

ISSN: 2458-7958

MLR

# Medeniyet Law Review

İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ  
YAYINI

PUBLICATION OF ISTANBUL MEDENİYET UNIVERSITY  
FACULTY OF LAW

صادرة عن جامعة اسطنبول اذ ضارية

كلية الحقوق

TEMMUZ 2016

CİLT: 1 SAYI: 1

**“Hakemli Dergidir”/ “Peer Reviewed Journal”**

**YIL 2016 SAYI 1**

**YEAR 2016 ISSUE 1**

**Yayın Sahibi / Publisher:** İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Dekan Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz/ On behalf of Istanbul Medeniyet University Faculty of Law Dean Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager:** Mehmet Refik Korkusuz

**Yayımcının Adı/ Name of Publishing Company:** İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul Medeniyet University Faculty of Law

**Basımının Adı / Printed by:** Renk Matbaası

**Basıldığı Yer / Place of Publication:** Mevlevihane yolu No:2 Davutpaşa Fatih İstanbul

**Basım Tarihi/ Publication Date:** 2016

**Yönetim Yeri/Place of Management:** İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ünalın Mah. Barajyolu Alt Sok. No:5 Ünalın Üsküdar İstanbul

**E-posta:** [lawreview@medeniyet.edu.tr](mailto:lawreview@medeniyet.edu.tr)

**URL:** <http://hukuk.medeniyet.edu.tr/tr/yayinlar/medeniyet-law-review>

**Yayın Türü:** Bu dergi yılda iki sayı olarak yayımlanan, yerel, süreli, hakemli bir hukuk dergisidir.

Dergiye yapılan atıflarda “MLR” kısaltması kullanılmalıdır.

**Katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri / All correspondence concerning articles and other submissions should be addressed to:**

E-mail: [lawreview@medeniyet.edu.tr](mailto:lawreview@medeniyet.edu.tr)

**Bu dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.**

**Articles published in this journal represent only the views of the contributors.**

**Copyright © 2016**

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Prof. Dr. M. Refik Korkusuz’un yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz. Normal ve kanuni alıntılarda kaynak göstermek zorunludur.

All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the Istanbul Medeniyet University Faculty of Law and Prof. Dr. M. Refik Korkusuz. It is obligatory to show footnotes for regular or legal quotations.

## DANIŐMA KURULU / REFEREE LIST

	<b>Name Surname</b>	<b>Affiliation</b>	<b>Country</b>
1	Prof. Dr. Nurően Canikliođlu	Marmara Üniöersitesi	Türkiye
2	Prof. Dr. Ahmet Gürbüz	Bingöl Üniöersitesi	Türkiye
3	Prof. Dr. Celal Erbay	İstanbul Yeniöyüzl Üniöersitesi	Türkiye
4	Prof. Dr. Ali Nazım Sözer	Yaőar Üniöersitesi	Türkiye
5	Prof. Dr. Costea Claudia Anna	University of Bucharest	Romanya
6	Prof. Dr. Lacrech Assaad Elmahacen	Faculty of Law Djelfa University	Cezayir
7	Prof. Dr. Taha H. Hasan AL-Anbagy	University Mustansiriya	Irak
8	Prof. Dr. Attar Nassima	Abubakar Belcaid University of Telemen	Cezayir
9	Prof. Dr. Salaheldin Abdelrahman Eldoma	Omdurman Islamic University	Sudan
10	Prof. Dr. Abderrahmane Hazerchi	Ziane Achour University Djelfa Algeria	Cezayir
11	Prof. Dr. Hadi Shalluf	Former Counsel for the Defence of Darfur Cases at the International Criminal Court (ICC)	Fransa

12	Prof. Dr. Brahim Bendaoud	Djelfa Universite / College of Law	Cezayir
13	Prof. Dr. Yettou Fatiha	University Djilali Liabes of Sidi Bellabes	Cezayir
14	Prof. Dr. Abdurrahman Eren	İstanbul Üniversitesi	Türkiye
15	Prof. Dr. Gulio Cesare Giorgini	University Nice Sophia Antipolis	Fransa
16	Prof. Dr. Fethi Gedikli	İstanbul Üniversitesi	Türkiye
17	Prof. Dr. Halil Kalabalık	Sakarya Üniversitesi	Türkiye
18	Prof. Dr. Melikşah Yasin	İstanbul Üniversitesi	Türkiye
19	Prof. Dr. Mariam Jikia	Georgian Technical University	Gürcistan
20	Prof. Dr. Muhammed Sukoy	University of Duhok	Irak
21	Prof. Dr. Wady Suleyman	University of Duhok	Irak
22	Prof. Dr. Abdullah Abalkhay	Riyad Imam University	Suudi Arabistan
23	Prof. Dr. Ahmet Bilgin	Kırıkkale Üniversitesi	Türkiye
24	Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın	İstanbul Medipol Üniversitesi	Türkiye

25	Prof. Dr. Hakan Hakeri	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
26	Prof. Dr. Cevdet İlhan Günay	İstanbul Yeniüzyıl Üniversitesi	Türkiye
27	Doç. Dr. Ümit Gezder	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
28	Doç. Dr. Fena İpekeli Kayalı	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
29	Doç. Dr. M. Barış Günay	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
30	Doç. Dr. Necmettin Kızılkaya	İstanbul Üniversitesi	Türkiye
31	Doç. Dr. Ahmet Hamdi Topal	İstanbul Medipol Üniversitesi	Türkiye
32	Doç. Dr. Abdurrahman Savaş	İstanbul Üniversitesi	Türkiye
33	Yrd. Doç. Dr. Saliha Okur Gümrükçüoğlu	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
34	Yrd. Doç. Dr. Abdullah İslamoğlu	İstanbul Üniversitesi	Türkiye
35	Assoc. Prof. Hani Albasoos	Sultan Qaboos University	Umman
36	Yrd. Doç. Dr. Ali Emrah Bozbayındır	İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi	Türkiye
37	Yrd. Doç. Dr. Mehtap Civir	Yeni Yüzyıl Üniversitesi	Türkiye

38	Assist. Prof. Dr. Muhamed Ali	International University of Sarajevo	Bosna Hersek
39	Assist. Prof. Nasir Khalil Jalal	Bahreyn University	Bahreyn
40	Dr. Walid Elgohary	The Accountability State Authority	Mısır
41	Dr. Aveen Khaled Abdurrahman	University of Duhok	Irak
42	Dr. Azzam Tamimi	The Chairman of Alhiwar TV Channel and its Editor in Chief	Birleşik Krallık
43	Dr. Tarek Chindeb	Beyrut Barosu- UHUB Yönetim Kurulu Üyesi	Lübnan
44	Dr. Sad Beshir	Jordan Albalqa University	Ürdün
45	Mokrane Amina	Economic Legal and Social Faculty Hassan II University	Fas
46	Mahmud Al-Rashid	Chair of the Islamic Society of Britain's Shura Council	Birleşik Krallık

## **Medeniyet Law Review**

### **SAHİBİ**

Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ

\*\*\*

### **EDİTÖR**

Yrd. Doç. Dr. Tülay YILDIRIM

\*\*\*

### **YAYIN KURULU**

Prof. Dr. Refik KORKUSUZ

Prof. Dr. M. Hakan HAKERİ

Doç. Dr. Ümit GEZDER

Doç. Dr. Fena İPEKEL KAYALI

Doç. Dr. M. Barış GÜNAY

Yrd. Doç. Dr. Saliha OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU

Yrd. Doç. Dr. Tülay YILDIRIM

Yrd. Doç. Dr. Hacı KARA

Arş. Gör. Feyzan ÖZBAY

Arş. Gör. Sezen KAMA

Arş. Gör. Elif Irmak BÜYÜK

Arş. Gör. Yasin BÜYÜK

Arş. Gör. Ahmet Emrah GEÇER

Arş. Gör. Hasanali AKAY

Arş. Gör. Ercan Er

Arş. Gör. Kazım ÇINAR

Arş. Gör. Feyza YILMAZ



## YAYIN İLKELERİ

1. Medeniyet Law Review Dergisi (MLR), hakemli dergi statüsünde, Kasım- Mayıs aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Derginin dili İngilizce olmakla birlikte, Türkçe, Arapça, Almanca ve Fransızca makalelere yer verilmektedir.
4. Dergiye gönderilen makalelerin başına 200-250 kelimededen oluşan öz, özlerin yazıldığı dillerde başlık ve özün altına beşer anahtar kelime eklenmelidir. Anahtar kelimeler tercihen alana ait dizinlerden seçilerek verilmelidir. Yazılan makalelerin yazıldığı dildeki öze ek olarak İngilizce öz eklenmesi gerekmektedir.
5. Yazılar Microsoft Word Programında, ana metin Times New Roman karakterinde 12 punto ve 1,5 satır aralığında, dipnotlar Times New Roman karakterinde 10 punto ve 1 satır aralığında iki yana yaslı olarak hazırlanmış, sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üst ve soldan (4) cm., alt ve sağdan (3) cm. olarak ayarlanmış bir şekilde CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.
6. Yazının başlığı siyah ve tümü büyük harf olacak şekilde hazırlanmalıdır. Başlığın hemen altında sayfanın sağında yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldızlı dipnot konularak dipnotta yazarın görev yaptığı kurum, unvanı ve iletişim (e-posta) bilgisi belirtilmelidir.
7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumu, iletişim adreslerini, telefon numaralarını ve elektronik posta adreslerini bildirmelidirler.
8. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle basıma hazır olarak verdikleri kabul edilir.

- Yayın kurulu tarafından yapılan ön incelemede derginin yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar hakeme gönderilmeden önce yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
9. Yayın kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan makaleler kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak uzman iki hakeme gönderilecek ve onların onayı ile yayımlanabilecektir. Eğer hakemlerden biri olumsuz görüş bildirirse üçüncü bir hakemin görüşüne başvurulacak ve onun görüşü belirleyici olacaktır. Yazarlara makalenin hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.
  10. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecektir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
  11. Makalenin sonunda makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Kaynakça eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar ise her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

Dipnot atıfları aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

**a. Kitap atıflarında:**

aa. Metin içindeki ilk atıflarda:

ŞANLI, Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 5. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 65.

bb. Sonraki atıflarda:

ŞANLI, s. 24.

**b. Editörlü Kitap atıflarında:**

YAVUZ, Cevdet, “CISG’e Göre Sözleşmenin Satıcı Tarafından İhlali Halinde Alıcının Sahip Olduğu Bazı Hukuki İmkanlar”, **Milletlerarası Mal Satım Hukuku- CISG**, Ed. Sinan OKUR, Ankara, Adalet, 2016, s. 269.

**c. Makale atıflarında:**

aa. Metin içindeki ilk atıflarda:

TOPUZ, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi (TBK m. 448-460)” **MÜHF – HAD**, Y. 2013, C. 19, S. 1, s. 298.

bb. Sonraki atıflarda:

TOPUZ, s. 298.

**d. Elektronik kaynakların atıflarında:**

aa. Metin içindeki ilk atıflarda:

BAŞÖZEN, Ahmet, “Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tazminat Davalarında İspat Sorunları”, (Çevrimiçi) <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=TIBB%DD%20M%DCAHALEDEN%20KAYNAKLANAN%20TAZM%DDNAT%20DAVALARINDA%20DDSPAT%20SORUNLARI&kimlik=694870117&url=makaleler/abasozen-6.pdf>, (s. 8,) E.T. 03.03.2014.

bb. Sonraki atıflarda:

BAŞÖZEN, s. 8.

- e. Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

GÖZLER, **Anayasa Hukukunun...**, s. 76.

GÖZLER, **Devletin Genel...**, s. 35.

- f. **Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.**

KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)**, 25. Baskı, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 145.

- g. **Sürelî yayında elektronik kaynağa atıf:**

BERRY, John N. , "Educate Library Leaders," **Library Journal**, (Çevrimiçi) <http://www.epnet.com/ehost>, E.T: 3 Nisan 2000.

- h. **Ansiklopediye atıf:**

BOHANNAN, Paul, “Law and Legal Institutions,” **International Encyclopedia of Social Sciences**, Vol. IX, Ed. by., David L. Shils, w. Place, McMillan and Free Press, 1968, pp. 73-77.

**i. Klasik eserlere atf:**

ARİSTOTELES, **Nikomakhos'a Etik**, s. 22-23.

**j. Kutsal kitaplara atf:**

Kur'an-ı Kerim, 49/12.

Eski Ahit, 1/1.

**k. Bibliyografya / Kaynakça**

BOHANNAN, Paul, **International Encyclopedia of Social Sciences**, Vol. IX, Ed. by., David L. Shils, w. Place, McMillan and Free Press, 1968.

KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)**, 25. Baskı, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 2014.

ŞANLI, Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 5. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

TOPUZ, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi (TBK m. 448-460)” **MÜHF – HAD**, Y. 2013, C. 19, S. 1, ss. 293- 356.

YÜKSEL, Mehmet, “Günümüzde Fikri Mülkiyet Hakları ve Azgelişmiş Ülkeler”, (Çevrimiçi) <http://www.hukukrehberi.net/Details.aspx?id=30>, s. 8, E.T: 09.09.2015.

## **BAŞLIKLANDIRMA SİSTEMİ**

### **I.**

#### **A.**

##### **1.**

###### **a.**

###### **(1)**

###### **i.**

## EDITORIAL POLICY

1. Medeniyet Law Review is a new academic refereed journal, published bi-annually, in May and November, by the Istanbul Medeniyet University Law School.
2. Papers submitted to the journal shall neither have been published nor currently be under evaluation for publishing elsewhere. Having submitted article to the journal, author refers his commitment in this regard.
3. The Journal is published in English; however, papers submitted in Turkish, Arabic, French and German of academic value are also published.
4. The papers submitted to the journal with abstracts consisting of at least 200-250 words and five key words shall be attached to the beginning of the paper. In addition to abstracts of papers for the language it is written, abstracts in English shall also be attached.
5. Each paper should be submitted as a Word document to the editor via CD or e-mail. Papers should be written according to the following style guidelines:  
**Paper size:** A4, **Top:** 4 cm; **Bottom:** 3 cm; **Left:** 4 cm; **Right:** 3 cm **Text body:** Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified, **Footnotes:** Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified.
6. The title of the paper shall all be written with black uppercase letters. The author's name shall be listed just below to the title and there shall be a mark to the end of the last name, indicating the title of the writer, his/her institutional affiliation and e mail adress.
7. Details of the author's institutional affiliation, full address and other contact information shall also be mentioned in the submissions.

8. All submissions are regarded as ready to publish and already proofread by the author himself or herself. The pre-evaluation of all submissions to *Medeniyet Law Review* will be performed by the Editorial Board and the the submissions that are unacceptable on the basis of the General Principles of Publication will be send back to the author to be corrected in accordance with the principles of publication.
9. Papers approved through the first evaluation shall be sent to one referee with the name of the writer extracted from the text according to the blind peer review principle and can only be published with his approval.
10. According to the referee's final report, demanding corrections from the author, publishing or rejection of the paper shall be decided and the author shall be informed of the situation as soon as possible.
11. At the end of the paper there shall be a bibliography, arranged in alphabetical order according to the surname of the writer. Bibliography should be arranged in accordance with the first reference to works. Citations in the paper shall be shown in the footnotes at the end of each page.

Footnotes should be arranged as follows:

**a. For books:**

aa. For the first footnote:

BORN, Gary B., **International Commercial Arbitration**, 2. Edition, Kluwer Law International, 2014, p. 62.

bb. For following footnotes of the same work:

BORN, p. 62.

**b. For papers:**



aa. For the first footnote:

WRIGHT, David, “Another wrong step: equitable compensation following a breach of trust “, **Trusts & Trustees**, Vol. 21, Issue 7, Pp. 825-843, 2015, p. 831.

bb. For following footnotes of the same work:

WRIGHT, p. 298.

**c. For web pages:**

aa. For the first footnote:

LÖRCHER, Torsten, “Arbitration in Germany”, [https://eguides.cmslegal.com/pdf/arbitration\\_volume\\_I/CMS%20GtA\\_Vol%20I\\_GERMANY.pdf](https://eguides.cmslegal.com/pdf/arbitration_volume_I/CMS%20GtA_Vol%20I_GERMANY.pdf), Access Date: 03.03.2014.

bb. For following footnotes of the same work:

LÖRCHER, p. 9.

- d.** If multiple works of one author are to be cited in the paper, the name of the cited work should be shortened in the way that allows the distinction of author’s other studies.

CHEMERINSKY, **Constitutional Law...** p. 76.

CHEMERINSKY, **Criminal Procedure...**, p. 35.

- e.** If studies prepared by multiple authors are to be cited, the names and surnames of all writers should be stated.

aa. For the first footnote:

MILLER, Angharad/OATS, Lynne, **Principles of International Taxation**, 25. Edition, Tottel Publishing, 2006, p. 145.

bb. For following footnotes of the same work:

MILLER/OATS, s. 145.

## **HEADING FORMAT**

**I.**

**A.**

**1.**

**a.**

**(1)**

**i.**

## السياسة التحريرية

1. مجلة "مدنية للقانون" هي مجلة أكاديمية محكمة نصف سنوية، تصدر في مايو و نوفمبر، من خلال كلية الحقوق جامعة مدنية باسطنبول.

2. الأوراق المقدمة للمجلة يجب ألا يكون قد سبق نشرها أو قيد التقييم للنشر في أي مكان آخر. و يلتزم المؤلف بذلك عندما تقدم المقالات إلى المجلة.

3. تنشر المجلة بالإنجليزية، و مع ذلك تنشر أيضاً الأبحاث ذات القيمة المقدمة باللغات التركية، العربية، الفرنسية و الألمانية.

4. يجب أن تتضمن الأبحاث المقدمة للمجلة ملخص من 200 – 250 كلمة على الأقل، بالإضافة إلى 5 كلمات بحث في بداية الورقة. و بالإضافة إلى ملخصات الأبحاث في اللغات المكتوب بها البحث، فيجب أيضاً تقديم ملخص لها باللغة الإنجليزية.

5. يجب أن تقدم كل الأبحاث إلى المحرر في صيغة ملف "وورد" بواسطة إسطوانة مدمجة أو البريد الإلكتروني. و يجب أن تكتب الأبحاث وفقاً للإرشادات التنسيقية التالية:

مقاس الورق: A4، الأعلى: 4 سم؛ الأسفل: 3 سم؛ اليسار: 4 سم؛  
يمين: 3 سم.

بيانات المتن: نوع الخط: Times New Roman، مقاس 12 ، 1.5 ،  
تباعد الأسطر، متساوي.

الحواشي: Times New Roman، مقاس 10، تباعد أسطر 1،  
متساوي

6. يجب أن يكتب عنوان الأبحاث بالأحرف الكبيرة السوداء. و يكتب اسم المؤلف تحت العنوان مباشرة، على أن توضع علامة في نهاية الاسم الأخير، لتحديد لقب الكاتب، و المؤسسة التي يتبعها و عنوانها البريدي.

7. يجب أيضاً أن تذكر تفاصيل المؤسسة التابع لها المؤلف، العنوان بالكامل، و أي بيانات أخرى للتواصل.

8. كافة الأوراق المقدمة من المفترض أنها معدة للنشر، و تم تدقيقها من خلال المؤلف/ة. و سيتم التقييم المسبق من خلال مجلس تحرير المجلة، و فيما يتعلق بالأبحاث المقدمة التي تم رفضها وفقاً للأسس العامة سيعاد إرسالها إلى المؤلف لتصحيحها وفقاً لمبادئ النشر.

9. ترسل الأوراق الموافق عليها من خلال التقييم الأول إلى اثنين من المحكمين، بعد حذف اسم الناشر من النص وفقاً لقواعد مراجعة الأقران غير المنظور، و لا ينشر البحث إلا بموافقتهم. و إذا أبدى أي من المحكمين رأياً سلبياً، فيتم الاستعانة بمحكم ثالث، ليصبح رأياً حاسماً. و لن يُكشف شخصية المؤلف(ون) و المحكم(ون) لبعضهم البعض.

10. سيتم اتخاذ القرار بنشر أو رفض الورقة البحثية، وفقاً للتقرير النهائي للمحكمين، أو طلب تصحيحات من المؤلف، و سيتم إبلاغ المؤلف بالموقف في أقرب وقت ممكن.

11. يجب أن يوضع في نهاية البحث قائمة مراجع، مرتبة ترتيباً أبجدياً وفقاً للقب الكاتب. و يجب أن ترتب قائمة المراجع وفقاً لأول إشارة إلى الأعمال. و تضاف الإشارات المرجعية بالهوامش في نهاية كل صفحة.

ترتب الهوامش على النحو التالي:

أ. الكتب:

1. الهامش الأول:

BORN, Gary B., **International Commercial Arbitration**, 2. Edition, Kluwer Law International, 2014, p. 62.

2. الهامش التالي لذات العمل:

BORN, p. 62.

ب. الأوراق البحثية:

1. الهامش الأول:

WRIGHT, David, "Another wrong step: equitable compensation following a breach of trust ", **Trusts & Trustees**, Vol. 21, Issue 7, Pp. 825-843, 2015, p. 831.

2. الهامش التالي لذات العمل:

WRIGHT, p. 298.

ج. الصفحات الإلكترونية:

1. الهامش الأول:

LÖRCHER, Torsten, “Arbitration in Germany”,  
[https://eguides.cmslegal.com/pdf/arbitration\\_volume\\_I/CMS%20GtA\\_Vol%20I\\_GERMANY.pdf](https://eguides.cmslegal.com/pdf/arbitration_volume_I/CMS%20GtA_Vol%20I_GERMANY.pdf), Access Date: 03.03.2014.

2. الهامش التالي لذات العمل:

LÖRCHER, p. 9.

د. إذا تم الإشارة إلى عملين لمؤلف واحد في ذات الصفحة، فيجب اختصار اسم العمل بحيث يمكن التمييز بينه و بين الدراسات الأخرى لذات المؤلف.

CHEMERINSKY, **Constitutional Law**,p. 76.

CHEMERINSKY, **Criminal Procedure**, p. 35.

هـ. الدراسات التي يعدها أكثر من مؤلف، فيتم الإشارة إليها بإيراد أسماء و ألقاب كافة المؤلفين.

1. الهامش الأول:

MILLER, Angharad/OATS, Lynne, Principles of International Taxation, 25. Edition, Tottel Publishing, 2006, p. 145.

2. الهامش التالي لذات العمل:

MILLER/OATS, s. 145.

## İÇİNDEKİLER

DANIŞMA KURULU / REFEREE LIST	iii
YAYIN İLKELERİ	xxii
EDITORIAL POLICY	
xxiiv	
السياسة التحريرية	xxii
AN ASSESMENT OF THE 15th JULY 2016 COUP ATTEMPT IN TERMS OF INTERNATIONAL LAW AND TURKISH CONSTITUTION	
<i>Prof. Dr. Refik KORKUSUZ- Res. Asst. Feyzan ÖZBAY- Res. Asst. Sezen KAMA</i>	1
تعريف الإرهاب في القانون الدولي وحق الدول في مكافحته	
THE DEFINITION OF TERRORISM UNDER INTERNATIONAL LAW AND STATES' AUTHORITY REGARDING COUNTER- TERRORISM	
<i>Prof. Dr. Refik KORKUSUZ- Prof. Dr. Ibrahim KAYA</i>	17
(حصانات وامتيازات البعثة القنصلية)	
بموجب اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963	
IMMUNITIES AND PRIVILIGES OF CONSULAR MISSION UNDER THE VIENNA CONVENTION ON CONSULAR RELATIONS OF 1963	
<i>Prof. Dr. Aveen Khaled ABDULRAHMAN</i>	26

مفهوم الاغراق السلعي وآلية مكافحته في اطار منظمة التجارة  
العالمية

DEFINITION OF DUMPING COMMODITY AND COMBAT  
MECHANISMS IN THE WTO

*Prof. Dr. Attar NASSIMA* 76

MILITARY INTERVENTION IN KOSOVO TURKEY'S STANCE  
AND INTERNATIONAL LAW

*Assist. Prof. Dr. Muhamed ALI* 157

UNSETTLED MATTER OF EUROPEAN TRADE MARK LAW:  
DOUBLE IDENTITY RULE - BURDEN OF PROOF ISSUE

*Res. Asst. Dr. Özgür ARIKAN* 177

İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ ÖNLEMLERİNİ ALMAYAN  
İŞVERENLERİN İDARİ SORUMLULUĞU

*Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ- Tuba Nur KORKUSUZ* 200

الحق في التقاضي في ضوء أحكام المحكمة الدستورية البحرينية

THE RIGHT TO LITIGATE IN THE LIGHT OF THE DECISIONS  
OF CONSTITUTIONAL COURT IN THE KINGDOM OF  
BAHRAIN

*Assist. Prof. Dr. Marwan Mohammed MAHROUS-*

*Prof. Dr. Mohammed Abdullah Mohammed NOMAN* 226

دور نشر قواعد حماية البيئة الطبيعية كآلية للتنفيذ الوطني للقانون  
الدولي الإنساني



ROLE OF PUBLISHING RULES TO PROTECT THE NATURAL  
ENVIRONMENT AS A MECHANISM FOR NATIONAL  
IMPLEMENTATION OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN  
LAW

*Dr. Elguizi LAKHDAR*

276

PRE-CONTRACTUAL LIABILITY

*Assoc. Prof. Dr. Ümit GEZDER*

308

# **AN ASSESMENT OF THE 15<sup>th</sup> JULY 2016 COUP ATTEMPT IN TERMS OF INTERNATIONAL LAW AND TURKISH CONSTITUTION**

Prof. Dr. Refik KORKUSUZ\*

Res. Asst. Feyzan ÖZBAY\*\*

Res. Asst. Sezen KAMA\*\*\*

## **INTRODUCTION**

On the evening of 15<sup>th</sup> July 2016, there was an attempted coup against the democratically elected government of Turkey; an attempt to subvert the constitutional order and bring down the Republic of Turkey. Broadcast channels were raided and taken over; air control towers at airports were tried to bring under control; main roads were blocked. The Turkish Grand National Assembly (TGNA), the Presidential Palace, public institutes under the Ministry of Interior (such as Special Operation Commands, Security General Directorate, police stations), and other public institutes were directly bombed and targeted military warplanes and arms. Military Centres were targeted: The Chief of the Armed Forces, the Chief of the General Staff, and other high level commanders were taken hostage. Some blameless soldiers were deceived into action with the information that they were in a military exercise, or that they were preventing a crime.

Many citizens took to the streets; their purpose was to protect the unity and continuity of the country, and to protest against the coup.

---

\* Istanbul Medeniyet University, [rkorkusuz@hotmail.com](mailto:rkorkusuz@hotmail.com).

\*\* Istanbul Medeniyet University, [feyzanozbay@gmail.com](mailto:feyzanozbay@gmail.com).

\*\*\* Istanbul Medeniyet University, [sezenkama@hotmail.com](mailto:sezenkama@hotmail.com).

Tragically, many such innocent citizens were mercilessly killed and bombed<sup>1</sup>. The people spilled out onto the streets to protect the national will even though they were faced with tanks and armoured vehicles. 243 of our citizens were martyred, and 2186 citizens were injured. As a result of this combined effort from the people and the security forces to resist the coup, democracy was protected, and the national will continued to be expressed, and the attempted coup was defeated. On 21<sup>st</sup> July 2016, a state of emergency was declared throughout the country for 90 days.

In this paper, the normative rules and values adopted by international law, the 1982 Constitution, and the Turkish Criminal Code will be evaluated within the context of the attempted coup of 15<sup>th</sup> July 2016.

---

<sup>1</sup> [www.afyonbaro.org.tr/wp-content/uploads/2016/07/sikayt.docx](http://www.afyonbaro.org.tr/wp-content/uploads/2016/07/sikayt.docx). E.T.24.08.2016.

## I. AN EVALUATION OF THE MILITARY COUP ATTEMPT FROM THE PERSPECTIVE OF INTERNATIONAL LAW

The terrorist attack launched on 15<sup>th</sup> July 2016, which caused panic and fear amongst the public through the use of violence, outraged national and international peace by targeting civilians and officials. This coup attempt, which was stated by media and the government, to have been supported by external powers, and must be considered in terms of international and humanitarian law<sup>2</sup>. First to be examined will be the articles of international acts violated by the coup attempt as a military intervention into a sovereign state's domestic affairs in order to bring down the democratically elected government. Then, actions such as the opening of fire on civilians, bombing the Presidential Complex, the Turkish Grand National Assembly (TGNA), and the Department of Special Operations will be examined.

Even though it may happen in practice, the illegality of intervention or meddling in the domestic affairs of a state is a settled rule in international law<sup>3</sup>. This rule is regarded as a fundamental principle because it is the inevitable consequence of the independence of a state, and a principle of sovereign equality<sup>4</sup>. Article 2 paragraph 4 of the Charter of the United Nations states that, "*All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.*" The rule stated here is regarded as a compulsory rule (*jus cogens*) for all member nations, and it is impossible to agree to a

---

<sup>2</sup> Emre ÖKTEM, *Terrorism: Humanitarian Law and Human Rights* (Terörizm: İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları), Derin, İstanbul, 2007, p.67.

<sup>3</sup> Müge KINACIOĞLU, "Foreign Democracy: Is Military Intervention for Regime Change Permissible," **All-Azimuth**, C.1., S.1., 2012, s. 31.

<sup>4</sup> Melda SUR, *Fundamentals of International Law* (Uluslararası Hukukun Esasları), Beta, İstanbul, 2006, p. 110.

different interpretation to that stated in settled international law and court decisions<sup>5</sup>.

The United Nations (UN) Secretary General, in his report presented at the Panel on Threats, Challenges and Change, stressed that the “*United Nations provides mechanisms to hinder democratically elected government from being taken over with unconstitutional measures and to protect democracy.*”<sup>6</sup> The UN General Assembly and Commission of Human Rights imposes sanctions against those taking over a democratically elected government<sup>7</sup>.

The Universal Declaration of Human Rights 1948, Article 3 which regulates the right to life and personal freedoms, states “*Everyone has the right to life, liberty and security of person*”. The International Covenant of on Civil and Political Rights 1966, article 6, which regulates the right to life states “*Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life.*” This unconditionally guaranteed right, the right to life of the civilians killed on the 15<sup>th</sup> July coup attempt, was violated.

The bombing of the Presidential Complex (*Cumhurbaşkanlığı Kulliyesi*) and TGNA is a severe attack against the national will and sovereignty. According to the 1977 Additional Protocol I to the Geneva Convention of 1949, article 51, civilians cannot be targeted by any attack or retaliation. According to article 50 of the related Protocol, civilian targets are any targets other than armed targets. The Presidential Complex and TGNA, which were targeted on July 15<sup>th</sup>

---

<sup>5</sup> *Nicaragua v. United States*, 1986, I.C.J., 14, par. 190.

<sup>6</sup> UN Panel on Threats, Challenges and Changes, *A More Secure World: Our Common Responsibility*, (BM Tehditler, Meydan Okumalar ve Değişim Yüksek Paneli, Daha Güvenli Bir Dünya: Ortak Sorumluluğumuz), 94, U.N. Doc. A/59/565 (2.12.2004).

<sup>7</sup> UN General Assembly Resolution, (BM Genel Kurul Kararı) 55/96 U.N. Doc. SN106/4/00 Rev. 4, 3-4th April 2000.

are civilian targets and so, the related international article has been violated. The places bombed are where the national will is realised and the *sine qua non* places of the Turkish State. The importance of the Presidency Office for the Republic is obvious and there is no need to express it additionally. Besides, the importance of Turkish Grand National Assembly for the Turkish state and nation is unquestionable. Bombing the two civilian targets has left the coup attempters in a weak position before international law.

The coup attempt targeted the Department of Special Operation and Police Aviation Department that are located in Golbasi/Ankara. Forty-two police officers died during these attacks. The Department of Special Operation is established under the General Directorate of Police, and it is tied to the Ministry of Domestic Affairs. This department has the mission to hinder the armed activities of terrorist organisations in residential or rural areas<sup>8</sup>. One of the basic rules of international humanitarian law is that the Offices responsible for security are regarded as civilian, unless they act in accordance with armed forces. It is also stated in article 43 that those who are not combatants are regarded as civilians<sup>9</sup>. The intervention to the police violates the articles 43 and 52 of the Additional Protocol.

Undoubtedly, the bombed places in the coup attempt are the basics institutions of Turkish constitutional order. There has been a violation of constitutional order. The bloody intervention on democracy is undoubtedly a “*danger that threatens the existence of the nation*”. On the night of July 15<sup>th</sup> 2016, and the days following, the national will - which is constitutionally recognised - and the principles mentioned

---

<sup>8</sup> <https://www.egm.gov.tr/Sayfalar/Özel-Harekat-Daire-Başkanlığı.aspx>, (Çevrimiçi) E.T. 20.08.2016.

<sup>9</sup> Feyzullah YEŞİL, *Armed Conflicts in International Law and Non- State Actors*, (Uluslararası Hukukta Silahlı Çatışmalar ve Devlet Dışı Aktörler), The Grand National Assembly of Turkey Expertise Dissertation (TBMM Uzmanlık Tezi), Ankara, 2015, p. 17.

above were disregarded by the coup attempters in a comprehensive and organised way.

## **II. AN EVALUATION OF MILITARY COUP ATTEMPT FROM THE PERSPECTIVE OF THE 1982 CONSTITUTION**

Specifically, in the context of the 15<sup>th</sup> July coup attempt, Article 120 of the 1982 Constitution should be examined. In accordance with this article;

*“In the event of serious indications of widespread acts of violence aimed at the destruction of the free democratic order established by the Constitution or of fundamental rights and freedoms, or serious deterioration of public order because of acts of violence, the Council of Ministers, meeting under the chairpersonship of the President of the Republic, after consultation with the National Security Council, may declare a state of emergency in one or more regions or throughout the country for a period not exceeding six months.”*

Within the context of aforementioned abominable attack, the reason of a political depression, like insurrection, terror etc. is significant. During the time of this depression, it is the objective to form a foggy atmosphere so that constituent elements of the government can be targeted, and the rights and freedoms of citizens deprived<sup>10</sup>. Therefore, there is a valid reason to declare a state of emergency under such circumstances. This is because the Council of Ministers (CoM) had announced a state of emergency for 90 days from 21<sup>st</sup> July 2016, 0100hrs. This decision was made by the CoM, chaired by the

---

<sup>10</sup> Ergun ÖZBUDUN, *Constitutional Law (Anayasa Hukuku)*, Yetkin, Ankara, 2005, s. 345; Selin ESEN, *State of Emergency Regime in Turkey and Comperative Law (Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, p. 39.

President, and on the recommendation of the National Security Council. After the declaration, it was published in the Official Gazette and ratified by the TGNA. A state of emergency was declared across the country as a part of the constitutional procedure. It was also notified to the Secretariat General for European Union Affairs by including measures, reasons and its duration within the scope of a state of emergency.

A state of emergency is one of the crucial subjects at the heart of constitutional law and consists of three different types. The first one is a “*Constitutional Model*” which is seen in Turkey and the other continental European countries<sup>11</sup>. In this system, there is a provision on a state of emergency in the constitution, and a government may declare a state of emergency on the basis of this constitutional rule. The second system is a “*Legislative Model*” which is implemented in the United States and the United Kingdom<sup>12</sup>. When there is a state of emergency, a parliament extends powers of the executive by making laws in this system. The final system is an “*Extra- Legem Measures Model*”<sup>13</sup>. In this system, even if there is no legal procedure for a state of emergency, a government may take precautions which are not contrary to fundamental principles of government.

A state of emergency is an exceptional situation under a temporary system of rules in order to deal with an extraordinary period. It is not possible to govern under ordinary laws during this period. However, it does not mean that it is an arbitrary period. In democratic models, a state of emergency as stated in the first two types above (*a constitutional model and a legislative model*) must be based on valid reasons.

---

<sup>11</sup> ESEN, p. 26.

<sup>12</sup> ESEN, s. 29.

<sup>13</sup> ESEN, s. 31.



In the 1982 Constitution, there is “*Extraordinary Administration Procedures*” as a general classification. Also these procedures include three different levels which are: *states of emergency, martial law, mobilisation and state of war*.

As known, a declaration of a state of emergency is a precaution to protect democracy and the rule of law when there is a grave threat against them. A state of emergency can be viewed as the quickest treatment of a disease. It is a bordered “legal order” which is outside the ordinary legal rules. As mentioned before, continental European countries and Turkey adopt a constitutional model when declaring a state of emergency. This is because there are specific rules on a state of emergency in Article 15 of the European Convention on Human Rights, and in the 1982 Constitution<sup>14</sup>. The 1982 Constitution, Article 119, includes a declaration of a state of emergency due to natural disaster or serious economic crisis, and Article 120 regulates a declaration of a state of emergency due to widespread acts of violence and serious deterioration of public order<sup>15</sup>.

Article 15 of the European Convention on Human Rights is about a state of emergency. It provides that, “*In time of war or other public emergency threatening the life of the nation, any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law. No derogation from Article 2, except in respect of deaths resulting from lawful acts of war, or from Articles 3, 4 (paragraph 1) and 7 shall be made under this provision.*”

---

<sup>14</sup> Bülent TANÖR, Necmi YÜZBAŞIOĞLU, *Turkish Constitutional Law according to the 1982 Constitution (1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku)*, Beta, İstanbul, 2012, p. 413.

<sup>15</sup> ÖZBUDUN, s. 344.

*Any High Contracting Party availing itself of this right of derogation shall keep the Secretary General of the Council of Europe fully informed of the measures which it has taken and the reasons therefor. It shall also inform the Secretary General of the Council of Europe when such measures have ceased to operate and the provisions of the Convention are again being fully executed.”*

Article 15 of the 1982 Constitution entitled, “*Suspension of the exercise of fundamental rights and freedoms*” states, “*In times of war, mobilization, martial law, or state of emergency, the exercise of fundamental rights and freedoms can be partially or entirely suspended, or measures may be taken, to the extent required by the exigencies of the situation, which derogate the guarantees embodied in the Constitution, provided that obligations under international law are not violated,*” and regards restrictions on rights as consistent with the constitution, unless obligations under international law are violated.

In this context it should be noted that the declaration mentioned in Art. 15/3 ECHR has been utilised by Turkey. At this stage, the important point in terms of international law is whether the state of emergency declaration has been made against “*a danger that threatens the nation's life*” or not.

To accept the existence of “public emergency threatening the life of the nation” mentioned in Art. 15/1 ECHR, the existing danger must be actual or imminent. “A threat to the life of the nation” means having much bigger and important emergency problems than small scale unrests, inner conflicts, or suchlike problems<sup>16</sup>. To be able to talk about a public emergency threatening the life of the nation, we should

---

<sup>16</sup> M. Semih GEMALMAZ, *A Distinction between De Facto- De Jure in the context of Supranational Standards of State of Emergency* (Olağanüstü Rejimin Ulusal üstü Ölçütleri Bağlamında De Facto-De Jure Ayrımı), Mülkiyetler Birliği Vakfı, No: 9, Ankara, 1990, p. 224.

look at the “*Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*”. Hereunder, a threat to the life of the nation is one that:

*“affects the whole of the population and either the whole or part of the territory of the state; threatens the physical integrity of the population, the political independence or the territorial integrity of the state or the existence or basic functioning of institutions indispensable to ensure and protect the rights recognized in the Covenant.”*

The European Courts of Human Rights also defines this threat in the case of *Lawless v. Ireland* as:

*“an exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organised life of the community of which the State is composed”<sup>17</sup>.*

Also, according to the ECtHR decision in *Denmark, Norway, Sweden v. Greece*, a public emergency should carry the following conditions:

- “(1) It must be actual or imminent,*
- (2) Its effects must involve the whole nation,*
- (3) The continuance of the organised life of the community must be threatened,*
- (4) The crisis or danger must be exceptional, in that the normal measures or restrictions permitted by the Convention for the*

---

<sup>17</sup> *Lawless v. Irlanda*, ECtHR, 332/57, 01.07.1961, par. 58.

*maintenance of public safety, health and order, are plainly inadequate<sup>18</sup>”.*

### **III. ASSESMENT OF THE COUP ATTEMPT WITH REGARD TO TURKISH CRIMINAL LAWS**

National military aircrafts, tanks and guns were used in the bloody coup attempt of July 15<sup>th</sup>. This attempted coup was to replace the elected government, removing, blocking and replacing the constitutional order with force and violence; removing and *de facto* restraining the functioning of the TGNA with force and violence; removing and *de facto* restraining the performance of the executive branch with force and violence. These blameworthy actions fall into the scope of the most serious crimes with regard to Turkish Criminal Code (TCC). The TCC prohibits these actions in its specific provisions. The fifth section of the fourth chapter regulating “Crimes against the State and the Nation” of the Second Book of TCC is devoted to “Crimes against Constitutional Order and Its Performance”. The actions of coup plotters constitute crimes set by Articles 309 (Contravention of the Constitution), 310 (Assassination and Attack against the President), 311 (Crime against the Legislative Organ), 312 (Crime against the Government), 313 (Armed Rebellion against the Government of the Turkish Republic), 314 (Armed Crime Organization), 315 (Supplying of Arms) of the TCC.

Article 312 of the TCC states as follows:

*“Whoever attempts to remove the government of Turkish Republic or restrain its performance partly or wholly via force and violence shall be punished by aggravated life imprisonment.”*

---

<sup>18</sup> *Denmark, Norway, Sweden and Holland v. Greece*, ECtHR 3321/67, 3322/67, 3323/67, 3344/67, 05.11.1969, par. 153.

As it states in the explanatory text of the article, the aim of this provision is to prevent the build-up of force and violence and such movements orientated towards the removal of the Cabinet, which holds the executive authority and duty according to Article 8 of the 1982 Constitution, and thereby the government which represents one of the three elements of sovereignty<sup>19</sup>. Yet the explanatory text reveals that the legal benefit protected by this offense is to assure the continuity of the performance of the government in accordance with the 1982 Constitution and laws<sup>20</sup>. The expression “*removing*” in Article 312 means dismissal of the government, and “*restraining its performance*” means breaking down or deactivating the government<sup>21</sup>. The expression “*via force and violence*” refers to any other means other than those projected by law for the takeover<sup>22</sup>. To commit this crime, it requires the use of as much violence and force as necessary for removing the government or restraining its performance - partly or wholly<sup>23</sup>. Certain exceptional takeover methods which do not involve violence or force are disposed by the 1982 Constitution and they are legitimate. Any real person may be the perpetrator of the crime. However, in the case where there is a criminal organization for committing the crimes against constitutional order, the application of Article 314 of TCC is implemented<sup>24</sup>. Paragraph 3 of Article 314

---

<sup>19</sup> İzzet ÖZGENÇ, *Turkish Criminal Law The Gazi Comment- General Provisions*, (Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi- Genel Hükümler) Seçkin, Ankara, 2005, p. 1102.

<sup>20</sup> Sami GÖREN, *Turkish Criminal Law numbered 5237: with Explanations and Case Law in the light of the Latest Amendments* (En Son Değişikliklerle Açıklamalı-İçtihatlı; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu), Yetkin, Ankara, 2012, p.1539.

<sup>21</sup> Ali PARLAR, Muzaffer HATİPOĞLU, *An Interpretation of Turkish Criminal Law* (Türk Ceza Kanunu Yorumu), Seçkin, Ankara, 2008, p. 4196.

<sup>22</sup> Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK, *Turkish Criminal Law The Gözübüyük Comment* (Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi), 2<sup>nd</sup> Vol., Kazancı Hukuk, İstanbul, 1988, p. 199.

<sup>23</sup> PARLAR, HATİPOĞLU, p.4195-4196.

<sup>24</sup> PARLAR, HATİPOĞLU, s. 4195. İsmail MALKOÇ, *Turkish Criminal Law with Explanations (The Latest Amendments and Case Law* (Açıklamalı Türk Ceza Kanunu- Son Değişiklikler ve İçtihatlarla), 4<sup>th</sup> Vol., 2013, Ankara, p. 4810.

makes reference to Article 220 of TCC disposing the crime of forming a criminal organization:

*“The provisions for the crime of forming a criminal organization are applied for this crime too.”*

The crime of armed crime organization can be committed when there are at least three perpetrators. This crime is differentiated from the crime of forming a criminal organization in Article 220 by involvement of arms.

The actions perpetrated on 15<sup>th</sup> July involved more than one crime against the constitutional order and thus the joiner of crimes comes into question.

*“In case that any other crime is committed while committing this crime, also the related provisions of these crimes are applied separately”* according to the paragraph 2 of Article 312 of the TCC. The explanatory text revokes that it is likely that the offences of murder, injury (including aggravated forms of the crime), damaging public property or damaging property of third persons are committed while committing this crime. Paragraph 2 of the Article rules that these crimes shall be separately punished<sup>25</sup>.

Furthermore, the Anti-Terror Law (ATL) requires aggravation of the punishment of these crimes. The crimes against constitutional order are labeled as terror crimes by Article 3 of the ATL. More specifically, the crimes in articles 309 (Breaking the Constitution), 310 (Assassination and Attack against the President), 311 (Crime against the Legislative Organ), 312 (Crime against the Government), 313 (Armed Rebellion against the Government of the Turkish Republic), 314 (Armed Crime Organization), 315 (Supplying Arms) of the TCC are terror crimes. Imprisonment and judicial fines for

---

<sup>25</sup> ÖZGENÇ, p. 1101-1102.

these crimes shall be aggravated according to the Article 5 of the ATL.

## CONCLUSION

During the coup attempt of July 15<sup>th</sup> the fundamental institutions of the Turkish Republic were bombed, 243 people were killed, and 2.186 were wounded. It is obligatory to admit that this bloody attack against democracy is a danger and a threat to the existence of the nation. Besides, it is clearly stated in the preamble of the Constitution that:

*“The absolute supremacy of the will of the nation, the fact that sovereignty is vested fully and unconditionally in the Turkish Nation and that no individual or body empowered to exercise this sovereignty in the name of the nation shall deviate from the liberal democracy indicated in the Constitution and the legal system instituted according to its requirements.”*

As mentioned above, public buildings, the Presidential Palace and Complex, and the National Assembly Building were amongst the first places, and civilians were targeted by heavy weapons of the National Army. The right to life, and obligation to not to harm civilians under the protection of international treaties were violated. These actions constitute many of the crimes against national order, as well as crimes against the government. In this context, this coup attempt harmed the absolute supremacy of the will of the nation; is contrary to international law, the 1982 Constitution and the Turkish Criminal Code.

## BIBLIOGRAPHY

GEMALMAZ, M. Semih: *A Distinction between De Facto- De Jure in the context of Supranational Standards of State of Emergency* (Olağanüstü Rejimin Ulusal üstü Ölçütleri Bağlamında De Facto-De Jure Ayrımı), Mülkiyetler Birliği Vakfı, No: 9, Ankara, 1990.

GÖREN, Sami: *Turkish Criminal Law numbered 5237: with Explanations and Case Law in the light of the Latest Amendments* (En Son Değişikliklerle Açıklamalı-İçtihatlı; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu), Yetkin, Ankara, 2012.

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat: *Turkish Criminal Law The Gözübüyük Comment* (Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi), 2<sup>nd</sup> Vol., Kazancı Hukuk, İstanbul, 1988.

KINACIOĞLU, Müge: “Foreign Democracy: Is Military Intervention for Regime Change Permissible,” **All-Azimuth**, C.1., S.1., 2012.

MALKOÇ, İsmail: *Turkish Criminal Law with Explanations (The Latest Amendments and Case Law* (Açıklamalı Türk Ceza Kanunu-Son Değişiklikler ve İçtihatlarla), 4<sup>th</sup> Vol., 2013, Ankara.

ÖKTEM, Emre: *Terrorism: Humanitarian Law and Human Rights* (Terörizm: İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları), Derin, İstanbul, 2007.

ÖZBUDUN, Ergun: *Constitutional Law* (Anayasa Hukuku), Yetkin, Ankara, 2005.

ÖZGENÇ, İzzet: *Turkish Criminal Law The Gazi Comment- General Provisions*, (Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi- Genel Hükümler) Seçkin, Ankara, 2005, p. 1102.

PARLAR, Ali, HATİPOĞLU, Muzaffer: *An Interpretation of Turkish Criminal Law* (Türk Ceza Kanunu Yorumu), Seçkin, Ankara, 2008.



SUR, Melda: *Fundamentals of International Law* (Uluslararası Hukukun Esasları), Beta, İstanbul, 2006.

TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi *Turkish Constitutional Law according to the 1982 Constitution (1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku)*, Beta, İstanbul, 2012.

UN Panel on Threats, Challenges and Changes, *A More Secure World: Our Common Responsibility*, (BM Tehditler, Meydan Okumalar ve Değişim Yüksek Paneli, Daha Güvenli Bir Dünya: Ortak Sorumluluğumuz), 94, U.N. Doc. A/59/565 (2.12.2004).

YEŞİL, Feyzullah: *Armed Conflicts in International Law and Non-State Actors*, (Uluslararası Hukukta Silahlı Çatışmalar ve Devlet Dışı Aktörler), The Grand National Assembly of Turkey Expertise Dissertation (TBMM Uzmanlık Tezi), Ankara, 2015.

# تعريف الإرهاب في القانون الدولي وحق الدول في مكافحته

## THE DEFINITION OF TERRORISM UNDER INTERNATIONAL LAW AND STATES' AUTHORITY REGARDING COUNTER-TERRORISM

الأستاذ الدكتور رفيق كوركوسوز

Prof. Dr. Refik Korkusuz\*

الأستاذ الدكتور إبراهيم كايا

Prof. Dr. Ibrahim Kaya\*

### Abstract:

First of all it needs to be stated that despite the considerable amount of documents prohibiting terror, a single document referring to the notion of terror directly does not exist. However, the 1937 Treaty sets forth a framework determining the concept of terror. It is also worth noting that a freedom fighter of a country could be regarded as a terrorist in another country. On the other hand, states have the authority of counter-terrorism in order to protect their existence. What about the limitation of this counter-terrorism? Actually, many institutions are involved with this matter and it relates to international human rights law. A detailed definition of terror needs to be made and a framework of terror needs to be set in order to prevent the free movement of

---

\* Istanbul Medeniyet Universitesi, ال حقوق ك لية اسط ن بول في نال حضار جامعة\*  
[rkorkusuz@hotmail.com](mailto:rkorkusuz@hotmail.com),

\* Istanbul Universitesi, ال حقوق ك لية اسط ن بول جامعة\*  
[Ibrahim.kaya@istanbul.edu.tr](mailto:Ibrahim.kaya@istanbul.edu.tr)

suspects involved in terror actions and also to delineate the limitations that states have to comply in counter-terrorism.

**Key Words:** terrorism, counter-terrorism, human rights, definition of terrorism

## 1- تعريف الإرهاب:

لا يوجد تعريف واضح للإرهاب في القانون الدولي. وعلى الرغم من أن الكثير من الاتفاقيات نصت على بنود من أجل منع الإرهاب إلا أن أيًا منها لم يضع تعريفًا للإرهاب. تم توقيع اتفاقية منع ومعاينة مرتكبي جريمة الإرهاب في ظل عصبة الأمم عام 1937، إلا أنها لم تدخل حيز التنفيذ، لأن من تعتبرهم بعض البلدان إرهابيين كانت بلدان أخرى تفتح لهم أبوابها وتوفر لهم المأوى والحماية باعتبارهم مناضلين شرفاء لا إرهابيين. وعلاوة على ذلك فإن بعض الدول ترتكب الأعمال الإرهابية وما شابهها على مرأى ومسمع الإعلام العالمي بأسره.

كل هذه الأعمال، التي تنضوي على مشاكل والكيل بمكيالين، ناجمة عن عدم وجود تعريف للإرهاب متفق عليه على الصعيد الدولي. وأهم عنصر يحول دون صياغة اتفاقية دولية عامة تحظر الإرهاب هو عدم التمكن من الإجماع على تعريف للإرهاب. ولهذا لم يكن من الممكن حتى اليوم عقد اتفاقية عالمية عامة تحظر الإرهاب كليًا في القانون الدولي. ولم تُعقد، في القانون الدولي، إلا بعض الاتفاقيات التي تحظر وتكافح بعض الأعمال الإرهابية المعينة.

وبالتالي، سنتطرق في هذه المقالة بإيجاز إلى مكافحة الإرهاب في القانون الدولي و سنتناول بالتقييم المبادرات لإعداد اتفاقية شاملة من أجل منع الإرهاب.

## 2-الوضع في القانون الدولي:

عُقدت الكثير من الاتفاقيات في الأمم المتحدة من أجل منع الأعمال الإرهابية. وتناولت هذه الاتفاقيات الكثير من القضايا المتعلقة بالإرهاب، من بينها النقل الجوي، والنقل البحري، والأشخاص المحميون، والرهائن، والمنصات البحرية، والمواد النووية، والمتفجرات البلاستيكية، والهجمات الإرهابية بالقنابل، وتمويل الإرهاب. ولم يكن النقص الوحيد في هذه الاتفاقيات هو عدم وضعها تعريفاً للإرهاب فحسب، بل إن معظمها لم يستخدم حتى مصطلح الإرهاب. وإضافة إلى الأمم المتحدة هناك الكثير من المنظمات الإقليمية، التي عقدت اتفاقيات من أجل منع الإرهاب، من بينها جامعة الدول العربية، ومنظمة المؤتمر الإسلامي، ومجلس أوروبا، ومنظمة الدول الأمريكية، ومنظمة الوحدة الأفريقية، ورابطة جنوب آسيا للتعاون الإقليمي، ورابطة الدول المستقلة.

يمتلك الاتحاد الأوروبي سياسة جادة في مكافحة الإرهاب. حيث تعتبر الاتفاقية الأوروبية لمنع الإرهاب، الموقعة عام 1977، والتي تركز على طرفيها، بأن ارتكاب الأعمال المنفذة باستخدام الوسائل الإرهابية، أو محاولة ارتكابها، أو المشاركة في مثل هذه الأعمال، هي جريمة إرهابية. وعلى الرغم من أن مصطلح الإرهاب Terrorism يدل على مذهب أو حركة، ينتهي باللاحقة -ism (فكرية أو ثقافية أو أدبية)، إلا أن الإرهاب ليس إيديولوجية. وهو،

بالمعنى الأوسع للعبارة، وسيلة مستخدمة من أجل الوصول إلى غاية سياسية. وهذا التعريف يتوافق مع الإعلان المرفق بالقرار رقم 60/49 الصادر عام 1994 عن الجمعية العامة للأمم المتحدة. وحسب الإعلان فإن "الأعمال الإجرامية التي يُقصد منها أو يراد بها إشاعة حالة من الرعب لأغراض سياسية، بين عامة الجمهور أو جماعة من الأشخاص أو أشخاص معينين، هي أعمال لا يمكن تبريرها بأي حال من الأحوال أيًا كان الطابع السياسي أو الفلسفي أو العقائدي أو العنصري أو الإثني أو الديني أو أي طابع آخر للاعتبارات التي قد يُحتج بها لتبرير تلك الأعمال".

وهناك نتيجة أخرى في التعريف الوارد أعلاه يمكن الخلوص إليها، وهي أن الإرهاب يهدف إلى إشاعة الرعب. وأصل كلمة الإرهاب يشير إلى التخويف والرعب. وعلى الرغم من أن جميع النصوص القانونية تتفق على أن الإرهاب يشتمل على العنف الشديد، إلا أن هناك مواقف مختلفة حياله تبعًا لإستخدام العنف، كما سنلاحظ أدناه<sup>1</sup>:

3- الإتفاقية العامة حول الإرهاب الدولي<sup>2</sup>:

تواصل الأمم المتحدة واللجنة السادسة بالجمعية العامة المعنية بالمسائل القانونية واللجنة الخاصة ( Ad Hoc Committee ) المشكلة بقرار صادر عن الجمعية العامة للأمم

---

الإرهاب في القانون الدولي وحق الدول في مكافحته ومشكلة التعريف القانوني الدولي له<sup>1</sup>  
ÖZDAĞ, Ümit, ÖZTÜRK, O. Metin (der.) Terörizm İncelemeleri; Teori, Örgütler, Olaylar, Asam, Ankara, 2000.

<sup>2</sup> BAŞEREN, Sertaç 'Terörizm: Kavramsal Bir Değerlendirme', Ümit Özdağ ve O. Metin Öztürk (der.) Terörizm İncelemeleri; Teori, Örgütler, Olaylar, (Ankara: ASAM, 2000),

المتحدة رقم 210/52، المعتمد عام 1996، بالعمل على إعداد الاتفاقية العامة حول الإرهاب الدولي ( Comprehensive Convention on International Terrorism ). وفي الواقع فإن الجهود في هذا المجال انطلقت مع الإعلان المرفق بالقرار رقم 60/49 الصادر عام 1994 عن الجمعية العامة للأمم المتحدة. ودعا الإعلان المذكور الدول الأعضاء في الأمم المتحدة إلى مراجعة عاجلة لأحكام القانون الدولي إزاء منع الإرهاب والحيلولة دون نشوئه، وذلك بهدف وضع إطار قانوني شامل يتضمن القضية بجميع أوجهها. وكان لهذه الجهود ثمرتها، وإن كان ذلك جزئياً، حيث تم إقرار الاتفاقية الدولية لقمع الهجمات الإرهابية بالقنابل عام 1997،<sup>3</sup> والاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب عام 1999. بيد أن خلافاً في وجهات النظر نجم عن هذه الاتفاقيات الخاصة، التي أقرت كملحق للأولويات، ويشتمل الخلاف على النقاط التالية:

- التعريف القانوني للإرهاب.

- العلاقة بين الإرهاب ومناهضة الاستعمار وحركات التحرير الوطنية.

- أنشطة القوات المسلحة للدول.

فعلى الرغم من جميع الخلافات في وجهات النظر، إلا أن الوفود في اجتماعات اللجنة الخاصة حققت تقدماً سريعاً في مناقشة الجزء الأكبر من المواد الـ 27 للاتفاقية. واللجنة الخاصة مكلفة أيضاً بإعداد مشروع الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب

<sup>3</sup> Yaser Arafat, Nelson Mandela.

النووي (International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism). وعلى غرار ما ذكرنا أعلاه، فإن هذا المشروع أيضا شكل نقطة خلاف مهمة بخصوص التعريف القانوني للإرهاب<sup>4</sup>.

وعلاوة على ذلك فإن المشروع يشتمل على التزامات أخرى من قبيل اتخاذ الدول التدابير اللازمة بشأن استخدام أراضيها ضد الأعمال الإرهابية التي يمكن أن ترتكب في بلدان أخرى، وتبادل المعلومات بين البلدان، وجعل القوانين الداخلية للبلد متوافقة مع الاتفاقية، والتأكد من عدم ارتكاب الشخص المتقدم بطلب لجوء، قبل منحه صفة لاجئ، أعمالاً إرهابية.

فالدولة، التي يُرتكب على أراضيها عمل إرهابي، ملزمة إما بمحاكمة الشخص الذي ارتكب الجرم أو يُعتقد أنه ارتكبه، أو بإعادته إلى بلده. وتم تنظيم إعادة مرتكبي الأعمال الإرهابية في الملحق. يمكن إعادة مرتكبي هذا النوع من الأعمال استناداً إلى هذه الاتفاقية، حتى ولو لم يكن هناك اتفاقية بين الدولتين من أجل إعادة المجرمين. وفي حال عدم تحقق عملية الإعادة فإن الدولة التي يوجد فيها المجرم ملزمة بمحاكمته. ومع أنه لم يتم التوصل إلى اتفاق حتى اللحظة، إلا أنه تم تعريف العمل أو الجرم الإرهابي على أنه لجوء شخص ما إلى العنف أو التهديد باللجوء إلى العنف الذي ينجم أو يحتمل أن ينجم عنه ضرر لشخص آخر أو مجموعة من الأشخاص أو ممتلكات، وذلك

---

<sup>4</sup> LAOS, Nicolas K. "Fighting Terrorism: What Can International Law Do?"  
Perceptions, Cilt: 5, Sayi: 1, 2000, s. 205

عن طريق استخدام الأسلحة أو المتفجرات أو الوسائل القاتلة بطريقة غير قانونية وعن قصد<sup>5</sup>.

وفي الوقت ذاته يشمل التعريف أيضاً محاولة الشخص ارتكاب مثل هذه الجريمة، والمشاركة في ارتكابها، وتدبير ارتكاب الآخرين لهذه الجريمة.

كما نصت الاتفاقية على ضرورة أن تكون الأعمال الإرهابية، التي تدخل في إطار هذا التعريف، والتي ترتكب على يد مسؤولي الدولة، مشمولة في الاتفاقية، وتحدثت عن إرهاب الدولة. فمكافحة الإرهاب تنطوي أيضاً على حقوق الإنسان، لأنها تتضمن العنصر الإنساني، حتى وإن كان إرهابياً.

وقد تعرض مشروع الاتفاقية العامة حول الإرهاب الدولي إلى انتقادات من جانب منظمات حقوق الإنسان في العديد من النقاط. فقد وجهت منظمة هيومان رايتس ووتش ومنظمة العفو الدولي رسالة مشتركة أوضحنا فيها أن مشروع الاتفاقية يتضمن انتهاكات لحقوق الإنسان في العديد من النواحي<sup>6</sup>.

وبناءً على ذلك فإن الاتفاقية يجب أن تبدأ بمادة توضح أن أيًا من أحكامها لا يمكن أن يؤول بطريقة تتناقض مع مواثيق

---

<sup>5</sup> Convention for the Prevention and Punishment of Terrorism (1937).

<sup>6</sup> Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft (1963), Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft (1970), Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation (1971), Protocol on the Suppression of Unlawful Acts of Violence at Airports Serving International Civil Aviation (1988).



حقوق الإنسان الدولية السارية وتقدم تنازلاً في مسألة معايير حقوق الإنسان.

وهناك انتقاد آخر لمشروع الاتفاقية لكونه يمنع الاعتراف بحق اللجوء في بلدان أخرى لمن يستخدمون القوة المسلحة ضد الدولة دون انتهاك القوانين الدولية لحقوق الإنسان في النزاعات المسلحة غير الدولية، ولأنه يعتبر هذا العمل (استخدام القوة المسلحة ضد الدولة) جريمة دولية<sup>7</sup>.

#### 4- الخلاصة:

وضع تعريف قانوني واضح للإرهاب من أجل مكافحته لن يمنح الدول المطبقة للاتفاقيات فرصة القيام بتقييم غير موضوعي، كما أنه سيحول دون استخدام قضية مكافحة الإرهاب كأداة سياسية، ويساعد على جعل مكافحة الإرهاب مشروعة. ومن الواضح أن هناك خلل كبير في العمل على منع الإرهاب "المتغير" بقوانين "ثابتة". تظهر أساليب جديدة للإرهاب يوماً بعد يوم، وعلى سبيل المثال لا تنظم أي من الاتفاقيات عملية مكافحة الإرهاب الإلكتروني. ولا جدل في ضرورة وجود اتفاقية عامة تكسب مكافحة الإرهاب مقاربة شمولية. غير أنه نتيجة لمواقف الدول أحادية الجانب، التي تراعي المصلحة الوطنية والتوازنات الدولية، يبدو من الصعب جداً التوصل إلى اتفاق بشأن قضية إدراج حركات التحرير الوطنية ضمن تعريف الإرهاب و"إرهاب الدولة". وفي ظل هذه الظروف فإن كفة التصرفات أحادية الجانب، التي يثور الجدل حول مشروعيتها والتي

---

<sup>7</sup> Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation (1988).

تنتهك حقوق الإنسان أحياناً، سترجّح مقابل المكافحة العامة للإرهاب.  
والجهة الوحيدة التي تواصل الاستفادة من هذا الوضع هي من  
يطلقون الإرهاب<sup>8</sup>.

### **Kaynakça:**

BAŞEREN, Sertaç ‘Terörizm: Kavramsal Bir Değerlendirme’, Ümit Özdağ ve O. Metin Öztürk (der.) **Terörizm İncelemeleri; Teori, Örgütler, Olaylar**, (Ankara: ASAM, 2000), ss. 1-15.

LAOS, Nicolas K. “Fighting Terrorism: What Can International Law Do?” **Perceptions**, Cilt: 5, Sayı: 1, 2000.

ÖZDAĞ, Ümit, ÖZTÜRK, O. Metin (der.) **Terörizm İncelemeleri; Teori, Örgütler, Olaylar**, Asam, Ankara, 2000.

PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, C.I, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

---

<sup>8</sup> Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents (1973).

# حصانات وامتيازات البعثة القنصلية)

## بموجب اتفاقية فينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963

### Immunities and Privileges of Consular Mission Under the Vienna Convention on Consular Relations of 1963

د.افين خالد عبد الرحمن

Prof. Dr. Aveen Khaled ABDULRAHMAN\*

#### Abstract

Consular Mission institution of the State, requires carrying out its tasks to fully granted immunities and certain privileges, and passed the Vienna Convention on Consular Relations of 1963 enjoy consular mission immunities and privileges, the goal of which is to secure the performance of consular functions to the fullest, and the right of states to exchange consular relations is not the exercise depends on the subject to the right last linked to sovereignty and eliminates not to impose the will of the state to compel it to other countries and the exchange of consular relations with it Consular Mission immunities enjoyed to perform its functions well and include consular mission headquarters immunity as it may not be the host country related to violations of the mission headquarters, but an exception to the inviolability of the mission's headquarters does not include only the buildings occupied by the consular mission while doing its job and does not include the venue of the consul and the host country to protect them from any attack, and also consular documents enjoy immunity, the consular mission and enjoying certain privileges to perform their work and include a flag-raising and the logo on the

---

\* أستاذ مساعد – كلية القانون والعلوم السياسية – جامعة دهوك – إقليم كردستان العراق – جمهورية العراق  
, University of Duhok, [aveen1998@yahoo.com](mailto:aveen1998@yahoo.com)

consulate and subject flag-raising certain protocol rules frequently regulated by the internal laws of States, and also the privilege of freedom of messaging and communication, and the right to communicate with the state

**Key Words:** consular, mission, vienna convention on consular relations of 1963, immunities

## المقدمة

البعثة القنصلية مؤسسة من مؤسسات الدولة الموفدة يستدعي قيامها بمهامها على الوجه الاكمل منحها حصانات وامتيازات معينة، وقد اقرت هذه الحصانات والامتيازات بعضها من خلال العرف الدولي وبعضها الآخر منحت من الدول على سبيل المجاملة وعلى اساس المعاملة بالمثل ، وقد اقرت اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963 تمتع البعثة القنصلية بالحصانات والامتيازات واوردتها في باب مستقل عن الحصانات وامتيازات الخاصة بالموظفين القنصلين وذلك لتسهيل معرفة احكام الحصانات والامتيازات الخاصة بكل واحدة منهما، والهدف من هذه الحصانات والامتيازات هو تأمين اداء الوظائف القنصلية على الوجه الاكمل .

**نطاق البحث :** يتحدد نطاق دراسة البحث في تناول النطاق الموضوعي والقانوني للنظام القنصلي ويتمثل النطاق الموضوعي في دراسة موضوع امتيازات وحصانات التي تتمتع بها البعثة القنصلية، والنطاق القانوني يتمثل بدراسة هذا الموضوع في اطار ما جاءت به

اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963 من قواعد تنظم حصانات وامتيازات الخاصة بالبعثة القنصلية .

**مشكلة البحث :** تكمن مشكلة البحث في الاجابة على بعض الاسئلة ،التمثلة بالاتي:

- 1- مالمقصود بالبعثة القنصلية وما أهمية وجودها؟
- 2- حدود الصلاحية الشخصية والمكانية للبعثة القنصلية؟
- 3- ما هي حدود الامتيازات الممنوحة للبعثة القنصلية بموجب اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية؟

**هيكلية البحث :** تناولنا موضوع البحث من خلال المباحث الاتية :

المبحث الاول- ماهية البعثة القنصلية ونطاق صلاحياتها

المبحث الثاني – الحصانات الممنوحة للبعثة القنصلية

المبحث لثالث – الامتيازات والتسهيلات الممنوحة للبعثة القنصلية

**المبحث الأول: ماهية البعثة القنصلية ونطاق صلاحياتها**

سوف نتناول من خلال هذا المبحث ماهية البعثة القنصلية من

خلال تعريفها ،ثم نبحت في انشاء البعثة القنصلية واهم القواعد

المنظمة لعملها ،ثم نبحت في القواعد المنظمة للبعثة القنصلية

والتمثيل القنصلي وذلك وفقا للتقسيم الآتي:

## المطلب الاول – تعريف البعثة القنصلية

البعثة القنصلية هي مؤسسة من مؤسسات الدولة تقوم بالمهام القنصلية وقد تتمثل بقنصلية عامة يرأسها قنصل عام او قنصلية يرأسها قنصل او نيابة قنصلية يرأسها نائب قنصل او وكالة قنصلية يرأسها وكيل قنصلي، وهذا هو الاصل لكن هذا الربط غير ملزم .

اقامة العلاقات القنصلية يختلف عن افتتاح البعثات القنصلية، اذ ان انشاء العلاقات القنصلية بين دولتين هو اقرار لمبدأ مباشرة العلاقات اما افتتاح البعثات القنصلية في أراضي الدولة المضيفة فهو وضع للمبدأ في حيز التنفيذ العملي والاتفاق بالتالي على مكان هذه البعثات ونطاق صلاحياتها (1).

وان حق الدول بتبادل العلاقات القنصلية موجود غير ان ممارسته يتوقف على مراعاة حق آخر يرتبط بالسيادة ويقضي بعدم فرض ارادة دولة ما على دولة اخرى والزامها بتبادل العلاقات القنصلية معها وهذا ما تؤكدته اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية التي تنص على "ان انشاء العلاقات القنصلية بين الدول يتم بالرضا المتبادل" (2) ، فضلا عن ان انشاء العلاقات الدبلوماسية بين دولتين يتضمن توافقا ضمنيا بينهما على انشاء العلاقات القنصلية ما لم يتفقا على خلاف ذلك، وذلك على اعتبار ان المهام القنصلية جزء لا يتجزأ من المهام الدبلوماسية في مفهومها الواسع، وهكذا فإن افتتاح دولة ما بعثة قنصلية في أراضي دولة اخرى تقيم معها علاقات دبلوماسية لا يستلزم حصولها على موافقة الدولة المضيفة عن طريق عقد معاهدة قنصلية بينهما، ما دام مجرد اقامتها للعلاقات الدبلوماسية قد حمل ضمنا توافقهما على انشاء العلاقات القنصلية وما تبقى هو الحصول

على موافقة الدولة المضيفة على مكان افتتاح البعثة ونطاقها الجغرافي (3).

**والتمثيل القنصلي حق ثابت لكل دولة مستقلة ذات سيادة وله مظهران :**

1-المظهر الايجابي : ويتمثل بحق الدولة في ارسال قناصل الى الخارج .

2-المظهر السلبي : ويتمثل بحق الدولة بقبول قناصل من الخارج .

وهذان المظهران هو نتيجة لما تتمتع به الدولة من سيادة (4) ، واستعمالها لهذا الحق نابع من استقلالها وسيادتها ، اما الدول ذات السيادة الناقصة فلا تقوم عادة بممارسة العلاقات القنصلية بوجهها الايجابي اذ تقوم الدولة الحامية او الوصية بتولي علاقاتها الخارجية ورعاية مصالح مواطنيها عبر بعثاتها في الخارج مالم يكن هناك ما يجيز خلاف ذلك ما بين الدولتين ، ويحق للدولة ذات السيادة الناقصة ان تستقبل البعثات القنصلية اما الدولة الفدرالية فيحدد دستورها مدى حق ولاياتها في ممارسة العلاقات الخارجية ومنها العلاقات القنصلية. والقاعدة هي قيام الحكومة المركزية للاتحاد بممارسة العلاقات الخارجية من دبلوماسية وقنصلية واستقبال مبعوثي الدول الاخرى ومنح القناصل منهم الاجازات القنصلية ، والعراق باعباره دولة فدرالية فان الدستور الفدرالي لسنة 2005 قد بين في المادة (110) منه على ان السلطة الاتحادية تمارس بعض من الاختصاصات الحصرية ومنها رسم السياسة الخارجية والتمثيل الدبلوماسي ، وبين في المادة (115) على ان كل ما لم ينص عليه من

الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية تكون من صلاحية الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في الاقليم وفي الصلاحيات المشتركة تكون الاولوية فيه لقانون الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم ، ويتبين لنا من النصين السابقين ان الدستور قد حدد على وجه التحديد والحصر اختصاصات السلطات الاتحادية، وما تبقى من الاختصاصات تكون للاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم ، وجاء نص آخر وهو نص المادة (121) من الدستور وبين ان للاقاليم والمحافظات الحق في تأسيس مكاتب لها في السفارات والبعثات الدبلوماسية لمتابعة الشؤون الثقافية والاجتماعية لها ، وبتحليل هذه النصوص يتضح لنا ان من حق اقليم كوردستان دستوريا ان يكون له تمثيل قنصلي بمظهره الايجابي والسلبي في الدول والاقاليم الاخرى ومن ضمنها انشاء بعثات قنصلية . اما بالنسبة الى الدول المتعاهدة (اتحاد تعاهدي) التي تحتفظ كل منها بكيانيتها وشخصيتها الدولية فممارسة العلاقات الخارجية الدبلوماسية والقنصلية بوجهيها السلبي والايجابي يبقى حقا لكل منها ما لم يتفق على خلاف ذلك (5).

### **المطلب الثاني - انشاء البعثة القنصلية والقواعد المنظمة لعملها**

يخضع انشاء البعثات القنصلية لموافقة الدول المضيفة باعتبارها صاحبة السيادة الكاملة على اراضيها وهذه الموافقة قد تتم في وقت واحد مع الموافقة على اقامة العلاقات القنصلية الا ان هناك حالات يتم فيها انشاء العلاقات القنصلية اولا ويترك موضوع انشاء البعثات الى وقت لاحق. ومن هذه الحالات حالة اقامة العلاقات الدبلوماسية التي يتضمن حكما موافقة الدولتين على مباشرتهما



للعلاقات القنصلية التي تتولاها البعثة الدبلوماسية عينها ، وقد ترغب احدى الدولتين او كلاهما في وقت لاحق في افتتاح بعثات قنصلية لها في اراضي الدولة المضييفة في مدن او مناطق خارج العاصمة السياسية وتشكل وحدات مستقلة عن السفارة فيستلزم ذلك حصولها على موافقة هذه الدولة (6).

وقد تضمنت اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية ما يؤكد بأن (تحديد مقر البعثة القنصلية ودرجتها ودائرة اختصاصها يتم بمعرفة الدولة الموفدة وبعد موافقة الدولة المستقبلة، وانه لا يمكن للدولة الموفدة اجراء اي تعديل لاحق لمقر البعثة او درجة اختصاص البعثة القنصلية الا بموافقة الدولة المستقبلة) (7) .

ولا بد من حصول موافقة صريحة وسابقة من الدول المستقبلة لفتح مكتب يكون تابعا لقنصلية قائمة ولكن خارج مقرها ، واتفاقية فيينا لم تضع المعايير التي يجب بموجبها اعطاء الموافقة ولا الشروط التي يمكن الاستناد اليها في الرفض وتركت الامر كله لتقدير الدولة المستقبلة، فإذا رفضت الدولة فلا يمكن فتح قنصلية، ومع ذلك يمكن للدولة المستقبلة طلب بعض التفاصيل عن حجم ومقر البعثة القنصلية ودرجتها هل هي قنصلية عامة ، قنصلية ، نيابة قنصلية ، قنصلية فخرية ، وكذلك معرفة منطقة اختصاصها القنصلي وان اي تغيير لاحق لا بد ان يسبق الحصول على موافقة الدولة المستقبلة (8).

وهذا التوضيح يؤكد مبدأ الموافقة المسبقة للدولة المضييفة على افتتاح القنصلية على اراضيها الذي اكدته الاتفاقية. اذ تنص على أنه: "لا يمكن انشاء بعثة قنصلية في اراضي الدولة المضييفة الا بموافقة تلك الدولة " (9) ، ولهذا المبدأ مبرراته كونه يتلاءم مع مبدأ اساسي

من مبادئ القانون الدولي هو مبدأ حق الدولة في السيادة الكاملة على أراضيها مع شرط ان لا تتعسف في استعمالها لهذا الحق، فتجيز لبعض الدول افتتاح قنصليات في مدينة او منطقة معينة وترفض معاملة الدولة الاخرى بالمثل دون اسباب تبرر ذلك (10).

ويذهب الاستاذ اوبنهايم الى انه يحق للدولة رفض استقبال قناصل اجانب في منطقة معينة، كما فعلت روسيا عندما رفضت لفترة طويلة السماح بأقامة قنصليات اجنبية في مدينة وارسو التي اصبحت فيما بعد عاصمة بولندا ، وهناك من الناحية العملية ظروف سياسية وامنية وعسكرية معينة قد تدفع الدول الى الحد من انشاء القنصليات الاجنبية في مناطق معينة في اراضيها وخاصة المناطق الاستراتيجية منها. مثال ذلك رفضت المانيا عام (1871) تعيين قناصل لفرنسا في الالزاس واللورين ، ورفضت سوريا بعد استقلالها انشاء بعض القنصليات الاجنبية في مدينة اللاذقية ، وهناك حالات معينة تبدي فيها الدولة المضيفة رغبتها في ان تفتح دولة اجنبية معينة قنصلية لها في منطقة ما من اراضيها لاسباب سياسية او اقتصادية الا ان هذه الدولة ترفض ذلك لاسباب خاصة بها مثال ذلك رفضت حكومة الصين الشعبية قبل عام 1950 افتتاح قنصلية لها في هونغ كونغ على الرغم من ابداء السلطات البريطانية في الجزيرة رغبتها في ان يتم ذلك. ويعود سبب رفض الصين الى تخوفها انذاك من ان يعتبر افتتاح القنصلية اعترافا منها بوضع هونغ كونغ ولذلك اكتفت الصين بأنشاء مكتب هناك ولم تعتبره بعثة قنصلية بالرغم من ممارستها للاعمال القنصلية واعتبارها قنصلية عامة من قبل سلطات هونغ كونغ (11).

## المطلب الثالث - القواعد المنظمة للبعثة القنصلية والتمثيل القنصلي

بالنسبة لهذه القواعد لا بد من التمييز بين نوعين من القواعد وهي القواعد التنظيمية للوظائف القنصلية والاختصاصات النوعية للقناصل وهذه مرجعها التشريع الوطني لكل دولة والقواعد التي تحكم التمثيل القنصلي بصفة عامة كنظام دولي وهذه مرجعها القانون الدولي العام ، وهذان النوعان يتكاملان ويكونان في مجموعهما ما يسمى بالقانون القنصلي ويفترض في القواعد الوطنية ان لا تتعارض مع القواعد الدولية (12).

والقانون القنصلي يشمل مجموعة القواعد المتعلقة بالقناصل ونشاطاتهم وهذه مرجعها القانون الدولي العام والقوانين الداخلية للدول ومجموعة من العادات والمعاهدات القنصلية وتشمل مصادر هذا القانون الآتي :

**1- الاتفاقيات الدولية :** تعد هذه الاتفاقيات مصدر رئيسي للقانون القنصلي حيث تنظم من خلالها العلاقات القنصلية بين الدول وتوجد - اتفاقيات ثنائية - التي تبين حقوق وواجبات ووظائف وامتيازات وحصانات القناصل في الدولتين المبرمتين وهكذا نوع من الاتفاقية وهناك - الاتفاقيات الجماعية - التي تبرم بين مجموعة من الدول بهدف انشاء قواعد قانونية دولية تتعلق بوضعية القناصل من اهمها اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963 (13).

**2- التشريعات الوطنية :** وهي التشريعات المتمثلة بالقوانين واللوائح والقرارات التي تعنى بتنظيم الخدمات القنصلية وهذه القواعد تلزم سلطات الدولة التي وضعتها فقط وتكون واجبة التطبيق داخل اقليمها.

وفي حالة ارتباط الدولة باتفاقيات قنصلية خاصة او بمعاهدة قنصلية عامة يتعين عليها ان تراعي عند وضع تشريعاتها المنظمة للشؤون القنصلية عدم تعارض احكام هذه التشريعات مع ما سبق ان ارتبطت بها في اتفاقيات دولية .

**3- العرف الدولي :** هناك قواعد عرفية معترف بها في اغلبية الدول فيما يتعلق بوظائف وحصانات وامتيازات القناصل مع وجود بعض القوانين التي تشير الى العرف كمصدر من مصادر القانون القنصلي مثل ما صدر في رواندا عام 1964 امر موسوم بقانون بخصوص (14) . جوازات السفر المستمدة اساسا من القواعد العرفية

بعد ان بينا مصادر القانون القنصلي ينبغي التأكد على ان من اهم مصادر هذا القانون هي اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية التي نشأت من خلال انعقاد مؤتمر الامم المتحدة للعلاقات القنصلية في فيينا لسنة (1963) واستقر هذا المؤتمر الى اقرار اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية وبرتوكولين اختياريين، احدهما بشأن اكتساب الجنسية والآخر بشأن الالزامية للمنازعات، وتقع هذه الاتفاقية في (79) مادة اغلب نصوصها قد استقر العمل بها من قبل الدول في محيط التمثيل القنصلي وايضا نظمت العديد من المسائل الاخرى التي لم تكن منظمة او التي كانت منظمة من خلال اتفاقيات ثنائية او قوانين وطنية واكدت بأن هذه الاتفاقية لا تمس الاتفاقيات الدولية الاخرى القائمة بين الدول الاطراف فيها (15) .

## المبحث الثاني الحصانات الممنوحة للبعثة القنصلية

للبعثة القنصلية صلاحية شخصية ومكانية من خلالها تمارس عملها وايضا تتمتع بمجموعة من الحصانات لكي تستطيع القيام بواجباتها على اكمل وجه حماية لمصالح دولها ورعاياها ، وسوف نبين في هذا المبحث نطاق الصلاحية التي تتمتع بها البعثة وايضا الحصانات التي تتمتع بها وذلك من خلال التقسيم الآتي :

### المطلب الاول – صلاحية البعثة القنصلية ونطاق حصاناتها

سوف نحاول من خلال هذا المطلب ان نبحت في صلاحية البعثة القنصلية، ومن ثم في نطاق صلاحياتها من خلال التقسيم الآتي :

#### الفرع الاول - صلاحية البعثة القنصلية

تتمتع البعثة القنصلية بصلاحية شخصية ومكانية وسوف نوضح الصلاحيتين وفقا للشرح الآتي :

**اولا- الصلاحية الشخصية :** الاصل ان يقتصر اختصاص البعثة القنصلية على حماية مصالح الدولة الموفدة ورعايتها وحماية مصالح مواطنيها ورعايتها ، بحيث يمارس الموظف القنصلي المهام القنصلية التي تتعلق بشكل او بآخر بدولته ومواطنيه. ولكن هناك حالات استثنائية تتسع لصلاحيات البعثة القنصلية ليشمل حماية ورعاية مصالح دولة ثالثة او اكثر ومصالح مواطنيها ويكون ذلك في حالة تعيين الشخص عينه موظفا قنصليا لاكثر من دولة. وذهبت اتفاقية فيينا على أنه "بأمكان دولتين او اكثر اعتماد شخص واحد رئيس بعثة لدى دولة اخرى ما لم تعترض الدولة المعتمدة على ذلك "

(16) ، وهناك حالة ممارسة البعثة القنصلية للمهام نيابة عن دولة  
ثالثة حيث قد يقوم قنصل دولة ما بتقديم الحماية لمواطني دول اخرى  
في اوقات الحروب او الثورات او في حالة قطع دولتين لعلاقتهما  
الدبلوماسية والقنصلية وتكليف كل منها رعاية مصالحها القنصلية في  
اراضي الدولة الأخرى. ويتطلب قيام احدى الدول بالمهام القنصلية  
نيابة عن دولة ثالثة قيامها بأبلاغ الدولة المضيفة وعدم اعتراضها  
على ذلك وهذا ماكدته م(8) من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية عندما  
نصت على أنه (بعد تبليغ الدولة المضيفة وبشرط عدم اعتراضها.  
يجوز لبعثة الدولة الموفدة ممارسة الوظائف القنصلية في الدولة  
المضيفة لصالح دولة ثالثة).

### ثانيا - نطاق الصلاحية المكانية للبعثة القنصلية :

لا يمكن ان يكون للدولة سوى بعثة دبلوماسية واحدة لدى دولة  
اخرى مقرها العاصمة السياسية وتشمل صلاحياتها كل اراضي هذه  
الدولة. اما البعثات القنصلية فيمكن ان تتعدد وتنتشر في المدن  
والمرافئ المهمة، لذلك لا بد من تحديد النطاق الجغرافي لكل منها  
وهو ما يعرف (بالمنطقة القنصلية) التي تعين الحدود الاقليمية التي  
تمارس البعثة القنصلية ضمنها وظائفها وقد تشمل هذه المنطقة جميع  
اراضي الدولة المضيفة او تقسم اراضي الدولة المضيفة الى مناطق  
قنصلية عدة تخضع كل منها باتفاق الدولتين لبعثة قنصلية معينة. ويتم  
تحديد المنطقة بموافقة الطرفين وترتبط درجة القنصلية في الغالب  
بحجم منطقتها القنصلية ، فكلما كبرت هذه المنطقة علت درجة  
القنصلية بحيث تشمل صلاحية القنصل العامة مثلا منطقة قنصلية  
واسعة. وصلاحية القنصلية منطقة قنصلية اضيق وصلاحية نيابة

القنصلية منطقة قنصلية ضيقة الا ان لهذه القاعدة استثناءات ، وقد تمتد الصلاحية المكانية للبعثة القنصلية الى خارج المنطقة القنصلية في حالتين: وهي حالة ممارسة الوظائف القنصلية خارج المنطقة القنصلية وحالة ممارستها في دولة ثالثة ويحدث ذلك في حالات طارئة ولوقت قصير مثل حدوث كارثة بحرية او جوية تستدعي انتقالا فوريا للموظف القنصلي ويفترض الموافقة الصريحة او الضمنية على ذلك وهذا ما اكدته اتفاقية فيينا (بامكان الموظف القنصلي في حالات خاصة وبموافقة الدولة المضيفة ممارسة وظائف خارج منطقتها القنصلية ) ونصها أنه: "بامكان الدولة الموفدة تكليف بعثة قنصلية قائمة في دولة معينة الاضطلاع بممارسة الوظائف القنصلية في دولة اخرى بعد ابلاغ الدولة المعينة بشرط الا تعترض احداها صراحة على ذلك (17) .

### الفرع الثاني - نطاق الحصانة التي تتمتع بها البعثة القنصلية :

يختلف نطاق الحصانة والامتيازات التي تتمتع بها البعثة القنصلية عن نطاق الحصانة والامتيازات التي تتمتع بها البعثة الدبلوماسية وذلك لانه تختلف المهمة القنصلية عن المهمة الدبلوماسية من حيث ان المبعوثين القنصلين ان كانوا ينوبون رسميا عن دولتهم في اداء الاعمال الموكولة اليهم الا انه ليس لهم الصفة التمثيلية العامة التي للمبعوثين الدبلوماسيين وليس لمنصبهم الطابع السياسي الذي يتميز به منصب هؤلاء، فالمبعوث الدبلوماسي يمثل دولته وينوب نيابة عامة عن رئيس او حكومة الدولة الموفدة له في مواجهة رئيس او حكومة الدولة المعتمد لديها وهو اداة الاتصال الاساسية بين الدولتين ، اما القنصل فنيابته عن دولته محددة بشؤون

معينة بالذات متعلقة بأمور اقتصادية وإدارية، فلا شأن له كمبدأ عام بالمسائل السياسية او العلاقات العامة بين دولته والدولة الموفد اليها ، وهذا الاختلاف بين المهمة القنصلية والدبلوماسية يفسر التفرقة في المعاملة من الناحية الدولية ما بين الاثنين ، لذلك فإن طبيعة عمل واختصاص المحدد للممثل القنصلي تؤدي الى عدم تمتعه بكافة الحصانات والامتيازات التي يقرها القانون الدولي لاعضاء السلك الدبلوماسي، فضلا عن ان اجراءات التعيين في الوظائف القنصلية في بعض الدول تختلف عن اجراءات التعيين في الوظائف الدبلوماسية التي عادة ما تكون اكثر تعقيدا (18) ، والامتيازات والحصانات الممنوحة للقنصل ليست مطلقة كما هو الحال بالنسبة للمبعوث الدبلوماسي وانما نسبية، وذلك لانه ليس للقنصل الصفة التمثيلية التي يتمتع بها المبعوث الدبلوماسي ، لذا فالقنصل لا يتمتع بالامتيازات المقررة للمبعوث الدبلوماسي (19) .

لذلك استقر سلوك الدول وكذلك العرف الدولي على ان الحصانات والامتيازات القنصلية يجب الا تكون في مستوى الحصانات والامتيازات الدبلوماسية وليس معنى ذلك جعل الوضع القانوني للبعثات القنصلية مساويا لذلك الذي يتمتع به الرعايا الاجانب العاديون ، اذ ان تلك البعثات واعضاءها يجب ان يتمتعوا بحماية اكبر من تلك التي يتمتع بها الافراد العاديون (20) ، وبأبرام اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية سنة 1963 اصبح هناك نظام موحد يتضمن الحد الادنى لما يجب ان يمنح للبعثات القنصلية من مزايا وحصانات وتسهيلات .



## المطلب الثاني - ماهية الحصانات الممنوحة للبعثة القنصلية

سوف نتناول في هذا المطلب تعريف الحصانة وبيان اهم الحصانات الممنوحة للبعثة القنصلية من خلال التقسيم الاتي :

### الفرع الاول - تعريف الحصانة

الحصانة لغة تأتي بمعنى حصن حصين وحصن القرية تحصين بنى حولها ، وتحصن العدو والحصن هو المكان ، والحصانة كلمة مشتقة في اللغة الفرنسية من كلمة (immunitas) واصلها باللغة اللاتينية (munus) وتعني الاعفاء من اعباء معينة (21)، وتعني ايضا بأنها حقوق خاصة تمنح الى دبلوماسيين عاملين في الدولة، والتي تذهب الى انه لا يجوز القاء القبض عليهم في تلك الدولة (22). والحصانة عرفت اصطلاحا من قبل بعض الفقهاء منهم الفقيه برنو ( بانها نظام يستثنى بموجبه بعض الاشخاص من تطبيق بعض القوانين الداخلية ومن الخضوع للعقوبات المترتبة على خرق هذه القوانين (23) ، الحصانة هي حق يمنح لشخصية او مؤسسة ليحول دون ممارسة الدولة المضيضة سلطاتها عليها وهذا الحق سلبي بطبيعته لا يرتبط بأي فعل ايجابي اذ يقوم على عدم ممارسة الدولة المضيضة سلطاتها على بعض الاجانب المقيمين فوق اراضيها ، والحصانة ليست في الواقع ضد القانون بل حصانة تحول دون تطبيق الجوانب الاجرائية لهذا القانون على الشخص او الهيئة المتمتعة بالحصانة (24).

## الفرع الثاني - انواع الحصانات الممنوحة للبعثة القنصلية :

البعثة القنصلية مؤسسة من مؤسسات الدولة الموفدة يستدعي لقيامها بمهامها على الوجه الاكمل منحها حصانات وامتيازات اقر بعضها العرف الدولي واخرى على سبيل المجاملة وعلى اساس المعاملة بالمثل واقر العديد منها عن طريق المعاهدات القنصلية، ومن اهمها هي اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لعام 1963 و لهذه الاتفاقية دور كبير في منح البعثة القنصلية العديد من الحصانات والامتيازات، وفي هذه الفقرة سوف نبحت في اهم الحصانات الممنوحة للبعثة القنصلية والمتمثلة بالآتي :

### اولا - الحصانة المتعلقة بمقر القنصلية

ان للمباني القنصلية حرمة خاصة لكنها ليست مطلقة كما هو الحال بالنسبة لمقر البعثة الدبلوماسية، فمبدأ حرمة مقر المباني القنصلية تم قبوله في القانون الدولي ، حيث ان اللائحة التي اقرها مجمع القانون الدولي في دورته لعام 1896 نصت على (للمقر الرسمي للقنصل والمباني التي تشغلها المكاتب القنصلية ومحفوظاتها حصانة ولا يجوز لسلطات دولة الاقامة الدخول اليها لاي سبب من الاسباب ) . كما نصت المادة (18) من اتفاقية هافانا بين الدول الامريكية المتعلقة بالموظفين القنصلين لعام 1928 على ان (للمباني القنصلية حرمة مصونة ولا يجوز للسلطات المحلية للدولة المستقبلة بأي حال من الاحوال دخولها الا بعد استئذان القنصل ) واكدت اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لعام 1963 على أن:

(1- للمباني القنصلية حرمة مصانة في حدود ما تنص عليه هذه المادة. 2- لا يحق لسلطات دولة الاقامة دخول اقسام المباني القنصلية التي تستعملها البعثة القنصلية حصرا لصالح اعمالها الا بموافقة رئيس البعثة القنصلية او الشخص المعني او رئيس البعثة الدبلوماسية للدولة الموفدة، علما انه يمكن ان تعتبر موافقة رئيس البعثة القنصلية ممنوحة في حالة الحريق او الكوارث التي تقتضي اجراءات حماية فورية .

3- ان المباني القنصلية ومفروشاتها وممتلكاتها ووسائل نقلها لا يمكن ان تكون بشكل من الاشكال موضوع مصادرة لغايات الدفاع الوطني او الصالح العام ، وفي حالة الاستيلاء الضروري لهذه الغايات تتخذ جميع الاجراءات المناسبة لتجنب وضع العقبات امام ممارسة الاعمال القنصلية ، كما يدفع للدولة الموفدة تعويض منصف كاف).

يلاحظ في النص السابق ان للمباني القنصلية حرمة خاصة لكنها ليست مطلقة كما هو الحال بالنسبة لمقار البعثات الدبلوماسية ، وقد اكدت الفقرة 2 من المادة 55 من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية على ان لا تستعمل المباني القنصلية بشكل لا يتجانس مع ممارسة المهام القنصلية (25) ، على انه مهما يكن من امر فإن الاتجاه الحديث في القانون الدولي العام لا يجيز للفنصل منح حق اللجوء في دار القنصلية، فإن السلطات المحلية لدولة الاقامة تطلب من الفنصل تسليم اللاجئ فوراً، فإن رفض، يحق للسلطات المحلية اقتحام مقر القنصلية ، ففي عام (1853) اعطى نائب الفنصل الامريكي في بيرو الملجأ الى لاجئ سياسي وقد اخذت السلطات المحلية اللاجئ بالقوة ثم تقدمت امريكا باحتجاج رسمي على ذلك وقد اجابت السلطات المحلية

في بيرو على انه يجب على نائب القنصل الامريكي احترام القوانين الوطنية في بيرو وبالتالي كان يجب عليه ان لا يمنح ملجأ لاي شخص يفر من العدالة(26).

وليس هناك ما يمنع من اقامة مؤسسات او وكالات اخرى في جزء من مباني القنصلية بشرط ان تكون الاماكن المخصصة لهذه المكاتب منفصلة عن تلك التي تستخدمها البعثة القنصلية، وفي هذه الحالة لا تعتبر المكاتب هذه جزء من مباني القنصلية فيما يتعلق بتطبيق المزايا والحصانات المنصوص عليها في الاتفاقية. من خلال ما سبق يتضح ان حرمة مقر القنصل لا تشمل الا المباني التي تشغلها البعثة القنصلية اثناء القيام بعملها وهي لاتشمل مكان اقامة القنصل، وان دخول محل اقامته لا يكون الا بعد استئذان رئيس البعثة (27).

وبالعودة لنص المادة (31) يلاحظ انها تفرض على الدولة المضيضة واجبين وهما واجب سلبي يقضي بعدم المساس بحرمة البعثة الا في حالات استثنائية وواجب ايجابي يقضي بتوفير الحماية لها ضد كل اعتداء وسوف نوضح الواجبين وفقا للآتي :

**1- عدم المساس بحرمة البعثة الا استثناءا :** ويتمثل هذا الواجب بإمتناع الدولة المضيضة عن القيام بأعمال تمس حرمة الدور القنصلية، وتطبيق ذلك يفترض التوفيق بين مصلحتين هما مصلحة الدولة الموفدة في حماية دورها القنصلية من كل تدخل من قبل سلطات الدولة المضيضة ومصلحة الدولة المضيضة في الحيلولة دون اساءة استعمال البعثات القنصلية لحق الحرمة الممنوح لها كخرق قوانين الدولة المضيضة ، ويتوجب على الدولة المضيضة ان تراعي حرمة الدور القنصلية لتمكين البعثة من ممارسة مهامها على الوجه الاكمل

ولهذا عليها ان تمنع موظفيها من دخول مقر البعثة القنصلية وممارسة اي عمل رسمي داخله او القبض على شخص او اجراء تفتيش الا بحصول على موافقة رئيسها او من يمثله ، واذا طلب رئيس البعثة احيانا تدخل السلطات المحلية للقبض على مجرم لجأ الى دار البعثة او للتحقيق في جريمة وقعت داخلها فعلى هذه السلطات تلبية الطلب دون ان تستغل دخولها لغايات اخرى (28) .

ولا يؤثر في طبيعة الحرمة ومداها كون الدور القنصلية مملوكة للدولة الموفدة او مستأجرة من قبلها ، وهناك حالة تتعلق بحق المالك في زيارة الدور المؤجرة للبعثة القنصلية للتأكد من قيامها بالصيانة اللازمة لها ، وجاءت اتفاقية فيينا خالية من اي نص يتعلق بهذه الناحية واعتبرت غالبية الوفود في مؤتمر فيينا للعلاقات الدبلوماسية والقنصلية ان مصلحة العمل الدبلوماسي او القنصلي تفوق بأهميتها مصالح الافراد وهذا بين مع عدم وجود نص فلا يجوز للمالك دخول المقر الا بعد الحصول على موافقة رئيس البعثة او من يمثله (29).

وعند حدوث حالة طارئة مثل حريق في مقر القنصلية وتعذر الاتصال برئيس البعثة او من يمثله للحصول على موافقة لدخول المبنى واطفاء الحريق فأن اتفاقية فيينا عالجت هذه الحالة وبينت اذ اجازت لسلطات الدولة المضيفة دخول الدور القنصلية في حالة الحريق والكوارث الاخرى على اساس افتراض الحصول على موافقة رئيس البعثة القنصلية من اجل حماية مصلحة المجتمع العامة وتحمي مقر البعثة القنصلية من اعمال المصادرة والاستملاك التي قد تلجأ الدولة المضيفة اليها احيانا في ظروف معينة تمثلها الضرورات

العسكرية او الامنية او حاجات المنفعة العامة وهذا ما اكدته الاتفاقية القنصلية التي تنص على أن: " تكون الدور القنصلية وموجوداتها ..... محصنة ضد اي شكل من اشكال المصادرة لاغراض الدفاع الوطني او المنفعة العامة واذا كان الاستملاك ضروريا ..... دفع تعويض ملائم وفاعل وسريع للدولة الموفدة ) (30).

2-قيام الدولة المضيفة بحماية الدور القنصلية من الاعتداءات: يجب على الدولة المضيفة اتخاذ كافة الاجراءات اللازمة لمنع التعدي على هذه الدور من قبل الافراد والجماعات ومنع مهاجمتها والحاق الاضرار بها وعليها في الازمات السياسية ان تزيد من اتخاذ تدابير الحيطة حول الدور القنصلية المهددة بتعرض المتظاهرين لها وتظهر مسؤولية الدولة المضيفة عن اعمال الشغب والاعتداء التي ترتكب ضد البعثات الاجنبية العاملة في اراضيها من سفارات وقنصليات (31).

## ثانيا - حرمة المحفوظات والوثائق القنصلية

من مقتضيات ممارسة المهام القنصلية ان تكون الوثائق والمحفوظات الخاصة بالبعثة القنصلية في منأى من التعرض لها من جانب السلطات المحلية لاي سبب من الاسباب ، وان تراعى سريتها بصفة مطلقة ، ولهذا استقر الرأي بين عموم الدول على ان تتمتع الوثائق والمحفوظات القنصلية بذات الحرمة التي تتمتع بها الوثائق والمحفوظات الدبلوماسية (32).

وتشمل المحفوظات او السجلات كافة الوثائق والاوراق والمعاملات الرسمية، والعديد من الاتفاقيات القنصلية تؤكد على هذه

الحرمة ، ومع ان حماية سجلات الدوائر القنصلية ذاتها يؤيدها القانون الدولي وتوضحها الاتفاقيات الدولية الا ان هناك من الحوادث ما يشير الى ان هذه الحرمة قد انتهكت في بعض الأحيان، مع ذلك فهذا يعد استثناء من التعامل الدولي، اذ ان مبدأ حرمة الوثائق والمحفوظات القنصلية يبقى قائماً حتى في حالة الحرب وقطع العلاقات الدبلوماسية، اذ نصت المادة (32) من المشروع النهائي للجنة القانون الدولي على (ان للوثائق والملفات القنصلية حرمة مصونة في اي وقت وفي اي مكان توجد فيه ) واكد على ذلك في المادة (33) من اتفاقية فيينا لعام 1963 على ان للمحفوظات والوثائق القنصلية حرمة مصانة في اي وقت وفي اي مكان وجدت (33).

ولا يجوز اطلاقاً للسلطات المحلية ان تمس هذه الوثائق او المحفوظات خلال اتخاذها اي اجراء قد تقتضيه الظروف ضد الممثل القنصلي ، كما لا يحق لها ان تطلب من هذا الممثل القنصلي ان يقدم ايا منها في دعوى يكون طرفاً او شاهداً فيها ، وللممثل القنصلي اذا طلب منه ذلك ان يرفض اجابة هذا الطلب دون ان يؤخذ عليه هذا الضغط وهذا ما اكدته الاتفاقية (34).

وحرمة الارشيف القنصلي ليست مستمدة من حرمة الدور القنصلية وان كانت الحرمتان متكاملتين، وانما هي حصانة ثابتة مستقلة ملازمة لحصانة الدور باعتبار ان المستندات والوثائق القنصلية هي مستندات ووثائق عامة ، واعتبر البعض ان قاعدة الحرمة هذه مستمدة من كون البعثات القنصلية تابعة للبعثات الدبلوماسية وتعمل بأمرها وهي بالتالي تتسلم منها اوراقا ذات طبيعة سياسية لها حرمتها ، ويترتب على استقلال حرمة الارشيف

عن حرمة البعثة الاقرار بحرمة الاوراق والمستندات والمحفوظات  
القنصلية حتى ولو كانت خارج دار البعثة (35).

وتشمل عبارة الارشيف القنصلي وفقا لما بينتها الفقرة الاولى من  
المادة الاولى من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية جميع الاوراق  
والمستندات والمراسلات والكتب والافلام واشرطة التسجيل  
والسجلات ومعدات الشيفرة والرموز وفهارس البطاقات وكل قطعة  
من الاثاث معدة لحفظ هذه الاشياء وحمايتها ، ويفهم بالمستندات  
القنصلية الاوراق التي لا تتعلق بالمراسلات الرسمية كالاعلانات  
والمذكرات التي تصدرها البعثة ، اما المستندات المتعلقة بالاحوال  
الشخصية والمدنية التي يسلمها القنصل لأصحاب العلاقة لاثبات  
واقعة ما ، كشهادات الزواج والوفاة والولادة وغيرها من المستندات  
التي يصدرها اثناء ممارسته لوظائفه القنصلية ، فإنها لا تدخل ضمن  
مفهوم المحفوظات القنصلية ، وعبارة الكتب تشمل الكتب المتعلقة  
بالوظائف القنصلية وجميع الكتب الاخرى التي تضمها مكتبة البعثة.  
ويقصد بعبارة المراسلات القنصلية جميع المراسلات التي تتعلق  
بالبعثة وبأدائها ومنها مراسلات القنصل مع دولته وهي تتمتع  
بالحرمة حتى قبل وصولها للبعثة او بعد مغادرتها لها وتفرض هذه  
الحرمة عدم خضوع هذه الوثائق وفض الاختام والاطلاع على  
المعلومات الواردة فيها سواء اكانت في الدور القنصلية ام خارجها  
وسواء كانت في حيازة الموظف القنصلي ام في طريق نقلها من مكان  
الى آخر بواسطة اشخاص من غير موظفي البعثة والمحفوظات  
للتفتيش والمصادرة وهذا ماكدته الاتفاقية "تكون حرمة المحفوظات  
والوثائق القنصلية مصونة في كل وقت واينما وجدت" (36) .



وبناء على ما تقدم لا يمكن للمحاكم او لاية سلطة من سلطات الدولة المضيفة ان تلزم الموظف القنصلي بالكشف عن محتويات اي مستند من مستندات الارشيف او ان تلزمه باعطاء شهادة تتعلق بهذه المستندات او بمعلومات حصل عليها اثناء ممارسته لوظيفته.

### المبحث الثالث - امتيازات وتسهيلات البعثة القنصلية:

بالاضافة الى الحصانات التي تتمتع بها البعثة القنصلية فان هذه البعثة تتمتع ببعض الامتيازات والتسهيلات التي تقدمها لها الدولة المستقبلية لمساعدتها في اداء وظائفها وسوف نببحث في هذه الامتيازات والتسهيلات مع بيان تعريف الامتياز وذلك من خلال المطالبين التاليين :

#### المطلب الاول - تعريف الامتياز وانواعه:

الامتياز (privilege) هي كلمة مشتقة من الكلمة اللاتينية (privilegium) والتي تعني ميزة او افضلية خاصة تمنح لفرد او لفئة من الافراد ، وتعني ايضا الحقوق والافضليات الفخرية والنفعية التي يملكها بعض الاشخاص بحكم نسبهم منهم النبلاء او بحكم وظائفهم او وجودهم في بعض الهيئات مثل الهيئة القضائية (37).

ويرى الفقيه (برنو) ان الامتيازات تعني استبدال قاعدة من قواعد القانون الداخلي للدولة المضيفة بقانون خاص يطبق على الموظفين الدبلوماسيين، وعرف الامتياز بكونها افعال مجاملة في اساسها تقدمها الدولة المضيفة لممثلي الدول الاخرى في اراضيها تسهيلا لاداء مهامهم على الوجه الاكمل (38).

## انواع الامتيازات والتسهيلات الممنوحة للبعثة القنصلية :

تحتاج البعثة القنصلية اثناء انشائها وخلال تأديتها لمهامها الى مساعدة مستمرة من قبل سلطات الدولة المضيفة وتبرز المساعدة من خلال امتيازات وتسهيلات تقدمها هذه السلطات اليها وقد اكدت اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963 على هذه المزايا والتسهيلات والتي سوف نوضحها في التقسيم الاتي :

### الفرع الاول - رفع العلم والشعار على مقر القنصلية

رفع علم وشعار الدولة الموفدة على مقر قنصليتها يعتبر قاعدة مستمدة من قواعد القانون الدولي العرفي ويسميه البعض بـ (مزايا مظهرية) (39) ، وبحسب هذه الميزة يحق للقنصل رفع علم وشعار دولته على مقر القنصلي، وهذا ما اكدته المادة (29) من اتفاقية فيينا لعام 1963 التي تنص على :

"1- يحق للدولة الموفدة ان ترفع علمها الوطني وشعارها في اقليم الدولة المضيفة وفقا لاحكام هذه المادة.

2- يمكن رفع علم الدولة الموفدة وشعارها على دار البعثة القنصلية وعلى مدخلها وكذلك على مسكن رئيس البعثة وعلى وسائل نقله عند استعمالها في المهام الرسمية.

3- عند ممارسة الحقوق المنصوص عليها في هذه المادة تجب مراعاة قوانين الدولة المضيفة ونظمها وعاداتها ."

رفع العلم والشعار يؤمن التعريف بمقر البعثة والتعرف اليه وقد نصت على هذا الحق جميع المعاهدات القنصلية الحديثة، وغالبية

التعليمات القنصلية التي اوضحت بالتفصيل الامكنة التي يعلق فيها شعار الدولة ويرفع عليها علمها. ويمكن القول ان هذا الحق اصبح يشكل اليوم قاعدة من قواعد القانون الدولي(40)، وسوف نبين اهم القواعد المنظمة لهذا الحق :

### اولا: رفع البعثة لعلمها الوطني

ترفض الدول عادة رفع اي علم اجنبي في اراضيها لما في ذلك من مساس بسيادتها الا ان هناك حالات استثنائية تقبل فيها برفع الاعلام الاجنبية ومن هذه الحالات حالة حق البعثات الدبلوماسية والقنصلية الاجنبية في رفع علمها الوطني فوق دورها ومساكن رؤوسائها وعلى وسائل نقلهم ، والى جانب رفع العلم الوطني تنص التعليمات القنصلية لبعض الدول على استعمال قناصلها علما خاصا يعرف بالعلم القنصلي وتطبق في رفعه القواعد نفسها (41) .

### ثانيا : الامكنة التي يمكن رفع الاعلام فيها

للبعثة القنصلية الحق في رفع علمها الوطني على دورها القنصلية، وايضا على مسكن رئيس البعثة القنصلية، ولرئيس البعثة او لنائبه الذي يحل محله عند غيابه الحق في رفع علم بلاده على وسائل تنقله، اي على سيارته الخاصة او على سفينته الشخصية او على طائرة البعثة، وليس له الحق في رفع العلم على وسائل النقل العامة عند تنقله بواسطتها، ويطالب القانون الدولي الدولة المضيفة باحترام العلم الوطني المرفوع على مقر البعثات ومساكن الرؤساء ووسائل النقل وبعدم التعرض له وتحاشي الحاق اية اهانة به لما يرتبه ذلك من مسؤولية دولية تقصيرية، ويجب على سلطات الدولة

المضيضة عندها ملاحقة الفاعلين ومعاقتهم وتقديم الاعتذار للبعثة، والذي يكون عادة من خلال تأدية التحية للعلم الجديد عند رفعه على السارية (42).

### ثالثا : قواعد رفع العلم

يخضع رفع العلم لقواعد برتوكولية معينة غالبا ما تنص عليها القوانين الداخلية للدول وتعليماتها القنصلية، ولا يجوز اساءة استعمال هذا الحق ويتوجب على البعثة القنصلية، عملا بالفقرة 3 من المادة 29 من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية مراعاة القوانين والانظمة والعادات المعمول بها في الدولة المضيضة في هذا المجال، حيث يرفع العلم على سارية تركز فوق سطح البناء او على شرفته او في باحته، وبالنسبة الى السيارات يرفع علم صغير فوق جانبها الايسر او الايمن ولا يجوز رفع العلم على سيارة رئيس البعثة الا اثناء قيامه بالمهام الرسمية، وتنكس الاعلام عند وفاة رئيس الدولة المضيضة او احدى الشخصيات الرسمية او المهمة في الدولة الموفدة او عند وفاة رئيس دولة اجنبية صديقة ومدة التنكيس تختلف باختلاف فترة الحداد. وهناك دول مثل المملكة العربية السعودية لا تنكس علمها لوجود عبارة (لا اله الا الله محمد رسول الله ) عليه، وتعلق بعض البعثات القنصلية شعار دولتها على البناء الذي تقوم فيه مكاتب البعثة القنصلية وقد اقرت بعض المعاهدات القنصلية ذلك (43).

### الفرع الثاني – حرية التراسل والاتصال

اكنت المادة (13) من مشروع هارفارد والمادة (15) من قرارات مجموع القانون الدولي على انه من حق البعثات القنصلية الاتصال

بدولتها وبالممثلين الدبلوماسيين التابعين لدولتها في مكان اقامتها وذلك بأستعمال الوسائل المشروعة (كالشيفرة)، ويجب على دولة الاقامة ان تراعي عدم التعرض لهذه الاتصالات ضمانا لسريتها (44)، وقد اكدت على ذلك اتفاقية فيينا لعام 1963 على ان: (1-تسمح دولة الاقامة وتحمي حرية مواصلات البعثة القنصلية للغايات الرسمية وفي اتصالاتها مع الحكومة ومع البعثات الدبلوماسية والقنصلية الاخرى للدولة الموفدة اينما وجدت يمكن للبعثة القنصلية ان تستعمل جميع وسائل المواصلات المناسبة ، بما في ذلك حاملي الحقيبة الدبلوماسية او القنصلية والرسل والمراسلات الرمزية والشيفرة على ان البعثة القنصلية لا يحق لها ان تقيم وتستعمل جهاز راديو مرسل الا بموافقة دولة الإقامة.

2- لمراسلات البعثة القنصلية الرسمية حرمة مصانة ويقصد بتعبير (المراسلات الرسمية ) جميع المراسلات العائدة للبعثة القنصلية ووظائفها .

3- لايجوز فتح او حجز الحقيبة القنصلية. على انه اذا كان لدى السلطات المختصة في دولة الاقامة اسباب جوهرية للاعتقاد بأن الحقيبة تحتوي على اشياء اخرى غير المراسلات الوثائق والاشياء المدرجة في الفقرة الرابعة من هذه المادة ، يحق لهذه السلطات ان تطلب فتح الحقيبة بحضورها من قبل ممثل معتمد للدولة الموفدة واذا اعربت سلطات الدولة الموفدة عن رفضها لهذا الطلب، تعاد الحقيبة الى مصدرها .

4- يجب ان تحمل الطرود التي تتألف منها الحقيبة القنصلية علامات خارجية ظاهرة تدل على طبيعتها، ولا يمكن ان تحتوي الا على

المراسلات الرسمية والوثائق والأشياء المخصصة حصريا للاستعمال الرسمي.

5- يجب ان لا يكون حامل الحقبة القنصلية من رعايا دولة الاقامة ولا مقيما فيها بصورة دائمة، ما لم توافق دولة الاقامة على ذلك، الا اذا كان من رعايا الدولة الموفدة. وفي ممارسة مهام وظيفته يتمتع حامل الحقبة بحماية الاقامة، كما يتمتع بحرمة شخصه ولا يمكن ان يخضع لاي شكل من اشكال التوقيف او القبض عليه.

6- يحق للدولة الموفدة وبعثتها الدبلوماسية او القنصلية ان تعين حاملي حقائب خاصين وتطبق في هذه الحالة احكام الفقرة الخامسة من هذه المادة مع مراعاة ان الحصانات المبينة فيها تتوقف عندما يسلم حامل الحقبة القنصلية الى المرسل اليه.

7- يمكن ان يعهد بالحقبة القنصلية الى قبطان سفينة او طائرة تجارية تصل الى نقطة دخول مسموح بها، ويجب ان يحمل هذا القبطان وثيقة رسمية تبين عدد الطرود التي تتألف منها الحقبة ولكنه لا يعتبر حامل حقبة قنصلية. ويمكن ان ترسل البعثة القنصلية احد اعضائها ليستلم الحقبة من يد قبطان الباخرة او الطائرة مباشرة وبكل حرية وبالاتفاق مع السلطات المحلية المختصة (45).

للبعثة القنصلية حرية في الاتصالات السياسية التي تجريها، اي حرية اقامة الاتصالات بالسلطة السياسية. وفي هذا المجال تضمن للبعثة الحرية التامة في اجراء الاتصالات بالطبقة السياسية سواء تلك التي تمارس السلطة او التي تكون في المعارضة وهي تستطيع

استخدام الشيفرة الخاصة وتستخدم ايضا الاتصالات اللاسلكية، شرط الموافقة المسبقة من الدولة المعتمد لديها (46).

وحرية الاتصال له علاقة بحرمة المحفوظات والوثائق لذلك فبعض من الفقهاء يدمجون الاثنين معا عند الحديث عن مزايا البعثة القنصلية، ويذهبون الى ان حرية الدوائر القنصلية بالاتصال بحكوماتها من جهة وبالبعثة الدبلوماسية لدولها في الدولة المستقبلية وبعضها مع بعض ان كان للدولة المرسله اكثر من قنصلية في الدولة المستقبلية بسرية تامة ، وسمحت اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية للدائرة القنصلية باستعمال الحقيبة القنصلية واستخدام حاملي الحقيبة القنصلية. وكذلك اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية سمحت بأستعمال الحقيبة الدبلوماسية واستخدام حاملي الحقيبة الدبلوماسية لكن الاتفاقية الدبلوماسية قد نصت بصورة قطعية على أنه: "لا يجوز فتح الحقيبة الدبلوماسية او حجزها"، بينما منحت الاتفاقية القنصلية الحق لسلطات الدولة المستقبلية ان تطلب فتح الحقيبة القنصلية اذا كان لدى هذه السلطات اسباب جوهريه للاعتقاد بأن الحقيبة تحتوي على اشياء اخرى غير المراسلات الرسمية والوثائق والاشياء المخصصة حصرا للاستعمال الرسمي، واذا رفض المسؤولون في القنصلية طلب فتح الحقيبة فتعاد الى مصدرها(47).

اذن فمن اجل قيام البعثة القنصلية بمهامها على الوجه الاكمل ينبغي منحها حق الاتصال بحرية ببعض الجهات، فهي ترتبط مباشرة بوزارة خارجية الدولة الموفدة وبعثتها الدبلوماسية في الدولة المضيفة، وتتلقى منها التعليمات وتتبادل معها المشورة، وقد تتطلب ضرورات العمل الاتصال المباشر ببقية البعثات القنصلية التابعة

للدولة الموفدة والعاملة في الدولة المضيفة او ببعض البعثات الدبلوماسية او القنصلية للدولة الموفدة العاملة في الدول المجاورة، ومن جهة ثانية لا يمكن للبعثة القنصلية اداء مهامها دون الاتصال بسلطات الدولة المضيفة في المنطقة القنصلية التي يتوجب عليها عملا بالمادة (28) من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية تقديم كامل التسهيلات للبعثة القنصلية بأعمالها ( 48 ) .

وايضا لا يمكن للبعثة القنصلية ان تقوم بأداء واجبها الرئيسي في حماية مواطنيها ورعاية مصالحهم اذا حيل بينهم وبين الاتصال بهم او اذا وضعت قيود على هذا الاتصال سواء كان ذلك في الظروف العادية او عند توقيف احدهم او حجز حريته ومن هنا تبرز اهمية اقرار حق البعثة في الاتصال برعاياها، وسوف نوضح هذه الميزة من خلال التقسيم الآتي :

### اولا - حق الاتصال بسلطات الدولة الموفدة

للبعثة القنصلية الحق في الاتصال بحرية بسلطات الدولة الموفدة كافة وبشتى الوسائل وفي جميع الأوقات، وتتمتع مراسلاتها الرسمية بما يعرف بحرمة مراسلات البعثة القنصلية بحيث لا يمكن لسلطات الدولة المضيفة رفضها او الاطلاع عليها او حجزها او تأخير وصولها كما تتمتع المراسلات القنصلية بمختلف اشكالها والحقيبة القنصلية وحاملها اثناء مرورها بطريق الترانزيت في اراضي دولة ثالثة. واذا وجدت فيها بفعل قوة قاهرة بنفس الحرية والحرمة عملا بالفقرتين 3 و4 من م54 من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية. والمراسلات القنصلية هي المراسلات الرسمية للبعثة القنصلية بمختلف انواعها المتعلقة بمهامها ووظائفها القنصلية ولا تشمل



المراسلات الخاصة والاتصالات الشخصية التي يجريها القناصل (49)، و اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية والقنصلية تعطي الحق للبعثات الدبلوماسية والقنصلية حرية الاتصال بمختلف مؤسسات الدولة المضيفة بحيث اصبح من حقها ان تتصل بوزارة الخارجية مباشرة وبشتى الطرق وان تتصل بواسطة هذه الوزارة بكل الادارات الداخلية للدولة الموفدة. وللبعثات القنصلية التابعة لنفس الدولة والعاملة في دول عدة ان تتصل ببعضها البعض بطريقة مباشرة (50).

ويتم الاتصال بين الدولة الموفدة وبعثاتها في الخارج بطرق ووسائل عدة، منها بواسطة حقائب قنصلية خاصة يحملها سعاة خاصون او يوكل امر نقلها لقواد الطائرات التجارية، ولها ان تلجأ الى وسائل الاتصالات الاخرى الهاتفية والبرقية والتلكسية والبريدية واللاسلكية، ولها ان تستعمل في اتصالاتها اية لغة صريحة كانت ام رمزية او بالشفيرة (51)، ولهذه البعثات حق الافضلية على الحصول على الخطوط الهاتفية والتلكسية الضرورية لعملها (52). فالحقيقية القنصلية تتخذ اشكالا مختلفة فهي قد تكون كيسا او مغلفا كبيرا او صندوقا او رزمة او غيرها. ويجب ان لا تحتوي سوى على المراسلات الرسمية والمستندات والاشياء المخصصة للاستعمال الرسمي كالاختام والاعلام والسجلات والصحف والمجلات والمنشورات الإعلامية، كما يجب ان تحمل علامات خارجية تدل على صفتها ويتم اغلاقها بشكل جيد وتختم بالخاتم الرسمي وبالشمع والرصاص وهذا ما اكدته اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية. ولا تختلف الحقيقية الدبلوماسية عن القنصلية الا في ان المصدر الدائم للاخيرة هو البعثة القنصلية في حين ان مصدر الحقيقية الدبلوماسية قد يكون

وزارة خارجية الدولة الموفدة او احدى بعثاتها الدبلوماسية او القنصلية لذلك فأن اغلب الاحكام التي ترعى كليهما واحدة باعتبار ان حرمتها هي امتداد لحرمة ارشيف البعثة ومراسلاتها ومستنداتها (53).

### ثانيا - حق الاتصال بسلطات الدولة المضيفة

لا يمكن للبعثة القنصلية اداء مهامها بنجاح ورعاية مصالح مواطنيها دون الاتصال بالسلطات المختصة في الدولة المضيفة، ونصت الاتفاقية على أنه: " يمكن للموظفين القنصلين اثناء ممارستهم وظائف الاتصال:

أ- بالسلطات المحلية المختصة في منطقتهم القنصلية.

ب- بالسلطات المركزية المختصة للدولة المضيفة، اذا سمحت بذلك قوانين هذه الدولة وانظمتها والتعامل الجاري فيها او الاتفاقات الدولية حول الموضوع، وفي حدود ما تسمح به" (54) .

يلاحظ من خلال هذه المادة ان للبعثة القنصلية الحق في الاتصال بالسلطات المحلية المختصة بحسب موضوع الاتصال. فلها ان تتصل بالسلطات الادارية المحلية او بالسلطات القضائية وذلك بحسب موضوع الاتصال، والاتصال قد يكون خطيا او شفويا، وبالنسبة لحقها في الاتصال بالسلطات المركزية فإنه لا يوجد في القانون الدولي قاعدة ثابتة تخول البعثة القنصلية الاتصال بالسلطات المركزية للدولة المضيفة خاصة السياسية منها. فالمهام القنصلية لا ترتبط بالسلطات السياسية كوزارة الخارجية للدولة المضيفة وانما بالسلطات الادارية والقضائية في هذه الدولة مع ذلك فإنه لا يوجد ما يمنع

حدوث هذا الاتصال، اذ ان بعض المعاهدات والقوانين الداخلية تنص على هذا الحق وهذا ما بينته اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية (55).

### ثالثا - حق الاتصال برعايا الدولة الموفدة :

يخضع المواطن الاجنبي عند وجوده في اراضي الدول الاخرى لتشريع هذه الدول، خصوصا لتشريعها الجزائي الا ان هذا لا يجرمه من حقه كإنسان في الحصول على معاملة عادلة وفي قيام دولته بالدفاع عنه وعن حقوقه ومصالحه، وليس بإمكان البعثة القنصلية حماية مواطنيها ورعاية مصالحهم اذا لم تعلم بتوقيفهم او احتجازهم او سجنهم او اذا حرمت من حق الاتصال الحر بهم اثناء ذلك، وكما ان لكل حق حدودا فإن لحق البعثة القنصلية في الاتصال برعاياها حدودا ايضا، فالبعثة لا يمكنها ان تفرض على المحتجز من رعاياها مقابلة احد موظفيها القنصليين اذا هو لم يرغب في ذلك، وعليها من جهة اخرى ان تراعي مصالح الدولة المضيفة وتراعي قوانينها (56)، وجاءت اتفاقية فيينا القنصلية لتقر للقناصل حقوقا ثلاثة: حق الاتصال بمواطنيهم وحق اعلامهم باحتجاز احدهم او سجنه وحق زيارة المحتجزين او المسجونين منهم، وذهب بعض الفقه الى وجود نقص في هذه المادة وهي تجاهلها لجرائم تتعلق بأمن الدولة المضيفة التي تستوجب احكاما خاصة بها، وكذلك عدم اشارة هذه المادة الى حالة ازواج الجنسية فقد يحدث ان يكون الموقوف مواطنا للدولة الموفدة وفي الوقت عينه مواطنا للدولة المضيفة او لدولة ثالثة، ففي هذه الحالة نرجع الى القواعد العامة فأذا كان المواطن من رعايا الدولة المضيفة والموفدة معا فإستفادته من احكام الاتفاقية تتوقف على موافقة الدولة المضيفة التي يبقى لها ان تتمسك به باعتباره مواطنا لها

وتتكر حق البعثة القنصلية في التدخل، اما اذا لم يكن من مواطني الدولة المضيفة فليس هناك ما يحول دون ممارسة البعثة القنصلية التي يحمل جنسيتها حقوقها المنصوص عليها في الاتفاقية ويتم اتباع اجراءات المنصوص عليها في قوانين الدولة المضيفة فيما يتعلق بتطبيق هذه المادة(57) .

### المطلب الثاني – الاعفاءات المالية الممنوحة للبعثات القنصلية

كانت المزايا المالية التي تمنح للبعثات القنصلية متروكة اصلا لتقدير الدولة الموفد اليها، وتقرر عادة على اساس المعاملة بالمثل ما لم يكن هناك بينها وبين الدولة الموفدة اتفاق يفرض منح اعفاءات معينة لبعثة كل منها لدى الاخرى او لأيهما(58)، واتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لعام 1963 اكدت على تمتع دار البعثة القنصلية بالاعفاءات المالية وتشمل هذه الاعفاءات المالية ما يلي :

#### الفرع الاول- الاعفاء من الضرائب

نصت اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963 في م(32) بإعفاء الدور القنصلية المسلكية من الضرائب والتي تنص على أنه:  
"1- تعفى دار البعثة القنصلية ومسكن رئيسها المسلكي ، المملوكين او المستأجرين من قبل الدولة الموفدة او من قبل اي شخص يعمل لحسابها من كل انواع الضرائب والرسوم الوطنية او الاقليمية او البلدية على ان لا تكون مستحقة مقابل خدمات معينة مقدمة. 2- ان الاعفاء الضريبي المشار اليه في الفقرة الاولى من هذه المادة لا يطبق على تلك الضرائب والرسوم عندما تكون وفقا لقوانين الدولة المضيفة

وانظمتها، على عاتق الشخص الذي تعاقد مع الدولة الموفدة او الشخص الذي يعمل لحسابها" .

وتنص م (60) من نفس الاتفاقية باعفاء الدور القنصلية من الضرائب والتي تنص على أن: (1- تعفى دور البعثة القنصلية التي يديرها موظف قنصلي فخري والمملوكة او المستأجرة من قبل الدولة الموفدة من جميع انواع الضرائب والرسوم الوطنية او الاقليمية او البلدية على ان لا تكون مستحقة مقابل خدمات معينة مقدمة. 2- ان الاعفاء الضريبي المشار اليه في الفقرة الاولى من هذه المادة لا يطبق على تلك الضرائب والرسوم عندما تكون وفقا لقوانين الدولة المضيفة وانظمتها على عاتق الشخص الذي تعاقد مع الدولة الموفدة).

وتؤكد هاتين المادتين على الحيلولة دون قيام حكومة ما بفرض ضرائب على حكومات اخرى ويلاحظ في هذه المواد ما يلي :

1- تتساوى البعثة القنصلية مع البعثة الدبلوماسية فيما يتعلق بالاعفاءات الضريبية على اساس انها تعد املاك لدولة اجنبية تستعملها لاغراض عامة ويتوجب اعفاءها من الضرائب لاسباب تتعلق بمبادئ المساواة والسيادة والاستقلال والتي تقضي بعدم قيام دولة بفرض ضريبة على دولة اخرى او اتخاذ اجراءات تنفيذية لجبايتها مما يشكل خرقا للحرمة او الحصانة التي تتمتع بها هذه الممتلكات(59).

2- تشمل الاعفاءات دار البعثة القنصلية المسلكية ومسكن رئيسها المملوكين او المستأجرين، اما البعثة القنصلية الفخرية فإن الاعفاء يقتصر على الدور القنصلية المملوكة او المستأجرة من الدولة الموفدة فقط لانها تستعمل للاغراض القنصلية فقط .

3- تشمل الاعفاءات جميع الضرائب والرسوم التي يمكن ان تفرض على الابنية واجزاء الابنية والاعراض المملوكة او المستأجرة لاعراض البعثة القنصلية.

4- لا تشمل الاعفاءات المبالغ التي تدفعها البعثة مقابل خدمات معينة تقدم لها كالرسوم على اجهزة الراديو والتلفزيون وعلى استهلاك الماء والكهرباء وغيرها بإعتبار ان هذه المبالغ تدفع مقابل خدمات تستفيد منها البعثة فلا تعد بالمفهوم القانوني ضريبة. مع العلم أن هناك دولا تعفي البعثة القنصلية وذلك على اساس المجاملة والمعاملة بالمثل.

5- لا تستفيد الدولة الموفدة او من ينوب عنها عند قيامها بإستئجار ابنية او عقارات من مالكاها او من يمثله لاستعمالها كدور قنصلية لها من أية اعفاءات من ضرائب ورسوم تقع اصلا على مالك هذه الابنية وينص عقد الايجار على قيام البعثة بدفعها حيث تعد هذه الضرائب والرسوم جزءا من بدل الايجار، وتقوم البعثة بادائها بدلا عن المالك لان اعفاء المالك منها يتيح للمالك العقارات التهرب من الضرائب المترتبة عليهم بصفتهم هذه .

6- تقوم الدولة عادة بمنح الاعفاءات الضريبة على اساس المعاملة بالمثل(60).

### الفرع الثاني- الاعفاء من الجمارك

اقرت اتفاقية فيينا لعام 1963 الاعفاء من الرسوم الجمركية والتفتيش الجمركي، وهذا ما اكدته ف1 من م(50) على انه وفق الاحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها تسمح الدولة المستقبلية

بالدخول وتمنح الاعفاء من جميع الرسوم الجمركية وغيرها من الرسوم، ومن العائدات التابعة لها غير نفقات الايداع والنقل العائدة لخدمات مماثلة ، والأشياء المخصصة للاستعمال الرسمي للبعثة القنصلية. كما ان هناك اعفاء آخر يتعلق بالرسوم القنصلية ونصت الاتفاقية على أنه: "يحق للبعثة القنصلية ان تتقاضى فوق اراضي الدولة المستقبلية الضرائب والرسوم التي تنص عليها قوانين الدولة الموفدة على الصكوك القنصلية، تعفى المبالغ المحصلة باسم الضرائب والرسوم المنصوص عليها في الفقرة الاولى من هذه المادة والايصالات العائدة من كل ضريبة او رسم في الدولة المستقبلية(61).

اذن وفقا لهذه المادة تعفى المبالغ المحصلة من البعثة مقابل استيفاء الرسوم، والتكاليف القنصلية لا تخضع لاي نوع من انواع الضرائب والرسوم في الدولة المضيفة باعتبار ان الاموال المحصلة تعود لدولة اجنبية لا يمكن فرض ضريبة عليها وتعتبر غالبية الدول الرسوم القنصلية المحصلة جزءا من واردات خزيتها العامة يجب تسديدها لهذه الخزينة(62).

### المطلب الثالث - التسهيلات الممنوحة للبعثة القنصلية

تتمتع البعثة القنصلية بتسهيلات تساعد على اداء وظائفها، منها تأمين مقر للبعثة القنصلية ومساكن لرئيسها واعضاءها، فالبعثة القنصلية لا تستطيع ان تمارس اعمالها الرسمية بدون ان تحصل على مقر رسمي لها، كما وان رئيس واعضاء البعثة لا يستطيعون مزاوله اعمالهم ما لم يجدوا مساكن خاصة بهم لذا فإن دولة الاقامة تجد

نفسها امام التزام حقيقي لمساعدة البعثة بالحصول على مقرها. وقد نصت المادة (30) من اتفاقية فيينا لعام 1963 على أنه:

(1- على دولة الاقامة اما تسهيل اقتناء الابنية اللازمة للبعثة المرخصة فوق اراضيها في اطار قوانينها وانظمتها واما مساعدة الدولة الموفدة على تأمين المباني اللازمة بأية طريقة أخرى.

2- على دولة الاقامة ايضا اذا اقتضى الامر مساعدة البعثة القنصلية للحصول على مساكن ملائمة لاجنائها)، للدولة الموفدة الحق في شراء الابنية لمكاتبها وسكنى لموظفيها القنصليين، اذا كان نظام الدولة المضيفة يسمح بالملكية الخاصة للاجانب، ودول اخرى تمنع قوانينها تملك الاجانب للعقارات او تشترط الحصول على ترخيص مثل القانون اللبناني ودول اخرى تمنع تملك الاجانب ولكنها اعطت الحق للبعثات القنصلية الاجنبية في التملك مثل قانون ولاية نيويورك، وللدولة الموفدة في جميع الاحوال الحق في استئجار الابنية والعقارات الضرورية لمكاتبها وسكنى موظفيها وعلى الدولة الموفدة التقيد بالانظمة المتعلقة بتحديد المناطق السكنية في الدولة المضيفة، اذ ان بعض الدول مثل الولايات المتحدة تمنع الاستئجار في المناطق المحددة للسكن فقط (63).

## الخاتمة

بعد ان انتهينا من كتابة بحثنا الموسوم بـ ( حصانات وامتيازات البعثة القنصلية ) توصلنا الى جملة من الاستنتاجات تتمثل بالآتي :



1- البعثة القنصلية هيئة من هيئات الدولة تقوم بمباشرة المهام القنصلية وقد تتمثل بقنصلية عامة او قنصلية او نيابة قنصلية او وكالة قنصلية .

2- التمثيل القنصلي حق ثابت لكل دولة مستقلة ذات سيادة وله مظهران ايجابي يتمثل بحق الدولة في ارسال قناصل الى الخارج وسلبى يتمثل بحق الدولة بقبول القناصل من الخارج .

3- يخضع انشاء البعثات القنصلية وتحديد درجاتها ودائرة اختصاصها الى موافقة الدولة المستقبلة ، ويمكن ان تتعدد وتنتشر في المدن والمرافئ المهمة، اما البعثة الدبلوماسية فتكون واحدة ومقرها العاصمة السياسية .

4- تتمتع البعثة القنصلية بحصانات لاداء وظائفها بشكل جيد. ونطاق هذه الحصانات اضيق من نطاق الحصانات التي تتمتع بها البعثة الدبلوماسية وتشمل حصانة مقر البعثة القنصلية. اذ لايجوز للدولة المضيئة المساس بحرمة مقر البعثة الا استثناءً. وحرمة مقر البعثة لا يشمل الا المباني التي تشغلها البعثة القنصلية اثناء القيام بعملها، ولا يشمل مكان اقامة القنصل وعلى الدولة المضيئة توفير الحماية لها من أي اعتداء، وايضا تتمتع المحفوظات والوثائق القنصلية بالحصانة فلا يجوز للدولة المضيئة تفتيشها او الحجز عليها .

5- تتمتع البعثة القنصلية بإمتيازات معينة لاداء عملها على الوجه الاكمل وتشمل رفع العلم والشعار على مقر القنصلية ويخضع رفع العلم لقواعد بروتوكولية معينة تنظمها في الغالب القوانين الداخلية للدول، وايضا امتياز حرية التراسل والاتصال، للبعثة القنصلية الحق

في الاتصال بدولتها وبالممثلين الدبلوماسيين التابعين لدولتها في مكان اقامتها وعلى دولة الاقامة عدم التعرض لهذه الاتصالات، ضماناً لسريتها .

6- تتمتع البعثة القنصلية بإعفاءات مالية تضم الاعفاء من الضرائب ومن الجمارك على اساس ان الاموال المحصلة تعود لدولة اجنبية لا يمكن فرض ضريبة عليها، وتعتبر غالبية الدول الرسوم القنصلية المحصلة جزء من واردات خزيرتها العامة، يجب تسديدها لهذه الخزينة .

### قائمة الهوامش

(1) د. عاصم جابر - الوظيفة القنصلية والدبلوماسية - عويدات للنشر - بيروت - 2001 - ص347 .

(2) المادة 8 من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963 .

(3) د. عاصم جابر - مصدر سابق - ص347 .

(4) - د. عبد العزيز ناصر عبيكان - الحصانات والامتيازات الدبلوماسية والقنصلية المقررة في القانون الدولي - شركة العبيكان للابحاث - الرياض - 2007 - ص307.

(5) المصدر نفسه - ص351.

(6) المصدر نفسه - ص352 .

(7) الفقرتين 3 و5 من المادة 4 من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963 .

(8) د. ثامر كامل - الدبلوماسية المعاصرة واستراتيجية ادارة المفاوضات - دار المسيرة للنشر والتوزيع - عمان - 2000 - ص236 .

(9) ف 1 من المادة 4 من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963 .

(10) د. عاصم جابر - مصدر سابق - ص 353.

(11) المصدر نفسه - ص 353 .

(12) د. علي صادق ابو هيف - القانون الدبلوماسي - منشأة المعارف - اسكندرية - 2005 - ص282- ص 291 .

(13) د. غازي حسن صباريني - الدبلوماسية المعاصرة - مصدر سابق - ص222 .

(14) المصدر نفسه - ص225 .

(15) المادة 73 من اتفاقية فينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963 .

(16) المادة 6 من اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لسنة 1961 .

(17) المادتين 6 و7 من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963.

- (18) د. علي صادق ابو هيف – القانون الدبلوماسي – منشأة المعارف – اسكندرية – 2005 - ص282- ص310 .
- (19) د. غازي حسن صباريني – الدبلوماسية المعاصرة – مصدر سابق – ص 256.
- (20) د. احمد ابو الوفا – الوسيط في القانون الدولي العام – دار النهضة العربية – القاهرة – 2004 - ص 526 .
- (21) د. علي حسين الشامي – الدبلوماسية نشأتها وتطورها وقواعدها ونظام الحصانات والامتيازات الدبلوماسية – دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان – 2007 – ص418.
- (22) Sally wehmeier – exford – Learners dictionary – 7 th ed – London – express – 2007-p 428.
- (23) د. علي حسين الشامي – مصدر سابق – ص 422 .
- (24) د. عاصم جابر – مصدر سابق – ص444.
- (25) المادة 31 من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963.
- (26) وسيم حسام الدين الاحمد – الحصانات القانونية – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت 2010- ص78؛ وكذلك انظر د. غازي حسن صباريني – الدبلوماسية المعاصرة – مصدر سابق – ص227 و 228.

- (27) د. وليد بيطار – القانون الدولي العام – المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر – بيروت -2008 – ص 692.
- (28) د. عاصم جابر – مصدر سابق – ص 464.
- (29) المصدر نفسه – ص465.
- (30) الفقرتين 2 و4 من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963.
- (31) د. عاصم جابر – مصدر سابق – ص478.
- (32) د. علي صادق ابو هيف – مصدر سابق – ص339.
- (33) انظر د. غازي حسن صباريني – مصدر سابق – ص260 .
- (34) المادة 44 من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963 وكذلك انظر د. علي صادق ابو هيف – مصدر سابق – ص339.
- (35) د. عاصم جابر – مصدر سابق – ص438.
- (36) المادة 33 من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963 وكذلك انظر د. عاصم جابر – مصدر سابق – ص486.
- (37) د. علي حسين الشامي – مصدر سابق – ص 422 .
- (38) د. عاصم جابر – مصدر سابق – ص445.
- (39) انظر د. غازي حسن صباريني – مصدر سابق – ص258.
- (40) د. عاصم جابر – مصدر سابق – ص493.

- (41) د. عاصم جابر - مصدر سابق - ص 495.
- (42) د. عاصم جابر - مصدر سابق - ص 497.
- (43) د. عاصم جابر - مصدر سابق - ص 498.
- (44) انظر د. غازي حسن صباريني - مصدر سابق - ص 260.
- (45) المادة 35 من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963.
- (46) د. وليد بيطار - مصدر سابق - ص 695.
- (47) ف 1 ، 3 ، 4 من المادة 35 اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963 ؛ وكذلك ف 1 من المادة 27 من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لسنة 1961 ؛ - د. هاني الرضا - العلاقات الدبلوماسية والقنصلية - دار المنهل اللبناني - بيروت - 2006 - ص 205.
- (48) د. عاصم جابر - مصدر سابق - ص 506.
- (49) د. الفقرة 4، 3 من المادة 54 من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963.
- (50) د. عاصم جابر - مصدر سابق - ص 513.
- (51) المراسلات الرمزية : وهي المراسلات التي تنظم بلغة اصطلاحية غير سرية تعتمد لاسباب عملية او توفير الوقت اولل مال ؛ المراسلات بالشفيرة فهي التي تنظم بلغة سرية خاصة ويكون عادة من خلال آلات تقوم بتحويل هذه الرسائل من اللغة الصريحة الى اللغة السرية .

- (52) د. عاصم جابر – مصدر سابق – ص514.
- (53) ف 4 من المادة 35 من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963.
- (54) المادة 38 من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963.
- (55) د. عاصم جابر – مصدر سابق – ص503.
- (56) المصدر السابق – ص 534.
- (57) المادة 36 من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963.
- (58) د. عبد العزيز ناصر عبيكان – مصدر سابق – ص343-
- (59) د. عاصم جابر – مصدر سابق – ص502.
- (60) المصدر نفسه – ص 506.
- (61) المادة 39 من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963؛ وكذلك د. عبد العزيز ناصر عبيكان – مصدر سابق – ص344.
- (62) د. عاصم جابر – مصدر سابق – ص561.
- (63) المصدر نفسه – ص492.

## قائمة المصادر

- 1- د.هاني الرضا – العلاقات الدبلوماسية والقنصلية – دار المنهل اللبناني – بيروت – 2006 .
- 2- د.علي صادق ابو هيف – القانون الدبلوماسي – منشأة المعارف – اسكندرية – 2005 .
- 3- د.عاصم جابر – الوظيفة القنصلية والدبلوماسية – عويدات للنشر – بيروت – 2001 .
- 4- د. وليد بيطار – القانون الدولي العام – المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر – بيروت-2008 .
- 5- د. سهيل حسين الفتلاوي – الموجز في القانون الدولي العام – دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان – 2009 .
- 6- د. وسيم حسام الدين الاحمد – الحصانات القانونية – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – 2010 .
- 7- د. غازي حسن صباريني - الدبلوماسية المعاصرة - دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان – 2007 .
- 8- د. احمد ابو الوفا – الوسيط في القانون الدولي العام – دار النهضة العربية – القاهرة – 2004 .



9- د. محمد عزيز شكري – مدخل الى القانون الدولي العام- منشورات جامعة الحلبي – دمشق – 1990 .

10- د. غازي حسن صباريني – الدبلوماسية المعاصرة – الدار العلمية للنشر – عمان – 2002 .

11- د. ثامر كامل - الدبلوماسية المعاصرة واستراتيجية ادارة المفاوضات – دار المسيرة للنشر والتوزيع – عمان – 2000 .

12- د. عبد العزيز ناصر عبيكان – الحصانات والامتيازات الدبلوماسية والقتصلية المقررة في القانون الدولي – شركة العبيكان للابحاث – الرياض – 2007 .

13- د. علي حسين الشامي – الدبلوماسية نشأتها وتطورها وقواعدها ونظام الحصانات والامتيازات الدبلوماسية – دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان – 2007 .

Sally wehmeier – exford –Learners dictionary – 7 th ed – London – express – 2007

الدساتير والاتفاقيات الدولية :

15- دستور العراق الدائم لسنة 2005.

16- اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لسنة 1961 .

17- اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963 .

## المخلص

البعثة القنصلية مؤسسة من مؤسسات الدولة، يستدعي قيامها بمهامها على الوجه الاكمل منحها حصانات وامتيازات معينة، واقرت اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963 تمتع البعثة القنصلية بالحصانات والامتيازات، والهدف منها هو تأمين اداء الوظائف القنصلية على الوجه الاكمل، وحق الدول بتبادل العلاقات القنصلية موجود غير ان ممارسته يتوقف على مراعاة حق اخر يرتبط بالسيادة ويقضي بعدم فرض ارادة دولة ما على دولة اخرى والزامها بتبادل العلاقات القنصلية معها، وتتمتع البعثة القنصلية بحصانات لاداء وظائفها بشكل جيد وتشمل حصانة مقر البعثة القنصلية اذ لايجوز للدولة المضيفة المساس بحرمة مقر البعثة الا استثناءً وحرمة مقر البعثة لايشمل الا المباني التي تشغلها البعثة القنصلية اثناء القيام بعملها ولايشمل مكان اقامة القنصل وعلى الدولة المضيفة توفير الحماية لها من أي اعتداء، وايضا تتمتع الوثائق القنصلية بحصانة فلايجوز للدولة المضيفة تفتيشها او الحجز عليها، وتتمتع البعثة القنصلية بامتيازات معينة لاداء عملها وتشمل رفع العلم والشعار على مقر القنصلية ويخضع رفع العلم لقواعد بروتوكولية معينة تنظمها في الغالب القوانين الداخلية للدول، وايضا امتياز حرية التراسل والاتصال، وحق في الاتصال بدولتها وبممثلين الدبلوماسيين التابعين لدولتها في مكان اقامتها وعلى دولة الاقامة عدم التعرض لهذه الاتصالات ضماناً لسريته.

**(HASÂNÊT VE İMTİYÊZÊT ELBİASET ELKUNSİLİYYE)  
BİMÛCİB İTTİFÊKİYET FİYİNNE LİLEALÂKÂT  
ELKUNSULİYET LİSENET 1963**

**KAYNAKÇA**

1. D.Hani Erridâ - Elelâkât Eddiblûmêsîyet ve ELkunsuliyet - Daru Elmenhel Ellübnêni - Beyrut - 2006
2. D. Ali Sâdık Ebû Heyf Elkânûn Eddiblûmêsî - Münşe'et Elmeârif - Eskendêriyet - 2005
3. D. Âsım Cêbir - Elvezîfet Elkunsuliyet ve Eddiblûmêsîyet - Avudêt Linneşr - Beyrut 2001
4. D. Velîd Bîtâr - Elkânûn Eddüvelî Elâm - Elmüesseset Elcêmiati Liddirâsêt ve Enneşr – Beyrut- 2008
5. D. Sehîl Hüseyin Elfetelêvî - Elmucize fî Elkânun Eddüvelî Elâm - Dâru Essekâfet Linneşr ve Ettevzîa - Umman - 2009
6. D. Veseyn Husêm Eddin – Elhisânêt Elkânûniyet – Menşûrât Elhılîbî Elhukûkîyet – Beyrut - 2010
7. D. Ğâzî Hasan Sabêraynî - Eddiblûmêsîyet Elmeâsarât - Dâru Essekâfet Linneşr ve Ettevzîa - Umman - 2007,
8. D. Ahmed Ebû Elvefê - Elvesît fî Elkânûn Eddüvelî Elâm - Dâru Ennehdat Elarabiyet - Elkâhîrat - 2004
9. D. Muhammed Azîz Şükrî – Medkal elâ Elkânûn Eddüvelî Elâm – Menşûrât Cêmiat Elhılîbî – Dimaşk – 1990

10. D. Ğazî Hasan Sabêraynî - Eddiblûmêsiyet Elmûâsirat - Eddâru Elalemiyet Linneşr - Umman - 2002
11. D. Sâmir Kêmil – Eddiblûmêsiyet Elmûâsirat ve istiraceten İdêrat Elmûfêvedât – Dâru ELmesirat linneşr ve Tevzîa – Umman 2000
12. D. Abdulaziz Nasraabikên – Elhısânêt ve Elimtiyêzêt Eddiblûmasiyet ve Elkunsuliyet Elmukarrarat fî Elkânûn Eddüveli – Şeriket Elabîkên Lilebhâs – Erriyad- 2007
13. D. Ali Huseyn Elşêmî – Eddiblûmasiyet Neş’ethê ve Tetavvurahê ve Kavêaduhê ve Nizâm Elhasânêt ve Elimtiyêzêt Eddiblûmêsiyet - Daru Essekâfet Linneşr ve Ettevzîa - Umman – 2007
14. Sally Wehmeier – Oxford – Learner’s Dictionary – 7th ed. – London- Express  
Eddesêtir ve Elittifêkiyêt Eddevliyet
15. Düstûr Elırâk Edda’im Lisenet 2005
16. İttifêkiyet Fiyinnê lilalêkât Eddiblûmêsiyet Lisenet 1961
17. İttifêkiyet Fiyinnê lilalêkât Elkunsuliyet Lisenet 1963.

# مفهوم الاغراق السلعي وآلية مكافحته في اطار منظمة التجارة العالمية

## Definition of Dumping Commodity and Combat Mechanisms in the WTO

الاستاذة: عطار نسيمه

Prof. Dr. Attar NASSIMA\*

### Abstract:

Of the most important features of the economic system that prevails in the world is the economic openness that encourages the lifting of restrictions that impede the freedom of trade exchanges.

Thus is it obvious that the economies of the countries subjected to numerous attempts dumping policy. This prompted the member states in the GATT agreement and access to the world trade organization to get out of the arsenal and the rules that govern and struggling this policy.

---

\*أستاذة مساعدة بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد  
تلمسان- الجزائر-

Lecturer, Abubaker Balkayed University, Law and Political Sciences Faculty,  
[attarnassima@live.fr](mailto:attarnassima@live.fr)

## Key words:

World trade organization. GATT. Dumping. Agreement on implementation of article 6 of the general agreement on tariffs and trade.

## ملخص:

من أهم ملامح النظام العالمي الاقتصادي، الذي يسود العالم هو الانفتاح الاقتصادي، الذي مفاده هو رفع القيود والعوائق التي تعرقل حرية التبادلات التجارية وتحد من حركة المنتجات.

ومادام أن دول العالم تسير الآن في طريق السوق الواحدة، وتحرير التجارة الخارجية. فمن البديهي أن تتعرض اقتصاديات هذه الدول الى العديد من محاولات سياسة الإغراق. وهو الأمر الذي دفع بالدول الأعضاء في الاتفاقية العامة للتجارة والتعريفات الجمركية وصولاً الى منظمة التجارة العالمية، إلى الخروج بترسانة من القواعد والضوابط، التي تحكم وتكافح هذه السياسة المضرة والمخلة بقواعد المنافسة النزيهة.

## كلمات مفتاحية:

منظمة التجارة العالمية، الاتفاقية العامة للتجارة والتعريفات الجمركية، الجات، الإغراق، اتفاقية تطبيق المادة السادسة

إن المتأمل في الاتفاقيات التي تشرف على تطبيقها منظمة التجارة العالمية، يجد أنها تجعل من العالم كله شرقا وغربا سوقا واحدة وميدانا قانونيا واحدا، يخضع لقواعد قانونية موضوعية واحدة على المستوى الدولي، بدلا من الأنظمة القانونية المتعددة والمناوئة، أي المعادية للاستثمارات الأجنبية، وأنشطة الشركات متعددة الجنسيات، في كثير من الأحيان وفي الدول النامية بالذات.

وما تجدر الإشارة إليه هو أن منظمة التجارة العالمية، قد تولت تنظيم العديد من الاتفاقيات متعددة الأطراف والتي من أبرزها، اتفاقية مكافحة الإغراق، واتفاقية الدعم والإجراءات التعويضية، وأخيرا اتفاقية الوقاية. وقد اكتسبت هذه الاتفاقيات الثلاثة، اهتماما كبيرا طيلة مسيرة اتفاقية الجات، وهذا راجع للحماية الواجب توفيرها للمنتج الوطني، أو للصناعة الوطنية ضد الممارسات غير المشروعة، المتمثلة في ممارسة الإغراق أو الدعم أو زيادة الواردات.

### المبحث الاول: الملامح العامة للإغراق التجاري

من خلال هذا الجزء من البحث سنتعرض إلى كل من تحديد لمفهوم الإغراق (مطلب أول)، وكذا التطرق إلى أشكال سياسة الإغراق (مطلب ثاني)، ثم التعرض إلى أهداف ممارس سياسة الإغراق (مطلب ثالث)

## المطلب الاول: ماهية سياسة الاغراق التجاري:

تتمحور السياسات التجارية في مختلف الإجراءات والمعاملات التي تتخذها الدول<sup>1</sup>، بقصد التأثير في تدفقات السلع والخدمات، وكذا رؤوس الأموال دخولا وخروجا، على أن هذه السياسات التجارية التي تتبعها الدول، يتبلور هدفها الأول والأخير في حماية المصلحة الوطنية، على حساب مصلحة الدول الأخرى<sup>2</sup>، والتي يمكن أن تتصادم مع مبدأ حرية التجارة<sup>3</sup>، الذي يسعى إلى تحقيق المصالح المتبادلة لكافة الدول.

## الفرع الاول: تعريف الاغراق:

الإغراق لغة مصدر للفعل أغرق، فيقال أغرق إغراقا، ويقال أغرق في الأمر بمعنى بالغ في الأمر وأطنب<sup>4</sup>، أي الإفراط في الشيء<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> نيفين حسين شمت، التنافسية الدولية وتأثيرها على التجارة العربية والعالمية، د.ط، دار التعليم الجامعي، الاسكندرية، 2010، ص. 353.

<sup>2</sup> يوسف مسعداوي، دراسات في التجارة الدولية، د.ط، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص. 70.

<sup>3</sup> المقصود بها هو ضرورة إزالة جميع القيود والعقبات التي يمكن أو تعوق حرية التجارة، سواء كانت قيود سعرية كالتعريفات الجمركية، أو قيود أخرى كالعدم والإغراق.

<sup>4</sup> منجد الطلاب، نظر فيه ووقف على ظبطه فؤاد أفرام البستاني، ط 2، منشورات المطبعة الكاثوليكية، بيروت، 1956، باب الغين، ص. 518.

<sup>5</sup> المنجد في اللغة والإعلام، د. ط، دار المشرق، بيروت، 1975، ص.



أما اصطلاحاً فإن نظام الإغراق يتمثل في بيع السلعة المنتجة محلياً في الأسواق الخارجية، إما بثمان يقل عن نفقة إنتاجها، أو بثمان يقل عما تباع به نفس السلعة، في السوق المحلية للبلد المصدر<sup>6</sup>.

أو هو قيام إحدى الصناعات ببيع منتجاتها في سوق دولة أجنبية، بسعر يقل عن السعر الذي تباع به السلعة في سوقها المحلي. أو هو قيام إحدى الصناعات ببيع منتجاتها في سوق دولة أجنبية، بسعر أقل من تكلفة إنتاج السلعة<sup>7</sup>.

وقد عرفته المادة الثانية من اتفاقية التجارة والرسوم الجمركية لعام 1994 كالتالي: "في مفهوم هذا الإتفاق يعتبر منتج ما منتج مغرق، أي أنه أدخل في تجارة بلد ما بأقل من قيمته العادية، إذا كان سعر تصدير المنتج المصدر من بلد إلى آخر أقل من السعر المماثل في مجرى التجارة العادية للمنتج المشابه حين يوجه للإستهلاك في البلد المصدر". وبالتالي فإنه يستفاد من هذا المفهوم مايلي:

\_ أن المقصود بالقيمة العادية للمنتج المغرق، هو سعر المنتج المغرق حين يوجه للإستهلاك في ظروف التجارة العادية في بلد المنشأ، وهذا كقاعدة عامة، مع وجود استثناءات- في تحديد القيمة العادية- في ظل المجرى غير العادي للتجارة.

---

<sup>6</sup> أحمد حشيش ومجدي محمود شهاب، أساسيات الاقتصاد الدولي، د.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، د.ب.ن، 2003، 267.

<sup>7</sup> إيمان عطية ناصف، مبادئ الاقتصاد الدولي، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008، ص.177.

\_ أن المقصود بظروف التجارة العادية، هي الأحوال التي لا تعيق التجارة فيها أية إجراءات أو ظروف استثنائية، كالحروب والكوارث الطبيعية وانهيار الأسواق المالية، التحديد الجبري للأسعار... وبالجملة كل ما يمكن من قيام المنافسة الحرة.

\_ المنتج المشابه يقصد به المنتج المطابق أو المماثل من كل النواحي للمنتج المغرق أو الذي تكون مواصفاته وثيقة الشبه بمواصفات المنتج المغرق<sup>8</sup>.

ومع ذلك فإن الاتفاق يقر في الفقرة الثانية من نفس المادة، بأن تحديد الإغراق وفق الأساس السابق قد لا يكون مناسباً في حالة عدم وجود مبيعات لمنتج مشابه، في مجرى التجارة العادية في السوق المحلي للبلد المصدر، أو عندما لا تسمح هذه المبيعات بمقارنة صحيحة بسبب وضع السوق أو انخفاض حجم المبيعات في السوق المحلي للبلد المصدر، وبالتالي فإن الاتفاق يسمح بتحديد الإغراق عن طريق مقارنة سعر التصدير بالسعر المقابل للمنتج المشابه عند تصديره لبلد ثالث. لكن بشرط هو أن يكون السعر معبراً عن الواقع بمعنى ممثلاً للحقيقة، أو عن طريق المقارنة بتكلفة الإنتاج في بلد

---

<sup>8</sup> محمد السانوسي محمد شحاته، التجارة الدولية في ضوء الفقه الإسلامي واتفاقيات الجات (دراسة مقارنة)، د.ط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007، ص. 287 ومايليها.

المنشأ مضافا إليها مبلغا معقولا مقابل تكاليف الإدارة والبيع والتكاليف العامة وكذا الأرباح<sup>9</sup>.

ولقد اتفق الفقه على توظيف عبارات ومفاهيم، منسجمة وفنية، تحدد المقصود من الإغراق. حيث عرفه فقيه بأنه قيام دولة ما بتصدير منتج ما، وبيعه بسعر يقل عن قيمته المعتادة. أو بأقل من السعر العادي لمنتج مماثل يباع في دولة التصدير<sup>10</sup>.

وعرفه آخر بأنه "قيام المنتج الأجنبي المصدر للسلعة، ببيعها في سوق الدولة المستوردة بسعر أقل عن سعر بيعها في سوق إنتاجها المحلي، أو بسعر يقل عن سعر بيع المنتجين الأجانب الآخرين لنفس السلعة، أو لسلع من نفس النوع، في سوق الدولة المستوردة، لا لسبب يرجع إلى كفاءة المصدر المغرق، أو لأي عامل آخر مؤثر في حالة المقارنة بين الأسعار (ظروف البيع، الضرائب...)، وإنما بهدف انفراد بسوق الدولة المستوردة والتخلص من منافسة الغير له، وصولا إلى احتكار سوق هذه الدولة."<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> مصطفى ياسين محمد الأصبحي، النظام القانوني لمكافحة الإغراق والدعم السلعي الصناعي في إطار منظمة التجارة العالمية، د.ط، ب.د. ن، ب.ب. ن، ص. 10 وما يليها.

<sup>10</sup> علي ابراهيم، منظمة التجارة العالمية (جولة أوروغواي وتقنين نهب العالم الثالث)، دار النهضة العربية، ب.ب.ن، 1997، ص. 223.

<sup>11</sup> ابراهيم المنجي، دعوى مكافحة الإغراق (والدعم الدولي والزيادة غير المبررة في الواردات) (الحماية القانونية للمستهلك والمنتج عملا بالقانون 161 لسنة 1998)، ط. الأولى، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، الاسكندرية، 2000، ص. 186.

## المطلب الثاني: أشكال سياسة الإغراق

للإغراق عدة أنواع، بحيث أنه لكل نوع من أنواع الإغراق ميزة يتميز بها عن غيره، وهو ما سوف نجمله، فيما يلي من خلال التعرض لأهم أنواعه:

### الفرع الاول: الإغراق العارض أو الطارئ

إن الإغراق العارض أو الطارئ هو الإغراق المرتبط بظروف استثنائية طارئة<sup>12</sup>، وهذا يرجع لكون أن الإغراق العارض أو الطارئ، ينتج غالباً لسبب تراكم المخزون السلعي لدى منتج ما. بحيث يكون هذا المنتج على استعداد لتصديره بأسعار تقل عن الأسعار المحلية تخلصاً منه<sup>13</sup>، مع إبقاء أسعار السلعة مرتفعة في البلد المنتج<sup>14</sup>.

على أن السبب الرئيسي لحدوث الإغراق الطارئ أو العارض، يرجع إلى وجود فائض في الإنتاج، حدث نتيجة خطأ في تقدير الطلب، أو نتج عن حالة كساد. فنتيجة لخشية المنتج من فساد منتوجه، أو زيادة تكلفته نتيجة طول مدة حفظه، يلجأ إلى التخلص من المنتج المهدد بالفساد<sup>15</sup>، عن طريق بيعه بأقل الأسعار. حتى ولو وصل به الأمر إلى حد بيعه بالخسارة، بمعنى بأقل من سعر تكلفته.

<sup>12</sup> زينب حسين عوض الله، المصدر السابق، ص. 302.

<sup>13</sup> محمد السانوسي محمد شحاته، المصدر السابق، ص. 278.

<sup>14</sup> علي عبد الفتاح أبو شرار، المصدر السابق، ص. 354.

<sup>15</sup> حسين جواد كاظم، تحليل ظاهرة الإغراق السلعي وأثرها على التنمية الاقتصادية (مع إشارة خاصة إلى الاقتصاد العراقي)، مج العلوم

## الفرع الثاني: الإغراق المؤقت أو قصير الأجل

يختلف هذا النوع من الإغراق عن سابقه من حيث الهدف المرجو منه، لكون أن الإغراق العارض أو قصير الأجل، يتمثل هدفه في التخلص من الفائض دون قصد التخلص من المنافسين. بينما الإغراق المؤقت يتمثل في الإغراق الذي ينتهي و يختفي بعد تحقيق الغرض المنشأ من أجله<sup>16</sup>. على أن أمثلته كثيرة ومتعددة يمكن حصر أهمها فيما يلي:

الخفض المؤقت لأسعار البيع، بقصد فتح سوق أجنبية، وكذا بقصد الدفاع ضد منافسة أجنبية الخفض المؤقت لأسعار البيع، لمنع إقامة مشروعات جديدة، أو بقصد طارئة. أو الخفض المؤقت القضاء على منافس وطرده من السوق. وأخيرا الخفض المؤقت لأسعار البيع، لأجل تهديد منافس ما بالقضاء على صناعته حتى يضطر إلى الاستسلام لأمر المُغرق وشروطه، ومن ثم الاتفاق معه<sup>17</sup>.

## الفرع الثالث: الإغراق الدائم:

يُطلق أيضا على هذا النوع من الإغراق تسمية الإغراق الزاحف أو المتدرج، ويشترط لقيامه أن يتمتع المُنتج باحتكار فعلي و قوي

---

الاقتصادية، ع27، المجلد 7، جامعة البصرة، كانون الأول 2011، ص. 181.

<sup>16</sup> زينب حسين عوض الله، المصدر السابق، ص. 30.

<sup>17</sup> إياد عصام الحطاب، مكافحة الإغراق، التدابير القانونية في القوانين والاتفاقيات الدولية، ط1 دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص. 60.

عادة ما يرجع لتمتعه بإمتياز من الحكومة. ويمكن تصور هذا الإمتياز في فرض ضرائب جمركية عالية، على استيراد نفس السلعة من الخارج، وإلا كان من الممكن إستيراد السلعة المغرقة المصدرة وإعادة بيعها مرة ثانية في السوق المحلي، بسعر ينافس المنتج الأول. وبالتالي فإن الهدف المرجو من ممارسة الإغراق الدائم، هو الإستفادة من مزايا الإنتاج الكبير. وهو الآخر يعد نوع من أنواع الإغراق الدولي، وكظاهرة مستمرة مرتبطة بسياسة دائمة تستند إلى وجود احتكار في السوق، مرده هو التمتع بالحماية<sup>18</sup>.

### المطلب الثالث: أهداف سياسة الإغراق

المقصود بأهداف الإغراق هي المصالح التي يسعى لتحقيقها الممارس لسياسة الإغراق، حتى ولو تطلب منه الأمر الإضرار بغيره من المنافسين. ومن بين هذه المصالح أو الأهداف ما يلي:

#### الفرع الاول: السيطرة على الأسواق و القضاء على المنافسين

يُعنى بالسيطرة على الأسواق، احتكار العرض والتحكم في الأثمان<sup>19</sup>، ولعلها أبرز غاية أو هدف يصبوا إليه الممارس لسياسة الإغراق. حيث يتكبد هذا الأخير الممارس لسياسة الإغراق خسائر فادحة ومُكلفة، إذ أنه قد يصل به الأمر إلى حد البيع بثمن يقل عن

---

<sup>18</sup> محمد محمد الغزالي، مشكلة الاغراق، دط، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص. 75.

<sup>19</sup> عبد المنعم المراكبي، التجارة الولية وسيادة الدول (دراسة لأهم التغيرات التي لحقت سيادة الدولة في ظل تنامي التجارة الدولية)، دط، دار النهضة العربية، ب.ب.ن، 2005، ص233.

نفقة الإنتاج، أو تكلفة الإنتاج،<sup>20</sup> وهذا كله في سبيل التحكم في الأسواق.

على أن التحكم في الأسواق يتأتى من خلال صمود المنتج الممارس لسياسة الإغراق، في عرض أو بيع سلعته بأقل الأسعار، إلى غاية القضاء أو طرد كافة المنافسين له، أو بمعنى آخر "الحد من القدرة السوقية للمنتج المحلي". ليُفسح له المجال لوحده في السوق، بحيث يصبح المتحكم الوحيد في السوق. لأن "الإغراق الذي تمارسه دولة ما ببيع سلعها في أسواق دولة أخرى بأثمان منخفضة جدا يكون الهدف الأساسي منها، هو اقتلاع السلعة المنافسة من السوق، وتحقيق وضع احتكاري في السوق"<sup>22</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الأخير يعرف بإستراتيجية التغلغل<sup>23</sup>، والذي يترتب عليه بالنتيجة تمتع المنتج الممارس لسياسة

---

<sup>20</sup> عادل أحمد حشيش ومجدي محمود شهاب، أساسيات الاقتصاد الدولي، دط الدار المصرية اللبنانية للنشر، مصر، ص. 267.

<sup>21</sup> « Dans tous les cas, l'intra-branche procure un gain d'utilité, de même que le dumping réciproque réduisant le pouvoir de marché des firmes domestiques. » voir Lionel Fontagné, Concurrence imparfaite : interdépendance des préférences et politiques commerciales, Revue économique française. Vol 45, n°3, 1994. P. 452.

«... Les producteurs nationaux ne peuvent résister à une telle concurrence. L'accusation de dumping... » voir Michel Rainelli, Le commerce international, 8ème éd, éd la découverte, Paris, 2002, p. 81.

<sup>22</sup> محمد دويدار، المصدر السابق، ص. 272.

<sup>23</sup> عبد العزيز عبد الرحيم سليمان، التبادل التجاري (الأسس، العولمة والتجارة الإلكترونية)، ط1، دار الحامد، عمان، 2004، ص. 174.

الإغراق، باحتكار السوق ورفع الأسعار، لأجل الحصول على أقصى الأرباح، وبالتالي تعويض ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب<sup>24</sup>.

وهذا راجع لكون أنه بدون تحقيق هذا الهدف، المتمثل في السيطرة على الأسواق، فإنه ليس ثمة فائدة اقتصادية عظيمة تعود على من يمارس الإغراق. ويُعنى بالدرجة الأولى الإغراق المؤقت محدد الأهداف، الذي يسير وفق خطة مرسومة، وليس الإغراق العارض الطارئ الذي ينتهي بتصريف الفائض، دون أن يشعر به أحد من تجار السوق<sup>25</sup>.

### الفرع الثاني: توسيع نطاق الأسواق:

قد يكون الهدف المرجو من ممارسة سياسة الإغراق، مخالف تماماً للهدف السابق، حيث قد يتكبد الممارس لسياسة الإغراق خسائر فادحة، في سبيل توسيع نطاق الأسواق المستوردة لهذا المنتج وترويجها، الأمر الذي يعود بالفائدة على المنتج المغرق بحد ذاته.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الأخيرة تعرف باستراتيجية التوسع<sup>26</sup>، إذ أن الهدف من الإغراق هو فتح منفذ في سوق ما أو عدة أسواق أجنبية لهذا المنتج<sup>27</sup>.

وهذا لأجل توفير التمويل الكافي لرفع كفاءة الإنتاج، من حيث أساليب الإنتاج ونوعية المنتج وتطوير عمليات توزيعه إلى آخره. لأن

---

<sup>24</sup> محمد السانوسي شحاته، المصدر السابق، ص282.

<sup>25</sup> محمد محمد الغزالي، المصدر السابق، ص49.

<sup>26</sup> عبد العزيز عبد الرحيم سليمان، المصدر السابق، ص174.

<sup>27</sup> محمد محمد الغزالي، المصدر السابق، ص51.



اتساع حجم الأسواق وتزايد كميات توزيعها تنعكس على المنتج إيجاباً. حيث تزداد معدلات الأرباح التي تعد حافزاً لزيادة الاستثمارات الصناعية، وبهذا يتحقق النمو والانتعاش للاقتصاد القومي<sup>28</sup>.

## المبحث الثاني: القواعد المتبعة في تحديد وجود إغراق ضار من عدمه

تتمثل العناصر الواجب توافرها لأجل تحريك إجراءات التصدي له، في كل من تحديد لحجم الإغراق الذي أصاب الدولة أكثر من هذا المستوردة، والذي يصطلح عليه تسمية هامش الإغراق. فإن اتفاق مكافحة الإغراق، يشترط ثبوت نسبة معينة في تقدير حجم الإغراق، كما يشترط حصول ضرر من جراء ممارسة فعل الإغراق. إضافة إلى ضرورة توافر رابطة أو علاقة سببية، تجمع وعليه بين فعل الإغراق والضرر اللاحق بالدولة المستوردة. سنتعرض في هذا الجزء من البحث للوقوف على الجوانب الإدارية في مكافحة سياسة الإغراق (مطلب أول)، وأسلوب تحديد هامش الإغراق (مطلب ثان)، وأخيراً ثبوت الضرر عن الإغراق وتدابير مقاومته (مطلب ثالث).

### المطلب الأول: الجوانب الإدارية في مكافحة سياسة الإغراق

نتطرق في هذا الجزء من المقال إلى كل من اللجنة، أو الهيئة المعنية بمكافحة سياسة الإغراق (فرع أول)، والتي خصها اتفاق مكافحة الإغراق بنخبة من الأحكام والتوضيحات. ثم نتطرق إلى أهم

<sup>28</sup> المصدر السابق، نفس ص.

مراحل إجراءات مكافحة الإغراق، والمتمثلة في مرحلة التحقيق وجمع الأدلة (فرع ثاني)، بحيث أنه من بين أهم قواعد هذه المرحلة هي الشفافية، وإعلام كافة الأطراف بكافة المعلومات، والحقائق المقدمة. وهذا حتى تستطيع كل الأطراف الدفاع عن مصالحها. وفيما يلي شرح وتفصيل لقواعد ومجريات سير التحقيق في قضايا الإغراق.

### الفرع الأول: اللجنة المعنية بمكافحة سياسة الإغراق

لقد تولت اتفاقية مكافحة الإغراق لعام 1994، تنظيم الجهات القائمة على التحقيق في قضايا الإغراق، وفض المنازعات الناجمة عنه، وهذا سواء على المستوى المحلي أو على المستوى الدولي.

#### أولاً: اللجنة المعنية بمكافحة الإغراق على المستوى المحلي:

فعلى الصعيد الداخلي يسمح اتفاق مكافحة الإغراق، لسلطات الدولة المتضررة من فعل الإغراق، بتولي إجراءات التحقيق والتصدي له<sup>29</sup>. أكثر من هذا فقد سمح الاتفاق، بإقامة المحاكم القضائية والإدارية المستقلة عن الجهات القائمة بالتحقيق، وذلك لمتابعة ومراجعة الإجراءات المتخذة بخصوصه، وهذا بحسب ما نصت عليه المادة 13 من اتفاق مكافحة الإغراق لعام 1994<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> كثيراً من الدول تخصص وزارة التجارة أو الاقتصاد بتولي إجراءات مكافحة الإغراق، وعلى سبيل المثال الأردن والجزائر ومصر.

<sup>30</sup> تنص م. 13 من الاتفاقية على ما يلي: "يقيم كل عضو يحوي تشريعه الوطني أحكاماً عن إجراءات مكافحة الإغراق محاكم قضائية أو محاكم إدارية أو تحكيم أو إجراءات يكون من بين أهدافها المراجعة السريعة

وعلى ضوء ما سبق فإنه يقع على عاتق كل عضو من أعضاء منظمة التجارة العالمية، أن يتضمن تشريعه الوطني، أحكاما وقواعد تُصاغ خصيصا لأجل مكافحة الإغراق. وكذلك أن يتضمن أو أن يتبنى جهاز يشرف على مهمة التحقيق، واتخاذ الإجراءات الواجبة لمكافحة الإغراق، مثل جهاز مكافحة الإغراق والدعم والوقاية بمصر والتابع لوزارة التجارة والتموين. وكذا مصالح وزارة التجارة الخارجية في التشريع الوطني الجزائري. كما نص الاتفاق على ضرورة تنصيب أو إنشاء محاكم إدارية، أو تحكيمية أو مجموعة إجراءات، يكون دورها هو المراجعة السريعة للإجراءات الإدارية المتعلقة بالتحديد النهائي، وكذا مراجعة التحديدات المتعلقة بمدة فرض رسوم مكافحة الإغراق، وتعهدات الأسعار ومراجعتها<sup>31</sup>.

### ثانيا: اللجنة المعنية بمكافحة الإغراق على المستوى الدولي:

أما على الصعيد الدولي فقد نص اتفاق مكافحة الإغراق، على إنشاء لجنة مكافحة الإغراق التابعة لمنظمة التجارة العالمية. والتي تتألف من ممثلين عن جميع الدول الأعضاء، بحيث تجتمع هذه اللجنة مرتين على الأقل كل سنة، كما تجتمع في دورات استثنائية بناء على طلب أي دولة عضو<sup>32</sup>.

---

للإجراءات الإدارية المتعلقة بالتحديد النهائي ومراجعات التحديدات بالمعنى الوارد في المادة 11. وتكون هذه المحاكم أو الإجراءات مستقلة عن السلطات المسؤولة عن التحديد أو المراجعة المعنية".<sup>31</sup> إياد عصام الخطاب، المصدر السابق، ص. 202.  
<sup>32</sup> نتص ف. 01 من م. 16 على ما يلي: "تنشأ بمقتضى هذا لجنة معنية بممارسات مكافحة الإغراق ( ويشار إليها في هذا الاتفاق باسم اللجنة)

على أن الدور الأساسي لهذه اللجنة، هو إتاحة فرصة التشاور فيما بين أعضائها، وكذا طلب المعلومات من أي مصدر تراه مناسباً، بشرط حصولها على الموافقة من جانب الطرف أو الشركة التي يتم طلب المعلومات منها<sup>33</sup>.

وبحسب الفقرة 04 من نفس المادة فإنه يقع على الدول الأعضاء، إبلاغ اللجنة دون إبطاء بكل الإجراءات الأولية أو النهائية، المتخذة لمقاومة الإغراق.

وما تجدر الإشارة إليه هو أن الإبلاغ أو الإخطار، يتم في شكل تقارير تودع لدى أمانة اللجنة، التي هي نفسها أمانة منظمة التجارة العالمية، إضافة إلى التزام الدول الأعضاء، بتقديم تقارير نصف سنوية عن إجراءات مقاومة الإغراق، المتخذة من جانبها<sup>34</sup>.

---

تتألف من ممثلين لكل الأعضاء. تنتخب اللجنة رئيسها وتجتمع مرتين على الأقل كل سنة أو بناء على طلب أي عضو كما تتطلب أحكام هذا الاتفاق ذات الصلة. وتضطلع اللجنة بالمسؤوليات المسندة إليها بمقتضى هذا الاتفاق أو التي يسندها لها الأعضاء، وتتيح للأعضاء فرصة التشاور حول أي مسائل تتعلق بسير الاتفاق أو تعزيز أهدافه، وتعمل أمانة منظمة التجارة العالمية كأمانة للجنة".

<sup>33</sup> تنص ف. 03 من م. 16 على ما يلي: "يجوز للجنة وأي هيئة مساعدة، في أداء وظائفها، أن تتشاور أو تطلب المعلومات من أي مصدر تراه مناسباً، إلا أن على اللجنة أو الهيئة المساعدة قبل السعي إلى هذه المعلومات من مصدر يدخل في ولاية أحد الأعضاء أن تبلغ العضو المعني بذلك. وتحصل اللجنة على موافقة العضو وأي شركة تجري استشارتها".

<sup>34</sup> خالد محمد الجمعة، المصدر السابق، ص. 127.

ولمزيد من التوضيح حول جهاز فض المنازعات على مستوى منظمة التجارة العالمية، يمكن القول أن من الأسباب والدوافع، المبررة لحق اللجوء لهذا الجهاز، هي العرقلة المباشرة أو غير المباشرة لمنفعة من منافع الاتفاق، مثل اتخاذ إجراء ما من طرف إحدى الدول الأعضاء، بما يتعارض وأحكام الاتفاق، أو عن طريق مخالفة قاعدة من قواعد الاتفاق، والتي تعتبر قرينة قانونية على إلغاء وإبطال لمنفعة من منافع الاتفاق. وبعبارة أخرى فإن "النزاع بصفة عامة يتوقع عندما لا يكون العضو راضيا على العملية التي اتبعها عضو آخر فيما يتعلق بفرض رسم مكافحة الإغراق"<sup>35</sup>

وبالتالي فإن مراحل حل المنازعات تتمثل في المشاورات الثنائية بين الدول الأعضاء، وفي حال فشلها يتم إنشاء فريق التحكيم لحل النزاع.

## 1- مرحلة إجراء المشاورات:

ما يمكن القول عن هذه المرحلة أنها تميل كل الميل إلى الأسلوب الدبلوماسي، المعتمد في حل المنازعات الدولية<sup>36</sup>، حيث أن الدولة العضو المتضررة تطلب وديا، من الدولة العضو المتسببة في إحداث الضرر، فتح مشاورات ثنائية بهدف الوصول إلى حل مرض لكلا الطرفين<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> بها جيراث لال داس، المصدر السابق، ص. 257.

<sup>36</sup> جلال وفاء محمدين، التجارة الدولية في إطار اتفاقيات الجات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص. 43.

<sup>37</sup> « En s'appuyant sur l'acquis du GATT, l' OMC affirme sa volonté de renforcer l'efficacité des

وبالتالي فإنه لا نقاش في حالة توصل كلا الطرفين، إلى حل مرض على أساس المشاورات المتخذة، أما إذا لم تفضي هذه المشاورات إلى تسوية النزاع في مدة 60 يوما التي تلي تاريخ طلب المشاورات، ففي هذه الحالة يمكن للطرف الشاكي الذي طلب عقد المشاورات، أن ينتقل مباشرة إلى طلب إنشاء فريق تحكيم<sup>38</sup>.

وفي الأخير فإنه يقع على العضو الطالب للمشاورات<sup>39</sup>، أن يخطر جهاز تسوية المنازعات، والمجالس واللجان ذات الصلة بطلب المشاورات<sup>40</sup>، كما أن المفاوضات تتم بسرية<sup>41</sup>.

---

procédures de consultation. Aussi les dispositions relatives aux consultations sont elles empreintes de souplesse et prudence: il s'agit de laisser aux états une marge de manœuvre suffisante pour leur permettre de parvenir à une solution politique. » Voir Pace Virgile, L'organisation mondiale du commerce et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux internationaux, éd. L'harmattan, Paris, 1999, p. 176-177.

<sup>38</sup>) تنص ف. 07 من م. 04 من مذكرة التفاهم على ما يلي: "إذا أخفقت المشاورات في تسوية نزاع ما في غضون 60 يوما بعد تاريخ تسلّم طلب إجراء المشاورات، جاز للطرف الشاكي أن يطلب إنشاء فريق خلال فترة ال 60 يوما إذا ما اعتبر الطرفان المتشاوران معا أن المشاورات قد أخفقت في تسوية النزاع."

<sup>39</sup>) كريمة طراد، المصدر السابق، ص. 26.

<sup>40</sup>) تنص ف. 04 من م. 04 من مذكرة التفاهم على ما يلي: "على العضو الطالب للمشاورات أن يخطر الجهاز والمجالس واللجان ذات الصلة بطلبه المشاورات. وتقدم طلبات عقد المشاورات كتابة وتدرج فيها الأسباب

## 2-مرحلة إنشاء فريق التحكيم:

لقد نص اتفاق مكافحة الإغراق لعام 1994، أنه يتم اللجوء إلى جهاز تسوية المنازعات، على مستوى منظمة التجارة العالمية، في حالتين<sup>42</sup>:

1\_ إذا كانت السلطات الإدارية في الدولة المستوردة، قد اتخذت إجراءً نهائيًا غير سليم بفرض رسوم مكافحة إغراق، أو بقبول تعهدات سعرية.

2\_ كما يجوز للدولة التي طلبت التشاور، أن تحيل المسألة إلى هيئة تسوية المنازعات، حين يكون لتدبير مؤقت ما تأثير كبير، وحين ترى أن التدبير قد اتخذ على خلاف أحكام الاتفاق هذا من جهة. ومن جهة من المادة 17 من اتفاق مكافحة الإغراق أخرى فقد بينت الفقرة 05 لعام 1994، الأسس التي يستند عليها فريق التحكيم. وهي تتمثل فيما يلي:

\_ بيان مكتوب من العضو الطالب لإنشاء فريق للتحكيم، يبين فيه كيف أن منفعة يوفرها له الاتفاق سواء بشكل مباشر أو غير مباشر ألغيت أو أبطلت، أو أن تحقيق أهداف الاتفاق قد أعيقت<sup>43</sup>.

---

الداعية للطلب بما فيها تحديد الإجراءات المعترض عليها مع ذكر الأساس القانوني للشكوى."

<sup>41</sup> تنص ف. 06 من م. 04 من مذكرة التفاهم على ما يلي: "تكون المفاوضات سرية، وينبغي ألا تخل بحقوق أي عضو في أية إجراءات لاحقة."

<sup>42</sup> لقد تولت ف. 04 من م. 17 من ا.م.إ. 94، تبيان الحالات التي يتم فيها اللجوء إلى جهاز فض المنازعات.

\_ الوقائع المتاحة لسلطات العضو المستورد وفقا للإجراءات المحلية المناسبة.

### أ\_ تقديم طلب مكتوب لإنشاء هيئة تحكيمية:

لأجل بدء عمل فريق التحكيم، يشترط تقديم طلب مكتوب بإنشاء الهيئة، حتى تقوم هذه الأخيرة ببحث المسألة محل النزاع. على أن هذا الطلب، لا بد من أن يحترم مجموعة من الشروط نجملها فيما يلي<sup>44</sup>:

\_ أول عبء يقع على الدولة الشاكية لأجل قبول طلبها بإنشاء فريق تحكيم<sup>45</sup>، هو وكما سبق الإشارة إليه إما أن تتم مشاورات ثنائية، بين المسؤولين الدولتين الأعضاء، وبالنتيجة خروجها بحل غير مرض لكلا الطرفين<sup>46</sup>. وإما رفض الطرف المشكو ضده القيام بهذه المشاورات؛

---

<sup>43</sup> سمير محمد عبد العزيز، التجارة العالمية وجات 94، ط2، مكتبة الإشعاع، الاسكندرية، 1997، ص. 270.

<sup>44</sup> تنص ف. 02 من م. 06 من مذكرة التفاهم على ما يلي: "يقدم طلب مكتوب بإنشاء فريق تحكيم، وينبغي أن يبين الطلب ما إذا كنت قد عقدت مشاورات، وأن يحدد الإجراءات المحددة موضوع النزاع وأن يقدم ملخصا مختصرا للأساس القانوني للشكوى كافيًا لعرض المشكلة بوضوح. وفي الحالات التي يطلب فيها مقدم الطلب انشاء فريق تحكيم

....."  
<sup>45</sup> يتشكل فريق التحكيم ممن تتوفر فيهم شروط الكفاءة العلمية والأكاديمية، في مجال التجارة الدولية، من غير مواطني أطراف النزاع.  
<sup>46</sup> بها جيرات لال داس، المصدر السابق، ص. 257.



\_ يشترط أيضا أن تبين الدولة الشاكية كيفية إلغاء منفعة أو إبطالها، بشكل مباشر أو غير مباشر يوفرها لها الاتفاق، أو كيفية إعاقة تحقيق غايات الاتفاق.

\_ إضافة إلى هذا فإنه يشترط أن يتضمن الطلب أدق التفاصيل، بشأن جميع إدعاءات الدولة الشاكية. وإلا لقي هذا الطلب الرفض، وما يترتب عليه من عدم أحقية الدولة الشاكية من إثارته مرة ثانية<sup>47</sup>.

### ب\_ وقائع الدعوى وتطبيق أحكام الاتفاق:

فيما يخص الشق الأول من العنوان، فإنه تتجلى مهمة هيئة التحكيم في البحث الموضوعي في وقائع النزاع، عما إذا كان عرض الوقائع، من طرف السلطات المحلية في الدولة المستوردة صحيحا، وتقويمها موضوعيا غير متحيز.

مع الإشارة إلى أن المقصود بعبارة الوقائع المتاحة لسلطات التحقيق في الدولة المستوردة، هو تقيد الهيئة بالأدلة التي استندت عليها الدولة المستوردة، مع إمكانية قبول أدلة أخرى من قبل الدولة الشاكية، والتي بينت بأن الوقائع التي استندت عليها الدولة المستوردة غير صحيحة. "مع العلم بأنه لا يدخل في ذلك الأدلة الجديدة التي تظهر بعد اتخاذ الدولة المستوردة لقرارها بفرض رسوم مكافحة الإغراق، إلا إذا قدمها التاجر المصدر إلى الدولة المستوردة، أثناء فترة مراجعة رسوم مكافحة الإغراق ورفضتها سلطات التحقيق"<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> خالد محمد الجمعة، المصدر السابق، ص. 163.

<sup>48</sup> نفس المرجع، ص. 167.

هذا فيما يخص وقائع الدعوى، أما ما يخص الشق الثاني والمتعلق بتفسير نصوص الاتفاق، فإنها تفسر وفقا لقواعد التفسير العرفية في القانون الدولي العام<sup>49</sup>، وقد قرر جهاز الاستئناف في منظمة التجارة العالمية أن المقصود بالقواعد العرفية، في تفسير قواعد القانون الدولي العام هما المادتان (31) و(32) من معاهدة فيينا بشأن قانون المعاهدات 1969<sup>50</sup>، وهذا في حال احتمال حكم ما من أحكام الاتفاق، على أكثر من تفسير مقبول<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> سمير محمد عبد العزيز، التجارة العالمية وجات 94، المصدر السابق، ص. 270.

<sup>50</sup> تنص م. 31 من معاهدة فيينا لقانون المعاهدات والتي جاءت تحت عنوان "القاعدة العامة في التفسير" على ما يلي: "1- تفسر المعاهدة بحسن نية ووفقا للمعنى الذي يعطى للألفاظها ضمن السياق الخاص بموضوعها والغرض منها.

2- بالإضافة إلى نص المعاهدة، بما في ذلك الدباجة والملاحق، يشتمل سياق المعاهدة من أجل التفسير على ما يلي:

(أ) أي اتفاق يتعلق بالمعاهدة ويكون قد تم بين الأطراف جميعا بمناسبة عقدها؛

(ب) أي وثيقة صدرت عن طرف أو أكثر، بمناسبة المعاهدة، وقبلتها الأطراف الأخرى كوثيقة لها صلة بالمعاهدة.

3- يؤخذ في الاعتبار إلى جانب سياق المعاهدة، ما يلي:

(أ) أي اتفاق لاحق بين الأطراف بشأن تفسير المعاهدة أو سريان نصوصها؛

(ب) أي تعامل لاحق في مجال تطبيق المعاهدة يتضمن اتفاق الأطراف على تفسيرها؛

(ج) أي قاعدة ملائمة من قواعد القانون الدولي قابلة للتطبيق على العلاقات بين الأطراف.

وفي الأخير نشير إلى أنه إذا ما انتهى فريق التحكيم، إلى نتيجة أن الإجراء المتخذ من قبل سلطات التحقيق في الدولة المستوردة، يتعارض مع الاتفاق الخاص بمكافحة الإغراق، فإنه يستوجب عليها الأمر في هذه الحالة، ضرورة إصدار توصية بتعديل إجراءاتها بما يتوافق والاتفاق.

### الفرع الثاني: مجريات التحقيق وأحكامه

نص اتفاق مكافحة الإغراق على أنه تستهل إجراءات وتدابير مقاومة هذا الأخير، برفع شكوى من قبل الطرف المتضرر، من جراء الفعل المشمول بالإغراق، إلى السلطات المكلفة بالتحقيق والمختصة، في البلد المستورد للمنتج المشمول بالإغراق.

تبعا لهذا سنتعرض أولا إلى شروط رفع الطلب التحقيق أو الشكوى، ثم نتعرض إلى أحكام وإجراءات سير التحقيق.

---

4- يعطى معنى خاص للفظ معين إذا ثبت أن نية الأطراف قد اتجهت إلى ذلك.

كما تنص المادة 32 من معاهدة فيينا لقانون المعاهدات والتي جاءت تحت عنوان "الوسائل التكميلية في التفسير" على ما يلي: "يمكن اللجوء إلى وسائل تكميلية في التفسير، بما في ذلك الأعمال التحضيرية للمعاهدة وملايسات عقدها، وذلك لتأكيد المعنى الناتج عن تطبيق المادة 31 أو لتحديد معنى النص حين يكون من شأن التفسير وفقا لتلك المادة:

(أ) أن يترك المعنى غامضا أو غير واضح؛ أو

(ب) أن يؤدي إلى نتيجة غير منطقية أو غير مقبولة."

<sup>51</sup> خالد محمد الجمعة، المصدر السابق، ص. 168.

## أولاً: تقديم طلب التحقيق

يتمثل محرك بدء التحقيق كقاعدة عامة، في التقدم بطلب مكتوب، من قبل الصناعة المحلية المتضررة أو باسمها، وهذا إلى السلطات المختصة فيها<sup>52</sup>، إلا أنه استثناءا يجوز للسلطات المختصة أو المكلفة بالتحقيق أن تقرر وفي ظروف خاصة، بدء التحقيق دون أن تتلقي طلب مكتوب أو شكوى، من قبل الصناعة المحلية أو باسمها. بشرط أن تتوفر لديها الأدلة الكافية على الإغراق الحاصل، والضرر والعلاقة السببية<sup>53</sup>.

على أن المقصود بعبارة "باسم الصناعة المحلية" أي نيابة عنها مثل اتحاد الصناعات أو اتحاد العمال أو غير ذلك، بمعنى رفع الطلب نيابة عن الصناعة المتضررة<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> ) « La partie qui s' estime victime d'un dumping doit demander l'ouverture d'une enquête pour prouver l'existence du dumping, le dommage qui 'il à subi et le bien de causalité entre les deux ». Voir Kenfack, Hugues, Droit du commerce international, 2ème éd, Dalloz, 2006, p. 57.

<sup>53</sup> تنص ف. 06 من م. 05 من نفس الاتفاق على ما يلي: "إذا قررت السلطات المعنية في ظروف خاصة بدء التحقيق دون تلقي طلب مكتوب من الصناعة المحلية أو باسمها ببدء هذا التحقيق لا يجوز لها السير فيه إلا إذا توفرت لديها أدلة كافية على الإغراق والضرر والعلاقة السببية كما ورد في الفقرة 02 لتبرير بدء التحقيق".

<sup>54</sup> على أنه إذا لم يكن المشتكي ممثلاً للصناعة المحلية فحينها ترفض قضية مكافحة الإغراق.

ولقد حددت الفقرة الرابعة من نفس المادة، الشروط الواجب توافرها في طلب التحقيق أو الشكوى، وهذا حتى يكون الطلب مقبول، وهي تتمثل فيما يلي:

\_ أن يقدم الطلب من الصناعة المحلية أو باسمها؛

تحديد درجة تأييد أو معارضة منتجي المنتج المشابه لهذا الطلب، \_  
إذ يتطلب أن يؤيده أو يعارضه منتجون محليون، يفوق مجموع إنتاجهم نسبة 50% من إجمالي المنتج المماثل، على أن لا تقل نسبة المنتجين المؤيدين للطلب صراحة قيمة 25% من إجمالي إنتاج الصناعة المحلية<sup>55</sup>؛

على أن الطلب أو الشكوى يستلزم فيها، أن تكون محتوية على المعلومات التفصيلية، بالقدر الذي يكون من المعقول توافرها لدى الطالب، وذلك فيما يتعلق بالأمور التالية:

\_ بعد تحديد شخصية الطالب، يُستلزم وصف وتقدير لحجم وقيمة إنتاجه للمنتج المحلي.

---

<sup>55</sup> ) « Les plaignants doivent avoir le soutien de 50 % au moins des producteurs de la branche qui s'expriment sur l'opportunité d'une action, et doivent représenter, dans tous les cas, un minimum de 25 % de la production totale. » Voir Aussilloux, Vincent et Mourre, Gilles, Une révision souhaitable de la procédure antidumping à l'OMC, Revue française d'économie. Vol 15, N°4, 2001. P. 22.

على أنه وعند تقديم طلب مكتوب باسم الصناعة المحلية، فإنه يستلزم تحديد ووصف الصناعة التي قدم الطلب باسمها، وهذا عن طريق جرد قائمة تضم كل المنتجين المحليين المعروفين للمنتج المشابه، وبقدر الإمكان وصف لحجم وقيمة الإنتاج المحلي، من المنتج المماثل الذي ينتجه هؤلاء المنتجون.

\_ وصفا وتحديدًا كاملاً للمنتج المدعى إغراقه، أو المنتج المشمول بالإغراق، وذكر اسم البلد أو بلدان المعنية بالإغراق، إضافة إلى معلومات عن الأثمان، التي يُباع بها المنتج من بلد المنشأ أو التصدير إلى بلدان أخرى، وكذا معلومات عن القيمة العادية المستنبطة.

\_ معلومات عن تطور حجم الواردات المغرقة التي يُدعى بوجودها، وأثرها على أسعار المنتج المماثل في السوق المحلي، وكذا أثرها اللاحق بالصناعة المحلية، كما تبينها العوامل والمؤشرات ذات الصلة، والتي تؤثر في الصناعة المحلية<sup>56</sup>.

على أن كل هذه المعلومات والإفادات، من تحديد للصناعة، ودرجة التأييد، والضرر الحاصل، يتقدم بها الشاكي، أو طالب إجراء التحقيق، قبل أن تباشر سلطات التحقيق في البلد المستورد مهامها.

---

<sup>56</sup> من العوامل المؤثرة يمكن ذكر ما ورد في نص ف. 02 و 04 من م. 03 من ا.م.إ. 94، وهي كالاتي: الزيادة الكبيرة في الواردات المغرقة، انخفاض سعرها وانعكاسها على الأسعار المحلية للمنتج المشابه، منعها من الزيادة الطبيعية، التضيق من الحصة السوقية، ارتفاع مخزون المنتج المحلي إلى غير ذلك من الآثار الاقتصادية.

وهذا لكي يتسنى لسلطات المكلفة بالتحقيق، بحث كافة الأدلة، وتقدير مدى كفايتها للشروع في التحقيق<sup>57</sup>.

وما تجدر الإشارة إليه هو عدم جواز الإعلان عن وجود طلب بالتحقيق، مقدم للسلطات المعنية في الدولة المستوردة<sup>58</sup> بوجود إغراق من عدمه\_ ما لم يصدر قرار من طرفها ببدء التحقيق<sup>59</sup>. وهذا حماية لسمعة الدولة المصدرة المتهمه بممارسة إغراق ضار من جهة، ومن جهة أخرى لأجل حسم عدد من المسائل، على أن هذه الأخيرة -أي المسائل- تتمثل فيما يلي<sup>60</sup>:

\_ هل المشتكي أو مقدم الطلب مُستوفي للشروط؟ بمعنى هل المشتكي هو صناعة محلية، أو من ينوب عنها. وهل أصحاب الشكوى يمثلون نسبة 50 % من المنتجين للسلعة؟

\_ هل هناك أدلة كافية على أن السلعة المستوردة، هي حقا مغرقة للسوق المحلي؟ وهل هي حقا تستحوذ على نصيب أكبر من السوق المحلي أم لا؟

---

<sup>57</sup> إياد عصام الحطاب، المصدر السابق، ص. 141.  
<sup>58</sup> المبدأ يتمثل في ضرورة تحاشي الإعلان عن بدء التحقيق، ما لم يكن قد اتخذ بشأنه قرارا، إلا أنها تقوم بإبلاغ حكومة العضو المصدر بعد تلقيها الطلب وقبل السير في بدء التحقيق.

<sup>59</sup> تنص ف.05 من م. 05 من نفس الاتفاق على ما يلي: "تتحاشي السلطات أي إعلان عن طلب بدء التحقيق ما لم يكن قرار قد اتخذ ببدء التحقيق. غير أنها تقوم بإخطار حكومة العضو المصدر المعني بعد تلقيها لطلب موثق توثيقا صحيحا وقبل السير في بدء التحقيق".

<sup>60</sup> إياد عصام الحطاب، المصدر السابق، ص. 141.

هل هناك أدلة كافية على أن الضرر الواقع على المشتكى، سببه الأساسي هو المستوردات الأجنبية؟ وهل هناك عوامل أخرى ساعدت على وقوع الضرر؟<sup>61</sup>

ما يمكن ملاحظته كعيب محتسب لاتفاق مكافحة الإغراق، أنه لم يورد أي جزاء يمكن توقيعه على السلطات المكلفة بالتحقيق، في حالة بدء التحقيق قبل الإعلان عن وجود شكوى<sup>62</sup>، لأن المنطق يفرض ضرورة إعلام الطرف المشتكى به، عن تسجيل شكوى ضده، وهذا حتى يتسنى له الوقت لترتيب دفوعه.

### ثانياً: تحديد الأطراف ذات المصلحة وإجراءات التعامل معها

في حالة ما إذا كان الطلب أو الشكوى التي تقدمت بها الصناعة المحلية، أو باسمها مقبولة، أو في حالة ما إذا فتحت السلطات المعنية، التحقيق من تلقاء نفسها. وجب في هذه الحالة على السلطات المختصة في الدولة المستوردة المتضرر، ضرورة إخطار العضو أو الأعضاء الذين تخضع منتجاتهم للتحقيق. كما أنه ينبغي إخطار كافة الأطراف ذات المصلحة في القضية، بالبيانات التي تحتاجها سلطات التحقيق لإجراء مهمة البحث والتقصي<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> بمعنى أن الضرر الواقع على السلعة المحلية، قد لا يكون مرده استيراد السلع الأجنبية المثلثة للمنتج المتضرر المحلي، وإنما مرده هو السياسات غير الاقتصادية التي يتبعها المنتج المحلي. مثل عدم احترام مبادئ المحاسبية المعروفة أو عدم كفاءة العمالة، أو انخفاض إنتاجيتها أو غير ذلك من السياسات التي ترفع تكاليف الإنتاج.

<sup>62</sup> خالد محمد الجمعة، المصدر السابق، ص. 133.

<sup>63</sup> محمد السانوسي محمد شحاته، المصدر السابق، ص. 290.



وبحسب الفقرة 11 من المادة 06 من اتفاق مكافحة الإغراق، فإن المقصود بالأطراف ذات المصلحة ما يلي<sup>64</sup>:

1\_ أي مصدر، أو منتج أجنبي، أو مستورد، للمنتج الخاضع للتحقيق. أو اتحاد تجاري، أو اتحاد عمال تكون أغلبية أعضائه من منتجي المنتج المشمول بالإغراق.

2\_ حكومة العضو، أو الأعضاء المصدرين.

3\_ أي منتج لسلعة مماثلة في أراضي العضو المتضرر، أو نقابة أو اتحاد أعمال تكون أغلبية أعضائه، من منتجي المنتج المماثل للمنتج المتضرر، في أراضي البلد المستورد.

مع الإشارة إلى أن هذه القائمة، قد وردت على سبيل المثال لا الحصر، بحيث يمكن إدراج أي أطراف أخرى محلية كانت أو أجنبية، غير تلك المشار إليها أعلاه، ومثالم المستعملون الصناعيون للمنتج موضوع التحقيق، أو ممثلو منظمات المستهلكين، إذا كان المنتج مبيعا عموما على مستوى التجزئة، إلى غير ذلك من الأطراف ذات المصلحة<sup>65</sup>.

على أن الإخطار الموجه إلى أصحاب المصلحة، لا بد من أن يكون شاملا على البيانات والمعلومات التالية:

---

<sup>64</sup> مصطفى سلامة، قواعد الجات (الاتفاق العام للتعريفات الجمركية والتجارية) (منظمة التجارة العالمية، الإغراق، الحماية، الاستثمار، التكتلات الإقليمية)، ط. الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1998، ص. 98.

<sup>65</sup> إياد عصام الحطاب، المصدر السابق، ص. 164.

\_ إسم العضو أو الأعضاء المصدرة، وكذا المنتج أو المنتجات المشمولة بالإغراق؛

\_ تاريخ بدء التحقيق، والذي سبق وأن حددته السلطات المختصة في الدولة المستوردة؛

\_ أساس الإدعاء بالإغراق الوارد في الطلب؛

\_ ملخص العوامل التي يقوم عليها إدعاء الضرر؛

\_ العنوان الذي ينبغي أن توجه إليه عروض الأطراف ذات المصلحة؛

\_ المدة الزمنية المسموح بها للأطراف ذات المصلحة، للإعلان عن آرائها خلالها<sup>66</sup>؛

على أنه وأثناء سير التحقيق، ترسل سلطات التحقيق للمنتجين الأجانب أو المتهمين بممارسة الإغراق استبياناً<sup>67</sup>، والذي هو عبارة عن قائمة من الأسئلة بخصوص المنتج محل التحقيق، لأجل الرد عليها وتوضيح الأمور. على أن تمنحهم السلطات المختصة بالتحقيق مهلة 30 يوماً لأجل الرد على الأسئلة، يبدأ في احتسابها من تاريخ تسلم قائمة الأسئلة. وما تجدر الإشارة إليه هو أن الحد الزمني

---

<sup>66</sup> خالد محمد الجمعة، المصدر السابق، ص. 129؛ كريمة طراد، المصدر السابق، ص. 81.

<sup>67</sup> على أن مهمة التاجر المصدر يمكن أن تكون عسيرة إذا كُتبت الإستبيان بطريقة غير واضحة وبلغت الدولة المتضررة، وخصوصاً إذا لم تكن إحدى اللغات العالمية.

للإجابة، يحسب من تاريخ تسلم قائمة الأسئلة، الذي يعتبر لهذا الغرض قد سلم بعد أسبوع من تاريخ إرسالها إلى المضيف الآلي، أو إحالته إلى الممثل الدبلوماسي المختص للبلد المصدر، أو إلى ممثل رسمي للبلد المصدر في حالة الإقليم الجمركي المنفصل للعضو في هذا وأن المدة المقدرة بـ 30 يوم هي مدة منظمة التجارة العالمية. قابلة للتמיד، كلما دعت الظروف إلى ذلك<sup>68</sup>.

على أنه يجوز لكل طرف ذي مصلحة، أن يطلب من السلطات المختصة في البلد المستورد، إعطاءه نسخة من طلب بدء التحقيق، بشرط الحفاظ على المعلومات السرية الواردة فيه. كما يجب على السلطات المعنية التي تقوم بالتحقيق، أن تتيح على وجه السرعة للأطراف ذات المصلحة في التحقيق، الإطلاع على الأدلة التي قدمها أحد الأطراف، ولكن أن تنظر بعين الاعتبار إلى اشتراط حماية المعلومات السرية<sup>69</sup>. لأن اتفاق مكافحة الإغراق، يشجع على ضرورة إتاحة الفرصة لجميع الأطراف ذات المصلحة، خلال مسيرة التحقيق، وهذا تحقيقاً لحق الدفاع عن المصالح.

ولتحقيق هذه الفرصة للأطراف ذات المصلحة، تعتمد السلطات المختصة بالتحقيق، إلى ترتيب لقاء يجمع بين الأطراف ذات

---

<sup>68</sup> تنص ف. 01-01 من م. 06 على ما يلي: "...ينبغي النظر بعين الاعتبار إلى أي طلب لمدة فترة الثلاثية يوماً، وتمنح هذه المهلة كلما كان ذلك عملياً عند تقديم الأسباب".

<sup>69</sup> تنص ف. 01-02 من نفس م. على ما يلي: "مع مراعاة اشتراط حماية المعلومات السرية تتاح الأدلة التي قدمها كتابة أحد الأطراف ذات المصلحة لأطراف أخرى ذات المصلحة في التحقيق على وجه السرعة".

المصلحة والأطراف ذات المصلحة المضادة<sup>70</sup>، بغية عرض الآراء المتعارضة وتقديم الحجج المضادة<sup>71</sup>. وبالتالي يعرض كل طرف رؤيته الخاصة، ومن ثم يكون حق الدفاع مكفولاً<sup>72</sup>، وهذا تحقيقاً لمبدأ الوجاهية. على أن تراعى في إتاحة هذه الفرصة ضرورة المحافظة السرية والراحة لكل الأطراف، كما أنه من حق الأطراف ذات المصلحة، إذا قدمت ما يبزر ذلك أن تعرض معلومات أخرى شفاهية<sup>73</sup>، ونفس الأمر ينطبق على الأطراف ذات المصلحة المضادة. على أن تتاح لهذه الأخيرة فرصة الإطلاع على المعلومات المقدمة في حدود السرية المطلوبة<sup>74</sup>.

مع الإشارة إلى أن المعلومات التي تصنف على أنها سرية بطبيعتها، أو المعلومات التي يتقدم مقدمها بطلب عدم إفشائها، يمنع الكشف عنها دون تصريح محدد، من قبل الطرف الذي قدمها، وهذا بشروط نجلها فيما يلي:

تقديم ملخصات غير سرية، بحيث تكون كافية لتوصل وفهم معقول لجوهر المعلومات المقدمة سرا، إلا أنه يجوز التغاضي عن هذه

---

<sup>70</sup> على أنه ليس هناك إلزام على العضو بحضور المقابلة أو الاجتماع، كما أن الغياب عن الاجتماع لا يفقده القضية.

<sup>71</sup> عادل المهدي، **عولمة النظام الاقتصادي العالمي ومنظمة التجارة العالمية**، دط، الدار المصرية اللبنانية، مصر، ص. 232.

<sup>72</sup> بها جيرات لال داس، المصدر السابق، ص. 253.

<sup>73</sup> ما تجدر الإشارة إليه هو أن المعلومات الشفهية لا تؤخذ بعين الاعتبار إلا إذا قدمت بعد ذلك كتابة.

<sup>74</sup> تنص ف. 01- 03 من م. 06 على ما يلي "....وتقديمها عند الطلب للأطراف الأخرى ذات المصلحة. وتنظر بعين الاعتبار إلى اشتراط حماية المعلومات السرية وفقاً لنص الفقرة 05."

التلخيصات، إذ تبين أن هذه المعلومات المقدمة، لا تقبل التلخيص لظروف استثنائية ما، بشرط تقديم بيان بالأسباب التي تمنع مثل هذه التلخيصات؛

\_ إذا ارتأت السلطات المختصة بأن طلب عدم إفشاء المعلومات، لا أساس له من الصحة، ورغم هذا لم يقبل مقدمها إعلانها، جاز للسلطات إغفال هذه المعلومات<sup>75</sup>؛

ومن حقوق السلطة المختصة بالتحقيق في الدولة المستوردة، أثناء فترة التحقيق التأكد من دقة المعلومات، التي قدمها كل الأطراف، والمستندة إليها نتائج التحقيق<sup>76</sup>، وذلك بما تراه مناسباً من وسائل<sup>77</sup>.

### ثالثاً: استسقاء وجمع الأدلة

يكون على السلطة المختصة وهي في سبيل جمع الأدلة، حول ممارسة الإغراق الضار من عدمه، اتباع سلسلة من الإجراءات، بحيث قد ترى سلطات التحقيق أن الأمر يستدعي إجراء تحقيقات في أراضي العضو، الذي هو محلاً للتحقيق، وذلك للثبوت من البيانات التي تقدم بها المصدرون أو الشركات المنتجة، رداً على الاستبيان أو

---

<sup>75</sup> وهو الأمر الذي نصت عليه ف.5-2 من م.6 من نفس الاتفاق.  
<sup>76</sup> تنص الفقرة 06 من المادة 06 على ما يلي: "تتحقق السلطات أثناء التحقيق من دقة المعلومات التي قدمها الأطراف والتي تستند إليها نتائجها إلا في الظروف المنصوص عليها في الفقرة 08".  
<sup>77</sup> إياد عصام الحطاب، المصدر السابق، ص. 166.

للحصول على مزيد من المعلومات<sup>78</sup>. وهذا وفقا للأحكام الواردة في الملحق الأول لاتفاق مكافحة الإغراق والواردة تحت عنوان "إجراءات التحقيق في الموقع"، وهي كالآتي:

\_ إن أول إجراء تقوم به السلطات المختصة، هو إبلاغ سلطات أو حكومة العضو المصدر للمنتج المشمول بالإغراق، وكذا الشركات المعنية وهذا بنيتها في إجراء تحقيق في الموقع؛

\_ بعد الحصول على الموافقة لأجل القيام بالزيارات الميدانية، تقوم سلطات التحقيق بإخطار سلطات العضو المصدر، بأسماء وعناوين الشركات، التي ستكون محلا للزيارة الميدانية؛

\_ إبلاغ سلطات الأطراف ذات المصلحة، في حالة إشراك خبراء غير حكوميين<sup>79</sup>، في فريق التحقيق؛

\_ يشترط لأجل القيام بالتحقيق في الموقع، ضرورة الحصول على موافقة الشركات المعنية في أراضي العضو المصدر، وهذا قبل التخطيط النهائي للقيام بالزيارات الميدانية، وهو الأسلوب السائد<sup>80</sup>؛

\_ ضرورة منح الشركات المعنية بالزيارات الميدانية، مهلة كافية قبل إجراء الزيارة لأجل ترتيب أمورها؛

---

<sup>78</sup> جابر فهمي عمران، منظمة التجارة العالمية، دط، دار الجامعة للنشر، الاسكندرية، 2009، ص. 433.

<sup>79</sup> ما تجدر الإشارة إليه هو أنه في حالة انتهاك متطلبات السرية من قبل هؤلاء الخبراء غير الحكوميين، فإنه ستطبق عليهم جزاءات أو عقوبات فعالة وهذا بحسب ف. 02 من الملحق الأول ا.م.إ. 94.

<sup>80</sup> عادل المهدي، المصدر السابق، ص. 232.

\_ لا يمكن للسلطات المختصة في الدولة المستوردة، أن تقوم بالتحقيق في الموقع، إلا بعد استلام الرد على الإستبيان. الذي سبق وأن قدم للدولة العضو، أو الشركة، المتهمه بممارسة إغراق ضار، وهذا ما لم توافق هذه الأخيرة على خلاف ذلك؛

إضافة إلى ما سبق فإنه يجب على السلطات المعنية، في الدولة المستوردة قبل القيام بزيارة الموقع، أن تقدم بيان أو توضيح للشركات المعنية بالزيارة، للطبيعة العامة للمعلومات، التي ستكون محلا للتحقيق، وبأي معلومات أخرى ينبغي تقديمها.

\_ "يكون على السلطات المعنية في الدولة المستوردة، أن توجه أسئلة أو استفسارات إلى الشركات المعنية في الدولة المصدرة قبل القيام بالزيارة، وعلى هذه الشركات الرد عليها قبل القيام بالزيارة الميدانية لها، وذلك لأجل ضمان نجاح التحقيق في الموقع"<sup>81</sup>.

#### رابعاً: طريقة تقديم المعلومات المطلوبة

يجوز لسلطات التحقيق أن تتدخل وتحدد لأحد أطراف المصلحة، الأسلوب أو الطريقة، التي يقدم بها رده على المعلومات المطلوبة منه - والتي تتمثل في العادة طريقة الرد بلغة الحاسب الآلي- مثل أشرطة الحاسب الآلي. على أن تراعي سلطات التحقيق، عند التقدم بمثل هذا الطلب أو التحديد، قدرة الطرف المطلوب منه المعلومات على الرد بالوسيلة المقترحة عليه.<sup>82</sup>

<sup>81</sup> خالد محمد الجمعة، المصدر السابق، ص. 140.

<sup>82</sup> نفس المرجع، ص. 142.

أكثر من هذا فإن سلطات التحقيق لن تتمكن بطلب رد الحاسب الآلي، إذا لم يكن الطرف ذو المصلحة قد سبق واحتفظ بحساباته على الحاسب الآلي<sup>83</sup>، أو في حالة ما إذا كان الامتثال لطلب سلطات التحقيق، سيؤدي إلى عبء زائد غير معقول على الطرف المعني، كاستتباعه بتكاليف أو مصاريف إضافية ومتاعب غير معقولة<sup>84</sup>. وبالتالي فإن كل هذه الأمور تفتح المجال، لأجل تقديم المعلومات، إما في شكل مادة مكتوبة، أو في أي شكل آخر تقبله السلطات المختصة<sup>85</sup>. مع الإشارة إلى أن هذا الامتناع لا يعتبر عرقلة كبيرة للتحقيق، ما دام أن حالتي عدم تحققه قد توفرت.

كما أن المعلومات المقدمة إذا لم تكن مثالية من جميع النواحي، فإن هذا لا يبرر ولا يسمح للسلطات المختصة أن ترفضها، مادام أن الطرف المعني قد تصرف على أفضل وجه يستطيع. وما يجدر التنويه إليه هو أنه في حال ما إذا تم رفض المعلومات المقدمة من جانب الطرف المعني، فإنه يقع على عاتق سلطات التحقيق عرض الأسباب والتبريرات المفضية إلى قرار الرفض.

وبالمقابل فإنه يكون للطرف الذي رفضت معلوماته، الحق في الاستفادة من فرصة ثانية لأجل عرض تفسيراته إلى السلطات المختصة. وهذا خلال فترة معقولة، مع مراعاة للحدود الزمنية للتحقيق، وأنه في حالة عدم اقتناع سلطات التحقيق بالتفسيرات المقدمة من جانب الطرف المعني، فإنه يتم رفضها مرة ثانية ويتم

---

<sup>83</sup> إبراهيم المنجي، المصدر السابق، ص. 219

<sup>84</sup> إياد عصام الحطاب، المصدر السابق، ص. 174.

<sup>85</sup> إبراهيم المنجي، المصدر السابق، ص. 218



الإعلان عن أسباب رفض هذه التفسيرات أو المعلومات في أي قرارات منشورة<sup>86</sup>.

مع التنويه بأنه يقع على سلطات التحقيق، وهي بصدد جمع الأدلة أن تقوم بذلك بحرص شديد، وأن لا تتغاضى عن أية معلومات أو أدلة، يمكن أن تغير من مسار ومنحى التحقيق، وأن تتحقق بالمقابل من المعلومات المقدمة إليها من المصادر المستقلة الأخرى، مثل قوائم الأسعار المنشورة بخصوص السلعة محل التحقيق، وكذا الإحصاءات للمستوردات، أو عائدات وبيانات الجمارك<sup>87</sup>.

وبعد أن نصت الفقرة 07 من المادة 06 من الاتفاق، على جواز القيام بالتحقيقات اللازمة في أراضي الأعضاء الآخرين، وهذا بعد توافر مجموعة من الشروط سبق وأن تم تبيانها. في المقابل نجد نص الفقرة 08 من نفس المادة والتي فحواها هو أنه: "إذا رفض أي طرف ذي مصلحة توفير المعلومات الضرورية، أو لم يقدمها خلال فترة مناسبة، أو أعاق التحقيق كثيرا. يجوز إصدار تحديدات أولية ونهائية، إجابية أو سلبية، على أساس الوقائع المتاحة. وتراعى أحكام الملحق الثاني في تطبيق هذه الفقرة".

وبالتالي وبالربط بنص الفقرة الأولى من الملحق الثاني فإن الإجراء الأول الذي يقع على عاتق السلطات المختصة، هو تحديد المعلومات المطلوبة من أي طرف ذي مصلحة، وبأسرع وقت ممكن. وكذا تحديد الطريقة أو الأسلوب الذي تفضله السلطة المختصة، لأجل تقديم المعلومات المطلوبة منه في رده.

<sup>86</sup> خالد محمد الجمعة، المصدر السابق، ص. 142.

<sup>87</sup> إياد عصام الحطاب، المصدر السابق، ص. 175.

كما تبين السلطات المختصة للطرف المعني بتقديم المعلومات، أنه وفي حالة الامتناع عن تزويدها بالمعلومات، أو رفضه تقديمها خلال فترة معقولة تحددها السلطات، فإنه سيكون من حقها أن تصدر قراراتها على أساس المعلومات المتاحة أمامها، أي المقدمة من الأطراف الأخرى. بما في ذلك المعلومات والأدلة المقدمة في الشكوى أو طلب إجراء التحقيق، من قبل الصناعة المحلية المتضررة<sup>88</sup>. وعليه وفي غالب الأحوال فإن القرار الذي ستتخذه سلطات التحقيق في هذه الحالة سوف يكون في صالح الطرف الذي قدم طلب إجراء التحقيق<sup>89</sup>.

ومن النتائج أو الآثار السلبية المترتبة عن هذه الحالة رفض تقديم المعلومات- هو فتح باب التحقيق على مصرعيه، لأجل الحصول على المعلومات من أي مصادر أخرى تراها مناسبة.

وهو نفس الأمر إذا ما قررت السلطات المختصة، أنها لم تتحصل على الإجابات الكافية، من الشركات المصدرة التي هي محل للتحقيق، أو قررت عدم تعاون هذه الشركات، في تقديم المعلومات الكافية<sup>90</sup>.

على أنه إذا لم يتعاون أحد الأطراف من ذوي المصلحة، عن طريق حجز المعلومات ذات الصلة عن السلطات التحقيق، فإن هذا الوضع يمكن أن يؤدي إلى نتيجة سلبية لهذا الطرف وبالمقابل إمكانية إصدار قرارات أولية نهائية، إيجابية أو سلبية، على أساس الوقائع

---

<sup>88</sup> إبراهيم المنجي، المصدر السابق، ص. 217.

<sup>89</sup> إياد عصام الحطاب، المصدر السابق، ص. 137.

<sup>90</sup> إبراهيم المنجي، المصدر السابق، ص. 217.

المتاحة. والتي في الغالب ليست في صالح الطرف الذي لم يتعاون مع سلطات التحقيق، شرط أن تبلغ سلطات التحقيق هذه الأطراف غير المتعاونة بالوقائع الأساسية، والتي تشكل أساساً لقرارها<sup>91</sup>.

وعلى ضوء هذه المعلومات فإنه يقع على عاتق السلطات المكلفة بالتحقيق، التزام تحديد هامش فردي للإغراق، وهذا في حالة ما إذا كان عدد المصدرين، أو المنتجين للمنتج محل التحقيق قليلاً. أما في حالة ما إذا كان عدد المصدرين، أو المنتجين، أو المستوردين، أو أنواع المنتجات، كثيراً الأمر الذي يصعب من عملية التحديد الفردي لهامش الإغراق، فإنه بإمكان سلطات التحقيق أن تلجأ إلى أسلوب من الأساليب التالية لتحديد هامش الإغراق:

1\_ أن تقصر بحثها على عدد معقول من الأطراف أو المنتجين، باستخدام عينة مقبولة إحصائياً على أساس المعلومات المتاحة لسلطات التحقيق وقت الإنتقاء. أو بمعنى آخر مقارنة المتوسط المرجح لأسعار التصدير، بالمتوسط المرجح للقيمة العادية.

2\_ أن تحدد السلطات المعنية بالتحقيق، هامشاً منفرداً للإغراق، وذلك بالنسبة لكل مصدر أو منتج معروف، معني بالمنتج موضوع البحث. بمعنى تحديد هامش الإغراق عن طريق مقارنة القيمة العادية بسعر التصدير، على أساس صفقة بصفقة.

---

<sup>91</sup> تنص م.06 ف. 09 من ا.م.إ. 94 على ما يلي: "تقوم السلطات قبل إصدار تحديد نهائي بتعريف الأطراف ذات المصلحة بالوقائع الأساسية موضع النظر التي تشكل أساس قرارها عما إذا كانت ستتخذ إجراءات نهائية. ويجب أن يقع هذا الإبلاغ في فترة تكفي لكي تدافع الأطراف عن مصالحها".

3\_ استثناء إذا ما لوحظ بأنه هناك تباين في أسعار التصدير، بحيث يصعب احتوائها بأحد الطريقتين السابقتين، تتم المقارنة بين المتوسط المرجح للقيم العادية بسعر التصدير لكل صفقة.

على أنه يفضل أن تجرى عملية إختيار المصدرين، أو المستوردين، أو المنتجين، أو المنتجات، بالتشاور معهم أو برضائهم<sup>92</sup>.

### خامساً: القرار الصادر عن سلطات التحقيق

بعد المضي قُدماً في سلسلة التحقيقات<sup>93</sup> المشمولة، من قبل السلطات المعنية، فإن هذه الأخيرة يمكن أن تخلص إما إلى قرار أولي أو أن تخلص مباشرة إلى قرار نهائي. وعليه وفي حالة صدور القرار الأولي فإنه فهناك احتمالين يتمثلان فيما يلي:

#### 1: القرار النافي لوجود حالة إغراق ضار

في حالة ما إذا كانت نتائج التحريات، التي قامت بها سلطات التحقيق سلبية، بمعنى ثبوت عدم وجود إغراق، فإنه في هذه الحالة يقع على سلطات التحقيق، ضرورة إنهاء إجراءات التحقيق، وهذا

---

<sup>92</sup> على أنه إذا قدم مصدر أو منتج لم يتم إختياره، معلومات ضرورية في الوقت المناسب، فإنه يقع على سلطات التحقيق تحديد هامش فردي لتلك الحالة. على أن تعفى السلطات من ذلك إذا كان عدد المصدرين أو المنتجين كبيراً، إلى حد يجعل البحث الفردي عبئاً ثقيلاً، يقف عائقاً دون استكمال التحقيق في الوقت المحدد.

<sup>93</sup> تنص ف.10 من م. 05 بأنه تستكمل التحقيقات خلال عام واحد من بدئها إلا في ظروف خاصة، ولا تتجاوز 18 شهراً بأي حال.

لسبب انتفاء الممارسات الضارة في التجارة الدولية<sup>94</sup>. "لأن الأصل أن إجراءات التحقيق من الشكوى ضد الإغراق، تقوم فقط عندما يتحقق شرط الإخلال بالالتزامات، المترتبة عن تنفيذ أحكام الاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية والتجارة لعام 1994"<sup>95</sup>.

وهو الأمر الذي أكدت عليه الفقرة 08 من المادة 05، بمفهومها بأنه إذا لم تقتنع سلطات التحقيق بالأدلة المقدمة إليها لأجل إثبات وجود حالة إغراق، أو ضرر ناتج عنه، فإنه سوف يتم رفض طلب السير في التحقيق. كما أنه يتم الإنهاء الفوري للتحقيق، في الحالات التي تقرر فيها سلطات التحقيق، أن هامش الإغراق لا يؤبه به، أو أن حجم الواردات المغرقة أو حجم الضرر قليل الشأن<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> نوضح بأن الممارسة الضارة تنتفي في حالة انعدام الضرر أو حالة ضعف الدليل ضد الممارسة الضارة أو لسبب انتفاء العلاقة السببية بين الممارسة الضارة والضرر، ففي هذه الحالة يتعين على سلطة التحقيق غلق باب التحقيق فوراً.

<sup>95</sup> إياد عصام الحطاب، المصدر السابق، ص. 180.

<sup>96</sup> مع التذكير بأن حجم الضرر يعد قليل الشأن إذا كان يقل عن نسبة 2% من سعر التصدير، وكما يعد حجم الواردات المغرقة قليلة الشأن إذا كان حجم الواردات المغرقة من بلد معين تقل، عن نسبة 3% من واردات العضو المستورد من المنتج المماثل. مالم تكن عدة دول تمثل كل منها نسبة تقل عن 3% من واردات العضو المستورد تمثل معا نسبة 7% من واردات الدولة المستوردة.

« Toute fois, si plusieurs pays –qui individuellement contribuait pour moins de 3% aux importations du produit similaire dans le membre importateur-y contribuent collectivement pour plus de 7%, le seuil de minimum n'existe plus.» Voir Thiébaud, Flory,

## 2: القرار المؤبد والمؤبد لوجود حالة إغراق ضار

في حالة ما إذا ثبت أثناء مجريات التحقيق، تحقق حالة إغراق ضار يستوجب ضرورة مقاومته، فإن ردت فعل الأطراف ذات المصلحة، يمكن أن تختلف بين الراضي والرافض. وبموجب هذا الأخير فإذا رفض أي طرف ذي مصلحة توفير المعلومات الضرورية، أو تغاضى عن تقديمها في الوقت المناسب، فإنه سيترك الحرية لسلطات التحقيق في إصدار تحديدات أولية نهائية، إجابية أو سلبية، كما سبق وبيانه. وهذا على أساس الوقائع المقدمة إليها، "بحيث يفهم من هذا أنه إذا لم تقدم البيانات في الوقت المحدد جاز لسلطات التحقيق في البلد المستورد الانتقال إلى المرحلة التالية، والمتمثلة إما إلى مرحلة القرار المبدئي والذي يمكن أن يسفر عن فرض تدابير مؤقتة<sup>97</sup>، أو مباشرة إلى مرحلة القرار النهائي، والذي سيسفر عن فرض رسوم نهائية.

وفي الأخير فإن إجراءات التحقيق لا تعرقل البتة إجراءات التخليص الجمركي، على المنتج المشمول بالإغراق، إضافة إلى أن مدة التحقيق، يشترط ألا تستغرق أكثر من عام من تاريخ البدء فيها، استثناء وإذا اقتضت الضرورة، فإنه يجوز أن تمتد لمدة لا تتجاوز 18 شهرا بأي حال من الأحوال<sup>98</sup>.

---

L'organisation mondiale du commerce: Droit institutionnel et substantiel, op. cit, p. 97.

<sup>97</sup> إياد عصام الخطاب، المصدر السابق، ص. 183.

<sup>98</sup> أسامة المجدوب، الجات ومصر والبلدان العربية من هافانا إلى مراكش 1947-1993، دط، الدار المصرية اللبنانية، مصر، ص. 176.

## المطلب الثاني: تحديد هامش الإغراق

إذا كان فعل الإغراق في ظاهره يتمثل في انخفاض سعر السلعة أنه قد أو المنتج، في بلد الإستيراد عن سعره في بلد التصدير، بحيث يظهر للباحث أن كيفية تحديده بسيطة، لا تتضمنها أي تعقيدات. فهذا ظن خاطئ، لكون أن اتفاق مكافحة الإغراق، نص على أن إثبات عدم مشروعية الإغراق، ليست بالبساطة التي قد تبدو عليه من خلال هذا وهذا راجع لكون أن إثبات عدم التعريف المشار إليه أعلاه. مشروعيته، لا تتوقف عند حد إجراء مقارنة بسيطة بين سعر السلعة، أو المنتج بين السوقيين في البلدين (المصدر والمستورد)، بل إن الأمر يتطلب إجراء سلسلة من الخطوات التحليلية، المطولة والمعقدة<sup>99</sup>. لتحديد كل من القيمة العادية، للسلعة المشمولة بالإغراق (فرع أول)، وسعر التصدير في الدولة المستوردة ( في الدولة المصدرة (فرع ثان)، وهذا كله لأجل التمكن من الوقوف، على مقارنة عادلة ومنصفة بين السعرين.

## الفرع الأول: تحديد القيمة العادية

بالرجوع إلى نص المادة الثانية من اتفاق مكافحة الإغراق لسنة 1994، والتي تنص على مايلي: " في مفهوم هذا الاتفاق يعتبر منتج ما منتج مغرق، أي أنه أدخل في تجارة بلد ما بأقل من قيمته العادية، إذا كان سعر تصدير المنتج المصدر من بلد إلى آخر أقل من السعر

---

<sup>99</sup> وادي حسن آدم، الاتفاقية العامة للتعريف الجمركية والتجارة كإطار قانوني للتعاون التجاري الدولي، مذكرة ماجستير في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1992، ص. 61.

المماثل، في مجرى التجارة العادية، للمنتج المشابه حين يوجه لاستهلاك في البلد المصدر.

حيثما لا تكون هناك مبيعات لمنتج مشابه في مجرى التجارة العادي في السوق المحلي للبلد المصدر، أو حيثما لا تسمح هذه المبيعات بمقارنة صحيحة بسبب وضع السوق الخاص أو انخفاض حجم المبيعات، في السوق المحلي للبلد المصدر، يتحدد هامش الإغراق بالمقارنة بسعر مقابل لمنتج مشابه عند تصديره لبلد ثالث مناسب، شرط أن يكون هذا السعر معبرا للواقع، ومقارنة بتكلفة الإنتاج في بلد المنشأ مضافا إليها مبلغ معقول مقابل تكاليف الإدارة والبيع والتكاليف العامة وكذلك الأرباح".

يفهم من نص المادة المشار إليها أعلاه، بأنه يمكن التعرف بسهولة على القيمة العادية للمنتج المغروق، في ظل الأحوال العادية للتجارة، وهذا يتأتى بمعرفة سعر السلعة المتداول، في الدولة المصدرة. لأن سعر البضاعة هو التعبير النقدي لقيمتها، وهذا عندما يخصص للاستهلاك في أسواقها، بحيث يتم قياس وتحديد حجم الإغراق بمقارنة سعر السلعة في الدولة المستوردة، مع سعر سلعة مماثلة في الدولة المصدرة<sup>100</sup>. وبمجرد كون أن سعر السلعتين في

---

<sup>100</sup>) « la marge de dumping est la différence entre la valeur normale du produit en question sur le marché interne et le prix d'exportation pratiqué par l'exportateur/producteur ». voir, You Shang, Le Droit AntiDumping Européen Face à la chine: Un juste Milieu



الدولتين مختلفا، فإن ذلك يدل على أن سعر إحداها، أقل من القيمة الطبيعية، وبالتالي تحقق الإغراق.<sup>101</sup>

وعلى سبيل المثال<sup>102</sup> نفترض أن سعر البيع في السوق المحلي هو 100 وحدة نقدية، بينما أن سعر التصدير هو 80 وحدة نقدية. فإن مبلغ الإغراق هو 20 وحدة نقدية وهذا نتيجة (100-80)، وبالتالي % فإن هامش الإغراق المحتسب هو كالاتي  $25=100 \times (80/20)$

إلا أنه في حالات عديدة، قد يكون من غير الممكن تحديد القيمة العادية، على هذا النحو البسيط. الأمر الذي يورد استثناءا عن قاعدة تحديد القيمة العادية، في مجرى التجارة العادي. بحيث يتحقق هذا الوضع عادة عندما لا تتوفر مبيعات للمنتج المشمول بالإغراق، في

---

difficile à fixer, revue internationale de droit économique, 2012-1, p. 97.

**<http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2012-1page-95-htm>**

(<sup>101</sup> خالد محمد جمعة، المصدر السابق، ص. 105.

<sup>102</sup> ) « ... for exemple, if the exporter 's ex-factory Price & 100 to customers in the identical home market and & 80 for the indential product to customers in the importing country, the dumping margin is calculated as, follow :

(100-80) = 20, (20/80)×100 = 25%.... »voir Joseph W.Dorn and Duane W.Layton, the WTO anti-dumping Agrément : a guide for developing countries, p. 11.

**[www.kslaw.com/library/pdf/dorn Layton wto.pdf](http://www.kslaw.com/library/pdf/dorn-Layton-wto.pdf)**

سوق الدولة المصدرة، أو بمعنى آخر انعدامها. أو في حالة ضعف كمية المبيعات في سوق الدولة المصدرة، وكذلك تأثير الأزمات والحروب في مرونة الطلب على السلع والبضائع في سوق الدولة المصدرة<sup>103</sup>.

وبالتالي وفي هذه الحالات التي لا تسمح بإمكانية إجراء المقارنة، بين سعر المنتج في البلدين المصدر والمستورد، يتم اللجوء إلى طرق أخرى بديلة، لأجل تحديد القيمة العادية. وهذا إما على أساس مقارنة سعر المنتج المشمول بالإغراق بالمنتج المثل له، عندما يصدر إلى دولة ثالثة، أو على أساس حساب تكلفة الإنتاج، مضافا إليها تكلفة البيع والتسويق والمصاريف الإدارية والأرباح، إلى غير ذلك من التكاليف والمصاريف.

### الفرع الثاني: تحديد سعر التصدير

سعر التصدير يعرف بأنه السعر المدفوع أو واجب الدفع حقيقة، على المنتجات الموجهة للتصدير. أو بمعنى آخر أن سعر التصدير هو سعر الإدخال (أي إدخال المنتج) في البلد المستورد، فهو بذلك يمثل سعر التقييم الجمركي.

ومن خلال استقراء نص الفقرة 01 من المادة 02 من اتفاق مكافحة الإغراق، يفهم منها أن سعر التصدير هو السعر الذي تم به تصدير منتج من بلد إلى آخر. أو هو السعر الذي تم التفاوض بشأنه لأجل بيع منتج ما من طرف مصدر في بلد التصدير إلى مستورد في

---

<sup>103</sup> زينب حسين عوض الله وسوزي عدلي ناشد، مبادئ الاقتصاد السياسي، د.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص. 254.

بلد الاستيراد. ومن تم فإنه يفترض أن يذكر سعر التصدير في ملف التصدير، الذي تكون الفاتورة التجارية أحد مكوناته.

وقد أحسن واضعوا اتفاق مكافحة الإغراق صنعا عندما أشاروا في المادة 02 فقرة 03<sup>104</sup>، إلى أن سعر التصدير أو التقييم الجمركي الذي سبق الإشارة إليه، قد لا يعول عليه، ولا يوثق فيه إذا ما تعلق الأمر بإثبات وجود إغراق من عدمه، وهذا راجع للأسباب التالية:

أ\_ إتحاد كل من المصدر والمستورد، بحيث لا يكون هناك سعر تصدير، مثلا انعدام سعر التصدير، بسبب وجود علاقة مقايضة بينهما.

ب\_ أن تكون فيه ترتيبات تعويضية بين كل من المصدر والمستورد، وهذا يتحقق عن طريق مثلا وضع قيم ضئيلة على فواتير البيع، مقارنة مع السعر الحقيقي للمنتج. وهذا بهدف تمكين المستورد، من دفع قيمة ضئيلة من الرسوم الجمركية.

---

<sup>104</sup> تنص ف. 03 من م. 02 من نفس الاتفاق على مايلي: " حيثما لا يكون هناك سعر تصدير، أو حيثما يبدوا للسلطات أن سعر التصدير لا يوثق فيه بسبب ترتيب مشاركة. أو ترتيب تعويضي بين المصدر والمستورد أو طرف ثالث، يجوز استنباط سعر التصدير على أساس السعر المبني على جميع المنتجات المستوردة لأول مرة الى مشتر مستقل، فإذا لم تكن المنتجات قد أعيد بيعها الى مشتر مستقل أو لم يعد بيعها بالشروط التي استوردت بها، يتم تحديد التكلفة على أساس معقول تحدده السلطات".

فمثلا بعض المنتجات التي تصدر نحو الاتحاد الأوروبي، تكون الأسعار واجبة الدفع غير واردة في الفاتورة، فهذا يعد إغراق خفي يصعب معه استنباط سعر التصدير.<sup>105</sup>

### المطلب الثالث: ثبوت الضرر عن الإغراق وتدابير مكافحته

من المتفق عليه أن المسؤولية تثبت وتتحقق بتوافر ثلاث أركان، متجسدة في الخطأ والضرر والعلاقة السببية التي تجمع بين الأول والثاني<sup>106</sup>، وعليه وبعد ربط هذه الأركان مع موضوع دراستنا، نستنتج بأنه لأجل تحقق المسؤولية عن فعل الإغراق، لا بد من توافر ما يلي:

-الخطأ كأحد شروط وجود الإغراق.

-الضرر الحاصل عن وجود الإغراق.

-العلاقة السببية التي تربط بين الخطأ والضرر الحاصل من جراء الإغراق.

وبالتالي وبعد التمعن في نصوص اتفاقية مكافحة الإغراق لعام 1994، نجد أن كل من ركن الضرر وركن العلاقة السببية، قد أثراهما الاتفاق بمجموعة من الأحكام والقواعد، التي تزيل أي غبار

---

<sup>105</sup> عميش وهيبة، الاغرق في مجال العلاقات التجارية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الاعمال، الجزائر، 2001، ص. 35.

<sup>106</sup> برزيق خالد، آثار اتفاقات المنظمة العالمية للتجارة على سيادة الدول، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي العام، ملود معمري، تيزي وزو، 2010-2011، ص. 58.

عنهما. بينما الركن الأول المتمثل في ركن الخطأ، كأحد شروط ممارسة سياسة الإغراق، نجد أن الاتفاق المضاد للإغراق، لم يشير إليه بطريقة مباشرة، وإنما أشار إليه بطريقة غير مباشرة، وهذا عند تحديده لحالات ثبوت أو وجود إغراق ضار والمتمثلة في ما يلي:

-بيع أو تصدير منتج بسعر يقل عن سعره المتداول في بلد التصدير أو بلد المنشأ.

-بيع أو تصدير منتج بسعر يقل عن تكلفة إنتاجه في بلد التصدير أو بلد المنشأ.

-بيع أو تصدير منتج بسعر يقل عن سعر تداوله في بلد مشابه، من الناحية الاقتصادية للبلد المصدر للمنتج المشمول بالإغراق.

### الفرع الأول: تحديد الضرر

يقصد بالضرر الوارد في اتفاق مكافحة الإغراق، الضرر المادي الذي يلحق أو يصيب الصناعة المحلية، أو هو التهديد بإحداث ضرر مادي بالصناعة المحلية، أو هو الضرر الذي يؤدي إلى إحداث تأخير مادي، في إقامة صناعة ما.

ويعتمد تحديد الضرر بحسب ما نصت عليه المادة 03  
فقرة 01، التي جاءت تحت عنوان "تحديد الضرر"<sup>107</sup> على تحقيق

---

<sup>107</sup> (تنص م. 03 ف. 01 على ما يلي: "يستند تحديد الضرر في مفهوم المادة 06 من الاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية والتجارة 1994 إلى دليل ايجابي ويشمل تحقيقا موضوعيا لكل من:

موضوعي، ينصب على كل من تحديد لحجم الواردات المغرقة، وأثرها على الأسعار في السوق المحلي للمنتجات المماثلة، كما ينصب التحقيق على الآثار اللاحقة، لهذه الواردات على المنتجين المحليين لهذه المنتجات.

وبالتالي فإن المقصود من الضرر المادي المنصوص عليه في اتفاق مكافحة الإغراق، هو الضرر الجسيم، الذي يلحق بأحد فروع الإنتاج الوطني للدولة المستوردة، وهذا من جراء الانخفاض الكبير، في بيع السلعة الوطنية المماثلة للمنتوج المغرق، أو نتيجة لتزايد المستوردات المغرقة. وبالتالي فإن معايير ثبوت الضرر الجسيم، يمكن أن "تتمثل مثلا في التغيرات الطارئة في حجم المبيعات، والإنتاج، والإنتاجية، واستغلال الطاقات، والأرباح، والخسائر، والعمالة. التي تصيب السوق المحلي، الذي استحوذت عليه الزيادة في الواردات"<sup>108</sup>.

مع الإشارة إلى أن الضرر المادي، يتحدد بتحقق مجموعة من الوقائع والأدلة المادية، تتمثل غالبيتها في المعايير التي سبق تبيانها. ومن ثم فإنه يجب أن يترتب عن الإغراق ضرر، لأنه لا عبء بانتهاء الضرر في هذه الحالة، لأجل فرض رسوم مكافحة الإغراق<sup>109</sup>.

---

(أ) حجم واردات الإغراق وأثرها على الأسعار في السوق المحلي للمنتجات المماثلة.

(ب) والأثر اللاحق لهذه الواردات على المنتجين المحليين لمثل هذه المنتجات".

<sup>108</sup> (إياد عصام الحطاب، المصدر السابق، ص. 86.

<sup>109</sup> (خالد محمد الجمعة، المصدر السابق، ص. 111.

وبالتالي فإنه يخرج من إطار مفهوم الضرر الجسيم، الضرر الذي يكون أثره محدود، كما أن يقتصر الضرر على مشروع واحد معين في أحد مجالات الإنتاج في الدولة المستوردة، أو الضرر غير الجسيم الذي ينتج عن الانخفاض البسيط لسعر السلعة المستوردة، عن مثيلتها الوطنية، والناشئ عن كفاءة المنتج الأجنبي، عن مثيله المحلي<sup>110</sup>.

أما المقصود بتهديد إحداث ضرر مادي، فهو يتمثل في أن مواصلة البيع للسلعة المغرقة في الدولة المستوردة، بكمية كبيرة وبسعر منخفض، سيؤديان لا محالة إلى إحداث ضرر مادي، قريب سيلحق بالصناعة المحلية، مادام أن ارتفاع نسبة الإقبال على السلعة المستوردة، والمماثلة للسلعة المحلية -لسبب انخفاض سعرها- سيؤدي في الأخير لا محالة إلى خسارة فادحة بالمنتجين المحليين، ومن ثم توقفهم عن إنتاج هذه السلعة<sup>111</sup>.

على أن تحديد التهديد بوقوع ضرر مادي، لا يُعتمد به إذا كان قائما على مجرد مزاعم أو تكهنات، أو إمكانية بعيدة لحدوث ضرر ما.

وبالتالي فإن التهديد بإلحاق الضرر، ينبغي أن يستند تحديده على وقائع وظروف، تؤكد على أن الإغراق قد يسبب ضررا متوقعا

---

<sup>110</sup> محمد السانوسي محمد شحاته، المصدر السابق، ص. 286.

<sup>111</sup> إياد عصام الحطاب، المصدر السابق، ص. 87.

ووشيكاً<sup>112</sup>، وهذا بحسب الفقرة 07 من المادة الثالثة من اتفاق مكافحة الإغراق، ولإثبات ذلك فإن سلطات التحقيق يجب أن تبحث في العوامل التالية:

- \* معدل زيادة كبيرة في الواردات المغرقة إلى السوق المحلي، مما يكشف عن احتمال حدوث زيادة كبيرة في الإستيراد.
- \* وجود كميات كبيرة متوافرة بحرية، أو زيادة كبيرة وشيكة في قدرة المصدر، مما يكشف عن احتمال حدوث زيادة كبيرة، في الصادرات المغرقة في سوق الدولة العضو المستوردة، مع مراعاة مدى توافر أسواق تصدير أخرى لامتناس الصادرات الإضافية.
- \* إذا كانت الواردات تدخل بأسعار سيكون لها أثر انكماشى، أو كبت كبير للأسعار المحلية، ومن شأنها أن تزيد الطلب على مزيد من الواردات.

\* مخزون المنتج الذي يجري التحقيق بشأنه.

هذا وتجدر الإشارة بأنه لا يمثل أي عامل من العوامل السابقة، مؤشراً حاسماً بذاته، إلا أن مجموعة العوامل موضع النظر أو التحقيق، يجب أن تؤدي إلى استنتاج، أن ضرراً مادياً سيحدث في حالة عدم اتخاذ إجراءات الحماية<sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup> محمد عبيد محمد محمود، منظمة التجارة العالمية ودورها في تنمية اقتصاديات البلدان الإسلامية، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص. 613.

<sup>113</sup> وهذا بحسب ما نصت عليه م. 03 ف. 07 من ا.م.إ. 94.



أما المقصود بالتأخير المادي في إقامة الصناعة المحلية، فهو يتمثل في تأخير مشروع إقامة مصانع في الدولة المستوردة، على أن تقوم هذه المصانع المزمع إقامتها، بإنتاج سلعة مماثلة للمنتج المغربي، وأنه ونتيجة لعدم الجدوى الاقتصادية، بسبب انخفاض سعر السلعة الذي سببه المنتج المغربي، يتأخر مشروع إقامة هذه المصانع.

وبالتالي فإن التأخير مادي في إقامة صناعة ما، سينتج عنه لا محالة، إضرار بالصناعة المحلية. أكثر من هذا فإن غالبية الفقه الدولي، يتفق على أن الصناعة الناشئة، هي بحاجة أكبر إلى الحماية من المنافسة الأجنبية<sup>114</sup>. وهذا راجع لكون أن الصناعة الناشئة، قد يصعب البدء فيها، مادام أن الصناعة القائمة مسبقا هي أقوى عادة من الصناعة الناشئة، وهذا من حيث خبرتها الطويلة، وقوتها الثابتة في السوق.

ولهذا السبب وإذا قُدر للصناعة الناشئة، أن تنافس الصناعة الأجنبية، فهي منافسة غير متكافئة، ولهذا الأمر فالمنافسة مُفضية لا محالة إلى تدمير الطرف الأول، المتمثل في الصناعة الناشئة.

غير أنه ما تجدر الإشارة إليه هو أنه يجب التأكد، من جدية التوجه نحو إقامة صناعة محلية، والذي يكون عن طريق تقديم أوراق المشروع، التي سبق وأن قُدمت للجهات الرسمية، في الدولة المستوردة لطلب الترخيص، بإقامة هذه المشاريع المزمع إقامتها.

---

<sup>114</sup> عبد الرحمن يسري أحمد، الاقتصاديات الدولية، د.ط، الدار الجامعية، مصر، 2007، ص. 167.

وذلك قبل استيراد أو دخول المنتجات الأجنبية، بأسعارها المنخفضة<sup>115</sup>.

ومن خلال ما سبق فإن تحديد الضرر بموجب اتفاق مكافحة الإغراق،<sup>116</sup> قد أقامت أساساً لتحديد الضرر الناشئ عن الإغراق، حيث نصت على أنه يجب على الدولة العضو المستوردة، لتحديد وجود إغراق ضار من عدمه، أن تقوم بإجراء بحث موضوعي لكل من الأمرين التاليين:

تحديد لحجم الواردات المغرقة وأثرها على الأسعار في السوق المحلي للمنتجات المماثلة، كما ينصب البحث والتحقيق في الآثار اللاحقة لهذه الواردات، على المنتجين المحليين لهذه المنتجات.

### الفرع الثاني: العلاقة السببية بين الإغراق والضرر

لأجل إثبات أن هذا النوع من السلوك التجاري الدولي غير مشروع، يشترط توافر علاقة سببية تربط بين الإغراق والضرر، اللاحق بالصناعة المحلية، لأن هذه الأخيرة -العلاقة السببية- تمثل المحرك الأساسي لفرض تدابير مكافحة الإغراق.

---

<sup>115</sup> خالد محمد الجمعة، المصدر السابق، ص. 112.

<sup>116</sup> (تنص ف. 01 من م. 03 من اتفاق مكافحة الإغراق على مايلي: "يستند تحديد الضرر في مفهوم المادة 6 من الاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة 1994 إلى دليل إيجابي ويشمل تحقيقاً موضوعياً لكل من: (أ) حجم واردات الإغراق وأثرها على الأسعار في السوق المحلي للمنتجات المماثلة.

(ب) الأثر اللاحق لهذه واردات على المنتجين لمثل هذه المنتجات."

وبالتالي فإنه يشترط توافر رابطة فعلية ومنطقية، تجمع بين الواردات المغرقة وحدوث الضرر، وإن هذا راجع لسبب أنه قد يتصادف حدوث كل من الإغراق والضرر معاً، ولكن دون ارتباط يجمعهما، بمعنى آخر فإنه لن يصبح الإغراق محظوراً، إلا في حالة ما إذا استطاع الطرف المتضرر، من إثبات العلاقة التي تربط بين الضرر والإغراق الحاصل<sup>117</sup>.

ولأجل هذا الأمر، فقد يحدث الإغراق بمعدلات مرتفعة، ولكن دون أن يؤدي ذلك إلى ترتيبه، لآثار ضارة بالدولة المستوردة، أو أنه قد يلحق حتماً بالدولة مستوردة ضرر، ولكن سببه ومردده عوامل أخرى أجنبية، ليس من بينها الإغراق. فالمعول عليه أن يكون الضرر مردده وسببه هو الإغراق، أي أن سياسة الإغراق، هي السبب المباشر لحدوث الضرر<sup>118</sup>.

### الفرع الثالث: تدابير مكافحة الإغراق

لقد أجاز الاتفاق الخاص بتطبيق المادة السادسة من اتفاقية الجات لعام 1994، لسلطات التحقيق في الدولة المستوردة، أن تتخذ أثناء فترة التحقيق وسيره تدابير مؤقتة لها صفة الإحتراز. وهذا لأجل

---

<sup>117</sup>) « Le dumping n'est condamnable que dans certaines hypothèses bien définies, lorsque la preuve du préjudice à pu être établie ». Voir Thiébaud, Flory, Le G.A.T.T, Droit international et commerce mondial, éd. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1968, p. 37.

<sup>118</sup>) مصطفى سلامة، منظمة التجارة العالمية (النظام الدولي للتجارة الدولية)، المصدر السابق، ص. 149 و150.

وقف ودفع الإغراق الحاصل في السوق المحلي، والذي تحدثه السلعة محل التحقيق.

وفي خضم كل هذه الأمور يمكن لسلطات التحقيق أن تصدر قرارات نهائية، تتجسد في فرض رسوم نهائية على المنتج الذي هو محلا للإغراق.

### أولاً: الإجراءات المؤقتة لمواجهة الإغراق الضار

على ضوء ما أقره من أحكام فقد أجاز اتفاق مكافحة الإغراق لسلطات التحقيق من جهة، وهي في سبيل القيام بمهمتها، أن تصدر (أولاً)، ومن جهة أخرى (قرارات أولية تتمثل في اتخاذ تدابير مؤقتة منح اتفاق مكافحة الإغراق المصدرين المتهمين باتباع سياسة الإغراق، وسيلة أو تدبير، لأجل وقف إجراءات التحقيق أو إنهائها تتمثل في عرض تعهدات سعرية(ثانياً).

### 1: التدابير المؤقتة

أثناء سير التحقيق وفي حالة ما إذا ثبت بأن هناك مظهراً إيجابياً أولياً لوجود الإغراق، وأنه حتماً قد لحق ضرراً عاجلاً بالصناعة المحلية. فإنه في هذه الحالة تتدخل سلطات التحقيق في الدولة المستوردة، وتتخذ مثل هذه التدابير المؤقتة. وهذا لغرض مواجهة الحالات العاجلة، وكذا منع وقوع مزيداً من الأضرار خلال الفترة المتبقية من التحقيق. ما تجدر الإشارة إليه هو أن هذا التدبير المؤقت، لا يتم تحديده جزافياً، بل يكون تحديده بناء على حساب لحجم الإغراق الحاصل. على أن المتفق عليه هو أن التدابير المؤقتة لها

الصفة الإحترازية أو الوقائية<sup>119</sup>، بحيث يكون الغرض منها هو دفع ومواجهة الإغراق مؤقتاً، إلى حين التوصل إلى القرار النهائي بشأن الإغراق<sup>120</sup>. على ان أشكال التدابير المؤقتة كالتالي:

1\_ الرسم المؤقت: وهو أن تفرض سلطات التحقيق، رسماً مؤقتاً على السلعة التي هي محلاً للإغراق<sup>121</sup>. بشرط ألا يزيد مقدار هذا الرسم، عن هامش الإغراق الذي سبق وأن حددته سلطات التحقيق.

2\_ الضمان المؤقت: وهو يتمثل في أن يعرض المصدر أو المنتج المشمول بالإغراق تأميناً<sup>122</sup> أو ضماناً مؤقتاً، سواء كان بوديعة أو سند<sup>123</sup>، يعادل مقدار رسم مكافحة الإغراق المقدر مؤقتاً، كما يشترط في هذا الضمان ألا يزيد عن هامش الإغراق المقدر مؤقتاً. على أن هذا الضمان المتمثل في السند أو الوديعة يعد الأفضل بالمقارنة مع الرسم المؤقت، وهذا لسبب إمكانية الإسترداد وسرعته.

ما تجدر الإشارة إليه هو أن الرسوم المفروضة على المنتج أو السلعة محل الإغراق، ومهما كانت صورته (سواء كان رسم مؤقت، أو رسم نهائي). فإن فرضها هو مسخر مباشرة إلى خزينة الدولة المتضررة، بحيث لا يستفيد منها المتضرر شيئاً، سوى ما تقدمه

---

<sup>119</sup> (ابراهيم المنجي، المصدر السابق، ص. 272.

<sup>120</sup> (القرار النهائي يقصد به قرار فرض الرسم النهائي لمواجهة الإغراق وليس الرسم المؤقت.

<sup>121</sup> (محمد خالد جمعه، المصدر السابق، ص. 146.

<sup>122</sup> (بها جيراث لال داس، المصدر السابق، ص. 255.

<sup>123</sup> (وهو يتمثل في ضمان مصرفي مثل الأموال النقدية أو أسهم.

الدولة إليه من دعم لتجاوز الإغراق<sup>124</sup>.

3- وقف التقييم في الجمرك: ويقصد به الإمساك عن التقييم الجمركي، لقيمة السلعة موضوع التحقيق، والذي يعد هو الآخر تدبيراً مؤقتاً تلجأ إليه السلطات المختصة<sup>125</sup>. على أن وقف التقييم الجمركي يتم بشرط بيان الرسم الجمركي العادي، إضافة إلى المبلغ المقدر كرسم لمكافحة الإغراق. كما يشترط كذلك أن يخضع هذا الإجراء للشروط نفسها التي تخضع لها التدابير المؤقتة الأخرى<sup>126</sup>. أما مدة تطبيقها فهي كقاعدة عامة عدم جواز استمرار تطبيق التدابير المؤقتة، لفترة تتجاوز أربعة أشهر، وهذا في حالة ما إذا كان الرسم أو الضمان مساوياً لهامش الإغراق المحتسب. إلا أنه استثناء يجوز أن تمتد فترة تطبيق التدابير المؤقتة دون أن تتجاوز فترة ستة أشهر<sup>127</sup>، ولكن لتحقيق هذا التمديد يشترط صدور قرار من السلطات المعنية بالتحقيق، يقضي بجواز تمديد الفترة، إضافة إلى اشتراط نص الفقرة ضرورة تقديم طلب بالتمديد من قبل المنتجين الذين يمثلون نسبة مئوية كبيرة، من تجارة السلعة محل التحقيق.

## (2) التعهدات السعرية :

يعد هذا الأسلوب هو الإجراء الثاني لمواجهة خطر الإغراق السلعي، حيث قضى اتفاق مكافحة الإغراق<sup>128</sup>، بجواز وقف التحقيق

<sup>124</sup> إياد عصام الخطاب، المصدر السابق، ص. 83.

<sup>125</sup> مصطفى ياسين الأصبحي، المصدر السابق، ص. 33.

<sup>126</sup> إياد عصام الخطاب، المصدر السابق، ص. 195.

<sup>127</sup> بها جيراث لال داس، المصدر السابق، ص. 156.

<sup>128</sup> تنص ف. 01 من م. 08 من ا.م.إ. 94 على مايلي: " يجوز وقف

الإجراءات أو إنهائها دون فرض إجراءات مؤقتة أو رسوم مكافحة

أو إنهائه دون فرض أية تدابير مؤقتة، أو رسوم مكافحة للإغراق. وهذا في حالة تلقي سلطات التحقيق، تعهدات اختيارية مرضية من أي مصدر أو منتج مشمول بالإغراق.

مع الإشارة إلى أن طبيعة أو صور هذه التعهدات السعرية، هي تتجلى إما في مراجعة أسعار السلعة أو المنتج، المطروح في الأسواق بأسعار مغرقة، بحيث يقوم مصدرها أو منتجها برفع أسعارها<sup>129</sup>. وإما بوقف تصدير السلعة المغرقة، إلى أسواق الدولة المستوردة المتضررة من سعر هذه السلعة أو المنتج<sup>130</sup>، مع ضرورة اقتناع سلطات التحقيق بهذه التعهدات، كإجراء لإزالة الآثار الضارة للإغراق الذي يمارس ضد أسواقها<sup>131</sup>.

---

الإغراق عند تلقي تعهدات تطوعية مرضية أي مصدر مراجعة أو وقف صادراته إلى المنطقة المعنية بأسعار إغراق، بحيث تقتنع السلطات بزوال آثار الإغراق، ومن الأوصوب أن تكون زيادات الأسعار أقل من هامش الإغراق إذا كانت كافية لإزالة الضرر اللاحق بالصناعة المحلية." (129) عبد المطلب عبد الحميد، المنظور الإستراتيجي للتحويلات الاقتصادية للقرن الحادي والعشرين (مدخل لآليات تعامل القيادات الإدارية معها)، د.ط، الدار الجامعية، الاسكندرية، 2008-2009، ص. 201.

<sup>130</sup> ) « ...augmenter les prix à l'exportation, ou limiter les quantités exportées ... », voir Hugues Kenfack, op. cit, p. 58.

<sup>131</sup> محمد السانوسي شحاته، المصدر السابق، ص. 294.

على أنه يستثنى من هذا \_وقف التحقيق\_ رغبة المصدر في استكمال التحقيق بعد تقديمه للتعهدات السعرية، أو في حال ما إذا قررت سلطات التحقيق، ضرورة مواصلة السير في التحقيق<sup>132</sup>.

من خلال ما سبق نخلص إلى تعريف التعهدات السعرية، بأنها تعهدات طوعية يقدمها المصدر إما بمبادرة منه، أو بناء على طلب من الدولة المستوردة<sup>133</sup>، يتعهد المصدر بموجبها بمراجعة أسعاره، أو وقف صادراته نحو الدولة المستوردة المتضررة من الإغراق<sup>134</sup>، وبحيث تقتنع سلطات التحقيق في الدولة المستوردة المتضررة من الإغراق بأن الأثر الضار المترتب عن الإغراق قد استبعد من خلالها<sup>135</sup>.

### ثانياً: فرض وتحصيل الرسوم النهائية لمكافحة الإغراق:

في حالة ما إذا خلصت سلطات التحقيق إلى قرار إيجابي نهائي، عن صحة ممارسة الإغراق وأضراره، وبمعنى بسيط ثبوت كافة عناصره<sup>136</sup>. فإن للسلطات في هذه الحالة أن تتخذ الإجراءات اللازمة، في شكل فرض رسوم جمركية على السلعة أو المنتج محل الإغراق.

---

<sup>132</sup> خالد محمد جمعه، المصدر السابق، ص. 147.

<sup>133</sup> لا يؤدي البتة عدم عرض المصدرين إلى مثل هذا التعهد أو عدم قبولهم لتقديمها إلى أي مساس بنظر الدعوى.

<sup>134</sup> مصطفى سلامة، قواعد الجات، المصدر السابق، ص. 98.

<sup>135</sup> إياد عصام الحطاب، المصدر السابق، ص. 206.

<sup>136</sup> كريمة طراد، المصدر السابق، ص. 83.



إن اتفاق مكافحة الإغراق يشجع على ضرورة الالتزام بمبدأ التناسب بين مقدار الإغراق ورسم مكافحته<sup>137</sup>، أكثر من هذا فإن الاتفاق يحث على ضرورة فرض رسم تكون قيمته أدنى من قيمة حجم الإغراق المحتسب، وهذا إذا كان كافياً لإزالة الضرر الحاصل، وإلا أن يكون مساوياً لمقدار الإغراق المحتسب، وهذا بحسب ما أشارت إليه الفقرة 01 من المادة 09 من الاتفاق بنصها ".... ومن الأصوب أم يكون الفرض فرض الرسوم مسموحاً به في أراضي كل الأعضاء، وأن يكون الرسم أقل من هامش الإغراق إذا كان هذا الرسم الأقل كافياً لإزالة الضرر اللاحق بالصناعة المحلية".

أما فيما يتعلق بكيفية تحصيل الرسم من الأطراف المعنية، فإن سلطات التحقيق تقوم بتحديد نسبته، إما على أساس التحديد الفردي والتمييزي، إذا كان عدد المصدرين أو المنتجين أو أنواع المنتجات قليل، أي بتطبيق هامش الإغراق لكل دولة على حده<sup>138</sup>. وإما على أساس العينات، وهذا في الحالات التي يكون فيها عدد المصدرين أو المنتجين أو المستوردين أو أنواع المنتجات كبيراً، الأمر الذي يصعب من عملية التحديد الفردي لهامش الإغراق، والذي يحول دون استكمال التحقيق في الوقت المناسب. ففي هذه الحالة فإنه وبحسب الفقرة 10 من المادة 06 من اتفاق مكافحة الإغراق لسنة 1994<sup>139</sup>. فإنه يجوز لسلطات التحقيق أن تقتصر في بحثها إما

---

<sup>137</sup> المصدر نفسه، ص. 155.

<sup>138</sup> عبد المطلب عبد الحميد، الجات وآليات منظمة التجارة العالمية (من أوروغواي لسياتل وحتى الدوحة)، دط، الدار الجامعية، ص. 304.

<sup>139</sup> تنص ف. 10 من م. 06 على ما يلي: "تحدد السلطات كقاعدة عامة، هامشاً منفرداً للإغراق بالنسبة لكل مصدر أو منتج معروف معني

على عدد معقول من الأطراف ذات المصلحة، أو على المنتجات باستخدام عينات صحيحة إحصائياً، أو على أكبر نسبة مئوية من حجم الصادرات من البلد المعني عندما يكون ذلك ممكناً، وهذا بجسب نص نفس الفقرة من نفس المادة المشار إليها أعلاه.

### ثالثاً: مدة سريان رسوم مكافحة الإغراق ومراجعتها

فيما يخص مدة سريان رسوم مكافحة الإغراق، تولت المادة 11 فقرة 01 من اتفاق مكافحة الإغراق لسنة 1994<sup>140</sup>، تنظيم هذه المسألة، حيث يفهم منها بأنه رسوم مكافحة الإغراق لا تظل سارية إلا بالقدر الضروري لمواجهة الإغراق<sup>141</sup>، فإذا افترضنا بأن المصدر قد قام بإيقاف الإغراق، ففي هذه الحالة تقوم سلطات التحقيق بالتدخل وإلغاء الرسم المضاد للإغراق، الذي تم فرضه.

على أنه قد وردت صيغة مشابهة للمادة المشار إليها أعلاه، في مدونة جولة طوكيو لمكافحة الإغراق لسنة 1979، ومضمونها كالاتي: "أن رسم مكافحة الإغراق لا يكون سارياً إلا كان ضرورياً،

---

بالمنتج موضع البحث. وفي الحالات التي يكون فيها عدد المصدرين أو المنتجين أو المستوردين أو أنواع المنتجات كبيراً بما يجعل هذا التحديد غير عملي يجوز للسلطات أن تقصر بحثها أما على عدد معقول من الأطراف ذوي المصلحة أو المنتجات باستخدام عينات صحيحة إحصائياً على أساس المعلومات المتاحة للسلطات وقت الإنتقاء، أو على أكبر نسبة مئوية من حجم الصادرات من البلد المعني التي يكون من المعقول التحقيق فيها".

<sup>140</sup> (تنص ف على ما يلي: " لا يظل رسم مكافحة الإغراق سارياً إلا بالمقدار والمدى اللازمين لمواجهة الإغراق الذي يسبب الضرر".

<sup>141</sup> (كريمة طراد، المصدر السابق، ص. 83.

## وفي حدود ما يكون ضروريا لمواجهة الإغراق الذي يتسبب بالضرر<sup>142</sup>.

وبالرجوع إلى نص الفقرة 02 من المادة 11 من اتفاق مكافحة الإغراق لعام 1994، نستنتج بأنه يقع على عاتق سلطات الدولة المستوردة، أن تراجع مسالة ضرورة استمرار فرض رسم الإغراق أو إلغائه أو انقضاء فترة زمنية مناسبة، سواء كان ذلك بمبادرة منها أم بناء على طلب من أحد الأطراف، ذوي المصلحة في حالة تقديمه لمعلومات إيجابية تعزز ضرورة المراجعة. فإذا ثبت أنه لم يعد هناك داع لاستمرار مواصلة فرض الرسم تم العمل على إنهائه على الفور.<sup>143</sup>

ومن جهة أخرى فإنه لا يفوتنا أي ننوه بأحد أهم التعزيزات التي خلصت إليها جولة الأوروغواي، فيما يخص نظام مكافحة الإغراق، وهو التحديد الزمني لمدة سريان رسم مكافحة الإغراق. فهي تعد من

---

<sup>142</sup> عصام إياد الحطاب، المصدر السابق، ص. 231.  
<sup>143</sup> تنص ف. 02 من م. 11 من الاتفاق على ما يلي: "تراجع السلطات ضرورة استمرار فرض الرسم بمبادرة منها عند وجود مبررات أو بناء على أو بناء على طلب طرف ذي مصلحة يقدم معلومات إيجابية تعزز ضرورة المراجعة، بشرط انقضاء فترة زمنية مناسبة على فرض رسوم مكافحة الإغراق النهائي. ويكون من حق الأطراف ذات المصلحة أن تطلب من السلطات بحث ما إذا كان استمرار فرض الرسم ضروريا لمقابلة الإغراق، وما إذا كان الضرر يمكن أن يستمر أو يتكرر عند إلغاء الرسم أو تعديله أو الإثنيين معا. فإذا حددت السلطات، نتيجة للمراجعة بمقتضى هذه الفقرة، فإنه لم يعد هناك داع لرسم مكافحة الإغراق، أنهى الرسم على الفور."

الأمر الزمنية الإيجابية<sup>144</sup> في اتفاق مكافحة الإغراق، حيث أن هذه الإجراءات هي ليست أبدية وإنما تتوقف بعد مرور مدة خمس سنوات على اتخاذها<sup>145</sup>، إذ نصت الفقرة 03 من نفس المادة أن ينتهي أي رسم لمكافحة الإغراق في موعد لا يتجاوز مدة 05 سنوات، من تاريخ فرضه أو من تاريخ آخر مراجعة دورية له، ما لم تقدر سلطات التحقيق بموجب مراجعة دورية، بدأت بمبادرة منها أو بناء على طلب مدعم بالمعلومات اللازمة من الصناعة المحلية أو باسمها تمت قبل نهاية خمس سنوات الفترة مناسبة، خلصت فيها السلطات إلى أن من شأن انقضاء هذا الرسم، أن يؤدي إلى استمرار أو تكرار الإغراق والضرر<sup>146</sup>.

### الخاتمة:

توفر قوانين اتفاقيات منظمة التجارة العالمية، للدول الأعضاء فيها، مركزاً قانونياً يخول لها إمكانية الحصول على الحماية الضرورية، في حالة التضرر من سياسة الإغراق، وبالتالي فهي تضمن لها مسألة حماية اقتصادها الداخلي، استناداً إلى مبدأ تجنب ممارسة سياسة الإغراق. ذلك وأن نصوص الاتفاقيات الدولية التي تطورت عبر مراحلها، توفر حماية أوسع للدول الأعضاء المتضررة.

---

<sup>144</sup> محمد السانوسي شحاته، المصدر السابق، ص. 292.

<sup>145</sup> سبق وأشرنا بأن هذه المدة اصطلح عليها تسمية شرط الشמוש الغاربة بمعنى إعادة النظر دائماً وانتهاء رسوم مكافحة الإغراق تلقائياً بعد مرور خمس سنوات مالم يستدع الحال غير ذلك.

<sup>146</sup> عبد الفتاح مراد، منظمة التجارة العالمية والعلامة الإقليمية، دط،

المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ص. 337.

و عليه فإن المساس بمبدأ تجنّب ممارسة سياسة الإغراق، من طرف الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية، يضرب في الصميم، حرمة وهيبة المنظومة الدولية للتجارة، ويزرع الشك حول فعالية القيم والمبادئ، التي قامت وتطورت على أساسها هذه المنظومة، والتي صادقت عليها الدول الأعضاء نفسها في الاتفاقية.

كما أن هذا الأمر يتعارض مع الآمال المعقودة، على قيم التجارة الدولية. ودورها في بناء صرح السوق أو الميدان الواحد للتبادل التجاري، وبمعنى آخر جعل الأسواق الدولية سوقاً واحدة تحكمها مبادئ وقيم واحدة.

إن موضوع الإغراق وبحكم طبيعته قد يظهر للوهلة الأولى، أنه دراسة اقتصادية بحتة. إلا أنه وبعد مراجعة أحكامه، نلمس الجانب القانوني، والذي يظهر بجلاء في الشق المتعلق بتدابير مكافحته.

إن الإغراق وإن كانت قد سنت العديد من القوانين، الدولية والداخلية لأجل مكافحته، إلا أنه في الأصل لا يصنف ضمن الممارسات غير المشروعة، إلا بعد تحقق أو إمكانية تحقق ضرر منه.

إن اتفاق مكافحة الإغراق قد نوع في الإجراءات المضادة للإغراق، والتي تتمثل في التدابير المؤقتة، التعهدات السعرية والرسوم النهائية. وهو الأمر الذي يجعل الدولة المتضررة من سياسة

الإغراق، في موضع مريح ومطمئن، فيما يتعلق بطرق دفع الإغراق الحاصل.

وإن كانت نصوص اتفاقيات منظمة التجارة العالمية، تمثل الشريعة العامة للنصوص الداخلية للدول الأعضاء في المنظمة، فإنه يلزم أن تكون ملزمة بكل صغيرة وكبيرة تتعلق بالإغراق. إضافة إلى المراجعة الدورية لنصوصها، بحكم أن القانون يفترض به أن يتطور وأن يساير متطلبات ومستجدات الحياة.

وما يؤكد هذا الأمر هو أن المتصفح لنصوص اتفاقية مكافحة الإغراق، يتضح له جليا أن التنظيم الدولي، كان خجولا إن لم نقل غير متفطن، لعديد من الأمور التي يكتنفها الغموض وعدم الدقة. نذكر منها مثلا تغاضيه عن تحديد الجزاء، الموقع على سلطات التحقيق، والتي تشرع في التحقيق دون أن تُخطر الدول العضو بذلك، إلى غيره من الأمور غير الواضحة.

أكثر من هذا فإنه يفترض في الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية، أن تسن تشريعات أو تنظيمات داخلية، تتوافق والنصوص الدولية، مع تطوير صياغتها، بالإضافة إلى الاستفادة من تشريعات الدول الأخرى، ذات الظروف الاقتصادية المشابهة.

وبالتالي فإنه يقع على سلطات التحقيق في الدولة المستوردة، القيام بالتحقيقات اللازمة لأجل التأكد من أن سياسة الإغراق، هي السبب الرئيسي في حدوث الضرر. لأنه من الممكن أن تكون الصناعة المحلية تعاني عجزا نتيجة لأسباب أخرى، كضعف الإنتاج، أو أزمة كساد التي تنعكس على مردودية الإنتاج.

وعليه فإنه من الجائز أن تكون الآثار المترتبة عن الإغراق، آثار ثانوية بحيث تكون ملازمة للآثار مترتبة عن أمور أخرى غير الإغراق، فلا تكون سياسة الإغراق، هي السبب الرئيسي في حدوث الضرر، وبالتالي انتفاء العلاقة التي تربط بين سياسة الإغراق والضرر الحاصل.

وهو الأمر الذي يتطلب ضرورة توظيف خبراء متخصصين، في مجال التجارة الدولية، بحيث تكون لديهم الدراية والخبرة بكيفية تطبيق الإجراءات اللازمة لحماية الاقتصاد الوطني، من الممارسات التجارية غير المشروعة.

ونظرا لما تنطوي عليه سياسة الإغراق من أهمية، على صعيد التجارة الدولية، فإنه يمكننا الخروج بجملة من التوصيات، تتمثل فيما يلي: الاقتراحات

ضرورة إزالة الغموض واللبس، الذي يشوب بعض المسائل، في نصوص اتفاقية مكافحة الإغراق لعام 1994.

ضرورة معالجة ومكافحة الإغراق بثتى أنواعه وأصنافه، وعدم اقتصره فقط على الإغراق السعري دون الاجتماعي.

ضرورة التحديد كمي والنوعي، للمنتجات والبضائع المسموح بدخولها للأسواق المحلية. وهذا حماية للمنتج المحلي.

ضرورة فرض إجراءات صارمة ورادعة، على المنتج أو المصدر، الذي مارس الإغراق، كمنع التعامل معه في المستقبل.

فرض ضريبية إضافية على المنتجات أو السلع، التي يقل سعرها كثيرا عن سعر مثيلاتها في السوق المحلي، وهذا بالرغم من عدم ممارستها لسياسة الإغراق، وهو الأمر الذي يعد تدبيراً احترازياً لوقوع الإغراق.

وفي الآخر وليس أخيراً ضرورة تعزيز التشريع الوطني بنصوص أكثر فعالية، تسمح بتجريم فعل الإغراق ومكافحته، إضافة إلى تيسير إجراءات التقدم بالشكوى وطرق إثبات الإغراق، وهو الأمر الذي يؤدي إلى تسجيل كافة حالات الإغراق الحاصلة وتوفير الحماية للمنتج المحلي.

وفي الأخير تبقى مسألة انضمام الجزائر إلى منظمة التجارة العالمية، رهن المفاوضات الثنائية التي جرت ولازلت تجرى بين الجزائر ومختلف أعضاء المنظمة، ليبقى الأمل في أن تصبح الجزائر عضواً من أعضاء منظمة التجارة العالمية، بشروط معقولة ومتوازنة. دون الإفراط في تقديم التنازلات والالتزامات، وهذا حتى لا يلحق الضرر الكبير باقتصادنا الوطني.



## قائمة المصادر

### \* المعاجم والموسوعات:

1. المنجد في اللغة والإعلام، د. ط، دار المشرق، بيروت، 1975.
2. منجد الطلاب، نظر فيه ووقف على ضبطه فؤاد افرام البستاني، ط 2، منشورات المطبعة الكاثوليكية، بيروت، 1956.

### \* المراجع باللغة العربية:

### \* المؤلفات العامة:

1. أسامة محمد الفولي وعادل أحمد حشيش ومجدي محمود شهاب، أساسيات الاقتصاد الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1998.
2. إيمان عطية ناصف، مبادئ الاقتصاد الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
3. بهاجيرات لال داس، تعريب رضا عبد السلام، مراجعة السيد (دليل للإطار العام للتجارة أحمد عبد الخالق، منظمة التجارة العالمية الدولية)، دار المريخ للنشر، المملكة العربية السعودية، د.س.ن.
4. جابر فهمي عمران، منظمة التجارة العالمية (نظامها القانوني ودورها في تطبيق اتفاقات التجارة العالمية)، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية، 2009.
5. جلال وفاء محمدين، التجارة الدولية في إطار اتفاقيات الجات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

6. زينب حسين عوض الله، العلاقات الاقتصادية الدولية، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2003.
7. سمير محمد عبد العزيز، التجارة العالمية بين جات 94 ومنظمة التجارة العالمية، مكتبة الإشعاع للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2001.
8. عادل أحمد حشيش ومجدي محمود شهاب، أساسيات الاقتصاد الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، د.ب.ن، 2003.
9. عادل المهدي، عولمة النظام الإقتصادي العالمي ومنظمة التجارة العالمية، الدار المصرية اللبنانية للنشر، مصر، د.ب.ن.
10. عبد الرحمن يسري أحمد، الاقتصاديات الدولية، الدار الجامعية، مصر، 2007.
11. عبد العزيز عبد الرحيم سليمان، التبادل التجاري (الأسس، العولمة والتجارة الالكترونية)، ط. الأولى، دار الحامد، عمان، 2004.
12. عبد الفتاح مراد، منظمة التجارة العالمية والعولمة الإقليمية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، د.ب.ن.
- عبد الحميد، الجات وآليات منظمة التجارة العالمية 13. عبد المطلب (من أوروغواي لسياتل وحتى الدوحة)، الدار الجامعية، د.ب.ن، 2003.

14. عبد المطلب عبد الحميد، المنظور الإستراتيجي للتحويلات الاقتصادية للقرن الحادي والعشرين (مدخل لآليات تعامل القيادات الإدارية معها)، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2008-2009.
15. عبد المنعم المراكبي، التجارة الدولية وسيادة الدول (دراسة لأهم التغيرات التي لحقت بسيادة الدولة في ظل تنامي التجارة الدولية)، دار النهضة العربية، ب.ب.ن، 2005.
16. علي ابراهيم، منظمة التجارة العالمية (جولة أوجواي وتقنين نهب العالم الثالث)، دار النهضة العربية، ب.ب.ن، 1997.
17. علي عبد الفتاح أبو شرار، الاقتصاد الدولي نظريات وسياسات، ط. الأولى، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2007.
18. فرانسيس جيرونيلام، تعريب محمد عزيز ومحمود سعيد الفاخري، الإقتصاد الدولي،
19. محمد السانوسي محمد شحاته، التجارة الدولية في ضوء الفقه الإسلامي واتفاقيات الجات (دراسة مقارنة)، د.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
20. محمد دويدار، مبادئ الإقتصاد السياسي، ج 3، ( الإقتصاد الدولي)، منشورات الحلبي
21. محمد عبيد محمد محمود، منظمة التجارة العالمية ودورها في تنمية اقتصاديات البلدان الإسلامية، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.

22. مصطفى سلامة، قواعد الجات (الاتفاق العام للتعريفات الجمركية والتجارية)(منظمة التجارة العالمية، الإغراق، الحماية، الاستثمار، التكتلات الإقليمية)، ط. الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، 1998.

23. نيفين حسين شمت، التنافسية الدولية وتأثيرها على التجارة العربية والعالمية، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية ، 2010.

24. يوسف مسعداوي، دراسات في التجارة الدولية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

### \* المؤلفات المتخصصة:

(والدعم الدولي والزيادة 1. ابراهيم المنجي، دعوى مكافحة الإغراق غير المبررة في الواردات) (الحماية القانونية للمستهلك والمنتج عملاً ، ط. الأولى، منشأة المعارف للنشر) بالقانون 161 لسنة 1998 والتوزيع، الاسكندرية، 2000.

(التدابير القانونية في 2. إياد عصام الحطاب، مكافحة الإغراق القوانين والإتفاقيات الدولية)، ط. الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.

3. محمد محمد الغزالي، مشكلة الإغراق، دار الجامعة الجديدة، د.ب.ن، 2007.

4. مصطفى ياسين محمد الأصبحي، النظام القانوني لمكافحة الإغراق والدعم السلعي الصناعي في إطار منظمة التجارة العالمية، ب.د. ن، ب.ب. ن.

## \* المذكرات الجامعية:

1. برزيق خالد، آثار اتفاقات المنظمة العالمية للتجارة على سيادة الدول، مذكرة ماجستير في القانون، فرع القانون الدولي العام، تيزي وزو، 2010-2011
2. طراد كريمة، تطور التجارة الدولية في ظل إتفاقيات مراكش، مذكرة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، الجزائر، 2001.
3. عميش وهيبة، الإغراق في مجال العلاقات التجارية الدولية، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، فرع قانون الأعمال، الجزائر، 2001.
4. وادي حسن آدم، الاتفاقية العامة للتعريف الجمركية والتجارة كإطار قانوني للتعاون التجاري الدولي، مذكرة ماجستير في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1992.

## \* المقالات:

1. حسين جواد كاظم، تحليل ظاهرة الإغراق السلعي وأثرها على التنمية الاقتصادية (مع إشارة خاصة إلى الاقتصاد العراقي)، مجلة العلوم الاقتصادية، ع27، المجلد 7، جامعة البصرة، كانون الأول 2011.
2. خالد محمد الجمعة، مكافحة الإغراق وفقا لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية، مجلة الحقوق، ع2، جامعة الكويت، يونيو 2000.

## -النصوص القانونية الدولية:-

### - الاتفاقيات الدولية:-

1. اتفاقية العامة للتعريفات الجمركية والتجارة لعام 1947. والتي تمت المصادقة عليها بتاريخ 30 أكتوبر 1947 ودخلت حيز النفاذ بتاريخ 01 يناير 1948.
2. اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969. والتي اعتمدت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2166، المؤرخ في 05 ديسمبر 1966، ورقم 2287 المؤرخ في 06 ديسمبر 1967، والتي دخلت حيز النفاذ بتاريخ 27 يناير 1980.
3. الاتفاق بشأن تطبيق المادة السادسة من الاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة لعام 1994 أو اتفاقية مكافحة الإغراق لعام 1994. والموقع عليه في مدينة مراكش من 14 إلى 16 أبريل لعام 1994، والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 01 يناير 1995.
4. الاتفاق بشأن الدعم والإجراءات التعويضية، والموقع عليه في 1994. والتي دخلت حيز مدينة مراكش من 14 إلى 16 أبريل لعام التنفيذ بتاريخ 01 يناير 1995.
5. مذكرة التفاهم بشأن القواعد والإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات، والموقع عليه في مدينة مراكش من 14 إلى 16 أبريل 1994، والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 01 يناير 1995.

## **\* Les ouvrages en français:**

### **\* Livres:**

1. Kenfack, Hugues, Droit du commerce international, 2 éd, Dalloz, 2006.
2. Pace Virgile, L'organisation mondiale du commerce et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux internationaux, éd. L'harmattan, Paris, 1999.
3. Thiébaud, Flory, Le G.A.T.T, Droit international et commerce mondial, éd. Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1968.
4. Thiébaud, Flory, L'organisation mondiale du commerce: Droit institutionnel et substantiel, éd. Établissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1999.

### **\* Articles :**

1. Aussilloux, Vincent et Mourre Gilles, Une révision souhaitable de la procédure antidumping à l'OMC, Revue française d'économie. Vol 15, N°4, 2001.
2. Fontagné Lionel, Concurrence imparfaite :interdépendance des préférences et politiques commerciales, Revue économique française. Vol 45, n°3, 1994.
3. Shang You, Le Droit Antidumping Européen Face à la chine: Un juste Milieu difficile à fixer, revue internationale de droit économique, Vol 26, T1, 2012.

انتهى بحمد الله وعونه

## **Mef'umu Elğrakî Esselâi ve Âliyyeti Mükêfehatü fî İtâri Munnazzameti Elticêrati Elâllemiyye**

### **Kaynakça**

#### **Sözlükler ve Ansiklopediler**

1. D. Ben, **Elmüncidu fî Ellugâti ve Elilalemi**, Orient House, Beyrut, 1975
2. **Müncidu Ettullâb, Nazara fîhi ve Vakfun alâ Dabtihi fü'Êde Efrâm Elbüstanî**, 2D Menşüratü ElMutbaati Elkatulikiyye, 1956

#### **Arapça Kaynaklar**

#### **Genel Literatür**

1. Usume Muhammed Fouly ve Adil Ahmed Haşîş Mecdi Mahmud Şehab, **Essesiyyeyü Eliktisadiyyedi Eddüvelî**, Dâru Elcêmiatü Elcedîdetü Eliskenderiyyetü, 1998
2. İmâni Âtiyyeti Nasfî, **Mübâdi Elkasâd Eddüvelî**, Dâru Elacem Elcedîdetü, Eliskenderiyye, 2008
3. Behêcirât li El Dêse, Teârîbe Ridân Abdusselam, Mürâcaati Essîd Ahmedi Abdulkhâlik, **Munnazzameti Etticaretî Elâllemiyye (Delil li Elîtar Âmi li Etticaretî Eddüveliyye)**, Daru Elmerîh li Ennuşr, Elmemleketi Elarabiyyeti Essuudiyet, D.S.N.



4. Cabiri Fehmi Umrani, **Münazzameti Etticareti Elalemiyye (Nizamukha Elkânûnî ve Devrihê fî Tatbîk Etfâkâti Etticareti Elalemiyye)**, Dâru Elcêmiatü li Ennuşr, Eliskenderiyyeti, 2009
5. Celal Vefâ' Muhiddîn, **Etticareti Eddüveliyye fî İtâr İttifâkâti Elcât**, Dâru Elcêmiatü Elcedidetü Eliskenderiyye
6. Zeyneb Hüseyin Avudallah, **Elalâkâti Eliktisâddütü Eddüveliyye**, Elfetah Liltabêatü ve Ennuşr Eliskenderiyye, 2003
7. Semîr Muhammed Abdulaziz, **Etticareti Elalemiyyetü Beyne cât 94 ve Münazzameti Etticêrati Elalemiyye**, Mektebetü Elişâa Liltabêatü ve Ennuşr ve Ettevziya, Eliskenderiyye, 2001
8. Âdil Ahmed Haşîş ve Mecdi Mahmud Şehab, **Esasiyatü Eliktisâd Eddüvelî**, Menşurati Elhilbi, Elhukukiyeti, D.B.N. 2003
9. Âdil Elmehdi, **Avlimetü Ennizami Eliktisâdî, Elâlemî ve Münazzameti Etticêratü Elâlemiyye**, Eddâru Ilmısiyyeti Ellibnêni li Ennuşr, Mısır. D.S.N.
10. Abdurrahman Yesri Ahmed, **Eliktisadât**, Eddâru Elcêmiati, Mısır, 2007
11. Abdulaziz Abdurrahman Süleyman, **Ettebâdul Etticareti (Alusus, Elavlemetü ve Etticareti Elelektiruniyyete) T. Eevlâ**, Dâru Elhâmid, Yemen, 2004
12. Abdulfettah Merad, **Münazzametü Atticareti Elalemiyyete ve Elavlimetü Eliklimiyyetü**, El Mekteb Elcêmi Elhadis, Eliskenderiyyet, D.S.N.

13. Abdulmatlab Elhamid, **Elcêt ve liat Münazzamatü Etticareti Elalemiyye (Min Uruguay li Seattle ve Addûha)** Addâru Elcêmiatü, D.B.N. 2003
14. Abdulmatlab Abdulhamid, **Elmunzur Elfistratici li Ettahavvulat Eliktisâdiyat ilkarn Elhâdî ve Elşrîn (Medkal li Aliyyat Elkarâdât Elidâratiyetü Meahê)** Eddârü Elcêmiatü, 2008-2009
15. Abdulmünim Elmerâkbi, **Etticêratü Eddüveliyatü ve Siyadet Eddüvel (Dirâset li Ehm Ettağayyurât Ettî Lehikat Siyadet Eddevletü fi Zill Tenêmi Etticêratü Eddevliyyet)**, Dâru Ennehdat Elarabiyete, Bi. Ba. N. 2005
16. Ali İbrahim, **Münazzamet Etticêrat Elalemiyye (Cevilet Evractivey ve Teknîn Nehb Elâlem Elhadis)** Dâru Elnehdat Elarabiyete, Bi. Ba. N. 1997
17. Ali Abdulfettah Ebu Şerâr, **Eliktisâd Eddüveli Nazariyêt ve Siyasêt**, T. Evvela, Dâru Elmısratü Littabêat, Amân, 2007
18. Francis Jerunelam, Tarrîb Muhammed Aziz ve Mahmud Said Elfâkhirî, **Eliktisâd Eddüveli**
19. Muhammed Elsênusi Şihhatihi, **Etticêrat Eddüveliyêt fi Dev'a Elfikh Elislamî ve İttifakât Elcêt (Dirasêt Makaranata)**, da. ta, Daru Elfikr Elcemiati, Eliskenderiyet, 2007
20. Muhammed Devyidêr, **Mêbêdi Eliktisad Essiyasi, 3ci ,(Eliktisad Eddevli)**, Menshûrât Elhilbî
21. Muhammed Übeyd Muhammed Mahmud, **Münazzamet Elticêrat Elalemiyyet ve Devriha fi Tenmiyyet Eiktisadêt**

**Elbuldan Elislamiyyeti**, Daru Elkütüb Elkanuniyet, Mısır, 2007

22. Mustafa Selâmet, **Kavêyd Elcêt (Elittifâk Alêm li Ettoreâfêt Elcümürükiyet ve Etticêrîfî) (Menzumet Etticêrat Elâllemiyyet, Elirâk, Elhamêyeti, Elistihmêri, Ettektulêt Eliklimiyyet)** Ta. Evvelâ, Elmüesseset Elcêmiyyat ve Ennuş ve Eteveziyyê, 1988
23. Nîfn Huseyn, Shemt, **Ettenêfüsiyyet Eddüveliyyet ve Te'sîrahê alê Etticêrat Elarabiyyet ve Elâllemiyyet**, Dâru Ettealîm Elcêmiî, Eliskenderiyyet 2010
24. Yusuf Miseadêvî, **Dirâsêt fî etticêrat Eddeveliyyet**, Dâru Hevmih li Ettabêat ve ennuş ve Eteveziyyet, Elcezayir, 2010

### **Özel Literatür**

1. İbrahim Elmuncî, **Deavê Mükêfêhat Eliğrak (ve Eddeam Eddüvelî ve Ezziyêdet Gayri Elmüberriyyet fî Elvêridêt)** (Elhîmâyet Elkanuniyyet li Elmüstehlik ve Elmüntic Amelên bi Elkânûn 161Istn 1998), Ta. Evvelâ, Münşet Elmeârif li Ennuş ve Eteveziyyê, Eliskenderiyyet, 2000
2. İyêd Isâm Elhatâbi, **Mükêfêhat, Elirâk** (Ettedêbîr Elkâveniyyet fî Elkavêniyyin ve Elitfêkiyyet Eddevliyyet), Ta. Evvelâ Dâru Essekkâfet li Ennuş ve Eteveziyyea Umman, 2011
3. Muhammed Mahmud Elgazali, **Müşkilêt Eliğrak**, Dâru Elcêmiati Elcedîdet, D.B.N. 2007
4. Mustafa Yasin Muhammed Elesbihî, **Ennizâm Elkânunî limükêfêhat Eliğrak ve Eddeam Essüleî Essanêî fî İtâr Münazzamet Etticêrati Elâllemiyyet**, B.D.N., B.B.N

## Üniversite Notları

1. Birazik Halid, **Essêr İttifêkât Elmünazzamet Elâlemiyet li Etticêrat alâ Siyedet Eddüvel**, Müzekkiraten Mécistîr fî Elkânûn Eddüveli Elâm, Tîzî Ouzou 2010-2011
2. Tarât Kerîmet, **Tetavvur Etticêrat Eddüvliyet fî Zıl İttifêkiyêt Marâkeş**, Müzekkirat Mécistîr fî Elkânûn Eddüveli ve Elalêkât Eddevliyet Elcezêir (Cezayir), 2001
3. Amîş ve Hîbet Elirâk fî Mecêl Elalêkât Etticêriyet **Eddüveliyet**, Müzekkirat Mécistîr fî Elulûm Elkânûniyet, Feraa Kânûn Eleamêli, Elcezêir(Cezayir), 2001
4. Vêdî Hasan Edem, **Elittifêkiyêt Elâmmet li Ettearîfet Elcümrukiyet ve Etticêrat Kê'târ(Katar) Kânûnî li Etteâvün Etticêri Eddüveli**, Müzekkirat Mécistîr fî Elkânûni, Meahed Elhukûk ve Elulûm Elidêriyet, Eccezêir (Cezayir) 1992

## Makâleler

1. Hüseyin Cêvêd Kêzîm, Tehlîl Zâhirat Eliğrâk Essileî ve ve Eserahê alâ Ettenmiat Eliktisâdiyet (Mea İşêrat Khâsat ilâ Eliktisâd Elirâki), Mecellet Elulûm Eliktisâdiyet, a27, **Elmeclid 7**, Cêmiati Elbasrat, Kênûnü Evvel 2011
2. Khâlîd Muhammed Elcemeat, Mükêfehât Aliğrâk ve fekâ li İttifêkiyêt Münazzamet Etlcêrat Elâlemiyet, **Mecellet Elhukûk**, a2, Cêmiat Elkuveyt, Yevniv 2000

## Uluslararası Hukuk Metinleri ve Uluslararası Sözleşmeler

1. İttifâkıyet Elâmmet li Ettorearifât Elcümrükiyet ve Etticêrat li Aem 1947 ve Elletî Temmet Elmüsâdekat Aleyhê bitêrikh 30 Üktûber 1947 ve Dekhalet Hayz Ennifêd bitêrikh 01 Yenêyir 1948
2. İttifâkıyet fıynna li Kânûn Elmüâhedêt lisenet 1969. ve Elletî Eatimedet bimûcib Karâr Elcemaiyyet Elaemmet li Elmüttehîdet Rakam 2166, Elmü'arrakh fi 05 Disembir 1966 ve Rakam 2287 Elmü'ârrakh fi 06 Disembir 1967, ve Elletî Dekhalet Hayz Ennefêd Bitarikh 27 Yeneyir 1980
3. Elittifêk biş'an Tatbik Elmêddet Essêdiset min Elittifêkıyet Elaemmet li Ettorearifât ve Etticêrat liaem 1994 ev İttifêkıyet Mükêfehât Eliğrâk liaem 1994. ve Elmevkî aleyh fi Medîneti Merrâkeş min 14 ilê 16 Efrîl liaem 1994, ve Elletî Dekhalet Hayz Etenfîz Bitêrikh 01 Yenêyir 1995
4. Elittifêk biş'en Eddeam ve Elicrâât Elteavîdiyet, ve Elmevkî aleyh fi Medîneti Merrâkeş min 14 ilê 16 Efrîl liaem 1994, ve Elletî Dekhalet Hayz Etenfîd Bitêrikh 01 Yenêyir 1995
5. Müzekkirat Ettefêhum Biş'en Elkavâid ve Elicrâât Elletî Tahkumu Tesviyet Elmünazzameti, ve Elmevkî aleyh fi Medîneti Merrâkeş min 14 ilê 16 Efrîl liaem 1994, ve Elletî Dekhalet Hayz Etenfîz Bitêrikh 01 Yenêyir 1995

# **Military Intervention in Kosovo**

## **Turkey's Stance and International Law**

Assist. Prof. Dr. Muhamed ALI\*

### **Abstract**

The beginnings of the dispute related to the Kosovo issue within former SFRY can be found in the year 1980, immediately after the death of Josip Broz Tito. As a consequence of the pressure from the Serbs against the population in Kosovo, the Kosovo Albanians published the Declaration of Independence in 1990, followed by parliamentary and presidential elections in May 1992, where Ibrahim Rugova was elected for the President of Kosovo. Unlike the stance of Turkish foreign politics towards the war in Bosnia, where it insisted for an immediate military intervention of the international community for a cease-fire, during the war in Kosovo Turkey was insisting for solution of the conflict as a part of the Constitution from 1974 and didn't have a positive stance towards the eventual international military intervention in order to bring the military actions to an end. This stance of the Turkish foreign politics was a result of the fear of the Turkish authorities for eventual increase of the Kurdish minority aspirations lead by the PKK organization for secession of the southeastern part of this country, as a result of the international intervention against Yugoslavia. However, when the military actions of the Yugoslav (Serbian) military and paramilitary formations against

---

\* International University of Sarajevo, [mali@ius.edu.ba](mailto:mali@ius.edu.ba)

the civilian population in Kosovo intensified, Turkey, as one of the leading actors of the NATO alliance, played an active role during the military intervention against Yugoslavia. According to NATO officials, this military intervention was in accordance with the aims of the UN and it reflects the requests and aspirations of the international community which are in accordance with the ones of the Organization. On the other hand, according to the opponents of this operation, the action of NATO didn't reflect the requests of the international public, but on the contrary, the above mentioned military operation turned the NATO organization into a “**world policeman**”.

**Key words:** Kosovo crisis, Turkey, NATO military intervention, international law.

## **Introduction**

The beginnings of the dispute related to the Kosovo issue within former SFRY can be found in the year 1980, immediately after the death of Josip Broz Tito. After the period of the reign of Tito, the relations between the population of Kosovo and the authorities of Yugoslavia deteriorated, as a result of that in March 1989, the Serbian authorities took the first steps towards discontinuation of the autonomy of this region,

<sup>1</sup> a status that existed within the former SFRY. This move of the

Serbian authorities faced intense protests of the population in Kosovo<sup>2</sup>, which were muted by the Serbian authorities. After the military and police intervention, the next step of the Serbian authorities was an adoption of a new constitution which was foreseeing alleviation for the implementation of Serbian politics on the territory of Kosovo, as a replacement of the constitution of Yugoslavia from 1974, on the 28<sup>th</sup> September 1990, the Serbian parliament adopted the new constitution through which, amongst other things, was justifying the right of the Serbians for control over the historical and ethnical territory of the Serbians. This new concept didn't mean anything else except a law frame for realization of the idea for creation of *Great Serbia*. In these lines we will try to analyze the historical aspect of the events in Kosovo during the 1990's, the military intervention of NATO in Kosovo and the stance of Turkey towards this intervention and finally, the legitimacy of this intervention from the aspect of international law.

## **I. Short historic review of the events in Kosovo during the 1990's**

As a reaction of all the above mentioned pressures of the Serbs against the population of Kosovo, the Kosovo Albanians in 1990 published the Declaration of Independence, and in May of 1992 they carried out

---

<sup>1</sup> Kosovo gained the status of autonomy during the period of the reign of Tito, as a part of the Constitution of 1974.

<sup>2</sup> According to CIA [The World Factbook](https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/print_kv.html) Kosovo's population stands at 1,870,981 persons. It highlights that ethnic composition is as following: Albanian (official) 94.5%, Bosnian 1.7%, Serbian (official) 1.6%, Turkish 1.1%, other 0.9% (includes Romani), unspecified 0.1%. See [https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/print\\_kv.html](https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/print_kv.html) Access Date 09.06. 2016.



parliamentarian and presidential elections, where Ibrahim Rugova<sup>3</sup> was elected for a President of Kosovo. President Rugova gave great effort towards obtaining support from the international community for the politics of the Kosovo Albanians. As an activity of his diplomatic efforts, he visited Ankara in 1992, where he met the president Ozil whom he handed over a request for an acceptance of the independency of Kosovo. However, the reply of the Turkish president for this request was not positive. This stance of the Turkish foreign politics was a result of the fact the Turkish country itself had fears from the eventual stance of the international community for parallelism between the struggle of the Kosovo Albanians against Belgrade and PKK's struggle against Ankara. Besides the negative stance of Turkey towards the acceptance of Kosovo's independency, however, generally observed, Turkish foreign politics didn't stop offering political support to the Kosovo Albanians. Namely, in 1998, as a part of the visit of Turkish minister of foreign affairs Ismail Cem in Belgrade, the Turkish party handed over a request to Milosevic for returning of Kosovo's autonomy and acknowledgment of the rights of the Kosovo Albanians. On the other side, KLA (Kosovo Liberation Army)<sup>4</sup> appeared on the stage in Kosovo, which, unlike the peaceful politics of Rugova, based its' strategy on a guerilla war against the Serbian forces. The guerilla actions of KLA contributed towards intensifying of the military actions of the Serbian forces, against the

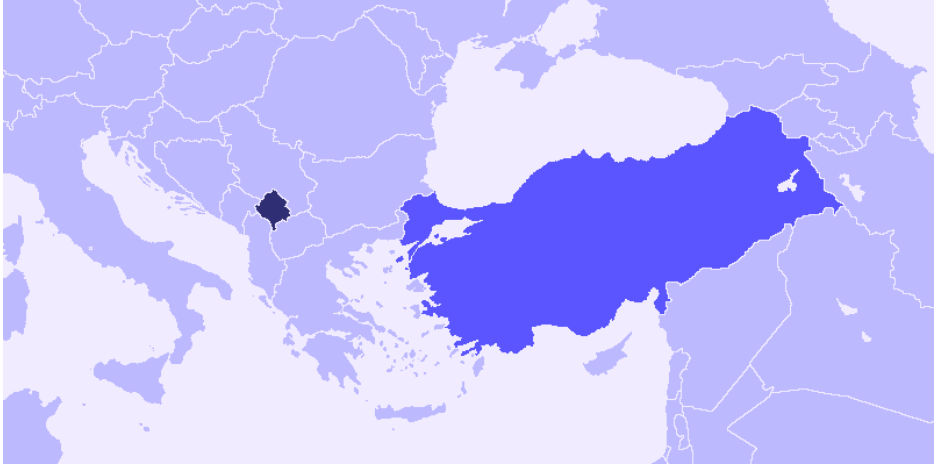
---

<sup>3</sup> He was born in 1944 in Kosovo. He had a PhD from the University of Pristina on the field of literature (1984). In 1996, he was chosen for a member of the Kosovo Academy of Science and Arts. In the same year, he was awarded a honorary PhD by the Paris VIII University. In 1989, he was elected for a president of the first political party in Kosovo, LDK, which was challenging the communist regime of that time. In 1992, he was elected for a President of Kosovo, followed by a re-election in 1998 as well, as a result of the new elections carried out in that year. After the war in Kosovo, in the parliamentary elections, Rugova's party got the majority of the votes, by which he was re-elected for the President of Kosovo again in 2002 and 2005 as well. He died in 2006. Rugova is considered as a symbol of the independency of this young European country.

<sup>4</sup> UÇK – Ushtria Çlirimtare e Kosovës; KLA (Kosovo Liberation Army).

armed Kosovo Albanians and as well as the civilian Albanian population. The growth of the number of victims between Albanian civilians and the banishment of the Albanian population from their ancient hearth, as a result of the military actions of Serbian military and paramilitary formations, caused series of reactions on the international scene.<sup>5</sup>

## II. The military intervention in Kosovo and the stance of Turkey



---

<sup>5</sup> See: ÇAPAR, Gökhan, **NATO'nun Kosova'ya Müdahalesinin Birleşmiş Milletler Kurucu Andlaşması Açısından Analizi** (MA thesis), U.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa 2006, p. 96-98; KIR, Alpaslan, **Türkiye'nin Makedonya Politikasının Balkan Politikası İçerisindeki Yeri** (MA thesis), H.A.K. Stratejik Araştırmalar Enstitüsü, İstanbul, 2008, p. 4-25; ZAMAN, Fuat, **Kosova'nın Türkiye Açısından Stratejik Önemi** (MA thesis), G.Y.T.E. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Gebze 2006, p. 51-55; AYDOĞMUŞ, Fatih, **Soğuk Savaş Sonrası Türkiye'nin Balkanlar Üzerindeki Etkisi** (MA thesis), Y.Ü. Atatürk İlkeleri Ve İnkılap Tarihi Enstitüsü, İstanbul, 2009, p. 66.

## \*Map of Kosovo and Turkey<sup>6</sup>

In the period that followed (1998), the Security Council brought two important resolutions in relation with the ongoing events in Kosovo. The Resolution 1160 of the Security Council was urging Yugoslavia to undertake all necessary measures in order to find a political solution for the conflict and at the same time it was urging all Albanian leaders in Kosovo to denounce the terrorist attacks. The urge of the Security Council was also directed towards the other components of Kosovo's society for realization of their objectives only through application of peaceful methods. Simultaneously, through the 1160 Resolution, the need for an adequate solution for the crisis in Kosovo was highlighted, but only through preservation of Yugoslavia's territorial integrity.<sup>7</sup> As a part of the international community engagement for a cease-fire in Kosovo, on the 23<sup>rd</sup> September 1998, the UN Security Council adopted the 1199 Resolution, through which the deterioration of the situation in Kosovo was considered as a threat for the peace and security of the region. Simultaneously, through this resolution, the parties involved were invited to cease the fire and in that direction to take the foreseen measures with the 1160 Resolution. The two above mentioned resolutions, besides the denouncement of the use of force by Yugoslavia and KLA, at the same time they were authorizing OSCE to send observers in Kosovo, with an objective of observing the events from closely.<sup>8</sup> In March of 1998, as a response of the international community on the military actions of the Serbian forces against the civilian population, besides introduction of economic and diplomatic sanctions, it also introduced a military embargo against

---

<sup>6</sup> <http://akademikperspektif.com/2014/02/08/turkiye-ile-kosova-kardesligi/>  
Accessed 9.6.2016

<sup>7</sup> ÇAPAR, p. 100.

<sup>8</sup> ÇAPAR, p. 101.

Yugoslavia, which confirmed the continuous increase of pressure of the international community towards this country. On the other hand, the increase of presence of NATO forces in Macedonia and Albania also represented an additional pressure towards Belgrade. As a result of the growth of pressure against Yugoslavia, in February 1999, this country was forced to take part in negotiations with representatives from Kosovo, which were held under the patronage of the international community, led by the USA, in the city of Rambouillet. According to the peace plan of the international community, Kosovo was supposed to have an autonomous status within Yugoslavia and on its territory there was not supposed to be another military presence except the presence of NATO forces. This peace plan was accepted by the Kosovo side, but rejected by the Yugoslavian delegation, by which on the 19<sup>th</sup> of March 1999, the peace talks under international patronage ended without the expected results.<sup>9</sup> As a result of the increase of unsuccessful peace talks and the increase of victims between the Albanian civilians in Kosovo, NATO decided to initiate an aerial military operation with an aim of prevention of further blood shedding in this country. The former announcements of Russia and China, through which they claimed that they will use their right for veto against the eventual military operation against Yugoslavia, can be considered as the main reason for avoiding the resolutions of the UN security Council for a permission to include military force and using NATO's military mechanisms during the above mentioned military operation.<sup>10</sup> Following the unsuccessful efforts of the international community or peaceful salvation of the crisis in Kosovo, on the 24<sup>th</sup> of March 1999, NATO, led by the USA, decided to attack Yugoslavia. The operation named Allied Force lasted 78 days in total, and included Turkey, USA, Germany, Belgium, Canada, United Kingdom,

---

<sup>9</sup> ÇAPAR, p. 103-104; KIR, p. 4-25.

<sup>10</sup> KIR, p. 4-26. See: ZAMAN, p. 56-58; ÇAPAR, p. 104.

Denmark, Spain, France, Portugal, Netherlands, Norway and Italy.<sup>11</sup> According to NATO representatives, the main reasons for undertaking the military intervention against Yugoslavia were the following:

- discontinuation of the humanitarian crisis in Kosovo through prevention of disrespecting of human rights,
- implementation of stability in Eastern Europe,
- increase of trust towards NATO,
- the right of Kosovo Albanian for self-determination.<sup>12</sup>

According to the announcements of NATO representatives, through this military operation the Alliance was aiming the following:

- bringing the military actions to an end,
- forcing the Serbian military and police forces to withdraw from the territory of Kosovo,
- moving international military forces into this country,
- enabling return of the refugees and taking care of them through international humanitarian organizations.<sup>13</sup>

On the other hand, unlike the stance of Turkish foreign politics towards the war in Bosnia, where it insisted for an early military intervention of the international community for a cease-fire, during the war in Kosovo, Turkey was insisting for solving the conflict within the frames of the Constitution from 1974 and didn't have a positive stance towards the eventual international military intervention to bring

---

<sup>11</sup> ZAMAN, p. 60.

<sup>12</sup> ÇAPAR, p. 105-106; ZAMAN, p. 59-60.

<sup>13</sup> ÇAPAR, p. 107.

the military events to an end. This stance of the Turkish foreign politics was due to the fear of the Turkish authorities for an eventual increase of the aspirations of the Kurdish minority lead by the PKK organization for secession of the south-eastern part of this country, as a result of the international intervention against Yugoslavia. However, besides the above mentioned stance of Turkish foreign politics towards the Kosovo issue, when the military actions against the Yugoslav (Serbian) military and paramilitary formations against the civilian population of Kosovo intensified, Turkey, as one of the leading actors and military forces of the NATO alliance, played an active role during the military intervention against Yugoslavia. Namely, the Turkish state sent 11 military F-16 airplanes which had an effective role within observing and bombarding aims on the territory of Yugoslavia. Simultaneously, the Turkish authorities opened the Turkish air space for the Alliance for eventual need during the implementation of the aerial military operations.<sup>14</sup>

### **III. Legitimacy of the military intervention in Kosovo**

However, numerous dilemmas appear in regards of the international-legal legitimacy of the aerial military operation of NATO against Yugoslavia. According to NATO representatives, this military operation was in accordance with the UN objectives and it reflected the requests and aspirations of the international community which are in accordance with the ones of the Organization. On the other hand,

---

<sup>14</sup> KIR, p. 4-26; BAŞ, Numan, **Kosova Sorununun Ortaya Çıkışı Ve Balkanlar Üzerine Etkileri (MA thesis)**, S.D.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2009, p. 73, 75-76. See: AYDOĞMUŞ, p. 84; AKMAN, Halil, **Türkiye Yunanistan Ve Arnavutluk'un Balkan Ülkeleri Ve Etnik Yapısı Üzerine Stratejik Hedefleri (MA thesis)**, G.Y.T.E. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Gebze, 2006, p. 232.

according to the opponents of this operation, NATO's action didn't depicture the requests of the international public, but on the contrary, the above mentioned military operation turned the NATO organization into a **“world policeman”**.<sup>15</sup> According to international law, the usage of force can be implemented only in two cases, as follows: **first, in a case of legitimate self-defence which is conditioned by fulfilling series of conditions, and second, in a case of authorization issued by the UN Security Council**. Simultaneously, in a case of an implementation of aerial attack against one of the NATO member countries, according to Article 5 of the Alliance Convention, an activation of Article 51 of the Organization is foreseen, which recognizes the right for a common legitimate self-defence. Also, according to this article, the right for legitimate defence can last only until measures of the UN Security Council are activated. From the above mentioned, we can bring a conclusion that the right for self-defence within the NATO alliance is in accordance with the right of usage of force according to the principles of UN Security Council. In this case, however, the implementation of a military attack of the Alliance against Yugoslavia, without previous attack or a threat against one of its members from that country, opens dilemmas about the legitimacy for using the right of self-defence during this operation.<sup>16</sup> However, a question is rising, was there an authorization from the Security Council of the NATO Alliance for implementation of a military attack against Yugoslavia, which would legitimate the military intervention against this country. First, it must be recognized that the Security Council adopted several resolutions related to the events in Kosovo. Through deterioration of the situation in Kosovo, as we previously mentioned, in 1998, the Security Council adopted the 1160 Resolution which was foreseeing an introduction of a military embargo towards Yugoslavia, denouncement of the violence of

---

<sup>15</sup> ÇAPAR, p. 105.

<sup>16</sup> See: PEKYARDIMCI, B. Elif, **İnsancıl Müdahale Kavramı Ve Kosova Sorunu (MA thesis)**, A.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2006, p. 123-124.

Serbian forces against civilians and protesters and the terrorist actions of KLA, as well as the military financial support of this military organization. Simultaneously, this resolution was supporting the efforts of international representatives for establishing peace, it was highlighting the need for an increase of international representatives in this country and both sides were invited to establish dialogue towards bringing the military crisis to an end. One of the most important components of this resolution was the fact which was highlighting the importance of keeping the independency of Yugoslavia's territorial integrity.<sup>17</sup> Following the analysis of the above mentioned Resolution of the Security Council, we can bring a conclusion that there weren't any signals for eventual authorization by the Security Council of any country or a group of countries for an attack against Yugoslavia.

The Security Council during 1998 adopted the second resolution numbered 1199, which was related to the events in Kosovo. Namely, through this resolution, besides it was repeating the contents of the former resolution (nr. 1160), it was highlighting the international community concern for the safety of the civilian population, the situation of the refugees, it required from the Albanian leaders to denounce the terrorist actions of KLA and a request to the official supporters of KLA was in order to stop the military and economic support towards this organization. Simultaneously, this resolution was highlighting that deterioration of the situation in Kosovo was representing **a threat for regional peace and safety**, which also confirmed the respect of the international community towards the independency and territorial integrity of Yugoslavia. One of the most important components of this Resolution was the Security Council admonishment for taking additional measures – without alluding on the contents – in case of failure to implement the previously

---

<sup>17</sup> PEKYARDIMCI., p. 125-126; ÇAPAR, p. 100.



mentioned decisions.<sup>18</sup> As well as the previous resolution, this resolution also, besides others, highlighted the international community engagement for a cease-fire, it also confirms the principle of respect towards the independency and territorial integrity of Yugoslavia. Although the end of this resolution was highlighting the international community determination for undertaking additional measures in case of failure to implement the above mentioned decisions, not explaining the contents of the eventual new measures is an argument enough for a non-authorization of the NATO Alliance military operation against Yugoslavia. Following the above mentioned decisions of the Security Council, the 1203 Resolution represents the final resolution adopted before the military intervention of the Alliance against Yugoslavia. Namely, through this resolution, the Security Council was denouncing the terrorist attacks and the external assistance and at the same time it was calling upon the leaders to take necessary measures. Simultaneously, the Security Council was calling both sides to establish a dialogue and solve the military crisis through political methods. Although, according to some analysis, the sharpening tone of the international community through the resolutions meant exactly an indirect authorization for usage of power,<sup>19</sup> the usage of power is an act which, because of its' meaning, should be implemented in a n open and direct manner, an act that does not exist in the previous resolutions. Besides the opposed opinions, although, generally observed, the military intervention of NATO alliance against Yugoslavia is opposed to international law, having in mind the fact that the Security Council didn't authorize the above mentioned military-political organization, nor it adopted a resolution for undertaking a military action. However, there is a dilemma on the international academic scene about the legitimacy of this military action observed from the aspect of a **humanitarian intervention**.

---

<sup>18</sup> PEKYARDIMCI, p. 126; ÇAPAR, p. 101.

<sup>19</sup> PEKYARDIMCI, p. 126-127.

Generally observed, although the term **humanitarian intervention** means a manner of usage of force that doesn't exist in international law, however, according to some observers and organizations, this method of usage of force is in accordance with international law, or, observed from a practical aspect, there is a need of its' application.<sup>20</sup> Even after the acceptance of this method of using force as a legitimate in some researches, its' implementation however is conditioned with series of criteria.

The legitimacy of humanitarian intervention is conditioned by **existence of severe violation of human rights**. From the data mentioned, we can bring a conclusion that in the case of Kosovo, the most basic human rights were violated by the Yugoslav (Serbian) military and paramilitary formations, by which we can bring a conclusion that the above mentioned criteria for legitimizing of the humanitarian action were met. As another criterion which is a condition for legitimizing the military humanitarian intervention is the **lack of opportunity to stop the military actions through peaceful methods, except through implementation of the humanitarian intervention**. In the case of Kosovo, the international community gave enormous efforts towards finding a peaceful solution for the conflict. Failure to adhere the Security Council Resolutions for cease-fire and the Yugoslav authorities' non-acceptance of the Rambouillet

---

<sup>20</sup> See: PEKYARDIMCI, p. 129. For *humanitarian intervention* and international relations/international law, see WELSH, M. Jennifer (ed.), **Humanitarian Intervention And International Relations**, Oxford University Press, New York, 2004; Chesterman, Simon, **Just War Or Just Peace? Humanitarian Intervention And International Law**, Oxford University Press, New York, 2001; MURPHY, D. Sean, **Humanitarian Intervention: The United Nations In An Evolving World Order**, University Of Pennsylvania Press, Pennsylvania, 1996; SIMMS, Brendan et.al. (ed.), **Humanitarian Intervention: A History**, Cambridge University Press, New York & Cambridge, 2011; WEISS, G. Thomas, **War And Conflict In The Modern World: Humanitarian Intervention**, Polity Press, Malden & Cambridge, 2012; ORFORD, Anne, **Reading Humanitarian Intervention: Human Rights And The Use Of Force In International Law**, Cambridge University Press, New York & Cambridge, 2003.

Agreement were facts enough to depicture the lost of all opportunities for finding a peaceful solution for the war in Kosovo.<sup>21</sup> For legitimizing the humanitarian intervention, the applied military intervention was conditioned to aim a **cease-fire and put an end to the violations of human rights**. In this context, we can highlight that, according to the NATO Alliance authorities, this military intervention had an objective to put an end to the war in Kosovo, which would stop blood shedding, murdering of civilians and banishment of people from their ancient hearthstones. However, according to some experts, NATO's aims of the humanitarian intervention were opposed with what it claimed in the public. Namely, according to them, one of the greatest factors that incited the military intervention was the fact of existence of enormous underground resources and the strategic geopolitical position of this country. Besides that, the increase of the influence of the Alliance in the domain of security on the European continent, especially in Eastern Europe, can also be considered as one of the main aims for this humanitarian intervention.<sup>22</sup> **An application of a request towards the international community by the country where the conflict is taking place or by those whose rights are being violated, for undertaking a military action** is a significant factor for legitimizing the humanitarian intervention. In the case of Kosovo there wasn't a request towards the NATO organization for a humanitarian intervention from the Yugoslav government, however, on the contrary, the authorities of this country were categorically opposing to this idea. However, the Kosovo Albanians authorities, continuously, through diplomatic activities (like the ones by Rugova in 1999), applied a request to the most influential factors on the international scene for help in order to bring an end to the violation of human rights.<sup>23</sup> In this context, the request of the Kosovo population

---

<sup>21</sup> See: PEKYARDIMCI, p. 130-131, 135-138.

<sup>22</sup> PEKYARDIMCI, p. 132-135.

<sup>23</sup> See: PEKYARDIMCI, p. 143-145.

lead by its' leaders was valid and legitimate, bearing in mind the fact that, besides its' autonomous status was taken away, at the same time it was a victim of violation of its' basic rights by the Yugoslav military and paramilitary formations.

Simultaneously, **a non-excessive or a limited usage of force** is a significant criterion in order to legitimize the humanitarian intervention. Namely, according to the above mentioned criterion, the usage of force should be applied only against the **place** or the **region** where the conflict is taking place, and its application should not be extended. In the Kosovo conflict, the NATO bombardments were not limited on Kosovo only, but were extended on other parts of Yugoslavia, an act through which, according to some opinions, a violation of the sovereignty and territorial integrity of Yugoslavia took place.<sup>24</sup> However, observed from a military-strategic aspect, the bombardment against Yugoslavia was necessary, bearing in mind the fact that it was the only manner to force Milosevic to retreat in regards of the Kosovo issue. Simultaneously, according to the above mentioned criterion, the usage of force was supposed to be defined to a **limited time**. Namely, according to this condition, KFOR forces in Kosovo, once the Serbian forces from the territory of Kosovo withdrew, they were supposed to withdraw as well. On the contrary, the mission of these forces could be observed as invading and occupying of the territory.<sup>25</sup> However, the mission of these forces has not ended yet, bearing in mind the events in the northern part of Kosovo and the role of KFOR for prevention of deterioration of the inter-ethnic relations in this country.

According to the above mentioned criterion, **taking necessary measures to prevent victims between the civilian populations** during the attacks is also an important factor towards legitimizing the

---

<sup>24</sup> See: PEKYARDIMCI, p. 139-140.

<sup>25</sup> See: PEKYARDIMCI, p. 140.

humanitarian intervention. The military strategy of the NATO Alliance during the war in Kosovo was based on the attacks carried out by the air forces, which contributed not only towards the reduction of huge loss of human lives between civilians, but these attacks resulted with a huge number of human victims, so the aerial intervention caused human loss on the Serbian side, as well as on the Albanian population in Kosovo.<sup>26</sup>

Although we have previously brought a conclusion that the military intervention of the NATO Alliance was not in accordance with international law, however, based on the above mentioned analysis, we can bring a conclusion that this act of the above mentioned military-political organization fulfilled the criterions in a large degree to be defined as a **humanitarian intervention**.

Besides various debates about the accordance of the term of humanitarian intervention with the general regulations and principles of international law, the military intervention in the case of Kosovo was still observed by the international public as a necessary and a moral act for bringing end to blood shedding.<sup>27</sup> In this context, the intervention of the Alliance was also a result of the institutional nuisance of the UN, which was harming the safety efficiency of this international organization. Simultaneously, it should be highlighted that the condemnation of the Serbian war crimes in Kosovo by the UN Human Rights Commission with 44 from a total of 51 votes, as well as the refusal of the initiative for denouncement of the Alliance aerial attacks against Yugoslavia by 12 from a total of 15 countries at the Security Council, are clear messages of the international community for their support of the military intervention.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> See: PEKYARDIMCI, p. 141-142.

<sup>27</sup> See: PEKYARDIMCI, p. 145.

<sup>28</sup> ÇAPAR, p.111-112.

Finally, through the military intervention against Yugoslavia, the world order based on **respect towards sovereignty and non-interference in the internal affairs of other countries**, slowly, but surely, is transforming into an international system, where the most preferential principles are **maintaining and non-violation of human rights**. This new system of international affairs can have various effects. In the case of Kosovo, besides the realization of strategic objectives for preservation of the interests of western countries, the military intervention still contributed towards bringing an end to the war crimes of the Serbian military and paramilitary formations. However, in the case of the war in Iraq and Afghanistan, this new system of international affairs, which started with the military intervention against Yugoslavia, it didn't contribute towards realization of strategic and economic objectives of states like the USA and United Kingdom, but it also caused loss of thousands lives, which puts a question mark before the morality of these acts in front of the international opinion. In the next period, the international community lead by the UN, besides other things, should also focus on reforming the international law through finding various modules for equilibration between the terms **sovereignty** and **human rights**, so that through this act it would prevent violation of human rights, as well as disrespect of the sovereignty of a certain country.

## **Conclusion**

In the context of the legitimacy of the intervention in Kosovo from the aspect of international law, we brought a conclusion that, although the military intervention of the NATO Alliance was not in accordance with international law, however, basing on the analysis of this work, we could claim that through this act of the above mentioned military-

political organization, it fulfilled the criterion set to define it as a **humanitarian intervention** in a huge extent. Besides the various debates about coordination of the term of a humanitarian intervention with the general principles and regulations of international law, the military intervention in the case of Kosovo in front of the international opinion was observed as a necessary and a moral act for bringing the blood shedding to an end. Through the military intervention against Yugoslavia, the world order based on **respect towards sovereignty and non-interference in the internal affairs of other countries**, slowly, but surely, **is transforming** and **is evolving** into an international system, in which the principles of the highest priority are **preservation and non-violating human rights**. This new system of international affairs can have various effects. In the case of Kosovo, even besides the realization of the strategic objectives for preservation of the interests of the western countries, the military intervention contributed towards bringing an end to the war crimes of the Serbian military and paramilitary formations. However, in the case of the war in Iraq and Afghanistan, this new system of international affairs, which started with the military intervention against Yugoslavia, it didn't contribute towards realization of strategic and economic objectives of states like the USA and United Kingdom, but it also caused loss of thousands lives, which puts a question mark before the morality of these acts in front of the international opinion. In the next period, the international community lead by the UN, besides other things, should also focus on reforming the international law through finding various modules for equilibration between the terms **sovereignty** and **human rights**

## **Bibliography:**

AYDOĞMUŞ, Fatih, Soğuk Savaş Sonrası Türkiye'nin Balkanlar Üzerindeki Etkisi (MA thesis), Y.Ü. Atatürk İlkeleri Ve İnkılap Tarihi Enstitüsü, İstanbul, 2009.

AKMAN, Halil, Türkiye Yunanistan Ve Arnavutluk'un Balkan Ülkeleri Ve Etnik Yapısı Üzerine Stratejik Hedefleri (MA thesis), G.Y.T.E. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Gebze, 2006.

BAŞ, Numan, Kosova Sorununun Ortaya Çıkışı Ve Balkanlar Üzerine Etkileri (MA thesis), S.D.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2009.

ÇAPAR, Gökhan, NATO'nun Kosova'ya Müdahalesinin Birleşmiş Milletler Kurucu Andlaşması Açısından Analizi (MA thesis), U.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa 2006.

CHESTERMAN, Simon, Just War Or Just Peace? Humanitarian Intervention And International Law, Oxford University Press, New York, 2001.

KIR, Alpaslan, Türkiye'nin Makedonya Politikasının Balkan Politikası İçerisindeki Yeri (MA thesis), H.A.K. Stratejik Araştırmalar Enstitüsü, İstanbul, 2008.

MURPHY, D. Sean, Humanitarian Intervention: The United Nations In An Evolving World Order, University Of Pennsylvania Press, Pennsylvania, 1996.

ORFORD, Anne, Reading Humanitarian Intervention: Human Rights And The Use Of Force In International Law, Cambridge University Press, New York & Cambridge, 2003.



PEKYARDIMCI, B. Elif, İnsancıl Müdahale Kavramı Ve Kosova Sorunu (MA thesis), A.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006.

SIMMS, Brendan et.al. (ed.), Humanitarian Intervention: A History, Cambridge University Press, New York & Cambridge, 2011.

WELSH, M. Jennifer (ed.), Humanitarian Intervention And International Relations, Oxford University Press, New York, 2004.

WEISS, G. Thomas, War And Conflict In The Modern World: Humanitarian Intervention, Polity Press, Malden & Cambridge, 2012.

ZAMAN, Fuat, Kosova'nın Türkiye Açısından Stratejik Önemi (MA thesis), G.Y.T.E. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Gebze 2006.

[https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/print\\_kv.html](https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/print_kv.html) Access Date 9.6.2016.

<http://akademikperspektif.com/2014/02/08/turkiye-ile-kosova-kardesligi/> Access Date 9.6.2016.

# **Unsettled Matter of European Trade Mark Law: Double Identity Rule**

## **- Burden of Proof Issue-**

Res. Asst. Dr. Özgür ARIKAN\*

### **Abstract:**

In the last decade, there has been a crucial development under the European trade mark law. The CJEU expanded the scope of protection under the double identity rule in order to safeguard the further functions of trade mark which are related to the selling power of the “brand image” created by trade mark owners. However, the double identity rule was traditionally designated to protect merely the origin function of trade mark and therefore the protection provided under the double identity rule was absolute. The CJEU’s case law broadened the scope of the protection under the double identity rule to cover the further functions that a trade mark performs. Therefore, the CJEU’s recent approach turned the principle of “absolute protection” upside down. The “burden of the proof” under the double identity rule appeared as an issue as the result of the broader protection under the double identity rule. In this paper, the author aims to examine the ongoing developments as to the double identity rule in the light of the European legislation and the CJEU’s case law; in particular from the point of the “burden of the proof” issue which has appeared recently.

**Key Words:** Trade Mark, Trade Mark Law, the CJEU’s Case Law, Double Identity Rule, Burden of Proof

---

\* Medeniyet University, Faculty of Law, Department of Civil Law, drozgurarikan@gmail.com.

## Avrupa Marka Hukukunun Çözömlenemeyen Meselesi: Çifte Ayniyet Kuralı

### -İspat Yökü Sorunu-

#### Öz

Son on yılda, Avrupa marka hukukunda önemli bir gelişme görölmektedir. ABAD çifte ayniyet kuralı altındaki korumayı, marka sahipleri tarafından yaratılan “marka imajı”nın satış gücü ile ilgili olan, markanın diğler fonksiyonlarını da himaye altına almak için genişletmiştir. Fakat çifte ayniyet kuralı geleneksel olarak sadece markanın menşei gösterme fonksiyonunu korumak için tayin edilmiştir ve bundan dolayı çifte ayniyet kuralı altında sunulan koruma mutlaklıtır. ABAD’ın içtihat hukuku ise çifte ayniyet kuralı altındaki korumayı markanın diğler fonksiyonlarını da kapsayacak şekilde genişletmiştir. Bu sebeple, ABAD’ın yeni yaklaşımı mutlak koruma prensibini alt üst etmiştir. Çifte ayniyet kuralındaki ispat yükü, çifte ayniyet kuralı altındaki korumanın genişletilmesinin bir sonucu, sorun olarak ortaya çıkmıştır. Bu makalede yazar çifte ayniyet kuralı altında devam eden gelişmeleri, özellikle yakın zamanda baş gösteren ispat yükü sorunu açısından, Avrupa mevzuatı ve ABAD içtihat hukuku ışığında ele alacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Marka, Marka Hukuku, ABAD İçtihat Hukuku, Çifte Ayniyet Kuralı, İspat Yökü

## I. Introduction

A registered trade mark provides the owner with exclusive rights over the mark in relation to the goods or services for which it is registered. The owner of a registered trade mark enjoys the exclusive right to use that mark and can prevent third parties from using identical marks on identical goods or services covered by the registration. Owing to the *identical* marks and *identical* goods or services requirements, this clause is known as “*double identity rule*” in trade mark law.

### Trade Marks Directive

<sup>1</sup> (TMD) which aims to approximate the laws of the European Union Member States relating to trade marks regulates the double identity rule under Article 5 (1) (a). The Recitals to the TMD describes this type of protection as absolute. More specifically, the protection afforded by the registered trade mark, the function of which is in particular to guarantee the trade mark as an indication of origin, should be absolute in the case of identity between the marks and the goods or services. This means that the likelihood of confusion as to the origin of the goods or services is presumed under the double identity rule, unlike the protection provided to trade mark owner under the other subsections of Article 5. There are three basic requirements for trade mark owner to apply the exclusive right under the double identity rule: “using in the course of trade” prerequisite, “identical signs” and “identical goods or services” requirements.

---

<sup>1</sup> DIRECTIVE 2008/95/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks. According to the Article 55 of the new TMD [Directive (EU) 2015/2436], DIRECTIVE 2008/95/EC is repealed with effect from 15 January 2019, without prejudice to the obligations of the Member States relating to the time limit for the transposition into national law of Directive 89/104/EEC set out in Part B of Annex I to Directive 2008/95/EC.

However, the Court of Justice European Union (CJEU) introduced a further requirement in its *Arsenal v. Reed* decision, namely that the use of an identical sign for identical goods or services cannot be prevented unless it affects or is liable to affect the functions of the mark, so called “the function theory”.<sup>2</sup> By using the “*functions*” in this case and the subsequent cases such as *Anheuser-Busch v. Budejovicky Budvar*, *Adam Opel v. Autec* and *Celine v. Celine*<sup>3</sup>, the CJEU recognized that the double identity rule does not safeguard merely the function of guaranteeing to consumers the origin of the goods or services bearing the registered trade mark. However, the identification of the *functions* came with the CJEU’s judgment in *L’Oréal v. Bellure* where *quality guarantee, communication, investment or advertising functions* of a trade mark in addition to its origin function are found to merit protection under the provision of Article 5(1) (a) of TMD.<sup>4</sup>

These judgments of the CJEU, which basically expands the scope of the exclusive right under the double identity rule to safeguard the quality guarantee and communication, investment or advertising functions that a trade mark performs, has been given rise to a number of the issues surrounding the double identity rule.<sup>5</sup> In this paper, the author will focus on the burden of proof issue which arose with the introduction of the function theory to the double identity rule.

## II. Double Identity Rule

---

<sup>2</sup> *Arsenal v. Reed* (C-206/01)[2003] E.T.M.R. 19.

<sup>3</sup> *Busch v. Budejovicky Budvar* (C-245/02) [2005] E.T.M.R. 27; *Adam Opel v. Autec* (C-48/05) [2007] E.T.M.R. 33; *Celine v. Celine* [2007] (C-17/06) E.T.M.R. 80.

<sup>4</sup> *L’Oréal v Bellure* (C-487/07) [2009] E.T.M.R. 55.

<sup>5</sup> GANGJEE, Dev/BURRELL, Robert, “Because You’re Worth It: *L’Oréal* and the Prohibition on Free Riding”, **The Modern Law Review**, Y. 2010, V. 73, I. 2, p. 282; HORTON, Audrey, “The implications of *L’Oréal v Bellure*- a retrospective and a looking forward: the essential functions of a trade mark and when is an advantage fair?”, **E.I.P.R.**, Y. 2011, V. 33, I. 9, p. 555.

In order for a trade mark owner to succeed in a claim under the double identity rule, there are some conditions to be satisfied. The first is that the unauthorized use of a sign by a third party must be in the course of trade. The second is that the sign used by a third party must be identical to the registered trade mark. The third is that the sign must be used in relation to goods or services which are identical to those for which the trade mark is registered. The fourth is that the use must affect, or be liable to affect, one of the functions of the trade mark. As mentioned above the latter requirement, so-called the “function theory”<sup>6</sup>, was introduced by CJEU in *Arsenal v. Reed*.<sup>7</sup>

A trade mark conveys information to consumers about the commercial origin of goods or services bearing it. However, consumers may perceive a trade mark as an economic guarantee for likely product quality. More specifically, consumers expect the quality of all trademarked products to be consistent with each other; because they have originated under the control of one undertaking which is in a position to control their quality. Moreover, a trade mark gives its owner an opportunity to invest in creation or development, through advertising or other marketing techniques, of a “brand image” which consumers wish to be associated with in order to gain the loyalty of consumers.<sup>8</sup> Once the brand image is created, the trade mark begins to communicate to consumers. This means that consumers no longer

---

<sup>6</sup> SENFTLEBEN, Martin, “Function theory and international exhaustion-why it is wise to confine the double identity rule to cases affecting the origin function”, **European Intellectual Property Review**, Y. 2014, V. 36, I. 8, p. 518-524; KUR, Annette, “Trade marks function, don’t they ? CJEU jurisprudence and unfair practices”, **International Review of Intellectual Property and Competition Law**, Y. 2014, V. 45, I. 4, p. 434-454; JEHORAM, Tobias Cohen, “The Function Theory in European Trade Mark Law and the Holistic Approach of the CJEU”, **The Trademark Reporter**, Y. 2012, V. 102, I. 6, p. 1243-1253.

<sup>7</sup> *Arsenal v. Reed* (C-206/01)[2003] E.T.M.R. 19.

<sup>8</sup> ARIKAN, Özgür, **Trade Mark Rights and Parallel Importation in the European Union**, 1<sup>st</sup> Edition, Onikilevha, İstanbul, 2016, p. 65.

simply purchase products from a particular source. They also buy the respective “brand image” which they want to be associated with.<sup>9</sup>

The investment made by trade mark owner in the creation of brand image is protected against dilution under Article 5 (2) of TMD. However, the protection provided under Article 5(2) is merely for the well-known marks and the protection is balanced by “due cause” defence. Unlike the protection provided under Article 5 (2) of TMD, Article (5) (1) (a) is designed to provide basic protection against confusion so as to safeguard the exclusive link between the origin of goods or services and the trade mark. Nevertheless, the CJEU’s case law, which we will examine in detail below, expanded to scope of protection under the double identity rule to safeguard the further functions of trade mark.

### III. Case Law

The double identity rule was specially designated to provide trade mark owners an exclusive right so as to safeguard their marks against confusion. Hence, the CJEU applied the essential function theory to determine the scope of the exclusive right given under Article (5) (1) (a) of the TMD. This means that double identity rule traditionally protects the ability of the trade mark to guarantee the identity of the origin of the marked product to the consumers or end users by enabling them, without any possibility of confusion, to distinguish the products from others which have another origin.<sup>10</sup>

However, this traditional approach of the CJEU has been changed with *Arsenal v. Reed*.<sup>11</sup> The facts of the case in brief are that Arsenal

---

<sup>9</sup> SENFTLEBEN, Martin, “Trade Mark Protection – A Black Hole in the Intellectual Property Galaxy?”, **International Review of Industrial Property and Competition Law**, Y. 2011, V. 42, I. 4, p. 383.

<sup>10</sup> *Hoffmann La Roche v. Centrafarm* (C-102/77) [1978] E.C.R. 1139 at [7].

<sup>11</sup> *Arsenal v. Reed* (C-206/01) [2001] 2 C.M.L.R. 23.

F.C. had registered the words "Arsenal" and "Gunners" as well as the club emblem as trade marks in relation to sports clothing and footwear. Reed was a stallholder who sold Arsenal souvenirs and memorabilia bearing these or similar marks without having obtained a licence from Arsenal F.C. There was unauthorised use of signs identical to the registered trademarks, on products identical to those for which the trade marks were registered. Therefore, Arsenal argued that the unauthorised use of the marks by Reed infringed their trademarks rights.

Nevertheless, Reed contested the infringement argument of Arsenal, claiming that there was no use in the course of trade, because the signs were only used as badges of support, loyalty or affiliation to the Arsenal football club. More specifically, the signs identical to the registered trademarks of Arsenal were used in order to express loyalty towards to the Arsenal football club *not to indicate the trade origin of the products* bearing them.<sup>12</sup>

The Court ruled, which was in favour of Reed's defence, that such use to express support, loyalty or affiliation cannot be considered as use in the course of trade and therefore the use of the marks by the defendant does not constitute to infringement. However, due to the sufficient uncertainty surrounding the issue, two questions were referred to the CJEU for a preliminary ruling.<sup>13</sup> The first question was whether the third party have a defence to infringement on the ground that the use complained of does not indicate trade origin in a situation where the sign used in the course of trade by the third party is identical with the trade mark in relation to products which are identical with those for which the trade mark registered. The second question was whether the

---

<sup>12</sup> TORREMANS, Paul, **Holyoak&Torremans Intellectual Property Law**, 6<sup>th</sup> Edition, Oxford University Express, Oxford, 2010, p.429.

<sup>13</sup> *Arsenal v. Reed* (C-206/01) [2001] 2 C.M.L.R. 23 at [69].



use of the trade mark as a badge of support, loyalty and affiliation was a sufficient connection in the course of trade.<sup>14</sup>

In replying to the questions referred by the Court, the CJEU stated that the use of the sign identical to the mark is indeed use in the course of trade, since it takes place in the context of commercial activity with a view to economic advantage and not as a private matter.<sup>15</sup> The question to be determined is revised by the CJEU as being whether the exercise of the exclusive right under the double identity rule presupposes the existence of a specific interest of the trade mark owner, in that use of the sign in question by a third party must *affect or be liable to affect one of the functions of the mark*.<sup>16</sup>

This means that the trade mark owner could prohibit the use of an identical sign by a third part where such use adversely affects or is liable to affect the functions of trade mark. In this case, the use of word “Arsenal” created the impression that there is a material link in the course of trade between the products concerned and the owner of the trade mark which was not affected by the presence on Mr Reed's stall of the notice stating that the products at issue in the main proceedings are not official Arsenal FC products. Thus, in cases such as *Arsenal v. Reed*, there would be infringement and that it is irrelevant that, in the context of the use of the trade mark, the sign is perceived as a badge of support for, or loyalty or affiliation to, the owner of trade mark.<sup>17</sup>

It is important to note that the commentators have interpreted differently the convoluted judgments of the courts as to trade mark use

---

<sup>14</sup> *Arsenal v. Reed*(C-206/01) [2003] 1 C.M.L.R. 12 at [27]; MORCOM, Christopher/ROUGHTON, Ashley/ST. QUINTIN, Thomas, **The Modern Law of Trade Marks**, 4<sup>th</sup> edition, LexisNexis, London, 2012,p. 340.

<sup>15</sup> *Arsenal v. Reed* (C-206/01)[2003] 1 C.M.L.R. 12 at [40].

<sup>16</sup> *Ibid.*, at [42].

<sup>17</sup> NORMAN, Helen, “Time to blow the whistle on trade mark use?”, **Intellectual Property Quarterly**, Y. 2004,V. 1, p. 20.

prerequisite in *Arsenal v. Reed*. According to Norman, the question is no longer whether trade mark use is a prerequisite for liability, but whether the use of third party undermines any of the functions that trade mark performs.<sup>18</sup>

What the CJEU actually did in *Arsenal v. Reed* was to expand the scope of protection under the double identity rule. More specifically, protection provided under the double identity rule was not limited to uses to indicate the commercial origin of products bearing the trade mark. Therefore, Griffiths interpreted the CJEU's judgment in *Arsenal v. Reed* as follows:

*“ [ this finding appears to give undertakings which] registered signs as trade marks that have a strong appeal to consumers for reasons that are not due to their signification of the fact that goods of the designated kind have a specific origin, a valuable monopoly over the commercial exploitation of this appeal. ”*<sup>19</sup>

The CJEU ceded the trade mark owner ownership of the entire range of functions which a trade mark might fulfil and of meanings which it might embody, whether or not these bear any relation to the trade mark role as an indication of origin.<sup>20</sup> Therefore, the one of the relevant questions needs to be asked under the double identity rule is that whether the functions of a trade mark, but in particular its essential function of indicating origin, are likely to be jeopardised through the unauthorised use of the trade mark by third party.

---

<sup>18</sup> NORMAN, p. 27.

<sup>19</sup> GRIFFITHS, Andrew, “The trade mark monopoly: an analysis of the core zone of absolute protection under Art.5.1 (a)”, **Intellectual Property Quarterly**, Y. 2007, I. 3, p. 338

<sup>20</sup> DAVIS, Jennifer, ‘To protect or serve? European trade mark law and the decline of the public Interest’, **European Intellectual Property Review**, Y. 2003, V. 25, I. 4, p. 187

Despite to the arguments on the ground that introduction of the function theory undermines the trade mark use prerequisite,<sup>21</sup> the CJEU was reiterated its view in *Anheuser-Busch v. Budejovicky Budvar*, *Adam Opel v. Autec* and *Celine v. Celine*.<sup>22</sup> However, the identification of the functions protected under the double identity rule came with the CJEU's judgment in *L'Oréal v Bellure* which are namely the *quality guarantee* and the *communication, investment or advertising functions*.

The facts of the case in brief are that *L'Oréal* opposed the use of the mark by *Bellure* on the basis of its registered word, device and packaging trade marks in order to protect its investment in creating its brand image of exclusive quality arguing that the defendants' perfumes damaged, or were likely to damage, its trade mark by creating confusion. Furthermore, the defendants were taking a 'free ride' on their trade mark investments. Based on these claims, *L'Oréal* sought to prohibit the use of its word marks in the comparison lists issued by the defendants, the use of allusive packaging and names of the five specific items sold by the defendants.<sup>23</sup> However, general resemblance was not sufficient to show that either the trade or public would be deceived; and therefore the consumer confusion and misrepresentation based claims under trade mark infringement failed in this case.<sup>24</sup> Nevertheless, the Court of Appeal referred a number of questions concerning the scope and the meaning of TMD Article 5 (and 6) in the context of the presentation by a trader of his products as

---

<sup>21</sup> KUR, Annette/ BENTLY, Lionel A.F./ OHLY, Ansgar, "Sweet Smells and a Sour Taste – the ECJ's L'Oréal Decision", **Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law Research Paper Series** No. 09-12, Y. 2009.

<sup>22</sup> *Busch v. Budejovicky Budvar* (C-245/02) [2005] E.T.M.R. 27; *Adam Opel v. Autec* (C-48/05) [2007] E.T.M.R. 33; *Celine v. Celine* [2007] (C-17/06) E.T.M.R. 80.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 282.

<sup>24</sup> *L'Oréal v Bellure* (C-487/07)[2007] EWCA Civ 968 at [17]

replicas of a luxury brand and his use of comparison tables to the CJEU.

The first question referred to the CJEU concerned whether the use of registered word marks in the comparison lists fell within Article 5(1) (a) of the TMD. More specifically, the CJEU was asked whether the use of a registered trade mark on a comparison list for the purposes of indicating the characteristics, in particular the smell of the goods, in such a way that it did not cause any likelihood of confusion, did not affect sales under the well-known mark, did not jeopardise the origin function of the trade mark, and did not tarnish or blur the registered trade mark, but played a significant role in the promotion of the product, could constitute infringement under Article 5 (1) (a) of TMD.<sup>25</sup>

According to the CJEU's preliminary ruling concerning this question, trade mark rights were granted to protect the specific interest of the trade mark owner; therefore these exclusive rights were restricted situations where the *functions* of a trade mark were destructively affected. This covered not only the origin function of trade mark, "but also its other functions, in particular that of guaranteeing the quality of goods or services in question and those of *communication, investment or advertising* [Emphasis Added]."<sup>26</sup>

On one hand, the CJEU's judgment clarified the scope of the protection under the double identity rule by identifying the protected functions of trade mark. On the other hand, the CJEU's judgment did not give a clear explanation as to the concepts of these functions and the rationale of the expanded protection under the double identity

---

<sup>25</sup> HORTON, p. 550.

<sup>26</sup> *L'Oréal v Bellure* (C-487/07)[2009] E.T.M.R. 55; GANGJEE/BURRELL, p. 285.

rule.<sup>27</sup> However, the CJEU applied to the function theory in the interpretation of the double identity clause in the subsequent cases.<sup>28</sup>

The difference between the notions of the advertising and investment functions was clarified by the CJEU in *Interflora v. Marks & Spencer*.<sup>29</sup> Having said that, the notion of the communication function and its difference from the notions of advertising and investment functions remain obscure.<sup>30</sup> Furthermore, the quality guarantee is identified as a distinct function. However, the quality guarantee was linked to the essential function theory, as it can be clearly understood from the definition of the essential function, which the CJEU applied in the interpretation of the scope of protection under the double identity rule in the *pre-Arsenal* cases.<sup>31</sup> As mentioned above, the protection under the double identity rule is absolute. The clear definition of the protected functions is crucial for determining the scope the “absolute” protection. Unless they are clearly defined by the CJEU, the issues relating to the double identity rule is likely to be arisen.

#### IV. Double Identity Rule under the new TMD<sup>32</sup>

As mentioned above, there was a negative view as to the CJEU’s broader function theory approach in the interpretation of the scope of

---

<sup>27</sup> GANGJEE,/BURRELL, p. 282; HORTON, p. 555.

<sup>28</sup> *Google France* (C-236/08, C-237/08 and C-238/08) [2010] E.T.M.R. 30; *Interflora v. Marks & Spencer* (C 323-09) [2012] E.T.M.R. 1

<sup>29</sup> *Interflora v. Marks & Spencer* (C 323-09) [2012] E.T.M.R. 1

<sup>30</sup> KUR, Annette, “The EU Trademark Reform Package—(Too) Bold a Step Ahead or Back to Status Quo?” **Marquette Intellectual Property Law Review**, Y. 2015, V. 19, I. 1, p. 32.

<sup>31</sup> *Hoffmann La Roche v Centrafarm* (C-102/77) [1978] E.C.R. 1139; *SA CNL-Sucal NV v Hag GF AG* (C-10/89) [1990] 3 C.M.L.R. 571 at [14] and [13], *Scandecor v Scandecor* (HL 4 APR 2001)[2001] E.T.M.R. 74 at [17].

<sup>32</sup> DIRECTIVE (EU) 2015/2436 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks.

the protection under the double identity rule.<sup>33</sup> As a result, the European Commission, in its proposed Directive, which was carried out in the light of the Max Planck Institute's report, sought to limit the protection under the double identity rule to cases affecting merely the essential function of indicating origin.<sup>34</sup> It is pointed out in the preamble that the provision shall serve legal certainty and clarity. This means that the Commission aimed to make the double identity rule clear by limiting the scope of protection into the origin function.

However, the reasoning of the Commission was not satisfying for Trade Mark Associations and this proposal was met with some antagonistic reactions from them.<sup>35</sup> One of the criticism came from the Associations was the contrary statements avoiding confusion as to commercial origin of products.<sup>36</sup> This is the case occurred in aforementioned *Arsenal v Reed*.<sup>37</sup> In this case, *Reed* contested the infringement argument of Arsenal by claiming that there was no use in the course of trade because the products were not official were

---

<sup>33</sup> KUR, Annette, "Trade marks function, don't they ? CJEU jurisprudence and unfair practices", p. 438; SENFTLEBEN, Martin, "Function theory and international exhaustion-why it is wise to confine the double identity rule to cases affecting the origin function", p. 518.

<sup>34</sup> The European Commission commissioned a study to evaluate the current functioning of the European trade marks system to identify any needed improvements and to assess the need for further harmonization. The review was carried out by the Max Planck Institute and was published in 2011. In March 2013, the European Commission formally adopted its proposals to review the European trade marks Regulation and the Directive. The TMD is currently in force.

<sup>35</sup> For more information, see KUR, Annette, "Trade marks function, don't they ? CJEU jurisprudence and unfair practices", p. 434;

<[http://www.grur.org/uploads/tx\\_gstatement/2013-07-01 GRUR Opinion Recast TM Directive-summary 01.pdf](http://www.grur.org/uploads/tx_gstatement/2013-07-01_GRUR_Opinion_Recast_TM_Directive-summary_01.pdf)>;

<  
<http://www.inta.org/advocacy/documents/june2013intacommentseutmsystemsreview.pdf>>

<sup>36</sup> <  
<http://www.inta.org/advocacy/documents/june2013intacommentseutmsystemsreview.pdf>>

<sup>37</sup> *Arsenal v Reed* (C-206/01)[2001] 2 C.M.L.R. 23

prominently displayed on the signpost and signs, which are the registered trademarks of Arsenal, were only used as badges of support, loyalty or affiliation to the Arsenal football club. Therefore, the CJEU expanded the scope of the protection to safeguard the further functions of trade mark. It can be argued whether the expansion of trade mark protection to safeguard the further functions of trade mark can be a solution to prevent defences on the ground that there was a contrary statement avoiding confusion as to commercial origin of products. However, it is possible to say that limiting the scope of the protection to the origin function of trade mark does not provide a solution to the cases where it is obvious that there is no likelihood of confusion as to the origin of goods or services.<sup>38</sup> This can be because of a contrary statement avoiding confusion like the *Arsenal* case or significant price differences between the luxury products and their counterfeits.

Being alerted to those inherent contradictions in the Commission proposal, the European Parliament as well as the Council suggests deleting the restriction.<sup>39</sup> As a result, there is no mention as to the limitation of the scope of trade mark protection to origin function under the double identity clause in the new legislation. In other words, “detriment to origin function” requirement has been removed from double identity rule of the proposed Directive and it has been approved and published by the European Council and Parliament without this requirement. However, the recital 16 of the new TMD clearly states that the origin function of a trade mark is absolute in cases of double identity. This means that detriment to origin function under the double identity clause of the new TMD is absolute but the double identity clause is not limited to the protection of the origin function. Therefore, the case law of the CJEU regarding the

---

<sup>38</sup> SENFTLEBEN, Martin, “Trade Mark Protection – A Black Hole in the Intellectual Property Galaxy?”, p. 387.

<sup>39</sup> KUR, Annette, “The EU Trademark Reform Package—(Too) Bold a Step Ahead or Back to Status Quo?”, p. 32.

expansion of protection under the double identity rule remains as a crucial guidance in the new legislation era.

Having said that, the issues surrounding the double identity rule continues to appear. One of these issues is the burden of proof which appeared in *Supreme Petfoods v Henry Bell*.<sup>40</sup> We will examine the burden of proof issue in the light of this case.

## V. Burden of Proof Issue

In its *Arsenal* decision, the CJEU stated that the exclusive right under the double identity rule was conferred in order to enable the trade mark owner to protect his specific interests as owner, that is, to ensure that the trade mark can fulfil its functions. The exercise of that right must therefore be reserved to cases in which a third party's use of the sign affects or is liable to affect the functions of the trade mark.

This wording of the CJEU was interpreted as it suggests that it is necessary to prove likelihood of confusion, which would jeopardize the principle of absolute protection which is mentioned in the Recitals to the TMD.<sup>41</sup> However, the CJEU did not provide any clear ruling as to the burden of proof in the cases where the use by third party affects or be liable to affect the functions of trade mark other than the origin function under the double identity rule.

The burden of proof issue arose in *Supreme Petfoods v Henry Bell* which is a recent and remarkable English case analysing the CJEU's case law on the double identity rule. The facts of the case are that the claimant owns SUPREME as a trade mark. It had used these marks for petfoods since 1990, and due to the long use, the mark acquired a reputation of distinctive character for small animal foods. The

---

<sup>40</sup> *Supreme Petfoods v Henry Bell* (HC 12 FEB 2015) [2015] EWHC 256 (Ch)

<sup>41</sup> GIELEN, Charles, "Trademark Dilution Under European Law", **The Trademark Reporter**, Y. 2014, V. 104, I. 3, p. 700.



defendant and its predecessors had used SUPREME on its packaging for some 20 years, with no evidence of confusion. Accordingly, the High Court<sup>42</sup> was able to find no infringement under Article 5(1) (b), or under Article 5 (2) of TMD; that the defendant had a good defence of descriptive use under Art 6(1) (b).<sup>43</sup>

As for Article 5(1) (a) of the TMD, the High Court said that there are important uncertainties and contradictions in the CJEU's case-law and therefore reviewed it to discover in particular what it reveals about the burden of proof on the requirement for prejudice to trade mark functions. The High Court came to the conclusion that it is unclear from the judgments of the CJEU that which party bears the burden of proof that "the unauthorised use by a third party affects or be able to affect the functions of trade mark."<sup>44</sup>

According to the High Court, there are four possible interpretations of the burden of proof under the double identity rule. The first is that, once the trade mark owner has shown that "using in relation to identical goods or services" condition is satisfied, the defendant bears the burden of proof that the use does not affect, nor is liable to affect, any of the functions of the trade mark. The second possibility is that the defendant bears the burden of proof that there is no likelihood of confusion, and hence no damage to the origin function, in which case the onus shifts to the trade mark owner to prove that the use affects, or is liable to affect, further functions of the trade mark. The third possibility is that, even if the trade mark owner bears the burden of proof in keyword advertising cases and other cases of referential use such as *Google France* and *Interflora v. Marks & Spencer* cases, the defendant bears the burden of proof in ordinary cases. The fourth

---

<sup>42</sup> England and Wales High Court (Chancery Division)

<sup>43</sup> *Supreme Petfoods v Henry Bell* (HC 12 FEB 2015) [2015] EWHC 256 (Ch) at [12]

<sup>44</sup> *Ibid.* at [163]

possibility is that the trade mark owner bears the burden of proof in all cases.<sup>45</sup>

The High Court viewed that this is an important issue of the European trade mark law which will have to be referred to the CJEU for determination, preferably sooner rather than later. Nevertheless, the High Court did not consider it necessary to refer the issue to the CJEU in this case. Instead, the High Court adopted the first interpretation which is once the trade mark owner has shown that use of a sign “in relation to” identical goods or services condition is satisfied, the defendant bears the burden of proof that the use does not affect, nor is liable to affect, any of the functions of the trade mark. However, the High Court added that the second interpretation, which is that the defendant bears the burden of proof that there is no likelihood of confusion, and hence no damage to the origin function, in which case the onus shifts to the trade mark owner to prove that the use affects, or is liable to affect, further functions of the trade mark, might be preferred as well. The High Court doubts that the difference between the first and second interpretations would be significant in many cases.<sup>46</sup>

As mentioned above, the function theory gives rise to considerable difficulty in understanding and applying the law under the double identity rule. One of these difficulties to apply the function theory in the interpretation of the protection under the double identity rule is that which party bears the burden of proof that “the unauthorised use by a third party affects or be able to affect the functions of trade mark.” In the cases of double identity, the protection provided to trade mark owner is absolute. In other words, the likelihood of confusion is presumed. Therefore, there is no need for the claimant to prove that the origin function of trade mark is adversely affected by the use of

---

<sup>45</sup> *Ibid.* at [163]

<sup>46</sup> *Ibid.* at [164]

third party. The issue is whether the claimant must prove that the other functions of a trade mark are adversely affected by the use of a third party.<sup>47</sup>

The High Court, based on the analysis of the CJEU's case law, came to the conclusion that once the trade mark owner has shown that use of a sign "in relation to" identical goods or services condition is satisfied, the defendant bears the burden of proof. The key point here is that the use must be "for the purpose of distinguishing" the goods or services. In the cases where a trade mark is used "in relation to" goods or services that do not originate from the owner of the trade mark, infringement will be found irrespective of whether consumers are actually aware that the commercial origin of the products such as the counterfeits of the luxury products.

In the cases where the sign is used in commercial speech to designate goods as originating from the owner, such as *L'Oréal v Bellure* case, the second interpretation of the High Court, which is that the defendant bears the burden of proof that there is no likelihood of confusion, and hence no damage to the origin function, in which case the onus shifts to the trade mark owner to prove that the use affects, or is liable to affect, further functions of the trade mark, might be a better option.

It seems that the burden of proof depends on the facts of the cases. In my opinion, the case law of the High Court about the interpretation of the burden of proof under the double identity rule may provide guidance to the similar issues. Nevertheless, the lack of clarity and certainty about the concepts of the functions protected under the

---

<sup>47</sup> KUR, Annette, "The EU Trademark Reform Package—(Too) Bold a Step Ahead or Back to Status Quo?", p. 30.

double identity rule does not help to solve the burden of proof issue. Hence, it would be better if the burden of proof issue was referred to the CJEU for a preliminary ruling.

## **VI. Conclusion**

In its *Arsenal v. Reed* decision, the CJEU broadened the scope of the protection under the double identity rule by introducing the function theory. The issue was the lack of clarity and certainty about the concept of the functions which are supposed to be safeguarded under the double identity rule. Although the protected functions were identified in *L'Oréal v Bellure*, the clarity and certainly as to scope of the protection did come neither with this case nor with subsequent cases.

More specifically, there is no mention of the communication function and its difference from the other protected functions such as the investment or advertising. Similarly, the quality guarantee is a protected function under the double identity rule but the CJEU have not considered this function in any relevant case. Therefore, it is not known where the quality guarantee function differs from the essential function of indicating origin when it is interpreted broadly such as the ones in the *pre-Arsenal* judgments of the CJEU.

The case law of the CJEU has expanded the scope of the protection under the double identity rule to safeguard the further functions of trade mark. However, the European Commission proposal attempt to confine to the scope of protection to the cases where merely the origin function is jeopardized in the new TMD so as to avoid the uncertainty and lack of clarity came with the case law of the CJEU and make the protection absolute again under the double identity rule. The Commission's attempt was unsuccessful and the new TMD came into force without the restriction. Hence, the CJEU's function theory remains as a crucial guidance in the interpretation of the scope of the

protection under the double identity rule. This also means that the issues surrounding the double identity rule due to the lack of certainty and clarity of the function theory continues.

As one of the issues appeared with expansion of the protection under the double identity rule to safeguard the further functions, the burden of proof under the double identity rule arose in *Supreme Petfoods v Henry Bell*. There is no ruling of the CJEU as to the burden of proof issue under the double identity rule yet. Interestingly, the High Court did not find it necessary to ask the burden of proof issue to the CJEU for a preliminary ruling. Instead, the High Court has found two crucial formulations as to the burden of proof.

The first is that once the trade mark owner has shown that use of a sign “in relation to” identical goods or services condition is satisfied, the defendant bears the burden of proof. In the cases where trade mark is used “in relation to” goods or services that do not originate from the owner of the trade mark, infringement will be found irrespective of whether consumers are actually aware that the commercial origin of the products such as *Arsenal v. Reed*.

The second is the cases where the sign is used in commercial speech to designate goods as originating from the owner, such as *L'Oréal v Bellure* case, in which the defendant bears the burden of proof that there is no likelihood of confusion, and hence no damage to the origin function, in which case the onus shifts to the trade mark owner to prove that the use affects, or is liable to affect, further functions of the trade mark.

In essence, the issue of which party bears the burden of proof may vary according to the facts of the cases. However, the High Court emphasised on the fact that there will not be practical difference. It seems to me that the High Court's conclusion can be a guide to the similar burden of proof issues which are very likely to be arisen again

under the European Trade Mark Law. Thus, it would be better to refer the issue to the CJEU for a ruling. In any case, the lack of clarity and certainty as to the double identity rule will not come to the conclusion by solving the burden of proof issue unless the CJEU provide a satisfying ruling about the concept of the function theory.

## **BIBLIOGRAPHY**

ARIKAN, Özgür, **Trade Mark Rights and Parallel Importation in the European Union**, 1st Edition, Onikilevha, İstanbul, 2016

Davis, Jennifer, ‘To protect or serve? European trade mark law and the decline of the public Interest’, **European Intellectual Property Review**, Y. 2003, V. 25, I. 4.

GANGJEE, Dev/BURRELL, Robert, “Because You’re Worth It: L’Oreal and the Prohibition on Free Riding”, **The Modern Law Review**, Y. 2010, V. 73, I. 2.

GIELEN, Charles, “Trademark Dilution Under European Law “, **The Trademark Reporter**, Y. 2014, V. 104, I. 3.

GRIFFITHS, Andrew, “The trade mark monopoly: an analysis of the core zone of absolute protection under Art.5.1 (a)”, **Intellectual Property Quarterly**, Y. 2007, I. 3.

HORTON, Audrey, “The implications of L’Oreal v Bellure- a retrospective and a looking forward: the essential functions of a trade mark and when is an advantage fair?”, **E.I.P.R.**, Y. 2011, V. 33, I. 9.

JEHORAM, Tobias Cohen, “The Function Theory in European Trade Mark Law and the Holistic Approach of the CJEU”, **The Trademark Reporter**, Y. 2012, V. 102, I. 6.

KUR, Annette, “The EU Trademark Reform Package—(Too) Bold a Step Ahead or Back to Status Quo?” **Marquette Intellectual Property Law Review**, Y. 2015, V. 19, I. 1.

KUR, Annette, “Trade marks function, don’t they ? CJEU jurisprudence and unfair practices”, **International Review of Intellectual Property and Competition Law**, Y. 2014, V. 45, I. 4

KUR, Annette/ BENTLY, Lionel A.F./ OHLY, Ansgar, “Sweet Smells and a Sour Taste – the ECJ’s L’Oréal Decision”, **Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law Research Paper Series** No. 09-12, Y. 2009.

MORCOM, Christopher/ROUGHTON, Ashley/ST. QUINTIN, Thomas, **The Modern Law of Trade Marks**, 4th edition, LexisNexis, London, 2012

NORMAN, Helen, “Time to blow the whistle on trade mark use?”, **Intellectual Property Quarterly**, Y. 2004, V. 1.

SENFTLEBEN, Martin, “Function theory and international exhaustion-why it is wise to confine the double identity rule to cases affecting the origin function”, **European Intellectual Property Review**, Y. 2014, V. 36, I. 8.

Senftleben, Martin, “Trade Mark Protection – A Black Hole in the Intellectual Property Galaxy?”, **International Review of Industrial Property and Competition Law**, Y. 2011, V. 42, I. 4.

TORREMANS, Paul, **Holyoak&Torremans Intellectual Property Law**, 6th Edition, Oxford University Express, Oxford, 2010.



# İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ ÖNLEMLERİNİ ALMAYAN İŞVERENLERİN İDARİ SORUMLULUĞU

*Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ\**

*Tuba Nur KORKUSUZ\*\**

## ÖZET

İşyerlerinde gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması veya eksik alınması sebebiyle yaşanan iş kazalarında çok sayıda işçi yaralanmakta ya da hayatını kaybetmektedir. Bu kazalar nedeniyle oluşan olumsuzlukları önlemek; kamu düzenini, genel huzuru, asayiş ve de halkın sağlığını korumak, idarenin asli görevlerindedir. İşte idare, bu görevlerini yerine getirirken, kendisine kanunlar çerçevesinde verilen idari yaptırımlara başvurmaktadır. İdari yaptırım “*idarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlarla, verdiği cezalardır. Doğrudan uygulanabilirliği, çabukluğu ve etkinliği nedeniyle diğer cezalardan daha etkindir.*”

Kanun gereği, yapılan teftişlerde işveren tarafından iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmadığı veya eksik alındığının tespit edilmesi durumunda idarenin uygulayabileceği idari yaptırımlar;

- İşin durdurulması,
- İdari para cezası,
- Kamu ihalesinden yasaklama,
- İşçilerin çalışmaktan alıkonulması şeklinde ortaya çıkmaktadır.

---

\* İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku A.B.D. Öğretim Üyesi.

\*\* İstanbul Barosu Avukatlarından.

Esasen, idare tarafından uygulanan idari yaptırımlarda amaç işvereni cezalandırmaktan daha çok, işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uymasını sağlayarak daha fazla işçinin iş kazası veya meslek hastalığına uğramasını önlemektir. İdarenin idari yaptırım uygulaması için mutlaka bir zararın ortaya çıkması aranmayacaktır. Buna göre idare zarar doğmadan önce bir zararın doğmasını önlemek amacıyla idari yaptırım uygulayabilecek ya da zarar doğduktan sonra da sorumlu kişinin ıslahı amacıyla da idari yaptırım uygulayabilecektir.

## **ABSTRACT**

A lot of workers are either hurt or passed away in the work accidents which are due to not taking necessary occupational health and safety precautions or taking them incompletely in the workplaces. It is of the fundamental duties of the administration that preventing predicaments stemming from these accidents and also protecting the public order, public peace, public security and public health. Thus, the administration applies administrative sanctions which are granted to itself by law when fulfilling the duties. Administrative sanctions are the punishments that do not require any court decision, based upon the explicit authorities which are granted by law, and applied directly via a transaction with sui generis methods.

By operation of law, in the event of determining that occupational health and safety precautions are taken by no means or incompletely by the employer in the inspections, the administration can apply the following administrative sanctions;

- Stopping the work
- Administrative fine
- Banning from public procurement
- Detaining workers from work.

Substantially, the aim of these administrative sanctions is more of preventing work accidents and occupational diseases from happening via having the employer obey the occupational health and safety precautions, rather than punishing the employer. It won't specifically be needed that a damage to be arisen to apply administrative sanctions by administration. So, the administration can apply administrative transactions either before the damage is arisen to prevent the damage, or to reform the responsible person after the damage is arisen.

## I. İŞVERENİN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ ÖNLEMLERİNİN ALINMAMASI NEDENİYLE GENEL SORUMLULUĞU

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği sorumluluklarını hukuki sorumluluk, cezai sorumluluk ve idari sorumluluk şeklinde alt başlıklara ayırmak mümkündür. Bunlardan hukuki sorumluluk kapsamına giren hususlar, çalışanlar yönünden, işverenin ödeyeceği maddi tazminat, manevi tazminat ile mirasçılarının talep edebileceği destekten yoksun kalma tazminatı sorumluluklarıdır. İşverenlerin işyerlerinde gerekli sağlık ve güvenlik önlemlerini almamalarının sonucunda ortaya çıkan iş kazası ve meslek hastalıkları durumlarında işverenlerin cezai sorumlulukları da doğmaktadır. Türk Ceza Kanunu'ndaki<sup>1</sup> düzenlemelere göre iş kazası ya da meslek hastalığı sonucunda bir işçinin yaralanması veya ölmesi halinde taksirle yaralama veya taksirle öldürme suçları, diğer unsurları da mevcutsa söz konusu olabilecektir<sup>2</sup>. Öte yandan, işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaması nedeniyle de sorumluluğu bulunmaktadır. Bu sorumluluk, diğer yargı kararı sonucunda belirlenecek yaptırımlara göre çok daha seri ve çabuk uygulanabilir ve önlenebilir mahiyet taşımaktadır.

Ülkemizde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması veya eksik alınması nedeniyle yaşanan iş kazalarında çok sayıda işçi yaralanmış ya da hayatını kaybetmiştir. Bu kazalar nedeniyle oluşan olumsuzlukları önlemek; kamu düzenini, genel huzuru, asayiş ve de halkın sağlığını korumak, idarenin asli görevlerindedir. İşte idare, bu

---

<sup>1</sup> R.G., T., 12/10/2004, S., 25611.

<sup>2</sup> EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim, **Bireysel İş Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul-2016, s. 390; KAYA, Pir Ali, Liability of Employers to Protect Workers (Responsibility for Occupational Health and Safety Measures) and The Binding Legal and Criminal Liabilities in Turkish Labour Law, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2014/4, s. 47; SARIBAY ÖZTÜRK, Gizem, **İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları**, Beta Yayınları, İstanbul-2015, s. 349

görevlerini yerine getirirken, kendisine kanunlar çerçevesinde verilen idari yaptırımlara başvurmaktadır. Anayasa mahkemesinin bir kararında geçen idari yaptırım tanımına göre<sup>3</sup>; “idarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlarla, verdiği cezalara ‘idari yaptırım’ denilmektedir.”

İdari yaptırımlar, hukuk mahkemelerinin verdiği tazminata ilişkin kararlardan ve ceza mahkemelerinin verdiği hürriyeti bağlayıcı cezalardan farklı olarak muhatabın işverenin şahsına, işyerine veya işverenin malına da yönelik olabilir.

## **II. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ ÖNLEMLERİNİN ALINMAMASI NEDENİYLE İŞVERENİN İDARİ SORUMLULUĞU**

Halen yürürlükte olan 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun (İSİGK) 24. maddesinde bu kanun hükümlerinin uygulanmasının izlenmesi ve teftişinin, iş sağlığı ve güvenliği yönünden teftiş yapmaya yetkili Bakanlık iş müfettişlerince yapılacağı belirtilmiştir. Yapılan teftişlerde işveren tarafından iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmadığı veya eksik alındığının tespit edilmesi durumunda idarenin uygulayabileceği idari yaptırımlar;

- İşin durdurulması,
- İdari para cezası,
- Kamu ihalesinden yasaklama,
- İşçilerin çalışmaktan alıkonulmasıdır.

---

<sup>3</sup> AYM, T. 23.10.1996, E. 1996/48 K., 1996/41, GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 10. Bası, Ankara-2011, s. 239, dn. 220.

Esasen, idare tarafından uygulanan idari yaptırımlarda amaç işvereni cezalandırmaktan daha çok, işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uymasını sağlayarak daha fazla işçinin iş kazası veya meslek hastalığına uğramasını önlemektir. İdarenin idari yaptırım uygulaması için mutlaka bir zararın ortaya çıkması aranmayacaktır<sup>4</sup>. Buna göre idare zarar doğmadan önce bir zararın doğmasını önlemek amacıyla idari yaptırım uygulayabileceği gibi<sup>5</sup>, zarar doğduktan sonra da sorumlu kişinin ıslahı amacıyla da idari yaptırım uygulayabilecektir<sup>6</sup>. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu<sup>7</sup> en az bir çalışanın bulunduğu tüm işyerlerinde ve tüm sigortalılara kanunda belirtilen istisnalar hariç olmak üzere uygulanacaktır<sup>8</sup>. Bu durumda, denilebilir ki, idari yaptırımlar; aslında yargı kararları ile ortaya çıkan hukuki yaptırımlara göre çok daha seri ve tatbiki kabil olan bir müeyyide türüdür. Hukuk devleti olmanın da bir sonucudur.

## A. İşin Durdurulması

Daha önce 4857 sayılı İş Kanunu'nun<sup>9</sup> işin durdurulması veya işyerinin kapatılması başlıklı 79'uncu maddesinde düzenlenmiş olan bu husus, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 37. maddesi ile yürürlükten kaldırılarak aynı kanunun işin durdurulması başlıklı 25. maddesinde yeniden düzenlenmiştir. Bu haliyle, önceki kanunda var olan ve idari yaptırım kapsamında işyerinin bir bölümü veya

---

<sup>4</sup> SARIBAY ÖZTÜRK, s. 262.

<sup>5</sup> SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku**, Beta Yayınları, 11. Baskı, İstanbul-2015, s. 964; AYDIN, Ufuk; EZER, Burcu, İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatına Aykırılık Sebebiyle Uygulanan İdari Para Cezalarına İlişkin Sorunlar, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, S. 2014/4, s. 17

<sup>6</sup> OĞURLU, Yücel, İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, S. 1, 1999, s. 155

<sup>7</sup> R.G., Tarih: 30.06.2012, S., 28339

<sup>8</sup> ÇAVUŞ, Özgür Hakan, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda Düzenlenen İşveren Yükümlülükleri Kapsamında İdari Para Cezaları, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 30, 2013, s. 179, 180.

<sup>9</sup> R.G., T., 10.06.2003, S., 25134

tamamında iş durdurulabilme imkânı, sadece İdarenin sadece işverenin işin durdurulması kararını verebileceği ve fakat işyerinin kapatılmasının ise mümkün olmayacak şekilde düzenlenmiştir<sup>10</sup>.

## 1. İşin Durdurulmasının Kapsamı

İSGK. m. 25'te yer alan düzenlemeye göre işyerindeki bina ve eklentilerde, çalışma yöntem ve şekillerinde veya iş ekipmanlarında çalışanlar bakımından hayati tehlike oluşturan bir husus tespit edilirse; bu tehlike giderilinceye kadar, hayati tehlikenin niteliği ve bu tehlikeden doğabilecek riskin etkileyebileceği alan ile çalışanlar dikkate alınarak, işyerinin bir bölümünde veya tamamında iş durdurulacaktır. Bu İSGK'da düzenlen işin durdurulması koşullarından ilkidir.

Düzenlemeye bakıldığında idarenin işi durdurması için gereken koşul hayati tehlike oluşturan bir hususun tespit edilmesi olarak belirtilmiş, bu tehlikenin acil veya yakın bir tehlike olması aranmamıştır<sup>11</sup>. O halde söz konusu hayati tehlike çok uzun vadede sonuçlarını gösterebilecek bir tehlike olsa dahi, işin durdurulması kararının alınabilmesi için yeterli olacaktır. İşin durdurulması için getirilen ilk koşulun hayati tehlike oluşturan bir hususun tespiti olması, dar bir ölçüt olarak gözükmektedir. Ancak bu koşul yorumlanırken dar kapsamda değerlendirilmemeli, işçinin hayatını kaybedebileceği derecede bir yoğunluk aranmadan ciddi bir tehlikenin varlığı yeterli sayılmalıdır<sup>12</sup>.

Yine düzenlemede işin durdurulması kararının ilk koşulu olan 'hayati tehlikenin' kaynakları da sayılmıştır. Buna göre hayati tehlikenin kaynakları işyerindeki bina ve eklentiler, çalışma yöntemi, çalışma şekilleri ve iş ekipmanlarıdır.

<sup>10</sup> EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 388; SARIBAY ÖZTÜRK, s. 264.

<sup>11</sup> SÜZEK, s. 967; SARIBAY ÖZTÜRK, s. 266.

<sup>12</sup> SARIBAY ÖZTÜRK, s. 264.

Hayati tehlike koşulunun yanında çok tehlikeli sınıfta yer alan maden, metal ve yapı işleri ile tehlikeli kimyasallarla çalışılan işlerin yapıldığı veya büyük endüstriyel kazaların olabileceği işyerlerinde, çalışanlar için hayati tehlike oluşturan bir husus tespit edilmesine gerek olmaksızın sadece risk değerlendirmesinin yapılmamış olması da işin durdurulması için yeterli olduğu da Kanunda düzenlenmiştir. Nitekim sözü edilen işyerleri iş kazalarına en sık rastlanılabilecek ve tehlikenin boyutu anlamında da en tepede yer alacak işyerleridir. Dolayısıyla bu işyerlerinde risk değerlendirmesi yapmak hayati önem taşır<sup>13</sup>.

Yine İSGK. m. 25'e eklenen 7. fıkrada Çok tehlikeli sınıfta yer alan ve ihale ile alınan işlerde; teknolojik gelişme, iş gücü kapasitesinin artırılması, üretim metotlarında yenilik gibi bir kısım unsurlar sağlanmadan üretim ve/veya imalat planlarına, iş programlarına aykırı hareket edilerek üretim zorlaması nedeniyle hayati tehlike oluşturacak şekilde çalışma biçimleri de işin durdurulması için bir başka sebeptir.

İşin durdurulması kararı verebilmek için aranan söz konusu koşulların iş sağlığı ve güvenliği bakımından teftişe yetkili iş müfettişinin tespit edilmesi halinde durumu belirten bir rapor bu iş müfettişi tarafından hazırlanarak en geç tespitin yapıldığı tarihin ertesi gününde ilgili heyete gönderilmek üzere İş Teftiş Kurulu Başkanlığı'na verilir<sup>14</sup>. Bu raporda durdurmayı gerektiren hususlar, alınması gereken tedbirlerin niteliği ve yapılması gereken diğer iş ve işlemler ayrıntılı olarak yer alır. Bunun üzerine iş sağlığı ve güvenliği bakımından teftişe yetkili üç iş müfettişinden oluşan heyet söz konusu işyerinde inceleme yapmalarına gerek olmaksızın gerekli tespit tarihinden itibaren iki gün içerisinde işin durdurulmasına karar verebilir. Ancak İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair

---

<sup>13</sup> SARIBAY ÖZTÜRK, s. 268.

<sup>14</sup> SÜZEK, s. 968.



Yönetmeliğin<sup>15</sup> 6. maddesinin 3. fıkrasına göre heyet gerekli görüldüğü takdirde, karara konu işyerinde inceleme yapılabilir.

Ancak tespit edilen husus acil müdahaleyi gerektiriyorsa; tespiti yapan iş müfettişi, heyet tarafından karar alınıncaya kadar geçerli olmak kaydıyla işi durdurabilecektir. İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmeliğe 11.02.2016 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak eklenen Ek-1'e göre maden işyerlerinde acil durdurmayı gerektiren durumlar şunlardır:

- Yeraltı kömür madenlerinde birinin durması halinde diğersinin derhal-otomatik olarak çalışacak durumda iki havalandırma grubunun bulunmaması
- Yeraltı maden işyerlerinin hazırlık çalışmaları dışında en az iki yoldan yer üstü bağlantısı bulunmaması
- Yeraltı kömür madenlerinde havalandırma, su tahliyesi ve insan nakli için kullanılan sistemlerin çalıştırılabilmesi için birbirinden bağımsız iki ayrı enerji kaynağının bulunmaması, birinin durması halinde diğerkaynağın otomatik olarak devreye girmemesi. Buna göre maden işyerlerinde bu sayılan hallerin bulunması durumunda tespiti yapan iş müfettişi, heyet tarafından karar alınıncaya kadar geçerli olmak kaydıyla işi durdurabilecektir.

## **2. İşin Durdurulması Kararının Yerine Getirilmesi**

Kanunun usul ve esaslar takip edilmek suretiyle, iş müfettişleri heyeti tarafından verilen işin durdurulması kararı, ilgili mülki idare

---

<sup>15</sup> R.G., T., 30.03.2013, S., 28603.

amirine ve işyeri dosyasının bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu il müdürlüğüne bir gün içinde gönderilerek, mülki idare amiri tarafından kolluk kuvvetleri marifetiyle yirmi dört saat içinde yerine getirilir. Fakat işin durdurulması kararı tespit edilen hususun acil müdahaleyi gerektirmesi nedeniyle verilmişse, bu karar 24 saat içinde değil, aynı gün yerine getirilir (İSGK m. 25/3).

Kanun işi durdurmayı hükme bağlamamış ve işin durdurulmasına ilişkin kararın kaldırılmasına değin geçen sürede işçinin çalıştırılmasına da cezai hükümler bağlamıştır. 23.04.2015 tarihli RG değişikliği ile; 6331 s.y. 25/A-2 madde hükmüne göre, İşyerinde durdurulan işlerde izinsiz çalışma yaptıran işveren veya işveren vekillerine üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir. Böylece, kanun koyucu, idari yaptırımların sonuçsuz kalmasını önlemek istemiştir.

### **3. İşin Durdurulması Kararına İtiraz ve Tekrar Faaliyete Geçme**

İşveren, işin durdurulması kararının yerine getirildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde, işin durdurulması kararına yetkili iş mahkemesinde itiraz edebilir. İşverenin itiraz etmesi işin durdurulması kararının uygulanmasını etkilemeyecektir. Zira hayati tehlikenin devam ettiği bir işyerinde işçilerin çalıştırılmaya devam edilmesi hayatın doğal akışına ve iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinin amacına ters düşer<sup>16</sup>. Mahkeme itirazı öncelikle görüşerek altı iş günü içinde kesin karara bağlar.

İşverenin işin durdurulması kararının ardından işin durdurulması kararını gerektiren hususları giderdiğini Bakanlığa yazılı olarak bildirirse, en geç yedi gün içinde işyerinde inceleme yapılarak işverenin talebi sonuçlandırılır (İSGK m. 25/5). İşyerlerinde İşin

---

<sup>16</sup> SÜZEK, s. 969.

Durdurulmasına Dair Yönetmeliğin 10. maddesine göre ise işin durdurulmasına sebep olan hususları yerine getiren işveren, durdurma kararının kaldırılması için ilgili il müdürlüğüne yazılı talepte bulunur. Durdurmaya sebep hususları gidermeye yönelik yapılan çalışmaları, alınan veya revize edilen iş ekipmanlarına ait bilgi, belge ve yeterlilik sertifikalarını, tedbirlerin alındığı bölgelerin fotoğraflarını ve işyeri risk değerlendirmesini içeren bir dosya talebin ekinde, aynı zamanda bu dosyanın elektronik ve benzeri ortama aktarılmış halini il müdürlüğüne sunar.

#### **4. İşin Durdurulmasından İşçinin Etkilenmesi Sorunu**

İşin durdurulması yaptırımı ekonomik sonuçları bakımından işletmeler için oldukça zorlayıcı bir yaptırım olmakla birlikte<sup>17</sup>, bu yaptırımdan, işini yapamaması nedeniyle işçiler de etkilenmektedir. Ancak İSGK m. 25/6'da yer alan düzenleme gereğince işverenler, işin durdurulması kararının uygulanması sırasında bu sebeple işsiz kalan çalışanlara ücretlerini ödemekle veya ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumlarına göre başka bir iş vermekle yükümlüdür. Şüphesiz bu yükümlülükler uymayan işverenin, kararın kaldırılıp tekrar işçinin işyerinde gerekli iş güvenliği tesis edilmiş bir döneme değin “ücret ödeme borcu” devam edecektir. Bir başka ifade ile işçi işin durdurulmasına ilişkin idari yaptırım döneminin tamamında ücrete hak kazanacaktır. Zira işverenin, işçiyi koruma borcunu yerine getirmemesi nedeniyle idare tarafından böyle bir yaptırım uygulanmış ve işçinin iş görme borcunu ifa etmesi işveren nedeniyle imkansız hale gelmiştir<sup>18</sup>.

Öte yandan 6331 sayılı Kanununun 13/2. maddesi uyarınca, iş sağlığı ve güvenliği kurulundan yahut kurulun bulunmadığı yerlerde işverenden, ciddi ve yakın bir tehlikenin var olduğu ancak işverence

---

<sup>17</sup> SÜZEK, s. 969.

<sup>18</sup> ÖZDEMİR, Erdem, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, Vedat Yayıncılık, Aralık-2014, s. 647.

gerekli önlemlerin alınmadığı yönünde tespitinin yapılmasından itibaren, çalışanlar, gerekli önlemler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınma hakkına sahiptir. Bu halde ücret ve ücret eklerine hak kazanan çalışan iş görme edimini ifa borcundan kurtulmaktadır. Kanunun 13/2. maddesinin “Çalışanların çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları saklıdır” hükmünden anlaşıldığı üzere çalışanın kanundan veya sözleşmeden doğan tüm hakları çalışmaktan kaçındığı dönemde saklıdır ve bu nedenle bu süreçte çalışanın çalışma ilişkisinin temelini oluşturan sözleşme veya kanundan doğan tüm hakları işlemeye devam eder. Dolayısıyla bu hakkını kullanan çalışanın ücret veya maaşı ile bunların ekleri ödenmeli, SGK primleri yatırılmalıdır. Normal bir çalışma ilişkisinden farklı olan tek şey, burada çalışanın iş görmeyecek olmasıdır<sup>19</sup>.

İşin durdurulmasına ilişkin önemli bir diğer husus da İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 25. maddesinin 8. fıkrasında düzenlenmiş olan “durdurulan işlerde izinsiz çalışma yaptıran işveren veya işveren vekilinin” cezai sorumluluğudur<sup>20</sup>. İlgili hükme göre; durdurulan işlerde izinsiz çalışma yaptıran işveren veya işveren vekiline 3 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası verilir. Böylelikle işçilerin durdurulan işlerde çalıştırılarak tehlikeye sokulması, caydırıcı bir yaptırımla engellenmeye çalışılmıştır.

## **B. İdari Para Cezası Uygulanması**

### **1. İdari Para Cezalarının Hukukumuzdaki Yeri**

İdari para cezaları, idarenin hukuk kurallarına aykırı bazı davranışlara, bir yargı kararına gerek olmaksızın, yasaların açıkça

---

<sup>19</sup> BAYCIK, Gaye, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler, <http://www.ankarabarasu.org.tr/siteler/ankarabarasu/tekmakale/2013-3/2013-3-4.pdf>, Erişim Tarihi, 18.05.2016.

<sup>20</sup> SÜZEK, s. 969.

verdiği yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle ve doğrudan doğruya bir idari işlemi ile uyguladığı cezalardır<sup>21</sup>.

İdarî para cezaları, esasında kamusal faaliyetlerin yerine getirilmesi amacının gerçekleşmesine yönelik yaptırımlardır<sup>22</sup>. Adli para cezaları caydırıcılık, kefaret ve cezayı çektirme gibi amaçlar taşırken, idarî para cezaları, ilgili kişiye yerine getirmede görev ve yükümlülükleri hatırlatmayı, misillemeyi ve düzeni bozucu davranışları önlemeyi amaçlar<sup>23</sup>.

Gerçekten, ölüm cezası veya hürriyeti bağlayıcı cezalar, yalnızca suçlu hakkında uygulanabilir. Fakat üçüncü bir şahsın para cezasını ödenmesinin önünde bir engel yoktur. Kimi yazarlar bu özelliği nedeniyle para cezasının, kişiye bağlı bir ceza olmadığı düşüncesini ortaya atmışlar ve kişiye değil mala karşı uygulanan bir ceza olduğunu savunmuşlardır<sup>24</sup>. Bu kapsamda, para cezaları “*borç teorisi*” görüşü ile açıklanmıştır. Sorunu borç teorisi ile çözmek isteyenler iki kısma ayrılmıştır. Birinci grup yazarlar, para cezasını, Devletin kişiden özel hukuk ilişkisi içinde beliren bir talep hakkı

---

<sup>21</sup> KARABULUT, Mustafa, **İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi**, Turhan Kitabevi, Ankara-2008, s. 22. Anayasa Mahkemesi de idari para cezaları konusunda bu tanıma benzer bir değerlendirme yapmıştır: “*İdarî para cezaları, idarî makamların kararlarıyla oluşmaktadır. İtiraz halinde yargının vereceği karar, onun bu niteliğini değiştirmemektedir. Sonuçları belli ölçüde genel para cezalarına benzese de tümüyle idarî işleme dayanan bir yaptırımdır. Yargı organlarının müdahalesi olmadan doğrudan idarece kararlaştırılmakta ve uygulanmaktadır. İdarî para cezaları ile kamu düzenine aykırı davranışların önlenmesi, toplumda disiplinin sağlanması amaçlanmaktadır.*” AYM, T. 23.10.1997, E. 1997/19 ve K. 1997/66.

<sup>22</sup> ÇOLAK, Haluk / ALTUN, Uğurtan, Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi, **TBB Dergisi**, S., 69, 2007, s. 273.

<sup>23</sup> DENİZHAN, Hüseyin, Adli Para Cezaları, **Adalet Dergisi**, Yıl: 97, Mayıs 2006, S., 25, s. 94.

<sup>24</sup> ARTUK, Mehmet Emin / GÖKÇEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Ahmet Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler II, Yaptırım Hukuku**, Ankara- 2003, s. 117; DONAY, Süheyl, **Para Cezaları**, İstanbul- 1972, s. 69; ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II-III, 2. B, İstanbul- 1992, s. 558.

olarak görmüşlerdir. Diğer bir grup yazar ise, bu ilişkinin bir kamu ilişkisi olduğunu ve talep hakkının bu ilişkiden doğduğunu savunmuşlardır. Ancak bu görüşler kabul görmemiştir<sup>25</sup>.

Doktrinde baskın görüş olan “ceza teorisi”ne göre para cezası gerçek anlamda bir devlet yaptırımıdır ve bir miktar paranın kişinin mal varlığından alınmasını gerektirir<sup>26</sup>. Devletin para cezası verebilmesi için malî bir zararın olması aranmamakta ve bu cezayı tahsil edebilmektedir. Devlet için önemli olan, verilen para cezası yoluyla kişinin malvarlığında bir azalma gerçekleştirebilmektir. Para cezasının tahsili ile Devlet için bir kazanç doğmuş olsa da, bu bir gelir sağlama aracı değildir. Para cezasının bir borç olmaması sebebiyle, ceza verilen kişinin sebebi ne olursa olsun devletten bir alacağı olsa dahi, bu alacak para cezası ile takas edilemez. Ayrıca, para cezaları zamanaşımı açısından da medenî hukuk kurallarına tâbi değildir. Bu nedenlerle, idari para cezalarının gerçek anlamda bir yaptırım olduğu ortadadır<sup>27</sup>.

İdari para cezaları için çıkarılabilecek sonuçlar şunlardır:

- Öncelikle idari para cezaları idari işlemdir. Dolayısıyla cezai yaptırımlardan farklı olarak bir mahkeme tarafından değil, kural olarak bir idare tarafından verilir.
- İdari işlem olması sebebiyle hukuka uygunluk karinesinden yararlanırlar. İdari para cezası tesis edildiği andan itibaren hüküm doğurur ve uygulanması için bir mahkeme kararının devreye girmesi beklenmez. Cezaya itiraz üzerine hâkimin

---

<sup>25</sup> ÇOLAK/ALTUN, s. 245.

<sup>26</sup> DONAY, s. 70; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 118.

<sup>27</sup> DONAY, s. 70-72; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 118; ÖNDER, s. 559.

verdiği karar, yeni bir ceza olmayıp idare tarafından verilen cezanın kaldırılması veya onanması şeklinde olmaktadır<sup>28</sup>.

- İdari işlem olması sebebiyle yargısal usul yerine idari usul uygulanır. İdari yaptırımlar, ceza hukukunda soruşturma ve kovuşturmada geçerli olan ceza usulü kurallarına tabi değildir.
- İdari para cezası bir ceza olması sebebiyle herhangi bir zarar tazmin amacı taşımaz<sup>29</sup>. Bu nedenle para cezası konusu olan eylemin, tazminat hukuku bağlamında maddi veya manevi bir zarar doğurması gerekli değildir.

İdari para cezaları üç farklı şekilde verilebilir<sup>30</sup>:

- Maktu para cezası
- Alt ve üst sınırlar içerisinde verilen para cezası
- Nispi para cezası

İdari para cezalarının mahiyeti noktasında, konu ile ilgili özel bir düzenleme yapılmadığı müddetçe, Kabahatler Kanununda yer alan düzenlemelere müracaat edilecektir. Kabahatler Kanununun 17. maddesinde, 5018 sayılı Kanunun (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerinde yer alan idareler tarafından verilen para cezalarının, cezayı veren idarenin kendi kanunlarında belirlenen oranın dışındaki kısmının Genel Bütçeye gelir kaydedileceği hükmü yer almaktadır. Sosyal Güvenlik Kurumları ile mahalli idareler tarafından verilen idari para cezaları ise bu kurumların bütçesine gelir kaydedilir. Kamu kurumu

---

<sup>28</sup> DONAY, Süheyl, Para Cezalarını Artıran Yasanın Uygulama Alanı Hakkında Düşünceler, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, Cilt 1, S., 2, İstanbul-1979, s. 102.

<sup>29</sup> NAZAROĞLU, Yavuz, Genel Olarak İdari Para Cezalarının Para Cezaları İçindeki Yeri ve Nitelikleri, **Danıştay Dergisi**, S., 14-15, 1974, s. 98.

<sup>30</sup> ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdari Yaptırımlar Hukuku**, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, Ankara-2006, s. 159-160.

niteliğindeki meslek kuruluşları tarafından verilen para cezaları ise, bu kurumların kendi kanunlarına tabidir.

Genel bütçeye gelir kaydedilecek olan para cezaları amme alacağı statüsünde olup 6183 sayılı Kanuna göre tahsil edilir. Keza sosyal güvenlik kurumlarının ve mahalli idarelerin para cezaları da aksine hüküm bulunmadığı hallerde amme alacağı statüsünde olup 6183 sayılı Kanuna göre tahsil edilir. Genel bütçeye gelir olarak kaydedilmeyen para cezaları ise ilgili kanunda özel hüküm bulunmadığı takdirde genel hükümlere göre tahsil olunur.

İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde, sulh ceza hakimliğine başvurulabilir. Bu süre içinde başvuru yapılmazsa idarî yaptırım kararı kesinleşir. Ancak, idarî yaptırımı öngören kanunda kanun yolu bakımından Kabahatler Kanunundan ayrı bir usul öngörülmüşse kendi kanununda yer alan kanun yolu takip edilecektir<sup>31</sup>.

## **2. İş Güvenliği Önlemlerinin Alınmaması Halinde İdari Para Cezalarının Uygulanması**

İş müfettişinin işyerinde yaptığı inceleme sonucunda işyerindeki tehlikeyi hayati tehlike olarak nitelendirmesi halinde, ilgili heyetin toplanarak işyerinde işin durdurulması kararını verebileceğini daha önce belirtmiştik. İşyerinde hayati bir tehlike bulunmamakla birlikte yakın bir tehlikenin varlığı tespit edilirse, bu durumda iş müfettişi idari para cezası yaptırımını uygulayacaktır. İş Teftişi Tüzüğü'nün<sup>32</sup> 22/3'üncü maddesinde "*Tamamlanması için mevzuatça önel verilmesi zorunlu bulunmadığı halde ve derhal tamamlanmaması işçi sağlığı ve iş güvenliği bakımından yakın bir tehlike göstermeyen eksiklik ve mevzuata aykırılıkların giderilmesi için müfettişçe uygun*

<sup>31</sup> ÇOLAK/ALTUN, s. 279.

<sup>32</sup> R.G., T., 28.08.1979, S., 16738



*bir önel verilebilir”* denmiştir. Buna göre işyerindeki tehlike ne hayati, ne de yakın bir tehlike taşıyorsa iş müfettişine takdir yetkisi tanınmıştır, fakat yakın tehlikenin varlığı halinde iş müfettişinin takdir yetkisinden söz edilemeyecektir<sup>33</sup>.

Hangi durumlar karşısında ne miktarlarda idari para cezası verileceği İSGK.’nın 26. Maddesinde belirlenmiştir. Bunlardan başlıca olanlarına değinmek gerekirse, İSGK m. 4/(a) ve 4/(b)’de sayılan yükümlülükler olan:

- Mesleki risklerin önlenmesi,
- Eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması,
- Organizasyonun yapılması,
- Gerekli araç ve gereçlerin sağlanması,
- Sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi,
- Mevcut durumun iyileştirilmesi,
- İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığının izlenmesi, denetlenmesi ve uygunsuzlukların giderilmesi,

yükümlülüklerini yerine getirmeyen işverene her bir yükümlülük için ayrı ayrı iki bin Türk Lirası idari para cezası verilecektir.

Yine İSGK.’nın 6. maddesinin birinci fıkrası gereğince belirlenen nitelikte iş güvenliği uzmanı veya işyeri hekimi görevlendirmeyen işverene görevlendirmedeği her bir kişi için 5.000 Türk Lirası, aykırılığın devam ettiği her ay için yine aynı miktarda para cezası verilecektir. İşyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanlarını

---

<sup>33</sup> SÜZEK, s. 965;

bulundurmakla birlikte onların hak ve yetkilerinin, görevlerini yerine getirmeleri nedeniyle kısıtlanması halinde ya da işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının tam süreli görevlendirilmesi gereken durumlarda; işverenin, işyeri sağlık ve güvenlik birimi kurmaması halinde yine işverene her bir ihlal için ayrı ayrı 1.500 Türk Lirası idari para cezası verilecektir.

İşverenin, iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmak yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde işverene 3.000 Türk Lirası ve aykırılığın devam ettiği her ay için 4.500 Türk Lirası idari para cezası verilecektir. Bunun yanında işveren, iş sağlığı ve güvenliği yönünden çalışma ortamına ve çalışanların bu ortamda maruz kaldığı risklerin belirlenmesine yönelik gerekli kontrol, ölçüm, inceleme ve araştırmaların yapılmasını sağlamazsa 1.500 Türk Lirası idari para cezası ödeyecektir.

İşverenin, çalışanların işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlama yükümlülüğü de bulunmaktadır. İSGK. m. 26/(f)'de sağlık gözetimine tabi tutulmayan veya sağlık raporu alınmayan her çalışan için 1.000 Türk Lirası idari para cezası öngörülmüştür.

İşveren; işyerinin değişik bölümlerindeki riskler ve çalışan sayılarını göz önünde bulundurarak dengeli dağılıma özen göstermek kaydıyla, çalışanlar arasında yapılacak seçim veya seçimle belirlenemediği durumda atama yoluyla, Kanunda belirtilen sayılarda çalışan temsilcisini görevlendirmek zorundadır. Görevlendirilen bu temsilcilerin ve destek elemanlarının hakları, görevlerini yürütmeleri nedeniyle, kısıtlanamaz ve görevlerini yerine getirebilmeleri için işveren tarafından gerekli imkânlar sağlanır. Aksi halde işverene 1.000 Türk Lirası idari para cezası verilir. Yine Çalışan temsilcilerinin, tehlike kaynağının yok edilmesi veya tehlikeden kaynaklanan riskin azaltılması için, işverene öneride bulunma ve işverenden gerekli

tedbirlerin alınmasını isteme haklarının kısıtlanması halinde 1.500 Türk Lirası idari para cezası verilecektir.

Belirtilen idari para cezalarına ilişkin olarak işyerindeki çalışan sayısına göre ve işyerinin tehlike sınıfına göre İSGK. m. 26/3 gereğince farklı miktarlar belirlenecektir. Buna göre;

- Ondan az çalışanı bulunan işyerlerinden;
  - Az tehlikeli sınıfta yer alanlar için aynı miktarda,
  - Tehlikeli sınıfta yer alanlar için yüzde yirmi beş oranında artırılarak,
  - Çok tehlikeli sınıfta yer alanlar için yüzde elli oranında artırılarak,
- On ila kırk dokuz çalışanı bulunan işyerlerinden;
  - Az tehlikeli sınıfta yer alanlar için aynı miktarda,
  - Tehlikeli sınıfta yer alanlar için yüzde elli oranında artırılarak,
  - Çok tehlikeli sınıfta yer alanlar için yüzde yüz oranında artırılarak,
- Elli ve daha fazla çalışanı bulunan işyerlerinden;
  - Az tehlikeli sınıfta yer alanlar için yüzde elli oranında artırılarak,
  - Tehlikeli sınıfta yer alanlar için yüzde yüz oranında artırılarak,
  - Çok tehlikeli sınıfta yer alanlar için yüzde iki yüz oranında artırılarak, uygulanacaktır.

İSGK m. 26/4'e göre işin durdurulması hâlinde, durdurmaya sebep olan fiilden dolayı ilgili idari para cezası uygulanmayacağı belirtilerek çifte cezalandırma durumu önlediği gibi, İSGK m. 26/5'te de çalışan sayısı ile çarpılarak verilen idari para cezalarında yukarıda saydığımız işyerindeki çalışan sayısına göre ve işyerinin tehlike sınıfına göre cezada artırım getiren hükümler de uygulanmayacaktır.

İSGK m. 26/2'de bu idari para cezalarının gerekçesi belirtilmek suretiyle Çalışma ve İş Kurumu il müdürünce verileceği ve tahsil edilen idari para cezalarının genel bütçeye gelir olarak kaydedileceği belirtilmiştir. Ancak İSGK'nun 14. maddesinde belirtilen bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyenlere uygulanacak idari para cezaları doğrudan Sosyal Güvenlik Kurumunca verilir. Verilen idari para cezalarının tebliğinden itibaren otuz gün içinde ödenmesi gerekir<sup>34</sup>. İdari para cezaları tüzel kişiliği bulunmayan kamu kurum ve kuruluşlarına da uygulanabilir<sup>35</sup>.

Söz konusu idari para cezası miktarları her yıl yeniden değerlendirme oranları dikkate alınarak güncellenmektedir. Bu nedenle verilen idari para cezalarının miktarları her yıl farklı olacaktır.

### **C. Kamu İhalesinden Yasaklama**

Bu yaptırım türü, hukukumuzda yeni girmiştir. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin idari yaptırımlardan olan kamu ihalesinden yasaklama yaptırımı İSGK'nun ölümlü iş kazası sebebiyle kamu ihalesinden yasaklama 25/A maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre ölümlü iş kazası meydana gelen maden işyerlerinde kusuru yargı kararı ile tespit edilen işveren, mahkeme tarafından iki yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan 05.01.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu

---

<sup>34</sup> AYDIN/EZER, s. 24; ÇAVUŞ, s. 188

<sup>35</sup> EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 390

İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun<sup>36</sup> 26. maddesinin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanır. Aynı maddede, verilen mahkeme kararının bir örneğinin işverenin siciline işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna gönderileceği ve Kurumun internet sayfasında ilan edileceği de belirtilmiştir.

Bu düzenlemeye göre söz konusu yaptırımı uygulamak için öncelikle işyerinin bir maden işyeri olması, ölümlü bir iş kazasının meydana gelmiş olması ve söz konusu ölümlü iş kazasına ilişkin kusurun yargı kararı ile işverende olduğunun tespit edilmiş olması gerekmektedir<sup>37</sup>.

Bu yaptırım maden işyerinin kusurlu işvereni hakkında uygulanacağı gibi, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 26/2'de sayılan,

- Hakkında yasaklama kararı verilen tüzel kişinin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında,
- Hakkında yasaklama kararı verilen tüzel kişinin sermaye şirketi olması halinde sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında;
- Hakkında yasaklama kararı verilen tüzel kişinin;
  - Ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olması halinde bu şahıs şirketi,
  - Sermaye şirketinde ortak olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi

hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir.

---

<sup>36</sup> R.G., T., 22.01.2002, S., 24648.

<sup>37</sup> SÜZEK, s. 970.

Söz konusu düzenlemeye göre kamu ihalesinden yasaklama kararı mahkeme tarafından iki yıl süreyle verilecektir. Düzenlemenin lafzından anlaşıldığı üzere bu yaptırımı uygulama konusunda sayılan şartların mevcudiyeti halinde mahkemenin süreyi arttırma ya da azaltmaya ilişkin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bu düzenleme ile işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alması bakımından caydırıcılığın arttırılması sağlanmıştır<sup>38</sup>.

#### **D. İşçilerin Çalışmaktan Alıkonulması**

İşçilerin çalışmaktan alıkonulması hususu İSGK 'da düzenlenmemiş olmakla birlikte İş Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nde<sup>39</sup> müfettişlerin görevleriyle ilgili olarak işyerlerinde işçilerin yaş, cinsiyet ve sağlık durumlarına ilişkin mevzuata aykırılıklar tespit edilmesi halinde, ilgili mülki amire gönderilecek bir yazı ile bu işçilerin çalışmaktan alıkonulmasını talep etme yetkisi düzenlenmiştir(m.11/g). İSGK 'da böyle bir husus düzenlenmemişken kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını düzenlemek için çıkarılan yönetmelikte düzenlenmiş olması doktrinde eleştirilmiştir<sup>40</sup>. Ancak bu husus İş Teftiş Tüzüğü'nün 15. Maddesinin F bendinin 1. Fıkrasında da düzenlenmiştir. Buna göre iş müfettişleri görevlerini yaptıkları sırada İş Kanununa göre suç sayılan eylemlere rastladıklarında; bu eylemler, işçilerin, yaş, cinsiyet ve sağlık durumlarına ilişkin ise bu durumdaki işçileri çalışmaktan alıkoymak yetkisine sahiptir.

İş müfettişinin işçileri çalışmaktan alıkoyma yetkisi aynı zamanda bu hususun iş sağlığı ve güvenliğini ilgilendirmesi sebebiyle emredici olmasından dolayı bir görevdir de<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 389

<sup>39</sup> R.G., T., 31.10.2012, S., 28453.

<sup>40</sup> SARIBAY ÖZTÜRK, s. 294.

<sup>41</sup> SARIBAY ÖZTÜRK, s. 297.

İşyerlerinde işçilerin yaş, cinsiyet ve sağlık durumlarına ilişkin mevzuata örnek olarak sayılabilecek mevzuatlar 4857 sayılı İş Kanunu, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik<sup>42</sup>, Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik<sup>43</sup>, Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmeliktir<sup>44</sup>.

Yukarıda belirtilen yönetmelik hükümlerine göre işyerinde söz konusu mevzuat hükümlerine işçilerin yaş, cinsiyet ve sağlık durumları bakımından aykırılık tespit eden iş müfettişleri işçileri çalışmaktan alıkoyabileceklerdir. Örneğin, suç teşkil eden bir mahiyette çocuk işçi çalıştıran, ya da çok tehlikeli işlerde sağlık raporu almayarak işçi çalıştıran ya da kadınların çalışmasının yasak olduğu işlerde kadın işçi çalıştıran işyerlerinde, çalışan bu kimseler, çalışmaktan alıkonabilecektir. Kanun koyucu, bazı konularda çok daha fazla hassas davranarak, suç teşkil eden ve yaş, cinsiyet ve sağlık durumları bakımından aykırılıkların tespit edilmesi durumunda, ayrıca “işin durdurulması” na ilişkin prosedürlerin uygulanmasına gerek bırakmayacak şekilde derhal uygulanabilir bir idari müeyyide getirmiştir.

Bütün bu olumlu kanun ve yönetmelikler ile getirilen düzenlemelerin, mutlaka, idare tarafından teknik olarak takibi gerekir. Bu takibin en önemli ayağı ise, iş güvenliği konusunda uzman olan müfettişler, deneticiler ve diğer teknik personeldir. Aksi takdirde bu düzenlemeler, tatbikatta, yeteri derecede makes bulunmayabilir.

---

<sup>42</sup> R.G., T., 06.04.2004, S., 25425.

<sup>43</sup> R.G., T., 24.07.2013, S., 28717.

<sup>44</sup> R.G., T., 16.08.2013, S., 28737.

## SONUÇ

Türk iş güvenliği hukukunda, oldukça ayrıntılı olarak düzenlenmiş olan 6331 sayılı yasa ve ilgili yönetmeliklerde, iş güvenliğinin alınmaması halinde işverenlerin idari sorumlulukları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu yaptırımları başlıklar halinde zikredecek olursak;

- *İşin durdurulması,*
- *İdari para cezası,*
- *Kamu ihalesinden yasaklama,*
- *İşçilerin çalışmaktan alıkonulması şeklinde düzenlenmiştir.*

Gerçekten, işyerinde gerekli iş güvenliğini almayan ya da gerektiği gibi almayan işverenler hakkında çok önemli ve caydırıcı müeyyideler getirilmiştir. Söz konusu idareye verilen bu müeyyidelerin idare tarafından kullanılması, hukuk devleti ilkesinin kullanması kapsamındadır ve seri, çabuk tatbik edilebilir bir yaptırım türüdür.

Şu anda yapılması gereken en önemli husus, yeteri kadar teknik ekip ile ilgili mevzuat hükümlerinin takibini yapacak olan iş müfettişi ya da deneticiyi bu alanda istihdam ederek, mevcut yasanın uygulamasını sağlamaktır.



## KAYNAKÇA

ARTUK, Mehmet Emin / GÖKÇEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Ahmet Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler II, Yaptırım Hukuku**, Ankara- 2003.

AYDIN, Ufuk; EZER, Burcu, İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatına Aykırılık Sebebiyle Uygulanan İdari Para Cezalarına İlişkin Sorunlar, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, S. 2014/4.

BAYCIK, Gaye, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2013-3/2013-3-4.pdf>, Erişim Tarihi, 18.05.2016.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdari Yaptırımlar Hukuku**, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, Ankara-2006.

ÇAVUŞ, Özgür Hakan, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda Düzenlenen İşveren Yükümlülükleri Kapsamında İdari Para Cezaları, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 30, 2013.

ÇOLAK, Haluk / ALTUN, Uğurtan, Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi, **TBB Dergisi**, S. 69, 2007.

DENİZHAN, Hüseyin, Adli Para Cezaları, **Adalet Dergisi**, Yıl: 97, Mayıs 2006, S. 25.

DONAY, Süheyl, Para Cezalarını Artıran Yasanın Uygulama Alanı Hakkında Düşünceler, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, Cilt 1, S., 2, İstanbul-1979.

DONAY, Süheyl, **Para Cezaları**, İstanbul- 1972.

EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim, **Bireysel İş Hukuku**, Beta

Yayınları, İstanbul-2016.

GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 10. Bası, Ankara-2011.

KARABULUT, Mustafa, **İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi**, Turhan Kitabevi, Ankara-2008.

KAYA, Pir Ali, Liability of Employers to Protect Workers (Responsibility for Occupational Health and Safety Measures) and The Binding Legal and Criminal Liabilities in Turkish Labour Law, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2014/4.

NAZAROĞLU, Yavuz, Genel Olarak İdari Para Cezalarının Para Cezaları İçindeki Yeri ve Nitelikleri, **Danıştay Dergisi**, S., 14-15, 1974.

OĞURLU, Yücel, İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, S. 1, 1999.

ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II-III, 2. B, İstanbul- 1992.

ÖZDEMİR, Erdem, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, Vedat Yayıncılık, Aralık-2014.

SARIBAY ÖZTÜRK, Gizem, **İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları**, Beta Yayınları, İstanbul-2015.

SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku**, Beta Yayınları, 11. Baskı, İstanbul-2015.

## الحق في التقاضي في ضوء أحكام المحكمة الدستورية البحرينية

### The Right to Litigate in the light of the Decisions of Constitutional Court in the Kingdom of Bahrain

دكتور:

مروان محمد محروس المدرس  
أستاذ القانون العام المساعد  
بكلية الحقوق / جامعة البحرين

دكتور:

محمد عبد الله محمد النعمان  
أستاذ القانون الدولي العام المساعد  
بكلية الحقوق / جامعة البحرين

Asst. Prof. Dr.

Marwan Mohammed Mahrous \*

Prof. Dr

Mohammed Abdullah Mohammed Noman \*\*

مقدمة:

لا شك أن حماية سائر حقوق و حريات الإنسان مرهونة بكفالة حق التقاضي، إذ عن طريقه يتمكن كل شخص من الدفاع عن حقوقه ورد الاعتداء عليها، و به تبعث الطمأنينة في نفوس الأفراد، حيث يأمنون

\* University of Bahrain, Faculty of Law, Department of Public Law.

\*\* University of Bahrain, Faculty of Law, Department of Public International Law.

على تلك الحريات والحقوق، فهو أهم ضمانات الأفراد.  
و قد كفلت الشريعة الإسلامية السماح لكل شخص، مسلماً  
كان أم غير مسلم، حق اللجوء إلى القضاء لإنصافه مما وقع عليه من  
اعتداء أو جور، سواء من فرد أو جماعة أو حاكم، و الخصوم  
متساوون أمام القضاء فلا تمييز و لا فرق بينهم لأي سبب كان، كأصل  
أو جنس أو لون أو دين أو منصب أو جاه.

و في القانون الوضعي فإن حق التقاضي يعد من المبادئ  
الأساسية في القانون، و بموجب هذه المبادئ فإن لكل شخص في  
الدولة حق المطالبة أمام القضاء بالحماية القانونية عند ما يقع اعتداء  
على النص على حق من حقوقه. و لذا فقد حرصت جميع الدساتير  
عليه، و إحاطته بالضمانات اللازمة لحمايته.

و حق التقاضي مكفول لجميع المواطنين دون تمييز، و لذا فإن  
استخدامه من قبل البعض بصورة تسيء إلى قيمة (الحق) كأن يعطل  
حكماً أو يستهدف جاراً أو خصماً أو يلاحق كاتباً أو مفكراً أو صحفياً،  
لذلك فهذا الحق ليس حقاً مطلقاً بل هو مقيد بتحقيق مصلحة جديّة و  
مشروعة فلا يجوز استعماله بهدف النكاية بالخصم أو مضايقته أو  
الإساءة إلى سمعته، و لا يكفي للحد من ظاهرة الدعاوى الكيدية و  
الباطلة تحميل من ثبت تعسفه بجميع أتعاب المحاماة و نفقات الدعوى  
التي تحملها خصمه فحسب بل يتعين إلزامه أيضاً بأن يعرض خصمه  
تعويضاً عادلاً عن الأضرار المادية و المعنوية الأخرى التي تكون قد  
لحقت بالخصم مثل التشهير و إساءة السمعة.

و من المستقر عليه فقهاً و قضاءً في الأنظمة القانونية  
المقارنة أنه لا يجوز لصاحب الحق أن يتعسف في استعمال حقه على  
نحو يلحق ضرراً بالغير، فلا يجوز استخدام حق التقاضي بقصد  
الإساءة أو الكيد أو مضايقة الخصم. (حق الالتجاء إلى القضاء هو من  
الحقوق التي تثبت للكافة فلا يكون من استعماله مسؤولاً عما ينشأ عن  
استعماله من ضرر للغير إلا إذا انحرف بهذا الحق عما وضع له و  
استعمله استعمالاً كيدياً ابتغاء مضارة الغير)، و يجمع فقهاء القانون

أن إساءة استعمال حق التقاضي لا تتوافر بمجرد خسارة الدعوى، إنما تتوافر عند رفع الدعوى بسوء نية، لا بقصد الوصول إلى حق متنازع فيه، بل يقصد النكاية و الإضرار بالخصم.

و لقد حظي الحق في التقاضي، شأنه شأن حقوق الإنسان الأخرى، باهتمام الدول و المجتمعات منذ القدم، و انعكس هذا الاهتمام في إعلانات الحقوق الوطنية و الدولية و العهود و المواثيق و الاتفاقيات الإقليمية و الدولية في العصر الحديث، بعد أن شاعت بعد الحرب العالمية الثانية الدعوة إلى الاهتمام بحقوق الإنسان و كفالة الحماية الواجبة لها على الصعيد الدولي و على الصعيد الوطني، و لا تزال الدعوة قائمة إلى احترام و تطبيق هذه الحقوق، فتواترت منذ ذلك الحين الصكوك الدولية (إعلانات عالمية، مواثيق و اتفاقيات دولية و إقليمية) المنظمة و الضامنة لحقوق الإنسان و منها الحق في التقاضي، بل و امتد أيضاً هذا الاهتمام إلى الوثائق الدستورية العالمية و العربية، فعنيت جميعها بالنص على الحق في التقاضي، و تهيئة السبل الكفيلة بحمايتها.

و هكذا نرى أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، و هو أبرز الصكوك الدولية في مجال حقوق الإنسان، قد عد حق التقاضي من أبرز هذه الحقوق، و يؤكد هذان النصان حق الفرد في اللجوء إلى القضاء لنظر قضيته، فضلاً عن وجوب أن تكون المحكمة التي تنظر هذه القضية متسمة بالاستقلال و النزاهة، و أن يكون نظر القضية عادلاً و علنياً، و أن هذا يشمل الحق في التقاضي الأعمال الماسة بحقوق الفرد و التزاماته المدنية، علاوة على التهم الجنائية الموجهة إليه<sup>(1)</sup>.

---

(نصوص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948م، و الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها المرقم (217)، أكد على وجوب احترام حق اللجوء إلى المحاكم الوطنية و على الحق في محاكمة عادلة و مستقلة و نزيهة في المادتين (8 و 10)، انظر ذلك في: حقوق الإنسان، مجموعة صكوك دولية، الأمم المتحدة، نيويورك

و سنتناول في هذا البحث دراسة حق التقاضي في ضوء أحكام المحكمة الدستورية البحرينية، و نحاول أن نعرف مدى توافق أو اختلاف موقف المحكمة في تحديد مفهوم هذا الحق مع المعايير التي اعتمدها الوثائق الدولية، و كذلك بيان أهم الخصائص لهذا الحق التي حاولت المحكمة إبرازها في أحكامها.

لذا فقد قسمنا هذا البحث إلى أربعة مباحث، تناولنا في المبحث الأول مفهوم حق التقاضي و أهميته، في حين خصّصنا المبحث الثاني لطبيعة حق التقاضي، أما المبحث الثالث فقد بحثنا فيه التمييز بين حق التقاضي و ما يشابهه من الحقوق، في حين تناولنا في المبحث الرابع الزامية هذا الحق.

ولابد من الإشادة أخيراً بالدعم الذي حظينا به من عمادة البحث العلمي في جامعة البحرين من أجل إتمام هذا البحث، فلولا دعمهم ومساندتهم لنا ما كان لهذا البحث ان يرى النور.

### المبحث الأول: مفهوم حق في التقاضي وأهميته

إن دراسة أي حق من الحقوق لا تكتمل دون تحديد مفهومه، و بيان أهميته، لذا فإننا سنتناول في هذا المبحث تحديد مفهوم الحق في التقاضي و أهميته لدى الفقه و في أحكام المحكمة الدستورية، إن هذا الحق قد اعترفت به الشرائع و القوانين الوضعية و الفلسفات القديمة، باعتباره حقاً إنسانياً من جهة، و باعتباره الوسيلة المثلى لاقتضاء الحقوق من جهة ثانية، و الحصن الذي يلجأ إليه الضعفاء. و عليه سنخصص المبحث الأول من هذه الدراسة لبحث مفهوم الحق في التقاضي و بيان أهميته لذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم الحق في التقاضي.

المطلب الثاني: أهمية الحق في التقاضي و مكانته.  
المطلب الأول: مفهوم الحق في التقاضي  
تتعدد مفاهيم (كفالة الحق في التقاضي)<sup>(2)</sup>، كما تتعدد تعريفاته، و

---

سيتم تناول الكلمات الثلاث المكونة للمصطلح بالترتيب:<sup>2)</sup>  
أولاً: معنى الكفالة: فالكفالة في اللغة يدور معناها على ضمان القيام بالشيء و الالتزام بالعناية به.  
ثانياً: و تطلق كلمة الحق في اللغة و يراد بها عدة معان مختلفة منها ما يلي:

أ: وردت كلمة الحق بمعنى الثبوت و الوجوب، انظر: لسان العرب لابن و كذلك القاموس المحيط للفيروز آبادي 3/ منظور 10/49، باب القاف، 228، فصل الحاء، و كذلك مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر الرازي، ص 147، باب القاف، دار التنوير العربي، بيروت، لبنان، و كذلك المصباح المنير لأحمد بن محمد بن علي الفيومي، باب القاف، مكتبة لبنان، 1987، ص 55.

ب: وردت كلمة الحق بمعنى العدل (القاموس المحيط 3/ 228، و منه قوله تعالى في كتابه العزيز: " يا داود أنا جعلناك خليفة في الأرض فأحكم بين الناس بالحق"، فالمراد بالحق هنا العدل (تفسير القرطبي الجامع لأحكام القرآن للإمام أبي عبدالله محمد أحمد بن ابي بكر بن فرج الأنصاري القرطبي المتوفي سنة 671 هـ، 8 / 5830، الناشر دار الغد العربي).

ج: و يأتي الحق بمعنى اليقين (لسان العرب 10 / 49، مختار الصحاح ص 147، الصحاح، تاج اللغة، و صحاح العربية: 1461)، و منه قوله تعالى في كتابه العزيز: " و ما يتبع أكثرهم إلا ظناً إن الظن لا يغني من الحق شيئاً"، فالمراد بالحق هنا اليقين (تفسير القرطبي 4 / 3270، و كذلك جامع البيان في تفسير القرآن للإمام أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، المتوفي سنة 310 هـ 11 / 82، دار الحديث، القاهرة، 1407 هـ - 1987م).

ثالثاً: معنى التقاضي:

التقاضي يعني الطلب، يقال قاضيته حقي فقاضي، أي طلبته فأعطاني، و استقضى فلاناً، أي طلب إليه أن يقضيه، و طلب قضاءه و حكمه، و التقاضي مصدر تقاضي، أي طلب و رفع الأمر إلى القضاء، و هو على وزن

لتوضيح هذا المفهوم المركب سنلجأ لتفكيك المصطلح لغوياً و نتناول شرحه في الهامش لنترك المتن للمعاني القانونية، و عليه فإن: (الحق) هو اسم من أسماء الله الحسنی سبحانه و تعالی، و لها هنا معنى أخلاقي أيضاً، و من هذا المعنى الأخلاقي أخذت كلمت الحق معناها القانوني، فالحق قد يكون حقاً شخصياً يعبر عن قيام رابطة بين شخصين أو أكثر يلتزم بمقتضاه أحدهما قبل الآخر بأداء عمل أو الامتناع عنه، و قد يكون الحق عينياً أي متعلقاً بالأشياء المادية، و قد يكون الحق مرتبطاً بالصالح العام، و هو في هذه الحالة يمثل حق المجتمع على الأفراد و مدى التزام كل منهم قبل المجتمع الذي يعيش فيه، و أخيراً قد يكون الحق لصيقاً بشخص الإنسان بوصفه كائناً حياً له حقوق في المجتمع الذي يعيش فيه<sup>(3)</sup>.

و قد عبر شراح القانون عن مفهوم (حق التقاضي)، بصيغ متعددة كلها تبين مضمونه و توضح معناه، و من هذه الصيغ ما ذكره

---

تفاعل من قضى يقضي قضاء: (تاج العروس من جواهر القاموس 10/ 296، 297، القاموس المحيط 4/ 381، لسان العرب 15/ 186 و ما بعدها، معجم لغة الفقهاء، ص 140)، و قد استعمل أهل اللغة لفظ القضاء في معان كثيرة منها ما يلي:

القضاء هو الفصل في الخصومات و الحكم (لسان العرب 15/ 187، معجم مقاييس اللغة 5/ 99، المعجم الوجيز، ص 506)، و منه قوله تعالى في محكم كتابه: " فلا و ربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدون في أنفسهم حرجاً مما قضيت و يسلموا تسليماً "، أي لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما حكمت به: (تفسير ابن كثير للإمام أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي المتوفي سنة 774 هـ 1/ 520، الناشر دار البيان العربي، طبعة دار إحياء الكتب العربية).

و هناك معان أخرى للقضاء ترجع إلى معنى انقطاع الشيء و تمامه (تاج العروس 10/ 296، لسان العرب 15/ 186).

انظر: د/ حسن كيره "المدخل إلى القانون"، منشأة المعارف<sup>3)</sup> بالإسكندرية 1970م، ص434.



بعض الشراح، و من ذلك: أن الحق في التقاضي يعني أن لكل شخص في الدولة حق المطالبة أمام القضاء بالحماية القانونية، و أن له حق الدفاع عما يطلبه أو يطلب منه أمام المحاكم<sup>(4)</sup>.

كما عبر البعض الآخر عن معنى الحق في التقاضي بأن: " لكل فرد وقع اعتداء على حق من حقوقه أن يلجأ إلى القضاء لرد ذلك الاعتداء، و الانتصاف لنفسه ممن ظلمه و سلبه حقه"<sup>(5)</sup>، و ذكر فريق ثالث أن حق التقاضي هو حق التجاء الأفراد إلى القضاء فيما يدعونه من حقوق<sup>(6)</sup>، و فريق آخر يعرف الحق في التقاضي بأنه: "تمكين الفرد من الالتجاء إلى القاضي الطبيعي وفقاً لطبيعة المنازعة و ليس الالتجاء إلى المحاكم الخاصة"<sup>(7)</sup>.

و القاضي الطبيعي هو: "كل قضاء ينشأ و يحدد اختصاصه بقانون في وقت سابق على نشوء الدعوى، و بصفه دائمة، و مشكل من قضاة متخصصين في القانون، و تتحقق فيهم كافة الشروط و الضمانات القانونية و على الأخص الاستقلال المحصن بعدم قابلية للعزل و يطبق القانون العادي على إجراءات الدعوى و موضوعها و

---

انظر: د/ أمينة النمر، الوجيز في قوانين المرافعات، 1990م، ص 8. و<sup>4)</sup> كذلك: د. عاشور مبروك، الوسيط في قانون القضاء المصري، مكتبة الجلاء الجديدة، الكتاب الأول، ط1، 1996م، ص 6.

انظر: د/ عبدالغني بسيوني: المساواة أمام القضاء و كفالة حق<sup>5)</sup> التقاضي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1983م، ص 25، و كذلك: د. محمد نور شحاته: مبادئ قانون القضاء المدني و التجاري، مطبعة دار التأليف، 1989م، ص 48.

انظر: د/ شكري محمد سيد دسوقي: حرية المواطن المصري بين الواقع<sup>6)</sup> و القانون، مجلة المحاماة، عدد: 7، 8، سبتمبر و أكتوبر، 1990م، ص 156.

انظر: د/ محمد العشري، الطبيعة الدستورية لحق التقاضي، بحث مقدم<sup>7)</sup> إلى ندوة حق التقاضي، المنعقدة بكلية الحقوق جامعة الزقازيق في الفترة من 4-6 يناير 1985م، ص 1.

تكفل أمامه كافة حقوق الدفاع و ضماناته<sup>8</sup> .

و من التعريفات السابقة من زوايا و منطلقات متعددة، يتضح أن حق التقاضي في القانون يعني إعطاء الشخص الحق في اللجوء إلى القضاء و الادعاء أمامه طلباً للحماية و الانتصاف و دفعاً للاعتداء، و في اللغة العربية و الشريعة الإسلامية فإن الكفالة تعني الضمان، و بناءً عليه فإن الكفالة تفيد الضمان، و مفهوم كفالة الحق في التقاضي في القانون، كما هو الوضع في الفقه الاسلامي، يعني ضمان حق الأفراد في اللجوء إلى القضاء مع توفير الحماية اللازمة لهم في المثل أمامه.

و إذا ربطنا الحق في التقاضي بمصطلح حقوق الإنسان، فإن اصطلاح (حقوق الإنسان)، هو اصطلاح حديث الدخول في لغة القانون، رغم أن جذوره، تمتد إلى الماضي البعيد، ذلك أن الإنسان منذ بدء الخليقة كان و لا يزال يفكر فيما له من حقوق سواء على المجتمع ككل، أو على غيره من البشر<sup>9</sup>، و بهذا يدخل الحق في التقاضي في إطار ما يعرف بحقوق الإنسان، و برغم أن اصطلاح (حق الإنسان في التقاضي)، حديث الدخول في لغة القانون إلا أن الحق ذاته يضرب بجذوره في أعماق التاريخ.

و إن كانت هذه الفكرة قد لقيت في القرن العشرين اهتمام المفكرين و الفقهاء في كافة المجالات و التخصصات و شاع تناولهم لها في كتاباتهم، إلا أنها قد حظيت بالاهتمام الأكبر من جانب رجال القانون، حيث أدى ازدياد اهتمامهم بها إلى خروجها من نطاقها التقليدي الأ و

---

انظر: د/ صلاح سالم جودة، القاضي الطبيعي، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1991م، ص35.

انظر: د. عبدالله رحمة الله البياتي، كفالة حق التقاضي، دراسة دستورية مقارنة، سلسلة الوثائق الرسائل القانونية، رقم (457)، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع و دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2002م، ص 34.

هو القانون الدستوري، لتصبح موضوعاً للغالبية العظمى من فروع القانون الأخرى<sup>(10)</sup>.

و على هذا يمكن تعريف حق الإنسان في التقاضي بأنه: "ذلك الحق الذي يخول لكل إنسان على قدم المساواة مع الآخرين مكنه ولوج سبل القضاء العام في الدولة المكفول أمامه جميع ضمانات التقاضي- بكافة أنواعه و درجاته للانتصاف لنفسه أو لحقوقه المشروعة"، و بهذا المعنى فإن حق التقاضي من الحقوق الطبيعية اللصيقة بشخص الإنسان التي لا تنفك عنه أبداً، بحسبانها مستمدة من القانون الطبيعي السابق على كل قانون وضعي، و لذلك فإنه من غير الجائز بحال من الأحوال المساس بهذا الحق و الاعتداء عليه<sup>(11)</sup>.

و إذا كان الحق في التقاضي، هو حق الأفراد باللجوء إلى القضاء فيما يدعون من حقوق، فإنه تبعاً لذلك فإن لكل من وقع اعتداء على حق من حقوقه أن يلجأ للقضاء لرد ذلك الاعتداء و الانتصاف لنفسه ممن ظلمه و سلبه حقه، و بمعنى آخر هو حق البشر في الترافع إلى القضاء لعرض مظالمهم و الحصول على حقوقهم كاملة غير منقوصة طبقاً للقانون<sup>(12)</sup>.

أما المحكمة الدستورية البحرينية فقد عرفت الحق التقاضي بأنه: "... مبدأ الحق في التقاضي تتمثل في الترضية القضائية التي يسعى إلى تحقيقها المتناقصون وصولاً إلى جبر الأضرار التي لحقتهم من جراء العدوان على الحقوق التي يدعونها، و إن إنكار أو تقييد

---

انظر: المستشار، حسين مصطفى، و المستشار سمير ناجي، حقوق<sup>(10)</sup> الإنسان و قيمتها القانونية، مقال، مجلدات حقوق الإنسان، المجلد الرابع، اعداد: د. محمود شريف بسيوني، د. محمد سعيد الدقاق، د. عبد العظيم وزير، ط. 1، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، نوفمبر، 1989م، ص 149. انظر: د. عبدالغني بسيوني: المرجع السابق ص 25.<sup>(11)</sup>

انظر: د. عبدالرحيم صدقي: بحث بعنوان: أضواء على حق التقاضي في<sup>(12)</sup> المجتمع المعاصر" مقدم إلى ندوة حق التقاضي المنعقدة بكلية الحقوق جامعة الزقازيق في الفترة من 4-6 يناير 1985م، ص 4، 5.

الحق في الترضية القضائية، سواء بحجبها عن يطلبها ابتداءً، أو من خلال إحاطتها بقواعد إجرائية تكون معيبة في ذاتها عيباً جوهرياً، إنما يعد إهداراً لا يستقيم مع ما أكده الدستور المعدل من حماية لحقوق الأفراد، بما لا ينال من جوهر الترضية القضائية، و لا يدفعها لكامل مداها، ليمخض ذلك عدواناً على حق التقاضي، و ينحل إلى إنكار للعدالة في أخص مقوماتها...<sup>(13)</sup>، و الواضح بأن المحكمة قد عرفت هذا الحق بالغاية التي يتوخى تحقيقها ألا و هي الترضية القضائية، و قد أكدت المحكمة على أن تقييد هذا الحق أو حجبها عن يطلبه يعد عيباً دستورياً جوهرياً، و يخالف نصوص الدستور، و إنكاراً للعدالة، و هذا الأمر يتفق مع نص المادة (31) من الدستور البحريني التي نصت على أنه: "لا يكون تنظيم الحقوق و الحريات العامة المنصوص عليها في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون، أو بناءً عليه. و لا يجوز أن ينال التنظيم أو التحديد من جوهر الحق أو الحرية".

و في حكم آخر أشارت المحكمة الدستورية إلى مفهوم الحق في التقاضي، و الذي نص على أن: " ...حق التقاضي مكفول وفقاً للقانون، الذي يفترض ابتداءً و بداهة، أن يكون لكل شخص الحق في النفاذ إلى المحاكم، بصورة ميسرة، لا تحول دونه عوائق إجرائية، و ألا تُمنع المحاكم من نظر أية منازعة، و ألا تُؤصد أبواب أي منها في وجه أي من المتقاضين، في إطار من الفرص المتكافئة بينهم، وصولاً إلى حل منصف، يُمثل التسوية التي يعمد من يطلبها إلى الحصول عليها، بوصفها الترضية القضائية، لمواجهة الإخلال بالحقوق التي يدعيها، باعتبار أن هذه الترضية تندمج بالحق في التقاضي، و تشكل الحلقة الأخيرة فيه"<sup>(14)</sup>.

إن المحكمة الدستورية في هذا الحكم كانت أكثر وضوحاً في تحديد

---

( حكم المحكمة الدستورية رقم د/7/4 0 لسنة 5 قضائية دستورية<sup>13</sup> والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد رقم 2928، بتاريخ 2009/12/31.  
( حكم المحكمة الدستورية رقم (ح/1 /2010) لسنة 6 قضائية دستورية،<sup>14</sup> المنشور في الجريدة الرسمية، العدد رقم 3042 بتاريخ 2012/3/8.

مفهوم الحق في التقاضي، إذ أكدت المحكمة في هذا الحكم على أن الترضية القضائية هي الحلقة الأخيرة من هذا الحق، و جزءً منه و ليس كل الحق، فالحق بالتقاضي يشمل سهولة الوصول إلى المحاكم و الهيئات القضائية على اختلاف أنواعها و درجاتها و لجميع المتقاضين، و الفصل بالخصومة المعروضة أمام القضاء، و ذلك لتحقيق الغاية و هي الترضية القضائية، فالحق بالتقاضي يتمثل في جانبين أساسيين هما سهولة الوصول إلى الهيئات القضائية و المحاكم لجميع المتقاضين من جهة، و الفصل بالخصومة المعروضة على هذه الهيئات من جهة ثانية من أجل الوصول للترضية القضائية.

و في حكم آخر أوضحت المحكمة مفهوم هذا الحق بصورة تفصيلية إذ جاء في حكم على أنه: "و حيث أن دستور مملكة البحرين قد كفل حق التقاضي، و ذلك في الفقرة (و) من المادة (20) التي تنص على أن: "حق التقاضي مكفول وفقاً للقانون"، الذي يفترض ابتداءً، و بدهاءً، أن يكون لكل شخص النفاذ إلى من المحاكم بصورة ميسرة، لا تحول دونه عوائق إجرائية، و ألا تُمنع المحاكم من نظر أية منازعة، و ألا تُوصد أبواب أي منها في وجه أي من المتقاضين، في إطار من الفرص المتكافئة بينهم، وصولاً إلى حل منصف، يمثل التسوية التي يعمد من يطلبها إلى الحصول عليها، بوصفها الترضية القضائية، لمواجهة الإخلال بالحقوق التي يدعيها، باعتبار أن هذه الترضية تندمج بالحق في التقاضي، و تشكل الحلقة الأخيرة منه.

و لما كانت الغاية التي يتوخاها مبدأ الحق في التقاضي، تتمثل في الترضية القضائية، التي يسعى إلى تحقيقها المتقاضون، وصولاً إلى جبر الأضرار التي لحقت بهم، من جراء العدوان على الحقوق التي يدعونها، و إن أنكار أو تقييد الحق في الترضية القضائية، سواء بحجبها عن من يطلبها ابتداءً، أو من خلال احاطتها بقواعد إجرائية، تكون معيبة في ذاتها، بما ينال من جوهر الترضية القضائية، و لا يدفعها إلى كامل مداها، إنما يعد إهداراً لما أكده الدستور من كفالة لحق

التقاضي" (15).

إن المحكمة الدستورية في هذا الحكم قد حددت مفهوم الحق بالتقاضي وبيّنت بأن الترضية القضائية هي الحلقة الأخيرة منه، أو الغاية التي يسعى إليها الأشخاص، أما جوهر هذا الحق فهو سهولة الوصول إلى المحاكم دون أية عوائق مالية أو إجرائية أو قيود تمس بجوهر الحق، و دون تمييز بين المتقاضين، أو القضايا.

المطلب الثاني: أهمية الحق في التقاضي و مكانته

ينطوي الحق في التقاضي على أهمية كبرى للفرد و المجتمع و الدولة، لذلك فقد احتل مكانته المرموقة في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية معاً، و أولاه كلاهما احتراماً لائقاً و حماية فائقة، و يمكن بيان هذه الأهمية و المكانة فيما يلي:

أولاً: أهمية الحق في التقاضي:

تبرز أهمية الحق في التقاضي و تتجلى في مجالات متعددة، و مترابطة ترابطاً عضوياً و يمكن استعراضها بإيجاز في بعض المجالات على النحو الآتي:

1. أهمية الحق في التقاضي بالنسبة للأفراد:

في الحقيقة و كما يرى البعض فإن الحفاظ على وجود الفرد المادي و الأدبي الإنساني هو أساس ظهور الحقوق كافة و على رأسها حق التقاضي<sup>(16)</sup>، ذلك أن في وجود حق التقاضي و احترامه ضمان لحقوق

( حكم المحكمة الدستورية رقم (د / 3 / 2014) لسنة 12 قضائية،<sup>15</sup>

المنشور في الجريدة الرسمية العدد 3199 بتاريخ 5 مارس 2015.

انظر: د/ محمد عبدالله العربي، كفالة حقوق الأفراد و الحريات العامة<sup>(16)</sup>

في الدساتير، مجلة مجلس الدولة السنة الثانية، يناير 1951م، دار النشر

للجامعات المصرية، القاهرة، ص 48.

الأفراد و حرياتهم<sup>(17)</sup>، فإن البعض الآخر يضيف بأنه من دون هذا الحق يستحيل على الأفراد أن يأمنوا على حرياتهم أو يردوا ما يقع عليهم من اعتداء<sup>(18)</sup>، و هي آراء جديرة بالتقدير تبرز أهمية هذا الحق لكل فرد في المجتمع.

و قد أكدت المحكمة الدستورية على أهمية هذا الحق بالنسبة للأفراد، إذ جاء في أحد أحكامها أنه قد: "أفصح الدستور بنص الفقرة (و) من المادة (20) منه، على كفالة حق التقاضي، وفقاً للقانون كمبدأ دستوري أصيل، مردداً بذلك ما قرره المواثيق و الاعلانات الدولية من كفالة هذا الحق لكل فرد، باعتباره الوسيلة التي تكفل حماية الحقوق التي يتمتع بها قانوناً، ورد العدوان عليها..."<sup>(19)</sup>، و يتضح من خلال هذا الحكم أن المحكمة الدستورية تؤكد على أهمية الحق بالتقاضي للأفراد في حماية حقوقهم التي نص عليها الدستور. و بأن هذا الحق يعد من أبرز الوسائل التي تمكن الأفراد من رد العدوان على أي حق من حقوقهم من خلال اللجوء إلى الهيئات القضائية و الحصول على الترضية القضائية المنصفة.

## 2. أهمية حق التقاضي بالنسبة للمجتمع:

من البداهة القول أنه عندما يكون حق التقاضي مهماً للفرد فإنه سيكون مهماً للمجتمع، فما المجتمع إلا مجموع الأفراد، رغم هذا يمكن القول أنه مثلما تتحقق أهمية هذا الحق للمجتمع من خلال تحققها للأفراد فالعكس صحيح أيضاً، أي أنه من خلال تحقق منفعة حق التقاضي و بالتالي أهميته للفرد تتحقق المنفعة للمجتمع عموماً، أو ما يسمى بالصالح العام، فإن قيام حق التقاضي بتقويم عمل السلطتين التنفيذية و التشريعية عن طريق إجبارهما على احترام القانون و

انظر: عبد الله رحمة الله البياتي، كفالة حق التقاضي، المصدر السابق،<sup>(17)</sup>

ص 14.

انظر: المصدر السابق، ص 23.<sup>(18)</sup>

( حكم المحكمة الدستورية رقم (ح/2/2010) لسنة 8 قضائية، والمنشور<sup>19</sup> في الجريدة الرسمية العدد رقم 3055، بتاريخ 7/يونيو/2012.

الخضوع لسلطانه، و ذلك عن طريق إلغاء كل تصرف أو الامتناع عن تطبيقه إذا استتبات مخالفته لمبدأ المشروعية<sup>(20)</sup>، فإن كل ذلك ليعني فائدة و أهمية للصالح العام تنعكس على منفعة و أهمية للفرد. و إذا كان لا يمكن تصور وجود استقرار و اطمئنان عام في أي مجتمع يفتقد نظامه القانوني وجود حق التقاضي و لا تكن مؤسساته و أفراده الاحترام الكافي لهذا الحق، بل أن مثل هذا المجتمع سينحدر لا ريب إلى دروب تقربه من شريعة الغاب عندما يبادر كل فرد فيه مست حقوقه إلى اقتضاء حقه بنفسه، فمن هذه الزاوية يعد حق التقاضي من حقوق المجتمع الأساسية التي لا يصح التنازل عنها<sup>(21)</sup>.

3. أهمية حق التقاضي بالنسبة للدولة:

من المعروف أن الدولة تقوم على أساس وجود مجموعة من الأفراد يمارسون نشاطهم على إقليم جغرافي محدد و يخضعون لتنظيم معين<sup>(22)</sup>، و هي كما يحددها آخرون فإنها شخص قانوني عام إقليمي<sup>(23)</sup>، و بغض النظر حول الاختلافات في تعريف الدولة فإن جوهرها لا يخرج عن وجود أفراد على إقليم في ظل تنظيم معين. إن حق التقاضي الذي يحمي حقوق و حريات الأفراد، حيثما وجد و توفر له الاحترام، إنما يوفر فرصة الوجود الحقيقي لحقوق و حريات الأفراد و نشاطهم داخل إقليم جغرافي محدد في ظل تنظيم معين، أي أنه يساهم بشكل بارز في وجود الدولة و استمرارها، و لذلك يرى البعض أن أبرز ما يميز دولة الرفاهية الحديثة هو وجود الحقوق

انظر: د/فؤاد العطار، كفالة حق التقاضي، مقال، مجلة العلوم القانونية<sup>(20)</sup> و الاقتصادية، العدد الثاني، السنة الأولى، القاهرة، 1959م، ص 626.

انظر: د/ سعدون القشطيني، شرح أحكام المرافعات، ج. 1، مطبعة<sup>(21)</sup> المعارف، بغداد، 1972م، ص 99.

انظر: ثروت بدوي، النظم السياسية، الكتاب الأول، الطبعة الأولى<sup>(22)</sup> 1961، الناشر دار النهضة العربية، ص 180،

انظر: د/ حسين محمد عثمان، النظم السياسية والقانون والدستوري،<sup>(23)</sup> الدار الجامعية 1989، ص 30.



الأساسية الجديدة و منها حق التقاضي و عكسها إلى منافع حقيقية لأفراد المجتمع<sup>(24)</sup>.

ثانياً: مكانة الحق في التقاضي:

سيتم فيما يأتي تناول مكانه حق التقاضي في القانون الوضعي الدولي و الداخلي بإيجاز، في فقرة مستقلة لكل منهما، على النحو الآتي:

### 1. مكانة حق التقاضي في القانون الدولي:

في الحقيقة يمكن القول أن مكانة و أهمية حق التقاضي وجدت تقديرها في وقت مبكر في مصادر و فروع القانون الدولي، و سبقت ربما الكثير من القوانين الداخلية للدول في اعطاءها الحظوة لهذا الحق الإنساني المهم، حتى أنها صارت في كثير من الأحيان الرائد و القدوة للقوانين الداخلية في هذا المجال، حيث أتبعت الأخيرة خطوات قواعد القانون الدولي أن اختياراً و تقليداً أو إلزاماً و تنفيذاً.

و لقي و لا زال مبدأ استقلال القضاء اهتماماً دولياً نظراً لأهمية القضاء و دوره الحاسم في سبيل إعلاء كلمة القانون و حماية حقوق الإنسان، ذلك أن مبدأ استقلال القضاء يعني تحصين السلطة القضائية من التدخل، و في نفس الوقت فهذا المبدأ لا يعني الانفصال التام للقضاء أو التحرر المطلق له عن باقي السلطات، مما ينذر باستبداد محتمل للقضاء أو ما يعرف بنشوء حكومة القضاة، فالاستقلال وسيلة لتحقيق أهداف أخرى من أبرزها سيادة القانون، و حماية الحقوق و الحريات، و استقلال القضاء بهذا الوصف لا يتعدى حدود عدم التدخل بشؤونه من قبل باقي السلطات من دون أن يصل إلى الانفصال أو الانعزال.

و من أهم الالتزامات على عاتق الدولة القانونية تقرير و تأكيد المبادئ التي يقوم عليها صرح القضاء العادل و التي تكفل حقوق و ضمانات المتقاضين أمامه و من هذه المبادئ كفالة الحق في التقاضي، و كفالة حقوق الدفاع و ضماناته، و تقرير مبدأ المساواة أمام القضاء،

انظر: د/ أحمد عبد الله رحمة الله البياتي، مصدر سابق، ص 24. <sup>(24)</sup>

و تقرير استقلال القضاء باعتباره سلطه لها ذاتيتها عن سائر السلطات في الدولة، للتأكيد على أن استقلال القضاء و حصانته ضمانتان أساسيتان لحماية الحقوق و الحريات و أن لا قيمة لهذه و تلك دون قضاء يعطيها معانيها و يصل بها إلى غايتها، و كل ذلك في إطار من الاستقلال و الحياد و التجرد و الموضوعية<sup>(25)</sup>.

كما أن استقلال القضاء يعني عدم خضوع القضاء في تنظيمه إلا لسلطة القانون، بحيث يكون عمل القضاء في سبيل إقرار الحق و العدل خاضعاً لما يمليه عليه القانون و ضمير القاضي و اقتناعه الحر السليم، و استناداً لهذا فإن استقلال القضاء لا يلغي علاقة السلطة القضائية بغيرها من السلطات، سيما أن السلطة التشريعية تمارس دوراً مهماً في تنظيم القضاء من خلال إصدار التشريعات، كما أن السلطة التنفيذية تمارس دوراً غير قليل بما يختص بالشئون الإدارية لأعضاء الهيئات القضائية.

و قد تجسد ذلك الاهتمام المتزايد بمبدأ استقلال القضاء في النصوص التي تؤكد على ذلك و يمكن الإشارة إلى أهمها: كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948م، (نص المادة 10)، و العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، 1966م، (نص المادة 14، الفقرة 1)، و الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي أبرمت في روما 1950م، (نص المادة 6، الفقرة 1)، و الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان التي أصبحت نافذة عام 1978م، (نص المادة 8، الفقرة 1)، و يمكن ذكر مضامين أهم النصوص المؤكدة على استقلال القضاء، و منها:

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948م، و الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها المرقم (217)<sup>(26)</sup>، حيث أكد على وجوب احترام حق اللجوء إلى المحاكم

انظر: د/ صلاح سالم جودة، المصدر السابق، ص 7.<sup>(25)</sup>

انظر: د/ عبد العظيم وزير مقاله: تدريس حقوق الإنسان في كليات<sup>(26)</sup> الحقوق بالجامعات العربية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة مجلدات حقوق الإنسان، المجلد الرابع، ص 11.

الوطنية و على الحق في محاكمة عادلة و مستقلة و نزيهة في المادتين (8 و 10)، من الإعلان على التوالي، فقد نصت المادة الثامنة من الإعلان العالمي " لكل شخص حق اللجوء إلى المحاكم الوطنية لإنصافه من أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها له القانون"<sup>(27)</sup>، كما نصت المادة العاشرة من الإعلان العالمي " لكل إنسان، على قدم المساواة التامة مع الآخرين الحق في أن تنظر قضيته محكمة مستقلة نزيهة نظراً عادلاً علنياً، للفصل في حقوقه و التزاماته و في أي تهمة جنائية توجه إليه"<sup>(28)</sup>.

و هكذا تبرز أمامنا المادتان (8 و 10) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة في العاشر من ديسمبر عام 1948م، بوصفهما تعبيراً واضحاً على الإدراك الحقيقي لأهمية هذا الحق و الحرص المخلص على تأكيد ممارسته حماية حقوق و حريات الإنسان.

و لم تخلُ الاتفاقيات الإقليمية هي الأخرى من ما يؤكد اهتمامها بحق الأفراد في التقاضي، و مثال ذلك ما نجده في (المادة السادسة)، من اتفاقية حقوق الإنسان في نطاق مجلس أوربا، المبرمة في الرابع من نوفمبر 1950م، و كذلك الأمر في المؤتمرات الإقليمية و مثالها: المؤتمر العربي الخامس للعلوم الإدارية، الذي أكد على كفالة حق المواطنين في اللجوء إلى القضاء، سواء في القانون الدولي أو في بعض الحالات في القانون الداخلي<sup>(29)</sup>.

---

حقوق الإنسان، مجموعة صكوك دولية، الأمم المتحدة، نيويورك<sup>(27)</sup> 1983م، منشورات الأمم المتحدة، ص3.

انظر: نصوص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، منشورات الأمم<sup>(28)</sup> Reprinted in U.N. DPI/15-22832-  
Sep.1988..

خضر عكوبي يوسف، موقف القضاء العراقي من الرقابة على القرار<sup>(29)</sup> الإداري، رسالة الماجستير- الطبعة الأولى، 1976م، مطبعة الحوادث، بغداد، ص ص 251، 252.

## 2.2- مكانة حق التقاضي في القانون الداخلي:

إن الاهتمام الدولي الذي حظي به الحق في التقاضي قد انعكس على النظام القانوني الداخلي، فالمحكمة الدستورية قد اكدت أن كفالة هذا الحق هو تأكيد لما أوردته المواثيق و الاتفاقيات الدولية، إذ جاء في أحد أحكامها على أنه قد: "أفصح الدستور بنص الفقرة (و) من المادة (20) منه، على كفالة حق التقاضي، وفقاً للقانون كمبدأ دستوري أصيل، مردداً بذلك ما قررته المواثيق و الاعلانات الدولية من كفالة هذا الحق لكل فرد، باعتباره الوسيلة التي تكفل حماية الحقوق التي يتمتع بها قانوناً، ورد العدوان عليها..."<sup>(30)</sup>، فهذا الحكم يؤكد بأن كفالة هذا الحق في الدستور هو تأكيد لما رددته المواثيق و الاعلانات الدولية.

كما نجد هذا الاهتمام في مختلف الدساتير الوطنية التي أولت اهتمام كبيراً لحقوق و حريات الأفراد و أهمها حق التقاضي و ذلك في أحكام و قواعد ضامنة احتوتها المواد الدستورية في مختلف الدول، و حظيت هذه المواد بمكانة متميزة<sup>(31)</sup>.

و لا بد أن تنعكس مثل هذه الأحكام الدستورية في قواعد القانون العادي و التشريع الفرعي، و هو ما تشهد عليه النصوص القانونية، سواء بصيغ مباشرة أو من خلال تأثير الولاية العامة للقضاء، و نجد أن النظم القضائية منذ فجر عدالتها جعلت حق التقاضي حقاً مقدساً لا يجوز المساس به لتمكين الناس من اقتضاء حقوقهم دون موانع أو

<sup>30</sup> ( حكم المحكمة الدستورية رقم (ح/2/ 2010) لسنة 8 قضائية، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم 3055، بتاريخ 7/يونيو/2012.

انظر: د/فؤاد العطار، كفالة حق التقاضي، مصدر سابق ص 642، و <sup>31</sup> أنظر الكاتب نفسه، القضاء الإداري، مصدر سابق ص 178، و كذلك:

د/السيد صبري، الرقابة على دستورية القوانين، مقال منشور في مجلة القضاء، تصدرها نقابة المحامين في العراق، العدد الخامس، ت 2، ك 2، 2958، السنة 16 مطبعة العاني، بغداد، ص 649.

عقبات، و لتحقيق نشر العدالة و إرساء قواعدها في المجتمع<sup>(32)</sup>. و يرى البعض عن حق بأن القضاء قد أعترف بحق التقاضي كحق أصيل يستمد وجوده من المبادئ العليا للجماعات منذ وجدت، و بأن أحكامه في مختلف الدول قد جسدت هذا الموقف، و يمكن الإشارة في هذا الصدد إلى محكمة تمييز العراقية التي و صفت حق التقاضي في واحد من قراراتها بأنه: " حق عام لا يجوز التنازل عنه"<sup>(33)</sup>، و كذلك ما أكدته المحكمة العليا و المحكمة الدستورية العليا في مصر من اعتبار هذا الحق حقاً أصيلاً يجب حمايته<sup>(34)</sup>.

و بدأت الاطار نص الدستور البحريني على هذا الحق في المادة (20) الفقرة (و) و التي جاء فيها بأن: "حق التقاضي مكفول طبقاً للقانون"، و هذا النص قد ورد في الباب الثالث الخاص بالحقوق و الواجبات العامة، و ان المشرع الدستوري قد و وضع في هذا الباب ضمانات مهمة لحماية هذا الحق مع سائر الحقوق الأخرى التي نص عليها الدستور، إذ نص الدستور على أن تنظيم الحقوق و الحريات يكون بالقانون أو بناء عليه، بمعنى أن الجهة المختصة بتنظيم هذه الحقوق و الحريات الواردة في الدستور و منها الحق بالتقاضي هي السلطة التشريعية (المجلس الوطني)، على أن لا يمس هذا التنظيم

---

انظر: فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، الطبعة الأولى 1977، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 207.

انظر: د/فؤاد العطار، القضاء الإداري، مصدر سابق، ص 178، و<sup>(33)</sup> كذلك: د/أدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي، جامعة بغداد، كلية القانون، 1988م، ص 44، هامش 3.

انظر: رابح لطفي جمعة، حقوق الإنسان في قضاء المحكمة الدستورية<sup>(34)</sup> العليا المصرية، مقال منشور في مجلدات حقوق الإنسان، دراسات تطبيقية عن العالم العربي: اعداد محمود شريف بسيوني، د/محمد سعيد الدفاق، د/عبدالعظيم وزير، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الأولى، ت 2،

1989م، المجلد، الثالث، 265.

بجوهر الحق أو الحرية<sup>(35)</sup>.

كذلك فإن أحكام المحكمة الدستورية البحرينية قد أشارت إلى أن الحق في التقاضي من الحقوق الأصيلة، فجاء في أحد أحكامها أنه: " ... و ليس ثمة تناقض بين الحق في التقاضي كحق دستوري أصيل و بين تنظيمه تشريعياً شرط ألا يتخذ المشرع هذا التنظيم وسيلة إلى حظر هذا الحق أو إهداره...."<sup>(36)</sup>، و أشارت المحكمة إلى ذات المعنى في حكم آخر و الذي جاء فيه: " أفصح الدستور بنص الفقرة (و) من المادة (20) منه، على كفالة حق التقاضي، وفقاً للقانون، كمبدأ دستوري أصيل، مردداً بذلك ما قرره المواثيق و الاعلانات الدولية في كفالة هذا الحق لكل فرد باعتباره الوسيلة التي تكفل حماية الحقوق التي يتمتع بها قانوناً، ورد العدوان عليها...."<sup>(37)</sup>.

و في الحقيقة فإن هذا الاهتمام الكبير من القضاء تجاه حق التقاضي ليس بمستغرب، فغاية القضاء الأساسية هي ضمان الحماية القانونية للناس كافة دون تمييز.

المبحث الثاني: طبيعة الحق في التقاضي

يتميز الحق في التقاضي بطبيعة خاصة، حيث يمكن من خلال هذه الطبيعة تمييزه عن غيره من الحقوق، و إن كان يشترك في نفس الوقت مع بعض الحقوق ببعض المميزات، و يمكن إبراز الطبيعة الخاصة لهذا الحق من خلال تسليط الضوء على بعض خصائصه الرئيسية، مع بيان أهم الخصائص التي أبرزتها المحكمة الدستورية في أحكامها، و يمكن إجمال هذا الخصائص بالآتي:

( نص المادة 31 من الدستور البحريني.<sup>35</sup>

( حكم المحكمة الدستورية رقم (د/1/3 0) لسنة 1 قضائية دستورية،<sup>36</sup>

المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد رقم 2633، بتاريخ 5/ مايو/ 2004.

( حكم المحكمة الدستورية رقم (ح/2/ 2010) لسنة 8 قضائية دستورية،<sup>37</sup>

و المنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم 3055، بتاريخ 7/ يونيو/ 2012.

## 1. أنه حق أصيل و مستقل من حقوق الإنسان:

أي أنه من الحقوق الطبيعية اللصيقة بشخص الإنسان، و لا تنفك عنه أبداً، و على هذا فهو ليس مجرد ضمانة لحق من حقوق الإنسان، و إنما هو حق مستقل قائم بذاته حتى عد المدخل الطبيعي لغيره من حقوق الإنسان و إن تكامل مع بعضها، كالحق في الكرامة و الحق في الحياة، و هي حقوق أصيلة أيضاً، فهذا التكامل لا ينال من ذاتيته و استقلاله.

و تكمن أصالة الحق في التقاضي، في أنه بدونه يستحيل على الأفراد أن يأمنوا على حرياتهم و حقوقهم المشروعة أو يردّوا ما يقع عليها من اعتداء، لذلك فإن تقرير حق التقاضي و كفالته في مجتمع ما يؤدي إلى استقرار المجتمع و تقدمه و شيوع العدل و الإحساس بالطمأنينة فيه<sup>(38)</sup>.

و اشارت المحكمة الدستورية البحرينية في عدد من أحكامها إلى هذه الطبيعة للحق في التقاضي، فأكدت على أن الحق في التقاضي من الحقوق الأصيلة إلى أنه حق دستوري<sup>(39)</sup>.

و يذهب بعض الفقه إلى القول بأنه انطلاقاً من أصالة الحق في التقاضي، فهو حق دستوري لا يجوز حرمان أي شخص من التمتع به، و لا يصح لأية جهة في الدولة أن تنال منه على أيه صورة من الصور، و القول بغير ذلك يجعل أحكام القانون و الدستور كالعدم<sup>(40)</sup>.

---

انظر: د/ عبد الرحمن علام، بحث بعنوان: "الحق في التقاضي"، مقدم<sup>(38)</sup> إلى ندوة حق التقاضي التي عقدت بجامعة الزقازيق سالف الإشارة إليها، ص 4، 3.

(راجع حكم المحكمة الدستورية رقم (د/1/3 0) لسنة 1 قضائية<sup>39</sup> دستورية، المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد رقم 2633 بتاريخ 5/مايو/ 2004. وكذلك حكم المحكمة الدستورية رقم (ح/2/2010) لسنة 8 قضائية دستورية، والمنشور في الجريدة الرسمية بالعدد رقم 3055، بتاريخ 7/ يونيو/ 2012.

انظر: د. شكري دسوقي، المرجع السابق ص 156، د. سعد عصفور،<sup>(40)</sup>

2. إنه حق يتمتع به كل إنسان على قدم المساواة التامة مع الآخرين: فهو غير مقصور على الوطنيين فقط ولكنه يشمل الوطنيين والأجانب على قدم المساواة، وفي حال التمييز في الحصول على هذا الحق بين الوطني والأجنبي، نكون أمام ممارسة صريحة لما يعرف بـ "إنكار العدالة"، أمام القضاء، أو أمام القانون. والقوانين مهما كان حظها من السمو فلن تبلغ الغاية منها، وتظل مجرد حبراً على ورق ما لم يتوافر على تطبيقها قضاءً يتغيا إدراك مراميها وفرض سلطانها على الكافة دون تمييز<sup>(41)</sup>، وبما يؤدي إلى ويؤكد على مبدأ المساواة بين الناس جميعاً، لذلك فالقضاء هو السبيل إلى العدل والإنصاف، لذلك يهرع الناس إلى ساحته، وهم أمامه سواء لا قوي ولا ضعيف لديه، ولا شريف ولا مشرف أمامه، بل هو حصن الأمان لكل من داهمه الخوف وهو سيف الحق البتار لكل يد تمتد إلى حرمان الناس.

وقد سارت المحكمة الدستورية على ذات الاتجاه، فأكدت على ضرورة المساواة بين الأشخاص في التمتع بالحق في التقاضي، إذ جاء في أحد أحكامها على أنه: "... وحيث أن دستور مملكة البحرين قد حرص في الباب الثالث منه على تأكيد حق الأفراد في التمتع بمجموعة من الحقوق والحريات، دون تمييز في كفالة هذه الحقوق، وهي حقوق تتكامل فيما بينها، ومنها المادة (20) والتي تنص على

---

النظام الدستوري المصري، دستور سنة 1971م، ص147، منشأة المعارف بالإسكندرية، د. علي الباز، الحقوق والحريات والواجبات العامة، مع دراسة تطبيقية للعلاقات العامة بأجهزة الشرطة في دساتير دول مجلس التعاون الخليجي مع المقارنة بالدستور المصري، بحث، مجلة المحامي الكويتية، س11، أعداد: أكتوبر، نوفمبر، ديسمبر، 1988م، ص60.

انظر: دكتور أحمد عبدالوهاب أبو وردة السيد، حق الإنسان في<sup>(41)</sup> التقاضي بين مقتضيات الاحترام ومواطن الإخلال، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005/2006م، ص5.



أن: "حق التقاضي مكفول وفقاً للقانون، الذي يفترض ابتداءً، و  
بداهة، أن يكون لكل شخص الحق في النفاذ إلى المحاكم بصورة  
ميسرة.." (42)

و هذا الحكم واضح في دلالاته على ضرورة تمتع جميع الأفراد  
بالحقوق بصورة متساوية دون أي تمييز، و منها الحق في التقاضي إذ  
يجب أن يتمتع الأفراد به دون تمييز بينهم، فالحقوق تتكامل فيما بينها  
و المساس بأي حق قد يشكل انتهاكاً لحق آخر.

كما و أكدت المحكمة على ذات الأمر في حكم آخر و ذلك بمناسبة  
نظرها في الطعن بعدم دستورية نص المادة (5) و (27) من المرسوم  
بقانون رقم (7) لسنة 1989م، بشأن مزاولة مهنة الطب البشري و  
طب الأسنان، فقد نصت المادة (5) من المرسوم بقانون أعلاه على أن:  
"تشكل بقرار من وزير الصحة لجنة للنظر في طلبات مزاولة مهنة  
الطب البشري و طب الأسنان و ذلك بعد التحقق من الشهادات العلمية  
لطالب الترخيص، و التأكد من كفايته المهنية..."

في حين نصت المادة (27) من ذات المرسوم بقانون على أنه: "...  
و تختص اللجنة المنصوص عليها في المادة (5) من هذا القانون  
بتقرير حدوث الأخطاء المشار إليها"، إذ استند الطاعن بعدم دستورية  
هذه المادة لأنها تخل بمبدأ المساواة بالحق في التقاضي، إلا أن  
المحكمة قد ردت هذا الطعن بقولها: "... و من ثم يضحى أكيداً أنه لا  
وجه للقول بأن النص الطعين يقيم - اعتسافاً - تمييزاً تحكيمياً منهيماً  
عنه، بين أطراف منازعة تتعلق بإثبات الخطأ الطبي، و غيرهم من  
المتقاضين، الذين يتداعون قضائياً لإثبات ضرر يدعون حصوله، في  
مسعاهم إلى نيل الترضية القضائية التي ينشدونها، بما مؤداه أن النعي  
على هذا النص مساسه بمبدأ المساواة يغدو قائماً على غير أساس،  
حرياً بالرفض...." (43)

( حكم المحكمة الدستورية رقم (ح/ 1 / 2010) لسنة 6 قضائية دستورية، 42  
المنشور في الجريدة الرسمية رقم 3042، بتاريخ 8/ مارس/ 2012.

( حكم المحكمة الدستورية رقم (د/ 2 / 2010) لسنة 6 قضائية دستورية، 43

و في حكم آخر أشارت المحكمة إلى ضرورة تمتع الأفراد بهذا الحق على قدم المساواة دون تمييز بينهم، إذ تتلخص وقائع القضية بأن موظف في أحد البنوك أقام دعوى ضد البنك الذي يعمل به، و ضد البنك المركزي الذي يتولى الإشراف على هذا البنك، مطالباً بحقوقه المالية، إلا أن البنك طالب برد الدعوى على أساس أن قانون البنك المركزي لا يجيز رفع دعوى من أحد الموظفين ضد البنك الذي يعمل به إلا بموافقة مدير البنك، فدفعت المحكمة بعدم دستورية هذا النص، و قد حكمت المحكمة الدستورية بعدم دستورية هذا النص و ذلك لإخلاله بمبدأ المساواة في حق التقاضي من جهة، إذ يجيز لدائني البنك إقامة دعوى ضده دون موافقة احد، بينما إذا كان الدائن أحد العاملين به فلا يجوز له ذلك إلا بموافقة المدير، و لإخلاله بحق التقاضي من جهة أخرى لأنه يضع عوائق إجرائية تحول بين الشخص و اللجوء للقضاء، إذ جاء في نص الحكم: "...لأن الدستور قد كفل للناس جميعاً حقهم في اللجوء إلى القضاء، لا يتمايزون في ذلك فيما بينهم، فلا ينحسر عن فئة منهم، سواء من خلال إنكاره، أو عن طريق العوائق الإجرائية، أو المالية التي يحاط بها، ليكون عبئاً عليهم، حائلاً دون الحقوق التي يدعونها، لئتمخض ذلك عدواناً على حق التقاضي، و ينحل إنكاراً للعدالة. و حيث أن الدستور قد جعل مبدأ المساواة بين المواطنين أساساً من أسس المجتمع التي تكفلها الدولة، طبقاً للمادتين (4) و (18) منه، و ذلك بحسبانه ركيزة أساسية للحقوق و الحريات على اختلافها، و أساساً للعدل و السلام الاجتماعي، و الا يكون التمييز بين المواطنين تحكيمياً، و انما يتعين أن يستند - إن وُجد - إلى أسس موضوعية. و لما كان وقف إجراءات التقاضي، و اشتراط موافقة المدير المعين على إقامة أية دعوى ضد البنك، على النحو الذي جرى

---

المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد رقم 3059 بتاريخ 5/ يوليو/ 2012. وفي ذات الاتجاه حكم المحكمة الدستورية رقم (د/ 3/1 0) لسنة 1 قضائية دستورية، المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد رقم 2633 بتاريخ 5/ مايو/

2004

به النص، هو تمييز غير مبرر، و لا يقوم على أسس موضوعية ضد دائني هذا البنك، و يخل بالمساواة بينهم و بين سائر الدائنين لمختلف الجهات، و لا يقوم على أسباب سائغة، فإنه يعد إخلالاً بمبدأ المساواة<sup>(44)</sup>.

3. يرتبط هذا الحق بالسلطة القضائية ارتباطاً وثيقاً: تعمل أنظمة الحكم في الدول الديمقراطية الحديثة و المعاصرة جاهدة على بث الطمأنينة في نفوس المواطنين و تأمينهم على و حقوقهم حرياتهم، لأن ذلك من أسمى مهام الدولة القانونية و لا سبيل إلى ذلك إلا بالاحتكام إلى سيادة القانون و اعلاء مبدأ المشروعية الذي يتعين أن يسري على الحاكمين و المحكومين على السواء<sup>(45)</sup>. و تعد السلطة القضائية هي السلطة المختصة بممارسة هذا الحق، أو السلطة التي يمارس لديها أو أمامها هذا الحق، لذلك فإن كل اعتداء على هذه السلطة أيأ كان نوعه أو مداه هو في نفس الوقت اعتداء على حق الإنسان في التقاضي و العكس صحيح. و أصبحت السلطة القضائية هي إحدى سلطات الدولة الرئيسية إلى جانب السلطتين التشريعية و التنفيذية التي يقوم عليها نظام الحكم، و من ثم فإن الاضطلاع بهذه المهمة يعد أمراً واجباً عليها، بل و مبرراً من مبررات وجودها و بقائها، الأمر الذي يمكن معه الجزم بأن إقامة القضاء فرض عين على الدولة، فهي ملزمة بأن تكرر المبادئ القانونية التي يشيد عليها صرح القضاء العادل و أن تميظ عن طريقه ما قد يعترضه و يعيق بلوغه غايته و أداء مهمته. و أكدت المحكمة الدستورية على هذا الترابط بين حق التقاضي و السلطة القضائية في أحد أحكامها و الذي جاء فيه: "سلطة المشرع

---

( حكم المحكمة الدستورية رقم (د / 3 / 2014) لسنة 12 قضائية، 44 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 3199 بتاريخ 5 مارس 2015. انظر: د/ يس عمر يوسف، استقلال السلطة القضائية في النظامين<sup>(45)</sup> الوضعي و الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس 1984م، ص 5.

في تنظيمه لحق التقاضي هي سلطة تقديرية جوهرها المفاضلة التي يجريها بين البدائل المختلفة التي تتصل بالموضوع محل التنظيم، لاختيار أنسبها لفحواه، و أحرأها بتحقيق الأغراض التي يتوخأها، و أكفلها للوفاء بأكثر المصالح وزناً، حذَه في ذلك أن يكفل للخصومة القضائية عدالتها بما يصون مبادئها ضامناً ألا يكون الفصل فيها بعيداً عن أدلتها أو نابذاً الحق في إجهاضها من خلال مقابلتها بما يهدمها من الأدلة، فلا يكون بنیان الخصومة متحيفاً حقوق أحد من الخصوم بل مكافئاً بين فرصهم في مجال إثباتها أو دحضها استظهاراً لحقائقها و اتصالاً بكل عناصرها، وصولاً إلى ترضية قضائية منصفة هي - بافتراض اتساقها مع أحكام الدستور و القانون - تشكل ركناً ركيناً من حق التقاضي، و ترتبط بالأغراض النهائية التي يعمل لبلوغها. و حيث أن قضاء هذه المحكمة قد استقر على استقلال السلطة القضائية و هو أمر لازم لضمان الخضوع للقانون، و قد كفل الدستور المعدل للسلطة القضائية استقلالها و جعل هذا الاستقلال عاصماً من التدخل في أعمالها أو التأثير في مجرياتها أو إرهابها بقيود تستنفذ ولايتها باعتبار أن القرار النهائي في شأن حقوق الأفراد و واجباتهم و حرياتهم هو بيد أعضائها، لا سلطان عليهم في ذلك لغير القانون. و حيث أن النص الطعين قد ورد خلواً من كل ما من شأنه أن يستقيم موطناً لقالة مصادرتة سلطان القاضي و حرিতে في تقدير الدليل المستخلص من تقرير لجنة التراخيص الطبية أنفة الذكر يستنفذ به سلطاته المقررة باعتباره القاضي الأعلى في الدعوى، كما لم يغل هذا النص يد القاضي عن تكليف خبير آخر غير لجنة التراخيص الطبية، بعد إيداع هذه اللجنة لتقريرها، استيفاءً لعقيده في النزاع بالاستناد إلى الدليل الذي يركن إلى وجاهته، و من ثم فلا سند للقول بإخلال النص الطعين بحق التقاضي و بمبدأي استقلال القضاء و فصل السلطات" (46).

( حكم المحكمة الدستورية رقم ( د / 1 / 08 ) لسنة 6 قضائية، والمنشور 46 في الجريدة الرسمية بالعدد رقم 3024 بتاريخ 3 نوفمبر 2011.

إن المحكمة تؤكد في هذا الحكم على الترابط بين حق التقاضي و السلطة القضائية، بل وعدت المحكمة استقلال القضاء ضماناً من ضمانات حق التقاضي، فاستقلال القضاء يجعله بعيداً عن أي تأثير في عمله، و بالتالي يقوم بدوره في حماية و صيانة حقوق الأفراد و حرياتهم، و حددت المحكمة معنى استقلال السلطة القضائية بأن هذه السلطة لا سلطان عليها لغير القانون، و حكم المحكمة الدستورية هو تأكيد لما نص عليه الدستور البحريني في المادة (104)، و التي جاء فيها: "أ- شرف القضاء، و نزاهة القضاة و عدلهم، أساس الحكم و ضمان للحقوق و الحريات. ب- لا سلطان لأية جهة على القاضي في قضائه، و لا يجوز بحال التدخل في سير العدالة، و يكفل القانون استقلال القضاء، و يبين ضمانات القضاة و الأحكام الخاصة بهم...".

و في حكم آخر أكدت المحكمة الدستورية بأن وضع عوائق إجرائية تحول دون وصول الأشخاص إلى القضاء يمثل إخلالاً بمبدأ الفصل بين السلطات، و يشكل اعتداءً من السلطة التشريعية على السلطة القضائية، أي يشكل مساساً باستقلال القضاء، إذ جاء في نص الحكم أنه: "و حيث أن الدستور قد قرّر طبقاً للمادة (32 / أ) على أن: "يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات التشريعية و التنفيذية و القضائية مع تعاونها وفقاً لأحكام هذا الدستور، و لا يجوز لأي من السلطات الثلاث التنازل لغيرها عن كل أو بعض اختصاصاتها المنصوص عليها في هذا الدستور...".

و مقتضى ذلك، أن اختصاص السلطة التشريعية بسن القوانين لا يخولها التدخل في أعمال أسندها الدستور إلى السلطة القضائية، و ليس لها أن تأتي عملاً يخل بالحدود التي تفصل بين ولايتها، و المهام التي تتولاها السلطة القضائية، و التي حصرها الدستور بها، و قصرها عليها، و إلا كان ذلك افتتاتاً على عملها.

لما كان ذلك و كان النص الطعين قد منح المدير المعين سلطة الموافقة أو عدمها على إقامة الدعوى، يكون المشرع قد تدخل في شؤون السلطة القضائية، و حرّمها من اختصاص أصيل أناطه الدستور

بها، هو اختصاص الفصل في الخصومات، مما يوقعه في مثلية إهدار مبدأ الفصل بين السلطات<sup>(47)</sup>.

إن هذا الحكم يوضح العلاقة بين الحق في التقاضي و السلطة القضائية، إذ عدت المحكمة الدستورية الإخلال بهذا الحق إعتداءً على السلطة القضائية.

4. يتميز هذا الحق باتساع نطاقه:

الحق في التقاضي غير مقصور على منازعات معينة، و إنما يتسع نطاقه ليشمل كافة أنواع المنازعات (القضايا)، سواء كانت مدنية أم تجارية أو جنائية أو إدارية أو دستورية.. إلخ، كما أنه غير مقصور على محاكم جهة قضائية بعينها، و إنما يتسع ليشمل كل محكمة أياً كان نوعها أو درجتها طالما تدرج في نطاق القضاء العام في الدولة و يمارس لديها هذا الحق بكافة ضماناته.

فلا تملك السلطات التنفيذية و التشريعية الحق في إصدار تشريعات تمنع بها القضاء من النظر في البعض القضايا أو أن تسلبه الحق في التصدي لدعاوي بشأن منازعات معينة، باعتبار أن ذلك يمثل إعتداء على حق الإنسان في التقاضي، وهو من الحقوق الطبيعية اللصيقة بشخص الإنسان و التي لا يجوز المساس بها ، أو الإعتداء عليها، كما يمثل في ذات الوقت إعتداءً صارخاً و افتئاتاً على السلطة القضائية<sup>(48)</sup>. و على هذا الأساس لا يملك المشرع إخراج منازعات بعينها من ولاية القضاء أو تحصين تصرف من التصرفات من رقابته لأن في ذلك تعدياً على سلطة القضاء و انتقاصاً من ولايته، كما يمثل في حال حدوث ذلك تعدياً على حق التقاضي و افتئاتاً عليه، و هو ما لا يملكه المشرع<sup>(49)</sup>.

( حكم المحكمة الدستورية رقم (د / 3 / 2014) لسنة 12 قضائية، 47 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 3199 بتاريخ 5 مارس 2015.

انظر: د/ عبدالغني بسيوني، المساواة أمام القضاء و كفالة حق<sup>(48)</sup> التقاضي، مصدر سابق، ص26.

انظر: د/ محمد عصفور، المرجع السابق، ص195. <sup>(49)</sup>

و أشارت المحكمة الدستورية إلى هذا الأمر في أحد أحكامها، فأكدت على اتساع مفهوم حق التقاضي ليشمل حق كل شخص في الوصول للمحاكم بصورة ميسرة لا تحول بينه وبين مباشرة هذا الحق أية عوائق إجرائية من جهة، و أن يكون للمحاكم الحق في نظر جميع المنازعات، و ألا يستثنى من ذلك أية منازعة و لأي سبب كان من جهة ثانية<sup>(50)</sup>.

و أكدت المحكمة الدستورية على ذات الموضوع في أحكام أخرى منها حكمها في القضية رقم (06/3/د) لسنة (4) قضائية و التي جاء فيها: "جرى قضاء هذه المحكمة، على أن الحقوق التي تستمد وجودها من النصوص التشريعية يلزمها بالضرورة، و من أجل اقتضائها، تمتعها بالحماية التي يكفلها الدستور أو المشرع العادي لها، مما يلقي على عاتق الدولة التزاماً قانونياً بتوفير الوسائل الاجرائية و القواعد الموضوعية التي تمكن أصحاب الحقوق – مواطنين و أجانب – من خلالها من ردّ العدوان الذي يقع على حقوقهم الثابتة وفقاً لنظمها القائمة، و يتمثل المدخل الطبيعي لتلك الحماية في مبدأ حق التقاضي المقرر بنص الفقرة (و) من المادة (20) من الدستور المعدل التي تنص على أن: "حق التقاضي مكفول وفقاً للقانون". فهو نص يدلّ على العموم و الاطلاق ليدخل في حكمه ضمان حق التقاضي للناس كافة – مواطنين و أجانب على السواء – و يشمل كذلك الحقوق جميعاً سواء وردت في الدستور أو في القوانين، و مؤدى ذلك ضرورة التلازم بين قيام هذا الحق إلى جانب الحقوق الموضوعية المتنازع عليها، باعتباره وسيلة حماية دستورية لهذه الحقوق وفقاً لقواعد الدستور.

و من ثم لا يسع الدولة بموجبه أن تتنصل من مقتضياته أو أن

---

( حكم المحكمة الدستورية رقم (ح/1/2010) لسنة 6 قضائية المنشور<sup>50</sup> في الجريدة الرسمية العدد رقم 3042، بتاريخ 8/ مارس/ 2012. و ذات الأمر أكدت عليه المحكمة في حكمها رقم (ح/2/2010) لسنة 8 قضائية المنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم 3055 بتاريخ 7/ يونيو/ 2012.

تجدد على غير مواطنيها الحق في النفاذ إلى قضائها للدفاع عن حقوقهم المقررة في تشريعاتها، أو أن توصل دونهم باب اللجوء إلى المحكمة الدستورية طلباً للحماية الدستورية التي نصت عليها المادة (106) من الدستور المعدل، وطبقاً للأوضاع المقررة في قانون إنسانها، حتى لا تكون الحقوق و الحريات المقررة لهم في القانون مجردة من وسيلة حمايتها، فيصبح النص عليها بدونها لغوا يُنزه عنه المشرع.. " و واضح من خلال هذا الحكم بأن المحكمة الدستورية تؤكد على أن القضاء هو الضامن الحقيقي للحقوق و الحريات، و بالتالي لا يجوز أن تحصن دعاوى معينة تخص حق من الحقوق من نظر القضاء. و لا يجوز أن يمنع أشخاص معينين من اللجوء للقضاء، فالقضاء هو الضامن الحقيقي لجميع الحقوق و الحريات و لكل الأشخاص.

5. أنه مبدأ أساسي من مبادئ القانون:

نظراً لضرورة هذا الحق للإنسان فهو حق دستوري، لذلك فقد حرصت الدساتير المختلفة على تقريره و النص عليه و نخص هنا بالذكر دستور مملكة البحرين الذي كفل الحق في التقاضي إلى جانب ضمانات العدالة و الحقوق و الحريات التي تضمنها الفصل الثالث من الدستور<sup>(51)</sup>، و يرد في معظم الدساتير ضمن الحريات و الحقوق و الواجبات العامة<sup>(52)</sup>، و إذا كانت الدساتير تمنح عادة السلطة القضائية ولاية القضاء الكاملة فإن حق التقاضي يشكل الضمان لحماية هذه الولاية و لاستقلال السلطة القضائية في الوقت نفسه<sup>(53)</sup>.

انظر: المادة (20) من دستور مملكة البحرين الصادر سنة 2001م، و<sup>51)</sup> تعديلاته، و انظر عموماً، المواد الدستورية في الفصل الثالث و التي تضمنت الكثير من الحقوق و الحريات و الضمانات.

انظر: د/ أمينة النمر، المرجع السابق، ص8، و كذلك: د/ عبدالرحيم<sup>52)</sup> صدقي، المرجع السابق، ص1، و ما بعدها، و كذلك: د/ عاشور مبروك، المرجع السابق ص48.

انظر: /فؤاد العطار، القضاء الإداري ، مصدر سابق، ص 158.<sup>53)</sup>



و يرى البعض أنه لا يمكن أن يعد نظام الحكم في دولة ما ديمقراطياً إلا بكفالة حق التقاضي الذي يطمئن الأفراد من خلاله على حقوقهم و يزيل من نفوسهم الشعور بالظلم، و لا يمكن للأفراد أن يمارسوا حقهم الطبيعي في اللجوء إلى السلطة القضائية لاقتضاء حقوقهم المعتدي عليها بصورة صحيحة دون وجود سلطة قضائية مستقلة عن تدخل السلطين الأخرين التنفيذية و التشريعية في شؤونها، و هذا يعني ضرورة وجود مبدأ الفصل بين السلطات، هذا المبدأ الذي أضحي المحور الرئيس الذي تدور من حوله عملية تنظيم السلطات العامة في الدولة الديمقراطية الحديثة<sup>(54)</sup>.

و قد جاء في أحد أحكام المحكمة الدستورية الإشارة إلى أن الحق في التقاضي هو حق دستوري أصيل، إذ جاء في أحد أحكامها بأن: ".... ليس ثمة تناقض بين الحق في التقاضي كحق دستوري أصيل و بين تنظيمه تشريعياً بشرط ألا يتخذ المشرع هذا التنظيم وسيلة إلى حظر هذا الحق أو إهداره..."<sup>(55)</sup>، بل أنّ المحكمة الدستورية قد عدت هذا الحق حق دستوري أصيل لأنه الوسيلة التي تكفل حماية الحقوق التي يتمتع بها كل فرد، إضافة إلى أن نص الدستور عليه ما هو إلا ترديد لما نصت عليه المواثيق و الإعلانات الدولية<sup>(56)</sup>.

## 6. الحق في التقاضي حق طبيعي:

و هي الحقوق التي لا يستمدّها فهو من الحقوق الطبيعية للإنسان الفرد مما تصدره الدولة من قوانين، بل يستمدّها، بحكم آدميته، من المبادئ التي أودعتها الطبيعة في العقل البشري، تلك المبادئ التي نادى بها الشرائع و تحققت على يد الثورة الفرنسية و أصبحت مذهباً

---

انظر: د/ عبدالغني بسيوني، مبدأ المساواة، مصدر سابق، ص 25.<sup>54)</sup>  
( حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (د/3/1) لسنة واحد قضائية<sup>55</sup> والمنشور في الجريدة الرسمية بالعدد رقم 2633 بتاريخ 5/ مايو / 2004.  
حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (ح/ 2 / 2010) لسنة 8 56 قضائية و المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد رقم 3055 بتاريخ 7/ يونيو 2012 /

رسمياً ذات صبغة قانونية بعد أن كانت ذات صبغة فلسفية و دينية، حيث أعلنت الثورة ما أسمته بحقوق الإنسان الطبيعية التي فرض على القوانين الوضعية الاعتراف بها<sup>(57)</sup>.

و من المسلم به أن الحقوق الطبيعية لصيقة بشخص الإنسان و أنها لا تنفك عنه أبداً لأنها مستمدة من القانون الطبيعي السابق على كل قانون وضعي، و لهذا فإنه لا يجوز المساس بهذا الحق<sup>(58)</sup>، كما أن هذه الحقوق تهدف إلى إحاطة شخص الإنسان و جسمه و روحه بالرعاية و الاحترام الواجبين له فهي مقررّة للمحافظة على الذات الأدمية<sup>(59)</sup>.

#### 7. الحق في التقاضي حق غير مطلق:

يعد الحق في التقاضي حقاً غير مطلق، حيث تنص الدساتير على هذا الحق فتقيده بقيود يجب ان لا تتنافى مع طبيعة هذا الحق<sup>(60)</sup>، و

---

انظر كلاً من: د/ عبدالحكيم حسن محمد عبدالله، الحريات العامة في<sup>(57)</sup> الفكر و النظام السياسي في الإسلام، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى حقوق عين شمس، 1974م، ص14 و ما بعدها، و كذلك: د/ عبدالحميد متولي، الحريات العامة، نظرات في تطورها و ضماناتها و مستقبلها، ص27، 28، 40، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1975م، و كذلك: د/ محمد سليم محمد غزوي، الحريات العامة في الإسلام مع المقارنة بالمبادئ الدستورية الغربية و الماركسية، ص181 - 182، مؤسسة شباب الجامعة، و كذلك: د/ أحمد رشاد طاحون، حرية العقيدة في الشريعة الإسلامية، 1998م، ص 20.

انظر: د/ عبدالغني بسيوني: المرجع السابق ص 25، د/ محمد نور<sup>58</sup> شحاته، مبادئ قانون القضاء المدني و التجاري، مصدر سابق، ص 48، د/ عاشور مبروك، الوسيط، مصدر سابق ص 84.

( انظر: د/ توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية المدخل للعلوم<sup>59</sup> القانونية ط.2، 1981م، ص ص 472 - 473، و كذلك: د/ جميل الشرقاوي: دروس في أصول القانون ( المدخل لدراسة القانون)، الكتاب الثاني، نظرية الحق، ص 232.

( انظر: د/ محمد محمود إبراهيم: مظاهر الاعتداء على حق التقاضي و<sup>60</sup>

تقوم الدساتير والقوانين بتنظيمه حداً من إساءة استعماله و مراعاة للمصالح العام لتنظيم القضاء كأن يقيد استعمال الدعوى بشروط القبول، أو ما يجعل هذا الاستعمال بطريق الطلب أو الدفع، أو يجعل المطالبة بعريضة تقدم إلى القاضي و ليس بطريق الدعوى<sup>(61)</sup>، فطبيعية هذا الحق لا تعني جعله مطلقاً و دون ضوابط أو قيود، و من أهمها: أن يرتبط هذا الحق بتحقيق مصلحة جديّة و مشروعة فلا يجوز استعماله بهدف النكاية بالخصم أو مضايقته أو الإساءة إلى سمعته، و أن لا يكون استخدام هذا الحق بما يسيء إلى قيمة (الحق) نفسه، كأن يعطل حكماً أو يستهدف جاراً أو خصماً أو يلاحق كاتباً أو مفكراً أو صحفياً، لذلك فهذا الحق ليس حقاً مطلقاً بل مقيد بما يضمن عدم إساءة استعماله، و دون المساس بأصل الحق نفسه.

و هذا ما أشارت إليه المحكمة الدستورية في العديد من أحكامها، ففي أحد أحكامها أكدت على أنّ: "سلطة المشرع في تنظيمه لحق التقاضي هي سلطة تقديرية جوهرها المفاضلة التي يجريها بين البدائل المختلفة التي تتصل بالموضوع محل التنظيم، لاختيار أنسبها لفحواه، و أحرارها بتحقيق الأغراض التي يتوخاها، و أكفلها للوفاء بأكثر المصالح وزناً، حدّه في ذلك أن يكفل للخصومة القضائية عدالتها بما يصون مبادئها ضامناً ألا يكون الفصل فيها بعيداً عن أدلتها أو نابذاً الحق في إجهاضها من خلال مقابلتها بما يهدمها من الأدلة، فلا يكون بنیان الخصومة متحيفاً حقوق أحد من الخصوم بل مكافئاً بين فرصهم في مجال إثباتها أو دحضها استظهاراً لحقائقها و اتصالاً بكل عناصرها، وصولاً إلى ترضية قضائية منصفة هي – بافتراض اتساقها مع أحكام الدستور و القانون – تشكل ركناً ركيناً من حق التقاضي، و ترتبط بالأغراض النهائية التي يعمل لبلوغها"<sup>(62)</sup>.

علاجه، ص 1، بحث مقدم إلى ندوة حق التقاضي.

انظر: د/ امينة النمر، المرجع السابق ص 10.<sup>(61)</sup>

( حكم المحكمة الدستورية رقم ( د / 1 / 08 ) لسنة 6 قضائية، والمنشور<sup>62</sup> في الجريدة الرسمية بالعدد رقم 3024 بتاريخ 3 نوفمبر 2011.

و يضح من خلال هذا الحكم بأن المحكمة الدستورية تؤكد على أنّ سلطة المشرع في تنظيم حق التقاضي هي سلطة تقديرية مقيّدة بأن لا تنتقص من جوهره، أو تخل بمضمونه، و أن تحقق الهدف المتوخاه من هذا الحق. أما إذا نظم المشرع هذا الحق بشكل لا يحقق الغاية المتوخاه منه عدّ هذا التنظيم غير دستوري.

و في ذات السياق أكدت المحكمة الدستورية على حق المشرع في تنظيم حق التقاضي بشرط ألا يتخذ المشرع من هذا التنظيم وسيلة إلى حظر هذا الحق أو إهداره، فقد جاء في أحد أحكامها على أنه: "ليس ثمة تناقض بين الحق في التقاضي كحق دستوري أصيل و بين تنظيمه تشريعياً بشرط ألا يتخذ المشرع هذا التنظيم وسيلة إلى حظر هذا الحق أو إهداره، و نتيجة لذلك فإن المشرع - في مجال ضمانات حق اللجوء إلى القضاء - لا يتقيد بأشكال محدّدة تمثل أنماطاً جامدة لا تقبل التغيير أو التبدل، بل يجوز أن يختار من الصور و الاجراءات - لنفاذ هذا الحق - ما يكون في تقديره الموضوعي أكثر اتفاقاً مع طبيعة المنازعة التي يعهد بالفصل فيها إلى محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي دون ما إخلال بضماناتها الرئيسية التي تكفل إيصال الحقوق لأصحابها وفق قواعد محدّدة تكون منصفة و غير متحيّفة بالتالي"<sup>(63)</sup>.

و هذا الحكم أشار بصورة واضحة إلى قدرة المشرع أن يختار صوراً معينة و إجراءات خاصة لنفاذ هذا الحق لمنازعات معينة دون أن يخل بجوهره، إضافة إلى أنّ تخصيص محكمة لنظر قضايا معينة لا يعد إخلالاً بحق التقاضي.

و تأكيداً لما سبق فقد بيّنت المحكمة في أحد أحكامها بأن جعل التقاضي على درجة واحدة لا يعد إخلالاً بهذا الحق و إنما هي مسألة تقديرية متروكة للمشرع، فلا يوجد إلزام أن يكون التقاضي على أكثر من درجة، لكي يفعل هذا الحق إذ جاء في هذا الحكم: "إنّ الدستور و إن كان قد نص في المادة ( 20 / و) منه على أنّ حق التقاضي مكفول

( حكم المحكمة الدستورية رقم (د / 1 / 03) لسنة 1 قضائية، منشور في <sup>63</sup> الجريدة الرسمية بالعدد رقم 2633 بتاريخ 5 مايو 2004.

طبقاً للقانون، إلا أنه لم يتطلب أن يكون التقاضي على أكثر من درجة واحدة في جميع أنواع المنازعات و إنما ترك ذلك للسلطة التقديرية للمشرع و على ما يبين من نص المادة (105/أ) من الدستور و التي تنص على أن يرتب القانون المحاكم على اختلاف أنواعها و درجاتها، و يبين وظائفها و اختصاصاتها.

و من ثم فليس صحيحاً ما ذهب إليه المدعي من وجوب أن يكون التقاضي على أكثر من درجة في جميع المنازعات...فالمادة (105/أ) من الدستور قد أفصحت عن سلطة المشرع التقديرية في تحديد اختصاص المحاكم و تحديد أنواعها و بيان عدد درجات كل نوع منها، و لا ينحل التقاضي على درجة واحدة - في ذاته - خروجاً على مبادئ الدستور باعتبار أنه يعد تنظيمياً لحق التقاضي الذي يندرج في إطار السلطة التقديرية للمشرع مراعاة لطبيعة المنازعات التي تختلف فيما بينها في مداها<sup>(64)</sup>.

فالمحكمة الدستورية تؤكد في هذا الحكم على أن للمشرع سلطة تقديرية في تنظيم هذا الحق بشرط عدم المساس بجوهره، أو الانتقال من مضمونه، كما نص على ذلك الدستور في المادة<sup>(31)</sup>، فتنظيم المحاكم من حيث درجاتها و أنواعها هو من اختصاص المشرع، و أن تنظيمه لهذا الأمر لا يعد إخلالاً بحق التقاضي أو مساساً بجوهره.

8. الحق في التقاضي حق عام:

فهو يثبت لجميع الأشخاص سواء كانوا طبيعيين أم اعتباريين، و سواء كانوا مواطنين أم أجانب، و سواء كانوا ذكوراً أم إناثاً، و دون النظر إلى السن أو المركز الاقتصادي أو الاجتماعي أو الأدبي، فكل الأفراد يتساوون أمام هذا الحق<sup>(65)</sup>، و هو كسائر الحقوق العامة لا

---

( حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (د / 1 / 3 / 0) لسنة 1<sup>64</sup> قضائية، والمنشور في الجريدة الرسمية بالعدد رقم 2633 بتاريخ 5 مايو 2004م.

انظر: د/ وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون<sup>(65)</sup> المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية 1974م، ص 609، د/ =

ينقضي بالتقادم و لا يجوز النزول عنه إطلاقاً لما في ذلك مخالفة للنظام العام<sup>(66)</sup>.

و لما كان حق التقاضي من الحقوق المشروعة للكافة فإن الشخص لا يسأل عما يترتب على استعماله من ضرر إلا إذا أساء استعماله، كما لو كان سيئ النية و كان الغرض من رفع الدعوى مجرد الإضرار بالغير، أو إذا ارتكب خطأ فادح يرقى إلى مرتبة سوء النية كما لو كان رافع الدعوى سبق له أن خسر دعوى مماثلة تماماً للدعوى الثانية و من ثم فإنه لكي تترتب مسئولية الشخص عن إساءة استعماله لحق التقاضي لا بد من توافر عنصري الخطأ لمسئوليته بل لا بد من إتيان خطأ في ممارسته له و إلا أدى ذلك إلى إهدار مبدأ حق التقاضي<sup>(67)</sup>.

و نظراً لأن حق التقاضي حق عام فإنه يتميز عن الدعوى،

---

إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف بالإسكندرية سنة 1973م، ص ص 165، 166، د/ أمينة النمر، المرجع السابق، ص 207، د/ إسماعيل البدوي، دعائم الحكم في الشريعة و النظم الدستورية المعاصرة - الحريات العامة، دار الفكر العربي، ط1، 1980 - 1981م، ص 42، د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني - قانون المرافعات المدنية و التجارية معدلاً بالقانون 32 لسنة 1992م، و أهم التشريعات المكتملة له، مطبعة جامعة القاهرة و الكتاب الجامعي سمة 1993م، ص 48.

انظر: د/ أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية و التجارية، الطبعة الخامسة<sup>(66)</sup> عشرة، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1990، ص 120، د/ إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1973م، ص 153، د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 48، د/ وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974م، ص 906.

انظر: د/ خالد سليمان شبكة، كفاءة حق التقاضي، دراسة مقارنة بين<sup>(67)</sup> الفقه الإسلامي و قانون المرافعات المدنية و التجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005م، ص 33.

فالدعوى ليست حقاً للكافة و لكنها حق يعترف به القانون لشخص معين إذا توافرت فيه شروط معينة أهمها المصلحة، و لتعلق هذا الحق بشخص معين فإنه يمكن النزول عنه كما ينقضي بالتقادم، أما حق التقاضي فهو حق عام يملكه كل شخص في المجتمع و يستطيع بمقتضاه طرح ادعاءاته على القضاء و يباشر كل شخص المطالبة القضائية و يلتزم القضاء بالحكم حتى و لو صدر الحكم برفض الطلب شكلاً أو موضوعاً<sup>(68)</sup>.

و قد سارت المحكمة الدستورية على ذات النهج فقد أشارت في أحد أحكامها على أن حق التقاضي مكفول للجميع، سواء كانوا مواطنين أو أجانب على حد سواء، و لا يجوز حرمان الأجنبي من هذا الحق تحت أي سبب، و هذا ما نص عليه حكم المحكمة الدستورية و الذي جاء فيه: "جرى قضاء هذه المحكمة، على أن الحقوق التي تستمد وجودها من النصوص التشريعية يلزمها بالضرورة، و من أجل اقتضاها، تمتعها بالحماية التي يكفلها الدستور أو المشرع العادي لها، مما يلقي على عاتق الدولة التزاماً قانونياً بتوفير الوسائل الاجرائية و القواعد الموضوعية التي تمكن أصحاب الحقوق – مواطنين و أجانب – من خلالها من ردّ العدوان الذي يقع على حقوقهم الثابتة وفقاً لنظمها القائمة، و يتمثل المدخل الطبيعي لتلك الحماية في مبدأ حق التقاضي المقرر بنص الفقرة (و) من المادة (20) من الدستور المعدل التي تنص على أن: "حق التقاضي مكفول وفقاً للقانون". فهو نص يدلّ على العموم و الإطلاق ليدخل في حكمه ضمان حق التقاضي للناس كافة – مواطنين و أجانب على السواء – و يشمل كذلك الحقوق جميعاً سواء وردت في الدستور أو في القوانين". و يتضح من خلال هذا الحكم بأن المحكمة تؤكد على أن حق

---

انظر: د/ عزمي عبدالفتاح، التمييز بين الدعوى والنظم الإجرائية التي<sup>(68)</sup> قد تحتفظ بها، دراسة تأصيلية وتحليلية في الفقه و في التشريع المصري و الكويتي و الفرنسي، مجلة المحامي الكويتية، السنة الثامنة الأعداد:

التقاضي مكفول لجميع الأفراد مواطنين أو أجانب و ذلك استناداً لنص الدستور الذي أورد هذا الحق بصيغة عامة و مطلقة، و القاعدة القانونية بأن المطلق يجري على إطلاقه مالم يقيد بنص. و بالتالي فان هذا الحق مكفول للمواطن و الأجنبي و لا يستطيع المشرع أن يمنع الأجنبي بتشريع ما من اللجوء إلى القضاء أو الاحتكام إليه. و في ذات السياق أشارت المحكمة على أن حق التقاضي يجب كفالته لكل شخص، إذ جاء في أحد أحكامها على أنه قد: "أفصح الدستور بنص الفقرة (و) من المادة (20) منه عن كفالة حق التقاضي، وفقاً للقانون، كمبدأ دستوري أصيل، مردداً بذلك ما قرّره المواثيق و الاعلانات الدولية من كفالة هذا الحق لكل فرد، باعتباره الوسيلة التي تكفل حماية الحقوق التي يتمتع بها قانوناً، و رد العدوان عليها"<sup>(69)</sup>، و يتّضح من هذا الحكم بأن حق التقاضي يجب كفالته لكل فرد ( أجنبي أو وطني).

المبحث الثالث: التمييز بين حق الإنسان في التقاضي و ما يشابهه من الحقوق

بعد أن تم تعريف حق الإنسان في التقاضي و توضيح أهميته و مكانته و طبيعته و أهم خصائصه، يمكن الانتقال إلى بيان ذاتيته و استقلاله، من خلال لتمييز بينه و بين غيره من الحقوق المتشابهة، و منها حق الدفاع و حق الشكوى و حق الإنسان في قضاء طبيعي، و سيتم تناول كل منها في نبذه مختصره لبيان أوجه الشبه بينها و بين الحق في التقاضي، و يمكن تناول ذلك في هذا المبحث على النحو الآتي:

أولاً: التمييز بين حق الدفاع و حق الإنسان في التقاضي:  
من المسلمات المتفق عليها أنه لا عدالة بلا دفاع، و أن حق

( حكم المحكمة الدستورية رقم (ح / 2 / 2010 )، و المنشور في الجريدة<sup>69</sup> الرسمية بالعدد رقم 3055 بتاريخ 7 يونيو 2012.



الدفاع يعد حقاً ثابتاً للخصوم، و من ثم فلا يحتاج إلى نصوص تقرّره و إن اقتضى نصوصاً لتنظيمه<sup>(70)</sup>، و إذا كان حق الدفاع يعرف بأنه: "مجموعة من المكنات الاجرائية التي تتيح للخصم أن يقدم وجهة نظره في الخصومة و أن يناقش ما قدم فيها من عناصر"<sup>(71)</sup>، فإن حق الدفاع على هذا النحو يشمل كلّ ما يلزم لتحقيق حق الخصم في تقديم دفاعه و وجهة نظره في الخصومة و مناقشة عناصرها و حقه في الاستعانة بمحام يعرب عن وجهة نظره بلغة قانونية و حقه في مساعدة قضائية إذا لزم الأمر، و حقه في العلم التام بعناصر الخصومة، و حقه في وقت يسمح له بتنظيم دفاعه، و على هذا النحو فإن حق الدفاع في إجماله حق أصيل لأنه من الحقوق التي تنتمي إلى القانون الطبيعي<sup>(72)</sup>.

و بهذا يتشابه حق الدفاع مع حق الإنسان في التقاضي، في أن كلاهما ينتمي إلى القانون الطبيعي، و يمارس أمام القضاء، بل يبلغ التشابه بينهما ذروته في اندماجهما و توحدتهما أثناء سير الدعوى القضائية، بحيث يصبح الأول هو المظهر الملموس لممارسة الثاني، و أكدت المحكمة الدستورية على التكامل بين الحقين في أحد أحكامها، إذ جاء فيه: "الغاية التي يتوخاها مبدأ الحق في التقاضي تتمثل في الترضية القضائية التي يسعى إلى تحقيقها المتقاضون وصولاً إلى جبر الأضرار التي لحقتهم من جراء العدوان على الحقوق التي يدعونها، و أن إنكار أو تقييد الحق في الترضية القضائية، سواء بحجبها عن يطلبها ابتداءً، أو من خلال إحاطتها بقواعد اجرائية تكون معيبة في ذاتها عيباً جوهرياً، إنما يعد إهداراً لا يستقيم مع ما أكده الدستور

---

انظر في ذلك: د/ عيد محمد عبدالله القصاص : رسالة دكتوراه بعنوان: <sup>(70)</sup> "التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة"، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المصري و الفرنسي بكلية الحقوق جامعة الزقازيق 1992م، ص48.

المرجع السابق، ص 50.<sup>(71)</sup>

المرجع السابق ص51.<sup>(72)</sup>

المعدل من حماية لحقوق الأفراد، بما لا ينال من جوهر الترضية القضائية، و لا يدفعها لكامل مداها، لئتمخض ذلك عدواناً على حق التقاضي، و ينحل إلى إنكار للعدالة في أخص مقوماتها... إن حق الدفاع من الضمانات التي أكد عليها الدستور المعدل، و هي ضمانه يتمتع بها كافة الأفراد – مواطنين و أجانب – فلا يتميزون فيما بينهم و إنما تتكافأ مراكزهم القانونية في مجال سعيهم لنيل حقوقهم، و ضمانة الدفاع التي كفلها الدستور المعدل للأفراد لا يمكن فصلها أو عزلها عن حق التقاضي، ذلك أنهما يتكاملان و يعملان معاً في دائرة الترضية القضائية، و يضحى أكيداً إن التوازن بين حقوق الدفاع و حقوق الاتهام في الحصول على الترضية القضائية عبر الطعن بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية، يجد سنده و أساسه في مبدأ حق التقاضي و مبدأ المساواة أمام القانون..”<sup>(73)</sup>.

و يتضح من هذا الحكم بأن المحكمة قد بيّنت بأن حقي التقاضي و الدفاع يتكاملان و يعملان معاً في إطار تحقيق الترضية القضائية، و أنه لا بد من التوازن بين حق الدفاع و حق الاتهام لكي يتم الحصول على الترضية القضائية. و بدون هذا التوازن لا نصل إلى الترضية القضائية التي هي جوهر حق التقاضي. و رغم هذا التكامل بين الحقيين إلا أنهما يختلفان من زاويتين:

**الأولى:** تتجلى في أن استعمال حق التقاضي يسبق استعمال حق الدفاع في المجال القضائي فلا مجال للدفاع القضائي إلا إذا سبق ذلك ولوج سبيل القضاء أو الترافع إليه بإقامة الدعوى القضائية.

**الثانية:** الاختلاف بينهما في نطاق ممارسة كل منهما، فحق التقاضي لا يمارس إلا أمام الجهات القضائية التي تملك الفصل في الخصومات، في حين أن حق الدفاع لا يمارس أمام هذه الجهات فحسب، و إنما يمارس كذلك أمام جهات التحقيق و هي جهات لا تملك الفصل في الخصومات القضائية، كما يمارس أمام الجهات الإدارية ذات

( حكم المحكمة الدستورية رقم ( د / 4 / 7 / 0 ) لسنة 5 قضائية، والمنشور<sup>73</sup> في الجريدة الرسمية بالعدد 2928 بتاريخ 31 ديسمبر 2009.

## الاختصاص القضائي.

ثانياً: التمييز بين الحق في الشكوى و حق الإنسان في التقاضي: يقصد بحق الشكوى أن لكل فرد الحق في مخاطبة السلطات العامة كتابة أو بتوقيعه فيما يعرض له من الشنون، ويرتد أصل الحق في الشكوى إلى المادة (15) من إعلان حقوق الإنسان و المواطن الفرنسي الصادر في 26 أغسطس 1789م، و التي نصت على أن للمجتمع أن يحاسب كل موظف عام عن إدارته<sup>(74)</sup> و حق الشكوى يتشابه مع حق الإنسان في التقاضي من جهة أن كل منهما يخول للفرد مكنة رفع مظلمة ما إلى إحدى السلطات العامة.

بيد أن أنهما يختلفان من زوايا عدة أهمها أن الشكوى لا تنعقد بها خصومة قضائية و لا يصدر فيها حكم قضائي يعد عنواناً للحقيقة فيما قضى به، و ذلك بعكس الترافع إلى القضاء الذي يخوله حق التقاضي، كما أن الشكوى تقدم في الغالب إلى جهات إدارية، و إن قدمت إلى هيئات قضائية فهذه الهيئات لا تعد جهات قضائية بالمعنى الفني الدقيق، حيث لا تعد من قبيل المحاكم القضائية التي تفصل في خصومات و يمارس لديها حق التقاضي بإتباع القواعد الإجرائية المنظمة للتداعي أمام القضاء.

ثالثاً: التمييز بين حق الإنسان في التقاضي وحقه في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي:

يقصد بالقضاء الطبيعي ذلك القضاء الذي تتوافر فيه عناصر (شروط) عدة من أهمها: أن يكون منشأ و محدد اختصاصه بقانون في وقت سابق على نشوء الدعوى أو وقوع الجريمة، و بصفة دائمة، و مشكل من قضاء متخصصين في العمل القضائي، و يتوافر فيهم العلم بالقانون و يتمتعون بكافة ضمانات الاستقلال أو الحيادة، و عدم القابلية

انظر: د/ ماهر محمد عبدالهادي، الشرعية الإجرائية في التأديب أصول<sup>74)</sup> القانون، ط. 2، 1986م، ص 197، و كذلك: محمد ماجد ياقوت، التحقيق في المخالفات التأديبية، دراسة مقارنة، منشأ المعارف بالإسكندرية 2002م، ص 191 و ما بعدها.

للغزل، و أن يتوافر أمام هذا القضاء حق الدفاع بكافة ضماناته، و كذلك جواز الطعن في أحكامه بالطرق المقررة قانوناً<sup>(75)</sup>.  
و على هذا فإن حق الإنسان في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي هو ما يملكه كل إنسان من مكنة اللجوء إلى هذا القضاء بعناصره المجتمعة سالفة البيان، بغية الانتصاف لنفسه أو حقوقه المشروعة ممن ظلمه، إلا أنه يختلف عن حق الإنسان في التقاضي من ناحية عدم تطلبه شروط (عناصر) خاصة في هذا القضاء.  
و من ثم فإن كل لجوء للمحاكم أياً كان نوعها أو درجاتها طلباً لحمايتها يعد استعمالاً لحق التقاضي- طالما تندرج في نطاق القضاء العام في الدولة- و تتوافر أمامها كافة ضمانات التقاضي، و ذلك بصرف النظر عن كنه هذه المحاكم، من حيث اعتبارها قضاءً طبيعياً من عدمه، أي سواء توافرت فيها عناصر و مقومات القضاء الطبيعي أم لم تتوافر<sup>(76)</sup>.

فمثلاً تعد الطعون الخاصة بالأحزاب السياسية، و التي تقام طعناً على القرارات الصادرة من لجنة شئون الأحزاب التي تختص بالفصل فيها الدائرة الأولى للمحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة، استعمالاً لحق الإنسان في التقاضي، حيث أن هذه الدائرة إحدى دوائر المحكمة الإدارية العليا، و هي قمة محاكم مجلس الدولة الذي يعد الجناح الثاني للسلطة القضائية في مصر، و يكفل أمامها كافة ضمانات التقاضي، و في حين أن هذه الدائرة و التي تسمى مجازاً محكمة الأحزاب، تفتقر إلى أهم مقومات القضاء الطبيعي، و هي التخصص و الاستقلال و الحيدة لنصف أعضائها، حيث أن المحكمة الإدارية العليا عند نظرها لطعون الأحزاب السياسية ينضم إلى تشكيلها القضائي عدد مماثل من

---

انظر: د/ أحمد عبد الوهاب أبو وردة السيد، الحماية الدستورية لحق<sup>(75)</sup> الإنسان في قضاء طبيعي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1999م، ص 8.  
انظر: د/ أحمد عبد الوهاب أبو وردة السيد، حق الإنسان في التقاضي<sup>(76)</sup> بين مقتضيات الاحترام و مواطن الإخلال، دراسة مقارنة، مصدر، سابق،

الشخصيات العامة، و بطبيعة الحال فإن هؤلاء يتم اختيارهم دون اشتراط توافر التخصص القانوني و الخبرة و الممارسة القضائية، كما لا يتوافر فيهم الاستقلال و الحيادة و البعد عن التيارات السياسية و النزعات الحزبية و التي تتوافر في القضاة<sup>(77)</sup>.

و بذلك يتضح الفارق الجوهرى بين الحقين و الذي يتجلى في نقطة ارتكاز كل منهما، فحق الإنسان في التقاضي يرتكز فقط على الجهة القضائية التي يمارس إمامها حق التقاضي، و من حيث كونها جزء من النظام القضائي العام في الدولة، أي جزء من السلطة القضائية بسماتها و خصائصها المعروفة، و من حيث توافر كافة ضمانات التقاضي أمامها، أمأ حق الإنسان في قضاء طبيعي فلا يرتكز على هذه النقطة فحسب و إنما يقوم إلى جوارها على مرتكز مهم آخر، جوهره القاضي الذي يلجأ إليه، من حيث تخصصه في العمل القضائي و توافر العلم القانوني فيه و تمتعه بالاستقلال و الحيادة و عدم القابلية للعزل<sup>(78)</sup>.

و صفوة القول أن حق الإنسان في التقاضي أوسع نطاقاً من حقه في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، فهو الحق الذي يشترط توافر عناصر عدة مجتمعة في الجهة القضائية و في القاضي الذي يلجأ إليه على حدٍ سواء.

#### المبحث الرابع: الزامية الحق في التقاضي

الحق في التقاضي حق ملزم كفلته الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية كما سلفت الإشارة لذلك، و يمكن تأكيد ذلك من خلال وثيقة دولية مهمة و ملزمة، اقرت أن الحق في التقاضي هو حق من حقوق الإنسان، و هذه الاتفاقية المهمة هي: العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية (العهد الدولي الأول)، و التي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 ديسمبر 1966م، و دخلت حيز التنفيذ في 23 مارس

المصدر السابق، ص 15.<sup>77)</sup>

المصدر نفسه، ص 16.<sup>78)</sup>

1976م<sup>(79)</sup>.

و قد جاء في نص الفقرة (3) من المادة (2) من الاتفاقية: " تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد:

أ- بأن تكفل توفير سبيل فعال للتظلم لأي شخص انتهكت حقوقه أو حرياته المعترف بها في هذا العهد، حتى لو صدر الانتهاك عن أشخاص يتصرفون بصفتهم الرسمية.

ب- بأن تكفل لكل متظلم على هذا النحو أن تثبت في الحقوق التي يدعي انتهاكها سلطة قضائية أو إدارية أو تشريعية مختصة، أو أي سلطة أخرى مختصة ينص عليها نظام الدولة القانوني، و أن تنمي إمكانيات التظلم القضائي لصالح القضاء.

ج- بأن تكفل السلطات المختصة بإنفاذ الأحكام الصادرة لصالح المتظلمين"<sup>(80)</sup>.

كما نصت المادة (14) من الاتفاقية نفسها في الفقرة (1) منها على ما يأتي:

" الناس جميعاً سواء أمام القضاء و من حق كل فرد لدى الفصل في أي تهمة جزائية توجه إليه أو في حقوقه و التزاماته في أي دعوى مدنية، أن تكون قضيته محل نظر منصف و علني من قبل محكمة مختصة مستقلة حيادية، منشأة بحكم القانون .."<sup>(81)</sup>، فمبدأ كفالة حق الفرد في التقاضي أمام المحكمة منصفة و بصورة علنية و على وفق

انظر: موسوعة حقوق الإنسان، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي و<sup>79)</sup> الإحصاء و التشريع، إعداد محمد و فيق أبو اتله، المجلد الأول، حقوق الإنسان في الاتفاقيات و القرارات الدولية التي صدرت في ظل الأمم المتحدة، القاهرة 1970م، ص 19.

انظر هذا النص في وثيقة العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و<sup>80)</sup> السياسية، إصدار المؤسسة الوطنية لحقوق الإنسان، مملكة البحرين، المنامة.

انظر: حقوق الإنسان، مجموعة صكوك دولية، مصدر سابق، ص ص<sup>81)</sup>

قواعد التقاضي القضائية الأصولية، لا يحمي الفرد فقط لكنه يحمي المصلحة العامة أيضاً، لأن للمجتمع منفعة عامة أكيدة في احتفاظه بصورة الاحترام و التقدير للعدالة التي تدار و تعمل باسمه. كما أن مبدأ كفالة حق المحاكمة المنصفة للذين تنتهك حقوقهم المدنية أو من يتصلون عن التزاماتهم أو توجه إليهم تهمة جنائية، هو ليس بأقل أهمية و حيوية من مبدأ تيسير عمل السلطات المختلفة و منع إعاقة أعمالها<sup>(82)</sup>.

و إذا كان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948م، قد صدر في شكل توصية عن الجمعية العامة و ليس في شكل معاهدة دولية، فمعنى ذلك أنه ليس سوى نص ليس له قيمة قانونية ملزمة، لذلك فقد أنكرت المحكمة العليا الأمريكية الصفة الملزمة للإعلان، و كذلك فعل مجلس الدولة الفرنسي.

لكن الأمر يختلف مع العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية الصادر عام 1966م، فعلى خلاف الإعلان فقد اتخذ شكل معاهدة دولية ملزمة بالنسبة للدول التي تنضم إليها<sup>(83)</sup>، و رغبة من الجماعات الإقليمية في تجسيد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و الاتفاقيات الدولية المشار إليها، في شكل التزامات قانونية أكثر تحديداً، فقد نشطت هذه المجموعات للعمل من أجل استصدار موثيق إقليمية لحقوق الإنسان و كانت الجماعة الأوروبية قد بادرت، و في وقت مبكر، إلى استصدار الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في التي صدرت فعلاً في (روما- إيطاليا) في 4 نوفمبر 1950م<sup>(84)</sup>. و قد نصت المادة (6) من هذه الاتفاقية على أنه: "1- لكل

---

82) Iren A.Deas: freedom of the individual under law, united Nation, New York,1990 p. 135, Erica 386.

83) انظر: د/ محمد يوسف علوان، مذكرات في مقررات حقوق الإنسان، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ص ص 63، 65.

84) انظر: د/ عبدالعظيم وزير، مقال منشور، المجلد الرابع من مجلدات حقوق الإنسان، المصدر السابق، ص 11.

شخص الحق في أن تنظر دعواه بطريقة عادلة عننية و في خلال مدة معقولة أمام محكمة مستقلة نزيهة ينشئها القانون سواء أكان ذلك للفصل في المنازعات التي تثيرها حقوقه و التزاماته المدنية أم للنظر في صحة أي اتهام جنائي يوجه إليه<sup>(85)</sup>، و هذا النص ينسجم مع فقرات العهد الأول المشار إليه قبل قليل بهذا الخصوص. بل و تسترسل المادة في بيان الإجراءات التنفيذية الكفيلة بتوفير أكبر قدر ممكن من ضمان عدالة التقاضي جرياً على عادة المواثيق (الانجلوسكسونية)، التي لا تكفي بذكر الحقوق، بل تعني كل الإجراءات التي تسمح بالممارسة الفعالة لها<sup>(86)</sup>، و يتضح بجلاء من نص المادة منح الحق لكل شخص باللجوء إلى المحاكم التي يتعين أن تتمتع بالنزاهة و الاستقلال و المنشأة بموجب القانون لاقتضاء حقوقه التي تتعرض للانتهاك.

ثم صدرت في وقت لاحق الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان الموقعة في (سان خوسيه - كوستاريكا)، في 22 نوفمبر 1969م، حيث نصت المادة (7) منها على أن: " لكل شخص حرم من حريته حق الرجوع إلى محكمة مختصة تفصل، دون إبطاء في قانونية توقيفه أو احتجازه، و تأمر بالإفراج عنه إذا كان توقيفه أو احتجازه غير قانوني".

و في الدول الأطراف في الاتفاقية الأمريكية، التي تجيز قوانينها لكل من يعتقد أنه مهدد بالحرمان من حريته أن يرجع إلى محكمة مختصة لكي تفصل في قانونية ذلك التهديد و لا يجوز أن يقيد هذا التدبير أو يلغى و للفريق ذي المصلحة أو من ينوب عنه حق الاستفادة من هذه التدابير.

و تنص المادة (8) من الاتفاقية على أنه: "1- لكل شخص الحق في محاكمة تتوفر فيها الضمانات الكافية و تجريها خلال وقت معقول محكمة مختصة مستقلة غير متحيّزة كانت قد أسست سابقاً وفقاً

انظر: موسوعة حقوق الإنسان، المصدر السابق، ص 56. <sup>85)</sup>

انظر: د/محمد يوسف علوان، المصدر السابق، ص 18. <sup>86)</sup>



للقانون، و ذلك لإثبات أية تهمة ذات طبيعة جزائية موجهة إليه، أو للبت في حقوقه أو واجباته ذات الصفة المدنية أو المالية أو المتعلقة بالعمل أو أي صفة أخرى".

كما نصت المادة (25) من الاتفاقية نفسها على أنه: "1- لكل إنسان الحق في لجوء بسيط و سريع - أو أي لجوء فعّال آخر - إلى محكمة مختصة لحماية نفسه من الأعمال التي تنتهك حقوقه الأساسية المعترف بها في دستور دولته و قوانينها أو في هذه الاتفاقية حتى لو ارتكب ذلك الانتهاك أشخاص أثناء تأديتهم واجباتهم الرسمية.

2- تتعهد الدول الأطراف بما يأتي:

أ- أن تضمن أن كل من يطالب بتلك الحماية ستفصل في حقه هذا السلطة المختصة التي يحددها النظام القانوني للدولة.

ب- أن تنمي إمكانيات الحماية القضائية.

ج- أن تضمن أن السلطات المختصة سوف تنفذ تدابير الحماية المشار إليها عندما يتم منحها<sup>(87)</sup>.

و يتضح بجلاء من النصوص السالف ذكرها اعتراف الاتفاقيات الدولية و الإقليمية لحقوق الإنسان بحق التقاضي بوصفه حقاً من حقوق الإنسان التي تستوجب إضفاء الحماية عليها، بل و إلزام الاتفاقيات للدول الأطراف فيها بأن تضمن شمول مثل هذه الحماية القضائية لكل فرد تتعرض حقوقه أو التزاماته للانتهاك، أو لكل من يطالب بها، بل و تلزم هذه الدول بأن تنمي و تطور مثل هذه الحماية القضائية و أن تضمن تنفيذ إجراءاتها و تدابيرها.

و من هنا وُجد اهتمام العلم القانوني بحقوق الإنسان، و الذي لا يقتصر على فرع معين من فروع هذا العلم، فحقوق الإنسان أصبحت موضوع الاهتمام في فروع القانون كافة، و إن بدرجات متفاوتة أو تركيز على بعضها دون البعض الآخر، أو على بعض الجوانب المتعلقة بها دون الأخرى، فنجد أن القانون الدستوري يهتم بضمانات حقوق

انظر: مجلدات حقوق الإنسان، المصدر السابق، المجلد الأول، (87)

الإنسان، بينما يركز القانون الجنائي على الحرية الشخصية، أما القانون الدولي العام فيظهر كما لو كان صمام أمان و ذلك بصياغته لهذه الحقوق على شكل قواعد قانونية يمكن الالتجاء إليها فيما إذا تبين قصور القانون الداخلي<sup>(88)</sup>.

لقد ازداد إدراك الدول المختلفة لضرورة إضفاء حماية حقيقة على حقوق الإنسان بشكل عام، لذلك عمدت أعداد متزايدة من الدول في العصر الحديث إلى إدخال هذه الحقوق - و أبرزها حق التقاضي - ضمن نظامها القانوني الداخلي كأحد القواعد القانونية الملزمة، و بمختلف مستويات التدرج القانوني فيها، و في مختلف فروع القانون، و ذلك كخطوة لاحقة و تابعة و متأثرة أحياناً بورود هذه الحقوق في المواثيق و العهود و الإعلانات الوطنية و الإقليمية و الدولية و في مختلف الأزمنة.

و إذا كان البعض يرى إن حقيقة وجود إلزام على الدول الأطراف في المعاهدات الدولية بإجراء التنسيق و التوافق بين قانونها الداخلي و تعهداتها بمقتضى تلك المعاهدات، هو الذي يفرض على تلك الدول إدماج أحكام المعاهدة التي يكونون أطرافاً فيها، في أنظمتها القانونية الداخلية و منحها مكاناً محدداً في سُلّم القانون الداخلي<sup>(89)</sup>، فإن وجود هذا الإلزام لا يعني أنه الدافع الوحيد لإدخال الدول حق التقاضي في أنظمتها القانونية، فقد كان بإمكان هذه الدول عدم الدخول ببساطة في مثل هذه القيود، لذلك يمكن القول أن الحافز الرئيس لقبول الدول بهذه الالتزامات هو اقتناعها المسبق بضرورة و أهمية هذا الإجراء.

و لذلك أيضاً فقد ذهب البعض - بحق - إلى عد مقياس المشروعية و احترامها في دولة ما، هو الاعتراف بحقوق الإنسان، و

---

انظر: المصدر أعلاه، ص 153.<sup>88)</sup>

انظر: د/عزت السيد البرعي، حماية حقوق الإنسان في ظل التنظيم<sup>89)</sup> الدولي، 1985م، القاهرة، ص 152 - 153.

التزام الدولة بحقوق الأفراد و حرياتهم<sup>(90)</sup>، و أبرز مظاهر هذا الالتزام هو تضمين الدولة لهذه الحقوق – و على رأسها حق التقاضي - في نظامها القانوني – و كان أفضل إجراء بهذا الشأن هو تقرير هذا الحق ضمن مواد الدستور، بوصفه القانون الأسمى في كل دولة، و تبعية بقية قواعد النظام القانوني لأحكامه.

### الخاتمة:

تناولنا في هذا البحث حق الإنسان في التقاضي في بعض المواثيق الدولية و في ضوء أحكام المحكمة الدستورية، فحدّدنا مفهوم هذا الحق، و من ثم بيّنا كيف حدّدت المحكمة الدستورية مفهومه و أكدت عليه في أحكامها المختلفة، و بعد ذلك بحثنا أهمية هذا الحق مع الإشارة إلى أحكام المحكمة الدستورية التي أبرزت عناصر أهميته، و من ثم حدّدنا طبيعة هذا الحق لدى الفقه و في أحكام المحكمة الدستورية، و تناولنا أخيراً التمييز بين هذا الحق و سائر الحقوق الأخرى، و بيّنا كيف ميّزت المحكمة بين هذا الحق و الحقوق الأخرى. و قد توصلنا إلى بعض النتائج المهمة:

- 1- نجحت المحكمة الدستورية في تحديد مفهوم الحق بالتقاضي، إذ أنها عرفت هذا الحق في البداية بالغاية منه و هي الترضية القضائية، إلا أنها في أحكام أخرى حدّدت على وجه الدقة مفهوم هذا الحق، و أكدت على أنّ الترضية القضائية هي الحلقة الأخيرة في هذا الحق.
- 2- بينت المحكمة الدستورية في عدد من أحكامها إلى أهمية هذا الحق للفرد و للمجتمع على حدّ سواء، فحق التقاضي يعد الضمانة الرئيسية لباقي الحقوق و الحريات التي نص عليها الدستور، فلا قيمة لهذه

---

انظر: المستشار حسين مصطفى و المستشار سمير ناجي، المصدر<sup>(90)</sup> السابق، ص 149.

الحقوق و الحريات ما لم تكن هناك وسيلة قانونية يستطيع الأفراد اللجوء إليها إذا ما انتهكت حقوقهم و هذه الوسيلة هي القضاء، فحق التقاضي يمكن الأفراد من سهولة الوصول للقضاء دون عوائق إجرائية أو موضوعية أو مالية.

3- عملت المحكمة الدستورية في عدد من أحكامها إلى إبراز خصائص هذا الحق و منها: أنه حق دستوري أصيل، و أنه حق يتمتع به الجميع على قدم المساواة المواطن و الأجنبي و أمام جميع المحاكم باختلاف أنواعها و درجاتها، و أنه حق مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالسلطة القضائية، و بذلك ظهر التوافق بين أحكام المحكمة و المواثيق الدولية لحقوق الإنسان المؤكدة على هذه الخصائص.

4- أكدت المحكمة الدستورية على أنَّ للمشرع سلطة تقديرية في تنظيم هذا الحق على ألا يؤدي هذا التنظيم إلى المساس بجوهر هذا الحق أو الانتقاص منه.

5- أبرزت المحكمة الدستورية الفرق بين حق التقاضي وحق الدفاع، مع تأكيدها على التلازم بين الحقين، و بذلك انسجمت أحكام المحكمة مع آراء الفقه الثابتة في هذا الخصوص.

6- أكدت المحكمة الدستورية على الترابط بين حق التقاضي و استقلال القضاء، و أنَّ المساس باستقلال القضاء يعد مساساً بهذا الحق بشكل أو بآخر.

# دور نشر قواعد حماية البيئة الطبيعية كآلية للتنفيذ الوطني للقانون الدولي الإنساني

**Role of publishing rules protect the natural environment as a  
mechanism for national implementation of international  
humanitarian law**

الدكتور: **لخضر القيزي**\*<sup>1</sup>

**Dr. Elguizi Lakhdar**

## **Abstract:**

The natural environment is considered the first protector of living organisms, especially human, pollution threatens the annihilation of all these objects, and this threat is increasing more during the wars.

To protect the best natural environment in armed conflict, the publication of the rules of international humanitarian law plays a major role in this area, particularly at the national level.

National publication of the rules protecting the natural environment, it may be before the outbreak of the armed conflict, which is often, which is publishing it may be during the armed conflict or beyond.

The publication states the process is primarily where they are forced to amend its domestic laws to become compatible with the provisions of international humanitarian law, and assisted by the international bodies like the United Nations and the International Committee of the

---

\*1 أستاذ مساعد جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر.

lakelguizi@gmail.com

Red Cross, and national bodies such as the National Societies of the Red Crescent and the Red Cross.

And directs the dissemination of international humanitarian law, mainly towards the armed forces of the State as are the first on the application of this law, then it comes after that of the civilian population of various stripes and their constituents.

### كلمات مفتاحية:

البيئة الطبيعية، قواعد الحماية، الاتفاقيات الدولية، النشر، القانون الدولي الإنساني، التنفيذ الوطني، القانون الداخلي.

### مقدمة:

الهدف الرئيسي للقانون الدولي الإنساني هو حماية الإنسان وما يحيط به في النزاعات المسلحة والتقليل من الأضرار إلى أقصى حد ممكن.

ومن بين الأشياء التي يتأثر بها الإنسان بشكل مباشر نجد البيئة الطبيعية، هذه الأخيرة كان لها نصيب من الحماية في القانون الدولي الإنساني على اعتبار أن الحروب دائماً من بين ضحاياها هي البيئة الطبيعية، فإذا تضررت هذه البيئة في النزاعات المسلحة فهذا حتماً يؤثر بالسلب على حياة الإنسان بصفة خاصة وعلى الكائنات الأخرى بصفة عامة.

ولكي تستفيد البيئة الطبيعية من قواعد الحماية في القانون الدولي الإنساني فإن الأمر يستلزم تنفيذ قواعد هذا القانون.

تلعب ومن بين وسائل التنفيذ هذه نجد وسيلة النشر هذه الأخيرة دورا كبيرا في تبيان القوانين الواجب إتباعها حين اندلاع أي نزاع مسلح وهذا من أجل توفير الحماية الضرورية للبيئة الطبيعية. فالنشر يعد الطريقة المثلى من أجل إعلام الكافة بالقوانين الواجبة الإتباع في النزاعات المسلحة والتي تهدف إلى حماية البيئة. إذن الإشكالية التي يمكن طرحها حول معالجة هذا الموضوع هي:

إلى أي مدى يمكن لنشر القانون الدولي الإنساني على المستوى الداخلي أن يؤدي إلى حماية فعالة للبيئة الطبيعية في أثناء النزاعات المسلحة؟

وللإجابة على هذه الإشكالية فإننا سنتبع الخطوات التالية:

**المبحث الأول: أوقات النشر الداخلي لقواعد القانون الدولي الإنساني المتعلقة بحماية البيئة الطبيعية.**

**المطلب الأول: النشر في وقت السلم.**

**المطلب الثاني: النشر أثناء وقوع النزاع المسلح.**

**المبحث الثاني: كيفية النشر الداخلي لقواعد حماية البيئة الطبيعية في النزاعات المسلحة.**

**المطلب الأول: الجهات القائمة بالنشر**

**المطلب الثاني: الجهات الموجه إليها النشر**

**المبحث الأول: أوقات النشر الداخلي لقواعد القانون الدولي الإنساني المتعلقة بحماية البيئة الطبيعية.**

من أجل تحقيق احترام القانون الدولي الإنساني والوصول إلى كفالة حماية الضحايا<sup>2</sup> والذين من بينهم البيئة الطبيعية فإن هذا يمر عبر عملية النشر لقواعد هذا القانون.

فالنشر هدفه يختلف من مرحلة إلى أخرى فهناك مرحلتان رئيسيتان المرحلة الأولى وتأتي قبل اندلاع النزاع المسلح<sup>3</sup> أي في وقت السلم ثم المرحلة الثانية وتكون أثناء قيام النزاع المسلح وهو ما سنتطرق إليه في المطلبان القادمين.

### المطلب الأول: نشر قواعد حماية البيئة الطبيعية في وقت السلم

لوقاية البيئة الطبيعية في النزاعات المسلحة من الأضرار التي قد تسببها فإنه يجب تدعيم ذلك بنشر قواعد حمايتها ووطنيا، والتشجيع على تبني تدابير داخلية لتنفيذها، فهذه المرحلة تعد فعّالة في تطبيق القانون الدولي الإنساني<sup>4</sup> المتعلق بحماية البيئة، وبالأخص قبل قيام النزاع المسلح، وهو الشيء الغالب الذي يجب أن يكون من أجل الحيلولة دون وقوع نزاع مسلح، باعتبار أن هذه المرحلة تعتبر أهم المراحل التي يستطيع فيها النشر تحقيق الهدف الذي أوجد من أجله،

---

رقية عواشيرية، حماية المدنيين والأعيان المدنية في النزاعات المسلحة<sup>2</sup> غير الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 2001، ص 329.

المرجع نفسه، ص 330<sup>3</sup>

لخضر القيزي، حماية الممتلكات الثقافية في القانون الدولي الإنساني،<sup>4</sup> رسالة ماجستير، جامعة المدينة، 2010، ص 81. وانظر أيضا: ناريمان عبد القادر، القانون الدولي الإنساني أفاق وتحديات، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص 223.



ويمنع بذلك وقوع الأضرار التي لا يمكن السيطرة عليها<sup>5</sup>، أو على الأقل التقليل من حدوثها، وهو أهداف القانون الدولي الإنساني.

وفي هذه المرحلة من عملية نشر قواعد القانون الدولي الإنساني والتي تكون قبل نشوب النزاع المسلح فإن البيئة الطبيعية حتما ستستفيد من قواعد الحماية المقررة سواء تلك النصوص العامة والتي تحمي جميع الأشخاص والأعيان أم تلك النصوص الخاصة والتي تتعلق أساسا بحماية البيئة في النزاعات المسلحة.

فبالنسبة للنصوص العامة<sup>6</sup>، نذكر البروتوكول المتعلق بحظر استعمال الغازات الخانقة والسامة أو ما شابهها والوسائل الجرثومية (البكتيريولوجية أي البيولوجية) في الحرب الصادر في 17 حزيران 1925 واتفاقية حظر استحداث أو إنتاج أو تخزين الأسلحة البكتيريولوجية المعتمدة في 10 نيسان 1972، كما نشير أيضا إلى اتفاقية حظر استحداث وإنتاج وتخزين واستعمال الأسلحة الكيميائية وتدمير تلك الأسلحة الصادرة في عام 1993، التي تضمنت مادتها

---

رقية عواشيرية، مرجع سابق، ص 330.<sup>5</sup>  
نوال أحمد بسج، القانون الدولي الإنساني وحماية المدنيين والأعيان<sup>6</sup> المدنية في زمن النزاعات المسلحة، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 183 وما بعدها. غير أنه بالرجوع إلى نصوص الاتفاقيات فإننا نجد تسمية اتفاقية حظر استحداث وتخزين وإنتاج الأسلحة البكتيريولوجية (البيولوجية) والتكسينية وتدمير هذا الأسلحة، أنظر في ذلك: موسوعة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، تحرير شريف عتلم ومحمد ماهر عبد الواحد، طبعة سادسة، ل د ص أ، القاهرة، 2005، ص

السابعة تدابير التنفيذ الوطنية والتي من بين أهدافها حماية البيئة<sup>7</sup> ولا يكون ذلك إلا بنشر هذه الاتفاقية كما هو الشأن للاتفاقيات السالفة الذكر.

أما النصوص الخاصة<sup>8</sup> نذكر على سبيل المثال اتفاقية حظر استخدام تقنيات تغيير البيئة لأغراض عسكرية أو لأي أغراض عدائية أخرى الصادرة في 10 كانون الأول 1976. حيث من خلال المادة الأولى من هذه الاتفاقية تتضمن الإشارة الى التزام كل دولة طرف في هذه الاتفاقية بعدم استخدام تقنيات التغيير في البيئة ذات الآثار الواسعة الانتشار أو الطويلة البقاء أو الشديدة لأغراض عسكرية ..... كوسيلة لإلحاق الدمار أو الخسائر أو الإضرار بأية دولة طرف أخرى فهذا الالتزام لا يمكن الوفاء به إلا بواسطة نشر الاتفاقية.

ففي هذه المرحلة تعمل الدول على نشر النصوص القانونية المتعلقة بحماية البيئة في النزاعات المسلحة والتعريف بها منذ وقت السلم<sup>9</sup>.

---

المادة 7/الفقرة 3 من اتفاقية حظر استحداث وإنتاج وتخريب واستعمال<sup>7</sup> الأسلحة الكيميائية وتدمير تلك الأسلحة، للمزيد أنظر محمود شريف بسبوني، مدخل في القانون الدولي الإنساني والرقابة الدولية على استخدام الأسلحة، سيراكوزا، إيطاليا، 1999، ص 507 وما بعدها.

نوال أحمد بسج، مرجع سابق، ص 185 وما بعدها<sup>8</sup>.

نصت المادة 5 من البروتوكول الثاني 1999 الملحق باتفاقية لاهاي<sup>9</sup> 1954 المتعلقة بحماية الممتلكات الثقافية في أثناء النزاعات المسلحة على أن الدولة تعمل على التخطيط لتدابير الطوارئ للحماية من الحرائق أو من

كما أن الدول المنتجة للأسلحة الجديدة أو المبتكرة لطرق حرب جديدة<sup>10</sup>، عليها أن تحدد ما إذا كانت هذه الوسائل مضرّة بالبيئة أم لا وهذا يكون قبل حدوث أي نزاع مسلح.

إضافة إلى ذلك فإنه على الدول نشر القواعد القانونية التي تقرر المسؤولية وتبيان العقاب على الأفعال الصادرة ضد البيئة وهذا يقع أيضا على عاتق المنظمات الدولية<sup>11</sup> التي بإمكانها مساءلة الدول على خرقها لأحكام حماية البيئة، وكل هذا يكون بإعلام جميع من يتواجد على أرض الوطن بقواعد الحماية<sup>12</sup> وهذا يساهم في تنفيذ القانون الدولي الإنساني ويعمل على تقليل الأضرار التي تمس بالبيئة في حال نشوب أي نزاع مسلح.

## المطلب الثاني: نشر قواعد حماية البيئة الطبيعية أثناء النزاع المسلح

في حالة قيام النزاع المسلح فإن نشر القانون الدولي الإنساني لحماية البيئة يلعب دورا كبيرا وذلك للحد من اتساع رقعة التأثير على

---

انهيار المباني والتي قد تؤثر سلبا على البيئة الطبيعية، وهذا كمثال عن العمل الذي هو خارج عن نطاق استخدام الأسلحة المحرمة. كمنظمة الأمم المتحدة والمحكمة الجنائية الدولية. واللذان تلزمان الدول<sup>10</sup> المصدقة بضرورة نشر قواعد حماية البيئة الطبيعية إلى أقصى حد ممكن. كما أن التحسيس بخطورة الحرب وزرع روح التسامح والسلام بين<sup>11</sup> مختلف الأوساط، يلعب دورا كبيرا في التوعية حيث لا ينتظر قيام النزاع المسلح حتى تعطى التعليمات، للمزيد أنظر: رقية عواشريّة، مرجع سابق، ص 330.

جون ماري هنكرتس ولويز دوزوالد بك، القانون الدولي الإنساني<sup>12</sup> العرفي، المجلد الأول، القواعد، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، 2007، ص 230.

البيئة والإضرار بها لأن ذلك يؤثر حتما بالسلب على حياة الكائنات الحية وبالأخص الإنسان منها.

وكمثال عن النصوص القانونية التي يجب نشرها والتي تتضمن منع استخدام الأسلحة المضرة بالبيئة نجد إعلان لاهاي بخصوص الغازات الخانقة أو بروتوكول جنيف بشأن الغازات السامة واتفاقية الأسلحة الكيميائية والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية<sup>13</sup>. وقد صوتت الأمم المتحدة على قرار في عام 1969 يعتبر أن استخدام مبيدات الأعشاب مخالف لقواعد القانون الدولي وبالأخص إذا كان ذلك كأسلوب للحرب إذا كانت تلك المبيدات ذات طبيعة تجعلها أسلحة كيميائية محظورة أو تستهدف الحياة النباتية التي ليست هدفا عسكريا أو تسبب أضرارا بالغة واسعة الانتشار وطويلة الأمد للبيئة الطبيعية<sup>14</sup>.

ففي هذه المرحلة يتوجب على القائمين بالنشر بذل كل جهودهم لدعم احترام الحد الأدنى من المبادئ الإنسانية، وتلعب في ذلك بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر دورا كبيرا في نشر المبادئ الإنسانية، داخليا ففي يوغسلافيا السابقة أنشأت هذه اللجنة شبكة من المندوبين والموظفين المحليين المتخصصين بالنشر والدعاية التلفزيونية والبرامج الإذاعية وإصدار المنشورات وتوجيه نداءات في الصحف<sup>15</sup> ونضيف إلى ذلك فإن الأنترنت اليوم يلعب دورا كبيرا في توعية أطراف النزاع إضافة إلى وسائل الاتصال الأخرى كإرسال رسائل عبر الهاتف المحمول لتذكير هؤلاء المتواجدين في أماكن

---

المرجع نفسه، ص 230.<sup>13</sup>

المرجع نفسه، ص 235 وما بعدها.<sup>14</sup>

رقية عواشرية، مرجع سابق، ص 331.<sup>15</sup>

النزاع بضرورة حماية البيئة من الأضرار التي قد تصيبها جراء الاستخدام غير المشروع للأسلحة وبالأخص تلك الأسلحة المحظورة. وإذا عدنا إلى الجانب العملي ومدى تطبيق النشر لحماية البيئة في أثناء النزاعات المسلحة، نجد أن إسرائيل قامت بالعديد من الاعتداءات على البيئة حيث منذ عام 1978 قامت بزرع الألغام في الحقول وحول منابع المياه والأشجار إضافة إلي جرف التربة وتلغيم منابع المياه<sup>16</sup>.

كما أن النشر لقواعد الدولي الإنساني فيما يتعلق بحماية البيئة لم يتم تفعيله على أرض الواقع والأدلة على ذلك حرب الخليج الثانية والثالثة حيث استخدمت الولايات المتحدة مختلف الأسلحة بما فيها المحرمة مما أدى ذلك إلى تلوث المياه والهواء والتربة وبالتالي نتج عنه العديد من الأمراض الخطيرة التي تصيب الإنسان والحيوان والنبات.

إذن النشر لقواعد القانون الدولي الإنساني والمتعلقة بحماية البيئة في أثناء قيام النزاعات المسلحة، له أهميته الكبرى في التقليل إلى أقصى حد ممكن من الأضرار التي قد تصيب البيئة<sup>17</sup> جراء العمليات العسكرية التي تقوم بها الأطراف المتنازعة.

بعد استعراضنا للمرحلتين الرئيسيتين اللتان يمر بهما النشر الداخلي المتعلق بحماية البيئة فإن الاخير أحيانا يتلامس مع النشر الدولي في المرحلة الثانية وبالأخص إذا كان نزاعا دوليا فإنه من

---

نوال أحمد بسج، مرجع سابق، ص 191.16

فالأضرار التي تصيب البيئة لها تأثير مباشر على صحة وحياة<sup>17</sup> الإنسان، فالهدف من حماية البيئة في المقام الأول هو بغرض حماية الإنسان وبقية الكائنات الحية الأخرى.

مهام بعض المنظمات الدولية تذكير الأطراف بمدى أهمية حماية البيئة. الذي عثر عبر نشر قواعد حمايتها.

إلا أن هناك مرحلة أخرى قد تكون غير مهمة لأول وهلة، إلا أنها تلعب دورا لا يستهان به حيث بعد أن تنتهي الحرب يعمل كل طرف على لم شمله خاصة بعد الأضرار التي تصيب كل طرف في النزاع، وأول الآثار التي تخلفها تلك النزاعات هو تضرر البيئة جراء العمليات العسكرية.

لذا فإن نشر القانون الدولي الإنساني في هذه الحالة يحمل أكثر من ضرورة بهدف أخذ العبرة ومحاولة عدم تكرار النزاعات المسلحة والتي لا تؤدي سوى إلى المزيد من الخسائر في الأرواح والممتلكات والبيئة التي تتوقف عليها حياة الأفراد. وتلعب المنظمات الحكومية وغير الحكومية دورا مهما في توعية الجمهور وأطراف النزاع على عدم المساس بالبيئة على اعتبارها هي الحاضنة للإنسان، فبدون بيئة نظيفة لا يستطيع الإنسان أن يعيش وإن عاش فإنه ليس بمنأى من الأمراض التي قد تصيبه نتيجة تلوث البيئة.

وقد نظم الهلال الأحمر اليمني بالتعاون مع اللجنة الدولية للصليب الأحمر عقب انتهاء الحرب الأهلية اليمنية حملة لتحذير الأهالي من خطورة المتفجرات<sup>18</sup> الموجودة في المدن اليمنية وتعليم الأطفال السلوك<sup>19</sup> الواجب إتباعه تجاه هذه الألغام.

---

على الرغم من أن هذه المتفجرات لها خطورتها على حياة الإنسان إلا<sup>18</sup> أن لها اثر سلبي على البيئة الطبيعية وبالأخص في حالة السلم، فهي تعيق حياة النبات وتفسد التربة بتلويثها وتعدم حياة الكائنات الحية الأخرى التي

إذن النشر الداخلي لقواعد القانون الدولي الإنساني يلعب دورا كبيرا في حماية البيئة أو على الأقل التقليل من آثار الأضرار التي قد تصيبها حين اندلاع النزاعات المسلحة فالنشر يناط به جهات معينة وهو ما سنراه في المبحث الثاني.

## **المبحث الثاني: الجهات المشاركة في النشر الداخلي لقواعد حماية البيئة الطبيعية في النزاعات المسلحة**

الهدف من نشر النصوص القانونية التي تحمي البيئة في النزاعات المسلحة هو إعلام الكافة بضرورة حماية البيئة من الأضرار الناتجة عن استخدام الأسلحة أثناء العمليات العسكرية وتبيان خطورة آثار ذلك.

لذا فإن النشر لهذه القواعد يتم بواسطة جهتين رئيسيتين، الجهات التي تقوم بالنشر والجهات الموجه إليها النشر وهو ما سنتناوله بالشرح في المطلبين القادمين على التوالي.

### **المطلب الأول: الجهات القائمة بنشر قواعد حماية البيئة**

تعتبر معاهدات القانون الدولي الإنساني الخاصة بحماية البيئة الطبيعية عن قواعد ملزمة بمجرد مصادقة الدول عليها، لذا فعلى عاتق الدول تنفيذها عن طريق نشرها ولا يقوم بهذا الواجب الدول فقط بل تساعد هياكل أخرى تقوم بعملية النشر لهذه النصوص القانونية حتى تحقق الغرض الذي أنشئت من أجله النصوص. كما أن

---

تعيش فيها، وهذا ما يشكل خطورة على حياة الإنسان لأن الأخير لا يستطيع الاستغناء عن هذه الكائنات.

رقية عواشرية، مرجع سابق، ص 332.<sup>19</sup>

هناك الأعراف الدولية التي هي ملزمة أيضا للدول بغض النظر عن موافقتها أم لا.

إذن سنتعرض لعملية النشر من طرف الدول أولا ثم النشر من قبل الهيئات المساعدة.

## الفرع الأول: الدول

بمجرد قيام الدول بالمصادقة على اتفاقيات<sup>20</sup> القانون الدولي الإنساني، فإنها مجبرة على تعديل قوانينها الداخلية لتصبح متوافقة مع ما نصت عليه تلك الاتفاقيات فتقوم الدول بنشر الاتفاقيات المتعلقة بحماية البيئة الطبيعية في أثناء النزاعات المسلحة وذلك بالوسائل القانونية والتي تملكها سواء بتضمينها في الدستور أم في قانون العقوبات أم في اللوائح والتنظيمات.

ويكون هذا النشر بالجريدة الرسمية للدولة<sup>21</sup> وهذا من أجل إعلام المواطنين بأن الدولة قد أصبحت طرفا في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية البيئة الطبيعية في أثناء النزاعات المسلحة وما على الجميع إلا احترام قواعد هذه الحماية وتضمنت المواد 28،47 ،

---

وهو ما ينطبق أيضا على العرف الدولي الذي هو ملزم لجميع الدول،<sup>20</sup> وبالتالي على الدول مواءمة تشريعاتها الداخلية مع هذا العرف.

لخضر القيزي، مرجع سابق، ص 82.<sup>21</sup>



127، 144 من اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 على التوالي على ضرورة النشر سواء في وقت السلم أم في وقت الحرب<sup>22</sup>.

هذا عن الاتفاقيات الدولية التي تحمي البيئة في أثناء النزاعات المسلحة وبطريقة غير مباشرة.

أما تلك الاتفاقيات التي تحمي البيئة بصفة محددة فنذكر اتفاقية حظر استخدام تقنيات تغيير البيئة لأغراض عسكرية أو لأي أغراض عدائية أخرى لعام 1976م<sup>23</sup> حيث أن الدول الأعضاء ملزمة بتنفيذ هذه الاتفاقيات وذلك بنشرها. وهو ما أشارت إليه المادة الرابعة من نفس الاتفاقية.

وهو ما أكد عليه البروتوكول الأول الإضافي لاتفاقيات جنيف 1949 في المادة 80 منه<sup>24</sup> وقد أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة قرارا تذكر فيه الأطراف بضرورة نشر قواعد القانون الدولي الإنساني على أوسع نطاق وتنفيذه على الصعيد الوطني والتي من

---

<sup>22</sup> عامر الزمالي، تطبيق القانون الدولي الإنساني، محاضرات في القانون الدولي الإنساني، طبعة 4، دار المستقبل العربي، القاهرة، 2004، ص 123.

نوال أحمد بسج، مرجع سابق، ص 185.<sup>23</sup>  
<sup>24</sup> عامر الزمالي: تطبيق القانون الدولي، محاضرات في القانون الدولي الإنساني، مرجع سابق، ص 123، أيضا أنظر إبراهيم محمد العناني، الحماية القانونية للتراث والبيئة وقت النزاعات المسلحة، القانون الدولي الإنساني " آفاق وتحديات"، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 52، وما بعدها.

بينها قواعد حماية البيئة الطبيعية وقد أكدت على ذلك في توصيتها  
رقم 53/96 الصادرة عام 1996<sup>25</sup>.

ونجد أن الكثير من الدول عملت على إنشاء لجان وطنية للقانون  
الدولي الإنساني والتي من بينها الجزائر.

ومن بين المهام الرئيسية لهذه اللجان هي نشر القانون الدولي  
الإنساني وذلك بتدعيم التقنين الفعلي لهذا القانون، واقتراح التدابير  
اللازمة لنشر الوعي بضرورة حماية البيئة الطبيعية في النزاعات  
المسلحة<sup>26</sup>.

والملاحظ على عملية النشر لقواعد القانون الدولي الإنساني  
المتعلقة بحماية البيئة الطبيعية أن الدول ليست كلها على مستوى واحد  
من الإمكانيات التي يتطلبها النشر، لأن هذا يستلزم أموالاً طائلة، لا  
تقوم عليها الدول الضعيفة، وأن هذه الدول تحتاج إلى مساعدات فنية  
لا تتوفر إلا لدى منظمات غير حكومية سواء كانت وطنية أم دولية.

فالنشر يعتبر من الاختصاصات الأصلية للدولة<sup>27</sup> غير أن  
لا تستطيع لوحدها أن تقوم بعملية النشر بل تعينها في ذلك الأخيرة<sup>28</sup>  
هيئات مساعدة.

---

رقية عواشيرية، مرجع سابق، ص 329.<sup>25</sup>  
فالكثير من الدول ومن بينها الجزائر صرحت في بيانات رسمية أنها<sup>26</sup>  
تقوم بتوفير التعليم لقواتها المسلحة كنوع من أنواع النشر، للمزيد أنظر:  
جون ماري هنكرتس ولويز دوز والد بك، مرجع سابق، ص 439.  
وهذا بناء على ما ورد في إعلان القاهرة الناتج عن أعمال المؤتمر<sup>27</sup>  
الإقليمي العربي الذي عقد في نوفمبر 1999 والذي دعا إلى إنشاء لجان  
وطنية للقانون الدولي الإنساني والمكونة من ممثلي الوزارات والمؤسسات

غير أن السؤال المطروح هو كيف تحترم قواعد حماية البيئة الطبيعية في النزاعات المسلحة من طرف الدول غير الأعضاء في وبالتالي تتصلها من عملية النشر! الاتفاقيات المتعلقة بهذا الموضوع؟ كوسيلة لتطبيق القانون الدولي الإنساني وفي هذا الشأن فإن إسرائيل والتي ليست طرفاً في البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف الأربع فإن قوات دفاعها لا تستخدم ولا تتغاضى عن أساليب أو وسائل للقتال يقصد بها أو قد يتوقع منها أن تسبب أضراراً بالغة بالبيئة واسعة الانتشار وطويلة الأمد<sup>29</sup>.

### الفرع الثاني: الهيئات المساعدة

كما قلنا آنفاً فإن الدول عاجزة لوحدها على القيام بعملية النشر لذا تحتاج إلى هيئات تساعدتها في نشر قواعد القانون الدولي الإنساني المتعلقة بحماية البيئة الطبيعية في أثناء النزاعات المسلحة.

---

المعنية لتكون مركزاً استشارياً للسلطة الوطنية في ما يتعلق بتطبيق القانون الدولي الإنساني على لمستوى الوطني ونشره، للمزيد أنظر: أمين المهدي، الجوانب التشريعية لتنفيذ أحكام القانون الدولي الإنساني، دليل للتطبيق على المستوى الوطني، طبعة 3، بعثة ل د ص أ، بالقاهرة، 2006، ص 276.

جون ماري هنكرتس، ولويز دوزووالد بك، مرجع سابق، ص 439.<sup>28</sup>  
المرجع نفسه، ص 135.<sup>29</sup>

ونشير هنا أن إسرائيل قامت بعدة أعمال مخالفة نذكر منها: زرع الألغام في الحقول وحول منابع المياه وحرق الأشجار والبساتين وجرف التربة وسرقة المياه وضخها وتلغيم منابعها، للمزيد أنظر: كمال حماد، القانون الدولي الإنساني وحماية التراث والبيئة خلال النزاعات المسلحة، القانون الدولي الإنساني " آفاق وتحديات" الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص 155 وما بعدها.

ومن بين هذه الهيئات تقوم الأمم المتحدة بأجهزتها من حين لآخر بإصدار العديد من القرارات والتوصيات من أجل تدعيم الدول في نشرها لقواعد حماية البيئة الطبيعية. ومساعدة الدول التي هي في حاجة إلى مساعدات مالية وفنية من أجل تبليغ قواعد الحماية إلى أكبر عدد ممكن من الفئات المستهدفة من النشر، وذلك بعقد العديد من المؤتمرات الدولية التي تبين أهمية نشر قواعد القانون الدولي الإنساني المتعلقة بحماية البيئة في النزاعات المسلحة سواء كانت دولية أم غير دولية. والتي حتما ستستفيد منها الدول المشاركة في هذه المؤتمرات، وحتى بالنسبة كذلك للدو غير المشاركة.

كما أن مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة من حين لآخر يذكر الأطراف المتنازعة على ضرورة تطبيق قواعد الحماية في العديد من النزاعات المسلحة كالحرب اللبنانية الإسرائيلية في عام 2006 وحرب إسرائيل على غزة في عام 2008 على اعتبار أن حماية البيئة الطبيعية هي من حقوق الإنسان. فهذا من المفروض ان يسمح لهاتين الدولتين من ان تعملوا بدورهما على تذكير قواتهما المسلحة بقواعد الحماية.

أما في ما يخص اللجنة الدولية للصليب الأحمر فإنها تلعب دورا كبيرا في عملية النشر على المستوى الداخلي وهذا من أجل توفير حماية أفضل للبيئة الطبيعية في النزاعات المسلحة، فنظامها الأساسي ينص على ذلك فهي تعتبر مؤسسة للقانون الدولي الإنساني فهي تتعاون مع كل من الحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر وهذا حسب المادة 5 الفقرة 2 من النظام الأساسي للحركة: "العمل

على توضيح ونشر القانون الإنساني المطبق في النزاعات المسلحة...".<sup>30</sup>

كما أنها تتعاون مع الجمعيات الوطنية سواء كانت حكومية أم غير حكومية وبالتنسيق معها من أجل نشر قواعد القانون الدولي الإنساني.

وتعتمد اللجنة الدولية للصليب الأحمر للقيام بعملية النشر عدة طرق بالتعاون مع الجمعيات الوطنية والدوائر العلمية بإجراء مشاورات مع الخبراء المتخصصين في الميدان وإصدار مطبوعات دورية وغير دورية وتنظيم برامج تدريبية وموائد مستديرة وحلقات دراسية وعقد مؤتمرات دولية وغير دولية من حين لآخر والمشاركة في مختلف اللقاءات التي تقام حول القانون الدولي الإنساني في ما يخص حماية البيئة الطبيعية.

كما تعتمد اليوم اللجنة الدولية للصليب الأحمر التكنولوجيا الحديثة في التواصل مع الناس والتعريف بالقانون الدولي الإنساني<sup>31</sup> الذي يحمي البيئة الطبيعية وذلك باستخدام أجهزة الاتصال الإلكترونية كإنشاء مواقع إلكترونية عبر الأنترنت وكذلك استعمال الهاتف النقال كوسيلة لنشر رسائل إلكترونية تخص حماية البيئة وبالأخص أثناء قيام النزاعات المسلحة والتي يصعب معها استخدام الوسائل العادية للاتصال.

ومن بين أعمال النشر التي قامت بها اللجنة الدولية للصليب الأحمر على أرض الواقع نذكر ما سمحت به لها جماعات معارضة

رقية عواشرية، مرجع سابق، ص 342.<sup>30</sup>

عامر الزمالي، مرجع سابق، ص 126.<sup>31</sup>

مسلحة في كل من أنغولا ويوغسلافيا السابقة وذلك مرارا بين عناصر هذه الجماعات<sup>32</sup> كما طلبت هذه اللجنة من أطراف النزاع المسلح الدولي وغير الدولي بضرورة كفالة نشر القانون الدولي الإنساني بين صفوف أفرادها أو أن تقدم تسهيلات للجنة الدولية للصليب الأحمر للقيام بعملها في هذا الميدان<sup>33</sup>.

ومعظم الدول تمنح مقرات لبعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر، وهذا للإمكانيات الهائلة التي تتمتع بها هذه اللجنة، وتتعاون هذه الأخيرة مع الجمعيات الوطنية واللجنة الوطنية للقانون الدولي الإنساني من أجل تبادل المعلومات والعمل على نشر القانون الدولي الإنساني فوق التراب الوطني للدولة.

كما أن هناك دور لا يستهان به تلعبه الجمعيات الوطنية للهلال الأحمر والصليب الأحمر على المستوى الداخلي للدول وهو دور مكمل لعمل اللجنة الدولية للصليب الأحمر إضافة إلى ذلك فإن العديد من الدول عملت على إنشاء لجان وطنية للقانون الدولي الإنساني، وهذا بغية تدعيم الجمعيات الوطنية والأخرى وهذا للتعريف وللإعلام بضرورة احترام قواعد حماية البيئة الطبيعية في النزاعات المسلحة<sup>34</sup>.

---

جون ماري هنكرتس ولويس دوزوالد بك، مرجع سابق، ص 441.<sup>32</sup>

نزار العنبيكي، القانون الدولي الإنساني، طبعة أولى، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 430 وما بعدها.<sup>33</sup>

وهو ما قامت به الجزائر مؤخرا بإنشائها للجنة وطنية للقانون الدولي<sup>34</sup> الإنساني مهمتها المساعدة في نشر وتنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني على المستوى الوطني ويعتبر النشر جزء من عملية التنفيذ.

إذن على الرغم من الدور الذي تلعبه الدول والهيئات المساعدة لها في عملية النشر إلا أنه لا يزال عمل جبار ينتظر الجميع من أجل تدعيم أكثر لهذه العملية.

إذن النشر الذي تقوم به الدول والجهات المساعدة لها هو موجه أساسا إلى فئات معينة وهو ما سنراه في المطلب الثاني.

### **المطلب الثاني: الجهات الموجه إليها نشر قواعد حماية البيئة**

هناك قاعدة تتضمن بأنه: "لا عذر لأحد في جهل القانون"<sup>35</sup> غير أنه وإن كانت هذه القاعدة معروفة في القانون إلا أنه فيما يتعلق بتطبيقها في القانون الدولي الإنساني يبقى ذلك نسبيا على اعتبار أن هذا القانون تساهم في نشره معظم الدول والمنظمات الدولية والوطنية حتى تكون هناك حماية أفضل لضحايا النزاعات المسلحة، والتي من بينها حماية البيئة الطبيعية، والمستهدف أساسا من عملية النشر هذه هو القوات المسلحة والسكان المدنيون.

### **الفرع الأول: القوات المسلحة**

تعد القوات المسلحة الركن الرئيس في عملية نشر القانون الإنساني المتعلق بحماية البيئة الطبيعية في أثناء النزاعات المسلحة وذلك لما تملكه هذه القوات من أسلحة باستطاعتها إلحاق أضرار جسيمة بالبيئة الطبيعية، وبالأخص إذا كانت تلك الأسلحة محرمة نظرا لخطورتها.

---

<sup>35</sup> عامر الزمالي، مدخل إلى القانون الدولي الإنساني، طبعة ثانية، المعهد العربي لحقوق الإنسان، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، تونس، 1997، ص 88.

لذا فإن عملية النشر هنا يجب أن تتم في زمن السلم حتى إذا قام نزاع مسلح كانت القوات المسلحة على دراية<sup>36</sup> تامة بالقواعد الواجب احترامها في حماية البيئة الطبيعية. وللقيام بذلك فإن الدول تلجأ إلى عدة طرق منها:

- توفير مستشارين قانونيين للقادة العسكريين للمساعدة في التأكد من أن القرارات المتخذة متوافقة مع القانون الدولي الإنساني الذي يحمي البيئة، وأن التعليمات الموجهة للقوات المسلحة ملائمة، وهو ما تنص عليه المادة 82 من البروتوكول الأول 1977 الإضافي لاتفاقيات جنيف 1949.<sup>37</sup>

- تعليم القوات المسلحة من خلال البرامج التدريبية<sup>38</sup> عن طريق المحاضرات والندوات وتوزيع المنشورات<sup>39</sup> المتعلقة بحماية البيئة الطبيعية.

- وعادة ما تقوم الدول بتوفير كتيبات كدليل عسكري<sup>40</sup> لقواتها المسلحة والذي يتضمن قواعد يجب إتباعها أثناء النزاعات المسلحة لحماية البيئة كعدم استخدام تقنيات التغيير في البيئة ذات الآثار

---

رقية عواشيرية، مرجع سابق، ص 333.<sup>36</sup>

جون ماري هنكرتس ولويس دوزوالد بك، مرجع سابق، ص 437.<sup>37</sup>  
المرجع نفسه، ص 438.<sup>38</sup>

رقية عواشيرية، مرجع سابق، ص 334.<sup>39</sup>

جون ماري هنكرتس ولويس دوزوالد بك، مرجع سابق، ص 437،<sup>40</sup>  
أنظر أيضاً: عامر الزمالي، القانون الدولي الإنساني تطوره ومحتواه وتحديات النزاعات المعاصرة، مدخل في القانون الدولي الإنساني الدولي والرقابة الدولية على استخدام الأسلحة، تحرير محمود شريف بسيوني، سيراكوزا، إيطاليا، 1918، ص 223.



الواسعة الانتشار والطويلة البقاء أو الشديدة لأغراض عسكرية كوسيلة لإلحاق الدمار، بطرف آخر<sup>41</sup>.

وكمثال عن الدول التي سلكت هذا المنحى ما احتواه دليل جنوب إفريقيا لقانون النزاعات المسلحة بذكره فإن " ظروف القتال غالبا لا توفر للجنود الوقت للتفكير في مبادئ قانون النزاعات قبل القيام بعملهم، ولذا يتعين على الجنود أن لا يعرفوا هذه المبادئ فحسب وإنما يجب تدريبهم حتى يتمكنوا من القيام بالاستجابة المناسبة لأوضاع معينة وبشكل تلقائي"<sup>42</sup>.

فالقوات المسلحة لها الأولوية في مناقشة أي التزام دولي تتبناه الدولة وذلك باستيعابه وتطبيقه وتنفيذه على أحسن وجه وبالأخص فيما يتعلق باستخدام الأسلحة التي لها دور كبير فيما يخص التأثير على البيئة الطبيعية في أثناء النزاعات المسلحة<sup>43</sup>.

ولا يقتصر نشر قواعد القانون الدولي الإنساني المتعلقة بحماية البيئة على القوات المسلحة للدول والمنظمات الدولية، بل يتعداه أيضا ليشمل جماعات المعارضة المسلحة بحسب نص المادة 19

---

هذا أحد المبادئ التي جاءت بها اتفاقية حظر استخدام تقنيات تغيير<sup>41</sup> البيئة لأغراض عسكرية أو لأي أغراض عدائية أخرى الصادرة في 10 كانون الأول 1976، للمزيد أنظر: نوال أحمد بسج، مرجع سابق، ص 185.

جون ماري هنكرتس ولويز دوزوالد بك، مرجع سابق، ص 440،<sup>42</sup> وحسب نشرة الأمين العام للأمم المتحدة فيما يتعلق بامتثال قوات الأمم المتحدة للقانون الدولي الإنساني الصادرة في 1999: " تتعهد الأمم المتحدة بضمان أن يكون الأفراد العسكرية في هذه القوات "ملمين تماما" بمبادئ وقواعد القانون الدولي الإنساني.

المرجع نفسه ص 440.<sup>43</sup>

البروتوكول الثاني الإضافي لاتفاقيات جنيف 1949، بنشر هذا البروتوكول على أوسع نطاق ممكن<sup>44</sup>.

فالقائد العسكري يجب عليه أن يعلم بوضوح تام ما هو مباح وما هو محرم حين استخدام الأسلحة في أثناء النزاعات المسلحة، فهناك أسلحة خطيرة على البيئة الطبيعية يجب حظرها من قبل الأطراف وتدرّس للقوات المسلحة، كحظر الألغام المضادة للأفراد حظرا شاملا وكذلك نفس الأمر بالنسبة للأسلحة السامة والكيميائية والبيولوجية بالإضافة إلى وجوب تحريم استخدام الأسلحة النووية<sup>45</sup>.

إذن النشر يلعب دورا كبيرا لدى القوات المسلحة من أجل حماية البيئة أثناء قيام النزاعات المسلحة سواء كانت نزاعات مسلحة دولية أم غير دولية غير ان ذلك غير متاح لكل الدول فهذا يتطلب إمكانيات بشرية ومالية كبيرة لتوفير تعليم وتدريب كافيين للقوات المسلحة.

---

فالمعاهدات الدولية يجب أن تكون محل إجماع وطني، وأن تتخذ جميع<sup>44</sup> الإجراءات القانونية من طرف الدولة حتى يتم تنفيذها، والتي من بينها النشر، للمزيد أنظر: ايف ساندوز، مداخلة أجراها بمناسبة الندوة التعليمية حول القانون الدولي الإنساني والرقابة على التسلح في الصراعات المسلحة، تحرير محمود شريف بسيوني، سيراكوزا، إيطاليا، 1998، ص: 208.

المرجع نفسه، ص: 206 وما بعدها<sup>45</sup>.  
فيجب الملاحظة هنا أن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتحريم استخدام أسلحة الدمار الشامل، تتكلم فقط عن تحريم الاستعمال، والذي من المفروض أن يشمل الحظر كذلك انتاج وبيع هذه الأسلحة وليس الاستخدام فقط، وهذا قصور يسجل على مضمون هذه الاتفاقيات.

## الفرع الثاني: السكان المدنيون

حين اندلاع أي نزاع مسلح فإنه لا يكون بين جيشين منظمين فقط، بل قد يتعدى ذلك النزاع إلى السكان المدنيين وبالأخص في النزاعات المسلحة غير الدولية.

لذا كان النشر لقواعد القانون الدولي الإنساني أهمية بالغة بين السكان المدنيين، باعتبارهم يلعبون دورا كبيرا في توفير الحماية للبيئة الطبيعية، فهو دور مكمل للدور الذي تلعبه القوات المسلحة.

فتعليم القانون الدولي الإنساني وتدريبه يشمل جميع الأشخاص الذين لهم الصفة المدنية والذين من بينهم:

- كبار الموظفين في الدولة كموظفي وزارة الدفاع والشؤون الخارجية والعدالة والصحة والشؤون الاجتماعية والإعلام والتعليم على اعتبار أن هؤلاء هم الذين يقررون كيفية نشر القانون الدولي الإنساني<sup>46</sup> على المستوى الوطني.

- الوسط الدراسي، وذلك ابتداء من المرحلة الابتدائية ثم المرحلة المتوسطة والثانوية انتهاء بالمرحلة الجامعية<sup>47</sup> دون نسيان مرحلة جانبية وهي مرحلة التكوين في المراكز المهنية.

- فهذا الوسط يعتبر مجالا خصبا لنشر قواعد القانون الدولي الإنساني الخاص بحماية البيئة الطبيعية على اعتبار أن هؤلاء التلاميذ والطلبة هم الإطارات المستقبلية للدولة وهم الذين سيسيرون البلاد، لذا كان مهما جدا أن يكون تعليمهم وتدريبهم على كيفية حماية البيئة منذ الصغر وهذا تطبيقا للمثل القائل " العلم في الصغر كالنقش على الحجر".

رقية عواشرية، مرجع سابق، ص 339.46

نزار العنبيكي، مرجع سابق، ص 425.47

وكمثال عملي لنشر القانون الدولي الإنساني في الأوساط الجامعية هو إنشاء مقررات تعليمية وبالأخص في تخصصات الحقوق والعلوم السياسية سواء بالنسبة لمرحلة التدرج أم مرحلة ما بعد التدرج في الجامعة تشمل دراسة القانون الدولي الإنساني بصفة معمقة.

إضافة إلى ذلك أن النشر يوجه أيضا إلى المواطنين العاديين لأنهم جزء لا يتجزأ من السكان المدنيين، وتستعمل وسائل عديدة في عملية النشر في أوساط السكان المدنيين، كإقامة الندوات والمؤتمرات الصحفية واستخدام البريد<sup>48</sup> والمواقع الإلكترونية، وتوفير كتيبات ومطبوعات مبسطة يسهل قراءتها وفهمها، كما يراعى أن تكون بالمجان، أو على الأقل أسعارها في متناول الجميع حتى تمس أكبر عدد ممكن من الناس، وهو هدف النشر لقواعد القانون الدولي الإنساني حتى تكون هناك حماية كافية للبيئة الطبيعية حين نشوب أي نزاع مسلح.

وهناك من المعاهدات تتطلب بعض الإجراءات من جانب الأفراد، وبالأخص تلك المعاهدات المتعلقة بحظر إنتاج واستخدام الأسلحة المدمرة للبيئة الطبيعية، بحيث يمكن للمواطنين تقديم المساعدة، كمالكي أو موظفي منشأة يتم تفتيشها، أو قد تفرض معاهدة التزامات فقط على الدولة الطرف، لا يمكنها واقعا تنفيذها دون مشاركة الأفراد، كتوفير معلومات للدولة لتمكينها من مد المفتشين بها. ولا يتأتى كل هذا إلا بواسطة النشر<sup>49</sup>.

---

ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 119.<sup>48</sup>  
باري كيلمان، دليل الرقابة الدولية على أسلحة الدمار الشامل وإزالتها،<sup>49</sup>  
مدخل في القانون الدولي الإنساني والرقابة الدولية على استخدام الأسلحة،  
تحرير محمود شريف بسيوني، مرجع سابق، ص 1119.

وإذا ما رجعنا إلى الواقع فإننا نلاحظ غياب التعليم للسكان المدنيين في معظم برامج التعليم المختلفة لأغلب بلدان العالم مما دفع باللجنة الدولية للصليب الأحمر<sup>50</sup> إلى بذل مجهودات مضاعفة للقيام بعملية النشر على المستوى الوطني باستخدام بعثاتها في كل دولة من خلال الأنشطة الأساسية التي تقوم بها كالدراسات التي تنشرها بمختلف اللغات وترجمة ونشر اتفاقيات جنيف وبروتوكولها الإضافيين وتفسيرها التي تحمي البيئة بطريقة غير مباشرة، والاتفاقيات المباشرة التي تحمي البيئة الطبيعية إضافة إلى الأعمال التحضيرية للمؤتمرات الدبلوماسية ومؤتمرات الخبراء العسكريين التي أعددتها، زيادة على ذلك دورها الرائد في مجال إعداد وتكوين الأشخاص المؤهلين<sup>51</sup> لنشر القانون الدولي الإنساني في داخل كل دولة.

وقد قامت أجهزة الأمم المتحدة كمجلس الأمن والجمعية العامة ولجنة حقوق الإنسان وكذلك مجلس أوروبا والاتحاد الإفريقي بالدعوة إلى نشر القانون الدولي الإنساني والترويج لتدريبه السكان المدنيين من قبل الدول<sup>52</sup>.

كما أنه بناء على المؤتمر الدولي السابع والعشرون للصليب الأحمر والهلال الأحمر المنعقد في عام 1999 تم اعتماد قرارات عديدة بالإجماع تتضمن تعهد عدد كبير من الدول من أنحاء العالم

---

نزار العنبيكي، مرجع سابق، ص 425.<sup>50</sup>

المرجع نفسه، ص 427.<sup>51</sup>

جون ماري هنكرتس ولويس دوزوالد بك، مرجع سابق، ص 434.<sup>52</sup>

بمراجعة المناهج التعليمية من أجل تبني القانون الدولي الإنساني في مقرراتها خصوصاً، وتدعيمه ونشره بين السكان عموماً<sup>53</sup>.

## خاتمة:

كخاتمة لموضوع النشر الوطني للقانون الدولي الإنساني وما يلعبه من دور كبير في محاولة إعلام الجميع بضرورة حماية البيئة الطبيعية في النزاعات المسلحة إلا أن هناك صعوبات تعترض عملية النشر هذه وبالتالي تعيق توفير الحماية اللازمة للبيئة الطبيعية. لذا سنحاول ذكر بعض هذه الصعوبات والتي هي عبارة عن نتائج تم التوصل إليها، ثم نشير بعد ذلك إلى أهم الاقتراحات المتعلقة بهذا الموضوع.

ومن هذه الصعوبات نذكر على سبيل المثال:

- هناك من الدول من هي في حاجة ماسة إلى استشارات فنية وموارد مالية من أجل نشر قواعد حماية البيئة الطبيعية في زمن النزاعات المسلحة، غير أنها لا تقبل ذلك بسبب أن مصدرها هيئات دولية وبالأخص الهيئات الدولية غير الحكومية لأن هذا يعد في نظرها تدخلاً في شؤون تسييرها الداخلي.
- بالنسبة للدول الضعيفة فإنه غالباً ما توجه المساعدات المالية التي تتلقاها من أجل نشر قواعد حماية البيئة الطبيعية إلى غير وجهتها وهذا بسبب ضعف في تسيير شؤونها.
- لا زالت العديد من الدول لا تولي عناية خاصة تجاه نشر قواعد حماية البيئة الطبيعية وهذا بسبب قلة وعيها والتي من المفروض أن تبدأ من تعليم أصغر طفل لديها إلى أعلى رتبة في الدولة. هذا في

المرجع نفسه، ص 443.53

- وقت السلم، فماذا عن حماية هذه البيئة في أوقات النزاعات المسلحة؟، والتي تظهر آثارها سريعا بسبب الأضرار التي تصيبها جراء استخدام مختلف الأسلحة بما فيها المحظورة.
- يبقى أثر المعاهدات نسبيا إذا لم تنضم إليها الدول العظمى وبالتالي يعود هذا بالسلب على حماية البيئة الطبيعية حيث نجد أن الدول الأطراف تتراخى في عملية التصديق إذا وقعت على تلك المعاهدات، وبالتالي تمتنع عن نشرها وبالنتيجة عدم تنفيذها.
- أما فيما يخص المقترحات فنجمها فيما يلي:
- بإمكان الدول التي هي عاجزة عن استخدام جميع وسائل النشر لقواعد حماية البيئة الطبيعية في النزاعات المسلحة الاستفادة من مساعدة الجمعيات غير الحكومية سواء كانت دولية أم غير دولية وبالأخص تلك المعروفة بحيادها وباستقلاليتها وبأن تسهل عملها وتحركها في هذا المجال.
- إقامة رقابة وطنية شديدة على كيفية استخدام المساعدات المالية وغير المالية الموجهة لنشر قواعد القانون الدولي الإنساني وبأنها فعلا تصب في هذا الميدان.
- تدعيم اللجان الوطنية المتعلقة بالقانون الدولي الإنساني وتوفير لها الإمكانيات المادية حتى تقوم بدورها في نشر القانون الدولي الإنساني وبالأخص المتعلق منها بحماية البيئة الطبيعية.
- قيام الجمعيات الوطنية وبالأخص غير الحكومية كوسيلة ضغط على الحكومات في كل دولة من دول العالم لتوعيتها، من أجل الكف عن إنتاج أو بيع أو استخدام الأسلحة المحرمة دوليا نظرا لخطورتها الكبيرة على البيئة الطبيعية.

- يجب أن يكون هناك وضوح تام في ألفاظ وعبارات الاتفاقيات الدولية المبرمة والمتعلقة بحظر استخدام الأسلحة الفتاكة التي تدمر كل شيء، حتى تكون هناك سهولة في عملية شرح مضمون هذه الاتفاقيات وكيفية تنفيذها بالأخص لدى القوات المسلحة، لأنها تستهدف حماية البيئة الطبيعية حين نشوب أي نزاع مسلح، وهو ما يعود بالفائدة على حماية حياة الإنسان بالدرجة الأولى.



## المراجع:

### الكتب:

- جون ماري هنكرتس ولويز دوزوالد بك، القانون الدولي الإنساني العرفي، المجلد الأول، القواعد، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، 2007.
- عامر الزمالي، مدخل إلى القانون الدولي الإنساني، طبعة ثانية، المعهد العربي لحقوق الإنسان، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، تونس، 1997.
- نزار العنبيكي، القانون الدولي الإنساني، طبعة أولى، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
- نوال أحمد بسج، القانون الدولي الإنساني وحماية المدنيين والأعيان المدنية في زمن النزاعات المسلحة، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.

### المقالات:

- أمين المهدي، الجوانب التشريعية لتنفيذ أحكام القانون الدولي الإنساني، دليل للتطبيق على المستوى الوطني، طبعة 3، بعثة ل د ص أ، بالقاهرة، 2006.
- ايف ساندوز، مداخلة أجراها بمناسبة الندوة التعليمية حول القانون الدولي الإنساني والرقابة على التسلح في الصراعات المسلحة، تحرير محمود شريف بسيوني، سيراكوزا، إيطاليا، 1999.

- باري كيلمان، دليل الرقابة الدولية على أسلحة الدمار الشامل وإزالتها، مدخل في القانون الدولي الإنساني والرقابة الدولية على استخدام الأسلحة، تحرير محمود شريف بسيوني، سيراكوزا، إيطاليا، 1999.

- عامر الزمالي، تطبيق القانون الدولي الإنساني، محاضرات في القانون الدولي الإنساني، طبعة 4، دار المستقبل العربي، القاهرة، 2004.

- عامر الزمالي، القانون الدولي الإنساني تطوره ومحتواه وتحديات النزاعات المعاصرة، مدخل في القانون الدولي الإنساني الدولي والرقابة الدولية على استخدام الأسلحة، تحرير محمود شريف بسيوني، سيراكوزا، إيطاليا، 1999.

- محمود شريف بسيوني، مدخل في القانون الدولي الإنساني والرقابة الدولية على استخدام الأسلحة، سيراكوزا، إيطاليا، 1999.

- كمال حماد، القانون الدولي الإنساني وحماية التراث والبيئة خلال النزاعات المسلحة، القانون الدولي الإنساني "آفاق وتحديات" الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.

### الرسائل الجامعية:

- رقية عواشرية، حماية المدنيين والأعيان المدنية في زمن النزاعات المسلحة غير الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2001.

- لخضر القيزي، حماية الممتلكات الثقافية في القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير، جامعة المدينة، 2010.

## الاتفاقيات الدولية:

– البروتوكول الثاني 1999 الملحق باتفاقية لاهاي 1954 المتعلقة بحماية الممتلكات الثقافية في أثناء النزاعات المسلحة.

– موسوعة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، تحرير شريف عتلم ومحمد ماهر عبد الواحد، طبعة سادسة، ل د ص أ، القاهرة، 2005.

### ملخص:

تعتبر البيئة الطبيعية الحامي الأول للكائنات الحية وبالأخص الإنسان، فتلويثها يهدد كل هذه الكائنات بالفناء، ويزداد هذا التهديد أكثر خلال الحروب.

فلحماية أفضل للبيئة الطبيعية في النزاعات المسلحة، فان نشر قواعد القانون الدولي الإنساني يلعب دورا كبيرا في هذا المجال، وبالأخص على المستوى الوطني.

فقد يكون النشر الوطني لقواعد حماية البيئة الطبيعية قبل اندلاع النزاع المسلح، وهو الأمر الغالب الذي يكون عليه النشر وقد يكون أثناء قيام النزاعات المسلحة أو بعدها.

ويقوم بعملية النشر الدول بالدرجة الأولى حيث أنها مجبرة على تعديل قوانينها الداخلية حتى تصبح متوافقة مع نصوص القانون الدولي الإنساني، وتساعدنا في ذلك هيئات دولية كالأمم المتحدة واللجنة الدولية للصليب الأحمر، وهيئات وطنية كالجمعيات الوطنية للهلال الأحمر والصليب الأحمر.

ويوجه نشر القانون الدولي الإنساني بالأساس نحو القوات المسلحة للدولة باعتبارها هي المعني الأول بتطبيق هذا القانون، ثم يأتي بعد ذلك السكان المدنيين بمختلف مكوناتهم.

## PRE-CONTRACTUAL LIABILITY

Assoc. Prof. Dr. Ümit GEZDER\*

### Abstract:

The close connection that arises from business contact and negotiations entails a danger that one of the negotiation partners influences the other partner negatively and causes him damage. This both shows the need for, and is justification of, protective rules. Jhering formulated the concept of *culpa in contrahendo*, or fault in contract negotiations, in 1861. The concept has developed over time, and by means of numerous court decisions is now an accepted basis for liability in German law, as well as in the law of other countries. The article briefly describes the concept of pre-contractual liability as it was formulated by Jhering, whereupon it describes the pre-contractual liability rules as they have evolved in German law, with reference to Swiss authors also, where relevant.

**Key words:** Pre-contractual liability; Culpa in contrahendo liability

### I. The background for pre-contractual liability

The close connection that arises from business contact and negotiations entails a danger that one of the negotiation partners influences the other partner negatively and causes him damage. This both shows the need for, and is justification of, protective rules.

The doctrine of liability based on culpa in contrahendo<sup>1</sup> was established by **Rudolf von Jhering**<sup>2</sup> in his famous article “*Culpa in*

---

\* Istanbul Medeniyet University Faculty of Law Department of Civil Law

<sup>1</sup> In current German law renamed ‘Verschulden bei Vertragsschluss’, fault at conclusion of contract. For culpa in contrahendo-liability in Turkish/Swiss law see: Ümit **Gezder**, **Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in contrahendo Sorumluluğu**, Beta, İstanbul 2009.

*contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*”<sup>3</sup> published in 1861. In this article Jhering developed his theory of the need for compensation in cases, where one contract party suffers an injury because the contract is void or ineffective as a result of the fault of the other party.

A negotiation partner must for example be able to trust both the correctness and completeness of the information when information is exchanged during the negotiations, and to rely on the recipient of the information not to pass it on to others<sup>4</sup>. The negotiation partner who behaves in a faulty way is liable towards the other party for damages when he infringes any duty arising from the relations.

Since Jhering introduced the culpa in contrahendo-concept as a legal concept it has had a profound influence on the German contract law<sup>5</sup>. Originally culpa in contrahendo was only applied on pre-contractual problems, or where a contract due to faults was not effectively concluded. However, during time it was used in court practise also where a contract had effectively been concluded, but where one party

---

<sup>2</sup> For Jhering’s three most important articles “Geist des römischen Rechts”, “Kampf ums Recht” and “Zweck im Recht” see: Theodor **Bühler-Reimann**, “Zum Problem der “culpa in contrahendo” – Rechtfertigt es die culpa in contrahendo, die herkömmliche Einteilung der Haftung in eine vertragliche und in eine außervertragliche aufzugeben?”, **SJZ** 75 (1979), p. 357. About Jhering see: Franz **Wieacker**/Christian **Wollschläger** (Herausgegeben), **Jherings Erbe – Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering**, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1970.

<sup>3</sup> Rudolf von **Jhering**, “*Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*”, **Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts**, Vierter Band, Jena 1861, p. 1 ff. The journal was established by Jhering and is known as “**Jherings Jahrbücher**” (**Bühler**, p. 357 and fn. 6).

<sup>4</sup> Karl **Larenz**/ Manfred **Wolf**, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, 9. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2004, § 31 N 3.

<sup>5</sup> Friedrich **Kessler**/Edith **Fine**, “*Culpa in contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study*”, **Harvard Law Review** 77 (1964), p. 401.

deliberately or due to negligence had given false or misleading information, or given no information where there was a duty to disclose “failure to warn” (Aufklärungspflichtverletzung)<sup>6</sup>. The concept of faults in contract negotiations has developed over time and by means of numerous court decisions is now an accepted basis for liability<sup>7</sup>.

The complicated problems of liability for wrongful and harmful actions during the pre-contractual phase leading to injuries awoke interest in the doctrine and court decisions of several other countries<sup>8</sup>. Until 2002 where § 311 paragraph 2 was added to the BGB, the general attitude towards developing solutions to the problems of pre-contractual liability was to either leave it up to the courts<sup>9</sup>, or not address the problem, or without recognising any general connection give a pragmatic and individual answer to each case<sup>10</sup>. Criticism of the concept of pre-contractual liability is still prevalent, in spite of the fact that the German law makers thus incorporated it in BGB<sup>11</sup>. Only a few other countries have prepared a specific article to find a solution for these problems<sup>12</sup>.

---

<sup>6</sup> Bernd **Mertens**, “*Culpa in contrahendo beim zustande gekommenen Kaufvertrag nach der Schuldrechtsreform*“, **AcP** 203/2003, p. 819.

<sup>7</sup> **Mertens**, p. 821.

<sup>8</sup> See: Rainer **Gonzenbach**, **Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht**, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern 1987, s. 3; **Bühler**, p. 357.

<sup>9</sup> Martijn W. **Hesselink**, “*Dutch case note*”, in: “*Cour de Cass., 26.11.2003 – ‘Perte de Chance’ (Expectation Interest) and Liability of a Third Person in Case of Breaking Off Negotiations*”, **European Review of Private Law** 3-2005, p. 444.

<sup>10</sup> See: Bruno Stephan **Kreis**, **Haftung für culpa in contrahendo**, Diss. Basel 1946 (Maschinenschrift), p. 5; **Bühler**, p. 357.

<sup>11</sup> See: **Gezder**, p. 18.

<sup>12</sup> See: **Bühler**, p. 357.

## II. Legal character of pre-contractual liability (Culpa in contrahendo liability) according to Jhering<sup>13</sup>

In his article about culpa in contrahendo, Jhering as his initial point used the question of whether in a case regarding an essential fault, the party at fault should be liable towards the other party for compensation<sup>14</sup>. According to Jhering, since there was no satisfactory solution to be found in the principles of Roman Law that were applied in his time, there was a gap in Roman Law on this point<sup>15</sup>.

Jhering was of the opinion that the close relation between the negotiating parties during the formation of a contract, which arose from the “intended” and “outwardly seemingly concluded” contract<sup>16</sup>, gave the culpa in contrahendo liability a nature of contractual liability<sup>17</sup>. According to him, since the natural reason for beginning, and the aim of, negotiations is to form a contract, the sphere of contractual obligations must be expanded to include the negotiations. If one party falsely (culpably), creates the scenery of a valid contract relationship, he is liable for compensation for the injury that the other party may suffer as a result of relying on the scenery<sup>18</sup>.

Jhering’s theory may be summarised as: “The rule of contractual solicitude is valid both for realised and for future contract relations, wherefore the breach of this rule in both cases establishes the basis for

---

<sup>13</sup> For more information see: **Gezder**, p. 59 etc.

<sup>14</sup> **Jhering**, p. 1, 2. See also Ramon **Mabillard**, **Gesellschaftsrechtliche Aspekte der Vertragsverhandlungen – Eine Untersuchung der Culpa in contrahendo**, Helbing & Lichtenhahn, Basel-Genf-München 2004, p. 66.

<sup>15</sup> **Jhering**, p. 5, 8 etc.; See also **Mabillard**, p. 66.

<sup>16</sup> **Jhering**, p. 26.

<sup>17</sup> André **Wahrenberger**, **Vorvertragliche Aufklärungspflichten im Schuldrecht (unter besonderer Berücksichtigung des Kaufrechts) – Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo**, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1992, p. 32.

<sup>18</sup> **Jhering**, p. 7, 34-35, 42.



a contractual complaint.”<sup>19</sup> In short, Jhering developed a theory of the negotiation parties’ being contractually bound to show the ‘necessary solicitude’<sup>20</sup>, and according to this theory the party who by breaching this rule commits a culpa in contrahendo is liable for the injury the other party suffers as a result of trusting the first party<sup>21</sup>.

### III. Pre-contractual liability in Swiss Obligation Law (OR)

Although the term culpa in contrahendo is used in court decisions and in literature, it is not used in the Swiss Obligation Law (OR), where the rules regulating pre-contractual liability are found in articles 23-31, under the heading ‘Mängel des Vertragsabschlusses’, defects of the contract.

Generally, the Swiss rules for pre-contractual liability are similar to the German rules. Pre-contractual liability requires that there has been a business contact between two parties, by which a relation with an increased state of confidence has been established<sup>22</sup>, and that the pre-contractual duties of care and consideration have been neglected. If one party by an action or omission causes the other party a damage, and it can be established that there is a causal relation between the injury and the pre-contractual behaviour, there is pre-contractual liability. As a general rule, the law does not protect an expectation that a party provides a service without a contractual obligation. However, under special circumstances a relation of confidence may have been

---

<sup>19</sup> Jhering, p. 52.

<sup>20</sup> E. Allan Farnsworth, “*Negotiation of Contracts and Precontractual Liability: General Report*”, in: **Conflicts et harmonisation Kollision und Vereinheitlichung Conflicts and Harmonization**, Mélanges en l’honneur d’ Alfred E. von Overbeck, Éditions Universitaires Fribourg, Suisse 1990, p. 666.

<sup>21</sup> Farnsworth, p. 666.

<sup>22</sup> BGE 116 II 695, 698; BGE 105 II 75, 80.

established, which justifies that the party should be compensated for the expenses made<sup>23</sup>.

If a party continues negotiations without any real intention of concluding a contract, (s)he will be liable for any damage suffered by the other party as a result of relying on the contract<sup>24</sup>. The same applies if a party becomes aware that it will not be possible to conclude the contract, but nevertheless continues negotiations, thereby causing damage to the interest of the other party. In this case there is both omission of information<sup>25</sup>, and non-compliance with the duties of care and consideration<sup>26</sup>.

#### **IV. Pre-contractual liability in German Civil Code (BGB)**

It is vain to search the BGB as well as newer court decisions for the expression ‘culpa in contrahendo’, as German lawyers no longer use the expression, but use the term ‘Verschulden bei Vertragsschluss’, fault at conclusion of contract. However, former court practice can still be used in interpretation<sup>27</sup>.

BGB § 311 paragraph 2 states that initiating contract negotiations causes the formation of an obligation relation with duties of care and consideration in negotiation relations as set out in BGB § 241 paragraph 2. Violation of these duties can cause pre-contractual liability.

##### **A. Fault**

---

<sup>23</sup> BGE 133 III 449.

<sup>24</sup> BGE 105 II 75; I. Zivilabteilung, 03.02. 2003: 4C. 320/2002/md. (<https://eskript.unibas.ch/fileadmin/docs/BGE/4C3202002.pdf> (27.10.2016)).

<sup>25</sup> BGE 40 II 370.

<sup>26</sup> BGE 36 II 193, 203.

<sup>27</sup> See **Larenz/Wolf**, § 31 N 3.

Fault can consist of failure to disclose<sup>28</sup>, failure to make the other party aware of a misunderstanding<sup>29</sup>, misinformation, insincerity in the negotiations, or persuasion of the other party to conclude a contract on terms that are a violation of moral principles<sup>30</sup>.

### **B. Does the pre-contractual relation establish a duty to perform?**

Generally, a pre-contractual relation will not establish a mutual duty to perform, but merely a duty of care and consideration (BGB § 241 paragraph 2). Thus, for example, the freedom to conclude or abstain from concluding a contract of transfer of real estate applies right up till the moment of notarization<sup>31</sup>. However, in certain cases, such as if one party to the negotiations holds a position of monopoly, this party may have a duty to perform if any one party meets the criteria fixed by the monopoly holder<sup>32</sup>.

### **C. Confidence relationship as basis for pre-contractual obligations?**

The legal basis for special obligations of the pre-contractual and business contacts has been seen as the confidence relationship between the parties<sup>33</sup>. However, duty of care can exist without there being confidence, which can especially be seen when one party is dependent on the products or deliveries of the other and therefore must negotiate a contract (compulsory relationship). During negotiations he has a right to expect the care of the other, even though

---

<sup>28</sup> BGH, V ZR 112/96 (München), NJW 198, Heft 13, p. 898.

<sup>29</sup> BGHZ 139, 177, 184; BGH, VII ZR 11/ 79, NJW 1980, 180; VII ZR 188/ 84, NJW-RR 1986, 569.

<sup>30</sup> BGH VIII ZR 111/99, NJW 2000, Heft 17, pp. 1254-1256, BGH VIII ZR 280/85, NJW 1987, Heft 11, p. 639.

<sup>31</sup> OLG Köln OLGR 2003, 39, 40.

<sup>32</sup> BGH, 20.09.2011, II ZR 23/14.

<sup>33</sup> See especially Claus-Wilhelm **Canaris**, "*Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten*", in: **Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag**, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1983, p. 90 etc.

he may not have any special confidence in the other. The close contact that you must enter into when you are beginning a business contact with another party is decisive for the existence of a duty of care.

BGB § 311 paragraph 2, N 2 does not discern between a confidence relationship and a compulsory relationship. Thus legal relations of negotiations and business contacts do not require confidence<sup>34</sup>.

An objective breach of the duty of care does not necessarily constitute fault, if there is no need for the protection of confidence. If for example a party has been warned against a risk by others than the negotiation partner, it is not necessary to repeat the warning.

## **V. How does a case of pre-contractual liability arise?**

If no valid contract is concluded at the end of negotiations and it is not as a result of an agreement to end negotiations, the cause is found in the pre-contractual phase: one of the parties is at fault. The result of fault at conclusion of the contract may be either that there is not even a seemingly effective contract, or that a contract is concluded, but it is, or later becomes invalid, and one of the parties suffers damages as a result<sup>35</sup>, or it can even happen that there is an effective contract, but because of the fault of one party it is (more) burdensome for the other than what was justifiably expected by this party<sup>36</sup>.

The legal relationship of negotiations of contracts is not restricted to the sphere of obligation law. It is valid for any kind of contracts be it in Property, Family or Inheritance Law<sup>37</sup>.

### **A. Pre-contractual obligations**

---

<sup>34</sup> For former law see: BGH NJW 2001, p. 3698 (**Larenz/Wolf**, § 31 N 4).

<sup>35</sup> Dieter **Medicus**, **Schuldrecht I – Allgemeiner Teil**, 17. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2006, p. 49.

<sup>36</sup> **Medicus**, p. 51.

<sup>37</sup> **Larenz/Wolf**, § 31 N 5.

There is no general obligation to disclose information to the other party. On the contrary the *caveat emptor*-principle applies, that is: a potential party to a contract is required to obtain the necessary information himself<sup>38</sup>. Liability for damages resulting from pre-contractual behaviour thus does not require the existence of a duty to disclose; however, if one party withholds information he is liable for the ensuing damages<sup>39</sup>.

BGB § 241 paragraph 2 likewise does not mention any duty to disclose. However, such duties may be subsumed under the general obligation of good conduct, which demands consideration of the other parties' rights, goods and interests<sup>40</sup>, or if there is a grave conflict of interest<sup>41</sup>. According to the Civil Procedure Regulation (ZPO) § 138, *if* information is given, it has to be correct and complete.

The duty to disclose does not include all information<sup>42</sup>. The seller is not obliged to inform the buyer of formal requirements for special kinds of contracts during the negotiations, if such requirements may be presumed to be generally known. Eg. if the subject of negotiation is conveyance of real estate, the seller would not be obliged to inform the other about the formal requirement of registration in the land register, or that a pre-contract regarding real estate needs notarisation to be valid; however, in an individual case it may come under the duty to disclose<sup>43</sup>.

Likewise, the seller has no duty to inform the buyer that the value of the sales object is considerably lower than the price demanded. On the

---

<sup>38</sup> OLG Brandenburg, 09.04.2008, 4 U 204/06.

(Vorinstanz: LG Frankfurt (Oder) - 13 O 230/05 - 15.11.2006).

<sup>39</sup> See eg. BGH, V ZR 394/99 - OLG Karlsruhe, BGH, 17.10.2006, XI ZR 205/05.  
[http://www.lrz-muenchen.de/~Lorenz/urteile/vzr394\\_99.htm](http://www.lrz-muenchen.de/~Lorenz/urteile/vzr394_99.htm) (12.09.2009)

<sup>40</sup> **Mertens**, p. 820; BGH, V ZR 264/05.

<sup>41</sup> OLG Brandenburg, 09.04.2008, 4 U 204/06.

<sup>42</sup> BGH, II ZR 277/09.

<sup>43</sup> **Medicus**, p. 50; BGH, V ZR 53/64, NJW 1965, Heft 18, p. 812.

contrary, the seller in general has a right to suppose that the buyer in his own interest has researched what the contract entails<sup>44</sup>.

## **B. Omitting or withholding information**

Good conduct/fair dealing may entail duty to make the other party aware that he is in error<sup>45</sup>. According to prevailing opinion the duty to disclose includes information about circumstances which may frustrate the other parties' aim and is of substantial importance for his decision, if such information can be expected<sup>46</sup>. An issue prospectus must for example contain factually correct and complete information that will or may be of significant importance for the potential investor<sup>47</sup>. Withholding important information obtained before the negotiation phase has formally ended constitutes violation of the duty to disclose, even when only the formal finalizing (notarization of the contract) remains<sup>48</sup>.

The duty to disclose may in an individual case include duty to inform the other party of circumstances, which he must be supposed to be insufficiently aware of<sup>49</sup>, and/or obviously has not been able to fully understand the implications of<sup>50</sup>.

There is no breach of duty to disclose if the other party knows or ought to know the facts, or should have been able to realise them<sup>51</sup>. It is the injured party who has to prove breach of the duty to disclose. However, the injurer may be exculpated if he shows that the injured

---

<sup>44</sup> BGH, V ZR 308/02 (Hamburg), NJW 2003, Heft 25, p. 812.

<sup>45</sup> BGH, V ZR 264/05 II 3. a); BGHZ 139, 177, 184; BGH, VII ZR 11/ 79, NJW 1980, 180; BGH, VII ZR 188/ 84, NJW-RR 1986, 569.

<sup>46</sup> BGH, V ZR 264/05.

<sup>47</sup> BGH, 01.03.2004, II ZR 88/02; 23.10.2012, II ZR 294/11.

<sup>48</sup> BGH, 17.01.2008, III ZR 224/06.

<sup>49</sup> BGH, V ZR 394/99; BGH, 08.11.2007, IX ZR 5/06; BGH, 06.11.2008, III ZR 279/07.

<sup>50</sup> BGH, V ZR 402/99, NJW 2001, Heft 28, p 2021.

<sup>51</sup> BGH, V ZR 264/05; V ZR 322/99.

party in any case would have concluded the contract on the same terms<sup>52</sup>.

In case of infringement of the duty to disclose, the injured party may claim that the contract be null and void, even if he did not suffer any damage<sup>53</sup>.

### C. Insincerity

It is considered a breach of good conduct to initiate or continue negotiations without any intention of actually concluding a contract<sup>54</sup>.

## VI. Causality

One condition for pre-contractual liability is that there must be a causal relation between the injury and the pre-contractual behaviour. The accepted theory is the Adequate Causal Link theory<sup>55</sup>. According to this theory the Adequacy Principle must be applied here just as it must in the evaluation of the injury<sup>56</sup>. For there to be an Adequate Causal Link the link has to be natural, that is, the condition for pre-contractual liability is that the causal link between violation of an obligation and an injury has to be both natural and adequate<sup>57</sup>. If there

---

<sup>52</sup> BGH, V ZR 402/99.

<sup>53</sup> BGH, V ZR 112/96 (München), NJW 198, Heft 13, p. 898.

<sup>54</sup> BGH, 06.02.1969 - II ZR 86/67.

<sup>55</sup> **Gonzenbach**, s. 138. For this theory see: Karl **Oftinger**/Emil W. **Stark**, **Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1995, pp. 109.

<sup>56</sup> **Gonzenbach**, p. 138. For the function of the Adequate Causal Link see: Heinz **Rey**, **Ausservertragliches Haftpflichtrecht**, 4. Auflage, Schulthess, Zürich 2008, N 522.

<sup>57</sup> See: **Rey**, N 530; Stephan **Hartmann**, **Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung – Klassisches Vertragsrecht und modernes Konsumentenschutzrecht**, Universitätsverlag, Freiburg Schweiz 2001, N 268.

is a natural causal link its possible adequacy must be evaluated by the court<sup>58</sup>.

## VII. Damage

If one party breaks off the negotiations without just cause, this party may be liable for damages caused by the breach of justifiable trust. A party is only liable for damages, if (s)he breaks off negotiations after having culpably evoked or nourished the other's trust in a future conclusion of a contract<sup>59</sup>. In such a case the injured party will normally be entitled to compensation for interest due to reliance of trustworthiness (negative (i.e. reliance) interest), but in some cases there may be grounds for awarding interest in the performance of the contract (positive interest)<sup>60</sup>. If the parties make a pre-contact, and the conditions of the pre-contract are fulfilled, performance of the contract should be the solution to a dispute<sup>61</sup>.

## VIII. Measuring damages if liability is proven

### A. Generally

Where the duty to disclose has been violated, generally the injured party can only be compensated for damage caused by breach of trust (the reliance interest)<sup>62</sup>. According to consistent court decisions this includes useless expenses<sup>63</sup>. The injured party has to be restored to the

---

<sup>58</sup> See: **Rey**, N 530.

<sup>59</sup> Rudolf **Nirk**, "*Culpa in contrahendo – eine richterliche Rechtsfortbildung – in der Rechtssprechung des Bundesgerichtshofes*", in: **Festschrift für Philipp Möhring zum 65. Geburtstag**, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin 1965, p. 391.

<sup>60</sup> **Medicus**, p. 49.

<sup>61</sup> **Medicus**, p. 49, BGHZ 120, 281, LM H. 2/2002 VOB Teil A Nr. 30.

<sup>62</sup> BGHZ 114, 87, 94; 142, 51, 62; BGH, XI ZR 235/99, ZfIR 2001, 286, 288; Senatsurt. v. 6. April 2001, V ZR 394/99.

<sup>63</sup> BGHZ 99, 182 (201) = NJW 1987, 831.



circumstances he was in “at the time he learned of the circumstances that were decisive for his decision to contract”<sup>64</sup>.

In a leading case the conveyance of a real estate was void because of omission both of notarisation of the pre-contract and registration of the subsequent conveyance. The injured party could not be given ownership over the property in question. Since more than six years had passed from the conclusion of the contract, the value of real estate had increased considerably. Therefore, the injured party would not be “in the like circumstance” as before conclusion of the contract if he had only been given the exact sum that was paid. The court decided that he be given a sum sufficient to acquire a real estate of similar value as the first, with deduction of the sum he would be likely to have paid for rent during the time he had occupied the house in question<sup>65</sup>.

## **B. Reliance interest**

### **1. Generally**

Where the duty to disclose has been violated, the injured party in general cannot claim adjustment of the contract. He may choose between having the contract cancelled if he suffered a pecuniary loss<sup>66</sup>, or to uphold the disadvantageous contract and liquidate the remaining reliance interest.

The reliance interest is to be calculated according to the situation the injured party would have been in, had he known the true circumstances of the case, that is: he would have been able to conclude the contract at a for him more favourable price. The compensation amounts to the sum found by subtracting the true price

---

<sup>64</sup> BGH, V ZR 264/05.

<sup>65</sup> BGH V ZR 53/64, NJW 1965, Heft 18, p. 812.

<sup>66</sup> BGH, V ZR 29/96, VIII ZR 111/99.

from the paid overprice. In this situation the injured party will not have to prove that the other party would have concluded the contract even at the lower price<sup>67</sup>.

The aim is not to adjust the contract to the new situation, it is to calculate the reduced damage caused by breach of trust (the reliance interest)<sup>68</sup>.

## 2. Adjustment

As a general rule the injured party cannot claim adjustment of the contract, but may only claim that the contract be upheld and compensation for the damage caused by breach of trust (Vertrauensschaden)<sup>69</sup>.

However, the compensation may also consist in the injured party's being placed as if he had concluded a more profitable contract with the other party. In such a case the injured party must lift the difficult burden of proof that such a contract would have been concluded<sup>70</sup>.

In some cases, where both parties have unknowingly applied a wrong basis for calculation, one party may be obliged to accept an increase of the sum he has pledged to pay, if the aim of the contract is to obtain a common goal, which goes beyond the exchange of goods, and may only be reached if the correct basis for calculation is provided<sup>71</sup>. There has to be strong reasons for such an adjustment.

## C. Positive interest?

---

<sup>67</sup> BGH, V ZR 264/ 05.

<sup>68</sup> BGH, Urteil vom 19.05.2006 - V ZR 264/05.

<sup>69</sup> BGH, V ZR 264/05.

<sup>70</sup> BGH, V ZR 264/ 05; V ZR 394/ 99.

<sup>71</sup> Senatsurt. v. 19. November 1971, V ZR 103/69, NJW 1972, 152, 153 f.; opposite BGH, Urteil v. 20.03.1981 - V ZR 71/80 (KG).

Generally, in pre-contractual liability situations the compensation will be the negative interest. However, positive interest can be demanded in exceptional cases, if it is proven that had the injurious action not taken place, the injured party would have concluded another, more profitable contract<sup>72</sup>. The injured party has the burden of proof. Such proof can only be dispensed from where the subject is contracts for services or manufacture (Werkverträge), and the buyer has not been made aware of deficiencies and as a result has paid an over-price. In such a case the buyer does not have to show further proof, but is to be placed as if he had concluded at the lower price<sup>73</sup>.

If such proof cannot be shown, the injured party who wants to uphold the contract may as negative interest demand to be placed in the like situation he would have been in, had he known the true circumstances, that is as if he had concluded the contract at a more favourable price<sup>74</sup>.

## **IX. Conclusion**

Since Jhering introduced the culpa in contrahendo concept as a legal concept its impact has reached beyond the German law of contracts. The concept of faults in contract negotiations developed over time in practice, and by means of numerous court decisions became an accepted basis for liability. It is now regulated in the German Civil Code (BGB) § 311 paragraph 2, although not specifically under the name of culpa in contrahendo. The complicated problems of liability for wrongful and harmful actions during the pre-contractual phase leading to damages awoke interest in several other countries, and has had influence on their doctrine and court decisions.

---

<sup>72</sup> BGH, V ZR 394/99 - OLG Karlsruhe; BGH, V ZR 264/05.

<sup>73</sup> BGH, V ZR 264/05, I, II.

<sup>74</sup> BGH, V ZR 394/99 - OLG Karlsruhe; BGH, V ZR 264/05.

## Bibliyography

- Bühler-Reimann,** : “*Zum Problem der “culpa in contrahendo”* – *Rechtfertigt es die culpa in contrahendo, die herkömmliche Einteilung der Haftung in eine vertragliche und in eine außervertragliche aufzugeben? –*”, **SJZ** 75 (1979), pp. 357-366.
- Canaris,** Claus- : “*Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten*”, in: **Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag**, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München 1983, pp. 27-110.
- Farnsworth,** E. : “*Negotiation of Contracts and Precontractual Liability: General Report*”, in: **Conflicts et harmonisation Kollision und Vereinheitlichung Conflicts and Harmonization**, Mélanges en l’honneur d’Alfred E. von Overbeck, Éditions Universitaires Fribourg, Suisse 1990, pp. 657-680.
- Gezder,** Ümit : **Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in contrahendo Sorumluluğu**, Beta, İstanbul

2009.

- Gonzenbach,** Rainer : **Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht**, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern 1987.
- Hesselink,** Martijn W. : “*Dutch case note*”, in: “*Cour de Cass., 26.11.2003 – ‘Perte de Chance’ (Expectation Interest) and Liability of a Third Person in Case of Breaking Off Negotiations*”, **European Review of Private Law** 3-2005, pp. 443–461.
- Kessler,** Friedrich/  
**Fine,** Edith : “*Culpa in contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A comparative Study*”, **Harvard Law Review** 77 (1964), pp. 401.
- Hartmann,** Stephan : **Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung – Klassisches Vertragsrecht und modernes Konsumentenschutzrecht**, Universitätsverlag, Freiburg Schweiz 2001.
- Kreis,** Bruno : **Haftung für culpa in contrahendo**, Diss. Stephan Basel 1946 (Maschinenschrift).
- Larenz,** : **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen**

- Karl/Wolf, Manfred : **Rechts**, 9. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2004.
- Mabillard, Ramon** : **Gesellschaftsrechtliche Aspekte der Vertragsverhandlungen – Eine Untersuchung der Culpa in contrahendo**, Helbing & Lichtenhahn, Basel-Genf-München 2004.
- Medicus, Dieter** : **Schuldrecht I – Allgemeiner Teil**, 17. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2006.
- Mertens, Bernd** : *“Culpa in contrahendo beim zustande gekommenen Kaufvertrag nach der Schuldrechtsreform“*, **AcP** 203/2003, pp. 818-854.
- Nirk, Rudolf** : *“Culpa in contrahendo – eine richterliche Rechtsfortbildung – in der Rechtssprechung des Bundesgerichtshofes“*, in: **Festschrift für Philipp Möhring zum 65. Geburtstag**, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin 1965, pp. 385-418.
- Oftinger, Karl/Stark, Emil W.** : **Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1995.

- Rey, Heinz** : **Ausservertragliches Haftpflichtrecht**, 4. Auflage, Schulthess, Zürich 2008.
- von Jhering, Rudolf** : *“Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen”*, **Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts**, Vierter Band, Jena 1861, pp. 1-112.
- Wahrenberger, André** : **Vorvertragliche Aufklärungspflichten im Schuldrecht (unter besonderer Berücksichtigung des Kaufrechts) – Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo**, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1992.
- Wieacker, Franz/ Wollschläger, Christian** (Herausgegeben) : **Jherings Erbe – Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering**, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1970.