المسئوولية الجنائية للأطباء

إعداد

الدكتور / عادل عبدالله خميس العمرى

يناير ٢٠٠٥

مقدمة

لاشك أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية، ورسالة الطبيب دائما رسالة إنسانية وتهتم بصحة الإنسان، ومع التطور العلمي المعاصر في كافة المجالات الإنسانية تطورت مهنة الطب بل وتسارعت وتيرة العلاج الحديث وتم اكتشاف الكثير من الأمراض الخطيرة وتم وضع العلاج الناجح لها.

و الطب مستمر في التقدم بشكل يومي ونحن نسمع يوميا اكتشافات جديدة في *هذا المجال، ومن هذا المنطلق نجد أن حدود المسؤولية الجنائية للطبب*

اتسعت وازدادت وبالذات أطباء الجراحة و الاختصايون لما يقومون به من عمليات كبرى وخطيرة، ومما لاشك فيه أن هناك معيارا لقياس الخطأ الطبي مهما كانت المسؤولية فهذا المعيار يأخذ بالتزام الطبيب بمسؤوليته وعنايته بمريضه وتوفير أقصى ما يمكن من أجل شفائه، ولهذا كان المعيار الموضوعي هو المعيار الذي أخذ به المشرع الإماراتي وبقية المشرّعين العرب، وسواء نشأ هذا المعيار عن طريق عقد معين أبرمه الطبيب مع مريضه فكل ذلك لا يغير من الأمر شيئا أن يكون هذا الطبيب ماهرا وحاذقا وذكيا ويفترض فيه أن يكون دقيقا في عمله وحذر بألا يرتكب خطأ طبي ينتج عنه تدهور حالة المريض أو عاهة مستديمة أو حتى وفاة المريض، ولا ينفي أننا لو قسنا خطأ الطبيب مع مهارته لتوصلنا إلى نتيجة حتمية وهو

مسؤليته الجنائية والمدنيه عن أفعاله و أخطائه التي يقع فيها، و الحقيقة أنه بالرغم من التطور العلمي الهائل في مجال الطب و الذي يفترض أن تقل الأخطاء الطبية بناء عليها إلا أننا نجد ازدياد هذه الأخطاء وبالذات في نوعية معينه من الأطباء (كأطباء التخدير و العمليات) كما تم سبق ذكره.

أولا:- تساؤلات الدراسة.

هناك ثلاث تساؤلات سوف نجيب عليها في هذا المبحث:

١. ما موقف التشريع الإماراتي من موضوع مسؤولية الطبيب الجنائية؟

٢. ما الأساس القانوني لحق الطبيب في العلاج؟

٣. ما أركان المسؤولية الجزائية للطبيب؟

ثانيا:- منهاج الدراسة.

سوف أتبع المنهاج التحليلي الوصفي العلمي في تناول هذه الدراسة.

ثالثا:- محتوى الدراسة.

تحتوي هذه الدراسة على مبحثين:

المبحث الأول:

سوف يتناول الأساس القانوني لحق الطبيب في العلاج.

المطلب الأول: يتحدث عن شروط إباحة العمل الطبي.

المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية المترتبة على ممارسة الأعمال الطبية.

المبحث الثاني: يتناول أركان المسؤولية الجنائية للطبيب.

المطلب الأول: الخطأ.

المطلب الثاني: النتيجة (الضرر).

المطلب الثالث: العلاقة السببية.

النتائج.

التوصيات.

الخاتمة.

المبحث الأول

الأساس القانوني لحق الطبيب في العلاج

اختلفت الآراء بين الفقهاء حول الأساس القانوني لحق الطبيب في العلاج وكذلك مدى توفير الشروط الواجبة ليكون الطبيب بعيداً عن المسؤولية حيث إن فريقا يرجح ذلك إلى العادة وآخر إلى الضرورة و البعض إلى إرضاء المريض ويرى فريق آخر انتفاء القصد الجنائي لدى الطبيب، وآخرون يردونه إلى إجازة القانون وسوف نستعرض الآراء في الآتي:

المطلب الأول

شروط إباحة العمل الطبي

أولا: العادة.

يرجح فريق من الفقهاء عدم المساءلة الطبية عن الأضرار التي تحدث من الأطباء في أثناء المزاولة العادية للمهنة إلى العادة و الحقيقة أن موضوع العادة بدأ في العصور القديمة أيام الفراعنة وأكثرهم من الشعوب القديمة حيث كان يعفى الطبيب من المسؤولية الجزائية عن الأضرار المادية والجسدية التي تصيب المرضى أثناء مزاولة المهنة

ولكن يشترط لتحقيق ذلك أن يمارس الطبيب عمله الطبي وفق أصول المهنة.

ومن الأمثلة على العادة كأساس لمشروعية العمل الطبي عند الشعوب القديمة أن يستعين الفرد بالكي حتى يشفى من المرض الذي يعاني منه، فالحروق التي تقع من والد على ولده أو من أخ على أخيه و التي لم تفض إلى عاقبة سيئة ولم يتقدم أحد بشكوى فيها لا تعتبر جروحا عمدية تشكل مخالفة للوائح، وهكذا جرت عليه العادة عند قدماء المصريين ومن الأمثلة على ذلك كأساس لمشروعية العمل الطبي عادة الختان عند اليهود ولو قام بها شخص ليس طبيباً رغم أن شراح القانون الذين أخذوا بالعادة في عملية الختان واعتبروها عملية جراحية قالوا بعدم جواز إجرائها إلا من طبيب وعلى الرغم أن العادة كانت أول مصادر القانون إلا أنها فقدت أهميتها في الوقت الحالي وحلت محلها القوانين التي تشمل أساليب التبرير و الإباحة وموانع العقاب وأصبح الطبيب خاضع لقواعد المسؤولية الجزائية و المدنية والتأديبية وفق ضوابط محدودة وردت في القوانين المختلفة.

ثانيا: حالة الضرورة.

مما لاشك فيه أن حالة الضرورة وجدت منذ زمن بعيد في الشرائع القديمة وفي الأديان السماوية باعتبارها أساسا للإعفاء من المسؤولية من منطلق أن

الضرورات تتيح المحظورات وكذلك نصت عليها القوانين الحديثة كسبب من أسباب الاباحة (التبرير) في بعض القوانين أو تكون مانعا من موانع المسؤولية في قوانين أخرى، وقد تكون مانع من موانع العقاب في قوانين أخرى [١] تناولت معظم القوانين موضوع الضرورة فعلى سبيل المثال نصت المادة (٨٩) من قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ على أنه (لا يعاقب الفاعل على فعل ألجأه للضرورة إلى أن يدفع به الحال عن نفسه أو غيره أو ملكه أو ملك الغير خطرا جسيما محدقا لم يتسبب هو فيه قصد اشرط أن يكون الفعل متناسبا والخطر) [٢].

كذلك نصت المادة (٦٣) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ على مايلي:(لايسأل جزائيا من ارتكب جريمة ألجأته إليها ضرورة وقاية نفسه أو غيره أو ماله أو مال غيره من خطر جسيم ومحدق لم يتسبب هو فيه عمدا و لم يكن في قدرته منعه بوسيلة أخرى وبشرط أن يكون الفعل المكون للجريمة متناسبا والخطر المراد اتقاؤه ولا يكون في حالة الضرورة من أوجب عليه القانون مواجهة ذلك الخطر) [٣].

بناءا على النصوص السابقة نستطيع القول بأنه يمكن الاعتماد على حالة الضرورة كأساس لإعفاء الطبيب من المسؤولية أحيانا عندما

---

[١] د. عقيل يوسف مقابلة ، المسئولية الجنائية للطبيب ، بحث .

[٢] راجع قانون العقوبات الأردنى ، المادة (٨٩) .

[٣] راجع قانون العقوبات العراقى (المادة ٦٣) .

ينقذ الطبيب حياة المريض بإحداث ضرر أقل له، مثال ذلك عندما يقوم الطبيب المولد بإجهاض المرأة الحامل حيث يقوم بالتضحية بالجنين من أجل إنقاذ حياة الام ولكن بشرط أن يشكل استمرار الحمل خطرا على حياة الام ومثال ذلك أيضا أن يقوم الطبيب ببتر عضو من أعضاء المريض من أجل منع انتشار المرض الخطير الى باقي جسده.

ومما لاشك فيه أن حالة الضرورة ليست قاصرة على الأطباء للإعفاء من المسؤولية ولكنها تشمل غير الأطباء مثل الإسعاف [١] .

ثالثاً: رضا المجني عليه.

مما لاشك فيه أن للرضا دورا أساسيا في إعفاء الطبيب من المسؤولية الجنائية وهذا الدور قرره الفقه و التشريع الحديث وكذلك وجد هذا الدور لدى الفقهاء المسلمين، لهذا فإنه لا بد أن يكون الرضاء صحيحا أي صادرا عن شخص بالغ ، عاقل وأن يكون قد تم بدون إكراه أو ضغط أو تأشير [٢] .

ولا شك أن رضا المريض قد ينفي المسؤولية عن الطبيب في بعض الأحيان إلا أن ذلك لا يمكن الأخذ به دائما حيث قد يبني الرضا على أهداف غير علاجية كما لو

---

[١] بسام المحتي بالله ، المسئولية الطبية المدنية والجزائية ، دار الإيمان ، بيروت صـ ٣٣٢.

[٢] بحث من جامعة اليرموك (إباحة العمل الطبي) الأستاذة الدكتورة واثبه داود السعدي .

رضيَ أحدهم إجراء تدخل جراحي له بنية تهربه من أداء واجب معين. وتنص تعليمات السلوك المهني للأطباء على أن رضا المريض لا يبرر قيام الطبيب بعمل غير قانوني أو في غير حينه كما في وقائع الإجهاض الجنائي أو التدخل الجراحي في غير أوانه لقد أفرد الفقهاء المسلمون للرضا مكانة مهمة لإباحة العمل الطبي إلا أنهم قد أجمعوا على ان الرضا لا يكفي بل يجب أن يصاحبه سبب آخر للإباحة.

فعند أبي حنيفة يكون السبب في إباحة العمل الطبي في الضرورة الاجتماعية وإذن المجني عليه ووليه.

أما الإمام الشافعي وأحمد بن حنبل فيختلف السبب في الإباحة لديهما فيمكن السبب في إذن المجني عليه على أن يكون الفعل بقصد صلاح المفعول به لا بقصد الإضرار به أما الإمام مالك فيرى أن العلة تكمن في إباحة العمل الطبي في إذن الحاكم أولا وإذن المريض ثانيا وباجتماع هذين الشرطين لا مسؤولية على الطبيب إلا إذا خالف أصول المهنة أو أخطأ في فعله [1].

وفي نص للدستور الأردني في المادة (١٨) من الدستور الطبي الأردني الذي جاء فيها إذا طلب الطبيب بشكل طارئ لإسعاف مريض عاجز وفاقد لقدرته على التصرف ولم يتمكن من الحصول على

[1] د. محمد فائق الجوهرى (المسؤولية الجنائية الطبية – في قانون العقوبات الأردني.

الموافقة القانونية في الوقت المناسب ، فعليه أن يقوم بالمعالجة اللازمة دون النظر إلى أي اعتبار آخر وكذلك بنص المادة (٦٢ / ج) من قانون العقوبات الأردني [١].

رابعاً: انتفاء القصد الجنائي لدى الطبيب.

لم تنص أغلب التشريعات على تعريف القصد الجنائي إلا أن المشَرع الإماراتي قد عرفه في الفقرة الأولى في المادة (٣٨) بقوله بأن (يتوافر العمد باتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب فعل أو امتناع عن فعل متى كان هذا الارتكاب أو الامتناع محرماً قانوناً وذلك بقصد إحداث نتيجة مباشرة أو أية نتيجة أخرى محرمة قانوناً يكون الجاني قد توقعها) [٢] .

ولو دقّقنا النظر في هذا التعريف لوجدنا أن إباحة العمل الطبي الذي ينتج عنه الموت فإن الإرادة اتجهت إلى إحداث الفعل دون النتيجة أما في حالات التدخل الطبي الذي لا ينتج عنه الموت كما في حالات الجرح و البتر فإن الطبيب هنا أراد الفعل وهو الجرح وأراد النتيجة وهي استئصال العضو وبالتالي إحداث عاهه مستديمة إلا أن الباعث اختلف في حالات الجرح أو البتر التي يقوم بها الطبيب فالباعث فيها هو انقاذ المريض وعلاجه وشفائه من داء معيّن فعليه فالقصد هنا متحقق في حالتين والاختلاف في الباعث وعليه

---

[١] المادة (٦٢) من قانون العقوبات الأردني .

[٢] نص المادة (٢٦) من لقانون المصري والتي عرفت القصد الجنائي .

يصح الفعل بانتفاء صفة العدوان للفعل لا بانتفاء القصد الجنائي.

وقد كان غالبية الفقهاء في فرنسا قديماً يرون أن الأصل في عدم مساءلة الأطباء عن أفعالهم التي يقومون بها أثناء ممارستهم لمهنتهم هو انتفاء القصد الجاني لديهم لأن الطبيب لا يقصد من عمله الإضرار بالمريض ولكنه يقصد شفاءه وهذا ما ذهب إليه بعض الفقهاء الألمان قديماً حيث قالوا بعدم توافر عنصر الاعتداء بعمل الطبيب نظراً لعدم توافر النية العدوانية لديه [1].

وقد قضت محكمة النقض المصرية بذلك حيث نفت توافر عنصر الاعتداء في عمل الطبيب وذلك لعدم توافر النية العدوانية لديه إلا أن هذا الاتجاه لم يصمت كثيراً أمام الانتقادات التي تعرض لها من قبل الفقه و القضاء وذلك لخلطه بين القصد و الباعث حيث ظهر اتجاه حديث في الفقه و القضاء مفاده انتفاء القصد.

---

[1] د. أسامه عبد الله قايد ، المسئولية الجنائية للأطباء ، دار النهضة ، ١٩٨٧ صـ ١١١ – ١١٧.

خامساً: الترخيص القانوني.

تعتبر إجازة القانون أساساً لتبرير أو إباحة عمل الطبيب فالمشرع القانوني هو الذي يضفي المشروعية على أعمال الطبيب التي يمارسها الأطباء بنصوص صريحة كما هو الحال في بعض القوانين العربية أما الإجابة على تساؤل الدراسة بخصوص الوضع في دولة الإمارات وهل يوجد نصوص تنظم أعمال الطبيب وتبيحها وتسأله في حالة مسؤوليته التقصيرية في عمله فإنه لا يوجد قانون ينظم ذلك وإنما اللجوء في حالة وجود تقصير ما إلى نصوص قانون العقوبات و القانون المدني وقد نما لعلمنا أنه بعد وقوع الكثير من الحالات في مستشفيات الدولة و التي ينتج عنها تقصير يتسبب في وفاة أو إعاقة دائمة أو مؤقته وبعد تحقيق في هذه الحالات التي أحيلت إلى المحاكم وحكمت وفق نصوص القانونين المذكورين بالإضافة إلى المسألة التأديبية للأطباء من قبل اللجان الطبية الفنية ، وفي الحقيقة تجري الآن الاستعدادات لعمل مشروع قانون ينظم المهن الطبية ويحاسب الطبيب جنائياً على مسئوليته في تعرض حياة المريض للخطر والقانون الآن في قنوات الصدور أي لازال مشروعا مطروحا للمناقشة.

وبناءً على ما سبق ذكره فإن إجازة القانون تعد أساساً وسبباً من أسباب الإباحة أو التبرير الذي تنفى بموجبه المسؤولية الجزائية عن الطبيب وإذا لم يؤخذ بذلك فإننا نكون أمام تناقض بين تعليم الطب وتنظيمه وبين العقاب على إصابات العلاج.

مما لاشك فيه أن أساس مشروعية عمل الطبيب هو إجازة القانون لأن المشرع يعترف بمهنة الطب وينظم كيفية ممارستها ويسمح بكل الأعمال الضرورية والملائمة لمباشرتها وهذا ما أخذ به الفقه و القضاء [1] .

وقد استند الفقه و القضاء في الإباحة إلى ترخيص القانون فالمشرع يعترف بمهنة الطب وينظم كيفية ممارستها.

---

[1] د. محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٧٧ ، ط ٤ ص ١٨٣ .

المطلب الثاني

المسؤولية الجنائية المترتبة على ممارسة الأعمال الطبية

أولاً: مدى مسؤولية الطبيب الجزائية.

هناك تباين في الآراء بالنسبة لمدى مسؤولية الطبيب الجنائية عن أخطائه الطبية ومما لا شك فيه أن يسعى المشرع جاهداً إلى التسوية وحماية حقوق المرضى وسوف أتطرق لهذا الموضوع من عدة زوايا وهي كالتالي:

أولاً: إعفاء الطبيب من المسؤولية الجزائية والمدنية

يرى أصحاب هذا الرأي إعفاء الطبيب من أية مسؤولية عن أخطائه و الحجة في ذلك أن الطبيب حسن النية، كما أنه يهدف من وراء عمله إلى علاج المريض [1].

ومما لا شك فيه أن الطبيب مؤهل علمياً وأن المريض حر في اختيار طبيبه فإذا لم يحسن الاختيار يكون مساهماً في إحداث النتيجة كما أن علم الطب علم متطور وغير ثابت يقوم التشخيص فيه على مجرد

---

[1] د. عبد الوهاب البطراوى ، المسئولية الجنائية للأطباء ، دار الفكر العربى القاهرة ط ٣ ، ١٩٩٦ ، صـ ١٦٩ .

حدس واستنتاج وهذا قد يؤدي إلى وقوع بعض الأخطاء من الطبيب ولا بد من تطوير علم الطب ولهذا يجب على الطبيب أن يكون حراً في مباشرته لعمله ومن دون أدنى خوف وذلك من أجل المصلحة العامة للمرضى، فما يعد صالحاً لعلاج المرضى اليوم قد لا يكون صالحاً في الغد، وما كان مرفوضاً في الأمس قد يكون مقبولاً اليوم [١] (١).

وفي حكم لمحكمة التميز في دبي قضت بأن الإتفاق بين المريض والطبيب الأخصائي مباشرة على إجراء الجراحة مسؤولية عما يرتكبه من خطأ قيام مسؤولية المستشفى الذي تجري فيه الجراحة إذا ما تمت تحت إشراف الأطباء التابعين لها [٢].

وبالتأكيد فإن الإعتماد على الرأي القائل بإعفاء الطبيب من مساءلته جزائياً قد يؤدي إلى استهانة الطبيب بحقوق المرضى لأنه يطلق العنان للطبيب مما قد يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمرضى تحت ذريعة التطوير و التحديث لذلك فإن القضاء في فرنسا

---

(١) الدكتور / محمود محمود مصطفى، مسؤولية الأطباء الجنائية دار الإسراء للنشر، عمان صفحة ٣٩.

(٢) الطعن رقم (٣٠٥) لسنة ٢٠٠٠م جقوق محكمة التمييز دبي ٩ / ديسمبر / ٢٠٠٠م.

ومصر رفض هذا الرأي على مساءلة الطبيب عن أخطائه جزائياً ومدنياً [١] .

٢ . الرأي الثاني:

يرى أصحاب هذا الرأي بعدم مساءلة الطبيب من الناحية الجنائية ويكتفون بمساءلته مدنياً وعلى هذا الأساس يمكن إقامة دعوى مدنية والمطالبة بالتعويض من أثر التضرر الذي لحق بالمريض وتقام هذه الدعوى أمام المحاكم المدنية المختصة.

٣ . الرأي الثالث:

وينظر أصحاب الرأي الثالث إلى مساءلة الطبيب سواءً جنائياً او مدنياً عن أخطائه وهي الدارجة اليوم.

أ. التأهيل العملي لايقي الطبيب من أخطائه وهو مماثل لأي تأهيل آخر علمي ممكن أن يصيب ويمتاز الحاصل عليه ويمكن أن يكون مخطئا ومما لاشك أن التأهيل العلمي هو أساس ممارسة المهنة يستوجب الدقة وبذل الجهد اللازم للتشخيص و العناية الكافية للمعالجة.

---

[١] الدكتورة / وائبة السعدي ، مرجع سابق ، صفحة ٨٦.

ب. أما عن حرية المريض في اختيار طبيبه فهو ليس حراً دائماً في اختيار طبيبه فإن راجع الطبيب مؤسسة طبية حكومية والطبيب مفروض عليه ولو فرضنا بأن المريض قد اختار طبيبه بنفسه وأخطأ في الاختيار فإن القاعدة الجنائية القائلة بأن خطأ المجني عليه ل لا يجب (خطأ الجاني يستوجب مساءلة الطبيب المخطئ وإن ساهم خطأ المجني عليه في إحداث النتيجة).

ج. إن تطور مهنة الطب لا يتطلب أن يكون المريض حقلاً للتجارب فالذات الإنسانية ذات قيمة عليا فالطبيب حر في أمر مريضه على أن لا تصل الحرية إلى خرق أصول المهنة وقواعدها التى لا تعد قيود على حرية الطبيب فالحرية المطلقة في كل المجالات لاوجود لها وكذلك في مجال الطب فإن أطلق تعبير له مطلق الحرية فهذه الحرية المطلقة في أمر مريضه في حدود أصول وقواعد المهنة.

٤ . الرأي الرابع:

أ. فإن أصحاب هذا الرأي يروْن أن الطبيب يسأل عن خطئه الجسيم جنائياً ومدنياً أما الطبيب الأخصائي فيسأل عن خطئه الجسيم جنائياً ومدنياً خصوصاً إذا ساءت حالة المريض بسبب معالجة الأخصائي الدقة في التشخيص و الاعتناء الفائق وعدم الإهمال في المعالجة.

ب. أو إعطاء المريض دواء انتهت مدة صلاحيته مما يلحق الأذى بالمريض أو ممارسة مهنة الطب بدون ترخيص أو الاعتداء على المريض بالضرب وقت إجراء العملية الجراحية لمنعه من الحركة أو القيام بإجهاض امرأة حامل دون مبرر وقد يقوم الطبيب بإعطاء المريض تقارير طبية كاذبة أو يقوم بصرف أدوية مخدرة لشخص آخر [1] .

---

(١) الدكتور عبدالوهاب البصراوي ، المرجع السابق صفحة رقم ١٧٠.

ثانياً: الخطأ الفني (المهني).

- قد يحدث انحراف للشخص الذي ينتمي إلى مهنة معينة عن الأصول التي تحكم هذه المهنة وعدم التزام أصحابها بها عند ممارستهم لها فهذا هو الخطأ المهني أو الفني.

- ويعني الخطأ المهني الإخلال بواجب خاص مفروض على فئة محددة من الناس ينتسبون إلى مهنة معينة كالأطباء والصيادلة و المحامين وغيرهم [1].

- وقد حدث خلاف عن مدى المسؤولية عن الخطأ المهني على عكس الخطأ العادي (المادي) الذي لاقت مساءلة الطبيب عنه إجماعاً.

- وقد افترقت الآراء في هذا الموضوع إلى رأيين نوجزهما في الآتي:

١) الرأي الأول: قصر المسؤولية الجزائية على الأخطاء الفنية الجسيمة ويرى أنصار هذا الرأي أن

---

(١) توفيق حسن الله ، المجموعة المتخصصة في المسؤولية الطبية ، منشورات الحلبي بيروت صفحة رقم ٥٥٢

الخطأ المهني أو الفني جائز على كل طبيب لأن علم الطب يتفرد من بين العلوم كافة في الاعتماد على الظروف و الاحتمال ومما ساقه أنصار هذا الرأي أيضاً أن مساءلة الطبيب عن كل خطأ فني يؤدي إلى إقحام القضاء في مجال شائك إذ يفرض عليه التثبت عن الخطأ الفني.

٢) الرأي الثاني: المسؤولية عن الأخطاء الفنية

الجسيمة واليسيرة لم يسلم غالبية الفقهاء بالتفرقة بين الخطأ الفني الجسيم و الخطأ الفني اليسير وذهبوا إلى وجوب مساءلة الطبيب جزائياً ومدنياً عن الأخطاء الفنية سواء كانت جسيمة أو سيرة ولم يخرجوا من المساءلة إلا الأخطاء الفنية اليسيرة في المسائل المختلف عليها بين الأطباء.

وبناء على ذلك لا يعتبر الطبيب مخطئاً عندما يقوم بتطبيق وسيلة علاج محل خلاف يوجد لها مؤيدون في علم الطب ولا يعد خطأ كون الطبيب يأخذ برأي راجح في علم الطب مادام مؤمناً به ولا يكون مخطئاً عندما يقوم بتطبيق وسيلة جديرة بالعلاج

لم يسبق تجربتها إذا كان مؤمناً بجدارتها ومقتنعاً بها وكان السبب في ذلك هو شفاء المريض لا مجرد التجربة.

ولكن برزت مجموعة من الانتقادات من قبل أصحاب هذا الرأي لأصحاب الرأي الأول و التي ساقوها من أجل التفرقة بين الخطأ المهني الجسيم والخطأ المهني اليسير وقد اعتمدوا على الحجج التالية:

١. هناك صعوبة في كثير من الأحيان في التفرقة بين الخطأ المادي و الخطأ الفني وبين الخطأ الفني الجسيم والخطأ الفني اليسير.

٢. إن الحرية المطالب بها الأطباء وبالتالي عدم مساءلتهم للأخطاء اليسيرة التي تقع منهم أثناء ممارستهم لمهنتهم لا تصلح مبرراً للتهاون في حقوق المرضى وتركهم تحت رحمة المهملين من الأطباء.

- هذه بعض الحجج التي تمت إشارتها من أصحاب الرأي الثاني ضد أصحاب الرأي الأول.

المبحث الثاني

أركان المسؤولية الجزائية للطبيب

مما لاشك فيه أن لكل جريمة أركانها ولا تختلف المسؤولية الجزائية للطبيب عن باقي الجرائم فهي تتكون من مجموعة من الأركان تكون المسؤولية الجزائية ومن هذا المنطلق سوف نتناول هذا المبحث في ثلاثة مطالب يتحدث المطلب الأول عن ركن الخطأ ثم يتناول المطلب الثاني النتيجة(أي الضرر) ثم في مطلب ثالث العلاقة السببية بينهم.

المطلب الأول

الخطأ الطبي

سوف نتناول موضوع الخطأ الطبي من عدة جوانب وهي تعريفه ثم عناصره وأنواعه ومعياره وصوره وأخطاء المساعدين الأطباء.

أولاً: تعريف الخطأ الطبي:

- بالنظر إلى تعريف الخطأ بصفة عامة نجد اختلاف الفقهاء في تعريفهم للخطأ وعدم أتفاقم

في الوصول إلى تعريف معين ولكن يمكن الأخذ بالتعريف الدارج للخطأ العام الجنائي على أنه ((تقصير في مسلك الإنسان عند قيامه بفعل أو امتناع إرادي تترتب عليه نتيجة ضارة لم يقصدها الفاعل ولكن كان في وسعه تجنب حدوثها لو بذل ما يلزم من واجبات الحيطة والحذر [١] .

- ولكن ماذا عن تعريف الخطأ الطبي ، لا يوجد تعريف معين للخطأ الطبي إلا أن أحد شراح القانون عرفه بأنه ((تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ وحذر في مستواه تحيط به نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول)) [٢] .

- وهناك تعريف آخر من قبل أحد شراح القانون بأنه ((كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه عن القواعد و

---

[١] الدكتور / محمد سعيد نور – الجرائم الواقعة على الأشخاص في القانون الأردني، دار الثقافة – عمان – صفحة رقم ١٥١.

[٢] الدكتور / محمود محمود مصطفى – مسؤولية الأطباء و الجراحين الجنائية، دار الإسراء للنشر عمان ١٩٩٨م.

الأصول الفنية التي يقضي بها العلم المتعارف عليها نظرياً وعملياً وقت تنفيذ العمل الطبي))[1].

- هذه بعض تعريفات شراح القانون الخطأ الطبي ونظراً لخصوصية هذا النوع من الأخطاء فلا يوجد تعريف خاص لها.

ثانياً: عناصر الخطأ الطبي:

هناك ثلاث عناصر رئيسية للخطأ الطبي وهي:

١. الإخلال بواجبات الحيطة والحذر:

تعتبر الخبرة الإنسانية هي المصدر الأساسي لواجبات الحيطة والحذر حيث تقرر هذه الخبرة مجموعة من القواعد تحدد السلوك الصحيح الواجب اتباعه في كل نوع من الأعمال.

٢. توافر العلاقة النفسية التي تربط ما بين إرادة الجاني و النتيجة الإجرامية الجسيمة:

لايعاقب القانون على السلوك في حد ذاته وإنما يعاقب على السلوك إذا أدى إلى نتيجة

---

(١) الدكتوره / وفاء حلمي أبو جميل -- الأخطاء الطبية -- دار النهضة العربية -- القاهرة -- ١٩٩١م صفحة رقم ٤٥.

إجرامية معينة لهذا السبب لايقوم الخطأ بمجرد الإخلال بواجبات الحيطة و الحذر لذا يجب أن تتوافر صلة تجمع بين الإرادة والنتيجة على نحو تكون فيه الإرادة بالنسبة إلى النتيجة محل لوم القانون.

٣. مخالفة الطبيب للقواعد والأصول الطبية:

إن المقصود بالقواعد والأصول الطبية فقهياً هي الأصول الطبية الثابتة في علم الطب وهي تعتبر قواعد متعارف عليها طبياً و التي يفترض من الأطباء الالتزام بها وقت قيامهم بالعمل الطبي حيث إن الطب علم متطور فإن صلح بالأمس لا يصلح اليوم والعكس صحيح [١].

ثالثاً: أنواع الخطأ الطبي:

هناك أنواع مختلفة من أنواع الخطأ الطبي المعروف و الدارج فقهياً وقانونياً نستعرض أهمها وهي:

---

[١] الدكتور / أسامة عبدالله قايد – المرجع السابق صفحة رقم ٢٢٤ – ٢٢٦.

أ. الخطأ الجزائي:

وهو الخطأ الذي يؤدي إلى نتيجة ضارة فيعاقب القانون مرتكبه ويلزمه بالتعويض.

ب. الخطأ المدني:

فهو الخطأ الذي يسبب ضرراً للغير ويلزم مرتكبه بالتعويض.

ت. الخطأ العادي:

وهو الخطأ العام الذي يرجع إلى مخالفة واجبات الحيطة و الحذر في الأمور المتعلقة بجميع الناس.

ث. الخطأ الفني:

فهو الخطأ الذي يرتكبه أهل الفن الذين يزاولون مهنة من المهن كالأطباء و المحامين و الصيادلة.

ج. الخطأ اليسير:

وهو الخطأ قليل الأهمية نظراً لعدم أهمية الضرر الذي وقع بسببه وحالة المدعي عليه وظروفه.

ح. الخطا الجسيم:

وهو ذلك الخطأ الذي يؤدي إلى ضرر جسيم بحيث يبتعد الفاعل فيه عن سلوك الشخص المعتاد الذي أحاطت به نفس الظروف وهذه بعض أنواع الأخطاء المعروفة قانوناً.

رابعاً: معيار الخطأ الطبي:

أخذت بعض الدول بمعيار معين في تقدير الخطأ الطبي ففي مصر أخذت بالمعيار المادي أو الموضوعي في تقدير الخطأ الطبي و المقصود بالمعيار المادي أو الموضوعي هو مقارنة سلوك المتهم بسلوك شخص آخر يكون متوسط الحيطة و الحذر فلا يسأل المتهم إلا إذا كان الإنسان العادي لا يقع فيما وقع فيه المتهم ولا شك أن هذا المعيار هو المعيار المطبق عند الأطباء و الصيادلة ولكنه ليس معياراً مطلقاً فإنه لابد من الأخذ بالاعتبار بالظروف المحيطة للواقعة من حيث الزمان والمكان واختلاف واقعة عن أخرى واختلاف خطة عن أخرى واختلاف شخص عن شخص آخر فخطأ الجراح يختلف عن غيره من الأطباء بحكم عمله بدولة الإمارات فإنه يأخذ بنفس المعيار المتبع بمصر.

خامساً: صور الخطأ الطبي:

أهم هذه الصور تكمن في :

أ. الإهمـــال.

ب. قلـــة الاحتراز.

ت. عدم مراعاة القوانين و الأنظمـــة.

المطلـــب الثانـــي

النتيجة (الضـــرر)

ســـــؤال يطـــرح نفسه دائماً متى تقام أنواع المسؤولية المختلفـــة بحق الطبيـــــب ســـــواء كانـــت هذه المسؤوليـــة جزائيـــة أو مدنيـــة أو تأديبيـــة لاشـــك أن الإجابـــة على هـــذا التساؤل تكـــون عـــندما يـــؤدي عمل الطبيـــب إلى الوقـــوع في الخطأ ومن ثم فقد يتســـبب هذا الخطأ في وفاة المريض أو إلحـــاق الأذى بـــه هذا يجرنـــا إلى الإجابـــــة عـــلى تســـاؤل الدراســـة وهو هل توجد نصـــوص قانونـــيـــة تعاقـــب الأطـــباء على أخطائهـــم في دولة الإمارات و الحقـــيقـــة أنـــه في الوقـــت الحاضـــر لا توجد نصوص معينـــه تسأل الطبيـــب عـــن أخطائـــه الـــتي يتسبب فيهـــا وتؤدي إلـــى وفـــاة

المريض أو إلحاق الأذى به وإنما هناك نصوص عامة في قانون العقوبات الاتحادي تتحدث عن القتل الخطأ و المسؤولية التقصيرية ومن هذا المنطلق فإني أطلب بتفريد تشريع قانوني يتناول تقصير الأطباء و أخطاءهم التي قد تصل إلى إحداث الوفاة بسبب الإهمال وعدم الاهتمام ولاشك أنه تحدث بين الفترة و الأخرى الكثير من النتائج السلبية بسبب أخطاء طبية لم تغط تشريعياً تؤدي إلى وفاة إنسان أو إصابته بعاهة مستديمة كذلك لابد من المعاقبة على الشروع.

وفي حكم محكمة دبي للتمييز التتالى إلى أنه من المقرر أن عمل الطبيب مشروط بأن يكون ما يجر به مطابقاً للأصول العلمية المقررة فإذا ما فرط في اتباع هذه الأصول أو خالفها حققت عليه المسؤولية الجنائية و المدنية متى توافر الضرر نتيجة تقصيره وعدم تحرزه في أداء عمله أيا كانت درجة جسامة هذا الخطأ ولما كان الطاعن وهو الطبيب متمرس بمالـه من طول خبرة فيه يتعيّن عليه أن يتوقع حدوث مضاعفات للمجني عليه بعد أن علم بحالته المرضية التي يشكو منها وقد كان من مقتضي التصبر و التحرز ألا يغيب عنه ذلك في الظروف والملابسات التي كان عليها المجني عليه عند توقيع الطاعن الكشف الطبي عليه.

ولما كان لمحكمة الموضوع كامل الحرية في تقدير القوة التدليلية لتقارير الخبراء المقدمة في الدعوة و الفصل فيما يوجه إلى هذه التقارير من اعتراضات و المفاضلة بينها و الأخذ

بما ترتاح إليه وطرح ماعداه لتعلق هذا الأمر بسلطتها في التقدير و الدليل فإنه ما ينشره الطاعن ينحل إلى الجدل الموضوعي في تقدير الدليل وهو ما لا يجوز إثارته أمام محكمة التمييز [1] .

ويمكن اعتبار الضرر الذي يسأل عنه الطبيب تلك النتائج التي ترتبت على المريض من جراء العملية الجراحية أو العلاج الذي قام به الطبيب وأنه كان يمكن أن يقوم به طبيب آخر ويمنع هذا الضرر على أنه أكثر خبرة ودراية من الأول.

كما ولا يعد ضرراً يوجب المسؤولية الجزائية إذا خاب الطبيب في علاج مريضه لأن الطبيب ليس ملزماً بتحقيق نتيجة بل يبذل عناية كما أن الطبيب لا يسأل عن طول مدة العلاج أكثر من اللازم.

ولا يعفى الطبيب من المسؤولية الجزائية إذا أصيب مريضه الذي هو تحت رعايته بعدوى ناجمه عن إهماله في تعقيم الأدوات الطبية.

ومما لاشك فيه أن التزام الطبيب ببذل العناية لا يتعارض مع التزامه بسلامة الدم الذي ينقل إلى المريض لأن المريض لا يطالب بالشفاء من عملية نقل الدم وإنما يطالب بالا يضاف إلى جسمه علة جديدة نتيجة نقل الدم.

---

(1) الطعن رقم (٣٠٠) لسنة ٢٠٠٠ حزاء ، جلسة السبت ١ / فبراير / ٢٠٠١م

ويرى الفقهاء أن التزام الطبيب في مجال نقل الدم هو التزام بتحقيق نتيجة مؤداها نقل الدم النقي للمريض وأن لا يكون هذا الدم مصدراً للعدوى [١] .

وفي حكم لمحكمة النقض الفرنسية رأت بأن الطبيب مسؤول عن الخطأ في تحليل الدم ومعرفة نوع الفئة أو الفصيلة رغم أن الممرضة هي التي قامت بهذا العمل لأنه كان على الطبيب التأكد من مدى كفاءة الممرضة [٢] .

المطلب الثالث

العلاقة السببية

لكي يكتمل الركن المادي لأي جريمة لابد من وجود رابط بين الفعل وبين النتيجة هذا الرابط هو العلاقة السببية بينهما فلولا وقوع الفعل لما وقعت النتيجة و التي هي في مسؤولية الطبيب الجنائية قيام الطبيب بالفعل إجراء العملية الجراحية أو أي فعل طبي يؤدي إلى نتيجة تنتج عن هذا الفعل ألا وهي الوفاة أو الإصابة البليغة أو الشلل أو

---

(١) الدكتور/ محمد حسين المنصور ، المسؤولية الطبية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ١٩٩٩ صفحة رقم ١٧٣.

(٢) مشار إليه لدى الدكتور / طلال عجاج ، رسالة دكتوراه ، المسؤولية المدنية للطبيب ، غير منشورة صفحة رقم ١٣٥.

غيره من النتائج المترتبة على ذلك ولكي تقوم المسؤولية الجزائية للطبيب لا يكفي أن يموت المريض أو يصاب بأذى وأن يقع الخطأ من الطبيب بل يجب أن تكون الوفاه أو الأذى الذي لحق بالمريض نتيجة ذلك الخطأ الذي وقع من الطبيب ويجب أن تكون النتيجة لاحقة على الخطأ وناشئة عنه بحيث لايمكن تصور وقوعها لو لم يقع خطأ من الطبيب.

اهتمت الكثير من التشريعات الجنائية و القضاء و الفقه في تحديد معيار للعلاقة السببية وإن كانت بعض التشريعات الجنائية كما هو الحال في مصر وفرنسا والأردن لم تضع معيار العلاقة السببية كقانون العقوبات السوري حيث نصت المادة (٢٠٣) منه ما يلي:

((أن الصلة السببية بين الفعل وعدم الفعل من جهة وبين النتيجة الإجرامية من جهة ثانية لا ينفيها اجتماع أسباب أخرى سابقة أو مقارنة أو لاحقة سواء جهلها الفاعل أو كانت مستقلة عن فعله))

وأما المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة فقد أخذ بنظرية السبب الملائم، وهذا ما

تؤكده المادة (٣٢) عقوبات اتحادي رقم (٣) لسنة ١٩٨٧م التي تنص على انه ((لايسأل الشخص عن جريمة لم تكن نتيجة لنشاطه الإجرامي غير أنه يسأل عن الجريمة لو كان أسهم مع نشاطه الإجرامي في إحداثها سبب آخر سابق أو معاصر أو لاحق متى كان هذا السبب متوقعاً أو محتملاً وفقاً للسير العادي للأمور)).

أما إذا كان ذلك السبب وحده كافياً لإحداث نتيجة الجريمة فلا يسأل الشخص في هذه الحاله إلا عن الفعل الذي ارتكبه وأما محكمة النقض المصرية فإنها مستقرة في موضوع العلاقة السببية بشكل عام على أساس أن العلاقة السببية علاقة مادية تبدأ بفعل المتسبب وترتبط به من الناحية المعنوية بما يجب أن يتوقعه من النتائج المألوفه لفعله إذا أتاه عمداً أو خروجه في ما يرتكبه بخطئه عن دائرة التبصر بالعواقب العادية لسلوكه والتصون من أن يلحق عمله ضرراً بالغير [1].

كما ترى محكمة النقض المصرية أن العلاقة السببية تقوم على عنصرين مادي ومعنوي فالعنصر

---

(1) الدكتور / أسامه عبدالله قايد - المرجع السابق ، صفحة رقم ٢٣٥.

المادي قوامه العلاقة المادية التي ترتبط بين الفعل و النتيجة الضارة وضابطها ثبوت النتيجة أي أن النتيجة ماكانت تحدث لو أن الجاني لم يرتكب الفعل.

وأما العنصر المعنوي فهو خروج الجاني فيما يرتكبه بخطئه عن دائرة التبصر بالعواقب العادية لسلوكه و التصون من أن يلحق عمله ضرراً بالغير، أي أن تكون هناك علاقة ذهنية بين الجاني و النتيجة الواقعة من شأنها إسباغ وصف الخطأ على كيفية إحداث النتيجة [1].

لهذا نجد أن القضاء المصري لا يأخذ فقط بالعنصر المادي حيث تتوافر العلاقة المادية بين الفعل و النتيجة ومع ذلك علاقة السببية ولذلك لابد من توافر العنصر المعنوي إلى جانب العنصر المادي.

وخلاصة القول أن العنصر المعنوي للعلاقة السببية في الجرائم العمدية يفترض أن النتيجة الإجرامية مألوفه، لذا يجب على الجاني توقعها والأمران غير منفصلين إذ إن وجوب التوقع يفترض استطاعته، واستطاعة التوقع لا تكون إلا في النتائج المألوفة و المعتادة أما النتائج الشاذة و الغير عادية فليس في مقدور الجاني توقعها ولا يعد ذلك واجباً عليه.

---

(١) الدكتور / محمود نجيب حسني - المرجع السابق ، صفحة رقم ٣١٣.

أمـــا إذا كانـــت الجـــريمـــة غير عمديـــة وأن العنصر المعنوي للعلاقة السـببية فـترض أن النتيجـــة قـــد حدثت على نحـــو يوصف فيه إحداثهـــا بالخطـأ الغير عمدي أي أنـــه يتعين توافـــر علاقـــة ذهنية بـــين الجانـــي والنتيجة يكون من شأنها إسباغ وصـــف الخطـــأ على كيفـيـــة إحـــداث النتـيجـــة وهذا يعني أن توافـــر العنصـــر المعنـــوي مرهـــون بإخـــلال الجانـــي بواجبات الحيطة و الحذر المفروضة لـــيه ولا يتوافـــر هـــذا العنصـــر إلا بالعواقـــب العاديـــة للسلـــوك لإجرامـــي.

وقـــد قضت محكمة النقض المصريـــة بأن خطأ الغير إذا لم يكن الطبيب ســـؤولاً عـــنه أو خطأ المجني عليه يقطع العلاقة السببية إذا استغرق خطـــأ الغـــيـــر وخطـــأ الجانـــي وكـــان كافيـــاً بذاتـــه لإحـــداث النتيجـــة [1].

---

[1] النقض الجنائي ، ١٢ / ١٠ / ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ، س ١٥ – رقم ١٩١ ، صفحة رقم ٥٦٨.

المراجـــع و المصـــادر

أولاً : الكتـــب العلميـــة.

١) المســؤولية الجنائــية للأطــباء / الدكتور / أسامة عبدالله قايد - دار النهضة العربية –القاهرة ، ١٩٨٧.

٢) المســؤولية الطبية المدنية والجزائية ، بسام محتسب بالله – دار الإيمان – بيروت – طبعة ١٩٨٤.

٣) المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين ، المسؤولية الطبية ، توفيق خير الله ، منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت.

٤) المســؤولية الجنائية للأطباء – الدكتور / عبدالوهاب البطرواني – دار الفكر العربي – القاهرة طبعة رقم (٣) ، ١٩٩٦.

٥) المســؤولية الطبية في قانون العقوبات – الدكتور / محمد فائق الجوهري – دار الجوهري للطباعة و النشر ، القاهرة – ١٩٥١.

٦) المســؤولية الطبــية ، الدكــتور / محمد حسين منصور – دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية ، ١٩٩٩.

٧) الجرائم الواقعة على الأشخاص في قانون العقوبات الأردني – الدكتور / محمد سعيد نمور – دار الثقافة – عمان ٢٠٠٢.

٨) مسؤولية الأطباء و الجراحين الجنائية – دار الإسراء للنشر – الدكتور / محمـــود محمـــود مصطفى – ١٩٩٨ – المسؤولية الجنائية للأطباء و الصيادلة – الدكتور / منير رياض حنا – دار النهضة ، القاهرة ١٩٨٩.

٩) شـــرح قانون العقوبات ، الدكتور / محمود نجيب حسني – دار النهضة العربية – القاهرة ، الطبعة الرابعة ١٩٧٧.

١٠) الخطـــأ الطبي – الدكتورة / وفاء حلمي أبو جميل – دار النهضة ،القاهرة – ١٩٩١.

ثانياً : الرسائل العلمية

١) رسائل دكتوراه ، المسؤولية المدنية للطبيب ، غير منشور – الدكتور / طلال عجاج.

٢) بحث / المسؤولية الجنائية للطبيب / الدكتور / عقل يوسف.

النتائج

من واقع هذه الدراسة توصلت إلى بعض النتائج الهامة وهي:

١. أن الأساس القانوني للعمل الطبي وإباحته تكمن في إجازة القانون و الترخيص له وموافقة ورضا المريض والالتزام بأصول مهنة الطب.

٢. أن مسؤولية الطبيب تجاه المريض هي مسؤولية عناية وليست شفاء فقط.

٣. أن الفقه والقضاء في مصر والإمارات مستقران على مساءلة الطبيب جزائياً عن أخطائه.

٤. أما في دولة الإمارات فلا يوجد قانون أو تشريع منفصل يحاسب الأطباء عن أخطائهم وإنما يلجأ إلى أحكام بعض القوانين كالعقوبات و الإجراءات و القانون المدني.

٥. يعتبر الطبيب مسؤول عن جميع الأخطاء التي يرتكبها أثناء ممارسته لمهنته وكذلك مسؤول عن إهماله وعدم أخذ احتياطه في تشخيص الدواء ووصف للدواء وإجراء العمليات الجراحية.

٦. ينفي الشروع في جريمة مسؤولية الأطباء الجزائية عن أعمالهم نظراً لكون مسؤوليتهم غير عمدية وكذلك تنفي الظروف المشددة المتعلقة بالقصد كسبق الإصرار.

٧. أن معيـــار خطأ الطبيب معيـــار موضوعي حيث يقاس سلوكه بسلوك طبيب مـــن نفـــس فئتـــه مـــن الأطبـــاء.

٨. أن الإباحـــــة قائمـــــة على أساس استعمال الحق فمن لا يملك حق مزاولة مهنة الطـــب لا يستفيـــد مـــن الإباحـــة.

التوصيات

هناك مجموعة من التوصيات توصلت إليها من واقع هذه الدراسة أتمنى الأخذ بها وهي:

١. يجب أن يوجد تشريع خاص لمسؤولية الطبيب الجزائية و المدنية في دولة الإمارات لأنه كثرت قضايا المسؤولية الطبية في الآونة الأخيرة.

٢. لماذا لا يتم دراسة وضع تشريع خليجي موحد خاص بمسؤولية الطبيب الجزائية والمدنية على مستوى دول مجلس التعاون.

٣. تشكيل لجان فنية من قبل وزارة الصحة للتحقيق في كل قضية تقام على الأطباء سواءً كانت بسبب الإهمال أو التقصير أو أي سبب فني يكون الطبيب مسؤولاً عنه.

٤. المبادرة إلى تدريس مادة عن المسؤولية الجزائية للطبيب في كليات الطب والحقوق من أجل خلق ثقافة قانونية في هذا الموضوع الهام لدى الأطباء ورجال القانون.

٥. يجب الفصل بين الخطأ الجزائي والخطأ المدني في مسألة الطبيب ويجب تأمين الأطباء بحيث يمكن أن يتحمل

التأميـــن الضـــرر إذا كـــان الخطـــأ غيـــر مقصـــود ويمكـــن أن يقـــوم بالتعويـــض.

٦. لا يمـــنـــع الحكم ببراءة الطبيب جنائياً من اتخاذ الإجراءات الانضباطية بحقه.

٧. ولا يمـــنـــع الحكم بـــبراءة الطبيب جنائياً من الحكم عليه بالتعويض مدنيـــاً.

Local Groups, Tanzania

Lilian Lyimo
Lawyer, Legal and Human Rights Centre
Alute S. L. Mughwai
Chairperson, Arusha Chapter, Tanganyika Law Society
John Umbulla
Advocate, Imboru Chambers

Drafting Committee

Judge Unity Dow
Chile Eboe-Osuji
Prof. Shadrack B.O. Gutto
Prof. Menno Kamminga
Dr. Edward Kwakwa (Coordinator)

Africa Legal Aid Secretariat

Evelyn A. Ankumah
Executive Director
Mawuse Anyidoho
Program Associate
Marco van de Meugheuvel
Program Associate

Local Assistants

Mimi Elwi
Local Coordinator, Cairo
Shermin Moledina
Local Coordinator, Arusha
Happyness Sindila
Secretary, Arusha

Ambassador Abdallah El Ashaal
Ambassador Naheed El Ashry
Tahany El Guibally
Arab Lawyers Union
Prof. Nashaat El Hilaly
Dr. Azza El Khamissy
Afro-Asian Peoples' Solidarity Organization
Councellor Adel Fahmy
Prof. Hazim Gomeeha
Prof. Said Gouwily
Dr. Jailon Hamza
Prof. Barbara Harrell-Bond
American University
Bahiy El Din Hassan
Cairo Centre for Human Rights
Ambassador Essam Hawass
Governor Adly Hussein
Governor of Qalyubija
Mahmoud Kabeel
Actor
Mohamed Maher
Legal Advisor, International Committee of the Red Cross
Mahmoud Mourad
El Ahram Newspaper
Prof. Abdel Rafia Moussa
Prof. Ahmed Rifaat
Counselor Nabil Sadek
Adeeb Naguib Salamah
Amir Salem
Advocate
Director, Legal Research and Resource Center for Human Rights
Dr. Helmy Sha'rawi
Head, Arab-African Research Centre
Governor Abdel Azim Wazir
Governor of Damietta

Michael Th. Johnson
Deputy Prosecutor, ICTR
Arusha, Tanzania
Mary Kaboggoza
Coalition for the ICC, Coordinator for Eastern Africa
Kampala, Uganda
Elizabeth Nahamya
Legal Officer Chambers, ICTR
Arusha, Tanzania
Sugan Naidoo
Special Assistant to the President, ICTR
Arusha, Tanzania
William Romans
Associate Legal Officer, ICTR
Arusha, Tanzania
Richard Shilamba
SAHRiNGON-Tanzania
Dar es Salaam, Tanzania
Don Webster
Senior Legal Advisor, Office of the Prosecutor, ICTR
Arusha, Tanzania

Local Groups, Egypt

Adel Abdel Baky
President, Human Rights Supporters
Amira Abdel Hakim
Legal Advisor
Farouk Abou Issa
Secretary General, Cairo Centre for Human Rights
Samih Ashour
President, Arab Lawyers Union
Prof. Abdel Hady Ashry
Sherif Atlam
Legal Advisor, International Committee of the Red Cross
Ambassador Siliman Awad
Prof. Essam Bassim

Other Participants & Attendees

Judge Winston C.M. Maqutu
Judge, ICTR
Arusha, Tanzania
Judge William H. Sekule
Judge, ICTR
Arusha, Tanzania
Judge Andrésia Vaz
Judge, ICTR
Arusha, Tanzania
Judge Lloyd G. Williams, Q.C.
Judge, ICTR
Arusha, Tanzania
Dr. John Ruhangisa
Registrar, East African Court of Justice (EACJ)
Arusha, Tanzania
Dr. Anne Pieter van der Mei
Maastricht University, Faculty of Law
Maastricht, the Netherlands
Roland Kouassi Géro Amoussouga
Legal Adviser – Chief, Witnesses & Victims Support Section-Defence (WVSS-D) Registry (ICTR)
Arusha, Tanzania
Gwendolyn Chellam
Assistant Legal Officer, Chambers, ICTR
Arusha, Tanzania
Suzanne Chenault
Legal Advisor and Jurist Linguist, Chambers, ICTR
Arusha, Tanzania
Carmina Fernandes
Intern President, Chambers, ICTR
Arusha, Tanzania
Rachel Jensen
Intern, ICTR
Arusha, Tanzania

Fiona McKay
Director, International Justice Program
Lawyers Committee for Human Rights
New York, U.S.A.

Kingsley Moghalu
Special Assistant to the Registrar and Spokesperson
International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)
Arusha, Tanzania

Isaac Flattau
Implementation Advisor,
NGO Coalition for an International Criminal Court (CICC)
New York, U.S.A.

Amanda Reichman
Prosecution Counsel,
International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)
Arusha, Tanzania

Nieves Molina
Legal Officer,
International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)
Arusha, Tanzania

Dr. Bonaventure Rutinwa
Senior Lecturer, Faculty of Law
Dar es Salaam, Tanzania

Ariana Pearlroth
Project Director, Universal Jurisdiction Information Network
London, United Kingdom

Mbuthi Gathenji
Legal Advisor, Kenya Human Rights Commission
Advocate, Commissioner for Oaths & Notary Public
Nairobi, Kenya

Jennifer Miano
Senior Program Officer, Kenya Human Rights Commission
Nairobi, Kenya

Chile Eboe-Osuji
Prosecution Counsel,
International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)
Arusha, Tanzania

Prof. Makau Wa Mutua
Director, Human Rights Center
University at Buffalo School of Law
The State University of New York, U.S.A.

Advocate Dumisa B. Ntsebeza
Distinguished Visiting Prof. of Political Science and Law,
University of Connecticut, USA
Formerly Commissioner,
South African Truth and Reconciliation Commission

Prof. Cees Flinterman
Director, Netherlands Institute for Human Rights (SIM)
Utrecht University, the Netherlands

Betty K. Murungi
Advocate of the High Court of Kenya
Nairobi, Kenya

Christopher Hall
Legal Adviser, International Justice Project,
Amnesty International
London, United Kingdom

Guglielmo Verdirame
Fellow, Merton College
Oxford, United Kingdom

Dr. Edward Kwakwa
Deputy Legal Counsel
World Intellectual Property Organization (WIPO)
Geneva, Switzerland

Hon. Mr. Bakari J. Mwapachu
Minister of Justice and Constitutional Affairs
Dar es Salaam, Tanzania

Adama Dieng
U.N. Assistant Secretary General
Registrar, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)
Arusha, Tanzania

ANNEX 2
EXPERTS' MEETINGS, "AFRICAN PERSPECTIVES ON UNIVERSAL JURISDICTION FOR INTERNATIONAL CRIMES", CAIRO, EGYPT, 30-31 JULY 2001 AND ARUSHA, TANZANIA, 18-20 OCTOBER 2002

LIST OF PARTICIPANTS

Speakers & Chairs

Prof. Nabil A. Hilmy
Dean, Zagazig University
Senior Partner, Hilmy Law Firm
Cairo, Egypt

Judge Navanethem Pillay
President, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)
Arusha, Tanzania

Evelyn A. Ankumah
Executive Director, Africa Legal Aid

Honorable Dr. Ahmed Fathy Sorour
Speaker of the National Parliament of Egypt

Judge Yvonne Mokgoro
Constitutional Court of South Africa

Prof. Menno Kamminga
Director, Centre for Human Rights
Maastricht University, the Netherlands

Maître Mouhamed El Habib Kébé
Advocate of the High Court of Senegal
Director, International Justice Programme,
Organisation Nationale des Droits de l'Homme (O.N.D.H.)
Dakar, Senegal

Prof. Shadrack B.O. Gutto
University of Witwatersrand, Faculty of Law
South Africa

Judge Unity Dow
High Court of Botswana
Lobatse, Botswana

17. Responses to gross human rights offences shall include a requirement for the offender or other available mechanism to make appropriate reparation to the victims of the offences, to the extent possible.

18. Refugee status or applications for refugee status shall not relieve States of their obligation to prosecute or to extradite or transfer for trial to any other State or international tribunal willing and able to prosecute persons accused or suspected of gross human rights offences. This is without prejudice to the prohibition of non-refoulement.

19. A State in whose territory a gross human rights offence suspect is found shall prosecute him or her in good faith or extradite or surrender him or her to any other State or international tribunal willing and able to prosecute such suspect. The absence of an extradition treaty or other enabling legislation shall not bar the extradition, surrender or transfer of such a suspect to any State or international tribunal willing and able to prosecute the suspect.

10. States shall provide mutual legal assistance in order to facilitate the effective exercise of universal jurisdiction.

11. Proceedings, including but not limited to, the investigation, prosecution, incarceration and/or sentencing of gross human rights offenders, shall be undertaken in conformity with internationally recognized human rights standards. These rights include the right to consular assistance under the Vienna Convention on Consular Relations, and the right to counsel, which shall include, in the case of self-funding defendants, the right to choose counsel from outside the legal profession of the prosecuting jurisdiction.

12. In proceedings based on universal jurisdiction, States shall ensure that victims and witnesses receive adequate protection.

13. A person who has been tried and convicted or acquitted of a gross human rights offence under international law before a national court may not be tried again, except where the prior proceedings shielded the person from justice.

14. The use of alternative forms of justice, including truth and reconciliation commissions, does not relieve States of their responsibility and their duty to prosecute individuals or to extradite or transfer for trial individuals suspected or accused of gross human rights offences under international law.

15. While amnesties for gross human rights offences granted to individuals may, in certain cases, be politically expedient, such amnesties are generally incompatible with international law and do not have any effect outside the borders of the country in which they are granted; nor do they absolve other States of their responsibility and their duty to prosecute or to transfer for trial such individuals.

16. Prosecution and sentencing of gross human rights offenders shall be guided not only by the need for deterrence, but also by the need to reconcile, rehabilitate and reconstruct the society where the offence was committed.

public resources, trafficking in human beings and serious environmental crimes – should also be granted this status.

5. The absence of specific enabling domestic legislation does not relieve any State of its international legal obligation to prosecute, extradite, surrender or transfer suspects to any State or international tribunal willing and able to prosecute such suspects.

6. The principle of non-interference in the internal affairs of States, as enshrined in Article 4(g) but qualified by Article 4(h) of the Constitutive Act of the African Union, shall be interpreted in light of the well established and generally accepted principle that gross human rights offences are of legitimate concern to the international community, and give rise to prosecution under the principle of universal jurisdiction.

7. In dealing with gender crimes, such as rape and other forms of sexual violence that are recognised as crimes subject to universal jurisdiction, States shall make every effort to create conditions favourable to reporting such crimes, investigate them, bring the perpetrators to justice and provide support to the victims.

8. In applying universal jurisdiction, prosecuting authorities shall avoid bias and selectivity based on race, gender, sexual orientation, ethnicity, colour, language, age, religion, political or other opinion, national or social origin, birth or other status of the suspect. In particular, the application of the principle of universal jurisdiction shall not be used as a pretext to pursue politically motivated prosecutions.

9. Financial and other constraints do not relieve States of their duty to carry out investigations or to prosecute, extradite or transfer for trial persons suspected or accused of gross human rights offences under international law. However, the international community should assist developing countries in the latter's efforts in prosecuting such offences.

crime of apartheid, have so far not attracted prosecution under the principle of universal jurisdiction.

The Principles are aimed at assisting governments, in Africa and around the world, in exercising their powers and obligations, human rights organisations and legal practitioners in their attempts to pursue international justice, and advocacy and lobbying initiatives. They are also aimed at contributing to the progressive development of international law.

The starting point for these Principles is an awareness of existing law, as enshrined, for example, in the Rome Statute of the International Criminal Court.

In the particular context of the African Continent, however, there are additional considerations, including economic, social and cultural, that should be taken into account in trying to ensure the effective exercise of universal jurisdiction.

PRINCIPLES

1. Universal jurisdiction applies to gross human rights offences committed even in peacetime.

2. The principle of universal jurisdiction should apply not only to natural persons, but also to other legal entities.

3. States shall adopt measures, including legislative and administrative, that will ensure that their national courts can exercise universal jurisdiction over gross human rights offences, including, but not limited to, those contained in the Rome Statute of the International Criminal Court.

4. In addition to the crimes that are currently recognised under international law as being subject to universal jurisdiction, certain other crimes that have major adverse economic, social or cultural consequences – such as acts of plunder and gross misappropriation of

ANNEX 1
THE CAIRO-ARUSHA PRINCIPLES ON UNIVERSAL JURISDICTION IN RESPECT OF GROSS HUMAN RIGHTS OFFENCES: AN AFRICAN PERSPECTIVE

PREAMBLE

The African tradition has always been to abhor gross human rights offences.

The principle of universal jurisdiction concerns the international community as a whole; it should therefore have a truly universal scope in its content, implementation and effects.

While it is generally preferable to try gross human rights offences in the State where they occurred, it is sometimes necessary, in order to avoid impunity, to make use of international tribunals or other national jurisdictions.

Most African States have accepted the principle of universal jurisdiction by becoming parties to instruments which provide for universal jurisdiction over certain crimes under international law, including under the 1949 Geneva Conventions, the 1973 Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid and the 1984 Convention against Torture. Many of those States, however, have not ensured that their courts can exercise jurisdiction in respect of gross human rights offences on the basis of universal jurisdiction.

In recognition of this, AFRICA LEGAL AID (AFLA) convened a meeting in Cairo from 30 to 31 July 2001 and in Arusha from 18 to 21 October 2002. The meetings brought together a number of leading experts from all across Africa and elsewhere to discuss and devise principles on universal jurisdiction from an African perspective.

The Principles are prompted, among others things, by a concern that certain offences which have particular resonance in Africa, such as the

CONCLUSION

The Cairo-Arusha Principles were drafted and adopted in the belief that the evolution of international criminal law requires the application of universal jurisdiction to a broader array of offences in international law. The Principles also recognize, however, that universality does not necessarily imply uniformity.[29] This explains how issues relating to universal jurisdiction may be seen from an African angle, as done in the Cairo-Arusha Principles.

As stated in the Preamble, the Cairo-Arusha Principles are meant to guide governments, in Africa and around the world, in exercising their powers and obligations. They are meant to assist human rights organisations and legal practitioners in their attempts to pursue international justice, and assist advocacy and lobbying initiatives. Most importantly, the Cairo-Arusha Principles are aimed at developing the frontiers of the principle of universal jurisdiction.

---

[29] On obstacles to the harmonization of the application of universal jurisdiction, see generally S. SCHAIRER and C. EBOE-OSUJI, "The Jurisdiction to Prosecute Foreigners for Crimes Against Humanity Committed Abroad," *Africa Legal Aid Quarterly* 12-19 (April-June 2000).

was committed. Obvious situations in mind include Rwanda and Sierra Leone.

The idea of reparations for the victims of gross human rights offences is a relatively new one. The Princeton Principles make no reference to the requirement of reparations to the victim(s) of the offences.[27] And whereas the Amnesty Principles suggest that "co[illegible] must award appropriate redress to victims and their families,"[28] Cairo-Arusha Principle 17 specifically requests that appropriate reparation to the victim(s) should be provided by the offender, and, failing that, by "other available mechanism."

The last but one Principle seeks to address a very troubling but frequently occurring issue, the cross-section of refugee law, human rights law and international criminal law. Whereas international refugee law aims to protect victims, international criminal law aims to prosecute perpetrators or to achieve justice. There thus exists an in-built tension between the ultimate aims of international refugee law, on the one hand, and international criminal law, on the other. The Cairo-Arusha Principles preserve the time-honoured prohibition against *non-refoulement* in international refugee law, while providing that refugee status *per se*, or applications for such refugee status, do not relieve States of their obligation to prosecute or to extradite or transfer for trial persons accused or suspected of gross human rights offences.

---

[27] See The Princeton Principles, *supra* note 5.

[28] See Principle 11 of the Amnesty Principles, *supra* note 4.

The Cairo-Arusha Principles stress, however, that such financial constraints, while serving as an obstacle to prosecution, do not relieve States of their duties in respect of exercising universal jurisdiction. In this regard, the international community is invited to assist developing countries in need, as a means of reducing the burden on those developing countries exercising universal jurisdiction. This is consistent with the well-established principle of multilateral assistance or cooperation for development.

Principle 14 has a hidden but uniquely African touch in its recognition that States have sought to ensure accountability and national reconciliation through the use of truth commissions, alternative forms of justice and other inquiries into national traumas and gross human rights offences. Examples of this are the Truth and Reconciliation Commission of South Africa, and the *Gacaca* system of peer trial in Rwanda. As is well known, several African countries have given preference to peace, political stability or national security over justice by granting amnesty to persons who have committed gross human rights offences, such as crimes against humanity. The Cairo-Arusha Principles make clear that such alternative forms of justice and/or grants of amnesty do not relieve States of their duty to prosecute individuals or to extradite for trial individuals who are suspected or accused of gross human rights offences. This is in line with the generally accepted principle that international law does not allow or condone the granting of amnesty given at the national level for a crime under international law.[26]

The rationale behind prosecution and sentencing in cases of universal jurisdiction is discussed in Principle 16. Again, the Principles are cognizant of the particular African milieu when they stress that decisions relating to whether to prosecute, as well as the type of punishment meted out, should be guided not only by the need for deterrence, but also the equally important need to reconcile, rehabilitate and reconstruct the society where the offence

---

[26] Thus, for example, in respect of the Sierra Leone Peace Agreement, the United Nations specified that the amnesty and pardon provisions in Article IX of the Agreement would not apply to the international crimes of genocide, crimes against humanity, war crimes and other serious violations of international humanitarian law.

powerful countries in the North, than by those in the South. The concern is that certain States might use it as a pretext to pursue politically motivated prosecutions or that it might be applied against weak and vulnerable countries.[23] The inclusion of Principle 8 in the Cairo-Arusha Principles is aimed at allaying that concern.

Principle 9 is meant to address the deterrent effect of the cost of exercising universal jurisdiction. This is an issue with particular relevance to Africa, as 34 of the continent's countries are classified by the United Nations as "least-developed countries."[24] The difficulty and expense of gathering sufficient evidence can potentially act as a bar to indigent States that would otherwise have exercised universal jurisdiction. Other similar obstacles include those of carrying out investigations in third countries and the costs related to locating and interviewing witnesses abroad or translation of documents.[25]

---

[23] Others raise a question whether universal jurisdiction is a concept which will primarily be implemented on citizens of weaker nations by courts in the more powerful States. See, e.g., E. ANKUMAH, "Introduction," *Africa Legal Aid Quarterly* 5 (April-June 2000)(quoting Shadrack Ghutto's observation: "What would happen if an African State like Djibouti would prosecute let us say a national of the United States for crimes against humanity? The prosecuting State would either be bombed or will not receive aid from the World Bank.").

[24] The 34 countries currently on the list of the 49 least-developed countries ("LDCs") are: Angola, Benin, Burkina Faso, Burundi, Cape Verde, Central African Republic, Chad, Comoros, Democratic Republic of Congo, Djibouti, Equatorial Guinea, Eritrea, Ethiopia, Gambia, Guinea, Guinea-Bissau, Lesotho, Liberia, Madagascar, Malawi, Mali, Mauritania, Mozambique, Niger, Rwanda, Sao Tome and Principe, Senegal, Sierra Leone, Somalia, Sudan, Togo, Uganda, United Republic of Tanzania and Zambia.
The list of LDCs is reviewed every three years by the Economic and Social Council of the United Nations ("ECOSOC"). In general, the criteria used to determine whether a country falls within the category of LDCs include: (i) the Gross Domestic Product ("GDP") per capita, (ii) a composite index (the "Augmented Physical Quality of Life Index") based on indicators of life expectancy at birth, per capita calorie intake, combined primary and secondary school enrollment, and adult literacy; and (iii) a composite index (the "Economic Diversification Index") based on the share of manufacturing in GDP, the share of the labor force in industry, annual per capita commercial energy consumption, and UNCTAD's merchandise export concentration index. See generally (http://www.unctad.org/en/pub/ldcprofiles2001.en.htm) (last visited 30 June 2003).

[25] On the difficulty and expense, in general, of universal jurisdiction cases, see M. KAMMINGA, "Universal Jurisdiction in Practice," *Africa Legal Aid Quarterly* 12-13 (July-September 2001).

sovereignty of States. Principle 6 addresses the issue of non-interference in the internal affairs of States by providing that the well-known principle of non-interference in the internal affairs of States should not be a bar to the exercise of universal jurisdiction. The Principle tries to strike a balance between proponents and opponents of humanitarian intervention, while keeping a focus on African reality, as enshrined, for example, in the new constitutive Act of the African Union.[21] As is now well known, Article 4(h) of the Constitutive Act of the African Union qualifies the principle of non-interference in the internal affairs of States.[22] Taking into account Article 4(h) of the Constitutive Act and the well-established and generally accepted principle that gross human rights offences are of legitimate concern to the international community, Cairo-Arusha Principle 6 concludes that gross human rights offences do in fact give rise to prosecution under the principle of universal jurisdiction.

Principle 8 seeks to avoid the exercise of any form of universal jurisdiction that has an in-built selectivity or is used as a pretext to pursue politically motivated prosecutions. In essence, this Principle is restrictive, and is meant to provide a counterbalance to other principles, such as Principle 4, which are expansionist in scope. It will be noticed that the enumeration of grounds for bias, even though illustrative, provides quite an extensive list. The Principle provides that in exercising universal jurisdiction, authorities must avoid any selectivity "based on race, gender, sexual orientation, ethnicity, colour, language, age, religion, political or other opinion, national or social origin, birth or other status" of the suspect.

Some opponents of universal jurisdiction argue that it risks being a one-sided instrument that can be more easily used by rich and

---

[21] On the Constitutive Act in general, see T. MALUWA, "The Constitutive Act of the African Union and Institution-Building in Postcolonial Africa," *Leiden Journal of International Law* 16 (2003), pp. 157-170; C.A.A. PACKER and D. RUKARE, "The New African Union and Its Constitutive Act," *American Journal of International Law* 96 (2002), pp. 365-379.

[22] Article 4(h) of the Constitutive Act states the principle of "the right of the Union to intervene in a Member State pursuant to a decision of the Assembly in respect of grave circumstances, namely: war crimes, genocide and crimes against humanity." See Constitutive Act of the African Union, 11 July 2000, at (http://www.africa-union.org/About_AU/Constitutive_Act.htm) (last visited 30 June 2003).

In seeking to extend universal jurisdiction to other crimes having adverse economic, social or cultural consequences, Principle 4 is perhaps the most far-reaching aspect of the Cairo-Arusha Principles. Indeed, it engendered the most extensive debate and the most passionate discussion in both meetings of the experts.

There are several reasons for the inclusion of Principle 4 in the Cairo-Arusha Principles. First, it was because of economic interests that the international crime of piracy came about. Indeed, the principle of universal jurisdiction was originally used to prosecute pirates.[16] Secondly, there is hardly any country where it is not a crime for public officials to misappropriate public funds. Thirdly, it is arguable that even the Statute to the International Criminal Court indirectly addresses the issue of pillage.[17] And fourth, it is instructive that the crime of slavery, whose economic consequences are well known, is a frequently cited example of a wrongful act that justifies an exercise of universal jurisdiction.[18]

Earlier drafts of the Cairo-Arusha Principles had expressly included certain specific crimes. One example is the crime of kleptocracy, which was subsequently removed because most participants concluded that the concept was captivating, but vague as a crime that could be subject to universal jurisdiction.[19] Another example that was not retained in the final draft is "serious act of self-enrichment," which, it was concluded, was not necessarily criminal.[20]

It is recalled that several of those opposed to the principle of universal jurisdiction do so on the ground that it infringes on the

---

[16] See generally K.C. RANDALL, "Universal Jurisdiction Under International Law," *Texas Law Review* 66 (1988) 785, pp. 791-800.

[17] Article 77 of the ICC Statute provides that one of the penalties that may be imposed on a person convicted of a crime falling within the jurisdiction of the Court is "a forfeiture of proceeds, property and assets derived directly or indirectly from that crime." See Rome Statute of the International Criminal Court, *supra* note 14.

[18] S. RATNER and J.S. ABRAMS, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond The Nuremberg Legacy* 141 (1997).

[19] On the issue of kleptocracy and its relationship to universal jurisdiction, see generally C. EBOE-OSUJI, "Kleptocracy: A Desired Subject of International Criminal Law that is in Dire Need of Prosecution by Universal Jurisdiction," *Africa Legal Aid Quarterly* 18-20 (July-September 2001).

[20] It is, however, noteworthy that the crime of "unjust enrichment" exists in certain common law countries.

the ICTY and the ICTR were both established in post-war situations. It is common knowledge, however, that serious offences such as pillage and genocide also take place on a daily basis, even in peacetime. Indeed, it is worth recalling the *Corfu Channel Case*, in which the International Court of Justice cautioned that elementary considerations of humanity are more exacting in peacetime than in wartime.[15] The suggestion that universal jurisdiction should also apply to gross human rights offences committed in peacetime is meant to ensure that the international community does not underestimate the impact of gross human rights offences, irrespective of the circumstances under which they are committed.

The Cairo-Arusha Principles also break new ground in proposing that the principle of universal jurisdiction should apply not only to natural persons, but also to other legal entities. It is recalled that other *ad hoc* tribunals, such as the ICTY, only have jurisdiction over natural persons, and not over corporations or other legal subjects. The Cairo-Arusha Principle that universal jurisdiction should be extended to other legal entities is a natural corollary of Principle 4, where reference is made to certain other crimes that have major adverse economic, social or cultural consequences. It seems undeniable that some of the offences alluded to are committed not just by individuals, but in certain cases, also by transnational entities, corporations or other legal subjects. The application of universal jurisdiction to such entities would therefore require that other legal entities, and not just natural persons, also be subject to the exercise of universal jurisdiction. In any event, the law, it would seem, is evolving in the direction of extending international criminal law, including universal jurisdiction, to legal persons and not just individuals.

At present, universal jurisdiction is provided only for crimes affecting physical and psychological violation of the person. In terms of universal jurisdiction, international law does not recognize crimes of an economic, social and cultural nature, which are sometimes more devastating in their impact. The Cairo-Arusha Principles seek to reverse this trend.

---

[15] *Corfu Channel* (United Kingdom v. Albania), *I.C.J. Rep. 1947*, p. 4 (Merits).

since 1991;[12] and the International Criminal Court (ICC), which may start trying cases in 2003, only has jurisdiction over crimes committed after July 2002, the date on which the Statute of the ICC entered into force. This jurisdiction is only exercisable in respect of crimes committed in a country or by nationals of a country that has ratified or acceded to the Statute of the Court.[13]

In light of this reality, the Cairo-Arusha Principles take the position that, for purposes of avoiding impunity in those cases that fall outside the ambit of national (or territorial) court jurisdiction, international tribunals or other national courts that are able and willing should exercise universal jurisdiction over violators.[14]

THE PRINCIPLES

The first of the Cairo-Arusha Principles provides that universal jurisdiction should apply to gross human rights offences committed even in peacetime (and not only in wartime). This is indeed a unique feature of the Cairo-Arusha Principles. There is a tendency to assume that the principle of universal jurisdiction should only be invoked in the context of armed conflict. This may be due in part to the fact that

---

[12] These are (i) grave breaches of the 1949 Geneva Conventions, (ii) violations of the laws and customs of war, (iii) genocide, and (iv) crimes against humanity. See Statute of the International Criminal Tribunal for Yugoslavia, adopted 25 May 1993 by UN Security Council Resolution S/RES/827 (1993), as amended by UN Security Council Resolutions S/RES/1166 (1998), S/RES/1329 (2000) and S/RES/1411 (2002). Amended text available at (http://www.un.org/icty) (last visited 30 June 2003).

[13] See Rome Statute of the International Criminal Court, 7 July 1998, UN Doc. A/CONF.183/9*, *International Legal Materials* 37 (1998) 999, *corrected through July 1999* by UN Doc. PCNICC/1999/INF/3*, *reprinted at* (http://www/un.org/law/icc) (last visited 30 June 2003). See also J. DUGARD, "Universal Jurisdiction for Crimes against Humanity," *Africa Legal Aid Quarterly* 7 (April-June 2000)(making clear that, due to the limited nature of the ICTY, ICTR and ICC's jurisdiction, "if any of Africa's tyrants are to be tried, it will be before a national court and not before an international court").

[14] It is also noteworthy that the Statute of the ICC stresses in its Preamble that the ICC is "complementary to national criminal jurisdictions," and provides in its Article 17 that the ICC should only step in when national courts are unwilling or unable to investigate or prosecute a case.

into account the further development, in law as well as in practice, of universal jurisdiction.

THE PREAMBLE[9]

The Preamble to the Cairo-Arusha Principles states at the outset that "[t]he African tradition has always been to abhor gross human rights offences." This serves as an important introduction to the Principles by making clear the opprobrium with which certain serious offences have traditionally been regarded in Africa. This statement is of great import, given the history of gross human rights abuses in Africa and other parts of the world.

As is well known, there are different grounds on which a State can exercise criminal jurisdiction under international law.[10] The Cairo-Arusha Principles state a clear preference for the principle of territorial jurisdiction, which is the exercise of jurisdiction by the State in which the gross human rights offences occurred. In the African context, however, a realistic assessment suggests that a strict adherence to the territorial principle would have the effect of excluding from trial several present and past leaders whose conduct arguably falls within the ambit of gross human rights offences. For example, the jurisdiction of the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) is limited to the crimes of genocide, crimes against humanity and violations of international humanitarian law committed in the territory of Rwanda or violations committed by Rwandan citizens in neighbouring States between 1 January 1994 and 31 December 1994;[11] that of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) is limited to any of four clusters of offences committed on the territory of the former Yugoslavia

---

[9] The Cairo-Arusha Principles are attached as an Annex to this Note.

[10] These are the territorial principle, the nationality principle, the protective or security principle, the passive personality principle and the universality principle. See generally M. AKEHURST, *A Modern Introduction to International Law* (5th ed. 1984), pp. 102-104; I. BROWNLIE, *supra* note 2, pp. 303-309.

[11] Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, *International Legal Materials* 33 (1994) 1602, available at (http://www.ictr.org) (last visited 30 June 2003).

concept, or in existing case law or law review discussions on the subject.

The starting point is to place the Cairo-Arusha Principles in the context in which they were adopted. The Cairo-Arusha Principles are the outcome of two experts' meetings that were organized by Africa Legal Aid (AFLA) in Cairo from 30 to 31 July 2001, and in Arusha from 18 to 20 October 2002. Both meetings included leading experts from all across Africa and elsewhere who represented a variety of viewpoints and legal systems.[7] Those meetings were, in turn, a result of an earlier meeting held in Maastricht on the theme of universal jurisdiction.[8] At the Maastricht meeting, participants concluded that a discussion of universal jurisdiction gave rise to certain issues that were of particular significance to Africa. The Cairo and Arusha meetings were therefore convened with the express purpose of further exploring universal jurisdiction issues that were of particular relevance to Africa.

The Cairo-Arusha Principles are an attempt to look at the concept of universal jurisdiction from an African perspective. They recognize that there are certain violations that may be of more direct and more immediate relevance in Africa by virtue of their impact. In finalizing the Cairo-Arusha Principles, the following questions featured prominently in the minds of the drafters and participants: What is the value underpinning universal jurisdiction? What types of crime affect Africa the most? Is the concept of universal jurisdiction necessarily universal in its application or implementation? Why are certain serious human rights offences excluded from the scope of universal jurisdiction? Why, for example, do high level perpetrators of the crime of *apartheid* continue to enjoy impunity?

The Cairo-Arusha Principles contain elements of both *lex lata* and *de lege ferenda.* In recognition of the fact that universal jurisdiction is an evolving concept, the Principles have been drafted so as to take

---

[7] The List of Participants at the said meetings is attached as an Annex to this Note.

[8] See Africa Legal Aid, *Report of the Seminar on Universal Jurisdiction for Crimes against Humanity*, 18 April 2000, Maastricht, available at (http://www.afla.unimaas.nl/en/act/Seminar%20on%20Universal%20Jurisdiction%20for%20Crimes%20against%20Humanity.htm) (last visited 29 June 2003).

adopted *14 Principles on the Effective Exercise of Universal Jurisdiction.*[3] Similarly, the Princeton Project adopted *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction.*[4] And the principle has been elaborated upon by commentators and in various international decisions, including recent ones by the International Court of Justice.[5]

The most recent attempt by a group of academics and practitioners to address the principle of universal jurisdiction is embodied in the *Cairo-Arusha Principles on Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences: An African Perspective* ("the Cairo-Arusha Principles"). The Cairo-Arusha Principles are a final version of the *Cairo Principles on Universal Jurisdiction* that were cited in a dissenting opinion in the International Court of Justice's *Arrest Warrant Case.*[6]

This Note briefly discusses the Cairo-Arusha Principles and assesses which aspects of those Principles break new ground in the area of universal jurisdiction. This Note is not meant to be an exhaustive discussion of each of the Cairo-Arusha Principles. It simply focuses on the aspects of the Cairo-Arusha Principles that are not found in other attempts to codify or progressively develop the

---

[3] See (http://www.web.amnesty.org/ai.nsf/recent/ior530011999) (last visited 30 June 2003).

[4] *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction* (Princeton University Program in Law and Public Affairs (2001), reprinted at (http:/www.princeton.edu/~lapa/principles.html) (last visited 30 June 2003).

[5] In the *Arrest Warrant Case*, the Court concluded that as Congo was not challenging Belgium's attempt to exercise universal jurisdiction, the dispute between the parties was only about the immunity of a foreign minister. The Court therefore declined to decide whether Belgium's issue of an arrest warrant, in a purported exercise of universal jurisdiction, was in accordance with the applicable rules. Nevertheless, three of the Justices discussed universal jurisdiction in detail in their joint separate opinion. See *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium),* I.C.J., 14 February 2002) (Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal). For a general review of the case, see N. BOISTER, "The ICJ in *The Arrest Warrant Case:* Arresting the Development of International Criminal Law," *Journal of Conflict and Security Law* 7 (2002), pp. 293-314. See also *Universal Jurisdiction in Theory and Practice* (The Asser Institute), at (http://www.asser.nl/vr/query.htm) (last visited 30 June 2003).

[6] The *Arrest Warrant Case (Democratic Republic of Congo v. Belgium), supra* **note 5 (dissenting opinion of Judge Van Den Wyngaert).**

1

THE CAIRO-ARUSHA PRINCIPLES ON UNIVERSAL JURISDICTION IN RESPECT OF GROSS HUMAN RIGHTS OFFENCES: DEVELOPING THE FRONTIERS OF THE PRINCIPLE OF UNIVERSAL JURISDICTION

Edward Kwakwa*

INTRODUCTION

The principle of universal jurisdiction refers to the exercise of criminal jurisdiction solely on the basis of the nature of the crime. The exercise of jurisdiction is irrespective of the place where the crime was committed and irrespective of the nationality of the perpetrator or the victim of the crime.[1] It is, in modern day parlance, a reflection of the globalization of justice.

The principle of universal jurisdiction has gained increased attention in recent years. For example, the International Law Association has prepared a very informative report on the subject.[2] The non-governmental organization Amnesty International has

---

* LL.B., University of Ghana; LL.M., Queen's University; LL.M., J.S.D., Yale Law School. Deputy Legal Counsel, World Intellectual Property Organization (WIPO), Geneva. This is a revised version of an article first published in the *Africa Legal Aid Quarterly* (2003). The views expressed here are my personal views and are not necessarily shared by WIPO or by the United Nations.

1 In general, the most frequently cited offences widely considered to be subject to universal jurisdiction include genocide, crimes against humanity, war crimes, hijacking or the unlawful seizure of aircraft, and offences related to traffic in narcotics. See generally I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, pp. 307-308 (5th ed. 1998).

2 See M. KAMMINGA, "The Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences," International Law Association, *Report of the Sixty-Eighth Conference held at Taipei, Taiwan, Republic of China, 24-30 May 1998*, (1998), pp. 563-583.

A. A. YUSUF (ed.), *African Yearbook of International Law*, 407-430.
© 2003 *African Foundation for International Law*, Printed in The Netherlands.