



جامعة محمد خيضر بسيكة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



دور القاضي الوطني في تطبيق و تفسير الاتفاقيات الدولية

مذكرة مقدمة إستكمالاً لمتطلبات نيل شهادة الماستر
في القانون الدولي و حقوق الإنسان

تحت إشراف الأستاذة:

صوفيا شراد

إعداد الطالب:

سفيان عبدلي

السنة الجامعية
2017-2016

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾ ٣٤

وَأَوْفُوا الْكَيْلَ إِذَا كِلْتُمْ وَزِنُوا بِالْقِسْطِ أَسِ الْمُسْتَقِيمِ

ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴿ ٣٥ ﴾ الإسراء .

صدق الله العظيم

لەر روع جدرتر ..

سفايح

شكر وعرفان

بدايةً، وقبل كل شيء، أهدى الله تعالى وحمده الذي وفقني لها قُمت به، وأمدني بقوة الصبر رغم كل الظروف لإتمام هذا العمل. لا يسعني في هذا المقام، أيضاً، إلا أن أتوجه بخالص شكري و إمتناني لفضيلة الأستاذة القديرة "صوفيا سراد" على كل ما قدمته لي من نصعٍ وتشجيعٍ قصد إتمام هذا البحث، وهي من قبلت الإشراف علي في مرحلة الماستر وقبلها بسنواتٍ في مذكرة الليسانس فلك مني سيدتي كل التقدير و الإهتمام عرفانا بكل ما قدمته في سبيل العلم. شكرا لك. لكل السادة الأساتذة الذين تفضلوا بقبول مناقشة هذه المذكرة و نقدها و تهيئتها، شكراً لكم. لكل من كان لهم من قريبٍ أو بعيدٍ مساهمةٌ ولو بكلمةٍ بسيطةٍ في هذا العمل، شكراً لكم.

صيفان.ع.

مَقَاتِلُ
الْمُشْرِكِينَ
وَالْمُنَافِقِينَ

مقدمة

يتزايد الإهتمام بالقانون الدولي شيئاً فشيئاً، بفعل تسارع حركية تنقل الأشخاص والأشياء عبر الحدود، وتضخم المرجعية القانونية الدولية للدولة، ونمو الوعي لدى الفرد، الذي جعله يتمسك باتفاقيات دولية تضمن له حقوقاً في مختلف المجالات، وفي مواجهة أطراف عديدة؛ الدولة، الأفراد والمؤسسات.

تقوم فكرة دولة القانون على مبدأ مفاده حق الفرد في الطعن ضد قرارات الدولة، بوجه عام، التي تتعدى على الحقوق والحريات المضمونة له بموجب التشريع الداخلي أو القانون الدولي. فيصبح من الطبيعي جداً، أن يؤسس الفرد إدعاءاته أمام القاضي الوطني على القانون الدولي. كما أن تكريس الحقوق العالمية الممنوحة للإنسان من طرف مختلف الصكوك الدولية، سمح بتحويل المنازعة أمام المحاكم الوطنية.

كما أن مبدأ تدرجية النصوص القانونية، نفسه، يحتّم على القاضي تلقائياً، ضمان الشرعية، بإزالة التعارض بين النصوص، ومحاولة التنسيق فيما بينها، وحسم التنازع الذي قد يطرأ لصالح القاعدة الأسمى وإقصاء القاعدة الأدنى المخالفة لها من التطبيق، ضماناً للحقوق والحريات.

وبهذا، يتجلى تخصيص النشاط القضائي اليومي بالقانون الدولي، فيجد القاضي نفسه في مواجهة قواعد قانونية دولية متميزة من حيث صياغتها، تقنيات تطبيقها وتفسيرها وفي مواجهة دُفوع لم يعتدها؛ ومسائل تقنية تتطلب الدقة في معالجتها. فيلجأ للبحث عن مناهج تطبيق القاعدة الدولية ووسائل الرقابة في مادة تطبيق المعاهدات الدولية وعن مدى سلطاته وإختصاصاته في تفعيلها.

لذا، سنلاحظ من خلال هذا البحث، تدخل القاضي الوطني في العديد من الوضعيات، مطبقاً القانون الدولي، بمختلف مصادره، في النزاعات القضائية الداخلية المعروضة عليه، الأمر الذي يضطره لتفسير تلك النصوص، بغية إنفاذها لاحقاً.

لا شك بأنه من السهولة بما كان ضمان سمو النظام القانوني الدولي، من ناحية مجردة. ولكن توليد نتائج هذا المبدأ، عملياً، وتكييفها مع المتطلبات السياسية أو التقنية للقانون الدستوري والقانون العام الداخلي، يثير الكثير من الصعوبات.

نطاق الدراسة:

يتدخل القاضي الوطني في عملية الرقابة على إنفاذ الاتفاقيات الدولية، على مستويين. يتعلق المستوى الأول، بمراقبة القاضي الوطني لشروط تطبيق الاتفاقيات الدولية، أما المستوى الثاني فيتعلق بسطة القاضي الوطني في تفسير الاتفاقيات الدولية. وهكذا، من الضروري، إذن، إمام القاضي باليات التزام الدولة بالاتفاقيات الدولية ووضع هذه الأخيرة في ظل النظام القانوني للدولة، وشروط تطبيق المعاهدات الدولية وسطاته الرقابية عليها وتفسيرها. فنطاق هذه الدراسة، يتعلق بالرقابة البعدية التي يمارسها القاضي الوطني حال تطبيقه للاتفاقيات الدولية. وبالتالي، تقصى من هذا المجال، المراقبة القبلية التي يمارسها قاضي دستورية القوانين والمعاهدات؛ المجلس الدستوري، ولذلك كان عنوان هذا البحث: دور القاضي الوطني في تطبيق وتفسير الاتفاقيات الدولية. وبما أن مجال الدراسة يتعلق، بشكل أساسي، بالممارسة الداخلية للقضاء الوطني، في مجال تطبيق وتفسير المعاهدات الدولية، فكان لزاماً الرجوع إلى مختلف العناصر المكونة للإجتهاد القضائي الأجنبي، ولا سيما الفرنسي؛ الذي عرف تطوراً لافتاً في هذا المجال، من جهة، وإعتباراً للبعد التاريخي بحكم عراقية المدرسة القانونية الفرنسية التي تعتبر المصدر الملهم للمشرع الجزائري والإجتهاد القضائي، ورجال الفقه أيضاً، من جهة أخرى.

أهمية موضوع الدراسة:

من حيث أهمية بحث الموضوع، فلا مجال للشك بالإهتمام الذي أضحت الأنظمة القانونية الوطنية تمنحه للقانون الدولي، وهو ما انعكس على الممارسات القضائية الداخلية لتلك الدول. فعبر هذه الأخيرة، شهد القانون الدولي تطوراً لافتاً من خلال تطبيق وتفسير مختلف أحكامه من قبل القضاة الوطنيين. وهكذا نقدم من خلال هذا البحث دليلاً علمياً ممنهجاً سيساهم بشكل ما في تسهيل إستيعاب مجمل أفكار هذه المادة، بطريقة عملية، مدعمة بأحدث تطورات الإجتهاد القضائي، دون إهمال للأسس الفقهية، في هذا الصدد، وهذا ما سيساعد رجل القانون بشكل أساسي والمواطن بوجه عام، على تكوين رصيد معين من مجمل الأفكار والمفاهيم الأساسية في هذا المجال.

إشكالية الدراسة:

صَغْنَا الإِشكَالِيَّةَ الرَّئِيسِيَّةَ لِهَذَا الْبَحْثِ فِي السُّؤَالِ التَّالِي: إِلَى أَيِّ مَدَى سَاهَمَ الْقَضَاءُ الْوَطْنِيُّ لِلدَّوْلِ فِي تَطْوِيرِ أَحْكَامِ الْقَانُونِ الدَّوْلِيِّ، تَطْبِيقًا وَتَفْسِيرًا؟

وَيَنْفَرِّعُ عَنْ هَذِهِ الْإِشكَالِيَّةِ تَسْأُولَاتٌ جَوْهَرِيَّةٌ حَوْلَ: سُلْطَاتِ الْقَاضِي الْوَطْنِيِّ فِي مَادَّةِ الرِّقَابَةِ عَلَى تَطْبِيقِ الْإِتْفَاقِيَّاتِ الدَّوْلِيَّةِ؟ وَمَاهِيَّاتِ الْحُلُولِ الْقَضَائِيَّةِ الْمُتَبَنِّاةِ فِي هَذَا الشَّأْنِ؟ وَمَاهِيَّاتِ الْأَسْسِ النَّاتِيَةِ تَسْتَنْدُ عَلَيْهَا؟ وَإِلَى أَيِّ مَدَى كَانَ لَتَلْكَ الْحُلُولِ الْقَضَائِيَّةِ الْأَثْرُ فِي حِمَايَةِ الْمَصَالِحِ الْأَسَاسِيَّةِ لِلدَّوْلِ فِي مُوَاجَهَةِ الْإِتْرَامَاتِ الدَّوْلِيَّةِ؟

أسباب إختيار موضوع الدراسة:

شكَّلتِ التَطَوُّرَاتُ الَّتِي يَشْهَدُهَا الْعَالَمُ الْيَوْمَ، وَرَفَعُ مُسْتَوَى التَّكْوِينِ فِي مَادَّةِ الْقَانُونِ الدَّوْلِيِّ، وَإِسْتِلْهَامَ الْحُلُولِ الْقَضَائِيَّةِ الْمُتَطَوَّرَةِ الَّتِي إِبْتَكَّرَهَا الْقَضَاءُ الْأَجْنَبِيُّ فِي هَذِهِ الْمَادَّةِ، وَمُحَاوَلَةَ الْإِلْمَامِ بِتَقْنِيَّاتِ حِمَايَةِ الْمَصَالِحِ الْأَسَاسِيَّةِ لِلدَّوْلِ حَالِ التَّطْبِيقِ الْقَضَائِيِّ لِلْقَانُونِ الدَّوْلِيِّ عَلَى الْمُسْتَوَى الدَّاخِلِيِّ، دَوَافِعَ لِي لِحُوضِ غَمَارِ هَذِهِ الدَّرَاسَةِ الْقَانُونِيَّةِ.

إِنَّ الدَّورَ الْمُتَنَامِيَّ لِلْقَضَاءِ الْوَطْنِيِّ لِلدَّوْلِ يَشكِّلُ مَادَّةَ خَصْبَةٍ لِلْبَحْثِ الْعِلْمِيِّ، مِنْ خِلَالِ تَمْحِيسِ وَتَحْلِيلِ مُخْتَلَفِ الْحُلُولِ وَالتَّقْنِيَّاتِ الْمُطَبَّقَةِ، وَمُحَاوَلَةَ الْوَصُولِ إِلَى خُلُصَاتِ وَصِيَّاعَاتٍ عَامَّةٍ، وَصَالِحَةٍ لِلتَّطْبِيقِ عَلَى مُخْتَلَفِ الْفَرَضِيَّاتِ الَّتِي قَدْ تَطَّرَتْ وَتَشكَّلَتْ أَسَاسَ الْمَسَائِلِ الَّتِي يُثِيرُهَا تَطْبِيقُ الْقَانُونِ الدَّوْلِيِّ، بِشكْلِ عَامٍ، مِنْ طَرَفِ الْقَضَاءِ الدَّاخِلِيِّ لِلدَّوْلِ.

خطة الدراسة:

لِمُعَالَجَةِ مُخْتَلَفِ إِشكَالِيَّاتِ هَذَا الْبَحْثِ، ارْتَأَيْنَا تَقْسِيمَ مَنَهْجِيَّةِ الدَّرَاسَةِ إِلَى فَصْلَيْنِ. تَتَوَلَّوْنَا مِنْ خِلَالِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ وَضَعَ الْقَانُونِ الدَّوْلِيِّ فِي ظِلِّ النِّظَامِ الْقَانُونِيِّ الدَّاخِلِيِّ، وَهَذَا مِنْ خِلَالِ مَبْحَثَيْنِ، عَالَجَ الْأَوَّلُ مِنْهُمَا آليَّاتِ الْإِتْرَامِ الدَّوْلِيَّةِ بِالْإِتْفَاقِيَّاتِ الدَّوْلِيَّةِ، فِي حِينِ تَتَوَلَّوْنَا الْمَبْحَثُ الثَّانِي عِلَاقَةَ الْقَانُونِ الدَّوْلِيِّ بِالْقَانُونِ الدَّاخِلِيِّ.

أما الفصل الثاني فخصصناه لسُلطات القاضي الوطني في مادة الرقابة على الإتفاقيات الدولية، من خلال مراقبة القاضي الوطني لشروط تطبيق الإتفاقيات الدولية (المبحث الأول) و سلطة القاضي الوطني في تفسير الاتفاقيات الدولية (المبحث الثاني)، لنختم البحث بخلاصة عامة ومركزة لأهم النتائج التي توصلنا إليها.

المنهج المعتمد في الدراسة:

عبر مختلف مراحل الدراسة إعتدنا، بشكل أساسي، على المنهج التحليلي. والحقيقة أن طبيعة الموضوع استلزمت ذلك من خلال دراسة مختلف القرارات القضائية المعتمدة في البحث وتحليلها وإستنباط المبادئ التي كرستها، ومحاولة إخضاعها للنقد قصد تجاوز نقائصها. كما لا يخلو الأمر من إستخدام أسلوب المقارنة حال مقارنة القواعد القانونية والإجتهاادات القضائية.

من حيث المراجع، حاولنا الإعتداد قدر المستطاع على الحديث منها، وحاولنا كذلك تتبع تطورات الإجتهاد القضائي الأجنبي المتعلقة بمادة البحث بغية الإستفادة من تجارب قانونية عريقة في هذا المجال.

حقيقة، هناك العديد من النقاط في البحث مستهلكة علمياً، لسبق تناولها في المراجع والأطروحات المختلفة. لكن ومع ذلك، فمن الضروري إعادة إعطاء لمحة عنها حفاظاً على التلاحم المنطقي لهذا الدرس. ومن جهة أخرى، قدمنا كذلك للعديد من النقاط التي، وعلى حد إطلاعنا، لم يسبق للمراجع العربية تناولها.

الفصل الأول
وضع القانون الدولي
في النظام القانوني الداخلي

الفصل الأول

وضع القانون الدولي في النظام القانوني الداخلي

يعدّ تدخل القاضي الوطني في عملية الرقابة على إنفاذ الاتفاقيات الدولية، تطبيقاً وتفسيراً، تدخلاً بعدياً؛ تالياً لنفاذ الاتفاقية الدولية في النظام القانوني للدولة. ولذلك، سندرس في هذا الفصل آليات إلزام الدولة بالمعاهدات الدولية (المبحث الأول) ثم نتطرق إلى دراسة العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي (المبحث الثاني).

المبحث الأول

إلزام الدولة بالاتفاقيات الدولية.

إن تطبيق المعاهدات الدولية، باعتبارها نصوصاً قانونية تدرج في النظام القانوني للدولة وتسمو عليه، هو من المهام الطبيعية للقاضي الوطني، حال فصله في المنازعات. غير أن هذا الإنفاذ القضائي للمعاهدات الدولية يخضع لشروط. ويحدّد الدستور الوطني لكل دولة، عادة، شروط إلزام الدولة بالاتفاقيات الدولية، و السلطة المختصة بذلك.

في الجزائر، تنص المادة 150 من دستور 1996 على أن المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون. أما في فرنسا، فدستور الجمهورية الخامسة للعام 1958 ينص في المادة 55 منه أن المصادقة النظامية على المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية ونشرها يجعلها تسمو على القانون مع مراعاة التطبيق المتبادل من الأطراف الأخرى. (أي مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل)¹. وهكذا، يتعين على القاضي الوطني، وقبل الشروع في تطبيق أحكام الاتفاقيات الدولية، التأكد من التصديق عليها ونفاذها داخل الدولة. فالتحقّق من وجود الإتفاقية الدولية هو أول شرط لتطبيقها. وبذلك، يقع على القاضي في تحييث حكمه، إلزام التأكد من أن

1- l'article 55 de la Constitution de la Cinquième République française dispose que: *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserves, pour chaque accord ou traité de son application par l'autre partie.*

المعاهدة مُصادق عليها من طرف السلطة المختصة في الدولة¹ وأن التصديق جاء بعد إستيفاء القيود التي قد يوجبها الدستور² كما يشير في حكمه الى المرسوم الرئاسي الذي بموجبه تمت المصادقة على المعاهدة الدولية و ينكر رقم وتاريخ صدور مرسوم التصديق ويشير إلى رقم الجريدة الرسمية الصادر فيها، ولأطراف النزاع مساعدة القاضي في ذلك. إن التزام الدولة بالاتفاقيات الدولية يأخذ عدة أشكال قانونية. فقد تلتزم الدولة بالمعاهدة بالتصديق عليها أو بالتوقيع أو بالإنضمام إليها.

المطلب الأول

التوقيع *La signature*

عادة ما تنص المعاهدات المتعددة الأطراف، كمعاهدات حقوق الإنسان مثلا، على التوقيع رهناً بالتصديق أو القبول أو الموافقة. وفي هذه الحالات، لا يفرض فعل التوقيع التزامات قانونية على الدولة.

بيد أن التوقيع يشير بالفعل إلى اعترام الدولة إتخاذ خطوات للالتزام بالمعاهدة في تاريخ لاحق. وبعبارة أخرى، يمثل التوقيع خطوة تمهيدية على طريق التصديق. كما أن التوقيع ينشئ التزاماً بالامتناع، بحسن نية، عن الأفعال التي تناقض هدف الاتفاقية وغرضها. والنص على التوقيع رهناً بالتصديق يُتيح للدول الوقت اللازم للتماس الموافقة على المعاهدة على الصعيد المحلي ولسن أي تشريعات ضرورية لتنفيذ المعاهدة داخلياً، قبل أن تتحمل الالتزامات الدولية بموجب المعاهدة³.

وفي هذا الصدد، تنص المادة 18 من إتفاقية فيينا لعام 1969، تحت عنوان الالتزام بعدم تعطيل غرض ومقصد المعاهدة قبل بدء نفاذها على ما يلي:

1- حسب المادة 91 فقرة 9 من الدستور الجزائري: فإن رئيس الجمهورية يضطلع، بالإضافة إلى السلطات التي تخولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، بسلطة إبرام المعاهدات الدولية والمصادقة عليها.

2- المادة 149 من الدستور الجزائري تنص على أن: "رئيس الجمهورية يصادق على اتفاقيات الهدنة، ومعاهدات السلم والتحالف والاتحاد، والمعاهدات المتعلقة بحدود الدولة، والمعاهدات المتعلقة بقانون الأشخاص، والمعاهدات التي تترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة، والاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف المتعلقة بمناطق التبادل الحر والشراكة وبالتكامل الاقتصادي، بعد أن توافق عليها كل غرفة من البرلمان صراحة."

3- الأمم المتحدة. نظام معاهدات حقوق الانسان. نيويورك وجنيف. 2012. ص.65.

"تكون الدولة أو المنظمة الدولية ملزمة بالامتناع عن إتباع أعمال من شأنها أن تعطل غاية ومقصد المعاهدة:

أ / إذا كانت تلك الدولة أو تلك المنظمة قد وقّعت على المعاهدة أو تبادلت الصكوك المكوّنة لها رهناً بالتصديق أو القبول أو الموافقة، وذلك إلى أن تفصح تلك الدولة أو تلك المنظمة عن نيّتها بالألا تصبح طرفاً في المعاهدة؛ أو

ب/ إذا كانت تلك الدولة أو تلك المنظمة قد أعربت عن رضاها بالالتزام بالمعاهدة ريثما يبدأ نفاذها وبشرط ألا يؤخر ذلك دون مسوغ بدء النفاذ".

وللدولة الموقّعة أيضاً حقوق معيّنة. إذ أن لها الحق في أن تصبح طرفاً في المعاهدة التي تكون قد وقّعت عليها وتكون قد تلقّت إشعارات ومراسلات الإيداع المتعلقة بتلك المعاهدة (انظر المادة 77 من اتفاقية فيينا لعام 1969)¹.

كما قد تعبر الدولة عن إرضائها الإلتزام بمعاهدة ما بتوقيع ممثلها عليها إذا نصت المعاهدة على أن يكون للتوقيع هذا الأثر أو إذا ثبت بطريقة أخرى أن الدول المتفاوضة كانت قد إتفقت على أن يكون للتوقيع هذا الأثر أو إذا بدت نية الدولة في إعطاء التوقيع هذا الأثر في وثيقة تفويض ممثلها أو عبرت عن ذلك أثناء المفاوضات. وكذلك، يعتبر التوقيع بالأحرف الأولى على نص المعاهدة من قبيل التوقيع على المعاهدة إذا ثبت أن الدولة المتفاوضة قد إتفقت على ذلك. ويعتبر التوقيع بشرط الرجوع إلى الدولة على معاهدة، من جانب ممثل الدولة، من قبيل التوقيع الكامل عليها إذا أجازته الدولة بعد ذلك.

تشكّل عملية التوقيع على المعاهدة شأنًا من الشؤون الرسمية جداً، لذا غالباً ما يقوم رئيس الدولة بالتوقيع على المعاهدات الدولية الهامة في مراسيم خاصة. ولكن في الإتفاقيات المتعدّدة الأطراف تعقد دورة خاصة ليقوم الممثلون المخولون بالتوقيع على المعاهدة. وعندما يكون قبول المعاهدة أو تصديقها أو الموافقة عليها واجبا، يصبح التوقيع مجرد عملية شكلية تعني أن ممثلي الدول قد وافقوا على قبول النص وتحويله إلى حكوماتهم لإتخاذ القرار اللازم بالقبول أو الرفض².

1- الأمم المتحدة. دليل الأحكام الختامية للمعاهدات المتعددة الأطراف. منشورات الأمم المتحدة. 2005. ص. 24.

2- طالب رشيد يادكار. مبادئ القانون الدولي العام. الطبعة الأولى. أبريل. 2009. ص. 99، 100.

المطلب الثاني

التصديق *La ratification*

هو تصرف قانوني تعبر بموجبه الدولة عن إرادتها بالالتزام بالاتفاقية¹. فهو الإجراء الذي تثبت به الدولة على الصعيد الدولي موافقتها على الالتزام بالمعاهدة، ولكي تكتسب المعاهدة التي تم توقيعها توقيعاً نهائياً وصف الإلزام لأطرافها من الدول، لابد من تصديقها، أي الحصول على إقرار السلطة المختصة داخل الدولة للمعاهدة التي تم توقيعها².

ولما يتعلّق الأمر بمعاهدات حقوق الإنسان، فيكون التصديق عن طريق إيداع صكّ تصديق لدى الأمين العام للأمم المتحدة. ويطلق أيضاً مصطلح القبول والموافقة على نفس هذا المدلول.

لا يتحقّق إنعقاد المعاهدة ونفاذها إلا من خلال تبادل وثائق التصديق ويتم ذلك في محضر اجتماع يسمى محضر تبادل التصديقات. أو من خلال إيداع وثائق التصديق لدى الجهة المختصة أو الوديع؛ وهو أحد الدول الأطراف في المعاهدة. وتتبادل التصديقات، تدخل المعاهدة في حيز النفاذ الدولي، كما أشارت إلى ذلك المادة 16 من إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات بالنص على أن "وثائق التصديق تعبر عن موافقة الدولة على الإلتزام بالمعاهدة متى تم: أ) تبادلها بين الدول المتعاقدة؛ ب) إيداعها لدى جهة الإيداع؛ ج) إخطار الدول المتعاقدة أو جهة الإيداع بها، إذا ما تم الاتفاق على ذلك".

وبما أن التصديق هو تصرف قانوني تقوم به الدولة، ويخضع لسلطتها التقديرية فهو محكوم بمبدأ حرية التصديق. وتتجلى هذه الحرية³ من خلال:

1- **عدم تحديد موعد للتصديق:** فالدولة حرة في إختيار الوقت المناسب لإجراء

عملية التصديق، وليس للتصديق أجل محدد، ما لم تقضي المعاهدة، صراحة، بخلاف ذلك.

1- Joe Verhoeven. *Droit international public*. Edition Larcier. Belgique. 2000. p.384.

2- علي خليل إسماعيل الحديثي. القانون الدولي العام: المبادئ والأصول. الجزء الأول. دار النهضة العربية. القاهرة. 2010. ص.45.

3- علي خليل إسماعيل الحديثي. المرجع نفسه. ص.47.

2- رفض التصديق: فقد تمنع الدولة عن التصديق لأسباب عديدة من بينها: تغير الظروف التي أبرمت المعاهدة لأجلها؛ أو تجاوز المفاوضات حدود صلاحياته المنصوص عليها في وثيقة التفويض؛ أو بسبب إكراه ممثل الدولة على التوقيع على المعاهدة.

ويشكل الإمتناع عن التصديق عملا غير ودي تجاه الطرف الآخر. غير أنه ومن ناحية قانونية، لا يؤدي إمتناع الدولة عن التصديق لإثارة مسؤوليتها الدولية، ما لم تنص المعاهدة نفسها على أنها ملزمة بمجرد التوقيع عليها، ففي هذه الحالة تكون ملزمة بتنفيذها دولياً، تحت طائلة المسؤولية الدولية.

ويحدّد الدستور الداخلي لكل دولة السلطة المختصة بالتصديق على المعاهدات، فقد تكون السلطة التنفيذية دون سواها هي المختصة بذلك، أو السلطة التشريعية. وقد يختار المؤسس الدستوري بأن تكون لكلا السلطتين صلاحية التصديق على المعاهدات، كل في حدود إختصاصها الدستوري.

وقد ثار الخلاف حول المعاهدات التي تحتاج إلى المصادقة¹. فيرى بعض الفقهاء أن التصديق ضروري في حالة واحدة فقط وهي عندما يعترزم أطراف المعاهدة على التصديق بوضوح. وهذا هو موقف بريطانيا. بينما يرى آخرون أن التصديق ضروري ما لم تنص المعاهدة على خلافه. فالولايات المتحدة الأمريكية تستثني نوع واحد فقط من المعاهدات من التصديق وهي الإتفاقات التنفيذية *executive agreements*.

كما أثرت لدى الفقه، أيضاً، مسألة التصديق الناقص. فعندما يكون التصديق مشروطاً بموافقة السلطة التشريعية في الدولة (البرلمان) في بعض أنواع المعاهدات، كتلك المتعلقة بالتجارة الدولية والملاحة والصّح و ترسيم الحدود وغيرها، أين لا تكون نافذة، حسب الدستور الوطني، إلا إذا وافق عليها البرلمان، حتى وإن صادق عليها رئيس الجمهورية دون مراعاة الشروط الدستورية، وتم تبادل التصديقات على هذا الأساس. فما حكم تجاوز رئيس الدولة سلطته وتصديقه على المعاهدة دون الحصول على موافقة البرلمان، خلافاً لما

1- طالب رشيد يادكار. مرجع سابق. ص. 101.

يتطلبه دستور دولته؟ وماهي القيمة القانونية لهذا التصديق المصطلح عليه بالتصديق الناقص؟

ظهرت ثلاث اتجاهات تناولت المسألة¹. الأول، يذهب إلى اعتبار المعاهدة المصادق عليها من طرف رئيس الجمهورية صحيحة ومنتجة لآثار مقبولة على المستوى الدولي متى تم تبادل التصديقات بشأنها. أما الإتجاه الثاني فيرى بطلان التصديق الناقص، إذ لا يمكن ترتيب الأثر القانوني مالم تكون المعاهدة مستكملة للشروط الدستورية في الدولة. أما الإتجاه الأخير فيرى أنه على الرغم من بطلان التصرف إلا أنهم يعتبرون المعاهدة نافذة كجزء للدولة، ويرتبون نفس الأثر الذي يترتب عليه التصديق الصحيح. وفي كل الحالات، درج الفقه والقضاء الدوليين على اعتماد الإتجاه الأول، فالمادة 47 من إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، تنص على أنه "إذا خضعت سلطة ممثل الدولة في التعبير عن موافقتها للإلتزام لمعاهدة معينة لقيّد محدد، فإن عدم إلتزامه بهذا القيد لا يجوز أن يتخذ حجة لإبطال الموافقة التي عبر عنها الممثل (...)".

ويبدو من السوابق القضائية في هذا المجال، أن الدول لا تميل إلى فكرة إمكان إبطال المعاهدة بدعوى أنها لم تراعى عند التصديق عليها الشروط الدستورية كاملة، إلا في حالات إستثنائية وفي حدود ضيقة جدا².

وقد سنحت الفرصة لمحكمة العدل الدولية، مؤخرا، لتأكيد الشروط الصارمة المتطلبة في إثارة قواعد القانون الداخلي كسبب لبطلان المعاهدة، في قضية الحدود البرية والبحرية بين الكاميرون ونيجيريا.

1- علي خليل إسماعيل الحديثي. مرجع سابق. ص.ص 49-51. أنظر أيضا: شارل روسو. القانون الدولي العام. ترجمة عبد المحسن سعد وشكر الله خليفة. الأهمية للنشر والتوزيع. بيروت. 1987. ص.ص 51-52.

2- علي صادق أبو هيف. القانون الدولي العام. القسم الثاني. الطبعة 12. منشأة المعارف. الإسكندرية. 2015. ص.ص 419-421.

المطلب الثالث

الإلتزام أو الموافقة.

يعرّف الإلتزام بأنه: العقد القانوني الذي تخضع بموجبه دولة لأحكام المعاهدة، مع أنها لا تكون طرفاً في معاهدة دولية¹. فهو الفعل الذي تعرب به الدولة التي لم توقع على المعاهدة عن موافقتها على أن تصبح طرفاً في هذه المعاهدة عن طريق إيداع "صك انضمام" لدى الأمين العام للأمم المتحدة. وللاضمان نفس الأثر القانوني الذي هو للتصديق أو القبول أو الموافقة. بيد أن الانضمام، على عكس التصديق، الذي يجب أن يسبقه التوقيع لإنشاء واجبات قانونية ملزمة بموجب القانون الدولي، لا يتطلب إلا خطوة واحدة وهي إيداع صك الانضمام. وتتوقف الظروف التي قد يحدث في ظلها الانضمام والإجراءات المتعلقة بذلك على أحكام المعاهدة المعنية. وعادة ما يُستخدم الانضمام من جانب الدول الراغبة في الإعراب عن قبولها الإلتزام بمعاهدة ما بعد انقضاء الموعد النهائي للتوقيع عليها². بيد أن كثيراً من المعاهدات المتعددة الأطراف الحديثة تنص على الانضمام حتى عندما يظل باب التوقيع على المعاهدة مفتوحاً³.

1- شارل روسو. مرجع سابق. ص.54.

2- الانضمام، كوسيلة تستخدمها الدولة لتصبح طرفاً في معاهدة، تستخدمه عادة الدول التي تود أن تعبر عن موافقتها على أن تكون ملزمة بمعاهدة ما إذا لم تكن قادرة، مهما كان السبب، على التوقيع عليها. ويمكن أن يحدث ذلك إذا انقضى الموعد النهائي للتوقيع وإذا حالت الظروف المحلية دون قيام الدولة بالتوقيع على المعاهدة. والانضمام هو أيضاً إجراء يمكن أن تتخذه دولة جديدة إذا لم تكن راغبة في أن تكون ملزمة في الحال عن طريق الخلافة التي يكون مفعولها سارياً عادة في التاريخ الذي تصبح فيه الدولة الجديدة مسؤولة عن شؤونها الدولية، ما لم يكن من الممكن تحديد ذلك التاريخ. فمثلاً، انضمت الصرب والجبل الأسود إلى اتفاقية منع جريمة إبادة الأجناس والمعاقبة عليها لعام 1948، في 12 مارس 2001. أنظر:

الأمم المتحدة. دليل الأحكام الختامية للمعاهدات المتعددة الأطراف. مرجع سابق. ص.27.

3- الأمم المتحدة. نظام معاهدات حقوق الإنسان. نيويورك وجنيف. 2012. ص.66.

المطلب الرابع

الاتفاقيات ذات الشكل المبسط

Accords en forme Simplifiée

وهي نمط من المعاهدات التي تنتهي إجراءات إبرامها بالتوقيع عليها ومن دون الحاجة إلى تصديقها. أي أن الدولة وبموجب هذا الشكل من المعاهدات تعلن عن ارادتها نهائياً بالالتزام بالمعاهدة في مرحلة التحرير والتوقيع دون حاجة لمراحل لاحقة أخرى¹. وتسمى هاته الإتفاقيات في الممارسة الأمريكية بـ "agreements". فحسب القانون الأمريكي، فللرئيس الأمريكي إبرام الإتفاقيات ذات الشكل المبسط دون أن ينتظر موافقة مجلس الشيوخ. هذا الأخير الذي يعد الهيئة المخولة بمنح القوة الإلزامية للإتفاقية الدولية *treaty making power*². إن عوامل السرعة والبساطة، وعدم الحاجة للجوء إلى السلطة التشريعية، أدت إلى تزايد إنتشار هذا النوع من الإتفاقيات.

ومن أبرز خصائص الإتفاقيات الدولية ذات الشكل المبسط، أنها تصبح ملزمة بمجرد التوقيع، هذا الأخير يضمن الوظائف الأربع لهذا النوع من الإتفاقيات (توثيق نص المعاهدة "إعتماد الصياغة النهائية"، تحديد الزمان والمكان، تكريس موافقة الوزير المفوض، القوة الملزمة)³.

وهكذا، وبإندراجها في النظام القانوني الداخلي، وفق إحدى الصيغ السابقة، تصبح الإتفاقية الدولية بمثابة القانون بل وتسمو على القانون، وبالتالي فالقاضي الوطني ملزم بتطبيقها. ولا يجوز للقاضي أن يتدرع في حكمه بأن الطرف المتمسك بالإتفاقية لم يثبت نصوصها أو محتواها، فالقاضي هو الخبير الأول بالقانون وعليه يقع عبء إثباته، طبقاً للقاعدة اللاتينية الشهيرة (أعطني الوقائع أعطيك القانون)، بل وللقاضي أن يكيّف وقائع النزاع ويطبق عليها النصوص القانونية دون أن يتقيد بتكييف الخصوم. ويسري ذلك على

1- علي خليل إسماعيل الحديثي. مرجع سابق. ص.50.

2- Benjamin Mulamba Mbuyi. *Introduction à l'étude des sources modernes du droit international public*. Les presses de l'université Laval. Canada. 1999. P.102.

3- David Ruzié, Gérard Teboul. *Droit international public*. 22^e édition. Paris. Dalloz. 2013. P.37.

النصوص القانونية الدولية. فالتكييف عمل قانوني بحت، يهدف إلى إدخال الوقائع في فئة قانونية ما محددة مسبقاً.

غير أنه، وأمام ظاهرة تضخم المرجعية القانونية الدولية، بشكل متسارع، الأمر الذي أصبح معه من الصعب إمام القاضي الوطني بكل تلك النصوص وهو ما يحتم عليه اللجوء الى وزارة الخارجية وطلب موقف الدولة من إتفاقية أو معاهدة ما، لا سيما في حالة الإتفاقيات ذات الشكل المبسط أين تزداد الصعوبة في تثبيت القاضي من إدراج المعاهدة في النظام القانوني للدولة من عدمه كون نفاذ الإتفاقية يكون بمجرد توقيعها.

المطلب الخامس

التحفظات والإعلانات التفسيرية.

Les réserves et les déclarations interprétatives.

تعرف اتفاقية فيينا لعام 1969، التحفظ بأنه إعلان من جانب واحد، أيًا كانت صيغته أو تسميته، تصدره الدولة لدى قيامها بالتوقيع أو التصديق على معاهدة أو موافقتها عليها أو انضمامها إليها، مستهدفة به استبعاد أو تغيير الأثر القانوني لأحكام معينة في المعاهدة لدى تطبيقها على تلك الدولة (انظر المادة 02 (1) (د)). وتستخدم اتفاقية فيينا لعام 1986 تعريفاً مماثلاً (انظر المادة 02 (1) (د)). والتحفظات تقيد أو تغير آثار المعاهدات ولكنها يمكن أن تساعد على النهوض بالعلاقات الدولية وذلك بتمكين الدول من المشاركة في معاهدات لم تكن لتشارك فيها لولا التحفظات. والتحفظات على المعاهدات المتعددة الأطراف تثير التساؤل المباشر عن مقبوليتها وصلاحها. ولقد شهدت ممارسة الأمين العام تطور القانون المتعلق بالتحفظات. وفي بعض المجالات، لم تكن اتفاقية فيينا لعام 1969 قد ارتأت مثل هذه التطورات¹.

1- لتفاصيل أكثر، حول مسألة التحفظات راجع: جميل محمد محسن. دراسات في القانون الدولي العام. الكتاب الأول: المقدمات والمصادر. جامعة بنها. 2007-2008. ص.136. أنظر أيضاً، طالب رشيد يادكار. مرجع سابق. ص.102.

ينبع حقّ الدّول في التّحفّظ إزاء المعاهدات الدوليّة من مبدأ سيادة الدّولة. لذا يمكنها أن ترفض الموافقة على بعض أحكامها بحيث لا تكون ملزمة بالنسبة لها. إن السماح بتقويض المعاهدة عن طريق إجراء التّحفّظ من قبل مجموعة كبيرة من الدّول سيعرّض الممارسة برمتها على الخطر، وربما سيؤدي ذلك إلى القضاء على الغرض من إبرام المعاهدة والإنسياق إلى إثارة بعض المشاكل في العلاقات بين الدول. ولا تنبثق مثل تلك المشاكل في حالة المعاهدات الثنائية لأن التّحفّظ من جانب أحد الأطراف إزاء مشروع المعاهدة يحتم العودة إلى إجراء المفاوضات ثانية. إذ لا يمكن تصور وجود إتفاق بين طرفين عندما يرفض أحدهما قبول أحكام المعاهدة. والحالة ليست بهذا الشكل في المعاهدات الجماعية، فهنا يجوز لكل دولة أن تعارض بمفردها بعض الأحكام المعينة عن طريق الإعلان عن رغبتها في إستبعادها كلياً أو فهمها لها بطريقة معينة. ويجب التفريق بين التّحفّظ وبعض المواقف الأخرى التي تتخذ إزاء المعاهدات بدون أن يكون الهدف منها إحداث الآثار الناجمة عن التّحفّظ مثل مذكرة التفاهم والتصريحات السياسية أو الإعلانات التفسيرية التي لا يكون القصد من ورائها خلق آثار ملزمة إزاء المعاهدة المعنية وإنما هو إتخاذ مواقف سياسية إزاء قضايا داخلية لا أكثر¹.

غير أنه لا يجوز للدولة إبداء التّحفّظ على المعاهدة في عدة حالات منها:

- (1) إذا كان التّحفّظ محظوراً في المعاهدة²؛
- (2) إذا كانت المعاهدة تجيز تحفظات معينة ليس من بينها ذلك التّحفّظ؛
- (3) إذا كان التّحفّظ مخالفاً لموضوع المعاهدة والغرض منها. وفي الحالات التي لا تشملها الحالتان السابقتان يجب أن يتم التّحفّظ، والقبول الصريح له والإعتراض عليه كتابة ويجب أن يرسل إلى الدّول المتعاقدة والدّول الأخرى التي من حقها أن تصبح أطراف في المعاهدة. إذا أبدى التّحفّظ وقت التوقيع على المعاهدة بشرط التصديق أو القبول أو الموافقة فإنه يجب على الدولة المتحفّظة أن تؤكد رسمياً لدى التعبير عن إرضائها الإلتزام

1- طالب رشيد يادكار. مرجع سابق. ص. 103.

2- على غرار إتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لسنة 1982، التي تمنع المادة 309 منها إبداء التّحفّظات. غير أن المادة 310 من نفس الإتفاقية، تجيز وضع الإعلانات التفسيرية. وكذلك يمنع نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، في مادته المائة والعشرون، إبداء التّحفّظات.

بالمعاهدة، ويعتبر التحفظ في هذه الحالة قد تم من تاريخ صدور هذا التأكيد (المادة 23 فقرة 1 و2 من إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات للعام 1969).

ولا يحتاج التحفظ الذي تجيزه الإتفاقية صراحة، إلى أي قبول لاحق من قبل الدول المتعاقدة الأخرى، ما لم تنص المعاهدة على خلاف ذلك. وإذا تبين من العدد المحدود للدول المتفاوضة ومن موضوع المعاهدة والغرض منها أن سريان المعاهدة برمتها بين جميع الأطراف هو شرط أساسي لإرتضاء كل منها الإلتزام بالمعاهدة، فإن أي تحفظ يحتاج لقبول جميع هذه الأطراف. وأما إذا كانت المعاهدة أداة منشئة لمنظمة دولية فينطلب التحفظ قبول الفرع المختص في هذه المنظمة ما لم تنص المعاهدة على خلاف ذلك.

وعادة ما ترفض هيئات معاهدات حقوق الإنسان "التحفظات العامة"، وتشرط بأن يكون التحفظ واضحاً ودقيقاً. ومع ذلك، ينبغي عدم الخلط بين "التحفظ العام" الذي يتسم بعدم دقة مضمونه وعموميته وبين "التحفظ الواسع النطاق" الذي يتعلّق بالطريقة التي تنوي بها الدولة أو المنظمة الدولية التي تعرب عنه، تطبيق المعاهدة في مجموعها، ولا يؤخذ عليه بالضرورة إفتقاره إلى الدقة بما أنه يتناول جانباً محدداً من جوانب المعاهدة. وأصبحت التحفظات واسعة النطاق تشكل ممارسة شائعة اليوم ولم تثر من حيث هي كذلك أي إعتراضات خاصة¹.

تنجم عن التحفظات بعض الآثار القانونية الهامة. فالتحفظ بالنسبة للدول المتحفظة في علاقاتها بالطرف الآخر يعدّل نصوص المعاهدات التي ورد هذا التحفظ بشأنها وفي الحدود الواردة فيه، كما يعدّل هذه النصوص في نفس الحدود بالنسبة للطرف الآخر في مواجهة الدول المتحفظة. بينما لا يترتب على التحفظ تعديل نصوص المعاهدة بالنسبة للأطراف الأخرى فيها في علاقاتها بعضها ببعض. ولكن، إذا إعترضت دولة على تحفظ صادر عن دولة أخرى ولم تعترض مع ذلك على نفاذ المعاهدة بينها وبين الدولة المتحفظة فإن نصوص المعاهدة التي ورد عليها التحفظ لا تسري بين الدولتين في حدود هذا التحفظ².

1- الأمم المتحدة. الجمعية العامة. الوثائق الرسمية. الدورة السادسة والستون. الملحق 10. تقرير لجنة القانون الدولي للدورة الثالثة والستون. نيويورك. 2012. ص.52.

2- طالب رشيد يادكار. مرجع سابق. ص.104.

ويجوز للدولة التي أبدت التحفظ أن تسحب التحفظ في أي وقت كان ولا يشترط لإتمام السحب رضا الدولة التي كانت قد قبلت التحفظ كما يجوز للدول التي إعتضت على التحفظ أن تسحب إعتراضها في أي وقت. سحب التحفظ وسحب الإعتراض عليه لا ينتجان أثرهما إلا عندما تتلقى الدولة المعنية إبلاغا بذلك.

وجدير بالذكر، أن لجنة القانون الدولي أدرجت في جدول أعمالها سنة 1993، موضوع "القانون والممارسة المتعلقان بشأن التحفظات على المعاهدات". ثم ظهرت دراسة التحفظات في شكل "دليل ممارسة" يتضمن توجيهات وتعليقات. بعد عشرين سنة، وفي العام 2011، إعتمدت لجة القانون الدولي الصياغة النهائية لدليل الممارسة¹. وتضمن الدليل: (1) تعريفات (للتحفظات والإعلانات التفسيرية)، (2) الإجراءات (شكل وإعلان التحفظات، الإجراءات المتعلقة بالإعلانات التفسيرية، صياغة الإعتراضات)، (3) صحة مضمون التحفظات و الإعلانات التفسيرية، (4) الآثار القانونية للتحفظات والإعلانات التفسيرية، (5) التحفظات، قبول التحفظات، الإعتراض على التحفظات والإعلانات التفسيرية في حالة خلافة الدول².

كما يمكن للدولة أن تتخذ أسلوب الإعلان التفسيري إزاء بعض بنود المعاهدات الدولية. ويمكن تعريف الإعلان التفسيري، حسبما جاء في دليل الممارسة بشأن التحفظات للجنة القانون الدولي، بأنه "إعلان إنفرادي، أي كانت تسميته أو صيغته، تصدره الدولة أو منظمة دولية، وتهدف به إلى تحديد أو إيضاح معنى أو نطاق المعاهدة أو بعض أحكامها"³. فهو عمل إنفرادي؛ من جانب واحد، تصدره الدولة أو المنظمة الدولية، في أي وقت كان؛ ولو بعد دخول المعاهدة حيز التنفيذ، ويهدف لإعطاء معنى واضح ودقيق لبعض أحكام المعاهدة.

1- الأمم المتحدة. الجمعية العامة. الوثائق الرسمية. الدورة السادسة والستون. الملحق 10. تقرير لجنة القانون الدولي للدورة الثالثة والستون. نيويورك. 2012.

2- David Ruzié, Gérard Teboul. *Droit international public*. Op.cit. p.41.

3- الأمم المتحدة. الجمعية العامة. الوثائق الرسمية. الدورة السادسة والستون. الملحق 10. تقرير لجنة القانون الدولي للدورة الثالثة والستون. نيويورك. 2012. ص.03.

ويحدّد طابع الإعلان الإنفرادي، كتحتفظ، أو إعلان تفسيري، بالأثر القانوني الذي يقصد صاحب الإعلان إحداثه. ولتحديد ما إذا كان الإعلان الإنفرادي الي تصوغه الدولة أو المنظمة الدولية بشأن إحدى المعاهدات يُشكّل تحفظاً أو إعلاناً تفسيريّاً، ينبغي تفسير الإعلان بحسن نية وفقاً للمعنى المعتاد الذي ينبغي إعطاؤه لمصطلحاته، بغية تحديد نية صاحب الإعلان، في ضوء المعاهدة التي يتعلق بها الإعلان. وتعتبر الصيغة أو التسمية التي تعطى للإعلان الإنفرادي مؤشراً للأثر القانوني المقصود.

وعندما تحظر المعاهدة إبداء تحفظات على جميع أحكامها أو على أحكام معينة منها، فإن أي إعلان إنفرادي تصوغه الدولة أو المنظمة الدولية فيما يتعلّق بهذه الأحكام لا يشكل تحفظاً. ومع ذلك، يشكل هذا الإعلان تحفظاً إذا كان يهدف إلى إستبعاد أو تعديل الأثر القانوني لأحكام معينة من المعاهدة أو للمعاهدة ككل فيما يتعلّق ببعض الجوانب المحددة في تطبيق هذه الأحكام على صاحب الإعلان.

وتثار، هنا، مسألة التحفظ المقنع، أو الإعلانات التفسيرية المشروطة. هذه الأخيرة تعرف، ودائماً حسب لجنة القانون الدولي، بأنها "الإعلانات الإنفرادية التي تصوغها الدولة أو المنظمة الدولية عند التوقيع أو التصديق على معاهدة أو إقرارها رسمياً أو قبولها أو الموافقة عليها أو الإنضمام إليها، أو الذي تصوغه الدولة عندما تقدم إشعاراً بالخلافة في معاهدة، والذي تخضع بموجبه تلك الدولة أو المنظمة الدولية موافقتها على أن تلتزم بالمعاهدة، لتفسير محدد للمعاهدة أو لبعض أحكامها. وتخضع الإعلانات التفسيرية المشروطة لنفس القواعد المطبقة على التحفظات"¹.

ومناطق الصعوبة في التمييز بين الإعلان التفسيري والتحفظ، في أن كليهما يعد إعلاناً إنفرادياً. فضلاً على عدم أهمية الصيغة أو التسمية التي تستخدمها الجهة التي تصدره. ولا تتردد الدول والمنظمات الدولية في الاعتراض إزاء الإعلانات الإنفرادية التي تقدمها الجهات التي تصدرها بوصفها من الإعلانات التفسيرية، في الاعتراض عليها وإعتبارها

1- الأمم المتحدة. الجمعية العامة. الوثائق الرسمية. الدورة السادسة والستون. الملحق 10. تقرير لجنة القانون الدولي للدورة الثالثة والستون. مرجع سابق. ص. 04.

صراحة من التحفظات¹.

غير أن الهدف من التحفظات هو "إستبعاد أو تعديل الأثر القانوني لأحكام معينة من المعاهدة عند تطبيق هذه الأحكام" على الجهة التي تصدرها أو لبعض الجوانب من المعاهدة ككل. أما الإعلانات التفسيرية، فتتشد، كما يستشف من تسميتها، هدفاً مختلفاً: فهي تهدف إلى تفسير المعاهدة ككل أو أحكام معينة من المعاهدة.

ولا يتقيد تقديم الإعلانات التفسيرية بفترة زمنية محددة، على غرار ما ينص عليه تعريف التحفظات. هذه الأخيرة تصدرها الدولة أو المنظمة الدولية عند التوقيع على معاهدة أو التصديق عليها أو إقرارها رسمياً أو قبولها أو الموافقة عليها أو الإنضمام إليها أو عند تقديم دولة ما إشعاراً بالخلافة في معاهدة.

والمثير للدهشة، أن الدول تحاول الإنفاف على "القيد الزمني" المنصوص عليه للحق في صوغ التحفظات، بتقديمها، أحياناً، بعد إنقضاء الأجل، على أنها إعلانات تفسيرية. كما هو الحال بالنسبة للإعلان الإنفرادي الذي قدمته يوغوسلافيا بشأن معاهدة حظر وضع الأسلحة النووية وغيرها من أسلحة الدمار الشامل على قاع البحار والمحيطات وفي باطن أرضها لعام 1971. والإعلان الإنفرادي الذي قدمته مصر بشأن إتفاقية بازل المتعلقة بمراقبة حركة النفايات الخطرة عبر الحدود والتخلص منها. في كلتا الحالتين، أثار هذان "الإعلانان" إحتجاجات الأطراف المتعاقدة الأخرى مدفوعة بحقيقة أن الإعلانين هما في الواقع تحفظان. وفي الحالة الثانية، بحقيقة أن المادة 26 من إتفاقية بازل (التي تحظر التحفظات) لا تسمح لأي دولة بأن تقدم إعلانات في حدود معينة إلا "عند التوقيع أو التصديق على هذه الإتفاقية أو قبولها أو الموافقة عليها أو إقرارها... أو الإنضمام إليها". وإستدلالاً بالصد، يتضح أنه إذا كان الأمر يتعلق بإعلانات تفسيرية حقيقية (وإذا لم تكن

1- هناك أمثلة عديدة لا حصر لها في هذا الصدد. على سبيل المثال، إعتراض هولندا على الإعلان التفسيري للجزائر بخصوص الفقرتين 3 و 4 من المادة 13 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية، الاجتماعية والثقافية للعام 1966. ورد فعل ألمانيا على إعلان أشارت فيه حكومة تونس إلى أنها لن تتخذ، لتطبيق إتفاقية حقوق الطفل، "أي قرار تشريعي أو تنظيمي يتعارض مع الدستور التونسي". وغيرها من الأمثلة. أنظر:

الأمم المتحدة. الجمعية العامة. الوثائق الرسمية. الدورة السادسة والستون. الملحق 10. تقرير لجنة القانون الدولي للدورة الثالثة والستون. مرجع سابق. ص. 88.

إتفاقية بازل قد حددت أي أجل) لكانت هذه الإعلانات قد قدمت في أوقات أخرى غير لحظتي التوقيع على المعاهدة أو الموافقة على الإلتزام بها¹.

والجدير بالذكر هنا، أن الدول أو المنظمات الدولية عندما تصوغ إعتراضات على تحفظات أو تتخذ ردود فعل تجاه إعلانات تفسيرية صاغتها دول متعاقدة أو منظمات متعاقدة أخرى، فإنها غالباً ما تطرح بدورها تفسيرها الخاص لأحكام المعاهدة. ولا يوجد للوهلة الأولى أي سبب يحول دون إعتبار هذه "المقترحات المضادة" إعلانات تفسيرية حقيقية أو على الأقل عندما ترمي إلى إيضاح معنى ونطاق المعاهدة في نظر صاحب الإعلان؛ غير أنها تصاغ بطبيعتها بعد التاريخ الذي يجوز فيه تقديم التحفظات.

ومع ذلك، تؤكد لجنة القانون الدولي أن عدم تحديد المبادئ التوجيهية للوقت الذي ينبغي إصدار الإعلانات التفسيرية فيه، جاء حرصاً على عدم تقييد حرية الدول والمنظمات الدولية في التصرف دون داع، وعلى عدم مخالفة الممارسة المستقرة، وأن ذلك لا ينبغي أن يعتبر تشجيعاً على صوغ مثل هذه الإعلانات في أوقات غير مناسبة. وحتى ولو لم تكن الإعلانات التفسيرية "البسيطة" (مقابل الإعلانات التفسيرية المشروطة) ملزمة للدول المتعاقدة أو المنظمات المتعاقدة الأخرى، فإن هذا الموقف قد يؤدي إلى إساءة إستعمال هذه الإعلانات ويكون مصدراً للصعوبات. ولتلافي ذلك، يجب أن يتجنب الأطراف في المعاهدة الإعلانات التفسيرية غير المرغوبة عن طريق القيام بطريقة تقييدية بتحديد الوقت الذي يمكن إصدارها فيه كما هو الحال مثلاً في إتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار² للعام 1982 وإتفاقية بازل المتعلقة بمراقبة حركة النفايات الخطرة عبر الحدود

1- الأمم المتحدة. الجمعية العامة. الوثائق الرسمية. الدورة السادسة والستون. الملحق 10. تقرير لجنة القانون الدولي للدورة الثالثة والستون. مرجع سابق. ص. 93.

2- المادة 310 منها: "لا تمنع المادة 309 [التي تستبعد التحفظات] الدولة من أن تصدر، عند توقيع هذه الإتفاقية أو التصديق عليها أو الانضمام إليها، إعلانات، لياً كانت صيغتها أو تسميتها، مستهدفة بذلك، من بين أمور أخرى، تحقيق التناسق بين قوانينها وأنظمتها وبين أحكام هذه الإتفاقية، على أن لا ترمي هذه الإعلانات إلى استبعاد أو تعديل الأثر القانوني لأحكام هذه الإتفاقية عند تطبيقها على تلك الدولة". هذه الإتفاقية تمنع التحفظات في المادة 309 منها. في حين أن المادة 310 منها تسمح بالإعلانات التفسيرية "البسيطة"، غير أنها قيّدتها بمدة زمنية معينة، خروجاً عن الممارسة العامة المعتادة، بعدم تقييد الإعلانات التفسيرية، بفترة زمنية محددة.

والتخلص منها¹.

ومع ذلك، لا يمكن أن يستخلص من عدم تناول المبدأ التوجيهي للوقت الذي يجوز فيه صوغ الإعلان التفسيري أن الإعلانات التفسيرية يمكن في جميع الحالات أن تقدم في أي وقت²:

- من جهة، لأن هذا ما قد تمنعه رسمياً المعاهدة ذاتها؛
- ومن جهة أخرى، لأنه يبدو أنه لا مجال لأن تقدم دولة أو منظمة دولية إعلاناً تفسيرياً مشروطاً في أي لحظة من عمر المعاهدة: فالتساهل بهذه الطريقة يجعل قدراً غير مقبول من الشك يخيم على وجود ونطاق الإلتزامات التي تفرضها المعاهدة؛
- وأخيراً، فحتى الإعلانات التفسيرية البسيطة لا تصاغ في أي وقت ولا تعدل ما دامت الدول المتعاقدة أو المنظمات المتعاقدة الأخرى لم تقبلها صراحة أو لم تنشئ إغلاقاً حكماً في صالحها.

وهكذا، يمكن أن نخلص³ إلى أن الإعلانات التفسيرية تتميز أساساً عن التحفظات بالهدف الذي تنشده الدولة أو المنظمة الدولية التي تقدمها: فالدولة أو المنظمة الدولية تهدف بصوغ التحفظ إلى استبعاد أو تعديل الأثر القانوني لأحكام معينة من المعاهدة (أو لبعض الجوانب المحددة من المعاهدة ككل) تجاهها؛ وتهدف بصوغ الإعلان التفسيري إلى توضيح أو تحديد المعنى والنطاق اللذين تنسبانهما للمعاهدة أو لأحكام معينة من أحكامها. وبعبارة أخرى:

1- المادة 26 منها "1- لا يجوز إصدار تحفظات على هذه الاتفاقية أو استثناءات منها. 2- لا تمنع الفقرة الأولى من هذه المادة دولة و/أو منظمة للتكامل الاقتصادي من أن تصدر، عند توقيع هذه الاتفاقية أو التصديق عليها أو قبولها أو الموافقة عليها أو إقرارها رسمياً أو الانضمام إليها، إعلانات أو بيانات، أيًا كانت صيغتها أو تسميتها، مستهدفة بذلك، من بين أمور أخرى، تحقيق التناسق بين قوانينها وأنظمتها وبين أحكام هذه الاتفاقية، على أن لا ترمي هذه الإعلانات إلى استبعاد أو تعديل الأثر القانوني لأحكام هذه الاتفاقية عند تطبيقها على تلك الدولة".

2- الأمم المتحدة. الجمعية العامة. الوثائق الرسمية. الدورة السادسة والستون. الملحق 10. تقرير لجنة القانون الدولي للدورة الثالثة والستون. مرجع سابق. ص.ص 94، 95.

3- الأمم المتحدة. الجمعية العامة. الوثائق الرسمية. الدورة السادسة والستون. الملحق 10. تقرير لجنة القانون الدولي للدورة الثالثة والستون. مرجع سابق. ص. 98.

• يتوقف تصنيف الإعلان الانفرادي بأنه تحفظ على ما إذا كان هدفه استبعاد أو تعديل الأثر القانوني لأحكام معينة من المعاهدة عند تطبيقها على الدولة أو المنظمة الدولية التي يصدر عنها الإعلان؛

• يتوقف تصنيف الإعلان الانفرادي بأنه إعلان تفسيري على ما إذا كان هدفه تحديد أو توضيح المعنى أو النطاق الذي ينسب له الإعلان إلى المعاهدة أو إلى بنود معينة من أحكامها.

ومن المفيد هنا، أن نشير إلى قضية بيلوس ضد سويسرا، التي فصلت فيها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. فالسيدة بيلوس شاركت في مظاهرة في سويسرا، أين تم توقيفها وإتْيادها إلى مركز شرطة المقاطعة وألْزمت بدفع غرامة جزافية. وبعد إستنفادها لسبل الإنتصاف الداخلية، قدمت شكوى أمام اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان. وفي هذه القضية ناقشت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، مسألة الإعلان التفسيري الذي قدمته سويسرا للمادة 06 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، بأنها "سوف تفسر المادة 06 من الإتفاقية، طبقاً للنظام القضائي السويسري". وهكذا، إعتبرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بأن "صيغة النص الفرنسي الأصلية للإعلان السويسري، وإن كانت لا توفر الوضوح التام إلا أنه يمكن فهمها على أنها تحفظ"، وأنه يتعين "التحقق من النية الأصلية لصاحب الإعلان" وأنه و"لأجل إثبات الطابع القانوني لهذا الإعلان، يجب النظر إلى ما وراء العنوان المطلق عليه والسعي إلى تحديد المضمون الموضوعي له". ثم قامت المحكمة بإعادة تكييف الإعلان الذي أبدته سويسرا تحت مسمى "الإعلان التفسيري" وإعتبرته تحفظاً وطبقت عليه شروط صحة التحفظات الخاصة بالإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان: "وفي هذه القضية يتبين أن سويسرا كانت تريد إستبعاد بعض فئات المنازعات من نطاق تطبيق الفقرة 1 من المادة 06 واثقاء تفسير تعتبره فضفاضاً لهذه الفقرة. بيد أن المحكمة يجب أن تسهر على تفادي إخضاع الإلتزامات المترتبة على الإتفاقية لقيود لا تفي بشروط المادة 64 المتعلقة بالتحفظات. ومن ثم، فإنها ستنظر، من زاوية هذه المادة، في صحة هذا الإعلان التفسيري كما تفعل في حالة التحفظ"¹. وخلصت المحكمة الأوروبية

1- الأمم المتحدة. الجمعية العامة. الوثائق الرسمية. الدورة السادسة والستون. الملحق 10. تقرير لجنة القانون الدولي

لحقوق الإنسان، بعد إعادة تكييف "الإعلان التفسيري" لسويسرا إلى أنه "تحفظ"، وإخضاعه لمراقبة صحته، إلى "عدم صحة التحفظ السويسري، لا سيما على ضوء الشروط الواردة في المادة 64 من الإتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية (...). ولكن لا شك أن سويسرا ملزمة وتعتبر نفسها ملزمة بالإتفاقية بغض النظر عن صحة الإعلان"¹. وبعد أن اعتبرت المحكمة أن الإعلان التفسيري لسويسرا لا يتطابق مع المادة 64 من الإتفاقية، إنتهت للقول بأن "سويسرا تبقى ملزمة بالإتفاقية رغم عدم صحة إعلانها". أي أنه ورغم بطلان التحفظ، تبقى الدولة ملزمة ومقيدة بالمعاهدة.

ويمكن الإستنتاج مما سبق، أن الإعلان التفسيري لا يمكن أن يعدل "الأثر القانوني لأحكام معينة من المعاهدة أو للمعاهدة ككل فيما يتعلق ببعض الجوانب المحددة. وسواء كان التفسير صحيحا أم لا، فإن صاحبه يبقى ملزما بأحكام المعاهدة. وهذا بالتأكيد هو المعنى الذي ينبغي أن يعطى لفتوى المفوضية الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية بيلوس، التي أكدت فيها أن إعلانا تفسيريا "يمكن أن يؤدي دورا في تفسير مادة من الإتفاقية. لكن في حال توصل المفوضية أو المحكمة إلى تفسير مختلف، تكون تلك الدولة ملزمة بهذا التفسير"².

وهكذا، فالدولة (أو المنظمة الدولية) لا تتحرر، بإعتمادها على التفسير الذي إقترحته من طرف واحد، من حظر إنتهاك التزاماتها الدولية. وفي حال عدم توافق تفسيرها مع "المعنى العادي الذي يعطى لتعابير المعاهدة في السياق الذي ترد فيه وفي ضوء موضوع المعاهدة وغرضها، قد يكون السلوك الذي إتبعه صاحب الإعلان في إطار تنفيذ المعاهدة مخالفا لما هو مطلوب منه بموجب التزاماته التعاھدية.

وفي الحالات التي تتخذ فيها دولة أو منظمة دولية من تفسيرها شرطا يعتمد عليه التزامها بالمعاهدة، وذلك بصوغ إعلان تفسيري مشروط، فإن الوضع يختلف نوعاً ما. وحتماً، إذا ظل التفسير الذي يقترحه صاحب الإعلان وتفسير المعاهدة الذي تعطيه جهة ثالثة مآذون لها منسجمين، فلن تكون هناك صعوبة؛ إذ أن الإعلان التفسيري يبقى تفسيرياً

للدورة الثالثة والستون. مرجع سابق. ص.583.

1- المرجع نفسه. ص.723.

2- المرجع نفسه. ص.754.

فحسب ويمكن أن يؤدي في عملية تفسير المعاهدة دوراً مطابقاً لدور أي إعلان تفسيري آخر. لكن في حال عدم توافق تفسير صاحب الإعلان التفسيري مع تفسير المعاهدة المحدد موضوعياً من جانب طرف ثالث محايد (باتباع قواعد إتفاقيتي فيينا)، سوف تنشأ مشكلة: إذ يعني هذا أن صاحب الإعلان لا ينوي الالتزام بالمعاهدة إذا فسرت على هذا النحو، وإنما ينوي الالتزام، فقط، بالنص التعاهدي المفسر والمطبّق بالطريقة التي اقترحها. وقد اشترط إذن منح موافقته على أن يلزم بالمعاهدة بـ "تفسير" خاص لا يتوافق -من الناحية الفرضية- مع المعنى العادي الذي يُعطى لتعابير المعاهدة في السياق الذي ترد فيه وفي ضوء موضوعها وغرضها. وفي هذه الحالة -وحدها دون غيرها- يحدث الإعلان التفسيري المشروط آثار التحفظ في حال استيفاء الشروط الملائمة. وهكذا، يبرر هذا الاحتمال الذي لا يمثل احتمالاً فرضياً فحسب، أن يكون الإعلان التفسيري هذا خاضعاً للوضع القانوني نفسه الذي يطبّق على التحفظات، رغم أنه لا يرمي، حسب نصّه، إلى تعديل المعاهدة. وكما تم التشديد عليه: "بما أن الدولة المعلنة تتمسك بتفسيرها بصرف النظر عن التفسير الصحيح للمعاهدة، فهي تهدف إلى استبعاد أو تعديل أحكام المعاهدة. ولذلك، فإن النتائج الناشئة عن إبداء التحفظات ينبغي أن تنطبق على هذا الإعلان". بيد أنه في حالات الإعلان التفسيري البسيط، لا يغيّر اقتراح تفسير غير متفق مع أحكام المعاهدة من موقف صاحب التفسير تجاه المعاهدة بأي شكل من الأشكال. بل هو يبقى ملزماً بأحكامها ويتعين أن يحترمها. وقد أعرب ماكري أيضاً عن هذا الموقف بقوله: "كل ما في الأمر أن الدولة أعربت عن رأيها في تفسير المعاهدة، وهو رأي قد يؤخذ به أو لا يؤخذ في أي إجراءات تحكيمية أو قضائية. وعند تقديم هذا التفسير، لم تستبعد الدولة أي إجراءات تفسيرية لاحقة ولا هي استبعدت إمكانية رفض تفسيرها. ومن ثم، فما لم تكن الدولة المبدية للتحفظ لا تزال تتوخى إصدار تفسير رسمي نهائي قد يتعارض مع رأيها الخاص، فليس ثمة أي سبب للتعامل مع الإعلان التفسيري على غرار محاولة تعديل المعاهدة أو تحويلها". وبرغم أن الإعلان التفسيري لا يؤثر من ثم في القيمة المعيارية والطابع الإلزامي للالتزامات الواردة في المعاهدة، فإنه لا يخلو مع ذلك من بعض التأثير أو الإسهام بشكل ما في تفسيرها. وكما أشارت لجنة القانون الدولي في معرض دراسة

مسألة صحة الإعلانات التفسيرية فإن "لكل دولة، بمقتضى سيادتها، الحق في أن تبين المعنى الذي تعطيه للمعاهدات التي هي طرف فيها، في حدود ما يخصها. ويعزى ذلك إلى حاجة المستهدفين بالقاعدة القانونية إلى تفسير هذه القاعدة بالضرورة ليتسنى تطبيقها والوفاء بما عليهم من التزامات"¹.

والإعلانات التفسيرية إنما هي أولاً وقبل كل شيء تعبير عن التصور الذي يتكون لدى الأطراف عن التزاماتهم الدولية الناشئة عن المعاهدة. وهي تشكل وسائل لتحديد النية التي تحدد الدول أو المنظمات المتعاقدة عند اضطلاعها بالتزاماتها التعاقدية. وبناء على ذلك، لما كانت الإعلانات التفسيرية عنصراً من عناصر تفسير المعاهدة، فقد أكد الاجتهاد القضائي والفقهاء القانوني ضرورة أخذها في الحسبان في سياق العملية التعاقدية. وفي هذا الصدد، يوضح ماكري ما يلي: "ذلك في الواقع هو ممكن الأهمية القانونية التي يتسم بها الإعلان التفسيري، لأنه يقيم الدليل على النية التي سنفسر المعاهدة في ضوءها". ويؤكد وجهة نظر أخرى، من ناحية، أن التفسير غير المقبول أو الذي لا يقبله بعض الأطراف لا يمكن أن يشكل عنصر تفسير بموجب المادة 31 من اتفاقية فيينا؛ بيد أنها تضيف، من ناحية أخرى، أن: "ذلك لا يحول دون إمكانية استخدامه، وفقاً لشروط معينة، كمؤشر دال على توافق الإرادة المشتركة لدى الأطراف". وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي الرأي نفسه، وحصراً بوضوح الغرض من الإعلان التفسيري الصادر عن الحكومة الفرنسية ودوره في تفسير المعاهدة فحسب: "مسئلاً بأن الحكومة الفرنسية شفعت توقيعها بإعلان تفسيري، حددت فيه المعنى والنطاق اللذين تنوي إعطاءهما للميثاق أو لبعض أحكامه في ضوء الدستور؛ وبأن مثل هذا الإعلان الانفرادي لا قوة معيارية له، فيما عدا أنه يشكل صكاً يتصل بالمعاهدة ويساعد في تفسيرها، في حالة وقوع خلاف"².

وهكذا، خلصت لجنة القانون الدولي إلى صياغة مبدأ مفاده أن الإعلان التفسيري لا يؤثر في الحقوق والالتزامات الناشئة عن المعاهدة، من ناحية، وأن الآثار الناجمة عنه تنحصر في عملية التفسير، من ناحية أخرى.

1- الأمم المتحدة. الجمعية العامة. الوثائق الرسمية. الدورة السادسة والستون. الملحق 10. تقرير لجنة القانون الدولي للدورة الثالثة والستون. مرجع سابق. ص. 756.

2- المرجع نفسه. ص. 757.

في الأخير، تجدر الملاحظة أن القاضي الوطني يجب أن يدقق في التحفظات أو التصريحات التفسيرية¹ التي قد تتقدم بها الدولة إزاء بعض بنود تلك الإتفاقيات الدولية. فبعد أن يقوم بعملية تكييف العمل الإنفرادي للدولة، هل هو تحفظ أم إعلان تفسيري، بصرف النظر عن تسميته أو صيغته، وبعد مراقبة شروط صحته، حسب الحالة، يقوم باستبعاد أحكام البند الدولي محل "التحفظ الصحيح" من التطبيق، في حين يتعين عليه تطبيق أحكام البند الدولي، على نحو المعنى المعطى أو النطاق الذي جاء في الإعلان التفسيري للدولة.

كما أنه يتعين على القاضي أن يميز بين الإتفاقية الدولية والعرف الدولي؛ فالقاعدة الإتفاقية الدولية، تلزم الدول التي تعهدت بها عن طريق التصديق. ومن حيث المبدأ، لا ترتب الإتفاقيات الدولية آثارها إلا على الدول التي التزمت بها. أما القاعدة العرفية الدولية، فتطبق مبدئياً، إما على جميع دول المعمورة (العرف الدولي العام) أو على دول في إقليم جغرافي محدد (العرف الدولي الإقليمي). وهكذا، تجد الدول نفسها خاضعة للأعراف الدولية، دون ان تكون قد ارتضت صراحة الإلتزام بها أو شاركت في إنشائها؛ فتطبق عرف دولي على دولة ما لا يرتبط بألية المصادقة². وهكذا، يبقى الإشكال مطروحاً، بخصوص سلطة القاضي في الأخذ بعرف دولي إستقر على استبعاد تطبيق الإلتزام دولي ما.

1- الأمم المتحدة. دليل الاحكام الختامية للمعاهدات المتعددة الأطراف. مرجع سابق. ص 37.

2- Christian BEHRENDT, Frédéric BOUHON. *Introduction à la Théorie générale de L'état*. Edition Larcier. Belgique. 2009. pp 405-406.

المبحث الثاني

علاقة القانون الدولي بالقانون الداخلي.

كلاسيكياً، تنازعت مسألة العلاقة بين القانون الدولي و القانون الداخلي نظريتان هما: نظرية وحدانية القانون *La conception moniste* ونظرية ازدواجية القانون *La conception dualiste*.

على مستوى العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي¹، يجب التسليم، كمبدأ، بعدم كفاية القانون الدولي بذاته *n'est pas autosuffisant* (عيب النقص)؛ فلا يوجد في القانون الدوليّ مشرع ولا تنفيذي ولا هيئة قضائية مركزية؛ مما يتعيّن معه الرجوع إلى الدول لضمان تطبيق قواعده. وهو ما جعل *Georges Scelles* يقول بالدور الوظيفي المزدوج للدولة «*Dédoublement fonctionnel*» فنكون بذلك العون المنفّذ للقانون الدولي *l'agent d'exécution du droit international*. إن القانون الدوليّ ينصّ على القواعد والالتزامات ولكنه لا ينصّ أبداً على آليات تطبيقها، وهنا يلعب القانون الداخليّ دوراً حاسماً، ففعالية القانون الدوليّ مرتبطة بشكل كبير بالقانون الداخليّ؛ فالقانون الدوليّ يحتاج للقانون الداخليّ لتطبيقه ولكن ليس لإيجاده.

إن قواعد القانون الدوليّ ليست قواعد صادرة عن المؤسسات التشريعية للدولة ولا عن مؤسسيها فلا هي بالقواعد الدستورية ولا التشريعية وهو ما يطرح إشكالية موقع هذه القواعد في الهرم القانوني للدولة.

تستمد قواعد القانون الدوليّ إلزاميتها من مبدأ أن "العقد هو قانون المتعاقدين *Pacta sunt servanda*" الذي يعني إلزام الدول بإحترام الاتفاقات فيما بينها. لكن، وعلى خلاف القانون الداخليّ، فإن إحترام هذا المبدأ لا يستند على قاعدة أساسية، هي من حيث الأصل، علياً. ومن ثم فتطبيق هذه القواعد يكون موضوع شروط تضعها الأنظمة القانونية للدول. وهو ما يفسر وجود نظامين أساسيين متعايشين على أرض الواقع هما النظام المفرد والنظام المزدوج؛ وكلاهما يشكل مدرسة بحد ذاتها.

1- Joe Verhoeven. *Droit international public*. Op.cit. p.450.

المطلب الأول نظرية الإزدواج القانوني.

في الحقيقة، يُعتبر النظام المزدوج محفزاً لإستقبال وتفعيل قواعد القانون الدولي داخل النظام القانوني للدولة. ويقوم، أساساً، على وجود إجراء خاص لإستقبال القواعد الدولية. هذه النظرية هي وليدة المدرسة الوضعية الإرادية¹، وأبرز روادها *Heinrich Triepel* و *Anzilotti Dionisio*. ولاقت رواجها في الدول التي تعتمد منظومتها على السابقة القضائية *common law*. وحسب هذه النظرية، فهناك جدار فاصل بين النظام القانوني الداخلي والقانون الدولي². ول يتم تطبيق قواعد هذا الأخير يتعين إدراجها في النظام الوطني في شكل قانون. وعندما يُسن القانون خصيصاً لهذا الغرض فالحقوق والإلتزامات تصبح مندمجة *incorporated* في المنظومة القانونية الداخلية. في ظل هذا النظام، المبدأ الأول هو أن الإختصاص الدستوري الممنوح للسلطة التنفيذية للإلتزام بالمعاهدات هو، كمبدأ عام، دون موافقة مسبقة للسلطة التشريعية. أما المبدأ الثاني، فإن السلطة العليا هي للمشرع في سن القوانين تحت ظل الدستور. ففي المملكة المتحدة، هذا التقسيم للسلطات وُجد في القرن السابع عشر بين الملك والبرلمان. فسلطة التشريع هذه تُمارس كلياً في البرلمان، رغم ما يحتفظ به التاج من بعض "الصلاحيات الملكية" - التصرف دون موافقة البرلمان - في النظام القانوني الإنجليزي (*common law*) كقيادة العلاقات الدولية و إبرام المعاهدات. هذه الخصوصية في تقسيم السلطات ورثت للكثير من المستعمرات البريطانية السابقة، والولايات المتحدة هي الاستثناء الرئيسي في ذلك³.

إن القانون الدولي مختلف ومنفصل تماماً عن القانون الداخلي، فضلاً عن عدم وضوحه وعدم دقته، والعكس بالنسبة للأنظمة القانونية الداخلية التي تتميز بالتعددية

1- Terry Olsen, Paul Cassia. *Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*. PUF. 2006. p.37.

2- Sean Van Raepenbusch. *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*. 3^e édition. Larcier. Belgique. 2001. P.360.

3- Anthony Aust. *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge University Press. London. 2007. pp.187-188.

والاستقلالية. من جهة أخرى، فالقانون الداخلي مُستقل مُطلقاً عن القانون الدولي؛ فلكل منهما مصادره الخاصة، واكتفائه الذاتي ومنطقه الخالص.

هناك، إذن، تمييز وفصل واضح بين كل من النظامين القانونيين الداخلي والدولي. وهو ما يعبر عنه بالمفهوم الإرادي التام للقانون الدولي؛ وهو مفهوم يقترب من مفهوم السيادة؛ كون السيادة مستمدة من القانون الدولي¹. وبهذا يكون هذا المفهوم مرتكزا على السيادة بمفهومها الأدبي: السلطة.

تقليدياً، مبررات هذه النظرية مستمدة من ثلاث حجج. الأولى تتعلق بموضوع كلا القانونين: فالقانون الداخلي موضوعه تنظيم الدولة؛ في حين أن القانون الدولي يقوم على تسوية العلاقات بين الدول. الحجة الثانية تتجه إلى أطراف القانونين: فالقانون الداخلي يتعلق بالأفراد؛ بينما يعنى القانون الدولي بالدول. وحجة أخيرة محلها المصادر المختلفة لكلا القانونين: فمصدر القانون الداخلي هو الإرادة المنفردة للدولة: الدستور والتشريع؛ غير أن مصدر القانون الدولي هو الإرادة المشتركة للدول: المعاهدات².

وهكذا، تقوم النظرية المزدوجة على تفرقة جوهرية-مبدئية فاصلة بين كلا القانونين. ولكنها، تأخذ بمسألة الارتباط بين كلا النظامين القانونيين. فالقاعدة، في ظل هذه النظرية، هي افتراض وجود تصرف إستقبالي *un acte d'introduction* للقانون الدولي في النظام الداخلي؛ أي وجود نص قانوني يتم عبره تحويل القواعد الدولية إلى المنظومة القانونية للدولة³. وبذلك، يرتبط القانون الداخلي بالقانون الدولي، من خلال عملية نقل تلك القواعد الدولية. وكل قاعدة دولية يجب إدراجها بخصوصية؛ فالتسليم باستقلالية كلا النظامين القانونيين يفرض عملية التحويل هاته. إن التصرف الاستقبالي يسمح بإدراج القانون الدولي في النظام الداخلي؛ وبدونه فلا وجود لأي ارتباط بين القانونين. فيتم موطنه القاعدة الدولية (جعلها وطنية) بواسطة تقنية الإستقبال؛ التي تتم بواسطة قانون يُدمج تلك

1- Michel Pâques. *Droit public élémentaire en quinze leçons*. Larcier. Belgique. 2005. p.327.

2- Christian Behrendt, Frédéric Bouhon. *Introduction à la Théorie générale de l'État*. Larcier. Belgique. 2009. pp.454-459.

3- Pieter van Dijk, Godefridus J. H. Hoof, G. J. H. Van Hoof. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Third Edition. Martinus Nijhoff Publishers. 1998. p.16.

النصوص الدولية¹. وبذلك، يصبح للاتفاقيّة المُدمجة في النظام الداخلي نفس نظام القانون الوطني: فيمكن أن تُعدّل أو تُلغى بقانون لاحق. مع ذلك، وفي ظروف خاصّة ومحدودة، يُمكن للمحاكم البريطانية، الأخذ بالمعاهدات غير المدرجة داخليا في شكل قانون. فقد تم منع متابعة لاجئ قدم طلب توظيف مرفق بوثائق مزورة لأن إتفاقيّة اللاجئين² لسنة 1951 في المادة 31-1 منها لا تسمح بتوقيع عقوبات جزائية على اللاجئين دون تصريح رسمي. برغم أن هذا البند ليس مدرجا بشكل صريح في قانون المملكة المتحدة³.

إذن، تعتبر بريطانيا النموذج الأمثل للنظام المزدوج. فليتم ترتيب آثار قانونية لأي إتفاقيّة دولية يتعين وجود تصرف إستقبالي ناقل. والأمر نفسه في إيطاليا. في ظل الأنظمة التي تأخذ بالسابقة القضائيّة لا يمكن، من حيث المبدأ، لأي قاعدة أن تتفوق أو تسمو على القانون لأن هذا الأخير سيّد ويحتل مكانة متفوقة في المنظومة القانونيّة.

ففي إنجلترا، مثلا، تتأتى القوانين من برلمان سيّد يمثّل الشعب ويمارس سلطة تحويل الإلتزامات الدوليّة إلى قوانين من عدمه⁴. ورغم أنه يرجع للناج الملكي صلاحيّات معيّنة في ميدان الشؤون الخارجيّة وإمكانية إدراج المعاهدات التي ترتبط بها الدولة على الساحة الدوليّة في النظام الداخلي، غير أن ذلك، يتم عملياً، بالرجوع إلى حكومتها التي تطلب من الأغلبية تبني الإلتزامات الدوليّة في شكل قانون⁵.

1- Joseph Kazadi Mpiana. *La Position du droit international dans l'ordre juridique congolais et l'application de ses normes*. Editions Publibook. France. 2013. pp.41-43.

2- صادقت الجزائر على الإتفاقيّة الخاصة بوضع اللاجئين لسنة 1951 بموجب المرسوم رقم 63-274 الممضي في 25 يوليو 1963. منشور في الجريدة الرسمية، العدد 52، المؤرخة في 30 يوليو 1963. ص 764. ويحدد المرسوم طرق تطبيق معاهدة جنيف المؤرخة في 28 جويلية 1951 والمتعلّقة بالقانون الأساسي للاجئين.

3- Anthony Aust. *Modern Treaty Law and Practice*. Op.cit. p.188.

4- التقليد البريطاني، يتبنى النظرية المزدوجة. وهو ما يسمح، نظرياً، بحماية سيادة البرلمان من التأثير الناتج عن الإلتزامات البريطانية في القانون الدولي أو قانون المجموعة الأوروبيّة، في أغلب الحالات. مع ذلك، لا يفوتنا التذكير بأن القانون الأوروبي المشترك يتميز بنوع من الخصوصيّة في هذا المجال، نعرض له لاحقاً. أما الموقف البريطاني من القانون الدولي العرفي فيتبنى نظرية "الوحدانيّة"، مع تفضيل القانون الداخلي في حالة التنازع.

5- بريطانيا تتبنى نظام عدم الإدماج التلقائي *la non incorporation* للقانون الدولي. تفسر بريطانيا عدم إحتواء نظامها القانوني لإعلان حقوق الإنسان، مثلا، بأن الحكومة تعتبر بأنه ليس من دور الهيئة التشريعية أن تمنح الحقوق والحريات لأفراد المجتمع؛ فهم يتمتعون بها طبيعياً. فتلك الحقوق متأصلة ومحمية في القانون البريطاني. أنظر:

وعبر هذا النظام، فوجود التصرف الإستقباليّ يسمح بتحويل قواعد ذات منشأ دوليّ إلى قانون داخلي. ومع ذلك، نتجت عن هذا بعض الصعوبات العمليّة، كون القاعدة الدوليّة المحوّلّة إلى قانون ستكون لها نفس درجة القانون العادي. وهنا قد يحدث التنازع. فعندما يتم ادراج الإتفاقية الدوليّة بموجب قانون، يخالف قانون داخلياً آخر، فتطبق قاعدة القانون اللاحق يلغي القانون السابق *lex posteriori derogate lex priori*. ومع ذلك، فقد يتم خرق الإتفاقية الدوليّة (المحوّلّة إلى قانون) بأي قانون لاحق.

إذن، مجمل هذه النظرية، هو وجود نظامين قانونيين مختلفين ومنفصلين تماماً؛ والرابط بينهما حصراً هو التصرف الإستقباليّ التحويلي. وبالنتيجة، فالقانون الداخلي الذي يخالف القانون الدولي يبقى صحيحاً وسارياً من وجهة النظر الداخلية. ومن ناحية دولية، فإنه يرتب المسؤولية الدوليّة للدولة. وتجازي هذه المسؤولية تقصير الدولة؛ غير أنها لا تمتد لإتخاذ الإجراءات اللازمة لإعادة الفعالية للقواعد الدوليّة المنتهكة¹.

فعلى سبيل المثال، إتفاقية الأمم المتحدة لمنع التعذيب، يجب على الدولة أن تتبنى قانوناً يتضمن إعادة صياغة مواد تلك الإتفاقية، وهو ما يسمح بمواطنتها *internaliser* في شكل قانون داخلي. وبصيرورة تلك الإتفاقية كقانون على المستوى الداخلي، تظهر مشكلة خرق أحكامه من طرف قانون لاحق عليه مما يعد خرقاً غير مباشر للإتفاقية نفسها. وهو ما حصل من طرف بريطانيا، مثلاً، التي سنت قانوناً يسمح باللجوء إلى التعذيب في حالة الإرهاب. من زاوية النظام الداخلي، هذا صحيح. ولكن من وجهة نظر دوليّة الأمر ليس كذلك².

فهذا الميكانيزم (القانون التحويلي/ التصرف الإستقبالي) يخلق لنا تنازعا في القواعد. فالقانون الداخلي اللاحق قد يخرق إتفاقية دوليّة (المحوّلّة، داخلياً، إلى قانون بنفس درجة القانون العادي) وبالتالي تلغيها طبقاً لقاعدة القانون اللاحق يلغي سابقه.

Jean Dhommeaux. *Monismes et dualismes en droit international des droits de l'homme*. In: *Annuaire français de droit international*. Volume 41. Editions du CNRS. Paris. 1995. p.453.

1- Antonio Truyol y Serra. *Recueil Des Cours-1985-IV. L'Académie de droit international de La Haye*. Martinus Nijhoff Publishers. 1992. pp.267-269.

2- Voir aussi : Ph. VINCENT, F. DEHOUSSE. *Droit international public*. Partim I. Notes de cours de Jean-Christophe Wérenne. 2001-2002. p.104.

ومن نتائج نظرية الإزدواج القانوني، أن القانون الدولي لا يمكن أن يرتب آثارا في المنظومة القانونية للدولة إلا بعد إدراجه في شكل قانون¹. فضلا على أن القانون الدولي لا يخاطب سوى الدول. هاته الأخيرة، وبارادتها المشتركة، تنشئ قواعد القانون الدولي التي تلتزم بها، بل وعند الإقتضاء بدون رضاها. وينظم القانون الدولي العلاقات بين الدول دون سواها. وهكذا، وبالنظر للطابع المزدوج للقانونين، فمن المستحيل نشوء تنازع بين قواعد القانون الدولي والداخلي، لإختلاف نطاق التطبيق².

إنقذت هذه النظرية من طرف أنصار المنهج المفرد. فكان النقد موجها، بالأساس، لأسس النظرية. وهكذا، فالقول بإختلاف مصادر كلا القانونين غير مؤسس؛ فكلا القانونين هو وليد الحياة الاجتماعية، مع إختلاف أسلوب التعبير عنه؛ فالقانون الدولي مصدره الإرادة المشتركة للدول المفرغة في معاهدات، في حين أن القانون الداخلي مصدره الإرادة المنفردة للدولة المعلن عنها في شكل قوانين. وفي نهاية المطاف فالمصدر واحد هو: الدولة.

أما القول بتباين أشخاص الخطاب التي يعنى بها كلا القانونين فهو منتقد أيضا. ذلك أن، القانون الدولي يخاطب الدول وهاته الأخيرة يعد الأفراد المركب الأساسي المكون لها؛ فبدونهم لا وجود للدولة. كما أن القانون الدولي، اليوم، يخاطب الأفراد مباشرة، فالفرد أضحي شخصا دوليا. ثم إن القانون الداخلي نفسه يخاطب أشخاصا مختلفة؛ ففي جزئه العام، يخاطب الدولة والأشخاص العامة، في حين يكفل القسم الخاص منه تنظيم العلاقات بين الأفراد.

1- Claude EMANUELLI. *L'application Des Traités Internationaux Et Des règles dérivées Dans Les Pays De Droit Civil Et De Common Law*. Revue générale de droit. Vol. 37. N°2. Éditions Wilson et Lafleur. France. 2007. p.272.

2- Dana Burchardt. *La primauté sous réserve? – Une analyse comparative de la hiérarchisation des normes nationales et internationales par les ordres juridiques internes*. actes du VIIIe Congrès mondial de l'Association internationale de droit constitutionnel. Mexico. 6-10 décembre 2010. p.04.

المطلب الثاني نظرية الوحدة القانونية.

يتواجد المنهج المفرد (نظام الوحدة)، أساساً، في الأنظمة القانونية المكتوبة؛ ويرتكز على اعتبار القانون الداخلي والقانون الدولي كوحدة تتكون من قواعد مترابطة ببعضها البعض. فعلى عكس النظرة المزدوجة، فالقانون الدولي متصل بالقانون الوطني وبالتالي مع النظام القانوني العالمي¹. وهكذا، فجوهر هذه النظرية يقوم على اعتبار الاتفاقية الدولية، ودون الحاجة لقانون، بمجرد التصديق عليها طبقاً للدستور، ملزمة للدولة. فتصبح جزءاً من القانون الداخلي²، تُدمج وتطبق فيه تلقائياً *self-executing*³. ومن ثم يمكن تصور كلا القانونين في هرم واحد تتدرج قواعده فتخضع القاعدة الدنيا للقاعدة الأعلى وهكذا. وهنا يطرح التساؤل عن أي القاعدتين أُسّمى من الأخرى؛ قاعدة القانون الدولي أم قاعدة القانون الداخلي؟

الحقيقة، أن أنصار هذه النظرية قد إنقسموا. ففريق ذهب إلى القول بعلوية القانون الدولي والآخر إلى سمو القانون الداخلي⁴. وهذا رغم إتفاقهم على فكرة وحدانية القانونين في كتلة جامعة، و يرى كل من أن الخيار بين أحد فرعي نظام الوحدة مرجعه لقرار سياسي؛ فلا توجد حجج كافية ترجح أحدهما على الآخر⁵.

1- Hans Kelsen. *General Theory of Law and State*. The Law book Exchange, Ltd. 2009. p.363.

2- Jean Dhommeaux. *Monismes et dualismes en droit international des droits de l'homme*. op.cit. p.450.

3- توصف الاتفاقية بأنها "ذاتية التطبيق" إذا لم تكن بحاجة لإدراجها في شكل تشريع، حتى تتفد. وبرغم التباين الموجود فهناك ثلاث صور عملية متفق على وجودها: الأولى، أن الدستور يفرض أن تكون الاتفاقية مصادقا عليها من قبل البرلمان، مع وجود إستثناءات لبعض انواع الإتفاقيات وفي بعض الحالات من الظروف. الثانية، تقوم على التمييز بين الإتفاقيات المصادق عليها لطبيعتها أو للموضوع الذي تتناوله؛ البعض يراها ذاتية التطبيق وآخرون يتطلبون وجود التشريع. الثالثة، تعتبر أن الإتفاقيات "ذاتية التطبيق" تشكل "قانون سام" يبطل كل قانون داخلي يتعارض معه سواء كان موجوداً أو سيوجد. أنظر:

Anthony Aust. *Handbook of International Law*. Cambridge University Press. London. 2010. p.76.

4- Christian Behrendt, Frédéric Bouhon. *Introduction à la Théorie générale de l'État*. Op.cit. p.461.

5- إن الخيار بين النظام المفرد وبين النظام المزدوج، أو بين أحد فرعي النظام المفرد، هو قرار سياسي بالدرجة الأولى. تتبناه الدولة، بناء على معطيات قانونية ومقتضيات سياسية.

ذهب التيار الأول إلى اعتبار القانون الدولي هو نتاج القانون الداخلي، مع سمو القانون الداخلي. فسميت هذه النظرية بـ "نظرية الوحدة القانونية مع سمو القانون الداخلي". فدستور الدولة، بإعتباره القانون الأسمى، هو من يحدد اختصاصات الدولة وسلطاتها ومن يصادقون بإسمها على المعاهدات الدولية. وطالما أن الدستور، بوصفه القانون الأساسي الأسمى، يعتبر جزءا من المنظومة الداخلية، هو مصدر سلطة الدولة في إبرام المعاهدات، فهاته الأخيرة تدنو القانون الداخلي مرتبة. وأساس هذا التوجه هو فكرة عدم وجود سلطة عليا تفوق سلطة الدولة، لذلك فهذه الأخيرة تلتزم دوليا بالمعاهدات، بمطلق إرادتها، وتسُن القوانين أيضا كذلك، كل ذلك في إطار أحكام الدستور الداخلي؛ وبالنتيجة فأحكام المعاهدات الدولية لا يمكن أن تتفوق على النصوص الداخلية.

رغم منطقية أساس هذه النظرية، غير أنها تقع في فخ منطقها الضيق. فالدولة، لا تلتزم فقط بالمعاهدات الدولية، ولكن أيضا بالأعراف الدولية، دون الحاجة لصريح إرادتها. أما التيار الثاني في مدرسة الوحدانية، فقد ذهب إلى القول بسمو القانون الدولي على القانون الداخلي. فالقاعدة الدولية ذات أثر تطبيقي مباشر، يطبقها القاضي الوطني بالأولوية على القواعد الداخلية؛ فهاته الأخيرة هي وليدة القانون الدولي. وبالنتيجة يتعين أن تتطابق كل القواعد الداخلية مع النصوص الدولية التي التزمت بها الدولة. وقد وضع *Kelsen* الأسس النظرية لهذا التيار عبر فكرته (المقاربة المعرفية لوحدة كل القوانين). وقد برر صاحب النظرية الخالصة للقانون هذا التوجه بفكرة أن قواعد القانون الدولي تعتبر صحيحة بالإستقلال -دون الحاجة- عن إعراف الدول بها. وبذلك تعتبر أساس صحة قواعد القانون الداخلي. موقف كلسن هذا، مناقض تماما للفكر التقليدي الذي "يمركز" مصدر صحة القواعد القانونية الدولية في القانون الداخلي للدول. وقد أكد الفقيه *viennois* بأن النظم القانونية للدول يجب أن تعتبر كنظم قانونية مفوضة سطحيا من القانون الدولي، وبنفس الفكرة فهي خاضعة له. وبمعنى آخر، فالقانون الدولي هو مصدر وجود الدول وليس -كما تزعم النظرية التقليدية- العكس. ويؤكد كلسن أن قواعد القانون الدولي هي من

تؤسس العناصر المنشئة للدول كالأقليم الحصري للدولة مثلا. كما أن قواعد القانون الدولي هي من تنظم الإرث التاريخي للدول وإنتهى كلسن إلى أن هذه الأفكار تلخص في "قاعدة سمو النظام القانوني الدولي"¹.

وهكذا، فمحاكم الدولة، حسب توجه المدرسة الوحدانية مع سمو القانون الدولي، تستبعد من التطبيق كل قاعدة داخلية لا تتطابق، في أي نقطة كانت، مع أحكام القانون الدولي؛ بما في ذلك القواعد الداخلية ذات المصنف الدستوري التي لا يمكن أن تطبق ما لم تتطابق مع الإلتزامات الدولية للدولة².

أنقد هذا التوجه. فالقول بتفرع القانون الداخلي عن الدولي يناقض الحقيقة التاريخية؛ ذلك أن الدولة كانت أسبق في الوجود من القانون الدولي. ومنها تشكلت المجموعة الدولية، وهي الكيان الوحيد الصانع للقانون³.

ورغم النقد الموجه لهذا الإتجاه، إلا أنه لا شك في مسعاه الرامي لتكريس علوية القانون الدولي وضمان تطبيقه رغم العوائق.

إذا ما حللنا الأسطر السابقة، فإننا سنجد ثلاث مفاهيم نظرية متميزة للعلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي للدول⁴.

1- حسب مدرسة الإزدواج القانوني، فكلا فئتي قواعد القانون الدولي والداخلي تتواجدان في مجموعتين متميزتين ومنفصلتين، في شكل خطين متوازيين لا يلتقيان مطلقا. وهكذا، تنطلق النظرية المزدوجة من مسلمة غياب القواعد الدولية من هرم قواعد القانون الداخلي: فهي -القواعد الدولية- لها هرمها الخاص، بجانب هرم القواعد الداخلية. بمعنى، أن الأولى تجد مضمونها في هرم مستقل عن الأخرى فيصبح التنازع بينهما مستحيلا منطقيا فكل من فئتي القانون مخاطبيها المختلفين وحالات تطبيقها المختلفة. فعندما تريد دولة ما، تتبنى النظام المزدوج، منح الأفراد الخاضعين لولايتها الإستفادة من حقوق واردة

1- Agustín José Menéndez, John Erik Fossum. *Law and Democracy in Neil MacCormick's Legal and Political Theory: The Post-Sovereign Constellation*. op.cit. p.463.

2- Ibid. P.462.

3- Donald R. Rothwell, Stuart Kaye, Afshin Akhtarkhvari, Ruth Davis. *International Law: Cases and Materials with Australian Perspectives*. Second Edition. Cambridge University Press. 2010. p.163.

4- Christian Behrendt, Frédéric Bouhon. *Introduction à la Théorie générale de l'État*. op.cit. pp. 464-465.

ضمن معاهدة هي طرف فيها، فينتعين عليها إعادة صياغة مضمون أحكام تلك الاتفاقية وإدخالها في القانون الداخلي بصياغة رسمية مماثلة لقواعد الاتفاقية؛ فتصبح بذلك قواعد تشريعية داخلية (كما سبق وأن رأينا في المثال البريطاني المتعلق بحقوق الإنسان).

2- المدرسة الوحدانية مع علو القانون الداخلي، ترى أن قواعد كلا القانونين -الدولي والداخلي- تتواجد في هرم وحيد ومندرج. هناك تناغم، إذن، بين القانونين تقوم معه فرضية تنازعهما، وهذا التنازع يتم حله بتفضيل القواعد الداخلية؛ كونها الأسمى. هذه المدرسة لا تفترض دائما سمو كامل القانون الداخلي على القانون الدولي العام، لكن فقط بعض قواعده؛ وبالنسبة للأخرى فهي تقبل بكونها في علاقة دونية مع القانون الدولي: ففي كثير من الدول التي تتبنى هذا النظام، فالتنازع بين القاعدة التشريعية وبين القاعدة الدولية، المصادق عليها نظاميا، يحسم لصالح هاته الأخيرة.

3- المدرسة الوحدانية مع علو القانون الدولي، نقول بإندراج كل القواعد -الداخلية والدولية- في هرم وحيد تتواجد قواعد القانون الدولي في قمته. هناك تفاعل، أيضا، بين كلا الفئتين. والتنازع بين قواعد القانون الداخلي والدولي يحسم لصالح هذا الأخير ولو في مواجهة قاعدة دستورية.

وهكذا، فلكل دولة، الحرية في الخيار بين المفاهيم الثلاثة الواردة أعلاه، والإختيار هنا سيؤثر حتما في سير النظام القانوني الداخلي.

المطلب الثالث

النظرية التعددية ورفض فكرة تدرجية القواعد.

تعتبر هذه النظرية هي الأكثر تطورا اليوم. وقد ولدت في مضمار معالجة مسألة وضع القانون الأوروبي المشترك في إطار هرم "تدرجية القواعد" البريطاني. أصبح مقبولا اليوم، باسم مبدأ سمو، ولأن المجموعة الأوروبية تشكل نظاما قانونيا جديدا للقانون الدولي " بحيث تحدّ الدول الأعضاء في الإتحاد من حقوقها في السيادة؛ فيعتبر القانون الأوروبي المشترك، نظريا، أسمى من القواعد الداخلية ذات القيمة تحت-الدستورية *infra-constitutionnelle*، أو في الحالة البريطانية، أسمى من القواعد

الداخلية ذات القيمة تحت-التشريعية *infra-législative*. وأصبح مقبولا أيضا، في المملكة المتحدة، أن الإتفاقيات و التنظيمات تسمو على التشريع الوطني السابق وهذا منذ تبني *European Communities Act* سنة 1972 (الذي أعاد تنظيم السلطة)، ومنذ خمسة عشر (15) سنة أصبحت تسمو حتى على القانون الوطني اللاحق لها، لأن تطبيقه يمكن استبعاده من طرف القضاة البريطانيين في حالة التنازع بين قاعدة أوروبية مشتركة وبين تشريع وطني. ولكن سمو القانون الأوروبي المشترك ليس مطلقا وبدون حدود؛ فهو لا يعلو على دساتير الدول الأعضاء ولا على "المقومات الأساسية" المعتبرة ذات قيمة دستورية في تلك الدول، ومثالها سيادة البرلمان البريطاني بالنسبة للمملكة المتحدة، و "الشروط الأساسية لممارسة السيادة" في فرنسا، و "هوية النظام الدستوري" في ألمانيا.

عبر سنوات عديدة، رجال السياسة كما الفقه وبعض القضاة البريطانيين، رفضوا فكرة ما يسمى بوجود تدرجية القواعد. فالحكومة العمالية لـ *Harold Wilson* من 1966 إلى 1970 أعلنت أن كل التدابير الأوروبية المشتركة التي ستطبق في المملكة المتحدة ستكون في مصف القواعد ذات قيمة "التشريع المنتخب" وهو ما يشير إلى ارتباط القانون الأوروبي المشترك بالقانون البريطاني أكثر من سموه عليه. أما من 1970 إلى 1974 فموقف الحكومة كان غامضا حول ضرورة سمو القانون الأوروبي المشترك، بالتأكيد على أنها "ليست مسألة إنقاص من السيادة الوطنية الأساسية" في حالة إنضمام المملكة المتحدة للاتحاد الأوروبي.

بعض القضاة أكدوا أن القانون الأوروبي المشترك، له نفس قيمة "القاعدة الأسمى" في القانون البريطاني؛ أي القانون والتشريع العادي. فحسب اللورد *Denning*: "القانون الأوروبي المشترك يشكل جزءا من القانون البريطاني، له نفس قوة أي تشريع آخر".

ومنذ قرار *Thoburn* عاين السير *John Laws* أنه وفي العشر سنوات الأخيرة لم يعد للقانون الأوروبي المشترك قيمة القانون الأسمى فوق القانون الوطني البريطاني، لأن تلك القيود الذاتية التي وضعها البرلمان السيد على سلطته التشريعية بمحض إرادته، يمكن أن ينهيا بسهولة، ومتى أراد. ويضيف الأستاذ الشهير *Neil McCormick* لهذه النقطة بأنه لا يوجد "تدرجية في القواعد *hiérarchisation des normes*" في العلاقات

بين النظامين القانونيين -الوطني والدولي- وأنه لا يحبذ وصفها بطريقة النظام "الموحد" فهي "مزدوجة" بشكل أكبر و "متفاعلة، أكثر منها متدرجة"¹.

لكن، وبمنظور المفهوم المزدوج، فإن الإجراء الإستقبالي، لا يؤسس لنظام تدرجي بين القانون الإتفاقي المشترك والقانون الداخلي، لأنه وعلى العكس، هدف ونتيجة النظام المزدوج هو وضع القواعد الدولية في نفس مصفّ قواعد القانون الداخلي عبر "تحويلها"، و تبقى مسألة تدرجية القواعد مطروحة، في النهاية، في الحالة الخصوصية للنظم القانونية المشتركة والبريطانية، وبأكثر دقة، منذ قرار *Factortame* بداية التسعينيات.

إن مسألة "تدرجية القواعد" بالنسبة للمحاكم البريطانية، هي مسألة وطنية أكثر منها مشتركة (أوروبية)، والتدرجية موجودة في القواعد التشريعية البريطانية نفسها؛ التي تنقسم إلى قوانين عادية وأخرى دستورية، حسب أهمية مضمونها. لكن المشكل في الأخير تمت إثارته في النظام القانوني البريطاني ولم يحل: فما هو الموقف الذي تبناه القضاة البريطانيون في مواجهة التنازع بين قاعدتين تشريعتين لهما قيمة دستورية؟ وقبل ذلك، ما هو معيار القول بأن قاعدة معينة هي ذات قيمة دستورية أو عادية فقط؟ إجابة القاضي في قرار *Thoburn* جاءت غامضة، لأنه لم يحدد إذا ما كانت الحقوق والإلتزامات المنشأة خصوصا من طرف القانون الأوروبي يفترض أنها "تعلو" في تدرجية القواعد البريطانية، فتسمو على كل المنظومة القانونية، حتى ولو كانت لها قيمة دستورية. وكما لاحظ Mark Elliott، فقرار *Thoburn*، هو وليد الفقه الأصولي للسيادة البرلمانية، الراض لإعتبار "القانون الأوروبي المشترك كحد لاغ لسطة البرلمان"².

يتولد عن الإلتزامات الأوروبية للمملكة المتحدة، مواجهة بين نظامين متطورين يندرجان ضمن حركية ديناميكية (نظام القانون المشترك/ الأوروبي من جهة، والنظام القانوني البريطاني *common law* من جهة أخرى). فيصبح من الضروري إيجاد توازن بين وجود القانون الأوروبي المشترك وبين إحترام القواعد السامية للدول الأعضاء، بالتوفيق بين مبدأ سيادة البرلمان البريطاني؛ و تجاوز الإطار الكلاسيكي لسيادة الدولة،

1- Iris Nguyen-Duy. *La souveraineté du Parlement britannique*. Editions L'Harmattan. 2011. P.489.

2- Ibid. p.491.

الذي أضحي مهجورا، إلى مبدأ الدولة السيّدة، مع الأخذ بعين الاعتبار للتحوّلات و تغيير الخيارات التي يشهدها النظام القانوني البريطاني¹.

قدم الأستاذ *Neil MacCormick* الأطروحة التعدديّة، الأكثر تطوّرا، للإتحاد الأوروبي. ونلفت الإنتباه، هنا، لثلاث كتابات هي الأكثر أهمية للأستاذ *MacCormick* في النظرية التي طورها بخصوص "التعدديّة القانونيّة" *legal pluralism* وحول "موقعة السيّادة *post-sovereignty*"، وأول عرض للأفكار الرئيسية في مقاله الموسوم بـ "ما بعد سيادة الدولة" *Beyond the Sovereign State*² المنشور سنة 1993. أما النسخة الأكثر شمولا لنظريته فعرضها في دراسة علميّة تحت عنوان "تساؤلات في السيادة" *Questioning Sovereignty*³ المنشورة سنة 1999. وأخيرا، بإعادة صياغة دراسته "تساؤلات في السيّادة" في مرجع جديد بعنوان "تساؤلات في مركز-السيادة" *Questioning Post-Sovereignty*⁴ المنشور سنة 2004.

وهكذا، وحسب الأستاذ *MacCormick*، فإن الدول الأعضاء في المجموعة الأوروبيّة، التي نجحت الآن بالإتحاد، ليس لها سيّادة طويلة المدى، فضلا عن ذلك فهذا التطور مرحّب به. إن "السيّادة العالميّة للدول المستقلّة" مطّخة بتاريخ دموي، وهي مسؤولة عن حربين عالميتين في القرن العشرين. وتأسيسا على "نظريته المؤسّساتية للقانون *institutional theory of law*" ذهب ماك كورميك إلى أنه لا الدول الأعضاء و لا الإتحاد الأوروبي له الكلمة الأخيرة؛ فكلاهما يقف على قدم المساواة. وكلاهما له مجال سموه. وكلاهما يرمي أن يكون أصل منح السلطات. وبدون ذلك يكون مصدر منح تلك السلطة هو من طرف سلطة عليا. في مصطلحات نظريات الأنظمة، يوصف كل من القانون الوطني والقانون الأوروبي بأنه ذاتي-المرجعيّة *self-referential* من حيث النظام، فنجد أنه لا سلطة عليا خارجيّة عليهما سوى أنفسهم. ورفض الأستاذ *MacCormick* بشدة فكرة أن كلا من القانون الوطني والأوروبي يرتبان تدرجيا، لأن

1- Ibid. p.492.

2- Neil MacCormick. *Beyond the Sovereign State*. Modern Law Review. N°56. 1993.

3- Neil MacCormick. *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*. Oxford. OUP. 1999.

4- Neil MacCormick. *Questioning Post-Sovereignty*. European Law Review. N°29. 2004.

هناك شكلا واحد للقانون تتولد عنه أنظمة فرعية أخرى. النتيجة، إذن، هي التعددية القانونية-الشرعية *juridical or legal pluralism* فالقانون الأوروبي المشترك وقوانين الدول الأعضاء "متميزة لكنها متناغمة ومتفاعلة *distinct but interacting*"¹. إذن، وحسب النظرية التعددية، فالأنظمة القانونية المختلفة يمكن أن تتواجد في ميدان واحد. نظامان قانونيان (وطني ودولي) يكون كلاهما مستقل عن بعضهما إذا لم يستمد أحدهما قوته من الآخر، ومتى حدث ذلك، فإننا نرجع إلى نظام واحد مجرد من الأنظمة الفرعية الأخرى². فالنظرية التعددية ترفض فكرة التدرجية بين القانون الدولي والوطني؛ وتعتبر أن بين النظامين القانونيين علاقة تناغم وتفاعل لا علاقة تبعية وتدرجية.

المطلب الرابع

مكانة القانون الدولي في النظام القانوني الداخلي.

إن دراسة مكانة القانون الدولي في الأنظمة القانونية الداخلية للدول يبدو صعبا نظرا للتمايز الكبير في قوانينها الأساسية والإجتهادات القضائية في هذا الشأن. وهكذا، فتحليل مركز القانون الدولي في ظل النظام القانوني الجزائري يتطلب، حتما، الرجوع إلى المصدر المادي والتاريخي؛ النظام القانوني الفرنسي. فمجمّل مضامين فلسفة النظام القانوني الجزائري مرجعها إليه. إن بحث هذه المسألة يقتضي التعرّض لها من عدة جوانب مختلفة. لذلك سنتناول مكانة قواعد القانون الدولي في مواجهة الدستور، بوصفه القاعدة الأسمى في النظام القانوني الداخلي (الفرع الأول) ثم نبحث في مكانة قواعد القانون الدولي في مواجهة القوانين الوطنية (الفرع الثاني) ثم نتطرق إلى مكانة قواعد القانون الدولي العرفي في النظام القانوني الداخلي (الفرع الثالث) لننتهي إلى محاولة ضبط مكانة القواعد الأمرة في القانون الدولي في ظل النظام القانوني الداخلي (الفرع الرابع).

1- Agustín José Menéndez, John Erik Fossum. *Law and Democracy in Neil MacCormick's Legal and Political Theory: The Post-Sovereign Constellation*. op.cit. P.191.

2- Ibid. p.192.

الفرع الأول

مكانة قواعد القانون الدولي في مواجهة الدستور.

لم يحسم دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة للعام 1958 ولا التعديلات التي طالته مسألة تدرجية القواعد بين الدستور والقانون الدولي، بشكل واضح. فحسب مقتضى المادة 54 من الدستور الفرنسي، فيعود للمجلس الدستوري تقدير ما إذا كان الإلتزام الدولي مخالفاً للدستور، وفي هذه الحالة لا يمكن السماح بالتصديق أو الموافقة على المعاهدة الدولية إلا بعد تعديل الدستور.

وخلافاً لنص المادة 55 من الدستور¹ التي تنص صراحة على أن المعاهدات الدولية تسمو على القانون، فالمادة 54 من نفس الدستور لا تؤسس لتدرجية بيّنة بين قواعد القانون الدولية والقواعد الدستورية، فهي لا تتضمن سوى آلية تسمح بتجنب التنازع بين تلك النصوص وجعلها متوافقة².

الدستور هو منشأ كل السلطات وكل القواعد القانونية. وهكذا، فالسلطة التأسيسية الأصيلة تعود للمؤسس الدستوري ومن ثم لا يمكن للسلطات العمومية المرتبطة، وجوداً، بالدستور، أن تكررّ قواعد قانونية يكون لها في النظام القانوني الداخلي قيمة قانونية أعلى من القواعد المؤسّسة (الدستور).

بنتبع الإجتهد القضائي الفرنسي، فقد حاول توضيح المسألة، بشيء من الدقة. وهكذا، قضى مجلس الدولة بأن بنود الإتفاقية الدولية بين فرنسا ومالي، يجب أن تفسرّ بالتوافق مع المبادئ الأساسية المعترف بها من طرف قوانين الجمهورية التي تمنع تسليم المتهمين المطلوبين قضائياً لغرض سياسي³. وهذا ما يشير إلى أنه في حالة التناقض بين القواعد

1- حسب المادة 55 من دستور الجمهورية الخامسة، فـ "المعاهدات أو الإتفاقيات التي يتم التصديق أو الموافقة عليها نظامياً، تحوز بعد نشرها قوة تعلق القانون، مع مراعاة تطبيقها من الطرف الآخر.

غير أنه لا يمكن التصديق على المعاهدات، متى كانت متعارضة مع الدستور، إلا بعد تعديل هذا الأخير، بما يسمح بإندراجها في النظام الداخلي.

2- نظام إخطار المجلس الدستوري ليس آلياً، فضلاً على أن عدم خضوع العديد من الإتفاقيات الدولية المبرمة قبل دستور 1958 لنظام مطابقته لهذا الأخير، مما يجعل إمكانية التعارض بين مضامين الإتفاقيات الدولية و الدستور، تبقى قائمة في العديد من الفرضيات.

3- C.E. Ass. 3 juillet 1996. requête n° 169219. Koné.

الدولية والقواعد الدستورية، تطبق هذه الأخيرة، بالأولوية.

تأكد هذا التوجه من طرف مجلس الدولة بمناسبة الطعن ضد المرسوم المتخذ تطبيقاً للمادة 76 من الدستور المتضمن تنظيم إستفتاء تقرير المصير المؤسساتي لكاليدونيا الجديدة¹. رفض القاضي الإداري أوجه الطعن المثارة من طرف الطاعنين الرامية إلى التصريح بعدم تطابق هذه النصوص مع مختلف القواعد الدولية التي التزمت بها فرنسا، مصرحاً بأن "مرتبة سموّ الممنوحة للإتفاقيات الدولية بموجب المادة 55 من الدستور، لا تنطبق، في ظل النظام القانوني الداخلي، على القواعد ذات الطبيعة الدستورية"² كما لا تنطبق على "المبادئ والأحكام ذات القيمة الدستورية"³.

ثم تدخل المجلس الدستوري الفرنسي، وأكد هذا التوجه⁴. كما ذهب في قرار آخر إلى التأكيد على "وجود نظام قانوني مشترك (أوروبي) يندرج ضمن النظام القانوني الداخلي

1- C.E. Ass. 30 octobre 1998. requête n° 200286; 200287. *Sarran et Levacher et autres*.

يتلخص مبرر هذا الحل، في أنه و بإستثناء بعض الحالات (أين تكون هناك تدرجية بين القانون الأولي و القانون التوجيهي، في ظل القانون الأوروبي المشترك) فإنه لا يوجد في المفاهيم الفرنسية تدرجية بين مختلف قواعد القانون الدولي، ولا يمكن للقاضي المفاضلة بين قاعدتين من نفس المستوى. كما أن صحة الاتفاقية الدولية ليست مرتبطة بتطابقها مع إتفاقيات أخرى. وبهذا المنطق، فلا يجب ضمان سوى سموّ الدستور على هذه القواعد الدولية. إعتبر هذا القرار أحد أهم القرارات في تاريخ الجمهورية الفرنسية الخامسة، في مادة تدرجية (تراتبية) القواعد، حسب تعبير د.آلان.

Denis Alland. *Consécration d'un paradoxe: primauté du droit interne sur le droit international*. RFDA. n° 14-6. déc 1998. p. 1094.

عين مجلس الدولة، من خلال هذا القرار، أن المرسوم المطعون فيه (المحدد لتشكيلة الهيئة الناخبة في كاليدونيا الجديدة) لم يتم إلا بتطبيق المادة 76 من الدستور، والتي وافق بموجبها الأشخاص الذين يستوفون شروط قانون 30 نوفمبر 1988، بالمشاركة في الإقتراع حول تقرير المصير بكاليدونيا الجديدة. وهكذا، إذا ما قبل مجلس الدولة بأن المرسوم المنتقد يتناقض مع الإلتزامات الدولية لفرنسا فيكون بذلك قد صرح بأن المادة 76 من الدستور تناقض هذه المعاهدات الدولية. رفض مجلس الدولة هذا التوجه، وأكد أن سموّ المعاهدات الدولية لفرنسا لا يسري في النظام القانوني الداخلي في مواجهة الأحكام ذات الصيغة (الطبيعة) الدستورية. كما أكد على سموّ الدستور في أعلى هرم القواعد القانونية. وهكذا، توصل مجلس الدولة إلى أنه ليس قاضي مطابقة للإتفاقيات الدولية مع الدستور؛ ورفض إستبعاد تطبيق قانون دستوري، بتطبيق إتفاقيات دولية لفرنسا.

² نفس الحل كرسته محكمة النقض الفرنسية. أنظر:

Cass. Ass. plén. 2 juin 2000. Pourvoi n° 99-60.274. *Fraisse*.

3- C.E. 8 février 2007. requête n° 287110. *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et a*.

4- Conseil Constitutionnel. 10 juin 2004. *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*. décision numéro 2004-496 DC.

ومتميز عن النظام القانوني الدولي¹. وصرح أيضا بأن "القواعد الدستورية تسمح لفرنسا بالمشاركة في إنشاء وتطوير منظمة أوروبية مشتركة (...). كل ذلك في ظل التأكيد على مكانة الدستور في هرم النظام القانوني الداخلي"².

الفرع الثاني

مكانة قواعد القانون الدولي في مواجهة القوانين الوطنية.

الحقيقة أن مسألة العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي، لا تثير، من حيث المبدأ، أي إشكال. فالمؤسس الدستوري الفرنسي قد إختار للقانون الدولي وضعاً وسطاً يدنو الدستور ويسمو على التشريع؛ أي نظرية وحدة القانون مع سمو القانون الدولي. وهكذا، كرّست محكمة النقض الفرنسية، عبر عشرات القرارات الصادرة عنها مبدأ سموّ الإتفاقيات الدولية، المندرجة نظامياً في النظام الداخلي، على القانون الوطني. بل وذهبت إلى تكريس علوية المعاهدات الدولية على القانون الأجنبي³.

تاريخياً، كان مجلس الدولة الفرنسي، لما يتعلق الأمر بقاعدة دولية لاحقة تخالف قانوناً سابقاً، يعتبر أن هذه القاعدة القانونية الدولية ألغت ضمناً مقتضيات القانون المخالف

1- Conseil Constitutionnel. 19 novembre 2004. *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*. numéro 2004-505 DC.

2- Conseil Constitutionnel. 20 décembre 2007. *Traité de Lisbonne*. numéro 2007-560 DC.

3- قرّرت الغرفة الجنائية لمحكمة النقض أن الجهات القضائية الفرنسية تُمارس إختصاصها العالمي، طبقاً للقانون الفرنسي، حتى في ظل وجود قانون العفو العام الأجنبي. فالمواد 1-689 و 2-689 من قانون الإجراءات الجزائية، تمنح الإختصاص للجهات القضائية الفرنسية لمتابعة ومحاكمة، كل شخص، متى كان متواجداً بالإقليم الفرنسي، وإرتكب خارج الجمهورية، جرائم تتعلق بأعمال التعذيب بمفهوم المادة 01 من إتفاقية نيويورك لمناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، للعام 1984. وهكذا، تكون غرفة التحقيق قد برّرت قضاءها لما طبقت المواد 1-689 و 2-689 من قانون الإجراءات الجزائية، وأحالت على محكمة الجنايات، المتهم من جنسية موريطنية، بجرم إرتكاب التعذيب والأفعال اللاإنسانية، التي إكتشفت في فرنسا، وكانت قد إرتكبت بين سنتي 1990 و 1991، في موريطنيا، على ضحايا موريطانيين، معتبرة أن القانون الموريطني المتضمن العفو العام والصادر بتاريخ 14 جوان 1993 لا يمكن أن يجد له تطبيقاً دون حرمان مبدأ الإختصاص العالمي من كل آثاره.

Cass. Crim. 23 octobre 2002. Pourvoi n° 02-85.379.

وعقب طعن المعني أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، رفض طعنه.

CEDH. 5° sect.17 mars 2009. requête. n° 13113/03. Ould Dah c. France.

لها. وفي حالة الطعن، يبطل القرار الإداري المخالف لمقتضيات الاتفاقية، ولو كان مطابقاً لذلك القانون.

غير أنه، وفي حالة كون إحدى قواعد القانون الدولي سابقة تخالف مضمون القانون اللاحق لها، رفض مجلس الدولة، لزمّن طويل، الإعراف بسمو القاعدة القانونية الدولية السابقة على القانون اللاحق لها، في حال عدم تطابق مضمونها¹. وكان مجلس الدولة يصرّح بإختصاصه في مراقبة القرار الإداري في مواجهة القانون غير أنه رفض ممارسة رقابة القانون في مواجهة الإتفاقية الدولية، معتبراً إياها بمثابة رقابة دستورية القانون، بمفهوم المادة 55 من الدستور².

غير أن المجلس الدستوري، ومنذ قراره الشهير الصادر في العام 1975، حول القانون المتعلق بالإسقاط الإرادي للحمل (الإجهاض)، رفض مراقبة مدى توافق النص القانوني، موضوع الإخطار، مع المادة الثانية من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تضمن الحق في الحياة البشرية³.

1- C.E. 15 mars 1972. *Dame veuve Sadok*.

2- C.E. Sect. 1^{er} mars 1968. *Syndicat général des fabricants de semoule de France*.

3- أسس المجلس الدستوري رفضه على أنه "حال إخطاره، طبقاً للمادة 61 من الدستور، لا يختص بفحص مدى إتفاقية القانون مع أحكام إتفاق أو إتفاقية دولية". مستندا في هذا القرار على مبررات واقعية وأخرى قانونية. من ناحية الأسس القانونية، أورد القرار ثلاث حجج. الأولى، تتعلق بتفسير ضيق وتقليدي لحكم المادة 61 من الدستور. فمتى كانت المادة 55 من الدستور: «تمنح للمعاهدات، ضمن الشروط التي يحددها الدستور، مرتبة تسمو القانون فإنها لا تنص ولا تشير إلى أن إحترام هذا المبدأ يجب ضمانه في إطار مراقبة مطابقة القوانين للدستور وفقاً للمادة 61 منه». الحجة الثانية مستمدة من الفارق بين رقابة الدستورية، المنصوص عليها في المادة 61 من الدستور، والتي لها طابع «مطلق ونهائي يعيق تطبيق كل المقتضيات المصرح بعدم دستورتها» وبين رقابة إتفاقية القوانين، المنصوص عليها في المادة 55 من الدستور، والتي لها «طابع نسبي وعارض مستمد من تحديد نطاق تطبيق المعاهدة من جهة، ومن خضوعها لمبدأ المعاملة بالمثل للدول الموقعة على الإتفاقية من جهة أخرى». إن الرجوع إلى «الطابع النسبي والمؤقت» يحيلنا، في الحقيقة، إلى شرط المعاملة بالمثل أساساً، والذي تنص عليه المادة 55 من الدستور. وهكذا، لا يكون القانون مخالفاً لأحكام معاهدة دولية إلا إذا كانت هذه المعاهدة نافذة وقتها؛ وتقدير هذا النفاذ يخضع لمتغيرات أهمها شرط التطبيق المتبادل لهاته الإتفاقية، فقد يخالف النص القانوني أحكام إتفاقية دولية مصادق عليها لكنه يكون الأجدر بالتطبيق كون المعاهدة لم تستجمع شرط تطبيقها من الطرف الآخر. وللإشارة، تخلى المجلس الدستوري في قراراته اللاحقة عن صياغة «الطابع النسبي والمؤقت» نظراً لإنتقادات الفقهاء. أما الحجة الثالثة، تستخلص من إحدى الإعتبارات التي سطرها المجلس الدستوري بالقول أن: «القانون الذي يخالف إتفاقية دولية، لا يكون مخالفاً بالضرورة للدستور». وهاته الفكرة كانت محل نقد فقهي هي الأخرى، كون مبدأ علوية المعاهدات على القانون مستخلص من نص دستوري صريح.

رفض المجلس الدستوري الفرنسي مراقبة مدى مطابقة القوانين للاتفاقيات الدولية، وإدراج هذه الأخيرة ضمن الكتلة الدستورية، دَفَع بالمحاكم العادية وكذا الإدارية، إلى تطوير شكل جديد من أشكال مراقبة دستورية القوانين: ألا وهو مراقبة إتفاقية القوانين؛ بمعنى مراقبة مدى مطابقة هذه الأخيرة للاتفاقيات الدولية.

بتاريخ 24 ماي 1975، صرّحت محكمة النقض الفرنسية بسمو معاهدة روما على القانون اللاحق لها في المادة الجمركية. وأكدت، أيضا، خصوصية النظام القانوني للمجموعة الأوروبية الذي يشكّل نظام قانوني "يطبق مباشرة على رعايا الدول الأعضاء فيها ويعدّ ملزما لجهاتها القضائية"¹.

وهكذا، تراجع مجلس الدولة، بموجب قرار *Nicolo*، عن سابق إجتهاده وقبل بتطبيق معاهدة دولية، بالأولوية، على قانون صدر لاحقا لها. وبذلك، قبل مجلس الدولة، ولأول مرة في تاريخه، مراقبة مطابقة القانون الداخلي لإتفاقية سابقة عليه.

نفس التحليل السابق صالح للتطبيق في الجزائر. فالمادة 150 من الدستور الجزائري تنص على أن "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون". وهكذا، يكون المؤسس الدستوري الجزائري قد تبنى موقف نظيره الفرنسي؛ فاختار للقانون الدولي مركزا وسطا يدنو الدستور ويسمو على التشريع؛ أي تبنى نظرية وحدة القانون مع سمو القانون الدولي.

القضاء الجزائري، من جهته، عبر إجتهااد المحكمة العليا كرس هذا المبدأ أيضا. فذهبت غرفت الجرح والمخالفات، إلى أن "إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الإتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية الموافق عليها بفيينا في 20/12/1988 تنص على أنه يتخذ كل طرف ما قد يلزم من تدابير للتمكين من مصادرة المتحصلات من

على مستوى الأسس العملية المبررة لهذا القرار، فإنه وبموجب أحكام الدستور، فللمجلس الدستوري أجل شهر (01) واحد لإصدار قراره. وسيصبح من الصعب عليه، في أجل قصير كهذا، أن يفحص مطابقة القوانين للاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها فرنسا، والتي تتجاوز وقتئذ 4000 معاهدة. إن ذلك قد يؤدي إلى شل أعمال المجلس الدستوري.

رغم الفروق الظاهرية لمراقبة إتفاقية القوانين إلا أنها ستؤدي بنا، بشكل موسّع، إلى رقابة دستورية للقوانين.
Conseil constitutionnel. 15 janvier 1975. Décision N° 74-54 relative à l'interruption volontaire de grossesse.

Raymond FERRETTI. *Droit administratif*. Université de Metz. 2002. pp.47-48.

1- Cass. ch.mixte. 24 mai 1975. *Société des cafés Jacques Vabre*.

الجرائم المنصوص عليها بالمادة الأولى الفقرة الثالثة والمتمثلة في قضية الحال في المتاجرة بالمخدرات، وحيث تمت المصادقة على الإتفاقية المذكورة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-41 المؤرخ في 28/01/1995، وبما أن المادة 132 من الدستور نقر صراحة أن المعاهدات والإتفاقيات المصادق عليها تفوق القانون الساري المفعول و تصبح جزءا من التشريع الجزائري، وعليه فإن مصادرة المبالغ المالية التي تحصل عليها من المتاجرة غير المشروعة في المخدرات كما الشأن في قضية الحال تعدّ إجراء قانوني في حدّ ذاته حتى و لم يذكر...¹.

وفي قرار لمجلس الدولة الجزائري، جاء فيه أنه "وعلى إثر تحقيق مفتوح من طرف اللجنة المصرفية ضد يونين بنك قامت هذه الأخيرة بتوكيل الأستاذة جوال موشار محامية مسجلة في نقابة المحامين بباريس (فرنسا) من بين محامين آخرين وذلك من أجل الدفاع عن مصالحها". اللجنة المصرفية "وقبل التطرق إلى أي نقاش في الموضوع فصلت بقرار مُستقل في مسالة قبول توكيل المحامية بموجب القرار رقم 3/99 المؤرخ في 23/03/1999 برفض توكيلها بسبب أنها لم تقم بتطبيق مقتضيات المادة 06 من القانون رقم 91-04 المؤرخ في 08/01/1991 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة لعدم تقديمها للجنة المصرفية الوثيقة التي تثبت احترامها للمقتضيات المذكورة سابقا". فقدم يونين بنك عن طريق الأستاذين خليفة محي الدين ويسعد محند طعنا بالإبطال ضد القرار متمسكا بأنه

1- المحكمة العليا. غرفة الجرح و المخالفات. القسم الأول. قرار رقم 167921. صادر في: 22/02/2000.

يمكننا أن نلاحظ هنا أن قاضي النقض الجزائري قد كرس مبدأ سمو القانون الدولي على القانون الوطني، في ظل غياب هذا الأخير. الأصل أن النص الاتفاقي الدولي يطبق بالأولوية في حال تعارضه مع نص داخلي "موجود"، ولكن المحكمة العليا طبقت النص الاتفاقي الدولي رغم عدم وجود نص داخلي أصلاً يحكم المسألة (مصادرة المتحصلات المالية للجريمة)؛ أي أن القاضي إستند لمبدأ سمو لسدّ فراغ تشريعي داخلي. كما أن الإشكال يظهر في تطبيق مبدأ علوية القانون الدولي في المضمار الجنائي على وجه الخصوص، فالقاضي طبق "عقوبة" المصادرة دون أن يكون منصوصا عليها في القانون الداخلي، وهذا ما يخالف مبدأ الشرعية إذا ما فسرناه بصرامة؛ فقانون العقوبات والقوانين المكتملة له (النصوص التشريعية المكتوبة) هي المصدر الوحيد لكل تجريم أو عقاب أو تدبير أمن. ومن جهة أخرى، فالبند الدولي الذي طبقه قاضي النقض الجزائري ليس له، وفقاً للمبدأ التقليدي، أثر مباشر؛ فهو يخاطب الدول، بقصد اتخاذ تدابير تكفل العقوبات والجزاءات المنصوص عليها في الإتفاقية، وبالتالي لا يمكن أن يطبق مباشرة دون تحويله أو دمجها في نص تشريعي داخلي. إلا إذا ما اعتبرنا أن "مصادرة متحصلات الجريمة" كعقوبة، مقررة في النص الاتفاقي الدولي، كافية، بحدّ ذاتها، ودون الحاجة لأي تدبير تشريعي داخلي آخر، لتطبيقها على المستوى الوطني.

"وتطبيقاً للمادة 16 من البروتوكول القضائي المبرم بين الجزائر وفرنسا بتاريخ 1962/08/28 فإن الأستاذة جوال موشار لم تكن ملزمة بتقديم الرخصة الخاصة التي يسلمها نقيب المحامين المنصوص عليها في المادة 06 من القانون المؤرخ في 1991/01/08 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة وأن مجرد اختيار مقر لها، كما هو الحال في هذه القضية، كان كافياً لاستيفاء الشروط القانونية، وأنها تطلب بالتالي إبطال القرار المطعون فيه والقول بأنه توكيلها مقبول أمام كل الجهات القضائية الجزائرية بما في ذلك مجلس الدولة".

فقرّر مجلس الدولة أنه وطالما "ثبت تطبيقاً للمادة 06 من القانون المؤرخ في 1991/01/08 فإن المحامي الأجنبي ملزم بأن يتحصّن ويقدم أمام الجهات القضائية الجزائرية رخصة من طرف النقيب المختص إقليمياً وبأن يختار مقره في مكتب محام جزائري يمارس في دائرة إختصاص المجلس القضائي، مع مراعاة الاتفاقيات الدولية".

"ولما ثبت طبقاً للمادة 16 من البروتوكول القضائي المبرم بين الجزائر وفرنسا بتاريخ 1962/08/28 أنه يجوز للمحامي الفرنسي أن يساعد ويمثل الخصوم أمام جميع الجهات القضائية الجزائرية طبقاً لنفس الشروط الجارية على المحامين المسجلين في النقابة الجزائرية، غير أنه يجب أن يختار المقر في مقر الجهة القضائية المدنية، وفي قضية الحال أودعت الأستاذة جوال موشار محامية بنقابة المحامين بباريس لدى اللجنة المصرفية رسالة توكيل لتمثيل يونين بنك وللدفاع عن مصالحها وقد اختارت مقرها بمكتب الأستاذ عبلوي محام بـ 03 شارع عمار بن الشيخ الجزائر وأنه يتعين في هذه الظروف القول أنها قد احترمت الالتزام القانوني الذي يفرضه البروتوكول الدولي المذكور أعلاه والقول أن اللجنة المصرفية عندما اشترطت تقديم الرخصة الخاصة من نقيب المحامين المنصوص عليها في المادة 06 من القانون المؤرخ في 1991/01/08 قد تجاهلت مقتضيات البروتوكول القضائي المبرم بين الجزائر وفرنسا، وبالتالي يتعين إبطال قرارها والقول كذلك أنه لا يترتب عن هذا الإبطال نتائج قانونية ولا يؤثر على صحة القرار الصادر في الموضوع بما أن يونين بنك ممثله قانوناً من طرف الأستاذ بن بلقاسم المحامي

لدى مجلس قضاء الجزائر¹.

نلاحظ هنا، أن مجلس الدولة قد طبق، مباشرة، أحكام المادة 16 من البروتوكول القضائي المبرم بين الجزائر وفرنسا بتاريخ 1962/08/28 بالأولوية على حكم المادة 06 من القانون المؤرخ في 1991/01/08، وفي ذلك، موقف واضح لسمو القانون الدولي على القانون الوطني، مع ملاحظة أن هذا الأخير نص صراحة على إستثناء في نص المادة 06 منه بشأن مراعاة ما جاء في المعاهدات الدولية.

الفرع الثالث

مكانة قواعد القانون الدولي العرفي في النظام القانوني الداخلي.

سنتناول مسألة المكانة التي تحتلها قواعد القانون الدولي العرفي في ظل النظام القانوني الداخلي من خلال تتبع الإجتهاد القضائي لمجلس الدولة (أولا) ثم محكمة النقض (ثانيا).

أولا. في قضاء مجلس الدولة.

يرتبط مفهوم العرف الدولي بعنصرين. الأول يتمثل في الممارسة العامة والمعتادة للدول لسلك معين. الثاني، يتعلق بالإعتقاد (الشعور) العام *l'opinio juris* بالإلزام المعترف به لهذه الممارسة، وكأنها نابعة من إلزام قانوني².

فحسب المفهوم الوارد في المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية فالعرف هو إثبات ممارسة عامة مقبولة أو معترف بها بمثابة قانون³.

يطرح الإشكال هنا، حول مدى إعتبار القانون الدولي العرفي سأم على القانون الداخلي. بالتأكيد، لا يمكن أن تُمنح هكذا مرتبة للعرف الدولي إلا بموجب القانون الأسمى:

1- مجلس الدولة. قضية يونين بنك ضد محافظ بنك الجزائر. قرار رقم 2111. صادر في: 2000/05/08. مجلة مجلس الدولة. العدد 06. السنة 2005. الصفحة 68.

2- Mark Eugene Villiger. *Customary International Law and Treaties: A Study of their Interactions and Interrelations with Special Consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Martinus Nijhoff Publishers. Dordrecht. 1985. pp 25-26.

3- La coutume est définie par l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice comme étant la « preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ».

الدستور. وقبل ذلك يتعين القول بما إذا كان للقواعد العرفية الدولية قابلية للتطبيق، أصلاً، في النظام القانوني الداخلي.

بالرجوع للدستور الفرنسي، فإنه لا يتضمن صراحة ما يشير إلى مرتبة القانون الدولي العرفي داخل النظام القانوني للدولة. ومع ذلك، تشير الفقرة 14 من ديباجة دستور 27 أكتوبر 1946، والتي تعتبر جزءاً لا يتجزأ من الدستور، إلى أن "الجمهورية الفرنسية وافية لتقاليدنا، وفقاً لقواعد القانون الدولي العام"¹. في حين تُقر المادة 55 من دستور 4 أكتوبر 1958 للمعاهدات والاتفاقيات الدولية، المصادق عليها والمنشورة، بطريقة نظامية، قوة تعلو القوانين، مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل.

دون شك، يندرج العرف الدولي ضمن قواعد القانون الدولي العام المشار لها في ديباجة الدستور، غير أن هذا الأخير لم يعترف، سوى للاتفاقيات الدولية، بمرتبة تسمو على القانون، بالشروط المنصوص عليها في الدستور.

مجلس الدولة، أقر في البداية، ولو ضمناً، بإمكانية توليد القانون الدولي العرفي لآثاره في النظام القانوني الداخلي للدولة. وهكذا، فصل في منازعة تتعلق بمسؤولية الدولة عن فعل رمي الحطام في أعالي البحار على ضوء قواعد القانون العرفي الدولي².

وبتاريخ 06 جوان 1997 صدر عن الجمعية العامة لمجلس الدولة قرار *Aquarone* حال فصله في النزاع المتعلق بفرض الضريبة في فرنسا على منحة التقاعد التي كان يستفيد منها الكاتب السابق لمحكمة العدل الدولية، الذي هو من جنسية أسترالية، ففصل مجلس الدولة في النزاع على ضوء العرف الدولي، وأكد، صراحةً، إمكانية إثارة هذا الأخير في النظام القانوني الداخلي³.

1- le quatorzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 dispose que « la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ».

2- C.E. SEC. 18 avril 1986. requête n° 53934. société les Mines de potasse d'Alsace; C.E. SEC. 23 octobre 1987. requête n° 72951. Société Nachfolger navigation Company.

3- C.E. Ass. 6 juin 1997. requête n° 148683. Aquarone.

Cet arrêt dispose que: «ni l'article 55 de la Constitution ni aucune autre disposition de valeur constitutionnelle ne prescrit ni n'implique que le juge administratif fasse prévaloir la coutume internationale sur la loi en cas de conflit entre ces deux normes ; qu'ainsi, en écartant comme inopérant le moyen tiré par M. X... de la contrariété entre la loi fiscale française et de telles règles coutumières, la cour administrative d'appel, qui a également relevé que la coutume invoquée n'existait pas, n'a pas commis d'erreur de droit».

هذا الإجتهد، طُبِّقَ لاحقاً، في قضية تتعلق بحصانة الدول من التنفيذ، أين قضى مجلس الدولة بأن القاعدة العرفية للقانون الدولي العام المتعلقة بالحصانة التنفيذية للدول "والتي لم يتم إستبعادها بنص القانون أو بتدبير تشريعي آخر، تُطبَّق في النظام القانوني الداخلي" وبما أنه "يُستخلص من خلال قاعدة عرفية من قواعد القانون الدولي العام بأن الدولة تتمتع بالحصانة من التنفيذ للأعمال التي تقوم بها في الخارج (...). وأن هذه الحصانة تمنع من حجز أملاكها، بإستثناء تلك غير المرتبطة بممارسة مهامها السيادية"¹.

1- في هذا القرار، صرَّح مجلس الدولة الفرنسي بمسؤولية الدولة الفرنسية، دون خطأ، عن فعل تطبيق القواعد العرفية للقانون الدولي العام (حصانة الدول من التنفيذ). في هذا النزاع، السيدات "أم هاشم د، ماري ماغرا ف، شريفة ب و رنجاني أ"، يعملن بالسفارة الكويتية بباريس. وبعد تسريحهن من العمل، لم تقم السفارة بمنحهن التعويضات والمرتبات المتأخرة المستحقة لهن فضلاً عن التعويض عن التسريح. فرفعوا دولة الكويت أمام القاضي الاجتماعي الذي قبل الطلب القضائي مستنداً إلى أن السفارة لا تتمتع بالحصانة القضائية في هذا المجال. رفضت السفارة تنفيذ الحكم الصادر عن محكمة الإستئناف بباريس. لجأ العمال السابقون في السفارة إلى المحضر القضائي لتنفيذ الحكم الصادر في صالحهم فإعترضت السفارة الكويتية على الحجز المضروب على الحساب البنكي للسفارة لدى البنك الوطني الكويتي لتمتعها بالحصانة التنفيذية. هذه الحصانة التنفيذية تجد أساسها في العرف الدولي، وبالتالي لا يمكن تنفيذ الحكم المدني في مواجهة الدولة الأجنبية. طلب المدعون من الإدارة تعويضاً على أساس مسؤوليتها دون خطأ عن فعل تطبيق العرف الدولي، غير أن هذا الطلب رُفض ضمناً. قام المدعون برفع دعوى أمام القاضي الإداري على أساس مسؤولية الدولة الفرنسية، دون خطأ، بفعل تطبيق العرف الدولي غير أن المحكمة الإدارية ومحكمة الإستئناف رفضتا الطلب، وعقب الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة أصدر قراره بقبول طلب المدعين وتحميل الدولة (فرنسا) المسؤولية الإدارية، دون خطأ على أساس تطبيق العرف الدولي، بعد أن سبق للقاضي الإداري الأعلى وأن حمل الدولة المسؤولية في فرضيات أخرى عن فعل تطبيق القوانين والإتفاقيات الدولية. مجلس الدولة أكد أنه لا يمكن إثارة مسؤولية الدولة دون خطأ في فرضية تطبيق العرف الدولي في حالة وجود نص قانوني يستبعد تطبيق العرف الدولي. كما أكد مجلس الدولة على الشروط التقليدية للضرر الموجب للتعويض؛ من ثبوت الضرر الجسيم أو الإستثنائي الذي بلغ عتبة غير متقبلة في الحياة العادية؛ المستخلص من الوضع الاجتماعي والمبالغ المستحقة عن الضرر. الطابع الخاص للضرر؛ المستخلص من خلال محدودية عدد الضحايا الذين تضرروا من إجراء مماثل منسوب للدول الأجنبية في فرنسا، مما أدى إلى الوضع غير المتقبل الذي وجد فيه الضحايا، والذي يعد قطعاً للمساواة أمام الأعباء العامة. الطابع المؤكد للضرر؛ المستخلص من عدم وجود مكنة قانونية تضمن للمدعين فرص جديّة للحصول على التعويض وهنا أكد مجلس الدولة وجود قاعدة عرفية دولية تضمن الحصانة التنفيذية للدولة، وبالنتيجة لا يملك المدعون أي فرصة للحصول على التعويضات أمام قاضي التنفيذ، وعن طرق الطعن التي لم يمارسها المدعون، فالقاضي لا يأخذ في الإعتبار إلا الطرق المجدية. إنتهى القاضي الإداري إلى إلزام الدولة بدفع مبالغ من التعويضات، التي حدّد مقدارها إعتماً على أحكام القاضي المدني.

C.E. Sec. 14 octobre 2011. requête n° 329788, requête n° 329789, requête n° 329790, requête n° 329791. *Om Hashem Saleh et autres.*

فخلص مجلس الدولة إلى أنه ولتطبيق القاعدة العرفية الدولية المتضمنة حصانة الدول من التنفيذ، يجب أن لا تستبعد هذه القاعدة، في النظام القانوني الداخلي، بأي قاعدة تشريعية أخرى.

ورغم الإقرار للعرف الدولي بترتيب آثاره في النظام القانوني الداخلي للدولة، غير أن المكانة التي يحظى بها خلاله، ليست ذاتها تلك المعترف بها للمعاهدات الدولية.

على مستوى القانون الدولي، يحظى العرف الدولي بنفس القوة التي تتمتع بها المعاهدات الدولية¹. فمن الخطأ الاعتقاد بوجود هرمية بين المعاهدات الدولية والأعراف الدولية، أو أن المعاهدات تسمو على العرف أو العكس.

في ظل القانون الداخلي، تتمتع المعاهدات الدولية بمرتبة تسمو على القانون، في ظل الشروط المقررة في الدستور. وبذلك، فتحت المادة 55 من الدستور المجال لرقابة الإتفاقية *contrôle de conventionnalité* التي تسمح، بل وتلزم القضاة، باستبعاد تطبيق القوانين غير المتوافقة مع مقتضيات الإتفاقيات الدولية، ولو كان القانون لاحقاً للمعاهدة. وبذلك، لم تشر المادة 55 من الدستور إلى مكانة العرف الدولي، وهو ما يحتم علينا الرجوع إلى الإجتهد القضائي.

حسب مجلس الدولة الفرنسي، فلا المادة 55 من الدستور ولا أي قاعدة أخرى ذات قيمة دستورية، تقرر أو تشير إلى أن القاضي الإداري يقوم بتفضيل العرف الدولي على القانون، في حال التنازع بين هاتين القاعدتين².

فسمو المعاهدات الدولية على القانون لا يشمل قواعد العرف الدولية. إن التفسير الدقيق لنص المادة 55 من الدستور يدفع للقول بعدم وجود أية قاعدة ذات قيمة دستورية تمنح للأعراف الدولية مرتبة تسمو القانون، في حالة التنازع بينهما. وجاء هذا القرار على إثر دفع آثاره السيد *Aquarone* بمخالفة القانون الجبائي الفرنسي لقاعدة عرفية دولية.

Maziau Nicolas, Cazala Julien, Marie Alexis, Trigeaud Laurent. *Jurisprudence française relative au droit international-2011*. In: *Annuaire français de droit international*. volume 58. 2012. pp. 837,838.

1- Benjamin Mulamba Mbuyi. *Introduction à l'étude des sources modernes du droit international public*. Op.cit. pp.45-46. Voir aussi, Zeynep Kivilcim Forsman. *Principe D'égalité Entre Le Traité Et La Coutume En Droit International Public*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Volume 45. Issue 1-4. Université d'Ankara. 1996. p.218.

2- l'arrêt précité: *Aquarone*.

من هذه الصياغة، يُستخلص أن مجلس الدولة غير مخوّل، دستورياً، بتفضيل القانون الدولي العرفي على القانون الوطني، من حيث التطبيق. وإن كان قد أقرّ بإمكانية تطبيق العرف الدولي في النظام القانوني الداخلي إلا أنه لا وجود لنصّ دستوري يسمح بالقول بسموّ القانون العرفي الدولي على القانون الداخلي. غير أن هذا التوجّه يبدو غير مُجدٍ فالكثير من الأعراف الدوليّة تضمّنتها أحكام المعاهدات الدولية ذاتها.

ففي قرار (Aquarone) الذي تأسّس على المادة 55 من الدستور وصرّح بسموّ القانون الوطني على العرف الدولي مما من شأنه وضع القانون الدولي العرفي في مرتبة تحت-التشريعية *infra-législatif* وبذلك يُصبّح التشريع في قمة المنظومة القانونية، تعلوه الإتفاقيات الدولية بشروط المادة 55 من الدستور، ثم هذا الأخير في قمة هرم النظام القانوني للدولة.

بالنسبة للقاضي الإداري، فالعرف الدولي يفرض على الأعمال الإدارية؛ التنظيمية والفردية. ومع ذلك فهو لا يسموّ على القانون. ويمكن إستبعاد العرف الدولي من التطبيق متى كان مخالفاً للقانون. فالقاضي الإداري لم يعترف للأعراف الدوليّة بأنها قاعدة مرجعيّة في ممارسة الرقابة على إتفاقيّة القوانين.

أما بخصوص المبادئ العامّة للقانون الدولي، وكما قضى مجلس الدولة فهي، كما العرف الدولي، لا تسموّ على القانون¹.

1- C.E. sec. 28 juillet 2000. requête n° 178834. Paulin.

Cet arrêt dispose que: «ni l'article 55 de la Constitution ni aucune autre disposition de valeur constitutionnelle ne prescrit ni n'implique que le juge administratif fasse prévaloir la coutume internationale ou même un principe général de droit international sur la loi en cas de conflit entre d'une part, ces normes internationales et d'autre part, la norme législative interne ; qu'ainsi, en écartant comme inopérant le moyen tiré par M. X... de la contrariété qui existerait entre, d'un côté la loi fiscale française et, d'un autre côté, les règles coutumières et les principes de droit international, la cour administrative d'appel de Lyon n'a pas davantage commis d'erreur de droit».

ثانيا. في قضاء محكمة النّقض.

سنتناول مسألة مكانة العرف الدولي في ظلّ النظام القانوني الداخلي، مُحاولين تتبع الإجتهد القضائي لمحكمة النّقض، في هذا الصدد، سواء أمام الغرف المدنية أو الجزائية لهذه الجهة القضائية.

1- أمام الغرف المدنية لمحكمة النّقض.

دون الخوض في مكانة العرف في القانون الدولي التي تتنازعها النظرتين الإرادية و الموضوعية، فإن الملاحظة الجديرة بالاهتمام هي الاعتراف العام للعرف الدولي بعدم خلوّه من الطابع الإلزامي: فهو ملزم، من حيث المبدأ، في مواجهة الكافة *erga omnes*؛ كلّ الدول، حتى ولو لم تكن قد ساهمت في عملية نشوئه، مالم يثبت إعتراضها المستمرّ عليه، بما يجعلها في منأى من الإلتزام به. وفي كلّ الحالات، مع إستثناء أن تكون القاعدة العرفية من ضمن القواعد الأمرة في القانون الدولي (*jus cogens*). وهكذا، نجد أن العرف الدولي أكثر بُعداً من المعاهدات الدولية؛ هذه الأخيرة، على العكس، لا تلزم سوى الدول المتعاقدة التي إرتبطت بها، فهي بالتالي تعبّر عن إراداتها بإحترامها.

سمحت الفرصة لمحكمة النّقض بإبراز هذا التمييز، بمناسبة التحفظ الذي أبدته فرنسا حال مصادقتها على إتفاقية لندن المؤرخة في 19 نوفمبر 1976، حول تحديد المسؤولية في مادة الديون البحرية. وقدم هذا التحفظ بناء على بُندٍ إتفاقيّ يسمح به (المادة 18)، حول تطبيق التقييد في مبالغ المسؤولية على بعض الديون المستحقة المتعلقة بـ (إزالة الحطام أو التحييد في حمولة السفن). مالك السفينة الذي فقد حمولة الخشب في البحر، نتيجة ضرورة التدابير الوقائية المتخذة من طرف محافظ البحرية، كان قد إكتتب مبلغاً معيناً (رأسمال التأمين) لتحديد مسؤوليته. هذا التحديد لمبلغ المسؤولية إعتراض عليه العون القضائيّ للخرينة مثيرا التحفظ المشار له أعلاه في الإتفاقية الدولية، وهو ما سمح بضمان دين الدولة وأدى إلى الحجز التحفظي على السفينة. إعتبرت محكمة الإستئناف هذا التحفظ غير مجد، على أساس أن الحكومة الفرنسية قد إحتفظت، فقط، بإمكانية اللجوء مستقبلاً إلى المادة 18 من الإتفاقية، وأن هذا التحفظ لا يمكن أن يولد أثارا أخرى غير تلك التي وردت

صراحة، وأن فرنسا لم تُخطر الأمين العام للمنظمة البحرية الدولية، وهو المودع لديه (الوديع)، بالممارسة الفعلية لحقها في إنفاذ إستبعاد تطبيق المادة 2 فقرة 1 من الإتفاقية. هذه الأسباب، جعلت محكمة الإستئناف تقرّر منح رفع اليد عن هذا الحجز. هذا القرار أُبطل من طرف محكمة النقض¹، على أساس المادة 18 من إتفاقية لندن والمواد 2 و 19 من إتفاقية فيينا لـ 23 ماي 1969 لقانون المعاهدات؛ التي إعتبرها قاضي النقض بمثابة العرف الدولي المقنن، كون فرنسا لم تصادق عليها.

هذا الرجوع إلى العرف الدولي، سمح بإعطاء أثر، ليس فقط للتخفظ من طرف الحكومة الفرنسية²، ولكن أيضا للمفهوم المُعطى من طرف إتفاقية فيينا، للتخفظ "كعمل

1- Cass. Civ. 1^{ère}. 11 juillet 2006. n° 02-20389. Bull. 2006. I. no 378. *Tunisian Sea Transport Company c. Etat français*.

2- المادة 1-2 من إتفاقية لندن لـ 19 نوفمبر 1976 (إتفاقية حدود المسؤولية عن المطالبات البحرية) وضعت مبدأ تحديد المسؤولية في بعض مطالبات الديون، ومنها: "(...) د- المطالبات المتعلقة بانتشال سفينة، أو إزالتها، أو تدميرها، أو إستصال خطرها إذا ما كانت غارقة، أو محطمة، أو عاقلة، أو مهجورة، بما في ذلك أي شيء وجد على متنها بالفعل أو كان كذلك؛ هـ- المطالبات المتعلقة بإزاحة، أو تدمير، أو إستصال خطر بضاعة (حمولة) السفينة؛ (...)". وفي نفس الوقت، سمحت المادة 18 من ذات الإتفاقية للدول، بوضع تحفظات على الفقرة 1-د و هـ من المادة 02 من الإتفاقية، وذلك بإستبعاد تحديد المسؤولية بالنسبة للمطالبات والديون المتولدة عن إنتشال سفينة، أو إزالتها، أو تدميرها، أو إستصال خطرها إذا ما كانت غارقة، أو محطمة، أو عاقلة، أو مهملة، بما في ذلك أي شيء وجد على متنها بالفعل أو كان كذلك؛ والمطالبات المتعلقة بإزاحة، أو تدمير، أو إستصال خطر بضاعة (حمولة) السفينة. أودعت فرنسا بتاريخ 01 جويلية 1981 تحفظا، أمام المنظمة البحرية الدولية، كمودع لديه للإتفاقية، مضمونه أنه "وطبقا للمادة 18 فقرة 1 من الإتفاقية، تتحفظ الجمهورية الفرنسية على الحق في إستبعاد تطبيق المطتين (د و هـ) للفقرة الأولى من المادة الثانية من الإتفاقية. وجاء صياغة التخفظ، حرفياً، كما يلي:

«Conformément à l'article 18 §1, le Gouvernement de la République française se réserve le droit d'exclure l'application des alinéas d) et e) du §1 de l'article 2».

هذا التخفظ، إستبعده محكمة الإستئناف لعدم جدوا. محكمة النقض، أبطلت قرار محكمة الإستئناف وأعلنت التخفظ، على أساس أن إتفاقية فيينا، أعطت مفهوما واسعا للتخفظ، فكل إعلان من جانب واحد (إنفرادي)، أيّا كانت صيغته أو تسميته، تُصدره الدولة، عند توقيعها أو تصديقها أو قبولها أو إقرارها أو إنضمامها إلى معاهدة، يهدف إلى إستبعاد أو تغيير الأثر القانوني لبعض أحكام المعاهدة، من حيث سريانها على تلك الدولة. وحسب محكمة النقض فإنه، ورغم غموض صياغته في اللغة الفرنسية، فالتخفظ الصادر عن فرنسا بخصوص المطتين (د و هـ) للفقرة الأولى من المادة الثانية من الإتفاقية، ليس "مجرد خطاب نوايا" عديم الأثر القانوني، ولكنه إعلان من جانب واحد، يهدف إلى إستبعاد تطبيق المادة سائلة الذكر، كما فعلت بقية الدول الموقعة، ويعد تحفظا بمفهوم إتفاقية فيينا.

بإعمال أثر هذا التخفظ، يمنع على مالك السفينة إثارة تحديد المسؤولية لصالحه في مواجهة مطالبات الديون المتولدة عن إستصال خطر حمولة السفينة (البضائع) وجعلها غير ضارة.

إنفرادي يهدف إلى استبعاد تطبيق بعض البنود الإتفاقية" وليس مجرد "خطاباً نوياً منزوع الأثر القانوني"، وبما أن الجمهورية الفرنسية ليست طرفاً في إتفاقية فيينا، وهو ما سمح بإبراز طابع الحجية في مواجهة الكافة *erga omnes* الذي تتمتع به القاعدة العرفية الدولية¹.

السلطة الممنوحة للقاضي الوطني لها دور حاسم في تحديد القاعدة العرفية. وليست المهمة بتلك البساطة، لاسيما بخصوص الأعراف التي تعرف بـ "العامة"، بتمييزها عن الأعراف المسماة بـ "الإقليمية"، لأنه لا يتعين إثبات وجود ممارسة عامة في المجتمع الدولي فقط (العنصر المادي)، ولكن أيضاً ممارسة معتبرة بمثابة القانون؛ بمعنى أن ينظر إليها على أنها ملزمة قانوناً (العنصر المعنوي *opinio juris*).

تصبح هذه المهمة أسهل، ولو أنها لا تضمن حلاً لكل الإشكالات، بوجود الإتفاقيات الدولية المعروفة بالإتفاقيات المقتضية للعرف الدولي كإتفاقية فيينا المشار لها أعلاه، وإتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالحصانة القضائية للدول وممتلكاتها. ومن خلال هذه الأخيرة، وعلى ضوء الأعمال التحضيرية التي سبقت تقنينها وإعتمادها، إستخلصت محكمة النقض العديد من القواعد العرفية التي تتعلق بإثبات والتنازل عن الحصانة من التنفيذ التي تتمتع بها الدول وممثلاتها الدبلوماسية².

وبأكثر سهولة، يمكن للقاضي إستنباط العرف الإقليمي، كما فعلت محكمة النقض في العلاقات بين فرنسا والدول الأخرى، بالنسبة للأعمال المتخذة من طرف السلطات الأجنبية والموجهة لتوليد آثارها أمام الجهات القضائية الفرنسية: هذه التصرفات القانونية الأجنبية

أنظر:

Grégory MARTIN-DIT-NEUVILLE. *Les conteneurs tombés à la mer*. Mémoire de master en droit maritime et des transports. Université de droit et sciences politiques Aix Marseille III. 2009. pp.89,90.

1- Cour de cassation. *Rapport annuel 2013*. p.122. disponible sur le site officiel www.courdecassation.fr

2- Cass. 1^{re} Civ. 28 septembre 2011. pourvoi n° 09-72.057. *Bull.* 2011. I. n° 153; Cass. 1^{re} Civ. 28 mars 2013. pourvoi n° 10-25.938. *Bull.* 2013. I. n° 62; Cass. 1^{re} Civ. 28 mars 2013. pourvoi n° 11-10.450. *Bull.* 2013. I. no 63; Cass. 1^{re} Civ. 28 mars 2013. pourvoi n° 11-13.323. *Bull.* 2013. I. n° 64.

يجب، طبقاً للعرف الدولي، ومالم يوجد إنفاق دولي مخالف، التصديق عليها لتولد آثارها القانونية.

بل، وقرّر القضاء الفرنسي، أن شرط التصديق على الأعمال المتخذة من طرف السلطات الأجنبية لتوليد آثارها وطنياً، يبقى قائماً، طبقاً للعرف الدولي، على الرغم من إلغاء الأمر المتعلق بالبحرية (أوت 1681) الذي أنشأ موجب التصديق¹، وهو ما إعتبره البعض بمثابة إقرار ضمني بسمو العرف الدولي على القانون الوطني². غير أن الأمر ليس كذلك لكون الأمر المتعلق بالبحرية الذي ينص على وجوب تصديق التصرفات المتخذة من جانب السلطات الأجنبية، قبل ترتيب آثارها على المستوى الداخلي، كان قد ألغي، وبالتالي فلا وجود للتنازع بينه وبين العرف الدولي؛ هذا الأخير طبق، أساساً، في ظل غياب نص تشريعي مخالف له.

2- أمام الغرفة الجزائية لمحكمة النقض.

تبدو إثارة القواعد غير المكتوبة أمام القاضي الجزائي صادمة للوهلة الأولى. بالرجوع إلى المقتضيات الدستورية في هذا الشأن، لاسيما الفقرة 14 من ديباجة دستور 1946، المشار لها أعلاه، فهي تقرّر بأن الجمهورية الفرنسية، وفيّة لتقاليدّها، بما يتوافق مع قواعد القانون الدولي العام. ومع ذلك، فالمادة 55 من دستور 4 أكتوبر 1958 لا تعترف لغير الإتفاقيّة الدوليّة المصادق عليها، بالشروط المنصوص عليها في الدستور، بقوة تملو القانون. ويبقى القاضي الجزائي الوطني ملزماً باحترام المادة 08 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لـ 26 أوت 1789 التي تنص على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

1- Cass. 1^{re} Civ. 4 juin 2009. pourvoi n° 08-13.541. Bull. 2009. I. n° 116; Avis de la Cour de cassation. 4 avril 2011. n° 11-00.001. Bull. 2011. Avis, n° 5; Cass. 1^{re} Civ. 23 mai 2012. pourvoi n° 11-17.716. Bull. 2012. I. n° 114; Cass. 1^{re} Civ. 15 mai 2013. pourvoi n° 12-16.243.

2- David Ruzié, Gérard Teboul. *Droit international public*. 22^e édition. Paris. Dalloz. 2013. P.12.

أ- العرف الدولي وقواعد التجريم.

طُرِحَتْ على محكمة النقض مسألة مدى إمكانية إعتبار العرف الدولي مشكلاً لقاعدة التجريم بالنسبة للوقائع الموصوفة بأنها جرائم ضد الإنسانية، والمرتبكة قبل الفاتح من مارس 1994؛ والتي تفلت من تطبيق مقتضيات المادة 1-212 من قانون العقوبات، كون أن هذه المادة نصت على تجريم هذه الأفعال منذ تاريخ سريان النص. قضاء الغرفة الجنائية لمحكمة النقض أجاب بالنفي على هذه المسألة.

في القضية الأولى، طبقت الغرفة الجنائية لمحكمة النقض العرف الدولي، معزراً بالقواعد الإتفاقيّة الدوليّة ذات الأثر المباشر في النظام القانوني الداخلي. وفي القضية الثانية، إعتبرت أن العرف الدولي لا يمكنه، بأي حال من الأحوال، أن يعوّض غياب النصّ التجريمي لتلك الجرائم.

هكذا، وبمناسبة الطعن المرفوع ضد قرار غرفة الإتهام لمحكمة الإستئناف بليون التي رفضت إبطال تسليم القائد السابق للغيستابو (البوليس السري الألماني) لمقاطعة ليون، ورفضت بالنتيجة الإفراج عنه، خاصة وأن الجرائم ضد الإنسانية المسندة إليه تتعلق بالنظام الجنائي الدولي. في هذا الملف الأول¹ ودون مسأيرة قضاة الموضوع في إستدلالهم القانوني، أشارت محكمة النقض إلى إتفاق لندن المؤرخ في 08 أوت 1945 المتعلق بمتابعة ومعاقبة كبار مجرمي الحرب لقوات دول المحور، والنظام الأساسي للمحكمة العسكرية الدوليّة لنورمبرغ المرفق به، وعادت إلى قرار الأمم المتحدة المؤرخ في 13 فيفري 1946 الذي يستخلص منه أنه على الدول الأعضاء في الأمم المتحدة إتخاذ التدابير الضرورية لتحويل الأشخاص المشتبه في إرتكابهم جرائم حرب أو ضد الإنسانية إلى الدول التي إرتكبت فيها هذه الوقائع لمحاكمتهم، وعأينت أن هذه النصوص توافق المبادئ العامة للقانون المعترف بها من جميع الأمم، كما أشارت إلى المادة 15-2 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنيّة والسياسيّة والمادة 7-2 من الإتفاقيّة الأوروبيّة لحماية حقوق الإنسان والحريّات الأساسيّة، وهي الإتفاقيات الدوليّة المندرجة بشكل نظامي في النظام القانوني الداخلي، وتسمو على القانون الداخلي، لتنتهي إلى رفض الطعن.

1- Cass. Crim. 6 octobre 1983. pourvoi n° 83-93.194. Bull. crim. 1983. n° 239.

بعدها بسنوات، وحال فصلها في مسألة تجريم الجرائم ضد الإنسانية التي ارتكبت في الجزائر، بين سنتي 1955 و1957، والتي كشف ضابط سابق في المخابرات العسكرية الفرنسية برتبة جنرال عن ممارستها ضد المدنيين الجزائريين، في كتاب من تأليفه، إعتبرت الغرفة الجنائية لمحكمة النقض¹ أن العرف الدولي لوحدّه لا يمكن أن يعوّض غياب النصّ التجريمي للوقائع المدعى بها من الطرف المدني، والتي على أساسها أمر قاضي التحقيق برفض التحقيق فيها²، وإعتبرت محكمة النقض أن مبدأي شرعية الجرائم والعقوبات وعدم رجعية القانون الجزائريّ الأشدّ، المشار لهما في المواد 08 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن، المادة 07-1 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، المادة 15-1 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، المادتين 111-3 و 112-1 من قانون العقوبات، يُعيقان تطبيق المواد 211-1 إلى 212-3 قانون العقوبات التي تجرم الجرائم ضدّ الإنسانية المرتكبة قبل تاريخ دخوله حيّز التنفيذ في 01 مارس 1984. كما أشارت إلى أن النصوص الدولية المتعلقة بالجرائم ضدّ الإنسانية والتي هي ملزمة لفرنسا على الصعيد الدولي تتعلّق فقط باتفاق لندن المؤرخ في 08 أوت 1945 والنظام الأساسي للمحكمة العسكرية الدولية لنورمبرغ، والمشار لها في قرار الأمم المتحدة المؤرخ في 13 فيفري 1946، لا يمكن الإحتجاج بهم وإثارها في قضية الحال، كون هذه النصوص تتعلّق بالجرائم التي ارتكبت لحساب دول المحور الأوروبية خلال الحرب العالمية الثانية، ولا محل لتطبيقها في النزاع الحاليّ.

محكمة النقض، وردا على الوجه المثار من قبل الطاعن (الطرف المدني: حركة مناهضة العنصرية، والصداقة بين الشعوب MRAP) والمستمد من أنه: "لا يمكن الإستناد إلى أي قانون يتعلّق بالعمو العام لإعاقة متابعة وقمع وقائع تشكل جرائم ضدّ الإنسانية، وبأن هذا التجريم مستمد من قاعدة عرفية دولية مستقرة تسمو على القانون الداخلي؛ وأن القول بأن الجرائم المتمسك بها من قبل الطرف المدني تدخل ضمن نطاق تطبيق المادة

1- Cass. Crim. 17 juin 2003. pourvoi n° 02-80.719. Bull. crim. 2003. n° 122.

2- وقد أيدت غرفة الإتهام قاضي التحقيق في الأمر برفض التحقيق الصادر عنه، كون الوقائع الموصوفة بالجرائم ضدّ الإنسانية لا يمكن متابعتها، إستنادا إلى أحكام القانون 68-697 المؤرخ في 31 جويلية 1968، المتضمن العفو العام بقوة القانون.

الأولى من قانون العفو العام المؤرخ في 31-07-1968 التي تقضي بالعفو العام، بقوة القانون، لكل الجرائم¹ المرتكبة والمتعلقة "بأحداث" الجزائر²، دون معاينة قضاة الإستئناف أن تجريم الجرائم ضد الإنسانية له قيمة تسمو على القانون الداخلي، بموجب قاعدة التجريم العرفية الدولية لتلك الأفعال، يكونون بذلك قد خرّقوا المبدأ المذكور أعلاه، أيّدت، قضاة الإستئناف، في استدلالهم المنتقد من قبل الطاعن، لما أكدوا أنه "لا يمكن تحريك المتابعات الجنائية إستنادا إلى العرف الدولي الذي يمكنه، عند الإقتضاء، أن يسهم في تفسير الإتفاقية ولكن لا يمكن على أي حال أن يعوّض غياب النصّ التجريمي، لينشئ أساساً للجريمة، وأن العفو العام الصادر بموجب قانون 31 جويلية 1968 يشمل الأفعال التي يتمسك بها الطرف المدني".

من هنا، نلمس أكثر فأكثر، اللمسّة البراغماتية التي أسبغها القضاء الفرنسي على أحكامه، لحماية المصالح الأساسية للدولة الفرنسية.

ب- العرف الدولي والحصانة القضائية.

قضاء الغرفة الجنائية لمحكمة النقض مستقر، تقريبا، على إعتبار العرف الدولي، كقاعدة قانونية، قابلة للتطبيق مباشرة من طرف القاضي الجزائري الوطني لما يتعلق الأمر بالحصانات القضائية التي يتمتع بها رؤساء الدول الأجنبية حال ممارستهم لمهامهم، أيّا كان وصف الوقائع المسندة إليهم. وهكذا، أقرت الغرفة الجنائية لمحكمة النقض بقابلية التطبيق المباشر داخل النظام القانوني الوطني للقاعدة العرفية الدولية "التي تمنع متابعة

1- إعتراف صريح من المشرع الفرنسي، بوصف "الجرائم" للأفعال المرتكبة من طرف الدولة الفرنسية، والمتعلقة بإحتلال الجزائر.

2- Loi n° 68-697 du 31 juillet 1968 : « Art. 1. Sont amnistiés de plein droit toutes les infractions commises en relation avec les événements d'Algérie. Sont réputées commises en relation avec les événements d'Algérie toutes les infractions commises par des militaires servant en Algérie, pendant la période couverte par le premier alinéa du présent article. Art. 4. [...] L'amnistie confèrera réintégration dans l'ordre de la Légion d'honneur, dans l'ordre de la Libération et dans le droit au port de la médaille militaire pour les décorations décernées pour faits de guerre. »

رؤساء الدول الممارسين، أمام الجهات القضائية الجنائية لدولة أجنبية، مالم يوجد اتفاق دولي مخالف ملزم للأطراف المعنية¹.

وجاء في هذا القرار، أن "العرف الدولي يمنع، في غياب أي نصّ إتفاقيّ مخالف ملزم للأطراف المعنية، أن يكون رؤساء الدول حال ممارستهم لمهامهم محلّ متابعة قضائية أمام المحاكم الأجنبية، فإن غرقة الإتهام التي أقرت بفتح تحقيق في مواجهة رئيس دولة ممارس، في حين أن القانون الدولي، ومهما كان خطورة الجريمة محلّ المتابعة، لا يقرر إستثناءات من مبدأ حصانة رؤساء الدول الممارسين أمام القضاء الأجنبي، تكون قد خرقت أحكام المبدأ سالف الذكر، مما يتعين معه نقض وإبطال قرارها، (...) ودون إحالة"².

وجديرٌ بالملاحظة أن بدييات هذا القرار أشارت في مرجعيته إلى "المبادئ العامة للقانون الدولي" مع التنويه أن هذه الأخيرة بعيدة من أن تستند في تشكيلها على عنصر مستقل، فلا تدرج في النظام القانوني إلا بعد تكريسها بالطريق الإتفاقي أو بعد إكتسابها

1- Cass. Crim. 13 mars 2001. pourvoi n° 00-87.215. Bull. crim. 2001. n° 64. Procureur général près la cour d'appel de Paris c/ Association SOS Attentats et autres.

2- Cet arrêt dispose que:

"Sur le moyen unique de cassation, pris de la violation du droit pénal coutumier international relatif à l'immunité de juridiction reconnue aux chefs d'Etat étrangers:

Vu les principes généraux du droit international؛

Attendu que la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'Etat en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un Etat étranger؛

Attendu que l'association X... et Z... ont porté plainte avec constitution de partie civile du chef de complicité de destruction d'un bien par l'effet d'une substance explosive ayant entraîné la mort d'autrui, en relation avec une entreprise terroriste, contre A..., chef d'Etat en exercice de la Jamahiriya Arabe Libyenne, à qui elles reprochent son implication dans l'attentat commis le 19 septembre 1989 contre un avion DC 10 de la compagnie UTA, lequel, en explosant au-dessus du Niger, a causé la mort de 170 personnes, plusieurs d'entre elles étant de nationalité française؛

Attendu que, pour confirmer l'ordonnance du juge d'instruction disant y avoir lieu à informer, nonobstant des réquisitions contraires du ministère public, les juges du second degré retiennent que, si l'immunité des chefs d'Etat étrangers a toujours été admise par la société internationale, y compris la France, aucune immunité ne saurait couvrir les faits de complicité de destruction d'un bien par l'effet d'une substance explosive ayant entraîné la mort d'autrui, en relation avec une entreprise terroriste؛

Mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors qu'en l'état du droit international, le crime dénoncé, quelle qu'en soit la gravité, ne relève pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'Etat étrangers en exercice, la chambre d'accusation a méconnu le principe susvisé؛ (...)".

لقيمة العرف؛ فهي، إذن، تستمد قوتها القانونية من القاعدة التي تتضمنها، وهي في هذا النزاع، العرف¹.

هذه الحصانة القضائية، تم توسيعها لاحقاً لتشمل الهيئات والكيانات والأجهزة المنبثقة عن الدولة الأجنبية، وكذلك موظفيها فيما يتعلق بالأعمال المرتبطة بسيادة الدولة المعنية. وهكذا، أيدت الغرفة الجنائية لمحكمة النقض، غرفة التحقيق التي صرحت ببطلان إجراءات التحقيق، وإعترفت بالحصانة القضائية، طبقاً للعرف الدولي، خلال التحقيق المفتوح عقب غرق السفينة "إريكا"، لأجل جرح المساهمة في التلوث وتعريض حياة الغير للخطر، ضد هيئة "السلطة البحرية المالطية" (*Malta Maritime Authority*)، التي تتمتع، بموجب اعتماد، بإدارة السفن التي تحمل العلم المالطي². وقد بررت غرفة التحقيق قضاءها، بأن مؤسسة السلطة البحرية المالطية وإن كانت تمارس أعمالاً تجارية إلا أنها تتمتع بصلاحيات السلطة العامة المنبثقة عن دولة مالطا، والتي تمارسها تحت رقابة الوزارة الوصية.

هذا الحل تأكد لاحقاً بمناسبة رفض قضاة الغرفة الجنائية طعناً بالنقض ضد قرار غرفة التحقيق التي، وفي إطار التحقيق القضائي حول القتل غير العمدى عقب غرق سفينة تؤدي مهام المرفق العام غير التجاري، أبطلت أوامر القبض التي أصدرها قاضي التحقيق ضد موظفي وأعضاء الحكومة السنغالية.

ومن أبرز ما جاء في هذا القرار أن "العرف الدولي الذي يمنع متابعة الدول أمام القضاء الجزائي للدول الأجنبية يشمل الهيئات والكيانات المنبثقة عن الدولة وكذلك موظفيها عن الأفعال التي تدخل، كما هو الحال في هذا النزاع، في ممارسة سيادة الدولة المعنية". وهكذا "تكون غرفة التحقيق قد بررت قضاءها لما صرحت بإبطال أوامر القبض الصادرة عن قاضي التحقيق في مواجهة الوزير الأول ووزير القوات المسلحة لدولة أجنبية (السنغال)، يمارسون مهامهم بتاريخ الوقائع، وقضت بأن السفينة المحطمة ليست تجارية بل كانت تقوم بأعمال السلطة العامة لفك العزلة عن منطقة

1- Julien Cazala. *Le principe de précaution en droit international*. Collection de l'Institut des Hautes Etudes Internationales. LGDJ. Anthémis. Paris. 2006. p.224. voir également, Jean Combacau, Serge Sur. *Droit international public*. Montchrestien. 10^e édition. 2012. p.110.

2- Cass. Crim. 23 novembre 2004. pourvoi n° 04-84.265. *Bull. crim.* 2004. n° 292.

كازامانس السينغاليّة البحريّة، وأن وزير القوّات المسلّحة عهد إلى القوّات البحريّة الوطنيّة بإدارة هذه السفينة، وقد تعرّضت لهجمات، وكانت مسلّحة بفريق عسكري، وبالتالي لها وضع السفينة العسكريّة¹.

مع ذلك، لا تشكل هذه الحصانات القضائيّة عائقاً للتحقيق أمام قاضي التحقيق المخطّر بشكوى مصحوبة بالتأسيس كطرف مدني، والذي يتعين عليه التحقيق حول كل الوقائع المشار لها في الشكوى وعبر كل التكييفات الممكنة، ولايشكل قيامه بالتحقيق حول تلك الوقائع أيّ إخلال بمبدأ الحصانة القضائيّة للدولة الأجنبيّة وممثليها، ومن ذلك تسمح التحقيقات المنجزة بكشف حقيقة الوقائع المثارة وتحديد الفاعلين المحتملين، ثم القيام بفحص الدّفع بالقاعدة العرفيّة المتعلقة بحصانة رؤساء الدول الأجنبيّة، وحصانة أجهزتها وأعاونها، والقول بمدى تأسيس هذا الدّفع².

1- Cet arrêt dispose que:

"Attendu que, pour prononcer l'annulation des mandats d'arrêt délivrés à l'encontre de Mame L... M... et N... I..., respectivement Premier ministre et ministre des forces armées du Sénégal à l'époque des faits, les juges relèvent notamment que le navire avait été mis en service pour permettre à la région de Casamance de sortir de son enclavement et que l'Etat du Sénégal assurait ainsi une mission de service public non commercial ; qu'ils retiennent que le ministère des forces armées avait confié à la marine nationale la gestion de ce navire, lequel était exposé à des attaques, était armé par un équipage militaire et avait le statut de navire militaire؛

Attendu qu'en cet état, la chambre de l'instruction a justifié sa décision؛

Qu'en effet, la coutume internationale qui s'oppose à la poursuite des Etats devant les juridictions pénales d'un Etat étranger s'étend aux organes et entités qui constituent l'émanation de l'Etat ainsi qu'à leurs agents en raison d'actes qui, comme en l'espèce, relèvent de la souveraineté de l'Etat concerné؛ (...)"

Cass. Crim. 19 janv. 2010. n° 09-84.818. Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs « Fenvac SOS Catastrophe » et autres.

2- Cass. Crim. 19 mars 2013. pourvoi n° 12-81.676. Bull. crim. 2013. n° 65.

الفرع الرابع

مكانة القواعد الآمرة في القانون الدولي في ظل النظام القانوني الداخلي.

يجد مفهوم القواعد الآمرة في القانون الدولي *jus cogens* أساسه في المادة 53 من إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، على الرغم من أن هذا المفهوم موجودا أصلاً، في جوهره، في المجال الإنساني، وإن لم يكن كذلك في صياغته¹.

تنص المادة 53 من إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات على أن المعاهدة "تكون باطلة، إذا كانت وقت عقدها، تتعارض مع قاعدة أمرّة من القواعد العامة للقانون الدولي. ولأغراض هذه الإتفاقية، يُقصد بالقاعدة الآمرة من القواعد العامة للقانون الدولي القاعدة المقبولة والمعترف بها من قبل المجتمع الدولي ككل على أنها القاعدة التي لا يجوز الإخلال بها والتي لا يمكن تعديلها إلا بقاعدة لاحقة من القواعد العامة للقانون الدولي لها ذات الطابع". وهكذا، تُعتبر هذه القواعد، قواعد أمرّة ذات بُعد عالمي، ولا يمكن لأيّ معاهدة دولية أن تخالف هذا النظام العام الدولي؛ والذي عكفت مؤخرًا المحاكم الدولية، لا سيما الجنائية منها، شيئاً فشيئاً، على ضبط مفهومه². هذا المفهوم، أصبح أداة رئيسية لحماية الحقوق الأساسية للإنسان، لاسيما وفي المقام الأول تحريم التعذيب.

وخلافاً للعرفة المدنية لمحكمة النقض، التي أشارت في مرجعيّتها القانونية، في بعض القرارات الصادرة عنها، إلى "العرف الدولي" وكذلك إلى "المبادئ العامة للقانون المعترف بها من مجموع الأمم"، لم تُشر العرفة الجنائية أو ترجع إلى القواعد الآمرة في القانون الدولي *jus cogens* ولا سيما لتأسيس نقض القرار الصادر في قضية محامية كامبرونية إكتسبت الجنسية الفرنسية بالزواج من فرنسي، ثم تقدمت بشكوى مصحوبة بإدعاء مدني أمام عميد قضاة التحقيق لمحكمة الدائرة الكبرى بباريس، بتهم التعذيب، المعاملة اللاإنسانية

1- Cour de cassation. *Rapport annuel 2013. Op.cit.* p.125.

2- Ibid. p.125. pour plus de détails, lire:

Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. 10 décembre 1998. *Le Procureur c. Anto Furundzija*. n° IT-95-17/1-T; CEDH. 21 novembre 2001. *Al-Adsani c. Royaume-Uni*. n° 35763/97; CEDH. 12 novembre 2008. *Demir et Baykara c. Turquie*. n° 34503/97; CEDH. 17 mars 2009. *Ely Ould Dah c. France*. n° 13113/03.

والإحتجاج التعسفي، التي تعرضت لها خلال حبسها في الكامبيرون، بداية من 08 جانفي 2010، بسبب متابعتها جزائياً في قضية بين دولة الكامبيرون وفرع شركة سوسيتي جينيرال بنفس البلد. قاضي التحقيق صرح بقابلية التحقيق في الوقائع محل الشكوى. وعقب إستئناف النيابة العامة لأمر قاضي التحقيق، أُبطل من قبل قضاة غرفة التحقيق مؤسسين قرارهم على أنه ولئن كانت الوقائع تخضع للاختصاص الشخصي السلي للجهات القضائية الفرنسية (جريمة مرتكبة في الخارج ضد فرنسية، عملاً بمقتضيات المادة 113-7 من قانون العقوبات)، فإنها غير قابلة لمتابعتها في فرنسا لما كانت محل إجراءات قضائية بوشرت، بشكل نظامي، من طرف السلطات الكامبيرونية وتتعلق بظروف الإحتجاج الذي تم في المؤسسات العقابية الموضوعة تحت مسؤولية هذه السلطات نفسها، والتي يحكمها "العرف الدولي" الذي يمنع المتابعة، أمام المحاكم الجنائية لدولة أجنبية، للدولة ومسيرها، وكذلك أيضاً الهيئات والأجهزة والأعوان التابعين للدولة، بسبب أعمال تتعلق بسيادة تلك الدولة. وأثارت المحامية "الضحية"، لما طعنت بالنقض في قرار غرفة التحقيق، وجهاً وحيداً للنقض مأخوذاً من إعتبار أن منع التعذيب له قيمة "القاعدة الآمرة *jus cogens* من قواعد القانون الدولي التي تعلو قواعد القانون الدولي الأخرى وتعدّ تقييداً مشروعاً للحصانة القضائية (المُعترف بها كعرف دولي)"، وأن غرفة التحقيق قد خرقت هذه القاعدة.

الغرفة الجنائية لمحكمة النقض، نقضت قرار غرفة التحقيق، ولكن على أساس خطأ بحث في الإجراءات الجزائية الداخلية، وامتنعت عن الإشارة للقواعد الآمرة للقانون الدولي *jus cogens* (التي تحرم التعذيب بموجب الصكوك الدولية والأوروبية) وتأكيد سموها على مقتضيات القانون العرفي، مستندة فقط، كما جاء في متن القرار، "إلى المادتين 85 و 86 من قانون الإجراءات الجزائية، اللتين أخطر بموجبهما قاضي التحقيق بشكوى مصحوبة بالتأسيس كطرف مدني، والذي يبقى ملزماً بالتحقيق في الوقائع، أيًا كانت طلبات النيابة العامة، وأن هذا الإلتزام لا ينقضي، طبقاً للفقرة الرابعة من المادة 86 من قانون الإجراءات الجزائية، إلا لأسباب تتعلق بالدعوى العمومية ذاتها، بأن تكون الوقائع غير جائز التحقيق فيها أو أنها وعلى فرض ثبوتها لا تقبل أي وصف جزائي (...)" وفي ظل

غياب أي إجراء للتحقيق، في حين أن قاضي التحقيق ملزم بالتحقيق في كل الوقائع التي تضمنتها الشكوى وعبر كل الأوصاف الجزائية الممكنة، وأن هذا الإلتزام لا يخالف مبدأ الحصانة القضائية للدول الأجنبية وممثليها فتكون غرفة التحقيق، كما فعلت، قد إنتهكت النصوص القانونية السابقة ويتعين نقض وإبطال قرارها، لكن دون إحالة¹.

أما الغرف المدنية لمحكمة النقض، ولئن كانت ترجع من حين لآخر إلى العرف الدولي أو إلى القانون الدولي العرفي، فمسألة الرجوع إلى القواعد الآمرة في القانون الدولي تطرح بعض الإشكال، لا سيما وأن العرف ليس له نفس درجة الكثافة المعيارية أو الأمرية التي تحظى بها القواعد الآمرة في القانون الدولي *jus cogens*. هذه الأخيرة، تتمتع بقوة بارزة بوصفها قاعدة لا يمكن الخروج عنها².

القرار الوحيد الذي صدر عن محكمة النقض، وعادت من خلاله صراحة إلى مفهوم القواعد الآمرة في القانون الدولي *jus cogens* يتعلّق بقضية السلوك المنتهج من طرف دولة ليبيا تجاه الهجوم الإرهابي على ركاب الطائرة مما أدى إلى انفجارها، وعقب الإدانة الجزائية للعديد من المواطنين الليبيين، تم البحث عن إثارة المسؤولية المدنية لهذده الدولة الأجنبية من طرف ذوي حقوق الضحايا، لعدم قيامها بقمع هذا الهجوم والتبرء منه، بل وإشادتها به. أثارت دولة ليبيا دعفاً بحصانيتها القضائية ونفت عنها المسؤولية. محكمة الإستئناف أقرت أنه بإمكان الدولة الليبية التمسك بحصانيتها القضائية وأن الطبيعة الجنائية للعمل الإرهابي لا تسمح لوحدها بإستبعاد حق وإمتياز سيادي للدولة. محكمة النقض رفضت الطعن بالنقض، وقبل أن تصرح بأن الحق في اللجوء إلى قاضٍ، مضمون بموجب المادة 06 من الإتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، أكدت أن هنالك عقبة، بالرجوع إلى القواعد الآمرة في القانون الدولي *jus cogens*، (التي لم يتم إثارتها من قبل الأطراف)، والتي تسمو على كل القواعد الأخرى في القانون الدولي، ولكن دون أن تحسم في المسألة الأساسية (محل النقاش الفقهي والتي لم تثر في هذا النزاع) حول ما إذا كان منع الأعمال الإرهابية يشكل قاعدة آمرة في القانون الدولي *jus cogens*، قضت بأنه "وعلى فرض أن حظر الأعمال الإرهابية يعدّ في مصاف القواعد الآمرة

1- Cass. Crim. 19 mars 2013. pourvoi n° 12-81.676. Bull. crim. 2013. n° 65.

2- Cour de cassation. Rapport annuel 2013. Op.cit. p.126.

للقانون الدولي *jus cogens*، التي تسمو على كل القواعد الأخرى في القانون الدولي، ويمكن أن تشكل تقييداً مشروعاً على الحصانة القضائية، مثل هذا التقييد يصبح في قضية الحال غير متناسب مع الهدف المنشود بحيث أن مساءلة الدولة الأجنبية ليس مؤسساً على ارتكابها للأفعال الإرهابية بحد ذاتها، ولكن على مسؤوليتها الأخلاقية¹.

1- Cet arrêt dispose que:

" (...)

Mais attendu que les Etats étrangers et les organisations qui en constituent l'émanation ne bénéficient de l'immunité de juridiction, immunité relative et non absolue, qu'autant que l'acte qui donne lieu au litige ou qui leur est imputé à faute participe, par sa nature et sa finalité, à l'exercice de la souveraineté de ces Etats et n'est donc pas un acte de gestion; qu'en l'espèce, il est reproché à la Jamahiriya non pas d'avoir commis les actes de terrorisme incriminés mais de ne les avoir ni réprimés ni désavoués, ou même de les avoir soutenus; qu'ayant relevé que la responsabilité de cet attentat ne pouvait être imputée à cet Etat étranger et que seuls six de ses ressortissants avaient été pénalement condamnés, la cour d'appel a pu juger que la Jamahiriya pouvait opposer une immunité de juridiction dès lors que la nature criminelle d'un acte de terrorisme ne permet pas, à elle seule, d'écarter une prérogative de souveraineté ; que le moyen n'est pas fondé;

(...)

Mais attendu que la Cour européenne des droits de l'homme a jugé dans son arrêt Al-Adsani c/ Royaume-Uni du 21 novembre 2001, que "l'octroi de l'immunité souveraine à un Etat dans une procédure civile poursuit le but légitime d'observer le droit international" et "qu'on ne peut dès lors en règle générale considérer comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel que le consacre l'article 6, paragraphe 1, des mesures prises par une Haute Partie contractante qui reflètent des principes de droit international généralement reconnus en matière d'immunité des Etats. De même que le droit d'accès à un tribunal est inhérent à la garantie d'un procès équitable accordée par cet article, de même certaines restrictions à l'accès doivent être tenues pour lui être inhérentes; on en trouve un exemple dans les limitations généralement admises par la communauté des nations comme relevant de la doctrine de l'immunité des Etats";

Attendu que, à supposer que l'interdiction des actes de terrorisme puisse être mise au rang de norme de jus cogens du droit international, laquelle prime les autres règles du droit international et peut constituer une restriction légitime à l'immunité de juridiction, une telle restriction serait en l'espèce disproportionnée au regard du but poursuivi dès lors que la mise en cause de l'Etat étranger n'est pas fondée sur la commission des actes de terrorisme mais sur sa responsabilité morale; qu'ensuite, si le risque de déni de justice à l'étranger peut, dans certaines hypothèses exceptionnelles, constituer un chef complémentaire de compétence internationale des tribunaux français, il ne peut en aucun cas faire fléchir une règle par laquelle le droit français interdit aux tribunaux français de connaître d'un litige; que le moyen n'est pas fondé; (...)"

Cass. 1^{re} Civ. 9 mars 2011. pourvoi n° 09-14.743. Bull. 2011. I. n° 49.

الفصل الثاني
سُلطات القاضي الوطني
في مادة الرقابة على الإتفاقيات
الدولية

الفصل الثاني

سلطات القاضي الوطني في مادة الرقابة على الإتفاقيات الدولية.

يتدخل القاضي الوطني في عملية الرقابة على إنفاذ الاتفاقيات الدولية، على مستويين. يتعلق المستوى الأول، بمراقبة القاضي الوطني لشروط تطبيق الإتفاقيات الدولية (المبحث الأول) أما المستوى الثاني فندرس من خلاله سلطة القاضي الوطني في تفسير الإتفاقيات الدولية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مراقبة القاضي الوطني لشروط تطبيق الإتفاقيات الدولية.

حسب المادة 150 من الدستور الجزائري¹، فالمعاهدات التي يُصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون. وهكذا، تطرح مسألة فحص القاضي للشروط الإجرائية للتصديق على المعاهدة، وكذا لشروط نشر مضمونها في الجريدة الرسمية العديد من الإشكالات لدى الفقه والقضاء. وبما أن الإتفاقيات الدولية تسمو على القانون، فهناك عدة شروط أخرى يتعين على القاضي بحثها، قبل تطبيقها.

المطلب الأول

مراقبة صحة إجراءات التصديق على المعاهدة الدولية.

أثيرت لدى القضاء الفرنسي مسألة فحص نظامية إجراءات التصديق على المعاهدة. فهل بإمكان القاضي، مراقبة مدى صحة إجراءات التصديق، قبل تطبيقه للإتفاق الدولي؟ إن مبدأ الشرعية التدرجية للنصوص القانونية، يحتم على القاضي إستبعاد تطبيق نصوص قانونية تسللت إلى المنظومة القانونية للدولة بطريق غير نظامية² أو مخالفة

1- في آخر تعديلاته، القانون رقم 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري.

2- القرارات الإدارية غير الشرعية بإبطالها تزول بأثر رجعي فلا يمكن السماح باندرجاها في المنظومة القانونية للدولة وتوليد آثار فيها. مع ملاحظة التطور الإجتاهدي لمجلس الدولة الفرنسي. ففي قرار *Association AC* وآخرون،

للدستور¹، فقبل كل شيء القاضي هو حامي الشرعية في الدولة، ولا بد أن يضمن سلامة تلك النصوص الدولية من حيث إجراءات دخولها في النظام القانوني الوطني، قبل قيامه بتطبيقها.

دون شك، أول موقف سيعارض هاته الفكرة سيستند مباشرة لنظرية أعمال السيادة، التي من المستقر فيها أن القاضي يمتنع عن مراقبتها إحتراماً لمبدأ فصل السلطات. لكن، ومع ذلك، لا يوجد نص صريح في الدستور يحدّد قائمة حصريّة بأعمال السيادة². فضلاً،

المؤرخ في 11 ماي 2004، ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أنه "وثن كان من حيث المبدأ، أن العمل الإداري المبطل قضائياً، لا يمكن أن يعود للوجود مطلقاً. هذا الأثر الرجعي للإبطال يمكن أن يحمل في طياته نتائج غير متقبلة، وظاهرة في التجاوز، بسبب الآثار التي ولّدها هذا العمل وللوضعيات التي أنشأها، لما تقتضي المصلحة العامة الحفاظ المؤقت على تلك الآثار، فيعود للقاضي الإداري، بعد إستجماع ملاحظات الأطراف حول هذه النقطة، وبعد فحص مجموع الأوجه المثارة أمامه أو تلك المتعلقة بالنظام العام، معيّنة شرعية العمل الإداري، مع الأخذ بعين الإعتبار من جهة للنتائج المترتبة عن رجعية الإبطال على مختلف المصالح العامة أو الخاصة في النزاع، و من جهة أخرى، "الآثار السيئة" التي قد تظهر على مبدأي "الشرعية" و "حق المتقاضي في طعن فعّال"، تحديد آثار الإبطال من حيث الزمن (تقييد الأثر الرجعي للإبطال زمنياً)؛ فيرجع للقاضي، بمقاربة هذه العناصر، تقدير إمكانية تبرير هذا الخروج "الإستثنائي" عن مبدأ الأثر الرجعي للإبطال التنازعي و، في حالة الإيجاب، يحدّد في قرار الإبطال أنه، ومع مراعاة دعاوى المنازعات الجارية منذ تاريخ الطعن ضد القرارات المتخذة تأسيساً على العمل الإداري محل الطعن، فكل أو جزء من آثار هذا العمل الإداري السابق بإبطالها يتعين أن تعتبر نهائية أو حتى، عند الإقتضاء، أن الإبطال لا يرتب آثاره إلا بتاريخ لاحق يتمّ تحديده". نستخلص من هذا القرار الشهير، أن الإبطال المتولّد عن دعوى تجاوز حدّ السّلطة، لم يعد له أثر رجعي، بصفة مطلقة، متى تطلّب الأمر حماية لمصالح عامة أو خاصة، مع مراعاة مبدأ الشرعية والحق في التقاضي الفعّال، فيقوم القاضي، بعد موازنة المصالح، بتحديد أثر الإبطال من حيث الزمن، محققاً بذلك الأمن القانوني. هذا المبدأ تأكد لاحقاً في قرار آخر سنة 2007.

CE. 11 mai 2004. *Association AC*. Jurisprudence confirmée par l'arrêt du 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*.

لتفاصيل أكثر، حول التمييز بين الإبطال والإلغاء أنظر: سفيان عبدلي. ضمانات إستقلالية السّلطة القضائية بين الجزائر وفرنسا. جامعة محمد خيضر بسكرة. 2011. ص.80.

1- فلا يمكن للقاضي أن يطبق مراسيم تخالف القانون أو قانون يتضمن ما يخالف مقتضيات دستورية.
2- نظرية أعمال الحكومة هي نظرية قضائية من خلق مجلس الدولة الفرنسي. ما كان إبتداع هذه النظرية، إلا لحماية مجلس الدولة لوجوده واختصاصه من ردّ فعل الحكومة، عشية عودة النظام الملكي، فما كان إلا أن حصّن بعض أعمال الحكومة من رقابته. لا أحد ينكر أن مجلس الدولة الفرنسي كثيراً ما جامل الإدارة لا سيما في بدايات ظهوره. أما الآن، أصبح مجلس الدولة هو حامي الشرعية والحريات الأساسية، وفي كثير من قراراته ألزم الدولة حدود القانون. إن نظرية أعمال الحكومة (السيادة) تسير نحو الأفول. لتفاصيل أكثر أنظر:

Pr. Gilles Guglielmi. *Droit administratif général*. Tome I: Les structures. Universitoo. 2003. P.97.

على أن المعاهدات والإتفاقيات الدولية تسمو على القانون ولكنها لا تعلو الدستور الذي قد يحدد شروطاً يجب استكمالها لصحة الإلتزام بالمعاهدة ونفاذها في المنظومة القانونية.

في فرنسا، تطور الأمر نحو هجر فكرة إعتبار إجراءات التصديق من ضمن طائفة أعمال السيادة. و كان لمجلس الدولة الفرنسي الفضل في توسيع اختصاصه في مسائل المعاهدات الدولية بصفة عامة وبالمقابل تضييق نطاق ما تضمه منها نظرية أعمال السيادة وتسحبه من ولايته.

تقليدياً، رفض مجلس الدولة مراقبة نظامية -صحة- التصديق على المعاهدات أو الإتفاقيات الدولية¹. فمنذ زمن ليس ببعيد لم يكن القاضي الإداري يراقب سوى وجود التصديق²؛ دون التحقق من مدى نظاميته (أو صحته).

في 20 أكتوبر 1989 صدر قرار *Nicolo* الشهير، ومعه بدأ الفقه الفرنسي يستشعر ملامح تطور في اتجاهات مجلس الدولة يستهدف تأكيد سلطته القضائية واستقلالته التي يكفلها له الدستور في مواجهة بقية السلطات. إن قرار *Nicolo* سجل خطوة حاسمة في أحكام مجلس الدولة المتعلقة بمكانة القانون والمعاهدات في النظام القانوني الداخلي³. إذن، قام مجلس الدولة الفرنسي، من خلال هذا القرار ولأول مرة، بمطابقة أو بمقابلة قانون بمعاهدة سابقة عليه لتقصي المطابقة من عدمها. طعن السيد نيكولو ضد نظام تنظيم الانتخابات الأوروبية سنة 1989، الذي أدرج المواطنين الفرنسيين الساكنين بأقاليم ما وراء البحار ضمن قائمة الناخبين. ورغم كون الطعن غير مؤسس، موضوعاً، ولكنه سمح لمجلس الدولة من خلال تسبيب القرار برفض الطعن، بفحص إتفاقية قانون في مواجهة إتفاقية دولية لاحقة عليه.

Christophe Guettier. *Le contrôle juridictionnel des actes du Président de la République*. Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger. Tome 114. Numéro spécial 5/6. 1998. P.1719.

1- C.E. 5 février 1926. *Dame Caraco*. Recueil Lebon. p. 125.

2- C.E. ass. 16 novembre 1956. *Villa*.

3- "L'arrêt *Nicolo* marque une étape décisive de la jurisprudence du conseil d'état relative à la place respective de la loi et du traité dans l'ordre juridique interne".

M. Long, P. Weil, G. Braibant. *les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 9^{eme} édition. 1990. P.749.

لتفاصيل أكثر أنظر أيضاً: محمد فؤاد عبد الباسط. اختصاص القاضي الإداري بتفسير المعاهدات الدولية. دار الجامعة الجديدة. 2007. ص.183.

ولم يتوقّف الأمر عند هذا الحد، بل ذهب لأبعد من ذلك، ففي قرار¹ صدر بتاريخ 18 ديسمبر 1998 مدّد مجلس الدولة الفرنسي رقابته إلى نظامية إجراءات التصديق اللازمة لاندراج المعاهدة الدولية في النظام القانوني الداخلي وإنتاج آثارها فيه؛ وبذلك لم يعد القاضي الإداري الفرنسي يكتفي بالتحقق من الوجود المادي للإتفاقية ولكن، أيضا، يراقب نظامية وشرعية إجراءات التصديق عليها² وفي ذلك تأكيد للتلازم بين علو المعاهدة على سابقها ولاحقها من القوانين من جهة، مع شرعية إجراءات التصديق عليها من جهة أخرى. وهذا إعمالا لنص المادة 55 من الدستور الفرنسي لسنة 1958.

في فرنسا، يُصادق رئيس الجمهورية على أغلب المعاهدات الدولية في حين يتولّى وزير الخارجية الموافقة على الإتفاقات الدولية. ومع ذلك، فالعديد من الإتفاقيات الدولية ذات الأهمية الخاصة أو تلك المتعلقة بالسلم أو بالتجارة أو حالة الأشخاص أو بالمالية العامة (...) يجب أن تكون موضوع إجراءات خاصة، حسبما تقتضيه المادة 53 الدستور الفرنسي، بأن يتم إقرارها من طرف المشرع، قبل التصديق عليها. وهكذا، وفي ظلّ هذا القرار، فالإتفاقيات الدولية التي لم تستوفي إجراء إقرارها بموجب قانون، متى تطلّب ذلك الدستور، لا تُعتبر مُندرجة، بشكل نظامي، في النظام القانوني الداخلي، وبذلك لا تكون لها مكانة تسمو الدستور.

وأكدّ مجلس الدولة توجهه هذا بتاريخ 23 فيفري 2000 (*Bamba Dieng Et Autres*) بالحدّ من مطلق الحصانة التي كانت تتمتع بها أعمال السلطة التنفيذية المتعلقة بإبرام المعاهدات³، وهذا ما يعدّ تراجعاً من مجلس الدولة الفرنسي عن سابق اجتهاده¹.

1- CE Ass. 18 décembre 1998. *Affaire SARL du Parc d'activité de Blotzeim*.

2- وهو نفس الحلّ الذس تبنته محكمة النقض لما قبلت الوجه المثار في الطعن بالنقض حول غياب الموافقة البرلمانية اللازمة للمصادقة على إتفاقية دولية. أنظر:

Cass. 1^{er} civ. 29 mai 2001. Pourvoi n° 99-16.673. *Association pour la sécurité aérienne en Afrique et à Madagascar (Asecna)*.

3- أين إعتبر أن الإتفاق المعدّل لإتفاقية التعاون القضائي المبرمة بين فرنسا والسينغال بتاريخ 29 مارس 1974، يجب أن ينظر إليها على أنها إتفاقية معدّلة لأحكام ذات طبيعة تشريعية بمفهوم المادة 53 من الدستور، وبالتالي لا يمكن التصديق أو الموافقة عليها إلا بموجب قانون برلماني. ومن ثمّ فإنه يتعيّن إبطال مرسوم نشر الإتفاقية. أنظر:

C.E. 23 février 2000. Requête n° 157922. *Bamba Dieng*.

وفي ذلك كله تعزيز لاستقلالية القضاء وسيادته، في إطار الشرعية. عملياً، تتم عملية الرقابة بواسطة القاضي، عبر فحص مرسوم النشر. وهكذا، يعتبر مرسوم نشر الإتفاقية الدولية غير المصادق عليها من طرف المشرع، غير شرعي، ويبطله القاضي، لهذا السبب. ويمكن أن تتم هذه الرقابة بطريق الدعوى، حال رفع الطعن بتجاوز حد السلطة، أو بطريق الدفع، بمناسبة نزاع قضائي يثار فيه تطبيق الإتفاقية وكان مرسوم النشر المنتقد لم يطعن فيه خلال الآجال المفتوحة لدعوى الإبطال، وهو ما يعتبر ميزة للمقاضي، نظراً لآجال الطعن².

ربما هذا ما جعل الأستاذ Florence POIRAT، يعتبر أن مجلس الدولة بهذه التحولات بدأ يقترب فعلاً من رقابة الدستورية.

والأكثر من ذلك، هناك دعوات لامتداد رقابة مجلس الدولة إلى تقدير مدى توافر شرط التطبيق المتبادل للمعاهدة (مبدأ المعاملة بالمثل) وكذا الرقابة على التكييف بعدما شملت الرقابة شرعية إجراءات التصديق على المعاهدة والإذن البرلماني المسبق، متى تطلبه الدستور، وإقرار المعاهدة لتندرج في النظام القانوني للدولة.

وهكذا، وفي حالة تجاوز رئيس الجمهورية للقيود الدستورية المفروضة على اختصاصه بإبرام المعاهدات، كمصادقته على المعاهدة قبل الحصول على موافقة البرلمان، متى إشتراطها الدستور³، أو رغم اعتراض هذا الأخير عليها، فإن القاضي يعاين هذا

1- سابقاً، كان مجلس الدولة الفرنسي مستقراً على أن إجراءات التصديق والإقرار المنصوص دستورياً على وجوب استيفائها لإندرج المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي، تعدّ من أعمال السيادة الخارجة بطبيعتها عن نطاق الرقابة القضائية، وتعد بنفس الطابع والأثر كذلك المراسيم الصادرة بنشر هذه المعاهدات أيضاً.

2- C.E. Ass. 5 mars 2003. Requête n° 242860. Aggoun.

Selon cet arrêt: «il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen en ce sens, de s'assurer qu'un traité ou accord a été régulièrement ratifié ou approuvé, non seulement lorsqu'un tel moyen est invoqué à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir directement formé à l'encontre du décret de publication qui en a permis l'introduction dans l'ordre juridique interne, mais aussi par voie d'exception, à l'occasion d'un litige mettant en cause l'application de cet engagement international, sans que puisse y faire obstacle la circonstance que le décret de publication dont la légalité est ainsi nécessairement contestée n'a pas été attaqué dans le délai de recours contentieux».

3- تنص المادة 149 من الدستور الجزائري المعدل بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، على أن رئيس الجمهورية "يصادق على اتفاقيات الهدنة، ومعاهدات السلم والتحالف والاتحاد، والمعاهدات المتعلقة بحدود الدولة، والمعاهدات المتعلقة بقانون الأشخاص، والمعاهدات التي تترتب عليها

التجاوز في حكمه، وبالتالي يستبعد من التطبيق أحكام الإتفاقيّة الدوليّة، المصادق عليها بإجراءات غير شرعية أو غير نظاميّة¹.

كما أكدّ مجلس الدولة أن الرقابة على صحّة إجراءات التصديق أو الموافقة على الإتفاقيات الدولية يمكن أن تكون بطريق الدفع لما ينازع المدعي في تطبيق الإتفاقيّة من قبل الإدارة².

بتاريخ 08 جويلية 2002 صدر قرار بلدية *Porta*. فأكدّ مجلس الدولة في هذا النزاع أنه ولئن كان القاضي الإداري، حال فحصه لمرسوم النشر، يراقب مدى صحّة إدراج المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي، بشكل نظامي، فإنه مع ذلك، غير مختص بمراقبة مدى مطابقة مرسوم نشر الإتفاقيّة الدولية المصادق عليها بموجب قانون، للدستور³؛ لأن ذلك يمكن أن يؤدي إلى رقابة دستوريّة هذا القانون وهو الاختصاص الأصيل للمجلس الدستوري. وصرّح أنه في هكذا حالات تطبّق نظرية القانون-الحاجز *la théorie de la loi écran*.

نفقات غير واردة في ميزانية الدولة، والاتفاقات الثنائية أو المتعددة الأطراف المتعلقة بمناطق التبادل الحر والشراكة وبالتكامل الاقتصادي، بعد أن توافق عليها كلّ غرفة من البرلمان صراحة". فسلطة رئيس الجمهورية في التصديق على المعاهدات، بموجب أحكام المواد 91 فقرة 9، 111، 149، و 150 من الدستور، مقيدة بضرورة إستيفاء الشرط المتعلق بالموافقة البرلمانية في الحالات المشار لها في نص المادة 149 من الدستور. 1- في هذا الصدد نشير لمضمون المادة 46 من إتفاقيّة فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 التي تنص على أنه "ليس للدولة أن تحتج بأن التعبير عن رضاها بالالتزام بالمعاهدة قد تم بالمخالفة لحكم في قانونها الداخلي يتعلق بالاختصاص بعقد المعاهدات كسبب لإبطال هذا الرضا إلا إذا كانت المخالفة بينة وتعلقت بقاعدة أساسية من قواعد القانون الداخلي. وتعتبر المخالفة بينة إذا كانت واضحة بصورة موضوعية لأية دولة تتصرف في هذا الشأن وفق التعامل المعتاد وبحسن نية". فالخرق الواضح للقواعد الدستورية المانحة لإختصاص التصديق، وتحديد الأشخاص الذين يمثلون الدولة في ذلك وحدود سلطاتهم، تخول للدولة التمسك بإنعدام رضاها بالالتزام بالنص الإتفاقي الدولي، وبطلان إنترامها به. كما تنص المادة 47 من ذات الإتفاقيّة أنه "إذا كانت سلطة الممثل في التعبير عن رضا الدولة بالالتزام بمعاهدة ما خاضعة لقيود معين فلا يجوز الاحتجاج بإغفال الممثل مراعاة هذا القيد كسبب لإبطال ما عبر عنه من رضا إلا إذا كانت الدول المتفاوضة الأخرى قد أخطرت بالقيود قبل قيام الممثل بالتعبير عن هذا الرضا".

2- C.E. Ass. 5 mars 2003. Requête n° 242860. *Aggoun*.

3- C.E. 8 juill 2002. Requête N° 239366. *Commune de Porta*.

مقتضى نظرية القانون الحاجز¹ أنه حينما يكون العمل الإداري مطابقاً للقانون، في حين أنه يخالف الدستور، يصرح القاضي الإداري بعدم إختصاصه بجزء هذه المخالفة للدستور. ففحص القاضي لمدى مطابقة العمل الإداري للدستور يقتضي منه بحث مدى مطابقة تلك القوانين ذاتها للدستور. فلو قام القاضي الإداري بعملية الرقابة بهذا الشكل وأبطل القرار الإداري لمخالفته للدستور فسيكون لا محالة قد صرح بعدم دستورية القانون، بشكل غير مباشر، نظراً لتطابق مضمون العمل الإداري والقانون. وبهذا، إنتهى مجلس الدولة إلى أنه قاضي الأعمال الإدارية وليس قاضي الأعمال التشريعية. في حين يبقى قاضي دستورية القوانين هو المجلس الدستوري.

إذن، ومتى كان العمل الإداري المطلوب رقابته في مواجهة الدستور، مطابقاً للقانون، فالقانون يعد حاجزاً عاكساً بين العمل الإداري والدستور، ولا يمكن إبطال العمل الإداري. وبالرجوع إلى قرار بلدية بورتا، فهذه الأخيرة طلبت من مجلس الدولة عبر الطعن بتجاوز حد السلطة، إبطال مرسوم نشر الإتفاقية المؤرخ في 28 أوت 2001، لخرقه أحكام المواد 53، 55 و72 من الدستور الفرنسي. مع الإشارة إلى أن الإتفاقية الدولية تم إقرارها بموجب قانون، طبقاً للمادة 53 من الدستور الفرنسي. مجلس الدولة رفض ممارسة هذه الرقابة؛ لكون ممارسة رقابة دستورية مرسوم النشر، يؤدي بالضرورة إلى ممارسة رقابة دستورية قانون الموافقة على المعاهدة. فالمدعون أثاروا خرق مرسوم النشر لأحكام المواد 53، 55 و72 من الدستور الفرنسي. والإتفاقية الدولية تمت الموافقة عليها بموجب قانون 06 جويلية 2001، مما يجعل دستورية هذا القانون على المحك، فالمعاهدة الدولية التي تم التصديق أو الموافقة عليها بموجب قانون، لا يمكن لمجلس الدولة أن يفحص الوجه المثار بكون مرسوم نشرها، يتناقض مع الدستور، كونه سيفحص لا محالة دستورية قانون الموافقة على المعاهدة؛ وهو ما تمنعه نظرية القانون-الحاجز، التي تحظر مناقشة دستورية القوانين أمام القاضي الإداري.

كرّس مجلس الدولة، أيضاً، من خلال نفس القرار، أن بنود الإتفاقية الدولية تدرج ضمن طائفة أعمال الحكومة، المحصنة ضد أي طعن سواء أمام القضاء الإداري أو

1- C.E. sect. 6 novembre 1936. Arrighi.

العادي. وهكذا، لا يمكن لمجلس الدولة فحص مدى صحة بنود التزام دولي في مواجهة التزامات دولية أخرى لفرنسا أو في مواجهة المبادئ المكرّسة بموجب المادة 17 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن، كما أكدّ مجلس الدولة عدم إختصاصه بفحص الوجه المثار حول عدم أهلية السّلطة الموقّعة على الإتفاقية بإسم الدولة الأجنبية، بموجب الدّستور والقانون الداخلي لتلك الدولة.

وتدرجياً، دخل مفهوم الأعمال القابلة للإنفصال، حال ممارسة الرقابة في مجال أعمال الحكومة. فكلما كان العمل الإداري على علاقة بمجالي العلاقات الدولية أو العلاقة بين السلطات العمومية عدّ من ضمن أعمال الحكومة. أما الأعمال القابلة للإنفصال فهي أعمال إدارية، على علاقة غير مباشرة بأعمال الحكومة، وقابلة للإنفصال عنها؛ فهي تخضع لرقابة القاضي الإداري¹.

وهكذا، إعتبر مجلس الدولة في قرار بلدية بورتا أن بنود الإتفاقية الدولية لا يمكن فصلها عن مجال العلاقات الدولية، وبالتالي فهي تدخل ضمن طائفة أعمال الحكومة التي لا تختص بمراقبتها الجهات القضائية.

كما لا يمكن أن يثار بشكل مجدي، أمام مجلس الدولة، بمناسبة الطعن ضد مرسوم النشر، عدم تطابق مضمون (الأحكام الموضوعية) الإتفاقية أو المعاهدة مع الدّستور². وصرّح مجلس الدولة، أيضاً، أنه وحال الطعن ضدّ مرسوم نشر الإتفاقية الدولية، لا يمكن للقاضي الإداري فحص مدى صحة هذه الإتفاقية في مواجهة الإلتزامات الدولية

1- لتحديد ما إذا كان العمل قابلاً للإنفصال عن أعمال الحكومة في مجال العلاقات الدولية الفرنسية، يبحث القاضي فيما إذا كان هذا العمل يدور حول النظام الدولي أو النظام الداخلي. وفي هذا الصدد، يعتبر قرار جمعية السلام الأخضر الصادر عن مجلس الدولة نموذجياً في هذا الشأن (C.E. ass. 29/09/1995). ففي هذه القضية، تم الطعن ضدّ قرار رئيس الجمهورية بخصوص إجراء تجارب نووية. مجلس الدولة إعتبر أن هذا الإجراء يعدّ من ضمن أعمال الحكومة نظراً للبعد الدبلوماسية لحيازة السلاح النووي والذي يعتبر أساس سياسة الردع التي تعتبر قلب السياسة الدبلوماسية الفرنسية. وبذلك، فالعمل يدور حول النظام الدولي. وتكيّف على أنها أعمال سيادة، أيضاً، الأعمال التحضيرية لإبرام المعاهدات الدولية، تدابير تنفيذها والتصديق عليها. وكذلك الأعمال الدبلوماسية الثنائية كإرسال الدبلوماسيين وإستدعاء السفراء. وكيّف مجلس الدولة القرار المتعلق برخصة البناء، محل طلب دولة إجنبية، لبناء سفارة، كعمل قابل للإنفصال. (C.E. sect. 22/12/1978. Vo Thank Nghia).

2- C.E. 9 juillet 2010. Requête n° 327663. Fédération nationale de la libre-pensée.

الأخرى التي صادقت عليها فرنسا¹.

كما تجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة إعتبر رفض التصديق على معاهدة ما يعد عملاً سيادياً من أعمال الحكومة، غير قابل للطعن القضائي. كما رفض أيضاً، وبنفس الأساس، مراقبة شروط التوقيع على الإتفاقية، إختيار طريقة إبرام الإتفاقية، الرقابة على مضمون الإتفاقية، ومراقبة صحة الإتفاقية في مواجهة غيرها من المعاهدات الدولية وقرار وقف تطبيق معاهدة دولية.

المطلب الثاني

مُراقبة شرط نشر أحكام الإتفاقيات الدولية.

نشر مضمون الإتفاقية الدولية شرط أساسي لتطبيقها، لكن متى تطلبه الدستور صراحة. و لذلك، ذهب المؤسس الدستوري الفرنسي، في نص المادة 55 من دستور الجمهورية الخامسة، إلى أن: "المعاهدات أو الإتفاقيات التي يتم التصديق أو الموافقة عليها، نظامياً، تحوز بعد نشرها قوة تعلق القانون، مع مراعاة تطبيقها من الطرف الآخر"².

وهكذا، وبنص صريح في الدستور، وحال تطبيقه لإتفاقية دولية، يعاين القاضي الفرنسي في أحكامه، وجوباً، مدى نشر الاتفاقات الدولية كشرط مسبق³ لإمكانية تطبيق أحكامها.

1- C.E Ass. 18 décembre 1998. *Affaire SARL du Parc d'activité de Blotzeim et SCI Haselaecker*.

2- l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que: «Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie».

3- والمقصود هنا النشر على المستوى الداخلي. أما النشر على المستوى الدولي، فهو مكرس، عملاً بنص المادة 102 من ميثاق الأمم المتحدة، فـ "كل معاهدة وكل اتفاق دولي يعقده أي عضو من أعضاء الأمم المتحدة بعد العمل بهذا الاتفاق يجب أن يسجل في أمانة الهيئة وأن تقوم بنشره بأسرع ما يمكن". كما ذهبت المادة 80 من إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات إلى أن "المعاهدات ترسل بعد دخولها حيز التنفيذ إلى الأمانة العامة للأمم المتحدة لتسجيلها وحفظها، بحسب الحال، وكذلك لنشرها".

وفي هذا الصدد، قضى مجلس الدولة قضي بأن الإتفاقيات الدولية غير المنشورة لا يمكن أن تولد آثار داخل النظام القانوني الداخلي للدولة¹. بل وأثير هذا الوجه تلقائياً من طرف القاضي الإداري². كما إعتبره كل من القضاء العادي والإداري من النظام العام³.

ويجب أن يرفق مرسوم النشر بالنص "الكامل"، والحرفي، للمعاهدة والتحفظات والإعلانات التفسيرية الموضوعة من طرف الدول وقت التوقيع أو حين إيداع صكوك التصديق.

وإعتبر القضاء أن مرسوم النشر قابل للإفصال عن سير العلاقات الدولية لفرنسا، وبالتالي لا يدخل ضمن أعمال السيادة، وبالتالي يمكن للقاضي مراقبته وتقدير مدى نظاميته (صحته)⁴. غير أن رفض نشر المعاهدة أو الإتفاقية إعتبر من ضمن أعمال السيادة، ويخرج بطبيعته عن الرقابة القضائية⁵.

وبداية من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية، تدخل الإتفاقية أو المعاهدة الدولية حيز التنفيذ في النظام القانوني الداخلي، بما في ذلك التي يكون لأحكامها أثر رجعي؛ فالمعاهدات الدولية، غالباً، ما تنص على أجل معين لسريانها ابتداء من إيداع الدولة الموقعة لصك التصديق، فإذا ما صدر مرسوم النشر بعد مضي المدة المنصوص عليها في المعاهدة، فذلك يؤدي إلى تطبيقه بأثر رجعي⁶. وهكذا، وبمجرد دخول الإتفاقية في النظام القانوني الداخلي يمكن للقاضي تطبيق أحكامها رجعياً من تاريخ دخولها حيز التنفيذ على المستوى الدولي، ويضمن هذا الحل سدّ إحدى الثغرات الأساسية الناجمة عن التأخر في نشر الإتفاقية، مما يسمح للأفراد بالنتيجة بإثارة بُودها في مواجهة الأعمال الإدارية

1- C.E. ass. 21 décembre 1990. *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres*; C.E. 12 novembre 2001. Requête n° 214101. *Wattenne*.

2- C.E. Sect. 11 décembre 1959. *Commissaire du Gouvernement près la commission de répartition de l'indemnité des nationalisations tchécoslovaques*.

3- C.E. Ass. 13 juillet 1965. Requête n°5278. *Société Navigator*; Cass. 16 mai 1961. *le Breton c/Delle Loesch*.

4- C.E. 11 avril 1962. *Société Savana et Société des Etablissements textiles de Modeliapert*.

5- C.E. 4 novembre 1970. *Malgaive*. Lebon. p. 635.

6- C.E. Ass. 8 avril 1987. Requête n° 79840. *Procopio*.

الصادرة قبل النشر وبعد دخولها حيز النفاذ على المستوى الدولي¹. غير أن هذا الموقف، كان محل تراجع، فقضى مجلس الدولة بأنه "وتطبيقا لمقتضيات البند K من العهد الاجتماعي الأوروبي، المعدل، والذي دخل حيز النفاذ بتاريخ 1 جويلية 1999، هذا التاريخ يتعلق فقط بالآثار التي تولدها هذه المعاهدة على المستوى الدولي، ولا ينبغي خلطه مع دخول الإتفاقية حيز التنفيذ في النظام الداخلي، الذي يرتبط، طبقا للمادة 55 من الدستور، بنشرها"².

أثار الفقه إشكالية نشر المعاهدات والإتفاقيات الدولية في ظل النظام القانوني الداخلي الجزائري، رغم عدم وجود نص صريح في الدستور الجزائري يوجب نشر المعاهدة أو الإتفاقية لإندراجها ضمن القانون الداخلي فالمادة 150 من الدستور ترمي إلى أن المعاهدات التي صادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون. إن الدستور الجزائري، ببساطة، لا يتطلب النشر. غير أن بعض الفقهاء إستدلوا بورود النص على هذا الشرط ضمن قرار شهير للمجلس الدستوري الجزائري³. ومن أبرز ما ورد في عذا القرار أنه "ونظرا لكون أية إتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها، تندرج في القانون الوطني، وتكتسب بمقتضى المادة 123 من الدستور سلطة السمو على القوانين، وتخول كل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية، وهكذا الشأن خاصة بالنسبة إلى ميثاق الأمم المتحدة لسنة 1966 المصادق عليه بالقانون رقم 89-08 المؤرخ 25 أبريل سنة 1989 الذي أنضمت الجزائر إليه بمرسوم رئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 مايو سنة 1989 (...)."

من حيث المبدأ، نلاحظ أن المجلس الدستوري أضاف شرطا لم ينص عليه الدستور نفسه وهو شرط نشر الإتفاقية الدولية، عقب التصديق عليها، لتندرج ضمن النظام

1- Marchi Jean-François. *Droit constitutionnel et droit international. La date pertinente pour l'entrée en vigueur, en France, d'une convention internationale; Note sous Conseil d'État, 1^{re} et 2^e s/sect. 7 juillet 2000. Fédération nationale des associations tutélaires, req. n° 213461. Revue française de droit constitutionnel. Vol 54. n° 2. 2003. p.401.*

2- C.E. sec. 7 juillet 2000. Requête n° 213461. *Fédération nationale des associations tutélaires.*

3- المجلس الدستوري. القرار رقم 1 - ق.ق - م - د - المؤرخ في 18 محرم عام 1410 الموافق 20 غشت سنة 1989 المتعلق بقانون الانتخابات.

القانوني للدولة وتكتسب مكانة تعلو القانون. إن دور المجلس الدستوري ليس تعديل أحكام الدستور بل تفسيرها ورقابة تطبيقها.

وفي تسببه، إستند المجلس الدستوري على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (المشار له خطأ في متن قراره بمصطلح "الميثاق") والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب المصادق عليهما من طرف الجزائر. ولم ينتبه القاضي الدستوري أن النصين الدوليين الذين عزز بهما تأسيسه القانوني لم يكونا في حد ذاتهما منشورين وقت صدور قرار المجلس الدستوري. وهنا المفارقة.

ولعل الفرصة كانت سانحة للمؤسس الدستوري، أكثر من مرة، لإضافة هكذا شرط في التعديلات المختلفة التي عرفها دستور 1996، وآخرها تعديل الدستوري للعام 2016 المشار له أعلاه.

إن مسألة نشر أحكام المعاهدة الدولية كشرط لدخول المعاهدة حيز النفاذ غير واردة ولا أثر لها في الدستور الجزائري.

دونما شك، المبدأ الدستوري واضح في أنه لا يعذر أحد بجهل القانون. وأن القوانين تطبق في تراب الجمهورية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية. وتكون نافذة، وفقا لما ورد في أحكام المادة 04 من القانون المدني، المطبقة في هذا الشأن. لكن، هل يمكن الإستناد إلى أحكام المادة 04 من القانون المدني، لإعتبار نشر مضمون الإتفاقيات الدولية شرطا ملزما لتطبيقها؟ الجواب سيكون حتماً بالنفي. و يبرر هذا الجواب إعتبارين أحدهما قانوني والآخر عملي:

أما الإعتبار القانوني فيتعلق بعدم إمكانية الإحتجاج بنص قانوني عادي يضيف شرطا لم يورده النص الدستوري نفسه، كما لا يمكن السماح بتعطيل تطبيق إلزام دولي بإضافة شرط لم ينص عليه الدستور ذاته. إن الدولة، بكل سلطاتها، مسؤولة عن تطبيق إلزاماتها الدولية، وفقا لمبدأ حسن النية.

وبخصوص الإعتبار العملي، فكون العديد من الإتفاقيات الدولية، لا سيما تلك المتعلقة منها بحقوق الإنسان، لم تقم الجزائر بنشرها في الجريدة الرسمية، وهو ما يجعلها تفلت من التطبيق، الأمر الذي يشكل خطراً من شأنه تحريك مسؤولية الدولة الدولية في حال

رفض القاضي الوطني تطبيقها إستنادا لحجة عدم نشر أحكامها. كما أن الواقع، اليوم، يؤكد أن النشر بهدف الإعلام أصبح حجة كلاسيكية في ظل تطور وسائل تنقل المعلومات عبر العالم وتدفعها للامحدود.

المطلب الثالث

مراقبة شرط الأثر المباشر والقابلية للاحتجاج

L'effet direct et l'invocabilité

من حيث المبدأ، الأثر المباشر لإتفاقية دولية ما، هو وليد إرادة الأطراف المتعاقدة. وقد تظهر هذه الإرادة، بشكل صريح، كما هو الحال في الإتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الانسان والحريات الأساسية (المادة الأولى).

يعبر عن مفهوم الأثر المباشر بعدة مصطلحات؛ القابلية للتطبيق المباشر *l'applicabilité directe* ويوصف بطابع التطبيق-التفائي *caractère exécutoire* أو ذاتية التطبيق *Self-executing*. ويقصد بالأثر المباشر فتح الإمكانية للمتقاضي لإثارة القاعدة الدولية والاحتجاج بها مباشرة أمام القاضي الوطني، دون الحاجة لتبني إجراء مسبق لتنفيذها في النظام القانوني الداخلي. فبعد تأكد القاضي من إستقبال المعاهدة على المستوى الداخلي عبر تقنية التصديق أو غيرها، يبحث في نيّة الأطراف المتعاقدة في منحها أثرا تطبيقياً مباشراً من عدمه، ثم يفحص مدى قابلية قواعدها للتطبيق المباشر بمعاينة الطابع الكامل والدقيق للقاعدة المعنية.

مع ذلك، فعادة ما تتضمن الإتفاقيات الدولية بنوداً ومصطلحات غامضة، تلتزم بموجبها الأطراف المتعاقدة بإحترام الحقوق المقررة، وليس بتقرير حقوق للأفراد، وهو ما يبعث على الاعتقاد بأنه مجرد التزام دولي على الدولة وليست قاعدة ذات تطبيق مباشر في النظام القانوني الداخلي. و كان الإجتهد القضائي في السابق يمنح إهتماماً كبيراً لصياغة بنود المعاهدات كتلك التي تبتدى بصياغة أن "الدول تلتزم ... *les Etats s'engagent*" أو أن "الدول تسهر على ضمان ... *les Etats veillent à*".

إن غموض العمل التعاقدّي، لتلك الدول، يمنح الامكانية للقاضي للتدخل عبر تقنيات التفسير. وهكذا، وفي العديد من الفرضيات، فدقة البنود التعاقدية من شأنها رفع اللبس حول مدى تطبيقها مباشرة. فكلما كانت القاعدة واضحة ودقيقة كلما اعترف لها القضاة، تلقائياً، بالأثر المباشر. ويصبح كل هذا من السهل قبوله في ظل وجود قاعدة، إحترامها، لا يتطلب سوى إمتناع من جانب الدولة المتعاقدة، وكلما كان توفير الوسائل من جانب السلطات العامة ضرورياً.

دون شك، هذا ما يفسر أن الجهات القضائية الفرنسية اعترفت بالأثر المباشر للعهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية، في حين رفضت ذلك، بوجه عام، بالنسبة لعهد الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الذي جاء بعبارات في شكل أهداف قصد التحقيق. فبالنسبة للحقوق الاقتصادية والاجتماعية، يجب الفحص حالة بحالة، ما إذا كانت البنود التعاقدية الدولية جاءت بشكل دقيق وكاف لتصبح قابلة للتطبيق المباشر؛ وهذا ما جعل مجلس الدولة الفرنسي، يتراجع، ويعترف بالأثر المباشر للمادة 24 من الميثاق الإجتماعي الأوروبي¹. ومع ذلك، من الخطأ الاعتقاد بأنه يعترف لكل أحكام الميثاق بذات الأثر. وقد طبق مجلس الدولة في هذا القرار الإجتهاد الذي سبق و أن خرج به في قرار *GISTI-FAPIL* الذي سجل إعطافاً نحو تليين شروط السماح بالأثر المباشر لإتفاقية دولية².

هذا القرار أكد على أن "بنود المعاهدة أو الإتفاقية الدولية، المدرجة نظامياً في النظام القانوني الداخلي، وفقاً لمقتضيات المادة 55 من الدستور، يمكن الإستفادة منها وإثارة تطبيقها سواء بطلب إبطال عمل إداري أو إستبعاد تطبيق قانون أو تنظيم إداري لا يتوافق مع القاعدة القانونية الدولية، وبالنتيجة فتلك القواعد عندما تُنشئ حقوقاً للأفراد

1- C.E. 10 février 2014. Requête n° 358992. *Fischer*.

2- رغم هذا التطور في الإجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي، غير أنه وللأسف لم يذهب نحو الإحتفاظ، في حالة غياب الأثر المباشر، بالرقابة الموضوعية التي إقترحها *Gaëlle Dumortier* في خلاصته الممتازة وقبله أيضاً *Ronny Abraham* في خلاصته في قرار *GISTI* المؤرخ في 23 أبريل 1997. فحتى لو لم يوجد لإتفاقية أثر مباشر في مواجهة الأفراد، فيبقى لها دائماً قوة قانونية. ويمكنها أن تثير مسؤولية فرنسا على المستوى الدولي؛ فهي تمتلك، داخلياً، قوة القانون، حسب ما جاء في ديباجة دستور العام 1946، وبذلك يمكن الاحتجاج بها أمام القاضي الوطني.

يمكنهم، مباشرة، تغليبها". و يضيف القرار معتبرا بأنه "وباستثناء حالات المعاهدات التي أعلنت فيها محكمة العدل للإتحاد الأوروبي، اختصاصها المانع لتحديد أثرها المباشر، فنود أي إتفاقية دولية يتعين على القاضي الإداري أن يُقر لها بالأثر المباشر، بعد مراعاة النية الصريحة للأطراف المتعاقدة وللإقتصاد العام للمعاهدة المثارة وبالنظر كذلك لمضمونها و مصطلحاتها، عندما لا يكون هدفها الحصري هو: تنظيم العلاقات بين الدول، ولا تحتاج لتدخل أي عمل قانوني مكمل لتوليد آثارها تجاه الخواص؛ كما أن غياب أحد الآثار لا يمكن إستنتاجه من الظرف الوحيد؛ بالقول أن البند يخاطب الدول المتعاقدة كأطراف في الإلتزام الذي ينص عليه"¹.

وبذلك، يمكننا القول، أن البند الإتفاقي الدولي، لكي يكون ذا أثر مباشر، يجب أن يستجمع معيارين²:

1- C.E. 11 avril 2012. Gisti-FAPIL. Selon cet arrêt: « les stipulations d'un traité ou d'un accord régulièrement introduit dans l'ordre juridique interne conformément à l'article 55 de la Constitution peuvent utilement être invoquées à l'appui d'une demande tendant à ce que soit annulé un acte administratif ou écartée l'application d'une loi ou d'un acte administratif incompatibles avec la norme juridique qu'elles contiennent, dès lors qu'elles créent des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir (...) que sous réserve des cas où est en cause un traité pour lequel la Cour de justice de l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive pour déterminer s'il est d'effet direct, une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ; que l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit ».

Voir aussi, C.E. 4 juillet 2012. requête n° 341533. Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes.

2- في دراسة متميزة، للدكتور Bérangère TAXIL، أستاذ القانون العام من جامعة باريس الأولى، خلص فيها إلى أن هذه المعايير هي نفسها في القانونين الأمريكي و الفرنسي، غير أن مناهج التفسير لقضاة البلدين مختلفة. وهكذا، فقابلية التطبيق المباشر للإتفاقيات الدولية، معترف بها في فرنسا أكثر من الولايات المتحدة الأمريكية. فإذا كان التطبيق الداخلي للقاعدة الدولية منظم عبر القواعد الدستورية، فإن التطبيق المباشر لها مشروط بقابلية تطبيقها قضائياً، و بإثارتها من قبل الأطراف. و بعبارة أخرى، يمكن أن نسمي ذلك بالحاجز الدستوري *l'écran constitutionnel*، فالقاعدة الدولية مرتبطة، بخيارات القضاة، من ناحية تطبيقها مباشرة.

إن الممارسة الأمريكية في مادة التطبيق المباشر للإتفاقيات الدولية، هي ممارسة براغماتية- نفعية إلى حد بعيد. مثلاً، بالنسبة للمعيار الموضوعي للمعيارية؛ المتعلق بالطابع الدقيق والكامل للقاعدة الدولية، يتم تقديره من طرف القضاة الأمريكيين بالنظر لإرادة السلطات السياسية الوطنية وليس للقواعد الدولية للتفسير، فالمعاهدات الدولية غير الدقيقة و

- معيار ذاتي: بأن حكم البند الدولي لم يأتي، حصراً، لتنظيم أو حكم العلاقات بين الدول. وأن يكون، بالنتيجة، قد أنشأ حقوقاً شخصية لفائدة الخواص؛
- معيار موضوعي: بعدم وجود أي عمل قانوني، ضروري، لتطبيق البند، وهذا باستعمال صيغة فعل الإلزام "requérir": وهو ما يعني أنه لا يكفي أن يحيل البند إلى سن عمل قانوني وطني معين للاستبعاد الآلي للأثر المباشر¹.

غير الكاملة تخاطب قبل كل شيء السلطات السياسية و ليس القضائية. و يمكننا القول، أن تفسير القاعدة الدولية من طرف القاضي ضروري: لكنه مرتبط في النهاية، ليس بإرادة أطراف الإتفاقية، و لكن الطرف الأمريكي فقط. غير أنه في فرنسا، القاضي نفسه هو من يفسر الطابع التطبيقي للقاعدة، متبعاً في ذلك القواعد التي وضعتها إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات. و لا سيما، كما أُلح على ذلك مفوض الحكومة *Abraham*، بإمكانية القاضي "استعمال التقنيات المستخلصة من المبادئ العامة للقانون الدولي المشار إليها في المواد من 31 إلى 33 من إتفاقية فيينا لسنة 1969".

Bérangère TAXIL. *Les Critères De L'applicabilité Directe Des Traités Internationaux Aux Etats-Unis Et En France*. R.I.D.C. n°1. 2007. pp.159-165.

1- يمكن للقاضي الجزائري، الإستئناس بهذا التطور الإجتاهدي المتميز. تقليدياً، يكون للإتفاقية الدولية أثر مباشر في حالة خلقها لحقوق أو إلتزامات لصالح أو على عائق الأفراد ومتى لم تتطلب ضرورة سن إجراءات تطبيقية من جانب السلطات الداخلية (*Féd Française de basket-ball*. 30 décembre. 2002. C.E.) غير أن المعايير القضائية للقول بالأثر المباشر لأحكام الإتفاقية تتميز بعدم وضوحها (*GISTI*. 23 avril 1997. C.E.).

ولتحديد ذلك يلجأ القاضي لإستعمال معيارين رئيسيين: فيحصر، أن الإتفاقية لا تنشئ فقط سوى إلتزامات بين الدول، و بأنها لا تتطلب سن إجراءات وطنية لتطبيقها. الحقيقة أن قرار *GISTI* لـ 11 أبريل 2012 كرس هذين المعيارين، لكن مع جعلهما أكثر مرونة. أما بالنسبة للمعياران الثانويان، المتعلقان بالمظهر الصياغي والمعياري للإتفاقية، فيندرجان في خانة القرائن البسيطة. و يجب الإنتباه، إلى أن ما سبق من حلول، صالح للتطبيق على كل الإتفاقيات بإستثناء قانون المجموعة الأوربية: أين إحتفظت محكمة العدل للمجموعة الأوربية، بإختصاصها المانع، للقول بالأثر المباشر لإتفاقية ما. هكذا، وكمعيار أول، يجب الإجابة عن سؤال "من هو المخاطب بأحكام الإتفاقية الدولية؟" لتحديد مدى تمتعها بأثر مباشر. يقصد بذلك أن الإتفاقية أو البند منها لا يجب أن يكون موضوعه، حصراً، تنظيم العلاقات بين الدول، فلو أن الإتفاقية -أو أحد بنودها- غرضها تنظيم علاقات بين الدول فإنها لا تمتع بالأثر المباشر و لو أنشأت حقوقاً للأفراد. هذا هو التفسير التقليدي، الذي أصبح أكثر ليبرالية مع قرار مجلس الدولة. هذا الأخير، الذي إستعمل مصطلح "حصراً *exclusif*" الذي يدل على أن الأثر المباشر يجب أن يُعترف به للإتفاقية التي تنشئ حقوقاً للأفراد، حتى ولو كان غرضها في الوقت نفسه، تنظيم علاقات بين الدول. وهو ما جعل مجلس الدولة الفرنسي يدقق القول بأن غياب الأثر المباشر "لا يمكن أن يستخلص من ظرف وحيد بأن البند يخاطب الدول المصادقة كأطراف في الإلتزام الذي يتضمنه". وعبارة وجيزة، فالبند الإتفاقي الدولي، الذي ينشئ حقوقاً للأفراد، يكون ذا أثر مباشر، ولو تضمن في الوقت ذاته، تنظيمًا لعلاقات بين الدول. المعيار الثاني، ومفاده أن الإتفاقية الدولية لا يجب أن تستلزم تدخل أي عمل قانوني تكميلي لتوليد آثارها في مواجهة الأفراد: وهذا مكرس، تقليدياً، أيضاً. وهكذا، يكون للمعاهدة أثر مباشر إذا كان تطبيقها لا يستوجب أي إجراء تنفيذي داخلي. الجديد الذي أتى به مجلس الدولة، إستعماله لمصطلح "يستلزم *requérir*"، الذي يدل

وبالرجوع لقرار GISTI لمجلس الدولة¹ في 11 أفريل 2012 فجمعيّة المعلومات ومساعدة الأجانب (*groupement d'information et de soutien des immigrés*) طلبت من مجلس الدولة إبطال المرسوم 908-2008 الصادر في 08 سبتمبر 2008 المتعلق بشروط البقاء في الاقامات للمستفيدين من حق السكن اللائق و المستقل، المتخذ تطبيقاً لقانون 05 مارس 2007، الذي أنشأ المادة R.300-2 من قانون السكن و العمران *Code de la construction et de l'habitation* للأجانب الآخرين غير الحائزين على بطاقة مقيم أو سند إقامة ممنوح بموجب المعاهدات والإتفاقيات الدولية، تمنحهم حقوقاً تعادل تلك المخولة بموجب بطاقة المقيم، بإثبات إقامة لمدة سنتين متتاليتين في فرنسا تحت عنوان إحدى الفئات الخمس لسندات الإقامة و التي تم تجديدها مرتين على الأقل. و يقصى من هاته القائمة بطاقة الإقامة المؤقتة التي تحتوي على إشارة "طالب *étudiant*" أو "أجير في مهمة *salarié en mission*" وبطاقة الإقامة لـ"الكفاءات

على أن ضرورة وجود إجراء وطني تطبيقي يجب أن يكون واضحاً. ولذلك، لا يكون للمعاهدة أثر مباشر، إلا إذا إستوجبت، فعلياً، عمل قانوني داخلي لتطبيقها. ويجب الإنتباه هنا، أن مجرد نص الإتفاقية على الإجراء التطبيقي الداخلي، غير كاف بذاته، بل يجب أن يكون هذا الإجراء ضرورياً، فعلاً، لتطبيقها. إذن، مجلس الدولة واضح هنا: القاضي نفسه، فقط، هو من يقدر بكل سيادة، و حالة بحالة، حقيقة تلك الضرورة "الفعليّة". إذن، هماً معياران حصريّان، ذوا تطبيق تركيبي، يحددان ما إذا كان لإتفاقية ما أثر مباشر.

أما المعياران الثانويان الأخران، فوجودهما تقليدي، و منذ هذا القرار، ذو النفس الليبرالي، أدرجا في مصفّ القرائن البسيطة، وذبعبارة أوضح: فهذين المعيارين، كانا يعتبران في السابق كمعيارين محددين، أما اليوم فمجرد قرينيتين بسيطتين، وهما: 1- معيار التحرير أو الصياغة: و يفحص القاضي من خلاله مظاهر صياغة الإتفاقية. فالبنء الذي يصاغ في شكل أن: "الدول الأطراف...." نادراً ما يكون له أثر مباشر. و نفس الأمر لصياغة "الدول تتعهد/ تلتزم...."، فتفسر هذه الصياغة بأنها تتطلب إجراءات داخلية للتطبيق؛ 2- معيار الكثافة المعيارية للإتفاقية: وينظر من خلاله لدقة أحكام الإتفاقية أو الغالبية العظمى منها؛ أي مدى دقة القاعدة الإتفاقية الدولية وتكاملتها-كفايتها- بحد ذاتها.

ما يميز هذين المعياران هو صعوبة إستعمالهما، نسبياً، من طرف القاضي. كما أن آثار عدم إحترامهما راديكالية-إسنصالية: فينعدم أي أثر مباشر للإتفاقية، بإنتفاهما. ففيما يتعلق بمعيار الكثافة المعيارية للإتفاقية، فأحكام نفس الإتفاقية قد يُعترف لها بالأثر المباشر من طرف البعض، و ترفض تلك الصفة من آخرين، رغم قلة أحكامها غير الدقيقة.

أما معيار الصياغة، فتطبيقه كان بطريقة جد آلية. لذلك، نجد مجلس الدولة، جعل من هذين المعيارين الثانويين مجرد أمارات (قرائن) بسيطة. فذهب إلى أن الأثر المباشر يتحدد "بالنظر لنية الأطراف المعلنّة و لإقتصاد العام للإتفاقية، وكذلك بالنظر للمضمون و للمصطلحات". بهذه الفكرة، قرّر القاضي الإداري الأعلى في فرنسا، جعل المعيارين القديمين مجرد قرائن بسيطة، قابلين لدحضهما، بإثبات العكس.

1- C.E. Ass. 11 avril 2012. *GISTI et FAPIL*. requête n° 322326.

والمواهب *compétences et talents*، وحسب منظمة GISTI فالمرسوم يخرق المادة 6-1 من الإتفاقية الدولية للعمل رقم 97 المؤرخة في 01 جويلية 1949 المتعلقة بالعمال الأجانب¹، كونه يؤسس الاستفادة من حق السكن على الإقامة الدائمة في فرنسا ويميز ضد ثلاث فئات من الأجانب.

مجلس الدولة أقرّ بعدم شرعية المرسوم معتبراً بأن الأحكام المثارة من الإتفاقية الدولية للعمل² كافية، للتطبيق، بحدّ ذاتها. والمرسوم المهاجم -المنتقد- لا يتوافق وهذه الأحكام. فضلا على أن التمييز في معالجة الوضعيات المختلفة، المتولّدة عن هذا المرسوم، لا يجد له مبرراً لا في المصلحة العامة و لا في تمايز الوضعيات بالنظر لشرط إستمرار الإقامة بين الأشخاص الحائزين على بطاقة الإقامة المقصيون من المادة 2-300.R من قانون السكن و العمران وبين أصحاب سندات الإقامة ممن يدخلون في مجال تطبيق المادة. وهكذا فالمرسوم المنشئ للمادة 2-300.R يخرق مبدأ المساواة لما يقصّي من الحق في السكن ثلاث فئات من حائزي سندات إقامة (بطاقات الإقامة المؤقتة التي تحوي على إشارة "طالب"، "أجير في مهمة" وبطاقة الإقامة "الكفاءات والمواهب"). بالنتيجة، أبطّل مجلس الدولة المادة الأولى من مرسوم 2008 الذي أنشأ المادة 2-300.R. على أن يسري هذا الإبطال من تاريخ 01 أكتوبر 2012.

وهكذا، يكون مجلس الدولة من خلال قرار GISTI لـ 11 أفريل 2012، قد أعطى لمفهوم الأثر المباشر للمعاهدات، بعداً أكثر ليبرالية وتحرراً.

كما نلمس من خلال خلاصات المقرر العام السيدة *Gaëlle Dumortier* في هذا القرار، إقتراح هذه الأخيرة فصل مفهوم الأثر المباشر عن مفهوم قابلية الإحتجاج *l'invocabilité* بالإتفاقية. وهذا مالم يسايره مجلس الدولة متمسكاً بالعقيدة القضائية

1- la Convention n°97 de l'OIT du 1^{er} juillet 1949 relative les travailleurs migrants, ratifiée par la France et publiée par le décret du 4 août 1954 (JORF du 7 août 1954).

2- تنص الفقرة الأولى من المادة 06 من الإتفاقية الدولية للعمل رقم 97 المؤرخة في 01 جويلية 1949 المتعلقة بالعمال الأجانب، على أنه "تتعهد كل دولة عضو تسري عليها هذه الإتفاقية بأن تتيح دون تمييز على أساس الجنسية أو العرق أو الديانة أو الجنس للمهاجرين الوافدين الموجودين بصورة قانونية على أراضيها معاملة لا تقل موادة عن المعاملة التي تتيحها لمواطنيها وذلك بالنسبة لما يلي: (... الأجر (...) عضوية المنظمات النقابية (...) السكن (...). إلخ..".

القديمة الراسخة لديه.

الحلّ الذي اقترحتّه و دافعت عنه المقرر العام لدى مجلس الدولة، هو التمييز بين محلّ المسألة هل هو بند تنظيمي، تشريعي أو قرار فردي. ومن ناحية عملية، يجب فصل الأثر المباشر عن الإحتجاج في الحالتين الأولى والثانية فقط. فالفكرة، إذن، هي التسليم بأن كل إتفاقية، يحتج بها دائماً *toujours invocable*، في مواجهة أيّ بند تشريعي أو تنظيمي. وبعبارة أخرى، فالإتفاقية قابلة للإحتجاج بها دائماً، حتى ولو لم تتمتع بالأثر المباشر، في مواجهة النصوص التشريعية أو التنظيمية. وبالمقابل، في حال تعارض معاهدة مع عمل إداري فردي، فلا يحتج بها إلا إذا استجمعت المعيارين السابق ذكرهما معاً؛ أي إذا كان لها أثر مباشر.

خلاصة الفكرة، في عبارة مركزة، أن الإتفاقية الدولية قابلة للإحتجاج بها سواء أكانت ذات أثر مباشر أم لا في مواجهة الأحكام التشريعية أو التنظيمية. وفيما يتعلّق بالقرارات الفردية، فلا يمكن الإحتجاج بالإتفاقية الدولية في مواجهتها إلا إذا كانت ذات أثر مباشر.

أثارت المقرر العام العديد من الحجج لدفع الإجتهد القضائي الإداري لهذا الحلّ التركيبي بين الأثر المباشر وقابلية الإحتجاج. لكنّ خشية القاضي الإداري من توسيع باب الإحتجاج بالقانون الدولي، بما يؤدي للإعتراف، في حالات عدّة، بإمكانية الإحتجاج بالمعاهدات التي ليس لها أثر مباشر، قد يضعف دور الدستور كقاعدة مرجع أساسية. لكنّ، وحسب *Gaëlle Dumortier*، فوجود المسألة ذات الأولوية الدستورية، حالياً، تسمح للقواعد الدستورية بالحفاظ على كلّ مكانتها. ومن جهة أخرى، فالقاضي الإداري الفرنسي، منذ العام 1989، قد طور سلطاته في مادة الرقابة على تطبيق الإتفاقيات الدولية؛ فمارس، كما سنرى لاحقاً، سلطته في تفسير الإتفاقيات الدولية، ومراقبة شرط المعاملة بالمثل، والرقابة على مجموع شروط نظامية إدراج المعاهدة في النظام الداخلي، وكذلك، مؤخراً، مراقبة التنازع بين المعاهدات الدولية. فأصبح القاضي الوطني، شيئاً فشيئاً، خبيراً في مادة القانون الدولي، مستعملاً في ذلك كلّ الأدوات الضرورية لممارسته الرقابية. من هنا، جاء اقتراح المقرر العام لهذا الحلّ الأكثر جرأة، في مادة قابلية الإحتجاج والأثر

المباشر. لكن القاضي الإداري الأعلى في فرنسا، خشي إحداث صدمة للإدارة، التي يراقبها، بإلزامها باحترام عدد هائل من البنود الإتفاقيّة الدولية التي التزمت بها الدولة. إذن، مجلس الدولة لما صرح بأنه لا يمكن الإحتجاج بغير المعاهدات "التي تُنشئ حقوقاً للأفراد بإمكانهم إثارها مباشرة"، يكون قد كرس موقفه التقليدي: بعدم إمكانية الإحتجاج إلا بالمعاهدات التي لها أثر مباشر. هنا تظهر، وبشكل ملموس، المزوجة بين مفهوم الأثر المباشر وقابلية الإحتجاج. وبذلك، لم يسأير مجلس الدولة موقف المقرر العام، الرامي إلى التسليم، آلياً، بقابلية الإحتجاج بالمعاهدات الدولية في مواجهة البنود التنظيمية أو التشريعية؛ حتى ولو لم يكن لتلك المعاهدات أثر مباشر. فما الذي دفع مجلس الدولة للحفاظ على موقفه هذا؟ الحقيقة، هناك سببين يفسران موقف مجلس الدولة المحافظ في قرار GISTI لـ 11 أبريل 2012 بخصوص هاته المسألة. فالقاضي الإداري استند على الطبيعة التعاقدية للمعاهدات الدولية وإعتبر أنه، بغياب الأثر المباشر، فالأفراد يجدون أنفسهم في مركز "الغير" أمام هذه "العقود *contrats*"، وهذا ما يفسر عدم إمكانهم إثارها مطلقاً. لكن السبب الرئيسي، دون شك، هو الخوف الذي ولّده الحركية التي أثرت على الإجتهاد القضائي في مادة التوجيهات الأوروبية المشتركة. في الواقع، وبعد التسليم بعدم قابلية الإحتجاج بتوجيه أوروبي في مواجهة عمل إداري فردي¹، أقر القاضي

1- وهذا مكرس منذ قرار *Cohn Bendit* الذي أكد أن التوجيهات الأوروبية ليس لها أثر مباشر في غياب عمل قانوني داخلي يحدد كيفية تطبيقها. أنظر:

C.E. 22 décembre 1978. *Cohn Bendit*.

مجلس الدولة، تراجع، و اعترف بالقوة القانونية المزمّة للتوجيهات الأوروبية، حتى في غياب عمل قانوني داخلي يحدد كيفية تطبيقه. فأبطل تنظيم إداريا يخالف الأهداف المقررة في التوجيه الأوروبي. بل و ذهب إلى أن القانون نفسه يجب أن يحترم الأهداف التي حددها التوجيه الأوروبي المشترك. كما يمكن الدفع بعدم شرعية تنظيم يتناقض مع الاحكام الأوروبية المشتركة، و لا يمكن لقاعدة وطنية، متناقضة مع اهداف التوجيهات الأوروبية، أن تمنح الشرعية لقرار فردي، محل طعن، وأن هذا التناقض يتم تقديره ليس بالنظر إلى القانون بل بالنظر إلى المبادئ العامة للقانون. ثم، وفي تطور آخر، ذهب مجلس الدولة إلى أن كل متقاض له الحق، بمناسبة طعن موجه ضد عمل إداري تنظيمي، طلب تفضيل أحكام توجيه أوروبي و تطبيقها، لما لا تتخذ الدولة في الأجل المحددة، الإجراءات التحويلية الضرورية.

وهكذا، إعتبر القاضي الإداري الأعلى في فرنسا بإمكانية إثارة توجيه أوروبي مشترك في مواجهة عمل إداري فردي، غير أنه قيّد ذلك بعاملين. الأول، أن لا يحول التوجيه الأوروبي من طرف السلطة المختصة في الدولة في الأجل المحدد. الثاني، أن الأثر المباشر لا يتعلق إلا بـ "البنود غير المشروطة والدقيقة بشكل كاف"؛ ومعنى ذلك أن لا يكون للدولة هامش تقديري في مجال التدبير التحويلي (القانون أو التنظيم) للتوجيه الأوروبي المشترك. وقد أوضح مجلس

الإداري، بسرعة، بقابلية الاحتجاج بإحلال التوجيهات الأوروبية. وبعبارة أخرى، يمكن، بمناسبة منازعة عمل إداري فردي، إثارة التناقض بين قواعد (القانون، التنظيم، الاجتهاد) التي يستند عليها هذا العمل الإداري الفردي، وبين التوجيهات الأوروبية المشتركة. بهذه الفكرة، تم إفراغ قرار *Cohn Bendit* من كل محتواه. تخوفات مجلس الدولة، إذن، تتمركز في حقيقتها حول القبول بإمكانية الاحتجاج، الآلي، بالإتفاقيات في مواجهة الأعمال التنظيمية أو التشريعية الذي يمكن أن يؤدي إلى حركية قضائية شبيهة بتلك التي أثرت على التوجيهات الأوروبية؛ أي قابلية الاحتجاج بالاتفاقيات الدولية التي ليس لها أثر مباشر، في مواجهة عمل اداري انفرادي، متى كان مؤسساً على قاعدة وطنية تنظيمية أو تشريعية مخالفة للإتفاقية.

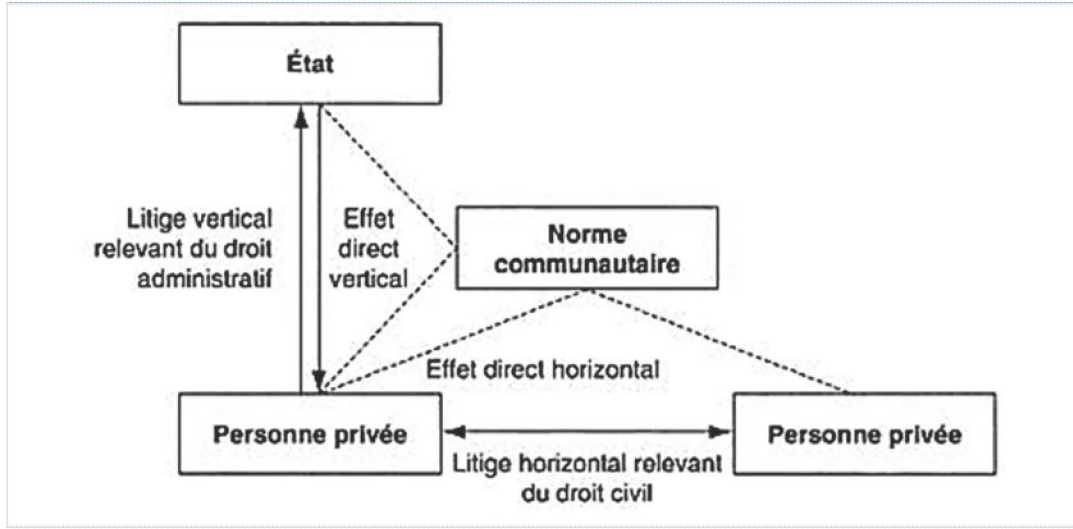
وبالرجوع إلى ما كتبه البروفيسور *Denys Simon* حول قانون الإتحاد الأوروبي فإن "الأثر المباشر (...) مرتبط بالحالة القصوى للمعيارية *normativité* و بقابلية التطبيق القضائي *justiciabilité* في النظام القانوني الداخلي"¹. بهذه الحالة المعيارية، تولد القاعدة الدولية آثارها في مواجهة الأفراد، وتسمح لهم بالدفع بها أمام الجهات القضائية. لكن، القاعدة الدولية يمكن أن تولد آثاراً أخرى. تعرف في ظل قانون الإتحاد الأوروبي بالآثار "التنزيلية *descendant*": فالأفراد يمكنهم مطالبة الدولة باحترامها. في حين يقصد بالآثار "الصاعدة *ascendants*" تلك التي يمكن للدولة فرضها على الأفراد. أما الآثار "الأفقية *horizontaux*" فتلك التي يكون عبرها للقواعد الدولية آثار فيما بين الأفراد.

الدولة، مؤخراً، أخذت بإجتهادات محكمة العدل الأوروبية، المقصود بـ "التوجيهات الأوروبية غير المشروطة والدقيقة بشكل كاف" بالقول بأن "بنود التوجيه الأوروبي المشترك تكون كافية ودقيقة، بذاتها، عندما تقرر إلزاماً بعبارة لا يس فيها (...) وتكون غير مشروطة لما تقرر حقاً أو إلزاماً لا يخضع لأي شروط أو تبعية في تنفيذه أو في آثاره؛ بتدخل أي تديسر من المؤسسات الأوروبية المشتركة أو من الدول الأعضاء". أنظر:

C.E. 03 février 1989. *Compagnie Alitalia*; C.E. Ass. 28 février 1992. *SA Rothmans International*; C.E. Ass. 30 octobre 1996. *Cabinet Revert et Badelon*; C.E. Ass. 06 février 1998. *Tête, Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais*; C.E. 30 octobre 2009. *Mme Perreux*; C.E. avis, 21 mars 2011. *Mr. J. et Mr. T.*

1- Serge Slama. *Adoption de nouveaux critères de détermination de l'effet direct des normes internationales sans consacrer leur invocabilité systématique*. In *Lettre Actualités Droits-Libertés*. CREDOF. 14 mai 2012.

ويبدو أن المخطّط¹ الذي أورده الأستاذ *Antoine Masson* يوضّح بدقة تلك الآثار.



وحسب *Gaëlle Dumortier*، فإن مسألة الأثر المباشر *l'effet direct* يمكن النظر إليها على أنها منفصلة عن مسألة القابلية للإحتجاج *l'invocabilité*. وبعبارة أخرى، حتى ولو لم يكن للقاعدة الأوروبية أثر مباشر فيمكن، للأفراد، الإحتجاج بها أمام القاضي الوطني في حالة خرقها، وترتيب الجزاء عن ذلك.

ورغم عدم إمكانية إحلال القواعد الأوروبية -غير المتمتعة بالأثر المباشر- مكان القواعد الوطنية، فإنه يمكن الإحتجاج أمام القاضي بـ: تفسير القاعدة، التعويض عن النتائج الضارة من جراء خرق القانون الأوروبي وإستبعاد تطبيق القاعدة الوطنية المخالفة².

وهكذا، يمكن أن يُطلب من القاضي تفسيرها بطريقة تجعل القانون الوطني يُطبق القاعدة الدولية وهو ما يُسمى بـ "التفسير المطابق *interprétation conforme*"³، أو

1- Antoine Masson. *Droit communautaire: Droit institutionnel et droit matériel*. 2^e édition. Larcier. 2009. p.271.

2- Marie Gautier. *Droit institutionnel de l'Union européenne*. Presses universitaires de France. 2010.

3- وهو أول نموذج تم تكريسه. و يمكن من خلاله للقاضي الوطني تفسير القانون الوطني على ضوء القانون الأوروبي المشترك و لو كان هذا الأخير غير ذي أثر مباشر. ففي قرار Von Colson et Kamann لـ 10 أبريل 1984 أقرت محكمة العدل للاتحاد الأوروبي للأفراد بإمكانية الإحتجاج بالتوجيهات الأوروبية، التي ليس لها أثر مباشر، أمام القاضي الوطني، لدفعه لتفسير القانون الوطني على ضوء تلك التوجيهات. ونفس التوجه في قرار Maria

طلب إصلاح الضرر (كالتعويض) الناتج عن عدم إنفاذية *l'inconventionnalité* قانون أو قرار ما وهو ما يسمى بـ "إحتجاج جبر الأضرار *l'invocabilité de réparation*"¹، أو بإستبعاد القاعدة الداخلية غير المطابقة للإتفاذية و يسمى ذلك بـ "الإحتجاج الإقصائي *l'invocabilité d'exclusion*"².

وبذلك، فالقواعد الأوروبية المشتركة، ملزمة كلها، بالاستقلال عن مضمونها، وبسموها على الأنظمة القانونية الوطنية، قابلة للإحتجاج بها أمام القاضي الوطني عبر أحد الأشكال السابقة: تعويضاً، تفسيراً و إقصاءً. ونشير هنا، إلى أن القواعد التي لها أثر مباشر تختلف عن تلك التي لا تنتمتع به، في نقطة وحيدة وهي "الإحتجاج الحلوي *l'invocabilité de substitution*"³ الذي لا يكون إلا في القواعد ذات الأثر المباشر¹.

Pupino لـ 16 جوان 2005. و الهدف من هذا التفسير هو تمتع الأفراد بالحقوق التي يضمنها القانون الأوروبي المشترك، عبر تفسير فعال و موسع للقواعد الوطنية؛ خاصة إذا كانت صياغتها في شكل مبادئ عامة قابلة لعدة تفسيرات. ومع ذلك، لا يمكن لهذا التفسير المطابق أن يذهب نحو مناقضة المصطلحات الصريحة للقانون الداخلي. Antoine Masson. *Droit communautaire: Droit institutionnel et droit matériel*. Op.cit. p.269-272.

1- وهو ما يعرف كذلك بمبدأ مسؤولية الدولة عن فعل خرق القانون الأوروبي المشترك. في قرار Francovich et Bonifaci لـ 19 ديسمبر 1991، لم تقم دولة إيطاليا بتحويل توجيه أوروبي يؤسس لنظام تعويضي لفائدة العمال الأجراء. هذا التوجيه الأوروبي ليس له أثر مباشر. بالنتيجة العمال الأجراء ليس بإمكانهم أن يطلبوا فرض تطبيق الحقوق التي يخولها التوجيه. مع ذلك، فمحكمة العدل، صرحت بإمكانية الإحتجاج بالتوجيه لمطالبة الدولة الإيطالية بإصلاح الأضرار المتولدة عن "عدم تحويل" التوجيه الأوروبي للقانون الداخلي.

Laurence Potvin-Solis. *Les effets du droit de l'Union européenne sur les compétences des collectivités territoriales*. L'Harmattan. 2013. p.49.

2- في حالة عدم السماح بإحلال القاعدة الأوروبية المشتركة مكان القاعدة الوطنية المخالفة لها، يمكن، دائماً، إستبعاد تطبيق القاعدة الوطنية المخالفة. ورغم ذلك، فهذا المبدأ ظل لمدة طويلة غامضاً و محل حساسية من طرف محكمة العدل. لكن، في قرار *Linster* لـ 19 سبتمبر 2000 قبلت محكمة العدل بالإحتجاج الإقصائي للقواعد غير المتمتعة بالأثر المباشر، وهذا ما إعتبر كقفزة نوعية، فذهبت المحكمة إلى أن القاعدة الأوروبية، و بالاستقلال عن أثرها المباشر من عدمه، يمكن الإحتجاج بإستبعاد-إقصاء- تطبيق قانون وطني يخالفها. وكذلك في قرار *Unilever Italia* لـ 26 سبتمبر 2000، بمناسبة نزاع بين أفراد، وحتى ولو أن التوجيهات لا يمكن في كل الفرضيات أن تولد أثر مباشر أقي، قبلت محكمة العدل بالإحتجاج الإقصائي للتوجيه الأوروبي، ولو في نزاع بين أفراد.

3- عند الحاجة لإحلال أو إضافة بند إتفاقي، للقانون الوطني غير المتوافق أو غير الكامل، لتسوية النزاع و يسمى هذا بـ "الإحتجاج الحلوي".

إذن، وفي خلاصة مركزّة، فالقواعد التي لها أثر مباشر قابلة للإحتجاج بها بكلّ الأشكال: الإحتجاج التعويضي، التفسيري، الإقصائي والحلوي. أما القواعد التي ليس لها أثر مباشر فتقبل كل أشكال الإحتجاج السابقة باستثناء الإحتجاج الحلوي. عبر الثلاثين عاما الأخيرة، إنتهى مجلس الدولة لتكليف هذه الحول المختلفة لضمان التطبيق القضائي للتوجيهات الأوروبية المشتركة.

والسؤال الذي يبقى عالقا، لماذا لم يتخذ مجلس خُطوة حاسمة لبقية قواعد القانون الدولي، غير الأوروبية، كما دعت إلى ذلك المقررة العامة في خلاصتها؟

من المفيد، هنا، الإشارة إلى أنه و بعد صدور قرار *GISTI* لـ 11 أفريل 2012، نلاحظ تواجد المزيد من أحكام الإتفاقيات الدولية أو الإتفاقات الثنائية التي لا تولد أي أثر في القانون الداخلي، ولو بطريقة غير مباشرة². وهذا ما جعل الأمر محل نقد فقهي؛ وصل لحد التشكيك في دستورية هذا التوجه، خاصة وأن أي إتفاقية دولية، مصادق عليها نظاميا، يجب أن تحترم من طرف كافة سلطات الدولة، وأن نزع كل قابلية للتطبيقها قضائيا" يمس بمبادئ القانون الدولي وبالمبادئ الدستورية. ففي نطاق القانون الدستوري، قاعدة العقد قانون المتعاقدين «*Pacta sunt servanda*»³ هي واحدة من قواعد القانون الدستوري التي تتبناها فرنسا بموجب الفقرة 14 من ديباجة دستور العام 1946. ونفس الأمر تنص عليه المادة 55 من الدستور، ومؤخرا قانون الإتحاد الأوروبي عبر المادة 1-88، التي أنشأت مبدأ "الإزام مختلف هيئات الدولة أن تسهر على تطبيق الإتفاقيات الدولية، حسب إختصاصها"، وهو ما كرّسه أيضا المجلس الدستوري الفرنسي⁴. وبموجب

1- فخاصية الأثر المباشر، هي في الواقع ضرورية لإدخال القاعدة الأوروبية ضمن النظام القانوني الوطني، وجعلها في مصف السمو مقارنة بالقانون الوطني. وهكذا، فالقاضي الوطني، ملزم بترك تطبيق كل قاعدة وطنية، مناقضة لقاعدة أوروبية لها أثر مباشر، وتطبيق هاته الأخيرة. هذا ما يسمى الحلول.

Catherine Weniger. *La Responsabilité du Fait des Produits pour les Dommages Causes a un Tiers au Sein de la Communauté Européenne*. Etude de droit comparé. Librairie DROZ. Genève. 1994. p.231.

2- C.E. Ass. 23 décembre 2011. *M. Eduardo José Kandyrine de Brito Paiva*.

3- هذه القاعدة مكرّسة بموجب المادة 26 من إتفاقية فيينا 1969: "تلتزم الدولة الأطراف بالمعاهدات السارية و يجب أن تطبقها بحسن نية".

4- Cons. Constit. décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986. *Entrée et séjour des étrangers en France*; Cons. Constit. décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992. *Traité sur l'Union européenne*.

قرار *Commune d'Annecy* لمجلس الدولة، أقر بأن "كل قاعدة أو مبدأ ذو قيمة دستورية له بالضرورة قوة معيارية" وبالنتيجة "قابلية للإحتجاج به"¹.

أما في القانون الدولي، فيوجد "مبدأ التدخل الذاتي" *allant de soi*² الذي يعني أن "الدولة التي تعاقبت بالتزامات دولية، ملزمة بأن تدرج في تشريعها الداخلي، التعديلات الضرورية، لضمان تنفيذ تعهداتها"³.

ولذلك، فحرمان بعض البنود من الإتفاقيات الدولية من كل قابلية للإحتجاج بها، يعني منع المواطن والقاضي من تطبيقها وإرجاع ذلك إلى مشيئة المشرع أو الحكومة. وهكذا، وعلى سبيل المثال، على مستوى القانون الدولي، فالبروتوكول الإضافي الملحق بالعهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المعتمد في 10 ديسمبر 2008 والذي يقرر للأفراد أو لجماعات الأفراد، بعد إستنفاد سبل الانتصاف (طرق الطعن) الداخلية، حق إخطار لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، متى كانوا ضحايا إنتهاكات للعهد. إن التصديق على هذا البروتوكول يجعل من الضروري تطوير الأمر نحو قابلية الإحتجاج ببند هذا العهد أمام الجهات القضائية الداخلية. والمشكل نفسه مطروح حول الإتفاقية المتعلقة بحقوق الأشخاص المعاقين (التي صادقت عليها فرنسا في 2009/12/31)، لأن فرنسا أقرت في 2010/02/18 بإختصاص اللجنة بمصادقتها على البروتوكول الإختياري.

هذه القابلية للتطبيق القضائي، لتلك النصوص الدولية، ضرورية للقاضي الإداري، على المستوى الوطني، كما ذهبت الى ذلك محكمة النقض الفرنسية، منذ سنوات، لما أقرت بإمكانية الإحتجاج بالمادة 06 و07 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية⁴. بل وأثارت من تلقاء نفسها وجهاً بخرق المادة 06 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية⁵.

1- C.E. Ass. 3 octobre 2008. *Commune d'Annecy*. n° 297931.

2- Bob Kieffer. *L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public*. Larcier. 2008. p.42.

3- Cour permanente internationale de justice. Avis, 21 février 1925 sur *l'échange des populations grecques et turques*.

4- Cass. Crim. 15 octobre 1991, n° 90-86-791; Cass. Crim. 31 janvier 2001. N° 00-82.341.

5- Cass. Soc. 16 décembre 2008. *Eichenlaub c/ Axia*. N°05-40876.

وهو نفس توجه القضاء الجزائري، الذي أقر للمادة 07 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بقابلية التطبيق المباشر على النزاع، مؤكداً أن نص المادة 07 من العهد، ولئن كان يخاطب الدول، كأطراف سامية متعاقدة، غير أنه يكرس في الآن ذاته حقوقاً للأفراد، مما يجعل النص قابلاً للتطبيق مباشرة على النزاع في قضية الحال؛ وأن نص المادة نفسها، لا تشير صراحة إلى إلزامية سنّ تشريع داخلي، لإنفاذ الحقوق التي تضمنتها، كما أن المحكمة لم تعين وجود ضرورة فعلية لذلك لتنتهي المحكمة إلى نتيجة مفادها "أنه يكفي لتطبيق البند الإتفاقي الدولي، ولو كانت صياغته تخاطب الدول، أن يكون النص لم يأتي لينظم، حصراً، علاقات بين الدول. وأن يكون، بالنتيجة، قد أنشأ حقوقاً شخصية لفائدة الأفراد، ولما كان نص المادة لا يحيل، على سبيل الإلزام والضرورة، إلى سنّ عمل تشريعي وطني لتطبيق أحكامه، ولما كانت أحكامه واضحة، بحدّ ذاتها، فالمحكمة تصرّح بأثرها المباشر في النظام القانوني الوطني"¹.

إن حرمان القضاء الفرنسي لبعض أحكام الإتفاقيات الدولية من قابلية الإحتجاج بها، كان لأسباب براغماتية بحتة، مفادها: خطر التوسع المعتبر لكتلة قواعد القانون الدولي، القابلة للإحتجاج بها أمام القاضي الوطني، ليس في مواجهة الأعمال التنظيمية فقط، ولكن القوانين أيضاً. وقد أجابت المقرر العام في قضية GISTI لـ 11 أبريل 2012، على هذه الحجة بإعتباره أنه "من المستبعد أن تتخذ السلطات العمومية، يومياً، قرارات تخالف الإتفاقيات الدولية (...). فضلاً على أن الدفع بعدم الإتفاقيات ليس من النظام العام-أمام القاضي الإداري- وما يثار من مخالفات للإتفاقيات هي نفسها المنكررة".

يبقى السؤال مطروحاً، إلى متى سيبقى مجلس الدولة الفرنسي محافظاً على هذا الإتجاه؟ لأنه في النهاية، لا مناص من التسليم بقابلية كل قواعد القانون الدولي للإحتجاج بها أمام القاضي الوطني.

ورغم أن محكمة النقض لم تحدد، على غرار ما قام به مجلس الدولة، منهجية تحديد مدى قابلية البنود الدولية للتطبيق المباشر، قامت كل غرفة من غرف محكمة النقض، عبر

1- مجلس قضاء الوادي. محكمة قمار. القسم الاجتماعي. قضية رقم: 739-15. حكم نهائي. فهرس 835-15.

إجتهاداتها، بضبط النصوص الدولية القابلة للتطبيق المباشر في النظام القانوني الداخلي¹. وهكذا، تراجعت الغرفة المدنية² لمحكمة النقض الفرنسية عن سابق إجتهادها³، وأكدت التطبيق المباشر لأحكام المادتين 03 فقرة 1 من إتفاقية نيويورك لحقوق الطفل (26 جانفي 1990)، التي تنص بأنه في كل القرارات المتعلقة بالطفل، يجب أن تكون مصلحته العليا محل اعتبار أساسي، وكذا المادة 12-2 المتعلقة بإمكانية سماع الطفل في كل الإجراءات القضائية أو الإدارية التي تخصه، بل وأثارت ذلك من تلقاء نفسها⁴. أما الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض فذهبت إلى قابلية التطبيق المباشر لأحكام الإتفاقية رقم 137 لمنظمة العمل الدولية المتعلقة بالانعكاسات الاجتماعية للأساليب الجديدة لمعالجة الحمولة في الموائى⁵، المعتمدة في 25 جوان 1973، والمدرجة في النظام القانون الفرنسي بموجب المرسوم رقم 81-245 المؤرخ في 09 مارس 1981. كما ذهب القضاء الجزائري، إلى أن أحكام المادة 12 من إتفاقية منظمة العمل الدولية

1- Cour de cassation. *Rapport annuel 2013*. pp. 111-113.

2- La cour, *sur le moyen unique*, après avis donné aux parties en application de l'article 1015 du nouveau Code de procédure civile:

"Vu les articles 3-1 et 12-2 de la convention de New-York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, ensemble les articles 388-1 du Code civil et 338-1, 338-2 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ; que lorsque le mineur capable de discernement demande à être entendu, il peut présenter sa demande au juge en tout état de la procédure et même, pour la première fois, en cause d'appel ; que son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée;

Attendu que l'enfant Chloé X..., née le 31 août 1990, dont la résidence a été fixée chez sa mère au Etats-Unis, a demandé, en cours de délibéré, par lettre transmise à la cour d'appel, à être entendue dans la procédure engagée par son père pour voir modifier sa résidence ; que l'arrêt attaqué ne s'est pas prononcé sur cette demande d'audition de l'enfant ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que la considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit de celui-ci à être entendu lui imposaient de prendre en compte la demande de l'enfant, la cour d'appel a violé les textes susvisés (...)" Cass. 1^{ère} civ. 18 mai 2005. N° 02-20613. M. François X c/ Madame Nicole Y.

3- سابقا، كان إجتهاد محكمة النقض الفرنسية، يتجه نحو عدم إمكانية التطبيق المباشر لإتفاقية حقوق الطفل "بمجمليها"؛ فالإتفاقية "ككل" ليس لها الأثر المباشر. فهذا الإتجاه يقوم على فحص شامل للإتفاقية؛ فإما أنها ذات تطبيق مباشر كلياً، أو العكس. هذا التفسير الضيق كان محل نقد الفقه القانوني، وحتى من طرف بعض قضاة محكمة النقض.

Cass. 1^{ère} civ. 10 mars 1993. *Le jeune*, D. 1993.361. note Massip; 3 juin 1993. *Babinet*, Bull. civ. I. n° 195.

4- Cass. 1^{ère} civ. 18 mai 2005. pourvoi n° 02-20.613. Bull. 2005. I. n° 212.

5- Cass. Soc. 26 novembre 2002. pourvoi n° 00-44.403. Bull. 2002. V, n° 355.

رقم 95 لسنة 1949 بشأن حماية الأجور، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي الصادر بتاريخ 19 أكتوبر 1962، التي تقرّر بأن الأجور، بالمفهوم المنوّه عنه بالمادة الأولى من ذات الاتفاقية، يجب أن تدفع بشكل دوري، على أن تحدد القوانين أو اللوائح الوطنية أو الإتفاقيات الجماعية أو قرارات التحكيم فترات دفع الأجور مالم توجد ترتيبات مناسبة أخرى تكفل دفع الأجور على فترات منتظمة، "ذاتية التطبيق وذات أثر مباشر، لدقة و وضوح مضمونها، وبأن نص المادة قابل للتطبيق مباشرة على هذا النزاع، بل وأثارته تلقائياً من طرفها"¹.

والأمر نفسه بالنسبة للمادة الأولى، وللنقطة "ب" من الفقرة 2 من المادة 02، والمادة 11 من الإتفاقية رقم 158 لمنظمة العمل الدولية المتعلقة بإنهاء علاقة العمل بمبادرة من المستخدم²، المعتمدة في 22 جوان 1982. وكذلك المادة الرابعة من هذه الإتفاقية المتعلقة بضرورة وجود سبب صحيح للتسريح، بما أدى إلى القضاء بإستبعاد³ أحكام الأمر رقم 893-2005 المؤرخ في 02 أوت 2005 المنشىء لعقود التشغيل الجديدة CNE (التي كانت موجهة للمؤسسات الصغيرة وأعيد تكييفها لاحقاً بموجب المادة 09 من قانون 25 جوان 2008 إلى عقود عمل غير محددة المدة). كما إعتبرت ذات الغرفة أن "المبادئ المكرسة" من طرف هذه الإتفاقية، والتي تتعلق بمدّة التجريب (الإختبار)⁴ ذات أثر تطبيقي مباشر. كما قضي أن أحكام المواد 3، 4 و 5 من الإتفاقية رقم 180 لمنظمة العمل الدولية المتعلقة بساعات عمل البحارة وتزويد السفن بالأطعم، المعتمدة في 22 أكتوبر 1996، لها أثر مباشر في النظام الداخلي⁵. وفي نفس السياق، ذهبت الغرفة الإجتماعية لمحكمة النقض إلى أن المادة 06 فقرة 01 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية، الاجتماعية والثقافية، المعتمد في 16 ديسمبر 1966، التي تضمن لكل شخص الحق في

1- مجلس قضاء الوادي. محكمة قمار. القسم الاجتماعي. قضية رقم: 738-15. حكم نهائي. فهرس 833-15. 2015-12-16. ص.03.

2- Cass. Soc. 29 mars 2006. pourvoi n° 04-46.499. Bull. 2006. V, n° 131.

3- Cass. Soc. 1^{er} juillet 2008. pourvoi n° 07-44.124. Bull. 2008. V, n° 146.

4- Cass. Soc. 10 Mai 2012. pourvoi n° 10-28.512. Bull. 2012. V, n° 137; Soc. 26 mars 2013. pourvoi n° 11-25.580. Bull. 2013. V, n° 82.

5- Cass. Soc. 18 janvier 2011. pourvoi n° 09-40.094. Bull. 2011. V, n° 25; Soc. 23 janvier 2013. pourvoi n° 10-20.568. Bull. 2013. V, n° 18.

العمل وأن تتاح له إمكانية كسب رزقه بعمل يختاره أو يقبله بحرية؛ والمثارة تلقائياً من طرف المحكمة، تتعارض مع حرمان الأجير الملزم باحترام التزام عدم المناقصة من أي تعويض مالي على أساس أن تسريحه كان لخطأ جسيم.¹ غير أنها قضت بأن القاعدة المقررة بموجب المادة 235-3 من قانون العمل، والتي تعلق إعادة إدراج العامل في منصب عمله عقب تسريحه بغير سبب حقيقي وجدي، على قبول المستخدم، لا تتضمن أي تقييد مناقض لأحكام المادة 6 فقرة 1 من العهد². كما عكفت الغرفة الاجتماعية، بشكل منتظم، على تطبيق إتفاقية فيينا المؤرخة في 18 أبريل 1961 المتعلقة بالعلاقات الديبلوماسية، فيما يخص مسألة الحصانات القضائية التي تتمتع بها الدول والمنظمات الدولية، شريطة أن يسهم القرار، محل الإعتبار في النزاع، بطبيعته أو بغرضه، في ممارسة هذه الدول لسيادتها³. ومع ذلك، قضت ذات الغرفة بأن مبدأ سيادة الدول يحول دون تطبيق قواعد قانون العمل الفرنسي المتعلقة بتمثيل الموظفين والنقابات، على الممثلة الرسمية لدولة أجنبية⁴.

أما مجلس الدولة الفرنسي، فموقفه منذ البداية، يؤكد على ضرورة تقدير نصوص الإتفاقية مادة بمادة للقول بقابليتها للتطبيق المباشر⁵.

وهكذا إعتبر مجلس الدولة أن بنود إتفاقية باريس المؤرخة في 19 مارس 1902 المتعلقة بحماية الطيور المفيدة للزراعة ليس لها أثر مباشر لأنها تتضمن، فقط، التزامات بين الدول الأطراف⁶.

كما قرر مجلس الدولة أن أحكام المادة 3 فقرة 1 من إتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، المعتمدة في 20 جانفي 1990، التي تنص على أنه في جميع القرارات المتعلقة

1- Cass. Soc. 16 décembre 2008. pourvoi n° 05-40.876. Bull. 2008. V, n° 251.

2- Cass. Soc. 14 avril 2010. pourvoi n° 08-45.247. Bull. 2010. V, n° 96.

3- Cass. Soc. 28 février 2012. pourvoi n° 11-18.952. Bull. 2012. V, n° 77; Soc. 13 octobre 2010. pourvoi n° 09-71.591.

4- Cass. Soc. 4 novembre 2009. pourvoi n° 08-60.593. Bull. 2009. V, n° 242.

5- وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي ذلك، بفحص كل مادة من الإتفاقية -على حدى- للقول بمدى قابلية تطبيقها مباشرة

من عدمه. غير أن قوة منطق إقناع توجهات مجلس الدولة هذه، محل تشكيك وتحفظات من طرف الفقه. أنظر:

Nathalie Baillon-Wirtz, et autres. *L'enfant, sujet de droits: filiation, patrimoine, protection*. Coll. Axe Droit. édition Lamy (Wolters Kluwer). Paris. 2010. pp.144,145.

6- C.E. 9 novembre 2007. requête n° 289063. *Ligue pour la préservation de la faune sauvage et la défense des non-chasseurs*.

بالطّفل، يجب أن تكون مصلحته الفضلى محل إعتبار أساسي، سواء أمام هيئات الحماية الاجتماعية العمومية أو الخاصة، أمام المحاكم، أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية، يمكن إثارته مباشرة، بمناسبة الطعن بتجاوز السلطة¹.

غير أنه قضي بأن مقتضيات المادة 09 من الإتفاقية المتعلقة بحقوق الطّفل في العيش مع والديهم، تشكل التزامات بين الدول فقط ولا تفتح حقوقا للمعنيين، ولا يمكن لهم إثارته بمناسبة دعوى الإبطال لتجاوز السلطة ضد قرار الإبعاد نحو الحدود².

وبخصوص مقتضيات المادة 12 من إتفاقية حقوق الطّفل، التي تضمن للطفّل الحق في الإستماع إليه إما مباشرة أو بطريق وسيط، فيما يتعلق بالإجراءات التي تخصه، فقد ذهب مجلس الدولة إلى إعتبار هذه المقتضيات ذات أثر مباشر³. وكذلك الحال بالنسبة لمقتضيات المادة 16 من ذات الإتفاقية⁴.

أما مقتضيات المادة 37 من إتفاقية حقوق الطّفل التي تقضي بأن "الدول الأطراف تسهر على (...) (ب) ألا يحرم أي طفّل من حريته بصورة غير قانونية أو تعسفية. ويجب أن يجري اعتقال الطّفل أو احتجازه أو حبسه وفقا للقانون، ولا يجوز ممارسته إلا كتدبير أخير ولأقصر فترة زمنية مناسبة؛ (ج) يعامل كل طفّل محروم من حريته بإنسانية واحترام للكرامة المتأصلة في الإنسان، وبطريقة تراعي احتياجات الأشخاص الذين هم في سنّه. وبوجه خاص، يفصل كل طفّل محروم من حريته عن البالغين، ما لم يعتبر أن مصلحة الطّفل الفضلى تقتضي خلاف ذلك، ويكون له الحق في البقاء على اتصال مع أسرته عن طريق المراسلات والزيارات، إلا في الظروف الاستثنائية؛" فقد صرح مجلس الدولة بقابليتها للتطبيق مباشرة في النظام القانوني الداخلي⁵.

كذلك، قد صدر عن مجلس الدولة الفرنسي قرار⁶ بمناسبة طعن قضائي ضد مرسوم يحظر التكفل بالعناية الطبية للأجانب الذين هم في وضعية غير نظامية (غير شرعية) في

1- C.E. 22 septembre 1997. requête n° 161364. *Cinar*.

2- C.E. 29 juillet 1994. requête n° 143866. *Préfet de la Seine-maritime*.

3- C.E. 27 juin 2008. requête n° 291561. *Etarh*; C.E. 27 juin 2008. Requête n° 291561. *Fatima.A.*

4- C.E. 10 mars 1995, requête n°141083, *Demirpence*; C.E. 21 février 1997. requête n°171893. *Doua*.

5- C.E. 14 février 2001. requête n°220271. *Nezdulkins*.

6- C.E. 7 juin 2006. requête n°285 576. *Aides et Gisti*.

فرنسا. مجلس الدولة إعتبر أن المواد 09 و 10 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية، الاجتماعية والثقافية، الذي بموجبه أقرت الدول الأطراف بحق كل شخص في التأمين الإجتماعي، بما في ذلك الضمان الإجتماعي، وكذلك في حماية و مساعدة واسعة قدر الإمكان للعائلة، كما جاءت بذلك المواد 11، 12، 13 و 17 من العهد الاجتماعي الأوروبي التي تنص على أن "الدول الأطراف تلتزم باتخاذ التدابير اللازمة لضمان الممارسة الفعلية و الصارمة للحق في الأمن الصحي والحق في التأمين الاجتماعي والحق في المساعدة الاجتماعية والطبية وحق الأطفال والمراهقين في النمو في محيط ملائم و تفتح شخصياتهم و تطوير قدراتهم الجسمية و العقلية"، إعتبر مجلس الدولة، ما سبق من مواد، ليست ذات أثر مباشر. في الواقع، "هذه المواد لا تولد أثرا مباشرة في مواجهة الأفراد، فلا يمكن إثارتها في أوجه إبطال المرسوم المهاجم". مع ذلك، وفي نفس القرار، إعتبر القاضي الإداري للمادة 3 فقرة 1 من إتفاقية حقوق الطفل لـ 26 جانفي 1990 (المتعلقة بالأخذ بعين الاعتبار المصلحة العليا للطفل) بالأثر المباشر.

المطلب الرابع

مراقبة شرط المعاملة بالمثل

.La réciprocité

حسب المادة 55 من الدستور الفرنسي، فسمو الإتفاقيات الدولية على القانون مرهون بمبدأ المعاملة بالمثل. ولفحص توافر هذا الشرط، يرجع القاضي إلى وزير الخارجية¹ كون الأمر يتعلق بعلاقات سياسية فيما بين الدول، وبالتالي لا يتعلق بمسألة تفسير قانونية بحتة، يختص بها القاضي وحده ويثيرها من تلقاء نفسه، إنما هي مسألة واقع، يتم إحالتها إلى الوزير ليس بغرض تفسيرها ولكن كإجراء تحقيقي لدى الوزير نفسه، وبالتالي فهي مسألة أولية.

1- CE. Ass. 29 mai 1981. *Affaire Rekhou*.

كما أن غياب شرط المعاملة بالمثل لا يفقد الإتفاقية الدولية، بالضرورة، قيمتها القانونية داخل النظام القانوني للدولة كما أكد على ذلك المجلس الدستوري الفرنسي¹. يطبق مبدأ المعاملة بالمثل على المعاهدات والإتفاقيات الثنائية. غير أن أعمال هذا الشرط على الإتفاقيات المتعددة الأطراف، قد يجعل تطبيقها مستحيلا تقريبا. ومع ذلك، فعادة ما تتضمن المعاهدات الدولية المتعددة الأطراف ميكانزمات تسمح بجزء الدول التي قد تخل بالتزاماتها الدولية.

ورغم نص الدستور الفرنسي على شرط المعاملة بالمثل لسمو الإتفاقية الدولية، إلا أنه وفي حالات خاصة، لا يكون لهذا المبدأ أي معنى لما يتعلق الأمر مثلا بالإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وكذلك الأمر بالنسبة للإتفاقيات المؤسسة للإتحاد الأوروبي. فلهذه المعاهدات أثر مباشر² كون الدول التزمت بتطبيقها لكل الأشخاص المتواجدين بإقليمها. وهكذا، إستبعد مجلس الدولة الفرنسي، شرط المعاملة بالمثل لما يتعلق الأمر بالإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان³. كما أن المجلس الدستوري، إستبعد تطبيق شرط المعاملة بالمثل لما تعلق الأمر بالإتفاقية المتعلقة بالمحكمة الجنائية الدولية⁴ وكل ما يتعلق بالإلتزامات الدولية التي تعزز السلم والأمن الدوليين وتضمن إحترام المبادئ العامة للنظام العام الدولي.

1- « La règle de réciprocité énoncée à cet article n'a d'autre portée que de constituer une réserve mise à l'application du principe selon lequel les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois ... Cette règle ne trouve à s'appliquer que dans le cas où il existe une discordance entre un texte de loi et les stipulations d'un traité... »

En revanche, l'article 55 de la Constitution ne s'oppose pas à ce que la loi édicte, comme l'article 13 de la loi de finances pour 1981 le fait en l'espèce, des mesures ayant pour objet d'harmoniser la législation nationale avec les dispositions découlant d'un traité, alors même que celles-ci ne seraient pas appliquées par l'ensemble des parties signataires... La règle de réciprocité posée à l'article 55 de la Constitution, si elle affecte la supériorité des traités ou accords sur les lois, n'est pas une condition de la conformité des lois à la Constitution»

Conseil constitutionnel. Décision n° 80-126 DC 30 décembre 1980.

2- فهي ذاتية التطبيق *self-executing*. وهو حال كل المعاهدات التي تحمي حقوق وحرّيات الإنسان. وتستثنى كذلك، من تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل، إتفاقية الأمم المتحدة بشأن وضع اللاجئين لعام 1951. أيضا، يستبعد تطبيق هذا المبدأ على إتفاقيات منظمة العمل الدولية.

3- C.E. Ass. 21 décembre 1990. *Confédération nationale des associations familiales*.

4- Conseil constitutionnel. Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999. *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*.

بعبارة مركزة، لا محلّ لمراقبة القاضي لشرط المعاملة بالمثل، حال تطبيقه لإتفاقيات دولية تتعلق بحقوق الإنسان، أو يتعلّق موضوعها بإنشاء ميكانيزمات قضائية لحماية الحقوق الأساسية لحماية الإنسان ضدّ الإنتهاكات الجسيمة كالمحكمة الجنائية الدولية. محكمة النقض الفرنسية، إعتبرت في أحد قراراتها¹ أن شرط المعاملة بالمثل، يعتبر قائما بقريّة غير قابلة لإثبات العكس (*irréfragable*)، طالما أن الحكومة لم تتخذ المبادرة بإعلان وقف تطبيق إتفاقية دولية.

أما مجلس الدولة الفرنسي، ومنذ قرار *Rekhou* المشار إليه أعلاه، فلم يعتمد معيار القريّة غير القابلة لإثبات العكس. فنجدّه لا يفحص شرط المعاملة بالمثل من تلقاء نفسه (*d'office*) وإذا ما أثار الأطراف ذلك فإنه يعتبر ذلك مسألة أولية يحيلها إلى وزير الخارجية، الذي يحدّد ما إذا كان شرط المعاملة بالمثل محترماً. إن النتيجة المنطقية لذلك، هي إرتباط قرار حلّ النزاع من طرف القاضي الإداري بقرار وزير الخارجية، وفي ذلك تجاوز لإستقلالية القاضي الإداري.

في آخر تحولات مجلس الدولة الفرنسي، صدر بتاريخ 09 جويلية 2010 قرار *السيدة سعاد بن صغير*² والذي أنهى من خلاله موقفه القديم بإحالة مسألة مراقبة شرط المعاملة بالمثل إلى وزير الشؤون الخارجية. فلأول مرة في تاريخه، صرح مجلس الدولة بإختصاصه السيادي المطلق بمراقبة شرط التطبيق المتبادل للإتفاقيات الدولية (مبدأ المعاملة بالمثل)، ضمّانا للمحاكمة العادلة. وهكذا من الآن فصاعداً، يختص القاضي الإداري بفحص شرط التطبيق المتبادل للإلتزام دولي ما دون الحاجة للرجوع إلى وزير الشؤون الخارجية.

هذا التحول في موقف مجلس الدولة يعود في حقيقة الأمر إلى قرار صدر عن مجلس الدولة³ أدينّت بسببه فرنسا من طرف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان⁴ لإنتهاكها حقّ المحاكمة العادلة التي تضمنه المادة 06 فقرة 01 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان؛ لما قضى مجلس الدولة بتقييد سلطته في فحص شرط المعاملة بالمثل برأي مسبق لوزير

1- Cass. Civ. 6 Mars 1984. *Affaire Kryla*.

2- C.E. Ass. 9 juillet 2010. *Affaire M^{me} Souad Cheriet-Benseghir*.

3- C.E. Ass. 9 avril 1999. *Affaire M^{me} Chevrol-Benkeddach*.

4- CEDH. 13 février 2003. N° 49636/99. *Chevrol c. France*.

الشؤون الخارجية، دونما الأخذ في الإعتبار لعناصر الواقع التي قد تكون حاسمة بشكل ملموس للنزاع.

بالنسبة لوقائع قضية *السيدة بن صغير*، فهاتة الأخيرة من جنسية فرنسية، و بموجب المادة 05 من الإعلان الحكومي لـ 19 مارس 1962 المتعلق بالتعاون الثقافي بين الجزائر و فرنسا¹: فإن الرتب العلمية و الشهادات التعليمية الممنوحة في الجزائر وفي فرنسا، في إطار نفس شروط البرامج التعليمية و الإمتحانات، تكون نافذة بقوة القانون في كلا البلدين. السيدة بن صغير، تحصلت على دبلوم بدرجة (دكتور في الطب) سنة 1997 من طرف المعهد الوطني للتعليم العالي في العلوم الطبية بوهران. تقدمت بطلب لإدراج إسمها في قائمة منظمة الأطباء؛ فقبول طلبها بالرفض من طرف المجلس الإقليمي لمنظمة الأطباء (*le Conseil départemental de l'ordre des médecins*) فلجأت بالطعن ضد قرار الرفض إلى المجلس الجهوي، ثم المجلس الوطني لمنظمات الأطباء، لكن دون جدوى. فتقدمت بطعن بتجاوز حد السلطة ضد قرار المجلس الوطني المؤرخ في 19 مارس 2008، والذي كان مسببا كما يلي: (بأن شهادة الدكتوراه في الطب، التي تحوزها العارضة، ليست نافذة بقوة القانون في فرنسا. ففي إطار إتفاقيات إيفيان المبرمة بين الجزائر وفرنسا، إلترزم البلدان بإعتبار الرتب و الشهادات الممنوحة بتوافق نفس البرامج الدراسية و الإمتحانات، نافذة بقوة القانون وفي كلا البلدين، و هذا بموجب أحكام المادة 05 المشار إليها أعلاه. وأسس المجلس الوطني قراره برفض طلب السيدة بن صغير على أن مقتضيات المادة 05 لم تكن محل تطبيق متبادل في الجزائر، طبقا للمادة 55 من الدستور الفرنسي، و بالنتيجة فمقتضيات إتفاقية 12 مارس 1962 تستبعد من التطبيق).

حال فصله في الطعن، أكد مجلس الدولة الفرنسي على أنه: ولئن كانت أحكام المادة 55 من الدستور، تنص على أن المصادقة النظامية على المعاهدات أو الإتفاقيات الدولية ونشرها يجعلها تسمو على القانون شرط مراعاة التطبيق المتبادل من الأطراف الأخرى؛ أي مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل". فإن عدم تطبيق أحكام الإتفاقية من الطرف الآخر يؤدي فقط إلى عدم إعتبار هذا الإلتزام الدولي سام على القانون. وهكذا، فعدم

1- La déclaration gouvernementale du 19 mars 1962 relative à la coopération culturelle entre la France et l'Algérie.

المعاملة بالمثل تجعل منزلة المعاهدة الدولية التي كانت تسمو على القانون تتفهرق في الرتبة، فتصبح بذلك، قاعدة قابلة لتطبيقها، لكن بدرجة أقل من القانون. بعبارة أدق، فإن معايمة الإخلال بشرط المعاملة بالمثل، في تطبيق أحكام الإتفاقيّة الدولية لا يفقدّها طبيعتها كقاعدة قانونية قابلة للتطبيق. غاية ما في الأمر، أن القانون في هذه الحالة يسمو على الإتفاقيّة الدولية. إن الإخلال بالتطبيق المتبادل لإتفاقيّة دولية يجعلها أدنى مرتبة من القانون.

إن تفسير مجلس الدولة هذا، يجعل شرط المعاملة بالمثل هو معيار سمو (علوية) الإتفاقيّة الدولية على القانون الوطني، وبغيابه ينقلب مركز الإتفاقيّة داخل النظام القانوني للدولة، فتصبح في مرتبة تحت التشريعية.

إعتمد مجلس الدولة الفرنسي، في هذا القرار "التاريخي" على أسس دستورية وأخرى مصدرها القانون الدولي العام. فالفقرة 14 من ديباجة دستور 1946، تقرر بأن الجمهورية الفرنسية، وفيّة لتقاليدّها، بما يتوافق والقانون الدولي العام. كما أن قواعد القانون الدولي العام تقرر بأنه: "يجب تنفيذ الإتفاقيات الدولية السارية في حق أطرافها، بحسن نية"¹.

وأكد مجلس الدولة أيضا، من خلال هذا القرار، على أن: "القاضي الإداري، متى أثّرت أمامه وسيلة مستمدة من أن قرارا إداريا أخطأ في التأسيس على التحفظ الوارد في المادة 55 من الدستور، سواء بإستبعاده تطبيق مقتضيات التزام دولي، أو بتطبيقها، يختص بمراقبة شرط التطبيق المتبادل للإتفاقيّة هل تم إستيفاءه من عدمه".

وبالرجوع إلى قرار المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، الذي يشكّل الخلفية الفلسفية لقرار "السيدة بن صغير" الصادر عن مجلس الدولة، نجد أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إعتبرت أن القاضي الوطني سيد وأن سلطته تقتضي أن "لا يقيد نفسه" برأي وزير الخارجية، في مسألة التطبيق المتبادل لإتفاقيّة دولية. كما أنه، يتعين على القاضي الوطني، أن يمارس إختصاصه الكامل في حسم النزاع، وأن يأخذ بعين الإعتبار، حال فحصه شرط التطبيق المتبادل لإتفاق دولي ما، العناصر الواقعية والقانونية المقدّمة

1- وهذا ما تقررّه القاعدة اللاتينية: "pacta sunt servanda".

من قبل طرفي النزاع. وكذلك يتعين عليه، إحترام أحكام المادة 06-1 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، التي تضمن حق المحاكمة العادلة، بأن يطرح مسألة التطبيق المتبادل للإتفاقية في "مناقشة وجاهية".

الحقيقة أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لم تدين إجراء الإحالة الأولي إلى وزير الخارجية لمسألة المعاملة بالمثل ولكن الظروف التي تمت من خلالها الإحالة. فلا يجب أن يكون رأي الوزير إلا إستشارياً للقاضي، كما يتعين على هذا الأخير طرح الرأي الأولي الإستشاري للوزير في مناقشة وجاهية بين الأطراف.

ساير مجلس الدولة الفرنسي توجه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، فجاء في إحدى حيثيات قرار "السيدة بن صغير" أن: "القاضي الإداري، لدى ممارسته لسلطات التحقيق في المنازعة الإدارية، يتلقى عرضاً بملاحظات وزير الشؤون الخارجية، وعند الإقتضاء، يمكن للدولة أن تعرض ملاحظاتها في مناقشة وجاهية، وبعدها يعاين القاضي مدى كفاية عناصر الواقع والقانون ليستخلص من مجموع إجراءات التحقيق بأنواعها هل هي كافية لتوافر شرط التطبيق المتبادل للإتفاقية من عدمه"، وانتهى مجلس الدولة الفرنسي إلى أنه: "لم يثبت لا من وثائق ملف القضية ولا من جلسة التحقيق، وجود رتب أو شهادات في الطب ممنوحة في فرنسا بنفس شروط مناهج التعليم والإمتحانات لم تعتبر نافذة بقوة القانون في الجزائر". وبذلك، فشرط التطبيق المتبادل للإتفاقية قائم طالما لم يثبت هذا العكس، وبالتالي يتعين إبطال قرار المجلس الوطني لمنظمات الأطباء¹.

نستخلص من هذا القرار أن مجلس الدولة، إفترض قرينة "التطبيق المتبادل للإتفاقية" إلى حين إثبات العكس. غير أن إثبات هذا العكس، لا يكون إلا من خلال مناقشة

1- Selon cet arrêt «il appartient au juge administratif, lorsqu'est soulevé devant lui un moyen tiré de ce qu'une décision administrative a à tort, sur le fondement de la réserve énoncée à l'article 55 de la Constitution, soit écarté l'application de stipulations d'un traité international, soit fait application de ces stipulations, de vérifier si la condition de réciprocité est ou non remplie. A cette fin, il lui revient, dans l'exercice des pouvoirs d'instruction qui sont les siens, après avoir recueilli les observations du ministre des Affaires étrangères et, le cas échéant, celles de l'Etat en cause, de soumettre ces observations au débat contradictoire, afin d'apprécier si des éléments de droit et de fait suffisamment probants au vu de l'ensemble des résultats de l'instruction sont de nature à établir que la condition tenant à l'application du traité par l'autre partie est, ou non, remplie» C.E. Ass. 9 juillet 2010. Requête n° 317747. Affaire M^{me} Souad Cheriet-Benseghir.

وجاهية يضمن فيها حق الدفاع والمساواة في الأسلحة. فيتعين على الدولة تقديم الدليل على "عدم التطبيق المتبادل للإتفاقية" وفي الوقت نفسه للطرف الآخر دحض ذلك بالدليل العكسي أو تقديم الإشارة على وجود هذا الدليل ليستكمل القاضي البحث عنه، بموجب الدور الإيجابي المنوط به. وفي الأخير يفصل القاضي، بكل سيادة، في مسألة توافر شرط المعاملة بالمثل من عدمه، دون التقيّد بما قد يبيده وزير الخارجية في هذا الصدد.

بالنسبة للجزائر، شرط المعاملة بالمثل لم ينص عليه الدستور الوطني. ومتى أثير أمام القاضي الوطني، فيتعين عليه، من حيث المبدأ، استبعاده من النقاش¹. وبالتالي، فالإشكال المتعلق بمدى سلطة القاضي الوطني وإختصاصه بتقدير وجود تطبيق متبادل للإتفاقية، ومدى مساس ذلك بمبدأ فصل السلطات، لا محل له في الدستور الجزائري الذي لم يتناول أصلاً ولم يشر لمبدأ المعاملة بالمثل كأساس لإستبعاد أو تطبيق الإلتزامات الدولية. وفي المقابل، تنص المادة 60 من إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات 1969، على حالات الإخلال الجوهري بالمعاهدات الثنائية أو الجماعية من قبل أحد أطرافها. قد يستند إلى هذا النص من أحد أطراف النزاع القضائي لتأسيس تحلله من الإلتزامات الدولية. الجدير بالذكر في هذه الحالة أنه وعلى عكس تضييق مبدأ المعاملة بالمثل في نص دستوري كشرط لدخول المعاهدة في النظام القانوني للدولة يخاطب سلطات الدولة الدستورية، فإن نص المادة 60 من إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات يخاطب الأطراف السامية المتعاقدة على الصعيد الدولي، ويحولها، بشروط، إمكانية التنصل من الإلتزامات الدولية أو إيقاف العمل بها في حالة ثبوت الإخلال الجوهري من أحد الأطراف.

1- مع ذلك، هناك من يرى أن مبدأ المعاملة بالمثل هو عرف دولي راسخ ومستقر لا يحتاج لإقراره ضمن نص دستوري. كما أن إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات للعام 1969، في مادتها الستين، تكرس هذا المبدأ. وقد صادقت الجزائر على إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات بموجب المرسوم الرئاسي رقم 87-222 المؤرخ في 13 أكتوبر 1987. كما أن تناولنا لهذا الشرط في ظل القانون الفرنسي، ومعاينة التطور الاجتهادي في هذه المسألة، مرجعه أن الكثير من الإتفاقيات الدولية تتناول في موادها صراحة هذا الشرط، مما يجعل إمام القاضي الجزائري بالمسألة ضرورياً، رغم عدم تناول الدستور الوطني للمسألة.

في الأخير، نخلص إلى أن الإتفاقيات الدولية التي لا تستجمع الشروط المقررة لها في الدستور لا يمكن أن تدخل الى المنظومة القانونية للدولة. وتتوافر هاته الشروط، يطبقها القاضي الوطني على أن تكون صالحة للتطبيق المباشر¹، بأن تتضمن أحكاماً دقيقة، واضحة بشكل كاف وقابلة للتطبيق فوراً، دونما حاجة للعودة إلى عمل قانوني آخر؛ ولهذا الغرض على القاضي أن يميز بين الإتفاقيات التي تولد التزامات بين الدول، وبين تلك التي تنشأ التزامات مباشرة لصالح الأفراد بمجرد نفاذها².

1- من الصعب التمييز بين الإتفاقيات القابلة للتطبيق المباشر - ذات الأثر المباشر أو ذاتية التطبيق - *self-executing* والأخرى التي تخاطب الدول وتحتاج لآليات تشريعية لتحويلها لنصوص قانونية قابلة للتطبيق قضائياً؛ فالمعاهدة الواحدة قد تحوي أحكاماً من كلا الصنفين. لا توجد معايير واضحة، دقيقة ومتفق عليها في القانون الدولي. غير أنه، يمكن الإستعانة بما سبق لنا الإشارة إليه عند تناولنا للمسألة.

2- Pr Gilles J. Guglielmi. *Droit administratif général*. Université PANTHEON-ASSAS (Paris II). 2008-2009. pp.108-109.

المبحث الثاني

سلطة القاضي الوطني في تفسير الاتفاقيات الدولية.

القاعدة أنه" لا ضرورة لتفسير ما لا يحتاج الى تفسير"¹. ذلكم هو ملخص نظرية العمل الواضح *La théorie de l'acte claire*، وعلى القاضي دائما أن يتأكد من أن تفسيره لا يدع مجالاً للشك². وبحسب هذه النظرية، فاللجوء الى التفسير لا يكون إلا في حالة الغموض الجدي، وقد سبق لمجلس الدولة الفرنسي أعمال هذه المبادئ³. كما أنه، وكلما تعلق الأمر بوجود تفسير رسمي للدولة أو تفسير قضائي دولي، فالقاضي الوطني يفقد أي دور في تضمين النصوص الدولية لمعنى مخالف لما استقر عليه القضاء الدولي، بمعنى أنه يمتنع عن التفسير في ظل وجود هاتيه التفسير.

كما نضيف، حسب إجتهادنا، أنه يمكن للقاضي الوطني اعتماد تفسير القضاء الدولي الإقليمي، لما يتعلق الأمر باتفاقيات دولية إقليمية (كالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان)، وهذا مع مراعاة الخصوصيات الوطنية، أين يمكن للقاضي الوطني استعارة تفسير المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وتطبيقه على نصوص أحكام العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية، للأسباب التالية:

1- Manuel Gros. *Droit administratif: l'angle jurisprudentiel*. 4^e édition. L'harmattan. Paris. 2012. p.217.

2- Antoine MASSON. *Droit communautaire : droit institutionnel et droit matériel*. Op.cit. p.345.

3- Nadine Poulet, Gibot Leclerc. *Droit administratif : sources, moyens, contrôles*. 3^e édition. Bréal. 2007. pp.80-86.

- ظاهرة تطابق العديد من النصوص بين الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والعهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية،
- عالمية الحقوق الأساسية المضمونة لكل إنسان، وظاهرة عولمة القوانين الوطنية ومفاهيم حقوق الإنسان،
- ظاهرة إعتداد مجلس حقوق الإنسان الأممي وكذا لجان المعاهدات¹، كل حسب إختصاصها، في كثير من تفاسيرها للإتفاقيات للتفسير التي تقرها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

1- هيئات معاهدات حقوق الإنسان هي لجان مكونة من خبراء مستقلين ترصد تنفيذ المعاهدات الدولية الأساسية لحقوق الإنسان. وعلى كل دولة طرف في معاهدة التزام باتخاذ الخطوات اللازمة لضمان أن يتسنى لكل شخص في الدولة التمتع بالحقوق المنصوص عليها في المعاهدة. هناك عشر هيئات معاهدات لحقوق الإنسان مكونة من خبراء مستقلين مشهود لهم بالكفاءة، ترشحهم وتنتخبهم الدول الأطراف لمدد محددة، كل منها أربع سنوات، قابلة للتجديد وهي: اللجنة المعنية بحقوق الإنسان ترصد تنفيذ العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (1966) وبروتوكليه الاختياريين؛ لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ترصد تنفيذ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (1966)؛ لجنة القضاء على التمييز العنصري ترصد تنفيذ الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري (1965)؛ اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة ترصد تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (1979) وبروتوكولها الاختياري (1999)؛ لجنة مناهضة التعذيب ترصد تنفيذ اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة (1984)؛ لجنة حقوق الطفل ترصد تنفيذ اتفاقية حقوق الطفل (1989) وبروتوكولها الاختياريين (2000)؛ اللجنة المعنية بالعمال المهاجرين ترصد تنفيذ الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم (1990)؛ اللجنة المعنية بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة ترصد تنفيذ الاتفاقية الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة (2006)؛ اللجنة المعنية بحالات الاختفاء القسري ترصد تنفيذ الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري (2006)؛ اللجنة الفرعية المعنية بمنع التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، المنشأة عملاً بالبروتوكول الاختياري لاتفاقية مناهضة التعذيب (2002)، تزور أماكن الاحتجاز بغية منع التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة. وتجتمع هيئات المعاهدات في جنيف بسويسرا. وتتلقى جميع هيئات المعاهدات دعماً من شعبة معاهدات حقوق الإنسان التابعة للمفوضية السامية لحقوق الإنسان في جنيف. تستعرض الهيئات التعاهدية التقارير المقدمة من الدول الأطراف عن امتثالها لهذه المعاهدات. وتصدر معظم هذه الهيئات تعليقات عامة وتوصيات تعبر عن تجربتها في استعراض تقارير الدول. وبهذه الطريقة، يمكنها أن تقدم تفسيرات رسمية لأحكام المعاهدات. وبالإضافة إلى ذلك، في بحث مدى تنفيذ الدول الأطراف للمعاهدات بصورة دورية من خلال تحليل تقارير الدول، تصدر الهيئات التعاهدية ملاحظات ختامية تصف وتتناول مجالات معينة يمكن للدول الأطراف أن تغير فيها الدول الأطراف تشريعاتها وسياساتها العامة وممارساتها من أجل تعزيز الامتثال للمعاهدة التي عليها مدار البحث. والملاحظات الختامية هي في كثير من الأحيان مصدر قيم للمعلومات عن العاملين في ميدان حقوق الإنسان. كما أن ثلاثاً من الهيئات التعاهدية، وهي اللجنة

وسنحاول تفعيل المفاهيم النظرية لهذه الدراسة، لا سيما في الشقّ التطبيقي¹، معتمدين على تطبيق هاته الآليات الثلاث (التفسير الرسمي للدولة، تفسير القضاء الدولي وتبني مفاهيم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان) على تفسير مسائل وحالات قانونية معينة على ضوء الإلتزامات ما-فوق الوطنية للدولة وإستخلاص النتائج المنطقية المترتبة عن ذلك. وهكذا، وأينما وجد:

- نص قانوني دولي واضح وقابل للتطبيق المباشر،
 - تفسير رسمي للدولة لإلتزام معين من إلتزاماتها الدولية،
 - تفسير للقضاء الدولي لأحكام التزمّات دولية ما،
 - تفسير قضائي دولي إقليمي لإلتزام دولي ما، شرط تطابقه مع الإلتزام الدولي لدولة القاضي.
- فيتعين، مبدئياً، على القاضي إعتتماد هذه التفسيرات مباشرة، وتطبيقها لحلّ النزاع أمامه، مع مراعاة الإعتبارات الوطنية للمسألة محلّ النزاع.

المعنية بحقوق الإنسان ولجنة القضاء على التمييز العنصري ولجنة مناهضة التعذيب، قد تتلقى في أحوال معينة بلاغات فردية بانتهاكات هذه المعاهدات ومن ثم تصدر أحكاماً تفسر أحكام المعاهدات وتطبقها. وفي حين أن الهيئات التعاهدية الأخرى لا يمكنها أن تتلقى شكاوى رسمية غي شكل بلاغات فردية، فإنها تقوم بإصدار إعلانات تفسر وتطبق أحكام المعاهدة، فضلاً عن الإشارة -وإن كان على نحو مخصص في كثير من الأحيان- إلى أنه ينبغي للدول الأطراف أن تغير من سلوكها من أجل ضمان الامتثال بالتزاماتها بموجب المعاهدة.

أنظر: الأمم المتحدة. مفوضية حقوق الإنسان. سلسلة التدريب المهني رقم 7. دليل التدريب على رصد حقوق الإنسان. نيويورك وجنيف. 2001. ص.61.

1- أنظر: سفيان عبدلي. دور مؤسسة النيابة العامة واستقلاليتها: تحولات أوروبية جديدة على ضوء أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. مجلة الجنان لحقوق الإنسان. العدد 06. لبنان. 2014. ص.125.

المطلب الأول

الجذور التاريخية لإشكالية سلطة القضاء في التفسير.

لاستيعاب ما سيأتي من مفاهيم، لا بد لنا من التطرق إلى الأصول التاريخية للقضاء وحدود سلطاته وإشكالية التفسير بوجه عام.

في فرنسا، الدستور الفرنسي الحالي (دستور الجمهورية الخامسة)¹ لا يتحدث مطلقاً عن "سلطة تنفيذية" أو "سلطة تشريعية" أو "سلطة قضائية"، لكن فقط، يتحدث عن "سلطات رئيس الجمهورية" و"الحكومة" (العنوان الثاني والثالث) و"سلطات البرلمان" (العنوان الرابع)، وعن "الهيئة القضائية" (العنوان الثامن)². وعلى حد تعبير أحد المؤلفين فالدستور الفرنسي لا يستخدم تلك المصطلحات لكنه لا يعترض على استخدامها³. لا يوجد فصل حاد بين السلطات، كما في الولايات المتحدة الأمريكية، ولكن لكل سلطة من سلطات الدولة وسائل إكراه تجاه السلطة الأخرى، فالسلطة التشريعية بإمكانها "إسقاط الحكومة" عن طريق "ملتصم الرقابة" وحجب الثقة عنها (حدث ذلك لحكومة جورج بومبيدو 1962)، ويمكن لرئيس الجمهورية حل الجمعية الوطنية (كما فعل جاك شيراك أبريل 1997).

الأكثر من ذلك، بإمكان السلطة التشريعية محاكمة السلطة التنفيذية (محكمة العدل العليا) *la haute cour de justice* والتي تحاكم، عند الاقتضاء، رئيس الجمهورية في التهم الموجهة إليه والتي تتألف من 24 برلمانياً، وبذلك تتحول محكمة العدل العليا إلى "هيئة قضائية"، في حين تتألف محكمة العدل للجمهورية *La cour de justice de la république* من ستة نواب من الجمعية الوطنية وستة نواب من مجلس الشيوخ وثلاثة أعضاء من محكمة النقض. ذلك هو المفهوم الفرنسي للفصل بين السلطات⁴.

بعد أن استعرضنا السلطات العامة في الدولة موجهين الاهتمام إلى السلطتين السياسيتين - التشريعية والتنفيذية - فما هي حقيقة القضاء؟ هل هو مجرد مرفق عام أم هو

1- La Constitution Française du 4 Octobre 1958.

2- Le Titre (IV): «l'autorité judiciaire».

3- Thierry S.RENOUX. *La place de la justice dans la constitution de 1958*. conseil-constitutionnel.fr.

4- Audrey GUINCHARD. *La conception française de la séparation des pouvoirs*. Thèse pour le doctorat en droit. Université Jean Moulin. Lyon 3. France. 2001. p.04.

سلطة حقيقية مقارنة بالسلطتين الآخرين؟

نشأت نظرية المرفق العام في فرنسا، كرد فعل من السلطة التنفيذية قصد الحد من النفوذ المتزايد للقضاء (البرلمانات)¹. حيث كان القضاء في العهد القديم مستقلين في مواجهة السلطة الملكية بسبب القيمة المالية والوراثية لمناصبهم، فالقاضي الذي يشتري منصبه بالأمال يكسب حصانة ضد العزل².

كما استعمل القضاء هذه الحصانة في مواجهة الإدارة فتدخلوا في أعمالها، عن طريق إصدار الأوامر إليها، ووقف تنفيذ قراراتها ومحاكمة موظفيها، واستعملوها حتى في مواجهة الملك، ووصل الأمر إلى الامتناع عن تسجيل الأوامر الملكية في سجل المحكمة مما ترتب عنه تجريدتها من القوة الإلزامية للقانون³.

وبعد قيام الثورة الفرنسية سنة 1789، ألغى أوائل الثوار الفرنسيين تلك البرلمانات، وأصدروا قانون 16 و 24 أوت 1790 الذي تبنى مبدأ انتخاب القضاء، لأن في ذلك قطيعة مع النظام القديم، وبعد ذلك جاء دستور 1791، لينص على أنه لا توجد أو بالأحرى لم تعد هناك في فرنسا هيئة تعلق القانون، هذا التذكير كان موجهاً للملك والقضاء في الوقت نفسه، وأنه على القاضي أن يكون مخلصاً في خدمة القانون، ويحضر عليه المشاركة في التشريع ويمنع القضاء من الرقابة على شرعية أعمال الإدارة «*contrôle de légalité*» وكذلك يمنع على المحاكم المدنية إبطال الأعمال الإدارية (*L'annulation*)، ويمكن الطعن فيها أمام الملك بصفته الرئيس الإداري الأعلى⁴. وبعد تطور القضاء الفرنسي، وإنشاء مجلس الدولة كهيئة مستقلة، انحصرت سلطات القضاء الإداري الفرنسي إما: بالحكم بإبطال عمل إداري أو وقف تنفيذ قرار إداري أو الحكم بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن الأعمال المادية أو الأعمال القانونية للإدارة، فإذا ما صرفنا النظر عن دعاوى القضاء الشامل (الكامل) فإن سلطات قاضي تجاوز حد السلطة مقيّدة، لا تسمح له بإصدار أوامر للإدارة، ولا يمكن أن يحل محل الإدارة بإصدار قرارات

1- كانت المحاكم آنذاك تسمى بالبرلمانات "*Les Parlements*".

2- بوبشير محند أمقران. النظام القضائي الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية. الطبعة الثالثة. 2003. ص.48.

3- كانت الأوامر الملكية، آنذاك، تسجل في "البرلمانات"، كي تكسب قوة القانون الإلزامية.

4- Audrey GUINCHARD. *op.cit.* p. 06-08.

شرعية، وهو عمل محصور في الإدارة وفق المفاهيم الفرنسية لمبدأ فصل السلطات. نظرا لذلك، ذهب بعض رجال الفقه إلى اعتبار القضاء مجرد مرفق عام يؤدي خدمة عامة للمواطنين وليس "سلطة" بالمعنى الدقيق للكلمة، بالنتيجة فالقاضي يعتبر موظفا عاما وليس شخصا يتمتع بسلطات في مواجهة الإدارة. غير أن الأستاذ الفرنسي POUILLE يرى أن استخدام مصطلح (هيئة *Autorité*) بدل مصطلح (سلطة *Pouvoir*) يجعل القضاء في مرتبة أعلى.

لكن هل الأمر فعلا كذلك؟. إن الأمر يحتاج إلى تحليل عميق يكون أكثر دقة للمنظومة القانونية الفرنسية: "دراسة مسألة مكانة القضاء على ضوء مبدأ فصل السلطات في ظل الجمهورية الخامسة يؤدي إلى مفارقة غريبة، تؤدي أحيانا بالكثيرين إلى الوقوع في الخطأ، متى كانت قراءتهم سطحية لنص الدستور، وعلى حد تعبير جون لويس دوبري *Jean-Louis DEBRE* الرئيس الحالي للمجلس الدستوري الفرنسي في مداخلة بعنوان "العدالة وفصل السلطات في القانون الدستوري الفرنسي" يقول: «إن البحث، عبثا، في النص الدستوري لـ 04 أكتوبر 1958 عن عبارات "سلطة تنفيذية" و"سلطة تشريعية" و"سلطة قضائية" هو بحث دون جدوى ومع ذلك، لا أحد يشك أن البرلمان يمثل السلطة التشريعية ورئيس الجمهورية والحكومة يمارسون مهام السلطة التنفيذية ولكن ليس سهلا أبدا التعرف على "سلطة ثالثة". الدستور، يكرس عنوانه الثامن للهيئة القضائية " *L'autorité Judiciaire*". ولكن، هذا لا يغطي مجموع الهيئات التي عهدت لها الجمهورية بسلطة القضاء؛ ومع ذلك، فإنه من الخطأ الاستنتاج، فيما يتعلق بالقضاء، أن الدستور لم يضمن إلا صيغة مخففة من فصل السلطات، العكس تماما، الدستور نظم فصل السلطات بخصوصية تنطبق على الهيئة القضائية، ويعود ذلك خاصة إلى مهمة "حارس الحريات الفردية" التي عهد بها إلى هاته الهيئة، ومع ذلك، فهذه القواعد الخاصة، لا يمكن أبدا أن تقلل من الضمانات العامة لفصل السلطات في مادة القضاء»¹.

الواقع، أن المادة 16 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789، تصرّح بالحاجة الماسة لضرورة تنظيم فصل السلطات وقد تم إدماج هذه المادة في ديباجة الدستور

1- Jean-Louis DEBRE. *Justice et Séparation Des Pouvoirs En Droit Constitutionnel Français*. Avril 2008. p.01.

الفرنسي لسنة 1958 وبالتالي قد أصبحت ذات قيمة دستورية كاملة¹. وبالتأسيس عليها؛ المجلس الدستوري الفرنسي طور العديد من الأحكام الواسعة النطاق والتي تتبنى مبدأ فصل السلطات فيما يتعلّق بالقضاء.

إن مثل هذا التحليل، حسب بعض المؤلفين، قد ينزل بالقضاء من "سلطة كاملة" في نفس مستوى السلطتين الأخريين إلى مجرد "مرفق عام للقضاء".

تاريخياً، لطالما كان القضاء منبوذاً وغير مرحّب به في فرنسا وهو ما عبر عنه بدقّة الأستاذ: *Jean FOYER* في مقالة شهيرة وصفت بأنها "لن تُنسى" من تاريخ الفقه الفرنسي بعنوان «القضاء: تاريخ سلطة مرفوضة». نعم لطالما رُفِضت هذه السلطة². إن ذلك مبرر تاريخياً «نفسية الشعب الفرنسي والنظام السياسي الذي يعبر عن هذه النفسية، لن يتقبل هذه الأحكام ولن يدعمها كونها صادرة من تعسف القضاة وليس من تطبيق القانون العام»³. وهناك مبرر تاريخي آخر وهو الخوف من شبح "حكومة القضاة"⁴. والأطروحة القائلة بأن القاضي هو مجرد "فم للقانون" «*bouche de la loi*» وهو ما أعلنه رجال الثورة الفرنسية: "يجب أن يخضع (القاضي) دائماً للقانون، فالقول أن القاضي هو "فم القانون" يعني ببساطة أنه "صوت السلطة التشريعية" ورجال الثورة الفرنسية أرادوا حماية السلطتين التشريعية والتنفيذية من "أي تدخل من قبل الهيئة القضائية" ومن طرف القضاة -الذين ساءت سمعتهم آنذاك- وقالوا بأنه وما دامت القوانين بسيطة، واضحة ومفهومة من قبل الجميع فإن القضاة ليس بإمكانهم تفسيرها ولكن فقط، تطبيقها، وليس بإمكانهم تأويلها أو تعديلها أو حذفها"⁵. أما الخوف من "حكومة القضاة" «*Gouvernement Des Juges*» فهو أيضاً لسبب تاريخي، وكان ذلك مبرراً لحرمان القضاء من ممارسة الرقابة على دستورية القوانين رغم أن القاضي ملزم بمبدأ تدرجية القواعد القانونية وعدم تطبيق قواعد أدنى تتعارض أو تخالف قواعد أعلى في مرتبة الهرم

1- L'article 16 De la Déclaration des droit de l'homme et du citoyen de 1789.

2- Jean FOYER. *La Justice: histoire d'un pouvoir refusé*. la revue pouvoirs N°16. 1981. pp.17-29.

3- François FERRE. *L'autorité dans la démocratie*. Le 29 mars 2010. asmp.fr.

4- Audrey GUINCHARD. op.cit. p.06.

5- Alain GIRARDET. *La réalité de l'indépendance judiciaire*. Publié sur le site officiel de la Cour De Cassation. p.03.

القانوني.

إن المطالب اليوم في فرنسا تدعو إلى تعديل مصطلح الـ"هيئة" قضائية إلى مصطلح الـ"سلطة" قضائية تماثيا مع مبدأ "دولة القانون" مع كل الضمانات والامتيازات المترتبة من أن يصبح القضاء "سلطة كاملة".

المطلب الثاني

تفسير القانون بوجه عام.

تنص المادة 156 من الدستور على أن «السلطة القضائية مستقلة وتمارس في إطار القانون». وتنص المادة 165 منه على أنه: «لا يخضع القاضي إلا للقانون». فبوجه عام، يلتزم القاضي بتطبيق القانون، وهو مبدأ أصيل يعتبر وليدا لمبدأ الشرعية.

ويعد القاضي متجاوزا للسلطة، متى تعرض لمسائل هي في الأصل من اختصاص السلطة التشريعية أو التنفيذية، فلا يمكن للقاضي إصدار أحكام تقضي في منطوقها بقواعد عامة ومجردة، أو قواعد تنظيمية، أو أحكام تنتقد القانون أو التنظيم أو ترفض الفصل بما يعد إنكارا للعدالة، وكذا لا يمكن للقاضي أن يحل محل الإدارة أو أن يصدر قرارات هي من صميم اختصاصها.

والمقصود من التزام القاضي بتطبيق القانون، هو التزامه بتطبيق القانون الداخلي بمعناه الواسع، أي كل قوانين الجمهورية والأوامر وكل القواعد الأمرة التي تتضمنها هذه النصوص، وكل النصوص الأخرى التي لها الطابع الإجباري المرتبط بالقانون كالمعاهدات الدولية والنصوص التنظيمية، بينما لا تدخل المناشير والتعليمات ضمن هذه الفئة.

إن مخالفة القانون قد تتمثل في الخطأ في تطبيق القانون وهو تطبيق القاعدة القانونية على وقائع قد لا تخضع لهذه القاعدة، أو رفض تطبيق قاعدة قانونية على وقائع تخضع لهذه القاعدة أو تفسير خاطئ للقاعدة القانونية المطبقة.

لكن، ومع ذلك، فإن الأمر ليس بهذه البساطة، فكيف يتصرف القاضي في حال غياب القاعدة القانونية أو إذا ما عاين تناقضا بين النصوص القانونية، أو واجهه غموض تلك القاعدة القانونية، وعلى اعتبار أن المعاهدات والاتفاقيات والاتفاقيات الدولية تدرج في

النظام القانوني للدولة، بعد المصادقة عليها، وتسمو على القانون، و يمكن لأي جزائري¹ أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية الوطنية، فإن القاضي يكون ملزماً بتطبيقها، تحت طائلة المسؤولية الدولية للجزائر، ولكي يتمكن القاضي من تطبيق نصوص المعاهدة، وكأي نص قانوني، فإنه يجب أن يفسر تلك النصوص، فما مدى سلطة القاضي في تفسير نصوص المعاهدات الدولية؟ وهل هو ملزم بطلب ذلك التفسير من مصالح وزارة الخارجية؟ وما أثر ذلك على استقلاليته؟

في المجال الجزائي، يقصد بمبدأ الشرعية، أن لهذا القانون مصدراً وحيداً هو القانون المكتوب. وهو بذلك، يختلف عن فروع القانون الأخرى، التي تضيف إلى نص القانون مصادر أخرى يلجأ إليها القاضي كالعرف والشريعة الإسلامية (المادة الأولى للقانون المدني) وبالتالي، ففي المجال المدني يستطيع القاضي مواجهة غياب القانون أو ما يصطلح عليه بـ"صمت المشرع" باللجوء إلى المصادر الأخرى للقانون.

أما إذا وجد القاضي نفسه أمام ظاهرة عدم انسجام النصوص القانونية أو تناقضها فإنه يلجأ إلى البحث عن إرادة المشرع ونيته وهو ما يصطلح عليه بالبحث في "روح القانون". في المادة الجزائية، الأمر مختلف نوعاً ما. فلا يجوز للقاضي تجريم فعل لم يجرم بنص أو توقيع عقوبة أو تدابير أمن لم يرد بها نص، ولا يجوز أيضاً استعمال القياس في التجريم أو العقاب.

ومن نتائج مبدأ الشرعية، في هذا المضمار، هناك قاعدة التفسير الضيق للنص الجزائي وأساسها أن النص القانوني تعبير عن إرادة المشرع الذي له وحده الحد من حرية الأفراد بأن يمنع عليهم القيام ببعض الأفعال، تحت طائلة العقوبة، ومن ثم لا يجوز للقاضي تحت غطاء التفسير خلق جرائم تخرج عن نطاق نص القانون. ووضعت قاعدة التفسير الضيق للنص الجزائي لصالح المتهم، فلا يسوغ استعمالها ضده ومن ثم لا يكون تطبيقها بصفة آلية على كل الأحكام الجزائية بل ينبغي التمييز بين الأحكام التي هي في صالح المتهم وتلك التي هي في غير صالحه. غير أن القضاء لم يكن دائماً وفيها لهذا

1- ورد مصطلح "جزائري" في متن قرار المجلس الدستوري الجزائري الصادر بتاريخ 20/08/1989، سالف الذكر، والأدق إستبداله بمصطلح "شخص"، فالمؤسس الدستوري الجزائري، لا يقصد فتح إمكانية التذرع بالاتفاقيات النافذة في الجزائر للوطنيين فقط دون الأجانب.

المنهج فقد حصل في فرنسا أن فسّر القضاء الأحكام الجزائية التي هي في صالح المتهم تفسيراً ضيقاً مما أدى بالمشرع إلى التدخل لمعالجة بعض الحالات¹.

بالتأكيد، إذا كان النص واضحاً فليس للقاضي تفسيره بل تطبيقه عملاً بمبدأ "لا إجتهد مع صراحة النص".

ولا شك أن مبدأ التفسير الضيق للنص الجزائي يمنع على القاضي التوسع في تطبيق النص على حالات لم يشر إليها المشرع، أي بمعنى آخر فإن التفسير بطريق القياس غير جائز في المواد الجزائية وهو ما استقر عليه القضاء بوجه عام ويبرر ذلك بالخشية من أن يؤدي الاتجاه العكسي إلى إحداث جرائم جديدة لم ينص عليها القانون وهو الأمر الذي يتنافى مع مبدأ الشرعية.

تلعب المحكمة العليا، في الجزائر، دوراً مهماً في تفسير القانون، غير أن التفسير الذي تجريه المحكمة العليا -وحسب رأي بعض المؤلفين²- ليس له أي إلزام إلا نوع من الالتزام الأدبي اتجاه الجهات القضائية.

أما محكمة النقض الفرنسية، وحسب الأستاذ *Yves CHARTIER*، المستشار لدى محكمة النقض، في مؤلفه "محكمة النقض"، فإنها تفرض تفسيرها للقانون بهدف توحيد تطبيق القاعدة القانونية في أراضي الجمهورية الفرنسية وأن تفسيرها الملزم هذا يجعلنا "نعترف لها ببعض الدور الإنشائي للقانون"³. وكان محكمة النقض تلعب دوراً -ولو جزئياً- في صنع القاعدة القانونية، بفرضها تفسيراً معيناً، تطبق على نحو القاعدة القانونية.

إن هذا الدور الاجتهادي المتميز لمحكمة النقض الفرنسية، نابغ عن كونها وحيدة في الجمهورية، ولا تحكم الوقائع مطلقاً ولكن مهمتها الحصرية هي تفسير القانون فيما يخص الشكل أو الموضوع، ويرتكز تفسيرها على الإجابات التي تعطيها في حكمها على الوسائل المعروضة عليها، وبشكل محدد أكثر على الوسائل التي تستند على مخالفة القانون، وطبقاً للمادة 05 من القانون المدني الفرنسي فإنه «يحظر على القضاة إصدار قرارات بشكل

1- أحسن بوسقيعة. الوجيز في القانون الجزائري العام. دار هومة. الطبعة الرابعة. 2006. ص.68.

2- عبد الله أوهايبية. شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري. دار هومة. الجزائر. 2008. ص.07.

3- Yves Chartier. *La Cour de cassation*. 2^{ème} édition. Paris. Dalloz. 2001.

أحكام عامة و تنظيمية في الدعاوى المقدمة لهم¹.

إن محكمة النقض بنتاغمها مع المجتمع الفرنسي -والآن الأوروبي- تقوم بتحديد تطبيق القانون مكيّفه إياه مع تطورات هذا المجتمع سواء السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية، الدولية، التقنية... إن تنوع المسائل بحدّ ذاته، المطروح على محكمة النقض يعني أنه عليها أن تقدم جوابا منطقيا ومتوازنا لمعظم المشاكل المحتملة التي يثيرها تفسير القانون.

وتترك المرونة الناجمة عن ذلك، النطاق مفتوحا، لقراءات جديدة، مع الوقت، لكيفية تفسير القانون، على ضوء التغيرات في المجتمع والطريقة التي يتم بها النظر إليها، وهي بشكل خاص، تمكّن من ملء ثغرات القانون الوضعي. إن المادة 04 من القانون المدني الفرنسي تمنع القضاة من رفض الحكم بسبب صمت، أو غموض أو عدم ملائمة القانون. ويكون بالتالي لمحكمة النقض دور أساسي تلعبه في هذا الصدد. هناك بشكل أساسي تقنيتان من الممكن استعمالهما لمواجهة صمت المشرع (صمت القانون).

الأولى، تتمثل في تطبيق النصوص على حالات لا يتوقعها المشرع نفسه، كمثال، تطبيق نصوص المسؤولية التقصيرية (الناجمة أساسا عن نصوص القانون المدني لسنة 1804) على ما يتعلق بسير السيارات.

والتقنية الأخرى، هي الاستناد إلى مبادئ عامة في القانون (كمثال، القاعدة الشهيرة الغشّ يفسد كل أمر *Fraus omnia corrumpit*، نظرية الاثراء دون سبب، مبدأ حق الدفاع، قاعدة عدم إزعاج الجيران بشكل مبالغ فيه...)، لكن يجب أن لا يتعارض تطبيق هذه القواعد أو المبادئ العامة للقانون مع أي نص في القانون الوضعي ولهذه التقنية حدودها أيضا: فأحيانا لا تسمح المصطلحات الحالية للقانون -بالرغم من أنها أصبحت كلية قابلة للنقاش والتعديل نتيجة لعدة تطورات- أي تعديل في تفسير القانون وبالتالي تشير محكمة النقض في تقريرها السنوي، إلى العواقب الناجمة عن الوضع الحالي للنصوص القانونية وتقدّم تعديلات تشريعية².

1- Article N° 05 du code civil français.

2- «...Par sa situation au sommet de la hiérarchie judiciaire, par le fait qu'elle est unique, et parce que c'est sa vocation première, la Cour de cassation a un rôle essentiel dans l'unification de la jurisprudence. Cette fonction explique la spécialisation de la Cour, qui n'est jamais juge

أخيراً، نخلص إلى أن القاضي يفسر القانون بكل سيادة واستقلالية، فصمت المشرع لا يعني صمت القاضي، وتناقض النصوص القانونية أو عدم انسجامها لا يبرر عزوف القاضي عن الحكم تحت طائلة إنكار العدالة. كما أن القاضي "ليس مجرد بوق للقانون".
في آخر إعلان للجمعية العامة للشبكة الأوروبية المجالس القضائية *Réseau Européen Des Conseils De La Justice* المتبنى بتاريخ 04 جوان 2010 بلندن والذي أتى معنونا بـ"الالتزامات الأدبية للقضاة: مبادئ، قيم، وصفات" ومكرساً للواجبات الأدبية للقضاة الأوروبيين. قد جاء في مقدمته ما يلي: « تقليدياً، كانت مهمة القاضي هي

des faits. Ainsi est-elle appelée exclusivement à interpréter la règle de droit, que cette règle soit de fond ou de procédure, qu'elle soit ancienne ou nouvelle, ce qui confère d'autant plus d'intérêt à ses décisions. Cette interprétation est fournie par les réponses qu'elle donne dans ses arrêts aux moyens qui sont soutenus devant elle, et plus spécialement, aux moyens qui invoquent une violation de la loi. La jurisprudence qui se constitue ainsi appelle des observations sur sa formation, son évolution et sa diffusion.

De par la nature même de la technique de cassation, qui consiste à vérifier, dans chaque dossier, la bonne application de la loi à la décision de justice attaquée, la jurisprudence se forme progressivement, en fonction des pourvois et des moyens invoqués. La pratique dite des arrêts de règlement, est interdite à la Cour de cassation, comme à toute autre juridiction française, par l'article 5 du Code civil selon lequel « il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». C'est donc au fur et à mesure des problèmes soulevés par les moyens que peut se développer la jurisprudence. Ainsi est-ce en étant à l'écoute de la société française - et maintenant européenne - que la Cour dit le droit en l'adaptant aux évolutions de cette société, qu'elles soient politiques, sociales, économiques, internationales, techniques, ou même technologiques : la diversité des questions qui lui sont posées la conduit à donner de façon équilibrée et cohérente une réponse à la plupart des difficultés que peut poser l'interprétation du droit.

La souplesse qui en résulte laisse le champ libre à une éventuelle relecture, dans le temps, du sens à donner à la loi, en fonction des changements de la société et de la manière dont ceux-ci sont perçus. Elle permet, en particulier, de combler les lacunes du droit positif, l'article 4 du Code civil interdisant au juge de refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi. La Cour de cassation a donc sur ce point une fonction essentielle. En présence du silence de la loi, elle a été appelée essentiellement, à utiliser deux techniques. La première est l'application de textes à des situations que le législateur n'avait pas prévues - comme peut l'être, par exemple, celle des textes sur la responsabilité délictuelle, issus pour l'essentiel du Code civil de 1804, à la circulation automobile. La seconde est la référence à des principes généraux (comme le sont notamment la règle "fraus omnia corrumpit", la théorie de l'enrichissement sans cause, celle des troubles anormaux du voisinage ou le principe des droits de la défense), dans la mesure bien entendu où elle ne se heurte pas à un texte du droit positif. La technique a cependant ses limites : parfois, les termes mêmes de la loi, bien que devenus très contestables du fait d'évolutions diverses, ne permettent pas d'en modifier l'interprétation ; la Cour évoque alors dans son rapport annuel les conséquences induites par cet état des textes et propose des modifications législatives». Publie sur le site officiel de la cour de cassation: www.courdecassation.fr

تطبيق القانون أو تسوية النزاعات بتطبيق القانون، فالإلتزام بالشرعية ضمانة ضد تعسف القاضي. ومع ذلك، في مجتمعنا الأوروبي، فإن دور القاضي قد تطور، إنه ليس فقط "فم القانون"، إنه أيضا، وفي حدود معينة، منشئ للقانون، وهو ما يعني مسؤوليات وقواعد إلتزامات أدبية متوافقة مع هذا التحول¹. ومن هذا الإعلان الأوروبي، تم استخلاص مدونة الإلتزامات الأخلاقية للقضاة في فرنسا².

يبدو أن مبدأ "القاضي ليس فم القانون" أضحى في أوروبا، غير قابل للمساومة، ويفتح الباب على مصرعيه لقاض مستقل وسيّد، يلتزم بالشرعية، وفي نطاق معين ينشئ القاعدة القانونية نفسها ويطبقها.

المطلب الثالث

تفسير القاضي للمعاهدات الدولية.

إن إقرار المؤسس الدستوري الجزائري للمعاهدات الدولية بمكانة أسمى من القانون، ينتج عن ذلك صيرورتها جزء من النظام القانوني للدولة، ويلتزم القاضي بتطبيقها ويخضع في هذا الشأن لرقابة المحكمة العليا، كحالها في سائر مسائل القانون. وإعمالا لمبدأ سمو المعاهدات على التشريع الداخلي، فإنه يتعين على القاضي أن يطبق المعاهدات الدولية بالأولوية على القانون في حال تعارضها مع هذا الأخير. ولذلك، فأى إخلال بنصوص المعاهدات الدولية أو الحرمان من التنرع بها أمام الجهات القضائية الوطنية قد يرتب المسؤولية الدولية للجزائر.

وتطبيقا لذلك، كرّست المحكمة العليا الجزائرية في العديد من قراراتها اختصاصها بمراقبة مدى مطابقة القوانين الداخلية للمعاهدات النافذة في الجزائر، ومن هذه القرارات، القرار المؤرخ في 2000/02/22، والذي اعتمدت فيه المعاهدات كمصدر للشرعية الجنائية فقضت الغرفة الجنائية للمحكمة العليا بصحة الحكم بمصادرة المبالغ المحجوزة

1- Réseau Européen Des Conseils De La Justice (RE CJ). *Déontologie judiciaire. Rapport* 2009-2010. p.01.

2- Conseil Supérieur De La Magistrature. *Recueil Des Obligations Déontologiques Des Magistrats*. Dalloz. 2010. XIII.

والتي حصل عليها المتهمون من خلال بيع المخدرات، فاعتبرت المصادرة عقوبة مشروعة، نظرا للنص عليها في إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الإتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 41/95 المؤرخ في 1995/01/28 وهذا رغم النص عليه في قانون الصحة رقم 05/85 الذي توبع بموجبه المتهمون.

القرار الثاني والذي صدر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا في 2001/09/05 والذي استبعدت فيه المحكمة العليا نص المادة 407 من قانون الإجراءات المدنية المتعلقة بالإكراه البدني لمخالفته لنص المادة 11 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

أما بالنسبة لتفسير القضائي للمعاهدات الدولية النافذة في الجزائر، فقد سبق للمحكمة العليا الجزائرية أن تمسكت باختصاصها بتفسير نصوص تلك المعاهدات، ففي قرار صدر بتاريخ 2002/02/11 والذي يتعلق بطعن بالنقض في قرار وقع الإكراه البدني ضد شخص لعدم وفائه بدين تجاري فأسس قضاة المجلس قرارهم على أن المادة 11 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية تتعلق بالحقوق المدنية فقط، فقامت المحكمة العليا بتفسير نص المادة 11 من العهد الدولي السالف الذكر، ومما جاء في القرار أنه: «وبعد الاطلاع على أحكام المادة 11 من الاتفاقية المذكورة أعلاه والتي جاء فيها ما يلي: "لا يجوز سجن أي إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدي" وتبعا لذلك أصبح من غير الجائز توقيع الإكراه البدني لعدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي.

وحيث أن مصادر الالتزامات، تنقسم إلى مصادر إرادية ومصادر غير إرادية، وأصبح -منذ انضمام الجزائر إلى تلك الاتفاقية- غير جائز تنفيذ الالتزامات الإرادية سواء كان مصدرها معاملة مدنية أو تجارية، عن طريق الإكراه البدني.

وحيث أنه كما هو ثابت في وقائع القضية أن الالتزام المراد تنفيذه مصدره معاملة تجارية أي عقد تجاري،

وحيث أن المادة 11 المشار إليها أعلاه لا تميّز بين الالتزام التعاقدي التجاري وغير التجاري، فيكفي أن يكون هناك التزام تعاقدي سواء كان موضوع هذا الالتزام معاملة

مدنية أو تجارية، فيمنع تنفيذ هذا الالتزام عن طريق الإكراه البدني...»¹.
 بذلك، تكون المحكمة العليا الجزائرية، قد تمسكت صراحة باختصاصها القضائي في تفسير المعاهدات الدولية النافذة في الجزائر باعتبارها جزء من النظام القانوني للدولة، وهذا تكريس فعلي لاستقلالية السلطة القضائية، فالقاضي سيد في تفسير القانون.
 وعلى نفس المسار، ذهبت المحكمة العليا إلى أن: "جهة الإستئناف (...) أعطت تأويلا خاطئا للمادة 11 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية التي تنص على أنه لا يجوز سجن أي إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالالتزام تعاقدي، فأولتها في القرار المطعون فيه بالقول لا يجوز حبس المدين لعدم الوفاء بالتزاماته مع ان هذه العبارة لها مدلول آخر و ترتب آثارا قانونية أخرى غير تلك التي نصت عليها المادة 11 المشار إليها (...) والمبالغ المالية المحكوم بها بموجب القرار الصادر بتاريخ 2000/02/15 لم يكن مصدرها إلتزام تعاقدي بل ناتجة عن فعل ضار، وهذا يكفي للقول بأن طلب الإكراه البدني كان مؤسسا"².

لكن مسألة التفسير القضائي للمعاهدات الدولية، وإختصاص القضاء بها، ليست كذلك، في ذهن المشرع الجزائري. فقد ورد في قانون الجنسية الجزائري، المادة 5/37 منه³، أنه:«وعندما يقتضي الأمر تفسير أحكام الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالجنسية بمناسبة نزاع، تطلب النيابة العامة هذا التفسير من وزارة الشؤون الخارجية⁴. وتلتزم المحاكم بهذا التفسير».

1- المحكمة العليا. الغرفة المدنية. قرار رقم 288587. مؤرخ في: 2002/12/11. المجلة القضائية 2003. العدد الأول. الصفحة 201.

2- المحكمة العليا. الغرفة المدنية. قرار رقم 575899. 2010/07/22. المجلة القضائية 2010. العدد الثاني. الصفحة 154.

3- الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية المعدل والمتمم بالأمر رقم 01-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، (ج.ر. رقم 15، ص 17).

4- «يختص وزير الشؤون الخارجية بتفسير المعاهدات والاتفاقيات والبروتوكولات والتنظيمات الدولية التي تكون الجزائر طرفا فيها. ويدعم تفسير الدولة الجزائرية ويسانده لدى الحكومات الأجنبية وعند الاقتضاء لدى المنظمات والمحاكم الدولية وكذا لدى الجهات القضائية الوطنية»، طبقا للمادة 17 من المرسوم الرئاسي رقم 02-403 المؤرخ في 26 نوفمبر 2002 الذي يحدد صلاحيات وزارة الخارجية. الجريدة الرسمية، عدد 79، لسنة 2002.

إن هذه المادة، ورغم أن التعديل مسّ فقراتها الأولى، بموجب الأمر 05-01 الصادر سنة 2005 إلا أن الفقرتين 05 و 06 حافظتا على نفس الصياغة في ظلّ الأمر 70-86.

فلم يكتفي المشرع الجزائري بإلزام القاضي بطلب التفسير من وزارة الشؤون الخارجية، بل وألزمه بمضمون هذا التفسير، وفي ذلك مساس باستقلالية السلطة القضائية، وهو تدخل غير مقبول في الوظيفة القضائية من قبل السلطة التنفيذية، وبأمر من المشرع الوطني.

في اعتقادي، يجب على القضاء أن يتجاهل تماما هذا النص، ويتمسك باختصاصه في تفسير المعاهدات الدولية بكل سيادة وبشكل يضمن استقلاليته الكاملة في مواجهة السلطتين التنفيذية والتشريعية.

فطبقا للمادة 14 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية¹، و التي تقابل نص المادة 06-1 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، فالحق في محكمة مستقلة ومحيدة ومؤسسة طبقا للقانون، مضمون، ومن ثم فإن نص المادة 5/37 و6 يتناقض ومفهوم الاستقلالية المكرس بموجب العهد الدولي السابق الذكر، والذي تعهدت الجزائر بضمانه لكل المتقاضين أمام جهاتها القضائية، تحت طائلة مسؤولية الدولة الدولية، ضمانا للمحاكمة العادلة والمستقلة.

في فرنسا، أسالت مسألة تفسير القاضي الوطني للإتفاقيات الدولية الكثير من الحبر لدى كل من الفقه والقضاء.

كان القضاء الفرنسي يحيل مسألة تفسير الإتفاقيات الدولية الى وزير الخارجية، باعتبارها مسألة أولية تخرج عن اختصاصه. وفي قرار *Nicolo*، تنبأ مفوض الحكومة *Frydman* بأن "مبدأ الإحالة إلى وزير الخارجية- الذي عهد إليه بتفسير المعاهدات الدولية والذي يمثل التطبيق المتبادل للمعاهدة- إن هذا الوضع أصبح اليوم منتقدا بشدة لأنه يضع الدولة في موقع الخصم والقاضي في نفس النزاع، إن هذا الوضع -وبدون شك-

1- العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية الصادر بتاريخ 19 ديسمبر 1966. انضمت إليه الجزائر في 12 سبتمبر 1989.

سوف يتترك ذات يوم" .

وبالفعل، صدر قرار بتاريخ 29 جويلية 1990 (*Groupement D'information Et De Soutien Des Travailleurs Immigres*)¹ ترك من خلاله مجلس الدولة الفرنسي إتجاهه التقليدي (الذي كان يحيل فيه مسألة تفسير المعاهدات الدولية إلى الحكومة ممثلة في وزارة الخارجية) واستأثر مجلس الدولة بهذا الاختصاص ولم يكن صدور هذا القرار بتلك البساطة، فنتيجة النقد الشديد لمبدأ إحالة التفسير إلى وزير الخارجية والذي اعتبره مفوض الحكومة في قضية *Débout* في 27 أكتوبر 1978 السيد *Daniel Labetoulle* "غير مبرر، وبتراً، حقيقياً، للوظيفة القضائية"²، كما أن صدور العديد من أحكام المجلس الدستوري الفرنسي تؤكد على مبدأ استقلال القضاء كمبدأ أساسي لا تستطيع أي جهة تشريعية أو حكومية أو إدارية المساس به.

إن مبدأ فصل السلطات، لا يمنع القاضي من تفسير المعاهدة بل يستدعي منه ذلك ضمناً لاستقلالية القضاء وظيفياً، فقيام القاضي بتفسير المعاهدات هو من صميم الوظيفة القضائية ذاتها. إن المنطق القانوني يفرض أن تكون سلطة تفسير المعاهدة هي نفسها سلطة الفصل في النزاع الذي بمناسبةه ثارت مشكلة التفسير وهذا هو مقتضى مبدأ شمولية إختصاص القضاء *La plénitude de juridiction* وبحسبه فقاضي الأصل هو قاضي الفرع. وإن كانت هناك إستثناءات على هذا المبدأ، إلا أن مجال هذه الاستثناءات الأساسي هو العلاقة بين القضاء العادي والقضاء الإداري، وليس العلاقة بين القضاء والإدارة،

1- CE. 29 juin 1990. *Affaire GISTI*.

2- « Rien ne justifierait cette mutilation de la fonction juridictionnelle que constitue toujours le renvoi pour interprétation au ministre. En pur droit vous disposez donc d'un pouvoir d'interprétation autonome et souverain, tout à fait comparable à celui qui vont à l'égard des normes de droit interne, dans les quelles d'ailleurs les stipulations de convention s'incorporent.»

كما أن هذا التفسير السيادي والمستقل للقاضي الوطني لا يمنعه من طلب "عناصر معلومات" من وزير الشؤون الخارجية، عند الإقتضاء. غير أنه لا يرتبط بما يقدم له في هذا الشأن، وتبقى الكلمة الأخيرة له، بكل سيادة.

Jean-François Lachaume. *L'interprétation par le juge administratif des conventions internationales: À propos des conditions de circulation, d'emploi et de séjour des ressortissants algériens et de leur famille*. RFDA. 1990. p. 925.

Cohen-Jonathan Gérard. *Activité de la Commission européenne des droits de l'homme*. In: *Annuaire français de droit international*. Volume 39. 1993. P.599.

محمد فؤاد عبد الباسط. مرجع سابق. ص.212.

وطالما أن للمعاهدة قوة القانون نفسه، بل وتسمو عليه بمقتضى دستور 1958 فإن اختصاص القاضي بتفسيرها واجب مثلما يختص بتفسير القانون. وإذا كان التقنين المدني الفرنسي يلزم القاضي بالفصل في النزاع رغم غموض نص القانون -أي يلزمه بتفسيره- فلا يجب أن يختلف الأمر بالنسبة لنص المعاهدة وهي بقوة النص القانوني. إن استقلال القضاء في تطبيقه للقوانين، وبالمثل المعاهدات، كان يقتضي، من ناحية أخرى من الحكومة أن تجنب القاضي الخضوع للأوامر الوزارية فيما يتعلق بتحديد المعنى الواجب لنصوص المعاهدة مثلما هو الحال بالنسبة للقوانين.

إن القاضي الذي ينطق بالحكم بالتأسيس على تفسير مقدم له من طرف سلطة إدارية، فإن هذه الأخيرة تعتبر شريكة القاضي في الحكم القضائي، وبالتالي فطرق الطعن لن يكون لها أي وجود، فالقاضي الذي يلزم نفسه بتفسير الوزير فإنه يرهن استقلاليته بتقرير هذا الوزير، وهذا ما عبر عنه الأستاذ *La ferrière* بقوله:

«*Quand le juge se prononce sur la base d'une interprétation donnée par une autorité administrative, cette dernière est Co-auteur de la décision juridictionnelle et les voies de recours n'existent plus; quand, en outre, le juge s'estime lié par l'interprétation du ministre, il renonce à son indépendance par rapport à ce ministre*» .

وفي ذلك كله، مخالفة للمبادئ العامة للقانون الفرنسي، وللاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، فما دام القاضي يمارس على هذا النحو سلطة أصيلة هو صاحبها بمقتضى الدستور، وبمقتضاه أيضاً هو مضان في ممارستها، فلا اعتداء من جانبه على اختصاصات سلطة أخرى وبالتالي فلا انتهاك لمبدأ فصل السلطات.

إن التفسير القضائي للمعاهدات هو عنوان الشرعية، وحماية حقوق الأفراد. فلا مبرر مطلقاً لحرمان القضاء من هذا الاختصاص الأصيل، ولا يمكن تبرير إبعاد القضاء عن ذلك بمخاطر المساس بالنشاط الدبلوماسي للدولة، وشغل مسؤوليتها الدولية نتيجة التفسير الخاطئ من قضائها الوطني، إن مثل هذه المخاطر لا تضمن أنها تختفي مع التفسير الحكومي و لا يوجد أي أساس يسمح بالقول أن التفسير القضائي أكثر قابلية للخطأ من التفسير الحكومي، فالقاضي قادر على ذلك تماماً متى توافرت لديه المعطيات الكافية بما في ذلك رأي وزير الخارجية نفسه على سبيل الاستئناس والاستشارة لا على سبيل الإلزام

وكذلك بإعمال قواعد التفسير الواردة في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، كما أن طرق الطعن القضائي تكفل مراقبة هذا التفسير من الجهات الأعلى وتفادي التفسيرات الخاطئة، وكما أن التفسير القضائي للقوانين الداخلية لا يمس وظيفة السلطة التشريعية فإن الأمر كذلك -وعلى الأقل في معظم الأحوال- لن يعيق النشاط الدبلوماسي للحكومة، على حد تعبير البروفيسور Denis ALLAND.

إن التفسير الحكومي لا يستجيب لمتطلبات المحاكمة العادلة: فهو محكوم بالظروف السياسية الراهنة، كما أنه يتعد عن الموضوعية، وهو يمنح لوزير الخارجية دور القاضي الفعلي طالما أن تفسيره يفرض على القاضي في نزاع ما، بل وقد يجعل الدولة طرفاً في النزاع وحكماً فيه طالما أن تفسيرها ملزم للقاضي.

كما أن التفسير الحكومي لنصوص المعاهدة يخالف نص المادة 1/6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والتي تكفل لكل شخص الحق في نظر دعواه من طرف محكمة "مستقلة" ومحايدة ومؤسسة طبقاً للقانون، وقد عرض لهذه الحجة مفوض الحكومة Abraham بمناسبة قرار G.I.S.T.I بقوله: «أن لكل شخص الحق في استقلال وحياد القاضي الذي ينظر دعواه -وفقاً لدلالات الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تستند إليها المبادئ الكبرى للقانون العام الفرنسي- وهو ما يعني الاستقلالية الدستورية للمحكمة الإدارية في علاقتها بسلطة الحكومة».

بتاريخ 29 جويلية 1990، صدر قرار مجلس الدولة الفرنسي الشهير بـ "قرار G.I.S.T.I"، والذي لاقي ترحاباً كبيراً من طرف الفقه والقضاء فيقول Ch. ROUSSEAU بأن "مجلس الدولة جاء ليؤكد بقوة استقلاليته في مواجهة الإدارة التي هو مكلف بمراقبتها".

ويرى Buffet-TCHAKALOFF أن: "مجلس الدولة بهذا الحكم أكد إرادته في الاقتراب من المعاهدات الدولية وتحرره من خجله في مواجهتها"، ودون الحاجة لإستعراض تفاصيل هذا القرار وحيثياته¹ فإنه وإجمالاً قرر مجلس الدولة الفرنسي أن مصدرى المنشور الوزاري المهاجم أمامه، قد قاموا بتفسير أحكام الاتفاقيات الجزائرية

1- لتفاصيل حول وقائع وحيثيات هذه القضية راجع: محمد فؤاد عبد الباسط. مرجع سابق. ص. 248.

الفرنسية تفسيراً سليماً (*Se sont bornés à interpréter exactement*) وهذا يعني:

1. أن هناك مشكلة تفسير كانت قائمة في هذا الخصوص،
2. أن مجلس الدولة الفرنسي سمح لنفسه بتقدير مدى صحة التفسير الوزاري ليستخلص بالنتيجة ما يراه هو نفسه تفسيراً صحيحاً للنصوص محل النزاع ويبيّن قضاءه عليه.

وتبعاً لذلك، يكون قد استقر مبدأ اختصاص القاضي الإداري بتفسير المعاهدات الدولية، ونهاية الالتزام بإحالة مسألة التفسير إلى الحكومة وإيقاف الفصل في الدعوى إلى حين ورود هذا التفسير والتقيّد به حال وجوده، ولم يعد للتفسير الصادر من الحكومة إلا مجرد استشارة غير ملزمة القاضي يأخذها على سبيل الاستئناس فقط. إن مسألة تفسير المعاهدات قد خرجت من أعمال السيادة وفقدت حصانتها.

محكمة النقض الفرنسية هي الأخرى، ولو متأخرة، في 19 ديسمبر 1995 بقرار *Banque Africaine De Développement* تركت اتجاهها التقليدي في تفسير المعاهدات (حيث كان التفسير قضائياً في منازعات المصالح الخاصة، أما في حال المنازعات العامة فالتفسير حكومي)، ليكون التفسير في جميع الأحوال من اختصاص القاضي نفسه ومن صميم وظيفته القضائية.

حقيقة، كان قرار المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ضد فرنسا (*Beaumartin* C/ France) بتاريخ 24 نوفمبر 1994 والذي أدان فرنسا لانتهاكها أحكام المادة 1/6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان¹؛ كون التفسير الحكومي للمعاهدات يعدّ أساساً بالحق في محكمة مستقلة ومحايدة والذي تعهدت فرنسا بضمانه، الأثر المباشر في تغيير محكمة النقض لاتجاهها التقليدي في التفسير.

1- أكدت المحكمة أن: « القاضي لا يكون مستقلاً إذا كان في حاجة لأخذ "المشورة من السلطة التنفيذية" من أجل إصدار قراره» وذلك في حالة طلب القاضي من وزير الشؤون الخارجية (عضو السلطة التنفيذية) كيفية تفسير معاهدة، حينئذ لا يمكن اعتباره - أي القاضي - مستقلاً، وفقاً لمفاهيم المادة 06-1 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

وفي الأخير، نستعير عبارة مفوض الحكومة *Abraham* في قضية G.I.S.T.I بقوله: «إن القاضي هو سيدّ التفسير *Le juge est maître de l'interprétation*». دون شك، لم يكن القضاء الفرنسي، العادي والإداري، في حاجة إلى نصوص تشريعية لينتزع استقلالته ويصرّح باختصاصه السيادي في تفسير نصوص الإتفاقيات الدولية. ولم تعد مبررات منح السلطة التنفيذية ممثلة في وزير الخارجية، سلطة التفسير والإزام القاضي بها تصمد أمام التحوّلات الجذريّة في مفهوم إستقلاليّة وسيادة القضاء بوجه عام.

وعبر تاريخه، لطالما كانت جرأة القاضي الإداري الفرنسي هي الباعث لكل تطوير للمفاهيم العميقة التي عرفها القضاء، والعامل الحاسم في وضع حدّ لتجاوزات الدولة والإدارة. وهكذا أملنا في تطور القضاء الوطني الجزائري، فمن العبث إنتظار نصوص تشريعية تعيد لهذا الأخير سلطاته كاملة.

المطلب الرابع

حسم التنازع بين المعاهدات الدولية

سنحاول معالجة مسألة التنازع بين المعاهدات الدولية من خلال دراسة وتحليل¹ قرار شهير² صدر، مؤخراً، عن الجمعية العامة لمجلس الدولة الفرنسي، حول مسألة حسم

1- لتفاصيل أكثر أنظر:

Julien Boucher. *Le juge administratif et la combinaison des conventions internationales*. Conclusions. RFDA. N°1. janvier-février. 2012. p.1.

Gilbert Guillaume. *Le juge administratif et la combinaison des conventions internationales*. Avis d'amicus. RFDA. N°1. janvier-février. 2012. p.19.

2- Cet arrêt précise que: «dorsque le juge administratif est saisi d'un recours dirigé contre un acte portant publication d'un traité ou d'un accord international, il ne lui appartient pas de se prononcer sur la validité de ce traité ou de cet accord au regard d'autres engagements internationaux souscrits par la France ; qu'en revanche, sous réserve des cas où serait en cause l'ordre juridique intégré que constitue l'Union européenne, peut être utilement invoqué, à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative qui fait application des stipulations inconditionnelles d'un traité ou d'un accord international, un moyen tiré de l'incompatibilité des stipulations, dont il a été fait application par la décision en cause, avec celles d'un autre traité ou accord international ; qu'il incombe dans ce cas au juge administratif, après avoir vérifié que les stipulations de cet autre traité ou accord sont entrées en vigueur dans l'ordre juridique interne et sont invocables devant lui, de définir,

التنازع بين الإتفاقيات الدولية، وكيفيات التنسيق فيما بينها، في ظل النظام القانوني الوطني¹.

وقائع القرار تتعلق بمسألة مالكي الديون الروسية التي يحوزها الكثير من الفرنسيون منذ سنوات. فقام رعية برنغالية أصبح، بطريق الميراث، مالكا لديون روسية تركها جده الفرنسي، بمنازعة الدولة أمام القضاء الإداري الفرنسي لرفضها تسجيل² هذه السندات ليستفيد من تعويض بعنوان الاتفاق الدولي المبرم بتاريخ 27 ماي 1997 بين روسيا وفرنسا³.

conformément aux principes du droit coutumier relatifs à la combinaison entre elles des conventions internationales, les modalités d'application respectives des normes internationales en débat conformément à leurs stipulations, de manière à assurer leur conciliation, en les interprétant, le cas échéant, au regard des règles et principes à valeur constitutionnelle et des principes d'ordre public ; que dans l'hypothèse où, au terme de cet examen, il n'apparaît possible ni d'assurer la conciliation de ces stipulations entre elles, ni de déterminer lesquelles doivent dans le cas d'espèce être écartées, il appartient au juge administratif de faire application de la norme internationale dans le champ de laquelle la décision administrative contestée a entendu se placer et pour l'application de laquelle cette décision a été prise et d'écarter, en conséquence, le moyen tiré de son incompatibilité avec l'autre norme internationale invoquée, sans préjudice des conséquences qui pourraient en être tirées en matière d'engagement de la responsabilité de l'Etat tant dans l'ordre international que dans l'ordre interne; (...)

C.E. ass. 23/12/2011. Mr. Eduardo José Kandyrine de Brito Paiva.

1- سنحت الفرصة في هذه القضية، لمجلس الدولة الفرنسي بالإجابة عن سؤال يتعلق بمدى وجود تدرجية بين قواعد الإتفاقيات الدولية في النظام القانوني للدولة؟ فهل يمكن أن نعتبر أن إتفاقيات حماية حقوق الانسان والحريات الأساسية تسمو على غيرها من الإتفاقيات الدولية، وبالتالي، وفي حالة التعارض، تستبعد هذه الأخيرة لحساب الأولى؟ إجابة مجلس الدولة كانت بالنفي. الحقيقة، أنه وفي ظل غياب نص دستوري، يكرس سمو الإتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان أو غيرها من معاهدات حماية حقوق الانسان، عن المعاهدات الثنائية الأخرى فلا مجال للقول بوجود تدرجية قواعد بين المعاهدات الدولية.

2- رفض أمين الخزينة الرئيسي للمنطقة الثامنة لبلدية باريس تسجيل هذه الديون في الخزينة العمومية الفرنسية طبقا للاتفاق المبرم بتاريخ 27 ماي 1997 بين فرنسا وروسيا المتضمن تعويض الديون الروسية. إعتراض الطالب على قرار الخزينة بالطعن ضده رئاسيا أمام وزير الإقتصاد والمالية، غير أن تظلمه رفض من قبل هذا الأخير.

3- أبرم هذا الاتفاق بين الحكومة الفرنسية ونظيرتها الروسية ويتعلق بالتسوية النهائية للديون المالية الفعلية المتبادلة، والتي ظهرت قبل 09 ماي 1945. الاتفاق نص على تسوية كل المطالبات المتعلقة بالقروض والالتزامات الصادرة أو المضمونة قبل 01 نوفمبر 1917 من قبل الإمبراطورية الروسية والمملوكة من طرف الحكومة الفرنسية أو الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الفرنسية. ومنح أجل 06 أشهر لمالكي هذه السندات لتسجيلها لدى مصالح الجباية من تاريخ نفاذ مرسوم 03 جويلية 1998.

هذا الرفض¹ تم تأسيسه على أحكام هذا الاتفاق الدولي، و على المادة 06 من مرسوم 03 جويلية 1998 الذي يحدد نظام إحصاء الأشخاص مالكي الديون (المتخذ تطبيقا للمادة 73 من قانون 02 جويلية 1998)، الذي يحفظ حق التعويض للأشخاص من جنسية فرنسية، فقط.

أمام المحكمة الإدارية ومحكمة الإستئناف الإدارية، نازع العارض بنود هذا الاتفاق الدولي وأثار عدم مطابقتها مع مبدأ "عدم التمييز" المكرس من طرف الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الانسان والحريات الأساسية (المادة 14 من الاتفاقية، والمادة 01 من البروتوكول الأول). المحكمة الاستئنافية الإدارية استبعدت هذا الدفع و قضت بعدم إختصاص القاضي الإداري بفحص صحة بنود التزام دولي في مواجهة التزامات دولية أخرى، صادقت عليها فرنسا. وعند الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة، أبطل هذا الأخير قرار محكمة الاستئناف الإدارية.

إذن، فأساس المشكلة، هو تمسك العارض بأن أن شرط الجنسية الفرنسية للمالك، والذي ينص عليه المرسوم، والناجم مباشرة عن المعاهدة بين البلدين، يشكل تمييزا لا يتوافق مع أحكام المادة 14 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والمادة الأولى من البروتوكول الأول الملحق بها. وهو ما يطرح مشكلة مفصلة وتموقع الاتفاقيات الدولية في النظام القانوني الداخلي.

مجلس الدولة، أكد، من حيث المبدأ، بأنه لا يمكن للقاضي الإداري، حال نظره في الطعن ضد قرار نشر المعاهدة الدولية، الفصل حول صحة معاهدة أو إتفاق دولي في مواجهة التزام دولي آخر لفرنسا². و صرح المجلس، أيضا، أنه في حالة إثارة المسألة

Accord publié par un décret n°98-366 du 6 mai 1998 au JORF n°112 du 15 mai 1998. p.7378.

1- رفضت إدارة الخزينة الفرنسية تسجيل سندات الديون للسيد *Eduardo José Kandyrine*، لعدم إثباته الجنسية الفرنسية.

2- إذن، مجلس الدولة رفض فكرة وجود هرم قانوني تدرجي بين المعاهدات الدولية النافذة في فرنسا، فلا تسمو بذلك إحداها على الأخرى. وتأسيسه في ذلك، بسيط ومنطقي؛ غياب نص دستوري يكرس هذه المسألة. فلا يمكن للقاضي فحص "صحة" المعاهدة في مواجهة الإلتزامات الدولية الأخرى التي صادقت عليها فرنسا. مجلس الدولة أعاد نفس الصياغة التي تبناها في سابق إجتهاده في قرار *SARL du parc d'activités de Blotzheim* والذي تأكد مرارا بعد ذلك. معيدا بذلك، نفس الصياغة التي تبناها المجلس الدستوري في قراره الصادر بتاريخ 17 جويلية 1980

بمناسبة نزاع ضد عمل إداري، إتخذ تطبيقاً لبنود معاهدة أو إتفاق دولي، فالدفع المثار بعدم مطابقة هذه البنود مع معاهدة أو إتفاقية دولية أخرى، يلزم القاضي الإداري، بعد تفحص أن بنود هذه المعاهدة الأخرى -أو الإتفاقية- قد دخلت حيز التطبيق في النظام القانوني الداخلي و قابلة للإحتجاج بها أمامه:

(1) بأن يحدّد، إستناداً إلى مبادئ القانون الدولي العرفي، المتعلقة بالتنسيق فيما بين المعاهدات الدولية، كصفات تطبيق ونطاق القواعد الدولية محل النزاع، إستناداً إلى بنودها، بطريقة تضمن التوفيق بينها، بتفسيرها، عند الإقتضاء، على ضوء المبادئ ذات القيمة الدستورية و مبادئ النظام العام؛

(2) في حالة الصعوبة الحادة للتوفيق فيما بين هذه الإتفاقيات الدولية، فتطبّق القاعدة الدولية التي يكون مجالها هو نفسه الذي يندرج ضمنه القرار الإداري المنتقد، و يستبعد، بالنتيجة، الدفع المثار بعدم تطابقها مع القاعدة الدولية الأخرى المثارة. دون الإخلال بالنتائج الواجب إستخلاصها في مادة إثارة مسؤولية الدولة على المستوى الدولي والداخلي أيضاً¹.

المتعلق بإتفاقية التعاون القضائي بين فرنسا وألمانيا. مع فارق بسيط وهو أن قضاة المجلس الدستوري فضلوا إستعمال مصطلح "مطابقة" *conformité* بدل مصطلح "صحة" *validité* في صياغة مبدأ "عدم إختصاص القاضي في فحص مطابقة الإتفاقية الدولية في مواجهة المعاهدات الأخرى التي إلتزمت بها فرنسا". غير أن مجلس الدولة عاد وإستعمل نفس المصطلح: "مطابقة" في قرار *La Fédération nationale de la libre pensée* المؤرخ في 09 جويلية 2010. العديد من المبررات إستدعت هذا التوجه. بداية ببنية القانون الدولي أين لا توجد هناك تدرجية (هرمية) بين قواعد القانون الدولي نتيجة عدم وجود هرمية بين مصادرها بحدّ ذاتها، بإستثناء القواعد الأمرة في القانون الدولي *jus cogens*. وهكذا لا يمكن لإتفاقية دولية أن "تبتل" إتفاقية أخرى. فضلا على أن إبرام المعاهدات والإلتزام بها هو إختصاص سيادي للدولة، ولا يوجد ما يمنح الدولة، في إطار سيادتها، من عقد معاهدات غير متوافقة. مبرر تقليدي آخر يتمثل في الإحجام التقليدي للقاضي الفرنسي عن التدخل في إدارة العلاقات الدولية لفرنسا، في ظل نظرية أعمال الحكومة.

Alain Pellet et Alina Miron. *Les Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*. Paris. Dalloz. 2015. pp. 656-657.

1- هذا المنطق الفرنسي، سيكون حتما، محل إدانة لفرنسا، من طرف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. فهذا التوجه، يمس بضمانات حقوق الإنسان التي تكفلها مختلف الصكوك ما-فوق الوطنية. فتطبيق الإتفاقية الدولية الثنائية، باعتبار أنه في مجالها صدر القرار محل الطعن، واستبعاد المعاهدة التي تضمن حماية حقوق الإنسان، ينطوي بلا شك على تجاوز مفاهيمي خطير للمبادئ الأوروبية لحقوق الإنسان؛ فلن يقبل من أي دولة الإحتجاج بمعاهدة ثنائية لاستبعاد تطبيق الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، أو أي صك حمائي دولي آخر.

وهكذا، أبطلّ مجلس الدولة قرار محكمة الإستئناف الإدارية لعدم قيامها بعملية الفحص هذه. و بعد التصديّ للموضوع، قضى مجلس الدولة، بأنه ونظرا لموضوع هذا الاتفاق بين فرنسا وروسيا، و للتوزانات التي يتضمّنها، و للكيفيات العمليّة لتطبيقه و لاستحالة تحديّد كلّ حامليّ السندات و جنسيّاتهم بتاريخ إنتزاع ملكيّتها، ونظرا لكون موضوع الاتفاق بين البلدين هو: دفع تعويضات لفائدات الرعايا الفرنسيين الحاملين لسندات الديون الروسيّة، لوضع حدّ للنزاع مع روسيا، فحصر التعويض فقط في الرعايا الفرنسيين بموجب اتفاق 27 ماي 1997، ليس، على أية حال، متناقضاً مع بنود الإتفاقية الأوروبيّة لحقوق الانسان¹.

وبذلك، يكون مجلس الدولة الفرنسيّ قد كرّس سابق رفضه لمراقبة صحّة المعاهدات في مواجهة الإنترامات الدوليّة الأخرى. فالقاضي الإداري غير مختصّ بذلك². يتلخص مبرر هذا الحل، في أنه و بإستثناء بعض الحالات (أين تكون هناك تدرجية بين القانون الأوّلي والقانون التوجيهي، في ظل القانون الأوروبي المشترك) فإنه لا يوجد في المفاهيم الفرنسيّة تدرجية بين مختلف قواعد القانون الدولي، ولا يمكن للقاضي المفاضلة بين قاعدتين من نفس المستوى. كما أن صحّة الاتفاقية الدوليّة ليست مرتبطة بتطابقها مع إتفاقيات أخرى. وبهذا المنطق، فلا يجب سوى ضمان سموّ الدستور على هذه القواعد الدوليّة³.

لكن، ومهما كانت الحجج، ألا يعدّ رفض مجلس الدولة هذا لمراقبة التنازع بين الاتفاقيات الدوليّة بمثابة إنكار حقيقي للعدالة؟
تجب الملاحظة، أنه في ميدان القانون الأوروبي المشترك، فمحكمة العدل للاتحاد الأوروبي هي المختصة للتحكيم في كلّ نزاع محتمل بين قانون الاتحاد الأوروبي و بين الاتفاقيات الدوليّة. رغم أن مجلس الدولة نفسه قبل في قرار *Conseil national des*

1- Serge Slama. *Refus d'assurer dans l'ordre interne la primauté des instruments généraux de protection des droits de l'homme sur les autres traités et accords internationaux.* in *Lettre: Actualités Droits-Libertés.* CREDOF. 30 décembre 2011.

2- C.E 18 déc. 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim et SCI Haselaecker*; C.E 8 juill. 2002. *Commune de Porta*; C.E. Ass. 9 juill. 2010. *Fédération nationale de la libre pensée et autres.*

3- CE. Ass. 30 oct. 1998. *Sarran et Levacher.*

Barreaux لـ 10 أبريل 2008 النظر في إتفاقية قانون تحويلي مع توجيه أوروبي مشترك، وهذا بالفصل في مدى مطابقة هذا التوجيه للحقوق الأساسية المحمية بموجب الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

الحقيقة، أن مجلس الدولة، رفض فكرة مراقبة التنازع بين الإتفاقيات الدولية، مكرساً إجتهاده السابق لـ 18 ديسمبر 1998 (المشار له أعلاه). لكنه، قبل ممارستها في فرضية وحيدة هي: لما يكون محل المنازعة تديبر أو إجراء متخذ تطبيقاً لمعاهدة دولية. أما إذا كان محل المنازعة عمل لنشر الاتفاقية (مرسوم النشر) فالموقف هو نفسه¹ المكرس في إجتهاده 18 ديسمبر 1998. وبالنتيجة، فمسألة التنازع بين إتفاقيتين دوليتين لا يمكن أن تطرح أمام القاضي الإداري سوى في الفرضية الأولى فقط، وحتى في هذه الفرضية يجب التدقيق؛ فالقاضي لا يفصل في "صحة" معاهدة في مواجهة أخرى و لكن في "توافقية" كلا المعاهدتين. وبعبارة أخرى، المعاهدة المنازعة فيها تبقى سارية في النظام القانوني الداخلي، ولكن يستبعد تطبيقها في حالة عدم توافقيتها.

مجلس الدولة صرح بأن الأمر لا يستهدف مباشرة مضمون الإتفاقية المعنية، ولكن تطبيق تلك الإتفاقية من طرف الإدارة الفرنسية. وبهذا العنوان، يمكنه الفصل في مدى تناقض التدابير المتخذة تطبيقاً للاتفاق الروسي الفرنسي، مع مقتضيات الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. ولا يتعلّق الأمر بتقدير مباشر لمدى توافقية التزامين دوليين فيما بينهما، ولكن مع القرار الإداري المتخذ تطبيقاً للاتفاق الدولي.

وهكذا، نكون أمام علاقة ثلاثية. الاتفاقية "أ" (الاتفاق الدولي الروسي-الفرنسي)، القرار الإداري المطبق له (مرسوم 03 جويلية 1998)، الاتفاقية "ب" (الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان)، وهنا لا يتم تقدير مدى توافقية الالتزامين الدوليين (أ و ب) ولكن، تقدير مدى توافقية القرار الإداري في مواجهة كل واحد من النصين الدوليين. ومتى كان الأمر كذلك، فالتنازع بين المعاهدات لا يعدو أن يكون إلا مراقبة مطابقة للقرار الإداري

1- يستخلص من الإجتهاذ القضائي لمجلس الدولة، أن القاضي الإداري المخطر بالطعن ضد قرار نشر الإتفاقية أو المعاهدة الدولية، لا يختص بالفصل حول صحة تلك المعاهدة في مواجهة الإلتزامات الدولية الأخرى التي صادقت عليها فرنسا.

C.E Ass. 18 décembre 1998. SARL du parc d'activités de Blotzheim et SCI Haselaecker. précité.

الداخلي، عند الإقتضاء، في مواجهة أكثر من معاهدة، تاتبعياً. وفي هكذا فرضية يجب التعامل بحذر فقد يكون القرار الإداري متوافقاً مع معاهدة دولية ومناقضاً لأخرى، دون أن يكون هناك تناقض، بالضرورة، بين المعاهدتين¹.

مجلس الدولة، أرسى كذلك، شروطاً صارمة للقول بوجود تنازع بين المعاهدات الدولية هي: أن تكون هذه الأخيرة سارية التطبيق كما أن البنود المتنازعة يجب أن تكون غير مشروطة² وقابلة للإحتجاج بها أمام القاضي. وقد ضيق مجلس الدولة من الشرط الثاني بأن أضاف بأن يكون العمل الإداري المهاجم جاء لتطبيق بنود، غير مشروطة، من التزام دولي.

1- Alain Pellet et Alina Miron. *Les Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*. Op.cit. p.659.

2- البروفيسور *Denis Alland* إنتقد موجّب "عدم المشروعية"، بأن إعتبر مفهومه غامضاً في القانون الدولي، كما أن هذا الأخير، كقاعدة عامة، يترك للدول حرية إختيار الوسائل الملائمة لإنفاذ التزاماتها الدولية. غير أن هناك من ذهب إلى أن مجلس الدولة قصد عدم المشروعية المادية (الموضوعية) وليس الشكلية، وهو ما يؤكد التفسير السريع الذي أعطاه المقرر العام لموجب عدم المشروعية: بأنها تلك البنود التي لا تترك للسلطة المختصة أي هامش تقدير بخصوص الاجراء المتخذ.

Alain Pellet et Alina Miron. *Les Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*. Op.cit. p.662.

وحسب المقرر العام¹ في هذه القضية، تكون بنود الإتفاقية الدولية غير مشروطة لماً

1- في السابق كان يسمى في فرنسا، بـ"محافظ الحكومة". ومنذ 01 فيفري 2009 أصبح يسمى "المقرر العام". أنظر: décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions.

المقرر العام، هو قاض، أمام المحكمة الإدارية، مجلس الإستئناف الإداري أو مجلس الدولة، يعرض، علنياً، بكل إستقلالية، رأيه حول المسائل محل المنازعة القضائية.

الحقيقة أنه، ومنذ 01 سبتمبر 2006، و بعد صدور المرسوم رقم 964-2006 المؤرخ في 01 أوت 2006 الذي يعدل قانون القضاء الإداري في فرنسا، فيما يتعلق بالباب التنظيمي. نص على أنه أمام المحاكم الإدارية و مجالس الاستئناف الإداري "فالمداولة في القرارات تتم دون حضور الأطراف و المقرر العام" (المادة 2-732 R) وأمام مجلس الدولة "بإستثناء إعتراض أحد الأطراف، يحضر المقرر العام للمداولات، دون صوت تداولي" (المادة 3-732 R). مثل هذا الإعتراض، حدث مرة واحدة أمام مجلس الدولة في قضية: CE. 23 octobre 2006. De Garate. n°290966.

هذه التعديلات جاءت بفعل تأثير المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، لما فصلت في اللبس الذي يمكن حدوثه، في نظر المتقاضين، فيما يتعلق بوظائف محافظ الحكومة ومدى إستجابتها لمتطلبات المحاكمة العادلة و المساواة في الأسلحة الإجرائية و فكرة الأجل المعقولة.

CEDH. 7 juin 2001. *Kress c/ France*; CEDH. 5 juillet 2005. *Loyen c/ France*; CEDH. 12 avril 2006. *Martinie c/ France*.

إن هذا التغيير في التسمية يهدف لإجلاء حقيقة وظائف هؤلاء القضاة. إنهم ليسوا مبعوثي الدولة أو الإدارة بل هو مستقلون تسمية و وظيفة. وهكذا، أصبح للأطراف، بعد تعديل 2009، أن يبدوا ملاحظاتهم، عقب عرض المقرر العام لخلاصته (المواد 1-732 R و 1-733 R من قانون القضاء الإداري). لا يجب الخلط بين وظيفة "المقرر العام" و "المقرر" هذا الأخير الذي يكمن دوره في دراسة الملف و إقتراح حل للنزاع؛ إعداد مشروع قرار، ولكنه يتميز عن المقرر العام أنه لا يقدم رأيه خلال سريان مجريات الجلسة العلنية كما أنه عضو في تشكيلة الحكم و له صوت تداولي.

لاحقا، جاء مرسوم 2011، الذي فتح الامكانية للإستغناء عن النطق بخلاصات المقررين العامين في بعض المنازعات. Décret n° 2011-1950 du 23 décembre 2011 modifiant le Code de justice administrative.

في 04 جوان 2013، أصدرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قرار شبييرا، أعلن عنه يوم 13 جوان 2013 بخصوص قضية رفعها *Marc-Antoine* ضد فرنسا. عاين فيه قضاة سترازبورغ مسألة "المقرر العام" في القضاء الإداري الفرنسي؛ وتمكن هذا الأخير من التوصل إلى مشروع القرار القضائي المعد من طرف المستشار المقرر دون الأطراف، ومدى تأثير ذلك على المحاكمة العادلة التي تضمنها أحكام المادة 06-1 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان؛ سبق للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن أدانت فرنسا، بخصوص مؤسسة مشابهة؛ وهي المحامي العام أمام محكمة النقض. ففي قرار صدر عن الغرفة العليا للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أدينت فرنسا بسبب إحالة تقرير ومشروع القرار القضائي اللذان يعدهما المستشار المقرر فقط إلى المحامي العام وهو"ما لا يستجيب لمتطلبات المحاكمة العادلة" و يخرق أحكام المادة 06 من الاتفاقية. ومنذ هذا القرار، لم يعد بإمكان المحامي العام اللجوء إلى مشروع القرار ولا المشاركة في الاجتماع التحضيري للجلسة.

CEDH. G.C. 31 mars 1998. *Reinhardt et Slimane-Kaïd c. France*. Req. n° 23043/93 et 22921/93.

لا تتركّ "السلطة المختصة أيّ هامش للتقدير حول المعنى عبر إجراء تتخذة". هنا، نجد، التمييز الكلاسيكي بين التزام الوسيلة و إلتزام النتيجة. في الحالة الأولى، النصّ الدولي يلزم الدولة باتخاذ الإجراءات المحددة بموجب وسائل يحددها هو نفسه. و في الفرضية الثانية، الدولة حرة في الوسائل التي تستخدمها، الشيء الوحيد الملزم لها هو تحقيق النتيجة المحددة من طرف القاعدة الدولية. وهكذا، لا يمكن ممارسة الرقابة على توافقيّة المعاهدات الدولية في الحالة الأولى: أيّ لما تكون الدولة مقيدة عبر المعاهدة. وبالمقابل، في حالة الإلتزام البسيط بالوسيلة، فليس هناك تنازع بين المعاهدات، ولكن مراقبة كلاسيكية مستمرة لعمل اداري في مواجهة معاهدات متعددة. في الواقع، في الفرضية الأخيرة، مضمون العمل الإداري الداخلي ليس محددًا بموجب الاتفاقية الأولى، ومحل التعارض ليس بين معاهدتين دوليتين ولكن بين عمل اداري ومعاهدات دولية.

بالنسبة لشرط قابلية الإحتجاج، فيتوافر لما تنشئ بنود الاتفاقية حقوقًا للأفراد يمكنهم إثارتها أمام القاضي الداخلي. هذا الشرط يجب توافره في كلا المعاهدتين الدوليتين. ومن ثمّ لا يمكن وجود تنازع بين بنود معاهدتين دوليتين إلا إذا كانت هذه الأخيرة منشئة لحقوق تطبق مباشرة لفائدة الأفراد. ويتعين على القاضي تقدير توفر هذا الشرط لأحكام الاتفاقية بندا ببند وليس بحكم يتضمن مجموع أحكام الاتفاقية.

بعد فحص هذه الشروط يمكن للقاضي أعمال هذه الرقابة. الحقيقة، أنها رقابة معقدة و صعبة في تطبيقها. فالقاضي الإداري يمكنه عبر تقنية التوفيق و التفسير من تسوية هذا المشكل دون الفصل في التنازع بين المعاهدات الدولية. أي يتعين على القاضي قبل تفعيل هذه الرقابة، القيام بعمل مسبق بمحاولة التوفيق والتفسير بين البنود الاتفاقية المتنازعة. و

بخصوص قضية *Marc-Antoine*، إعتبرت المحكمة الأوروبية أن إحالة مشروع القرار على المقرر العام يت بإعتبار هذا الأخير عضوا في تشكيلة المحكمة، يعرض، علنا، وبكل إستقلالية، رأيه بخصوص المسائل المعروضة للنقاش و الحلول القضائية التي يقترحها. و يقدم تحليلا للملف شبيها بذلك الذي يقدمه المستشار المقرر، و توصل المقرر العام بمشروع القرار يسمح له، خصوصا، بتحديد موقفه الذي يعرضه علنا أمام تشكيلة الحكم. فتوصل المقرر العام بمشروع القرار ليس إلا عنصرا من العناصر التي تسمح له بتكوين رأيه الخاص، و تقديم رؤية ثانية للملف، وهو ما اعتبره العارض بمثابة هدر لحقوقه، غير أن المحكمة الأوروبية لم تشاطره الرأي وإعتبرته "ضمانة إضافية" للأطرف ولا يعد خرقا للمادة 6 فقرة 1 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان.

CEDH. Cinquième section. 4 juin 2013. *Marc-Antoine c/ France*. req. n° 54984/09.

قد صرّح مجلس الدولة، أنه و عبر القانون العرفي المتعلّق بالتنسيق بين الإتفاقيات الدولية، يُحاول القاضي التوفيق بين القواعد الدولية المتنازعة في قضية معينة¹. ما يلاحظ هنا هو تهرب مجلس الدولة من الاعتراف للقاضي بسطة الفصل في النزاع بين معاهدتين دوليتين. ولجوء مجلس الدولة لفرض العمل التوفيقى هو شكل من أشكال تجنب الإقرار بوجود عدم توافقية بين معاهدتين دوليتين.

كرأي شخصي، فإن مجلس الدولة الفرنسي يتهرب من الإعراف بهذا النزاع ومن سطة القاضي في الفصل فيه، بإفترض قضائي خاطئ؛ بإقراره ضمناً بإستحالة مبدئية للنزاع بين بنود المعاهدات الدولية المختلفة.

أما العمل الثاني الذي يقوم به القاضي فهو تفسيره للبنود المتنازعة "على ضوء القواعد والمبادئ ذات القيمة الدستورية ومبادئ النظام العام". هذا الحل كلاسيكي هو الآخر. ففي قرار *Koné* المؤرخ في 1996/07/03 إترف مجلس الدولة للقاضي الإداري بسطة "الفحص التفسيري"² لبند إتفاقي دولي بالنظر لمبدأ دستوري، وهذا تكريسا

1- ينبغي التذكير هنا، أنه في مجال القانون الدولي، لا توجد هناك تدرجية (هرمية) بين مختلف قواعد القانون الدولي. حتى وبالرجوع إلى مختلف المبادئ التقليدية في تفسير القانون على غرار النصّ اللاحق يُلغى النصّ السّابق *lex posterior derogat priori* والنصّ الخاصّ يقيد النصّ العام *lex specialis derogat lege generali* فقد لا تساعد على حل النزاع. فالقانون الدولي لا يتضمن أي قاعدة تسمح بالخيار بين مختلف القواعد الدولية المتنازعة. الحقيقة، أنه في النزاع الذي عرض على مجلس الدولة، لا يمكننا أن نتصور بسهولة أن إتفاق ثانياً يمكن أن يخالف مقتضيات الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان؛ التي يمكننا تكييف بنودها، من ناحية مادية، بأنها دستورية. وكما أكدت محكمة العدل الدولية في الرأي الإستشاري الصادر عنها بتاريخ 28 ماي 1951 "يمكن إعتبار كل معاهدة متعدّدة الأطراف هي ثمرة الإتفاق الحر المنعقد حول بنودها. وبالنتيجة لا يمكن لأي طرف متعاقد القيام بنقض أو الإنتقاص أو المساس، عبر قرارات إنفرادية أو إتفاقات خاصة، بما يعتبر موضوع الإتفاقية أو الغرض منها".

Alain Pellet et Alina Miron. *Les Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*. Op.cit. p.665.

2- مجلس الدولة لم يقم، في الحقيقة، بمراقبة مطابقة الإتفاقية الدولية محل النزاع، للدستور. كون الدستور ذاته والإجتهد المتواتر لمجلس الدولة يمنع هكذا رقابة. ولكنه، غطى ذلك بتفسير الإتفاقية الدولية على ضوء مبدأ دستوري، طالما أن الإتفاقية لم تتضمن صراحة ما يفيد إستبعاد هذا المبدأ الدستوري. فيكون مجلس الدولة، في نهاية المطاف، قد طبق المبدأ الدستوري، بالأولوية، على الإتفاقية الدولية، بأن أخضع هذه الأخيرة، لمقتضيات لم ترد في متنها. وبعبارة أدق، يكون مجلس الدولة قد مارس رقابة مطابقة لمضمون الإتفاقية الدولية على ضوء المبادئ (الدستورية) المعترف بها من قبل قوانين الجمهورية.

لسمو القاعدة الدستورية على المعاهدات الدولية¹، وهو ما تؤكد صراحة في قرار *Sarran*² الصادر في 1998/10/30. وفي قرار *Brito Paiva* أعيدت نفس المبادئ السابقة مما يدل على أن المعاهدات المثارة يمكن أن تجد نفسها مستبعدة من التطبيق لمخالفتها المبادئ الدستورية المعترف بها أو مبادئ النظام العام. وهكذا، فالتنازع بين معاهدتين دوليتين، يمكن تجنبه ببساطة بالتصريح بمخالفتها القواعد الدستورية أو مبادئ النظام العام، و بالنتيجة فلا تطبقان.

في حالة بقاء التنازع مستعصياً، رغم استخدام القاضي لتقنيتي التفسير ومحاولة التوفيق، هنا يطبق القاضي الحل الذي تبناه مجلس الدولة في قرار *Brito Paiva*، من جملة الحلول التي كانت متاحة أمامه: فالقانون الدولي العرفي يتضمن العديد من التوجيهات لحسم التنازع بين الإتفاقيات الدولية؛ كتطبيق الإتفاقية التي تضمن أقصى فعالية لأهداف الإتفاقيات المتنازعة، أو تطبيق المعاهدة التي تنظم بأكثر خصوصية المادة المعنية، أو تطبيق الإتفاقية الأحدث من حيث التاريخ. هذه الحلول كلاسيكية في القانون الدولي، لكنها إذا ما كانت تسمح بتسوية حالات خاصة، فيمكن تعميمها.

1- حسب هذا القرار، فإنه "وبموجب مبدأ معترف به من طرف قوانين الجمهورية، يجب رفض التسليم الدولي للمطلوب قضائياً، متى كان الطلب لباعث أو هدف سياسي. ومتى لم تنص إتفاقية تسليم المطلوبين قضائياً، صراحة، على هذا الشرط، فإن هذه الإتفاقية يجب أن تفسر تفسيراً يتوافق مع هذا المبدأ ذو القيمة الدستورية". إن تفسير إتفاقية دولية على ضوء مبدأ دستوري (تقنية التفسير المطابق للإتفاقية الدولية مع الدستور) جاء ليحد من التفوق المطلق الذي تتمتع به، على المستوى التطبيقي لا النظري، المعاهدات الدولية في مواجهة الدستور، والناجم عن رفض القضاء لمراقبة الخرق المحتمل لمقتضيات المادة 54 من الدستور الفرنسي من طرف القانون المتضمن الموافقة على التصديق على المعاهدة الدولية، والتي تمنعه من جزاء عدم الدستورية المحتمل للإتفاقية الدولية. هذا القرار كرس المبدأ التالي: حين لا تنص إحدى المعاهدات التي تكون فرنسا طرفاً فيها صراحة على إستبعاد مبدأ ذو قيمة دستورية، يجب ضمان تطبيق هذا المبدأ.

C.E. 3 juillet 1996. Koné. Op.cit.

2- أكد مجلس الدولة في هذا القرار أن القاضي الوطني لا يمكنه أن يراقب مدى مطابقة الأحكام ذات الطبيعة الدستورية للمعاهدة الدولية، لأن الإلتزامات الدولية ليس لها، في النظام القانوني الداخلي، سلطة تعلق الدستور. فسمو المعاهدات الدولية بموجب المادة 55 من الدستور لا ينطبق، في النظام الداخلي، على الأحكام ذات الطبيعة الدستورية. مجلس الدولة لم يعترض على أنه في القانون الدولي، لا يمكن الإحتجاج بنص قانوني داخلي، ولو كان دستورياً، لإحباط تطبيق إلتزام دولي، ولكنه أكد أنه في ظل النظام القانوني الداخلي يعتبر الدستور مصدراً لتدرجية (تراتبية) القواعد الأخرى، وهو النص الأسمى الذي تستمد كل سلطات الدولة، ولا سيما هيئاتها القضائية، منه سلطتها.

ومع ذلك، فمجلس الدولة فضل توجيهها آخر. فإعتبر أنه إذا لم يكن من الممكن تجنب التنازع فيجب "تطبيق القاعدة الدولية التي صدر في مجالها القرار الإداري المنتقد والذي جاء تطبيقاً لها"، و"بالنتيجة إستبعاد الوجه المثار بعدم توافقه مع القاعدة الدولية الأخرى المثارة، دونما الإخلال بالنتائج الممكن توليدها في مادة الإلتزامات الدولية حول مسؤولية الدولة على الصعيد الدولي كما على المستوى الداخلي".

متى توافرت هذا الشروط، فلكل ذي مصلحة أن يثير مسألة التنازع بين الإتفاقيات الدولية، وهنا أيضا يمكن للقاضي الإداري عبر محاولة التوفيق و التفسير تجنب معاينة هذا التنازع. وفي حالة ما إذا بقي التنازع ظاهراً، بعد هذه المراحل، فلا مفر من قيام القاضي الإداري بتطبيق القاعدة الدولية التي مجالها هو نفسه الذي صدر ضمنه القرار الإداري ولتطبيقها صدر هذا القرار.

وكرس مجلس الدولة، لاحقاً، موقفه هذا، بأنه لا يوجد تنازع بين قواعد الإتفاقيات الدولية، متى كانت إحدى هذه الإتفاقية غير قابلة للتطبيق على النزاع؛ من حيث الموضوع، الإقليم، الأشخاص أو في حال غياب الأثر المباشر¹.

1- Ainsi, le Conseil d'état a relevé qu'il n'y avait pas conflit de normes conventionnelles si l'un des traités invoqués n'est pas applicable au litige du fait de sa portée *ratione materiae*, *ratione loci* ou *ratione personae* ou en l'absence d'*effet direct*.

Alain Pellet et Alina Miron. *Les Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*. op.cit. p.670.

C.E. 11 avril 2014. requête n° 362237. *Giorgis*.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الخاتمة

تناولنا بالدراسة، وضع الإتفاقيات الدولية، بوجه عام، في القانون الداخلي. فتدخل القاضي الوطني في عملية الرقابة على إنفاذ الاتفاقيات الدولية، تطبيقاً وتفسيراً، يعدّ تدخلاً بعدياً؛ تالياً لنفاذ الاتفاقية الدولية في النظام القانوني للدولة. وهكذا، تناولنا آليات التزام الدولة بالمعاهدات الدولية عن طريق التصديق، التوقيع، الإنضمام وإلى نمط من المعاهدات تنتهي إجراءات إبرامها بالتوقيع عليها فقط ومن دون الحاجة إلى تصديقها، وهي الاتفاقات ذات الشكل المبسط، كما تناولنا أيضاً النظام القانوني للحفاظ على الاتفاقيات الدولية وبعض الإشكاليات التي تثيرها مسألة التحفظات المقنعة في شكل تصريحات تفسيرية، وكيفية تعامل القاضي الوطني معها حال تطبيقه لبنود المعاهدات الدولية.

إن معرفة القاضي للعلاقة بين قانونه الداخلي والقانون الدولي ذو أهمية قصوى في التطبيق، لا سيما من حيث الآثار القانونية. ولذلك، قدمنا للنظريتين الكلاسيكيتين اللتين تعالجان ذلك: النظرية المفردة والنظرية المزدوجة.

حسب مدرسة الإزدواج القانوني، فكلا فئتي قواعد القانون الدولي والداخلي تتواجدان في مجموعتين متميزتين ومنفصلتين، في شكل خطين متوازيين لا يلتقيان البتة. وهكذا، تنطلق النظرية المزدوجة من مسلمة غياب القواعد الدولية من هرم قواعد القانون الداخلي: فهي -القواعد الدولية- لها هرمها الخاص، بجانب هرم القواعد الداخلية. بمعنى، أن الأولى تجد مضمونها في هرم مستقل عن الأخرى فيصبح النزاع بينهما مستحيلاً منطقياً فلكل من فئتي القانون مخاطبيها المختلفين وحالات تطبيقها المختلفة. فعندما تريد دولة ما، تتبنى النظام المزدوج، منح الأفراد الخاضعين لولايتها الإستفادة من حقوق وأردة ضمن معاهدة هي طرف فيها، فيتعين عليها إعادة صياغة مضمون أحكام تلك الاتفاقية وإدخالها في القانون الداخلي بصياغة رسمية ماثلة لقواعد الاتفاقية؛ فتصبح بذلك قواعد تشريعية داخلية وهو ما يسمى بالتصرف الإستقبالي أو الميكانيزم التحويلي.

أما مدرسة وحدة القانونين، فتتازعها نظريتان: الوجدانية مع علو القانون الداخلي؛ وترى أن قواعد كلا القانونين -الدولي والداخلي- تتواجدان في هرم وحيد ومتدرج. هناك تناغم، إذن، بين القانونين تقوم معه فرضية تنازعهما، وهذا التنازع يتم حله بتفضيل القواعد الداخلية؛ كونها الأسمى. هذه المدرسة لا تفترض دائما سمو كامل القانون الداخلي على القانون الدولي العام، لكن فقط بعض قواعد؛ وبالنسبة للأخرى فهي تقبل بكونها في علاقة دونية مع القانون الدولي: ففي كثير من الدول التي تتبنى هذا النظام، فالتنازع بين القاعدة التشريعية وبين القاعدة الدولية، المصادق عليها نظاميا، يحسم لصالح هاته الأخيرة. والثانية هي نظرية الوجدانية مع علوية القانون الدولي، والتي تقول بإندراج كل القواعد -الداخلية والدولية- في هرم وحيد تتواجد قواعد القانون الدولي في قمته. هناك تفاعل، أيضا، بين كلا الفئتين. والتنازع بين قواعد القانون الدولي والداخلي يحسم لصالح هذا الأخير ولو في مواجهة قاعدة دستورية.

أما وضع القانون الدولي في النظام القانوني الجزائري، فهو كظهيره لدى المؤسس الدستوري الفرنسي، إختار للقانون الدولي وضعاً وسطاً يدنو الدستور ويسمو على التشريع؛ أي نظرية وحدة القانون مع سمو القانون الدولي.

الفصل الثاني، تناول سلطات القاضي الوطني في مادة الرقابة على الاتفاقيات الدولية؛ تطبيقاً وتفسيراً. عالجنا في البداية، مدى سلطة القاضي في مراقبة صحة إجراءات التصديق على المعاهدة الدولية. تقليدياً، هاته الفكرة كانت مرفوضة إستناداً لنظرية أعمال السيادة، التي من المستقر فيها أن القاضي يمتنع عن مراقبتها إحتراماً لمبدأ فصل السلطات. لكن، في 20 أكتوبر 1989 صدر قرار *Nicolo* الشهير، ومعه بدأ الفقه الفرنسي يستشعر ملامح تطور في اتجاهات مجلس الدولة يستهدف تأكيد سلطته القضائية واستقلاليتها التي يكفلها له الدستور في مواجهة بقية السلطات في الدولة. فقام مجلس الدولة الفرنسي، من خلال هذا القرار، ولأول مرة في تاريخه، بمطابقة أو بمقابلة قانون لاحق بمعاهدة سابقة عليه لتقصي المطابقة من عدمها، متخلياً عن مفاهيمه الكلاسيكية وبدأ الأمر يتجه نحو أفول نظرية أعمال الحكومة.

لم يتوقف الأمر عند هذا الحد، بل ذهب لأبعد من ذلك، ففي قرار صدر بتاريخ 18 ديسمبر 1998 مدد مجلس الدولة الفرنسي رقابته إلى إجراءات التصديق اللازمة لإندراج المعاهدة الدولية في النظام القانوني الداخلي وإنتاج آثارها فيه؛ وبذلك لم يعد القاضي الإداري الفرنسي يكتفي بالتحقق من الوجود المادي للاتفاقية فقط ولكن، أيضاً، يُراقب نظامية وشرعية إجراءات التصديق عليها وفي ذلك تأكيداً للتلازم بين علو المعاهدة على سابقتها ولاحقها من القوانين من جهة، مع شرعية إجراءات التصديق عليها، من جهة أخرى. وهذا إعمالاً لنص المادة 55 من الدستور الفرنسي لسنة 1958. وهكذا، وفي حالة تجاوز رئيس الجمهورية للقيود الدستورية المفروضة على اختصاصه بإبرام المعاهدات، كمصادقته على المعاهدة الدولية قبل الحصول على موافقة البرلمان أو دون الحصول عليها، متى اشترطها الدستور، أو رغم اعتراض البرلمان عليها، فإن القاضي يعاين هذا التجاوز في حكمه، وبالتالي يستبعد من التطبيق أحكام الاتفاقية الدولية، المصادق عليها بإجراءات غير شرعية، مسبباً ذلك بعدم نظامية صحة هذه الإجراءات ولو أدى ذلك إلى تحميل الدولة للمسؤولية الدولية؛ ولا يبقى أمام الدولة سوى إعادة التصديق على المعاهدة المصرح باستبعادها، بعد اتخاذ الإجراءات الدستورية التي تم تجاوزها. وفي كل الحالات، لا يمكن أن تطبق بأثر رجعي. ثم تطرقنا بعد ذلك، لسلطة القاضي الإداري في مراقبة شرط نشر أحكام الاتفاقيات الدولية. وأكدنا على عدم وجود نص صريح في الدستور الجزائري يوجب نشر المعاهدة أو الاتفاقية لإندراجها ضمن القانون الداخلي فالمادة 150 من الدستور ترمي إلى أن المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون. إن الدستور الجزائري، ببساطة، لا يتطلب النشر. إن مسألة نشر أحكام المعاهدة الدولية كشرط لدخولها حيز النفاذ غير واردة ولا أثر لها في الدستور الجزائري، وعرضنا حججاً تدعم هذا الموقف.

وَمِنْ بَيْنَ أَهَمِّ النَّقَاطِ، غَيْرِ التَّقْلِيدِيَّةِ، الَّتِي تَتَاوَلَهَا الْبَحْثُ مَوْضُوعَ مُرَاقَبَةِ شَرْطِ الْأَثْرِ الْمُبَاشِرِ وَالْقَابِلِيَّةِ لِلإِحْتِجَاجِ لِلإِتْفَاقِيَّاتِ الدَّوْلِيَّةِ، فِي أَحَدَاتٍ مَا تَوَصَّلَ إِلَيْهِ الْقَضَاءُ الْفَرَنْسِيَّ. وَخُلُصًا مِنْ خِلَالِهِ إِلَى أَنَّ الْبُنْدَ الإِتْفَاقِيَّ الدَّوْلِيَّ، لِكَيْ يَكُونَ ذَا أَثَرٍ مُبَاشِرٍ، يَجِبُ أَنْ يَسْتَجْمَعَ مَعْيَارِينَ ذَوَا تَطْبِيقٍ تَرْكِيْبِي:

• معيار ذاتي: بَأَنَّ حُكْمَ الْبُنْدِ الدَّوْلِيَّ لَمْ يَأْتِ، حَصْرًا، لِنَتْنِظِيمِ أَوْ حُكْمِ عِلَاقَاتِ بَيْنِ الدُّوْلِ. وَأَنْ يَكُونَ، بِالنَّتِيْجَةِ، قَدْ أُنْشِئَ حُقُوقًا شَخْصِيَّةً لِفَائِدَةِ الْخَوَاصِّ. التَّسَاوُلُ الَّذِي يَطْرَحُهُ الْقَاضِي هُنَا "مَنْ هُوَ الْمُخَاطَبُ بِأَحْكَامِ الإِتْفَاقِيَّةِ الدَّوْلِيَّةِ؟". مَجْلِسُ الدَّوْلَةِ الْفَرَنْسِيَّةِ، تَبَنَّى وَطَوَّرَ هَذَا الْمَعْيَارَ، فِي قَرَارِ *GISTI* لـ 11 أَفْرَيْلَ 2012 بِنَتْوَجِّهِ ذُو نَفْسٍ لِيْبِيرَالِي لِمَا إِعتَبِرَ أَنَّ الْبُنْدَ الإِتْفَاقِيَّ، الَّذِي يُنْشِئُ حُقُوقًا لِلْأَفْرَادِ، يَكُونُ ذَا أَثَرٍ مُبَاشِرٍ، وَلَوْ تَضَمَّنَ فِي الْوَقْتِ ذَاتَهُ، تَنْتِظِيمًا لِعِلَاقَاتِ بَيْنِ الدُّوْلِ.

• معيار موضوعي: بَعْدَ وُجُودِ أَيِّ عَمَلٍ قَانُونِيٍّ، ضَرُورِيٍّ، لِنَتْبِيقِ الْبُنْدِ الدَّوْلِيَّ، وَهَذَا بِاسْتِعْمَالِ صِيْغَةِ فِعْلِ الإِلْزَامِ وَالْوُجُوبِ "*requérir*". وَيَجِبُ الإِنْتِبَاهُ هُنَا، أَنَّهُ لَا يَكْفِي أَنْ يُحْيَلَ الْبُنْدَ الإِتْفَاقِيَّ الدَّوْلِيَّ إِلَى سَنِّ عَمَلٍ قَانُونِيٍّ وَطَنِيٍّ مَعِيْنٍ لِلِاسْتِنْبَاعِ الْآلِيَّ لِلْأَثْرِ الْمُبَاشِرِ؛ أَيَّ يَجِبُ أَنْ يَتَحَقَّقَ الْقَاضِي مِنْ ذَلِكَ بَأَنَّ يَطْرَحُ التَّسَاوُلَ التَّالِيَّ: "هَلْ وَجُودُ أَوْ سَنِّ نَصِّ قَانُونِيٍّ دَاخِلِيٍّ ضَرُورِيٍّ، فَعَلًا، لِنَتْبِيقِ النَّصِّ الدَّوْلِيَّ؟".

بَعْدَ هَذَا، عَالِجْنَا مَسْأَلَةَ قَابِلِيَّةِ الإِحْتِجَاجِ بِالِإِتْفَاقِيَّاتِ الدَّوْلِيَّةِ، مِنْ خِلَالِ خُلُصَاتِ الْمَقْرَرِ الْعَامِّ السَيِّدَةِ *Gaëlle Dumortier* الَّتِي طَرَحَتْ عَلَى مَجْلِسِ الدَّوْلَةِ فِكْرَةَ فَصْلِ مَفْهُومِ الْأَثْرِ الْمُبَاشِرِ عَنِ مَفْهُومِ قَابِلِيَّةِ الإِحْتِجَاجِ *l'invocabilité* بِالِإِتْفَاقِيَّةِ، وَمَفَادُهَا أَنَّ الإِتْفَاقِيَّةَ الدَّوْلِيَّةَ قَابِلَةٌ لِلِإِحْتِجَاجِ بِهَا سِوَاءَ أَكَانَتْ ذَاتَ أَثَرٍ مُبَاشِرٍ أَمْ لَا فِي مُوَاجَهَةِ الْأَحْكَامِ النَّشْرِيَّةِ أَوْ التَّنْظِيمِيَّةِ. وَفِيمَا يَتَعَلَّقُ بِالْقَرَارَاتِ الْفَرْدِيَّةِ، فَلَا يُمَكِّنُ الإِحْتِجَاجُ بِالِإِتْفَاقِيَّةِ الدَّوْلِيَّةِ فِي مُوَاجَهَتِهَا إِلا إِذَا كَانَتْ ذَاتَ أَثَرٍ مُبَاشِرٍ. غَيْرَ أَنَّ مَجْلِسَ الدَّوْلَةِ رَفَضَ هَذَا التَّوَجُّهَ، لِأَسْبَابٍ عِدَّةٍ ذَكَرْنَاهَا، وَصَرَّحَ بِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ الإِحْتِجَاجَ بِغَيْرِ الْمُعَاهَدَاتِ "الَّتِي تُنْشِئُ حُقُوقًا لِلْأَفْرَادِ بِإِمْكَانِهِمْ إِثَارَتِهَا مُبَاشِرَةً"، مُكْرَسًا مَوْفِقَهُ التَّقْلِيدِيَّ: بَعْدَ إِمْكَانِيَّةِ الإِحْتِجَاجِ إِلا بِالْمُعَاهَدَاتِ الَّتِي لَهَا أَثَرٌ مُبَاشِرٌ. هُنَا نَظْهَرُ، وَبِشْكَلٍ مَلْمُوسٍ، الْمَزَاوِجَةَ بَيْنَ مَفْهُومِي الْأَثْرِ الْمُبَاشِرِ

وقابلية الاحتجاج. كما لم يهمل البحث تناول المسألة فيما يتعلق بالقانون الأوروبي المشترك ونشير هنا إلى خلاصتنا في ذلك وهي أن القواعد الأوروبية التي لها أثر مباشر قابلة للاحتجاج بها بكل الأشكال: الاحتجاج التعويضي، التفسيري، الإقصائي والحلوي. أما القواعد التي ليس لها أثر مباشر فتقبل كل أشكال الاحتجاج السابقة باستثناء الاحتجاج الحلوي.

غير أن المؤكد، أن توجهات مجلس الدولة الفرنسي ستتغير، حتماً، في اتجاه الفصل بين مفهومي الأثر المباشر والقابلية للاحتجاج، في مجمل أحكام القانون الدولي، فليس من المتقبل دستورياً ولا دولياً، وجود العديد من أحكام الإتفاقيات الدولية أو الإتفاقات الثنائية غير المولدة لأي أثر في النظام القانوني الداخلي. ففي النهاية، وبعيداً عن كل الحجج البراغماتية، لا مناص من التسليم بقابلية كل قواعد القانون الدولي للاحتجاج بها أمام القاضي الوطني.

وفيما يتعلق بمراقبة القاضي الوطني لشرط المعاملة بالمثل أو كما يسمى بالتطبيق المتبادل للإتفاقية، فمن حيث المبدأ، لا محل لمراقبة القاضي لشرط المعاملة بالمثل، حال تطبيقه لإتفاقيات دولية تتعلق بحقوق الإنسان، أو يتعلق موضوعها بإنشاء ميكانيزمات قضائية لحماية الحقوق الأساسية لحماية الإنسان ضد الإنتهاكات الجسيمة كما هو الحال بالنسبة للمحكمة الجنائية الدولية. وبالنسبة لمختلف المعاهدات الدولية الأخرى، غير معاهدات حقوق الإنسان وحماية الحريات الأساسية، فالمبدأ الكلاسيكي هو عدم إختصاص القاضي الوطني بمراقبة شرط التطبيق المتبادل للإتفاقية نظراً لطابعه السياسي، والذي تختص السلطات الحكومية، بتقديره، وفقاً لمعطيات وأعية وسياسية.

غير أنه بتاريخ 09 جويلية 2010 صدر عن مجلس الدولة الفرنسي قرار السيدة سعاد بن صغير الشهير والذي أنهى من خلاله موقفه القديم بإحالة مسألة مراقبة شرط المعاملة بالمثل إلى وزير الشؤون الخارجية. فلأول مرة في تاريخه، صرح مجلس الدولة بإختصاصه السيادي المطلق بمراقبة شرط التطبيق المتبادل للإتفاقيات الدولية (مبدأ المعاملة بالمثل)، ضماناً للمحاكمة العادلة. وهكذا، من الآن فصاعداً، يختص القاضي

الإداري، بفحص شرط التطبيق المتبادل للإلتزام دولي ما دونما الحاجة للرجوع إلى وزير الشؤون الخارجية. هذا التحول في موقف مجلس الدولة يعود في حقيقة الأمر إلى إدانة فرنسا من طرف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لإنتهاكها حق المحاكمة العادلة الذي تضمنه المادة 06 فقرة 01 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. مجلس الدولة الفرنسي أكد في هذا القرار على أنه: ولئن كانت أحكام المادة 55 من الدستور، تنص على أن "المصادقة النظامية على المعاهدات أو الإتفاقيات الدولية ونشرها يجعلها تسمو على القانون شرط مراعاة التطبيق المتبادل من الأطراف الأخرى؛ أي مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل". فإن عدم تطبيق أحكام الإتفاقية من الطرف الآخر يؤدي فقط إلى عدم اعتبار هذا الإلتزام الدولي سام على القانون. وهكذا، فعدم المعاملة بالمثل تجعل منزلة المعاهدة الدولية التي كانت تسمو على القانون تتقهقر في الرتبة، فتصبح بذلك، قاعدة قابلة لتطبيقها، لكن بدرجة أقل من القانون. وبعبارة أدق، فإن معاينة الإخلال بشرط المعاملة بالمثل، حال تطبيق أحكام الإتفاقية الدولية لا يفقدها طبيعتها كقاعدة قانونية قابلة للتطبيق. غاية ما في الأمر، أن القانون الداخلي في هذه الحالة يسمو على الإتفاقية الدولية. إن الإخلال بالتطبيق المتبادل لإتفاقية دولية يجعلها أدنى مرتبة من القانون.

إن الممارسة القضائية الحذرة لم تعد مرحباً بها اليوم. وخوف القاضي من أعمال القانون الدولي خشية التدخل في السياسة الخارجية للدولة، والتي يفودها بنص الدستور رئيس الجمهورية، لم يعد مبرراً، طالما أن شرط المعاملة بالمثل أضحى، بفعل هذا الاجتهاد المتميز، مكنة مطلقة بيد القاضي، يقدره دون إحالة أو تعقيب .

بعد ذلك، تعرضنا إلى سلطة القاضي الوطني في تفسير الإتفاقيات الدولية. من خلال إعطاء لمحة سريعة عن الجذور التاريخية لإشكالية سلطة القضاء في التفسير، ثم عن تفسير القانون بوجه عام، وتناولنا موقف مجلس الدولة الفرنسي الذي ترك من خلاله إتجاهه التقليدي (الذي كان يحيل فيه مسألة تفسير المعاهدات الدولية إلى الحكومة -وزارة الخارجية-) واستأثر مجلس الدولة بهذا الاختصاص ولم يكن صدور هذا القرار بتلك البساطة، فكان نتيجة النقد الشديد لمبدأ إحالة التفسير إلى وزير الخارجية والذي اعتبره

مفوض الحكومة السيد *Daniel Labetoulle* في قضية *Débout* في 27 أكتوبر 1978 "غير مبرر، وبترأ، حقيقياً، للوظيفة القضائية". وانتهينا إلى دعوة القضاء الجزائري لأن يتجاهل تماماً أي نص قانوني يسلب منه صلاحياته وسلطاته، وأن يتمسك باختصاصه في تفسير المعاهدات الدولية بكل سيادة وبشكل يضمن استقلاليته الكاملة في مواجهة السلطتين التنفيذية والتشريعية. وفي الأخير لا يسعنا إلا أن نستعير عبارة مفوض الحكومة *Abraham* في قضية *G.I.S.T.I* بقوله: «إن القاضي هو سيد التفسير *Le juge est maître de l'interprétation*».

دون شك، لم يكن القضاء الفرنسي، العادي والإداري، في حاجة إلى نصوص تشريعية لينتزع استقلاليته ويصرح باختصاصه التفسيري الأصيل لنصوص الإتفاقيات الدولية، بكل سيادة. ولم تعد مبررات منح السلطة التنفيذية ممثلة في وزير الخارجية، سلطة التفسير والزام القاضي بها تصمد أمام التحول الجذري في مفهوم استقلالية وسيادة القضاء بوجه عام. وعبر تاريخه، لطالما كانت جرأة القاضي الإداري الفرنسي هي الباعث لكل تطوير للمفاهيم العميقة التي عرفها القضاء، والعامل الحاسم في وضع حد لتجاوزات الدولة والإدارة. وهكذا أملنا في تطور القضاء الوطني الجزائري.

مسألة التنازع بين المعاهدات الدولية، حال تطبيقها، تناولناها من خلال دراسة وتحليل قرار شهير (*Mr. Eduardo José Kandyrine*) صدر في 2011/12/23، عن الجمعية العامة لمجلس الدولة الفرنسي، حسم موقفه في مسألة التنازع بين الإتفاقيات الدولية، وحدد كيفيات التنسيق فيما بينها.

وبهذا، يكون القاضي الإداري الفرنسي قد طور سلطاته في مادة الرقابة على الإتفاقيات الدولية؛ فمارس سلطته في تفسيرها، ومراقبة شرط المعاملة بالمثل، والرقابة على مجموع شروط نظامية إدراج المعاهدة في النظام الداخلي، وكذلك، مراقبة التنازع بين المعاهدات الدولية. فأصبح القاضي الوطني، شيئاً فشيئاً، خبيراً في مادة القانون الدولي، مستعملاً في ذلك كل الأدوات الضرورية لممارسة تلك الرقابة.

فَنظَرًا لِسُرْعَةِ تَدْفِقِ الْقِيَمِ عِبْرَ الْحُدُودِ، وَلِأَنَّ الْمَرْجِعِيَّةَ الْقَانُونِيَّةَ لِلدَّوَلِ قَدْ تَعَوَّلَتْ بِفَعْلٍ تَأْثِيرَ الْإِتْفَاقِيَّاتِ الدَّوَلِيَّةِ، هَاهُوَ الْقَاضِي الْوَطَنِيُّ يُصْبِحُ اللَّاعِبَ الْأَبْرَزَ فِي تَطْوِيرِ أَحْكَامِ الْقَانُونِ الدَّوَلِيِّ، تَطْبِيقًا وَتَفْسِيرًا، عَلَى الْمُسْتَوَى الدَّاخِلِيِّ. مِنْ هُنَا، وَعَبْرَ هَذَا الْإِجْتِهَادِ الْمَتَمِيزِ، تَوْلَدُ التَّرَاكُمُ الْمَعْرِفِيُّ لِلْمَادَّةِ.

حَقِيقَةً، هُنَاكَ صُعُوبَاتٌ جَمَّةٌ قَدْ تَوَاجَهَ الْقَاضِي الْوَطَنِيُّ، الْمَكُونِ، أَصْلًا، فِي مَدْرَسَةِ الْقَانُونِ الدَّاخِلِيِّ فِي التَّعَامُلِ مَعَ إِشْكَالِيَّاتِ الْقَانُونِ الدَّوَلِيِّ. لِذَا، كَانَ هَذَا الْبَحْثُ الَّذِي حَاوَلْنَا مِنْ خِلَالِهِ تَقْدِيمَ نَظْرَةٍ شَامِلَةٍ لِمَخْتَلَفِ تَقْنِيَّاتِ تَطْبِيقِ الْقَانُونِ الدَّوَلِيِّ، وَكَيْفِيَّاتِ إِعْمَالِهَا، مُقَدِّمِينَ بِذَلِكَ دَلِيلًا عَمَلِيًّا وَمَنْهَجِيًّا لِلْمُمَارَسِ الْقَانُونِيِّ لِلخَوْضِ فِي أَعْمَاقِ هَذِهِ الْمَادَّةِ، الْمَوْصُوفَةِ بِالتَّعْقِيدِ.

أَخِيرًا، مَا نُؤَكِّدُ عَلَيْهِ، وَبِشِدَّةٍ، هُوَ وَجُوبُ الْحَذَرِ حَالِ التَّطْبِيقِ الْقَضَائِيِّ لِلْمَعَاهِدَاتِ الدَّوَلِيَّةِ عَلَى الْمُنَازَعَاتِ الدَّاخِلِيَّةِ. فَمِنْ خِلَالِ اللَّمَسَةِ الْبِرَاغْمَاتِيَّةِ، الَّتِي أَسْبَغَهَا الْإِجْتِهَادُ الْقَضَائِيُّ الْأَجْنَبِيُّ فِي الْكَثِيرِ مِنَ الْحُلُولِ الَّتِي ابْتَدَعَهَا وَطَبَّقَهَا فِي مَادَّةِ الرِّقَابَةِ عَلَى تَطْبِيقِ الْإِتْفَاقِيَّاتِ الدَّوَلِيَّةِ، عَايِنَا أَنَّ هَذِهِ الْمُمَارَسَةَ تَحْمِي، بِالْأَسَاسِ، الْمَصَالِحَ الْوَطَنِيَّةَ لِلدَّوَلِ وَمَوَاطِنِهَا. وَعَلَى أَسَاسِ هَذِهِ الْغَايَةِ النَّفْعِيَّةِ تُبْتَكَّرُ وَتَكَيَّفُ الْحُلُولُ الْقَضَائِيَّةُ.

قائمة

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً. المصادر

- القرآن الكريم، برواية حفص عن عاصم.

ثانياً. المراجع

I. المراجع العربية

1- النصوص الفقهية

أ. المؤلفات

- الأمم المتحدة. الجمعية العامة. الوثائق الرسمية. الدورة السادسة والستون. الملحق 10. تقرير لجنة القانون الدولي للدورة الثالثة والستون. نيويورك. 2012.
- الأمم المتحدة. دليل الاحكام الختامية للمعاهدات المتعددة الأطراف. منشورات الأمم المتحدة. 2005.
- الأمم المتحدة. مفوضية حقوق الإنسان. سلسلة التدريب المهني رقم 7. دليل التدريب على رصد حقوق الإنسان. نيويورك وجنيف. 2001.
- الأمم المتحدة. نظام معاهدات حقوق الانسان. نيويورك وجنيف. 2012.
- بوبشير محند أمقران. النظام القضائي الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية. الطبعة الثالثة. 2003.
- جميل محمد محسن. دراسات في القانون الدولي العام. الكتاب الأول: المقدمات والمصادر. جامعة بنها. 2007-2008.
- حسن بوسقيعة. الوجيز في القانون الجزائري العام. دار هومة. الطبعة الرابعة. 2006.
- شارل روسو. القانون الدولي العام. ترجمة عبد المحسن سعد وشكر الله خليفة. الأهلية للنشر والتوزيع. بيروت. 1987.
- طالب رشيد يادكار. مبادئ القانون الدولي العام. أربيل. الطبعة الأولى. 2009.
- عبد الله أوهابيبية. شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري. دار هومة. الجزائر. 2008.
- علي خليل إسماعيل الحديثي. القانون الدولي العام. الجزء الأول: المبادئ والأصول. دار النهضة العربية. 2010.
- علي صادق أبو هيف. القانون الدولي العام. القسم الثاني. الطبعة 12. منشأة المعارف. الإسكندرية. 2015.
- محمد فؤاد عبد الباسط. اختصاص القاضي الإداري بتفسير المعاهدات الدولية. دار الجامعة الجديدة. 2007.

ب. الدراسات

- سفيان عبدلي. دور مؤسسة النيابة العامة واستقلاليتها: تحولات أوروبية جديدة على ضوء أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. مجلة الجنان لحقوق الإنسان. العدد 06. لبنان. 2014.
- سفيان عبدلي. ضمانات إستقلالية السلطة القضائية بين الجزائر وفرنسا. جامعة محمد خيضر بسكرة. الجزائر. 2011.

2- النصوص القانونية

- الدستور الجزائري لـ 22 نوفمبر 1996، المعدل والمتمم.
- القانون رقم 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري.
- العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية الصادر بتاريخ 19 ديسمبر 1966. انضمت إليه الجزائر في 12 سبتمبر 1989.
- الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين لسنة 1951 المصادق عليها بموجب المرسوم رقم 63-274 الممضي في 25 يوليو 1963.
- الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005. الجريدة الرسمية. العدد 15.
- المرسوم الرئاسي رقم 02-403 المؤرخ في 26 نوفمبر 2002 الذي يحدد صلاحيات وزارة الخارجية. الجريدة الرسمية. العدد 79 لسنة 2002.

3- الإجتهاادات القضائية

- المحكمة العليا. غرفة الجنج والمخالفات. القسم الأول. قرار رقم 167921. صادر في: 2000/02/22.
- المحكمة العليا. الغرفة المدنية. قرار رقم 575899. مؤرخ في: 2010/07/22. المجلة القضائية 2010. العدد الثاني.
- المحكمة العليا. الغرفة المدنية. قرار رقم 288587. مؤرخ في: 2002/12/11. المجلة القضائية 2003. العدد الأول.
- مجلس الدولة. قضية يونين بنك ضد محافظ بنك الجزائر. قرار رقم 2111. صادر في: 2000/05/08. مجلة مجلس الدولة. العدد 06. السنة 2005.
- مجلس قضاء الوادي. محكمة قمار. القسم الاجتماعي. قضية رقم: 739-15. حكم نهائي. فهرس 15-835. 2015-12-16.

- مجلس قضاء الوادي. محكمة قمار. القسم الاجتماعي. قضية رقم: 738-15. حكم نهائي. فهرس 15-833. 2015-12-16.

II. المراجع الأعمية

I. Textes normatifs (Interne & Internationaux)

- La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.
- La Constitution du 4 Octobre 1958.
- La Convention n°97 de l'OIT du 1^{er} juillet 1949 relative les travailleurs migrants, ratifiée par la France et publiée par le décret du 4 août 1954. JORF du 7 août 1954.
- La déclaration gouvernementale du 19 mars 1962 relative à la coopération culturelle entre la France et l'Algérie.
- Code civil français.
- Décret N°98-366 du 6 mai 1998. JORF N°112 du 15 mai 1998.
- Décret N° 2009-14 du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions.
- Décret N° 2011-1950 du 23 décembre 2011 modifiant le Code de justice administrative.

II. Textes doctrinaux

1. Ouvrages

- Agustín José Menéndez, John Erik Fossum. *Law and Democracy in Neil MacCormick's Legal and Political Theory: The Post-Sovereign Constellation*. Springer Science & Business Media. London. 2011.
- Alain Pellet et Alina Miron. *Les Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*. Paris. Dalloz. 2015.
- Anthony Aust. *Handbook of International Law*. Cambridge University Press. London. 2010.
- Anthony Aust. *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge University Press. London. 2007.
- Antoine Masson. *Droit communautaire: Droit institutionnel et droit matériel*. 2^e édition. Larcier. 2009.

- Antonio Truyol y Serra. *Recueil Des Cours-1985-IV. L'Académie de droit international de La Haye*. Martinus Nijhoff Publishers. 1992.
- Benjamin Mulamba Mbuyi. *Introduction à l'étude des sources modernes du droit international public*. Les presses de l'université Laval. Canada. 1999.
- Bob Kieffer. *L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public*. Larcier. 2008.
- Christian BEHRENDT, Frédéric BOUHON. *Introduction à la Théorie générale de L'état*. Edition Larcier. Belgique. 2009.
- David Ruzié, Gérard Teboul. *Droit international public*. 22^e édition. Paris. Dalloz. 2013.
- Donald R. Rothwell, Stuart Kaye, Afshin Akhtarkhavari, Ruth Davis. *International Law: Cases and Materials with Australian Perspectives*. Second Edition. Cambridge University Press. 2010.
- Gilles J. Guglielmi. *Droit administratif général*. Tome I: Les structures. Universitoo. 2003.
- Gilles J. Guglielmi. *Droit administratif général*. Université PANTHEON-ASSAS (Paris II). 2008.
- Hans Kelsen. *General Theory of Law and State*. The Law book Exchange, Ltd. 2009.
- Iris Nguyen-Duy. *La souveraineté du Parlement britannique*. Editions L'Harmattan. 2011.
- Jean Combacau, Serge Sur. *Droit international public*. Montchrestien. 10^e édition. 2012.
- Joe Verhoeven. *Droit international public*. Edition Larcier. Belgique. 2000.
- Joseph Kazadi Mpiana. *La Position du droit international dans l'ordre juridique congolais et l'application de ses normes*. Editions Publibook. France. 2013.
- Julien Cazala. *Le principe de précaution en droit international*. Collection de l'Institut des Hautes Etudes Internationales. LGDJ. Anthémis. Paris. 2006.
- Laurence Potvin-Solis. *Les effets du droit de l'Union européenne sur les compétences des collectivités territoriales*. L'Harmattan. 2013.
- M. Long, P. Weil, G. Braibant. *les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 9^{eme} édition. 1990.
- Manuel Gros. *Droit administratif: l'angle jurisprudentiel*. 4^e édition. L'harmattan. Paris. 2012.

- Marie Gautier. *Droit institutionnel de l'Union européenne*. Presses universitaires de France. 2010.
- Mark Eugene Villiger. *Customary International Law and Treaties: A Study of their Interactions and Interrelations with Special Consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Martinus Nijhoff Publishers. Dordrecht. 1985.
- Michel Pâques. *Droit public élémentaire en quinze leçons*. Larcier. Belgique. 2005.
- Nadine Poulet, Gibot Leclerc. *Droit administratif: sources, moyens, contrôles*. 3^e édition. Bréal. 2007.
- Nathalie Baillon-Wirtz, et autres. *L'enfant, sujet de droits: filiation, patrimoine, protection*. Coll. Axe Droit. Édition Lamy (Wolters Kluwer). Paris. 2010.
- Neil MacCormick. *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*. Oxford. OUP. 1999.
- Pieter van Dijk, Godefridus J. H. Hoof, G. J. H. Van Hoof. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Third Edition. Martinus Nijhoff Publishers. 1998.
- Raymond FERRETTI. *Droit administratif*. Université de Metz. France. 2002.
- Sean Van Raepenbusch. *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*. 3^e édition. Larcier. Belgique. 2001.
- Terry Olsen, Paul Cassia. *Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*. PUF. 2006.
- Yves Chartier. *La Cour de cassation*. 2^{ème} édition. Dalloz. Paris. 2001.

2. Études

- Alain GIRARDET. *La réalité de l'indépendance judiciaire*. Publié sur le site officiel de la Cour De Cassation.
- Bérangère TAXIL. *Les critères de l'applicabilité directe des traités internationaux aux États-Unis et en France*. R.I.D.C. n°1. 2007.
- Catherine Weniger. *La Responsabilité du Fait des Produits pour les Dommages Causes a un Tiers au Sein de la Communauté Européenne*. Etude de droit comparé. Librairie DROZ. Genève. 1994.
- Christophe Guettier. *Le contrôle juridictionnel des actes du Président de la République*. Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger. Tome 114. Numéro spécial 5/6. 1998.

- Claude EMANUELLI. *L'application des traites internationaux et des règles dérivées dans les pays de droit civil et de common law*. Revue générale de droit. Vol. 37. N°2. Éditions Wilson et Lafleur. France. 2007.
- Cohen-Jonathan Gérard. *Activité de la Commission européenne des droits de l'homme*. In: Annuaire français de droit international. Volume 39. Numéro 1. 1993.
- Conseil Supérieur De La Magistrature. *Recueil Des Obligations Déontologiques Des Magistrats*. Dalloz. 2010. XIII.
- Cour de cassation. *Rapport annuel 2013*. disponible sur le site officiel www.courdecassation.fr
- Dana Burchardt. *La primauté sous réserve? Une analyse comparative de la hiérarchisation des normes nationales et internationales par les ordres juridiques internes*. Actes du VIIIe Congrès mondial de l'Association internationale de droit constitutionnel. Mexico. 6-10 décembre 2010.
- Denis Alland. *Consécration d'un paradoxe: primauté du droit interne sur le droit international*. RFDA. n° 14-6. décembre 1998.
- François FERRE. *L'autorité dans la démocratie*. Le 29 mars 2010. asmp.fr.
- Gilbert Guillaume. *Le juge administratif et la combinaison des conventions internationales*. Avis d'amicus. RFDA. N°1. janvier-février. 2012.
- Jean Dhommeaux. *Monismes et dualismes en droit international des droits de l'homme*. In: Annuaire français de droit international. Volume 41. N°1. Editions du CNRS. Paris. 1995.
- Jean FOYER. *La Justice: histoire d'un pouvoir refusé*. la revue pouvoirs. N°16. 1981.
- Jean-François Lachaume. *L'interprétation par le juge administratif des conventions internationales: À propos des conditions de circulation, d'emploi et de séjour des ressortissants algériens et de leur famille*. RFDA. 1990.
- Jean-Louis DEBRE. *Justice et Séparation Des Pouvoirs En Droit Constitutionnel Français*. La deuxième conférence régionale du monde arabe. Qatar. Avril 2008.
- Julien Boucher. *Le juge administratif et la combinaison des conventions internationales*. Conclusions. RFDA. N°1. janvier-février. 2012.
- Marchi Jean-François. *Droit constitutionnel et droit international. La date pertinente pour l'entrée en vigueur, en France, d'une convention internationale; Note sous Conseil d'État, 1^{re} et 2^e s/sect. 7 juillet 2000. Fédération nationale des associations tutélaires, req. n° 213461*. Revue française de droit constitutionnel. Vol 54. No 2. 2003.

- Maziau Nicolas, Cazala Julien, Marie Alexis, Trigeaud Laurent. *Jurisprudence française relative au droit international-2011*. In: Annuaire français de droit international. volume 58. 2012.
- Neil MacCormick. *Beyond the Sovereign State*. Modem Law Review. N°56. 1993.
- Neil MacCormick. *Questioning Post-Sovereignty*. European Law Review. N°29. 2004.
- Réseau Européen Des Conseils De La Justice (RE CJ). *Déontologie judiciaire*. 2009-2010.
- Serge Slama. *Adoption de nouveaux critères de détermination de l'effet direct des normes internationales sans consacrer leur invocabilité systématique*. In Lettre Actualités Droits-Libertés. CREDOF. 14 mai 2012.
- Serge Slama. *Refus d'assurer dans l'ordre interne la primauté des instruments généraux de protection des droits de l'homme sur les autres traités et accords internationaux*. in Lettre: Actualités Droits-Libertés. CREDOF. 30 décembre 2011.
- Thierry S.RENOUX. *La place de la justice dans la constitution de 1958*. conseil-constitutionnel.fr.
- VINCENT, F. DEHOUSSE. *Droit international public*. Partim I. Notes de cours de Jean-Christophe Wérenne. 2001-2002.
- Zeynep Kivilcim Forsman. *Principe D'égalité Entre Le Traité Et La Coutume En Droit International Public*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Volume 45. Issue 1-4. Université d'Ankara. 1996.

3. Thèses

- Audrey GUINCHARD. *La conception française de la séparation des pouvoirs*. Thèse pour le doctorat en droit. Université Jean Moulin. Lyon 3. France. 2001.
- Grégory MARTIN-DIT-NEUVILLE. *Les conteneurs tombés à la mer*. Mémoire de master en droit maritime et des transports. Université de droit et sciences politiques Aix Marseille III. 2009.

III. Jurisprudence

1. Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH. G.C. 31 mars 1998. Requête n° 23043/93 et 22921/93. *Reinhardt et Slimane-Kaïd c/ France*.
- CEDH. 7 juin 2001. Requête n°39594/98. *Kress c/ France*.
- CEDH. 13 février 2003. Requête n° 49636/99. *Chevrol c/ France*.
- CEDH. 5 juillet 2005. Requête n° 55929/00. *Loyen c/ France*.
- CEDH. 12 avril 2006. Requête n° 58675/00. *Martinie c/ France*.
- CEDH. 5^e sect. 17 mars 2009. Requête n° 13113/03. *Ould Dah c/ France*.
- CEDH. 5^e sect. 4 juin 2013. Requête n° 54984/09. *Marc-Antoine c/ France*.

2. Conseil Constitutionnelle

- Cons. constit. 15 janvier 1975. Décision N° 74-54 *relative à l'interruption volontaire de grossesse*.
- Cons. Constit. Décision n° 80-126 DC 30 décembre 1980.
- Cons. Constit. décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986. *Entrée et séjour des étrangers en France*.
- Cons. Constit. Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992. *Traité sur l'Union européenne*.
- Cons. Constit. Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999. *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*.
- Cons. constit. Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004. *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*.
- Cons. constit. Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004. *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*.
- Cons. constit. Décision n°2007-560 DC du 20 décembre 2007. *Traité de Lisbonne*.

3. Conseil d'état

- C.E. sect. 6 novembre 1936. *Arrighi*.
- C.E. Sect. 11 décembre 1959. *Commissaire du Gouvernement près la commission de répartition de l'indemnité des nationalisations tchécoslovaques*.

- C.E. 11 avril 1962. *Société Savana et Société des Etablissements textiles de Modeliaperth.*
- C.E. Ass. 13 juillet 1965. Requête n°5278. *Société Navigator.*
- C.E. Sect. 1^{er} mars 1968. *Syndicat général des fabricants de semoule de France.*
- C.E. 4 novembre 1970. *Sieur de Malglaive.*
- C.E. 15 mars 1972. Requête n° 80242. *Dame veuve Sadok.*
- C.E. 22 décembre 1978. Requête n° 11604. *Cohn Bendit.*
- C.E. Ass. 29 mai 1981. Requête n° 15092. *Affaire Rekhou.*
- C.E. Sec. 18 avril 1986. Requête n° 53934. *société les Mines de potasse d'Alsace.*
- C.E. Ass. 8 avril 1987. Requête n° 79840. *Procopio.*
- C.E. Sec. 23 octobre 1987. Requête n° 72951. *Société Nachfolger navigation Company.*
- C.E. 03 février 1989. Requête n° 74052. *Compagnie Alitalia.*
- C.E. 29 juin 1990. Requête n° 78519. *Affaire GISTI.*
- C.E. Ass. 21 décembre 1990. *Confédération nationale des associations familiales.*
- C.E. Ass. 28 février 1992. requête n° 87753. *SA Rothmans International.*
- C.E. 29 juillet 1994. requête n° 143866. *Préfet de la Seine-maritime.*
- C.E. 10 mars 1995. Requête n° 141083. *Demirpence.*
- C.E. Ass. 3 juillet 1996. Requête n° 169219. *Koné.*
- C.E. Ass. 30 octobre 1996. Requête n° 45126. *Cabinet Revert et Badelon.*
- C.E. 21 février. 1997. Requête n°171893. *Doua.*
- C.E. sect. 23 avril 1997. Requête n° 163043. *GISTI.*
- C.E. Ass. 6 juin 1997. requête n°148683. *Aquarone.*
- C.E. 22 septembre 1997. Requête n° 161364. *Cinar.*
- C.E. Ass. 06 février 1998. Requêtes n° 138777; 147424; 147425. *Tête, Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais.*
- C.E. Ass. 30 octobre 1998. Requêtes n° 200286; 200287. *Sarran et Levacher et autres.*
- C.E. Ass. 18 décembre 1998. Requête n° 181249. *SARL du parc d'activités de Blotzheim et SCI Haselaecker.*
- C.E. Ass. 9 avril 1999. Requête n°180277. *Affaire M^{me} Chevrol-Benkeddach.*

- C.E. 23 février 2000. Requête n° 157922. *Bamba Dieng*.
- C.E. sec. 7 juillet 2000. Requête n° 213461. *Fédération nationale des associations tutélaires*.
- C.E. 14 février 2001. requête n°220271. *Nezdulkins*.
- C.E. 12 novembre 2001. Requête n° 214101. *Watenne*.
- C.E. 8 juill 2002. Requête n° 239366. *Commune de Porta*.
- C.E 30 décembre. 2002. Requête n° 219646. *Fédération Française de basket-ball*.
- C.E. Ass. 5 mars 2003. Requête n° 242860. *Aggoun*.
- C.E. 11 mai 2004. Requête n° 255886. *Association AC*.
- C.E. 7 juin 2006. Requête n° 285576. *Aides et Gisti*.
- C.E. 23 octobre 2006. Requête n° 290966. *De Garate*.
- C.E. 8 février 2007. Requête n° 287110. *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et a*.
- C.E. 16 juillet 2007. Requête n°291545. *Société Tropic Travaux Signalisation*.
- C.E. 9 novembre 2007. requête n° 289063. *Ligue pour la préservation de la faune sauvage et la défense des non-chasseurs*.
- C.E. 27 juin 2008. Requête n° 291561. *Fatima.A*.
- C.E. Ass. 3 octobre 2008. Requête n° 297931. *Commune d'Annecy*.
- C.E. Ass. 30 octobre 2009. Requête n° 298348. *M^{me} Perreux*.
- C.E. Ass. 9 juillet 2010. Requête n° 327663. *Fédération nationale de la libre pensée et autres*.
- C.E. Ass. 9 juillet 2010. Requête n° 317747. *Affaire M^{me} Souad Cheriet-Benseghir*.
- C.E. Sec. 14 octobre 2011. Requête n° 329788, requête n° 329789, requête n° 329790, requête n° 329791. *Om Hashem Saleh et autres*.
- C.E. Ass. 23 décembre 2011. Requête n° 303678. *M. Eduardo José Kandyrine de Brito Paiva*.
- C.E. Ass. 11 avril 2012. Requête n°322326. *GISTI et FAPIL*.
- C.E. 4 juillet 2012. Requête n° 341533. *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes*.
- C.E. SSR. 10 février 2014. Requête n° 358992.

4. Cour de cassation

- Cass. 16 mai 1961. *le Breton c/Delle Loesch*.
- Cass. ch. Mixte. 24 mai 1975. pourvoi n° 73-13556. *Société des cafés Jacques Vabre*.
- Cass. Crim. 6 octobre 1983. pourvoi n° 83-93.194. *Bull. crim.* 1983. n° 239.
- Cass. Civ. 6 Mars 1984. *Affaire Kryla*.
- Cass. Crim. 15 octobre 1991. n° 90-86-791.
- Cass. 1^{ère} civ. 10 mars 1993. *Le jeune*, D. 1993.361. Note Massip; 3 juin 1993. *Babinet*, *Bull. civ. I.* n° 195.
- Cass. Ass. plén. 2 juin 2000. Pourvoi n° 99-60.274. *Fraisie*.
- Cass. Crim. 31 janvier 2001. Pourvoi n° 00-82.341.
- Cass. Crim. 13 mars 2001. pourvoi n° 00-87.215. *Bull. crim.* 2001. n° 64. *Procureur général près la cour d'appel de Paris c/ Association SOS Attentats et autres*.
- Cass. 1^{er} civ. 29 mai 2001. Pourvoi n° 99-16.673. *Association pour la sécurité aérienne en Afrique et à Madagascar (Asecna)*.
- Cass. Crim. 23 octobre 2002. Pourvoi n° 02-85.379.
- Cass. Soc. 26 novembre 2002. pourvoi n° 00-44.403. *Bull.* 2002. V, n° 355.
- Cass. Crim. 17 juin 2003. pourvoi n° 02-80.719. *Bull. crim.* 2003. no 122.
- Cass. Crim. 23 novembre 2004. pourvoi n° 04-84.265. *Bull. crim.* 2004. n° 292.
- Cass. 1^{ère} civ. 18 mai 2005. pourvoi n° 02-20.613. *Bull.* 2005. I. n° 212.
- Cass. 1^{ère} civ. 18 mai 2005. N° 02-20613. *M. François X c/Madame Nicole Y*.
- Cass. Soc. 29 mars 2006. pourvoi n° 04-46.499. *Bull.* 2006. V, n° 131.
- Cass. Civ. 1^{ère}. 11 juillet 2006. Pourvoi n° 02-20389. *Tunisian Sea Transport Company c. Etat français*.
- Cass. Soc. 1^{er} juillet 2008. pourvoi n° 07-44.124. *Bull.* 2008. V, n° 146.
- Cass. Soc. 16 décembre 2008. pourvoi n° 05-40.876. *Eichenlaub c/ Axia Bull.* 2008. V, n° 251.
- Cass. 1^{re} Civ. 4 juin 2009. pourvoi n° 08-13.541. *Bull.* 2009. I. n° 116.
- Cass. Soc. 4 novembre 2009. pourvoi n° 08-60.593. *Bull.* 2009. V, n° 242.
- Cass. Crim. 19 janv. 2010. Pourvoi n° 09-84.818. *Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs «Fenvac SOS Catastrophe» et autres*.
- Cass. Soc. 13 octobre 2010. pourvoi n° 09-71.591.
- Cass. Soc. 14 avril 2010. pourvoi n° 08-45.247. *Bull.* 2010. V, n° 96.
- Cass. Soc. 18 janvier 2011. pourvoi n° 09-40.094. *Bull.* 2011. V, n° 25.
- Cass. 1^{re} Civ. 9 mars 2011. pourvoi n° 09-14.743. *Bull.* 2011. I. n° 49.

- Cass. 1^{re} Civ. 28 septembre 2011. pourvoi n° 09-72.057. *Bull.* 2011. I. n° 153.
- Cass. Soc. 28 février 2012. pourvoi n° 11-18.952. *Bull.* 2012. V, n° 77.
- Cass. Soc. 10 Mai 2012. pourvoi n° 10-28.512. *Bull.* 2012. V, n° 137.
- Cass. 1^{re} Civ. 23 mai 2012. pourvoi n° 11-17.716. *Bull.* 2012. I. n° 114.
- Cass. Soc. 23 janvier 2013. pourvoi n° 10-20.568. *Bull.* 2013. V, n° 18.
- Cass. Soc. 26 mars 2013. pourvoi n° 11-25.580. *Bull.* 2013. V, n° 82.
- Cass. Crim. 19 mars 2013. pourvoi n° 12-81.676. *Bull. crim.* 2013. n° 65.
- Cass. 1^{re} Civ. 28 mars 2013. pourvoi n° 11-13.323. *Bull.* 2013. I. n° 64.
- Cass. 1^{re} Civ. 28 mars 2013. pourvoi n° 10-25.938. *Bull.* 2013. I. n° 62.
- Cass. 1^{re} Civ. 28 mars 2013. pourvoi n° 11-10.450. *Bull.* 2013. I. n° 63.
- Cass. 1^{re} Civ. 15 mai 2013. pourvoi n° 12-16.243.

الفقه
الشرعي

الفهرس

أ-.....	مقدمة
7.....	الفصل الأول وضع القانون الدولي في النظام القانوني الداخلي
7.....	المبحث الأول التزام الدولة بالاتفاقيات الدولية
8.....	المطلب الأول التوقيع
10.....	المطلب الثاني التصديق
13.....	المطلب الثالث الإنضمام أو الموافقة
14.....	المطلب الرابع الإتفاقات ذات الشكل المبسط
15.....	المطلب الخامس التحفظات والإعلانات التفسيرية
28.....	المبحث الثاني علاقة القانون الدولي بالقانون الداخلي
29.....	المطلب الأول نظرية الإزدواج القانوني
34.....	المطلب الثاني نظرية الوحدة القانونية
37.....	المطلب الثالث النظرية التعددية ورفض فكرة تدرجية القواعد
41.....	المطلب الرابع مكانة القانون الدولي في النظام القانوني الداخلي
42.....	الفرع الأول مكانة قواعد القانون الدولي في مواجهة الدستور
44.....	الفرع الثاني مكانة قواعد القانون الدولي في مواجهة القوانين الوطنية
49.....	الفرع الثالث مكانة قواعد القانون الدولي العرفي في النظام القانوني الداخلي
49.....	أولاً. في قضاء مجلس الدولة
54.....	ثانياً. في قضاء محكمة النقض
54.....	1. أمام الغرف المدنية لمحكمة النقض
57.....	2. أمام الغرف الجزائية لمحكمة النقض
64.....	الفرع الرابع مكانة قواعد الأمر في القانون الدولي في ظل النظام القانوني الداخلي

69.....	الفصل الثاني سلطات القاضي الوطني في مادة الرقابة على الإتفاقيات الدولية.....
69.....	المبحث الأول مراقبة القاضي الوطني لشروط تطبيق الإتفاقيات الدولية.....
69.....	المطلب الأول مراقبة صحة إجراءات التصديق على المعاهدة.....
77.....	المطلب الثاني مراقبة شرط نشر أحكام الإتفاقيات الدولية.....
81.....	المطلب الثالث مراقبة شرط الأثر المباشر والقابلية للاحتجاج.....
99.....	المطلب الرابع مراقبة شرط المعاملة بالمثل.....
107.....	المبحث الثاني سلطة القاضي الوطني في تفسير الاتفاقيات الدولية.....
110.....	المطلب الأول الجذور التاريخية لإشكالية سلطة القضاء في التفسير.....
114.....	المطلب الثاني تفسير القانون بوجه عام.....
119.....	المطلب الثالث تفسير القاضي للمعاهدات الدولية.....
127.....	المطلب الرابع حسم التنازع بين المعاهدات الدولية.....
140.....	الخاتمة.....
149.....	قائمة المراجع.....
162.....	الفهرس.....

مُلخَص

في دولة القانون، يفرض الدستور احترام مجموعة من القواعد القانونية، متعددة المصادر، تشكل الشرعية. هذه الكتلة تتجسد عبر هرم من القواعد تدرج، تراتبيا، بحسب قوتها المعيارية، ويعتبر الدستور في قمة هرم النظام القانوني للدولة. هنا، يجد القاضي الوطني نفسه أمام ضرورة ضمان احترام القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى، وضمان التطبيق القضائي للمعاهدات الدولية، التي يمنحها الدستور مرتبة تسمو على القانون.

هذا التطبيق القضائي للاتفاقيات الدولية على المستوى الداخلي، لا يخلو من الصعوبات. لذلك، فالإمام بمختلف تقنيات تطبيق المعاهدات الدولية، وكيفية فض النزاع بين القواعد الدولية والقواعد الداخلية، ذو أهمية قصوى في هذا المجال.

وهكذا، تناولنا في هذه الدراسة مختلف الأدوار التي يمارسها القاضي الوطني في مجال تطبيق قواعد القانون الدولي، من خلال مراقبة إنفاذية القوانين، الرقابة على مجموع شروط نظامية إدراج المعاهدة في النظام الداخلي، مراقبة شرط المعاملة بالمثل، الأثر المباشر وقابلية الإحتجاج بالمعاهدات الدولية وتفسيرها ومراقبة النزاع المحتمل بين مختلف قواعدها، حال التطبيق. شيئا فشيئا، أصبح القاضي الوطني خبيراً في مادة القانون الدولي، من خلال تطويره لمختلف الأحكام المطبقة في هذا الشأن.

Résumé :

La constitution impose, dans l'Etat de droit, le respect d'un ensemble de règles de multiples origines et qui forment la légalité. Ce bloc de légalité est incarné à travers une pyramide de règles classées par ordre (hiérarchiquement), selon leur force normative ; la constitution étant considérée comme étant au sommet du système juridique de l'Etat. Le juge national se trouve ici en face de la nécessité d'assurer de faire respecter la norme la plus basse de la norme suprême et de veiller à l'application judiciaire des traités internationaux, auxquels la constitution donne une autorité supérieure à celle des lois.

Cette application judiciaire des traités internationaux au niveau interne n'est pas sans difficultés. Par conséquent il faut se familiariser avec les différentes techniques d'application des traités internationaux ainsi que les méthodes de résolution des conflits entre les normes internationales et celles nationales ; ce qui a une importance capitale dans ce domaine.

Ainsi, nous avons traité dans la présente étude les différents rôles exercés par le juge national dans le domaine de l'application des règles du droit international à travers le contrôle de la conventionnalité des lois, le contrôle de l'ensemble des conditions de régularité permettant d'introduire les traités dans le système interne, le contrôle de la condition de réciprocité, l'effet direct et l'invocabilité des traités internationaux, leur interprétation et le contrôle des conflits potentiels entre les différentes règles du droit international. Peu à peu, le juge national est devenu expert en matière de droit international après avoir développé les différentes solutions appliquées en pareille matière.