

# القاضي في القانون الدولي والأوروبي

إعداد

د. / عبد الله محمد الهواري  
الأستاذ المساعد بقسم القانون الدولي العام  
كلية الحقوق- جامعة المنصورة

## المقدمة

تُشكّل وظيفة القاضي، في الحقيقة، واحدةً من بين الموضوعات أو المسائل الكلاسيكية لفلسفة أو نظرية القانون. وغالبًا، ما يُنظرُ إلى وجود نظامٍ قضائيٍّ عامٍّ والزاميٍّ كعنصرٍ أساسٍ في أيِّ نظامٍ قانونيٍّ.

بالتأكيد، لا تستند نظرية الوظيفة القضائية مجالَ نظرية القانون، وذلك في الحدود، حيث لا تعلمنا شيئًا عن القانون، وأنا في حاجةٍ ماسّةٍ إلى نظرية القانون لتحديد ما هو هذا الأخير، ومن ثمّ توجيه القضاة في أدائهم لوظائفهم. ومع ذلك، ينبغي أن تشمل أيُّ نظريةٍ جيدةٍ أو سليمةٍ للقانون على نظرية الوظيفة القضائية أو نظرية الفصل في المنازعات. ويُعزى إلى هذه الأخيرة القيام بدورين: من جانبٍ، يتعيّن عليها تفسيرُ أو شرحُ دور المحاكم والذي يتعين بموجبه على القضاة التعاملُ مع المسائل أو الموضوعات المعروضة عليهم بشأن مضمون القانون. ومن جانبٍ آخر، يتعين عليها أن تُوجّه وتبرّر إجراءاتها وأفعالها عندما تُصدرُ قرارًا أو حكمًا ما.

ولما كان من المتعدّر أو من الصعّب أن نفهمَ جيدًا القانونَ الدوليَّ دون بُعده القضائي، فإن مفاهيم "القاضي"، و"المحكمة"، و"القضاء"، و"الوظيفة القضائية" تُعدُّ عناصرَ رئيسةً في تشكيل وتكوين هذا القانون.

وإذا كان صحيحًا، أن العدالة الدولية تُثير العديد من التساؤلات المُشابهة لتلك المعروفة في القانون الداخلي، يزيد عدم تحديد دور القاضي الدولي وخصوصيات النظام القانوني الدولي من صعوبة هذه التساؤلات، حتى تُولّد من جديد.

وتُثيرُ الوظيفة القضائية، في الواقع، سؤاليْن تقليديّين في فلسفة القانون: أولاً، مسألة خلق القانون القضائي وتمييزه عن تطبيق القانون بالمعنى الدقيق، وبالتالي:

التمييز بين القانون القضائي والسياسة الديمقراطية، وثانيًا، مسألة التقدير القضائي وتمييزها عن الفهم السليم للقانون، وبالتالي: التمييز بين القانون والأخلاق.

وتُرجع أهمية القاضي الدولي، التي تفوق بكثير أهمية القاضي الداخلي، أولاً، إلى الطبيعة المحدودة لمصادر القانون الدولي، وبالتالي: فإن الثغرات المحتملة وجودها في القانون الدولي أكثر منها في القانون الداخلي. ثانيًا، إلى الطبيعة غير المحدودة لبعض مصادر القانون الدولي<sup>(١)</sup>.

وجديرٌ بالذكر، أنه قد تمّ تناولُ القاضي ودوره على نطاق واسع في نظرية القانون، ولكن تقريبًا من زاوية القانون والقاضي الداخليين. ونحن نفكر، هكذا، في مسائل العلاقات بين العدالة والسياسة أو الديمقراطية، أو في الدور الإبداعي أو الخلاق

(١) بخصوص مصادر القانون الدولي، راجع بصفة عامة ما يأتي:

- أ.د/ علي صادق أبو هيف، "القانون الدولي العام"، منشأة المعارف بالإسكندرية، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ١٣: ٢٦.
- أ.د/ الشافعي محمد بشير، "القانون الدولي العام في السلم والحرب"، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ٢٠٠٠، ص ٦٧٢.
- أ.د/ محمد سامي عبد الحميد، "أصول القانون الدولي العام، الجزء الثاني، القاعدة الدولية"، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٣، ص ١٢١: ١٦٥.
- أ.د/ أحمد أبو الوفا، "الوسيط في القانون الدولي العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٦٧: ٢٠٤.
- أ.د/ صلاح الدين عامر، "مقدمة لدراسة القانون الدولي العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ١٧٧: ٤٧٢.
- أ.د/ عبد العزيز محمد سرحان، "القانون الدولي العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١، ص ١٦٣: ٣٢٣.
- أ.د/ مصطفى أحمد فؤاد، "المدخل للقانون الدولي العام"، القاعدة الدولية، مكتبة جامعة طنطا، ١٩٩١، من ص ١٣٣: ١٨٨.
- أ.د/ حازم محمد عتلم، "الوجيز في القانون الدولي العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧، ص ٢٦٤.

للقاضي في حالة وجود ثغرات قانونية، وكذا في حالة مشروعية القانون الحاكم. لذلك، يُثير كلُّ من القاضي الدولي والأوروبي ووظائفهما مشكلاتٍ جديدةً لم تتمكن بعدُ نظرية القانون من تقديم إجاباتٍ بصددها.

وتتعلق الصعوباتُ التي تُثيرها الوظيفة القضائية الدولية والأوروبية، ليس فقط بالانتشار القضائي الدولي وفي أوروبا، ولكن أيضاً بتعدد مصادر القانون المُطبَّقة بواسطة المحاكم الدولية، وتحديد اختصاصات هذه المحاكم المختلفة وقراراتها، وبمسائل ترابط الدعاوى، وحجية الشيء المحكوم فيه، وحجية الشيء المفسر، وبالسوابق القضائية أو الترابط والتماسك.

ومن الأهمية بمكان، أن نتعاملَ أو نعالجَ بعُمقِ المشكلاتِ أو المسائلَ النظرية المتعلقة؛ ليس فقط بعلاقة القاضي الدولي و/ أو الأوروبي بمصادر القانون الدولي و/ أو الأوروبي ودوره (أي القاضي) في تحديد وخلق القانون الدولي في مجتمع لم يُصَبِحْ بعدُ واحداً ولا يملك مشرعاً، ولكن أيضاً تلك المتعلقة بالعلاقات بين تسوية المنازعات والعدالة الدولية.

وبناءً عليه، سوف تنقسم دراستنا لهذا الموضوع على النحو الآتي:

مبحث تمهيدي: بعض الاعتبارات الفلسفية حول العدالة الدولية أو كيف نتجاوز الحب المستحيل بين القانون الدولي والعدالة الدولية.

الفصل الأول: القاضي في القانون الدولي.

المبحث الأول: الحكم القضائي متعدد المستويات في القانون الاقتصادي الأوروبي والدولي.

المبحث الثاني: محكمة العدل الدولية في مواجهة تقرير المصير: دروس مستفادة  
عن دور المحكمة.

المبحث الثالث: كلمات كلمات كلمات... أين القيم: تقييم القاضي الدولي والقواعد  
الأمرة.

المبحث الرابع: القاضي الدولي والضرورات العسكرية.

المبحث الخامس: القضاة في مواجهة تحديّ قاعات المحاكم الجنائية الدولية  
متعددة اللغات.

المبحث السادس: صناعة القانون القضائي الدولي ونظرية المصادر: مشروعية  
القانون القضائي محلاً للجدل.

الفصل الثاني: القاضي في القانون الأوروبي.

المبحث الأول: المشاركة في الأتحاد الأوروبي والتسوية القضائية للمنازعات.

المبحث الثاني: الترابط أو التماسك في منطق القاضي الأوروبي.

المبحث الثالث: القيود الأوروبية على القاضي السويسري.

المبحث الرابع: بين التعددية القانونية الأوروبية واستخدام السابقة عبر الوطنية  
في الفصل في منازعات القانون الخاص الأوروبي.

المبحث الخامس: تأثير القانون الأوروبي بشأن الشروط التعسفية في القاضي  
الوطني.

**مبحث تمهيدي**  
**بعض الاعتبارات الفلسفية حول العدالة الدولية**  
**أو**  
**كيف نتغلب على الحب المستحيل بين القانون الدولي**  
**والعدالة الدولية**

**تمهيد:**

تُعدُّ وظيفة الفصل في المنازعات أو الوظيفة القضائية، سواء تعلّق الأمر بدور أو وظيفة القاضي في تطبيق القانون على ما يُعرض عليه من منازعات، واحدةً من بين الموضوعات التقليدية الكلاسيكية لفلسفة أو نظرية القانون. ويُعدُّ وجود نظام قضائيّ ذي ولاية عامةٍ والزاميةٍ عنصرًا أساسًا لأيّ نظامٍ قانونيٍّ<sup>(١)</sup>.

بالتأكيد، لا تستنفد نظرية الوظيفة القضائية مجالَ نظرية القانون من حيث إنها لا تُعلِّمنا شيئًا مطلقًا حول القانون، مع أننا بحاجةٍ إلى نظرية القانون لتحديد ماهية هذا

---

(1) Karen ALTER, Cesare ROMANO et Yuval SHANY, "Legal philosophical issues of international adjudication- Getting over the amour impossible between international law and adjudication", Oxford Hand book of international adjudication, Oxford university press, 2017, p. 31. Voir aussi Ronald DWORKIN, "Law's Empire", Fontana press, 1996; Joseph RAZ, "The Authority of Law", Oxford University Press, 1999, Joseph RAZ, "On the Nature of Law", Archive fur Rechts- and sozialphilosophie, Vol. 89, 1999, p. 1, H.L.A HART, "The concept of Law", 2<sup>ème</sup> éd., Clarendon Press, 2013, p. 213- 216.

الأخير، ومن ثم تحديد سلطة توجيه القضاة في تأدية وظائفهم<sup>(١)</sup>. ومع ذلك، يجب أن تتضمن كل نظرية جيدة للقانون نظرية وظيفة الفصل في المنازعات أو نظرية وظيفة القضاء. ونعزو- عادة- لنظرية الوظيفة القضائية دورين: فمن جانب؛ يجب أن تُفسر دور المحاكم وطريقة القضاة في القضاء أو في الفصل فيما يُعرضُ عليهم من منازعات، ويجب أن تُعالج المسائل أو تفصل في القضايا المعروضة على القضاة بشأن مضمون القانون، ومن ناحية أخرى؛ يجب أن تُوجّه وتُحدّد الإجراءات التي يتبعها القضاة عند اتّخاذ القرار<sup>(٢)</sup>.

وتتمثل المسألة المثارة في هذا الصدد في معرفة ما إذا كان في الإمكان أن نقول نفس الشيء عن العدالة الدولية، وكذا عن الوظيفة القضائية الدولية. وكما هو الحال بالنسبة للجوانب الأخرى للقانون الدولي، تُثير العدالة الدولية، من الآن فصاعداً، اهتمام فلاسفة القانون، ولا سيما فلاسفة القانون الدولي العام<sup>(٣)</sup>. وقد أضحي القاضي

(1) Voir Julie DICKSON, "Interpretation and Coherence in Legal Reasoning", the Stanford Encyclopedia of philosophy, 2014, p. 29, Joseph RAZ, "The Authority of Law", Ibid; RAZ, "On the Nature of Law", Ibid; HART, "The concept of Law", Ibid; Contra: DWORKIN, Ibid.

(2) Voir, Julie DICKSON, "Interpretation and Coherence in legal Reasoning", Ibid.

(3) Emmanuelle JOUANNET, "La notion de jurisprudence internationale en question", in Société Française pour le droit international, dir., "La Juridictionnalisation du droit international", Pedone, 2013 ; Hervé ASCENSIO, "La notion de juridiction internationale en question", in Société Française pour le droit international, dir., Ibid ; Julie ALLARD, Antoine GARAPON, "Les Juges dans la mondialisation", Le seuil, 2012 ; Andreas PAULUS, "International Adjudication", in Samantha BESSON, John TASIIOULAS, dir., "The philosophy of International

الدولي والعدالة التي يحكم بمقتضاها تدريجياً أحد المميزات الأساسية والمقبولة عموماً في التطبيقات العملية للقانون الدولي بعد غياب طويل، وهذا حدث منذ عام ١٩٤٥ وخصوصاً ابتداءً من عام ١٩٩٠. حقاً، ما زال القضاء في القانون الدولي غير منتظم وفقاً لمجالات القانون ومناطق العالم، ولا تُعدُّ العدالة الدولية إلا اختياراً لآلية التسوية القضائية من بين الآليات المختلفة لتسوية المنازعات الدولية<sup>(١)</sup>. ولا يمكننا، بالتالي، فهم القانون الدولي بدون إدراك بُعدِه القضائي. وبدون مفاجآت، قد اكتشفنا منذ ذلك، أن أبحاثاً خطيرة قد تَمَّت، ولاسيما خلال السنوات الأخيرة، حول الجوانب المؤسسية والقانونية للعدالة الدولية<sup>(٢)</sup>. وبدأت مع ذلك، تدعى أو تُطرح الجوانب الفلسفية بصعوبة، لاسيما الجوانب المعيارية للعدالة الدولية؛ وذلك لبيان ما إذا كانت مفاهيم مثل: القاضي، المحكمة، التقاضي، الوظيفة القضائية، الاستدلال القضائي، الحكم

Law", Oxford University Press, 2011; Donald H. REGAN, "International Adjudication: A Response to Paulus- Courts, Custom, Treaties, Regimes and The WTO", in Samantha BESSON, John TASIOLAS, dir., Ibid.; Benedict KINGSBURY, "International Courts: Uneven Judicialization in Global Order", in James CRAWFORD, Martti KOSKENNIEMI, dir, "The Cambridge Companion to International Law", Cambridge University Press, 2016, p. 65.

- (1) Voir, KINGSBURY, Ibid.; Alain PELLET, "Judicial Settlement of international Disputes", in Rudiger WOLFRUM, dir., "Maz-Planck-Encyclopedia of public international law", Oxford University Press, 2016, p. 41.
- (2) Alan BOYLE, Christine CHINKIN, "Law Making by international courts and tribunals", in "The Making of International Law", Oxford University Press, 2015; Chester BROWN, "A Common law of International A adjudication", Oxford University Press, 2014, p. 63.



القضائي، القضاء، والسوابق<sup>(١)</sup>، قد بدت واضحة في القانون الدولي من عدمه. والحالة هذه، نحن ندرك تماماً من خلال القانون الداخلي أن هذه المفاهيم تكون معقدة للغاية، هذا فضلاً عن أنها، منذ زمن بعيد، موضع نقاش حادّ وشرس.

ويمكننا تفسير الطريقة الأولى لعدم الاهتمام بهذا الموضوع من خلال الصلّة التي أقامها الفقهاء الدوليون بين العدالة الدولية والمسألة المثيرة للجدل بشأن مشروعية القانون الدولي. وربما يوجد قلقٌ أو اهتمامٌ من جانب الباحثين وغيرهم من جرّاء تحفظات الفقيه (ديسي) الشهيرة حول الطبيعة القانونية للقانون الدولي، تلك التحفظات التي كانت قد أزيلت بواسطة العلاقة التي أقيمت منذ القرن التاسع عشر بين وجود القانون و/ أو النظام القانوني من جهة، ونظام قضائيّ ذي ولاية عامة والزامية من جهة أخرى<sup>(٢)</sup>. وثمة تفسيرٌ آخرٌ للموضوع السابق، يتمثل في تخوُّف القاضي الدولي من أن يلجأ إلى اختصاص العلاقة بين مبدأ سيادة القانون ووظيفة القضاء وتطبيقه للقانون الدولي. على كلّ حال، يوجد لدينا تساؤلٌ مهمٌّ؛ ألا وهو: متى تُعرَف أهمية الرقابة القضائية بغيّة العمل على احترام مبدأ سيادة القانون أو دولة القانون في القانون الداخلي؟ فضلاً عن أن التساؤل حول وجود وشرعية العدالة الدولية يمكن أن يُهدّد أحد أركان مبدأ دولة القانون، والذي يمكن للمراقبين التحقق منه من خلال الممارسة العملية للقانون الدولي، مساهمين، هكذا، في اختصاص بُعداً مهماً لمشروعيته<sup>(٣)</sup>.

(1) Voir, JOUANNET, "La notion de Jurisprudence internationale en question", op.cit., p. 356-357.

(2) Voir, KINGSBURY, "International Courts: Uneven Judicialization in global order", op.cit., Voir, JOUANNET, "La notion de Jurisprudence internationale en question", op.cit., p. 344- 345.

(3) André NOLLKAEMPER, "The Internationalized Rule of Law", Hague =

وتكمنُ الصعوبةُ في حقيقة أن مفهوم العدالة الدولية، شأنه في ذلك شأنُ العدالة الوطنية، لا يمكن إدراكه إلا بالرجوع إلى الطبيعة القانونية للقانون الدولي، والذي بدوره لا يمكن التعاملُ معه دون الرجوع إلى القاضي الدولي. لقد حان الوقتُ لإزالة أوجه الغموض التي تحيط بمفهوم العدالة الدولية، وتحليل ما وصفه الفقيه (أسنسيو) – بحدّ - بالحبّ المستحيل بين القانون الدولي والعدالة الدولية<sup>(١)</sup>. بدون ذلك ينتظرنا خطران: العدولُ عن منظور نقديٍّ حول ما ينبغي على القضاة الدوليين القيام به من جهة، والتجاهلُ المتزايدُ لأزمة الشرعية التي تشهدها الآن العدالة الدولية من جهةٍ أخرى<sup>(٢)</sup>.

وبعيداً عنا، قد أهملتُ تماماً فكرة اقتراح مفهوم للعدالة الدولية من جانب فلاسفة القانون. وفي المرات النادرة التي نُوقشت فيها تلك المسألة، كانت مفاهيم التطوير المقترحة منتقدةً وغير إيجابية<sup>(٣)</sup>. وجديرٌ بالذكر، أنه أثناء المناقشات قد أهملتُ تماماً؛

Journal on the Rule of law, Vol. 1, 2014, p. 73; Voir également Jeremy WALDRON, "Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?", European Journal of International Law, no 2, Vol. 22, 2013, p. 332 et Samantha BESSON, "Sovereignty, International law and Democracy", European Journal of International Law, no. 2, Vol. 22, 2013, p. 373.

- (1) Voir, ASCENSIO, "La notion de Jurisdiction internationale en question", op.cit., p. 202.
- (2) Voir PAULUS, "International Adjudication", op.cit., p. 223 ; KINGSBURY, "International Courts : Uneven Judicialization in Global Order", op.cit., Conclusion.
- (3) Martti KOSKENNIEMI, "The Ideology of international Adjudication and the 1907 Hague conference", in Yves DAUDET, "Topicality of the 1907 Hague conference", the second peace conference, Brill Academic publishes, 2008, p. 119.

ليس فقط المسائل التقليدية التي تثير وظيفة القضاء في القانون الوطني، ولكن أيضاً المناقشات الفلسفية للقانون بشأن هذه الموضوعات<sup>(١)</sup>.

إذا كان صحيحاً أن العدالة الدولية تثير العديد من المسائل المُشابهة لتلك المعروفة في القانون الوطني، يزيد عدم تحديد دور القاضي الدولي وخصائص النظام القانوني الدولي من صعوبة هذه المسائل، حتى تُولدَ جديدةً. ومن هنا، سوف أعالج هذا الموضوع على ثلاث مراحل، في البداية أعالج مفهوم العدالة الدولية. وفي المرحلة الثانية أتصدى لبيان الفلسفة العامة للعدالة الدولية. وفي المرحلة الثالثة أتولى دراسة الفلسفة الخاصة بالعدالة الدولية.

#### ١ - مفهوم العدالة الدولية:

يُمْكِنُ تعريفُ الوظيفة القضائية بأنها دورٌ أو وظيفةٌ أو مهمةُ القضاة (باعتبارهم محكمة) الدائمين والمستقلين في تحديد وتطبيق القانون؛ بغرض تسوية المنازعات المعروضة عليهم أو المطروحة أمامهم، وإصدار أحكام وقرارات مُلزمة، بغرض احترام قواعد الإجراءات والمرافعات المُحددة سلفاً<sup>(٢)</sup>.

وترتبط الوظيفة القضائية رسمياً بمؤسسة، بمعنى محكمة، اختصاص أو سلطة، ليس ذلك فقط ولكن أيضاً بدعوى أو قضية ونتيجتها، بمعنى القرارات القضائية

(1) George LETSAS, "Strasbourg's interpretive Ethic: Lessons for the international lawyer", European Journal of international law, no. 3, Vol. 21, 2012, p. 409.

(2) Christian TOMUSCHAT, "International courts and tribunals", in, "Max-planck-Eyclopedia of public international law", Oxford University Press, 2012, p. 227.

والأحكام. وعندما تُمارس المحكمة سلطتها وتصدر القرارات، فهي تُمارس وظيفتها القضائية، ويُطلق على هذه الوظيفة في مجموعها مصطلح "العدالة"<sup>(١)</sup>.

ويُعبر عن العدالة بمفهومها القضائي عادةً كمفهوم معياري، حيث إنه يتمتع بقيمة معينة، بمعنى أنه يطبق القانون على نزاع أو منازعة معينة، ويتضمن تطبيقه بشكل صحيح، بالتالي، إصدار حكم مُلزم. ومع ذلك، لا يمكن تطبيق مفهوم العدالة باعتباره مفهوماً مؤسسياً بشكل صحيح دون الرجوع إلى حقيقته المعيارية. ومن ثم، تعدُّ العلاقة بين الطريقة المثالية للعدالة وتطبيقها المؤسسي علاقة تبادلية<sup>(٢)</sup>.

ويتميز القضاء الدولي عن القضاء الداخلي من حيث عدم تخصص المحاكم الدولية، فضلاً عن أنها لا توجد في علاقة هرمية مع بعضها البعض، واختصاصها لا يكون إلزامياً، ورغم ذلك توجد استثناءات على هذا المبدأ فيما يتعلق بالمحاكم المتخصصة والإقليمية<sup>(٣)</sup>، وتتعلق القرارات بالأطراف، ولكن لا تتمتع بالضرورة بالقوة التنفيذية (وهذا ما يُطلق عليه السلطة الأمرة العليا)<sup>(٤)</sup>، بالرغم من ذلك، ما زالت تُوجد استثناءات بشأن المحاكم المتخصصة والإقليمية.

ويستند الاعتراض الأول على مفهوم القضاء الدولي إلى إمكانية تحويل المفهوم المُطور من القانون الداخلي إلى الدائرة الدولية. ويُذكرنا هذا الاعتراض بذلك الذي تمَّ

(1) Voir ASCENSIO, "La notion de Jurisdiction internationale en question", op.cit., p. 205.

(2) Voir KINGSBURY, "International Courts: Uneven Judicialization in Global order", op.cit., p. 73.

(3) Voir PELLET, "Judicial Settlement", op.cit., p. 11 et s.

(4) Voir ASCENSIO, "La notion de Jurisdiction internationale en question", op.cit., p. 177 et s.

عمله إزاء مشروعية القانون الدولي بالرجوع إلى مفهوم القانون المطور في وللقانون الداخلي، وإلى تطبيق فلسفة القانون المطور في القانون الداخلي إلى القانون الدولي. وإذا لاحظنا الممارسة الدقيقة للوظيفة القضائية، سواء في القانون الداخلي أو في القانون الدولي، يتأكد لنا سريعاً أن العدالة الدولية تقترب من العدالة الداخلية<sup>(١)</sup>. بالتأكيد، لا يكون قضاء المحاكم الدولية دائماً إلزامياً، وعمماً ومتخصصاً. ويؤثر هذا الظرف فقط على الوظائف الأخرى المُعترف بها للعدالة الدولية في النظام القانوني الدولي، ولكن لا أثر له على وظيفة القضاء (الفصل في المنازعات المعروضة أمام المحاكم الدولية).

وفي كل الأحوال، فإن إدماج القانون الدولي في النظم القانونية الوطنية يعني أنه لم يعد من الممكن أن ننظر في كل من الولاية القضائية الدولية والولاية القضائية الداخلية على حدة. ومن ثم، فإن مفهوم الاختصاص يتقاسمه كل من القانون الداخلي والقانون الدولي، ويجب أن يُناقش بوصفه مفهوماً فريداً في فلسفة القانون الداخلي وفي فلسفة القانون الدولي (العام والخاص).

ويتعلق التساؤل التالي، بطبيعة الحال، بالضوابط الدقيقة لعالمية القضاء أو الولاية القضائية الدولية، وذلك على العكس من البعد الداخلي للقضاء الداخلي.

ولا شك أنه يمكن للمحاكم الداخلية أن تنتهي إلى تطبيق القانون الدولي، ومن ثم فهي تُسهم في تنفيذه. وهذا يمكن أن يُسهم، أحياناً، في وظيفة الرقابة القضائية

(1) Voir REGAN, "International Adjudication", op.cit., p. 227; TOMUSCHAT, "International courts and tribunals", op.cit., p. 35.

الدولية. وعندما يحدث ذلك، يمكننا القول، من جهة أخرى: إن المحاكم الداخلية تُمارسُ وظيفة القاضي الدولي<sup>(١)</sup>.

لمزيد من الوضوح، ومع ذلك، وبالإشارة إلى العناصر المحددة سلفاً، يمكننا القول: إنَّ وظيفة القضاء تُعدُّ دولية حال قيام القانون الدولي بتأسيس وتنظيم المحكمة، واختصاصها وإجراءاتها المختلفة<sup>(٢)</sup>. بالمعنى الدقيق للكلمة، لا تمارس المحاكم الداخلية باعتبارها مؤسساتٍ وظيفية القضاء الدولي، وذلك إذا ما رجعنا إلى نظامها الأساسي، ولايتها القضائية وإجراءاتها. ولا يمكننا آنذاك أن نُعدّها تُسهمُ في صناعة القانون القضائي الدولي، إلا بطريقةٍ غير مباشرة<sup>(٣)</sup>: على سبيل المثال، عن طريق تدعيم التفسيرات متعددة القوميات، وكذا المبادئ العامة للقانون الدولي التي ظهرت جلياً فيما بعدُ بواسطة الفُضاة الدوليين، كما هو الحال في سياق حقوق الإنسان بصفةٍ خاصة<sup>(٤)</sup>.

(1) Antonios TZANAKOPOULOS, "Domestic Courts in International law: The International Judicial Function of National Courts", *Loyola of los Angeles International and Comparative law Review*, Vol. 34, 2011, p. 101.

(2) Voir ASCENSIO, *op.cit.*, p. 163- 167.

(3) Alain PELLET, "Article 38", in Andreas ZIMMERMANN, Christian TOMUSCHAT, Karim OELLERS-FRAHM, "The statute of the international court of Justice: A Commentary", Oxford University Press, 2006, p. 312.

(4) Samantha BESSON, "General Principales in International Law-whose principales?", in Samantha BESSON, "Les principes en droit européen principales in Européen Law", Schulthess, 2011, p. 93.

وكان من بين الموضوعات المتكررة في مناقشات الوظيفة القضائية الدولية تنوع المحاكم الدولية والكيانات المؤسسية التي تُمارسُ وظيفة القضاء الدولي. والسؤال الذي يطرح نفسه هو: كيف ينعكسُ هذا التنوعُ من الجهود النظرية والمذهبية المختلفة- لتحليل العدالة الدولية<sup>(١)</sup>؟

وتهدف هذه المساهمة، في الواقع، إلى تحديد ومناقشة مفهوم أساس للعدالة الدولية المشتركة بين مختلف الممارسات المؤسسية. وبالنظر لأن القضاء الدولي لا يكون دائماً ملزماً، وعماماً، ومتخصصاً، فهو لا يُؤثرُ إلا على مختلف الوظائف الأخرى التي يكلفُ بها عن طريق القانون الدولي، ولا أثر له على وظيفة الفصل في المنازعات باعتبارها كذلك: ومن هنا، تبقى هذه الوظيفة هي بذاتها - بغض النظر عن المحكمة الدولية - المعنوية بالأمر<sup>(٢)</sup>.

بطبيعة الحال، تُعدُّ وظيفة القضاء وظيفة مؤسسية، وبالتالي، هناك علاقة بين العدالة الدولية بوصفها نموذجاً فريداً من نوعه والممارسة المؤسسية المتعددة. لأجل هذا، ينبغي ألا يؤدي التجريد المعياري إلى التقليل من أهمية الجوانب العديدة للواقع المؤسسي للعدالة الدولية. لذلك، سوف تركز المساهمة الحالية في المقام الأول على محكمة العدل الدولية<sup>(٣)</sup> باعتبارها المحكمة الدولية والجهاز القضائي للقانون

(1) Jonathan CHARNEY, "Is International Law threatened by Multiple International Tribunals?", Recueil des cours, Vol. 271, 1998, p. 101, 373.

(2) Armin VON BOGDANDY, Ingo VENZKE, "Beyond Dispute: International Judicial Institutions as law makers", German Law Journal, Vol. 12, 2011, p. 979.

(٣) بخصوص هذه المحكمة راجع بصفة عامة: أ.د الشافعي بشير، "المنظمات الدولية"، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٤، ص ٤٦٠؛ أ.د/ عبدالعزيز محمد سرحان، "دور محكمة العدل الدولية في تسوية المنازعات الدولية"، إرساء مبادئ القانون الدولي العام، دون دار نشر، ١٩٨٦،

=

الدولي<sup>(١)</sup>، إلا أن ذلك لن يَمْنَعَنَا من الإشارة في عددٍ من المناسبات إلى محاكمٍ دوليةٍ أخرى لها صلاحياتٌ قضائيةٌ محددة، مثل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان كمحكمةٍ إقليميةٍ ومتخصصةٍ.

## ٢- الفلسفة العامة للعدالة الدولية:

تثيرُ الوظيفةُ القضائيةُ سؤاليْنِ تقليدييْنِ في فلسفة القانون: أولاً، مسألةُ صناعةٍ أو خُلُقِ قانونٍ قضائيٍّ وتمييزه عن تطبيق القانون بالمعنى الدقيق<sup>(٢)</sup>، ومن ثم التعارض بين القانون القضائي والسياسة الديمقراطية، ثانياً، مسألةُ السلطة التقديرية القضائية واختلافها مع الفهم الصحيح للقانون، وبالتالي التعارض بين القانون والأخلاق.

ص ٣٥١؛ أ.د/ أحمد أبو الوفا، "الوسيط في قانون المنظمات الدولية"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٥٧٨؛ أ.د/ مصطفى أحمد فؤاد، "قانون المنظمات الدولية: دراسة تأصيلية تطبيقية"، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٢٩٢؛ أ.د/ مصطفى سيد عبدالرحمن، "قانون التنظيم الدولي: الأمم المتحدة"، دون دار نشر، المنوفية، ٢٠٠٣، ص ٢٩١؛ أ.د/ حازم محمد عتلم، "منظمة الأمم المتحدة، دراسة تحليلية في ضوء النظرية العامة للمنظمات الدولية"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤، ص ٤٧٠؛ أ.د/ سعيد سالم جويلي، "المنظمات الدولية: المنظمات الدولية العالمية والإقليمية"، دون دار نشر، ٢٠٠٣، ص ٢٥٩.

- (1) CIJ, 9 avril 1949, Détroit de Corfou (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du nord C. Albanie), arrêt, C.I.J. Recueil 1948, p. 4, Para. 35.
- (2) Samantha BESSON, "International Judges Function between dispute-Settlement and Law- Enforcement- From International law without courts to International courts without law. A Reply to Anna Spain", Loyola of los Angeles International and Comparative law Review, Vol. 34, 2012, p. 101.



## أ - قانون القضاء الدولي:

خلافًا للطرق غير القضائية لتسوية المنازعات الدولية، تستند العدالة الدولية والقرارات القضائية على القانون: فهي تهدف إلى تسوية المنازعات القانونية بين الأطراف في قضية معينة من خلال تطبيق نصوص القانون. وبغرض تسوية النزاع بين الأطراف، تُطبَّق المحاكم الدولية القانون الدولي في قضايا محددة، وتكتسي قراراتها، في هذا الصدد، بحجية الشيء المقضي فيه تجاه الأطراف المعنية. بيد أن القرارات أو الأحكام القضائية غالبًا ما يكون لها أثر يتجاوز قضية معينة، حيث تُؤثِّر على التفسيرات والتطبيقات اللاحقة للقانون. وهذا ما يُسمَّى بحجية التفسيرية، فنحن، من ثمَّ، نتكلَّم عن السوابق القانونية<sup>(١)</sup>.

ونظرًا لأنَّ تنفيذ القانون ينطوي مُسبَّقًا على تحديده، ثم تفسيره في حالة معينة من جانب، ونظرًا لأنَّ القرارات القضائية التي تُطبَّق القانون يمكن أن يكون لها سلطة تفسيرية تتجاوز القضية المعنيَّة من جانبٍ آخر؛ تتضمن الوظيفة القضائية أيضًا وظيفة صناعة أو إنشاء وتطوير القانون، وذلك من خلال الممارسات القضائية في هذا الخصوص. ونحن في هذا الصدد نتكلم عن تحديد وصناعة القانون القضائي.

(1) Samantha BESSON, "The Erga Omnes Effect of the European Court of Human Rights Judgments", in Samantha BESSON, "La Cour européenne des droits de l'homme après le protocole 14- premier bilan et perspectives", SCHULTHESS, 2011, P. 193 ; Robert JENNINGS, "The Judiciary, International and National, and the Development of International law", International and Comparative law Quarterly, Vol. 45, 1996, p. 1.

وبطبيعة الحال، لا يُعدُّ التفسير القضائي ضرورياً دائماً لتطبيق القانون؛ وذلك لأن معنى القانون يمكن أن يكون واضحاً في بعض الأحيان. ومع ذلك، يُعدُّ التفسير في معظم الحالات أمراً محورياً بالنسبة لوظيفة القضاء. وهذا يُفسِّرُ حقيقةً عموميةً سلطان ونفوذ القانون، وتستند هذه الحقيقة على اتِّصال أولئك الذين يملكون هذه السلطة بأولئك الذين يخضعون لها، والذين يجب أن يكون لهم الحقُّ في فهم وإدراك معنى القانون<sup>(١)</sup>.

وتفوّدتاً عملية الصناعة القضائية للقانون أو التحديد القضائي للمبادئ القانونية إلى مسألة تعقُّد إمكانية تطبيق نظرية المصادر على العدالة الدولية، ومن ثمَّ على عمليات صناعة القانون الدولي ذاتها. وتُعدُّ نظرية المصادر، في الواقع، عنصراً رئيساً في كلِّ نظرية إيجابية أو واقعية للقانون. ووفقاً لهذه الأخيرة، يُعدُّ القانون من مخرجات المصادر عندما يُحدد وجوده ومضمونه بالرجوع إلى الحقائق الاجتماعية، دون أيِّ حكم قيمي<sup>(٢)</sup>.

يوجد، في الحقيقة، العديدُ من الإجابات الممكنة في هذا الخصوص<sup>(٣)</sup>. قبلَ كلِّ شيءٍ، يُوجدُ اعتراضٌ مفاده أن التكوينَ القضائيَّ للقانون، فوق أنه يتمُّ ببطءٍ، يَعمدُ على قاعدة الاعتراف، وبالتالي المصادقة أو الإثبات من خلال الرجوع إلى الواقعة

(1) Voir RAZ, "Authority", op.cit., p. 79; RAZ, "On the Nature of Law", op.cit., p. 113.

(2) Voir DWORKIN, op.cit., p. 111. en droit international, Voir, LETSAS, op.cit., p. 65 ; PAULUS, op.cit., p. 57.

(3) Roberto GUASTINI, "Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique", in Sylvie CAUDAI, "les Principes en droit", Economica, 2012, p. 248.

الاجتماعية المعنية. وليس هناك ما يدعو للقلق من إقرار القيم الأخلاقية أو المبادئ الأخلاقية بواسطة أحكام القضاء.

وجديرٌ بالذكر، أنه يتمُّ تحديدُ مبادئ القانون من خلال الاستدلال القانوني، بمعنى التفسير القضائي، وتصبح من هنا جزءاً مُكملاً للقانون، على سبيل المثال: القانون العرفي ذو الأصل القضائي. ويمكن تعزيز التشابه بين القانون القضائي والقانون العرفي، باعتبارهما مَصْدَرَيْن للقانون، من خلال اشتراكهما في عملية التطور التراكمي: تكرار الممارسة للعُرفِ والسوابق لقانون القضاء. ويمكن أن تستند إجابة محتملة أخرى إلى وجود ثغرات في القانون. وحتى لو تمَّ اعتبار مبادئ القانون التي حددها القضاء من قبيل قواعد الأخلاق وليس من قبيل قواعد القانون، يُفسرُ استخدامها في القانون عن طريق وجود ثغرات قانونية. ويتعين على القضاة ملء هذه الثغرات القانونية من خلال استخدام أدوات غير قانونية لا تُؤثِّرُ على شرعية السوابق القضائية.

وترجع الصعوبة الرئيسية في التكوين القضائي للقانون، مع ذلك، إلى عنصر آخر: وهو التمييز بين القانون البريتوري والقانون التشريعي، ومن ثم التمييز بين القانون والسياسة. ومن الخطأ أن نرى في التكوين القضائي للقانون نموذجاً أصلياً لصناعة القانون. وسيكون من الخطأ، أيضاً، أن نخلط بين هذين النوعين من التكوين المعياري للقانون، أو أن نضعَهُما في مستوى واحد<sup>(1)</sup>. وتفترض وظيفة القضاء، أولاً: أسبقية القانون من حيث تنفيذه، وتطبيقه، وتفسيره، مع الأخذ في الاعتبار أن القانون في أحوال معينة قد لا يكون محدداً. ثانياً: لا تتمتع وظيفة خلق قانون القضاة إلا بالأثر

(1) Voir, DICKSON, op.cit.; RAZ, "Authority", op.cit.; RAZ, "On the Nature of Law", op.cit., p. 102.

النسبي في مواجهة الأطراف، ولكن هذا لا يَنزَعُ عنها تَمَنُّعَهَا بحجية الشيء المقضيّ فيه نسبياً<sup>(١)</sup>. ومما يجدر ذكره، أن المشرّع يختصُّ دائماً بوظيفة إنشاء القانون. ويجب أن يمتثلّ القضاء دائماً لسلطة المشرّع الديمقراطي. ولنا أن نضيف، على سبيل المثال، أن ندرّة مبادئ القانون التي استخلصها القضاء، من خلال مباشرة الوظيفة القضائية، هي خير دليل على احترام القاضي للسلطة التشريعية<sup>(٢)</sup>.

وبمجرد نقل هذا الاستدلال إلى القانون الدولي، فإن السؤال المطروح هو ما إذا كان يمكن اعتبار العدالة الدولية وسيلة لإرساء قواعد القانون الدولي؟ وبالنظر إلى أن خصوصية أو وظيفة الآليات القضائية لتسوية المنازعات الدولية تتمثل في تنفيذ القانون الدولي، وأن هذه الأخيرة تتضمن، أيضاً، تحديده وتفسيره في قضية محددة، فمن ثم يُسهم القاضي الدولي بالضرورة في خلق القانون الدولي بطريقته القضائية الخاصة<sup>(٣)</sup>.

صحيح أن القاضي الدولي لا يُعدُّ بمثابة مشرع<sup>(٤)</sup>، ومن ثم لا تُدخّلُ قراراته ضمن المصادر الرسمية للقانون الدولي. ومع ذلك، فهو لا يمكن تَجَنُّبُ تحديد، ثم تفسير القانون قبل تطبيقه. وهذا يتضح جلياً من الإشارة الواردة بالمادة ١/٣٨ من النظام

(1) Voir, DICKSON, Ibid.; JOUANNET, "Jurisprudence internationale", op.cit., p. 386.

(2) Pierre BRUNET, "Les Principes Généreux du droit et la hiérarchie des normes", in Denys de BÉCHILLON, Pierre BRUNET et Eric MILLARD, "L'architecture du droit", Mélanges en l'honneur de Michel TROPES, Economica, 2015, p. 222.

(3) Marc JACOB, "Precedents: Lawmaking through international adjudication", German Law Journal, no. 6, Vol. 16, 2014, p. 1005.

(4) Voir, CIJ, 8 juillet 1996, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, G.I.J. Recueil 1996, p. 226, 237, Para. 18.

الأساسي لمحكمة العدل الدولية على القرارات القضائية الدولية باعتبارها وسيلة مساعدة لتحديد قواعد القانون؛ لأنها مُسْتَمَدَّة من المصادر الرسمية للقانون الدولي. ويُذَكَّرُ أن للتفسير القضائي نتائج مهمة بخصوص الاستدلال اللاحق للقضاة الدوليين (وهذا ما يُسَمَّى بمبدأ السابقة أو واجب المحكمة في احترام السوابق القانونية)، هذا من جانب، والفهم العام للقانون بعيداً عن المحاكم (وهذا ما يُطَلَقُ عليه سُلْطَة أو حجية الشيء المفسر)، من جانبٍ آخر.

صحيحٌ أن جانباً من الفقه قد أنكر كلَّ حجية تفسيرية للقرارات القضائية الدولية، وخصوصاً لقرارات محكمة العدل الدولية، مُسْتَنِدِينَ في ذلك على المادة ٥٩ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية والمادة ١/٩٤ من ميثاق الأمم المتحدة، في قضاء محكمة العدل الدولية، ولا سيما أن المحكمة ذاتها قد أكدت على الالتزام بالترابط أو التناسق في بعض أحكامها<sup>(١)</sup>.

تُعَدُّ مهام تحديد وصناعة القانون الممنوحة للقضاة الدوليين أكثر أهمية في القانون الدولي منه في القانون الداخلي<sup>(٢)</sup>. ويرجع ذلك، أولاً، إلى الطابع المحدود لمصادر القانون الدولي: فتغرات القانون الدولي أكثر من تلك الموجودة بالقانون الوطني. وليسَ هذه التغرات ووفقاً لتطبيق مبدأ عدم وجود قانون يحكم الموضوع في القانون الدولي<sup>(٣)</sup>، يَقَعُ على عاتق القضاة الدوليين مهامٌ تحديد وتفسير القانون الواجب

(1) Voir, CIJ, 11 Juin 1998, Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, G.I.J. Recueil 1998, C.I.J. p. 275, 292, Para. 28.

(2) Rosalyn HIGGINS, "Problems and process: International law and How we Use it", Oxford University Press, 2014, p. 302; Hersch LAUTERPACHT, "The Development of International law by the International Court", Cambridge University Press, 2013, p. 55 et s.

(3) BOYLE et CHINKIN, op.cit., p. 289- 290.

التطبيق بشكل أكثر أهمية من القضاة المحليين. وهذا يصدّق بوجه خاص في مجالات جديدة نسبياً للقانون الدولي، مثل القانون الدولي الجنائي والقانون الدولي للبيئة.

ثانياً، بسبب الطابع غير المحدد لبعض مصادر القانون الدولي لاسيما القانون الدولي الفرنسي والمبادئ العامة، ففي هذه الحالات يقع على عاتق القاضي الدولي التزام بأن يلعب دوراً محورياً في تحديد قواعد القانون الواجب التطبيق<sup>(١)</sup>.

ويتمثل التبرير الثالث لأهمية وظيفة خلق قانون القضاء الدولي في تعدد فروع القانون الدولي وغياب التدرج بين قواعد وأنظمة ومصادر هذا القانون. وعندما يسمح اختصاصه بذلك، يدعى القاضي الدولي لأن يحدّد كل القواعد والأنظمة والمصادر وثيقة الصلة لتسوية النزاع المعروض.

رابعاً، تقتضي بعض مسائل القانون الدولي، كتلك التي تتعلق بالقانون الدولي لحقوق الإنسان، ضرورة تجسيد الحقوق المضمونة في سياق محدد<sup>(٢)</sup>، وبالتالي تحديد هذا السياق وتفسيره من خلال القرارات القضائية. ومما يجدر ذكره، أن الدور الخلاق للقاضي الدولي ما زال أكثر محورية في القانون الدولي لحقوق الإنسان منه في الفروع الأخرى لهذا القانون.

وتقتضي حماية حقوق الإنسان على المستوى الدولي تصديقاً متبادلاً للقواعد الداخلية والدولية عن طريق القضاة الدوليين والوطنيين<sup>(٣)</sup>.

(1) BOYLE et CHINKIN, op.cit., p. 278- 285.

(2) Voir, Cour EDH, 25 avril 1978, Tyrer C. Royaume-Uni, req. No. 5856/72, Séries A, no. 26, Para. 15- 16.

(3) Samantha BESSON, "Human Rights and Democracy in a Global Context- Decoupling and Recoupling", Ethics and Global Politics, no. 1, Vol. 4, 2011, p. 19.

يُضَافُ إلى ذلك، أنه لا يجب أن تُعدَّ قانون القضاء الدولي عاملاً محورياً في خلق القانون الدولي. ويجب أن تُوجَدَ، في كلِّ الأحوال، إمكانية تمييزه عن غيره. ويُعدُّ إنكار هذا الاعتراض في المجال الدولي أكثرَ صعوبةً منه في القانون الداخلي؛ وذلك لعدم وجود مُشرِّعٍ دوليٍّ وحيدٍ ومتخصص. وتبقى الدول فقط هي التي تنكر الاختصاص بصناعة أو خلق القانون الدولي، على الرغم من أن تلك الصلاحية تُفَوَّضُ فيها، أحياناً، المنظمات الدولية، أو أنها تشترك مع غيرها من أشخاص القانون الدولي الأخرى في هذا الخصوص<sup>(١)</sup>.

السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد، هو: كيف يمكن للقضاء الدولي مؤسساً أن يكون منظماً على نحو يجعلُ وظيفته الخالقة للقانون أكثرَ احتراماً لصلاحيات الدول بوصفها السلطة التشريعية للقانون الدولي.

وبالنظر إلى كون الدول أشخاصاً للقانون الدولي، فهي تخضع للعدالة الدولية، وفي الوقت نفسه تُعدُّ خالقةً للقانون، ومن ثم تُعدُّ أرباباً لهذه العدالة أو من يملكون ناصيتها. ومنذ ذلك الحين، يكون من الصعب أن تُحدَّدَ بدقة الفاعل المؤسسي الذي يختلف عن القاضي، ويُعدُّ في الوقت نفسه شريكاً لهذا الأخير، مما يُتيح إمكانية تمييز القانون الدولي القضائي عن القانون الدولي غير القضائي<sup>(٢)</sup>.

وقد تمَّ حلُّ هذه المسألة عن طريق فصل السلطات وتوزيعها بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية. وبعيداً عن المنظمات الدولية، ونظراً لغياب سلطة

(1) Voir, JOUANNET, "Jurisprudence internationale", op.cit., p. 389 et s.

(2) Voir, JACOB, "Precedents: Lawmaking through international adjudication", op.cit., p. 1007.

تشريعية عالمية ومركزية، ما زال الاختلاف بين القانون الدولي القضائي وغير القضائي قائماً من الناحية الواقعية.

في الواقع العملي، ما زالت تتحفظ العديد من الدول على فكرة أن القاضي يملك وظيفة خلق أو إنشاء القانون، ناهيك عن أنها تنكر حقيقة أن القاضي الدولي في معرض تسويته للنزاع يسهم أيضاً في تفسير القانون المطبق على النزاع، ومن ثم يحل محلّ الدول، على الرغم أنها أول من أنشأ وفسّر القانون<sup>(١)</sup>.

تُفسّر هذه الصعوبات الفجوة التي لا تزال قائمة عملياً والفصل المصطنع بين وظيفة تسوية المنازعات من قبل المحاكم الدولية من جانب، ووظيفة تطبيق وتحديد وخلق القانون المعهود بها للوظيفة القضائية من جانب آخر. وسوف نجد أدلة مقاومة الوظيفة الإبداعية أو الخلاقة للقاضي الدولي لا سيما في طبيعة اختصاصاته، وبالتالي ولاية المحاكم الدولية، حيث إنها لا تزال غير إلزامية وغير حصرية.

وتتطلب، في الواقع، هاتان الخصيصتان للولاية القضائية الدولية بعض الإيضاحات، حيث تظل العدالة الدولية إحدى الطرق العديدة لتسوية المنازعات الدولية، فمن ثم لا يكون التفسير القضائي دائماً ضرورياً لتسوية المنازعات على أساس القانون الدولي: ويمكن تسوية هذه المنازعات بآليات غير قضائية لا تلجأ إلى القانون للقيام بذلك. ويجوز - أيضاً - للمحكمة الدولية أن تلجأ إلى آليات أخرى غير قضائية لتسوية المنازعات، مثل المفاوضات، وذلك دون أن تُطبّق القانون ودون تفسيره أو تطويره.

كلّ هذا يساعد في تفسير لماذا تُمثل العلاقات بين بُعد تسوية منازعات العدالة الدولية ووظيفة هذه الأخيرة في خلق القانون الدولي إشكالية في المجالات التي تتقدم

(1) Elihu LAUTERPACHT, "Aspects of the administration of international Justice", Cambridge University Press, 2013, p. 32- 36.



وتتطور فيها قواعد القانون الدولي غير الرضائية. ونحن نفكر، على سبيل المثال، في القضايا التي طُبِّقَتْ فيها محكمة العدل الدولية القانون الدولي لحقوق الإنسان. وطالما أن مشروعية القانون الدولي كانت تُعدُّ كنتيجة لرضاء الدول، وأن القانون الدولي كان يشبه العقد المبرم بين الأشخاص الخاصة، فإن العدالة الدولية يمكن لها أن تتحدد بإرادة الدول وولاية القاضي الدولي الخاضعة لاتفاق هذه الدول ذاتها؛ حيث إن نطاق سلطة القاضي الدولي كانت تتوافق مع نطاق سلطة القانون الدولي. ويفسر الاهتمام بالتناسق بين مجال تطبيق سلطة القانون الدولي ومجال تطبيق سلطة القاضي الدولي لماذا يصرح بتدخل الغير، بل إن هذا التدخل يكون مطلوباً في قضايا معينة: يُلَطَّفُ هذا التدخل، في الواقع، من حِدَّةِ التوتُّر بين الآلية الثنائية لتسوية النزاع والنتائج المتعددة المترتبة على تفسير القانون الدولي في هذه المناسبة<sup>(١)</sup>.

بطبيعة الحال، تختفي أحياناً حدة التوتُّر بين الطابع الموضوعي للقواعد الجديدة للقانون الدولي والبُعد الذاتي لولاية القضاة الدوليين. هذا هو الحال، على سبيل المثال، عندما أنشئت المحاكم الإقليمية والمتخصصة ذات القضاء أو الاختصاص الملزم والحصري، كالمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وكذا محكمة عدل الاتحاد الأوروبي؛ فقد ذهبت تلك المحاكم منذ إنشائها إلى تسوية منازعات الأفراد وخلق القانون العام.

#### ب- التقدير القضائي الدولي:

يتضح من العرض السابق أن القانون لا يكون محددًا بشكل كامل، وأن وظيفة القضاء لا تقتصر، بالتالي، على معرفة القانون، بل أيضاً تشمل إنشاءه. وهذا هو أيضاً ما يُسمَّى بالسلطة التقديرية للقضاة. ولا تُثير هذه السلطة فقط المسائل المؤسسية

(1) Voir, BOYLE et CHINKIN, op.cit., p. 395.

والشرعية المتعلقة بالإجراء الذي يتم بموجبه خلق القانون والعلاقة بين القانون القضائي والسياسة، ولكن تشمل أيضاً المسائل المادية المتعلقة بمضمون إجراءات صناعة القانون، وكذا العلاقات بين قانون القضاء والأخلاق.

وفقاً للاعتراض التقليدي الثاني لفلسفة القانون العام، يتطلب قانون القضاء إدماج القيم ومبادئ الأخلاق في القانون، مما يشير إلى صعوبة شرح قانون القضاء في إطار واقعي ودون اللجوء إلى نظريات القانون الطبيعي. مرة أخرى، إجابات مختلفة تكون ممكنة. وقبل الدخول في تفاصيلها، يُذكر أن التمييز بين القانون والأخلاق عادةً ما يكون ذا طبيعة تصويرية وغير واقعية، ولا يستطيع أحد أن يُنكر وجود علاقات واقعية أو حديثة بين القانون والأخلاق<sup>(١)</sup>.

في المقام الأول، لا يمكن أن يقتصر القانون على دمج المبادئ والقيم الأخلاقية؛ وذلك لأنه يُعدُّ أحد عناصر الأخلاق، وتُطبَّق هذه الأخيرة بوضوح على الجميع دونما تمييز، ومن ثم تُطبَّق على المؤسسات القانونية، ويُعدُّ الاستدلال القانوني، منذ ذلك، أحد أشكال هذا الاستدلال الأخلاقي. وفي هذه الظروف، لا يمكن للقانون إلا أن يُعدَّل أو يستبعد المبادئ والقيم الأخلاقية. ويعمل قانون القضاء عادةً - وعلى وجه التحديد - كمعدل للأخلاق في ظلِّ نظام قانوني معين؛ فهو ينقل ويحدد المبادئ والقيم الأخلاقية في سياق مؤسسي معين ومن خلال عمل خيارات معيارية. وعلاوةً على ذلك، وكإجابة ثانية على النقد الوارد أعلاه، فحتى لو كان يُنظر إلى مبادئ القانون وغيرها من معايير قانون القضاء كتبادل للمبادئ الأخلاقية، يمكننا اعتبار أن ما تفعله هذه المعايير ليس تحويلاً للأخلاق إلى قانون، بل إعطاء آثار قانونية كمعايير أخلاقية محددة في إطار

(1) Joseph RAZ, "Incorporation by Law", Legal Theory, Vol. 15, 2013, p. 3; GUASTINI, ibid.

نظام قانوني معين. ويمكن مقارنة ذلك بالحالات التي يعطي فيها القاضي الداخلي آثاراً قانونية للقانون الأجنبي دون اعتبار هذا الأخير قانوناً محلياً.

وإذا ما انتقلنا إلى العدالة الدولية، ما زالت سلطة القاضي التقديرية مسألة أكثر حساسية. وما زال التحدي أكثر عظمة مما هو عليه في القانون الداخلي<sup>(١)</sup>.

وتوجد، في الحقيقة، قواعد قانونية أقل من أن تحدد؛ وذلك بسبب ندرة مصادر القانون الدولي، وكذا تنوعها وتقسيماتها، وذلك على النحو الذي أوضحناه سلفاً. علاوة على ذلك، تُعدّ القيم الأخلاقية التي يحميها القانون الدولي بالفعل عالمية، ومن ثمّ كثيراً ما يُنظر إلى الأصل الأخلاقي لهذه القواعد والمبررات الأخلاقية لسلطتها على أنها أكثر وضوحاً من نظائرها في القانون الداخلي<sup>(٢)</sup>. ويؤكد ذلك خطابُ القيم الذي ساد المناقشات التي دارت حول القاضي الدولي ووظائفه<sup>(٣)</sup>. وفي الواقع، يرى بعض القضاة الدوليين والباحثين القيم الأخلاقية كنجم قطبي حقيقي أو كنقطة استدلال للتسوية القضائية للمنازعات المعروضة عليهم<sup>(٤)</sup>.

(1) LETSAS, op.cit.; PAULUS, op.cit., p. 117 et s.

(2) Samantha BESSON, "The Authority of International law- Lifting the State Veil", Sydney Law Review, no. 6, Vol. 34, 2012, p. 345.

(3) Armin Von BOGDANDY, Ingo VENZKE, "On The Functions of International Courts: An Appraisal in Light of Their Burgeoning Public Authority", ACIL, 2012, p. 88 et s.

(4) CIJ, 8 Juillet 1996, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Opinion dissidente de Mme Higgins, note 37, p. 370, Para. 41.

لا جرم، قد تتعارض نفس الردود في القانون الدولي كما هو الحال في القانون الداخلي<sup>(١)</sup>. ومما يجدرُ ذِكرُهُ، أن هناك أخلاقاً مشتركة بين القضاة الدوليين أقل مما قد يعتقد المرء للوهلة الأولى. ويرجع ذلك بصفة خاصة إلى عدم وجود مجتمع دولي يتقاسم قيماً مشتركة ومحددة بوضوح. ونتيجة لذلك، قد يكون تحديد وتنفيذ هذه القيم الأخلاقية العالمية غير واضح للقضاة الدوليين أنفسهم.

تُوجد على الأقل صعوبتان تتعلقان بمكان ودور الأخلاق في عمل القضاة الدوليين. تتعلق الأولى بوجود أخلاق عالمية تُطبَّق خارج الدولة وبين الدول. وهذه مسألة واسعة تتجاوز غاية هذه الدراسة. ويجب أن نؤكد، مع ذلك، أنه لا يكفي أن ندحض الحجج المؤيدة لنهج العلاقات الدولية التي تقوم على حالة الفطرة، ولكن يجب أيضاً أن نسوق حجة تشابه مبادئ الأخلاق المُطبَّقة على العلاقات الدولية مع تلك المُطبَّقة على المجتمع السياسي الداخلي<sup>(٢)</sup>. وتتعلق الثانية بدرجة عالية من التعددية الأخلاقية العالمية، حيث تؤدي المنازعات الأخلاقية إلى جعل التسلسل الهرمي للقيم نسبياً بالضرورة، مما تتولد معه تساؤلات عديدة بشأن مشروعية عملية صنع القرار، وبالتالي الأولويات القضائية التي تُعطى لواحدٍ أو لآخر من هذه القيم. ويجب أن نحدد، مع ذلك، بعض الدروس في المعرفة الاجتماعية والتنظيم المؤسسي والتي يمكن أن تساعد في تطوير مؤسسات وإجراءات أكثر شورى ونقاشاً بغية التعامل مع هذا النوع من المنازعات، ووضع بعض القيود على السُّلطة التقديرية للقاضي الدولي، ومن ثم تعزيز مشروعية قراراته. وقد تمَّ إنشاء مؤسسات وطنية لتقدير السلطات القضائية الوطنية أو توافق الآراء من جانب المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في تعليقاتها

(1) CIJ, Sud- Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, p. 47, Para. 49- 50.

(2) Voir, REGAN, op.cit., p. 23 et s.

القضائية، وهي أمثلة على حدود السُلطة التقديرية للقاضي الدولي في سياق الرقابة القضائية الدولية على احترام حقوق الإنسان<sup>(١)</sup>.

### ٣- الفلسفة الخاصة للعدالة الدولية:

إضافة إلى تقاسم نفس صعوبات العدالة الداخلية، تُثير العدالة الدولية أيضاً مسائلَ فلسفية خاصة؛ الأولى تتعلق بمصادر القانون الدولي، والثانية تتعلق بمشروعية القانون الدولي.

#### أ – العدالة الدولية ومصادر القانون الدولي:

يُثيرُ مكان قانون القضاء بين مصادر القانون الدولي تساؤلاتٍ إضافية تتعلق بذاتية النظام القانوني الدولي وطبيعة مصادره. ويُطلب من القضاة الدوليين القيامُ بأكثرَ من مجرد تطبيق القانون الدولي وتفسيره. حيث يجب عليهم أيضاً تحديد القانون الواجب التطبيق لا سيما القانون الدولي العام عندما يُستمدُّ من مصادر غير مكتوبة مثل القانون الدولي العرفي أو المبادئ العامة.

ويتجاوز دورُ القضاة الدوليين في تحديد القانون الدولي دورَ القضاة الوطنيين في تحديدهم القانونَ الواجب التطبيق. ويُعمل هذا الدور للقانون القضائي الدولي إما عند تحويل قاعدة القانون الدولي الوليدة إلى قاعدة قائمة بالفعل وذلك من خلال مراقبة تجسيدها وتبلورها، وإما من خلال تحديد قاعدة ناشئة أولية بقصد إثبات شرعيتها القضائية لاحقاً<sup>(٢)</sup>.

(1) Samantha BESSON, "The Erga Omnes Effect of the European Court of Human Rights Judgments", op. cit., p. 197 et s.

(2) Antonio CASSESE, Joseph WEILER, "Change and Stability in International Law- Making", Gruyter, 2010, p. 13.

وبدون التصديق القضائي لا يكون للقواعد المستمدة من بعض مصادر القانون الدولي العام أية مشروعية قانونية، على الأقل في الحالة الراهنة للنظام القانوني الدولي. ولا توجد، في الواقع، مؤسسات عالمية أخرى بخلاف المحاكم الدولية يمكن أن تصادق، على سبيل المثال، على ممارسة جميع الدول باعتبارها قانوناً دولياً عرفياً أو مبادئ عامة معينة. وأحد الاحتمالات أن تتولى الجمعية العامة للأمم المتحدة ذلك، ولكن غياب القوة الملزمة لتوصياتها يُشكّل عقبة أساسية.

وتثيرُ وظيفة تحديد قانون القضاة الدوليين مسائلَ فلسفيةً مُعقّدةً تتجاوز ضرورة التوفيق بين قانون القضاء ونظرية المصادر الواقعية أو الوضعية وتحديد قاعدة الاعتراف أو الإثبات في قانون القضاء الدولي. وتكمن المشكلة هنا، في أن قانون القضاء الدولي سوف يصبح مفيداً للمصادر الأخرى للقانون الدولي العام أو أنه سيُتخذ كأداة من جانب تلك المصادر. وبالنظر إلى كون الدول أشخاصاً للقواعد المستمدة من هذه المصادر، فإن ذلك سوف يُحوّل قانون القضاء الدولي إلى آلية لإثبات مشروعية القانون، ومن ثم إلى مصدر مساعدٍ للقانون الدولي، لا سيما القانون الدولي العرفي. وتؤكد هذا الدورَ الوسيط للعدالة الدولية المادة ٣٨/١ د من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، والتي تشير إلى أحكام القضاء كمصدر مساعدٍ في تحديد قواعد القانون<sup>(١)</sup>.

فالصعوبة الفلسفية ذات شقين: فهي عملية ونظرية في آن واحد. أولاً: يُمنَلُ منح القضاة الدوليين وظيفية التصديق أو الإثبات إشكالية ليس فقط من وجهة نظر وظيفية القضاء، ولكن أيضاً من وجهة نظر تنظيم النظام القانوني الدولي نفسه. فالقاضي الدولي يُنتخب عادةً من جانب الدول، واختصاصه بالقضاء يكون ذاتياً أو

(1) Voir, BESSON, "General Principles", op.cit., p. 267.

شخصياً؛ لأنه يؤسس على رضاء الدول<sup>(١)</sup>. والتفاوت بين القضاء الذاتي والوظيفة الخلقة للقانون الموضوعي المحدد سلفاً سوف يصبح أكثرَ إزعاجاً ومضايقةً، حيث يبدو أن الطريقة التي يتمُّ بها تنظيمُ وظيفة القاضي الدولي هي التي تمنعه من ممارسة وظيفة التصديق على القواعد أو التحقق من صحتها<sup>(٢)</sup>.

ثانياً، سوف يصبح أمراً صعباً الحفاظ على التمييز بين قانون القضاء بوصفه أحد أشكال القانون الدولي العرفي والقانون القضائي بوصفه مصدرًا مساعدًا للقانون الدولي العام. وبغضِّ النظر عما نفكر فيه من التشابه بين قانون القضاء والقانون العرفي وتقاربهما، تُشكِّلُ وظيفة تصديق القاضي الدولي عقبةً كؤوداً أمام تطبيق نظرية المصادر على قانون القضاء الدولي بوصفه قانوناً عرفياً. ولا يمكننا أن نستخدم المصادر المعاونة للقانون الدولي والواردة بالمادة (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية لتبرير مشروعية أو صلاحية قانون القضاء الدولي نفسه. ومن هنا، فإنه يتعين أن نحدد قاعدة الاعتراف المتضمنة في النظام القانوني الدولي. وتزداد المشكلة تفاقماً، في الواقع، من خلال عمل المحاكم الدولية، وقد أسهمت محكمة العدل الدولية، على وجه الخصوص، في تطوير نظرية مصادر القانون الدولي وقاعدة الاعتراف نفسها، موضحةً، هكذا، عملَ أو وظيفة مصادر القانون الدولي. فعلى سبيل المثال، كشفت محكمة العدل الدولية النَّقَابَ عن عناصر القانون الدولي العام، العلاقة بين القانون الدولي العرفي وقانون المعاهدات، ودور القانون الناعم (غير الملزم) في القانون الدولي، دور لجنة القانون الدولي في تقنين قواعد القانون الدولي العام،

(1) Voir, BOYLE et CHINKIN, Ibid., p 290 et s.

(2) CASSESE, WEILER, "Change and stability in International Law-Making", op.cit., p. 17 et s.

وشروط تعيين وتحديد القواعد الدولية الآمرة<sup>(١)</sup>. كل هذا يؤكد دور القاضي الدولي في النظام القانوني الدولي، كما يؤكد دوره أيضاً في التصديق أو التحقق من صحة بعض قواعد القانون الدولي العام.

### ب- العدالة الدولية ومشروعية القانون الدولي:

يُثيرُ دورُ قانون القضاء الدولي في تبرير سلطة أو سلطان القانون الدولي تساؤلاتٍ تتعلق بالمشروعية التي تختلف عن تلك التي قد تكون معروفة في القانون الداخلي؛ لأنها ترتبط بخصوصية النظام القانوني الدولي وأشكال مشروعيته. وكما رأينا، يُدعى القاضي الدولي إلى تحديد وتفسير القانون الدولي، ومن ثم التحقق من صحته وإنتاجه، مما يثير التساؤل حول مبررات سلطة القانون الدولي التي تسهم تحديداً في التحقق من صحتها وإنتاجها. يضاف إلى ذلك، أنه يُطلب من القضاة الدوليين ممارسة السلطة التقديرية بشأن قضايا العدالة والأخلاق العالمية، دون أي إطار مؤسسي يُؤخذ في الاعتبار عند إصدار قراراتهم.

يُستخدم مفهوم الشرعية هنا بمعنى موضوعي لتعيين السلطة المبررة؛ أي الحق في خلق التزامات، وبشكل أدق: الحق في فرض واجبات أخلاقية للعمل بطبيعة حصرية. وهذا هو السبب في أننا نستخدم أحياناً المشروعية والتبرير بالتبادل. ويمكن أن تشير المشروعية إلى مؤسسة ما أو محكمة ما أو قانون ما، والمقصود هنا القانون ذو الطبيعة القضائية. ويرتبط الاستخدامان عادةً بالقدر الذي تعتمد فيه شرعية القانون على شرعية المؤسسات المشاركة في عملية إنتاج أو صناعة القانون، والعكس بالعكس. ويتعين أن تُميز بدقة المفهوم الموضوعي للمشروعية عن المفاهيم الأخرى

(1) Voir, BESSON, "General Principles", op.cit., p. 270 et s.



التي كثيراً ما تُستخدم، لا سيما المشروعية الذاتية. وبطبيعة الحال، تسير المشروعية الذاتية جنباً إلى جنب مع المشروعية الموضوعية، ومن الصعب أن يوجد لدينا مشروعية موضوعية دائمة بدون مشروعية ذاتية، والعكس بالعكس. ومع ذلك سوف نركز هنا على المشروعية الموضوعية<sup>(١)</sup>.

تُعدُّ مسألة مشروعية القانون الدولي، ومن ثم المؤسسات الدولية مثل المحاكم الدولية وقراراتها، معقّدة للغاية؛ فهي تتعلق بالأسباب التي يعطيها أولئك الذين يملكون السلطة لأولئك الذين يخضعون للقانون الدولي، وفي معظم الأحوال، من دول إلى دول أخرى. فعندما تخلق المنظمات الدولية القانون الدولي وتُلزم الدول الأعضاء به، فهي تباشر دورَ وسيطِ السلطة، وهذا يسمح لنا أن نميز بوضوح بين الدول بوضعها ممثلة في المنظمة الدولية وبين الدول بوصفها خاضعة لقانون المنظمة الدولية.

وعندما نهتم بالمبررات المختلفة لسلطة قانون القضاء الدولي، فمن الأهمية بمكان أن نُميّزَ بين هذه التبريرات والموافقة على هذا القانون الصادرة من جانب قضاء المحاكم الدولية.

ويعزز هذا الرضاء، بالتأكيد، السلطة الشرعية للقانون الدولي من خلال تسليط الضوء على الحلّ الذي تم التوصل إليه. وبطبيعة الحال، سوف تُقسم تبريرات مشروعية قانون القضاء الدولي على خلفية تبريرات القانون الدولي في مجمله.

وكما أوضحنا سلفاً، يوجد مُبرّرٌ للسلطة في سياق العدالة الدولية أكثر من غيرها؛ إنها الشرعية الديمقراطية. وإذا كان يملك القضاء سلطة خلق أو صناعة

(1) John TASIOLAS, "The Legitimacy of International Law", in, Samantha BESSON, John TASIOLAS, "The philosophie of international law", Oxford University Press, 2011, p. 206.

القانون، فيجب أن يُسألوا عن تصرفاتهم أمام هيئة تشريعية منتخبة ديمقراطياً. ويتعين أن تكون سلطتهم للقيام بذلك مبررة ديمقراطياً أيضاً. وبالانتقال إلى القانون الدولي والعدالة الدولية، تُثير الشرعية الديمقراطية لوظيفة القضاء الدولي مسائل أكثر حساسية من تلك التي تثيرها الشرعية الديمقراطية للعدالة الداخلية، لا سيما عندما تتعارض مع تبريرات القانون القضائي الدولي من خلال الرجوع إلى القيم الأخلاقية العالمية.

ويُعدُّ عدم النضج المؤسسي والديمقراطي للقانون الدولي والعدالة الدولية أحد التبريرات التي سيقَّت لتفسير وتبرير تحقُّظ الدول تجاه قانون القضاء الدولي، لا سيما تجاه السلطة التقديرية للقضاة الدوليين بخصوص القضايا الأخلاقية المثيرة للجدل. وفي غياب المؤسسات، لا سيما المؤسسة التشريعية الدولية، لا تستطيع المؤسسة القضائية أن تؤديَ وظيفتها التفسيرية أو إنتاجها المعياري. والحالة هذه، لا يمكن دعوة القاضي الدولي لتفسير وتطوير القانون الدولي العام ما لم تكن القاعدةُ محددةً سلفاً، وبوضوح، بالنسبة له. وفي القانون الدولي العام، لا تكون القواعدُ والمبادئُ القانونيةُ محددةً بوضوح للمحاكم الدولية، ولكن يتعين على هذه الأخيرة أن تستخلصها بذاتها.

ومن الأهمية بمكان، استكشاف طرق مختلفة بغرض تطوير النظام المؤسسي الدولي خارج المحاكم الدولية. على سبيل المثال، يمكن تعزيز الطابع المؤسسي لصور وأشكال صناعة القانون الدولي لتزويد القضاة بمنافس مؤسسي يتمتع بالشرعية الدولية. وبطبيعة الحال، إن ذلك لا يكون ممكناً، أو من الصعوبة بمكان أن يتحقق على أرض الواقع دون توزيع السلطات بين المؤسسات الدولية وفي ظل غياب المشرع الدولي الممثل للجماعة الدولية.

ويُفسرُ هذا الغياب أو غياب الإطار المؤسسي للعدالة الدولية السببَ في أن اختصاص بعض المحاكم الدولية يظلُّ اختياريًا (مثل محكمة العدل الدولية)، في حين أن اختصاص المحاكم الأخرى يكون إلزاميًا. مثل (المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ومحكمة عدل الاتحاد الأوروبي)<sup>(١)</sup>.

---

(1) Armin Von BOGDANDY, Ingo-VENZKE, "In Whose Name? An Investigation of International Courts Public Authority and its Democratic Justification", European Journal of International Law, no 1, Vol. 23, 2012, p. 7.

## الفصل الأول القاضي في القانون الدولي

### المبحث الأول الحكم القضائي متعدد المستويات في القانون الاقتصادي الأوروبي والدولي

#### تمهيد:

يتعين أن يكون كلٌّ من القانون والحكم مبررين إزاء المواطنين من أجل أن يقبلهما المجتمع المدني ويساندهما كعملين مشروعين. وتُقدم هذه المساهمة البحثية الحجة على أنه يجب تغيير المناهج القانونية والقضائية للحكم متعدد المستويات الخاص بالمصالح العامة الدولية من أجل حماية الاحتياجات الأساسية وحقوق الإنسان بصورة أكثر فعالية. وسوف أتناول هنا تعريف المنهج القانوني على ضوء مفاهيم مصادر القانون وقواعد تمييزه، وكذا على ضوء طرق تفسيره ودور الأنظمة القانونية متعددة المستويات وطبيعتها النظامية مثل القانون الاقتصادي الدولي، والعلاقات بين القواعد والمبادئ والمؤسسات القانونية والسياسية والممارسات ذات الصلة.

ويتناول الجزء الأول التطور التاريخي من الحكم الرشيد أو الصحيح إلى القضاء من جانب شخص من الغير وحقوق الفرد في اللجوء إلى العدالة. ويناقش الجزء الثاني ثمانية نماذج من الحكم القضائي متعدد المستويات في أوروبا. ويستخدم الجزء الثالث نظريات المصالح العامة والدستورية من أجل تفسير الوظائف المتعددة لمحاكم العدل،

وعرض الأهمية المتزايدة للتعاون القضائي من أجل حماية القاعدة عبر الوطنية للقانون أو الحكم القضائي عبر الوطني في القانون الاقتصادي الأوروبي والدولي.

ويُقدّم الجزء الرابع الحجة على أن المناهج الدستورية المتنوعة التي تطبقها كلٌّ من محكمة عدل الاتحاد الأوروبي ومحكمة منطقة التجارة الحرة الأوروبية والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان - تُقدّم أو تعرض دروساً مهمة للحكم القضائي متعدد المستويات في القانون الاقتصادي الدولي خارج أوروبا.

وفي الجزء الخامس يتم التأكيد على الدور القضائي في إدارة العدالة في القانون الاقتصادي الدولي، والحاجة إلى تحجيم الانقسام الفقهي والقانوني الحالي من خلال الحماية القضائية متعددة المستويات للقاعدة عبر الوطنية أو الحكم عبر الوطني من أجل مصلحة الحكومات ليس فقط، ولكن أيضاً المواطنين كأصحاب أو مالكين ديمقراطيين للقانون الاقتصادي الدولي.

#### ١- من الحكم الرشيد إلى الحكم القضائي:

لقد أدركت معظم الحضارات، منذ العصور القديمة، مدى الحاجة إلى الأخلاق والحكم الرشيد أو السليم والعدل كعناصر أساسية للسلام الاجتماعي. فقد وصف أفلاطون وأرسطو وشيشرون، على سبيل المثال، الفضائل الأساسية الأربعة: الاعتدال، والحكمة، والثبات، والعدل، كمقتضيات رئيسية وأساسية لتحقيق السلام الداخلي في العقل البشري للفرد، وفي الجمهورية ككل. ويشير المصطلح اللاتيني Virtue (الفضيلة) إلى قوة وسلطة الإنسان في أن يتحكم في مشاعره ورغباته، وأن يستخدم العقل والمنطق بشكل حكيم، وأن يحكم طبيعته البشرية والاجتماعية بشكل عادل، دون أن يجور أيٌّ منهما على الآخر.

ويستخدم المصطلح اللاتيني "Cardinal" صورة المفصلات أو العوامل الحاسمة التي يتأرجح أعلاها باب الحياة الأخلاقية. وتبين لنا التراجم الإغريقية مثل "أنتيجون" أن غالباً ما يخفق الملوك أصحاب الفضيلة في تجنب الصراعات الاجتماعية من خلال الحكمة والعدل الفرديين. وفي الرواية التراجمية الأخرى "أوريست" لم تتوقف دائرة الثأر الشخصي وحمات الدم المأساوية إلا بتدخل الآلهة "أثينا" من خلال رفع النزاع إلى قضاة محايدين، حيث لم تتمكن هيئة المحلفين من الاتفاق على مسألة: هل قتل أوريست لأمه يجعله مذنباً بالقتل العمد أم لا؟ وقد تم تبرئة المدعى عليه تطبيقاً لمبدأ أن الشك يُفسر لمصلحة المتهم.

ويؤكد الإقرار العالمي لمزيد من موثيق وآليات الحقوق الدستورية وحقوق الإنسان، إضافة إلى المزيد من مجالات القانون الاقتصادي الدولي وحقوق الفرد في اللجوء إلى العدالة، على الحكمة القديمة التي مفادها ضرورة وضع الضمير الإنساني (القاضي بداخلنا) والموازنة العادلة بين المبادئ القانونية والأخلاقية في إطار مؤسسي منظم حتى يتسنى لنا تسوية الصراعات الحتمية بين الرغبات الإنسانية في التحكم والسيطرة وبين النزاعات الأخرى التي تنشأ بين المستبدّين محدودي المنطق.

وما زال يصوغ القضاء الوطني والدولي (محاكم العدل)، بناءً على مقارنات أرسطو وتفرقة بين عدالة التوزيع وعدالة التبادل والعدالة التصحيحية والمساواة، المزيد من مبادئ العدالة وسياقات أخرى خاصة بالعدالة الإجرائية والاجتماعية والسياسية والعدالة الانتقالية في أحوال ما بعد النزاع؛ من أجل إمكانية التعامل مع تحديات العولمة.

وتتطلب القواعد القانونية العرفية الخاصة بتفسير المعاهدات والتي تم تقنينها في اتفاقيات فيينا لقانون المعاهدات، وكذا قواعد تسوية المنازعات في العديد من

المنظمات، تفسير المعاهدات وتسوية المنازعات ذات الصلة؛ ليس فقط استناداً إلى النص أو السياق أو الغرض من القواعد المطبقة، ولكن أيضاً استناداً إلى اتّفاقها مع مبادئ العدالة وحقوق الإنسان.

وتأخذ محكمة العدل الدولية والعديد من المحاكم الدولية الأخرى ما يأتي كأمر مُسلّم به: "أيّ كان الاستدلال القانوني لمحاكم العدل، يجب أن تكون أحكامها عادلة، وأن تعكس المساواة في سياقها"<sup>(١)</sup>. وأن الإنصاف كمفهوم قانوني ينبثق بشكل مباشر عن فكرة العدالة. ويتعين على المحاكم، والتي تكون بطبيعتها مسؤولة عن إدارة مرفق العدالة، تطبيق ذلك"<sup>(٢)</sup>.

وحيث إن الحاجة للعمل من أجل الحصول على الموارد الضرورية لبقاء الإنسان تُميّزه؛ ليس فقط بقدرته على التفكير، بل بعمله، وحيث إن رغبة الإنسان في التميز الاجتماعي من خلال عمله تميزه بقدرته على التحكم فيما أتّيح له من أدوات تُعدّ كلها أجزاءً محورية من النشاط الرئيس للإنسان، ينتمي القانون الاقتصادي (كقوانين العقود والقوانين المنظمة للملكية وقوانين التجارة) إلى الجزء الأقدم من النظم القانونية المحلية والدولية. وكلما زاد الانتباه والتوجّه نحو المكاسب الفردية والاجتماعية من مجالات التجارة الدولية ومن قطاع العمل الدولي؛ زادت محاولات التجار والمنتجين والمستثمرين والمستهلكين والحكومات نحو تقليل تكاليف المعاملات المالية الدولية من

(1) ICJ, 20 February 1969, North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, -. 48- 49, Para. 88.

(2) ICJ, 24 February 1982, Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982, p. 60, Para. 71.

خلال التنظيم القانوني متعدد المستويات للتعاون الاقتصادي الدولي والمنازعات ذات الصلة<sup>(١)</sup>.

ويؤكد قبول طلبات أو مذكرات المتدخلين من الغير والتي تتأثر مصالحهم بالمنازعات الاقتصادية على التوازن القضائي بين الالتزامات القانونية الخاصة بدخول السوق وبنود الاستثناء المشار إليها في المادة (٢٠) من الاتفاق العام للتعريف الجمركية والتجارة (والتي تتعلق بحماية القيم غير الاقتصادية والتفسير القضائي للنصوص الاقتصادية في ضوء أحكام المعاهدات الدولية الأخرى التي تحمي المصالح العامة)، مما يعكس دور القضاء في تسوية المنازعات بما يتفق ومبادئ العدالة.

وكلما زاد التفاعل بين القوانين الاقتصادية الداخلية والدولية العامة والخاصة؛ أصبحت الحاجة ملحة للتعاون بين جهات تسوية المنازعات متعددة المستويات (التكامل القضائي) من أجل حماية القواعد القانونية عبر الوطنية وفقاً لمتطلبات التفسير المتناغم الخاصة بالأنظمة القانونية الوطنية والدولية<sup>(٢)</sup>.

## ٢- النماذج التنافسية للحكم القضائي متعدد المستويات في أوروبا:

تُفسر النظريات الدستورية الحديثة للعدالة سبب الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان وحياته الأساسية وضرورة صياغة الاستدلال أو السبب العام في إطار مؤسسي وعلى ضوء قواعد دستورية وتشريعية وإدارية وقضائية ودولية تتفق مع مبادئ العدالة ويجعلها مقبولة لدى المواطنين كآلية تحمي مصالحهم المشتركة والمعقولة.

(1) H. ARENDT, "The Human Condition", Chicago, University of Chicago Press, 1998, p. 101 et s.

(٢) راجع المادة ٣١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩.



وكلما زاد تحويل العولمة للمصالح والمنافع العامة الكلية من مصالح ومنافع محلية إلى منافع ومصالح دولية (كالأنظمة النقدية والتجارية والبيئية وما إلى ذلك من أنظمة قانونية ذات صلة)؛ زادت الحاجة إلى الدعم والتكامل الضروريين للمصالح والمنافع العامة الدولية من خلال أحكام متعددة المستويات للمصالح والمنافع العامة والتي تتفاعل على الصعيدين الأفقي (كالأنظمة النقدية والتجارية) والرأسي (كالأسواق والقوانين المحلية والإقليمية والدولية). وتوضح اتفاقيات الاتحاد الأوروبي والمنطقة الاقتصادية الأوروبية واتفاقيات منطقة التجارة الحرة الأوروبية المبرمة مع أكثر من (١٠٠) دولة من الدول الغير والمنات من معاهدات الاستثمار الثنائية المبرمة من قبل الدول الأعضاء بالاتحاد الأوروبي والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ومنظمة التجارة العالمية - العدد الضخم من الاتفاقيات الثنائية والإقليمية والدولية ذات الولايات القضائية المتداخلة بشأن حكم قضائي أو إداري أو تشريعي يتعلق بالمصالح أو المنافع العامة الكلية متعددة القوميات (مثل التسوية السلمية للمنازعات). ولدينا في الوقت الراهن عدد كبير من النماذج التنافسية لحكم قضائي متعدد المستويات لمنازعات عبر وطنية في أوروبا<sup>(١)</sup>.

وتستمر محكمة العدل الدولية كجهاز قضائي رئيس للأمم المتحدة في تسوية المنازعات الدولية المهمة بين الدول الأوروبية، وذلك كما هو واضح في حكمها الصادر في فبراير ٢٠١٢ بخصوص شكوى ألمانيا من انتهاك المحاكم الإيطالية لحصانة الولاية القضائية الألمانية عن طريق سماحها لرفع دعاوى مدنية ضد ألمانيا في محاكم إيطالية بخصوص جرائم حرب ارتكبت خلال الحرب العالمية الثانية واتخاذ إيطاليا

(1) E.U. PETERSMANN, "International Economic Law in the 21<sup>st</sup> Century. Constitutional pluralism and Multilevel Governance of Interdependent public Goods", Oxford, Hart, 2016, Chapters II, III, VI.

لإجراءاتٍ تقييديةٍ تجاه ممتلكاتٍ ألمانيةٍ في إيطاليا تستخدمها الأولى لأغراض السياسة العامة.

وتستمرُّ أيضاً المحكمة الدولية لقانون البحار، وكذا مجالس تسوية المنازعات بمنظمة التجارة العالمية والتي تختص بالشكاوى المُقدّمة من جهات غير حكومية أو المُقدّمة من منظماتٍ دوليةٍ (مثل الاتحاد الأوروبي) في نظر المنازعات التي يكون الاتحاد الأوروبي أو دول الاتحاد الأوروبي أو المحاكم الوطنية أطرافاً فيها.

وللمحكمة الجنائية الدولية المؤقتة ليوغسلافيا السابقة، وكذا المحكمة الجنائية الدولية والمحاكم الوطنية، ولاية قضائية متزامنة ومتكاملة على الأفراد بشأن الجرائم المشار إليها في أنظمتها الأساسية. فيمكن للمحكمة الجنائية الدولية، على سبيل المثال، أن تمارس سلطتها فقط في حالة كون المُتَّهَم أحد رعايا أيٍّ من الدول الأطراف بالاتفاقية ووقعت الجريمة المزعومة في نطاق هذه الدولة، وكانت المحاكم الوطنية غير راجبةٍ أو غير قادرةٍ على التحقيق في مثل هذه الجرائم أو مطالبة المُتَّهَم بالمثول أمام القضاء، أو أن تكون القضية قد تَمَّت إحالتها إلى المحكمة الجنائية الدولية من جانب مجلس الأمن. وتُمنح قواعدُ الاختصاص القضائية لكلٍّ من المحكمة الجنائية الدولية والمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة سلطة تأجيل القضايا المنظورة أمام المحاكم الوطنية لصالح المحاكم الدولية، والتي يجوز لها أن تحكّم فيما بعد (بعد توجيه الاتهام إلى المُتَّهَم على سبيل المثال) بإحالة القضية مرةً أخرى إلى المحكمة الوطنية.

وتتشكّل محكمة عدل الاتحاد الأوروبي من عدة محاكمٍ فرعيةٍ تأخذ شكلاً هرمياً مُتدرّجاً، وتتضمن محكمة العدل والمحكمة العامة ومحاكم أخرى متخصصة (مثل محكمة الخدمة المدنية). وتتعاون هذه المحاكم مع غيرها من المحاكم الوطنية في سياق

إجراءات إصدار الأحكام الابتدائية<sup>(١)</sup>، حتى يتسنى التأكد من أن القانون كان نصب الأعين حال تفسير وتطبيق المعاهدات الأوروبية<sup>(٢)</sup>.

ويتم تنفيذ قانون الاتحاد الأوروبي عبر مزيج من الآليات القانونية والقضائية على المستويات الوطنية، وعلى مستوى الاتحاد الأوروبي بناءً على التعاون القانوني والقضائي متعدد المستويات.

ويشير قانون الاتحاد الأوروبي إلى الإجراءات، وكذا إلى الدعاوى المباشرة وغير المباشرة، التي قد ترفعها مؤسسات الاتحاد الأوروبي وأعضاء أجهزة الاتحاد الأوروبي والأفراد الطبيعيون والاعتباريون والدول الأعضاء والمحاكم الوطنية أمام محكمة عدل الاتحاد الأوروبي، إضافة إلى الأسانيد القانونية التي قد تُستخدم أمام المحاكم الوطنية (المادة ٢٧٧ من معاهدة الاتحاد الأوروبي: الدفع بعدم المشروعية، واجبات التفسير المتناغم، طلب الأحكام الابتدائية من محكمة العدل الأوروبية) وأمام محكمة عدل الاتحاد الأوروبي (مثل أولوية قانون الاتحاد الأوروبي في التطبيق وأثره المباشر).

وفي حالة غياب قواعد محددة من قواعد الاتحاد الأوروبي، يكون حينها للنظام القانوني الداخلي لكل دولة عضو بالاتحاد تحديد المحاكم صاحبة الاختصاص ووضع القواعد التنفيذية التي تحكم الدعاوى والإجراءات اللازمة لحماية الحقوق التي يستمدها الأفراد من قانون الاتحاد الأوروبي، شريطة ألا تقل هذه القواعد في أفضليتها عن القواعد التي تحكم الإجراءات المحلية المشابهة (مبدأ التكافؤ)، وألا تجعل ممارسة

(١) راجع المادة ٢٦٧ من معاهدة الاتحاد الأوروبي.

(٢) راجع المادة ١٩ من معاهدة الاتحاد الأوروبي.

الحقوق التي يكفلها قانون الاتحاد الأوروبي مستحيلة أو بالغة الصعوبة (مبدأ الفاعلية).

ويذكر، أنه قد تم تأسيس محكمة منطقة أو رابطة التجارة الحرة الأوروبية في عام ١٩٩٤. وتختص هذه الأخيرة بتفسير وتنفيذ قانون المنطقة الاقتصادية الأوروبية في دول منطقة أو رابطة التجارة الحرة الأوروبية الثلاث: آيسلندا، وإمارة ليختنشتاين، والنرويج. ويستند النظام الأساسي لهذه المحكمة، وكذا قواعدها الإجرائية، إلى مثيلاتها في محكمة عدل الاتحاد الأوروبي. ويضمن النظام الأساسي لهذه المحكمة حق اللجوء الواسع إليها من جانب الأفراد والكيانات الاقتصادية والدول الأعضاء والمحاكم الوطنية وهيئة الرقابة على منطقة التجارة الحرة الأوروبية عن طريق الدعاوى حال مخالفة تنفيذ التزامات منصوص عليها، أو أي منازعات قد تثور بين دول منطقة التجارة الحرة الأوروبية وتتعلق بتفسير أو تطبيق قانون المنطقة الاقتصادية الأوروبية أو الدعاوى الخاصة بإبطال قرارات، أو عدم التصرف.

وللمحكمة حق إصدار آراء استشارية بشأن تفسير اتفاقية المنطقة الاقتصادية الأوروبية، ويكون ذلك بناءً على طلب محكمة وطنية لإحدى دول المنطقة الاقتصادية الأوروبية أو منطقة التجارة الحرة الأوروبية.

بالرغم من ذلك، فطبقاً للنظام الأساسي لمحكمة منطقة التجارة الحرة الأوروبية، لا يتضمن قانون المنطقة الاقتصادية الأوروبية مبادئ أولوية التطبيق القانوني والأثر المباشر ووجوب التطبيق المباشر لقانون الاتحاد الأوروبي فوق الوطني، إلا أن التعاون الوثيق بين محكمة عدل الاتحاد الأوروبي ومحكمة منطقة التجارة الحرة الأوروبية قد حافظ حتى الآن على فرص متكافئة للأفراد والكيانات الاقتصادية من خلال السوق المشتركة وبما يتفق مع الالتزامات الصريحة للمنطقة الاقتصادية الأوروبية

بُغية الحفاظ على التجانس القانوني في تطبيق قواعد السوق المشتركة للمنطقة الاقتصادية الأوروبية.

وتتعاون المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مع المحاكم الوطنية في كافة الدول الأعضاء بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في تفسير وحماية حقوق الإنسان وحياته الأساسية.

ونظراً لتلقي المحكمة المذكورة لأكثر من ٢٥٠,٠٠٠ شكوى منذ عام ١٩٥٩ إلى الآن، وصدور أكثر من ١٥٠٠ حكم موضوعي سنوياً، ففي عام ١٩٩٨ تم تحويل اختصاصها القضائي من اختياري إلى إلزامي، الأمر الذي أدى إلى توفير حماية قضائية أكثر فعالية للحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

وكما هو الحال في محكمة عدل الاتحاد الأوروبي ومحكمة منطقة التجارة الحرة الأوروبية، درجت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على استخدام طرق ديناميكية ومتطورة في تفسير وحماية الحقوق الأساسية للإنسان. وقد ساعدت الأعداد الضخمة للشكاوى الفردية المحاكم الثلاث سالف الذكر في تفسير وتطوير آليات المعاهدات ذات الصلة كأحدى صور الآليات الدستورية الحية التي توفر حماية فعالة للحقوق الأساسية للمواطنين.

وعلى عكس الوضع بمحكمة عدل الاتحاد الأوروبي ومحكمة منطقة التجارة الحرة الأوروبية، يتطلب لجوء الفرد للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان استنفاده المسبق لطرق الطعن المحلية. وتُشدّد المحكمة ذاتها على أهمية مبدأ التبعية في تفسير نصوص حقوق الإنسان طبقاً للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وإتاحة "هامش تقدير" للسلطات المحلية في هذا الخصوص.

ومن ناحيةٍ أخرى، أصبح التحكيم التجاري الدولي طريقةً مقبولةً لتسوية المنازعات التجارية الدولية في أوروبا. وقد أسهم تحديث التشريع المحلي المنظم لعملية التحكيم في العديد من دول العالم، والتطوير الذي طرأ على التحكيم المؤسسي (والذي يخضع لإشراف غرفة التجارة الدولية، ومحاكم التحكيم بلندن واستكهولم، وقواعد تحكيم المنظمة العالمية للملكية الفكرية، والاتفاقيات النموذجية الدولية، ونموذج شروط التحكيم، مثل قواعد اليونسטרال للتحكيم)، وانضمام عدد كبير من الدول لمثل هذه الاتفاقيات الدولية - في تبني هيئات التحكيم التجاري الآلاف من أحكام التحكيم سنة بعد سنة.

وغالبًا ما تتضمن هذه الهيئات أربعة نُظمٍ قانونيةٍ مختلفة:

(١) القانون المنظم لإقرار وتنفيذ اتفاق التحكيم.

(٢) القانون المنظم لإجراءات التحكيم.

(٣) القواعد المطبقة على النزاع من جانب هيئة التحكيم.

(٤) القانون المنظم لإقرار وتنفيذ حكم هيئة التحكيم.

وغالبًا ما تختلف المحاكم فيما إذا كان يجب اعتبار التحكيم الدولي جزءًا من النظام القانوني الوطني من عدمه. واصمة المحكم هنا في مكانة القاضي الوطني، أو كنظام قانوني تحكيمي عبر وطني. إلا أن المحكمين والمحاكم صاروا يقومون بشكل متزايد بتفسير سلطتهم في القضاء وفي القواعد والإجراءات واجبة التطبيق، مع كامل الاعتبار؛ ليس فقط للاستقلال القانوني للأطراف والمحكمين، ولكن أيضًا للعلاقات المتبادلة بين النظم القانونية المحلية والدولية المعنية. وقد أيدت، من جانبها، محكمة عدل الاتحاد الأوروبي في الحكم الصادر في ١ يونيو ١٩٩٩ سلطة المحاكم الوطنية في

إلغاء أحكام التحكيم التي لم تلتزم بالمحظورات التي ينصُّ عليها القانون الأوروبي والتي تُشكِّلُ جزءاً من القواعد الوطنية للسياسة العامة<sup>(١)</sup>.

وتستمر المحكمة الدائمة للتحكيم كآلية اختيارية لتسوية المنازعات في دورها في تسوية المنازعات التي تثور بين الدول بما في ذلك دول الاتحاد الأوروبي. كما أنها تساعد في التحكيم بين الدول والمستثمرين وقضايا التحكيم الدولية الأخرى<sup>(٢)</sup>.

### ٣- الحماية القضائية متعددة المستويات للقانون عبر الوطني في القانون الاقتصادي الدولي:

رغم أن معاهدة لشبونة للاتحاد الأوروبي قد تَمَّتْ صياغتها وتفعيلها بشكل واضح وصريح على سيادة القانون واحترام أحكام القانون الدولي، تستمر محكمة عدل الاتحاد الأوروبي في التعاون مع عددٍ قليلٍ فقط من المحاكم الدولية الأخرى مثل محكمة منطقة التجارة الحرة الأوروبية والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان<sup>(٣)</sup>. ويرغم الإحالات القليلة لمحكمة العدل الدولية ومنظمة التجارة العالمية من أجل تبرير التفسيرات القضائية، ترفض محكمة عدل الاتحاد الأوروبي تطبيق القواعد الخاصة بتسوية المنازعات والتي تم إقرارها وتطبيقها من جانب منظمة التجارة العالمية والمحكمة الدولية لقانون البحار ضد الاتحاد الأوروبي والدول الأعضاء<sup>(٤)</sup>.

(1) ECJ, 1 June 1999, *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton*, C-126/97, Rec. 1999, p. 1-03055.

(2) A. REINISCH, "The Decisions on Jurisdiction in the Eastern Sugar and Eureko Investment Arbitrations", in *Legal Issues of European Integration*, Vol. 45, 2017, p. 175- 193.

(3) E.U. PETERSMANN, *op.cit.*, chapter v.

(4) E.U. PETERSMANN, "Can the EU's Disregard for Strict observance of International Law", (Article 3 TEU) be Constitutionally Justified?", in

ويتطلب أثر التنظيم الاقتصادي متعدد المستويات بشأن المشكلات الاقتصادية إخضاع متزايد للمنازعات الاقتصادية لمحاکم قضائية دولية متخصصة مثل المحاكم الاقتصادية الإقليمية وإجراءات تسوية المنازعات بمنظمة التجارة العالمية. وفي أنظمة المعاهدات الاقتصادية ذات الولاية القضائية الإلزامية مثل منظمة التجارة العالمية واتفاقيات التجارة الحرة لدول أمريكا الشمالية والاتحاد الأوروبي، تصرّ الدول المتعاقدة على الاحتفاظ بسُلطتها الملزمة والمستقلة في تفسير النصوص القانونية للمعاهدات، وتعديل التفسيرات القضائية من خلال تعديل المعاهدات وعدم الالتزام بالأحكام الدولية. وبعيداً عن القانون الاقتصادي الدولي تقاوم معظم الحكومات الصبغة القضائية للعلاقات الدولية من خلال المعاهدات والمحاكم الدولية العالمية.

وكلما زاد تأثير العولمة؛ زادت الحاجة الملحة لمراجعة المناهج القانونية وإصلاح السياسات الاقتصادية والقانونية لمؤسسات الحكم متعدد المستويات. وكلما انخفضت سيطرة البرلمانات الوطنية على عملية صناعة القانون في المؤسسات الاقتصادية الدولية؛ زادت أهمية الحماية القضائية متعددة المستويات للحقوق الدولية عبر الوطنية وقواعد القانون عبر الوطني<sup>(١)</sup>.

وحيث تركز المعاملات الاقتصادية الدولية بشكل أساسي على التصرفات الفردية للمنتجين والتجار والمستثمرين والمستهلكين، يصبح التعاون بين المحاكم الدولية والوطنية وهينات التحكيم أمراً مهماً للقانون الاقتصادي الدولي وسيادة القانون عبر

=

M. BRONCKERS, V. HAUSPIEL, R. QUIK, eds., *Liber Amicorum for J. Bourgeois*, Cheltenham, Elgar, 2014, p. 214- 225.

(1) N. LAVRANOS, "Jurisdictional Competition. Selected cases in International and European Law", Groning, European Law, 2014, p. 201.



الوطني. وسهولة لجوء الفرد إلى محكمة عدل الاتحاد الأوروبي ومحكمة اتفاقية التجارة الحرة الأوروبية والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان والتحكيم الاستثماري والتجاري، يغدو دليلاً واضحاً على قدرة المفاهيم الدستورية العالمية الخاصة بالقانون الدولي الاقتصادي على حماية الاحتياجات والحقوق الأساسية للمواطنين.

ويبقى الخلاف سيداً للموقف بشأن رؤية الحكومات والمحاكم الوطنية والدولية والهيئات الممثلة للقطاع الخاص حول أيّ المفاهيم الفقهية وأيّ المفاهيم المثالية ينبغي أن يكون هو الضابط والدليل في تفسير وتطوير القانون الاقتصادي الدولي<sup>(١)</sup>. فعلى سبيل المثال:

(١) تُعدُّ معظم الحكومات القانونَ الاقتصاديَّ الدوليَّ جزءاً من القانون الدولي العام، ويلعب دوراً مهماً في تنظيم الاقتصاد الدولي على أساس مفاهيم ويستيفال، وقانون الأمم المتحدة (مثل قانون صندوق النقد الدولي والبنك الدولي)، ومنظمة التجارة العالمية.

(٢) غالباً ما يتم قصر القانون الاقتصادي الدولي الإقليمي متعدد المستويات على الديمقراطيات الدستورية.

(٣) تهدف مفاهيم القانون الإداري الدولي إلى تحجيم إساءة استخدام السُّلطة عن طريق إبراز أهمية مبادئ القانون الإداري متعدد المستويات والذي يمثل ركيزة قوانين المؤسسات الدولية (مثل مؤسستي بريتون وودز؛ أي صندوق النقد الدولي والبنك الدولي ومنظمة التجارة العالمية).

(1) H.L.A. HART, "The Concept of Law", Oxford, Oxford University Press, 2009, Chapter V.

(٤) تبني قانون الاتحاد الأوروبي القانون الاقتصادي الدولي الدستوري متعدد المستويات بهدف تنظيم الأسواق المشتركة والحقوق الأساسية للمواطنين في هذا الشأن.

(٥) يؤكد كل من القانون والتحكيم عبر الوطني للتجارة والاستثمار على أهمية التعددية القانونية، وأهمية التنسيق بين الاختصاصات القضائية المتعارضة عبر مبادئ وطرق تنازع القوانين.

وتتطلب القواعد العرفية لتفسير الاتفاقيات الدولية وقواعد الاعتراف الواردة بقانون الأمم المتحدة ضرورة التوفيق بين مفاهيم القانون الاقتصادي الدولي الخمسة بطرق مترابطة ومتناسقة استناداً على مبادئ العدالة وحقوق الإنسان التي تعمل على تحجيم إساءة استخدام السلطة من جانب الحكومات. وعلى المحاكم تفسير وتبرير وتطوير القانون الاقتصادي الدولي بشكل محايد ومستقل وبما يصنع توافقاً بين وجهات النظر الفقهية لأجل حماية القانون عبر الوطني، بما يصب في مصلحة المواطنين المنخرطين في قطاع العمل الدولي<sup>(١)</sup>.

ويمكن أن يساعد التعاون بين المحاكم الدولية والوطنية ومتطلبات التفسير المتطابق للنظم القانونية الوطنية والدولية في الالتزام بمتطلبات القانون العرفي لتفسير المعاهدات وتسوية المنازعات بما يتفق ومبادئ العدالة والتزامات حقوق الإنسان التي تفرضها الأمم المتحدة على كافة الدول الأعضاء بها<sup>(٢)</sup>. ويمكن لمظلة الحماية القضائية متعددة المستويات أن تعزز من التزامات الدول الأعضاء بالأمم المتحدة باحترام حقوق الإنسان وحماية الاحتياجات والحقوق والحريات الأساسية للمواطنين<sup>(٣)</sup>.

(1) J. RAZ, "Incorporation by Law", Legal Theory, op.cit., p. 72.

(2) R. JENNINGS, "The Judiciary, International and National, and the development of International law", op.cit., p. 67 et s.

(3) E.U. PETERSMANN, "International Economic Law in the 21<sup>st</sup> century.

=

#### ٤- المفاهيم الدستورية المختلفة لحكمة عدل الاتحاد الأوروبي ومحكمة منطقة التجارة الحرة الأوروبية والحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

غالبًا ما تختلف الطرق القانونية والقضائية في وضع مفاهيم أو رسم تصوّر للمصادر القانونية، وقواعد الاعتراف أو الإقرار، وطرق التفسير في دوائر الاختصاص القضائي الدولية والوطنية. ويوضح الأستاذ (دوركين) المراحل الأربع للنظرية القانونية، وكيف تعتمد المفاهيم الفقهية للقانون على التفسيرات القضائية لمبادئ العدالة:

(١) في مرحلة الدلالات اللفظية: تميل المصطلحات القانونية (كالعدالة والحريّة والمساواة والديمقراطية وسيادة القانون) إلى كونها مفاهيم تفسيرية يتداولها الناس حتى وإن اختلفوا حول المعايير التي من شأنها تحديد ماهية الظلم. وحتى يتسنى تطبيق مثل هذه المفاهيم التفسيرية، يجب أن تكون نظرية المفهوم التفسيري تفسيراً في حدّ ذاتها، وهو الأمر الذي غالباً سيكون محلّ خلافٍ في التطبيق الذي يحمل في طياته هذا المفهوم<sup>(١)</sup>.

(٢) في المرحلة الفقهية: يتوجب على المفسر القانوني أن يبحث عن القيم التي تقدّم أفضل تفسير للقيم التي تطمح للوصول إليها من خلال المفاهيم القانونية كسيادة القانون<sup>(٢)</sup>.

Constitutional pluralism and Multilevel Governance of Interdependent public Goods", op.cit., p. 117.

(1) R. DWORKIN, "Justice in Robe", Cambridge, Harvard University Press, 2013, p. 21.

(2) Ibid., p. 22.

(٣) في مرحلة وضع المبادئ: يجب تفسير حقيقة مدلولات القانون على ضوء القيم التي تم تحديدها في المرحلة الفقهية؛ وذلك حتى تتناسب المبررات القانونية مع الممارسة أو الأمر محلّ الدراسة والنقاش، وكذلك القيم التي تخدمها تلك الممارسة بشكل أساس<sup>(١)</sup>.

(٤) في المرحلة القضائية: يجب على محاكم العدل أن تقوم بمراجعة ما إذا كان تنفيذ القانون في قضايا محددة من جانب مسئولين سياسيين هو أمراً مبرراً قانوناً من خلال أفضل تفسير للممارسة القانونية إجمالاً أم لا. ويتعين أن تجري تلك المراجعة بشكل محايد ومستقل<sup>(٢)</sup>. وطبقاً لمبدأ (دوركين) للنزاهة القضائية: يتعين على القضاة تفسير القانون استناداً إلى أهدافه والمبادئ الدستورية الأساسية للعدالة، حيث يطالب القانون القضاة- من قبيل النزاهة- أن يفترضوا قدر الإمكان أنه قد تمت صياغة القانون وبنائه على أساس مجموعة من مبادئ العدالة والعدل والأصول القانونية. ويطالبهم كذلك بتطبيق ذلك في القضايا الجديدة المطروحة أمامهم، بحيث تتحقق العدالة والعدل لكل شخص طبقاً لنفس المعايير<sup>(٣)</sup>.

إن تقنين القواعد العرفية لتفسير المعاهدات في معاهدة فيينا يمنحنا تفسيراً مستنداً إلى النص والسياق والهدف والغرض<sup>(٤)</sup>، بما يتماشى مع مبادئ العدالة

(1) On the Two tests of fit and value as different aspects of a single overall Judgment of political morality and best Justification of legal practices, See *ibid.*, p. 24- 26.

(2) *Ibid.*, p. 28- 32, R. DWORKIN, "Law's Empire", Cambridge, MA, Harvard University Press, 1996, p. 225- 243.

(3) R. DWORKIN, "Law's Empire", *op.cit.*, p. 224.

(٤) راجع المواد من (٣١ - ٣٣) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩.

والقانون الدولي، بما في ذلك حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع<sup>(١)</sup>. وعلى خلاف طرق التفسير المتبعة في العديد من المحاكم القضائية الوطنية، وفي ظلّ انعدام التشريع البرلماني في معظم المنظمات الدولية، يُعترف بالصياغة التمهيدية فقط كوسيلة تكميلية للتفسير<sup>(٢)</sup>. لذلك فإنّ الادعاءات بأنه يتعيّن على القضاة احترام المعنى الذي غالبًا ما يكون غير قطعي، والذي قد يكون بعض مسؤولي الحكومة قد انتووه لنصوص المعاهدة وليس بغرض اكتشاف أكثر التفسيرات اتساقًا والتي من شأنها أن تصبّ في مصلحة المواطنين- تظلّ محلّ خلافٍ ونقاش، ويظهر هذا جليًا في حالة المعاهدات التشريعية متعددة الأطراف والتي اشترك في التفاوض بشأنها في البداية عددٌ محدودٌ من الحكومات دون سجلّ رسميٍّ لتاريخ الصياغة، ومن ثمّ التصديق عليها من قبل برلمانات العديد من الدول الأخرى.

وحيث تتطلب التزامات الدول الأعضاء بالأمم المتحدة احترام حقوق الإنسان وضمائمات الحكم الديمقراطي والاعتراف بالمواطنين كمشاركين في عملية صناعة القانون بالإتابة، قد تبرر طبيعة التعاون الاقتصادي الدولي والتي تركز إلى المواطن والمواطنة والحقوق وحمائتها التفسيرات الدستورية التي تحمي الحقوق الدولية أو العالمية ورفاهية المستهلك واحترام القانون عبر الوطني، وذلك كله بهدف تحقيق

(١) راجع ديباجة اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩.

(٢) بخصوص تفسير المعاهدات الدولية، راجع بصفة عامة: أ.د/ علي صادق أبو هيف، "القانون الدولي العام"، مرجع سابق، ص ٥٠٠ : ٥٠٢؛ أ.د/ أحمد أبو الوفا، "الوسيط في القانون الدولي العام"، مرجع سابق، ص ١١٨ : ١٣٠؛ أ.د/ محمد سامي عبد الحميد، "أصول القانون الدولي العام"، مرجع سابق، ص ٢٣٤ : ٢٣٦؛ أ.د/ مصطفى أحمد فؤاد، "المدخل للقانون الدولي العام"، مرجع سابق، ص ٢٣٤ - ٢٤٣؛ أ.د/ صلاح الدين عامر، "مقدمة لدراسة القانون الدولي العام"، مرجع سابق، ص ٢٨١ : ٣٠٣؛ أ.د/ عبد العزيز محمد سرحان، "القانون الدولي العام"، مرجع سابق، ص ٢٧٢ : ٢٨٤؛ أ.د/ حازم محمد عتلم، "الوجيز في القانون الدولي العام"، مرجع سابق، ص ٢٦٤.

مصلحة المواطنين وليس المصالح الخاصة لمسئولي الحكومة أو للجماعات الساعية لتحقيق الأرباح<sup>(١)</sup>.

ومن ناحية أخرى، يوضح قانون الاتحاد الأوروبي وقانون المنطقة الاقتصادية الأوروبية كيف يتطلب التنظيم الاقتصادي الدولي وأنظمة حقوق الإنسان متعددة المستويات وجود نظم قانونية متعددة الطبقات تعمل وتتطور بشكل ديناميكي مستجيبة للتوظيف القضائية (الفصل في المنازعات) والحوار الديمقراطي. فعلى سبيل المثال، يمكن اعتبار قانون الاتحاد الأوروبي نظاماً قانونياً متعدد الطبقات يستند ليس فقط على (٢٧) نظاماً قانونياً محلياً، ولكن أيضاً على معاهدات لشبونة التي دمجت نظماً إضافية (مثل قانون المنطقة الاقتصادية الأوروبية والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان) مع نظم قضائية متعددة<sup>(٢)</sup>.

وإذا تمّ النظر من جانب منظمات دولية كالاتحاد الأوروبي إلى الطُرق أو المناهج القانونية والقضائية من منظور العولمة، وتطور القانون الاقتصادي الدولي وحقوق الإنسان على أنها نظاماً قانونياً واحداً متعدد المستويات، حينها تتعاظم أهمية سيادة القانون واحترام حقوق الإنسان<sup>(٣)</sup>، والالتزام الصارم بالقانون الدولي وتطوره<sup>(٤)</sup>. ولعل مبدأ الدستورية العالمية والحماية متعددة المستويات للقاعدة القانونية عبر الوطنية والتي تصب في مصلحة المواطنين لهي نماذج قانونية أكثر اتساقاً وتمثيلاً لمبادئ العدالة المدافعة عن المصالح العامة للمواطنين في القانون الاقتصادي الدولي أكثر من سيادة الدولة المبنية على القومية القانونية<sup>(٥)</sup>.

(1) N. LAVRANOS, "Jurisdictional Competition", op.cit., p. 209 et s.

(2) R. DWORKIN, "Law's Empire", op.cit., p. 250.

(٣) راجع المادة الثانية من معاهدة الاتحاد الأوروبي.

(٤) راجع المادة الثالثة من معاهدة الاتحاد الأوروبي.

(5) E.-U. PETERSAMANN, "Can the EU'S Disregard for "Strict observance of International Law", op.cit., p. 230.

## أ – المناهج القضائية التي تُطبَّقها محكمة عدل الاتحاد الأوروبي:

لقد برَّرت المبادئ الدستورية لقانون الاتحاد الأوروبي استخدام معاهدة الاتحاد مفاهيم تفسيرية تَمَّت صياغتها بشكل مُبهم (مثل عدم التمييز، وسيادة القانون، والسوق المشتركة، وتشويه المنافسة) وإنشاء صيغ وأشكال جديدة لصناعة أو خلق القانون والقضاء متعدد المستويات. وتشدَّد محكمة عدل الاتحاد الأوروبي على ضرورة خلق توازن بين الحقوق الاقتصادية والحقوق الأساسية الأخرى دون إعطاء أفضلية لإحداها على الأخرى، وذلك استناداً إلى التفسيرات التي تستند إلى غاية محددة (مثل تبرير التفسير بالأهداف الصريحة لقانون الاتحاد الأوروبي) والتفسيرات الذاتية (مثل تفسير المحاكم للمفاهيم القانونية) أو التفسيرات المقارنة (مثل استخدام الاتحاد الأوروبي لمفاهيم قانونية خاصة به بناءً على القاسم المشترك المقبول لدى النظم القانونية الوطنية للدول الأعضاء بالاتحاد) بدلاً من الاستناد إلى محض نصوص المعاهدة<sup>(١)</sup>.

وفي كل الأحوال، يجب أن تكون القيود الحكومية على الحقوق الأساسية قابلة للتبرير استناداً إلى المبادئ العامة لقانون الاتحاد الأوروبي، كعدم التمييز والتناسب والمصالح العامة المعترف بها قانوناً. وفي مجالات السياسة، كالمنافسة الأوروبية والسوق المشتركة وقانون التجارة الأجنبية، غالباً ما تُصاغ التفسيرات القانونية والقضائية من خلال أهداف سياسة مؤسسات الاتحاد الأوروبي، كالترويج للكفاية الاقتصادية أو العمل على تحقيق الأسعار في الأسواق الزراعية المشتركة. وحيث تستمر بعض المحاكم الوطنية في إصرارها على حقوق السيادة للدول الأعضاء للوقوف على ما إذا كانت قوانين الاتحاد الأوروبي تتجاوز حدود السلطة المسموح بها، مُسبِّبة

(1) J. GERARDS, "Judicial Argumentation in Fundamental Rights Cases- the EU Court's Challenge", in U.NEERGARD, R. NIELSEN, eds., "European Legal Method in a Multilevel EU legal order", Copenhagen, DJOF Publishing, 2012, p. 27 et s.

انتهاكاً للهوية الدستورية المحلية، أو أنها فشلت في حماية الضمانات الدستورية المتعلقة بالحقوق الأساسية الوطنية<sup>(١)</sup>، فإن التسبب القضائي لمن الأهمية بمكان من أجل ترويج ونشر الكياسة القضائية، والالتزام المحلي بقانون الاتحاد الأوروبي كما فسّرته محاكم الاتحاد، والبحث عن التفسيرات القضائية الأكثر ملاءمة. وعلى سبيل المثال، في الحكم الصادر عن محكمة عدل الاتحاد الأوروبي في قضية (مان جولد) بشأن التمييز العمري في التوظيف- والذي تعرّض لانتقادات واسعة بسبب تجاوز الحدود التي تفصل بين القانون والسياسة- تم قبول الحكم على مَضُض من جانب المحكمة الدستورية الألمانية، حيث تمّ النظر إلى الأمر كتطورٍ مُبرّرٍ منهجياً للقانون. ويوضّح مثل هذا التعاون بين المحاكم العليا أن صحة ومشروعية القواعد القانونية يمكن أن تعتمد على احترام المناهج القانونية المتنوعة، بدلاً من الاعتماد على نتيجة الأحكام القضائية<sup>(٢)</sup>.

وقد يتبين للسلطات الوطنية أو المحلية عن طريق ربط التفسيرات الجديدة بأهداف قانون الاتحاد الأوروبي وأهداف النظم الدستورية المحلية، أنه من الأسهل لها قبول القرارات والأحكام القضائية كجزء لا يتجزأ من الالتزامات القانونية القائمة للاتحاد الأوروبي<sup>(٣)</sup>.

وإذا لم تُبرر التقاليد الدستورية المشتركة للدول الأعضاء، ولا الاتفاقيات الدولية، ولا المذاهب الفقهية القانونية ذات الصلة والملزمة للاتحاد الأوروبي، التفسيرات المستقلة والموحدة للمفاهيم القانونية للاتحاد، تمتنع محكمة عدل الاتحاد

(1) The Lisbon Judgment of the German Bundesf assungericht of 30 June 2009, BV erf GE/23, 267.

(2) ECJ, 22 November 2005, Mangold, C-144/04, ECR 2005, p. I- 9981; BV erf GE, 2 Bv R 2661/06 of 6 July 2010.

(3) ECJ, 27 February 2003, Truly, C-373/00, ECR 2003, p. I- 1932, Para. 35.



الأوروبي عمداً عن تفسير المصطلحات القانونية الخاصة بالاتحاد الأوروبي (مثل النظام العام والحق في اللجوء للمحاكم والحق في محاكمة عادلة) بطريقة مستقلة موحدة بغية احترام التقاليد القانونية المختلفة للدول الأعضاء، حيث تُفسر هذه الأخيرة المفاهيم المعادلة وفقاً لقيمها الدستورية الوطنية الواردة بأنظمتها القانونية. ويُذكر، أن محكمة عدل الاتحاد الأوروبي قد امتنعت - حتى الآن - عن تطوير هامش مستقل لمبدأ التقدير؛ بهدف أن تحترم أحكام وقواعد الاتحاد في تفسيراتها، وذلك لصالح التفسيرات القضائية والقانونية المتنوعة المطروحة والمطبقة من جانب السلطات الوطنية<sup>(١)</sup>.

### ب- المناهج القضائية التي تطبقها محكمة منطقة التجارة الحرة الأوروبية:

تنص ديباجة اتفاقية المنطقة الاقتصادية الأوروبية على أنه: "في احترام كامل لاستقلالية المحاكم، تهدف الأطراف المتعاقدة إلى الوصول إلى والحفاظ على تفسير وتطبيق موحد لهذه الاتفاقية. والوصول إلى معاملة تتسم بالمساواة للأفراد والهيئات الاقتصادية فيما يتعلق بالحريات الأربع وشروط المنافسة". وبما يتسق ويتوافق مع شرط التجانس العام الوارد بالمادة الأولى من اتفاقية المنطقة الاقتصادية الأوروبية تستمر محكمة اتفاقية التجارة الحرة الأوروبية في تفسير قانون المنطقة الاقتصادية الأوروبية مراعية الأحكام ذات الصلة والصادرة عن محكمة عدل الاتحاد الأوروبي. ففي قضية (لوريل) في عام ٢٠٠٨ على سبيل المثال، استدلت المحكمة من خلال مبدأ التجانس قرينة مفادها: أن يتم بناء وصياغة الأحكام بنفس الطريقة في اتفاقية المنطقة الاقتصادية الأوروبية وقانون الاتحاد الأوروبي، حتى ولو ترتب على الاختلاف في المنظور والغرض - في ظل ظروف محددة - اختلاف في التفسير. وتخلت المحكمة ذاتها عن تفسيرها السابق في قضية (ماجلايت)، واتبعت التفسير السابق المستخلص من جانب محكمة عدل الاتحاد الأوروبي في قضية (سيلويت)، حيث وجدت أن المادة (٧)

(1) J. GERARDS, "Judicial Argumentation in Fundamental Rights Cases- the EU Court's Challenge", op.cit., p. 47.

من التوجيه الخاص بالعلامات التجارية قد منعت أيضاً الدول الأعضاء بالمنطقة الاقتصادية الأوروبية في علاقاتهم مع الدول الغير من تطبيق مبدأ الاستنفاد الدولي<sup>(١)</sup>.

وعلى الرغم من أن محكمة عدل الاتحاد الأوروبي تُدعم التجانس القانوني لقانون الاتحاد الأوروبي وقانون المنطقة الاقتصادية الأوروبية وذلك بشكل صريح، فنجدها تشير، بل وغالباً تتبع قضاء محكمة منطقة التجارة الحرة الأوروبية والذي يُطبَّقُ بسبب غياب السلطات التشريعية في مؤسسات المنطقة الاقتصادية الأوروبية أسلوباً أكثر تمايزاً فيما يتعلق بالتنفيذ المحلي لقوانين المنطقة الاقتصادية الأوروبية، دون اتباع قضاء محكمة عدل الاتحاد الأوروبي بشأن الأولوية القانونية والأثر المباشر لقانون الاتحاد الأوروبي<sup>(٢)</sup>.

#### ج - المناهج القضائية التي تطبِّقها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان:

تُشدد المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على دورها فيما يتعلق بالمسئولية الأساسية للدول الأعضاء بالمحكمة بخصوص احترام وحماية وتنفيذ الالتزامات والحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية. وتؤكد المحكمة، مراراً وتكراراً، على أهمية هامش التقدير لصالح الدول؛ لِيَتَسَنَّى لها أن تُنظِّمَ بنفسها الحقوق الأساسية للإنسان. وحيث توجد السلطات المحلية في موضع أفضل من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان يُمكنها من تقييم احترام المصالح الاجتماعية، تميل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فقط لمراجعة ما إذا كانت القيود المحلية على الحقوق الأساسية تُعدُّ أمراً ضرورياً

(1) EFTA Court, 8 July 2008, L'Oréal, E-10/07, EFTA CT Reports 2008, 258.

(2) O.I. HANNESSON "Giving Effect to EEA Law- Examining and Rethinking the Role and Relationship between the EFTA Court and the Icelandic National Courts in the EEA Legal Order", Florence, EUI, 2017, p. 199.

لتحقيق المصالح العامة، أم أنها غير معقولة بشكل كبير، أم أنها لا تضع في الاعتبار بدائل أكثر معقولية<sup>(١)</sup>. وتؤكد المحكمة ذاتها على أن الحماية الفعالة والعملية للحقوق الواردة بالاتفاقية تتطلب تفسيراً ديناميكياً للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في ضوء مقتضيات الوقت الراهن<sup>(٢)</sup>.

ودائماً ما تُثار القيم الأساسية التي تضمنتها ديباجة الاتفاقية المذكورة بهدف تبرير التفسير المتقدم والحماية الفعالة للحقوق الأساسية. في حين أنه أحياناً ما يتم توجيه الانتقادات للمراجعة القضائية الهامشية فقط؛ بسبب عدم وضعها نسبية الحقوق الأساسية في الاعتبار<sup>(٣)</sup>.

ويعتمد التركيز المتغير للمراجعة القضائية؛ ليس فقط على أهمية الحق الذي يتأثر بالعناصر السابقة، ولكن أيضاً على التقييم المقارن للتقاليد الدستورية الوطنية المتنوعة. ففي قضية (فو) الخاصة بالجدل حول الوقت الذي يبدأ فيه الاعتراف بالطفل الذي لم يولد بعد شخصاً يتمتع بالحماية تحت مظلة الحق في الحياة، أشارت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إلى تباين الآراء في هذا الأمر في النظم القانونية الوطنية، ورفضت صراحة القبول بأي تفسير قانوني موحّد في هذا الشأن. وهي بذلك تُعبّر عن

(1) J. CHRISTOFFERSEN, "Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights", Leiden, Nijhoff, 2016, p. 333.

(2) ECtHR, 25 April 1978, Tyrev. United Kingdom, Judgment, appl. No. 5856/72, Series A, Vol. 26, Para. 31.

(3) M. BOSSUYT, "Should the Strasbourg Court exercise more-self-restraint? On the extension of the Jurisdiction of the European Court of Human Rights to Social security regulations", Human Rights Law Journal, Vol. 32, 2011, p. 321- 332.

احترامها الشديد لتوجّه الدول الأعضاء لتقرير ذلك بأنفسهم، عما إذا كان الأشخاص يصبحون تحت مظلة الحماية القانونية منذ لحظة الميلاد أم يصبحون كذلك وهم في طور الحَمْل بهم كأجِنَّة<sup>(١)</sup>.

#### د- مهمة القضاء في إدارة مرفق العدالة:

يُوحى الحكم القضائي متعدد المستويات لمحكمة عدل الاتّحاد الأوروبي، ومحكمة منطقة التجارة الحرة الأوروبية والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان والمحاكم الداخلية بأنّ محور اهتمامهم وتركيزهم المشترك ينصبُّ على التفسيرات ذات الغاية المحددة، والمنهجية المقارنة للمعاهدات الأوروبية أكثر مما قد تُعدُّ تفسيراتٍ نصّية، ليصبح بذلك متوافقاً- بشكلٍ كبير- مع الأنظمة أو المناهج العرفية لتفسير المعاهدات الدولية أكثر مما هو عليه مع الأنظمة أو المناهج القضائية التي تعمل بها المحاكم الوطنية<sup>(٢)</sup>.

وعلى عكس العديد من المحاكم القضائية في العالم، تُوكِّد المحاكم الأوروبية الثلاث على طبيعتها الدستورية والتزامها بحماية حقوق الإنسان وغيرها من المبادئ الدستورية المشتركة للدول الأعضاء. ولم تمنع مثل هذه القيود الدستورية دور السلطات القضائية النَشِطِ في تحجيم إساءة استعمال السلطة وحماية الحقوق الأساسية لمواطني الاتّحاد الأوروبي، وتعزيز أشكالٍ جديدةٍ من التكامل من خلال القانون، وجعل

(1) ECtHR, 8 July 2004, Vo v. France, Judgment, no 53924/00, Reports 2004- VIII.

(2) ECJ, 6 October 1982, CILFIT, 283/81, ECR 1982, p. 3415, Para. 20.

الحكم متعدد المستويات- بشكلٍ تدريجيٍّ- أمرًا دستوريًّا مع كامل الاحترام للتنوع الدستوري الداخلي والذي يُعدُّ قيمةً أوروبيةً إيجابيةً<sup>(١)</sup>.

وقد نُقل عن الفقيه الألماني (يرينج)- منذ ما يقرب من قرن- قوله: إنه غالبًا ما تعتمد حياة القانون على مواطنين يناضلون من أجل حقوقهم، ومثل هذا النضال من أجل حقوق المواطن قد يكون واجبًا على الشخص الذي تم انتهاك حقوقه، كما هو واجب على المجتمع.

ولم تمنع حقيقة أن العديد من أحكام المعاهدة تخاطب رسميًا الدول الأعضاء، من إعطاء الحقوق في نفس الوقت لأيِّ شخص له مصلحة تتسق والالتزامات المنصوصَ عليها في هذا الشأن. ويجب أن يكون مثلُ هذا الاعتبار واجبَ التطبيق على المادة (٤٨) من المعاهدة، والذي تم النص عليه لضمان عدم التمييز في سوق العمل<sup>(٢)</sup>.

(1) R. JHERING, "The Struggle for Law", Chicago, Callaghan, 1915, Chapters II To IV; D.M. BEATTY, "The ultimate Rule of law", Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 99.

(2) ECJ, 5 February 1963, Van Gend en Loos, 26/62, ECR 1963, p. 1; ECJ, 6 June 2000, Angonese, C-281/98, ECR 2000, p. I- 4139.

## المبحث الثاني

### محكمة العدل الدولية في مواجهة تقرير المصير:

#### دروسٌ مستفادةٌ من دور المحكمة

إن تقرير المصير تحوُّطُهُ المخاطرُ من كلِّ جانب، أو هو ببساطةٍ أمرٌ مُحَمَّلٌ بالديناميت أو يحوطه الديناميت من كلِّ جانب<sup>(١)</sup>. ولكننا لا نحاول هنا أن نُشَدِّدَ على المتفجرات السياسية بقدر التشديد والتركيز على قابلية الانفجار قضائياً<sup>(٢)</sup>.

#### ١- تعامل محكمة العدل الدولية مع تقرير المصير

في ضوء المكانة البارزة لتقرير المصير في القانون الدولي، غالباً ما يثير الجدلُ حوله الكثيرَ من التوترات والنقاشات الحادة، لا سيما فيما يتعلق بالمبادئ الأساسية التي ترتبط به كالسيادة والوحدة الإقليمية، إضافةً إلى الاستقرار بشكلٍ خاصٍّ ومتعمق<sup>(٣)</sup>. واستناداً إلى المنهج ثنائي الأركان، يمكن لنا أن نُفسِّرَ الطريقة التي

(1) R. McCORQUODALE, "Self-Determination: A Human Rights Approach". *International and Comparative Law Quarterly*, no4, vol.43, 1994, p.857-885.

(2) Jan KLABBERS, "The Right to be Taken Seriously: Self-Determination in International Law". *Human Rights Quarterly*, no1, vol. 28, 2006, p. 186-206.

(3) ICJ, 21 June 1971, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia notwithstanding Security Council Resolution 276, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1971, p. 16; Karim OELLERS-FRAHM, "Lawmaking through Advisory Opinions?", *German Law Journal*, Vol. 14, 2013, p. 1033-1056.

استخدمتها محكمة العدل الدولية في الرأي الإفتائي بالصحراء الغربية ووصولاً إلى الرأي الإفتائي الخاص بكوسوفو<sup>(١)</sup>. فهي لم تتصل من استخدام مفهوم "الحق" في تقرير المصير، لكنها حدّته في ضوء ظروف جعلت منه قانوناً عرفياً ناشئاً<sup>(٢)</sup>. يضاف إلى ذلك، أنه دائماً ما يتم فهم استعمال هذا "الحق" في ضوء "مبدأ" تقرير المصير. وإننا لنجد مثلاً نموذجياً لهذا النهج في الصيغة المستخدمة من جانب المحكمة ذاتها في حكمها الصادر في قضية تيمور الشرقية: "ترى المحكمة أن تأكيد البرتغال بأن حق الشعوب في تقرير المصير - كحقّ نابع من ميثاق الأمم المتحدة وممارستها - لهو حقّ ذو حجية مطلقة لا تشوبه شائبة"<sup>(٣)</sup>.

وجديرٌ بالذكر، أنه قد تمّ إقرار حق الشعوب في تقرير المصير في ميثاق الأمم المتحدة وفي قضاء المحكمة، باعتباره أحد المبادئ الأساسية للقانون الدولي المعاصر<sup>(٤)</sup>.

#### أ- المنهجية ثنائية الأركان:

لقد عرفت محكمة العدل الدولية،<sup>(١)</sup> أثناء ممارستها لوظيفتها الإفتائية بشأن قضية الصحراء الغربية، "مبدأ" تقرير المصير على أنه: "الحاجة إلى احترام التعبير

(1) ICJ, 16 October 1975, Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, p.12.

(2) Martti KOSKENNIEMI, "National Self-Determination Today : Problems of legal Theory and Practice", International and Comparative Law Quarterly, no2, vol., 43,, 1994, p. 24.

(3) Pierre D'ARGENT, "Les principes généraux a la Cour Internationale de Justice", Schulthess, 2011, p.107.

(4) J.C.J, 30 June 1995, East Timer (Portugal v. Australia), I.C.J. Reports 1995, p.89.

الحر والأصيل لرغبة الشعوب المعنية<sup>(٢)</sup>. ووفقاً للأستاذ (كاسيس) فإن لبّ تقرير المصير هو ضرورة احترامه من جانب المجتمعات السياسية (الدول بشكل رئيس) التي تتخذ قراراتٍ من شأنها التأثيرُ على مصير الشعوب<sup>(٣)</sup>.

ويجب ألا يخفيَ التركيز على "مبدأ" تقرير المصير، والذي يمكن أن تُعرّفهُ أيضاً بأنه الحاجة إلى الالتفات والاهتمام بالتعبير عن إرادة الشعب، حقيقة اعتراف المحكمة بخصوصية بعض الظروف والحالات المحددة وتداعياتها على الصلاحيات والامتيازات القانونية التي تطالب بها الشعوب<sup>(٤)</sup>. وعلى الرغم من أن المحكمة قد حدّدت قواعدَ عرفيةَ معينة تتعلق بتقرير المصير وتحظى بالقبول الواسع في أوساط المجتمع الدولي، يختلف المحتوى الدقيق لتقرير المصير من قضيةٍ إلى أخرى. وسأعرض باختصار للقواعد العرفية المُعرّفة بها من جانب محكمة العدل الدولية:

أولاً: يتم منح الحق في تقرير المصير الخارجي للشعوب المستعمرة، وقد يكون تقرير المصير الاستعماري في الحقيقة هو أشهر وأقرب نموذج لتحديد وتقرير

(١) حول الوظيفة الإفتائية لمحكمة العدل الدولية، راجع: أ.د/ محمد سامي عبد الحميد، أ.د/ محمد السعيد الدقاق، أ.د/ مصطفى سلامة حسين، "قانون التنظيم الدولي"، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٩، ص ٣٥٤؛ أ.د/ مفيد محمود شهاب، "المنظمات الدولية"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥، ص ٣٥٢ وما بعدها؛ أ.د/ مصطفى سيد عبد الرحمن، "قانون التنظيم الدولي- الأمم المتحدة"، مرجع سابق، ص ٢٧٨ وما بعدها.

- (2) James CRAWFORDM, "Book Review Self- Determination of Peoples", The American Journal of International Law, no.5, vol. 93, 2003, p.331.
- (3) A. CASSESE, "Self- Determination of Peoples: a legal Reappraisal". Cambridge, Cambridge University Press 1995, P.317-320.
- (4) Daniel THURER and T.BURRI, "Self- Determination", Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2015, p.226.



المصير. ويُذكر، أنه قد صدرت بيانات وتصريحات رسمية من محكمة العدل الدولية في مسألة تقرير مصير الشعوب المستعمرة في رأيين استشاريين، يُعدّان من أوائل الفتاوى التي صدرت في هذا الصدد، بخصوص ناميبيا والصحراء الغربية<sup>(١)</sup>. وأيدت العديد من إعلانات الأمم المتحدة هذه الآراء<sup>(٢)</sup>.

وتُخاطب القاعدة العرفية الثانية للشعوب التي تحيا تحت نير الاحتلال العسكري الأجنبي. وفي تفرقة بين الحالة الاستعمارية وهذه الحالة، نلاحظ أنّ التركيز في هذه الحالة الأخيرة ينصبّ على إمكانية الاستغلال والسيطرة والاستبعاد خارج إطار السياق الاستعماري. على الرغم من ذلك، لا تشمل هذه الحالة الاستغلال الاقتصاديّ أو الهيمنة الفكرية، لكنها بالأحرى، تغطي الحالات والمواقف التي تسيطر فيها أيّ قوة ما على شعب إقليم أجنبي عبر اللجوء إلى القوة<sup>(٣)</sup>. وفي رأيها الاستشاري بشأن كوسوفو، أكدت محكمة العدل الدولية على أنه "أثناء النصف الثاني من القرن العشرين، تطوّر القانون الدولي لتقرير المصير بشكلٍ من شأنه الاعتراف بالحقّ في الاستقلال لشعوب الأقاليم غير المتمتعة بالحكم الذاتي، والشعوب التي تعيش تحت وطأة استبعاد واستغلال وهيمنة أجنبية. ويُذكر، أنه قد أتى إلى الوجود عددٌ كبيرٌ من الدول الجديدة نتيجة لممارسة هذا الحق"<sup>(٤)</sup>.

(1) Namibia Opinion, P.52-53, Western Sahara opinion, p.162.

(2) GA-Resolution 1514 (XV), 1960, UN Doc-A/4684.

(3) Original emphasis, A. CASSESE, op. cit., P.99.

(4) GA Resolution 2626, 1970, UN Doc. A/8028 (1971), voir aussi, ICJ, 9 July 2004, Legal consequences of the Construction of Wall in The occupied Palestinian territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p.136.

من ناحية أخرى، يرى العديد من الفقهاء أنه يجب إقرار قاعدة عرفية ثالثة توضح حق الشعوب في تقرير المصير الداخلي<sup>(١)</sup>. ووفقاً للأستاذ (كاسيس) فإن هذه القاعدة ستكون كالاتي: الجماعات العرقية التي تعيش في نطاق دولة ذات سيادة ولا تتمتع بحق اللجوء المتساوي إلى الحكم أو الحكومة، لها الحق كاملاً في تقرير المصير الداخلي بما يعني حصولهم على حق التمثيل والتواجد داخل المؤسسات الحكومية<sup>(٢)</sup>.

وتضرب هذه القاعدة العرفية بجذورها، في الواقع، في الإعلان الخاص بالعلاقات الودية والتعاون والممارسات اللاحقة للدول. وبموجب المادة السابعة من هذا الإعلان يتعين على حكومة الدولة أن تمثل كل الشعب المنتمي لإقليمها دون تمييز بسبب الجنس أو العقيدة أو اللون. وكرجمة إيجابية لذلك، تعد الحكومة ممثلة لشعبها إذا قامت بمنح حق متساو للجوء والوجود في مؤسساتها الحكومية، وخاصة إذا لم تقم بإقصاء أي جماعات بناءً على الجنس أو العقيدة أو اللون<sup>(٣)</sup>. وإنه لمن الضروري تفسير هذه القاعدة العرفية في ضوء النظم العنصرية بطبيعتها كالفصل العنصري في جنوب أفريقيا على سبيل المثال.

ومن ناحية أخرى، وكما أوضحت الأستاذة (أنايا)، يُعد السكان الأصليون ممثلين مثاليين لحق تقرير المصير، حيث يمثلون مجتمعاً متميزاً ذا بنية قانونية واجتماعية أكبر<sup>(٤)</sup>. وقد يأخذ هذا الحق صورة الاستقلال الداخلي أو الحصول على صلاحيات

(1) For complete references, A. CASSES, op. cit., p.100.

(2) Ibid., p. 108-126.

(3) David RAIC, "State-hood and the Law of Self-Determination", The Hague, Kluwer Law International, 2013, p.320.

(4) S. James ANAYA, "Indigenous Peoples in International Law", Oxford, Oxford University Press, 2013, p.76.

المشاركة في عملية صنع القرار. ولقد أكدت الجمعية العامة للأمم المتحدة على حسن النية السياسية تجاه السكان الأصليين من الشعوب، حينما عبّرت عن رغبتها وإرادتها واستعدادها أن تهتم بالشعوب الأصلية بشكل أكبر من خلال: "إعلان الشعوب من السكان الأصليين أو ما يسمى بالإعلان القائم على الشعوب الأصلية (٢٠٠٧)"<sup>(١)</sup>.

#### ب- منهج متطور

من أجل تحقيق منهجية للدراسة القصيرة التي قُمنّا بعرضها سلفاً، سأحاول أن أضع في الاعتبار القواعد العرفية وتطوراتها المحتملة في سياق المبدأ العام لتقرير المصير. كما رأينا، يقع جوهر تقرير المصير في نطاق مبدأ إجرائي يُحتمّ وضع إرادة الشعوب المُعبّر عنها بشكل حرّ في الحسبان عند اتّخاذ قرارات تخص هذه الشعوب. ولقد تحققت خصوصية وأدلة ثبوت هذا المبدأ بالقواعد العرفية التي تغطي ظروفًا محددةً يتطور فيها الإجماع السياسي ليخلق حلولاً مُتسقة لمواقف محددةً يكون فيها تقرير المصير ممكناً<sup>(٢)</sup>.

وتستحق منا ثلاثة عناصر تحليلية المزيد من الانتباه. أولاً: أنه من الضروريّ تحديد أيّ فهم تتبناه محكمة العدل الدولية نحو "المبدأ". ثانياً: بناءً على هذا الأساس سأتولّى شرح كيف قامت المحكمة بتأمين أو ضمان هامش مهم وضروري لنفسها بغرض التعامل مع التطورات المتعلقة بتقرير المصير. ولقد استخدمت المحكمة هذا الهامش في دمج أنواع مختلفة من التطورات. ثالثاً: أنه من المهم أن نضع إستراتيجية

(1) GA Resolution 61/295, 2007, UN Doc. A/Res 61/295.

(2) A. CASSESE, "Self-Determination of peoples: a legal Reappraisal", op. cit., p.321.

المحكمة في إطار مؤسسيٍّ أوسع، ولأجل هذا، يجب أن نضع دور الجمعية العامة للأمم المتحدة في الحسبان<sup>(١)</sup>.

ومن الجوهرى أن نفهم إستراتيجية المحكمة في التعامل مع تقرير المصير بشكل يتوافق مع آلية "المبدأ". ويفسر الأستاذ (دارجنت) الأمر، بأن المحكمة تستخدم مصطلح "مبدأ" بشكل عام بثلاث دلالاتٍ مختلفة<sup>(٢)</sup>. أولاً: وكما يتبين لنا من المادة ١/٣٨ من النظام الأساس للمحكمة، فقد تشير هذه الأخيرة إلى وجود "المبادئ العامة للقانون"، وهي عملية تفترض مسبقاً وجوداً منهجيةً مقارنةً لقواعد قانونية محلية. وتعدّ فتوى ناميبيا إحدى القضايا المعودة التي أقرت فيها المحكمة مثل هذا "المبدأ". ثانياً: أشارت المحكمة إلى "المبادئ العامة" كالمبدأ العام للحيازة الجارية. ثالثاً: أشارت المحكمة ذاتها إلى تعبير "مبدأ" في الرأي الاستشاري الخاص بكوسوفو<sup>(٣)</sup>.

ويشير الأستاذ (دارجنت) إلى أن استخدام "مبدأ" بالدالتين الأخيرتين لهو استخدامٌ مقيّدٌ عرفياً بصورة قوية. وأن المحكمة عادةً ما تكون حذرةً - وبشكل كبير - عندما تشير إلى المبادئ التي لا يمكنها ربطها بالعرف بشكل مباشر<sup>(٤)</sup>.

- (1) James CRAWFORD, "The General Assembly, the International Court and Self- Determination", in V. LOWE, ed., "Fifty Years of the International Court of Justice-Essays in Honour of Sir Robert Jennings", Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 586.
- (2) P. D'ARGENT, "Les principes généraux à la Cour Internationale de Justice", op.cit., p. 108 et s.
- (3) T. BURRI, "The Kosovo Opinion and Secession: The sounds of Silence and Missing Links", German Law Journal, Vol. 11, 2010, p.881.
- (4) P. D'ARGENT, "Les Principes généraux à la Cour Internationale de Justice" op. cit., p.110.

وفي حالة تقرير المصير، يبدو أن المحكمة تستخدم "المبدأ" كنوع محدد من القواعد القانونية، وتحديدًا كقاعدة قانونية عامة وتأسيسية،<sup>(١)</sup> تتعارض مع القاعدة القانونية الخاصة. وباعتبارها كذلك، تنص وتعبّر عن القيم السياسية والأخلاقية. بهذا المعنى، يمكن أن يُعدَّ مبدأ تقرير المصير قاعدةً قانونيةً تتضمن مضمونًا قياسيًّا يمكن إلى حدٍّ ما أن يبرر ويؤسس لقواعد قانونية مهمة، وللنظام القانوني الدولي كاملًا. باختصار، يبدو أن المحكمة تفسر مفهوم "المبدأ" كقاعدة قانونية ذات إمكانية معيارية مهمة في التلاقي مع القواعد العرفية والمثل العليا السياسية والأخلاقية<sup>(٢)</sup>.

ومن وجهة نظر القضاء الدولي، يتطلب هذا التكيف "للمبدأ" مجهودًا كبيرًا في التفسير. حيث يتعين على القضاة تعريف وتحديد وتخصيص فهمهم للمضمون الدقيق ولدلالة مبدأ تقرير المصير، وذلك على ضوء الواقع القانوني والسياسي والأخلاقي المتغير والمتطور<sup>(٣)</sup>.

وأتباعًا لتحليل الأستاذ (دارجنت)، فقد لا يكون مدهشًا أن نجد أن المحكمة قد واجهت هذا التحديّ بربط تفسيرها بما قد يتطلبه هذا المبدأ من تحديد للقواعد القانونية العرفية الناشئة أو الوليدة. وعلينا الرجوع إلى الأحكام القضائية الدولية وإلى منهج المحكمة وطريقة عملها، على سبيل المثال لا الحصر؛ لوضع تفسير محدد لتقرير

(1) Riccardo GUASTINI, "Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique", in, S. SIZARET, "Les principes en droit", Paris, Economica, 2008, p. 113.

(2) Samantha BESSON, "General principles in International Law- Whose Principles?", in Samantha NBESSON, "Les principes en droit européen- principes in European Law", Schulthess, 2011, p.65.

(3) David RAIC, "State-hood and the low of self-Determination", op. cit., p.325.

المصير. ومن المهم في الوقت الراهن، أن نقرّ بأن "مبدأ" تقرير المصير هو نوعٌ محددٌ من القواعد القانونية، التي تتسم بالعمومية والأهمية للنظام القانوني الدولي وعلاقته بالقيم السياسية والأخلاقية<sup>(١)</sup>.

إن التمعن في "مبدأ" تقرير المصير يساعد في تفسير كيف تعاملت وتفاعلت المحكمة مع الظروف القانونية والسياسية المتغيرة المتعلقة بهذه المسألة. وإنه ليس بالغريب، أن تعلن المحكمة في قضية كوسوفو أن: "أحد التطورات الأساسية في القانون الدولي أثناء النصف الثاني من القرن العشرين يتمثل في التطور الذي طرأ على حقّ تقرير المصير"<sup>(٢)</sup>. وإنه لشيءٌ نموذجيٌّ أن تشير الفقرة ذاتها التي ذُكرت تطوّر مفهوم تقرير المصير إلى أن نفس المحكمة تفكر في مبدأ تقرير المصير بشكلٍ جادٍّ مع إعطاء أهمية متزايدةٍ لحقّ الانفصال في مواقفٍ محددة. ولجعل الأمور في إطار تحليليٍّ أوضح، يجب أن نميز بين التطورات القانونية والسياسية والأخلاقية ذات التأثير المتبادل على مسائل تقرير المصير<sup>(٣)</sup>.

في بُعد أولٍ للمسألة، تعاملت المحكمة أو تفاعلت مع التطورات القانونية ذات الصلة. وقد يكون المثال الأوضح على ذلك هو إبراز أو تقديم قواعدٍ قانونيةٍ جديدةٍ ذات صلةٍ أو تؤثر على قضية معينة. وقد يكون المثال الأقلُّ وضوحًا هو إبراز أو تقديم قاعدةٍ جديدةٍ من قواعد القانون الناعم أو غير الملزم قانونًا، كقرارات أو توصيات

- (1) Pierre D'ARGENT, "Les principes généraux à la Cour Internationale de Justice", op.cit., p. 111..
- (2) ICJ, 16 October 1975, Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J., Reports 1975.
- (3) J.KLABBERS, "The Right to be taken Seriously: Self-Determination in International Law", op. cit., p. 197.

الجمعية العامة، وكما نرى، ينتج عن الحالة الأخيرة في المقابل أسئلة أو تساؤلاتٍ أشمل تتعلق بالصلة أو العلاقة بين أطر الإحالة القانونية السياسية المتغيرة. وعلى سبيل المثال، قد يكون النوع الأول من التطور ذا صلةً بالتطور سالف الذكر والمتعلق بالشعوب الأصلية، وهو مجالٌ تتقارب فيه حقوق الإنسان وحماية الأقليات وحق تقرير المصير<sup>(١)</sup>.

وفي بُعدٍ ثانٍ، تعاملت المحكمة ذاتها مع تطوراتٍ قانونيةٍ ذات طبيعةٍ أكثرَ هيكلية. وفي ذهابها إلى ما هو أبعد من جوهر القانون الدولي، كان باستطاعة المحكمة استخدام سلطتها في أن تُصدرَ قراراتٍ أو أحكامًا يمكن من خلالها دمجُ أو توحيدُ تطورات القانون الدولي ذاته كنظام قانوني عام<sup>(٢)</sup>.

وفي بُعدٍ ثالثٍ، تعاملت المحكمة مع تطوراتٍ سياسيةٍ وأخلاقيةٍ أكثرَ اتساعًا. ويجب أن نفهم هذا البعد الثالث جديدًا كأمر مرتبطٍ بالوعين الآخرين. ويُعدُّ هذا البعد الثالث بالفعل دمجًا لهما طبقًا للعديد من وجهات النظر. وكأحد أكثر الأمثلة وضوحًا، يمكن التفكير في عملية إنهاء الاستعمار بصورةٍ كليةٍ والوقوف على جذورها، وذلك من خلال التغييرات العالمية القانونية والسياسية والثقافية في مفهوم التقبل الأخلاقي والمعنوي للاستعمار<sup>(٣)</sup>.

- 
- (1) Daniel THURER and T.BURRI, "self-Determination", op. cit., p.230 ET S.  
 (2) Allen BUCHANAN, "Justice, Legitimacy and self-Determination: Moral Foundations for International Law", Oxford, Oxford University Press, 2014, p.311.  
 (3) P. D'ARGENT, "Les principes généraux à la Cour Internationale de Justice", op.cit., p. 115.

ومن المثير للاهتمام، وجوب التأكيد على أن المحكمة لا تنفرد بأمرها. بل على النقيض، وضعت المحكمة قراراتها وأحكامها في إطار مؤسسيّ أشمل، وسجلت تفاعلاً مهماً مع قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة. فمن ناحية، فقد عولت المحكمة بشكل كبير على نوع ما من تقسيم العمل، والذي أكدت من خلاله على محدودية دورها. ويؤثر ذلك، في الحقيقة، بشكل واضح على العلاقة المؤسسية والسياسية للعناصر القانونية والحلول التي يمكن أن توفرها. ومن ناحية أخرى، فقد عولت المحكمة بشكل كبير على التطورات التي لحقت بنظام الأمم المتحدة فيما يتعلق بآليات اتخاذ القرارات بها. وفي سياق عملية إنهاء الاستعمار، حاولت المحكمة أن توفق بين قراراتها وبين التطورات السياسية التي تدعمها الجمعية العامة للأمم المتحدة في هذا الشأن. ويقول الأستاذ (كراوفورد): إن المحكمة قد حاولت قدر الإمكان التوفيق بين أحكام القانون الطبيعي وسياسات وممارسات الجمعية العامة في هذا الصدد<sup>(١)</sup>.

ويتضح لنا من التحليل السابق، أن السمة الأساسية لمنهجية المحكمة تنعكس في خصوصية مبدأ تقرير المصير من خلال القواعد العرفية السائدة في ظروف وأحوال قانونية معينة. ولقد برزت أهمية الاعتماد على العرف في تحديد الملامح الدقيقة لتقرير المصير عن طريق التعامل أو التفاعل بين المحكمة والجمعية العامة للأمم المتحدة كهيئة منظمة ديمقراطياً تعكس ممارسات الدول وقبولها لتطورات معينة.

## ٢- الدروس المستفادة من دور المحكمة:

إن الهدف من الدراسة الحالية هو إعادة بناء منهجية المحكمة لتقرير المصير في إطار أشمل عن دورها وطرق القضاء بها. ولذلك تعدُّ هذه الدراسة بمثابة الخطوة

(1) James CRAWFORD, "The General Assembly, The international Court and self-Determination", op. cit., p. 587 et s.



الثانية في رحلتنا المنهجية بشأن إعادة بناء منهج المحكمة وبيان الكيفية التي يتعين عليها العمل والتصرف بمقتضاها.

#### أ- سن القانون القضائي وتحدياته:

لقد خلصت الأستاذة (بيسون) إلى وجود مسألتين تتعلقان بتأسيس نظرية عامة عن القضاء الدولي أو إصدار الأحكام القضائية الدولية. ويتلخص جوهر هاتين المسألتين في الارتباط الحساس أو العلاقة المتوترة بين سن التشريع القضائي والسياسة من ناحية، وسن التشريع القضائي والأخلاق من ناحية أخرى. وبالتركيز على علاقتهم بالسياق الدولي، وبمحكمة العدل الدولية تحديداً، فمن المفترض أن تساعدنا هاتان المسألتان في جعل تحليلنا تحليلاً منهجياً سليماً<sup>(١)</sup>.

وعادةً ما يتعارض سن القانون القضائي مع التنفيذ المجرد للقانون. وعن طريق تحديد وتفسير قاعدة قانونية بطريقة معينة، يصدر عن المحكمة ما يتعلق بكيفية تفسير القاعدة القانونية على ضوء كل من القضية المحددة وفي المستقبل (وهذا هو المتبع مع مبدأ السوابق). أما فيما يخص مسألة من يجب أن يكون مَحْوِلاً سُلْطَةً إصدار الأحكام والقرارات استناداً للقانون. يستوجب سن القانون القضائي تقسيم العمل بين المشرعين وهؤلاء ممن يجب عليهم أن يكونوا مسئولين عن تطبيق وتنفيذ قانون قائم بالفعل. وعلى الرغم من ذلك، قد يكون من الخطأ مساواة سن القانون القضائي بسن القانون التقليدي. وإذا كان سن القانون العادي السياسي سابقاً على سن القانون القضائي بشكل واضح؛ يُستخدم القانون القضائي لفهم وإدراك النتائج الإبداعية التي لا يملك القضاة

(1) Samantha BESSON, "Legal Philosophical Issues of International Adjudication- A bout the Amour impossible Between International Law and Adjudication", op. cit. p.311.

خيار تجاهلها، بمعنى أنهم لا يملكون إلا القيام بها من خلال تحديد وتطبيق القواعد القانونية في ظروفٍ محددة<sup>(١)</sup>.

وتُعدُّ إشكالية سن القانون القضائي إشكالية متعاضمة في نطاق النظام القانوني الدولي؛ ويرجع ذلك لسببين: الأول هو وجود ثغرات في القانون الدولي أكثر مما يمكن أن نجد في القانون الوطني. ويعني ذلك، أنه يتعين على المحاكم الدولية أن تبذل مجهوداً أكبر في تفسير القواعد القانونية (القليلة) والتي توجد تحت تصرفها بهدف إصدار قرار أو حكم في القضية المعروضة أمامها. ومما يؤكد هذه الصعوبة، التعددية القانونية الدولية وغياب تدرج هيكلية بين قواعد وأنظمة ومصادر القانون الدولي. والسبب الثاني هو أن القانون الدولي يعطي المحاكم الدولية، بناءً على مصادره، وظيفته الأساسية بشأن تحديد وتفسير القواعد القانونية ذات الصلة. وهذا أمرٌ حقيقيٌّ خاصة في القانون الدولي العرفي الذي يتم في إطاره طلب تدخل المحكمة لتحديد ممارسة دولة أو دول معينة. ويزيد هذه الصعوبة، غياب منتدى ديمقراطي واضح يقرر فيه المشرعون أحكامهم استناداً إلى القانون كما هو الحال محلياً<sup>(٢)</sup>.

هذه الحساسيات بين سن القانون القضائي والسياسة تعكسها إشكالية ثانية تتعلق بالقضاء الدولي أو إصدار الأحكام القضائية الدولية، وتتمثل في العلاقة بين القانون والأخلاق. فبشكلٍ عامٍّ، ومما لا شكَّ فيه، يرتبط القانون بالأخلاق ارتباطاً وثيقاً. والتركيز هنا، يكون على الروابط الفقهية الخاصة بالمفاهيم ذات الصلة بين الاثنين (القانون والأخلاق). إضافة إلى ذلك، يُعدُّ مجال القانون جزءاً محددًا من مجال الأخلاق

(1) Donald H. REGAN, "International Adjudication : A Response to Paulus- Courts, Custom, Treaties, Regimes and The WTO", op.cit., p. 226.

(2) Andreas PAULUS, "International Adjudication", op.cit., P.223.

الشامل والمتسع. والقضية التي توجد على المحك هنا، هي بالأحرى قضية كيف يُعدل القانون علاقاته بالناحية الأخلاقية. ومن الواضح أنه يتعين على المحكمة إدراج محتوى أخلاقي في القانون، أي محتوى معياري لا تتضمنه مصادر القانون بشكل مباشر. وينتج عن ذلك تحديان كنتيجة لهذا الموقف: بالنسبة للجانب الإجرائي من المسألة، يجب أن يكون من الواضح أنه يتعين على المحكمة أن تُدخل في قراراتها محتوى قانونياً إضافياً، وأن توضح طريقة ذلك. أما الجانب الجوهري من المسألة فيجب توضيح أي محتوى محدد يجب أن تدرجه المحكمة في قراراتها وأحكامها<sup>(١)</sup>.

#### ب- بين السياسة والأخلاق: البحث عن طريق لتقرير المصير

لأجل النقاش الحالي، أقترح أن نضع في اعتبارنا هذين السؤالين التقليديين عن القضاء في القضايا الدولية جنباً إلى جنب مع بُعدين اثنين: يتعلق الأول بالإجراء، والثاني بالمحتوى.

أولاً: يتعلق البُعد الإجرائي بالتحديات المتعلقة بالسياسة والأخلاق وبما هو ذو صلة مع سن القانون القضائي. آخذين في الاعتبار السوابق القضائية بشأن تقرير المصير، كيف يمكننا فهم أحكام المحكمة على ضوء هذا التحديّ الإجرائي؟ ثانياً: بُعد محتوى القرار الذي تُصدره المحكمة في قضايا تقرير المصير. إن هذا الأمر يثير بشكل مباشر التساؤل حول بعض العناصر التي قد تسترشد بها المحكمة في حكمها في قضية ما من قضايا تقرير المصير، وفي اتّخاذها موقفاً معيناً من المبادئ المتعارضة.

بالنسبة للمسألة الإجرائية الأولى، يمكننا جمع عناصر مختلفة من عناصر التحليل المذكورة بالفعل. ويمكن، أيضاً، إعادة صياغة الارتباط بين سن القانون

(1) Leslie GREEN, "Legal Positivism, Stanford Encyclopedia of Philosophy", 2013, p.273.

القضائي والسياسة الديمقراطية على النحو المذكور، وذلك في السؤال الآتي: عند تفسير مبدأ تقرير المصير، كيف تراعي المحكمة الإرادة السياسية التي يُعبر عنها المشرعون الدوليون، أي الدول فيما يصدر عنها من أعمال قانونية؟ إن إعادة بنائنا لمنهجية المحكمة توضح، في الحقيقة، أنها قد واجهت هذا التحديّ عن طريق محاولاتها المتكررة للتوفيق بين منهجيتها وبين المواقف التي تتخذها الدول المختلفة<sup>(١)</sup>.

أولاً: لقد تم توضيح أن المحكمة قد قامت بفصل جوهر تقرير المصير في صيغة اختبار إجرائي، اعتماداً على العرف في تحديد هذا المبدأ في ظل ظروف متغيرة ومتطورة. وإذا اعتُبرَ لبُّ تقرير المصير منفصلاً عن الواقع المتغير، فإن مواصفاته تتطور على ضوء تحولات قانونية وسياسية وأخلاقية معينة. ويمكن فهم هذا الاعتماد على العرف كإقرار من المحكمة بأنه من الضروريّ تطبيقُ تفسيرها لمبدأ تقرير المصير في أفضل الصور الممكنة المتسقة مع الإرادة التي تُعبّرُ عنها أغلبية الدول. وقد دُعيت المحكمة ذاتها لتفسير المبادئ المتضاربة بالطريقة التي يمكن بها تفسير عناصرها المتساوية. وهكذا، فإن آلية العرف تمنح المحكمة طريقة لإعطاء اعترافٍ أو إقرار قضائيٍّ (مبدع بالضرورة) للتطورات ذات الصلة<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: كما أوضحنا سلفاً فيما يخص الجمعية العامة للأمم المتحدة، فقد بحثت المحكمة عن طرق لدمج تفسيرها لمبدأ تقرير المصير في إطار مؤسسيٍّ أوسع وأعظم. وكما عرضنا سلفاً، قد أعطت تفسيرات لمهمتها القضائية، وتفسير تقرير المصير

(1) Pierre D'ARGENT, "Les principes généraux à la Cour Internationale de Justice", op.cit., p. 112..

(2) Allern BUCHANAN, "Justice, legitimacy and self-Determination: Moral Foundations for International Law", op. cit., p.315.

مرتبط أو من القرب بمكان للمواقف التي تتخذها الدول التي توجد تحت مظلة الجمعية العامة<sup>(١)</sup>.

ومن ناحيةٍ أخرى، يمكن صياغة حالة الحساسية أو العلاقة المتوترة بين سن القانون القضائي والأخلاق في التساؤل الآتي: كيف يمكن إيجاد توافق بين منهجية المحكمة في دمج محتوى قانوني إضافي متجدد لمبدأ تقرير المصير وبين الموقف الوضعي؟ يمكننا القول: إن العناصر المهمة للإجابة عن هذا التساؤل تعتمد على التحديد الدقيق لمبدأ تقرير المصير واستخدامه في القضاء الدولي أو الفصل في المنازعات الدولية. باختصار، يسمح التفسير (إعادة التفسير) القضائي للمبدأ بعملية اندماج تدريجية وبطيئة لمحتوى متجدد لمبدأ تقرير المصير<sup>(٢)</sup>.

وكما ناقشنا من قبل، فإن مبدأ تقرير المصير هو نوعٌ معينٌ من القواعد القانونية التي تتسم؛ ليس فقط بالعمومية والأصولية، ولكن أيضاً تتسم بعلاقتها الوثيقة بالقيم السياسية والأخلاقية. ومن الأهمية بمكان، أن تعمل المحكمة المفسرة لهذا المبدأ كموازن بين القيم السياسية والأخلاقية والقواعد القانونية ذات الصلة. وتقوم المحكمة بصياغة القيم السياسية والأخلاقية في نصوص قانونية، وذلك عن طريق تفسير ما يرقى إليه مبدأ تقرير المصير تفسيراً يتسم بالتجديد أو الجودة. ويساعد هذا التركيز على القانون القضائي في تفسير الطريقة التي يمكن بها تحويل القيم

(1) Pierre D'ARGENT, "Les principes généraux à la Cour Internationale de Justice", op.cit., p. 113..

(2) Johan ROCHEL, Alain ZYSSET, "Between Authority and Morality : Identifying Two Legitimatory Roles of Legal Principles", in Samantha BESSON, Pascal ICHONNAZ, eds., "Principes En droit européen Principles in European Law", Schulthess, 2014, p.105 et s.

السياسية والأخلاقية إلى نظام قانوني متوافق مع الموقف الوضعي<sup>(١)</sup>. ويُذكر، أن محكمة العدل نفسها تُدعم وجهة النظر هذه وتدافع عنها. فكما أعلنت في حكمها الصادر في ١٩٦٦ بشأن جنوب غرب أفريقيا (ناميبيا حالياً)، "أنها محكمة ذات طبيعة قانونية وتختص بالمسائل القانونية. ويمكن أن تضع في حساباتها المبادئ الأخلاقية إذا ما تم التعبير عنها بشكل كافٍ في صورة قانونية. وكما هو معروف، فإن القانون موجوداً لخدمة حاجة اجتماعية، ولهذا وعلى وجه التحديد، يمكنه القيام بهذه الوظيفة فقط من خلال وفي نطاق حدود نظامه الخاص. وإلا فلا يكون الأمر الذي نحن بصدد خدمة قانونية"<sup>(٢)</sup>.

وتتلخص انعكاساتنا عن الجانب الإجرائي للتساؤلات التقليدية المذكورة سلفاً، من خلال القول بأن إعادة بناء منهجية المحكمة لهو أمر متوافق مع المنهجية الوضعية. إلا أنه لا يجب فهم هذه الاحتمالية النظرية على أنها ادعاء بأنه قد تم التغلب على الصعوبات القضائية العملية أو حلها، وأن مسألة تقرير المصير وكونها ذات صلة قوية بمبرر وجود الدول تمسُّ جوهر النظام القانوني الدولي وهدفه بشكل رئيس. ويُذكر، أن محكمة العدل الدولية ذاتها في موقفٍ صعبٍ في تفسيرها لذلك، ومن هنا فإن الطريقة التي يمكن للمحكمة من خلالها إصدار أحكام بشأن قضايا تقرير المصير كمسألة محتوى (وليس كمسألة إجراء) فهي إذا مسألة ذات أهمية قصوى<sup>(٣)</sup>.

(1) Ibid., p.108.

(2) ICJ, 18 July 1966, South West Africa, Second phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966, p.6, Para. 49.

(3) Robert JENNINGS, "The Judiciary, International and National, and the Development of International Law", op. cit., p.196.

**ج- أي تقرير مصير؟ حدس بخصوص القيم الفردية**

إذا كان من الممكن إعادة بناء أو إعادة تنظيم منهجية محكمة العدل الدولية في اهتمامها بالاعتراضات السياسية والأخلاقية (فيما يخص الإجراء)، فكيف يمكن لها أن تفصل في محتوى قضية معينة؟ بمعنى آخر، إذا افترضنا أن محكمة العدل الدولية تُعيد تفسير مبدأ تقرير المصير وتمنحه محتوى متجددًا، فماذا سيكون هذا المحتوى؟ مع الأخذ في الاعتبار، أن تحديد ما يُعدُّ أفضل وصف له، في الواقع وباختصار، هو كونه "حدسًا"، مع توضيح الصعوبات المحتملة المرتبطة به<sup>(١)</sup>.

سأستهل الأمر بتحذير مهم. ليس الهدف من هذا الجزء الحالي من الدراسة هو إعادة بناء أو إعادة تنظيم منهجية المحكمة في دمج التطورات المختلفة، لكن بالأحرى طرح تساؤل، من وجهة نظر المحكمة التي تنظر إحدى قضايا تقرير المصير، عن كيفية إصدار حكمها في القضية المعروضة عليها. أولاً، يفسر هذا التركيز السبب وراء أهمية تناول هذه المسألة من خلال سلطات وصلاحيات محكمة العدل الدولية والسياق الدولي المحدد والذي يتعين عليها فيه أن تُصدر قراراً في القضايا المعروضة عليها. ثانياً، يحول هذا التركيز دون اعتبار المحكمة الجهة الوحيدة المسؤولة عن علاج كافة أوجه القصور بالقانون الدولي. وأنه بالفعل لو كان لدى أحدهم طموحٍ لِطُرْح تفسيرٍ جديدٍ تماماً لما ينبغي أن يكون عليه تقرير المصير، فلا ينبغي أن نضع المحكمة بشكلٍ رئيسٍ في اعتبارنا، بل نضع المشرعين للقانون الدولي، أي الدول. وعلى المحكمة باعتبارها مؤسسة قانونية أن تلتزم بدقةً بهامش صلاحياتها وسلطاتها، وذلك كله دون إغفال إمكانياتها المحدودة في تطوير القانون الدولي<sup>(٢)</sup>.

(1) Leslie GREEN, "Legal Positivism, Stanford Encyclopedia of Philosophy", op. cit., p.275.

(2) Allen BUCHANAN, "Justice, Legitimacy and self-Determination: Moral Foundations for International Law", op. cit., p.317.

ومع هذا التحذير، دَعُونَا نَسْأَلُ عَنِ الطَّرِيقَةِ الَّتِي يُمْكِنُ بِهَا لِلْمَحْكَمَةِ الْبِتُّ فِي قَضَايَا تَقْرِيرِ الْمَصِيرِ. إِنَّ حَدْسِي هُوَ أَنَّ بُوْسُعَ الْمَحْكَمَةِ، أَنَّ تَضَعُ الْمَسْأَلَةَ الَّتِي تَتَنَاوَلُهَا فِي إِطَارِ مَعِينِ طَبَقًا لِلْقِيَمِ الْأَخْلَاقِيَّةِ لِلْأَفْرَادِ. بِاخْتِصَارٍ، سَيَطْلُبُ ذَلِكَ مِنَ الْمَحْكَمَةِ أَنْ تَضَعُ فِي اعْتِبَارِهَا بِشَكْلِ أَفْضَلٍ وَأَشْمَلٍ الْقِيَمَ الْأَخْلَاقِيَّةَ لِلْأَفْرَادِ وَهِيَ فِي مَعْرَضِ الْفَصْلِ فِي قَضَايَا تَقْرِيرِ الْمَصِيرِ.

وتبدأ هذه المنهجية الأولية بالاعتراف بالأهمية الأساسية للدول. فهم المشرعون الأساسيون، ويظلون، في أغلبية الحالات، مبتدأ القانون الدولي ومنتهاه. إلا أن التركيز الحصري والرسمي على ضمانات حماية الدول ذات السيادة بأيّ ثمن، صار أمرًا موضع شك. فكما أوضحنا في تطورات مسائل تقرير المصير، اعترفت محكمة العدل الدولية بإعطاء الأولوية للمطالبات بالتغيير والتي تُشكّلها أممٌ كاملة تخضع لسيطرة استعمارية أو احتلال عسكريّ إزاء مطالب ببقاء الوضع على ما هو عليه من قبل الدول الاستعمارية<sup>(١)</sup>.

فأَيُّ مَبْرَرٍ أَخْلَاقِيٍّ يُمْكِنُ إِعْطَاؤُهُ لِهَذِهِ التَّطَوُّرَاتِ؟ وَإِحْدَى الْإِحْتِمَالَاتِ تَقُومُ عَلَى الْبَحْثِ عَنِ مَصَادِرٍ مَعْيَارِيَّةٍ قِيَاسِيَّةٍ فِي الْقِيَمَةِ الْأَخْلَاقِيَّةِ لِلْأَفْرَادِ. وَتَتَرَسَّخُ هَذِهِ الْقِيَمَةُ فِي وَجْهَةِ النَّظَرِ الَّتِي مَفَادُهَا أَنَّ الْأَفْرَادَ الْمَتَسَاوِينَ أَخْلَاقِيًّا هُمْ حِرَاسُ الْقَانُونِ الدَّوْلِيِّ وَحَمَلَةُ قِيَمِهِ، أَوْ يُمْكِنُ الْقَوْلُ بِأَنَّهُمْ كَذَلِكَ فِي كُلِّ فُرُوعِ الْقَانُونِ. وَلِكَافَةِ فُرُوعِ الْقَانُونِ الدَّوْلِيِّ الْآخَرَى قِيَمَةٌ مُحَدَّدَةٌ فَقَطْ فِيمَا يَخُصُّ هَؤُلَاءِ الْأَفْرَادِ<sup>(٢)</sup>.

(1) Emmanuelle JOUANNET, "Le juge international face aux problèmes d'incohérence et d'instabilité du droit international: quelques réflexions a propos de l'arrêt CIJ du 6 novembre 2003, Affaire des plates.- Formes pétrolières". Revue générale de droit international public, no4, Vol. 108, 2004, p.917.

(2) Jeremy WALDRON, "The Concept and the Rule of Law", Georgia Law Review, no1, Vol. 48, 2013, p.351.



وترتبط القيم الأخلاقية للأفراد بشكل قويّ بالصورة الجماعية لتقرير المصير. وحيث إن حياتنا الإنسانية هي بشكل ضروريّ وفوريّ جزءاً من أيّ مجتمع سياسي، فلا يمكن فهم هذه القيم الأخلاقية دون وضع تبعاتها السياسية في الاعتبار، أو بمعنى آخر: دون ربطهما بالحالة السياسية في المجتمع وقدرة الفرد على المشاركة في تقرير ظروف وجوده في مجتمعه. ومن هذا المنطلق، يرتبط تقرير المصير السياسي بصورة وثيقة بالقيم الأخلاقية للأفراد.

وتشير وجهة النظر هذه، إلى أنه من الخطأ أن نعتقد وجود تعارض بين القيم الأخلاقية للفرد وتقرير المصير؛ فالأمران يعتمد كلٌّ منهما على الآخر. وكنيجة لذلك، نجد ارتباطاً وثيقاً بين المجتمعات السياسية التي تتسم بعدم الديمقراطية وبين المطالبات بتقرير المصير من جانب الأفراد الذين يجدون أنفسهم غير ممثلين بشكل كافٍ أو حقيقيّ في الجهات المعنية. ولا يمكن القول: إن هذه المجتمعات السياسية تعتمد على الإرادة التي يعبر عنها أفرادها. ويساعد الحدس الموضح هنا في تفسير وشرح هذه الارتباطات: حيث إنه يجب وضع مسألة تقرير المصير في إطار معين بناءً على التزام بالقيم الأخلاقية الأساسية- غير الحصرية- للأفراد<sup>(١)</sup>.

بالطبع، ليس مقدراً لوجهة النظر هذه الإمام أو الإحاطة بواقع تجريبيّ حاليّ، ولكن يجب أن نفهمها كمقترح قد تقوم المحكمة بناءً عليه بإعادة بناء أحكامها المتعلقة بتقرير المصير وتطويرها أيضاً. وبمعنى آخر: تُستخدم وجهة النظر هذه كنموذج مثاليّ قانونيّ سياسيّ قد يساعد في تبرير وتوضيح أعمال وممارسات المحكمة عن طريق وضع القيم الأخلاقية للفرد في لبّ عملها وهدفها<sup>(٢)</sup>.

(1) Daniel THURRER and T. BURRI, "Self- Determination", op. cit., p.229.

(2) Samantha BESSON, "Legal philosophical Issues of international Adjudication-About the Amour Impossible Between international Law and Adjudication", op. cit., p.319.

فهل يمكن لهذا الحدس أن يُقربنا من تحديد الطريقة التي قد تُصدر بها المحكمة أحكامها في قضايا تقرير المصير؟ في سعينا لرسم إطار لهذه المشكلة من حيث قيمة الأفراد، فإن لدى المحكمة إمكانية السير في طريق ضيق ما بين إعادة بناء قيم المجتمع السياسية بشكلٍ معياريٍّ وبين إقرار أهمية سيادة الدول. وكما أحاط لب تقرير المصير، وشدت المحكمة على أهميته، يجب أيضًا أن نوليَ اهتمامًا خاصًا بالمجتمعات السياسية باعتبار أنها تعبر عن إرادة أفرادها<sup>(١)</sup>.

ولا يدعو هذا الحدس، الذي يعتمد على قيمة الأفراد، إلى تغيير كامل في طريقة تعامل المحكمة مع تقرير المصير. ولكنه يطرح تساؤلاتٍ حول بقاء الوضع على ما هو عليه عن طريق تقديم رابط ضعيف لكنه مهم في التحرك نحو اعترافٍ أفضلٍ بالأفراد كأصحاب القيمة المطلقة. وأقتبس هنا من الأستاذ (باولوس)، حيث ذكر أنه يمكن وصف هذا الرابط "كطموح" يمكن للمحكمة أن تدرجه وتضمه لمنهجيتها في تقرير المصير<sup>(٢)</sup>.

وبالنسبة للمحكمة، فإن مفهوم "الطموح" نفسه يشدد على دورها المحدود. فكما ذكرنا سلفًا، وفي نطاق سلطاتها واختصاصاتها كمؤسسة قانونية، ومع إعطائها السياق المؤسسي الأشمل والتي عليها أن تتصرف فيه، لا يمكن للمحكمة أن تكون مسؤولة عن تطوير وتعزيز شرعية القانون الدولي. ولكن عليها بالفعل، أن تلعب دورها بشكلٍ أفضل، وبقدر الإمكان، عن طريق الإقرار بالعناصر التي تصيغ طموحها وتميزها في قراراتها (كما في قضايا تقرير المصير)<sup>(٣)</sup>.

(1) Allen PUCHANAN, "The legitimacy of International Law", in, Samantha BESSON, John TASIOLAS, eds., "The Philosophy of International Law". Oxford, Oxford University Press, 2010, p.79-80.

(2) A. PAULUS, op. cit., p.229.

(3) Andreas PAULUS, "International Adjudication", op. cit., p.224.

وكمثال لوضع المسألة في إطار مناسب لها، وأيضاً- كمثال- للتوازن الذي تخلقه بين المبادئ المتضاربة، يمكن للمحكمة أن تعطي وزناً أكثر وبشكل مشروع لجوانب تقرير المصير المتعلقة بحقوق الإنسان. وكما أوضحنا بإيجاز، وبما يتعلق بالشعوب من السكان الأصليين، فعلى المحكمة تفسير العلاقة المعيارية لبقاء الوضع على ما هو عليه (الحفاظ على سيادة الدولة، والحفاظ على الاستقرار، والحفاظ على السلام) في ضوء الالتزام بقيم الأفراد والأهمية التي قد يحملها هذا الالتزام لأفراد مثل هذا الشعب. وبشكل أكثر وضوحاً ينطبق منطق مشابه على قضايا الانفصال عن كيانات ذات سيادة غير ديمقراطية (حالة كوسوفو): حيث يمكن إعطاء ثقل مناسب لقيم الأفراد وقت إصدار القرارات أو الأحكام<sup>(١)</sup>.

وتلخيصاً للحدس الذي تم توضيحه، فقد أوضحت أنه يمكن لمحكمة العدل الدولية أن تفصل في قضايا تقرير المصير عن طريق الاعتراف بالقيم الفردية بشكل كامل. ويمكنها أيضاً أن تُشدد وتؤكد بشكل أكبر على أهمية احترام حقوق الإنسان الفردية. وترسيخاً لهذه المنهجية في التعامل مع تقرير المصير، قد تعتمد المحكمة على التغيرات المعيارية المهيمنة على النظام القانوني الدولي، كالأهمية المتزايدة لحقوق الإنسان، وتطور معايير شرعية الدول ذات السيادة، إضافة إلى الاعتراف بشكل عام أن القانون الدولي لا يفوت مسألة التمحيص الأخلاقي.

(1) Emmanuelle JOUANNET, "Le Juge International Face Aux Problèmes d'instabilité du droit international: Quelques réflexions à propos de l'arrêt CIJ du 6 novembre 2003, Affaire des plates-formes pétrolières". op. cit., p.918.

### المبحث الثالث

#### كلمات كلمات كلمات..... أين القيم؟

#### تقييم القاضي الدولي والقواعد الآمرة

##### تمهيد:

لقد تم الاحتفال بتبني حكم بشأن القواعد الآمرة في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩، باعتباره إنجازاً أو طفرةً أسهمت في تطوير القواعد القانونية الدولية؛ فقد اعترفت للمرة الأولى وثيقة دولية بوجود قواعد قانونية دولية عليا أو أعلى ذات طابع لا يمكن التحلل منه. ففي وقت إعداد المادة (٥٣) من الاتفاقية سألقة الذكر والتي تنص من منطلق عام على أن تكون المعاهدة باطلة إذا تعارضت مع قاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي العام، توقعت لجنة القانون الدولي (ILC) أن المحتوى الكامل لهذه القاعدة سوف ينجح؛ ليس فقط في ممارسات الدول، ولكن أيضاً في قضاء المحاكم الدولية<sup>(١)</sup>.

ونظراً لأن هذا الجزء من الدراسة يعكس دور القاضي الدولي في العمل على نجاح المقصود بالقواعد الآمرة، سوف أتناول بالتحليل الأجزاء ذات الصلة بقضية الحصانات القضائية للدولة، والتي تم الفصل فيها في الثالث من فبراير من عام (٢٠١٢) من جانب محكمة العدل الدولية. ففي تلك القضية طلب من محكمة العدل الدولية أن تتناول من بين مسائل أخرى العلاقة بين القواعد الآمرة وحصانة الدولة<sup>(٢)</sup>.

(1) ILC, Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, YBILC, 1966, Vol, II, p.248.

(2) ICJ, 3 February 2012, Jurisdictional Immunities of the state (Germany/Italy, Greece intervening), Judgment, General list No. 143.

ويُذكر، أنه تم توقع حكم المحكمة بصورة كبيرة؛ ليس فقط لأن العلاقة بين القواعد الأمرة وحصانة الدول كان موضعاً لجدل كبير، ولكن أيضاً لأن إسهامات محكمة العدل الدولية في تفسير القواعد الأمرة حتى ذلك الوقت كانت محدودة للغاية. وكان الاستخدام الأول للقواعد الأمرة من جانب المحكمة في عام (٢٠٠٦) في حكمها الصادر بخصوص الأنشطة المسلحة، حيث قضت بأن الطابع الأمر للقاعدة لا ينهض بذاته أساساً لولايتها القضائية، وأن حظر الإبادة أمرٌ بلا ريب<sup>(١)</sup>.

ويُذكر، أن المحكمة لم تقدم أنه تفسيرات إضافية تبين لنا كيف اكتسبت تلك القاعدة هذا الطابع الأمر.

وقد رفضت محكمة العدل الدولية في قضية الحصانات القضائية للدولة الادعاء بأن القاعدة التي تُعطي دولة ما الحصانة أمام محاكم دولة أخرى يجب أن تُطبق عندما يُدعى بانتهاك قاعدة أمرة<sup>(٢)</sup>. وعلى أية حال، انتقد رأي مخالف لأحد قضاة المحكمة منهجها في هذا الشأن؛ نظراً لأنه أدى إلى تقويض أساس مفهوم القواعد الأمرة<sup>(٣)</sup>.

وفي وجهة نظر القاضي المخالف (كانسادو ترينداد)، أن المنهج الذي استخدمته المحكمة سالف الذكر في هذه المسألة كان غير مناسب<sup>(٤)</sup>، وأدى إلى جعل القانون الدولي شيئاً بالياً، بل أفصح عن تخلفه المتواصل أكثر من تطوره

(1) ICJ, 3 February 2006, *Armede Activities on the territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo/Rwanda)*, I.C.J. Reports 2006, p.32, Para, 64.

(2) ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State*, Para. 92-97.

(3) *Ibid.*, *Dissenting Opinion of Judge Cancado Trindade*, Para. 296.

(4) *Ibid.*, Para. 294.

المتواصل أو المستمر كما كان يتوقع أي شخص<sup>(١)</sup>. وأضاف أيضاً هذا القاضي المخالف سالف الإشارة إليه، أن منهج المحكمة في هذا الشأن قد أعطى مفاهيم غير كافية وغير مُقتنعة. وجديراً بالذكر، أن هذا القاضي المخالف هو الذي حثّ زملاءه أو اقترح على زملائه عنوان هذا المبحث: كلمات كلمات كلمات .... أين القيم<sup>(٢)</sup>؟

ويشير اختلاف القاضي سالف الذكر، في الواقع، تساؤلاتٍ عدةً حول الدور الذي يلعبه القاضي الدولي، أو الذي يتعين أن يلعبه في الفصل في القضايا المعروضة عليه، والتي تتضمن قواعدَ أمرة. وبصورةٍ أكثرَ أهميةً، فإنه قد طرح ابتداءً التساؤل الآتي: هل يحتاج القاضي الدولي اللجوءَ إلى منهجيةٍ معينةٍ إزاءَ تعرُّضه لقواعدَ أمرةٍ أكثرَ من القواعد الدولية الأخرى العادية. ويسوق بعض الفقهاء الحجة على سبيل المثال، بأن القاضي الذي يُطلب منه التعريفُ بالقاعدة الأمرة أو تطبيقها يتعين عليه أن يصبح مترجماً لمتطلبات التماسك أو التضامن الاجتماعي<sup>(٣)</sup>. وسوف تُقيّم هذه الدراسة، في حقيقة الأمر، مثل هذه الادعاءات، في ضوء تسبیب المحكمة لحكمها في قضية الحصانات القضائية للدولة، وكذا في ضوء الرأي المخالف للقاضي (ترينداد).

(1) Ibid.

(2) Ibid.

(3) Pierre-Marie DUPUY, "Le Juge et la Règle Générale". Revue générale de droit international Public, vol. 93, 1989, p. 597, Voir aussi, Catherine MAIA, "Le Juge international au Cœur du dévoilement du droit impératif: entre nécessité et prudence", Revue de droit international de sciences diplomatiques et politique, Vol. 83, 2005, p. 1-36.

## ١- القواعد الآمرة ومحكمة العدل الدولية:

القواعد الآمرة "Jus Cogens" هي، في الواقع، قواعدٌ قانونيةٌ دوليةٌ لا يجوز مخالفتها أو التحلل منها. وخلافاً للقواعد القانونية الدولية الأخرى، لا يمكن للدول أن تُنحِيَّها جانباً عن طريق خلق قواعدٍ معينة. وتُعرَّفُ المادة (٥٣) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، والتي تنص على أنه "تكون المعاهدة باطلة إذا تعارضت مع قاعدةٍ أمريةٍ من قواعد القانون الدولي العام"، مثل هذه القاعدة على أنها قاعدةٌ مقبولة ومعترفٌ بها من الجماعة الدولية ككلّ كقاعدةٍ لا يجوز مخالفتها، ولا يمكن تعديلها إلا من خلال قاعدةٍ دوليةٍ أخرى لاحقةٍ لها ذات الصفة أو الطابع.

ومما يجدر بنا ذكره، أنه قد اُنْتُقِدَ بشدّةٍ تعريفُ القاعدة الآمرة الوارد في المادة (٥٣) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ في كافة الأوساط القانونية؛ وذلك نظراً لصياغته غير المكتملة، وكذا طابعه الغامض وغير الضروري<sup>(١)</sup>.

وصرّحت، من جانبها، لجنة القانون الدولي بأن صياغة المادة المذكورة سلفاً لا تخلو من الصعوبات؛ نظراً لعدم وجود معيار بسيط يمكن من خلاله التعريف بقاعدة عامة للقانون الدولي على أنها ذات طابع أمر<sup>(٢)</sup>.

وقد لفت ممثلو دول عدة الانتباه أثناء إعداد اتفاقية فيينا ١٩٦٩ بشأن قانون المعاهدات إلى أن عدم وضوح ما يمكن أن يُعدَّ كقواعدٍ أمريةٍ قد يؤدي إلى إقامة

(1) Christos L. ROZAKIS, "The Concept of Jus Cogens in the law of treaties". Amsterdam, North-Holland Publishing, 1996, p.45; Bruno SIMMA, "From Bilateralism to Community Interest in International Law", Recueil des cours, Vol. 250, 1994, p.217-318, 286-287.

(2) ILC, Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, note 1, p.247-248.

ادّعاءات تحكيمية، بل قد يُضَعَفُ كليا استقراء قانون المعاهدات أو العلاقات الدولية بصورة عامة<sup>(١)</sup>.

وفي الوقت نفسه، أبَدَت بعض الحكومات ارتياحاً بشأن تطبيق المادة (٥٣) سالفة الذكر، ما لم يصاحب ذلك نظاماً مستقلاً للفصل في المنازعات المتعلقة بالتحديد الرسمي للقواعد التي تكون أمراً<sup>(٢)</sup>. ويُذكر، أن العديد منهم كان متردداً في قبول طريقة إجبارية لتسوية المنازعات المتعلقة بهذه القواعد<sup>(٣)</sup>. فضلاً عن ذلك، كانت للدول وجهات نظر مختلفة بشأن الآليات الممكنة لتسوية هذه المنازعات؛ ففي حين أيدت العديد من الدول محكمة العدل الدولية؛ بسبب مركزها القانوني كجهاز قضائي رئيس للأمم المتحدة، وكذا ممارساتها وإجراءاتها القائمة بصورة جيدة، وكونها تمثل الأنظمة القانونية الرئيسية والنماذج المختلفة للحضارة في العالم<sup>(٤)</sup>، نجد أن عدداً من بينهم عبّر

- 
- (1) UNCLOT, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the committee of the whole, First Session, Vienna 26 March- 24 May 1968, UN Doc. A/CONF. 39/11, p.312 (New Zealand); 324 (Monaco); UNCLOT), Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the committee of the whole, Second Session, Vienna, 9 April- 22 May 1969, UN-Doc. R/CONF. 39/Add. 1,p. 93-95 (France); 95-96 (Germany).
- (2) ILC, Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, note 1, p. 247-248.
- (3) UNCLOT, First Session, note 12, p.310 (Israel); 314 (Trinidad and Tobago).
- (4) UNCLOT, Second Session note 12, p.107 (Japan); 138-140 (India, insisting, at the same time, on States freedom to choose, whichever means of settlement they wished); 160 (Switzerland); 199 (Nepal).



عن عدم ثقته في المحكمة؛ بسبب عدم رضائه عن بعض أحكامها السابقة المثيرة للجدل<sup>(١)</sup>.

ويذكر، أنه قد أثيرت مناقشات ومجادلات حادة بشأن هذه المسائل كادت تُهددُ تَبْنِيَّ الاتِّفَاقِيَّةِ ككل<sup>(٢)</sup>. وقد توصل مؤيدو ومعارضو الآليات الوجوبية لتسوية المنازعات بصورة نهائية إلى حلٍّ وَسَطٍ وَرَدَ النَّصُّ عَلَيْهِ بِالمادَّةِ (٦٦/أ) من اتِّفَاقِيَّةِ فيينا لقانون المعاهدات ١٩٦٩. وَيَسْمَحُ هذا النَّصُّ لأَيِّ من الأطراف في نزاع ما بشأن تطبيق أو تفسير المادتين (٥٣ و ٦٤) بعرضه على محكمة العدل الدولية<sup>(٣)</sup>. وحتى الآن، فإن عملية عرض مثل هذا النزاع على محكمة العدل الدولية تُسَمُّ بالتعقيد، ناهيك عن أنها قد تستغرق أمداً طويلاً. ويكون اختصاص محكمة العدل الدولية بموجب المادة (٦٦/أ) من الاتِّفَاقِيَّةِ المذكورة هو الملجأ الأخير بعدما يعترض طرفاً على إخطار مكتوب بعدم الصحة أو عدم الشرعية يتم تقديمه من جانب طرفٍ آخَرَ في المعاهدة وفقاً للمادة (٦٥) من اتِّفَاقِيَّةِ فيينا لقانون المعاهدات. علاوةً على ذلك، لا يجوز عرض النزاع على محكمة العدل الدولية إلا إذا لم يتم تسويته بالوسائل المشار إليها في المادة (٣٣) من ميثاق الأمم المتحدة خلال (١٢) شهراً أو إذا لم يتفق الأطراف على عرض النزاع على التحكيم<sup>(٤)</sup>.

(1) UNCLOT, First Session, note p. 241 (Senegal); 300 (Sierra Leone); UNCLOT, Second Session p.288 (Democratic Republic of the Congo).

(2) Hélène Ruiz FABRI, "Article 66", in Olivier CORTEN, Pierre KLEIN, eds., "The Vienna Convention on the law of Treaties: A commentary", Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 1513- 1536, 1519- 1525.

(3) Article 64 of the VCLT provides that if a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates.

(4) See VCLT, Articles 65 and 66.

ونظراً لأن الدول لم تستشهد أو لم تدفع مطلقاً بالمادة (٦٦/أ)؛ لم تستطع محكمة العدل الدولية أن تمارس اختصاصها بموجب هذا النص. وفي أثناء الفصل في قضايا معروضة عليها استناداً إلى أسباب قانونية أخرى، عمدت المحكمة في الغالب إلى عمل إشارات غير مباشرة للقواعد الآمرة<sup>(١)</sup>. وفي القضايا التي كان يمكن فيها تناول المسألة، تجنبت محكمة العدل الدولية مواجهة الأمر؛ مما دفع بعض الفقهاء للتساؤل حول وجود إستراتيجية لتجنب التعرض للقواعد الآمرة العالمية من جانب المحكمة<sup>(٢)</sup>. فعلى سبيل المثال، في قضية الجرف القاريّ لبحر الشمال لاحظت محكمة العدل الدولية أنه يمكن عدم تطبيق القواعد الدولية في حالات معينة دون محاولة الدخول ابتداءً في مسألة القواعد الآمرة<sup>(٣)</sup>. وفي القضية الخاصة بأعضاء السلك الدبلوماسي والقنصلي الأمريكي في طهران، أشارت محكمة العدل الدولية إلى الطابع الأمر للالتزامات القانونية الخاصة بحرمة هؤلاء الأعضاء<sup>(٤)</sup>.

- (1) Vera GOWLLAND - DEBBAS, "Judicial Insights int Fundamental Values and Interests of the International Community", in Alexander S. MULLER, eds., "The International Court of Justice: Its Future Role after Fifty Years", The Hague, Martinus Nijhoff, 2011, p. 327 et s.
- (2) Catherine MAIA, "Le Juge international au Cœur du dévoilement du droit impératif", op.cit., p. 17 ; Andrea BIANCHI, "Human Rights and the Magic of Jus Cogens", European Journal of International Law, Vol. 22, 2013, p. 491.
- (3) ICJ, 20 February 1969, North Sea Continental shelf (Federal Republic of Germany/ Danemark; Federal Republic of Germany/ Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 42, Para. 72.
- (4) ICJ, 24 May 1980, Case Concerning United States Diplomatic and consular staff in Tehran (United States of America/ Iran), Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 41, Para. 88.

وفي القضية الخاصة بالأنشطة العسكرية وما وراء العسكرية في/ وضد نيكاراغوا، استشهدت المحكمة المذكورة بتصريح للجنة القانون الدولي يفيد بأن حظر استخدام القوة الوارد في ميثاق الأمم المتحدة يتعلق بالقواعد الآمرة، ولاحظت تأييد أطراف النزاع لذلك التكييف، ولكنها لم تتخذ أي موقف بشأن هذه المسألة<sup>(١)</sup>.

وفي رأيها الاستشاري بشأن شرعية التهديد أو استخدام الأسلحة النووية، أشارت المحكمة إلى مبادئ معينة للقانون الدولي العرفي لا يمكن مخالفتها أو تجاوزها، ولكنها لم تُشير إلى مدى اعتبار هذه المبادئ جزءاً من القواعد الآمرة من عدمه؛ وذلك لعدم إثارة الأطراف مسألة الطابع القانوني للقانون الإنساني الذي سيُطبق على استخدام الأسلحة النووية<sup>(٢)</sup>.

ومن اللافت للنظر بصورة كبيرة، أن محكمة العدل الدولية قد أشارت في رأيها الاستشاري الصادر بشأن بناء حائط في الإقليم الفلسطيني المحتل إلى العواقب أو النتائج الوخيمة التي تترتب على الانتهاك الجسيم للقواعد الآمرة، وذلك وفقاً للمادة (٤١) الفقرة الأولى والثانية من مشروع قانون لجنة القانون الدولي بشأن مسؤولية الدول، وإن كانت قد امتنعت عن الاعتراف صراحةً بالطابع الآمر للقواعد المنتهكة<sup>(٣)</sup>.

(1) ICJ, 27 June 1986, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua/ United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 100, Para. 190.

(2) ICJ, 8 July 1996, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 257, Para. 70; p. 258, Para. 83.

(3) ICJ, 9 July 2004, Legal consequences of the Construction of a wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 200, Para. 159.

وَتُعَدُّ قَضِيَّةُ الْأَنْشِطَةِ الْمُسَلَّحَةِ الَّتِي تَمَّ الْبَتُّ فِيهَا فِي عَامِ (٢٠٠٦) هِيَ الْأُولَى الَّتِي أَشَارَتِ الْمَحْكَمَةُ بِشَأْنِهَا إِلَى بَعْضِ الدَّلَالَاتِ الْقَانُونِيَّةِ لِلْقَوَاعِدِ الْأَمْرَةِ الدَّوْلِيَّةِ. وَقَضَتْ بِأَنَّ مَجْرَدَ الْأَدْعَاءِ بِأَنَّ النِّزَاعَ يَتَعَلَّقُ بِالْإِتِّزَامِ بِقَاعِدَةِ أَمْرَةٍ، لَا يَنْهَضُ بِذَاتِهِ أَسَاسًا لِإِخْتِصَاصِ الْمَحْكَمَةِ بِنِظَرِ النِّزَاعِ<sup>(١)</sup>. وَعَلَى وَجْهِ الْخُصُوصِ، أَعْلَنَتِ الْمَحْكَمَةُ ذَاتَهَا، بِأَنَّ حَظْرَ الْإِبَادَةِ كَانَ أَمْرًا بِلَا رَيْبٍ، وَلَكِنهَا لَمْ تَتَنَاوَلَ بِصُورَةٍ إِضَافِيَّةٍ، كَيْفَ اكْتَسَبَتِ الْقَاعِدَةُ هَذَا الطَّابِعَ<sup>(٢)</sup>؟

وَفِي قَضِيَّةِ الْأَنْشِطَةِ الْعَسْكَرِيَّةِ، صرَّحتِ الْمَحْكَمَةُ بِأَنَّ الْقَاعِدَةَ الَّتِي تَحْظُرُ الْإِبَادَةَ تَنْتَمِي إِلَى الْقَوَاعِدِ الْأَمْرَةِ الْخَاصَّةِ بِتَطْبِيقِ اتِّفَاقِيَّةِ مَنَعِ وَعِقَابِ جَرِيْمَةِ إِبَادَةِ الْجِنْسِ الْبَشَرِيِّ<sup>(٣)</sup>.

## ٢- الْقَاضِي الدَّوْلِي وَالْقَوَاعِدُ الْأَمْرَةُ: تَقْيِيمٌ

### أ- هَلِ الْقَاضِي الدَّوْلِي ضَرُورَةٌ لِلْقَوَاعِدِ الْأَمْرَةِ ؟

أَخْفَقَ هَجْرُ اسْتِخْدَامِ الْمَادَّةِ (٦٦) مِنْ جَانِبِ مَحْكَمَةِ الْعَدْلِ الدَّوْلِيَّةِ، وَكَذَا تَرَدُّدُهَا فِي أَنْ تَعْلَنَ عَنْ مَوْقِفِهَا إِزَاءَ الْقَوَاعِدِ الْأَمْرَةِ، تَوَقَّعَاتِ الْعَدِيدِ مِنَ الْقَائِمِينَ عَلَى صِيَاغَةِ اتِّفَاقِيَّةِ فَيِينَا لِقَانُونِ الْمَعَاهِدَاتِ لِعَامِ ١٩٦٩، لَا سِيْمَا أَنَّهُمْ اعْتَبَرُوا أَنَّ الْفَصْلَ فِي الْمَنَازَعَاتِ الدَّوْلِيَّةِ يُعَدُّ جَوْهَرِيًّا لِتَحْدِيدِ مَفْهُومِ الْقَوَاعِدِ الْأَمْرَةِ.

(1) ICJ, 3 February 2006, Armed Activities on the territory of the Congo (New Application: 2002), (Democratic Republic of the Congo/Rwanda), I.C.J., Reports 2006, p. 32, Para. 64

(2) Ibid.

(3) ICJ, 26 February 2007, Application of The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina/ Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 111, Para. 161.

وصرّح العديد من الفقهاء بضرورة القضاة الدوليين بالنسبة للقواعد الآمرة، وأنّ تدخّلهم سوف يكون مطلوباً منطقياً بموجب هذه القواعد<sup>(١)</sup>. وتتطلب مثل هذه التصريحات، في الواقع، مراجعة دقيقة للأسباب التي تدفع القاضي الدولي لأن يلعب مثل هذا الدور الحيويّ إزاء القواعد الآمرة.

ويبدو أن الفصل أو القضاء في المنازعات الدولية بات أمراً ضرورياً بادئ ذي بدءٍ للتعريف بالقواعد الآمرة. فعلى خلاف الأنظمة القانونية الوطنية، لا يعتمد النظام القانوني الدولي على سلطة تشريعية مركزية في خلق قواعده، سواء أكانت أمراً أم غير ذلك. ومن هنا، تلعب المحاكم الدولية دوراً حيوياً في التعريف بهذه القواعد أو هذا النظام القانوني. وتعدّ المادة (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية المصادر الرسمية للقانون الدولي، وهي: المعاهدات الدولية والعرف الدولي والمبادئ العامة للقانون.

وباستثناء المعاهدات الدولية، لا تُنشئ المصادر الرسمية للقانون الدولي قواعد يمكن تحديدها أو التعريف بها. ومن هنا، يلعب القضاة الدوليون دوراً جوهرياً للوصول إلى مثل هذا التعريف أو التحديد، وذلك عن طريق الكشف عن وجود ممارسات مستقرة للدول، أو من خلال إجراء تحليلٍ مقارنةٍ للأنظمة القانونية لدولٍ مختلفة من أجل استخلاص المبادئ المشتركة بين هذه الأنظمة ونقلها إلى القانون الدولي. وكما ذكر أحد الفقهاء أنه توجد حاجة ملحة لمثل هذا التحديد أو التعريف من جانب القاضي، لا

(1) Pierre- Marie Dupuy, "Le Juge et la règle générale", op.cit., p. 594 ; Voir aussi, Antonio CASSES, "For an Enhanced Role of Jus Cogens", in Antonio CASSES, ed., "Realizing Utopia: The Future of International Law", Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 158- 171, 169.

سيما في حالة التطبيق العالمي لأيّ قانونٍ وضعي<sup>(١)</sup>. وفي أثناء الفصل في القضايا، سوف يُعرّف القضاة الدوليون القواعد التي تُعدّ أمرّة.

وجدير بالذكر، أن القواعد الأمرّة تؤسس نظاماً هرمياً بين القواعد الدولية: فعلى خلاف القواعد العادية، تعجز قدرات الدول على سنّ أو صناعة القوانين الخاصة بحماية القيم أو المصالح التي تحميها تلك القواعد<sup>(٢)</sup>. وحال تحديد أو تعريف القضاة للقواعد الأمرّة، يتولون- فيما بعد- توضيح أيّ القواعد الأعلى التي تُطبق أو تعمل في النظام القانوني الدولي، وهكذا، فإنهم يسهمون في الحفاظ على ترابطها المعياري.

وعلى ضوء التعريف الوارد بالمادة (٥٣)، سوف يتولى القضاة الدوليون التعريف بالقوانين في مرحلتين مختلفتين من التحليل: أولاً: التعريف بمسألة: هل إحدى عمليات سنّ القوانين الخاصة بالقانون الدولي قد أقامت قواعد للقانون الدولي العام أم لا؟ ثانياً: التعريف بمسألة: هل تمخض عن إحدى هذه العمليات قبولاً واعترافاً المجتمع الدولي بعدم مخالفة هذه القواعد؟

(1) Donald H. REGAN, "International Adjudication: A Response to Paulus- Courts, Custom, Treaties, Regimes, and the WTO", op.cit., p. 241.

(2) As explained by the ILC, A rule of international law may be superior to other rules on account of the importance of its content as well as the Universal acceptance of its superiority. This is the case of peremptory norms of international law (Jus Cogens, article 53 VCLT), That is, norms accepted and recognized by the international Community of States as a whole from which no derogation is permitted, ILC, Report on the work of its fifty- eighth Session (2006), A/61/10, "Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International law: Difficulties arising from the diversification and expansion of International Law", Para. 32.

ويثير دورهم في التعريف بالقواعد الآمرة مسألة: هل يجوز للقضاة الدوليين التعريف فقط بالقواعد الآمرة أم يجوز لهم أيضاً العمل على تطوير أو حتى خلق قواعد آمرة جديدة؟ فطبقاً للمادة (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، فإن الإجابة سوف تكون سلبية؛ أولاً: لعدم الاعتداد بأحكام القضاء كأحد المصادر الرسمية للقانون الدولي، ولكنها تُستخدم فقط كمصادرٍ مُعَاوَنَةٍ تُساعد في تحديد القواعد القانونية. ثانياً: أن المحاكم تؤتمن فقط على تطبيق القواعد التي تقيمها الدول، والتي سنظل (أي الدول) المشرع الرئيس للقانون الدولي، الذي يعارض بصورة حاسمة أي استيلاء على تلك السلطة التشريعية من جانب القاضي الدولي<sup>(١)</sup>.

وقد أكد ذلك أحد ممثلي الدول، حينما صرح أنه أثناء إعداد اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩، رفض بشدة السماح لمحكمة العدل الدولية بأن تمارس اختصاصاً وجوبياً بشأن المنازعات المتعلقة بالقواعد الآمرة؛ وذلك خشية أن تصبح بذلك نوعاً من سلطة تشريعية دولية، أي مشروع دولي<sup>(٢)</sup>. ومن هنا، فإنه أثناء ممارسة وظيفتها القضائية، تتحقق فقط المحاكم الدولية من وجود القواعد الآمرة، ولكن لا تُنشئ مثل هذه القواعد. وتكتسي هذه الأخيرة بالطابع الأمر من خلال قبول واعتراف المجتمع الدولي ككل. وحتى يُفوض هذا الأخير غيره في سلطته الخاصة بسن القوانين الآمرة، لا يجوز لجهة قانونية من تلقاء نفسها أن ترفع قاعدة ما إلى مصاف القواعد الآمرة.

(1) Pierre- Marie DUPUY, "Le Juge et la règle Générale", op.cit., p. 596.

(2) UNCLOT, Second Session, Vienna, 9 April 22 May 1969, UN Doc. A/ CONF. 39/ 11/Add. 1, p. 93- 95 (France); 95- 96 (Germany).

وبينما تقتصر وظيفة المحاكم الدولية على تسوية المنازعات الدولية بموجب قواعد القانون الدولي، يشهد الواقع العملي بغير بذلك؛ إذ تتطلب التسوية القضائية للمنازعات الدولية أكثر من التطبيق الآلي لقواعد قائمة سلفاً، ففي التعريف بالقواعد القانونية وتفسيرها، يُسهم القاضي الدولي بصورة حتمية في تطور القانون<sup>(١)</sup>.

وكما بيّن أحد الفقهاء، فحتى لو وجب علينا أن نرى محكمة العدل الدولية على أنها تسهر على تطبيق القواعد القانونية القائمة المعترف بها أو مبادئ القانون، فإنها تُنشئ - بمقتضى ذلك وبالضرورة - قانوناً، وذلك تحت مظلة التطوير أو التكيف أو التعديل أو ملء الثغرات أو التفسير أو التوجه في مسار جديد<sup>(٢)</sup>. وبينما أعلنت محكمة العدل الدولية أنها ليست جهة تشريعية<sup>(٣)</sup>، يستدل على البعد الخاص بسنّ القوانين من خلال وظيفتها الإفتائية، لا سيما رأيها الاستشاري الصادر بشأن مشروعية التهديد أو استخدام الأسلحة النووية<sup>(٤)</sup>، فبينما تعرض محكمة العدل الدولية أن وظيفتها القضائية العادية تنحصر في التحقق من وجود القواعد الدولية<sup>(٥)</sup>، تعترف بأنه في بيان

- (1) Armin Von BOGDANDY and Ingo VENZKE, "On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking", German Law Journal, Vol. 12, 2011, p. 1341- 1370; Emmanuelle JOUANNET, "La notion de Jurisprudence internationale en Question", op.cit., p. 343.
- (2) Robert. Y. JENNINGS, "The Judicial Function and the Rule of Law in International Relations", in International law at the time of its Codification, Essays in Honor of Roberto Ago, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1987, p. 139- 151.
- (3) ICJ, 13 July 1966, South West Africa (Ethiopia/South Africa; Liberia/South Africa), Judgment, I.C.J. Reports 1966, p. 43, Para. 80.
- (4) ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, p. 237, Para. 13.
- (5) ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, p. 106- 107, Para. 202.



وتطبيق القانون، يتعين على المحكمة بالضرورة أن تُحدّد نطاقه، وأحياناً تلاحظ اتّجاهه العام<sup>(١)</sup>.

وإضافة إلى التعريف بالقواعد الآمرة، يلعب القاضي الدولي دوراً مهماً بخصوص تنفيذ تلك القواعد. فلمواجهة الانحرافات، يُقدّم القاضي الدولي على تنفيذ الأثر المُبطل للقواعد الآمرة، وذلك من خلال إعلان القواعد المخالفة بأنها باطلة. وهذه المسؤولية، في الواقع، تكون مهمة للغاية<sup>(٢)</sup>. وعندما يقوم القضاة بتنفيذ الأثر المُبطل للقواعد الآمرة، تسهم بذلك المحاكم الدولية في بناء الوضع الهرمي الأعلى للقواعد الآمرة<sup>(٣)</sup>.

#### ب- القاضي الدولي كمرجم لمتطلبات التماسك أو التضامن الاجتماعي:

سأطّ الجرز السابق من الدراسة الضوء على دور القاضي الدولي المهمّ بخصوص القواعد الآمرة. آخذين في الاعتبار الوضع الخاصّ لهذه القواعد، فقد أعلن أحد الفقهاء، أنه عندما يحكم القاضي الدولي بناءً على القواعد الآمرة، فإنه يصبح مترجماً لمتطلبات التضامن أو التماسك الاجتماعي. ويُعدّ رأي محكمة العدل الدولية في

(1) ICJ, 12 October 1984, Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/ United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 288- 290, Para. 70.

(2) Armin Von BOGDANDY; Marc JACOB, "The Judge as Law- Maker: Thoughts on Bruno Simma's Declaration in the Kosovo Opinion", in Ulrich FASTENRATH, eds., "From Bilateralism to Community Interest", Essays in Honour of B. SIMMA, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 809- 824, 810.

(3) Tom GINSBURG, "Bounded Discretion in International Judicial Law-Making", Virginia Journal of International Law, Vol. 44, 2005, p. 666.

قضية الحصانات القضائية للدولة مع نقد القاضي (ترينداد) لمنهج الأغلبية أساساً واضحاً يعكس ذلك<sup>(١)</sup>.

ففي القضية سالفة الذكر، طُلبَ من محكمة العدل الدولية تحديد ما إذا كانت إيطاليا قد تقاعست عن احترام الحصانة القضائية لألمانيا من عدمه، وذلك عندما سمحت برفع الدعاوى المدنية- التي تطلب جبر الأضرار التي أحدثتها انتهاكات القانون الدولي الإنساني والتي ارتكبت أثناء الحرب العالمية الثانية- ضدها أمام المحاكم الإيطالية؛ فتلك هي المرة الأولى التي كانت فيها القواعد الآمرة هي إحدى المسائل الأساسية في النزاع أمام محكمة العدل الدولية<sup>(٢)</sup>، وقد دفعت إيطاليا بأن القواعد التي انتهكتها ألمانيا كانت ذات طابع آمر. ونظراً لأن القواعد الآمرة تُرجَّحُ على كافة قواعد القانون الدولي الأخرى؛ كان يجب أن تُنحَى جانباً القواعد التي كانت تسمح لألمانيا بالدفع بالحصانة القضائية<sup>(٣)</sup>.

ومما يجدر بنا ذكره، أن محكمة العدل الدولية كانت قد رفضت كل الأسانيد والحجج القانونية لإيطاليا في القضية، بما في ذلك الادعاء المتعلق بالقواعد الآمرة؛ فبافتراض أن القواعد القانونية للنزاع المُسلَّح التي تحظر القتل العمدي للمدنيين في الإقليم المحتل، وترحيل السكان المدنيين إلى عمل العبيد، وترحيل سجناء الحرب إلى عمل العبيد، هي قواعد آمرة، فإنه لا يوجد تعارضٌ بين هذه القواعد وتلك المتعلقة بحصانة الدولة<sup>(٤)</sup>.

(1) Pierre- Marie Dupuy, "Le Juge et la règle Générale", op.cit., p. 594.

(2) ICJ, Jurisdictional Immunities of the State, Para. 92.

(3) Ibid., Para. 93.

(4) Ibid.

وقد أعلنت المحكمة من جانبها أن مجموعتي القواعد تتناول مسألتين مختلفتين:

تلك القواعد الخاصة بحصانة الدولة، وهي إجرائية في طابعها، ومقصورة على تقرير هل يجوز لمحاكم دولة ما أن تمارس الاختصاص بخصوص دولة أخرى أم لا، ولكنها لا تتناول مسألة: هل السلوك الذي رُفعت الإجراءات بشأنه كان مشروعاً أو لا؟ وتدعيماً لحكمها، لاحظت محكمة العدل الدولية أن أحكام المحاكم الإيطالية التي باشرت الإجراءات ضد ألمانيا كانت فقط هي أحكام المحاكم الوطنية التي كانت قد قبلت الادعاء بأن للقواعد الأثرة أثراً في إزاحة حصانة الدولة الأجنبية، وأن التشريع المحلي بشأن حصانة الدولة، والمشار إليه بواسطة الأطراف، قد جاء خلواً مما يجعل الحصانة محدودة في الحالات التي يُحتج فيها بانتهاك القواعد الأثرة.

## المبحث الرابع

### القاضي الدولي والضرورات العسكرية

#### تمهيد:

الضرورة العسكرية هي مفهومٌ متعدد المعاني، الأمر الذي يثير العديد من التساؤلات، لاسيما فيما يتعلق بتطبيقه من جانب القاضي الدولي. والفكرة التي مفادها أنه يتعين أن تُغلب المصالح العسكرية في ظروفٍ معينةٍ على مصالح إنسانيةٍ معينة، وإن كانت ضرورية من الناحية المنطقية لأيّ تنظيمٍ قانونيٍّ للنزاعات المسلحة، إلا إنها تثير صعوباتٍ جمة، فيما يتعلق بشرعية القاضي الدولي، وكذا شرعية النظام المعياري الدولي<sup>(١)</sup>.

وتهدف هذه الدراسة إلى فحص هذه التساؤلات، واقتراح بعض الطرق للحدّ من خطر نزع الشرعية. وبعد إبداء بعض الملاحظات على مبدأ الضرورة العسكرية في القانون الدولي الإنساني، سوف نتعرض لدور القاضي الدولي في تطبيقه، وما سيواجهه من صعوباتٍ في هذا الشأن.

#### ١- مفهوم الضرورة العسكرية في القانون الدولي الإنساني:

يُمْكِنُ تلخيص مبدأ الضرورة العسكرية في الحدّ الأقصى الذي لا تَسْمَحُ فيه تلك الضرورة إلا بممارسة أعمال العنف الضرورية فوراً لهزيمة العدو، وبالقدر الذي لا

(1) Mohamed SHAHABUDEEN, "The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia: The third Wang Tieya Lecture", Chinese Journal of International Law, Vol. 11, 2016, p. 27.

يكون محظوراً بموجب قواعد القانون الدولي الأخرى واجبة التطبيق. ووفقاً لمدونة (ليبير) لعام ١٨٦٣، تعني الضرورة العسكرية، كما تفهمها اليوم الأمم المتحدة، "ضرورة اتخاذ التدابير والإجراءات اللازمة لتحقيق أهداف الحرب، بما يتفق وقوانين وأعراف الحروب"<sup>(١)</sup>.

ويتضمن هذا المبدأ العام للقانون الدولي الإنساني، وظيفة "إرادية" أو "مبررة" ووظيفة "محددة" أو "محرمة"<sup>(٢)</sup>. ومن الواضح أن الوظيفة المحددة تكون مرتبطة بالوظيفة الإرادية، هذا ما لم يتم إفراغ المبدأ من معناه؛ فإذا غلّبت الدول هذا المبدأ لتبرير أعمالها العسكرية، فإن ذلك يعني أن الأفعال غير الضرورية تكون محظورة أو ممنوعة.

وفي ظل عدم وجود تعريفٍ محددٍ لهذا المبدأ، وقد تم تجسيد المبدأ أثناء عملية تقنين قواعد القانون الدولي الإنساني، يتساءل - بل يشكك - البعض اليوم في وجود نطاق مستقل لهذا المبدأ. وهل تستنفد القواعد الخاصة نطاق المبدأ؟ مع الأخذ في الاعتبار، أن التدرُّع بهذا المبدأ ما زال ممكناً؛ إما لتبرير التدابير التي قد تكون ضرورية على الرغم من تحريمها (نظريات كريجسريزون)<sup>(٣)</sup>، وإما لتحريم التدابير التي تكون غير ضرورية عسكرياً، ولا تجيزها أيُّ قاعدة خاصة (نظرية الوظيفة المحددة المستقلة

- 
- (1) D. SCHINDLER, "Droit des conflits armés : Recueil des conventions, résolutions et autres documents", Genève, CICR/Institut Henri-Dunant, 1996, p. 6.
- (2) Alberico GENTILI, "The classics of International Law", Oxford/Londres, Clarendon, 1997, p. 142.
- (3) William V. O' BRIEN, "The Meaning of Military Necessity in International Law", World Polity, Vol. 41, 1997, p. 128.

للمبدأ<sup>(١)</sup>. نظرية كريجسريزون، والتي لم تحزْ على الأغلبية في الفقه، اجتاحت بشكل قاطع من جانب القضاء الجنائي في وقتٍ لاحقٍ على الحرب العالمية الثانية<sup>(٢)</sup>. وتظل النظرية الثانية محلَّ نزاعٍ ونقاشٍ أو تبقى مثيرةً للجدل؛ وذلك بسبب حالة عدم اليقين الذي يحيط بدور شرط (مارتنز) في هذا الصدد<sup>(٣)</sup>.

على أيّة حال، استمر مبدأ الضرورة العسكرية، فضلاً عن مبدأ دستورية القانون الدولي الإنساني ومبدأ الإنسانية<sup>(٤)</sup>، في أن يلعب دوراً مهماً باعتباره يمثل روح القانون أو الحق، ويُعبر عن قواعدٍ أكثر واقعية<sup>(٥)</sup>. وفي كل الأحوال، يجب أخذ هذا المبدأ في الحسبان عند تفسير وتطبيق القواعد التي يدخل فيها أو يمتزج بها.

- 
- (1) Robert KOLB, "La nécessité militaire dans le droit des conflits armés- Essai de clarification conceptuelle", in SFDI, dir., "La nécessité en droit international", colloque de Grenoble, Paris, Pedone, 2009, p. 157.
  - (2) Voir, Trail of Wilhelm List and Others, Nuremberg, 8 July 1947 to 19 February, 1948 (The Hostages Trial), Vol. VIII, p. 67.
  - (3) Marco SASSOLI, "Geneva Conventions: A Commentary", Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 16.
  - (4) Robert KOLB, "La nécessité dans le droit des conflits armés- Essai de clarification conceptuelle", art. préci., p. 158.
  - (5) Gabriella VENTURINI, "Necessity in the law of armed conflict and in international law", Netherlands Yearbook of International Law, Vol. 44, 2013, p. 49.

وفي إطار قواعد القانون الدولي الإنساني<sup>(١)</sup>، يتجلى المبدأ على سبيل المثال من خلال مفهوم الهدف العسكري. وكذلك، عندما أعطت المادة (٢/٥٢) من البروتوكول الإضافي لاتفاقيات جنيف المؤرخة في ١٢ أغسطس ١٩٤٩ والتي تتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة الدولية والذي تم اعتماده في ٨ يونيو ١٩٧٧، تعريفاً للأهداف العسكرية. ويُذكر، أن النص قد حدّد بدقة في أيّ الظروف أو الأحوال يكون من الضروريّ عسكرياً مهاجمة جسم أو موقع العدو. وبالمثل، عندما توازن المادة (٥١) من البروتوكول الأول الإضافي حماية الممتلكات والمدنيين مع الميزة أو الغنم العسكري الملموس والمباشر والمتوقع من الهجوم أو المرتقب من العدوان. وإذا كانت الضرورة العسكرية "ضرورية" بما فيه الكفاية، تُعدّ بعض الأضرار الطبيعية والمادية التي لا مفرّاً منها مقبولة قانوناً، وذلك إذا كانت قد اتُّخذت جميع الاحتياطات الممكنة لتجنب هذا الخطر أو على الأقلّ الحد منه<sup>(٢)</sup>.

من هذا المنظور، يمكن اعتبار الضرورة العسكرية ومفهوم الميزة العسكرية أو الغنم العسكري بمثابة وقائع قانونية "تقييمية". ولا يمكن تقديرها إلا من خلال الرجوع

(١) بخصوص القانون الدولي الإنساني، راجع: أ.د/ الشافعي محمد بشير، "قانون حقوق الإنسان- مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية"، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٢٧٥- ٢٨١؛ أ.د/ أحمد أبو الوفا، "النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني في القانون الدولي والشريعة الإسلامية"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٢٤١؛ أ.د/ مصطفى أحمد فؤاد، "القانون الدولي العام- الإطار العام للقانون الدولي الإنساني"، دون ناشر، ٢٠١٦، ص ٣٤٥؛ أ.د/ حازم عتلم، "قانون النزاعات المسلحة- المدخل والنطاق الزمني"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٤٣٥؛ أ.د/ سعيد سالم جويلي، "المدخل لدراسة القانون الدولي الإنساني"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٤٠١؛ أ.د/ سعيد سالم جويلي، "تنفيذ القانون الدولي الإنساني"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٢٤٥؛ أ.د/ محمد مصطفى يونس، "ملاحم التطور في القانون الدولي الإنساني"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩؛ أ.د/ حسام أحمد هندأوي، "التدخل الدولي الإنساني"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.

(2) Voir, Article 57, p. A.I.

إلى اعتباراتٍ خارج القانون، مثل "العلم" أو "الفن العسكري" أو "الاعتبارات الأخلاقية والأدبية"<sup>(١)</sup>.

ويضاف إلى ذلك، أنه يتم استخدام هذا المصطلح لوصف الحقيقة القانونية التي يمكن تمييزها في حد ذاتها عما يمكن أن يُطلقَ عليه "الحقيقة السابقة على المحاكمة أو السابقة على الحكم"، والتي قد تُسببُ بعض الغموض أو الحيرة<sup>(٢)</sup>.

ويتجلى هذا المبدأ أيضاً في الظروف الاستثنائية أو في تخفيف حدة بعض قواعد الحظر أو المنع كما في حالة، على سبيل المثال، حظر تدمير ممتلكات العدو، "ما لم يكن هذا التدمير أو الاستيلاء مما تحتمه ضرورات الحرب" (المادة ٢٣ من النظام الملحق باتفاقية لاهاي الرابعة المؤرخة في ١٨ أكتوبر ١٩٠٧ والمتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية). وتعدُّ هذه الأحكام أو النصوص بمثابة استثناءاتٍ على القواعد العامة، ومن الأفضل أن يتم تفسيرها بدقة<sup>(٣)</sup>. وقد وُضعت وطوّرت المعايير التالية في القضاء والفقهاء، لتحديد ما إذا كان التدرُّع بشروط الاستثناء يتفق مع حسن النية ويقبل الاحتجاج به في مواجهة الغير<sup>(٤)</sup>:

(1) Jean SALMON, "Le fait dans l'application du droit international", Recueil des Cours, Vol. 175, 1982, p. 274 ; Sarah CASELLA, "La nécessité en droit international : De l'état de nécessité aux situations de nécessité", Leiden/ Boston, Martinus Nijhoff, 2011, p. 93.

وبخصوص حالة الضرورة في القانون الدولي العام، راجع: أ.د/ مصطفى أحمد فؤاد، "فكرة الضرورة في القانون الدولي العام"، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٨، ص ١٢٣.

(2) Robert KOLB, "La nécessité militaire dans le droit des conflits armés- Essai de clarification conceptuelle", art. préc., p. 155.

(3) Affaire des biens Britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-(uni), 1<sup>er</sup> mai 1925, R.S.A., Vol. II, p. 632.

(4) Nobuo-HAYASHI, "Requirements of military necessity in international Humanitarian law and international criminal law", Boston University International Law Journal, Vol. 30, 2012, p. 67.



- (١) وجود حالة الضرورة: وهو ما يمكن أن ينطوي على فكرة السرعة أو الاستعجال.
- (٢) قدرة التدبير على الوصول إلى الهدف وإقامة علاقة موضوعية أو معقولة بين التدبير والهدف المنشود.
- (٣) اختيار أقل الوسائل ضرراً<sup>(١)</sup>.
- (٤) التناسب بين الضرر الناجم والميزة العسكرية المقصودة<sup>(٢)</sup>.
- (٥) تطابق الأهداف المتوخاة مع قواعد القانون الدولي الإنساني.

وفقاً لذلك، لا بد من الاعتراف بأن المبدأ، إذا كان يهدف إلى حظر العنف غير الضروري، يهدف، أيضاً، إلى تبرير بعض حالات الدمار أو الخراب "الضروري"<sup>(٣)</sup>، والرعب أو الهلع الذي ينتج عن الأعمال العدائية المشروعة لدى المدنيين<sup>(٤)</sup>. وتتضمن هذه الوظيفة المتساهلة للمبدأ، والتي يتم تجاهلها أحياناً من جانب الفقه المعاصر<sup>(٥)</sup>، جوانب متناقضة وغريبة أو غير معقولة، وذلك في الحالات التي تتعارض فيها مع بعض الأفكار المشتركة بشأن وظيفة أي نظام قانوني. وقد اثبت القانون الدولي

- (1) Robert KOLB, "Note sur l'émergence d'une maxime de l'utilisation du moyen le moins fort en droit international public", *Revue belge de droit international*, no. 4, 2008, p. 605.
- (2) Voir, TPIY, 29 Juillet 2004, le procureur c. Tihomir Blaskic, Jugement, Chambre d'appel, IT- 95- 14- A, Para. 109.
- (3) Voir, In Re Esau, ILR, Vol. 16, p. 483.
- (4) Voir, TPIY, 30 novembre 2006, le procureur C. Stanislav-Galic, arrêt, Chambre d'Appel, IT- 98-29- A, Para. 103.
- (5) Nobuo HAYASHI, "Requirements", art préc., p. 42 et pp. 55- 57.

الإنساني منذ وقتٍ طويلٍ بسبب ممارسته وظيفته إضفاء الشرعية على العنف. وباختصار، ووفقاً لما ذكره هؤلاء النقاد، سيكون القانون الدولي الإنساني أكثرَ ضرراً إذا كان ما يخول القيام به أكثرَ مما يحرمه<sup>(١)</sup>. وقد هاجم النقادُ بشكلٍ خاصٍّ مفاهيم الضرورة العسكرية والأضرار الجانبية، والتي وصفها الأستاذ (بروتونس) بأنها "قناع الجريمة"<sup>(٢)</sup>.

وإذا كانت هذه الانتقادات مفرطة، وتودّي في بعض الأحوال إلى رفض جذريٍّ وخطير للقانون الدولي الإنساني، فلا ينبغي أن نرفضها على وجه السرعة باعتبارها لا أساس لها من الصحة.

خلاصة القول، أن هؤلاء النقاد يتجاهلون أحياناً أن شرعية العنف ستظلُّ تعتمدُ على عواملٍ أخرى، يأتي على رأسها ضرورة احترام قاعدة "القانون ضد الحرب". وعلى المستوى القانوني البحت، يجب رفض النظرية التي من شأنها أن تضيف الشرعية على استخدام العنف. ولكن بالنظر إلى ضعف تنفيذ قاعدة "القانون ضد الحرب"، فمن الصَّعب إنكار وجود الحالة الفعلية لهذه الوظيفة الشرعية للمبدأ. والحالة هذه، يمكن أن يقود القاضي، حتى على الرغم من نفسه، إلى الإسهام في هذه الممارسات بسبب القيود المفروضة على اختصاصاته القضائية.

(1) Roger NORMAND, "The Legitimation of Violence: A Critical History of the laws of war", Harvard International Law Journal, Vol. 45, 2004, p. 95.

(2) Antonio REMIRO BROTONS, "Article analysis of the Gulf War", Harvard International Law Journal, Vol. 50, 2009, p. 416.

**٢- غياب القاضي: الأسباب الذاتية للمبدأ:**

تظلُّ الإشارة إلى مبدأ الضرورة العسكرية في أحكام القضاء الأخيرة قليلة، وذلك إذا ما تم استثناء المجال الجنائي، والذي ساعد، مع ذلك، في الماضي، في توضيح عددٍ كبيرٍ من المسائل أو الموضوعات<sup>(١)</sup>. غير أن القضاء الجنائي لم يُطوّر، بما فيه الكفاية، المعايير المُطبَّقة على أحكام الاستثناء. وفي معظم الحالات، كان يمكن رفضُ الحجة بسهولةٍ دون الدخول في تفاصيل تطبيق النصوص ذات الصلة. يضاف إلى ذلك، في الرأي الاستشاري حول الجدار الفاصل، اجتاحت محكمة العدل الدولية حجة الضرورة العسكرية<sup>(٢)</sup>.

ومع ذلك، كانت الإشارات إلى المبدأ أكثرَ تواتراً في قضاء التحكيم في القرنين التاسع عشر والنصف الأول من القرن العشرين، وذلك كما يتضح من عددٍ من قرارات لجان التحكيم المختلطة المسئولة عن الفصل في قضايا التعويضات لصالح بعض الرعايا الأجانب، لا سيما في أعقاب حرب الانفصال، والتدخل الفرنسي في المكسيك والحرب الفرنسية البروسية من عام ١٨٧٠ إلى عام ١٨٧١<sup>(٣)</sup>.

(1) Karine BANNELIIR, "L'argument de la nécessité dans les procès ayant suivi la seconde Guerre mondiale", in SFDI, dir., "La nécessité en droit international", art. Préc., p. 311- 323.

(2) CIJ, 9 July 2004, Conséquences Juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis Consultatif, C.I.J. Recueil 2004, p. 193, Para. 137.

(3) Voir, notamment les cas de destruction de propriété privée in Bassett MOORE, "History and digest of the international Arbitrations to which the United States has been a party, Vol. IV, Chapter LXV, Washington D.C., Government Printing office, 1998, p. 3677 et s.

وفي مواجهة مطالبات بعض الدول بإقامة قضاءٍ خاصٍّ بضروراتها العسكرية، اتخذ المحكمون في كثيرٍ من الأحيان موقفاً مؤمناً، رافضين ممارسة الرقابة القضائية على القرارات التي اتخذها القادة العسكريون، كما كان الحال في الماضي، في قضية الممتلكات البريطانية<sup>(١)</sup>.

غير أن محاكم التحكيم لم تقبل هذه الادعاءات على نحوٍ سلبيٍّ، وكثيراً ما أعلنت عن موقفها تجاه الظروف التي تجعل تدمير أو حجز أو مصادرة الممتلكات الخاصة من قبيل الضرورات العسكرية<sup>(٢)</sup>. وفي بعض القضايا، لم تتردد المحاكم أو بعض أعضائها في الحكم بأن الأضرار التي حدثت لم تكن مبررةً، على الأقل عندما يبدو بوضوح أن التدمير تعسفي<sup>(٣)</sup>. هذه المحاكم المعنية لم تدرس فقط مجرد قدرة التدبير على تحقيق الغرض المنشود منها، ولكن أيضاً أعلنت عن موقفها بخصوص التناسبية أو الغرض من التدبير. وبعد التأكد من أن المبرر الوحيد الممكن لإقدام فنزويلا على تدمير ممتلكات القنصل تشارلز هيرمان دي ليموس كان لضرورة عسكرية<sup>(٤)</sup>، لم يتردد أحد أعضاء المحكمة في التشكيك؛ ليس فقط في الضرورة، ولكن أيضاً في فائدة وفعالية الهجوم<sup>(٥)</sup>.

في حالة أخرى، على العكس من ذلك، فبعد تقدير الوقائع وتحليل العديد من السوابق والآراء الفقهية، رفض الإمبراطور منح تعويض للسيد بمبليستا عن الأضرار التي لحقت به في منزله، نتيجة مهاجمة القوات الحكومية لمدينة بويرتوكابيلو

(1) Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume- Uni), 1<sup>er</sup> mai 1925, R.S.A., Vol. 2, p. 682.

(2) Voir, The claims of Orr and Laubenheimer and the Post-Glover Electric-Company (Nicaragua, United States), RSA, Vol. XV P.39.

(3) Heirs of Jules Bran, 31 July 1905, RSA, vol. X, P. 40.

(4) De Lemos Case, 1903, RSA, Vol. 9, p. 370.

(5) Ibid., PP. 371-373.

المحصنة. وقد ارتأى هذا الحكم أنه نظراً لأن منزل صاحب الشكوى كان يقع بالقرب من موقع العدو، "كانت الأضرار التي لحقت بملكاته واحدةً من حوادث المعركة العادية"<sup>(١)</sup>. وبالتالي، فإن تدميرها من جانب القوات الحكومية كان بسبب الضرورة الملحة للحرب<sup>(٢)</sup>.

وجديرٌ بالملاحظة، أنه قد تمَّ صياغة عددٍ من الحجج على نحوٍ يعوق نظر القاضي في الضرورة العسكرية للتدابير التي يتخذها المتحاربون. وبالتالي، فقد قيل أحياناً: إن هذا المفهوم يشير إلى بقايا سيادة الدولة التي تركتها القواعد الحالية للقانون الدولي الإنساني سليمة<sup>(٣)</sup>.

والإشارة إلى الضرورة العسكرية ومرادفاتها المختلفة على أنها تكون بمثابة علامة لتحديد نوع من الثقوب القانونية السوداء التي تُشكّل مجالات الأنشطة الحربية يؤدي إلى منع أيّ أثر مفيد، ومن ثم أيّ نطاق معياري للمبدأ (مبدأ الضرورة العسكرية)<sup>(٤)</sup>.

ولقد كان من المؤكد، كلاسيكياً، أن أحكام الاستثناء، لا سيما بالنظر إلى الصياغة العامة والمجردة وطابعها الظرفي، تتضمن سُلطة تقديرية للقائد العسكري<sup>(٥)</sup>. ووفقاً للأستاذ (باركس)، على سبيل المثال، "إذا كان العدو قد حدّد الأنشطة المدنية

(1) Bembelista Case, 1903, RSA, Vol. 10, p.718.

(2) The Great Venezuelan Railroad Case, 1903, RSA, Vol. X, P.475.

(3) Bin CHENG, "General Principles of law as Applied by International Courts and Tribunals", Cambridge, Cambridge University Press, 2006, P. 43.

(4) CPJI, 7 Septembre 1927, Affaire du Lotus, serie A, n° 10, P.18.

(5) ICSID, 27 June 1990, Asian Agricultural Products Limited (AAP) v. Republic of Sri Lanka, Arbitration Tribunal, ILR, vol. 106, p.496.

ليشكل جزءاً مباشراً للأعمال العدائية"، يتخلى المدني عن حصانته إزاء الهجوم المباشر<sup>(١)</sup>. وإذا كان مثل هذا التأكيد يتوافق مع أنماط الممارسة العملية، فهو غير دقيق على المستوى المعياري. ومن الناحية القانونية، يفقد المدنيون حصانته ضد الهجوم المباشر إذا ما شاركوا مباشرة في الأعمال العدائية وخلال فترة تلك المشاركة<sup>(٢)</sup>.

وتنطوي الطبيعة غير المحددة نسبياً للمبادئ العامة على حرية معينة في التفسير<sup>(٣)</sup>. ويتعلق الموضوع هنا، في الواقع، بالفصل بين هامش التقدير الذي يجب تركه للمتحاربين، وذلك الذي يجب أن يدخل في سلطة القاضي في المراجعة. ففي النظام الدولي اللامركزي المجرد من الطابع القضائي الإلزامي، يُشكّل عدم اليقين بشأن هذه المسألة مصدرًا لصعوبة كبيرة<sup>(٤)</sup>. والقول بأنه يجب أن يكون هامش التقدير كاملاً سيكون استثناءً، وسوف يحد من دور القاضي في الرقابة على القرارات التي يتخذها القادة العسكريون<sup>(٥)</sup>. وإذا كان هذا المفهوم ينطوي على مثل هذه العوائق التي تحول دون النظر في تصرفات المتحاربين، فسوف تتقلص سلطة القاضي الدولي في التقدير

(1) William Hays PARKS, "Port ix of the ICRC Direct Participation in Hostilities Study: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect", New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 42, 2010, p.779.

(٢) راجع المادة (٣/٥١) من البروتوكول الإضافي لاتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ والمتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية.

(3) Voir, In Re Flick and Others Nuremberg, Germany, United States Military Tribunal, December 22, 1947, ILR, Vol. 14, P. 270.

(4) Voir, Sarah CASELLA, "La nécessité en droit international : De l'état de nécessité aux situations de nécessité", op. cit., p.195 et s.

(5) Yuval SHANY, "Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law", Vol. 16, 2006, p.907-940.

أو حتى تزول وتتلاشى. وسيُشكّل ذلك، بالطبع، خطراً كبيراً، لا سيما بالنظر إلى ميل المتحاربين إلى الاستفادة من ضرورة تبرير جميع أنواع الفظائع المرتكبة. إلا أن تحليل الممارسة المذكورة يؤكد أن القانون الدولي لم يعهد بمثل هذه السُلطة المفرطة إلى الدول منفردةً.

وقد أكد القضاء الجنائي، من ناحيته، على أنه يجب تقدير مبدأ الضرورة العسكرية من جانب القاضي على ضوء الظروف التي اتخذ فيها القرار، والمعلومات التي كان ينبغي أو كان من المعقول أن تكون متاحة للمسئول العسكري<sup>(١)</sup>. غير أنه لا يُوجدُ مطلقاً ما يشير إلى أن مثل هذا الحكم يمكن أن يُطبّق بشأن المسؤولية الدولية للدولة<sup>(٢)</sup>.

وفي النهاية، تطرح نظرية السُلطة التقديرية للقائد العسكري، وكذا تلك التي تتعلق بهامش التقدير الوطني، فرضية انتماء شروط الضرورة العسكرية إلى فئة: "شرط الحكم الذاتي". وهذا ما أكدت عليه محكمة العدل الدولية في قضية كولومبو المتعلقة بحق اللجوء، حينما أعلنت: "أن الولاية القضائية التي تكون من هذا النوع هي ذات طابع استثنائي. وهو ما يتضمن انتقاصاً من الحقوق المتساوية التي يجب أن يُعترفَ بها لكلّ دولة من الدول"<sup>(٣)</sup>.

(1) In Re List and Others (Hostages Trial), February 19, 1948, ILR, Vol. 15, P. 648-649.

(2) Gabriella VENTURINI, "Necessity in the Law of Armed conflict and International Law", art. Preci., P. 66.

(3) CIJ, 20 novembre 1950, Affaire Colombo relative au droit d'asile, arrêt, C.I.J. Recueil 1950, p. 275 ; CIJ, 6 novembre 2003, plates-formes pétrolières (République Islamique d'Iran C. États-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 196, Para. 73.

## ٣- إثبات الوقائع وشرعية أو صلاحية القاضي الدولي:

وفقاً للمبادئ العامة المُطبَّقة في مسألة عبء الإثبات، يجب على الدولة أو الشخص الذي يدعى انتهاك قاعدة مندمجة في الضرورة العسكرية أن يُثبت ذلك<sup>(١)</sup>. وفي ظل غياب أدلة مُقنعة ومُرضية، توجد قرينة أو افتراض بأن الدولة كانت قد تصرفت بحسن نية<sup>(٢)</sup>. وبالتالي، فإن عدم مثول أو ظهور الدول المُتهمة بخرق مبدأ أو رفض التعاون في إقامة البيئة، لا ينبغي أن يُستغلَّ أو يُفسَّر لصالحهم؛ لأنه من السهولة بمكان في هذه الحالات قلبُ الافتراض أو الذهاب إلى عكسه.

وجديرٌ بالذكر، في المسائل الجنائية، يقع على عاتق الادعاء إثبات بما لا يدع مجالاً للشك أن الضرورات العسكرية لا يمكن أن تُبرَّر التدبير أو الإجراء المُجرَّم، الأمر الذي قد يستفيد منه المتهمون في بعض الحالات.

وتثير الطبيعة الواقعية للقواعد التي تتضمن الضرورة العسكرية<sup>(٣)</sup> مسائلَ أخرى تتعلق بخبرة القاضي في فهم الوضع القتالي، وصلاحيته في أن يُقرَّ واقعة أو معركة لم يشارك فيها<sup>(٤)</sup>. السؤال الذي يدق: هل يُعترف للقاضي شرعاً بأن يحكِّم على أحداث

- 
- (1) Voir, par exemple, ICSID, 27 June 1990, Asian Agricultural Product Limited (AAP) v. Republic of Sri Lanka, Arbitration Tribunal, Deseating Opinion of Samuel K.B. A sante, ILR, Vol. 106, p. 496.
  - (2) Ibid., pp. 450- 451, Para. 63. Voir aussi, The Buena Tierra Mining Company (Ltd.) (Great Britain) V. United Mexican States, 3 August, 1931, RSA, Vol. V, p. 251.
  - (3) Théo Boutruche, "Credible Fact- Finding and Allegation of International Humanitarian Law Violations : Challenges in Theory and Practice", Journal of conflict, Security law, Vol. 16, 2015, p. 123.
  - (4) R. MAISON, "Le Juge combattant", in Abdelwahab BIAD, P. TAVERNIER, "Le droit international humanitaire face aux déficits du xxi<sup>e</sup> siècle", Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 115- 132.



يكون أحياناً أجنبياً عنها، من خلال تجربته الشخصية والمهنية؟ في نظر البعض، ليس لدى القاضي الخبرة ولا الصلاحية اللازمتان للقيام بهذه المهمة. ويذكر، أنه قد أُخذَ مراراً وتكراراً على القضاة الدوليين الإضرارُ ببعض الأفراد أو الدول؛ بسبب افتقارهم إلى الخبرة العسكرية المطلوبة.

ومحكمة العدل الدولية، على سبيل المثال، وفقاً للبعض، ليست هي المحفل أو الجهاز المناسب للحكم على تطبيق القانون الدولي الإنساني<sup>(١)</sup>.

ويُفترض جوهر المبدأ الأساسي مسبقاً، معرفة القاضي للوقائع التي تسمح بتحديد قدرة التدبير العسكري على تحقيق هدف معين. وبعيداً عن مسائل الإثبات والأدلة، يتطلب تقدير الضرورة العسكرية أن يعلن القاضي عن موقفه بشأن شرعية مواقف مُعَدَّة ومتشابهة، يقتضي الإلمام بها الفهم الشامل والجيد للفنون العسكرية، والمعرفة العلمية والفنية للمقذوفات على سبيل المثال. ويتجاوز الإدراك الشامل لهذه المعارف الاختصاصات والمهارات العادية لقاضٍ ذي تنشئة أو تثقيفٍ مدني<sup>(٢)</sup>.

لأجل ذلك، تُشكّل لجان التحقيق<sup>(٣)</sup>، التي تتولى التحقيق في الانتهاكات المحتملة للقانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان من خبراء عسكريين<sup>(٤)</sup>.

(1) W.V. O'BRIEN, "The Meaning of Military Necessity in International Law", art. Préc., p. 155.

(2) Gary P. CORN, "The Law of Operational Targeting: Viewing the LOAC Through an Operational lens", Texas International Law Journal, Vol. 51, 2015, p. 37.

(٣) أ.د/ محمود شريف بسيوني، "المحكمة الجنائية الدولية- نشأتها مع دراسة لتاريخ لجان التحقيق الدولية، والمحاكم الجنائية الدولية السابقة"، دون دار نشر، ٢٠٠٢، ص ٥٢٦.

(4) Théo BOUTRUCHE, "Credible Fact-Finding and Allegations of International Humanitarian law violations : Challenges in Theory and Practice" art. Préc., p. 107.

السؤال الذي يدق: هل ينبغي أن نعتد نفس الحل بالنسبة للقضاة؟ مع الأخذ في الاعتبار، أن مهام لجان التحقيق تنحصر فقط في الوقوف على الحقائق أو الوقائع، ولا علاقة لها بتطبيق القانون.

ومن الضروريّ بالطبع، تحديد الإطار القانوني المناسب أو الملائم لاختيار الوقائع ذات الصلة. وبمجرد التأكد من هذه الوقائع، تكون النتائج بدهية، وذلك من خلال المنظور القانوني. غير أن هذه الإجراءات تختلف عن الإجراءات القضائية، من حيث إنها لا تخضع لإجراء الخصومة أو ما يسمى بالإجراء المتناقض، ففي هذه الحالة الأخيرة، يكون لدى الأطراف كل الوقت والقدرات التقنية واللوجستية اللازمة لتقديم جميع الوثائق، واستدعاء أي شهود أو خبراء يقدرين ضرورتهم. وتجنباً للتأثير الذي قد يقع على الخبراء المعيّنين من جانب الأطراف، مما قد يثير الشكوك بشأن حيادهم واستقلالهم؛ لا تتردد محكمة العدل الدولية في استخدام الحقّ الممنوح لها، والذي يُحوّلها أن تستمع إلى شهادة الشهود، وآراء الخبراء المعيّنين بواسطتها<sup>(1)</sup>.

غير أنه يمكن للمرء أن يتساءل عن اتجاه بعض الدوائر أو المجالات "العسكرية"، إلى إعمال الحقّ في الدفاع عن تفسيرها الخاصّ بالقانون الدولي الإنساني بالنظر إلى مهاراتها التقنية. ولقد وُصفت هذه الادّعاءات أو المطالبات، والتي يُسمح بها لتقييم الضرورة العسكرية للتدبير، بأنها نتيجة لحلّ توفيقيّ بين المصالح العسكرية والمثل العليا للإنسانية. وإذا كان الجيش هو، على الأرجح، الجهة المختصة بفهم الدوافع الذاتية للخيارات العسكرية، فيمكن للمرء أن يتساءل عن الجزء الثاني من

(1) CIJ, 20 Avril 2010, Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine C. Uruguay), arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 109- 117, Para. 2-17.

المعادلة؛ وهو العنصر البشري، هل القاضي العسكري أكثر كفاءةً من القاضي العادي في تقييم قيمة الممتلكات الثقافية وتقدير الحياة البشرية؟ مع الأخذ في الاعتبار، أن القانون الدولي الإنساني يرمي إلى إقامة التوازن بين الجوانب العسكرية البحتة وقيمة الحياة البشرية أو التراث الثقافي للشعوب. من هنا، فلا يوجد، في رأينا الخاص، سبباً وجيةً لتعيين قضاة مهنيين عسكريين في الدوائر القضائية الدولية.

#### ٤- الضرورة العسكرية وحقوق الإنسان: مخاطر نحو صلاحية القاضي الدولي:

في مجتمع يتألف بشكلٍ حصريٍّ تقريباً من الدول<sup>(١)</sup>، تثير مسألة مشروعية قواعد القانون الدولي، وهيئات القضاء الدولي، بعبارة بسيطة: إن المشروعية تعادل في هذا النموذج الشرعية. ولكن من الممكن أن تكون مشروعية قرار أو حكم قضائيّ بشأن تطبيق القانون الدولي الإنساني موضع شكّ في حالة إذا ما استبعدت المحكمة المسائل المتعلقة بمفهوم القانون ضد الحرب. وفي كل الأحوال، يتعين أن يتمّ التحقق من تطابق الوقائع التي تسببت في حدوث أضرار معينة، مثل قتل المدنيين "كأضرار جانبية أو إضافية" أو موت المحاربين في ساحة المعركة مع قواعد القانون الدولي على مستوى كلّ من القانون ضد الحرب والحق في الحرب<sup>(٢)</sup>.

ويمكن على ضوء القانون الدولي الإنساني، تبرير الأضرار الإضافية أو الجانبية والأضرار الأخرى التي قد تلحق بالمدنيين وبممتلكاتهم من خلال المبدأ أو من خلال القواعد التي تحدده. ولتجنب مسؤولية الدولة التي يُعزى إليها ارتكاب تلك الأفعال، يجب

(1) Georges ABI- SAAB, "Cours général de droit international public", Recueil des cours, Vol. 207, 1987, p. 62.

(2) CIJ, 8 Juillet 1996, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaire, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 244, Para. 39.

أن تكون هذه الأخيرة قد تَمَّتْ بالتطابق مع قاعدة أو مفهوم القانون ضد الحرب<sup>(١)</sup>. والمسألة هنا ليست مسألة التشكيك في مبدأ المساواة بين المتحاربين، بل، بالأحرى، استخلاصُ النتائج التي تترتب على أن قواعدَ هَديْنِ المجالين من المُرجَّح أن تغطي نفس الوقائع. وأن تطبيقها بشكلٍ تراكميٍّ قد يؤدي إلى إنشاء أو استبعاد وجود الالتزام بالإصلاح. وهكذا، يمكن أن تتطابق أعمالُ العدوان مع مفهوم القانون ضد الحرب، وكذا مع القانون الدولي الإنساني أو تتعارض مع كليهما. وعلى مستوى القواعد الثنائية للمسئولية الدولية للدول، يمكن أن تلتقي قواعدُ هَديْنِ المجالين من خلال الالتزام بإصلاح الأضرار الناتجة عن مخالفة قواعد القانون الدولي. في هذه الحالة، تعمل الضرورات العسكرية على احترام مفهوم القانون ضد الحرب، بل وتبرر في الوقت نفسه الأضرار التي لحقت بالأفراد.

وفي معظم الأحوال، يُعدُّ أخذ مفهوم القانون ضد الحرب في الاعتبار، على مستوى القواعد الفرعية أو الثانوية للمسئولية الدولية للدول، تصحيحاً للطابع غير الكامل للقانون الدولي الإنساني<sup>(٢)</sup>. وهكذا، يمكن أن تُعزى الأضرار التي لحقت بالأفراد إما إلى الدولة التي انتهكت مفهوم القانون ضد الحرب، أو الدولة التي انتهكت قواعد القانون الدولي الإنساني. وتبقى الأضرار التي تكبدها الأفراد، وفقاً للقانون الدولي

(1) CIJ, 19 décembre 2005, Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo C. Ouganda), arrêt, recueil 2005, p. 359- 360, Para. 5 ; Pierre D'ARGENT, "Les réparations de guerre en droit international public : La responsabilité internationale des Etats à l'épreuve de la guerre", Bruxelles/Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2002, p. 119.

(2) Final Award, Ethiopia's Damages claims (Eritrea-Ethiopia), 17 August 2009, RSA, vol. XXVI, p. 731, Para. 321-323.

الإنساني، بواسطة مواطني الدولة المعتدية، مُبرَّرة بالضرورات العسكرية. وبالتالي لا يُستحق بموجبها أيُّ تعويض، اللهم إذا أجاز القانون الداخلي ذلك. ويمكن للمرء أن يدرك، إذا ما وضع نفسه في المنطق الذي وصفناه حالياً، أنه يجب على الدولة المعتدية، باعتبارها شخصاً واحداً غير قابلٍ للتجزئة، أن تتحملَ عبءَ خطئها. وفي القانون الوطني، لا يمكن أن يحصل المعتدي على تعويض عن الأضرار التي لحقت به من جرّاء حالة الدفاع الشرعي للضحية<sup>(١)</sup>. ومع ذلك، يمكن للمرء أن يلاحظ في تطور العدالة الجنائية الدولية، والتي تقتصر حالياً فقط على الجرائم الناجمة عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني أو حقوق الإنسان، وفي تصوّر المجتمع المدني الدولي أو المنظمات الدولية غير الحكومية، أن قانون الحرب أو ما يطلق عليه "الحق في الحرب" لا يلعب إلا دوراً هامشياً.

وإذا كان مبدأ الاختصاص الرضائي للمحاكم الدولية، يجيز، أو يجعل من الممكن، تقسيم منازعات الجوانب القانونية للموقف أو الحالة، بغرض فتح آفاق اتّخاذ قرار أو حكم قضائي بالنسبة لبعضها دون البعض الآخر، فسوف يشجع هذا الاحتمال الدول على وضع إستراتيجيات قضائية تسمح بمثل أعدائها أمام المحاكم الدولية حينما يقدرّون أو يرغبون في ذلك، مع تجنّب القيام بهذا الأمر في النزاع بأكمله<sup>(٢)</sup>.

(1) Gilbert GUILLAUME, "Terrorism and International Law", International and Comparative Law Quarterly, vol. 53, 2004, p. 547.

(2) William SCHABAS, "Unimaginable Atrocities, Justice, politics, and Rights at the War Crimes Tribunals", Oxford, Oxford University Press, 2014, p.58 et s.

ويصف مفهوم (نيبن كريغشوبلاتز) هذا الخطر بشكل معقول ومفيد للغاية<sup>(١)</sup>. فبقدر ما يسمح به القانون أو النظام، من الطبيعي أن تلجأ إليه الدول أو الأفراد، لا سيما من أجل كسب "حرب الآراء"<sup>(٢)</sup>. وفي هذا الشأن، يبدو مفهوم القانون، الذي تتبناه حالياً عقيدة إسرائيلية أمريكية، من منظور أنه يميل إلى استيعاب مثل هذه الإستراتيجيات القضائية (أو التدليل القانوني بالمعنى الواسع) مع السلوكيات المخالفة بشكل واضح للقانون الدولي الإنساني، أمراً عبثياً.

من هنا، تبقى الحقيقة، أنه يمكن أن تكون للإشارة إلى قواعد القانون الدولي الإنساني، في سياق استخدام القوة بشكل يتعارض مع قاعدة القانون ضد الحرب، إذا ما أدت إلى عدم وجود انتهاكات، بحكم الواقع وليس بحكم القانون، وظيفة الإقرار أو التصديق القانوني (إضفاء المشروعية)<sup>(٣)</sup>. في ظل هذه الظروف، يمكن لنا أن نفهم قدر الانتقادات الفظيعة التي وُجّهت إلى مفاهيم مثل: الضرورات العسكرية أو مفهوم الأضرار الجانبية. من هنا، يمكننا استنتاج أنه لا يمكن ربط القانون الدولي بمخاطر التلاعب التي يستتبعها ذلك، وإلا أضر في مصداقيته ومشروعيته.

- (1) Bruno SIMMA, "Mainstreaming Human Rights: The Contribution of the International Court of Justice", *Journal of International Dispute Settlement*, vol.5, 2015, p.16 et 22.
- (2) Thomas FRANCK, "Fairness in the International Legal and Institutional System: General Course on public International Law", *Recueil des Cours*, vol. 240, 1993-III, P. 320; Pierre BUHLER, "La Puissance aux XXI<sup>ème</sup> Siècle: Les nouvelles définitions du monde", Paris, CNRS Editions, 2012, p.135-141.
- (3) CIJ, 2 Juin 1999, Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie C. Royaume-Uni). Mesures Conservatoires, Ordonnance, Opinion dissidente de M. Kreca, C.I.J. Recueil 1999, P. 914, Para. 17.

ويقع على عاتق جهات القضاء الدولي، في الحدود التي تمنحها الدول اختصاصاً في هذا الصدد، مسؤولية عمل تمييز بين الأمور فيما يتعلق بالدعاية ومحاولة التحفيز والحجج القانونية، وما هو التطبيق الصحيح للقانون الحالي<sup>(١)</sup>. ومن المؤسف أن المتحمسين لمفهوم "القانون" لا يكرسون طاقتهم للدعوة إلى توسيع نطاق التسوية القضائية الإلزامية. ولا تتمثل الطريقة الوحيدة الفعالة لمكافحة إساءة استخدام الحجج أو الأدلة المترتبة على تفسيرات المؤيدين للقانون الدولي الإنساني في رفض القضاء الدولي أو المحاكم الدولية، ولكن في اتباع سياسة ترمي إلى منح هذه الأخيرة اختصاصاً موسعاً. ويترتب على ذلك، إعطاء الدول صاحبة الإجراء المشروع أسباباً لإقرار أو إضفاء الشرعية على جهات القضاء الدولي.

وإذا ما نظرنا إلى الأفراد، على المستوى الدولي، كأصحاب حقوق أساسية تُقرها قواعد القانون، فمن الصعب قبول مقولة: إن الحرب، المعروفة بأنها مسألة دولية، يجب أن يدعمها الأفراد كقدر محتوم<sup>(٢)</sup>. وينعكس ذلك في الواقع، بشكل متزايد، في الرأي العام الدولي. وإذا كان تطور العقلية يسمح بالتنبؤ بإمكانية وجود نظام قانوني دولي لا تُشكّله مجموعة من الدول، وإنما مجتمع دولي يأخذ في اعتباره الاحتياجات ويخدم مصالح الأفراد<sup>(٣)</sup>، فستظهر مسألة الشرعية بمعان أخرى. في هذا

(1) Roy W.GUTMAN, "Spotlight on violations of International Humanitarian Law: The Role of The Media", International Review of the Red Cross, vol. 38, 1998, p. 619.

(2) Christian TOMUSCHAT, "Human Rights and International Humanitarian Law", European Journal of International Law, Vol. 23, 2012, p.17.

(3) Antonio A-TRINDADE, "International Law for Humankind Towards a New Jus gentium: General Course on Public International Law", Recueil des Cours, vol. 317, 2005, pp.9-312, Michael BYERS, "War

النموذج، ستبقى الحجج التي طرحناها سارية، ولكن ستفقد بعض الأهمية إلى الحد الذي لا يمكن بأي حال من الأحوال اعتبار أغلبية الأفراد مسئولين قانوناً عن أفعال دولتهم المخالفة لمفهوم القانون ضد الحرب، باستثناء الذين ارتكبوا جريمة العدوان. ومن هذا المنظور، يبدو أن عدم وجود التزام بإصلاح الضرر في حالة "الأضرار الجانبية أو الإضافية" سوف يكون أمراً مشكوكاً فيه للغاية من وجهة نظر العدالة.

بعد كل ذلك، هناك تساؤل يطرح نفسه: ما علاقة العدالة بفرع من فروع القانون يستوعب الإرهاب والدمار كموت محتوم؟ ومن الواضح أن القانون الدولي الإنساني، الذي يكون فلسفياً أقرب إلى الخيرية من العدالة، سوف يتحرك يوماً ما في هذا الاتجاه (اتجاه العدالة)، ولكن من الواضح أيضاً أن هذا اليوم ما زال بعيداً.

وفي انتظار تطورات افتراضية في هذا الاتجاه، يمكن وضع آليتين لمعالجة الوضع الراهن؛ أولاً: يمكن للقاضي الدولي، عندما يكون مختصاً، أن يعتبر أن الدولة التي تنتهك مفهوم القانون ضد الحرب ملزمة بإصلاح الضرر الذي لحق بمواطنيها، ويمكن أن نصل إلى هذه النتيجة في مجال حقوق الإنسان من خلال إعادة تفسير مفهوم الحرمان التعسفي من الحياة، بالإشارة إلى كل القانون الدولي، بما في ذلك القانون الدولي الإنساني باعتباره قانوناً خاصاً وقانوناً للحرب، وباعتباره قاعدة وثيقة الصلة بقواعد القانون الدولي المطبق على العلاقات بين الأطراف<sup>(١)</sup>. وحتى لا يكون تعسفياً، لا

Law: International Law and Armed Conflict", Londres, Atlantic Books, 2005, p. 126.

(1) William SCHABAS, "Lex Specialis? Belt and Suspenders? The Parallel Operation of Human Rights Law and The Law of Armed Conflict, and the Conundrum of Jus ad Bellum", International Review of The Red Cross, Vol. 42, 2007, p.592.



يجب أن ينتج الحرمان من الحياة عن أفعالٍ مرتكبةٍ بالمخالفة لقانون الحرب أو بالمخالفة للقانون الدولي الإنساني. ومحاكم حقوق الإنسان بالخيار: إما أن تعلن عن موقفها بشأن الحق في الحياة تطبيقاً لهذا التفسير، وفي هذه الحالة سوف تمارس سلطة تتجاوز فيها اختصاصاتها، وبالتالي تعلن عدم اختصاصها بالفصل في قضية الحرمان من الحياة الناتج عن حالات النزاع المسلح، وإما أن تعتمد هذا التفسير مع مراعاة مفهوم القانون ضد الحرب في تقدير ما يرقى إلى الحرمان التعسفي من الحياة (باعتباره عنصراً فرعياً أو عرضياً في ممارسة وظيفتها القضائية). ولا تميل هذه المحاكم، حتى الآن، إلى اتباع هذا المسار<sup>(١)</sup>. ثانياً: أنه يمكن أن تقوم أو تتور المسئولية الموضوعية عن الأضرار الجسدية والمادية التي يعاني منها المدنيون نتيجة لأي عمل عدائي، سواء كان هذا العمل مشروعاً أو غير مشروع. وتميل بعض الدول إلى تعويض ضحايا هذه الأفعال مع اعتبارها متوافقة تماماً مع القانون الدولي الإنساني (كما في حالة ممارسة الولايات المتحدة في أفغانستان). ولكن مثل هذا التطور، المرغوب فيه، قد يعتمد فقط على القواعد الاتفاقية الجديدة أو القواعد العرفية وليس على العمل الإبداعي للقاضي<sup>(٢)</sup>.

(1) Cour EDH, 1<sup>er</sup> Mars 2010, Demopoulos et autres C-Turquie, Grand Chambre, Décision sur la recevabilité, req. n° 45113/99, Para . 115.

(2) William Hardman (Great Britain) V. United States, 19 June 1913, RSA, Vol. VI, P.26.

## المبحث الخامس

## القضاة في مواجهة تحدي قاعات المحاكم الجنائية

## الدولية متعددة اللغات

## تمهيد:

تُعدُّ اللغة عنصراً حاسماً في أيِّ نظامٍ قانونيٍّ محلياً كان أو دولياً<sup>(١)</sup>. فهي شرطٌ أساسٌ لوجود القانون، كما تسمح للمشرع بالموازنة بين الأهداف والمصالح المتعارضة. إضافةً إلى ذلك، فإن التواصل الشفهيَّ يُعدُّ هو الوسيلة عندما يسعى القاضي إلى إدراج الملاحظات ذات الصلة بدعوى معينة تحت هيكل من الحقائق المجردة المتضمنة في إحدى القواعد القانونية. وفي الوقت نفسه، تبرز اللغة حدود القانون، وعدم الدقة المتأصلة فيه، وغموضه، مما يعطي سبباً للتوترات في المحادثة القانونية.

ومع ذلك، يعوق الوصف الحاسم للعلاقة بين المفهومين المتشابهين للغة والقانون كلاً من التنوع في علاقتهما وحقيقة أن كلاً منهما يكون عُرضةً للتغيرات المستمرة التي قد تحدث في مجموعات مختلفة وبسرعات متفاوتة. ويعكس المعنى الذي يبدو ثابتاً للقانون<sup>(٢)</sup>. فإن القانون - وبالأخص مصطلح "النظام القانوني" - يعدُّ

(1) Brian BIX, "Law, Language and Legal Determinacy", Oxford, Clarendon, 2007, p.1.

(2) Anne KJAER, "A Common Legal Language in Europe?", Oxford, Portland, 2007, p. 377; Richard POSNER, "The Problems of Jurisprudence", Harvard, Harvard University Press, 1993, p.51.

عملية ذات حركة مستمرة ومتغيرة مثل اللغة. ومن ثم، يتعرض القانون بصورة مستمرة لتحديات بنائية وتأويلية وذات علاقة بدلالات الألفاظ<sup>(١)</sup>.

وكما سيتضح لاحقاً، فإن التحدي الذي يواجه المحامين والقضاة الدوليين على المستوى الدولي أكبر بكثير، حيث إنهم لا يتعاملون فقط مع نصوص قانونية تم وضعها بلغات متعددة، ولكنهم أيضاً في معظم الأحيان يعملون في بيئات متعددة اللغات، ويعرضون أنفسهم للغات وثقافات أجنبية وخبرات قانونية متنوعة. وأن اللغات التي يتعاملون بها لا تقدم تحدياً لغوياً فحسب، ولكنها أيضاً تعكس الفروق الدقيقة في العديد من الثقافات القانونية، وإن وجود المترجمين الفوريين في قاعة المحكمة - وإن كان ضرورياً ومفيداً - غالباً ما يصنع بعض المشكلات.

#### ١ - مكان عمل القاضي الدولي:

يأتي قضاة المحاكم الدولية من كافة أرجاء العالم. فهم يمثلون خبرات مهنية متنوعة، وقد تم تدريبهم في بيئات قانونية متفاوتة. إضافة إلى ذلك، فإنهم يأتون بلغتهم الأم إلى مكان عملهم، حيث يتعاملون - في معظم الأحيان - مع لغات تختلف عن اللغة التي نشأوا عليها وتدرّبوا في بيئتها.

(1) Peter TIERSMA, "The Oxford Handbook of Language and Law", Oxford, Oxford University Press, 2012; Andrei MARMOR, Scott SOAMES, "Language in the Law", Oxford, Oxford University Press, 2011; Chris HUTTON, "Language, Meaning and the Law", Edinburgh, Edinburgh University Press, 2009; Muller OLIVIER, "Avant dire droit, le texte, la norme et le travail du droit, la question de linguistique dans la théorie Structurante du droit", Laval, 2009; Peter TIERSMA, "Legal language", Chicago, Chicago University Press, 2000; Brian BIX, "Law, Language and Legal Determinacy", op. cit., p. 3.

وللتغلب على العوائق اللغوية - بالطبع- يمكن التعامل مع المترجمين واستخدام وسائل الاتصال والتواصل المُعدَّة لغرض الترجمة داخل قاعات المحكمة، وقواعد بيانات المصطلحات المتخصصة متعددة اللغات، والتدريب اللغوي لهيئة المحكمة والعاملين بها، وبصفة أساسية على اللغتين الإنجليزية والفرنسية بصفتها من اللغات المشتركة في العلاقات الدولية والقانون والمحاكم. وعلى الرغم من كل هذه الوسائل التي تُصاحب عمل القاضي الدولي وتيسره، يُعدُّ التعدد اللغوي على المستوى الدولي سمة خاصة تميّز نظام العدالة الدولية عن معظم نظم العدالة الوطنية<sup>(١)</sup>. إضافة إلى ذلك، تصبح المسألة اللغوية أكثر حسماً بكثير عندما تمارس المحكمة الدولية اختصاصها القضائي الشخصي على أفرادٍ مُتَّهَمِينَ بفئات من الجرائم المنصوص عليها في النظم الأساسية للمحاكم الجنائية الدولية<sup>(٢)</sup>. في هذه الحالة، تكون المسألة اللغوية ذات أهمية قصوى، حيث ينبغي أن تكون الحقوق اللغوية الخاصة بجميع الأطراف المعنية المتنوعة قد تمت الموازنة بينها وبين تكلفة الحفاظ على التعدد اللغوي في قاعة المحكمة<sup>(٣)</sup>.

(1) See, Eight Annual Report of the international Criminal Tribunal for the prosecution of persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International humanitarian law committed in the territory of Rwanda and Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighboring States between 1 January and 31 December 1994, of 11 July 2003, UN Doc. A/58/140-s/2003/707, Para. 4.

(2) For The Purpose of this article the terms (international criminal) Court (s) and (international criminal) tribunal (s) are used interchangeably and refer to any of the international criminal courts or tribunals.

(3) Joshua KARTON, "Lost in Translation: International Criminal Courts and the Legal Implications of Interpreted Testimony", Vanderbilt Journal of Transnational Law, no. 1, Vol. 41, 2008, p. 10.

وحتى إذا كانت التكلفة عنصرًا حاسمًا، يبدو أنه من الأمور المثيرة للجدل ما إذا كان ينبغي اتباع رأي المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة والتي اعتبرت أن اعتراف المتهم بالذنب "يسهم في المصلحة العامة"، عن طريق القيام بتوفير كبير للموارد، ومن بينها الترجمة والترجمة الفورية إلى اللغات المختلفة<sup>(١)</sup>.

ومع ذلك، لا تُعدّ التكاليف المالية هي العبء الوحيد على المحاكم الجنائية الدولية؛ إذ إن الافتقار إلى لغةٍ مشتركةٍ وتوسط مترجمٍ أجنبيٍ يجعل التواصل مرهقًا<sup>(٢)</sup>. ومن ثم، يجب أن يكون لدى القضاة وعيٌ بالجوانب المتنوعة للتعدّد اللغوي وخاصة الترجمة في قاعة المحكمة، ويجب أن يلعب القضاة دورًا فعالاً فيما يتعلق باستخدام اللغات وتأثيراتها في الأطراف المعنية. فكما أوضح الأستاذ (سيليجسون): "يمكن أن يجعل المترجم أسلوب إفادة المدعى عليه أو الشاهد أكثرَ فظاظَةً وعداءً مقارنةً بالأسلوب الأصلي الذي تلقّظ به، وعلى العكس يمكنه أن يجعل تأثيراته أكثرَ اعتدالاً وتعاوناً وأقلَّ هجومية مقارنةً بالأصلي. وإن كانت هذه التبديلات تُحدثُ بصورةٍ غير واعية، إلا أنه لا يمكن أن نقلل من تأثيراتها على القضاة"<sup>(٣)</sup>.

- 
- (1) ICTY, 31 July 2001, Prosecutor V. Stevan Todorovic, IT-95-9/1-s, Sentencing Judgment, Para. 80.  
 (2) ICTY, 15 July 1999, Prosecutor V. Tadic, IT-94-1-T, Transcript of the Hearing of 7 May 1996, Para. 47.  
 (3) Berk SELIGSON, "The Bilingual Courtroom: Court Interpreters in the Judicial Process", Chicago, Chicago University Press, 2002, p. 2.

## أ - الشروط القانونية المنظمة للمسألة اللغوية:

تُقدِّمُ كل محكمة دولية لانحائها الخاصة من أجل المسألة اللغوية<sup>(١)</sup>. وتُعدُّ المحكمة الوحيدة المتعددة اللغات فعلياً الموجودة حالياً هي محكمة عدل الاتحاد الأوروبي. ورغم أن لغة العمل الوحيدة الداخلية للمحكمة هي اللغة الفرنسية، فإن خدمة الترجمة التي يُقدِّمها خبراء ذوو تدريبٍ قانونيٍّ مناسبٍ ومعرفةٍ شاملةٍ باللغات الرسمية، تضمن أن تكون الطعونُ الخاصة بالأحكام الأولية ودفوع الأطراف وآراء المحامي العام والتصريحات الصحفية والتواصل مع الجريدة الرسمية متاحة كلها بجميع اللغات الرسمية للاتحاد الأوروبي<sup>(٢)</sup>.

ومع ذلك، فخارج أسوار أوروبا، قرَّرت المحاكم والمنظمات الدولية تمثيل جميع اللغات الخاصة بالدول الأعضاء بها. ويمثل هذا الأمر، في الواقع، عبئاً أكثر منه فائدةً. ومن ثم، تغلب هدف الفعالية على هدف المساواة والدقة على المستوى الدولي خارج الاتحاد الأوروبي<sup>(٣)</sup>.

(1) Philippe SANDS, "The Manual on International Courts and Tribunals", Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 13.

(2) Karen MAULIFFE, "Language and Law in the EU: The Multilingual Jurisprudence of the ECJ", Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 200; Inigo URRITIA, "Approach of the European Court of Justice on the Accommodation of the European Language Diversity in the Internal Market: Overcoming Language Barriers or Fostering Linguistic Diversity", Columbia Journal of European Law, Vol. 18, 2012, p. 243; Claude TRUCHOT, "Languages and Supranationality in Europe: The Linguistic Influence of the European Union", Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 99.

(3) M. SOLAN, "The Interpretation of Multilingual Statutes by the European Court of Justice", Brooklyn Journal of International Law, no. 2, Vol. 34, 2009, p. 279.

وسوف نشير إلى عدد من الأمثلة في هذا الشأن: طبقاً للمادة (٣٩) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، اللغات الرسمية للمحكمة هي الإنجليزية والفرنسية. وهذا يعني أن الدول الأعضاء بها عليها أن تقدّم وثائقها بأيّ من اللغتين، وأن يتمّ تنفيذ الإجراءات وإصدار الأحكام بالإنجليزية أو الفرنسية، ما لم يتم الحصول على ترخيص باستخدام لغةٍ أخرى.

وقد أقرّت المحكمة الدولية لقانون البحار<sup>(١)</sup>، وكذا المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، نفس التنظيمات اللغوية<sup>(٢)</sup>. ويستخدم جهاز الاستئناف بمنظمة التجارة العالمية الإنجليزية والفرنسية والأسبانية كلغات عمل لديه<sup>(٣)</sup>. وبصفة عامة، يجب تقديم جميع الوثائق بأيّ من اللغات الرسمية أو لغات العمل فيما يتعلق بالمحاكم المذكورة. وفي الحالة التي لا تكون فيها أيّ من اللغات الرسمية لغة رسمية للدول العضو المعنية، تكون هذه الأخيرة مسنولة عن الترجمة، ومن ثم تتحمّل أيضاً تبعات الأخطاء المحتملة في هذه الترجمة<sup>(٤)</sup>. وأخيراً يوجد القليل من المحاكم الدولية أحادية اللغة مثل محكمة الرابطة الأوروبية للتجارة الحرة ومحكمة مجموعة دول الإنديز، وقد تسمح المحكمتان بوجود استثناءات على هذه القاعدة<sup>(٥)</sup>.

(1) Art. 43 of the Rules of the International Tribunal for the Law of the Sea, as amended on 17 March 2009.

(2) Art. 34 of the Rules of the European Court of Human Rights.

(3) Art. 2 (c) (i) of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization.

(4) Art 51 of the Rules of the International Court of Justice, See e.g. ICJ, 16 October 1975, Western, Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, p. 12.

(5) Art 25 of the Rules of Procedure of the EFTA Court, William SCHABAS, "The International Criminal Court: A commentary on the Rome Statute", Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 634.

وتعدُّ اللغات الرسمية للمحكمة الجنائية الدولية هي العربية والصينية والإنجليزية والفرنسية والروسية والأسبانية، ولغات العمل هي الإنجليزية والفرنسية<sup>(١)</sup>. وتعدُّ الأولى هي السائدة عملياً باعتبارها من اللغات الناقلة للفكر<sup>(٢)</sup>. وتعدُّ اللغات الرسمية ولغات العمل لكلٍّ من المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا هي الإنجليزية والفرنسية<sup>(٣)</sup>. ويحتاج جميع العاملين والقضاة إلى التحدُّث بلغةٍ واحدةٍ على الأقلٍ من هاتين اللغتين. وعملياً، عادةً ما يكون مكتب المدعي ناطقاً بالإنجليزية، بينما يتحدث الدفاع بالفرنسية. وبصفةٍ عامةٍ، تُعدُّ اللغة الإنجليزية هي لغة العمل السائدة<sup>(٤)</sup>. وفي حالة عدم معرفة المُتهم أو أيِّ شخصٍ آخرَ يمثل أمام المحكمة الجنائية الدولية بشكلٍ كافٍ للغات العمل، فهم يستطيعون استخدام لغتهم الأصلية، وتتحمّل المحكمة أعباء الترجمة.

ويوجد فرقٌ مهمٌّ بين سياسات الترجمة الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية من جانبٍ، وكلٍّ من المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا من جانبٍ آخر. ففي هاتين الأخيرتين، لا توجد حدودٌ لكمية الوثائق التي

- 
- (1) William SCHABAS, "The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute", op.cit., p. 635.
  - (2) Philippe SANDS, "The Manual on International Courts and Tribunals", op.cit., p. 15.
  - (3) Rule 3 of Rules of Procedure and Evidence of the ICTY, amended on 19 November 2012, IT/32/Rev. 43.
  - (4) Ludmila STERN, "Interpreting Legal Language at the International Criminal Tribunal for The former Yugoslavia: overcoming the lack of lexical equivalents", the Journal of specialized translation, no. 2, July 2004, p. 63.



ينبغي ترجمتها، بينما في الأولى يتقيد حق الترجمة بالوثائق التي تُعدُّ ضرورية للعدالة<sup>(١)</sup>.

وبينما تحدد الأنظمة الأساسية وقواعد الإجراءات سالفه الذكر اللغات الرسمية ولغات العمل، تركت محاكم جنائية قليلة تحديد لغات العمل لتقدير القاضي<sup>(٢)</sup>. على سبيل المثال، طبقاً للمادة (١٤) من لائحة محكمة لبنان الخاصة، تُعدُّ العربية والإنجليزية والفرنسية هي اللغات الرسمية للمحكمة. وقد يقرر القاضي- بعد مشاورات مع الأطراف- أي لغة أو لغات يمكن أن تستخدم في العمل أثناء سير القضية<sup>(٣)</sup>.

وبصفة عامة، تواجه المحاكم الجنائية الدولية تحدياً خاصاً فيما يتعلق باللغات مقارنة بالمحاكم الأخرى؛ ففي الوقت الذي تُلقى فيه محاكم دولية- مثل محكمة العدل الدولية أو المحكمة الدولية لقانون البحار- عبء الترجمة على الأطراف، وعليها أن تدرس الوثائق والمرافعات بلغاتها الرسمية فحسب، يكون على قضاة المحاكم الجنائية الدولية التعامل مع عدد أكبر بكثير من اللغات، حيث قد يأتي كلٌّ من المتهمين والشهود والضحايا الذين يُمثّلون أمام هذه المحاكم من مجموعة متنوعة من الأماكن مُحمّلين بخبرات متنوعة ويتحدثون لغاتٍ قد يكون استخدامها غير شائع في المحافل الدولية.

- 
- (1) Berk SELIGSON, "The Bilingual Courtroom: Court Interpreters in the Judicial Process", op.cit., p. 6 et s.  
 (2) Rule 10 of the Rules of Procedure and Evidence of the SLT, adopted on 20 March 2009, as amended on 20 February 2013.  
 (3) E.G. STL, 16 September 2011, decision on languages in the Case of Ayyash et al., STL-11-01/1/PT.

باختصار، تعتمد التحديات المتعلقة بالتعدد اللغوي على نوع المحاكم الدولية، وبصفة خاصة الفاعلون المتضمنون. ويتم استقطاب الفوارق بين محاكم دولية تمثل أمامها الدول، ومحاكم جنائية يمثل أمامها الأفراد، حيث يجب على الدول أن تتحمل الأعباء بنفسها، ويسمح للأفراد باستخدام لغاتهم الخاصة، كما تُقدّم لهم مساعدات لغوية<sup>(١)</sup>.

### ب- التعدد اللغوي في قاعات المحاكم الجنائية الدولية:

نشأت المحاكم الجنائية الدولية في صورتها الحديثة في أعقاب الحرب العالمية الثانية؛ للتحقيق والقضاء فيما يتعلق بجرائم الحرب وجرائم الإبادة والجرائم ضد الإنسانية. وقد تجسّد ذلك بصورة كبيرة في المحكمة العسكرية الدولية في نورمبرج التي أنشأتها القوى المنتصرة في الحرب العالمية الثانية. وجدير بالذكر، أن المحاكم الجنائية الدولية تتبّع اليوم مرسومًا وصّغته منظمة الأمم المتحدة. وخلال العقود الماضية، أصبحت المحاكم فاعلاً دولياً مهماً؛ ليس فقط لأنها تضع قيوداً على سيادة الدولة، ولكن أيضاً لأنها تتعرض للأفراد الواقعين خارج مظلة المحاكم الوطنية. وهذا الأمر على درجة كبيرة من الأهمية، بصفة خاصة عند مواجهة المتهم بهيكل معقد من قواعد الإجراءات الجنائية الدولية، بما فيها إجراءات المحكمة متعددة اللغات<sup>(٢)</sup>.

(1) For example, Art. 14 (3) (F) of the international covenant on civil and political rights, art. 6 (3) (e) of the European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

(2) Christin B. COAN, "Rethinking the Spoils of War: Prosecuting Rape as a War Crime in the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia", North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, Vol. 26, 2000, p. 183.

ولقد تطورت الإجراءات القضائية للمحاكم الجنائية الدولية بصورة كبيرة منذ بدايتها في عام ١٩٤٥، وخاصة فيما يتعلق بأهمية شهادة الشهود. ففي الوقت الذي استطاعت فيه محكمة نورمبرج الاعتماد على التوثيق الكتابي الدقيق للألمان، يغيب الدليل الكتابي بشكل كبير هذه الأيام، وتعتمد المحاكم بصورة ضخمة على الدليل الشفهي، والذي يحتاج بدوره إلى ترجمة فورية متزايدة<sup>(١)</sup>.

زبدة القول، لا تقتصر مهمة القاضي على تعيين مترجم، ولا يُعدّ توسط هذا الأخير في حدّ ذاته ضامناً لمحاكمة عادلة لغويًا. فيلتزم القاضي كلّ الالتزام بالتأكد من أن جميع الفاعلين في قاعة المحكمة على وعي وفهم بتعدد وتحديات مهمة المترجم، وأن يكون هذا الأخير ذاته على وعي بمهمته ودوره.

## ٢- دور القاضي فيما يتعلق بترجمة قاعة المحكمة:

يتعين على مترجمي المحكمة أن يقوموا بترجمة المادة من المصدر الأصلي دون تعديل أو تلخيص أو حذف أو إضافة، مع الحفاظ على مستوى اللغة ونمطها وأسلوبها ونية المتحدث<sup>(٢)</sup>.

إذا توقف الأمر عند هذا الحد، فلن يتعدى دور القاضي أن يكون مُنصِّبًا يَقْظًا أثناء جلسات المحكمة. ومع ذلك، يضيف التوسط من خلال الترجمة طبقة إضافية من التعقيد، ويكون دور القاضي أقرب إلى المحقق، عليه أحيانًا الاستفادة من بطاقتيه الصفراء والحمراء للإشارة للأطراف باتباع القواعد. ونظرًا لأن الترجمة هي نشاط

(1) Michael SCHARF, "An Insider's Guide to the International Tribunal for the former Yugoslavia", New York, Transnational publishers, 1995, p. 242.

(2) Holly-MIKKELSON, "Fundamentals of Court interpretation: Theory, Policy and Practice", Durham, Carolina Academic Press, 1991, p. 16.

مقيّد ثقافيًا، ولا يحتاج المترجم إلى إجادة لغتي المصدر والهدف فحسب، ولكن عليه التغلب على مجموعة واسعة من التحديات اللغوية والضغوط الاجتماعية اللغوية، يقع على القاضي مهمة إرشاد كل من المترجم والأطراف لضمان قدر متساوٍ من الوصول إلى النظام القانوني بالنسبة للأفراد الذين يفتقرون إلى البراعة في لغات العمل بالمحكمة.

ووفقًا لقوانين وقواعد الإجراءات في معظم المحاكم الدولية، فإن القاضي "سوف يؤدي واجباته ويمارس صلاحياته كقاضٍ: بشرفٍ، وإخلاصٍ، وحياديةٍ، ووعيٍ"<sup>(١)</sup>. وتبلغ مسنولية القاضي أهمية أكبر في حالة كون المتهم أو الضحايا أو الشهود لا يمتلكون طلاقة كافية فيما يتعلق بلغات العمل بالمحكمة، مما يقلل قدرتهم على فهم الإجراءات. ونظرًا لأن كل لغة بشرية تُشكّل خريطة مختلفة للعالم، تتمثل مهمة القاضي في فهم عالم كل من المتهم والضحية والشهود من خلال مساعدة المترجم، أو أحيانًا "على الرغم من الترجمة"<sup>(٢)</sup>.

بعبارة أخرى، يجب أن يتمتع القاضي الذي يعمل في محكمة جنائية دولية بمستوى عالٍ من الحساسية والوعي العابر للثقافات؛ وذلك لما للاختلافات الثقافية من تأثير بالغ على كل من المستوى المعجمي الدلالي والمستوى المتعلق بنية المتحدث في الاتصال الحادث في قاعات المحاكم الجنائية الدولية والذي يتوسط فيه المترجم. وعلى امتداد إجراءات المحكمة، يجب أن يُظهر القضاة قدراتهم فيما يتعلق بالموازنة الشريفة

(1) Rule 4 of the ICJ Rules of Procedure; Rule 5 of the Rules of Procedure and Evidence of the ICC; Rule 14 of the ICTY Rules of Procedure.

(2) George STEINER, "After Babel", Oxford, Oxford University Press, 1992, p. XII.

المخلصة الحيادية الواعية بالكلمات الأصلية للأطراف وترجمتها إلى لغة العمل في المحكمة، أي اللغات التي يجيدها القضاة أنفسهم<sup>(١)</sup>.

#### أ - القاضي كحَامٍ للحقوق اللغوية:

رغم أن قوانين المحاكم الجنائية الدولية وقواعد إجراءاتها قد عمدت إلى تنظيم المسألة اللغوية، يخلق تطبيقها صعوبات جمة على المستوى العملي. على سبيل المثال، تنص المادة (٣/٧٦) من قواعد إجراءات المحكمة الجنائية الدولية على أنه: "يجب أن تكون شهادة شهود الأدعاء متاحة باللغة الأصلية وبلغّة يفهمها المُتَّهَمُ تمامًا ويتحدث بها". وفي حالة المدعي عبد الله باندا أباكير نورين والمدعي صالح محمد جيريوبو<sup>(٢)</sup>، كان يجب على قضاة المحكمة الجنائية الدولية التعامل مع مجموعة متنوعة من المسائل المعقدة، تتنوع بين ترجمة البند المتعلق بمستوى معرفة المشتبه به بلغات العمل في المحكمة وبين مشكلات عملية تتعلق بترجمة الوثائق إلى لغة الزغاوة، وهي اللغة الأصلية للمدعى عليه<sup>(٣)</sup>. وفي النهاية، اتخذ القضاة قراراً لصالح الحقوق اللغوية للمدعى عليه ولحقه في محاكمة عادلة. وقد ركز هذا القرار على مبدأ تكافؤ وسائل الدفاع الذي يتطلب أن يكون كلٌّ من المدعي والدفاع متساويين أمام هيئة المحكمة،

(1) ICTR, 1 June 2001, Prosecutor V. Clément Kayishema and Obed Ruzindana, ICTR-95-1-A, Judgment, Para. 206.

(2) ICC, Prosecutor V. Abdallah Banda Abakaer and Saleh Mohammed Jerbo Jamus, Situation in Darfur, Sudan, ICC-02/05-03/09/Reasans for the Order on translation of witness statements and additional instruction on translation, 21 September 2011.

(3) Ibid., p. 5.

وعلى التزام الهيئة القضائية بضمان ألا يقع أيٌّ من الأطراف في وضع غير مناسبٍ عند عرض مسألتها<sup>(١)</sup>.

والأكثر صعوبة، هو تطبيق المادة (١/٦٧/ف) من نظام روما الأساسي الخاص بالمحكمة الجنائية الدولية، والتي تنص على أنه: "يجب أن يتمتع المُتَّهَم - بدون أيِّ تكلفة أو مصاريف يتحملها - بمساعدة مترجم كفاء، ومثل هذه الترجمات تكون ضرورية لتلبية متطلبات العدالة، وفي حالة كون أيٍّ من الإجراءات أو الوثائق المقدّمة للمحكمة ليست بلغة يفهمها المتهم تمامًا ويتحدث بها". وقد تم التعامل مع مسألة معنى مصطلح "متطلبات العدالة" في قضية لويانغا<sup>(٢)</sup>. وقد هدفت القضية المسنولة بقرارها - في إشارة إلى القرار الذي اتخذته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان<sup>(٣)</sup> - إلى الموازنة بين حق المتهم في محاكمةٍ عادلةٍ واعتبارات الاقتصاد القضائي والملاءمة الإجرائية.

ولقد أصدرت كلٌّ من المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا أحكامًا متنوعة تتعلق بحقّ المتهم في ترجمة الوثائق ذات الصلة إلى اللغة التي يتحدثها ويفهمها<sup>(٤)</sup>. ويمكننا أن نستخلص من هذه الأحكام، أن

- (1) ICTY, 15 July 1999, Prosecutor V. Tadic, IT-94-1-T, Judgment, Para. 48- 50.
- (2) ICC, 14 March 2012, The Proscutor V. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Decision on the Requests of the Defence of 3 and 4 July 2006.
- (3) ECTHR, 19 December 1939, Kamasinski V. Austria, application no. 9783, Judgment, Para. 74.
- (4) ICTY, Proscutor V. Zejnir Delalic et al., IT- 96-21, decision on defence application for forwarding the documents in the language of the accused, 25 September 1996.

القضاة يهدفون إلى الوصول إلى تفاهمٍ مشتركٍ وتوافقٍ حول ترجمة التنظيمات اللغوية ذات الصلة في قواعد الإجراءات الخاصة بالمحاكم، ومن ثم دراسة حقوق الإنسان، وخاصة كما يتضح في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

وعلى الجانب الآخر، استغرقت المناقشات الخاصة بالمسألة اللغوية في القضايا سألقة الذكر، وقتًا كبيرًا، وأبطأت من معالجة القضية. ومرةً أخرى، يتعين على القاضي أن يُحقّقَ التوازن- هذه المرة- بين المناقشة حول الجوانب الإجرائية بما يتضمن المسألة اللغوية والهدف الفعلي للمحاكمة، أي إدانة هؤلاء الذين يرتكبون أبشع الجرائم.

#### ب- تقدير القاضي لعمل المترجم:

كان يتم اعتبار المترجمين حتى عهد قريب- لا سيما على المستوى الوطني- نوعًا من الرفاهية لا تستطيع المحاكم تحملها أو بالكاد تتحملها<sup>(١)</sup>. يضاف إلى ذلك، أنه غالبًا ما كان يتم الاشتباه في المترجمين على أنهم حلفاء سريّون لأحد الأطراف، وبصفة خاصة المتهم. ومع ذلك، فعلى المستوى الدولي يوضح تحليل إجراءات المحاكم الجنائية الدولية مساهمة القضاة بصورة ضخمة في فهم أفضل وتقدير لعمل المترجم.

على سبيل المثال، يُعبّر القاضي (فولفورد) الذي يترأس إحدى غرف المحكمة الجنائية الدولية بصورة واضحة عن تقديره وامتنانه لعمل المترجمين<sup>(٢)</sup>. فهو يستعلم

(1) Daniel PROCACCINI, "What we have here is a Failure to Communicate: An Approach for Evaluation Credibility in America's Multilingual Courtrooms", Boston College third World Law Journal, no. 1, Vol. 31, 2011, p. 163- 164.

(2) ICC, 14 March 2012, Prosecutor V. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, transcript of the hearing of 26 August 2011, p. 49.

من المترجم في نهاية جلسة استماع مرهقة عما إذا كان يستطيع أن يستمر لعشر دقائق أخرى للاستماع لشهادة أخيرة أم لا<sup>(١)</sup>. وهو يتدخل فوراً إذا ما شعر بمشكلة في الترجمة<sup>(٢)</sup>، وخاصة عندما لا يتحدث المتحدثون بسرعة تسمح للمترجمين الفوريين بالمتابعة<sup>(٣)</sup>.

وهناك مثال آخر، وهو القاضي (أوري) الذي كان يعمل بالمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة، حيث كان يذكر الأطراف الذين يعطون الانطباع بأنهم يضعون قدرات المترجمين موضع التساؤل: "بأن الطريقة المثلى لمساعدة المترجمين، هي التحدث بالسرعة التي تجعلهم قادرين على أداء مهمتهم بالجودة التي يؤدونها بها دائماً"<sup>(٤)</sup>.

والواقع، أنه في بعض الأحيان تكون محاولات القضاة لتوجيه الإجراءات غير مُجدية، عندما يكون أحد الأطراف مثلاً غير راغب في اتباع تعليمات القاضي ويعمد إلى تخريب الإجراءات مثل ميلوسوفيتش الذي اعتاد التحدث بسرعة لا يستطيع المترجمون مجاراتها.

#### ج - أساليب إجراء المقابلات:

يكتسب فن توجيه الأسئلة للمتهم أو الضحايا أو الشهود في قاعة المحكمة التي يتوسط فيها المترجم أهمية كبيرة ويتطلب مهارة عالية. على سبيل المثال، في قضية

(1) Ibid., transcript of the hearing of 25 August 2011, p. 36.

(2) Ibid., transcript of the hearing of 18 April 2011.

(3) See the Transcript of the hearing ICC-01/04-01/06-T-360-Red2-ENG-CT-WT-13-06-2012, 2/70 PVT.

(4) ICTY, The Prosecutor V. Jovica Stanisic and Franko Simatovic, IT-03-69-T, Transcript of the hearing of 7 March 2012, p. 18056.



ميلوسوفيتش السابق الإشارة إليها، سأل القاضي (روبسون) الشاهد السؤال الآتي: "هل تقول: إنك لن تكون قادراً على تقديم المساعدة فيما يتعلق بالسيد ميلوسوفيتش ووزارته كما أبرز المتهم"، والواقع أن عبارة "تقديم المساعدة" ليست تعبيراً مألوفاً في اللغة الأصلية للشاهد<sup>(١)</sup>، ومن ثم يجب إعادة صياغة السؤال. ورغم أن أساليب إجراء المقابلات ذات أهمية بالنسبة لأي قاعة محكمة جنائية، فالمشكلة تزداد تعقيداً مع تعدد اللغات، حيث لا توجد محادثة مباشرة بين الادعاء والدفاع أو القاضي والشخص الذي يتم توجيه الأسئلة له. وغالباً، ما يكون توسط المترجم مقلقاً للشخص المعني بصورة أكبر حينما يكون غير متأكد من موضع مصدر سوء الفهم، وهذا يكون إما في الصياغة الأصلية للسؤال أو في ترجمة المترجم.

#### د- الجوانب البرجماتية في ترجمة قاعة المحكمة:

"إن الكلمات وحدها لا تصنع الفهم"<sup>(٢)</sup>. فالفهم يتضمن أيضاً "المعنى المقصود؛ أي معنى التعبيرات فيما وراء الكلمات، وهو ما يحدده السياق والموقف والمشاركون"<sup>(٣)</sup>.

كما أوضحنا من قبل، يتمثل دور المترجم في قاعة المحكمة الدولية في السماح بالتواصل الشفهي بين الأشخاص المعنيين أثناء جلسة الاستماع وإمداد القضاة بترجمة لحقائق القضية إلى اللغات الرسمية، بحيث يدرسونها بحرص ويستخدمونها في إصدار

- 
- (1) ICTY, Prosecutor V. Slobodan Milosevic, IT-02-54, Transcript of the hearing of 28 February 2006, p. 49002, line 8- 11.  
 (2) Ahmed MUNEER, "Interpreting Communities: Lawyering Across Language Difference", UCLA Law Review, Vol. 54, 2007, p. 1032-1033.  
 (3) Sandra HALE, "Themes and methodological issues in Court Interpreting research", Linguistica Antverpiensia, Vol. 15, 2013, p. 205.

الحكم. لتحقيق هذا الهدف، ليس مطلوباً من المترجم أن يقدم ترجمة حرفية فحسب، ولكن نحتاج أيضاً إلى تحقيق التكافؤ في نية المتحدث بين الألفاظ الأصلية وترجمته. بعبارة أخرى، على المترجم أيضاً، أن يدرس جوانب مثل الأسلوب اللغوي للمتحدث والفروق الدقيقة والتوقفات والكلمات والأصوات المخففة للمعنى والتصحيح الذاتي والتردد وإظهار الانفعالات<sup>(١)</sup>. ومن المحتمل أن يكون لكل من هذه العوامل تأثير واضح على إدراك المدعى عليه، أو الضحية، أو الشاهد، وقد يؤثر في تقييم القاضي للدليل أو حتى قد يسهم في إدانة خاطئة لو تم تجاهله<sup>(٢)</sup>.

وبالتالي، يجب على القاضي أن يركز اهتمامه بصورة دقيقة على لغة الجسد أو التعبير بالوجه الخاص بالمتحدث، ويتدخل فوراً عندما يبدو أنها أو أنه قد تحير، أو أنه لا يفهم ما يقال. ويجب على القاضي أيضاً، أن يتدخل في أي وقت يدرك فيه أن عدم قدرة المترجم على الترجمة بدقة تتعلق بنية المتحدث تؤثر في شهادة المتحدث ومصداقيته. ويمكن للمترجم أن يخفف أو يُعظم من إمكانية لوم المدعى عليه أو يجعل ضحية أو شاهداً ما يبدو غير ممكن التعويل عليه، أو غير جدير بالثقة أو غير قابل للتصديق<sup>(٣)</sup>.

وأثناء المداولة اللاحقة، يعتمد القضاة بصورة متكررة على ترجمة المترجم للتفكير ملياً في براءة المدعى عليه أو إدانته، ومن ثم يجب أن يكون القاضي منتبهاً للغاية للأبعاد الخاصة بنية المتحدث في الترجمة، وليس عليه فقط أن يُدكر المترجم

(1) Joshua KARTON, "Lost in Translation", op.cit., p. 24.

(2) Franklyn P. SALIMBENE, "Court Interpreters: Standards of Practice and Standards for Training", Cornell Journal of Law and Public Policy, no. 3, Vol. 6, 1997, p. 645.

(3) Ibid., p. 646 et s.

بواجباته ومسئوليته، ولكن أيضاً أن يكون هو نفسه على وعي تامّ بمعنى التعبيرات فيما وراء الكلمات، التي تتحدد بناءً على السياق والموقف والمشاركين.

#### هـ- التعدد اللغوي في قاعة المداولة بالمحكمة:

للحفاظ على سرية المداولة، يغيب المترجمون عن قاعة المداولة. وللتعويض عن غياب الترجمة، تلعب تسجيلات الفيديو دوراً مهماً وحاسماً. وبصرف النظر عن مدى الكفاءة في الترجمة، تظل تسجيلات الفيديو هي الوسيلة الوحيدة للوصول إلى الدليل الأصلي أثناء المداولات.

وتعدّ إمكانية الوصول للشهادات الأصلية ذات أهمية كبيرة، حيث قد استمع القضاة لترجمات لغوية مختلفة لتلك الشهادات بناءً على اختيارهم للغة العمل بالمحكمة. كما اتضح، ينقل كل مترجم الفوارق الدقيقة والنية بصورة مختلفة، ومن ثم يستخدم القضاة ترجمات مختلفة في تقييم سلوك ومصادقية كل من المتهم والضحايا أو الشهود. وتعدّ المناقشة المكثفة بين القضاة والعودة المتكررة للشهادة الحية أمراً حاسماً للتعويض عن الترجمات المختلفة لنفس الإفادة أو التصريح<sup>(١)</sup>.

(1) William SCHABAS, "The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute", op.cit., p. 637.

## المبحث السادس

## سن القانون القضائي الدولي ونظرية المصادر:

## صحة القانون القضائي محل جدل

## تمهيد:

طبقاً لرأي الأستاذ (جوزيف راز) فإن "النظرية القانونية تكون مقبولة فحسب إذا كانت اختباراتهما أو معاييرها لتعريف محتوى القانون وتحديد وجوده تعتمد بصورةٍ حصريةٍ على حقائق السلوك الإنساني التي يمكن وصفها في إطار حياديٍّ، وتطبيقها دون اللجوء إلى جدلٍ أخلاقيٍّ"<sup>(١)</sup>. وهذا هو ما أطلق عليه "نظرية المصادر".

ويمكن وصف سنّ القانون القضائي على أنه خلقُ القواعد القانونية وتطويرها من جانب المحاكم،<sup>(٢)</sup> وذلك على المستويين الوطني والدولي<sup>(٣)</sup>. ومع ذلك، فنظراً لخصوصية المصادر القابلة للتطبيق في القانون الدولي، تُعدُّ وظيفة سنّ القانون في المحاكم الدولية أكثر أهمية من نظيرتها في المحاكم الوطنية. وفي حالة القانون الدولي العام الذي ينشأ من مصادرٍ غير مكتوبة، مثل العرف الدولي والمبادئ العامة للقانون، فهو يرقى إلى التحقق من صحة أو المصادقة على القواعد القانونية الدولية، ومن ثم تكتمل المصادر الرسمية للقانون الدولي<sup>(٤)</sup>.

(1) Joseph RAZ, "Legal Positivism and the Sources of Law", Joseph RAZ, ed., "The Authority of Law", op. cit., p.37.

(2) Ibid., p.37.

(3) Ibid., p.37.

(4) Ibid., p.p.37.

وفي سياق سنّ القانون القضائي، كان تطبيق نظرية المصادر محلاً للجدل، وكان الأستاذ (دور كين) هو أشهر من ناقشها، حيث اعتقد أنه في الحالات التي يجب فيها على القضاة دراسة المتطلبات الأخلاقية لتقرير ما يتطلبه القانون، لا يتم تحديد الالتزام بالقانون بناءً على الممارسة الاجتماعية فحسب، ولكن أيضاً بناءً على الأخلاقيات<sup>(١)</sup>. وكان رد الأستاذ (راز) المتعلق بالوضعية القانونية على هذه الفكرة، هو التأكيد على أن الأحكام القضائية تصل إلى وجود "عرف قضائي"، ومن ثم تُشكّل حقيقة اجتماعية ملائمة، وأن الالتزام القضائي بوضع الأخلاقيات في الاعتبار لا يتضمن كنتيجة مباشرة دمج الأخلاقيات في القانون<sup>(٢)</sup>.

ومع ذلك، ففي سياق سنّ القانون القضائي الدولي، يتضح أن الدفاع عن نظرية المصادر الوضعية القانونية يكون أعقد بكثير. ويعود هذا إلى خصوصية المصادر القابلة للتطبيق في القانون الدولي ووظيفة إثبات صحة القانون في المحاكم الدولية. وفي الواقع، ووفقاً للمادة (د/١/٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، لا تمثل الأحكام القضائية مصدراً رسمياً للقانون الدولي، ولكنها تُمثل "وسائل مساعدة لتحديد المبادئ القانونية". ومع ذلك، وفي الوقت نفسه، تكمل الأحكام القضائية المصادر الرسمية في حالة الأعراف الدولية والمبادئ العامة للقانون؛ نظراً لأثرها في إثبات صحة القانون. وتثير العملية الملتبسة للأحكام القضائية سؤالاً حول كيفية تصور التحقق من صحة القانون القضائي الدولي في إطار الوضعية القانونية<sup>(٣)</sup>.

- (1) Ronald M. DWORKIN, "The Model of Rules I", in Ronald M. DWORKIN, ed., "Taking Rights Seriously", London, Duck Worth, 1999, P.22.
- (2) Joseph RAZ, "Legal Positivism and the Sources of Law", op. cit., p.P.38.
- (3) Ibid., P.39.

وقد تم تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة أجزاء. يصف الجزء الأول المعتقدات الأساسية لنظرية المصادر. ثم يتم تناول ظاهرة سن القانون القضائي في سياق القضاء أو الأحكام القضائية الدولية والوطنية في الجزء الثاني. أما الجزء الثالث فيتناول هذين الفرعين معاً، ويشرح الصعوبات النظرية الرئيسية التي تتعلق بقابلية تطبيق نظرية المصادر على القانون الدولي الذي يسنه القاضي بالإضافة إلى الحلول الممكنة.

### ١- نظرية المصادر الوضعية القانونية:

#### أ- الوضعية القانونية.

#### (١) المعتقدات الأساسية

يُنظر إلى الوضعية القانونية الحديثة على أنها تصديقٌ على افتراض مميز واحد، وهو الاعتقاد بأنه في أيّ نظام قانوني، يكون إثباتُ صحة قاعدةٍ معينةٍ معتمداً على مصادرها وليس على مميزاتها أو جدارتها<sup>(١)</sup>. ويتضمن هذا الافتراض ادعاءين منفصلين معروفين "بالنظرية الاجتماعية" و"نظرية الانفصال"<sup>(٢)</sup>. وتؤكد النظرية الاجتماعية- التي يشترك فيها جميع مؤيدي الوضعية القانونية<sup>(٣)</sup> - أن القانون ظاهرة اجتماعية بشكل عميق، وأن شروط إثبات الصحة القانونية تُعدُّ حقائق اجتماعية<sup>(٤)</sup>.

(1) John GARDNER, "Legal Positivism", The American Journal of Jurisprudence, n°46, 2009, p.149.

(2) Andra MARMOR, "The Nature of Law", in Edward N. ZALTA, ed., "The Stanford Encyclopedia of Philosophy", Oxford, Oxford University Press, 2011, P.88.

(3) Joseph RAZ, "Legal Positivism and the Sources of Law", op. cit., p.P.38 et s.

(4) See Andrei MARMOR, "The Nature of Law", op. cit., p.89 et s.

ويعتقد الوضعيون القانونيون المحدثين أن القواعد الاجتماعية تُشكّل أساساً للقانون. وهم يعتقدون بصفة عامة أن هناك معايير تقليدية للتمييز؛ أي الأعراف الاجتماعية التي تُحدّد حقائق معينة وتوفر طرقاً لإنشاء أو خُلِق القواعد القانونية وتعديلها وإلغائها<sup>(١)</sup>. أما نظرية الانفصال- التي تُعدُّ فعلياً نتيجة سلبية للنظرية الاجتماعية- فهي تؤكد أنّ هناك انفصلاً مفاهيمياً بين القانون والأخلاق. ومن ثم، لا تعتمد شرعية قاعدة ما إطلاقاً على محتواها الأخلاقي<sup>(٢)</sup>. ومع ذلك، فمن الجدير بالملاحظة أن الوضعية القانونية تهتم فقط بشروط الشرعية أو إثبات الصحة القانونية ولا تُقدّم تفسيراً للطبيعة الكلية للقانون<sup>(٣)</sup>.

## (٢) الشامل في مقابل الحصري.

بينما يوافق الوضعيون القانونيون المعاصرون بصورة كبيرة على تفسير النظرية الاجتماعية، إلا أن الأمر ليس كذلك فيما يتعلق بنظرية الانفصال<sup>(٤)</sup>. كنتيجة لنقد (دوركين) لآراء (هارت)، انقسم التقليد الوضعي القانوني إلى فريقين مختلفين<sup>(٥)</sup>. وأصبح هذان الفريقان معروفين بالوضعية القانونية "الناعمة"، "الشاملة"، أو "الدامجة"، والوضعية القانونية "الملزمة"<sup>(٦)</sup>، "الحصرية" أو "غير الدامجة"<sup>(٧)</sup>.

(1) See Ibid.

(2) See Ibid.

(3) John GARDNER, "Legal Positivism", art. Préc., p. 222.

(4) Wilfrid WALUCHOW, "legal Positivism, Inclusive Versus Exclusive", in Edward CRAIG, ed., "The Rutledge Encyclopedia of Philosophy", Landers, Atlantic Books, 20123, P.44.

(5) See Wildrid WALUCHOW "legal Positivism" op. cit., p.45.

(6) H.L.A. HART, "The Concept of Law", op. cit., p. 250, Philip E. SOPER, "Legal Theory and The Obligation of a Judger: The Hart/Dworkih Dispute", Michigam Law Review, no95, 1997, p.473;

=

باختصار، بينما تسمح الوضعية القانونية المرنة في بعض النظم القانونية، بأن تكون القواعدُ صحيحةً قانوناً على أساس مميزاتها (أي منطقيتها أو معقوليتها مثلاً) في الظروف التي تثبت فيها القواعد الصحيحة قانوناً أن تلك المزايا تتصل بالصحة القانونية، تنكر الوضعية القانونية الملزمة هذا الخلاف. وتؤكد هذه الأخيرة أن القاعدة التي تفترض أن جميع القواعد المعقولة فقط يجب أن تكون صحيحة لا تثبت قانوناً صحة أو شرعية قواعدٍ أخرى. بدلاً من ذلك، يتم تفويض وظيفة أو مهمة التحقق من صحة المعايير أو القواعد الأخرى لمسئول رسمي يعلن معقوليتها. ومن ثم، لا تكون هذه الأخيرة صحيحة من منطلق معقوليتها (مميزاتها)، ولكن بفضل حقيقة أن ممثلاً أو وكيلاً ذا صلة قد أعلن معقوليتها (مصدرها) <sup>(٢)</sup>.

---

David LYONS, "Principles, Positivism, and Legal Theory", Yale Law Journal, no 87, 1977, p.415; Jules COLEMAN, "Negative and Positive Positivism", Journal of Legal Studies, no21, 1992, p.139; Wilfrid WALUCHOW, "Inclusive Legal Positivism", Oxford, Clarendon Press, 1994; Matthew H. KRAMER, "Where Law and Morality Meet", Oxford, Oxford University Press, 2008, p.93.

(1) Hans KELSEN, "The General Theory of Law and the State", Cambridge, Harvard University Press, 1995; Andrei MARMOR, "Positive Law and Objective values", Oxford, Oxford University Press, 2010; Brian LEITER, "Legal Realism, Hard Positivism and the Limits of Conceptual Analysis", Oxford, Oxford University Press, 2007, p.63 et s.

(2) John GARDNER, "Legal Positivism", art. Préc., p.201.



## ب- نظرية المصادر

## (١) التعريف

يُعرَّفُ (راز) كلاً من الفريقين الوضعيين القانونيين الشامل والحصري على أنهما ملتزمان بما أسماه "النظرية الاجتماعية الضعيفة" و"النظرية الاجتماعية القوية" أو "نظرية المصادر"<sup>(١)</sup>. وتصديقاً لهذه الأخيرة، فهو يُعرِّفها كما يلي: "النظرية في فلسفة القانون تكون مقبولةً فحسب إذا كانت معاييرها لتعريف محتوى القانون وتحديد وجوده تعتمد بصورةٍ حصريةٍ على حقائق السلوك الإنساني التي يمكن وصفها في إطار حيادي، وتطبيقها دون اللجوء إلى جدل أخلاقي"<sup>(٢)</sup>. ويستخدم (راز) فكرة "المصادر" بمعنى تقنيٍّ بعض الشيء<sup>(٣)</sup>. وطبقاً لذلك، فإن القانون يكون له مصدرٌ إذا أمكن تعيين محتواه ووجوده دون الاعتماد على جدل أخلاقي. أما مصادر قانونٍ ما فهي تلك الحقائق التي يكون القانون بسببها صحيحاً قانوناً والتي تحدد محتواه. وفي هذا الشأن، يكون معنى "المصدر" أوسع من معنى "المصادر الرسمية"، مثل قوانين البرلمان أو السوابق التي تُشكّل إثبات الصحة القانونية الخاصة بقانونٍ ما، وهي تتضمن أيضاً المصادر التفسيرية مثل جميع المواد التفسيرية ذات الصلة. ووفقاً لتعريف (راز)، فإن مصادر القانون لا تكون أبداً مجرد فعل واحد، ولكنها تتألف من مجموعةٍ متنوعةٍ من الحقائق من أنواعٍ مختلفة<sup>(٤)</sup>.

(1) Joseph RAZ, "The Concept of a legal system, An introduction to the theory of legal system", Oxford, Clarendon Press, 1997, p.210, Joseph RAZ, "Postema on Law's Autonomy and public practical Reasons: A Critical Comment", Legal Theory, no8, 2006, p.20; Joseph RAZ, "Incorporation by Law", Legal Theory, no14, 2008, p. 39-40.

(2) Joseph RAZ, "Legal Positivism and the Sources of Law", op. cit., p.P. 39.

(3) See. Ibid., P.47.

(4) See, Ibid., p.48.

## (٢) الأسباب الداعمة

يُدافع (راز) عن نظرية المصادر من منطلق حُجَّتَيْنِ أساسيتين<sup>(١)</sup>. الأولى، هي الحجة المنبثقة عن "القوة الإيضاحية" التي ترى أن نظرية المصادر تعكس وتنظم الفروق المتنوعة المنضمة معاً والتي تُشكِّلُ أساس مفهوم الناس للقانون<sup>(٢)</sup>. والثانية مفادها، أنه من المفترض أن نظرية المصادر تُحدد وتؤكد على رؤية شاملة لوظيفة القانون<sup>(٣)</sup>. وهذه حجة أهمُّ من "السلطة" من حيث القابلية للجدل. باختصار، يطالب كلُّ نظامٍ قانونيٍّ بسلطةٍ شرعية. ولادعاء السلطة، يجب أن يكون المَوْجَّهَ القانوني قادراً على القيام بذلك. ولكي يكون الموجه القانوني قادراً على ادعاء السلطة، يجب أن يتمَّ تقديمه على أنه يعبر عن رأي شخص ما فيما ينبغي على الرعايا عمَلَه، ويجب أن يكون قابلاً للتحديد بطرق تستبعد الاحتكام إلى أسبابٍ تابعةٍ (مفهوم الخدمة الخاص بالسلطة)<sup>(٤)</sup>. ووفقاً لرأي الأستاذ (راز)، تتطابق المصادر القانونية مع كلتا الحالتين، وبهذه الطريقة تقدّم جدلاً لصالح نظرية المصادر<sup>(٥)</sup>. وعلى العكس، تتعارض الوضعية القانونية الشاملة مع الطبيعة المؤكدة للقانون<sup>(٦)</sup>.

(1) See, Ibid., p.48.

(2) See, Ibid., p.48-50.

(3) Joseph RAZ, "Legal Positivism and the Sources of Law", op. cit., p.50.

(4) Joseph RAZ, "Authority, Law, and Morality", Oxford, Clarendon Press, 1995, p.50.

(5) Joseph RAZ, "Legal Positivism and the Sources of Law", op. cit., p.52.

(6) Wilfrid WALUCHOW, "Legal Positivism, Inclusive Versus Exclusive", op. cit., p.47.

**٢- سن القانون القضائي الدولي****أ- سن القانون القضائي****(١) القضاة كمشرعين للقانون**

تُعدُّ الوظيفة الأساسية للمحاكم بصفة عامة هي تطبيق القانون من خلال تسوية المنازعات وفقاً لمجموعة محددة سلفاً من القواعد والإجراءات عن طريق إصدار أحكام ملزمة للأطراف<sup>(١)</sup>. ورغم أنه قد مرَّ زمنٌ ساد فيه الفهم المعرفي للأحكام القضائية، فإن اليوم يوجد القليلون الذين لا يزالون يؤكدون هذا الأمر<sup>(٢)</sup>. ويبدو أن حقيقة كون القضاة هم الذين يصنعون القانون قد تم قبولها<sup>(٣)</sup>، وقد أصبح التساؤل حول كيفية أدائهم لهذه المهمة مع الاستمرار في تعزيز شكل الفصل بين القانون والسياسة واحداً من الموضوعات الأساسية التي تشغل البحث القانوني<sup>(٤)</sup>.

**(٢) تفسير سن القانون القضائي:**

يمكن تعريف سن القانون القضائي على أنه إنشاء القواعد القانونية وتطويرها من جانب المحاكم<sup>(٥)</sup>. وهذا يحدث - عادةً - في سياق حالات ملموسة<sup>(١)</sup>. وتقوم الأحكام

- (1) Benedict KINGESBURY, "International Courts: Uneven Judicialization in Global Order", op. cit., p. 227.
- (2) Armin Von BOGDANDY, Ingo VENZKE, "Beyond Dispute: International Judicial Institutions as law-Makers", op. cit., p. 986.
- (3) Samantha BESSON, "Legal Philosophical Issues of International Adjudication-Getting over the amour impossible between international Law and Adjudication", op. cit., p. 330.
- (4) Lord REID, "The Judge as Law Maker", Journal of the Society of Public teachers of Law, no22, 1982-1983, p.22-29.
- (5) See, BESSON, "Issues", op. cit., 227.

القضائية بتسوية منازعاتٍ معينةٍ بين الأطراف المعنية من خلال تطبيق القواعد القانونية على مجموعةٍ محددةٍ من الحقائق<sup>(٢)</sup>. وبعيداً عن هذه التحديدات التي تسمح بإمكانية الاستئناف، تكون الأحكام القضائية نهائية. فهي تقوم بتسوية المشاكل القانونية المتنازع عليها بين الأطراف المعنية بشكلٍ محددٍ (مبدأ الحكم البات أو السلطة ذات صلاحية إصدار الأحكام)<sup>(٣)</sup>. ومع ذلك، وفي الوقت نفسه لا يمكن فهم الأحكام القضائية إذا تم عزلها بشكلٍ كامل؛ نظراً لأنها قد تصل إلى أبعادٍ من القضية التي يتم تناولها. ويمكن أن يؤثر محتواها التفسيري على تحديد قرار المحكمة وتفسيرها وتطبيقها للقانون محلّ النقاش، وللقانون بشكلٍ أكثرٍ عموميةً في المنازعات اللاحقة (التفسير القاطع أو السلطة المخول لها التفسير)<sup>(٤)</sup>.

### ب- سن القانون القضائي الدولي

#### (١) المحاكم الدولية كمشرع للقوانين

على المستوى الدولي، يبقى السؤال حول ما إذا كان الدور الأساس للمحاكم يظل كما هو على المستوى الوطني، ومن ثم ما إذا كان الحكم الدولي يتطلب أيضاً خلق القواعد القانونية وتطويرها<sup>(٥)</sup>. ورغم وجود فروق مهمة بين المحاكم الوطنية والدولية، فإنه يتفق العديد من الباحثين الدوليين على أن الوظيفة الأساسية للمحاكم<sup>(٦)</sup>،

(1) See, VON BOGDANDY, VENZKE, Ibid.

(2) See, BESSON, "Issues", op. cit., 228.

(3) See, BESSON, "Issues", Ibid.

(4) See, BESSON, "Issues", Ibid; BOGDANDY, Ibid.

(5) See, BESSON, "Issues", Ibid.

(6) See, KINGSBURY, op. cit., p.215-222.

تظل كما هي على المستوى الدولي<sup>(١)</sup>. حيث تقوم المحاكم الدولية - شأنها في ذلك شأن المحاكم الوطنية - بإقرار القانون وتطبيقه في تسوية المنازعات. ومن ثم، تقوم بخلق القواعد القانونية وتطويرها عن طريق الحكم وتفسير القانون الدولي عند تطبيقه على حالات ملموسة ومحددة<sup>(٢)</sup>.

ونظراً لأن المهمة الأساسية للمحاكم الدولية هي تطبيق القانون في تسوية المنازعات، فيمكن أن نقول: إنها لا تصنع القانون<sup>(٣)</sup>. وهذا الأمر يعكسه المادة (٣٨/د) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، والتي تحدد الأحكام القضائية على أنها فقط "وسائل مساعدة لتحديد أحكام القانون" وليست مصادر للقانون الدولي في حد ذاتها<sup>(٤)</sup>. إضافة إلى ذلك، تنص المادة (٥٩) من ذلك النظام على أن أحكام المحكمة ليس لها قوة ملزمة إلا بين الأطراف وفي حدود القضية المحددة<sup>(٥)</sup>. وقد قررت المحكمة ذاتها هذا الأمر في مناسبات عديدة<sup>(٦)</sup>. ومع ذلك، فمن خلال تطبيقاتها، لعبت

- (1) See, G.ABI-SAAB, "The Normalization of International Adjudication: Convergence and Divergence", *New York University Journal of International Law and Politics*, no43, 2010, p.14.
- (2) Alain PELLET, "Article 38", in Andreas ZIMMERMANN, art preci, p.677.
- (3) Trullio TREVES, "Judicial Lawmaking in an Era of Proliferation of International Courts and Tribunals: Development or Fragmentation of International Law", vol. 177, Berlin, Springer, 2005, p.587; Gennady M. DANILENKO, "Law-Making in the International Community", Dordrecht, Martimus, Nijhoff Publishers, 1999, p. 253.
- (4) See, PELLET, "Article 38", op. cit., p.587.
- (5) Chester BROWN, "Article 59", in Andreas ZIMMERMANN, "The statute of the International Court of Justice: A commentary", Oxford, Oxford University Press, 2012, p.1416.
- (6) ICJ, 25 July 1974, Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great

محكمة العدل الدولية دوراً مهماً في التكوين العام للقانون الدولي وإعادة تشكيله<sup>(١)</sup>. وقد اعترفت المحكمة ذاتها بذلك، وإن كانت قد اتخذت احتياطاتها المعتادة<sup>(٢)</sup>.

## (٢) ضرورة سن القانون القضائي الدولي:

كما توضح الأستاذة (بيسون) فإن "وظيفة تولد الأحكام" الخاصة بالمحاكم الدولية تُعدُّ أكثر أهمية من نظيرتها في المحاكم الوطنية<sup>(٣)</sup>. ويعتمد هذا على خصوصية مصادر القانون الدولي<sup>(٤)</sup>.

أولاً: يمكن للمحاكم الدولية أن تعتمد فقط على عدد محدود من مصادر القانون الدولي<sup>(٥)</sup>. بينما كل نظام قانوني يتمتع ببنيةٍ منفتحةٍ إلى حدٍّ كبير، لذا فالتشوش أو الغموض يكون أوضح بكثير في النظام القانوني الدولي<sup>(٦)</sup>. وهذا هو السبب في حدوث ثغرة قانونية بصورة أكثر تكراراً على المستوى الدولي

Britain and Northern Ireland/Iceland), Judgment, I.C.J. Reports 1974, P.3, Para p.53; ICJ, 8 July 1996, Legality of the Threat or use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, P.226, Para. 18.

(1) See, PELLET, "Article 38", op. cit., p.322.

(2) ICJ, 8 July 1996, Legality of the Treat or use of Nuclear Weapons, Advisory opinion, I.C.J. Reports 1996, p.226, Para. P.18.

(3) BESSON, "International Judge as Dispute- Settlers and Law- Enforcers: From International law Without Courts to International Courts Without Law- A reply to Anna Spain", op.cit., p. 43.

(4) Donald REGAN, "International Adjudication", op.cit., p. 227.

(5) See Article 38.1 of the Statute.

(6) P. WEIL, "The Court Cannot Conclude Definitely", Colombia Journal of International Law, no. 36, 1998, p. 119.

مقارنة بالسياق الوطني. ومن ثم، فنظرًا لوجود مبدأ عدم الوضوح؛ لعدم وجود قانون واضح يمكن تطبيقه على المستوى الدولي<sup>(١)</sup>، يجعل من الضروري على المحاكم الدولية أن تملأ الثغرات بتحديد القانون الواجب التطبيق وتفسيره بدرجة أعلى من المحاكم الوطنية<sup>(٢)</sup>.

ثانيًا: لا يعدُّ النظام القانوني الدولي متخصصًا وموحدًا، أضف إلى ذلك: لا يوجد تدرُّج رسمي بين المصادر المختلفة<sup>(٣)</sup>. ومن ثم، عندما يطلب من المحاكم الدولية تطبيق القانون الدولي بصفة عامة<sup>(٤)</sup>، فإنها قد تضطر إلى تحديد جميع القواعد القانونية ذات الصلة وتفسيرها بصورة تنسجم مع بعضها البعض<sup>(٥)</sup>.

ثالثًا: ليست جميع مصادر القانون الدولي سهلة التعريف. ففيما يتعلق بالعرف الدولي والمبادئ العامة للقانون، يلعب القضاة الدوليون دورًا مهمًا في تحديد القانون الذي يتم تطبيقه، وهذا يختلف تمامًا عن دور القاضي المعتاد في النظم الوطنية، حيث تكون مصادر القانون واضحة بشكل طبيعي<sup>(٦)</sup>.

(1) Alain PELLET, "Article 38", op.cit., p. 90.

(2) Samantha BESSON, "Issues", op.cit., p. 241.

(3) See Alain PELLET, "Article 38", op.cit., p. 92.

(4) Alan BOYLE, "The Making of International Law", Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 272.

(5) Samantha BESSON, "Issues", op.cit., p. 241.

(6) Donald H. REGAN, "International Adjudication", op.cit., p. 229.

## ٣- سن القانون القضائي الدولي ونظرية المصادر:

## أ - سن القانون القضائي ونظرية المصادر:

## (١) رفض دوركين:

في سياق سن القانون القضائي، أخذت كل من الوضعية القانونية ونظرية المصادر محلّ الجدل في الحسيان. وكان أشهر من فعل ذلك هو الأستاذ (دوركين) الذي اعتقد أنه في الحالات التي يجب فيها على القاضي أن يدرس ما تتطلبه الأخلاقيات لتقرير ما يتطلبه القانون، لا تتحدد الشرعية القانونية بصورة نهائية عن طريق الحقائق الاجتماعية فحسب، ولكن أيضاً عن طريق الأخلاقيات<sup>(١)</sup>.

وقد أكد (دوركين) أن الوضعية القانونية هي "نموذج يخص نظام القواعد ووضع من أجله" ولا يمكنه تفسير وجود المبادئ القانونية<sup>(٢)</sup>. وتختلف المبادئ القانونية عن القواعد القانونية، أن للمبادئ القانونية بُعداً من الوزن أو الأهمية ليس موجوداً في القواعد القانونية<sup>(٣)</sup>. فالمبادئ القانونية تكون حاضرة على الأغلب في سياق القضايا الصعبة، حيث تؤثر في وضع القاضي لقراره في غياب القواعد القانونية<sup>(٤)</sup>. ومن ناحية أخرى، اعتقد (دوركين) أن الوضعية القانونية تفتقر إلى القدرة النظرية بحيث تأخذ في اعتبارها الاستخدام الواسع للمبادئ أثناء المحاكمة؛ لأنها تدعي أنه في القضايا الصعبة، حيث تنفد القواعد القابلة للتطبيق بصورة واضحة، يصل

(1) Scotte SHAPIRO, "The Hart-DWORKIN" Debate: A Short Guide for the perplexed", in Arthur RIPSTEIN, ed., Ronald DWORKIN, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 55.

(2) Ronald M. DWORKIN, "The Model of Rules I", op.cit., p. 22.

(3) Ibid., p. 24- 26.

(4) See, ibid., p. 22- 24.



القضاة فيما وراء القانون إلى المعايير غير القانونية في ممارستهم لحرية التقدير القوية<sup>(١)</sup>. ومع ذلك وفقاً (لدوركين)، لا يتمتع القضاة أبداً بحرية التقدير القوية. وحتى في القضايا الصعبة، لا يصنعون القانون، ولكنهم فقط يعثرون عليه. ومن ثم، فقد استنتج أن هذه المبادئ يجب أن تكون جزءاً من القانون.

## (٢) دفاع راز:

تتوفر ردودٌ متنوعة على رفض (دوركين) لنظرية المصادر. أولاً: يؤكد (راز) على أنه بصرف النظر عن مبادئ (دوركين)، فهي ذات مصادر اجتماعية. فبحسب نظرية المصادر، يُوجد القانون عندما تُوجد مؤسسات قضائية تقوم بالاعتراف بدوافع معينة وإنفاذها؛ لأنها تعتقد في صحتها أو شرعيتها القانونية، حيث إنها قد استقرت رسمياً بسبب العرف أو التشريع أو الأحكام القضائية السابقة<sup>(٢)</sup>. والمبادئ - مثلها مثل القواعد- يمكن أن تُصبح ملزمة قانوناً عن طريق ترسيخ المحاكم لها. ورغم ذلك، فالمبادئ- بعكس القواعد- لا يمكن ترسيخها عن طريق حكم واحد بحيث تصبح سابقة. ولكنها بدلاً من ذلك تتطور مثل العرف وتصبح ملزمة قانوناً فقط في حالة تمتعها بدعم رسمي في عدد من الأحكام القضائية<sup>(٣)</sup>. وطبقاً لذلك، يصل استخدام المبادئ في سلسلة من قرارات أو أحكام المحكمة إلى وجود "عرف قضائي" يُشكّل حقيقة اجتماعية ملائمة من وجهة نظر نظرية المصادر<sup>(٤)</sup>.

(1) See, *ibid.*, p. 31- 34.

(2) Joseph RAZ, "The Concept of a legal system, an Introduction to the theory of legal system", *op.cit.*, p. 214.

(3) Joseph RAZ, "Legal Principles and the Limits of Law", *The Yale Law Journal*, no. 91, 1982, p. 823.

(4) See, *ibid.*, p. 848.

وهناك ردٌّ آخرٌ على رفض (دوركين)، يتصل بوجود الثغرات في القانون كنتيجة لحدود النظرية الاجتماعية. في الواقع، لا يمكن للحقائق الاجتماعية أن تنتقي القواعد التي تقوم بتسوية كل مسألة لاحقة محتملة مقدماً. وهذا هو السبب في كون القانون يحتوي بالضرورة على العديد من التعارضات والثغرات التي يجب على القضاة ملؤها عن طريق العمل كمشرعين، عندما يتعرضون لمسائل يجب تنظيمها قانوناً<sup>(١)</sup>. وفي القضايا الصعبة، عندما تُنقذ المعايير القائمة على المصدر بصورة تقليدية، يتمتع القضاة بحرية التقدير القوية التي تتضمن التزاماً قانونياً بتطبيق معايير غير قانونية لحل القضية التي يتم تناولها<sup>(٢)</sup>.

ومن ثم، فإن الالتزام القانوني بتطبيق المعايير دون مصادر اجتماعية لا يتعارض مع نظرية المصادر؛ نظراً لأن هذه المعايير غير قانونية في سِمَتِها، وأنها تكون قابلة للنفاد فقط في ظل القانون.

### ب- سن القانون القضائي الدولي ونظرية المصادر:

#### (١) التعقيد على المستوى الدولي:

في سياق سن القانون القضائي الدولي، التساؤل الذي يدق هو: ما إذا كانت الوضعية القانونية ونظرية المصادر تواجهان نفس التحدي كما تفعلان في سياق سن القانون القضائي الوطني. نظراً للحقيقة القائلة بأن الدور الأساس للمحاكم على المستوى الدولي يظل كما هو عليه على المستوى الوطني. ومن ثم، تقتضي الممارسة

(1) Scatt J. SHAPIRO, "Legality", Cambridge, Harvard University Press, 2011, p. 250.

(2) Joseph RAZ, "Legal Principles and The Limits of Law", op.cit. p. 848.

القضائية الدولية، شأنها شأن الممارسة القضائية الوطنية، خلقت القواعد القانونية وتطويرها، فينبغي، إذا، أن تكون الإجابة بالإيجاب.

ومع ذلك، ففي سياق سنّ القانون القضائي الدولي، فإن الدفاع عن نظرية المصادر الخاصة بالوضعية القانونية قد اتضح أنه أكثر تعقيداً، ومن ثمّ فإن الانتقال البسيط للحجج الوطنية إلى المستوى الدولي قد يبدو مضللاً. ويعود التعقيد إلى خصوصية مصادر القانون الدولي القابلة للتطبيق، وإلى وظيفة المحاكم الدولية المثبتة لصحة القانون<sup>(١)</sup>.

باختصار، فإن مصادر القانون الدولي- شأنها شأن مصادر القانون بصفة عامة- هي حقائق اجتماعية، تُقدّم طرقاً لإنشاء المعايير القانونية الدولية وتعديلها وإلغائها<sup>(٢)</sup>.

وفي الوقت الذي شكّل فيه كلٌّ من الاتفاقيات الدولية والعرف الدولي والمبادئ العامة للقانون (من بين عوامل أخرى) مصادر رسمية للقانون الدولي<sup>(٣)</sup>؛ على العكس، لا تُمثّل الأحكام القضائية مصادر رسمية للقانون الدولي، ولكنها وسائل مساعدة لتحديد قواعد القانون<sup>(٤)</sup>.

(1) See Samantha BESSON, "Theorizing the Sources of International Law", in Samantha BESSON, John-TASIOULAS., eds., "The Philosophy of International Law", op.cit., p. 169.

(2) See Samantha BESSON, "Legal Philosophical Issues of International Adjudication", op.cit., p. 257.

(3) See, Article 38.1.a-c of the ICJ Statute.

(4) Article 38.1. d of the ICJ Statute.

ويمكننا أن نقول: إن الأخيرة ليست مصادر للقانون، ولهذا الأمر ليست مصادر لحقوق والتزامات الدول المتقاضية. ومن ثم، تشكل الأحكام القضائية مصادر مساعدة للمبادئ العامة والقانون الدولي العرفي<sup>(١)</sup>.

ومع ذلك، تُكْمَلُ الأحكام القضائية المصادر الرسمية للقانون الدولي في حالاتٍ معينة. ففيما يتعلق بالقانون الدولي العام الذي ينشأ من مصادرٍ غير مكتوبة، مثل العرف الدولي والمبادئ العامة للقانون، يلعب القاضي الدولي دوراً مهماً في تحديد القانون الذي يمكن تطبيقه، وهو دورٌ يختلف تماماً عن الدور المعتاد للقاضي في الأنظمة القانونية الوطنية<sup>(٢)</sup>.

وفيما يتعلق بوظيفتها في سنّ القانون الدولي، تعمل الأحكام القضائية بطريقتين: أولاً: تعمل كمصادرٍ مساعدةٍ لتحديد قواعد القانون الدولي. ثانياً: تكمل الأحكام القضائية المصادر الرسمية للقانون بتحديد قواعد القانون الدولي<sup>(٣)</sup>. ومع ذلك، فإن العملية الملتبسة الخاصة بالأحكام القضائية تثير التساؤل حول كيفية إدراك إثبات صحة القانون القضائي الدولي في إطار الوضعية القانونية<sup>(٤)</sup>. فيما يتعلق بالعرف الدولي والمبادئ العامة للقانون، فإن أداء وظيفة الأحكام القضائية قد يؤدي إلى شكلٍ من الدائرية في سنّ القرار القضائي يُشكّل القانون القضائي بواسطة مصدرًا رسميًا ومساعدًا في نفس الوقت. في الواقع، يبدو من الصعب أن نميز بين الأحكام القضائية التي تصل إلى أن تكون "عرفاً قضائياً"، وتُشكّل حقيقةً اجتماعيةً ملائمةً لإثبات صحة

(1) Samantha BESSON, "Issues", op.cit., p. 258.

(2) Mohamed SHAHABUDEEN, "Precedent in the World Court", Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 76.

(3) Ibid., p. 78.

(4) Samantha BESSON, "Issues", op.cit., p. 260.

القانون القضائي الدولي، والأحكام القضائية التي تُمنَّطُ مصادرَ وسيطة للقانون الدولي العرفي والمبادئ العامة. ومن ثم، في سياق الإطار الحالي للنظام القانوني الدولي، تُشكِّلُ قاعدةُ التحقق من صحة القانون التي تلعبها المحاكم الدولية فيما يتعلق بالقانون الدولي العام الذي ينشأ من مصادرٍ غير مكتوبة تهديدًا للتطبيق الناجح لنظرية المصادر في سياق سنِّ القانون القضائي الدولي<sup>(١)</sup>.

## (٢) ألا يوجد مخرج؟

تُعَدُّ المعالجة البحثية للتساؤل حول مدى إمكانية تطبيق نظرية المصادر في سياق سنِّ أو صنع القانون القضائي الدولي محدودة للغاية. ومع ذلك، تتوافر لدينا حلولٌ ممكنة مختلفة.

تتعلق المجموعة الأولى من الحلول الممكنة بتفسير/ إعادة تفسير المادة (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، وبصورةٍ أوسعٍ بمدى ملاءمة هذه المادة بصفتها قاعدة التعرف القابلة للتطبيق على القانون القضائي الدولي. فيما يتعلق بهذا الأمر، أولاً، قد يتم تفسير المادة (٣٨-١ د) في حدِّ ذاتها على أنها تُقدِّمُ الأساسَ الضروريَّ للأحكام القضائية التي تعمل كمصادرٍ رسميةٍ للقانون الدولي<sup>(٢)</sup>. ثانياً، قد تُشكِّلُ قواعد القانون التي يضعها القاضي الدولي جزءاً من "القانون الدولي" في معنى مقدمة المادة (١/٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، حيث إنه من واجب المحكمة أن تقرر أنه "وفقاً للقانون الدولي تنشأ مجموعة أخرى من الحلول المتصورة من المحاولات النظرية لتصحيح نقاط الضعف في تحديد القواعد القانونية الدولية التي

(1) See, *ibid.*

(2) Mohamed SHAHABUDEEN, "Precedent in the World Court", *op.cit.*, p. 80.

تنشأ من مصادر غير مكتوبة". فيما يتعلق بهذا الأمر، وبالنظر إلى القانون الدولي العرفي<sup>(١)</sup>، يكون أحد المقترحات هو الاستمرار في تنظيم العرف الدولي<sup>(٢)</sup>. ثانيًا، يمكن التأسيس لعمليات سن القانون العرفي الدولي بشكل أكبر<sup>(٣)</sup>.

فيما يتعلق بالمجموعة الأولى من الحلول الممكنة للغز إمكانية تطبيق نظرية المصادر على القانون القضائي الدولي، يبدو أن كلاً الاقتراحين يصعب التوفيق بينهما وبين نص المادة (٣٨-١ د) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، والتي تصف الأحكام القضائية على أنها "وسائل مساعدة لتحديد قواعد القانون". لكي يصبح المقترح الأول واقعياً، يجب أن تتم قراءة عبارة: "تحديد قواعد القانون" على أنها تشمل كلاً من شرح القانون الحالي بالإضافة إلى وضع قواعد قانونية جديدة<sup>(٤)</sup>. وإذا ما تم قبول هذه القراءة للمادة المذكورة، فقد توفر أساساً للقانون القضائي الدولي، الذي تم تأسيسه بناءً على الأحكام القضائية السابقة التي تعمل "كوسائل مساعدة"<sup>(٥)</sup>. ومع ذلك، ماذا عن القانون القضائي الدولي الذي لا يعتمد على قرارات سابقة للمحكمة؟ أيًا كان ما يعتقد المرء حول هذا التفسير للمادة (٣٨-١) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، فإنه يبدو من الصعب تكييف الأحكام القضائية التي تعمل كمصادر رسمية للقانون الدولي في فقرة فرعية تشير بوضوح إلى الأحكام القضائية على أنها وسائل

(1) Jean D'ASPREMONT, "Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of legal Rules", Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 162.

(2) Ibid., p. 165.

(3) Ibid., p. 167.

(4) Mohamed SHAHABUDEEN, "Precedent in the World Court", op.cit., p. 81.

(5) See, ibid.

مساعدة. ويمكن أن نقول نفس الشيء على الاقتراح الثاني. ورغم أن المادة (٣٨-١) السالف ذكرها، لا تُقدّم قائمة شاملة للمصادر الرسمية للقانون الدولي، تستبعد الفقرة الفرعية (د) الأحكام القضائية<sup>(١)</sup>.

ومن ثم، فقد لا يتم تفسير/ إعادة تفسير المادة (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، بحيث تقوم بحلّ لغز إمكانية تطبيق نظرية المصادر على القانون القضائي الدولي. إضافة إلى ذلك، لا يمكن استخدام المصادر الأخرى المتضمنة في المادة (٣٨) لترسيخ إثبات صحة القانون الدولي الذي يضعه القاضي كذلك<sup>(٢)</sup>.

وتهدف المجموعة الثانية من الحلول الممكنة لحلّ لغز إمكانية تطبيق نظرية المصادر على القانون الدولي الذي يصنعه القاضي بطريقة أكثر تدرجاً. تُعدّ الفكرة الرئيسة المشتركة بين كلا المقترحين هي التقليل التدريجي من أهمية المحاكم الدولية في وضع أو سن القانون الدولي العام من خلال توفير آليات بديلة. وهذا سوف يُخفف من مشكلة تحديد أساس إثبات صحة القانون القضائي في إطار الوضعية القانونية. لتحقيق هذا الهدف، قد يوفر المقترح الأول- الذي يدافع عن تنظيم العرف الدولي (والمبادئ العامة للقانون)- وسيلة ملائمة، بشرط أن يكون التنظيم من جانب جهة ذات شخصية قانونية. ومع ذلك، قد لا يمكن تطبيق هذا الحل من الناحية العملية؛ لأنه قد يصعب، أحياناً، التمييز بين التنظيم ووضع القانون<sup>(٣)</sup>.

(1) Ibid., p. 80- 81.

(2) Samantha BESSON, "Issues", op.cit., p. 277.

(3) Jean D'ASPREMDNT, "Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules", op.cit., p. 168.

على العكس، فالمقترح الثاني - الذي يدافع عن المزيد من التأسيس لعمليات وضع القانون "العرفي" الدولي- قد أثبت أنه أكثرُ فعاليةً في تخفيض مقدار القانون الدولي العام الذي تضعه المحاكم. فقد تتم الإشارة إلى التأسيس لعمليات وضع القانون الدولي على أنها وضعُ معاييرَ لممارسة التنسيق في إنشاء وتعديل وإلغاء القواعد القانونية الدولية، ومن ثم تكون مثل توفير القواعد القانونية. ومن الأمثلة على ذلك، مؤتمر فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩، حيث قام بوضع معاييرَ للممارسة التنسيقية لعملية سنِّ قانون المعاهدة<sup>(١)</sup>.

وهكذا، قد يساعد (المزيد من) وضع معايير ممارسة التنسيق في عمليات سن أو صناعة القواعد الدولية على تكوين المنتديات متعددة الجوانب التي تتولى وضع القانون الدولي العام، ومن ثم تنخفض أهمية المحاكم الدولية في هذا الشأن<sup>(٢)</sup>. وبالتالي، قد يخفض (المزيد من) التأسيس لعمليات وضع القانون الدولي من صعوبة إمكانية تطبيق نظرية المصادر في سياق وضع القانون القضائي الدولي. ومع ذلك، لا يقدم هذا المقترح حلاً نهائياً.

---

(1) Samantha BESSON, "Theorizing The Sources of International Law", op.cit., p. 173- 174.

(2) Samantha BESSON, "Issues", op.cit., p. 169.





## الفصل الثاني القاضي في القانون الأوروبي

### المبحث الأول المشاركة في الاتحاد الأوروبي والتسوية القضائية للمنازعات

#### تمهيد:

ما تأثير المشاركة في الاتحاد الأوروبي على التسوية القضائية للمنازعات؟

هذا الجزء من الدراسة سوف يكون مكرّساً للإجابة عن هذا التساؤل. فبعد أن تصبح الدولة عضواً بالاتحاد الأوروبي، هل تتغير بالنسبة لها احتمالات أو إمكانات اللجوء إلى الوسائل العادية للتسوية القضائية للمنازعات والمعروفة في القانون الدولي<sup>(١)</sup>؟

(١) حول هذا الموضوع راجع ما يأتي:

الأستاذ الدكتور/ الشافعي بشير، "القانون الدولي العام في وقت السلم والحرب"، مرجع سابق، ص ٦٧٢، الأستاذ الدكتور/ أحمد أبو الوفا، "الوسيط في القانون الدولي العام"، مرجع سابق، ص ٩٣٧، الأستاذ الدكتور/ مصطفى أحمد فؤاد، "المدخل للقانون الدولي العام- القاعدة الدولية"، مرجع سابق؛ الأستاذ الدكتور/ مصطفى سيد عبدالرحمن، "الجوانب القانونية لتسوية نزاعات الحدود الدولية"، القاهرة، مرجع سابق، ص ٣٢٤، الأستاذ الدكتور/ حازم محمد عتلم، "الوجيز في القانون الدولي العام"، مرجع سابق، ص ٢٦٤.

تتطلب الإجابة عن التساؤل السابق ذكره، بطبيعة الحال، بحث ما إذا كان النزاع المقصود يتعلق بدولة عضو بالاتحاد، أو دولة من الدول الغير بالنسبة للاتحاد، أو أن هذا النزاع يثور بين دولتين من الدول الأعضاء بالاتحاد.

قد يبدو هذا التساؤل محدود الفائدة. على الرغم من أنه يُشكّل صعوبة تقنية أو فنية أساساً، فهو يثير في الواقع مسألة جوهرية أو مسألة موضوعية؛ ألا وهي معرفة: إلى أي حدّ أو إلى أي مدى تظل الدول الأعضاء، من زاوية تسوية المنازعات الدولية، أشخاصاً للقانون الدولي وخاضعين له، مع العلم أن من وجهة نظر القانون الدولي، تعمل سيادة الدول في إطار تسوية المنازعات تحت ستار قاعدة من الحرية<sup>(١)</sup>.

ويثير تأثير الانضمام إلى الاتحاد الأوروبي بشأن تنوع أو تباين إجراءات التسوية القضائية المتاحة مسألة المزاحمة أو المنافسة، أو الحد من المنافسة، بين هذه الإجراءات نفسها. وإذا ما نظرنا إلى هذه المسألة من حيث الدور الذي يمكن أن تقوم به محكمة عدل الاتحاد الأوروبي في تسوية المنازعات بين الدول، نجد نزاعاً واحداً بين الدول الأعضاء هو الذي يمكن أن تتمخض أو تتولد عنه منافسة حقيقية بين محكمة لكسمبورج والمحاكم الدولية الأخرى. مع الأخذ في الاعتبار، عدم تمتع محكمة عدل الاتحاد الأوروبي بأية ولاية أو اختصاص إزاء الدول الغير.

#### ١- المنازعات بين دولة عضو ودولة من الدول الغير:

تسمح ببيان هذا النوع من المنازعات، قضية بلجيكا ضد سويسرا والمثارة أمام محكمة العدل الدولية، والتي كانت قد شُطبت من السجل أو الجدول في الخامس من

(1) Voir l'article 33 de la Charte des Nations Unies.

أبريل من عام ٢٠١١<sup>(١)</sup>، بناءً على طلب بلجيكا الذي تم تقديمه في الحادي والعشرين من شهر ديسمبر من عام ٢٠٠٩.

وتجدر الإشارة إلى أنه بعد إفلاس (سابينا) والنزاعات القضائية التي كانت قد ترتبت على ذلك في كلٍّ من بلجيكا وسويسرا، رَفَعَتْ دولة بلجيكا دعوى أمام محكمة لاهاي بشأن تفسير وتطبيق المحاكم السويسرية لاتفاقية لوجانو المؤرخة في ١٦ سبتمبر ١٩٨٨، والمتعلقة بالاختصاص القضائي وتنفيذ القرارات أو الأحكام في المسائل المدنية والتجارية. وبموجب هذا الصك أو هذه الوثيقة، كان قد تم التوسع في نطاق أحكام اتفاقية بروكسل لعام ١٩٦٨، لتشمل أعضاء الرابطة الأوروبية للتجارة الحرة.

وفي ٢٢ ديسمبر عام ٢٠٠٠، اعتمد المجلس لائحة بروكسل ١، والتي، مع بعض التعديلات قد حَلَّتْ، بين الدول الأعضاء، محلَّ اتفاقية بروكسل القديمة لعام ١٩٦٨ م. وقد استتبع هذا التجديد القانوني- لائحة الجماعة التي حلت محل الاتفاقية الدولية بين الدول الأعضاء- مراجعة اتفاقية لوجانو لعام ١٩٨٨.

وفي الاتِّحاد الأوروبي تثار مسألة معرفة: ما إذا كان إبرام اتفاقية لوجانو المنقحة قد أعاد إلى الاتِّحاد نفسه أو إلى الدول الأعضاء أو إلى الدول الأعضاء والاتِّحاد معاً، إن حدث ذلك، إنشاء مزيج أو خليطٍ من هذه الاتفاقية. ومن جانبها، أعلنت محكمة عدل الاتِّحاد الأوروبي أن اتفاقية لوجانو الجديدة تتعلق بالاختصاص

(1) CIJ, Compétence Judiciaire et exécution des décisions en matière Civile et Commerciale (Belgique c. Suisse), Ordonnance du 5 avril 2011.

الخارجي الخالص للاتحاد<sup>(١)</sup>. وأن هذا الأخير قد أقدم على إبرام اتفاقية لوجانو بدون الدول الأعضاء به<sup>(٢)</sup>.

ويترتب على اتفاقية لوجانو الجديدة والتي أبرمت من جانب الاتحاد الأوروبي وحده، نتيجة مهمة للغاية بالنسبة للمستقبل، ألا وهي: أنه لم تعد تستطيع أية دولة عضو بالاتحاد، مثل ما فعلت بلجيكا بشأن اتفاقية لوجانو القديمة لعام ١٩٨٨، أن ترفع أمام محكمة العدل الدولية دعوى بشأن نزاع يتعلق بهذه الأداة الاتفاقية الجديدة والمبرمة بين الاتحاد من جانب، والدول الغير في الاتحاد من جانب آخر.

وفي الواقع، لم يعد يملك الاتحاد الأوروبي حقّ المثل أمام محكمة العدل الدولية. في حين أن الأثر النسبي للمعاهدات يجب أن يمنع أيّ دولة عضو من أن تتذرع أو أن تدفع، في النظام القانوني الدولي، بانتهاك وثيقة أو صك هي ليست رسمياً طرفاً فيه.

ويحرم تنامي اختصاصات الاتحاد الأوروبي، شيئاً فشيئاً، الدول الأعضاء من طرق الطعن الدولية. وبالنظر إلى نضوب المنازعات التي كان يمكن أن تدخل في اختصاص محكمة العدل الدولية، حتى عندما تكون الدول الغير أطرافاً فيها، لتحويلها نحو طرق أخرى، ربما تكون تحكيمية، لتسوية المنازعات، فإنه يتعين أن تكون هذه الأخيرة قد استخدمت بالفعل من جانب الاتحاد الأوروبي نفسه. ونحن نعرف، في

(1) CJCE, 7 février 2006, Avis 1/03, Rec. 2006, p. I- 01145.

(2) Décision du Conseil du 27 novembre 2008 (2009/430/CE) relative à la conclusion de la convention concernant la compétence Judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signée à Lugano le 30 octobre 2007, JOL 147 du 10.6. 2009, p. 1. (et texte de la convention, p. 5).

الحقيقة، أن "اختصاص الاتحاد بشأن العلاقات الدولية، وأهليته في إبرام المعاهدات الدولية يتضمن بالضرورة الخضوع لقرارات أو أحكام قضاء أو محكمة منشأة أو معينة بموجب هذه الاتفاقيات، فيما يتعلق بتفسير أو تطبيق أحكامها"<sup>(١)</sup>.

ونحن نعرف أيضاً، أنه يمكن للاتحاد، في حالة الضرورة، أن يقنع شركاءه التقليديين، والغير، بإخضاع منازعاتهم المتعلقة بالوثيقة التي يتولون إبرامها إلى محكمة عدل الاتحاد الأوروبي نفسها، بمنحها كذلك اختصاصات قضائية جديدة، شريطة ألا يؤثر ذلك على وظيفة المحكمة المنصوص عليها في معاهدات الاتحاد الأوروبي وإدارة الاتحاد الأوروبي<sup>(٢)</sup>. وشريطة استيفاء الشروط الأساسية لصيانة طبيعة اختصاصات المحكمة، وألا ينال ذلك من استقلال النظام القانوني للاتحاد<sup>(٣)</sup>.

على هذا النحو، يتنافس الاتحاد الأوروبي نفسه، إذا صحَّ القول، مع محكمة العدل الدولية، وكذا مع الطرق الأخرى للتسوية الدولية المتاحة للدول. ويسمح هذا الموقف، على نحو ملموس جداً، بقياس ما تعنيه السيادة، بالنسبة للدول الأعضاء، في سياق التكامل الأوروبي.

وبعيداً عن هذه المناقشات، والتي لا جدوى من ورائها في هذا المقام، يجب أن تشجع هذه الحالة على التفكير، سواء على مستوى القانون الدولي، أو على مستوى

(1) CJUE, 8 mars 2011, Avis 1/09 (Jurisdiction du brevet européen et du brevet communautaire), Rec. 2011, p. I-1137, Point 74, se référant à l'Avis 1/91 du 14 décembre 1991, Rec. 1991, p. I- 6079, Points 40 et 70.

(2) Ibid., Point 75, se referent "Par analogie" à l'Avis 1/92 du 10 avril 1992, Rec. 1992, p. I-2821, Point 32.

(3) Ibid., Point 76, Yenvoyant à l'Avis 1/00 du 18 avril 2002, Rec. 2002, p. I-3493, Point 21, 23 et 26.

قانون الاتحاد، في الطرق التي يجب أن تسمح للدول الأعضاء نفسها بأن تلجأ إلى القاضي الدولي بشأن النزاع الذي يثور بين الدولة العضو بالاتحاد ودولة غير متعاقدة مع الاتحاد ويتعلق بوثيقة دولية مبرمة من جانب الاتحاد ويترتب على انتهاكها من قبل الغير إلحاق الضرر بإحدى الدول الأعضاء.

ودون الإشارة إلى الافتراض الثقيل جداً بشأن مراجعة ميثاق الأمم المتحدة والنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية الذي يسمح للمنظمات الدولية بالوصول إلى إجراءات المنازعات الدولية، يمكن للمرء أن يتصور، بدلاً من شرط التحكيم، تضمين الاتفاقيات الخارجية للاتحاد الأوروبي بنداً يجيز الاحتجاج بنصوص هذه الاتفاقيات في مواجهة الدول الأعضاء، ويسمح، في الوقت نفسه، لهذه الأخيرة أن تدفع أو تتمسك بها في مواجهة الدول الغير المتعاقدة، بشأن الإجراءات الدولية لتسوية المنازعات التي تثار بين الدول الأعضاء بالاتحاد والدول غير المتعاقدة. ومن الممكن أيضاً، تطلب الدول غير المتعاقدة مع الاتحاد، مثل هذه الآلية أو هذا الميكانيزم. ومع ذلك، فإنه ليس من المؤكد اتفاق هذا الأمر مع قضاء محكمة عدل الاتحاد الأوروبي، على الأقل إذا وضعنا في الحسبان رأيها بشأن مشروع اتفاق إنشاء المجال الهوائي أو الجوي الأوروبي المشترك<sup>(1)</sup>.

ويمكن أن نُخَفِّفَ أو نُطَفِّفَ من شدة أو صرامة محكمة لكسمبورج إذا تضاعف هذا النوع من الشروط الاتفاقية وسبق، في صدر الاتحاد، إجراء داخلي للتعاون الوثيق بين الاتحاد والدول الأعضاء به، عندما يلجأ أحدهم إلى مثل هذا الإجراء الدولي بشأن اتفاق خارجي، يتضمن مثل هذا الشرط أو البند. وتتضمن اللائحة رقم ٢٠١٢/١٢١٩

(1) CJCE, 18 avril 2002, Avis 1/00, Rec. 2002, p. I- 03493, Point 17.

المؤرخة في ١٢ ديسمبر ٢٠١٢ هذا المعنى<sup>(١)</sup>، بخصوص معاهدات الاستثمار الثنائية المبرمة من جانب الدول الأعضاء والدول الغير، والتي تخضع منذ معاهدة لشبونة<sup>(٢)</sup> للاختصاص الحصري للاتحاد. وتتضمن هذه الاتفاقيات غالباً شروط تسوية المنازعات التي تشور بين المستثمرين والدولة المتعاقدة ليس فقط، ولكن أيضاً بين الدول المتعاقدة. ويُذكر، أن هذه الاتفاقيات تظل سارية المفعول ما لم تحل محلها اتفاقيات أخرى بشأن نفس الموضوع، يتم إبرامها بواسطة الاتحاد مع نفس الدول الغير.

## ٢- المنازعات بين دولتين من الدول الأعضاء:

عندما يثور نزاع دولي، بين الدول الأعضاء، يولد أو ينشأ "موقف تنافسي" حقيقي بين طرق الطعن العادية في القانون الدولي ومحكمة عدل الاتحاد الأوروبي.

ولا ينشأ هذا الوضع التنافسي من حيث المبدأ، إلا باجتماع شرطين معاً: من جانب، يجب أن يوجد بين الدول الأعضاء الأطراف في النزاع أساس اختصاص أو ولاية لصالح محكمة العدل الدولية أو إجراء تسوية آخر (التحكيم على سبيل المثال)، ومن جانب آخر؛ يجب أن يتعلق النزاع، على الأقل لأحد الأطراف، بتفسير أو تطبيق قواعد خاصة بقانون الاتحاد الأوروبي.

وفيما يتعلق بهذين الشرطين، التساؤل الذي يدق هو: ما إذا كان يمكن اقترانهما معاً من الناحية الواقعية، أو إذا كان وجود الشرط الثاني لا يزيل الشرط الأول.

(1) Règlement (UE) no. 1219/2012 du Parlement Européen et du Conseil du 12 décembre 2012 établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des Etats membres et des pays tiers, JOL 351 du 2012. 2012, p. 40.

(2) Article 207 TFUE.



في الحقيقة، يُعدُّ وجود الشرط الأول ضرورياً للغاية. فإذا لم يتوافر، لا يمكن أن توجد محكمة العدل الدولية أو أي قاضٍ آخر أو محكم دولي في موقفٍ تنافسي، هذا ما لم يكن مختصاً. وإذا ما تركنا تلك المواقف الافتراضية المشار إليها في الفقرة الخامسة من المادة (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، أو حتى تلك المواقف التي يخضع فيها النزاع بين الدول الأعضاء للتسوية بالتراضي، يمكننا أن نسجل أن (١١) فقط من (٢٧) دولة عضواً بالاتحاد يكونون أطرافاً في الاتفاقية الأوروبية للتسوية السلمية للمنازعات (١٩٥٧)<sup>(١)</sup>، بينما أعلنت (١٩) دولة من بينهم، بعبارة مختلفة، قبول الولاية الإلزامية لمحكمة العدل الدولية بالمعنى الوارد بالفقرة الثانية من المادة (٣٦) من النظام الأساسي للمحكمة<sup>(٢)</sup>.

بطبيعة الحال، تلتزم الدول الأعضاء في الاتحاد بالعديد من الوثائق أو الصكوك الأخرى الثنائية أو متعددة الأطراف، والتي تتضمن شرط التحكيم لصالح محكمة العدل الدولية. ومع ذلك، يسمح استدعاء هذه الأرقام بمضاهاة حدوث موقف المنافسة؛ فوجود أساس اختصاص لصالح محكمة العدل الدولية يُعدُّ، حتى بين الدول الأعضاء في الاتحاد، بعيداً عن أن يكون مكتسباً، ومثل هذه الحالة ليست تلقائية أو آلية. علاوةً على ذلك، والأهم من ذلك، أنه تتم صياغة نصوص الاتفاقية الأوروبية للتسوية السلمية للمنازعات، وكذا نصوص أغلبية إعلانات قبول الاختصاص الإلزامي لمحكمة العدل الدولية أو الشروط التحكيمية لصالحها أو لصالح الآليات الأخرى التحكيمية أو القضائية الدولية، بحيث لا تطبق على المنازعات التي يتفق الأطراف على خضوعها لإجراءات تسوية سلمية أخرى. وفي قضية "مصنع موكس"، أكدت محكمة عدل الاتحاد الأوروبي، بموجب المادة (٢٨٢) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢،

(1) <http://conventions.coe.int/Treaty/commun/ChercheSig.asp?NT=023&CM=8&DF=07/12/-2010&CL=FRE>.

(2) <http://www.icj-cij.org/Jurisdiction/index.php?p1=5&-p2=1&p3=3>

أن: "نظام تسوية المنازعات التي تتضمنه معاهدة الجماعة الأوروبية، يفوق، من حيث المبدأ، ذلك الذي يتضمنه الجزء الخامس عشر من الاتفاقية"<sup>(١)</sup>. وأنه، وبموجب نفس الوثيقة التي تمنح اختصاصاً للقاضي الدولي، يتعين على هذا الأخير، في حالة الاختصاص المتزامن أو المزاحم لمحكمة لوكسمبورج، أن يعلن رفض هذا الاختصاص.

ويجب أن نعرف بالتحديد ما هو نظام تسوية المنازعات الوارد في معاهدة الجماعة الأوروبية؟ هو: النظام الذي يشكل، لأغراض هذه الاستثناءات قبول اختصاص محكمة العدل الدولية أو قاضٍ آخر أو محكم دولي، إجراء تسوية سلمية آخر يكون له الأسبقية على أي قاضٍ دوليٍّ آخر، ويتركه إن لم يكن مختصاً.

القول الفصل، أن الإجراء سالف الذكر والذي يُشكّل إجراء تسوية المنازعات بين الدول الأعضاء لم يستخدم إلا نادراً حتى يومنا هذا. وحتى على الرغم من أنه قد يكون مصحوباً بتدابير مؤقتة بموجب المادة (٢٧٩) من معاهدة إدارة الاتحاد الأوروبي<sup>(٢)</sup>، فإن هذا الإجراء، المنظم للمنازعات الموضوعية المحضة<sup>(٣)</sup>، يرافقه الالتزام بالتطابق، دون أن تتمكن الدولة المدعية من الحصول على تعويض عن الضرر المحتمل ولا على ضمانات بعدم التكرار<sup>(٤)</sup>، بالمعنى الوارد في المادة (٣٠/ب) من مواد المسؤولية الدولية للدولة عن الفعل غير المشروع دولياً<sup>(٥)</sup>.

(1) CJCE, 30 mai 2006, Commission c. Irlande, C-459/03, Rec. 2006, p. I-04635, Point 125.

(2) Ibid., Point 138.

(3) Y. KERBRAT, Ph. MADDALON, "Affaire de l'usine Mox : la CJCE rejette l'arbitrage pour le règlement des différends entre Etats membres", Revue Trimestrielle du Droit Européen, 2011, p 175.

(4) CJUE, 16 octobre 2012, Hongrie c. Slovaquie, C- 364/10.

(5) A/ 56/ 83.

وجديرٌ بالذكر، أنه يمكن رفع طلب التعويض أو الإصلاح أو الضمان بعدم التكرار، السالف الذكر أمام محكمة عدل الاتحاد الأوروبي بموجب المادة (٢٧٣) من معاهدة إدارة الاتحاد الأوروبي، والتي تسمح على نطاق واسع للدول الأعضاء بأن تُخضع بالتراضي إلى محكمة لوكسمبورج أيّ نزاع يثور بينهم. ومع ذلك، لم يستخدم هذا الإجراء إلا مرةً واحدةً، ومؤخرًا جدًّا، حيث تعهد المادة (٨) من معاهدة الاستقرار والتنسيق والحكم في صدر الاتحاد الاقتصادي والمالي، والموقعة في بروكسل في الثاني من مارس من عام ٢٠١٣<sup>(١)</sup>، بين (٢٥) دولة بالاتحاد، بالاختصاص بالرقابة إلى محكمة لوكسمبورج. في حين أن الطريقة التي صيغت بها المادة (٢٧٣) من معاهدة إدارة الاتحاد الأوروبي تشير إلى أن التسوية التي يمكن أن تتم بين الدول الأعضاء يجب أن تتعلق بنزاع وليدٍ ومعاصر. ويميل استخدام معاهدة الثاني من مارس لعام ٢٠١٢ إلى تحويل هذا النص السابق ذكره إلى شرطٍ تحكيميٍّ مستقبلي. ومع ذلك، لا توجد ضرورةٌ توجب حظر هذا الأمر، لذلك فإن الشيء الأساس والجوهري هو أن نسمح بالتوسّع الرضائي لنطاق الولاية القضائية للمحكمة.

وهكذا، فإن نظام تسوية المنازعات الذي تضمنته المعاهدة سألقة الذكر، لا يكون أيضًا كاملاً، كما لا يكون آلياً أو تلقائياً.

أما فيما يتعلق بالشرط الثاني- والذي بموجبه يتعين أن تكون قواعد قانون الاتحاد واجبة التطبيق على النزاع- فهو أيضاً ضروريٌّ ولا غنى عنه لأجل إمكانية وجود موقفٍ تنافسيٍّ بين محكمة لوكسمبورج والقاضي الدولي. وإذا لم يوجد، فلا يوجد ما يبرر الاختصاص التنافسي لمحكمة عدل الاتحاد الأوروبي، ومن ثم لا يوجد ما يبرر مسألة الحصرية (الاختصاص الحصري) التي تنتج عن المادة (٣٤٤) من معاهدة

(1) <http://european-council.europa.eu/media/639232/08-tscg.fr.12.pdf>

إدارة الاتحاد الأوروبي، والتي تقترح وجود "خطر"، في الحالة التي تُعلن فيها محكمة أخرى عن موقفها بخصوص نطاق الالتزامات المفروضة على الدول الأعضاء بموجب قانون الجماعة<sup>(١)</sup>.

وبوسعنا، بالطبع، أن نتساءل طويلاً عن نطاق المادة (٣٤٤) السالف الإشارة إليها، وعن المعنى الذي أعطته إياها المحكمة في قضية موكس. وكذلك، يمكن للمرء أن يتساءل عما يمكن أن يُسمّى "بتغيرات الطبيعة" الذي أخضعت المحكمة لبعض نصوص اتفاقية الأمم المتحدة بخصوص قانون البحار، ما دامت هذه النصوص تتعلق باختصاصات الجماعة، واعتبارها، لهذا السبب ولأغراض تأكيد اختصاصها القضائي الحصري، جزءاً من النظام القانوني للجماعة<sup>(٢)</sup>.

وتمتد التساؤلات الخاصة بحكم موكس على ضوء حقيقة أن محكمة لوكسمبورج لم تتردد، أمام محكمة التحكيم المُعيّنة بواسطة الأطراف تطبيقاً لاتفاقية قانون البحار، في اعتبار التوجيهات الأوروبية كقانون دولي بالمعنى المقصود في المادة (٢٩٣) من اتفاقية مونتيجوباي لعام ١٩٨٢، في حين اعتبرتها محكمة التحكيم جزءاً من قانون الجماعة الأوروبية<sup>(٣)</sup>. الشيء الجوهرى هنا، هو أن اختصاص القاضي، وكذا الطابع الحصري لاختصاصه، ينجم كلٌّ منهما عن طبيعة القانون الواجب التطبيق على النزاع، حتى لو بدت هذه الطبيعة متغيرةً تبعاً للقاضي الذي تثور أمامه هذه المسألة.

(1) CJCE, 30 mai 2006, Commission c. Irlande, C. 459/03, Rec. 2006, p. I-04635, Point 177.

(2) Ibid., Point 121.

(3) Ibid., Points 149- 152.

وتتمثل الصعوبة، مع ذلك، في معرفة ما يغطي بشكل ملموس هذا الاختصاص الحصري، مع الأخذ في الاعتبار أن نظام تسوية المنازعات الذي تتضمنه المعاهدة المذكورة يعدُّ بعيداً عن أن يكون كاملاً أو ألياً.

ولحل هذه الصعوبة، فإن المادة (٣٤٤) من معاهدة إدارة الاتحاد الأوروبي، والتي لا تتعلق إلا بالمنازعات بين الدول الأعضاء مع استبعاد المنازعات التي تثور بين الأفراد<sup>(١)</sup>، يمكن أن تكون موضوع تفسيرين:

(١) أن نستنتج من هذا النص، أن إجراء تأكيد المخالفة هو الوحيد الذي يكون ممكناً بين الدول الأعضاء، عندما يُدعى مخالفة قانون الاتحاد، حتى وإن كان غير مكتمل مادياً بالمقارنة بالإجراء الدولي الذي يسمح عادةً بقيام المسؤولية.

(٢) أن نعتبر أن المادة (٣٤٤) السالف الإشارة إليها، تحظر على الدولة التي يتم اختصامها أو الدولة المتهمة من جانب دولة أخرى أن ترفض طريق التسوية المشار إليه في المادة (٢٧٣) من معاهدة إدارة الاتحاد الأوروبي. وهذا التفسير في الواقع سيجعل من غير الممكن الحد من المنازعات بين الدول الأعضاء في حالة الإدعاء بانتهاك قانون الجماعة لأسباب تتعلق بالشرعية. وسوف يكون هذا الأمر نتيجة طبيعية ومنطقية لحكم موكس: حيث لا يمكن، بدون انتهاك المادة (٣٤٤)، اللجوء إلى إجراء التحكيم المشار إليه في الجزء الخامس عشر من اتفاقية مونتيجوياي لعام ١٩٨٢. ولذلك، كان يجب أن تمكن أيرلندا من اللجوء إلى قاضٍ دوليٍّ أو إلى محكمة لوكسمبورج بخصوص كل النزاع القائم

(1) CJUE, 8 Mars 2011, Avis 1/09, Rec. 2011, p. I-01137, Point 63.

بينها من جهة وبين المملكة المتحدة من جهة أخرى؛ وذلك بهدف حماية حقوقها أو استعادة تلك الدولة لحقوقها.

وجدير بالذكر، أن أي حل آخر سوف يعيدنا إلى قبول أن المساهمة في الاتحاد الأوروبي تنطوي بين الدول الأعضاء على شكل من أشكال الرجعية أو التفهق فيما يتعلق بالتسوية السلمية للمنازعات، عن طريق استحالة تقديم بعض الرؤساء للطلبات أو المطالبات إلى القاضي، الأمر الذي يُعدُّ، بدون شك، أكثر خطورة من حظر اللجوء إلى بعض طرق الطعن القضائية بالمعنى المؤسسي البحث<sup>(١)</sup>.

وبعيداً عن الانتقاد الذي يمكن أن يُوجَّه إلى حكم موكس، لا يمكن للمرء أن يدرك أثره إلا فيما يتعلق بإلغاء الموقف التنافسي القضائي؛ فعندما يتم استيفاء الشرط الثاني، تصبح محكمة لوكسمبورج حصرياً مختصة بموجب المادة (٣٤٤) من معاهدة إدارة الاتحاد الأوروبي. وهذه الحصرية أو هذا التفرد لا يوجد فقط في النظام القانوني للاتحاد، بل هو أيضاً ملزم لمحكمة العدل الدولية أو أي قاضٍ آخر أو مُحكَّم دولي، وذلك بالنظر إلى عدم تطبيق الوثائق التي تمنح الاختصاص للمحاكم الدولية حال وجود إجراء تسوية آخر مُتَّفَق عليه بين الأطراف المعنية.

زبدة القول، لا تزال تكمن الحقيقة في أن محكمة لوكسمبورج تتنافس مع محكمة لاهاي والمحاكم الدولية الأخرى، لتصبح تدريجياً هي القاضي الوحيد المؤهل قانوناً لتسوية المنازعات التي تثور بين الدول الأعضاء. وتُعدُّ هذه الاستعاضة لقاضي الاتحاد الأوروبي عن أي قاضٍ دولي آخر في العلاقات بين الدول الأعضاء نتيجة مؤسسية

(1) Y., KERBRAT, Ph. MADDALON, "Affaire de l'Usine Mox: La CJCE rejette l'arbitrage pour le règlement des différends entre Etats membres", art. Préc., p. 177.

للإحلال بين الأنظمة القانونية، فحينما يتم تأسيس قانون الاتحاد الأوروبي، فإنه يطرُد القانون الدولي ويحلُّ محله<sup>(١)</sup>.

وفي النهاية، حتى لا تفقد الدولُ الأعضاء في الاتحاد الأوروبي شيئاً من الحماية القضائية، نتيجةً لعملية إحلال القضاة واستبدال الأنظمة القانونية، يجب أن تكون هذه الدول على يقين من أنها سوف تحصل من قاضي الاتحاد الأوروبي ما يمكن أن تحصل عليه من القاضي الدولي.

---

(1) P. D'ARGENT, "Arrêt 'Kadi': le droit Communautaire Comme droit interne", Journal de Droit Européen, 2008, p. 268.

## المبحث الثاني

### الاتساق أو التماسك في منطق القضاة الأوروبيين

#### تمهيد:

نودُّ أن نستفيد من هذه الإسهامة في التفكير في مفهوم أساس للقانون، ألا وهو مفهوم الاتساق أو التماسك. ويتم دراسة هذا المفهوم أساساً في سياق النظرية العامة للقانون، والتي ترمي إلى تحديد ما هو القانون؟ ومع ذلك، فإن التماسك أو الاتساق الذي نهتم به هنا ليس واسع النطاق، وفي الوقت نفسه لا ينحصر تحديداً في المنطق القضائي. وفي هذا الصدد، يتم تبرير التماسك أو الاتساق في المنطق القضائي من خلال مبدأ أمن القانون، الذي يوجد في جميع النظم القانونية. وبموجب هذا المبدأ، يجب التنبؤ بتطبيق قاعدة ما لتمكين المتقاضين من معرفة نطاق الحقوق والالتزامات المفروضة عليهم. وبالتالي، فإنه من الضروري أن يقوم القاضي، أثناء ممارسة مهمته المتمثلة في تفسير القواعد القانونية والعمل على احترامها، بالاستدلال أو التدليل بطرق مفهومة للمتقاضين، ومن ثم، إظهار اتساق أو تماسك معين.

في هذا السياق، تدلينا، الذي لا يخلو من إثارة بعض التحديات، أن النظريات الرئيسية للاتساق أو التماسك في المنطق القضائي الحالي تسمح برسم مفهوم مُرضٍ للتماسك عندما نحاول التوفيق أو التنسيق فيما بينها. علاوة على ذلك، فإنه يبدو لنا - بلا ريب - تأثر منطق القاضي بالنظام القانوني الذي ينتمي إليه، ويبدو لنا أيضاً، أنه من الضروري أن نتناول مفهوم النظام القانوني، والتماسك في إطار يحدده هذا النظام القانوني.



ويمكن أحد التحديات الناشئة عن هذا الاقتراح في تعريف أو تحديد موضوعه. ويتطلب التدليل لصالح الاتساق أو التماسك في المنطق القضائي أن تُحدِّدَهُ بشكلٍ مُرضٍ: هل هو تماسك أو اتساق بدهيٍّ، والذي يمكن تعييده أو إخضاعه لتحليلٍ علميٍّ نقدي، أو هو ترابط منطقي وعقلي، ثمرة عملية تحليلية محددة؟ علاوةً على ذلك، ما الغرض من الاتساق أو التماسك؟ وماذا نعني بمنطق القاضي؟

وتنبثق الصعوبة الثانية المتفرعة عن هذا التدليل من حصر أو تحديد التماسك أو الاتساق في منطق القضاة الأوروبيين، آخذين في الاعتبار أن قراراتهم أو أحكامهم القضائية لا تُشكِّلُ إلا وجهًا أو مظهرًا واحدًا للتماسك. علاوةً على ذلك، فإن القاضي ليس هو الفاعل أو الممثل الوحيد لاتخاذ القرارات والمعنى قدمًا في هذا المنطق. ومع ذلك، سوف نركز عليه (أي القاضي) ليس فقط لسلطته في تسوية المنازعات، ولكن أيضًا لتحمله مسؤولية ممارسة منطق القاضي بطريقة مستقلة وحيادية، الأمر الذي قد يكون منعدماً في سلطات أخرى<sup>(١)</sup>.

وما زالت الرغبة في التدليل لصالح تناسق محدد في الاتحاد الأوروبي، من خلال الإشارة إلى مفهوم النظام القانوني، تُعرِّضنا لتحديات مهمة. من ناحية؛ فقد تم تطوير مفهوم النظام القانوني في إطار دوليٍّ، بحيث لم يعد في الإمكان نقل النظريات المختلفة التي تم إعدادها بشأنه إلى نطاق الاتحاد الأوروبي دون إثارة تساؤلاتٍ شائكةٍ تتعلق بخصوصية هذا الشكل القانوني.

(1) Amalia AMAYA, "Ten Theses on Coherence and Law", Working Papers Series, 21 Mai 2015, disponible sur SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2064295>.

ومن ناحيةٍ أخرى؛ في حالة استبعاد أسس نظرية النظام القانوني للاتحاد الأوروبي، ينبغي تحديد العلاقات بين ذلك النظام والأنظمة القانونية الداخلية للدول الأعضاء في هذا الاتحاد.

إلا أننا لا ندعي، في سياق هذه الدراسة، أن نُقدّم نظرية كاملة لصالح نظام قانوني اتّحادي، ولكن فقط نقترح تصوراً لنظام قانوني يسمح بإدراك الأشكال القانونية وغير القانونية على السواء. وهدفنا الوحيد، هو أن نبرهن على أنه يمكن التدليل أو الاستدلال في الاتحاد الأوروبي، باعتباره نظاماً قانونياً يتعين فيه على قضاة الاتحاد، وكذا القضاة الوطنيين، إظهار الاتساق أو الترابط في منطقتهم.

#### ١- المقاربات أو النهج المختلفة للاتساق أو التماسك:

لقد اقترحت خلال السنوات الأخيرة مقاربات عديدة ومختلفة للتماسك أو الاتساق في مجالات مختلفة؛ مثل: مجال الأخلاق<sup>(١)</sup>، والمعرفة<sup>(٢)</sup>، وفلسفة القانون<sup>(٣)</sup>. وفي فلسفة القانون المعاصر، قد وُضعت وتطورت العديد من نظريات الاتساق أو التماسك المعياري، ونظريات تبرير البيانات المعيارية والقرارات أو الأحكام القضائية استناداً

(1) Johe RAWLS, "A Theory of Justice", Cambridge, Harvard University Press, 1999; Paul THAGARD, "Ethical Coherence", Philosophical Psychology, no. 4, Vol. 11, 1998, p. 405.

(2) Laurence BONJOUR, "The Structure of Empirical Knowledge", Cambridge, Cambridge University Press, 1985; Keith LEHRER, "Theory of Knowledge", Boulder, West view Press, 2000.

(3) Neil MacCORMICK, "Coherence in Legal Justification", in Werner KRAWIETZ, "Theory of Norms", Berlin, Dunker, Humblot, 1984, p. 37; Ronald DWORKIN, "Law's Empire", op.cit., 1986; Joseph RAZ, "The Relevance of Coherence", Boston University Law Review, no. 2, Vol. 2, 1992, p. 273.

إلى هذه البيانات المعيارية. وترمي هذه النظريات إلى اقتراح مفهومٍ أوسع نطاقاً للسبب أو العقل في القانون، مما يتطلب استيفاء القرارات القضائية لمعايير الاتساق أو التماسك، في الحالة التي يتمتع فيها القضاة بسُلطةٍ تقديريةٍ معينة<sup>(١)</sup>. وفي هذا الصدد، بينما يحدد بعض الفلاسفة تبرير قرار ما من خلال التماسك أو الاتساق، يعطي البعض الآخر لهذا الأخير دوراً أكثر تواضعاً، باعتباره عنصراً أساساً، ولكن ليس وحيداً، في عملية تبرير القرار<sup>(٢)</sup>.

وفي رأينا، أن نظريات التماسك هذه تكون غير مرضية جزئياً، حيث لا ينبغي أن يتوقف فقط تبرير قرار قضائي ما على الاتساق الذي يتسم به هذا الأخير مع مجموعة معينة من العناصر. ويبدو لنا أنه من الضروري، أن نركز أيضاً على عملية أعلى من القرار حتى تكون عملية التدليل والاستدلال متسقة و متماسكة؛ لأجل تعزيز فهم وتبرير القرار القضائي الذي سيتبعه (القرار القضائي اللاحق). وقد وصفنا هذا النهج الأخير بالتماسك البناء أو الخلاق.

(1) Amalia AMAYA, "La Cohérence en droit", disponible sur <http://recursos.filosoficas.unam.mx/jrg/iifs/sitio/filosoficas/amalia-amaya>.

(2) Julie DICKSON, "Interpretation and Coherence in legal reasoning", Stanford Encyclopedia of philosophy, 20 Fevrier 2015, disponible sur <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/#whaconcoh>.

## أ - التماسك المعرفي:

لإثبات موقفنا بالنسبة لنموذج التماسك المعرفي، سوف نقدّم ثلاث مقاربات: نظرية التماسك المعياري لماكورميك<sup>(١)</sup>، ونموذج التوازن لبيتزنيك<sup>(٢)</sup>، ونظرية الاتّساق كنزاهة أو كمال لدوركين<sup>(٣)</sup>.

## (١) التماسك المعياري:

يُميّزُ ماكورميك بين الاتّساق أو التماسك المعياري المتعلق بتبرير الاستنتاجات أو النتائج الخاصة بمسائل القانون، والتماسك السردي أو القصصي، وهو الذي يتعلق

- 
- (1) Neil MACCORMICK, "Argumentation and Interpretation in Law", Ratio Juris, no.1, vol.6, 1997; Neil MACCORMICK, "Legal reasoning and Legal Theory", Oxford, Clarendon Press, 1998; Neil MACCORMICK, "Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning", Oxford, Oxford, University Press, 2005.
- (2) Aleksander PECZENIK, "Certainty or Coherence?", in W.KRAWIETZ, "The Reasonable as Rational? On Legal Argumentation and Justification", Berlin, Duncker, 2000, p. 157; A. PECZENIK, "Coherence, Truth, and Rightness in The Law", in P. NERHOT, "Law, Interpretation, and Reality", Dordrecht, Kluwer, 1999, p. 275- 309; A. PECZENIK, "Law, Morality, Coherence and Truth", Ratio Juris, no. 2, Vol. 11, 1993, p. 146- 176; A. PECZENIK, "The Passion for Reason: Some Remarks on Coherence in Law", in E. GARZON, "Normative System in Legal and Moral Theory", Berlin, Duncker and Humblot, 1997, p. 309- 322.
- (3) Ronald DWORKIN, "A matter of Principle", Cambridge, Harvard University Press, 1985; R. DWORKIN, "No Right Answer?", Oxford, Clarendon Press, 1977; R. DWORKIN, "Objectivity and Truth: You'd Better Believe it", Philosophy and public Affairs, no. 2, Vol. 25, 1996, p. 87- 139.

بتبرير النتائج الخاصة بمسائل الواقع. ويتعلق التماسك المعياري بمجموعةٍ من القواعد التي يُمكن تفسيرها بالإشارة إلى سلسلةٍ من المبادئ العامة التي ترسم شكل الحياة المُرضي. ويلعب هذا التماسك دوراً مهماً، وإن كان محدوداً، في تبرير القرارات أو الأحكام القضائية في ظل وجود قضايا صعبة. ووفقاً له، تسمح حجج التماسك أو الترابط بتحديد مجموعةٍ من القرارات على أنها مُبررة، وإن كانت تعتمد في تبريرها، في نهاية المطاف، على حجج تبعية<sup>(١)</sup>.

وتفترض نظرية ماكورميك، أن الترابط يُعدُّ شرطاً ضرورياً لتبرير قرار ما، وإن كان غير كافٍ، ولكن في كل الأحوال، يُشكل إسهامه مهمةً في تحقيق العدالة. ويتطلب الاقتراح بالتماسك أن تكون القرارات القضائية متناسقة<sup>(٢)</sup>.

#### (٢) التماسك الناتج عن التوازن أو الاعتدال:

يقترح بيتزنيك نظرية التدليل القانوني التي تمنح الاتساق أو الترابط دوراً أوسع في التبرير القانوني من دور ماكورميك. وقد صاغ كلٌّ من بيتزنيك وأليكس مجموعة من المعايير لتقييم درجة تماسك نظرية ما. وفقاً لهما، يعتمد تماسك نظرية ما على المعايير التي تحدد خصائص هيكل دعم النظرية، وكذا المعايير المتعلقة بالمفاهيم المستخدمة فيها، وكذلك المعايير التي توجد في علاقةٍ مع خصائص مجال تطبيقها<sup>(٣)</sup>. ويؤيد بيتزنيك أن التماسك يُبنى في عملية اتخاذ قرار قضائي ما من خلال عملية التوازن. ويُعدُّ التبرير القانوني نتيجةً لتماسك جميع الأسباب ذات الصلة، والتي تشمل

(1) Amalia AMAYA, op.cit.

(2) Ibid.

(3) Robert ALEXY, A. PECZENIK, "The Concept of Coherence and its Significance for Discourse Rationality", Ratio Juris, no. 1, Vol. 8, 1995, p. 130- 147.

الأسباب المعنوية والقانونية. وتستند المرحلة الأخيرة من عملية التوازن على الأولويات الفردية والشخصية. ولا يؤدي التماسك إلى تبرير بعض جوانب القرار فقط، ولكنه يؤدي إلى تبرير كل جوانبه<sup>(١)</sup>.

وعلى عكس ماكورميك، لا تلعب الاعتبارات الذاتية، في اقتراح بيتزنيك، دوراً إلا في الحالات التي يوجد فيها قراران متطابقان مع مجموعة من الأسباب القانونية والأخلاقية. ومع ذلك، يطالب بيتزنيك القضاة بتلبية متطلبات الاتساق أو التماسك بشكل أكثر صرامة من تلك التي يفرضها ماكورميك. رغم ذلك، وبالنظر إلى اعتماد المرحلة الأخيرة من الاستدلال على التفضيل الشخصي أو الأولوية الشخصية، يحد بيتزنيك من الطموح اللازم لتوسيع نطاق العقل أو السبب في مجال القانون<sup>(٢)</sup>.

### (٣) التماسك بوصفه نزاهةً أو كمالاً:

لقد فسّر دوركين نظرية القانون على أنها نزاهة أو كمالٌ واسعُ النطاق باعتبارها مقارنةً متماسكةً للقانون<sup>(٣)</sup>. وتتميز هذه النظرية بشكل واضح بوجود حلول أو تسوياتٍ توفيقيةٍ متماسكةٍ ومتناسقةٍ، لا يكون بموجبها القرار القانوني مُبرراً إلا إذا كان مُتسقاً مع جميع المبادئ التي تُفسرُ وتشرح الممارسة القانونية على أفضل وجه في ضوء نظرية الأخلاق العامة<sup>(٤)</sup>. وقد عرّف دوركين؛ ليس فقط المبرر القانوني، ولكن أيضاً مفهوم الحقيقة في القانون، من حيث الاتساق أو الترابط، لذلك يرتبط

(1) Amalia AMAYA, op.cit.

(2) Ibid.

(3) Susan HURLEY, "Natural Reason, Personality and Polity", Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 173.

(4) Andrei MARMOR, "Interpretation and Legal Theory", 2<sup>ème</sup> éd., Oxford, Hart Publishing, 2005, p. 129.

نهجهما ارتباطاً وثيقاً بنظرية الحقيقة كتماسك. ووفقاً لهذه الأخيرة، يكون الاقتراح القانوني صحيحاً إذا كان ينتمي إلى النظرية التي تفسر وتبرر القانون بطريقة أكثر تماسكاً واتساقاً. ووفقاً لدوركين، يعتمد تبرير كلٍّ من المقترحات القانونية وحقيقتها على تناسقهما مع مجموعة من المعتقدات التفسيرية التي تتناسب مع القانون والأخلاق العامة<sup>(١)</sup>.

ووفقاً للنظريات السابقة، يبدو أن بيتزنيك وماكورميك قد أرادا الحدّ من إعطاء وظيفة واسعة للسبب أو العقل في القانون، في حين يبدو- دوركين- في المقابل، مُفرطاً في التفاؤل بشأن قدرة السبب أو العقل في توجيه التعليل القضائي للقضاة. ومما يجدرُ ذكره، أن هذه النظريات الثلاث لم تُقدّم حلاً لأحد المشاكل الرئيسية التي تؤثر على نظريات التماسك أو الاتساق، كما لم تحدد نوع الاستدلال الذي يمكن للقضاة استخدامه في بناء تفسير متماسك أو متسق مع الأحكام المعيارية في حالة معينة<sup>(٢)</sup>. بعبارة أخرى، لا تُعدُّ هذه النظرية مُرضية؛ لأنها لم تُحدّد الآليات التي ستستخدم في الاستدلال القضائي والتي من خلالها سيصل القضاة إلى التفسير الأكثر اتساقاً وتماسكاً. وفي هذا الصدد، يعتمد جوزيف راز على نظرية بناءة في التماسك الذي يزيد من توسيع مجال السبب أو العقل في تبرير القرارات أو الأحكام القضائية<sup>(٣)</sup>.

### ب- الاتساق أو التماسك البناء (الخلق):

يرفض جوزيف راز نظريات التماسك المعرفي. ووفقاً له، لا يمكن أن تعتمد العناصر المختلفة التي يجب أن تكون متماسكة أو مُتسقة على كل قاض حال اتّخاذ قرار

(1) Amalia AMAYA, op.cit.

(2) Ibid.

(3) Joseph RAZ, "The Relevance of Coherence", op.cit., p. 322.

ما. ويجب أن تكون هذه العناصر متماثلة أو متطابقة بالنسبة لجميع القضاة، بحيث يمكن أن يؤدي الاتساق المطبق عليهم إلى نظام قانوني واحد، بغض النظر عن عدد الأشخاص الذين قد يختلفون مع محتواها<sup>(١)</sup>.

ويستنتج راز من هذه الحجة، أنه يجب أن يوفر اختبار التماسك العناصر العقلانية التي تسمح للقضاة بتصوير القانون كنظام يدير سير الشئون في الدولة.

وعلى الرغم من أن هذا الأخير لا يصف محتوى مثل هذا الاختبار، يبدو لنا أن اقتراحه يكون وثيق الصلة، دون ضرورة رفض النظريات المعرفية. وفي الواقع، يبدو أن اختبار الاتساق أو التماسك في المنطق القضائي يكون أساساً من أجل التوصل إلى قرار أو حكم قضائي مسجل طبعياً في نظام قانوني معين. ومع ذلك، قد يكون اختبار الاتساق هذا مبرراً للقرار الذي سيتبعه. وفي رأينا الخاص، سيكون القرار الذي يتخذ على أساس منطق قضائي متسق أكثر وضوحاً للمتقاضين، وبالتالي سيحسن إمكانية التنبؤ وأمن القانون في نظام قانوني ما. ومن ثم فإن تأسيس القرار القضائي على عملية عقلانية مدروسة، سوف يعطي وظيفة واسعة للسبب أو العقل في نظام قانوني معين.

## ٢- التماسك أو الاتساق في المنطق القضائي:

كما أشرنا سابقاً، يكمن الدافع الرئيس للتماسك أو الاتساق في المنطق القضائي في توسيع مجال العقل أو السبب خارج الحدود التي تفرضها المقاربات الرسمية للتفسير. ويبرر هذا الهدف في المقام الأول بأسباب تتعلق بالتنبؤ بأمن القانون، حيث يجب على القضاة الأوروبيين تقدير القواعد التي ليس لها معنى موجود مسبقاً، وهذا

(1) Ibid.



يأتي من النشاط التفسيري. من هنا، فإن المنطق الذي سوف يتبعه القاضي سيكون محددًا ويستحق بعض التأمّلات قبل أن نعكف على دراسة نموذج ملموس لمنطق قضائي متماسك ومتسق.

#### أ - المنطق القضائي المتماسك.

##### (١) مفهوم المنطق القضائي.

يقتضي إبراز مفهوم المنطق القضائي تحديده وتعريفه بشكل واضح. وفي رأينا، يمكن أن يكون المنطق القضائي محددًا باعتباره نشاطًا عقليًا، يعرض القاضي من خلاله الحجة أو يُقيم نتيجة حجة معينة. ولا يتشكل السبب إلا في نطاق هذا النشاط. وبالنسبة لبعض الفلاسفة، سيكون التدليل الطامح إلى اقتراح منطق قضائي متماسك ومتسق غير واقعي أو وهميًا؛ نظرًا لأن الشكل الذي يُقدَّر من خلاله القاضي الأوروبي الحجج للوصول إلى حلٍّ أكثر انساقًا وتماسكًا سوف يكون حدسيًا<sup>(١)</sup>.

في مواجهة ذلك، نحن نتفق على أنه في مجال القانون، لا بدّ أن تستند القرارات الصادرة من جانب القضاة الأوروبيين على عملية مدروسة وعقلانية، ولا تكون نتيجة لحدس<sup>(٢)</sup>. وغالبًا ما يكون للقرار الذي يتخذه القاضي آثارًا سلبية على أحد أطراف الدعوى. وإذا لم يبين القرار منطقيًا متماسكًا، لن يكون الطرف المعني قادرًا على فهم أسبابه. وفي هذا الصدد، سوف يكون القرار غير مبرر وغير مفهوم وبدون أسباب وجيهة، مما يقتضي رفضه.

(1) H. PUTNAM, "Reason, Truth and History", Cambridge, Cambridge University Press, 1985, p. 132- 133.

(2) A. AMAYA, "Ten Theses on Coherence and Law", op.cit., p. 7.

وجدير بالذكر، أنه يجب على القاضي أن يضع، بناءً على منطقته، مبادئ أو فرضيات معينة يستنتج من خلالها نتائج محددة خالية من الحدس.

## (٢) موضوع المنطق القضائي:

يبدو لنا أن النهج الذي تقترحه الأستاذة (أماليا أمايا) يكون ذا أهمية خاصة فيما يتعلق بحصر استخدام التماسك أو الاتساق في المنطق أو الاستدلال القضائي<sup>(١)</sup>. ويستند هذا الأخير على النظرية التي تم تطويرها عن طريق الأستاذ (ثاجارد)- التي تصور الاتساق أو التماسك كنوع من التوفيق بين المتطلبات الإيجابية والسلبية<sup>(٢)</sup>- ونقلت إلى المجال القانوني لتبرير محتوى القرارات أو الأحكام القضائية.

ويمكن أن نصف الاتساق أو التماسك - وفقاً للأستاذة (أماليا)- بأنه استدلالٌ نحو أفضل تفسير قانونيٍّ أو نحو التفسير الأكثر تماسكاً. ويتضمن هذا الاستدلال ثلاث مراحل: (١) تحديد الأحكام أو القواعد المعيارية ذات الصلة والافتراضات التفسيرية المختلفة، (٢) مراجعة وتنقية القرارات التي يمكن أن تتخذ بناءً على هذه الافتراضات، (٣) تقييم ومقارنة هذه البدائل لاختيار البديل الذي يمكن اعتباره مبرراً. وتسمح الخطوة الأولى، للقضاة الأوربيين، بتحديد مختلف الفرضيات المعقولة، وبالتالي تجاهل تلك التي تتناقض صراحةً مع المبادئ العامة أو الأحكام القانونية. وفي المرحلة الثانية، يتم فحص كل الفرضيات المختلفة، حيثما كان ذلك مناسباً، وفقاً لآليات محددة.

(1) A. AMAYA, "Inference to the Best Legal Explanation", in H. KAPTEIN, A. BRAKKEN, "Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic", Ashgate, Aldershot, 2018 p. 135; A. AMAYA, "Legal Justification by Optimal coherence", Ratio Juris, no. 6, Vol. 27, 2014, p. 304.

(2) Paul THAGARD, "Coherence in Thought and Action", Cambridge, MIT Press, 2000, p. 94.

وأخيراً، تسمح لنا المرحلة الثالثة بمقارنة البدائل المختلفة من أجل اختيار البديل الذي يمكن اعتباره مبرراً<sup>(١)</sup>. ولكن من وجهة نظر ملموسة، السؤال الذي يدق هو: ما العناصر التي يجب على القاضي أخذها في الحسبان في نهاية هذه المراحل من الاستدلال القضائي؟

بشكل عام، من الناحية النظرية، يعتقد المنظرون أن أساس العناصر التي ينبغي أخذها في الحسبان في المنطق القضائي يشمل بالدرجة الأولى دساتير الدول والتشريعات الوطنية والسوابق القضائية<sup>(٢)</sup>. وتثير هذه الاعتبارات، في الحقيقة، ملاحظتين من جانبنا:

أولاً: وقبل كل شيء، تم تطوير هذا الأساس أو هذه القاعدة في النظريات التي تؤسس على سياق دولة ما، وهذا الأخير هو الذي ينبغي إعادة النظر فيه من منظور أوسع للوصول إلى هذه العناصر.

ثانياً: تعتمد هذه النظريات على مفهوم قانون خاص بها، ولا يمكننا - مع ذلك - التعرّض له في سياق هذه الدراسة<sup>(٣)</sup>.

وفي هذا الصدد، نعتقد أنه ينبغي أن نضع معايير موضوعية لتحديد عناصر القانون الذي يجب أخذه في الحسبان. وعلى الرغم من أن هذه المعايير يجب أن تكون موضع تحقيق شامل، تُشكّل هذه الأخيرة، وكذا القرارات الصادرة تطبيقاً لها، أساساً

(1) A. AMAYA, "Ten theses on Coherence and Law", op.cit., p. 9.

(2) K. KRESS, "Coherence", in D. PATTARSON, "A Companion to Philosophy of law and legal Theory", 2ème éd., Chichester, Wiley-Blackwell, 2013, p. 521.

(3) N. MacCORMICK, "Coherence in Legal Justification", op.cit., p. 41.

جوهرياً للمنطق أو الاستدلال القضائي. وكما أعلن الأستاذ (راز)<sup>(١)</sup>، يبدو من المهم أن نحصر القرارات والقواعد التي يجب مراعاتها في المجال القانوني المقصود، ومن ثم لا نعبأ بعموم القانون الموجود أو القائم في النظام القانوني المفروض أو المحدد.

ويثير الاستدلال، على مستوى النظام القانوني، مشكلتين أساسيتين:

أولاً: أنه يميل إلى جعل القانون مثالياً أو أنه ينسب الكمال للقانون.

ثانياً: أن الاتساق مهمة صعبة، ومن ثم قد لا يمكن بلوغه عملياً، وذلك بالنظر إلى خضوع القضاة لقيود زمنية، وافتقارهم إلى كل المعارف المطلوبة<sup>(٢)</sup>.

وفي استدلاله، يتعين على القاضي الأوروبي أن يبحث عن التماسك أو الاتساق داخل العناصر ذات الصلة في مجال القانون المعني. مع الأخذ في الاعتبار، أن تحديد هذا المجال، وكذا تحديد القواعد الواردة فيه، ليس بالمهمة السهلة. ومن ثم، قد لا تتحقق إلا في نظام قانوني محدد. ويسمح التحقق أو التعريف بالنظام القانوني الذي تنتمي إليه هذه القواعد بتحديد المجال المعني أو المقصود، ومن ثم توجيه منطق أو استدلال القاضي نحو الوصول إلى قرار سيكون الأكثر تماسكاً أو تناسقاً مع هذا المجال.

ب- آليات الاستدلال القضائي المتسق أو التماسك:

يقوم المنطق أو الاستدلال القضائي التماسك أو المتسق على مرحلتين: أولاً، وكما سبق ذكره، أنه من الضروري أن يُحدّد القاضي المجال الذي سيركز فيه أو يُوجه إليه منطقه أو استدلاله. وعلى الرغم من الصعوبات التي يثيرها هذا التحديد، ستساعد

(1) J. RAZ, "The Relevance of Coherence", op.cit., p. 310.

(2) B. BAUM Leven Book, "The Role of Coherence in Legal Reasoning", Law and Philosophy, no. 13, Vol. 13, 1994, p. 355- 374.

هذه العملية في تحديد العناصر التي يتعين تقييمها في عمليات الاستدلال اللاحقة. وبمجرد تحديد هذه العناصر، يمكن للقاضي الانتقال إلى المرحلة الثانية؛ أي تطبيق العمليات التي من شأنها أن تسمح للقاضي الأوروبي بأن يصل في استدلاله إلى تماسك الاعتبارات التي تعزز بروز قراره والتي يمكن أن تكون مقبولة لدى المتقاضين<sup>(١)</sup>.

ويجب تطبيق العمليات الثلاث التي وضعتها الأستاذة (أمايا)<sup>(٢)</sup>، على مجموعة من العناصر لجعلها متماسكة. وهي تشمل، على التوالي، الطرح، والإضافة، وإعادة التفسير. ويشمل الطرح استبعاد بعض فرضيات أو عناصر معينة إلى الحد الذي يجعل من الممكن تعزيز الآخرين. وهذا الإجراء يجعل من الممكن اختيار الفرضية التفسيرية التي من شأنها دعم الأحكام القانونية ذات الصلة، والتي تستبعد في الوقت نفسه السوابق القضائية غير الملزمة وغير المتناسقة. وتعني الإضافة، إضافة فرضيات أو عناصر جديدة تسمح على سبيل المثال بإثبات فرضية معينة بالرجوع إلى المبدأ العام الذي يطبق على كل مجال من مجالات القانون المعنية، وإزالة التعارض المحتمل وقوعه في نهاية المطاف بين الفرضية المقترحة وبعض السوابق القضائية. وأخيراً إعادة التفسير، والتي ترمي إلى تجنب فرضية أو عنصر معين واستبداله بآخرين. وهكذا، يمكننا إعادة تفسير حالة أو سابقة قضائية غير متسقة مع بعض الفرضيات التفسيرية في ضوء معيار جديد لجعلها أكثر تماسكاً أو أكثر اتساقاً.

وفي النهاية، من شأن تطبيق هذه الآليات أن تجعل المنطق أو الاستدلال القضائي متماسكاً أو متسقاً، حيث يستجيب لمختلف القيود والمتطلبات الإيجابية والسلبية، ومن ثم يبرر للمتقاضين حجج القرار الذي سوف يصدره القاضي.

(1) A. AMAYA, "Ten Theses on Coherence and Law", op.cit., p. 9.

(2) Ibid., PP. 7- 10.

## ٣- منطق القاضي الأوروبي:

كما ذكرنا آنفاً، يفهم اقتراحنا بشأن المنطق أو الاستدلال القضائي المتماسك في الإطار الذي يُشكّل نظاماً قانونياً معيناً. ويلعب هذا الأخير، في الواقع، دوراً أساسياً، لا سيما في تحديد مجال القانون الذي يجب أن تكون فيه العناصر المختلفة متماسكة، فضلاً عن هذه العناصر المختلفة ذاتها. ودون أن ندعي تقديم نظرية كاملة للأنظمة القانونية، تأكد لدينا أن الإشارة إلى مفهوم النظام القانوني تكون - عادةً - كاشفة؛ لأن هذا الأخير غالباً ما يستخدم، سواء من جانب مؤسسات الاتحاد الأوروبي أو من جانب الدولة الأعضاء به، لفهم الظواهر القانونية المحيطة ووظيفتها في صدر كل منها<sup>(١)</sup>. وبالتالي، فإن مفهوم النظام القانوني ليس مجرد أداة نظرية، فقد وجد بالفعل في خطابات وأفكار مختلف الجهات الفاعلة القانونية، عندما أرادوا فهم العالم الاجتماعي والسياسي الذي يحيط بهم<sup>(٢)</sup>. ولكن، السؤال الذي يدق هو: هل يكفي أن يدعي كيان ما، مثل الاتحاد الأوروبي، أنه يكون جزءاً من نظام قانوني معين، أو أنه يلعب دوراً مهماً في تأسيس وجود مثل هذا النظام؟ وستأتي الإجابة عن هذا التساؤل في سياق العناصر الآتية:

## أ - النظام القانوني الاتحادي:

منذ بدايات البناء الأوروبي، أكدت محكمة عدل الاتحاد الأوروبي في سلسلة من الأحكام الشهيرة أن الاتحاد الأوروبي: "يُشكّل نظاماً قانونياً جديداً للقانون الدولي"<sup>(٣)</sup>.

(1) J. DICKSON, "Towards a Theory of European Union Legal System", in J. DICKSON, P. ELEFThERiADIS, "Philosophical Foundation of European Union Law", Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 25.

(2) Ibid.

(3) Arrêt de la CJCE du 5 février 1963, NV Algemene Transport- en

وأنة عبارة عن نظام قانوني حقيقي"<sup>(١)</sup>. علاوة على ذلك، أنها قد استخدمت مفهوم النظام القانوني لوصف الاتحاد الأوروبي والدول الأعضاء من خلال شرح وتفسير: "نقل الدول من نظامها القانوني الداخلي لصالح النظام القانوني للجماعة، للحقوق والالتزامات بما يتفق مع أحكام المعاهدة"<sup>(٢)</sup>. غير أن المحكمة أعلنت مؤخراً أن: "الاتفاق الدولي لا يمكن أن يقوض نظام الاختصاصات التي تحددها المعاهدات، وبالتالي، لا يمكن أن ينال من استقلال النظام القانوني للجماعة والتي تضمن المحكمة احترامه"<sup>(٣)</sup>. وأن: "رقابة المحكمة على صحة أي فعل للجماعة فيما يتعلق بالحقوق الأساسية يجب أن تعتبر تعبيراً في مجتمع القانون عن ضمانة دستورية مستمدة من المعاهدة المنشئة للجماعة الأوروبية بوصفها نظاماً قانونياً مستقلاً لا يمكن أن ينال منه أي اتفاق دولي"<sup>(٤)</sup>.

وفي سياق اجتهادها القضائي، شرعت محكمة عدل الاتحاد الأوروبي في تحويل المصطلحات من مفهوم *Ordre Juridique* إلى مفهوم *Système Juridique*.

Expediite Onderneming van Gend & Loos C/ Administration fiscale néerlandaise, aff. 26/62, Rec. 1963, p. 3, Para. 23.

(1) Arrêt de la CJCE du 15 Juillet 1964, Flaminio Costa C/ ENEL, affaire 6/64, Rec. 1964, p. 1151, 1158 ; CJCE, arrêt du 19 novembre, 1991, Andrea Francovich, Danila Bonifaci et autres C/ République Italienne, C-6/90 et 9/90, Rec. 1991, p. I- 5357.

(2) Voir l'arrêt Flaminio Costa C/ENEL, p. 1160.

(3) Voir l'arrêt de la CJCE du 3 septembre 2008, Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation C/Conseil de l'Union Européenne, affaire Jointes C-402/05 p et 415/ 05p, Rec. 2008, p. I- 6351, Para. 282.

(4) Voir l'arrêt Kadi, Para. 316.

غير أنه لم يُحدّد أو يُعرّف أيّ من المفهومين صراحةً. وبالتالي، هل ينبغي لنا أن نستمد من هذا الغياب لتعريف محدد، مرادفاً لمفهوم *Ordre et système Juridique*، أو أن هذا التحويل يعني تعديلاً للمفهوم الأساسي الذي أشارت إليه محكمة عدل الاتحاد الأوروبي؟ يبدو من الراجح أن هذا التحويل يرجع أساساً إلى الاختلافات اللغوية التي تواجهها المحكمة، ولا تنطوي على أيّ تغييرات مفاهيمية. وبالفعل، في لغة الإجراءات الرسمية للأحكام الأولى الصادرة عنها، استخدمت المحكمة مصطلح " *Ordre Juridique* " ومع ذلك، فقد ترجمت النسخ الإنجليزية من هذه الأحكام مصطلح *Ordre Juridique* من خلال *Legal System* وليس عن طريق *Legal Order*، مع التأكيد على السوابق القضائية السابقة للمحكمة.

ومن هنا، وفي هذه الأحكام، لم تكتفِ محكمة عدل الاتحاد الأوروبي بأن الاتحاد الأوروبي يشكل بالتبادل *un ordre ou un système Juridique*، حيث تُستخدم هذين المفهومين بلا تمييز من أجل وضع خطّ فاصلٍ بين الاتحاد الأوروبي والدول الأعضاء فيه<sup>(١)</sup>. ويبدو أن مفهوم *Système Juridique* الذي تُشير إليه، ينطوي على وظيفةٍ ترسيمية، على الرغم من أن محتواه لا يزال غيرٍ محدد.

### ب- مفهوم النظام القانوني:

اتخذ العديد من المُنظِّرين الذين حاولوا وصف وشرح طبيعة القانون، من حق الدول ذات السيادة أساساً للتفكير في تطور نظرياتهم الخاصة بطبيعة القانون في سياق الدولة<sup>(٢)</sup>. ويثير التشكيك في وجود نظامٍ قانونيٍّ في الاتحاد الأوروبي صعوباتٍ عديدة؛

(1) J. DICKSON, "Towards & Theory of European Union Legal System", op.cit., p. 27.

(2) H. KELSEN, "Pure Theory of Law", 2ème éd., University of California Press, 1976, p. 193- 207.



نظراً لأنه ليس بدولة. ويعتقد بعض المنظرين، أنه من الضروري أن نتخلى عن مفهوم النظام القانوني في محاولة منهم لفهم الاتحاد الأوروبي؛ نظراً لأن هذا المفهوم لا يحتوي على الموارد التوضيحية اللازمة لأن تعكس خصوصيات هذا النموذج القانوني الجديد، والذي يسمى بالاتحاد الأوروبي<sup>(١)</sup>. وقد تساءل الأستاذان (كلفر) و (جويدس)، بالتالي: لماذا يتعين على المرء أن يتقرب نظرية متطورة في نطاق الدولة ذات السيادة، من أجل أن تعطينا معنى للاتحاد الأوروبي، والذي لا يُعدُّ دولة<sup>(٢)</sup>؟

### (١) الخصائص المميزة للنظام القانوني:

لقد حاول المنظرُونَ وصف الخصائص التي يجب أن يتسم بها نظامٌ قانونيٌّ ما، وقد اختلفت إجاباتهم إلى حدٍّ كبير. فوفقاً لتحليل الأستاذ (كلسن)، تنتمي مجموعة القواعد إلى نظامٍ قانونيٍّ واحدٍ إذا ما أسست كلَّ قاعدةٍ منها على نفس القاعدة الأولية<sup>(٣)</sup>. ومع ذلك، يعاني تحليل الأستاذ (كلسن) من العديد من نقاط الضعف، والتي تم تسليط الضوء عليها من جانب بعض المنظرين في العقود الأخيرة. ومن بين نقاط الضعف هذه، أنه من المستحيل أن نتوصل إلى نظريةٍ للأنظمة القانونية من خلال أن ندرس فقط العلاقات بين القواعد، وأن نوجهها نحو قاعدةٍ أساسيةٍ واحدة. وفي الواقع، ينبغي أن نأخذ في الحسبان العوامل الأخرى للواقع؛ مثل: موقف المؤسسات الخلاقة أو الإبداعية وتطبيق هذه القواعد وفهم الأفراد لها، عند تحديد هذه الأنظمة القانونية<sup>(٤)</sup>.

- (1) K. CULVER, M. GUIDICE, "Legality's Borders: An Essays in General Jurisprudence", New York, Oxford University Press, 2010, P. xvi.
- (2) K. CULVER et M. GUIDICE, "Not a system but an Order: An inter-institutional View of the European Union Law", op.cit., p. 55.
- (3) H. KELSEN, "Pure Theory of law", op.cit., p. 193.
- (4) J. FINNIS, "Revolutions and Continuity of Law: Oxford Essays in Jurisprudence", Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 205.

وقد لوحظ تباين الخصائص التي ينبغي أن يكتسي بها نظام قانوني ما وفقاً لمفهوم القانون الذي يتم اتّباعه. ولا يمكن لنا تصوّر النظام القانوني ككيان معياريّ مكتفٍ ذاتياً، حيث لا يمكن أن نتعرض أو نتصدى لهويّة هذا النظام بعيداً عن التنظيمات السياسية والاجتماعية المحيطة أو الموجودة من حولنا<sup>(١)</sup>. والسؤال الذي يطرح نفسه هو: ما المعايير التي يتعين توافرها في كيان ما أو وحدة سياسية معينة حتى يكون لها نظامها القانوني الخاص بها؟ وإذا كان الاتّحاد الأوروبي قد طوّر وأسس نظاماً سياسياً يُعين نفسه ككيان قائم بذاته، فإن السؤال الذي يدق هو: إذا كان لدى الاتّحاد الأوروبي مؤسسات تشريعية وتنفيذية وقضائية، وإجراءات للبتّ في تطورها، وشخصية قانونية، وما إلى ذلك. هل يكفي كل هذا لأن يصبح هذا الاتّحاد كياناً سياسياً له نظامه القانوني الخاص به؟

يبدو لنا أن إجابة (ديكسون) على هذا التساؤل تكون وثيقة الصلّة بالموضوع<sup>(٢)</sup>. ففي رأيها، أنه ينبغي أن ندرس ما إذا كان الكيان السياسي المعنيّ يتمتع بدرجة من الاستقلال عن الكيانات الأخرى، وذلك لتحديد ما إذا كان هناك نظام قانونيّ مستقلّ من عدمه. وهكذا، كلما كان الكيان السياسي أكثر استقلالية في اختيار أنشطته وتمييزها؛ استنتجنا أن هناك نظاماً قانونياً ملائماً أو مناسباً. لسوء الحظ، لم تحدد (ديكسون) بوضوح مفهوم الاستقلال الذي تشير إليه. ونحن نعتقد، مع ذلك، أن الاستقلال يُعدّ سمة من سمات الأنظمة القانونية. وكما ذكرنا آنفاً، نحن نلجأ إلى مفهوم النظام القانوني، من الأساس، لكي نفهم العالم الاجتماعي والسياسي الذي يحيط بنا،

(1) J. DICKSON, "Towards a Theory of European Union Legal System", op.cit., p. 54.

(2) Ibid.

وعلى الأخص موقفنا في هذا العالم<sup>(١)</sup>. وبالتالي، تساعدنا الإشارة إلى مفهوم النظام القانوني في وضع خطوطٍ فاصلةٍ تُميز الأشكال القانونية الأخرى التي تحيط بنا، وتسلب الضوء على استقلال كلِّ نظامٍ قانونيٍّ مقارنةً بالأشكال القانونية الأخرى.

والنظر في الاستقلال كمؤشِّرٍ على وجود كيانٍ سياسيٍّ له نظامه القانونيُّ الخاصُّ به يُعدُّ أمراً مهماً للغاية في سياق الاتحاد الأوروبي. وفي حكمها "القاضي"<sup>(٢)</sup>، استندت محكمة عدل الاتحاد الأوروبي في قرارها إلى أن الاتحاد الأوروبي هو وحدَه الذي يقرر صلاحية نظامه القانوني، بدعوى أن هذا الاتحاد لديه نظامٌ قانونيٌّ مستقلٌّ. ومن ثم، تتوافر فيه السماتُ الرئيسةُ للنظام القانوني، كما هو الحال بالنسبة للدول ذات السيادة.

#### (٢) محتوى النظام القانوني:

الواقع أن الممارسة الرأسمالية إلى تعيين نوع القواعد الناتجة بواسطة مؤسسات الاتحاد الأوروبي تجعل من الصعب تحديد وإبراز حدود أو نطاق النظام القانوني الاتحادي. يضاف إلى ذلك، أنه لا تنشأ دائماً القواعد القانونية التي يتضمنها نظامٌ قانونيٌّ معينٌ عن طريق الأجهزة التشريعية.

(1) Ibid.

(2) L'arrêt de la CJCE du 3 septembre 2008, Yassin Kadi et Al Barakaat International Foundation C/Conseil de l'Union européenne, aff. Jointes C-402/05P et 415/ 05 P, Rec. 2008, p. I- 6351, Para. 282.

وفيما يتعلق بالاتحاد الأوروبي، فإنه يُعترف؛ ليس فقط بالقواعد التي أنشأها مجلس الاتحاد الأوروبي، والمجلس الأوروبي، والمفوضية والبرلمان الأوروبي، ولكن أيضاً بالقواعد الناشئة عن مصادر أخرى كالمعاهدات الدولية<sup>(١)</sup>.

وجديرٌ بالذكر، أنه يجب علينا ألا نركزَ على الكيانات الخالقة للقانون بقدر ما نركز على المؤسسات الأوروبية التي تُقرُّ وتُطبق القواعد القانونية، ومن ثم تحديد ما إذا كانت هذه الأخيرة تُعدُّ جزءاً من الاتحاد الأوروبي من عدمه<sup>(٢)</sup>. وفي هذا الصدد، يملك هذا الأخير، لا سيما مع محكمة عدل الاتحاد ومحكمة أول درجة، المؤسسات القضائية الخاصة به، والمنوط بها إقرار وتفسير القواعد التي تُعدُّ جزءاً من قانون الاتحاد الأوروبي. ومع ذلك، ليست السلطات القضائية هي الوحيدة المنوط بها إنجاز هذه المهمة، حيث يلعب القضاة الوطنيون للدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي دوراً جوهرياً في تطبيق القانون الاتحادي. والسؤال الذي يطرح نفسه هو: ما إذا كان بإمكان المرء أن يتحدث عن نظام قانوني إذا لم تبت مؤسسات الاتحاد الأوروبي، في العديد من الحالات التي تنطوي على قانون الاتحاد الأوروبي، ككثيرة بشأن الوضع المعياري لهؤلاء الخاضعين للقانون الاتحادي.

يثير هذا الموضوع، العديد من التساؤلات حول دور ووظيفة المحاكم الوطنية في تطبيق القانون الاتحادي الذي يتطلب المزيد من البحث والتحقيق<sup>(٣)</sup>. بيد أننا نوافق أنه عندما يثير موقف ما مسألة قانونية يتعين أن تكون مقررّة بواسطة محكمة وطنية،

(1) L'arrêt de la CJCE du 30 avril 1974, R. et v. Haegeman c. Belgique, aff. 181/73, Rec. 1974, p. 449.

(2) J. DICKSON, "Towards a Theory of European Union Legal System", op.cit., p. 42.

(3) Ibid.

تعمل هذه الأخيرة، في نهاية المطاف، كمحكمة تابعة للاتحاد الأوروبي، ومن ثم يمكن اعتبارها جزءاً من النظام القانوني للاتحاد<sup>(١)</sup>.

وفي النهاية يمكننا القول: إنه يمكن تحديد وجود قواعد الاتحاد الأوروبي وتحديد محتواها من خلال مبدأ إسناد الاختصاصات<sup>(٢)</sup>. يضاف إلى ذلك، أنه يمكن التمسك بصلاحيات محكمة عدل الاتحاد الأوروبي في مراجعة هذه القواعد<sup>(٣)</sup>، وتحديد آثارها والتمييز بين الأنظمة القانونية للدول والاتحاد الأوروبي<sup>(٤)</sup>.

---

(1) N. BARBER, "Legal Pluralism and the European Union", European Law Journal, no. 5, Vol. 14, 2008, p. 306.

(2) L'art. 5 al. 1 et 2 TUE.

(3) L'art. 263 TFUE.

(4) J. DICKSON, op.cit., p. 45.

## المبحث الثالث

## القيود الأوروبية بخصوص القاضي السويسري

## تمهيد:

شهدت العلاقات الاقتصادية بين الاتحاد الأوروبي وسويسرا نمواً ملحوظاً منذ دخول المجموعة الثانية من الاتفاقيات الثنائية حيز النفاذ<sup>(١)</sup>. وترمي هذه الأخيرة إلى التغلب على العيوب الناجمة عن المشاركة الجزئية لسويسرا في السوق الداخلية للاتحاد الأوروبي. وغالباً ما يتم تحليل اختيار المسار الثنائي من جانب الفقه القانوني ومحلي العلوم السياسية كتعبير عن إرادة الشعب السويسري بعدم الدخول في طريق الانضمام أو المشاركة. وبالإضافة إلى المزايا التي ستحصل عليها مؤسسياً، لاسيما المشاركة في عملية صنع القرار، سترتب على الانضمام، أيضاً، الخضوع للنظام القضائي الاتحادي. فضلاً عن الامتياز التفسيري الذي سيؤول إلى محكمة عدل الاتحاد الأوروبي. ويأخذ القيد القضائي، في الحقيقة، بُعداً معيناً في العلاقات بين الاتحاد الأوروبي وسويسرا بسبب الطبيعة الثابتة أو الساكنة للاتفاقيات التي لا تستبعد تفسيرها الديناميكي أو الفعال.

ومع ذلك، فإنه لا يكفي عدم الانتماء أو عدم الانتساب إلى الاتحاد الأوروبي للتخلص من آثار السوابق القضائية للمحكمة. ومع اعتبار الاتفاقيات الدولية مصدراً

(1) René SCHWOK, "Suisse- UE: l'adhésion impossible?", 2<sup>ème</sup> éd. Mise à Jour, Lausanne, Press Polytechniques et Universitaire Romandes, 2010.

لشرعية الاتّحاد<sup>(١)</sup>، قبلت محكمة عدل الاتّحاد الأوروبي منذ فترةٍ طويلةٍ تفسيرها، مع مراعاة أهداف الاتّفاق<sup>(٢)</sup>. ولذلك فمن المحتمل فهم هذا الواقع من خلال أن الموقعين السويسريين قد أرادوا توجيهه أو الحدّ من خطر القضاء الاتّحادي الذائع<sup>(٣)</sup>. وهكذا يتضمن الاتّفاق المتعلق بحرية تنقل الأشخاص حكماً يحدد العلاقة بين قرارات المحكمة الاتّحادية الفيدرالية وأحكام القضاء الأوروبي السابقة على توقيعه عندما يُحتمل أن تؤثر على الاتّفاق.

ومع ذلك، لم يُثن هذا الحكم الدفاعي القاضي السويسري عن استخدام أساليب التفسير التي من شأنها إضعافه. وبالتالي، فإن المحكمة الاتّحادية كثيراً ما وجدت نفسها مرخصاً لها، مؤيدةً تفسيراً مقتبساً من طرق محكمة عدل الاتّحاد الأوروبي، بأن تسلك منهجاً يعدّ انحرافاً إلى حدّ ما، ومنتقدةً من جانب من الفقه في سويسرا<sup>(٤)</sup>، عن الاتّفاقيات المذكورة. وفي الواقع، إذا وضعنا جانباً الاتّفاق المتعلق بالنقل الجوي، يتميز

(1) CJCE, 30 avril 1974, Haegeman, aff. 181/73, Rec. 1974, p. 449, pt 5.

(2) La Jurisprudence de la Cour s'est développée dans le champ des accords d'association c'est-à-dire des conventions à la portée Transitoire, dans l'attente d'une adhésion Ulérieure.

(3) Caroline EGGLI, "Entre Cohérence et efficacité: la Suisse dans les négociations bilatérales avec l'Union Européenne", Suisse Political Science Review, no. 4, Vol. 10, 2004, p. 5.

(4) A. EPINEY, "How Does European Union Law Influence Suisse Law and Policies?", in S. NAHRATH, F. VARONE, "Rediscovering Public Law and Public Administration in Comparative policy Analysis: a Tribute to Peter Knoepfel", Berne, 2009, p. 179; M. RANDALL, "The Europeanization of Fundamental Rights Protection in Switzerland: Two Steps Forward, One Step Back", in H. SNIJDERS, "Content and Meaning of National Law in The Context of Transnational Law", Munich, 2009, p. 53.

الاتفاق المتعلق بحرية تنقل الأشخاص، على سبيل المثال، بانتشار أو فيض تفسيري يميل إلى جعله أقرب إلى التطور الإبداعي المميز لقضاء محكمة عدل الاتحاد الأوروبي. وجدير بالذكر، أن القوة الملزمة التي تميز أي اتفاقية تغيب عن الحوار أو تبادل الآراء<sup>(١)</sup>، الذي يتجسد بين محكمة عدل الاتحاد الأوروبي والمحكمة الاتحادية. وفي الواقع، وعلى أية حال، نلاحظ شكلاً من أشكال احترام القاضي السويسري للقاضي الاتحادي<sup>(٢)</sup>.

#### ١ - فحص الطريقة أو المنهج:

أدى التفسير المحلي للقيود الضمنية من جانب القاضي الأوروبي إلى تحرير المحكمة الاتحادية السويسرية لنفسها من المتطلبات الصارمة للمادة (١٦) من اتفاق حرية تنقل الأشخاص، والسماح لنفسها بأن تجلب؛ ليس فقط أساليب، ولكن أيضاً مفاهيم من قانون الاتحاد الأوروبي.

#### أ - محكمة عدل عليا في مملكتها:

منذ البداية، حددت محكمة عدل الاتحاد الأوروبي نظام تفسير ثنائي أو متفرع ثنائياً بين أحكام معاهدات السوق الداخلية والاتفاقيات الدولية التي ترمي إلى إنشاء

(1) C. BAUDENBACHER, "Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law", *Revue de droit Suisse*, Vol. II, 2012, p. 419; M. RANDALL, "Le dialogue entre le Juge Suisse et le Juge européen", in F. BELLANGER, J. WERRA, "Genève au confluent du droit interne et du droit international" *Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Genève à la Société Suisse des Juristes à l'occasion du Congrès 2012*, Genève, 2012, p. 19- 59.

(2) A. GARAPON, J. ALLARD, F. GROS, "Les Vertus du Juge", *Dalloz*, 2008, p. 95.



أنظمةٍ مماثلة. فقد وضعت في عام ١٩٨٢ الخطوات الأولى من اجتهاداتها القضائية بشأن تفسير مختلف الاتفاقيات الدولية التي تؤثر على السوق الداخلية. فقد قادت إلى دراسة اتفاق تحرير المبادلات بين الاتحاد والبرتغال بهدف الدعوة إلى الانضمام إلى البناء الأوروبي. وإذا كانت محكمة عدل الجماعة قد كشفت عن أن وظيفة الاتفاق المذكور كانت تتمثل في تدعيم العلاقات الاقتصادية للبرتغال مع الاتحاد بغرض المساهمة في البناء الأوروبي، فهي لم تقض، في تفسيرها، بمنحها معاملة أكثر تفضيلاً.

واستناداً إلى القواعد التقليدية لتفسير المعاهدات الدولية كتلك المستمدة من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات<sup>(١)</sup>، تباشر المحكمة فحصاً حرفياً للاتفاق. وعلى الرغم من أنه قد يلاحظ تشابهاً في المصطلحات المستخدمة؛ ليس فقط في المعاهدات الأوروبية، ولكن أيضاً في الاتفاق الثنائي، فقد أعلنت أن هذا الظرف لا يمكن أن يبرر نقل الاجتهادات أو السوابق القضائية التي تسود في تفسير القيود إلى حرية حركة البضائع في قانون الاتحاد.

ومع حكم (بوليدور)<sup>(٢)</sup>، وضعت محكمة عدل الاتحاد للمرة الأولى مبدأ لا يمكن بمقتضاه أن يكون هناك أي تعادل أو تكافؤ بين أحكام الاتفاقيات الدولية وتلك الواردة في معاهدات الاتحاد؛ وذلك لعدم وجود أهداف مشتركة بين النظامين. وأعلنت المحكمة

(١) بخصوص تفسير المعاهدات الدولية، راجع بصفة عامة: أ.د/ علي صادق أبو هيف، "القانون الدولي العام"، مرجع سابق، ص ٥٠٠ : ٥٠٢؛ أ.د/ أحمد أبو الوفا، "الوسيط في القانون الدولي العام"، مرجع سابق، ص ١١٨ : ١٣٠؛ أ.د/ محمد سامي عبد الحميد، "أصول القانون الدولي - الجزء الثاني"، مرجع سابق، ص ٢٣٤ : ٢٣٦؛ أ.د/ مصطفى أحمد فؤاد، "القانون الدولي العام"، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ١٧٥ : ١٨٢.

(2) CJCE, 9 février 1982, Polydore et RSO Records, aff. 270/80, Rec. 1982, p. 331.

ذاتها أيضاً، أنه لن يفضي تشابه المصطلحات إلى تفسير متعادل أو متساو؛ وذلك لأن الدراسة يجب أن تأخذ في الاعتبار أيضاً الاعتبارات السياسية التي تنصدر اعتماد المعاهدات الأوروبية، والتي لا تدخل، بحكم الواقع، في الاتفاقيات الدولية.

وفي الواقع، ومن وجهة نظر المحكمة، يجب أن تؤخذ في الاعتبار أهداف المعاهدة، عند فحص القيود المفروضة على الحريات. وإذا كانت السوق الداخلية ترفض فرض قيود معينة، فقد تكون هذه الأخيرة مقبولة تماماً في سياق اتفاق ثنائي مثل الاتفاق قيد الدراسة.

ولم تخرج محكمة عدل الاتحاد عن هذه الطريقة عندما تصدت لتفسير اتفاقية الضمان الاجتماعي بين سويسرا وإيطاليا<sup>(١)</sup>. فمقدمة الطالب (الطالبة)، وهي مواطنة فرنسية وإيطالية، كانت قد عملت في إيطاليا وفي سويسرا. وعندما قدّمت طلباً للحصول على معاش الشيخوخة في إيطاليا، طلبت من السلطات الإيطالية أن تأخذ في الاعتبار فترات التأمين التي تمّت في سويسرا. رفضت هذه الأخيرة بدعوى أنها ليست من رعايا تلك الدولة. وعندما أحيل إليها الطلب، قضت محكمة عدل الاتحاد بأن هذا الرفض يكون مخالفاً للمادة (١٢) من المعاهدة المنشئة للجماعة الأوروبية. وقضت أيضاً بأن الدول الأعضاء تكون ملزمة باحترام التزاماتها بموجب قانون الاتحاد، والذي يتضمن مبدأ المساواة في المعاملة، عندما تنفذ الاتفاقيات الدولية.

يبدو أن نهج القاضي الأوروبي يرمي إلى احترام صلاحيات أو سلطات المترجمين أو المفسرين الحقيقيين في النظام القانوني للدول الغير مع التأكيد على دوره كحارس على تكامل نظامه القانوني. وتُعزز المحكمة نهجها عندما يتعين عليها

(1) CJCE, 15 Janvier 2002, Elide Gottardo Contre Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), aff. 55/00, Rec. 2002, p. I-413.

اتخاذ قرار بشأن تفسير اتفاق حرية انتقال الأشخاص. ويذكر، أن المحكمة ذاتها قد أدخلت معياراً سلبياً إضافياً لتبرير التمييز في التفسير. وعليه، فإنها تعتبر أن رفض الاتفاق المتعلق بالمنطقة الاقتصادية الأوروبية<sup>(١)</sup>، واحتمالات عدم الانضمام إلى مجموعة اقتصادية متكاملة يشكلان سبباً إضافياً لعدم التناسق القضائي<sup>(٢)</sup>.

وعلى أية حال، يُعزز نهج محكمة عدل الاتحاد إزاء الاتفاقيات الثنائية، فكرة أن هذه الأخيرة ترمي إلى: "توسيع وتنظيم إطار العلاقات التقليدية بين الأطراف"<sup>(٣)</sup>. وبالنظر إلى القسوة التي يمكن أن يبدو بها، ظلّ الحلّ الذي اعتمده محكمة عدل الاتحاد ثابتاً، الأمر الذي أثار غضباً جانبياً كبيراً من الفقه السويسري، والذي كان يأمل في أن تؤدي رؤية المحكمة الاتحادية الأكثر وداً إلى تشجيع القضاء الأوروبي على أن يتبع نهجاً أكثر انفتاحاً إزاء النظام القانوني السويسري.

### ب- المحكمة الاتحادية خارج قاعاتها:

استناداً إلى الخبرة أو المعرفة الاتحادية، سعت أحكام اتفاق حرية تنقل الأشخاص إلى توضيح علاقته مع قانون الاتحاد. وتلك هي المادة (١٦) من الاتفاق المذكور، والتي أسست قاعدة التنسيق التي توجه المحاكم السويسرية في تفسير اتفاق حرية تنقل الأشخاص. وتنص المادة (٢/١٦) من هذا الاتفاق الأخير على ما يأتي:

(1) JO 1994, L1, p. 3.

(2) CJUE, 12 novembre 2009, Grimme, C-351/08, Rec. 2009, P. I- 10777 ; CJUE, 11 février 2010, Fokus Invest, C-541/08, Rec. 2010, p. I- 1025 ; CJUE, 15 Juillet 2010, Hengartner et Gasser, C- 70/09, Rec. 2010, P. I- 7229.

(3) C. KADDOUS, "L'influence du droit communautaire dans la Jurisprudence du Tribunal fédéral Suisse", in le droit à la mesure de l'homme. Mélanges en l'honneur de Philippe Léger, 2013, p. 407.

"بقدر ما ينطوي تطبيق هذا الاتفاق على مفاهيم قانون الاتحاد، تؤخذ في الحسبان السوابق القضائية ذات الصلة لمحكمة عدل الجماعات الأوروبية قبل تاريخ التوقيع عليه، ويتم إبلاغ السوابق القضائية اللاحقة لتاريخ التوقيع على هذا الاتفاق إلى سويسرا. وبغية ضمان حسن سير الاتفاق، وبناءً على طلب أحد الأطراف المتعاقدة، ستحدد اللجنة المشتركة آثار هذا القضاء".

ومن الناحية النظرية، وفي ضوء هذا النص، لا يمكن للمحكمة الاتحادية أن تأخذ في الحسبان السوابق القضائية اللاحقة لمحكمة العدل. علاوةً على ذلك، لا يعتبر القاضي السويسري نفسه مُلزمًا بهذه السوابق القضائية. وفي حكم بتاريخ ٣٠ نوفمبر ٢٠٠٧، أعلنت المحكمة الاتحادية أن سويسرا ليست دولة عضوًا في الجماعات الأوروبية، ولكن دولة طرفًا في اتفاق حرية تنقل الأشخاص، وأنها لا تعتبر نفسها مُلزمةً بالسوابق القضائية اللاحقة للمحكمة الأوروبية<sup>(١)</sup>. ومع ذلك، أعلنت المحكمة الاتحادية مرارًا وتكرارًا أنها ستأخذ في الحسبان السوابق القضائية لمحكمة عدل الاتحاد، وأنها لن تتخلى عن هذه الممارسة إلا لأسباب وجيهة<sup>(٢)</sup>.

وعلى الرغم من هذا القياس الدائر، أفصحت المحكمة الاتحادية، في سلسلة من الأحكام المتعلقة بموضوع تنقل الأشخاص، عن شروط دمج وتكامل السوابق القضائية الاتحادية اللاحقة، مقترحة نهجًا داخليًا أكثر انفتاحًا. ففي مجال الضمان الاجتماعي<sup>(٣)</sup>،

(1) ATF 134 II 10.

(2) ATF 137 III 226, C.2.2.

(3) F. WERRO, "La Jurisprudence de la CJUE en matière de responsabilité du fait des produits et son impact sur l'application de l'article 208 al. 2 Co", in S. FUHRER, C. CHAPPUIS, "Droit de la Responsabilité Civile et des assurances", Berne, Stampfli, 2014, p. 471.

تفرض الصفة الأوروبية نفسها أو هي الأهم؛ وذلك نظراً لأن القاضي السويسريّ يستخدم مفاهيم قانون الاتحاد مثل مبدأ الأثر النافع، ويستخدم أساليب التفسير الخاصة بالقاضي الأوروبي؛ مثل تفضيل الحكم أو القاعدة الأكثر ملاءمة في حالة التنافس أو التنازع بين القواعد.

وجديرٌ بالذكر، أن المحكمة الاتحادية الفيدرالية، كانت قد أعلنت من جانبها، أن الأخذ بالسوابق القضائية اللاحقة يكون ملائماً عندما يكون الحكم الجديد مجرد توضيح لحكم سابق.

وقد حددت أيضاً المحكمة الاتحادية مفهومها للتكيف أو التوافق الذاتي للقانون السويسري مع القانون الأوروبي. وأعلنت أنه في الحالات التي يُستمد فيها القانون الوطني السويسري جزئياً من القانون الأوروبي، يجب أن تؤخذ في الاعتبار أساليب تفسير هذا القانون إلى الحدّ الذي يسمح به القانون الوطني. وعندما تسمح متطلبات هذا الأخير بإعادة أخذ القانون الأوروبي، يجب على القاضي السويسري أن يأخذ في الاعتبار السوابق القضائية اللاحقة لمحكمة عدل الاتحاد<sup>(١)</sup>.

وفي حكم صدر في ٢٦ يناير ٢٠١٠، استخلصت المحكمة الاتحادية جميع نتائج قرارها المؤسس برفض التفسير الوارد في رسالة المجلس الاتحادي بشأن القوانين الضريبية التي تحدد اختلاف المعاملة بين العمال المقيمين وغير المقيمين<sup>(٢)</sup>. وقدّرت المحكمة ذاتها، أن إضفاء الشرعية على هذه المعاملة غير العادلة وذات الأصل

(1) B. KAHIL-WOLFF, "L'application et l'interprétation de l'ALCP: Le cas de la sécurité Sociale", in Astrid EPINEY, B. METZ ; R. MOSTERS, "L' Accord sur la libre circulation des Personnes Suisse-UE", Zurich, Schulthess, 2013, p. 79 et s.

(2) ATF 136 II 241.

السياسي، يتناقض مع السوابق القضائية لمحكمة عدل الاتحاد الأوروبي والتي تحظر التمييز، سواء كان مباشراً أو غير مباشر.

ولا ينبغي إهمال نطاق هذا الحكم؛ لأنه يوضح احترام المحكمة الاتحادية إزاء المؤسسة الأوروبية. وفي الواقع، فإنه حتى في الحالات التي يكون فيها تطبيق اتفاق حرية تنقل الأشخاص غير مباشر، لا تتردد المحكمة الاتحادية في اللجوء إلى أساليب محكمة عدل الاتحاد لتفسير الاتفاقات الثنائية التي أخذت على عاتقها توضيح أحكامها.

وهكذا، في حكمها الصادر في ٤ يوليو ٢٠٠٧، والتي دُعيت فيه إلى أن تعلن عن موقفها بشأن علاقة اتفاق حرية تنقل الأشخاص مع أحكام الاتفاقية الفرنسية السويسرية بخصوص الضمان الاجتماعي، لم تتردد المحكمة الفيدرالية في تطبيق السوابق القضائية لمحكمة عدل الاتحاد في مسألة تنازع القواعد. وخلصت إلى أنه من المناسب في هذه الحالة تطبيق الاتفاقية التي تُوفّر أكبر قدر ممكن من الحماية. مع مراعاة الشروط التي وضعتها محكمة عدل الاتحاد الأوروبي في هذا الصدد.

## ٢- أسس هذه الطريقة:

إذا اعتبر الفقه<sup>(١)</sup> أن التفسير الموحد والمتجانس لمفاهيم القانون الأوروبي الواردة في اتفاق حرية تنقل الأشخاص، من أجل ضمان حسن سير العمل بهذا النص، يُبرّر الأخذ بعين الاعتبار من جانب المحكمة الفيدرالية للسوابق القضائية اللاحقة لمحكمة عدل الاتحاد، فإنه لا يمنع من أن يثير هذا النهج سلسلة من التساؤلات، لا سيما من ناحية شرعيته. وعلى النقيض من القاضي الاتحادي الذي أسس استبعاد سويسرا من السوق المحلية على خلفية عدم اشتراكها في التكامل الأوروبي، يعتمد القاضي

(1) C. KADDOUS, "L'influence du droit Communautaire dans la Jurisprudence du Tribunal fédéral Suisse", op.cit., p. 415.

الاتّحادي على تحليل إلزامي للمادة (١٦) للقضاء على التمييز المدرج رسمياً في الاتّفاق.

### أ - التطبيق الموحد لاتّفاق حرية تنقل الأشخاص، أساساً قابل للجدل للتفسير الوصفي للمادة ٢/١٦.

ينتج التوسع المكتسب الاتّحادي لتفسير اتّفاق حرية تنقل الأشخاص عن نهج أو مقارنة إلزامية للمادة (١٦). وترى المحكمة الاتّحادية أن الفهم المتجانس لحرية التنقل تكون له الأسبقية على التمييز الذي يوجد في نظام السوق الداخلي من ناحية، وذلك الذي يوجد بالاتّفاق من ناحية أخرى. في هذا المعنى، تتبنى المحكمة الاتّحادية موقفاً معيارياً بشأن المادة (١٦)، من خلال تفسير مُوسَّع لمعنى السوابق القضائية السابقة من جهة، وتحريم التمييز الذي ورد النص عليه بخصوص المعاملة التي يليق أن تمنح للسوابق القضائية اللاحقة من جهة أخرى.

وإذا ما تمسكنا بالالتزام بإعادة أخذ السوابق القضائية السابقة، ينتج هدف مواءمة القانون السويسري مع القانون الأوروبي عن نهج غائي، أو يركز على شرط التوافق المعياري<sup>(١)</sup>.

والسؤال الذي يثار الآن هو: هل ينبغي على المحاكم السويسرية أن تتبّع تفسير محكمة عدل الاتّحاد الأوروبي، أو يتعين عليها أن تفترض أن نية المشرع تتّمنّل في تقديم إجابات محلية أو داخلية؟

(1) M. AMSTUTZ, "Le droit Privé Suisse face au droit Communautaire européen. Questions actuelles en droit de la Responsabilité civile et en droit des contrats", Berne, 2011, p. 105.

تتوقف الإجابة عن هذا التساؤل، على التصور الذي يوجد لدى المرء بشأن العلاقة التي يجب أن تُوجدَ بين الاتفاق الثنائي والقانون الأوروبي. خلافاً لاتفاق النقل الجوي، الذي يتطلب تفسيراً يتطابق مع السوابق القضائية للمحكمة بشأن مفاهيم قانون الاتحاد المتضمنة في تطبيقه، يفرض اتفاق حرية تنقل الأشخاص أن نأخذ في الحسبان السوابق القضائية للمحكمة<sup>(١)</sup>.

وتعكس حرية التفسير الممنوحة للقاضي السويسري في الموقف المنقسم للفقهاء عند فحص الالتزام بإعادة أخذ السوابق القضائية اللاحقة. وتؤيد غالبية الفقهاء السويسري انحسار القيود الداخلية المفروضة على القاضي السويسري عندما يكون بصدد نظر قضية تتعلق بالشئون الأوروبية. ومن الواضح، أن النهج الاستدلالي يؤدي إلى هذه النتيجة، في حين يمنع النهج الاستقرائي من تعميم موقف المحكمة الاتحادية<sup>(٢)</sup>.

### ب- منهجية المحكمة الاتحادية: أساس أو تقييد للحرية التفسيرية للقاضي السويسري؟

لقد وضعت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ مبادئ توجيهية مشابهة نسبياً لأساليب تفسير القواعد العامة والمجردة التي وضعها القضاء الفيدرالي<sup>(٣)</sup>.

- (1) F. MAIANI, "La Saga-Metock, ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne", Revue de droit suisse, Vol. I, 2011, p. 35.
- (2) P. PICHONNAZ, "Le Centenaire du Code des obligations. Un Code Hors du Code", Revue de droit Suisse, Vol. II, 2011, p. 117.
- (3) ATF 135 V 339, C.5.3.



وإخلاصاً لهذه المنهجية، استخدمت المحكمة الفيدرالية تقنية جدلية نسبية، وأعلنت أنها لم تمنح أفضلية أو امتيازاً في دراستها لأيّ عنصر من عناصر التفسير. ولذلك، فقد أشارت مراراً وتكراراً إلى عدم وجود تسلسل هرمي بين الأساليب والطرق المستخدمة في عملية التفسير. ويتضمن نهج المحكمة الاتحادية في اجتهاداتها القضائية ما يأتي:

"يفسر القانون أولاً وقبل كل شيء وفقاً لرسالته (التفسير الحرفي أو النحوي)، وإذا كان النص القانوني غير واضح تماماً، أو إذا كانت هناك عدة تفسيرات ممكنة، فمن الضروري البحث عن النطاق الحقيقي للقاعدة من خلال جميع العناصر التي ينبغي النظر فيها؛ أي علاقتها بالأحكام القانونية الأخرى وسياقها (التفسير المنهجي)، والغرض من القاعدة وروحها، والقيم التي تقوم عليها، وعلى وجه الخصوص المصلحة المحمّية (التفسير الغائي). ويجب أن يقوم التفسير أيضاً على إرادة المشرع كما تبرز من الأعمال التحضيرية (التفسير الواقعي)"<sup>(١)</sup>.

ويبدو أن المحكمة العليا قد أجرت ما يُسمّى بوزن المصالح. ويمنع هذا الموقف، الذي وصفه قضاة مونت ريبوس أنفسهم بأنه تعددية منهجية ذات طابع عملي؛ أي تفكير نظري عالمي بشأن تبرير تفضيل تفسير على آخر<sup>(٢)</sup>.

وقد تعرضت المحكمة الفيدرالية نفسها للعديد من الانتقادات المنهجية، حيث يرى الأستاذ (فرانسوا أوست)<sup>(١)</sup> أن التفسير قد يمتزج مع حلّ المتناقضات وسدّ

(1) ATF 135V 249 C.4.1 p. 252, ATF 135 II 78, C.2.2 p. 81.

(2) F. WERRO, "La Jurisprudence et le droit comparé. La Propagation des Concepts Juridiques", in Perméabilité des ordres Juridiques. Rapports Présentés à l'occasion du colloque anniversaire de l'institut suisse de droit comparé, Zurich, Schulthess, 1992.

الثغرات، وإذا لزم الأمر، يمكن أن يقودَ البحثُ المزعوم عن النطاق الحقيقي لقاعدةٍ ما، القاضي ليحلَّ محلَّ إرادة المشرع<sup>(٢)</sup>.

وجديرٌ بالذكر، أن الانتقادات التي وُجِّهَتْ للمحكمة الفيدرالية كان لها صدَى لدى محكمة عدل الاتحاد الأوروبي، لا سيما عندما كانت بصدد تطوير عقيدتها الدستورية.

ففي حكمها (فان جيند ولوس)، استندت محكمة العدل على مبدأ الأثر المباشر، وهي بصدد ممارسة نشاطها التفسيري، مما دفعها إلى تفضيل الأسلوب الغائي على الأسلوب الحرفي. وعلى الرغم من أنها كانت قد توصلت إلى التخلص من التمسك بنص المادة ١٢ السابقة من معاهدة الجماعة الاقتصادية الأوروبية، فإنها لم تفعل ذلك إلا بعد تفضيل فحص الهدف العام لهذه الأخيرة. ولكن خلافاً للمحكمة الفيدرالية، ارتضت محكمة عدل الاتحاد تماماً بهذا التسلسل الهرمي. ويُذكر، أن المحكمة الفيدرالية قد عرَّضت نفسها، باختيارها لمنهجية غير هرمية، لانتقاداتٍ عدةٍ من حيث المنهج، ولكنها كانت تهرب من كلِّ أوجه النقد التي تُوجَّه لها من ناحية مشروعيتها قرارها.

ومع ذلك، تعرَّض النموذجُ التعدديُّ للعديد من سهام النقد، وذلك عندما يستخدم لغرض تطبيق قاعدةٍ تتعلق بالقيود الخارجية عبر الوطنية. فإذا كان صحيحاً، أن النظرية الديمقراطية تتطلب من القاضي تطبيق القانون فقط، فمن الواضح أن اللجوء إلى مبادئ المنتدى الأوروبي يكون محلاً للتساؤل. ومن خلال اعتبار نفسها ملتزمة بالقضاء اللاحق على دخول اتِّفاق حرية تنقل الأشخاص حيز النفاذ، تمارس المحكمة

(1) F. OST, "Dire le droit, faire Justice", Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 84.

(2) S. VOGENAUER, "Le pluralisme Pragmatique du Tribunal fédéral : Une méthode sans méthode ?", Pratique Juridique Actuelle, no. 4, 2010, p. 417.

الفيدرالية دور القاضي الأوروبي، متحررةً في الوقت نفسه من متطلبات القانون الدولي، ومفسرةً للقيود الناتجة عن القانون الأوروبي.

وبغرض تبرير تفسيرها لأحكام ونصوص اتفاق حرية تنقل الأشخاص، اعتبرت المحكمة الفيدرالية نفسها داعيةً للتطبيق الموحد لهذا الاتفاق، رافضةً هكذا، كلَّ استبعادٍ للسوابق القضائية لمحكمة عدل الاتحاد دون سببٍ وجيه<sup>(١)</sup>.

وجديرٌ بالذكر، أنه يُنظرُ إلى السوابق القضائية لمحكمة عدل الاتحاد من جانب القانون السويسري "كنتيجةً منطقيةً لإرادة المشرع السويسري لضمان التطبيق الموحد للنصوص"؛ أي المتطابق مع ذلك الذي يسود في الدول الأعضاء الخاضعة لسلطة محكمة عدل الجماعات الأوروبية<sup>(٢)</sup>.

وفي النهاية، يبقى أن نقول: إنه يتعين على القاضي السويسري، وهو بصدده تفسير قاعدةٍ ما، أن يأخذ في اعتباره عددًا من العوامل التي قد تكون خارجةً عن نظامه القانوني، ولكن على الرغم من ذلك تؤثر في النظام الذي يدور فيه.

(1) ATF 136 II 5 C.3.6.1; ATF 136 II 65 C. 3.1.

(2) B. STAUDER, "L'influence de la Jurisprudence de la CJCE sur le droit des contrats", in F. WERRO ; T. PROBST, "Le droit privé suisse face au droit communautaire européen. Questions actuelles en droit de la responsabilité civile et en droit des contrats", Berne, 2014, p. 80.

## المبحث الرابع

### بين التعددية القانونية الأوروبية واستخدام السابقة عبر الوطنية في

### الفصل في منازعات القانون الخاص الأوروبي

#### تمهيد:

تؤثر التعددية القانونية للاتحاد الأوروبي على الطريقة التي يُفسرُ بها القانون من جانب المحاكم<sup>(١)</sup>. وتُشير هذه الحجة؛ ليس فقط لطرق التفسير لكي يتم تبنيها بواسطة محكمة عدل الاتحاد الأوروبي، ولكن أيضاً للمسألة العامة التي تتعلق بكيفية تفسير المحاكم الوطنية للقانون في مثل هذا السياق الخاص بالتعددية القانونية. ومن ثم، فقد تم اقتراح القانون المقارن كطريقة مثالية أو كنموذج للاستخدام.

وتتجاوز هذه الفكرة، في الواقع؛ ليس فقط القانون الدستوري الأوروبي، ولكن أيضاً القانون الخاص الأوروبي. ففي مجال هذا الأخير، والذي يرتبط بطبيعته بالقانون المقارن<sup>(٢)</sup>، زادت المطالبات بمزيد من الترابط أو التماسك في القانون الخاص بصورة

(1) M. MADURO, "Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a context of constitutional pluralism", *European Journal of Legal Studies*, no2, vol.1, 2009, p.21.

(2) C. FLESNER, "Introduction: Key Features of European Union Private Law", in, C. FLESNER, ed., "The Cambridge Companion to European Private Law", Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p.19.

تدرجية إلى قبول واسع المدى بالقانون المقارن، وبصورة أكثر دقة بالسابقة عبر الوطنية كطريقة للتفسير في المجال القضائي أو في مجال الفصل في المنازعات.

وقد استخدم التحليل المقارن للقوانين الخاصة الوطنية كأساس لتدابير أو إجراءات أكثر اتساقاً ومواءمة. وبصورة أكثر أهمية، كأساس لمناقشات وأبحاث حول توحيدها في المستقبل. ويُذكر، أنه عن طريق القانون المقارن ظهرت المبادئ المشتركة وزاد الاعتقاد بتقارب القوانين الخاصة للدول الأعضاء المختلفة<sup>(١)</sup>.

وفي الوقت الراهن، تم نقل استخدام القانون المقارن إلى المجال القضائي أو مجال الفصل في المنازعات. ويوجد الآن اعتقاد قوي بأنه ينبغي على القاضي الوطني أن يأخذ في الاعتبار الطابع التعددي للقانون الخاص الوطني، وأن يطبق ويشير إلى السوابق المشتقة من قضاء الدول الأعضاء الآخرين من أجل تقديم تفسيرات مترابطة<sup>(٢)</sup>. ويرتبط هذا الادعاء أو الطلب بعمق بوجهة النظر التي تقول: إنه لا يمكن الوصول إلى القانون الخاص الحقيقي الذي تم العمل على انسجامة عبر أوروبا إذا طبقت كل سلطة قضائية وفسرت القانون الخاص في ضوء ثقافتها القانونية أو تقاليدها أو عقيدتها<sup>(٣)</sup>.

(1) B, MARKESINIS, "The Gradual convergence: foreign ideas, foreign influences, and English law on the eve of the 21<sup>st</sup> century", Oxford, Oxford University Press, 1998, p.31.

(2) E. HONDIUS, "The Precedent and The law", Electronic Journal of Comparative Law, no3, vol. 21, 2009, p.82.

(3) Ibid.

وعلى أية حال، تظهر أماننا أكثر من مشكلة في هذا الشأن<sup>(١)</sup>. فمن ناحية، وبالرغم من اتفاق معظم الباحثين على أن التوافق أو التناسق فقط من خلال التشريع ليس كافياً، لا يوجد اتفاق بخصوص ما الذي يؤثر على تطور القانون<sup>(٢)</sup>؟ وما المنظور الأساس للدراسة المقارنة؟ ويعكس هذا الاختلاف في وجهات النظر، والذي يأتي من عدم الاتفاق حول الأسس النظرية للقانون المقارن، وكذا منهجيته الملائمة، الجدال الأوسع بشأن إمكانية استخدام القانون المقارن بصورة محضّة كطريقة لدراسة القانون من منطلق عبر وطني أم هو نظام مستقل بنطاق معرفي خاصّ به. وجدير بالذكر، أن القانون المقارن لم يجد، حتى الآن، ما يبرره ويؤكد على أنه نظام مستقل. وبناءً عليه، ما زالت موضوعية طريقه ونتائجه محلاً للبحث. وإذا لم يوجد اتفاق حول كيفية إدراك وتطبيق القانون المقارن، سوف يقوم كل قاضٍ وطني بتفسيره من منطلق عقيدته، الأمر الذي ينتهي بنا إلى وجود تباينات في القانون.

ومن ناحية أخرى، فإن القول باستخدام القانون المقارن، وبصورة أكثر دقة للسوابق المقارنة من جانب القضاة الوطنيين يكون غير مبرر بصورة واضحة<sup>(٣)</sup>. وبصورة أكثر دقة، يثير استخدام السابقة عبر الوطنية في الفصل في المنازعات مسائل المشروعية والسوابق القانونية والتي لم تعالج فقهيًا بشكل كافٍ. وبمعنى آخر، يظل

- 
- (1) S. BANAKAS, "The Contribution of Comparative Law to the Harmonization of European Private Law", in A. HARDING, "Comparative Law in the 21<sup>st</sup> Century", London, The Hague, New York, Kluwer Academic, 2007, p.179.
- (2) Including Culture, history, Society etc.
- (3) J. GORDLEY, "Comparative Legal Research: its function in the Development of Harmonized Law", The American Journal of Comparative Law, no4, vol. 43, 1998, p.555.

الدور الجوهري الذي يمكن أن تلعبه السابقة الأجنبية في تشكيل القرارات أو الأحكام الدولية غير واضح<sup>(١)</sup>.

إجمالاً، تهدف الإشارة المشتركة إلى السوابق الأجنبية إلى اتساق وتقارب القانون الخاص، وأن التعددية القانونية ترتبط بحقيقة قانونية تبرر اللجوء إلى كل ممارسة أو تطبيق عملي. وإذا كان يقع على عاتق القاضي الوطني التزام بتطبيق مصادر القانون في نظامه، قد لا تتوافق السوابق الأجنبية، من حيث المبدأ، مع مصادر القانون في كل نظام قانوني أوروبي<sup>(٢)</sup>.

وتتعلق التعددية القانونية، في الواقع، بتعددية مصادر القانون، وكذا غياب التدرج فيما بينها. ويتم الدفع بهذا المصطلح غالباً في القانون الخاص الأوروبي، ولكن دون التعرّض لتعريفه وتحديده بشكل واضح ومتربط. وتأخذ معظم المناقشات في القانون الخاص الأوروبي الطبيعة التعددية للقانون الخاص كأمر مسلم به، ولكن دون أن تُحدّد عناصره الأساسية بشكل واضح. السؤال الذي يطرح نفسه، في النهاية، ماذا يعني أن القانون الخاص الأوروبي تعددي؟ وكيف يُنشئ على عاتق القاضي الوطني التزاماً باللجوء إلى السوابق القضائية من أجل تطبيقه بصورة مترابطة؟

(1) P. LEGRAND, "European Legal Systems are not Converging", International and comparative Law Quarterly, no1, vol.45, 1996, p.52.

(2) J. DICKSON, "Directives in EU Legal Systems: Whose Norms are They Anyway?", European Law Journal, no2, vol. 17, 2013, P.190.

## ١- التعريفات

## أ- هيكل القانون الخاص الأوروبي

توجد، في الحقيقة، تعريفاتٌ متنوعةٌ عن ماهية القانون الخاص الأوروبي القائم. ففي معظم الحالات، يُستخدم المصطلح لكي يغطي مجالاً واسعاً من الدراسة التي تتضمن كلاً من التشريع الأوروبي والسوابق القضائية بشأن القوانين الخاصة الوطنية للدول الأعضاء<sup>(١)</sup>. علاوةً على ذلك، يطبق نفس المصطلح لكي يتضمن ويشير إلى ما هو المشترك بين الأنظمة القانونية الوطنية (فضلاً عن قواعد القانون الدولي الخاص)، وبذلك يجد هذا المصطلح نفسه مرتبطاً بشدةً بالقانون المقارن<sup>(٢)</sup>.

وقد أجرت سلسلة من المجموعات الدراسية واللجان مشروعاتٍ وأبحاثاً ترمي إلى دراسة والكشف عما هو المشترك في كلٍّ من الأنظمة القانونية والقانون الخاص الأوروبي القائم، وتوصلت إلى وجود اختلافٍ كبيرٍ بين القانون الخاص الأوروبي القائم والقانون المشتق من التحليل المقارن للقوانين الوطنية<sup>(٣)</sup>.

ويشير القانون الخاص بمعناه التقليديّ إلى مجالات القانون التي تُنظّم العلاقات بين الأفراد (أشخاص طبيعية ومعنوية). وتتمثل المجالات الأساسية للقانون الخاص في التقليد الأوروبي في: قانون الأشخاص (متضمناً قانون الأسرة)، وقانون الالتزامات

(1) R. MICHAELS, "Private law Beyond The Stat? Europeanization, Globalization, Privatization", The American Journal of Comparative Law, no4, vol. 56, 2008, p.843.

(2) C. MAK, "Hedgehogs in Luxembourg? A Dworkinian Reading of the CJEU's Case Law on Principles of private law and some Doubts of the Fox", European Review of Private Law, no4, vol.22, 2014, p.323.

(3) R. MICHAELS, "Private law Beyond The Stat? Europeanization, Globalization, Privatization", op. cit., p.845. .



(متضمناً الالتزامات العقدية وغير العقدية)، وقانون الملكية (متضمناً قانون الميراث). وتمتد هذه المجالات أيضاً إلى أجزاء من القانون التجاري<sup>(١)</sup>.

وجدير بالذكر، أن الاتحاد الأوروبي لا يملك اختصاصاً عاماً بعمل توافق أو انسجام لجميع المجالات الرئيسية بأكملها للقانون الخاص كما تمّ توضيح ذلك سلفاً. وعلى أية حال، تتضمن الأعمال القانونية المتنوعة التي قد تصدر في مجالات وضع السياسات التي ترمي إلى العمل السليم للسوق الواحد أحكاماً بشأن قانون العقود وقانون المسؤولية التقصيرية وقانون الملكية. ويمكن فهم أثر هذه الأحكام على الممارسة القانونية للقانون الخاص على المستوى الوطني؛ ليس فقط من خلال التعاون مع القانون العام للاتحاد الأوروبي وتفاعلاته مع القانون الوطني، ولكن أيضاً بالتعاون مع السوابق القضائية لمحكمة عدل الاتحاد الأوروبي.

ويرد القانون الخاص الأوروبي بصورة أساسية في التوجيهات أو التعليمات، والتي يجب أن يُفسَّر القانون الوطني في ضوءها<sup>(٢)</sup>. وفي النهاية، يضع الاتحاد الأوروبي الأهداف الأساسية والسياسات العامة ويطلب من الدول الأعضاء تنفيذها بالطريقة التي تبدو أكثر ملاءمة.

(1) A. JOHNSTON, "European Private Law by directives: approche and challenges", in T. FLESNER, ed., "The Cambridge Companion to European Private Law", op. cit., p.85.

(2) ECJ, 13 November 1990, Marleasing SA v. La Commercial International de Alimentation SA, C-106/89, ECR1990, P. I-4135.

**ب- الفصل في المنازعات المتعلقة بالقانون الخاص الأوروبي:**

يُقصدُ بالفصل في المنازعات بشكلٍ عامٍّ أمران؛ أولاً: مهمة المحاكم، وثانياً: عملية الفصل في المنازعات<sup>(١)</sup>. وفي كلتا الحالتين يفهم الفصل في المنازعات مرتبطاً بمؤسسة المحاكم وسلطتها في الفصل في المنازعات وإصدار الأحكام. وبصورةٍ نظريةٍ قانونيةٍ، يُشكّل وجودُ نظامٍ للفصل في المنازعات، كما تمّ توضيحه سلفاً، إحدى خصائص النظام القانوني<sup>(٢)</sup>.

وفي مجال القانون الخاص الأوروبي، يُقسم الفصل في المنازعات كمهمة وكإجراء بين محكمة عدل الاتحاد الأوروبي من جهة، والمحاكم الوطنية من جهةٍ أخرى. وكما ذكر بالفعل، تتحدد سلطة محكمة عدل الاتحاد الأوروبي بقدر ما تكون مختصةً فقط في تقديم تفسيرٍ سلطويٍّ ومستقلٍّ للقانون الأوروبي. والمحاكم الوطنية هي تلك التي تسهر على تطبيق وتنفيذ القانون الأوروبي وتفسيرات محكمة عدل الاتحاد بصددها القضايا المعروضة أمامها.

**٢- التعددية القانونية:**

في هذا الجزء من الدراسة، سوف نلجأ إلى المناقشات بشأن التعددية القانونية الكلاسيكية، وبشأن التعددية القانونية للقانون الدستوري الأوروبي؛ من أجل توضيح استخدام المصطلح في القانون الخاص الأوروبي.

(1) Samantha BESSON, "Legal Philosophical Issues of International Adjudication-About The amour impossible between International Law and Adjudication", op. cit., p.132 et s.

(2) Ibid.

## أ- التعددية القانونية الكلاسيكية

بمعناها التقليدي<sup>(١)</sup>، تُعدُّ التعددية القانونية مصطلحاً يَدينُ بتطوره إلى علم الاجتماع القانوني، وكذا علم الأنثروبولوجيا القانونية، ويرمي إلى وصف المواقف التي يُوجدُ بها نظامان قانونيان أو أكثر قائمان في مجالٍ اجتماعيٍّ معينٍ<sup>(٢)</sup> أو مجتمعٍ سياسيٍّ معينٍ<sup>(٣)</sup>. وقد درس علماء التعددية القانونية الأصليون القانونَ بالمقارنة بالأيدولوجيا السائدة عن المركزية القانونية، وبصورةٍ أساسيةٍ الفكرة التي اعترفت بالقانون في مجالٍ اجتماعيٍّ معينٍ، على أنه فقط القانون المشتق من الدولة والذي يُدار بواسطتها<sup>(٤)</sup>.

وعلى أية حال، لا يمكن للمركزية القانونية أن تحكّم الواقع القانونيَّ المليءَ بعدم التطابقات والمجموعات المتشابكة من القواعد. ويُذكر، أن علماء التعددية قد رفضوا أيَّ مفهومٍ للتعددية القانونية دلَّ على اعتراف الدولة بالأنظمة المعيارية الأخرى، وبصورةٍ تقليديةٍ القانون العرفي. وقد وُلدَ هذا المعنى الضعيف للتعددية القانونية شكلاً هرمياً من الأنظمة المعيارية المفروضة من جانب الدولة، وبالتالي فهي غيرُ متوافقةٍ مع مركزية هذه الأخيرة<sup>(٥)</sup>.

- (1) S.E. MERRY, "Legal Pluralism", Law and Society Review, no5, Vol. 22, 1988, p. 872.
- (2) J. GRIFFITHS, "What is Legal pluralism", Journal of Legal Pluralism, no24, 1986, p. 1-55.
- (3) G. LATAS, "Harmonic Law: The case Against Legal pluralism" in J. DICKSON, "Philosophical foundation of European Union Law", op. cit., p. 77-108.
- (4) J.GRIFFITHS, "What is Legal pluralism", op. cit., p.29.
- (5) Ibid.

وقد تم تعريف مفهوم النظام القانوني في سياق التعددية القانونية التقليدية على أنه يتضمن؛ ليس فقط نظام المحاكم التي تديرها الدولة، ولكن أيضاً الأنظمة المعيارية الأخرى<sup>(١)</sup>. وعند هذه النقطة، انتقد علماء التعددية القانونية الفلاسفة القانونيين بسبب تبني مفهوم ضيق للنظام القانوني لا يستطيع تقدير أهمية الأنظمة غير الرسمية<sup>(٢)</sup>.

وجديرٌ بالملاحظة، أن التعددية القانونية الكلاسيكية قد تمكنت من إبراز وتفسير النظام الاجتماعي في المجتمعات في أوقات الاستعمار وما بعد الاستعمار، حيث تعايشت فيها أنواعٌ مختلفة من الأنظمة المعيارية مع القانون المفروض على الأوروبيين. وعلى أية حال، قد تم نقل مفهوم التعددية القانونية تدريجياً إلى دراساتٍ بشأن المجتمعات الحديثة، ومؤخراً إلى دراساتٍ بشأن مجتمعات الدول الأعضاء التي تخضع لقانون الاتحاد الأوروبي<sup>(٣)</sup>. وكما سوف نبين لا يُستخدم هذا المفهوم بنفس المعنى في مجال القانون الأوروبي.

وفي سياق القانون الدستوري الأوروبي، يتمتع مفهوم التعددية القانونية بأهمية خاصة لدى المنظرين القانونيين ذوي التقليد التحليلي والراغبين في إزاحة الستار عن التفاعلات بين الأنظمة القانونية للاتحاد الأوروبي والدول الأعضاء<sup>(٤)</sup>.

(1) G. LETAS, "Harmonic Law: The case Against Legal Pluralism", op. cit., p.870.

(2) J. GRIFFITHS, "What is Legal pluralism", 1999, p.29 et s.

(3) Ibid.

(4) G. LETAS, "Harmonic Law: The case Against Legal Pluralism", op. cit., p.872.

**ب- الجدل الخاص بالتعددية القانونية في القانون الدستوري الأوروبي:**

تُشير التعددية القانونية في سياق الاتحاد الأوروبي كما هو الحال بالنسبة للتعددية الدستورية إلى المناقشة بشأن العلاقة بين النظام القانوني للاتحاد الأوروبي والأنظمة القانونية الوطنية. والأمر الأكثر أهمية بالنسبة للباحثين القانونيين ليس فقط الادعاء الخاص بمحكمة عدل الاتحاد الأوروبي أنه منذ إنشائها، أسس الاتحاد الأوروبي نظاماً قانونياً مستقلاً يعلو على الأنظمة القانونية الوطنية، ولكن أيضاً حقيقة أنه بإمكان الاتحاد الأوروبي والأنظمة القانونية الوطنية عمل ادعاءات متساوية بشأن مشروعية القواعد الأوروبية في الأنظمة القانونية الوطنية. وأنه بالأكثر، حول أي نظام قانوني يملك القول الفصل بأن قانون الاتحاد الأوروبي يسمو على القانون الدستوري الوطني<sup>(١)</sup>.

وتشير التعددية الدستورية إلى نموذج نظري في فهم التفاعلات بين القانون الوطني والأوروبي والدولي. وطبقاً للتفرقة التي أجرتها الأستاذة (بيسون)، يُستخدم مصطلح التعددية في هذه الحالة في القانون الدولي على أنه نموذج مضاد للوحدوية، فهو يميل إلى التمكن من تعددية القواعد، والمصادر أو الأنظمة داخل القانون الدولي (الداخلي) بقدر ما تكون تعددية الأنظمة القانونية خارج القانون الدولي (الخارجي)<sup>(٢)</sup>. وبهذا المعنى، فهي تُشير إلى الجدل حول مشروعية القانون الدستوري الأوروبي في

(1) M. GIUDICE, "Not a system but an Order- An Inter-institutional view of European Union Law", in J. DICKSON, "Philosophical Foundations of European Union Law", op. cit., p. 54-76.

(2) Samantha BESSON, "How international is the European Legal order? Retracing Tuori's Steps in the exploration of European legal pluralism", No Foundations: An Interdisciplinary Journal of Law and Justice, no5, 2008, p.50-70.

الأنظمة القانونية الوطنية. وفي كل الأحوال، يُستخدم هذا المصطلح أيضاً لكي يصف غياب التدرج الهرمي بين القواعد القانونية المتشابهة والمتساوية أو المصادر سواء في نفس النظام القانوني أو بين الأنظمة القانونية<sup>(١)</sup>.

#### (١) التعددية الدستورية كرد فعل لنظرية وحدة القانون:

أولى محاولات رسم نظرية من أجل إبراز وتفسير التفاعلات بين الاتّحاد الأوروبي والقانون الوطني وفهم ادّعاءات العلو كانت قد أسست حول نظرية (كلسن) الخاصة بوحدة القانون ووجهة النظر التي تقول: إن الأنظمة القانونية الوطنية تُشكّل جزءاً من النظام القانون الدولي<sup>(٢)</sup>. وهذه النظرة المعروفة باسم الوحودية تتبناها محكمة عدل الاتّحاد الأوروبي من أجل تبرير سموّ قانون الاتّحاد الأوروبي على القانون الوطني، فطبقاً لهذه المحكمة الأخيرة تُشكّل معاهدات الاتّحاد الأوروبي مصدر القانون النهائي لكلّ الأنظمة القانونية الوطنية<sup>(٣)</sup>. ويتمتع قانون الاتّحاد الأوروبي بالسمو على القانون الوطني، ويتم تقرير هذا بصورة نهائية بواسطة الاتّحاد الأوروبي بصورة مستقلة عن القانون الوطني. وطبقاً للأستاذ (ريتشموند) يتعين أن نفهم وحدة القانون على أنها وحدة معرفية وليس كوحدة تنظيمية بمعنى الترابط المؤسسي والسياسي طالما أنها بالمعنى الأخير يتم رفضها، آخذين في الاعتبار أن معظم الدول تتبنى نموذج الثنائية<sup>(٤)</sup>.

(1) Ibid.

(2) P.ELEFThERiADiS, "Pluralism and Integrity", University of Oxford legal Research Paper Series, no 43, 2009. p.181.

(3) Ibid.

(4) C. RiChMOND, "Preserving the Identity Crisis: Autonomy, System and Sovereignty in European Law", Law and Philosophy, no. 4, Vol. 16, 1997, p. 377- 420.

## (٢) التعددية كإندماج للتدرج الهرمي: أنظمة قانونية متميزة ولكنها متفاعلة:

### (أ) أنظمة قانونية متميزة ولكنها متفاعلة:

طبقاً للأستاذة (ديكسون)، يُمكن فهم الأتحاد الأوروبي في أحسن صورةٍ من خلال عدسات مفهوم النظام القانوني الذي يحتاج إلى إعادة دراسةٍ طبقاً لذلك من أجل استيعاب التحديات التي تفرضها الكيانات السياسية غير التابعة للدولة. ومن أجل قبول ادعاء محكمة عدل الأتحاد الأوروبي بأن قانون الأتحاد الأوروبي يُمثّل نظاماً قانونياً مستقلاً<sup>(١)</sup>، وأنه قد أنشأ نظامه القانوني الخاص به<sup>(٢)</sup>؛ يجب إجراء تعديلاتٍ كبرى. وتقترح ضرورة قيام المفهوم المراجع للنظام القانوني على ادعاءات بتقرير المصير المعياري<sup>(٣)</sup> كمعيار بالنسبة لوجود الأنظمة القانونية.

وأخيراً وليس آخراً، فوفقاً (لديكسون)، يمكن فهم العلاقات بين الأنظمة القانونية للأتحاد الأوروبي وتلك الخاصة بالدول الأعضاء من خلال نموذج أنظمة قانونية متميزة ولكنها متفاعلة مع بعضها البعض، بعد تعديلاتٍ ضروريةٍ في مفهوم النظام القانوني من أجل استيعاب وجهة النظر التي تقول: إنه يمكن للكيانات السياسية غير التابعة للدول مثل الأتحاد الأوروبي أن تُشكّل بصورةٍ مشروعَةٍ أنظمة قانونية مستقلة. وتتجه أيضاً على اقتراح نموذج متغير بالنسبة للتفاعلات بين الأتحاد الأوروبي والأنظمة القانونية الوطنية بخصوص تطبيق قانون الأتحاد الأوروبي.

(1) ECJ, 5 February 1963, Van Gend en loos, 26/ 62, ECR 1963, p. 1..

(2) ECJ, 15 July 1964, Costa v. ENEL, 6/64, ECR 1964, p. 585.

(3) J. DICKSON, "Towards a Theory of European Union Legal Systems", op.cit., p. 25- 53.

**(ب) قانون الاتحاد الأوروبي كفاعل بين المؤسسات:**

خلافًا لوجهة نظر (ديكسون)، قدّم بعضُ المنظرين القانونيين الحجة والدليل على أن مفهوم النظام القانوني لا يُعدُّ أداةً مفيدةً لفهم قانون الاتحاد الأوروبي وتفاعلاته مع القانون الوطني<sup>(١)</sup>. ويساند الأستاذان (كولفر وجيوديس) مقولة أن ننظر للقانون على أنه قانونٌ بين المؤسسات<sup>(٢)</sup>، رافضين وجهة النظر التي تقول: إنه يمكن فهم قانون الاتحاد الأوروبي وتفاعلاته مع قوانين الدول الأعضاء من منطلق مفهوم النظام القانوني. وبدلاً من ذلك، فإنهما يركزان على التفاعلات بين المؤسسات كمتحكمة في التوتر والترابط<sup>(٣)</sup>.

ويؤكدان، أنه على الرغم من أن مفهوم النظام القانوني قد شُيّدَ حول نموذج قانون الدولة، فإن هذا لا يعني أنه لا يمكن أن يفسر الأنواع الأخرى من الظواهر<sup>(٤)</sup>. وطبقاً لهما، يمكن فهم الاتحاد الأوروبي في أحسن صورةٍ على أنه نظامٌ للتبادل والتفاعل وترجمة للقواعد القانونية التي تنفذها مؤسسات الدول الأعضاء.

**(ج) تعددية القانون الخاص الأوروبي:**

يتعين علينا أن نتوقع أن مناقشات القانون الخاص الأوروبي بشأن التعددية القانونية تُستلهم من خلال الكتابات في مجال القانون الدستوري الأوروبي. ومع ذلك، فإن البحث في القانون الخاص الأوروبي قد تطور نسبياً بصرف النظر عن المناقشات

(1) K. CULVER; M.GIUDICE, "Not a system but an Order- An Inter-institutional view of European Union Law", op.cit., p. 77.

(2) Ibid.

(3) Ibid.

(4) Ibid.



المشار إليها سلفًا، وأصبح يُنظر إليه كأحد فروع الدراسات القانونية الاجتماعية والدراسات القانونية المقارنة<sup>(١)</sup>.

وقد تَمَّتْ صياغة التعددية القانونية في مجال القانون الخاص الأوروبي طبقًا للأستاذ (ميشيل) على أنها قانونان أو أكثر يتعايشان في مجال اجتماعي واحد<sup>(٢)</sup>. وسوف نركز على إشارتين صريحتين بالنسبة للتعددية القانونية في مجال القانون الخاص الأوروبي، ونحاول أن نظهر استخدامهما للمصطلح، وكذا فائدته في المناقشة حول مستقبل التوافق أو التناسق واستخدام القانون المقارن كجزء من الالتزامات القضائية المفروضة على القضاة.

#### ▪ الوجدانية:

في مقال حديث، حاول الأستاذ (هيسيلنك) أن يتناول مسألة التعددية في القانون الخاص الأوروبي. ويُذكر، أنه كان قد ركَّزَ اهتمامه على تعريف التفاعلات بين الأنظمة القانونية للاتحاد الأوروبي والأنظمة القانونية للدول الأعضاء، ومن ثم فهو قد ركَّزَ على التعددية القانونية بمعنى غياب تدرُّج هرميٍّ بين المصادر القانونية<sup>(٣)</sup>. وبعد رفض إمكانية فهم التفاعلات بين القانون الخاص الأوروبي والوطني من خلال عدسات الفقه القانوني التحليلي، شدَّدَ على أهمية البعد المعياري للاتحاد الأوروبي. فوفقًا له، إذا

- 
- (1) J. DICKSON, "Methodology in Jurisprudence: A Critical Survey", *Legal Theory*, no. 3, Vol. 10, 2014, p. 117.
  - (2) R. MICHAELS, "Why We Have no Theory of European Private Law Pluralism", in L. NIGLIA, ed., "Pluralism and European Private Law", Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 198.
  - (3) S. BESSON, "How international is the European Legal Order? Retracing Tuori's Steps in the exploration of European Legal Pluralism", *op.cit.*, p. 73.

أردنا أن يكون لدينا صورة واضحة عن التفاعلات بين الأنظمة القانونية المختلفة، فإننا في حاجة إلى رؤية معينة بخصوص أهداف الاتحاد الأوروبي فيما يتعلق بموقع القانون الخاص الوطني أو الأوروبي أو العالمي<sup>(١)</sup>. وفي النهاية، يتبنى الأستاذ (هيسلينك) النموذجَ الوحدويَّ للأستاذ (كلسن) والذي يرى القانون بأكمله على أنه وحدة واحدة. وطالما أنه يجب أن يُوجد اتفاقٌ مشتركٌ على الزاوية التي نرى من خلالها القانون، يستخدم (هيسلينك) ثلاثَ نظرياتٍ سياسية، وهي: الوطنية والأوروبية والعالمية كحلولٍ ممكنةٍ لمشكلة المنظور<sup>(٢)</sup>. وإذا كان يمكن إظهار المشكلات التي تواجهها الوحدوية كنظرية في هذا السياق، إلا أن ما ينبغي التشديد عليه هو عدم فاعلية هذا النموذج في أن يعطي، اليوم، إجاباتٍ أو حلولاً للمشكلات الجوهرية التي يواجهها الفصل في المنازعات المتعلقة بالقانون الخاص الأوروبي<sup>(٣)</sup>.

#### ■ القانون على أنه سوق:

أخيراً وليس آخراً، فإن حساب أو تقدير الأستاذ (سميتس) عن التعددية القانونية، هو مثالٌ آخرٌ للكتابات الحديثة بشأن هذه المسألة. فهو يبدأ بوصف تعددية مصادر القانون الخاص بصرف النظر عن أنواع القانون الوطني والأوروبي والدولي للقانون الإرادي أو الاختياري، وكذا إمكانية المواطنين في اختيار قانونهم<sup>(٤)</sup>. فهو

(1) M. HESSELINK, "How Many Systems of Private Law are There in Europe? On plural legal sources, Multiple Identities and the Unity of Law", op.cit., p. 540.

(2) Ibid.

(3) S. BESSON, "How International is the European Legal Order? Retracing Tuori's Steps in The exploration of European Legal Pluralism", op.cit., p. 76.

(4) J. SMITS, "Plurality of Sources in European Private Law or: How to =

يقترح، آخذين كمعطيات تعددية المصادر، والتي تكمن مشروعيتها خارج الدولة، فهناك حاجة لإيجاد مصادر جديدةٍ لشرعة القانون الخاص. وبين هذه التعددية للمصادر القانونية، فهو يأسف على حقيقة أن التفسير والمنهجية المطبقة في الفصل في المنازعات ما زالت وطنية<sup>(١)</sup>.

وبعيداً عن هذه التعددية للمصادر، فهو يدفع بعدم وجود التدرج القانوني الهرمي فيما بينها كمشكلة للقانون الخاص الذي يتسم دائماً بالترابط والتماسك والانسجام. ثم يقترح بعض الإستراتيجيات للتعامل مع هذا التنوع، ويختار في النهاية نموذجاً ينظر إلى القانون على أنه كالمسوق، والذي بموجبه، يمكن للأطراف أن تُقرَّر أيّ قانون سوف يطبق على علاقاتهم (باستثناء القواعد الوجوبية)<sup>(٢)</sup>.

وتتمثل المشكلات مع هذا الحساب أو التقدير للتعددية القانونية في القانون الخاص الأوروبي أولاً: في أن تعددية المصادر ومشروعيتها، وكذا عدم وجود تدرج هرميٍّ فيما بينها، لم يتم تعريفهم بوضوح. ثانياً: أنه تمَّ تحديد المصادر القانونية المختلفة المفترضة بصورةٍ غامضة. وبالنسبة لإمكانية الأطراف في اختيار قانونهم، فإنه يتم التوقع بها بالفعل من خلال مبدأ استقلال الأطراف أنفسهم<sup>(٣)</sup>. ويُشكّل ذلك الأمر حجر زاوية القانون الخاص للدول الأعضاء. ثالثاً: وبخصوص ادّعاء المشروعية، يبدو أن هناك افتراضاً قائماً حول التفاعلات بين النظام الوطني والأوروبي وكيفية أن تُصبح

live with Legal Diversity", Maastricht European Private Law Institute Working Paper, no. 14, 2011.

(1) Ibid.

(2) Ibid.

(3) R. MICHAELS, "Why We Have no Theory of European Private Law Pluralism", op.cit., p. 205.

قواعد هذا الأخير مشروعة أو صحيحة في النظام القانوني للأول. ولم يتم بيان هذا الافتراض بوضوح، ولكنه قابل للتمييز بصورة غامضة. وهو هنا يركز بصورة أكثر دقة على وجهة النظر التي مفادها أن قانون الاتحاد الأوروبي يكون صحيحاً أو ساري المفعول مباشرة أو فوراً في النظام القانوني الوطني، ومن ثم فهو يقبل وجهة النظر الوجدانية لمحكمة عدل الاتحاد الأوروبي.

وتقدّم نظرتهم للقانون كسوق منهجاً معيارياً بشأن: كيف ينبغي أن يُدار القانون الخاص؟ أو بمعنى آخر: كيف ينبغي للقانون الخاص أن يكون؟ ويُعرف التعددية عن طريق تعددية الإمكانيات التي يمكن من خلالها لأشخاص القانون الخاص اختيار نظامهم الخاص (باستثناء القواعد الوجوبية). وعلى أية حال، ما زالت الدولة هي التي تقرر إعطاء هذه الإمكانية للأطراف من عدمه، وتُعرف أيضاً القواعد الوجوبية. وبناءً عليه، فإن هذا الحساب أو التقدير ليس ببعيدٍ عن النموذج الذي أراد أن يتجنبه، والذي يتمثل بصورة أساسية في القانون الذي تسنه الدولة<sup>(١)</sup>.

وفي النهاية، لم يُسلط هذا الحساب أو هذا التقدير الضوء على التفاعلات بين المصادر المتعددة، طالما أن التعريف بالقواعد كأجزاء من نظام قانون معين لا يُعدُّ أمراً جوهرياً.

(1) Ibid.



## المبحث الخامس

### تأثير القانون الأوروبي بشأن الشروط التعسفية

#### في المحاكم الوطنية

#### تمهيد:

منذ ما يزيد عن عشرين عاماً، اعتمد الاتحاد الأوروبي التوجيه أو الأمر المتعلق بالشروط غير العادلة أو التعسفية رقم ١٣/٩٣، والذي لا يزال سارياً حتى يومنا هذا<sup>(١)</sup>. ويتطلب هذا التوجيه من الدول الأعضاء العمل على وقف استخدام الشروط غير العادلة أو التعسفية. وتُعرّف المادة (٣) الشرط التعسفي على أنه: "الشرط الذي لم يكن موضع التفاوض الفردي، وخلق - على حساب المستهلك - خللاً كبيراً بين حقوق والتزامات الأطراف الناشئة عن عقد الاستهلاك أو الاستعمال". وجدير بالذكر، أنّ هذا الشرط قد أعاد من جديد إلى القاضي الوطني، وكذا إلى قاضي قانون الاتحاد، سلطة ضمان الحماية الفعالة للمستهلك من مثل هذه الشروط.

وقد درس العديد من المؤلفين تأثير القانون الأوروبي بشأن الشروط التعسفية على القوانين الوطنية، وكذا تطبيق القاضي الداخلي للقانون الوطني الخاص بالشروط التعسفية. ومن ناحية أخرى، تُعدّ الدراسات المتعلقة بتأثير القانون الأوروبي بشأن الشروط التعسفية في المحاكم الوطنية قليلة للغاية أو إلى حدّ كبير. ومع ذلك، حتى لو

(1) Directive 93/13/CEE, du 5 Avril 1993.

طبَّقَ القاضي إجراء الانتقال أو التغيير الذي يكون وطنياً،<sup>(١)</sup> يستمر القانون الأوروبي في التأثير بشكل مباشر على القانون الوضعي للدول داخل المحاكم الوطنية.

والسؤال الذي يدق هو: هل يُعدُّ القاضي الوطني قاضياً للقانون الأوروبي أيضاً؟ وبصورة أكثر تحديداً، إلى أي مدى وبأي طريقة يقبل أو يستقبل القاضي الوطني القانون الأوروبي بشأن الشروط التعسفية؟ ويقصد بالقانون الأوروبي للشروط التعسفية القانون المكتوب والقضائي للاتحاد. بمعنى الأمر أو التوجيه ١٣/٩٣ وتفسيره التدريجي بواسطة محكمة عدل الاتحاد الأوروبي.

#### ١- إسهامات الأثر الأوروبي

منذ عام ٢٠٠٠، بعد سبع سنوات من اعتماد التوجيه ١٣/٩٣ الخاص بالشروط غير العادلة، لاحظت المفوضية الأوروبية تأثيره في الأنظمة القانونية الوطنية، لا سيما في المحكمة أو على القاضي: "يتزايد شعور بعض القضاة الوطنيين بالحساسية تجاه القانون الأوروبي، ولا يترددون في الإشارة إليه في قراراتهم. في الواقع، يشير تحليل قاعدة البيانات بشأن السوابق القضائية الوطنية المتعلقة بالشروط التعسفية<sup>(٢)</sup>، أن ٤,٤% من القرارات التي اتخذتها المحاكم الوطنية في المجال المشمول بالتوجيه قد أشار إلى هذا النص أو الأمر الأوروبي. وفي هذه المرحلة من البناء الأوروبي، يُمثِّلُ هذا الرقم عدداً كبيراً يعكس الأثر التدريجي لقانون الجماعة في الأنظمة الوطنية"<sup>(٣)</sup>.

(1) Article 8 de la directive 93/13.

(2) Base de données sur la jurisprudence nationale relative aux clauses abusives.

(3) COM (2000) 248, du 27 avril 2000, Rapport de la commission européenne.

وفيما يتعلق بالشروط غير العادلة، وفيما يتعلق بالمحكمة أو القاضي، تتم ممارسة هذا الأثر التدريجي على كل من القاضي الوطني (أ)، والسوابق القضائية (ب).

### أ- التأثير الأوروبي على القاضي الوطني للشروط غير العادلة

#### (١) إنشاء قاضٍ للشروط غير العادلة:

يُفرض التوجيه ١٣/٩٣ رقابة على الشروط غير العادلة. وتنص المادة ١/٦ منه على أن: "الشروط غير العادلة ليست مُلزِمة للمستهلكين"، بينما تنص المادة ١/٧ على أن: "تكفل الدول الأعضاء وجود وسائل كافية وفعالة لوقف استخدام الشروط غير العادلة".

ويترك تعريف "الوسائل" إلى حد كبير للدول. على سبيل المثال، لضمان رقابة الشروط غير العادلة، يجوز للدول أن تضع إجراءً يقوم على تدخل قاضٍ، أو إجراء إداري لا ينطوي على المحاكم. وكما هو مبين في تقرير المفوضية أو اللجنة المعنية بتطبيق التوجيه ١٣/٩٣، "أثرت جميع القوانين الوطنية الخيار القضائي"<sup>(١)</sup>. ويخضع هذا الإجراء؛ إما إلى المحاكم العادية (في معظم الدول الأعضاء)، أو إلى محاكم معينة (مثل المحكمة العليا لأيرلندا والمملكة المتحدة، ومحكمة السوق في دول الشمال الأوروبي)<sup>(٢)</sup>. وبالتالي، فقد فرض التوجيه ١٣/٩٣ إنشاء رقابة على الشروط غير العادلة، والتي تُرجمت في كل دولة من الدول الأعضاء، من خلال إنشاء قاضٍ مسئول عن فحص وإقرار والعقاب على الشروط التعسفية.

(1) Ibid., p. 21.

(2) Commission européenne, La directive "Clauses abusives", Cinq ans après, Évaluation et perspectives pour l'avenir, Conférence de Bruxelles, 1<sup>er</sup> -3 Juillet 1999, Luxembourg, office des publications officielles des Communautés européennes, 2000, p. 19.



ومع ذلك، سوف يكون من الخطأ الاعتقاد بأن إنشاء قاضٍ مسنولٍ عن المعاقبة على الشروط غير العادلة سيؤدي إلى تغيير التوجيه ١٣/٩٣. وينص التشريع في العديد من الدول بالفعل على نظام محدد (أو قانون عام) يسمح بالعقاب على شروط التعاقد غير العادلة. وتأتي هذه الشروط، أحياناً، تحت مسمى (الشروط غير العادية، المجحفة، غير المتوقعة، وما إلى ذلك)، ولكن تنظيمها أو تفكيدها قد وجد من قبل حتى ولو اختلفت متطلباتها أو مقتضياتها عن شروط ومقتضيات التوجيه<sup>(١)</sup>. وكان هذا هو الحال في ألمانيا والنمسا والدانمارك وأسبانيا وفنلندا وفرنسا والمجر والبرتغال ولكسمبورج وسلوفينيا والسويد<sup>(٢)</sup>. وعلاوة على ذلك، حتى في الدول التي لم تُقر قانوناً ينص صراحة على تجنب أو حذف الشروط التعسفية، يمكن للقاضي مع ذلك، أن يُعاقب على هذه الشروط باستخدام مفاهيم أكثر عمومية؛ مثل: حسن النية، الوفاء، الأخلاق الحميدة، والنظام العام.

## ٢- الزيادة في عدد القضايا أو الحالات:

من خلال فرض رقابة على الشروط غير العادلة أو التعسفية، كان للقانون الأوروبي أثرٌ في مضاعفة عدد القضايا التي تضمنت شروطاً غير عادلة، والتي تمّ بحثها والتعامل معها في المحاكم الوطنية.

وكما لاحظت ذلك المفوضية الأوروبية: "من الناحية الكمية، شهدنا زيادةً كبيرةً في عددٍ من الدول، والحالة النموذجية هي حالة المملكة المتحدة، حيث انتقلنا من حالة

(1) Par exemple, leur champ d'application pouvait différer de celui de la directive 93/13, les critères de définition de la clause sanctionnée pouvaient être plus ou moins proches de ceux retenus par l'Union, etc.

(2) Pour Une analyse plus détaillée, Voir: Commission européenne et Université Bielefeld, Compendium CE de droit de la consommation.

غياب أي رقابةٍ إلى ما مُتَوَسَّطُهُ (٨٠٠) حالة سنويًا تم فحصها. وفي (٥٠٠) حالة من بينها، تمَّ التوصل إلى تغيير أو إلغاء الشروط التعاقدية المُجرِّمة<sup>(١)</sup>.

وعلاوةً على ذلك، تَرَتَّبَ على التوجيه ١٣/٩٣، في بعض الدول، فتح أبواب المحاكم أمام الأشخاص أو المنظمات التي توجد لديها مصلحة مشروعة في حماية المستهلكين<sup>(٢)</sup>.

وحتى في الدول التي اعترفت بالفعل من قبلُ بالدعاوى الجماعية لحماية المستهلكين، زاد عدد الدعاوى المرفوعة أمام المحاكم، وتبدو هذه الزيادة مرتبطة باعتماد التوجيه ١٣/٩٣، الذي حثَّ على مكافحة الشروط المجحفة. ففي كلِّ من البرتغال وبلجيكا، على سبيل المثال، نشهد زيادةً ملحوظةً في الدعاوى المرفوعة أمام المحاكم من أجل المقاومة القضائية للشروط التعسفية، كما لو كان التوجيه سالف الذكر بمثابة الحافز أو المُشجِّع<sup>(٣)</sup>. وهكذا، سمح التوجيه السالف ذكره بزيادة عدد القضايا المعروضة أمام المحاكم، ومن ثمَّ فقد تمَّ العقاب على الشروط غير العادلة في معظم الأحيان.

### (٣) زيادة صلاحيات أو سلطات القاضي:

اعْتُرِفَ للقاضي، في العديد من الدول الأعضاء، بإمكانيتين جديدتين تُعدَّان بمثابة التقدُّم الحقيقي في مجال حماية المستهلك، وهما: وصف أو تكييف الشرط التعسفي بشكل أكثر استقلالية على أساس تعريفه العام، وتقدير الطابع التعسفي للشرط من تلقاء نفسه.

(1) COM (2000) 248, p. 34.

(2) Article 7.2 de la directive 93/13.

(3) COM (2000) 248, p. 35.

**أ) الوصف الأكثر استقلالا للشرط التعسفي أو المغالى فيه:**

في فرنسا، تمَّ سنُّ أوَّل قانونٍ يُنشئُ نظامًا لمكافحة الشروط التعسفية في العاشر من يناير عام ١٩٧٨<sup>(١)</sup>. وقد نص هذا القانون على تعريف عام للشرط التعسفي، واعترف بسُلطة التنظيم لوضع قائمة لما يُسمَّى بالشروط التعسفية. وتنصُّ الفقرة الأولى من المادة (٣٥) منه على أنه "يمكن أن تكون محظورة بموجب المراسيم الصادرة عن مجلس الدولة بعد أخذ رأي اللجنة المنصوص عليها في المادة (٣٦)<sup>(٢)</sup>، بعض الشروط التي يمكن وصفها بالمجحفة". ويسمح استخدام الفعل "يمكن" وليس "يكون" بحظر تلك الشروط غير القانونية بوسائل أخرى غير المراسيم، على سبيل المثال، من خلال السماح للقاضي بأن يؤسِّس قراره فقط على التعريف التشريعي للشرط المجحف. ومع ذلك، يُفسَّر معظم الشُّرَاح هذه الفقرة على أنها تمنع القاضي من فرض العقاب على الشرط المجحف في غياب مرسوم، والاعتماد في معظم الأحيان على الأعمال التحضيرية للقانون المذكور<sup>(٣)</sup>. بعبارة أخرى، ووفقًا لهذا التفسير السائد، يُمكن للسُلطة التنظيمية أن تضع قائمة لما يُسمَّى بالشروط المجحفة، ويتعين على القاضي عندئذٍ تقييم ما إذا كان الشرط الذي يقوم بفحصه يتوافق أم لا مع أحد الشروط المحظورة بادئ ذي بدءٍ أو سابقًا بموجب المرسوم<sup>(٤)</sup>.

(1) Loi no 78 – 23, du 10 Janvier 1978.

(2) Il s'agit de la Commission des Clauses abusives (CCA).

(3) J. GHESTIN, "Le Pouvoir du Juge d'annuler une clause en la qualifiant d'abusives malgré l'absence d'un décret prévu par la loi du 10 Janvier 1978 sur l'information et la protection des consommateurs", Recueil Dalloz, 1990, p. 289.

(4) Ibid.

وخلال السنوات الأولى من تطبيق المادة (٣٥)، تبين أن القضاة قد اختاروا أيضاً هذا التفسير<sup>(١)</sup>. ومن هنا، فإن هامش التقدير الممنوح للقاضي بشأن وصف الشروط التعسفية قد تَقَلَّصَ إلى حدٍّ كبير، لدرجة أن الأستاذ (تيري) قد وصف ذلك بقوله: "لقد تمَّ حصر مهمة القاضي في تطبيق شبه آلي للنصوص"<sup>(٢)</sup>.

ومع ذلك، منذ نهاية عام ١٩٨٠ وأوائل عام ١٩٩٠، أزاحت العديد من أحكام محكمة النقض الفرنسية<sup>(٣)</sup> السَّتْرَ عن رغبة القاضي في أن يُحدِّدَ الشرط المجحف استناداً فقط إلى التعريف العام الوارد بالقانون، دون الاعتماد على أيٍّ من الشروط المُشَارَ إليها في الأمر الوحيد والموجز المؤرَّخ في ٢٤ مارس ١٩٧٨<sup>(٤)</sup>. ولتعزيز مكافحة الشروط المجحفة كانت تطمح المحكمة العليا في أن تَتَخَلَّصَ أو تَتَحَرَّرَ من الإشارة إلى مرسوم معين في تكييفها للشرط التعسفي.

وَتَعَدُّ الأحكامُ الصادرة عن محكمة النقض في ١٤ مايو ١٩٩١<sup>(٥)</sup>، وفي ٢٦ مايو ١٩٩٣<sup>(٦)</sup>، وفي ٣١ يناير ١٩٩٥<sup>(٧)</sup> بمثابة الإعلان الصريح عن سُلْطَة التكييف

(1) A. KARIMI, "Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit", LGDJ, 2001, p. 559.

(2) F. TERRÉ, "Droit Civil: Les obligations", 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2013, p. 346.

(3) Cour de Cassation Civ. 1, 16 Juillet 1987, N° de Pourvoi 84-17331 ; 16 décembre 1989, no de Pourvoi 88- 16727 ; 14 mai 1991, N° de Pourvoi 89- 20999.

(4) Décret no 78- 464, du 24 mars 1978, Portant application du chapitre IV de la loi no 78-23 du 10 Janvier 1978 sur la protection et l'information des Consommateurs de produits et de services.

(5) Cour de Cassation, Civ. 1, 14 mai 1991, N° de Pourvoi 89- 20999.

(6) Cour de Cassation, Civ. 1, 26 mai 1993, N° de Pourvoi 92- 16327.

(7) Cour de Cassation, Civ. 1, 31 Janvier 1995, N° de Pourvoi 93- 10412.

أو الوصف الجديدة التي فاز بها القاضي. وقد تمّ تدعيم هذا الانقلاب القضائي بشدة<sup>(١)</sup>، من خلال إصدار التوجيه الأوروبي ١٣/٩٣ والمؤرخ في ٥ أبريل ١٩٩٣، والذي تحوّل إلى تشريع فرنسيّ بموجب القانون الصادر في الأول من فبراير عام ١٩٩٥<sup>(٢)</sup>، حيث كان قد اعترف للقاضي بهذه السُلطة الجديدة. وقد أعطت المادة ١/٣ من هذا التوجيه تعريفاً عاماً للشرط التعسفيّ دون أن تفرض على القاضي ضرورة الرجوع إلى قائمة الشروط المقررة سلفاً. علاوةً على ذلك، حرّصت المادة ٣/٣ على التأكيد على أن قائمة الشروط الواردة بالمرفق ليست سوى "إرشادية". وهكذا، يمكننا أن نقابل أو نقارن أحكام محكمة النقض المتعلقة بالتطبيق المباشر للتعريف العام للشرط التعسفي بالتوجيه الصادر في الخامس من أبريل ١٩٩٣، حتى ولو لم يكن قد نُقلَ بعدُ إلى القانون الفرنسي<sup>(٣)</sup>.

مثال آخر، يكشف عن التأثير الذي يمارسه القانون الأوروبي على سلطات القاضي في وصف الشروط غير العادلة يتعلق بلجيكا. فكما هو الحال في فرنسا، استفاد القاضي البلجيكي من التوجيه ١٣/٩٣ في جعل سلطته في وصف الشرط المجحف أكثر استقلالاً. حيث أشارت محكمة التجارة بنامور، في حكم صادر في الثامن من سبتمبر ١٩٩٩، مباشرةً إلى التوجيه الأوروبي، مُنوّهةً على نطاق واسع إلى الأدبيات القانونية المتعلقة بهذا النص<sup>(٤)</sup>. وقد سمح هذا الأمر للقاضي في بلجيكا بأن

(1) A. BENABENT, "Droit Civil, les obligations", 12<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2015, p. 173.

(2) Loi no 95- 96, du 1er février 1995, Concernant les clauses abusives.

(3) A. KARIMI, "Les Clauses abusives et la Théorie de l'abus de droit", op.cit., p. 560.

(4) A. KARIMI, "Les Clauses abusives et la Théorie de l'abus de droit", op.cit., p. 561.

يُبَرَّرُ سُلْطَتَهُ الْجَدِيدَةَ فِي تَكْيِيفِ الشَّرْطِ غَيْرِ الْقَانُونِيِّ مُؤَسَّسًا ذَلِكَ فَقَطْ عَلَى التَّعْرِيفِ الْعَامِ. وَمِنْ هُنَا، لَمْ يُشِرْ الْقَاضِي الْبَلْجِيكِيُّ إِلَى الْقَائِمَةِ الْمَقْرُورَةِ سَلْقًا لِلشَّرْطِ الْمَجْحَفَةِ، وَذَلِكَ خِلَافًا لِلتَّفْسِيرِ التَّقْلِيدِيِّ لِلْقَانُونِ الْبَلْجِيكِيِّ. وَبِدُونِ تَفْسِيرٍ مُطَابِقٍ لِلتَّوْجِيهِ، سَوْفَ يَفْقَدُ الْقَاضِي- دُونَ شَكِّ- الْحِجَّةَ الْمُقْبَعَةَ لِتَوْسِيعِ سُلْطَتِهِ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِتَكْيِيفِ الشَّرْطِ الْمَجْحَفِ. لِذَلِكَ؛ تَمَّ تَعْدِيلُ الْقَانُونِ الْبَلْجِيكِيِّ لِأَجْلِ أَنْ يَصِيحَ مُتَوَافِقًا مَعَ التَّوْجِيهِ سَالِفِ الذِّكْرِ<sup>(١)</sup>.

وَمِنَ اللَّافِتِ لِلنَّظَرِ، أَنَّهُ فِي حَالَةِ بَلْجِيكَا، كَمَا هُوَ الْحَالُ فِي حَالَةِ فَرَنْسَا، فَقَدْ تَمَّ إِضْفَاءُ الطَّابِعِ الْأُورُوبِيِّ عَلَى الْقَانُونِ الْوَطْنِيِّ لِأَوَّلِ مَرَّةٍ فِي مَحْكَمَةِ الْقَاضِي، قَبْلَ نَقْلِهِ إِلَى النَّصِّ التَّشْرِيْعِيِّ.

#### (ب) التَّعْدِيرُ الْوِظِيْفِيُّ أَوْ الْآلِيَّ لِلطَّابِعِ التَّعْسَفِيِّ:

ثَمَّةُ تَأْثِيرِ آخِرِ الْقَانُونِ الْأُورُوبِيِّ بِشَأْنِ الشَّرْطِ غَيْرِ الْعَادِلَةِ عَلَى سُلْطَاتِ أَوْ صِلَاحِيَّاتِ الْقَاضِي، وَذَلِكَ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِالرَّقَابَةِ الْآلِيَّةِ أَوْ الْوِظِيْفِيَّةِ عَلَى تِلْكَ الشَّرْطِ. فِي فَرَنْسَا، يَجِبُ أَنْ نَمِيْزَ هَذَا التَّأْثِيرَ عَنِ ذَلِكَ الَّذِي يَسْتَنْدُ إِلَى سُلْطَاتِ تَكْيِيفِ أَوْ وَصْفِ الشَّرْطِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَارَسُ لِتَعْرِيزِ عَمَلِ مَحْكَمَةِ النَّقْضِ، وَلَكِنْ يَذْهَبُ عَلَى خِلَافِ السَّوَابِقِ الْقَضَائِيَّةِ لِهَذِهِ الْأَخِيرَةِ. وَحَقِيقَةً أَنَّهُ يُمْكِنُ لِلْقَاضِي أَنْ يَثِيرَ آلِيًّا أَوْ مِنْ تَلْقَاءِ نَفْسِهِ الطَّابِعِ التَّعْسَفِيِّ لِلشَّرْطِ، تَعْتَبَرُ بِمَثَابَةِ التَّطَوُّرِ الْهَائِلِ فِي وِظِيْفَةِ الْقَاضِي الْآلِيَّةِ أَوْ التَّلْقَائِيَّةِ<sup>(٢)</sup>. بِمَعْنَى آخَرَ، تُعَدُّ هَذِهِ الْحَقِيقَةُ بِمَثَابَةِ زَلْزَالٍ فِي وِظِيْفَةِ الْقَاضِي الْآلِيَّةِ<sup>(٣)</sup>.

(1) Ibid.

(2) E. BAZIN, "De l'office du juge en droit de la consommation",  
Disponible sur : <http://magat.francois.free.fr/SOCIAL.html>.

(3) Ibid.

وقبل تدخل قانون ٣ يناير ٢٠٠٨<sup>(١)</sup>؛ لم يكن باستطاعة القاضي الفرنسي أن يُقيم آلياً، ومن تلقاء نفسه، الطابع التعسفي للشرط. وعلى الرغم من انتقادات الفقه ومقاومة جانب لا بأس به من قضاة الموضوع، كان موقف المحكمة العليا حازماً: "منذ الحكم الصادر في ١٥ فبراير ٢٠٠٠، رفضت محكمة النقض مراراً وتكراراً أن يُقيم قاضي الموضوع آلياً أو من تلقاء نفسه جميع أحكام تقنين الاستهلاك"<sup>(٢)</sup>. وقضت بتعارض المبدأ الذي يتعين بموجبه على القاضي أن يحكم فيما يطلبه الأطراف وليس فقط بخصوص هذا الأمر، والنظام العام للحماية، وكذا حياد القاضي مع الرقابة الآلية أو الوظيفية على الشروط التعسفية.

على العكس من ذلك، في أحكام أوسيانو<sup>(٣)</sup> وموستازا كلارو<sup>(٤)</sup>، قضت محكمة عدل الاتحاد الأوروبي أنه بإمكان القاضي الوطني أن يُقيم من تلقاء نفسه الطابع التعسفي للشرط<sup>(٥)</sup>. وقد استقبل القضاة الفرنسيون<sup>(٦)</sup>، الذين كانوا قد اعترضوا على قضاء محكمة النقض، برضاء كامل هذه الوظيفة الجديدة للقاضي والتي فرضت عن طريق القانون الأوروبي لا سيما محكمة عدل الاتحاد. ويسمح هذا الفحص التلقائي أو

- 
- (1) Loi no 2008-3, du 3 janvier 2008, pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.  
 (2) E. BAZIN, "De l'office du juge en droit de la consommation", op. cit.  
 (3) CJCE, 27 Juin 2000, Oceano Grupo Editorial SA c/Muricano Quintero, C-240/98 à C-244/98, Rec. 2000, p. I-04941.  
 (4) CJCE, 26 octobre 2006, Elisa Maria Mostaza Claro C/Centro Movil Milenium SL, C-168/05, Rec. 2006, P.I-10421.  
 (5) Ibid., Point 38.  
 (6) E. RIGAL, "Le Juge et les clauses abusives", colloque : La commission des clauses abusives en action, 20 mars 2009. Disponible sur <http://www.clauses-abusives>.

الآلي، في الواقع، بتوفير حماية أكثر فعالية للمستهلكين الذين يجهلون تضمين عقودهم شرطاً تعسفاً، ومن ثم، عدم تمكنهم من إثارة الطابع التعسفي للشرط.

ويبدو لنا أن قضاء محكمة عدل الاتحاد الأوروبي يكون أساساً من ناحيتين؛ ليس فقط لأنه يعمل على تطوير حماية المستهلكين، ولكن أيضاً لأنه يُشجّع على تصوّر نظام الشروط التعسفية كجزء من النظام العام. وفي الواقع، يتعين على القاضي حينما يفحص تلقائياً أو آلياً الشروط التعسفية، أن يقوم بذلك باسم الصالح العام (لا سيما الاقتصادي)، وليس للدفاع عن المصالح الخاصة. يضاف إلى ذلك، أنه منذ حكم مستازا كلارو<sup>(١)</sup>، أصبح القاضي الأوروبي مُصِراً وأكثرَ تَمَسُّكاً بطبيعة وأهمية الصالح العام الذي تركز عليه الحماية التي يضمنها التوجيه للمستهلكين<sup>(٢)</sup>. وفي حكمها أستوركوم<sup>(٣)</sup>، وضعت محكمة عدل الجماعة المادة (٦) من التوجيه في مصافّ قواعد النظام العام<sup>(٤)</sup>.

ومنذ ذلك الحين حَدَثَ تَحَوُّلٌ في تبرير حظر الشروط التعسفية؛ فلم يَعُدْ يُبَرَّرُ حظرها فقط من منطلق حماية مصالح الفرد المتعاقد، ولكن أيضاً من منطلق مصالح المجتمع، لا سيما ذات الطبيعة الاقتصادية. ومن خلال الالتزام بالفحص الآلي للشروط التعسفية، يدافع القاضي الأوروبي عن الصالح العام عن طريق حظر الشرط التعاقدية، الذي لا يجب أن يتعلق، من حيث المبدأ، إلا بالأطراف فقط. وقد شجّع هذا القضاء، في الحقيقة، على تصور العقد؛ ليس فقط كشأن من شؤون الأطراف، ولكن أيضاً كأداة

(1) CJCE, 26 Octobre 2006, Elisa Maria Mostaza Clara c/centro Movil Milenium SL, C-168/05, Rec. 2006, P. I.10421.

(2) Ibid.

(3) CJUE, 6 Octobre 2009/ Asturcom télécommunications SL c/Cristina Rodriguez Nogueira, C-40/08, Rec. 2009, P.I-9579.

(4) Ibid., Point 52.



لخدمة النموذج الاجتماعي الاقتصادي. ومع ذلك، يمكن أن يحتفظ نظام الشروط التعسفية بنزعتة نحو حماية المصالح الخاصة، وذلك في الحدود حيث تقبل محكمة عدل الاتحاد، كما في حكم باتون<sup>(١)</sup>، أن المستهلك، بعد التنبيه عليه من جانب القاضي، يمكن أن يعدل عن التأكيد على الطابع التعسفي لشروط ما، كما في حالة تغليب المصلحة الفردية على المصلحة العامة.

ومع ذلك، لم تُقبل السوابق القضائية الأوروبية المتعلقة بواجب القاضي بأن يُقيم آلياً من تلقاء نفسه الطابع التعسفي للشروط بشكلٍ فوريٍّ وإجماعيٍّ في القضاء الوطني. وجديراً بالملاحظة، أن بعض الدول مثل جمهورية التشيك، ولاتفيا، وهولندا، ورومانيا، تفترض صلاحية الشروط غير القانونية أو التعسفية ما لم يُثِرْ المستهلك مسألة الطابع التعسفي. وهذا المسعى يتناقض، في الحقيقة، مع المبادئ التي أعلنتها محكمة عدل الاتحاد، والتي أشرنا إليها سلفاً.

وهكذا، يكون تأثيرُ السوابق القضائية الأوروبية المتعلقة بالفحص التلقائي أو الآلي للطابع التعسفي للشروط أحياناً مقبولاً بشدة<sup>(٢)</sup>، وأحياناً أخرى مرفوضاً<sup>(٣)</sup>، وذلك وفقاً للدول ووفقاً للقضاة أنفسهم. ومن ثم، يبقى أثرُ الأحكام الأوروبية في المحاكم الوطنية ضعيفاً. ومع ذلك؛ وفقاً لمبدأ الأسبقية<sup>(٤)</sup>، يجب على القضاة احترامه.

- (1) CJUE, 4 Juin 2009, Pannon GSM ZrT. c/Erzsebet Sustikne Gyorf, C-243/08, Rec. 2009, P.I-047/3, Point 33.
- (2) Cour de cassation, civi.1, 16 mars 2009, N° de Pourvoi 5-20176 ; Cour de cassation, civ. 1, 30 mai 2012, No de Pourvoi 11- 12242.
- (3) Cour de cassation, civi.1, 16 mars 2004, N° de Pourvoi 99-17955 et 99-17957.
- (4) CJCE, 15 Juillet 1964, Flaminio Costa C/E.N.E.L., 6/64, Rec. 1964, P.1141.

وفي النهاية، لا ينحصر أثر القانون الأوروبي بشأن الشروط التعسفية على المحكمة في تعديل مؤسسة القاضي الداخلي، ولكنه يسمح أيضاً بتعديل القضاء المتعلق بمضمون نظام الشروط التعسفية ذاته.

### ب- التأثير الأوروبي على القضاء الوطني بشأن الشروط غير القانونية

#### (١) التأثير غير المباشر والتأثير المباشر

لقد تمّ تعديل القضاء الوطني، في المقام الأول؛ بسبب اعتماد النظام الجديد للشروط التعسفية، والذي يُعدّ نقلاً للتوجيه ١٣/٩٣. ولذلك، كان الأثر الأوروبي في القضاء الوطني غير مباشر أساساً، فقد مرّ باعتماد تدبير وطني للتحويل أو النقل. وبعبارة أخرى، لم تكن التغييرات الرئيسة في السوابق القضائية إلا نتيجة لنصّ جديد، وليس نتيجة لأثر أوروبي مباشر. وسيكون تحليل هذه التعديلات بمثابة تقييم لأثر التوجيه ١٣/٩٣ على التشريع الوطني. ومن ناحية أخرى، سوف نتولى دراسة الأثر المباشر للقانون الأوروبي على القضاء الوطني، بمعنى ذلك الذي يمارس دون وساطة نص النقل أو التغيير.

أحياناً، يعترض المشرع الوطني على إضفاء الطابع الأوروبي على القانون المكتوب. وفي حالة قبول القاضي الاستفادة من تأثير القانون الأوروبي، يمكنه إضفاء الطابع الأوروبي على القانون الوطني. وللقيام بذلك، يملك العديد من الوسائل. ويوجد من بين هذه الوسائل "الأثر المباشر" للتوجيه، وتفسير القانون الوطني طبقاً للتوجيه (والذي يسمح بإعطاء معنى جديد للقاعدة الوطنية، "والأثر الاستبعادي أو الإقصائي" للتوجيه (والذي يستبعد تطبيق بعض القوانين الوطنية). كذلك يمكن للقاضي الوطني تطبيق التوجيه ١٣/٩٣ ليحلّ محلّ، أو يُفسّر من جديد، أو ليستبعد القانون الوطني (بمبادرة منه أو بناءً على مسألة أولية مطروحة على القاضي الأوروبي). وتسمح هذه

الآثار، لا سيما الإحلال والتفسير، بفرض نظام حماية أوروبية، وكذا تعديل (أو تحديد أو استكمال) المحتوى الأساسي للنظام الوطني.

### (٢) الأثر المباشر الأفقي للتوجيه ١٣/٩٣:

لقد أظهر القاضي الأسباني جرأة كبيرة في إضفاء الطابع الأوروبي على القانون الوطني. وفي حكمها الصادر في الثامن من نوفمبر ١٩٩٦، اعترفت المحكمة العليا بالأثر المباشر الأفقي للتوجيه ١٣/٩٣. وقد طبقت بالفعل هذا التوجيه لصالح الفرد (المستهلك) ضد فرد آخر (المهني أو الحرفي). وهذا قد سمح لها بتطبيق نظام حماية للمستهلك لم يكن موجوداً بعد في النصوص الوطنية. ومع ذلك، يبدو أنها قد رجعت بخصوص هذا القرار بصفة خاصة في أحكامها الصادرة في ٣١ يناير و ١٣ نوفمبر ١٩٩٨. إلا أن هذه القضية قد كشفت عن مدى قدرة القاضي الوطني في إخفاء عجز أو فشل المشرع الذي لم يَقمُ بنقل التوجيه، وكذا ضمان تأثير القانون الأوروبي في النظام القانوني الوطني. وعندما يتصرف القاضي الوطني على هذا النحو، فغالباً ما يكون مدفوعاً بوجود مصلحة معروفة بشكل واضح؛ فهو يأمل، على سبيل المثال، أن يُوفّر للمستهلك حماية أكثر من تلك المنصوص عليها بالتشريعات الوطنية.

### (٣) التفسير وفقاً للتوجيه ١٣/٩٣

حتى ولو لم يكن للتوجيه أي أثر مباشر، فهو يمكن أن يتضمن دائماً "أثر التفسير". فمنذ صدور حكم فون كولسون وكامان<sup>(١)</sup>، فرضت محكمة عدل الاتحاد الأوروبي على المحاكم المختلفة تفسير القانون الوطني على ضوء الغرض

(1) CJCE, 10 Avril 1984, Sabine von colson et Elisabeth Kamann c/Land Nordrhein-Westfalen, 14/83, Rec. 1984, p.1981.

من التوجيه<sup>(١)</sup>. ومن ثم، إلى أن يتم نقله أو تحويله، يستمر التوجيه منتجاً لآثاره داخل المحكمة الوطنية. ويُذكر، أن للقانون الأوروبي أثراً فيما يتعلق بتوجيه سلطة القاضي في التفسير؛ وذلك لجعل القانون الوطني متوافقاً مع التوجيهات. وإذا كان يمكن النظر إلى هذا التوجه على أنه تقييدٌ مفروضٌ على القاضي إلا أنه يخلق لصالح هذا الأخير فرصة في أن يختار تفسيراً جديداً، وأحياناً جريئاً، للقانون الوطني.

وجديرٌ بالملاحظة، أنه أُجريت العديد من التفسيرات المتطابقة أو المتوافقة في المحاكم الوطنية، والتي تعلقت بالتوجيه ١٣/٩٣. ويمكن أن نشير، على سبيل المثال، إلى حكم صادر عن المحكمة العادية في تورين في السابع من يوليو ١٩٩٩. وفي هذه القضية، طلبت جمعية المستهلكين من القاضي أن يصف الشروط غير العادلة بمجرد توصيات تم عملها من جانب المهنيين بغرض استخدامها مستقبلاً. ويُذكر، أن القانون الإيطالي لم ينص صراحةً على هذا الإجراء تجاه التوصيات. إلا أن القاضي قد عاقب عليها باللجوء إلى تفسير القانون على ضوء التوجيه؛ فهو فسرَ بشكلٍ واسع جداً مفهوم "استخدام" الشروط، ليشمل ذلك مجرد التوصية بها. وجديرٌ بالذكر، أنه يمكن للقاضي الإيطالي أن يقارن أو يقابل النص الوطني للشروط بالهدف من التوجيه ١٣/٩٣، قبل أن يضطر المشرع إلى إعادة النظر في موضوعه. بعبارة أخرى، يمكن أن يتحقق التأثير الأوروبي في القانون الداخلي، بفضل تدخل القاضي الوطني<sup>(٢)</sup>، دون انتظار التصحيح التشريعي في هذا الصدد.

(1) Ibid., Point 26.

(2) CJCE, 24 Janvier 2002, Commission C/Italie, C-372/99, Rec. 2002, P.I-00819.

وكان مفهوم المستهلك، أيضاً، موضع تفسيرات متسقة. في حكم صادر عام ١٩٨٧<sup>(١)</sup>، قضت محكمة النقض الفرنسية بأن المهني، الذي كان شخصاً معنوياً، يمكن حمايته إزاء الشروط التعسفية كمستهلك. وبعد اعتماد التوجيه ١٣/٩٣ غيرت المحكمة العليا اتجاه قضائها، الأمر الذي يمكن تفسيره كموثّر على مراعاة التوجيه سالف الذكر.

من الآن فصاعداً، لم يعد في الإمكان تكييف أو وصف المتعاقد كمستهلك، عندما يكون العقد مرتبطاً مباشرةً بنشاطه المهني<sup>(٢)</sup>. ويبدو أن السوابق القضائية قد اعتبرت أن مثل هذه العلاقة تكون موجودة، عندما يبرم العقد لأغراض مهنية<sup>(٣)</sup>. وهذا الحلّ الجديد، يجعل المفهوم الفرنسي للمستهلك أقرب إلى ذلك الذي تمّ تحديده صراحةً في المادة (٢) من التوجيه سالف الذكر: الشخص الذي يعمل لأغراض لا تُشكّل جزءاً من نشاطه المهني.

وإذا كانت محكمة النقض الفرنسية تستشهد بالقانون الأوروبي بحذر شديد، أجاز لقضاة الموضوع استخدام هذه الإشارة الأوروبية. ففي حكمها الصادر في ١٨ سبتمبر ١٩٩٨، أعلنت محكمة استئناف ليون صراحةً أنها قد فسرت عبارة "غير المهنية أو المستهلك" الواردة في القانون الفرنسي، على ضوء أحكام التوجيه المعني<sup>(٤)</sup>.

(1) Cour de cassation, civ. 1, 28 avril 1987, N° de Pourvoi 85-13674.

(2) Cour de cassation, civ. 1, 24 janvier 1995, N° de Pourvoi 92-18227.

(3) F. TERRE, "Droit Civil : Les obligations", op. cit., p.338.

(4) Cour d'appel de Lyon, 3<sup>ème</sup> chambre, 18 Septembre 1998, RG Cour 97/01293, affaire 502.

## ٢- حدود التأثير الأوروبي

## أ- الحدود الموضوعية بواسطة القاضي الوطني

## (١) الحوار بين القاضي الوطني والقاضي الأوروبي: بداية صعبة

تستند آلية المسألة الأولية أو الفرعية أساساً على حسن نية أو حسن تصرف القاضي الداخلي، المحرك الوحيد للمسألة. وقد ذكر ذلك بشكل خاص في قضية بينزوجي ليزينج<sup>(١)</sup>، والمتعلقة بنظام الشروط التعسفية: تستند المسألة الأولية على الحوار بين القضاة، والذي تتوقف إثارته بالكامل على تقييم المحكمة الوطنية لمدى أهمية المسألة وضرورتها. وبخصوص الشروط التعسفية أو غير العادلة، تردّد القضاة الوطنيون للغاية خلال السنوات الخمس الأولى من تطبيق التوجيه ١٣/٩٣ بشأن طرح المسائل الأولية. وقد فضل القضاة، خلال هذه الفترة، الامتناع أو السكوت بغرض تجنب الإجابات الأوروبية التقييدية، والتي من شأنها أن تحدّ من سلطتهم في التفسير. وقد ترتب على هذا الامتناع، الحدّ من تأثير القانون الأوروبي في الأنظمة القانونية الداخلية<sup>(٢)</sup>. وقد كشف تقرير المفوضية الصادر في عام ٢٠٠٠ أن:

"على الرغم من زيادة وعي القضاة الوطنيين بالقانون الأوروبي، فإن أثر التوجيه ١٣/٩٣ على السوابق القضائية لمحكمة عدل الاتحاد الأوروبي يكون محدوداً للغاية في الوقت الراهن. فحتى الآن لم تتم إحالة سوى سؤالين أوّلين إلى المحكمة الأوروبية. وما زالت الفرص متاحة أمام المحاكم الوطنية لإحالة المسائل الأولية إلى

(1) CJUE, 9 Novembre 2010, VB Penzugyi Lizing Zrt. c/Ference de Schneider, C-137/08, Rec. 2010, p.I-10847.

(2) CJCE, 12 Fevrier 2008, Willy Kempter KG c/Hauptzollamt Hamburg-Jonas, C-2/06, Rec. 2008, P.I- 411, point 42.

محكمة عدل الاتحاد، ومن المفيد جداً أن تتمكن هذه الأخيرة، خلال إجاباتها، من توضيح نطاق بعض أحكام التوجيه<sup>(١)</sup>.

ويمكن توضيح ذلك بالإشارة إلى السوابق القضائية لبعض المحاكم الألمانية، وذلك خلال السنوات الأولى من تطبيق التوجيه ١٣/٩٣. حيث أتيحت لبوند سجريشتشوف العديد من الفرص للمناقشة حول تطبيق المادة (٨) من القانون بشأن شروط عقود الانضمام، والمادة (٢/٤) من التوجيه سالف الذكر، وذلك دون طرح المسائل الأولية، بشأن تفسير المادة الأوروبية، على القاضي الأوروبي. وفي تقريرها المؤرخ في ٢٧ أبريل ٢٠٠٠ بشأن تطبيق التوجيه سالف الذكر، انتقدت المفوضية الأوروبية صراحة المحكمة الاتحادية الألمانية لعدم طرحها مسائل أولية بشأن هذه النقطة.

ومع ذلك، ينبغي لنا أن نضيف، أنه منذ العقد الأول من القرن الحادي والعشرين، تُوجد زيادة واضحة جداً في الأسئلة أو المسائل الأولية المقدمة إلى محكمة عدل الاتحاد بخصوص الشروط التعسفية أو غير العادلة. ولم تُعدّ تتردد المحاكم في طرح مسائل أولية بشأن نقاطٍ شبيهة بتلك التي سبقَ للمحكمة تناولها.

## (٢) التفسير غير المطابق

لم يثبت القاضي الوطني دائماً أنه مبشرٌ قويٌّ للقانون الأوروبي في تفسيراته للقانون الداخلي. ومن الصعب، أن نراقب احترام مبدأ التفسير المطابق في كلِّ قرارات القاضي الداخلي، لا سيما وأن هذا الأخير لا يخضع لرقابة محكمة نقض أوروبية. وجديرٌ بالذكر، أنه يمكن للمحاكم الوطنية أن تترددَ في تفسير القانون الوطني على

(1) COM (2000) 248, p.36.

ضوء التوجيهات المعنية. وقد تُفضّل، مع ذلك، تطبيق مفاهيم تقليدية وطنية بدلاً من المفاهيم التي تُملئها مؤسسات الاتحاد؛ إما لأسباب أيديولوجية أو لأسباب عملية.

على سبيل المثال، في المملكة المتحدة، ندّد روبرت برادجيت بالتطبيق السيئ لإجراء نقل التوجيه ١٣/٩٣ في القرارات الصادرة عامي ١٩٩٨، ١٩٩٩<sup>(١)</sup>. وأعلن أنه لا يتفق مع الهدف الذي يسعى التوجيه إلى تحقيقه، وهو حماية المستهلكين: حيث لم توصف الشروط المتنازع فيها بالتعسفية، رغم أنها تبدو كذلك بشدّة. وقد اعترف القاضي بأن لغة وأسلوب الشرط المتنازع فيه تنتهكان روح التوجيه والغرض منه. ومن ناحية أخرى، فسّر القاضي الإنجليزي قانونه الوطني، سيما مفاهيم الاختلال وحسن النية، دون احترام الهدف الذي يسعى التوجيه إلى تحقيقه، وهو حماية المصالح الاقتصادية للمستهلكين وليس حماية مصالح المهنيين.

وبالنظر إلى عدم وجود محكمة نقض أوروبية، رفض بعض القضاة الوطنيين الحلول القضائية المجددة، والتي تصدر عن محكمة عدل الاتحاد الأوروبي<sup>(٢)</sup>.

ومع ذلك، لا تتولّد حدود الأثر الأوروبي بشأن الشروط غير القانونية دائماً عن ضعف إرادة أو سوء نية القاضي الوطني، بمعنى أن التوجيه نفسه قد يتضمن حدّه الخاص.

- 
- (1) Tunbridge Wells County Court, 4 November 1998, Gosling v. Burrard-Lucas, Current law, January, 197, Worthing County Court, 8 January 1999, Broadwater Manor School v Davis, Current law, May, 208.
- (2) R. BRADGATE, "Experience in the United Kingdom", in la directive "Clauses abusives", cinq ans après, commission européenne, conférence de Bruxelles, 1999, Luxembourg, 2000, p.46.



## ب- الحد المفروض من خلال التوجيه ١٣/٩٣

## (١) الحد الأدنى من الموازنة

ثمة قيد آخر على تأثير القانون الأوروبي بشأن الشروط غير العادلة يتم بحثه في التوجيه ١٣/٩٣ ذاته. فوفقاً للمادة (٨) يمكن للدول تعديل بعض أحكام التوجيه، وبالتالي التخفيف من تأثيره، إذا ما استوفت شروطاً معينة: أنها لا يمكن أن تعتمد إلا قواعد أكثر صرامة<sup>(١)</sup>، بمعنى أكثر حماية من تلك الواردة في التوجيه، ولا يمكن إجراء التغييرات إلا في المنطقة المعنية بالتوجيه<sup>(٢)</sup>، وأخيراً، يجب أن تكون الأحكام الوطنية متوافقة مع المعاهدة<sup>(٣)</sup>.

ومن حيث الشروط غير العادلة، يقبل قانون الاتحاد الأوروبي حداً أساسياً لمطوحه في التأثير على الأنظمة القانونية الوطنية. والأثر الأوروبي هنا، هو أقل مجموعة من القواعد الموحدة، التي ترمي إلى تحقيق الحد الأدنى من حماية المستهلك. وفي هذه اللحظة، قد يكون هذا الحد ضرورياً من وجهة نظر سياسية وثقافية. ففي عام ٢٠٠٨، اقترح التوجيه المتعلق بحقوق المستهلك<sup>(٤)</sup>، كان قد اقترح إلغاءه واعتماد مبدأ الموازنة الكاملة، والذي يُعدُّ أكثر كفاءةً من الناحية الاقتصادية. ولكن، في الحقيقة، قد تمَّ التخلي عن هذه المحاولة قريباً، في أعقاب العديد من الاحتجاجات،

(1) Article 8 de la directive 93/13/CEE.

(2) Ibid.

(3) Ibid.

(4) COM (2008) 614, du 8 octobre 2008, Proposition de directive relative aux droits des consommateurs.

سيما من جانب الدول التي كانت تواجه خطرَ فقدان مستوى حماية المستهلك. لذا، فإن التوجيه الذي تمّ اعتماده يعمل في النهاية على صيانة مبدأ الحد الأدنى من المواعمة.

### (٢) الحد الأدنى من المواعمة مقابل التفسير المطابق

يبدو أن المحاكم الوطنية التي تَبَنَّتْ مفهومًا للمستهلك أكثرَ اتساعًا من تلك الواردة في التوجيه، تطبق مبدأ مقبولاً، ألا وهو الحد الأدنى من الملاءمة؛ فهي توفر للأشخاص حماية أكثرَ من تلك الواردة بالنصّ الأوروبي. ومع ذلك، يجب أن نشير إلى أن المادة (٨) من التوجيه ١٣/٩٣ تحدّد من إمكانية الدول الأعضاء بشأن تحسين مستوى الحماية التي حدّدها التوجيه سالف الذكر، وذلك من خلال فرض أحكام وطنية تتفق ونصوص المعاهدة، وكذا التدخّل في المجال الذي ينظمه التوجيه<sup>(١)</sup>. ومن هنا، فإنه يمكن تجاوز مستوى الحماية الأوروبية؛ ليس فقط عن طريق المشرّع، ولكن أيضاً عن طريق القاضي الداخلي نفسه.

وفيما يتعلق بالتوافق مع المعاهدة، يمكننا أن نُفكّر في احترام المادة (٣/٤) من معاهدة الاتحاد الأوروبي: واجب التعاون المخلص من جانب الدول تجاه الاتحاد. ففي حكم فون كولسون وكاما<sup>(٢)</sup>، استنتجت محكمة عدل الاتحاد من هذه المادة سالفة الذكر، التزام القاضي الوطني بتفسير قوانينه الوطنية على ضوء النصّ والغرض من التوجيه<sup>(٣)</sup>. والحالة هذه، يبدو لنا أن القاضي الذي يتبنّى مفهومًا أوسع للمستهلك من ذلك الذي يُروّج له القانون الأوروبي لا يحترم مبدأ التفسير المطابق. علاوةً على ذلك،

(1) Article 8 de la directive 93/13.

(2) CJCE, 10 Avril 1984, Sabine von colson et Elisabeth Kamann c/Land Nordrhein-Westfalen, 14/83, Rec. 1984, p.1981.

(3) Ibid., Point 26.

يمكن القول: إنه لا يحترم أيضاً الحدود المتعلقة بالمنطقة التي ينظمها التوجيه، والتي تتمثل في العقد المبرم بين المستهلك، الشخص الطبيعي، والمهني أو الحرفي.

في فرنسا، على سبيل المثال، لم يُحدّد المشرّع مفاهيم "المستهلك وغير المهني"، في القانون الأول الصادر عام ١٩٧٨، ولا في التعديلات اللاحقة. ولذلك، فقد عادت مهمة التعريف إلى القاضي. ومع ذلك، يبدو أن هذا الأخير قد طرح مبدأ الحد الأدنى من الملاءمة، دون احترام الشروط الواردة بالمادة (٨).

ويبدو أن القانون الأوروبي يزخر بالحماية من الشروط التعسفية لصالح المستهلكين، الأشخاص الطبيعية. وفي الواقع، تحت صياغة التوجيه ١٣/٩٣ بقوة على التفكير في أنه لا يمكن أن يكون المستهلك إلا شخصاً طبيعياً، ويُعرف المستهلك بأنه "أي شخص طبيعي يقوم، في العقود التي يشملها التوجيه، بالتصرف لأغراض لا تُشكّل جزءاً من نشاطه المهني"<sup>(١)</sup>. في حين أن المهني، يمكن أن يكون شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً<sup>(٢)</sup>.

من ناحية أخرى، أكد الحكم (كاب)<sup>(٣)</sup>، على هذا التفسير الصارم لنصوص التوجيه. وفي هذا الحكم، أكد القضاء الأوروبي بوضوح تامّ على أنه: "لا يمكن اعتبار شخص بخلاف الشخص الطبيعي الذي أبرم العقد مع مهنيّ مستهلكاً"<sup>(٤)</sup>. ويجب أن

(1) Article 2.6 de la directive 93/13.

(2) Article 2.c de la directive 93/13.

(3) CJCE, 22 novembre 2001, Cape Snc c/Idealservice Sr1 et Idealservice MN RE Sas c/OMAI Sr1, c-541/99 et C-542/99, Rec. 2001, p. I- 09049.

(4) Ibid., Point 16.

يُفسَّر "مفهوم المستهلك" كما هو محدد في المادة (٢/ب) من التوجيه سالف الذكر، على أنه يشير حصرياً إلى الأشخاص الطبيعية<sup>(١)</sup>.

والحالة هذه، وفي تاريخ لاحق، منحت محكمة النقض الفرنسية في قراراتها الصادرة في الخامس عشر من مارس ٢٠٠٥، وفي السابع والعشرين من سبتمبر ٢٠٠٥، الأشخاص الاعتبارية حماية من الشروط غير العادلة بالاستناد إلى تعبير "غير المهني" الوارد في القانون الفرنسي. هذا الأمر قد قضى، في الواقع، على كلِّ محاولة من جانب القانون الأوروبي لحماية المستهلكين، الأشخاص الطبيعية فقط، بهدف موازنة التشريعات الوطنية، وتجنب أن حماية الشخص الاعتباري تُوقف أو تمنح لمجرد عبور الحدود داخل أوروبا.

وفي حكمها الصادر في الخامس عشر من مارس ٢٠٠٥<sup>(٢)</sup>، أعلنت محكمة النقض: "إذا، عن طريق الحكم الصادر في الثاني والعشرين من نوفمبر ٢٠٠١<sup>(٣)</sup>، قضت محكمة عدل الجماعات الأوروبية: "أنه يجب تفسير مفهوم المستهلك بالمعنى الذي يشير حصراً إلى الأشخاص الطبيعية، فإن فكرة تمييز غير المهني المستخدمة من جانب المشرع الفرنسي، لا تستبعد الأشخاص الاعتبارية من الحماية ضد الشروط غير القانونية". ويقدر، هكذا، كلُّ من المشرع والقاضي في فرنسا أن تعبير غير المهني الموجود فعلاً في قانون ١٩٧٨<sup>(٤)</sup>، يمكن الاحتفاظ به وفقاً لمبدأ الحد الأدنى من الموازنة. ومع ذلك، لا يشير تعبير "غير المهني"، في الواقع، إلى أي شيء آخر بخلاف الشخص الذي يتمثل في المستهلك، أو المستهلك بالمعنى الواسع. ويعيب هذا

(1) Ibid., Point 17.

(2) Cour de cassation, civ.1,15 mars 2005, N° de Pourvoi 02-13285.

(3) Arrêt Cape, CJCE.

(4) Loi no 78-23, du 10 Janvier 1978.

المفهوم الواسع للمستهلك القانون الفرنسي؛ بسبب عدم احترامه لمبدأ التفسير المطابق.

السؤال الذي يدق هو: هل ينبغي أن يسمو مبدأ التفسير المطابق على مبدأ الحد الأدنى من المواعمة؟ إذا كنا نرغب في الاعتراف للدول بإمكانية حقيقية في رفع مستوى الحماية الأوروبية، يتعين أن ندرك أن مبدأ التفسير المطابق لا يطبق عندما يؤدي إلى تقييد مفهوم المستهلك، أو مجال تطبيق نظام الشروط غير العادلة.

ويتضمن التسليم بمبدأ الحد الأدنى من المواعمة قبول؛ ليس فقط حماية أقوى، ولكن أيضاً حماية أوسع نطاقاً. علاوة على ذلك، يمكن القول: إن مبدأ الحد الأدنى من المواعمة يدعمه التزام الاتحاد الأوروبي باحترام الهوية الوطنية، وكذا الالتزام المنصوص عليه في المعاهدات (المادة ٢/٤ من معاهدة الاتحاد الأوروبي)، والذي يمكن توضيحه، على سبيل المثال، عن طريق الحفاظ على الأنظمة القانونية الحامية للمتعاقدين الأكثر ضعفاً (بما في ذلك الأشخاص الاعتبارية)، والتي تعزز، في جملة أمور، مبادئ المساواة بين المتعاقدين، وحرية الرضا، وعدم التمييز بين الأطراف الضعيفة<sup>(١)</sup>. ومن ثم، قد يسمو مبدأ الحد الأدنى من التنسيق على مبدأ التفسير المتوافق. ويبدو لنا من خلال حكم "كاب"، أن محكمة عدل الاتحاد يمكن لها أن تقبل مفهوماً أكثر اتساعاً للمستهلكين من ذلك الوارد في التوجيه، عن طريق الاستفادة من الحد الأدنى للمواعمة المنصوص عليه في ذلك التوجيه سالف الذكر، واحترام التعريف الوطني الوارد بالمعاهدة. وبالتالي، يجب على الاتحاد الأوروبي أن يعترف صراحة

(1) A. KARIMI, "Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit", op. cit., p.570.

بإمكانية الدول في توسيع نطاق الحماية إلى مجالاتٍ أخرى (أشخاصٍ أخرى، شروطٍ أخرى)، بخلاف تلك الواردة بالتوجيه<sup>(١)</sup>.

وعليه، يبدو لنا أن التأثيرَ الأوروبيَّ على القاضي الوطني يُعدُّ أمرًا مرغوبًا فيه للغاية، وذلك عندما يُوَدِّي إلى تحسين مستوى حماية المتقاضين. ولهذا السبب، يتعين الترحيب بالقضاء الأوروبي المتعلق بالفحص الآلي أو التلقائي على نحوٍ أكثرٍ إيجابية في جميع المحاكم الوطنية. ومن ناحيةٍ أخرى، حيثما يُوَدِّي إلى تقييد نطاق الحماية، ينبغي إعادة التأكيد على مبدأ الحدِّ الأدنى من المواعمة من أجل التصديِّ له. ومن أجل الحفاظ على التقدُّم الذي تمَّ إحرازه على الصعيد الوطني في مجال حماية الأطراف الضعيفة في العقد، أو لتعزيزه مستقبلاً، يتعين ألا يكون القاضي الوطني قاضيًا للقانون الأوروبي فحسب.

---

(1) Ibid.

## خاتمة

هكذا، عالجتنا موضوع القاضي في القانون الأوروبي والدولي من خلال مبحثٍ تمهيدىّ تكلمنا فيه عن "الاعتبارات الفلسفية حول العدالة الدولية". وفصلٍ أوّلٍ بعنوان "القاضي في القانون الدولي"، تصدّينا فيه للحكم القضائيّ متعدد المستويات في القانون الاقتصادي الأوروبي والدولي في مبحثٍ أوّلٍ، وفي المبحث الثاني عالجتنا موضوع محكمة العدل الدولية في مواجهة حقّ تقرير المصير، وفي الثالث تصدّينا لتقييم القاضي الدولي والقواعد الأمّرة، وفي المبحث الرابع توّلينا دراسة القاضي الدولي والضرورات العسكرية، وفي المبحث الخامس قُمنّا بدراسة موضوع القاضي في مواجهة تحديات قاعات المحاكم الجنائية الدولية متعددة اللغات، وفي المبحث السادس والأخير من هذا الفصل عالجتنا موضوع صناعة القانون القضائي الدولي ونظرية المصادر.

وفي الفصل الثاني، والذي جاء بعنوان "القاضي في القانون الأوروبي"، درّسنا المشاركة في الاتّحاد الأوروبي والتسوية القضائية للمنازعات في مبحثٍ أوّلٍ، وفي المبحث الثاني تعامّلنا مع موضوع الاتّساق أو التماسك في منطق القاضي الأوروبي، وفي الثالث توّلينا دراسة القيود الأوروبية على القاضي السويسري، وفي الرابع، توّلينا دراسة التعددية القانونية واستخدام السابقة عبر الوطنية في الفصل في منازعات القانون الخاصّ الأوروبي، وفي المبحث الخامس والأخير من هذا الفصل، قُمنّا بدراسة مدى تأثير القانون الأوروبي بشأن الشروط غير القانونية أو غير العادلة على القاضي الوطني الأوروبي.

وبالرغم من أن موضوع القاضي في القانون الأوروبي والدولي هو موضوعٌ جديرٌ بالدراسة والبحث، فإنه يقودنا إلى الاطلاع على كثير من الخفايا والمعضلات القانونية المُستثناة بين نصوص القانونين الدولي والأوروبي على السواء.

وجديرٌ بالملاحظة، أن قلة الدراسات والبحوث السابقة، أو انعدامها إذا صحَّ القول أو التعبير حول الموضوع محلَّ البحث، جعلَ من عملية تجميع المعلومات بشأنه أمراً غايةً في الصعوبة.

لكنَّ صعوبة موضوع البحث، وقلة مراجعه، لا سيما على مستوى الفقه المصري والعربي، لا تعني مطلقاً عدم الوصول إلى أية نتائج قد تكون مفيدة لمن يعتني بهذا النوع من الموضوعات القانونية، ولذلك رأينا أنه من الأجدر بنا منطقياً أن نتطرق في خاتمة هذا البحث إلى إبراز أهمِّ النتائج التي توصلنا إليها، وذلك على النحو الآتي:

١- تُشكِّل وظيفة القاضي واحدةً من بين الموضوعات الكلاسيكية لفلسفة أو نظرية القانون. وغالباً ما ينظر إلى وجود نظام قضائي عام وإلزامي كعنصر أساس في أيِّ نظامٍ قانوني.

٢- يُسهم القاضي الدولي بالضرورة في إنشاء قواعد القانون الدولي.

٣- الفكرة القائلة بأنه يمكن أن تكون العدالة الدولية علاجاً لجميع العلل هي، في الواقع، فكرة مطَّاطة. ولأسبابٍ متنوعة، يعتقد العديد من الباحثين أننا بحاجة إلى مجتمع دوليٍّ ونظامٍ قانونيٍّ دوليٍّ أكثر قوة، ويستديرون نحو القضاة لتحقيق ذلك. وهذا النهج، في الحقيقة، يضع العربة أمام الثور، بمعنى أنه يبدأ بالنهاية؛ أي يقلِّب الموضوع، حيث لا ينبغي أن نُحمِّل القضاة هذه المسؤولية دون توضيح مُسبقٍ للمسائل النظرية الصعبة التي تثيرها العدالة الدولية، ودون الإجابة عن الأسئلة التي لا تزال مفتوحة عن فلسفة القانون العام بشأن هويَّة أو ذاتية مصادر



القانون الدولي ووسائل ضمان مشروعية هذا القانون، فضلاً عن ضمان أن تكون عمليات إنشاء القانون الدولي مؤسسية بطريقة تكفل احترام نظرية المصادر في القانون الدولي والمسئولية الديمقراطية للقضاة الدوليين.

٤- تظلُّ الإشارة إلى مبدأ الضرورة العسكرية في أحكام القضاء الدولي الأخيرة قليلة إذا ما تم استثناء المجال الجنائي الذي يساعد في توضيح عددٍ من المسائل أو الموضوعات. مع الأخذ في الاعتبار، أن محكمة العدل الدولية، في رأيها الاستشاريِّ بشأن الجدار الفاصل، قد اجتاحت حجة الضرورة العسكرية.

٥- أكد القضاء الجنائي، من ناحيته، على أنه يجب تقدير مبدأ الضرورة العسكرية من جانب القاضي على ضوء الظروف التي اتخذ فيها القرار، وكذا المعلومات التي كان ينبغي أو كان من المعقول أن تكون متاحة للمسئول العسكري، غير أنه لا يوجد مطلقاً ما يشير إلى أن مثل هذا القضاء يمكن أن يُطبَّق بشأن المسئولية الدولية للدولة.

٦- أن القاضي العسكري ليس أكثر كفاءةً من القاضي العادي في تقييم قيمة الممتلكات الثقافية، وتقدير الحياة البشرية. مع الأخذ في الحسبان، أن القانون الدولي الإنساني يرمي إلى تحقيق التوازن بين الجوانب العسكرية البحتة وقيم الحياة البشرية والتراث الثقافي للشعوب. من هنا، لا يوجد سببٌ وجيهٌ لفرض قضاء مهنيين عسكريين في الدوائر القضائية الدولية.

٧- لا يُكرَّسُ المؤيدون لمفهوم القانون طاقتهم للدعوة إلى توسيع نطاق التسوية القضائية الإلزامية، بقدر ما يُكرَّسونها في اتباع سياسة ترمي إلى منح المحاكم الدولية اختصاصاً موسعاً.

٨- مثلما فعلت محكمة عدل الاتحاد الأوروبي ومحكمة منطقة التجارة الحرة

الأوروبية، درجت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على استخدام طرق ديناميكية متطورة في تفسير وحماية الحقوق الأساسية. وقد ساعدت الأعداد الضخمة للشكاوى الفردية، المحاكم الثلاث في تفسير وتطوير مواثيق المعاهدات ذات الصلة كمواثيق دستورية حية تُوفّر حماية فعالة للحقوق الأساسية للمواطنين.

٩- كلما زاد تأثير العولمة؛ زادت الحاجة لمراجعة المناهج القانونية وإصلاح السياسات الاقتصادية والقانونية للمؤسسات ذات الحكم متعدد المستويات في سبيل تحقيق واجباتها القانونية في حماية حقوق الإنسان وحق الشعوب في تقرير مصانرها. وكلما انخفضت سيطرة البرلمانات الوطنية على عملية صناعة القانون وإصدار القواعد في المنظمات الاقتصادية الدولية؛ زادت أهمية الحماية القضائية متعددة المستويات للحقوق الدولية متعددة الجنسية وقواعد القانون عبر الوطني تحقيقاً لمصلحة المواطنين.

١٠- تبنى قانون الاتحاد الأوروبي، القانون الاقتصادي الدولي الدستوري متعدد المستويات، وكذا قانون المنطقة الاقتصادية الأوروبية، وإن كان على نطاق أقلّ بهدف تنظيم الأسواق المشتركة والحقوق الأساسية للمواطنين في هذا الشأن. ويؤكد القانون والتحكيم عبر الوطني للتجارة والاستثمار على أهمية واقع التعددية القانونية، وكذا مميزات التنسيق بين السلطات القضائية عن طريق مبادئ وطرق تنازع القوانين.

١١- تُعدّ إشكالية سنّ القانون القضائي إشكالية متعاضمة في نطاق النظام القانوني الدولي، ويرجع ذلك لسببين جوهريين: الأول، هو وجود ثغرات في القانون الدولي أكثر مما يمكن أن نجد في القانون الوطني، ويعني ذلك أنه يتعين على المحاكم الدولية أن تبذل مجهوداً أكبر في تفسير القواعد القانونية (القليلة) التي

توجد تحت تصرفها بهدف إصدار حكم في قضية معينة. والسبب الثاني، هو أن القانون الدولي يعطي المحاكم الدولية، بناءً على مصادره، وظيفة أساسية بخصوص تحديد وتفسير القواعد القانونية ذات الصلة.

١٢ - يمكن لمحكمة العدل الدولية أن تفصل في قضايا تقرير المصير عن طريق الاعتراف والإقرار بقيمة الأفراد بشكل كامل. ويمكنها، أيضاً، أن تُشدّد وتؤكد بشكل أكبر على أهمية احترام حقوق الإنسان الفردية.

١٣ - يجب على القضاة في قاعات المحاكم الجنائية الدولية متعددة اللغات المراجعة الدقيقة لعملية الترجمة والتدخل في حالة الضرورة. يضاف إلى ذلك، أنه يتعين عليهم أيضاً تبني موقف تفاعلي لا يأخذ في اعتباره التعبيرات المترجمة فحسب، ولكن أيضاً الألفاظ في لغة المصدر والخبرات الاجتماعية والثقافية السابقة للمتحدثين، وعوامل أخرى تُشكّل إدراكهم وأنماط تفكيرهم. وفي الوقت نفسه، يتعين عليهم (أي القضاة) دعم خدمات المترجمين وتجنب زعزعة ثقة الأطراف في عملهم. وباعتبارهم حماة حقوق الإنسان، يجب عليهم أيضاً التأكد من تكافؤ وسائل الدفاع وضمن عدم وضع أيٍّ من الأطراف في وضع غير مناسب أو غير لائق عند عرض قضيته.

١٤ - فيما يتعلق بوظيفتها في سنّ القانون الدولي، تعمل الأحكام القضائية الدولية بطريقتين: أولاً، تعمل كمصادر مساعدة لتحديد قواعد القانون الدولي. ثانياً، تكمل المصادر الرسمية للقانون بتحديد قواعد القانون الدولي.

١٥ - بينما يمكن أن ندافع عن الوضعية القانونية بنجاح في السياق الوطني، يكون من الصعوبة بمكان أن نفعل ذلك على المستوى الدولي. ويرجع ذلك، إلى خصوصية المصادر القابلة للتطبيق الخاصة بالقانون الدولي، وكذا بالوظيفة المثبتة لصحة

أو مشروعية القانون التي يقوم بها القاضي الدولي فيما يتعلق بالقانون الدولي العام الذي ينشأ عن مصادر غير مكتوبة.

١٦- يترك مجال الدفوع القانونية مكاناً مهماً لإسهام القاضي الدولي في تطوير القواعد القانونية الآمرة ضمن حدود اختصاصاته وسلطاته، مع الأخذ في الاعتبار أن القاضي الدولي ليس مشرعاً.

١٧- بمجرد أن يقوم القاضي الدولي بمهمة التعريف بالقواعد القانونية واجبة التطبيق- أمرة أو غيرها- في القضية المعروضة، يمكنه تقدير أوجه القصور التي تنتاب القانون. وهذا الأمر يحمل في طياته دعوة المشرع الدولي للتدخل السريع لمعالجة أوجه القصور هذه، بما يتفق واحتياجات ومصالح المجتمع الدولي.

١٨- يقسم الفصل في المنازعات كمهمة وإجراء بين محكمة عدل الاتحاد الأوروبي من جهة، والمحاكم الوطنية للدول الأعضاء من جهة أخرى. وتحدد سلطة محكمة عدل الاتحاد بقدر ما تكون مختصة فقط في تقديم تفسير سلطوي ومستقل للقانون الأوروبي.

١٩- تتبنى محكمة عدل الاتحاد الأوروبي النظرة المعروفة باسم الوحدوية لتبرير سمو قانون الاتحاد الأوروبي على سائر القوانين الوطنية.

٢٠- حتى لا تفقد الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي شيئاً من الحماية القضائية، نتيجة عملية إحلال القضاة واستبدال الأنظمة القانونية، يجب أن تكون هذه الدول على يقين من أنها سوف تحصل من قاضي الاتحاد ما يمكن أن تحصل عليه من القاضي الدولي.

٢١- قد لا يمكن بلوغ التماسك أو الاتساق في منطق القاضي الأوروبي، وذلك بالنظر إلى خضوعه لقيود زمنية، وكذا افتقاره إلى كل المعارف المطلوبة. وفي

استدلّاه، يتعين على القاضي الأوروبي أن يبحث عن التماسك أو الاتساق داخل العناصر ذات الصلة في مجال القانون المعني. مع الأخذ في الحسبان، أن تحديد هذا المجال، وكذا تحديد القواعد الواردة فيه، ليست بالمهمة السهلة، ومن ثمّ قد لا تتحقق إلا في نظام قانوني محدد. ويسمح التعريف بالنظام القانوني الذي تنتمي إليه هذه القواعد، تحديد المجال المعني، ومن ثم توجيه منطق القاضي نحو الوصول إلى قرار سوف يكون الأكثر تناسقاً مع هذا المجال.

٢٢ - يتعين على القاضي السويسري، وهو بصدد تفسير قاعدة ما، أن يأخذ في حسبانته عدداً من العوامل التي قد تكون خارجة عن نظامه القانوني؛ ولكن على الرغم من ذلك، تؤثر في النظام الذي يدور فيه.

٢٣ - يُعدّ التأثير الأوروبي في محكمة القاضي الوطني أمراً مرغوباً فيه للغاية عندما يؤدي إلى تحسين حماية المتقاضين. ولهذا السبب، يتعين الترحيب بالقضاء الأوروبي المتعلق بالفحص الآلي أو التلقائي على نحو أكثر إيجابية في جميع المحاكم الوطنية. ومن ناحية أخرى، حيثما يؤدي إلى تقييد نطاق الحماية، ينبغي إعادة تأكيد مبدأ الحد الأدنى من المواعمة من أجل التصدي لذلك. ومن أجل الحفاظ على التقدم الذي تمّ إحرازه وتحقيقه على الصعيد الوطني في مجال حماية الأطراف الضعيفة في العقد، أو لتعزيزه مستقبلاً، ينبغي ألا يكون القاضي الوطني قاضياً للقانون الأوروبي فحسب.

### قائمة الاختصارات

- 1- CJCE : Cour de Justice des Communautés Européennes.
- 2- CJUE : Cour de Justice de l'Union Européenne.
- 3- CPJI : Cour Permanente de Justice Internationale.
- 4- EC : European Community.
- 5- EU : European Union.
- 6- ECJ : European Court of Justice.
- 7- ECR : European Court of Justice.
- 8- ECtHR : European Court of Human Rights.
- 9- EFTA : European Free Trade Association.
- 10- GA : General Assembly (UN).
- 11- ICJ : International Court of Justice.
- 12- ICC : International Criminal Court.
- 13- ICSID : International Center for the Settlement of Investment Disputes.
- 14- ICTR : International Criminal Tribunal for Rwanda.
- 15- ICTY : International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.
- 16- ILC : International Law Commission.
- 17- Rec. : Recueil.
- 18- aff. : Affaire.
- 19- TUE : Traités de l'Union Européenne.

## قائمة المراجع

## أولاً: المراجع العربية:

- ١- أ.د/ أحمد أبو الوفا، "الوسيط في القانون الدولي العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٩٣٧.
- ٢- —، "الوسيط في قانون المنظمات الدولية"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٥٧٨.
- ٣- —، "النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني في القانون الدولي وفي الشريعة الإسلامية"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٢٤١.
- ٤- أ.د/ الشافعي محمد بشير، "القانون الدولي العام في السلم والحرب"، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ٢٠٠٠، ص ٦٧٢.
- ٥- —، "المنظمات الدولية"، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٤، ص ٤٦٠.
- ٦- —، "قانون حقوق الإنسان، مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية"، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤.
- ٧- أ.د/ حازم محمد عتلم، "الوجيز في القانون الدولي العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧، ص ٢٦٤.
- ٨- —، "قانون النزاعات المسلحة الدولية، المدخل والنطاق الزمني"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٤٣٥.

- ٩- \_\_\_\_\_، "منظمة الأمم المتحدة، دراسة تحليلية في ضوء النظرية العامة للمنظمات الدولية"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤، ص ٤٧٠.
- ١٠- أ.د/ حسام أحمد هنداوي، "التدخل الدولي الإنساني"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
- ١١- أ.د/ سعيد سالم جويلى، "المدخل لدراسة القانون الدولي الإنساني"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٤٠١.
- ١٢- \_\_\_\_\_، "تنفيذ القانون الدولي الإنساني"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٤٠١.
- ١٣- \_\_\_\_\_، "المنظمات الدولية، المنظمات الدولية العالمية"، منظمة الأمم المتحدة، المنظمات الإقليمية، دون ناشر، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٢٥٩.
- ١٤- أ.د/ صلاح الدين عامر، "مقدمة لدراسة القانون الدولي العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٧٥٥.
- ١٥- أ.د/ عبد العزيز محمد سرحان، "القانون الدولي العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١.
- ١٦- أ.د/ علي صادق أبو هيف، "القانون الدولي العام"، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٥.
- ١٧- أ.د/ محمد سامي عبد الحميد، "أصول القانون الدولي العام- الجزء الثاني- القاعدة الدولية"، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٣.
- ١٨- أ.د/ محمد سامي عبد الحميد، وأ.د/ محمد السعيد الدقاق، وأ.د/ مصطفى سلامة حسين، "قانون التنظيم الدولي"، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٩.



- ١٩- أ.د/ محمد مصطفى يونس، "ملاحم التطور في القانون الدولي الإنساني"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩.
- ٢٠- أ.د/ محمود شريف بسيوني، "المحكمة الجنائية الدولية، نشأتها مع دراسة لجان التحقيق الدولية والمحاكم الجنائية الدولية السابقة"، بدون دار نشر، ٢٠٠٢، ص ٥٢٦.
- ٢١- أ.د/ مصطفى أحمد فؤاد، "القانون الدولي العام، الإطار العام للقانون الدولي الإنساني"، دون دار نشر، ٢٩٦، ص ٣٤٥.
- ٢٢- ———، "قانون المنظمات الدولية- دراسة تأصيلية تطبيقية"، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٢٩٢.
- ٢٣- ———، "فكرة الضرورة في القانون الدولي العام"، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٨، ص ١٢٣.
- ٢٤- ———، "القانون الدولي العام- الجزء الأول- القاعدة الدولية"، دون دار نشر، ٢٠٠٥.
- ٢٥- أ.د/ مصطفى سيد عبد الرحمن، "قانون التنظيم الدولي: الأمم المتحدة"، المنوفية، دون ناشر، ٢٠٠٣، ص ٢٩١.
- ٢٦- ———، "الجوانب القانونية لتسوية نزاعات الحدود الدولية"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٣٢٤.

**ثانياً: المراجع الأجنبية:**

- 1- ABI- SAAB (G.), "Cours général de droit international public", Recueil des Cours, Vol. 207, 1987.
- 2- ALLARD (J.), "Les Juges dans la mondialisation", le Seuil, 2012.
- 3- ALTER (K.) ; ROMANO (C.) and SHANY (Y.), "Legal Philosophical of International Adjudication- Getting over the amour impossible between international Law and Adjudication", Oxford, Oxford Hand book of International Adjudication, Oxford University Press, 2017.
- 4- AMAYA (A.), "Legal Justification by Optimal Coherence", Ratio Juris, no. 6, Vol. 27, 2014.
- 5- ,, ,, ,, "Inference to the best legal explanation", in H. KAPTEIN, H.BRAKKEN, "Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic", Ashgate, Aldershot, 2014.
- 6- AMSTUTZ (M.), "Le droit privé Suisse fac au droit Communautaire européen. Questions actuelles en droit de la responsabilité civile et en droit des Contrats", Berne, 2011.

- 
- 7- ANAYA (S.J.), "Indigenous Peoples in International Law", Oxford, Oxford University Press, 2013.
  - 8- ARENDT (H.), "The Human Condition", Chicago, University of Chicago Press, 1998.
  - 9- ASCENSIO (H.), "La notion de Juridiction internationale en question", in Société Française pour le droit international, Paris, Pedone, 2013.
  - 10- BANAKAS, (S.) "The Contribution of Comparative Law to the Harmonization of European Private Law", in A. HARDING, "Comparative Law in the 21<sup>st</sup> Century", London, The Hague, New York, Kluwer Academic, 2009.
  - 11- BARBER, (N.) "Legal Pluralism and the European Union", European Law Journal, no. 5, Vol. 14, 2008.
  - 12- . BENABENT, (A.) "Droit Civil, les obligations", 12<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2015.
  - 13- BESSON, (S.) "General Principales in International Law- whose principls?", in S. BESSON, "Les principes en droit européen principes en European Law", Schulthess, 2012.
  - 14- ,, ,, "Sovereignty International law and democracy", European Journal of International Law, no. 2, Vol. 22, 2013.

- 15- ,, ,, "International Judges Function between Dispute- Settlement and law- Enforcement-From International law without Courts to International Courts Without Law. A Reply to Anna Spain", Loyola of Los Angeles International and Comparative law Review, Vol. 34, 2012.
- 16- ,, ,, "The Erga omnes Effect of The European Court of Human Rights Judgments", in S. BESSON, "La Cour Européenne des droits de l'homme après le protocole 14- Premier bilan et Perspectives", Schulthess, 2012.
- 17- ,, ,, "The Authority of International law- Lifting the State Veil", Sydney Law Review, no. 6, Vol. 34, 2013.
- 18- BIANCHI (A.), "Human Rights and The Magic of Jus Cogens", European Journal of International Law, Vol. 22, 2013.
- 19- BIX (B.), "Law, Language and Legal Determinacy", Oxford, Clarendon, 2007.
- 20- BOGDANDY (A.), "Beyond Dispute: International Judicial Institutions as law makers", German Law Journal, Vol. 12, 2011.

- 
- 21- ,, ,, "On the Functions of International Courts: An Appraisal in light of Their Burgeoning public Authority", A.C.I.L., 2012.
- 22- BOUTRUCHE (T.), "Credible Fact-Finding and Allegation of International Humanitarian Law Violations: Challenges in Theory and Practice", *Journal of Conflict, Security Law*, Vol. 16, 2015.
- 23- BOYLE (A.), "Law Making by International Courts and Tribunals", in "The Making of International Law", Oxford University Press, 2015.
- 24- BROWN (C.), "Article 59", in A. ZIMMERMANN, "The Statute of the International Court of Justice: A Commentary", Oxford Oxford University Press, 2012.
- 25- ,, ,, "A Common Law of International Adjudication", Oxford, Oxford University Press, 2014.
- 26- BRUNET (P.), "Les Principes généraux du droit et la hiérarchie des normes", in P. BRUNET et E. MILLARD, "L'architecture du droit", *Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2015.
- 27- BUCHANAN (A.), "Justice, Ligitimacy and Self-Determination : Moral Foundation for International Law", Oxford, Oxford University Press, 2014.
-

- 
- 28- CASSELLA (S.), "La nécessité en droit international: De l'état de nécessité aux Situations de nécessité", Leiden, Boston, Martinus, Nijhoff, 2013.
- 29- CASSESES (A.), "Change and Stability in International Law- Making", Gruyter, 2010.
- 30- ,, ,, "For an Enchanced Role of Jus Cogens", in, A. CASSESES, ed., "Realizing Utopia: The Future of International Law", Oxford, Oxford University Press, 2016.
- 31- CHARNEY (J.), "Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?", Recueil des Cours, Vol. 271, 1998.
- 32- CHRISTOFFERSEN (J.), "Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights", Leiden, Nijhoff, 2016.
- 33- CORN (G.), "The Law of Operational Targeting: Viewing the LDAC Through an operational lens", Texas International Law Journal, Vol. 51, 2015.
- 34- CULVER (K.), "Legality's Borders: An Essays in General Jurisprudence", New York, Oxford University Press, 2010.

- 
- 35- DANILENKO (G.), "Law Making in the International Community", Dordrecht, Martinus, Nijhoff publishes, 1999.
- 36- D'ARGENT (P.), "Arrêt "Kadi": Le droit communautaire Comme droit interne", Journal de droit européen, 2008.
- 37- ,, ,, ,, "Les Principes généraux à la Cour Internationale de Justice", Schulthess, 2011.
- 38- DICKSON (J.), "Interpretation and Coherence in legal Reasoning", The Stanford Encyclopedia of philosophy, 2014.
- 39- ,, ,, ,, "Towards a Theory of European Union Legal System", in J. DICKSON, P. ELEFThERIADIS, "Philosophical Foundation of European Union", Oxford, Oxford University Press, 2008.
- 40- ,, ,, ,, "Directives in UE Legal System: Whose Norms Are They Any Way?", European Law Journal, no. 2, Vol. 17, 2013.
- 41- ,, ,, ,, "Methodology in Jurisprudence: A critical Survey", Legal Theory, no. 3, Vol. 10, 2008.
- 42- DUPUY (P.M.), "Le Juge et la règle Générale", Revue Générale de Droit international public, Vol. 93, 1989.

- 
- 43- DWORKIN (R.), "Justice in Robe", Cambridge, Harvard University Press, 2013.
- 44- ,, ,, ,, "Law's Empire", Fontana Press, 1996.
- 45- ,, ,, ,, "Taking in The International Community", Dordrecht, Martinus, Nijhoff Publishers, 1999.
- 46- EGGLI (C.), "Entre Cohérence et efficacité : La Suisse dans les négociations bilatérales avec l'Union Européenne", Suisse Political Science Review, no. 4, Vol. 10, 2008.
- 47- ELEFTHERIADIS (P.), "Pluralism and Integrity", University of Oxford legal Research paper Series, no. 43, 2009.
- 48- EPINEY (A.), "How does European Union Law Influence Suisse Law and Policies?", in, S. NAHRATH, F.VARONE, "Rediscovering Policy Analysis: a Tribute to Peter Knoepfel", Berne, 2010.
- 49- FLESNER (C.), "Introduction: Key features of European Union Private Law", in, C. FLESNER, ed., "The Cambridge Companion to European Union Private Law", Cambridge, Cambridge University Press, 2013.



- 
- 50- FRANCK (T.), "Fairness in The International Legal and Institutional System: General Course on Public International Law", Recueil des Course, Vol. 240, 1993.
- 51- GARAPON (A.), "Les Vertus du Juge", Dalloz, 2008.
- 52- GARDNER (J.), "Legal Positivism", The American Journal of Jurisprudence , no. 46, 2010.
- 53- GERARDS (J.), "Judicial Argumentation in Fundamental Rights Cases- The Eu Courts Challenges", in, U. NEERGARD, R. NIELSEN, eds., "European legal Methodology in a Multilevel EU legal order", Copenhagen, DJOF publishing, 2012.
- 54- GINSBURG (T.), "Bounded Discretion in International Judicial Law- Making", Virginia Journal of International Law, Vol. 44, 2005.
- 55- GORDLEY (J.), "Comparative legal research: its function in the development of Harmonized Law", The American Journal of Comparative Law, no. 4, Vol. 43, 1998.
- 56- GOWLLAND (V.), "Judicial insights into Fundamental Values and Interests of the International Community", in S. MOLLER, eds., "The International Court of Justice: its future Role after Fifty Years", The Hague, Martinus Nijhoff, 2012.

- 
- 57- GREEN (L.), "Legal Positivism", Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2013.
- 58- GUASTINI (R.), "Les Principes en droit en tant que source de perplexité théorique", in S. CAUDAI, "Les Principes en droit", Economica, 2012.
- 59- HANNESSON (O.), "Giving effect to EEA Law-Examining and Rethinking the Role and Relationship between the EFTA Court and The Icelandic National Courts in The EEA legal order", Florence, EUI, 2017.
- 60- HART (H.L.A.), "The Concept of Law", Oxford, Oxford University Press, 2009.
- 61- HAYASHI (N.), "Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law", Boston University International Law Journal, Vol. 30, 2012.
- 62- HIGGINS (R.), "Problems and Process: International Law and How we use it", Oxford, Oxford University Press, 2014.
- 63- JACOB (M.), "Precedents: Lawmaking through international Adjudication", German Law Journal, no. 6, Vol. 16, 2014.

- 
- 64- JENNINGS (R.), "The Judiciary International and National, and The Development of International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 45, 1996.
- 65- JOUNNET (E.), "La notion de Jurisprudence Internationale en question", in *Société Française Pour le Droit International*, dis., "La Juridictionnalisation du droit international", Paris, Pedone, 2013.
- 66- KADDOUS (C.), "L'influence du droit Communautaire dans la Jurisprudence du Tribunal fédéral Suisse", in *le droit à la mesure de l'Homme, Melanges en l'honneur de Philippe Léger*, 2013.
- 67- KAHIL (B.), "L'application et l'interprétation de l'ALCP : le cas de la Sécurité Sociale", in A. EPINY, R. MOSTERS, "L'accord sur la libre Circulation des Personnes Suisse-UE", Zurich, Schulthess, 2013.
- 68- KARIMI (A.), "Les clauses abusives et la Théorie de l'abus de droit", LGDJ, 2001.
- 69- KARTON (J.), "Lost in Translation: International Criminal Courts and the legal Implication of Interpreted testimony", *Vanderbilt Journal of transnational law*, no. 1, Vol. 41, 2008.
-

- 
- 70- KELSEN (H.), "The General Theory of Law and the State", Cambridge, Harvard University Press, 1995.
- 71- KERBRAT (Y.), "Affaire de l'Usine Mox : La CJCE rejette l'arbitrage pour le règlement des différends entre Etats membres", Revue Trimestrielle du Droit Européen, 2011.
- 72- KINGSBURY (B.), "International Courts : Uneven Judicialization in Global Order", in J. CRAWFORD, M. KOSKENNIEMI, "The Cambridge Companion to International law", Cambridge University Press, 2016.
- 73- KJAER (A.), "A Common legal language in Europe?", Oxford, Portland, 2007.
- 74- KLABBERS (j.), "The Right to be taken Seriously: Self-Determination in international Law", Human Rights Quarterly, no. 1, Vol. 28, 2006.
- 75- KOLB (R.), "La nécessité militaire dans le droit des conflits armés- Essai de clarification Conceptuelle", in SFDI, dir., "La nécessité en droit international", colloque de Grenoble, Paris, Pedone, 2009.
- 76- KOSKENNIEMI (M.), "The Ideology of international Adjudication and the 1907 Hague Conference", in Y. DAUDET, "Topicality of the 1907 Hague Conference", The Second Peace Conference, Brill Academic Publishers, 2008.

- 77- KRAMER (M.), "Where Law and Morality Meet", Oxford University Press, 2008.
- 78- KRESS (K.), "Coherence", in D. PATTARSON, "A Companion to Philosophy of law and legal Theory", 2<sup>ème</sup> ed., Chichester, Wiley- Blackwell, 2013.
- 79- LAUTERPACHT (E.), "The Development of international law by the international Court", Cambridge University Press, 2013.
- 80- ,, ,, ,, "Aspects of the administration of international Justice", Cambridge University Press, 2013.
- 81- LAVRANOS (N.), "Jurisdictional Competition: Selected Cases in International and European Law", Groningen, Europa Law, 2014.
- 82- LEGRAND (P.), "European Legal System are not Converging", International and Comparative Law Quarterly, no 1, Vol. 45, 1996.
- 83- LEITER (B.), "Legal Realism, Hard Positivism and the Limits of conceptual Analysis", Oxford, Oxford University Press, 2009.

- 
- 84- LETSAS, (G.), "Strasbourg's interpretive Ethic: Lessons for the international lawyer", *European Journal of International Law*, no. 3, Vol. 21, 2012.
- 85- MACCORMICK (N.), "Legal Reasoning and legal Theory", Oxford, Clarendon Press, 1998.
- 86- MADURO (M.), "Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a context of Constitutional pluralism", *European Journal of legal Studies*, no. 2, Vol. 1, 2009.
- 87- MAIA (C.), "le Juge International au Coeur du dévoilement du droit imperatif : entre nécessité et prudence", *Revue de droit international de Science diplomatique et politique*, Vol. 83, 2005.
- 88- MAISON (R.), "Le Juge Combattant", in Abdelwahab BIAD, P. TAVERNIER, "Le droit international humanitaire face aux défauts du XXI<sup>e</sup> Siècle", Bruxelles, Bruylant, 2016.
- 89- MAK (C.), "Hedgehogs in Luxembourg? Adworkinian of private law", no. 4, Vol. 22, 2014.
- 90- MARMOR (A.), "Interpretation legal Theory", Oxford, Hart Publishing, 2005.

- 
- 91- ,, ,, ,, "Positive Law and objective values", Oxford University Press, 2010.
- 92- MAULIFFE (K.), "Language and law in the EU: The Multilingual Jurisprudence of the ECJ", Oxford, Oxford University Press, 2012.
- 93- MICHAELS (R.), "Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization", the American Journal of Comparative Law, no. 4, Vol. 56, 2008.
- 94- ,, ,, ,, "Why we Have no Theory of European Private Law Pluralism", in L. NIGLIA, ed., "Pluralism and European Private Law", Oxford, Hart Publishing, 2013.
- 95- NOLLKAEMPER (A.), "The Internationalized Rule of Law", Hague Journal on the Rule of law, Vol. 11, 2014.
- 96- NORMAND (R.), "The Legitimation of Violence: A critical History of the Law's of war", Harvard International Law Journal, Vol. 45, 2004.
- 97- OBRIEN (W.), "The Meaning of Military necessity in International Law", World Polity, Vol. 41, 1997.
- 98- OELLERS (K.), "Law Making Through Advisory Opinion?", German Law Journal, Vol. 14, 2013.

- 
- 99- OST (F.), "Dire le droit, Faire Justice", Bruxelles, Bruylant, 2014.
- 100- PAULUS (A.), "International Adjudication", in S. BESSON, J. TASIOULAS, "The Philosophy of International Law", Oxford Oxford University Press, 2011.
- 101- PELLET (A.), "Judicial Settlement of International Disputes", in R. WOLFRUM, "Max-Planck- Encyclopedia of Public International Law", Oxford, Oxford University Press, 2016.
- 102- PETERSMANN (D.-U.), "Can The EU's Disregard for Strict Observance of International Law "article 3 TEU" be Constitutionally Justified?", in M. BRONCKERS, V. HAUSPIEL, R. QUIK, eds., "Liber Amicorum for J. Bourgeois", Cheltenham, Elgar, 2014.
- 103- ,, ,, ,, "International Economic Law in the 21<sup>st</sup> Century. Constitutional pluralism and Multilevel Governance of interdependent public Goods", Oxford, Hart, 2016.
- 104- RAIC (D.), "State- Hood and the Law of Self-Determination", The Hague, Kluwer law International, 2013.



- 
- 105- RANDALL (M.), "Le dialogue entre le Juge Suisse et Juge européen", in, F. BELLAGER, J. WERRA, "Genève au Confluent du droit interne et du droit international", Mélanges offerts par la faculté de droit de l'Université de Genève à la Société Suisse des Juristes à l'occasion du Congrès, 2012.
- 106- RAZ (J.), "Incorporation by Law", Legal Theory, Vol. 15, 2013.
- 107- „ „ „ "The Authority of Law", Oxford University Press, 1999.
- 108- „ „ „ "On The nature of Law", Archive fur Rechts, Vol. 89, 1999.
- 109- REGAN (D.), "International Adjudication: A Response to Paulus- Courts, Custom, Treaties, Regimes and the WTO", in S. BESSON, J. TASIOULAS, "The Philosophy of International Law", Oxford, Oxford University Press, 2011.
- 110- REINISCH (A.), "The Decisions on Jurisdiction in the Eastern Sugar and Eureko Investment Arbitration", in Legal Issues of European Integration, Vol. 45, 2017.
- 111- ROCHEL (J.), "Between Authority and Morality: Identifying two Legitimatory Rules of legal Principles", in
-

- 
- S. BESSON, P. PICHONNAZ, eds., "Principles en droit européen-principles in European Law", schulthess, 2014.
- 112- RUIZ-FABRI (H.), "Article 66", in O.CORTEN, P.KLEIN, eds., "The Vienne Convention on The Law of Treaties: A Commentary", Oxford, Oxford University Press, 2013.
- 113- SANDS (Ph.), "The Manual on International Courts and Tribunals", Oxford, Oxford University Press, 2010.
- 114- SASSOLI (M.), "Geneva Convention: A Commentary", Oxford, Oxford University Press, 2013.
- 115- SCHABAS (W.), "Unimaginable Atrocities: Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals", Oxford, Oxford University Press, 2014.
- 116- SCHWOK (R.), "Suisse-UE: l'adhésion impossible?", 2<sup>ème</sup> éd., mise à Jour, Lausanne, Press Polytechniques et Universitaire Romandes, 2010.
- 117- SHAHABUDEEN (M.), "The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia: The Third Wang Tiewa Lecture", Chinese Journal of International Law, Vol. 11, 2016.

- 118- SHANY (Y.), "Toward a general Margin of Appreciation Doctrine in International Law", *European Journal of International Law*, Vol. 16, 2006.
- 119- SHAPIRO (S.), "Legality", Cambridge, Harvard University Press, 2012.
- 120- SIMMA (B.), "Mainstreaming Human Rights: The Contribution of the International Court of Justice", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 5, 2015.
- 121- STAUDER (B.), "L'influence de la Jurisprudence de la CJCE sur le droit des Contrats", in F. WERRO, T. PROBST, "Le droit Privé Suisse face au droit Communautaire européen. Questions actuelles en droit de la responsabilité Civile et en droit des contrats", Berne, 2014.
- 122- TERRÉ (F.), "Droit Civil: Les obligations", 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2013.
- 123- THURER (D.), "Self-Determination", *Max-Planck Encyclopedia of public International Law*, 2015.
- 124- TIERSMA (P.), "The Oxford Hand book of Language and Law", Oxford, Oxford University Press, 2012.

- 
- 125- TOMUSCHAT (C.), "Human Rights and International Humanitarian Law", *European Journal of International Law*, Vol. 33, 2012.
- 126- „ „ „, "International Courts and Tribunals", in, "Max-Planck-Encyclopedia of Public International Law", Oxford University Press, 2012.
- 127- TREVES (T.), "Judicial Law Making in an Era of proliferation of International Courts and Tribunals: Development or Fragmentation of International Law?", Vol. 77, Berlin, Springer, 2005.
- 128- TZANAKO (A.), "Domestic Courts in international Law: The international Judicial Function of National Courts", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol. 34, 2011.
- 129- VOGENAUER (S.), "Pluralisme Pragmatique du Tribunal fédéral : Une méthode sans méthode ?", *Pratique Juridique Actuelle*, no. 4, 2010.
- 130- WALDRON (J.), "The Concept and the Role of Law", *Georgia Law Review*, no 1, Vol. 48, 2013.
- 131- „ „ „, "Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?", *European Journal of International Law*, no. 2, Vol. 22, 2013.
-

- 132- WERRO (F.), "La Jurisprudence de la CJUE en matière de responsabilité du fait des produits et son impact sur l'application de l'article 28 al.2", in S. FUHRER, C. CHAPPUIS, "Droit de la responsabilité civile et des assurances", Berne, 2014.

ثالثاً: أحكام المحاكم الدولية وآراؤها الاستشارية:

١- أحكام محكمة العدل الدولية وآراؤها الاستشارية:

أ - أحكام محكمة العدل الدولية:

- 1- CIJ, 9 Avril 1949, Détroit de Corfou (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie), arrêt, C.I.J., Recueil 1949.
- 2- CIJ, 20 Novembre 1950, Affaire Colombo relative au droit d'asile, arrêt, C.I.J., Recueil 1950.
- 3- ICJ, 13 July 1966, South West Africa (Ethiopia/South Africa, Liberia, South Africa), Judgment, I.C.J., Reports 1966.
- 4- ICJ, 20 February 1969, North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969.
- 5- ICJ, 25 July 1974, Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland/Iceland), Judgment, I.C.J. Reports 1974.

- 6- ICJ, 24 May 1980, Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America/ Iran), Judgment, I.C.J. Reports 1980.
- 7- ICJ, 24 February 1982, Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982.
- 8- ICJ, 12 October 1984, Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/ United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1984.
- 9- ICJ, 27 June 1986, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua/United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1986.
- 10- ICJ, 30 June 1995, East Timor (Portugal v. Australia), I.C.J Reports 1995.
- 11- CIJ, 11 Juin 1998, Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et Nigeria, C.I.J. Recueil 1998.
- 12- CIJ, 6 Novembre 2003, plates- Formes Pétrolières (République Islamique D'Iran c. Etats Unies d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2003.
- 13- CIJ, 14 Décembre 2005, Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt, Recueil 2005.

- 14- ICJ, 3 February 2006, Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application : 2002) (Democratic Republic of the Congo/Rwanda), Judgment, I.C.J. Reports 2006.
- 15- ICJ, 26 February 2007, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of The Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina/Serbia and Montenegro), Judgment 2007, I.C.J. Reports 2007.
- 16- CIJ, 20 Avril 2010, Usines de Pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt, C.I.J. Recueil 2010.
- 17- ICJ, 3 February 2012, Jurisdictional Immunities of the State (Germany/ Italy, Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012.

**ب- الآراء الاستشارية لحكمة العدل الدولية:**

- 1- CIJ, 21 June 1971, Legal Consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia not withstanding security Council Resolution, 276, Advisory opinion, I.C.J., Reports 1971.
- 2- CIJ, 16 October 1975, Western Sahara, Advisory opinion, I.C.J., Reports, 1975.

- 3- CIJ, 8 Juillet 1996, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Avis Consultatif, C.I.J., Recueil 1996.
- 4- CIJ, 9 July 2004, Legal Consequences of the Construction of a wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J., Reports 2004.

## ٢- أحكام محكمة عدل الاتحاد الأوروبي:

- 1- CJCE, arrêt du 5 Février 1963, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos C/ Administration fiscale néerlandaise, affaire 26/62, Rec. 1963, Para. 23.
- 2- CJCE, arrêt du 15 Juillet 1964, Flaminio Costa C/ENEL, affaire 6/64, Rec. 1964.
- 3- CJCE, arrêt du 30 Avril 1974, R. et V. Haegeman c. Belgique, aff. 181/73, Rec. 1974.
- 4- CJCE, arrêt du 9 Février 1982, Polydore et RSO Records, affaire 270/80, Rec. 1982.
- 5- CJCE, arrêt du 10 Avril 1984, Sabine Von Colson et Elisabeth Kamann C/Land Nordrhein-westfalen, 14/83, Rec. 1984.



- 
- 6- CJUE, arrêt du 13 Novembre 1990, Marleasing SA v la Commercial International de l'Alimentacion SA, C-106/89, ECR 1990.
  - 7- CJCE, arrêt du 19 Novembre 1991, Andrea Francovich, Danila Bonifaci et autres C/République Italienne, C-6/90 et 9/90, Rec. 1991, P. I- 5357.
  - 8- ECJ, arrêt du 1 June 1999, Eco Swiss China Time ltd v. Benetton, C-126/97, Rec. 1999.
  - 9- CJCE, 27 Juin 2000, Océano Grupo Editorial SA C/Murciano Quintero, C-240/98 à C-244/98, Rec. 2000.
  - 10- CJCE, 22 Novembre 2001, Cape Snc C/Idealservice Sr1 et Idealservice MN RE Sas C/OMAI Sr1, C-541/99 et C-542/99, Rec. 2001.
  - 11- CJCE, 24 Janvier 2002, Commission C/Italie, c-372/99, Rec. 2002, P. I-00819.
  - 12- ECJ, 24 February 2003, Truly, C-373/00/ ECR 2003, P. I-1932, Para. 35.
  - 13- ECJ, 22 November 2005, Mangold, C-144/04, ECR 2005, p. I- 9981 ; BV erf GEZ BvR 2661/06 of 6 July 2010.

- 
- 14- CJCE, arrêt 30 Mai 2006, Commission c. Irlande, C-459/03/Rec. 2006, P. I-04635, point 125.
- 15- CJCE, 26 Octobre 2006, Elisa Maria Mostaza Claro C/Centro Movil Milenium SL, C-168/05, Rec. 2006, P. I-10421.
- 16- CJCE, 12 Février 2008, Willy Kempter KG c/Hauptzollamt Hamburg-Jonas, C-2/06, Rec. 2008, P. I- 411, Point 42.
- 17- CJCE, arrêt du 3 Septembre 2008, Yassin Abdullah Kadi et AlBaraKaat International Foundation C/Conseil de l'Union Européenne, affaire Jointes C-402/05 P et 415/05 P, Rec. 2008, P. I- 6351, Para. 282.
- 18- CJUE, 4 Juin 2009, Pannon GSM zrt. c/Erzsébet Sustikné Gyorfi, C-243/08, Rec. 2009, P. I-04713, Point 33.
- 19- CJUE, 6 Octobre 2009, Asturcom telecomunicaciones SL c/Cristina Rodriguez Nogueira, C-40/08, Rec. 2009, P. I-9579.
- 20- CJUE, 12 Novembre 2009, Grimme, C-3511/08, Rec. 2009, P. I- 10777.
- 21- CJUE, 11 Février 2010, Fokus Invest, C-541/08, Rec. 2010, p. I-1025.

- 22- CJUE, 15 Juillet 2010, Hengartner et Gasser/C-70/09, Rec. 2010, P. I- 7229.
- 23- CJUE, 9 Novembre 2010, VB Pénzuggi Lizing zrt. c/Ferenc Schneider, C-137/08, Rec. 2010, P. I-10847.
- 24- CJUE, 8 Mars 2011, Avis 1/09, Rec. 2011, P. I-1137.
- 25- CJUE, 16 Octobre 2012, Hongrie c. Slovaquie, C-364/10.

### ٣- أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان:

- 1- ECtHR, 25 April 1978, Tyrer v. United Kingdom, Judgment, appl. no. 5856/72, Series A, Vol. 26, Para. 31.
- 2- ECtHR, 19 December 1984, Kamasinski v. Austria, application no. 9783, Judgment, Para. 74.
- 3- ECtHR, 8 July 2004, VO v. France, Judgment, no. 53924/00, Reports 2004-V III.

### رابعاً: قرارات المنظمات والأجهزة الدولية (قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة):

- 1- GA – Resolution 1514 (XV), 1960, UN Doc A/4684.
- 2- GA- Resolution 2626/1970, UN Doc. A/8028, 1971.
- 3- GA- Resolution 61/295, 2007, UN Doc. A/Res 61/295.

**خامساً: أحكام المحاكم الوطنية (أحكام محكمة النقض الفرنسية):**

- 1- Cour de cassation, civ. 1, 28 Avril 1987, N° de Pourvoi 85-13674.
- 2- Cour de cassation, civ. 1, 16 Juillet 1987, N° de Pourvoi 84-17731.
- 3- Cour de cassation, civ. 1, 16 Décembre 1989, N° de pourvoi 88-16727.
- 4- Cour de cassation, civ. 1, 14 Mai 1991, N° de pourvoi 89-20999.
- 5- Cour de cassation, civ. 1, 26 Mai 1993, N° de pourvoi 92-16327.
- 6- Cour de cassation, civ. 1, 24 Janvier 1995, N° de pourvoi 92-18227.
- 7- Cour de cassation, civ. 1, 31 Janvier 1995, N° de pourvoi 93-10412.
- 8- Cour de cassation, civ. 1, 16 Mars 2004, N° de pourvoi 99-17955 et 99-17957.
- 9- Cour de cassation, civ. 1, 15 Mars 2005, N° de pourvoi 02-13285.

10-Cour de cassation, civ. 1, 22 Janvier 2009, N° de pourvoi 05-20176.

11-Cour de cassation, civ. 1, 1 Mai 2012, N° de pourvoi 11-12242