المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي بتيسمسيلت
معهد العلوم القانونية و الإدارية
قسم القانون العام

دور المحكمة الأوروبية في إرساء قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان

مذكرة تخرج ضمن مُتطلبات نيل شهادة الماستر

تخصص : قانون دولي

إعداد الطالب:
– قاهر عبد القادر
– قراش رابح

تحت إشراف الأستاذ
* مالكي توفيق

أمام لجنة المناقشة المكونة من السادة :

الأستاذ : قيرع عامر	رئيسا
الأستاذ :مالكي توفيق	مشرفا و مقررا
الأستاذ : قزران مصطفى	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2017–2018

شكر وعرفان

الحمد لله الذي انعم علينا بأذن أرشدنا لطريق
الهداية ودلنا على طريق العلم شاكرين إياه
على فضله وإحسانه وتوفيقه لنا قبل كل شيء.

ونتقدم بخالص الشكر والامتنان لأستاذنا
الفاضل مالكي توفيق "الذي أشرف على توجيهنا
طوال مراحل هذا البحث ولم يبخل بإرشاداته
ونصائحه القيمة وتحمله تعب التصحيح
والتوجيه ، كما نقدم جزيل الشكر إلى كل

إهـــداء

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على النبي المصطفى

من لا نبي بعده ومن ولاه.

أما بعد

اهدي ثمرة جهدي وعملي هذا إلى أعظم سيدة في الوجود إلى بلسم حياتي إلى من روتني بجناحها إلى التي جعل الله الجنة تحت أقدامها أطال الله في عمرها أمي الغالية.

إلى الذي أعطاني آمالا لاستمرار النجاح وحثني على العلم والتعلم ولم يبخل علي يوما، إلى من أنار دروب الحياة وكافح من أجلي والذي سيضل عظيما ورمزا للعطاء والمحبة أطال الله في عمره أبي الفاضل.

إلى ركيزة منزلي وسندي في الحياة، الزوجة العزيزة ،إلى زهور البيت وفرحته أولادي.

إلى أخوتي و أخواتي دون استثناء

إلى كل أفراد عائلتي الذين أكن لهم المحبة والاحترام، إلى كل من يسعهم قلبي ولا تسعهم هذه الورقة إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع.

قاهر عبد القادر

إهـــداء

إلى القلب الذي يحب ولا يمل ويعطي ولا يكل.

إلى الحضن الدافئ حيث الأمان

إلى أمي ألف شكر

إلى من علمني أن الحياة مبادئ فاضلة وأخلاق سامية

إلى من وهب عطاء عمره من أجلي وأضاء لي دروب حياتي

إلى من جد وسعى من أجل راحتي

إلى أغلى الناس والـدي العزيز

إلى من ترعرعت معهم منذ صغري وكانوا لي سندا في

هذه الدنيا إخوتي وأخواتـي

قراش رابح

مقدمة

لقد شهدت الساحة الدولية عدة تحولات عميقة أدت إلي بروز قضية حقوق الإنسان التي أصبحت تفرض نفسها بقوة في مختلف المجالات و الميادين عبر الساحة الدولية ، كما أن التعمق في مفهوم حقوق الإنسان و إختلاف أبعاده و مقاصده و تعاقب الأحداث بين المفكرين و المختصين القانونيين والسياسيين بدأ يزداد حدة و تطورا بمرور الأيام ،وقد شهدت قضايا حقوق الإنسان انطلاقاتها على المستوى العالمي منذ الأربعينات و هو ما تجسد في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10-12-1946 وما تلى ذلك من مواثيق و عهود و إتفاقيات دولية تتعلق بحقوق الإنسان و لعل أبرزها العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية سنة 1966 و العهد الدولي المتعلق بالحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية.

و قد تزامن هذا الإهتمام العالمي بحقوق الإنسان مع إهتمام إقليمي مماثل في كل من القارة الأمريكية و الأفريقية و الأوربية ، هذه الأخيرة شهدت تطورات مختلفة و معتبرة في مجال كفالة حماية حقوق الإنسان ، حيث يعد القانون الأوربي لحقوق الإنسان من بين أعقد القوانين الخاصة بحقوق الإنسان سواء تعلق الأمر بنوعية الحقوق المضمونة أو بنظام الحماية المعد من أجل تكريس و مراقبة تطبيق هذه الحقوق من خلال سن مجموعة القوانين المكرسة لحقوق الأفراد و حرياتهم و على رأسهم الإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان وبروتوكولاتها المكملة و زيادة على ذلك نجد أن مجلس أوربا لم يكتف بسن القوانين بل كفلت لها جهاز يسهر على تطبيق هذه الحقوق و ضمان إحترامها من قبل الدول المتعاقدة و حتى الأفراد و هي المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي لم يقتصر دورها على رقابة مدى تطبيق الإتفاقية ، بل إمتد دورها في الوقوف على الأوضاع الجديدة التي طرأت على الساحة الأوربية و التي لم تكن منظمة من قبل الإتفاقية ومحاولة تنظيمها و تقنينها .

و لكن قبل التطرق إلى الدور المستحدث من قبل المحكمة الأوربية لابد أن نقف على شرح بعض المصطلحات حتى يتسنى لنا فهم هذا البحث ، و من أهم هذه المصطلحات القانون الأوربي لحقوق الإنسان و المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان .

حيث يتكون القانون الأوربي لحقوق الإنسان أساسا من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان و الحريات الأساسية لعام 1950 و بروتوكولاتها المكملة بالإضافة إلى مصادر أخرى ، الاتفاقية الأوربية لمنع التعذيب والمعاملة القاسية و المهينة لعام 1987 و غيرها من الإتفاقيات المبرمة في إطار مجلس أوربا و الإتحاد الأوربي كالميثاق الإجتماعي الأوربي و كذلك الإتفاقية الأولية لحقوق الإنسان و الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948 و الذي يعتبر مصدر استثنائي يعتمد عليه القاضي الأوربي لتفعيل حماية حقوق الإنسان عن طريق المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، حيث تعتبر هذه المحكمة الجهاز القضائي الوحيد المكلف بتطبيق الإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان و هذا منذ صدور برتوكول رقم 11 الصادر سنة 1998 الذي قام بإلغاء اللجنة الأوربية لحقوق الإنسان ، حيث تم إنشاء هذه المحكمة سنة 1958 بعد موافقة ثماني دول من مجلس أوربا على التشكيلة و حسب التنظيم الداخلي للمحكمة فإن مصطلح المحكمة الأوربية ينصرف على تشكيلات الهيئة القضائية الجديدة التي تقوم بتطبيق القانون الأوربي لحقوق الإنسان و تعمل على تفسير المواد وتطبيقها بشكل يساهم في تطوير و إثراء القانون الأوربي و المساهمة في إرساء قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان ، على سبيل المثال يرى الأستاذ **أنطونيو كاسيسي** بأن بعض الهيئات القضائية الجنائية الدولية قد أخذت بعين الإعتبار بالإجتهاد القضائي في المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان وفي نفس الوقت فإن لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة أخذت إجتهاد المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان ، كما أن هذا التأثير إمتد ليشمل هيئات دولية إقليمية كاللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب، بالإضافة إلى ذلك حضور الإجتهاد القضائي للمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في عمل الوكالات الدولية المتخصصة هذا من جهة ، و من جهة أخرى نجد النفوذ التي تتمتع به معظم دول أوربا في العالم و الذي نراه مجسدا في أعلى الهيئات الدولية على رأسها مجلس الأمن حيث يحوز على ثلاثة أعضاء من بين الخمسة الدائمين ، و بما أن الإجتهاد القضائي للمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان يلقى هذا الإحترام و التقدير من طرف القانون الدولي لحقوق الإنسان فالجدير بنا

الوقوف على هذا الدور الكبير الذي تلعبه المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في تطوير وإرساء قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان وعليه نطرح الإشكالية التالية :

ما مدى مساهمة المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في تطوير و إرساء قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان ، و ما هي الأساليب التي إعتمدتها من أجل تكريس هذا التطوير .

الحقيقة أن طريقة عمل المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان تشتمل على أسلوبين مهمين تتمثل الأول في التفسير، حيث تعمل المحكمة على تفسير المواد على نحو يحقق الهدف و الغرض من الإتفاقية و في إطار موضوعها ، و عليه فإنها تتبع قواعد و مبادئ خاصة به تجعل من أسلوب التفسير المعتمد أكثر نجاعة هذا من جهة و من جهة أخرى نجد الأسلوب الثاني و الذي لا يقل أهمية عن الأسلوب الأول المتمثل في التطبيق التكاملي لمواد الإتفاقية حيث يعتمد هذا الأسلوب على الإنسجام و التنسيق و محو التناقضات من أجل وضع مواد الإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان حيز التطبيق .

ومن أهم الصعوبات التي واجهتنا عند إعدادنا لهذه المذكرة ندرة المراجع المتخصصة باللغة العربية بالإضافة إلى التداخل الكبير للأسلوبين المعتمدين من قبل المحكمة حيث الكثير من الأساتذة الأوربيين قاموا بدمج هاذين الأسلوبين و إعتبارهما كأسلوب واحد ، و بعض الأساتذة الآخرين ميزوا بينهما وفصلوهما عن بعضهما البعض ، زيادة على ذلك تداخل بعض المفاهيم الحمائية لحقوق الإنسان لدى المحكمة الأوربية.

حيث إعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج التحليلي و النقدي و الوصفي أحيانا فمن جهة نجد أن هذا البحث يستدعي تحليلا لمضمون مبادئ التي يقوم عليها التفسير و كذلك تقنيات التطبيق التكاملي ومدى مسايرتها لتطوير القانون الدولي لحقوق الإنسان ، ومن جهة أخرى الإشارة إلى بعض التعريفات وسرد بعض المفاهيم ذات الأهمية لهذا الموضوع ، وبناءا على هذا قسمنا خطة الدراسة بحسب النظام القانوني للمحكمة

الأوربية و دورها في تطوير قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان إلى فصلين، الفصل الأول يتناول الهيكل التنظيمي للمحكمة الأوربية و اختصاصاتها و الفصل الثاني يتطرق إلى دور المحكمة الأوربية في توسيع و ترقية قواعد القانون الدولي لحقوق الانسان.

الفصل الأول

الهيكل التنظيمي للمحكمة الأوربية و اختصاصاتها

الفصل الأول : الهيكل التنظيمي للمحكمة الأوربية و اختصاصاتها.

تعد المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان الآلية الوحيدة التي نصت عليها الاتفاقية الأوربية بعد إلغاء اللجنة الأوربية لحقوق الإنسان وفقا للبرتوكول 11 المضاف لها و التي صدرت في عام 1950. ودخلت حيز التنفيذ 1953 ، فقد كرست الاتفاقية في القسم الثاني(المواد من 19-51) و التي نصت على تشكيل المحكمة و اختصاصاتها و إجراءاتها المتبعة لتحـــقيق العـدالة و المساواة في حقوق الإنسان[1].

وفقا للبرتوكول الحادي عشر المعتمد عام 1953 و الذي دخل حيز التنفيذ عام 1998 فإن الهيئة القضائية للمحكمة يبدأ تشكيلها بالجمعية العامة التي تتكون من جميع قضاة المحكمة و من اختصاصها اختيار رئيس المحكمة ، وتنظم طرق انتخاب القضاة و مدة عضويتهم ، و كذلك قلم المحكمة ومساعديه.

و حسب البرتوكول الحادي عشر تنعقد المحكمة في لجان و في غرف مداولة صغرى و كبرى والذي ساهم في تبسيط نظام التقاضي أمام المحكمة و جعله أكثر فعالية ، و إن كانت هناك بعض العيوب فإنه تم معالجتها بالبرتوكول الرابع عشر عليه في 2004/05/13 و الذي دخل حيز النفاذ حيز النفاذ (2010/06/01)[2].

أما فيما يتعلق باختصاصات المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان فإنها تنقسم إلى إختصاص قضائي واختصاص إفتائي إستشاري بخصوص بعض المسائل القانونية المتعلقة بتفسير الاتفاقية و البرتوكولات الملحقة بها.

و على ضوء ما سبق تم تقسيم الفصل الاول إلى مبحثين :

يعالج المبحث الأول الهيكل التنظيمي للمحكمة الأوربية في مطلبين ، المطلب الأول يتناول تشكيل الهيئة القضائية للمحكمة الأوربية و المطلب الثاني درجات التقاضي أمام المحكمة الأوربية .

و يعرض المبحث الثاني اختصاصات المحكمة الأوربية و ذلك في مطلبين، الأول الاختصاص القضائي للمحكمة و المطلب الثاني الاختصاص الإفتائي الاستشاري كمايلي.

---

[1] – عبد العظيم الجنزوري ، الإتحاد الأوربي (الدولة الكونفيدرالية) ، منشورات الجامعة الجديدة ، القاهرة ، عام 1999 ، ص 46.

2- إن البرتوكول الرابع عشر يشترط لدخوله حيز التنفيذ مصادقة جميع دول مجلس أوروبا دون استثناء (المصادقة بالإجماع 47 دولة)

المبحث الأول: الهيكل التنظيمي للمحكمة الأوربية

يتكون الجهاز القضائي للمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان من عدد من القضاة مساوي لعدد الدول الأعضاء لمجلس أوربا حسب نص المادة 20 من البرتوكول الإضافي رقم11.[1]

و يتم انتخاب القاضي لمدة 06 سنوات حسب المادة 23 من البرتوكول الحادي عشر و التي عدلت بالبرتوكول الرابع عشر إلى تسعة سنوات لولاية واحدة غير قابلة للتجديد.من خلال هذا المطلب يمكن التعرف على تشكيل المحكمة

المطلب الأول: تشكيل الهيئة القضائية للمحكمة الأوربية

حددت الاتفاقية الأوربية و المعدلة بالبرتوكول الحادي عشر تشكيل الهيئة القضائية للمحكمة وكيفية أداء مهامها و حقوق و واجبات القضاة و حكم المحكمة و مساعديه و كذا هيكلة الجمعية العامة و واجباتها و هذا ما تتعرض له الفروع التالية .

الفرع الأول :قضاة المحكمة

يعالج هذا الفرع ما تعلق بعدد القضاة و مؤهلاتهم و ترشيحهم و كيفية انتخابهم و مدة ولايتهم وكذلك واجباتهم و حصانتهم وفقا للاتفاقية و البرتوكولات المعدلة له كمايلي.

أولا : عدد القضاة

نصت المادة 20 من الاتفاقية الأوربية المعدلة بالبرتوكول 11 على أن يكون عدد قضاة المحكمة مساو لعدد أطراف الاتفاقية و التي وصل مجموعها إلى 46 دولة بعد إنضمام روسيا كما يمكن لدولة طرف في الاتفاقية الأوربية أن ترشح قاضي من جنسية دولة طرف في هذه الاتفاقية أي يمكن تواجد أكثر من قاضي يحملون نفس الجنسية و هذا إضافة التعديل البرتوكول الحادي عشر بعد دخوله حيز التنفيذ .

ثانيا : مؤهلات القضاة و صفاتهم

يجب توافر في القضاة الشروط اللازمة لممارسة أعلى الوظائف القضائية في الدولة كما حددته الفقرة الأولى من المادة 21 من الإتفاقية الأوربية المعدلة ، حيث يجب أن يتمتعوا بصفات أخلاقية سامية ، و أن يكونوا حائزين على المؤهلات المطلوبة لتعيينهم في منصب قضائي عالي ، و أن يكونوا ذوي كفاءة معترف بها.[2]

---

[1] – البروتوكول الاضافي رقم 11

[2] – لمادة 21 ' الفقرة 01من البرتوكول رقم 11 المعدل للاتفاقية الاوربية ص84

ويلاحظ أن الإتفاقية الأوربية ركزت بشكل كبير على مجال تخصص الأعضاء بصورة دقيقة حيث أنه يفضل غالبا أساتذة الجامعة المتخصصين أو من يشغلون الوظائف القضائية العليا في بلادهم سواء يمارسون العمل أو متقاعدين .

ويمارس القضاة مهامهم بصفتهم الشخصية طبقا للمادة (21) من الفقرة 02 من الإتفاقية الأوربية المعدلة بالبرتوكول رقم (11) [1] ويمنع عنهم ممارسة أي نشاطات خلال عضويتهم تتنافى مع متطلبات الإستقلالية و النزاهة و التفرغ الكامل لأعمال المحكمة و تفصل المحكمة في كل مسألة تتعلق بذلك .

و لقد أوحت الجمعية البرلمانية لمجلس أوربا لجنة الوزراء داعية حكومات الدول الأعضاء الى ضبط سن الترشح ، أي لا يفوق سن 60 مع ضرورة تعهد المترشحين رسميا بالإستقالة من عملهم بالمحكمة عند بلوغهم السبعين ، مع إقصاء من كانوا بسبب طبيعة عملهم غير مستقلين عن حكوماتهم إلا إذا تعهدوا بالإستقالة إذا تم إنتخابهم لعضوية المحكمة ، كما دعت الجمعية أعضائها لعدم التصويت لصالح المترشحين الذين لا يقدمون تعهدات .[2]

و قد أضافت اللائحة الداخلية للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان . نصوص تضمن إستقلالية فضاة المحكمة وفقا للمادة (24) التي تنص على أنه لا يجوز للقاضي أن يشترك في النظر في الدعوى إذا توفرت فيه إحدى الحالتين :

- إذا سبق و أن نظر في القضية بصفته وكيلا أو مستشارا أو عضو في المحكمة أو لجنة التحقيق .
- إذا كانت له مصلحة شخصية في القضية المنطورة.

و كذلك نصت اللائحة في مادتها (24) على منح القاضي حق التنحي عن النظر في الدعوى المعروضة أمامه بعد إخطار رئيس المحكمة ، و على ذلك فإن النظام الداخلي للمحكمة أعطى حق التنحي للقاضي عند النظر في الدعاوى يتوفر مبررات لذلك ، حيث يتضح أن إجراء تنحي القاضي يعتبر حق و ليس واجب في نظر القانون الإداري لحقوق الإنسان [3].

ثالثا : ترشيحهم و إنتخابهم

---

[1]-ا لمادة 21 ' الفقرة 01من البرتوكول رقم 11 المعدل للاتفاقية الاوربية ص84

[2]- الاتفاقية تتطلب التخصص الدقيق في مجال حقوق الانسان

[3]- مصطفى عبد الغفا ر ' ضمانات حقوق الانسان على المستوى الاقليمي ' رسالة دكتوراع ' منشورات مركز القاهرة لدراسة حقوق الانسان ' القاهرة ' 2004' ص259

يتم إنتخاب قضاة المحكمة وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة 22 من البرتوكول 11 المعدل للإتفاقية الأوربية بأغلبية الأصوات لأعضاء الجمعية البرلمانية لمجلس أوربا في جلسة سرية بناء على قائمة لكل دولة عضوا تضمن ثلاثة مترشحين ([1]).

ووفقا للمادة 14 من النظام الداخلي فإنه من واجب المحكمة إتباع سياسة التمثيل المتوازن بين الجنسين (الرجال و النساء) في كل المناصب المتعلقة بالمحكمة خلال الإنتخاب .

و يجوز للقاضي أن يستقيل من وضيفته حسب نص المادة (6) من النظام الداخلي للمحكمة .

رابعا : مدة تولي المنصب

وفقا للفقرة الأولى من المادة 23 من البرتوكول رقم 11 المعدل للإتفاقية الأوروبية ينتخب قضاة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لمدة ست سنوات قابلة للتجديد ولكن عدلت بالبرتوكول رقم14 لتصبح المدة 09 سنوات غير قابلة للتجديد ([2]).وتنتهي مدة عضوية نصف القضاة المختارين عند الإنتخاب الأول ثلاث سنوات بحيث يقع على عاتق الأمين العام لمجلس أوروبا إختيار هؤلاء القضاة بعد إجراء عملية القرعة تتم مباشرة بعد إنتخابهم ([3])

كما يجوز للجمعية البرلمانية لمجلس لأوروبا و يقصد تجديد ولاية نصف القضاة كل ثلاث سنوات قبل القيام بأي إنتخاب لاحق و لكن دون أن تتجاوز هذه المدة 09 سنوات و لا تقل عن 03 سنوات ([4]) .

ويشغل قضاة المحكمة الأوروبية وظائفهم حتى يتم إستبدالهم و يتابعون النظر في القضايا التي سبقت وعرضت عليهم حتى يتم الفصل فيها طبقا للمادة 23 الفقرة 07 من البرتوكول رقم 11 ولا يجوز عزل القاضي كونه لا يفي بالشروط التي حددتها هذه الإتفاقية إلا إذا وافق على ذلك أغلبية القضاة .

خامسا : واجبات القضاة و حصاناتهم و مميزاتهم

1- مصباح الطاهر حمادي المرجع السابق

2- د محمد أمين الميداني .دراسات في الحماية الإقليمية لحقوق الإنسان ، مرجع سابق .ص 198

3- المادة 03 الفقرة 02 من البرتوكول رقم 11 المعدل للإتفقاقية الأوروبية

4- المادة 23 الفقرة 03 من البرتوكول رقم 11 المعدل للإتفاقية الأوروبية .

حسب نص المادة 51 من الاتفاقية الأوروبية [1] يتمتع قضاة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بكل الميزات و الحصانات و الضمانات التي حددتها المادة 40 من ميثاق مجلس أوروبا [2].

كما أن البرتوكول رقم 04 المضاف للإتفاق العام حول امتيازات و حصانات أعضاء مجلس أوروبا والموقع في 1961/12/13 و الذي أصبح ساري المفعول منذ ذلك التاريخ و الذي يتضمن تعريف و تحديد الإمتيازات و الحصانات التي يتمتع بها قضاة المحكمة الأوروبية .

حيث تقضي المادة الثانية بأن القضاة يتمتعون أثناء مباشرتهم لوظائفهم أو خلال الرحلات التي يقومون بها بسبب مباشرة وظائفهم بالإمتيازات و الحصانات التالية :

أ/- الحصانات ضد القبض و الاعتقال أو حجز أمتعتهم الشخصية و تمتع أقوالهمم و كتاباتهم بحصانات قضائية .

ب/- أعضاؤهم مع مرافقوهم من جميع الإجراءات الخاصة بحرية التنقل الدخول و الخروج في التي يقيمون فيها و الدول التي يباشرون فيها وظائفهم و إعفاؤهم من إجراءات التسجيل في الدول التي يزورونها أو يمرون بها [3].

كما تشير المادة الثالثة 03 أنه خلال إنتقال القضاة في مباشرة مهامهم يتمتعون بالإمتيازات الجمركية ورقابة الصرف الآنية .

من جانب حكوماتهم يتمتعون بالتسهيلات المعترف بها لكبار موظفي الدولة عند ممارسة مهامهم الرسمية الموقتة في الخارج .

أما من جانب حكومات الدول الأعضاء فيتمتع قضاة المحكمة بالإعفاءات المعترف بها لرؤساء البعثات الدبلوماسية ، و تنص المادة الرابعة على حرمة وثائق و إدارات المحكمة و القضاة في الإعتداء عليها أو حجزها أو الرقابة عليها .

و تقضي المادة الخامسة بالحصانات القضائية لأقوال و الكتابات و الأعمال التي يقومون بها خلال مباشرتهم لوظائفهم .

1- المادة 51 من الإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان .

2- المادة 40 من ميثاق مجلس أوربا

3- بحث الأستاذ/ محمد جمعة عبد المحامي ، موقع مجلة الكلمة إبداع و إلتزام ، و ذلك حول المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ص 5 و 6.

كما تشير المادة السادسة إلا أن الإمتيازات و الحصانات التي يتمتع بها القضاة ليست مقررة لتحقيق مصلحة شخصية لهم بل الغرض منها ضمان إستقلالهم في مباشرة وظائفهم و أن المحكمة هي المختصة وحدها و لها السلطة الكاملة في رفع هذه الحصانات

الفرع الثاني : قلم كتاب المحكمة و المساعدون

1- **تنظيم قلم كتاب المحكمة** : لقد حدد النظام الأساسي للمحكمة مهام و وظائف قلم كتاب المحكمة والمتمثل في إستقبال الدعاوي المرفوعة أمام المحكمة و تنظيمها وتوزيعها على الدوائر و اللجان و الفرق المختصة مما يضمن حسن سير العمل داخل المحكمة .

وقد بذلت كل الجهود خلال السنوات الأخيرة من أجل تحسين أداء حقلم كتاب المحكمة من أجل إيجاد التواصل و التماسك بين المحكمة بكامل هيئاتها وغرفها و لجانها من جانب و بين أقسام كتاب قلم المحكمة من جانب آخر ([1]) .

2- **إنتخاب قلم كتاب المحكمة** : يتم إنتخاب أعضاء مكتب تسجيل المحكمة و المسجلين المساعدين بواسطة كامل هيئات المحكمة كما يجب أن يتمتع المرشحون لشغل تلك الوظيفة بالصفات الخلفية العالية والخبرات القانونية و الإدارية و علمه باللغات الحية المختلفة ، و ينتخب أعضاء مكتب التسجيل المحكمة لمدة 05 سنوات قابلة للتجديد ([2]).

وتجري الإنتخابات بالإقتراع السري و يشارك فيها القضاة المنتخبون و الحاضرون فقط و إن لم يحصل أي مترشح على الأغلبية فيتم إعادة إنتخاب المترشحون الفائزون لأكبر عدد الأصوات و في حالة تعادل الأصوات تكون الأفضلية للمرشحات إذا كان من بينهم امرأة ثم إلى المترشح أكبر سنا ، و قبل أن يبدأ مسجل المحكمة في ممارسة مهامه عليه أن يؤدي القسم.

3- وظائف قلم كتاب المحكمة :

1- محمود شريف بسيوني ، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان ، مرجع سابق ، ص 98.

2- المادة 15 الفقرة 150 من النظام الأساسي للمحكمة الأوروبية المشار إليه في د. مقال محمد أمين الميداني ، مقال حول الملكية الأوروبية . منشورات مركز الدراسات و البحوث اليمني ، صنعاء العقدد 88 ص 245

يقدم قلم كتاب المحكمة دور ووظيفية أساسية في بحث و إعداد الدعاوي و القضايا المرفوعة أمام المحكمة تمهيدا لإصدار الأحكام و القرارات بشأنها ، بحيث يكون المسؤول عن تنظيم أنشطة و أعمال مكتب تسجيل المحكمة و يكون تحت سلطة و رقابة رئيس المحكمة .

4– تشكيل قلم كتاب المحكمة :

يتشكل قلم كتاب المحكمة من مسجلي الغرف و يكون عدد مسجلي المحكمة مساو لعدد الفرق المكونة بواسطة المحكمة ، و يساعد مسجلي الفرق المحكمة في القيام بالوظائف المنوطة بهم يتكون مكتب التسجيل من إداريين ، و فنيين ، مترجمين ، قانونيين و يتم تعيين ممثلي كتاب قلم المحكمة (المساعدين) بواسطة السكرتير العام لمجلس أوروبا بالإتفاق مع رئيس المحكمة أو بالإتفاق مع مسجل الرئيس .

الفرع الثالث : الجمعية العمومية للمحكمة

1– **تشكيل الجمعية العمومية** : تعتبر الشكل الرسمي للمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان تظم كل قضاة المحكمة و يعتبر دورها ذو أهمية قليلة كونها لا تمارس إلا وظائف إدارية .

– وظائف الجمعية بكامل هيئاتها

حددت الإتفاقية الأوربية دور المحكمة الأوربية مجتمعة في الجمعية العمومية بكامل هيئاتها ، ويتمثل هذا الدور في إنتخاب رئيس المحكمة و نائب أو إثنين للرئيس مدة ثلاث سنوات و يجوز إعادة إنتخابهم مرة أخرى و كذلك إعتماد النظام الداخلي للمحكمة و في الواقع إن إعتماد الجمعية بكامل هيئاتها يرجع للائحة الداخلية للمحكمة الأوروبية يمثل وظيفته هامة و خطيرة في نفس الوقت ، حيث أن هذه الوظيفة تساهم في فعالية الآلية الأوربية للرقابة على مسائل حقوق الإنسان و حرياته الأساسية .

– و كذلك أضاف مشروع البرتوكول الرابع عشر وظيفة أخرى و جديدة للجمعية العمومية حيث أنه بناءا على طلبها للجنة الوزراء التابعة لمجلس أوروبا عن طريق قرار صادر بالإجماع و لفترة محدودة أن تقلل عدد غرف القضاة و غرف المداولة إلى خمس قضاة [1].

1– إن ما نصت عليه الإتفاقية الأوربية هو تشكيل غرف المداولة من سبعة قضاة و كل التعديل الذي جاء في البرتوكول رقم 14 أعطى الحق للجمعية العمومية بعد موافقة لجنة الوزراء التابعة لمجلس أوروبا في تقليل عدد القضاء إلى خمسة .

2- **رئاسة المحكمة**

أ/ **إنتخاب رئيس المحكمة** : تنتخب الجمعية العمومية للمحكمة بكامل هيئاتها رئيسا و نائبين للرئيس لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد [1] و إذا توقف رئيس المحكمة أو أحد نائبيه عن المشاركة في المحكمة أو تخلي عن مباشرة وظائفه و أعماله قبل إنتهاء مدة عضويته ، تنتخب المحكمة خلف له وتجري الإنتخابات بالإقتراع السري و يشاررك فيها فقط القضاة المتخبون و الحاضرون .

ب/ **وظيفة رئيس المحكمة** :يترأس رئيس المحكمة جلسات المحكمة التي تنعقد بكامل هيئاتها و يرأس أيضا جلسات الغرفة الكبرى و جلسات الهيئة التي تم تشكيلها من خمسة قضاة و يمكن أن يساهم في فحص والنظر الدعاوي التي يتم بحثها بواسطة الغرف و يساعد الرئيس نواب الرئيس في أداء مهام وظائفه المنوطة به كما يحل نواب الرئيس محل رئيس المحكمة إذا وجد مانع أو في حالة إجازة رئيس المحكمة . أو بناء على طلب من رئيس المحكمة [2].

المطلب الثاني : درجات التقاضي أمام المحكمة الإدارية

تنقسم درجات التقاضي أمام المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان إلى ثلاث دوائر و هي

الدائرة الأولى : و هي لجان و تتألف من ثلاث قضاة و تعتبر هيئة إبتدائية.

الدائرة الثانية : و هي غرف المداولة و تتألف من ثلاث قضاة و يتم إنشائها من قبل المحكمة لمدة زمنية محدودة.

الدائرة الثالثة : و تعرف بغرفة المداولة الكبرى تتكون من سبعة عشر قاضيا تشمل رئيس المحكمة و نائبيه ورؤساء غرف المداولة و قاضي الدولة المعني بالقضية و يعتبرها الفقهاء بالدائرة العليا للمحكمة [3].

الفرع الأول : لجان المحكمة الأوربية

1- **تشكيل اللجان** : تنعقد المحكمة في لجان من ثلاث قضاة من أجل النظر في القضايا يرأس كل لجنة عضو له حق التقدم أو حق التمثيل في صور الغرف المشكلة بواسطة المحكمة ، و يدخل في تشكيل

1- المادة 7 الفقرة 01 من النظام الأساسي للمحكمة الأوربية

2- المادة 10 من النظام الأساسي للمحكمة الأوربية

3- علي ضوي ، القانون الدولي العام ، منشورات المطابع الخمس ، المطبعة الأولى عام 2000، ص 356.

هذه اللجنة قاضي يسمى بالقاضي المقرر (juge rapporteur) و الذي يعهد إليه بالطلب والإلتماس من تسجيله بمكتب تسجيل المحكمة .

2- **وظائف اللجان** : هي بمثابة هيئة ابتدائية و هي أول من تنظر إلى القضايا المعروضة على المحكمة الأوربية و خاصة الطلبات و الالتماسات الفردية فقط ، و ليس لها علاقة بالقضايا فيما بين الدول لخروجها عن نطاق إختصاصها و يمكن بهذه اللجان أن تعلن بالإجماع عدم قبول طلب الإلتماس الفردي من جدول الأعمال و يكون القرار نهائيا في حالة الإعلان [1].

و للجان المكونة من ثلاثة قضاة وفق البرتوكول الرابع عشر أن تعلن بالإجماع عدم قبول الطلب أو الإلتماس الفردي المرفوع أمامها وفقا للمادة 34 من الإتفاقية و كذلك وفقا للبرتوكول السالف الذكر أن تعلن اللجان قبول الطلب أو الإلتماس الفردي من جهة و اصدار حكم أو قرار في موضوعه من جهة أخرى و هذا عندما نكون بصدد تفسير أو تطبيق الاتفاقية أو برتوكولاتها موضع قضاء ثابت ثبوتا راسخا من جانب المحكمة [2].

الفرع الثاني : غرف المداولة

1- **تشكيل غرف المداولة** : تعتبر غرف المداولة بمثابة الدائرة الثانية للمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان والتي تنظر في القضايا و الالتماسات التي ترفع أمام المحكمة من أجل الفصل فيها و تتشكل غرف المداولة وفقا لنص المادة 27 الفقرة 1 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان المعدلة بالبرتوكول 11 من سبعة قضاة وللنظر في كل قضية تضم غرفة المداولة رئيس غرفة و التي تشكلها المحكمة بكامل هيئاتها لفترة محددة [3] حيث يتم إختيار باقي الأعضاء بواسطة رئيس الغرفة و أجازت الفقرة الثانية من المادة 26 من النظام الأساسي للمحكمة الأوربية للقاضي الذي تنتهي مدته أن يتابع القضايا التي سبق و أن شارك بالنظر فيها و في الواقع فإن نظام تعدد القضاة داخل المحكمة يسمح بتعدد أجهزة العمل داخلها مما يجعلها أداة فعالة في الرقابة على مسائل حقوق الإنسان و حرياته الأساسية و المضمونة بالإتفاقية الأوربية و يضمن في نفس الوقت سرعة الفصل في الدعاوي و القضايا المنظورة أمام المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان.

2- **وظائف غرف المداولة** : تعتبر غرف المداولة بمثابة الغرف الأساسية أو الرئيسية التي تمتلك الإختصاص في فحص كل الطلبات و الالتماسات سواء من حيث الشكل أو الموضوع و سواء كان المدعي دولة أو فرد

1- المادة 27 من الاتفاقية الأوربية المعدلة بالبروتوكول رقم 11

2- المادة 27 الفقرة 1 و 2 من الاتفاقية الأوربية المعدلة بالبرتوكول رقم 11.

3- المادة 26 فقرة 2 من الاتفاقية الأوربية المعدلة بالبرتوكول رقم 14

و لأهمية هذا الإختصاص الشامل و الأساسي لغرف المداولة جعل منها تتوسط عرش القضاء الأوربي لحقوق الانسان ، و من بين الوظائف التي أسندت لغرف المداولة إضافة إلى إختصاصها القضائي وظيفة التوفيق و التسوية الودية بين الأطراف المتنازعة بغرض التوصل إلى حلول سلمية ترضي جميع الأطراف و يضع نهاية للنزاع القائم بينهما [1]، حيث تعطي غرفة المداولة منذ ممارسة التوفيق رأيا مؤقتا بخصوص القضية المنظور أمامها ، و في حالة عدم التوصل إلى اتفاق بين الأطراف فإنها تعود لتصدر حكما في موضوع النزاع المعروض عليه [2] كما يجب أن يتصف القاضي بالحياد و النزاهة في أي إجراء قضائي بالنسبة للتوفيق فإن فرصة التوصل إلى حل ودي بدون حكم قضائي ملزم أمر قد يجعل من حسم النزاع مصالحة تصب في مصلحة الطرفين خصوصا في مجال حقوق الإنسان.

الفرع الثالث : غرف المداولة الكبرى

1- **تشكيل غرف المداولة الكبرى** : وفقا للنظام المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان فإنه لا يوجد إلا غرفة كبرى واحدة و تعرف باسم الدائرة العليا بالمحكمة و تتكون من سبعة عشر قاضيا وثلاثة على الأقل احتياطيين و تضم رئيس محكمة [3] و نواب الرئيس و رؤساء غرف المداولة و كذلك قاضي الدولة المشتكي منها و الطرف في النزاع حيث يعتبر تشكيل الغرفة الكبرى تشكيلا متعدد و متنوع و يتم تعيين القضاة عن طريق الاقتراع في كل قضية ، و في حالة تخلي غرفة المداولة عن الاختصاص القضائي متى كانت القضية المنظورة أمامها تعتبر مسألة خطيرة تؤثر على تفسير الاتفاقية أو البرتوكولات المضافة إليها ، و متى كان القرار في مسألة منظورة أمام غرفة المداولة أثر يتناقض مع حكم أصدرته المحكمة من قبل فإن ذلك يتيح لقضاة الغرفة التي تخلت عن الاختصاص القضائي الدخول كأعضاء في غرفة المداولة الكبرى.

2- **وظائف غرفة المداولة الكبرى:** تنظر غرفة المداولة الكبرى في جميع الشكاوي الفردية الحكومية و تقدم الآراء الاستشارية للجنة وزراء مجلس أوربا و القضايا التي تتنازل عن اختصاصها غرفة المداولة لصالح الغرفة الكبرى وفقا لما حددته الاتفاقية على النحو التالي :

1- المادة 38 فقرة 1 من الاتفاقية الأوربية المعدلة بالبرتوكول رقم 11 .

2- صالح زيد فضيلة ، ضمانات الحماية الجنائية لحقوق الانسان ، مرجع سابق ، ص 323.

3- عبد الله محمد الهواري ، المحكمة الأوربية الجديدة لحقوق الإنسان ، مرجع سابق ، ص 53 .

أ- إذا تم عرض علي إحدى غرف المداولة مسألة خطيرة و مهمة تؤثر على تفسير الإتفاقية أو أحد البرتوكولات الخاصة بها ، فيجوز لغرفة المداولة قبل إصدار قرار تنازل الإختصاص القضائي لصالح الغرفة الكبرى ما لم يكون هناك إعتراض من أحد أطراف القضية .

ب- إذا تم البث في قضية تؤدي إلى تناقض مع حكم سبق و ان أصدرته المحكمة فهنا يجوز لغرفة المداولة أن تتنازل عن هذه القضية لصالح الغرفة الكبرى و لكن بشرطين :

- أن لا تكون قد أصدرت حكما بعد في هذه الحالة.
- الا يعارض أحد أطراف القضية عرضها على هذه الغرفة ([1]).

و أوضحت الفقرة الثانية المادة 72 من النظام الأساسي للمحكمة بأن معارضة أحد أطراف الاتفاقية عرض القضية على الغرفة الكبرى يجب أن يكون مسببا.

ت- يجوز لكل طرف في قضية عرضت على إحدى غرف المداولة و ذلك خلال مهلة 03 أشهر من تاريخ صدور الحكم ، و في الحالات الاستثنائة أيضا أن يطلب القضية إلى الغرفة الكبرى ([2]) ، وفي حالة تعذر مشاركة القضاة في القضية المحالة يستعاض عنهم بنواب رؤساء الغرف ، بانشاء قضاة غرفة المداولة لتي أصدرت الحكم في القضية فلا يجوز لهم الحضور ([3]).

و إذا تبين أن القضية تتعلق بمسألة خطيرة خاصة بتغيير الاتفاقية ، أو برتوكولاتها أو ذات صفة عامة فإنه يتم إصدار القرار عن هذه الغرفة الكبرى بالقبول و النظر في القضية المعروضة عليهم.

و في قضية (azinas) ([4]) المعروضة على المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان قدم قضاة المحكمة تفسيرات وإيضاحات هامة ، حيث أشارت المحكمة في هذه القضية إلا إنها قد أحالت إلى غرفة المداولة الكبرى كل ما يتعلق بالالتماس أو العريضة التي سبق لغرفة المداولة فحصها و التي أصدرت حكما في الموضوع ، و قد ذكرت المحكمة أن نطاق اختصاص الغرفة الكبرى في هذه القضية يتحدد بالقرار الصادر عن غرفة المداولة فيما يتعلق بقبول الالتماس الذي سبق و أن فحضته غرفة المداولة بالمحكمة ، و في هذه القضية أعادت غرفة المداولة الكبرى فحص الطلب الذي سبق لغرفة المداولة قبوله ، و أعلنت أن هذا الطلب يعتبر غير مقبول.

1- المادة رقم 30 من الاتفاقية الأوربية المعدلة بالبرتوكول رقم 11.

2- المادة رقم 43 فقرة 01 من الاتفاقية الأوربية المعدلة بالبرتوكول رقم 11.

3- المادة رقم 27 الفقرة 03 من الاتفاقية الأوربية المعدلة بالبرتوكول رقم 11.

4- القضية لشخص يدعى (azinas) بلجيكي الجنسية تقدم بدعوى يطالب بالتعويض و رد الاعتبار نتيجة التعذيب و المعاملة المهينة التي تعرض اليها في أحد السجون في دولة هنغاريا أثناء قضاء مدة محكوميته عن جريمة السرقة.

و على ما سبق ذكره في القضية تبين لنا أنه في حالة قرر القضاة الخمسة بأن طلب التنازل لصالح الغرفة الكبرى لم يستكمل الشروط المطلوبة أو في حالة عدم القبول بالحكم الذي أصدرته الغرفة نهائيا [1].

1- المادة 44 الفقرة 2 بند 2 من الاتفاقية الأوربية المعدلة بالبرتوكول رقم11.

المبحث الثاني : إختصاصات المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان

أما بخصوص الاختصاص الموضوعي للمحكمة الأوربية فإنه يشمل طائفة من الحقوق و الحريات المضمونة مثل الحق في الحياة و التي نصت عليه المادة 02 من الاتفاقية و الحق في منع التعذيب المادة 03 والحق في محاكمة عادلة إلى غير ذلك من الحقوق.

أما الاختصاص الشخصي للمحكمة الأوربية فإنه يشمل الدول و الأفراد للجوء إلى هذه المحكمة بواسطة إلتماسات و عرائض و تكون إلتماسات الدول وفقا لنص المادة 23 و تنظم القضايا بين الدول وتكون التماسات الأفراد وفقا لنص المادة 24 من الإتفاقية و المعدلة بالبرتوكول رقم 11 و تجري هذه الالتماسات الخاصة بالأفراد وفق الشروط التالية و التي نصت عليه الإتفاقية.

- أن يكون الطاعن ضحية انتهاك حق من الحقوق و الحريات المنصوص عليها بالاتفاقية و أن يكون الطعن عن طريق الضحية أو أحد أقاربه.
- يجب أن لا يكون موضوع الالتماس منظورة فيه أمام هيئة تحقيق أو تسوية أخرى ([1]).

أما الاختصاص من حيث المكان فيرجع ذلك إلى تمتع الدول بعضوية مجلس أوربا و بذلك يشمل الاختصاص المكان لأقاليم الدول الأعضاء فيه ، كما يشمل الأقاليم الأخرى التي تتولى هذه الدولة مسؤولية العلاقات الدولية بالنسبة لها تطبيقا لنص المادة 63 الفقرة 01 من الاتفاقية الأوربية.

أما الاختصاص من حيث الزمان فإنه يشمل كافة الوقائع اللاحقة على دخول الاتفاقية الأوربية حيز التنفيذ وذلك في 1953/09/03 و لا تثور مسؤولية الدولة قبل الاتفاقية و قبل إيداع الدول وثائق التصديق على الاتفاقية ([2]).

أما نصوص الاختصاص القضائي و الاختصاص الاستشاري خصصنا مطلبين المطلب الأول للحديث عن الاختصاص القضائي و المطلب الثاني نتناول فيه الاختصاص الاستشاري.

1- المادة 30 فقرة 2 بند (أ . ب) من البرتوكول رقم 11 المضاف للاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان.

2 - ابراهيم محمود العبيدي ، ضمانات حقوق الإنسان أمام المحكمة الجنائية ، منشورات دار الكتب القانونية 2009 ص 466.

المطلب الأول : الاختصاص القضائي للمحكمة الأوربية

الفرع الأول : الجانب الموضوعي للإختصاص القضائي.

بمقتضى نص الفقرة الأولى من المادة 32 من الإتفاقية الأوربية فإنه يمتد إختصاص المحكمة الأوربية إلى كافة المسائل التي تتعلق بتفسير و تطبيق الاتفاقية و البرتوكولات الخاصة بها و التي تحال اليها حسب الشروط المنصوص عليها في المواد (33-34-47) ، حيث تتعلق المواد 33 و 34 بالشكاوي أو الطلبات الفردية و المادة 47 خاصة بالآراء الاستشارية و يتضح لنا أن انضمام و تصديق دولة أوربية على الاتفاقية فهذا يعني قبولها بالشكاوى الحكومية التي تقدم ضدها و كذلك قبولها بالشكاوى الفردية و هو جديد البرتوكول 11 المضاف للاتفاقية و دخوله حيز التنفيذ ([1]).

و لكن يشوب هذا التعديل عيب جسيم ألا و هو ضرورة موافقة الدولة المشتكي منها على تقديم الشكاوي الفردية بخصوص الانتهاكات التي تتم في أراضي ما وراء البحار ، حيث لا تطبق الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان على هذه الأراضي إلا بعد قبول الدول التي تمارس علاقتها الدولية هذا التطبيق و لا يجوز تقديم مثل هذه الشكاوي إلا بعد موافقتها أيضا و هو ما نصت عليه الفقرة 4 من المادة 63 من الاتفاقية الأوربية و على ما سبق فإن المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان و بحسب ما نصت عليها الفقرة 02 في المادة 31 من الاتفاقية تختص بكل المسائل التي تتعلق بالطعن باختصاصها القضائي.

الفرع الثاني: الجانب التطبيقي للاختصاص القضائي.

1-القضايا المتعلقة بالشرط الاستعماري المنصوص عليه في الاتفاقية الأوربية

يتمثل الشرط الاستعماري في قيام دولة ما بالإعلان عن انضمامها الى الاتفاقية الأوربية بأن الأقاليم التي ما وراء البحار و التي تكون مسؤولة عن علاقاتها الدولية تسري عليها الاتفاقية الأوربية بإعتبارها أقاليم تابعة لها ، و لقد عرض على المحكمة الاوربية عدد ليس بالقليل من القضايا التي تتعلق بالمادة 23 ([2]) و التي كان من بينها :

1- نص المادة 23 من الاتفاقية الاوربية لحقوق الانسان و التي تم تعديل الفقرة 04 منها بموجب المادة 31 من البرتوكول 10 و ذلك باستبدال كلمة اللجنة بالمحكمة كما يلي (يجوز للأي دولة أصدرت إعلانا بتطبيق الفقرة الأولى في هذه المادة في أي وقت لاحق أن تعلن بالنسبة لإقيم أو أكثر من لإقليم التي أصدرت بشأنها الإعلان أنها تقبل اختصاص المحكمو بتلقي الشكاوي من الأفراد أو المنظمات غير الحكومية أو مجموعات الأفراد تطبيقا للمادة 25 من هذه المعاهدة.

2- مرجع سابق.

أ- **قضية العقوبات البدنية في جزيرة مان :**

و التي تتعلق شكوى قدمت إلى المحكمة الأوربية و التي قبلتها و أصدرت فيها قرار خاصا بهذه العقوبات البدنية و تتلخص هذه القضية في شكوى قدمها مواطن إسمه (نطونيو تيريز) يقيم في مدينة كاستيل تاون الواقعة في جزيرة مان ، حيث أصدرت المحكمة المحلية في حقه عقوبة ضرب بتهمة إعتدائه على زملائه بالضرب حيث قام تيريز بالطعن في المحكمة العليا لأمان و تم تنفيذ عقوبة الضرب بحق تيريز دون الجدير بالذكر أن العقوبات البدنية قد الغيت في كل من انجلترا ، و استوكلند و بلاد الغال في عام 1947 و شمال ارلندا عام 1967 ، الا أنها بقيت نافذة النصوص في جزيرة مان و كانت حكومة المملكة المتحدة قد قدمت اخطار إلى الأمين العام لمجلس أوربا عملا بالفقرتين 1 و 4 من المادة 23 من الاتفاقية الأوربية يشمل تطبيق احكام إتفاقية جزر مان و قدم تيريز شكواه أولا بتاريخ 1992/09/21 إلى اللجنة الأوربية مدعيا أن العقوبات المطبقة عليه خالفت المادة 3 من الاتفاقية و حاول تيريز ان يسحب شكواه ولكن رفض طلبه باعتبار أن الشكوى لها الصفة العامة التي تتعلق باحترام الاتفاقية و لا يمكن التنازل عنها.

و قبلت المحكمة الأوربية لحقوق الانسان القضية من الناحية الشكلية و الناحية الموضوعية و لقد دافع المدعي العام لجزيرة مان شكوى تيريز موضحا أن الضرورات المحلية هي التي استدعت تطبيقها و لكن المحكمة رفضت بالاجماع ما قدمه هذا المدعي العام محللة أن المواطن في جزيرة مان لا يعتبر العقوبات البدنية ضرورة و لا ينظر اليها كسلاح رادع يؤمن الحفاظ على النظام العام.

ب- **قضية إقليم كوسوفو :**

تتمثل هذه القضية في دعوى قضائية رفعها مجموعة من السكان أو رعايا إقليم كوسوفو إلى المحكمة بأسمائهم الخاصة أو أسماء أبائهم نتيجة قصف قوات الحلف الاطلسي مركز الإذاعة و التلفزيون منسبين في قتل مدنيين في كوسوفو ، حيث أعتبر المدعون أن القصف من قبل القوات يشكل عملا إجراميا وينتهك حقوق الإنسان و طالبوا المحكمة الاوربية لحقوق الإنسان الحكم لهم بالتعويض باعتبارها مختصة في ذلك وعلى أساس أن قوات التحالف تعد إستعمار و غزو لإقليم كوسوفو و بالتالي تطبق 23 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان و التي تسمح للمحكمة بالنظر في الانتهاكات التي تمارس في أقاليم وأراضي ما وراء البحار و الخاضعة لسيادة إحدى الدول الأعضاء و بعد عدة مداولات للمحكمة أصدرت الغرفة الكبرى حكما يقضي بعدم اختصاصها بالموضوع و ذلك لكون نص المادة المادة 23 لا ينطبق على هذه القضية لأن إقليم كوسوفو ليس ضمن الأقاليم الخاضعة لإحدى سيادة الدول الأعضاء، و لم تعلن أي دولة من الدول الأعضاء في الإتفاقية

بأن إقليم كوسوفو تابع لها أو من ضمن أقاليمها التي ما وراء البحار هذا من ناحية و من ناحية أخرى فإن العمليات العسكرية التي قام بها التحالف لا تعتبر استعمار أو احتلالا أو سيطرة فعلية على الإقليم و لم تكن عمليات عسكرية برية بل كانت جوية و في هذه الحالة يمكن للمحكمة أن تعلن إختصاصها الفصل في الشكوى بإعتبار أن العمليات العسكرية البرية تتوفر على شرط السيطرة الفعلية التي أقرته المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان و تعتبره مبدأ من مبادئها ([1]).

المطلب الثاني : الاختصاص الاستشاري للمحكمة الأوربية

يعتبر الاختصاص الاستشاري لدى المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان بمثابة إبداء رأي في موضوع معين يختص في مجال حقوق الإنسان أو الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان ، حيث تم تحديد أطراف معينة فقط يجوز لها طلب الآراء الاستشارية دون غيرها وفقا للاتفاقية الأوربية و هذا ما سنتناوله في هذا المطلب .

الفرع الأول : كيفية طلب الرأي الاستشاري.

ورد هذا الاختصاص في نص الفقرة الأولى من المادة 47 من البرتوكول رقم 11 المضاف إلى الاتفاقية بحيث أجازت المحكمة الأوربية الإدلاء بآراء استشارية حول المسائل القانونية المتعلقة بتفسير الاتفاقية و برتوكولاتها و ذلك بناء على طلب من لجنة وزراء مجلس أوربا و ذلك بأغلبية الأصوات الممثلين الذين يحق لهم حضور جلساتها و تعتبر الغرفة الكبرى هي الدائرة الوحيدة المختصة بالنظر في طلبات الآراء الاستشارية وإبداء الرأي الاستشاري للجنة الوزراء ([2]).

و لا يجوز للدول الأطراف في الإتفاقية الأوربية و لا للدول الأعضاء في مجلس أوربا و التي لم تصادق على هذه الاتفاقية أو الأفراد أو المنظمات غير الحكومية طلب آراء استشارية من المحكمة.

و لقد حددت المادة 47 الفقرة 02 من الاتفاقية الأوربية المجالات التي لا يجوز فيها للجنة الوزارية طلب الرأي الاستشاري للمحكمة و هي على النحو التالي :

1- لقد اجتهدت المحكمة الأوربية لحقوق الانسان في العديد من المرات و أقرت مبادئ قضائية منها مبدأ السيطرة الفعلية على الإقليم و قالت المحكمة أن السلطة الفعلية لدولة طرف لا تنحصر في إقليمها الوطن بل يمكن أن تمتد خارج الإقليم و لكن هذا الإمتداد لابد و أن تتوافر فيه شرط متمثل في قيام دولة عضو في الاتفاقية بالسيطرة الفعلية على إقليم دولة غير عضو في الإتفاقية بالإضافة إلى ما أقرته المادة 23 من الإتفاقية و هو الإعلان صراحة من قبل الدولة العضو في الإتفاقية على تبعية هذا الإقليم لسيادتها الوطنية ، و ذلك بأن السيطرة الفعلية تمتد معها السلطة القضائية للدولة ، معماش صلاح الدين ، القانون الأوربي لحقوق الإنسان بين النظرية و التطبيق ، المرجع السابق ص 167.

2- المادة 47 الفقرة 03 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الانسان المعدلة بالبرتوكول رقم 11

- المسائل ذات العلاقة بمضمون و تطبيق الحقوق و الحريات المحددة في الجزء الأول من الإتفاقية وبرتوكولاتها[1].
- المسائل الأخرى الناجمة عن تقديم شكوى نصت عليها الاتفاقية و التي لا يمكن أن تعرض على المحكمة أو لجنة الوزراء.

و الهدف من هذا التقييد هو منع المحكمة من إعطاء رأي مسبق حول مضمون الحقوق و الحريات مما يؤثر فيما بعد على عمل اجهزة الحماية و يعطي الحجة للتهرب الدولي من الالتزامات المترتبة عليهم.
وحسب نصالمادة 47 ن الاتفاقية فإن المحكمة تفصل في صلاحيتها بالادلاء بأرائها الاستشارية [2].

الفرع الثاني : الإجراءات الخاصة بطلب الآراء الاستشارية

يتم إيداع طلب الرأي الاستشاري لدى حكم كتابة المحكمة و المتضمن تحديد المسألة المراد بشأنها الإدلاء بالرأي الاستشاري زيادة على ذلك التاريخ الذي اتخذته فيه لجنة الوزراء قراراها وفقا لنص المادة 47 الفقرة 03 ، اسم و عنوان الشخص أو الأشخاص المعنيين من قبل لجنة الوزراء و المكلفين بالرد على الاستفسارات التي تطلبها المحكمة و يجب أن يرفق الطلب بكل الوثائق التي تساهم في إيضاح المسألة محل طلب الرأي الاستشاري [3].

حيث يقوم كتاب قلم المحكمة مند إيداع الطلب لديهم بإرسال نسخ من الطلب إلى جميع أعضاء المحكمة و إخطار كل الأطراف السامية المتعاقدة و التي لها علاقة بموضوع الطلب و هذا دلالة على استعداد المحكمة لاستقبال ملاحظاتهم المكتوبة بالخصوص و يحدد رئيس المحكمة مدة إيداع الملاحظات المكتوبة و جميع الوثائق المتعلقة بالموضوع حيث يخطر بها كل أعضاء المحكمة و لجنة الوزراء و كذلك الأطراف المتعاقدة و التي كانت قد قدمت ملاحظات مكتوبة بشرح تلك الملاحظات شفويا ، على أن يتم ذلك في جلسة خاصة بهذا الغرض ، و يجب أن يكون الرأي الاستشاري للمحكمة معللا ، و كل رأي استشاري أو قرار يصدر عن المحكمة وفقا للمادة 78 من النظام الأساسي للمحكمة و يجب أن يكون موقعا من طرف رئيس المحكمة و قلم كتابها و يجب أن يتم إيداعها في أرشيف المحكمة [4].

1- المادة 47 الفقرة 02 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الانسان المعدلة بالبرتوكول رقم 11
2- المادة 48 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الانسان المعدلة بالبرتوكول رقم 11
3- المادة 73 من النظام الأساسي للمحكم الأوربية لحقوق الإنسان
4 - المادة 78 من النظام الأساسي للمحكم الأوربية لحقوق الإنسان

و يقوم قلم الكتابة بإرسال صورة طبق الأصل من النسخة الأصلية للرأي إلى لجنة الوزراء و إلى الأطراف المتعاقدة و إلى الأمين العام لمجلس أوروبا كما لا يجوز للقضاء الوطني أن يطلب آراء استشارية من المحكمة الأوربية بالرغم من الأهمية الملحة لحصول المحاكم الوطنية على آراء استشارية متعلقة بتطبيق الاتفاقية و البرتوكولات الملحقة بها مما يجعل الأمر مأسوفا عليه.

الفرع الثالث : دور لجنة الوزراء التابعة لمجلس أوربا في طلب الآراء الاستشارية

تعتبر الهيئة التابعة لمجلس أوربا أحدى الهيئات الفاعلة في الإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان لما لها من اختصاصات سواء على الصعيد السياسي أو القضائي ، حيث بعد دخول البرتوكول رقم 11 حيز التنفيذ أصبح اختصاص لجنة الوزراء منحصرا فقط في اختصاصين تم التطرق اليهما في البرتوكول الحادي عشر وهي على النحو التالي :

الاختصاص الأول : القيام بالمراقبة أو الإشراف على تنفيذ الأحكام.

أولا – اختصاص لجنة الوزراء وفقا لنص المادة 46 فقرة 02 من البرتوكول 11

يكمن اختصاص لجنة الوزراء في مراقبة تنفيذ أحكام المحكمة ، و لا تختص بالتنفيذ المباشر إذ هناك فرق كبير بين تنفيذ الحكم و مراقبة تنفيذه و كذلك انتهى فقهاء القانون الدولي إلى طرح سؤال خاص بالحالة التي تمنع فيها الدولة المدعي عليها من تنفيذ حكم المحكمة ، و ما إذا كانت لجنة الوزراء تملك تنفيذا إجباريا([1]).

و في واقع الأثر أن لجنة الوزراء تقوم في هذا الشأن بإصدار توصية للدولة التي امتنعت عن تنفيذ الحكم تناشدها بتنفيذه و ينبغي أن تصدر هذه التوصية بإجماع الأصوات و هذا يعني أنه يكفي التصويت ضد التوصية لكي تقوم الدولة المدعي عليه بالامتناع عن تنفيذ الحكم و لكن في الواقع أن المشكلة لا تخرج عن النطاق النظري ، حيث نجد أنه لم تمتنع الدولة في مجلس أوربا من تنفيذ جميع أحكام المحكمة الأوربية لأن هناك التزام من قبل هذه الدول في تنفيذ جميع أحكام المحكمة ، و لكن المشكلة تثور في طريقة و سرعة تنفيذه ، إذ أنه من الضروري وجود أساليب يتم بها تنفيذ حكم المحكمة بما يكفل نهوض الدولة بالتزامها الوارد في المادة 46 فقرة 01 من البرتوكول 11 ([2]) حيث تتعهد بالالتزام لأحكام المحكمة، و علينا أن نضع في الاعتبار أن

1- د. عزت سعد البرعي ، حماية حقوق الانسان في ظل التنظيم الدولي الإقليمي ، المرجع السابق ، ص 178.

2- المادة 46 فقرة 01 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان المعدلة بالبرتوكول الحادي عشر

المحكمة في بعض أحكامها انتهت إلى أن الانتهاك راجع إلى عدم موائمة نصوص القانون الداخلي لنصوص الاتفاقية الأوربية و الحل المناسب لتسوية هذا الانتهاك هو تعديل التشريع الداخلي للدول الأطراف بما يتناسب مع نصوص الاتفاقية الأوربية [1] و في الأحوال التي ينتهي فيها حكم المحكمة إلا أن سبب الانتهاك ناجم عن مخالفة نص قانوني داخلي للاتفاقية نجد أن الدول تقوم بالفعل بإرادتها بتعديل تشريعاتها مما يجعلها موائمة مع نصوص الاتفاقية و مثال ذلك ما صدر عن المحكمة الأوربية ضد دولة هولندا عام 1972 أشارت فيه المحكمة أن الأحكام التأديبية التي صدرت ضد أحد الضحايا في قضية (أنجل و آخرين) تشكل انتهاكا لنص المادة 5 فقرة 01 من الاتفاقية كما أن الحكومة الهولندية انتهكت نص المادة 6 ، حيث أنه بعد صدور حكم المحكمة قامت الحكومة الهولندية بإجراء تعديل للتشريعات المتعلقة بالإجراءات التأديبية للنظام العسكري والعقوبات المطبقة في نطاقه.

ثانيا – الإجراءات وفقا لنص المادة 46 الفقرة 02 من البرتوكول رقم 11

لم تشر المادة 46 إلى أية قواعد من هذا الشأن كما أن حكم المحكمة يصدر خاليا من أي أسلوب بواسطته يمكن تنفيذ الحكم و أمام هذا الوضع أصدرت لجنة الوزراء بعض القواعد الإجرائية المتعلقة بتطبيق المادة 46 الفقرة 02 و هي على النحو التالي : [2]

أ- قيام لجنة الوزراء بتسجيل الموضوع فورا في جدول أعمالها عند تبليغها بالحكم.

ب- إذا كان الحكم ينتهي إلى تقرير وجود انتهاك لنصوص الاتفاقية أو إقرار بتعويض عادلا للطرف المتضرر من جراء الانتهاك تقوم لجنة الوزراء بإخطار الدولة المعنية بالإجراءات التي يمكن اتخاذها لتسوية هذا الإنهاك.

ت- إذا أخطرت الدولة المعنية لجنة الوزراء أنها لم تقم بعد باتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ الحكم أو لم تقم بإخطارها فإن القضية يتم تسجيلها من جديد في جدول الأعمال للجنة الوزراء و لمدة ستة أشهر [3] و في حالة انقضاء المدة و لم تقم الدولة المعنية بتنفيذ الحكم فيعاد برمجتها في جدول أعمال اللجنة لمدة ستة أشهر أخرى و هكذا أولا أن تقوم الدولة بإعلانها بتنفيذ الحكم.

1- المادة 46 فقرة 02 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان المعدلة بالبرتوكول الحادي عشر

2- مجموعة قرارات و تقارير اللجنة الأوربية ، المجلد 15 ، ص 46 و 48.

3- المادة 46 فقرة 02 المادة 46 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان المعدلة بالبرتوكول الحادي عشر

ث- لا تعتبر لجنة الوزراء قد أدت وظائفها وفقا لنص لمادة 46 الفقرة 02 إلا إذا أحيطت علما بالإجراءات التي اتخذتها الدولة لتسوية الانتهاك و في الحالة التي يكون فيها حكم المحكمة قد أقر تعويضا عادلا للطرف المتضرر ، فلا تكون اللجنة قد مارست إلا بعد تلقيها إخطار أو تأكدت من قيام الدولة بإقرار التعويض العادل للطرف المتضرر.

و من خلال الاجرءات السابقة يتضح لنا أن تنفيذ أحكام المحكمة هو أمر إرادي بحت للدولة و ليس للجنة الوزراء من صلاحيات في هذا الشأن سوى تسجيل المسألة في جدول أعمالها لمدة ستة أشهر قابلة للتجديد إلا أن تتلقى إخطار من طرف الدولة المعنية يتضمن تنفيذ إجراءات تسوية الانتهاك.

الفصل الثاني

دور المحكمة الأوربية في توسيع و ترقية قواعد القانون الدولي لحقوق الانسان

الفصل الثاني : دور المحكمة الأوربية في توسيع و ترقية قواعد القانون الدولي لحقوق الانسان.

المبحث الأول : توسيع بعض الحقوق وبعض المفاهيم عن طريق التفسير

لقد عالجت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان منذ إنشاءها كما هائلا من نصوص الاتفاقية والقضايا المرفوعة لها ،لكنها لم تغط كل متطلبات المجتمع وحاجياته المتنامية نظرا للتطورات التي طرأ ت عليه

هذا الأمر دفع بالقاضي الأوروبي لمحكمة حقوق الإنسان إلى الاجتهاد لسد الثغرات القانونية سعيا منه لضمان أكبر و أوسع لحقوق الإنسان، وتغطيته أهم المجالات والميادين التي تشغل الفرد.الأمر الذي دفع بالبعض للقول بأن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تغامر في ميدان ليس من اختصاصاها ألا وهو ميدان السياسة التشريعية ،وهذا ما أكده العميد "كارونيه "بأن المحكمة خرجت فعلا عن اختصاصها ،أي أنها اقتحمت مجالا كان في السابق حكرا على السلطة التشريعية فقط .وهو مجال سن بعض القوانين بطريقة غير مباشرة من خلال اجتهاداتها القضائية.

خاصة وان المحكمة الأوربية لحقوق الانسان (وسابقا اللجنة الأوربية لحقوق الإنسان) هي الجهاز الرقابي على مدى تنفيذ الدول المتعاهدة لنصوص الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان وكذا البروتوكولات الإضافية الملحقة بها ، و السهر على انسجام القوانين الوطنية مع الاتفاقية ،وتكوين قانون جماعي أوروبي لحقوق الإنسان يشتمل على الحقوق الجديدة ،كحرية تنقل المواطنين في أوروبا وأبعادها الجديدة وهذا ما تضمنته اتفاقية أمستردام [1] ،وكذلك قضية الأجانب [2] والأبعاد الجديدة في الحق في اللجوء [3] من جهة،ومن جهة أخرى نلاحظ تنامي الضمانات القانونية والقضائية للأجانب في أوروبا فيما يخص الحقوق الاقتصادية والاجتماعية [4] ،والجانب الجنائي والجزائي أمام المحاكم وسنركز دراستنا في هذا المبحث على تطور بعض الحقوق كالحق في الحياة الخاصة.

---

[1] - Henri labaule, circulation des personnes en Europe de Schengen à Amsterdam, in les nouveaux droit de l'homme en Europe ,op, cit, p 3-35.

[2] - P. Lambert, extradition et expulsion d'étrangers dan la jurisprudence de la cour européenne de droits de l'homme ,op.cit.p 63-78.s

[3] - Laurain Michel ; « vers des normes statut de réfugié, réflexions sur une proposition de directive actualité et doit international, janvier 2003, www.ridi.org/adi

[4] - F.sudre, le protection des droits de sociaux par la convention européenne des droits de l'homme en Europe .op .cit . p103-126

المطلب الأول : توسيع بعض الحقوق (الحياة الخاصة)

لقد نصت المادة 8 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان على حماية الحقوق الخاصة للأشخاص ولعل من بين أهم المجالات التي توسعت المحكمة في النظر إليها ، و تمحصت في موادها ،و السؤال الذي يتبادر إلى أذهاننا كيف تعاملت المحكمة الأوربية مع هذه المادة ؟ وهل اقتصرت المحكمة على التفسير المجرد لها ؟ ام أخذت بعين الاعتبار التطورات التي طرأت على حياة الفرد والمجتمع على حد سواء؟ خاصة مع التطور الاقتصادي والاجتماعي والعلمي الذي عرفه المجتمع الأوروبي.

الفرع الأول :التفسير الموسع للمادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

إن المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان مكلفة بتفسير الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ، ومراقبة مدى تطبيقها من طرف الدول المتاعهدة ، لذلك فهي ليست أداة جامدة ،فإنها تعتبر أداة حية للتفسير على ضوء شروط الحياة الحالية ،وبالخصوص على ضوء المفاهيم المتداولة حاليا في المجتمعات الديمقراطية ، و قد تأكد بأن التفسير الضيق للحقوق وحريات الأفراد من قبل الاتفاقية الأوروبية سيتناقض مع موضوع وغرض هذه الأداة .

و من أهم ما أشير إليه في هذه النقطة أن الحق في البيئة لم يكرس كحق مستقل [1] ، بل نجد بأنه خصص له مكانا في نص المادة 8 من الاتفاقية، حيث نجد أن هذا الحق يتصل بالعديد من العناصر المضمونة بواسطة هذا الحكم [2] إلا أن هذه المكانة لم تثبت مرة واحدة بل مرة بمراحل عديدة ساهمت كل من اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على تبيان هذا الحق واظهاره ، حيث عملت على تكريسه بما يلاءم كل مستجد يطرأ على الساحة الأوروبية.

عند إعداد الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لم يكن البعد البيئي في صلب انشغالات المشروع الأوروبي فالضرورات الملحة آنذاك هو الدفاع عن المؤسسات الديمقراطية .وبذلك فهو لا يصب في صالح الاعتراف بحق لا يندرج في تلك الفترة في المنطق القانوني التقليدي على أنه دليل للحقوق الأساسية في

---

[1] – معماش صلاح الدين ، القانون الاوربي لحقوق الانسان بين الانظرية والطبيق ، مذكرة ماجستير فرع قانون دولي وعلاقات دولية جامعة الجزائر – يوسف بن خدة –كلية الحقوق-بن عكنون – السنة الجامعية 2006-2007 ،ص 87 .

[2] - Danial Garcia San José,la protection de la l'environnement et la conventiondes euro epéennes. droits de l'homme,Dossier sur les droits de l'homme,n°21,conseil du l'Europe 2006,p.7.

الاتفاقية الأوروبية، وأنه كل لا يتجزأ منها.و عليه يجب"أن تقرأ ككل "حسب التعبير المكرس من قبل الاجتهاد القضائي .([1])

أولا :دور اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان في توسيع نطاق المادة 8

كانت للجنة الفرصة لدراسة وتفحص مشكل البيئة في مظهرها الموضوعي،وفي الوقت نفسه في مظهرها الإجرائي لصالح الشروط الجديدة. فمن وجهة النظر الحق المادي فإن المشكل طرح في إطار القضية المشهورة "اروندال Arrondelle ففي هذه القضية كان الشاكي مالكا لجناح في مدرج ، الإقلاع والهبوط في المطار اللندني" غات ويك **Gat wick** و بجانب طريق سيار تشتكي من الإضرار الصوتي الذي يمس في الوقت نفسه احترام الحياة الخاصة واحترام الممتلكات؛كما يساهم هذا الإضرار في تخفيض القيمة التجارية للجناح المعني ،وقد قبلت اللجنة ضمنيا بأن التظلمات المثارة من قبل الشاكي تخضع على الخصوص للمادة 8 المتعلقة بالحياة الخاصة ، والمادة 1 من البروتوكول الأول المتعلق باحترام الممتلكات ([2]) و مع ذلك يجب الانتظار لسنوات أخرى لكي يعترف القضاء رسميا بأن الحق في بيئة جيدة يخضع لمفهوم الحياة الخاصة المندرجة ضمن المادة الثامنة من الاتفاقية ،وتوالت بعدها القضايا حيث وجد أن قضايا "باول،رانيير،باغس Powell et Rayner, Baggs ([3]) تعد أصل هذا التطور القضائي وقد تطرقت إلى مشكلة الإضرار الصوتي الناجم عن استغلال المطار اللندني" هاثرو" والمتعلق ببعض ملكيات الأجنحة الواقعة بجانب المدارج ، حيث أكدت اللجنة أن" الإضرار الصوتي "يمكن دون أدنى شك أن يؤثر على الراحة الجسدية للفرد ،وعندئذ المساس بحياته الخاصة. ويمكن كذلك حرمان الفرد من الانتفاع بمتعة بيته،وفي نفس السياق أكدت بأن"الإضرار الصوتية)التواتر (،يمكن أن يؤثر بشدة على قيمة الملكية العقارية ،بحيث تجعل العقار غير القابل للبيع نوعا من أنواع النزع الجزئي للملكية.

ثانيا :دور المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في توسيع نطاق المادة 08

إن مسايرة المحكمة الأوربية رأي اللجنة الأوربية لحقوق الإنسان ، تؤكد بدورها بأن ضجيج الطائرات قد ينقص من مستوى الحياة الخاصة ومتعة المنزل، وهذا ما يطلق عليه بالتلوث الصوتي [(4)] ،والذي كان أول إضرار يعالج من زاوية الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ،ولم يكن هو الوحيد ،فقد حدث ما يسمى "بالتلوث

---

[1]- معماش صلاح الدين ، مرجع سابق، ص، 90.

[2] -Affaire **Powell et Rayner c./ Royaume uni** ,du 21/02/1990.

[3] -Michel de salvia, droits et devoirs en matière d'environnement Solon la convention européenne des droits de lhomme.en europe,op ,p 257.-requete n93/81 p ,193.

[4] −Michel de salvia ,droit et devoirs en matière d'environnement Solon la convention européenne des droits de l'homme ,in les nouveaux droits de l'homme en Europe ,op.cit p 258.

ألشمي" ،وكان ذلك في القضية الشهيرة" لوباز أوسترا Lopez Ostra " [1] ضد اسبانيا ؛حيث تتمثل وقائع هذه القضية في أن الشاكية تسكن مع أسرتها – زوجها و أبنائها –منزلا يتواجد بالقرب من محطة تصفية النفايات الصناعية ،وقد اشتكت من الروائح والضجيج والأبخرة الناتجة عن هذه المحطة ،وقد اعتبرت أن هذه الأضرار قد أثرت على حياة أسرتها ،و يسبب لها ولأقاربها مشاكل صحية خطيرة. حيث لاحظت اللجنة بهذا الخصوص أن انبعاث كبريتات الهيدروجين من المحطة يتجاوز العتبة المسموح بها ؛والتي من شأنها أن تسبب خطرا على صحة السكان المجاورين لهذه المحطة .وانتهت إلى إمكانية وجود علاقة بين ما يسمى بالانبعاث والآثار التي تعاني منها الشاكية [2]. وقد اعترفت المحكمة بأنه مهما تكن الآثار على الصحة فإن لها أضرارا خطيرة تمس البيئة أيضا ،ويمكنها أن تمس راحة الشخص وحرمانه من التمتع بمنزله بطريقة تضر بحياته الخاصة والعائلية .

من خلال هذه القضية وما جاء فيها يظهر بأن المحكمة واللجنة حاولتا إثبات وربط هذا المشكل بانتهاك المادة 8 من الاتفاقية الأوروبية على أساس أن هذا الحق هو حق فردي يتمتع به الشخص وبعدها توالت القضايا التي تستند إلى التمسك بالحق في بيئة صحية على أساس التفسير الموسع للمادة 8 من الاتفاقية،خاصة بعد التطور الصناعي والعلمي الذي عرفته المنطقة فكل هذه القضايا والقرارات وضعت من أجل ضمان حق في بيئة صحية تخدم وتحترم الحياة الخاصة للأفراد.

لكن رغم هذا التطور الكبير الذي عرفته الساحة الأوروبية في مجال حقوق الإنسان وبالأخص ضمان الحق في بيئة صحية من خلال تفسير موسع للمادة8 ، إلا أنه يطرح تساؤل: هل الحق في بيئة صحيحة هو حق يمكن التمسك به في أي ظرف من الظروف؟ وهل توجد قيود واردة عليه؟

الفرع الثاني :العوائق التي تمس التمسك بتوسيع الحق في الحياة الخاصة

يمكن تقسيم مجموعة الحقوق التي تمس التمسك بتوسيع الحق في الحياة الخاصة الى قسمين فنتيجة التوسيع الذي لحق بالحق في الحياة الخاصة والمكرس في المادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان يمكن للشخص الذي يتمسك بحقه في بيئة صحية أن يكون عرضة لبعض العوائق سواء تلك التي تمارسها الدولة عن طريق تدخلاتها،أو التي يواجهها عند تمسكه بهذا الحق أمام الجهات القضائية .

---

[1] –Affaire Lopez Ostra c/ Espagne, du 9 décembre 1994.

[2] –Danial Garcia San José, op .cit. p.13.

أولا:العوائق الناتجة عن تدخلات الدولة

أن السلطات العمومية ملتزمة بضمان الانتفاع الفعلي بالحقوق والحريات المضمونة في الاتفاقية ، و ان الحق الشخصي في بيئة نوعية و صحية ليس حقا مطلقا ، بل يمكن أن يخضع لاكراهات ، وفي هذا الصدد نجد أن قد حددت لمحكمة في حكمها الخاص بقضية" باول و راينلر "**Powell** et **Rayner** الالتزامات الملقاة على عاتق الدولة [1]، إلا أنه يمكن أن يكون هامش التقييم المعطى للدولة أكثر اتساعا وخاصة إذا تعلق الأمر بالحفاظ على التوازن الاقتصادي للبلد ،وهذا ما يتطلب ، إجراء موازنة مابين الحق الفردي والمقتضيات الشرعية للمجتمع.[2]

ومن هنا يتضح على سبيل المثال الإضرار الصوتي المسبب للضجيج المفرط الناجم عن الطائرات المستعملة في النقل الجوي الذي يشتد أكثر فأكثر في الوقت الراهن، والحال كما أشارت إليه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بقولها بأن" وجود مطارات دولية كبرى حتى في المناطق السكنية ذات كثافة سكانية عالية ،والاستعمال المتزايد للطائرات النفاثة ،و التي أصبحت بما لا يدع الشك ضرورية لرفاه الاقتصادي لأي بلد، بالرغم من أننا لا نستطيع إقصاء أو استبعاد الآثار السلبية على المحيط "[3] ، وبالتالي فإن السلطات مستعدة لاتخاذ مختلف الإجراءات لمراقبة ضجيج الطائرات ،وفي هذا الشأن يجب الاعتراف للدولة بحرية تصرف هامة لأنه لا يعود بالضرورة لأجهزة الاتفاقية أن تكون" بديلا عن السلطات الوطنية لتقييم فيما يمكن أن تتمثل السياسة المثلى في هذا المجال الاجتماعي والتقني الصعب .

يظهر هنا أنه من المهم جدا تحديد درجة أهمية وتناسب التدخلات التي يمكن أن يخضع لها الأفراد في مجال البيئة في كل حالة حسب تحديد موازنة الفوائد المعنية[4] .

ثانيا : العوائق الناتجة عن صرامة القضاء و حذره

تتمثل أساسا بمدى مقبولية الدعوى ،خاصة إلى جانب عوائق أخرى تقف عقبة في وجه الشاكي ، نذكر منها على سبيل المثال ما يتعلق بحق الضحية في الحصول على المعلومات واستقبالها،لكي يعتمد عليها في

---

[1] -Affaire Powell et Rayner c./ Royaume uni ,du 21/02/1990.

[2] -Michel de salvia ,droit et devoirs en matière d'environnement Solon la convention européenn des droits de l'homme ,in les nouveaux droits de l'homme en Europe ,op.cit p 26.

[3] -Affaire Powell et Rainer , op.cit, par 42.

[4]– معماش صلاح الدين ، القانون الأوروبي لحقوق الانسان بين النظرية و التطبيق ، مذكرة ماجستار في القانون الدولي والعلاقات الدولية ، جامعة الجزائر ، يوسف بن خدة ،كلية الحقوق بن عكنون ، السنة الجامعية 2006-2007 ، ص 93.

ادعاءاته ، وتكمن الإشكالية هنا عندما تتعلق المعلومات بالسلطات العمومية. حيث يجد الضحية نفسه أمام وضعية صعبة ،تتمثل في انتهاك حقه من جهة و عدم الحصول على المعلومات الكافية لتدعيم ادعاءاته من جهة أخرى.

إلا أن اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان وبمناسبة نظرها في قضية" غويرا " "Guerra " والتي تتلخص وقائعها في تعرض سكان القاطنين بجوار مصنع كيماوي واقع في جنوب ايطاليا إلى التلوث الناتج عن عمل المصنع بالإضافة إلى غياب تدابير وإجراءات من قبل السلطات السياسية خاصة إجراءات إعلام السكان (الشاكين) حول الأخطار التي يتعرضون لها، حيث أشارت اللجنة إلى " أن الوضعية الحالية للقانون الأوروبي، و الذي منه أحكام القانون الجماعي ، و الايطالي محل نقد،في القضية الحالية ،إذ أنها تشكل مثالا ذا مغزى ،يؤكد بأن إعلام الجمهور يتمثل من ألان فصاعدا واحدا من الأدوات الأساسية في حماية الرفاهية وصحة السكان في الوضعيات الخطيرة على البيئة "، ومثل هذه المعلومات نجدها تركز على إجراءات الأمن الوقائي ،والقواعد المتبعة في حالة وقوع حادث لأنها تربط الحق في المعلومة بضمان حقوق أخرى[1] .

يتضح جليا أن التطور القضائي والذي كان محل نقاش يكشف على الأقل من جانب اللجنة والمحكمة تحسنا متزايدا بمشاكل البيئة السليمة، وكل هذا من اجل حماية كرامة الإنسان التي لا تتوقف في حدود حماية تقليدية لحقوق الإنسان [2] ، وقد اعتبر الاجتهاد القضائي بأن حماية البيئة تشكل حدا شرعيا للانتفاع بالحق الفردي من جهة، ومن جهة أخرى نجد أن هناك تضييق في هامش التقييم المخصص للدول ويرجع هذا للمصلحة المتنامية باستمرار في التركيز على حماية إطار الحياة في المجتمعات الأوروبية.

المطلب الثاني: توسيع بعض المفاهيم في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان

لم يقتصر التوسيع الذي لحق الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على فتح مجال مضامين بعض الحقوق، لكي تشمل ميادين جديدة كالحق في البيئة مثلا ، بل شملت أيضا تغييرا في بعض المفاهيم التي كانت مكرسة من قبل في الاتفاقية. حيث تركزت الدراسة على نموذجين من المفاهيم التي مسها هذا التغيير، يتمثل النموذج الأول في مفهوم الاختصاص القضائي خارج إقليمي، أما النموذج الثاني فيتمثل في مفهوم نواة الحق غير القابلة للمس.

---

[1] -Mishel de salvia, droit et devoirs en matière d'environnement solon la convention européenne des droits de l'homme ,in les nouveaux droit de l'homme en Europe, op.cit . p 263.

[2] – معماش صلاح الدين، مرجع سابق ،ص 97.

الفرع الأول : رأي المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان من الاختصاص القضائي خارج إقليمي نتيجة التفسير الموسع للمادة 01 [1] من الاتفاقية

لقد أدى الاجتهاد القضائي للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان دورا فعالا في وتوسيع وتطوير المفاهيم التي تتضمنها الاتفاقية، وهذا في إطار حرصه المستمر على ضمان حماية أكبر لحقوق وحريات الأفراد.

وتم هذا من خلال التفسير الموسع لمواد الاتفاقية ومن بين المواد نجد المادة الأولى من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والتي جاء فيها بأن الدول الأطراف ملتزمة بالاعتراف بالحقوق والحريات المحددة في القسم الأول من الاتفاقية لكل شخص يخضع لسلطتها القضائية. ومن خلال قراءة لهذه المادة يلاحظ بأن تحديد الأشخاص الخاضعين للسلطة القضائية لدولة عضو في الاتفاقية ليس مقيدا بحدود إقليمها الوطني ،حيث تثير هذه المادة عدة تساؤلات من بينها: هل يمكن لأفراد هذه الدولة أن تتمتع بالحريات والحقوق وأن تخضع لقضاء دولة أخرى مصادقة على الاتفاقية ؟ وكيف يتم ذلك؟ كل هذه الأسئلة حاولت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان الإجابة عليها وذلك باستنادها على المادة 56 والتي تنص على أنه"يمكن لكل دولة الإعلان بأن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تنطبق على كل الأقاليم أو واحد من الأقاليم التي تؤمن لها علاقاتها الدولية ،وفي علاقتها مع إقليمها أو أقاليمها.

و تستطيع كذلك بحسب المادة 4/56 [2] أن تعلن الدولة بأنها تقبل اختصاص المحكمة بتلقي الشكاوى بمقتضى المادة 34 هذا من جهة ومن جهة أخرى حاولت الإجابة على هذه الأسئلة وذلك باستنادها على المادة الأولى ،لكن هذه المرة بتفسير موسع ومطور للاختصاص القضائي الإقليمي لأي دولة، فما المقصود بهذا الاختصاص ؟وما هي عناصره؟ و ما موقف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان من هذا المفهوم؟

---

[1] - Article 1 . « Obligation de respecter les droits de l'homme Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention »

[2] -Article 56 : « Application territoriale

"1 Tout Etat peut, au moment de la ratification ou à tout autre moment par la suite, déclarer, par notification adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, que la présente Convention s'appliquera, sous réserve du paragraphe 4 du présent article, à tous les territoires ou à l'un quelconque des territoires dont il assure les relations internationales.

2 La Convention s'appliquera au territoire ou aux territoires désignés dans la notification à partir du trentième jour qui suivra la date à laquelle le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe aura reçu cette notification.

3 Dans lesdits territoires les dispositions de la présente Convention seront appliquées en tenant compte des nécessités locales.

أولا:مفهوم الاختصاص القضائي خارج إقليمي بحسب الاجتهاد القضائي الأوروبي للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان

قبل التطرق إلى تعريف الاختصاص القضائي خارج إقليمي وعناصره لابد من الإشارة إلى تعريف كل من الاختصاص القضائي الإقليمي والاختصاص القضائي الشخصي، وهذا حتى نستطيع أن ندرك التطور الذي أدخل على المادة الأولى من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

فمبدأ الإقليمية نقصد به تطبيق القانون أو القاعدة القانونية في حدود الإقليم الذي شرعت فيه، وهي تعد مظهرا من مظاهر سيادة الدولة على إقليمها بمجالاته المختلفة.فمن حق أي دولة أن تصدر من التشريعات والتنظيمات ما تراه مناسبا لتنظم به علاقات الأفراد بعضهم ببعض، مما يستوجب على القاضي تطبيق قانونه الوطني دون غيره من القوانين.([1])

أما اليوم وبعد أن كثر التعامل فيما بين أفراد من جنسيات مختلفة، وكثر الانتقال بين الأقاليم تغيرت النظرة للأجنبي.الأمر الذي أدى إلى ظهور مبدأ الشخصية كاستثناء على مبدأ إقليمية النص ، و الذي يقصد به احتفاظ الفرد بقانونه الشخصي وهو خارج إقليم دولته،وذلك في مجالات معينة كالأحوال الشخصية، وبالتالي نلاحظ بأن قانون الدولة يمتد ليشمل رعاياها في الخارج بخصوص ذات الموضوع.

النتيجة التي يمكن أن ننتهي إليها، أنه لم يعد اليوم بالإمكان أن يستأثر أحد المبدأين بنطاق تطبيق القانون من حيث المكان ،وبالتالي بات من الضروري أن نجمع بين المبدأين ليتعايشا معا ويطبق كل في مجال معين.

بين الاجتهاد القضائي لأجهزة الرقابة للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بأن دائرة تطبيق الاتفاقية يمكن أن تتسع إلى ما وراء الأقاليم الخاضعة لسيادة الدول الأعضاء، شرط أن تسوغ في الاتفاقية الأوروبية .

ومنذ عهد طويل طبقت اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان الاتفاقية تطبيقا خارج إقليميا ، و يظهر هذا من خلال جنسية الشاكين من جهة ، و بالأعمال المرتكبة من قبل الأعوان الدبلوماسيين والقنصليين أومن قبل القوات المسلحة للدولة بالنسبة للأجهزة العسكرية لدولة ما من جهة أخرى ، و قد عرفت العلاقات القضائية لإقليم الغير توسيعا،و المقصود هنا وضعية" تطبيق خارج إقليمي ([2])"، وقد أكدت المحكمة الأوروبية في العديد من المرات بأن السلطة القضائية لدولة طرف لا تنحصر في إقليمها الوطني،بل يمكن أن تمتد خارج

---

[1] -Sébasten Van Drooghen broeck ,op,cit,p13

[2] – معماش صلاح الدين، مرجع سابق ،ص 167.

هذا الإقليم ، وبالتالي فإن الاختصاص القضائي خارج إقليمي نقصد به امتداد السلطة القضائية لدولة خارج إقليمها الوطني، لكن هذا الامتداد في الاختصاص لا بد أن تتوفر فيه عناصر متمثلة في:

- **الدولة المتعاقدة**:ونقصد بها كل دولة صادقت على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.
- **وإقليم دولة أخرى** :نقصد به كل دولة ليست عضو في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.
- وجود انتهاك لحقوق وحريات الأفراد الساكنين في هذا الإقليم.
- ولعل أهم عنصر يقوم عليه هذا الاختصاص هو الرقابة الفعلية الممارسة من قبل الدولة على منطقة تقع خارج إقليمها الوطني.فما المقصود من هذا المفهوم حسب الاجتهاد القضائي للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ؟

أشارت المحكمة الأوروبية لهذا المصطلح لأول مرة في حكمها" لوازيدو Loizido (الاستثناءات التمهيدية) وهو المكان التقليدي له "CLASICUS LOCUS [1]) حيث أكدت المحكمة على أنه" سبب موضوع وهدف الاتفاقية يمكن لطرف متعاقد أيضا رؤية رهن مسؤوليته من جراء عملية عسكرية– شرعية أو غير شرعية –يمارسها تطبيقا للرقابة على منطقة واقعة خارج إقليمها الوطني ،كما أن الالتزام بتأمين احترام الحقوق والحريات المضمونة من قبل الاتفاقية في منطقة ما، جاء نتيجة الرقابة التي تمارس مباشرة على يد القوات المسلحة لدولة المعنية،وتمارس بطريقة غير مباشرة عن طريق إدارة محلية تابعة "وبالتالي يتبين لنا من هذا الحكم أن الرقابة الفعلية تستلزم سلطة ملموسة لدولة تعدت على حق انتفاع الأفراد الساكنين على إقليم ما بحقوقهم،ونلاحظ أيضا أن المحكمة تشترط حصرية الرقابة والتي تعني غياب سلطات عمومية أخرى أو حضور شكلي بحت أو تبعي،ويجب أن تمثل الرقابة فيما بعد بعضا من الاستقرار في الزمن.

وبالرجوع إلى حيثيات الحكم السابق نجد أن المحكمة قد فصلت في الموضوع حيث حكمت بأن العدد الأكبر من الجنود الأتراك المشاركين في مهمات عسكرية في شمال قبرص تثبت أن الجيش التركي قد مارس رقابة شاملة على هذا الجزء من الجزيرة ، وبالتالي فإن الأشخاص الذين مستهم هذه السياسة وأعمال "الجمهورية التركية شمال قبرص "يخضعون للسلطة القضائية التركية وهذا بمقتضى التفسير الموسع للمادة الأولى من الاتفاقية واعتبرت المحكمة في هذا الحكم (قبرص/ تركيا) أن مسؤولية تركيا لا تنحصر فقط في أعوانها بل تتعدى إلى أعمال الإدارة المحلية التي تدعمها، وعليه فتركيا مطالبة باحترام الحقوق المادية المكرسة من قبل الاتفاقية

[1] - Robert Kolb, Gabriele Porretto, Sylvian Vité , L'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales, Bruylant, 2005.p. 418

وبروتوكولاتها المكملة بمقتضى السلطة القضائية الممارسة من قبلها ،وهذا ما أشارت إليه المحكمة في الفقرة 77 من هذا الحكم.

وقد تأكد هذا الموقف مرة أخرى من قبل المحكمة بمناسبة حكمها في قضية" بانكوفيتش **Bankovic** [1] الصادرة في 2001 حيث تتلخص وقائع هذه القضية في قيام بعض رعايا الجمهورية الفدرالية اليوغوسلافية برفع شكوى أمام المحكمة ،بأسمائهم وأسماء آبائهم المتوفين، وذلك عقب قصف إذاعة وتلفزيون الصرب إبان" عملية التحالف" حيث طالب هؤلاء الشاكون من المحكمة إثبات أن الظروف شكلت ممارسة خارج إقليمية لسلطتها القضائية من قبل الدول المدعى عليها [2] ، حيث أثبت الشاكون بأن الأعمال المجرمة تمت في الجمهورية الفدرالية اليوغوسلافية والتي أدخلتهم وأقاربهم المتوفين في دائرة السلطة القضائية للدول ويعتبرون أن الدول المدعى عليها مسؤولة بالتضامن عن القصف. [3]

لكن الغرفة الكبرى أعلنت عدم مقبولية الشكوى،حيث بينت المحكمة" لا تقبل إلا استثناء بأن دولة متعاقدة تقبل بممارسة خارج إقليمية لاختصاصها ،ولا يحدث ذلك إلا عندما تمارسها الدولة المدعى عليها من خلال الرقابة الفعلية على إقليم خارج حدودها وعلى سكانها،بسبب احتلال عسكري أو بمقتضى موافقة أو دعوى أو رضا من الحكومة المحلية التي تحملت مجموع أو بعض السلطات العمومية الخاضعة طبيعيا لصلاحيات هذه الأخيرة..." وقد قام الشاكون باقتراح تبني مصطلح" السلطة القضائية"الذي كرسته المادة الأولى من الاتفاقية بطريقة لتشمل القصف كعمل خارج إقليمي، وقالت أن أي التزام ايجابي للدولة هو اعتراف بالحقوق والحريات المضمونة من قبل الاتفاقية التي يمكن أن تكون محل انتهاك وتتكيف بالتناسب مع درجة الرقابة الممارسة في وضعية ما خارج إقليمية [4] ومن خلال قراءتنا لهذين الحكمين يتبين لنا أن المقصود بمفهوم الرقابة الفعلية ،هي تلك السلطة الملموسة التي تمارسها الدولة المتعاقدة على أقاليم خارج حدودها، حيث تمارس هذه الرقابة على يد القوات المسلحة التابعة لها أو بموافقة أو دعوة أو رضا من الحكومة المحلية ،أو تمارس بطريقة غير مباشرة وذلك عن طريق إدارة محلية تابعة، بالإضافة إلى ذلك حصرية الرقابة والتي نعني بها غياب السلطات العمومية المحلية أو حضورها الشكلي البحت أو التبعي، مع وجود نوع من الاستقرار الزمني والذي يعتد به في الواقع قبل ارتكاب الانتهاك.وتقاس نسبة الانتهاك بالتناسب مع درجة الرقابة الممارسة على هذا الإقليم.

---

[1] - Affaire Bonkovic et autre c /Belgique.2001.

[2] - Gérard Cohen –Jonathan et Jean-François Flauss « cour européenne des droits de l'homme »in A.F.D.I,CUR. 9 éditions,Paris 2001.p.434.

[3] -Robert Kolb, Gabriele Porretto, Sylvian Vité .op. cit .p. 420

[4] -Robert Kolb, Gabriele Porretto, Sylvian Vité .op. cit. p 421.

ما تجدر الإشارة إليه أن قرار "بانكوفيتش "Bankovic على الأقل PRIMA FACI " في تحليل أولي سجل تحديدا أكثر صرامة للفضاء القانوني المشترك إلى ما وراء الحدود، و التي لا نجد فيها لنظام الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان أي أثر . [1] ويبدو أن القرار الذي أصدرته المحكمة بخصوص مقبولية قضية" عيسى ""**Issa** " [2] الصادر في 30 ماي 2000 ، ناضل هذا الاتجاه ،حيث قبل القضاة الشكوى المتعلقة بالأعمال المزعوم ارتكابها من قبل الجيش التركي ضد العراقيين في العراق.

حيث نلاحظ أن المحكمة لم تدرس مسألة السلطة القضائية التركية على الإقليم العراقي ،فالشكوى إذن اعتبرت مقبولة بسبب غياب طرق طعن ممكنة وحقيقية للحقوق المضمونة من قبل الاتفاقية و التأكيد على ضرورة التحذير من كل ثغرة في نظام المسؤولية للدولة في انتهاك هذه الحقوق.وهو نفس المنطق الذي سيقود القضاة في الغرفة الكبرى إلى مواجهة دعاوى مواطني جمهورية يوغوسلافيا الفدرالية ،وهي دولة ليست عضو في الاتفاقية.

وبمناسبة التطرق إلى هذه النقطة، يمكن الإشارة إلى إمكانية مقاضاة الدولة الفرنسية على الجرائم التي ارتكبتها أثناء احتلالها الجزائر ،خاصة وأن عناصر الاختصاص القضائي خارج إقليمي متوفرة. كون أن الدولة الفرنسية طرف في الاتفاقية ،ولها سلطة فعلية على أقاليم الدولة الجزائرية ممثلة في الاحتلال العسكري ،وغياب السلطات العمومية المحلية ووجود أيضا استقرار زمني وحدوث انتهاك لحقوق والحريات المضمونة من طرف الاتفاقية.

لكن المشكل الذي يمكن أن يثار بخصوص هذه القضية كون أن فرنسا قامت بإجراء تحفظ إقليمي على الاتفاقية ،ويقصد به هنا أن فرنسا قامت باستثناء الأقاليم التي كانت خاضعة لها من تطبيق الاتفاقية عليها ،وهذا استنادا إلى المادة 57 [3] من الاتفاقية الأوروبية،لكن هذا التحفظ يثير تساؤل ويتمثل في مدى مشروعية هذا التحفظ؟خاصة إذا علمنا أن مثل هذه التحفظات كانت بخصوص اتفاقية ذات طابع إنساني.هدف لحماية الحقوق والحريات الأفراد خاصة الحق في الحياة ومنع جميع إشكال التعذيب ،ويمكن لمثل

---

[1] - Cohen –Jonathan et Jean-François Flauss « cour européenne des droits de l'homme»,op.cit.442.

[2] – قرار المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان حول المقبولية رقم 96/31821 من طرف حليمة موسى عيسى،بين أحمد عمر ، وصفية شوان إبراهيم ، فطيمة درويش، مورتي خان ، فهيمة سليم موران ،وبسنة رشيد عمر ،ضد تركيا ،في30 ماي 2000

[3] - **Article 57 . Réserves**

Tout Etat peut, au moment de la signature de la présente Convention ou du dépôt de son instrument de ratification, formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une loi alors en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition. Les réserves de caractère général ne sont pas autorisées

aux termes du présent article.

2 Toute réserve émise conformément au présent article comporte un bref exposé de la loi en cause.

هذا التحفظ أن يمس بالهدف الذي وضعت من أجله هذه الاتفاقية خاصة [1] وأن هذه الاتفاقية تنادي بعالمية حقوق الإنسان، وتظهر عدم المشروعية خاصة إذا رجعنا إلى نص اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات الصادرة في 13 ماي 1969 في القسم الثاني المتعلق بالتحفظات في المادة 19/ج منه و التي استثنت التحفظ الذي يكون مخالف لموضوع المعاهدة والغرض منها.

وبما أن فرنسا قامت بمثل هذا التحفظ الذي يمكن اعتباره تحفظا غير مشروع استنادا إلى المواد السابقة الذكر ،وبالتالي تثار مسؤولية فرنسا على أساس الاختصاص القضائي خارج إقليمي.

مما لا شك فيه أن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تعتبر كأداة لنظام عام أوروبي، وضع من اجل أن تتحمل الدول الأعضاء مسؤوليتها بسبب الانتهاكات المرتكبة من قبل أجهزتها حتى خارج إقليمها الخاص.

والمقصود هنا هو معرفة مدى صلاحية المحكمة الأوروبية لممارسة الرقابة على عمليات الدول الأعضاء عندما تكون هذه الأخيرة قد وضعت قيد التنفيذ في إطار مهمات المنظمات الدولية

ثانيا:السلطة القضائية للدول بمقتضى نصوص الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في إطار مهمات المنظمات الدولية

قامت المحكمة في القضايا السابقة بالتركيز على مسألة السلطة القضائية للدول الأعضاء في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ،وهذا ما أشارت إليه في قضية" باكوفيتش "**Bankovic** " بشأن أعمال القوات المسلحة المنجزة" خارج إقليم الاتفاقية. "وذلك بإعلانها عدم مقبولية الدعوى ،ومما تجدر الإشارة إليه أن المحكمة لم تشر إذا ما كان يجب أن تستند هذه الأعمال للدول منفصلة أو للمنظمات أي لحلف شمال الأطلسي. [2]

والسابقة الوحيدة في شأن السلطة القضائية للدول في إطار مهمة دولية هي قضية" هاس" **Ilse Hess** ضد بريطانيا [3] المقررة في 1975 من قبل اللجنة الأوروبية ، فقد كانت المدعية زوجة" ردولف هاس "**Rudolf Hess** المدان من قبل المحكمة العسكرية لورونبورغ ،والمعتقل في السجن العسكري المشترك بين الحلفاء ، و المسير من قبل القوات البريطانية. تزعم السيدة " هاس" أن هناك خرق مستمر للمـــــواد

---

[1] -Christion Daubie ,op.cit.256

[2] –Sébasten Van Drooghenbroeck.

[3] – Affaire **Ilse Hess** c/ Royaume Uni 1975

3 [1] و8 في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان من قبل المملكة المتحدة المسؤولة عن اعتقال زوجها ،وقد أكدت الحكومة المدعى عليها انه حسب نص المادة الأولى من الاتفاقية ،فإن المسألة موضوع الخلاف لا تخضع لسلطتها القضائية ولقد أعلنت اللجنة عدم قبول الشكوى وذكرت بأن السجن" سباندو" Spandau قد انشئ من قبل كومونداتير مشتركة بين حلفاء برلين طبقا لأمر من مجلس الرقابة ،وبأن إدارته قد أسندت لنفس الجهاز المشترك بين قوى التحالف الأربع التي تمارس منذ1945 السلطة العليا في ألمانيا ،وبالتالي فكل قرار يجب أن يتخذ بالإجماع من قبل هذا الجهاز وينتج عنها أن" مهمة إدارة السجن والمسؤولية عن الحفاظ على اعتقال" هاس" تكون محتملة على أساس رباعي الأطراف ،وبأن المملكة المتحدة تتصرف فقط في إطار السلطة التي تتقاسمها مع القوى الثلاث الأخرى "، وقد فصلت اللجنة بأن هذه" السلطة المشتركة" لا يمكن أن تخرق في أربعة اختصاصات مختلفة،وعليه فإن مشاركة المملكة المتحدة في ممارسة هذه السلطة لا تخضع الأشخاص المعنيين بالسلطة القضائية لهذا البلد بصفة فردية ، مثلما تقتضيه المادة الأولى من الاتفاقية. وبالتالي فإن قضية" هاس" هي الحالة الوحيدة التي تتحدث فيها أجهزة ستراسبورغ حول السلطة القضائية لدولة على إقليم أجنبي" مراقب "في إطار نشاط مهمة دولية [2].

ويجب من الآن فصاعدا التساؤل حول إمكانية تطبيق نفس المبادئ القانونية التي تعتبر أساسا للحكم لمهمات المنظمات الدولية في أيامنا هذه [3] ، خاصة وأن مثل هذه المنظمات لها بنى معقدة ومتطورة ويستند عملها على آليات قرار مستقلة كليا بالنسبة إلى إدارة الدول الأعضاء في المنظمة التي تنشئها.لكن تجدر الإشارة إلى أنه في حالة العمليات العسكرية حول السلام، يمكن أن يتنوع دور المنظمات الدولية المشتركة لا سيما بسب خصائص قوة ما ،و كيفية تنفيذ مهماتها فهي في بعض الأحيان يمكن أن يتحول عمل المنظمة إلى مجرد تنسيق للعمليات الفردية لكل دولة مشاركة في المهمة ،ويمكنها أن تحدد في دور سياسي أساسا.وأحيانا أخرى تحل المنظمة محل الدولة في قيادة ومراقبة العمليات ،وتمارس في هذه الحالة مهمات عملياتية عن طريق أجهزتها الخاصة والتي تنشأ من أجل غرض ما "AD-HOC" حتى ولو كانت القوات مقدمة من قبل الدول.رغم أن العمليات العسكرية تعتبر من معايير الممارسة الفعلية لسلطات الرقابة،

---

[1] – **Article 3 : « Interdiction de la torture**

Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. »

[2]- معماش صلاح الدين ، مرجع سابق ، ص 173.

[3] –Robert kolb ,Gabriele Porretto, Sylvian Vité , op.cit, p. 425

ولكن هذا وحده لا يكفي بل لا بد أن يأخذ بعين الاعتبار كذلك مدى اشتراك المنظمة وطبيعة هذا الاشتراك إذا كان تبعي أو مستقل،وهذا ما يمكن من البت في المسألة.فلو رجعنا إلى قضية "بانكوفيتش" **Bankovic** السابقة الذكر لوجدنا أن عملية قوات التحالف للحلف الأطلسي في يوغوسلافيا هي مثال للعملية التي تحتفظ فيها الدول بوضوح بالرقابة على عمليات قواتها الخاصة ،فإذن على أساس العلاقة العضوية مع الدولة الممونة ينشأ اختصاص المحكمة.

فهل يختلف الوضع إذا كنا بصدد مهمة عسكرية أو مدنية تحت القيادة والمراقبة الحقيقية للمنظمة الدولية" كالأمم المتحدة "والحلف الأطلسي " [1] ؟خاصة إذا علمنا أنه من الصعب في مثل هذه الوضعية الحديث عن ممارسة سلطات حقيقية ومستقلة من قبل كل دولة مشاركة.في مثل هذه الحالة يمكن أن تعاني الحماية الفعلية لحقوق الإنسان من ثغرة خطيرة ، فكيف يمكنها إذا تأمين بدأ تنفيذ حقوق مضمونة من قبل الاتفاقية؟

نلاحظ أن المحكمة أجابت على هذا التساؤل من خلال حكمين أصدرتهما الغرفة الكبرى في 28 فيفري 1999 في قضية Montthows [2] و قضية Waite and Kennedy [3] ،

ونشير إلى مقطع من حكم "وايت" Waite الذي يستحق أن يعاد كاملا" من رأي المحكمة عندما تنشئ الدول منظمات دولية للتعاون في بعض مجالات العمل أو لتعزيز تعاونها والتي تحول اختصاصاتها إلى هذه المنظمات التي تمنحها حصانات يمكن أن تؤثر على حماية الحقوق الأساسية ،ومع ذلك سيكون معاكسا لموضوع وغرض الاتفاقية التي تكون الدول المتعاقدة، كذلك معفية من كل مسؤولية بالنسبة للاتفاقية في مجال النشاط المعني. وهناك ما يدعو للتذكير أن الاتفاقية هدفها حماية هذه الحقوق ليس بصفة نظرية أو وهمية ،ولكن بصفة ملموسة وفعلية .وهنا يستوجب الملاحظة على الخصوص بالنسبة للحق في الدخول إلى المحاكم بالنظر إلى المكانة البارزة التي يشغلها الحق في محاكمة عادلة في المجتمع ديموقرطي " ، وهذا ما تم الإشارة إليه في قضية" ماتووس" Montthows حيث أكد القضاة بأن" الاتفاقية لا تقضي تحويل الاختصاصات إلى المنظمات الدولية شريطة أن يستمر الاعتراف بالحقوق المضمونة من قبل الاتفاقية فتحويل مماثل لا يلغي إذن مسؤولية الدول الأعضاء " [4] ، واستنادا لهذا الموقف يمكن أن تثار مسؤولية قوات التحالف

---

[1]- نفس المرجع السابق

2 - Affaire Matthews c. Royaume-Uni/v. the United Kingdom [GC], 18.2.1999, no/no. 24833/94.

3 - Affaire Waite and Kennedy c/ Allemagne /v. Germany [GC], 18.2.1999, no/no. 26083/94

[4]- معماش صلاح الدين ، مرجع سابق ، ص 175.

التي شنت الحرب على العراق بقيادة الولايات المتحدة الأمريكية ، حيث نلاحظ بأن هذا التحالف اشتركت فيه دول من أوروبا إلى جانب الولايات المتحدة الأمريكية كاسبانيا،وألمانيا وبريطانيا ورومانيا ،إلى جانب عدد كبير من الدول الأخرى ، يمكن بالتالي أن تثار مسؤولية هذه الدول بصفة منفردة ومستقلة عن التحالف خاصة إذا علمنا أن هذا الدخول لم يحز على موافقة أممية من قبل مجلس الأمن ، بالتالي عدم مشروعية مثل هذا التصرف على هذا الأساس ،وكذلك كون هذا التحالف احتفظت فيه كل دولة بسلطتها ورقابتها على الجنود الذين أرسلتهم حيث أقتصر هذا التحالف على وجود تنسيق فقط بين هذه الدول.ومن هنا يمكن أن نحدد مسؤولية الدول الأوروبية المشاركة في هذه الحرب إما على أساس مسؤولية فردية أو على أساس مسؤولية التحالف ككل.

لكن هذا الموقف المعتمد من قبل المحكمة الأوروبية سرعان ما عدلت عنه في موقفها القائل بعدم إعفاء المنظمات من المسؤولية في حالة ارتكاب انتهاكات لحقوق وحريات تكفلها الاتفاقية ، وهذا ما أقرته الغرفة الكبرى في رأيها في قضية" بانكوفيتش" "Bankovic بأنها لم تتعرض لهذه المسألة ،وكان من بين الأطراف المدعى عليهم الحكومة الفرنسية والتي أكدت أن القصف المتنازع عليه مسند للحلف الأطلسي وليس للدول بصفة فردية،خاصة وأن هذا الحلف هو منظمة تملك شخصية قانونية دولية مختلفة عن تلك التي يمتلكها أعضائها.وعليه فالمحكمة أكدت بأن مسؤولية الدول الأعضاء في منظمة الحلف الأطلسي لن تكون محل بحث هذه الخروقات في الاتفاقية تستند حصرا إلى الحلف الأطلسي [1]

حسب هذا الموقف وفي مثل هذه الحالات من السلطة المقتسمة لن تقام سلطة قضائية للدول الأعضاء في مفهوم هذه الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

ويبدو أن التحاق المحكمة بهذا الموقف كان أقل انسجاما مع المبدأ المعلن عنه في قضيتي "ماتووس" و"وايت" لكن هذا الأمر لا ينفي أهمية المبادئ المعلنة عليها في هذه القضايا ،والتي تعتبر مسألة اجتهادية أثارتها المحكمة ، يمكن الاستناد إليها في قضايا أخرى، لأن تنفيذ دولة ما للالتزامات الناجمة عن انتمائها إلى منظمة دولية ،لا يعد مبررا إلا بمقدار ما تعطي المنظمة المعنية بالمسألة للحقوق الأساسية حماية تعادل على الأقل التي تضمنها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان [2].

---

1 - Sébasten Van Drooghenbroeck ,op ,cit ,p23.

[2] – جيرار كونزاليس،اجتهاد المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان(2005)،إشراف فريديريك سودر،ترجمة محمد عرب ، صاليلا، مجلة القانون العام وعلم السياسة، L.G.D.J، 2006 ،العدد 3 ،ص 794 .

الفرع الثاني : موقف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان من مضمون نواة الحق غير القابلة للمس

إن سبب اختيارنا لتعبير نواة الحق غير القابلة للمس من بين العديد من التعابير المختلفة كجوهر الحق،الحقوق الأساسية وغيرها ،كون أن هذه الصيغة هي الأكثر شهرة على المستوى الدولي والأكثر بلاغة منها لكن وبالرغم من شيوع هذا المفهوم على المستوى الدولي إلا أنه عرف الكثير من اختلافات في وجهات النظر ،ويظهر ذلك من خلال عدم وجود اتفاق حول إمكانية أو عدم إمكانية إدراج مثل هذا المفهوم في القوانين الداخلية هذا من جهة ،ومن جهة أخرى الغموض الذي يحيط بهذا المفهوم والمترجم في المواقف المختلفة للفقهاء وللمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان وحتى المحاكم الداخلية للدول الأوروبية.

سنحاول من خلال هذه الدراسة الوقوف على أهم الآراء و التعاريف التي جاءت بخصوص هذا المفهوم مع كشف الأسباب التي تقف وراء هذا الغموض الخاص بنواة الحق غير القابلة للمس ،وفي الأخير نشير إلى أهم المساوئ المرتبطة باستعمال هذا المفهوم.

أولا :مفهوم نواة الحق غير القابلة للمس من وجهة نظر اجتهاد المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان

لقد عرف هذا المفهوم لدى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان نوعا من الغموض، ويرجع هذا للنظرة المزدوجة التي أتى بها اجتهادها القضائي، حيث نلاحظها تارة تميز وبوضوح بين وجود نواة غير قابلة للمس وبصفة مجردة، وبين البدء بتنفيذ ملموس لرقابة قضائية بواسطة النسبية، وتارة أخرى نجدها تدمج بين المرحلتين نظرا لأن مدى اتساع جوهر الحق موضوع الخلاف ينبثق عن تطبيق تقنية النسبية.وهذا ما يؤدي بنا للقول بوجود معنى مزدوج متناقض لمفهوم جوهر الحق، وغياب الوضوح بشكل صارخ عن صيغة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

1- ازدواجية وتناقض مفهوم نواة الحق غير القابلة للمس

تزخر الساحة القضائية للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بالقضايا الواضحة لهذه الرؤية المزدوجة لجوهر الحق ،وسنأخذ على سبيل المثال ما أقره قاضي ستراسبورغ في قضية "فرايد مان" Friedmann ضد "كرواتيا "الصادر في 24 جوان2004 بخصوص القيود الواردة على الحق في الوصول إلى المحكمة المفروضة ومن قبل سلطات الدولة ونذكر بعضا مما جاء فيها" لا يمكنها الدولة تقييد الوصول المفتوح للمتقاضي بطريقة

ما أو إلى الحد الذي يجد فيه حقه في الوصول إلى المحكمة مصابا في جوهره نفسه،وأخيرا فإنها لا تتفق مع المادة 6الفقرة 1 (1) إلا إذا استندت إلى هدف شرعي ،وإذا وجدت علاقة نسبية معقولة بين تناسب الوسائل المستعملة والهدف المنشود "(2) ،ومن خلال هذا القرار نجد أن هناك ازدواجية في المعنى حيث استند في هذا الحكم لكل من جوهر الحق بصفة مجردة ،وبعدها تطرقت للعلاقة النسبية الموجودة في هذه القضية. ويظهر هذا جليا في نفس الموضوع المتعلق بحق الوصول إلى محكمة ،حيث أقرت هذه الأخيرة بمناسبة نظرها في قضية "الأمير هانس " Prince Hans-Adam ضد "ألمانيا "الصادر في 12 جويلية 2001 (3) بأن القرارات المعلنة للدفع بعدم قبول دعوى المستدعي بالاسترداد لا يمكن اعتبارها غير متناسبة مع الهدف الشرعي المنشود ،وأنها لا تشكل إذا تعديا على جوهر الحق المعني في الوصول إلى محكمة ، بالمعنى الذي أخذ به اجتهاد المحكمة."نجد أيضا أن المحكمة قد أقرت بهذه النقطة في قضية" ارناست وآخرين Ernst et autres ضد "بلجيكا "الصادرة في 15 جويلية 2003 (4)

حيث أقرت بأن" ضمن هذه الشروط ،تقدر المحكمة أن القيود الموضوعة على الحق في الوصول للمحكمة، باقتصارها على الاعتراف بالخصوصيات المرتبطة بامتياز السلطة القضائية ،لا تشكل تعديا على جوهر الحق نفسه في محكمة أو أنها كانت متناسبة من زاوية المادة 6 الفقرة 1 ،من الاتفاقية" ونجد أيضا حكما أكثر حداثة من سابقيه المتمثل في الحكم في قضية "زدانوكا" Zdanoka ضد" ليتونيا "الصادر في 17جويلية 2004 (5) وجاء فيه"استنادا إلى كل ما سبق ،خلصت المحكمة إلى عدم القابلية الدائمة للانتخاب للبرلمان الليتوني ،التي أصابت المدعية بسبب أنشطتها في داخل الحزب الشيوعي الليتوني، بعد 13 كانون الثاني 1991 ، لا تتناسب مع الأهداف الشرعية التي تتابعها ،والتي تقلل الحقوق الانتخابية للمدعية إلى حد إصابتها في جوهرها نفسه، وان ضرورتها في مجتمع ديمقراطي لم يبرهن عليها. "

---

1 - Article 6 . Droit à un procès équitable

2 – قضايا أخرى لها علاقة:

-Affaire Acimavic c/Croatie ,du octobre 2003,requête n°61237/00,&29

- Affaire ,cordova c/ It alia du 30 janvier2003,&54

- Affaire shishkov c/ bulgarie,du 9 janvier 2003,recueil 2003- &84

3 - Affaire Prince Hans-Adam du Lichtenstein c/Allemagne du 12 juillet 2001,requête n°42527/98,&70.

4 - Affaire Ernst et autres c/ Belgique du 15 juillet 2003,requête n°33400/96,&56 :

5 - Affaire ,Zdanoka c/Lettonie, du 17 juin 2004 ,requête n0 58278/00,&99.

إلا أن الأمر لا يسير على خلاف ذلك عندما يؤكد القضاة [1]" أن المحكمة لكي ترضي نفسها بكون جوهر حق المدعي في محكمة لم يفسد بإعلان الدفع بعدم قبول استئنافه،ستدرس أولا ما إذا كان حساب الفترة الجارية من المهلة ،التي تقوم به محكمة النقض يمكن اعتباره متوقعا من وجهة نظر شخص محكوم عليه غيابيا ،وبالتالي،ما إذا كانت عقوبة الفشل في احترام هذه المهلة لا تعتبر انتهاكا لمبدأ النسبية [2] .وهكذا نفهم من هذه الأحكام أن نواة الحق فيها يستند لتطبيق النسبية فيها.

2- غموض صيغة" نواة الحق "المستعملة بالنسبة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان

نظرا لعدم وضوح موقف قضاة المحكمة الأوروبية حول معنى مفهوم نواة الحق،نتيجة لتضارب آراءها ،يجد الدارس نفسه في حيرة ،حيث شكلت قضية" اوزي " Osu ضد "ايطاليا"السابقة الذكر مثالا ذا دلالة ،وهذا عندما قامت المحكمة باشتقاق مضمون جوهر الحق من وضع النسبية موضع التنفيذ ،إلا أنها عندما أكدت تعليلها بالتوجه إلى اجتهادها القضائي السابق ،نجد أنها استندت في ذلك على الحكم في قضية "لوفاج" levages ضد فرنسا الصادر في 23 أكتوبر1996 والنسبية ،وبالتالي نجد أن موقف المحكمة كان متقلبا باستمرار بقصد أو بدون قصد منه ،بين رؤيتين متعارضتين لمفهوم جوهر الحق"نواة الحق غير القابلة للمس. "الأمر الذي لا يساعد رجل القانون من فهم موقف محكمة ستراسبورغ،ونتيجة لهذا الخلط وعدم الاستقرار في المواقف ،قام القاضي كوستا [3] من خلال رأيه المخالف المعبر عنه في حكم قضية" الأمير هانس "ضد" ألمانيا "فقد لاحظ هذا الأخير التناقض فسجل موقفه كما يلي"بالنسبة لي ،من الصعب التأكيد،كما فعل الحكم في الفقرة 69 أن رد دعوى المدعي من قبل المحاكم الألمانية الابتدائية،و الاستئنافية لم يكن غير متناسب مع الهدف الشرعي المنشود ،ولم يشكل بالتالي تعديا على حق الوصول إلى محكمة في جوهره نفسه .أن هذه المقاربة تخلط بين طريقتين كان اجتهاد المفوضية والمحكمة قد ميزا بينهما بعناية في أغلب الأحيان ،باعتبارهما فرعين لخيار واحد:إن التحديدات الصريحة أو الضمنية للحق في الوصول إلى محكمة لا تكون متفقة مع المادة 6 [4] إلا إذا لم تقيد الوصول المفتوح لمتقاض بطريقة ما أوالى حد لا يكون حقه فيهما مصابا في جوهره نفسه.وعلاوة على ذلك ،فإنها يجب أن تتجه إلى هدف مشروع، ويجب أن توجد هناك علاقة نسبية

---

[1]- بيتر موزوني،بحث نقدي في مفهوم نواة حق عير قابلة للمس اجتهاد المحكمة الاتحادية السويسرية والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ، ص 995.

2 -Affaire Osu c/Italie, du 11 juillet 2002,requête n°36534/97,&35.

3 - Affaire levages prestation service c/France ,du 23 octobre 1996,recueil 1996-v,&40

[4]-المادة 06 ، مرجع سابق.

معقولة بين الوسائل المستخدمة والهدف المنشود ، إن تعليل هذا الحكم هو بنظري متنافر وغير منطقي:إن قضية النسبية لا يمكن أن تطرح إلا بطريقة استطرادية،في الحالة التي لا يكون قد تم المس فيها بنفس جوهر الحق في محكمة، أما استنتاج حالة عدم الاعتداد من وجود علاقة نسبية مرضية فأمر لا يقنعني أبدا."

من خلال كل هذا تبين لنا أن موقف المحكمة من مفهوم نواة الحق غير القابلة للمس يشوبه الغموض مع ازدواجية في النظر.فهل هذه التناقضات في مواقف المحكمة من قبيل الصدفة أم لها خلفيات ؟ إذا كانت الإجابة بنعم يا ترى في ماذا تتمثل أسباب هذا الغموض الخاص بمعنى نواة الحق غير القابلة للمس؟

ثانيا –أسباب الغموض الخاص بمعنى نواة الحق غير القابلة للمس

يمكننا أن نرجع سبب هذا الغموض الذي يطغى على مفهوم نواة الحق غير القابلة للمس إلى سببين رئيسيين.يرجع الأول إلى الرؤية الإيديولوجية للحق أما الثاني فنرجعه إلى الرؤية الواقعية لهذا المفهوم ،وهذا ما يؤثر في كثير من الأحيان على موقف القاضي ،الذي يجد نفسه مشتتا بين هاتين الرؤيتين المتعارضتين والتي يصعب التوفيق بينهما. فما المقصود بالرؤية الإيديولوجية لمفهوم نواة الحق غير القابلة للمس وبالرؤية الواقعية لهذا المفهوم؟

1-الرؤية الإيديولوجية لمفهوم نواة الحق غير القابلة للمس

يعتبر مفهوم نواة الحق غير القابلة للمس مفهوم إيديولوجيا خاص بإيولوجية حقوق الإنسان المتعلقة بتكريس حقوق ذاتية ،والتي تعد ثمرة سياسية إرادية تضفي منذ بضع عشرات السنين الشرعية الضرورية على تطور في جوهر الحق. حيث تم ربط بين جوهر الحق (أو ما يسمى بنواة الحق غير القابلة للمس) وبين الحق الذاتي. كون أن هذا الأخيرة يعد كسلطة ممنوحة للفرد والذي يشكل بدوره الأرضية الملائمة لظهور النواة غير القابلة للمس، وإذا كانت هذه النواة تدين بوجودها لهذا الحق،فإنها تحمل في الوقت نفسه سماته الخاصة ومنها سمته الإيديولوجية ، فبأي معنى يكون الحق الذاتي إيديولوجيا؟

يسعى أصحاب هذه الرؤية إلى القول بأن الحق عنصر مكون لقدرة أو سلطة يمكن للشخص أن يستعملها متى يشاء ذلك.وهذا من أجل دعم ادعاءاته وبالتالي فجوهر الحق يتعلق بهذه الرؤية المثالية لنظام قانوني ستكون الحقوق فيه صالحة للاستغلال ، وتعكس نواة الحق الذاتي غير لقابلة للمس من وجهة النظر

هذه الحصة غير القابلة للضغط ولا للتنازل ،والتي يمكن للشخص أن يستند إليها مهما كانت الظروف التي يواجهها . ([1])

وما تجدر الإشارة إليه أن هذه الرؤية ظهرت مرات عدة أثناء أحداث تاريخية ،ترجمت على لسان رجال الدين مثل الكاهن" غيوم دوكان "،وكذلك أدرجت من قبل محرري القانون الأساسي الألماني 1949 في مادته 19 فقرة 2 ،مرورا بكتابات" غروسيوس "وفكر مذهب" هوبس"، ولعل العنصر المشترك بين كل هؤلاء تتمثل في ردة فعل اتجاه أي قوة ضاغطة من شأنها أن تمس بالكائن البشري. "

وكرست هذه الرؤية أيضا بعد الحرب العالمية الثانية ،حيث جسد هذا الجزء من الفقه النظرة الايرادية للحق. ينصب هذا من اجل تامين حماية الفرد وهذا ما أشار إليه البوفيسور "هوتليه "الذي قال:" أثناء المرحلة التي مباشرة نهاية الحرب العالمية الثانية،بحيث يمكن أن نلاحظ على الفور العلاقات الوثيقة للغاية ،التي يقيمها نواة الحريات مع الفظائع التي تم ارتكابها ،وإضفاء طابع مؤسساتي عليها في ظل الرايخ الثالث".

وليس من قبيل المصادفة أيضا" أن تنزع مسلمة النواة غير القابلة للمس لان تدخل في ميدان الحريات فكرة تشدد تأتي من عالم آخر ،عالم ضمانات دولة القانون (...) التي تتعلق بالأخلاق أكثر مما تتعلق بالحق"([2]) وهذا ما يضفي الصفة المجردة لمفهوم نواة الحق غير القابل للمس.

2- رؤية النظرية الواقعية كحق نسبي

إن النظرة الواقعية للحق ،كانت ومنذ وقت طويل, أطول بكثير من مدة حياة الحق الذاتي ونواة الحق غير القابلة للمس ،تنظر للحق والذي يعتبر اختراعا لروما الكلاسيكية والمستمدة من فلاسفة الإغريق ،على انه نسبة عادلة في تقسيم أموال المواطنين ودعاويهم. وبالتالي نلاحظ أن العمود الأساسي الذي يقوم عليه الحق هو العدالة ،وهذا ما يجرد الحق من تلك النظرة الأخلاقية المثالية والتي يتبناها أصحاب الرؤية الإيديولوجية.

ولعل من أهم الأشخاص الذين عرفوا الحق تعريفا بالأصالة هو البروفيسور" فيلاي "في كتابه" القانون وحقوق الإنسان "حيث عرف الحق على ضوء تعريفه للعدالة ،وما جاء في كلامه"إن العدالة الخاصة نسبة (...)وسط بين حدين متطرفين (...) وهي تنزع لان تحقق في المدينة ،التقسيم الجيد للأموال والأعباء الخارجية(...) وحينئذ لن تكون هناك شيء طبيعي أكثر من استعمال الفن القانوني منهجا جدليا ،منبثقا من خلال مقارنته بين الأمثلة ،والآراء المتناقضة ،لأن كل رأي يعكس مظهرا ما من الحقيقة. لهذا يكون من

---

[1]- بيتر موزوني، ، مرجع سابق،ص998 .

[2]- نفس المرجع السابق ، ص999 .

المفروض في كل دعوى أن يتم الاستماع أولا إلى مرافعات الخصمين؛والقيام بمقارنة الأطروحات المتعارضة للفقهاء ،التي تريد إحداها أن يستند لها الكثير ،وللأخرى القليل. ويرى أرسطو... أن الفقيه ،لكي يبلغ الوسط العادل بان يضيف هنا ويطرح هناك.وأن ينطلق من الحدين المتطرفين للبحث عن الوسط.وانطلاقا من انحرافات الجميع باتجاهات متنوعة،وعبرها سيتم إيجاد الطريق المستقيم. كم سيكون هذا المنهج الجدلي متكيفا تماما مع الفن القضائي(...) لنحتفظ بهذه النقطة:فبحسب تحليل أرسطو يكتف الحق نفسه من خلال ملاحظة الواقع الاجتماعي ،ومقارنة وجهات النظر المختلفة حول هذا الواقع،لأن الحق ،موضوع العدالة،بالمعنى الخاص للكلمة ،هو بدقة هذا الوسط ،بالنسبة الجيدة لأشياء تم تقاسمها بين أعضاء المجموعة السياسية.فلأن الحق نسبة ،ويقوم القاضي بتحقيق التناسب بين الأشياء والأشخاص."وبحسب مقولة الرومان تبعا لصيغة " اولبيوس "الشهيرة أن الحق لا يتحقق إلا بواسطة منهج: إقامة علاقة جدلية بين الأشخاص لخدمة هدف سام، التوزيع العادل للأشياء الموجودة .([1]) و نستنتج مما سبق أن الرؤية الواقعية للحق تسعى لإقامة علاقة توازنية ما بين المصلحة الفردية ومصلحة الجماعة.

وبتطرقنا للرؤية الواقية والرؤية الإيديولوجية للحق نفهم سبب المواقف المتناقضة التي تبناها القاضي الأوروبي لمحكمة ستراسبورغ ،الذي حاول الدمج بين هاتين الرؤيتين ،فنجد بأنه أحيانا تحركه إرادة حامية للأضعف من الأقوى وبالتالي يميل للرؤية الإيديولوجية لنواة الحق غير القابلة للمس ،لكن مع مراعاته للمنهج الطبيعي الذي يكمن في الموازنة مابين المصالح من اجل تحقيق التقسيم العادل وهذا ما يجسد النظرة الواقعية، وهذا ما أكدته في قرارها في قضية "سبورنغ ولونروت "ضد " السويد "الصادرة في 23 سبتمبر 1982 حيث قالت" بمراعاة توازن عادل بين متطلبات المصلحة العامة للجماعة ،وبين ضرورات حماية الحقوق الأساسية للفرد " ([2])

وبالتالي فإن استعمال العلاقة النسبية من أجل تحديد معنى مفهوم نواة الحق غير القابلة للمس لا يمثل بالنتيجة إلا انبثاقا للواقعية القضائية ضمن هذا التوتر بين مفهومين متعارضين للحق([3]) بالرغم من الغموض الذي يكتنف مفهوم نواة الحق غير القابلة للمس ،إلا أننا نجد استمرارية التمسك به،و كذلك رغم المساوئ المرتبطة باستعماله والتي سنفصل فيها الآن.

---

[1] – بيتر موزوني، ،مرجع سابق، ص ص.1000.999

2 – Affaire,Sporrong et Lönnrot ;c/ Suède ;du 23 septembre 1982 série A n° 52 &69.

[3] – بيتر موزوني،مرجع سابق،ص1001 .

ثالثا –المساوئ المرتبطة باستعمال نواة الحق غير القابلة للمس

تجدر الإشارة إلى أنه وبالإضافة للمعنى الغامض الذي يلف هذا المفهوم ،إلا أنها لا تعد السلبية الوحيدة بل توجد سلبيات أخرى تجعل منه سببا مانعا يفضل استبعاده. ومن بين هذه المساوئ نجد:عدم واقعية المفهوم و عدم فائدته بل أكثر من ذلك خطورة استعماله .

1– لا واقعية مفهوم نواة الحق غير القابلة للمس

يتبين لنا مما سبق الإشارة إليه،أن القانون هو علاقة بين أطراف يتضمن موضوعها نوعا من الترجيح ،ولهذا فان ابتكار مثل هذه الحقيقة والتصدي لها بدافع" أنانية الفرد المركزية" ،والتي تفترض مسبقا وجود مصالح له ينبغي أن تنتصر دوما مهما كان الوضع والخصم أمر يصعب التسليم به. وهذا ما أشار إليه البروفيسور فيلاي في كتابه" القانون وحقوق الإنسان"حيث جاء فيه لسوء الحظ نحن جميعا ،نقابات ،نساء،معاقين ،اعتدنا أن نحسب" حقوقهم" بناءا على الاعتبار النرجسي فقط لذواتهم، ولهم وحدهم"...سعادة "و"صحة" ،وحق تملك مطلق،لفائدتهم،وحريات كاملة،بشكل لا نهائي تلك هي وجهة نظر الذات ،لكنها وعود مزيفة ،غير ثابتة ،غير واقعية،وإيديولوجية ([1]).

لكن هذا لا يلغي الاستفادة أحد أطراف الدعوى من حقوقه الراجحة ،واستعمالها كسلطة ،لكن هذه الاستفادة وهذه السلطة لا تكون إلا بعد إقامة علاقة جدلية ،توازن بين المصلحة الشخصية للفرد والمصلحة العامة.وبالرغم من الهدف الذي يسعى إليه أصحاب الرؤية الإيديولوجية للحق ومناصري نواة الحق غير القابلة للمس الذي يمثل أكبر ضمان لحماية الحقوق الأساسية وحرمتها من الانتهاك ،إلا أن هذا لوحده لا يكفي ليكون محل تطبيق في الواقع.

ويبدو هذا واضحا أكثر لدى مواقف قضاة محكمة ستراسبورغ لأنهم لم يعطوا في غالب الأحيان إلا تعريفا سلبيا لمضمون نواة الحق غير القابلة للمس ولم يعلنوا قط عن ماهية هذا الحق ،لماذا لم تقم هذه الهيئة القضائية السامية حتى اليوم بمنع أي عمل منسوب للدولة لسبب وحيد يكمن في انه ينتهك جوهر حرية ما؟ويرجع المبرر في ذلك للصفة التي يتمتع بها القاضي والمتمثلة في" التعقل "وهو أمر يتطلبه الحكم الأمر الذي يساعد على تجنب النزوات الفجائية والتي يمكن أن تشوب منطوق الحكم ، وبالتالي فإننا نجد أن القاضي الأوروبي يمكنه تماما الاستغناء عن الاستعانة بالنواة غير القابلة للمس ليصل للنتيجة نفسها لكن عدم واقعية

[1]- بيتر موزوني،مرجع سابق،ص1002 .

مفهوم نواة الحق غير القابلة للمس ليست العيب الوحيد بل هناك عيب آخر يتمثل في عدم فائدة استعمال هذا المفهوم.

2- عدم فائدة استعمال مفهوم نواة الحق غير القابلة للمس

لعل أول ما يبرر هذه النقطة ما جاء على لسان البروفيسور" اتياس "حيث قال" **الحق الذاتي لا يصف ولا يقدم أي دليل للبحث عن الحلول التي ينبغي استعمالها من أجل حل النزاعات الحقيقية ،لأن من لا يعلم أن الحق ليس قصة تحكى ،وإنما هو تحليل ينبغي اكتشافه ،لا يمكنه أن يشفي غل إيديولوجية الحق الذاتي** .

ومن هنا يتبن لنا أن الحق الذاتي وموضوعه نواة الحق غير القابلة للمس لا يمكنهما أن يشكلا أساسا لطرح منهج منظم لحل النزاعات بالرغم من ادعاءات مؤيدي هذا المفهوم يرون أن استعماله من شأنه أن يخلف نوعا من الاستقرار في الاجتهاد القضائي. إلا أن هذا الادعاء غير صحيح كون أن هذا الاستقرار في الاجتهاد القضائي يمكن تحقيقه دون الاستناد على هذا المفهوم،وبل أكثر من ذلك يمكن لهذا الاستقرار أن يتحقق أيضا من خلال استعمال المنهج الجدلي النسبي والموازنة مابين المصالح.

ولعل أفضل وسيلة لتأكيد هذه النظرة وتوضيحها الرجوع للقضايا الأحكام القضائية التي تحمل في طياتها مواقف القضاة والاجتهاد القضائي للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، فمثلا نجد قرار المحكمة في قضية" س.ا كلينات ديوت وغراس S.A cabinet diot et sa gras ضـد" فرنسا "الصادر 22 جويلية 2003[1] و التي أقرت بأنه " لم تر المحكمة حين مراجعتها في شكوى للطلبات الحالة ،سببا لتمييزها عن قضية" س.أ، دنجيفل**danguville** SA [2]، إن التدخل في الأموال المدعين لم يكن ليلبي متطلبات المنفعة العامة، وأن التوازن بين متطلبات المنفعة العامة للجماعة ،وبين ضرورات حماية الحقوق الأساسية للأفراد قد انقطع.

وكذلك قرار يخص موضوع الطابع التعسفي لنظام التصنت الهاتفي في المملكة المتحدة،مع قرار الحكم الطبيعي في قضية" خان" Khan ضد المملكة المتحدة، [3] وغيرها من القرارات .

نلاحظ أن المحكمة الأوروبية وصفت بواسطة النسبية التي استعملتها في كل القضايا، قواعد قانونية واضحة بشكل كاف للسماح للمدعين في المستقبل بالتنبؤ مسبقا بنتيجة شكواهم أو دعواهم،دون أن تستند

1 -Affaire S .A cabinet diot et sa Gras de savoye c/francedu du 22 juillet 2003 , requête n° 49217/99 et 49218/99,&28

2 -Affaire S.A danguville c/ France,du 16 avril 2001

3 -Affaire Khan c/R.U,du 2000

في تعليلها على مقوم نواة الحق غير القابلة للمس .ويبدو اجتهاد القاضي الأوروبي" ستراسبورغ "في مدة التوقيف المؤقت في المادة 5 فقرة 3 بحسب الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ، رمزيا وفي هذا الصدد نجد أن القاضي الأوروبي قام في أحكامها الأولى ،بوزن المصالح لتقويم توافق هذه المدة مع الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، حيث نجد أن المحكمة طرحت سابقة قضائية وفقا لما يلي" أن مدة أربعة أيام وستة ساعات من التوقيف المؤقت من دون رقابة قضائية ،لا تتجاوز الحدود الصارمة للزمن المحدد بالمادة 3/5 حتى عندما يكون هدفه حماية الجماعة بمجموعها من الإرهاب" ، أضف إلى ذلك موقف المحكمة من قضية" خلفاوي Khalfaoui" [1] ضد فرنسا حيث وضعت المحكمة واستنادا لمبدأ النسبية قواعد قانونية واضحة تسمح للمدعين بالتنبؤ مسبقا بنتيجة شكواهم . [2]

وبالتالي نلاحظ أن القاعدة القانونية الناجمة عن تطبيق النسبية قد طبقت بطابع العمومية والتجريد، وقد كان باستطاعة القاضي الأوروبي انطلاقا من هذا الحكم ،استنتاج أن إجراء التوقيف المؤقت لمدة أكثر من أربعة أيام وستة ساعات كان يشكل تعديا على نواة الحق غير القابلة للمس للحق في أمن الأشخاص لكنه لم يفعل ذلك وعيا منه لان هذه الإشارة للمفهوم ستكون بدون معنى. [3]

حتى عندما أشارت المحكمة الأوروبية لبعض النصوص من الاتفاقية الأوروبية على أنها نصوص" غير قابلة للمخالفة "، وهذا ما أكدته بحكمها في قضية" ايرلند" ضد المملكة المتحدة الصادر في 18 جانفي 1979المتعلق بالمعاملة لا إنسانية والمهينة التي وردت في المادة 3 من الاتفاقية [4] حيث أكدت أن المادة 3 تحمل لحق مطلق حيث قالت" لم تراع المادة 3 أي استثناء'ولم تسمح المادة 15 [5] بمخالفتها في زمن الحرب ، أو أي خطر وطني آخر ،وهذا الحظر المطلق،من قبل الاتفاقية للتعذيب وللعقوبات أو المعاملات غير الإنسانية أو المهنية يظهر أن المادة 3 تكرس إحدى القيم الأساسية للمجتمعات الديمقراطية التي تشكل مجلس أوروبا " [6]. وباستقرائنا لهذا المقطع من حكم المحكمة يمكن أن يتبادر إلى ذهن القارئ للوهلة الأولى أن

---

1 -Affaire Khalfaoui c/France,du 14 décembre 1999.

2 -Emmanuel Decaux et Paul Tavernier,chronique de jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme (année 1999),Journal du droit international,JURISCLASSEUR, Paris,2000,p 144.

3 – بيتر موزوني، مرجع سابق، ص1008 .

4 - Affaire Ireland/ R-U du 18 janvier 1978,serie A ,n° 25 p-65,163.

5 – Peter Leuprecht et Olivier Delas, cinquante ans de convention européenne des droits de l'homme, op.cit,p.XI.

6 - F,sudre, « article 3 » .in la convention européenne des droit de l'homme .commentaire article par article ?sous la dir de L-E .Pettiti . e. Decaux .P –H Umbert . 2 éd 1999 p 157 et suivants.

المحكمة قد أقرت وكرست مفهوم نواة الحق غير القابلة للمس و بعبارة أخرى تشكل أي معاملة لا إنسانية أو مهنية' تعديا على نواة الحق غير القابلة لمس ومن هنا فان أي تعد لا يمكن تبريره.

ولأن القاضي يعترف بالحماية المطلقة لمضمون المادة 3 فإننا سنكون" على حق "بانتظار أن يكون هذا النص موضوعا لاجتهاد واضح و متوقع بشكل خاص ،ومع ذلك فإن الأمر ليس كذلك ،بالرغم من أن هذا سيخيب أمل أنصار النواة غير القابلة للمس،ويرجع سبب ذلك إلى البنية الثنائية التي تتمتع بها أي قاعدة قانونية ويقصد بهذا الأمر— وهو ما وصل إليه كل من "هنري موتولسكي "والمنظر الألماني" ستالمر "بأن أي قاعدة قانونية مشكلة من عنصرين هما 'الافتراض 'و 'الأثر القانوني '،والمثال الأكثر تفهما لهذا التمييز بدون شك التالي: مثلا إذا قتلت (افتراض) ستتعرض لعقوبة الإعدام (اثر قانوني) ، هناك إذا في القاعدة القانونية شرط وأثر،ولنقم بربط هذه النقطة مع ما سبق ذكره.إن اجتهاد المحكمة الأوروبية لستراسبورغ يعطي بالتأكيد للمادة 3 طابعا مطلقا يجعلها غير قابلة للمس ، لكن هذا الطابع المطلق لا يتعلق إلا بالأثر القانوني لهذه المادة،أما افتراضها فيبقى نسبيا.فمثلا نجد أن التعذيب والمعاملات ألا إنسانية ،والمهنية تستطيع بأي حال من الأحوال تبريرها،وبالتالي لكي تستطيع أن تضفي الصفة المطلقة على هذا الافتراض فيجب أولا أن نحدد معنى كل من" التعذيب "والمعاملة لا إنسانية "والمهينة" وهذا ما أكدته المحكمة في مرات عدة أن" التقويم هذا الحد الأدنى من المعاملة لا إنسانية أو العقوبة ،أو سياقها ،وكذلك لطرق تنفيذها ، وأثارها الجسدية والذهنية ،وأحيانا لجنس الضحية ، وعمره وحالته الصحية"، بعبارة أخرى ،فإن الإدخال الفكري لا يمكن أن يتحقق أثناء مرحلة الوصف ،إلا بواسطة تقويم ظرفي يضع في الميزان الحجج المقدمة من هذا الجانب أو ذاك.ولا يمنع هذا الأمر من وجود نسبية تتدخل في مرحلة الوصف القانوني للوقائع ،أو البحث عن الأدلة حتى في الحالات التي تلتصق فيها النواة غير القابلة للمس إلى الحد الذي تجعل من الحق مطلقا.

إن القاضي باستدعائه لنواة غير قابلة للمس لم يقم إذا إلا بتغيير مكان إشكالية التفسير إلى مرحلة سابقة ،لكنه لم يلغها قط ،وستبقى مرحلة الوصف القانوني ،في أغلب الأحيان الميدان المتحفظ لوزن المصالح الأمر الذي يفسر دوام وزن المصالح في مادة المعاملة الإنسانية والمهنية ، إن النواة غير القابلة للمس ليست هي الحل ،فالأمر أبعد وأكبر مما يكون عليه الحال .([1])

نخلص في الأخير إلى أن التمسك باستعمال مفهوم نواة الحق غير القابلة للمس ليس له فائدة إضافة إلى كونه غير واقعي وقد يصل الأمر إلى خطورة استعمال هذا المفهوم.

---

[1]- بيتر موزوني، مرجع سابق، ص ص1011 ،1012.

ثالثا : الخطورة الناتجة عن استعمال مفهوم نواة الحق غير قابلة اللمس

من خلال استعمالنا لمفهوم نواة الحق غير القابلة للمس يمكننا التعرض لخطر مزدوج، يتمثل الأول في كونه خطر منهجي وأحيانا معياري .و المقصود هنا بالخطر المنهجي أن استعمال هذا المفهوم يمكن وبشكل مسبق أن يحدد ويوجه دور القاضي، حيث يجعل دوره يقتصر فقط على تحديد وجود أو عدم وجود انتهاك لنواة الحق غير القابلة للمس.بدل أن تركز السلطة القضائية المعنية على تحديد الوقائع، و وصفها ،وتقويمها، بل تستمر في عملية مجردة وجامدة تكمن في معرفة ما إذا كانت مصالح الفرد تتلقى حماية مطلقة أم لا.ويعد هذا المنهج في الحكم ذو طبيعة استنتاجيه نتيجة لذلك ،على النقيض من التعليل الطبيعي للقاضي ،الذي يعد استقرائيا أباعتبار الظروف الواقعية وسياقها تبدو حاسمة لنتيجة النزاع.

ولعل أهم مثال موضح لهذه النقطة ما جاء بمناسبة الاجتهاد الخاص بالنواة غير القابلة للمس للحرية الدينية ،فالمحكمة بطرحها بأن النواة غير القابلة للمس تتضمن منع إكراه أي كان على تبني معتقد ما ،وأنها من جهة أخرى لا تحتوي التجليات الخارجية للمعتقد.ومن هنا يتبن لنا جليا أنه من شأن استعمال هذا المفهوم وإصباغه على بعض الحقوق يمكن أن يمس بالحق في حد ذاته ، خاصة عندما نلاحظ أن المحكمة في هذا الرأي قد قامت بتجزئة للحق الواحد حيث نجدها من جهة تعترف بأن لكل شخص كامل الحرية في تبني أي معتقد ديني ،وتمنع أي إكراه قد يمس بهذه الإرادة، لكن من جهة أخرى نفت الحماية على المظاهر الخارجية (و التي أطلقت عليها اسم التجليات الخارجية للمعتقد) ويظهر هذا جليا من خلال حكمها في قضية " **ليلى ساهين** " ضد تركيا ([1]) وأهم ما جاء في هذا الحكم بأنه يحق للدولة أن تحد من حرية التعبير عن الدين كارتداء الحجاب الإسلامي،على سبيل المثال إذا كان استعمال هذه الحرية يشكل تعديا على الهدف المنشود بحماية حقوق وحريات الغير ،والنظام والأمن ([2]) وهذا ما يمس بخصوصيات بعض الديانات نذكر على سبيل المثال الديانة الإسلامية حيث تعتبر التجليات الخارجية لهذا المعتقد جزء لا يتجزأ منه وقد يصل في بعض الأحيان أن يعتبر من صميم الديانة وجوهرها ، و بالتالي أي مس بهذا التجلي الخارجي من شأنه أن يمس بحرية المعتقد في حد ذاته.

ومن جهة أخرى فإن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قد امتنعت عن الاستناد المجرد لمفهوم النواة فير القابلة للمس لأنه بإتباعها لهذا النهج من التفكير لن تراعي الوقائع الاستثنائية التي يمكن أن تطرأ على آي حق

1- Affaire Leyla Sahin c/ Turquie 10 novembre 2005,par.111.

[2]- هيلين سوريل ،اجتهاد المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان(2005)،إشراف فريديريك سودر،ترجمة محمد عرب صاليلا، مجلة القانون العام وعلم السياسة 2006، L.G.D.J ،العدد3 ،ص 814 .

والتي من شأنها أن تستبعد بعض الحقوق أو بالأحرى تخفف من حدتها وهذا ما نجد المحكمة قد أقرت به بمناسبة نظرها في موضوع يتعلق بمدة التوقيف المؤقت في قضية " برانغان" brannigan [1] ضد المملكة المتحدة ،ومن خلال إجرائها لموازنة بين الحجج أقرت "بأن السرعة يجب أن تقدر في كل حالة تبعا لظروف الحالة"وأضافت أيضا"بأنه ليس هناك انتهاك للمادة 3/5 في حالة توقيف مؤقت لمدة سبعة أيام نظرا لتهديد الإرهابي في ايرلندة الشمالية وللمدى المحدود للمخالفة وللأسباب المستند إليها لدعمه، وكذلك لوجود ضمانات أساسية ضد التجاوزات " [2]

يا ترى ماذا كان سيحدث لو كانت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان طرحت هذه القاعدة القانونية المجردة في شكل نواة غير قابلة للمس ولا يمكنها مخالفتها؟إن النتائج ستكون كارثية حد ذاته. خاصة عندما نلاحظ أن المحكمة في هذا الرأي قد قامت بتجزئة للحق الواحد حيث نجدها من جهة تعترف بأن لكل شخص كامل الحرية في تبني أي معتقد ديني ،وتمنع أي إكراه قد يمس بهذه الإرادة،لكن من جهة أخرى نفت الحماية على المظاهر الخارجية و التي أطلقت عليها اسم التجليات الخارجية للمعتقد) ويظهر هذا جليا من خلال حكمها في قضية " ليلى ساهين "ضد تركيا Leyla Sahin [3] وأهم ما جاء في هذا الحكم بأنه يحق للدولة أن تحد من حرية التعبير عن الدين كارتداء الحجاب الإسلامي،على سبيل المثال إذا كان استعمال هذه الحرية يشكل تعديا على الهدف المنشود بحماية حقوق وحريات الغير ،والنظام والأمن [4] ، وهذا ما يمس بخصوصيات بعض الديانات نذكر على سبيل المثال الديانة الإسلامية حيث تعتبر التجليات الخارجية لهذا المعتقد جزء لا يتجزأ منه وقد يصل في بعض الأحيان أن يعتبر من صميم الديانة وجوهرها، وبالتالي أي مس بهذا التجلي الخارجي من شأنه أن يمس بحرية المعتقد في حد ذاته.

ومن جهة أخرى فإن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قد امتنعت عن الاستناد المجرد لمفهوم النواة فير القابلة للمس لأنه بإتباعها لهذا النهج من التفكير لن تراعي الوقائع الاستثنائية التي يمكن أن تطرأ على آي حق والتي من شأنها أن تستبعد بعض الحقوق أو بالأحرى تخفف من حدتها وهذا ما نجد المحكمة قد أقرت به بمناسبة نظرها في موضوع يتعلق بمدة التوقيف المؤقت في قضية " **برانغان " brannigan** [5] ضد المملكة

---

1 -Affaire brannigan et MC bride c/R-U du 26 mai 1993 série A n° 258-B &66.

2 -F.Sudre,chronique de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme - 1992,RUDH,15 décembre 1993,vol.5,n°7-8,p.217.

3 –Affaire Leyla Sahin c/ Turquie 10 novembre 2005,par.111.

4 – هيلين سوريل ،اجتهاد المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان(2005)،إشراف فريديريك سودر،ترجمة محمد عرب صاليلا،، مجلة القانون العام وعلم السياسة 2006 ، L.G.D.J، العدد3 ،ص 814 .

5 -Affaire brannigan et MC bride c/R-U du 26 mai 1993 série A n° 258-B &66

المتحدة ،ومن خلال إجرائها لموازنة بين الحجج أقرت "بأن السرعة يجب أن تقدر في كل حالة تبعا لظروف الحالة"وأضافت أيضا بأنه ليس هناك انتهاك للمادة 3/5 في حالة توقيف مؤقت لمدة سبعة أيام نظرا لتهديد الإرهابي في ايرلندة الشمالية وللمدى المحدود للمخالفة وللأسباب المستند إليها لدعمه،وكذلك لوجود ضمانات أساسية ضد التجاوزات "[1] .

يا ترى ماذا كان سيحدث لو كانت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان طرحت هذه القاعدة القانونية المجردة في شكل نواة غير قابلة للمس ولا يمكنها مخالفتها؟إن النتائج ستكون كارثية فالمحكمة ستجد نفسها مضطرة إلى إتباع اجتهادها السابق وعدم أخذها بعين الاعتبار لظروف الاستثناءات في الحالات الخاصة،وهذا ما يؤدي بها إلى إصدار حل ظالم ،ولهذا السبب نلاحظ أن القاضي الأوروبي قد تفادى وفي كثير من الأحيان بمناسبة نظره في قضايا كانت مطروحة عليه استعمال والاستناد لمفهوم نواة الحق غير القابلة للمس لضمان الحقوق وتحقيق التوازن بين مصلحة الفرد من جهة ومصلحة المجتمع من جهة أخرى.

وكما لاحظنا فإن الأسلوب الذي اعتمدته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في تفسير الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، قد ساهم كثيرا في إثرائها وتعزيز أكثر للحقوق الفردية.

وأكثر من ذلك فقد ساهمت في تغيير العديد من المفاهيم التي كانت سائدة أكثر من خمسين سنة على الساحة الأوروبية ، إلا أن هذا الأسلوب ليس الوحيد الذي تتعامل به المحكمة مع الاتفاقية، بل إنها اعتمدت على أسلوب آخر كان نتاج عصارة العمل الطويل و المستمر.والذي ساهم بدوره في إثراء الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان خاصة في مجال تعزيزه للضمانات الإجرائية وتطويره لبعض المفاهيم.

1 -F.Sudre,chronique de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme - 1992,RUDH,15 décembre 1993,vol.5,n°7-8,p.217.

المبحث الثاني: توسيع و ترقية بعض الحقوق عن طريق التطبيق التكاملي

بعد دراستنا إلى أهم التطبيقات التكاملية التي قامت بها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ،من أجل التنسيق مابين مواد الاتفاقية ، نجد أن ثمرة هذا الأسلوب قد برزت شيئا فشيئا في مجال الضمانات الإجرائية وهذا من أجل ضمان أكبر لحقوق الأفراد خاصة منهم الضحية الذي تعرض إلى انتهاك في بعض من حقوقه.حيث يمكن للمحكمة ونتيجة لاستعمالها لهذا الأسلوب أن تعترف للضحية بحقوق لم ترغب الأنظمة القضائية الداخلية الاعتراف بها خاصة وأن المحكمة تعتبر الراعي الأول لحماية حقوق وحريات الأفراد، ومن خلال كل ما سبق سنتطرق إلى أهم هذه الحقوق المستحدثة والتي مست المجال الإجرائي للحقوق.

المطلب الأول: توسيع و تحسين نظام حماية حقوق الأفراد

لعب التطبيق التكاملي الذي اعتمدت عليه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان دورا مهما من أجل تفعيل هذه الاتفاقية . ويظهر ذلك من خلال تحسين نظام الحماية والذي يتجسد أساسا في توسيع الضمانات الممنوحة للأفراد) الفرع الأول(،وكما نعلم بأن واضعي الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بقصد أو بدون قصد أغفلوا ذكر بعض الحقوق الأمر الذي ينتج عنه وجود فراغات قانونية حاول قاضي ستراسبورغ من خلال اعتماده على تقنية التطبيق التكاملي أن يتداركها لتحسين مقروئية الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (الفرع الثاني)،أضف إلى ذلك أن هذه التقنية ساهمت كثيرا في الاعتراف بنظام قانوني خاص بالرعايا الأوروبيين (الفرع الثالث) .

الفرع الأول: توسيع الضمانات الممنوحة للأفراد

إن توسيع الضمانات الممنوحة من قبل الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بصرف النظر عن احتمالية إدخال تعديلات أو إجراء مراجعات للاتفاقية،لا تتجاوز في الواقع توسيع المجال المادي لتطبيق المواد . ويقصد بذلك في جميع الأحوال الوسيلة الوحيدة التي وضعت تحت تصرف القاضي.وبطبيعة الحال هذا التوسيع لا يمكنه أن يتم إلا عن طريق التفسير التطوري والحركي للاتفاقية كما سبق وأن بينا حيث ينشئ التطبيق التكاملي للمواد منهجية معينة للتفسير وهذه التقنية في التفسير معروفة لدى غالبية الهيئات القضائية الوطنية أو الدولية ، وقد استفادت إذن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان من هذه التقنية ،لكن السؤال الذي يطرح في الكيفية التي يتم بها هذا التوسيع؟ ومن أجل الفهم الجيد لهذا التوسيع نسوق بعض الأمثلة الموضحة، ولعل

أهم مثال نجده في تطبيق المادة 13 [1] كما سبقت الإشارة إليه فان أحكامها لا تتواجد بصورة مستقلة لكن مفهوم الاستقلال يمكن أن يختلف عن مفهوم الذاتية (أو الانفصال) " Autonomie" [2] .

تشكل هذه المادة في الواقع موضوعا للاستقلال المتدرج منذ عدة سنوات بفضل القاضي الأوروبي لحقوق الإنسان ، .خاصة إذا كان مفهوم التبعية لأحكام أخرى في الاتفاقية هو الذي رتب التزام التطبيق التكاملي والذي لا يمكن أبدا مناقشته من زاوية مفهوم الحكم الذاتي حيث تسمح به بالمقابل باعتبار أن المادة 13قد انتهكت حتى ولو كان الحكم الذي أثير تطبيقه لم ينتهك.وهذا ما تم الإشارة إليه بمناسبة الحكم في قضية "**كلاس**" klass [3].

والذي أعترف بالحكم الذاتي للمادة 13 حيث بينت المحكمة بأنه" **لا يمكننا... تعليق وظيفة المادة 13 على شرط الانتهاك الفعلي للاتفاقية.**" وبحسبها فإن الحق في طعن فعال يجب أن يضمن لكل الأشخاص الذين يتمسكون بشكوى قابلة للدفاع عنها على ضوء الاتفاقية .[4]

يعتبر شرط قابلية الدفاع لشكوى ما إيداعا آخر أمام المحكمة، بهدف التحكم في التطبيق الجديد للمادة 13 حيث يفترض هذا الشرط بأن موضوع الطعن– يقصد به الحق المدمج مع المادة 13 كاف ومؤسس قانونا من أجل فحص عدم احترام الحق في طعن فعال، لكن كيف يمكن تقييم قابلية الدفاع للشكوى؟ بهذا الخصوص نجد بأن الاجتهاد القضائي للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مبدئيا مخالف لهذه النقطة نوعا ما ،لكن التطور الذي وصل إليه سمح بتوضيح هذا المضمون.

في الواقع إن مفهوم الشكوى المدافع عنها كان محل اعتقاد بأنها ضعيفة التأسيس بشكل واضح حسب المادة 3/35 ، لكن سبب فحصها هنا يدخل ضمن مسائل مقبولية العرائض ، إذن فالشكوى المدافع عنها تعتبر مفهوما مرجعيا لاحتمال انتهاك حق مستند إليه بصفة تكاملية مع المادة 13 ومع ذلك ففي قضية ' بول و ريس" Boyle et Rice [5]، أكدت المحكمة بعدم وجود انتهاك للمادة 13 نظرا لغياب كل الحجج الدفاعية لانتهاك المادة. 8 وهو الاستدلال الذي جدد منذ مدة، حيث قام الاجتهاد القضائي

---

[1] – المادة 13 مرجع سابق.

[2] – DRZEMCZEWSKI A. et GIAKOUMOPOULOS ch. ; « article 13 » in PETTITI L.E (dir),DECAUX E.,IMBERT P.H.,la convention européenne des droits de l'homme- commentaire article par article, Paris :ECONOMICA , 1999,2 éme édition, p.458.

[3] –Affaire **Young, James et Webster c/Royaume Uni** du 13 août 1981,série A n°44.

4 -SUDRE F., « le recours aux notion autonomes « ,in l'interpritation de la convention européenne des droits de l'homme,Bruxelles :bruylant,1998,p.93

5 - Affaire Boyle et Rice c/Royaume Uni du 27 avril 1988,série A.

المتقدم للمحكمة من إفراغه من جوهره لأن تطابق انتهاك المادة 13 مع تلك الأحكام المدمجة يعود إلى النظام الموجود قبل الاعتراف بالحكم الذاتي لهذه المادة وبالخصوص لهذا المفهوم ، وقد غيرت المحكمة استدلالها على سبيل المثال في قرارها " كامنزيند" Camenzind [1] حيث سمحت بالتدخل الكافي في الحق المستند عليه وبينت أن" بهذا الصدد ،الطابع الدفاعي للشكوى المنضوية تحت المادة 8 لا تدعو للشك لأن المحكمة تحكم بأن التفتيش المتنازع فيه يصنف على أنه تدخل في ممارسة السيد " كامنزاند" لحقه في احترام مسكنه ومن هنا بدأ يظهر الاتجاه الجديد للقاضي الأوروبي لحقوق الإنسان بخصوص هذه النقطة، [2] من هنا نلاحظ بأن الاتجاه الجديد في اجتهاد المحكمة تضمن الاستقلال التدرجي للمادة 13 والتي أصبحت معيارا يستعمل لمعرفة مدى فعالية الطعون،حيث نلاحظ على سبيل المثال أن المحكمة رفضت اعتبار الطعون الفعالة بمثابة طعون عادية . [3]

إلى جانب المادة 13 نجد أمثلة أخرى لتوسيع أحكام الاتفاقية ، نذكر منها مثلا حالة التطبيق التكاملي عن طريق المزج للمادة 18 والتي تم التطرق إليها سابقا ، [4] هذه التقنية للتطبيق التكاملي ترتب التزاما على الدول عند مباشرتها للقيود الواردة على بعض الحقوق وذلك باحترام الهدف من هذه التدابير المقيدة، ويتعلق هذا بالطبع بشرط عدم تجاوز حدود المادة 18.

كذلك نجد أن المحكمة قامت بدراسة الشكوى في إطار الحكم المؤهل،بمعنى أنها قامت بهذه الدراسة بنفس الأسلوب المتبع من قبل المادة 18 والذي يتفق مع تخصيص مضمون واسع جدا بالمقارنة بما وضع في الاتفاقية.وبالتالي تلزم الدولة بأن تأخذ بعين الاعتبار هذا التوسيع عندما تضع هذه القيود حيز التنفيذ.وهنا يتبين على الأقل سبب انحراف دور المادة 18 لدرجة جعل هذه المادة تتمتع بالاستقلالية التامة ويرجع سبب هذه الاستقلالية إلى ندرة التطبيق المباشر لهذه الأخيرة من جهة ولأهميتها من جهة أخرى.

هذا التوسيع لمجال تطبيق حكم ما يمكن أن يجد أساسه في أي تقنية للتطبيق التكاملي المشار إليها سابقا،حيث لا توجد قيود تفرض على القاضي في طريقة عمله مادام عمله يتفق وموضوع وهدف الاتفاقية

---

1 -Affaire Camenzind c/ Suisse du 16 décembre 1997,recueil 1997.

2 -Les affaires Valsamis c/Grèce du 18 décembre 1996,recueil 1996-VI et Halford c/Royaume Uni du 23 juin 1997,recueil 1997-V

3 - Affaire Domenichini c/ Italie du 15 novembre 1997,recueil 1997-III

4 -Coussirat -Coustere V., ‘’article 18’’ in Pettiti L.E.(dir), Decaux E .,Imbert P.H.,la convention européenne des droits de l’homme –commentaire article par article ,Paris :ECONOMICA,1999,2 éme édition ,p.523-527.

ومن أجل متابعة هذا المنطق المتمثل في كون المحكمة تسعى في إطار تحسين نظام الحماية المكفولة من قبل الاتفاقية إلى إكمال الفراغات القانونية المحتمل وجودها وذلك من خلال إنشاء حقوق جديدة.

الفرع الثاني: البحث عن الفراغات القانونية وتداركها لتحسين مقروئية الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان

لم تقتصر مساهمة تقنية التطبيق التكاملي لمواد الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان المتبعة من قبل قاضي محكمة ستراسبورغ في تفعيل وتوسيع نطاق تطبيق الضمانات الإجرائية فقط ،بل امتد دورها إلى أبعد من ذلك لكي تشمل البحث عن الفراغات القانونية من أجل العمل على تداركها ،الأمر الذي من شأنه أن يساعد على تحسين مقروئية الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

أولا : البحث عن الفراغات القانونية وتداركها

إن وظيفة القاضي الأولية تتمثل في التطبيق الجيد للنصوص التي يخضع لها ،وفي هذا الصدد فان القاضي لا يجرد من أهليته في التدخل في المجالات القريبة من اختصاصه والتي لم تؤخذ بعين الاعتبار من قبل واضعي الاتفاقية لأسباب عدة منها ما يتعلق بنوعية المواضيع والتي تتميز بنوع من الحداثة غير المتصورة عند وضع نصوص الاتفاقية ،أو لأسباب سياسية من شأنها أن تعوق انضمام طرف ما للاتفاقية. في هذه الحالات فإنه مهما يكن إطار دراستنا للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فإن للقاضي إمكانية التدخل من أجل إيجاد حل للإشكالات المعروضة عليه والناتجة عن هذه الوضعية المزعجة.

ويجب أن يفهم جيدا بأن هذا الإبداع في الاجتهاد القضائي لا يمكن أن يكون إلا بصورة متكافئة مع الاتفاقية ، وكذلك على المحكمة أن تستعمل هذه الإمكانية للتفسير الواسع والحركي لأحكام الاتفاقية بشكل عرضي وذلك من خلال التطبيق التكاملي للمواد.ويتبين من خلال تدخلاته أن القاضي الأوروبي لحقوق الإنسان سيلعب دورا سياسيا للغاية ،وستجد منهجية التطبيق التكاملي نفسها إذن مثل المنهجية السياسية.

كثيرة هي الوضعيات التي يتدخل فيها القاضي ؛ونذكر على سبيل المثال اعتراف القاضي بالضمانات السلبية ونقصد به الحق في عدم القيام بشيء ما محمي من قبل الاتفاقية (من الاتفاقية مثلا الحق في التجمع لكن هل يوجد الحق في عدم التجمع؟)، وأيضا تعزيز ضمانات ممارسة حق ما:حيث نجد مثلا إنشاء ضمانات إجرائية غائبة عن نص الاتفاقية، كالحق في إجراء تحقيق، وفي خضم هذه الثورة الاجتهادية للمحكمة

الأوروبية لحقوق الإنسان يثار تساؤل يتمثل في :ما مدى إمكانية وجود وسيلة للاعتراض على بعض هذه الإبداعات الاجتهادية القضائية أم لا؟الإجابة تكون بالإيجاب حيث يمكن للدول الأطراف التدخل لشرح التطبيق الذي أوصل لإقرار حق معين ([1]) ،كما يمكنها أيضا أن تدرج هذا الحق الجديد مع إدراج قيود عليه في نص قادم يضاف للاتفاقية ، ([2]) في كل الحالات يتبين لنا بأن التطبيق التكاملي في هذه الحالة منشئ للحق ،إلى غاية أن يتحمل واضعو الاتفاقية مسؤولية توضيح هذه المسائل.

ثانيا :تحسين مقروئية الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان

إن التطبيق التكاملي للمواد، في واقع الأمر،هو منهج يسمح بربط العديد من أحكام الاتفاقية مع بعضها البعض،كما يمكن أن نلاحظ نتيجة مدهشة من جهة توسيع نصوص الاتفاقية، لكن لا شيء يجعلنا نقول أيضا بأن هذه النصوص ليست قابلة للتجزئة.

من جهة يمكن الأخذ بالوسيلة الوطنية أو الدولية لحماية حقوق الإنسان ([3]) ،كما أننا نجد بأن نصوص هذه الاتفاقية تأخذ شكل القائمة حيث تتضمن هذه الأخيرة الحقوق الفردية والجماعية التي لها الأولوية والتي لا ترتبط ببعضها البعض،كما تظهر لنا الفرصة للقول عند استقراء التعريف ،بأن هذه النصوص لم تعط أي إشارة للاعتراض.فهذه الأحكام المذكورة لها تطبيق مستقل و مكتفية ذاتيا.

وفي هذه النقطة ،نجد بأن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان أحدثت مفاجئة سارة ،من جهة نص الاتفاقية نفسها مع المساعدة التي يقدمها التنظيم القضائي ،حيث نلاحظ وجود وحدات داخل هذه الأحكام والتي مرت بواسطة التطبيق التكاملي للمواد، طبعا هذا التطبيق التكاملي لا يفترض قراءة متصلة تجمع كل مواد الاتفاقية ، لكن سلسلة هذه التطبيقات التكاملية متواجدة و ممكنة لكنها عمليا لا تتواجد في الأحكام بصفة مستقلة الأمر الذي يؤدي إلى إلغاء فكرة إعداد قائمة بالحقوق المضمونة.

إذا فظاهرة تحسين مقروئية الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان يمكن أن تأخذ بعين الاعتبار مدى قدرة هذه النصوص على تحقيق معناها الكامل ،كون أن فعالية حكم من هذه الأحكام لا يفترض أن يكون مستقلا عن الأحكام الأخرى. لأن التطبيق التكاملي للمواد يساعد على الربط الوحدوي للاتفاقية الأوروبية

---

[1]- يتم ذلك عن طريق التوصيات التي تصدرها الدولة

[2]- يكون ذلك عن طريق تقنية البروتوكولات المكملة

3- مثل الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية

لحقوق الإنسان.فهذه الطبيعة يمكن للفرد استغلالها وذلك من خلال الاستناد إليها عند انتهاك حقوقه والتي تبت فيها المحكمة.

تسمح له هذه الاستفادة الفردية من القيام بالمطالبة بتطبيق هذا الأسلوب، والمثال الرائع والذي تم تبريره من خلال التطبيق التكاملي للمواد 9 ، 10 و 11 كما سبق وتم تفحصها والتي بررت بأن الضمانات الفكرية يمكننا أن نجدها مرتبطة بإحدى هذه الأحكام ، هذا التطبيق التكاملي يمكن أن نجده أكثر وضوحا عندما يتم تقديم شكوى وفي نفس الوقت التمييز على أساس الحق المتفرع عن ضم هذه الأحكام ، [1] ومن أجل تعقيد أكثر يمكن أيضا وفي نفس المخطط أن نتخيل بأن الشاكي يعترض كذلك على وجود رجوع فعال على أساس المادة 13 والتي يمكن أن نشاهده طبيعيا مدمجا.وفي هذا المثال لا يمكن لخمسة أحكام أن تتواجد بصورة مرتبطة مع بعضها البعض وهذا بسبب الطبيعة المستقلة لكل حكم من هذه الأحكام ،لكن هذا الاحتمال غير ممكن لأنه من الصعب مثلا أن نستطيع تبرير انتهاك المادة 9 لوحدها دون التطرق إلى باقي الأحكام .[2]

تبرز هذه الفائدة أيضا بالنسبة للقاضي الأوروبي ،وهذا بفضل الاعتراض الذي أعطى للاتفاقية كل معناها والذي يسعى لتجسيد الحماية الفعالة لحقوق الأفراد.ويظهر أيضا إمكانية تعويض النقائص الموجودة في الاتفاقية على أساس قراءة وحدوية لمضمونها ،كما يسمح التطبيق التكاملي كما سبق وأن رأينا تكريس أكبر حماية للتفاصيل التي تتبع هذا التطور وكذلك إلغاء النقاط المعتمة والغامضة في الاتفاقية.

الفرع الثالث:إنشاء و الاعتراف بنظام قانوني لحماية رعايا الاتحاد الأوروبي

نصت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على بعض الاستثناءات فيما يخص المساواة في المعاملة بين الأجانب ومواطني إحدى الدول.لذلك فان الأجانب محرومون من ممارسة الحريات المتعلقة بممارسة الأنشطة السياسية في دولة طرف في الاتفاقية ،غير أن الحق في عدم الطرد أو الحق في الدخول والتنقل بحرية في دولة عضو نجدها مكفولة للرعايا الوطنيين فقط، بالرغم من أن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لم تنص على أي تمييز بين مختلف الأجانب ،وبالخصوص التمييز بين الأجانب الخاضعين لدولة عضو في الاتحاد الأوروبي

[1] – نذكر على سبيل المثال المادة 14 والتي سبق وان تطرقنا إليها والتي تكون دائما مندمجة مع باقي مواد الاتفاقية.

[2] – نجد في قضية "يونغ ،جيمس و وابستار Young, James et Webster عدم وجود أي انتهاك مباشر للمادة9

والأجانب الآخرين،إلا أننا في الواقع نجد أن هناك معاملة مختلفة بين الصنفين من الأجانب يمكن أن تشكل للوهلة الأولى انتهاكات للاتفاقية.

قد استطاعت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن تجد وسليه للاعتراف بنظام قانوني خاص لفائدة الرعايا الجماعيين [1] وهذا من أجل تقوية وتوطيد العلاقة التي تربط بين وحدات الاتحاد الأوروبي ،حيث نجد أن المحكمة و من أجل تحقيقها لهذا الطرح قد استندت في عملها على الاتفاقية وذلك عن طريق استعمالها لتقنية التطبيق التكاملي لموادها.

نجد أول توضيح لهذه المسألة في قضية السيدة" بيارمون Piermont و الجدير بالذكر أن هذه القضية تم دراستها من قبل،وتدور حيثيات هذه القضية أن السيدة" بيارمون" رعية ألمانية وبرلمانية أوروبية ،كانت ضحية لانتهاك حقوقها بناء على المادة 10 ،وعلى أساس الأحكام التي تضمنتها المادة 16 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ،لأنها تعرضت لتقييد حقوقها السياسية بناء على الأنشطة السياسية للأجنبي.إلا أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قد اعترضت على تطبيق هذه الأحكام وقد بررت المحكمة هذا الرفض كون أن هذه السيدة مواطنة وبرلمانية أوروبية ، غير أن المحكمة لم تأسس رفضها على أساس سحب المواطنة، والذي جرى تكريسه والتمسك به في عام 1992 من قبل معاهدة مستريخت، بل بحثت عن وسيلة أخرى وهذا من أجل إحداث تمييز بين الرعايا الجماعيين للمجموعة الأوروبية والأجانب الآخرين.وفي هذا الإطار نجد بأن المحكمة استندت على المهمة التمثيلية التي تمارسها السيدة "بيارمونت" حيث أكدت على أن" انتماء السيدة "بيارمونت إلى دولة عضو في الاتحاد الأوروبي زيادة على صفتها كبرلماني أوروبية يسمح لها بمعارضة تطبيق المادة 16 من الاتفاقية، لا سيما و أن شعب TOM يشارك في انتخاب أعضاء البرلمان الأوروبي"نلاحظ إذن وبوضوح عبر هذا الاستشهاد والذي نص برفض إدماج المادة 16 من الاتفاقية من أجل مواطن أوروبي،ونستنتج أن المحكمة اعترفت له بنظام قانوني خاص بالمقارنة بغيره من الأجانب. إلا أن هذا الموقف المتبنى من قبل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أثار بعض الانتقادات من قبل بعض القضاة والذين أبدوا مواقفهم بخصوص هذه النقطة ، ونذكر منهم القضاة " ريسدال، ،ماتسشار وفريلاند وجانغويرات" Rysdall, Matscher, Freeland et Jungwiert'' والذين أبدوا اعتراضهم بخصوص شرعية هذا القرار والذين بحسبهم يجب أن تعتبر السيدة" بيارمون" أجنبية لأنها تتمتع بالحصانة كتلك التي تتمتع بها الدول الأعضاء.

---

1 –والمقصود هنا بالرعايا الجماعيين بمواطني دولة عضو في الاتحاد الأوروبي.

بالرغم من معارضة هؤلاء القضاة إلا أننا نعتبر أن هذه القضية ترجمت ميل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان منذ سنين للإقرار بالاختلاف الرعايا الاتحاديين عن الأجانب ، إلا أن موقف المحكمة تغير بالمقارنة بما لاحظناه في قرارها بخصوص قضية" مستقيم Moustaquim" الصادرة 1991 [1] حيث اعترفت بأن "للمعاملة التفضيلية (للرعايا الجماعيين) تبرير موضوعي ومعقول خاصة وأن بلجيكا طرف مع الدول ذات النظام القانوني الخاص "وفي هذا المعنى رفضت المحكمة الاعتراف بالتمييز الذي تعرض له الشاكي ذو الجنسية المغربية في مواجهة رعايا جماعيين أجانب ،عندما تعلق الأمر بطردهم وقد رفضت بالنتيجة اعتبار ما حدث انتهاكا للحقوق ويرجع الفضل في ذلك لتطبيق التكاملي للمادة 14 من الاتفاقية.

نذكر أيضا قضية مشابهة لقضية "مستقيم" ويتعلق الأمر هنا أيضا ، بمغربيين والذين كانوا محل قرار إبعاد حيث يستند أصحاب هذه الشكوى على التمييز الذي تعرضا له بالمقارنة مع الرعايا الجماعيين خاصة وأن هذه الأفعال لا يمكن إدراجها ضمن الإبعاد الوطني المقام في إحدى دول الاتحاد الأوروبي ، [2] و بالتالي فان السيد" س" بين بأنه تعرض للتمييز على أساس التطبيق التكاملي للمواد 8 و 14 وبأن إبعاده جاء بطريقة غير مبررة من زاوية حياته العائلية، حيث نجد أن المحكمة بررت وبوضوح موقفها الذي تضمنه قرار" س" ضد " بلجيكا" الصادر في1996 [3] حيث قدرت بأن المعاملة التفضيلية المماثلة ،توجد من خلال تبرير موضوعي ومعقول في ذلك الوقت ،وأن دول الاتحاد الأوروبي شكلت نظام قانوني خاص ،أسس زيادة على ذلك مواطنة مثالية ،وبناء عليه لا توجد انتهاك ، للمادة 14 المدمجة مع المادة 8.

عند قراءتنا لهذا القرار، لا يتبادر لنا أي شك في أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تعترف بنظام قانوني خاص بالنسبة للأجانب – رعايا الاتحاد الأوروبي –والتبرير هذه المرة كامل ولا يحتمل أي نفي.ولا يبقى إلا القبول بواقعية قانونية ناتجة عن المعاهدات الجماعية والتي تعترف بنظام خاص للحماية ما يسمى بالمواطنة الأوروبية التي تمنح على أساسه حقوق متكافئة للوطنيين.ويرجع الفضل في ذلك لاستعمال المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لمنهج التطبيق التكاملي للمادة 14 مع المادة 6 والتي لولاها لما توصلت المحكمة لهذه النتيجة.

---

[1] -Affaire Moustaquim c/ Belgique du 18 février 1991,série A n° 193.
[2] -Sébasten Van Drooghenbroeck ,op,cit ,p50.n°68.
[3] -Affaire C c/Belgique du 7 aout 1996,recueil 1996-III.

المطلب الثاني: تمتع القاضي الأوربي لحقوق الإنسان بالوظيفة شبه التشريعية

تلعب المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في كل مرة و في إطار عملها بالتطبيق التكاملي دور المنشئ للحق، متى استلزم الأمر ذلك.

وبهذا الخصوص يلفت انتباهنا ثلاثة نقاط مهمة:ونقصد بذلك بداية ،إنشاء درجة رابعة من الحماية ضد التعذيب والمعاملات غير الإنسانية والمهينة ،وبعدها اعتراف المحكمة بفضل منهجية التطبيق التكاملي في تكامل الضمانات الإجرائية للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان،وفي النهاية يمكن طرح مسألة ما إذا كانت هذه المنهجية المتبعة من قبل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تتمتع بطبيعة مرنة تسمح في المستقبل بالاعتراف بحقوق الأزواج غير التقليدين .

الفرع أول : تأسيس درجة رابعة قصد الحماية ضد التعذيب و المعاملات اللإنسانية و المهينة

يعتبر هذا التطور في درجة الحماية عصارة التطبيق التكاملي المنشئ للمواد 8 و3 ، الذي يمكن أن يثار تساؤلا بخصوص صحة وواقعية هذا التطبيق التكاملي، الناتج عن التفسير الموسع للمادة 8 ودمجها مع المادة 3 و في هذا الصدد نلاحظ غياب أي شك حول عمل القاضي الأوروبي لحقوق الإنسان بهذه المنهجية خاصة إذا رجعنا إلى اجتهاداته القضائية بهذا الخصوص،حيث يتبين لنا أن هذا الأخير سعى من خلال اجتهاداته القضائية إلى إنشاء مستوى رابع للحماية ضد التعذيب والمعاملات غير الإنسانية والمهينة.

ويظهر لنا اليوم بأن مصطلحات التعذيب ([1]) والمعاملات غير الإنسانية أو المعاملة المهينة،تشكل مرجعا لضمان درجة مختلفة من الحماية من زاوية معرفة مدى خطورة أو عدم خطورة أي فعل ([2]) ،بالرغم من أن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لم تعط تعريفا محددا لهذه المصطلحات ([3]). ومن هنا إذن يمكن أن نقول بأنه من خلال استعملنا لمنهج التطبيق التكاملي يمكننا أن نحيط بكل الحالات الخاصة التي يمكن أن تعرض أمام المحكمة ،لكن هذه المرة سيكون التعامل معها بطريقة مختلفة.حيث سنلاحظ أن المحكمة أقرت بأن أي

---

[1] -Sébasten Van Drooghenbroeck ,op ,cit ,p41,n°45

[2] - Suder F., « l'article 3 »in (sous la direction de)PETTITI L.E., Decaux E., Imbert P.H.,la convention européenne des droit de l'homme –commentaire article par article Paris ,ECONOMICA ,1999,2 éme édition,p.155 et suiv.(spéc.p.158).

[3] - Frédéric Sudre « la notion de " peins et traitement inhumains ou dégradants " dans la jurisprudence de la commission et de la cour européenne des droits de l'homme »,Revue générale de droits international public,éditions A.PEDONE, mai 2003,pp.837.841.

فعل يصيب شخصا ما لم يستوف الحد الأدنى من الشروط التي من شأنها أن تضمن الحماية المكفولة من قبل المادة 3 من الاتفاقية،يمكن أن يستفيد من الحماية على أساس المادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

وسنتطرق بخصوص هذا الموضوع إلى قضيتين مهمتين تتمثل الأولى في قرار"كوستالو روبارت" Costello roberts الصادر في 1993 ،و قرار"رانيان " Raninen الصادر في997 ، و من المهم الإشارة إلى أن المحكمة كرست بصفة غير قابلة للنقاش في كلتا القضيتين عدم تطبيق هذا المستوى من الحماية.

أولى هاتين القضيتين كانت حول العقاب الذي تعرض له الشاب" كاستيلو روبارت" Costello Robert الذي خالف بعض قواعد التنظيم الانضباطي ،أما القضية الثانية فكانت حول لبس القيود المفروضة على" رانيان " من اجل تحويله من السجن ووضعه في المستشفى ،وقد قدرت المحكمة في كلتا الحالتين بأن عتبة الخطورة المطلوبة لوضع المادة 3 حيز التنفيذ لم تتوفر، لكنها في الوقت نفسه أقرت بأن الإضرار الذي يحمله التدبير والذي يصيب الشخص في كيانه الجسدي أو المعنوي محمي بالمادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

بينت المحكمة إذن بأن مفهوم الحياة الخاصة لا يحمل تعريفا شاملا،وقد أضافت بأنه "لا تقصي مع ذلك إمكانية اعتبار المادة 8 كمانحة في بعض الأحيان حماية عندما يتعلق الأمر بشروط الاعتقال أو(التدابير التأديبية) ،لا تمس أبدا بالإضرار الملتمس عن طريق المادة 3 [1] كما أشارت أيضا إلى أنه"يمكن للمادة 8 أحيانا أن تمنح حماية أكثر اتساعا بالمقارنة بتلك الممنوحة من قبل المادة 3 ومن خلال ما سبق نتوصل إلى أنه وإضافة للحماية المضمونة من قبل المادة 3 ،نجد أن المحكمة قد ألحقت المادة 8 بالمادة 3 في مجال حماية الأفراد من التعذيب والمعاملات غير الإنسانية والمهينة.

لكن هذه النظرية تعاني من عوائق كبيرة في التطبيق لأنها اعترفت بطريقة غير قابلة للنقاش بإمكانية حماية الفرد على أساس المادة 8 ضد كل الأفعال التي من شأنها أن تمس بالكيان الجسدي أو المعنوي ،خاصة إذا كانت خطورة هذه الأفعال لا ترقى للعتبة التي تستوجب تطبيق المادة 3 وبالمقابل نجد أن المحكمة لم تحدد عتبة الخطورة التي يستوجب أن يرقى إليها الفعل وذلك حتى نتمكن من إلحاق هذه الأفعال بالمادة 8 [2] مما يدع مجالا للشك بأن المحكمة يمكن أن تستعمل نفس المعايير وهذا ما يبرر رفض الشكوى في كلتا القضيتين

---

1 -l'affaire de Raninen

2 -Larralde J.M., « la cour européenne des droits de l'homme face aux traitements contraires à l'intégrité physique et morale des individus », RTDH 1999,p 296.

السابقتين، و نجد بأن المحكمة بينت مثلا في قضية "رانيان" بأن الشاكي أسس شكواه المنضوية تحت المادة 8على نفس الأفعال التي يمكن أن يستند عليها في المادة 3 ،وبأن المحكمة تفحص وتدرس ولا تبدي رأيها في المظاهر الأساسية ،لا سيما و أنها لم توضح بأن استعمال القيود له أثر على الشاكي بدنيا ومعنويا."..يقصد هنا بشكل واضح نفس العناصر المطلوبة لوضع المادة 3 حيز التنفيذ، في مجال تخفيض العتبة التي تفترض أيضا تخفيض الشروط التي تثير العقوبة؟

في كل الحالات لا بد من أن نشير إلى الرأي الجزئي للقاضي" فواجال" Foighel و القاضي "مورنيلا" 'Morenilla في القرار الخاص بقضية "رانيان".

واللذان أقرا بوجود انتهاك للمادة 8 ،وفي المقابل وبالضبط في قضية" كاستيلو روبارت " نجد أن القضاة" ريسدال،ذو فيلهاجالمسون ،ماتسشار ،وويلذابار 'Vilhjalmsson,Matscher et Wildhaber "Ryssdal,Tho' ([1]) رفضوا بصفة صريحة هذه الفكرة ،وأقروا أيضا أن الحماية الممنوحة على أساس الوحدة الجسدية والمعنوية للفرد من قبل المادة 8 لا يمكنها أن تمتد إلى المجال المحمي من قبل المادة 3 والتي تعتبر النقطة المرجعية في هذا المجال.

مهما يكن الأمر،فإن التقريب بين هاتين المادتين كرس بوضوح من قبل المحكمة ،ويبقى السؤال إذن في معرفة ما إذا كان بإمكان المحكمة وعند تفحصها للشكوى المعروضة عليها وفي إطار استعمالها للتطبيق التكاملي بأن تطبق أيضا الفقرة 2 من المادة 8 مع المادة 3 المتعلقة بالحق غير قابل للانتهاك؟وبوجه آخر هل يمكن للدول الموجودة محل الاتهام أن ترتب استثناءات على هذا الحق وذلك استنادا للفقرة 2 من المادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان؟

للوهلة الأولى يبدو هذا الطرح غير منطقي خاصة ونحن نعلم أن المادة 8 قدمت على أنها امتداد للمادة 3 ،والذي بموجبها يتمتع الشخص بالطابع المطلق للحماية،لكن هذا الطرح لم يتم تبنيه من قبل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان وهذا ما أكدته بمناسبة قرارها في قضية "كاستيلو روبارت" السابقة الذكر حيث جاء فيه بان " التردد على المدرسة من قبل الطفل يستتبع حتما التدخل في حياته الخاصة " ([2]).

يدعونا هذا الاجتهاد القضائي لملاحظة بعض التناقض،لكن هذا التناقض يبدو منطقيا مادام هذا الطرح جديد و ضروري في المستقبل،غير أن هذا لا يمنع من وجود بعض التوضيحات من أجل تسهيل تطبيقها على ما يستجد من قضايا.

---

1 −l' affaire Costello Roberts.

2 -l' affaire Costello Roberts.

مما تجدر الإشارة إليه أيضا، بأن المحكمة ومن خلال سعيها الدائم من أجل ضمان أكبر مستوى من الحماية للأفراد خاصة في مجال منع التعذيب قامت بتوسيع ميدان الحماية الواردة في المادة 3 حيث نجدها على سبيل المثال قد وصفت" بالمعاملة المهينة " [1] تكرار الملاحقات والإدانات الجنائية ضد شخص كانت له أفكار معارضة أثناء تأديته للخدمة- الإلزامية [2] ، و كذلك التنفيذ الإجباري لقرار طرد من المنزل جرى بحضور رئيسي بلديتي قريتين متجاورتين ،حيث تم وبالقوة تدمير سور وبستان لزرع الخضار والفاكهة [3] ،ووصف أيضا بالمعاملة المهينة القيام بالقوة ضمن إطار مستشفى وتحت رقابة طبية بإعطاء مواد محرضة على التقيؤ لبائع مخدرات افترض انه ابتلع مغلفات من الكوكايين أثناء توقيفه [4]

بالإضافة إلى ذلك نجد أن المحكمة قد رتبت التزاما ايجابيا على عاتق الدولة يتمثل في وضع تنظيم ملائم من أجل ضمان حماية مناسبة للسلامة الجسدية للأشخاص عند اللجوء لاستعمال القوة والأسلحة النارية من قبل ممثلي النظام [5].

ومن هنا يظهر لنا بأن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان وبوصفها الحامي الأساسي لحقوق الإنسان في أوروبا تسعى دائما إلى تكريس حماية أفضل لحقوق الأفراد،وهذا ما يظهر جليا من خلال اجتهاداتها القضائية المتطورة.

الفرع الثاني: تكامل الضمانات الإجرائية مع مواد ذات طبيعة جوهرية

هناك تقنيتان للتطبيق التكاملي تشكلان أساس هذا التكامل للضمانات الإجرائية في أحكام ذات طبيعة جوهرية و نقصد بهما التطبيق التكاملي عن طريق اندماج المادة 6 مع مواد أخرى، والتطبيق التكاملي المبدع (المنشئ) للمادة 2 أو المادة 3 مع المادة 1 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.ينتج عن أولى هاتين التقنيتين ميلاد مفهوم "التوازن العادل" ، أما التقنية الثانية فقد نتج عنها ما يسمى بالحق في "تحقيق مستقل".

أولا:خلق مفهوم جديد (التوازن العادل) عن طريق اندماج المادة 06 الخاصة بالضمانات الإجرائية مع مواد ذات طبيعة جوهرية

تم دراسة هذا التطبيق التكاملي الإجرائي سابقا و الذي نتج عنه ميلاد مفهوم أساسي من أجل الأشخاص الذين يتمسكون بانتهاك إحدى حقوقهم الجوهرية من قبل الدولة في النقطة الأولى، سندرس مفهوم

---

1 -Sébasten Van Drooghenbroeck ,op,cit ,p43.
2 -Affaire Ulke c/Turquie, du 24 janvier 2006.
3 -Affaire Osman c/ Bulgarie ,du 16 février 2006
4 -Affaire Jalloh c/Allemagne,du 11 juin 2006,Gr.
5 -Affaire Tzekov c/Bulgaire,du 23 février 2006,&53.

"التوازن العادل" حيث نتطرق لماهية هذا المفهوم،وبعدها وفي النقطة الثانية سنتطرق إلى أهم الانتقادات التي وجهت لهذا المفهوم.

1-مفهوم" التوازن العادل"

بما أننا سبق ودرسنا على أي صورة يتم فيها عمل هذه التقنية من التطبيق التكاملي ، و وجدنا بأنه من الممكن التمسك بها في أي مادة من مواد الاتفاقية ، و التي يستوجب العمل به وذلك من خلال التطبيق غير المباشر للضمانات الإجرائية في أي مادة مهما كانت.

ورأينا أيضا بأن هذه الضمانة ليست ذات طابع عام ؛ خاصة وأن المادة 6 مادة قائمة بذاتها ومتخصصة خاصة بالنسبة للمواد التي لم تأخذ بعين الاعتبار مثل هذه الضمانات التي تضمنها نص المادة6 وبما أننا وضحنا العناصر السابقة ،يمكن أن نرى بأن هذه الضمانة المكرسة من قبل هذه التقنية غير المباشرة سواء بالنسبة للفرد أو للدولة أعطت حماية مباشرة لحقه الإجرائي عند تفحص أي حكم ذو طابع جوهري.هذه الضمانة تم تسميتها ب"التوازن العادل " ([1])، والتي سنحاول معرفة ما المقصود منه من خلال التطرق إلى بعض الأمثلة التوضيحية.

سنأخذ على سبيل المثال قضية AGOSI (2) حيث نجد أن الشاكية استندت في شكواها لنص المادة الأولى من البروتوكول الأول للحجز الذي تعرضت له من قبل السلطات البريطانية على قطع نقدية ذهبية الخاصة بها.حيث لوحظ عدم اقتراف خطأ وعدم تمكن الشاكية من إثبات براءتها أمام المحكمة.ونفهم من ذلك أن النقطة الأخيرة من المفترض أن تكون لها علاقة بالمادة 6، و المقصود هنا حجة إجرائية بحتة. بالرغم من أننا نجد المحكمة عند قيامها بتفحص المقطع الثاني من المادة الأولى من البروتوكول الأول قد أكدت على أنه"يستوجب على المحكمة البحث في مدى تحقق هذا التوازن مابين المصلحة العامة والمصلحة الفردية المعنية" ، وعلى هذا الأساس نجد أن المحكمة كرست بأن كل شخص يمتلك حجة على براءته يمكنه استعادة ممتلكاته ، ويجب عليها إذن الأخذ بعين الاعتبار سلوك الفرد.وبحسب المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فإن هذه الضرورة تؤسس للعديد من العوامل التي تتعلق بالتوازن المراعى من قبل الدولة" إذن يجب على المحكمة البحث عن هذا التوازن،بالرغم من سكوت المقطع الثاني من المادة الأولى من البروتوكول الأول حول هذا الموضوع. إلا أنه بعد الإجراء المطبق والمسموح به في هذا المجال، ينبغي عليها مراعاة درجة الخطأ والاحتياطات وتعقل الذي قام به

[1]- هذه التسمية اطلقها القاضي Pettiti من خلال رأيه الذي أبداه في قضية AGOSI ص 20 ،والتي تم تبنيها فيما بعد من قبل الفقهاء.

[2] - Affaire Brannigan c/Mc Brid du 26 mai 1993,par. 32.

السيد "أغوسي" ، أو على الأقل الإقرار بالتوجيه الذي قدمته هذه السلطة، والمخالفة التي يغيب الشك حولها، و بناء على ذلك يجب أيضا تحديد ما إذا كان قد قدم للشاكي فرصة ملائمة لمعارضة الحجج المقدمة من قبل السلطات المختصة."نجد أن هذه العناصر قد أسست طبعا مقياس "الإجراء المتوازن."

إلا أنه لا يتبين لنا عند التمعن في هذه الاقتراحات المقدمة من قبل المحكمة الأوروبية التوازن العادل " مراعاة التوازن بين المصلحة الفردية « لحقوق الإنسان بأن المقصود بمفهوم والمصلحة العامة المبررة للتدخل ، بل نفهم من ذلك التأكيد على الشروط المرتبطة بالمادة 6 ، و الدليل على ذلك يظهر عندما أشارت المحكمة إلى مسألة تناسق وانسجام الإجراءات مع حقوق الشاكي، والتي تم تفحصها من زاوية المادة الأولى من البروتوكول الأول.

هذه المسألة المتعلقة بمفهوم" التوازن العادل "تم التطرق إليها وبوضوح أكبر في سلسلة قرارات"أو،أش ،بي وآر" O.,H.,B.,et R (1) كل هذه القضايا تتعلق بانتساب أطفال الشاكين للمساعدة العمومية ، فنجد مثلا "W " اشتكى على أساس المادة 8 ، المتعلقة بانتهاك حقوقه الناتجة عن إجراءات السلطات المحلية ،حيث قامت هذه الأخيرة بمتابعته قبل تقيده ومن ثم إلغاء زيارته لأطفاله. خاصة مع غياب التظلم ضد هذا القرار وكذلك أجل بعض الدعاوى القضائية المرتبطة، و يظهر هنا جليا وجود انتهاك لحقوقه الإجرائية. ونتيجة لحساسية هذا الموضوع نجد أن المحكمة قامت بتكريس هذا المفهوم " الذي ينتسب أكثر للعرف لحماية الأفراد ضد التدخل التعسفي"، يظهر إذن بأن هذه القرارات جازفت بطريقة لا تقبل الشك ". بدون شك نجد بأن المادة 8 لم تتضمن أي شروط واضحة بخصوص الإجراءات لكنها ليست النهاية "ومن هنا نفهم بأن تدخل الدولة يمكن أن يخضع للرقابة .في الواقع،هذا التطور القراري أتبع من قبل السلطات ،ويتطلب هذا الأمر دمج البواعث الملائمة بطريقة محايدة من أجل تنفيذ شروط المادة 8 و أكثر من ذلك يتطلب على الآباء الإدخال الكافي للإجراءات و احتمالية الافتراض.

ونلاحظ هنا إذن أهمية مفهوم"التوازن العادل "بين تدخل الدولة والمصلحة الفردية. وعلى هذا الأساس نجد أن المحكمة أقرت بأن هذا الإجراء وعلى هذا النحو مدته ليست كافية لحماية مصالح الشاكي

---

[1] -Article 14 . Interdiction de discrimination
« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou
sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

.وعليه فإن شرط التوازن العادل يمثل أحسن طريقة لمفهوم التوازن الذي ينبني عليه توجيه كل الإجراءات، لكن هل من الطبيعي إدخال مثل هذا المفهوم في نطاق المادة 8 بطريقة لا تثير أي ردود فعل مشككة؟

2- الآراء الناقدة لهذا التطبيق التكاملي

لقد أعتبر التطبيق التكاملي عن طريق اندماج المادة 6 مع مواد أخرى ذات طبيعة جوهرية موضوع خصب كان محل انتقادات من طرف القضاة الذين لديهم رأيا مخالفا، في واقع الأمر،يبدو من غير المنطقي التكريس الإجباري للضمانات الإجرائية في مواد ذات طبيعة جوهرية ،بالرغم من أن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تتوافق مع إمكانية توسيع أثار بعض الأحكام.

سنتطرق للرأي المخالف للقاضي"ذو فيلهجالمسون" Thor Vilhjalmsson في قضية "أغوسي" والذي يتضمن شرح واضح لهذا الرأي المخالف بخصوص هذا الاستنتاج غير المنطقي ،حيث قال"بأن الهدف الرئيسي من تطبيق المادة 6 ليس المادة 1 من البروتوكول الأول ،كون أن الأولى تكرس مفهوم واضح للحق في إجراء عادل. مثل هذا المبدأ لا يذكر صراحة في المادة المستند عليها من قبل الأغلبية ،والذي يبرز بواسطة تطبيق هذا التفسير والذي لا يبدوا لنا ضروريا في هذا المجال والذي يسمح بوجود بعض الإجبار (القوة) " وفقا لرأي هذا القاضي نجد أن المقصود بمسألة الملائمة والفعالية هي المشاركة في اختيار الحكم على وجه التحديد من أجل ضمان الحقوق الإجرائية.

وبنفس الأسلوب نجد رفض واضح من قبل مجموعة من القضاة نذكر منهم" بانهايرو،فرينها ودوميار" Pinheiro,Farinha,De meyer والذي برز من خلال سلسة القضايا البريطانية [1] بخصوص النقطة السابقة والتي تحيلنا وبحياد على المادة 6 حيث قرروا بخصوص هذه النقطة ما يلي"نعتقد بأن الإقرار بأن حكم ما من الاتفاقية قد انتهك على هذا أو ذاك الأساس ، حيث لم تفرق المحكمة عند تفحصها بأن هذا الحكم لم يكن كذلك لهذا الحكم أو ذلك من الاتفاقية. ونعتقد كذلك أن الإقرار بأن فعل معين قد تسبب في انتهاك هذا أو ذاك الحكم من الاتفاقية لا يعف المحكمة من تفحص ما إذا كان هذا الفعل لم يتسبب كذلك في انتهاك أحكام أخرى من الاتفاقية" .

ونجد أن القاضي"غراسين "Gersing بخصوص هذه النقطة مخالف جزئيا في نفس القضايا السابقة [2] حيث قال "مدة إجراء الوصاية لا يستدعي تفحصه من زاوية المادة 1/6 قانونا خاصا Lex

1 - بيتر موزوني،مرجع سابق،ص1008 .

2 - بيتر موزوني ، مرجع سابق.

specialis لهذا الموضوع ، أنا لا أوافق على التفسير الواسع للمادة 8 كون أن أغلبية المحكمة تطبق هذا الإجراء."...

ومن خلال قراءتنا لمختلف وجهات النظر يمكننا أن نضيف قاضي آخر وهو القاضي"بيتيتي Pettiti " (1) والذي ركز أكثر في هذه القضية على الفعل لأن النتيجة هي دائما نفسها ، هذا التطبيق التكاملي عن طريق الاندماج لا يشكل ضرورة من أجل ملأ الفراغات القانونية أو لتوضيح وضعية محددة ،إنها مجرد نقل لشروط مادة إلى مضمون مادة أخرى ،وكذلك نقصد به تغيير مادة لقانون خاص ، هذا المفهوم" التوازن العادل "نجده يتغير كذلك ليصبح كأنه حكم موضوعي.

على الأقل لم نلاحظ أي سبب يحظر أو يمنع هذه التقنية التكاملية ،لأنها تضمن الأخذ بعين الاعتبار وفورا حماية الإجراء الضروري من أجل ضمان أي حق .حيث نجد بأن المادة 6 حكم جد مفصل على مستوى الإجراءات ،يلعب دورا جد هام بالنسبة للمواد التي لا تأخذ بعين الاعتبار مثل هذه الإجراءات ويدخل هذا في إطار تطبيق هذه التقنية. ويجب الإشارة أيضا بأننا لا نقصد من ذلك التطبيق التكاملي الشكلي ،كون أن هذه المادة مع فقراتها ومقاطعها تتطلب إيجاد إجراء عادل يوازن بين المصلحة الفردية المحمية والتدخل الذي يكون أساسه تحقيق المصلحة العامة ويدخل كل هذا ضمن الأحكام ذات الطبيعة الجوهرية من جهة ومتطلبات الصيغة الإجرائية من جهة أخرى،فالقاضي يؤكد على التفسير الدقيق الذي يكرس مفهوم التوازن العادل من أجل كل شخص بحاجة إليه ويكون ذلك على أساس قانوني.

فتكامل الضمانات الإجرائية ضمن أحكام جوهرية يبدو مفيدا من أجل تحقيق تناسب الاتفاقية مع تدخل الدولة.هذا التكامل يبرر أيضا الحجج المبنية على أساس هذه المادة والتي تنتقل أيضا ضمن أحكام أخرى بأسلوب يحقق الأثر المفيد بالنسبة لهذه الأحكام.

ثانيا:الاستقلالية في التحقيق

تجدر الإشارة إلى عدم وجود أي مادة في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تتضمن هذا الحق.لكن على الأقل يمكننا أن تستنتج هذا الوجود في إطار المواد ذات الطبيعة الإجرائية ،يظهر هذا التحقيق ضروريا من أجل التأكيد على اللجوء العادل والفعال في حالة الشكوى ، ونجد كذلك المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قد اعتبرت أن الحق في التحقيق يكون مطلوبا في إطار المواد ذات الطبيعة الجوهرية حيث يتم دمجها مع

[1] -Affaire Albert et Le Compte c/ Belgique du 10 février 1983,série A n° 58,par 39.

الالتزامات العامة التي تقوم بها كل دولة عضو في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وذلك استنادا للمادة الأولى من هذه الاتفاقية والتي تعترف لكل الأشخاص بحقوقهم وحرياتهم المضمونة من قبل الاتفاقية. ومن هذه الجهة قامت المحكمة بتأكيدها لهذا التطبيق المستقل.

إلا أن هذا الالتزام القائم من قبل المحكمة لا يمكن التمسك به في إطار أي مادة من مواد الاتفاقية أوفي إطار أي حالة من الحالات المثارة أمام المحكمة ،إلا أنه وفي 1995 ([1])، أظهرت المحكمة و لأول مرة هذا الالتزام على أساس المادة 2 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان .حيث اعتبرت بأن"الالتزام بحماية الحق في الحياة يعد زيادة على ذلك شكلا من أشكال التحقيق الفعال وذلك متى تم اللجوء لاستعمال القوة من قبل أعوان الدولة والذي يؤدي إلى وفات الشخص" ، و من أجل تفعيل هذا الشرط لا بد من إجراء فحص شامل ونزيه ومؤسس، هذه الضرورة كانت واضحة الأهمية إلى حد اليوم ، لكن كيف يمكن أن نبرر هذا الالتزام الموجه ضد الدولة؟

فالمحكمة في قرار"أكوزي Aksoy ضد تركيا ([2]) و كذلك في قرار"أسنوف Assenov ضد بلغاريا([3]) اعتبرت بأن هذا الالتزام يولد نوعا من الشك المسبب كون أن الموت أو الإصابة الذي سببتها الشرطة ،يفترض على الحكومة الممونة أن تقوم بتطبيق كامل وكاف من أجل توضيح مصدرها، و كذلك وفي إطار قضية " أسنوف" نجد أن الحكم البات في القضية صدر بعد مرور أربع سنوات من ارتكاب تلك الأفعال،حيث لم تتمتع الضحية من تحقيق فعال ومستقل وسريع، الأمر الذي ساهم في تعطيل الدور الفعال الذي تلعبه المادة 2 و 3 من الاتفاقية، و الدليل على ذلك ،وبحسب المحكمة تلك النتيجة التي بررت غياب انتهاك المادة 3 من قبل المجلس ([4]).

ومن أجل تفادي حالة الإفلات من العقاب فرضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان منذ بضعت سنوات التوصل إلى تحقيق رسمي وفعال من أجل تفادي انتهاك إحدى هذه الحقوق، حيث نتج هذا الالتزام من دمج للمادة 1 مع المادة 2 أو 3 من الاتفاقية.إذ أقرت المحكمة وبوضوح على أنه" بما أن الفرد أثبت بالطريقة المدافع عنها للأفعال التي تعرض إليها على يد الشرطة أو الأجهزة الموازية للدولة خطورة وسوء المعاملة المعارضة لنص المادة 3 التي تعرض إليها، حيث تم إدماج هذا الحكم مع الالتزامات العامة المقترحة بواسطة

---

[1] -Affaire Mc Cann et autres c/R.U.du 27 septembre 1995.série A n°342.

[2] -Affaire Aksoy c/ Turqui du 18 décembre 1996,recueil 1996-IV

[3]- معماش صلاح الدين ، مرجع سابق ، ص 173.

[4] -Gérard Cohen Jonathan « un arrêt de principe de la nouvelle cour européenne des droits de l'homme :selmouni contre France(28 juillet 1999) »,Revue générale de droit international public, édition A.PEDONE,Tome CIV-2000,p.192.et.p.193.

المادة 1 من الاتفاقية...والتي تكفل لكل شخص يخضع لقضائها الحقوق والحريات المضمونة من قبل الاتفاقية، إذ يلزم بتطبيق التحقيق الرسمي و الفعال لأي التزام ناتج عن المادة 2 ، الذي يمكن أن يقود إلى نتائج مماثلة وبالتالي إلى معاقبة المسؤولين. وبالرغم من ذلك فالفائدة المرجوة من الحظر العام للتعذيب أو المعاملات غير الإنسانية أو المهينة تكون غير فعالة في بعض الحالات التي يحترم فيها أعوان الدولة هذه الحقوق الخاضعة لرقابتها " مثلما شرحت المحكمة مثلما شرحت المحكمة هذا الالتزام وذلك بالاستناد إلى قرارها في قضية " أسنوف" **Assenov** على أساس المادة 3 مع الأخذ بما جاء في المادة 2 السابقة الذكر [1] و على هذا الأساس نفس الأمر نجده كذلك في قضية "السيد كان وآخرين Mc Cannan et aurtes [2] أكوزي Aksoy [3] "كاي" Kaya [4] وغيرها من القضايا.

إذن لا بد من التدقيق من أجل التمكن من الإجابة على هذه الضرورة التي تم التطرق إليها سابقا ، والتي تتطلب وجود تحقيق معمق حيث نقوم مثلا بطرح الأسئلة الكافية على الشاهد بصورة مستقلة ،والبحث على العناصر التي تدخل ضمن الأفعال المعنية ،وكذلك التطرق للأطراف المتدخلين. ونتيجة لذلك تأمر السلطات بإجراء تحقيق في غاية الدقة من أجل تجنب أي خرق للحقوق المضمونة من قبل الاتفاقية.

تأخذ هذه الدراسة المعتمدة من قبل القاضي الأوروبي لحقوق الإنسان بعين الاعتبار البواعث والأسباب العملية ، حيث تأخذ بعين الاعتبار ما إذا كان الفعل المرتكب من قبل الدولة متناسبة مع وضعية الشاكي،وفعالية الأجهزة المورطة للاقتراح المسؤول. فالدولة إذن لا تملك أي مبرر من أجل المواصلة دائما إلى حد نهاية الإجراء.وفي نفس الوقت فان وضعية أي شخص نتيجة الأفعال المتنازع فيها يمكن أن تخفي حقائق أخرى جد معقدة، نذكر منها على سبيل المثال جو الضغينة والتمييز الذي تعيشه بلغاريا، أو وضعية الأزمة الدائمة للأكراد في تركيا والتي لا تقبل منازعة.فمن الواضح بأن بعض السلطات ليست دائما مستعدة من أجل القيام بالأفضل ، حيث يؤدي بنا الأمر للبحث عن احتمالات في نصوص مماثلة. فالمحكمة إذن سعت لمعالجة هذه الوضعية وسخرت كل الأحكام الضرورية من أجل تجنب مثل هذه الوضعيات. فقد اقترحت على الدولة

---

[1] -Gérard Cohen-Janathan,les ligne de force l'évolution du droit de la convention européenne des droits de l'homme et du contrôle de son application,op.cit.p.65.

[2] – بيتر موزوني،مرجع سابق،ص34.

[3] – بيتر موزوني،مرجع سابق،ص35.

[4] – معماش صلاح الدين ، مرجع سابق ، ص 167.

من أجل أن تقوم بكل ما هو ضروري وهذا لمعاقبة المذنب ويتحقق ذلك من خلال وجود تحقيق فعال ورسمي[1] و بخصوص هذه النقطة أقرت المحكمة بضرورة 3 مساهمة الشاكين على أساس التطبيق التكاملي للمادة13 [2].

بقراءتنا لكل القرارات المعنية نخلص إلى أن تقصير الدولة دائما يرتب المسؤولية والعقاب، فالمحكمة أخذت بعين الاعتبار أهمية المواد المعنية ولم تترك مجالا لإمكانية التخلص من هذه التطبيقات ،مع تأكيدها أيضا على المميزات التي تتمتع بها هذا الحقوق.

ونخلص في الأخير إلى الدور الكبير والمتنامي الذي تلعبه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان من أجل تكريس حماية أكبر لهذه الحقوق،ومنع أي تصرف يمكن أن يسبب انتهاكا.

الفرع الثالث: تنظيم قانون خاص بالأزواج غير التقليدين

عند إلقائنا النظرة الأولى للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان نجد أنها لم تأخذ بعين الاعتبار فيما يخص العلاقات بين الأزواج إلا العلاقة التي تكون بين الأزواج التقليدين [3] أما العلاقات الأخرى فلم تحض إلا بحماية غير مباشرة من خلال انحراف حماية توسيع الحياة الخاصة المكرسة في المادة 8 من الاتفاقية، لكن هناك بعض الحقوق لا يتمتعون بها.

في إطار هؤلاء الأزواج غير التقليدين ، سنركز دراستنا خاصة على الأزواج الذين يخضعون لتغيير جنسي، لكن قبل هذا لا بد لنا أن نشير إلى أن مصطلح الأزواج غير التقليدين من شأنه أن يثير الكثير من التساؤلات حول الجديد الذي أتى به هذا النوع من العلاقات، خاصة ونحن نعلم أننا عندما نطلق مصطلح غير تقليدي على مفهوم معين، فان أول صورة تتبادر إلى ذهننا هو أن هناك تحسين ايجابي قد لحق بالمفهوم التقليدي.ومن هنا لابد لنا أن نكون حذرين جدا عند استعمال مثل هذا المصطلح في مثل هذه المواضيع الحساسة ،كون أن إلحاق مثل هذا المصطلح (غير تقليدي) على مفهوم الزواج التقليدي من شأنه أن يثير لبس فيما يخص مدى مشروعية وحتى أخلاقية مثل هذه العلاقات غير التقليدية.

---

[1] -Sébasten Van Drooghenbroeck ,op,cit ,p37.

[2] – توسيع الضمانات الإجرائية المرتبطة بالفرد ص73 .

3- حيث تنشا هذه العلاقة عن طريق عقد الزواج.

حيث نجد أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ومنذ أكثر من 15 سنة قد واجهت نفس هذا الإشكال سواء من زاوية وجهة النظر القانونية، وحتى من وجهة نظر أخلاقية، ونشير إلى أن موقف المحكمة بقي جد محدود،لأن الآراء المؤيدة لتغيير الجنسي ستزداد قوة ، فإذا كان مشكل حماية علاقة هؤلاء الأشخاص قد حل مبدئيا من طرف بعض دول مجلس أوروبا مثل هولندا وبلجيكا والمملكة الاسبانية [1] ،إلا أن المشكل المتبقي يرتبط بالاعتراف بحق الزواج.

لا بد أن نشير إلا أن هذه الظاهرة تخرج من دائرة استقلال المادة 12 ، خصوصا الحق في الزواج في إطار مغيري الجنس والاعتراف بهذا الحق لا بد أن يمر عن طريق قراءة تكاملية

مع المادة 8،كون أن هذه الضمانة تظهر كنتيجة مباشرة للاعتراف بهذه الوضعية الجديدة ، ويجب أيضا أن نشير لموقف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان الذي لم يترك في هذا الوقت مجالا لملاحظة مثل هذا التقارب.

حيث أبدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بمناسبة قرارها الذي أصدرته بخصوص قضية "راس" Ress ضد المملكة المتحدة ، واضحة بخصوص وضعية الزواج حيث قالت " **تتعلق المادة 12 بالزواج التقليدي لشخصين من جنسين بيولوجيا مختلفين... فهدف هذه المادة أساسا هو تكريس حماية هذا الزواج الذي ينتج عنه تأسيس عائلة** " **وأكثر من ذلك أقرت بان "هذا الحق يخضع للقانون الداخلي الوطني للدولة العضو، وهذا من أجل تكريس تطبيقه، فالتقييدات الناتجة تتطلب الحصر والتقليل من المستوى الذي يوصلنا إلى نفس المادة ، لكن لا يمكننا الاستناد إلى هذه الآثار للعائق المعرقل...لزواج الأشخاص لا يقترنون بجنس مختلف بيولوجيا** " ونلاحظ أن هذا الموقف تكرر وتم تغطيته فيما تبقي من قضية " كوسي " Cossey و نلاحظ بأن المحكمة رفضت تفسير المادة 12 بطريقة إنشائية. حيث أعطت لمفهوم" الجنس "تعريف ضيقا .جدا يتفق والمعنى البيولوجي الذي يتطلبه هذا المفهوم[2].

وعلى الرغم من ذلك لا بد من الإشارة إلا أن هذا الموقف المتبع من قبل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تم الموافقة عليه بالإجماع سنة 1989 ،لكن هذا الموقف كان بعيدا كل البعد عن الموقف الجماعي المتبع اليوم .خاصة وأن مشكل تغيير الجنس كان معروفا من وجهة النظر الطبية، والذي يقود إلى القبول بالتغيير الجراحي للجنس، خاصة إذا لم نعترف اليوم بمنح للمغيرين جنسيا بكل الحقوق المباشرة وغير المباشرة

---

[1] - لورنس بيرغورغ – لارسن، مرجع سابق، ص1138 .

[2] -F.Sudre,chronique de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme -1992,RUDH,26 février 1993,vol.5,n°1-2,p.13.

والمرتبطة بجنسهم الجديد،خاصة منها تأييد حقهم في الزواج ؟في كل الحالات نجد بعض القضاة شكلوا وجهات نظر مختلفة بخصوص هذا الموضوع.

فنجد مثلا في قضية" كوسي" ، القاضي"مارتان " "Martens (1) قال بأن" المادة 12 هي التي استعملت مصطلح (رجل وامرأة) والتي أشار صراحة بأن الزواج هو اتحاد بين شخصين من جنسين مختلفين،بالرغم من ذلك لم نعن بأن" الجنس " ضروري في هذا النص الذي يتطلب معنى" **الجنس البيولوجي**" ، لكنه لم يكن الميزة التي تثبت بأن" التقليديين "فرضوا "الجنس " في هذا النص، وبالتالي لا يمكن الإشارة إلى الإنشاء البيولوجي لهذا الفرد والذي يثبت مع الولادة "، مقارنة بالفرضية الأولى نجد أنها تتطلب مجموعة من الأدلة ،كذلك كانت بعيدة كل البعد من أجل الإقرار ما إذا كان هناك مجال لتعريف مفهوم " الجنس"، ويرجع هذا التصدع إلى غموض مفهوم الزواج بالنسبة لهذه الفئة فالهدف من هذه الرابطة هي العلاقة الجنسية دون تحقيق المعنى الأصلي للزواج ، ومن هنا يبقى شرط جنس الفرد يخضع لمختلف العوامل الهرمونية ،والغدد التناسلية ، وحتى العوامل النفسية مع احتمال تطورها."

بقراءتنا وجهة نظر هذا القاضي نجده لم يعارض منح كل الحقوق المرتبطة بالجنس للأشخاص الذين قاموا بعملية جراحية ناجحة هذا في حالة الأشخاص الذين يعانون حقيقة،هذا الأمر سمح بالإقرار بحاجتنا للمادة 12 .

نفس الأمر بالنسبة للقضاة" بلام، فواجال وبيكانان" Palm,Foighel et Pekkanen و في نفس القضية أقروا بأن المادة 12 لكي تتماشى ومتطلبات العلاقات الجديدة تتطلب الأخذ بالتفسير الديناميكي والذين قالوا بأن " محررو المادة 12 أشاروا على الأرجح إلى الزواج التقليدي بين أشخاص ذو جنسين بيولوجيين مختلفين ، وكذلك فالمحكمة قومت الفقرة 49 من قرارها في قضية "راس" في كل الحالات فالمغيرين جنسيا لا يشكلون في الوقت الحالي مشكلا قانونيا وأقرت بأنه لا يمكن تكريس المبدأ القائل بإنكار حقهم في الزواج، فضلا عن ذلك فهذا الموضوع يعتبر جد حساس في الرأي العام من جهة الاعتراف القانوني للمغيرين جنسيا ، وفي هذا الصدد ونظرا للتطور الاجتماعي والمعنوي لابد على المحكمة الأخذ بالتفسير الديناميكي للمادة 12 " هذه المناقشة تبقى إلى حد الساعة مثارة فالمحكمة لم تؤيد أبدا هذا التطور والذي نجده أيضا في قضية Sheffield et Horsham ، و التي اعتمدت فيها المحكمة على أدلة مماثلة للتي تم

[1] -Affaire Cossey c /Royaume Uni du 27 septembre 1990,série A n° 106.

الاعتماد عليها سابقا. والتي أرجعت وبوضوح ضرورة ، التطبيق التكاملي عن طريق الدمج ما بين نص المادة 8و المادة 12 .

وبالرغم من هذا التوافق في الآراء بين قضاة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إلا أن هذا الموقف لا نجده بالضرورة مترجما على المستوى الداخلي للدول الأعضاء لأننا نجد أن هناك اختلاف للتعامل مع هذا التطور الجديد الذي طرأ على الساحة الأوروبية ويرجع سبب هذا الاختلاف في المواقف إلى غموض في مفهوم الزواج و العائلة على المستوى الأوروبي وكذلك لغياب الوازع الديني والأخلاقي.

على كل حال يمكن في يوم من الأيام أن نجد اعتراف للمغيرين جنسيا بجميع الحقوق ومن بينها الحق في الزواج، كذلك الأمر بالنسبة للحياة العائلية سوف يتم دمجه مع الحق في الزواج بصرف النظر عن استقلالية كلا الحقين عن بعضهما البعض مثلما حدث في قضية "اكس ،اكغاك، زاد "Z et X., Y., ضد المملكة المتحدة (1) و الذي يجسد قلق المحكمة الأوروبية

في السنوات القادمة ، وبجميع الأوجه فهذا الحق يمكن له أن يتطور بخصوص هذا الموضوع كون أن عدم الاعتراف غير الكامل لذوي الجنس الجديد يدخل نتائج مؤسفة في بعض المجالات الحساسة إلا أن احتمال الحل سيكون عن طريق إدماج المادة 8 مع المادة 12 .

[1] -Affaire X.,Y.,et Z., c/ Royaume Uni du 22 avril 1997,recueil 1997-II.

خاتمة

تعدآلية الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية الآلية القضائية الدولية الأكثر كفاءة وفعالية في حماية حقوق الأفراد، تحولت هذه الآلية من آلية مختلطة قضائية وإدارية اختيارية إلى آلية قضائية متكاملة ذات اختصاص قضائي إلزامي يشمل سبعاً وأربعين دولة ..

يعكس تطور النظام الأوروبي لحماية حقوق الإنسان القدرة على التجدد والابتكار القانوني سواء من حيث الشكل أو الموضوع بحيث تستجيب المحكمة الأوروبية وبفعالية للمتغيرات النوعية والكمية التي تتطلبها الحماية الفعالة لحقوق الانسان .

يشكِّل النظام القانوني للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان نموذجا تجب الإستفادة منه من قبل الأنظمة القانو نية الإقليمية المعنية بتطوير آليات حماية حقوق الإنسان .

الفصل الأول تمت فيه معالجة التنظيم القانوني للمحكمة الأوروبية وأختصاصاتها حيث تمت دراسة الهيكل التنظيمي للمحكمة الاوروبية في المبحث الاول و أختصاصات المحكمة الافتائية –التفسيرية– في مبحث ثان، وفق ما جاء في الاتفاقية الاوربية لحقوق الانسان والبروتوكولات الاضافية خاصة الرقم 11 والبرتوكول رقم 14 .

و تناولت الدراسة في الفصل الثاني دور المحكمة الاوربية لحقوق الانسان في توسيع وترقية القانون الدولي لحقوق الانسان حيث تم التطرق في المبحث الاول لنماذج توسيع بعض الحقوق وبعض المفاهيم عن طريق التفسير' و تم تناول نماذج عن ترقية بعض الحقوق عن طريق التطبيق التكاملي لقواعد الاتفاقية الاوربية لحقوق الانسان.وذلك عن طريق توسيع تحسين نظام حماية حقوق الافراد ، و في مبحث ثان التطرق الى الوظيفة الشبه تشريعية للقاضي الاوروبي .

نستطيع القول أنه بالنظر إلى اختصاص وسلطات المحكمة الأوروبية ، تعد أداة رقابة قضائية إقليمية مما يؤهلها لأن تلعب دورا مميزاً في السهر على حسن تطبيق الدول المعنية لأحكام الاتفاقية والبروتوكولات الملحقة بها ، والعمل على احترام تلك الدول لنصوص هذه الاتفاقية وما ألحق بها من بروتوكولات.

و تعد المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان من أكثر الأجهزة فاعلية على المستوى الدولي واعتبارها سابقة في تاريخ مراقبة التزام الدول بضمان الحقوق والحريات للأشخاص المتواجدين على إقليمها ، وتفردها لاسيما فيما يتعلق بالتحقيق في موضوع الانتهاك وتقصي الحقائق و إصدار قرارات وأحكام قانونية ملزمة للدول الأطراف ، ومع ذلك يمكننا أن نبدي بعض الملاحظات حول النظام القانوني للمحكمة

وذلك للتأكيد علي فاعليتها بإعتبارها جهة رقابية قضائية علي حماية حقوق الانسان و هذة الملاحظات متمثلة في الآتي :

1- أن أحكام المحكمة الأوروبية لا تلزم إلا الدول الأطراف في الدعوى ، وبمعنى آخر أن الدول غير الأطراف غير معنية ، وهذا ما يشكل نقطة ضعف ، حيث أن اختصاص المحكمة مقيد بالاختصاص القضائي للدولة العضو في الاتفاقية ، بينما إنتهاك حقوق الانسان للدولة العضو قد يمتد خارج الاقاليم الخاضعة لسيادتها الوطنية .

2- إن حكم المحكمة لا يؤدي إلى سحب أو إلغاء أو تعديل القرار غير المشروع محل الدعوى ، وانما يقتصر على تعويض الطرف المتضرر محل الدعوى.

3 - ضعف القوة الملزمة لهذه الأحكام لعدم وجود إمكانية تنفيذها مباشرة في النظام الداخلي ، وترك الحرية للدول في استنتاج النتائج .

4- إن استنفاذ طرق الطعن الداخلية والذي هو شرط أساسي لقبول الدعوي أمام المحكمة، تستغرق فترة طويلة من الزمن حتى يصدر القرار الداخلي النهائي ، مما يترتب على ذلك عدول كثير من المتقاضين عن اللجوء إلى المحكمة الأوروبية نتيجة للاستياء من تعقيد وطول فترة الإجراءات .

5- إن الإجراءات الرادعة التي تتخذها لجنة الوزراء التابعة لمجلس أوروبا تعتبر ضعيفة وغير ذات فاعلية ، لأن تعليق عضوية الطرف أو طرده من مجلس أوروبا لا يضمن في كل الأحوال احترام حقوق الإنسان.

6- لقد وردت بعض المفاهيم في الاتفاقية الأوروبية يسمح للدول بتفسيرها تفسيرا واسعاً اعتماداً على هامش التقييم الذي تتمتع به ، مما قد يؤدي إلى الإساءة والمساس بالحريات المضمونة ، والمثال على ذلك " الخطر العام الذي يهدد حياة الأمة ، ومفهوم السلامة القومية " وهي متروكة للدول تقدير الظروف الطارئة والاستثنائية ، مما يجعلها تتخذ إجراءات تتجاوز حجم الظروف لحماية المصلحة العامة أو النظام العام.

7- تحيز المحكمة الأوربية الى جانب الأنظمة السياسية الأوربية عندما يتعلق الأمر بالحقوق الدينية الإسلامية، خاصة ارتداء الحجاب الإسلامي هذا ما يجعل الجالية المسلمة تشك وتطعن في مصداقية المحكمة وحمايتها لحقوق الإنسان .

قائمة المصادر

والمراجع

❖ الكتب و المراجع.

باللغة العربية:

1) د . عبد العظيم الجنزوري ، الإتحاد الأوربي (الدولة الكونفيدرالية) ، منشورات الجامعة الجديدة ، القاهرة ، عام 1999.

2) د مصطفى بعد العقار ، ضمانات حقوق الإستبان على المستوى الإقليمي ، رسالة دكتورة ، منشورات مركز القاهرة لدراسة حقوق الإنسان عام 2004 .

3) أ .مصباح الطاهر أحمادي ، الآليات القضائية الدولية لحقوق الإنسان في الميثاق الأوروبي و الإتفاقية الأوربية لحقوق الإستبان، رسالة ماجستير بجامعة طرابلس ، غير منشورة ، عام 2008 .

4) بحث الأستاذ/ محمد جمعة عبد المحامي ، موقع مجلة الكلمة إبداع و إلتزام ، و ذلك حول المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

5) د. علي ضوي ، القانون الدولي العام ، منشورات المطابع الخمس ، المطبعة الأولى عام 2000.

6) د. عبد الله محمد الهواري ، المحكمة الأوربية الجديدة لحقوق الإنسان ، مرجع سابق.

7) – د . ابراهيم محمود العبيدي ، ضمانات حقوق الإنسان أمام المحكمة الجنائية ، منشورات دار الكتب القانونية 2009.

8) أ معماش صلاح الدين ، القانون الأوربي لحقوق الإنسان بين النظرية و التطبيق ، المرجع السابق .

9) جيرار كونزاليس،اجتهاد المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان(2005)،إشراف فريديريك سودر،ترجمة محمد عرب ، صاليلا، مجلة القانون العام وعلم السياسة، L.G.D.J، 2006 ،العدد 3 .

10) بيتر موزوني،بحث نقدي في مفهوم نواة حق عير قابلة للمس اجتهاد المحكمة الاتحادية السويسرية والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

11) هيلين سوريل ،اجتهاد المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان(2005)،إشراف فريديريك سودر،ترجمة محمد عرب صاليلا، مجلة القانون العام وعلم السياسة 2006، L.G.D.J ،العدد3 .

باللغة الفرنسية

- Henri labaule, circulation des personnes en Europe de Schengen à Amsterdam, in les nouveaux droit de l'homme en Europe ,op, cit.
- P. Lambert, extradition et expulsion d'étrangers dan la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme .
- Laurain Michel ; « vers des normes statut de réfugié, réflexions sur une proposition de directive actualité et doit international, janvier 2003.

- Danial Garcia San José, la protection de la l'environnement et la convention européenne des droits de l'homme, Dossier sur les droits de l'homme,n°21,conseil du l'Europe 2006,
- Jean .François akandji-kombe, les obligations en positives en vertu de la convention européenne des droits de l'homme ,op.cit.
- Michel de salvia ,droit et devoirs en matière d'environnement Solon la convention européenne des droits de l'homme ,in les nouveaux droits de l'homme en Europe .
- Robert Kolb, Gabriele Porretto, Sylvian Vité , L'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales, Bruylant, 2005.
- Gérard Cohen –Jonathan et Jean-François Flauss « cour européenne des droits de l'homme »in A.F.D.I,CUR. 9 éditions,Paris 2001.
- Emmanuel Decaux et Paul Tavernier,chronique de jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme (année 1999),Journal du droit international,JURISCLASSEUR, Paris,2000
- Peter Leuprecht et Olivier Delas, cinquante ans de convention européenne des droits de l'homme, op.cit.
- F,sudre, « article 3 » .in la convention européenne des droit de l'homme .commentaire article par article ?sous la dir de L-E .Pettiti . e. Decaux .P –H Umbert . 2 éd 1999.

❖ الأحكام و القضايا

1-المحكمة الأروبية لحقوق الإنسان

- Affaire Powell et Rayner c./ Royaume uni ,du 21/02/1990.
- Affaire Lopez Ostra c/ Espagne, du 9 décembre 1994.
- Affaire Bankoovic et autre c. Belgique .
- Affaire Ilse Hess c/ Royaume Uni 1975
- Affaire Matthews c. Royaume-Uni/v. the United Kingdom [GC], 18.2.1999, no/no. 24833/94.
- Affaire Waite and Kennedy c/ Allemagne /v. Germany [GC], 18.2.1999, no/no. 26083/94
- Affaire Acimavic c/Croatie ,du octobre 2003,requête n°61237/00.
- Affaire ,cordova c/ It alia du 30 janvier2003.
- Affaire shishkov c/ bulgarie,du 9 janvier 2003,recueil 2003.
- Affaire Prince Hans-Adam du Lichtenstein c/Allemagne du 12 juillet 2001,requête n°42527/98.

- Affaire Ernst et autres c/ Belgique du 15 juillet 2003,requête n°33400/96.
- Affaire ,Zdanoka c/Lettonie, du 17 juin 2004 ,requête n0 58278/00.
- Affaire Osu c/Italie, du 11 juillet 2002,requête n°36534/97.
- Affaire levages prestation service c/France ,du 23 octobre 1996,recueil 1996-v.
- Affaire,Sporrong et Lönnrot ;c/ Suède ;du 23 septembre 1982 série A n° 52.
- Affaire S .A cabinet diot et sa Gras de savoye c/francedu du 22 juillet 2003 , requête n° 49217/99 et 49218/99.
- Affaire S.A danguville c/ France,du 16 avril 2001
- Affaire Khan c/R.U,du 2000
- -Affaire Khalfaoui c/France,du 14 décembre 1999.
- Affaire Ireland/ R-U du 18 janvier 1978,serie A ,n° 25 .
- Affaire Leyla Sahin c/ Turquie 10 novembre 2005,par.111.
- Affaire Young, James et Webster c/Royaume Uni du 13 août 1981,série A n°44.
- Affaire Boyle et Rice c/Royaume Uni du 27 avril 1988,série A.
- Affaire Camenzind c/ Suisse du 16 décembre 1997,recueil 1997.
- Les affaires Valsamis c/Grèce du 18 décembre 1996,recueil 1996-VI et Halford c/Royaume Uni du 23 juin 1997,recueil 1997-V
- Affaire Domenichini c/ Italie du 15 novembre 1997,recueil 1997-III
- Affaire Moustaquim c/ Belgique du 18 février 1991,série A n° 193.
- Affaire C c/Belgique du 7 aout 1996,recueil 1996-III.
- Affaire Ulke c/Turquie, du 24 janvier 2006.
- Affaire Osman c/ Bulgarie ,du 16 février 2006
- Affaire Jalloh c/Allemagne,du 11 juin 2006,Gr.
- Affaire Tzekov c/Bulgaire,du 23 février 2006.
- Affaire Brannigan c/Mc Brid du 26 mai 1993
- Affaire Albert et Le Compte c/ Belgique du 10 février 1983,série A n° 58.
- Affaire Mc Cann et autres c/R.U.du 27 septembre 1995.série A n°342.
- -Affaire Aksoy c/ Turqui du 18 décembre 1996,recueil 1996-IV.

❖ **الاتفاقيات الدولية**

- Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales Rome, 4.XI.1950

❖ مواقع الانترنت

- 1-http://www.ridi.org/adi/
- 2-www.coe.int/press.
- 3- http://hudoc.echr.coe.

فهرس المحتويات

الصفحة

الإهداء.....

الشكر و العرفان .....

المقدمة ..... أ–و

الفصل الأول : الهيكل التنظيمي للمحكمة و اختصاصاتها. 6

المبحث الأول : الهيكل التنظيمي للمحكمة الأوربية 7

المطلب الأول : تشكيل الهيئة القضائية للمحكمة..... 7

الفرع الأول : قضاة المحكمة..... 7

الفرع الثاني : حكم كتاب المحكمة و المساعدين..... 11

الفرع الثالث : الجمعية العمومية للمحكمة..... 12

المطلب الثاني : درجات التقاضي أمام المحكمة الأوربية..... 13

الفرع الأول : اللجان..... 14

الفرع الثاني : غرفة المداولة..... 14

الفرع الثالث : غرفة المداولة الكبرى..... 15

المبحث الثاني : اختصاصات المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان..... 18

المطلب الأول : الاختصاص القضائي للمحكمة الأوربية..... 19

الفرع الأول : الاختصاص الموضوعي..... 19

الفرع الثاني :الاختصاص التطبيقي 19

المطلب الثاني : الاختصاص الاستشاري للمحكمة الأوربية..... 21

الفرع الأول : كيفية طلب الرأي الاستشاري..... 21

الفرع الثاني : الإجراءات الخاصة بطلب الآراء الاستشارية..... 22

الفرع الثالث : دور لجنة الوزراء التابعة لمجلس أوربا في طلب الآراء الاستشارية..... 23

الفصل الثاني : دور المحكمة الأوربية في توسيع و ترقية قواعد القانون الدولي لحقوق الانسان 27

المبحث الأول : توسيع بعض الحقوق وبعض المفاهيم عن طريق التفسير..... 27

المطلب الأول: توسيع بعض الحقوق (الحياة الخاصة)..... 28

الفرع الأول : التفسير ا الموسع للمادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان..... 28

الفرع الثاني :العوائق التي تمس التمسك بتوسيع الحق في الحياة الخاصة..... 30

المطلب الثاني : توسيع بعض المفاهيم في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان..... 32

الفرع الأول : رأي المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان من الاختصاص القضائي خارج إقليمي نتيجة التفسير الموسع للمادة 01 من الاتفاقية..... 33

الفرع الثاني : موقف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان من مضمون نواة الحق غير القابلة للمس 42

المبحث الثاني : توسيع و ترقية بعض الحقوق عن طريق التطبيق التكاملي..... 56

المطلب الأول : تحسين نظام حماية حقوق الأفراد..... 56

الفرع الأول : توسيع الضمانات الممنوحة للأفراد 56

الفرع الثاني : البحث عن الفراغات القانونية وتداركها لتحسين مقروئية الاتفاقية الأوروبية

لحقوق الإنسان 59

الفرع الثالث:الاعتراف بنظام قانوني خاص لرعايا الاتحاد الأوروبي..... 61

المطلب الثاني: تمتع القاضي الأوربي لحقوق الإنسان بالوظيفة شبه التشريعية..... 64

الفرع أول : تأسيس درجة رابعة للحماية ضد التعذيب والمعاملات اللاانسانية و المهينة..... 64

الفرع الثاني: تكامل الضمانات الإجرائية مع مواد ذات طبيعة جوهرية..... 67

الفرع الثالث: الاعتراف بقانون خاص بالأزواج غير التقليدين..... 74

خاتمة 79

قائمة المصادر و المراجع 82

الفهرس 87