمل العديد من مساع الاستخدام التي لا تعتبر من قبيل التجارب.

op. cit., P: 110. David DeGrazia "Animal Rights"

<sup>(٢)</sup> ibid, P: 111.

<sup>(٣)</sup> مقال بعنوان "التجارب المعملية على الحيوانات" منشور على الموقع التالي:

[http://www.animalmosaic.org/Images/Animal%20Experimentation\\_Arabic\\_tcm46-28240.pdf](http://www.animalmosaic.org/Images/Animal%20Experimentation_Arabic_tcm46-28240.pdf)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

لقد بدأت المعارضة على نطاق واسع في القرن التاسع عشر ضد إجراء التجارب على الحيوانات، وتشريح الحيوانات الحية لأغراض علمية، والتشريح هو مصطلح آخر لإجراء التجارب على الحيوانات، وتعني هذه الكلمة حرفياً تمزيق الحيوانات الحية<sup>(١)</sup>، وخلال منتصف القرن العشرين زاد عدد الحيوانات الحية المستخدمة في البحوث والاختبارات زيادة كبيرة، ولكن بحلول أوائل الثمانينات، بدأ العدد في الانخفاض بسبب الضغط الجماهيري والقيود المالية، وكان لجمعيات حماية الحيوان وجهات نظر مختلفة وطرق لمعالجة قضايا التجارب على الحيوانات، تتراوح ما بين إلغاء استغلال الحيوانات، إيماناً منها بأن إجراء الاختبارات على الحيوانات خطأ أخلاقي، إلى الدعوة لتحسين الرعاية لمحاولة تحسين أوضاع ومعاملة حيوانات الاختبار<sup>(٢)</sup>، ومن ثم يجب التوصل إلى الموازنة بين احتياجات البحث العلمي

---

(١) وقد عرف علم التشريح بأنه العلم الذي يدرس تركيب أجسام المخلوقات الحية بشكل عام من نبات وحيوان وإنسان، للاستفادة منها في الأغراض الطبية، وغيرها. راجع: د/ أحمد محمد كنعان، "الموسوعة الفقهية الطبية" دائرة المعارف الإسلامية، بدون تاريخ نشر، ص ١٩٩.

(٢) المصدر السابق.

كما أشار البعض إلى أن ثمة بدائل في مجال أبحاث الحيوان، يقصد بهذه البدائل: تقليص عدد الحيوانات التي تستخدم لإجراء تجريبه ما، وتحسين الأساليب المتبعة بغرض تقليل الألم والكره والمعاناة لدى الحيوان، من ذلك: الاستخدام الأمثل للمواد المخدرة والمسكنة لتقليل الألم، كما يمكن استخدام بدائل للحيوانات في عمليات التشريح والجراحة ومعارض المدارس للعلوم، من هذه البدائل: استخدام نماذج الكمبيوتر مفيداً في محاكاة الأنظمة البيولوجية والكيميائية من ذلك: مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

في استخدام الحيوانات، وبين رفاهية حيوانات المختبرات، وحمايتها من الألم والمعاناة غير المبررة، لذلك نجد القانون الانجليزي المعروف بـ The Animals (Scientific Procedures) Act 1986 يضع مبادئ أساسية من أجل تحقيق هذه الموازنة، حيث نص على جواز استخدام الحيوانات في التجارب والبحث، مع محاولة اختيار طريقة أو أسلوب علمي لا ينطوي على استخدام الحيوانات، كلما كان ذلك ممكناً<sup>(١)</sup>، وإلا يجب تقليل أعدادها دون المساس بأهداف البرنامج<sup>(٢)</sup>، وجوب البحث عن طرق للتجربة تسبب للحيوان أقل درجة ممكنة من الألم والمعاناة، مع ضرورة استعمال مسكنات الألم أو التخدير<sup>(٣)</sup>، وبالنسبة للحيوان الذي يعاني من الألم تجعله حياته غير ممكنة يجب العمل على قتله فوراً وبدون ألم<sup>(٤)</sup>.

---

التطورات الأخيرة في استخدام تكنولوجيا التصوير الجديدة، التي تسمح بدراسة المخ والجسد الحيين للإنسان بدون إجراء عمليات تدخلية على الحيوان أو الإنسان.

See: David DeGrazia "Animal Rights" op. cit., P: 120-123.

See: Sec. 5. Subs. (2) (a), The Animals (Scientific Procedures) Act )<sup>١</sup>  
1986, Amendment Regulations 2012.

[http://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2012/9780111530313/pdfs/ukdsi\\_9780111530313\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2012/9780111530313/pdfs/ukdsi_9780111530313_en.pdf)

Sec. 5. Subs. (2) (b), Act (2012).<sup>٢</sup>

Sec. 5. Subs. (2) (c), Act (2012).<sup>٣</sup>

see: "Animal research and human medicine" study by (ABPI) )<sup>٤</sup>

, this means: (Association of the British Pharmaceutical Industry)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

## الفرع الأول

موقف الفقه الاسلامي من استخدام الحيوانات  
في التجارب العلمية

أشار بعض الفقه الإسلامي<sup>(١)</sup> إلى أن الحيوان - على العموم -

مسخر للإنسان، قال تعالى "وسخر لكم ما في السماوات وما في الأرض جميعاً منه"<sup>(٢)</sup>، فأى تجربة علمية يخضع لها الحيوان يراد من خلالها التوصل إلى علاج مرض من الأمراض، مثل التجارب العلمية على الخلايا الجذعية الحيوانية، فلا يوجد في أدلة الشرع ما يمنعها<sup>(٣)</sup>، وعليه تكون القاعدة هي أن كل ما يؤدي إلى مصلحة الإنسان في المجال الطبي يكون مباحاً، هذا وقد أجازت اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية<sup>(٤)</sup> وغيرها من هيئات إسلامية<sup>(٥)</sup> إجراء التجارب العلمية والطبية على الحيوانات للضرورة، تحقيقاً للمصلحة.

study available at:

[http://www.abpischools.org.uk/page/animal\\_research.cfm](http://www.abpischools.org.uk/page/animal_research.cfm)

(١) كمال بن صادق ياسين، "أحكام الحشرات في الفقه الإسلامي" الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٥٨هـ، ٢٠٠٧م، ص ٤٤٢.

(٢) سورة الجاثية أية رقم ١٣.

(٣) د/ محمد رأفت عثمان "المادة الوراثية الجينوم قضايا فقهية" الطبعة الأولى، مكتبة وهبة، دار الكتب المصرية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١٥٤.

(٤) فتوى رقم (٣٦٩٦) بتاريخ ٩ يونيو ١٤٠١هـ.

(٥) مجموعة الفتاوى الشرعية الصادرة عن قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية بوزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ج ٢، ص ٣٢٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وقد اشترط هذا الفقه أن تكون التجارب جادة ومفيدة للإنسان، أما التجارب العبثية التي تجرى على الحيوانات فلا يقول أحد بإباحتها شرعاً، ومن ثم يكون من واجب الإنسان أن يتعامل في تجاربه على الحيوان مجرداً عن العبث بهذا الحيوان، دون فائدة مرجوة من تجاربه عليه، وضارة به، حيث يؤكد هذا الفقه أن حياة الحيوان مصنونة إلا إذا اقتضت مصلحة الإنسان ما يمسها، وقد أشار إلى أن الحيوان له مكانة من الاحترام أعظم من سائر الأموال<sup>(١)</sup>، وتجدر الإشارة إلى أن الإنسان قديماً قد أجرى تلقيحاً بين نوعين من الحيوانات، هما: الخيل والحمير، فنتج عنه نوع حيواني آخر هو البغال، ومع ذلك لم ينكره الشرع، هذا ما يؤكد أن التجارب في هذا المجال فيها سعة ليست موجودة في عالم الإنسان، فمجال التجارب في عالم الحيوان واسع ورحب، لاسيما في مجال التلقيح والإنجاب الصناعي، ويرى البعض تبرير ذلك في أن عالم الحيوان لا تحكمه القواعد الأخلاقية التي تحكم عالم البشر لاسيما في العلاقات الجنسية، فلا توجد جريمة زنا في عالم الحيوان، ولا يحرم اختلاط الأنساب فيه، ولا توجد قيود أو ضوابط في تزويج ذكور الحيوانات بإنثائها، كالضوابط التي تحكم الزواج في عالم الإنسان<sup>(٢)</sup>.

وقد أوضح الفقه الإسلامي<sup>(٣)</sup> أنه ثمة ضوابط تحكم إجراء التجارب على الحيوان، حيث لا يجوز تعريض الحيوان لتجارب ضارة به، ومؤلمة له لا

(١) د/ محمد رأفت عثمان، مرجع سابق، ص ٢٤٤.

(٢) المرجع السابق، ص ٢٤٦.

(٣) المرجع السابق، ص ٣٩٨.

يكون الهدف من إجرائها منفعة الإنسان؛ لأن في ذلك تعذيباً له دون فائدة، وهو ما يدخل في محال الحرام شرعاً، فقد وجدنا من نصوص الشرع ما يمنع إيذاء الحيوان أو الطير عبثاً به، فقد حرم صلى الله عليه وسلم جعل الطير هدفاً للرمي بالسهام أو بغيرها، وقد اشترط البعض<sup>(١)</sup> ألا تشوه الحيوانات الخاضعة للتجربة العلمية، فقد نهى (صلى الله عليه وسلم) عن وسم الحيوان في وجهه، وكذا ضربه في وجهه، لما في ذلك من التقبيح والتشويه، كما زاد هذا الفقه على ما سبق ضرورة أن يضع الباحث تقريراً مفصلاً عن مراحل البحث، والحصول على موافقة مسبقة على إجراء البحث من قبل الهيئة الطبية الشرعية المختصة، منعاً لاستخدام الحيوانات في تجارب تنافي الشرع، أو تنافي الأعراف العلمية المعتمدة، وكذلك أن تجرى البحوث على الحيوانات الحية بعد تخديرها، ودون أن يسبب لها أذى أو ألم إذا أمكن، كما اشترط ألا يكون هناك بديل آخر على إجراء التجربة على الحيوان، وأخيراً يشترط أن يقوم بهذه التجارب علماء ثقات متخصصون، من أهل الخبرة والدراية بأساليب البحث العلمي وأصوله.

كما أشار هذا الفقه إلى جواز تشريح الحيوانات الحية للأغراض العلمية بشرط أن يتم تخديرها، وذلك لعموم مبدأ الرفق بالحيوان في الإسلام المتمثل في قوله (صلى الله عليه وسلم): "إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليحد أحدكم

(١) كمال بن صادق ياسين، مرجع سابق، ص ٤٤٣، ٤٤٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

شفرته وليربح ذبيحته" وجه الدلالة من الحديث أن الرسول الكريم (صلى الله عليه وسلم) أمر بالرفق بالحيوان حتى في حال إتلافه بالقتل أو الذبح، وذلك بأن يسلك في إزهاق روحه أسرع الوجوه وأسهلها من غير تعذيب أو زيادة إيلا<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثاني

موقف القانون الوضعي من استخدام الحيوانات في التجارب العلمية أبدت بعض القوانين الوضعية<sup>(٢)</sup> اهتماماً ملحوظاً بحماية الحيوانات الخاضعة للتجارب العلمية على مختلف أنواعها، من ذلك: القانون الاتحادي في شأن الرفق بالحيوان، سالف الذكر، والذي حظر استخدام الحيوانات في التجارب العلمية بدون ترخيص<sup>(٣)</sup>، وقرر لمخالفة الحظر عقوبة جنائية<sup>(٤)</sup>،

(١) كمال بن صادق ياسين، مرجع سابق، ص ٤٣٨.

(٢) تجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري لم يتعرض إلى مسألة حماية حيوانات التجارب بنصوص قانونية، ولكنه قد أبدى اهتماماً بحمايتها بقرار وزاري صدر بمعرفة وزير الزراعة، وهو القرار رقم ١٣٧٤ لسنة ٢٠٠١م، بشأن الترخيص بمزارع الحيوانات البرية وحيوانات التجارب، حيث نص في المادة الأولى منه على أنه لا يجوز إنشاء مزارع للحيوانات البرية وحيوانات التجارب إلا بترخيص من الهيئة العامة للخدمات البيطرية، ولا يصدر الترخيص إلا إذا توافرت في المكان الشروط الصحية البيطرية المرفقة بهذا القرار.

<http://www.agr-egypt.gov.eg/Uploads/Legislations/35374005-98de-4fff-8ff1-2783aa4e3a95.pdf>

(٣) المادة (١٢) من قانون الرفق بالحيوان. يقابل ذلك نص المادة (١٣) من القانون اليمني رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٤م بشأن تنظيم وحماية الثروة الحيوانية، والتي نصت على أنه "يمنع تعرض مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

مع وضع الاشتراطات اللازمة للحصول على الترخيص المطلوب<sup>(٢)</sup>، وقد سبق إلى ضمان الحماية القانونية لحيوانات التجارب المشرع الانجليزي حيث أصدر أول قانون للرقابة على البحث في مختبرات الحيوانات عام ١٨٧٦م، ثم أصدر القانون الموسوم بـ **The Animals (Scientific Procedures) Act 1986**، والذي عدل عام ٢٠١٢م<sup>(٣)</sup>، وعليه سوف نقصر الدراسة على هذين القانونين لبيان أحكام جريمة استخدام الحيوانات في التجارب العلمية، وبيان الضوابط القانونية لذلك.

أولاً- أركان الجريمة:

تتكون الجريمة محل البحث من ركنين أساسيين هما: الركن المادي والركن المعنوي بالإضافة إلى عنصر مفترض وهو محل الجريمة، نعرض فيما يلي لهذه الأركان.

أ- محل الجريمة:

---

حيوانات التجارب لأي إجراءات مؤلمة أثناء تجارب البحث العلمي والطبي ما لم يتم استخدام مواد مسكنة للألم".

(<sup>١</sup>) المادة (١٤) من ذات القانون بقولها: "٣- يعاقب بالغرامة التي لا تزيد على عشرين ألف درهم كل من يخالف الالتزامات الأخرى المقررة بموجب أحكام هذا القانون وتلك المقررة باللوائح والقرارات الصادرة تنفيذاً له".

(<sup>٢</sup>) المادة (١٩) من اللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي في شأن الرفق بالحيوان، والصادرة بالقرار الوزاري رقم (٣٨٤) لسنة ٢٠٠٨م.

(<sup>٣</sup>) **2012 No. 3039 The Animals (Scientific Procedures) Act 1986**

**Amendment Regulations 2012,**

[http://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2012/9780111530313/pdfs/ukdsi\\_9780111530313\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2012/9780111530313/pdfs/ukdsi_9780111530313_en.pdf)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



ذكرنا من قبل أن المشرع الإماراتي عدد الحيوانات التي تنطبق عليها أحكام القانون في الطيور، والزواحف، والبرمائيات، والأسماك، والثدييات، والحيوانات البرية الضالة والحبيسة، وعليه يمكن القول بإمكانية خضوع الحيوانات بكافة أنواعها للتجارب العلمية. بينما نجد المشرع الانجليزي يطلق تعريف الحيوان محل الحماية، بحيث يشمل كل الفقاريات الحية غير الإنسان<sup>(١)</sup>، سواء في شكل أجنة أو يرقات<sup>(٢)</sup>، كما في حالة الثدييات والطيور والواحف، التي انقضى نصف فترة الحمل أو الحضانة<sup>(٣)</sup>، كما تشمل كل حيوان يصبح قادرا على التغذية المستقلة<sup>(٤)</sup>، كما سمح القانون بإمكانية

See: Sec.(1)“Protected animals” Animals (Scientific Procedures) Act )  
1986, CHAPTER 14, available at:  
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/14/section/1>

أضيفت الرخويات الحية بموجب تعديل ٢٠١٢، القسم (٣) (a)، بينما يلاحظ أن المشرع الانجليزي استبعد الفطط والكلاب من نطاق الاستخدام في الاجراءات العلمية إلا إذا كانت هذه الأنواع دون غيرها هي المناسبة لتحقيق الأهداف المحددة للبرنامج، أو أنه ليس ممكنا الحصول على أنواع أخرى مناسبة.

5.subs. (6). See: Sec.

Sec. 1. Subs. (1).<sup>٢</sup>

Sec. 1. Subs. (2).<sup>٣</sup>

عدلت إلى ثلثي فترة الحمل أو الحضانة بموجب قانون ٢٠١٢م، القسم (٣) (b).

Sec. 1. Subs. (2) (a).<sup>٤</sup>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

مد التعريف ليشمل اللافقاريات أيا كان وصفها (١)، وقد اعتبر هذا القسم الحيوان محمياً حتى التوقف الدائم للدورية الدموية أو هلاك المخ (٢). وقد أشارت إحدى الدراسات التي أجريت في بريطانيا أن القوارض أكثر الأنواع استخداماً لاسيما الفئران والجرذان، وذلك لأن الاختلاف بينها وبين الإنسان يبدو كبيراً من الناحية الشكلية، ولكن الاختلاف محدوداً بينهما في الحامض النووي DNA، كما أن معظم آثار تناول الأدوية في البشر يمكن التحقق منها بوضوح في تجارب القوارض لاسيما، كما أنها تتميز بصغر حجمها، مما يسهل الاحتفاظ بها في وسط صحي داخل المختبرات، كما أن عمرها الافتراضي قصير، مما يعطي معلومات سريعة عن نتائج التجربة (٣)، هذا لا يمنع من استخدام الحيوانات الكبيرة مثل القطط والكلاب في التجارب على الأدوية، ولكن نسبة استخدامها لا تزيد على ٣% مقارنة بنسبة استخدام القوارض التي تصل إلى ٨٠% (٤). وغالباً ما تتم تربية حيوانات التجارب داخل مؤسسات التربية، والمخصصة لهذا الغرض، أو تقتنص من المناطق البرية، وتنقل إلى معامل الاختبار، أو يتم الحصول عليها من تلك الأعداد الكبيرة من الحيوانات الضالة (٥).

## ب- الركن المادي:

Sec. 1. Subs. (3) (a).<sup>١</sup>

Sec. 1. Subs. (4).<sup>٢</sup>

see: "Animal research and human medicine" op. cit., P10.<sup>٣</sup>

ibid)<sup>٤</sup>

(٥) مقال بعنوان "التجارب المعملية على الحيوانات" سابق الإشارة إليه.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

يتكون من عنصرين هما: الفعل الإجرامي والذي يتمثل في إجراء التجربة العلمية على الحيوان، وعنصر سلبي يتمثل في عدم الحصول على الترخيص المطلوب بإجراء التجربة على الحيوان، وتجدر الإشارة إلى أن هذه الجريمة تعتبر من الجرائم السلوك المجرّد<sup>(١)</sup>، التي لا يتطلب القانون لقيامها تحقق نتيجة إجرامية معينة، من ثم تقوم مسؤولية الجاني عن الجريمة بمجرد إجراء التجربة على الحيوان مع عدم حصوله على الترخيص من السلطة المختصة، بصرف النظر عن نتيجة التجربة، بما لا يؤثر على قيام الركن المادي في الجريمة ما إذا كان الجاني قد توصل إلى نتيجة من تجربته أم لا.

#### ١. فعل استخدام الحيوان في التجربة العلمية:

يقصد به لغة<sup>(٢)</sup>: استخدام (مصدر استخدم)، يقال: استخدم الآلة أي استعملها، ويقال: استخدم إمكانات شيء أي استغلها. ويقصد به اصطلاحاً في الجريمة محل الدراسة: "كل نشاط يقوم به الجاني بغرض استعمال الحيوان أو استغلاله في إجراء تجربة علمية عليه".

---

<sup>(١)</sup> يطلق عليها الجرائم الشكلية، ويقصد بها الجرائم التي تعتبر تامة بصرف النظر عن تحقق نتيجة، ويؤكد الفقه أن القانون يكتفي في النوعية من الجرائم بالعقاب على السلوك أو النشاط المحض. راجع: د/ محمد عيد الغريب "شرح قانون العقوبات القسم العام" طبعة ١٩٩٩ - ٢٠٠٠، مطبعة الأيمان، رقم ٣٣٤، ص ٥٠١.

<sup>(٢)</sup> <http://www.almaany.com/home.php?language=arabic&word=>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ويأخذ فعل الجاني خطوات لإخضاع الحيوان للتجربة العلمية، من ذلك: السيطرة على الحيوان بتخديره، أو تقييده، ثم استعمال الأدوات اللازمة لإجراء التجربة، حسب طبيعتها، كما لو قام الجاني بحقن الحيوان بعقار أو مادة كيميائية لمعرفة فاعليتها وأثارها الجانبية على الحيوان، وقد يقوم الجاني بجرح الحيوان لزرع عضو فيه، كما حدث عند أول تجربة لزرع كلى، إلى غير ذلك من الأنشطة والخطوات التي يتجسد فيها فعل الجاني باستخدام الحيوان في التجارب العلمية، يستوي أن يفعل الجاني ذلك بوسائله الخاصة، أو أن يستعين بشخص آخر، وهو ما يحدث غالباً، حيث يستعين الجاني بأشخاص مساعدين له في إجراء التجربة، لاسيما إذا كانت تتطلب تدخل جراحي، ما يلزم الاستعانة بإخصائي تخدير.

ولما كان غرض الجاني هو استخدام الحيوان في التجارب لأغراض علمية كان لزاماً علينا أن نعرض لمفهوم التجربة العلمية، وأنواع التجارب على الحيوانات.

بداية يقصد بالتجربة لغة: مصدر جرب، يقال أجرى تجربة علمية بمعنى أجرى اختباراً علمياً لاستخلاص نتيجة ما، والتجربة في العلم هي : اختبار منظم لظاهرة أو ظواهر يراد ملاحظتها ملاحظة دقيقة ومنهجية للكشف عن نتيجة ما أو لتحقيق غرض معين<sup>(١)</sup>، ويقصد بها اصطلاحاً: محاولة استفسار مخطط بغرض الحصول على حقائق جديدة أو إثبات أو

---

<sup>١</sup> (<http://www.almaany.com/home.php?language=arabic&word=>)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

نفي نتائج سابقة، أو تفسير ظاهرة للوصول إلى نتائج تمكن الباحث من وضع توصيات مناسبة، أو هي وسيلة لدراسة العوامل التي تؤثر على ظاهرة معينة للحصول على نتائج جديدة أو التأكيد أو نفي نتائج قديمة حصل عليها من تجارب سابقة<sup>(١)</sup>.

أنواع التجارب على الحيوانات<sup>(٢)</sup>:

تتضمن الأنواع الرئيسية من التجارب التي يتم إجراؤها على الحيوانات على ما يلي: الأبحاث الأساسية (البحث عن المعرفة مثل المعرفة الفسيولوجية)؛ أبحاث الطب الحيوي (استخدام نماذج حيوانية للأمراض البشرية)؛ الهندسة الوراثية (إنتاج حيوانات محورة وراثيًا على سبيل المثال)؛ اختبار المنتجات (منتجات التجميل على سبيل المثال)؛ والتعليم والتدريب (مثل التشريح في المدارس، والكليات، ومسابقات العلوم).

أشرنا من قبل إلى أن البعض<sup>(٣)</sup> يفضل استخدام مصطلح (أبحاث الحيوانات) لأنه يشمل العديد من مساع الاستخدام التي لا تعتبر من قبيل التجارب، إلا أننا نفضل استخدام مصطلح (تجارب الحيوانات) لسببين: أولهما

---

<sup>(١)</sup> دراسة بعنوان "التصميم والتحليل الإحصائي للتجارب البيولوجية" ص ٣، منشور على الموقع الالكتروني:

<http://faculty.ksu.edu.sa/alkhazim/Arbichome/Documents/alsharhi/17.pdf>

pdf

<sup>(٢)</sup> حول هذه الأنواع راجع: مقال بعنوان "التجارب المعملية على الحيوانات" سابق الإشارة إليه.

<sup>(٣)</sup> David DeGrazia "Animal Rights" op. cit., P: 110.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

استخدام المشرع الإماراتي للمصطلح، ثانيهما أن التجربة هي الأساس الذي يتوصل به العالم أو الباحث إلى المعرفة التي يسعى إليها، فلا سبيل إلى المعرفة المادية بشتى أنواعها إلا بالتجربة.

وعلى الرغم من عزوف المشرع الإماراتي عن تحديد التجارب المحظورة بدون ترخيص، نجد المشرع الانجليزي يحدد طبيعتها بأنها كافة الإجراءات التجريبية أو العلمية الأخرى التي تطبق على الحيوان المحمي، والتي تسبب له ألماً أو معاناة أو محنة أو ضرر مستمر<sup>(١)</sup>، ثم حددها المشرع الانجليزي في الاجراءات التي لها غرض يؤهل إجراؤها على الحيوان<sup>(٢)</sup>، سواء أكان الغرض تجريبي أو علمي، أم كان الغرض تعليمي<sup>(٣)</sup>.

٢. عدم الحصول على ترخيص من الإدارة المختصة<sup>(٤)</sup>:

يلاحظ أن المشرع الإماراتي لم يمنع إجراء التجارب العلمية على الحيوان، وإنما سمح بها إيماناً منه بأهميتها على المستوى العلمي، والبحثي، والعلاجي، فبرغم ما تحمله التجارب الطبية على الحيوان وكذلك

---

See: Sec. (2) subs.(1), Animals (Scientific Procedures) Act 1986.)<sup>١</sup>

See: Sec. (4) subs. (2), Animals (Scientific Procedures) Act 1986 )<sup>٢</sup>

Amendment Regulations 2012.

See: subs. (3), (a, b), (2012).)<sup>٣</sup>

<sup>(٤)</sup> يقصد بها: إدارة الثروة الحيوانية بالوزارة. انظر: المادة الأولى من قانون الرفق بالحيوان ولائحته التنفيذية.

الإنسان من مخاطر على حياتهما وصحتهما<sup>(١)</sup> إلا أنها تتضمن العديد من المزايا والفوائد للإنسان، من تلك المزايا أنه لولاها لمكثت العلوم والمعارف متحجرة ومتروقة لمحص الصدفة، لا يحكمها قانون، ولما وصلت هذه العلوم وتلك المعارف الى ما وصلت إليه من التطور العظيم، فالطب مثلا علم يقوم بدرجة كبيرة على التجربة، إن لم يكن قيامه كليةً على التجربة والمراقبة والتحصيص، والأدوية التي تستخدم لعلاج المرضى يجب أن تخضع لقانون التجربة لاكتشاف فاعليتها وأعراضها الجانبية<sup>(٢)</sup>، ولا يختلف الأمر بالنسبة للجراحات الهامة التي توصل إليها الأطباء عن طريق التجارب على الحيوان، وكان لها أثرها في إنقاذ حياة الكثير من المرضى، من ذلك جراحة زراعة الكلى التي تعود تجربتها إلى عام ١٩١٠م حين أجريت أولاً على الحيوانات،

---

(١) أكدت الدراسات أن حوالي 35,000 من الحيوانات في أوروبا والملايين منها في كافة أنحاء العالم تتعرض إلى الألم والمعاناة الشديدة في تجارب لإختبار مستحضرات التجميل والمنتجات ومكوناتها. فيتم اختبار العطور والشامبوهات ومعاجين الأسنان وأصباغ الشعر وكريمات الجلد ومساحيق التجميل ومزيلات الروائح ومنتجات التنظيف على الحيوانات. وتتفق جمعيات حماية الحيوان على أنه لا يمكن أن يكون هناك مبرر لإيقاع المعاناة على الحيوانات فقط لإرضاء رغبة الإنسان في التجميل. ولقد عرض الاتحاد الأوروبي حظرًا على اختبار منتجات التجميل وأدوات الزينة على الحيوانات يبدأ من عام ٢٠١٢م، بيد أن مثل هذه التجارب لا تزال تجري في العديد من البلدان في كافة أنحاء العالم. انظر: مقال بعنوان "التجارب المعملية على الحيوانات، مرجع سابق.

(٢) انظر: د/ منذر الفضل "التجربة الطبية على الجسم البشري ومدى الحماية التي يكفلها القانون المدني والقوانين العقابية والطبية" مجلة الكوفة ، العدد ٧، منشور على الموقع الإلكتروني:

<http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=61498>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ثم أثبتت نجاحها، فتم تطبيقها على الإنسان<sup>(١)</sup>، وليس أدل على أهمية التجارب العلمية على الحيوانات ما عرضنا له من الأنواع العديدة لهذه التجارب.

ولكن حرص المشرع الإماراتي على وضع الضوابط المنظمة لإجراء هذه التجارب، من ذلك اشتراط ضرورة الحصول على ترخيص من الإدارة المختصة، وفق قانون الرفق بالحيوان، ولائحته التنفيذية، حيث نصت في المادة (١٩) على أنه "١- لا يسمح باستخدام الحيوانات لأغراض التجارب العلمية إلا بعد الحصول على إذن مسبق من الإدارة المختصة مشفوعاً بطلب من الجهة التي ستقوم بإجراء البحث مبيناً فيه الآتي:

(أ) المبررات العلمية (التجربة) التي من أجلها ستخضع هذه الحيوانات للتجارب.

(ب) تقديم خطة العمل إلى الإدارة المختصة متضمنة الاحتياطات المتبعة في المبنى التي سيتم فيها إجراء التجربة، وإجراءات الأمن الحيوي، وخطوات التجربة، شاملة كافة البيانات المتعلقة بالأدوات والمواد البيولوجية المستخدمة.

(ت) توفر المؤهلات العلمية المناسبة لدى من سيجري التجربة والمشاركين فيها.

(١) راجع المرجع السابق، ص ١٤.



(ث) الجهة التي سيرد منها الحيوانات على أن تكون الحيوانات تحت إشراف بييطري كامل.

وتجدر الإشارة إلى المشرع الإماراتي لم يكتف بالنص على ضرورة الحصول على ترخيص باستخدام الحيوانات في التجارب العلمية، وإنما أورد التزامات تقع على عاتق إدارة الثروة الحيوانية بوزارة الصحة في مجال التحقق ومراقبة استخدام الحيوانات في التجارب العلمية، من ذلك: الإشراف على خطوات تنفيذ البحث ومتابعة نتائجه. وإعداد قاعدة بيانات بشأن استخدام الحيوانات للأغراض العلمية داخل الدولة<sup>(١)</sup>.

كما يتجلى حرص المشرع الإماراتي على وضع الضوابط والقيود التي تضمن عدم الحيدة أو الانحراف عن الغرض البحثي من استخدام الحيوانات في التجارب المعملية، فقد نص على التزام كافة المؤسسات البحثية سواء مراكز علمية، أو طبية، أو جامعات، أو كليات الدولة بتشكيل لجنة داخلها تختص بمراقبة استخدام الحيوانات في التجارب العلمية، بهدف الحد من المعاناة والآم التي يتعرض لها الحيوان من إجراء التجربة العلمية، وكما يهدف تشكيلها إلى التأكد من استخدام الحيوانات الحية في أضيق نطاق، كما جعل عمل هذه اللجنة يخضع لإشراف الإدارة المختصة وهي إدارة الثروة الحيوانية بوزارة الصحة<sup>(٢)</sup>، كما أوجبت اللائحة التنفيذية على لجنة المراقبة

<sup>(١)</sup> المادة (١٩) البندين (٢، ٦) من اللائحة التنفيذية.

<sup>(٢)</sup> المادة (١٩) على أنه "٤- يجب على جميع المؤسسات البحثية التي تستخدم الحيوانات في التجارب المعملية أن تكون لديها لجنة داخلية لمراقبة استخدام الحيوانات للأغراض العلمية مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

- سالفه الذكر - القيام بإعداد تقارير سنوية عن استخدام الحيوانات في التجارب العلمية أو العملية، ترفعها إلى إدارة الثروة الحيوانية بالوزارة<sup>(١)</sup>.  
وفي سياق متصل نجد المشرع الانجليزي ينص على أنه لا يجوز لأي شخص أن يمارس إجراءات عملية على حيوان، إلا إذا كان يحمل رخصة شخصية **A personal licence** تؤهله للقيام بذلك<sup>(٢)</sup>، وقد تطلب مراجعة هذه الرخصة كل فترة لا تزيد على خمس سنوات<sup>(٣)</sup>، كما اشترط ضرورة الحصول على رخصة المشروع **A project licence** تصدر بمعرفة وزير الدولة، تؤهل البرنامج لعمل الإجراءات العلمية على الحيوان في مكان أو أماكن محددة، مع تعهد الشخص بتحمل المسؤولية عن البرنامج المحدد في الرخصة<sup>(٤)</sup>، كما توضح فوائد البحث، الاجراءات المتبعة للتجربة، الآثار المتوقعة على الحيوان، أنواع الحيوانات وعددها، وأخيرا الخطوات المتبعة لتقليل الألم والمعاناة للحيوان، كما أفضى القانون إلى تشكيل لجنة حماية

---

للحيولة دون المعاناة غير الضرورية، وللتأكد من استخدام الحد الأدنى من الحيوانات الحية في الاختبارات، ويجب أن تكون هذه اللجنة تحت إشراف إدارة الثروة الحيوانية".

<sup>(١)</sup> نصت المادة (١٩) من اللائحة التنفيذية لقانون الرفق بالحيوان.

<sup>(٢)</sup> See: Sec. (3) subs.(a), Animals (Scientific Procedures) Act 1986.)

<sup>(٣)</sup> Sec. 4. Subs. (5).

<sup>(٤)</sup> Sec. 5. Subs. (1), (2).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الحيوان المستخدم للأغراض العلمية<sup>(١)</sup>، تضم ممثلوها مدافعين عن حقوق الحيوان<sup>(٢)</sup>.

### ج) الركن المعنوي:

جدير بالذكر أن المشرع الإماراتي لم ينص صراحة على صورة الركن المعنوي في جريمة استخدام حيوان في التجارب العلمية، ما يدفع إلى التساؤل حول مدى اشتراط العمد في هذه الجريمة، ومدى تصور وقوعها بالخطأ؟ لاسيما وأن المشرع الإماراتي قد أورد حكماً عاماً في المادة (٤٣) عقوبات اتحادي حول مساءلة الجاني عن الجريمة عمداً أم خطأ، حيث نصت على أنه "يسأل الجاني عن الجريمة سواء ارتكبها عمداً أم خطأ، ما لم يشترط القانون العمد صراحة".

فهل مفاد ذلك أن جريمة استخدام حيوانات في التجارب العلمية بدون ترخيص يمكن أن تقع بالخطأ في أي من صورته، أم يشترط فيها العمد؟ من جانبنا نعتقد في أن الجريمة محل الدراسة هي من الجرائم العمدية التي يتطلب القانون لقيامها توافر القصد الجنائي، بعنصره العلم والإرادة، بمعنى يعلم الجاني أن يستخدم الحيوان في التجربة العلمية بدون التقدم بطلب الحصول على إذن أو ترخيص من الإدارة المختصة (إدارة الثروة الحيوانية)، ومن ثم لا يسأل الجاني عن الجريمة إذا كان يعتقد بحصوله على الترخيص

---

See: Sec. (20) Animals (Scientific Procedures) Act 1986 )  
Amendment Regulations 2012.

See: "Animal research and human medicine" op. cit., P15, David )  
DeGrazia ,op. cit., P: 113.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

المطلوب، كما لو أرسل مساعده إلى إدارة الثروة الحيوانية لاستصدار الإذن، ثم يخبره مساعده بحصول ذلك على خلاف الحقيقة، كما يشترط اتجاه إرادة الجاني إلى استخدام الحيوان في التجربة العلمية، ومن ثم لا يسأل عن الجريمة من يكره على استخدام حيواناً في تجربة علمية خطيرة بدون ترخيص.

ثانياً - العقوبة المقررة للجريمة :

حددها المشرع الإماراتي بالغرامة التي لا تزيد على عشرين ألف درهم، مع ملاحظة أن فعل الجاني قد يسفر عن موت الحياة، فيسأل عن جريمة قتل الحيوان بدون مقتض، أو الإضرار العمدي الجسيم، ويستحق العقوبة المقررة لهاتين الجريمتين، وهي الحبس والغرامة أو إحدى العقوبتين، حيث نكون بصدده حالة تعدد معنوي للجرائم، فتطبق عقوبة الجريمة الأشد.

بينما نجد المشرع الانجليزي يعاقب على القيام بإجراءات تجريبية أو علمية على الحيوان بدون حمل الرخصة المطلوبة، سواء رخصة شخصية، أو رخصة مشروع، يعاقب عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين، والغرامة، أو العقوبتين معاً<sup>(١)</sup>، كما يلاحظ أن المشرع الانجليزي عاقب بنفس العقوبة قيام الشخص حامل رخصة المشروع بالسماح لغيره بالقيام بالإجراءات التجريبية أو العلمية على الحيوان بخلاف ما يسمح به البرنامج المحدد في الترخيص<sup>(٢)</sup>، كما عاقب بذات العقوبة أيضا الشخص الذي يحمل رخصة

---

a), Animals (Scientific Procedures) Act ( See: Sec. (22) subs.(1))<sup>١</sup>  
1986.

Sec. (22) subs. (2).(a.)<sup>٢</sup>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

شخصية ويسمح لغيره بالقيام بإجراءات تجريبية أو علمية على الحيوان بخلاف ما يحدده الترخيص<sup>(١)</sup>، وهو ما أغفله المشرع الإماراتي. كما يلاحظ أن المشرع الإماراتي لم يقرر ظروفًا مشددة للجريمة، هذا لا يمنع من إعمال الظروف المشددة العامة المنصوص عليها في المادة (١٠٢) عقوبات اتحادي، ومنها: ارتكاب الجريمة بباطل دنيء، وارتكاب الجريمة باستعمال طرق وحشية أو التمثيل بالمجنون عليه، ونعتقد في إمكانية تطبيق هذين الظرفين على جريمة إجراء تجارب على حيوان بدون ترخيص، حيث قد تقع الجريمة بدافع سيء من الجاني، كما لو قام بتجارب على الحيوان بغرض التلاعب في الجينات، ما يؤدي إلى تغيير خلق الله تعالى، أو تقع الجريمة باستعمال طرق وحشية في تمزيق جسد الحيوان، دون إعطائه جرعة تخدير كافية.

ومن قبيل ذلك: إجراء التجارب على الحيوان بطرق تؤدي إلى التخلص من أجزاء من أدمغتها، أو الحرمان الطويل من النوم، أو الطعام، أو الشراب، أو على العكس إجبار الحيوانات على تناول طعام ما حتى يموت نصفها<sup>(٢)</sup>، ومن ثم تكون التجربة العلمية بمثابة تعذيب للحيوان مجرمة بموجب المادة (٤٣٢) عقوبات اتحادي.

الخاتمة

Sec. (22) subs. (2),(b).<sup>١</sup>

<sup>٢</sup>) David DeGrazia "Animal Rights" op. cit., P: 116.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

انتهينا بفضل الله تعالى من دراسة موضوع الحماية الجنائية لحق الحيوان في سلامة الجسم، وذلك في نطاق الشريعة الاسلامية باختلاف مذاهبها، مقارنة بما نصت عليه القوانين الوضعية، لاسيما قانون العقوبات المصري، ونظيره قانون العقوبات الاتحادي، بالإضافة إلى التشريعات الخاصة في الدولتين، مع الإشارة إلى موقف بعض القوانين العقابية العربية الأخرى، كما شملت المقارنة قوانين بعض الولايات الأمريكية ذات الشأن، وكذلك القانون الانجليزي، وقد انتهى الباحث إلى جملة نتائج وتوصيات، نرجو من الله العليّ القدير أن تجد الآذان الصاغية لوضعها موضع الاعتبار والتنفيذ.

#### أولاً- النتائج:

- التأكيد على أن الحيوان يحظى بحقوق أدبية منها: حقه في ألا يتسبب أي شخص في معاناته، أو قتله دون مبرر وجيه، كما أنه يحظى بحقوق تنبع من أن له مصلحة يجب أخذها في الاعتبار قدر ما تؤخذ المصالح المشابهة لأي شخص آخر، من ذلك: مصلحته في تفادي المعاناة والألم.
- يمكن القول بأن الحيوان يتمتع بالحق في سلامة الجسم، على اعتبار أن ثمة مصلحة في صيانة جسم الحيوان وعدم المساس به، وثمة مصلحة اجتماعية تعود على المجتمع تتمثل في قدرة الحيوان في أداء الدور المنوط به.

- لقد سبقت الشريعة الإسلامية كافة القوانين الوضعية في التعامل مع الحيوان ككائن حي، يجب احترامه.
- وجدنا أن قانون العقوبات المصري يتعامل مع الحيوان على أنه مال مملوك لغيره، وعاقب على أفعال قتله أو الإضرار الكبير به بغير مقتضى، دون التعرض لتجريم مثل هذه الأفعال على الحيوانات غير المملوكة أو السائبة، وسار على ذات النهج قانون الجزاء الكويتي، وقانون العقوبات القطري، ونظيره السوداني.
- وجدنا أن مسلك المشرع الإماراتي يميل إلى توفير حماية جنائية للحيوان سواء باعتباره مالا مملوكا للغير، أو باعتباره كائنا حياً تجب حمايته.
- إن المشرع المصري كان سابقاً إلى النص على حظر كل أو أغلب أشكال القسوة مع الحيوانات في قانون الزراعة رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦م، لكن يعيبه ضعف العقوبات المقررة لها.
- إن المشرع الإماراتي اشترط أن تقع أفعال القسوة على الحيوان من صاحبه، مما يستبعد انطباق النص على حالات القسوة التي تقع على حيوان ليس مملوكاً لأحد.
- إن المشرع الإماراتي أضاف حالة التعدي الجنسي على الحيوان مما يدل على إدراك المشرع الإماراتي لخطورة هذا الفعل على الأخلاق والقيم في المجتمع، إلا أنه لم ينص صراحة على عقوبة محددة للشرع فيها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

- لم يحدد المشرع الإماراتي صورة الركن المعنوي في جريمتي التعدي الجنسي واستخدام الحيوان في التجارب العلمية بدون ترخيص.
- ضعف العقوبات التي قررها المشرع الإماراتي للجرائم الواقعة على الحيوان المنصوص عليها في قانون الرفق بالحيوان.
- أغفل المشرع المصري العقاب على أفعال القسوة على الحيوان بموجب قانون العقوبات.
- أجاز الفقه الإسلامي إجراء التجارب العلمية والطبية على الحيوانات للضرورة، تحقيقاً للمصلحة، مع وضع الضوابط اللازمة التي تحيد بها عن الحرام، كذلك فعل كل من المشرع الإماراتي والانجليزي.
- إن المشرع الانجليزي عاقب على قيام الشخص حامل رخصة المشروع بالسماح لغيره بالقيام بالإجراءات التجريبية أو العلمية على الحيوان بخلاف ما يسمح به البرنامج المحدد في الترخيص، وهو ما أغفله المشرع الاماراتي.
- إن الشريعة الإسلامية قد أولت حق الحيوان في سلامة الجسم عنايتها واهتمامها إلى درجة فاقت ما ذهبت إليه القوانين الوضعية.
- ثانياً - التوصيات: نوصي بأن:
- يتدخل المشرع الإماراتي بالنص صراحة على اشتراط العمد كصورة الركن المعنوي في الجرائم المنصوص عليها في قانون الرفق بالحيوان، مع تشديد العقوبات المقررة لها.



- يعيد المشرع المصري معالجته للجرائم الواقعة على الحيوان، وتجرير الأفعال التي تقع على الحيوان في ذاته دون اعتباره مالا مملوكا لغير الجاني، كما فعلت الشريعة الإسلامية والقوانين الأمريكية.
- يتدخل المشرع المصري بالنص على تجريم فعل التعدي الجنسي على الحيوان، كما فعل نظيره الإماراتي والأمريكي، وهو ما سبقت إليه الشريعة الإسلامية.
- يتدخل المشرع الإماراتي بالنص على عقوبة محددة للشروع في جرمي التعدي الجنسي على الحيوان، واستخدامه في التجارب العلمية بدون ترخيص.

### قائمة المراجع والمصادر

أولا: المراجع باللغة العربية:

- ١- ابن حزم الظاهري "المحلى" ج ١١، الطباعة المنيرية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.
- ٢- أحمد محمد اسماعيل برج "أحكام الذبح والمستجدات المتعلقة به في الفقه الإسلامي" دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
- ٣- أحمد محمد كنعان، "الموسوعة الفقهية الطبية" دائرة المعارف الإسلامية، بدون تاريخ نشر.
- ٤- أسامة السيد عبد السميع "موسوعة حقوق الحيوان على الإنسان في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بما ورد في الطب والقانون" دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠١٠.

- ٥- أشرف توفيق شمس الدين "الحماية الجنائية للحق في صيانة العرض في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي" دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٥م.
- ٦- الإمام ابن قدامه المقدسي "المعني" الجزء الثاني، بيت الأفكار الدولية، عمان، ٢٠٠٤م.
- ٧- الإمام أبي زكريا يحيى النووي "المجموع شرح المهذب" الجزء الأول، تحقيق رائد صبري بن أبي علفه، بيت الأفكار الدولية، عمان، ٢٠٠٥م.
- ٨- الإمام شمس الدين بن محمد بن أبي العباس الرملي "نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج" ج٧، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣م، ١٤٢٤هـ.
- ٩- الإمام علاء الدين أبي بكر الكاساني الحنفي "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع" تحقيق، الشيخ/ على محمد معوض، والشيخ/ عادل أحمد عبد الموجود، الجزء السادس، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣م، ١٤٢٤هـ.
- ١٠- الإمام محمد بن حسين بن علي الطوري القادري الحنفي "تكملة البحر الرائق في شرح كنز الدقائق" ج٨، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٧م، ١٤١٨هـ.
- ١١- الإمام محمد بن علي الشوكاني "تيل الأوطار شرح منتقى الأخبار" بيت الأفكار الدولية، عمان، ٢٠٠٤م..
- ١٢- الجاحظ "الحيوان" تحقيق د/ يحيى الشامي، الطبعة الثانية، المجلد الأول (١-٣)، دار ومكتبة هلال، ١٩٩٠.
- ١٣- جندي عبد الملك ، الموسوعة الجنائية، الجزء الثالث، بدون تاريخ نشر.
- ١٤- حسن الجواهري "بحوث في الفقه المعاصر" الجزء الثاني، دار الذخائر، ص ٢٢٤، منشور على الموقع:

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

[http://rafed.net/booklib/view.php?type=c\\_fbook&b\\_id=172&page=253](http://rafed.net/booklib/view.php?type=c_fbook&b_id=172&page=253)

- ١٥- حسن صادق المرصفاوي "المرصفاوي في قانون العقوبات تشريعا وقضاء في مائة عام" الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٤.
- ١٦- حسين بن عبد الله العبيدي "الذبايح" الدورة الحادية والعشرون، مؤتمر مجمع الفقه الاسلامي الدولي، منظمة التعاون الاسلامي، الرياض، في الفترة ١٥-١٩ محرم ١٤٣٥هـ، الموافق ١٨-٢٢ نوفمبر ٢٠١٣م.
- ١٧- دراسة بعنوان "التصميم والتحليل الإحصائي للتجارب البيولوجية" ص ٣، منشور على الموقع الالكتروني:

<http://faculty.ksu.edu.sa/alkhazim/Arbichome/Documents/alsharhi/17.pdf>

- ١٨- رمسيس بهنام "قانون العقوبات جرائم القسم الخاص" الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٩م.
- ١٩- شمس الدين أحمد بن قودر "تناج الأفكار في كشف الرموز والأسرار" تكملة شرح فتح القدير للأمام كمال الدين بن الهمام الحنفي، الجزء التاسع، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣م، ١٤٢٤هـ.
- ٢٠- على يوسف المحمدي "الرفق بالحيوان في ضوء الكتاب والسنة" منشور على الموقع الالكتروني:

<http://qspace.qu.edu.qa/bitstream/handle/10576/8757/099306-0005-fulltext.pdf?sequence=4>

- ٢١- كمال بن صادق ياسين، "أحكام الحشرات في الفقه الإسلامي" الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٥٨هـ، ٢٠٠٧م.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

٢٢- مجمع الفقه الاسلامي، المؤتمر العاشر، المنعقد بجدة، المملكة العربية السعودية، في الفترة من ٢٣-٢٨ صفر ١٤١٨هـ، الموافق ٢٨ يونيو - ٣ يوليو ١٩٩٧م، منشور على:

<http://www.fiqhacademy.org.sa/qrarat/10-3.htm>

٢٣- مجمع الفقه الاسلامي، رابطة العالم الاسلامي، الدورة العاشرة، مكة المكرمة، في الفترة من السبت الموافق ٢٤-٢٨ صفر ١٤٠٨هـ، ١٧-٢١ أكتوبر ١٩٨٧م، منشور على الموقع الالكتروني للمجمع:

<http://www.themwl.org/Bodies/Decisions/default.aspx?d=1&did=128&l=AR>

٢٤- مجموعة التشريعات الكويتية، الطبعة الأولى، الجزء السابع، قانون الجزاء، المجلد الأول، وزارة العدل، فبراير ٢٠١١م.

٢٥- مجموعة الفتاوى الشرعية الصادرة عن قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية بوزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ج ٢، بدون تاريخ نشر.

٢٦- محمد رأفت عثمان "المادة الوراثية الجينوم قضايا فقهية" الطبعة الأولى، مكتبة وهبة، دار الكتب المصرية، القاهرة، ٢٠٠٩م.

٢٧- محمد عبد الحليم عمر "الممارسات المستحدثة للذبح في ضوء أحكام الشريعة الاسلامية" بحث مقدم إلى مؤتمر الذبائح بين الشريعة الاسلامية والممارسة العملية" جامعة الأزهر، القاهرة، في الفترة من ٢٦-٢٧ ذو العقدة ١٤٢٢هـ، ٩-١٠ فبراير ٢٠٠٢.

٢٨- محمد عيد الغريب "شرح قانون العقوبات القسم العام" طبعة ١٩٩٩-٢٠٠٠، مطبعة الأيمان.

٢٩- محمد محي الدين عوض "قانون العقوبات السوداني معلقاً عليه" مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٩م.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

٣٠- محمود محمود مصطفى "شرح قانون العقوبات القسم الأول" الطبعة العاشرة، ١٩٨٣م.

٣١- مصطفى مجدي هرجه "التعليق على قانون العقوبات في ضوء الفقه والقضاء" الطبعة الثالثة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٥م.

٣٢- مقال بعنوان "التجارب المعملية على الحيوانات" منشور على الموقع التالي:

[http://www.animalmosaic.org/Images/Animal%20Experimentation\\_Arabic\\_tcm46-28240.pdf](http://www.animalmosaic.org/Images/Animal%20Experimentation_Arabic_tcm46-28240.pdf)

٣٣- منذر الفضل "التجربة الطبية على الجسم البشري ومدى الحماية التي يكفلها القانون المدني والقوانين العقابية والطبية" مجلة الكوفة، العدد ٧، منشور على الموقع الإلكتروني:

<http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=61498>

٣٤- هلاي عبد اللاه أحمد "الحماية الجنائية للأخلاق من ظاهرة الانحراف الجنسي" دراسة مقارنة، دارا النهضة العربية، ١٩٩٦م.

ثانيا- المراجع باللغة الأجنبية:

1- ALFRE C. KINSEY & WARDELL B. POMEROY and CLYDE E. MARTIN "SEXUAL BEHAVIOR IN THE HUMAN MALE" first edition 1948, published by: W. B. Saunders Company, second edition 1975, published by: Indiana University Press, USA, P: 670-671, available at:

[https://books.google.ae/books?id=pfMKrY3VvvgC&prints=ec=frontcover&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.ae/books?id=pfMKrY3VvvgC&prints=ec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

- 2- ASPCA “Animal Cruelty: The Law in Illinois” Rev. 3 – December 2007, available at: <https://www.yumpu.com/en/document/fullscreen/17582037/animal-cruelty-the-law-in-illinois-center-for-public-safety-and->
- 3- Bonnie Erbe, “Protecting Animal Rights: A Quiet Revolution” POLITICS DAILY (Nov. 10,2009)
- Bonnie Erbe, “Protecting Animal Rights: A Quiet Revolution” POLITICS DAILY (Nov. 10,2009) <http://www.politicsdaily.com/2009/11/10/protectinganimal-rights-a-quiet-revolution/>.
- 4- Charlotte VERHAEGHE “Protection animal en france et dans l’union europeenne: textes reglementations et nouvelle approche juridique animal” Thèse , Toulouse, 2006
- 5- David DeGrazia “Animal Rights” Oxford University Press, 2002, translated by: Mohammed Sad Tantawi, Hindawi Foundation for Education and Culture, 2014.
- 6- Favre (D) & Tsang (V), The Development of Anti-Cruelty Laws During the 1800’s, DET. C.L. REV. 1,6, 1993.
- 7- Frank R. Ascione, Claudia V. Weber, and David S. Wood “The Abuse of Animals and Domestic Violence: A National Survey of Shelters for Women who are Battered”

The White Horse Press, Cambridge, UK, Society and Animal, Vol. 5, No. 3, 1997, available at: [http://www.ncdsv.org/images/animal\\_abuse\\_and\\_dv.pdf](http://www.ncdsv.org/images/animal_abuse_and_dv.pdf)

8- IRELAND MOORE (A.N) "DEFINING ANIMALS AS CRIME VICTIMS" Journal of Animal Law, 2005,1:1, available at:

[https://www.animallaw.info/sites/default/files/jouranimallawvol1\\_p91.pdf](https://www.animallaw.info/sites/default/files/jouranimallawvol1_p91.pdf)

9- Lynn A. Addington & Mary L. Randour "Animal Cruelty Crime Statistics: Findings from a Survey of State Uniform Crime Reporting Programs" Animal Welfare Institute, spring 2012, available at:

[https://awionline.org/sites/default/files/products/ca12fbireportfinal040312\\_0.pdf](https://awionline.org/sites/default/files/products/ca12fbireportfinal040312_0.pdf)

10- MOGBOT (T.C) "Animal Cruelty: A Review" Journal of Natural Sciences Research, Vol. 3, No. 8, 2013, available at: <http://www.iiste.org>,

11- Randall Lockwood, "Animal Cruelty Prosecution" the American Prosecutors Research Institute, July, 2006. available at:

[http://www.ndaa.org/pdf/animal\\_cruelty\\_06.pdf](http://www.ndaa.org/pdf/animal_cruelty_06.pdf)

12- Stephen Iannacone , "Felony Animal Cruelty Laws in New York" Pace law Review, Vol. 31, Issue 2, Spring 2011, P: 752-753, available at:

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

<http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1782&context=plr>

- 13- Study about “Animal research and human medicine” by (ABPI) means: (Association of the British Pharmaceutical Industry) , this study available at:[http://www.abpischools.org.uk/page/animal\\_research.cfm](http://www.abpischools.org.uk/page/animal_research.cfm)
- 14- Study about “ANIMAL SEXUAL ABUSE: FACT SHEET” available at: <http://www.vactf.org/pdfs/bestiality-factsheet.pdf>



# المعايير الدولية للعدالة الانتقالية وآليات تطبيقها

د. محمد عادل محمد عسكر

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

قائمة المختصرات

<b>ACHR</b>	<i>The American Convention on Human Rights</i>
<b>ANU</b>	<i>Australian National University</i>
<b>AZAPO</b>	<i>The Azanian People's Organisation</i>
<b>DDR</b>	<i>disarmament, demobilisation and reintegration</i>
<b>Doc.</b>	<i>document(s)</i>
<b>ECHR</b>	<i>European Court of Human Rights.</i>
<b>ed.</b>	<i>Edition.</i>
<b>eds.</b>	<i>Editors.</i>
<b>et seq.</b>	<i>et sequentes (Latin phrase) means: and the following.</i>
<b>G.A. res.</b>	<i>UN General Assembly Resolutions</i>
<b>HRW</b>	<i>Human Rights Watch Organization</i>
<b>ICC</b>	<i>International Criminal Court.</i>
<b>ICJ</b>	<i>International Court of Justice.</i>
<b>IILJ</b>	<i>The Institute for International Law and Justice.</i>
<b>ILC</b>	<i>International Law Commission.</i>
<b>ICRC</b>	<i>The International Committee of the Red Cross</i>
<b>ICTJ</b>	<i>International Center for Transitional Justice</i>
<b>ICTR</b>	<i>International Criminal Tribunal for Rwanda</i>
<b>Inc.</b>	<i>Incorporation.</i>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

<b>LRA</b>	<i>Lord's Resistance Army</i>
<b>Ltd.</b>	<i>Limited.</i>
<b>NGOs</b>	<i>Non-governmental Organizations.</i>
<b>NOMOS LI</b>	<i>NOMOS Lawyers International Publisher</i>
<b>NYU</b>	<i>New York University</i>
<b>No.</b>	<i>Number.</i>
<b>P.</b>	<i>Page.</i>
<b>Para.</b>	<i>Paragraph</i>
<b>P. R.</b>	<i>The Previous Reference</i>
<b>SSGM</b>	<i>State, Society and Governance in Melanesia Program</i>
<b>UNCC</b>	<i>United Nation Claims Commission</i>
<b>UNCRC</b>	<i>United Nations Convention on the Rights of the Child</i>
<b>UNDP</b>	<i>United Nations Development Programme</i>
<b>UNTS</b>	<i>United Nations Treaty Series.</i>
<b>UN</b>	<i>United Nations.</i>
<b>Vol.</b>	<i>Volume.</i>
<b>Y.B.I.L</b>	<i>Year Book of International Law.</i>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

في أوائل الثمانينيات قتل ضابط أرجنتيني يُدعى "Adolfo Scilingo" ثلاثين سجيناً بإلقاءهم من الطائرات وهم أحياء، وبعد مضي ما يقرب من ربع قرن وفي عام ٢٠٠٥، أدانت محكمة أسبانية بجرمة الإبادة الجماعية، وعاقبته بالسجن لمدة ستمائة وأربعين عاماً<sup>(١)</sup>؛ فالماضي لا يقبع هادئاً مع وجود جرائم، ولا سلام ولا سكينه بدون عدالة، ولا أدلّ على ذلك من الفترات التي تزول فيها أنظمة سياسية أُلقت بشعوبها في غياهب التخلف والجهل والفقر، أو اقترفت بحقها جرائم شتى، إنسانية، واجتماعية، واقتصادية، وأمنية، وربما زجت بها في نزاعات مسلحة استنزفت مواردها وناعت عن تحملها، فتتطلع هذه الشعوب إلى تحصيل العدالة والانتقال إلى مستقبل أفضل، ولكن كيف ذلك؟ وحالة الغضب وعدم الرضا وشبح الانتهاكات الإنسانية قابعة جميعها تحت سطح الحياة السياسية، وربما تتفلت في أي وقت وتهدم استقرار المجتمع، وهنا ظهر منهج "العدالة الانتقالية"، كأحد المجالات القانونية التي تعالج آثار انتهاكات الماضي، وتدعم التقدم إلى المستقبل وفقاً لمعايير دولية رسخت الأمم المتحدة لها، وحثت الدول ذات الصلة على التقيد بها<sup>(٢)</sup>.

---

(١) وذلك بموجب قانون يسمح بالمحاكمة داخل أسبانيا عن الجرائم ضد الإنسانية ولو ارتكبت في أي مكان آخر. راجع:

, *Transitional Justice: Images and Memories*, Routledge, A. HOL London, 2016, P. 20; K. SIKKINK, *the Justice Cascade: how Human Rights Prosecutions are Changing World Politics*, W. W. Norton, Incorporated, New York, 2012, PP. 43: 44.

(٢) وقد أكدت ديباجة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ على هذا المعنى، عندما أوردت مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وكان الشعب المصري أحد الشعوب التي عبّرت عن إرادتها لتطبيق العدالة الانتقالية، بعد ثورتين شعبيتين في عامي ٢٠١١، ٢٠١٣، لرفض الاستبداد السياسي، والمطالبة بالإصلاح الاقتصادي، وإطلاق الحريات، وتحقيق العدالة الاجتماعية، وبالفعل اعتد الدستور المصري لعام ٢٠١٤ بتلك الإرادة، ونص في المادة رقم (٢٤١) منه على أن: "يلتزم مجلس النواب في أول دور انعقاد له بعد نفاذ هذا الدستور، بإصدار قانون للعدالة الانتقالية يكفل كشف الحقيقة، والمحاسبة، واقتراح أطر المصالحة الوطنية، وتعويض الضحايا، وذلك وفقاً للمعايير الدولية"<sup>(١)</sup>.

ويتبادر إلى الذهن تساؤل عن ماهية العدالة الانتقالية، وهل تختلف عن منظومة التشريعات السارية في الدول، وكيفية تطبيقها، والمعايير الدولية الحاكمة لها؟

وحرى بالذكر أنه لا يوجد تعريف مُتفق عليه بشأن العدالة الانتقالية، إلا أن المحاولات ذات الصلة اتفقت وبوجه عام، على كونها مجموعة وسائل وآليات قضائية وغير قضائية، وتدابير سياسية، وأخلاقية، وفكرية، وإصلاحية،

---

أن تناسي حقوق الإنسان وازدراؤها قد أفضيا إلى أعمال همجية أدت الضمير الإنساني، وإن حماية حقوق الإنسان تجنب التمرد والثورة.

(١) المادة رقم (٢٤١) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤، ومن بين الدول التي طالبت بالتغيير: تونس، ومصر، واليمن، وليبيا. راجع:

, *Transitional Justice in Post-Revolutionary Tunisia* D. PREYSING (2011-2013): How the Past Shapes the Future, Springer, New York, 2016, P. 12.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

تهدف إلى كشف معالم فترة مضت من حياة الدول، ومعالجة آثار ما كان خلالها من انتهاك القانون، أو تجاوزات وفساد سياسي وسوء إدارة، أو ظلم واحتقان اجتماعي، ثم دعم الشعوب للانتقال إلى الديمقراطية وسيادة القانون، دون أن تستشري ثقافة الثأر والانتقام والكراهية، أو تتجدد بواعث انتهاكات الماضي مرة أخرى، وتدفع بالدول إلى هاوية الفوضى<sup>(١)</sup>.

### ونلاحظ أن تحقيق هذه العدالة لا يقتصر على المساءلة

القضائية، وإنما يتجاوز ذلك إلى تطبيق آليات متنوعة، قانونية وإنسانية وإصلاحية، كلجان تقصي وتوثيق الحقيقة، وابتكار وسائل غير قضائية لجبر من تضرر نتيجة مخالفات قانونية أو سياسية، ربما لا تنظم القوانين السارية التعويض عنها، وكذلك إعادة تأهيل من يحتاج من الضحايا، وإصلاح مؤسسات الدولة التي ربما تورطت في انتهاك حقوق الإنسان، وتطهيرها ممن شاركوا في دعم جرائم النظام السابق، والتخطيط لتدابير مبدعة تحقق المصالحة والتعايش السلمي بين أطراف المجتمع بضوابط تضمن عدم إعادة إنتاج العنف، وتقود الدولة إلى التنمية الاقتصادية<sup>(٢)</sup>.

(١)

R. NAGY, *Transitional Justice as a Global Project: Critical Reflections*, *Third World Quarterly Journal*, Vol. 29, 2008, PP. 275. 277: 278.

(٢)

T. O. HANSEN, *the Vertical and Horizontal Expansion of Transitional Justice: Explanations and Implications for a Contested Field*, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 32, No. 1, 2010, P. 216.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وقد أكد تقرير لمجلس الأمن بشأن العدالة الانتقالية عام ٢٠٠٤، على المفاهيم السابقة، عندما قرر أن العدالة الانتقالية تشمل 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، وتقصي الحقائق، والإصلاح الدستوري، وفحص السجل الشخصي للكشف عن التجاوزات، والفصل أو اقترانها معاً<sup>(١)</sup>.

ويُحدد جانب من الفقه ثلاثة أجيال أو مراحل للعدالة الانتقالية<sup>(٢)</sup>، حيث يرد ظهورها إلى الفترة التي أعقبت الحرب العالمية الثانية، عندما سعى المجتمع الدولي من خلال إنشاء محاكم "تورمبيرج" عام ١٩٤٥، إلى تحقيق العدالة الجنائية والقصاص لمن أنتهكت حقوقهم خلال هذه الحرب، إلا أن هذه المحاكمات لم تحقق هدف العدالة والاستقرار، وشابها كثير من المثالب أبرزها تأثيرها بالحالة السياسية السائدة، واقتنارها إلى وجود آليات أخرى

(١) وثيقة مجلس الأمن (S/2004/60I).

(٢)

P. S. BERMAN, *the New Legal Pluralism, Annual Review of Law and Social Science, Vol. 5, 2009, P. 255.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

تكمل عملها وتدعم تحقيق العدالة والاستقرار<sup>(١)</sup>.

ثم تطور مفهوم العدالة الانتقالية واتسع نطاقه عندما طُبق في منتصف الثمانينيات للترسيخ للديمقراطيات الناشئة في بعض دول أمريكا اللاتينية وأوروبا الشرقية، حيث لم يقتصر على مساءلة الجناة عن انتهاكات الماضي دولياً، أو وطنياً، أو في المحاكم المختلطة، وإنما تم استحداث وسائل تكميلية غير قضائية ساهمت في معالجة آثار انتهاكات الأنظمة القمعية السابقة مثل؛ لجان تقصي الحقيقة التي مُنحت سلطات لتسوية بعض النزاعات؛ وبرامج جبر للمتضررين الذين لم يتمكنوا من اقتضاء حقوقهم في المؤسسات القضائية؛ وكذلك إصلاح مؤسسات الدولة وتطهيرها ممن ساهم في إفسادها؛ والسعي للمصالحة المجتمعية، التي أدت إلى تحقيق الاستقرار السياسي في حالات كثيرة، لاسيما عقب النزاعات المسلحة والحروب الأهلية<sup>(٢)</sup>.

(١) مثلت هذه المحاكمات تطوراً مهماً في المجتمع الدولي، حيث حُوكم فيها مسنولي بعض الدول عن انتهاكات حقوق الإنسان، وكانت أول جلسة لها في ٢٠ نوفمبر عام ١٩٤٥، واختصت بمساءلة مسنولين المان عن ارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية، بموجب القانون الجنائي والقانون الدولي لحقوق الإنسان، كما شملت محاكمة الأطباء الذين أجروا تجارب طبية على البشر، واستمرت الجلسات حتى ١ أكتوبر ١٩٤٦، وكان تقديم إفادات من جانب دول الحلفاء كفيلاً لكي تتعامل معه المحكمة باعتباره دليلاً، وهو ما يسر إنجاز المحاكمات بغض النظر عن مدى عدالتها، ولم يشهد العالم مثل هذه المحاكمات لأكثر من أربعين عاماً تالية، حتى أنشأ مجلس الأمن المحاكم الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة، ورواندا في منتصف التسعينيات، كرد فعل للانتهاكات الإنسانية التي ارتكبت في الدولتين. راجع:

**K. McEVOY, L. McGREGOR, *Transitional Justice From Below: Grassroots Activism and the Struggle for Change*, Hart Publishing, 2008, PP. 32:40**

(٢) كالعفو الذي مُنح للمسنولين العسكريين في الأرجنتين بعد مرحلة من المحاكمات القضائية لم مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



ومنذ أواخر التسعينيات اتسع نطاق تطبيق العدالة الانتقالية، فلم يقتصر على تحول دولة من حالة نزاع مسلح إلى السلام، أو ارتهن بوجود تغيير سياسي، ولكن تم استخدامه في سياقات أخرى، كغرض إزالة الاحتقان السياسي بين طوائف مجتمع ما، أو الحيلولة دون اندلاع حرب أهلية، أو التمهيد لتحقيق تنمية اقتصادية<sup>(١)</sup>، وقد اتصفت آليات تطبيق العدالة في هذه المرحلة بالابتعاد عن المساءلة، والاعتماد على كشف الحقيقة وتحقيق المصالحة المجتمعية، وقد أطلق جانب فقهي على هذه المرحلة "التطبيع المجتمعي بالعدالة الانتقالية"، أي تحقيق المصلحة العامة وتوافق كافة أطراف المجتمع بغض النظر عن وجود تغير للنظام السياسي، مثلما حدث في المغرب عام ٢٠٠٤، من إنشاء لهيئة الإنصاف والمصالحة، بغرض التخفيف من حالة الاحتقان السياسي، وتسوية بعض المظالم الاجتماعية، وتعزيز حقوق الإنسان<sup>(٢)</sup>.

---

تؤدي إلا إلى استمرار الاضطرابات والعنف في الدولة، وكذلك منح العفو في جنوب أفريقيا، حيث لم تُعقد محاكمات على الإطلاق، باعتبار أن هذا العفو كان ضرورة لضمان الانتقال السلمي للديمقراطية وعدم انهيار الوضع الاقتصادي. راجع:

DAVIS, *Transitional Justice and Security System Reform, Initiative for Peacebuilding, the International Center for Transitional Justice, New York*, 2009, P. 25.

(١)

R. JEFFERY, *Enduring Tensions: Transitional Justice in the Solomon Islands, the Pacific Review Journal, Vol. 26, No. 2, 2013, P.155.*

(٢)

T. O. HANSEN, *the Vertical and Horizontal Expansion of Transitional Justice, P. R., P. 203.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وتجدر الإشارة إلى أن نشأة وتطور العدالة الانتقالية، قد تم في كنف الأمم المتحدة وبدعمها ورعايتها، بدايةً من اهتمام المنظمة بتعريفها وبيان أهدافها المتعلقة بتحقيق السلم المجتمعي، ومكافحة العنف الجماعي والسعي لاقتلاع جذوره<sup>(١)</sup>، ثم اعتماد معايير دولية وتوجيهات عامة تحكم تطبيقها، وتضمن فاعلية تحقيق أهدافها، وقبولها على الصعيد الوطني، كأن يتم تطبيقها بقانون يضمن لها المشروعية، واتساع نطاق المشاركة المجتمعية عند تصميم آلياتها، ومراعاة الأعراف والثقافات الخاصة بكل مجتمع، واتصافها بالواقعية، كما تواترت أيضاً تعهدات الأمم المتحدة بالالتزام بتقديم كافة أنواع الدعم المُتطلبة لتطبيق العدالة الانتقالية في الدول ذات الصلة<sup>(٢)</sup>.

وبالرجوع لنماذج تطبيق العدالة الانتقالية في دول عدة، نجد أن نتائجها قد اختلفت كثيراً وفقاً للأحوال التي طبقت فيها، والآليات التي

---

(١) ومن ذلك، الملاحظات التوجيهية للأمين العام للأمم المتحدة، بشأن نهج الأمم المتحدة للعدالة الانتقالية، مارس ٢٠١٠. متاح على:

[http://www.unrol.org/files/TJ\\_Guidance\\_Note\\_March\\_2010FINAL.pdf](http://www.unrol.org/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf)  
12/1/2016.

(٢) ومن ذلك ما ورد بجدول أعمال الأمم المتحدة لعام ٢٠١٢، بعنوان "المستقبل الذي نريده"، وكذلك ما ورد في أعمال المنظمة بشأن سيادة القانون والعدالة الانتقالية لعام ٢٠١١، من حيث التركيز على معالجة أسباب النزاعات الجذرية، لتحقيق العدالة وسيادة القانون في هذه المراحل من حياة الشعوب، وبما يشمل النواحي الاقتصادية والاجتماعية، بالتوازي مع العدالة الجنائية والسلام والمصالحة، وتقديم الموارد اللازمة لذلك، كما أكد الأمين العام للمنظمة على دعم الأمم المتحدة لمبادرات تنمية سيادة القانون، وسياسات للعدالة ترتبط بتعزيز الحقوق الاجتماعية والاقتصادية، باعتبارها عنصراً جوهرياً للعدالة الانتقالية. راجع:

UN Rule of Law and Transitional Justice 2011, paras: 4, 17, 51, 52, 56;

79, 80; see also: [www.un.org/futurewewant.15/2/2016](http://www.un.org/futurewewant.15/2/2016).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

أُستُخدمت<sup>(١)</sup>، وعلى سبيل المثال، في حالات الجرائم الجماعية كانت آلية المساءلة الجنائية هي الملائمة لتحقيق أهداف العدالة، وفي حالة الاحتياج إلى رأب الانقسام داخل المجتمع، كان الأكثر ملاءمة تطبيق آليات كشف الحقائق والسعي للمصالحة، وابتكار برامج للجبر، وإصلاح مؤسسات الدول، وتطهير الوظائف العامة ممن تورط في أي انتهاكات أو عنف، وفي بعض الأحوال كانت هناك دول تحتاج لتطبيق كل هذه الآليات معاً لا الاكتفاء بآلية واحدة<sup>(٢)</sup>.

### مبررات الدراسة :

أولاً: إلزام الدستور المصري لمجلس النواب بإصدار قانون خاص بالعدالة الانتقالية وفقاً للمعايير الدولية، يعطي أهمية لدراسة ماهية هذه العدالة، والتجارب الدولية بشأنها، والمعايير الدولية التي يجب أن يراعيها المجلس عند صياغة القانون الخاص بها، بما يدعم فرص نجاح تطبيقها.

(١) وثيقة الأمم المتحدة (U.N. Doc. S/2004/616)، وتجدد الإشارة إلى أن هناك ما يقرب من (٤٠) دولة طبقت "العدالة الانتقالية"، منها بعض دول أمريكا الجنوبية، وألمانيا الشرقية، وبولونيا، ورومانيا، وبلغاريا، والتشيك، وعدد من دول إفريقيا، ودول عربية كتونس، وليبيا، والمغرب والجزائر، واختلفت بيئة التطبيق وتنوعت ما بين نهاية نزاعات مسلحة وحروب أهلية، أو ثورات تتهي حالة استبداد وقمع، أو بغرض تخفيف الاحتقان السياسي بين السلطة السياسية والمواطنين، وحرى بالذكر عدم وجود صيغة واحدة لتطبيق العدالة الانتقالية، ويكون لكل مجتمع اختيار الطريق الملائم له. راجع: د. عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانة، د. حسين إبراهيم خليل، العدالة الانتقالية ولجان المصالحة في ضوء التحول الديمقراطي، دراسة تطبيقية على جمهورية مصر العربية، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، ديسمبر ٢٠١٢، ص ١٠٠١.

(٢)

L. J. LAPLANTE, K. THEIDON, *Transitional Justice in Times of Conflict: Colombia's Ley de Justicia y Paz*, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 28, No. 1, 2006, PP. 59: 62.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ثانيًا: صار منهج "العدالة الانتقالية" أحد مجالات القانون الدولي التي تدعمها منظمة الأمم المتحدة، ويتم طرحها باعتبارها طوقًا للنجاة من العنف الجماعي والتناحر المجتمعي، وحلاً فاعلاً لكثير من المشاكل السياسية والاجتماعية، ودعمًا للانتقال السلمي إلى الديمقراطية، وتهيئةً لأجواء النمو الاقتصادي، وهنا يكون من الضروري أن تثبت الدراسات القانونية مدى صحة ذلك، من خلال سبر أغوار هذه العدالة، وتحليل النماذج التطبيقية المختلفة لها، وتقييمها للوقوف على مدى مصداقية وواقعية هذا الطرح وتلك الفوائد.

ثالثًا: تتعاظم الحاجة إلى استعراض المعايير الدولية للعدالة الانتقالية ودراستها، حتى تستطيع الدول ذات الصلة ومنها مصر، مراعاتها عند تشريع قوانين وآليات لتطبيق العدالة الانتقالية، حيث يمثل ذلك من ناحية امتثالاً لقواعد القانون الدولي، ومن ناحية ثانية ضمانًا لفاعلية هذه العدالة في تحقيق مصالح الدول، حيث لم تحقق الإجراءات التي أتخذت بعد ثورة يناير ٢٠١١، أي نوع من العدالة، سواء كانت دعاوي جنائية، أم صناديق للتعويض، أم وسائل تخليد للذكري، أم لجان تقصي الحقائق، ولذا فإنه بعد ثورة يونيو ٢٠١٣، والنص في دستور ٢٠١٤ على هذه العدالة، لابد من تلافي أخطاء المحاولات السالفة، والاستفادة من إيجابيات التجارب التي حققت نجاحًا لتوافقها مع المعايير الدولية، وهو ما نحاول طرحه وتحليله من خلال هذه الدراسة.

رابعًا: يفيد دراسة وفهم كيفية تطبيق العدالة الانتقالية في تجنب ما

يمكن أن نطلق عليه "ثورات الذاكرة"، عندما تستمر حالة الغضب، وعدم الرضا، وشبح الانتهاكات الإنسانية، قابعة جميعها تحت سطح الحياة السياسية، وربما تتفقت في أي وقت وتؤثر على استقرار الدول، لأنه لا يمكن تجاهل الماضي أو نسيانه، والسبيل الوحيد هو إظهاره وتجاوزه بطريقة صحيحة ووفقاً للقانون، وذلك من خلال تطبيق نظام العدالة الانتقالية بشكل صحيح، ووفقاً لفهم سليم.

**خامساً:** يرتبط تطبيق العدالة الانتقالية في جزء منه بالعدالة السارية أو التقليدية لاسيما الجنائية، إلا أن هذه العدالة ليست كافية للتعامل مع آثار الفترات الماضية التي ثارت عليها الشعوب، ومن ضمنها بعض القوانين السارية التي ربما رسخت للاحتقان السياسي بعدم المساواة والظلم الاجتماعي والتمييز بين المواطنين، وتُجلى هذه الدراسة الخط الفاصل بين دور العدالة السارية في مراحل التحول السياسي، ودور العدالة الانتقالية التي لا تقتصر على الآليات القانونية أو الناحية التشريعية وإنما تستحدث آليات منها ما يضطلع بتحقيق أهداف سياسية أو اجتماعية لا تتضمنها المنظومة العدالة السارية.

### إشكاليات الدراسة :

أولاً: حداثة مفهوم العدالة الانتقالية وتنوع تعريفاتها بوجه عام، قد يؤدي لنوع من اللبس أو الارتباك عند تطبيقها، لاسيما استخدام آليات أو

تدابير لا تمت لها بصلة ولا تحقق الهدف منها، أو تطبيقها بصورة مجتزأة لا تعالج الأسباب الجذرية للعنف أو الاحتقان السياسي، وتفشل في تحقيق المرجو منها، ويحتاج الأمر لتوضيح مفهوم هذه العدالة بدقة، وذلك من خلال تحليل التجارب والممارسات والتقارير الدولية بشأنها، وكذلك بعض القوانين ذات الصلة، وآراء الفقه.

ثانيًا: يمثل عدم اكتمال كثير من تجارب تطبيق العدالة الانتقالية في عدد من الدول، وكذلك عدم تحقيق البعض الآخر لأي استقرار مجتمعي أو تحول سلمي للسلطة إشكالية مهمة، وقد تطلب ذلك دراسة هذه التجارب بدقة شديدة وتحليلها للتعرف على أسباب إخفاقها أو المعوقات التي أدت لذلك والتوصية بتلافيها، كذلك إشكالية نجاح بعض آليات العدالة الانتقالية وإثمارها في بعض الدول، وإخفاقها في دول أخرى، مما تطلب دراسة تفصيلية لكل العوامل المؤثرة في ذلك، وتوضيحه حتى لا يتم استنساخ تجارب دونما تنقية وحسن اختيار لما يناسب كل مجتمع.

ثالثًا: يدمج مصطلح العدالة الانتقالية بين مفهومين مختلفين، "العدالة"، التي هي هدف مستمر لا يتوقف تحقيقه على لحظة معينة، ووصف "الانتقالية" الذي يشير إلى حالة استثنائية خاصة، فهل هذه العدالة مجرد فلسفة نظرية، أو جدال فقهي، مع كون منظومة العدالة السارية أو التقليدية تقي

بالأهداف التي تحققها العدالة الانتقالية، ويمكن الاكتفاء بها، أم أن هناك  
اختلافًا جوهريًا بين نوعي العدالة العادية؟

رابعًا: لماذا تم النص على العدالة الانتقالية في الدستور، وتم إلزام  
المجلس النيابي بإصدار قانون ينظمها، ألا يكفي أن تُطبق كحزمة إجراءات  
قانونية وتدابير إصلاحية تتخذها مؤسسات الدولة المختلفة؟

خامسًا: ما هي المعايير الدولية للعدالة الانتقالية، وهل هي محددة  
على سبيل الحصر؟ وهل يمكن لاعتبارات مختلفة، سواء مادية أم قانونية أم  
اقتصادية، أم واقعية، التنازل عن بعض هذه المعايير؟

سادسًا: هل هناك آلية مُتلى لتطبيق العدالة الانتقالية، أم يمكن  
استحداث وسائل متنوعة للعدالة الانتقالية وفقًا لظروف كل دولة؟ وما هو  
الأساس القانوني الدولي لكل آلية منها؟ لاسيما مع إثارة بعض الآليات  
إشكالية مدى شرعيتها القانونية كآلية "التطهير"، التي تتمثل في إبعاد بعض  
لأشخاص من الوظائف العامة في الدولة، بناءً على قرارات غير قضائية  
صادرة من لجان تقصي الحقيقة، وهل الآليات التي نص عليها الدستور  
المصري هي أفضل طرق تطبيق العدالة الانتقالية، وما هي الاعتبارات التي  
ينبغي مراعاتها عند اختيار آليات التطبيق المذكورة؟

سابعًا: هل تتعارض آليات تطبيق العدالة الانتقالية مع بعضها

البعض، نظرًا لأن منها ما يحقق العدالة الجزائية أو المساءلة ويكافح الإفلات من العقاب، كالمحاكم بأنواعها، ومنها ما يهتم بالسعي للمصالحة المجتمعية، أو الاكتفاء بكشف الحقيقة وفي مقابلها يمنح العفو، كلجان تقصي الحقيقة؟

ثامناً: أسست بعض الدول انتقالها وتحولها السياسي على منح العفو مقابل الاعتراف بالحقيقة، فهل يقر القانون الدولي منح العفو العام أو الشامل عن الجرائم، لاسيما مع اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بالمساءلة عن بعض الجرائم التي يتم منح العفو عنها، وما هو العفو الذكي أو المشروط؟ وما هي الدوافع التي تجعل بعض المجتمعات تعزز سياسة الإفلات من العقاب؟

#### مشكلات الدراسة :

أولاً: لم تُنظم فكرة العدالة الانتقالية بموجب اتفاقية دولية، يمكن الرجوع إليها في تحديد مفهوم العدالة الانتقالية، أو أهدافها، أو مبادئها، أو آليات تطبيقها، بصورة تيسر دراسة هذا الموضوع، أو توفر مرجعية محددة فيه، أيضاً ندرة الأحكام القضائية، أو قرارات هيئات التحكيم الدولي ذات الصلة المباشرة بموضوع هذه العدالة، والتي كان يمكن أن تيسر سبر أغوارها أو تقييمها، وقد حرص الباحث للتغلب على ذلك بالرجوع للقواعد العامة للقانون الدولي العام، وقواعد القانون الجنائي الدولي، والقانون الإنساني الدولي، وبعض القوانين الوطنية ذات الصلة، وكذلك تحليل الآراء والنظريات الفقهية، والممارسات القانونية المختلفة، وتجارب الدول التي يمكن التعويل عليها في تقريب فهم هذه



الفكرة، وتفسيرها، وتقييمها بشكل متزن ومناسب، وإظهار إيجابياتها وسلبياتها.

ثانيًا: يستلزم استجلاء نهج العدالة الانتقالية دراسة وتحليل كثير من تجارب تطبيقها، مع كون معظم هذه التجارب غير مكتمل، ولا يوجد إحصاء موثق بنتائجها، وبالتالي كانت هناك صعوبة بالغة في تقييم نهج هذه العدالة، واستلزم الأمر ضرورة التطرق إلى تفاصيل تطبيق كل تجربة، وعلى سبيل المثال أوردت بعض الكتابات تقييمًا لتجربة "المغرب" في تطبيق هذه العدالة باعتبارها مكتملة وفاعلة، وعلى جانب آخر أصلت كتابات ثانية لنفس التجربة باعتبارها لم تكن نموذجية بالمرة، واعتمدت على آلية واحدة فقط وهي لجان تقصي الحقيقة مع انصياها للتوجيهات السياسية بالابتعاد تمامًا عن المساءلة والمحاكمات.

ثالثًا: نظرًا لحدائثة هذا المجال من فروع القانون، فقد واجهت البحث مشكلة قلة الدراسات الفقهية القانونية العربية المتخصصة في العدالة الانتقالية، وعدم وجود منهجية واضحة يمكن إتباعها بشأن التخطيط للبحث، وقد استتبع ذلك التعويل بقدر كبير على المراجع الأجنبية التي تناولت هذه الفكرة للتغلب على هذه الندرة في الآراء الفقهية العربية بشأنها، وكذلك الاجتهاد في تحليل أعمال وممارسات منظمة الأمم المتحدة الخاصة بجزئيات وتفاصيل العدالة الانتقالية.

## نطاق الدراسة

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

يتمحور البحث حول أفكار ثلاث: ماهية العدالة الانتقالية، والمعايير الدولية الضابطة لها، وآليات تطبيقها واقعًا.

منهج الدراسة :

سوف يتبع الباحث المنهج التحليلي، التطبيقي، التأصيلي، المقارن، الوصفي، وبالنسبة لكون الدراسة تحليلية فلأنها اعتمدت على تحليل آراء الفقه والتقارير والممارسات الدولية والقوانين الوطنية، لتوضيح مفهوم مصطلح العدالة الانتقالية، والتمييز بينه وبين منظومة القوانين السارية، وتحليل المعايير الدولية الحاكمة له، والآليات المختلفة التي يُطبق من خلالها، وكذلك تحليل أحكام المحاكم الدولية، والوطنية، والمختلطة، وبعض القوانين الوطنية ذات الصلة، من أجل تقييم فكرة هذه العدالة بدقة وتوازن، واستجلاء ماهيتها ومدى جدوى تطبيقها. كما أن الدراسة ستكون تطبيقية من حيث التعرض لطرق تطبيق آليات العدالة الانتقالية في دول مختلفة من العالم، ونتائج ذلك، لاسيما من خلال عرض دراسات استقصائية واستطلاعات رأي متعددة بشأن مدى نجاح أو إخفاق هذه الآليات في تحقيق هدفها، وكذلك مدى توافقها مع المعايير الدولية.

يضاف لذلك أن الدراسة ستكون تأصيلية، حيث تم إبراز سلبيات وإيجابيات كل آليات العدالة الانتقالية، واستنباط عوامل القوة المشتركة بينها، ثم صياغة وتأصيل عدة مبررات ينبغي أن تؤخذ في الاعتبار كأصل عام يضمن

فاعلية تطبيق العدالة الانتقالية. ثم لجأت الدراسة إلى المنهج المقارن من حيث مقارنة نصوص بعض قوانين الدول بشأن العدالة الانتقالية، ونتائج تطبيقها في هذه الدول، وكذا مقارنة الأحكام القضائية ذات الصلة، والصادرة عن محاكم وطنية، أو إقليمية، بنظيرتها الدولية لاستخلاص نهج فاعل لتطبيق هذه العدالة. وأخيراً فقد تم اللجوء للمنهج الوصفي، من حيث استعراض مواد بعض التشريعات الوطنية بشأن العدالة الانتقالية تمهيداً لتحليلها واستنباط إيجابياتها وسلبياتها وبيان مدى توافقها مع القانون الدولي، كما تم اللجوء لسرد عوامل التحول السياسي في بعض الدول، والدوافع التي قادتها لتطبيق العدالة الانتقالية كناحية مكملة أو تمهيد لعرض تجاربها في تطبيق العدالة الانتقالية.

#### خطة الدراسة :

سوف نبدأ هذا البحث بدراسة ماهية العدالة الانتقالية والتي يُمثل فهمها حجر الزاوية في فاعلية تطبيقها، ونفرق بينها وبين العدالة السارية، ثم ندرس المعايير الدولية الحاكمة لها، والتي أقرتها منظمة الأمم المتحدة، وكذلك المحاكم الدولية، ثم ننقل لدراسة آليات تطبيق هذه العدالة، ونورد نماذج متعددة للتجارب المختلفة للدول بشأنها، ثم نستعرض عدة معايير أو ضوابط يمكن من خلالها معرفة كيفية اختيار آلية مثلي لتطبيق العدالة الانتقالية، وذلك من خلال الفصلين التاليين:

الفصل الأول: ماهية العدالة الانتقالية والمعايير الدولية

الحاكمة لها.

الفصل الثاني: آليات تطبيق العدالة الانتقالية.

## الفصل الأول

### ماهية العدالة الانتقالية والمعايير الدولية الحاكمة لها

#### تمهيد وتقسيم:

دائمًا ما تبحث الدول التي تمر بفترات تحول سياسي، أو تنتقل من نزاع مسلح إلى سلام، عن وسائل لتحقيق الاستقرار المجتمعي، وكشف أخطاء وانتهاكات الفترات المنقضية والتعامل معها وعلاجها، بغرض الانطلاق إلى مستقبل أفضل، ومنذ بداية التسعينيات، أصبح البحث في هذا الشأن والتعرض للمشاكل الهيكلية والأخلاقية والقانونية والسياسية التي تواجه هذه الدول أحد مجالات القانون الدولي، والسياسة الدولية، وعلم الاجتماع السياسي، وأطلق عليه مصطلح "العدالة الانتقالية"، وأقرته منظمة الأمم المتحدة، وحثت الدول على تطبيقه لتنمية وترسيخ الديمقراطية في مراحل التحول السياسي<sup>(١)</sup>.

وقد تعددت تعريفات هذا النوع من العدالة، باعتباره يجسد المحاولات القانونية والسياسية والأخلاقية لمعالجة انتهاكات حقوق الإنسان والعنف السياسي التي أقرت في فترات ماضية داخل مجتمعات قررت أن تتحول نحو الديمقراطية، والاستقرار في هذه الأوقات الاستثنائية وبعدها<sup>(٢)</sup>، وقد واجه تطبيق

(١)

K. SIKKINK, *the Justice Cascade: P. R., P. 43.*

(٢)

R. NAGY, *Transitional Justice as a Global Project, P. R., P. 275.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

هذه العدالة إشكالية جوهرية عند بعض الفقه، من حيث إنها لا تضيف جديداً، ويمكن تحقيق نفس النتائج المرجوة منها من خلال تطبيق منظومة العدالة السارية.

ونبدأ بدراسة مفهوم العدالة الانتقالية، ونفرق بينها وبين العدالة العادية أو السارية، ثم ننتقل لدراسة المعايير الدولية الحاكمة لها، والتي أقرتها ونمتها الأمم المتحدة، وذلك من خلال المبحثين التاليين:

**المبحث الأول: مفهوم العدالة الانتقالية.**

**المبحث الثاني: المعايير الدولية الحاكمة للعدالة الانتقالية.**

## المبحث الأول

### مفهوم العدالة الانتقالية

ينظم مصطلح العدالة الانتقالية استقرار الدول خلال فترات التحول السياسي، ويعيد العملية السياسية في الدول إلى طريق المصلحة العامة، كما يساعد على التعامل مع آثار القمع السياسي والانتهاكات الجماعية بما يضمن عدم تكرارها مستقبلاً. ولبيان مفهوم العدالة الانتقالية، وما يختص به من سمات، نوالي دراسته بدايةً بتعريف العدالة بوجه عام في اللغة والاصطلاح، ثم نبين تعريف العدالة الانتقالية، وذلك من خلال المطالب التالية:

**المطلب الأول: العدالة في اللغة والاصطلاح.**

**المطلب الثاني: تعريف العدالة الانتقالية.**

**المطلب الثالث: التفرقة بين العدالة العادية "السارية" والعدالة الانتقالية.**

## المطلب الأول

### العدالة في اللغة والاصطلاح

أولاً: العدالة في اللغة والاصطلاح:

يُرد الأصل اللغوي لكلمة "العدالة" إلى الفعل "عَدَلَ"، ويقال عَدَلَ عَدْلًا وَعُدُولًا وَعَدَالَةً، فهو عَادِلٌ، وعَدَلَ بين المتخاصمين أي أنصف بينهما وتجنب الظلم والجور، وعَدَلَ الشَّيْءَ بِالشَّيْءِ، سَوَاهُ بِهِ عَدَلَ، وَعَدَلَ قَوْلُهُ فِعْلُهُ: سَاوَى بَيْنَهُمَا، وَعَدَلَ بِرَبِّهِ عَدْلًا وَعُدُولًا: أَشْرَكَ، سَوَّى بِهِ غَيْرَهَا، وورد في الآية رقم (١) من سورة الأنعام: "ثُمَّ الَّذِينَ كَفَرُوا بِرَبِّهِمْ يَعْدِلُونَ". وَعَدَلَ فِي أَمْرِهِ: اسْتَقَامَ، وَعَدَلَ فِي أَحْكَامِهِ: أَنْصَفَ، كَانَ عَادِلًا<sup>(١)</sup>، والعدل خلاف الجور، وهو القصد في الأمور، وما قام في النفوس أنه مستقيم، مِنْ عَدَلَ يَعْدِلُ فهو عادل من عُدُولٍ وَعَدْلٍ، يقال: عَدَلَ عَلَيْهِ فِي الْقَضِيَةِ فهو عَادِلٌ. ويسط الوالي عَدْلُهُ، والعدالة هي: الإِنصاف وإحقاق الحق بين الناس، ويستخدم الفلاسفة هذا المصطلح كإِخْدَى الْقَضَائِلِ الأربع التي نادوا وسلموا بها، وَهِيَ: الْجِمْةُ وَالشَّجَاعَةُ وَالْعِفَّةُ وَالْعَدَالَةُ<sup>(٢)</sup>.

(١) معجم المعاني، متاح نسخة إلكترونية على الموقع:

<http://www.almaany.com/ar/dict/arar/%D8%B9%D8%AF%D8%A7%D9%84%D8%A9/5/2/2016>.

(٢) معجم الصحاح في اللغة للجوهري، ص ١٧٦٠/٥، معجم لسان العرب لابن منظور، ص ٤٣٠/١١، معجم القاموس المحيط للفيروز أباي ص ١٠٣٠، المصباح المنير للفيومي، ص ٣٩٦/٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



والعدل اصطلاحاً: أن تعطي من نفسك الواجب وتأخذه<sup>(١)</sup>، وقيل هو الاستقامة على طريق الحق بالاجتناب عما هو محظور ديناً<sup>(٢)</sup>، وقيل هو استعمال الأمور في مواضعها، وأوقاتها، ووجوهها، ومقاديرها، من غير سرف، ولا تقصير، ولا تقديم، ولا تأخير<sup>(٣)</sup>. والفرق بين العدل والقسط: أن الأخير هو العدل البين الظاهر، ومنه سمي المكيال قسطاً، والميزان قسطاً؛ لأنه يصور لك العدل في الوزن حتى تراه ظاهراً، وقد يكون من العدل ما يخفى، ولهذا يقال: إن القسط هو النصيب الذي بينت وجوهه، وتقسط القوم الشيء تقاسموا بالقسط<sup>(٤)</sup>.

أما العدالة في الاصطلاح، فهي بالنسبة للأفراد: مَلَكة، وهيئة راسخة في النفس بتحري الحق والمروءة والصدق والاستقامة في الأقوال والأفعال، والنأي عن الظلم بكافة هيئاته، والابتعاد عن التطفيف قصداً ولو بمقدار حبة، واستيفاء الحق للناس وعدم خسرانه كما لو كان للنفس، وبالنسبة للمجتمع فإنها تتعلق عموماً بضمان المساءلة عن الأفعال والإنصاف في ذلك، وحماية

(١) ابن حزم "أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري"، الأخلاق والسير في مداواة النفوس، دار الأفاق الجديدة، بيروت، ١٩٧٩، ص ٨١.

(٢) الجرحاني "علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني"، التعريفات، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ١٩٨٣، ص ١٤٧.

(٣) الجاحظ "أبو عثمان عمر بن بحر الجاحظ"، تهذيب الأخلاق، دار الصحابة للتراث، طنطا، ١٩٩٠، ص ٢٨.

(٤) أبو هلال العسكري "أبو هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران العسكري"، الفروق اللغوية، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٢٢٨.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

والدفاع عن الحقوق وتقرير جزاء لانتهاك القانون<sup>(١)</sup>.

ووفقاً للسياق الدولي، عُرفت العدالة في أعمال الأمم المتحدة بأنها من المثل العليا للمساءلة والإنصاف في حماية الحقوق وإحقاقها ومنع التجاوزات والمعاقبة عليها، وهي تنطوي على احترام حقوق المتهمين ومصالح الضحايا، ورفاهية المجتمع بأسره، وهي مفهوم متأصل في جميع الثقافات والتقاليد الوطنية، وفي حين تنطوي إقامتها عادةً 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<sup>(٢)</sup>.

وفي ختام هذا العرض نورد ما قرره جانب فقهي بشأن الأصل القانوني لمفهوم العدل، حيث قرر أنه يرتبط بنظريتين أحدهما مثالية، ويعنى بموجبها ذلك التصور العقلي السليم لمجموعة الحقوق الطبيعية للإنسان، وهو ما ينبغي أن يستوحيه المشرع عند وضع القوانين المختلفة، والتي إذا أنكرت تلك الحقوق اتصفت بعدم المشروعية. وأما النظرية الأخرى فهي واقعية، وتكرر أن يكون القانون وليد العقل البشري، وإنما هو وليد البيئة الاجتماعية وحدها، والبيئة متغيرة لا تثبت على حال، وبالتالي لا يمكن القول بثبات

(١) الدرر السنوية، موقع إلكتروني، متاحة على:

<http://www.dorar.net/enc/aqadia/3751.7/2/2016>.

(٢) منظمة الأمم المتحدة، مجلس الأمن، وثيقة (S/2004/616)، سيادة القانون والعدالة الانتقالية

في مجتمعات الصراع ومجتمعات ما بعد الصراع، تقرير الأمين العام، ص ٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

القانون، وإنما هو يختلف بحسب الزمان والمكان<sup>(١)</sup>.

وترتيباً على ذلك يمكن القول بأن: العدالة القانونية تعني عدم إنكار الحقوق الطبيعية، لكن مضمون هذه الحقوق قد يتغير وفقاً للظروف والأحوال التي تُطبق فيها، وهذا الفهم يساعد هذا الفهم في إدراك معنى وصف العدالة بأنها انتقالية، باعتبار مرور بعض الدول بفترات لا تخلو من استبداد أو قمع أو ظلم أو نزاع مسلح، وترتكب فيها انتهاكات إنسانية على نطاق واسع، ولا يمكن الانطلاق إلى المستقبل إلا بعد معالجة هذه الانتهاكات، ورأب نسيج المجتمع، وجبر ضرر من تضرر، وإصلاح مؤسسات الدولة التي تورطت في الانتهاكات، وتطهيرها من الفاسدين، وهنا يُطلق على مجموعة الآليات التي تحقق ذلك وتدعم الانتقال بالدولة إلى الديمقراطية "العدالة الانتقالية"، على النحو الذي نبينه من خلال المطلب التالي.

## المطلب الثاني

### تعريف العدالة الانتقالية

تتوعدت تعريفات مصطلح "العدالة الانتقالية"، سواء في أعمال الأمم المتحدة، أو الممارسات الدولية، أو الفقه الدولي، وكذلك بعض القوانين التي طبقت هذه العدالة، وتمحور جميعها حول كونها استجابة قانونية لانتهاكات

(١) د. مصطفى أحمد فؤاد، دراسات في القانون الدولي العام، العدالة، بدون دار نشر، ٢٠٠٧، ص

١٠٠  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الماضي ولانطلاق إلى مستقبل ديمقراطي، ونبين ذلك كما يلي:

أولاً: تعريف العدالة الانتقالية في أعمال الأمم المتحدة:

أوردت الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام ٢٠٠٥، تعريفاً للعدالة الانتقالية، بأنها تحقيق العدالة بالنسبة للجرائم والانتهاكات واسعة النطاق التي ارتكبت في فترة معينة، وتحقيق الديمقراطية، وسيادة القانون، وذلك من خلال مجموعة كاملة من العمليات والآليات التي تضمن المساواة وتحقيق العدالة والمصالحة<sup>(١)</sup>.

وفي نفس العام ٢٠٠٥، أوردت الفقرة رقم (٨) من تقرير الأمين العام للأمم المتحدة بشأن العدالة الانتقالية، بأنها تعني مجموعة العمليات والآليات المرتبطة بالمحاولات التي يبذلها المجتمع للتصالح مع تركة من تجاوزات الماضي واسعة النطاق، من أجل ضمان المساواة، وخدمة العدالة وتحقيق المصالحة، ولا يقتصر العدالة الانتقالية على حالات ما بعد الصراع و/أو تغيير النظام، أو التي تمر بمرحلة انتقالية معينة من الدكتاتورية إلى الديمقراطية، ولكنها تشمل أيضاً تحقيق السلام ضمن النزاع الدائر<sup>(٢)</sup>.

(١)

UN General Assembly (2005), *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, Res 60/147, NY: UN.

(٢)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وفي عام ٢٠٠٦ أورد تقرير للأمين العام بشأن سيادة القانون والعدالة الانتقالية، أن مفهوم هذه العدالة يشمل كامل نطاق العمليات والآليات المرتبطة بالمحاولات التي يبذلها المجتمع لتفهم 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، وتقصي الحقائق، والإصلاح الدستوري، وفحص السجل الشخصي للكشف عن التجاوزات، والفصل أو الإبعاد من المؤسسات العامة أو اقترانها معاً<sup>(١)</sup>.

كما عرفها مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان عام ٢٠٠٦، بأنها مجموعة من الممارسات والآليات التي تنشأ بعد فترة من النزاع أو الحرب الأهلية، أو القمع، وتهدف بصورة أساسية إلى التعامل مع الانتهاكات السابقة لحقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي، وذلك بعد انتهاء النزاع أو القمع، وبما يشمل حقوق الإنسان كافة، كالاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وليس فقط الحقوق المدنية والسياسية<sup>(٢)</sup>.

وفي عام ٢٠١٠، ركز فريق الأمم المتحدة المعني بحالات الاختفاء

---

*Report Secretary General transitional justice (U.N.S.G 2005 Report), para.*

8.

(١) منظمة الأمم المتحدة، مجلس الأمن، وثيقة (S/2004/616)، المرجع السابق، ص ٦.  
(٢) المفوض السامي لحقوق الإنسان، العدالة الانتقالية وسيادة القانون بعد انتهاء الصراع، آلية لجان تقصي الحقائق، جنيف، ٢٠٠٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

القسري، على الجهات التي تضطلع بتطبيق عمليات العدالة الانتقالية بدلاً من التركيز على جوهر هذه العدالة، فعرفها بأنها شبكة دولية من الأفراد والمؤسسات التي تهدف للتصدي والرد على الأعمال الوحشية الجماعية في سياقات سياسة التغيير<sup>(١)</sup>.

وفي نفس العام ٢٠١٠، عُرفت في مذكرة المبادئ التوجيهية للأمين العام، بشأن منهج العدالة الانتقالية بأنها مجموعة متكاملة من العمليات والآليات المرتبطة بمحاولات يبدلها المجتمع لتجاوز تركة من انتهاكات الماضي، وبما يضمن المساءلة، وتحقيق العدل، والمصالحة<sup>(٢)</sup>.

### ثانياً: تعريف الفقه الدولي للعدالة الانتقالية:

قصر جانب من الفقه تعريف العدالة الانتقالية على تعلقها بالمساءلة الجنائية لمقترفي الانتهاكات في فترة ما قبل التحول السياسي، ومن ذلك: عرفها الفقيهان "Roht"، "Marieczurrena" بأنها مصطلح يتعلق بإنشاء وتطبيق آليات قدر الإمكان، ووفقاً لما هو ضروري خلال فترات التحول

(١)

UN Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances (2010), *General Comment about the Right of the Truth in Enforced Disappearances cases.*

(٢) منظمة الأمم المتحدة، مذكرة بمبادئ توجيهية للأمين العام، منهج العدالة الانتقالية، ٢٠١٠، رقم (١٢٠٣٨٥٧٦)، ص ٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

السياسي في الدول لمواجهة مقترفي الانتهاكات<sup>(١)</sup>.

وعرفها الفقيه "Elster" بأنها استجابة قانونية للمساءلة عن انتهاكات حقوق المواطنين الإنسانية أو الاجتماعية أو الاقتصادية، والتي ارتكبت من قبل أنظمة سياسية تم تغييرها، وبما يشمل قادة هذه المرحلة الضالعين في هذه الانتهاكات<sup>(٢)</sup>.

كما بيّن الفقيه "Rimmer" بأنها عدة عمليات وآليات مساءلة تركز على تحقيق هدف تنشده أمة، يتمثل في التفاهم مع ماضٍ عنيف تم تغييره، ومساءلة مرتكبي أعمال العنف وانتهاكات لحقوق الإنسان خلال هذه الفترة من الماضي<sup>(٣)</sup>.

وأورد الفقيه "Leebaw" بأنها تعني المساءلة القضائية لمقترفي انتهاكات حقوق الإنسان، سواء التي تمت تحت بصر سلطة حاكمية، أو اقتربها نظام قمعي في فترة محددة، أو خلال مسار التحول الديمقراطي، بغرض إنشاء

---

(١) N. ROHT, J. MARIEZCURRENA, *the New Landscape of Transitional Justice*, Cambridge University Press, New York, 2006, PP. 1: 3.

(٢) J. ELSTER, *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge University Press, New York, 2004, P. 12.

(٣) S. H. RIMMER, *Sexing the Subject of Transitional Justice*, *the Australian Feminist Law Journal*, Vol. 32, 2010, PP.123, 125.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

قاعدة دائمة للاستقرار الاجتماعي في الدول التي شهدت تاريخاً من العنف<sup>(١)</sup>.

وذهب الفقيه "Slye" إلى أنها تعني تحقيق العدالة وتقرير عقوبة على الجناة في الانتهاكات الواسعة لحقوق الإنسان التي وقعت في فترة ماضية، سواء ارتبطت بنزاع مسلح، أم أنظمة استبدادية، والعمل على بناء نظام قانوني جديد، يضع "خطأ سميگًا" بين الماضي والحاضر لمنع تكرار العنف، وضمان مستقبل ديمقراطي<sup>(٢)</sup>.

وحددها الفقيه "Kaminski" بأنها تمثل الإجراءات الرسمية وغير الرسمية التي تُنفذ بواسطة هيئات شرعية تُنشأ وفقاً للقانون، وعلى هيئة آليات أو وسائل تهدف لتحقيق العدالة فيما يتعلق بالانتهاكات المرتكبة في ظل نظام سياسي أو اجتماعي شابه الظلم أو العنف، وكل من ساهم فيها، وتحقيق القصاص للضحايا، وذلك عند الانتقال إلى نظام سياسي آخر<sup>(٣)</sup>.

(١)

B. A. LEEBAW, *the Irreconcilable Goals of Transitional Justice, Human Rights Quarterly, Vol. 30, 2008, P. 95.*

(٢)

R. C. SLYE, *the Legitimacy of Amnesties under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible? Virginia Journals of International Law, Vol. 43, 2002, PP. 173, 182.*

(٣)

M. M KAMINSKI, M. NALEPA & B. O'NEILL, *Normative and Strategic Aspects of Transitional Justice, The Journal of Conflict Resolution, Vol. 50, No. 3, 2006, PP. 295, 295.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



وتوسع جانب آخر من الفقه في تعريف مفهوم العدالة الانتقالية، ولم يقصرها على الآليات القضائية والمساءلة الجنائية، حيث قرر الفقيه "Mani" بأنها مجموعة من الآليات التي تُطبق خلال فترات التحول السياسي، لتحقق أنواع من العدالة كالجنائية من خلال المحاكم، والعدالة التاريخية من خلال لجان تقصي الحقائق، والعدالة التعويضية من خلال أشكال مختلفة كالجبر والترضية، والعدالة الإدارية من خلال تطهير الفساد، وإبعاد العناصر المتورطة، والعدالة الدستورية من خلال التغييرات الدستورية<sup>(١)</sup>.

وأوضح "Waldman" أن مصطلح "العدالة الانتقالية" من المصطلحات الواسعة والمركبة ويشمل "الإنصاف"، و"القصاص"، أو التراضي بما يضمن محاولة علاج المشاكل الناشئة عن نظام سياسي سابق، وتطوير نظم عادلة للحكم والإصلاح داخل النظام الجديد، ويمكن تعريف هذه العملية باعتبارها سياسة للتعامل مع انتهاكات حقوق الإنسان المنهجية، أو التي تمت على نطاق واسع في وجود نظام سياسي معين، بما يحقق هدفي منع تكرار هذه الانتهاكات إلى أقصى حد ممكن، وإصلاح الأضرار الناجمة عما حدث، وذلك من خلال الآليات المختلفة سواء القضائية التي تثبت هذه الانتهاكات، أو لجان الحقيقة التي تحقق الاعتراف وتوثق الانتهاكات، وبرامج تعويض تضمن

(١)

R. MANI, *Beyond Retribution: Seeking Justice in the Shadows of War*, Malden, M. A: Polity Press, 2002, 2002, PP. 5:6.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

إمكانية تحقيق السلم المجتمعي، والمصالحة<sup>(١)</sup>.

كما أكد "Hayner" على أن العدالة الانتقالية مجموعة من الآليات والوسائل التي تطبق في أي فترة من التحول السياسي، فتحقق العدالة الجنائية من خلال المحاكمات، والعدالة التاريخية من خلال لجان تقصي الحقائق عن الفترة المنقضية، والعدالة التصالحية من خلال أشكال مختلفة مثل التعويض والإكراه المالي للجناة، والقضاء الإداري من خلال الإقصاء والتطهير في المؤسسات العامة، والعدالة الدستورية من خلال تغييرات دستورية<sup>(٢)</sup>.

وتعني عند "Clark" مجموعة من الممارسات والآليات والإجراءات التي تُستحدث بموجب القانون بعد فترة من النزاع المسلح، أو الحروب الأهلية، أو القمع، وتهدف مباشرة إلى مواجهة والتعامل مع انتهاكات حقوق الإنسان والقانون الإنساني التي تمت في ظل الأوضاع السابقة، والتحقيق فيها، ومعاقبة الجناة، وتعويض الضحايا، ومنع وقوع هذه الانتهاكات في المستقبل، تحقيقًا

(١)

E. A. WALDMAN, *Healing Hearts or Righting Wrongs? A Meditation on the Goals of Restorative Justice*, *Hamline Journal of Public Law and Policy*, Vol. 25, 2004, PP. 355: 357.

(٢)

P. B. HAYNER, *Unspeakable Truths: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, 2nd Edition, 2011, P. 36.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وبين "Hansen" أن العدالة الانتقالية هي جهود متنوعة للرد على الجرائم الجماعية، وإعادة بناء المجتمعات المنكوبة، من خلال آليات مختلفة ومتكاملة تفي بهذا الإصلاح، ووفقاً لظروف كل مجتمع، فلا يوجد حصر لها حتى على المستوى الدولي<sup>(٢)</sup>.

كما عرفها "Nogales" بأنها أي جهد يُبذل لمعالجة الجرائم الجماعية وإعادة بناء المجتمع المنكوب، من خلال آليات يتم إنشائها بالارتكاز على ظروف ونهج كل مجتمع، وبما يراعي المعايير الدولية قدر المستطاع، بغرض تجاوز الأضرار التي نتجت عن استخدام العنف<sup>(٣)</sup>.

ويقرر "Arbour" أن نشأة العدالة الانتقالية ركزت على ما يعقب ارتكاب انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان، كالإبادة الجماعية، والجرائم ضد

---

(١) يشير مصطلح السلام المستدام إلى عدم الاقتصار على وضع الخصوم لأسلحتهم، ولكن تحقيقهم للمصالحة العميقة التي من شأنها الصمود في مواجهة أي توترات أو عودة للعنف، من خلال تدعيمها بعلاقات اجتماعية وآليات أخرى تعزز استقرار المجتمع، وتجتث الأسباب الجذرية للعداوة.

J. N. CLARK, *From Negative to Positive Peace: The Case of Bosnia and Hercegovina*, *Journal of Human Rights*, Vol. 8, 2009, PP. 365.

(٢)

T. O. HANSEN, *the Vertical and Horizontal Expansion of Transitional Justice*, P. R., P. 204.

(٣)

J. R. NOGALES, *Designing Bespoke Transitional Justice: A Pluralist Process Approach*, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 32, No. 1, 2010, P. 12.

الإنسانية، وجرائم الحرب، إلا أنه يجب إيلاء الاهتمام الكافي لانتهاكات الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بما يتيح تحقيق "العدالة" بشكل متكامل، لأن منع تجدد النزاعات يتطلب معالجة جميع المظالم المشروعة<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً: العدالة الانتقالية في بعض القوانين الوطنية:

عرفها الفصل الأول من الباب الأول من القانون التونسي رقم (٥٣) لسنة ٢٠١٣ بشأن العدالة الانتقالية بأنها: مسار متكامل من الآليات والوسائل المعتمدة لمعالجة ماضي انتهاكات حقوق الإنسان وكشف حقيقتها ومساءلة ومحاسبة المسؤولين عنها، وجبر ضرر الضحايا ورد الاعتبار لهم بما يحقق المصالحة الوطنية، ويحفظ الذاكرة الجماعية ويوثقها، ويرسي ضمانات عدم تكرار الانتهاكات والانتقال من حالة الاستبداد إلى نظام ديمقراطي يساهم في تكريس منظومة حقوق الإنسان.

وعُرفت في المادة رقم (١) من القانون الليبي رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٣ بشأن العدالة الانتقالية بأنها: معالجة ما تعرض له الليبيون خلال النظام السابق من انتهاكات جسيمة وممنهجة لحقوقهم وحررياتهم الأساسية من قبل الأجهزة التابعة للدولة، عن طريق إجراءات تشريعية قضائية واجتماعية

(١)

L. ARBOUR, *Economic and Social Justice for Societies in Transition*, New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 40, 2008, PP. 16: 15.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وإدارية، وذلك من أجل إظهار الحقيقة ومحاسبة الجناة وإصلاح المؤسسات وحفظ الذاكرة الوطنية وجبر الضرر والتعويض عن الأخطاء التي تكون الدولة مسؤولة بالتعويض عنها، وذلك بهدف الوصول إلى المصالحة الوطنية وإصلاح ذات البين وترسيخ السلم الاجتماعي والتأسيس لدولة الحق والقانون.

- وبتحليل العرض السابق يمكننا استخلاص أن:

أولاً: لا يستطيع مجتمع أن يتجاوز ماضي من الانتهاكات لحقوق الإنسان السياسية، والاجتماعية والاقتصادية، والظلم، والتمييز، وغيرها، إلا بعد التعامل أولاً مع ما خلفته هذه الانتهاكات من آثار، سواء على مستوى الأفراد أو على المستوى الجماعي، لأن محاولة تجاوز الماضي دون معالجة ما شابته من قمع أو استبداد، ودون اجتثاث أسباب العنف والانتهاكات من الجذور، يُنذر بتجدد هذا الماضي مرة أخرى، واستمرار دوران الدول في حلقة مفرغة من الانفلات القانوني وعدم الاستقرار، والتمزق المجتمعي، والتخلف الاقتصادي، وقد ظهر مجال العدالة الانتقالية كأحد موضوعات القانون التي تتعامل مع تلك المراحل من حياة المجتمعات.

ثانياً: يتركب مصطلح العدالة الانتقالية من كلمتي: "العدالة" *justice*، و"الانتقالية" *Transition*، فالغاية المنشودة منه هي العدالة، ليس بإيجادها من العدم، فهي قيمة دائمة ومستمرة، ولكن بإعادة تفعيلها ودعم المؤسسات المسؤولة عن تحقيقها وإنفاذها، وإعادة تقويمها، وهيكلتها بعد تأثرها

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

بظروف سياسية، أو انتهاكات واسعة لحقوق الإنسان، أو قمع، أو عقب نزاع مسلح، أو حرب أهلية. ويُقصد بالانتقالية: أن تحقيق هذه العدالة يكون في مجتمع ينتقل من نظام غير مفضل إلى آخر مفضل، كالانتقال من الحرب إلى السلام، أو من الاستبداد إلى الديمقراطية، أو من الفوضى إلى الاستقرار، وهنا تؤدي العدالة الانتقالية دور الناقل إلى الوضع الأفضل، من خلال آليات متنوعة تحقق الديمقراطية وسيادة القانون والإنصاف، ومعالجة الماضي والتعامل مع آثاره حتى لا يتحول إلى شبح يظهر مستقبلاً ويهدد استقرار الدول.

ثالثاً: العدالة قيمة أخلاقية ثابتة، وهدف معياري عالمي ثابت، ولا تتحقق في وقت معين فقط، وليست وليدة فترة أو حدث استثنائي محدد<sup>(١)</sup>، وما يتغير هي وسائل تحقيقها وفقاً للأحوال السائدة، ولذا فإن إضافة وصف الانتقالية إليها يعني تحقيقها في وقت معين، أو في لحظة استثنائية، أو خلال مرحلة معينة تغيرت فيها ثوابت المجتمع، وبيئة تطبيقها بشكل استثنائي غير مألوف ولا يتكرر بصورة دورية، كما هو الحال عند قيام ثورة، مما يتطلب سرعة التعامل مع الواقع، واستحداث آليات غير تقليدية تعالج الماضي وتهيئ

(١)

C. R. BARAT, *Transitional Justice, Culture, and Society: Beyond Outreach*, International Center for Transitional Justice, New York, 2014, PP. 13.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الظروف للانطلاق إلى المستقبل، ويتم التعبير عن هذا الوضع بالعدالة الانتقالية.

وترتيباً على ما سبق، يمكننا المساهمة بتعريف للعدالة الانتقالية باعتبارها: منظومة من الإجراءات والتدابير القضائية وغير القضائية كالاقتصادية والاجتماعية والاقصادية، والإنسانية، والإدارية والإصلاحية، والتي تتخذها الدولة في مرحلة ما، سواء عند تغيير نظام الحكم، أو عقب نزاع مسلح، أو فترات عنف، أو عندما يشتد الاحتقان السياسي والمجتمعي، وتهدف جميعها لكشف حقائق انتهاكات الماضي ومعالجة آثارها، وجبر من تضرر منها، وتحديد مسؤولية كل من تورط فيها، واتخاذ ما يلزم نحو عدم تكرارها، ثم الانتقال إلى تحقيق المصلحة العامة للدولة، وبما يشمل السلم المجتمعي، والاستقرار والديمقراطية، والنمو والتقدم.

وبعد تعريف مصطلح العدالة الانتقالية، ربما يتبادر إلى الذهن تساؤل يتعلق بمدى اختلاف هذه العدالة عن منظومة القوانين العادية السارية في الدول؟ وما الذي يجعل تطبيقها ضرورياً أو يميزها، ولماذا لا يُكفي بتطبيق قواعد العدالة التقليدية حتى في الأوقات الاستثنائية للحصول على نفس النتائج الخاصة بالاستقرار والسلم المجتمعي وتجاوز الماضي، وغيرها، ونعالج هذه الإشكالية على النحو التالي.

## المطلب الثالث

### تمييز العدالة الانتقالية عن العدالة العادية السارية

على الرغم من صيرورة مصطلح العدالة الانتقالية مألوفًا على الصعيدين الوطني والدولي، إلا أن جانب من الفقه قرر أن هذا النوع من العدالة لا يعدو كونه مجرد مصطلح رنان لا يضيف شيئًا لنظام العدالة التقليدية أو السارية، التي يمكنها تحقيق أهداف هذه العدالة الانتقالية، والوفاء بكل ما هو مرجو في هذا المجال<sup>(١)</sup>. فهل العدالة الانتقالية بالفعل نوع من العدالة يختلف عما هو ساري خلال اللحظات غير الانتقالية؟ أم أنها العدالة العادية ولكنها تسمى انتقالية عند تطبق في حالات دول مزقتها النزاع أو الاستبداد؟

ويُقصد بالعدالة العادية السارية: القواعد القانونية الوطنية السارية، المنصوص عليها سواء في الدساتير أم القوانين الأخرى، والتي تحقق المصلحة العامة والعدالة للمجتمعات في الأحوال العادية، مثل تقرير مسئولية المخالفين عن خرق القانون والعقاب على ذلك، بعد إجراءات دقيقة ومحددة أمام هيئات محايدة تقند وتبحث مدى ضلوعهم في اقتراف الإثم<sup>(٢)</sup>.

(١)

C. M. MEADOW, *Peace and Justice: Notes on the Evolution and Purposes of Legal Processes*, *Georgetown Law Journal*, Vol. 94, 2006, PP. 553, 555.

(٢)

J. D. OHLIN, *on the Very Idea of Transitional Justice*, *Whitehead Journal of Diplomacy and International Relations*, Vol. 8, No. 1, 2007, PP. 51: 52.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



وتُبرز من خلال النقاط التالية محاولة جانب من الفقه إثبات تمييز العدالة الانتقالية واختلافها من حيث الوظيفة والأهداف عن العدالة العادية بمبررات عدة، أبرزها:

أولاً: دعم برامج العدالة الانتقالية للتعاون الدولي بشأن حفظ السلم والأمن الدوليين:

بالرجوع لأعمال منظمة الأمم المتحدة نجد عدة قرارات وتوصيات صادرة عن أجهزتها المختلفة توجه الدول لتطبيق العدالة الانتقالية، وتوضح مفهومها والمعايير الدولية الحاكمة لتطبيقها<sup>(١)</sup>، مع التأكيد على أهمية تطبيقها في حفظ السلم والأمن الدوليين، لاسيما في الدول التي شهدت نزاعات عسكرية، أو مشكلات اجتماعية واقتصادية، وساهم تطبيق العدالة الانتقالية في منع أو التقليل من امتداد آثار هذه المشاكل أو النزاعات خارج حدود هذه الدول، بدايةً من تنامي الكراهية والرغبة في الثأر، أو اللجوء إلى الهجرة الجماعية، ومرورًا بتوسيع نطاق الإرهاب، وتداول الأسلحة وانتشارها، وانتهاءً بانتشار الجريمة المنظمة والتسبب في الفقر وإعاقة التنمية، كما حثت المنظمة الدولية المجتمع الدولي على مساعدة الدول في فترات تحولها السياسي، ودعمها حتى تتمكن من بناء أنظمة تتوافق مع قواعد القانون الدولي وتحقق

(١)

*United Nations, Office of the High Commissioner of Human Rights, Analytical Study on Human Rights and Transitional Justice, Geneva, 2009, (A/HRC/12/18).*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الديمقراطية، وتعزز حقوق الإنسان، بل إن فشل الدول في تطبيق العدالة الانتقالية، والوفاء بالتوصيات والقرارات الدولية ذات الصلة، قد يدفع المجتمع الدولي للتدخل واتخاذ إجراءات لتحقيق هذه العدالة، مثلما حدث بالفعل عندما تم تشكيل عدة محاكم دولية ومختلطة كآليات مساءلة قضائية تحقق العدالة في الدول عقب فترات نزاعات مسلحة، ومنها المحكمة الدولية المؤقتة ليوغوسلافيا السابقة، ومحكمة رواندا، والمحكمة الخاصة لسيراليون، ومحكمة مقاطعة "ديلي" في تيمور الشرقية، ومحكمة البوسنة والهرسك، والدوائر الاستثنائية في محاكم كمبوديا<sup>(١)</sup>.

ثانيًا: تحقيق آليات العدالة الانتقالية لبعض الأهداف ذات الصبغة السياسية:

تحقق العدالة السارية سيادة القانون في الأحوال العادية، وهي تقتصر أو تعتمد بشكل جوهري على المساءلة القضائية، وفي حالة مرور الدول بتحويلات سياسية، أو تغييرات جذرية في أنظمة الحكم، أو عقب النزاعات المسلحة الداخلية، فإن استعادة الاستقرار وسيادة القانون غالبًا ما ترتبط ببعض المساعي والأهداف ذات الصبغة السياسية<sup>(٢)</sup>، مثل استحداث وسائل

(١)

, Negative Emotions and Transitional Justice, Columbia M. MIHAI  
University Press, 2016, PP. 145: 155.

(٢)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

لتعزيز قبول الديمقراطية الجديدة، والسعي لإيجاد وسائل تدعم رأب صدع تمزق المجتمعات، وتعيد دمج طوائف المجتمع المُقسمة والمتناحرة في شكل يمثل نسيج المجتمع الكلي، والتوافق على آليات من شأنها التقليل من احتمال نشوب نزاعات مسلحة أو احتقان سياسي مستقبلاً، وهي مساعي قد لا تتطرق إليها نصوص العدالة السارية بشكل أساسي، وربما لم يضعها المشرع في الاعتبار عند سن التشريعات المختلفة السارية، ولم يشر إلى آليات لتحقيقها، بل إن المؤسسات القضائية لا تأخذ مثل هذه الاعتبارات السياسية في مخرجات عملها، ويحظر عليها وفقاً لقواعد العدالة السارية الخوض في ذلك، بل إن الاعتماد على منظومة العدالة السارية فقط في هذه الأوقات الاستثنائية، يمكن أن يُنظر إليه من جانب بعض طوائف المجتمع باعتباره شكلاً من أشكال الانتقام السياسي<sup>(١)</sup>.

وهنا تشتد الحاجة إلى منهج للعدالة يطبق أدوات وآليات ووسائل مستحدثة وغير تقليدية، لتحقيق استقرار المجتمع، كلجان كشف الحقيقة وما يترتب علي مخرجات عملها من رضاء عام لدى المواطنين، والمصالحة المجتمعية التي ربما يتعارض تحقيقها مع بعض التشريعات السارية لاسيما

---

**P. RICHARDS**, *New War: An Ethnographic Approach, in No Peace, No War: Anthropology of Contemporary Armed Conflicts*, Athens-Oxford, Ohio University Press & James Currey, 2005, PP. 13:14.

(١)

**R. DUTHIE**, *toward a Development-sensitive Approach to Transitional Justice*, *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 2, No. 3, 2008, PP. 292-309.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

عندما تتم من خلال منح العفو عن بعض الجرائم، إلا أنها تساهم في رأب النسيج الاجتماعي الممزق، وتجنب الدول نزاعات مسلحة طويلة الأمد، كذلك آلية تطهير المؤسسات العامة بإقصاء من يثبت تورطه في انتهاكات جسيمة أو فساد، واعتماد برامج مبتكرة للجبر والتعويض، لاسيما في الحالات التي لا تنظم القواعد السارية التعويض عن أضرارها مثل تقييد الحرية بسبب المعتقد السياسي ودون جريمة، وهو ما دفع جانب فقهي للتعبير عن العدالة الانتقالية بأنها تحقق أهدافاً يمكن معها وصفها بأنها أكثر من مجرد عدالة<sup>(1)</sup>.

ثالثاً: عدم عدالة بعض القوانين السارية التي ربما شرعت لتحقيق مصلحة نظام سياسي معين:

قد تتضمن منظومة العدالة السارية قوانين شتى هي التي دفعت المواطنين للمطالبة بالتحول السياسي، لعجز هذه التشريعات عن إصلاح المجتمع وتلبية حاجاته، أو استخدامها لتحقيق مصلحة فئات معينة، أو أن يكون النظام الذي رُفض شعبياً قد أصدرها لتحقيق مصلحة بقائه في الحكم دون مراعاة لاحتياجات المواطنين، أو أنها ترسخ للظلم والاضطهاد والتمييز، والطبقية الاجتماعية، وفي النهاية ربما طالت منظومة القضاء وأصابته بالوهن أو عدم الاستقلال، بحيث لا يمكن التعويل عليه في المساءلة عن الانتهاكات

(1)

A. SEGOVIA, *Transitional Justice and (DDR): The Case of El Salvador*, International Center for Transitional Justice, Research unit, New York, 2009, PP. 5: 7.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

أو الفساد، وبالتالي من يتحمس للقول بالاعتماد على مثل هذه القواعد لتنتقل بالمجتمع إلى مستقبل ديمقراطي وتعالج آثار الفساد؟ بل لقد هب المواطنون لتغيير هذه القواعد، وغالبًا ما تكون أول خطوة يتم اتخاذها في فترات التحول السياسي، هي تغيير ملامح وخصائص النظام القانوني للدول بإقرار دساتير تلائم احتياجاتها الواقعية للعدالة والتطور<sup>(١)</sup>.

وعلى سبيل المثال، في تجربة جمهورية مصر العربية لتحقيق العدالة إبان التحول من النظام الملكي إلى الجمهوري، ومن الإقطاع إلى النظام الاشتراكي عقب ثورة ١٩٥٢، تم سن العديد من القوانين الخاصة بإنشاء برامج تعويض عن انتهاك حقوق الفلاحين، والعمال، والسياسيين الوطنيين، كما أقر قانون العزل السياسي، وتم إلغاء قوانين أخرى، وتمت المطالبة بمحاكمات ثورية لكثير من رموز العهد الملكي، ومن الأمثلة على ذلك: قرارات مجلس قيادة الثورة بإنشاء جمعية تأسيسية مُنتخبة لوضع دستور، وإلغاء الرقابة على الصحافة والنشر، وإلغاء الأحكام العرفية، والسماح بتأسيس أحزاب، وإلغاء الحرمان من الحقوق السياسية<sup>(٢)</sup>، وفيما يتعلق بالعدالة الاجتماعية، تم جبر ضرر العمال والفلاحين والفقراء بتحديد حد أقصى لملكية

(١) مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، أدوات سيادة القانون للدول عقب الصراعات، لجان الحقيقة، ٢٠٠٦.

(٢) كما صودرت أموال الملك فاروق بموجب قرار مجلس قيادة الثورة في ١٩٥٣/٩/٢٧، واسترد الشعب أمواله وممتلكاته من أسرة محمد علي التي ألت إليهم بالوراثة، أو المصاهرة، أو القرابة، وتم تكوين لجنة خاصة لتقدير معاشات مناسبة لهم، ثم تلي ذلك إصدار مرسوم بقانون بالعفو الشامل عن المتهمين بجرائم سياسية من المعارضين للنظام الملكي، باعتبارهم ناضلوا ضد الإنجليز وعارضوا من تحالفوا مع الملك ضد الوطن.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الأراضي بمائتي فدان للأسرة، ثم تخفيضها في القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ إلى مائة فدان ثم إلى خمسين فدان في القانون الثالث، وما زاد عن هذا الحد يوزع على المعدمين من الفلاحين، وكذلك قرارات مجانية التعليم الثانوي، والعالى، وهو بمثابة جبر ضرر للفقراء عن حقوقهم الأساسية في التعليم، التي أهدرت في العهد الملكى، وكذلك قرار ٢ أغسطس عام ١٩٥٢ بإلغاء الألقاب المدنية والرتب "أفندي، بك، باشا"، وهو بمثابة جبر ضرر رمزي ومعنوي للفقراء، والذين لم يتسن لهم الحصول على أحد الألقاب التي تقسم المجتمع لمراتب اجتماعية<sup>(١)</sup>.

فضلاً عن التشريعات الجنائية كقانون الغدر أو ما عُرف بالعزل السياسي، والمحاكمات الثورية<sup>(٢)</sup>، حيث تعلق قانون الغدر رقم ٣٤٤ لسنة ١٩٥٢، المعدل بالقانون ١٧٣ لسنة ١٩٥٣، بمحاسبة المسؤولين عن الفساد السياسي عن الانتهاكات الماضية، وإبعادهم عن العمل السياسي، وحرمانهم من الحقوق السياسية، وتطهير الصحافة، وكانت التهم بموجبه تتمثل في إفساد الحكم والحياة السياسية، واستغلال النفوذ بمختلف الطرق. أما المحاكمات

(١)

[https://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%85%D8%AC%D9%84%D8%B3\\_%D9%82%D9%8A%D8%A7%D8%AF%D8%A9\\_%D8%A7%D9%84%D8%AB%D9%88%D8%B1%D8%A9\\_\(%D9%85%D8%B5%D8%B1\);http://www.marefa.org/index.php/%D9%85%D8%AC%D9%84%D8%B3\\_%D9%82%D9%8A%D8%A7%D8%AF%D8%A9\\_%D8%AB%D9%88%D8%B1%D8%A9](https://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%85%D8%AC%D9%84%D8%B3_%D9%82%D9%8A%D8%A7%D8%AF%D8%A9_%D8%A7%D9%84%D8%AB%D9%88%D8%B1%D8%A9_(%D9%85%D8%B5%D8%B1);http://www.marefa.org/index.php/%D9%85%D8%AC%D9%84%D8%B3_%D9%82%D9%8A%D8%A7%D8%AF%D8%A9_%D8%AB%D9%88%D8%B1%D8%A9)  
\_195. 15/3/2016.

(٢) قانون الغدر رقم ٣٤٤ لسنة ١٩٥٢ المعدل بالقانون ١٧٣ لسنة ١٩٥٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الثورية فنفذت بعد عام من ثورة ١٩٥٢، وبناءً على قرار مجلس قيادة الثورة في ١٣/٩/١٩٥٣، ووقعت في ميدان عابدين لرمزيتها، حيث احتشد المصريين ليشهدوها، وألقي بيان مجلس قيادة الثورة كل من محمد نجيب وصلاح سالم، وأوضحوا فيه أن الثورة أرادت العفو والمسامحة إلا أن الفاسدين رفضوا أن يعودوا عن فسادهم فحقت عليهم المحاكمة.

رابعًا: ضعف آليات إنفاذ النظام والقانون في فترات التحول

السياسي:

على مر العصور، نجد أن الأخلاق تتبع من الخلفية الأساسية للمجتمعات، ومن المنطقي استحداث قواعد جديدة إذا انفصلت هذه الظروف أو تغيرت خلفيتها، وفي خضم العنف الجماعي والمنهجي، وحدث انفلات أمني وعسكري، أو بؤادر حروب أهلية، أو في حالة جرائم كالإبادة الجماعية، نجد أن مؤسسات تضعف أو ربما يختفي دورها وفعاليتها، وربما يرتد المجتمع لحالة من البدائية والهمجية، لا يمكن تجاوزها إلى حالة "سيادة القانون" إلا عندما يتم اللجوء لعقد اجتماعي حضاري، يتمثل في مفاهيم جديدة لقواعد عدالة مختلفة يتم تطبيقها<sup>(١)</sup>، وهو ما قرره جانب فقهي بقوله، أنه في الأحوال العادية، تضبط الأنظمة السياسية سلوك الأفراد والجماعات التي لا تلتزم

(١)

D. HUME, *an Enquiry Concerning the Principles of Morals*, Cosimo Inc., 2006, P. 112.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

بالقانون، من خلال الأجهزة الأمنية، والسلطة القضائية التي توقع العقوبة على المخالفين، وفي بعض فترات التوتر والعنف قد تعجز الدولة عن المحافظة على القانون والنظام، ويصبح السائد فيها هي قوانين الغابة من حيث الانتهاكات الواسعة لحقوق الإنسان، ويكون من الضروري إيجاد أساليب معالجة لهذا الوضع تتناسب مع الواقع الجديد<sup>(١)</sup>.

وعلى سبيل المثال، أصدرت لجنة الحقيقة والمصالحة في جزر "Solomon"، تقاريرها التي بينت أن أول أسباب العنف الذي وقع فيها، كان لعدم قدرة مؤسساتها على حماية حقوق المواطنين وحررياتهم الأساسية التي يكفلها دستورها، فقام الناس بقتل وتعذيب بعضهم، واستشرى الظلم، والاعتداء على الممتلكات الخاصة، وأجبر الأطفال على الانخراط في النزاعات المسلحة، وكان ذلك في ظل وجود العدالة السارية والقوانين الأساسية، ولهذا لجأت الدولة لتفعيل آليات العدالة الانتقالية لتحقيق الاستقرار بسرعة وفعالية، ومنها المساءلة الناجزة، إلى جانب استحداث تشريعات لإصلاح جهاز الشرطة، والجهاز القضائي، وإجراءات تكفل تطوير الدولة، وتفعيل القانون الدولي خاصة المعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، والصكوك الخاصة بالحقوق في التنمية الاجتماعية والاقتصادية<sup>(٢)</sup>.

(١)

L. MAY, E. EDENBERG, *Jus Post Bellum and Transitional Justice*, Cambridge University Press, 2013, P. 210: 218.

(٢)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



وهو نفس الحال في جنوب إفريقيا، التي كان نظام العدالة الجنائية فيها مُعطلاً نتيجة الانتهاكات العنصرية الجماعية، مع جانب ارتفاع نسب الجرائم الجنائية كالقتل، والسرقه، والاعتصاب، ولم تستطع الدولة تخصيص مزيد من رجال الشرطة والنيابة العامة للتعامل مع انتهاكات حقوق الإنسان التي وقعت سلفاً، لأن ذلك كان سيؤدي إلى زيادة معدل الإجرام، لاسيما مع موارد النيابة العامة المحدودة، والتي تؤخر بدء المحاكمات لأعوام، إضافة إلى التكلفة المالية التي لا تستطيع الدولة تحملها لمحاكمة آلاف المتورطين في الانتهاكات، وعلى سبيل المثال تجاوزت تكاليف محاكمة وزير الدفاع الجنوب إفريقي "ماجوس مالان"، وكبار مساعديه (١٣) مليون دولار، كما تكلفت محاكمة العقيد السابق "يوجين دي كوك" أكثر من (٥) ملايين دولار، واستمرت (١٨) شهراً، وأسفرت عن إدانة واحدة، بعدما استخدم فيها وحدة تحقيق تتألف من (٣٠) من رجال المباحث، وستة محللين مدنيين، قضوا أكثر من تسعة أشهر فقط للتجهيز، وهذه الأرقام لا تشمل التكاليف المستترة مثل حماية المئات من الشهود، وهو ما لا تملكه الحكومة، وهنا نجد أن الاعتماد على العدالة السارية لم يحقق هدف استقرار المجتمع في هذه الحالات الاستثنائية، وتطلب الأمر إضافة أو استحداث نوع من الآليات أو القواعد التي تتفق مع متطلبات الوقت والواقع كالمصالحة المجتمعية، أو منح العفو المشروط، أو لجان تقصي الحقائق، أو برامج التعويض بدلاً من التشبث بقواعد العدالة السارية التي لم

---

**Report of the Commission of Truth and Reconciliation, Solomon Islands,**  
*2013, Vol. 1, PP. 10: 19.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

تعد تتلاءم مع احتياجات المجتمع بشأن تحقيق العدالة وسيادة القانون في هذه الأحوال<sup>(١)</sup>.

خامساً: فرض الواقع لإجراءات استثنائية أو عدم الالتزام بالإجراءات العادية:

تفي العدالة السارية بمتطلبات سيادة القانون، واستقرار المجتمعات، وتوازن النظام الأخلاقي فيها في الأحوال العادية، من خلال المساءلة وتقرير عقوبات لانتهاك القانون، بعد توفير ضمانات إجرائية وموضوعية للمتهمين، كمتطلب وشرط مسبق لأي نظام قانوني متطور ملتزم بسيادة القانون، والتي بدونها يكون النظام القضائي تعسفياً ولا يمكن وصفه بأنه يتسق مع سيادة القانون<sup>(٢)</sup>، وعندما يواجه مجتمع ما بعض الجرائم ذات الطبيعة الخاصة كالإبادة الجماعية، أو أثناء الحروب الأهلية، أو النزاعات المسلحة الداخلية، أو ما يقترفه نظام سياسي من انتهاكات منهجية وعلى نطاق واسع، فإن القواعد التقليدية التي صُممت للتعامل مع الأحوال المستقرة لا تفي بمتطلبات إعادة الاستقرار لمثل هذا المجتمع<sup>(٣)</sup>، لأسباب عدة أبرزها:

(١)

R. G. TEITEL, *Transitional Justice Genealogy*, Harvard Human Rights Journal, Vol. 16, 2003, PP. 69:72.

(٢)

J. D. OHLIN, *On the Very Idea of Transitional Justice*, P. R., P. 52.

(٣)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

(١) فيما يتعلق بالضمانات الإجرائية الجوهرية اللازمة للمحاكمة العادلة، كحماية المتهمين، وحق الاستعانة بمحام، والحق في مواجهة الشهود والأدلة، وسهولة الوصول للقضاء، فإن الظروف الاستثنائية تفرض واقعاً يتمثل في أن توفير الضمانات الأساسية إما صار مرهقاً للغاية بالنسبة للدولة، أو لا مبرر له، لتغير طبيعة السلوك الإجرامي الفردي، وتحوله إلى طبيعة جماعية، وهنا تعجز القوانين السارية عن التعامل مع هذا الواقع، ويتطلب الأمر آليات مساعدة لتحقيق العدالة، وهو ما حدث في "رواندا"، عقب انتهاء الحرب الأهلية، عندما تم التخطيط لمحاكمة المتهمين بارتكاب جريمة الإبادة الجماعية عام ٢٠٠٢<sup>(١)</sup>، ومع تورط عدد كبير من المواطنين، بلغ أكثر (١٢٠) ألف شخص، حُبسوا في انتظار المحاكمة، ولم يكن لدى غالبيتهم محامين، ولم يكن لدى الدولة موارد كافية لإتمام المحاكمات، ولم تكن المحاكم قادرة على استيعابهم، لاسيما أنها كانت تقضي فيما يقرب من "ألف" حالة سنوياً في الأوقات العادية، وهو معدل يتطلب أكثر من قرن من الزمان لإتمام عملية مساءلة المشتبه بهم في جريمة الإبادة الجماعية، فلجأت الدولة إلى مجالس عرفية وطنية يُطلق عليها "جاكাকা" أو مجالس الحكماء، فاعتمدتها كآلية مساءلة وفقاً لمنهج العدالة الانتقالية، ووافقت عليها منظمة الأمم المتحدة،

---

J. ELSTER, *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*, P. R., P. 246.

(١)

L. D. TULLY, *Human Rights Compliance and the "Gacaca" Jurisdictions in Rwanda*, 26 *Boston College International & Comparative Law Review*, Vol. 26, 2003, PP. 385: 402.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

بالرغم من أن هذه المجالس لم تكن تراعي الحدود الدنيا للإجراءات القانونية السارية، أو المبادئ الأساسية للعدالة، ولكنها بدت ضرورية لتحقيق قدر من العدالة الناجزة للمجتمع والضحايا، بصورة تدعم الاستقرار المجتمعي، ومن ثم فإن نظام العدالة الساري هنا لم يفي بمتطلبات العدالة، وكان يحتاج للمراجعة والتطوير<sup>(١)</sup>.

(٢) فيما يتعلق بالتعامل مع طبيعة السلوك الإجرامي الجماعي، تعالج آليات العدالة الانتقالية الانتهاكات الجماعية من قبل مجموعة أو فئة ضد أخرى، كالجرائم العرقية مثلاً التي تسعى فيها مجموعة إلى إبادة مجموعة أخرى، وتقف متاحة بشكل جماعي ضد بعضها البعض كضحية وجاني، حتى في حالة اقرار فرد ينتمي لإحداها إثم أخلاقي أو قانوني، يتم استئثار النزعات القبلية أو العرقية الجماعية للقيام بعمليات انتقامية ضد الطرف الآخر<sup>(٢)</sup>، وهذه الطبيعة الجماعية للجرائم، هي التي تتعامل معها العدالة الانتقالية وتسعى لمعالجتها، بآليات لا تقتصر على المساءلة القضائية، وإنما من خلال منظومة متكاملة تحقق العدالة للضحايا والجناة، وتستعيد التوازن الأخلاقي للمجتمع، وتقلص من فرص نشوب نزاعات مستقبلية، بينما في

(١)

R. NAGY, *Transitional Justice as Global Project: P. R.*, P. 53; J. D. OHLIN, *On the Very Idea of Transitional Justice, P. R.*, P. 53.

(٢)

J. D. OHLIN, *Applying the Death Penalty to Crimes of Genocide, American Journal of International Law, Vol. 99, 2005, PP. 747, 763:764.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

المقابل نجد العدالة الأساسية أقل تركيزًا على السلوك الإجرامي الجماعي، حيث تُعنى بعلاقة الأفراد المتبادلة، وترتكز على حصول كل منهم على متطلبات وشروط العدالة لاسيما ضمانات الحماية في المحاكم الجنائية<sup>(١)</sup>.

(٣) فيما يتعلق بطبيعة الجرائم، فإن كثير من الانتهاكات التي خلفت

ضحايا، ربما يصعب إثباتها، إما لأنها قد نُفذت في ستار من السرية وبمنهجية وموافقة من النظام السياسي وقتها، ولا يمكن إثباتها في حالة الملاحقة الجنائية، أو لأنها تتمثل في إفساد كثير من نواحي الحياة في المجتمع والتي يصعب إثباتها أيضًا، وبالتالي يحتاج معالجة هذه الفترة إلى استحداث آليات متنوعة قضائية وغير قضائية، للتعامل مع هذا النوع من الجرائم، الذي قد لا يفي نظام العدالة الساري بمتطلبات التعامل معه.

سادسًا: تقديم العدالة الانتقالية لحلول قد لا تنظمها القوانين السارية:

من أهم ما توفره العدالة الانتقالية، جبر أضرار ضحايا الانتهاكات الفترة الماضية، لاسيما الذين حُكم في الدعاوى الخاصة بهم ببراءة المتهمين، أو لم يتم التوصل للجناة الحقيقيين، نظرًا لعدم كفاية الأدلة أو لطبيعة الصبغة السياسية لهذه الجرائم التي خلّفت الانتهاكات، الأمر الذي يزيد من الشعور

(١)

C. KRESS, *the Darfur Report and Genocidal Intent*, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, P. 562.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

بالظلم لدى هذه الفئة من المجتمع، ووفقاً لمبدأ لا يظلم "يهدر" دم في الإسلام، ينبغي ألا يضيع حق إنسان عند الاعتداء عليه عمداً أو بغير قصد، وهنا تتوفر آليات العدالة الانتقالية لاسيما لجان تقصي الحقائق معلومات وأدلة موثقة بشأن كل حالة، وتقدم لهم الجبر أو الرعاية وفقاً لكل حالة، فضلاً عما تقدم فإن القوانين السارية وعلى سبيل المثال يمكن أن تقدم حلولاً سريعة قد تعجز عنها القوانين العادية، مثل جبر أضرار من سبق اعتقالهم بدون وجه حق أو محاكمتهم لأسباب استثنائية لأسباب سياسية<sup>(١)</sup>.

. ومما سبق يمكننا القول بأن:

(١) منهج العدالة الانتقالية ليس مُرادفًا للعدالة الجنائية، ولكن هذه الأخيرة أحد آلياته، إلى جانب وسائل أخرى كتلك المعنية بكشف حقائق الماضي وتوفير أدلة على الانتهاكات، والعمل على معالجة آثارها، وكذلك السعي لتحقيق انتقال المجتمع إلى الاستقرار من خلال آليات عدة كالمصالحة، والمساهمة في إرساء الديمقراطية وسيادة القانون، ومن ثم يمكن اعتبار العدالة الانتقالية بمثابة منهج لتقييم الظروف الاستثنائية للمجتمع، لاسيما في حالات ضعف وسائل إنفاذ القانون الساري، كما هو الحال عند الثورات أو عقب النزاعات المسلحة، وبناءً على هذا التقييم يتم استحداث وسائل وآليات ضرورية لدعم إنفاذ القانون، وبما يشمل معالجة آثار انتهاكات وفساد الماضي، والانتقال

---

(١) أ. عادل ماجد، خارطة طريق للعدالة الانتقالية في مصر، الأهرام للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠١٤، ص ٧.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

إلى مستقبل أفضل، وحرى بالذكر أنه في بعض أحوال تطبيق العدالة الانتقالية لم يشتمل منهج التطبيق على المساواة التي هي أساس العدالة السارية، وتم الاكتفاء بإنشاء لجان لتقصي الحقائق، أو المصالحة أو التطهير المؤسسي.

(٢) تسعى العدالة الانتقالية إلى معالجة وترميم الأوضاع التي ربما نتجت عن تطبيق عدد من قواعد العدالة السارية، لاسيما التي ربما رسخت للظلم والتمييز وأدت إلى الاحتقان السياسي والاجتماعي، ولا يعني ذلك لفظ أو نبذ كل القواعد السارية، وإنما ما كان منها غير مواكب للواقع أو غير متطور، وهو ما يتحقق من خلال برامج العدالة الانتقالية التي تجمع بين آليات متنوعة لا تتضمنها القوانين العادية، سياسية واقتصادية واجتماعية، وغيرها من التي تحقق تجاوز الماضي وتحقيق القصاص، وإصلاح المجتمع ومواكبة ما يريده من تطور، ولا يمكن القول بإمكان الاستعاضة عنها بالقوانين السارية، التي ربما تكون مُحملة بملامح التشويه السياسي، وغير ملائمة لملاحقة الجرائم التي ترتكب بدافع سياسي، أو جرائم الفساد التي تمت أو يمكن أن تُرتكب مستقبلاً.

(٣) بات مفهوم العدالة الانتقالية مألوفًا ودارجًا على المستويين الدولي والوطني، بعد التغيرات السياسية والقانونية التي حدثت في دول عدة منها مصر وتونس، ودائمًا ما تقرن المطالبة بتطبيق هذا المفهوم بتفعيل المعايير الدولية بشأنها، ونبين ماهية هذه المعايير الدولية للعدالة الانتقالية من خلال المبحث التالي.

## المبحث الثاني

### المعايير الدولية الحاكمة للعدالة الانتقالية

#### تمهيد وتقسيم:

منذ منتصف التسعينيات، تقوم منظمة الأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة، وبرامجها، وصناديقها، بالدور الأبرز في تحديد وتعميم معايير ومبادئ توجيهية دولية للعدالة الانتقالية، تضمن فاعلية تطبيقها في إعادة توجيه النظام السياسي في الدول ذات الصلة، وتدعم انتقالها للديمقراطية واستقرارها، وتعالج الأسباب الجذرية للنزاعات، أو العنف، أو الاحتقان السياسي فيها. ومن هذه المعايير، مراعاة سيادة القانون<sup>(١)</sup>، والنص على تطبيقها من خلال قانون، لتحوز المشروعية القانونية<sup>(٢)</sup>، واتساع نطاق المشاركة ليشمل جميع أطراف المجتمع في تأسيسها وتصميمها، ومراعاة الأعراف والثقافات والسياقات المجتمعية المستقرة، أو "السلطة المعنوية الوطنية" لكي لا تكون هذه العدالة دخيلة على المواطنين وغير متقبلة، وأخيرًا، معيار الواقعية بحيث تلائم ظروف وحالة كل مجتمع.

(١) منظمة الأمم المتحدة، مجلس الأمن، وثيقة (S/2004/616)، المرجع السابق، ص ٨.

(٢)

T. O. HANSEN, *Transitional Justice in Kenya? An Assessment of the Accountability Process in Light of Domestic Politics and Security Concerns*, *California Western International Law Journal*, Vol. 42, No. 1, 2011, P. 26.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



ونوالي بيان هذه المعايير الدولية التي أقرتها ورسمتها منظمة الأمم المتحدة بشأن العدالة الانتقالية، وذلك على النحو التالي.

المطلب الأول: معيار سيادة القانون.

المطلب الثاني: المشروعية القانونية.

المطلب الثالث: اتساع نطاق المشاركة المجتمعية.

المطلب الرابع: مراعاة الأعراف والثقافات والسياقات المجتمعية

المستقرة.

المطلب الخامس: الواقعية.

## المطلب الأول

### معيار سيادة القانون

أولاً: مفهوم سيادة القانون:

يشير مبدأ سيادة القانون في الأنظمة الوطنية بوجه عام، إلى أن القواعد القانونية تأتي فوق إرادات الأفراد جميعاً، حاكمين أو محكومين، وتلزمهم بإتباع أحكامها، فإن لم يلتزموا بها، صار تصرفهم مخالفاً للقانون وغير مشروع، وإذا كان الخروج على القانون يمثل النمط العام في دولة ما، فإنها تبتعد عن وصف الدولة القانونية وتصبح دولة لا تتحقق فيها سيادة القانون<sup>(١)</sup>.

وعلى الصعيد الدولي ووفقاً لما ورد بأعمال الأمم المتحدة، ترتبط سيادة القانون بأنظمة الحكم في الدول، حيث تشير إلى مبدأ عام بموجبه يكون جميع الأشخاص، والمؤسسات، والكيانات العامة والخاصة، بما في ذلك الدولة ذاتها، مسؤولين أمام قوانين صادرة علناً، تتفق مع القواعد والمعايير الدولية، وتُطبق على الجميع بالمساواة، من قبل قضاء مستقل وعادل، مع التزام الدول

(١) خناطلة إبراهيم، التنوع الرقابي كضمانة لسيادة حكم القانون، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، الجزائر، ٢٠١٣، ص ٥.  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

باتخاذ التدابير اللازمة لكفالة تحقيق هذا المبدأ لاسيما من خلال الفصل بين السلطات، وتجنب التعسف، والشفافية الإجرائية<sup>(١)</sup>.

وبعبارة أخرى، وكما ورد في منشور دولي للأمم المتحدة، أنه "لا أحد فوق القانون"، بما في ذلك موظفي الأمم المتحدة، الذين يجب أن يتوخوا المعايير السلوكية الموافقة لقوانين الدول التي يعملون بها، ويتخذوا التدابير الاحترازية اللازمة لمنع انتهاك القانون<sup>(٢)</sup>، كما تراعي المنظمة هذا المبدأ عند تطبيق العدالة الانتقالية في الدول، من حيث عدم التدخل في شئون الدول ذات الصلة، مع احترام طرق تنفيذ آليات هذه العدالة واتخاذ القرارات بشأنها من قبل الجهات الوطنية، وتركيز المنظمة على دعم القدرات الوطنية وتعزيزها بمختلف الأدوات اللازمة، كتقديم الخبرات التي ربما لا تتوافر وطنياً، والمشورة القانونية

---

(١) ومن الأمثلة على الأطر التي تحقق سيادة القانون على الصعيد الوطني وتدعمها منظمة الأمم المتحدة؛ سن دساتير للدول بوصفها القانون الأعلى فيها؛ ووضع نظام قانوني واضح يتضمن آليات تكفل تنفيذه؛ وبناء مؤسسات قوية لا تنقصها الإمكانيات في مجالات العدل، والحكم، والأمن، وحقوق الإنسان؛ وتطبيق آليات العدالة الانتقالية؛ وإخضاع الموظفين الحكوميين والمؤسسات العامة للمساءلة، وكفالة أمان وسلامة الأفراد، وتوفير سبل الانتصاف للمضرورين، وخضوع كل من ينتهك القانون للمساءلة، بما في ذلك الدولة، وهناك ما يربو على ٤٠ هيئة من الأمم المتحدة تعمل في مجال دعم سيادة القانون، وتعكف على تنفيذ العمليات والبرامج ذات الصلة بذلك، فيما يزيد على ١١٠ دولة في العالم، ويوجد أكبر حضور لها في أفريقيا. راجع: منظمة الأمم المتحدة، مجلس الأمن، وثيقة (S/2004/616)، المرجع السابق، ص ٦.

(٢) وثيقة (ST/SGB/2003/13) بشأن التدابير القانونية للحماية من الاستغلال والإيذاء الجنسيين في مجتمعات ما بعد النزاع، الفرع (٢) نطاق الانطباق، ص ١: ٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

والفنية اللازمة، إضافة إلى تعبئة الموارد المالية والمادية المتطلبية لدعم العملية<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: سيادة القانون في سياق العدالة الانتقالية:

أكدت الأمم المتحدة على أسس ومعايير لتعزيز سيادة القانون، سواء في ميثاقها، أو ممارساتها وأعمالها، وتحظي هذه المعايير بشرعية دولية عامة وامتنالاً من قبل مختلف المدنيات القانونية، كما تمتثل لها أجهزة وهيئات الأمم المتحدة في إدارة وتحقيق العدالة الانتقالية، ومن ناحية أخرى أكد أيضاً النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على مبدأ سيادة القانون، وذلك على النحو التالي.

### (١) ميثاق الأمم المتحدة:

حدد المجتمع الدولي في المادة (٣/١) من ميثاق إنشاء الأمم المتحدة عام ١٩٤٥، أن أحد أهداف المنظمة هو حماية حقوق الإنسان، وألزم الميثاق الأمم المتحدة وأعضائها بتعزيز هذه الحقوق، ثم توالت الصكوك الدولية التي ترسخ هذا الالتزام منذ ذلك الحين، علاوة على ربط الأمم المتحدة بين تعزيز

---

(١) منظمة الأمم المتحدة، مجلس الأمن، وثيقة (S/2004/616)، المرجع السابق، ص ٨: ٩. راجع أيضاً الموقع الرسمي للأمم المتحدة:

[11/10/2015.http://www.un.org/ar/ruleoflaw](http://www.un.org/ar/ruleoflaw)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

حقوق الإنسان وتحقيق علاقات مستقرة وتوافقية بين الدول وتعزيز التفاهم المتبادل والسلام.

## (٢) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان:

نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨، في ديباجته على أنه: "لما كان تناسي حقوق الإنسان وازدراؤها قد أفضيا إلى أعمال همجية آذت الضمير الإنساني، ... ولما كان من الضروري أن يتولى القانون حماية حقوق الإنسان لكيلا يضطر المرء آخر الأمر إلى التمرد على الاستبداد والظلم.. ولما كانت الدول الأعضاء قد تعهدت بالتعاون مع الأمم المتحدة على ضمان اطراد مراعاة حقوق الإنسان والحريات الأساسية واحترامها<sup>(١)</sup>.

## (٣) تقارير الأمين العام للأمم المتحدة:

(أ) في أغسطس من عام ٢٠٠٤ أصدر الأمين العام للأمم المتحدة، تقريراً بشأن سيادة القانون والعدالة الانتقالية، حدّد فيه ضرورة الالتزام بمبدأ سيادة القانون وطنياً ودولياً، ومعالجة معاناة الفئات الأكثر ضعفاً من العنف الداخلي كأولوية لسيادة القانون، واختيار الآليات المناسبة لكل دولة عند العمل على تحقيق سيادة القانون، مع مراعاة التقاليد العرفية غير الرسمية للسكان فيما

(١) ديباجة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان:

G.A. res. 217A (III), U.N. Doc A/810 at 71 (1948) (UNDH). Pars. 2, 3, 6.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

يتعلق بتسوية المنازعات، جنبًا إلى جنب مع المعايير الدولية<sup>(١)</sup>، وفي وقت لاحق، ناقش المنظومة المتكاملة لنزع السلاح التابعة للأمم المتحدة والتسريح وإعادة الإدماج، ومعايير العدالة الانتقالية، بما في ذلك الملاحقات القضائية<sup>(٢)</sup>.

(ب) في عام ٢٠١١، أصدرت المنظمة الدولية تقريرًا بشأن "سيادة القانون والعدالة الانتقالية في مجتمعات الصراع ومجتمعات ما بعد الصراع"، ورد به أن: الأمم المتحدة "تركز بشكل متزايد على كل التهديدات الناشئة لسيادة القانون، مثل الجريمة المنظمة والاتجار غير المشروع لاسيما في البشر، والأسباب الجذرية للصراع، بما في ذلك قضايا العدالة الاقتصادية والاجتماعية. وهذه الجهود هي أمر لا غنى عنه في جدول الأعمال الواسع لتحقيق السلام والأمن، خاصة وأن" المظالم المشينة التي تنتهك الحقوق الاقتصادية والاجتماعية لها قدرة عالية ومتزايدة على إثارة الصراعات العنيفة، وأقر الأمين العام في التقرير بأن "هناك حاجة لبذل مزيد من الجهود لضمان إتباع نهج موحد لسيادة القانون، بما في ذلك إصلاح القطاع الأمني وفقًا لقواعد القانون، كما أعرب عن دعم المنظمة لكافة المبادرات الرامية إلى تعزيز نهج تنمية سيادة القانون، أو وضع سياسات لتحقيق العدالة ترتبط بتعزيز

(١) منظمة الأمم المتحدة، مجلس الأمن، وثيقة (S/2004/616)، المرجع السابق، ص ٢٠: ٢٢.

(٢)

*United Nations Department of Peacekeeping Operations (DPKO), Integrated Disarmament, Demobilization and Reintegration Standards (IDDRS) (New York: United Nations Department of Peacekeeping Operations, 2006, available at: [www.unddr.org/iddrs/framework.php](http://www.unddr.org/iddrs/framework.php).*

13/3/2016.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الحقوق الاجتماعية والاقتصادية، باعتبارها عنصرًا أساسيًا من عناصر العدالة الانتقالية، بالتوازي مع نهج العدالة الجنائية والسلام والمصالحة، تحقيقًا لفعاليتها وطنيًا على المدى الطويل<sup>(١)</sup>.

#### (٤) أعمال الجمعية العامة للأمم المتحدة:

(أ) منذ عام ٢٠٠٦، أدرجت الجمعية موضوع "سيادة القانون" بشكل دائم في جدول أعمالها، وفي دورتها الثانية والستون، اتخذت الجمعية قرارها ٣٩/٦١ المؤرخ ٤ ديسمبر ٢٠٠٦، بشأن سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، وأشارت فيه الذي أكدت فيه على التزامها بمقاصد ومبادئ ميثاق الأمم المتحدة والقانون الدولي التي تمثل أسسًا لا غنى عنها لإرساء عالم أكثر سلمًا وازدهارًا وعدلاً، وأن حقوق الإنسان وسيادة القانون والديمقراطية مترابطة ويدعم بعضها بعضاً وأنها تعد من قيم الأمم المتحدة ومبادئها الأساسية العالمية غير القابلة للتجزئة، مع ضرورة الامتثال الشامل لسيادة القانون ووضعها موضع التطبيق على الصعيدين الوطني والدولي على السواء، والتزامها الرسمي بنظام دولي يستند إلى سيادة القانون والقانون الدولي،

(١)  
*UN Secretary-General, the Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post Conflict Societies, 2011, U. N. Doc. S/2011/634 of 12 October 2011, Para: 4, 15, 17, 51, 52, 56, 79, 80.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وهو النظام الذي يشكل، إلى جانب مبادئ العدل، أمراً أساسياً من أجل التعايش السلمي والتعاون فيما بين الدول<sup>(١)</sup>.

واقْتِنَاعًا مِنْهَا بِأَنْ نَهْوِضَ بِسِيَادَةِ الْقَانُونِ عَلَى الصَّعِيدِ الْوَطْنِيِّ وَالْدَوْلِيِّ أَمْرًا أَسَاسِيًّا لِتَحْقِيقِ النَّمُوِّ الْاِقْتِصَادِيِّ الْمَطْرُودِ وَالتَّمْيِيعِ الْمُسْتَدَامَةِ وَالْقَضَاءِ عَلَى الْفَقْرِ وَالْجُوعِ وَحَمَايَةِ جَمِيعِ حَقُوقِ الْإِنْسَانِ وَالْحُرِيَّاتِ الْأَسَاسِيَّةِ، وَإِذْ تَقْرَبُ بَأْنَ الْأَمْنِ الْجَمَاعِيِّ يَتَوَقَّفُ عَلَى التَّعَاوُنِ الْفَعَالِ لِلْوُقُوفِ، وَفَقًّا لِلْمِيثَاقِ وَالْقَانُونِ الدَّوْلِيِّ، فِي وَجْهِ التَّهْدِيدَاتِ عِبْرَ الْوَطْنِيَّةِ، وَاقْتِنَاعًا مِنْهَا بِأَنْ الْأُمَمَ الْمُتَّحِدَةَ وَالْدَوْلَ الْأَعْضَاءَ فِيهَا يَنْبَغِي لَهَا أَنْ تَسْتَرْشِدَ فِي أَنْشِطَتِهَا بِتَعْزِيزِ وَاحْتِرَامِ سِيَادَةِ الْقَانُونِ عَلَى الصَّعِيدِ الْوَطْنِيِّ وَالْدَوْلِيِّ. وَالْمَنْظَمَةُ تَحِيْطُ عِلْمًا مَعَ التَّقْدِيرِ بِتَقْرِيرِ الْأَمِينِ الْعَامِّ الْمَعْنُونِ لِنُوحِدِ قَوَانِنَا: تَعْزِيزِ الدَّعْمِ الَّذِي تَقْدَمُهُ الْأُمَمُ الْمُتَّحِدَةُ مِنْ أَجْلِ سِيَادَةِ الْقَانُونِ، وَتَوْجِدِ الْفَرِيقِ الْمَعْنِيِّ بِالتَّنْسِيقِ وَالْمَوَارِدِ فِي مَجَالِ سِيَادَةِ الْقَانُونِ الَّذِي يَتَلَقَّى الدَّعْمَ مِنْ وَحْدَةِ سِيَادَةِ الْقَانُونِ فِي الْمَكْتَبِ التَّنْفِيزِيِّ لِلْأَمِينِ الْعَامِّ، بِقِيَادَةِ نَائِبَةِ الْأَمِينِ الْعَامِّ، وَتَطَلُّبِ إِلَى الْأَمِينِ الْعَامِّ أَنْ يَقْدَمَ إِلَى الْجَمْعِيَّةِ الْعَامَّةِ، دُونَ إِبْطَاءِ، تَفَاصِيلِ عَنْ اِحْتِيَاجَاتِ هَذِهِ الْوَحْدَةِ مِنْ الْوِظَائِفِ وَغَيْرِهَا مِنْ اِلْحْتِيَاجَاتِ لِكِي تَنْظُرَ فِيهَا خِلَالَ دَوْرَتِهَا الثَّانِيَّةِ وَالسَّتِينِ وَفَقًّا لِلْإِجْرَاءَاتِ الْقَائِمَةِ ذَاتِ الصَّلَةِ.

(١) الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة الثالثة والستون، البند ٧٩ من جدول الأعمال، القرار المتخذ في ١١ ديسمبر ٢٠٠٨، سيادة القانون على الصعيد الوطني والدولي. راجع أيضًا وثيقة: (A/RES/63/128- 15 January 2009)، وكذلك وثيقة: (A/RES/62/70, 8 January 2008).



(ب) كما اتخذت الجمعية العامة في عام ٢٠٠٧ قرارها رقم

(٧٠/٦٢) المؤرخ في ٦ ديسمبر، بشأن التأكيد من جديد على أن حقوق الإنسان، وسيادة القانون، والديمقراطية مترابطة ويدعم بعضها بعضاً، وهي من قيم الأمم المتحدة ومبادئها الأساسية غير القابلة للتجزئة، مع ضرورة التقيد التام بمبدأ سيادة القانون وتطبيقه وطنياً ودولياً، والالتزام بنظام دولي يستند إلى سيادة القانون إلى جانب مبادئ العدل، كضرورة للتعايش السلمي والتعاون بين الدول، ولتحقيق النمو الاقتصادي المطرد والتنمية المستدامة والقضاء على الفقر والجوع، وحماية جميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية، مع دعم التقيد بسيادة القانون على الصعيد الوطني، وإيلائه أولوية عليا، ودعم الدول الأعضاء في ذلك عند طلبها، لاسيما المساعدة التقنية وبناء القدرات، لكي تفي بالتزاماتها الدولية<sup>(١)</sup>.

(ج) في ٢٤ سبتمبر من عام ٢٠١٢، وفي دورتها رقم (٦٧) ناقشت

الجمعية موضوع "سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي"<sup>(٢)</sup>، وفي إعلانها الصادر بشأن نفس الموضوع، والذي أعتمد بموجب القرار رقم

(١) وطلب القرار من الأمين العام أن يقدم تقريراً سنوياً عن أنشطة الدول، وأن يُدرج في جدول أعمال الدورة رقم (٦٤) بند "سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي"، مع دعوة الدول الأعضاء إلى تركيز تعليقاتها في المناقشات المقبلة على موضوع "تعزيز سيادة القانون على الصعيد الدولي"، وفي الدورات اللاحقة (٦٥) يتم التركيز على "قوانين وممارسات الدول الأعضاء في تنفيذ القانون الدولي"، و"سيادة القانون والعدالة الانتقالية في حالات النزاع وما بعد انتهاء النزاع" في الدورة (٦٦). الجلسة العامة ٦٧ في ١١ ديسمبر ٢٠٠٨.

(٢) وكان ذلك اجتماعاً رفيع المستوى، حضره أكثر من ٦٥ من رؤساء الدول والحكومات ووزراء الحكومات، وأدلى ٧٩ من ممثلي الدول الأعضاء والمراقبين وممثلي المجتمع المدني وكيانات الأمم المتحدة ببيانات.

(١/٦٧)، أكدت الدول الأعضاء مجدداً على التزامها بسيادة القانون، كونه لا غنى عنه لعالم أكثر سلاماً ورخاءً وعدلاً، وأكدت على الترابط بين سيادة القانون ودعائمه الثلاث "السلام، الأمن، حقوق الإنسان والتنمية، ودعت الدول الأعضاء إلى وضع سيادة القانون على جدول أعمال التنمية الدولية بعد ٢٠١٥، باعتبار أن الرد الجماعي على تحديات التحولات السياسية والاجتماعية والاقتصادية يجب أن يسترشد بحكم القانون، وعلى أساس مجتمعات عادلة ومنصفة.

**كما أكدت على أن استقلال النظام القضائي وحياده ونزاهته شرط أساسي لإقرار سيادة القانون، وضمان عدم التمييز في إقامة العدل، وأن آليات العدالة غير الرسمية وفقاً للقانون الدولي لحقوق الإنسان تؤدي دوراً إيجابياً في حل المنازعات، وأن الجميع ولاسيما النساء الذين ينتمون إلى الفئات الضعيفة ينبغي وصولهم بصورة كاملة ومتساوية إلى هذه الآليات القضائية، وأن العدالة في المرحلة الانتقالية لبنة أساسية من السلام المستدام في الدول في حالات النزاع، وما بعد النزاع، ونشدد على ضرورة قيام المجتمع الدولي بما في ذلك الأمم المتحدة بمساعدة ودعم هذه الدول، بناء على طلبها، لما قد تواجه من تحديات، خاصة خلال المرحلة الانتقالية.**

**وأكدت كذلك على أهمية إتباع نهج شامل للعدالة الانتقالية يتضمن مجموعة من الإجراءات القضائية وغير القضائية، تكفل المساءلة والعدالة، وتوفير سبل الانتصاف للضحايا، وتعزيز تضميد الجراح والمصالحة، وإنشاء**

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

مراقبة مستقلة لنظام الأمن، واستعادة الثقة في مؤسسات الدولة، وتعزيز سيادة القانون، وفي هذا الصدد أكدت أن عمليات البحث عن الحقيقة بما فيها تلك التي تحقق في أنماط انتهاكات القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي وأسبابها ونتائجها هي أدوات هامة يمكن أن تكمل الإجراءات القضائية. كما أكدت على ضمان عدم الإفلات من العقاب في جرائم الإبادة الجماعية، وجرائم الحرب، والجرائم ضد الإنسانية، أو انتهاكات القانون الإنساني الدولي، والانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، وأن هذه الانتهاكات يتم التحقيق فيها بشكل صحيح ومناسب بما يضمن تقديم مرتكبي الجرائم إلى العدالة، من خلال الآليات الوطنية، أو الآليات الإقليمية والدولية حسب الاقتضاء، ووفقاً للقانون الدولي، ولهذا الغرض فإننا نشجع الدول على تعزيز النظم القضائية الوطنية<sup>(١)</sup>.

(١) ومما ورد بالإعلان أيضاً أن الرد الجماعي على تحديات التحولات السياسية والاجتماعية والاقتصادية يجب أن يسترشد بحكم القانون، وعلى أساس التعاون والعلاقات العادلة بين الدول، والالتزام بتطبيق سيادة القانون، جنائياً، ومدنياً، وإدارياً، مع اعتبار استقلال النظام القضائي وحياده ونزاهته شرطاً أساسياً لإقرار سيادة القانون، وضمن عدم التمييز، والمساواة في حق الوصول إلى العدالة لكل أطراف المجتمع، والاعتراف بدور أن آليات العدالة غير الرسمية الإيجابية في حل المنازعات، وتدعيم سيادة القانون أحد العناصر الرئيسية لمنع نشوب النزاعات، وحفظ السلام، وبناء السلام، وإقامة العدالة في المرحلة الانتقالية هي لبنة أساسية من السلام المستدام في دول الصراع، وضرورة مساعدة ودعم هذه الدول بناء على طلبها، خلال المرحلة الانتقالية، والتأكيد على إتباع نهج شامل للعدالة الانتقالية يتضمن مجموعة من الإجراءات القضائية وغير القضائية، واتخاذ تدابير لكفالة المساءلة والعدالة، وتوفير سبل الانتصاف للضحايا، وتعزيز المصالحة، وإنشاء مراقبة مستقلة على نظام الأمن، واستعادة الثقة في مؤسسات الدولة، وإنشاء آليات للبحث عن الحقيقة في أنماط انتهاكات القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي وأسبابها ونتائجها، واعتبارها مكملة للإجراءات القضائية، وضمن عدم الإفلات من العقاب، وتشدد على أن سيادة القانون عنصراً أساسياً في معالجة ومنع الفساد، ونجدد قلقنا وإدانتنا للإرهاب بجميع أشكاله ومظاهره، كونه يشكل

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

(د) في ديسمبر ٢٠١٢ وبموجب القرار (١٨٧/٦٧) اعتمدت الجمعية العامة مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية بشأن الحصول على المساعدة القانونية في نظم العدالة الجنائية، ودعم تنفيذها، وكلفت مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي على وضع الأدوات والدراسات وخطط المساعدة التقنية.

(هـ) حدد جدول أعمال الأمم المتحدة لعام ٢٠١٢، والممتد لخمس سنوات بعنوان "المستقبل الذي نريده"، أولوية التنمية المستدامة في ظل سيادة القانون، وبين أن توفير الأمن البشري، ومنع نشوب النزاعات يحقق الرفاهية، ولا بد من التفكير المتواصل في ارتباط مفهوم التنمية المستدامة كمفهوم وكغاية بسيادة القانون<sup>(١)</sup>. وتأكيدًا على ذلك، أبرز تقرير الفريق الرفيع المستوى بشأن الأهداف الإنمائية للألفية الحاجة الملحة لتبني نهج أوسع نطاقاً ونموذج للتنمية

---

أحد أخطر التهديدات للسلام والأمن الدوليين، ونؤكد على أن جميع تدابير الحرب ضد الإرهاب يجب أن تكون متفقة مع التزامات الدول بموجب القانون الدولي، بما في ذلك ميثاق الأمم المتحدة ومبادئه، والاتفاقيات ذات الصلة، كقانون حقوق الإنسان، والقانون الإنساني.

(١) تم تطوير مبدأ التنمية المستدامة في ظل القانون البيئي الدولي في وقت مبكر ١٩٩٠، ويحظى المبدأ بأهمية خاصة في مرحلة الانتقال والتحويلات السياسية، حيث ييسر تحقيق العدالة الاجتماعية، وهو ما تضمن إعلان "ريو" لعام ١٩٩٢ من إشارة إلى حقيقة أن "السلام والتنمية وحماية البيئة أمور مترابطة وغير قابلة للتجزئة"، وجاءت نتائج مؤتمر "جوهانسبرج" معبرة أكثر عن الروابط بين الحكم والمشاركة والتنمية وحماية البيئة، حيث أوردت إشارات محددة إلى أهمية التنمية المستدامة لتحقيق العدالة الانتقالية، وبالتالي تم الاعتراف وطرح موضوع تحقيق التنمية المستدامة في سياق العدالة الانتقالية. راجع:

*Post-2015 Development Agenda 2013, 9; Future We Want 2012, para 3;*

*UN Action Agenda Press Release 2012. available at:*

*<http://www.uncsd2012.org/thefuturewewant.html>. 22/12/2015.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

المستدامة<sup>(١)</sup>، لا يركز فقط على قضايا الفقر بل أيضًا على الآثار المدمرة للنزاعات والعنف، وكذلك الحكم الرشيد، وأن أحد أوجه القصور التي اعترت تحديد أهداف التنمية للألفية هو الفشل في "دمج الجوانب الاقتصادية والاجتماعية والبيئية للتنمية المستدامة على النحو المتوخى في إعلان الألفية. وهو ما يحد من فاعلية الجهود المبذولة لربط وتكامل حل المشاكل الجسيمة للبيئة مع مراعاة بعد التنمية، وأكد التقرير أيضًا على الحاجة لضمان أن المعايير العالمية لحقوق الإنسان والفرص الاقتصادية الأساسية متاحة للجميع، بالإضافة إلى جعل التقدم بشأن تحقيق هذه الأهداف خاضعة للمساءلة والحكم الرشيد<sup>(٢)</sup>.

## (٥) أعمال مجلس الأمن بشأن سيادة القانون والعدالة الانتقالية:

(١) على سبيل المثال، أكدت الوثيقة الختامية لمؤتمر "ريو" صراحةً على أهمية الحرية والسلام والأمن، واحترام جميع حقوق الإنسان، بما في ذلك الحق في التنمية والحق في مستوى معيشي مناسب، وسيادة القانون، والمساواة بين الجنسين، وتمكين المرأة، والالتزام بتحقيق العدل والديمقراطية في المجتمعات، بغرض تحقيق التنمية، ومراعاة ما يتطلبه ذلك من مشاركة فعالة ونشطة من جانب الهيئات التشريعية والقضائية الإقليمية والوطنية وعبر الوطنية، وقد عبرت الوثيقة عن أن العائق الرئيسي لذلك هو التشرد، وأنه على الأمم المتحدة مواجهة مثل هذا التيار والتحديات العالمية الأخرى بما فيها قاعدة معرفية واسعة النطاق بالقانون، والقضايا الاقتصادية، والتنمية الاجتماعية، لأنها يمكن أن توفر حلولاً متكاملة في قضايا ربط التنمية والسلام والأمن وحقوق الإنسان والعمل الإنساني. راجع:

*Post-2015 Development Agenda 2013, para 8; Future We Want 2012, para 8, 76 (d); UN Action Agenda 2012, 1; UNSC Res 1963 (2010), UNSC Res 1963 (2010).*

(٢)

*Post-2015 Development Agenda 2013, 7, 8.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

(أ) في ٢٤ سبتمبر من عام ٢٠٠٣، اجتمع مجلس الأمن لمناقشة دور الأمم المتحدة في إقامة العدل وسيادة القانون في مرحلة ما بعد انتهاء النزاعات في المجتمعات<sup>(١)</sup>، وفي جلسته التكميلية في ٣٠ سبتمبر من نفس العام، وجه دعوة إلى الدول الأعضاء للمساهمة في هذه العملية، وفي بيان صدر في ختام الجلسة أشار إلى ثروة من الخبرة والتجربة ذات الصلة داخل منظومة الأمم المتحدة تبرز الحاجة إلى استخدام وتوجيه هذه الخبرات والتجارب، وأخذ الدروس والخبرات من الماضي، والتعرف عليها، ورحب المجلس، وقرر مواصلة النظر في هذه المسائل. وفي اجتماعه بتاريخ ٢٦ يناير من عام ٢٠٠٤ دعا مجلس الأمن إلى النظر في الآراء المعرب عنها، والعمل على تنفيذها، واستمر مجلس الأمن على هذا النهج، حيث أصدر عددًا من البيانات<sup>(٢)</sup>، التي أكدت جميعها على الأهمية القصوى لبناء السلام بوصفه أساساً لدوام الاستقرار والتنمية في أعقاب الصراعات<sup>(٣)</sup>.

(ب) في بيان أدلى به رئيس مجلس الأمن في الجلسة ٤٩٠٣ التي عقدها المجلس الأمن في ٢٦ يناير ٢٠٠٤، فيما يتعلق بنظر المجلس في

(١) وكان المجلس قد أشار في قراره رقم (١٣٢٥) عام ٢٠٠٠، إلى ضرورة تطبيق مبدأ سيادة القانون، ودعا الدول الأطراف في الصراعات المسلحة إلى اتخاذ تدابير خاصة لحماية النساء والفتيات من العنف القائم على نوع الجنس في الصراعات المسلحة. وثيقة (S/Res/1325(2000))، *para. 10*.

(٢) مثل البيان رقم (٢٣) في ٢٠٠٩، ورقم (٧) في ٢٠١٠، ورقم (٢٠) في ٢٠١٠، ورقم (٢) في ٢٠١١، ورقم (٤) في ٢٠١١، ورقم (٢٩) في ٢٠١٢، ورقم (٦٩٤) في ٢٠١٤، ورقم (٢) في ٢٠١٥.

(٣) الأمم المتحدة، مجلس الأمن، سيادة القانون والعدالة الانتقالية في حالات ما بعد انتهاء صراع المجتمعات، تقرير الأمين العام، ٢٣ أغسطس ٢٠٠٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

البند المعنون "بالمصالحة الوطنية في مرحلة ما بعد الصراع، دور الأمم المتحدة"، حيث ورد به<sup>(١)</sup>: اجتمع المجلس في ٢٦ يناير من عام ٢٠٠٤، للنظر في مسألة المصالحة الوطنية في مرحلة ما بعد النزاع، ودور الأمم المتحدة، وأعرب الأعضاء عن آرائهم وتفهمهم لهذه المسألة، وأكدوا الأهمية الحيوية لها، وشددوا على ضرورة التعاون الوثيق في منظومة الأمم المتحدة، بما فيها المجلس، بشأن هذه المسألة<sup>(٢)</sup>. وفي أكتوبر من العام نفسه ٢٠٠٤، أكد المجلس على أهمية تقييم العدالة اللازمة وسيادة القانون التي تحتاجها كل دولة مضيضة، مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة النظام القانوني وتقاليد الدولة وطبيعة مؤسساتها، وتجنب منهج "حجم واحد يناسب الجميع" *"One size fits all"*.

(ج) في الجلسة رقم (٥٢٢٥) لمجلس الأمن، المنعقدة في ١٢ يولييه عام ٢٠٠٥، بشأن نظر المجلس في البند المعنون "صون السلم والأمن الدوليين" ودور مجلس الأمن في الأزمات الإنسانية، التحديات والدروس المستفادة والسبيل إلى المستقبل<sup>(٣)</sup>؛ أكد المجلس على ما يعلّقه على استعادة

---

(١) الأمم المتحدة، مجلس الأمن، (S/PRST/2004/2)، في ٢٦/١/٢٠٠٤.  
(٢) وأبرزت البيانات المهام التي يتوجب النهوض بها في مرحلة ما بعد الصراع تحقيقا لهدف المصالحة الوطنية، وشددت على أهمية التجارب والخبرات ذات الصلة المتوافرة داخل منظومة الأمم المتحدة وفي الدول الأعضاء. ورأي الأعضاء أنه من الملائم مواصلة بحث الكيفية التي يمكن من خلالها الاستفادة من تلك الخبرات والتجارب، وتوجيهها بحيث يتيسر للمجتمع الدولي الاستعانة بها على أسرع نحو، ويدعو المجلس جميع أعضاء الأمم المتحدة والهيئات الأخرى في منظومة الأمم المتحدة التي لديها خبرات وتجارب في هذا الصدد إلى الإسهام في هذه العملية. راجع: الأمم المتحدة، مجلس الأمن، وثيقة (S/PRST/2004/2)، في ٢٦/١/٢٠٠٤.  
(٣) الأمم المتحدة، مجلس الأمن، وثيقة (S/PRST/2005/30)، في ١٢/١/٢٠٠٥.  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

العدل وسيادة القانون في مجتمعات ما بعد الصراعات بسرعة من أهمية في تحقيق المصالحة الوطنية، وتوطيد الديمقراطية، وتعزيز حقوق الإنسان، كما سَلَّم المجلس بأن وضع حد للإفلات من العقاب له أهمية في اتفاقات السلام، ويمكن أن يسهم في الجهود المبذولة للتصالح مع الماضي بما انطوى عليه من انتهاكات، وتحقيق المصالحة الوطنية لمنع نشوب الصراعات في المستقبل<sup>(١)</sup>. وأقر المجلس بأن نجاح عملية بناء السلام في مجتمعات ما بعد الصراعات إنما يقوم على أساس أن حماية المدنيين وتوطيد سيادة القانون، وإقامة العدل في المرحلة الانتقالية ونزع سلاح المقاتلين السابقين وتسريحهم وإعادتهم إلى أوطانهم وإعادة إدماجهم في مجتمعاتهم وإعادة تأهيلهم، وإصلاح القطاع الأمني والإصلاح الديمقراطي والاقتصادي والاجتماعي عناصر يكمل بعضها بعضاً، وأن تولي البلدان زمام الأمور بنفسها له دور هام ينبغي أن يدعمه المجتمع الدولي، بما في ذلك المنظمات الإقليمية<sup>(٢)</sup>.

(د) بناءً على قرار مجلس الأمن رقم (١٩٦٠) لسنة ٢٠١٠، بتقديم الأطراف الذين يشتهب في ارتكابهم أفعالاً أو أنماطاً من العنف الجنسي في

---

(١) وأشار المجلس إلى أنه قد أكد مراراً على مسؤولية الدول المهمة في وضع حد لإفلات الضالعين في الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية والانتهاكات الجسيمة للقانون الإنساني الدولي، من العقاب وتقديمهم إلى العدالة.

(٢) ويؤكد المجلس على أن إصلاح القطاع الأمني عنصر أساسي في أي عملية لتحقيق الاستقرار في أحوال ما بعد انتهاء الصراعات، وأنه ذو صلة لا انفصام لها بأمور من جملتها توطيد سيادة القانون وإقامة العدل في المرحلة الانتقالية ونزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج وحماية المدنيين، ويُقر بضرورة أن تقوم الأمم المتحدة والمجتمع الدولي بزيادة الإعداد للملائم، بما في ذلك حشد الموارد الضرورية للتخطيط، وإتباع نهج أكثر اتساقاً أثناء معالجة تلك المسائل.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



جمهورية أفريقيا الوسطى<sup>(١)</sup>، وكوت ديفوار، وجمهورية الكونغو الديمقراطية، ومالي، والجمهورية العربية السورية، أثناء النزاعات، وقام الممثل الخاص للأمين العام بشأن العنف الجنسي بتوقيع بيانات مشتركة مع حكومات جمهورية أفريقيا الوسطى، وجمهورية الكونغو الديمقراطية، والصومال، يتم بموجبها تقديم الدعم للمؤسسات المختصة بالتحقيق والمحاكمة في هذه الجرائم، والمساعدة في الإصلاح التشريعي ذي الصلة، وإصلاح القطاع الأمني، على أن يتم كل ذلك في إطار سيادة القانون<sup>(٢)</sup>.

(هـ) تطبيق سيادة القانون في "كوسوفو"، حيث أصدر المجلس عدة قرارات لهذا الغرض في المرحلة الانتقالية لكوسوفو، كان أولها، قراره رقم (٨٥٥) في ٩ أغسطس عام ١٩٩٣، أقر فيه كافة الجهود التي تبذلها منظمة الأمن والتعاون الأوروبي لإحلال سيادة القانون، وطالب يوغسلافيا بالتعاون مع المراقبين الدوليين، ثم أصدر المجلس قراره رقم (١١٦٠) في ٣١ مارس ١٩٩٨، أدان فيه أعمال العدائية، وأعمال العنف، والإرهاب، سواء التي تمارسها قوات الجيش، والشرطة اليوغسلافية ضد المدنيين في كوسوفو، أو تلك

(١) مجلس الأمن، قرار رقم ١٩٦٠ لسنة ٢٠١٠، جلسة ٦٤٥٣ في ١٦ ديسمبر ٢٠١٠، بشأن العنف الجنسي في النزاعات المسلحة.

(٢) وعلى أن يتم مستشارين لحماية المرأة في جنوب السودان للانضمام إلى قائمة مستشاري حماية المرأة الذين يتم نشرهم بالفعل في جمهورية أفريقيا الوسطى و"كوت ديفوار" وجمهورية الكونغو الديمقراطية والصومال، ومالي، وذلك تنفيذاً لقرار مجلس الأمن رقم (١٣٢٥) لسنة ٢٠٠٠، وقد اعتمدت خمس دول أفريقية خطط عمل وطنية بهذا الشأن، مما يدل على تزايد الالتزام بجدول أعمال المرأة والسلام والأمن في المنطقة. راجع: قرار مجلس الأمن رقم (١٣٢٥) لسنة ٢٠٠٠، جلسة ٤٢١٣ في ٣١ أكتوبر ٢٠٠٠. ويتعلق بالالتزامات الخاصة بالمرأة في الصراعات المسلحة.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

التي يقوم بها جيش تحرير كوسوفو، ودعا المجلس القيادة الألبانية في كوسوفو إلى تحقيق أهدافها السياسية بالطرق السلمية، كما فرض حظرًا عسكريًا ضد يوغسلافيا وكوسوفا، يشمل إمدادهما بالأسلحة، أو المعدات العسكرية، وقرر أن الفشل في تحقيق حل سلمي هناك سيقود إلى اتخاذ "إجراءات إضافية"<sup>(١)</sup>.

وإزاء تصاعد عمليات العنف وتدهور الموقف في كوسوفو وزيادة تدفق اللاجئين إلى الدول الأوروبية أصدر المجلس القرار رقم (١١٩٩) في سبتمبر عام ١٩٩٨، وأكد على حق اللاجئين في العودة لديارهم بعد وقف كافة أعمال العنف، ومعالجة السلطات اليوغسلافية للوضع الإنساني المتدهور، وضمان التعاون مع المنظمات الخاصة بعمليات المساعدات الإنسانية، والتوصل إلى تسوية سلمية، دون شروط مسبقة من السلطات اليوغسلافية، أو القيادة الألبانية في كوسوفو، . وقد أقر المجلس عددًا من الإجراءات والمطالب التي وردت في بيان مجموعة الاتصال الدولية الصادر في ١٢ يونيو ١٩٩٨. وفي ٢٤ أكتوبر عام ١٩٩٨، أصدر المجلس قراره رقم (١٢٠٣) الذي أكد فيه على أن عدم التوصل إلى تسوية سلمية للأزمة يشكل تهديدًا للسلم والأمن في المنطقة، وفي ١٤ مايو عام ١٩٩٩، أصدر المجلس القرار رقم (١٢٣٩) والذي ركز على حق اللاجئين في العودة، وضرورة توفير الاحتياجات الإنسانية الضرورية لهم، ومساعدة المنظمات الإنسانية في الوصول إليهم.

(١)

A. HOL, *Transitional Justice: Images and Memories*, P. R., PP. 31: 34.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ثم جاء القرار رقم (١٢٤٤) في ١٠ يونيو ١٩٩٩ ليدعم قبول يوغوسلافيا لمبادئ "مجموعة الثمانية" للتسوية السلمية لأزمة كوسوفو، ويحدد عناصر إتمام عملية التسوية الأساسية، التي تبدأ بالانسحاب الفوري والكامل لقوات الجيش والشرطة والقوات شبه العسكرية اليوغسلافية من كوسوفو، مع نشر "قوات أمن دولية" و"قوات مدنية دولية" تحت إشراف الأمم المتحدة، يقوم بتشكيلها ونشرها ممثل خاص للأمم العام بالتشاور مع مجلس الأمن، وقرر لها مدة عمل لمدة ١٢ شهراً تمتد إلى ما بعد ذلك ما لم يقرر المجلس غير ذلك، وحدد القرار وظيفة قوات الأمن الدولية في تحقيق سيادة القانون من حيث: ضمان وقف إطلاق النار، وانسحاب القوات المذكورة، ومنعها من العودة إلى كوسوفو، وتجريد جيش تحرير كوسوفو والجماعات الألبانية الأخرى من السلاح، وتوفير بيئة آمنة لعودة اللاجئين إلى ديارهم، وإقامة إدارة انتقالية، وضمان الحفاظ على الاستقرار والنظام إلى حين اضطلاع القوات المدنية بدورها ومسئولياتها، والتي حددها المجلس بالعمل على تحقيق قدر من الاستقلالية والحكم الذاتي في كوسوفو، والقيام بالوظائف الإدارية المدنية عند الحاجة، وتنمية وتنظيم مؤسسات تضطلع بالحكم الذاتي الديمقراطي إلى حين التوصل إلى تسوية سلمية دائمة، ثم تنتقل اختصاصات القوات الإدارية إلى تلك المؤسسات بعد التسوية النهائية، وتأسيس قوات شرطة محلية، وإعادة تعمير كوسوفو، والتنسيق مع المنظمات الإنسانية لتنظيم عمليات المساعدات

الإنسانية، وضمان عودة اللاجئين<sup>(١)</sup>.

(٦) أعمال مجلس حقوق الإنسان بشأن سيادة القانون والعدالة الانتقالية<sup>(٢)</sup>:

(أ) في قراره رقم (٢٦/٢١) لسنة ٢٠١٢، شكّل مجلس حقوق الإنسان لجان تحقيق دولية وبعثات لتقصي الحقائق، وتقديم تقارير محايدة موثقة عن حالات حقوق الإنسان، وإبداء التوصيات التي يمكن أن تمنع المزيد من الانتهاكات، وكفالة المساءلة، وولاية اللجنة الدولية المستقلة للتحقيق في الجمهورية العربية السورية، وقد قدمت اللجنة تقريرها إلى المجلس في فبراير ٢٠١٣.

(ب) في مارس ٢٠١٣ في قراره ١٣/٢٢ شكّل مجلس حقوق الإنسان لجنة للتحقيق في الانتهاكات الجسيمة والمنهجية واسعة النطاق لحقوق الإنسان في جمهورية كوريا الشعبية الديمقراطية، وذلك بالتعاون مع هيئات حكومية دولية، وتم نشر محققين ودعمهم بما يضمن أداء عملهم بشفافية.

(١)

K. SIKKINK, *the Justice Cascade: how Human Rights Prosecutions are Changing World Politics*, P. R., PP. 52: 54.

(٢)

*Guidance Note of the Secretary General, United Nations Approach to Transitional Justice, March 2010, available at: [http://www.unrol.org/files/TJ\\_Guidance\\_Note\\_March\\_2010FINAL.pdf](http://www.unrol.org/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf). 11/1/2016.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

## (٧) عمليات حفظ السلام والعدالة الانتقالية:

تتنوع عمليات حفظ السلام ومن ضمنها ما يتم لمساندة العدالة الانتقالية، وإرساء سيادة القانون في دول التي تمر بتحويلات سياسية لاسيما بعد النزاعات المسلحة، وعلى سبيل المثال تم إرسال بعثات لحفظ السلام لتتولى مراقبة الإدارة الانتقالية في دول كوسوفو، وتيمور الشرقية، والسلفادور، وجواتيمالا، وكذلك في كوت ديفوار، وليبيريا، وهايتي، وقد اضطلعت هذه البعثات بدور رئيسي في دعم سيادة القانون والعدالة الانتقالية، من خلال إدارة مرافق الشرطة، وأماكن الاحتجاز، وتعزيز إنفاذ قرارات المؤسسات القضائية ومنظومة العدالة، وتيسير إجراء مشاورات وطنية بشأن إصلاح نظام العدالة<sup>(١)</sup>.

## (٨) قواعد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية:

أورد نظام روما الأساسي في الفقرة رقم (٤) من ديباجته، تأكيد الدول الأطراف على عدم مرور الجرائم التي تثير قلق المجتمع الدولي بأسره دون عقاب، وأنه يجب ضمان محاكمة فاعلة لمرتكبيها، من خلال تدابير وطنية، وكذلك من خلال تعزيز التعاون الدولي، وقبل نفاذ النظام الأساسي للمحكمة،

(١) وبما يشمل تأهيل الكوادر القضائية، وتقديم مشروع دساتير جديدة، وتفتيح التشريعات، وتنقيف وتوعية الجمهور، ولجان حقوق الإنسان، ومعاهد تدريب وبناء قدرات المجتمع المدني لرصد قطاع العدالة، ومساعدة البلدان المضيفة على معالجة انتهاكات حقوق الإنسان التي وقعت في الماضي، وتحديد آليات الحقيقة والمصالحة لتعويض الضحايا. راجع:

*The Administration of Justice in the Transitional Stage, peace agreements: the role of human rights in the negotiations -Rwhat Naomi - International Council on Human Rights Policy - Belfast, march, 2005.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

أوجبت بعض الاتفاقات الدولية المساءلة عن الجرائم الدولية المنصوص عليها في القانون الدولي، مثل جرائم الإبادة الجماعية<sup>(١)</sup>، والأفعال التي تمثل انتهاك لاتفاقيات جنيف، أو اتفاقيات مناهضة التعذيب، ويظل الالتزام بالملاحقة الجنائية ضماناً لتحقيق العدالة بالمعنى المقصود في هذه الأحكام، لاسيما للجرائم التي لا يمكن الإغفاء من العقاب عليها، وبخلاف ذلك يكون ترسيخ للإفلات من العقاب، وفي سياق العدالة الانتقالية، يشير ذلك إلى إتباع منهجاً أكثر دقة وقانونية بشأن عمليات السلام أو المصالحة الوطنية<sup>(٢)</sup>.

## المطلب الثاني

### المشروعية القانونية

لا يمكن فرض نموذج معين لتطبيق العدالة الانتقالية في مجتمع، كما يكون من اللازم أن يتم تطبيقها من خلال تشريعات وطنية تتوافق مع القانون

---

(١) اتفاقية منع والمعاقبة عن جريمة الإبادة الجماعية، القرار (260 (III) A of the U.N. GA, ) (9.12.1948).

(٢) ومن ثم على الدول واجب ملاحقة بعض الجرائم التي لا يمكن الإغفاء من العقاب عليها، وبخلاف ذلك يكون ترسيخ للإفلات من العقاب، وفي سياق العدالة الانتقالية، يشير ذلك إلى إتباع منهجاً أكثر حجة ومرونة بشأن عمليات السلام أو العفو أو المصالحة الوطنية. راجع:

C. URIBE, *Do Amnesties Preclude Justice? International Law Review, Revista Colombiana de Derecho Internacionalno, Vol. 21, 2012, PP. 302: 305.*

الدولي، بحيث يتم قبول نتائجها والامتثال لها على نطاق واسع كقوانين ملزمة، فلا يمكن تحقيق الهدف المرجو من هذه العدالة إذا كان الالتزام بقواعدها والإجراءات التي تقررها طوعياً، ومتروكاً لإرادة الأفراد أو المؤسسات<sup>(١)</sup>.

ووفقاً لمنظمة الأمم المتحدة، فإن التشريعات المنوط بها تفعيل العدالة الانتقالية، ينبغي أن تُصاغ بناءً على مشاركة مجتمعية واسعة<sup>(٢)</sup>؛ ونفي بالطموحات الوطنية في ضوء المعايير الدولية؛ وتتأسس على فلسفة رفض العنف بجميع أشكاله وصوره وفقاً لأعراف ومفاهيم كل مجتمع؛ وتضمن شرعية التجريم والعقاب، فلا يُوقع أي عقاب لم يتم النص عليه أو يخالف نصوصها؛ وأن تهتم بإعادة إدراك الجناة لقيم مجتمعاتهم ومصالحهم في الحفاظ على هذه القيم، وإتاحة الفرصة لهم لإعادة الاندماج في المجتمع بما لا يتعارض مع مصالح الضحايا؛ وكذلك توضيح هيكل المؤسسات التي تضطلع بتطبيق العدالة الانتقالية وآليات مراقبتها، ودائمًا ما تؤكد الأمم المتحدة على هذا النهج نظرًا لثبوت ضعف فاعلية بعض التشريعات المتعلقة بالعدالة الانتقالية في كثير من الدول، نتيجة الاعتماد على تشريعات مصممة سلفاً، أو

(١)

L. J. LAPLANTE, K. THEIDON, *Transitional Justice in Times of Conflict*, P. R., P. 73.

(٢) وبما يشمل ممثلين عن الحكومة، والمهنيين، والمرأة، والأقليات، والفئات المضرورة، والمجتمع المدني، والروابط القانونية، وجمعيات حقوق الإنسان، والمدافعين عن الضحايا، والقائمين على حملات التوعية والتثقيف للمواطنين. راجع: منظمة الأمم المتحدة، مجلس الأمن، وثيقة (S/2004/616)، المرجع السابق، ص ١٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

مستوردة<sup>(١)</sup>، وكثيرًا ما نبهت الأمم المتحدة لتوخي التكامل في نصوص تشريعات العدالة الانتقالية، ومراعاة باقي المعايير الدولية، لاسيما عندما كان بعض هذه التشريعات يركز على جانب ويُغفل آخر، كذلك التي اهتمت بجهود إعادة خدمات الشرطة، ولم تُعر سوى اهتمام بسيط لتطوير النظام القضائي، ونشر الثقافة القانونية، وإعادة تأهيل الضحايا، أو التي كانت تُشرع بمعزل عن المشاركة المجتمعية، أو التي يمكن وصف نصوصها بالصورية، من حيث ضعف تأثيرها وقلة فاعليتها<sup>(٢)</sup>.

ونستعرض مثالين لقانونين شرعا في دولتين عربيتين بشأن العدالة الانتقالية، أحدهما لم يستوف كثير من المعايير الدولية المتطلبة فلم يحقق أي تقدم وهو نموذج "ليبيا"، والثاني كان أكثر إحكامًا ومراعاةً لهذه المعايير ولذلك حقق بعض التقدم، وهو نموذج "تونس"، وذلك على النحو التالي:

أولاً: قانون العدالة الانتقالية في ليبيا رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٣ م:

سيطر على حكم ليبيا خلال (٤٢) عامًا ما عرف باللجان الثورية، والأمن الداخلي، والحرس الثوري، ولم يكن يُسمح بمساحة من الاختلاف في الرأي أو المعارضة، وفي بعض الأحيان كانت هناك أحكام إعدام بإجراءات

(١) منظمة الأمم المتحدة، مجلس الأمن، وثيقة (S/2004/616)، المرجع السابق، ص ١٣: ١٥.  
(٢) ففي بعض الحالات اندفع المجتمع الدولي للتوصية بصيغة معينة للعدالة في المرحلة الانتقالية، مع التركيز إما على الملاحقة الجنائية، أو على استجلاء الحقيقة، دون إتاحة الفرصة أولاً للضحايا أو لأطراف المجتمع للنظر في كيفية تحقيق التوازن المناسب واتخاذ قرار بهذا الشأن. وثيقة (S/2004/616)، المرجع السابق، ص ١٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



موجزة، واختفاء قسري، وتعذيب في أماكن الاحتجاز، والسجن دون محاكمة، وقتل مسجونين سرّاً<sup>(١)</sup>، علاوة على تأجيج السلطة السياسية للانقسامات العرقية والقبلية في المجتمع الليبي، ومع سقوط هذا النظام السياسي، طالب المواطنون بالمساءلة، والعدالة، والسلام المجتمعي، لاسيما مع نشوب نزاعات أهلية في أجزاء عدة للدولة، ولم يمنع استمرارها واتساع نطاقها إحالة مجلس الأمن للعديد من الانتهاكات فيها إلى المحكمة الجنائية الدولية.

وحاولت الدولة الليبية الخروج من هذا الوضع باللجوء إلى إنشاء نظام للعدالة الانتقالية فيها، وذلك بسن القانون رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٦، الذي تضمن ستة فصول، اشتملت على (٣٤) مادة، أورد الفصل الأول أحكاماً عامة، وتعلقت الفصول من الثاني وحتى الخامس بآليات تطبيق العدالة الانتقالية المختارة للتطبيق، وهي على الترتيب، هيئة تقصي الحقائق والمصالحة، وهيئة فحص المؤسسات، والتعويضات، والتحقيق والمحاكمة، وأورد الفصل السادس من القانون الأحكام الختامية.

وقد أوردت الأحكام الانتقالية في المواد (١ : ٦)، تعريف العدالة الانتقالية ومكوناتها، وأهدافها، ونطاقها، على اعتبار أنها مجموعة إجراءات تشريعية وقضائية وإدارية تعالج ما حدث خلال فترة النظام السابق، لاسيما

---

(١) مثل واقعة سجن "يوسليم" في طرابلس التي وقعت في ٢٩ يونيو ١٩٩٦، وراح ضحيتها نحو (١٢٦٩) معتقلاً معظمهم من سجناء الرأي، وذلك عندما داهمت قوات خاصة السجن، وأطلقت الرصاص على السجناء، ثم قامت بدفن الجثث في باحة السجن في مقابر جماعية. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

انتهاكات حقوق الإنسان وحرماته، وتحديد مسئولية أجهزة الدولة عن هذه الانتهاكات، وتهدف إلى إصلاح ذات البين، وترسيخ السلم المجتمعي، وبتث الطمأنينة في نفوس الناس، وإقناعهم بأن العدالة قائمة، وتوثيق وقائع الفترة المنقضية، وتسليمها للجهات الوطنية المختصة، وتعويض الضحايا والمتضررين، وتحقيق مصالحة مجتمعية، وفحص المؤسسات. وحُدّد نطاق سريان القانون على الوقائع التي حدثت اعتبارًا من أول سبتمبر ١٩٩٩، مع عدم سريانها على المنازعات التي صدرت فيها أحكام قضائية نهائية روعيت فيها ضمانات التحقيق والمحاكمة العادلة<sup>(١)</sup>.

وفي المواد من (٧: ٢٢)، تم النص على إنشاء هيئة تقصي الحقائق والمصالحة، كهيئة مستقلة مقرها مدينة طرابلس<sup>(٢)</sup>، تختص بكشف حقائق انتهاكات حقوق الإنسان وأعمال العنف خلال الفترة الماضية، لاسيما ذات الطبيعة الجماعية، وتوثيق روايات الضحايا الشفهية، وتحديد المسؤولين

---

(١) مضمون المواد من (١ : ٦) من القانون الليبي رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٦، بشأن العدالة الانتقالية.  
(٢) يشترط لعضوية اللجنة، التمتع بالجنسية الليبية، والأقل العمر عن ثلاثين عامًا، وحسن السيرة والسلوك، وعدم الانخراط سلفًا في اللجان الثورية، أو الحرس الثوري، أو جهاز الأمن الداخلي، أو الخارجي، أو الاستخبارات العسكرية، وخلو السجل الجنائي من أي جريمة تتعلق بالوظيفة العامة، أو مخللة بالشرف، وكذلك عدم الفصل من الوظيفة بقرار تأديبي، ويحلف رئيس وأعضاء الهيئة وأعضاء اللجان قبل مباشرة أعمالهم اليمين التالية أمام رئيس المحكمة العليا: (أقسم بالله العظيم أن أؤدي عملي بالأمانة والصدق والنزاهة) وتكون لهم الحصانات المقررة لأعضاء الهيئات القضائية طوال مدة قيامهم بمهامهم. ويتولى عرض المنازعات على الهيئة كل من وزير قطاع العدل أو الداخلية أو النائب العام أو أطراف المنازعة أو أحدهم، ويجوز أن يكون العرض من وكلائهم أو محامين عنهم بموجب وكالات خاصة، وللهيئة سلطة تقدير مدى توافر صفة وأهلية أطراف المنازعة ذات الطابع الجماعي.

عن الانتهاكات، وتقييم الأضرار التي نتجت عنها، وتقديم تقرير بكل ذلك مدعوماً بالأدلة، ومبيناً به ما قامت به الهيئة من محاولات تصالح بين الأطراف، وتوصياتها بشأن طرق حل المنازعات القائمة، وبما يشمل إحالة أشخاص أو وقائع إلى القضاء للمحاكمة، علاوة على تطرق الهيئة لدراسة أوضاع المهجرين في الداخل والخارج، واتخاذ التدابير اللازمة لإعادة من نزح منهم، وتوفير حياة كريمة لهم جميعاً، والبحث في ملف المفقودين والمعتقلين، واتخاذ الإجراءات اللازمة لإعالة ذوبهم، وضمان حياة كريمة لهم، مع اتخاذ قرارات بالتعويض المناسب للضحايا بأشكاله المختلفة كالمادي، أو تخليد الذكرى، أو العلاج، أو إعادة التأهيل، وتكون قرارات اللجنة في كل ما سبق ملزمة<sup>(١)</sup>.

ونظمت المواد من (٢٣) إلى (٢٥) أحكام التعويض، بحيث يحصل كل من تعرض لانتهاكات جسيمة ومنهجية لحقوق الإنسان على تعويض مناسب من الدولة، في صورة مالية عما لحقه من خسارة دون ما فاتته من كسب، في حالة كان الخطأ الناشئ عنه الضرر تم بدافع سياسي، يتم تخليد ذكرى الضحية على نحو ما تقرره الهيئة، وكذلك علاج المصابين، وإعادة تأهيل من يحتاج إلى ذلك، وتقديم الخدمات الاجتماعية الداعمة لذلك، ويتحدد التعويض بقرار من لجنة خماسية، يعينها مجلس إدارة الهيئة ويترأسها قاضي،

---

(١) مضمون المواد من (٧: ٢٢) من القانون الليبي رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٦، بشأن العدالة الانتقالية.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ويُنشأ صندوق باسم "صندوق تعويض الضحايا" تكون له الشخصية القانونية والذمة المالية المستقلة، يتولى دفع التعويضات المقررة بموجب القانون، كما يتم تحديد مصادر تمويل الصندوق بقرار من المؤتمر الوطني العام، ويُنظم عمل الصندوق بلائحة يصدرها مجلس الوزراء، وتتضمن مقدار وطرق دفع التعويض، ومواعيده، وكيفيته، والأشخاص المستفيدين منه، ويحل الصندوق محل صاحب الحق في المطالبة بالتعويض<sup>(١)</sup>.

وحددت المادتين (٢٦)، (٢٧) حالات إنهاء الاعتقال، وعدم تقادم الجرائم السياسية، وإنشأت التزام على وزارة العدل والداخلية والدفاع أو من يفوضونه، اتخاذ الإجراءات اللازمة لإنهاء حالات الاعتقال المتعلقة بهذه الجرائم أثناء النظام السابق، في موعد أقصاه تسعون يومًا من تاريخ صدور هذا القانون، وإحالتهم إلى النيابة المختصة، ولا يعد الاعتقال باطلاً في حالة توافر دلائل كافية على ارتكابهم أفعالاً مجرمة، ولا تسقط هذه الجرائم المرتكبة بدوافع سياسية أو أمنية أو عسكرية، ولا تنقضي الدعاوى الجنائية بشأنها بمضي أي مدة. وتطبق عليها أحكام قانون العقوبات العسكري أيًا كان مرتكبها أو زمان ومكان ارتكابها، وينظم سير التحقيق وإجراءات المحاكمة بشأنها قانون الإجراءات الجنائية، وتسري عليها قواعد الاختصاص الواردة في الباب الثاني من القسم الثاني من قانون العقوبات العسكري. وإذا تعلقت الجريمة بالكسب

(١) مضمون المواد من (٢٣: ٢٥) من القانون الليبي رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٦، بشأن العدالة الانتقالية.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

غير المشروع من المال العام، يكون للنيابة العامة أن تطلب قاضياً لتحقيق وفقاً لنص المادة ٥١ من قانون الإجراءات الجنائية، وللقاضي وللمحكمة التي تنظر الدعوى الأمر بعدم التصرف في أموال المتهم، وزوجته، وأولاده القصر، وللنيابة العامة إذا تولت التحقيق أن تستصدر أمراً من القاضي الجزئي بالمنع من التصرف في هذه الأموال<sup>(١)</sup>.

**ويعنوان دعم العدالة الانتقالية ورد الفصل الخامس متضمناً المواد (٢٨، ٢٩، ٣٠)، التي قررت إنشاء "هيئة مستقلة لرد المظالم العقارية" بناءً على قانون يصدر بهذا الخصوص، وكذلك سحب وإسقاط الجنسية الليبية عن كل من مُنحت له تحقيقاً لأغراض عسكرية، أو توجهات سياسية للنظام السابق، وأيضاً من منحت له بالمخالفة لأحكام التشريعات السارية، مع تسبیب القرارات ذات الصلة من الجهات التنفيذية وفقاً لقواعد فقد الجنسية، وتشجيعاً على رد الأموال المكتسبة بطرق غير مشروعة، تقرر أنه إذا ردها المنتفع طواعيةً فإن الدعوى الجنائية تنقضي بشأنها، وإذا ثبت في أي وقت وجود أموال لدى الجاني لم يقم بردها تحرك النيابة العامة الدعوى الجنائية<sup>(٢)</sup>.**

**وأورد الفصل السادس الأحكام ختامية في مادتيه (٣١ : ٣٤)، بتجريم الامتناع عن مساعدة الهيئة، والمعاقبة بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر،**

(١) مضمون المواد من (٢٦ : ٢٧) من القانون الليبي رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٦، بشأن العدالة الانتقالية.

(٢) مضمون المواد من (٢٨ : ٣٠) من القانون الليبي رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٦، بشأن العدالة الانتقالية.

أو بغرامة لا تزيد على ألف دينار، كل من يمتنع عن تمكين الجهات المختصة بتنفيذ هذا القانون، من الإطلاع على أي أدلة أو مستندات في حوزته، أو يرفض المثول أمام هيئة التقصي والمصالحة، أو لجانها دون عذر مقبول<sup>(١)</sup>.

ومن تحليل النصوص السابقة يمكننا تبين أنه:

(١) سن المجلس الانتقالي في ليبيا وبشكل سريع هذا القانون، واعتمد فيه على ظاهر الهيكل المتعارف عليها للعدالة الانتقالية، والآليات التي تطبق من خلالها، ولم يختر ما يناسب الدولة منها، كما أنه لم تجر مشاورات كافية مع كافة أطراف المجتمع الليبي لبيان أولويات التحرك نحو الديمقراطية، كأحد أهم معايير الدولية لتحقيق الشرعية الاجتماعية للقانون والامتثال لأحكامه، وبالتالي لم يدعم أي تقدم في المرحلة الانتقالية في "ليبيا"، وظل النزاع المسلح مسيطراً على أجزاء كبيرة من الدولة، وبدا أنه القانون عديم النفع، أو صوري، ومن الأمثلة على ذلك:

(أ) أن المجتمع الليبي الذي تزايد فيه اللجوء إلى العنف المسلح، كان يتطلب بشكل خاص آليات لوقف هذا العنف كأولوية، ثم التحرك نحو الأهداف الأخرى، وبالنظر للقانون نجد أنه لم يراعي ذلك، حيث اعتمد القانون على آليات تقصي الحقائق والمصالحة، وهيئة فحص المؤسسات، والتعويضات،

---

(١) مضمون المواد من (٣١ : ٣٤) من القانون الليبي رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٦، بشأن العدالة الانتقالية.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

والتحقيق والمحاكمة، وهذا الترتيب لا يلبي حاجة بيئة النزاع المسلح في ليبيا، من حيث إن عمل لجنة تقصي الحقائق يستغرق وقتاً طويلاً ثم تحتاج لتدابير وإجراءات مختلفة لتفعيل ما توصلت إليه، ولم يعر مسألة وقف العنف الفوري الاهتمام والتنظيم الكافي، مما تسبب في مزيد من الاحتقان، ودفع الدولة إلى الفوضى.

(ب) في مقابل الدور الرئيسي الذي منحه القانون لهيئة تقصي الحقائق، فقد نص القانون على تشكيلها من كبار القضاة فقط، فبدت وكأنها عملية شبه قضائية، لا تتيح مجالاً كافياً لبحث متطلبات الضحايا، أو التعمق في دوافع الجناة، بل إن كثير من الفئتين كان يخاف من المثل أمامها، ونظراً لقلة خبرة أعضائها في النواحي الإدارية والتنظيمية والسياسية بحكم وظيفتهم كقضاة، لم تتطرق اللجنة إلى سبل الإصلاحات المؤسسية، أو القطاع الأمني المضطرب، وغرقت في التفاصيل التي ربما لا تفيد الدولة في مثل هذا الوقت، مما جعل القانون يبدو صورياً بمعنى الكلمة.

(ج) تم إصدار بعض قرارات العفو من قبل مجلس الهيئة، وذلك عن جرائم متنوعة، دون أن يتم تفصيل ذلك في القانون أو بيان فلسفة منح هذا العفو، ودون استقصاء لمدى تقبل المجتمع لذلك، الأمر الذي بدا وكأن اللجنة تعزز الإفلات من العقاب، مما زاد من شعور اقتضاء الحق بالقوة، وزاد من أعمال القتال المسلح.

ثانياً: القانون رقم (٥٣) لسنة ٢٠١٣ بشأن العدالة الانتقالية في

تونس:

في عام ١٩٧٨، تولى الرئيس "زين العابدين بن علي" الحكم بعد "بن علي الحبيب بورقيبة"، ووعده بانفتاح ديمقراطي واحترام حقوق الإنسان، ووقع على "ميثاق وطني" يتضمن ذلك مع أحزاب المعارضة، إلا أن فترة حكمه لم تخل من انتهاكات لحقوق الإنسان، وفساد، وشك في نتائج الاقتراع، وعدم تحقق الديمقراطية، والتضييق على المواطنين في ممارسة السياسة، وحرية التعبير، وحرية الصحافة<sup>(١)</sup>، وكذلك سوء معاملة السجناء<sup>(٢)</sup>.

ومع ارتفاع معدل البطالة إلى ١٣%، وارتفاع معدل التضخم، ونفسي الفساد، بدأت الثورة التونسية في ١٧ ديسمبر ٢٠١٠، عندما أشعل الشاب "محمد البوعزيزي" (٢٦) عامًا، النار في نفسه بعد أن صادرت الحكومة له عربة صغيرة لنقل الخضروات، مع كونه عائل وحيد لثمانية أشخاص، وعلى

---

(١) حيث عانى كثير من الصحفيين من عقوبة السجن لآرائهم ضد نظام "بن علي"، ومن الأمثلة على ذلك "زهير يحيوي"، صحفي كان يبلغ من العمر (٣٤) عامًا، حينما نشر رسائل تنتقد "بن علي" وحكومته، فحُكم عليه بالسجن لمدة عامين، وعانى ظروفًا غير إنسانية، وبعد فرار "بن علي" أفرجت الحكومة المؤقتة عن السجناء السياسيين، وأعلنت وزارة العدل إعادتهم إلى وظائفهم.

(٢)

E. C. PERISH, J. SHOOK, E. W. BRAHM, *Transitional Justice in the Wake of the Arab Spring, Presentation at the Annual Meeting of the International Studies Association, San Diego, 2012, P. 2.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



غرار الثورة المخملية في "تشيكوسلوفاكيا" عندما اقتحم ٧٥٠٠٠٠ شخص في شوارع "براج" وأطاحوا بالحكومة الشيوعية بعد تناقل خبر قتل الشرطة لأحد الطلاب المشاركين في مسيرة، فقد لاقى وفاة "البوعزيزي" ردود أفعال شعبية غاضبة، وتواصلت الاحتجاجات، بالرغم من استخدام قوات الأمن القوة المفرطة بما فيها إطلاق الرصاص على المتظاهرين الذين بدوا سلميين<sup>(١)</sup>.

وفي ١٤ يناير ٢٠١١، استقال "بن علي" وتوجه إلى المملكة العربية السعودية بعد أن أسند تسيير شؤون الدولة إلى "محمد الغنوشي" كرئيس للوزراء، ومع تزايد الاحتجاجات استقال "الغنوشي" في فبراير ٢٠١١، بعد أن كان قد أنشاء ثلاث لجان تحقيق كآلية لتحقيق العدالة الانتقالية، واحدة للإصلاحات الدستورية، واحدة للنظر في الفساد، وثالثة لانتهاكات حقوق الإنسان خلال الاحتجاجات<sup>(٢)</sup>، والتي كان من أول نتائج أعمالها، رفع الحظر المفروض على حزب النهضة الإسلامي في مارس ٢٠١١، وتعيين صحفيين من السجناء والناشطين في مجالس حقوق الإنسان، وتطهير المؤسسة

(١)

, *Transitional Justice in Post-Revolutionary Tunisia (2011–D. PREYSING*  
*2013): P. R., P. 109: 113.*

(٢) وتشكلت اللجان من خبراء ومحامين وممثلين عن السياسيين والمجتمع المدني، وواجهت مشكلة في التمويل، والافتقار إلى التكنولوجيا، وفقد كثير من المحفوظات، وفي أوائل مارس ٢٠١١، أعلنت لجنة النظر في الفساد عن تلقيها (٤٢٠٠) طلباً للتحقيق في وقائع فساد واختلاس، تم إحالتها إلى النيابة لاتخاذ شئونها، وفي منتصف عام ٢٠١١، أعلنت اللجنة الخاصة بانتهاكات السلطة خلال الاحتجاجات، أنها تلقت (١٩٦٥) إفادة من مواطنين عن تجاوزات أدت إلى وفاة أو إصابة أو خسارة مادية، منها (٢٣٨) حالة قتل، وأحالتها إلى القضاء.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

القضائية، بطرد القضاة الذين ثبت فسادهم، كما شكّلت حكومة جديدة شملت أعضاء أحزاب معارضة.

وفي يونيو ٢٠١١، قضت محكمة تونسية غيابياً على "بن علي" وزوجته بالسجن لمدة (٣٥) عاماً، وغرامة قدرها (٦٦) مليون دولار، عن قتل متظاهرين أثناء الثورة، ولم تنجح مساعي الحكومة المؤقتة في استعادة "بن علي" من المملكة العربية السعودية لتنفيذ الحكم، وقدم محامي "بن علي" شكوى إلى لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان للطعن في الإجراءات القضائية المتعلقة بهذا الحكم، حيث صدر بعد أقل من ساعتين من بدء المحاكمة، ودون السماح للمتهم بالتمثيل القانوني، مع كون المتهم غير قادر على العودة إلى تونس للدفاع عن نفسه<sup>(١)</sup>.

وفي ٢٣ أكتوبر ٢٠١١، أجريت انتخابات لاختيار برلمان جديد، وشارك فيها ٩٠% من الناخبين المسجلين في الجداول، وحصل حزب النهضة على ٨٩ من أصل ٢١٧ مقعداً في البرلمان، ثم أنشئت وزارة لحقوق الإنسان والعدالة الانتقالية، لتدعيم حقوق الإنسان وتجنب الانحدار نحو الانتهاكات الماضية، وصرح المتحدث باسمها "سمير ديلو"، أنها تركز على عملية الإصلاح في الفترة الانتقالية، دون النظر إلى الوقت الذي تستغرقه لأنها أساس

(١)

, *Transitional Justice in Post-Revolutionary Tunisia*, P. R., D. PREYSING  
PP. 120: 125.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

يُبنى عليه. كما أنشأت في أواخر عام ٢٠١١، اللجنة الوطنية المستقلة للعدالة الانتقالية، بهدف الإسراع في تطبيق العدالة الانتقالية، واعتباراً من مارس ٢٠١٢، بدأ أعضاء من وزارة حقوق الإنسان والعدالة الانتقالية والجمعية التأسيسية في صياغة مشروع قانون العدالة الانتقالية.

وفي ٢٠١٣ سنت تونس القانون رقم (٥٣) بشأن العدالة الانتقالية<sup>(١)</sup>، ويتكون من ثمانية أبواب، وسبعين فصلاً، تضمن الفصل الأول منه "تعريف العدالة الانتقالية"، باعتبارها مساراً متكاملًا من الآليات والوسائل المعتمدة لمعالجة ماضي انتهاكات حقوق الإنسان، وكشف حقيقتها ومساءلة ومحاسبة المسؤولين عنها، وجبر ضرر الضحايا، ورد الاعتبار لهم بما يحقق المصالحة الوطنية، وحفظ الذاكرة الجماعية، وتوثيقها، وإرساء ضمانات عدم تكرار الانتهاكات، والانتقال من حالة الاستبداد إلى نظام ديمقراطي يساهم في تكريس منظومة حقوق الإنسان<sup>(٢)</sup>.

وجاء الباب الثاني تحت عنوان "الكشف عن الحقيقة وحفظ الذاكرة"،

---

(١) القانون رقم ٥٣ لسنة ٢٠١٣ مؤرخ في ٢٤ ديسمبر ٢٠١٣ بشأن إرساء العدالة الانتقالية وتنظيمها، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ٣١ ديسمبر ٢٠١٣، عدد ١٠٥، ص ٤٣٤٢. وجاء الإعلان عن الأعمال التحضيرية في اجتماع المجلس الوطني التأسيسي، بجلسته المنعقدة في ١٥ ديسمبر ٢٠١٣، مع التأكيد على النظر بعين الاعتبار عند الكشف عن الحقيقة خصوصية وقع الانتهاكات على كبار السن، والنساء، والأطفال، وذوي الاحتياجات الخاصة، والفئات الأضعف، وأن حفظ الذاكرة الوطنية حق لكل الأجيال المتعاقبة في تونس، وواجب تتحمله الدولة، وكل المؤسسات التابعة لها، أو تحت إشرافها، لاستخلاص العبر، وتخليد ذكرى الضحايا.

(٢) مضمون الفصل الأول من الباب الأول من القانون التونسي رقم (٥٣) لسنة ٢٠١٣، بشأن العدالة الانتقالية.

ونص في الفصل الأول منه على أن كشف حقيقة الانتهاكات حق يضمنه القانون لكل المواطنين مع مراعاة مصلحة الضحايا، وكرامتهم، ودون المساس بحماية الحريات الشخصية، وبين الفصل الثالث أن الانتهاكات التي ينظمها هذا القانون، هي الاعتداء الجسيم أو الممنهج على حق من حقوق الإنسان صادر عن أجهزة الدولة، أو مجموعات، أو أفراد تصرفوا باسمها، أو تحت حمايتها، وإن لم تكن لهم الصلاحية التي تخول لهم ذلك، كما يشمل كل اعتداء جسيم وممنهج على حق من حقوق الإنسان، تقوم به مجموعات منظمة، وأورد في الفصل الرابع طرق ووسائل وإجراءات وأبحاث لتفكيك منظومة الاستبداد، وذلك بتحديد كل الانتهاكات، وضبطها، ومعرفة أسبابها، وظروفها، ومصادرها، والملابسات المحيطة بها، والنتائج المترتبة عليها، وفي حالات الوفاة، والفقدان، والاختفاء القسري، معرفة مصير الضحايا، وأماكن وجودهم، وهوية مرتكبي الأفعال، والمسؤولين عنها<sup>(١)</sup>.

**وجاء الباب الثالث لينظم "المساءلة والمحاسبة" من خلال الفصول (٦ : ٩) موضحاً أنها تتمثل في مجموع الآليات التي تحول دون الإفلات من العقاب، أو التملص من المسؤولية، وأن المساءلة والمحاسبة من اختصاص الهيئات، والسلطات القضائية، والإدارية، حسب التشريعات الجاري العمل بها، وأن المساءلة والمحاسبة تتم من خلال دوائر قضائية متخصصة بالمحاكم**

(١) مضمون الفصل الأول من الباب الثاني من القانون التونسي رقم (٥٣) لسنة ٢٠١٣، بشأن العدالة الانتقالية.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الابتدائية، وتتشكل من قضاة يتم اختيارهم خصيصاً لشأن العدالة الانتقالية ممن لم يشاركوا في محاكمات ذات صبغة سياسية، وتتنظر هذه الدوائر في قضايا الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، وفقاً لمفاهيم القانون الدولي المُصدق عليه، ولأحكام هذا القانون، ومنها القتل العمد والاعتصاب، وأشكال العنف الجنسي، والتعذيب، والاختفاء القسري، والإعدام دون ضمانات عادلة، كما تتنظر هذه الدوائر في وقائع تزوير الانتخابات، والفساد المالي، والاعتداء على المال العام، والمسئولية عن الهجرة الاضطرارية لأسباب سياسية، مع عدم سقوط الدعاوى الخاصة بالجرائم المذكورة في هذا القانون بمرور الزمن<sup>(١)</sup>.

وأورد الباب الرابع أحكاماً عن "جبر الضرر ورد الاعتبار"، وفي فصوله من (١٠: ١٣) عرّف الضحية بمن لحقه ضرر جراء تعرضه لانتهاك وفقاً للمعنى الوارد بهذا القانون، سواء أكان فرداً أو جماعة أو شخصاً معنوياً، وذوي الأفراد الذين لحقهم ضرر لقربانهم بالضحية، وكل شخص تضرر أثناء تدخله لمساعدة الضحية، كما يشمل التعريف كل منطقة تعرضت للتهميش أو الإقصاء الممنهج. وتكون الدولة مسئولة عن توفير أشكال الجبر الكافية والفعالة على أساس كل حالة، مع وضع إمكانات الدولة في الاعتبار عند التنفيذ، ويشمل جبر الضرر التعويض المادي، والمعنوي، ورد الاعتبار، والاعتذار، واسترداد الحقوق، وإعادة التأهيل، والإدماج، وقد يكون التعويض

(١) مضمون الفصول ٦، ٧، ٨، ٩، من الباب الثالث من القانون التونسي رقم (٥٣) لسنة ٢٠١٣، بشأن العدالة الانتقالية.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

فردياً أو جماعياً، وينبغي أن يراعي حالات كبار السن، والنساء، والأطفال، وذوي الاحتياجات الخاصة، والمرضى، ويمكن أن توفر الدولة العناية الفورية لهم دون انتظار صدور القرارات، أو الأحكام المتعلقة بالجبر الضرر، كما تتكفل الدولة بمصاريف التقاضي في كل قضايا حقوق الإنسان<sup>(١)</sup>.

فيما جاء الباب الخامس متعلقاً "بإصلاح المؤسسات"، موضحاً أن إصلاح المؤسسات يعني تفكيك منظومة الفساد، والقمع، والاستبداد، ومعالجتها، بشكل يضمن عدم تكرار الانتهاكات، واحترام حقوق الإنسان، وإرساء دولة القانون، ويقتضي هذا الإصلاح مراجعة التشريعات، وفحص مؤسسات الدولة ومرافقها، وإعادة هيكلتها، وتأهيل أفرادها، ومحاسبة من تثبت مسؤوليته عن الفساد، والانتهاكات<sup>(٢)</sup>.

وجاء الباب السادس ليعالج في فصل رقم (١٥) "المصالحة"، موضحاً أنها تهدف لتعزيز الوحدة الوطنية، وتحقيق العدالة، والسلم الاجتماعي، وبناء دولة القانون، وإعادة ثقة المواطن في مؤسسات الدولة، ولا تعني المصالحة الإفلات من العقاب، وعدم محاسبة المسؤولين عن

(١) مضمون الفصول ١٠، ١٣، من الباب الرابع من القانون التونسي رقم (٥٣) لسنة ٢٠١٣، بشأن العدالة الانتقالية.

(٢) مضمون الفصل ١٤، من الباب الخامس من القانون التونسي رقم (٥٣) لسنة ٢٠١٣، بشأن العدالة الانتقالية.

كما قرر القانون في "العنوان الثاني" - "الباب الأول" - الفصول (١٦ : ١٨) إنشاء هيئة مستقلة تسمى "الحقيقة والكرامة" تتمتع بالشخصية المعنوية، والاستقلال المالي والإداري، يكون مقرها تونس العاصمة، ويمكنها عقد جلساتها في أي مكان داخل الدولة، لمدة أربع سنوات، بداية من تاريخ تعيين أعضائها، قابلة للتמיד مرة واحدة لمدة سنة بقرار مُسبب من الهيئة يرفع إلى المجلس المكلف بالتشريع قبل ثلاثة أشهر من نهاية مدة عملها<sup>(٢)</sup>، وأورد القانون في الأبواب من الثاني، وحتى السادس، الفصول من (١٩ : ٦٥) تفاصيل عمل الهيئة، حيث تعقد جلسات استماع سرية أو علنية لضحايا

(١) مضمون الفصل ١٥، من الباب السادس من القانون التونسي رقم (٥٣) لسنة ٢٠١٣، بشأن العدالة الانتقالية.

(٢) وتتشكل الهيئة من خمسة عشر عضواً على ألا تقل نسبة أي من الجنسين عن الثلث، وذلك من بين الشخصيات المشهود لها بالحياد والنزاهة، ويكون من بينهم وجوباً قاضي عدلي، وقاضي إداري، ومحامي، وممثلان عن جمعيات الضحايا، وممثلان عن الجمعيات المدافعة عن حقوق الإنسان، ويتم اختيار بقية الأعضاء من الترشيحات الفردية من مجالات لها صلة بالعدالة الانتقالية، كالقانون، والعلوم الاجتماعية، والإنسانية، ومختص في العلوم الشرعية، وآخر في الشؤون المالية، ويمنع من العضوية من كان نائباً في المجلس الوطني التأسيسي، أو من تقلد منصباً نيابياً أو مسؤولية في الحكومة بداية من الأول من شهر يوليو ١٩٥٥، أو القاضي الذي شارك في محاكمات ذات صبغة سياسية، ثم يؤدي رئيس الهيئة وأعضاؤها قبل مباشرتهم لمهامهم أمام رئيس الدولة اليمين التالية (أقسم بالله العظيم أن أقوم بمهامي بحياد، وإخلاص، وأمانة، وشرف، دون أي تمييز على أساس الجنس، أو اللون، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي، أو الانتماء، أو الجهة، وأن ألتزم بعدم إقضاء السر المهني، وباحترام كرامة الضحايا، وبالأهداف التي أنشئت من أجلها الهيئة)، ويقترح رئيس الهيئة وأعضاؤها تماماً لممارسة عملهم، ويحق لكل عضو تقديم استقالته مكتوبة إلى رئيسها، ويُعفى العضو بموجب قرار صادر عن الهيئة بأغلبية الثلثين في حالة تغيبه بلا عذر ثلاث مرات متتالية، أو ست مرات متقطعة عن الجلسات سنوياً، كما يُعفى إذا ارتكب فعلاً يمس اعتبار الهيئة، أو يخل بواجباته إخلالاً جسيماً.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الانتهاكات، وتدرس حالات الاختفاء القسري، وتعد إحصاء ورصد للانتهاكات، وتوثقها في قاعدة بيانات، وتحدد مسئولية أجهزة الدولة أو أي أطراف أخرى، واقتراح طرق تحول دون تكرارها مستقبلاً، مع اضطلاعها بوضع برنامج شامل لجبر الأضرار الفردية والجماعية، يحدد طرق تقديرها وصرفها، مع مراعاة القرارات والإجراءات الإدارية، أو القضائية السابقة بهذا الشأن. وتتمتع الهيئة بكل الصلاحيات ذات الصلة بأداء عملها مثل الوصول إلى أماكن حفظ المستندات الخاصة بالدولة، وتلقي الشكاوى المتعلقة بالانتهاكات، واستدعاء أي شخص ترى سماع شهادته، أو التحقيق معه، ولا تجوز مجابتهها بالحصانة، وتحيل الهيئة إلى النيابة العامة الحالات التي يثبت فيها ارتكاب انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان، مع متابعتها للإجراءات التي تُتخذ لاحقاً من قبل السلطة القضائية.

وتدرس الهيئة التوصيات والاقتراحات المتعلقة بالإصلاحات السياسية، والإدارية، والاقتصادية، والأمنية، والقضائية، والإعلامية، والتربوية، والثقافية، وتنقية الإدارة، وغيرها مما تراه يُجنب البلاد من العودة إلى القمع، والاستبداد، وانتهاك حقوق الإنسان، وسوء التصرف في المال العام، واقتراح تدابير المصالحة الوطنية، وحماية الفئات الأكثر ضعفاً، وتصدر اللجنة للجهات المختصة توصيات بالإقالة، أو الإحالة إلى التقاعد لكل شخص يشغل وظيفة عليا بالدولة، بما فيها القضائية، إذا تبين أنه ساعد التجمع الدستوري الديمقراطي المنحل، أو البوليس السياسي، بما نتج عنه ضرر وفقاً لهذا



القانون، أو ساعد عمدًا في الاستيلاء على المال العام. كما استحدثت الهيئة لجنة التحكيم والمصالحة، تنتظر وتبت في الانتهاكات بناءً على موافقة الضحية، ووفقًا للمعايير الدولية، وبصرف النظر عن تقادم الدعوى، وفي حالات الانتهاكات الجسيمة لا يحول قرار اللجنة دون مساءلة مرتكبي الانتهاكات، على أن يؤخذ قرارها بعين الاعتبار عند تقدير العقاب<sup>(١)</sup>.

### وفي الباب السابع بعنوان "العقوبات الجزائية"، الفصل (٦٦) تم

النص على عقوبة السجن لمدة لا تزيد على ستة أشهر، وبغرامه قدرها ألفي دينار لكل شخص يقوم بأي عمل يشكل ازدراءً للهيئة، أو يعيق عملها عمدًا، أو لا يمثل للدعوة للإدلاء بشهادته، أو يعرقل حصول الهيئة على مستندات، أو معلومات، أو يدها بوثائق مزورة، أو يتلف أية وثيقة، أو مادة ذات صلة بالتحقيقات، أو الإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون، أو يشهد زورًا، أو يكشف معلومات سرية علمها بمناسبة عمله بالهيئة.

(١) كما تنتظر لجنة التحكيم والمصالحة في طلبات التصالح في ملفات الفساد المالي، ولا تتقادم الدعوى العمومية إلا بعد تنفيذ بنود المصالحة، أو إيقاف المحاكمة، أو إيقاف تنفيذ العقوبة، على أن يستأنف التتبع، أو المحاكمة، أو العقوبة، إذا ثبت أن مقترف الانتهاكات قد تعمد إخفاء الحقيقة، أو تعمد عدم التصريح بجميع ما أخذه دون وجه حق، وتكون الدولة وجوبًا طرفًا أصليًا في الملفات المعروضة على لجنة التحكيم والمصالحة، وتتعهد اللجنة بناءً على اتفاق تحكيم ومصالحة من الضحية، أو من الجانب بشرط موافقة الضحية، أو بموافقة الدولة في حالات الفساد المالي إذا تعلق الملف بأموال عمومية، أو أموال مؤسسات تساهم الدولة في رأس مالها بطريقة مباشرة، أو غير مباشرة، بإحالة من الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد، بناءً على اتفاق تحكيم ومصالحة بين الأطراف المعنية، ويعتبر إقرار طالب المصالحة بما اقترفه كتابيًا، واعتذاره الصريح شرطًا لقبول مطلب التحكيم والمصالحة الذي يقدم وفق نموذج يضبط بقرار من الهيئة، وإذا كان طلب المصالحة يتعلق بالفساد المالي فيجب أن يتضمن وجوبًا بيان الوقائع التي أدت إلى استفادة غير شرعية، وقيمة الفائدة المحققة من ذلك، ويكون الطلب مصحوبًا بالمؤيدات التي تضبط صحة أقوال طالب الصلح.

وفي الباب الثامن بعنوان "ختم أعمال الهيئة"، الفصول من (٦٧):  
(٧٠) ورد أن اللجنة تعد تقاريرها سنويًا، مع تقرير ختامي نهائي، يتم نشره في  
جريدة "الرائد" الرسمية للجمهورية، وتتولى الحكومة خلال سنة من تاريخ نشر  
التقرير الشامل إعداد خطة عمل وبرامج لتنفيذ التوصيات والمقترحات، التي  
قدمتها الهيئة، مع عرضها على المجلس التشريعي لمناقشتها، وتتولى لجنة  
برلمانية مراقبة مدى تنفيذ الخطط التي تم إقرارها.

ويعد توصيف القانون التونسي بشأن العدالة الانتقالية يمكننا  
ملاحظة ما يلي:

(١) راعى القانون كثير من المعايير الدولية الخاصة بالعدالة  
الانتقالية، لاسيما أولويات الاستقرار المجتمعي، حيث كانت المشكلة الرئيسية  
في الدولة تتمثل في طوائف سياسية متناحرة، فركز القانون على الحوار  
الوطني، وإشراك معظم طوائف الشعب فيه، من خلال وزارة حقوق الإنسان  
والعدالة الانتقالية، كما تم الاستعانة باللجنة الوطنية المستقلة للعدالة الانتقالية،  
وهدفها الإسراع في تطبيق العدالة الانتقالية في تونس، وبالفعل توافق فرقاء  
تونس واستقالت حكومة حركة النهضة الإسلامية التي وصلت إلى الحكم نهاية  
٢٠١١، لتحل محلها في مطلع ٢٠١٤ حكومة غير حزبية برئاسة مهدي  
جمعة قادت البلاد حتى إجراء انتخابات عامة نهاية العام نفسه، ورسخت  
لإقامة نظام دستوري يكفل الحقوق الأساسية لجميع السكان، بغض النظر عن

الجنس أو المعتقد السياسي أو الديني<sup>(١)</sup>. وكان من نتيجة هذا الإنجاز الذي أسس قانون العدالة الانتقالية لتحقيقه، حصول اللجنة الرباعية التي قادت الحوار الوطني التونسي، على جائزة نوبل للسلام لعام ٢٠١٥، لدورها في دعم عملية التحول الديمقراطي في البلاد.

(٢) مع إقرار القانون لآلية الحقيقة والحوار الوطني، لم يُغفل في بابه الثالث المساءلة والمحاسبة، والحيولة دون الإفلات من العقاب أو التملص من المسؤولية، وأنشأ دوائر قضائية متخصصة لذلك، الأمر الذي حقق نوعاً من الرضا لدى الضحايا، الذين وسَّع القانون دائرتهم لتشمل حتى من ساعد ضحية أو حاول منع انتهاك حقوقه وأُضير لهذا السبب، كما شعر المواطنون بالأمان، مع امتداد ولاية هذه الدوائر لتشمل تزوير الانتخابات والافتتات، والفساد المالي، والاعتداء على المال العام، وبالتالي أنشأت نصوص القانون حالة من الأمن المادي والنفسي لدى المواطنين، وهيأت الأجواء ليتم التوصل إلى حلول جنبت تونس حرباً أهلية أو نزاعات طويلة الأمد.

(٣) عالج الباب السادس من القانون "المصالحة" وفقاً لتصميم في غاية النضج والقوة، حيث صاغها باعتبارها تهدف لتعزيز الوحدة الوطنية،

---

(١) وهي لجنة تضم أربع منظمات، الإتحاد العام التونسي للشغل، والإتحاد التونسي للصناعة والحرف والصناعات اليدوية، والرابطة التونسية للدفاع عن حقوق الإنسان، ونقابة المحامين التونسيين، وتشكلت في عام ٢٠١٣ عندما واجهت عملية الانتقال للديمقراطية مخاطر كالاغتيالات السياسية والاضطرابات الاجتماعية، وكانت الدولة على شفا حرب أهلية، حيث قادت المفاوضات بين حزب النهضة ومعارضيه.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وتحقيق العدالة، والسلم الاجتماعي، وبناء دولة القانون، وإعادة ثقة المواطن في مؤسسات الدولة، ثم جعلها مرهونة بالإرادة والموافقة الشعبية لاسيما الضحايا الذين تضرروا من النظام السابق، لأنها لا تعني الإفلات من العقاب، وعدم محاسبة المسؤولين عن الانتهاكات، وهنا نجد أنها نالت شرعية اجتماعية كبيرة، وتم تقبلها على نطاق واسع.

(٣) من الأمور التي تتسم بالغموض في القانون، تعريفه للانتهاك بأنه كل اعتداء "جسيم أو ممنهج" على حق من حقوق الإنسان صادر عن أجهزة الدولة، أو مجموعات، أو أفراد تصرفوا باسمها، أو تحت حمايتها، كما يشمل كل اعتداء "جسيم وممنهج" على حق من حقوق الإنسان تقوم به مجموعات منظمة، ونلاحظ أن هذا التعريف يعتبر الانتهاك الصادر عن أجهزة الدولة أو من تصرف باسمها يكفي أن يكون إما جسيماً أو ممنهجاً لينطبق عليه القانون، أما الانتهاك الصادر عن مجموعات منظمة فيجب أن يجمع بين الصفتين "جسيماً وممنهجاً" حتى ينطبق عليه قانون العدالة الانتقالية، وقد أدى هذا إلى براءة ذمة حزب النهضة الإسلامي من التورط في أحداث "باب سويقة" أو "سوسة" التي تُسبب له تورطه فيها، لعدم توفر صفة "الممنهج" في هذا الاعتداء، وربما تم ذلك لمشاركة الحزب في صياغة القانون، ولتجنب مزيد من العنف والمساعدة على تخلي الحزب عن السلطة طواعية، وهو ما حدث بالفعل.

كما ذكر القانون عددًا من الأفعال تمثل انتهاكات جسيمة كالقتل العمد، والاعتصاب، وأي شكل من أشكال العنف الجنسي، التعذيب، الاختفاء القسري، والإعدام دون توفر ضمانات المحاكمة العادلة. واعتبر أن من بين الانتهاكات تزوير الانتخابات والفساد المالي والاعتداء على المال العام، والدفع إلى الهجرة الاضطرارية لأسباب سياسية، واعتبر تزوير الانتخابات انتهاكًا جسيمًا يُطبق عليه قانون العدالة الانتقالية، في حين أن القتل العمد الصادر عن مجموعات منظمة لا يكون كذلك إذا لم يكن ممنهجًا، وهو أمر فيه غرابة ويدعم وجهة النظر القائلة بأن القانون قد صدر بتأثير سياسي.

أنتقد القانون أيضًا فيما يتعلق باعتبار الهجرة الاضطرارية لأسباب سياسية انتهاكًا جسيمًا، من حيث إن الهجرة تُنظمها أحكام خاصة، وكذلك اللجوء السياسي، وقد أتاح النص الوارد في قانون العدالة الانتقالية تجاوز تلك القوانين والمطالبة بالتعويض.

كما اعتبر القانون أن الدعاوي المتعلقة بالحالات المحددة بالفصل الثامن لا تسقط بمرور الزمن، أما الانتهاكات الأخرى فيسري عليها السقوط، كما يسري سقوط العقاب على جميع أنواع الانتهاكات، ويترتب عن ذلك أن من صدر عليه حكم غيابي من أجل أي انتهاك وفقًا معنى هذا القانوني يمكنه المعارضة بسقوط العقوبة، وهو ما ينطبق مثلًا على بعض مرتكبي الجرائم الإرهابية.

وبالرغم من هذه السلبيات إلا أن القانون وبوجه عام، وفي بالطموحات الوطنية في ضوء المعايير الدولية، ولم تعتمد تونس على نقل تشريعات مستوردة، وإنما صممت قانونًا حقق نوعًا من التكامل بشأن فاعلية العدالة الانتقالية، وحسم أمر العنف بجميع أشكاله وصوره، وراعى مصلحة الضحايا، وأنشأ مؤسسات ذات هيكل واضح لتطبيق العدالة الانتقالية وآليات مراقبتها، واهتم بإعادة الاستقرار، وتطوير كافة المؤسسات، وإعادة تأهيل الضحايا.

### المطلب الثالث

#### اتساع نطاق المشاركة المجتمعية

يجب أن تستوفي تشريعات العدالة الانتقالية ما يمكن تسميته "بالمشروعية الاجتماعية"، التي تؤثر على الامتثال لأي إجراءات أو تدابير تتعلق بتطبيق هذه العدالة، والتي بدونها قد تتزايد المقاومة للتدخل من تنفيذها وتجاهلها على نطاق واسع<sup>(١)</sup>، وذلك من خلال المشاركة المجتمعية واسعة النطاق، التي تتجسد في أمرين: الأول، القبول العام من الأفراد والمؤسسات في الدولة المعنية لهذا النظام، باعتباره يراعى المصلحة العامة ويحقق شاغلاً

(١)

**United Nations Human Rights, tools of rule of the law to states after conflicts, Consultations of national transitional justice, 2009, available at: <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=42850&Cr=reconciliation&Cr1=VtIx6f197IU. 1/1/2016>**

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

مشتركًا لهم، وعلى سبيل المثال، إذا اعتقد المواطنون أن الاستقرار المجتمعي يعتمد تحققه على المساواة الجنائية العادلة، فإن ما يصدر عن المؤسسات القضائية من أحكام يكون متقبلاً، وله احترامه الكامل، ومصادقية، علاوة على تبيد قلق كثير من الضحايا والجناة إزاء المثل أمام هذه المؤسسات<sup>(١)</sup>، وهو ما أظهرته دراسة لوحدة بحوث المركز الدولي للعدالة الانتقالية عام ٢٠١١، *Research Unit of the International Center for Transitional "Justice" ICTJ* من أن أفراد المجتمع عندما يفهمون بشكل صحيح تدابير العدالة الانتقالية، فإن ذلك يفيد في تطبيقها، ومن أمثلة ذلك، عمل لجان نقصي الحقيقة، الذي يكون أكثر دقة ومصادقية فيما يتعلق بجمع المعلومات، عندما يؤمن عامة السكان بأهميتها ويعتقدون في شرعيتها، أيضاً برامج التعويضات التي تحوز قبول ورضا المواطنين، وكذلك طرق جمع الأدلة والإثبات<sup>(٢)</sup>.

ويتعلق الشق الثاني بتحقيق أقصى قدر ممكن من المشاركة لجميع

أطراف المجتمع في إجراءاتها التأسيسية وتصميمها، حيث تدين أكثر تجارب

---

(١) حيث يقلق الضحايا من مظنة تحكم الجناة الذين كانوا في السلطة، ويقلق الجناة من افتراض إدانتهم من البداية، ولهذا السبب واجهت بعض المحاكم الجنائية الدولية رفضاً في بعض المجتمعات التي لم تُراع هذه الاعتبارات. راجع:

**E. BAYLIS**, *Reassessing the Role of International Criminal Law: Rebuilding National Courts through Transnational Networks*, Boston College Law Review, Vol. 50, No. 1, 2009, P. 81.

(٢) الموقع الرسمي للوحدة، متاح على:

<https://www.ictj.org/our-work/research/transitional-justice-and-displacement>. 15/2/2016.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

العدالة الانتقالية نجاحًا بالفضل . بنسبة كبيرة . لحجم ونوعية التشاور مع المواطنين، أما التجارب التي فُرضت من قبل المجتمع الدولي فلم تحظ بنفس القدر من النجاح، وتشمل هذه المشاركة ضحايا الانتهاكات، حيث ينظرون لهذه العدالة كطريق شرعي لاستعادة حقوقهم<sup>(١)</sup>، وتشمل كذلك النخب السياسية، بصورة تقلص مساحة الاختلاف والانقسام بينها، وتتلافى فرض رأي فئة على أخرى، وتقلل من احتمال لجوء إحداها إلى العنف في حل النزاعات<sup>(٢)</sup>، بل إنه ينبغي عدم تهमيش حتى الجناة الذين اقترفوا انتهاكات، حيث إن استجلاء وجهة نظرهم ودوافعهم في ارتكاب الجرائم، وسواء كانت سياسية أم تاريخية أم اقتصادية أم غيرها<sup>(٣)</sup>؛ يساعد في إنشاء سجل دقيق عن أساليب تخطيط وتنفيذ الجرائم، وسواء تم ذلك في الداخل أم بتدخل قوى خارجية كدول أخرى، كما يساهم في توعية من كانوا يعتقدون أنهم يفعلون

(١)

R. NAGY, *Transitional Justice as Global Project*, P. R., PP. 280: 282. See also: *Guidance Note of the Secretary General, United Nations Approach to Transitional Justice, March 2010, available at: [http://www.unrol.org/files/TJ\\_Guidance\\_Note\\_March\\_2010FINAL.pdf](http://www.unrol.org/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf)*. 11/1/2016.

(٢) ويمكن أن يتم ذلك بدعوة كل من قد يتأثر بالعملية لاسيما الفئات الضعيفة والتي تعتبر مصالحها على المحك، وكذلك الطوائف المعارضة.

F. N. AOLAIN, C. CAMPBELL, *the Paradox of Transition in Conflicted Democracies, Human Rights Quarterly, Vol. 27, No. 1, 2005, PP. 187: 191.*

(٣) وهو هدف صعب إن لم يكن من المستحيل تحقيقه، لأن بعض مرتكبي هذه الجرائم يبذلون جهودًا لطمس معالم جرائمهم، علاوة على اختلاف وجهات نظر الضحايا والجناة بشأن الانتهاكات، إلا أن تحققه يكون مفيدًا.

K. McEVOY, L. MCGREGOR, *Transitional Justice from Below*, P. R., P. 175.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



الصواب ولا ينتهكون أي قانون، كي لا يسهل التغيرير بهم مرة أخرى، مع إعادة إدماجهم في المجتمع وفقاً لمعايير السوية<sup>(١)</sup>.

ومثل هذا النظام الذي وُضع بمشاركة شاملة سوف يقره جميع الأطراف، لأنه راعى وجهات نظرهم عند تصميم إجراءاته، وتزيد الرغبة في تطبيقه وتقبل نتائجه، وبخلاف ذلك فإن مواطني الدولة سيتحملون تكاليف نفسية جمة نتيجة شعورهم بعدم انتماء هذا النظام إليهم<sup>(٢)</sup>، وهو ما أكده جانب فقهي بقوله، إن تفهم المجتمع لأهمية هذا النوع من العدالة والقرارات ذات الصلة بها ضروري لضمان فهمه والامتثال له<sup>(٣)</sup>، فجاح العدالة الانتقالية في بناء المجتمع ومكافحة العنف، وكذلك شرعيتها يمكن تقييمها بمدى قبول آلياتها من قبل السلطة القائمة، والجهات الفاعلة في الدولة، والأفراد، والنخب السياسية

---

(١) وعلى سبيل المثال، في سيراليون، اعتقد ١٥% فقط من المقاتلين السابقين أن أفعالهم كانت خاطئة. راجع:

M. ESPARZA, *Legacies of State Violence and Transitional Justice in Latin America: A Janus-Faced Paradigm?* Lexington Books, 2015, PP. 163: 169.

(٢) R. GOODMAN, D. JINKS, *Incomplete Internalization and Compliance with Human Rights Law*, *European Journal of International Law*, Vol. 19, 2008, P. 725.

(٣) *Transitional Justice: NOMOS LI*, NYU Press, 2012, P. 312. R. NAGY

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

في الدول، وإلا فإن كل فئة ربما تسعى قدر طاقتها لإحباط جهود هذه العدالة أو رفضها باعتبارها غير شرعية، مما يقوض أي تقدم في مسارها<sup>(١)</sup>.

## المطلب الرابع

### مراعاة الأعراف والثقافات والسياقات المجتمعية المستقرة

#### "السلطة المعنوية الوطنية"

عندما تُصمم آليات تطبيق العدالة الانتقالية بصورة تتوافق مع الأعراف والثقافات السائدة داخل كل دولة، فإنها تلقى قبولا اجتماعيا وأخلاقيا عاما، والمدقق لكل أعمال منظمة الأمم المتحدة يري تأكيدا جليا على أنه لا يمكن فرض آليات العدالة الانتقالية على أي مجتمع جبريا، أو السماح بتصادمها مع السياقات الوطنية، وإنما يمكن الاتكاء على إجراءات متنوعة، تراعي ضرورات وأولويات كل مجتمع، بما يثمر تحقيق أقصى فائدة لكل مجتمع<sup>(٢)</sup>، وقد أطلق جانب من الفقه على مراعاة هذه الأعراف والثقافات والسياقات المجتمعية

(١) وقد يكون لكل فئة من هذه الفئات دوافع سياسية متنوعة، فقد تهدف إلى تحصين نفسها من المحاكمة، أو الحفاظ على مكانتها في المجتمع.

L. ARRIAZA, N. R. ARRIAZA, *Social Reconstruction as a Local Process, International Law Journal of Transitional Just, Vol. 2, 2008, PP. 152, 154: 157.*

(٢)

**Human Rights Watch, Justice in Motion: The Trial Phase of the Special Court for Sierra Leone (2005), available at: <http://www.hrw.org/en/reports/2005/11/02/justice-motion.15/2/2016>.**

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

المستقرة "السلطة المعنوية الوطنية" التي لا يمكن تجاوزها لقبول كل مجتمع لتجربة العدالة الانتقالية<sup>(١)</sup>.

فوفقاً لأعمال الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة ومجلس أمنها؛ فإن نجاح تطبيق العدالة الانتقالية وإحلال سيادة القانون يعتمد على عدة عوامل مهمة، أبرزها تجنب العمل وفقاً لصيغة "حل واحد يناسب كل الحالات" *"One Size Fits All"*، أو استيراد نماذج أجنبية خارجية، ولكن ينبغي تصميم العدالة الانتقالية وفقاً لاحتياجات وطموحات كل دولة، وبمراعاة التقاليد العرفية للسكان، وطبيعة النظام القانوني فيها، وتدعم المنظمة الدولية أي آليات تدعم تحقيق ذلك<sup>(٢)</sup>.

ويؤكد جانب فقهي على المعنى السابق بقوله، إن تطبيق آليات العدالة الانتقالية يحتاج إلى دعم مجتمعي أو شرعية مجتمعية، وكذلك دوافع سياسية لدى مكونات المجتمع لاستيعاب قواعد هذا التطبيق، وتقبل نتائجه، ويتحقق ذلك بتعظيم رغبة المواطنين في الإصلاح الاجتماعي والأخلاقي والقانوني في مرحلة الانتقال، وترسيخ الاعتقاد لديهم بأن هذه العدالة هي الطريق إلى إعادة

(١)

C. M. MEADOW, *the Lawyer's Role(s) in Deliberative Democracy*, Nevada Law Journal, Vol. 5, 2005, PP. 352: 355.

(٢) منظمة الأمم المتحدة، مجلس الأمن، وثيقة (S/2004/616)، المرجع السابق، ص ٢٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

بناء المعايير الاجتماعية الكفيلة بمكافحة العنف الجماعي<sup>(١)</sup>.

ويمكن التعرف على هذه السياقات أو الأعراف الوطنية واستجلائها من خلال الدراسات الاستقصائية، كذلك التي أجراها "Robert Bordone"، وأطلق عليها "تقييم أصحاب المصلحة"، وتعلقت بإحصاء الأعراف الوطنية المتقبلة بشأن آلية المساءلة الجنائية، ومدى تقبل القواعد والتقاليد المحلية لها فيما يخص معالجة العنف الجماعي، والتصورات الوطنية بشأن شرعية المحاكم، والمصادر القانونية التي تتوافق مع السياقات الأخلاقية والمعنوية في المجتمع، وقد أجريت الدراسة باستطلاع رأي السكان أثناء تصميم نظام للعدالة الانتقالية، وخلال تطبيقها، وبعد انتهاء هذا التطبيق<sup>(٢)</sup>، وحري بالذكر أن هذه الدراسات يجب أن تترافق مع منهجية علمية مناسبة واستراتيجيات إضافية لضمان مصداقيتها، أخذاً في الاعتبار احتمالية استخلاص استنتاجات خاطئة

---

(١) لعل أول باحث اجتماعي يطرح تعريف الشرعية المجتمعية هو الألماني "ماكس ويبير"، وذلك في أطروحته "الاقتصاد والمجتمع" التي نُشرت لأول مرة عام ١٩٢٢، ورأي فيها أن هذه الشرعية الاجتماعية أو قبول المجتمع للقيم والمعايير هي التي تمنح المجتمع القيم الأساسية له وهي التي ترسخها.

**PH. RAPOZA**, *Hybrid Criminal Tribunals and the Concept of Ownership: Who Owns the Process? American University International Law Review*, Vol. 21, 2006, PP. 525:526; **M. WEBER**, *Economy and Society*, Guenther Roth & Claus Wittich eds., 1978, P. 36.

(٢)

, **R. C. BORDONE**, **C. A. McEWEN**, **F. A. SANDER**, **N. H. ROGERS** *Designing Systems and Processes for Managing Disputes*, Wolters Kluwer Law & Business, 2013, PP. 305: 315.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

لعدم فهم ردود الفعل وفقاً للسياق الثقافي، أو بسبب عدم فهم الأسئلة المطروحة<sup>(١)</sup>.

وقد اعتمدت منظمة الأمم المتحدة على استطلاع هذه السياقات عند إنشاء المحاكم المختلطة، من خلال إرسال فرق رسمية للتخطيط لإنشاء هذه الهيئات، وعلى سبيل المثال في "تيمور الشرقية"، أثبتت الدراسات تفضيل السياق الثقافي لأهمية كشف هوية الجناة واعترافهم بالذنب علناً، ومن ثم تضمنت الأحكام على هؤلاء المسؤولين تقديم الاعتذارات العلنية، والإفصاح عن تفاصيل جرائمهم علناً، وفي "كمبوديا"، وبعد الانتقادات التي نالت من المحكمة المختلطة بها، بدأت تعدل في إجراءاتها بحيث تراعي الأعراف الوطنية لاسيما مبادئ البوذية التي يعتقها معظم المواطنين، مما يسر عليهم فهم إجراءاتها، وتقبل أحكامها، وفي سيراليون، أرسلت الأمم المتحدة لجنة للتشاور مع الحكومة والمنظمات غير الحكومية، وطوائف المجتمع الأخرى بشأن الترتيبات اللازمة لإنشاء المحكمة الخاصة، مثل أماكن عملها وهيكلها ووظائفها، والتوظيف، والعلاقة مع آليات العدالة الأخرى<sup>(٢)</sup>.

(١)

P. PHAM & P. VINCK, *Empirical Research and the Development and Assessment of Transitional Justice Mechanisms, International Journal of Transitional Just, Vol. 1, 2007, PP. 233: 236.*

(٢)

U.N. Secretary General, *Identical Letters dated 15 Mar. 15, 1999 from the Secretary-General addressed to the President of the General Assembly and the President of the Security Council, (U.N. Docs. A/53/850, S/1999/231),*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وفي نفس السياق، تجدر الإشارة إلى أن مكتب المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية، باعتبارها أحد آليات تحقيق العدالة دوليًا، دائمًا ما يُجري استقصاءات للأعراف والثقافات المحلية، وكذلك الأعراف الأخلاقية المحلية، قبل التحقيق الأولي في القضايا المحتملة، ولا يتم إصدار لائحة اتهام إلا إذا عبّر المواطنون عن تفضيلهم لتحقيق العدالة وفقًا لآلية المساءلة في محاكم دولية، وفي مكان آخر بخلاف الدولة، وإذا لم يكن الأمر كذلك فإن المحكمة قد تدعم مناهج أخرى، كالمساءلة القضائية الوطنية، أو تترك فرصة لأي آلية تسوية مشروعة وفقًا للقانون الدولي<sup>(١)</sup>.

---

*PP. 1:2 (Mar. 16, 1999); U.N. Secretary-General, Identical Letters dated Jan. 31, 2000 from the Secretary-General addressed to the President of the General Assembly, the President of the Security Council and the Chairperson of the Commission on Human Rights, (U.N. Docs. S/2000/59, A/54/726), P. 1 (Jan. 31, 2000); Special Rapporteurs of the Commission on Human Rights, Situation of Human Rights in East Timor, U.N. Doc. A/54/660 (Dec. 10, 1999); U.N. Secretary-General, Letter dated Mar. 6, 2002 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council, U.N. Doc. S/2002/246 (Mar. 8, 2002).*

(١)

**D. ROBINSON**, *Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court*, *European Journal of International Law*, Vol. 14, 2003, P. 481.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

## المطلب الخامس

### الواقعية

بدعم شرعية آليات العدالة الانتقالية وتقبل نتائجها؛ تقديم أهداف وآمال واقعية للمواطنين، مع السعي لتحقيقها بشفافية، ودون مبالغة أو تزيين لمخرجات العملية، فربما يؤدي رفع سقف الطموح في نتائج تطبيقها إلى تقليص شرعيتها، والتأثير سلبيًا على فعاليتها واستمرارها، وبدعم تحقيق معيار الواقعية عند تطبيق العدالة الانتقالية، أن يتم تثقيف أفراد ومؤسسات المجتمع بتفاصيلها، للحيلولة دون وقوع أي سوء فهم بشأن إجراءاتها أو قراراتها أو نتائجها، فعملية الإنعاش الاجتماعي من العنف والاحتقان والانقسام بالغة الصعوبة، وقد تستغرق أجيالاً لاستكمالها، ولا يوجد حل سحري يعمل فوراً لمحو الاختلال المجتمعي المعقد وطويل الأمد<sup>(١)</sup>.

كما يكون من الضروري توضيح البعد الزمني لتنفيذ العدالة الانتقالية، لنفادي استمرار الممارسات والانتهاكات التي قد تصاحب الثورات والتحول، كالسعي إلى الانتقام بدلاً من انتظار العدالة، فعندما يُحدد جدول زمني لتنفيذ سياسات العدالة ذات الصلة، مع سرعة البدء فيها، لاسيما تدابير منع الجناة من الإفلات من العقاب، فربما يؤدي تأجيل ذلك أو التراخي فيه إلى تهديد

(١)

C. L. SANDOVAL, *Transitional Justice and Social Change, International Journal On Human Rights, Vol. 11, No. 20, 2014, P. 14.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

تدابير العدالة، ومبادئ سيادة، وكذلك المحافظة على الأدلة وإفادات الشهود والمجني عليهم، وفي حالة الجرائم الاقتصادية يجب الإسراع بتعقب ومصادرة الموجودات لمنع الجناة من مواصلة الاستفادة من أعمالهم الإجرامية.

ومن نماذج العدالة الانتقالية التي يمكن أن نوردتها باعتبار أن عنصر الواقعية كان حاسماً فيها، هي تجربة دولة "جزر سولومون" *"Solomon"* المعروفة بجزر سليمان<sup>(١)</sup>، حيث مرت بمرحلة تحول سياسي بعد احتلالها من جانب بريطانيا بدايةً من عام ١٨٩٣، وحتى ١٩٧٨، وكان الاحتلال يرهق المواطنين بفرض ضرائب كبيرة، ويرسخ للتفرقة العنصرية، حيث قصر العمل في الوظائف العليا كالشرطة على طائفة "الماليتان"<sup>(٢)</sup>، وعندما نالت الدولة استقلالها في يوليو ١٩٧٨، وتم اختيار حكومة جديدة، لم تحقق طموح المواطنين، حيث مكنت أيضاً طائفة "الماليتان" وبعض الاجانب، من التوسع في شراء الأراضي والاستمرار في الحصول على الوظائف العليا، بصورة أوحث لباقي السكان أنهم مستبعدين من مزايا الاستقلال والتنمية وفرص العمل، وفي أبريل من عام ١٩٨٨ احتج عدد من شباب الدولة سلمياً في العاصمة "هونيبارا"، منددين بالتمييز، وسوء الإدارة الاقتصادية، وفرص العمل

(١) وهي دولة تقع جنوب المحيط الهادي، وتتألف من أكثر من ٩٠٠ جزيرة، ومجمل مساحتها (٢٨٤٥٠) كيلو متر مربع، وعاصمتها "هونيبارا"، ويبلغ عدد سكانها ٥٠٠ ألف نسمة، ولغتها الرسمية الإنجليزية، وتشتهر بتصدير الأخشاب وقصب السكر إلى عدد من دول أوربا. راجع:

R. JEFFERY, *Enduring tensions*, P. R., P. 155.

(٢)

J. CORRIN, P. MERI, *Law, Gender and Peace-building in Solomon Islands*, 16, *Feminist Legal Studies*, Vol. 16, 2008, P. 174.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



المحدودة، ثم اعتقدوا أن الحكومة لا تستجيب لمطالبهم، فكونوا ميليشيات مسلحة عُرفت بحركة تحرير "إيساتابو"، باعتبارها تمثل السكان الأصليين ضد طائفة الماليتان والمستوطنين الأجانب، وكرد فعل، كوّن "الماليتان" عام ٢٠٠٠ مجموعة مسلحة عُرفت "بقوة النسر"، ونشب نزاع مسلح بين الطرفين أسفر في بدايته عن وفاة (٢٠٠) شخص، وتشريد أكثر من (٢٠٠٠٠) من الطرفين<sup>(١)</sup>.

وبذلت دولة "أستراليا" محاولات للتوفيق بين طرفي النزاع، أسفرت عن توقيع اتفاق سلام في "تاونسفيل" في ١٥ أكتوبر عام ٢٠٠٠<sup>(٢)</sup>، ثم أُحبط تنفيذه بسبب الانقسامات بين فصائل حركة "إيساتابو"، كما سيطر "الماليتينون" على مؤسسات الدولة، وفي ديسمبر عام ٢٠٠١ قاموا بتشكيل حكومة برئاسة السير "Kemakeza"، إلا أن معدل الإجرام قد ارتفع بصورة ملحوظة، وانخفض الناتج القومي الإجمالي، بمعدل ١٤%، وفي ١٨ أبريل من عام ٢٠٠٣، طلب رئيس الحكومة من "أستراليا" التدخل، وبالفعل وفي يوليو ٢٠٠٣، نشرت بعثة قوامها (١٨٠٠) فردًا للمساعدة على دعم استقرار الجزر<sup>(٣)</sup>، وفقًا لإطار قانوني

(١)

**K. H. AVERRE**, *The Tension Trials—A Defense Lawyer's Perspective of Post Conflict Intervention in Solomon Islands*, SSGM Working Papers , No. 2008/3 ANU Canberra.

(٢)

**Townsville Peace Agreement**, 22 November, 2013, available at: [http://www.commerce.gov.sb/Gov/Peace\\_Agreement.htm](http://www.commerce.gov.sb/Gov/Peace_Agreement.htm). 22/2/2016.

(٣) وهذه القوة المتدخلة ليست بعثة للأمم المتحدة، ولكنها قوات إقليمية تتبع منتدى جزر المحيط الهادئ (PIF) Pacific Islands Forum، واضطلعت بمهمتها وفقًا لمبادئ الأمم المتحدة، وحظيت بدعم السكرتير العام للمنظمة، وكان معظم أفرادها ينتمون أستراليا، مع عدد أقل من

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

يتضمن احترام سيادة جزر سليمان والعمل بإذن من حكومتها، وبدأت البعثة عملها بإعلان عام للتوعية بدورها في "جزر سليمان"، ومن ضمن بنوده، أنها لن تستطيع استعادة الاستقرار الأمني وتهئية الأوضاع فوراً، كما أنها لن تستطيع تحقق أي مطالب كانت سبباً في النزاع المسلح بشكل فوري، وربما يستغرق ذلك ما يقارب عشر سنوات، نظراً لتردي الأوضاع الأمنية بما لا يسمح بأي تقدم، كما وزعت البعثة أولويات عملها على ثلاث مراحل زمنية: تسعى أولاً لوقف العنف وبناء جهاز الشرطة، وتدعم ثانياً عمل المؤسسات القضائية ومؤسسات الحكم، ثم تأتي المرحلة الأخيرة بتهيئة الظروف للتحول السياسي، والاقتصادي، واحترام حقوق الإنسان، ووفقاً للمؤشرات فقد ارتفع معدل استقرار الأمن إلى درجة مرضية، وزاد معدل النمو الاقتصادي، وبدأت استراليا تقلص من حجم البعثة حتى وصلت في أواخر ٢٠١٣ إلى حوالي (١٥٠) فرداً<sup>(١)</sup>، وكان من أبرز ما قامت به البعثة وفقاً لظروف الدولة وواقعها وواقعها هو:

---

نيوزيلندا، و"بابوا نيو غينيا"، و"فيجي"، و"تونجا"، وتحملت أستراليا تكلفة القوة، والتي بلغت ما بين ٢٥٠: ٣٠٠ مليون دولار سنوياً، وذلك في سياق خوف أستراليا من استغلال ظروف الفقر والتخلف في الجزر لإيواء إرهابيين، أو كمرکز لعمليات إرهابية موجهة ضدها، وصيرورتها مصدر قلق أمني لأستراليا، مما تطلب تدخل هذه الأخيرة لتوفير الاستقرار السياسي، ونقل تجارب الديمقراطية الغربية للجزر وتجاوز الحد الأدنى للفقر، وتوفير الأمن. راجع:

N. GEORGEOU, C. HAWKSLEY, *the Globalization of World Politics: Case Studies from Australia, New Zealand and the Asia Pacific*, Oxford University Press, 2014, P. 27.

(١)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

أولاً: دمج المقاتلين في النسيج الاجتماعي والحياة السياسية والاقتصادية للدولة، بعد صفح المجتمع عنهم، ومنحهم حق تملك الأراضي الذي حُرِّموا منه، وكان سبباً رئيسياً في اندلاع الاحتجاجات، وبوجه عام زيادة فرص اشتراكهم في مشاريع التنمية الوطنية للدولة.

ثانياً: إنشاء لجنة لتقصي الحقيقة، والتي أصدرت خمسة مجلدات تبين أسباب العنف الذي وقع، وتركز في عدم قدرة مؤسسات الدولة على الحفاظ على القانون والنظام فيما يتعلق بحماية حقوق مواطنيها وحياتهم الأساسية التي يكفلها دستور الدولة لعام ١٩٧٨، مما أدى لانتهاكات واسعة لحقوق الإنسان، كقتل المواطنين وتعذيبهم، وتشريدهم، وفقدانهم لممتلكاتهم، وتفشي جرائم الاغتصاب، والاستغلال الجنسي، وحرمان الأطفال من التعليم، واضطرارهم لأداء أعمال تدعم أطراف النزاع<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: تفعيل العدالة الجزائية، وذلك لأن مشكلة جزر سليمان تعلق في معظمها باستعادة القانون والنظام، فتم تفعيل المساءلة الجنائية للجرائم التي لا يمكن التغاضي عنها وفقاً للقواعد الدولية، كجرائم الحرب، والجرائم ضد

---

N. GEORGEOU, *Neoliberalism, Development and Aid Volunteering*, Routledge, 2012, PP. 142: 155. See also: *AusAID, Solomon Islands, 24 May 2013, available at: <http://aid.dfat.gov.au/countries/pacific/solomon-islands/pages/effective-governance.aspx>. 24/11/2015.*

(١)  
*Report of the Commission of Truth and Reconciliation, Solomon Islands, Vol. 1, 2013, PP. 10: 20.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الإنسانية، وتم البحث عن الصّح بالنسبة للجرائم الأخرى التي يمكن التصالح فيها، حفاظاً على الاستقرار وتهدئةً للأوضاع، مع اتخاذ تدابير تكميلية تتعلق [إصلاح جهاز الشرطة، وتطوير التشريعات الجنائية، وتفعيل قواعد القانون الدولي المتعلقة بحقوق الإنسان<sup>(١)</sup>].

رابعاً: إجراء المصالحة المجتمعية، من خلال الحوار وجهاً لوجه على جميع المستويات الحضري، القرى، الأسر، الأفراد، المنظمات، مع التوجيه بالتسامح والاعتراف بالذنب وإعلان التوبة، وتضميد الجراح والمضي قدماً، وكلها قيم تتناغم مع المسيحية التي يعتنقها معظم مواطني الجزر، كما أنشأ مجلس لمراقبة عملية السلام، وحُول استحداث ما يرى من آليات لتحقيق هدفه، وبما يشمل إجراء تسويات تعويضية لجبر الأضرار، وإقامة مناسبات عامة للتوفيق بين أطراف النزاع، وحملهم على تحمل المسؤولية، مما أثمر التزام جميع الأطراف بالسلام، وتأكيدهم على احترام سيادة القانون<sup>(٢)</sup>.

خامساً: إصلاح النظام الاقتصادي، من خلال تعيين (٤٠) مستشاراً أجنبياً لوزارات مثل المالية، وممارسة الرقابة على مهام إعداد الميزانيات

(١)

C. M. MEADOW, *Deliberative Democracy and Conflict Resolution*, *Dispute Resolution Magazine*, Winter, 2006, P. 18.

(٢)

C. M. MEADOW, *Correspondences and Contradictions in International and Domestic Conflict Resolution: Lessons from General Theory and Varied Contexts*, *Journal of Dispute Resolution*, Vol. 2, 2003, PP. 335: 339.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

والتقارير المالية والاقتصادية السنوية، وابتكار طرق لتشجيع الاستثمار، ورفع نسب التشغيل، والتنمية تمثيلاً مع فلسفة بناء الدولة الحديثة<sup>(١)</sup>.

ومن العرض السابق يمكننا استخلاص ما يلي:

(١) وضعت منظمة الأمم المتحدة معايير تتعلق بتطبيق العدالة الانتقالية، اتصفت باتساع المنظور، ولم تسهب في تفصيلات تطبيقها وطنياً أو شكلها أو محتواها، وكل ما هو مطلوب من الدول أن تراعي هذه المعايير، وهي مرونة تجعل نهج العدالة أكثر فعالية في تحقيق أهدافه عبر سياقات ثقافية مختلفة، فلا يوجد نظام واحد يناسب الجميع، ولا يمكن عرض قائمة خيارات معدة مسبقاً لكل الدول وتخيل الحل من منظور معياري واحد.

(٢) العدالة الانتقالية وسيادة القانون مفهومان تكامليين، وفي دول التحول السياسي التي تعجز مؤسساتها عن تحقيق الأمن والعدالة والديمقراطية، يكون استعادة سيادة القانون من أولويات برامج العدالة الانتقالية فيها، واستخدام آليات ووسائل تفي بذلك وفقاً لأحوال وأعراف كل دولة، جنباً إلى جنب مع المعايير الدولية.

(١)

W. CLAPTON, *Managing Risk Within International Society: Hierarchical Governance in the Asia Pacific*, *Australian Journal of International Affairs*, Vol. 63, No. 3, 2009, P. 424.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

أما عن الآليات المتنوعة لتفعيل وتطبيق العدالة الانتقالية، فنتناولها  
بالدراسة من خلال الفصل التالي.

## الفصل الثاني

### آليات العدالة الانتقالية

#### تمهيد وتقسيم:

ساد على الصعيد الدولي في أوائل التسعينيات اعتقاد بأن الآلية المثلى لتحقيق العدالة واستعادة سيادة القانون في الدول التي يتغير نظامها السياسي بعد ماضي من الانتهاكات، هي المحاكمات القضائية، وبالفعل تصرف المجتمع الدولي وفقاً لهذا الاعتقاد في "يوغوسلافيا السابقة" و"رواندا"، حيث أنشأ مجلس الأمن محكمتين جنائيتين دوليتين لهما لتحقيق العدالة، ومع مرور الوقت أثبتت الممارسات الدولية أن تحقيق العدالة يتجاوز إطار المساءلة في المحاكم عامةً، والدولية خاصةً، لأنها ربما لا تستجيب أو تلبى التنوع والاختلاف في احتياجات الشعوب، وكذلك السياقات والثقافات والأعراف المجتمعية المتباينة، مما قد يقوض فاعليتها في تحقيق أهداف الاستقرار والانتقال إلى الديمقراطية<sup>(١)</sup>.

وتطلب الأمر إعادة التفكير في استحداث آليات أخرى بخلاف القضائية، ووفقاً للمعايير الدولية، تدعم وتكمل استعادة سيادة القانون، وبناء

(١)

L. J. LAPLANTE, *Outlawing Amnesty: The Return of Criminal Justice in Transitional Justice Schemes*, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 49, 2009, PP. 932: 935; P. S. BERMAN, *Global Legal Pluralism*, *Southern California Law Review*, Vol. 80, 2007, PP. 1189: 1191.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الديمقراطية واستقرار الدول وفقاً لأحوال وأعراف كل مجتمع<sup>(١)</sup>، وقد وثقت منظمة الأمم المتحدة هذا الاتجاه، وحثت الدول على تطبيق عدد من الآليات والاستراتيجيات المتكاملة التي تحقق العدالة في فترات الانتقال أو التحول أو الفترات الاستثنائية من حياة الشعوب، منها القضائي كالمساءلة، أو شبه القضائي كـ لجان لتقصي الحقيقة، وغير القضائي كالمصالحة المجتمعية، وبرامج تعويض الضحايا، وإصلاح المؤسسات، وتطهيرها ممن يثبت تورطه في العنف، أو استخدام مزيج تكاملي من كل هذه الآليات<sup>(٢)</sup>.

وقد دعمت منظمة الأمم المتحدة الآليات التي تم إنشائها ضمن منظومة العدالة الانتقالية في العديد من دول التحول السياسي، بمراعاة أعراف وثقافات هذه الدول، وسواء كانت هذه الآليات رسمية أو عرفية، وذلك من الناحية المادية، والفنية، والقضائية، وتقديم المشورة، وغيرها من وسائل الدعم، في محاولة لتعظيم فاعلية نظام العدالة الانتقالية وفقاً للمعايير الدولية، وبالتالي فاعلية تحقيق أهدافه المرجوة<sup>(٣)</sup>.

---

(١) كاحتياج بعض الدول لإعادة هيكلة جهاز الشرطة، ومراجعة التشريعات وتحقيق استقلال القضاء. راجع:

DAVIS, *Transitional Justice and Security System Reform*, P. R., PP. 19: L. 24.

(٢) منظمة الأمم المتحدة، مجلس الأمن، وثيقة (S/2004/616)، المرجع السابق، ص ١٣.

(٣)

*UN Secretary-General, the annual report on strengthening of the United Nations activities in the area of the rule of law and coordination, 2009, PP.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



وكان من أبرز آليات العدالة الانتقالية التي دعمتها المنظمة الدولية،  
المساءلة القضائية الدولية، والمختلطة، والوطنية، وكذلك لجان تقصي الحقائق،  
والمصالحة المجتمعية، وبرامج التعويض، وهو ما ندرسه من خلال المباحث  
التالية:

المبحث الأول: المساءلة القضائية كآلية للعدالة الانتقالية.

المبحث الثاني: اللجان الوطنية المستقلة لحقوق الإنسان أو "لجان الحقيقة"  
كآلية للعدالة الانتقالية.

المبحث الثالث: المصالحة المجتمعية كآلية للعدالة الانتقالية.

المبحث الرابع: برامج التعويض كآلية للعدالة الانتقالية.

---

7: 9; S. BERMAN, *A Pluralist Approach to International Law*, *Yale Law Journal of International Law*, Vol. 32, 2007, PP. 322-323.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

## المبحث الأول

### المساءلة القضائية كآلية للعدالة الانتقالية

فكرة العقاب العادل عن الجرائم تحقيقاً للردع والقصاص هي أساس النظم الجنائية، حيث تلبي المحاكم حاجة اجتماعية بعقاب أولئك الذين أسرفوا في انتهاك القانون، بما يعيد توازن النظام الأخلاقي للمجتمع، لاسيما مع ارتكاب جرائم أو انتهاكات على نطاق واسع، حيث تكون المساءلة القضائية أبرز الآليات لتحقيق العدالة واستعادة سيادة القانون والردع<sup>(١)</sup>.

ويشير الحق في الإنصاف إلى توخي عدم الإفلات من العقاب، واتخاذ إجراءات التحقيق وتحري الحقيقة ثم المحاكمة عن الإدعاء بوجود انتهاكات، وذلك وفقاً للضمانات الدولية الخاصة بالتحقيق والمحاكمة العادلة، وبما يشمل الاستقلال والنزاهة وتحقيق العدالة الناجزة، وعدم تحصين أي عمل أو قرار من الرقابة القضائية، حيث يحقق الإنصاف ردع الجرائم المشابهة وتحقيق الرضا لدى الضحايا، وحماية السلم والاستقرار المجتمعي<sup>(٢)</sup>.

(١)

**B. STEPHENS**, *International Human Rights Litigation in U.S. Courts*,  
Leiden: Brill, 2008, PP. 23:24.

(٢) الأمم المتحدة، لجنة حقوق الإنسان، التعليق العام رقم (٣١)، طبيعة الالتزام القانوني العام المفروض على الدول الأطراف في العهد الدين الدوليين لعام ١٩٦٦، الدورة (٨٠)، ٢٠٠٤، وثيقة HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. 1)، ص ٢٤٥.

**B. STEPHENS**, *International Human Rights Litigation in U.S. Courts*,  
Leiden: Brill, 2008, PP. 23:24.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وقد تم النص على الحق في الإنصاف لضحايا انتهاكات حقوق الإنسان في العديد من المواثيق والإعلانات الدولية، مثل المادة (٢) من العهد المدني للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦، والمادة (٨) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، التي قضت بأن لكل شخص الحق في اللجوء إلى المحاكم المختصة لإنصافه من أي أفعال تنتهك حقوقه الأساسية<sup>(١)</sup>.

كما أكدت الجمعية العامة للأمم المتحدة على أن تحديد المسؤولية الفردية لمرتكبي الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان هي أحد العناصر الرئيسية لكل إنصاف فعال لضحايا هذه الانتهاكات، وحجر الزاوية في الدلالة على نزاهة وإنصاف النظام القضائي، وشرط أساسي لتحقيق الاستقرار داخل الدول، ويكون لأي شخص الحق في الإنصاف من خلال المحاكم ضد أي فعل ينتهك حقوقه، مع جبر ما أصابه من أضرار<sup>(٢)</sup>.

ومن هذا المنظور، أنشأت الأمم المتحدة في دول التحول السياسي منذ أوائل التسعينيات، أو ساهمت في إنشاء محاكم جنائية خاصة لتحقيق العدالة والإنصاف للضحايا، واستعادة سيادة القانون، والردع، وزيادة ثقة المواطنين في

---

(١) وكذلك المادة (٢) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦، والمادة (٦) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، والمادة (٤) من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية أو المهينة أو اللاإنسانية، والمادة (٣) من اتفاقية لاهاي الرابعة لعام ١٩٠٧، والمادتين (٧٥، ٧٨) من نظام روما الأساسي، وسوف يتم معالجة هذه الجزئية تفصيلاً عند التعرض لتشريعات العفو الوطنية عن الجرائم والانتهاكات الدولية، وذلك في المبحث الثالث الخاص بالمصالحة المجتمعية، النقطة ثالثاً: المصالحة على أساس العفو.

(٢) قرار الجمعية بشأن هاييتي، وثيقة (S/Res/15/2004) الفقرة (٧).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

قدرة الدولة على إنفاذ القانون، كما دعمت المنظمة الدولية أيضًا نظم العدالة الوطنية . في حال كونها قادرة - لتكون طريقًا أساسيًا لمساءلة الجناة، وفي أحوال أخرى دعمت المنظمة بعض المحاكم المختلطة لغرض تحقيق العدالة في الدول ذات الصلة<sup>(١)</sup>، هذا علاوة على الدور الذي قامت به المحكمة الجنائية الدولية بشأن إرساء سيادة القانون والعدالة في دول النزاعات.

ونوالي دراسة اللجوء للمساءلة الجنائية كآلية للعدالة الانتقالية، سواء الدولية أم الوطنية أم المختلطة، ومدى نجاحها في ذلك وذلك على النحو التالي.

المطلب الأول: المحاكم الدولية.

المطلب الثاني: المحاكم الوطنية.

المطلب الثالث: المحاكم المختلطة أو المهجنة.

---

(١) منظمة الأمم المتحدة، مجلس الأمن، وثيقة (S/2004/616)، المرجع السابق، ص ١٩.  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

## المطلب الأول

### المحاكم الدولية

أولاً: محكمتي "يوغوسلافيا" السابقة و"روندا":

تم تشكيل المحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة بقرار من مجلس الأمن رقم (٨٢٧) في ٢٥/٥/١٩٩٣، لضعف مؤسسات قطاع العدالة في الدولة، وبغرض تحقيق العدالة وسيادة القانون، ودعم بناء السلم المجتمعي، وردع وقوع مزيد من الجرائم<sup>(١)</sup>، وقد لاقى إنشاء المحكمة ترحيباً دولياً واسعاً كأول محاولة بعد محاكمات "تورمبيرج" لمساءلة متهمين دولياً عن جرائم حرب أو انتهاكات جماعية<sup>(٢)</sup>، وشملت ولايتها محاكمة الأشخاص المتهمين باقتراح انتهاكات جسيمة للقانون الدولي الإنساني في الدولة منذ عام ١٩٩١، وكذلك انتهاك

---

(١) وقد ساهمت المحكمة في نقل الخبرة القانونية لأصحاب المهن القانونية من جمهوريات يوغوسلافيا السابقة، وتدريبهم على التعامل مع قضايا جرائم الحرب، وإنفاذ المعايير الدولية في الأنظمة الوطنية، وكان أبرز من تم اتهامه أمام المحكمة "سلوبودان ميلوسيفيتش" الرئيس السابق للدولة. راجع:

*UN Security Council, Resolution 827, UN Doc. S/RES/827 (1993), May 25, 1993; The First Annual Report of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 to the General Assembly and Security Council of the United Nations, UN Doc. S/1994/1007; A/49/342, August 29, 1994, PP. 11:12; UN Doc. A/63/318, UN Doc. A/65/205-S/2010/413.*

(٢)

*U.N. Doc. S/RES/808 (Feb. 22, 1993); CC/P.I.S/728e (Feb. 14, 2003); C. Res. 955, Annex, art. 1, U.N. Doc. S/RES/955 (Nov. 8, 1994.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩، وانتهاك قوانين أو أعراف الحرب، والإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية، وأدانت المحكمة (١٦١) شخصًا بمجموعة من هذه الجرائم ارتكبت في ربوع يوغوسلافيا السابقة، وكان معظم المتهمين من كبار القادة العسكريين والمدنيين لأطراف النزاع<sup>(١)</sup>.

(١) مع بداية تفكك جمهورية يوغوسلافيا الاتحادية الاشتراكية (SFRY)، وإعلان ما تفكك منها كدول مستقلة بدايةً بسلوفينيا، وكرواتيا، ومقدونيا خلال عام ١٩٩١، ثم البوسنة والهرسك في مارس ١٩٩٢، فقد صاحب هذا التفكك انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، بما فيها جرائم ضد الإنسانية والإبادة الجماعية، وذلك خلال سلسلة النزاعات المسلحة التي بدأت عام ١٩٩١، وحتى ١٩٩٥، لاسيما الحرب العرقية في البوسنة بين أجناس "البوشناق"، و"الصرب"، و"الكروات"، ومن بين أبرز هذه الجرائم، ما حدث في يوليو عام ١٩٩٥، عندما نُقل ما يقرب من ثمانية آلاف من الرجال والصبية إلى أرض زراعية نائية في البوسنة والهرسك، وتم إطلاق الرصاص عليهم من وحدات من جيش جمهورية "صربسكا" "Republika Srpska" بقيادة الجنرال "Ratko Mladic"، فيما عُرف بمجزرة "سربرينيتشا-بوتوكاري"، كإشع جرائم الإبادة الجماعية في العالم. وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة، قد قدرت أنه خلال الفترة من ١٩٩٢، وحتى ١٩٩٥، قُتل أكثر من مائة وأربعة آلاف شخص في البوسنة والهرسك وحدها، وتشرد أكثر من مليوني شخص، من مجموع السكان الذين بلغ عددهم حينها حوالي أربعة ملايين، ومزقت البلاد اجتماعيًا وسياسيًا واقتصاديًا. وقد شملت قوائم اتهام المحكمة رؤساء دول، ورؤساء وزارة، ورؤساء أركان، ووزراء داخلية، وقادة في الجيش والشرطة، وفي أوائل عام ٢٠٠٦، أبرم "اتفاق دايتون" للسلام، الذي أنهى النزاع المسلح، ونص دستور البوسنة والهرسك الحالي على "التفاني لتحقيق السلام والعدالة والتسامح والمصالحة"، وهو نص شديد الأهمية لخلق علاقات سوية والتعايش في مجتمع متعدد الأعراق. راجع:

**P. C. McMAHON**, *Rebuilding Bosnia: A Model to Emulate or to Avoid?* *Political Science Quarterly*, Vol. 119, Winter, 2005, PP. 575:585; **S. WHITT, R. K. WILSON**, *the Dictator Game, Fairness and Ethnicity in Postwar Bosnia*, *American Journal of Political Science*, Vol. 51, No. 3, 2007, PP. 656: 667; **D. A. HOOGENBOOM, V. STEPHANIE**, *Rebuilding Social Fabric in Failed States: Examining Transitional Justice in Bosnia*, *Human rights Review*, Vol. 11, 2010, PP. 184:197; **ICTY Cases Relating to Srebrenica: Judgment, Radislav Krstic (IT- 98-33-T), Trial Chamber, August 2, 2001, and (IT-98-33-A) Appeals Chamber, April 19, 2004; and the case of Popovic et al. (IT-05-88).**

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

كما أنشأ مجلس الأمن بقراره رقم (٩٥٥) في ٨/١١/١٩٩٤، المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، للمساءلة عن جميع الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني، وانتهاكات حقوق الإنسان المرتكبة في رواندا خلال الفترة من أول يناير ١٩٩٤، وحتى نهاية ديسمبر من نفس العام، وبدأت نظر أولى القضايا في يناير ١٩٩٧، وكان من أبرز أحكامها معاقبة "جان كامباندا" رئيس وزراء "رواندا" خلال فترة جرائم الإبادة الجماعية بالسجن مدى الحياة، كما كانت أول محكمة دولية تدين أحد المشتبه بهم بتهمة الاغتصاب باعتبارها جريمة ضد الإنسانية، وحاكمت أيضاً ثلاثة من مالكي قنوات إعلامية مرئية كانت تحض على الكراهية العرقية والقتل الجماعي، وبحلول أبريل ٢٠٠٧، أصدرت (٢٧) حكماً على (٣٣) متهمًا.

وإذا أردنا تحليل فعالية المحكمتين في سياق العدالة الانتقالية، فإننا لا نجد معيارًا دقيقًا يمكن من خلاله معرفة مدى مساهمتها في تحقيق العدالة والسلام الاجتماعي في الدولتين، ولكن القدر المتيقن هو عدم تحقيقهما للأهداف المرجوة منهما، وذلك بأخذ أمرين في الاعتبار: الأول، التكلفة الباهظة لهما في مقابل المكاسب المُحققة، حيث ضم هيكليهما أكثر من (٢٠٠٠) وظيفة، وتجاوز مجموع ميزانيتيها السنوية ربع بليون دولار، أي ما يعادل أكثر من ١٥% من مجمل الميزانية العادية للأمم المتحدة، وعلى سبيل المثال في محكمة "رواندا"، تم إنفاق أكثر من بليون دولار أمريكي، لملاحقة (٥٥) شخصًا بتهم المشاركة في جرائم إبادة جماعية، وتسليمًا بأنه لا يمكن

تقييم أثر المحكمتين في تحقيق العدالة وفقاً للنواحي المالية فقط؛ إلا أننا نجد أن عدد القضايا التي نُظرت أو الأحكام التي صدرت لا تتناسب مع حدة الوضع المتردي في الدولتين، والذي لم توثق أي جهة أو ترصد أي تحسن فيه، علاوة على استمرار الجرائم أثناء عمل المحكمتين، وبما يشير إلى عدم تحقيق أي ردع أو استقرار، وهو ما دفع الجهات المانحة للتوقف عن تمويل المحكمتين بعد فترة<sup>(١)</sup>.

أما الأمر الثاني، فيتجسد في عدم مراعاة المعيار الدولي المتعلق بمراعاة السياقات والأعراف والتقاليد الوطنية<sup>(٢)</sup>، وتم استثناء ذلك من استطلاعات الرأي الوطنية بشأن عمل المحكمتين:

وفيما يخص محكمة "يوغوسلافيا السابقة"، فقد أُجريت سبع دراسات استقصائية في جميع أنحاءها، وفي الثمانية دول المنبثقة عنها في الفترة من ١٩٩٧ إلى ٢٠٠٨، وبيّن استقصاء عام ٢٠٠٢، أن أكثر من (٧٠٠٠) من المشاركين كانوا على علم بعمل المحكمة، إلا أن مستوى ثقتهم فيها ضئيل<sup>(٣)</sup>،

(١)

, N. EISIKOVITS, *Theorizing Transitional Justice*, C. CORRADETTI  
Routledge, London, 2016, PP. 250: 266.

(٢)

J. HAGAN, S. K. IVKOVIC, *War Crimes, Democracy, and the Rule of Law in Belgrade, the Former Yugoslavia, and Beyond*, the American Academy of Political and Social Science, Vol. 605, 2006, PP. 130: 131.

(٣)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



وفي يولييه من عام ٢٠٠٣، أوضح استطلاع آخر تزايد مستوى سلبية الثقة، حيث بلغ ٥٨% من الذين شملهم الاستطلاع، وأظهر الاستقصاء الذي أجري عام ٢٠٠٨، جهلاً شديداً بعمل المحكمة، وأوضح المُستقصى منهم أنها لم تتشغل بالتعرف على الأعراف الوطنية عند تصميمها، وخاقت تصوراً لدى "الكروات" و"الصرب" أنها لا تأبه لوجهات نظرهم، وحتى أولئك الذين كانت لهم علاقة ما بهذه المحكمة، مثل أصحاب المهن القانونية من الكروات والبوسنيين المسلمين، قرروا أن المحكمة لم تصمم بشكل صحيح، وأن ممارستها لعملها كانت في ناحية والمتطلبات الوطنية في اتجاه آخر، وكننتيجة طبيعية لكل ما سلف وفي أواخر عام ٢٠٠٩، زادت نسبة عدم الثقة في مخرجات عمل المحكمة إلى ٧٠%<sup>(١)</sup>.

وبالنسبة للمحكمة الرواندية، فإنها لم تكن أفضل حالاً من محكمة "يوغوسلافيا" السابقة فيما يتعلق بطبيعة عملها أو الثقة في عدالتها، وعلى سبيل المثال، في فبراير عام ٢٠٠٢، أجريت دراسة استقصائية على (٢٠٠٠) من الروانديين حول موقفهم من عمل المحكمة، فأبدى ٤٧% منهم علمه

---

and Electoral Assistance, South International Institute for Democracy Eastern Europe: New Means for Regional Analysis, available at: [http://archive.idea.int/balkans/survey\\_detailed.cfm](http://archive.idea.int/balkans/survey_detailed.cfm). 10/12/2015.

(١)

W. B. WHITE, *the Domestic Influence of International Criminal Tribunals: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Creation of the State Court of Bosnia & Herzegovina*, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 46, 2008, PP. 284: 288.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

بعملها، مع اعتراضهم عليه لأنها فُرضت على الدولة من المجتمع الدولي، وفقاً لإجراءات لا يستطيعون فهمها، ولم يشمل اختصاصها جرائم جسيمة تمت قبل الفترة الزمنية المحددة لعمل المحكمة، ولم يشمل نظامها الأساسي عقوبة الإعدام، وعلى جانب آخر أجاب ٣٠% أنهم لا يعلمون عن المحكمة شيئاً<sup>(١)</sup>.

ونلاحظ أن عمل كلتا المحكمتين تعلق بالمساءلة عن جرائم وانتهاكات تمت على نطاق واسع، وكان من المنطقي لهما اعتماد إجراءات لتوعية المواطنين بعملهما على نطاق واسع أيضاً، باعتبارهم على الأقل الفئة المستفيدة من تحقيق العدالة، إلا أنه وعلى سبيل المثال لم يعرف غالبية سكان "روندا" أي شيء عن إجراءات المحكمة، وأعتبر نهج الخصومة القانونية فيها دخيل على الثقافة الوطنية، وتم تداول أن الشهود يعاملون باحتقار، وهو نفس الحال في محكمة يوغوسلافيا السابقة التي تجاهلت الثقافة المجتمعية السائدة، وأعراف السكان، وعلّق وزير خارجية "صربيا" حينها على ذلك، بأنه كان ينبغي للمحكمة أن تبدأ بما ألفه السكان في محاكمهم، من اتخاذ تدابير لمساعدة الضحايا، بدلاً من التركيز على حبس المتهمين، والذي كان سيؤثر في فاعلية

(١)

T. LONGMAN, P. PHAM, H. M. WEINSTEIN, *Connecting Justice to Human Experience: Attitudes Toward Accountability and Reconciliation in Rwanda, My Neighbor, My Enemy: Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, 2004, PP. 206, 207, 215.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

عمل المحكمة بشكل ملحوظ، حتى على من هم أبعد من المشاركين في عملها<sup>(١)</sup>.

ولعل هذا الفشل في تحقيق معيار التكيف مع السياق الثقافي الوطني، وما نتج عنه من حالة رفض وطني للمحكمتين، قد أتاح الفرصة لبعض الفئات السياسية لاستغلال عمل المحكمتين لأغراض سياسية خاصة، ومن ذلك امتناع أعضاء الجبهة الوطنية الرواندية "القوة العسكرية لقبائل التوتسي" عن المثول أمام المحكمة للتحقيق في الجرائم التي ارتكبوها خلال الحرب الأهلية، مع وجود ظهير شعبي لهم في ذلك، كما أبدت قبائل "الهوتو" تخوفها الشديد من تحيز المحكمة وتأسيسها لدعم مصالح "التوتسي"<sup>(٢)</sup>، أيضاً في يوغوسلافيا السابقة، استفادت بعض الطوائف السياسية، من ابتعاد المحكمة عن أعرف السكان المحليين وتقاليدهم، للتشكيك في عدالة المحكمة، ونشر أخبار كاذبة عن عملها، والتشجيع على رفضها، وتصويرها باعتبارها تمثل عدالة المنتصر، وذلك لتفادي المثول أمامها عن جرائم ارتكبوها<sup>(٣)</sup>.

(١)

M. WIERDA, H. NASSAR, L. MAALOUF, *Early Reflections on Local Perceptions, Legitimacy, and Legacy of the Special Tribunal for Lebanon*, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007, P. 1065.

(٢)

L. REYDAMS, *the ICTR 10 Years On: Back to the Nuremburg Paradigm?* *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, P. 977; see also: U.N. SCOR, 49th Sess., 3453d mtg. at 14–16, U.N. Doc. S/PV.3453 (Nov. 8, 1994).

(٣)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

## ثانيًا: المحكمة الجنائية الدولية:

أُنشئت المحكمة الجنائية الدولية بموجب نظام روما الأساسي، الذي دخل حيز النفاذ في أول يوليو ٢٠٠٢، وسط توقعات بتقليص حالات الإفلات من العقاب عن الجرائم الدولية<sup>(١)</sup>، وفي سياق دورها للمساءلة عن الانتهاكات الجسيمة التي أرتكبت في دول بدأت مرحلة تحول سياسي واستعادة سيادة القانون، أصدرت المحكمة عدة لوائح اتهام، نتناول منها حالات، دارفور، جمهورية الكونغو الديمقراطية، وشمال أوغندا، وذلك على النحو التالي.

### (١) حالة "دارفور":

اندلع نزاع دارفور عام ٢٠٠٣، عندما بدأت ميليشيات "الجنجويد" *Janjaweed* التي تنتمي إلى إثنية مختلفة، بشن هجمات عدائية ضد حكومة السودان بادعاء تعرضها للتهميش، وخلف هذا النزاع المسلح حوالي ٣٠٠ ألف قتيل، ونحو مليونين ونصف من النازحين، وأتهمت القوات المسلحة السودانية وهذه الميليشيات بارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية

---

N. COMBS, *Seeking Inconsistency: Advancing Pluralism in International Criminal Sentencing*, *Yale Journal of International Law*, Vol. 41, No. 1, 2016, PP. 19: 22.

(١) تأثرت فاعلية عمل المحكمة بضعف مواردها، واحتفاظ الدول الأعضاء بولاية المساءلة عن الجرائم التي أرتكبت على أراضيها أو من مواطنيها، وكون اختصاص المحكمة مكمل لدور القضاء الوطني. راجع:

J. I. TURNER, *Nationalizing International Criminal Law*, *Stanford Journal of International Law*, Vol. 41, No. 1, 2005, PP. 5: 6.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

في شمال السودان في الفترة من أغسطس ٢٠٠٣، وحتى مارس ٢٠٠٤<sup>(١)</sup>، وفي عام ٢٠٠٥، أحال مجلس الأمن هذه الحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية بموجب القرار رقم (١٥٩٣)، وأصدرت الدائرة التمهيدية للمحكمة في مارس ٢٠٠٩ بناءً على طلب المدعي العام، مذكرة اعتقال للرئيس السوداني "عمر البشير" لاتهامه في هذه الجرائم<sup>(٢)</sup>.

وقد تقدم الاتحاد الأفريقي بطلب إلى مجلس الأمن، وفقاً للمادة (١٦) من نظام روما الأساسي لإجراء إجراءات المحكمة، لوجود جهود وطنية جدية لإحلال السلام في دارفور، وقد يتسبب المضي في إجراءات التحقيق والمحاكمة في إجهاضها<sup>(٣)</sup>، وأرفق الاتحاد بطلبه قرار مجلس السلم والأمن التابع له بإنشاء فريق من الخبراء رفيع المستوى للتحقيق في جرائم دارفور وتقديم توصيات بشأن المساءلة والسلام<sup>(٤)</sup>، وبالرغم من ذلك صدرت مذكرة

---

(١) **Prosecutor v. Ahmad Harun and Ali Kushayb, Case No. ICC-02/05-01/07, Warrant of Arrest for Ali Kushayb, at 4 (Apr. 27, 2007).**

(٢) قرار مجلس الأمن (١٥٩٣) وثيقة (U.N. Doc. S/RES/1593) (Mar. 31, 2005) **ICC Prosecutor Presents Case Against Sudanese President, Hassan Ahmad Al Bashir, for Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes in Darfur, U.N. Press Release ICC-OTP-20080714-PR341 (July 14, 2008).**

(٣) وتنص المادة على أنه: "لا يجوز البدء أو المضي في تحقيق أو مقاضاة بموجب هذا النظام الأساسي لمدة اثني عشر شهراً بناءً على طلب من مجلس الأمن إلى المحكمة بهذا المعنى يتضمنه قرار يصدر عن المجلس بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، ويجوز للمجلس تجديد هذا الطلب بالشروط ذاتها.

(٤)

التوقيف قبل أسبوعين فقط من بدء فريق الخبراء لعمله<sup>(١)</sup>، ورد الاتحاد الأفريقي بإصدار قرار رسمي بعدم تعاون أعضائه بشأن تنفيذ مذكرة اعتقال البشير<sup>(٢)</sup>.

وفي أكتوبر من عام ٢٠٠٩، صدر تقرير فريق خبراء الاتحاد، وتضمن ما يُفيد أن مواطني دارفور، وغيرهم من السودانيين يتطلعون إلى تحقيق السلام قبل أي أهداف أخرى، شريطة أن يتم ذلك في إطار وطني، وبمشاركة كل الأطراف<sup>(٣)</sup>، كما أثبت الفريق وجود حالة من الانقسام في الآراء بشأن تدخل المحكمة الجنائية الدولية، فبينما رحب به البعض، رفضه كثير من السودانيين واعتبروه تدخلاً غير مشروع، ومنهجاً غير متقبل بشأن لتحقيق العدالة، مع تعبيرهم عن شعورهم بخيبة أمل تجاه ولاية المحكمة لاعتقادهم أنها سوف تجلب قوات حفظ السلام إلى دارفور<sup>(٤)</sup>، ووضعاً لهذه الآراء المتباينة في

---

*African Union, Report of the Chairperson of the Commission on the Situation in Darfur, Para. 4, A.U. Doc. PSC/PR/2(CXC VIII) (July 21, 2009).*

(١)

*ICC Issues a Warrant of Arrest for Omar Al Bashir, President of Sudan, U.N. Press Release ICC-CPI-20090304-PR394 (Mar. 4, 2009).*

(٢) كما رفض الاتحاد طلب المحكمة الجنائية الدولية بفتح مكتب اتصال بالاتحاد في إثيوبيا.

*African Union, Decisions on the Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, Para. 10, A.U. Doc. Assembly/AU/13(XIII) (July 3, 2009); Press Release, African Union, Decisions of the 15th AU Summit, A.U. Press Release 104 (July 29, 2010).*

(٣)

*African Union, Peace and Sec. Council, Report of the African Union High-Level Panel on Darfur (AUPD), Paras. 1, 128, 29, 136(vii), 137, A.U. Doc. PSC/AHG/2(CCVII) (Oct. 29, 2009).*

(٤)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الاعتبار، وأوصى الفريق بالابتعاد عن ولاية المحكمة الجنائية الدولية، وتحقيق العدالة من خلال إنشاء محكمة مختلطة للمساءلة عن جرائم "دارفور"، تتشكل من دول الاتحاد الأفريقي والقضاء السوداني، كما أوصى التقرير بالسعي للمصالحة المجتمعية<sup>(١)</sup>.

وفي عام ٢٠١٠، أحالت المدعية العامة للمحكمة "فاتو بن سودا" ملف القضية إلى مجلس الأمن الدولي لعدم تعاون السودان مع المحكمة، وردت السودان بأنها ملتزمة بقرارات الاتحاد الأفريقي الخاصة بعدم التعاون مع المحكمة، علاوة على كونها وقعت على نظام روما الأساسي عام ٢٠٠٢، ولم تصدّق عليه بعد، وانتهى الأمر بإعلان المدعية العامة "وقف إجراءات المحكمة" بشأن "دارفور" لعدم وجود دعم دولي لاسيما من مجلس الأمن، على الرغم من تدهور الوضع هناك، ووقوع جرائم أكثر وحشية، وبالتالي لم تمكن المحكمة من تحقيق العدالة وتم إعاقة عملها، على سند من استخدامها كآلية للعدالة عقب النزاع في دارفور لا يتوافق مع الأعراف الوطنية.

(٢) جمهورية الكونغو الديمقراطية "زائير سابقاً":

---

Progress report of the African Union high-level implementation Panel for Sudan and South Sudan, para. 25, available at: <http://www.peaceau.org/en/article/progress-report-of-the-african-union-high-level-implementation-panel-for-sudan-and-south-sudan.15/10/2015>.

(١)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

تم رصد حالات استخدام جنود من الأطفال في الحرب الأهلية في "الكونغو"، وبناءً عليه قرر المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية توجيه الاتهام للأشخاص المشتبه بتورطهم في هذه الجريمة، إلا أنه وعلى المستوى الشعبي، أُعتبر هذا القرار "انتقائياً"، لأنه ركز على "توماس لوبانجا" قائد ميليشيات "اتحاد الوطنيين الكونغوليين"، ولم يكن هو الضالع الوحيد في هذه الجريمة، بل افترفها كل من شارك في الحرب الأهلية، كما رأى كثيرون أن تجنيد الأطفال ليس أكثر خطورة من انتهاكات حقوق الإنسان التي تمت أثناء الحرب، وسرت شائعات بأن "لوبانجا" قد أُلقي القبض عليه فقط لأنه قتل أفراداً من ذوي البشرة البيضاء من حفظه السلام التابعين للأمم المتحدة<sup>(١)</sup>.

وبالفعل تم اعتقال "لوبانجا" ونُقل إلى لاهاي ووجه إليه الاتهام، ثم صدر قرار من غرفة استئناف المحكمة في مارس عام ٢٠١٢، بمعاقبته بالسجن لمدة أربعة عشر عاماً، لإدانته بتهمة تجنيد الأطفال دون سن الخامسة عشر واستغلالهم في أعمال القتال في منطقة "إيتوري" بشرق جمهورية الكونغو الديمقراطية ما بين سبتمبر عام ٢٠٠٢ وأغسطس ٢٠٠٣، وفيما يتعلق بتحقيق هذه العقوبة للردع بشأن تجنيد الأطفال، فقد أعرب قادة الميليشيات الأخرى

---

(١) ويعد "لوبانجا" أول شخص يخضع للمحاكمة في المحكمة الجنائية الدولية منذ إنشائها عام ٢٠٠٢، وكان قائداً للميليشيا المذكورة، وقد أكد القاضي "فولفورد" أن الجرائم التي أُدين بموجبها "لوبانجا" خطيرة، وتؤثر على المجتمع الدولي ككل، مشيراً إلى أن الأطفال بصفة خاصة بحاجة إلى حماية ورعاية كما ورد بالاتفاقات الدولية. راجع:

**Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the Confirmation of Charges, paras. 1, 64, Jan. 29, 2007.**

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



عن خوفهم من الاعتقال، وأنهم لا يريدون أن يلقوا مصيره، لكنهم لم يُلقوا السلاح أو يطلبوا الصفح من المجتمع، وإنما قاموا بتهديد العاملين في مجال حماية الطفل لعدم توثيق حالات التجنيد، وكفوا عن التعاون بشأن تسليم الأطفال المحاربين من خلال الأمم المتحدة، ثم نفوا وجود أي جنود أطفال، وكانوا يخفونهم أو يتخلون عنهم، ومن ناحية أخرى كان يهربون الجنود من الأطفال ليدعوا أنهم تجاوزوا سن الطفولة<sup>(١)</sup>.

وحري بالذكر أن تدخل المحكمة لتحقيق العدالة في "الكونغو" لم يتم التمهيد له للسكان المحليين، أو تعريفهم بأهدافه، ولذلك واجه حالة من عدم القبول الشعبي، وهو ما أظهره استطلاع للرأي عام ٢٠٠٧ أُجري في الجزء الشرقي من الدولة، بشأن جدوى مساءلة المحكمة للمتورطين في الانتهاكات الجسيمة وتحقيق العدالة في الفترة الانتقالية، تبين أن ٣% فقط رأوا أنها مجدية، في حين أفصح ٢٧% عن اعتقادهم بأنها لا تعمل لمصلحتهم، وإنما تنفذ مصلحة سياسية للغرب، وأنهم كانوا يفضلون إجراء المساءلة في المحاكم الوطنية، كما أعرب ٤٤% من المستقصى عن رفضهم لتوجيه اتهامات للقادة الكونغوليين، وفضلوا خيار السلام والمصالحة معهم، وأكد ٢٦% منهم أن المحاكم الوطنية هي الوحيدة التي يمكنها تحقيق العدالة<sup>(٢)</sup>، ووفقاً لذلك يمكن

(١)

L. DAVIS, P. HAYNER, *Difficult Peace, Limited Justice: Ten Years of Peacemaking in the DRC*, International Center for Transitional Justice, 2009, PP. 30: 32.

(٢)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

القول أن المحكمة لم تستطع تحقيق القبول الشعبي، علاوة على إخفاقها في تحقيق الردع أو القصاص.

(٣) شمال أوغندا:

اندلعت الحرب الأهلية في "شمال أوغندا" منذ منتصف الثمانينيات، بين الحكومة و"متمردى جيش الرب للمقاومة" "Lord's Resistance Army" "LRA"، لما يقارب (١٨) عامًا، ارتكب خلالها أفراد هذا "الجيش" جرائم جسيمة للقانون الدولي الإنساني، كالقتل الجماعي، والاغتصاب، والتعذيب، والاختطاف، وتجنيد الأطفال قسراً<sup>(٦)</sup>، وفي يولييه ٢٠٠٤، باشر مكتب المدعي العام تحقيقاته بشأن هذه الانتهاكات، ثم أصدر في عام ٢٠٠٥ خمس مذكرات

---

P. VINCK et al., *Living with Fear: A Population-Based Survey on Attitudes About Peace, Justice, and Social Reconstruction in Eastern Democratic Republic of Congo 15–18 (2008)*, available at:

[http://repositories.cdlib.org/cgi/](http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=hrc.25/1/2016)

[viewcontent.cgi?article=1002&context=hrc.25/1/2016](http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=hrc.25/1/2016).

(١) وهي حركة تمرد مسيحية مسلحة في شمال أوغندا تأسست عام ١٩٨٦، على يد "جوزيف كونيتز" الذي اعتقد في صحة ما روتته امرأة تدعى "اليس لاكينا"، خلال الثمانينيات من أن الروح المقدسة خاطبتها وأمرتها بالإطاحة بالحكومة الأوغندية لما تمارسه من ظلم وجور وإهمال في مناطق "شمال أوغندا"، لاسيما ضد قبائل "الأثنولي"، وبدأ هذا الجيش نشاطه في عام ١٩٨٨، ثم انتشر مقاتلوه في أطراف شمال شرق الكونغو، وأفريقيا الوسطى وجنوب السودان منذ عام ٢٠٠٥.

(٢) اختطف جيش الرب أكثر من ستين ألف طفل وشاب، ومن بين سكان شمال أوغندا تم اختطاف واحدة من كل ست نساء، وتعرضن إلى ظروف تشبه الرق، وتم استغلالهن جنسيًا. راجع:

*Children and truth commissions, the UNICEF Innocent Research Center in Cooperation with International Center for Transitional Justice 2011; Prosecutor v. Joseph Kony, Case No. ICC-02/04-01/05, Indictment, para. 5 (Sep. 27, 2005)*, available at: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc97185.pdf>.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

اعتقال بحق خمسة من قادة الجيش<sup>(١)</sup>، ولكن لم تتمكن أي جهة من اعتقالهم أو محاكمتهم، وكانوا يعلنون من وقت لآخر استعدادهم للتفاوض ووقف العنف في مقابل عدم ملاحقتهم، وفي عام ٢٠١٥ انشق عنهم "دومنيك أونجوين" البالغ من العمر ٣٤ عامًا، وسلم نفسه إلى مليشيات "السيليكا" التي تسيطر على مناطق جمهورية أفريقيا الوسطى، والتي نقلته إلى قوات خاصة أمريكية، ثم نُقل إلى لاهاي للمحاكمة، وكان "دومنيك" قد أُختطف وعمره ١٠ سنوات وتم تجنيده، وبمرور الزمن تولى قيادة أحد فصائل "جيش الرب"، واشتهر بجرائم القتل العشوائي، وفرض زواج مقاتليه من القاصرات، وخلال عام ٢٠٠٤ تم توثيق تمثيله بجثث ضحاياه وأكل لحومهم<sup>(٢)</sup>.

وفي عام ٢٠٠٧، أُجري استقصاء وطني لبيان مدى فاعلية المحكمة في تحقيق العدالة، وتبين أن ٧١% من المستقصى منهم يعتقدون أن المحكمة ساعدت على الحد من العنف، من خلال جلب "جيش الرب" للتفاوض على السلام، ولكنهم قرروا أن الاستمرار في المحاكمات قد يهدد عملية السلام، وينبغي اللجوء لآليات وطنية تركز على الصفح والمصالحة، وإعادة إدماج

---

(١) وهم "جوزيف كوني"، و"فينسنت أوتي"، و"أوكوت أودهيامبو"، و"راسكا لوكويا" - الذي قتل في ١٢ أغسطس ٢٠٠٦ وتم سحب مذكرة الاعتقال الصادرة بحقه - و"دومنيك أونجوين".

(٢)

P. PHAM et al., *When the War Ends: A Population-Based Survey on Attitudes about Peace, Justice, and Social Reconstruction in Northern Uganda* 5, 10–13 (2007), available at:

<http://www.ictj.org/images/content/8/8/884.pdf>. 25/2/2016.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

"جيش الرب" في المجتمع، بصورة تضمن عدم تكرار الانتهاكات مستقبلاً<sup>(١)</sup>. ونلاحظ أن تأخر المحكمة في البت في مسؤولية المتورطين في الانتهاكات في "أوغندا" قلل من فاعلية هدفها بشأن تحقيق العدالة، أو الردع، كما أظهرت الاستقصاءات المتتالية عدم تقبل مواطني "أوغندا" لآلية المساءلة كوسيلة لتحقيق العدالة، وفي نفس العام ٢٠٠٧، تم إجراء محادثات سلام بين طرفي النزاع في الدولة، وأثمرت توقيع اتفاقية لحل الأزمة وإنهاء الأعمال العدائية، وقد وقعها إلى جانب الطرفين الأوغنديين ممثلون عن حكومات تنزانيا وجنوب أفريقيا وكينيا وموزمبيق، وتضمنت الاتفاقية مقترحات وطنية لإنهاء العنف شملت المساءلة، وإنشاء لجنة لتقصي الحقائق، وبحث منح العفو، والمصالحة المجتمعية<sup>(٢)</sup>.

---

(١) وعلى سبيل المثال أبدى زعماء "الأشولي" "Acholi" تفضيلاً لتدابير المصالحة الوطنية، وأعلنوا أن لوائح الاتهام تهدد عملية السلام، كما شجعوا الحلول الوطنية غير العقابية والمعروفة بطقوس "ماتو أبوت" "Mato Oput" أو "الجزر المر" "bitter root". راجع:

A. K. GREENAWALT, *Complementarity in Crisis: Uganda, Alternative Justice, and the International Criminal Court*, Virginia Journal of International Law, Vol. 50, No. 107, 2009, PP. 110: 113.

(٢)

**Agreement on Accountability and Reconciliation Between the Government of the Republic of Uganda and the Lord's Resistance Army/Movement, June 29, 2007, available at <http://www.beyondjuba.org/BJP1/peace-agreements/Agreement-onAccountabilityAndReconciliation.pdf>**

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وبتقييم المساءلة عن طريق المحكمة الجنائية الدولية في الدول  
السالفة، كآلية لتحقيق العدالة والاستقرار عقب مرحلة النزاعات المسلحة،  
نجد أنه:

(أ) عدم قبول نهج المحكمة كآلية لتحقيق العدالة بوجه عام من جانب  
المواطنين، واعتباره بمثابة تدخل في شئونهم الوطنية، لا يدعم تحقيق الاستقرار  
أو السلام، وربما يرجع ذلك لعدم التوعية أو التعريف بعمل المحكمة في هذه  
الدول، لاسيما مع التاريخ الطويل من الاحتلال الغربي الذي مرت به معظم  
دول إفريقيا، مما أدى إلى تصور وجود تحيز دولي لمحاكمة الأفارقة فقط،  
وفرض العدالة عليهم وفقاً للمعايير الغربية، وأن استخدام المدعي العام لسلطته  
التقديرية في تحديد حالات الإدعاء انتقائياً<sup>(١)</sup>، وقد وصلت هذه التصورات إلى  
قاعة المحكمة، عندما أشار المحامي "جاك فيرجيس" في مرافعة له إلى عدم  
محاكمة قادة الدول الأوروبية على جرائم الإبادة الجماعية، بينما القادة الأفارقة  
هم دائماً في قفص اتهام المحكمة الجنائية الدولية، وربما كان من الممكن  
تلافي ذلك بوضع السياق الثقافي لهذه الدول وأعرافها السائدة في الاعتبار<sup>(٢)</sup>.

(١)

**R. MARQUAND**, *African Backlash against International Court Rises*,  
*Christian Science Monitor Global News Blog* (Oct. 6, 2009), available at:  
<http://www.csmonitor.com/World/Global-News/2009/1006/african-backlash-against-international-courts-rises>.

(٢)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

(ب) يشند الاحتياج لفهم طبيعة مجتمعات التحول السياسي، واختيار الآلية المناسبة للعدالة والتي تيسر انتقالها إلى الديمقراطية، وليس بالضرورة أن تكون المساواة هي الآلية المثلى، فقد يُفضل مجتمع ما المصالحة وإدماج الجناة في المجتمع، ويعتبر ذلك كافيًا لتحقيق العدالة وفقًا لأعرافه، هذا إضافة إلى أن المضي في المساواة دون تدعيمها وتكملها بآليات أخرى ربما يبتعد بها عن تحقيق الهدف المنشود منها، ومن ذلك ما أظهره قادة الميليشيات في "أوغندا" من إجماع عن التعاون فيما يتعلق بتحقيق السلام، أو تسليم الأطفال المحاربين، وتهديد القائمين على توثيق حالات تجنيد الأطفال لخوفهم من مواجهة مصير "لويانجا".

ثالثًا: رأينا الخاص في المحاكم الدولية عمومًا كآلية للعدالة

الانتقالية:

(١) في سياق تطبيق العدالة الانتقالية لا يمكن إنكار قيمة مخرجات القانون الجنائي الدولي، ومساهمة المحاكم الدولية التي تشكلت للمساهمة في استعادة سيادة القانون في بعض الدول، والانتقال السياسي السلمي، إلا أنها ربما لا تكون الآلية المثلى لذلك، لصعوبة تحقيق الردع، أو تقييم تحقّقه

---

HRW, *Courting History: the Landmark International Criminal Court's First Five Years*, 2008, PP. 127: 130, available at: [http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/icc0708\\_1.pdf](http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/icc0708_1.pdf), 22/12/2015.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

نظريًا وواقعيًا<sup>(١)</sup>، بل إن القانون الجنائي الدولي ربما لا يخدم الوظيفة الجزائية أو يحقق الردع بشكل مناسب في سياق العنف الجماعي، لأن فرض عقوبات على الجرائم الجماعية أمام المحاكم الدولية لا يكفي لمكافحتها على المستوى الوطني في كل الحالات، لوجود عقبات تعترض ذلك، مثل مدى تقبل هذه العقوبات عبر الثقافات المتباينة والمتنوعة، والتي ربما يدعم بعضها الجناة من منطلق القبلية أو العرقية<sup>(٢)</sup>، وكذلك عدم القدرة على مساءلة كل فرد تورط في العنف الجماعي، وأيضًا ارتباط العنف الجماعي بظروف متعددة منها النفسي، فمعظم الذين يقتربون هذه الجرائم قد يعانون من إضرابات نفسية، وربما لا يفكرون في أي عواقب قانونية قبل اقرار الفعل المؤثم، هذا إضافة إلى صعوبة تقييم الأثر الرادع للمحاكم الدولية سواء في الدول التي تمت المساءلة فيها أو في مناطق العالم الأخرى<sup>(٣)</sup>.

---

(١) وربما تكون القواعد الجنائية الوطنية أقدر على تحقيق هذا الردع، سواء في الجرائم الفردية التي تنتهك المعايير الاجتماعية، أو في جرائم العنف الجماعي.

**D. ROBINSON**, *the Identity Crisis of International Criminal Law*, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 21, 2008, P. 925; **D. S. KOLLER**, *the Faith of the International Criminal Lawyer*, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 40, 2008, PP. 1029:1032.

(٢)

**D. SLOANE**, *the Expressive Capacity of International Punishment: The Limits of the National Law Analogy and the Potential of International Criminal Law*, *Stanford Journal of International Law*, Vol. 43, 2007, PP 52: 57.

(٣)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

(٢) بالنسبة للإجراءات الأساسية للقانون الجنائي الدولي، ربما لا تكون ملائمة بشكل مطلق للتعامل مع الجرائم الجماعية التي تتم على المستوى الوطني، نظرًا لصعوبة إثبات الحقيقة، وتكثيف الوقائع باختلاف سردها وفهمها من جانب الضحايا والجناة، والشهود في بعض الأحوال، وصعوبة تقييم الضمانات الإجرائية الوطنية للمتهمين<sup>(١)</sup>، ولا يوفر هيكل القانون الجنائي الدولي بعض المرونة حيال ذلك، إضافة إلى أن بعض الدول قد تتورط في الانتهاكات الجماعية، كتلك التي حرضت على العنف، ولكن لا يُمكن مساءلتها أمام المحاكم الجنائية الدولية، وتكون المحصلة النهائية هي التشكيك في عمليات القانون الجنائي الدولي، وربما وجود ميل لعدم قبوله لتحقيق العدالة.

(٣) قد تُرفض آليات تنفيذ مخرجات القانون الجنائي الدولي، لاسيما في الحالات التي يشكل فيها الجناة نسبة كبيرة من السكان، أو عند تعمد بعض مؤسسات الدول تصوير الوقائع على خلاف الحقيقة، وهو ما يحد من قدرة هذا القانون على مكافحة الانتهاكات الجماعية<sup>(٢)</sup>، ومن الأمثلة على ذلك، أنه على

---

**T. R. TYLER**, *Procedural Justice, Legitimacy, and the Effective Rule of Law*, *Journal of International Crime & Justice*, Vol. 30, 2003, PP. 290: 302.

(١)

**J. I. TURNER**, *Defense Perspectives on Law and Politics in International Criminal Trials*, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 48, 2008, PP. 533: 538.

(٢)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



الرغم من التزام الدول الأعضاء في الأمم المتحدة بموجب الفصل السابع من الميثاق، على التعاون مع المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة، اضطلعت قوات حلف شمال الأطلسي بالقبض على المتهمين بارتكاب جرائم الحرب<sup>(١)</sup>، ووُجه الاتهام لرئيس وزراء كوسوفو "راموش هاراديناج" في مارس ٢٠٠٥، حاول مسئولو البعثة الدولية هناك إعاقة المحكمة بسبب تقييمهم لـ"هاراديناج" كشخص يمكنهم التعامل معه، وهو القائد السابق لجيش تحرير كوسوفو، والذي كان ضالغاً في عدة تعاملات مع الميليشيات، وفي يونيو ٢٠٠٦، خاطب رئيس ادعاء المحكمة "كارلا ديل بونتي" مجلس الأمن قائلاً: "عملي الآن يواجه صعوبات لم تقابلني في أي مكان آخر، منها قيام قيادة بعثة الأمم المتحدة بردع الشهود الذين يحاولون التحدث إلى محققي المحكمة فيما يخالف ما يريدون"<sup>(٢)</sup>.

#### (٤) لم تستطيع المحاكم الدولية التي تشكلت كآليات للعدالة

الانتقالية أن تتفاعل بقدر كاف مع السكان المحليين، بدءاً من استبعادهم في عملية تصميم وإنشاء المحكمة، واستبعاد الخبراء القانونيين المحليين من

---

J. N. CLARK, *the Limits of Retributive Justice: Findings of an Empirical Study in Bosnia and Hercegovina*, *Journal of International Crime & Justice*, Vol. 49, 2009, PP. 465: 470.

(١) ومنهم الرئيس البوسني "رادوفان كاراديتش"، والقائد العسكري للجيش وقتها "راتكو ملاديتش".

(٢)

*Statement by Tribunal's Prosecutor Carla Del Ponte to the Security Council 7 June 2006, UN ICTY Press Release, www.un.org/icty/pressreal/2006/p1085e-annex.htm. 11/12/2015.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وظائفها، وكذلك الفشل في التكيف مع السياق الثقافي والسلطات الأخلاقية المحلية، وعدم التوعية الكافية لهؤلاء السكان، مما أدى إلى نقص المعرفة بالمحاكم، وظهور تصورات للتحيز السياسي، أو مظنة استخدامها لصالح طوائف سياسية معينة.

(٥) أحد الأركان المهمة في تحقيق العدالة عقب النزاعات المسلحة يتعلق بالمساءلة عن الجرائم والانتهاكات التي يرتكبها الأطفال المقاتلين في النزاعات المسلحة، والتي تتصف بأنها تفوق انتهاكات الكبار وحشيةً وترويعاً، كالتمثيل بجثث المدنيين وأكل أجزاء منها، وإعدام جنود أطفال آخرين لغرض التسلية، وغيرها من الانتهاكات التي تُظهر عدم إدراكهم لمعاني الرحمة والإنسانية التي بطبيعتها تُتَمَّى مع تقدم العمر، إضافة إلى عدم علمهم أي شيء عن أعراف وقواعد النزاعات المسلحة حتى يراعوه<sup>(١)</sup>، وبالرغم من ذلك لا يوجد استعداد لدى المجتمع الدولي لتقديم هؤلاء الأطفال إلى المحاكمة، على اعتبار أنهم غير ناضجين بالفطرة، وأنهم يتعرضون للاختطاف والتجنيد القسري، ويلاقون معاملة وحشية من الميليشيات، وقد أكدت الأمم المتحدة على ذلك باعتبار أن هؤلاء الأطفال وفي المقام الأول يجب أن يُعاملوا كضحايا، ولا

(١)

*The Girl Child and Armed Conflict: Recognizing and Addressing Grave Violations of Girls' Human Rights, UN Doc EGM/DVGC/2006/EP.12 (September 25–28, 2006); A. T. DANSO, Africa's Young Soldiers: the Co-Option of Childhood, 2003, accessed February 14, 2014.*

<http://www.issafrica.org/uploads/Mono82.pdf>. 2/3/2016.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ينبغي اعتقالهم أو محاكمتهم، بحكم سنهم والطبيعة الجبرية لارتباطهم بالأعمال العدائية، وبالفعل لم يُقدم للمحاكم الجنائية الدولية أي شخص دون ١٨ عامًا وقت ارتكابه للجريمة<sup>(١)</sup>، وهنا نجد أن المحاكم الدولية ربما لا تحقق الردع أو القصاص لمجموعة من الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي التي تُرتكب من قبل هذه الفئة العمرية.

## المطلب الثاني

### المحاكم الوطنية

تظل المساءلة أمام المحاكم الوطنية، كآلية للعدالة الانتقالية مألوفة ومفضلة لدى كثير من مواطني الدول التي تمر بمرحلة تحول سياسي<sup>(٢)</sup>، وذلك

---

(١) بالرغم من أن القانون الدولي لا يمنع مقاضاة الأطفال، ولا تمنع اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل (*UNCRC*) ملاحقتهم، إلا أنها تفرض في مادتها رقم (٤٠) إطارًا قانونيًا صارمًا بشأن محاكمتهم، وفي سياق مماثل، تمدنا قواعد "بكين" بمجموعة قواعد تنطبق في حالة محاكمة الأحداث الجانحين، ووفقًا للمادة رقم (٣) من (*UNCRC*)، والمادة رقم (١٧/د) من قواعد بكين لا بد من تقدير حالة الطفل لدى نظر قضيبته"، والحرص على مراعاة مصلحة الطفل الفضلى، وذلك بالرغم من كون بعض الأطفال وفي بعض الحالات مميزين، وعلى إدراك تام ووعي بأفعالهم، وفي هذه الحالات ولغرض تحقيق الردع يمكن تصميم نظام مساءلة خصيصًا لمثل هؤلاء لأطفال، الذين لهم القدرة على الاختيار "بعقلانية" بين ارتكاب الجريمة أم لا. راجع:

**United Nations Special Representative of the Secretary-General for Children and Armed Conflict, Children and Justice during and in the Aftermath of Armed Conflict, Working Paper No. 3, September 2011, P. 27;**  
**A. J. PARK, Other In humane Acts: Forced Marriage, Girl Soldiers and the Special Court for Sierra Leone, Social and Legal Studies Journal, Vol. 15, No. 3, 2006, P. 330.**

(٢)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

بالرغم من أن الجرائم والانتهاكات ذات الصلة بهذه الفترة من حياة المجتمعات قد تصطبغ بصبغة سياسية، ربما تضعف من أدلة الإدانة أو تجعلها غير كافية، مع تأثر بعض جوانب العملية باتجاهات الرأي العام إلا أن هذا النوع من المساءلة يلقي قبولاً لدى المواطنين، ومن الأمثلة التطبيقية لهذه الآلية نورد ما يلي.

### أولاً: جمهورية مصر العربية:

في بداية عام ٢٠١١، تغيرت بعض الأنظمة السياسية في دول الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، نتيجة احتجاجات على انتهاك حقوق الإنسان، واستبداد بعض الرؤساء بالسلطات، وبدأت هذه الحالات بتونس، ثم مصر، وليبيا، واليمن، ودول أخرى لم يتغير فيها النظام السياسي بعد الاحتجاجات كسوريا والبحرين والمغرب، وكان من بين نتائج ذلك بلورة بعض آليات للعدالة الانتقالية، وإحالة بعض رؤساء دول أخرى إلى المحكمة الجنائية الدولية، وإصدار بعضهم لعفو عن نفسه كما فعل الرئيس اليمني السابق "صالح" قبل تنحيه<sup>(١)</sup>. وقد التزمت دول كتونس، ومصر، والبحرين بمواصلة العدالة الانتقالية بعد التحولات السياسية فيهما، فصاغت تونس دستوراً جديداً، ودرست فساد

---

F. AOLAIN, M. HAMILTON, *Gender and the Rule of Law in Transitional Societies*, *Minnesota Journal of International Law*, Vol. 18, 2009, PP. 390-391.

(١)

E. C. PERISH, J. SHOOK, E. W. BRAHM, *Transitional Justice in the Wake of the Arab Spring*, P. R., P. 1.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الماضي والانتهاكات التي وقعت خلال الاحتجاجات، من خلال لجنة لتقصي الحقائق، واستخدمت آلية المحاكمات الوطنية لمعاقبة المتورطين في الانتهاكات، وفي مصر تم الشروع في إجراءات العدالة الانتقالية، من خلال محاكمة الرئيس السابق "مبارك" وكبار مسؤولي نظامه<sup>(١)</sup>.

وفي مصر بدأت الأحداث عند خروج عدد كبير من المواطنين يوم ٢٥ يناير ٢٠١١، للمطالبة بالعدالة الاجتماعية، وإطلاق الحريات، وتحسين الأوضاع الاقتصادية، ووصلوا إلى ميدان التحرير بالقاهرة، بالرغم من محاولات قوات الأمن لتفريقهم واعتصموا فيه، ثم بدأت الاحتجاجات تنتشر في جميع أنحاء مصر، وفي ١٢ فبراير من نفس العام تنحى الرئيس المصري عن السلطة وسلمها للمجلس الأعلى للقوات المسلحة، وشهدت هذه الفترة جدلاً واسعاً حول مدي نجاحها أو إخفاقها كثورة طالبت بحقوق اقتصادية واجتماعية وهامش من الحريات.

وفي ١٣ أبريل ٢٠١١، أمر النائب العام المصري باحتجاز الرئيس السابق "مبارك"، للتحقيق معه في تهمة تتعلق بالفساد وإساءة استخدام السلطة، منها التورط في أعمال عنف أو تحريض على قتل المتظاهرين في الميادين، وقضايا الاستيلاء على أراضي الدولة، وإهدار المال العام، وتصدير الغاز إلى

(١)

K. J. FISHER, R. STEWART, *Transitional Justice and the Arab Spring*, Routledge, London, 2015, PP. 195: 198.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

إسرائيل بسعر لا يتفق والأسعار العالمية، فضلاً عن قضايا التريح، وغسل الأموال، وقضايا قطع الاتصالات أثناء الثورة، كما خضع نجليه "جمال"، و"علاء" للتحقيق بتهم مماثلة، وأُعتقل أيضاً عدد من مسؤولي نظامه، ومنهم وزير الداخلية بتهم أبرزها الأمر بإطلاق النار على المتظاهرين، وبدأت المحاكمة في أغسطس ٢٠١١، أمام القضاء العادي ووفقاً للقوانين العادية<sup>(١)</sup>.

وقد حُكم في بعض هذه القضايا بالإدانة، ثم رُدت من محكمة النقض لإعادة المحاكمة، وصدرت أحكام بالبراءة في معظمها، ولا يمكن القول بأن هذه المحاكمات قد حققت تقدماً بشأن المطالب التي أعلنها جانب من الشعب خلال ثورة يناير، وبالتالي لم تحقق أي إضافة كآلية للعدالة الانتقالية، وخلال هذه الفترة ثار جانب كبير من الشعب المصري على نظام الحكم الممثل لتيار الإسلام السياسي، وذلك في الثلاثين من يونيو ٢٠١٣، مما لدى لتأجيل تطبيق العدالة الانتقالية وكثير من برامجها في مصر، لاسيما إلى ما بعد استكمال خارطة الطريق، وإجراء انتخابات برلمانية وفقاً لنص المادة (٢٤١) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤.

(١)

K. J. FISHER, R. STEWART, *Transitional Justice and the Arab Spring*, P. R., PP. 210: 219.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

## ثانيًا: رواندا:

نشبت الحرب الأهلية في "رواندا" في أواخر الثمانينيات بين قبائل "التوتسي"، و"الهوتو"<sup>(١)</sup>، وأرتكبت خلالها انتهاكات جسيمة للقانون الدولي، لاسيما جرائم الإبادة الجماعية التي أسفرت عن مقتل ما يقرب من مليون شخص، وفي نهاية عام ١٩٩٦ شرعت الحكومة الرواندية في وضع إجراءات لمحاكمة المتورطين في الإبادة الجماعية، ويرجع هذا التأخير في المساءلة إلى فقد الدولة لكثير من العاملين في القضاء، وتدمير المحاكم والسجون، وبحلول عام ٢٠٠٠، كانت السلطات قد اعتقلت ما يقرب من ١٢٠٠٠٠ ألف مشتبه به في هذه الجرائم، أي حوالي ٢% من سكان الدولة، ولم يكن لمؤسسات العدالة طاقة لاستيعاب هذا العدد من المتهمين<sup>(٢)</sup>، وفي عام ٢٠٠١ وبعد سلسلة من المشاورات بين الحكومة الرواندية والجهات الفاعلة في المجتمع، قررت الحكومة منح صفة رسمية للمجالس العرفية الوطنية "جاكاكا" "gacaca"، واعتمادها كآلية مساءلة للعدالة الانتقالية، ومنحها ولاية تشمل الجرائم ذات الصلة بعمليات الإبادة الجماعية، مع الإبقاء على طريقة عملها

---

(١) ينقسم سكان رواندا إلى ثلاث فئات عرقية، "الهوتو" ويمثلون ما يقرب من ٨٥% من السكان، و"التوتسي" ويمثلون حوالي ١٤%، وقبائل "التوا" التي تمثل ١% من مجموع السكان.

(٢)

T. LONGMAN, *Justice at the Grassroots? Gacaca Trials in Rwanda*, Rowman & Littlefield, 2015, PP. 33: 40.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

المستندة إلى التسوية وفقاً للتقاليد المحلية وتركيزها على المصالحة الاجتماعية<sup>(١)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنه قبل اعتمادها كألية للعدالة الانتقالية، مثلت "جاكاكا" نظاماً عرفياً وغير رسمي لتسوية المنازعات المدنية المتعلقة بموضوعات كالملكية، والميراث، والإصابات الشخصية، ومشاكل العلاقات الزوجية، والخلافات بين العائلات، أو الجيران<sup>(٢)</sup>، وكانت تمارس عملها بطريقة أقرب إلى الوساطة منها للتقاضي، أو تجمع بين بعض السمات القضائية والتوفيق، وتستخدم إجراءات مستمدة من الأعراف الوطنية، تبدأ باجتماع أطراف النزاع في وجود الشهود، وبعض القيادات المحلية، لاقتراح حلول للنزاع المطروح، وعندما يتم الاتفاق على أحدها يلتزم الأطراف بتنفيذه، أما إذا لم يلق أي اقتراح قبولاً لديهم، فيمكنهم حينئذ اللجوء إلى محكمة قضائية رسمية، وقد فرضت "جاكاكا" عقوبات وصلت للسجن لثلاثين عاماً<sup>(٣)</sup>، واعتبرت من أبرز

(١) تجدر الإشارة إلى أن القانون الرواندي ينظم العقاب على جرائم الإبادة الجماعية، وقد أتمت محاكم "جاكاكا" بموجب القانون رقم ٢٠٠٠/٤٠، والذي صدر في ٢٦/١/٢٠٠١، باختصاصاتها وتنظيم نيابتها العامة عن جرائم الإبادة الجماعية أو الجرائم ضد الإنسانية المرتكبة بين أول أكتوبر من عام ١٩٩٠، ٣١ ديسمبر من عام ١٩٩٤. راجع:

[23/12/2015.http://www.inkiko-gacaca.gov.rw/pdf/Law.pdf](http://www.inkiko-gacaca.gov.rw/pdf/Law.pdf).

(٢)

**U. A. KAREKEZI, A. NSHIMIYIMANA, B. MUTAMBA**, *Localizing Justice: Gacaca Courts in Post-Genocide Rwanda, in My Neighbor, My Enemy: Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge University Press, 2004, PP. 69: 73.

(٣)



الأمثلة لآليات المساءلة الوطنية عن جرائم العنف الجماعي، في مراحل التحول السياسي، مع اعتمادها على الأعراف والتقاليد الوطنية لاسيما أسلوب الوساطة.

ووفقاً لدراسة استقصائية أجريت في فبراير ٢٠٠٢، وأظهرت أنه قبل أن تُعتمد محاكم "جاكاكا" رسمياً كآلية للعدالة الانتقالية، كان ما يزيد عن ٨٠% من السكان ينظرون بإيجابية تجاه عملها، ومع بدء اعتمادها لهذا الغرض قلَّ الاهتمام بمتابعة أعمالها، وقل حرص الشهود على التواجد فيها، وأرجع البعض هذا جزئياً لياس معظم الروانديين من تحسن أحوالهم المعيشية بسبب هذه المحاكمات، وتركيزهم على السعي لتلبية احتياجاتهم المعيشية في مجتمع تم تدمير مصادر الرزق فيه، ولم يعد لدى هؤلاء المواطنين وقتاً لحضور مثل هذه الجلسات، علاوة على الروايات المتناقلة من الأسى الذي أصاب الضحايا في المحكمة نتيجة رؤية الجناة وهم يعترفون بجرائمهم دون ندم<sup>(١)</sup>، وهو ما دعا الرئيس الرواندي "بول كاجامي"، للتعليق على ذلك بقوله: لا أحد سوف يشعر أنه سعيد مع نظام التسوية في "مجلس الحكماء"، سواء

---

C. L. MON, *Rwanda's Troubled Gacaca Courts, Human Rights Brief, Vol. 14, Issue 2, 2007; P. 16*; T. LONGMAN, *Justice at the Grassroots? P. R., P. 42.*

(١)

L. WALDORF, *Like Jews Waiting for Jesus: Posthumous Justice in Post-Genocide Rwanda*, In: R. SHAW, L. WALDORF, P. HAZAN, *Localizing Transitional Justice: Interventions and Priorities After Mass Violence*, Stanford, C. A., Stanford University Press, 2010, PP. 186.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الضحايا أم الجناة، ولكن هذه الإجراءات تعطي "رواندا" شيئاً تبني عليه مستقبلها<sup>(١)</sup>.

وحرى بالذكر أن محكمة "جاكاسا" كآلية وطنية لتطبيق العدالة الانتقالية، قد واجهت انتقادات تتعلق بأنها تخدم السلطة السياسية القائمة، مع قلة خبرة قضائها، والقصور في معايير النزاهة والاستقلال المتعارف عليها في المحاكم، لاسيما النظام الإجرائي اللازم لحفظ حقوق المتهمين والجناة، وتطرقت هذه الانتقادات لتحدث عن فساد القضاة، وترهيب الشهود<sup>(٢)</sup>، وبالرغم من ذلك فقد مثلت مرحلة مهمة لاتخاذ إجراءات مساءلة وعقاب لعدد كبير من الجناة، وتخفيف الاحتقان المجتمعي السائد، وتأهيل المواطنين للسلم المجتمعي والتصالح.

### ثالثاً: كولومبيا:

منذ ستينيات القرن العشرين، عانت "كولومبيا" من نزاع مسلح بين القوات الحكومية، والجماعات المسلحة اليسارية، والقوات شبه العسكرية اليمينية، وتصاعدت حدة النزاع في فترة التسعينيات، ونتج عن هذا النزاع

(١)

P. GOUREVITCH, *the Life after: Fifteen Years after the Genocide in Rwanda, the Reconciliation Defies Expectations, the New Yorker, May 4, 2009, PP. 37: 42.*

(٢)

T. LONGMAN, *Justice at the Grassroots? P. R., PP. 53: 56.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ملايين من القتلى والمشردين والمصابين، وتردت الأوضاع الاقتصادية في الدولة، ودفع الوضع الأمني الهش في الدولة، إلى تقديم الحكومة لتنازلات بشأن عملية المساءلة القضائية لمرتكبي الجرائم الجسيمة خلال هذه الحرب، فسنت السلطة التشريعية قانون العدالة والسلام رقم (٩٧٥) في يوليو ٢٠٠٥، والخاص بالملاحقة القضائية عن جرائم فترة الحرب، بحيث يتم الحكم على من اقترف جرائم جسيمة من المقاتلين السابقين عقوبات مخففة بالسجن لمدة من ٥ : ٨ سنوات، مع مكنة الإفراج المشروط، وإعادة الإدماج في المجتمع، في مقابل نزع سلاحهم واعترافهم بالجرم والتوبة، ودفع تعويضات للضحايا، والتعاون مع السلطات<sup>(١)</sup>.

وقد حققت الدولة بعض الاستقرار في السنوات الثلاث التي بدأ فيها تنفيذ هذا القانون، كما اعترفت القوات شبه العسكرية بأكثر من ٢٧٠٩ جريمة، وأشارت إلى ٨١٩٦ أخرى، وأثمر ذلك الكشف عن ١٣٢٨ مقبرة جماعية تضم حوالي ١٦٩٨ جثة، تم التعرف على ٥٣٨ منها وتسلمتهم عائلاتهم، وبوجه عام حققت عملية المساءلة نوعاً من الرضا، إلا أن بعض الضحايا ظل ساخطاً من العقوبات المخففة جداً والتي لا ترقى لجسامة الجرائم المرتكبة لهم أو لذويهم، كما قرر بعضهم أن الدولة ضحت بالعدالة والقصاص لهم في

(١)

**S. JARAMILLO, Y. GIHA, P. TORRES, *Disarmament, Demobilization and Reintegration Amidst Conflict, Country Cases, New York, International Center for Transitional Justice, 2009, available at:***  
<http://www.ictj.org/en/research/projects/ddr/index.html>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

مقابل السلام السياسي مع الميليشيات، ولكن القدر المتيقن أن هذه الفترة مرت بسلام وحققت الدولة نوعًا من الاستقرار، وتفاقت استمرار العنف<sup>(١)</sup>.

### رابعًا: العراق:

في عام ٢٠٠٥، أعلنت الحكومة العراقية بدء محاكمات رئيسها السابق "صدام حسين"، ورموز نظامه في ١٩ أكتوبر من نفس العام، وذلك في المحكمة الجنائية العراقية العليا<sup>(٢)</sup>، لتحقيق الردع العام والانتصاف للضحايا عن الانتهاكات التي صاحبت فترة حكمه، كجرائم الإبادة الجماعية، وجرائم الحرب، والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم ترسيخ العرقية والطائفية، لاسيما الإجراءات التي اتخذها في بلدة "الديجيل" عام ١٩٨٢، بعد تعرض موكبه لمحاولة اغتيال فاشلة، وكان النظام الأساسي للمحكمة، والقواعد الإجرائية مشابهة لقواعد

(١)

*Organization of American States, Mission to Support the Peace Process in Colombia, Twelfth Quarterly Report of the Secretary General to the Permanent Council on the Mission to Support the Peace Process in Colombia, February 9, 2009, PP. 2:3, available at: [www.mappoea.org/sites/default/files/images/twelfthquarterlyreport%20mapp.pdf](http://www.mappoea.org/sites/default/files/images/twelfthquarterlyreport%20mapp.pdf). 25/11/2015.*

(٢) وكانت تسمى المحكمة الجنائية العراقية، وتشمل ولايتها الجرائم التي ارتكبتها عراقيون أو مقيمون في العراق، أو خارجها خلال الفترة من ١٧/٧/١٩٦٨، وحتى ١/٥/٢٠٠٣، وقد استمر اختصاص المحكمة ساريًا حتى صدور القانون رقم (٧) أو (١٠) لسنة ٢٠٠٥ الذي أقرته الجمعية الوطنية استنادًا إلى أحكام المادة (٣٣) من قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية، والمصدق عليه من قبل مجلس الرئاسة، لتتشكل محكمة جديدة باسم "المحكمة الجنائية العراقية العليا".

*Report of International Center for Transitional Justice, Creation and the first Trails of the Supreme Iraqi Criminal tribunals, October 2005.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

المحكمة الخاصة بسيراليون. وواجه عمل المحكمة تخوفات أبرزها سيطرة الحكومة الأمريكية، وسعي بعض الطوائف السياسية للتدخل في عملها، ومدى قدرتها على النظر في جرائم دولية مع قلة خبرة قضاتها في ذلك، إضافة إلى تدهور الحالة الأمنية، وتطلب ذلك وضع إستراتيجية إعلامية مصاحبة لعمل المحكمة، أتاحت للشعب العراقي تفهم طبيعة عملها، ومنحها الدعم المطلوب<sup>(١)</sup>.

وفي الخامس من نوفمبر عام ٢٠٠٦، أصدرت المحكمة قرارها بالإعدام شنقاً على صدام حسين، و"برزان إبراهيم" مدير جهاز المخابرات في عهده، و"عواد حمد البندر" رئيس محكمة الثورة الملغاة، كما حُكم على "طه ياسين" بالسجن مدى الحياة، وحُكم على "علي دايع"، و"عبد الله كاظم" و"مزهر عبد الله" بالسجن ١٥ عاماً، كما بُرئ "محمد عزاوي" لعدم كفاية الأدلة، إلا أن هذه الأحكام لم تعبر بالعرق إلى الديمقراطية أو تحقق السلم المجتمعي، واستمرت النزاعات المسلحة الطائفية والعرقية، واستمر التدخل الخارجي، لاسيما أن هذه المحكمة اهتمت بمحاكمة النظام السابق، ولم تتعرض لإنصاف آلاف الضحايا الذين حُكم عليها بموجب إجراءات تعسفية، أو أمام محاكم استثنائية، أو هيئات تفتقر إلى ضمانات المحاكمة العادلة، وذلك نتيجة لانتماءاتهم أو توجهاتهم السياسية، وكان يمكن لها أن تحقق نوعاً من الاستقرار

(١)

K. J. FISHER, R. STEWART, *Transitional Justice and the Arab Spring*, P. R., PP. 160: 166.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

المجتمعي، إذا تم تصميم آليات قانونية مكملة للنظر في هذه الأحكام، خاصةً في حالة فوات مواعيد الطعن المقررة قانوناً لها، وهذه هي فلسفة العدالة الانتقالية التي تتكامل وسائلها لتحقيق الإنصاف والعدالة، لا التمسك بتطبيق أحد الآليات بصورة جامدة ربما لا تحقق الأهداف المرجوة من هذه الآلية<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثالث

## المحاكم المختلطة أو المهجّنة

يُقص بالمحاكم المختلطة أو المهجّنة: تشكيل دوائر قضائية مؤقتة داخل الدولة، تضم قضاة دوليين ووطنيين، يعملون معاً للمساءلة عن أعمال عنف أو انتهاكات واسعة النطاق وقعت في فترة معينة، ويصدرون الأحكام بموجب قواعد القانون الجنائي الوطني، والقوانين الدولية السارية ذات الصلة، ومن أبرز المحاكم المختلطة التي شكلت كآلية للعدالة الانتقالية، محكمة سيراليون، وتيمور الشرقية، وكوسوفو، والدوائر الاستثنائية في كمبوديا، والدائرة الخاصة في البوسنة والهرسك، ونوضح بعض هذه الأمثلة كما يلي:

أولاً: المحكمة المختلطة لسيراليون:

(١)

K. J. FISHER, R. STEWART, *Transitional Justice and the Arab Spring*, P. R., P. 167; M. S. WILLIAMS, R. NAGY, J. ELSTER, *Transitional Justice*, NYU Press, 2012, P. 63.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

بدأت الحرب الأهلية في سيراليون عام ١٩٩١، واستمرت حتى عام ٢٠٠٢، وشهدت وقوع جرائم منهجية واسعة النطاق من أطراف النزاع<sup>(١)</sup>، وخلفت دمارًا اقتصاديًا وتخريبًا للبنية التحتية للدولة، وإلى جانب تصنيف "سيراليون" كواحدة من أفقر دول العالم<sup>(٢)</sup>، فقد هوت بعد هذا النزاع إلى قاع مؤشر التنمية البشرية للأمم المتحدة، الذي يقيس متوسط العمر المتوقع، ونسبة التعليم، ومستوى المعيشية<sup>(٣)</sup>، وقد سعت حكومة سيراليون لتحسين أوضاع البلاد، وبدأت بألية المساءلة عن الانتهاكات التي وقعت خلال فترة الحرب،

---

(١) وعلى سبيل المثال قُتل (٥٠٠٠٠) مواطن، وتم تهجير عدد مماثل، وانتشرت جرائم الإبادة الجماعية، والنفي، والاحتجاز، والتعذيب والاعتصاب، والاستغلال والعنف الجنسيين، والإجبار على ممارسة الدعارة، وتمت ممارسة العنف والاعتداء على الأطفال بشكل روتيني، وخُطف أكثر من عشرة آلاف طفل لاستغلالهم في أعمال القتال، أيضًا تفشّت عمليات نهب الميليشيات لمؤسسات الدولة بشكل منهجي، وتخريب الفصائل المتحاربة لقدر كبير من البنية التحتية للبلاد لاسيما في العاصمة "فريتاون".

**Children and the Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission, Recommendations of policies and procedures, Natalie Man and Peart Theuermann, the United Nations Children's Fund UNICEF, June 2001.**

(٢)

**UN Development Programme (UNDP), Sierra Leone Human Development Report 2007: Empowering Local Government for Sustainable Development and Poverty Reduction, 2007, available at: [http://www.3adi.org/tl\\_files/3ADIDocuments/Country%20information/Sierra%20Leone/Human\\_development\\_report\\_SierraLeone\\_2007\\_en.pdf](http://www.3adi.org/tl_files/3ADIDocuments/Country%20information/Sierra%20Leone/Human_development_report_SierraLeone_2007_en.pdf), 6. 29/1/2016.**

(٣)

**UN Development Programme (UNDP), Sierra Leone: as Seen through Economic and Social Indicators, 2009, available at: [http://www.sl.undp.org/1\\_doc/indicators\\_sl.pdf](http://www.sl.undp.org/1_doc/indicators_sl.pdf), 2-3.**

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

فطلب الرئيس "أحمد تيجان" في عام ٢٠٠٠ مساعدة الأمم المتحدة لإنشاء محكمة "دولية وطنية" تحقق العدالة عن هذه الفترة<sup>(١)</sup>.

وقد وافقت الأمم المتحدة، وأرسلت بعثة خاصة إلى سيراليون لجمع معلومات تفيد في تصميم نظام أساسي للمحكمة المقترحة<sup>(٢)</sup>، ثم رفعت البعثة تقريراً إلى الأمين العام للمنظمة، والذي بدأ التفاوض داخل مجلس الأمن لتفعيل هذه المحكمة، وتلي ذلك سبعة عشر شهراً من المفاوضات بين الأمم المتحدة وحكومة سيراليون، وفي ١٦ يناير ٢٠٠٢، وقعت الأمم المتحدة وسيراليون اتفاق إنشاء المحكمة الخاصة لسيراليون<sup>(٣)</sup>، كأول محكمة مختلطة "دولية

---

(١) لاسيما جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية التي اقترفها مقاتلو الجبهة المتحدة الثورية بحق المدنيين، وكذلك أخذهم لرهائن من قوات حفظ السلام الدولية.

*UN Secretary-General, Seventh Report of the Secretary-General on the United Nations Observer Mission in Sierra Leone, UN Doc. S/1999/836, July 30, 1999, para. 7.*

(٢) وتشاورت هذه البعثة مع الحكومة ومنظمات حقوق الإنسان، وسلطات الضبط القضائي، والشرطة، وأعضاء من نقابة المحامين، وممثلين للجبهة المتحدة الثورية وقوات الدفاع المدني، والزعماء المحليين، حول مخطط هيكل المحكمة وعملها.

*UN Security Council, Resolution 1315, UN Doc. S/RES/1315 (2000), August 14, 2000; UN Security Council, Letter Dated 6 March 2002 from the Secretary-General Addressed to the President of the Security Council—Annex: Report of the Planning Mission on the Establishment of the Special Court for Sierra Leone UN Doc. S/2002/246, March 8, 2002, Para. 5.*

(٣)

*UN Secretary-General, Report of the Secretary-General on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, UN Doc. S/2000/915, October 4, 2000, Paras. 29–31, 71; Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, January 16, 2002, available at: [مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية](http://www-sc-</a></i></p></div><div data-bbox=)*

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



وطنية<sup>(١)</sup>، بتقدير أن هذا الهيكل المختلط من القضاة الدوليين والوطنيين كان ضرورة من شأنها زيادة مصداقية المحكمة وطنياً، وتيسير إمكانية الوصول إليها، وتنمية قدرة القضاء الوطني، الذي افتقر للموارد، والخبرة في مجال القانون الجنائي الدولي بصورة تعيقه عن تنفيذ هذه المسألة من تلقاء نفسه<sup>(٢)</sup>.

وكانت المحكمة تطبق قواعد القانون الدولي، وقانون سيراليون، وتختص بمحاكمة الأشخاص الذين يتحملون القسط الأكبر من المسؤولية عن الانتهاكات الجسيمة للقانون الإنساني الدولي، وقانون سيراليون، والتي وقعت على إقليم الدولة أثناء الحرب الأهلية، بدايةً من ٣٠ نوفمبر ١٩٩٦، وذلك على الرغم من بداية النزاع في عام ١٩٩١، وبما يعني عدم إمكان النظر في

---

*sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=CLk1rMQtCHg%3D&tabid=176.*  
15/2/2016.

(١) وتجدر الإشارة إلى أنه وفقاً للمادتين (٦، ٧) من الاتفاق المنشئ للمحكمة فإن تمويلها لا يعتمد على قبل الأمم المتحدة، وإنما تدعمها بعض الدول المانحة الأخرى، التي تضم "كندا"، "ليسوتو"، "هولندا"، "نيجيريا"، "سيراليون"، و"المملكة المتحدة"، و"الولايات المتحدة"، وبعض هيئات الأمم المتحدة.

**Special Court Agreement, 2002 (Ratification) Act, CXXXIII Sierra Leone Gazette Supplement No. 22, available at <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=BcKTbFltxZk%3d&tabid=176>.** 21/5/2015

(٢) وكان لحكومة سيراليون سلطة تعيين ثلث قضاة المحكمة إضافة إلى عدد من موظفيها، وتشكلت المحكمة من قاعة محاكمة وقاعة استئناف مع وجود (٨) إلى (١١) قاضياً مستقلاً، بالإضافة إلى المدعى العام والموظفين الوطنيين والدوليين، وخولت سلطة إصدار عقوبات كالسجن والغرامة ومصادرة الممتلكات والأرصدة والأموال التي تم اكتسابها بطرق غير شرعية، أو من خلال أعمال إجرامية. راجع:

*UN Security Council, Letter from the President of Sierra Leone; Geoffrey Robertson (president of the Special Court), Foreword to Special Court for Sierra Leone, First Annual Report of the President of the Special Court for Sierra Leone: For the Period 2 December 2002–1 December 2003.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الوقائع التي جرت قبل هذا التاريخ أو بعده ولكنها وقعت خارج إقليم سيراليون، حتى لو تعلقت بانتهاكات لها صلة بالنزاع، كما تم تحديد ولاية زمنية للمحكمة وهي ثلاث سنوات بغرض تحقيق العدالة الناجزة<sup>(١)</sup>، وكان الأمين العام للأمم المتحدة قد اقترح إنشاء دائرة "للأحداث" داخل المحكمة إلا أن مجلس الأمن رفض الاقتراح، ونلاحظ صياغة اختصاص المحكمة بمقاضاة الذين يتحملون "القسط الأكبر من المسؤولية"، وهو ما يُخرج من ولاية المحكمة أي جندي طفل باعتباره لا يمكن أن يندرج ضمن هذه الفئة، وتم تأييد هذا الفهم من قبل المدعي العام الأول للمحكمة الذي أصدر بياناً مفاده أنه لن يحاكم أي جندي طفل سابق<sup>(٢)</sup>.

وقبل البدء في عمل المحكمة أو إصدار أي لوائح اتهام، وبغرض شرح هدفها وولايتها، والإجابة على التساؤلات، نُظمت جهود للتوعية بعمل المحكمة في مكتب المدعي العام لها، بواسطة ثلاثة موظفين، وخلال سبتمبر ٢٠٠٢، تولى مكتب المدعي العام تنظيم سلسلة لقاءات مفتوحة في جميع أنحاء البلاد،

(١)

*UN Security Council, Letter Dated 12 January 2001 from the Secretary-General Addressed to the President of the Security Council, UN Doc. S/2001/40, January 12, 2001, Para. 12.*

(٢)

**D. CRANE, Prosecuting Children in Times of Conflict: The West African Experience, Human Rights Brief, Vol. 15, No. 3, 2008, P. 15.**

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

أجراها رئيس النيابة "ديفيد كرين"، منها ما تم في قاعة المناسبات الرئيسية بالعاصمة، ثم انتقلت لتتعد في أربعة عشر منطقة في سيراليون<sup>(١)</sup>.

ومنذ تأسيسها في عام ٢٠٠٠، أصدرت المحكمة ثلاث عشرة لائحة اتهم قادة الجبهة المتحدة الثورية في سيراليون، والمجلس الثوري، فضلاً عن رئيس ليبيريا السابق "تشارلز تايلور"، ومثل عشرة منهم أمام المحكمة محبوساً، بينما توفي اثنين منهما، وهما، "وسام بوكاري"، و"فودي سنكوح" قبل المحاكمة، وتمكن المتهم الثالث عشر "جونى بول كوروما" من الهروب ولم يمثل أمام المحكمة<sup>(٢)</sup>، وصدرت أحكام نهائية في كل هذه الحالات، ونخص بالذكر حالة "تشارلز تايلور" كأول إدانة لرئيس دولة سابق في محكمة دولية بعد محكمة "تورميرج"، الذي بدأت وقائع محاكمته في يونيو ٢٠٠٧، بعد القبض عليه في مارس ٢٠٠٦، وبسبب مخاوف أمنية على الدولة، تم نقله إلى لاهاي لإجراء المحاكمة هناك، والتي انتهت في أبريل عام ٢٠١٢، وأدين "تايلور" بجميع التهم الموجهة إليه وهي "إحدى عشرة تهمة"، بما في ذلك المساعدة، والتحريض، والتخطيط لارتكاب جرائم حرب، وجرائم ضد الإنسانية، وتجنيد الأطفال للقتال، وحُكم عليه بالسجن لمدة خمسين عاماً<sup>(٣)</sup>.

---

(١) كما نظم مواطنون سيراليونيون اجتماعات مع الزعماء التقليديين والدينيين المحليين، وطلبوا منهم المشاركة في برامج التوعية، لأن وجودهم يزيد من المشاركة العامة والثقة في عمل المحكمة.  
(٢) تم دمج تسعة من الحالات في ثلاث محاكمات على أساس انتماء المتهم، وعقدت المحكمة محاكمة واحدة لقادة الجبهة الثورية المتحدة، والثانية لقادة المجلس الثوري، والمحاكمة الثالثة لقادة قوات الدفاع المدني.

(٣)

وفيما يتعلق بتقييم عمل المحكمة فقد بدأت في إطار تنظيمي جيد واتسمت بنزاهة الإجراءات، إلا أن جهود التوعية بشأنها لم تكن فاعلة أو مؤثرة على الإطلاق، ويمكن وصفها بأنها كانت من قبيل إثبات الحالة لا أكثر، فانفصلت المحكمة إلى حد كبير عن الواقع، وأطلق عليها غالبية مواطني "سيراليون" "ظاهرة سفينة الفضاء"، "Spaceship phenomenon"، لأنهم نظروا إليها باعتبارها دخيلة على المجتمع ولا تحترم تقاليده، ولم يقبل الكثيرون عملها أو يكثرثوا له، ومن الأمثلة الشهيرة على ذلك أن أحد أنواع السحر الموجود في سيراليون ويُطلق عليه "جوجو"، يستخدم بشكل يومي معتاد لحل النزاعات، أو قضاء الحوائج، أو عند الشروع في أي أعمال مهمة، وعندما أثير أمر الاعتماد على هذا السحر من جانب دفاع أحد المتهمين، سخر الادعاء من ذلك بشدة، واصفاً إياه بالجهل والتخلف، ولما وجد استهجاناً وامتعاضاً من الحاضرين، تراجع عن وصفه السابق، وأضاف أن هذا توجه وطني ولكنه غير ملزم للمحكمة، إلا أن مثل هذه الممارسات أدت لتفسير المجتمع من المحكمة<sup>(١)</sup>.

وفي استطلاع للرأي أجري عام ٢٠٠٧ بشأن المحكمة، أظهر ٩٦% من المشاركين فيه، معرفتهم بوجود المحكمة، بينما بين ٩٣% "من النسبة

---

*Special Court for Sierra Leone, Sentencing Judgment, Prosecutor v. Charles Taylor (SCSL-03- 01-T), Trial Chamber II, May 30, 2012.*

(١)

*Trust and Search for Common Ground, Building a Better Tomorrow: A Survey of Knowledge and Attitudes toward Transitional Justice in Sierra Leone, 2008, PP. 19:20.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

السابقة" أنهم لا يعرفون سوى القليل عن عملها، ولا يهتمون بذلك لتصورهم السلبي بشأنها، من حيث شعورهم بكونها دخيلة ومنفصلة عن المجتمع، وعدم وجود دور لهم فيها، وخيبة أملهم من عدم استخدامهم كموظفين إداريين فيها، كما عبر بعضهم عن سخطهم من محاكمة عدد قليل ممن يُعتقد أنهم ضالعين في اقتراح انتهاكات، مع طول مدة المحاكمات<sup>(١)</sup>.

وربما تعزى النتائج والانطباعات السالفة النتائج لحد كبير إلى عدم نجاح المحكمة في التوعية بعملها، في مقابل تغطية إعلامية ضخمة ضدها، وصل إلى حد التركيز على أن المحاكمات غير عادلة، وأنه يوجد سوء معاملة للمتهمين، إضافة إلى أنه من وجهة نظر وطنية فإن بعض المتهمين من قوات الدفاع المدني، أو قوات الشرطة، يعتبرون أبطال ويستحقون الاحترام بهم، لا توجيه الاتهام<sup>(٢)</sup>. بينما أرجع جانب فقهي آخر ما سبق للانخفاض الشديد في نسبة الإلمام بالقراءة والكتابة في سيراليون، مما أثر أدى لعدم إمكانية الوصول إلى المعلومات الخاصة بالمحكمة، وهذه النسبة المرتفعة لعدم المعرفة بالمحكمة تضع صحة نتائج مثل هذه الاستطلاعات على المحك<sup>(٣)</sup>. وعلق

(١)

K. AINLEY, R. FRIEDMAN, C. MAHONY, *Evaluating Transitional Justice: Accountability and Peacebuilding in Post-Conflict Sierra Leone*, Palgrave Macmillan, New York, 2015, PP. 224: 231.

(٢)

A. L. HINTON, *Transitional Justice: Global Mechanisms and Local Realities after Genocide and Mass Violence*, Rutgers University Press, 2010, P. 210.

(٣)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

جانب فقهي ثالث على ذلك بأنه نتج عن تسمية المحكمة بالخاصة بناءً على ولايتها، وتم فهمه على نحو خاطئ، حيث امتناع المواطنين عن التعامل معها، ووصل الأمر بالبعض بوصفها أنها تخص تحقيق مصلحة ذوي البشارة البيضاء، وأنهم بعيدة عنهم وليست لهم<sup>(١)</sup>.

هذا إضافة إلى أن ضحايا الانتهاكات كانوا أكثر انشغالاً بتلبية احتياجاتهم الأساسية من السكن والغذاء وفرص العمل والتعليم والصحة، وعبروا عن استيائهم من أن المتهمين أمام المحكمة يتوفر لهم الغذاء والمأوى والأمن في السجون، وتُخصص لهم نفقات باهظة من موازنة المحكمة، بينما هم يكافحون للحصول على حد الكفاف في الحياة، كما أعلن عدد من المحامين في الدولة أنهم كانوا يفضلون لو أن الأموال التي أنفقت على المحكمة، قد وُجّهت لإعادة بناء النظام القانوني الوطني<sup>(٢)</sup>.

---

R. KERR, J. LINCOLN, *War Crimes Research Grp., King's Coll. Dep't of War Studies, The Special Court for Sierra Leone: Outreach, Legacy and Impact, Final Report 15 (2008), available at: <http://www.kcl.ac.uk/content/1/c6/04/95/60/SCSLOutreachLegacyandImpactFinalReport.pdf>. 22/1/2016.*

(١)

K. AINLEY, R. FRIEDMAN, C. MAHONY, *Evaluating Transitional Justice, P. R., P. 249.*

(٢) وبوجه عام حققت سيراليون بعض التحسن في إنشاء مؤسسات ديمقراطية، ومن ذلك إجراء انتخابات برلمانية ورئاسية في عام ٢٠٠٧ بصورة دعمت التغيير السلمي للسلطة، والانتقال إلى الديمقراطية. راجع:

UN Development Programme (UNDP), *Sierra Leone: as Seen through Economic and Social Indicators, P. R., P. 4.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

## ثانيًا: المحكمة المختاطة لتييمور الشرقية:

أعطى سقوط النظام العسكري للجنرال "سوهارتو" في "إندونيسيا" عام ١٩٩٨، فرصة للمجتمع الدولي للضغط بشأن حق "تييمور الشرقية" في تقرير مصيرها<sup>(١)</sup>، وفي ٣٠ أغسطس من عام ١٩٩٩، وبرعاية الأمم المتحدة أُجري استفتاء للسكان على استقلال "تييمور الشرقية" أو اندماجها مع إندونيسيا، ووافق ٧٨,٥% من السكان على الاستقلال، في تحد لأعمال التهيب من جانب القوات الإندونيسية وميليشيا تيمور المسلحة، التي هدفت للضغط على السكان للتصويت لصالح التبعية لإندونيسيا<sup>(٢)</sup>، ولاقى إعلان هذه النتيجة في أوائل

(١) تاريخيًا كانت جزيرة تيمور مقسمة بخضوع نصفها الغربي لسيطرة هولندا، والشرقي للبرتغال، وفي عام ١٩٤٥، استطاعت حركات المقاومة الوطنية نيل الاستقلال، وولدت دولة إندونيسيا محل هذا النصف الغربي، وبالنسبة للجزء الشرقي، فقد ترتب على ما عُرف بـ "ثورة القرنفل" "*Carnation Revolution*" في "الشبونة" عام ١٩٧٤، إلى صدور قرار من حكومة البرتغال بالانسحاب من جميع المستعمرات، فحصلت "تييمور الشرقية" على استقلالها، وشرعت في تكوين حكومة، ولكن حدث انقسام بين المواطنين، فمنهم من أراد الاستقلال، ومنهم من فضل الاندماج مع إندونيسيا، واندلعت حرب أهلية قصيرة انتصر فيها حزب "فريتيلين"، وأعلن في ٢٨ نوفمبر ١٩٧٥ الاستقلال تحت اسم جمهورية "تييمور ليشتي"، ثم نظرت بعض الدول كالولايات المتحدة، وأستراليا، إلى سيطرة هذا الحزب اليساري على "تييمور" كتهديد، نظرًا للموقع الاستراتيجي للدولة، وكونها تدرج بكميات هائلة من موارد الغاز الطبيعي والنفت، وفي ٦ ديسمبر ١٩٧٥، التقى الرئيس الأمريكي "فورد" مع الجنرال "سوهارتو" رئيس "إندونيسيا"، وأبلغه عدم اعتراض الولايات المتحدة الأمريكية على ضم هذا الجزء لإندونيسيا، وفي ١٠ ديسمبر ١٩٧٥، حركت إندونيسيا قوة عسكرية لغزو "تييمور الشرقية" وبالفعل احتلتها ولمدة (٢٤) عامًا، تورطت خلالها قواتها في انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان، منها قتل ما يزيد عن مائة ألف شخص من إجمالي السكان الذي بلغوا حينها (٧٠٠٠٠٠) بذريعة الحفاظ على الأمن، لاسيما مع تواصل أعمال حركات المقاومة التي كانت قد قاتلت سلفًا لحصول تيمور على الحق في تقرير مصيرها. راجع:

U. A. RASIK, *a Brief History of East Timor, East Timor Human Development Report, Dili: UNDP, 2002, PP. 70:72.*

(٢)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

سبتمبر ١٩٩٩، ردود فعل دموية من قبل قوات الأمن والميليشيات التي قتلت ما يقدر بنحو (١٢٠٠ : ١٥٠٠) شخصاً، وأحرقت آلاف المنازل، وشردت ما يزيد عن (٥٥٠٠٠٠) شخص، خلال شهر واحد فقط هي فترة انسحابهم عبر الحدود إلى اندونيسيا<sup>(١)</sup>.

وخلال نفس العام ١٩٩٩، نشرت الأمم المتحدة قواتها لحفظ السلام، وأنشأ مجلس الأمن إدارة انتقالية في تيمور الشرقية، لتسيير جميع جوانب الحكم في الدولة، بما في ذلك إقامة العدل، وإعداد البلاد لمرحلة الانتقال إلى الاستقلال<sup>(٢)</sup>، مع تشكيل دائرة قضائية داخل محكمة مقاطعة "ديلي" في تيمور الشرقية، بوصفها محكمة مختلطة تتشكل من قضاة دوليين ووطنيين، تختص بالفصل في جرائم العنف والانتهاكات التي ارتكبت خلال عام ١٩٩٩<sup>(٣)</sup>.

---

**R. TANTER, G. V. KLINKEN, B. DESMOND**, *Masters of Terror: Indonesia's Military and Violence in East Timor*, Lanham, MD: Rowman and Littlefield Publishers, 2006, PP. 26: 28.

(١)

**U.N.**, *East Timor-UNTAET Background*, available at: <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/etimor/UntaetB.htm.26/2/2016>.

(٢) وقد تم إعادة ٨٥ ألف لاجئ من إجمالي (٢٥٠٠٠) تم تهجيرهم قسراً من تيمور الغربية، خلال أعمال العنف عام ١٩٩٩. راجع: قرار مجلس الأمن رقم ١٢٧٢، وثيقة (S/RES/1972) (1999), October 25, 1999. راجع كذلك:

**C. DOLAN, J. LARGE, N. OBI**, *Evaluation of UNHCR's Repatriation and Reintegration Programme in East Timor, 1999-2003*, EPAU/2004/02, February 2004, P. 1 and 88.

(٣) تنظيم الإدارة الانتقالية رقم ١٥/٢٠٠٠، بإنشاء دوائر للفصل في الجرائم الجسيمة خلال عام ١٩٩٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



وارتفع سقف الطموحات فيما يتعلق بتحقيق المحكمة للعدالة والاستقرار، إلا أن مجمل عملها لم يكن على مستوى توقعات السكان المحليين، حيث ركزت على المساواة عن الجرائم البسيطة، ولم يمتد نطاقها لمحاكمة مرتكبي الجرائم قبل عام ١٩٩٩، ولم تتخذ إجراءات تساعد في العثور على المفقودين والمختفين، إضافة إلى أن بعض الذين نجوا من الانتهاكات الجسيمة كانوا يتقون أكثر في تسوية آثار هذه الانتهاكات وفقاً لآليات وطنية خالصة تتضمن حصولهم على تعويضات مناسبة، ولم تتفادى المحكمة النقد المتعلق بتغليبها للاعتبارات السياسية على اعتبارات العدالة، فيما يتعلق بإتاحة الفرصة للسلطة السياسية لتحسين العلاقات مع "إندونيسيا"، واستدل بعض المواطنون على ذلك بأنه بعد مرور عام فقط على المطالبة بمحاكمة متهمين إندونيسيين، ومنهم الجنرال "ويرانتو"، التقى معه "جوسماو" رئيس "تيمور" علناً، مما وثق عدم تأييد هذا الأخير أو دعمه لمحاكمة المسؤولين الإندونيسيين، وقد بدا من الصعب لآلية المحكمة أن تتغلب على هذه العقبات السياسية<sup>(١)</sup>.

---

**M. HIRST, H. VARNEY**, *Justice Abandoned? An Assessment of the Serious Crimes Process in East Timor*, ICTJ Occasional Paper Series, International Center for Transitional Justice, New York, June 2005.

(١)

**C. REIGER, M. WIERDA**, *International Center for Transitional Justice, the Serious Crimes Process in Timor-Leste: In Retrospect 13 (2006)*, available

at: <http://www.ictj.org/static/Prosecutions/Timor.study.pdf.13/11/2015>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ولعل الأخطر من ذلك، أن المحكمة لم تضع في الاعتبار بعض السياقات والأعراف المحلية، التي كانت مراعاتها في يمكن أن تحقق الرضا العام أو الاستقرار المجتمعي، منها أن معظم المواطنين في "تيمور الشرقية"، كانوا يحترمون سلطة الزعماء التقليديين، ويعتقدون أنهم قدموا أداءً جيدًا، وأن أي تسوية تحقق العدل والاستقرار ينبغي أن تتوافق مع ثقافة وأعراف التيموريين، المتعلقة بأن الضحية هي من تقرر كيفية القصاص، وعلى سبيل المثال وفيما يتعلق بفكرة مساءلة ومعاقبة الجناة، قُدم اقتراح يتلخص في إعلام المجتمع بمرتكبي الجرائم لاسيما أسرهم، مع الحكم بتعويض مناسب وصل في بعض الآراء إلى حد قليل جدًا يتمثل في إقامة ولائم لأسر الضحايا، وبعد ذلك يمكن قبول الجاني مرة أخرى في المجتمع، وفيما يتعلق بالمصالحة، قُدمت اقتراحات بإتمامها بعد تشغيل المتهمين المدانين في زراعة المحاصيل الغذائية للضحايا، أو إعادة بناء المنازل المحترقة، وهي أمور اعتبرها بعض الضحايا مرضية جدًا، بدلاً من تسكين هؤلاء الجناة وإطعامهم في السجون<sup>(١)</sup>.

(١)

M. HIRST, H. VARNEY, *International Center for Transitional Justice, Justice Abandoned? An Assessment of the Serious Crimes Process in East Timor* 25–26 (2005), available at: <http://www.ictj.org/images/content/1/2/121.pdf>. 22/10/2015.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

## ثالثاً: المحكمة المختلطة لكوسوفو:

في عام ٢٠٠٠، أصدرت بعثة الأمم المتحدة للإدارة المؤقتة في كوسوفو لائحة رقم (٦٤) بإنشاء بعثة خبراء "شبه قضائية"، وذلك كرد فعل لما أثاره "صرب كوسوفو" بتحيز وعدم استقلال محاكمات جرائم الحرب التي ارتكبتها جيش تحرير "كوسوفو"، وبموجب اللائحة تم تشكيل دائرة من قضاة دوليين ووطنيين للنظر في هذه الجرائم، وبالفعل نظرت أكثر من عشرين قضية، بناءً إما على طلب من المدعي العام، أو محامي الدفاع، أو إدارة "الشئون القضائية" التابعة للبعثة<sup>(١)</sup>.

وعلى غرار محكمة "تيمور الشرقية"، أنتقدت البعثة فيما يتعلق بالعشوائية في أداء عملها، وافتقارها إلى أبسط قواعد التنظيم القضائي، لاسيما في طريقة اختيار القضايا، وتحديد مواعيد نظرها، وجدية القضاة في التعامل أثناء الجلسات، مما أعطى انطباعاً لدى المواطنين بأنها تعمل لتحقيق أهداف سياسية، ومما رسّخ لهذا التصور لدى المجتمع، انفصال المحكمة عن الأعراف والتقاليد السائدة، وتجاهلها تعيين مواطنين في الوظائف المعاونة<sup>(٢)</sup>،

(١) U.N. Interim Admin, *Mission in Kosovo, Regulation No. 2000/64 on Assignment of International Judges/Prosecutors and/or Change of Venue*, U.N. Doc. UNMIK/REG/2000/64 (Dec. 15, 2000), available at: <http://www.unmikonline.org/regulations/2000/reg64-00.htm>. 27/9/2015.

(٢) E. A. BAYLIS, *Parallel Courts in Post-Conflict Kosovo*, *Yale Journal of International Law*, Vol. 32, No. 1, 2007, PP. 1: 3.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

علاوة على وقوعها في خطأ جسيم، يتجسد في بدء عملها بتطبيق القوانين الجنائية الصربية، التي كانت سارية في جمهورية يوغوسلافيا السابقة، الأمر الذي اعتبره المواطنون الألبان من كوسوفو فرضاً لقانون العدو، وعارضوه بقوة وسخط، وبالرغم من التنبه لهذا الخطأ وتفاديه لاحقاً، إلا أن استياء المواطنين ظل حاضراً ولم يهدأ<sup>(١)</sup>.

والأخطر مما سبق أن البعثة واجهت طعناً في مشروعيتها، تمثل في غموض وعدم تحديد القواعد التي استندت إليها اللائحة رقم (٦٤) لإنشاء البعثة، وعدم النص على ولايتها واختصاصها تفصيلاً، وقد فشلت البعثة في توضيح القواعد المذكورة، أو تحديد ولايتها واختصاصها، وذلك سواء للمواطنين أم للقضاة الوطنيين، أم للسياسيين، وكان من نتائج ذلك، رفض الطائفة الألبانية للبعثة وما صدر عنها من قرارات، وكذلك رفض القضاة المحليين لها، كما قررت المحكمة العليا لكوسوفو مخاطبة منظمة الأمم المتحدة لإحاطتها بأن اللائحة رقم (٦٤) تمثل انتهاكاً للقانون الدولي<sup>(٢)</sup>.

(١)

U.S. Dep't of State, *Kosovo Judicial Assessment Mission Report 6-7* (2000), available at [http://pdf.usaid.gov/pdf\\_docs/PCAAB112.pdf](http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PCAAB112.pdf).  
19/11/2015.

(٢)

D. MARSHALL, S. INGLIS, *the Disempowerment of Human Rights-Based Justice in the United Nations Mission in Kosovo*, *Harvard Law School Human Rights Journal*, Vol. 16, Issue 95, 2003, P. 130.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وقد قرر جانب فقهي أن فشل محكمة "كوسوفو" لا يثير الدهشة، لأن عملها تأثر بالانطباع السائد في المجتمع بشأن انتهاكات وجرائم أعضاء جيش تحرير كوسوفو، الذين نظر إليهم كثير من الألبان كأبطال قاموا بتنفيذ "حرب عادلة"، وهو ما أظهره استقصاء بشأن فاعلية المحكمة كآلية للعدالة الانتقالية أجري عام ٢٠٠٧ على عينة من سكان "كوسوفو"، حيث نفي ٧٨% من ألبان كوسوفو أن أعضاء عرقهم كانوا مسؤولين عن جرائم الحرب، ولم يكن لدي ٥٠% من هؤلاء الألبان أي معرفة باللائحة (٦٤) نتيجة عدم التوعية بها، ونظر السكان المحليين إليها باعتبارها غير محايدة، ولم تقاضى كل الجناة من الصرب، وأصدرت أحكامًا مخففة علي من حوكموا، في حين أنها أدانت المتهمين الألبان بعقوبات مغالطة، وامتدت هذه التصورات إلى بعض رجال القضاء الألبان، الذين أظهروا غضبهم وامتعاضهم عندما أعيدت المحاكمات، وصدرت أحكام بالبراءة على كثير من الصرب في جرائم الإبادة الجماعية وجرائم الحرب<sup>(١)</sup>. وبالتالي لم تنل البعثة رضاءً شعبيًا في "كوسوفو"، وربما

(١)  
**T. PERRIELLO, M. WIERDA**, *International Center for Transitional Justice, Lessons from the Deployment of International Judges and Prosecutors in Kosovo* 31 (2006), <http://www.ictj.org/static/Prosecutions/Kosovo.study.pdf.12/2/2016>; **U. N. Development Programme**, *Public Perceptions on Transitional Justice* 16 (2007), **available at:** [http://www.kosovo.undp.org/repository/docs/transitional\\_justice\\_eng.pdf.12/2/2016](http://www.kosovo.undp.org/repository/docs/transitional_justice_eng.pdf.12/2/2016).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

كانت الأمور لتتغير لو تم التمهيد لعملها والتوعية به، ومراعاتها للأعراف المحلية.

رابعًا: الدوائر الاستثنائية المختلطة في كمبوديا:

أنشئت في عام ٢٠٠٣ دوائر قضائية استثنائية مختلطة داخل بعض محاكم كمبوديا، باتفاق بين الحكومة الكمبودية والأمم المتحدة<sup>(١)</sup>، بغرض تحقيق العدالة في الجرائم الجسيمة التي ارتكبتها نظام "الخمير الحمر" خلال الفترة من عام ١٩٧٥، وحتى عام ١٩٧٩، وخلفت قتلى قُدر عددهم بنحو مليون وسبعمائة ألف مواطن، وبدأت هذه الدوائر في ممارسة عملها القضائي عام ٢٠٠٦، وكانت التصورات الأولية عنها إيجابية، حيث جمعت - نظريًا - بين الخبرة الدولية والشرعية الوطنية<sup>(٢)</sup>.

---

(١) اتفاق الأمم المتحدة وحكومة كمبوديا بشأن المقاضاة بموجب القانون الكمبودي، قانون إنشاء الدوائر الاستثنائية في محاكم كمبوديا، رقم (NS/RKM/1004/006)، متاح على: *Law as amended 27 Oct 2004* [http://www.cambodia.gov.kh/krt/pdfs/KR\\_Eng.pdf](http://www.cambodia.gov.kh/krt/pdfs/KR_Eng.pdf). 6/3/2016; **Letters dated Mar. 15, 1999 from the U.N. Secretary-General concerning the Group of Experts for Cambodia established pursuant to resolution 52/135 (1997) addressed to the President of the General Assembly and the President of the Security Council, Para. 35, U.N. Docs. A/53/850, S/1999/231.**

(٢) **Developments at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia: March 2010, 11-12 (2010), available at:** [http://www.soros.org/initiatives/justice/focus/international\\_justice/articles\\_publications/publications/cambodia-20100324/cambodia-court-20100324.pdf](http://www.soros.org/initiatives/justice/focus/international_justice/articles_publications/publications/cambodia-20100324/cambodia-court-20100324.pdf). 6/12/2015.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وفي عام ٢٠٠٨، بعد عامين من ممارسة عملها، واجهت هذه الدوائر انتقادات من المواطنين، والنخب السياسية تتعلق بعدم قدرتها على تحقيق العدالة والاستقرار المجتمعي<sup>(١)</sup>، وتبين ذلك من خلال الاستقصاء الذي أُجري في نفس العام بشأن عملها، وأظهر أن ٥١% من أفراد العينة رأوا أنها عجزت عن تحقيق سيادة القانون، نظرًا لبساطة وضعف العقوبات التي صدرت على الجناة من "الخمير الحمر"، وأن تصميمها جاء وفقًا للنمط الغربي، الذي كان من الصعب على السكان ذوي الثقافة البسيطة فهمه لاسيما هيكلها وإجراءاتها، كما اتضح أن ٤٩% من المستقصى منهم لا يعلمون شيئًا عن هذه الدوائر، وأنه بفرض وجودها فهم لا يرون أنها مناسبة للتعامل مع جرائم "الخمير الحمر" وأن هناك أعراف مجتمعية بخلاف المساءلة كان يجب على المحكمة مراعاتها<sup>(٢)</sup>.

كما اصطلمت المحكمة بالمعتقدات الدينية الكمبودية، حيث قرر

٩٤% ممن شملهم الاستطلاع أنهم "بوذيين"، ويعني ذلك أن تقبل العدالة

(١)

W. B. WHITE, *Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justice*, *Harvard International Law Journal*, Vol. 49, Issue 53, 2008, PP. 66:67.

(٢)

P. PHAM et al., *Human Rights Center University of California, Berkeley, So We Will Never Forget: A Population-Based Survey on Attitudes About Social Reconstruction and the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia 9–11 (2009)*, available at: <http://hrc.berkeley.edu/pdfs/So-We-Will-Never-Forget.pdf>. 12/1/2016.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

يكون بناءً على موافقتها لتعاليم البوذية باعتبارها هي مصدر العدالة، لا الإجراءات التي تعمل من خلالها المحكمة، وتعني العدالة في هذه التعاليم، السعي إلى التوفيق بين المتعادين، وتصحيح العلاقة بين الفرد وما يُطلق عليه "الداما" "Dhamma"، أو القانون الكوني للوجود "Cosmic Law of Existence"، بحيث يتم إيقاظ ضمير الجاني وإعادة تعليمه وتأهيله، بعد اعترافه بجرائمه واستعداده لتحمل ما قد ينشأ عنها من مسؤولية، وتحمله لأي آثار لهذه المسؤولية، وبخلاف ذلك، فإن الأرواح التي أزهقت سواء كانت لضحايا أو جناة تم إعدامهم تأخذ شكلاً مادياً، وتجوب الأرض غير راضية، ولاعنة للمجتمع الذي لم يطبق "الداما" حتى يحل عليه الخراب<sup>(١)</sup>.

ومن ثم فقد نظر الكمبوديون لهذه الدوائر على أنها مخالفة لمعتقداتهم، ولا تحقق العدالة أو تكشف الحقيقة، مع تفضيلهم لحل النزاعات وتحقيق الاستقرار وفقاً للتعاليم الدينية، وبوساطة السلطة المعنوية لرهبان البوذية، التي تحظى بمصداقية وتقديس في نفوسهم، واعتادوا عليها في تحقيق العدالة<sup>(٢)</sup>. ولعل إخفاق الدوائر الاستثنائية في كمبوديا فيما يتعلق بوضع هذا

(١)

V. H. KHEMACARO, *Buddha's Teachings and a Tribunal for the Khmer Rouge*, 13 *On the Record*, Aug. 1, 2000, available at: <http://www.advocacynet.org/resource/421.25/2/2016>; M. HIRST, H. VARNEY, *International Center for Transitional Justice*, P. R., PP. 81: 85.

(٢)

T. URS, *Imagining Locally-Motivated Accountability for Mass Atrocities: Voices from Cambodia*, *International Journal on Human Rights*, Vol. 7, 2007, PP. 61: 67.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



المُعتقد في الاعتبار، قد أعطى مساحة لبعض الطوائف السياسية الكمبودية لمحاولة استغلال عمل المحكمة كميزة سياسية، بدايةً من التشكيك في عدالتها وحيادها ونزاهتها، وانتهاءً بأنها وُجدت لفرض النفوذ الدولي داخل "كمبوديا"، ورغم الجهود التي بذلت لمعالجة هذه المثالب، كان من الصعب إنعاش مصداقية المحكمة مرة أخرى<sup>(١)</sup>.

ومما سبق يمكننا تبين أن هذه المحاكم المختلطة لم تحقق النجاح المرجو منها، لسببين:

**الأول:** الاعتماد عليها وحدها لتحقيق العدالة، وعدم وجود أي آليات مكملة أو داعمة لعملها، بحيث تُشعر المواطنين بتحسين الحياة المجتمعية أو حتى البدء في تحقيق نوع من الاستقرار الذي يقود لبداية الرفاهية الاقتصادية، لاسيما وأن الأحوال المعيشية العسيرة جعلت كثير من مواطني الدول التي أنشأت فيها هذه المحاكم يحجمون عن الاكتراث بعملها في مقابل احتياجاتهم الشديد للسعي لسد حاجاتهم، وضيق موارد الرزق، وبالتالي لم تنعكس الأحكام التي صدرت في بعض الدول على حياة المواطنين، كما لم تساهم في دفع مسير التحول الديمقراطي. أما السبب الثاني فيتجسد في إغفال معيار مراعاة السياقات والأعراف والمعتقدات المجتمعية المختلفة، والاعتماد في تصميم هذه

(١)

**International Center for Transitional Justice, Cambodia: Submission to the Universal Periodic Review of the U.N. Human Rights Council, 6th Session, Nov. 30 Dec. 11, 2009, PP. 2:3.**

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

المحاكم على النوع المُعد سلفًا باعتبارِه يناسب كل الحالات، دون النظر في دراسة كل مجتمع بامعان واختيار الآليات التي تناسبه في تحقيق العدالة به في مراحل تحوله.

## المبحث الثاني

### اللجان الوطنية المستقلة لحقوق الإنسان أو "لجان تقصي الحقيقة"

#### كآلية للعدالة الانتقالية

يدعم الكشف عن حقيقة الجرائم، والإعلان عن هوية الجناة استعادة كرامة الضحايا، ويساعد على إعادة تأهيلهم وترصيتهم معنوياً، كما يكمل استجلاء الحقيقة عمل المحاكم من حيث إمدادها بالأدلة، مما يدعم منع الإفلات من العقاب، وإنجاز القصاص للضحايا، أيضاً للحقيقة فائدة قُصوى في معرفة كيفية التخطيط للجرائم، ووسائل ارتكابها وأسبابها، بما يمنع تكرارها مستقبلاً، ومن هذا المنطلق دعمت منظمة الأمم المتحدة إنشاء اللجان الوطنية المستقلة لحقوق الإنسان<sup>(١)</sup>، كإستراتيجية لاستجلاء معالم الفترات التي شابها انتهاكات إنسانية، والتي على أساس معالجتها يتم بناء العدالة الوطنية، وضمان شفافيتها وواقعيتها<sup>(٢)</sup>. وقد أُطلق على هذه اللجان مسميات عدة مثل:

(١) تجدر الإشارة إلى أن الحق في معرفة الحقيقة قد نشأ بموجب اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩، وتعلق وقتها بالمعلومات ذات الصلة بالأشخاص المفقودين خلال النزاعات المسلحة الدولية والداخلية، وتم تطوير هذا الحق من خلال الفقه، وكذلك سوابق لجنة الدول الأمريكية لحقوق الإنسان، وعمل المنظمات الحكومية الدولية، كرد فعل لمشكلة الاختفاء القسري.

**UN General Assembly, the annual report on strengthening of the United Nations activities in the area of the rule of law and coordination - Report of the Secretary-General of the 2009.**

(٢)

**UNCHR, Promotion and Protection of Human Rights, Study on the Right to Truth (8 February 2006) UN Doc E/CN.4/2006/91, Paras: 8, 39, 57, 58, 60.**

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

لجان تقصي الحقائق "مصر"، هيئة الإنصاف والمصالحة "المغرب"، و"اللجنة الوطنية المعنية بالمختفين "الأرجنتين"، و"اللجنة الوطنية للحقيقة والمصالحة "شيلي"، و"لجنة المصالحة الوطنية "غانا"، و"لجنة التوضيح التاريخي "جواتيمالا"، و"لجنة الاستقبال والحقيقة والمصالحة "تيمور الشرقية"، و"لجنة الحقيقة والمصالحة "بيرو"، و"سيراليون"، و"جنوب إفريقيا"<sup>(١)</sup>، ونوالي دراستها على النحو التالي:

## المطلب الأول

### ماهية لجان تقصي الحقيقة

تعد هذه اللجان هي الآلية الأكثر قبولاً وشيوعاً بين آليات العدالة الانتقالية، حتى أنه من الصعب استحضار مثال للتحول السياسي أو حالة ما بعد نزاع منذ بداية التسعينيات، تم فيها التغاضي عن فكرة إنشاء لجنة لتقصي الحقائق، وقد بدأت فكرة إنشاء أول لجنة للحقيقة في الأرجنتين، على الرغم من أن الأكثر شهرة دولياً هي لجنة الحقيقة والمصالحة في جنوب أفريقيا<sup>(٢)</sup>.

أولاً: تعريفها:

(١) منظمة الأمم المتحدة، مجلس الأمن، وثيقة (S/2004/616)، المرجع السابق، ص ١٥.

(٢)

M. FREEMAN, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, P. R., P. 25.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

تُعرف "لجان الحقيقة" بأنها كيانات وطنية رسمية مستقلة، غير قضائية، ومؤقتة تُنشأ بموجب قانون، للتحقيق وتقصي حقيقة وجود انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان، يُعتقد أنها وقعت في فترة محددة، مع إعطائها صلاحيات وسلطات تدعم كشف الحقيقة واستجلائها، وبعد انتهاء عملها تنتشر هذه اللجان تقريرًا نهائيًا بما توصلت إليه، وما تتقدم به من اقتراحات وتوصيات للإصلاح ومنع تكرار الانتهاكات أو الفساد مستقبلاً<sup>(١)</sup>.

وعُرفت أيضًا بأنها أجهزة مؤسسية مستقلة تختص بالبحث عن حقيقة الانتهاكات وإعلانها في الفترات التي تسبق التحول السياسي، بما يسهم في تخفيف الاحتقان السياسي، وييسر المساءلة القضائية من خلال توفير أدلة لتحريك الدعاوى القضائية، وبيان مدى تواطؤ جهات رسمية في المخالفات، وتنشئ سجلات لتوثيق حقيقة الانتهاكات وأساليب وأنماط العنف، لتجنب أسبابها مستقبلاً، وتتيح الفرصة للضحايا للتحدث عما أصابهم، وتقدر التعويض الواجب لهم، وتورد مقترحات لإصلاح مؤسسات الدولة، كما تصحح الوقائع والمفاهيم الخاطئة، ونقل من كم المغالطات التي ربما تنتشر في الرأي العام<sup>(٢)</sup>.

(١)

, *Unspeakable Truths*, P. R., P. 26. **P. B. HAYNER**

(٢)

**L. WALDORF**, *Mass Justice for Mass Atrocity: Rethinking Local Justice as Transitional Justice*, *Temple Law Review*, Vol. 79, No. 1, 2006, P. 6.

وكذلك هي إستراتيجية تكميلية لدعم استعادة سيادة القانون، ومكافحة الإفلات من العقاب، وحماية الفئات الضعيفة، في معظم الدول التي تمر بتحولات سياسية، من خلال توفير الأدلة والشهادات الموثقة التي تمثل أساساً لملاحقات قضائية قوية، كما أنها توصي بإجراء إصلاحات مؤسسية، واقتراح أشكال جديدة للمصالحة المجتمعية، وإجراءات احترازية أو عقابية، أو التعريف بهوية الجناة بغرض العقوبة المعنوية، وتتيح الفرصة للضحايا للتعبير عن آلامهم وطموحهم لجبر أضرارهم، أو منحهم تعويضات، لاسيما عندما يكون نظام العدالة غير قادر بعد على أداء مهامه بصورة كاملة، وتُنشأ بموجب قانون، وتُخول سلطات تيسر لها إثبات انتهاكات الماضي، وتحفظ الأدلة الداعمة للمساءلة<sup>(١)</sup>.

ووفقاً لمعايير الأمم المتحدة، ينبغي أن تعتمد لجان تقصي الحقائق معايير واضحة في عملها، وتنتشرها للمواطنين وتأخذ ردود أفعالهم في الحسبان، كما يجب أن تكون مستقلة، وتعكس السياق الوطني الذي تنشأ في إطاره، وأن تتشكل بعد مشاورات مع المواطنين، سواء فيما يتعلق بمهامها أو أعضائها، وعلى المجتمع الدولي أن يحترم استقلالية نتائج أعمالها<sup>(٢)</sup>. ويمكن

---

(١) كان لهذه اللجان دوراً جوهرياً في عمل المحاكم، حيث أمدتها ببيانات وأدلة وشهادات موثقة عن الانتهاكات، كما أمدت مثلما حدث في الأرجنتين وبيرو وتيمور الشرقية وسيراليون. راجع:

**W. SCHABAS, S. DARCY, Truth Commissions and Courts: The Tension Between Criminal Justice and the Search for Truth, Springer, Netherlands, 2004, PP. 135: 148.**

(٢)

أن يشارك في هذه اللجان منظمات غير حكومية، وجمعيات معنية بالضحايا، وكثيراً ما يكون دورهما فاعلاً في نجاحها، وفي بعض الحالات عندما تفتقر الحكومات للإرادة فإن الأطراف الفاعلة في المجتمع تسعى إلى تكوين لجان غير رسمية لتقصي الحقائق، على اعتبار أن عمليات العدالة الانتقالية من قبيل المصلحة العامة، وعلى سبيل المثال كان التقرير الصادر عن منظمة "خدمة السلام والعدالة" في أوروغواي أكثر دقة وأوسع انتشاراً من التقرير الحكومي. ومن ناحية أخرى قد لا يكون إنشاء هذه اللجان ممكناً، إذا لم يطالب أحد بإنشائها أو عند شعور الضحايا أو المنظمات غير الحكومية أو غيرهما بأنها ليست الوسيلة المناسبة للتعامل مع الوضع في الدولة، أو عندما لا توجد إرادة سياسية لإنشائها<sup>(١)</sup>.

وواقعاً تم إنشاء ما يزيد عن أربعين لجنة للحقيقة في مجتمعات التحول السياسي بدعم من الأمم المتحدة، بما فيها لجان شبه قضائية مثل لجنة

---

**UN General Assembly - Human Rights Council - Piet 26, Item 3 of the agenda, the promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, includes the right to development, Report of the Special Rapporteur on the human rights of IDPs, "Chaloka Beyani", 2014, P.2.**

(١) ومن بين تطبيقات المعايير التي ينبغي أن تحددها لجان لجنة الحقيقة، حددت لجنة جنوب أفريقيا أن عملها سيتم من خلال ثلاثة ثوابت، توثيق الحقائق المستندة إلى وقائع وأدلة يمكن التحقق منها، والحوار المجتمعي، وإقرار الجاني بجرمه.

**South African Truth and Reconciliation Commission, South African Truth and Reconciliation Commission: Final Report, Vol. 1, ch. 5, paras. 35..29**

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

أفغانستان، ورواندا، وكولومبيا، واندونيسيا، ونيبال، وسريلانكا، وأوغندا، والأرجنتين، وشيلي، وبيرو، وسيراليون، وجنوب أفريقيا، وغانا، والمغرب، والسلفادور، وجواتيمالا، وليبيريا، وجمهورية الكونغو الديمقراطية، وتيمور الشرقية، وأدت هذه اللجان دورًا مهمًا فيما يتعلق بعمل المحاكم الدولية المؤقتة<sup>(١)</sup>.

ومن العرض السابق يمكننا استنتاج وجود أربعة مهام جوهرية للجان تقصي الحقائق تدعم استعادة سيادة القانون، وهي:

(١) مهمة مادية أو واقعية: حيث تبحث في الخلفية التاريخية لأسباب العنف والانتهاكات وتحدد هوية مرتكبي إن تيسر ذلك، وتكشف الأسباب الجذرية لها وتوثق وقائعها وأدلتها، حتى أن المحاكم القضائية تستعين بهذه المعلومات والأدلة كأسباب لقبول الدعاوى الجنائية أو المدنية.

---

(١) حيث تم التعويل عليها في تحديد حجم وأسباب انتهاكات حقوق الإنسان في هذه الدول، لاسيما فيما يتعلق بالجرائم الجسيمة وانتهاكات القانون الدولي الإنساني، وحالات الاختفاء القسري، والتعذيب، وبناءً على تقارير هذه اللجان فقد سار تطبيق العدالة الانتقالية في معظم هذه الدول في اتجاهات ثلاثة متكاملة، المساءلة، والتعويض، والمصالحة المجتمعية. راجع:

**F. PIZZUTELLI**, *Moving Away from the South African Model: Amnesties and Prosecutions in the Practice of 40 Truth Commissions*, *Amnesty International*, 2010, P. 22; **A. SEGOVIA**, *Transitional Justice and (DDR)*, P. R., P. 8.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



(٢) مهمة إصلاحية: تتجسد في إصدار توصيات بشأن التعامل مع فساد وانتهاكات فترة الماضي، والتي يمكن للمشرع الوطني الاستفادة منها في سن تشريعات تستبق وقوع انتهاكات أو عنف أو فساد في المستقبل.

(٣) مهمة علاجية: فعلى المستوى الجماعي، يساهم عمل لجان الحقيقة في تخفيف الاحتقان السياسي، والحفاظ على توافق المجتمع واستقراره، من خلال إعادة بناء المعايير والعلاقات الاجتماعية، وتنمية الشعور بالشفافية والثقة في السلطة السياسية كونها تهتم بإظهار الحقيقة لطوائف الشعب. وعلى المستوى الفردي، تتيح لضحايا الانتهاكات محفلاً للتعبير عما أصابهم وعن مدى كرههم للجناة، وتعمل على إعادة تأهيلهم نفسياً ومعنوياً للانخراط في المجتمع مرة أخرى، دون إحساس بالقهر أو العداوة ناحية المجتمع، كما تعمل على فهم الجناة لجسامة آثامهم، وجعلهم ينتظرون صفح الضحايا عنهم.

(٤) اتخاذ قرارات تتعلق بطريقة عملها والمعايير التي تعتمد عليها لكشف الحقيقة، وبما يشمل استبعاد الأخذ ببعض الأدلة أو تقدير حجم خسائر الضحايا وتقدير التعويض عنها، وكذلك تقرير كيفية إعادة تأهيل الضحايا أو قرارات إدماج الجناة في المجتمع، إلا أن أكثر القرارات التي تتخذها اللجنة خطورة وتأثيراً هي تلك المتعلقة بما يُعرف بالتطهير، والذي نفرد له النقاط التالية لتوضيحه كما يلي:

ثانياً: التطهير "Lustration"، كأكثر مهام لجان تقصي الحقائق  
إثارة للجدل:

هو جزاء غير جنائي، يتم توقيعه بموجب قرار من لجنة تقصي الحقيقة، ويتعلق بعزل وتسريح بعض الأشخاص من وظائفهم العامة في مؤسسات الدولة بما فيها الأجهزة الأمنية والسيادية، واعتبارهم غير مؤهلين لمواصلة شغل مناصبهم حالياً أو مستقبلاً، وذلك بعد فحص سجلاتهم والاستقصاء عنهم، وثبوت تورطهم قطعاً في انتهاكات وتجاوزات الفترة الماضية، أو معاونتهم للنظام الذي تم تغييره أو الترسخ لوجوده أو التواطؤ معه، ويعد "التطهير" من أكثر مهام لجان تقصي الحقيقة إثارة للجدل، حيث يتعلق بالفصل من الوظائف العامة بموجب قرار من اللجنة، وليس من القضاء، ودائماً ما يتم تبريره بأنه ضروري للحد من نفوذ رموز النظام السابق، وكف أيديهم عن التغلغل في مرافق الدولة، أو السعي لإعاقة عملية التحول الديمقراطي<sup>(١)</sup>.

وقد طبق هذا الإجراء في دول عدة كالבوسنة والهرسك، وكوسوفو، وتيمور الشرقية، وليبيريا، وهايتي<sup>(٢)</sup>، وكان من أبرز تطبيقاته في العراق، وعرف

(١)

, C. MALCA, T. EIDE, *After Violence: Transitional Justice*, E. SKAAR  
*Peace, and Democracy*, Routledge, London, 2015, PP. 12: 14.

(٢) وسبق ذلك تنفيذ التطهير في فترة ما بعد الحرب العالمية الثانية في ألمانيا، وتشيكوسلوفاكيا عام ١٩٩١، وبلغاريا، ولاتفيا، وأستونيا، وإيطاليا عام ١٩٤٤، والدانمرك عام ١٩٤٥، وفي كمبوديا عام ١٩٩٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

شعبياً باسم "اجتثاث البعث"، حيث سُكّلت في ١٦ مايو ٢٠٠٣، هيئة وطنية عليا لمنع منسوبي حزب البعث والمقربين منه من تولي الوظائف الحكومية العراقية، وذلك بموجب الأمر رقم (١) للحاكم المدني للعراق "بول بريمر"، كما تم حل الجيش العراقي وتسريح ضباطه وأفراده، بموجب قرار سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٢) في ١٣/٦/٢٠٠٣، مع إعادة تشكيله فيما أُطلق عليه الجيش العراقي الجديد، وذلك بموجب القرار رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٣، وحرى بالذكر أن ما يقرب من ١٠% من سكان العراق، أو حوالي مليونين ونصف شخص كانوا ينتمون إلى حزب البعث، وبموجب هذا المرسوم تم فصل أكثر من ١٢٠٠٠٠٠ منهم من وظائفهم العامة، وقد لوحظ أن هذه السياسة قد أدت إلى مزيد من التناحر والفوضى بدلاً من السلام الاجتماعي، ولهذا وبعد أقل من عام، وتحديداً في ٢٣ أبريل عام ٢٠٠٤، أعلنت الحكومة الأميركية أن بعض من تم تسريحهم بما في ذلك ضباط جيش سابقين سيُعاد تعيينهم، في عملية أُطلق عليها "البعث العكسي"، أو "إعادة البعث"، التي مثلت محاولة لاحتواء بعض مظاهر العنف، وتحقيق نوع من السلم المجتمعي، باعتبار سياسية التطهير لم تحقق الغرض منها، ولم تسهم إلا زيادة العنف<sup>(١)</sup>.

---

M. VALYNAS, K. VANSWBWYN, *the Truth-Seeking after Violent Conflict: Experiences from South Africa and Bosnia and Herzegovina*, *Contemporary Justice Review*, Vol. 12, No. 3, 2009, PP. 275:277.

(١) ونشير إلى وجود تجربة مشابهة في مصر عام ١٩٥٢، حيث صدر المرسوم بقانون رقم (١٣٠) لسنة ١٩٥٢، والمعدل بالقانون رقم ٢٠٩ لسنة ١٩٥٢، والقانون ٢٣١ لسنة ١٩٥٣، بشأن تطهير المرافق الحكومية، والذي قضى بتشكيل لجان شبه قضائية تضم قضاة عموم، وقضاة من مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وعلى الرغم من تقرير بعض الفقه أن إجراء "التطهير" ينتهك القوانين الدولية المتعلقة بالتمييز على أساس الانتماء السياسي، كانفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩، والعهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦، وقوانين حقوق الإنسان، والقوانين الوطنية ذات الصلة بحقوق المواطنين، وأنه لا يدعم الاستقرار المجتمعي، ويزيد من حدة الاحتقان السياسي، إلا أن الأمم المتحدة قد دعمت تطبيقه ولكن بضمانات محددة، أهمها: وضع معايير موضوعية وقانونية لطريقة فحص السجلات الحكومية، وإبلاغ هؤلاء الأفراد بما ثبت ضدهم من مخالفات، ومنحهم مكنة الرد عليها أمام هيئة الفحص، وإتاحة الفرصة لهم للطعن على هذا القرار أمام المحاكم المختصة<sup>(١)</sup>.

ويؤكد جانب فقهي على معايير الأمم المتحدة السابقة، ويورد بعض الضوابط التي ينبغي أن تحكم عملية التطهير، ومن أهمها: أن توضع تحت رقابة قضائية، أو يتم عرضها على القضاء لإقرارها؛ واحترام حقوق المشتبه "الخاضعين للفحص" ومنحهم حماية إجرائية؛ وإعلام المواطنين بما يتم من إجراءات وما يُتخذ من قرارات؛ والتدقيق في اختيار من يجرون عمليات الفحص من حيث مهاراتهم، ومؤهلاتهم، واستقامتهم، على اعتبار أن إنصاف

---

مجلس الدولة، وموظفين للبحث عن المخالفات والجرائم الإدارية في الوزارات والمصالح والهيئات العامة، ووقف من يثبت تورطه، وتحريك دعوى تأديبية أو عامة ضده.

E. C. PERISH, J. SHOOK, E. W. BRAHM, *Transitional Justice in the Wake of the Arab Spring*, P. R., PP, 62: 64.

(١) منظمة الأمم المتحدة، مجلس الأمن، وثيقة (S/2004/616)، المرجع السابق، ص ٢٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

هذه اللجان في عملها، واتفاقه مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان، يدعم تعزيز الثقة في مؤسسات الدولة، واستعادة سيادة القانون<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً: الأساس القانوني الدولي للجان تفصي الحقيقة:

أشير إلى الحق في معرفة الحقيقة في اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩، وتعلق بالمعلومات الخاصة بالمفقودين خلال النزاعات المسلحة الدولية والداخلية، مثلما ورد بالمادتين (١٥، ١٦) من الاتفاقية الأولى، كما فرضت المادة (١/٣٣) من البروتوكول الأول لعام ١٩٧٧ الملحق بهذه الاتفاقيات، التزاماً على أطراف النزاع بإحصاء أعداد المفقودين من المقاتلين والمدنيين، ثم تطور هذا الحق من خلال الفقه، وكذلك عمل المنظمات الحكومية الدولية، لاسيما في مجال الاختفاء القسري، وأشار نظام روما الأساسي إلى هذا الحق في سياق حالات الاختفاء القسري، وذلك في المادة (٧) بفقرتها (١، ٢/ط) من حيث إن هذا الفعل يشكل جريمة ضد الإنسانية، وأن الامتناع عن توفير المعلومات بشأنها يعد أحد عناصر الجريمة<sup>(٢)</sup>.

(١)

**K. J. FISHER, R. STEWART, *Transitional Justice and the Arab Spring*,  
P. R., PP. 210: 214.**

(٢) يعني "الاختفاء القسري للأشخاص" إلقاء القبض على أي أشخاص أو احتجازهم أو اختطافهم من قبل دولة أو منظمة سياسية، أو بإذن أو دعم منها لهذا الفعل أو بسكوتها عليه، ثم رفضها الإقرار بحرمان هؤلاء الأشخاص من حريتهم، أو إعطاء معلومات عن مصيرهم أو عن أماكن وجودهم بهدف حرمانهم من حماية القانون لفترة زمنية طويلة. راجع:

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وبالنسبة للجان تقصي الحقائق، فقد قررت المادة رقم (٢١) من نظام روما الأساسي، أنه للمحكمة أن تطبق في عملها مصادر متنوعة، وفي المقام الأول المعاهدات الدولية، ومبادئ القانون الدولي للنزاعات المسلحة، وحتى تصل إلى إمكان تطبيق القانون الداخلي للدول التي وقع الاعتداء فيها، وريثما يتم النص على هذه اللجان في قانون وطني، فإنه يمكن الاستناد إلى أعمالها باعتبارها صادرة تنفيذاً لقانون<sup>(١)</sup>. كما سمحت المادة (٣ / ٦٨) من النظام بعرض آراء وشواغل الضحايا، وأخذها بعين الاعتبار في أي مرحلة إجرائية ترى المحكمة أنها مناسبة، إعمالاً لواجب السعي لإثبات الحقيقة، وبما لا يمس أو يتعارض مع حقوق المتهم في محاكمة عادلة، حيث تسهم مشاركة الضحايا في معرفة حقيقة وتفاصيل الجرائم لاسيما العنف الجماعي، بما يدعم إصدار الأحكام بناءً على قاعدة صلبة من الحقائق<sup>(٢)</sup>. وقد أورد أحد قضاة المحكمة في قضية "Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo" أن الحق في معرفة الحقيقة فيما يتعلق بالانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، وتحديد المسؤولين عنها وإعلان مسؤوليتهم، يمثل مصلحة أساسية للضحايا لا يمكن التنازل عنها وفقاً للمادة (٣ / ٦٨) من النظام الأساسي، وربط القاضي

---

O. SIMIC, *Current Issues in Transitional Justice: towards a More Holistic Approach*, Springer, 2015, P. 20.

(١)

O. SIMIC, *Current Issues in Transitional Justice*, P. R., P. 21.

(٢)

ICC, *the Court's Revised strategy in relation to victims*, ICC-ASP/11/38, 5 November, 2012.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

بين إعمال هذا الحق وشفافية الحكم الصادر، ليس باعتبار أن معرفة الحقيقة أحد عناصر الجرائم، وإنما وفقاً لرؤيتها أحد عناصر دعم مكافحة الجرائم، أو أنها أحد جوانب العدالة<sup>(١)</sup>.

كما أوردت مبادئ الأمم المتحدة بشأن مكافحة الإفلات من العقاب أنه: "لكل شخص الحق غير القابل للمصادرة أو التنازل في معرفة الحقيقة عن الأحداث الماضية، فيما يتعلق بارتكاب جرائم جسيمة، وعن الظروف والأسباب التي أدت إلى ارتكابها، وللدول أن تنشأ كيانات تختص بتقصي الحقائق ذات الصلة وتوثيق الأدلة الخاصة بذلك"<sup>(٢)</sup>.

وفي عام ٢٠٠٦، أصدر مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان في الأمم المتحدة مجموعة من المبادئ التوجيهية بشأن لجان تقصي الحقائق،

---

(١) *Situation in the Democratic Republic of the Congo, Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo, Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victims at the Pre – Trial Stage of the Case, ICC-01/04-01/07-474, 13 May 2008, Para. 32.*

(٢) *United Nations Updated Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights Through Action to Combat Impunity, February 8, 2005, E/CN.4/2005/102/ Add.1, principle 2; The UN Principles on reparations for victims of gross human rights violations sets forth that reparations includes verification of the facts and full and public disclosure of the truth; United Nations Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, December 16, 2005, A/Res/60/147, 20(b).*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

أكد فيها على جوهرية الحق في معرفة الحقيقة، وأهمية استجلاء هذه الحقيقة كاملة لأي أحداث خلفت أي مخالفات أو انتهاكات، والظروف التي وقعت فيها، وأسبابها، ومن شارك فيها، ونبه إلى وضع أي توقعات ذات صلة في الحسبان، كأن يتم تأسيس هذه اللجان لتعزيز مفهوم المصالحة، ثم يثبت واقعا أن الضحايا والمجتمعات لا توافق على تجاوز الماضي من خلال الصفح، وبالتالي لا يجب أن تنشأ هذه اللجان إلا بعد التشاور مع الضحايا وأخذ الظروف الوطنية في الاعتبار<sup>(١)</sup>.

كما أعلنت اللجنة الدولية للصليب الأحمر "ICRC" أن الحق في معرفة الحقيقة هو الآن قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، التي تطبق على كل من النزاعات الدولية وغير الدولية، وعلى كل طرف من أطراف النزاع أن يتخذ جميع التدابير الممكنة عمليا لحساب الأشخاص الذين في عداد المفقودين نتيجة النزاع المسلح، ويجب أن تزود أفراد أسرهم بأي معلومات لديها حول مصيرهم<sup>(٢)</sup>.

(١)

*Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States: Truth Commissions, HR/PUB/06/1 (2006), 2, 3, 6.*

(٢) مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، الموقع الرسمي للجنة:

<https://www.icrc.org/ara/resources/international-review/index.jsp>  
15/2/2016.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



## رابعًا: نماذج للجان تقصي الحقيقة:

### (١) جنوب إفريقيا<sup>(١)</sup>:

أنشأت هذه اللجنة لتقصي أسباب وطبيعة ونطاق الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان التي وقعت في الفترة ما بين ١ مارس ١٩٦٠، وحتى ١٠ مايو ١٩٩٤؛ وتحديد مصير ومكان ضحايا هذه الانتهاكات؛ وبحث سبل استعادة كرامة الضحايا، وإتاحة الفرصة لهم للإدلاء بما يكونون في أنفسهم تجاه انتهاك حقوقهم، أو حقوق أحد ذويهم؛ واقتراح طرق توفير الجبر لهم، وكذلك منح العفو عن الجناة الذين أفصحوا عن جرائمهم بشروط معينة، والتوصية بسبل إصلاح مؤسسات الدولة واستقرار المجتمع، وتحديد التدابير التشريعية اللازمة للحيلولة دون انتهاك حقوق الإنسان في المستقبل، ولتحقيق هذه الأهداف شُكلت ثلاث لجان فرعية، وهي لجنة حقوق الإنسان، ولجنة العفو<sup>(٢)</sup>، ولجنة

---

(١) اندلع عنف مرتبط بالتمييز العنصري في جنوب إفريقيا بين عام ١٩٨٤، وحتى ١٩٨٦، وعلى سبيل المثال، كان الأطفال من بين الضحايا الرئيسيين لهذا العنف، حيث لقي (٣) أطفال من كل (١٠٠) مصرعهم على يد الشرطة، وتم جرح (١١٠٠٠)، ودخل المعتقل منهم دون محاكمة بتهم مرتبطة بالاحتجاج (١٨٠٠٠)، وظل (١٧٣٠٠) منهم بانتظار المحاكمة في أماكن حجز الشرطة، حيث شكّلوا بين ٢٥ %، ٤٦ % من المحتجزين في أي وقت خلال هذه الفترة. راجع:

M. VALYNAS, K. VANSWBWYN, *the Truth-Seeking after Violent Conflict*, P. R., PP. 271:278.

(٢) تشمل لجنة العفو متخصصين في المهن القانونية، ومهمتها النظر في طلبات العفو بناء على قاعدتين: الأولى أن تكون الجريمة أو الأفعال المرتبطة بهدف سياسي كما ورد في قانون لجنة الحقيقة والمصالحة، والثانية هي قيام الشخص بالكشف الكامل عن دوره في الجرائم. راجع:

J. R. QUINN, M. FREEMAN, *Lessons learned from within the Commission on Truth and Reconciliation in Guatemala and South Africa*, human rights, Vol. 25, 2003, PP. 1117:1149

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

التعويض وإعادة التأهيل، وتم تشكيل وحدة تحقيق خاصة تختص بالتعامل مع الضحايا، ووضع برنامج لحماية الشهود<sup>(١)</sup>.

وقد عقدت اللجنة جلسات استماع في جميع أنحاء جنوب أفريقيا، وأدلى نحو (٤٠٠٠) من الضحايا بشهاداتهم حول انتهاكات حاقت بهم، وذلك في أكثر من (١٢٠) جلسة استماع، كما تم تقييم دور مختلف المؤسسات الوطنية في مقاومة أو تيسير انتهاك حقوق الإنسان، ومنها دور مؤسسات الخدمات الطبية والمهن القانونية في مقاومة أو تيسير انتهاكات التمييز العنصري، وجمعت اللجنة قدر كبير من المعلومات والأدلة على انتهاك حقوق الإنسان، وكشفت عن مصير المئات الذين قُتلوا أو اختفوا، وحددت وحصرت أنماط التعذيب للمحتجزين دون محاكمة، والدوافع وراء ذلك<sup>(٢)</sup>.

وبعد عمل استمر نحو ثلاث سنوات، وفي ٢٩ أكتوبر ١٩٩٨، سلمت اللجنة تقريرها النهائي إلى الرئيس "نيلسون مانديلا"، والذي أثبت تورط الرئيس السابق للدولة "فريدريك دي كليرك" ومسئولي حزبه الحاكم "المؤتمر الوطني الإفريقي" في انتهاكات جسيمة ومنهجية وواسعة النطاق لحقوق

---

(١) تتألف وحدة التحقيقات المحلية من ٦٠ محققًا من الشرطة والمحامين ومنظمات حقوق الإنسان، ويعاونهم قرابة ١٢ فردًا من الشرطة، كما تم تصميم برنامج لحماية الشهود ممن أرادوا الإدلاء بشهادتهم أمام اللجنة، وانضم إليه أكثر من ١٥٠ شاهدًا.

(٢)

**D. BACKER**, *Victims Response to Truth Commissions: Evidence from South Africa*, In: **M. NDULO**, *Security Reconstruction and Reconciliation: When the Wars End*, Routledge, 2008, P. 67.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الإنسان، والترسيخ للتفرقة العنصرية، والحض على الكراهية، والتعذيب والاختفاء القسري، والقتل بدون محاكمات<sup>(١)</sup>. ثم أورد التقرير عدة توصيات بمجموعة من التدابير القانونية والإدارية والمؤسسية لمنع انتهاكات حقوق الإنسان في المستقبل، ومنها تدريسيها في المدارس والجامعات، وتدريب قوات الأمن على احترامها، وكذلك اقتراح برامج لمساعدة الضحايا وجبر أضرارهم ماليًا، وأدبيًا، وبشكل رمزي، كأعادة دفن الذين قُتلوا سرًا وفقًا لمراسم رسمية، وإنشاء نصب تذكاري لأرواحهم تخليدًا لذكراهم<sup>(٢)</sup>.

## (٢) المغرب:

تم إنشاء هيئة المغرب لتقصي الحقائق والإنصاف والمصالحة في عام ٢٠٠٤، دون وجود حالة انتقال للسلطة أو تغيير للنظام، ولكن بغرض تسوية بعض المظالم وإصلاح أوضاع حقوق الإنسان، وتبرؤ النظام الملكي من أي

---

(١) "فريدريك ويليام دي كليرك": محامي وسياسي جنوب أفريقي، ولد في ١٨ مارس ١٩٣٦، في جوهانسبرج، وهو آخر رئيس أبيض لجنوب أفريقيا في فترة امتدت من ١٩٨٩ إلى ١٩٩٤، ثم شغل بين ١٩٩٤ و ١٩٩٦ منصب نائب الرئيس "نيلسون مانديلا" وقاد محادثات مع "مانديلا" لتشكيل أول حكومة متعددة الأعراق في تاريخ البلاد، وهو ما أدى لحصوله على جائزة نوبل للسلام مناصفة مع "مانديلا" عام ١٩٩٣. راجع:

**J. N. CLARK, through the Truth and Reconciliation: A study of the South African Truth and Reconciliation Commission, Human Rights magazine, Vol. 11, No. 2, 2012, PP. 192: 198.**

(٢) وقد وُصفت التعويضات التي حصل عليها الضحايا وفقًا لهذه المقترحات بأنها أكثر عدلاً مما قد يتحصل عليه في المحاكم، وخصصت الحكومة لها ١٠٠ مليون دولار خلال ثلاث سنوات. راجع:

**J. N. CLARK, through the Truth and Reconciliation, P. R., P. 206.**  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

انتهاكات ماضية، لاسيما ما عُرف في السياق السياسي المغربي "بسنوات الرصاص" أو "سنوات الجمر"، والتي تجسد الفترة من أوائل السبعينيات وحتى منتصف التسعينيات<sup>(١)</sup>، حيث اتخذت العلاقة بين المؤسسة الملكية والأحزاب المعارضة المختلفة "ماركسية، وإسلامية، وانفصالية، وأعضاء جيش التحرير" صورة تصادمية وعنف منهجي، كالاقتالات التعسفية، والتعذيب، والاختفاء القسري، وقد بدأت الهيئة عملها باستشارة بعض أعضاء لجان للحقيقة عبر العالم، وخبراء دوليين في المركز الدولي للعدالة الانتقالية، ثم تلقت عشرات المذكرات من منظمات حقوقية، وهيئات المحامين بالمغرب، وعائلات ضحايا انتهاكات، وانتقلت إلى أكثر من خمسة عشر منطقة في الدولة<sup>(٢)</sup>.

(١) تشير التقديرات إلى أن قرابة ٥٠ ألف شخص تعرضوا للانتهاكات التي تتراوح ما بين الاعتقال التعسفي، والتعذيب والإعدام خارج نطاق القضاء، والاختفاء القسري الذي قُدرت حالاته بين ألف إلى ألفي حالة، وكانت هذه الانتهاكات تُرتكب داخل معتقلات سرية داخل الدولة، منها سجون أو قلاع قديمة، والبعض الآخر في مبان منعزلة عن العمران، أو في مزارع نائية، أو مساكن خاصة، ولم يكن معظمها يتم في أماكن الاحتجاز الرسمية لوزارة الداخلية. راجع:

**M. MALEKI**, *Transitional Justice and Democracy in Morocco, Read in the Experience of the Equity and Reconciliation, Annual Symposium Arab Network for tolerance, Beirut, 2012, PP. 15: 20.*

(٢) يمكن تقسيم سياق إنشاء الهيئة إلى مرحلتين: الأولى، أثناء حكم الملك الحسن الثاني وتحديداً عام ١٩٩٠، حيث بدأ اهتمام الدولة بتعزيز وحماية حقوق الإنسان. وتبدأ المرحلة الثانية في عام ١٩٩٩، مع تولي ولي العهد محمد بن الحسن للعرش، واستحدثته في الثامن من مايو عام ١٩٩٠ المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان، الذي مثل اللجنة الأولى في مسار إصلاح أحوال حقوق الإنسان، ثم تلي ذلك مبادرات متعددة، منها: إنشاء لجنة البحث والتقصي في أحداث مدينة "فاس" في ديسمبر ١٩٩٠، وإطلاق سراح عدد ممن تم إخفاؤهم قسراً بالمركز السري السابق "بتازما مارت" في سبتمبر ١٩٩١، ثم تكرار ذلك في مراكز احتجاز أخرى في كل من قلعة "مكونة" و"أكندز"، وإغلاقها، كذلك النص في ديباجة دستور عام ١٩٩٢ على التزام المغرب بحقوق الإنسان وفقاً للمعايير الدولية، وإنشاء وزارة خاصة بحقوق الإنسان، وصدور قرار بالعمو "الشامل" بناءً على الخطاب الملكي في ٩ يوليو ١٩٩٤، وبموجبه تم إطلاق سراح معظم المعتقلين السياسيين، وعودة مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وانتهت الهيئة من عملها في عام ٢٠٠٦ مع مجموعة من التوصيات، بتسوية ملفات ماضي الانتهاكات من خلال المصالحة، وإنصاف الضحايا، وجبر أضرارهم، ورد اعتبارهم، وإتاحة الفرصة لهم في وسائل الإعلام الرسمية للتعبير عما تعرضوا له من انتهاكات، وما تعرض له أهلهم من أضرار مادية ومعنوية، وإغلاق أحد عشر مركزاً للاحتجاز، تم فيها تعذيب معارضي النظام خلال الفترة من ١٩٧٠، وحتى ١٩٨٠، إبان عهد الملك الحسن الثاني، مع توثيق هذا الحدث ليتذكره المجتمع المغربي<sup>(١)</sup>.

وحرى بالذكر أن توصيات اللجنة لم تكن مؤثرة فيما يتعلق بإزالة الاحتقان السياسي، لأنها حُصرت في حدود معينة حالت بينها وبين تحقيق عدالة كاملة، أو كشف كامل للحقيقة، حيث استبعدت اللجنة آلية المساءلة والمحاکمات القضائية، وربما يرجع ذلك لتصریح السلطة السياسية قبل بدء عمل اللجنة بأن "الصفح الجميل" لا يقبل أن تُطرق أبواب العدالة، وهو ما عبرت عنه اللجنة في تقريرها النهائي بأن طي صفحة الماضي تتعارض قطعاً مع كل دعوات الضغينة والانتقام والمساءلة الجنائية، تأسيساً على الغايات النبيلة التي أكدها أكثر من مرة صاحب الجلالة الملك محمد السادس لتصالح المغاربة

---

المنفيين لأسباب سياسية، وكذلك قرار الملك محمد الخامس بإبعاده وزير الداخلية في عهد والده إدريس البصري، والذي اعتبر من قبل الجمعيات الحقوقية رمزاً لانتهاكات حقوق الإنسان، وعنواناً لما أطلق عليه "سنوات الرصاص".

(١) تقرير هيئة الإنصاف والمصالحة المغربية، متاح على الموقع الرسمي لها على الانترنت: [www.ier.ma](http://www.ier.ma) /15/12/2015; see also: International Center for Transitional Justice, What Is Transitional Justice? Available at: <http://www.ictj.org/about/transitional-justice.22/12/2015>.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

مع تاريخهم وتجاوز الضغينة وتضميد الجراح. كما لم تُعط الهيئة سلطة إلزام أي شخص بالمثول أمامها، وأُعيق وصولها إلى الأرشيفات والمستندات الرسمية، الأمر الذي أدى لعدم تقديم الهيئة نتائج مهمة عن الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، ولم تستطع تحديد مرتكبيها<sup>(١)</sup>.

### (٣) البحرين:

تم إنشاء لجنة مستقلة لتقصي الحقائق في البحرين عام ٢٠١١، دون وجود تحول سياسي أو انتقال للسلطة، وإنما للتخفيف من حالة الاحتقان السياسي في الدولة، بعد أحداث العنف التي جرت في نفس العام عقب إجراء انتخابات وطنية خلال أكتوبر من عام ٢٠١٠، حيث احتجت حركة "الوفاق" ومجموعات شيعية أخرى على ما وصفوه بالقمع ضد الناخبين<sup>(٢)</sup>، وقامت الحكومة باعتقال بعض منهم، وفي فبراير من عام ٢٠١١، بدأت مجموعات أخرى منهم احتجاجات للمطالبة بالديمقراطية، والكف عن تهميشهم سياسيًا، واقتصاديًا، واجتماعيًا، وتاريخيًا، وحاولت الحكومة إنهاء هذه الاحتجاجات، فبدأ المحتجون يعتصمون في ميدان اللؤلؤة بالعاصمة "المنامة"، مؤكدين على مطالبهم، وبنهاية الشهر عرضت الحكومة تقديم بعض التنازلات، إلا أنه وفي

(١)

K. J. FISHER, R. STEWART, *Transitional Justice and the Arab Spring*, P. R., PP. 229: 231.

(٢) يشكل المواطنون الشيعة حوالي ٦٥% من المسلمين في البحرين.  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

١٤ مارس وافق مجلس التعاون الخليجي على إرسال قوة من ١٥٠٠ من العسكريين والشرطة للمساعدة في إخماد الاضطرابات<sup>(١)</sup>.

ونشرت اللجنة تقريرها في عام ٢٠١١، والذي أفاد استخدام قوات الأمن للقوة المفرطة في التعامل مع الاحتجاجات، مما أدى إلى قتل (٣٥) شخصاً، بينهم خمسة من أفراد الأمن، وقتل خمسة أشخاص نتيجة المعاملة القاسية أثناء احتجاج قوات الأمن لهم، وبعد إعلان ملك البحرين حالة الطوارئ لثلاثة أشهر، تم إنشاء محكمة للأمن القومي لمحاكمة أفراد من المعارضة، وهي محكمة عسكرية تتشكل من قاضي عسكري وقاضيان مدنيان، وتم الحكم بالسجن على عدد كبير من المتظاهرين، وسحب الجنسية من زعماء حركة "الوفاق"، ونُفذت سياسية التطهير، حيث سُرَّح (٢٤٦٤) من وظائفهم بسبب المشاركة في الاحتجاجات، وفُصل أكثر من ٥٠٠ طالب وطالبة، مع إيقاف التنفيذ، وإحالتهم للتأديب لمشاركتهم في المظاهرات<sup>(٢)</sup>.

#### (٤) جمهورية مصر العربية:

(١) K. J. FISHER, R. STEWART, *Transitional Justice and the Arab Spring*, P. R., P. 235.

(٢) ونُفذت بعض المنظمّات الدولية مثل "Human Rights Watch"، هذه الإجراءات باعتبارها انتهاك لقواعد القانون الدولي العام، ومنها المادة (١٥) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي نص على أن لكل فرد حق التمتع بجنسية ما، ولا يجوز حرمان شخص من جنسيته تعسفاً، أو إنكار حقه في تغييرها، والمادة (١٢) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ من أنه: "لا يجوز حرمان أحد تعسفاً من حق الدخول إلى بلده".

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

أنشئت لجنة لتقصي الحقائق في عام ٢٠٠١، من قبل "المجلس الأعلى للقوات المسلحة" لتقصي وكشف حقائق الانتهاكات والتجاوزات التي ارتكبت خلال ثورة يناير من نفس العام، ونظمت اللجنة عدة جلسات لاستماع المتضررين، واستقبلت الشكاوى والبلاغات من أسر الضحايا، ومن إدارات المستشفيات التي كانت تستقبل جنث القتلى والمصابين في أنحاء الجمهورية، فضلاً عن المصادر الإعلامية المرئية، والمكتوبة، والمسموعة، وقد أفاد بعض الشهود باستخدام الذخيرة الحية ضد المتظاهرين، واتهم بعضهم أعضاء الحزب الوطني السابق بالمسؤولية عن ذلك، وحتى عام ٢٠١٦، لم يتم نشر كامل نتائج التقرير النهائي للجنة، إلا أن المجلس الأعلى للقوات المسلحة دعا لإنشاء صندوق للتعويضات والخدمات الاجتماعية، والرعاية الصحية للضحايا وأسره، ثم ثار الشعب مرة أخرى في ٣٠ يونيو ٢٠١٣، وتم إقرار دستور جديد عام ٢٠١٤، ألزمت المادة رقم (٢٤١) منه مجلس النواب بسن تشريع للعدالة الانتقالية في أول دور انعقاد له، يكفل كشف الحقيقة<sup>(١)</sup>.

ويتحليل العرض السابق يمكننا القول بأن: فكرة وطبيعة عمل لجان تقصي الحقيقة كآلية للعدالة الانتقالية في غاية الأهمية من حيث المساهمة في إعادة بناء المعايير الاجتماعية في كثير من الدول التي تطبقها، حيث إن

(١)

Cairo Institute for Human Rights Studies, (2011, April 16), towards establishing a vision for the independence and impartiality of the Egyptian judiciary, available at: <http://www.cihrs.org/wp-content/uploads/2011/12/report-english.pdf>. 3/2/2016.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



طبيعة عملها الخاصة بإظهار الحقيقة تخلق قدرًا كبيرًا من الشفافية والثقة بين المواطنين والسلطة السياسية، بما يدعم الانتقال إلى الديمقراطية، إضافة إلى دعم نتائج أعمالها لقطاع العدالة الجنائية، ومساهمة قراراتها المُتخذة في مجال تعويض المتضررين أو التطهير المؤسسي، في تخفيف الاحتقان السياسي والاجتماعي، وتمكين الديمقراطيات الحديثة، ومكافحة أسباب العنف، إلا أنه وفقًا للنماذج المعروضة سلفًا نلاحظ بعض أوجه القصور أو الإشكاليات التي تعترض عملها وتؤثر في نتائجها، وأبرزها:

### (١) عدم وجود وجه واحد للحقيقة حتى داخل المجتمع الواحد:

يختلف فهم الوقائع التي ينتج عنها انتهاكات ومدى تصنيفها كحقائق من عدمه، وذلك لدى فئات المجتمع الواحد، لاسيما عند استعراض وجهة نظر كل من الضحايا والجناة، أو حتى أعضاء اللجان أنفسهم، كما قد يُنظر بعض الضحايا أو الجناة إلى وقائع معينة باعتبارها جوهرية في كشف الحقيقة، بينما لا تراها اللجنة كذلك، وهو ما يضع نتائج أعمال لجان الحقيقة أمام إشكالية عدم وجود وجه محدد للحقيقة، ومن الأمثلة على ذلك أنه أثناء عمل لجنة جنوب أفريقيا، أصبر كثير من الضحايا على سرد بعض الوقائع التي اعتقدوا أنها تساهم في كشف الحقيقة، بينما لم تر اللجنة لها أي أهمية ولم توثقها أو تبني عليها، وهنا واجهت اللجنة انتقادات شديدة من هؤلاء الضحايا، الذين

قرروا أن اللجنة تمارس عملها بسطحية ستؤدي إلى فشلها، وأن مساحة  
تحصيل الحقيقة "جرداء جدباء"<sup>(١)</sup>.

وفي سيراليون، أبدى غالبية المقاتلين السابقين من جميع الفصائل  
الاستعداد للتعاون مع لجنة الحقيقة، ولكن من بين (٧٧٠٦) من المتورطين في  
الجرائم، اعترف ١٥% فقط بارتكابها، واعتبر ٧٥% أنفسهم ضحايا، وبالتالي  
صاغ كل منهم الحقيقة وفقاً لرؤيته الخاصة، أو بدافع تبرئة نفسه دون أي  
اعتبارات أخرى<sup>(٢)</sup>. وفي اللجنة الثنائية لتييمور الشرقية واندونيسيا لكشف  
الحقيقة لعام ٢٠٠٥، بشأن انتهاكات عام ١٩٩٩ في تيمور الشرقية، وبعد ست  
جلسات استماع عامة ومقابلة (١٤٧) من الشهود، تحولت اللجنة إلى منبر  
للجنة للانخراط في الكذب والتضليل بشأن وقائع الانتهاكات، لحماية سمعتهم،  
وظائفهم، وأمنهم الشخصي، وتجنباً للعقاب المؤسسي، أو دعماً لقادتهم، مع

(١)

A. CHAPMAN, H. V. MERWE, *Did the TRC Deliver? Truth and Reconciliation in South Africa*, Philadelphia, University of Pennsylvania, 2008, P. 277.

(٢)

R. CONIBERE et al., *Statistical Appendix to the Report of the Truth and Reconciliation Commission of Sierra Leone*, Report by the Benetech Human Rights Data Analysis Group, October 2004, available at: <http://www.trcsierraleone.org/pdf/APPENDICES/Appendix%201%20%Statistical%20Report.pdf>.29/2/2016.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

إحجام الشهود في كثير من الأحيان على مواجهة هذه الأكاذيب، لعدم ميلهم للتحدث علناً في جلسة واحدة مع أفراد الميليشيا المتهمين<sup>(١)</sup>.

(٢) عدم ملائمة لجان تقصي الحقائق لبعض الثقافات والأعراف المجتمعية:

ينبغي ألا تُفرض هذه اللجان على المجتمعات كآلية للعدالة الانتقالية دون إمام كاف بمدى احتياج المجتمع وتقبله لها في معالجة النزاعات، وفقاً لأعرافه وموروثاته، وسياقه الثقافي، وعلى سبيل المثال، في سيراليون تصادمت لجنة الحقيقة والمصالحة مع أحد الأعراف الدينية المحلية، والخاصة بطريقة التعامل مع آثار العنف أو الانتهاكات الفردية والجماعية، وهي "طقوس التطهير"، التي تركز على احتواء الماضي ونسيانه كآلية لتهدئة النفس وعدم إثارة المجتمع، بحساب أن مناقشة العنف علناً ربما تعيد إنتاجه وتهدم المجتمع، وتتلخص في مثول الجاني أمام رجال دين والاعتراف بذنبه، وإبداء التوبة، والاستعداد لتنفيذ أي آثار تترتب على مسؤوليته، ثم يُقدم أضحية ويصلي طلباً للشفاء من العنف والتطهير من الإثم<sup>(٢)</sup>، وقد اتضحت أهمية مراعاة مثل هذا

(١)

*Commission for Truth and Friendship "CTF", Per Memoriam Ad Spem: the Final Report of the Commission of Truth and Friendship in East Timor, 2008, New York: International Center for Transitional Justice, March 2009, PP. 28, 31, 33, 83.*

(٢)

*M. G. SESAY, M. SUMA, DDR and Transitional Justice in Sierra Leone, International Center for Transitional Justice, New York, 2009, P. 56; L.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

العرف من خلال استقصاء أجري عام ٢٠٠٦ بين بعض سكان العاصمة "قريتاون" بشأن عمل اللجنة، حيث أظهر أن ما يقرب من ٦٠% من المستقصى منهم يؤيدون طقوس التطهير واحتواء الماضي لمعالجة العنف، باعتبارها تُرضي الأسلاف وتجلب حمايتهم، وأن عمل اللجنة يتعارض مع ذلك، ولذلك فهم يرفضونه<sup>(١)</sup>.

### (٣) اعتمادها على المشاركة التطوعية من جانب الجناة والضحايا:

يكون نجاح اللجنة في مهمتها مرهوناً بجدية المشاركة، والرغبة في قول الحقيقة، وهو أمر قد يُعيق تحقيق أهدافها، أو ينتقص منها، ومن الأمثلة على ذلك، أنه أمام لجنة الحقيقة والمصالحة في "ليبريا"، نفى غالبية المتورطين في الحرب الأهلية هناك معرفتهم أو مسؤوليتهم عن أي انتهاكات خلال هذه الفترة<sup>(٢)</sup>، وقد لجأت بعض لجان الحقيقة، كجنوب إفريقيا، إلى التهديد بالملاحقة

---

WALDORF, *Transitional Justice and DDR in Post-Genocide Rwanda*, International Center for Transitional Justice, New York, 2009, P. 32.

(١)

A. SESAY, *Does One Size Fit All? The Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission Revisited*, Uppsala: Nordic Africa Institute, 2007, PP. 8, 37.

(٢) ربما يرجع ذلك جزئياً إلى عدم وجود جزاء كالملاحقة القضائية، علاوة على تعارض اللجنة مع ثقافة الليبيريين، لاسيما المساءلة على أساس السلطة الأخلاقية الوطنية، التي تجعل إنكارهم لأعمالهم أكثر صعوبة. وتجدر الإشارة إلى أن ليبريا قد أنشأت لجنة للحقيقة والمصالحة للتحقيق في الانتهاكات التي ارتكبت خلال الحرب الأهلية في البلاد في الفترة بين عامي ١٩٧٩، وحتى أكتوبر ٢٠٠٣، وأصدرت اللجنة تقريرها الأول عام ٢٠٠٩، أثبتت فيه أن أسباب الحرب الرئيسية كانت الفقر والفساد وعدم المساواة لاسيما في سبل العيش والتعليم والرعاية الصحية. راجع:

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

القضائية ضد أولئك الذين لم يبوحوا بكل ما لديهم عن الماضي، والوعد بمنح العفو لأولئك الذين باحوا بالحقيقة كاملة، وهو ما جعل بعض الجناة يتقدمون بطلب للإدلاء باعترافات كاملة أمام اللجنة، وذلك بالرغم من بدء تحقيقات جنائية معهم<sup>(١)</sup>.

#### (٤) إنشاؤها بشكل صوري في بعض الحالات:

في بعض الحالات لا يُثمر عمل لجان الحقيقة أي فائدة، لاسيما عند إنشائها في ظل استمرار انتهاك حقوق الإنسان أو القمع من السلطة السياسية القائمة، وربما يكون الغرض من وجودها هو محاولة لإبراء ساحة تلك السلطة، وفي مثل هذه الحالات يكون عمل لجان الحقيقي صوريًا وغير محايد<sup>(٢)</sup>، وعلى سبيل المثال، فإنه مع تصنيف لجنة جنوب أفريقيا للحقيقة من أكثر اللجان فاعلية في مجال العدالة الانتقالية حتى الآن، إلا أنها أتهمت من جانب بعض المواطنين بعدم الحياد، والعمل لصالح السلطة القائمة، لأنها لم تسبر غور الانتهاكات الجسيمة والمنهجية لحقوق الإنسان، التي اقترفتها بعض مؤسسات الدولة<sup>(٣)</sup>.

---

E. SCHMID, *Liberia's Truth Commission Report: Economic, Social, and Cultural Rights in Transitional Justice*, 2012. PP. 5: 7.

(١)

J. L. GIBSON, *Overcoming Apartheid: Can Truth Reconcile a Divided Nation?* Russell Sage Foundation, Vol. 6, 2006, P. 12.

(٢)

O. SIMIC, *Current Issues in Transitional Justice*, P. R., P. 19.

(٣) أظهر استقصاء أجري عام ٢٠٠١، على عينة تمثل ٣٧% من مواطني جنوب إفريقيا، اعتقاد ٣٢% من العينة "من ذوي البشرة البيضاء"، أن اللجنة تعمل لصالح السلطة القائمة، وهي غير محايدة، في حين رأي ٦٨% من العينة من "ذوي البشرة السوداء" حياد عمل اللجنة واستحقاقها مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

## المبحث الثالث

### المصالحة المجتمعية كآلية للعدالة الانتقالية

تُكَمَّل آليات العدالة الانتقالية كل واحدة منها الأخرى، فالمساءلة تحقق العدالة الجزائية ومحاسبة الجناة، وتعتمد في جزء من عملها على الأدلة والمعلومات التي تصل إليها وتوثقها لجان تقصي الحقيقة، وعندما تلجأ دولة لآلية المصالحة المجتمعية فإن المساءلة وكشف الحقيقة هما الحد الأدنى من الشروط المتطلبة للمصالحة، فلا سلام بدون عدالة، ولا يمكن الشروع في المصالحة إلا بعد التعامل مع انتهاكات الماضي، ومعرفة حقيقتها، ومحاسبة من تورط فيها، واتخاذ الإجراءات التي تضمن ردع أي محاولة للعنف، والفوضى، والجريمة، أو أي فعل من شأنه تهديد الاستقرار المجتمعي<sup>(1)</sup>.

وكان أول من ردد تعبير المصالحة المجتمعية أو الوطنية الزعيم الفرنسي "شارل ديغول"، وذلك في معرض كلامه عن الديون والانتهاكات التي صاحبت احتلال فرنسا للجزائر، ثم استخدمه الرئيس الفرنسي الأسبق "فرانسوا

للتناء.

**J. L. GIBSON**, *the Truth about Truth and Reconciliation in South Africa*, *International Political Science Review* 26, No. 4, 2005, P. 347; P.

**HAYNER**, *Unspeakable Truths*, P. R., PP. 27:32.

(1)

**M. FLOURNOY**, **M. PAN**, *Dealing with Demons: Justice and Reconciliation*, *the Washington Quarterly*, Vol. 25, No. 4, 2002, PP. 115:

117.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ميتران"، ومن بعده الزعيم الجنوب إفريقي "نيلسون مانديلا"، الذي بدأ التفاوض على المصالحة والعفو عن انتهاكات فترة التمييز العنصري في جنوب إفريقيا، وهو لا يزال مسجوناً<sup>(١)</sup>، ونوالي بيان شرح هذه الآلية للعدالة الانتقالية، و ذلك على النحو التالي.

### أولاً: تعريف المصالحة المجتمعية:

عرفها الفقيه "Pavlich" بأنها إعادة العلاقات المتبادلة والسوية بين أفراد المجتمع، وقبول "الأخر" الذي ظل عدواً أو خصماً لفترة طويلة، نتيجة نزاع مسلح، أو خلاف سياسي، وبعد إدراك ووعي كل الأطراف بأن الدولة ستظل قابضة في مكانها ولن تتقدم وتنمو، إلا بتحقيق السلم المجتمعي، شريطة كشف حقائق الفترة الماضية وما تم فيها من انتهاكات، والنظر في أمر من انتهك القانون<sup>(٢)</sup>.

ويعرفها الفقيه "Hadden" بأن تعني إعادة التواصل بين الطبقات المتناحرة من المواطنين، ليس لإنهاء النزاع والعنف والعداء بينهم فقط، ولكن بجعلهم يعيشون معاً باحترام كونهم مواطنين لمجتمع واحد تربطهم علاقات

---

(١)  
J. L. CAVALLARO, S. ALBUJA, *the Lost Agenda: Economic Crimes and Truth Commissions in Latin America and Beyond*, in: K. McEVOY, L. McGREGOR (eds), *Transition Justice from Bellow*, P. R., P. 125: 126.

(٢)  
G. PAVLICH, *Towards an Ethics of Restorative Justice*, in *Restorative Justice and the Law*, Lode Walgrave ed., 2002, P. 5.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

قانونية وسياسية واحدة، ويلعب العفو دورًا جوهريًا في المصالحة، حيث ينهي حالة القتال ويؤثر في إلقاء المتقاتلين للسلاح، ويحد من انتهاكات حقوق الإنسان<sup>(١)</sup>.

ويوضح الأسقف الجنوب إفريقي "ديزموند توتو" الحائز على جائزة نوبل للسلام عام ١٩٩٤، عن دوره في تحقيق السلام المجتمعي بدولته، أن المصالحة كانت هي الآلية الأبرز في تحقيق استقرار المجتمع الجنوب إفريقي، حيث لم يمثل الانتقام أو العقاب أولوية مجتمعية، وإنما تم التركيز على جبر الأضرار والانتصاف للضحايا، واستعادة العلاقات المقطوعة، بما مكّن من إعادة تأهيل كل من الضحايا والجناة، وإعطائهم الفرصة للاندماج في المجتمع بصورة صحية<sup>(٢)</sup>.

ومن بين المحاولات الناجحة لتحقيق الاستقرار المجتمعي من خلال آلية المصالحة، نموذج "تيمور الشرقية"، وبدأ الإعداد لعملها في عام ١٩٩٩، عندما قامت لجنة من ممثلي طوائف المجتمع وبدعم من الأمم

(١)

**T. HADDEN**, *Punishment, Amnesty and Truth: Legal and Political Approaches in Democracy and Ethnic Conflict, Advancing Peace*, in: **A. GUELKE**, *Deeply Divided Societies*, New York, Palgrave Macmillan, 2004, P. 212.

(٢) مثلت المصالحة المجتمعية أساسًا لتحقيق الاستقرار في جنوب أفريقيا، كما تم منح العفو لمركبي الانتهاكات شريطة أن يكشفوا عن مصير الأشخاص الذين قتلوا أو اختطفوا أو اختفوا، ونوالي شرحها تفصيلًا في الجزء المتعلق بالمصالحة على أساس العفو.

**D. M. TUTU**, *No Future without Forgiveness*, Crown Publishing Group, 2009, PP. 54: 55.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



المتحدة، بمشاورات مع مواطني الثلاثة عشرة مقاطعة لتيمور الشرقية، والذين أظهروا إرادة لمحاكمة المسؤولين عن الانتهاكات التي صاحبت الاستقلال، مع تفويض اللجنة بإجراء مصالحة مجتمعية بعد التأكد من تطبيق المساءلة، وفي أوائل عام ٢٠٠٠ صدر القرار بإنشاء لجنة للحقيقة والمصالحة<sup>(١)</sup>، وبدأت عملها عام ٢٠٠١، كهيئة مستقلة للتحقيق وكشف حقائق انتهاكات القانون الدولي التي وقعت في الفترة من عام ١٩٧٤، وحتى ١٩٩٩، تمهيداً لإجراء مصالحة مجتمعية، وفي عام ٢٠٠٦ أصدرت اللجنة تقريرها النهائي بعنوان "Chega"، "كفي باللغة البرتغالية"، ومما ورد به أن إتمام عملية المصالحة كان ضرورة لإعادة بناء الدولة، وتحقيق العدالة والسلام، بالتوازي مع المساءلة التي لم تحقق الاستقرار المجتمعي، أو القدر المرجو من الرضا لدى الضحايا<sup>(٢)</sup>.

وقد بدأت جلسات المصالحة بحضور ومشاركة حوالي أربعين ألف مواطن، منهم قيادات شعبية، وتنفيذية، وممثلين عن الكنيسة الكاثوليكية، وتم الاهتمام بشكل خاص بالضحايا، والعمل على تلافى أي عقبات قد تحول دون

---

(١)  
U. N. Transitional Admin in East Timor, Regulation No. 2001/10 on the Establishment of a Commission for Reception, Truth and Reconciliation for East Timor, U.N. Doc. UNTAET/REG/2001/10 (July 13, 2001).

(٢)  
Final Report of Commission for Reception, Truth and Reconciliation (CAVR), *Chega! Dili, 2006, Chap. 1, Introduction, Part 5, available at: <http://www.etan.org/news/2006/cavr.htm>. 28/1/2016.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

مشاركته، وُخصص لهم مكان أُطلق عليه "مكان الشرفاء"، وسُمح لهم  
باصطحاب من يريدون من أسرهم أو أصدقائهم، كما سُمح لهم بالتعبير عن  
مشاعر السخط والكرهية تجاه لجنة، وكل ما يكون في صدورهم من ضيق  
بشأن ما أصابهم من أضرار، وشملت المشاركة أيضًا مرتكبي الجرائم، الذين  
أبدوا خوفهم الشديد من معاناة أطفالهم من التمييز في المستقبل، وصرحوا بعد  
الاعتراف بجرائمهم علانية بأنهم يشعرون بحرية داخل المجتمع، حيث لم يعد  
يُنظر إليهم كمشبوهمين<sup>(١)</sup>.

وسيطرت التقاليد العرفية والأخلاقية المحلية على شكل وموضوع  
الجلسات، من حيث طرق عرض المشاكل، ووسائل التوفيق بين آراء الأطراف  
المختلفة، وصولاً إلى الاتفاق على المصالحة والصفح عن عدد من الجناة،  
وعقب ذلك أُقيمت مراسم احتفالية وطنية، والتي من مظاهرها مضغ كثيرًا من  
نبات "التنبول"<sup>(٢)</sup>، وذبح الدجاج أو الخنازير، وإقامة ولائم، ولم يستطع كثير من  
"التيموريين" آنذاك تحمل تكافة هذا العرف، حيث كانوا متقلين بالديون في  
أعقاب الحرب، وتولت لجنة المصالحة توفير الأموال اللازمة لهذه التقاليد<sup>(٣)</sup>.

(١)

Final Report of Commission for Reception, Chegal, P. R., Parts, 12, 13,  
38, 40, 44.

(٢) تحتوي أوراق نبات "التنبول" على مواد عطرية طيارة مثبطة للجهاز العصبي المركزي،  
وتساعد في الاسترخاء والإحساس بالسكون.

(٣) وتجدر الإشارة إلى أن مراعاة الثقافة "التيمورية" ساهم إيجابيًا في نجاح هذه الآلية، ولكن  
على غرار جميع آليات العدالة الانتقالية، لم تخل من الانتقاد، والتي كان أبرزها غياب كثير من  
المشتبه بارتكابهم انتهاكات جسيمة، والذين تطلع كثير من التيموريين لو رؤهم معاقبين، كما قرر  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

## ثانياً: الأساس القانوني الدولي لآلية المصالحة:

تؤصل بعض مواد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لآلية المصالحة المجتمعية، حيث أوردت المادة رقم (١/٥٣ ج) أحد الحالات التي يكون للمدعي العام في حالة توافرها الامتناع عن تقديم المتهمين للمحاكمة، إذا رأي بعد مراعاة جميع الظروف أن المقاضاة لن تخدم مصالح العدالة<sup>(١)</sup>، وأن التصرف فيها خارج المحكمة سيكون أجدى، ولم يبين النص صراحةً ما الذي يمكن اعتباره أنه "يخدم مصالح العدالة"، وما هو ليس كذلك<sup>(٢)</sup>، ولا غضاضة في فهم ذلك باعتباره يشمل رغبة دولة في تحقيق العدالة بتطبيق آليات للعدالة الانتقالية دون التركيز على المساءلة القضائية، باعتبار أن ذلك سيكون أجدى لها في سياق طبيعة مجتمعها، وهنا يمكن اعتبار حكم هذه

---

بعض الشهود بأن المجتمع صار ينظر إليهم كشركاء في الجرائم، التي شهدوها بالرغم من عدم قدرتهم على منعها، ولم يستطيعوا التعايش بحرية والاندماج في المجتمع بعد مشاركتهم، كما تضرر بعض الضحايا من عدم جبر ما أصابهم بشكل كامل، وأخيراً، على الرغم من مشاركة سيدات كاعضاء في اللجنة، إلا أن جلسات الاستماع اقتصرت على الرجال. راجع:

**K. J. HELLER, *Deconstructing International Criminal Law*, 106 Michigan Law Review, Vol. 106, 2008, PP. 975, 987:88; Final Report of Commission for Reception, Chega!, P. R., Part 9.**

(١) المادة رقم (١/٥٣ ج) من نظام روما الأساسي.  
(٢) وفي عام ٢٠٠٧، أعلن "لويس مورينو أوكامبو" المدعي العام للمحكمة وقتها، أن مكتبه سوف يحدد كيفية تحقيق وخدمة "مصلحة العدالة" مع إعطاء فرصة لآليات بخلاف المساءلة، وفي يوليو ٢٠١٢، أكدت "فاتو ينسودا" المدعي العام للمحكمة، على أن هذا لا يعني التغاضي عن الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩، وجرائم الإبادة الجماعية، والتعذيب، وكافة الجرائم التي لا يمكن استبدال الملاحقة الجنائية لمركبيها بآليات أخرى. راجع:

**D. ROBINSON, *Serving the Interests of Justice: Amnesties*, P. R., PP. 485, 489.**

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

المادة كأساس قانوني لتلك الآليات التي تُستخدم لتحقيق مصالح العدالة بخلاف الادعاء، ومنها المصالحة<sup>(١)</sup>، على اعتبار أن المحكمة لا تقف موقفًا سلبيًا تجاه مقاضاة متهمين باقتراف انتهاكات تدخل ضمن اختصاصها وولايتها، ولكن بتقدير أن المقاضاة ربما لا تكون هي الخيار الأمثل دائمًا لتحقيق العدالة، لاسيما في أعقاب جرائم العنف الجماعي، التي يختلف التعامل بفاعلية مع آثارها من دولة لأخرى، وقد تمثل مباشرة المحكمة للدعوى عائقًا أمام استكشاف آليات وطنية أكثر فاعلية وسرعة لتحقيق العدالة والاستقرار داخل الدولة<sup>(٢)</sup>.

ويانظر أيضًا إلى السلطة التقديرية للمدعي العام للمحكمة فيما يتعلق بالشروع في إجراءات التحقيق، وكذلك إرجاء التحقيق أو المقاضاة، وقبول الدعوى، والكف عن المقاضاة الواردة في المواد (١٦)، (١٧)، (٥٣) من النظام الأساسي للمحكمة، يمكن فهمها جميعًا باعتبارها تقرير غير مباشر بالامتناع عن الملاحقة الجنائية من أجل تحقيق انتقال سلمي أو سلام مجتمعي

(١)

**E. L. KING, Does Justice Always Require Prosecution? the International Criminal Court and Transitional Justice Measures, George Washington International Law Review, Vol. 45, 2013, P. 85.**

(٢) ولعل ما يدعم هذا الفهم، حكم المادة رقم (١٧/أ)، (ب) من النظام الأساسي للمحكمة، الذي أعطى الأولوية للاختصاص الوطني وجعل اختصاص المحكمة مكملاً له، حيث لا تقبل المحكمة دعوى يتم التحقيق في وقائعها بالفعل أو المقاضاة من جانب دولة ذات ولاية، أو إذا كانت الدولة المختصة قد أجرت تحقيقاً ثم قررت عدم مقاضاة الأشخاص المعنيين، حيث يشير حكم المادة إلى أنه حتى إذا تم استيفاء معايير المحكمة الجنائية الدولية، فلا زال هناك فرصة إذا تبين عدم رغبة الدولة أو ترددها في إجراء التحقيق أو الملاحقة.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

داخل الدول، وواقعًا فإن المحكمة الجنائية الدولية جزء من مشروع العدالة الانتقالية، ويشكل نظامها الأساسي تهديدًا جديًا لأي طرف في أي نزاع قد يقترب انتهاكات تدخل في اختصاص المحكمة<sup>(١)</sup>.

كذلك من الأحكام القضائية الدولية التي أشارت إلى آلية المصالحة، حكم المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة في قضية "Furundzija"، حيث ورد به أن ولاية المحكمة تحققت بموجب اتفاق المصالحة، وباعتبار أن المصالحة لن تتحقق بدون عدالة، وردع للجرائم ومكافحة الإفلات من العقاب، ولا ينبغي أن تُقصر عقوبة الفرد على انتهاك القانون، ولكنه يجب أن يعاقب في الحالات التي ستجعله هو وغيره يمتنعون عن مخالفة القانون، فالردع والقصاص هما وظيفتي العقوبة المتلازمتين<sup>(٢)</sup>.

### ثالثًا: المصالحة على أساس العفو:

لإتمام عملية المصالحة المجتمعية في كثير من الدول، تم التعويل على منح العفو، ومصطلح "العفو" "amnesty" مُستمد من التعبير اليوناني "amnēstia"، بمعنى "النسيان" أو "الصفح الشامل"، ولكنه كأحد وسائل

(١)

J. HALPERN, H. M. WEINSTEIN, *Rehumanizing the Other: Empathy and Reconciliation*, *Human Rights Quarterly*, Vol. 26, 2004, PP. 561: 583.

(٢)

*Prosecutor v. Furundzija, ICTY (Trial Chamber), IT-95-17/1-T, Judgment, December 10, 1998, para 288.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

المصالحة، يبتعد عن كونه استباقًا لعملية المساءلة والإنصاف وتضييعًا للحقوق، لأنه ليس نوعًا واحدًا، ولكنه يتنوع لنماذج متباينة ومختلفة، بل لقد اعتبر جانب فقهي بعض أنواع العفو بأنها استثمار في أمن المواطنين<sup>(١)</sup>، ونوالي شرح فكرة العفو، ومبرراته تأسيس عملية المصالحة عليه، وأساسه القانوني الدولي، وأنواعه، وبعض تطبيقاته، كما يلي:

(١) تعريف العفو القانوني بوجه عام: معيار قانوني يُعتمد في ظروف معينة بهدف إلغاء إجراءات قانونية أو النتائج المترتبة عليها في جرائم محددة لصالح أفراد أو فئات معينة، ويشمل إعفاء المحكوم عليه من تنفيذ العقوبة كلها أو بعضها، أو استبدال عقوبة بأخرى أخف منها، وفي بعض الأحوال يمثل وسيلة لإصلاح الأخطاء القضائية، كما يعرف بأنه إلغاء الدولة لما هو مستحق لها، والإعفاء من العقوبة على عمل إجرامي لا يتضمن تبرئة الظالم، وقرار الدولة بالتخلي عن العدالة الجنائية هو شكل من أشكال التسامح القانوني<sup>(٢)</sup>، وحرى بالذكر أن العفو الممنوح للمحكوم عليهم في مناسبات احتفالية معينة، منبت الصلة بسياق العدالة الانتقالية، وما يعيننا في دراستنا

(١)

L. HUYSE, M. SALTER, *Traditional Justice and Reconciliation after Violence: Learning from African Experiences*, Stockholm, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2008, P. 16.

(٢) د. فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٤١٩: ٤٢٠.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

هو نوع العفو الذي يُمنح لتحقيق مصلحة المجتمع ككل، حيث يعزز ويحفز  
مُنَاخ المصالحة في الدول<sup>(١)</sup>.

## (٢) مبررات العفو في سياق آلية المصالحة المجتمعية:

(أ) تحقيق السلام بسرعة: قد تتخذ الدول عقب النزاعات قرارًا بتجاوز  
الماضي، والاتجاه نحو المصالحة، لأن الاعتماد على المساءلة الجنائية قد  
يستغرق زمنًا، مع استمرار النزاع المسلح أو الاحتقان السياسي، وارتكاب مزيد  
من العنف، وتكون دعوة الخصوم أو الأعداء للتفاوض هي الوسيلة لإنهاء  
العداء والخصومة، وتحفيزهم على الانخراط في الانتقال والتحول السلمي نحو  
الديمقراطية، وبعبارة أخرى يكون العفو مقابل السلام<sup>(٢)</sup>، ونلمح ذلك في خاتمة  
الدستور المؤقت لجنوب أفريقيا لعام ١٩٩٤، حيث أورد أن الانتقال السياسي لا  
يتطلب فقط الانتصاف للضحايا، ولكن تذليل كل عقبة من شأنها تهديد التحول  
إلى مجتمع ديمقراطي، والجسر الذي يمكن العبور من خلاله إلى هذا المستقبل  
بعد ماضي من العنف والانتهاكات هو العفو<sup>(٣)</sup>، وإلى نفس المعنى ذهبت لجنة

(١)

E. DALY, J. SARKIN, *Reconciliation in Divided Societies: Finding  
Common Ground*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2007,  
PP. 35: 39.

(٢)

R. C. SLYE, *the Legitimacy of Amnesties under International Law and  
General Principles of Anglo American law*, P. R., P. 1022.

(٣) خاتمة دستور جنوب إفريقيا في ١٨ ديسمبر لعام ١٩٩٦، الفقرتين (١)، (٥/بند ١)، والذي  
تم تعديله عام ٢٠١٢، وتضمن في المادة رقم (٢٢) تأكيدًا على أنه بالرغم من إلغاء الدستور السابق،  
تعتبر جميع الأحكام المتعلقة بالعفو الواردة في الدستور السابق تحت عنوان الوحدة الوطنية  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الحقيقة لسيراليون، عندما أوردت أنه بدون منح العفو في اتفاق "لومي" لم يكن السلام ليخرج إلى حيز الوجود<sup>(١)</sup>.

ويقرر الفقيه "Simic" نفس المعنى بقوله، إن منح العفو يعتمد على السياق السياسي لكل دولة، وقد يُقبل فقط كضرورة لتوفير الاستقرار وإنهاء العنف، أو كشرط مسبق لوقف أطراف النزاع للأعمال العدائية والجلوس للتفاوض على السلام، إلا أنه من الضروري أن يسدد من استفادوا من هذا العفو. ولو بعد حين. ثمن الحرية التي تلقوها بالإكراه، لأنه بمثابة تأخير أو تأجيل للمساءلة لا إنهائها، ولا يمكن اعتماده كطريق للإفلات من العقاب<sup>(٢)</sup>. وذهب الفقيه "Robinson" إلى أن تحقيق السلام هو المبرر العملي لمنح العفو لمرتكبي بعض الجرائم لا كلها، لأن عدم المساءلة والإفلات من العقاب ربما يعرقل المصالحة والسلام، لاسيما عندما يتمسك الضحايا بمعاقبة الجناة ويرفضون منح العفو، حيث يظل المجتمع منقسماً بسبب عدم رضا الضحايا

---

والمصالحة جزءاً من الدستور الجديد. راجع الدستور الجنوب إفريقي لعام ١٩٩٦، وتعديلاته عام ٢٠١٢، متاح على:

[https://www.constituteproject.org/constitution/South\\_Africa\\_2012.pdf?lang=ar](https://www.constituteproject.org/constitution/South_Africa_2012.pdf?lang=ar). P. 116. 6/3/2016.

(١)

**Peace Agreement between the Government of Sierra Leone and the Revolutionary United Front of Sierra Leone, Lome Peace Agreement, July 7, 1999, art. 26.**

(٢)

O. SIMIC, *Current Issues in Transitional Justice*, P. R., P. 35.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



(ب) ضعف موارد الدولة: قد يكون من المستحيل عقب النزاعات المسلحة، أو العنف الجماعي، مقاضاة الآلاف من مرتكبي الانتهاكات لضعف إمكانيات المؤسسات القانونية، وانهيار قدرات الدولة الاقتصادية، وعدم استطاعتها إجراء محاكمات إلا لعدد محدود من الأشخاص لاسيما الأكثر مسؤولية، كما حدث بالنسبة للمحكمة المختلطة لسيراليون، التي نص نظامها الأساسي على مقاضاة الأشخاص الذين يتحملون القسط الأكبر من المسؤولية عن الانتهاكات الجسيمة للقانون الإنساني الدولي وقانون سيراليون التي ارتكبت في أراضي سيراليون منذ ٣٠ نوفمبر ١٩٩٦<sup>(٢)</sup>.

(ج) هشاشة البيئة الأمنية: فقد تضطر السلطات السياسية لدولة نتيجة للأوضاع الأمنية المتردية، منح عفو واسع أو حصانة للميليشيات حتى بالنسبة لأخطر الجرائم، في محاولة لتحقيق الاستقرار، وعلى سبيل المثال، تم منح عفو شامل وحصانات في سيراليون بموجب اتفاق لومي للسلام عام ١٩٩٩، شمل جميع المقاتلين والمتعاونين منهم في أي أفعال ذات صلة بالنزاع، بل إن تراجع قائد الميليشيات "قودي سنكوح" عن تنفيذ الاتفاق، هوى بالدولة مرة أخرى

(١)

D. ROBINSON, *Serving the Interests of Justice: Amnesties*, P. R., P. 494.

(٢)

**Agreement Between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court For Sierra Leone, Sierra Leone-U.N., art. 1, Jan. 16, 2002, 2178 U.N.T.S. 137.**

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

إلى الحرب الأهلية<sup>(١)</sup>.

(د) أهميته عقب المساءلة: قد يأتي العفو عقب المساءلة ليرسخ للمصالحة والسلام، بحساب أن المساءلة لم تنهي الأعمال العدائية أو الانتهاكات، ولم تحقق التوازن السياسي، أو استقرار المجتمع، وخلال القرن العشرين، استخدمت عدة دول تمر بتحول سياسي منح العفو كعنصر حاسم في تحقيق السلام، ومنها "السلفادور" التي طرحت فكرة العفو عن الجرائم المرتكبة لأغراض سياسية، بعد تمام عملية المساءلة عن الجرائم الجسيمة، وأعلن أطراف اتفاق السلام المبرم في ١٦ يناير ١٩٩٢، في "السلفادور" احترام مبدأ عدم الإفلات من العقاب، وملاحقة الجرائم الخطيرة؛ وفي مارس ١٩٩٣، صدر "قانون المصالحة الوطنية"، وبموجبه تم منح العفو العام عن "الجرائم السياسية والجرائم المرتكبة لأغراض سياسية قبل أول يناير من عام ١٩٩٢"<sup>(٢)</sup>.

---

(١) وبعد التدخل البريطاني في عام ٢٠٠٠، تعاون قادة الجبهة الذين حلوا محل "سنكوح" في توجيه مقاتليهم لإلقاء السلاح، وواجهوا صعوبة شديدة في ذلك نظراً لترقيهم للمحاكمة في المحكمة الخاصة لسيراليون. راجع:

**T. THUSI, S. MEEK**, *Disarmament and Demobilisation in Sierra Leone, in Sierra Leone: Building the Road to Recovery, Monograph 80, Pretoria: Institute for Security Studies, 2003, PP. 23: 38.*

(٢)

**R. C. SIYE**, *the legitimacy of Amnesties under international law and general principles of Anglo-American law, P. R., PP. 173: 179*; **R. PERRY**, *the Nature, Status and Future of Amnesties under International Criminal Law, Australia International Law Journal, Vol. 8, 2011.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

هـ) وجود بعض الجناة هم أيضًا ضحايا: وعلى سبيل المثال في "سيراليون" و"تيمور الشرقية"، نُظر إلى العديد من مرتكبي الجرائم أيضًا كضحايا، ففي "سيراليون"، أفادت إحدى الدراسة الاستقصائية، أن ٨٠% من النساء المقاتلات تم تجنيدهن قسرًا، وكذلك جُنِدَ الأطفال المقاتلين قسرًا، أو انضموا طواعية ولكن دون إدراك لكون هذه الجماعات المقاتلة تخالف القانون<sup>(١)</sup>، إضافة إلى أنه في حالات العنف الجماعي يصعب تحديد بداية فعل الانتهاك، ورد الفعل عليه، أو الدفاع عن النفس، لانتقال الانتهاكات بشكل جماعي من مجموعة لأخرى، وتورط كل أفراد المجموعات، ويكون من الصعب رسم خطوط واضحة بين الجناة والضحايا<sup>(٢)</sup>.

### (٣) الأساس القانوني الدولي لفكرة العفو:

كثيرًا ما تُقابل فكرة العفو عند البعض بالاستهجان، ويرفضونه لاعتقادهم بأن التسامح مع من انتهك حقوقهم هو انتقاص من كرامتهم، وتصادم مع الفطرة البشرية، فمن يستطيع أن يطلب الرحمة للإرهابي الذي قتل

(١)

**Post-Conflict Reintegration Initiative for Dev. & Empowerment & the International Center for Transitional Justice, *Ex-Combatant Views of the Truth and Reconciliation Commission and the Special Court in Sierra Leone* 11 (2002), available at: <http://www.ictj.org/images/content/0/9/090.pdf>.**

11/10/2015.

(٢)

**L. J. LAPLANTE, *Outlawing Amnesty: the Return of Criminal Justice in Transitional Justice Schemes*, P. R., P. 917.**

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

طفله؟ ومن الذي يمكنه دعم مؤسسة تمول من قتلوا ابنته؟ وهل تستطيع امرأة تناول الطعام مع الشخص الذي قطع زوجها وأولادها إرثًا؟ ولكن واقع الحال أن مبدأ منح العفو موجود، ويتم اللجوء إليه في حالات كثيرة، لاسيما إتمام عمليات المصالحة المجتمعية، وندرس فيما يلي مدى إقرار الممارسات الدولية للعفو، والإشكاليات التي تواجهه، فإننا نبينها على النحو التالي.

(أ) فكرة العفو في الاتفاقات الدولية: وردت إشارة صريحة للعفو في المادة (٦/ ٥) من البروتوكول الثاني لعام ١٩٧٧، الملحق باتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩، حيث نصت على أنه: "تسعى السلطات الحاكمة . لدى انتهاء الأعمال العدائية . لمنح العفو الشامل على أوسع نطاق ممكن للأشخاص الذين شاركوا في النزاع المسلح أو الذين قُيدت حريتهم لأسباب تتعلق بالنزاع المسلح سواء كانوا معتقلين أم محتجزين". وربما تُفسر هذه المادة باعتبارها تبرر منح العفو لكل الجرائم بما فيها جرائم الحرب، إلا أنه وفقًا لتعليق اللجنة الدولية للصليب الأحمر، يمكن فهمها على أساس أنها تشجع بدء المصالحة والمساهمة في إعادة العلاقات الطبيعية في حياة الأمم المنقسمة، ولكنها لا تقدم أي توجيه بشأن أنواع العفو المقبولة قانونًا، أو تلك غير المقبولة كالتي تتعلق بجرائم حرب أو جرائم ضد الإنسانية، وأيًا ما كان الأمر، فإن إشارة المادة (٥/٦) صراحةً إلى فكرة العفو يجعلها مطروحة في السياق القانوني الدولي، لاسيما في الحالات التي تكون هي الأداة المناسبة واللازمة لتحقيق

الاستقرار المجتمعي والمصالحة بشرط عدم تعارض ما يترتب عليها من آثار مع الالتزامات الدولية<sup>(١)</sup>.

(ب) فكرة العفو في نظام روما الأساسي: أثرت مسألة العفو خلال مؤتمر روما، وأثناء الأعمال التحضيرية للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وتم تجاهله عمدًا، ليخرج النظام الأساسي للمحكمة دون نص بشأن العفو<sup>(٢)</sup>، حيث لم يكن من الممكن التوصل لاتفاق بشأن هذه الإشكالية، ولكنها تُركت لتقدير المحكمة من خلال أعمالها، وفُسرَت السلطة التقديرية للمدعي العام في التحقيق والمقاضاة، الواردة في النظام الأساسي في المواد (١٦) بشأن إرجاء التحقيق أو المقاضاة، والمادة (١٧) بشأن "المقبولية"، والمادة (٥٣) الخاصة بالشروع في التحقيق، باعتبار أن النظام الأساسي قد ترك مجالاً للعفو إذا توافرت شروط معينة، منها وجود آليات بديلة لتحقيق العدالة<sup>(٣)</sup>، وطُبِّق ذلك

---

(١) تشير المادة (٨/٢ ج، هـ) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية إلى ضرورة إتباع تفسير اللجنة الدولية المقيد للعفو، ورفض منحه عن الجرائم الجسيمة للقانون الدولي، من منظور وحدة النظام القانوني الدولي، حيث يقر هذا النظام الالتزام بالمحاكمة عن هذه الجرائم، ولا يمكن إذاً السماح بإعفاء مرتكبيها من العقاب، من قبل فرع آخر لنفس النظام القانوني، وهو القانون الدولي الإنساني.

J. M. HENCKAERTS, L. D. BECK, *Customary International Humanitarian Law, Vol. 1, Rules*, Cambridge University Press, International Committee of the Red Cross (ICRC), 2005, P. 610.

(٢)

H. BONACKER, C. SAFFERLING, *Victims of International Crimes: An Interdisciplinary Discourse*, Springer Science & Business Media, 2013, PP. 12: 14.

(٣) المادة (١٦) الخاصة بإرجاء التحقيق أو المقاضاة، والمادة (١٧) الخاصة بمسائل المتعلقة بالمقبولية، والمادة (٥٣) الخاصة بالشروع في التحقيق.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

عند تعامل المحكمة مع حالة "شمال أوغندا"، عندما أحالت الحكومة الأوغندية قضيتها إلى المحكمة، وأصدر المدعي العام لوائح اتهام لسبع من كبار قادة جيش الرب للمقاومة "LRA"، ثم أعلن المدعي العام للمحكمة في أكتوبر عام ٢٠٠٥، أن مصلحة العدالة تقتضي الشروع في تصميم نظام وطني يحقق العدالة، وفي بواجب الدولة في ملاحقة الجرائم الجسيمة، مع الإفادة من فكرة المصالحة والعفو بما يحقق استقرار المجتمع<sup>(١)</sup>.

(ج) فكرة العفو في أعمال منظمة الأمم المتحدة: اعترفت المنظمة بالعفو كمفهوم قانوني مقبول، وبادرة للسلام والمصالحة عقب حرب أهلية أو نزاع مسلح داخلي، مع رفضه فيما يتعلق بالانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني<sup>(٢)</sup>، وقد شاركت المنظمة رسمياً في مفاوضات سلام لبعض الدول، أثمرت اتفاقات تضمنت عفواً شاملاً، وفُهمت هذه المشاركة باعتبارها تسبغ على هذا النوع من العفو شرعية دولية، مثلما حدث في السلفادور، وجواتيمالا، وهائتي، وسيراليو، وبالنسبة لهذه الأخيرة، وعندما منحت الدولة عفواً شاملاً للمقاتلين بموجب اتفاق "لومي" للسلام عام ١٩٩٩، اضطر الممثل الخاص

---

Y. NAQVI, *Impediments to Exercising Jurisdiction over International Crimes*, The Hague: TMC Asser Press, 2010, P. 26.

(١)

R. B. MURPHY, *Establishing a Precedent in Uganda: The Legitimacy of National Amnesties under the ICC*, Bepress Legal Series, Working Paper, July 6, 2006, P. 1442.

(٢)

Report of the Secretary General on the Establishment of the Special Court for Sierra Leone, S/2000/915, 4 October 2000, P. 22.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

للأمم المتحدة "فرانسييس أوكيلو"، لاستدراك ذلك، وأرفق "إعلانًا تفسيريًا" أو "تحفظًا" بخط يده على نسخة من الاتفاق، أورد فيه أن الأمم المتحدة تفسر العفو الوارد في المادة (٩) من الاتفاق باعتباره لن ينطبق على الجرائم الدولية كالإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب، والانتهاكات الجسيمة الأخرى للقانون الإنساني الدولي<sup>(١)</sup>، وبالتالي فإن المنظمة الدولية لا تؤيد بأي حال من الأحوال منح العفو الشامل عن جميع الجرائم.

#### (د) فكرة العفو في التقارير والممارسات الدولية: في تقريره عن سيادة

القانون والعدالة الانتقالية في مجتمعات النزاع، ومجتمعات ما بعد الصراع لعام ٢٠٠٤، أكد الأمين العام للأمم المتحدة، في الفقرة (٦٤/ج) من التقرير على عدم إدراج أي عفو عن جرائم الإبادة الجماعية، وجرائم الحرب، والجرائم ضد الإنسانية، وذلك في أي اتفاقات سلام، أو قرارات لمجلس الأمن، أو تفويضات، وعدم وجود مثل هذا العفو هو شرط للمحاكمة أمام أي محكمة تشكلها الأمم المتحدة. وفي الفقرة (٣٢) من التقرير قرر الأمين العام أن بعض حالات العفو المحدودة قد تكون ضرورية لأغراض التحول السلمي للسلطة وينبغي تشجيعها،

(١)

**United Nations Security Council, Seventh Report of the Secretary General on the United Nations Observer Mission in Sierra Leone, S/1999/836 (30 July 1999), Para. 54; W. A. SCHABAS, Amnesty, the Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission and the Special Court for Sierra Leone, Journal of International Law and Policy, Vol. 12, No. 1, 2004, P. 145 ; Report of the Secretary General of the UN Observer Mission in Sierra Leone of 30 July 1999, UN Doc. S/1999/836, Para. 7.**

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

إذا تم تصميمها بدقة لتضمن عودة وإعادة إدماج النازحين المدنيين والمقاتلين السابقين في المجتمع، مع التشديد على أنه لا يمكن السماح بذلك في سياق جرائم الإبادة الجماعية، وجرائم الحرب، والجرائم ضد الإنسانية أو الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان<sup>(١)</sup>.

كما أوردت المبادئ التوجيهية لبلفاست عام ٢٠١٣، بشأن العفو والمساءلة، والتي جاءت نتيجة لسلسلة من اجتماعات الخبراء التي عقدت في "لويز"، أن المحاكمة والمعاقبة ليست هي الشكل الوحيد من أشكال المساءلة، بل يمكن استخدام العفو لتسهيل استراتيجيات الملاحقة القضائية الانتقائية، أو كشرط للمشاركة في لجان الحقيقة والعدالة التصالحية، وجبر الضرر<sup>(٢)</sup>.

(هـ) فكرة العفو في إطار الفقه الدولي: قرر الفقيه "Jurdi" أنه من غير المعقول أن تنتصدي المحكمة الجنائية الدولية لاستبدال إرادة أمة بأكملها

(١)

**United Nations Security Council, Report of the Secretary General on the Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies, S/2004/616 (3 August 2004); United Nations Department of Peacekeeping Operations (DPKO), Integrated Disarmament, Demobilization and Reintegration Standards (IDDRS), New York, DPKO, 2007.**

(٢)

**Transitional Justice Institute launches, The Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability, Transitional Justice Institute, 25 October 2013, available at:**

<http://www.transitionaljustice.ulster.ac.uk/AmnestyGuidelinesLaunch.htm>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



تسعى للسلام والعدالة من خلال وسائل بديلة، وليس من الصواب تفسير ذلك على أنه إفلات من العقاب عن الجرائم الأساسية التي تهدد السلم والأمن الدوليين، فالمحكمة لديها سلطة تقديرية واسعة في التعامل مع العفو، ويمكنها رفضه إذا شمل هذه الجرائم، كما يمكنها رفض العفو السابق وبأثر رجعي إذا مُنح عن جريمة لا يمكن العفو عنها<sup>(١)</sup>.

ولاحظ الفقيه "Gavron" أن النظام القانوني الدولي يستبعد إمكانية احترام المحكمة الجنائية الدولية للعفو عن أي جرائم تدخل في اختصاصها، وأن الحصانات التي تنشأ بموجب اتفاقات تتضمن عفوًا عن مثل هذه الجرائم، تمثل خرقًا لالتزام الدول الأساسي بالمساءلة عن جرائم القانون الدولي<sup>(٢)</sup>.

وتساءل الفقيه "Scharf" عدة أسئلة يمكن من خلالها تحليل ما إذا كان العفو الوطني متوافقًا مع غرض تحقيق العدالة بموجب المواد (١٦، ١٧، ٢٠، ٥٣) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وهي: هل تشكل الجرائم التي مُنح عنها العفو انتهاكات جسيمة للاتفاقيات الدولية؟ هل مُنح العفو بعد حدوث تحول بالفعل، أم أنه تم لغرض وقف العنف؟ هل قدمت

(١)

, *the International Criminal Court and National Courts: A N. JURDI Contentious Relationship*, Routledge, 2016, PP. 73: 75.

(٢)

**J. GAVRON**, *Amnesties in the Light of Developments in International Law and the Establishment of the International Criminal Court*, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, 2002, PP. 33: 36.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الدولة الجبر المناسب للضحايا؟ وهل اتخذت الدولة ضمانات لمنع تكرار هذه الانتهاكات؟ وهل نفذت الدولة تدابير بديلة لمعاقبة الجناة، كفرض عقوبات غير جنائية، أو إعفائهم من المناصب العامة<sup>(١)</sup>.

ومن العرض السابق يمكننا استنباط أنه ويوجه عام، لم تُرفض فكرة منح العفو على إطلاقها سواء في المعاهدات الدولية أو من قبل المحكمة الجنائية الدولية، أو في الممارسات والتقارير الدولية، إلا أن الرفض الصريح تعلق بالعفو الشامل أو العام، الذي يتضمن الجرائم الدولية الجسيمة، والتي لا يمكن التغاضي عن المساءلة عنها، وهو ما يقودنا إلى بيان أنواع العفو، ومدى قبول كل منها على المستوى القانوني الدولي، وذلك على النحو التالي.

#### (٤) أنواع العفو:

ينقسم العفو إلى أنواع عدة: أبرزها، "العام" أو "غير المشروط" ويُطلق عليه أيضًا "فقدان الذاكرة" "Amnestic"، أو "التغطية" "Blanket"، والنوع الثاني هو العفو "المشروط" "Conditional"، ويطلق عليه كذلك عفو "المحاسبة" "Accountable"، والعفو "الذكي" "Smart"<sup>(٢)</sup>، ونوضح ذلك كما يلي:

(١)

M. SCHARF, *the Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court*, Cornell International Law Journal, Vol. 33, 2000, P. 526.

(٢)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

## (أ) العفو العام غير المشروط:

هو الصفح عن مرتكبي الانتهاكات بدون قيد أو شرط، وغالبًا ما يتم من خلال تسوية سياسية تتعلق بالتحول السلمي إلى الديمقراطية، لاسيما عقب النزاعات المسلحة، تشجيعًا للمقاتلين على إلقاء السلاح، أو الحصول منهم على حقائق أو شهادات ذات صلة بالانتهاكات، ونلاحظ أنه أمر يشوبه التطرف، لأنه يخفي جرائم الماضي ويحظر المساءلة عنها، ومن أمثله ما ورد بعد الحرب العالمية الأولى في معاهدة "لوزان" الموقعة بين الحلفاء وتركيا عام ١٩٢٣، من إعلان العفو عن الجرائم التي ارتكبت في الفترة من ١٩١٤، وحتى ١٩٢٢، بما في ذلك المجزرة التركية للأرمن<sup>(١)</sup>.

وأبدت منظمة الأمم المتحدة رفضها لهذا النوع من العفو، ومن ذلك رفضها لعمل لجنة تقصي الحقائق الثنائية بين "إندونيسيا"، و"تيمور الشرقية"، عام ٢٠٠٥، نظرًا لوجود تفويض للجنة بالعفو عن الجرائم ضد الإنسانية والانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، حيث أعلن المتحدث باسم الأمين العام

---

S. FIELDS, *Private Crimes and Public Forgiveness: Towards a Refined Restorative Justice Amnesty Regime*, *International Journal of Civil Society Law*, Vol. 5, 2007, P. 11.

(١)

, *Transitional Justice and Rule of Law* P. McAULIFFE  
Reconstruction: A Contentious Relationship, Routledge, 2013, PP.  
49: 54.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

أن المنظمة لا يمكن أن تؤيد أو تغض الطرف عن أي عفو يتعلق بالجرائم المذكورة<sup>(١)</sup>.

وفي نفس السياق رفض منسق الشؤون الإنسانية السابق للأمم المتحدة "Jan Egeland"، بصفته وسيطاً بين الحكومة الأوغندية، وجيش الرب للمقاومة، التفاوض مع قادة المتمردين فيما يتعلق بإلغاء مذكرات الاعتقال الصادرة لهم من المحكمة الجنائية الدولية، أو منحهم عفواً عن الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة<sup>(٢)</sup>.

وفي تقرير للمركز الدولي للعدالة الانتقالية عام ٢٠٠٥، أورد أن الالتزامات المقررة بموجب نظام روما الأساسي لا تقبل بالعفو عن جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية والإبادة الجماعية، وإذا كان هذا لن يمنع أطراف التفاوض من طلب عفو أو ضمانات بالحصانة من الملاحقة القضائية، إلا أنه على الأقل يوضح للجميع أن المسألة خارج نطاق سيطرتهم، وأن عليهم

(١)

UN News Service, *Timor-Leste: UN to Boycott Truth Panel Unless It Bars Amnesty for Gross Abuses*, UN News Centre, July 26, 2007.

(٢)

UN humanitarian chief willing to meet Uganda's LRA, 10 November 2006, available at: [www.alertnet.org/thenews/newsdesk/L10722529.htm](http://www.alertnet.org/thenews/newsdesk/L10722529.htm).

13/11/2015.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

التركيز بدرجة أقل على مسألة العفو، وأكثر على غيره من التدابير التي تحقق الانتصاف ومعالجة الانتهاكات الماضية<sup>(١)</sup>.

وعلى المستوى الإقليمي، قررت محكمة الدول الأمريكية لحقوق الإنسان فيما يتعلق بمدى توافق العفو الشامل الذي مُنح في "بيرو" بموجب القانون رقم (٢٦,٤٧٩) لعام ١٩٩٥، ولائحته التنفيذية رقم (٢٦,٤٩٢)، مع الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان "ACHR"<sup>(٢)</sup>، أن جميع أحكام العفو، والتقدم، والتدابير الرامية إلى منع تحديد المسؤولية غير مقبولة، لأنها تؤدي إلى الإفلات من العقاب على انتهاك حقوق الإنسان غير القابلة للانتقاص، كالتعذيب والإعدام خارج نطاق القضاء، أو الاختفاء القسري<sup>(٣)</sup>، وقد خالفت "بيرو" في قوانينها المتعلقة بالعفو بالالتزامات الواردة في المادة (٢) من اتفاقية

(١)

Y. NAQVI, *Impediments to Exercising Jurisdiction over International Crimes*, P. R., P. 30.

(٢) كان هذا العفو لصالح أفراد الجيش والشرطة والموظفين المدنيين عن الجرائم التي ارتكبت أثناء مكافحة الإرهاب بين مايو ١٩٨٠ وإلى وقت صدور هذا القانون. راجع:

*ACHR's case law Kourabas (n 243) 86-90, concluding (at 89).*

(٣) كان من بين الوقائع التي شملها العفو "مذبحة" باريوس التوس"، التي جرت يوم ٣ نوفمبر ١٩٩١، عندما عقد أهالي حي "ليما" في "باريوس التوس" اجتماعاً لجمع تبرعات لاستبدال أنابيب الصرف الصحي المتهاكلة، والتي تسببت في تفشي عدد من الأمراض فيهم، وفي الساعة الحادية عشرة والنصف حضرت سيارتان إلى مكان الاجتماع، وترجل منهما ستة رجال مسلحين ومثمين، وأطلقوا النار على المجتمعين من أسلحة مزودة بكام للصوت، مما أدى لمقتل خمسة عشر شخصاً، بينهم طفل يبلغ من العمر ثماني سنوات، وإصابة أربعة أشخاص آخرين، وتواترت معلومات بأن من قام بهذه الواقعة فرقة مكافحة الإرهاب تابعة للحكومة، ويُطلق عليها "فرق الموت"، وفي ٢٧ نوفمبر ١٩٩١، كلف كونجرس "بيرو" لجنة للتحقيق في هذه المجزرة. راجع:

*Barrios Altos Case, 2002 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 75, 2(a, b) (Mar. 14, 2001).*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

"ACHR"<sup>(١)</sup>، كما خالفت المواد (٨)، (٢٥)، المتعلقة بتحديد الجناة وتيسير الوصول إلى العدالة؛ وحق الضحايا وذويهم في معرفة الحقيقة، واقتضاء الجبر المناسب، ومن ثم فإن هذه القوانين تتعارض بوضوح مع أهداف الاتفاقية<sup>(٢)</sup>. كما قررت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان "ECHR" في قضية "Abd'ulsamet Yaman v. Turkey" عدم تقادم الجرائم المتعلقة بالتعذيب أو سوء المعاملة، ولا يمكن إعاقة الإجراءات الجنائية ذات الصلة بإصدار عفو عام ولو بموافقة الضحية<sup>(٣)</sup>.

وفيما يتعلق بالممارسات الوطنية بشأن العفو الشامل في الأحوال العادية، فإن الدول لا تلجأ إلى منحه أو تقنينه إلا نادراً، وغالباً ما يتعلق بالجرائم ضد الأفراد لا الجرائم الدولية، وبعض التشريعات الوطنية مثل "فنزويلا" تورد نصوصاً بحظر العفو عن الجرائم الدولية<sup>(٤)</sup>، كما تضمنت بعض

---

(١) وتتعلق المادة (٢) من اتفاقية "ACHR" بتعهد الدول الأطراف باتخاذ كافة التدابير الدستورية والتشريعية أو غيرها مما يلزم لإنفاذ الحقوق الحريات الواردة في الاتفاقية.  
(٢) وقد تم تأكيد الاعتبارات السابقة أمام نفس المحكمة في حكم لاحق صدر ضد "شيلي"، بعدم قبول الأمر رقم (١٩١،٢) لعام ١٩٧٨ (الفقرة ٢٤)، لتعارضه مع الاتفاقية، وأكدت المحكمة على أن الجرائم ضد الإنسانية لا يمكن العفو عنها.

*Almonacid-Arellano et al. vs. Chile (n 68) para. 114, 118.*

(٣)

*Abdulsamet Yaman v. Turkey [2 November 2004] Judgement, Application No. 32446/96 [2004] ECHR 572, para. 55.*

(٤) حيث قضت المادة رقم (٢٩) من دستور فنزويلا لعام ١٩٩٩، بواجب المحاكمة عن جرائم حقوق الإنسان، وتحظر أي تقادم أو إعفاء، أو عفو عن الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب. راجع:

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الأحكام الوطنية عدم الاعتداد بهذا النوع من العفو، ومنها قرار المحكمة العليا الإسبانية بعدم إقرار قوانين العفو، أو تقرير الامتثال لها عن انتهاكها للقانون الدولي<sup>(١)</sup>، كما قضت المحكمة العليا الأرجنتينية عام ٢٠٠٥، بحظر العفو، والتوقف عن منح عن أي استثناء بهذا الخصوص، وعدم دستورية قانوني العفو العام الذين شُرعا عام ١٩٨٥، ومنحا حصانة غير مشروطة من المحاكمة لمسئولي النظام السابق<sup>(٢)</sup>. كما قررت المحكمة العليا في "شيلي" أن الفقرة رقم (٢٤) من مرسوم العفو رقم (٢،١٩١) تعيق المساءلة وتحديد الجناة في الجرائم ذات الصلة، ولا يمكن تطبيقها<sup>(٣)</sup>، وفي أوروغواي ألغت المحكمة العليا قانون انقضاء عقوبة السلوك الجنائي العام " *Law on the Extinction of*

---

**R. CRYER, H. FRIMAN, D. ROBINSON, E. WILMSHURST,**  
*International Criminal Law and Procedure, Cambridge University Press,*  
*Cambridge, 2007, P. 83.*

(١)

*Auto AN (Sala de lo Penal, Secci'on 3a), 4 noviembre 1998, Recurso de Apelaci'on n'um. 84/1998 (ARP 1998\5943).*

(٢)

*Case No. 17.768 [14 June 2005] Judgment of 14 June 2005, Argentinean Supreme Court, reprinted in Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Naci'on, vol. 328, pp. 2056 et seq; Cace No. 259 [24 August 2004] Judgment (Argentinean Supreme Court) reprinted in Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Naci'on, vol. 327, pp. 3312 et seq.*

(٣)

**Miguel Angel Cotreras Sandoval [17 November 2004] Judgment, Chilean Supreme Court, para. 34 and 35; Secuestro de Ricardo Riosco Montoyay Luis Cotal Alvarez [4 August 2005] Judgement, Chilean Supreme Court.**

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

*Public Penal Action*، باعتباره يمثل عفوًا عامًا عن العقوبة لبعض الجرائم<sup>(١)</sup>.

أما في الأحوال الاستثنائية وأوقات التحول السياسي، فإننا نجد نماذج للعفو الشامل، مثل مرسوم دولة "شيلي" (٢،١٩١) في أبريل ١٩٧٨، وبموجبه مُنح مرتكبي الجرائم التي تمت في الفترة بين ١١ سبتمبر ١٩٧٣، إلى ١٠ مارس ١٩٧٨، أو المتواطنين أو المستفيدين منها عفوًا عامًا. كما طبقته السلفادور عام ١٩٩١، وتم النص عليه في المادة رقم (٢/٩) من اتفاق "لومي" في ٧ يوليو ١٩٩٩، بين حكومة سيراليون والجهة المتحدة الثورية، وبموجبه مُنح العفو الشامل لجميع المقاتلين والمتعاونين معهم في أي أفعال ذات صلة بالقتال. وعلى المستوى العربي طبقت الجزائر هذا العفو الشامل من خلال قانون ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، الذي تم الاستفتاء عليه عام ٢٠٠٥، وصدر بعد مرور أكثر من عشر سنوات على مقتل ما يقارب ١٥٠ ألف شخص، وقرر انقضاء الدعوى العامة بحق من تورطوا في أعمال العنف التي شهدتها الجزائر خلال الفترة من عام ١٩٩٢، وحتى ٢٠٠٦، وحظر القانون تحريك الدعوى الجنائية عن هذه الانتهاكات من قبل أي جهة<sup>(٢)</sup>.

(١)

*Detta Josefina/Menotti, Noris/Mart'inez, Federico/Muso, Osiris/Burgell, Jorge Denuncia, Inconstitucionalidad de la Ley 15.848, art. 1,2,3 y 4 (Ficha 112/87) [2 Mayo 1988] Sentencia No. 184, Uruguayan Supreme Court.*

(٢) أ. عادل ماجد، خارطة طريق للعدالة الانتقالية في مصر، المرجع السابق، ص ١٨.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



ومن جماع ما سبق يمكننا القول بأن القانون الدولي يحظر بشكل قاطع العفو الشامل، خاصةً عن الجرائم الدولية الجسيمة ذات الصلة بحقوق الإنسان أو القانون الدولي الإنساني، باعتبار أن غرض القانون هو حماية الإنسانية، وهو ما اتضح من خلال أحكام المحاكم الدولية، والوطنية وممارسات الأمم المتحدة، كما نلاحظ أن الحق السيادي للدول بمنح العفو العام كآلية مشروعة قد تقلص بموجب الهيكل المتطور للقانون الجنائي الدولي، ونظام روما الأساسي<sup>(١)</sup>.

(ب) العفو "الذكي"، أو "المشروط"، أو "عفو المساءلة": لا يعفي هذا النوع تلقائيًا من العقوبة، وإنما يقترن بتحقيق شروط أو ضمانات يتقيد بها المستفيدين منه، والحد الأدنى لهذه الشروط هو أن يكون ضروريًا للانتقال السلمي للسلطة في المجتمع، وأن يعترف الجناة بالحقيقة كاملة، ويمتثل من اقترف منهم جرائم دولية للمساءلة والعقاب وفقًا لظروف مخففة أو من خلال شروط يتم الاتفاق عليها، وأن يوافق عليه الضحايا، وتتخذ إجراءات تضمن عدم تكرار الانتهاكات، وفي حالة النزاعات المسلحة، يقترن بوضع الميلشيات غير المشروطة لأسلحتهم، وإنهاء الأعمال العدائية، ودائمًا ما يتضمن الاتفاق

---

(١)  
**F. MEYER**, *on the trend to consider crystallization of the prohibition of "blanket" amnesties for international crimes into customary law: Complementing complementarily*, *International Criminal Law Review*, Vol. 6, 2006, PP. 556:557.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الخاص بهذا العفو شرطاً بإلغائه إذا انتهك أحد الأطراف الشروط المتفق عليها<sup>(١)</sup>.

ويقرر جانب فقهي أن هذا العفو يوازن بين المساءلة التي يتمسك بها الضحايا، والمصالحة التي هي بداية السلم المجتمعي، وإنهاء العنف، حيث يستلزم الكشف الكامل والعلمي عن الحقيقة والاعتراف بالمسؤولية، ثم التوصل إلى تفاهم بين الضحايا والدولة والجناة<sup>(٢)</sup>.

ومن أبرز النماذج على العفو "المشروط" أو "الذكي" هو مثال جنوب إفريقيا، التي عاشت في ظل نظام الفصل العنصري منذ عام ١٩٤٨، وحتى عام ١٩٩٤، ثم تقرر منح هذا العفو لكل المتورطين في جرائم العنف العنصري، مقابل كشف حقيقة الانتهاكات ومعالم فترة التمييز العنصري، نظراً لحاجة الدولة للتعافي من آثار هذا العنف، والحيلولة دون نشوب حرب أهلية، حيث اتسع نطاق الجرائم، وتورط كثير من مواطني الدولة فيها، إضافة إلى أن كل الانتهاكات العنصرية قد نُفذت في سתר من السرية، ولا يمكن إثباتها في حالة الملاحقة الجنائية، وبالاختيار بين ترك المجرمين طلقاء مع عدم معرفة

(١)

A. CASSESE, *the Special Court and international law: the Decision concerning the Lomé Agreement Amnesty*”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, P. 1130.

(٢)

N. SZABLEWSKA, S. D. BACHMANN, *Current Issues in Transitional Justice: Towards a More Holistic Approach*, Springer, 2014, PP. 46: 48.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

شيء عن أخطائهم، أو كون بعضهم طليق مع معرفة حقيقة ما حدث والاحتراز من تكراره، اختارت جنوب إفريقيا الخيار الأخير<sup>(١)</sup>.

وحرى بالذكر أن الاتفاق على هذا "العفو" قد عطل إقرار الدستور الانتقالي للدولة، نظراً لرفضه من بعض الأطراف، إلا أن ممثلي المؤتمر الوطني الإفريقي تمسكوا به، وأشاروا إلى أن البديل هو اللجوء إلى التعبئة العسكرية والمواجهة، لذا تم إقرار ما عُرف باتفاق "الوعد الملزم"، وبموجبه يلتزم الطرف الفائز في الانتخابات بمنح عفو عن الجرائم المرتكبة بدوافع سياسية، وفي عام ١٩٩٣ تم إقرار الدستور الذي نص على الإعفاء من الملاحقة القضائية للجرائم المرتكبة لأهداف سياسية<sup>(٢)</sup>، ورسخت ديباجته لسياسة التفاهم والإنسانية لا الثأر والانتقام، وجبر الضرر لا المعاملة بالمثل، تم أنشأت لجنة الحقيقة والمصالحة عام ١٩٩٥<sup>(٣)</sup>، والتي بدورها أنشأت لجنة "العفو" التي حُوّلت سلطة منح العفو عن المسؤولية المدنية فضلاً عن الجنائية، فيما يخص أي فعل أو امتناع عن فعل تم بدافع سياسي ونتج عنه جريمة، بشرط الكشف

(١)

F. SHAWN, *Private Crimes and Public Forgiveness: Towards a Refined Restorative Justice Amnesty Regime*, *International Journal of Civil Society Law*, Vol. 5, No. 2, 2007, PP. 15: 17.

(٢) دستور جمهورية جنوب أفريقيا، القانون رقم ٢٠٠ لسنة ١٩٩٣ نُشر في الجريدة الرسمية (١٩٩٤)، ص ١٨٠.

(٣) قانون تعزيز الوحدة الوطنية والمصالحة رقم ٣٤ لسنة ١٩٩٥، متاح على:

<http://www.doj.gov.za/trc/legal/act9534.htm>. 14/2/2016.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الكامل حقيقة الانتهاكات، أو ما عُرف "بالاعتراف مقابل العفو"<sup>(١)</sup>، مع استبعاد الجرائم المتعلقة بتحقيق مغنم شخصي أو كراهية شخصية<sup>(٢)</sup>.

وبدأت إجراءات منح العفو بتقديم طلبات خلال فترة أقصاها ٣٠ سبتمبر ١٩٩٧، ونُشرت أسماء المتقدمين بطلبات في الجريدة الرسمية، ثم مثل طالبي العفو لجلسة استماع علنية، حضرها أفراد مجتمعهم، وأسره، ووسائل الإعلام، التي بثت هذه الجلسات في جميع أنحاء البلاد، وكان مقدم الطلب يلتزم بشروط محددة تتمثل في: الكشف الكامل عن كل الانتهاكات التي اشترك فيها<sup>(٣)</sup>؛ والإدلاء بأي معلومات تتعلق بالمختفين، وتحديد مكان رفات من قُتل منهم؛ وإقناع أعضاء الهيئة بأن ما قام به كان بدافع "سياسي"<sup>(٤)</sup>؛ وأن يقر بذنبه ويعلن ندمه عليه ورغبته في التوبة، ويطلب صفح المجتمع، وإذا تقرر منح العفو فإن صاحب الطلب يُعفى من الملاحقة الجنائية، ومن المسؤولية المدنية، وإذا لم تُستوف شروط العفو كاملة، فإنه يُلاحق جنائياً عما اقترفه من

(١)

*Boraine (n 23) at 275 et seq. (276: "full disclosure")*

(٢)

*M. SCHARF, the Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court, P. R., PP. 507: 510.*

(٣) القسم رقم (١/٣) من قانون لجنة المصالحة.

(٤) أشار الفرع (٣/٢٠) من قانون لجنة المصالحة رقم ٣٤ لسنة ١٩٩٥، إلى أن المقصود بالدافع أو الهدف السياسي، هو الباعث على الفعل أو الامتناع عنه، وذلك باستجلاء السياق الذي استغرق الفعل، كأن يُرتكب أثناء أو كجزء من اضطراب سياسي، أو تنفيذاً لأمر، أو بموافقة منظمة أو مؤسسة أو حركة تحرير أو هيئة كان الجاني عضواً بها أو مؤيداً لها، ويخرج من هذا الوصف الجرائم المُرتكبة لتحقيق مكاسب شخصية أو بدافع حقد شخصي للضحية.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

انتهاكات<sup>(١)</sup>، وتجدر الإشارة إلى أنه من بين (٧١١٦) طلبًا للعفو، تم منحه لـ (١١٦٧)، وفي (١٤٥) حالة كان الطلب مقبول جزئيًا، وتم تصنيفهم الباقي كمجرمين عاديين، ونلاحظ أن عملية العفو قادت لمساءلة من لم تنطبق عليهم شروط العفو، وأدت لكشف حقائق كانت ضرورية لفهم نمط الانتهاكات التي وقعت خلال فترة أربعة وثلاثين عامًا، وأسبابها الجذرية لمنع تكرارها، مع أخذ احتياجات الضحايا في الاعتبار<sup>(٢)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنه قد طُعن أمام المحكمة الدستورية لجنوب إفريقيا بعدم دستورية هذا العفو، وذلك من جانب منظمة "شعوب أزابو" *"Azanian Peoples Organization" (AZAPO)*، باعتبار أنه مخالف للدستور، وللقانون الدولي الذي يحظر العفو عن الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، والجرائم ضد الإنسانية، علاوة على أن لجنة الحقيقة والمصالحة ليست جهة قضائية مخولة بإصدار أحكام بالعفو<sup>(٣)</sup>، إلا أن المحكمة أيدت

(١) الفرع (٧/٢٠) من قانون لجنة المصالحة رقم ٣٤ لسنة ١٩٩٥.

(٢) *Truth and Reconciliation in South Africa Report, P. R., Volume 1, Chapter 5, paras. 68, 118, 112, 113; A. PEDAIN, Was Amnesty a Lottery? An Empirical Study of the Decisions of the Truth and Reconciliation Commission's Committee on Amnesty, South African Law Journal, Vol. 121, 2004, P. 793.*

(٣) المحكمة الدستورية في جنوب أفريقيا (١٩٩٦)، منظمة "أزابو" لشعوب "أزانيا" وآخرون ضد رئيس جمهورية جنوب أفريقيا وآخرون. راجع:

*The Azanian Peoples Organization (AZAPO) and others v. The President of the Republic of South Africa and others, (4) SA 672 (Constitutional Court 1996 CCT 17/96), para. 53.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

مشروعية قانون العفو، وقررت توافقه مع الدستور، وقواعد القانون الدولي، حيث عزز السلام والتوافق الاجتماعي، ووازن بين تحقيق العدالة للضحايا، والحاجة إلى المصالحة والاستقرار وتعافي الدولة، ومثل أساساً ضرورياً لعبور جسر تاريخي نحو الوحدة الوطنية، كما أيدت المحكمة الصبغة شبه القضائية للجنة المصالحة<sup>(١)</sup>.

وبالرغم من أن هذا العفو قد مكن الدولة من الانتقال إلى الديمقراطية، إلا أنه لاقى انتقادات شديدة من قبل بعض المنظمات الدولية، وبعض الضحايا وأسرههم، وبعض الفقه، وذلك من وجوه عدة، أبرزها عدم تحقيق القصاص والردع لاسيما في الجرائم التي اعترف بها الجناة، مما دعم شعور الإفلات من العقاب، والابتعاد عن العدالة وسيادة القانون، مع غموض مصطلح "الجرائم السياسية" الذي أتخذ كمعيار أساسي عند منح العفو، وكون الجرائم الدولية الجسيمة يجب ألا تكون محلاً للعفو<sup>(٢)</sup>، وأيضاً الإخفاق في أخذ كامل مصالح الضحايا في الاعتبار، لاسيما عندما أعفي الجناة من المسؤولية

(١)

*Judgement of the Constitutional Court of South Africa, Azanian Peoples Organization v. President of the Republic of South Africa (1996) SA 671 (CC), para. 21, available at: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1996/16.pdf>. 15/2/2016.*

(٢)

**L. MALLINDER**, *Indemnity, Amnesty, Pardon and Prosecution Guidelines in South Africa, Working Paper No 2, from Beyond Legalism: Amnesties, Transition and Conflict Transformation, Institute of Criminology and Criminal Justice, Queen's University, Belfast, February 2009, PP. 135:136.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

المدنية، وبالتالي حُرِّم بعض الضحايا من الحصول على تعويضات، مع ضآلة التعويضات التي حصل عليها البعض الآخر مقارنةً بالمبالغ التي حُكِّم بصرفها بموجب دعاوى مدنية اختار أصحابها اللجوء للقضاء وقُبِلت دعواهم، ولم يكن هناك أي تقدير أدبي للضحايا الذين فضلوا الصِّفح على الانتقام، مع تصريح بعضهم بتعرضه لضغوط من الدولة للموافقة على العفو، وخلق مظهر عام لقبول المواطنين للصِّفح<sup>(١)</sup>.

### ومن العرض السابق يمكننا القول بأن:

(١) اتسم نموذج جنوب إفريقيا للمصالحة على أساس العفو المشروط بالابتكار، والمرونة، والتكامل، حيث استعاد كرامة الضحايا، ولبي كثير من احتياجاتهم، لاسيما مع صعوبة إثبات الجرائم أو استحالتها، ولم يُغفل المسألة، بصورة قادت إلى الانتقال السلمي، وأعدت توحيد الشعب المنقسم، وبعد ذلك تم تشكيل حكومة وطنية أتمت مراحل التحول الديمقراطي دون نشوب عنف أو تفكك للمجتمع، ونلاحظ أنه ربما كان من أهم أسباب نجاح

(١) وبالرغم من تأكيد مفوضي لجنة العفو على أنهم لم يطلبوا مطلقاً من الضحايا أن يغفروا للجنة، إلا أن بعض الضحايا رأوا أن الشكل الظاهري للجنة يعطي انطباعاً لهم بأن الدولة تحتاج لمنح الغفران والمصالحة، وأن ذلك متوقع منهم، ومن ذلك ما أثارته امرأة من جنوب إفريقيا بسبب صدور العفو والمصالحة عن قاموا بقتل زوجها تحت التعذيب، من أنه لا يمكن للجنة أو حكومة أن تصفح، وأنها وحدها صاحبة الحق عندما تريد وأنها ليست مستعدة للصِّفح ولن تصفح.

**T. S. PHAKATHI, H. V. MERWE, *the Impact of the TRC's Amnesty Process on Survivors of Human Rights Violations in Truth and Reconciliation in South Africa: Did the TRC Deliver? Philadelphia: Pennsylvania Studies in Human Rights, University of Pennsylvania Press, 2008, P.136.***

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

هذه التجربة اختيار الآلية المناسبة للدولة في انتقالها للديمقراطية وهي المصالحة المجتمعية، لاسيما أن الاعتماد على المحاكمات كان يمثل عبئاً على النظام القضائي الهش، ولم تكن الملاحقات الجنائية لتنجح لضعف الأدلة، مع استمرار الجناة في اقتراف انتهاكاتهم.

(٢) يبين نموذج العفو السالف عرضه، أن آليات العدالة الانتقالية ليست بدائل لبعضها، وإنما هي مكملة لبعضها، ومن الخطأ ألا تفي سياسات المصالحة والعفو، باحتياج الضحايا إلى نوع من المساءلة أو الجبر، ومعرفة الحقيقة كنوع من الحق في الترضية الأدبية لهم، والتنفيس عما بداخلهم<sup>(١)</sup>، فمع اللجوء لآليات مختلفة يكون احترام العدالة أمر لا غنى عنه لتحقيق سلام مستدام.<sup>(٢)</sup>

(٣) صارت لجنة الحقيقة لجنوب أفريقيا معياراً تقاس عليه لجان تقصي الحقائق الأخرى، بالرغم من أن هذا النموذج جاء في سياق خاص بهذه الدولة، ومن ثم فإن الاستنساخ الأعمى للنموذج الجنوب إفريقي ربما لا ينجح بصورة مماثلة<sup>(٣)</sup>، ويكون من الأجدى استنباط الدروس المستفادة منه،

(١) تقرير الأمين العام للأمم المتحدة بشأن العدالة الانتقالية، ٢٠١١، المرجع السابق، ص ١٨؛ تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة، الإفلات من العقاب، ٢٧ فبراير ٢٠٠٤، الفقرة ١١. راجع أيضاً:

J. TEPPERMAN, *Truth and Consequences, Foreign Affairs, Vol. 81, No. 2, 2002, P. 128.*

(٢) تقرير الأمين العام للأمم المتحدة بشأن العدالة الانتقالية، ٢٠١١، المرجع السابق، ص ٢١.

(٣)

F. PIZZUTELLI, *Moving Away from the South African Model, P. R., 22.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



سواء الإيجابية أم السلبية، مع فهمه باعتباره يتشابه مع المؤسسات الجنائية الدولية الأولى كحاكم "نورمبرج" و"طوكيو"، من حيث تصميمها خصيصاً للسياق الذي تعمل فيه، ومراعاتها للظروف السائدة والأهداف المتطلبة وقتها، بل إنه داخل الدولة الواحدة قد يناسب العفو مرحلة ويُلغى في أخرى، مثلما حدث في الأرجنتين عندما أُلغيت قوانين عفو شرعت في عام ٢٠٠٥، لأنها لم تعد تتناسب أحوال المجتمع، بالرغم من أنها كانت كذلك عندما شرعت في عام ١٩٨٣<sup>(١)</sup>.

(٤) إذا كان قانون العفو في جنوب أفريقيا لم يحقق الامتثال الكامل لقواعد القانون الدولي، إلا أنه نجح في تلبية التزامات دولية أخرى مثل كشف الحقيقة، وإصلاح مؤسسات الدولة، وتقديم التعويضات للضحايا، وتطهير المؤسسات العامة، بتسريح عدد كبير من الجناة من الوظائف العامة، مما ساهم في تقليص انتهاكات حقوق الإنسان بعد ذلك، وبالرغم من نجاح هذا الشكل من العفو في جنوب إفريقيا، إلا أنه ينبغي أن تتوافق قوانين العفو في

---

(١) ومن تلك الجرائم: البيغاء القسري والاستغلال الجنسي، والاختفاء القسري، إذ قدر أن حوالي ثلاثين ألف شخص كانوا قد اختفوا في الأرجنتين في الفترة من ١٩٧٦، وحتى ١٩٨٣، وتعرضت مئات النساء للحمل نتيجة الاغتصاب، وأن الجيش واصل أسر الحوامل وأخضعهن للتعذيب حتى الولادة، ثم فصل الرضع عن أمهاتهم، اللاتي أجبرن على العمل في منازل جنود وضباط الجيش أو الشرطة. راجع:

**K. FISHER**, *Transitional Justice for Child Soldiers, Accountability and Social Reconstruction in Post-Conflict Contexts, International Relations & Development Collection, Rethinking Peace and Conflict Studies, 2014, PP. 25: 32.*

أي دولة مع المعايير الدولية ولا تتطرق لجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية، والانتهاكات الخطيرة الأخرى للقانون الإنساني، والقانون الدولي لحقوق الإنسان.

(٥) من الأمور التي يجب التشديد عليها استخدام مصطلح "المصالحة المجتمعية" في نطاقه الصحيح، وعدم تسخيره لتحقيق مكاسب سياسية أو مصالح شخصية، وعلى سبيل المثال لا يمكن اللجوء إليه والعنف مستعر والقتل يستهدف كل طوائف المجتمع، أو اختزاله في التوافق مع فئة بعينها، مما يناقض أبسط مبادئ العدالة الانتقالية وينافي مفهوم المصالحة نفسها، التي تقتضي وقف العنف والالتزام بالمعايير المجتمعية للأوطان، ومساءلة الذين اقترفوا جرائم يحظر القانون الدولي العفو عن مرتكبيها، وإعلان توبة وندم من يتم التصالح معهم نتيجة التغيرير بهم أو عدم ارتكابهم لانتهاكات جسيمة، ومساهماتهم في جبر الأضرار التي نتجت عما اقترفوه.

## المبحث الرابع

### برامج التعويضات كآلية للعدالة الانتقالية

تضمن القانون الدولي نصوصاً متعددة، تنظم الحق في الجبر عند وقوع ضرر ناتج عن انتهاك قواعده، لاسيما المعنية بحماية حقوق الإنسان، ويتميز مفهوم "جبر الضرر" في القانون الدولي باتساع نطاقه، وارتباطه بشكل وثيق بمفهوم "الحل القانوني" لكثير من المشكلات التي يمكن معالجتها من خلال تدابير كالرد العيني للحق، أو التعويض عنه، أو الترضية، وكذلك ضمانات عدم تكرار الانتهاك<sup>(١)</sup>.

ونستكمل من خلال هذا المبحث دراسة برامج التعويضات وجبر الأضرار كآلية للعدالة الانتقالية، ثم نسعى بعد ذلك للإجابة على تساؤل، هل هناك آلية مثلى لتحقيق أهداف العدالة الانتقالية؟ وذلك من خلال المطالبين التاليين.

(١)

N. R. ARRIAZA, *Reparations Decisions and Dilemmas*, *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 27, No. 2, 2004, PP. 160: 165.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

## المطلب الأول

### برامج التعويضات كآلية للعدالة الانتقالية

من الأسس القانونية الدولية للجبر ما ورد بالمادة (٧٥) من نظام روما الأساسي، والمعنونة "جبر أضرار المجني عليهم"، حيث أكدت على التزام المحكمة بوضع مبادئ لجبر الأضرار التي تلحق بالمجني عليهم، بما في ذلك رد الحقوق، والتعويض، ورد الاعتبار، وللمحكمة أن تحدد في حكمها، عند الطلب أو بمبادرة منها في الظروف الاستثنائية، نطاق ومدى أي ضرر أو خسارة أو أذى يلحق بالمجني عليهم أو يخصهم، وأن تبين المبادئ التي تصرفت على أساسها، وفي فقرتها رقم (٣) قررت نفس المادة أنه يجوز للمحكمة أن تدعو ضحايا الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان لتقديم شكاوى إليها بشأن منحهم تعويضات كعلاج قانوني لهذه الانتهاكات. ونلاحظ أن أشكال الجبر المذكورة في المادة، وردت كأثلة لأشكال التعويض الملائمة، ولم ترد على سبيل الحصر، باعتبار أن هناك أنواعاً أخرى من التعويضات، كتلك التي لها قيمة رمزية، أو وقائية أو تحويلية، كما رسخت المادة لإمكان الاسترشاد بمبادئ أساسية عند تقييم أو تصميم نظام للتعويضات<sup>(١)</sup>.

(١)

*Prosecutor v. Lubanga Dyilo, Decision Establishing the Principles and Procedures to be Applied to Reparations, ICC-01/04-01/06-2904, 7 August, 2012, paras., 185, 222; C. McCARTHY, Reparations under the Rome*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وتحقيقاً لفاعلية تنفيذ أحكام التعويض الصادرة من المحكمة الجنائية الدولية، قررت المادة (٤/٧٥) من النظام، تعاون الدول وامتنالها في إنفاذ منح التعويضات الصادرة بموجب أحكام المحكمة، وأوردت المادة رقم (٩٣) بعض أشكال هذا التعاون، مثل مصادرة الممتلكات والأموال المملوكة للجناة المدانين، والامتنال لطلبات المساعدة في توفير السجلات والوثائق الرسمية وفقاً لما هو وارد بالفقرة (١) (ط) من نفس المادة، وتطلبت الفقرة (١) (ز) من المادة تعاون الدول في "فحص الأماكن أو المواقع، بما في ذلك استخراج الجثث وفحص مواقع قبور الضحايا"<sup>(١)</sup>.

ومن خلال ممارسات الأمم المتحدة نجد أن الحق في التعويض عن الأضرار الجسيمة من المبادئ الأساسية للمنظمة، وتم النص عليها في إعلان المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجرائم، صادر بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٣٤/٤٠ في ٢٩/١١/١٩٨٥<sup>(٢)</sup>، وأعدت التأكيد عليها عام ٢٠٠٥، ضمن مبادئ الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان<sup>(٣)</sup>، والتي اقتضت أن يكون هذا

---

*Statute of the ICC and Reporative Justice Theory, International Journal of Transitional Justice, Vol. 3, 2009, PP. 264: 295.*

(١)

O. SIMIC, *Current Issues in Transitional Justice, P. R., P. 24.*

(٢) وثيقة (G.A. Res. 40/34, 29 November 1985).

(٣)

*United Nations, UN Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

التعويض متناسباً مع جسامة الانتهاكات والأضرار الناشئة عنها، مع اتخاذها شكل الرد للحقوق، والتعويض، وإعادة التأهيل، والترضية، وضمانات عدم التكرار، وقد تعاملت الأمم المتحدة مع مسألة منح تعويضات لضحايا انتهاكات حقوق الإنسان في حالات عدة أبرزها، ما نتج عن حرب الخليج الأولى من آثار، وقامت لجنة الأمم المتحدة للمطالبات " *United Nation Claims Commission* " "UNCC" بصرف أكثر من ١٨ بليون دولار كتعويضات لضحايا اجتياح العراق للكويت<sup>(١)</sup>.

وفي سياق العدالة الانتقالية وأياً ما كان الشكل المعتمد لتحقيقها، فإن برامج التعويضات والجبر تهدف لتحقيق نوع من الرضا لدى الضحايا، ومحو أو التخفيف من الآثار التي لحقت بهم جراء انتهاك حقوقهم، وبما ينبغي أن تشمل: الاسترداد، وبما يعني استرجاع الحرية والحقوق القانونية والوضع الاجتماعي والحياة الأسرية والجنسية، والعودة إلى مكان الإقامة واسترداد العمل وإعادة الممتلكات، وكذلك "التعويض"، باعتباره الصورة الغالبة في مجال جبر الأضرار بصفة عامة، وقد أقر قضاة محكمتي "يوغوسلافيا

---

*Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, hereafter Basic Principles, a/res/60/147, March 21, 2006, vii, P. 11.*

(١)

**D. SHELTON**, *the United Nations Principles and Guidelines on Reparations: Context and Contents*, in: **K. FEYTER, S. PARMENTIER, M. BOSSUYT, P. LEMMENS**, *Out of the Ashes: Reparations for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*, Antwerp, Oxford, Intersentia, 2005, PP. 36: 70.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

السابقة، ورواندا" بهذا الأمر، واقترحوا على الأمم المتحدة النظر في إقامة آلية خاصة للتعويضات تعمل جنباً إلى جنب مع المحكمتين<sup>(١)</sup>، حيث إن منح التعويضات يعد آلية لتخطي الماضي والانتقال للسلام الاجتماعي، وعنصر تكميلي مهم لعمل المحاكم ولجان الحقيقة، علاوة على بث الثقة في نفوس الضحايا تجاه مؤسسات الدولة، وواقعاً لا يحظى شكل واحد من التعويضات برضا الضحايا، وإنما تكون هناك دائماً تطلعات بتنوع صورها، وبالفعل نجد أن برامج التعويضات ذات الصلة غالباً ما توازن بين الشكل المادي والرمزي للجبر، كما تراعي حقوق الفرد والمجموعات.

ومن أمثلة الشكل المادي للتعويضات في الدول بعد انتهاء الصراعات، استعادة حقوق الملكية التي فُقدت، أو التعويض على فقدانها عندما يتعذر استعادتها، والمقابل النقدي أو الصكوك القابلة للتداول، أو خدمات معينة، كالتعليم والصحة، والإسكان، ومن أمثلة التعويضات الرمزية أو غير المالية، تقديم الاعتذارات الرسمية عن الإضرار بالسمعة والكرامة، ورد الحقوق القانونية للضحايا، وتغيير أسماء الأماكن العامة، وتخصيص أيام للاحتفال بذكرى الضحايا الذين قضوا خارج نطاق القانون، وإنشاء متاحف ومنتزهات تركز لذكرى الضحايا، وإقامة نصب تذكارية، وتدابير إعادة تأهيل الضحايا، واستعادة حسن سمعة الضحايا<sup>(٢)</sup>.

(١) الوثيقتين (S/2000/1063) (S/2000/1198).

(٢)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ويتم تصميم برامج التعويض في سياق العدالة الانتقالية، بطرق عدة منها الصناديق الوطنية، التي تتمتع بشخصية قانونية مستقلة، وموازنة مالية مستقلة، وتتحدد مصادر تمويلها بموجب القانون المنشئ لها، وتعتبر أموالها من الأموال العامة، وتعمل على تعويض كافة الخسائر المادية التي حاقت بالمضربين مثل نفقات العلاج نتيجة الإصابة، أو ضياع مكتسبات نتيجة فقد وظيفة أو عمل تجاري، وهناك بعض التشريعات مثل القانون الليبي رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٣، بشأن العدالة الانتقالية لا يجبر ما فات من الكسب<sup>(١)</sup>، كما تعوض هذه الصناديق الخسارة غير الاقتصادية كالأدبية أو المعنوية مثل فقد الأهل والأقارب، وذلك بإقامة النصب التذكارية لشهداء الثورات، أو تخليد ذكراهم باحتفالات معينة.

وقد طبقت برامج التعويضات كآلية للعدالة في دول عدم منها على سبيل المثال، الصندوق المصري للرعاية الصحية للمصابين وأسر الشهداء بعد ثورة يناير ٢٠١١، وفي المغرب اعتمدت هيئة الإنصاف والمصالحة تقديم تعويض مالي إلى (٩٦٨٠) متضرراً، إلى جانب تكلفة الإدماج الاجتماعي، وتسوية أوضاعهم الإدارية، والوظيفية، كما أصدرت توصيات باعتماد أشكال أخرى للجبر كتخليد الذكرى ورد الاعتبار، وإنشاء جهاز لتوجيه ومساعدة ضحايا الانتهاكات وسوء المعاملة. وكذلك تجربة ألمانيا الخاصة ببرامج تعويض اليهود

---

J. ROTONDI, C. CORRADETTI, N. EISIKOVITS, *Theorizing Transitional Justice*, P. R., P. 183.

(١) مادة (١/٢٣) من القانون الليبي رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٣ بشأن العدالة الانتقالية. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



عن التصفية العرقية لهم، وبرنامج الولايات المتحدة الأمريكية لتعويض المواطنين الأمريكيين ذوي الأصل الياباني الذين اعتقلوا أثناء الحرب العالمية الثانية<sup>(١)</sup>، وأيضًا اعتماد الأرجنتين لبرنامج تعويض قُدرت بحوالي بليون ومائتان ستة وستون مليون وسبعمائة وعشرين ألف دولار، إلا أن الأزمة الاقتصادية وتراكم الديون التي بلغت "مئة واثنين وثلاثين مليار دولار"، حالت دون استمرارها، وفي حالة "شيلي"، قدمت الحكومة رواتب مستمرة لعدد كبير من المضرورين، كما وزعت سلعًا عينية ومساعدات على مجموعة مختلفة منهم، وقدمت خدمات ورعاية صحية لفئة واسعة من المصابين. وفي تجربة البوسنة والهرسك مع اللجنة الدولية لشؤون المفقودين، كان فشل السلطات في تصميم برنامج شامل لتعويضات ضحايا جرائم الحرب من أشد الانتقادات التي وُجّهت إلي هذه التجربة<sup>(٢)</sup>.

وكذلك نظم القانون الليبي رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٦، بشأن العدالة الانتقالية في مواده من (٢٣) إلى (٢٥) أحكام التعويض، بحيث يحصل كل من تعرض لانتهاكات جسيمة ومنهجية لحقوق الإنسان على تعويض مناسب من الدولة، في صورة مالية عما لحقه من خسارة دون ما فاتته من كسب، في

(١)

, *United States Law and Policy on Transitional Justice: Z. D. KAUFMAN Principles, Politics, and Pragmatics, Oxford University Press, 2016, PP. 243: 250.*

(٢)

J. ROTONDI, C. CORRADETTI, N. EISIKOVITS, *Theorizing Transitional Justice, P. R., PP. 195: 203.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

حالة كان الخطأ الناشئ عنه الضرر تم بدافع سياسي، يتم تخليد ذكرى الضحية على نحو ما تقرره الهيئة، وكذلك علاج المصابين، وإعادة تأهيل من يحتاج إلى ذلك، وتقديم الخدمات الاجتماعية الداعمة لذلك. كما ورد بالفصول ١٠، ١٣، من الباب الرابع من القانون التونسي رقم (٥٣) لسنة ٢٠١٣، بشأن العدالة الانتقالية، أحكام تتعلق بجبر الضرر ورد الاعتبار، بحيث تكون الدولة مسئولة عن توفير أشكال الجبر الكافية والفعالة على أساس كل حالة، مع وضع إمكانات الدولة في الاعتبار عند التنفيذ، ويشمل جبر الضرر التعويض المادي، والمعنوي، ورد الاعتبار، والاعتذار، واسترداد الحقوق، وإعادة التأهيل، والإدماج، وقد يكون التعويض فردياً أو جماعياً، وينبغي أن يراعي حالات كبار السن، والنساء، والأطفال، وذوي الاحتياجات الخاصة، والمرضى، ويمكن أن توفر الدولة العناية الفورية لهم دون انتظار صدور القرارات، أو الأحكام المتعلقة بالجبر الضرر، كما تتكفل الدولة بمصاريف التقاضي في كل قضايا حقوق الإنسان<sup>(١)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنه ينبغي عند تطبيق آلية برامج التعويضات الاسترشاد بالمعايير الدولية لاسيما المبادئ التي أقرتها منظمة الأمم المتحدة في هذا الشأن، ومنها ملاءمة تطبيق الآلية ومناسبتها للحالة السائدة في الدولة، واحتياج الضحايا لها، لاسيما في حالات إزالة الاحتقان السياسي، أو

---

(١) مضمون الفصول ١٠، ١٣، من الباب الرابع من القانون التونسي رقم (٥٣) لسنة ٢٠١٣، بشأن العدالة الانتقالية.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

تطبيقها في الحالات التي لا توفر العدالة السارية أو الأساسية علاجًا لبعض الحالات مثل التعويض عن فترات احتجاز تعسفية، أو في حالة أحكام جائرة قُضي بها بمنأى عن ضمانات المحاكمة العادلة.

وبعد استعراض آليات العدالة الانتقالية المختلفة، سواء المساواة أو لجان تقصي الحقائق أو المصالحة أو التعويضات، يثور التساؤل عن الآلية المثلى لتحقيق هذه العدالة، أو كيفية اختيار آلية تناسب كل دولة، وهل يمكن قبول ابتكار آليات أكثر تطورًا وتأثيرًا لتحقيق أهداف العدالة، وذلك من خلال المطالب التالي.

## المطلب الثاني

### هل هناك آلية مثلى لتحقيق العدالة الانتقالية

وفقاً للمعايير الدولية ينبغي أن تراعي آليات العدالة الانتقالية أعراف المجتمعات المختلفة، وتتصف بالمرونة والقابلية للتطبيق، سواء عقب نزاع مسلح، أم تغيير سياسي، أم لتخفيف حدة الاحتقان المجتمعي والسياسي، وقد تنجح آلية في دولة ما بينما تخفق في مجتمع آخر، ويكون من الضروري الانتباه إلى فوائد ومثالب كل آلية، والسعي نحو اختيار ما يناسب كل دولة<sup>(١)</sup>، وعلى سبيل المثال، أخفقت آلية المساءلة في تحقيق الاستقرار في المرحلة الانتقالية في دول كالבوسنة، وسيراليون، ولم يتجاوب المواطنون إلا من خلال لجنة لتقصي الحقائق<sup>(٢)</sup>. ونورد بعض العوامل التي تؤثر على اختيار آليات العدالة الانتقالية في الدول، وهي:

#### (١) وجود إرادة سياسية لتطبيق العدالة الانتقالية:

(١)

P. HAZAN, *Measuring the Impact of Punishment and Forgiveness: A Framework for Evaluating Transitional Justice*, *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, No. 861, 2006, PP. 19:48; R. NAGY, *Transitional Justice as Global Project: Critical Reflections*, *Third World Quarterly*, Vol. 29, No. 2, 2008, PP. 279:285.

(٢)

J. LINCOLN, *Transitional Justice, Peace and Accountability: Outreach and the Role of International Courts after Conflict*, Routledge, 2011, P. 137.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

السلطة السياسية دور كبير في إعلام المواطنين وتعريفهم بمفهوم وأهداف العدالة الانتقالية، وآليات تطبيقها، حتى يتم تقبل الفكرة وتكوين ظهير شعبي لإعمالها وفقاً لتصورات صحيحة وفهم سليم بعيداً عن ربطها بآلية معينة قد تُنفر المواطنين منها، كالمصالحة مثلاً التي ربما يرفضها المجتمع، ولكن ومع أهمية هذا الدور، قد تزي السلطة السياسية نفسها أنه لا فائدة من تطبيق العدالة الانتقالية، وذلك في حالات عدة أبرزها؛ تصور أن هذا التطبيق يعرض النظام الديمقراطي الجديد للخطر ويؤدي لزعزعته، وربما يطيح بالسلطة الجديدة، وغالبًا ما يكون ذلك في الحالات التي تظل فيها بعض الأنظمة السابقة متواجدة على الساحة السياسية، وربما تسعى للعودة للحكم مرة أخرى، ومن أمثلة ذلك، معارضة السلطة السياسية في إسبانيا لتطبيق أي آليات للعدالة الانتقالية بخلاف المساءلة، لاعتقادها بأن ذلك يعرض النظام الديمقراطي الناشئ للخطر، نظرًا لاستمرار وتغلغل نفوذ أنصار الرئيس السابق "فرانكو" في الدولة<sup>(١)</sup>.

أيضًا قد تتجسد انتفاء الإرادة السياسية لتطبيق العدالة الانتقالية، في إعمالها ولكن بشكل صوري، كدافع التملص من الخضوع لاختصاص المحكمة الجنائية الدولية في الانتهاكات ذات الصلة، مثلما حدث في أوغندا، حيث كان التحول يتعلق بالانتقال السياسي عقب نزاع مسلح، مع استمرار

(١)  
, N. EISIKOVITS, *Theorizing Transitional Justice*, P. C. CORRADETTI  
R., P. 205.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الانتهاكات من كل الأطراف بما في ذلك السلطة القائمة، ورأت هذه الأخيرة تطبيق العدالة الانتقالية لتجنب التدخل الدولي، أو الخضوع للقضاء الدولي، وكذلك كسب الوقت في مواجهة المطالبة بمزيد من الإصلاحات في الدولة، وقد قرر بعض الفقه أن اتفاق "جوبا" في "أوغندا" هدف إلى التملص من تقديم الرئيس "موسيفيني" للمحكمة الجنائية الدولية<sup>(١)</sup>. وكذلك في كولومبيا، كانت الآليات التي أنشأها قانون السلام والعدالة رقم (٦) لعام ٢٠٠٥ "معيبة"، وركزت على نزع السلاح من الميليشيات، ولم تهدف لتعزيز الديمقراطية، وبدا أنها تصور مراعاة الحكومة لاحتياجات الضحايا، بينما هي في الواقع تتفادى تدخل المحكمة الجنائية الدولية، وتماطل فيما يتعلق بإجراء إصلاحات سياسية أكثر عمقاً<sup>(٢)</sup>.

وفي ضوء عدم الرغبة السياسية لتطبيق العدالة الانتقالية، يمكن التعميل على الضغوط الوطنية وكذلك ضغط المجتمع الدولي لتطبيقها، بما يدفع السلطة السياسية في النهاية على إنشاء بعض الآليات كالمساءلة، أو

---

(١) وقد ذكر في قرار إحالة الرئيس الأوغندي "Yoweri Museveni" إلى المحكمة الجنائية الدولية أنه يجب أن ينظر إلي هذه الإحالة باعتبارها أحد عوامل الضغط الموجهة ضد جيش "الرب"، مع عدم إغفال الملاحقات القضائية عن انتهاكات الجيش الأوغندي. راجع:

S. NOUWEN, W. WERNER, *Doing Justice to the Political: The International Criminal Court in Uganda and Sudan*, *the European Journal of International Law*, Vol. 21, Vol. 4, 2011, PP. 949: 952.

(٢)

C. DIAZ, *Challenging Impunity from Below: the Contested Ownership of Transitional Justice in Colombia*, in: K. McEVROY, L. McGREGOR, *Transitional Justice from Below*, P. R., P. 193.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

لجان تقصي الحقيقة لتيسير عملية الانتقال وتحقيق الاستقرار المجتمعي، وعلى سبيل المثال، في كينيا، عندما اندلع العنف العرقي عام ٢٠٠٢ وخاصة في مقاطعة "Rift Valley"، ثم تجدد في ديسمبر من عام ٢٠٠٧، عقب الانتخابات الرئاسية التي أجريت في أغسطس من نفس العام، وأسفر عن مقتل ما يقرب من ١٥٠٠ شخص، وتشريد ما يقرب من ٣٠٠٠٠٠، وخلال عامي ٢٠٠٨، ٢٠٠٩ حاول "كوفي أنان" التواصل مع القيادة الكينية للتوصل إلى تسوية لهذا الوضع، ولما لم يجد جدوى، قدم في ٣١ مارس من عام ٢٠١٠ قائمة بالمشتببه بهم في أعمال العنف إلى المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية، وبالفعل أذنت الدائرة التمهيدية للمدعي العام ببدء تحقيق في الحالة يغطي الجرائم ضد الإنسانية المدعى بارتكابها في غضون الأحداث التي وقعت خلال الفترة من ١ يونيو ٢٠٠٥، وحتى نوفمبر ٢٠٠٩<sup>(١)</sup>، ومثّل هذا ضغطاً على الحكومة الكينية لمساعدة المتورطين في أعمال العنف المذكورة في المحاكم الوطنية، للابتعاد عن اختصاص نظام روما الأساسي، حيث قام البرلمان الكيني في ٢٢ ديسمبر ٢٠١٠، بإقرار تشريع يطالب الحكومة الكينية باتخاذ الإجراءات اللازمة للانسحاب من نظام روما الأساسي، مع اعتماد آليات لتحقيق العدالة الانتقالية وتحديداً المساءلة في المحاكم الوطنية، وإنشاء

(١)

*Situation in the Republic of Kenya, Case No. ICC-01/09-19, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, 83 (Mar. 31, 2010), available at: <http://www.iccepi.int/iccdocs/doc/doc854287.pdf>. 23/1/2016.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

لجنة لتقصي الحقائق والمصالحة المجتمعية، وإجراء إصلاحات دستورية، ومؤسسية واقتصادية، تؤدي لاستقرار المجتمع وتمنع العنف مستقبلاً<sup>(١)</sup>.

## (٢) وجود إمكانات لدى الدولة لتطبيق العدالة الانتقالية:

تؤثر الإمكانات المادية والاقتصادية والخبرات البشرية المتاحة للدول في فاعلية آليات العدالة الانتقالية، حيث إن توافر مثل هذه الإمكانيات يعزز مؤسسات العدالة والمساءلة، ويدعم عملية تقصي الحقائق، أو إنصاف الضحايا وتعويضهم، وعلى سبيل المثال، دعمت منظمة الأمم المتحدة تدريب قانونيين في رواندا، وتأهيلهم لتقديم المساعدة القانونية أمام المحاكم الوطنية، والتمثيل في قضايا الإبادة الجماعية، على الرغم من أن عملية المساءلة نفسها قد شابتها عيوب جسيمة، إلا أن قرار الدعم عزز بدرجة كبيرة إمكانية تحقيق العدالة، ليس فقط فيما يتعلق بحالات الإبادة الجماعية ولكن في مجالات قانونية أخرى، حيث تحول عمل هؤلاء المُدرِّبين في وقت لاحق للتعامل مع مجالات مختلفة أخرى من القانون، مما أثر بشكل إيجابي على عمليات العدالة الانتقالية<sup>(٢)</sup>.

(١)

**T. O. HANSEN**, *Kenya's Power-Sharing Arrangement and its Implications for Transitional Justice*, *The International Journal of Human Rights*, Vol. 17, No. 2, 2013, PP. 317: 322.

(٢)

**Z. D. KAUFMAN, P. CLARK**, *Rwanda: Recent History* (2015), University of Oxford, Centre for Socio-Legal Studies, 2014, PP. 973: 975.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



أيضًا تساند عمليات الأمم المتحدة لحفظ السلام العدالة الانتقالية، وإرساء سيادة القانون في دول التحولات السياسية لاسيما عقب النزاعات المسلحة، ومن ذلك تولي عدة بعثات لحفظ السلام الإدارة الانتقالية في دول مختلفة مثل كوسوفو، وتيمور الشرقية، والسلفادور، وجواتيمالا، وكوت ديفوار، وليبيريا، وهايتي، حيث اضطلعت جميعها بإدارة مرافق الشرطة، وأماكن الاحتجاز، ودعم عمل مؤسسات العدالة، ويسرت إجراء مشاورات وطنية بشأن إصلاح نظام العدالة، والمساعدة في تصميم برامج لتعويض الضحايا<sup>(١)</sup>.

وبينت لجنة الأمم المتحدة المعنية بالسلام والأمن في تقريرها لعام ٢٠٠٢، أهمية تمويل عمليات دعم تحقيق العدالة واستعادة سيادة القانون، من حيث نطاق وحجم الموارد، والخبرة التي تساهم في تنفيذها في الدول ذات الصلة، وكذلك السلبيات التي تعترض ذلك، وقدمت توصيات تتعلق بتحسين استغلال هذه الموارد وتطويرها، وتم إنشاء مركز لتنسيق الأعمال المتعلقة بالعدالة الانتقالية وسيادة القانون، في مقر الأمم المتحدة لمتابعة هذا الأمر، يضم ممثلين لإحدى عشرة إدارة ووكالة، تضع السياسات العامة، وتقيم الدعم المالي المتطلب لها، وكذلك الدعم الذي يمكن أن يدعم فاعلية التشريعات الجنائية للدول في المرحلة الانتقالية، والسياسات الأساسية الممكنة للمحاكمات

---

(١)  
, *Transitional Justice, Peace and Accountability*, P. R., PP. J. LINCOLN  
73: 78.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

المختلطة، والوطنية، بشأن الانتهاكات الجسيمة، والتوجيهات المتعلقة بتشكيل لجان تقصي الحقائق<sup>(١)</sup>.

### (٣) توافر القبول الشعبي للآليات المطبقة:

يكون تحقيق الشرعية الاجتماعية أو توافر الظهير الشعبي الداعم، عاملاً حاسماً في نجاح آليات العدالة الانتقالية، لأن أحد أهم أهداف هذه العدالة، هو إعادة توجيه الأعراف الاجتماعية لمناهضة العنف الجماعي، والتي لا يمكن تحقيقها إلا بقبول المواطنين لهذه الآليات، واستيعابهم لها بصورة صحيحة، ومن ذلك التسليم الكامل والامتنال لقرارات المحاكم حال فهم أن عملها يدعم الانتقال السلمي ويحقق الإنصاف للضحايا<sup>(٢)</sup>.

وقد بينت دراسة نشرتها وحدة بحوث المركز الدولي للعدالة الانتقالية *Research Unit of the International Center for Transitional Justice* "ICTJ" عام ٢٠١١، أن أفراد المجتمع المشاركين في عملية العدالة سواء كشهود، أو ضحايا، أو مستفيدين من التعويض، يحتاجون إلى فهم تدابير العدالة الانتقالية وقبولها والاعتداد بالزاميتها، وعلى سبيل المثال، يفيد ذلك في

(١) التقرير النهائي للجنة التنفيذية المعنية بالسلام والأمن بشأن وضع استراتيجيات شاملة لسيادة القانون في عمليات حفظ السلام، ١٥ آب/ أغسطس، ٢٠٠٢، المرفق.

(٢)

R. N. JAYA, *Designing Bespoke Transitional Justice: A Pluralist Process Approach*, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 32, 2010, PP. 12:13.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

مخرجات جميع آلياتها، كأن تُمكن لجان الحقيقة من جمع بيانات ومعلومات صحيحة من هؤلاء المواطنين، وتحوز برامج التعويضات مصداقية، وتُقابل أحكام المحاكم بالامتثال، ويسهل جمع الأدلة، وكل ذلك يعتبر بمثابة ضمان لنجاح وفعالية العدالة الانتقالية<sup>(١)</sup>.

وعلى جانب آخر، نجد أن هناك بعض المجتمعات التي استحدثت آليات لتطبيق العدالة الانتقالية، ونالت قبولاً شعبياً بها، رغم استهجانها من جانب مجتمعات أخرى، مثل آلية "النفي"، التي استخدمت في بعض الدول لتيسير الانتقال إلى السلام، وذلك بالتخلص من القادة السابقين وتهئية الأوضاع الداخلية، وتبديد حافز استعادة السلطة لدى هؤلاء القادة ومن يعاونوهم، وعلى سبيل المثال، نُفي رئيس "هايتي" مرتين، الأولي في عام ١٩٨٦، والثانية في عام ٢٠٠٤، وكذلك نفي "عيدي أمين"، الرئيس الأسبق لأوغندا عام ١٩٧٩، في ليبيا، ثم العراق، وأخيراً إلى المملكة العربية السعودية، حيث توفي في ١٦ أغسطس عام ٢٠٠٣، وأيضاً نُفي "منجستو هिला مريام"، الرئيس السابق لإثيوبيا عام ١٩٩١ في زيمبابوي، و"تشارلز تايلور"، رئيس ليبيريا السابق الذي نُفي عام ٢٠٠٣ في نيجيريا<sup>(٢)</sup>.

(١)

International Center for Transitional Justice, *What is Transitional Justice*, available at: <https://www.ictj.org/publication/truth-telling/>. 15/3/2016.

(٢)

J. E. STROMSETH, *Pursuing Accountability for Atrocities after Conflict*: مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

#### (٤) تورط السلطة القائمة في الانتهاكات الماضية:

في هذه الحالة لا يمكن القول بأن آليات العدالة الانتقالية تعزز الديمقراطية وسيادة القانون، لأن الدافع الرئيسي لإنشائها يتعارض مع هدف العدالة، من حيث إظهار واقع مخالف للحقيقة وعدم الكشف عنها بغرض محاباة السلطة القائمة، والترسيخ في نهاية المطاف لنظام غير ديمقراطي، وعلى سبيل المثال، في رواندا، تم اللجوء للمساءلة عن جرائم الإبادة الجماعية من خلال المجالس العرفية "جاكاكا"، بعد منحها الصفة الرسمية، مع افتقارها للخبرة القضائية الكافية، بما فسره البعض بأنه ابتعاد عن الملاحقات القضائية الرسمية، لرغبة الجبهة الوطنية الرواندية في التحكم في عملية المساءلة، نظرًا لتورطها في أعمال العنف ذات الصلة، وعلمها بأن نظام "جاكاكا" يعتمد على الوساطة والتسوية والمصالحة، أكثر من اعتماده على إصدار الأحكام الرادعة<sup>(١)</sup>.

وكذلك في "أوزبكستان"، طرح الرئيس "Karimov" إنشاء لجنة لتقصي الحقائق للتعامل مع الانتهاكات التي ارتكبت خلال فترة الاتحاد السوفيتي السابق، إلا أنه نظرًا لمسئولية نظامه وبشكل واضح عن انتهاكات

---

*What Impact on Building the Rule of Law? Georgetown Journal of International Law, Vol. 38, 2007, PP. 251: 260.*

(١)

**P. CLARK**, *the Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda: Justice without Lawyers*, Cambridge University Press, 2010, P.

65.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

جسيمة لحقوق الإنسان، أبرزها قتل المتظاهرين في "أنديجان" عام ٢٠٠٥، فقد تراجع عن ذلك، وبرر هذا التراجع من خلال توظيف فكرة الظروف غير المواتية في المجتمع لتطبيق هذه العدالة، مثل صعوبة مكافحة فساد الهياكل المؤسسية للحقبة السوفيتية السابقة<sup>(١)</sup>. أيضاً ما عُرف بمحاكمات الإرهاب الأحمر في إثيوبيا، التي جرت عقب الإطاحة بنظام الرئيس "Mengistu"، وفي ظل نظام آخر غير ديمقراطي، وتميزت بالوهن الشديد حتى لا تطال السلطة الجديدة<sup>(٢)</sup>، وهي نفس المشكلة التي واجهت لجنة لتقصي الحقيقة في تشاد، في عهد الرئيس "ديبي" الذي لم يسعى لترسيخ الديمقراطية بعد التحول السياسي، وتميز عملها بمحاباة السلطة القائمة بشأن المسؤولية عن انتهاكات العهد السابق<sup>(٣)</sup>.

#### (٥) فرض الواقع لآليات لا تتفق بشكل كامل مع سيادة القانون:

لاعتبارات مختلفة مادية وقانونية واقتصادية وواقعية، قد تُطرح بعض التنازلات فيما يتعلق بتطبيق آليات تجسد معيار سيادة القانون، حيث تلجأ

(١)

**B. GRODSKY**, *Justice Without Transition: Truth Commissions in the Context of Repressive Rule*, *Human Rights Review*, Vol. 9, No. 3, 2008, PP. 281: 297.

(٢)

**F. K. TIBA**, *The Mengistu Genocide Trial in Ethiopia*, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, No. 2, 2007, PP. 521: 524.

(٣)

**P. B. HAYNER**, *Unspeakable Truths*, P. R., PP. 123: 124.  
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

بعض الدول إلى وسائل مساعدة ربما لا تخلو من النقد من الناحية القانونية، وعلى سبيل المثال، الاعتماد على مجالس "جاكاكا" في "رواندا"، للتعامل مع جرائم الإبادة الجماعية عام ١٩٩٤، تم لأغراض متنوعة منها التخفيف عن الجهات القضائية الرسمية، ووافقت عليه الأمم المتحدة، والجهات المانحة للتمويل<sup>(١)</sup>، وذلك على الرغم مما اعترى هذا المجلس من عوار كافتقاره إلى كثير من معايير المحاكمات العادلة، وضمانات المتهمين، ولكنه أتم محاكمة ما يقرب من مائة وعشرين ألف شخص عن الجرائم المرتكبة في الدولة، وأتاح محفلاً ولو جزئياً لتحقيق بعض الإنصاف الضحايا وفقاً للواقع المفروض، ونظراً لأهمية مثل هذه الهدف، فقد قرر جانب فقهي قبول هذه الآلية بالرغم من أنها لا تمثل لكافة معايير حقوق الإنسان، واعتبار ذلك بمثابة تنازلات مقبولة أو نهج أكثر مرونة فيما يتعلق بتحقيق الديمقراطية وسيادة القانون<sup>(٢)</sup>.

## (٦) طبيعة الانتهاكات قبل فترة التحول السياسي:

يتأثر اختيار آليات لتطبيق العدالة الانتقالية بدرجة القمع أو الاستبداد أو الانتهاكات التي مارسها النظام السابق، فكلما زادت درجة القمع والاستبداد

(١)

N. R. ARRIAZA, J. MARIEZCURRENA, *Transitional Justice in the Twenty-First Century, Beyond Truth versus Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, PP. 206: 228.

(٢)

P. CLARK, *the Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, P. R., P. 61.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

اشتدت الحاجة لآليات صارمة مثل التطهير أو القصاص من خلال المحاكمات الجنائية، أما إذا كانت الانتهاكات ليست بنفس القدر من الجسامة، أو أن تخلي النظام السابق عن السلطة تم بطريقة سلمية، فيمكن اللجوء لآليات أشد وطأة مثل كشف الحقيقة أو تعويض الضحايا أو الترضية وتخليد الذكرى، والمثال على ذلك محاكمات "نورمبرج"، للمحاكمة عن جرائم الحرب، وكذلك المحاكم الجنائية الدولية الخاصة، مثل يوغوسلافيا السابقة، وروندا، أو المحاكم المختلطة للقصاص عن جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية<sup>(١)</sup>.

### (٧) الانتباه إلى بيئة تطبيق العدالة الانتقالية:

بوضع سياق وبيئة تطبيق العدالة الانتقالية في الاعتبار، نلمح ضرورة اختلاف آليات هذا التطبيق وفقاً لحالة الدولة، سواء تم في بيئة ما بعد نزاع مسلح، أو بعد حالات عدم الاستقرار الأخرى، وعقب النزاعات المسلحة قد يُقبل قدر من التنازل عن معايير سيادة القانون، أو الديمقراطية، لأن الاتجاه لتحقيق الاستقرار والأمن يكون أكثر إلحاحاً من البدء في تعزيز قيم الديمقراطية، كما حدث في تجربة جنوب إفريقيا، حيث تم التنازل إلى حد كبير عن الاعتماد على آلية المساءلة القضائية، وركزت الدولة على تطبيق المصالحة والعفو المشروط، لتفادي نشوب حرب أهلية، والبدء في تحقيق الاستقرار المجتمعي<sup>(٢)</sup>. وفي كندا، وأستراليا، لم يرتبط تطبيق العدالة الانتقالية

(١) أ. عادل ماجد، خارطة طريق للعدالة الانتقالية في مصر، المرجع السابق، ص ١٢: ١٣.

(٢)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

بتحول سياسي، وقدرت هذه الدول عدم الحاجة إلى آليات كالمساءلة، أو المصالحة، واكتفت بإنشاء لجان لتقصي الحقائق، وبعض التدابير الخاصة للتعامل مع الانتهاكات التي ارتكبت ضد السكان الأصليين، وإنشاء برامج تعويض للضحايا، وبما يشمل الجانب المالي والأدبي.

---

, *Transitional Justice, Peace and Accountability*, P. R., PP. J. LINCOLN

133: 141.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



# الخاتمة

عرضنا في هذا البحث لموضوع العدالة الانتقالية والمعايير الدولية الحاكمة لها وآليات تطبيقها، وذلك من خلال فصلين، درسنا في الفصل الأول ماهية العدالة عمومًا في اللغة والاصطلاح، ثم انتقلنا لدراسة ماهية العدالة الانتقالية، وذلك في أعمال الأمم المتحدة، وآراء الفقه، وكذلك في بعض القوانين الوطنية ذات الصلة، ثم فرقنا بين العدالة الانتقالية وبين العدالة العادية أو السارية، وانتقلنا لبيان المعايير الدولية التي أقرتها ورسختها منظمة الأمم المتحدة بشأن تطبيق العدالة الانتقالية، وهي مراعاة سيادة القانون، وتحقيق المشروعية القانونية، واتساع نطاق المشاركة المجتمعية، ومراعاة الأعراف والتقاليد والسياقات المجتمعية المستقرة، والواقعية.

**وانتقلنا في الفصل الثاني** لدراسة الآليات التي تُطبق العدالة الانتقالية من خلالها، والتي دعمتها منظمة الأمم المتحدة في دول عدة، كالمساءلة القضائية بأنواعها: الدولية، والمختلطة، والوطنية، وكذلك آلية لجان تقصي الحقائق، والمصالحة المجتمعية، وبرامج التعويض، وبيئًا ماهية كل آلية، والأساس القانوني الدولي لها، وأوردنا نماذج لتطبيقها في بعض الدول، واستعرضنا الأحكام القضائية التي تعرضت لها، ثم قمنا بتقييم تفصيلي لكل آلية منها على ضوء نتائج تجارب الدول المختلفة لها، والاستقصاءات الواقعية التي أجريت لهذا الغرض، ثم أوضحنا إيجابيات ومثالب كل آلية، وقمنا

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

بالإجابة على تساؤل هل هناك آلية مثلى لتحقيق العدالة الانتقالية؟ من خلال إبراز أهم العوامل المؤثرة في اختيار آليات تطبيق هذه العدالة.

وقد تبلورت جوانب هذا الموضوع، سواء من الناحية النظرية الخاصة بماهية العدالة الانتقالية والمعايير الدولية لها، وآليات تطبيقها واقعاً، ويُمكن أن نجمل أهم النتائج التي وصلنا إليها في هذا البحث، على النحو التالي:

أولاً: النتائج:

(١) لا يستطيع مجتمع أن يتجاوز ماضي من الانتهاكات الواسعة لحقوق الإنسان السياسية والاجتماعية والاقتصادية، والتمييز، والقمع والاستبداد وغيرها، وينطلق إلى مستقبل أفضل، إلا بعد التعامل أولاً مع ما خلفته هذه الانتهاكات من آثار، ومعالجة أسبابها، والعمل على اجتثاثها، وإلا فإن هذا الماضي قد يتجدد مرة أخرى، وتستمر الدول في الدوران في حلقات مفرغة من عدم سيادة القانون، والفساد، والتمزق المجتمعي، والتخلف الاقتصادي، وقد ظهر مجال العدالة الانتقالية كأحد موضوعات القانون التي تسعى لمعالجة الانتهاكات الماضية في حياة الشعوب، وتدعم بناء مستقبلها في مراحل التحول من نظام سياسي إلى آخر.

(٢) العدالة القانونية قيمة دائمة ومستمرة تعني عدم إنكار الحقوق الطبيعية، إلا أن مضمون هذه الحقوق قد يتغير وفقاً للظروف والأحوال التي تُطبق فيها، ووصف العدالة بالانتقالية لا يعني إنشائها من العدم، ولكن إعادة

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

تفعلها في مجتمع بعد تأثره بظروف استثنائية تغيرت فيها ثوابته عرضاً، كما هو الحال عند قيام ثورات، أو عقب نزاع مسلح، مما يتطلب سرعة استحداث آليات للتعامل مع تطورات الواقع، ومعالجة الماضي ودعم الانطلاق إلى المستقبل، ولذا تُعرف العدالة الانتقالية بأنها مجموعة من الإجراءات والتدابير القضائية وغير القضائية، اجتماعية واقتصادية، وإنسانية، وإدارية، وإصلاحية، تتخذها الدولة في مرحلة استثنائية ما، سواء عند تغيير نظام الحكم، أو عقب نزاع مسلح، أو فترات عنف، أو عندما يشهد الاحتقان السياسي والمجتمعي، وتهدف إلى كشف حقائق انتهاكات الماضي ومعالجة آثارها، وجبر من تضرر منها، وتحديد مسؤولية المتورطين فيها، واتخاذ ما يلزم نحو عدم تكرارها، ثم الانتقال إلى تحقيق المصلحة العامة للدولة، وبما يشمل السلم المجتمعي، والاستقرار، والديمقراطية، والنمو، والتقدم.

(٣) تختلف العدالة الانتقالية عن القواعد الوطنية السارية المحققة للعدالة ومصالح المجتمعات في الأحوال العادية، وذلك من وجوه عدة: أبرزها؛ دعم العدالة الانتقالية للتعاون الدولي بشأن حفظ السلم والأمن الدوليين، لاسيما في الدول التي شهدت نزاعات عسكرية، أو مشكلات اجتماعية واقتصادية، حيث يساهم تطبيق هذه العدالة في عدم امتداد آثار هذه النزاعات أو المشاكل خارج حدود هذه الدول؛ كذلك تحقق العدالة الانتقالية بعض الأهداف ذات الصبغة السياسية، كتعزيز قبول الديمقراطية الجديدة، وإعادة دمج طوائف المجتمع المنقسمة والمتناحرة، والتقليل من احتمال نشوب نزاعات

مسلحة أو احتقان سياسي مستقبلاً؛ وأيضاً احتمالية عدم عدالة بعض القوانين السارية وتحيزها للنظام السياسي الذي شرعت في ظلّه، والتي ربما دفعت المواطنين للمطالبة بالتحوّل السياسي، لعجزها عن تلبية حاجات المجتمع، وترسيخها للظلم والتمييز، والطبقية الاجتماعية؛ أيضاً تقدم العدالة الانتقالية حلول قد لا تنظمها القوانين السارية لاسيما جبر أضرار ضحايا الانتهاكات الذين لا يمكن إنصافهم قضائياً؛ كما تتجلى أهمية العدالة الانتقالية في الفترات التي تضعف فيها آليات إنفاذ النظام والقانون، حيث تعمل على تقييم الظروف الاستثنائية للمجتمع، وتستحدث وسائل وإجراءات وآليات ضرورية ولازمة لتحقيق الاستقرار، والانتقال إلى مستقبل أفضل.

(٤) أوردت منظمة الأمم المتحدة عدة معايير ومبادئ توجيهية تضمن فاعلية تطبيق العدالة الانتقالية في إعادة توجيه النظم السياسية للدول ذات الصلة ودعم انتقالها للديمقراطية، وأبرز هذه المعايير هي؛ مراعاة سيادة القانون، بحيث لا يكون أحد فوق القانون، الذي يُطبق على الجميع بما فيه مؤسسات الدولة؛ والنص على تطبيق العدالة الانتقالية من خلال قانون، لتحوز المشروعية القانونية، والامتثال لقراراتها وتدابيرها باعتبارها ملزمة؛ واتساع نطاق المشاركة المجتمعية في تصميم آلياتها، ليشمل كل أطراف المجتمع، بحيث تستوفي ما يمكن تسميته "بالمشروعية الاجتماعية"، التي تدعم قبولها وتنفيذها على نطاق واسع؛ ومراعاة الأعراف والثقافات والسياقات المجتمعية المستقرة داخل كل دولة، وعدم التصادم معها عند تطبيق العدالة

الانتقالية، لأن هذه الأعراف تمثل سلطة معنوية وطنية يجب احتوائها لضمان فاعلية العملية بأكملها؛ ومعيار الواقعية بحيث تتلاءم الأهداف المحددة مع الواقع ولا تتفصل عنه، دون مبالغة أو تزيين.

(٥) ساد اعتقاد على الصعيد الدولي في أوائل التسعينيات بأن الآلية المثلى لتحقيق العدالة في دول التحول السياسي، هي المحاكمات القضائية، وبالفعل أنشأ المجتمع الدولي من خلال مجلس الأمن محكمتي "يوغوسلافيا السابقة" و"رواندا" لهذا الغرض، ثم أثبت الواقع أن تحقيق العدالة يتجاوز إطار المساءلة في المحاكم عامةً، والدولية خاصة، وتطلب الأمر استحداث آليات أخرى إلى جانب القضائية، وبالفعل دعمت منظمة الأمم المتحدة هذا الاتجاه، وحثت الدول على تطبيق عدد من الآليات التي تحقق العدالة الانتقالية كلجان تقصي الحقيقة، وإصلاح المؤسسات وتطهيرها ممن يثبت تورطه في العنف، والمصالحة المجتمعية، وبرامج تعويض الضحايا.

(٦) طبقت المساءلة القضائية كآلية للعدالة الانتقالية، سواء دوليًا، أم وطنيًا أم من خلال المحاكم المختلطة، وعلى المستوى الدولي، كان منها المؤقت كمحاكم "يوغوسلافيا السابقة"، و"رواندا"، وكان منها الدائم كالمحكمة الجنائية الدولية، التي تم اللجوء إليها لتحقيق العدالة عقب نزاعات مسلحة داخلية منها "دارفور"، و"الكونغو"، و"شمال أوغندا"، وأظهر الواقع بوجه عام عدم قبول هذا النهج كآلية لتحقيق العدالة وطنيًا، من جانب مواطني الدول ذات الصلة، وتم اعتباره بمثابة تدخل في الشؤون الوطنية، ولم يدعم تحقيق

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الردع أو استقرار المجتمع أو ترسيخ السلام، وربما لم تكن المساءلة هي الآلية المناسبة لتحقيق العدالة في هذه الحالات.

وبالنسبة للمحاكم الوطنية، فإنها تظل مألوفة ومفضلة لدى كثير من مواطني الدول التي تمر بمرحلة تحول سياسي، وقد طبقت بالفعل في عدة دول مثل مصر، وتونس، والبحرين، وكولومبيا والعراق، ولكنها لم تحقق الرضا لكافي لدى عموم المواطنين، وتأثرت بالرأي العام السائد، إضافة إلى أنه لم يتم توعية مواطني الدول ذات الصلة، بأن هذه المحاكمات آلية تسهم في الانتقال نحو الديمقراطية، وكذلك لم يكن هناك من الآليات الأخرى ما يُكمل مخرجات عمل هذه المحاكم، لتحقيق المرجو منها بشأن العدالة والاستقرار.

أما المحاكم المختلطة، فكانت عبارة عن دوائر قضائية مؤقتة شكلت داخل محاكم بعض الدول بموجب اتفاقات بين الأمم المتحدة وهذه الدول، وضمت قضاة دوليين ووطنيين، بتقدير أن هذا الهيكل المختلط يزيد من مصداقية المحكمة وطنياً، وينمي قدرة القضاء الوطني المُفتقر للخبرة في مجال القانون الجنائي الدولي بصورة تعيقه عن تنفيذ هذه المساءلة من تلقاء نفسه، ومن أبرز هذه المحاكم محكمة سيراليون، وتيمور الشرقية، وكوسوفو، والدوائر الاستثنائية في كمبوديا، والدائرة الخاصة في البوسنة والهرسك، وواقعاً لم تكن جهود التوعية بشأن جميع هذه المحاكم فاعلة، ونظر إليها غالبية مواطني تلك الدول باعتبارها دخيلة على المجتمع ولا تحترم تقاليده، وتصطدم مع أعرافه

ومعتقداته الدينية في بعض الحالات، ولم تُستحدث أي آليات مكملة أو داعمة لعملها ومن ثم لم تحقق النجاح المرجو منها.

(٧) الآلية الثانية والأكثر شيوعًا في التطبيق بين آليات العدالة الانتقالية هي اللجان الوطنية المستقلة لحقوق الإنسان أو "لجان تقصي الحقيقة"، وهي كيانات وطنية رسمية مستقلة غير قضائية ومؤقتة، تُنشأ للتحقيق وتقصي حقيقة وجود انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان، يُعتقد أنها وقعت في فترة محددة، مع صلاحيات وسلطات مناسبة لذلك، وبعد انتهاء عملها تنتشر هذه اللجان تقريرًا بما توصلت إليه، وما تتقدم به من اقتراحات وتوصيات للإصلاح ومنع تكرار الانتهاكات أو الفساد مستقبلاً، وتدعم نتائج أعمال هذه اللجان عملية المساءلة القضائية، من خلال توفير الأدلة الداعمة للإثبات، كما تقلل من كم المغالطات التي قد تنتشر في الرأي العام، وتوفر الرضا العام للضحايا من خلال كشف حقيقة ما حاق بهم، وتساعد في تقدير الجبر للضحايا فيما يتعلق ببرامج التعويضات.

(٨) تعمل لجان تقصي الحقيقة وفقًا لمعايير دولية وردت بأعمال الأمم المتحدة، أبرزها: استقلالها، وتشكيلها بعد إجراء مشاورات موسعة مع المواطنين، ووضوح هيكلها، وأسس تقييمها لما يمكن أن يعد من قبيل الحقيقة، واتساقها مع أعراف المجتمعات، وترتيبًا على ذلك أوصت الأمم المتحدة المجتمع الدولي باحترام نتائج أعمال هذه اللجان، كما يتأسس عملها دوليًا على الحق في معرفة الحقيقة بشأن أي انتهاكات خلفت انتهاكات، والظروف

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

التي وقعت فيها، وأسبابها، ومن شارك فيها، والذي أشارت إليه نصوص اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩، والبروتوكول الأول الملحق بها عام ١٩٧٧، ونظام روما الأساسي، ومبادئ الأمم المتحدة بشأن مكافحة الإفلات من العقاب، والمبادئ التوجيهية بشأن لجان تقصي الحقائق لمكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان، كذلك إعلان اللجنة الدولية للصليب الأحمر على جوهرية الحق في معرفة الحقيقة واستجلائها، وصيرورته قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، الغير قابلة للتنازل أو المصادرة في الجرائم الجسيمة.

(٩) تؤدي لجان تقصي الحقيقة مهام متعددة تدعم استعادة سيادة القانون، منها المادية التي تتعلق بالبحث في الخلفية التاريخية لأسباب العنف والانتهاكات وتكشف الأسباب الجذرية لها وتوثق وقائعها وأدلتها، ومهام إصلاحية: تتجسد في إصدار توصيات بشأن التعامل مع فساد وانتهاكات فترة الماضي، والتي يمكن للمشرع الوطني الاستفادة منها في سن تشريعات تستبق وقوع انتهاكات أو عنف أو فساد في المستقبل، ومهام علاجية: حيث يساهم عملها في تخفيف الاحتقان السياسي، والحفاظ على توافق المجتمع واستقراره، وإعادة تأهيل الضحايا، والجنابة وإدماجهم في المجتمع، كما تتخذ هذه اللجان قرارات تتعلق بطريقة عملها والمعايير التي تعتمد عليها لكشف الحقيقة، إلا أن أكثر هذه القرارات خطورة وتأثيراً هي المعروفة بالتطهير، وهو جزاء تتخذه اللجنة بعزل بعض الأشخاص من وظائفهم العامة في مؤسسات الدولة بما فيها الأجهزة الأمنية والسيادية، واعتبارهم غير مؤهلين لمواصلة شغل مناصبهم حالاً



أو مستقبلاً، وذلك بعد فحص سجلاتهم والاستقصاء عنهم، وثبوت تورطهم قطعاً في انتهاكات وتجاوزات الفترة الماضية، أو معاونتهم للنظام الذي تم تغييره أو الترسخ لوجوده أو التواطؤ معه.

(١٠) من بين أبرز لجان تقصي الحقيقة تأتي لجنة جنوب إفريقيا، التي تشكلت من ثلاث لجان فرعية، وهي لجنة حقوق الإنسان، ولجنة العفو، ولجنة التعويض وإعادة التأهيل، ودُعمت ببرنامج لحماية الشهود، وجمعت اللجنة قدرًا كبيرًا من المعلومات والأدلة على انتهاكات منهجية وواسعة لحقوق الإنسان، والترسيخ للترفة العنصرية، وكشفت عن مصير المئات الذين قُتلوا أو اختفوا، وحددت وحصرت أنماط التعذيب للمحتجزين دون محاكمة، والدوافع وراء ذلك، ثم سلّمت تقريرها النهائي الذي حدد مسؤولية المتورطين في هذه الانتهاكات، وأورد عدة توصيات بمجموعة من التدابير القانونية والإدارية والمؤسسية لمنع انتهاكات حقوق الإنسان في المستقبل، ومنها تدريس هذا الفرع من القانون في المدارس والجامعات، وتدريب قوات الأمن على احترامه، وكذلك اقتراح برامج للتعويض ماليًا، وأدبيًا، كإعادة دفن الذين قُتلوا سرًا وفقًا لمراسم رسمية، وإنشاء نصب تذكاري لأرواحهم تخليدًا لذكراهم.

(١١) يعتري عمل لجان تقصي الحقيقة بوجه عام بعض المثالب أو الإشكاليات التي قد تؤثر في نتائج أعمالها، وأبرزها، **عدم وجود وجه واحد للحقيقة حتى داخل المجتمع الواحد** لاسيما فيما يتعلق بفهم الوقائع من وجهة نظر كل من الجناة والضحايا، أو حتى أعضاء اللجان أنفسهم، وفي بعض

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الأحيان تتحول إلى منبر للانخراط في الكذب والتضليل بشأن الانتهاكات؛ وكذلك عدم ملاءمتها لبعض الثقافات والأعراف المجتمعية، وتصادمها في بعض الأحيان مع الأعراف الدينية المحلية؛ أيضًا اعتمادها على المشاركة التطوعية من جانب الجناة والضحايا، وهو ما يجعل نجاحها مرهونًا بجدية المشاركة، والرغبة في قول الحقيقة، وأخيرًا إنشائها بشكل صوري في بعض الحالات، وعدم استقلالها أو حيادها، كتلك التي يكون الغرض منها محاولة إبراء ساحة السلطة السياسية القائمة.

(١٢) الآلية الثالثة لتطبيق العدالة الانتقالية هي المصالحة المجتمعية، والتي كانت سببًا في تحقيق استقرار المجتمع في دول عدة أبرزها جنوب إفريقيا، وهي تعني إعادة العلاقات المتبادلة والسوية بين أفراد المجتمع، وقبول "الأخر" الذي ظل عدوًا أو خصمًا لفترة طويلة، نتيجة نزاع مسلح، أو خلاف سياسي، وبعد إدراك كل الأطراف بأن الدولة ستظل قابضة في مكانها ولن تتقدم وتتمو، إلا بتحقيق السلم المجتمعي، وإعادة تأهيل كل من الضحايا والجناة، وإعطائهم فرصة للاندماج في المجتمع بصورة صحية، بشرط كشف حقائق الفترة الماضية وما تم فيها من انتهاكات، والنظر في أمر من خالف القانون، فالمساءلة وكشف الحقيقة هما الحد الأدنى من الشروط المتطلبة للمصالحة، فلا سلام بدون عدالة، ولا يمكن الشروع في المصالحة إلا بعد التعامل مع انتهاكات الماضي، ومعرفة حقيقتها، ومحاسبة من تورط فيها، واتخاذ الإجراءات التي تضمن ردع أي محاولة للعنف، والفوضى، والجريمة،

أو أي فعل من شأنه تهديد الاستقرار المجتمعي مستقبلاً.

(١٣) توصل بعض مواد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لآلية المصالحة المجتمعية، كالمواد أرقام (١٦)، (١٧)، (٥٣)، حيث يتعلق مضمونها بامتناع المدعي العام للمحكمة عن تقديم متهمين للمحاكمة إذا رأي أن التصرف فيها خارج المحكمة سيكون أجدى، بما يمكن فهمه في سياق رغبة دولة في تحقيق العدالة من خلال آليات بخلاف المساءلة القضائية، باعتبار أن ذلك سيكون أجدى لها وفقاً لطبيعة مجتمعها.

(١٤) في كثير من الدول، تم التعويل على منح العفو كوسيلة لإتمام المصالحة المجتمعية، لأسباب عدة أهمها: كونه ينهي العداء والخصومة بسرعة عقب النزاعات المسلحة، كذلك عند ضعف مؤسسات الدولة لاسيما القضائية، بما يستحيل معه مقاضاة الآلاف من مرتكبي الانتهاكات، أيضاً في حالة تردي الأوضاع الأمنية قد تضطر السلطات السياسية لدولة، منح العفو حتى بالنسبة لأخطر الجرائم، في محاولة لتحقيق الاستقرار، كذلك أهميته عقب المساءلة، ليرسخ للمصالحة والسلام، بحساب أن المساءلة لم تنهي الأعمال العدائية أو الانتهاكات، ولم تحقق التوازن السياسي، أو استقرار المجتمع، وأخيراً، عند وجود بعض الجناة هم أيضاً ضحايا، مثلما كان الحال في "سيراليون"، حيث تم تجنيد ٨٠% من المقاتلات قسراً، وجُنِّد الأطفال قسراً.

(١٥) تتأسس فكرة العفو دولياً على عدة نصوص وممارسات دولية،

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

منها نص المادة (٦/ ٥) من البروتوكول الإضافي الثاني لعام ١٩٧٧، الملحق باتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩، والذي قرر منح العفو الشامل لبعض الفئات بعد انتهاء الأعمال العدائية، كما فسرت السلطة التقديرية للمدعي العام في التحقيق والمقاضاة، الواردة في النظام الأساسي في المواد (١٦) بشأن إرجاء التحقيق أو المقاضاة، والمادة (١٧) بشأن "المقبولية"، والمادة (٥٣) الخاصة بالشروع في التحقيق، باعتبار أن النظام الأساسي قد ترك مجالاً للعفو إذا توافرت شروط معينة، وكذلك اعترفت الأمم المتحدة بالعفو كمفهوم قانوني مقبول، وبإدارة للسلام والمصالحة عقب الحروب الأهلية أو النزاعات المسلحة الداخلية، كما قرر الأمين العام للأمم المتحدة في تقريره عن سيادة القانون والعدالة الانتقالية في مجتمعات النزاع وما بعده، لعام ٢٠٠٤، أن بعض حالات العفو قد تكون ضرورية للتحويل السلمي للسلطة وينبغي تشجيعها، أيضاً قُبلت فكرة العفو من جانب الفقه الدولي باعتبارها تمثل إرادة أمة تسعى للسلام والعدالة من خلال وسائل بخلاف المساءلة.

(١٦) **يبتعد العفو "المقبول دولياً" كوسيلة للمصالحة عن كونه تضييقاً للحقوق، حيث رُفض قطعياً النوع الذي يُعرف "بالعام" أو "الشامل" أو "فقدان الذاكرة" "Amnestic"، أو "التغطية" "Blanket"، سواء في أعمال الأمم المتحدة المختلفة عامةً، أم في الممارسات المتعلقة بالعدالة الانتقالية خاصةً، فلا يُقبل أي عفو عن الجرائم الدولية الجسيمة ذات الصلة بحقوق الإنسان أو القانون الدولي الإنساني، باعتبار أن غرض القانون هو حماية الإنسانية، كما**

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

رفض هذا النوع من العفو أيضاً بموجب نظام المحكمة الجنائية الدولية، وعلى المستوى الإقليمي رُفض من قبل قضاء عدة محاكم إقليمية كمحكمة الدول الأمريكية لحقوق الإنسان، ومحكمة العدل الأوروبية، كما رُفض في كثير من التشريعات والأحكام القضائية الوطنية.

أما النوع المقبول دولياً فهو ما يُطلق عليه "المشروط" *"Conditional"*، أو عفو "المحاسبة" *"Accountable"*، أو العفو "الذكي" *"Smart"*، لأنه لا يعفي من العقوبة إلا بتحقيق شروط أو ضمانات يتقيد بها المستفيدين منه، والحد الأدنى لهذه الشروط هو أن يكون ضرورياً للانتقال السلمي للسلطة في المجتمع، وأن يعترف الجناة بالحقيقة كاملة، ويمتثل من اقترب منهم جرائم دولية للمساءلة والعقاب وفقاً لظروف مخففة، وأن يوافق عليه الضحايا، وتتخذ إجراءات تضمن عدم تكرار الانتهاكات، وفي حالات النزاعات المسلحة، يقترن منح العفو بوضع الميليشيات غير المشروط لأسلحتهم وإنهاء الأعمال العدائية، ودائماً ما يتضمن الاتفاق الخاص به شرطاً بإلغائه إذا انتهك أحد الأطراف الشروط المتفق عليها.

(١٧) من أبرز النماذج على المصالحة بناءً على منح العفو مثال جنوب إفريقيا، التي رسّخ دستوراً لعام ١٩٩٣ لسياسة التفاهم والإنسانية لا الثأر والانتقام، وجبر الضرر لا المعاملة بالمثل، ثم أنشأت لجنة "العفو" التي حوّلت سلطة منح العفو عن المسؤولية المدنية فضلاً عن الجنائية، فيما يخص أي فعل أو امتناع عن فعل تم بدافع سياسي ونتج عنه جريمة، بشرط الكشف

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الكامل حقيقة الانتهاكات، أو ما عُرف "بالاعتراف مقابل العفو، ومكّن هذا العفو الدولة من الانتقال إلى الديمقراطية، وجنبها احتمالية اندلاع حرب أهلية، وأعاد توحيد الشعب المنقسم، وبالرغم من ذلك فقد لاقى انتقادات شديدة كعدم تحقيق القصاص والردع، مع غموض مصطلح "الجرائم السياسية" الذي أُتخذ كمعيار أساسي عند منح العفو، وكون الجرائم الدولية الجسيمة يجب ألا تكون محلاً للعفو، وأيضاً الإخفاق في أخذ كامل مصالح الضحايا في الاعتبار، لاسيما عندما أعفي الجناة من المسؤولية المدنية، ولم يكن هناك أي تقدير أدبي للضحايا الذين فضلوا الصلح على الانتقام، مع تصريح بعضهم بتعرضه لضغوط من الدولة للموافقة على العفو، وخلق مظهر عام لقبول المواطنين للصفح.

#### (١٨) الآلية الرابعة لتطبيق العدالة الانتقالية هي برامج التعويضات،

حيث تضمن القانون الدولي نصوصاً متعددة، تنظم الحق في الجبر عند وقوع ضرر ناتج عن انتهاك قواعده، لاسيما المعنية بحماية حقوق الإنسان، ومن ذلك ما ورد بالمادة (٧٥) من نظام روما الأساسي التي أكدت على التزام المحكمة بوضع مبادئ لجبر الأضرار التي تلحق بالمجني عليهم، بما في ذلك الرد العيني للحقوق، والتعويض المادي والرمزي أو الوقائي، أو التحويلي، كما أكدت ممارسات الأمم المتحدة علي الحق في التعويض وضرورة تناسبه مع جسامة الانتهاكات والأضرار الناشئة عنها، وفي سياق العدالة الانتقالية تهدف برامج التعويضات لتحقيق الرضا لدى الضحايا، ومحو أو التخفيف من

آثار انتهاك حقوقهم، وبما يشمل استرجاع الحقوق القانونية كإعادة الممتلكات، واستعادة الوضع الاجتماعي والحياة الأسرية، واسترداد العمل، وكذلك "التعويض" عن الحقوق التي لا يمكن استردادها، باعتبار أن ذلك يساهم في تخطي الماضي والانتقال للسلم الاجتماعي، ويبث الثقة في نفوس الضحايا تجاه مؤسسات الدولة، وغالبًا ما توازن التعويضات بين الشكل المادي والرمزي للجبر، كما تراعي حقوق الفرد والمجموعات.

(١٩) يتم تصميم برامج التعويض كآلية للعدالة الانتقالية، بطرق عدة منها الصناديق الوطنية، التي تتمتع بشخصية قانونية مستقلة، وموازنة مالية مستقلة، وتحدد مصادر تمويلها بموجب القانون المنشئ لها، وتعتبر أموالها من الأموال العامة، وتعمل على تعويض كافة الخسائر المادية التي حاققت بالمضرورين مثل نفقات العلاج نتيجة الإصابة، أو ضياع مكتسبات نتيجة فقد وظيفة أو عمل تجاري أو فقد ملكية يتعذر استعادتها، كما تعوض هذه الصناديق الخسارة غير الاقتصادية كالأدبية أو المعنوية مثل فقد الأهل والأقارب، وذلك بإقامة النصب التذكارية لشهداء الثورات، أو تخليد ذكراهم باحتفالات معينة، أو وإنشاء متاحف تكرس لذكراهم.

(٢٠) لنجاح تطبيق أي آلية للعدالة الانتقالية ينبغي توافر عدة عوامل، هي؛ وجود إرادة سياسية وشعبية لتطبيق هذه العدالة وفقًا لتصورات صحيحة وفهم سليم؛ كذلك توفير الإمكانيات اللازمة لتطبيقها، سواء المادية أم الاقتصادية، أم الخبرات البشرية، وغيرها؛ مع دعم قبول هذه الآليات شعبيًا،

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

حتى تنجح في إعادة توجيه الأعراف الاجتماعية لمناهضة العنف الجماعي، وهناك بعض المجتمعات التي استحدثت آليات للعدالة الانتقالية، ونالت قبولاً شعبياً بها رغم استهجانها من جانب مجتمعات أخرى، مثل آلية "النفي"؛ مع ضرورة توافر الحياد من السلطة القائمة، لكي لا يكون تطبيق العدالة صورياً؛ ومراعاة طبيعة الانتهاكات قبل فترة التحول السياسي، واختيار آليات تتناسب مع جسامة الانتهاكات التي مارسها النظام السابق، فكلما زادت درجة القمع والاستبداد اشتدت الحاجة لآليات صارمة مثل التطهير أو القصاص من خلال المحاكمات الجنائية، أما إذا كانت الانتهاكات ليست بنفس القدر من الجسامة، فيمكن اللجوء لآليات أشد وطأة مثل لجان كشف الحقيقة، وتعويض الضحايا، وأخيراً الانتباه إلى بيئة تطبيق العدالة الانتقالية، حيث يمكن أن يختلف هذا التطبيق وفقاً لما إذا تم في بيئة ما بعد نزاع مسلح، أو بعد حالات عدم الاستقرار الأخرى، لأنه عقب النزاعات المسلحة قد يُقبل قدر من التنازل، كمنح العفو في مقابل السلام والاستقرار.

ونظراً لما أظهرته الدراسة من أهمية لتطبيق منهج العدالة الانتقالية وفقاً للمعايير الدولية، فإننا نورد بعض الاقتراحات والتوصيات التي ربما تحقق فاعلية وجدية بشأن تطبيق هذا المنهج في التشريع المقرر سنه من مجلس النواب في مصر، وذلك على النحو التالي:

## ثانياً: التوصيات:

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



(١) يكون من المفيد النص على تطوير منظومة العدالة السارية لاسيما ما يتعلق منها بالحقوق والحريات، والاسترشاد بالمعايير الدولية في ذلك، بحيث تواكب هذه التشريعات التطور المرافق لأحوال الواقع الوطني وتتوافق مع قواعد القانون الدولي، مع استحداث آليات قانونية تمكن المجتمع من مراقبة أعمال جميع السلطات الممنوحة لأي مؤسسات أو أجهزة، ورصد أي بوادر للاحتقان المجتمعي، والسعي لحلها في مهدها.

(٢) تتعاضد الحاجة لدراسة الواقع الوطني بدقة، وتقييم حالة الدولة والأسباب التي تطلبت التغيير السياسي أو ضرورة الانتقال إلى شكل أكثر ديمقراطية، سواء كانت آثار نزاع مسلح، أو تغيير سياسي، أو لتخفيف حدة الاحتقان المجتمعي والسياسي، ثم تحديد المجالات التي تتطلب أولوية في البدء بتطبيق برامج العدالة الانتقالية، كـ مجال الأمن أو العدالة أو الديمقراطية، أو استعادة سيادة القانون، والسعي لاختيار آليات تلائم ذلك وتفي به، فلا توجد وسائل تناسب كل المجتمعات، كما لا يمكن استنساخ نماذج نجحت في دول أخرى دون تبصر ووعي باحتياجات المجتمع، فربما لا تنجح بصورة مماثلة، وعلى ذلك فعلى كل مجتمع أن يختار آلياته التي يمكن أن تخطو به بسرعة وثبات نحو الانتقال الديمقراطي، مع استيعاب أن تحقيق العدالة والانتقال نحو الديمقراطية يتجاوز نطاق المسألة القضائية، ويتضمن إستراتيجية من الآليات المتكاملة كلجان تقصي الحقائق، أو المصالحة، أو برامج التعويض، أو مزيج متكامل منها، أو بعضها لا كلها.

(٣) ينبغي التعامل مع آليات العدالة الانتقالية باعتبارها إستراتيجية كلية، تكمل كل واحدة منها الأخرى، وأنها ليست بدائل لبعضها، فالمساءلة تحقق العدالة الجزائية ومحاسبة الجناة، وتعتمد في جزء من عملها على الأدلة والمعلومات التي تصل إليها وتوثقها لجان تقصي الحقيفة، بحيث لا يمكن الظن بأنها شكل من أشكال الانتقام السياسي، وعندما تلجأ دولة لآلية المصالحة المجتمعية فإن المحاسبة وكشف الحقيفة واتخاذ الإجراءات التي تضمن ردع أي محاولة للعنف، والفوضى، والجريمة، هي الحد الأدنى من الشروط المتطلبة للمصالحة، التي ترافقها برامج لتعويض الضحايا والوفاء باحتياجاتهم المادية والأدبية.

(٤) تفادياً لوجود حالة لبس أو الغموض بشأن آليات العدالة الانتقالية، وحتى لا يُنتقص من فاعلية تطبيق آلياتها، أو تواجه طعنًا في مشروعيتها، أو مجالات تطبيقها تفصيلياً، ينبغي النص على تفاصيلها بعناية ودقة في التشريع المعني، مع وجود أهمية قصوى للمراجعة والتقييم والتطوير المستمر لكل آلية مطبقة حتى تؤتي ثمارها، ولا تخطو بعيداً عن الهدف منها، فلا بد أن يصاحب التطبيق رقابة ورصد لإيجابيات وسلبيات الآلية، ثم تقرر الدولة دعم جوانب القوة، وتعمل على تلافي مواطن الضعف، أو عند الحاجة اللجوء لآلية بديلة تكون مناسبة.

(٥) يحقق فاعلية تطبيق العدالة الانتقالية الالتزام بالمعايير التي وضعتها منظمة الأمم المتحدة بشأن تصميمها وتطبيقها، وهي تحقيق سيادة

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

القانون، والمشروعية القانونية، واتساع نطاق المشاركة المجتمعية، ومراعاة الأعراف والتقاليد والسياسات المجتمعية المستقرة، والواقعية؛ لاسيما وأن هذه المعايير قد اتصفت باتساع المنظور، ولم تسهب في تفصيلاتها أو شكلها أو محتواها، لتطبقها كل دولة وفقاً لظروفها، وهي مرونة تدعم فاعلية هذا التطبيق، عبر سياقات ثقافية مختلفة.

(٦) ينبغي السعي لتحقيق عوامل جوهرية ثلاثة تحقق فاعلية ونجاح تطبيق العدالة الانتقالية وطنياً، أولها؛ وجود إرادة سياسية صادقة لتطبيقها، ونزعة صادقة لإجراء تغييرات حقيقية بموجبها، كمكافحة الإفلات من العقاب والفساد، ودعم احترام الديمقراطية، وتحقيق سيادة القانون وحقوق الإنسان؛ وثانيها، التمهيد لتطبيق العدالة الانتقالية والسعي لقبولها شعبياً، لاسيما تعريف المواطنين بماهيتها، وآلياتها، والأهداف المبتغاه منها، مع إبراز فوائدها بالنسبة للأفراد والمجتمع ككل؛ وثالثاً، توفير الإمكانيات المادية والمالية والبشرية اللازمة لذلك.

(٧) يتعاظم تأثير آليات العدالة الانتقالية عند تحديد ومراعاة البعد الزمني لتطبيقها، وأن يكون ذلك وفقاً لخطة زمنية محددة ومناسبة لأحوال الدولة ذات الصلة، وعلى سبيل المثال عندما تنتهي لجان تقصي الحقائق من عملها في وقت مناسب دون تأخير، فإن ذلك يستتبع عدم التأخر في إنشاء برامج تعويضات مقبولة لإنصاف الضحايا، وكذلك يُسهم نظر المحاكم في عدد مقبول من القضايا، في منع الجناة من الإفلات من العقاب، والمحافظة

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

على الأدلة وإفادات الشهود والمجني عليهم، وفي حالة الجرائم الاقتصادية يؤدي الإسراع بتعقب ومصادرة الموجودات إلى منع الجناة من الاستفادة من جرائمهم.

(٨) يجب أن تتلافى إجراءات المساءلة القضائية كآلية العدالة الانتقالية، التأثير بالرأي العام، أو الظروف السياسية السائدة، أو اتجاه السلطة السياسية القائمة، حتى لا تكون أداة للانتقام من الخصوم السياسيين، أو محفلاً للتمييز، والابتعاد عن سيادة القانون بالمخالفة للقوانين والأعراف الدولية، وفي النهاية لا تحقق العدالة، وإنما تزيد من احتقان المجتمع وتنامي الشعور بعدم الرضا.

(٩) لتحقيق فاعلية عمل لجان تقصي الحقيقة، لابد من تحديد معايير واضحة لطريقة عملها، والكيفية التي ستعتمدها لتوثيق الحقائق سواء بالاعتماد على اعتراف الجناة، أو طرق الإثبات وجمع الأدلة، وذلك لتتلافى الطعن على صحة ما تتوصل إليه من حقائق، وعليها أن تُعير اهتمامًا خاصًا للتجاوزات المرتكبة ضد الفئات الضعيفة كالمسنين، والأطفال، والنساء، والمشردين، وعلي هذه اللجان أيضًا أن تراعي الثقافات والأعراف المجتمعية ولا تصادم معها، مع تقرير جزاءات على من يمتنع عن قول الحقيقة أو ملاحقته قضائيًا، وكذلك تحقيقها للاستقلال وعدم محاباة السلطة السياسية القائمة.

(١٠) عند اعتماد إجراء تطهير المؤسسات العامة لابد من أن يتم ذلك

وفقاً لضمانات صارمة أهمها؛ الرقابة القضائية، حسن اختيار ونزاهة وكفاءة وتأهيل من يجرون عمليات الفحص، وكذلك وضع معايير موضوعية وقانونية لطريقة الفحص، واحترام الحقوق القانونية للخاضعين للفحص وإبلاغهم بما ثبت ضدّهم، ومنحهم مكنة الرد عليه، وإتاحة الفرصة لهم للطعن على هذه القرارات أمام المحاكم المختصة، وإعلام المواطنين بما يتم من إجراءات وما يُتخذ من قرارات، وذلك حتى لا يمثل هذا الإجراء انتهاكاً للقوانين الدولية المتعلقة بالتمييز على أساس الانتماء السياسي، أو يمثل عبثاً في سبيل الاستقرار المجتمعي، ويزيد من حدة الاحتقان السياسي.

(١١) ينبغي أن تتوافق قوانين العفو في أي دولة . في حالة إقرارها . مع المعايير الدولية ولا تمتد لتشمل جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية، والانتهاكات الخطيرة الأخرى للقانون الدولي الإنساني، والقانون الدولي لحقوق الإنسان، باعتبار أن غرض القانون هو حماية الإنسانية، وإن الاستقرار المجتمعي لن يتحقق بموجب هذا العفو حيث يظل الضحايا يطالبون بالقصاص من الجناة، الأمر الذي لن يثمر أي استقرار للمجتمع أو انتقال سلمي إلى الديمقراطية، ويمكن استخدام العفو المشروط، بحيث يتم استعادة كرامة الضحايا، وتلبية احتياجاتهم، مع عدم إغفال المساءلة.

(١٢) من الأمور التي يجب الانتباه إليها عند اللجوء لآلية "المصالحة المجتمعية" استخدامها وفقاً لفهم سليم وفي نطاقها الصحيح، ومن ذلك رضاه المجتمع بها، وعدم تسخيرها لتحقيق مكاسب سياسية أو مصالح مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

شخصية، أو اختزالها في التوافق مع فئة بعينها، أو اللجوء إليها والعنف مستعر وتطال آثاره كل طوائف المجتمع بما يُناقض أبسط مبادئ العدالة الانتقالية وينافي مفهوم المصالحة نفسها، التي تقتضي وقف كل أشكال العنف، والتزام كل طوائف المجتمع بالمعايير الاجتماعية للوطن، ومساءلة من اقترف انتهاكات جسيمة، وإعلان توبة وندم من يطلب التصالح نتيجة التغيير به أو عدم ارتكابه لانتهاكات جسيمة.

(١٣) لابد من أخذ كامل مصالح ضحايا انتهاكات الفترات الماضية في الاعتبار، لاسيما عند تصميم برامج التعويضات، مع مراعاة تناسب هذه التعويضات مع جسامة الأضرار، وتنوعها لتشمل النواحي المادية، والأدبية، ووسائل تخليد الذكرى، وغيرها، والاسترشاد في ذلك بالمعايير الدولية والمبادئ التي أقرتها منظمة الأمم المتحدة في هذا الشأن، لاسيما في الحالات التي لا توفر العدالة السارية أو الأساسية علاجًا لبعض الحالات مثل التعويض عن فترات احتجاز تعسفية، أو في حالة أحكام جائزة قُضي بها بمنأى عن ضمانات المحاكمات العادلة.

(١٤) يمكن اقتراح تطبيق نظم العدالة الانتقالية من خلال هيئتين، الأولى دولية تؤسسها الأمم المتحدة تكون مهمتها إجراء البحوث التجريبية، والدراسات الثقافية والفقهية بشأن العدالة الانتقالية في المجتمعات المختلفة، وتحليل وتقييم عوامل نجاح أو إخفاق كل تجربة ومزاياها ومثالبها، ثم تقدم هذه الاستنتاجات الموثقة لمختلف المجتمعات ذات الصلة، وبما لا ينصرف إلى

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

إملاء هذه الهيئة لشكل معين أو مضمون لتطبيق العدالة، وإنما مجرد تقديم الخبرة الخاصة بالتعامل مع المجتمعات ذات الصلة، وعلى المستوى الوطني، يتم إنشاء هيئة أو لجنة يكون لأفرادها الخبرة والاختصاص والإطلاع على ما يتعلق بهذا المجال والتجارب السابقة فيه، والقدرة على تنفيذ دراسات الهيئة الدولية المذكورة، لاسيما ما يتعلق بالآليات التي حققت نجاحًا في دولها مع كونها تلاءم المجتمع ويمكنها تحقيق فاعلية كبيرة وانتقال حقيقي للديمقراطية والسلم المجتمعي والتنمية الاقتصادية.

## قائمة المراجع

### المراجع العربية

أولاً: المراجع القانونية العامة:

- أ. خناطلة إبراهيم، التنوع الرقابي كضمانة لسيادة حكم القانون، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، الجزائر، ٢٠١٣.
- د. فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
- د. مصطفى أحمد فؤاد، دراسات في القانون الدولي العام، العدالة، بدون دار نشر، ٢٠٠٧.

ثانياً: المراجع القانونية المتخصصة:

- أ. عادل ماجد، خارطة طريق للعدالة الانتقالية في مصر، الأهرام للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠١٤.

ثالثاً: الأبحاث:

- د. عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانة، د. حسين إبراهيم خليل، العدالة الانتقالية ولجان المصالحة في ضوء التحول الديمقراطي، دراسة تطبيقية على جمهورية مصر العربية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، ديسمبر ٢٠١٢، ص ١٠٠١.

رابعاً: اتفاقيات دولية:

- اتفاقية لاهاي الرابعة بشأن احترام قوانين وأعراف الحرب البرية لعام ١٩٠٧.
- اتفاقية منع والمعاقبة عن جريمة الإبادة الجماعية لعام ١٩٤٨.
- اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩.
- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام ١٩٥٠.
- العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦.
- الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام ١٩٦٩.
- البروتوكول الأول لعام ١٩٧٧ الملحق باتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



- اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية أو المهينة أو اللاإنسانية لعام ١٩٨٧.

- النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام ١٩٩٨.

خامساً: أحكام وأوامر قضائية دولية:

(١) المحكمة الجنائية الدولية:

*Prosecutor v. Joseph Kony, Case No. ICC-02/04-01/05, Indictment, - (Sep. 27, 2005).*

*Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, - Decision on the Confirmation of Charges, paras. 1, 64, Jan. 29, 2007.*

*Prosecutor v. Ahmad Harun and Ali Kushayb, Case No. ICC-- 02/05-01/07, Warrant of Arrest for Ali Kushayb, (Apr. 27, 2007).*

*ICC Prosecutor Presents Case Against Sudanese President, Hassan - Ahmad Al Bashir, for Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes in Darfur, U.N. Press Release ICC-OTP-20080714-PR341 (July 14, 2008).*

*Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo, Decision on the Set of - Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victims at the Pre - Trial Stage of the Case, ICC-01/04-01/07-474, 13 May 2008.*

*ICC Issues a Warrant of Arrest for Omar Al Bashir, President of - Sudan, U.N. Press Release ICC-CPI-20090304-PR394 (Mar. 4, 2009).*

*Case No. ICC-01/09-19, Decision Pursuant to Article 15 of the - Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, 83 (Mar. 31, 2010).*

*Prosecutor v. Lubanga Dyilo, Decision Establishing the Principles - and Procedures to be Applied to Reparations; ICC-01/04-01/06-2904, 7 August, 2012.*

(٢) المحكمة الدولية الخاصة لسيراليون:

*- Special Court for Sierra Leone, Sentencing Judgment, Prosecutor v. Charles Taylor (SCSL-03- 01-T), Trial Chamber II, May 30, 2012.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

(٣) المحكمة الدولية الخاصة ليوغوسلافيا السابقة:

- *Prosecutor v. Furundzija*, ICTY (Trial Chamber), IT-95-17/1-T, Judgment, December 10, 1998..
- *ICTY Cases Relating to Srebrenica: Judgment, Radislav Krstic* (IT-98-33-T), Trial Chamber, August 2, 2001, and (IT-98-33-A) Appeals Chamber, April 19, 2004; and the case of *Popovic et al.* (IT-05-88).

(٤) المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان:

- *Abdulsamet Yaman v. Turkey* [2 November 2004] Judgement, Application No. 32446/96 [2004] ECHR.
- (٥) محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان:

- *Barrios Altos Case*, 2002 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 75, ¶ 2(a, b) (Mar. 14, 2001).

سادساً: وثائق الأمم المتحدة:

(U. N. Doc. S/2011/634 of 12 October 2011); (UN Doc. A/65/205–S/2010/413); (A/RES/63/128- 15 January 2009); (A/RES/62/70, 8 January 2008); (UN Doc E/CN.4/2006/91); (UN Doc EGM/DVGC/2006/EP.12 (September 25–28, 2006); (S/PRST/2005/30); (S/2004/616/1 3 August 2004); (S/Res/15/2004); (S/2004/616/1 3 August 2004); (S/2004/601); (U.N. Doc. S/2004/616); (UN Doc. S/2002/246, March 8, 2002); (U.N. Doc. UNTAET/REG/2001/10); (U.N. Docs. S/2000/59, A/54/726); (UN Doc. S/RES/1315 (2000); (U.N. Docs. A/53/850, S/1999/231); (UN Doc. S/1999/836); (U.N. Docs. A/53/850, S/1999/231); (S/RES/1972 (1999); (UN Doc. S/1994/1007); (A/49/342, August 29, 1994); (U.N. Doc. S/RES/808 (Feb. 22, 1993); (UN Doc. A/63/318); (U.N. Docs. A/53/850, S/1999/231); (U.N. Doc. S/RES/955 Nov. 8, 1994.); (U.N. Doc. S/RES/1593); (U.N. Doc A/810 at 71 1948).

سابعاً: قرارات وأعمال منظمة الأمم المتحدة:

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

- الجمعية العامة، الدورة الثالثة والستون، البند ٧٩ من جدول الأعمال، القرار المتخذ في ١١ ديسمبر ٢٠٠٨، سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي.
- قرار مجلس الأمن رقم ١٩٦٠ لسنة ٢٠١٠، جلسة ٦٤٥٣ في ١٦ ديسمبر ٢٠١٠.
- قرار مجلس الأمن رقم (١٣٢٥) لسنة ٢٠٠٠، جلسة ٤٢١٣ في ٣١ أكتوبر ٢٠٠٠.
- قرار مجلس الأمن رقم (٨٢٧) وثيقة (UN Doc. S/RES/827 (1993), May 25, 1993).
- الأمين العام للأمم المتحدة وسيادة القانون والعدالة الانتقالية في مجتمعات الصراع ومجتمعات ما بعد الصراع، ٢٠١١، وثيقة (U. N. Doc. S/2011/634 of 12 October 2011).
- فريق الأمم المتحدة العامل المعني بحالات الاختفاء القسري، ٢٠١٠، التعليق العام عن الحق في معرفة الحقائق في حالات الاختفاء القسري، ٢٠١٠.
- مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان، دراسة تحليلية لحقوق الإنسان والعدالة الانتقالية، جنيف، ٢٠٠٩، وثيقة (A/HRC/12/18).
- الأمين العام للأمم المتحدة، التقرير السنوي عن تعزيز أنشطة الأمم المتحدة في مجال سيادة القانون والتنسيق، ٢٠٠٩.
- الأمم المتحدة، المبادئ الأساسية والتوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات الجسيمة للقانون الإنساني الدولي، ٢٠٠٦، (A/Res/60/147, March 21, 2006).
- مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان، العدالة الانتقالية وسيادة القانون بعد انتهاء الصراع، آلية لجان تقصي الحقائق، ٢٠٠٦.
- الأمين العام للأمم المتحدة، رسالة مؤرخة في ٦ مارس ٢٠٠٢ موجهة إلى رئيس مجلس الأمن، وثيقة (U.N. Doc. S/2002/246 (Mar. 8, 2002)).
- تقرير الأمين العام لإنشاء المحكمة الخاصة لسيراليون، أكتوبر ٢٠٠٠، وثيقة (S/2000/915, 4 October 2000).
- الأمين العام للأمم المتحدة، التقرير السابع عن بعثة مراقبي الأمم المتحدة في سيراليون، وثيقة (UN Doc. S/1999/836, July 30, 1999).

ثامناً: قرارات وتقارير لمنظمة الاتحاد الإفريقي:

- *African Union, Peace and Sec. Council, Report of the African Union High-Level Panel on Darfur (AUPD), Paras. 1, 128, 29, 136(vii), 137, A.U. Doc. PSC/AHG/2(CCVII) (Oct. 29, 2009).*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

- *African Union, Report of the Chairperson of the Commission on the Situation in Darfur, Para. 4, A.U. Doc. PSC/PR/2(CXCVIII) (July 21, 2009)*
- *African Union, Decisions on the Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, Para. 10, A.U. Doc. Assembly/AU/13(XIII) (July 3, 2009).*
- *African Union, Decisions of the 15th AU Summit, A.U. Press Release 104 (July 29, 2010).*

### تاسعًا: قوانين وطنية :

- الدستور المصري لعام ٢٠١٤.
- القانون الليبي رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٦، بشأن العدالة الانتقالية.
- القانون التونسي رقم (٥٣) لسنة ٢٠١٣، بشأن العدالة الانتقالية.
- تنظيم الإدارة الانتقالية لتيمور الشرقية رقم ١٥/٢٠٠٠، بإنشاء دوائر قضائية مختلطة.
- قانون إنشاء الدوائر الاستثنائية المختلطة في محاكم كمبوديا، رقم (NS/RKM/1004/006).
- دستور فنزويلا لعام ١٩٩٩.

### عاشرًا: أحكام المحاكم الوطنية :

#### (١) المحكمة العليا الأسبانية

*Auto AN (Sala de lo Penal, Secci'on 3a), 4 noviembre 1998, Recurso de Apelaci'on n'um. 84/1998 (ARP 1998\5943).*

#### (٢) المحكمة العليا الأرجنتينية:

*Case No. 17.768 [14 June 2005] Judgment of 14 June 2005, Argentinean Supreme Court, reprinted in Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Naci'on, vol. 328; Cace No. 259 [24 August 2004] Judgment (Argentinean Supreme Court) reprinted in Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Naci'on, vol. 327.*

#### (٣) المحكمة العليا لشيلي:

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

*Miguel Angel Cotreras Sandoval* [17 November 2004] Judgment, Chilean Supreme Court, para. 34 and 35; *Almonacid-Arellano et al. vs. Chile* (n 68); *Secuestro de Ricardo Rioseco Montoyay Luis Cotal A'lvarez* [4 August 2005] Judgement, Chilean Supreme Court.

(٤) المحكمة العليا لأورجواي:

*Detta Josefina/Menotti Noris/Mart'inez Federico/Muso Osiris/Burgell Jorge Denuncia – Inconstitucionalidad de la Ley 15.848, art. 1,2,3 y 4 (Ficha 112/87) [2 Mayo 1988] Sentencia No. 184, Uruguayan Supreme Court; Gonzalez Jos'e Luis en Representaci'on de Juan Gelman Inconstitucionalidad (Ficha 90-10462/2002) [15 Noviembre 2004] Sentencia No 332, Uruguayan Supreme Court.*

(٥) المحكمة الدستورية لجنوب أفريقيا:

*The Azanian Peoples Organization (AZAPO) and others v. The President of the Republic of South Africa and others*, (4) SA 672 (Constitutional Court 1996 CCT 17/96), para. 53.

حادي عشر: تقارير لجان تقصي الحقائق في بعض الدول:

- *Report of the Commission of Truth and Reconciliation, Solomon Islands, 2013, Vol. 1.*
- *South African Truth and Reconciliation Commission, South African Truth and Reconciliation Commission: Final Report, Vol. 1.*
- *Commission for Truth and Friendship "CTF", Per Memoriam Ad Spem: the Final Report of the Commission of Truth and Friendship in East Timor, 2008, New York: International Center for Transitional Justice, March 2009.*
- *Final Report of Commission for Reception, Truth and Reconciliation (CAVR), Chega! Dili, 2006.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

- *Report of International Center for Transitional Justice, Creation and the first Trails of the Supreme Iraqi Criminal tribunals, October 2005.*
- *Children and the Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission, Recommendations of policies and procedures, Natalie Man and Peart Theuermann, the United Nations Children's Fund UNICEF, June 2001.*

ثاني عشر: مراجع تراثية ولغوية:

- أبو هلال العسكري "أبو هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران العسكري"، الفروق اللغوية، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٧.
- الجاحظ "أبو عثمان عمر بن بحر الجاحظ"، تهذيب الأخلاق، دار الصحابة للتراث، طنطا، ١٩٩٠.
- الجرحاني "علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني"، التعريفات، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ١٩٨٣.
- ابن حزم "أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري"، الأخلاق والسير في مداواة النفوس، دار الأفاق الجديدة، بيروت، ١٩٧٩.
- معجم الصحاح في اللغة للجوهري، ص ٥/١٧٦٠، معجم لسان العرب لابن منظور، معجم القاموس المحيط للفيروز آبادي، المصباح المنير للفيومي.

## المراجع الأجنبية

وولاً: المراجع الإنجليزية

### 1- General References:

- **D. M. TUTU**, *No Future without Forgiveness*, Crown Publishing Group, 2009.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

- **H. BONACKER, C. SAFFERLING**, *Victims of International Crimes: An Interdisciplinary Discourse*, Springer Science & Business Media, 2013.
- **Y. NAQVI**, *Impediments to Exercising Jurisdiction over International Crimes*, The Hague: TMC Asser Press, 2010.
- **K. SIKKINK**, **the Justice Cascade: how Human Rights Prosecutions are Changing World Politics**, W. W. Norton, Incorporated, New York, 2012.
- **N. GEORGEOU**, *Neoliberalism, Development and Aid Volunteering*, Routledge, 2012.
- **N. JURDI**, *the International Criminal Court and National Courts: A Contentious Relationship*, Routledge, 2016.
- **N. H. ROGERS, R. C. BORDONE, C. A. McEWEN, F. A. SANDER**, *Designing Systems and Processes for Managing Disputes*, Wolters Kluwer Law & Business, 2013.

## 2- Specialized References:

- **A. HOL**, *Transitional Justice: Images and Memories*, Routledge, London, 2016.
- **A. L. HINTON**, *Transitional Justice: Global Mechanisms and Local Realities after Genocide and Mass Violence*, Rutgers University Press, 2010.
- **A. SESAY**, *Does One Size Fit All? The Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission Revisited*, Upsala: Nordic Africa Institute, 2007.
- **C. CORRADETTI, N. EISIKOVITS**, *Theorizing Transitional Justice*, Routledge, London, 2016.
- **C. R. BARAT**, *Transitional Justice, Culture, and Society: Beyond Outreach*, International Center for Transitional Justice, New York, 2014.
- **D. HUME**, *an Enquiry Concerning the Principles of Morals*, Cosimo Inc., 2006.
- **D. PREYSING**, *Transitional Justice in Post-Revolutionary Tunisia (2011–2013): How the Past Shapes the Future*, Springer, New York, 2016.
- **E. SKAAR, C. MALCA, T. EIDE**, *After Violence: Transitional Justice, Peace, and Democracy*, Routledge, London, 2015.

- **J. ELSTER**, *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge University Press, New York, 2004.
- **J. LINCOLN**, *Transitional Justice, Peace and Accountability: Outreach and the Role of International Courts after Conflict*, Routledge, 2011.
- **K. AINLEY, R. FRIEDMAN, C. MAHONY**, *Evaluating Transitional Justice: Accountability and Peacebuilding in Post-Conflict Sierra Leone*, Palgrave Macmillan, New York, 2015.
- **K. J. FISHER, R. STEWART**, *Transitional Justice and the Arab Spring*, Routledge, London, 2015.
- **K. McEVOY, L. MCGREGOR**, *Transitional Justice From Below: Grassroots Activism and the Struggle for Change*, Hart Publishing, 2008.
- **DAVIS**, *Transitional Justice and Security System Reform, Initiative for Peacebuilding, the International Center for Transitional Justice*, New York, 2009.
- **L. MAY, E. EDENBERG**, *Jus Post Bellum and Transitional Justice*, Cambridge University Press, 2013.
- **M. ESPARZA**, *Legacies of State Violence and Transitional Justice in Latin America: A Janus-Faced Paradigm?* Lexington Books, 2015.
- **M. MIHAL**, **Negative Emotions and Transitional Justice**, Columbia University Press, 2016.
- **M. S. WILLIAMS, R. NAGY, J. ELSTER**, *Transitional Justice*, NYU Press, 2012.
- **N. GEORGEOU, C. HAWKSLEY**, *the Globalization of World Politics: Case Studies from Australia, New Zealand and the Asia Pacific*, Oxford University Press, 2014.
- **N. ROHT, J. MARIEZCURRENA**, *the New Landscape of Transitional Justice*, Cambridge University Press, New York, 2006.
- **N. SZABLEWSKA, S. D. BACHMANN**, *Current Issues in Transitional Justice: Towards a More Holistic Approach*, Springer, 2014.
- **O. SIMIC**, *Current Issues in Transitional Justice: towards a More Holistic Approach*, Springer, 2015.
- **P. B. HAYNER**, *Unspeakable Truths: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, 2nd Edition, 2011.
- **P. CLARK**, *the Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda: Justice without Lawyers*, Cambridge University Press, 2010.



- P. McAULIFFE, *Transitional Justice and Rule of Law Reconstruction: A Contentious Relationship*, Routledge, 2013.
- P. S. BERMAN, *the New Legal Pluralism*, *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 5, 2009.
- R. NAGY, *Transitional Justice: NOMOS LI*, NYU Press, 2012.
- R. SHAW, L. WALDORF, P. HAZAN, *Localizing Transitional Justice: Interventions and Priorities after Mass Violence*, Stanford, C. A., Stanford University Press, 2010.
- T. LONGMAN, *Justice at the Grassroots? Gacaca Trials in Rwanda*, *Latin America 2015-2016*, Rowman & Littlefield, 2015.
- Z. D. KAUFMAN, *United States Law and Policy on Transitional Justice: Principles, Politics, and Pragmatics*, Oxford University Press, 2016.

### **3- Articles and Researches:**

- A. J. PARK, *Other In humane Acts: Forced Marriage, Girl Soldiers and the Special Court for Sierra Leone*, *Social and Legal Studies Journal*, Vol. 15, No. 3, 2006.
- A. K. GREENAWALT, *Complementarity in Crisis: Uganda, Alternative Justice, and the International Criminal Court*, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 50, No. 107, 2009.
- A. SEGOVIA, *Transitional Justice and (DDR): The Case of El Salvador*, *International Center for Transitional Justice, Research unit*, New York, 2009.
- B. A. LEEBAW, *the Irreconcilable Goals of Transitional Justice*, *Human Rights Quarterly*, Vol. 30, 2008.
- B. GRODSKY, *Justice Without Transition: Truth Commissions in the Context of Repressive Rule*, *Human Rights Review*, Vol. 9, No. 3, 2008.
- C. KRESS, *the Darfur Report and Genocidal Intent*, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005.
- C. L. MON, *Rwanda's Troubled Gacaca Courts*, *Human Rights Brief*, Vol. 14, Issue 2, 2007.
- C. L. SANDOVAL, *Transitional Justice and Social Change*, *International Journal on Human Rights*, Vol. 11, No. 20, 2014.
- C. M. MEADOW, *the Lawyer's Role(s) in Deliberative Democracy*, *Nevada Law Journal*, Vol. 5, 2005.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

- **C. M. MEADOW**, *Deliberative Democracy and Conflict Resolution*, *Dispute Resolution Magazine*, Winter, 2006.
- **C. M. MEADOW**, *Peace and Justice: Notes on the Evolution and Purposes of Legal Processes*, *Georgetown Law Journal*, Vol. 94, 2006.
- **C. McCARTHY**, *Reparations under the Rome Statute of the ICC and Reporative Justice Theory*, *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 3, 2009.
- **C. URIBE**, *Do Amnesties Preclude Justice?* *International Law Review*, *Revista Colombiana de Derecho Internacionalno*, Vol. 21, 2012.
- **D. A. HOOGENBOOM, V. STEPHANIE**, *Rebuilding Social Fabric in Failed States: Examining Transitional Justice in Bosnia*, *Human rights Review*, Vol. 11, 2010.
- **D. CRANE**, *Prosecuting Children in Times of Conflict: The West African Experience*, *Human Rights Brief*, Vol. 15, No. 3, 2008.
- **D. ROBINSON**, *the Identity Crisis of International Criminal Law*, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 21, 2008.
- **D. S. KOLLER**, *the Faith of the International Criminal Lawyer*, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 40, 2008.
- **D. SLOANE**, *the Expressive Capacity of International Punishment: The Limits of the National Law Analogy and the Potential of International Criminal Law*, *Stanford Journal of International Law*, Vol. 43, 2007.
- **E. A. BAYLIS**, *Parallel Courts in Post-Conflict Kosovo*, *Yale Journal of International Law*, Vol. 32, No. 1, 2007.
- **E. A. WALDMAN**, *Healing Hearts or Righting Wrongs? A Meditation on the Goals of Restorative Justice*, *Hamline Journal of Public Law and Policy*, Vol. 25, 2004.
- **F. AOLAIN, M. HAMILTON**, *Gender and the Rule of Law in Transitional Societies*, *Minnesota Journal of International Law*, Vol. 18, 2009.
- **E. BAYLIS**, *Reassessing the Role of International Criminal Law: Rebuilding National Courts through Transnational Networks*, *Boston College Law Review*, Vol. 50, No. 1, 2009.
- **E. DALY, J. SARKIN**, *Reconciliation in Divided Societies: Finding Common Ground*, *Philadelphia*, University of Pennsylvania Press, 2007.
- **F. N. AOLAIN, C. CAMPBELL**, *the Paradox of Transition in Conflicted Democracies*, *Human Rights Quarterly*, Vol. 27, No. 1, 2005.

- **F. SHAWN**, *Private Crimes and Public Forgiveness: Towards a Refined Restorative Justice Amnesty Regime*, *International Journal of Civil Society Law*, Vol. 5, No. 2, 2007.
- **J. D. OHLIN**, *On the Very Idea of Transitional Justice*, *Whitehead Journal of Diplomacy and International Relations*, Vol. 8, No. 1, 2007.
- **J. D. OHLIN**, *Applying the Death Penalty to Crimes of Genocide*, *American Journal of International Law*, Vol. 99, 2005.
- **J. L. GIBSON**, *the Truth about Truth and Reconciliation in South Africa*, *International Political Science Review* 26, No. 4, 2005.
- **J. L. GIBSON**, *Overcoming Apartheid: Can Truth Reconcile a Divided Nation?* *Russell Sage Foundation*, Vol. 6, 2006.
- **J. I. TURNER**, *Defense Perspectives on Law and Politics in International Criminal Trials*, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 48, 2008.
- **J. I. TURNER**, *Nationalizing International Criminal Law*, *Stanford Journal of International Law*, Vol. 41, No. 1, 2005.
- **J. M. HENCKAERTS, L. D. BECK**, *Customary International Humanitarian Law, Vol. 1, Rules*, *Cambridge University Press, International Committee of the Red Cross (ICRC)*, 2005.
- **J. N. CLARK**, *From Negative to Positive Peace: the Case of Bosnia and Hercegovina*, *Journal of Human Rights*, Vol. 8, 2009.
- **J. N. CLARK**, *the Limits of Retributive Justice: Findings of an Empirical Study in Bosnia and Hercegovina*, *Journal of International Crime & Justice*, Vol. 49, 2009.
- **J. N. CLARK**, *through the Truth and Reconciliation: A study of the South African Truth and Reconciliation Commission*, *Human Rights magazine*, Vol. 11, No. 2, 2012.
- **J. R. NOGALES**, *Designing Bespoke Transitional Justice: A Pluralist Process Approach*, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 32, No. 1, 2010.
- **K. J. HELLER**, *Deconstructing International Criminal Law*, 106 *Michigan Law Review*, Vol. 106, 2008.
- **L. ARBOUR**, *Economic and Social Justice for Societies in Transition*, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 40, 2008.
- **L. ARRIAZA, N. R. ARRIAZA**, *Social Reconstruction as a Local Process*, *International Law Journal of Transitional Just*, Vol. 2, 2008.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

- **L. D. TULLY**, *Human Rights Compliance and the "Gacaca" Jurisdictions in Rwanda*, 26 *Boston College International & Comparative Law Review*, Vol. 26, 2003.
- **L. J. LAPLANTE**, *Outlawing Amnesty: The Return of Criminal Justice in Transitional Justice Schemes*, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 49, 2009.
- **L. J. LAPLANTE, K. THEIDON**, *Transitional Justice in Times of Conflict: Colombia's Ley de Justicia y Paz*, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 28, No. 1, 2006.
- **L. REYDAMS**, *the ICTR 10 Years On: Back to the Nuremburg Paradigm?* *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005.
- **L. WALDORF**, *Mass Justice for Mass Atrocity: Rethinking Local Justice as Transitional Justice*, *Temple Law Review*, Vol. 79, No. 1, 2006.
- **M. M KAMINSKI, M. NALEPA & B. O'NEILL**, *Normative and Strategic Aspects of Transitional Justice*, *The Journal of Conflict Resolution*, Vol. 50, No. 3, 2006.
- **M. VALYNAS, K. VANSWBWYN**, *the Truth-Seeking after Violent Conflict: Experiences from South Africa and Bosnia and Herzegovina*, *Contemporary Justice Review*, Vol. 12, No. 3, 2009.
- **M. WIERDA, H. NASSAR, L. MAALOUF**, *Early Reflections on Local Perceptions, Legitimacy, and Legacy of the Special Tribunal for Lebanon*, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
- **N. COMBS**, *Seeking Inconsistency: Advancing Pluralism in International Criminal Sentencing*, *Yale Journal of International Law*, Vol. 41, No. 1, 2016.
- **P. C. McMAHON**, *Rebuilding Bosnia: A Model to Emulate or to Avoid?* *Political Science Quarterly*, Vol. 119, Winter, 2005.
- **P. PHAM & P. VINCK**, *Empirical Research and the Development and Assessment of Transitional Justice Mechanisms*, *International Journal of Transitional Just*, Vol. 1, 2007.
- **P. S. BERMAN**, *Global Legal Pluralism*, *Southern California Law Review*, Vol. 80, 2007.
- **R. PERRY**, *the Nature, Status and Future of Amnesties under International Criminal Law*, *Australia International Law Journal*, Vol. 8, 2011.

- **R. N. JAYA**, *Designing Bespoke Transitional Justice: A Pluralist Process Approach*, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 32, 2010.
- **P. HAZAN**, *Measuring the Impact of Punishment and Forgiveness: A Framework for Evaluating Transitional Justice*, *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, No. 861, 2006.
- **PH. RAPOZA**, *Hybrid Criminal Tribunals and the Concept of Ownership: Who Owns the Process?* *American University International Law Review*, Vol. 21, 2006.
- **R. DUTHIE**, *toward a Development-sensitive Approach to Transitional Justice*, *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 2, No. 3, 2008.
- **R. G. TEITEL**, *Transitional Justice Genealogy*, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, 2003.
- **R. GOODMAN, D. JINKS**, *Incomplete Internalization and Compliance with Human Rights Law*, *European Journal of International Law*, Vol. 19, 2008.
- **R. JEFFERY**, *Enduring Tensions: Transitional Justice in the Solomon Islands*, *the Pacific Review Journal*, Vol. 26, No. 2, 2013.
- **R. NAGY**, *Transitional Justice as a Global Project: Critical Reflections*, *Third World Quarterly Journal*, Vol. 29, 2008.
- **R. NAGY**, *Transitional Justice as Global Project: Critical Reflections*, *Third World Quarterly*, Vol. 29, No. 2, 2008.
- **S. BERMAN**, *A Pluralist Approach to International Law*, *Yale Law Journal of International Law*, Vol. 32, 2007.
- **S. FIELDS**, *Private Crimes and Public Forgiveness: Towards a Refined Restorative Justice Amnesty Regime*, *International Journal of Civil Society Law*, Vol. 5, 2007.
- **S. H. RIMMER**, *Sexing the Subject of Transitional Justice*, *the Australian Feminist Law Journal*, Vol. 32, 2010.
- **S. WHITT, R. K. WILSON**, *the Dictator Game, Fairness and Ethnicity in Postwar Bosnia*, *American Journal of Political Science*, Vol. 51, No. 3, 2007.
- **S. NOUWEN, W. WERNER**, *Doing Justice to the Political: The International Criminal Court in Uganda and Sudan*, *the European Journal of International Law*, Vol. 21, Vol. 4, 2011.

- **T. O. HANSEN**, *the Vertical and Horizontal Expansion of Transitional Justice: Explanations and Implications for a Contested Field*, Michigan Journal of International Law, Vol. 32, No. 1, 2010.
- **T. O. HANSEN**, *Transitional Justice in Kenya? An Assessment of the Accountability Process in Light of Domestic Politics and Security Concerns*, California Western International Law Journal, Vol. 42, No. 1, 2011.
- **T. O. HANSEN**, *Kenya's Power-Sharing Arrangement and its Implications for Transitional Justice*, The International Journal of Human Rights, Vol. 17, No. 2, 2013
- **T. R. TYLER**, *Procedural Justice, Legitimacy, and the Effective Rule of Law*, Journal of International Crime & Justice, Vol. 30, 2003.
- **T. URS**, *Imagining Locally-Motivated Accountability for Mass Atrocities: Voices from Cambodia*, International Journal on Human Rights, Vol. 7, 2007.
- **W. B. WHITE**, *the Domestic Influence of International Criminal Tribunals: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Creation of the State Court of Bosnia & Herzegovina*, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 46, 2008.
- **W. B. WHITE**, *Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justice*, Harvard International Law Journal, Vol. 49, No. 53, 2008.
- **W. CLAPTON**, *Managing Risk Within International Society: Hierarchical Governance in the Asia Pacific*, Australian Journal of International Affairs, Vol. 63, No. 3, 2009.
- **Z. D. KAUFMAN, P. CLARK**, *Rwanda: Recent History (2015)*, University of Oxford, Centre for Socio-Legal Studies, 2014.

## **Courses:**

- **E. C. PERISH, J. SHOOK, E. W. BRAHM**, *Transitional Justice in the Wake of the Arab Spring*, Presentation at the Annual Meeting of the International Studies Association, San Diego, 2012.
- **F. PIZZUTELLI**, *Moving Away from the South African Model: Amnesties and Prosecutions in the Practice of 40 Truth Commissions*, Amnesty International, 2010.
- **J. CORRIN, P. MERI**, *Law, Gender and Peace-building in Solomon Islands*, 16, Feminist Legal Studies, Vol. 16, 2008.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

- **K. H. AVERRE**, *The Tension Trials—A Defense Lawyer's Perspective of Post Conflict Intervention in Solomon Islands*, SSGM Working Papers , No. 2008/3 ANU Canberra, 2008.
- **K. FISHER**, *Transitional Justice for Child Soldiers, Accountability and Social Reconstruction in Post-Conflict Contexts*, International Relations & Development Collection, Rethinking Peace and Conflict Studies, 2014.
- **L. DAVIS, P. HAYNER**, *Difficult Peace, Limited Justice: Ten Years of Peacemaking in the DRC*, International Center for Transitional Justice, 2009.
- **L. HUYSE, M. SALTER**, *Traditional Justice and Reconciliation after Violence: Learning from African Experiences*, Stockholm, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2008.
- **L. MALLINDER**, *Indemnity, Amnesty, Pardon and Prosecution Guidelines in South Africa*, Working Paper No 2, from *Beyond Legalism: Amnesties, Transition and Conflict Transformation*, Institute of Criminology and Criminal Justice, Queen's University, Belfast, February 2009.
- **M. G. SESAY, M. SUMA**, *DDR and Transitional Justice in Sierra Leone*, International Center for Transitional Justice, New York, 2009.
- **M. MALEKI**, *Transitional Justice and Democracy in Morocco*, Read in the Experience of the Equity and Reconciliation, Annual Symposium Arab Network for tolerance, Beirut, 2012.
- **T. S. PHAKATHI, H. V. MERWE**, *the Impact of the TRC's Amnesty Process on Survivors of Human Rights Violations in Truth and Reconciliation in South Africa: Did the TRC Deliver?* Philadelphia: Pennsylvania Studies in Human Rights, University of Pennsylvania Press, 2008.

أهم مواقع الانترنت:

- [http://www.unrol.org/files/TJ\\_Guidance\\_Note\\_March\\_2010FINAL.pdf](http://www.unrol.org/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf).
- <http://www.hrw.org/en/reports/2005/11/02/justice-motion.15/2/2016>.
- [http://www.unrol.org/files/TJ\\_Guidance\\_Note\\_March\\_2010FINAL.pdf](http://www.unrol.org/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf).
- [www.un.org/futurewewant](http://www.un.org/futurewewant).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

- <http://www.almaany.com/ar/dict/arar>
- <http://www.dorar.net/enc/aqadia/3751>.
- <http://www.uncsd2012.org/thefuturewewant.html>.
- <https://www.ictj.org/our-work/research/transitional-justice-and-displacement>.
- <http://www.ictj.org/en/research/projects/ddr/index.html>.
- [www.mappoea.org/sites/default/files/images/twelfthquarterlyreport%20mapp.pdf](http://www.mappoea.org/sites/default/files/images/twelfthquarterlyreport%20mapp.pdf).
- <http://www.ictj.org/images/content/1/2/121.pdf>.



مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

# موقف القانون الدولي من أساليب تهريب المخدرات ومكافحة الاتجار غير المشروع فيها

د/ مجاهدي إبراهيم

أستاذ محاضر (أ) كلية الحقوق والعلوم السياسية -

جامعة علي لونسى - البليدة - الجزائر

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثانی ٢٠١٦ المجلد الثانی

## ملخص:

أصبح تفشي ظاهرة المخدرات من المشكلات الخطيرة التي تهدد الأفراد ومصالح الدول، وتشير الدراسات إلى تطور حركة التهريب والاتجار غير المشروعة في المخدرات والمؤثرات العقلية إلى ترويج أنواع كثيرة منها، إلى جانب استحداث مواد جديدة بصورة مستمرة، خاصة فيما يتعلق بالمواد المصنعة، مما يصعب عمليات مكافحة الأمانة، ويساعد على استمرار وتزايد تعاطيها. ففي كثير من البلدان نجد المدمنين قد يتحولون من تعاطي الهيروين إلى تعاطي الكوكايين، أو من تعاطي القنب الهندي إلى تعاطي العقاقير النفسية.

وبالرغم من قدم جرائم المخدرات والجهود التي بذلت من أجل تحجيمها، إلا أن مشكلة المخدرات قد تطورت بعد أن تزايدت عمليات الإنتاج، زراعة وتصنيعا، وانتشرت أماكن التخزين وتعددت مسارات التهريب والاتجار والتوزيع والتعاطي غير المشروعة. كما أمكن تصنيع المواد المؤثرة عقليا، وإنتاج أنواع جديدة في معامل سرية في كثير من بلدان العالم. وفي الوقت ذاته قد لجأت العصابات الإجرامية للمخدرات إلى البحث عن وسائل جديدة للتهريب، استخدمت فيها الوسائل التقنية الأكثر حداثة وتطورا، بما في ذلك شبكات الانترنت العالمية.

ولذا أصبحت مواجهة جرائم المخدرات ضرورة يملئها الواجب الوطني والدولي على كل الهيئات والمنظمات الدولية من أجل المحافظة على قيم وطاقات شعوب العالم التي تنتطلع إلى التطور والبناء، وواجب المحافظة على قدرات

الدول الاقتصادية، والمحافظة على سلامة الصحة الإنسانية من العلل  
المرضية.

## RESUME

Le phénomène Drogue devient de plus en plus menaçant pour la société ainsi que pour les intérêts de la nation . Des études récentes ont montré l'évolution rapide et néfaste du trafic et de la commercialisation illicite des différentes drogues.

Le fait qu'elles soient plus diffuses ( naturellement ou industriellement), rend leur irradiation très difficile et leur consommation très répandue sous toutes ses formes.

Dans certaines nations , les consommateurs passent sans limites de l'héroïne à la cocaïne ou du cannabis indien aux stupéfiants .

Malgré la lutte acharnée contre ce phénomène, les problèmes liés à la drogue ne cessent de s'accroître , cela est dû à l'évolution de sa production ( industrie et culture ) , à la répartition des moyens de conservation et au trafic international.

Des laboratoires secrets pourvus des techniques les plus modernes sont répartis à travers le monde, ce qui a permis de produire des drogues nouvelles.

Les gangs spécialisés dans le trafic de drogue sont continuellement à la recherche de moyens de commercialisation modernes comme par exemple l'Internet.

Si la lutte contre les crimes dûs aux stupéfiants est un devoir pour les organisations nationales et internationales , il en est de même pour la préservation de la santé mentale et physique des citoyens et de la protection de l'économie du pays.

## مقدمة

إذا كانت المواد المخدرة لها استخدامات طبية وعلمية معلومة ومعترف بها لفائدة الإنسانية جمعاء، فإن إساءة استخدامها والإدمان عليها، لها أبعاد سلبية خطيرة على الفرد والأسرة من جهة، وعلى الدولة والمجتمع الدولي من جهة أخرى، فخطورة المخدرات غير المشروعة لا تقتصر آثارها على الدول المنتجة والمستهلكة فقط، بل تمتد مضارها السيئة إلى مختلف المجالات الاقتصادية والصحية والاجتماعية لدول العالم من أن تستثني من ذلك أحد.

وقد أثبتت الأحداث أن عمليات التهريب للمخدرات بمثابة سلسلة حلقاتها في الظاهر غير مترابطة، ولكنها في الواقع محكمة الحلقات وشديدة التماسك، وذلك بداية من إنتاج المخدرات وتصنيعها، وانتهاء بالاتجار والتوزيع غير المشروع. وتتطوي عمليات التهريب على أنشطة معادية للمجتمع كإنشاء التنظيمات العصابية الإجرامية

والتآمر والرشوة وإفساد المؤسسات والهيكل العمومية وتهديد الموظفين وشراء الذمم والتهرب من دفع الضرائب وتهريب الأموال بطرق غير مشروعة، وارتكاب مخالفات جنائية لقوانين التصدير والاستيراد، واستعمال العنف في ارتكاب الجرائم. وكثيرا ما تستخدم المخدرات كوسيلة بديلة عن الأموال للمقايضة على الأسلحة، بل أن بعض الشبكات الإجرامية الدولية النشيطة في جرائم المخدرات عرضت أمن كثير من الحكومات إلى الخطر والزوال<sup>(١)</sup>.

ومن خلال الوقوف على العمليات الإجرامية لعصابات المخدرات، يتبين أن تهريب المخدرات يعتمد على مختلف الأساليب والوسائل، وينفذ على كافة المسارات البرية والبحرية والجوية المتاحة لإخفاء وتهريب المخدرات، بداية من استغلال الوسائل العادية إلى استخدام وسائل تمويه أكثر تعقيدا. ويتم تهريب المخدرات بواسطة عصابات إجرامية محكمة التنظيم وعلى درجة عالية من التدريب، وتتبع في تنفيذ مخططاتها الإجرامية أساليب في غاية التعقيد، بداية من إخفاء المخدرات والبحث عن وسيلة النقل لتهريبها من مناطق الإنتاج إلى مناطق الاستهلاك، واعتماد أساليب ملتوية في التمويه والتضليل خلال فترة نقلها من تجار الجملة إلى غاية إيصالها إلى تجار التجزئة، ليتم توزيعها على المتعاطين. وهذا أكدته اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار بالمخدرات والمؤثرات العقلية لعام ١٩٨٨، بإرسائها لأسس التعاون الدولي لقمع تهريب المخدرات والحيلولة دون الاتجار غير المشروع بها.

وقد دعت هذه الاتفاقية كافة دول العالم للمساهمة في تعزيز التعاون الدولي وتوثيق علاقاته طبقاً لمبادئ العدل والمساواة في تحصيل الحقوق وأداء الالتزامات، مما يزيد في رفاهيتها اقتصادياً واجتماعياً، ويؤمن سلامة الصحة الإنسانية، وهذا ما يحقق مقاصد الأمم المتحدة ومبادئها المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة.

وقد اعتبرت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية أن الاتجار بالمخدرات يشمل كل اتصال غير مشروع بالعقاقير، أيا كانت طبيعتها ونوعها، ومدت الاتفاقية نطاق الاتجار غير المشروع ليشمل الجرائم المتعلقة بالأموال التي تكون عائداتها من التجارة غير المشروعة في المواد المخدرة.

(١) - محمد عباس منصور: العمليات السرية في مجال مكافحة المخدرات، دار النشر المركز العربي للدراسات الأمنية، الرياض ١٩٩٣، ص ١٢٣-١٢٤.

في هذا البحث نحاول مناقشة المسائل القانونية المتعلقة بالتهريب للمخدرات والمؤثرات العقلية غير المشروعة، وذلك على ضوء أحكام وقواعد القانون الدولي، وخطة البحث تكون على الشكل التالي:

المبحث الأول: طرق إخفاء وتهريب المخدرات دولياً.  
المبحث الثاني: ماهية الاتجار غير المشروع في المواد المخدرة على ضوء أحكام القانون الدولي.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

المبحث الثالث: الإجراءات الدولية العملية والوقائية لمكافحة التهريب والاتجار غير المشروع في المواد المخدرة.

## المبحث الأول

### طرق إخفاء وتهريب المخدرات دوليا

نتناول في هذا المبحث أهم أساليب إخفاء وتهريب المخدرات دوليا، مع إبراد نماذج عملية عن أهم أساليب التمويه والتضليل التي تم اكتشافها في إخفاء وتهريب المخدرات، وتم إبلاغها منظمة الأنتربول لتقوم بإخطار الدول الأعضاء فيها لإحباط هذه الأساليب ورصدها خلال إجراء عمليات المراقبة، نبين في المطلب الأول أساليب إخفاء وتهريب المخدرات دوليا، ثم نستعرض نماذج عملية عن الإخفاء والتهريب الدولي للمواد المخدرة في المطلب الثاني.

**المطلب الأول: أساليب إخفاء وتهريب المخدرات دوليا**  
يتخذ مهربي المخدرات والمؤثرات العقلية كافة الأساليب لتهريب بضاعتهم المحرمة دوليا من مناطق الإنتاج إلى مناطق الاستهلاك، من خلال استغلال عدة عوامل وظروف محلية ودولية، نحصرها في النقاط التالية:

**أولا: نوع وكمية المخدرات المطلوب تهريبها**  
تتباين قيمة المخدرات تبعا لنوعيتها، فغالبا ما يتم تهريب الحشيش في شحنات كبيرة لخفة وزنه وسهولة إخفائه وتهريبه، بينما يتم تهريب الهيروين والكوكايين في شحنات صغيرة لسهولة إخفائه وارتفاع أثمانه، وهذا ما يجعل المهربين يحرصون على عدم المخاطرة بتهريب كميات كبيرة منه خوفا من تعريض

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



بضاعتهم للمصادرة وتنظيمهم العصاىى الإفلاس والزوال. ولذا يلجئون إلى تهريبه عن طريق شحنات صغيرة وعلى دفعات متتالية<sup>(١)</sup>، فكلما تزايدت قيمة المادة المخدرة تزايدت تكاليف تأمينها، تبعاً لاختلاف درجات المخاطرة من جهة، ومن جهة أخرى، فإن خصائص كل مادة مخدرة تتحكم في اختيار أسلوب الإخفاء المناسب "سائل، مسحوق، جسم متماسك". فنوع المخدر وحجمه يتحكمان إلى حد كبير في اختيار وسيلة تهريبه. ففي بعض المناطق تنقل المخدرات على ظهور الدواب كالجمال والحمير عبر المسالك الوعرة كالصحاري والجبال، وأحياناً أخرى يلجأ المهربون إلى شتى الوسائل لنقل المخدرات من دولة إلى أخرى<sup>(٢)</sup>.

فهناك أساليب ووسائل متنوعة لتهريب المخدرات في غاية التعقيد إلى درجة يصعب اكتشافها من قبل أجهزة

—

(١) - د/ علي أحمد راغب علي: السياسة الجنائية لمكافحة المخدرات - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه - أكاديمية الشرطة، كلية الدراسات، القاهرة، جمهورية مصر العربية، سنة ١٩٩٢، ص ٢٦٤.

(٢) - محمد عباس منصور : المخدرات - التجارة المشروعة وغير المشروعة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٠، ص ٢٠٢.

الرقابة في حالة عدم توافرها على المعلومات الدقيقة عنها، مثل استخدام ذوي الحصانة الدبلوماسية في النقل والإخفاء، أو إخفاء المخدر في الأماكن الحساسة من جسد الإنسان أو في أمعائه<sup>(١)</sup>.

## ثانياً: اختيار الطبيعة الجغرافية لمسالك التهريب

تعتمد عمليات التهريب الدولي للمخدرات على اختيار الطبيعة الجغرافية لمسار التهريب، وذلك باعتبار أن العوامل الطبيعية تفرض على المهربين إتباع مسالك مختلفة برية أو بحرية أو جوية، وتتحكم البيئة المحلية في إخفاء المخدرات سواء أكان ذلك في باطن الأرض أو في أعماق البحار، مع مراعاة اتساعها أو ضيقها وحالة المناخ وارتفاع الأمواج. كما أن للعوامل الثقافية انعكاساتها على أسلوب التهريب للمواد المخدرة، من حيث اختيار الوسيلة المناسبة للتهريب أو النقل أو التوزيع، سواء أكانت هذه الوسيلة بدائية أو متطورة، قديمة أو حديثة في تنفيذ الجريمة بكل مراحلها المتنوعة والمتتابعة<sup>(٢)</sup>. ويمكن أن يتخذ تهريب المخدرات عدة مسارات في غاية التعقيد والتشابك منها:

### ١- التهريب عن طريق البحر

تستخدم هذه الطريقة في تهريب الشحنات الضخمة من المخدرات والمؤثرات العقلية غير المشروعة ما بين الأقاليم التي ترتبط فيما بينها بخطوط ملاحية. ويكون التهريب في هذه الحالة باستخدام سفن التجارة الدولية، ويكون الإخفاء داخل طرود مشحونة من دولة إلى أخرى بأسماء أشخاص غير مشكوك فيهم، أو عن طريق بعض الهيئات التي تتمتع

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

بالحصانات الدبلوماسية، وقد يكون الإخفاء باستعمال بعض الحيل للتهرب الجمركي عند التخليص على هذه البضائع، ومثال ذلك عندما يكون لشخص طريدين متماثلين في الشكل والحجم والوزن، أحدهما يتم تفتيشه وإنهاء الإجراءات الجمركية عليه، والثاني يتم تهريبه وهو الذي يكون بداخله شحنة المخدرات، ثم تعاد إجراءات استخراج الطرد الأول مرة ثانية<sup>(٣)</sup>.

وقد يكون إخفاء المخدرات في أماكن سرية داخل وسائل المواصلات البحرية المختلفة، أو بواسطة أطعم السفينة، أو ضمن معدات وآلات السفينة. فإذا تمكن طاقم السفينة من إخفاء شحنة المخدرات بين البضائع المشحونة، فإنه يصعب اكتشافها دون اللجوء إلى تفريغ السفينة من كافة حمولتها<sup>(٤)</sup>. وقد يكون إخفاء المخدرات في بعض الأماكن من جسم السفينة، بحيث يتعذر اكتشافها كأن توضع فتحة صغيرة

---

(١) - د/أشرف إبراهيم العزوني: القواعد القانونية الدولية لمكافحة الجرائم المنظمة للمخدرات - دراسة تحليلية مقارنة في إطار منظومة القانون الدولي لمكافحة المخدرات، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٥، ص ٥٠٠.

(٢) - د/ أشرف إبراهيم العزوني، نفس المرجع، ص ٥٠٥.

(٣) - محمد عباس منصور: العمليات السرية في مجال مكافحة المخدرات، المرجع السابق، ص ١٨٧.

(٤) - قد لا تشتهب أجهزة مكافحة المخدرات إلى هذا الإجراء ما لم تكن هناك معلومات أكيدة عن مكان وجود الشحنة، وقد تمكنت أجهزة مكافحة المصرية من ضبط شحنة من

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الحشيش في ميناء السويس، كانت قادمة من لبنان تزن خمسة أطنان، كانت مخبأة في قاع أحد عنابر السفينة أسفل شحنة طماطم محفوظة، تزن حوالي ٢٧ طن، ولكن وجود معلومات مؤكدة أمكن الاستناد إليها في إيقاف السفينة وتفريغ حمولة الطماطم بأكملها خارج السفينة للوصول إلى كمية الحشيش المهربة، للمزيد من التفصيل أنظر محمد عباس منصور، العمليات السرية في مجال مكافحة المخدرات، نفس المرجع، ص ١٨٨.

في هيكل السفينة الخارجي<sup>(١)</sup>، أو خزانات المياه الاحتياطية الخاصة بحفظ توازن السفينة، أو حجرة الماكينات، أو ثلاجات حفظ المأكولات وتموين طاقم السفينة<sup>(٢)</sup>، كما قد تغلق بعض الفتحات بجسم السفينة بعدد من المسامير، وعند نزعها يتم فتح غطاء الفتحة المؤدية إلى ممرات اسطوانية تصل إلى أسفل السفينة، بحيث يمكن

ربط شحنات المخدرات بها بواسطة حبل مدلى بهذه الممرات، بحيث يمكن فك هذا الحبل لدى الإحساس بأي خطر، أو لدى تعرض السفينة للتفتيش، فتغوص شحنة المخدرات في المياه دون أن يلاحظ ذلك أحد<sup>(٣)</sup>.

كما تقوم عصابات المخدرات الإجرامية باستخدام السفن الخاصة بها أو التي تستأجرها في نقل الشحنات الكبيرة من المخدرات، أو الشحنات ذات القيمة المرتفعة من مناطق الإنتاج إلى مناطق الاستهلاك أو التخزين. على أن تكون هذه السفن مجهزة للإبحار في أعالي البحار من دون المرور على أية موانئ بحرية أو الاقتراب منها، وغالبا ما تقابلها إحدى المراكب الصغيرة لدى اقترابها من منطقة الإنزال لاستلام الشحنة منها<sup>(٤)</sup>.

وقد تكون سفينة التهريب هي إحدى السفن التجارية الكبيرة المحملة ببضائع عادية، مع توافرها على عائمات بحرية أخرى تساعد في إتمام عملية تهريب المخدرات، بحيث يتم التهريب من ساحل دول الإنتاج على إحدى مراكب الصيد أو النزهة لتتقابل مع سفينة الشحن في نقطة محددة في عرض البحر، فتقوم السفينة التجارية استلامها شحنة المخدرات لتبحر بها إلى المياه الإقليمية لدولة الاستهلاك، حيث يكون في انتظارها في نقطة معينة من البحر أحد المراكب البحرية الصغيرة لتتسلم الشحنة من السفينة التجارية المحملة بالمخدرات، ليتولى أفراد العصابة الإجرامية إدخال الشحنة إلى إقليم الدولة خلسة من أحد المنافذ المتفق عليها، بواسطة شخص من قبل أفراد العصابة يعرف باسم "المندوب"<sup>(٥)</sup>، وبعد تفريغ السفينة التجارية حمولتها تستأنف سيرها إلى أحد الموانئ الشرعية.

وقد يجد المهربون لدى وصولهم إلى مناطق الإنزال الظروف الجوية أو الحراسة لا تسمح بإنزال الشحنة في المنطقة المتفق عليها، فيلتجئون إلى تخزين المخدرات في مياه البحر إلى حين إيجاد الفرصة المناسبة لإدخالها إلى إقليم دولة الاستهلاك، ويطلق على هذه العملية اصطلاح "التصبير".

وقد تكون المخدرات في بادئ الأمر معبأة في أكياس من البلاستيك داخل إطارات الكاوتشوك، أو في صفائح مغلقة جيدا ومربوطة ببعض الأحجار أو الأجسام الثقيلة بحبل طويل، حتى إذا ما ألقيت في الماء واستقرت في القاع، بقي طرف الحبل المربوط فيه قطعة من الخشب أو الفلين طافيا على سطح الماء كعلامة يستدل بها

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

(١)- تمكنت أجهزة مكافحة المخدرات المصرية من ضبط ٢٣٤ كيلو غرام من الهيروين داخل ٤٢٩ كيسا من البلاستيك في مخبأ سري، عبارة عن فتحة صغيرة في هيكل السفينة (الكساندروس.ج) التي كانت في طريقها بالشحنة المذكورة من تايلاند إلى إيطاليا عبر قناة السويس لحساب إحدى عصابات المافيا الإيطالية، وذلك بناء على تبادل معلومات استخباراتية بين أجهزة مكافحة المخدرات المصرية والأمريكية واليونانية-راجع محمد عباس منصور: المخدرات-التجارة المشروعة وغير المشروعة، المرجع السابق، ص ٢١٥-٢١٦.

(٢)- د/ أشرف إبراهيم العزوني، المرجع السابق، ص ٥١٠.

(٣)- محمد عباس منصور: العمليات السرية في مجال مكافحة المخدرات، المرجع السابق، ص ١٨٨-١٨٩.

(٤)- د/ أشرف إبراهيم العزوني، نفس المرجع، ص ٥١٠.

(٥)- د/ أشرف إبراهيم العزوني، نفس المرجع، ص ٥١٠.

المهربون على مكان الشحنة الذي يستعان في تحديده بأهداف ثابتة على الشاطئ<sup>(١)</sup>. ويتم انتشار المخدرات بعد ذلك بعملية يطلق عليها اسم "البشلة"، ويستخدم فيها حبل تثبت فيه أعداد كبيرة من سنارات الصيد الكبيرة والأحجار لتغوص في القاع، ويمسك الحبل فريقان كل منهما في قارب صغير، ثم يقومون بمسح منطقة التصبير إلى غاية النقاط أطراف الحبل المربوط به شحنة المخدرات، ويتم انتشارها والتخطيط لتهريبها عبر الشاطئ مرة أخرى<sup>(٢)</sup>.

فالتهريب عن طريق البحر يتخذ عدة وسائل لا تخرج عن أحد الوسائل التالية:

١- اقتناء أو تأجير سفن خصيصا لتهريب المخدرات.

- ب- داخل الطرود والبضائع المشحونة على السفن التجارية والحاويات.  
ج- مراكب الصيد ويخوت النزهة.  
د- سفن التموين وخدمات البترول.  
ر- أطقم السفن والمسافرين.

أما أساليب التهريب تأخذ أحد الأشكال التالية:

أ- تعبئة شحنة المخدرات داخل الحاويات العادية وإنزالها ضمن البضاعة المستورة.

ب- التسليم في عرض البحر أو بالقرب من الساحل إلى زوارق بحرية صغيرة ذات سرعة عالية، أو إلى مراكب الصيد أو النزهة، أو إلى الغواصين المدربين، أو إلى طائرات الهليكوبتر، أو تخزينها في قاع البحر إلى غاية إيجاد الفرصة المواتية لإعادة تجميعها ونقلها، إما دفعة واحدة أو على دفعات متتالية، مع اختيار الأسلوب المناسب للتهريب.

وإذا سلمت الشحنة في عرض البحر الدولي أو الإقليمي يتم تحويلها إلى الجهة المقصودة تحت حراسة شديدة الإحكام، تشرف على تنفيذها عصابة دولية، وأحيانا يكون التهريب بتواطؤ من طرف بعض أجهزة الدولة المكلفة بالرقابة. وإذا لم تسلم البضاعة في عرض البحر، يتم إنزالها في بعض المناطق الساحلية وإخفائها، ليتم نقلها عبر عدة مراحل، بعدما يتم وضعها في أكياس وصناديق غذائية لتضليل رجال أجهزة مكافحة المخدرات.

## ٢- التهريب عن طريق البر

ويعد هذا الأسلوب من أقدم أساليب التهريب بين البلدان التي تربطها حدود مشتركة، خاصة فيما بين مناطق الإنتاج ومناطق التوزيع. ويعرف هذا الأسلوب بالتهريب الذاتي، لأنه يعتمد على الفرد في إخفاء المخدر في أي مكان من جسده أو أحد ملابسه<sup>(٣)</sup>. ويتخذ التهريب عن طريق البر عدة صور وأشكال منها<sup>(٤)</sup>:

أ- عن طريق الأشخاص - المتسللين من موطن الإنتاج إلى موطن الاستهلاك -  
المهربين للمخدرات داخل

١- محمد عباس منصور العمليات السرية في مجال مكافحة المخدرات، المرجع السابق، ص ١٩٦.

٢- محمد عباس منصور، نفس المرجع، ص ١٩٧.

٣- محمد عباس منصور، المخدرات التجارة المشروعة والتجارة غير المشروعة، المرجع السابق، ص ٢٠٣.

4- Dispatch Letter, International Criminal Police Organization,  
Interpol-General secretariat -13March 1989 Paris.

أشار إليه د/علي أحمد علي راغب، المرجع السابق، ص ٢٦٨.  
ملابسهم أو أمتعتهم أو أجسامهم

ب- عن طريق المسافرين، ويكون ذلك عن طريق:

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



-تثبيت المخدرات على الجسم، أو على أجزاء منه، كاللصق بالظهر بين الكتفين، أو أعلى الصدر، أو في الوسط، أو بين الساقين، أو بين خصلات الشعر، أو خلف الأذنين، أو عن طريق الملابس الداخلية، أو عن طريق أحزمة خاصة، أو طريق الأطراف الصناعية للمعوقين<sup>(1)</sup>.

-عن طريق الابتلاع والإخفاء في تجاويف الجسم، فقد تم اكتشاف عدد من البالونات المطاطية يوجد بداخلها مادتي الهيروين والكوكايين، وزن الواحدة يتراوح ما بين ٥٠ إلى ٧٠غرام مغلقة بالبلاستيك لمنع انفجارها داخل الجسم. فالناقل أو المهرب في بداية استعمال هذه الوسيلة، فإنه يمكنه حمل بالونة مطاطية بداخلها مائتي غرام من مخدر الهيروين أو الكوكايين، ومع تكرار الاستعمال والاعتیاد عليه، فإنه يمكنه حمل من ثلاث إلى أربع بالونات مطاطية بداخلها ما يقارب من كيلو غرام من الهيروين أو الكوكايين، وتسمى هذه البالونات المطاطية بالخوابير<sup>(2)</sup>، وقد يتم الإيلاج بالمخدرات في القبل أو الدبر<sup>(3)</sup>. كما يمكن إجراء عمليات جراحية في الكتف أو البطن بين طبقات الدهن لإخفاء كميات من الهيروين أو الكوكايين<sup>(4)</sup>

على أنه يفرض على المهرب بواسطة هذا الأسلوب إتباع ما يأتي:

-الانتقال من بلد الإنتاج إلى بلد الاستهلاك مباشرة تجنباً لإطالة زمن التهريب، وعدم المرور على أية مناطق أخرى كالترانزيت مثلاً، منعا من انفجار العبوة أو إجهاد الناقل، مما ينجم عنه حالة من الإعياء أو الإجهاد التي قد تسبب في اكتشاف أمره.

-عدم تناول أية أطعمة أو مشروبات خلال فترة الرحلة، لتفادي عمليات الإخراج الطبيعية التي قد تطرد البالونات المطاطية التي بداخلها المواد المخدرة من جسم الإنسان المهرب.

- عادة ما يتناول المهرب الناقل عقاقير مانعة للسعال أو القيء، تجنباً لاحتفال طرد الشحنة من داخله.

كما يمكن إخفاء المخدر وتهريبه داخل ملابس المهرب، وذلك حسب نوع المخدر وحجمه، فقد يكون أسفل "الياقة"، أو بداخل حشو أكتاف المعاطف والجاكت، أو بين طيات ملابسه، أو داخل تجويف سحري بالحزام<sup>(٥)</sup>، أو داخل ثنايا البنطلون، أو بالملابس الداخلية للنساء "كورسيه".

وتعد الأحذية بنوعها الرجالي والنسائي الجلدية منها والبلاستيكية من الأماكن المستخدمة بكثرة في إخفاء المخدرات، أو في الملابس المشربة بالهيريون والكوكايين، أو بإخفائها في الحقائب والأمتعة الشخصية، وخاصة في الجوانب والأسطح الموضوعة فوق الحقائب، أو بوضعها داخل الأجهزة الكهربائية، أو داخل طرود البضائع،

أو في الحقائب الدبلوماسية<sup>(١)</sup>.

١- د/ أشرف العزوني، المرجع السابق، ص ٥٠٧.

٢- د/ علي أحمد علي راغب، المرجع السابق، ص ٢٦٩.

٣- د/علي أحمد علي راغب، نفس المرجع، ص ٢٦٩.

٤- يعد أسلوب إخفاء المواد المخدرة داخل قاع سحري في حقائب الركاب من أكثر مجالات تهريب المخدرات.

٥- محمد عباس منصور، العمليات السرية في مجال مكافحة المخدرات، المرجع السابق، ص ١٤٣-١٤٤.

٦- د/ أشرف إبراهيم العزوني، المرجع السابق، الهامش رقم ٣، ص ٥٠٨.

وقد يكون الإخفاء في الأطعمة و الأشرطة، كأن توضع داخل حبات البرتقال، أو في جوز الهند، أو البطاطا، أو في علب الشاي والجبن، أو بإذابة الهيروين في الماء وتجميده على شكل مكعبات الثلج المستخدمة في حفظ الأطعمة المشحونة على الطائرات، أو بوضعها في داخل زجاجات الخمر، أو في باطن الأسماك.

وقد يكون تهريب المخدرات عن طريق ملابس وألعاب الأطفال، كأن توضع في مقاعد الأطفال، أو في فراش نومهم، أو في تجويف أجسامهم.

وقد يتم تهريب المخدرات داخل حقائب المجموعات السياحية من مناطق الإنتاج إلى مناطق الاستهلاك، وذلك لعدم خضوعها للتفتيش الدقيق من أجل تشجيع السياحة في معظم بلدان العالم، وقد يتفق المهربون مع عمال الشحن والتفريغ في الموانئ والمطارات المختلفة على إخفاء مثل هذه الحقائب وسط حقائب المجموعة السياحية إلى غاية خروجها من الدائرة الجمركية لدولة الاستهلاك.

ومن الطرق المألوفة لتهريب المخدرات تجنيد عمال النظافة في المطارات المختلفة لإخراج شحنات المخدرات، التي يتم إخفاؤها داخل مخابئ سرية بأجسام طائرات الركاب، حيث يسافر مندوب العصابة إلى دولة الإنتاج لجلب شحنة من المخدرات، والصعود بها إلى الطائرة وقبل هبوط الطائرة في بلد الاستهلاك، يقوم المهرب الناقل بالتخلص من الشحنة بإخفائها بأحد أجزاء الطائرة، وغالبا ما تكون بدورات المياه، ليتولى عمال النظافة والصيانة للطائرات مهمة إخراجها بعد ذلك خارج الدائرة الجمركية<sup>(١)</sup>

ج- التهريب عن طريق وسائل المواصلات، سواء أكانت سيارات سياحية أو شاحنات، أو داخل ما تحمله من معدات وآلات كالثلاجات والأدوات الكهربائية، أو باستخدام هيكل السيارة في حد ذاته، كاستخدام الأطر الداخلية للسيارات أو مخازن البنزين، أو باستغلال مقاعد الركاب. وتعتبر السيارات من الوسائل الأكثر استخداما من طرف المهربين في تهريب المخدرات بعد إعداد مخابئ سرية فيها يصعب اكتشافها. و من أهم الأماكن التي تم اكتشافها في إخفاء وتهريب المخدرات الآتي<sup>(٢)</sup>:

- حجرة المحرك: يمكن إخفاء المخدرات داخل تجاويف سرية للرفوف الأمامية والخلفية، أو في أجزاء الريداتير، أو في جزء من البطارية، أو في أجزاء غطاء المحرك، أو في مداخل الأنوار الأمامية، أو في قاعدة تثبيت غطاء حجرة المحرك لكثرة التجاويف الموجودة بها، أو في فتحات جهاز التكيف وأنبابه.

- الحقيبة الخلفية: فهي تحتوي على عدة أماكن مهيأة لإخفاء المخدرات منها: غطاء الحقيبة الخلفية، وأغطية المصابيح الخلفية، والإطار الاحتياطي.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

-منطقة داخل السيارة: يمكن إعداد مخابئ سرية في أرضية السيارة أو خلف المقعد الخلفي، أو داخل مداخل الهواء، أو في لوحة القيادة، أو مسند الرأس، أو حاجز الشمس، أو منافض السجائر، أو مساند الأذرع في المقاعد وما تحتها، أو في غطاء مصباح السقف، أو في منطقة السقف بالكامل. وقد تجهز السيارة بسقف مزدوج لإخفاء شحنة كبيرة من المخدرات.

١- محمد عباس منصور، نفس المرجع ، ص١٦١-١٦٢ ود/ أشرف إبراهيم العزوني، المرجع السابق، ص٥١٥-٥١٦

٢- محمد عباس منصور، العمليات السرية في مجال مكافحة المخدرات، نفس المرجع، ص١٧٩.

الهيكل الخارجي للسيارة: من الأماكن الهامة التي يمكن إعدادها كمخابئ سرية لإخفاء المخدرات، الأبواب داخل فجوات تحرك الزجاج، والمصابيح الأمامية، والبارشوك الأمامي والخلفي، وإطارات السيارات، وعمود الكردان، ومجموعة نقل الحركة، وأبواب علبة العادم.

٣- التهريب عن طريق الجو : ويكون ذلك عن طريق الوسائل التالية:

أ- عن طريق طائرات الركاب والشحن، من خلال الرحلات العادية التي تقوم بها من دول الإنتاج إلى دول الاستهلاك، على أن يقوم المهربون بإخفاء المخدرات داخل حقائب الركاب، أو داخل البضائع التي يتم شحنها جوا بأسماء أشخاص ليس لهم أي نشاط مسجل في مجال المخدرات، أو باسم بعض الهيئات الدبلوماسية التي تتمتع بتسهيلات جمركية، أو باسم بعض السفارات

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

أو الدبلوماسيين أو رجال السياسة ممن يتمتعون بالحصانة الدبلوماسية، وعادة لا تكون هذه الأمتعة بصحبة هؤلاء الدبلوماسيين أثناء امتطاء الطائرة، وإنما يتولى عمال الشحن ممن يتم تجنيدهم تسليمها لأفراد العصابة لتهريبها بأساليبهم الخاصة<sup>(١)</sup>.

ب- وقد يكون التهريب باستخدام طائرات خاصة في نقل المواد المخدرة غير المشروعة، وتوصيلها أو إنزالها بالمظلات في مكان معين ومحدد مسبقاً، وذلك بعد اجتياز الطائرة حدود دولة الإنتاج ودخولها الحدود الإقليمية لدولة الاستهلاك. ويعتمد نجاح مثل هذه العمليات على الإمكانيات المادية المتوفرة للمهربين، فقد تكون شحنة المخدرات منقولة مباشرة من مكان الإنتاج على متن إحدى السفن، ثم تتولى إدخالها إلى الحدود الإقليمية لدولة الاستهلاك إحدى طائرات الهليكوبتر، على أن تقوم بإنزالها في المكان المتفق عليه. وقد تزايد استخدام الطائرات الخاصة في نقل الشحنات الكبيرة من المخدرات عبر مناطق الحدود في السنوات الأخيرة، خاصة في منطقة بحر الكاريبي ودول أمريكا اللاتينية<sup>(٢)</sup>.

#### ٤- التهريب بواسطة البريد الدولي:

طريقة التهريب بواسطة البريد الدولي كثيرة الاستعمال في تهريب الكميات الصغيرة الحجم من المواد المخدرة الطبيعية أو التخليقية، ويتم ذلك باستعمال الوسائل التالية<sup>(٣)</sup>:

- الكارت بوستال ولاصق الطوابع البريدية.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

-الصحف والمجلات.

-أغلفة وباطن الكتب.

-الأمثلة المرسله بالبريد الدولي.

وهذا ما جعل اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية توصي باتخاذ كافة التدابير والإجراءات الكفيلة لمنع استخدام البريد الدولي في الاتجار غير المشروع بالمواد المخدرة، وذلك بما ينفق مع اتفاقيات البريد العالمي والقوانين الوطنية للدول الأطراف، لتنسيق الإجراءات المتخذة لمنع

د-أشرف إبراهيم العزوني، نفس المرجع، ص ٥١٤

2-Interpol Dispatch Letter, International Criminal Police organization,  
general secretariat,

3 April 1989

٣- أنظر المادة ١٩ من اتفاقية مكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية لعام ١٩٨٨.

تهريب المواد المخدرة والعقاقير النفسية، والحيلولة دون تهريبها من دول الإنتاج إلى دول الاستهلاك بغية الاتجار فيها، مع الأخذ بعين الاعتبار تقنيات التحري وآليات المراقبة ومتابعة استخدامها، بهدف كشف شحنات المخدرات المهربة بطريقة غير مشروعة<sup>(١)</sup>.

ثالثاً- تسخير التنظيمات العصابية الإمكانات البشرية والمادية والتنظيمية المتاحة لتهريب المخدرات:

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وفي هذا المجال يجب التمييز بين التهريب الذي يتم داخل الدولة الواحدة، والتهريب الذي يتم بين دولتين أو أكثر<sup>(٢)</sup>.

١- التهريب الذي يتم داخل الدولة الواحدة: هذا النوع من التهريب غالبا ما تسيطر عليه عصابات ترتبط فيما بينها بعلاقات أسرية أو علاقات مصالح وتبادل منافع. ويتم في هذه الحالة تخزين المخدرات عند طرف لا تحوم حوله أية شبهة لضمان سرية الإخفاء، ثم يتم نقل هذه المخدرات إلى تجار التجزئة بواسطة أفراد آخرين يكونون مسلحين في أوقات معينة وأماكن محددة، وخاصة في ميعاد تسليم المخدر بمعرفة البائع وليس المشتري، مع استخدام عدة أساليب ووسائل تضليل وتمويه. ولا يتم تسليم المخدر إلا بعد قبض ثمنه كاملا قبل ميعاد التسليم بوقت كاف، حتى يضمن تاجر المخدرات عدم الإبلاغ عنه من قبل المشتري، حرصا على المال الذي دفعه مسبقا ثمنا لصفقة اقتناء المخدر.

٢- التهريب الذي يتم بين دولتين أو أكثر: وينفذ هذا التهريب بواسطة نوعين من العصابات الإجرامية المنظمة، والتي ترتبط فيما بينها بعلاقات مصالح سرية متينة ومعقدة، وهما كالتالي:

أ- العصابة الرئيسية أو المدبرة: ويتكون أغلب أعضائها من الطبقة العليا في المجتمع الذي ينتمون إليه، ويمارسون- في الظاهر- عدة أنشطة مباحة زراعية وتجارية وصناعية، ويتقلدون- أحيانا- مناصب وظيفية مرموقة في الجهاز الإداري للدولة، ويتعاملون مع البنوك ورجال السياسة والاقتصاد بالطرق القانونية، ولكنهم في الخفاء يمارسون إنتاج المخدرات كزراعة الحشيش والأفيون أو تصنيعها إلى هيروين أو كوكايين. ويكون لهم أعوان منفذين لخططهم

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



كالمساسة والوسطاء في الاتجار بالمخدرات، ولهم علاقات وطيدة وآراء نافذة على منتج المخدر وتاجر الجملة والأشخاص الموزعين للمخدرات. غير أن هؤلاء الأعوان لا يتعاملون مباشرة مع أعضاء المنظمة الإجرامية الرئيسية، بل قد لا يعرفونهم كلية لالتقاء شرهم في حالة القبض عليهم.

ب- العصابة المعاونة: وينحصر دورها في إخفاء المخدر، وتحديد وسيلة نقله، وتعيين مسار تهريبه بحرا أو برا أو جوا، ورسم طريقة تسليم المخدر لتاجر الجملة، وكيفية تأمين حراسة نقل المخدر خلال فترة تهريبه، وغالبا ما تشكل هذه العصابة المعاونة من أفراد من عائلة أسرية واحدة، أو تربطها علاقات إجرامية، ويكون أفراد هذه العصابة-عادة- مسلحين، وتميل هذه العصابة إلى استخدام العنف في حالة تعرض وسيلة نقل المخدرات إلى المطاردة من قبل أجهزة مكافحة المخدرات أو الجمارك للقبض عليها ومصادرة البضاعة المهربة وإحالة أفرادها على القضاء للمحاكمة.

١- د/ علي أحمد علي راغب، المرجع السابق، ص ٢٦٥.

٢- د/ علي أحمد علي راغب، نفس المرجع، ص ٢٦٨.

رابعا- المخاطر الطبيعية والأمنية المحيطة لمسارات تهريب المخدرات:

ويعد مثلا لتلك المخاطر فإنه عندما قامت سلطات مكافحة المخدرات في الولايات المتحدة الأمريكية بتشديد الرقابة على الرحلات الجوية القادمة إلى مطاراتها، وتحقيقا لهذا الغرض قامت بتدمير عدة مطارات سرية في أراضيها،

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

فأتجه المهربون إلى نقل شحنات الكوكايين والهيروين جوا من دول الإنتاج إلى المكسيك أولاً، ثم يتم إعادة تهريبها عن طريق وسائل النقل التي تعبر الحدود البرية من المكسيك إلى الولايات المتحدة الأمريكية، حيث يبلغ طول تلك الحدود حوالي ١٩٠٠ ميل<sup>(١)</sup>.

وفي أعقاب حرب العرب مع إسرائيل لعام ١٩٦٧، وما نتج عنها من احتلال إسرائيل لشبه جزيرة سيناء، انتقل المهربون من استخدام الطريق البري: لبنان، سوريا، الأردن ( أو إسرائيل) إلى مصر عبر شبه جزيرة سيناء، وكذا عن استخدام الطريق البحري، حيث كان المهربون يقومون بإنزال المخدرات على سواحل سيناء، بعدما يتم جلبها من لبنان عبر البحر المتوسط، وإدخالها إلى مصر عن طريق تجنيد أهالي منطقة الساحل الشمالي الواقعة ما بين الإسكندرية إلى منطقة السلوم. وعقب عودة سيناء إلى مصر عام ١٩٧٥ عاد المهربون إلى استخدام سواحل سيناء والطريق البري القديم في تهريب المخدرات<sup>(٢)</sup>. وعندما اشتدت قبضة رجال مكافحة على ذلك الساحل تحول المهربون إلى إنزال المخدرات على السواحل السودانية المطلة على البحر الأحمر، ثم تهريبها عبر الحدود البرية المشتركة إلى مصر. غير أن خط التهريب هذا توقف عند منطقة حلايب وشلاتين للتواجد الأمني المكثف لقوات حراسة الحدود المصرية في تلك المنطقة الحساسة<sup>(٣)</sup>.

وعندما توترت العلاقات الليبية المصرية عام ١٩٧٤ وما اكبتها من حشد للقوات المسلحة على الحدود بين الدولتين وانتشار المراكب البحرية على الساحل الشمالي، توقف نشاط المهربين عن استخدام هذا الطريق<sup>(٤)</sup>.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

من خلال سرد هذه الوقائع فإن الشيء الذي يمكن استنتاجه أن المهربين لا يتوقفون عن ممارسة أنشطة التهريب بالرغم من وجود مخاطر أمنية قائمة بالفعل، قد تعرض بضاعتهم للمصادرة وتنظيمهم الإجرامي للزوال، وهذا ما يجعلهم يلجئون إلى تغيير مسارات التهريب، لتفادي مواجهة القوات الأمنية للدول المضروبة على الحدود، خلال فترات غلقها أو ضرب الحراسة الأمنية والجمركية عليها.

**المطلب الثاني: نماذج عملية عن إخفاء وتهريب المخدرات غير المشروعة دولياً**

إن أساليب تهريب المخدرات في تطور مستمر، حيث لا يتوقف مجرمو تهريب المخدرات في ابتداع أساليب لا تخطر على البال، وكلما انكشفت وسيلة لهم ابتكروا أخرى بديلة لها لتنفيذ مخططاتهم الإجرامية. غير أن هذه الأساليب تكاد تكون متشابهة في كثير من خيوطها، وهذا ما جعل رجال مكافحة يقفون بأنفسهم على جمع المعلومات المتعلقة بهذه القضايا، واستغلالها في وضع الخطط المحكمة في سرية تامة لإحباط هذه العمليات، وذلك بالاستئناس بالتدابير والخطط العملية والتجارب الواقعية المستعملة دولياً في مكافحة إخفاء وتهريب

١- د/ علي أحمد علي راغب، نفس المرجع، ص ٢٦٦.

٢- د/أشرف إبراهيم العزوني، المرجع السابق، ص ٥٠٣.

٣- د/علي أحمد علي راغب، نفس المرجع، ص ٢٥٦ - و دا أشرف إبراهيم العزوني، نفس المرجع، ص ٥٠٣.

٤- أنظر تقارير منظمة الشرطة الجنائية الدولية (الأنتربول) عن السنوات ١٩٨٦-١٩٩٠، مشار إليها في مؤلف د/علي أحمد علي راغب، نفس المرجع، ص ٢٧٠.

المخدرات غير المشروعة، كما أوردتها منظمة الأنتربول في تقاريرها الخاصة بضبطيات أجهزة المخدرات في عدد من دول العالم، وهذه القضايا هي كالتالي<sup>(١)</sup> :

١- صدر عن منظمة الأنتربول بأنه تم اكتشاف حقائب مصنوعة من مزيج الراتنج الاصطناعي وعجينة الكوكا، وذلك إثر إجراء مراقبة عادية على مواطن كولومبي في مطار باريس في ٣١/١٢/١٩٨٩، وذلك من خلال انتباه أحد ضباط الجمارك لرائحة المخدر الطازج التي تنبعث من الحقيبتين، وعند إجراء الرقابة على الحقيبتين وتفتيشهما، تبين بأنه يوجد فيهما قعرين مصنوعين من مزيج يتكون من ٧٠% من عجينة الكوكايين و ٣٠% من راتنج ألياف الزجاج. وبعد إجراء التحريات الدقيقة تبين أن أحدث وسائل لإخفاء المقادير الصغيرة من مخدر الكوكايين، تتم بوضع حقائب من ألياف الزجاج، يوضع بداخلها ما يقارب من اثنين كيلو غرام من الكوكايين القاعدي في كل حقيبة، ثم تبطن الحقيبة بورق منقوش حتى تظهر بمظهرها الأصلي، ثم تنتزع هذه الحقيبة المكونة من الألياف الزجاجية المخلوطة بالكوكايين من القالب عندما تجف، وتضاف إليها المفصلات والأقفال والحافة الحديدية والبطانة القماشية، وهذا

بهدف الإمعان في تضليل أجهزة الرقابة في إخفاء المخدر حتى لا يرى بالعين المجردة، ولا تتبعث منه رائحة تنكشف بالاختبارات الكاشفة للمخدرات، وهي غير قابلة للاستغلال إلا بعد استخراجها من ألياف الزجاج<sup>(٢)</sup>.

٢- أخطر المعهد الجنائي الألماني للجمارك الأمانة العامة للأنتربول بعثوره على أداة مبتكرة لتهريب المخدرات، تم اكتشافها أثناء تفتيش أحد المنازل في "برلين"، حيث حورت اسطوانة هواء الغوص لتهريب المخدرات، وقد أدخل في قاعدة الاسطوانة أنبوبة مدفأة مكسوة بغلاف من المطاط الأسفنجي، وقد عثر في مكانها على كمية هائلة من الكوكايين.

٣- وفي عام ١٩٨٧ ضبظت السلطات الأمريكية بولاية "ميامي" كمية ضخمة من الكوكايين تزيد حمولتها على ٣,٥ طن، كانت على متن سفينة قادمة من هندوراس ومتوجهة إلى الولايات المتحدة الأمريكية، حيث كان الكوكايين مخبأ في تجاويف ألواح خشبية مشحونة داخل حاويات تجارية، وقد تم اكتشاف الكوكايين بفضل الكلاب الكاشفة أولاً، ثم تأكد وجود تجاويف في الأخشاب عن طريق تعريضه للأشعة السينية.

١- يتم استخراج الكوكايين من ألياف الزجاج بأن توضع كمية من حمض الكبريتيك في كأس ماء، ثم توضع ألياف الزجاج في المزيج، ثم يحرك هذا الأخير لمدة عشر دقائق تقريباً حتى تصبح ألياف الزجاج لينة تشبه المعجون، ثم يصفى المزيج بمصفاة قماشية في كأس فارغة، ثم يعصر السائل من ألياف الزجاج والقماش داخل الكأس، ثم تترك ألياف الزجاج

جانبا لإعادة معاملتها. ثم يمزج بعض الماء والنشادر ثم يضاف إلى المزيج (الماء وحمض الكبريتيك) حتى يتخذ الخليط لون القشدة، ثم

يحرك ببطء لوقت قصير فتظهر عليه رقائق بلورية الشكل- وللمزيد من الفصيل أنظر:

Weekly Intelligence Message-International Criminal Police Organization ,General Secretariat-Paris 1990.

٢- محمد عباس منصور، العمليات السرية في مجال مكافحة المخدرات، المرجع السابق، ص ١٨٣.

٤- ويفضل تعاون الإدارة العامة للمخدرات المصرية مع أجهزة مكافحة المخدرات الأمريكية واليونانية والايطالية والتايلاندية، تم إحباط أحد مخططات المافيا الايطالية لتهرب المخدرات من الشرق إلى الغرب سنة ١٩٨٣، حيث قام أفراد هذه العصابة بنقل كمية كبيرة من الهيروين على ظهر السفينة اليونانية "الكسندروس"، كانت قد جلبتها من تايلاندا لترويجها في المدن الأوروبية، وقد أبحرت هذه السفينة من ميناء "بريه اليوناني وعليها شحنة من الأسمنت والحديد، ثم عبرت قناة السويس إلى الجنوب، حيث قامت بتفريغ حمولتها بميناء "بورسودان"، ثم واصلت رحلتها إلى إحدى الجزر التايلاندية، حيث قامت باستلام شحنة المخدرات، وعادت أدرجها لتعبر قناة السويس، ولكنها ضبطت أثناء توقفها بميناء السويس، وقد قام الجناة بإخفاء الشحنة داخل مخبأ سري، يتعذر على أجهزة المكافحة اكتشافه، لما تمتلكه هذه العصابة الإجرامية من إمكانيات مادية ضخمة خصصتها لتأجير هذه السفينة لنقل المخدرات بالتواطؤ مع أفراد طاقمها<sup>(١)</sup>.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

٥- ضبط ١٥٢٦٨٠ قرصا من الكبتاجون (الفينيلين) في مدينة "حلب" السورية بتاريخ ١٩٨٩/٠٧/٠٨، كانت هذه الأقراص مغلقة بالبلاستيك، وقد عثر عليها في أمعاء ١٧٥ خروفا، وذلك أثناء تصدير هذه الخرفان الحاملة للمادة المخدرة إلى الرياض<sup>(٢)</sup>.

٦- وبتاريخ ١٩٨٩/١١/١٣ ضبطت شرطة مكافحة المخدرات وفريق من جهاز الجمارك في جزر العذراء البريطانية أربع علب تبريد تحتوي على ٩٢ كيلو غرام من الكوكايين، حيث كانت هذه العلب قد أسقطت من طائرة فوق الجزيرة المذكورة.

٧- وبتاريخ ١٩٨٩/٠٧/١١ ضبطت السلطات في مطار كولومبيو الدولي في سريلانكا ثمانية كيلو غرام من الهيروين، بمعية مهرب كان قادما من مدينة "بومباي" بالهند، حيث كانت المخدرات مخبأة في جوانب مزدوجة لصندوق خشبي يحتوي على مظلات مصابيح كهربائية.

٨- إن التعاون بين أجهزة مكافحة المخدرات الفرنسية وهونغ كونغ، أسفر عن ضبط ٥,٦٠٠ كيلو غرام من الهيروين رقم ٤ كانت في ١٨ رزمة مخبأة في ثلاث علب للأفلام السينمائية، وقد ضبطت هذه العلب داخل طرد بريدي أرسل من هونغ كونغ إلى مدينة "كان" الفرنسية وذلك بتاريخ ١٩٨٩/٠٧/٢٤ . وبتاريخ ١٩٨٩/٠٧/٢٧ تم اكتشاف وضبط ٥,١٠٠ كيلو غرام من الهيروين رقم ٤ كانت مهيأة في ١٦ رزمة مخبأة بسرية فائقة ومجهزة للإرسال بنفس الطريقة السابقة لدى شركة الخدمات البريدية السريعة في هونغ كونغ<sup>(٣)</sup>

٩- أفادت سلطات الولايات المتحدة الأمريكية عن وجود سفينة شرعية بها خزان وقود احتياطي كبير، وقد تم إخفاء المخدرات تحت مخزن الوقود في أحد جدران الحجرة الخاصة في مؤخرة السفينة، وكان لهذا المخزن غطاء خارجي سميك، وقد مليء هذا الغطاء الخارجي بوقود "ديزل"، ويوجد تحته خزان وقود احتياطي آخر من نفس النوع مخبأ في الحجرة الخاصة بمؤخرة السفينة<sup>(٤)</sup>.

1-Information Letter –U.N.Narcotics Division –Vienna International Centre –Austria,1989.

٢- د/ علي أحمد علي راغب، المرجع السابق، ص ٢٧٢.

3-Information Letter-U.N.Narcotics Division –Vienna International Centre Austria,1989

4-International Conference on Drug Abuse and Illicit Trafficking-  
United Nations-Vienna-17-26Jun1987

١٠- ضبطت السلطات الأمريكية ١٥٠ كيلو غرام من الحشيش اللبناني السائل داخل خزانات بنزين معدلة بمهارة لثلاث شحنات منقولة بحرا من لبنان عبر قبرص- إلى الولايات المتحدة الأمريكية. وقد تم ضبط هذه المخدرات بالصدفة، عندما حدث عطل مفاجئ في خزان بنزين إحدى هذه السيارات، فاكتشفت الكلاب البوليسية المخدرات داخل مخابئها السرية.

١١- ضبطت أجهزة المخدرات السودانية في شهر فبراير ١٩٨٩ ثلاثة شاحنات ماركة بدفورد محملة بما يزيد عن ١٤ طنا من الحشيش الذي تم جلبه من منطقة طرابلس بلبنان عن طريق البر، وأنزلت الشحنة على الساحل الأحمر بالقرب من منطقة "مرس شنعاب" التي تقع بين ميناء "بورسودان" و"حلايب"،

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



وقد ضبط في هذه القضية ١٩ شخصا من قبيلة البشارية المسلحون بالبنادق الآلية، وقد عرض المهريون على رجال الشرطة مليون جنيه سوداني كرشوة، إلا أن الشرطة بادرت بإحراق المضبوطات في مكان ضبطها لتفادي محاولات المهريين لاسترداد الشحنة

من خلال استعراض هذه النماذج من تهريب المخدرات يتضح مدى تنوع عمليات التهريب وصعوبة اكتشافها، إذا لم تستخدم الوسائل العلمية الحديثة والاستعانة بالخبرات الدولية في مجال مكافحة المخدرات، وتعتبر حركة التجارة الدولية من الأسباب التي تعيق أحيانا في كشف العديد من أساليب التهريب. غير أن الملاحظ على عمليات التهريب السابقة أن المهريين كثيرا ما يستخدمون التهريب عن طريق البحر، ولهذا جاءت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية غير المشروعة مركزة على هذا الجانب.

## المبحث الثاني

ماهية الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية

في القانون الدولي

انطوت الاتفاقيات الدولية المعاصرة للرقابة على المخدرات على تعريفات موسعة لمفاهيم الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية، بحيث جعلتها تتسع لكل اتصال غير مشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية. وهذا ما نحاول توضيحه من خلال تعريف الاتجار غير المشروع في المخدرات في المطلب الأول، ثم تحديد طبيعته القانونية كجريمة دولية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف الاتجار غير المشروع في المخدرات على ضوء

الاتفاقيات الدولية

نصت على مكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية كل الاتفاقيات الدولية المعاصرة، باعتبارها جريمة دولية يجب محاصرتها دولياً ومعاينة مرتكبيها وطنياً. ومن هذه الاتفاقيات التي نصت على ذلك:

أولاً- الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة ١٩٦١

فقد اتخذ الاتجار غير المشروع في المخدرات تفسيراً موسعاً في هذه الاتفاقية، حيث حددت هذه الاتفاقية في مادتها الأولى فقرة (ل) بأنه يقصد بتعبير الاتجار غير المشروع "زراعة المخدرات أو الاتجار بها خلافاً لأحكام هذه الاتفاقية". وقد تضمنت الاتفاقية الأحكام التي تستهدف قصر زراعة وإنتاج المخدرات على الأغراض الطبية والأبحاث العلمية، والعمل على توفير المخدرات لتلك الأغراض، وذلك بقصد فرض الرقابة عليها عن طريق

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

إتباع نظام التراخيص والتصاريح. كما حثت هذه الاتفاقية الدول الأطراف فيها على مكافحة المخدرات غير المشروعة على الصعيد الوطني منها والدولي. وقد حددت الفقرة (ط) من المادة الأولى من نفس الاتفاقية على أنه يقصد بتعبير الزراعة: "زراعة خشخاش الأفيون وشجيرة الكوكا ونبتة القنب"

ويلاحظ على تعريف الاتفاقية أنها قصرت الحظر على زراعة خشخاش الأفيون وشجيرة الكوكا ونبتة القنب، في حين استثنت من ذلك نبتة القات التي تعتبر من المخدرات الممنوع زراعتها في كثير من التشريعات الوطنية<sup>(١)</sup>.  
والجدير بالملاحظة أن الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة ١٩٦١ بصيغتها المعدلة ببروتوكول عام ١٩٧٢ لم تأت بجديد فيما يخص الاتجار غير المشروع في المخدرات، وذلك باكتفائها بذات الأحكام السابقة من دون تعديل في هذا الشأن.

ثانيا- اتفاقية المؤثرات العقلية لسنة ١٩٧١ :

عرفت الفقرة (ي) من المادة الأولى من هذه الاتفاقية الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية بأنه يقصد به "صنع المؤثرات العقلية أو الاتجار بها خلافا لأحكام هذه الاتفاقية". ويقصد بصنع المؤثرات العقلية مزج عدة مواد للحصول على مركب جديد يحتوي على المؤثر العقلي. ويدخل مفهوم الصنع بصفة عامة في معنى الإنتاج مثل تصنيع مادة الأمفيتامين (الماكستون فورت) من بعض العناصر الكيميائية المختلفة عنها<sup>(٢)</sup>.

ثالثا- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية لسنة ١٩٨٨ :

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

جاء تعريف الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية في المادة الأولى من هذه الاتفاقية والتي وردت تحت عنوان "تعريف"، حيث نصت المادة الأولى في فقرتها (م) على أنه يقصد بتعبير الاتجار غير المشروع "الجرائم المنصوص عليها في الفقرتين (١ و ٢) من المادة ٣ من هذه الاتفاقية". وقد جاءت المادة ٣ من هذه الاتفاقية تحت عنوان "الجرائم والجزاءات". وقد انطوت المادة ٣ في فقرتها (١ و ٢) على صور متعددة للركن المادي لجرائم المخدرات والمؤثرات العقلية، ولم تقف هذه المادة على الصور غير المشروعة للاتجار بالمخدرات والمؤثرات العقلية، بل تعدتها إلى تحديد الركن المعنوي، فيما يعتبر اتجارا غير مشروع، وهذا ما نصت عليه الفقرة (٣) من نفس المادة. ويمكن تحديد صور الركن المادي والمعنوي لجرائم الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية في الأنواع التالية:

#### ١- صور الركن المادي للاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية:

وفقا للفقرة الأولى من المادة الثالثة من اتفاقية الأمم المتحدة للاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية، يمكن حصر صور الركن المادي للاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية في الآتي:

أ- الإنتاج والصنع والاستخراج والتحضير.

ب- العرض والعرض للبيع والتوزيع والبيع والتسليم بأي وجه كان والسمسرة فيها.

١- أنظر قانون المخدرات المصري رقم ١٢٢ لسنة ١٩٨٩ الجدول رقم ٥ الملحق بهذا القانون والخاص بالنباتات الممنوع زراعتها

٢- د/ فوزية عبد الستار: شرح قانون مكافحة المخدرات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص ٢١

ج- الإرسال أو الإرسال بطريق العبور أو الاستيراد أو التصدير.

د- الزراعة.

ر- الحيازة أو الشراء.

س- أفعال الصنع أو النقل أو التوزيع للمواد التي يكثر استخدامها في الصنع غير المشروع للمخدرات والمؤثرات العقلية.

ش- الأفعال المتعلقة بالأموال التي تمثل عائدات جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية.

م- المساهمة في تلك الجرائم.

ع- الأفعال المتصلة بالتعاطي أو الاستهلاك الشخصي.

بناء على صور الركن المادي لجريمة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية الواردة في الفقرة الأولى من المادة ٣ التي تنقسم بدورها إلى ثلاث فقرات فرعية (أ، ب، ج). يمكن القول أن المفهوم القانوني الدولي لجريمة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية متسع النطاق، بحيث يشمل كل اتصال غير مشروع بالعقاقير المخدرة، وخاصة المواد التي يكثر

استخدامها في الصنع غير المشروع للمخدرات والمؤثرات العقلية، فضلا عن جرائم الأموال التي تمثل عائداتها وأرباحها، والمعدات والأدوات التي تستخدم لهذه الأغراض<sup>(١)</sup>. وقد اعتبرت الدكتورة فوزية عبد الستار اتجارا غير مشروع "كل اتصال غير مشروع بالعقاقير المخدرة، سواء أكان بقصد الاتجار أو التعاطي أو دون قصد الاتجار أو التعاطي أو الاستعمال الشخصي"<sup>(٢)</sup>

## ٢- الركن المعنوي لجرائم الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية:

إذا كانت الفقرة الأولى من المادة الثالثة من اتفاقية الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية، قد قررت بأنه يجوز لكل طرف في الاتفاقية اتخاذ ما يلزم من التدابير في إطار قانونه الداخلي لتجريم الأفعال التي تشكل الركن المادي لجرائم الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية في حالة ارتكابها عمدا، أي في حالة توافر القصد الجنائي لدى مرتكب الفعل المكون لجريمة الاتجار غير المشروع. فإن الفقرة الثالثة من نفس المادة أجازت الاستدلال على توافر القصد الجنائي في الجرائم الواردة بالفقرة الأولى في حالة ارتكابها بقصد الاتجار، من خلال الظروف الواقعية والموضوعية للجريمة<sup>(٣)</sup>.

## المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لجرائم الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية

تتطوي الاتفاقيات الدولية للرقابة على المخدرات على تنظيم محكم للاستعمال المشروع للعقاقير المخدرة والاتجار المشروع فيها على النطاق الدولي، ويستهدف هذا التنظيم السيطرة الفعالة على المخدرات والمؤثرات العقلية، وذلك

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

من أجل قصر استخدامها على الأغراض الطبية والأبحاث العلمية، ومنع إساءة استعمالها، ويجعل من تسريبها للاستعمال غير المشروع جرائم تستوجب توقيع العقاب الجنائي على مرتكبيها.

- ١- د/ فوزية عبد الستار، نفس المرجع، ص ٦٩.
- ٢- د/ سمير محمد عبد الغني طه: المكافحة الدولية للمخدرات عبر البحار، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٢، ص ٢١٣.
- ٣- أنظر الفقرة ٣ من المادة ٣ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية.

وبهذا تشكل الاتفاقيات الدولية المنظمة للاستعمال المشروع للمخدرات والمؤثرات العقلية قانوناً جنائياً دولياً لمكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها، وكيفية الاتجار فيها، ومخالفة الأحكام المنصوص عليها يعد بمثابة جرائم يعاقب عليها القانون الدولي، وينفذ أحكامها القانون الجنائي الوطني. إذا كان الاتجار غير المشروع يشكل جريمة جنائية، فإن المبادئ التي تقوم عليها قواعد تحديد الاختصاص المكاني للنص الجنائي أربعة هي: مبدأ الإقليمية ومبدأ العينية ومبدأ الشخصية ومبدأ العالمية، وكل تشريع جنائي داخلي، يرجح أحد هذه المبادئ فيجعله أساس نظامه، ثم يلجأ إلى المبادئ الأخرى لتكملة أوجه النقص فيه. غير أن مبدأ الإقليمية هو النص الراجح

في التشريعات الجنائية الوطنية، وهو أساس النظام القانوني لعدة تشريعات محلية، منها التشريع الفرنسي والمصري والجزائري<sup>(١)</sup>

وإذا كان القانون الدولي العام لا يجيز تطبيق قانون إحدى الدول في إقليم دولة أخرى إلا بموافقة صريحة من من هذه الدولة الأخيرة، وإذا كانت الجرائم تتباين من حيث طبيعتها، بين جرائم وطنية وأخرى دولية وثالثة عالمية، هذا ما يثير التساؤل حول الطبيعة القانونية لجرائم الاتجار في المخدرات والمؤثرات العقلية، وهذا ما نحاول معالجته في إطار الفروع التالية:

**الفرع الأول : الطبيعة الوطنية (الداخلية) لجرائم الاتجار غير المشروع في العقاقير المخدرة**

تعرف الجريمة الجنائية بأنها " فعل غير مشروع صادر عن إرادة جنائية، يقرر لها القانون عقوبة أو تدبيراً احترازياً"<sup>(٢)</sup>، وتقوم هذه الجريمة على ثلاثة أركان<sup>(٣)</sup>، هي التالي:

١- **الركن الشرعي:** وهو الصفة غير المشروعة للفعل، ويكتسبها الركن اشعري إذا توافر له أمران هما: خضوعه لنص تجريم يقرر فيه القانون عقاباً لمن يرتكبه، وعدم خضوعه لسبب من أسباب الإباحة، إذ أن انتفاء أسباب الإباحة شرط ليظل الفعل محتفظاً بالصفة غير المشروعة التي أكسبها له نص التجريم، ومن ذلك إذا كانت حيازة المادة المخدرة أو إحرازها، بناء على مسوغ قانوني أو ترخيص كتابي من الجهة المختصة، فلا يتوافر الركن الشرعي للجريمة في هذه الحالة.



٢-الركن المادي:وهو ما يعبر عنه بماديات الجريمة، أي المظهر الذي تبرز به الجريمة إلى العالم الخارجي، ويقوم الركن المادي لجريمة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية -عادة-على ثلاثة عناصر أساسية هي: الفعل والنتيجة وعلاقة السببية. فالفعل هو النشاط الإيجابي أو الموقف السلبي الذي ينسب إلى الجاني، والنتيجة هي أثره الخارجي الذي يتمثل في الاعتداء على حق يحميه القانون، وعلاقة السببية هي الرابطة التي تصل ما بين الفعل والنتيجة، وثبوت حدوث النتيجة يرجع إلى ارتكاب الفعل، ومثال ذلك زراعة النباتات الممنوع زراعتها والمنتجة للمواد المخدرة، وظهور هذه النباتات المزروعة في الأراضي الزراعية أمام أعين الناس.

١- د/ محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٩، ص ١٢٠.

٢- د/ سمير محمد عبد الغني طه، المرجع السابق، ص ٢١٥.

٣- د/ محمود نجيب حسني، نفس المرجع، ص ٤٠.

٣-الركن المعنوي: وهو الإرادة التي يقترن بها الفعل، فإذا اتخذت صورة القصد الجنائي، فتوصف بالجريمة العمدية، وإذا اتخذت صورة الخطأ غير العمدية، فتوصف بالجريمة غير العمدية.

وحتى تقوم الجريمة يجب أن تتوافر هذه الأركان الثلاثة مجتمعة، فإذا انتفى أحدها فلا تقوم الجريمة لانتهاء أحد أركانها. ونظرا لكثرة جرائم المخدرات، فإنه لكل جريمة أركانها الخاصة التي تميزها عن غيرها من الجرائم الأخرى، فقد

يكون ارتكاب الجريمة بقصد الاتجار غير المشروع فيها، أو ترتكب بقصد التعاطي أو الاستعمال الشخصي من دون الاتجار. وتختلف العقوبة المقررة في قانون المخدرات تبعا لاختلاف القصد الجنائي الخاص.

فالجريمة الوطنية (الداخلية) ينص عليها قانون العقوبات والقوانين المكملة له، ويحدد أركانها والجزاء الجنائي المقرر لها<sup>(١)</sup>. وتكمن خطورة الجريمة الداخلية في الإخلال بالنظام العام، وجرائم المخدرات في القانون الجزائري ينص عليها ويحدد أركانها وعقوباتها القانون رقم ١٨/٠٤ المؤرخ في ١٣ ذي القعدة عام ١٤٢٥ الموافق ل ٢٥ ديسمبر ٢٠٠٤ المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال بالاتجار غير المشروع بها.

ويرتكب جريمة المخدرات شخص طبيعي إما لحسابه أو لحساب الغير، وعند ثبوت مسؤوليته يوقع عليه الجزاء المحكوم به باسم المجتمع الوطني، وبمعرفة المحاكم الوطنية التي تطبق القانون الداخلي وتستند إليه في أحكامها<sup>(٢)</sup>.

وتتسم جريمة المخدرات بالطابع الوطني إذا وقعت كلها في نطاق الحدود الإقليمية للدولة، وذلك بأن تكون المخدرات أنتجت أو وزعت أو استهلكت داخل تلك الحدود، وتطبيق قانون مكافحة المخدرات الوطني على الجريمة الداخلية، ما هو إلا تطبيق لمبدأ إقليمية النص الجنائي، والذي بمقتضاه يقتصر تطبيق قانون العقوبات في دولة معينة على الجرائم التي تقع كلها أو بعضها في أي مكان داخل إقليم هذه الدولة، ولا يمتد تطبيقه إلى الجرائم التي تقع على إقليم دولة أخرى<sup>(٣)</sup>

والى جانب مبدأ الإقليمية، تأخذ بعض التشريعات الوطنية بمبدأ العينية مثل قانون مكافحة المخدرات الجزائري حيث نص في مادته ٣٥ على أنه: "يمكن أن تتابع وتحاكم الجهات القضائية الجزائرية .... كل شخص معنوي، خاضع للقانون الجزائري، ولو خارج الإقليم الوطني، أو يكون قد ارتكب فعلا من الأفعال المكونة لأحد أركان الجريمة داخل الإقليم الجزائري، حتى وإن كانت الأفعال الأخرى قد تم ارتكابها في بلدان أخرى". وهذا ما عاقبت عليه -أيضا- المادة ٣٣ فقرة(د) من قانون مكافحة المخدرات المصري رقم ١٢٢ لسنة ١٩٨٩ بقولها: "كل من قام ولو في الخارج بتأليف عصابة، أو إدارتها، أو التدخل في إدارتها، أو في تنظيمها، أو الانضمام إليها، أو الاشتراك فيها، وكان من أغراضها الاتجار في الجواهر المخدرة، أو تقديمها للتعاطي، أو ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذه المادة داخل البلاد"<sup>(٤)</sup>. فهذا النص حصر جرائم المخدرات

- 
- ١- د/ حسنين عبيد: الجريمة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٢، ص ٨.
  - ٢- د/ محمد عبد المنعم عبد الخالق: الجرائم الدولية، مكتبة دار النهضة العربية المصرية، القاهرة ١٩٨٩، ص ٩٣.
  - ٣- د/ فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص ٤٣.
  - ٤- أنظر المادة ٣٣ فقرة(د) من قانون مكافحة المخدرات المصري رقم ١٢٢ لسنة ١٩٨٩. في جلب المخدر وتصديره وإنتاجه واستخراجه وفصله وصنعه وزراعة نبات من النباتات الواردة في الجدول رقم(٥) الملحق بالقانون وتصديره وجلبه وحيازته

وإحرازه وشرائه وبيعه وتسليمه ونقله، وكذلك بذوره إذا كان بقصد الاتجار أو الاتجار فيه فعلا ، بأية صورة في غير الأحوال المصرح بها قانوناً<sup>(١)</sup>. وفي نطاق القانون الدولي العام، فقد انطوت اتفاقية مكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية لسنة ١٩٨٨ على المادة الرابعة المتعلقة بالاختصاص القضائي، والتي أوجبت على الدول الأطراف أن تقرر اختصاصها القضائي على جرائم الاتجار غير المشروع في المواد المخدرة تطبيقاً لمبدأ إقليمية النص الجنائي، إذا ارتكبت الجريمة في إقليم الدولة أو على متن سفينة ترفع علمها، أو على طائرة كانت مسجلة بمقتضى قوانينها وقت ارتكاب الجريمة، وتطبيقاً - أيضاً - لمبدأ شخصية النص باختصاص الدولة بتطبيق قانونها الوطني، إذا كان مرتكب الجريمة أحد مواطنيها الذي يحمل جنسيتها.

ويستشف مما سبق أن الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية يعد من الجرائم الوطنية أو الداخلية، التي تجعل من الاختصاص الإقليمي أساس النظام القانوني للنص العقابي، إلا أنها قد تلجأ عند الضرورة إلى أحد المبادئ الأخرى لتكتملته دفاعاً عن مصالحها الأساسية التي تهدرها جرائم الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية.

**الفرع الثاني: الطبيعة الدولية لجرائم الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية:**

الجريمة بصفة عامة هي عدوان على مصلحة يحميها القانون، ويختص قانون العقوبات بالنص عليها وبيان أركانها والعقوبة المقررة لفعالها. ولا يختلف الأمر

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

بالنسبة للجريمة الدولية فهي عدوان على مصلحة يحميها القانون الجنائي الدولي، وهو ذلك الفرع من القانون الدولي العام الذي يتكفل بإسباغ الحماية الجنائية الدولية على مصلحة، يرى بأنها جديرة بتلك الحماية<sup>(٢)</sup>، بحيث يعتبر المساس بهذه المصلحة المحمية دولياً جريمة تتال من أحد الأعمدة الرئيسية التي يقوم عليها المجتمع الدولي، أياً كانت الصورة التي يتخذها هذا المساس. ويعتبر الحفاظ على الجنس البشري من أهم المصالح الجديرة بالحماية في المجتمع الدولي، باعتباره يمثل عنصر الشعب الذي يقوم عليه بناء المجتمع الدولي. ومن هنا كان المساس بأي جنس من الأجناس بمحاولة إبادته، يعتبر جريمة دولية يجب مكافحتها، لضمان الأمن والطمأنينة في كافة ربوع المجتمع الدولي. وهذه الحماية ضرورية لعدد من المصالح ذات الأهمية الدولية لكفالة استمرار الحياة في العالم على نحو مستقر<sup>(٣)</sup>. وتعتبر المحافظة على الصحة العامة والأخلاق هي المصلحة الجديرة بالحماية في هذا المقام، حيث أن الإدمان على المخدرات والمؤثرات العقلية غير المشروعة يؤدي إلى تدهورها والإخلال الجسيم بها، ويترتب على ذلك تعطيل القوى العقلية وتحتييم القوى البشرية، وضعف الإنتاج سواء على الصعيد الوطني أو على الصعيد المجتمع الدولي بأسره<sup>(٤)</sup>.

١- د/ فوزية عبد الستار، نفس المرجع، ص ٤٢.

٢- د/ حسنين عبيد، الجريمة الدولية، المرجع السابق، ص ٤.

٣- د/ حسنين عبيد، نفس المرجع، ص ٦.

فإذا كانت مهمة القانون الجنائي الوطني هي حماية المصالح العليا للدولة، فإن مهمة القانون الجنائي الدولي هي حماية المصالح العليا للدول أعضاء الجماعة الدولية، وهنا تقوم الدول بتحديد مصالحها الجديرة بالحماية، وتضع الإجراءات الكفيلة لعدم انتهاكها، ومنع وقوع الاعتداء عليها، وذلك عن طريق إبرام الاتفاقيات الدولية، نظرا لافتقار الجماعة الدولية لمشرع دولي يقوم بتعيين المصالح الدولية ووسائل حمايتها<sup>(١)</sup>.

يلاحظ عدم وضع التشريعات الوطنية والدولية تعريفا للجريمة، وقد تركت ذلك للاجتهادات الفقهية، ومن هنا لا توجد قاعدة قانونية دولية تعرف ماهية الجريمة الدولية<sup>(٢)</sup>، وقد ترتب على ذلك كثير من التعريفات الفقهية للجريمة ذات الطابع الدولي. وقد عرف الدكتور حسنين عبيد الجريمة الدولية بأنها "سلوك إرادي غير مشروع، يصدر عن فرد باسم الدولة أو بتشجيع أو رضاء منها، ويكون هذا السلوك منطويا على مساس بمصلحة دولية محمية قانونا"<sup>(٣)</sup>. ويستنتج من هذا التعريف، بأن السلوك الإرادي غير المشروع، قد يصدر أيضا عن فرد أو جماعة من الأفراد تشكل منظمة إجرامية، ويكون هذا السلوك منطويا على مساس بمصلحة دولية محمية قانونا، دون أن يكون باسم الدولة أو بتشجيع أو رضاء منها. كما هو الحال في جرائم الاتجار غير المشروع بالعقاقير المخدرة، والتي ترتكبها جماعة إجرامية منظمة، وتتكاثر دول العالم على عقد الاتفاقيات الدولية والإقليمية والثنائية، من أجل تحجيم مشكلة

المخدرات والقضاء عليها. بالإضافة إلى انحسار الركن الدولي في بعض الجرائم الدولية في الجرائم ضد الإنسانية فقط.

وإذا نظرنا إلى الجريمة الدولية باعتبارها عدوانا على مصلحة عامة دولية، تهم جميع الدول وتحظى بحماية قواعد القانون الدولي العام، فإنه يمكن القول بأن الجريمة الدولية هي "اعتداء على مصلحة دولية يحميها القانون الدولي الجنائي". وقد جاء هذا التعريف عاما وشاملا لكل سلوك إرادي غير مشروع، يستهدف انتهاك أي مصلحة دولية معتبرة قانونا، ويلحق الضرر بالمجتمع الإنساني الدولي. فالجريمة الدولية تمثل عدوانا على مصلحة تهم الجماعة الدولية ككل، ويترتب عليها إخلالا بقواعد القانون الدولي، مما يشكل ضررا بالمجتمع الدولي وأمنه<sup>(٤)</sup>، وهي جرائم لا يرتكبها إلا أفراد طبيعية لا أشخاص معنوية، ومن دون معاقبة هؤلاء الأفراد الذين يرتكبون تلك الجرائم، لا يمكن إنفاذ حكم القانون الدولي، ولاسيما أن القانون الدولي قد أقر بالمسؤولية الجنائية للفرد مرتكب الجريمة ذات الطبيعة الدولية<sup>(٥)</sup>.

وفي حالة تقرير مسؤولية مرتكب الجريمة الدولية، فإنه يوقع على مرتكبها العقوبة المقررة طبقا لما هو منصوص عليه في القانون الجنائي الدولي، وبما أنه لا يوجد قضاء دولي يتولى المحاكمة على جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية، فقد انعقد الاختصاص بالمحاكمة للقضاء الوطني (الداخلي) لكل دولة<sup>(٦)</sup>، ولما كانت جرائم

١- د/سمير محمد عبد الغني طه، المرجع السابق، ص ٢٢٠.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

٢- د/حسين عبيد، نفس المرجع، ص ٦ .

٣- د/حسين عبيد، نفس المرجع ، ص٢٦٨.

٤- د/محمد عبد المنعم عبد الخالق، المرجع السابق، ص ٨١.

٥- د/ علي أحمد علي راغب، المرجع السابق، ص ١٠٩.

٦- د/سمير محمد عبد الغني طه، نفس المرجع، ص ٢٢٢.

الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية المهربة إلى داخل بعض الدول، بناء على تدبير وتخطيط من جانب دولة أخرى، بهدف إغراقها بالمخدرات غير المشروعة للإضرار بالصحة العامة لشعبها. فقد اعتبرت الاتفاقيات الدولية للرقابة على المخدرات هذا السلوك يمثل جريمة دولية يجب مكافحتها. وهذا ما نصت عليه اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية لسنة ١٩٨٨ بأن تلتزم الدول الأطراف بأن تجعل الصور المختلفة للاتجار غير المشروع جرائم في قوانينها الوطنية، وتخضع للجزاء الجنائية المقررة كالعقوبات السالبة للحرية والغرامة المالية والمصادرة<sup>(١)</sup>

ويستخلص مما تقدم أنه إذا كانت جرائم الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية ذات طبيعة وطنية، فهي أيضا ذات طبيعة دولية، وتلزم الاتفاقيات الدولية الأطراف فيها بأن تتخذ من التدابير اللازمة لتنفيذ أحكامها، وبأن تتعاون فيما بينها على الصعيد الدولي في قمع الاتجار غير المشروع.

الفرع الثالث: الطبيعة العالمية لجرائم الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية



تمثل الجرائم ذات الطبيعة العالمية عدوانا على المصلحة العليا التي تهم المجتمع العالمي، والتي يحميها القانون الدولي العام بقواعده. وتخضع هذه الجرائم لمبدأ الاختصاص العالمي أو عالمية حق العقاب، والذي يتمثل في حق كل دولة تضع يدها على مرتكب هذه الجرائم في عقابه من دون النظر إلى جنسيته أو مكان ارتكابه لها أمام محاكمها الوطنية<sup>(٢)</sup>.

ويعد مبدأ عالمية حق العقاب حالة استثنائية على مبدأ إقليمية القانون الجنائي الذي يعتبر من أهم مظاهر سيادة الدولة على إقليمها، ولا يمنع مبدأ سيادة الدولة على إقليمها دون تضامنها مع غيرها في المصالح المشتركة، ولاسيما في مجال قمع الجرائم ذات الطبيعة العالمية، مثل جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية التي تتسم بالطابع العالمي<sup>(٣)</sup>.

غير أن الأساس القانوني لعالمية حق العقاب في جرائم الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية،

يستند إلى كون هذه الجرائم تهدد مصالح وقيم المجتمع الدولي، مما يستوجب معاقبة مرتكبيها بغض النظر عن مكان ارتكاب الجريمة أو جنسية مرتكبها، فهذه الجرائم تشكل تهديدا خطيرا على صحة البشرية ورفاهيتها، وتلحق الضرر الأكيد بالأسس الاقتصادية والثقافية والسياسية للمجتمع الوطني والدولي في آن واحد<sup>(٤)</sup>.

فإن المادة الرابعة من اتفاقية مكافحة الاتجار غير المشروع في العقاقير المخدرة قد توسعت في منح الدول الأطراف فيها، في حق تقرير اختصاصها القضائي في جرائم الاتجار غير المشروع، عندما ترتكب الجريمة في إقليم

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

الدولة أو على متن سفينة ترفع علمها أو طائرة مسجلة باسمها، أو عندما يرتكب الجريمة أحد مواطنيها، أو شخص يقع محل إقامته المعتاد في إقليم الدولة، أو كانت الجريمة مرتكبة على متن سفينة تلقت الدولة إذنا باتخاذ إجراءات ضبطها من دولة علمها.

١- أنظر المادة ٣ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية لسنة ١٩٨٨

٢- د/محمد عبد المنعم عبد الخالق، المرجع السابق، ص ٨٩

٣- د/محمد عبد المنعم عبد الخالق، نفس المرجع، ص ٩٠-٩١

٤- أنظر ديباجة اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية لسنة ١٩٨٨

وما يمكن تقريره أن جرائم الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية تهدد مصلحة عالمية جديرة بالحماية ألا وهي الصحة العامة للبشرية التي تعتبر قيمة عليا تهتم المجتمع الدولي بأسره. ومن هنا يتعين أن تلتزم كل دولة سواء أكانت طرفا في اتفاقية مكافحة الاتجار غير المشروع أم لم تكن طرفا فيها، بتقرير الجزاءات المناسبة على ارتكاب جرائم المواد المخدرة، متى قامت بضبط مرتكبيها متلبسين بها، وبقطع النظر عن جنسيتهم أو مكان ارتكابها. ويعد هذا من قبيل تحقيق فعاليات التعاون الدولي في التصدي لخطورة المخدرات والمؤثرات العقلية غير المشروعة على الفرد أي كان ،

وإضمان حماية الأأسس الاقتصادية والثقافية والسياسية والاجتماعية للمجتمع  
الدولي كافة.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

### المبحث الثالث

## التدابير الدولية العملية والوقائية لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية

قد تباينت الآراء الفقهية حول أولوية تدابير مكافحة جرائم الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية، فهناك من الآراء التي ترى أن الهدف الأول لمكافحة هذه الجريمة هو المواجهة بالقضاء على مصادر العرض وتمويل المخدرات، فلو تقلص العرض لتوقف الاتجار غير المشروع في المخدرات وانخفضت حدته على الأقل<sup>(١)</sup>. بينما يرى جانب آخر من الفقهاء بأن المكافحة يجب أن تنصرف إلى التأثير على الطلب للارتباط الوثيق بين معدلات الطلب وكمية المخدرات المعروضة<sup>(٢)</sup>.

وفي إطار تطبيق اتفاقية المجلس الأوروبي الخاصة بغسيل الأموال، أصدرت الحكومة الفرنسية القانون رقم ٣٩٢ لعام ١٩٩٦ بشأن مكافحة غسيل الأموال وتجارة المخدرات والتعاون الدولي الخاص بحجز ومصادرة عوائد هذه الجريمة<sup>(٣)</sup>. ويمثل هذا القانون أداة توافق وترابط بينه وبين القواعد القانونية المنصوص عليها في اتفاقية المجلس الأوروبي المتعلقة بمكافحة غسيل الأموال.

وقد نص هذا القانون بموجب المادة ١/٣٢١ على أنه يتم "تجريم إخفاء أو امتلاك أو نقل أو القيام بدور الوسيط لنقل أشياء متحصلة من جنائية أو جنحة مع العلم بذلك، كما يعد إخفاء للأشياء العلم بالسبب والاستفادة بكافة الوسائل من متحصلات الجنائية أو الجنحة"<sup>(٤)</sup>. ونرى أن التدابير الدولية المعنية

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

بمكافحة الاتجار غير المشروع في المواد المخدرة والعقاقير النفسية على ضوء الاتفاقيات الدولية المعاصرة تقوم على عدة محاور رئيسية،

١- د/أشرف إبراهيم العزوني، المرجع السابق، ص ٩٤٩

٢- محمد عباس منصور، المخدرات التجارة المشروعة وغير المشروعة، المرجع السابق، ص ٢٣١

1- L.N.96-392 du 13Mai1996, Relative a la Lutte Contre le Blanchiment et le Trafic des Stupéfiants et la Coopération Internationale en Matière de Saisie et de Confiscations des Produit du Crime –Nouveau Code Pénal, p469

٤- راجع المادة ٣٢١ من قانون العقوبات الفرنسي رقم ٩٠ المؤرخ في ١٢ يوليو ١٩٩٠ التي تنص على:

Le Recel est le Fait de Dissimuler, de Détenir ou de Transmettre une Chose. ou de Faire d'Intermédiaire afin de la Transmettre ,en Sachant que cette chose Provient d'un Crime ou d'un délit. Nouveau code pénal. p.445

تتمثل في قمع الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية، ومراقبة المعروض من المواد المخدرة، والوقاية من الطلب غير المشروع، وبيان كيفية العلاج من الإدمان، وإعادة التأهيل للمتعاطين داخل المجتمع، وهذا ما نتناوله في المطالب التالية:

المطلب الأول: قمع الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية

نظرا لخطورة جرائم الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية لانتهاكها القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية، يتعين على أعضاء المجتمع الدولي اتخاذ تدابير فعالة لمواجهة العواقب الوخيمة البعيدة المدى على الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية، وهذا يتطلب تطبيق مجموعة من التدابير القانونية والإجرائية، تتمثل في:

#### أولا- تجميد نشاط الشبكات الدولية لت تهريب المخدرات:

قد تدعو الحاجة إلى الحصول على معلومات وبيانات بشأن الأنشطة الإجرامية لمهربي المخدرات، حتى يتسنى التعرف عليهم وضبطهم<sup>(١)</sup>، وذلك بالرجوع إلى المعلومات التي تتوفر عليها سجلات المصارف المالية وشركات الطيران وشركات النقل البري والبحري والسلطات القائمة على إدارة الموانئ البحرية والجوية والمناطق الحرة ومكاتب البريد، وهذا ما يفرض على الدول تدريب الموظفين في جميع المؤسسات المعنية كي يدركوا قيمة هذه المعلومات أثناء تقديمها للأجهزة المختصة بمكافحة المخدرات، وذلك من أجل تسهيل عملية القبض على المهربين أثناء التباسهم بممارسة هذه الجرائم.

**فعلى المستوى الداخلي:** يمكن جمع المعلومات المتعلقة بالاتجار غير المشروع في المواد المخدرة عن طريق أجهزة مكافحة، على أن يكون رصد هذه المعلومات بطرق سرية، وطبقا للقواعد القانونية المنظمة لذلك، حتى لا يمكن الاحتجاج عليها، ولذا ينبغي على الدول أن تسن تشريعات تجرم وتعاقب على عمليات الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية أو تهريبها. وينطبق هذا الأمر كذلك على السلطات المالية والمؤسسات المصرفية والبنكية،

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

إذا كان لديها معلومات وتحريات يجب أن تبلغها للأجهزة المعنية بمكافحة المخدرات، بغية اكتشاف الجرائم المتصلة بالمخدرات. كما يجب الاستفادة من جميع تقنيات التحري الحديثة في مكافحة الاتجار الدولي المنظم للمخدرات، بما في ذلك جرائم الفساد التي يرتكبها بعض المسؤولين العموميين والتي ترتبط بجرائم المخدرات.

أما على المستوى الإقليمي والدولي: ينبغي على أجهزة مكافحة المخدرات الوطنية التعاون فيما بينها، طبقاً للاتفاقيات الدولية الثنائية منها والمتعددة الأطراف، وكذا التعاون مع المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الأنتربول)، بقصد تعزيز فعالية التدابير المتخذة لقمع الاتجار غير المشروع في المخدرات. ولتحقيق هذا الغرض ينبغي توثيق وسائل الاتصال بين الأجهزة الوطنية في الدول المختلفة وضمان إستمراريتها، عن طريق تبادل المعلومات من دون تراخي، والتماس المساعدة الثنائية والمتعددة الأطراف من أجل تمويل برامج المساعدة والتعاون التقني لنقل تلك المعلومات، لأن العمليات التي تقوم بها الشبكات الإجرامية في تهريب المخدرات، تتباين من منطقة إلى

1-United Nations Publication ,Sales (E/CN.7/1994)P30-31.

أخرى. ولذا يتعين تعزيز تبادل تلك المعلومات على الصعيدين الدولي والإقليمي بالتعاون مع المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (أنتربول) ومع مجلس التعاون الجمركي<sup>(١)</sup>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

وتدعيما للإجراءات والتدابير المتخذة بشأن تجميد نشاط الشبكات الدولية لتهريب المخدرات والاتجار غير المشروع فيها، فقد طالبت الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة ١٩٦١ الدول الأطراف فيها بأن تتخذ الترتيبات اللازمة على الأصعدة الوطنية - مع مراعاة أنظمتها الوطنية والقضائية والدستورية- بغية تنسيق التدابير العقابية والوقائية لقمع ومكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات. وتقوم الدول بتعيين جهاز مختص في كل منها، يتولى التنسيق وتبادل المساعدة، وإقامة جسور التعاون المنسق بينها، وضمان تحقيق التعاون الدولي بين الأجهزة المختصة في الدول المختلفة، وتزويد لجنة المخدرات والهيئة الدولية لمراقبة المخدرات بالمعلومات اللازمة عن زراعة المخدرات وإنتاجها والاتجار غير المشروع فيها<sup>(٢)</sup>.

وقد تضمنت اتفاقية مكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية لسنة ١٩٨٨ القواعد القانونية

المتعلقة بتبادل المعلومات، حيث ألزمت الاتفاقية الدول الأعضاء فيها بتقديم المعلومات والبيانات اللازمة إلى لجنة المخدرات، مع التنفيذ الفعال للاتفاقية في أقاليمها<sup>(٣)</sup>، وتحقيق التنسيق التشريعي بين قوانينها الوطنية، وبين الأحكام الواردة بالاتفاقية. بالإضافة إلى المعلومات المتعلقة بجرائم الاتجار غير المشروع في المخدرات، والتي تتصف بالأهمية الناتجة عن استحداث طرق إجرامية أو ضخامة الكميات المضبوطة من المواد المخدرة أو مصادرة إنتاج هذه المخدرات<sup>(٤)</sup>.



ثانياً- تطوير استخدام أسلوب التسليم المراقب:

يعتبر أسلوب التسليم المراقب من الأدوات الفعالة لتحديد وضبط كبار مهربي المخدرات ورؤوس الاتجار غير المشروع فيها والقضاء عليهم. ويتضمن هذا الإجراء السماح بعملية تسليم شحنة المخدرات غير المشروعة، حيث يسمح للمخدرات فور اكتشافها بالاستمرار في طريقها المخطط له من قبل المهربين تحت رقابة قانونية وأمنية إلى غاية وصولها إلى الجهة المقصودة التي يتوخاها المهربون.

غير أنه قد تنشأ عن هذا الإجراء بعض الصعوبات القضائية الوطنية التي تقتضي بالقبض الفوري على المشتبه

فيه فور الاكتشاف وإحالته على المحكمة المختصة لاستصدار الجزاء المقرر في حقه. بالإضافة إلى الخشية من أن تكون المسؤولية عن تلك الرقابة غير محددة المعالم، ولا يضمن فيها قيام البلد المقصود بتنفيذ الجزاء الجنائي، أو إذا كانت عقوبة تهريب المخدرات والاتجار غير المشروع فيها بسيطة، وكذلك الخوف من تسرب الشحنة إلى السوق غير المشروعة، مما جعل بعض الدول لا تأخذ بهذا الأسلوب في أمور مكافحة.

وقد أكدت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية على ضرورة اتخاذ التدابير اللازمة لاستخدام أسلوب التسليم المراقب على الصعيد الدولي، استناداً إلى ما تتوصل إليه من

١- أنظر تقرير المؤتمر الدولي المعني بإساءة استعمال العقاقير المخدرة والاتجار غير المشروع بها، المنعقد في الفترة من ١٧-٢٦/٠٦/١٩٨٧ بفيينا - النمسا، منشورات الأمم المتحدة الوثيقة رقم (V.87/86414)، ص ٤٥.

٢- أنظر المادة ٣٥ من الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة ١٩٦١.

٣- د/أشرف إبراهيم العزوني، المرجع السابق، ص ٩٣٥.

٤- أنظر المادة ٢٠ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية لسنة ١٩٨٨.

اتفاقيات أو ترتيبات، بغية كشف هوية الأشخاص المتورطين في ارتكاب جرائم الاتجار غير المشروع في المخدرات، واتخاذ الإجراءات القانونية ضدهم. على أن تتخذ قرارات التسليم المراقب بموجب اتفاق دولي بشأن الأمور المالية المتعلقة بممارسة الأطراف المعنية لاختصاصاتها القضائية<sup>(١)</sup>

ثالثاً- تبسيط إجراءات تسليم المجرمين:

تختلف التشريعات الوطنية المتعلقة بتسليم الأشخاص المتهمين بجرائم المخدرات من دولة إلى أخرى، وهذا ما يتيح لمهربي المخدرات والمتجرين فيها بالطرق غير المشروعة فرص الإفلات من العقوبة، فإذا علم الجناة أنه لا مفر من المحاكمة ومن العقاب، وأن تسليمهم إلى الدولة التي ارتكبوا فيها جرائمهم، يكاد يكون أمراً محققاً ومؤكداً، فمن المنطقي أن يكون ذلك رادعاً قوياً لأنشطتهم الإجرامية<sup>(٢)</sup>

وقد حثت الاتفاقية الوحيدة للمخدرات واتفاقية مكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية الدول الأطراف بأن تعتبر جرائم المخدرات من الجرائم التي يجوز فيها تسليم المجرمين في أية معاهدة لتسليم المجرمين سارية

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

فيما بينها، وتتعهد -أيضا- بإدراج تلك الجرائم في تعداد الجرائم التي يجوز فيها تسليم المجرمين في أية معاهدة للتسليم تعقد فيما بينهما لاحقا<sup>(٣)</sup>. وتعتبر اتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٨٨ هي الأساس القانوني للتسليم في جرائم المخدرات، إذا لم تكن الدولتان الطالبة للتسليم والدولة المطلوب منها التسليم غير مرتبطين بمعاهدة تسليم فيما بينهما. وكذلك الدول التي تستلزم وجود تشريع لاعتبار هذه الاتفاقية أساسا قانونيا للتسليم أن تنظر في سن هذه النصوص التشريعية<sup>(٤)</sup>.

#### رابعا- المساعدة القانونية والقضائية المتبادلة:

يترتب على بعض الشكليات الإجرائية ذات الطابع المتعدد الجنسية لجرائم تهريب المخدرات والاتجار غير المشروع فيها بعض الصعوبات التي تحول دون تنفيذ القوانين، خاصة فيما يتعلق باتخاذ إجراءات التحري وتطبيق الإجراءات القضائية المضادة، كاستدعاء الشهود وتقديم الوثائق وغيرها من أدلة الإثبات الخاصة بالأشخاص المشتبه فيهم متوفرة لدى الدولة التي يحاكم فيها المتهمون بجرائم المخدرات، كما أن القواعد المتعلقة بتقديم الأدلة يمكن أن تخلق عدة صعوبات للهيئات القضائية. وهذا ما يجعل الدول تلجأ إلى طلب المساعدات القانونية والقضائية المتبادلة فيما بينها. وذلك لأهمية المعلومات الاستخباراتية وتقديمها في الوقت المناسب لمكافحة الاتجار غير المشروع، فيمكن للدول أن تكثف جهودها ضد هذه الجرائم، إذا كانت لديها قنوات اتصال فعالة تمكنها من التعقب الفوري للمجرمين. ولهذه الأغراض يجب إبرام اتفاقيات

ثنائية وإقليمية ودولية تنص على تعزيز تبادل المساعدات القانونية والقضائية وتبادل المعلومات ذات الصلة بموضوع جرائم المخدرات<sup>(٥)</sup>.

١- أنظر المادة ١١ من نفس الاتفاقية.

2-Report of the International Narcotics Control Board for 1993,United Nations Publications ,Sales No (E/95×1,2) P 506.

٣- أنظر المادة ٣٦ فقرة ٢ من الاتفاقية الوحيدة للمخدرات، والمادة ٦ من اتفاقية مكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية لسنة ١٩٨٨.

٤- أنظر الفقرة ٦ من المادة ٣ من نفس الاتفاقية.

٥- د/ أشرف إبراهيم العزوني، المرجع السابق، ص ٩٥٦.

وقد نصت اتفاقية المؤثرات العقلية لسنة ١٩٧١ على القواعد الخاصة بالمساعدة القانونية والقضائية المتبادلة، ولاسيما كفالة نقل الأوراق القانونية على وجه السرعة إلى الهيئات القضائية المختصة في الدول سواء أكان ذلك بالطرق الدبلوماسية أو بالطريق المباشر<sup>(١)</sup>. وقد عززت هذا التعاون الدولي اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٨٨

بتوصية الدول الأطراف فيها على تبادل المساعدات القانونية والقضائية بين الدول في المجالات المطلوبة في محاكمة الأشخاص المشتبه فيهم بتهريب المخدرات والاتجار غير المشروع فيها.

خامسا- قبول الأدلة المستمدة من تحليل عينات من المواد المخدرة المضبوطة:

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثامن ٢٠١٦ المجلد الثاني

تقضي بعض التشريعات الوطنية بحجز كمية المواد المخدرة -رغم ضخامتها- إلى غاية استكمال إجراءات التحقيق وصدور الأحكام القضائية فيها، ولكن خلال فترة الانتظار قد تتسرب هذه المواد المخدرة إلى قنوات الاتجار غير المشروع بأية وسيلة كانت، إلى جانب عدم امتلاك بعض الدول للمختبرات اللازمة لتحليل هذه المواد المضبوطة، ومع ذلك فإن التحاليل الدقيقة المناسبة التوقيت ضرورية لنجاح الملاحقة القضائية لجرائم المخدرات. وهذا يفترض اعتماد أسس منهجية تقنية للإتلاف الآمن للمواد المخدرة ذات الكميات الضخمة، وكذلك للتحليل الكيميائي الدقيق للعينات، بما في ذلك تحديد وضبط الإجراءات اللازمة لأخذ العينات من المضبوطات المخدرة الضخمة الكمية.

ولذا يتعين على الدول أن تسن التشريعات الخاصة بالإذن بالإتلاف المبكر للمضبوطات من المخدرات والمؤثرات العقلية والتخلص منها بأي شكل كان، بعد أخذ العينات اللازمة قانوناً للتحليل ولأغراض الإثبات الجنائي والقضائي. فضلاً عن استحداث إجراءات أمنية دقيقة لتخزين المواد المضبوطة أو التخلص منها بصورة آمنة، بما يضمن عدم تسريبها إلى السوق غير المشروعة<sup>(٢)</sup>.

أما الدول التي يندم فيها مختبرات التحاليل الكيميائية يجب عليها أن تبذل قصارى جهدها لإنشائها، كما يتعين على الدول مساعدتها في تهيئة هذه المختبرات وتدريب الإطارات العاملة بها. وفي حالة غياب هذه المرافق يخول للسلطة القضائية قبول الأدلة المستمدة من نتائج التحاليل التي تتوصل إليها

المختبرات الأجنبية المعترف بها من قبل الحكومة مثل المختبرات التابعة للهيئات الدولية المختصة.

لذا فإنه يقع على عاتق برنامج الأمم المتحدة المعني بالمكافحة الدولية للمخدرات تقديم المساعدات العلمية والتقنية لإنشاء وتعزيز مختبرات تحاليل المواد المخدرة الوطنية ذات الموارد المحدودة التي تتأثر بإنتاج المخدرات أو الاتجار غير المشروع فيها. كما ينبغي وضع نموذج موحد مقبول لإجراء التحاليل للمواد المخدرة المضبوطة مع تقرير صيغة معترف بها عالميا لعرض نتائج تحليل المخدرات المضبوطة، وأساليب التحفظ عليها في حالة ضبط كميات ضخمة من المواد المخدرة المهربة عبر الدول. ووضع آليات التعاون الدولي في مجال تبادل المعلومات المتعلقة بطرق التحليل وكيفية تجميعها ونشرها.

**سادسا-تحقيق الاتساق بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية في التجريم والعقاب للمواد المخدرة**

إن الاتفاقيات الدولية المستهدفة مكافحة جرائم المخدرات تلزم الدول الأطراف فيها باعتبار الأفعال التي تنتافي —

١- أنظر المادة ٢٣ من اتفاقية المؤثرات العقلية لسنة ١٩٧١.

٢- د/ أشرف إبراهيم العزوني، نفس المرجع، ص ٩٥٧.

مع أحكام الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالمخدرات جرائم تخضع للعقاب، فإن سياسات التجريم والعقاب الوطنية غير موحدة وتختلف من دولة إلى أخرى، فمثل هذه الثغرات يمكن أن يستغلها الجناة للإفلات من العقاب، إلى جانب

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

تباين الإجراءات القضائية والأحكام العقابية، وكذلك التدابير المتعلقة بالإفراج المؤقت عن المتهمين بجرائم المخدرات<sup>(١)</sup>. ولذا يتعين على الدول تحقيق الاتساق التشريعي والإجرائي فيما بينها، بما يتفق مع الاتفاقيات الدولية المعنية بمكافحة المخدرات. ولاسيما في مجالات التحريات الجدية والملاحقة الجنائية و إجراءات سير الدعوى الجنائية وفقا للأصول المتعارف عليها دوليا، مع توفير الضمانات الدستورية والقضائية للمتهمين أثناء المحاكمة، بالإضافة إلى اعتماد تشريعات تشجع الشهود على الإدلاء بشهاداتهم، ووضع ضمانات كافية لحماية الشخصية وكفالة أسرهم، وتقديم مكافآت مالية لهم في حالة إدانة المتورطين في جرائم المخدرات.

وقد حثت الاتفاقية الوحيدة لسنة ١٩٦١ الدول الأطراف على اتخاذ التدابير التشريعية التي تحظر زراعة المخدرات وإنتاجها وصنعها واستخراجها وتحضيرها وحيازتها وتقديمها أو عرضها للبيع وتوزيعها وشرائها وبيعها والسمسرة فيها، وتمريرها ونقلها واستيرادها، جرائم معاقب عليها في حالة ارتكابها عمدا، مع ضرورة توقيع العقوبات على مرتكبي جرائم المخدرات، ولاسيما العقوبات السالبة للحرية والغرامة المالية والمصادرة<sup>(٢)</sup>.

أما اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٨٨ أضافت على العقوبات السابقة، دعوة الدول الأطراف فيها بتجريم كافة أنواع السلوك الإجرامي في مجال المخدرات، سواء أكان الفعل المرتكب تاما أو شروعا فيه، كما جرمت أفعال المساهمة في تلك الجرائم بالاشتراك أو التحريض أو المساعدة أو الاتفاق، وكذا إخفاء وتحويل الأموال المستمدة من تلك الجرائم، كما أثمت كل صنع أو نقل أو

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

توزيع لمواد أو معدات إذا ما استخدمت في ارتكاب تلك الجرائم<sup>(٣)</sup>، كما أكدت على ضرورة انتهاج سياسة عقابية صارمة في مواجهة مرتكبي جرائم المخدرات، ولاسيما العقوبات السالبة للحرية والغرامات المالية ومصادرة المعدات والأدوات المستخدمة في ارتكاب هذه الجريمة.

سابعا- مصادرة المعدات والأموال المتأتية من جرائم الاتجار غير المشروع بالمخدرات:

إن كل النظم القانونية الوطنية تتضمن أحكاما وقواعد تنص على ضبط ومصادرة الأدوات والمعدات المستخدمة في ارتكاب جرائم المخدرات والأموال الناتجة عنها، وهذا ما ينسجم مع أحكام المادة ٣٧ من الاتفاقية الوحيدة لسنة ١٩٦١ والمادة ٣/٢٢ من اتفاقية المؤثرات العقلية لسنة ١٩٧١ والمادة ٥ من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٨٨، التي ألزمت الدول الأطراف فيها بمصادرة المعدات والأموال المتأتية من جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية. ولذلك يتعين على الدول توحيد تشريعاتها الوطنية المتعلقة بمصادرة الأدوات والمعدات والأموال المتحصلة من

١- د/عبد الرحمن محمد خلف:الإجرام المنظم من خلال الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية، مجلة مركز بحوث الشرطة، أكاديمية مبارك للأمن، القاهرة ، العدد ٢٦ يوليو ٢٠٠٤، ص ٢٩٠ - وللمزيد من التفصيل راجع :

The International Precautions For Facing Narcotics, The United Nations International Drug Control Programme ,Bulletin on Narcotics ,New York, United Nations Publication N.1,Volume

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



- ٢- أنظر المادة ١/٣٦ و ٣٧ من الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة ١٩٦١.
- ٣- أنظر المادة ٣ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية لسنة ١٩٨٨.

جرائم المخدرات، بغية سد الثغرات التي تشوب هذه التشريعات، والعمل على حرمان المهربين وتجار المخدرات من جني فوائد العائدات الهائلة من الأرباح الضخمة التي يتحصلون عليها نتيجة ارتكابهم لجرائم المخدرات. وهذا ما يفرض على الدول التحري بصفة دائمة عن مدى تضخم أموال الجناة وتحركات أموالهم، وسن التشريعات الكفيلة بتجميدها ومصادرتها بعد صدور الأحكام القضائية بذلك، مع ضبط المنقولات والعقارات المتحصلة من الاتجار غير المشروع في المواد المخدرة.

كما يجب على الدول تقاسم عائدات المصادرات فيما بينها، لتدعيم وتعزيز الأجهزة القائمة على مكافحة المخدرات، أو التبرع بجزء منها للجان والوكالات الدولية العاملة في نطاق مكافحة، وكذلك تعزيز تدابيرها الداخلية<sup>(١)</sup> بالتعاون مع المنظمات الدولية والدول الأخرى للقضاء على قدرات الشبكات الإجرامية من غسل الأموال المتحصلة من جرائم المخدرات.

#### ثامنا- تشديد الرقابة على الموانئ والمطارات والمنافذ:

قد يتيح تصميم وتنظيم المرافق العمومية للمطارات والموانئ ومعايير الحدود فرصا لتفادي المراقبة. كما قد تفتقر بعض نقاط الحدود إلى الوسائل الحديثة أو الملائمة لكشف الانتقال غير المشروع للمخدرات والمؤثرات العقلية، كما قد

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ينضم من بين موظفي الخدمة العاملين في الصيانة والتزويد بالوقود والتنظيف ومن كان على شاكلتهم، أو أطقم الملاحة إلى عمليات التهريب تحت إغراء المبالغ المالية الضخمة التي تعرض عليه. فعمل دوائر

الجمارك يدخل في نطاق اختصاص السلطات الحكومية المركزية، في حين إدارة المطارات والموانئ يمكن أن يعهد بها في بعض الدول إلى مجموعة متنوعة من هيئات الإدارة المحلية أو الشركات.

ويتبين من عمليات التبادل التجاري أن الشحن التجاري هو الوسيلة الأكثر استخداما في تهريب الكميات الضخمة من المخدرات التي تم ضبطها، إذ يقوم المهربون بإخفاء المخدرات عادة بين البضائع العادية، أو داخل تجاويف خاصة في وسائل النقل، وهي الطريقة المفضلة لدى شبكات تهريب المخدرات. ويشكل اتساع نطاق التجارة العالمية والتطور السريع لوسائل النقل الدولي واستخدام النقل بالحاويات، دافعا مهما للسلطات المختصة إلى اتخاذ إجراءات فعالة وحاسمة لمكافحة عمليات التهريب للمواد المخدرة عبر منافذ الدولة، بما يتماشى مع سرعة تدفق التجارة الدولية<sup>(٢)</sup>.

وقد ألزمت اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٨٨ الدول الأطراف باتخاذ التدابير الكفيلة بعدم استخدام وسائل النقل في ارتكاب جرائم المخدرات، ويجوز عقد ترتيبات خاصة بين الدول وبين الناقلين التجاريين، وتدريب العمال على كيفية التعرف على الصفقات والأشخاص المشتبه فيهم، وتقديم كشوف البضائع مسبقا، وختم الحاويات بأختام يتعذر تزويرها<sup>(٣)</sup>.

كما ألزمت ذات الاتفاقية الدول الأطراف بتطبيق التدابير اللازمة لمنع الاتجار غير المشروع في المخدرات في

١- محمد عباس منصور، العمليات السرية في مجال مكافحة المخدرات، المرجع السابق، ص ٢٠٨-٢٠٩ .

٢- محمد عباس منصور، نفس المرجع، ص ٢٠٩.

٣- أنظر المادة ١٥ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية.

المناطق الحرة والموانئ الحرة، وذلك بمراقبة حركة البضائع والأشخاص في تلك المناطق، وتفتيش السفن والبضائع والطائرات والمركبات، وتفتيش أطقم القيادة والمسافرين وأمتعتهم، وإقامة أجهزة مراقبة في مناطق المرافئ وأرصفتها وفي المطارات، ونقاط التفتيش الواقعة على الحدود في المناطق الحرة التجارية<sup>(١)</sup>. ولذلك توصي منظمة الطيران المدني والمنظمة البحرية الدولية والمنظمة العالمية للسياحة والرابطة الدولية للنقل الجوي والغرفة الدولية للشحن البحري الدول الأطراف فيها باتخاذ قواعد سلوك دولية تستهدف تحسين مراقبة حركة المسافرين والسلع للحد من الاتجار غير المشروع في المخدرات، وذلك بالتعاون مع مجلس التعاون الجمركي، وكذلك تقديم هذه الوكالات الدولية إلى الدول المشورة والمساعدة التقنية اللازمة لطرائق إحلال الأمن المادي الملثم في التخطيط والتصميم فيما يتعلق بنقاط الحدود الرسمية، والتي يمكن من خلالها منع تهريب المخدرات. كما يجب على الدول فرض الرقابة على حركة المرور

الجوية مع غيرها من السلطات المعنية في الدول الأخرى، وذلك عن طريق تبادل المعلومات والتقنيات الرامية إلى تعزيز تدابير مراقبة الحدود بطريقة أكثر صرامة.

#### تاسعا- تشديد الرقابة على استخدام البريد الدولي:

أوصت اتفاقية المم المتحدة لسنة ١٩٨٨ الدول الأطراف على ضرورة اتخاذ التدابير والإجراءات الكفيلة لمنع استخدام البريد في الاتجار غير المشروع بالمخدرات، وذلك بما يتفق مع اتفاقيات الاتحاد البريدي العالمي والقوانين الوطنية للدول الأطراف، واتخاذ الإجراءات والتدابير الوقائية لمنع الاتجار غير المشروع عن طريق البريد، والأخذ بتقنيات التحري والمراقبة ومتابعة الاستخدام الهادف لكشف شحنات المخدرات غير المشروعة<sup>(٢)</sup>. وإعمالاً لهذه الإجراءات ينبغي على الاتحاد البريدي العالمي إمداد الدول الأطراف في اتفاقية البريد العالمية بنماذج عن الإجراءات الموحدة لتعاون السلطات البريدية مع الجمارك، وأن تتخذ الدول التدابير الكفيلة بتعزيز التعاون الدولي في مجال تبادل المعلومات وأنواع الضبطيات، وكل ما هو ذات صلة بتهريب المخدرات عن طريق استخدام البريد الدولي<sup>(٣)</sup>.

#### عاشرا- مراقبة السفن في أعالي البحار:

عادة ما تلجأ شبكات تهريب المخدرات إلى استخدام السفن لنقل المواد المخدرة بين الدول على نحو غير مشروع خارج الحدود الوطنية وذلك باستغلال أعالي البحار. ولذا يجب وضع إجراءات دولية تعاونية ملائمة لضبط المخدرات بما لا يعيق حركة المرور والتجارة الدولية المشروعة<sup>(٤)</sup>. وقد أُرست اتفاقية الأمم

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

المتحدة لعام ١٩٨٨ القواعد والأحكام القانونية التي تنظم التعاون الدولي لمنع الاتجار غير المشروع عن طريق البحر.<sup>(٥)</sup>

١- أنظر المادة ١٨ من نفس الاتفاقية.

٢- أنظر المادة ١٩ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية.

٣- د/ عبد الرحمن محمد خلف، المرجع السابق، ص ٢٩٠.

٤- د/ أشرف إبراهيم العزوني، المرجع السابق، ص ٩٦٣.

٥- أنظر المادة ١٨ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية.

### المطلب الثاني: الرقابة الدولية والوطنية على عرض المواد المخدرة غير المشروعة

من توصيات الاتفاقيات الدولية لمكافحة للمخدرات والمؤثرات العقلية فرض نظام الرقابة على المواد المخدرة، بما في ذلك مراقبة زراعة وإنتاج وصنع واستعمال المواد المخدرة الخاضعة للرقابة والتجارة الدولية فيها، وذلك كله بهدف تحقيق التوازن العالمي بين الطلب على المخدرات والمؤثرات العقلية وعرضها للأغراض المشروعة، والعمل على منع تسريبها إلى القنوات غير المشروعة.

ونظرا لضخامة الطلب غير المشروع على المواد المخدرة للكثير من الدول، فقد نشأت صناعة الهيروين غير الخاضعة للرقابة، وهذا ما جعل أحكام الاتفاقيات

الدولية والتشريعات الوطنية تدعو إلى اتخاذ تدابير عاجلة لقصر استخدامات المخدرات على الأغراض الطبية والأبحاث العلمية فقط. ويعد إتلاف الزراعات غير المشروعة للنباتات المخدرة مهمة معقدة، لأنها كثيرا ما تزرع في مناطق نائية، أو في مناطق لا تصل إليها المراقبة الحكومية الفعالة. كما أن محاصيل المواد المخدرة تمثل مصدر رزق أساسي للمزارعين في بعض الدول المنتجة لتلك الزراعات المخدرة<sup>(١)</sup>. ومن أجل مواجهة هذه المشكلات يتعين على الدول اتخاذ عدد من التدابير الدولية للتحكم والسيطرة على التداول المشروع للمخدرات والمؤثرات العقلية، والحيلولة دون تسربها إلى سوق الاتجار غير المشروع، ومن التدابير المتخذة في هذا الشأن الآتي:

#### أولاً- تعزيز نظام الرقابة الدولية على المواد المخدرة :

ألزمت الاتفاقية الوحيد للمخدرات لسنة ١٩٦١ الدول الأطراف فيها بتقديم تقريراً سنوياً للهيئة الدولية لمراقبة المخدرات، تحدد فيه احتياجاتها الفعلية من المواد المخدرة للأغراض الطبية والعلمية<sup>(٢)</sup>، كما نصت اتفاقية المؤثرات العقلية لسنة ١٩٧١ على التدابير الخاصة بمراقبة المستحضرات والمواد النفسية وقصر استخدامها على نفس الأغراض السابقة<sup>(٣)</sup>، وهذا ما دعت إليه أيضاً اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٨٨ الدول الأطراف فيها بأن تمنع تحويل استخدام المواد المخدرة للأغراض الصناعية غير المشروعة للعقاقير المخدرة، وذلك بالتعاون فيما بينها لتحقيق هذه الغاية<sup>(٤)</sup>.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

ويتعين على الهيئة الدولية لمراقبة المخدرات ولجنة المخدرات ومنظمة الصحة العالمية التنسيق فيما بينها، لوضع الأسس العلمية الكفيلة بإرساء ضوابط المراقبة، وتعزيز النظم الوطنية للمراقبة على المخدرات من خلال تكثيف المشاورات التقنية، وتقديم المساعدات المالية للدول المحتاجة، والعمل على تبادل الخبرات، وإنشاء أجهزة وطنية قادرة على رصد صناعة المواد المخدرة الخاضعة للمراقبة.

### ثانياً- تشديد الرقابة على حركة التجارة الدولية للمؤثرات العقلية:

أكدت بعض الهيئات الدولية والوطنية على وجود أدلة على تسرب بعض المؤثرات العقلية المصنعة للأغراض المشروعة عن طريق القنوات غير المشروعة، وثبتت حالات تزوير لتراخيص استيراد عقاقير نفسية.

١- محمد عباس منصور، العمليات السرية في مجال مكافحة المخدرات، المرجع السابق، ص ٢٠٢-٢٠٧.

٢- أنظر المادة ١٩ من الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة ١٩٦١.

٣- أنظر المواد ٣،٤،٥ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية.

٤- أنظر المادة ١٢ من نفس الاتفاقية.

وهذا ما جعل أعضاء المجتمع الدولي تحرص على إرساء آليات قانونية لتنظيم التجارة الدولية للمؤثرات العقلية<sup>(١)</sup>، وتقييد التصدير والاستيراد باذونات الشحن<sup>(٢)</sup>.

ثالثاً- تحديد مواقع الزراعات غير المشروعة للنباتات المخدرة والقضاء عليها:

نصت اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٨٨ على حظر زراعة النباتات المخدرة، وتوصية الدول الأطراف فيها باتخاذ مجموعة من التدابير الفعالة لمنع هذه الزراعة، عن طريق تعزيز التعاون الدولي على زيادة الجهود المبذولة للقضاء على كافة الزراعات غير المشروعة، وتقديم الدعم المادي للتنمية الريفية المتكاملة والقائمة على إيجاد بدائل مجدية اقتصاديا للزراعة غير المشروعة، وتيسير تبادل المعلومات العلمية والتقنية، وإجراء البحوث المعنية بالقضاء على المزروعات غير المشروعة للنباتات المخدرة، والتعجيل بإتلاف تلك الزراعات أو التصرف المشروع في تلك المضبوطات<sup>(٣)</sup>. وقد سبق للاتفاقية الوحيدة للمخدرات أن حظرت بعض الزراعات المخدرة كخشخاش الأفيون وشجرة الكوكا و نبات القنب<sup>(٤)</sup>.

ومن الحلول المقترحة للقضاء على الزراعات المخدرة وطنيا ودوليا نذكر الآليات التالية<sup>(٥)</sup>:

أولاً- الصعيد الوطني: يجب على السلطات الوطنية القيام بالإجراءات القانونية والعملية التالية:

١- تحديد وضبط المناطق المزروعة بالنباتات المخدرة بموجب خرائط جغرافية دقيقة، وجمع البيانات عن حالات الإنماء البرية لهذه المحاصيل، وكمية المزروعات غير المشروعة المتوقع زراعتها، ومساحة الأراضي المزروعة، وتحديد قيمة مداخيل هذه المزروعات بالعملة الوطنية والأجنبية. إلى جانب

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



تقدير نوع التربة وخصوبتها، ومعرفة العوامل المناخية، وملكية الأراضي، ونظم الري، وذلك كله من أجل اختيار أنسب المحاصيل البديلة للزراعات المخدرة. ٢- وفي حالات الإشتباه بوجود مساحات كبيرة من النباتات الزراعية المخدرة، وكانت الدولة لا تمتلك الإمكانيات المادية والبشرية لمكافحة هذه النباتات المزروعة، يمكنها طلب مساعدة الدول الأخرى أو من برنامج الأمم المتحدة المعني بالمكافحة الدولية للمخدرات. ويفترض أن يكون التعاون الدولي في مجال التنمية الريفية قائما على استبدال المحاصيل المحظورة بمحاصيل مشروعة وذات منفعة عامة، مع وضع جداول زمنية محددة ومتفق عليها مسبقا لتنفيذ خطة التنمية البديلة للزراعات المحظورة، مع تشجيع وإمداد المزارعين بالاحتياجات اللازمة لضمان نجاح خطة التنمية المقترحة.

ولضمان فعالية برامج استئصال المحاصيل الزراعية المخدرة، يجب إجراء عمليات مسح مشتركة بين الدول المعنية ولجان الأمم المتحدة العاملة في مجال مكافحة المخدرات لتقرير أهمية تلك الجهود، ومراقبة الدولة التي تم إتلاف المحاصيل على إقليمها، وتعويضها بمحاصيل زراعية بديلة، وذلك للتأكد من خلو أراضيها من

---

١- أنظر المادة ١٢ من اتفاقية المؤثرات العقلية لسنة ١٩٧١.

٢- أنظر المادة ١٣ من نفس الاتفاقية.

٣- أنظر المادة ١٤ من الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة ١٩٦١.

٤- أنظر المادة ٢٢ من نفس الاتفاقية.

الزراعات غير المشروعة من النباتات المخدرة مثل خشخاش الأفيون أو الكوكا أو نبات القنب، بالإضافة إلى إرساء مبدأ التعاون الاقتصادي الانتقالي من جانب بعض الدول في إطار استئصال المحاصيل المخدرة، لدرء إمكانية انتشار زراعات أخرى غير مشروعة.

**ثانياً- على الصعيد الدولي:** يمكن للهيئات والوكالات الدولية المعنية بمكافحة المخدرات أن تشجع الدول على الإبلاغ عن جهودها في تحديد مواقع الزراعات غير المشروعة للنباتات المخدرة، وطرق القضاء عليها في تقاريرها السنوية. وعلى الدول المعنية بالمكافحة أن تعد دراسات علمية متخصصة في القضاء على النباتات المخدرة غير المشروعة، وترفع التوصيات بشأنها إلى الهيئات والوكالات الدولية للتكفل بها، كما يمكنها طلب المساعدة من الدول ذات القدرات المادية والتكنولوجية والمالية طالبة الدعم والمساعدة لاستئصال المحاصيل غير المشروعة، مع إجراء دراسات معمقة تستهدف تحديد الأسواق المحلية والدولية لتصدير المحاصيل البديلة، وتعزيز البحوث الزراعية بهدف ضبط احتياجات برامج المحاصيل البديلة في الأجلين القصير والبعيد، والعمل من أجل تحسين الأوضاع المادية والصحية والاجتماعية للمزارعين، على أن تقترن هذه التدابير بإجراءات منح الدول المعنية بالزراعات غير المشروعة مساعدات دولية على شكل تمويل مخططات إنمائية يقدمها المجتمع الدولي

لتفعيل آليات مكافحة والعمل على القضاء النهائي على كل أشكال الزراعة المحظورة.

**المطلب الثالث: الوقاية والعلاج من الطلب غير المشروع على المخدرات دوليا ووطنيا**

إن مواجهة الطلب غير المشروع على المواد المخدرة تتطلب منع الأسباب والعوامل التي تؤدي إلى ارتكاب جرائم المخدرات، ومن ثم فإن الوقاية من الطلب غير المشروع على العقاقير المخدرة تعد إحدى التدابير العملية الناجعة في مكافحة المخدرات والحد من الطلب غير المشروع عليها، وذلك بالتنسيق بين السياسة الجنائية التي تتخذها الدول أثناء تحديدها للمصالح الجديرة بالحماية الجنائية واختيار العقوبات والتدابير الكفيلة بحمايتها، والسبل الرامية لحل كافة المشكلات الاجتماعية التي تولد الجريمة<sup>(1)</sup>. وتكمن أهمية التدابير الوقائية والعلاجية من الطلب غير المشروع على المخدرات في التعاون بين المنظمات غير الحكومية والهيئات الحكومية على معالجة المشكلات الوطنية والدولية أكثر من الجهد المبذول بشكل متواصل للتقليل من الطلب على المخدرات<sup>(2)</sup>. و من التدابير الوقائية والعلاجية للحد من الطلب غير المشروع على المواد المخدرة ما يلي:

**أولاً- علاج ظاهرة تعاطي المخدرات:** يمكن معالجة ظاهرة تعاطي المخدرات بتضافر الجهود الدولية والوطنية في جمع البيانات عن المتعاطين، وإجراء قياس دقيق عن مدى استعمال المواد المخدرة للأغراض الطبية.

فعلى الصعيد الوطني: يستوجب اتخاذ تدابير عملية لإحصاء مدى انتشار التعاطي والإدمان، وإعادة النظر في الدوائر الإحصائية والطبية الخاصة بجمع البيانات، ووضع برامج تدريب للموظفين العاملين في مجال جمع

١- د/ محمد فتحي عيد: جريمة تعاطي المخدرات في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، دار لوتس للطباعة والنشر، القاهرة ١٩٨١، ص ٥٠٣.

٢- أنظر تقرير المؤتمر الدولي المعني بإساءة استعمال العقاقير المخدرة والاتجار غير المشروع بها، المنعقد في الفترة من ١٧ إلى ٢٦ جوان ١٩٨٧ بفيينا، منشورات الأمم المتحدة، الوثيقة رقم (V.87-86414)، ص ٤٥.

وضبط البيانات وتحليلها عن أعداد المتعاطين وأعمارهم وأماكن تعاطيهم، ومصادر حصولهم على المواد المخدرة، ومدى تفشي ظاهرة الإدمان في المجتمع، وإنشاء آليات لرصد اتجاهات التعاطي، وتقييم مدى تطبيق وتنفيذ الدول للتدابير الوقائية المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية المعنية بمكافحة المخدرات.

وعلى الصعيد الدولي: يستوجب وضع ترتيبات قانونية وإجرائية عن طريق إرساء اتفاقيات دولية جديدة معنية باستخدام تدابير تنفيذية قابلة للمقارنة والتطبيق بغية تبادل المعلومات المتعلقة بظاهرة تعاطي المخدرات، على أن تقوم الهيئات والمنظمات الدولية لمكافحة المخدرات بتقديم المساعدات المطلوبة للدول لتعزيز الجهود المبذولة نحو إنشاء نظم موحدة لتسجيل حالات

التعاطي، وإجراء دراسات عن أسباب التعاطي ومداه وأنماطه، ثم تقرير الحلول المناسبة للحد من الإقبال على التعاطي<sup>(1)</sup>

ثانياً- الحد من فرص الحصول على المخدرات: يعتبر التقليل من فرص حصول الأفراد على المخدرات هو أفضل السبل للقضاء على مشكلة تعاطي المخدرات، فتوفر المواد المخدرة بسهولة وبكثرة يغري المتعاطين من الإقبال على التعاطي استجابة للضغوط النفسية والاجتماعية التي يعانون منها.

وحتى يتسنى الحد من فرص الحصول على المخدرات يتوجب على الدول اتخاذ بعض الإجراءات الوقائية والعلاجية التي تشمل مكافحة كافة مراحل إنتاج المخدرات، أو تهريبها، أو الاتجار فيها، أو تداولها في الأسواق المحلية. وتضطلع بمسئولية المكافحة للحد من فرص الحصول على المخدرات هيئات الجمارك ورجال الأمن ووزارة الصحة<sup>(2)</sup>.

ثالثاً- الوقاية عن طريق التوعية: على أن تقوم هذه التوعية عن طريق النظام التعليمي والإعلامي.

١- الوقاية عن طريق النظام التعليمي: يعتبر النظام التعليمي أحد التدابير الفعالة في مكافحة تعاطي المخدرات، ولذلك يجب العمل على زيادة وعي الأفراد والأسر عن طريق وضع مناهج دراسية لمختلف المؤسسات التعليمية، تستهدف الوقاية والعلاج من تعاطي المخدرات، على أن يراعى فيها القيم والتقاليد الاجتماعية والمحافظة على المبادئ الدينية. كما يمكن أن يعهد بهذا الدور للمؤسسات الدينية لما لها من تأثير بالغ الأهمية في توجيه الأفراد والأسر لإنشاء مواطن يخدم أمته ويساهم في بنائها ويحافظ على مبادئ

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

أخلاقها ويطبق تعاليم دينها. ويمكن لمنظمة اليونسكو - أيضا - أن تنشئ مراكز إقليمية للتدريب والإرشاد والإعلام للأشخاص المسؤولين على إعداد وتهيئة المناهج التعليمية، على أن تعمم هذه المناهج من خلال تنظيم دورات تدريب إقليمية، والعمل على تبادل المختصين من الخبراء. كما يمكن للمنظمات غير الحكومية المساهمة في إنشاء شبكات تعاون بين المؤسسات والبرامج والمشروعات المعنية بالعمل الوقائي ضد خطر تعاطي المخدرات، وأن تقدم إلى الدول المعلومات والبيانات عن الطرائق والخبرات والتدابير في مجال الوقاية من تعاطي المخدرات عن طريق التربية والتعليم.

٢- الوقاية عن طريق الإعلام: تضطلع وسائل الإعلام بمختلف أنواعها بأدوار فاعلة في توجيه الأفراد والأسر

١- د/أشرف إبراهيم العزوني، المرجع السابق، ص ٩٧٠ .

٢- د/سمير نعيم أحمد، تعاطي المخدرات والتدابير الوقائية، الندوة الدولية العربية حول ظاهرة تعاطي المخدرات، المنظمة الدولية العربية للدفاع الاجتماعي، القاهرة ١٩٧١، مشار إليه في مؤلف د/أشرف إبراهيم العزوني، نفس المرجع، ص ٩٧٠ .  
من خلال إعداد حملات توعية إعلامية تستهدف الوقاية من تعاطي المخدرات، إذا ما تم توجيهها بأسس علمية ناجعة، ويتعاون وإشراف من طرف السلطات المختصة بمكافحة المخدرات، ولاسيما في ضمان إذاعة وتعميم

التحذيرات من الأضرار الناجمة عن تعاطي المخدرات. كما يمكن نشر وإشهار هذه التحذيرات في مختلف وسائل الإعلام السمعية والبصرية كالمصقات والصور، خاصة في أماكن التجمعات التي توجد بها نسبة عالية من الأمية.

رابعاً- حظر تعاطي المخدرات في أماكن العمل: يتعين إعلام العمال والموظفين بالعواقب الوخيمة في حالة تعاطي المخدرات بأماكن العمل، لما ينتج عن ذلك من تدهور للإنتاج وانخفاض في الأداء وتدني قيمة المنتجات، ووقوع الحوادث، وقلة الدخل. هذه العوامل كلها تؤثر على العامل في تحسين ظروفه الاجتماعية وتقلل من زيادة إنتاج المؤسسات العمالية. ولذا يجب اتخاذ التدابير اللازمة لمنع تعاطي المخدرات في أماكن العمل وتطبيق الأحكام القانونية على كل من يرتكب هذه الجريمة. على أن تعمل النقابات العمالية بإعداد برامج عمل مشتركة لأعضائها بهدف إعداد قوانين حظر تعاطي المخدرات بالاشتراك والتنسيق مع منظمة العمل الدولية، من أجل تنسيق وتوحيد الجهود الرامية إلى منع تعاطي المواد المخدرة في مؤسسات العمل العامة والخاصة.

## خاتمة

يعاني المجتمع الدولي من مشكلة المخدرات التي أضحت ظاهرة عالمية متعددة الأبعاد، ولقد فرضت هذه المشكلة نفسها على اهتمامات حكومات وشعوب الدول المختلفة، بالنظر إلى عدة عوامل متشابكة من أهمها: اتساع النطاق المكاني لعمليات إنتاج المخدرات وتهريبها، وتعدد جنسيات الجناة القائمين على عمليات الإجرام المنظم في مجال أنشطة المخدرات، وارتباطها بالعديد من شبكات الجرائم المنظمة والإرهاب الدولي في معظم أنحاء العالم. كما أن الإدمان وتعاطي المخدرات أصبحا يشكلان ظاهرة وبائية دولية تجتاح معظم دول العالم، بالرغم من اختلاف أنظمتها، وتفاوت درجات نموها وتقدمها.

وقد تفاقمت مشكلة المخدرات من حيث امتداد عمليات إنتاجها وتهريبها والاتجار غير المشروع بها إلى عدة مناطق جديدة غير مسبوقة، كما تم استحداث مواد مخدرة شديدة الخطورة، بالإضافة إلى اكتشاف طرائق زراعية جديدة أدت إلى زيادة المزروعات غير المشروعة من المخدرات، كما مكنت التطورات الكيميائية من إنتاج كميات من المخدرات الصناعية.

ومما لاشك فيه فإنه يصعب على الدولة التصدي بإرادتها المنفردة للجرائم المنظمة للمخدرات خاصة فيما يتعلق بالتهريب والاتجار غير المشروع فيها، وكذا فيما يتعلق بالتحريات وإجراءات التحقيق والملاحقة القضائية، إذا لم تدعم بوثائق ومعلومات من الدول الأخرى التي وقعت على أقاليمها أجزاء من النشاط الإجرامي لجرائم المخدرات، وكذا مشكلات الاختصاص القضائي للدول إذا ما فر الجناة عقب ارتكاب جرائمهم إلى الدول الأخرى، ومشكلات تسليم هؤلاء

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني



المجرمين لمحاكمتهم، بالإضافة إلى عمليات غسل الأموال والتي تتم عبر العديد من المؤسسات المصرفية في الدول المختلفة.

وهذا يتطلب من جميع الأجهزة الدولية والوطنية العاملة في مجال مكافحة تهريب المخدرات، اتخاذ كافة الإجراءات الصارمة لتنفيذ القوانين في مواجهة عصابات التهريب، والعمل على كشف مسارات تهريبها وتعطيلها بصفة مستمرة حتى لا تقوى شوكتها، وهذا يفرض التنسيق وتبادل المعلومات بين السلطات الوطنية والأجهزة الدولية المعنية بمكافحة المخدرات لرصد تحركات هذه الشبكات وكشف هوية أعضائها وتعقب أنشطتها الإجرامية.

### نتائج البحث المتوصل إليها

١- إيجاد آليات للتعاون الإقليمي والدولي في المجال الأمني والتشريعي والإجرائي بين الدول المعنية بمكافحة إنتاج المخدرات والاتجار غير المشروع فيها، مع عقد الندوات والمؤتمرات لدراسة معوقات مكافحة وإعداد أفضل الخطط للتغلب عليها.

٢- تفعيل دور الشرطة الجنائية لتبادل المعلومات الأمنية وسرعة الإخطار بالأحكام القضائية التي تدين الجناة في قضايا تهريب المخدرات والاتجار غير المشروع فيها بالنسبة لمواطني الدولة أو الأجانب عنها

٣- العمل على متابعة كافة المستحدثات التقنية المتعلقة بالكشف عن المخدرات ورصد مسارات التهريب وتزويد القائمين على أجهزة مكافحة بها.

- ٤- الزيادة في ميزانيات أجهزة الرقابة على المخدرات بإيفاد إدارات مكافحة الدول المتقدمة لتبادل الخبرات واكتساب المهارات والاطلاع على الأساليب التقنية للمراقبة والتحري لمواجهة كافة مظاهر الجريمة المنظمة.
- ٥- توظيف كافة وسائل التوعية الإعلامية بمخاطر الجريمة المنظمة وغسل الأموال وحث الأفراد والمؤسسات المالية والمنظمات الدولية والجمعيات الأهلية للتصدي لمظاهرها والإبلاغ عن المساهمين فيها.

## قائمة المراجع

### أولاً- مراجع اللغة العربية:

- ١- د/ أشرف إبراهيم العزوني: القواعد القانونية لمكافحة الجرائم المنظمة للمخدرات- دراسة تحليلية مقارنة في إطار منظومة القانون الدولي لمكافحة المخدرات، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٥.
- ٢- د/ حسنين عبيد: الجريمة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٢.
- ٣- د/سمير محمد عبد الغني طه: مكافحة الجريمة الدولية للمخدرات عبر البحار، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٢.
- ٤- د/ سمير نعيم أحمد : تعاطي المخدرات والتدابير الوقائية، بحث مقدم إلى الندوة الدولية العربية حول ظاهرة تعاطي المخدرات، دار النشر المنظمة الدولية العربية للدفاع الاجتماعي، القاهرة ١٩٧١.

٥-د/ عبد الرحمن عبد الخالق: الإجرام المنظم من خلال الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية، مقال منشور في مجلة كلية الشرطة، القاهرة، العدد ٢٦ يوليو ١٩٨١.

٦- علي أحمد علي راغب: السياسة الجنائية لمكافحة المخدرات - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشرطة، القاهرة ١٩٩٢.

٧-د/ فوزية عبد الستار: شرح قانون المخدرات، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٠.

٨- محمد عباس منصور: العمليات السرية في مجال مكافحة المخدرات، دار النشر المركز العربي للدراسات الأمنية، الرياض ١٩٩٣.

:المخدرات- التجارة المشروعة وغير المشروعة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٠.

٩-د/ محمد فتحي عيد: جريمة تعاطي المخدرات في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشرطة، القاهرة ١٩٨١.

١٠- محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٩.

### ثانيا- النصوص القانونية الدولية والوطنية:

١- الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة ١٩٦١، المعدلة ببروتوكول ٢٥ مارس ١٩٧٢.

٢- اتفاقية المؤثرات العقلية لسنة ١٩٧١.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

٣- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات  
والمؤثرات العقلية لسنة ١٩٨٨.

٤- قانون مكافحة المخدرات المصري رقم ١٢٢ لسنة ١٩٨٩.

### ثالثا- التقارير والوثائق القانونية:

١- تقرير منظمة الشرطة الجنائية الدولية (الأنتربول) عن الاتجار غير  
المشروع بالمخدرات، وثائق دورة الجمعية العامة السادسة والخمسون للمنظمة-  
ليون- فرنسا- ١٩٩٠.

٢- تقرير المؤتمر الدولي المعني بإساءة العقاقير المخدرة والاتجار غير  
المشروع بها، المنعقد من ١٧ إلى ٢٦/٠٦/١٩٨٧ بفيينا، منشورات الأمم المتحدة  
الوثيقة رقم (V.87/86414)

### رابعا- مراجع اللغات الأجنبية:

1-International Conference on Drug Abuse and Illicit

2-Interpol Dispatch Letter, International Criminal Police organization,  
general secretariat, 3 April 1989

3-Information Letter –U.N.Narcotics Division –Vienna International  
Centre –Austria,1989

4-Information Letter-U.N.Narcotics Division –Vienna International  
Centre Austria,1989

Dispatch Letter, International Criminal Police Organization, – ٥

Interpol-General secretariat -13March Paris 1989 –٦

Trafficking-United Nations-

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق -- جامعة الاسكندرية  
العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الثاني