



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي  
كلية الحقوق والعلوم السياسية

## أطروحة

مقدمة لنيل شهادة

## دكتوراه علوم

الشعبة: حقوق

التخصص: قانون عام

من طرف:

زيان هدى

عنوان الأطروحة:

## الهامش التقديري للدولة على ضوء اجتهاد المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان

أطروحة مناقشة بتاريخ 12 جوان 2025 أمام لجنة المناقشة المشكلة من :

الرقم	اللقب والإسم	الرتبة	مؤسسة الانتماء	الصفة
01	بن مهني لحسن	أستاذ محاضر قسم أ	جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي	رئيسا
02	بوالقمح يوسف	أستاذ التعليم العالي	جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة	مشرفا
03	اليازيد علي	أستاذ التعليم العالي	جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي	ممتحنا
04	عطاء الله توفيق	أستاذ محاضر قسم أ	جامعة عباس لغرور خنشلة	ممتحنا
05	لحرش عبد الرحمن	أستاذ التعليم العالي	جامعة باجي مختار عنابة	ممتحنا
06	إدري صفية	أستاذ محاضر قسم أ	جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي	ممتحنا

# شكر

أشكر الله عز وجل على توفيقني لإتمام هذا العمل.

أتوجه بالشكر الجزيل إلى أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور يوسف بوالقمح على

مجهوداته الجبارة وتوجيهاته القيمة التي رافقني بها طيلة فترة إنجاز الأطروحة.

وأتوجه بخالص الشكر والتقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة الموقرين كل باسمه وصفته

على تكبدهم عناء قراءة ومناقشة هذه الأطروحة.

كما لا يفوتني أن أشكر كل من مد لي يد العون والمساعدة لإنجاز الأطروحة، جزاكم

الله عني خير جزاء.

# إهداء

أهدي ثمرة هذا الجهد إلى أُمي الغالية حفظها الله وأطال في عمرها.

إلى أبي رحمه الله وأسكنه فسيح جناته.

إلى إخوتي .

## قائمة المختصرات

ACCF: Association des cours constitutionnelles francophones

ACCPUF: Association des cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français

App. : Application

Apt : Association pour la prévention de la torture

C. : Contre

CCBE : Council of Bars and law system for a just Europe

CDDH : Comité directeur pour les droits de l'homme

CEB : Council of europe development bank

CECC: Conference of European Constitutional Courts

CEDH : Convention européenne des droits de l'homme

Ch : Chambre

ComEDH : Commission européenne des droits de l'homme

CrEDH : Cour européenne des droits de l'homme

CRDF: Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux

CREDOF : Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

CSDH : Centre suisse de compétence pour les droits humains

Dec. : Décision

DH-SYSC : Comité d'experts sur le système de la convention européenne des droits de l'homme

ECHR : European convention on human rights

ECtHR : European court of human rights

EcomHR : European commission of human rights

GC : Grande chamber/ Grande chambre

HRLR : Human rights law review

HRTF: Human rights trust fund

ICLR : International conference on learning representations

IDHEAP : Institut des hautes études en administration publique

JCCJ: Joint council on constitutional justice

JNEU: judicial network of the european union

Judg. : Judgment

L.G.D.J : Librairie générale de droit et de jurisprudence

Para : Paragraphe

RARJ : Revue académique de la recherche juridique

R.B.D.I : Revue Belge de Droit international

RDLF : Revue des droits et libertés fondamentaux

R.D.U.S : Revue de droit de l'université de Sherbrooke

Req. : Requête

Rev.trim.dh : Revue trimestrielle des droits de l'homme

SCN: Superior Court Network

Sec. : Section

STE : Série des traités européens

V. : Versus

WCCJ: The world conference on constitutional justice

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. : Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci

# مقدمة

## مقدمة

ظهرت الحاجة الملحة إلى تدويل حقوق الإنسان عقب الحرب العالمية الثانية التي دفع الإنسان ثمنها غاليا إثر الخسائر الفادحة في الأرواح والممتلكات والانتهاكات الصارخة التي تعرض لها على أوسع نطاق، وهو ما تجسد مع ميلاد منظمة الأمم المتحدة سنة 1945 التي اهتم ميثاقها بحقوق الإنسان وجعلها أحد أهدافه ومن صميم وظائف أجهزة المنظمة، وقد واكب هذا الاهتمام تطور قواعد وموضوعات القانون الدولي فأصبحت حقوق الإنسان أحدها، وظهرت بوادر ذلك من خلال الاعتراف الصريح بها على المستوى الدولي باعتماد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948 الذي رغم صيغته الأدبية إلا أنه أكد أهمية هذه الحقوق وتوجه إرادة الدول لاحترامها، ومن الواضح أنه ورغم إدراك الدول لأهمية حقوق الإنسان وضرورة حمايتها بالنسبة للفرد والدولة والمجتمع الدولي إلا أنها لم تكن لها الجرأة بعد لتقبل فكرة اعتماد صكوك دولية ملزمة لحماية الحقوق في مواجهتها وفكرة خضوعها لرقابة دولية وما قد يترتب عنها من مسؤولية دولية خوفا من أي مساس بسيادتها، مما أقر اعتماد صكوك دولية ملزمة إلى سنوات الستينيات مع اعتماد العهدين الدوليين لحقوق الإنسان.

من الثابت أن الدول الأوروبية كانت سباقة في الاقتداء بالنموذج العالمي لمنظمة الأمم المتحدة في ظرف وجيز من خلال إنشاء منظمة مجلس أوروبا سنة 1949، بل وكانت سباقة في اعتماد أول صك دولي ملزم خاص بالقارة الأوروبية تحديدا في مجال حقوق الإنسان يتمثل في الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية (يشار إليها لاحقا بالاتفاقية)<sup>1</sup> سنة 1950 بروما في إطار منظمة مجلس أوروبا والتي دخلت حيز النفاذ سنة 1953 بعد أن صادقت عليها كافة الدول الأطراف في المجلس آنذاك، وتعد بصريح نصها نتيجة للإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي يهدف لعالمية الاعتراف بالحقوق وحمايتها.

تضمنت الاتفاقية مجموعة من الحقوق المحمية للأفراد وأنشأت ميكانيزمات رقابة على احترام الدول الأطراف لالتزاماتها بموجب الاتفاقية، تمثلت عند وضع الاتفاقية في اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان (يشار إليها لاحقا باللجنة الأوروبية)، المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (يشار إليها لاحقا بالمحكمة) ولجنة وزراء مجلس أوروبا (يشار إليها لاحقا بلجنة الوزراء)، وقد تم تنقيح

<sup>1</sup>Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ouverte à la signature par les états membres du conseil de l'Europe à Rome le 04/11/1950, et entrée en vigueur le 03/09/1953, STE N° 005.

الاتفاقية بموجب 16 بروتوكولا إلى حد الساعة، مما جعلها توصف بالصك الدولي الأكثر تطورا في مجال حقوق الإنسان، وذلك مواكبة للتطور الذي يشهده مفهوم حقوق الإنسان والظروف والأوضاع والمستجدات عموما وفي البيئة الأوروبية بشكل خاص، حيث وسعت بعض البروتوكولات قائمة الحقوق المحمية بإضافة حقوق جديدة، وعدلت بعضها أحكاما محددة في الاتفاقية على رأسها البروتوكول 11<sup>1</sup> الذي عدل ميكانزمات الرقابة بإلغاء اللجنة والمحكمة القديمتان واستحداث محكمة جديدة دائمة وملزمة لكافة الدول الأطراف كهيئة قضائية وحيدة للرقابة على تنفيذ الدول للالتزاماتها، تمارس اختصاصا قضائيا يمتد إلى كافة المسائل المعروضة عليها المتعلقة بتفسير وتطبيق الاتفاقية، إضافة إلى اختصاص استشاري، كما دعم الشخصية القانونية الدولية للفرد التي يعود للاتفاقية سبق في الاعتراف بها من خلال تمكينه من حق تقديم شكوى مباشرة للمحكمة، وأناط بلجنة الوزراء مهمة الرقابة على تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحكمة.

تمثل الاتفاقية أحد مصادر القانون الأوروبي لحقوق الإنسان بل أولها وتتكون من النص الأصلي والبروتوكولات الملحقة بها، وكذلك الاجتهاد القضائي لهيئاتها الرقابية الذي يكمل ويوضح ويثري ويطور نصوص القانون الأوروبي لحقوق الإنسان بما فيه الاتفاقية، وقد امتزج الاجتهاد القضائي بالنص الاتفاقي عبر السنين فنتج ما يطلق عليه قانون الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان<sup>2</sup> (يشار إليه لاحقا بقانون الاتفاقية)، وتجد أهمية الاجتهاد القضائي أساسها في دوره في تفسير أحكام الاتفاقية وتكييف تطبيقها مع الظروف، بالنظر إلى أن الاتفاقية تضع الأحكام العامة دون أن تفصلها، وتحتوي على شاكلة أي نص قانوني على عبارات ومفاهيم فضفاضة تحتمل تفسيرات وتأويلات مختلفة عند تطبيقها تؤدي لاحتمال حدوث نزاعات، يعود للمحكمة إيجاد حلول لها عن طريق اجتهادها القضائي وما يترتب عنه من وضع مبادئ أساسية، حيث يضمن الاجتهاد بذلك الأمن القانوني والتطور المتناغم للاتفاقية.

لم تكن مهمة هيئات الرقابة الاتفاقية سهلة منذ البداية وازدادت صعوبة مع تعزيز مكانة الفرد في نظام الاتفاقية بالبروتوكول 11، وذلك لعدة أسباب: تمسك الدول بسيادتها التي لا تزال في صميم انشغالاتها رغم قبولها الالتزام الدولي بحقوق الإنسان وفكرة العضوية في المنظمات

<sup>1</sup>Protocole №11 à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention, ouvert à la signature par les états membres du conseil de l'Europe le 11/05/1994 et entré en vigueur le 01/11/1998, STE № 155.

<sup>2</sup>L'unité des Relations publiques de la Cour européenne des droits de l'homme, La Convention européenne des droits de l'homme -Un instrument vivant, Septembre 2022, p9.

والاتفاقيات الدولية ذات الصلة، خاصة أمام محكمة ذات اختصاص قضائي دولي تسهر على احترام الدول الأطراف لالتزاماتها الاتفاقية وإدانتها في حال ثبوت انتهاكها للاتفاقية والزامها بتنفيذ الأحكام الصادرة ضدها، التنوع والاختلاف الذي يميز الأنظمة القانونية الأوروبية والخصوصية التي تصبغ المجتمعات الأوروبية والتي تنعكس على كيفية تطبيق الدول وتفسيرها لالتزاماتها الاتفاقية، وقد ازدادت حدة التنوع مع انضمام دول أوروبية جديدة للاتفاقية من غير الدول العشرة الأولى المؤسسة التي تمثل دول أوروبا الغربية، ويزداد التنوع كذلك مع التطور والظواهر الجديدة التي تعرفها المجتمعات، اصطدام هيئات الرقابة الاتفاقية الفتية عند بداية عملها بنزاعات معقدة تتعلق بأحكام اتفاقية على غاية من الأهمية والخطورة والارتباط بظروف الواقع في الدول الأطراف مما يصعب معها اتخاذ القرار الصائب ومثاله ما يتعلق بالتحلل من الالتزامات الاتفاقية المنصوص عليه بالمادة 15 من الاتفاقية، وتقييد الحقوق والتدخل فيها بموجب المواد من 8 إلى 11 منها.

وقد عمدت هيئات الرقابة الاتفاقية بالنتيجة إلى وضع أدوات تفسيرية تساعدها في أداء مهامها بالدرجة الأولى للفصل في النزاعات المعروضة أمامها ومن بين هذه المفاهيم "مفهوم الهامش التقديري للدولة" والذي يصطح عليه كذلك "الهامش التقديري الوطني" (يشار إليه لاحقا بالهامش التقديري) الذي يعود للمحكمة اعتماده، ليتحول إلى أحد المفاهيم الأساسية للاتفاقية على مدار سنوات طويلة في الاجتهاد القضائي للمحكمة وهو ما تؤكد بالنص عليه في الاتفاقية بموجب البروتوكول 15<sup>1</sup>، ويقوم هذا المفهوم على ترك مجال من الحرية للدول المتعاقدة في وضع الاتفاقية موضع تنفيذ واتخاذ القرار بوصفها المدين بالالتزامات الاتفاقية باختيار الطريقة الأنسب للوفاء بها مثلا من خلال تبني قوانين، المعاقبة على الانتهاكات التي تمس بالحقوق، اتخاذ التدابير المناسبة لتنفيذ أحكام المحكمة، غير أن هذه الحرية لا تنفي بأي حال دور المحكمة الرقابي الذي يظل قائما.

يقوم الهامش التقديري على تبريرات مختلفة، فمن جهة يمكن اعتباره تلطيفا لفكرة "السيادة المشددة" التي يرى أنصارها أن المحكمة لا يمكن أن تتدخل في الدول الأطراف، ولا يمكن لها إكراهها على تنفيذ الأحكام لأن ذلك يعد تدخلا مباشرا في السياسة الداخلية للدولة، وبالنظر إلى

<sup>1</sup>Protocole N° 15 portant amendement à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ouvert à la signature le 24/06/2013, Strasbourg, entré en vigueur le 01/08/2021, STE N° 213.

الدور الهام الذي لعبه مناصرو هذا التيار في الحياة السياسية للدول الأعضاء وبالنظر إلى الظروف التاريخية الخاصة التي تم في إطارها اعتماد الاتفاقية، فقد تصور واضعو هذه الأخيرة سلطة تقديرية واسعة للسلطات الوطنية في تطبيق أحكام محددة في الاتفاقية<sup>1</sup>، وكما هو معلوم فقد أسفر تدويل حقوق الإنسان عن الاعتراف بمسؤولية الدولة في هذا المجال مما أدى إلى تقييد مفهوم السيادة وربطه بالمسؤولية، فتأثرت سيادة الدولة بالحماية الدولية لحقوق الإنسان وبالمقابل تأثرت حقوق الإنسان بتطبيقات مبدأ السيادة وتعسف الدولة في سلطاتها وتنفيذ التزاماتها في مجال حماية حقوق الإنسان، وساهمت بذلك حقوق الإنسان في تغيير وضعية سيادة الدولة في النظام الدولي، حيث تم الإبقاء على مبدأ سيادة الدول كمبدأ تأسيسي للقانون والنظام الدولي مع إضفاء النسبية عليه، وذلك جنبا إلى جنب مبدأ حقوق الإنسان كمبدأ تأسيسي جديد للقانون الدولي المعاصر، يتعايشان ويتفاعلان بشكل متبادل مع الأخذ بالاعتبار التوتر الجدلي بينهما<sup>2</sup>.

كما تم تبرير الهامش التقديري بـ"نظرية الاختصاص القضائي المزدوج"، والتي بموجبها تندرج بعض المسائل القانونية تحت نظامين قانونيين مختلفين هما النظام الوطني والنظام الدولي، مما يتطلب التوفيق بين أحكامهما مع الأخذ بالاعتبار ممارسة السلطات الدولية نوعا من وظيفة الرقابة على القرارات التي اتخذتها السلطات الوطنية، للتأكد من جودة تطبيق النصوص الدولية من طرف السلطات الوطنية وتوافق الأحكام المطبقة من طرفها مع القواعد الدولية المعترف بها عموما، وكذلك فقد تم اعتبار الهامش التقديري مسألة سياسية بعيدة عن المجال القانوني<sup>3</sup>، حيث لا يمكن بأي حال تجاهل الجانب السياسي في نشأة النظام الأوروبي لحقوق الإنسان وعمل هيئاته.

يعد موضوع الدراسة من المواضيع المهمة على المستويين النظري والعملي، أما على المستوى النظري فإن الهامش التقديري يمثل ثمرة الاجتهاد القضائي للمحكمة تبنته هذه الأخيرة بمناسبة ممارسة وظيفتها الرقابية للتصدي للوضعيات الخاصة التي تعرض عليها وكأداة لتسبيب أحكامها خاصة وأن أحكام المحكمة لها دور حاسم في مآل القضايا بالنسبة لأطرافها وبالنسبة لحماية حقوق الإنسان وحرياته، حتى صار الهامش التقديري مفهوما لصيقا بالاتفاقية وتطبيق أحكامها

<sup>1</sup>Iryna Kretova, "Margin of appreciation doctrine and its impact on interpretation of law", in : European political and law discourse, vol. 2, Issue 4, 2015, p174.

<sup>2</sup>Juan Antonio Carrillo Salcedo, Souveraineté des états et droits de l'homme en droit international contemporain, Traduction et présentation par Jacobo rios rodriguez, Dalloz, paris, 2016, pp188-192.

<sup>3</sup>Iryna Kretova, op.cit, p174.

وأحد أسسها بعد تقنينه بديباجة الاتفاقية بالبروتوكول 15، ويضاف إلى هذا ارتباط الهامش التقديري بمفاهيم أساسية كسيادة الدولة والوفاء بالالتزامات الاتفاقية وتحديد صلاحيات الأطراف المتعاقدة والمحكمة كهيئة رقابية.

أما على المستوى العملي فتظهر أهمية الموضوع من خلال ارتباط الهامش التقديري بالمسؤولية الدولية للدولة التي تعد بدورها أهم موضوعات القانون الدولي والأثر الرئيسي المترتب على اعتماد الاتفاقيات الدولية وقبول الدول بها، وعليه فإن عدم وفاء الدولة بالتزاماتها الاتفاقية يحملها المسؤولية عن ذلك بالجبر والإصلاح، ويعد تجاوز الهامش التقديري الوطني وفقا لما تقدره هيئات الرقابة الاتفاقية مقيما لمسؤولية الدولة، وتزداد أهمية الموضوع بسبب الجدل الكبير الذي أثاره الهامش التقديري فقها وقضاء والحبر الكثير الذي أساله، باعتبار الغموض الذي يكتنفه لسنوات طويلة لعدم استناده إلى ضوابط واضحة، ويزداد الغموض نظرا لتبنيه من المحكمة وتمسكها به، وكذلك نظرا للاحتجاج به من الدول الأطراف في دفعها أمام المحكمة وهو ما يثير التساؤل عن الكفة التي يمكن وضعه فيها، هل هي كفة المحكمة أم الدول أم حماية حقوق الإنسان وحرياته، مما يستدعي إحاطته بانتباه خاص لما قد ينجر عن استعماله إيجابا أو سلبا على حماية حقوق الإنسان المضمونة بالاتفاقية.

كما يؤكد الاعتراف بالهامش التقديري في الاتفاقية بأن تطور الاتفاقية يجب أن يشمل الاجتهاد القضائي الذي يبرر استعمال المفهوم في قضايا مختلفة، وليس مستبعدا أن يتوسع الهامش التقديري في القانون الدولي لأن أسباب اعتماده ومبرراته موجودة في مختلف الأنظمة الدولية لحقوق الإنسان، رغم أن العديد من هذه الأنظمة لا تزال مترددة بل وسلبية تجاه هذا المفهوم، ومع ذلك فالتأثير المتزايد لقانون الاتفاقية على القواعد الدولية وهو المعترف به من خلال وصف النظام الأوروبي بالأكثر كفاءة وتطورا وفعالية، يعطي للهامش التقديري جاذبية للأنظمة الدولية لحقوق الإنسان وبشكل خاص الإقليمية منها.

يعود اختيار هذا الموضوع إلى أسباب ذاتية وأسباب موضوعية، أما بالنسبة للأسباب الذاتية فتتمثل في اهتمامي بدراسة المواضيع المتعلقة بدور الدولة في إطار القانون الدولي عموما وبشكل خاص القانون الدولي لحقوق الإنسان وفعالية التزامها بقواعده حيث سبق وأن عالجت موضوعا ذا

صلة في مذكرة الماجستير تحت عنوان "مسؤولية الدولة عن مخالفة أحكام اتفاقيات حقوق الإنسان".

وبالنسبة للأسباب الموضوعية فتتمثل في عدم وجود إطار واضح لمفهوم الهامش التقديري منذ اعتماده واختلاف الزوايا التي يمكن النظر إليه منها والجدل الذي لا يزال يصاحبه مخافة تأثيره على حماية الحقوق والحريات، وهو ما يستدعي مزيدا من الاهتمام بتوضيح مضمونه ودواعي استعماله والآثار المترتبة عنه.

تهدف الدراسة إلى تسليط الضوء على الهامش التقديري للدولة باعتباره أحد أسس نظام الاتفاقية والنظام الأوروبي لحقوق الإنسان وذلك من خلال تحديد مفهومه وتوضيح دوره في قانون الاتفاقية ومدى تأثيره على حماية الحقوق المكفولة بالاتفاقية، كما تهدف إلى الاستفادة من المفهوم والوقوف على إمكانية انتقاله إلى أنظمة دولية أخرى لحقوق الإنسان لاسيما النظام الإفريقي الذي يعد قابلا لتلقي التأثير الأجنبي وهو ما يبدو واضحا من المواد 60 و61 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، وهذه القابلية هي نتيجة انفتاح النظام الإفريقي من جهة والإشعاع الدولي للاجتهاد القضائي الأوروبي من جهة ثانية، والرغبة في إضفاء المشروعية على النظام الإفريقي وتقويته بالحجج والإثبات واستعمال الاجتهاد القضائي الأوروبي كمصدر تفسير للميثاق الإفريقي بسد فراغ قانوني أو توضيح نص غير واضح، وكثيرة هي قرارات اللجنة الإفريقية والمحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب التي استندت إلى أحكام المحكمة من أجل التفسير، وبذلك فليس مستبعدا أن يأخذ النظام الإفريقي بمبادئ التفسير الأوروبية لممارسة دوره الرقابي بشكل مستقل ليعالج الإشكالات التي تعترضه<sup>1</sup>، باعتبار أن التصور الإفريقي لحقوق الإنسان يجمع بين التمسك بالقيم الإفريقية وبين الاستعداد للاندماج في النظام العالمي والإقليمي لحماية حقوق الإنسان<sup>2</sup>، وبذلك فالهدف هو نقل تجربة المحكمة إلى النظام الإفريقي لحقوق الإنسان الذي يعد نظاما فنيا مقارنة بالنظام الأوروبي، خالية من النقائص والسلبيات التي تحيط بها.

<sup>1</sup>Abdou-Khadre Diop, "L'influence de la jurisprudence européenne sur le système africain de protection des droits de l'homme", in : Revue québécoise de droit international, Numéro thématique Hors-Série - 70 ans de la Convention européenne des droits de l'homme : L'Europe et les droits de la personne-, Décembre 2020, p593.

<sup>2</sup>بوالقمح يوسف، تطور آليات حماية حقوق الإنسان في إفريقيا، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه دولة في الحقوق، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، 2007-2008، ص ص 42-43.

تتميز هذه الدراسة باعتمادها بشكل أساسي على الاجتهاد القضائي للمحكمة، هذا الأخير الذي يتميز بكمه الهائل، حيث ظهر الهامش التقديري في اجتهاد المحكمة مع بدايات عملها وما انفك التمسك به يتزايد في الأحكام المختلفة وبصدد مجالات الاتفاقية والحقوق المختلفة وشمل استعماله وضع الاتفاقية موضع تطبيق وكذلك تنفيذ أحكام المحكمة حتى أصبح لا يكاد يخلو حكم قضائي من استعمال الهامش التقديري، مما تطلب جهدا ووقتا كبيرين للاطلاع على الأحكام واختيار عينات منها بناء على معايير لاسيما الأحكام المرتبطة بالقضايا الشهيرة، المثيرة للجدل، ومراعاة تنوع المواضيع والسياقات، مع التركيز على دراسة المفهوم فيما يخص وضع الاتفاقية موضع تطبيق في المجالات التي نالت حصة الأسد في تطبيقه والمتمثلة في الحقوق القابلة للتقييد المضمونة بالمواد 8-11 من الاتفاقية، هذا وتجدر الإشارة إلى أنه وباعتبار أن قانون الاتفاقية عموما والاجتهاد القضائي للمحكمة بشكل خاص متوفر أساسا باللغات الأجنبية فقد تطلب دقة كبيرة في ضبط المصطلحات القانونية وتحري معانيها باللغات الثلاث: الفرنسية، الانجليزية والعربية لتفادي أي إخلال بالمفاهيم.

تتمثل أهم الدراسات السابقة ذات الصلة بموضوع البحث التي تمت الاستعانة بها والاعتماد عليها في:

- أطروحة دكتوراه للباحث Francisco R. Barbosa Delgado بعنوان: les limites de la marge nationale d'appréciation et la liberté d'expression : étude comparée de la jurisprudence de la cour européenne et la cour interaméricaine des droits de l'homme (جامعة Nantes، 2010) تناول فيها أنواع الحدود الواردة على الهامش التقديري الوطني فيما يخص حرية التعبير، ووضح كيفية تأثير الهامش على تفسير هذه الحرية من خلال مقارنة بين النظامين الأوروبي والأمريكي لحقوق الإنسان، ووصل إلى أن الاجتهاد الأوروبي يميل لإقرار هامش واسع بخصوص هذه الحرية بينما يتصف نظيره الأمريكي بتشدد نسبي، ورغم قيمة هذه الدراسة إلا أنها انحصرت في مقارنة تركز على الهامش في مجال حرية التعبير، عكس هذه الأطروحة التي تهدف لتحليل تطبيقي شامل.

- أطروحة دكتوراه للباحثة Rachael Eguono ita تحت عنوان: The margin of appreciation doctrine and the interpretation of the european convention

on human rights as a living instrument (جامعة Derby، 2018) تطرقت من خلالها للجانب المفاهيمي لكل من الهامش التقديري من جهة والاتفاقية كصك حي من جهة أخرى ثم استعرضت مظاهر العلاقة بينهما، ورغم أهمية الدراسة فإنها لم تتجاوز التفاعل بين المفهومين وذلك بخلاف هذه الأطروحة التي تسعى لتقديم تحليل تطبيقي للهامش التقديري في اجتهاد المحكمة والوقوف على فعالية المفهوم.

مقال من إعداد Dean Spielmann عنوانه: Allowing the right margin : The european court of human rights and the national margin of appreciation doctrine : waiver or subsidiarity of european review ? (منشور في Cambridge yearbook of European legal studies سنة 2012) حلل من خلاله طبيعة الهامش التقديري الوطني وحصره بين فرضيتين هما التنازل من طرف المحكمة أو احتياطية الرقابة الأوروبية، واعتمد من أجل ذلك على استعراض أصل هذا المفهوم والهدف منه ونطاقه، غير أن البحث لم يقدم تطبيقاً مفصلاً للهامش التقديري في المجالات المختلفة، وهنا تبرز أهمية الأطروحة التي تهدف إلى تحليل تطبيقي لاجتهاد المحكمة وبيان تأثيره.

مقال للباحث İtir Aladağ Görentaş بعنوان: The effects of margin of appreciation doctrine on the european court of human rights : upholding public morality over fundamental rights (منشور في Akademik İncelemeler Dergisi سنة 2016) فصل من خلاله الآثار المترتبة عن الهامش التقديري على أحكام المحكمة موضحة ذلك بتغليبها لكفة الأخلاق العامة على حساب الحقوق الأساسية في الموازنة بينهما، وقد اقتصر على انتقاد غياب المعايير دون تقديم إطار تطبيقي منهجي لضبط هذا المفهوم، بينما ستحاول الأطروحة التي بين أيدينا تحليل منهج المحكمة في استعمال الهامش وطريقة ضبطه.

مقال من إعداد Dominic Mcgoldrick موسوم بـ: a defence of the margin of appreciation and an argument for its application by the human rights committee (منشور في International and Comparative Law Quarterly سنة 2016) تعرضت فيه لأهمية الهامش التقديري مبينة مفهومه ومبرراته وإمكانية تطبيقه في إطار العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية من طرف لجنة حقوق الإنسان وحتى من الأنظمة الدولية

الأخرى لحقوق الإنسان وحجج ذلك، ومع ذلك لم توضح كيفية تطبيقه في الاجتهاد الأوروبي، ومن هنا تبرز أهمية الأطروحة التي تسعى لتحليل تطبيقي للمفهوم خاصة في مجالات حساسة.

مقال للباحث Jan Kratochvíl بعنوان: the inflation of the margin of appreciation by the european court of human rights (منشور في Netherlands Quarterly of Human Rights سنة 2011) وضح من خلاله مضمون الهامش التقديري واستعمالاته المختلفة والتضخم الناتج عن استعماله غير المبرر كما اقترح أدوات لضبطه، ومع ذلك لم يتناول تطبيقات قضائية للمفهوم في قضايا حساسة، وهو ما ستخوض فيه الأطروحة من أجل تقييم التوافق بين الجانب النظري والتطبيقي للهامش التقديري.

مقال من إعداد Martin Kopa والمعنون: The algorithm of the margin of appreciation doctrine in light of the protocol №15 amending the european convention on human rights (منشور في ICLR سنة 2014) عالج فيه النقد الموجه للهامش التقديري واستعمالاته ونطاقه والمنهجية التي تعتمدها المحكمة في استعمال مفهوم الهامش التقديري والمبنية على معايير كالضرورة والتوافق الأوروبي والرقابة القضائية، غير أنه لم يتناول تطبيق المفهوم في أحكام محددة، وهي الثغرة التي ترمي الأطروحة إلى تغطيتها.

عالجت هذه الدراسات جوانب متفرقة من مفهوم الهامش التقديري المتروك للدولة وبشكل خاص تطوره وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي للمحكمة، بينما ستحاول الدراسة التي بين أيدينا الإلمام بمختلف الجوانب النظرية والتطبيقية للمفهوم وأثره على حماية حقوق الإنسان لأنه لب الجدل الذي يثيره، وكيفية ضبط هذا المفهوم وعقلنة استعماله لصالح الحماية المرجوة في قانون الاتفاقية ولفائدة جميع أطرافه وبالدرجة الأولى الإنسان.

يعد تفسير وتطبيق الاتفاقية على غرار الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان عموماً مهمة حساسة، ورغم أن المحكمة وهي المكلفة بتفسيرها طبقاً للمادة 32 من الاتفاقية المتعلقة باختصاص المحكمة والذي يشمل جميع المسائل المتعلقة بتفسير وتطبيق الاتفاقية وبروتوكولاتها، تمتلك وظيفة حماية حقوق الإنسان من التدخلات المحتملة للدول الأطراف، فإن دورها القضائي مستحيل عملياً دون التوفيق المستمر بين العناصر والقيم المتنازعة، حيث يجب على المحكمة أن

تتمتع بمهارة كبيرة لتلبية توقعات الأفراد بحماية حقوقهم، إرادة الدول الجماعية والفردية، والاعتبارات الديمقراطية في المجتمعات المتمسكة بالتعدد والتغير، وبالنتيجة فقد اعتمدت المحكمة مفهوم الهامش التقديري كأداة تفسيرية من أجل أداء مهمتها الرقابية والاعتراف للدولة الطرف بمجال من الحرية في وضع الاتفاقية موضع تنفيذ للوفاء بالتزاماتها الاتفاقية، مع إخضاعها لرقابتها، وعليه فما هو تأثير مفهوم الهامش التقديري على أداء الدول للتزاماتها الاتفاقية ومن ثم على حماية حقوق الإنسان بموجب الاتفاقية؟.

تتفرع عن الإشكالية الرئيسية أعلاه تساؤلات فرعية كما يلي:

- ما مضمون الهامش التقديري للدولة؟.

- فيما يتمثل الأساس الذي يقوم عليه الهامش التقديري للدولة؟

- ماهي ضمانات استعمال الهامش التقديري للدولة؟

- كيف يمكن استعمال الهامش التقديري عمليا لفائدة نظام الاتفاقية وحماية حقوق الإنسان وحياته الأساسية؟.

تقتضي الإجابة عن الإشكالية أعلاه والتساؤلات المرتبطة بها والإحاطة بجزئيات الموضوع استعمال المنهج الوصفي لاستعراض الجانب المفاهيمي للهامش التقديري لاسيما تعريفه وخصائصه وأساسه وعلاقته بالمفاهيم الأخرى في قانون الاتفاقية، استعمال المنهج التحليلي لفحص وتحليل الاجتهاد القضائي للمحكمة ونصوص الاتفاقية التي تركز هذا المفهوم للوقوف على استعمالاته ومجالاته وتقييم أثره على الحقوق والحرريات المحمية، إضافة إلى المنهج التاريخي من أجل تتبع تطوره في نظام الاتفاقية، والمنهج الجدلي بشكل جزئي في بعض عناصر الدراسة لعرض الآراء المختلفة والمتعارضة فقها وقضاء حول الهامش التقديري لاسيما من حيث نطاقه واستعماله والغاية منه.

من أجل دراسة الموضوع تم تقسيمه إلى بابين، حيث تم تخصيص الباب الأول لاستعراض الجانب المفاهيمي للهامش التقديري للدولة، من خلال فصلين، يتناول الفصل الأول ماهية الهامش التقديري للدولة، ينقسم إلى مبحثين يعالج المبحث الأول مفهوم الهامش التقديري للدولة والمبحث

الثاني تطور تكريس الهامش التقديري للدولة، أما الفصل الثاني فيتعلق بأساس الهامش التقديري للدولة يتطرق في المبحث الأول منه إلى مفهوم مبدأ الاحتياطية، وفي المبحث الثاني إلى مبررات مبدأ الاحتياطية.

بينما تم تخصيص الباب الثاني لضمانات استعمال الهامش التقديري للدولة ويتضمن فصلين، الفصل الأول يعالج رقابة المحكمة على الهامش التقديري للدولة من خلال مبحثين، يوضح المبحث الأول معايير الرقابة على الهامش التقديري للدولة والثاني دور رقابة المحكمة في تحديد نطاق الهامش التقديري للدولة، أما الفصل الثاني فيستعرض ضبط الهامش التقديري للدولة، وبدوره ينقسم إلى مبحثين يبين المبحث الأول دور الاختصاص التفسيري للمحكمة في ضبط الهامش التقديري للدولة والمبحث الثاني دور حوار القضاة في ضبط الهامش التقديري للدولة، وتنتهي الدراسة بخاتمة تتضمن أهم النتائج المتوصل إليها والتي بناء عليها سيتم تقييم مفهوم الهامش التقديري وتقديم اقتراحات لتجاوز أي نقص أو لبس محتمل.

الباب الأول:

الإطار المفاهيمي للهامش التقديري للدولة

على غرار أي صك دولي فإن الاتفاقية لا يمكن أن تحدد التفاصيل المتعلقة بكيفية وضعها موضع تطبيق وطريقة ووسائل ضمان حقوق الإنسان وحمايتها من طرف الدول المتعاقدة، حيث تكتفي بوضع الأحكام العامة التي يجب الالتزام بها ولا يجوز النزول عنها، وعلى غرار أي نص قانوني فهي تحتوي صياغات عامة وأحيانا غير واضحة تحتمل تفسيرات وتأويلات مختلفة عند تطبيقها، فضلا عن طابعها المتطور الذي يؤكدته تعديلاتها وإثراؤها المستمر بالبروتوكولات المتوالية التي تم إلحاقها بالاتفاقية، وأمام واقع طبيعة حقوق الإنسان المتميزة بتشعبها وتداخلها وترابطها ببعضها البعض وعدم قابليتها للتجزئة وواقع تطبيقها الذي يرتبط بظروف الواقع والقانون في البيئة التي توجد فيها واختلاف الأنظمة القانونية الوطنية وتنوع القيم والأسس التي تقوم عليها الدول ومجتمعاتها وتطورها واستمرار التمسك بالسيادة الوطنية رغم تلطيفها باعتبار أن وجود الدولة واستمرارها لا يستقيم بدونها، فحماية حقوق الإنسان لا يمكن أن توفر بعيدا عن سلطة عامة تفرضها، كلها أسباب استدعت الأخذ بمفهوم الهامش التقديري للسماح للدول بالوفاء بالتزاماتها الاتفاقية بحقوق الإنسان، حسب ما تراه مناسبا مؤطرة في ذلك بالأحكام الاتفاقية والاجتهاد القضائي للمحكمة الذي يعد جزءا من الاتفاقية نظرا لما يقدمه من تفسير لأحكامها ويضفيه من تطوير عليها.

رغم أن الهامش التقديري صار مع الوقت أحد أسس قانون الاتفاقية، غير أنه لم يخل من جدل بسبب عدم وجود نظرية تبين مضمون هذا المفهوم درءا لأي لبس خاصة من جانب الدول باعتبارها المستفيد منه، وحتى من المحكمة التي يجب أن تستعمل المفاهيم التفسيرية التي تعتمدها في رقابتها بالطريقة الأكثر فائدة لصالح حماية حقوق الأفراد وحررياتهم، وبذلك كان من اللازم معرفة ماهية الهامش التقديري للدولة (الفصل الأول) وأساسه (الفصل الثاني).

## الفصل الأول:

### ماهية الهامش التقديري للدولة

يمثل الهامش التقديري أحد المفاهيم التفسيرية التي وضعتها المحكمة في إطار الاضطلاع بالمهمة القضائية الموكلة إليها بموجب الاتفاقية بالفصل في النزاعات المعروضة عليها، وبالنظر لكون الاجتهاد القضائي هو المرجع الوحيد لهذا المفهوم على مدار سنوات امتدت منذ بداية عمل الهيئات الرقابية إلى غاية اعتماد البروتوكول 15 فقد كان الفصل في القضايا هو فرصة لمناقشته وتوضيح معالمه، في مواجهة الدول الفاعل الأساسي في الاتفاقية والأفراد المدعين بانتهاك حقوق الإنسان المحمية بالاتفاقية وبروتوكولاتها، وفي مواجهة المحكمة ذاتها وهي الهيئة الرقابية والتي يجب أن تمارس مهمتها الرقابية المحددة بالاتفاقية في إطار أحكام هذه الأخيرة والهدف منها ومبادئها الأساسية التي تظهر بشكل خاص في ديباجتها.

لقد لفت اعتماد الهامش التقديري في قانون الاتفاقية وبشكل خاص في الاجتهاد القضائي للمحكمة الأنظار منذ بدايات ظهوره وعرف اهتماما كبيرا بتحديد مفهومه (المبحث الأول) وتتبع تطور تكريسه (المبحث الثاني).

### المبحث الأول:

#### مفهوم الهامش التقديري للدولة

واكب اعتماد الاتفاقية وإنشاء أجهزتها الرقابية ومباشرة مهامها، تبني مفهوم الهامش التقديري في الاجتهاد القضائي لهذه الأجهزة باعتباره أحد مبادئ الدولة وهو ما يظهر بشكل واضح من تسميته، ومنذئذ صار المفهوم حاضرا بقوة في الاجتهاد القضائي للمحكمة، وامتدت مناقشته إلى مناسبات أخرى بعيدا عن أجواء التقاضي أمام القضاء الإقليمي الأوروبي لاسيما في المؤتمرات والجلسات المعقودة في إطار مجلس أوروبا والمحكمة عموما، وحظي باهتمام الباحثين ورجال القانون، و يرتبط تحديد مفهوم الهامش التقديري بتعريف هذا الأخير وتحديد خصائصه (المطلب الأول) إضافة إلى تحديد استعمالاته (المطلب الثاني).

## المطلب الأول:

### تعريف وخصائص الهامش التقديري للدولة

لا يمكن بأي حال أن ينفي اعتماد الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان عموماً ومنها الاتفاقية الأوروبية المتسمة بالطبيعة الجماعية الموجهة لفائدة الإنسان والملزمة لأطرافها، حرية الدول الأطراف فيها، فهي التي تضع أحكام الاتفاقية، تعتمد عليها وتصادق عليها، وتعديلها متى تطلب الأمر، كما أن فكرة التحفظات وإمكانية الانسحاب من الاتفاقية تؤكد حرية وإرادة الدولة، وفي نفس السياق فقد اعتمدت المحكمة مفهوم الهامش التقديري بغية منح الدولة مجالاً من الحرية لتنفيذ الاتفاقية، ولذلك فمن الضروري تعريف هذا المفهوم (الفرع الأول) وتبيان خصائصه (الفرع الثاني).

### الفرع الأول:

#### تعريف الهامش التقديري للدولة

بالنظر إلى خصوصية مفهوم الهامش التقديري وارتباطه بمجال حساس هو حقوق الإنسان وإلى خصوصية التسمية في حد ذاتها التي يعد النظام الأوروبي لحماية حقوق الإنسان سباقاً في استعمالها، وعليه فإن الأمر يتطلب تعريف الهامش التقديري لغة واصطلاحاً.

**أولاً- التعريف اللغوي:** يتكون مصطلح "الهامش التقديري" من كلمتين كالتالي:

بالنسبة لكلمة "هامش Marge" فتعني في اللغة الفرنسية حافة، حد، عرض أو مدى، ما هو موجود خارج الإطار، فجوة، إمكانية، مجال حركة، أو عموماً مجال<sup>1</sup>، أما في اللغة الإنجليزية فورد أن كلمة "margin" تعني: ما يحيط بورقة مكتوبة أي أطرافها، وكذلك الحافة والحد<sup>2</sup>، وفي

<sup>1</sup>Bord, Bordure, latitude, en dehors de, en marge de, écart, possibilité, marge de manœuvre. Nouveau Larousse élémentaire, Mars 1967, p431.

Voir aussi : Le Robert, Dictionnaire des synonymes Nuances et contraires, Collection les usuels, 2005, p721.

Youssef m. Reda, Al kamel Al – Akbar, dictionnaire du français classique et contemporain, première édition, librairie du Liban éditeurs, 2013, p1118.

<sup>2</sup>Blank space round the writing or printing on a page; Edge or border.

Oxford learner's pocket dictionary, Second edition, Oxford university press, 1991, p254.

اللغة العربية يقال همش: يهمش، تهميشا الكتاب أي علق على هامشه ما يخطر له<sup>1</sup>، ومن مرادفات الهامش: الحاشية والتعليقة<sup>2</sup>.

وبالنسبة لكلمة تقديري "appréciation" بالفرنسية فهي مشتقة من "قدر" apprécier تقدير "appréciation" ويقصد به الحكم على شيء معين، أو التقييم وكذلك إعطاء رأي أو ملاحظة<sup>3</sup>، أما في اللغة الانجليزية appreciation فتتصرف إلى تحديد قيمة الشيء أو قدره<sup>4</sup>، وباللغة العربية فمن مرادفاتها: عد، توقع، ومن أضدادها: تأكيد، برهان، حجة، إثبات<sup>5</sup>.

نلاحظ أن مصطلح الهامش التقديري يتكون من كلمتين لهما مترادفات كثيرة ومعان مختلفة تتغير حسب السياق الذي تكونان فيه، وبالجمع بين الكلمتين فإن الهامش التقديري سيكون "المجال أو المساحة المتروكة لتقييم شيء معين والحكم عليه".

**ثانياً-التعريف الاصطلاحي:** ساهم الفقه بشكل كبير في محاولة تعريف الهامش التقديري منذ ظهوره وخلال مسيرة تطوره في النظام الأوروبي لحقوق الإنسان مرحلة بمرحلة، كما تطرق الاجتهاد القضائي للمحكمة بدوره إلى هذا المفهوم بشكل أو بآخر.

**1-التعريف الفقهي للهامش التقديري للدولة:** حاول الباحثون صياغة تعاريف للهامش التقديري سعياً إلى توضيح معالم هذا المفهوم، وهي كثيرة وترتكز على زوايا نظر متنوعة قوامها أحكام المحكمة، حيث يطلق عليه الأستاذ ورجل القانون الألماني Alexy تسمية "هامش التصرف"<sup>6</sup>، والأستاذ Merills "مجال حرية التصرف"<sup>7</sup>، وتم وصفه بإمكانية القيام بخطوة على

<sup>1</sup> علي بن هادية وآخرون، القاموس الجديد للطلاب، الطبعة السابعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991، ص 1291.  
<sup>2</sup> سعدي الضناوي، جوزيف مالك، معجم المترادفات والأضداد، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان، 2010 ص781.

<sup>3</sup> Estimation, évaluation, Jugement

Arbitrage, opinion, aperçu, avis, commentaire, impression, note, observation.

Nouveau Larousse élémentaire, op.cit, p39.

Voir aussi : Le Robert, op.cit, p67.

Youssof m. Reda, op.cit, p84.

<sup>4</sup> Appreciation: appreciate: understand and enjoy, understand completely, increase in value.

Oxford learner's pocket dictionary, op.cit, p17.

<sup>5</sup> سعدي الضناوي، جوزيف مالك، المرجع السابق، ص172.

<sup>6</sup> «marge d'action».

Francisco R.Barbosa Delgado, Les limites de la marge nationale d'appréciation et la liberté d'expression : étude comparée de la jurisprudence de la cour européenne et la cour interaméricaine des droits de l'homme, Thèse pour obtenir le grade de Docteur, Droit public Faculté de Droit, Université de Nantes, Présentée et soutenue publiquement le 04 Novembre 2010, p36.

<sup>7</sup> «area of discretion».

الجانب، أو تجنب شيء ما أو الابتعاد عنه، والاستفادة من مجال معين Latitude أو مساحة معينة، ويستعمل أيضا للدلالة على المقاس mesure فعادة ما يكون لأي هامش حدود<sup>1</sup>، ويعرف الهامش التقديري عموما بتلك "الحرية المتاحة للدول الأطراف في اتفاقيات حقوق الإنسان لتطبيق وإعمال الحقوق المحمية، ويرتبط بتوزيع السلطات والصلاحيات بين الدول الأطراف وهيئات الرقابة الاتفاقية بشأن احترام وتطبيق الالتزامات الناشئة عن الاتفاقية"<sup>2</sup>، فهو أداة هامة تسمح للمحاكم الدولية لحقوق الإنسان بأن ترخص بصيغ قواعد حقوق الإنسان الموجودة في الصكوك الدولية بالصفة المحلية، مع الحفاظ على مفهوم النواة الصلبة لحقوق الإنسان أو الحقوق العالمية<sup>3</sup>.

ويقصد به في سياق الاتفاقية حرية التصرف، الحركة أو التنفس أو هو مساحة للتحرك في إطارها<sup>4</sup>، ويستخدم لترك مساحة تصرف room for manoeuvre للدولة فيما يتعلق بالكيفية التي تقوم بموجبها بتطبيق الاتفاقية<sup>5</sup>، أو هو مجال حرية التصرف أو الاختيار التي تتركها المحكمة للسلطات الوطنية للوفاء بالتزاماتها بموجب الاتفاقية<sup>6</sup>، لتفسير وتطبيق حقوق الإنسان<sup>7</sup>، واعتبرته الأستاذة Rachael "أداة تمنح درجة معينة من المرونة للدول الأعضاء في تفسير وتطبيق الحقوق المنصوص عليها بالاتفاقية"، وحسب الباحثة فإن القاسم المشترك بين مختلف

---

Jan Kratochvíl, "The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights", in: Netherlands Quarterly of Human Rights, vol. 29/3, 2011, p327.

<sup>1</sup>Mireille Delmas-Marty et Marie-Laure Izorche, "Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit : réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste", in : Revue de droit de McGill, vol. 46, №4, 2001, p925.

<sup>2</sup>محمد يوسف علوان، محمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان المحمية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص ص91-92.

<sup>3</sup>Aaron A-Ostrovsky, "What's so funny about peace, love and understanding? How margin of appreciation doctrine preserves core human rights within cultural diversity and legitimises international human rights tribunals, International law", in: Hanse law review, vol. 1 №1, 2005, pp47-48.

<sup>4</sup>Working Paper for the Committee of Experts on the Limitations Provisions in: Human Rights Quarterly 35,68,1984.

Cité par : Nilufar Shahpanahi, Margin of appreciation in context of freedom of religion (article 9 of the european convention on human rights) in the interpretation of the european court of human rights, thesis submitted in conformity with the requirements for the degree of LLM Graduate, department of faculty of law, university of Toronto, 2011, p2.

<sup>5</sup>Eleni Frantziou, The margin of appreciation doctrine in European human rights law, UCL Policy briefing, October 2014, p3, [www.ucl.ac.uk](http://www.ucl.ac.uk), accessed: 12/05/2019 at 22:01.

<sup>6</sup>Council of Europe, The Conscience of Europe: 50 Years of the European Court of Human Rights, First published, Third Millennium Publishing Limited, London, October 2010, p170.

<sup>7</sup>Francisco R.Barbosa Delgado, op.cit, p14.

التعاريف المقترحة للهامش التقديري هو الاعتراف بأنه يوفر للسلطات الوطنية مساحة لتفسير الاتفاقية<sup>1</sup>.

يعد الهامش التقديري مفهوما "ديناميكيا تعترف في إطاره المحكمة للدول بإمكانية تأطير الحريات المكرسة بالاتفاقية"<sup>2</sup>، أو هو "طريقة تقنية للإشارة إلى حرية التصرف التي تقرها هيئات ستراسبورغ بناء على ما تسمح به الاتفاقية للسلطات الوطنية لممارستها في بعض الظروف"<sup>3</sup>، وحسب الأستاذ Callewaht هو "ما يمنح للسلطات الوطنية من إمكانية لتقدير ضرورة ومدى التدخل في بعض الحريات المكرسة بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان"<sup>4</sup>، والملاحظ هنا ربط هذا المفهوم بالتدخل في الحقوق وتقييدها، وهي حالات تخضع لضوابط محددة بالاتفاقية.

وعرفه Greer بأنه "هامش الحركة الذي تكون مؤسسات ستراسبورغ مستعدة لمنحه للسلطات الوطنية للوفاء بالتزاماتها"<sup>5</sup>، والأستاذ Yourow بأنه: "حرية التصرف، التحرك أو التنفس أو مساحة الحركة أو مجال الاحترام أو الخطأ الذي تسمح به أجهزة ستراسبورغ للأجهزة التشريعية والتنفيذية والإدارية والقضائية الوطنية قبل أن تكون مستعدة للتصريح بانتهاك الاتفاقية"<sup>6</sup>، ورأى الأستاذ Takahashi بأنه "إمكانية ممنوحة للحكومة لتقييم الأوضاع على مستواها، وفي ذات الوقت لتطبيق الأحكام المضمنة بالاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان" وعليه فالهامش التقديري بهذا المعنى هو مجال تتمتع به الحكومة فيما يتعلق بتطبيق أحكام معاهدة<sup>7</sup>، بينما اعتبره الأستاذ

<sup>1</sup>Rachael Eguono Ita, The margin of appreciation doctrine and the interpretation of the European convention on human rights as a living instrument, Thesis Doctor of philosophy, University of Derby, 2018, p5.

<sup>2</sup>Daniele Ferrari, "L'appartenance religieuse dans la jurisprudence de la cour de Strasbourg", in : Revue du droit des religions, N ° 9, mai 2020, p137.

<sup>3</sup>Steven Greer, La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme, Dossiers sur les droits de l'homme, no 17, Editions du conseil de l'europe, Strasbourg, 2000, p32.

<sup>4</sup>Francisco R Barbosa Delgado, op.cit, p34.

<sup>5</sup>«la marge de manœuvre que les organes de Strasbourg sont disposés à reconnaître aux autorités nationales pour la mise en œuvre de leurs obligations au titre de la Convention européenne des Droits de l'Homme».

Steven Greer, op.cit, p5.

<sup>6</sup>«freedom to act; manoeuvring, breathing or "elbow" room; or the latitude of deference or error which the Strasbourg organs will allow to national legislative, executive, administrative and judicial bodies before it is prepared to declare' a violation of the Convention».

Howard Charles Yourow, The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of the European Human Rights Jurisprudence, Kluwer Academic Publishers, The Hague; London, 1996, p14.

<sup>7</sup>Yutaka Arai-Takahashi, The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR, Intersentia, Antwerpen, Oxford, New York, 2002, p2.

Benvenisti "مجال معين يملكه كل مجتمع من أجل حل النزاعات الموجودة بين الحقوق الفردية والمصالح الوطنية أو بين المعتقدات الأخلاقية المختلفة"<sup>1</sup>.

وقد علق الأستاذ Kratochvil على التعاريف المستعرضة أعلاه لكل من Yourow، Takahashi، Greer و Benvenisti بأنها تشترك في ارتكازها على فكرة الحيز أو المساحة التي يمكن للدول أن تتحرك فيها بشكل قانوني، كما تشترك في خاصية عدم اليقين التي تصبغ استخدام الهامش التقديري<sup>2</sup>، هذا ويلاحظ من تعريف Benvenesti أنه يربط الاعتراف بالهامش التقديري للدولة بإشكالين تعتبر هذه الأخيرة الأقدر والأنسب لتقييمهما والحكم عليهما وهما: النزاع بين المصالح الفردية والمصلحة العامة والموازنة بينهما، والمسائل الأخلاقية التي تختلف من مجتمع لآخر، وبذلك فقد حدد موضوعه.

وعلى شاكلة Benvenesti فقد تم تعريفه بأنه "أداة تحليلية تستخدمها المحكمة الأوروبية عند تقييمها لأحكام الاتفاقية وبروتوكولاتها والتي تتطلب موازنتها مع حقوق أخرى أو موازنتها مع جوانب أخرى للمصلحة العامة"<sup>3</sup>، وأنه "مبدأ يمنح حرية معينة للتقدير الوطني، وذلك يعني قيام المحكمة بتفسير أحكام الاتفاقية الأوروبية في نوع معين من القضايا مع مراعاة بعض السلطة التقديرية الممنوحة للسلطات القضائية والمسؤولين في الدول الأطراف في إطار الاتفاقية فيما يخص فهمهم وتطبيقهم لأحكام الاتفاقية، وذلك من أجل ضمان الظروف الملائمة لإعمال وحماية حقوق الإنسان والحريات، وتحقيق التوازن بين الحقوق والحريات والمصالح الوطنية"<sup>4</sup>، وبذلك فقد ركزت هذه التعاريف على التوازن بين المصلحة الخاصة بضمان الحقوق والمصلحة العامة كسبب لترك حرية تقدير للدولة.

أضاف بعض الفقهاء بأن الهامش التقديري قائم على فكرة تحويل كل مجتمع مجالا من الحرية لحل النزاع المتلازم بين حقوق الأفراد والمصالح الوطنية أو بين مختلف القناعات الأخلاقية<sup>5</sup>، حيث يساهم بذلك في "حل إشكالية التضاد بين عالمية حقوق الإنسان والنسبية الثقافية والإيديولوجية"<sup>6</sup>، فأضافوا بذلك فكرة التنوع الأوروبي كسند للهامش التقديري الوطني.

<sup>1</sup>Benvenisti Eyal, "Margin of appreciation, consensus, and universal standards", in: New York University Journal of International Law and Politics, vol. 31, №4, 1999, pp 843-854.

<sup>2</sup>Jan Kratochvíl, op.cit, p327.

<sup>3</sup>Eleni Frantziou, op.cit, pp2-3.

<sup>4</sup>Iryna Kretova, op.cit, p174.

<sup>5</sup>Benvenisti Eyal, op.cit, p843.

<sup>6</sup>محمد يوسف علوان، محمد خليل موسى، المرجع السابق، ص91.

ذكر الأستاذ Tümay بأن الهامش التقديري هو: التقدير الممنوح للحكومة عندما تقوم بتقييم الوضعيات الواقعية وتطبيق أحكام الاتفاقية<sup>1</sup>، ووضح Kastanas في هذا السياق بأن التقدير هو ملاحظة ناتجة عن فحص نقدي، ويعني وجوب قيام الدولة بالاختيار من بين عدة إمكانيات<sup>2</sup>، ويلاحظ تأكيد هذه التعاريف على عنصر التقدير الذي تقوم به الدول، وتجدر الإشارة إلى أن الأستاذ Greer أشار إلى عدم توافق تسمية "الهامش التقديري" باللغة الفرنسية *marge d'appréciation* والتي تمثل أصل المصطلح، مع تسميته باللغة الانجليزية *margin of appreciation*، حسب رجال القانون الانجليز الذين عارضوا مصطلح *appreciation*، ورأوا الاستعاضة عنه بمصطلح "تقييم" *estimation / appraisal/ assessment*<sup>3</sup>.

يمثل الهامش التقديري العدسة التي تستعرض من خلالها المحكمة مدى وفاء الدولة الطرف بالتزاماتها الاتفاقية، ويلاحظ من مضمون هذا التعريف الحديث نسبياً أن مفهوم الهامش التقديري صار أشمل بمرور السنوات<sup>4</sup>، وعلى نفس المنوال ذهب رئيس المحكمة السابق Spielmann إلى أنه "مفهوم مفاده إمكانية الحركة التي تكون المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على استعداد لمنحها للسلطات الوطنية من أجل تنفيذ التزاماتها بموجب الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان"<sup>5</sup>، وهو ما يؤكد قابلية المفهوم للتطبيق على مختلف التزامات الدولة أياً كان نوعها سلبية أو إيجابية.

أكد الأستاذ J.Callewaert توافق الآراء القانونية على أن الهامش التقديري هو أداة ذات منشأ قضائي تترك من خلالها المحكمة للسلطات الوطنية استقلالية معينة في تطبيق الاتفاقية، ووضح بأنه يمنح شكلاً مخففاً من الحصانة بتقليل حدة مستوى الرقابة الأوروبية التي تمارسها المحكمة بناء على اختصاصها الكامل الذي يجد أساسه في المادة 32 من الاتفاقية، وبذلك فإن تصرفات الدول الأطراف لا تكون موضوع "مراجعة بالكامل" ولكنها ستخضع فقط لفحص آثارها من حيث ما إذا كانت تتجاوز نطاق الهامش التقديري المتروك للدولة<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>Murat Tümay, "The Margin of Appreciation Doctrine Developed by the Case Law of the European Court of Human Rights", in: Ankara Law Review, 5(2), 2008, pp201-202.

<sup>2</sup>Elias Kastanas, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p121.

<sup>3</sup>Steven Greer, op.cit, p5.

<sup>4</sup>Rachael Eguono Ita, op.cit, p18 et pp19-20.

<sup>5</sup>Dean Spielmann, "En jouant sur les marges. La Cour européenne des droits de l'homme et la théorie de la marge d'appréciation nationale: abandon ou subsidiarité du contrôle européen?", in : *journal des tribunaux Luxembourg*, 2010, p205.

<sup>6</sup>Dean Spielmann, "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?", in: *Cambridge yearbook of European legal studies*, vol.14, 2012, p382.

ينصرف المفهوم كذلك إلى "تأطير تدخل المحكمة"<sup>1</sup>، أو الخط الفاصل بين عمل وصلاحيات السلطات الوطنية من جهة والتي يعود لها في الأصل تنفيذ واحترام الحقوق والحريات المحمية والمحكمة من جهة أخرى باعتبارها هيئة رقابية والتي تنتقل إليها مهمة تأمين الحقوق متى أخفقت أو عجزت السلطات الوطنية، أو هو الحد الذي تنتحى عنه هيئات الرقابة الاتفاقية لصالح السلطات الوطنية لتمارس سلطتها التقديرية في تطبيق أحكام الاتفاقيات<sup>2</sup>، ويصفه الأستاذ Kopa بأنه تقييد ذاتي لاحق self restraint من المحكمة لنفسها يؤدي إلى احترام المحكمة للأحكام القضائية الوطنية الصادرة في إطار حرية التصرف الممنوحة لهذه الأخيرة، بشكل خاص عند تطبيق الاتفاقية على الوقائع الخاصة للقضية<sup>3</sup>.

وحسب الرئيس السابق للمحكمة spielmann فالهامش التقديري مفهوم ذو طبيعة قضائية، مضمونه قيام المحكمة بفرض قيود ذاتية على سلطتها في الرقابة، وقبولها بأفضلية السلطات الوطنية لتسوية النزاعات، وأن مبررات الأخذ به تتمثل في: احتياطية رقابة المحكمة، احترام التعدد وسيادة الدولة، محدودية مستوى رقابة المحكمة لعدم وجود الوسائل، وعدم قدرتها على القيام بالموازنة الاجتماعية-الاقتصادية وكذلك بعدها عن الفصل في القضايا الحساسة<sup>4</sup>، ومن جهته يرى الرئيس السابق للمحكمة الأوروبية Nicolas Bratza بأن الهامش التقديري هو أداة قيمة ابتكرتها المحكمة بنفسها لتساعد نفسها على تحديد نطاق رقابتها، وبأنه مفهوم متغير ليس له تعريف دقيق<sup>5</sup>، كما يأخذ هذا المفهوم معنى "مساحة الحركة space for a manoeuvre"، "مجال التنفس breathing sphere"، "تقييد النفس self-restriction"، و"الحد الذي تمنح من خلاله سلطة إشراف دولية، لدولة طرف، حرية الاختيار فيما يتعلق باعتماد وتنفيذ القانون"<sup>6</sup>، وبذلك فالهامش التقديري يرتبط بتوزيع الصلاحيات بين المستوى الوطني والإقليمي في مجال حقوق الإنسان، وبالتالي بالعلاقات بين المحكمة والأنظمة الوطنية، ويعتبر نتيجة للتقييد الذاتي للمحكمة.

يتعلق الهامش التقديري أساساً بالسلطة التقديرية القضائية الممنوحة للدول الأطراف بشأن القضايا المتعلقة مباشرة بالسياسات العامة للدول أو بالمصالح العامة، فهو درجة الاحترام المكفولة

<sup>1</sup>Alain-Didier Olinga, Caroline Picheral, "La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la cour européenne des droits de l'homme", in: Rev.trim.dh, 1995, p568.

<sup>2</sup>محمد يوسف علوان، محمد خليل موسى، المرجع السابق، ص92.

<sup>3</sup>Martin Kopa, "The algorithm of the margin of appreciation doctrine in light of the Protocol no. 15 amending the European Convention on Human Rights", in: ICLR, vol. 14, No. 1, 2014, p40.

<sup>4</sup>Ibid, p39.

<sup>5</sup>Eleni Frantziou, op.cit, p3.

<sup>6</sup>Iryna Kretova, op.cit, p175.

للدول في اتخاذ القرار بشأن تطبيق الحقوق المضمونة بالاتفاقية ووضعها موضع تنفيذ، وبذلك فهو يؤدي في آن واحد دور معيار للرقابة ودور معيار موضوعي لتفسير الاتفاقية<sup>1</sup>، وقد أكد الأستاذ Kastanas أنه مفهوم متعدد الأبعاد، يرجع للاجتهاد القضائي تحديد إطاره العام، يسمح لأجهزة الرقابة الاتفاقية بإعطاء شهادة توافق مع الاتفاقية للتقدير الذي تقوم به السلطات الوطنية لاسيما التدابير المتخذة على مستواها لتجسيد الحريات المضمونة بالاتفاقية، تقييدها أو الحد منها، ووصفه الأستاذ Macdonald بأنه المنهج العام للمحكمة المتعلق بمهمتها الحساسة المتمثلة في موازنة سيادة الأطراف المتعاقدة مع الالتزامات الواقعة على كاهلها بموجب الاتفاقية<sup>2</sup>.

يعترف الهامش التقديري بأن الدول وسلطاتها الوطنية في أفضل موقع لتقرر كيف يجب أن يتم تطبيق حقوق الإنسان<sup>3</sup>، وبذلك فهو تعبير عن الأفضلية الممنوحة للسلطات الوطنية لضمان حقوق الإنسان عن طريق تقدير العوامل المتعددة التي تحيط بوضعية معينة، وذلك بسبب تعاملها المباشر والدائم مع الشعب في بلدها<sup>4</sup>، ولذلك تم وصفه بأنه تعبير قضائي على مبدأ الاحتياطية<sup>5</sup>، وفي نفس السياق فإن المفهوم يمثل "الصلاحية المتروكة للدول الأطراف لتقويم القرارات المتعلقة بسياساتها العامة ذات الصلة بحقوق الإنسان، وتخضع هذه الصلاحية بالضرورة إلى رقابة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان"<sup>6</sup>، وما يهم هنا هو أنه يبقى محلاً للرقابة.

تختلف التعاريف المقدمة للهامش التقديري للدولة فبعضها يربطه بتطبيق الاتفاقية وأخرى بحل التنازع بين الحقوق والمصلحة العامة، وأخرى بالخيارات المتاحة عند تنفيذ الالتزامات الاتفاقية<sup>7</sup>، بعضها يربطه بتوزيع الأدوار بحماية حقوق الإنسان بين سلطات الدولة والمحكمة وتقسيم الصلاحيات، وبعضها يربطه بالاختلاف الموجود بين النظم الوطنية والمجتمعات المحلية

<sup>1</sup>Itr Aladağ Görentaş, "The Effects of Margin of Appreciation Doctrine on the European Court of Human Rights: Upholding Public Morality over Fundamental Rights", in: Akademik İncelemeler Dergisi (Journal of Academic Inquiries), vol. 11, Issue 2, 2016, pp200-201.

<sup>2</sup>Rachael Eguono Ita, op.cit, p20.

<sup>3</sup>Equality and Human Rights Commission, The UK and the European Court of Human Rights, Research report 83, Alice Donald, Jane Gordon and Philip Leach, Human Rights and Social Justice Research Institute, London Metropolitan University, first published, 2012, p160.

<sup>4</sup>Cour européenne des droits de l'homme, Suivi d'Interlaken principe de subsidiarité, p14, disponible sur : <http://www.echr.coe.int> , Consulté le 16/04/2020 à 13:01.

<sup>5</sup>Frédéric Vanneste, "Interpréter la convention européenne des droits de l'homme et la convention américaine relative aux droits de l'homme : Comment réconcilier deux pratiques divergentes avec la théorie générale", in : Revue québécoise de droit international, Hors-série, Mars 2016, p86.

<sup>6</sup>محمد يوسف علوان، محمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان المصادر ووسائل الرقابة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 177.

<sup>7</sup>Jan Kratochvíl, op.cit, p327.

وضرورة أخذها بالاعتبار في الواقع، ومنها من تركز على فكرة الحرية المتروكة للدول في التصرف واتخاذ القرار وهي أصل حماية حقوق الإنسان ووجود الحماية الدولية والإقليمية، كما أن منها من يجعله أداة في فائدة المحكمة لممارسة عملها، بينما يجعله آخرون أداة في فائدة الدولة للوفاء بالتزاماتها الاتفاقية.

يختلف تعريف الهامش التقديري حسب الزاوية التي ينظر منها إليه، كما أن التعاريف المقدمة لم تبين نطاق الحرية الممنوحة للدول لتقدير كيفية الوفاء بالتزاماتها الاتفاقية، ولا العوامل التي تؤخذ بالاعتبار لمنح هذا الهامش ولا لتحديد نطاقه، رغم أنه أمر جوهري نظرا لخطورة إطلاق هذا المفهوم على حماية الحقوق والحريات، ومع ذلك فإن للفقهاء دورا هاما في مناقشة هذا المفهوم الذي أثار الجدل منذ ظهوره في الاجتهاد القضائي لهيئات الرقابة الاتفاقية، وقد ساهم في جانب كبير في توضيح معالم هذا المفهوم، وعلى الأقل جمع الأوصاف والخصائص والمبررات التي استدعت الأخذ به في قانون الاتفاقية.

**2- تعريف الهامش التقديري للدولة في قانون الاتفاقية:** لم تتضمن الاتفاقية منذ اعتمادها وعلى مدار سنوات طويلة أي إشارة لمفهوم الهامش التقديري الذي يعد ثمرة الاجتهاد القضائي للمحكمة، إلى غاية الاعتراف به حديثا حرفيا في الفقرة الأخيرة من ديباجتها بعد تعديلها بموجب البروتوكول رقم 15<sup>1</sup>، ورغم هذا الاعتراف الصريح لم تقدم الاتفاقية كذلك أي تعريف له.

أما في الاجتهاد القضائي لهيئات الرقابة الاتفاقية والذي يعد أصل وجود الهامش التقديري فلم يرد تعريف له إلا أن تحليلها ساهم على مدار السنوات في تكوين فكرة حول مضمونه، فمثلا في حكم اليونان ضد المملكة المتحدة، اكتفت اللجنة الأوروبية بوصفه بأنه "هامش معين من التصرف"<sup>2</sup>، وفي حكم اللغات البلجيكية بينت المحكمة مضمونه بقولها "في بعض نواحي الحياة الاجتماعية، تصبح السلطات الوطنية حرة في اختيار التدابير التي تراها ضرورية وذلك في المجالات المنظمة بالاتفاقية"<sup>3</sup>، ويلاحظ هنا أن الهامش التقديري جاء مرادفا لحرية اختيار التدابير لوضع الحقوق موضع تطبيق، أما في حكم *Irlande c. Royaume-Uni* فقد ربطته بتقرير

<sup>1</sup>تنص المادة الأولى من البروتوكول 15 على أنه يضاف فقرة جديدة لديباجة الاتفاقية مضمونها أنه "من المؤكد أنه يقع بالدرجة الأولى على الأطراف السامية المتعاقدة طبقا لمبدأ الاحتياطية، ضمان احترام الحقوق والحريات المحددة في هذه الاتفاقية وبروتوكولاتها، وأنها بذلك، فهي تتمتع بهامش تقديري، تحت رقابة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، المنشأة بهذه الاتفاقية"

<sup>2</sup>«certain measure of discretion».

EcomHR, Greece v. UK, app. No 176/56, report of 26/9/1958, para 143.

<sup>3</sup>CEDH (plénière), Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique» c. Belgique, req. Nos 1474/62 et autres, Arrêt du 23/07/1968, para 10.

الدولة لوجود خطر يهدد حياة الأمة ويتطلب تعطيل الحقوق المكرسة بالاتفاقية وتحديد طبيعة ونطاق التحلل من الاتفاقية لمواجهة هذه الحالة الطارئة<sup>1</sup>، بينما حاولت في حكم Handyside<sup>2</sup> المتعلق بتقييد حرية التعبير تأسيس الهامش التقديري وتبريره، وتأكيد حقيقة أن قضاة الاتفاقية هم أقل قدرة من السلطات الوطنية للحكم على قضايا معينة، وأن هذا الموقف يلزمهم بالتقييد الذاتي لاسيما عند تقرير ما يعد ضروريا في مجتمع ديمقراطي لأن البنود التقييدية المضمنة بالمواد من 8 إلى 11 تنص على ذلك<sup>3</sup>.

يلاحظ أن المحكمة تطرقت لمفهوم الهامش التقديري في اجتهادها من خلال محاولة تبريره ولكنها لم تضع تعريفا له، وكذلك الأمر بالنسبة للاتفاقية حيث كرسته صراحة في ديباجتها بعد اعتماد البروتوكول 15 دون أن تبين مدلوله، وهو ما يضيف عليه المرونة وعدم الوضوح ويؤدي لإمكانية التلاعب بمضمونه وتوظيفه العشوائي وما لذلك من مخاطر على الغرض من الحماية الإقليمية الأوروبية لحقوق الإنسان.

## الفرع الثاني:

### خصائص الهامش التقديري للدولة

من التعاريف السابقة يمكن أن نستشف خصائص الهامش التقديري، وتتمثل في:

أولا- الهامش التقديري مفهوم قضائي: يعد الهامش التقديري مفهوما من طبيعة قضائية لأنه ظهر في النظام الأوروبي لحقوق الإنسان من خلال الاجتهاد القضائي لهيئات الرقابة الاتفاقية<sup>4</sup> وتم استعماله بشكل متدرج ومتواصل حتى صار مفهوما مستقرا معترفا به، وقد عرف تطورا خلال مسار استعماله في اجتهاد المحكمة، وتم تقنينه لاحقا صراحة في ديباجة الاتفاقية منذ اعتماد البروتوكول 15 ودخوله حيز التنفيذ، تحت تسمية "doctrine de la marge d'appréciation".

<sup>1</sup>CrEDH (plénière), Irlande c. Royaume-Uni, req. №5310/71, Arrêt du 18/1/1978, para 207.

<sup>2</sup>ECtHR(plenary), Handyside v.UK, app. №5493/72, judg. of 7/12/1976.

<sup>3</sup>Martin Kopa, op.cit, pp38-39.

<sup>4</sup>Dean Spielmann, "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?", op.cit, p382.

ثانياً- الهامش التقديري نتيجة للتقييد الذاتي للمحكمة: يمثل المفهوم اعترافاً من المحكمة للدول في بعض المجالات بمساحة من الحرية لتقدير كيفية الوفاء بالتزاماتها الاتفاقية، وعليه فهو مفهوم ناتج عن التقييد الذاتي لسلطة المحكمة autolimitation أو بعبارة أخرى التقييد القضائي أو ضبط النفس القضائي judicial restraint من المحكمة لنفسها، والذي يضيف مرونة على القواعد والأحكام الإلزامية المفروضة على الدول<sup>1</sup>، وقد أخذت به المحكمة وأيدتها الدول الأطراف في ذلك<sup>2</sup>، ويعتبر التقييد القضائي الذاتي بشكل عام نظرية للتفسير القضائي تشجع القضاة على أن يقوموا بنفسهم بتقييد ممارسة سلطاتهم، وبالتالي على التصرف بحذر وتحفظ، ويؤكد أن واجب القاضي الأساسي إن لم يكن الوحيد هو البت في القضية قيد النظر بالاعتصار على أقل قدر من الإسهام الضروري فقط، وهو نقيض النشاط القضائي judicial activism الذي يعد طريقة من طرق تعامل القاضي مع القضايا المعروضة عليه التي تشجعه على الأخذ بالمعطيات الاجتماعية والاجتهاد القضائي الحديث والمتطور<sup>3</sup>، وعليه فإن التقييد الذاتي يكرس توجهها تقليدياً ومحافظاً بينما النشاط القضائي توجهها ليبرالياً ومتطوراً، وتبين الممارسة أن المحكمة تأخذ بالتوجيهين حسب الأحوال<sup>4</sup>.

يؤكد التقييد الذاتي أن المحكمة أداة دولية للرقابة القضائية وليست أداة إصلاح قاعدي أو تشريعي<sup>5</sup>، فهي تفرض تقييداً ذاتياً لسلطتها في الرقابة وتقبل بأن السلطات الوطنية هي الأفضل لتسوية النزاعات لأسباب مختلفة سبق التطرق لها عند تعريف الهامش التقديري، وجمعها الأستاذين Tulkens و Donnay في: احتياطية رقابة المحكمة، احترام التعدد وسيادة الدول، نقص الوسائل الذي يمنع المحكمة من بسط رقابتها على كل القضايا المعروضة عليها حيث هناك مستوى معين

<sup>1</sup>Florian hoffmann, Julie ringellreim, "Par-delà l'universalisme et le relativisme : la cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité culturelle", in : Revue interdisciplinaire d'études juridiques, vol.52, 1/2004, p120.

<sup>2</sup>Dominic Mcgoldrick, "A defence of the margin of appreciation and an argument for its application by the human rights committee", in : International and Comparative Law Quarterly, vol. 65, Issue 1, January 2016, pp22-23.

<sup>3</sup>David A.Strauss, "Originalism, conservatism, and judicial restraint", in: Harvard journal of law and public policy, vol. 34, №1, 2011, p137.

Voir aussi : Deepak Mawar, "The peril of judicial restraint :how judicial activism can helpe evolve the international court of justice", in: Goettingen journal of international law, 9, 3/2019, p427.

<sup>4</sup>من مظاهر ذلك: قواعد التفسير، السوابق القضائية، الضمانات الإجرائية، توسيع الحقوق، توسيع المفاهيم كالأولوية القضائية، وبالأثر فهي تجمع بين التقاليد والتقدم، الحماية والتطور، المرونة واليقين القانوني، لمزيد من التوضيح حول التوجيهين أنظر:

Françoise Tulkens, "Judicial Activism v Judicial Restraint: Practical Experience of This (False) Dilemma at the European Court of Human Rights", in: european convention on human rights law review, 3/2022, pp293-294.

<sup>5</sup>Laurent Sermet, "Le control de la proportionnalité dans la convention européenne des droits de l'homme : présentation générale", in : petites affiches, №46, 5 mars 2009, p28.

تتوقف عنده المحكمة، عدم قدرة هذه الأخيرة على القيام بالموازنات بشكل جيد وهو أمر مرتبط ببعد المحكمة الكبير الذي يحول دون تمكنها من الفصل في القضايا الحساسة<sup>1</sup>.

يشير مصطلح "الهامش" عادة إلى "المنطقة المتبقية" الخارجية مما يدل على أن النواة الأساسية لا تخضع للهامش وتبقى داخل السلطة الرقابية للمحكمة حسب القاضي Costa، غير أنه في حالة التزام المحكمة بالتقييد الذاتي عند القيام بمهمتها التفسيرية، فإن السلطات الوطنية تصبح هي من يقوم بالجزء الأساسي في التفسير بينما تحتفظ المحكمة بمجرد هامش للمراجعة، وهو ما يجعل مفهوم الهامش التقديري غامضاً<sup>2</sup>، وخطيراً.

ولا يعني التقييد الذاتي للمحكمة عدم كفاءتها خاصة وأن قضاتها من ذوي الخبرة والممارسة في مجال حقوق الإنسان عادة، ولكنه يؤكد حقيقة بعد المحكمة كهيئة قضائية إقليمية عن الظروف الوطنية المختلفة، مثلاً حدة الأزمة التي تعيشها الدولة والتي أدت بها في سبيل احتوائها لفرض حالة الطوارئ وما يرافقها من تعطيل للحقوق، أو الحاجة التي أدت بها لإصدار قانون يتضمن تقييداً لحق معين في ظروف عادية، كما يؤكد وجود خصوصيات وطنية يجب مراعاتها، ويترتب عن التقييد القضائي الذاتي ما يلي:

**1- الهامش التقديري عبارة عن احترام:** كثيراً ما تم وصف الهامش التقديري بأنه احترام *deference* من المحكمة تجاه الدول الأطراف، والذي يأخذ معنى "المراعاة والخضوع، وتوحي القراءة المجردة للتعريف المقترحة للهامش التقديري بأن أي استخدام له يحمل معنى "الاحترام"<sup>3</sup>، وقد سلط S. Shevchuk الضوء على الاحترام باعتباره أحد عناصر الهامش التقديري التي أخذ بها الأستاذ Y. Shany تحت تسمية: "الاحترام من طرف القضاة *respect by judges* ويقصد به أن المحاكم الدولية يجب أن تحترم السلطات الوطنية وأعمالها فيما يخص تنفيذ التزاماتها الدولية، والتي يتم تنفيذها بسلطة تقديرية معينة، وعليه يجب أن لا تحل المحاكم الدولية محل هذه السلطات وأن تمتنع (قدر الإمكان) عن مراجعة أحكامها، مع إظهار استعدادها للتقييد الذاتي"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>Dean Spielmann, "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?", op.cit, p384.

<sup>2</sup>Ibid, p384.

<sup>3</sup>Jan Kratochvíl, op.cit, p327.

<sup>4</sup>Iryna Kretova, op.cit, p175.

2- الاحترام مكفول للسلطات الوطنية: تمارس الدول الهامش التقديري عن طريق سلطاتها الوطنية، وقد رأى اللورد Hoffman بمناسبة قضية معروضة أمام غرفة اللوردات أن الهامش التقديري منقسم بين السلطات الثلاث للدولة طبقاً لمبادئ الفصل بين السلطات، وأنه لا يوجد أي مبدأ بموجبه يؤول الهامش التقديري تلقائياً للمشرع<sup>1</sup>، واعترفت المحكمة في حكم Handyside بأن الهامش التقديري ممنوح للسلطة التشريعية (وذلك مستتب من عبارة: منصوص عليه بالقانون) والأجهزة الأخرى على رأسها الأجهزة القضائية المخولة تفسير وتطبيق القانون النافذ<sup>2</sup>، والحقيقة أن هذا الاعتراف موجود في أحكام قضائية أخرى سابقة<sup>3</sup>، واستمرت في التأكيد عليه، فقد رأت مثلاً في حكم Klass المتعلق بمراقبة الأفراد بأنه "بالنسبة لاختيار طرق أنظمة المراقبة، فإن المشرع الوطني يتمتع بهامش تقديري معين، وأن المحكمة ليس لها الصفة لتستبدل تقديرها بخصوص ما يعد الأفضل في هذا المجال بدلاً من تقدير السلطات الوطنية"، ورأت مثلاً في حكم Garib بأنه تبعاً للسياق الاجتماعي والاقتصادي للقضية، فإن الهامش التقديري للمشرع يطبق مبدئياً على قرار سن أو عدم سن تشريع في موضوع معين، وعند الاقتضاء، على القواعد التفصيلية التي يتم سنها لإيجاد توازن بين المصالح العامة والمصالح الخاصة في النزاع<sup>4</sup>.

إن وظيفة المحكمة ليست سهلة كما تبدو من النصوص، ولذلك فإنها تجد نفسها متأرجحة في سبيل القيام بمهامها بين الجرأة والحذر والتزام التقييد الذاتي في كثير من الأحيان، غير أنها يجب أن تأخذ قراراتها بقناعة ومسؤولية، وأن تجمع بين كسب ثقة الدول والسماح بتطور الاتفاقية<sup>5</sup>.

ثالثاً- الهامش التقديري مفهوم أفقي: وذلك لأنه يطبق على مختلف أحكام الاتفاقية ماعدا الحقوق التي تمثل النواة الصلبة، ويمكن أن نستدل على طابعه الأفقي من الإشارة العامة إليه في ديباجة الاتفاقية بعد تعديلها حديثاً كأحد المفاهيم المفتاحية في قانون الاتفاقية، هذا ويفرض المنطق أن تغلت كذلك من تطبيق المفهوم القيم والمبادئ الأساسية للاتفاقية.

<sup>1</sup>Affaire In re G, House of Lords, 26 juill. 2006 (children) (FC) UKHL 43, para 36-37.

Cité par: Andenas Mads, Bjorge Eirik, "L'application de la convention européenne des droits de l'homme: quel rôle pour le juge interne ?", in : Revue internationale de droit comparé, vol.64, N°2, 2012, p401.

<sup>2</sup>Handyside v.UK, op.cit, para 48.

<sup>3</sup>ECtHR (plenary), Engel and others v. Netherlands, app. Nos 5100/71, 5101/71, 5102/71 and 5370/72, judg. Of 8/6/1976, para 100; ECtHR (plenary), De wilde, Ooms and Versyp v. Belgium, app. Nos 2832/66 and others, judg. of 18/06/1971, para 93 ;ECtHR (plenary), Golder v. UK, app. No. 4451/70, judg. of 21/2/1975, para 45.

<sup>4</sup>CrEDH (plénière), klass et autres c. Allemagne, req. N° 5029/71, arrêt du 6/9/1978.

CrEDH (GC), Garib c. Pays-Bas, req. N°43494, arrêt du 6/11/2017, para 138-139.

<sup>5</sup>Françoise Tulken, op.cit, pp299-300.

وبذات الخصوص، تتمتع الدولة بهامش تقديري أول *marge d'appréciation en* *amont* يتيح لها حرية في الاختيار والتصرف فيما يتعلق بتنفيذ الاتفاقية ووضعها موضع تطبيق منذ انضمامها إليها، وكذلك بهامش تقديري أخير *marge d'appréciation en aval* فيما يخص تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها، حيث يعود للدولة، عند تفسيرها للحكم، تقدير اختيار التدابير التي تتخذها لمعالجة الانتهاك<sup>1</sup> كقاعدة.

رابعاً- الهامش التقديري مفهوم توفيقى: إذ يستعمل لتحقيق الموازنة وتتمثل مظاهر ذلك في:

**1- الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة:** يعتبر هذا المفهوم أداة في يد الدول الأطراف من أجل إيجاد توازن بين المصلحة العامة ومصلحة الفرد وذلك عندما تقوم بتقييد الحقوق<sup>2</sup>، ويظهر استعمال مفهوم الهامش التقديري بشكل كبير في الحالات التي تكون فيها مصالح الدولة على المحك، وتمتنع هيئات الرقابة الاتفاقية عن التدخل فيها<sup>3</sup>، وتترك الموازنة للدولة كأصل مثلاً موازنة مصلحة حماية الأمن الوطني مع حماية الحق في احترام الحياة الخاصة وبناء على هذه الموازنة يمكن الاعتراف بتطبيق الهامش التقديري على تصرفاتها، ويجب هنا الأخذ بالاعتبار أن الدولة المدعى عليها لا يمكن أن تستند إلى مفهوم الهامش التقديري وتبرير مصلحة الأمن الوطني لفرض تقييد إذا كان ذلك ينتهك الحقوق الأكثر أساسية كحظر التعذيب<sup>4</sup>.

**2- الموازنة بين سيادة الدولة ورقابة المحكمة:** يوصف الهامش التقديري بأنه أداة لإضفاء المرونة التنظيمية *regulatory flexibility* وتعد المرونة أحد عناصر هذا المفهوم وتجد أساسها في "اتسام أحكام القانون الدولي، التي يخضع تطبيقها لهامش تقديري للدولة، بكونها تقريبية أو غير دقيقة، حيث تنظم السلوك الأدنى للكيانات، وتترك "مجالاً من الشرعية" تتمتع فيه الدول بحرية اتخاذ القرارات"<sup>5</sup>، وقد حاولت المحكمة أن تدخل بموجب مفهوم الهامش التقديري نوعاً من المرونة على أحكام الاتفاقية، حيث جعلت منه المجال الذي يمكن أن تعمل فيه التدابير الوطنية

<sup>1</sup>Mahaliana ravaloson, La marge d'appréciation de l'Etat dans l'exécution des décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Thèse de doctorat de l'Université Paris-Saclay préparée à l'Université Paris-Sud, Faculté Jean Monnet, présentée et soutenue à Sceaux, le 15 mars 2019,p9.

<sup>2</sup>Murat Tümay, op.cit, p201.

<sup>3</sup>Dean Spielmann, "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?", op.cit,p387.

<sup>4</sup>Iryna Kretova, "op.cit, p177.

<sup>5</sup>Ibid, p175.

للدول الأطراف في الاتفاقية دون أن يكون هناك أي انتهاك من طرفها لأحكام هذه الأخيرة<sup>1</sup>، وبذلك فالمرونة هي خاصية لصيقة بالهامش التقديري وجزءا من طبيعته وتمثل جانبه الوظيفي الذي يسمح من جهة للدول الأطراف بممارسة دورها كمسؤول رئيسي عن تطبيق الاتفاقية ومن جهة ثانية للمحكمة بممارسة دورها الرقابي كمحكمة دولية تتعامل مع دول ذات سيادة<sup>2</sup>.

يرى القاضي Rolv Ryssdal أن الهامش التقديري هو وسيلة لإقامة التوازن بين سيادة الدولة ورقابة المحكمة، ويعتبر بأنه "من خلال الهامش التقديري فإن الأعمال القانونية الوطنية لها بعض الآثار الملزمة تجاه المحكمة الأوروبية، وبذلك فالمفهوم بمثابة نوع من أنواع التحكيم بين سيادة السلطات الوطنية والمهمة الرقابية للمحكمة"<sup>3</sup>، ويوفر المرونة اللازمة لتجنب المواجهات والاصطدامات بين المحكمة والدول الأعضاء ويسمح للمحكمة بالموازنة بين سيادة الدول والتزاماتها بموجب الاتفاقية<sup>4</sup>، وقد أكدت المحكمة من جهتها بأن "نظرية الهامش التقديري هي وسيلة لتحديد العلاقات بين السلطات الوطنية والمحكمة"<sup>5</sup>.

حسب الأستاذ S.Fedyk فإن مفهوم الهامش التقديري يلطف من فكرة السيادة المطلقة التي لعب أنصارها دورا هاما في الحياة السياسية للدول الأطراف، كما يرى Fedyk إلى جانب P.Rabinovych أن المفهوم هو أثر لـ "نظرية الاختصاص القضائي المزدوج"، التي تتطلب التوفيق بين نظامين قانونيين هما النظام الوطني والنظام الدولي، مع ممارسة السلطات الدولية

<sup>1</sup>Alain-Didier Olinga, Caroline Picheral, op.cit, p567.

<sup>2</sup>Pieter Van Dijk, Godefridus JH Van Hoof and AW Heringa, Theory & Practice of the European Convention on Human Rights, 3rd ed, Kluwer Law International 1998, p92.

Cité par: Rachael Eguono Ita, op.cit, p20.

<sup>3</sup>Johan Callewaert, «Quel avenir pour la marge d'appréciation? » in : Paul Mahoney et autres (dir.), Protection des droits de l'homme: la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2000, pp149-150.

Cité par: Diana Draganova, La souveraineté de l'Etat et le droit à des élections libres dans le contexte européen. Essai fondé sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (1987-2008), Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de maîtrise en droit international, option recherche, Faculté de droit, Université de Montréal , 11 mai 2009, p36.

<sup>4</sup>Helen Fenwick, Civil Liberties and Human Rights, Cavendish Publishing Limited, London, 2005, p34-37.

Cité par: Council of Europe, The Lisbon network, Margin of appreciation doctrine, <https://www.coe.int/>, accessed: 12/01/2023 at 18 :03.

Voir aussi :Kiestra Louwrens Rienk, The impact of the ECHR on private international law: An analysis of Strasbourg and selected national case law, academisch proefschrift ter verkrijging van de graad van doctor, Universiteit van Amsterdam, in het openbaar te verdedigen op dinsdag 2 juli 2013, p53.

<sup>5</sup>ECtHR (GC), A and others v. UK, app.№3455/05, judg. of 19/2/2009, para184.

رقابة على قرارات السلطات الوطنية، من حيث تناسب وجودة تطبيق النصوص الدولية وتوافق القرارات مع القواعد الدولية<sup>1</sup>، وبذلك فالهامش التقديري يسير جنبا إلى جنب رقابة المحكمة، التي تفحص توافق القرارات الوطنية مع الاتفاقية، مع مراعاة الهامش المتاح للدول<sup>2</sup>.

**3-الموازنة بين التنوع والوحدة:** رغم أن الهامش التقديري صار جزءا مهما من الاجتهاد القضائي للمحكمة إلا أنه بقي موضوع جدل، وعرف ردود فعل متباينة من الفقهاء والقضاة<sup>3</sup>، حيث يرى أنصاره أنه أداة لتحقيق التوازن بين الرؤى الوطنية لحقوق الإنسان والتطبيق الموحد في أوروبا لقيم الاتفاقية<sup>4</sup>، وتم وصفه بالأداة العملية لصالح المحكمة والدول الأعضاء والتي تستخدم للتوفيق بين التنوع السياسي والاجتماعي والثقافي والاقتصادي في الدول، بل أصبح متطلبا على عاتق المحكمة مع دخول البروتوكول 15 حيز التنفيذ<sup>5</sup>، وتمت الإشارة إلى أنه يكفل احترام وتعزيز التنوع diversity الموجود في الدول الأوروبية وإضفاء المرونة على المعايير العالمية لحقوق الإنسان<sup>6</sup>، بينما يرى معارضو الهامش التقديري أن هذا المفهوم أضفى عنصر النسبية على التفسير الموحد للاتفاقية، وهو ما أدى لاختلاف في نطاقه حسب ظروف كل قضية<sup>7</sup>.

**خامسا-الهامش التقديري مفهوم عملي:** يوصف بـ "أداة" وضع الاتفاقية موضع تطبيق<sup>8</sup> نظرا لأنه يستجيب لمتطلبات عملية، حيث يخفف العبء المرهق وغير المعقول الواقع على المحكمة والذي يؤثر على المدة التي تستغرقها لإغلاق قضية معروضة أمامها والتي تقارب 5 سنوات في بعض الحالات مما يتطلب ترك مجال للدول الأطراف لحل مشاكلها بمفردها، يمكن المحكمة من الاستفادة من خبرة الدول لتقييم ووضع حل مناسب للمشكلات المعقدة فقد أكدت من خلاله الموقع الأفضل للدولة نظرا لمعرفتها بمجمل الظروف على مستواها الداخلي فتكون الأمثل

<sup>1</sup>Iryna Kretova, op.cit, p174.

<sup>2</sup>Anatoly Kovler, "La Cour européenne des droits de l'homme face à la souveraineté d'État", in: L'Europe en Formation, n° 368, 2/2013, p214.

<sup>3</sup>A H Robertson and J G Merrills, Human Rights in Europe: A Study of the European Convention on Human Rights, 3rd ed, MUP, 1993, p369.

Cité par: Rachael Eguono Ita, op.cit, p25.

<sup>4</sup>Yutaka Arai-Takahashi, op.cit, p3.

<sup>5</sup>Rachael Eguono Ita, op.cit, p25.

<sup>6</sup>İtir Aladağ Görentaş, op.cit, p205.

<sup>7</sup>P Van Dijk and GJH van Hoof, Theory and Practice of the European Court of Human Rights, 2nd ed, 1990, pp583-606.

Cité par: Rachael Eguono Ita, op.cit, p25.

<sup>8</sup>Louis-Philippe Lampron et Louis LeBel, "Le droit Européen des droits de la personne et la cour suprême du Canada: une perspective Canadienne", in: Revue québécoise de droit international, Hors-série, 2020, p615.

لوضع الضمانات الاتفاقية موضع تطبيق، كما استعملته المحكمة كآلية لتجاوز التفسيرات المختلفة للحقوق الواردة بالاتفاقية من الدول الأطراف<sup>1</sup>، وتمسكت به لتبرير أي تدبير داخلي مشكوك في عدم توافقه مع الاتفاقية<sup>2</sup> ولذلك فالمفهوم يعد عمليا بالنسبة للمحكمة التي تواجه العديد من القضايا التي لا يتم التعامل معها تقليديا في الهيئات الدولية الأخرى وهو ما يجعلها فريدة من نوعها، إذ يسمح لها بل ويلزمها من جهة بالوفاء بواجب حماية حقوق الإنسان ومن جهة أخرى باحترام دورها الاحتياطي<sup>3</sup>، أما بالنسبة للدول فقد تمسكت بالهامش التقديري لتبرير تجاوزها لما تتطلبه الاتفاقية<sup>4</sup>.

تثبت خصائص الهامش التقديري أهميته للدولة التي يمنحها مجالاً من الحرية في وضع الاتفاقية موضع تطبيق ولكن كذلك للمحكمة، حيث يعد تقنية تستعملها من أجل أداء مهامها الرقابية ولتجنب إنكار العدالة، خاصة في الحالات التي يتعذر عليها فيها إيجاد حل أو يصعب فيها ذلك لعدة اعتبارات منها سياسية، وقد فرضت حداثة وعدم خبرة هيئات الرقابة الاتفاقية وبشكل خاص المحكمة في بدايات عملها وعدم وجود منهج واضح لممارسة رقابتها استعمال الهامش التقديري تحت مبررات الموقع الأفضل للدولة ومعرفتها بظروفها الداخلية وبالخصوصيات الوطنية للدول واحترام التنوع في أوروبا.

## المطلب الثاني:

### صور استعمال الهامش التقديري للدولة

استعملت المحكمة مفهوم الهامش التقديري في اجتهادها القضائي بصور مختلفة، وقد حاول الفقه كل حسب وجهة نظره تصنيفها في فئات حسب الغاية من هذا الاستعمال، وحرى بالذكر أن هذه الاستعمالات تعد بتعبير آخر وظائف لهذا المفهوم، ومن التصنيفات الشائعة الاستعمال الهيكلي والموضوعي (الفرع الأول) واستعماله كقاعدة تطبيق وقاعدة تعريف (الفرع الثاني).

<sup>1</sup>Itr Aladağ Görentaş, op.cit, p205 et p200.

<sup>2</sup>Andenas Mads, Bjorge Eirik, op.cit, p386 et p392.

<sup>3</sup>E. Wada, "A pretty picture: the Margin of Appreciation and the Right to Assisted Suicide", Loyola Law School L.A. Law review, vol. 27:275, May 2005, p 287.

Cité par: Council of Europe, The lisbon network, Margin of appreciation doctrine, op.cit.

<sup>4</sup>Andenas Mads, Bjorge Eirik, op.cit, p386 et p392.

## الفرع الأول:

### الاستعمال الهيكلي والاستعمال الموضوعي

يُميز الفقه على رأسهم Letsas بين استعمالين للهامش التقديري في الاجتهاد القضائي للمحكمة هما: الاستعمال الهيكلي والاستعمال الموضوعي<sup>1</sup>.

أولاً- الاستعمال الهيكلي: يطلق عليه الاستعمال أو المفهوم الهيكلي أو البنوي structural use، ويقصد به حسب Letsas المجال التقديري الممنوح للسلطات الوطنية من منطلق العلاقة بين الدولة الطرف والمحكمة<sup>2</sup> باعتبارها جهاز قضائي دولي، يجب أن يأخذ بالاعتبار سيادة الدول الأطراف، ويترك للسلطات الوطنية مجالاً من المسؤولية لضمان حماية حقوق الإنسان، وبذلك فإن هذا الاستعمال يجسد فكرة "الأخذ الإرادي بالهامش التقديري voluntarist version of the margin" حيث تمارس المحكمة رقابتها وفقاً لقرينة مسبقة قوية لصالح الدولة، وينتج عن ذلك تحفظ المحكمة عند تقييمها لتناسب التدبير المحتج ضده، كما يجعل هذا الاستعمال الهامش التقديري أداة للموازنة بين سيادة الدول الأطراف والتزاماتهم بموجب الاتفاقية<sup>3</sup>، وموجهاً لحدود رقابة المحكمة التي تمارسها بصفتها محكمة فوق وطنية<sup>4</sup>.

يؤكد هذا الاستعمال أن الهامش التقديري الوطني هو انعكاس للعلاقة بين محكمة دولية والأنظمة الديمقراطية الوطنية بسلطاتها المختلفة، وأنه مفهوم ضروري للسماح بتدخل محكمة دولية في سيادة دول ديمقراطية وللقبول السياسي بهذا التدخل<sup>5</sup>، وقد وصفت المحكمة الهامش التقديري بأنه "أداة لتحديد العلاقات بين السلطات والمحكمة"<sup>6</sup>، وأكدت بأنها تحترم بشدة الجهات القضائية الوطنية لاسيما الجهات القضائية العليا ومن ثم تحترم قراراتها وتتحفظ في التدقيق في هذه القرارات، ولا يمكن لها أن تضع وجهة نظرها محل وجهة نظر المحاكم الوطنية إلا بناء على

<sup>1</sup>George Letsas, A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, 2007, pp80-98.

<sup>2</sup>Rachael Eguono Ita, op.cit, pp21-22.

Voir aussi : Yutaka Arai-Takahashi, op.cit, p9.

<sup>3</sup>Rachael Eguono Ita, op.cit, pp21-22.

<sup>4</sup>Equality and Human Rights Commission, op.cit, p160.

<sup>5</sup>George Letsas, op.cit, p90.

Voir aussi: Dominic Mcgoldrick, op.cit, pp32-33.

<sup>6</sup>«tool to define relations between the domestic authorities and the Court".

A and Others v. UK, op.cit, para 184.

أسباب قوية، ولكنها ألزمتها بالمقابل باستعمال معايير المحكمة في موازنتها<sup>1</sup>، وفي حالة عدم قيامها بالموازنة فليس شرطاً أن تكون هناك أسباب قوية لتعويضها<sup>2</sup>.

يقوم هذا الاستعمال على عنصرين أساسيين: الأول احترام المشروعية المحلية، والثاني غياب الخبرة والمعرفة لدى القضاء الدولي لحقوق الإنسان<sup>3</sup>، ويشكل الاحترام محور هذا الاستعمال، وقد دعمته المحكمة بأخذها بمبدأي الاحتياطية والتوافق consensus بين الدول<sup>4</sup> فبين الأول أن حماية الحقوق تقع على الدول أولاً قبل المحكمة ويبين الثاني أن قبول الدول واعترافهم بمفهوم معين ذو علاقة بالاتفاقية هو عامل مهم تراعيه المحكمة في اتخاذ قرارها.

استمر الجدل حول استعمال الهامش التقديري، حيث يرى أنصاره بأنه مثال ذكي لضبط النفس القضائي الذي تقوم به المحكمة وأنه يستجيب لحساسيات الدول الأوروبية، بينما يرى معارضوه أنه من الصعب التوفيق بين هذا الاحترام الذي يركز عليه الهامش التقديري لفائدة الدولة الطرف ومبدأ مساواة جميع الناس في الكرامة والحقوق، ومثال ذلك في قضية Handyside حيث أن نفس المنشور مباح في الدنمارك ومحظور في المملكة المتحدة<sup>5</sup>، فقد يسمح ذلك باختلاف حماية نفس الحق ومعالجة نفس المسألة من دولة لأخرى ومنه المساس بالمساواة التي تمثل جوهر الحقوق الواردة بالاتفاقية، وعموماً فقد ينطوي الاستعمال الهيكلي للهامش التقديري على خطورة متى كان الهدف منه مجرد الاحترام الذي تبديه المحكمة للسلطات الوطنية.

**ثانياً- الاستعمال الموضوعي:** يطلق عليه كذلك الاستعمال أو المفهوم الموضوعي substantive use، ويظهر هذا الاستعمال وفقاً لـ Letsas في جميع الحالات المتعلقة بتدخل دولة طرف في حرية محمية بالاتفاقية، دون أن يشكل هذا التدخل انتهاكاً<sup>6</sup>، ويعرف بأنه التفسير التقديري الممنوح للسلطات الوطنية لتقييم النزاع القائم أو تحقيق التوازن المناسب بين الحقوق الفردية للشخص والمصلحة العامة للجميع<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> ECtHR (GC), Axel Springer AG v. Germany, app.№ 39954/08, judg of 7/2/2012, para 88; ECtHR (GC), Aksu v. Turkey, app.№s 4149/04 and 41029/04, judg of 15/3/2012, para67, 74.

<sup>2</sup> N Bratza, "The Relationship between the UK Courts and Strasbourg", in: EHRLR,2011,pp505,507. Cité par: Dominic McGoldrick, op.cit, p33.

<sup>3</sup> Yutaka Arai-Takahashi, op.cit, p9.

<sup>4</sup> Equality and Human Rights Commission, op.cit, p160.

<sup>5</sup> Council of Europe, The Conscience of Europe: 50 Years of the European Court of Human Rights, op.cit, p171.

<sup>6</sup> Rachael Eguono Ita, op.cit, p21.

<sup>7</sup> Yutaka Arai-Takahashi, op.cit, p9.

يسعى الاستعمال الموضوعي للهامش التقديري إلى توجيه العلاقة بين الحريات الفردية والأهداف الجماعية أي بين المصلحة الخاصة و المصلحة العامة، ويظهر هذا الاستعمال بوضوح في مجال المواد من 8 إلى 11 من الاتفاقية<sup>1</sup> ، عند الموازنة بين الحقوق المضمونة بهذه المواد من جهة وبين التدخلات المسموح بها للدول والتي يتم تبريرها بالفقرات الثانية من ذات المواد<sup>2</sup>.

ويجب على المحكمة أن تتحقق من تناسب التدخل في الحقوق مع الهدف المشروع الذي ترمي إليه الدولة، بناء على معايير تتمثل في ضرورة التدخل في مجتمع ديمقراطي ووجود حاجة إليه، فمتى وصلت إلى وجود توازن عادل بين الحقوق الفردية والقيم الديمقراطية فذلك يعني أن الدولة لم تخرج عن إطار الهامش التقديري المتروك لها، وبالتالي لم تنتهك التزاماتها الاتفاقية، وبالنتيجة فإن الاستعمال الموضوعي للهامش التقديري هو "النسخة المعقلنة أو المبررة للهامش"<sup>3</sup>.

يتعلق الاستعمال الموضوعي للهامش التقديري بالحرية الممنوحة للدولة في تقدير تقييد الحقوق، بالاستناد على الموازنة بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة، وهو أمر جد حساس يجب أن يخضع لرقابة المحكمة، حيث تلتزم الأخيرة عند عرض أي نزاع عليها بثير التدخل في الحقوق بإجراء فحص تناسب للتدابير التي اتخذتها الدولة لتقرر على ضوءه وجود أو عدم وجود انتهاك، ويتطلب الأمر أن تكون رقابة التناسب واضحة خاصة من حيث معاييرها، حتى لا يتحول الاستعمال الموضوعي إلى مجرد صورة احترام من المحكمة للسلطات الوطنية مما يفرغ الرقابة من جوهرها والغاية منها في قانون الاتفاقية.

انتقد Letsas الاستعمال الموضوعي والهيكل للهامش التقديري، ورأى بأن الاستعمال الموضوعي "غير ضروري ومشكوكا فيه"، ووصل إلى عدم الحاجة إليه وأنه يشكل خطرا على القيم الليبرالية والمساواة التي تقوم عليها حقوق الإنسان، وبالعكس من ذلك رأى الأستاذان vila و unguoreanu بأن التفسير المعقول للهامش التقديري يمكن أن يفيد في توضيح أي خطأ ناتج عن التقييم المجرد للاتفاقية وتحديد متى يجب عدم القيام باختبار تناسب صارم لتطبيق الاتفاقية، ويرتبط هذا الرأي بدور المحكمة في تحديد نطاق الهامش التقديري<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أو ما يعرف ببند التقييد الصريحة وهي: الحق في احترام الحياة الخاصة والعائلية، حرية التفكير، الضمير والدين، حرية التعبير، حرية الاجتماع والتجمع.

<sup>2</sup>George Letsas, op.cit, pp84-90.

Voir aussi: Equality and Human Rights Commission, op.cit, p160.

<sup>3</sup>Rachael Eguono Ita, op.cit, p21.

<sup>4</sup>Ibid, p22.

## الفرع الثاني:

### الهامش التقديري للدولة كقاعدة تطبيق وقاعدة تعريف

يميز الأستاذ Shany بين استعمالين للهامش التقديري الأول كقاعدة تطبيق والثاني كقاعدة تعريف<sup>1</sup>.

أولاً-الهامش التقديري للدولة قاعدة تطبيق: يقصد باستخدام المفهوم ك "قاعدة تطبيق norm application " أن تكفل المحكمة احتراماً معيناً للحكم الصادر عن سلطات الدولة أو عموماً عن المسؤول على اتخاذ التدبير أو القرار المعني بالنظر، فيما يتعلق بتطبيق الاتفاقية على وقائع ملموسة في حالة معينة، وبمعنى آخر يقصد به احترام أو تنازل المحكمة، عند درجة معينة، لصالح الدول عن صلاحية تقييم مدى تناسب تدبير معين، مدى وجود حاجة اجتماعية ملحة، مدى تأثير الحق بين المصالح المتنافسة (المصلحة الفردية ومصصلحة المجموعة)، مدى اختلاف ظروف الواقع مع إحدى التعاريف الواردة بالاتفاقية<sup>2</sup>.

استخدمت هيئات الرقابة الاتفاقية الهامش التقديري لتبين احترامها للسلطات الوطنية عند تقييمها مدى توافق الظروف الواقعية الملموسة مع أحد المفاهيم الواردة بالاتفاقية منذ وقت مبكر وذلك في مجال الخروج عن الاتفاقية بموجب المادة 15 منها كقرينة على حق الدول في اتخاذ قرار وطني بالتدخل من الاتفاقية، وفي مجال تقييد الحقوق مثلاً فيما يخص حرية المراسلات وفيما يخص حرية التعبير، وفي مجال الالتزامات الإيجابية واختيار تدابير الوفاء بها، ويبين هذا الاستعمال ثقة المحكمة في التطبيق السليم للناسب من طرف الدول على مجمل الظروف الملموسة لقضية معينة<sup>3</sup>.

وقد اعتبره الأستاذ Letsas مفهوماً هيكلياً نظراً لارتباطه بطبيعة المحكمة كهيئة ذات اختصاص دولي، وبالتالي يجب عليها أن تحترم تقدير الدول عند تنفيذها التزاماتها الدولية، ولا تحكم بوجود انتهاك للاتفاقية إلا إذا تجاوزت الدولة حدود هامشها التقديري، وبالنتيجة فإن القرارات الوطنية لا تخضع لفحص كامل ومفصل، وعلى كل يجب تمييز استعمال الهامش التقديري

<sup>1</sup>Jan Kratochvíl, op.cit, p328 et pp329-333.

<sup>2</sup>Ibid, p330.

<sup>3</sup>Ibid, p329.

كقاعدة تطبيق" عن إقرار المحكمة بعدم وجود انتهاك لأن الأسس الموضوعية للقضية تؤكد عدم حدوث انتهاك للاتفاقية<sup>1</sup>.

في إطار الهامش التقديري كقاعدة تطبيق، منحت المحكمة للدول حرية معينة في اختيار الوسائل التي تمثل من خلالها لالتزاماتها الاتفاقية تحديدا للالتزامات بتحقيق نتيجة، ويترتب عن ذلك أنه في حالة عدم اتخاذ الدولة تدبيرا معيناً، حتى ولو كانت ملزمة باتخاذها بموجب القانون الوطني، فذلك لا يعني بالضرورة أنها انتهكت الاتفاقية نظراً لإمكانية وجود تدابير أخرى تتخذها الدولة تكون كافية للوفاء بالتزاماتها، وعليه فالمحكمة لا تملّي على الدول التدابير العملية الملموسة التي يجب أن تتخذها للوفاء بالتزاماتها الإيجابية، بل تكفي فقط بدراسة وفحص ما إذا كانت التدابير المتخذة ملائمة، أي تراقب تحقق النتيجة المستهدفة بالاتفاقية فقط، ومع ذلك تجدر الإشارة إلى أن هناك أحكام طلبت فيها المحكمة من الدول المدعى عليها اتخاذ تدبير محدد مثلاً تجريم أعمال العنف الجنسي أو المتابعة الجزائية لأعمال العنف الجسدي الخطيرة التي ترقى لتشكّل سوء معاملة بموجب المادة 3 من الاتفاقية، كما تجدر الإشارة إلى أن استعمال الهامش التقديري لاختيار الوسائل لم يؤثر ولم يغير في تحليل المحكمة لمدى التوافق مع الاتفاقية ومثاله حكم Fadejeva v. Russia سنة 2005، وإلى أن هذا الاستعمال يرتبط في جوهره بالاحترام المتروك للدول، ولكن لا يوجد نطاق لهذا الاحترام حيث يمكن للمحكمة توسيعه أو تقليصه حسب الظروف مثلما هو عليه الأمر في الاستعمالات الأخرى للهامش التقديري، وهو ما يجعل هذا الاستعمال بدون هدف مفيد ولا يضيف شيئاً إلى تحليل المحكمة<sup>2</sup>.

كما منحت المحكمة للدول حرية في تقييم الوقائع، وقد استدلت عليه الأستاذة Brems بحكم Luberti v. Italy في 1984/2/23 الذي يخص احتجاز فرد بصفته مجنوناً حيث اعترفت فيه المحكمة للسلطات الوطنية بهامش تقديري واسع نظراً لأنه يعود لها في المقام الأول تقييم الأدلة المعروضة أمامها في قضية معينة، وهو ما يجعل هذا الاستعمال متغيراً من متغيرات استعمال الهامش التقديري كـ " قاعدة تطبيق، ومع ذلك تجدر الإشارة إلى أنه وباعتبار أن المحكمة لا يمكن لها أن تعيد تقييم الأدلة التي سبق تقييمها من المحاكم الوطنية، فلا يوجد داع لاستعمال المحكمة في هذه الحالة لمفهوم الهامش التقديري<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>Martin Kopa, op.cit, p42.

<sup>2</sup>Jan Kratochvíl, op.cit, pp333-p334.

<sup>3</sup>Ibid, pp334-335.

من المهم الإشارة إلى أن الأستاذ Greer رأى تمتع الدول بهامش تقديري لتفسير وتطبيق العبارات والصفات الفضفاضة والغامضة الواردة بالاتفاقية ومنها صفة "معقول" *raisonnable*، "أقصر أجل" *court délai* أو في الاجتهاد القضائي للمحكمة مثلا "تعسفي" *excessif*، "arbitraire"<sup>1</sup>، وعبرة "في أقرب وقت ممكن إلى المحكمة" كذلك الواردة في الفقرة 3 من المادة 5 من الاتفاقية كشرط لتقديم أي شخص موقوف أمام القضاء، وبهذا الخصوص ناقشت المحكمة مثلا في حكم Brogan مدة توقيف الأشخاص للتحقق من مدى توافقها مع الشرط الوارد في المادة 5 أعلاه، ورأت أن السرعة تتوقف على العوامل الخاصة بكل قضية وأنها تختلف وفقا للظروف<sup>2</sup>، وبذلك فإن الهامش التقديري هنا يشبه الهامش الذي تتمتع به الدول لتطبيق الاتفاقية على ظروف واقعية ملموسة، ولكنه لا يخلو من خطورة تأثير التفسير المختلف للمفاهيم على حماية الحقوق.

**ثانيا- الهامش التقديري للدولة قاعدة تعريف:** يقصد باستعمال المفهوم ك "قاعدة تعريف Norm definition " أن الدول تتمتع بمساحة لتحديد معنى حكم معين في الاتفاقية، وقد وضع الأستاذ Yuval Shany بأن الهامش التقديري وفقا لهذا الاستعمال يرتبط بخصائص القواعد الدولية وهي السعة وعدم الاستقرار، وصنف هذه القواعد عموما إلى قواعد معيارية *norms* Standard-type كشرط "الضرورة" المنصوص عليه في بنود التقييد في المواد من 8 إلى 11 من الاتفاقية، قواعد تقديرية *discretionary norms* مثل القاعدة الواردة في المادة الأولى من البروتوكول الأول الملحق بالاتفاقية حول عدم جواز حرمان أي أحد من ممتلكاته إلا من أجل تحقيق المصلحة العامة ووفقا للشروط المنصوص عليها في القانون وفي المبادئ العامة للقانون الدولي، أو قواعد قائمة على النتائج *result oriented norms* ومثالها المادة 6 من الاتفاقية التي تضمن الحق في محاكمة عادلة دون أن تحدد كيف يفترض أن تفسر الدول الأنظمة القضائية العادلة، فالمهم في الأخير أن تكون عادلة حقا ككل في الممارسة<sup>3</sup>.

يعكس استخدام الهامش التقديري ك"قاعدة تعريف" مرونة القواعد الاتفاقية ويتم استعماله بهذا الشكل لتعريف حق أو مبدأ<sup>4</sup> كما يلي:

<sup>1</sup>Steven Greer, op.cit, p33.

<sup>2</sup>ECtHR (plenary), Brogan and others v. UK, App. Nos. 11209/84 and others, judg. of 29/11/1988, para 61.

<sup>3</sup>Martin Kopa, op.cit, p42.

<sup>4</sup>Jan Kratochvíl, op.cit, p328 et p330.

1- استعمال الهامش التقديري للدولة لتعريف حق من الحقوق المحمية: استعملت المحكمة غالباً مفهوم الهامش التقديري في إطار المادة 6 من الاتفاقية للسماح بتقييد الحق في محكمة *the right of access to a court* وتأكيد أنه ليس مطلقاً، مما يؤدي إلى تضيق التزامات الدولة بموجب المادة 6، ويمتد هذا الهامش إلى عناصر الحق في الوصول إلى محكمة وتنفيذ أحكامها، وكذلك إلى تحديد فترة تقادم إجراءات المتابعة<sup>1</sup>.

2- استعمال الهامش التقديري للدولة لتعريف مبدأ من مبادئ الاتفاقية: استعملت المحكمة مفهوم الهامش التقديري عندما يتعلق الأمر بمبدأ مثلاً كعدم التمييز، حيث رأت في أحد أحكامها أن تحديد سن تقاعد مختلف بين الرجال والنساء يصب في إطار استراتيجية اقتصادية أو اجتماعية للدولة، ويمنح للأخيرة هامشاً تقديرياً واسعاً<sup>2</sup>.

تم انتقاد استعمال الهامش التقديري كقاعدة تعريف حيث اقترح كل من Kopa و Kratochvil التخلي عنه لأن الاحترام المكفول بموجبه للدولة يؤدي بالمحكمة إلى فقدان التحكم في تحديد الإطار الدقيق للحقوق المحمية بالاتفاقية إلى حد لا يمكن تبريره بدورها الاحتياطي، كما ربط الأستاذ Letsas هذا الاستعمال بتقييد الحقوق ولكنه رأى بأنه لا يقدم إجابة عما إذا كان تدخل معين يعد مقبولاً أو غير مقبول مما يجعله دون أي فائدة، كذلك من الانتقادات أن الهامش التقديري يرتبط مباشرة بمبدأ التناسب ولكن استعماله "كقاعدة تعريف" بمثابة خطوة إلى الخلف نحو تعريف الالتزامات الاتفاقية حيث لا يكون للتناسب أي تأثير، كما أن إشارة المحكمة إلى تماشي الهامش التقديري مع الرقابة الأوروبية يجعل هذا الاستعمال يتعارض مع مبادئ التناسب والرقابة الأوروبية، ولهذا وجب التخلي عنه واستبعاده<sup>3</sup>.

كذلك تم انتقاد استعمال الهامش التقديري كقاعدة تطبيق وكقاعدة تعريف من جهة بسبب عدم وضوح التمييز بين الاستعمالين، فقد استعملته المحكمة في بعض القضايا كقاعدة تطبيق

<sup>1</sup>Jan Kratochvíl, op.cit, p330.

Voir aussi: ECtHR (sec. 5), Petkoski and Others v. Macedonia, app. No. 27736/03, judg. of 8/01/2009, para 41; ECtHR (fifth sec.), Belev and Others v. Bulgaria, app. Nos 16354/02 and others, judg. of 2/04/2009, para57.

ECtHR (GC), Times Newspapers Ltd (No.1 and 2) v. UK, app. Nos 3002/03 and 23676/03, judg. of 10/03/2009, para 46.

<sup>2</sup>ECtHR (GC), Stec and Others v. UK, app. Nos. 65731/01 and 65900/01, judg. of 12/04/2006, para 66; ECtHR (Sec. V), Andrlé v. the Czech Republic, app. No. 6268/08, judg. of 17/2/2011, para 60.

<sup>3</sup>Jan Kratochvíl, op.cit, p332.

Voir aussi: Martin Kopa, op.cit, p43.

وتفسير معا، فمثلا اعترفت في حكم Holy Synod of the Bulgarian Orthodox Church (Metropolitan Inokentiy) and Others v. Bulgaria في 2009/1/22 بتمتع الدولة بهامش تقديري واسع في مجال علاقاتها مع المجموعات الدينية، مما يوحي بأن تعريف الحرية الدينية لا يشمل تنظيم العلاقات بين الدول والكنائس، ثم عادت واستعملت الهامش التقديري بعدها لتطبيق حرية الدين على ظروف واقعية ملموسة بحيث تكون الدول حرة نسبيا في التدخل في شؤون الطوائف الدينية متى رأت أن ظروف الواقع تتطلب ذلك، ومن جهة بسبب صعوبة الفصل بين الاستعمالين، وهو ما يظهر مثلا من حكم Schalk and Kopf v. Austria بتاريخ 2010/6/24 المتعلق بزواج المثليين، حيث استخدم أغلبية القضاة الهامش التقديري كـ "قاعدة تعريف" لتعريف حق وارد بالمادة 14 مقترنة بالمادة 8 من الاتفاقية والتي لم تلزم الدول الأطراف بتسجيل الشراكة بين الأزواج المثليين قبل سنة 2010، بينما استعمله القضاة المعارضين في الحكم (وهم ثلاثة) كـ "قاعدة تطبيق" ووصلوا إلى أنه لا يمكن منح الدولة هامشا تقديريا إلا إذا قدمت أسبابا تبرر تدخلها في حقوق الشاكين وفي قضية الحال تبرر اختلاف معاملتها للأزواج المثليين، واستعملوا الهامش التقديري على وضعية ملموسة واستبعدوا استعماله كقاعدة تعريف لما قد ينجر عن ذلك من مخاطر<sup>1</sup>.

إن التمييز بين استعمال الهامش التقديري كقاعدة تطبيق وكقاعدة تعريف هو أمر ذاتي يعود للمحكمة ويتوقف على طريقة نظرها للقضية، فقد يبدو أن جميع استعمالات الهامش التقديري تتعلق بمجرد تطبيق الاتفاقية على الظروف الملموسة لكل قضية، فمثلا رأت المحكمة بأن الاتفاقية لا تحظر وضع سن تقاعد مختلف بالنسبة للرجال والنساء وبذلك طبقت مبدأ حظر التمييز على مجموعة حقائق ملموسة، إلا أن المحكمة استعملت الهامش التقديري في حالات لتعريف مبدأ رغم أنها تخص مجموعة محدودة من الوقائع، ومن أمثلة ذلك نجد حكم Obukhova الذي موضوعه حظر نشر أي مقال حول حادث مرور قيد نظر من القضاء قد تسبب فيه قاض، بناء على مبدأ مفاده أن الدول التي لا يحتوي نظامها القانوني على قاعدة Sub judice وهي قاعدة مكرسة في عدد من الأنظمة القانونية مضمونها أن التعليق العلني على قضايا محل نظر من القضاء يشكل جريمة، وتشمل النشر الإعلامي والتصريحات ذات الصلة بالقضية من جميع

<sup>1</sup>Jan Kratochvíl, op.cit, pp331-332.

الأطراف- لا يمكن لها أن تحظر كليا نشر معلومات حول قضية قائمة أمام القضاء تتعلق بالمصلحة العامة<sup>1</sup>.

مما سبق فإن هناك استعمالات للهامش التقديري دون هدف مفيد ولا أثر على نتيجة حكم المحكمة، كالمعلقة باختيار الوسائل وبتقييم الأدلة، وهناك استعمالات قد تشكل خطرا بتأثيرها على حماية حقوق الإنسان وحياته المضمونة بالاتفاقية كاستعمال الهامش التقديري لتفسير المفاهيم، خاصة إذا تم تركه على إطلاقه، كما أن هناك استعمالات متداخلة كاستعمال الوسائل وتقييم الوقائع مع استعمال الهامش التقديري كقاعدة تطبيق، ويعود السبب الرئيسي لذلك إلى عدم وجود إطار واضح يحدد كيف ومتى يتم استعمال المفهوم.

وعلى كل فإن الأستاذان Olinga و Picheral يؤكدان بأن القول بضرورة التحديد المسبق لمعالم الهامش التقديري يكاد يكون أمرا غير معقول<sup>2</sup> نظرا لعدم إمكانية تحقيقه في الواقع.

### المبحث الثاني:

#### تطور تكريس الهامش التقديري للدولة

اعتمدت المحكمة مفهوم الهامش التقديري وطورت استعماله على مر السنوات، كما وكيفا، حيث استعملته كأداة للقيام بوظيفتها الرقابية على احترام الدول لالتزاماتهم بموجب الاتفاقية من خلال منحها مجالا من الحرية لوضعها موضع تنفيذ، والحقيقة أن مفهوم الهامش التقديري يجد أصله خارج قانون الاتفاقية (المطلب الأول) ليطم تبنيه في سابقة من نوعها في نظام إقليمي لحقوق الإنسان هو النظام الأوروبي من خلال قانون الاتفاقية (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول:

#### تطور الهامش التقديري للدولة خارج قانون الاتفاقية

رغم أن النظام الأوروبي لحقوق الإنسان يعد أول نظام حماية لحقوق الإنسان يأخذ بالهامش التقديري إلا أن ذلك لا ينفي حقيقة أن هذا المفهوم يجد أصله خارج قانون الاتفاقية تحديدا في

<sup>1</sup>ECtHR (first sec.), Obukhova v. Russia, app. №34736, judg. of 8/1/2009, final 8/4/2009.  
Cité par: Jan Kratochvíl, op.cit, pp331-332.

<sup>2</sup>Alain-Didier Olinga, Caroline Picheral, op.cit, p 602.

الأنظمة القانونية الوطنية (الفرع الأول) لينتقل بعدها إلى مجال القانون الدولي عموماً (الفرع الثاني).

## الفرع الأول:

### الهامش التقديري للدولة في الأنظمة القانونية الوطنية

تمتد جذور الهامش التقديري إلى القانون الإداري الفرنسي وتحديد فكرة السلطة التقديرية للإدارة، والتي تجد مصدرها في الاجتهاد القضائي الإداري الذي اعترف منذ الستينيات للسلطات الإدارية بسلطة تقديرية واسعة بالموازاة مع إخضاعها لرقابة القاضي الإداري وتوقيع جزاء عليها في حال وجود خطأ واضح في التقدير<sup>1</sup> وقد كان مجلس الدولة الفرنسي سابقاً في استخدام مصطلح "الهامش التقديري" ثم امتد إلى القضاء المدني<sup>2</sup>، وتجدر الإشارة إلى وجود هذا المفهوم كذلك في القانون الإداري الألماني من خلال مفهوم نطاق التقييم Beurteilungsspielraum والتقدير Ermessensspielraum<sup>3</sup>، وفي هذا السياق فإن تيار الأرثوذكس يتبنى وجهة الرأي التي مفادها أن أصل الهامش التقديري يعود للقانون الفرنسي والألماني، وإن كان هناك من الفقهاء من يخالف ذلك ومنهم Bjorge الذي أشار إلى أن المفهوم نشأ في سياق القانون الدولي العام لحل المشاكل المرتبطة به وليس في القانون الإداري كما يعتقد غالباً<sup>4</sup>.

يجد مفهوم الهامش التقديري أساسه القانوني في الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي وفي النظام الإداري، وقد تم تطوير المفهوم في ألمانيا غير أن مضمون السلطة التقديرية الإدارية وفقاً للنظرية الألمانية ضيق جداً مقارنة بالهامش التقديري المستعمل في الاتفاقية وفي القانون الجماعي<sup>5</sup>، وقد امتد استعمال المفهوم إلى الأنظمة القانونية للدول الأخرى وتوسع تطبيقه إلى مجالات أخرى لاسيما القانون الدستوري والقانون الدولي لحقوق الإنسان<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>Yutaka Arai-Takahashi, op.cit, p2.

Voir aussi : Giulio Itzcovich, "One, None and one hundred thousand margins of appreciations : The Lautsi case", in: HRLR, 13/2013, p292.

<sup>2</sup>Rachael Eguono Ita, op.cit, p18.

<sup>3</sup>Yutaka Arai-Takahashi, op.cit, pp2-3.

Voir aussi: Koen Lemmens, "The Margin of Appreciation in the ECtHR's Case Law A European Version of the Levels of Scrutiny Doctrine?", in: European Journal of Law Reform (20) 2-3, 2018, p89.

<sup>4</sup>Dominic Mcgoldrick, op.cit, p23.

<sup>5</sup>Council of Europe, The Lisbon network, Margin of appreciation doctrine, op.cit.

<sup>6</sup>Nilufar Shahpanahi, op.cit, pp2-3.

يظهر الهامش التقديري عندما يترك المشرع مجالاً من الحرية للسلطة التنفيذية لتفسير المصطلحات القانونية غير المعرفة، ويترك للقاضي هامشاً تفسيرياً باعتباره مستقبلاً للقاعدة القانونية ومن هامش تقديري للحكم وفقاً لسلطته التقديرية، كما يظهر عندما يمنح القاضي هامشاً تقديرياً من خلال التقييد الذاتي لسلطاته وقد طورت الأنظمة القانونية الوطنية أدوات لتحسين أنواع من القرارات والأعمال من التدقيق القضائي حيث تخضع لرقابة قضائية محدودة وفقاً لشروط أقل صرامة مثلاً فيما يخص رقابة الخطأ الظاهر، رقابة الجزاءات غير المتناسبة بشكل واضح، وعليه فإن مصطلح "الهامش" في القانون الداخلي يرتبط بتعدد القيم القانونية حيث يحتوي النظام القانوني الواحد على قواعد قانونية مختلفة تطبق على وضعيات متشابهة<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني:

### الهامش التقديري للدولة في القانون الدولي

يهدف تدويل القانون أساساً إلى وضع قانون مشترك بين الدول "Droit commun" أو كما يسميه الأستاذ والفيلسوف الألماني Jürgen Habermas بالقانون العالمي "Droit cosmopolitique" الذي يعد بمثابة نظام عام يطبق على العلاقات بين الشعوب، غير أن تطور تدويل القانون خلق ضغطاً متبادلاً بين القانون الدولي والقانون الداخلي نتيجة العلاقات المترابطة والمتداخلة بين الدول فضلاً عن فتح المجال للخواص في مواجهة الدولة، فلازمته ضرورة الاعتراف بتنوع وتعدد الأنظمة القانونية، والاعتراف بالخصوصيات باختلافها الوطنية والجهوية والمحلية وبالتالي الاعتراف بوجود الهامش التقديري الوطني، وتجدر الإشارة إلى أن تفاقم حدة تهديدات ظاهرة العولمة كانت سبباً رئيسياً حسب البعض في تقوية مكانة الخصوصية وضرورة احترام تعدد الأنظمة القانونية لاسيما الوطنية ومنه فتح المجال لهذا الهامش<sup>2</sup>.

يقتضي تدويل القانون بهدف الحصول على قانون مشترك فوق وطني القيام بمقارنة مسبقة بين الأنظمة القانونية المعنية بالقانون المشترك المراد إخراجها للوجود سواء على المستوى الإقليمي أو العالمي من أجل استخراج نقاط الاختلاف لمواءمتها عند اعتماد القانون المشترك، وعليه فإن غياب المقارنة المسبقة يعد سبباً رئيسياً لاستمرار العودة للقانون الداخلي في كل مرة، ومنه العمل بالهامش التقديري والذي يسمح بوجود أنظمة قانونية مختلفة جزئياً دون أن يسمح لها بأن تصنع

<sup>1</sup>Mireille Delmas-Marty et Marie-Laure Izorche, op.cit, p925.

Voir aussi : Giulio Itzcovich, op.cit, p292.

<sup>2</sup>Mireille Delmas-Marty et Marie-Laure Izorche, op.cit, pp926-927.

نظاما قانونيا مشتركا، والحقيقة أن الهامش التقديري لا يثير إشكالا من جهة لأن الدول الأطراف ذاتها هي التي وضعت القاعدة الدولية المشتركة التي تحكمها، وإن كان يؤدي لتشابك وتداخل مبدأ تدرج القواعد القانونية (مرتبة القواعد الاتفاقية الدولية في هرم تدرج القواعد القانونية)، غير أنه من جهة ثانية يؤدي للحد من الرقابة التي يمارسها القاضي الدولي على هذا القانون المشترك، بسبب تغيير موضع القاعدة القانونية من دولية إلى وطنية، حيث يصبح القاضي الدولي أكثر حذرا<sup>1</sup>.

تم استعمال المفهوم دوليا لأول مرة في قرار صادر عن هيئة تحكيم دولية متخصصة ممثلة في السيد Max Huber بصفته محكم قضية "مطالبات المنطقة الإسبانية بالمغرب Spanish zone of Morocco claims" سنة 1925<sup>2</sup>، دون الاستشهاد بأي سابقة ودون تفسير، علما أن هذه القضية تعد إحدى السوابق الرئيسية في عمل لجنة القانون الدولي بشأن مسؤولية الدول، وتتعلق بالإجراءات العسكرية التي اتخذتها السلطات الإسبانية في المغرب خلال فترة الاضطرابات المدنية والتي تسببت في ضرر للمواطنين البريطانيين، ومدى إثارة هذه الإجراءات لمسؤولية إسبانيا على ضوء اتفاقية 29 ماي 1923 بين إسبانيا وبريطانيا، وقد تمسكت إسبانيا بعدم مسؤوليتها واستندت إلى عدة حجج منها ضرورة تفسير المادة 2 من الاتفاقية أعلاه على أنها تدبير "تقديري" تتخذه السلطات الإسبانية بخصوص ضرورة التدابير العسكرية، واحتجت بأن التدابير المتخذة تعتبر مسألة داخلية تخرج من الولاية القضائية الدولية لهيئة التحكيم، بينما تمسكت بريطانيا بوجود الولاية القضائية للدولة وهيئة التحكيم الدولية ومسؤولية إسبانيا الناتجة عن تقصيرها في سلوكها، ورأى المحكم Huber في قراره أن مسألة مدى ضرورة العمليات العسكرية يجب أن تترك للسلطة التقديرية للسلطات الإسبانية -وبذلك فقد اتفق في هذه الجزئية مع ما رأته إسبانيا-، غير أنه اشترط في نفس الوقت زيادة يقظة السلطات الوطنية في ممارسة سلطتها العسكرية.

وتم استعمال الهامش التقديري لاحقا في نفس السنة في قضية "الديون العثمانية"، ثم عاود المفهوم الظهور في بداية القرن العشرين في بعض القرارات الصادرة عن محاكم وهيئات قضائية تحت تسمية "هامش التقدير" أو "حرية التقدير" بشكل عابر ودون مبرر بل ودون سبب، واكتفت هذه القرارات بتوضيح بعض الجوانب ك نطاق السلطة التقديرية الإجرائية للهيئات الدولية والخروج

<sup>1</sup>Mireille Delmas-Marty et Marie-Laure Izorche, op.cit, pp926-927.

<sup>2</sup>British Claims in the Spanish Zone of Morocco [Morocco Claims], (Gr. Brit. v. Spain), 2 R.I.A.A., (1925) at 629.

Cité par: Gary Born, Danielle Morris & Stephanie Forrest, "'A Margin of Appreciation': Appreciating Its Irrelevance in International Law", in: Harvard international law journal, vol. 61, №1, 2020, p68.

عن الالتزامات الدولية في حالات الطوارئ، أما بالنسبة للمحاكم الدولية الجنائية فقد رفضت بداية من محكمة Nuremberg هامش التقدير حتى تتمكن من بسط رقابة صارمة من طرفها، ورأت أن هذا الهامش غير مبرر ويقوض فعالية الاتفاقيات وقواعد القانون الدولي عموماً، وبذلك فمفهوم الهامش التقديري كان مرفوضاً تقريباً بشكل كلي<sup>1</sup>.

ظهر الهامش التقديري للدول عملياً في إطار القانون الدولي من خلال ميثاق منظمة الأمم المتحدة ضمناً، حيث تنص المادة الأولى في الفقرة الثالثة منه على التعاون الدولي بصيغة عامة، تاركة للدول الأعضاء في المنظمة اختيار الدرجة المناسبة لتحقيقه ووفقاً لما تريده، بدءاً من التنسيق إلى التكامل، كما لم يتم ربط التعاون بأهداف ولا بخطط أو آجال فللدول تقرير ذلك وتحديد الأولويات في نشاط المنظمة، كما تم استخدام الهامش التقديري في إطار نظام منظمة التجارة العالمية من طرف لجنة الاستئناف في سياق تقييم الأدلة في تقرير هيئة الاستئناف، وانتقل بعدها إلى القانون الدولي لحقوق الإنسان وظهر استخدام الهامش التقديري في النظام الأوروبي لحقوق الإنسان وانتقل إلى الأجهزة الدولية الأخرى القضائية منها وشبه القضائية<sup>2</sup>.

وبالنسبة للنظام الأمريكي لحقوق الإنسان فقد أكد الفقه أن المحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان لا تأخذ بتقنية الهامش التقديري الوطني رغم وجود بعض آثارها في اجتهادها القضائي مثلاً في حكم Herrera Ulloa v. Costa Rica سنة 2004، ولكنها تستعمل تقنية تفسير "تغليب مصلحة الشخص" *pro homine* أو ما يسمى كذلك *pro personae*<sup>3</sup>، ومع ذلك هناك من الفقه من اعتبر أن استعمال المحكمة الأمريكية لتقنية "اختبار التناسب" في العديد من أحكامها يدل على اعترافها ضمناً به، فمثلاً في قضية *Perozo et autres c. Venezuela* أسست عدم مسؤولية الدولة عن انتهاك المادة 13 من الاتفاقية الأمريكية حول حرية التعبير على الحدود التي من الممكن وضعها على بعض الحقوق المكرسة بالاتفاقية، واعتبرت تقييد حرية التعبير في مواجهة حماية المصلحة العامة في حد ذاتها أساساً للمجتمع الديمقراطي<sup>4</sup>، أما بالنسبة للنظام

<sup>1</sup>Gary Born, Danielle Morris & Stephanie Forrest, op.cit, p68.

<sup>2</sup>Jan Kratochvíl, op.cit, p325.

<sup>3</sup>مضمون هذه التقنية هو توفير تفسير يمكن أن يمنح الفرد أقصى قدر من الحماية أو هي تفضيل التفسير الأكثر فائدة للأفراد، وتعد المادة 29 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان شعار هذه التقنية.

Frédéric Vanneste, op.cit, p87.

<sup>4</sup>Francisco R.barbosa delgado, op.cit, pp34-35.

الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب فإن تطبيق المفهوم من طرف المحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب نادر وغير واضح<sup>1</sup>.

لقد ظل مفهوم الهامش التقديري محاطا بالغموض والتضارب في تطبيقه الوطني والدولي، حيث يعتبره فقهاء القانون الدستوري نتيجة لوجود الدولة والاعتراف بسيادتها واستقلاليتها بينما يعتبره فقهاء القانون الدولي مفهوما وقائيا يهدف لوقاية الدولة بمناسبة قيامها بتفسير وتطبيق الحقوق الأساسية الواردة بالاتفاقيات التي تكون طرفا فيها من أي مسؤولية محتملة<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني:

#### تطور الهامش التقديري للدولة في قانون الاتفاقية

يعد النظام الأوروبي لحقوق الإنسان أول الأنظمة الإقليمية الحمائية لحقوق الإنسان وجودا وأولها تكريسا لعدد من المفاهيم الجوهرية في مجال حقوق الإنسان التي تعد مصدر إلهام لأنظمة قانونية أخرى على المستوى الإقليمي وحتى العالمي، ومن هذه المفاهيم الهامش التقديري الذي عرف مسيرة طويلة حافلة بالتطور في نص الاتفاقية (الفرع الأول) وكذلك في إطار الاجتهاد القضائي للمحكمة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول:

#### تطور الهامش التقديري للدولة في نص الاتفاقية

لم تنص الاتفاقية عند اعتمادها ولسنوات طويلة على الهامش التقديري بصريح العبارة ولكنها نصت على إمكانية التحلل *déroгations* من الحقوق المحمية وكذلك تقييدها *restrictions* ، غير أن اعتماد البروتوكول 15 المعدل للاتفاقية شكل نقطة تحول بالنص الصريح على الهامش التقديري في مقدمة الاتفاقية.

<sup>1</sup>لمزيد من التوضيح أنظر:

Sâ Benjamin Traoré, Patrick Ane-Ane Leta, "La marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence de la cour africaine des droits de l'homme et des peuples entre effleurements et remises en causes", in: Revue suisse de droit international et droit européen, vol. 31, №3, 2021, pp417-445.

<sup>2</sup>Mireille Delmas-Marty et Marie-Laure Izorche, op.cit, p925.

أولا-الهامش التقديري للدولة قبل اعتماد البروتوكول 15: لم يظهر مصطلح "الهامش التقديري" في الأصل صراحة في نص الاتفاقية عند اعتمادها ولا في الوثائق التحضيرية الخاصة بها التي تبين عملية مناقشتها واعتمادها، وهو ما أكده عدد كبير من الباحثين منهم : Yourow، Michael R Hutchinson ،<sup>1</sup>Takahashi ،<sup>2</sup> Spielmann ، وآخرون<sup>3</sup>، وقد نوه Greer بعيدا عن نص الاتفاقية بأن المفهوم ظهر بمعناه لأول مرة سنة 1949 في المقترحات التي قدمتها الحركة الأوروبية بمناسبة مناقشة إنشاء منظمة عبر وطنية لحقوق الإنسان في أوروبا ما بعد الحرب، بينما ظهوره الرسمي يعود إلى الاجتهاد القضائي لهيئات الرقابة الاتفاقية<sup>4</sup>.

تم اقتراح "الهامش التقديري للدولة" لأول مرة في إطار الإعداد للاتفاقية، وكما هو معلوم فقد تمت صياغة الاتفاقية من طرف لجنة برئاسة السيد Maxwell-Fyfe David -نائب ومحامي بريطاني وقاض سابق بمحكمة Nuremberg- والسيد Teitgen pierre-Henri -مقاوم فرنسي سابق- وقد قدمت اللجنة تعريفات عامة للحريات العامة تدل على نيتها في إسناد خصوصيات حماية هذه الحريات للدول الأطراف، واعتبر أحد مقرري هذه اللجنة بأن الدول المتعاقدة تتمتع بـ"حرية تقدير liberté d'appréciation" بموجب الاتفاقية عند اتخاذ قرار بشأن كيفية حماية الحريات المضمونة على إقليمها، حيث تحدد كل دولة من خلال تشريعها الخاص الشروط العملية لممارسة الحريات على إقليمها وفي هذا السياق يكون لها حرية تقدير واسعة، ورغم اقتراح Teitgen لم يتم إدراج أي إشارة صريحة للهامش التقديري أو حرية التقدير في النص النهائي للاتفاقية، ومع ذلك فإن تطبيق هذا المفهوم لاحقا من طرف اللجنة الأوروبية والمحكمة يعكس الاستنتاجات الواردة في التقارير التحضيرية لـ Teitgen<sup>5</sup>.

بقي نص الاتفاقية خاليا من أي إشارة للهامش التقديري لسنوات طويلة، غير أن بعض أحكام الاتفاقية توحى ضمنا بوجود هامش تقديري للدول الأطراف، وذلك نظرا لفتحها المجال لحرية للدول في تطبيقها، وفي هذا الصدد يرى الأستاذ Tümay أن الهامش التقديري موجود في

<sup>1</sup>Rachael Eguono Ita, op.cit, p15.

<sup>2</sup>Dean Spielmann, "Allowing the Right Margin:The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?", op.cit., p383.

<sup>3</sup>Iryna Kretova, op.cit, p175.

<sup>4</sup>Steven Greer, "The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation?", in: UCL Human Rights Review, vol. 3, 1/2010, p2.

<sup>5</sup>Gary Born, Danielle Morris & Stephanie Forrest, op.cit, p81.

نصوص الاتفاقية بموجب قراءة تجميعية lecture combinée للمواد: الأولى و 13 و 35 و 53<sup>1</sup> كما يمكن أن يظهر ضمناً في أحكام أخرى ، مع العلم أن الهامش التقديري عملياً مستحيل بالنسبة للحقوق غير القابلة للتقييد والمعروفة بالحقوق المطلقة: الحق في الحياة، حظر التعذيب، حظر الاستعباد والعمل القسري، عدم رجعية القوانين، عدم جواز العقاب على نفس الفعل مرتين<sup>2</sup>.

**1- الهامش التقديري للدولة في قراءة تجميعية لنصوص معينة من الاتفاقية: تتمثل هذه النصوص في الآتي:**

1/1- المادة الأولى من الاتفاقية<sup>3</sup>: حيث يفهم ضمناً مما جاء بها بأنه يقع على الدولة التزامات من أجل تنفيذ الاتفاقية وباعتبار أن المادة جاءت عامة لم تبين كيفية الوفاء بهذه الالتزامات فمنطقياً يكون للدولة هامش لتقدير طريقة الوفاء بها لاسيما من خلال وضع قوانين لحماية الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية وتطبيق اللوائح واتخاذ تدابير متنوعة ومعاينة أي انتهاك للحقوق أو تعويض الضحايا.

2/1- المادة 13<sup>4</sup>: تتعلق بالحق في انتصاف فعلي، وتثبت أن الدولة لاسيما سلطتها القضائية هي المخول الأصل والأول لإنصاف أي ضحية تم انتهاك حقوقه وحرياته المحمية بالاتفاقية، وفي سبيل ذلك يمكن للدولة أن تنشئ في نظامها القانوني الداخلي طرق الطعن التي تراها مناسبة، وتقرر الطريقة الأنسب لإصلاح الضرر الحاصل، حيث تتمتع بحرية في تحديد نوع الطعن وإجراءاته فالمهم أن يكون فعلياً، كما أن المادة 13 لا تشترط إدماج الاتفاقية في النظام الداخلي إلا أن إدماجها يؤدي لتطبيقها المباشر من المحاكم، ولا تضمن هذه المادة حقاً في متابعة وإدانة الغير أو حقاً في الانتقام الخاص، ولا تحدد للدولة طريقة ضمان التطبيق الفعلي لأحكام الاتفاقية، وكل ذلك يؤكد الهامش التقديري الذي تتمتع به الدولة في كيفية وضع الاتفاقية موضع تنفيذ، وكفالة هذا الحق للأفراد الخاضعين لولايتها القضائية، ومع ذلك تبقى المادة 13 ضماناً وليست مجرد تعبير عن حسن نية أو مصالحة وهي نتيجة لمبدأ سمو القانون اللصيق بالاتفاقية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>Murat Tümay, op.cit, pp203-204.

<sup>2</sup>Anatoly Kovler, op.cit, p211.

<sup>3</sup>جاءت تحت عنوان الالتزام باحترام حقوق الإنسان وتشير إلى أن: " الأطراف السامية المتعاقدة تعترف لكل شخص خاضع لولايتها القضائية بالحقوق والحريات المحددة بالقسم الأول من هذه الاتفاقية".

<sup>4</sup>عنوانها الحق في طعن فعلي وتنص على أنه: "لكل شخص انتهكت حقوقه وحرياته المعترف بها في الاتفاقية حق في الحصول على انتصاف فعّال أمام هيئة طعن قضائية، حتى في حالة ارتكاب الانتهاك من أشخاص في إطار ممارستهم وظائفهم الرسمية".

<sup>5</sup>CrEDH (ch), Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni, req. №13163//87 et autres, arrêt du 30/10/1991, para122 ; CrEDH (1<sup>ère</sup> sec.), Boudaïeva et autres c. Russie, req. №15339/02, arrêt du 20/3/2008, para190 ; CrEDH (3<sup>ème</sup> sec.), Smith et Grady c. Royaume-Uni, req. Nos №33985/96 et autre, arrêt

3/1-المادة 35: تتعلق بشروط مقبولية الشكاوى من طرف المحكمة، وقد عرفت تعديلات بموجب البروتوكول 14<sup>1</sup> الذي أضاف شرط الضرر الهام<sup>2</sup>، والبروتوكول 15 الذي قلص أجل رفع الشكوى أمام المحكمة إلى 4 أشهر من تاريخ صدور القرار النهائي الوطني، وألغى أحد استثناءات شرط الضرر الهام لعدم إمكانية تطبيقها في الواقع والمتعلقة بعدم رفض القضايا التي لم تنظر فيها محكمة وطنية بجدية<sup>3</sup>.

تطرق الفقرة الأولى من المادة أعلاه إلى شرط استنفاد طرق الانتصاف الوطنية<sup>4</sup>، وتركت للدول الأطراف تحديد أنواع طرق الطعن وإجراءات وكيفيات ممارستها من الضحايا المزعومين، ولذلك فهذه الفقرة تعد أحد الشروط المسبقة لتطبيق مفهوم الهامش التقديري، ويرى J.McBride بأنها تبين طبيعة الرقابة الثانوية للمحكمة، وتحمي هذه الأخيرة من العدد المفرط من الشكاوى التي ترفع إليها، وتسمح لها بالتركيز على الجوانب المفتاحية التي أبرزتها السلطات الوطنية خلال المحاكمة، وتشجع السلطات الوطنية على استعمال نصوص الاتفاقية بشكل واسع<sup>5</sup>، بالنتيجة فإن هذا النص يعتبر موافقة عامة على مفهوم الهامش التقديري من خلال إتاحة فحص القضايا أولاً من طرف الجهات القضائية الوطنية على ضوء مبادئ الاتفاقية<sup>6</sup>.

---

du 27/9/1999, para 135 ; ECtHR(ch), Silver and others v. UK, app. Nos 5947/72 and others, judg. of 25/3/1983. para 113.

Cité par: Cour européenne des droits de l'homme, Guide sur l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, Droit à un recours effectif, 31 octobre 2019, p7, p13, p34, p43, p73.

<sup>1</sup>Protocole N° 14 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Amendant le système de contrôle de la convention, du 13/5/2004, STCE 194.

<sup>2</sup>صرحت المادة 35 فقرة 2/ب من الاتفاقية أنه " لا يجوز للمحكمة النظر في أي شكوى فردية مقدمة أمامها تطبيقاً للمادة 34 من الاتفاقية، عندما:

ب-لم يتعرض الشاكي لضرر هام، ما لم يكن احترام حقوق الإنسان المضمونة بالاتفاقية وبروتوكولاتها يتطلب فحص الشكوى في الموضوع وبشرط عدم رفض أي قضية بناء على هذا السبب، إذا لم تنظر فيها محكمة داخلية على النحو الواجب".

<sup>3</sup>أنظر المواد 4 و5 من البروتوكول 15.

<sup>4</sup>تنص المادة 35 فقرة أولى من الاتفاقية بخصوص شروط قبول الشكاوى على أنه: "لا يمكن تقديم شكوى أمام المحكمة إلا بعد استنفاد طرق الطعن الداخلية، بمفهوم مبادئ القانون الدولي المعترف بها عموماً وفي ظرف أربعة أشهر من تاريخ القرار الداخلي النهائي".

<sup>5</sup>Iryna Kretova, op.cit, p176.

<sup>6</sup>Dean Spielmann, "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?", op.cit, p415.

Voir aussi : Dean Spielmann, "En jouant sur les marges. La Cour européenne des droits de l'homme et la théorie de la marge d'appréciation nationale: abandon ou subsidiarité du contrôle européen?", op.cit, p196.

4/1-المادة 53<sup>1</sup>: لا يجوز تفسير نصوص الاتفاقية بشكل يحد من الحقوق والحريات المعترف بها في قوانين أي طرف متعاقد أو أي اتفاقية أخرى يكون الطرف المتعاقد طرفاً فيها، وبذلك فهذه المادة تعترف للدول بإمكانية تطبيق قواعد أكثر حماية من تلك الموجودة بالاتفاقية، وهذا يدل على الاحترام المكفول للقوانين الوطنية بخصوص ما تضمنه من حقوق وحريات للأفراد، وعلى أن القواعد الوطنية قد تكون أكثر حماية من تلك الواردة بالاتفاقية وأن هذه الأخيرة تمثل معياراً أدنى للحماية لا يجوز النزول عنه.

يربط المواد أعلاه ببعضها نجد أنها تؤكد وجود التزامات بموجب الاتفاقية على الدولة الطرف بحماية الحقوق للأفراد الخاضعين لها وتفرض عليها إجراءات ضمان الحق في طعن فعلي للأفراد لرد أي اعتداء على حقوقهم وفي نفس الوقت تفرض على الفرد ممارسة طرق الطعن المتوفرة في نظامه الداخلي وتوجب على الدولة في كل الأحوال عدم النزول عن الحماية الواردة في الاتفاقية، وفي كل هذه الأحكام هناك دائماً مجال من الحرية لطريقة الوفاء بهذه الالتزامات.

2-الهامش التقديري للدولة في نصوص الاتفاقية الأخرى: هناك أحكام أخرى في الاتفاقية توجي قراءتها بترك هامش تقديري للدولة، وعموماً تفتح النصوص المتسمة بالمضمون والصياغة الواسعة المجال لمثل هذا الهامش من أجل وضعها موضع تطبيق، كالاتي:

1/2-المادة 15 من الاتفاقية<sup>2</sup>: تتعلق بإمكانية التحلل من الاتفاقية أو بعبارة أخرى الخروج عن أحكامها أو تعطيلها dérogation في حالة الطوارئ، حيث تقرر الدولة وجود هذه الحالات ويمكن لها اتخاذ تدابير للخروج عن التزاماتها الاتفاقية، وهو ما يشير لوجود هامش تقديري وطني، مع الالتزام بضوابط شكلية وموضوعية في حالة اتخاذ قرار بالتحلل.

2/2-المواد من 8 إلى 11 من الاتفاقية: تتعلق بالحريات الشخصية ويطلق عليها الحقوق المشروطة أو كذلك بنود التقييد accommodation or limitation clauses وتشمل الحق في احترام الحياة الخاصة والعائلية (المادة 8)، حرية التفكير والضمير والدين (المادة 9)، حرية

<sup>1</sup>وردت المادة أعلاه تحت عنوان حماية حقوق الإنسان المعترف بها ومضمونها كما يلي: "لا يمكن أن يتم تفسير أي حكم من أحكام الاتفاقية على أنه يحد أو يمس بحقوق الإنسان والحريات الأساسية التي قد يعترف بها طبقاً لقوانين أي دولة متعاقدة أو لاتفاقية أخرى تكون الدولة المتعاقدة طرفاً فيها".

<sup>2</sup>تنص المادة 15 فقرة أولى من الاتفاقية على: "في حالة نشوب حرب أو حالات خطر عام أخرى تهدد حياة الأمة، يجوز لأي طرف سامي متعاقد أن يتخذ تدابير يتحلل فيها من الالتزامات المنصوص عليها بموجب الاتفاقية، فقط بالقدر الذي يتطلبه الوضع، وبشرط ألا تتعارض هذه التدابير مع باقي الالتزامات الأخرى الناشئة عن القانون الدولي".

التعبير (المادة 10)، حرية الاجتماع والتجمع (المادة 11)<sup>1</sup>، وتعد المجال الأمثل بصفة خاصة لإعمال الهامش التقديري وقد جاءت صياغتها مرنة، ومتشابهة، فالفقرة الأولى منها تعرف الحق أو تحدد عناصره بينما تتناول الفقرة الثانية إمكانية تقييد الحق وفق شروط معينة<sup>2</sup>، وتوصف الفقرات الثانية من هذه المواد ببود الهامش التقديري<sup>3</sup>، حيث تعتبر أساسية بالنسبة لمفهوم الهامش التقديري في الاتفاقية، وموضوعا دائما له.

إن عدم دقة النصوص من 8 إلى 11 تصعب تطبيقها بشكل آلي من الدول، كما أن ديناميكية الحقوق والحريات المضمونة بالاتفاقية واختلاف الوضعيات الناتجة عنها لا يمكن معه وضع تعريف مسبق ونهائي وحصري لهذه الحقوق، وهو ما يجعل حسب Rolland "الهامش التقديري للدولة نتيجة لاستحالة تحكم القاعدة القانونية في التعارض الأساسي الموجود بين المجرّد والملموس، بين العام والخاص، وبين المتوقع وغير المتوقع"<sup>4</sup>.

3/2-المادة 12 من الاتفاقية<sup>5</sup>: تتكون من شقين هما الحق في الزواج والحق في تأسيس أسرة، والملاحظ أنها جاءت ضيقة حيث تحمي الزواج التقليدي بين الرجل والمرأة فقط، تمنح حق الزواج للأشخاص البالغين سن الزواج حسب ما تحدده التشريعات الوطنية، وتحيل تنظيم ممارسة هذا الحق إلى القوانين الوطنية، وبذلك فهي تترك هامشا واسعا من التقدير للدول شرط عدم تقييد الحق في الزواج بموجب تشريعاتها أو التقليل منه بطريقة أو إلى درجة تمس بجوهره<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>I. Rasilla del Mortal, "The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin of Appreciation Doctrine", in: German Law Journal, vol. 7, no. 6/ 1, June 2006.

Cité par: Council of Europe, The Lisbon network, Margin of appreciation doctrine, op.cit.

<sup>2</sup>مرت صياغة المواد من 8 إلى 11 بنقاشات حادة من الدول الأطراف واعتراضات، نظرا لحساسية موضوع تقييد الحريات المضمونة بها، وتم الاستمرار على اختيار أحد اقتراحين إما تبني نص واحد يحتوي على بند عام للتقييد يعدد الحقوق المحمية القابلة للتقييد ومبررات ذلك، أو تخصيص نص لكل حق قابل للتقييد بشكل منفرد، يوضح فيه تعريف الحق والتقييدات المتصلة به، ويستند هذا الاقتراح الثاني على المشروع المقدم من بريطانيا، وقد رأت لجنة الخبراء أن اختيار أحد المشروعين أعلاه يجب أن يحدّد بناء على اعتبارات سياسية أكثر منها قانونية، وتم الأخذ بالاقتراح الثاني مع إجراء بعض التنقيحات عليه بإضافة الحق في احترام الحياة الخاصة، العائلية، المنزل والمراسلات، ومفهوم "المجتمع الديمقراطي" كمرجع يستند عليه في تقييد الحقوق، فضلا عن تعديل المادة 8 حسب ما أبدته بريطانيا، وصدرت المواد أعلاه في النص النهائي للاتفاقية بهذا الشكل سنة 1950 بموافقة جميع أطرافه. لمزيد من التفاصيل حول ظروف إعداد وصياغة البنود التقييدية في الاتفاقية:

Conseil de l'Europe, Travaux préparatoires de la convention, disponible sur : <https://www.echr.coe.int>, consulté le : 13/12/2015 à 19 :23.

<sup>3</sup>Itr Aladağ Görentaş, op.cit, p202.

<sup>4</sup>Caroline Picheral, L'ordre public européen: droit communautaire et droit européen des droits de l'homme, La documentation française, Paris, 2001, p62.

<sup>5</sup>جاءت تحت عنوان الحق في الزواج وتنص على: "يكون للرجل والمرأة ابتداء من بلوغ سن الزواج، الحق في الزواج وتأسيس أسرة وفقا للقوانين الوطنية التي تحكم ممارسة هذا الحق".

<sup>6</sup>Samantha Besson, Eleonor Kleber, Commentaire des Articles 3, 5, 8, 12, 13, 14 et 16 CEDH et du Protocole No 7, CEDH, in : Amarelle, C.; Nguyen, M.S., Code annoté de droit des migrations, Schulthess, Zurich, 2014, p45.

4/2-المادة 46 من الاتفاقية: يقع على الدول الأطراف التزاما بتنفيذ الأحكام النهائية الصادرة عن المحكمة ضدها<sup>1</sup>، وتبقى كقاعدة حرة في اختيار وسائل الوفاء بهذا الالتزام، حيث يمثل احترام حريتها في الاختيار هامشا تقديريا متروكا لها<sup>2</sup>، وقد دعت المحكمة الدولة المدعى عليها لاتخاذ جميع التدابير الضرورية بشكل يضمن توافق القرارات الوطنية مع الاجتهاد القضائي للمحكمة، وأن تقوم بتنفيذ حكم المحكمة خلال الستة أشهر التي تلي إيداعه بأمانة الضبط<sup>3</sup>.

تجدر الإشارة إلى أنه يمكن للمحكمة في بعض الحالات أن تبين للدولة المدعى عليها التدابير الواجب اتخاذها من أجل الامتثال لحكم المحكمة، كما هو الحال في "الأحكام النموذجية arrêts pilotes" التي تتضمن تدابيرا عامة للدولة في حالة وجود مشكل هيكل في الأجهزة أو في النظام يتعلق باحترام الحقوق الواردة بالاتفاقية<sup>4</sup>.

5/2-المادة الأولى من البروتوكول الإضافي الأول<sup>5</sup>: أضاف هذا البروتوكول حقوقا لم تكن موجودة في النص الأصلي للاتفاقية عند اعتماده، منها: الحق في حماية الملكية في المادة الأولى منه<sup>6</sup> وهو الحق الاقتصادي الوحيد المحمي بالاتفاقية، وقد أكدت الفقرة الأولى من هذه المادة على حق كل شخص طبيعي أو معنوي في احترام ممتلكاته، ومع ذلك فقد أباحت نزع الملكية للمنفعة العامة ولكن بشروط أولها أن يكون ذلك وفقا للشروط المنصوص عليها بالقانون ومبادئ القانون الدولي، وهنا إحالة صريحة للقانون الوطني لتقدير الحاجة لنزع الملكية وتنظيم كفيات نزع الملكية للمنفعة العامة، وبالنتيجة اعتراف للدولة بهامش تقديري في هذا المجال.

<sup>1</sup>تنص المادة 46 فقرة أولى من الاتفاقية بعنوان القوة الملزمة وتنفيذ الأحكام على: "تلتزم الأطراف السامية المتعاقدة بالامتثال للأحكام النهائية للمحكمة في المنازعات التي تكون أطرافا فيها".

<sup>2</sup>«les états contractants parties à une affaire sont en principe libres de choisir les moyens dont ils useront pour se conformer à un arrêt constatant une violation».

CrEDH (ch), Papamichalopoulos et autres c. Grèce, req. n°14556/89, arrêt du 31/10/1995, para 34.

<sup>3</sup>"Sans vouloir définir quelles peuvent être les mesures à prendre par l'Etat défendeur pour qu'il s'acquitte de ses obligations au regard de l'article 46 de la Convention, la Cour ...et invite l'Etat défendeur à prendre toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que les décisions nationales soient non seulement conformes à la jurisprudence de la Cour mais encore exécutées dans les six mois suivant leur dépôt au greffe."

CrEDH (GC), Cocchiarella c. Italie, req. №64886/01, arrêt du 29/3/2006, para130.

<sup>4</sup>أنظر مثلا:

CrEDH (GC), Broniowski c. Pologne, req. № 31443/96, Arrêt du 22/06/2004, para189-194.

<sup>5</sup>Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Paris, 20/3/1952 et entré en vigueur le 18/5/1954, STE №9.

<sup>6</sup>جاء في هذه المادة المعنونة بحماية الملكية أن: "كل شخص طبيعي أو معنوي له حق في احترام ممتلكاته. لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا لأجل المنفعة العامة ووفقا للشروط المنصوص عليها بالقانون والمبادئ العامة للقانون الدولي. لا تمس الأحكام السابقة بحق الدولة في إنفاذ القوانين التي تراها ضرورية لتنظيم استخدام الممتلكات وفقا للمصلحة العامة أو لضمان دفع الضرائب أو غيرها من الإسهامات أو الغرامات".

أما الفقرة الثانية فتتعلق بحق الدول في تنظيم استعمال الممتلكات حيث يمكن لها سن وتطبيق القوانين التي تراها ضرورية لأهداف معينة وهي المصلحة العامة، تأمين دفع الضرائب، وغيرها من المساهمات أو الغرامات، ومنه فإن تنظيم استعمال الممتلكات من صميم الاختصاص العائد للدولة، التي تتدخل من خلال قوانين تعتبرها ضرورية لتنظيم هذا الاستعمال، ويجب أن تحترم فيها توافقها مع الأهداف المحددة، وبذلك فمجال تنظيم استعمال الممتلكات هو مجال مفتوح للهامش التقديري مع احترام الشروط المذكورة.

6/2-المادة 2 من البروتوكول الإضافي الأول: تنص على الحق في التعليم<sup>1</sup>، جاءت بصيغة سلبية حتى لا يقع على الدول التزاما إيجابيا بإنشاء تعليم أو دعمه على نفقتها الخاصة، وتترك هذه المسائل لتقديرها، كما أن الحق في التعليم ليس مطلقا حيث يقبل ضمنا قيودا عليه، نظرا لطبيعته التي تتطلب تنظيم الدولة، ولا يعني ذلك المساس بجوهر هذا الحق ومضمونه<sup>2</sup>.

7/2-المادة 3 من البروتوكول الإضافي الأول: تضمنت إلزاما للدول الأطراف بضمان الحق في انتخابات حرة<sup>3</sup> وتركت تحديد الشروط التي يتم فيها وبموجبها تنظيم الانتخابات لكل دولة، وهو ما يمثل هامشا تستفيد منه هذه الأخيرة.

8/2-المادة 2 من البروتوكول 4: أضاف هذا البروتوكول<sup>4</sup> حقوقا جديدة للاتفاقية منها حرية التنقل<sup>5</sup> حيث بين صور ممارستها، ثم وضح في الفقرة الثالثة بأن ممارسة الحقوق المرتبطة بهذه الحرية يمكن أن تكون موضوعا لتقييد وبين الشروط التي يتم فيها التقييد، وبذلك فهذه الفقرة تتيح المجال لحرية الدولة لتقرير وضع قيود على حرية التنقل، في إطار احترام الشروط الواجبة (النص

<sup>1</sup>تؤكد بأنه "لا يجوز أن يحرم أي إنسان من حقه في التعليم . يجب على الدولة عند ممارسة الوظائف التي تتولاها في مجال التربية والتعليم، احترام حق الوالدين في تأمين التربية والتعليم وفقا لمعتقداتهم الدينية والفلسفية".  
<sup>2</sup>لمزيد من التوضيح أنظر:

European court of human rights, Guide on Article 2 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, Updated on 29 February 2024, pp5-6, p10, 15, 18, 19.

<sup>3</sup>تنص على أن: "الأطراف السامية المتعاقدة تلتزم بتنظيم انتخابات حرة بالاقتراع السري على فترات معقولة وفي ظروف تضمن حرية التعبير عن رأي الشعب في اختيار الهيئة التشريعية".

<sup>4</sup>Protocole N° 4 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la convention et dans le premier protocole additionnel à la convention, Strasbourg, 16.IX.1963, STE 46.

<sup>5</sup>عنوانها حرية التنقل ورد فيها: "1. لكل شخص موجود بصفة نظامية على إقليم دولة الحق في التنقل بحرية واختيار مكان إقامته.  
2. كل شخص حر في ترك أي بلد بما فيه بلده.

3. لا يمكن أن تكون ممارسة هذه الحقوق موضوعا لقيود أخرى غير تلك المنصوص عليها بقانون، والتي تشكل تدابير ضرورية في مجتمع ديمقراطي للأمن الوطني، السلامة العامة، الحفاظ على النظام العام، الوقاية من الجرائم الجزائية، حماية الصحة أو الأخلاق أو حماية حقوق وحريات الآخرين.

4. يجوز في مناطق معينة وضع قيود على الحقوق المعترف بها في الفقرة الأولى، منصوص عليها بالقانون وتبررها المصلحة العامة في مجتمع ديمقراطي".

على التقييد بموجب قانون، أن يكون التقييد ضروريا في مجتمع ديمقراطي، وأن يسعى إلى الأهداف المشروعة التي تم ذكرها في الفقرة 3)، وبدورها أضافت الفقرة 4 من المادة 2 أن الحقوق المعترف بها في الفقرة الأولى من المادة 2 (وهي التنقل الحر واختيار محل الإقامة بحرية المكفولة لكل شخص موجود بصفة شرعية على إقليم الدولة) يمكن أن تكون في بعض المناطق المحددة، موضوعا لتقييدات مشروطة بأن يتم النص عليها بقانون وأن تكون مبررة بالمصلحة العامة في مجتمع ديمقراطي، وهذا كذلك مجال لتقييد حرية التنقل من طرف الدول الأطراف، متى التزمت بالشروط المذكورة في الفقرة 4.

9/2-المادة الأولى من البروتوكول 7<sup>1</sup>: يحتوي هذا البروتوكول على عدد إضافي من الحقوق المتنوعة منها إجرائية فيما يخص طرد الأجانب والجانب الجزائي عموما ومنها موضوعية تتعلق بالحق في المساواة بين الزوجين.

تتعلق المادة الأولى من البروتوكول بالضمانات الإجرائية في حالة طرد الأجانب وتتص في الفقرة الأولى على مجموعة من الحقوق المكفولة للأجنبي المقيم بصفة نظامية على إقليم الدولة قبل القيام بطرده، ولكنها نصت في الفقرة الثانية<sup>2</sup> على استثناء وهو إمكانية طرده دون تمكينه من هذه الحقوق والضمانات متى كان الطرد ضروريا لأجل المصلحة العامة أو مبررا بالأمن العام، وبالتأكيد فإن من يقدر وجود هذه الدواعي هي الدولة.

10/2-المادة 2 من البروتوكول 7: المتعلقة بالحق في التقاضي على درجتين في المادة الجزائية، وأشارت إلى إمكانية وجود استثناءات على هذا الحق، وعددت الحالات التي تسمح بذلك ومنها الجرائم البسيطة حسب ما حدده القانون<sup>3</sup>، ويفهم من ذلك أنه يعود لكل دولة تحديد ما يعتبر جرائم بسيطة في قانونها الوطني.

11/2-المادة 5 من البروتوكول 7: تخص المساواة بين الزوجين<sup>4</sup> وقد اعترفت بتمتع الزوجين على قدم المساواة، بالحقوق والمسؤوليات ذات الطابع المدني فيما بينهم وفي علاقاتهم بأطفالهم،

<sup>1</sup>Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales Strasbourg, 22.XI.1984, STE No117.

<sup>2</sup>تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من البروتوكول 7 الملحق بالاتفاقية على أنه يمكن طرد الأجنبي قبل ممارسة الحقوق المنصوص عليها بالفقرة الأولى (أ)، (ب) و (ج) من هذه المادة عندما يكون الطرد ضروريا لمصلحة النظام العام أو يستند إلى أسباب الأمن الوطني.

<sup>3</sup>أنظر الفقرة 2 من المادة 2.

<sup>4</sup>جاء فيها: "يتمتع الزوجان بالمساواة في الحقوق والالتزامات ذات الطابع المدني فيما بينهما وفي علاقاتهما مع أطفالهما فيما يخص الزواج، أثناءه وعند حله. لا تمنع هذه المادة الدول من اتخاذ التدابير الضرورية لمصلحة الأولاد".

عند الزواج وأثناءه وعند انحلاله، غير أنها أكدت إمكانية اتخاذ الدول تدابير ضرورية لمصلحة الأطفال، مما يمنح للدولة حرية في هذا السياق.

عموماً يمكن القول بأن كل نص واسع المضمون والصياغة يحتمل معه هامشاً تقديرياً عند وضعه موضع تنفيذ، ما عدا مبدئياً بالنسبة للحقوق التي تعد النواة الصلبة لحقوق الإنسان.

**ثانياً- الهامش التقديري للدولة منذ اعتماد البروتوكول 15:** لم تتضمن الاتفاقية أي إشارة للهامش التقديري على مدار سنوات طويلة منذ اعتمادها إلى غاية تبني البروتوكول 15 المعدل للاتفاقية<sup>1</sup>، ومن جملة التعديلات التي تضمنها تعديل ديباجة الاتفاقية بإضافة فقرة جديدة في نهايتها تنص صراحة على "مبدأ الاحتياطية" و"الهامش التقديري" المتروك للدول<sup>2</sup>، فتعززت بذلك أهمية المفهوم في قانون الاتفاقية نظراً للدور الذي تلعبه الديباجة في تفسير المعاهدات الدولية، فكما هو معلوم فهي تعد شرحاً رسمياً لموضوع هذا الصك ولأسباب الرئيسية التي أدت لاعتماده، وهي لا تفرض عموماً أي التزام أو حق مباشر، ولكن يمكن التمسك بها لتفسير أي حكم ملزم طبقاً للمادة 31 فقرة 2 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات<sup>3</sup>، وعليه فإن الأثر القانوني لهذا التعديل الذي ورد على الديباجة ضعيف، ولكنه يتطلب من المحكمة مزيداً من الحذر في اجتهادها القضائي سواء تلقائياً أو تحت ضغط القوى السياسية، كما أنه لا يمكن استبعاد احتمال أن تطلب السلطات الوطنية هامش حرية أكبر في تطبيق الاتفاقية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> تم اعتماده من لجنة الوزراء في ماي 2013 وفتحته للتوقيع عليه من الدول الأطراف في الاتفاقية بتاريخ 24 جوان 2013، وتم النص على أنه سيصبح نافذاً عندما تصادق عليه كل الدول الأطراف البالغ عددها 47، وقد تم استيفاء هذا الشرط عند مصادقة إيطاليا عليه في 21 أبريل 2021، حيث دخل البروتوكول حيز التطبيق في 01 أوت 2021. يشتمل على ديباجة وتسعة مواد، تتضمن الخمسة مواد الأولى تعديلات جوهرية على نص الاتفاقية أما المواد المتبقية (من 6 إلى 9) فهي أحكام ختامية وانتقالية.

تتمثل التعديلات التي تضمنها البروتوكول في: تقنين مبدأ الاحتياطية والهامش التقديري للدولة في ديباجة الاتفاقية، تعديل القواعد المتعلقة بسن شغل وظيفة قاضي بالمحكمة، إلغاء عبارة "ما لم يعترض أحد الأطراف على ذلك" من المادة 30 من الاتفاقية وعليه فهي تلغي حق اعتراض الأطراف في حالة التنازل لصالح الدائرة الكبرى، تقليص أجل إخطار المحكمة إلى أربعة (04) أشهر، توسيع مجال تطبيق معيار عدم قبول الشكوى بسبب عدم وجود ضرر هام، الوارد في المادة 35 فقرة 2/ب من الاتفاقية فيعد أن كان هذا المعيار -الذي كرسه البروتوكول 14- مقيداً بشرطين للحماية، الأول هو قبول الشكوى رغم عدم وجود ضرر مهم إذا كان احترام حقوق الإنسان المضمونة بالاتفاقية وبروتوكولاتها يتطلب فحص الشكوى من حيث الموضوع، والثاني إذا لم يتم فحص القضية من طرف محكمة داخلية، وقد ألغى البروتوكول 15 الشرط الثاني بسبب تأكيد صعوبة تطبيقه.

<sup>2</sup> أنظر المادة الأولى من البروتوكول 15

<sup>3</sup> تنص المادة 31 فقرة 2 على: "الأغراض لتفسير المعاهدة، يشمل السياق، بالإضافة إلى النص مع ديباجته ومرفقاته، ما يلي: ...". اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات المبرمة بتاريخ 23 مايو 1969، اعتمدت من طرف مؤتمر الأمم المتحدة بشأن قانون المعاهدات الذي عقد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2166 بتاريخ 1966/12/5 ورقم 2287 بتاريخ 1967/12/6، دخلت حيز النفاذ في 27 يناير 1980.

<sup>4</sup> Evelyne Sturm, "Protocole additionnel n° 15 portant sur la CEDH – une plus grande marge d'appréciation pour les États membres ?", (traduction de l'allemand)", in : Newsletter CSDH, No 19, du 24 novembre 2014, p3, disponible sur: <http://www.skmr.ch/> , consulté le 20/09/2019 à 23:20.

إن هذا البروتوكول هو جزء من الجهود المبذولة منذ سنوات طويلة بهدف تحسين فعالية المحكمة وتعزيز كفاءتها في مواجهة الأعباء المرهقة الملقة عليها<sup>1</sup>، خاصة بعد النقد الذي وجهه عدد كبير من الدول الأطراف في الاتفاقية للمحكمة خاصة بسبب عدم مراعاتها الخصوصيات القانونية للدول، وعلى سبيل المثال فقد استنكر المسؤولون السياسيون في سويسرا التدخل الواسع للمحكمة بموجب الاتفاقية والذي من شأنه المساس بسيادة الدولة<sup>2</sup>، هذا ولا تعد الفقرة الجديدة التي أضافها البروتوكول إلى ديباجة الاتفاقية وليدة اللحظة، فهي ثمرة اتفاق يأخذ بالاعتبار رد فعل بريطانيا إزاء حكم المحكمة في قضية Hirst المتعلقة بحق المحبوسين البريطانيين في الانتخاب<sup>3</sup>.

يستهدف هذا التعديل المحكمة أكثر منه الدول التي يبدو أنها تتمتع منذ البداية بهامش تقديري بموجب إعطائها الفصل أولاً في القضايا على مستواها الداخلي وهو الثابت من المادة 35 من الاتفاقية التي أرست شرط استنفاد طرق الطعن الداخلية قبل اللجوء أمام المحكمة لممارسة الحق في الشكوى الفردية، وكذلك من السوابق القضائية للمحكمة، ويبدو أن تخوف الدول الأطراف من سلطة المحكمة في تفسير الاتفاقية ومن عدم وجود حدود لتدخلها وسلطتها في الحكم على الدول المدعى عليها قادها إلى المطالبة بهذه التعديلات.

يربط التقرير التوضيحي للبروتوكول 15 مفهوم الهامش التقديري بالالتزام بالتنفيذ الكامل لأحكام الاتفاقية، ويجعل من الإرادة السيدة للدولة واجهة ورابط بين مجال التصرف الذي يسمح للأخيرة بتفضيل قيم معينة بدلاً من أخرى، وبين الطبيعة الملزمة للأحكام التي وافقت عليها بموجب انضمامها للاتفاقية، وقد أشار هذا التقرير إلى أن الهامش التقديري المكرس بالاتفاقية يجب أن يبقى متناسقا ومتماشيا من حيث مفهومه مع ما طورته وطبقته المحكمة وكذلك يجب أن يكون تفسير هذا المفهوم على ضوء ممارسة المحكمة، وهو أمر منطقي لأن تقنيته بالاتفاقية هو امتداد لتكريسه في السوابق القضائية للمحكمة، ويبقى لهذه الأخيرة تحديد مدى هذا الهامش سواء قبل أو بعد اعتماد البروتوكول 15، وهو ما يجعل تقنيته محدود التأثير على الأغلب، فهو يعد إعلاما به، ولا يغير بشكل أساسي في المقاربة التي أخذت بها المحكمة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>Office fédéral de la justice, Cour européenne des droits de l'homme : Les états parties disposent d'une marge d'appréciation accrue, 16/07/2021, Berne, Suisse, disponible sur : <https://www.bj.admin.ch>, consulté le : 22/10/2021 à 21 :20.

<sup>2</sup>Evelynne Sturm, op.cit, p3.

<sup>3</sup>ECtHR (GC), Hirst v.UK, app. №74025/01, judg. of 6/10/2005.

<sup>4</sup>Lorraine Dumont, "Le protocole 15 à la Convention européenne des droits de l'homme : renforcement ou affaiblissement de la garantie des droits fondamentaux ?", in : La revue des droits

لقد كانت المحكمة قبل اعتماد البروتوكول 15 بين خيارين، إما الاعتراف بالنقد الموجه للهامش التقديري وإلغاء هذا المفهوم أو تحسين طريقة تطبيقه، ولكن بعد اعتماده صار بإمكانها الرد على النقد القوي الموجه لهذا المفهوم والتمسك به مع الأخذ بالاعتبار الاتساق في صنع القرار على أساس قواعد شفافة باعتباره أمرا أساسيا في أي نظام قانوني<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني:

### تطور الهامش التقديري للدولة في الاجتهاد القضائي للمحكمة

على مدار سنوات طويلة امتدت من اعتماد نص الاتفاقية إلى غاية تعديلها بموجب البروتوكول 15 بل ودخوله حيز التنفيذ، ظل مفهوم الهامش التقديري حبيس الاجتهاد القضائي للمحكمة والذي يعد المرجع الأصيل والأساسي الذي يستند عليه هذا المفهوم، وتطور على مر السنوات حتى أصبح حجر الزاوية في اجتهادها القضائي<sup>2</sup>، علما أن اللجنة الأوروبية كان لها السبق في استعمال المفهوم ولكن بمصطلحات مختلفة، قبل أن تعتمد المحكمة رسميا بتسميته الحالية "الهامش التقديري"، وقد تطور هذا المفهوم في الاجتهاد القضائي لهيئات الرقابة الاتفاقية من حيث مجالات تكريسه التي اتسعت وهو ما يظهر من تتبع المسار التاريخي لأحكام المحكمة في عينة من القضايا المحورية.

أولا- في مجال التحلل من الالتزامات الاتفاقية: اعترفت هيئات الرقابة على الاتفاقية مبكرا بهامش تقديري للدول، وقد ظهر المفهوم في البداية في القضايا المتعلقة بالحالات التي تسمح فيها الاتفاقية للدول الأطراف باتخاذ تدابير تعطيلية dérogation طبقا للمادة 15 من الاتفاقية<sup>3</sup> التي جاءت بعنوان الخروج عن الاتفاقية في حالة الطوارئ، وهو ما جعل الهامش التقديري في بداية استعماله مقصورا على الالتزامات السلبية للدولة فقط<sup>4</sup>.

---

de l'homme, Octobre 2021, pp2-3, disponible sur : <https://journals.openedition.org/revdh/12980>, consulté le 15/02/2022 à 05 :56.

<sup>1</sup>Martin Kopa, op.cit, p53.

<sup>2</sup>Council of Europe, The Conscience of Europe: 50 Years of the European Court of Human Rights, op.cit, p170.

<sup>3</sup>Louis-Philippe Lampron et Louis LeBel, op.cit, p615.

Voir aussi : Elias Kastanas, op.cit, p113.

<sup>4</sup>Rachael Eguono Ita, op.cit, p19.

تعد المادة 15 مجالا صعبا وحساسا وخطيرا على الحقوق والحريات متى تم تطبيقها دون ضوابط، والدليل على ذلك أن اعتماد هذه المادة بشكل نهائي في نص الاتفاقية مر بفترة طويلة نسبيا (من 19 أوت 1949 إلى 3 نوفمبر 1950) اتسمت بالتردد وبمعارضة بعض الدول كفرنسا وإيطاليا لتخوفها من خطر الاستعمال المضاعف له من الأطراف المتعاقدة، مقترنا بالبند التقييدية الأخرى الدائمة في الاتفاقية، وقد تمت صياغتها بناء على مشاريع مادة واقتراحات متعاقبة لممثلي الدول الأوروبية ومقررين في إطار الجمعية الاستشارية لمجلس أوروبا، أعقبتها في كل مرة توصيات وملاحظات لتتقيد نص المادة بإضافة أو حذف أو توضيح عبارات، ليتم اعتمادها نهائيا في صيغتها الحالية بالتوقيع على الاتفاقية في 4 نوفمبر 1950 بروما، وقد تم إدماج هذه المادة في الاتفاقية بطلب من بريطانيا، ودعمتها في ذلك اليونان وبلجيكا، الذين ألحوا على ضرورة وجود تدابير استثنائية خاصة في حالة الحرب الأهلية، متمسكين بوجود ضمانات أساسية هي الطابع الحصين والمقدس لبعض الحقوق -أو ما يسمى بالنواة الصلبة Noyau intangible- التي لا يجوز المساس بها في كل الأوقات والظروف<sup>1</sup>.

تضمنت النسخة الفرنسية للمادة 15 العديد من المصطلحات غير الدقيقة، بدءا من العنوان ذاته الذي صيغ كالاتي: "Dérogation en cas d'urgence" حيث جاء لفظ التحلل مفردا بينما يتضمن النص العديد من أنواع التحلل الممكنة، فهو يشكل بندا عاما للخروج عن الاتفاقية، وإن كان هذا الخروج محدود ومحكوم بقيود، هذا ولا يتعلق الأمر في هذا النص بحالة طوارئ بسيطة كما هو الحال في القانون الإداري مثلا ولكن بوضعية استثنائية تشمل حالة الحرب أو أي خطر عام آخر يهدد حياة الأمة، كما أن مصطلح urgence الوارد في عنوان المادة لم يظهر بتاتا في نصها<sup>2</sup>.

تتيح المادة 15 للدول التحلل من التزاماتها الاتفاقية في حالات الطوارئ وتعليق تطبيق نص الاتفاقية والحقوق المكرسة بها ماعدا النواة الصلبة، غير أن هذا التحلل يجب أن يتقيد بشروط موضوعية وشكلية، وتفتح هذه الشروط المجال لهامش لفائدة السلطات الوطنية لتقدير الظروف التي تبرر خروجها عن الاتفاقية مع احتفاظ أجهزة الرقابة بالموازاة مع ذلك بصلاحيه التحقق من

<sup>1</sup>Grefte de la Cour européenne des droits de l'homme, Travaux préparatoires de l'article 15 de la convention européenne des Droits de l'homme, Document d'information, Strasbourg, 27/1/1977, CDH (77) 5.

<sup>2</sup>Gérard Gonzalez, "L'état d'urgence au sens de l'article 15 de la convention européenne des droits de l'homme", in : CRDF, N°6, 2007, p93.

أن الوضعية على مستوى الدولة تتطلب لجوءها لذلك، ولتحديد ما إذا كانت التدابير التي اتخذتها تتوافق مع متطلبات الوضعية، حيث يعود للدولة وحدها تقرير وجود الخطر ولها في سبيل ذلك هامشا تقديريا واسعا<sup>1</sup>، وفيما يلي أمثلة عن قضايا في مجال التحلل من الاتفاقية تؤكد ذلك.

1- قضية اليونان ضد المملكة المتحدة<sup>2</sup>: ينطلق بعض القانونيين<sup>3</sup> في تأصيل ميلاد مفهوم الهامش التقديري إلى سنة 1958 -وهي السنة التي سبقت إنشاء المحكمة- وتحديد قضية اليونان ضد المملكة المتحدة، التي تمثل قضية بين دولتين، تدور وقائعها حول إعلان المملكة المتحدة حالة الطوارئ على إقليم جزيرة قبرص، وتناقش استخدام المملكة المتحدة حقها في التحلل من بعض الالتزامات الاتفاقية استنادا للمادة 15 من الاتفاقية<sup>4</sup>، حيث لجأت اليونان أمام اللجنة الأوروبية للدعاء بانتهاكات حقوق الإنسان في قبرص وطلبت منها الفصل فيما إذا كانت التدابير المتخذة من المملكة المتحدة مبررة.

أكدت اللجنة الأوروبية في تقريرها بأن الحكومة المدعى عليها تتمتع بـ "قدر معين من حرية التصرف a certain measure of discretion" <sup>5</sup> في سياق المادة 15 من الاتفاقية التي تسمح للدولة بالتحلل من التزاماتها الاتفاقية في وقت الحرب أو أي حالة طوارئ عامة أخرى تهدد حياة الأمة، من خلال اتخاذ تدابير لا تتقيد فيها بالتزاماتها الاتفاقية، بشرط أن تكون هذه التدابير محدودة بمقتضيات الوضع الذي تواجهه الدولة وأن لا تتعارض مع الالتزامات الأخرى للدولة بموجب القانون الدولي<sup>6</sup>، وعليه فالحكومة لها سلطة في تقدير الخطر العام ووجوده وفي اتخاذ

<sup>1</sup>تتمثل الشروط الموضوعية في: وجود حالة الحرب أو الخطر العام الذي يهدد حياة الأمة، أن تكون التدابير المتخذة لمواجهة الوضع دقيقة وبالقدر المتطلب لمواجهة، ألا تتعارض التدابير المتخذة مع الالتزامات الأخرى المتولدة عن القانون الدولي، ألا تسمح هذه التدابير بمخالفة الحقوق التي وصفتها الفقرة 2 من المادة 15 بأنها حقوق لا يجوز الخروج عليها، وتتمثل الشروط الشكلية في واجب إعلام الأمين العام لمجلس أوروبا بكل التدابير المتخذة وأسباب اتخاذها أو اللجوء إليها، وواجب إعلام الأمين العام لمجلس أوروبا بتاريخ توقف هذه التدابير كليا والعودة إلى التطبيق التام للاتفاقية إعمالا لقاعدة توازي الأشكال. لمزيد من التوضيح أنظر:

Aline Schmidt Noël, La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé, Thèse présentée pour l'obtention du grade de docteur en droit, Faculté de droit Université de Neuchâtel, soutenue le 18 janvier 2011, pp241-244.

Voir aussi : Gérard Gonzalez, op.cit, pp 94-97.

Gérard cohen-jonathan, La convention européenne des droits de l'homme, Economica, paris, 1989, pp556-564.

<sup>2</sup>Greece v. UK, op.cit.

<sup>3</sup>Dean Spielmann, "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?", op.cit, p386.

<sup>4</sup>Rachael Eguono Ita, op.cit, p17.

<sup>5</sup>Greece v. UK, op.cit, para 136.

<sup>6</sup>أنظر الفقرة الأولى من المادة 15 من الاتفاقية.

تدابير لمواجهة وفي تقدير التدبير الذي يتطلبه الوضع بدقة، ولكن مع احترام الشروط التي تفرضها المادة 15 أعلاه.

وصفت اللجنة الأوروبية في تقريرها الهامش التقديري بأنه حرية الدولة في اختيار الوسائل اللازمة للاستجابة للوضع ذي الصلة<sup>1</sup>، ويلاحظ في قضية الحال عدم ظهور مصطلح "الهامش التقديري" بعد صراحة بحرفيته، ومع ذلك تبقى هذه القضية منطلق بوادر ظهور المفهوم، وتكون اللجنة سباقة في الاعتراف للدولة بحرية تصرف في مجال التحلل من الاتفاقية.

**2-قضية Lawless<sup>2</sup>:** ينطلق بعض الفقهاء ومنهم الأستاذ Hutchinson في تأصيل مفهوم الهامش التقديري من قضية Lawless المتعلقة بالتحلل من الحقوق تطبيقاً للمادة 15 من الاتفاقية بسبب حالة الطوارئ في إيرلندا، وتتلخص وقائع القضية في لجوء السيد Lawless إلى هيئات الرقابة على الاتفاقية وهو مواطن إيرلندي وعضو سابق في الجيش الجمهوري الإيرلندي بسبب اعتقاله بينما كان على وشك السفر من إيرلندا إلى بريطانيا واحتجازه دون محاكمة أو أي تدخل قضائي.

فحصت اللجنة الأوروبية برئاسة القاضي البريطاني H.Waldock في هذه القضية بشكل جري مفهوم الهامش التقديري ورأت في تقريرها أن الحكومة هي التي تحدد إن كان هناك خطر عام يهدد حياة الأمة ومن ثم إقرار حالة الطوارئ العامة مع مراعاة مسؤوليتها، لاسيما فيما يتعلق بحماية السكان، ورأت بالأغلبية أن التدبير المشكو منه الخاص بالتوقيف، الحبس والمحاكمة يجد مبرره في المادة 15 وأن إيرلندا لم تتجاوز متطلبات الوضع الذي كان سائداً بها في تلك الفترة<sup>3</sup>، وقد أكدت اللجنة من خلال قرارها ترك قدر معين من الحرية للحكومة تحت رقابتها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>Iryna Kretova, op.cit, p175.

<sup>2</sup>ComEDH, Lawless c.Irlande, req. №332/57, Rapport du 19/12/1959, transmis au comité des ministres et au gouvernement irlandais le 1/2/1960.

Cité par : Marc André Eissen, "Le premier, arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme : «affaire Lawless» , exceptions préliminaires et questions de procédure", in : Annuaire français de droit international, №6, 1960, pp444-452.

Voir aussi : CrEDH (Ch), Lawless c. Irlande (n1), req.№ 332/57, arrêt du 14/11/1960.

CrEDH (Ch), Lawless c. Irlande (n2), req.№ 332/57, arrêt du 07/04/1961.

CrEDH (Ch), Lawless c. Irlande (n3), req.№ 332/57, arrêt du 01/07/1961.

<sup>3</sup>Marc André Eissen, op.cit, pp451-452.

<sup>4</sup>الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 265.

شكلت هذه القضية مناسبة للمحكمة لتضع أول حكم لها، وقد سارت على نفس خطى اللجنة، حيث أشارت إلى الحق الاستثنائي المتروك للدول الأطراف بموجب المادة 15 من الاتفاقية باتخاذ تدابير تخرج فيها عن التزاماتها الاتفاقية في حالة حرب أو خطر عام يهدد حياة الأمة، بشروط محددة، وأن دور المحكمة يتمثل في فحص توفر الشروط المنصوص عليها لممارسة هذا الحق، واعتبرت بأن التدبير الذي اتخذته إيرلندا كان معقولا في ضوء التفسير الذي قدمته هذه الأخيرة للمادة 15، والذي يسمح للدول الأطراف بالتخلي جزئيا عن الالتزامات المنصوص عليها في الاتفاقية في حالة وجود خطر عام يهدد حياة الأمة، لأنها رأت بأن الوضع يتطلب اتخاذ هذه التدابير بصرامة، وبناء على ذلك صرحت المحكمة بأن الحكومة الأيرلندية كانت صائبة في استنتاجها لوجود خطر عام، وبأن احتجاز Lawless لعدة أشهر دون محاكمة والذي يمثل خروجاً عن المادة 5 من الاتفاقية يستند على حق التخلل الذي مارسته الحكومة الأيرلندية على النحو الواجب وبالقدر فقط الذي يتطلبه الوضع ومن ثم فلا يحق له الحصول على تعويض عن الاحتجاز الذي تعرض له<sup>1</sup>، ويظهر في هذا الحكم اعتراف اللجنة وكذلك المحكمة بحرية الدولة في تقييم أوضاعها وتقرير وجود حالة طوارئ وبناء عليه اتخاذ التدابير المناسبة للخروج عن نصوص الاتفاقية، واعتراف برقابة أوروبية على وجود الخطر الذي استدعى اللجوء إلى تدابير التعطيل، وكذلك على فرضها بالقدر اللازم فقط، حتى لا يتحول الأمر إلى تعسف في استعمال الحق الممنوح للدولة.

3- قضية إيرلندا ضد المملكة المتحدة<sup>2</sup>: موضوعها التخلل من بعض الالتزامات الاتفاقية بفعل الطوارئ، وقد استعملت المحكمة في حكمها في هذه القضية مصطلح "الهامش التقديري margin of appreciation"، وحاولت توضيحه أكثر فتطرقت لحدود رقابة القاضي الأوروبي، وقدمت تبريرا لمنح هذا الهامش، ولذلك فقد اعتبر القاضي Spielmann أن أول استعمال صريح لمصطلح "الهامش التقديري" كان في الحكم الصادر في هذه القضية<sup>3</sup>.

تتعلق القضية بالأزمة المأساوية التي عاشتها إيرلندا، والتي بررتها الدولة المدعى عليها بمكافحة "أطول وأعنف حملة إرهابية عرفتها إيرلندا على الإطلاق في كلا الجزأين من إيرلندا"،

<sup>1</sup>Lawless c. Irlande ( n3), op.cit, para 22 et 28.

<sup>2</sup>Irlande c. Royaume-Uni, op.cit.

<sup>3</sup>Dean Spielmann, "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?", op.cit, p386.

فما رست بذلك على إيرلندا، من أوت 1971 إلى ديسمبر 1975، سلسلة صلاحيات خارج نطاق القضاء من خلال الاعتقال، الحبس والاحتجاز، وقد ناقشت المحكمة بمناسبة هذه القضية تفسير المادة 15 من الاتفاقية، وبشكل خاص نطاق التدابير التي اتخذتها الدولة المدعى عليها وتطبيقها، وسوء المعاملة المزعومة التي يتعرض لها الأشخاص المحرومين من حريتهم جراء هذه التدابير، ورأت أن الفقرة الأولى من المادة 15 تترك للسلطات الوطنية هامشا تقديريا واسعا للفصل في وجود خطر عام من عدمه وكذلك فيما يخص طبيعة ونطاق التقييدات الضرورية لمواجهته، ثم أضافت بأن الدولة لا تتمتع بسلطة مطلقة في هذا المجال، حيث يتماشى الهامش التقديري الوطني مع رقابة أوروبية عليه<sup>1</sup>.

**4- قضية Aksoy<sup>2</sup>:** موضوعها النشاط الإرهابي لحزب العمال الكردستاني في الجنوب الشرقي لتركيا الذي خلق خطرا عاما في هذه المنطقة، وأدى لاتخاذ تدابير تشكل خروجا عن المادة 5 من الاتفاقية، وقد رأت المحكمة أن الاعتقال لمدة 14 يوما دون المثل أمام القاضي يعد انتهاكا للمادة 5 فقرة 3.

يعود أصل الهامش التقديري للدولة وبداية استخدامه إلى الحالات المتعلقة بالمصالح الحيوية للأمة، وهو مجال كانت هيئات الرقابة الاتفاقية مترددة في المضي قدما فيه، غير أن ظهور الحرب ضد الإرهاب لاحقا أدى إلى تطبيق محين للهامش التقديري<sup>3</sup>، وعموما فقد احتل هذا المفهوم حيزا في اجتهاد المحكمة المتصل بالتحلل من الاتفاقية<sup>4</sup>، ويستند الاعتراف به إلى الطابع الاحتياطي للاتفاقية والخصوصيات اللصيقة بوضعيات الأزمة والتي تجعل الدولة الأفضل لتقدير العوامل المتداخلة وتوازن الاعتبارات المختلفة بالنسبة لمتطلبات المصلحة العامة، ويؤكد هذا الاعتراف بأن الاتفاقية لا تهدف لإعاقة عمل الدول ولكنها أداة مرنة تتكيف مع الظروف الاستثنائية، وأن أجهزة الرقابة لا توجد إلا بثقة ورضا الدول الأطراف، وقد واكب هذا الاعتراف

<sup>1</sup>«(...) L'article 15 par. 1 (art. 15-1) leur laisse en la matière une large marge d'appréciation. Les États ne jouissent pas pour autant d'un pouvoir illimité en ce domaine. ... La marge nationale d'appréciation s'accompagne donc d'un contrôle européen ».

Irlande c. Royaume-Uni, op.cit, para 207.

<sup>2</sup>CrEDH (ch), Aksoy c. Turquie, req.№ 21987/93, arrêt du 18/12/1996, para 70.

<sup>3</sup>Dean Spielmann, "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?", op.cit, p387.

<sup>4</sup>Voir par exemple: A and Others v UK, op.cit, para 173.

ECTHR (plenary), Branningan and McBride v. UK, app. Nos 14553/89 and 14554/89, judg of. 25/5/1993, para 41; 60 et 66.

رقابة دقيقة على الوقائع والأدلة المقدمة من الأطراف وهو ما يظهر من حكم Irande c. royaume-uni من خلال الحجم الكبير لتقرير اللجنة الأوروبية وحكم المحكمة، وكذلك السماح بمقاضاة الدول بسبب شروط التحلل والتدابير المتخذة بشكل مواز للاعتراف بواقع إمكانية وجود بعض الظروف الخطيرة التي تجعل احترام الدولة لالتزاماتها مستحيلا، بغية تأطير وتهذيب وتقليص أي تقصير في الاتفاقية عن طريق هذا الحق<sup>1</sup>.

انتهجت هيئات الرقابة موقف التسامح مع الحكومات المدعى عليها في بعض الحالات المتعلقة بخلافات سياسية مثل قضية إيرلندا وهو ما فتح للدول الديمقراطية فرصا لتحقيق التوافق مع واجب حماية حقوق الإنسان، بدلا من إلغاء العمل بالاتفاقية، ومع ذلك يبقى التسامح مع الدول محدودا متى كانت الحكومة التي لجأت للتحلل لا تتمتع بالشرعية الشعبية، وعلى كل فإن هيئات الرقابة مطالبة بالأخذ بالاعتبار في قضايا التحلل طرق التفسير الموجودة لتحديد معنى ونطاق المادة 15 وعدم الاكتفاء بتلقائية تكييف التدابير وإسقاطها على جميع الحالات فقد تكون مقبولة في حالة معينة وغير مقبولة في أخرى، ومطالبة كذلك بالفطنة والعناية ومراعاة الاختلاف بين الدول من حيث تكريسها لقيم الديمقراطية لأن تلك التي تفتقر إليها ستقوم بالخروج عن التزاماتها دون سبب حقيقي يدعو لذلك سوى تفادي مساس القواعد الأوروبية بمصالحها<sup>2</sup>.

**ثانيا- في مجال التمييز:** يكون هناك تمييز بمفهوم الاتفاقية عندما تتم معاملة الأشخاص الموجودين في وضعية مشابهة بطريقة مختلفة دون تبرير موضوعي ومنطقي أي دون وجود هدف مشروع للتدبير المتخذ أو علاقة تناسب معقولة بين الوسائل المستعملة والهدف المتوخى، وتتمتع الدول بهامش تقديري معين لتحديد سبب تبرير الاختلافات في المعاملة، ويختلف نطاق هذا الهامش حسب السياق والمجال وظروف القضية، فيكون واسعا مثلا في المجال الاجتماعي والجبائي<sup>3</sup>، ومن القضايا ذات الصلة التي أثارت مفهوم الهامش التقديري نجد:

**1- قضية اللغات البلجيكية:** تتعلق القضية بادعاء مجموعة من الآباء -كممثلين عن أطفالهم- بأن قانون التعليم البلجيكي ينتهك حقوق أطفالهم المضمونة بالاتفاقية لاسيما الحق في الحياة العائلية (المادة 8 من الاتفاقية) مقترنا بحظر التمييز (المادة 14 من الاتفاقية) والحق في التعليم (المادة 2 من البروتوكول الملحق بالاتفاقية في مارس 1952)، بسبب منع الأطفال من

<sup>1</sup>Elias Kastanas, op.cit, pp124-126.

<sup>2</sup>Ibid, p127.

<sup>3</sup>Samantha Besson et Eleonor Kleber, op.cit, p58.

تلقي تعليماً بلغتهم الأم أو التي يستعملونها غالباً وهي الفرنسية، وذلك من خلال عدم توفير أي تعليم بالفرنسية في بلديات إقامتهم وإلزام أوليائهم إما بمتابعة تعليم الأطفال في مؤسسة بمحل إقامتهم أو بإرسالهم إلى مؤسسات بمقاطعة Bruxelles العاصمة تقدم تعليماً باللغة الهولندية أو الفرنسية حسب لغة الطفل أو إلى مقاطعة Wallonie ومن ثم فرض هجرة دراسية على الأطفال وما يترتب عنها من مخاطر ومساوئ.

أكدت المحكمة على ضرورة التفرقة بين "الاختلاف *différence* والتمييز *discrimination*" وذكرت بأن الاختلاف في المعاملة ليس بالضرورة تمييزاً، بشرط أن يستند على أساس معقول وموضوعي، وقد وجدت المحكمة توازناً عادلاً بين حماية مصالح المجموعة واحترام الحقوق الفردية، وخلصت إلى عدم وجود انتهاك للاتفاقية أو بروتوكولاتها، واعترفت بسلطة تقديرية وطنية واسعة<sup>1</sup>، ويظهر من الحكم أن المحكمة لا تزال تستعمل المفهوم تحت تسمية "السلطة التقديرية *Power of appreciation*"، ويظهر من جهة أخرى بأنها بدأت في تمديد تطبيق مفهوم الهامش التقديري إلى خارج مجال المادة 15 من الاتفاقية وذلك بناء على التشابه والتماثل *analogie* بين الوقائع<sup>2</sup>.

تجدر الإشارة إلى أن المادة 14 من الاتفاقية تسمح للدولة بهامش تقديري يشبه الموجود في إطار المواد من 8 إلى 11 من الاتفاقية، باعتبار أن المحكمة تبحث في القضايا ذات الصلة عن تبرير موضوعي ومعقول للمعاملة وعن سبب مشروع وكذلك عن علاقة تناسب معقولة بين الوسائل والأهداف<sup>3</sup>.

**2- قضية *petrov***: رأت المحكمة إمكانية منح الدولة هامشاً تقديرياً معيناً للتعامل بشكل مختلف مع ثنائيات المتزوجين وغير المتزوجين في مجالات مثل الضرائب أو الضمان الاجتماعي أو السياسة الاجتماعية ولكن ليس فيما يتعلق بإمكانية إجراء اتصال هاتفي عندما يكون أحدهم

<sup>1</sup>Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique », op.cit, para 10.

<sup>2</sup>Steven Greer, Les exceptions aux articles 8-11 de la convention européenne des droits de l'homme, Dossiers sur les droits de l'homme №15, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1997, p16.

<sup>3</sup>Eva Brems, "The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights", in: Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, 56/1996, p248.

موقوفا لدى الشرطة، وهو ما اعتبرته تمييزاً<sup>1</sup>، وعموماً عديدة هي القضايا التي تثير التمييز في الحقوق وتناقش فيها المحكمة مفهوم الهامش التقديري<sup>2</sup>.

**ثالثاً- في مجال بنود التقييد:** امتد تطبيق الهامش التقديري إلى الحقوق القابلة لتقييدها صراحة المنصوص عليها بالمواد من 8 إلى 11 من الاتفاقية، حيث تدعو القيود الواردة عليها في الفقرات 2 منها بشكل طبيعي لتطبيق "الهامش التقديري"<sup>3</sup>، مما جعل هذا المفهوم يرقى ليصبح نظرية<sup>4</sup>، وصارت البنود التقييدية مجالاً خصباً ومفضلاً لتطبيق الهامش التقديري<sup>5</sup>.

لقد طبقت المحكمة الهامش التقديري بشكل كبير قبل سنة 1979 وبشكل رئيسي على المواد من 8 إلى 11 من الاتفاقية، ومنحت هامشاً تقديرياً واسعاً نسبياً للدول ودعمت احتجاج الدول المدعى عليها بسلطتها التقديرية فيما يتعلق بالاستثناءات التي وضعتها على الحقوق، وهو ما يعود إلى عدم توافق حول موضوع الاستثناءات<sup>6</sup>.

#### 1- قضية **De wild. Ooms and versip**: اقتربت المحكمة في حكمها الصادر في

هذه القضية من مفهوم الهامش التقديري ولكنها لم تستعمل المصطلح بحرفيته بل استعملت مصطلح "السلطة التقديرية Power of appreciation"، وقد مددت بمناسبة هذه القضية السلطة التقديرية للدولة إلى خارج مجال المادة 15 من الاتفاقية، حيث طبقته في مجال الحق في الحياة

<sup>1</sup>ECtHR (fifth sec.), Petrov v. Bulgaria, app. №15197/02, judg. of 22/05/2008 (final), para 55.

<sup>2</sup>Dominic Mcgoldrick, op.cit, p23.

Voir aussi: ECtHR (4 sec.), S.S and others v. UK and F.A and others v. UK, app. Nos 40356/10 and 54460/10, dec. of 21/04/2015, para43-48; ECtHR (ch), Rasmussen v. Denmark, app. №8777/79, judg of 28/11/1984, para40-41; ECtHR (fourth sec.), Runkee and White v. UK, app. Nos 42949/98 and 53134/99, judg. of 10/05/2007 (final 25/7/2007), para 35.

<sup>3</sup>F. Tulkens and L. Donnay, "L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature?", in : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2006, p7.

Cité par: Dean Spielmann, "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?", op.cit, p388.

<sup>4</sup>Francisco R barbosa delgado, op.cit, p18.

<sup>5</sup>يرى القاضي Jean-Paul Costa بأن الهامش التقديري الوطني ليس بالضرورة ناتجاً عن صياغة مواد معينة في الاتفاقية ولكن الواقع يؤكد أن تطبيق المحكمة لمفهوم الهامش التقديري أسهل في المواد 8 إلى 11 التي تبرر التدخل في الحقوق المضمونة بها بشروط معينة، والتي تقوم هيكلتها على تحديد المبدأ والاستثناء الوارد عليه، نظراً لاختلاف تقديرها من دولة لأخرى - وإن كان مفهوم المجتمع الديمقراطي يمكن أن يعد مبدئياً عاملاً مشتركاً بين جميع الدول يستبعد معه فرضية التقدير المختلف-، منه في مجال الحقوق الأخرى.

R.St.J. Macdonald, The margin of appreciation in the jurisprudence of the ECHR, in International Law at the time of its codification, Essays in honour of Roberto Ago, Milan, 1987, p187, p208.

Cité par: Council of Europe, The lisbon network, Margin of appreciation doctrine, op.cit.

<sup>6</sup>Howard Charles Yourow, op.cit, p54.

الخاصة المحمي بالمادة 8 من الاتفاقية، وتدور وقائع هذه القضية حول احتجاز أشخاص بتهمة التشرد ومراقبة مراسلاتهم أثناء احتجازهم، وقد أقرت المحكمة بأن السلطات الوطنية البلجيكية باتخاذها تدبير الحبس لم تتجاوز حدود السلطة التقديرية الممنوحة للدول الأطراف المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 8 من الاتفاقية، لأن الدولة تمتلك مبررات ضرورية ومشروعة للدفاع عن النظام لاسيما منع الجرائم الماسة بالأخلاق، الصحة واعتبار الغير<sup>1</sup>.

**2-قضية Handyside:** صدر فيها أول حكم أشارت فيه المحكمة صراحة لمفهوم "الهامش التقديري للدولة Marge d'appréciation" بحرفية المصطلح الموجود حاليا في ديباجة الاتفاقية، وحاولت مناقشة مضمونه، وهو ما جعل العديد من الباحثين يؤصلون الهامش التقديري للدولة مباشرة من هذا الحكم<sup>2</sup>، ويعتبرونه منطلق استعمال هذا المفهوم في اجتهاد المحكمة<sup>3</sup>.

تتعلق القضية بكتاب مدرسي بعنوان "الكتيب المدرسي الأحمر the little red school book" موجه للتلاميذ، ألفه أستاذان دنماركيان، تم نشره لأول مرة في الدنمارك سنة 1969 ثم ترجمته إلى عدة لغات أخرى، يتضمن أفكارا مثيرة للجدل لاسيما معلومات جنسية تمس بأعراف المجتمع مما أدى لحظره في العديد من الدول، خشية تأثيره على النسيج الأخلاقي للمجتمع، وبالرغم من ذلك قام السيد Handyside وهو صاحب دار نشر بالاتفاق على ترجمته للإنجليزية بغرض نشره في المملكة المتحدة سنة 1971، وقد تم فعلا إصدار طبعة إنجليزية بمساعدة مجموعة من التلاميذ والمعلمين، وقام بعدها Handyside بإعداد نسخ لتوزيعها في المملكة المتحدة، وإثر ذلك قامت السلطات البريطانية بحجز الطبعة الأصلية والنسخ فضلا عن إصدار غرامة في حق الناشر، حيث كلفته كمنشور مخل بالحياة استنادا إلى قانون المنشورات الفاحشة في المملكة المتحدة، فقدم الناشر شكوى على مستوى القضاء الوطني دون أن تثمر عن نتيجة لصالحه، فرفع شكوى أمام هيئات الرقابة على الاتفاقية يدعي فيها أن إدانته تمثل انتهاكا لحرية التعبير المكفولة بالمادة 10 من الاتفاقية، وطلب منها النظر في التبرير الذي تمسكت به المملكة المتحدة لإدانته بسبب حيازة ونشر مادة مخلة بالحياة، ومدى اعتبارها ضرورية لحماية الأخلاق بناء على الفقرة 2 من المادة 10 من الاتفاقية.

<sup>1</sup>De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium, op.cit, para 93.

<sup>2</sup>Murat Tümay, op.cit, pp203-204.

<sup>3</sup>Iryna Kretova, op.cit, p175.

ناقشت المحكمة في هذه القضية لأول مرة مفهوم الهامش التقديري، وتعتبر الفقرات 48، 49 و50 من حكم Handyside لب هذا الحكم، حيث تضمنت قواعد أساسية ومبررات لاستعمال هذا المفهوم، وقد أبانت حيثياته أن المادة 10 فقرة 2 -التي تتعلق بإمكانية تقييد حرية التعبير- تترك هامشا تقديريا لكل من المشرع الوطني وللسلطة القضائية الوطنية التي تضطلع بتفسير وتطبيق القوانين السارية، وأضافت المحكمة بأن الهامش التقديري الوطني ليس مطلقا حيث يوجد جنبا إلى جنب الرقابة الأوروبية والتي تنصب على الهدف من التدبير المطعون فيه وضرورته، وأن الرقابة تتعلق بالتشريع وكذلك بالقرار الذي يطبقه والقرار الصادر عن محكمة مستقلة، ووصفت المحكمة الرقابة التي تقوم بها بأنها مراجعة لقرارات المحاكم الوطنية التي أصدرتها بمناسبة ممارستها لسلطتها التقديرية<sup>1</sup>.

يعد حكم Handyside حكما تاريخيا محوريا ونقطة تحول في الاجتهاد القضائي للمحكمة نظرا للتكريس الصريح لمفهوم الهامش التقديري ومحاولة مناقشة أسسه ومبرراته وكيفية ممارسته من سلطات الدولة ونطاقه<sup>2</sup>، ونظرا لأن هذا الحكم قد تضمن مفاهيم جوهرية مفتاحية في اجتهاد المحكمة ارتكزت عليها أحكام المحكمة اللاحقة لاسيما مبدأ احتياطية آلية الحماية المنشأة بالاتفاقية وما يترتب عليه من الأولوية التي تكفلها الاتفاقية للدول المتعاقدة في ضمان الحقوق والحريات المكرسة بها، والتدخل اللاحق لأجهزة الرقابة الاتفاقية المشروط بوجود شكوى معروضة أمامها، مبرر الموقع الأفضل للدولة منه بالنسبة للقاضي الدولي فيما يخص اتخاذ القرار، مفهوم التوافق الموجود بين الدول الأطراف في المسائل المختلف بشأنها، كما يستقي هذا الحكم أهميته من مواصلة المحكمة تمديد تطبيق مفهوم الهامش التقديري للدولة إلى مجال الحقوق القابلة للتقييد (المواد من 8 إلى 11 من الاتفاقية) وتحديدًا في قضية الحال إلى حرية التعبير التي تعد مجال خصب للصراع الدائم بين السلطة والحرية، بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة ومن ثم لعدد

<sup>1</sup>"48...Consequently, Article 10 para 2 leaves to the Contracting States a margin of appreciation. This margin is given both to the domestic legislator ('prescribed by law') and to the bodies, judicial amongst others, that are called upon to interpret and apply the laws in force.(...).

49... The domestic margin of appreciation thus goes hand in hand with a European supervision. Such supervision concerns both the aim of the measure challenged and its 'necessity'; it covers not only the basic legislation but also the decision applying it, even one given by an independent court.(...)

50... It follows from this that it is in no way the Court's task to take the place of the competent national courts but rather to review under Article 10 the decisions they delivered in the exercise of their power of appreciation.(...)"

Handyside v. UK, op.cit, para 48,49,50.

<sup>2</sup>Yutaka Arai-Takahashi , op.cit, p8.

كبير من القضايا المعروضة أمام المحكمة، وقد صار مفهوم الهامش التقديري منذ حكم Handyside حجر الزاوية في اجتهاد المحكمة واستمر استعمال المفهوم وتطويره إلى غاية اليوم.

### 3- قضية **Leyla sahin c. Turquie**: تتعلق القضية بالحرية الدينية المضمونة بالمادة

9 من الاتفاقية تحديدا حرية إظهار الدين أو المعتقدات لاسيما من خلال ارتداء الرموز الدينية، وتدور وقائعها حول طعن طالبة تركية مسلمة في منشور صادر عن جامعة اسطنبول لكونه يحظر قبول المتحجبات وأصحاب اللحى للدراسة والتربص، بحجة العلمانية المكرسة بالدستور التركي، وقد اعترفت المحكمة بالهامش التقديري الوطني في هذه المسألة وأن حظر هذه الرموز الدينية لا يتعارض مع المادة 9 من الاتفاقية وبالنتيجة عدم وجود انتهاك<sup>1</sup>.

### 4- قضية **Ayoub et autres c. France**: تتعلق بحرية التجمع المحمية بالمادة 11

من الاتفاقية، وموضوعها حل جمعية يمينية متطرفة ذات طابع شبه عسكري عنصري معادي للسامية عقب العنف والإخلال بالنظام العام الذي ارتكبه أعضاؤها، وقد فحصت المحكمة بدقة التكييف القانوني للأفعال وصرحت بالهامش التقديري الواسع للدولة في حالة التحريض على العنف، ورأت أن الحل كان ضروريا للوقاية الفعالة من الإخلال بالنظام العام، وأنه ليس هناك انتهاك للمادة 11 مقروءة على ضوء المادة 10 من الاتفاقية<sup>2</sup>.

بادرت المحكمة لتأكيد السلطة التقديرية للدولة واحترامها لها، لتعترف صراحة بمفهوم الهامش التقديري، وتوالى استخدامها له بهذه الصياغة وظهر بشكل متواصل في عدد كبير من الأحكام بخصوص جميع الحقوق القابلة للتقييد صراحة<sup>3</sup>.

### رابعا- في المجالات الأخرى: توسع استعمال الهامش التقديري إلى المواد 5، 6، 2 من

البروتوكول الأول و14 مربوطة بنصوص الاتفاقية<sup>4</sup>، وإلى مختلف الأحكام الأخرى<sup>5</sup> وأصبح أحد

<sup>1</sup>CrEDH (GC), Leyla Sahin c. Turquie, req. №44774/98, Arrêt du 10/11/2005, para109,110,122,123.

<sup>2</sup>CrEDH (5<sup>ème</sup> sec.), Ayoub et autres c. France, req. Nos 77400/14, 34532/15 et 34550/15, arrêt du 8/10/2020 (définitif 8/1/2021).

<sup>3</sup>أنظر مثلا:

klass et autres c. Allemagne, op.cit, para49; ECtHR (first sec.), Kuimov v. Russia, app.No.32147/04, judg. of 8/1/2009 (final 8/4/2009), para 102,104; ECtHR (fifth sec.), E.S. c. Autriche, app.№ 38450/12, judg. of 25/10/2018 (final 18/3/2019), para50.

<sup>4</sup>Louis-Philippe Lampron et Louis LeBel, op.cit, p615.

Voir aussi : Gabriel Füglistaler, "The Principle of Subsidiarity and the Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights' Post-2011 Jurisprudence", in : Cahier de l'IDHEAP, 295/2016, pp15-16.

<sup>5</sup>Jan Kratochvíl, op.cit, pp324-325.

الجوانب الجوهرية للاجتهاد القضائي للمحكمة<sup>1</sup>، وقد رأى الأستاذ Macdonald أنه صار في صميم جميع القضايا المهمة تقريبا التي تعرض على المحكمة سواء كانت الأحكام تشير إليها أم لا<sup>2</sup>، وقد وصل عدد الأحكام التي استعملت هذا المفهوم مع نهاية التسعينيات إلى أكثر من 700 حكم<sup>3</sup>، وفي السداسي الأول من سنة 2009 فقط إلى 108 حكم<sup>4</sup>.

في الحقيقة لا يوجد أي تحديد مسبق للحقوق التي يطبق فيها الهامش التقديري، حيث تم استخدامه صراحة في عدد من الأحكام الاتفاقية، بينما تم استبعاد تطبيقه من مجال أحكام أخرى، فمثلا فيما يتعلق بالمواد 2، 3، 4 وهي نواة صلبة لحقوق الإنسان، وبعبارة أخرى التزامات غير قابلة للانتقاص منها، تعاملت معها المحكمة بطريقة مختلفة عن بقية الحقوق الأخرى فالأصل أن الهامش التقديري مستبعد في إطارها، إذ اعترفت مثلا بعدم إمكانية الموازنة بين الحق في الحياة أو حظر التعذيب مع الحقوق الأخرى، وأكدت التفسير الضيق للاستثناءات الواردة بالمادة 4 من الاتفاقية<sup>5</sup>، مع الإشارة إلى ظهور جوانب جديدة للحقوق كالموت الرحيم، الإجهاض وحق الجنين في الحياة والمقترنة بالحق في الحياة والتي وجدت المحكمة صعوبة في التعامل معها والفصل فيها وسمحت بوجود هامش تقديري عند تأكيد عدم وجود توافق بين الدول حول الاعتراف بها<sup>6</sup>، وإلى إمكانية اختيار وسائل ضمان هذه الحقوق ومثاله في إطار المادة<sup>7</sup>.

حظيت المادة 6 من الاتفاقية المتعلقة بالحق في المحاكمة العادلة بتطبيق كبير لمفهوم الهامش التقديري بخصوص الالتزامات الإيجابية الناتجة عنها لاسيما بالنسبة للحق في الوصول للمحاكم وإمكانية إخضاعه لقيود مشروعة كفترات التقادم القانونية وأوامر التكاليف واللوائح المتعلقة بالقصر والمجانين<sup>8</sup>، كما تم استعمال المفهوم كذلك في مجال المادة 5 من الاتفاقية التي تحمي

<sup>1</sup>Steven Greer, Les exceptions aux articles 8-11 de la convention européenne des droits de l'homme, op.cit, p16.

<sup>2</sup>R.St.J. Macdonald, op.cit, p187 et p208.

Cité par: Council of Europe, The lisbon network, Margin of appreciation doctrine, op.cit.

<sup>3</sup>Rachael Eguono Ita, op.cit, p18.

<sup>4</sup>Jan Kratochvíl, op.cit, p327.

<sup>5</sup>Council of Europe, The lisbon network, Margin of appreciation doctrine, op.cit.

<sup>6</sup>ECtHR (4<sup>th</sup> sec.), Pretty v. UK, app. №2346/02, judg. of 29/04/2002 (final 29/7/2002), para 41.

CrEDH (GC), Vo c. France, req. № 53924/00, arrêt du 8/7/2004, para82; CrEDH (GC), Lambert et autres c. France, req. № 46043/14, arret du 5/6/2015 (rectifié le 25/6/2015), para144-148.

<sup>7</sup>ECtHR (sec. II), Valiulienė v. Lithuania, app. №33234/07, judg. of 26 /3/2013, para 85.

<sup>8</sup>CrEDH (Ch), Colozza v. Italy, app. № 9024/80, judg. of 12/02/1985; ECtHR (ch), Hadjianastassiou v. Greece, app. №12945/87, judg. of 16/12/1992; CrEDH (1<sup>ère</sup> sec.), Guisset c. France, req №33933/96, arrêt du 26/09/2000; ECtHR (GC), Z and others v. UK, app. №29392/95, judg. of 10/05/2001; Golder v. UK, op.cit; CrEDH(ch), Bellet c. France, req. №23805/94, arrêt du 4/12/1995.

الحرية والأمن، حيث يتم ترك هامش تقديري ضيق للدول للموازنة بين ممارسة الحق في الحرية والتدخل لأجل المصلحة الجماعية<sup>1</sup>.

تم تطبيق الهامش التقديري أيضا فيما يخص الحق في الملكية المضمون بالمادة الأولى من البروتوكول الأول الملحق بالاتفاقية، مثلا في حكم يتعلق بطول مدة عدم التنفيذ الفعلي أو الرسمي لقرار نزع الملكية للمنفعة العامة، اعترفت المحكمة للدولة بهامش تقديري في تحديد التدابير الضرورية من أجل المصلحة العامة، لتقييم وجود توازن بين المصالح المتنازعة في القضية، في حكم آخر أكدت الهامش التقديري للدولة في تحديد قيمة التعويض عن تأميم الملكية بالنسبة للأجانب ووصلت إلى عدم وجود انتهاك للنصوص الاتفاقية المحتج بها ومنها المادة الأولى من البروتوكول الأول، وفي حكم آخر اعترفت المحكمة بأن حرية تصرف الدولة ترتبط بمجموعة من العوامل المحلية وتتعلق باختيار وتنفيذ مخطط سياسة المدينة والدولة وما يترتب عنها من تدابير<sup>2</sup>.

كذلك طبقت المحكمة المفهوم بخصوص الحق في التعليم المضمون بالمادة 2 من البروتوكول الأول، ومثاله في حكم اللغات البلجيكية أين اعترفت للدولة بهامش تقديري واسع فيما يخص الموارد التي تخصصها للتعليم وتنظيمه وبعدهم إلزام الدولة بتوفير التعليم بلغات خاصة، وفي حكم Kjeldsen حيث قضت بتمتع الدولة بهامش واسع فيما يتعلق بضبط التعليم<sup>3</sup>.

وطبقت المحكمة الهامش التقديري في مجال الحق في الانتخابات المضمون بالمادة 3 من البروتوكول الأول، فتركت مثلا هامشا تقديريا واسعا للدولة فيما يخص اختيار النظام الانتخابي، ورأت في حكم يخص عدم قابلية الشاكي للترشح نظرا لأنه قد قدم معلومات كاذبة حول ممتلكاته أن ذلك لا يتوافق مع الهدف المشروع المنشود، بينما قدرت في حكم آخر وجوب وجود هدف

---

Voir aussi : Cour européenne des droits de l'homme, Guide pratique sur la recevabilité, décembre 2010, p64.

<sup>1</sup>ECtHR (GC), NC v. Italy, app. №24952/94, judg.of 18/12/2002, para 41; ECtHR (4<sup>ème</sup> sec.), Ladent v. Poland, app. №11036/03, judg. of 18/03/2008 (final le 18/6/2008), para 56.

<sup>2</sup>أنظر على الترتيب:

ECtHR (plenary), Sporrang and Lonroth v. Sweden, app. Nos 7151/75, 7152/75, judg. of 23/9/1982, para69; ECtHR (plenary), James and others v. UK, app. №8793/79, judg. of 21/2/1986, para46,47; ECtHR (GC), Öneriyildiz v. Turkey, app. №48939/99, judg. of 30/11/2004, para107,146.

<sup>3</sup>Affaire«relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique», op.cit, para10; ECtHR(ch), Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, app. Nos 5095/71 and others, judg. of 7/12/1976, para50-55.

مشروع للقيود المفروضة على الحق في الترشح للانتخابات وأنه يجب أن تكون وسائل تحقيق هذا الهدف متناسبة معه<sup>1</sup>.

وتوسع تطبيق المفهوم في المسائل الحديثة والظواهر المستجدة في المجتمعات الأوروبية ووضعيات الأزمات الفجائية كالأزمة الصحية لجائحة كورونا وتداعياتها على حقوق الإنسان وحرياته التي فتحت المجال لعدد كبير من القضايا واعتراف بهامش تقديري واسع للدول المدعى عليها نتيجة للطبيعة المتطورة للوباء، مثلا نظرت المحكمة في القيود التي فرضتها السلطات الرومانية على ممارسة الشاكي لدينه، علما أنه محبوس، إثر رفضها طلبه لحضور الخدمة الدينية خارج السجن بسبب الإجراءات المتخذة أثناء الوباء، وقد وصفت المحكمة السياق بأنه غير متوقع واستنتجت الحاجة إلى منح هامش تقديري واسع للسلطات الوطنية<sup>2</sup>، وكذلك بالنسبة للأزمة الاقتصادية وما ترتب عنها من تدابير التقشف التي اتخذتها الدول<sup>3</sup>، وبذلك أكدت سعة استعمال الهامش التقديري وتقنيته أهميته في نظام الاتفاقية للدول لمواجهة الإشكالات وللمحكمة للفصل فيها والرغبة على استمرار العمل به رغم ما يلفه من غموض وعدم وجود قواعد واضحة تبين كيفية استعماله.

---

<sup>1</sup>ECtHR (plenary), Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium, app. №9267/81, judg. of 2/3/1987, para52; ECtHR (third sec.), Sarukhanyan v. Armenia, app. №38978/03, judg. of 28/5/2008 (final 27/8/2008), para37,40; ECtHR (third sec.), Campagnano v. Italy, app. № 77955/01, judg. of 23/3/2006, para44.

<sup>2</sup>CrEDH (4<sup>ème</sup> sec.), Constantin-Lucian Spînu c. Roumanie, req. №29443/20, arrêt du 11/10/2002, (définitif le6/3/2003), para 68-70.

<sup>3</sup>ECtHR(4<sup>th</sup> sec.), Danuté Mockienè v.Lithuania, app. № 75916/13, dec. of 4/7/2017, para44.

Voir aussi: CDDH, L'impact de la crise économique et des mesures d'austérité sur les droits de l'homme en Europe Etude de faisabilité, 84e réunion 7 – 11 décembre 2015, p4 et pp5-8.

## الفصل الثاني:

### أساس الهامش التقديري للدولة

فرض المنشأ القضائي لمفهوم الهامش التقديري في قانون الاتفاقية وعدم وضوح الإطار الذي يحكمه ومنه المرونة التي تميزه، والتي لاقت انتقادات في كثير من الأحيان خوفاً من تأثيرها على نطاقه وإضعافها للفعالية المنشودة من حماية حقوق الإنسان إضافة إلى تأخر الاعتراف به صراحة في الاتفاقية إلى وقت ليس ببعيد، والاقتران على التكريس الحرفي له لا أكثر، على المحكمة ضرورة تحديد أساس استعمالها لهذا المفهوم وتبرير تمسكها به.

لقد اقترن الاعتراف بالهامش التقديري في الاجتهاد القضائي للمحكمة بمبدأ احتياطي نظام الحماية الاتفاقية، وبالرجوع للاتفاقية نجد أنها اعترفت في ديباجتها منذ تعديلها بالبروتوكول 15 بمبدأ الاحتياطي وأعقت ذلك مباشرة بالاعتراف بالهامش التقديري للدولة، وهو ما يدل على أن المفهومين متلازمين وأنهما من المفاهيم الأساسية التي يقوم عليها تطبيق أحكام الاتفاقية عموماً، ويدعم تبرير الهامش التقديري للدولة باحتياطي نظام الرقابة الاتفاقية.

أما الفقه فقد اختلف في تحديد أساس الهامش التقديري فهناك من حصره في مبدأ الاحتياطي وهو أحد أسس الاتفاقية وعمل المحكمة<sup>1</sup>، وهناك من قدم عدداً من التفسيرات المتداخلة التي تبرر الهامش التقديري، لاسيما الاحتياطي، طبيعة اختصاص المحكمة، المجتمعات الديمقراطية والمشروعية الديمقراطية، المعايير الأوروبية لحقوق الإنسان، كما أن هناك من انتقد فكرة تأسيس الهامش التقديري على مبدأ الاحتياطي ومنهم Sébastien Van Drooghenbroeck الذي يرى بأن الاحتياطي هي خاصية من الخصائص العامة لرقابة المحكمة تطبق على جميع النزاعات بشكل مماثل، بينما لا يتم الاعتراف بالهامش التقديري للدول إلا في بعض الظروف كما أن نطاقه يختلف من قضية لأخرى<sup>2</sup>.

انطلاقاً من مضمون الاتفاقية ذاتها، يلفت الفقهاء الانتباه إلى الدور الاحتياطي لنظام رقابة الاتفاقية بالنسبة للأنظمة القانونية الوطنية، واعتبروا من جهة بأن الاحتياطي هي المبرر الرئيسي للهامش التقديري<sup>3</sup>، ومن جهة ثانية بأن الهامش التقديري تجسيد ملموس ومباشر لمبدأ

<sup>1</sup>Iryna Kretova, op.cit, p174.

<sup>2</sup>Dominic McGoldrick, op.cit, pp32-37.

<sup>3</sup>Rachael Eguono Ita, op.cit, p33.

الاحتياطية<sup>1</sup>، وأنه ينبع مباشرة من هذا الأخير<sup>2</sup>، وقد أشار Carozza إلى أن الهامش التقديري متجذر في الاحتياطية<sup>3</sup>، فهو منتج طبيعي لتوزيع الصلاحيات بين آليات تطبيق الاتفاقية والسلطات الوطنية، حيث تقع على الدول الأطراف بالدرجة الأولى مسؤولية تنفيذ الاتفاقية ولكن الكلمة الأخيرة تعود للمحكمة باعتبارها آلية رقابة، كما وصف القاضي Spano الهامش التقديري بأنه المظهر الوظيفي لمبدأ الاحتياطية، حيث يمثل الأداة العملية لتحقيق هذا الأخير، وعموما فقد تم التمسك بمبدأ الاحتياطية من المحكمة، القضاة والفقهاء كمبرر لوجود مفهوم الهامش التقديري للدولة في الاجتهاد القضائي للمحكمة<sup>4</sup>.

إن الاحتياطية هي أحد المبادئ الرئيسية التي تستند عليها حماية حقوق الإنسان في قانون الاتفاقية ويمتد هذا المبدأ ليشكل أساسا لمفهوم الهامش التقديري ويرتبط تحديد علاقته بهذا الأخير بتوضيح مفهومه (المبحث الأول) وأساسه (المبحث الثاني) في حد ذاته.

## المبحث الأول:

### مفهوم مبدأ الاحتياطية

استعانت المحكمة في سبيل تحقيق الهدف من اعتماد الاتفاقية وهو بالدرجة الأولى توفير حماية فعلية للحقوق والحريات في أوروبا، بعدد من المبادئ والمفاهيم لتوضيح نطاق الالتزامات الملقاة على عاتق الأطراف المتعاقدة كمدين بالحقوق المضمونة بالاتفاقية، يأتي على رأسها مبدأ الاحتياطية الذي اقترن منذ بدايات استعماله من المحكمة بالهامش التقديري من أجل تبريره وتم تكريسه وفقا لنفس التصور لاحقا في الاتفاقية، وهو ما جعل مبدأ الاحتياطية أساسا لهذا المفهوم، وأمام أهمية هذا المبدأ في نظام الاتفاقية فإن الأمر يتطلب تعريفه وتحديد صورته (المطلب الأول) وتطور الأخذ به (المطلب الثاني).

<sup>1</sup>Laurèn Audouy, Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Thèse pour obtenir le grade de docteur, Spécialité Droit public, Université Montpellier, Soutenue le 11/09/2015, p206.

<sup>2</sup>Murat Tümay, op.cit, p206.

<sup>3</sup>Jan Kratochvíl, op.cit, p326.

<sup>4</sup>Rachael Eguono Ita, op.cit, p28.

## المطلب الأول:

### تعريف وصور مبدأ الاحتياطية

ظهر مفهوم الاحتياطية في مجالات محددة ولكنه سرعان ما انتشر على نطاق واسع وكان للقانون لاسيما القانون الدولي لحقوق الإنسان نصيب من تطبيقه، وتحديد الاتفاقية، أين أصبح مبدأ أساسيا لممارسة الفاعلين في نظام الاتفاقية سواء الدول أو المحكمة المهام الملقاة على عاتقهم بحماية حقوق الإنسان وحرياته حسب ما يحدده قانون الاتفاقية، ونظرا لخصوصية هذا المفهوم التي تزداد بارتباطه بحقوق الإنسان وفي نظام يوصف بأكثر الأنظمة تطورا فإن الأمر يتطلب تعريفه (الفرع الأول) وتحديد صورته (الفرع الثاني).

### الفرع الأول:

#### تعريف مبدأ الاحتياطية

مبدأ الاحتياطية هو مبدأ لصيق بنظام الاتفاقية ومفهوم مفتاحي لفهم طريقة عمل هذا النظام، والعلاقة بين الدول الأطراف والمحكمة في حماية الحقوق والحرريات من حيث مظاهرها وأبعادها وواقعها، وأمام الوزن الذي يتميز به هذا المبدأ فمن المهم تعريفه لغة واصطلاحا.

**أولا-التعريف اللغوي:** الاحتياطية باللغة الفرنسية Subsidiarité مشتقة من احتياطي subsidiaire والذي يأخذ عدة معاني لاسيما: الإضافي، الملحق، الثانوي، الفرعي، التبعية، المكمل<sup>1</sup>، وباللغة الانجليزية Subsidiarity من Subsidiary بمعنى أقل أهمية مثلا من ناحية الدور<sup>2</sup>، أما باللغة العربية فيأخذ لفظ "احتياطي" معنى الإضافي، الفرعي، المساعد ويقصد بالاحتياطية مبدأ تفويض السلطات خصوصا في اتحاد الدول أو الاتحاد الأوروبي<sup>3</sup>.

**ثانيا-التعريف الاصطلاحي:** الاحتياطية مفهوم قديم وشائع الاستعمال في مجالات مختلفة ك الدين، الاقتصاد، السياسة، القانون، علم الاجتماع، لاسيما في النظرية المسيحية الاجتماعية

<sup>1</sup>Supplémentaire, accessoire, Secondaire, Annexe, Auxiliaire, complémentaire.

Dictionnaire Maxi débutants, Larousse, 1996, p346.

Voir aussi : Nouveau Larousse élémentaire, op.cit, p669.

Le Robert, op.cit, p1113.

<sup>2</sup>Subsidiary: (adjectif) of a less importance: a role.

Oxford learner's pocket dictionary, op.cit, p414.

<sup>3</sup>Youssof M. Reda, op.cit, p1871.

للكنيسة الكاثوليكية، التنظيم الاقتصادي الحر، الفدرالية، الاتحاد الأوروبي والمنظمات الدولية عموماً، والرقابة الدولية على حقوق الإنسان، حيث يختلف المفهوم حسب السياق غير أن هناك إمكانية لوجود تأثير متبادل بين الاستعمالات<sup>1</sup>.

يجد المصطلح أصله في اللغة اللاتينية فهو مشتق من كلمة "subsidium" بمعنى الفوج الاحتياطي أو المجموعة الاحتياطية أي مجموعة الأشخاص الذين يدعمون أو يحلون محل مجموعة أخرى في نشاطها، وطالما تم استخدامه في الميدان العسكري وانتقل بعدها للمجال القانوني<sup>2</sup>، كما ينصرف المصطلح إلى الشيء المحفوظ للإعانة والمساعدة وقت الحاجة<sup>3</sup> أو ما هو مدخر وإلى جنود الاحتياط، ويستعمل كذلك بمعان أخرى: دعم، نجدة، إعانة، مساعدة، وكذلك للدلالة على ما هو ثانوي فرعي إضافي ملحق، مثلاً أدلة ثانوية أو علامات استدلالية ثانوية<sup>4</sup>.

**1-تعريف مبدأ الاحتياطية خارج قانون الاتفاقية:** تعبر الاحتياطية عن عنصر إضافي، ثانوي وذلك بالمقارنة مع عنصر أساسي، كما تعبر عن تدخل عنصر مساعد على سبيل الدعم<sup>5</sup>، وتتصرف في جانبها التنظيمي إلى منح كل مستوى من مستويات السلطة الاختصاصات التي يعد الأفضل لممارستها<sup>6</sup>، أما مبدأ الاحتياطية فهو مبدأ لتوزيع الصلاحيات، يحكم جميع العلاقات بين الكيانات أو المجموعات الموجودة في هرمية تدرجية تسلسلية، ويعمل على وضع صلاحياتها في شكل بنية، وقد تم التمسك به تقليدياً لتبرير ممارسة مستوى أدنى لاختصاصات بشكل أولي من مستوى أعلى، مع مراعاة تحويل النشاطات والتصرف للمستوى الأعلى متى تطلبت الظروف ذلك إعمالاً لشرط التحسين الكيفي للأداء أو النشاط<sup>7</sup>.

<sup>1</sup>Samantha Besson, L'évolution du contrôle européen: vers une subsidiarité toujours plus subsidiaire, une forme de perplexité vis-à-vis de la jurisprudence de la cour EDH, in : Touzé Sébastien (ed), la cour européenne des droits de l'homme : une confiance nécessaire pour une autorité renforcée, pedone, Paris, 2016, p63.

<sup>2</sup>Francisco R. Barbosa Delgado, op.cit, p276.

<sup>3</sup>Laurèn Audouy, op.cit, p1.

<sup>4</sup>J-M. Pontier, "La subsidiarité en droit administratif", in :RDP, 1986, p1518.

Cité par : Berri Noureddine, Aissaoui Azedine, "Plaidoyer pour un principe de subsidiarité en droit algérien", in : RARJ, vol. 10, n°02 (Numéro Spécial), 2019, p185.

<sup>5</sup>M. Schmitt, Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009, p45.

Cité par : Laurèn Audouy, op.cit, p7.

<sup>6</sup>Berri Noureddine, Aissaoui Azedine, op.cit, p184.

<sup>7</sup>Laurèn Audouy, op.cit, p1 et p42.

وينصرف مفهوم مبدأ الاحتياطية عموماً إلى منح درجة من الاستقلالية لسلطة خاضعة أو تابعة في مواجهة سلطة أعلى مثلاً سلطة محلية تجاه سلطة مركزية، وينتج عن ذلك تقسيم الاختصاصات بين مختلف درجات السلطة، حيث أن هذا المبدأ هو الأساس المؤسسي للدول الفدرالية<sup>1</sup>، كما يقصد بالاحتياطية توزيع عمودي للوظائف بين المركز والمحيط، وذلك تفادياً لمركزية الوظائف وضمان تقسيم فعال للسلطات، ومن أجل تحقيق الهدف من الاحتياطية تم اللجوء للجانب الإجرائي والتركيز عليه (مثلاً اشتراط رأي الدرجة الأدنى قبل إصدار القواعد من الدرجة الأعلى)<sup>2</sup>، ومنه فمبدأ الاحتياطية يفترض وجود عدة أنظمة قانونية خاضعة لنظام قانوني بشكل مركب ومتناسق، بهدف تحديد مستوى أخذ القرار لوضع الهدف المرجو موضع التطبيق.

في إطار القانون الدستوري والإداري يعد مبدأ الاحتياطية مبدأ للتنظيم، وهو ما يظهر مثلاً في المادة 72 من الدستور الفرنسي المعدل في 2003 فيما يتعلق بتنظيم الجماعات الإقليمية، أما في إطار القانون الأوروبي فتم الأخذ بالمبدأ في معاهدة Maastricht المؤسسة للاتحاد الأوروبي من أجل تحديد طريقة تقسيم الاختصاصات بين الدول الأعضاء والمجموعة، وقد جاء هذا التكريس رداً على النقد الموجه للتدخل الواسع وغير المحدد للمجموعة، وبذلك فإن هذه الأخيرة صارت لا تتدخل إلا في حالة عجز دولة عضو عن تحقيق الأهداف المرجوة من نشاط معين بشكل كاف، حيث يكون تحقيقها أفضل على المستوى الجماعي، وقد أضافت معاهدة Amsterdam المؤسسة بدورها للاتحاد بروتوكولا هاما حول تطبيق مبدأ الاحتياطية والتناسب<sup>3</sup>.

ويعرف المبدأ في إطار الاتحاد الأوروبي بأنه "قاعدة بموجبها لا يمكن للاتحاد أن يتدخل خارج مجالات اختصاصه الحصرية، إلا في حالة عدم إمكانية الدول الأطراف تحقيق الأهداف المرجوة من نشاطها بصورة كافية، بحيث يمكن تحقيقها بشكل أفضل على مستوى الاتحاد"، كما يعرف بأنه "مبدأً بموجبه يجب على مؤسسات الاتحاد أن تعتبر عملها وسلوكها مربوطاً بعدم قدرة قوانين الدول الأعضاء على تنفيذ الأهداف المسطرة في معاهدات الاتحاد الأوروبي"، وهذا ما يجعل الاحتياطية مفهوماً مرناً غامضاً وذو وجهين، لأنه يرمي إلى المحافظة على ممارسة أقصى كم

<sup>1</sup>Parlement Européen, Fiches techniques sur l'union Européenne, 2016, p2.

<sup>2</sup>Sabino Cassese, Une administration indirecte : la subsidiarité judiciaire à la CEDH, in : subsidiarité : une médaille à deux faces ?, actes du séminaire organisé par la CEDH, Strasbourg, 2015, pp7-8, disponible sur : <https://prd-echr.coe.int/> , Consulté le 20/03/2020 à 10:21.

<sup>3</sup>Lexique des termes juridiques, 16<sup>ème</sup> édition, éditions Dalloz, 2007, p516.

من الاختصاصات على المستوى الأدنى مع فرض تدخل السلطة الأعلى عند الحاجة، مما يثير إشكالية التوفيق بين واجب احترام استقلالية المستوى الأدنى وواجب تدخل الأعلى<sup>1</sup>.

كما يعتبر مبدأ الاحتياطية مبدأ علائقيا principe relationnel لأنه يجمع بين موضوعين أو فاعلين من جهة ويقوم تطبيقه على مرحلتين من جهة ثانية، حيث يجب أن يتمتع الكيان الصغير أو الأدنى بأولوية في بعض المجالات، ولكن هذه الأولوية تتراجع عندما لا يستطيع هذا الكيان أداء مهامه أو لا يؤديها بالشكل المطلوب، أو عندما يكون الكيان الجماعي الأكبر الأعلى والأشمل أو الخارجي قادر على ضمانها بشكل أفضل<sup>2</sup>.

## 2-تعريف مبدأ الاحتياطية في قانون الاتفاقية: لم يرد أي تعريف لمبدأ الاحتياطية في

قانون الاتفاقية رغم أنه أحد المبادئ الأساسية لنظام الاتفاقية برمته، وقد استلهمه من القانون الدولي<sup>3</sup>، ويقصد به أن مهمة ومسؤولية ضمان احترام الحقوق المكرسة بالاتفاقية تقع بالدرجة الأولى على الدول الأطراف ممثلة في سلطاتها، وأن المحكمة لا تتدخل إلا في حالة عجز وتخلف السلطات الوطنية، حيث ينحصر اختصاصها في رقابة تصرفات الدول فقط، وذلك تجنباً لإنشاء الاتفاقية أي سلطة قرارات فوق وطنية<sup>4</sup>، وبذلك فمن المنتظر من الدول الأطراف تجنب انتهاك الحقوق والحريات قدر الإمكان استجابة للوفاء بالتزاماتها الاتفاقية، وإصلاح أي انتهاك صادر عنها في أقصر وقت، وفي هذا الشأن فإن السلطتين التنفيذية والتشريعية ملزمة طبيعياً باتخاذ تدابير، أما الأجهزة القضائية الوطنية فلها مسؤولية خاصة من منطلق دورها في إرساء دولة القانون<sup>5</sup>، وعليه فلا يمكن للمحكمة طبقاً لهذا المبدأ الحلول محل السلطات الوطنية المختصة<sup>6</sup>،

<sup>1</sup>Laurèn Audouy, op.cit, p8.

<sup>2</sup>Samantha Besson, L'évolution du contrôle européen: vers une subsidiarité toujours plus subsidiaire, une forme de perplexité vis-à-vis de la jurisprudence de la cour EDH, op.cit, p63.

<sup>3</sup>Jean-Paul Costa, "Concepts juridiques dans la Jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales", in: Rev.trim.dr.h, 57/2004, p108.

<sup>4</sup>Cour européenne des droits de l'homme, Suivi d'Interlaken principe de subsidiarité, op.cit, p2.

<sup>5</sup>Jean-Paul Costa, intervention introductive, in : Le droit européen des droits de l'homme, les conférences du conseil d'état, cycle 2010-2011, p3, disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr/> , consulté le 14/7/2016 à 13 :19.

<sup>6</sup>Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique », op.cit, para 10.

فرقابتها احتياطية<sup>1</sup> وهو ما ذكرت به المحكمة ذاتها في كل مرة واستتبعته بالاعتراف بهامش تقديري وطني<sup>2</sup>.

وصفت الأستاذة Besson مبدأ الاحتياطية في القانون الدولي والأوروبي لحقوق الإنسان بالمفهوم العلائقي والمزدوج لأنه يؤكد أن المسؤولية الأساسية بحماية حقوق الإنسان تعود أولاً للدول الأطراف في الصكوك الدولية لحماية حقوق الإنسان، غير أن هناك اختصاص بالرقابة التكميلية على تدابير حماية الحقوق والقيود المفروضة عليها من طرف السلطات الوطنية، تمارسه هيئات دولية للرقابة وذلك عند عدم توفير السلطات الوطنية الحماية الفعلية للمعيار الأدنى الدولي<sup>3</sup>.

يمثل مبدأ الاحتياطية أحد أسس أنظمة الحماية الدولية لحقوق الإنسان ينشئ علاقة بين النظام الدولي والنظام الداخلي، ويعد آلية للموازنة بينهما، حيث يجعل تدخل الدولة إزاء الانتهاكات المحتملة لحقوق الإنسان في المرتبة الأولى، فإذا لم تتدخل أو كان تدخلها قاصراً فيمكن للضحية أو ممثلها اللجوء للقضاء الدولي<sup>4</sup>، وبالأثر فإن المبدأ يجعل السلطات الوطنية المسؤول الأول لضمان الامتثال للاتفاقية وبروتوكولاتها<sup>5</sup>، ويمنحها التصرف واختيار وسائل الوفاء بالتزاماتها الخاصة التي اختارتها بإرادتها، كما يدعم فكرة "المسؤولية المشتركة" أو بمعنى آخر "تقاسم المسؤوليات" بين المحكمة والمحاكم الوطنية، وتحديدًا تقسيم الوظائف القضائية<sup>6</sup>، فبمقتضى مبدأ الاحتياطية تكون "مسؤولية حماية حقوق الإنسان متقاسمة بين الدول الأطراف والمحكمة، وتلتزم السلطات والأجهزة القضائية الوطنية بتفسير وتطبيق القانون الداخلي بشكل يعطي الأثر الكامل للحقوق والحريات المكرسة بالاتفاقية وبروتوكولاتها"<sup>7</sup>، ومن التعاريف المقدمة كذلك لمبدأ

<sup>1</sup>Pauline Lesaffre, Le choix subjectif de mort dans le droit européen des droits de l'homme, Etude critique du contentieux starsbourgeois de la fin de vie, Publication de l'institut international des droits de l'homme, N°34, Editions A.Pedone, Paris, 2017, p104.

<sup>2</sup>"Il faut également rappeler le rôle fondamentalement subsidiaire du mécanisme de la convention". CrEDH (GC), S.A.S. c. France, req. N°43835/11, arrêt du 1/7/2014, para 129.

<sup>3</sup>Samantha Besson, L'évolution du contrôle européen: vers une subsidiarité toujours plus subsidiaire, une forme de perplexité vis-à-vis de la jurisprudence de la cour EDH, op.cit, p64.

<sup>4</sup>Francisco R. Barbosa Delgado, op.cit, pp274-276 et p278.

<sup>5</sup>ECtHR (sec.3), Willems et Gorjon v. Belgium, app. N°s 74209/16 and others, judg. of 21/09/2021. Cité par : European court of human rights, Annual Report 2021 of the European Court of Human Rights, English edition, Council of Europe, 2022, p35.

<sup>6</sup>Rachael Eguono Ita, op.cit, p27.

<sup>7</sup>CrEDH (GC), Grzęda c. Pologne, req. N°43572/18, arrêt du 15/3/2022, para 324.

Voir aussi : Cour européenne des droits de l'homme, Guide sur la jurisprudence de la Convention Droits sociaux, Préparé au sein du Greffe, Première édition, 31 août 2022, p5.

الاحتياطية أن الدولة يجب أن تقرر بنفسها بطريقة ديمقراطية ما يناسبها<sup>1</sup>، وهنا يلتقي المبدأ بوضوح مع مفهوم الهامش التقديري، لأنه يفتح للدولة مساحة من الحرية في اتخاذ القرار.

يرى الأستاذ sudre أن مبدأ الاحتياطية هو تعبير عن "ضرورة وظيفية" تقوم على إسناد الدور الأول للدولة بغية تحقيق حماية كاملة وفعالة أساسها هو أنها في تواصل مباشر ودائم مع شعبها بشكل يجعلها أفضل للحكم على متطلبات النظام العام وتقييد الحقوق<sup>2</sup>، وهو مبدأ موجه لتوزيع الصلاحيات بين الفواعل في نظام الاتفاقية، ويضمن بأن تحوز الدولة وهي أول المسؤولين على حماية حقوق الإنسان، سلطات واسعة، كما أنه يعد شرطاً لممارسة المحكمة مهمتها كهيئة ضبط بفعالية<sup>3</sup>، وقد تم وصف الاحتياطية بالمبرر الهيكلي للهامش التقديري<sup>4</sup>.

كما تعرف الاحتياطية في مجال حقوق الإنسان اعتماداً على خصائصها التي تميزها عن الاحتياطية في مجالات أخرى، أولها أن سياق الاحتياطية لا يتعلق لا بكيان سياسي ولا بنظام قانوني مستقل، ثانيها أن أشخاصها هم السلطات الوطنية للدولة من جهة وجهاز الرقابة الدولية على حقوق الإنسان من جهة أخرى، وبذلك لا يعد الفرد ومجموعات الأفراد والأجهزة تحت الوطنية من أشخاصها، كما أن الاحتياطية لا تتعلق بعلاقة قضائية ما بين محاكم، وثالثها أن موضوع الاحتياطية هو الالتزام الوطني باحترام حقوق الإنسان من جهة والاختصاص الدولي بالرقابة على هذا الاحترام من جهة ثانية، ويترتب عن ذلك أن الاحتياطية في مجال حقوق الإنسان لا تتعلق باختصاصين ولا بالتزامين أو مسؤوليتين متنافستين، وأنها تنشئ على عاتق الأجهزة الدولية لحماية حقوق الإنسان اختصاصاً بسيطاً بالقيام بالرقابة، وأنها لا تمس بالتزامات واختصاصات السلطات الوطنية التي تتمتع بها بشكل مستقل عن مبدأ الاحتياطية، وتحفظ بها حتى عند رقابة المحكمة عليها<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>R. Clayton, H. Tomlinson, The Law of Human Rights, Oxford, 2000, p 285.

Cité par: Council of Europe, The Lisbon network, Margin of appreciation doctrine, op.cit.

<sup>2</sup>Jean-Marc Sauvé, Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme, in : Le droit européen des droits de l'homme, les conférences du conseil d'état, cycle : 2010-2011, p4, disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr/>, consulté le 14/7/2016 à 13 :02.

<sup>3</sup>Ibid.

<sup>4</sup>Caroline Picheral, op.cit, p62 .

<sup>5</sup>Samantha Besson, L'évolution du contrôle européen: vers une subsidiarité toujours plus subsidiaire, une forme de perplexité vis-à-vis de la jurisprudence de la cour EDH, op.cit, pp64-65.

يلاحظ عدم وجود تعريف قانوني ولا قضائي ولا فقهي موحد لمبدأ الاحتياطية فقد تم النظر إليه من زوايا مختلفة ووفقا لمعايير مختلفة، حيث أن مظهره البارز هو هيكله صلاحيات الدول الأطراف والمحكمة وتقاسم مسؤوليات حماية حقوق الإنسان لتحقيق فعاليتها.

## الفرع الثاني:

### صور مبدأ الاحتياطية

يأخذ مبدأ احتياطية نظام حماية حقوق الإنسان في الاتفاقية صورتين أو مظهرين أو تطبيقين هما: الاحتياطية الإجرائية (أو الشكلية) والاحتياطية المادية (أو الموضوعية)<sup>1</sup>.

أولا-الاحتياطية الإجرائية: يطلق عليها *La subsidiarité procédurale* أو الاحتياطية الشكلية *la subsidiarité formelle*، هي تلك التي تنظم العلاقات الوظيفية بين المحكمة والأجهزة الوطنية وتوزع بينها اختصاصات النشاط والتدخل لكليهما<sup>2</sup>، كما يصطح عليها أيضا الاحتياطية القضائية *subsidiarité judiciaire* نظرا لأنها تحكم العلاقات بين الأجهزة القضائية الوطنية والإقليمية، وتظهر في المادة 35 من الاتفاقية<sup>3</sup> في الفقرة الأولى منها، وقد وصف القاضي *Costa* الاحتياطية الإجرائية المكرسة بهذه المادة بالمبدأ القانوني<sup>4</sup>، مما يدل على أهميتها.

كما يقصد بها وجود نظامين، الأول داخلي، تكون فيه الدولة هي المنطلق الإجرائي لحل كل القضايا، والهدف من ذلك مراعاة سيادة الدول وقدرتها من خلال السماح لها بعلاج الوضعيات التي تمس بالحقوق الأساسية باستعمال وسائلها الخاصة، ولا يمكن قبول الشكاوى المقدمة أمام أجهزة الاتفاقية قبل استنفاد طرق الطعن الداخلية، وفي حالة عدم قيام الدولة بوظيفتها تتكفل المحكمة بها، والثاني دولي، حيث لا يمكن لهيئاته لاسيما المحاكم الدولية الحل محل المحاكم الوطنية، ولكنها تكملها في حال تراخي القاضي الوطني في وظيفته الحمائية، فالتكامل حسب

<sup>1</sup>نعالجها وفق هذا الترتيب باعتبار أن الاتفاقية كرسّت الاحتياطية الإجرائية منذ اعتمادها وإن كان ذلك بشكل ضمني، وباعتبار أن وثيقة متابعة مؤتمر *Interlaken* قد أشارت بدورها لمظاهر الاحتياطية وفقا لهذا الترتيب، وهو أمر منطقي فالأصل أن الجانب الإجرائي يسبق الجانب الموضوعي.

<sup>2</sup>Laurèn Audouy, op.cit, p41, pp64-65 et p134.

<sup>3</sup>Caroline picheral, op.cit, pp63-64.

<sup>4</sup>Laurèn Audouy, op.cit, p125.

الفقيه Verdussen هو وظيفة قاعدية للنظام الدولي ويظهر عند عدم وجود إرادة الدولة في توفير حماية للحقوق والحريات<sup>1</sup>.

تقوم الاحتياطية الإجرائية على قاعدة استنفاد طرق الطعن الداخلية، ونظرا لأهميتها فقد عرف Cabrillac مبدأ الاحتياطية بأنه "مبدأ بموجبه تكون رقابة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على احترام الحقوق المضمونة بالاتفاقية مربوطة باستنفاد طرق الطعن الداخلية بهدف السماح للدول الأطراف بنفسها بمعالجة الانتهاكات الواقعة على الاتفاقية"<sup>2</sup>، وبناء على ذلك فإن الاحتياطية الإجرائية تربط بين ركيزتين من الركائز التي يقوم عليها ميكانيزم حماية الحقوق بالاتفاقية وهما مبدأ الاحتياطية وآلية الشكوى الفردية<sup>3</sup>.

تؤكد هذه الاحتياطية أن هيئات الرقابة على الاتفاقية يجب أن تتعاون مع الجهات القضائية الداخلية التي تتدخل أولاً في حالة ادعاء بانتهاك الاتفاقية، وتعد قاضي القانون العام للاتفاقية<sup>4</sup>، وبالأثر لا يمكن للمحكمة التدخل إلا بناء على شكوى يقدمها أمامها الطرف المعني الذي يزعم انتهاك حقوقه، وبعد إثباته سبق عرض موضوع هذه الشكوى على الأجهزة الوطنية المختصة للفصل فيه دون أن يثمر ذلك بالنتيجة المتوخاة.

### 1-تعريف قاعدة استنفاد طرق الطعن الداخلية: يتجلى الجانب الإجرائي لمبدأ الاحتياطية

في القاعدة التقليدية الشهيرة المسماة "قاعدة استنفاد طرق الطعن الداخلية"<sup>5</sup> والتي توصف أيضاً بالشرط، والمنصوص عليها بالمادة 35 فقرة 1 من الاتفاقية، وهي أحد شروط قبول الشكاوى ولهذا توصف بأنها تكاملية مع بقية الشروط الأخرى، إلا أنها أكثر الشروط صلة بالمقبولية خاصة وأنها

<sup>1</sup>Francisco R. Barbosa Delgado, op.cit, pp280-281.

<sup>2</sup>Laurène Audouy, op.cit, p38.

<sup>3</sup>CrEDH (GC), Mamatkoulou et Askarov c. Turquie, req. Nos 46827/99 et 46951/99, arrêt du 4/2/2005, para122.

<sup>4</sup>Elias Kastanas, op.cit,p184.

<sup>5</sup>هي قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، كرسها القانون الاتفاقي ونصت عليها عدة صكوك دولية منها المادة 46 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، المواد 50 و56 فقرة 5 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، المادة 41 فقرة 1/ج من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، كما تم الاستناد إليها من الأجهزة الدولية المختلفة في قراراتها منها محكمة العدل الدولية مثلاً في قرار الصادر بتاريخ 1959/03/21 في قضية L'interhandel في الفقرة 7.

Egide Manirakiza, La subsidiarité procédurale dans le système africain de protection des droits de l'homme, Thèse présentée en vue de l'obtention du titre de Docteur en droit, Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix, Janvier 2009, p96.

Voir aussi : Jean Guinand, "La règle de l'épuisement des voies de recours internes dans le cadre des systèmes internationaux de protection des droits de l'homme", in : R.B.D.I, 1/1968, pp471-474.

Cour européenne des droits de l'homme, Points-clés de jurisprudence L'épuisement des voies de recours internes, Mise à jour: 28/04/2006, p1.

أكثر الشروط فحصاً من الهيئات الدولية لحقوق الإنسان<sup>1</sup>، وتعتبر هذه القاعدة عن "مبدأ احتياطيية الإجراءات الدولية"، و"مبدأ أولوية الجزاء الوطني" وهي نتيجة ملازمة وأساسية لمبدأ الاحتياطيية وتهدف لحماية الدول بتمكينها من تسوية أي وضعية على مستوى نظامها القانوني الداخلي، قبل تدخل القاضي الدولي وقد استندت عليها المحكمة صراحة لتأسيس احتياطييتها كميكانيزم رقابي<sup>2</sup>، كما تعتبر القاعدة الخطوة الأولى في إجراءات حماية حقوق الإنسان والتي تنطلق من المستوى الداخلي قبل مباشرة إجراءات الحماية الدولية التي تضمنها الاتفاقية أمام المحكمة<sup>3</sup>، وتعكس حماية مزدوجة للحقوق في مواجهة انتهاك مزدوج للقانون الاتفاقي وللقانون الوطني<sup>4</sup>.

تخاطب قاعدة استنفاد طرق الطعن الداخلية الضحية المحتمل لانتهاك حقوقه وتضع على عاتقه التزاماً بأن يلجأ، قبل عرض شكواه أمام المحكمة، أولاً للجهات القضائية الداخلية وأن يتمسك أمام هذه الأخيرة بأحكام الاتفاقية، من خلال استعمال طرق الطعن المتاحة في النظام القانوني الداخلي لوقف الانتهاك وإصلاح الضرر، وبالنتيجة فإن عدم التزامه بهذا الشرط يؤدي إلى عدم قبول شكواه من المحكمة<sup>5</sup>.

كما تتضمن القاعدة من جهة حقاً للدول بالرد بنفسها على ادعاءات الانتهاك المنسوبة إليها<sup>6</sup>، وقد احترمت المحكمة هذا الحق من خلال التأكيد في اجتهادها القضائي على الطابع الاحتياطي للشكوى أمام المحكمة<sup>7</sup>، وتتضمن من جهة أخرى تأكيداً لإلزامية التنفيذ الوطني

<sup>1</sup>Sango Momo Abasse, "L'exigence de l'épuisement des recours internes dans la recevabilité des requêtes des particuliers devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples à l'aune de l'arrêt Diakité c. Mali", in: Annuaire africain des droits de l'homme, 5/2021, p442.

<sup>2</sup>Laurèn Audouy, op.cit, p137 et pp65-66.

<sup>3</sup>نبيل عبد الفتاح عبد العزيز قوطه، حقوق الإنسان في ضوء قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2015، ص ص 70-71.

<sup>4</sup>Jean Guinand, op.cit, p476.

<sup>5</sup>Jean-Paul Costa, intervention introductive, op.cit, p4.

<sup>6</sup>رأت المحكمة بأن:

«That possibility is all the less conceivable in that the rule on the exhaustion of domestic remedies delimits the area within which the Contracting States have agreed to answer for wrongs alleged against them before the organs of the Convention».

De wilde, Ooms and Versyp v. Belgium, op.cit, para 50.

وقد أكدت المحكمة رأياً أعلاه بخصوص استنفاد طرق الطعن الداخلية في عدة أحكام منها:

CrEDH (plénière), Van Oosterwijk c. Belgique, req. №7654/76, Arrêt du 06/11/1980, para 25 ; CrEDH (plénière), Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne, req. №10590/83, Arrêt du 6/12/1988, para 59 ; CrEDH (ch), Cardot c. France, req. № 11069/84, Arrêt du 19/3/1991, para 32-36.

<sup>7</sup>«Le mécanisme de plainte devant la Cour revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de sauvegarde des droits de l'homme. Cette subsidiarité s'exprime dans les articles 13 et 35 para 1 de la Convention».

CrEDH (GC), Paposhvili c. Belgique, req. no 41738/10, Arrêt du 13/12/2016, para184.

للاتفاقية وهو ما يجعلها مع الحق في طعن فعلي المكفول بالمادة 13 من الاتفاقية وجهان لعملة واحدة<sup>1</sup>، ولم تتردد المحكمة في حماية هذه القاعدة عن طريق قرارات عدم المقبولية *décision d'irrecevabilité* في حال عدم استفادها من طرف الشاكي.

وبهذا الخصوص، نصت قواعد "عمل المحكمة" في الجزء المتعلق بـ"محتويات الشكاوى بين الدول" المرفوعة أمام المحكمة بموجب المادة 33 من الاتفاقية، على وجوب تقديم أي طرف متعاقد يعتزم رفع شكوى، طلبا إلى قلم المحكمة يشتمل على مجموعة بيانات من بينها عرضا بشأن الامتثال لمعايير المقبولية (استنفاد طرق الطعن المحلية والآجال) المنصوص عليها في المادة 35 الفقرة 1 من الاتفاقية، وأن يرفق الطلب بنسخ من أي مستندات ذات صلة وعلى وجه الخصوص القرارات المتعلقة بموضوع الشكوى سواء كانت قضائية أو غير قضائية<sup>2</sup>.

كما أوجبت قواعد المحكمة في الجزء المتعلق بـ "محتويات الشكوى الفردية" التي يتم تقديمها طبقا للمادة 34 من الاتفاقية، أن تكون الشكوى الفردية وفقا للنموذج المقدم من قلم المحكمة، ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك، وأن تحتوي على جميع البيانات المطلوبة ومن بينها عرض موجز ومقروء يؤكد امتثال مقدم الشكوى لمعايير المقبولية المنصوص عليها في المادة 35 الفقرة 1 من الاتفاقية<sup>3</sup>، كما يجب أن يتم التوقيع على نموذج الشكوى من طرف مقدم الشكوى أو ممثله ويجب أن تكون مصحوبة بإثباتات منها نسخ من الوثائق المتعلقة بالقرارات أو الإجراءات المشكو منها، سواء كانت قضائية أو غير قضائية، نسخ من المستندات والقرارات التي تبين أن مقدم الشكوى قد امتثل لشرط استنفاد سبل الانتصاف المحلية والآجال الواردة في المادة 35 الفقرة 1 من الاتفاقية، نسخ عند الاقتضاء من المستندات المتعلقة بأي إجراء آخر للتحقيق الدولي أو التسوية الدولية... الخ، وأضافت القواعد أعلاه بأن يكون تاريخ تقديم الشكوى وجوبا، لأغراض المادة 35 فقرة 1 من الاتفاقية، هو نفس التاريخ الذي يتم فيه إرسال استمارة الشكوى إلى

<sup>1</sup>«la finalite de l'article 35 para 1 [...] est de ménager aux Etats contractants l'occasion de prévenir ou de redresser les violations alléguées contre eux avant que la Cour n'en soit saisie, [il] se fonde [alors] sur l'hypothèse, incorporée dans l'article 13, que l'ordre interne offre un recours effectif quant à la violation alléguée ».

CrEDH (GC), Kudla c. Pologne, req. № 30210/96, arrêt du 26/10/ 2000, para 152;

CrEDH (1<sup>ère</sup> sec.), Sampani et Autres c. Grèce, req. n°59608/09, arrêt du 11 /12/2012, définitif 29/4/2013, para 58.

<sup>2</sup>European Court of Human Rights, Rules of court, 20March2023, (Rule 46–Contents of an inter-State application),p24,available at <https://www.echr.coe.int/>,accessed:02/04/2023at 13 :10.

<sup>3</sup>Ibid, (Rule 47– Contents of an individual application), pp24-25.

المحكمة، ويجب أن يكون تاريخ الإرسال هو تاريخ ختم البريد، غير أنه يجوز للمحكمة إذا رأت ذلك مبررا، أن تقرر اعتبار تاريخ مختلف هو تاريخ التقديم<sup>1</sup>.

يتمثل دور قاعدة استنفاد طرق الطعن الداخلية في تنظيم العلاقة بين الأنظمة القانونية وهو ما يشبه دور مبدأ الاحتياطية والهامش التقديري<sup>2</sup>، وتتيح القاعدة للدولة فرصة الوقاية من الانتهاكات أو تصحيح النقص والخلل الحاصل على مستواها الداخلي بنفسها بناء على فرضية توفير النظم الوطنية طرق طعن فعالة، وذلك قبل نقل القضية للمستوى الدولي وبالتالي ضمان تسوية داخلية بالدرجة الأولى بعيدا عن صدى ومساءلة دولية وما يترتب عنها من آثار، لتبقى بذلك المحكمة ملاذا أخيرا<sup>3</sup>، أما بالنسبة للفرد فتمكنه من ممارسة حق من حقوقه المضمونة بالمادة 13 من الاتفاقية وهو الانتصاف الفعال<sup>4</sup>، وبالنسبة للمحكمة ذاتها فهي تسمح لها قبل أن تفصل في القضية المعروضة عليها بالاطلاع على ما تم قوله حول القضية خاصة من طرف السلطات القضائية لتتويرها<sup>5</sup>، وتضع القاعدة نوعا من التدرج بين الأجهزة القضائية الوطنية والدولية لحقوق الإنسان فقد تم تشبيه المحاكم الدولية بالمحكمة العليا للرقابة والتي على غرار المحاكم العليا الوطنية لا يتم إخطارها إلا بعد المرور بالجهات القضائية الأدنى<sup>6</sup>.

## 2- شروط تطبيق قاعدة استنفاد طرق الطعن الداخلية: يرتبط أعمال القاعدة بشرتين

رئيسيين هما: الحصول على حكم داخلي نهائي من طرف الشاكي وتقديم الشكوى خلال أجل أربعة أشهر من استنفاد طرق الطعن الداخلية.

## 1/2- الحصول على حكم نهائي داخلي: في سبيل ذلك يجب على الفرد الذي يدعي انتهاك

حقوقه ممارسة كافة أنواع الطعون<sup>7</sup> الموجودة في نظامه القانوني الوطني أيا كانت طبيعتها

<sup>1</sup>European Court of Human Rights, op.cit, (Rule 47– Contents of an individual application), p25.

<sup>2</sup>Dean Spielmann, "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?", op.cit, p Voir auss : Sabino Cassese, op.cit, pp417-418.

<sup>3</sup>Kudla c. Pologne, op.cit, para152; Handyside v.UK, op.cit, para48; ECtHR (sec. I), Ananyev and others v. Russia, app. Nos. 42525/07 and 60800/08, judg of. 10/1/2012, para 93.

Voir aussi : Jean Guinand, op.cit, p481-483.

Cour européenne des droits de l'homme, Questions et réponses – Épuisement des voies de recours internes, Janvier 2023, p2.

<sup>4</sup>Jean-Paul Costa, intervention introductive, op.cit, p4.

<sup>5</sup>Cour européenne des droits de l'homme, Questions et réponses – Épuisement des voies de recours internes, op.cit, p1.

<sup>6</sup>Jean Guinand, op.cit, p484.

<sup>7</sup>يقصد بـ "الطعن" كل تصرف قانوني يسمح بتسوية الشكوى محليا أو وطنيا.

(قضائية، إدارية، دستورية) وموضوعها (مثلا إلغاء، تعويض) والجهة المعروضة عليها (أجهزة إدارية، محاكم عادية وإدارية ودستورية)<sup>1</sup> إلى غاية الحصول على حكم نهائي، وعليه احترام الإجراءات الداخلية المتطلبة لممارسة هذه الطعون (الأشكال والأجال والقيام بالتظلمات الإدارية).

يمثل الطعن وسيلة علاج، ويشمل مختلف طرق الانتصاف الداخلية المجدية utiles في النظام الوطني للدولة والتي يمكن لها إزالة الضرر الحاصل للفرد ووضع حد للانتهاك، ويقصد بالطعن المجدي أن يكون فعليا غير وهمي وقد اعتبرته المحكمة ذلك الطعن الذي له صلة بالانتهاكات المدعى بها، المتاح والملائم<sup>2</sup>، وعلى كل فإن الشاكي ملزم فقط باستنفاد طرق الطعن الوطنية المتوفرة disponibles والفعلية effectives<sup>3</sup>، والتي يتطلب تحققها توفر مجموعة مواصفات في هذه الطرق لاسيما أن تكون متاحة accessibles، ملائمة adéquats، كافية suffisants، وألا تكون طويلة جدا<sup>4</sup>، فمثلا في قضية تدور حول ادعاء بمعاملة سيئة خلال توقيف للنظر، حيث بقيت الوقائع المدعى بها دون فحص لمدة خمسة سنوات من حصولها، مما يثبت عدم وجود العناية والمتابعة والسرعة المتطلبة من سلطات الدولة لمعالجة القضية وغياب فعالية الطعن، فقد تمت إدانة فرنسا في قضية الحال بسبب التعذيب، علما أن الحكم بدأ برفض الدفع بعدم استنفاد طرق الطعن الذي أثارته الحكومة<sup>5</sup>.

وبخصوص الالتزام الواقع على الفرد بممارسة جميع طرق الطعن المتاحة في دولته، فقد قضت المحكمة بالإجماع في أحد قراراتها بعدم قبول شكوى معروضة عليها من مواطن فرنسي ادعى فيها انتهاك الاتفاقية وبالدرجة الأولى الحق في الحرية والأمن، بسبب تدبير في حقه بالإقامة الجبرية منذ 2008/4/24 بناء على القرارات العديدة والمتتالية الصادرة عن وزير الداخلية، في انتظار إعادته إلى الجزائر بلده الأصلي وذلك تنفيذا لحكم قضائي كان قد صدر ضد الشاكي سابقا من محكمة استئناف باريس تضمن إدانته بعقوبة الحبس لستة سنوات ومنعه من الإقامة نهائيا بالتراب الفرنسي بسبب مشاركته في جمعية أشرار تحضيرا لأفعال إرهابية وكذلك

---

براج السعيد، "شرط استنفاد وسائل الإنصاف الداخلية أمام اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد 4، 30 أبريل 2019، ص63.

<sup>1</sup>Jean Guinand, op.cit, p480.

<sup>2</sup>«les recours utiles sont ceux qui sont « relatifs aux violations alléguées, accessibles et adéquats ».  
Van Oosterwijk c. Belgique, op.cit, para 27.

<sup>3</sup>Cour européenne des droits de l'homme, Questions et réponses – Épuisement des voies de recours internes, op.cit, p3.

<sup>4</sup>Jean-Paul Costa, intervention introductive, op.cit, p4.

<sup>5</sup>CrEDH (GC), Selmouni c. France, req. №25803/94, arrêt du 28/7/1999, para 81.

التزوير، -علما أن الشاكي قضى عقوبة السجن ليتم اقتياده عقب ذلك مباشرة إلى مركز الاعتقال الإداري حيث طلب اللجوء واعترض على قرار ترحيله، وعلما أن المحكمة قضت آنذاك بأن ترحيله سيؤدي إلى انتهاك حقه المحمي بالمادة 3 من الاتفاقية، ومع ذلك بادرت السلطات الفرنسية لوضعه تحت الرقابة القضائية ورفضت مختلف الطعون التي قدمها - وسبب عدم المقبولية هو أن الشاكي لم يمارس الطعن بالنقض في قرارات محكمة الاستئناف الإدارية وأن هناك طعنا قائما أمام مجلس الدولة عند تقديم الشاكي لشكواه<sup>1</sup>.

لا تتحقق جدية الطعن ما لم تندمج الاتفاقية في القانون الداخلي للدولة الطرف، وقد رأت المحكمة أنه "طالما لم تندمج الاتفاقية في القانون الداخلي للمملكة المتحدة فلا يمكن أن يكون هناك طعن جدي أمام السلطة الوطنية بالنظر إلى التفرقة القائمة على الجنس التي وقعت الطاعنات ضحية لها"<sup>2</sup>، ويجب هنا الإشارة إلى اختلاف طريقة إدماج الاتفاقية في الأنظمة الداخلية تبعا لنظرية وحدة القانون أو ثنائية القانون التي تنتهجها الدولة، وهو ما سينعكس على الاستناد على نصوص الاتفاقية من الأفراد داخليا للاحتجاج بها<sup>3</sup>.

لم تشر الاتفاقية لأي استثناءات على شرط استفاد طرق الطعن الداخلية، تعفي الفرد منها، غير أنها تبقى غير مطلقة، حيث يمكن للمحكمة نظر الدعوى المرفوعة أمامها رغم غيابه وهو ما يستشف من اجتهادها القضائي، وذلك أولا في حال تأكد أن طرق الطعن الداخلية لم تكن موجودة وفعلية وهو ما تستنتجه المحكمة من خلال ظروف كل قضية، ويقع عبء إثبات ذلك مناصفة بين الدولة المدعى عليها والمدعي، حيث على الدولة إقناع المحكمة بفعلية وإتاحة طرق الطعن الداخلية نظريا وعمليا في فترة وقوع الأفعال موضوع ادعاء، من خلال إثبات أن هذه الطرق كانت في متناول المدعي، وأنها قادرة على توفير إصلاح لموضوع شكواه، ولها احتمالات معقولة للنجاح، وبالمقابل على المدعي إقناع المحكمة بأن الدولة وفرت طرق الطعن نظريا فقط أو أنها وفرت طرق طعن لم تكن مناسبة ولا فعلية أو أنه لم يمارس هذه الطرق بسبب ظروف خاصة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>CrEDH, Daoudi c. France, req. №48638/18, dec. du 14/9/2023.

Voir aussi : CrEDH (sec. V), Daoudi c. France, req. № 19576/08, arrêt du 3/12/2009.

<sup>2</sup>ECtHR (plénière), Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Royaume-uni, req. № 9214/80; 9473/81; 9474/81, arrêt du 28/05/1985, para93.

<sup>3</sup>نبيل عبد الفتاح عبد العزيز قوطه، المرجع السابق، ص ص 71-77.

<sup>4</sup>Cour européenne des droits de l'homme, Points-clés de jurisprudence L'épuisement des voies de recours internes, op.cit, pp3-4.

Voir aussi : Cour européenne des droits de l'homme, Guide pratique sur la recevabilité, op.cit, pp18-20.

وثانيا في حال تأكد أن المدعي قد بذل ما بوسعه لاستنفاد طرق الطعن الداخلية بشكل معقول<sup>1</sup>، أي إثبات قيامه بمساعي جدية من خلال تقديم شكواه أو طعنه أمام السلطات الوطنية المختصة، توضيح الأسباب الجوهرية التي سيقدمها لاحقا أمام المحكمة في حالة عدم إصلاح الضرر اللاحق به داخليا، وفي هذا الشأن يجب أن تستند الشكوى المعروضة على المحكمة على نفس الحجج المستعملة على المستوى الداخلي<sup>2</sup>، الالتزام بالمتطلبات والشروط الإجرائية المعقولة المنصوص عليها بالقوانين الوطنية، وبالنتيجة فإن رفض طعنه بسبب عدم احترامه للشكليات أو الآجال المحددة في القانون الداخلي، مع عدم وجود أي ظرف خاص يمنعه من ذلك، يجعل طرق الطعن الداخلية غير مستنفذة<sup>3</sup>.

رغم أن مبدأ الاحتياطية يشترط عدم نظر المحكمة في أي شكوى معروضة عليها إلا بعد استنفاد سبل الانتصاف الداخلية كأصل، إلا أن المحكمة انحرفت عن هذه القاعدة وهو الثابت من تقلب ومزاجية سوابقها القضائية<sup>4</sup>، واعتمدت مرونة في تفسيرها، مما أدى بها لعدم احترام الاحتياطية، وعرضها للنقد من قضاتها في حد ذاتهم<sup>5</sup>، وعلى كل فإن هذه القاعدة هي قاعدة آلية، يجب أن تطبق دون إفراط في الشكليات أي دون شكليات تعسفية<sup>6</sup> من جهة ودون التساهل فيها إلى حد القضاء على مضمونها من جهة أخرى.

---

<sup>1</sup>Cour européenne des droits de l'homme, Points-clés de jurisprudence L'épuisement des voies de recours internes, op.cit, pp3-4.

<sup>2</sup>«En effet, «[i] serait contraire au caractère subsidiaire du dispositif de la Convention qu'un requérant, négligeant un argument possible au regard de la Convention, puisse devant les autorités nationales invoquer un autre moyen pour contester une mesure litigieuse, et par la suite introduire devant la Cour une requête fondée sur l'argument tiré de la Convention»".

CrEDH (GC), Radomilja et autres c. Croatie, req. N°s 37685/10 et 22768/72, arrêt du 20/3/2018, para117.

<sup>3</sup>Cour Européenne des droits de l'homme, Guide pratique sur la recevabilité, Mise à jour au 31 décembre 2018, pp 22-45.

<sup>4</sup>Laurèn Audouy, op.cit, p138.

<sup>5</sup>«la requête aurait dû être déclarée irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes [car] l'arrêt ne tient pas suffisamment compte de l'important principe de subsidiarité, consacré par l'article 35 para 1 de la Convention et [néanmoins] indispensable au bon fonctionnement du dispositif de protection offert par la Convention ».

CrEDH (3<sup>ème</sup> sec.), Vergu c. Roumanie, req. n°8209/06, arrêt du 11/1/2011, opinion dissidente de la juge Power, à laquelle se rallie le juge Zupancic, para 1.

<sup>6</sup>CrEDH (2<sup>ème</sup> sec.), Özalp Ulusoy c. Turquie, req. n°9049/06, arrêt du 4/06/2013, para 61;

CrEDH (sec. IV), Cestaro c. Italie, req. n°6884/11, arrêt du 07/04/ 2015, para 151;

CrEDH(Sec. I), Valada matos das neves c. Portugal, req. n°73798/13, arrêt du 29/10/2015, para 70.

إن الصفات التي اشترطتها المحكمة في الطعن بأن يكون مجدياً ومن ثم فعلياً متاحاً وملائماً غير مضبوطة المعنى تفتح مجالاً للسلطة التقديرية للمحكمة لتقرر مدى توفرها وإن كان ذلك مبني على حجج الأطراف وإقناعها بشكل أساسي.

**2/2-احترام أجل تقديم الشكاوى:** هو شرط زمني لتقديم الشكاوى أمام المحكمة ولمقبوليتها، فحسب المادة 35 فقرة أولى من الاتفاقية فإنه يجب تقديم الشكاوى أمام المحكمة في ظرف أربعة أشهر<sup>1</sup> من تاريخ القرار النهائي الداخلي، وقد بدأ تطبيق الأجل الجديد منذ الفاتح فبراير 2022، للسماح للمدعين المحتملين بأن يكونوا على دراية كاملة بالأجل الجديد، وجاء هذا التقليل بسبب التطور السريع لتكنولوجيات الاتصال، وكذلك بسبب التماشي مع آجال الطعن السارية في الدول الأطراف<sup>2</sup>، وصار بذلك قانون الاتفاقية الأكثر صرامة وشدة خاصة وأن أجل رفع الشكاوى أمام المحكمة صار جد ضيق، ليس هذا فقط فبالإضافة إلى ضيق الأجل هناك كذلك صعوبة تقدير الطابع المعقول للأجل والاستثناءات غير المؤكدة الواردة عليه، ويتمثل الهدف من اشتراط الأجل في كفالة مبدأ الأمن القانوني من خلال ضمان استقرار المراكز القانونية وتجنب سلطات الدولة والأشخاص المعنيين من البقاء في الشك، كما يفرض واجبا بالعناية على عاتق الشاكي<sup>3</sup>.

تطرقت المحكمة إلى مسألة تطبيق قاعدة الأجل في عدة أحكام مثلاً في سياق العفو وعدم جدوى تنفيذ حكم يتعلق بجريمة اعتداء جنسي ارتكبها ثلاثة أفراد وراحت ضحيتها الشاكية، وقد استندت المحكمة على المواد 3 و8 من الاتفاقية وانتقدت قرار السلطات بمنح عفو لأحد الجناة وكذلك فشلها في تنفيذ حكم السجن الصادر في حق المتهمين ووصلت إلى وجود انتهاك للمواد أعلاه، ويعد هذا الحكم مهماً لأنه يوضح رأي المحكمة بخصوص تطبيق قاعدة الأجل على الحالات المستمرة، حيث ذكرت بأن الحالات المستمرة ليست جميعاً متطابقة فهناك فرق واضح بينها، وأكدت بأنه يجب على الشاكين تقديم شكاوهم دون "تأخير لا مبرر له" بمجرد أن يتبين عدم وجود احتمال واقعي لنتيجة إيجابية أو تطور على المستوى الوطني، وقد ردت المحكمة بذلك في

<sup>1</sup> كان الأجل سابقاً ستة أشهر " وصار "أربعة أشهر" منذ دخول البروتوكول 15 الملحق بالاتفاقية حيز التنفيذ.

<sup>2</sup>Rapport explicatif du protocole N° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (STCE N° 213), adopté par le Comité des Ministres du conseil de l'Europe lors de sa 123<sup>e</sup> Session, strasbourg, 24/6/2013, para 21.

أنظر كذلك: المادة 4 من البروتوكول 15.

<sup>3</sup>Lorraine Dumont, op.cit, p3.

قضية الحال على حجة الحكومة المدعى عليها التي مفادها أنه كان يجب على الشاكية أن تقدم شكواها خلال أجل ستة أشهر من تاريخ قرار منح العفو<sup>1</sup>.

يتجسد مبدأ الاحتياطية بوضوح من خلال معيار مقبولية الشكاوى بشكل خاص قاعدة "استنفاد طرق الطعن الداخلية" الذي يسير جنباً إلى جنب معيار "الأجل المعقول"، ويؤكد قدرة الدول على معالجة انتهاكات الحقوق، وباعتبار أن الاتفاقية تدعم سيادة القانون، فقد ربطت المحكمة مبدأ الاحتياطية باستنفاد طرق الطعن الداخلية (المادة 35 من الاتفاقية) أكثر منه بالحق في طعن فعلي (المادة 13 من الاتفاقية)، وبالنتيجة ففي حالة انعدام سيادة القانون يتم تفضيل الوصول إلى جهاز الحماية من خلال تخفيف بعض شروط مقبولية الشكاوى<sup>2</sup>.

### 3- علاقة قاعدة استنفاد طرق الطعن الداخلية بالأحكام الاتفاقية الأخرى: تعد قاعدة

استنفاد طرق الطعن الداخلية قاعدة أساسية لمبدأ الاحتياطية، أولتها المحكمة العناية في أحكامها فكثيرة هي قرارات عدم المقبولية التي أصدرتها بسبب عدم الالتزام بها، وتتقاطع هذه القاعدة مع نصوص أخرى في الاتفاقية وتدعمها وتكملها أولها المادة 13 التي تضمن حقا لكل شخص تم انتهاك حقوقه وحرياته المعترف بها في الاتفاقية، في طعن فعلي أمام جهة قضائية وطنية، ولو كان الانتهاك صادرا عن أشخاص في إطار ممارسة وظائفهم الرسمية، وبالنتيجة فهي تضع التزاما على عاتق الدول الأطراف بإنشاء طرق طعن فعلية في أنظمتها القانونية حتى تتمكن بنفسها من إصلاح انتهاكات الاتفاقية محليا، وبذلك فهي تعزز الواجب العام للدول (الوارد في المادة الأولى من الاتفاقية) بضمان حقوق الإنسان المنصوص عليها في الاتفاقية للأشخاص الخاضعين لولايتها القضائية، ولما كان الفعل الدولي غير المشروع ومسؤولية الدولة تنتج آثارها في إطار أنظمة حقوق الإنسان منذ ارتكاب الانتهاك قبل أن يتم استنفاد طرق الطعن الداخلية، فإن الدول الأطراف حتى تتفادى المسؤولية يجب أن تقوم بمجهودات من بينها السماح للفرد بالاشتكا من الانتهاكات المرتكبة ضده، وهو ما يجعل توفير الطعون آلية وقائية للدولة<sup>3</sup>.

تتبع قراءة تجميعية للمادتين الأولى و13 من الاتفاقية أنه يقع على عاتق السلطات والمحاكم الوطنية في المقام الأول منع أي انتهاك للاتفاقية (أي الوقاية منه)، وفي حال فشلها في القيام

<sup>1</sup>ECtHR (Sec. II), E.G. v. The republic of Moldova, app. №37882/13, judg. of 13/4/2021, para32-36

<sup>2</sup>Lorraine Dumont, op.cit, pp2-3 et4.

<sup>3</sup>Pasquale de sena, responsabilité international et prevention des violations des droits de l'homme, in: La prévention des violations des droits de l'homme, actes du colloque des 13 et 14 juin 2013, Institut international des droits de l'homme, éditions A. pedone, paris, 2015, pp39-40.

بذلك، عليها فحص ومعالجة الانتهاك، وأساس ذلك هو الفكرة التي يقوم عليها النظام الأوروبي وهي أن الدول تعتبر الأقدر على اتخاذ القرار بشأن الطريقة الأكثر ملاءمة لاحترام وحماية حقوق الإنسان على المستوى الوطني<sup>1</sup>، وتتمتع بسلطة تقديرية في كيفية توفير الاستفادة من هذا العلاج للأفراد بموجب المادة 13، وقد لاحظت المحكمة في العديد من المجالات مثل الحق في محاكمة عادلة أن الحل الأفضل هو الوقاية<sup>2</sup>.

وبدورها تلزم المادة 35 فقرة 1 من الاتفاقية كل من يريد تقديم شكوى أمام المحكمة بسبب انتهاك حقوقه، بالتقيد بقاعدة استنفاد طرق الطعن الداخلية التي يوفرها نظامه القانوني الوطني، حيث تعتمد هذه القاعدة على الافتراض الوارد في المادة 13 أعلاه، والذي مفاده وجود طريق طعن داخلي فعلي متاح للأفراد في حالة حدوث انتهاك لحقوقهم<sup>3</sup>، والذي يجب عليهم أن يسلكوه، حيث يحقق وجود هذا الطعن فائدة للفرد بإمكانية حل مشكلته داخليا، وكذلك فائدة للمحكمة التي تستفيد من آراء المحاكم الوطنية المضمنة بالأحكام القضائية التي تصدرها في الشكاوى المرفوعة إليها<sup>4</sup>، وهو ما يجعل المادتين 13 و35 على علاقة وطيدة.

تمنح المادة 35 من الاتفاقية السلطات الوطنية وعلى وجه الخصوص القضائية منها بشكل أولي ونهائي حق تطبيق الاتفاقية والمعاقبة على أي انتهاك لأحكامها، بينما تمنح المادة 13 لكل شخص انتهكت حقوقه وحرياته الحق في الحصول على انتصاف فعال أمام هيئة قضائية وطنية، وبذلك فهي تحول قاعدة استنفاد طرق الطعن الداخلية من حق للدولة إلى واجب بوضع وإتاحة طرق طعن جاهزة وفعالية لمنع أو تدارك الانتهاكات قبل إخطار الأجهزة الرقابية للاتفاقية، ليكون بذلك القاضي الوطني هو قاضي القانون المشترك للاتفاقية وفي نفس الوقت قاض أوروبي مكلف بتفسير وضمان احترام ونشر المتطلبات التي وضعتها الاتفاقية<sup>5</sup>، وكثيرة هي القضايا التي أثارت عدم توفير الدول للحق في طعن فعلي<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>Equality and Human Rights Commission, op.cit, pp154-156.

<sup>2</sup>Cocchiarella c. Italie, op.cit, para 74.

<sup>3</sup>Kudla c. Pologne, op.cit, para 152.

<sup>4</sup>ECtHR (GC), Burden v. UK, app. №13378/05, judg. of 29/4/2008, para 42.

<sup>5</sup>Elias Kastanas, op.cit, pp99-100.

<sup>6</sup>ومن ذلك قضية حديثة تتعلق بادعاء الشاكية -وهي رعية أرمنية تعاني منذ ولادتها من إعاقة ذهنية خفيفة- بالتحرش الجنسي الذي تعرضت له في سن 14 من طرف أستاذها للتربية البدنية البالغ 49 سنة علما أنه يشغل كذلك منصب رئيس إدارة الإقليم الذي تقيم به، وقد تم اتهامه بالاغتصاب المشدد وبالأفعال غير اللائقة تجاه قاصر وتمت محاكمته وإدانته بسبعة سنوات حبس، وقد قامت الشاكية عقب ذلك بمباشرة دعوى مدنية للتعويض ضد الدولة، تم رفضها من ثلاثة مستويات من التقاضي، وتم نشر تفاصيل القضية المدنية بما فيها الاسم الكامل للمدعية في قاعدة بيانات قضائية مفتوحة للجمهور، فاحتجت الشاكية أمام المحكمة بأن الدولة لم توفر لها حماية من الاستغلال الذي تعرضت له، وأنها مست حياتها الخاصة بنشر بياناتها، وأنها لم تمكنها من طعن فعلي للدفاع عن حججها، ووصلت المحكمة إلى وجود انتهاك للمواد 3، 8 و13 من الاتفاقية.

يلاحظ أن شروط المادة الأولى، 13 و 35 من الاتفاقية مجتمعة تعكس بشكل كبير وواضح الطبيعة الاحتياطية للمحكمة، ومع ذلك فالمادة 19 من الاتفاقية<sup>1</sup>، تؤكد أن المحكمة هي التي تؤمن احترام الدول المتعاقدة للالتزامات الناتجة عن الاتفاقية وبروتوكولاتها، باعتبارها هيئة رقابة منشأة برضا الدول الأطراف.

إن الهامش التقديري لا يضمن "مجالاً محجوزاً" للسلطات الوطنية، ولكنه يسمح بتوزيع تقييم حالة معينة وذلك تحقيقاً للاحتياطية، بشرط الرقابة النهائية للمحكمة، وتظهر هذه الاحتياطية من خلال شرطين هما: الالتزام الواقع على الشاكي باستنفاد طرق الطعن الداخلية طبقاً للمادة 35 فقرة أولى من الاتفاقية، والالتزام الواقع على السلطات الوطنية بوضع وإتاحة طرق طعن فعلية طبقاً للمادة 13 منها، وقد أكدت الاتفاقية صلاحية المحكمة الوطنية بالدرجة الأولى للنظر في القضايا من خلال شرط الضرر الهام الوارد في الفقرة 3/ب من المادة 35 منذ اعتماد البروتوكول 14 والذي يتيح استعمال الهامش التقديري، ويعد ضماناً مقابل عدم مقبولية الشكوى الوارد في نفس المادة<sup>2</sup>، بمعنى أنه في حالة الضرر غير الهام تميل المحكمة لاحترام تقدير السلطات الوطنية.

**ثانياً-الاحتياطية المادية: La subsidiarité matérielle** تسمى كذلك الاحتياطية الموضوعية *subsidiarité substantielle* والمقصود بها تنظيم العلاقة بين اختصاصات المحكمة والسلطات الوطنية في حماية حقوق الإنسان من حيث القرارات والتقدير، أو هي ضمان تنظيم حماية حقوق الإنسان بين الاتفاقية والأنظمة القانونية للدول الأطراف، وتمثل المادة 53 من الاتفاقية أحسن مثال عليها<sup>3</sup>، ويعد الاجتهاد القضائي للمحكمة ثرياً بالجانب الموضوعي لمبدأ احتياطية نظام الاتفاقية، حيث صرحت المحكمة بأن السلطات الوطنية لها أولوية التصرف لتسوية الانتهاكات التي تمس بالاتفاقية<sup>4</sup>، وأنها تبقى حرة في اختيار التدابير التي تراها مناسبة في

---

CrEDH (sec. IV), A.P c. Arménie, req. №58737/14, arrêt du 18/6/2024.

<sup>1</sup>ورد في المادة 19 من الاتفاقية بعنوان إنشاء المحكمة أنه: من أجل ضمان احترام الأطراف السامية المتعاقدة للالتزامات الناتجة عن الاتفاقية وبروتوكولاتها، تنشأ محكمة أوروبية لحقوق الإنسان تدعى "المحكمة" لاحقاً، تعمل بصورة دائمة.

<sup>2</sup>Dean Spielmann, "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?", op.cit, p415 et pp417-418.

<sup>3</sup>Caroline picheral, op.cit, pp63-64.

<sup>4</sup>«La Cour rappelle qu'il appartient en premier lieu aux autorités nationales de redresser une violation alléguée de la Convention.».

Cocchiarella c. Italie, op.cit, para70.

المجالات المنظمة بالاتفاقية، وأن رقابة المحكمة تنصب على توافق هذه التدابير مع متطلبات الاتفاقية<sup>1</sup>.

يرى الأستاذ Szymczak أن الاحتياطية المادية تبرر الاعتراف للدول بهامش تقديري في تفسير وتطبيق بعض الحقوق الاتفاقية وتقدير القيود على ممارستها<sup>2</sup>، وتوصف الاحتياطية بأنها مادية من منطلق أن السلطات الوطنية تعد في مكان أفضل من المحكمة لتقدير احترام التوازن العادل بين حقوق الأفراد والأهداف المشروعة المتوخاة في المجالات التي تعد حساسة وتسمح بتقييد الحريات، مكافحة الإرهاب والتهديدات التي تستهدف الأمن العام، العلاقات بين السياسة الاجتماعية وضمان الحق في الملكية، الالتزامات الإيجابية للدولة وتطبيق الاتفاقية في العلاقات ما بين الأفراد<sup>3</sup>.

وبذلك فهذه الصورة من الاحتياطية تقوم على فرضية أن السلطة الوطنية في موقع أفضل لمعالجة موضوع الشكوى المتعلقة بانتهاك الحقوق المضمونة بالاتفاقية والحكم بالتعويض المناسب على المستوى الوطني، وتظهر الاحتياطية الموضوعية حسب الأستاذ Tümay بموجب قراءة تجميعية للمواد 13 و13 و53 من الاتفاقية<sup>4</sup>.

**1- المادة الأولى من الاتفاقية:** فسرت المحكمة المادة الأولى من الاتفاقية بأنها تفرض على الدول التزاماً إيجابياً وسلبياً باحترام الحقوق والحريات المضمونة بالاتفاقية، ومنه الاعتراف بها لكل شخص خاضع لولايتها القضائية، وتضع بالتالي على عاتقها المسؤولية الأولى باحترام الحقوق، وهو ما يدل عليه موقع هذه المادة في النص الاتفاقي، وقد أكدت المحكمة في اجتهادها العلاقة القوية بين نص المادة ومبدأ الاحتياطية<sup>5</sup>.

تترك المادة الأولى لكل دولة طرف، في المقام الأول، مهمة ضمان الحقوق والحريات الواردة بالاتفاقية لكل شخص يخضع لولايتها القضائية، وبدورها تعترف المحكمة، من خلال مفهوم "الهامش التقديري"، بأن السلطات الوطنية هي من حيث المبدأ في وضع أفضل من المحكمة لتقييم

<sup>1</sup>Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique », op.cit, para 10.

<sup>2</sup>Francisco R. Barbosa Delgado, op.cit, p281.

<sup>3</sup>Elias Kastanas, op.cit, p184.

<sup>4</sup>Murat Tümay, op.cit, p203.

<sup>5</sup>CrEDH (GC), Scordino c. Italie n°1, req. n°36813/97, Arrêt du 29/03/ 2006, para 140.

ضرورة فرض أي تقييد على حق محمي بالاتفاقية<sup>1</sup>، ويترتب على هذا الدور الأول أن تلتزم الدول بمجرد مصادقتها على الاتفاقية بضمان توافق تشريعاتها الداخلية مع هذه الأخيرة<sup>2</sup> واحترام المعايير الواردة بها، ويقع على المحاكم الوطنية بشكل أساسي الفصل في توافق القانون الداخلي مع الاتفاقية<sup>3</sup>، وبدورها تلزم المحكمة الدول التي تحيد عن ذلك بتعديل تشريعاتها الداخلية لتتوافق مع الاتفاقية.

إن الدولة ملزمة بموجب هذا النص بحماية الحقوق وتبقى لها حرية اختيار التدابير المناسبة ومن ثم هامش تقديري في المجالات المنظمة بالاتفاقية القابلة لذلك، ومع ذلك تبقى المحكمة حارسا على احترام الدول للاتفاقية طبقا للمادة 19 منها.

**2-المادة 13 من الاتفاقية:** تنص على حق كل شخص تم انتهاك حقوقه المضمونة بالاتفاقية في طعن فعلي أمام جهة قضائية وطنية، وهو ما يعد اعترافا للدولة بأولوية تدخلها في معالجة الانتهاكات على مستواها الداخلي وفي نفس الوقت إلزاما لها بإنشاء طرق طعن داخلية وتمكين الفرد منها وبذلك فهي جزء من الالتزام العام الواقع على الدولة الطرف بحماية الحقوق.

تعد المادة 13 من الأسس التي استندت عليها المحكمة صراحة لتأسيس احتياطي نظام الاتفاقية<sup>4</sup>، وتحيل مباشرة إلى المادة 35 فقرة 1 من الاتفاقية المتعلقة بقاعدة استنفاد طرق الطعن الداخلية من طرف أي فرد يزعم انتهاك حقوقه، والتي تبقى مشروطة بفعالية الطعن المستنفذ، وبذلك فالطابع الاحتياطي للنظام الأوروبي لحماية حقوق الإنسان المجدد في المادة 35 فقرة 1 يرتبط بطبيعة الطعون الداخلية التي يجب أن تكون فعلية وفعالة<sup>5</sup>، كما تشكل المادة 13 شرطا للالتزام العام الواقع على الدول وهو ما أشارت إليه المحكمة بأن تطبيق هذه المادة يرتبط بالطريقة التي اختارت الدولة المتعاقدة بموجبها الوفاء بالتزاماتها المنصوص عليها بالمادة الأولى من الاتفاقية<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>Equality and Human Rights Commission, op.cit, p122.

<sup>2</sup>« En outre, il résulte de la Convention, et notamment de son article 1, qu'en ratifiant la Convention les Etats contractants s'engagent à faire en sorte que leur droit interne soit compatible avec celle-ci» CrEDH (GC), Maestri c. Italie, req. No 39748/98, Arrêt du 17/2/2004, para 47.

Voir aussi : Cocchiarella c. Italie, op.cit, para 126.

<sup>3</sup>Burden v. UK, op.cit, para 42.

<sup>4</sup>CrEDH (3<sup>ème</sup> sec.), Stratégies et Communications et Dumoulin c. Belgique, req. №37370/97, Arrêt du 15/07/2002, para 54.

<sup>5</sup>Laurèn Audouy, op.cit, p66.

<sup>6</sup>Silver and others v. UK, op.cit, para 113.

منذ صدور حكم Kudla وهو حكم نموذجي *arrêt pilote* وحكم مبدأ *arrêt de principe*، تم الاعتراف بالحق في طعن فعلي كحق في خدمة باقي الحقوق الموضوعية المنصوص عليها بالاتفاقية، وهو ما يمثل تحولا في الاجتهاد القضائي للمحكمة، ويتعلق بالنص على إجراء داخلي يسمح بالطعن في انتهاك الحق في محاكمة عادلة في غضون فترة زمنية معقولة، حيث ألزمت المحكمة الدول بالنص في قوانينها الداخلية على إجراءات تمكن الأفراد من طعن فعلي في حالة انتهاك حقوقهم<sup>1</sup>، وبذلك فقد طبقت المحكمة هنا مبدأ الاحتياطية، حيث يتم ممارسة الطعون المتوفرة للفرد أولا على المستوى الداخلي وبعد استنفاذها يمكن اللجوء إلى المحكمة إذا كان لا بد من ذلك.

يبدو أن مبدأ الاحتياطية ليس مجرد وسيلة بسيطة لتقييد دور وسلطات المحكمة، إذ يتم استعماله بشكل خاص لفرض معايير إصلاح صارمة على المحاكم الوطنية بموجب المادة 13<sup>2</sup>.

**3- المادة 53 من الاتفاقية:** تترجم الاحتياطية المادية الفكرة التي مؤداها أن "الأداة الدولية لحقوق الإنسان لا يمكن أن تحل محل القانون الوطني ولكنها تكمله لضمان أدنى مستوى من الحماية"<sup>3</sup>، وينتج عن ذلك أن الاتفاقية تهدف لمواءمة القوانين الوطنية وليس لتوحيدها، وتتجسد هذه الفكرة في المادة 53<sup>4</sup> منها التي تعد مفتاحا لإدارة النزاعات المحتملة بين القواعد الاتفاقية والقواعد الوطنية.

تعترف المادة 53 بالاستقلالية الوطنية وألوية الاختصاص الوطني، ويفهم منها أن أحكام الاتفاقية لا تطبق إلا في حالة عدم وجود أحكام وطنية حامية قوية، وأن الدول قد تنص في تشريعاتها الوطنية أو تعترف في المعاهدات الأخرى التي تكون طرفا فيها بحماية أهم لحقوق الإنسان من الحماية الموجودة في الاتفاقية، وأن أي نقص محتمل في نص الاتفاقية لا يعتبر تحديدا لدرجة حماية الحقوق، فالاتفاقية لا تتمتع بسمو مطلق على القوانين الوطنية والمعاهدات

<sup>1</sup>Kudla c. Pologne, op.cit, para 148, 149, 157-160.

<sup>2</sup>A Mowbray, "Subsidiarity and the European Convention on Human Rights" in: HRLR, 15(2015), p313.

Cité par: Dominic Mcgoldrick, op.cit, p32.

<sup>3</sup>Egide Manirakiza, op.cit, p4.

Voir aussi : Laurèn Audouy, op.cit, p67.

<sup>4</sup>تصرح المادة 53 من الاتفاقية تحت عنوان حماية حقوق الإنسان المعترف بها بأنه: لا يجوز تفسير أي حكم في هذه الاتفاقية على أنه يضيق أو يمس بحقوق الإنسان والحريات الأساسية التي يمكن أن تكون معترفا بها في قوانين الأطراف المتعاقدة أو في أي اتفاقية أخرى يكون هذا الطرف المتعاقد طرفا فيها.

الأخرى، ويعود للقاضي الوطني الحرص على اختيار الأساس القانوني الأكثر حماية<sup>1</sup>، وبذلك فإن المادة 53 تشجع الدول الأطراف على الذهاب أبعد من المعايير الدنيا الموجودة في قانون الاتفاقية إن موضوع وهدف الاتفاقية ليس استبعاد أو استبدال الضمانات الوطنية الدستورية، القضائية أو التشريعية للحقوق الأساسية، ولكن الإضافة والعلاج والتصحيح، كما أنه من الصعب تجاهل قوانين الدول الأطراف ووقف ممارستها لسلطتها التنظيمية التي قد تضمن حماية أوسع للحقوق من تلك التي توفرها الاتفاقية وأجهزتها، وتؤكد عدة مواد التكامل بين الاتفاقية والأنظمة الوطنية فبموجب المادة الأولى تعترف الدول لكل فرد خاضع لولايتها القضائية بالحقوق المكرسة بالاتفاقية، وتأخذ على عاتقها التزاما بسيطا بنتيجة، أما المادة 53 فتترك للدول حرية وضع حماية مشددة للحقوق، والمادة 35 تخضع قبول الشكاوى من طرف المحكمة لاستنفاذ طرق الطعن الداخلية مما يؤكد المهمة التكميلية للنظام الأوروبي، بينما تدعم المادة 13 مسؤولية القاضي الوطني من خلال تكريس الحق في طعن فعلي ضد أي انتهاك للحقوق والحريات المضمونة بالاتفاقية، كما تمثل الإحالة للقانون الوطني في المادة 5 المتعلقة بالحق في الحرية والأمن والتحفظات المتعلقة بالنظام العام تأكيدا للتكامل ولأولوية الأنظمة الوطنية، وبدوره فإن اشتراط النص بموجب قانون على أي تدخل في ممارسة الحريات في البنود التقييدية يعتبر تكريسا لمبدأ سمو القانون وللدور الأول للسلطات الوطنية في المحافظة على الحقوق الفردية<sup>2</sup>.

تدعو المادة 53 وكذلك المحكمة القاضي الوطني لأن يواكب تطوير الاتفاقية، وأن يعتمد عند الاقتضاء موقفا أكثر حماية من موقف المحكمة ذاتها، وذلك تأكيدا على أن الاتفاقية هي حدا أدنى للحماية، وقد تبنت المحكمة الدستورية البلجيكية اجتهادا قضائيا مثيرا للاهتمام، أسسته على المادة 53 من الاتفاقية، حيث رأت في قرار لها حول مدى دستورية قانون يسمح بالزواج المثلي، وجوب الأخذ بالاعتبار المادة 53 من الاتفاقية، والمادة 5 فقرة 2 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية عند تفسير الأحكام الاتفاقية، وبالنتيجة عدم جواز تفسير المواد 12 من الاتفاقية الأوروبية و23 فقرة 2 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أنها تمنع الدول الأطراف في الصكوك المذكورة أعلاه من منح الحق المضمون بهذه النصوص للأشخاص الراغبين في ممارسته مع أشخاص من نفس الجنس، كما ذهبت المحكمة الدستورية البلجيكية في قرارات أخرى

<sup>1</sup>Laurèn Audouy, op.cit, p68.

<sup>2</sup>Caroline picheral, op.cit, p63.

طبقت فيها المادة 53 من الاتفاقية أبعد من المتطلبات التي وضعتها المحكمة الأوروبية<sup>1</sup>، وهو ما يجعل هذا التوجه الوارد في قانون الاتفاقية نموذجاً يمكن أن تستلهم منه المحاكم الإقليمية أخرى.

تحظى المادة 53 بوزن رغم عدم شهرتها ولا ذبوع استعمالها والتمسك بها، وهي تعيد فتح المجال في نهاية نص الاتفاقية للهامش التقديري للدول الأطراف، ولأولوية المستوى الوطني في حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وبذلك فالاتفاقية تفتح أحكامها بالاحتياطية والهامش التقديري وتختتم بالاحتياطية ضمناً في جانبها الموضوعي.

## المطلب الثاني:

### تطور تكريس مبدأ الاحتياطية في قانون الاتفاقية

يقوم مبدأ الاحتياطية على فكرة عامة تتعلق بتوزيع الصلاحيات بين مستويات مختلفة داخل بنية واحد، ويعد مبدأ قديماً تم تطبيقه في مجالات مختلفة، منها مجال القانون بما فيه القانون الداخلي<sup>2</sup> والقانون والقضاء الدوليين<sup>3</sup> ومجال المنظمات الدولية<sup>4</sup> والإقليمية<sup>5</sup>، وصولاً إلى مجال

<sup>1</sup>«Dans l'interprétation des dispositions conventionnelles citées au moyen, il doit être tenu compte de l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 5.2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. ... Il résulte des dispositions citées au B.6.3...».

Cour constitutionnelle Belge, dec. 159/2004, para 6.1-6.4.

Voi aussi : Dec. 202/2004, 21/12/2004, para5.4; Dec. 131/2005, 19/7/ 2006, para5.2 ; Dec. 151/2006, 18/10/2006, para5.6.

Cité par: Andenas Mads, Bjorge Eirik, op.cit, pp396-397.

<sup>2</sup>مثلاً في القانون الإداري تعبر الاحتياطية على التكامل، وتحديدًا في إطار التنظيم الإداري تضيء صفة الفرعية على أجهزة بالنسبة لأجهزة أخرى، في القانون الدستوري تظهر في الدول الفدرالية وتسمح بتفعيل تدخل الفدراليات للحصول على نتيجة أحسن من تلك التي تتخذها كل دولة بشكل منفرد، في القانون الجنائي تظهر في تنظيم اختصاصات الجهات القضائية وتحديد الجهة القضائية الأولى بالتدخل، تحديد تطبيق القانون الجزائي من عدمه حيث يمكن تفاديه في حال وجود وسائل أقل حدة، تدرج التدابير السالبة للحرية حيث أن عدم فعالية التدبير الأول وهو الأخف تبيح اللجوء للتدبير الموالي الاحتياطي.

Laurèn Audouy, op.cit, pp45-46 et pp51-54.

Voir aussi : Berri Noureddine, Aissaoui Azedine, op.cit, p185.

<sup>3</sup>مثلاً في إطار القضاء الدولي الجنائي يظهر مبدأ الاحتياطية في أنظمة المحاكم الجزائية الدولية سابقاً إلى جانب مبادئ السمو *principe de primauté* والتخصص *principe de spécialité* والتكامل *principe de complémentarité*، وفي نظام المحكمة الجنائية الدولية (نظام روما) التي تقوم على الدور التكميلي للمحكمة الدولية بالنسبة للجهات القضائية الجنائية الوطنية التي لها أولوية في متابعة الجرائم والعقاب عليها، كما يظهر المبدأ كذلك في اجتهاد محكمة العدل الدولية.

Laurèn Audouy, op.cit, pp58-60.

<sup>4</sup>يلعب مبدأ الاحتياطية في إطار المنظمات الدولية دوراً في خلق هرمية مؤسساتية بتحديد الهيئة التي لها صلاحية التصرف، وهو ما نجده ضمناً في المادة 52 من ميثاق الأمم المتحدة التي تنظم العلاقات بين الأجهزة الإقليمية التي لها أولوية التصرف لتسوية النزاعات المحلية فيما يتعلق بالحفاظ على الأمن والسلم الدوليين، قبل عرضها على مجلس الأمن.

<sup>5</sup>مثلاً ظهر المبدأ بشكل صريح في المعاهدة المنشئة للاتحاد الأوروبي أو ما يطلق عليها معاهدة Maastricht المعتمدة سنة 1992 الذي كرسته في المادة 5 منها صراحة حيث اعترفت بأن الاختصاصات تمارس كأصل على مستوى الدول الأطراف لأنها أقرب من المواطن، ويمكن أن تحوّل استثنائياً إلى سلطة أعلى -الاتحاد-، في حالة عدم إمكانية معالجة المسألة بشكل فعال محلياً.

يظهر مبدأ الاحتياطية أيضاً في معاهدات الاتحاد الأخرى لاسيما معاهدة لشبونة *traité de lisbonne* لسنة 2007 ومعاهدة Amsterdam التي تضمنت بروتوكولا لتطبيق هذا المبدأ، ومعاهدة المجموعة الأوروبية (أو معاهدة روما)، ويحتل هذا المبدأ

القانون الدولي لحقوق الإنسان، أين اتسم المبدأ بخصوصية مفهومه وتطبيقه حيث تطلبت فعالية الحقوق المضمونة تقسيما للاختصاصات بين السلطات الوطنية ممثلة في الدولة والجهاز الرقابي الدولي<sup>1</sup>، وقد تم الاستعانة به في مجال الاتفاقية لتحديد صلاحيات وطريقة تدخل أجهزة الرقابة عليها لضمان حماية حقوق وحرية الأفراد، ومنذ ذلك صار مبدأ الاحتياطية يمثل عمود الاتفاقية<sup>2</sup> وقد عرف على نحو مفهوم الهامش التقديري تطورا في تكريسه في نص الاتفاقية (الفرع الأول) وكذلك في الاجتهاد القضائي لأجهزة الرقابة على الاتفاقية (الفرع الثاني).

## الفرع الأول:

### تطور تكريس مبدأ الاحتياطية في نص الاتفاقية

يعتبر مبدأ الاحتياطية أحد أسس التاريخ الأوروبي، فهو مبدأ من مبادئ الفلسفة الاجتماعية، يستمد أصوله من كتابات أريستو والقديس Thomas d'Aquin ومن النظرية الاجتماعية للكنيسة الكاثوليكية في القرن العشرين<sup>3</sup>، وقد امتد إلى مجال الاتفاقية ليعبر عن مكانة الميكانيزم الأوروبي لحماية حقوق الإنسان إذ لا يمكن كقاعدة أن يحل محل الأنظمة الوطنية التي لها الأولوية في حماية حقوق الإنسان وحياته الأساسية، وقد مر تكريس هذا المبدأ في نص الاتفاقية بمرحلتين: الأولى قبل اعتماد البروتوكول 15 والثانية منذ اعتماده.

أولا- قبل اعتماد البروتوكول 15: لم تتضمن الاتفاقية منذ اعتمادها ولسنوات طويلة أي إشارة صريحة لمفهوم الاحتياطية إلى غاية اعتماد البروتوكول 15، ومع ذلك فإن هناك عدة نصوص تمثل إشارة ضمنية إلى مبدأ الاحتياطية لأن قراءتها تعبر عن فكرة أولوية دور السلطات الوطنية في حماية الحقوق وعدم تدخل المحكمة إلا في حال عجز السلطات أو تخلفها عن ذلك.

---

مكانة هامة نظرا لدوره الهام في استمالة وإقناع الدول الأوروبية بالانضمام إلى المؤسسات والتنظيمات الأوروبية باختلافها كالاتحاد الأوروبي الذي يركز عليه صراحة في المعاهدة المنشئة له جنبا إلى جنب مبدأ التناسب.

لمزيد من التوضيح حول تطبيق وتطور مبدأ الاحتياطية في المؤسسات والتنظيمات الإقليمية الأوروبية أنظر:

Lauren Audouy, op.cit, pp43-44.

Voir aussi : Jean-François Renucci, Droit européen des droits de l'homme, 3<sup>ème</sup> édition, L.G.D.J, paris, 2002, p347.

Parlement européen, op.cit, p2.

Traité sur l'union Européenne (TUE), Maastricht, signé le 7/2/1992 et appliqué depuis le 1<sup>er</sup>/11/1993.

<sup>1</sup>Egide Manirakiza, op.cit, pp3-4.

<sup>2</sup>CrEDH(GC),Austin et autres c. Royaume-Uni, req.Nes39692/09 et autre,arrêt du15/03/2012,para61

<sup>3</sup>Egide Manirakiza, op.cit, pp1-2.

بالنسبة للمادة الأولى فإنها تنص على واجب الدول الأطراف بالاعتراف بالحقوق والحريات الواردة بالاتفاقية لأي شخص خاضع لولايتها القضائية، وتمثل التزاما عاما على عاتق الدول باحترام حقوق الإنسان، ويؤكد موقع وترتيب هذه المادة في الاتفاقية التي استهلت بها وكذلك مضمونها الذي يخاطب الدول الأطراف أولا بضمان الحقوق، أولوية تدخل الدول لحماية الحقوق واحتياطية نظام الرقابة على الاتفاقية.

أما المادة 13 فتتعلق بالحق في طعن فعلي الذي يجب أن تضمنه الدولة في نظامها القانوني الداخلي لكل شخص يدعي انتهاك حقوقه المعترف بها بالاتفاقية، حيث يسمح بإنشاء طرق طعن محلية للسلطة الوطنية المختصة بالتعامل كمستوى أول مع نص الاتفاقية الذي يكفل الحق المنتهك وتقديم العلاج المناسب، وحل إشكالاتها الداخلية بنفسها وتفاذي لجوء الخاضعين لولايتها القضائية للمحكمة ومن ثم تفادي إدانتها وما يترتب عن ذلك من آثار.

بينما تنص المادة 19 على إنشاء محكمة تسهر على ضمان احترام الدول الأطراف لالتزاماتها الناتجة عن الاتفاقية وبروتوكولاتها، ويتضح من ذلك أن مهمة المحكمة محصورة في رقابة احترام التزام الدول بالحقوق والحريات المكرسة بالاتفاقية، كما يؤكد موقع وترتيب المادة في الاتفاقية دور المحكمة الاحتياطي اللاحق.

من جهتها تعكس المادة 35 بوضوح الطبيعة الاحتياطية لعمل المحكمة في جانبه الإجرائي، فقد ألزمت الضحية المحتمل باستنفاد جميع سبل الطعن الداخلية المتوفرة لمعالجة الانتهاك الذي مس حقوقه، وفي حالة عدم تبقي أي طعن أو عدم فعالية الطعن يمكن للمدعي حينئذ اللجوء لعرض شكواه أمام المحكمة، حيث لا يمكن للأخيرة أن تكون مختصة إلا بعد إتاحة المجال والفرصة للدول لإصلاح الانتهاكات المدعى بها بنفسها<sup>1</sup>، وهو ما يثبت الطبيعة الاحتياطية للمحكمة ولآلية الشكاوى أمامها مقارنة بالأنظمة الوطنية لحماية حقوق الإنسان، ويحقق مصلحة الشاكي وفعالية ميكانيزم الاتفاقية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>Laurèn Audouy, op.cit, pp65-66.

<sup>2</sup>Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique», op.cit, para 10 ; Scordino c. Italie, op.cit, para140 ; CrEDH (GC), Varnava et autres c. Turquie, req. № 16064/90, arrêt du 18/09/2009, para164.

وتتعلق المادة 41 من الاتفاقية<sup>1</sup> بحالة عدم توفير القانون الوطني للدولة الطرف المدعى عليها التي أدانتها المحكمة، إصلاحا كاملا للضرر المترتب عن الانتهاك، وبالنتيجة يمكن أن تمنح المحكمة للطرف المضرور "ترضية عادلة Just satisfaction" والتي تشمل التكاليف القانونية والتعويضات عن الأضرار المادية وغير المادية-، من منطلق ما استقر الاجتهاد القضائي لهيئات الرقابة على الاتفاقية وهو واجب السلطات الوطنية بتعزيز وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية للأفراد<sup>2</sup>، ويفهم من مضمون المادة أن المحكمة لا تفعل العلاج الوارد بها إلا عندما يتعذر على النظام القانوني الوطني للدولة الطرف المدعى عليها توفير الإصلاح الكامل.

ترتبط المادة 46 من الاتفاقية بالقوة الإلزامية لأحكام المحكمة وكيفية تنفيذها، حيث تلتزم الدولة المدعى عليها كأصل بتنفيذ الحكم الصادر ضدها طواعية-من خلال وضع حد للانتهاك أي وقف الفعل غير المشروع ومحو آثاره بشكل يسمح قدر الإمكان بإعادة الحال إلى ما كان عليه، وتقديم ترضية عادلة للمضرور متى أمرت بها المحكمة إعمالا لما جاء في المادة 41 أعلاه- تحت رقابة لجنة الوزراء، ولها في سبيل ذلك أن تختار تدابير تنفيذ ذلك<sup>3</sup>، غير أنه في حالة ما إذا قدرت لجنة الوزراء امتناع الدولة المعنية عن تنفيذ الحكم يمكن لها إخطار المحكمة لتتظر في هذا الأمر، فإذا رأت المحكمة بدورها وجود انتهاك من الدولة لالتزامها بتنفيذ الحكم، تحيل القضية للجنة الوزراء لفحص التدابير التي سوف يتم اتخاذها، أما إذا رأت عدم وجود انتهاك للفقرة الأولى فإنها تحيل القضية إلى لجنة الوزراء لتقرر غلق فحصها، طبقا للمادة 46 فقرة 2 و3.

وعلى كل فإن رقابة تنفيذ أحكام المحكمة تقع على عاتق لجنة الوزراء، ولكن المحكمة كذلك لها دور وتتخذ تدابير من أجل تسهيل أداء لجنة الوزراء للمهام المنوطة بها<sup>4</sup>.

وبدورها تستبعد المادة 53 من الاتفاقية أي تفسير لحكم من أحكام الاتفاقية على أنه يحد من/ أو يمس بالحقوق والحريات الأساسية المضمونة بموجب قوانين أي دولة طرف أو في اتفاق آخر تكون هذه الدولة طرفا فيه، وعليه فإن الاتفاقية لا تحل محل الضمانات الوطنية ولا تقدم

<sup>1</sup>ورد في المادة 41 من الاتفاقية تحت عنوان الترضية المنصفة: إذا صرحت المحكمة بوجود انتهاك للاتفاقية أو بروتوكولاتها، وكان القانون الداخلي للطرف السامي المتعاقد لا يسمح بإزالة غير كاملة للنتائج المترتبة عن هذا الانتهاك، فإن المحكمة تمنح للطرف المتضرر، متى كان مناسبا، ترضية منصفة.

<sup>2</sup>Murat Tümay, op.cit, pp 203-206.

<sup>3</sup>Cocchiarella c. Italie, op.cit, para125-126.

<sup>4</sup>Varnava et autres c. Turquie, op.cit, para 222.

عليها، وعموماً يجب أن تحترم الاتفاقية الحماية الأكثر فعالية ولا يمكن إضعاف الضمانات الوطنية بضمانات أقل فعالية في الاتفاقية ذاتها.

تدل صياغة الفقرة 2 من المواد من 8 إلى 11 من الاتفاقية على الاعتراف بمبدأ الاحتياطية باعتبار أنها أشارت إلى مراعاة القرارات الوطنية في تقييد الحقوق المحمية، كما تعد المادة 6 فقرة 1 من الاتفاقية<sup>1</sup> أكثر الأحكام التي تثيرها الشكاوى أمام المحكمة وهي تركز مبدأ الاحتياطية، حيث تضمن للفرد حقاً في محاكمة عادلة أمام الجهات القضائية الوطنية، وتضع مواصفات وشروط وإجراءات لهذه المحاكمة، فكلما ضمنت الدول هذا الحق بعناصره المختلفة بشكل أفضل ووفرت الوسائل لذلك وأصلحت مواطن الخلل في نظامها لفائدة المتقاضين مثلاً بمنح تعويضات للمتقاضين في حالة تجاوز الأجل المعقول وهو أحد عناصر المحاكمة العادلة التي تثير إشكالات باستمرار، فسيتم حل مختلف النزاعات على مستواها دون حاجة للجوء للمحكمة<sup>2</sup>.

**ثانياً- منذ اعتماد البروتوكول 15:** من المعلوم أن الاتفاقية شهدت تعديلات وإضافات بموجب عدة بروتوكولات ملحقة بها، ومنها البروتوكول 15 الذي كرس بشكل صريح مبدأ الاحتياطية، جنباً إلى جنب الهامش التقديري للدولة، في نص الاتفاقية.

**1- مبدأ الاحتياطية في المؤتمرات الممهدة للبروتوكول 15:** تم اعتماد هذا البروتوكول عقب مؤتمرات وزارية وإعلانات مهدت له كالاتي:

**1/1- مؤتمر Interlaken:** انعقد بسويسرا في 18 و 19/02/2010، وهو مؤتمر ذو مستوى عالي حول مستقبل المحكمة، تم تنظيمه تحت رئاسة سويسرا للجنة الوزراء، وتمخض عنه اعتماد إعلان يتضمن خطة عمل ودعوة للجنة الوزراء لتكليف الأجهزة المختصة لتحضير اقتراحات لتعديل الاتفاقية، وذلك في أجل أقصاه جوان 2012، وقد اتسمت المشاركات التحضيرية في المؤتمر وكذا الإعلان النهائي المتمخض عنه، بالإلحاح على ضرورة تأكيد الطابع الاحتياطي لميكانيزم الرقابة المنشأ بالاتفاقية والذي يترتب عليه تقسيم مسؤولية حماية الحقوق بين الدول والمحكمة بحيث تحوز الدول على الدور الأساسي، وعلى استعماله بانتظام وتم وصف الاحتياطية بالمبدأ، وتم ربط تكريسه بفعالية الاتفاقية على المدى الطويل وبحل المشاكل التي تواجه حماية

<sup>1</sup> جاء في المادة 6 فقرة أولى من الاتفاقية المعنونة بالحق في محاكمة عادلة أن لكل شخص الحق في سماع قضيته، بشكل عادل، علني وفي أجل معقول، من طرف محكمة مستقلة ونزيهة منشأة بقانون، والتي تفصل في النزاعات المتعلقة بحقوقه والتزاماته ذات الطابع المدني، أو في أساس أي تهمة موجهة ضده في المادة الجزائية.

<sup>2</sup>Jean-Paul Costa, intervention introductive, op.cit, p3.

الحقوق في نظام الاتفاقية<sup>1</sup>، وقد ذكر Costa خلال المؤتمر بأن نظام الاتفاقية تم تصميمه ليكون احتياطياً بطبيعته<sup>2</sup>.

**2/1-مؤتمر Izmir:** انعقد بتركيا في 26 و2011/04/27، وهو مؤتمر ذو مستوى عالي حول مستقبل المحكمة، وقد تم تنظيمه تحت رئاسة تركيا للجنة الوزراء، ونتج عنه اعتماد إعلان وخطة متابعة لفحص وتتبع مسار الإصلاح، وقد تمت الإشارة لمبدأ الاحتياطية لأول مرة في إعلان المؤتمر ذو المستوى العالي في (النقطة 3.A).<sup>3</sup>

**3/1-مؤتمر Brighton** انعقد بالمملكة المتحدة في 19 و2012/04/20، وهو مؤتمر ذو مستوى عالي حول مستقبل المحكمة، تم تنظيمه تحت رئاسة بريطانيا للجنة الوزراء، وشاركت فيه لجنة إدارة حقوق الإنسان CDDH، وقدمت المحكمة رأياً أولياً تضمن مجموعة من الاقتراحات الخاصة، وقد انبثق عن هذا المؤتمر "إعلان Brighton" في 19-20/04/2012<sup>4</sup>، أكد بشدة على أهمية الطابع الاحتياطي للميكانيزم الأوروبي لحقوق الإنسان وعلى إصرار الدول الأطراف على ضرورة إضافة إحالة صريحة إلى مفهوم الهامش التقديري الوطني في ديباجة الاتفاقية<sup>5</sup>، وهو الأمر الذي تجسد لاحقاً في البروتوكول 15.

نص في النقطة 12(b) منه على تعديل ديباجة الاتفاقية بإضافة مفهوم الهامش التقديري، كما دعا في النقطة (d) 15 إلى تطبيق هذا المفهوم فيما يخص فحص المحكمة لمقبولية الشكاوى المعروضة عليها تحت غطاء المادة 35 من الاتفاقية، كما تضمن الإعلان فقرة حول العلاقة والتفاعل والتعاون بين المحكمة والسلطات الوطنية (في النقاط 10 إلى 12)، تبدأ بعبارة من الاجتهاد القضائي للمحكمة حول الهامش التقديري، ثم تقر مباشرة بأن ذلك يعكس احتياطية نظام

<sup>1</sup>Déclaration d'interlaken adoptée le 19 Février 2010 par la conférence de haut niveau sur l'avenir de la cour européenne des droits de l'homme, le point PP6 et le point2.

Voir aussi : Jean-Marc Sauvé, op.cit, p3.

Rapport explicatif du protocole№ 15, op.cit, Introduction.

<sup>2</sup>Dean Spielmann, "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?", op.cit, p416.

<sup>3</sup>Déclaration d'Izmir, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme organisée dans le cadre de la présidence turque du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe IZMIR, Turquie 26 – 27 avril 2011.

<sup>4</sup>Brighton declaration, High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, 19-20 April 2012.

<sup>5</sup>Laurence Burgorgue-Larsen, Le jeu ambigu du consensus européen dans la détermination de la marge d'appréciation. La vision critique de Françoise Tulkens, Strasbourg Observers blog, 6/9/2012, p1, disponible sur: <http://strasbourgothers.com>, consulté le 14/09/2019 à 03 :42.

الاتفاقية بالنسبة للسلطات الوطنية، وبأن الهامش التقديري يتمشى جنبا إلى جنب الرقابة الناتجة عن نظام الاتفاقية، وهو استنتاج غير واضح<sup>1</sup>، لأنه لا يبين طبيعة العلاقة بين المفهومين إن كانا متميزين عن بعضهما أو أن الهامش التقديري جزء من مبدأ الاحتياطية، ولا يبين أساس مبدأ الاحتياطية، وتشجع المحكمة بعدها على إعطاء أهمية كبيرة للمفهومين وعلى تطبيقهما بشكل منظم، وتقرح أخيرا إضافة إشارة في ديباجة الاتفاقية إلى مبدأ الاحتياطية والهامش التقديري بالشكل الوارد في اجتهاد المحكمة.

وفي سبيل تجسيد "إعلان Brighton"، قامت لجنة الوزراء بتكليف لجنة إدارة حقوق الإنسان بإعداد مشروع بروتوكول تعديل الاتفاقية، وقد وضعت هذه اللجنة مشروعا دققته واعتمده في اجتماعها رقم 76 في 27-30/11/2012 وأحالته للجنة الوزراء، وقامت بعدها الجمعية البرلمانية لمجلس أوروبا بدعوة من لجنة الوزراء - باعتماد الرأي رقم 283 (2013) في 26/04/2013 حول مشروع بروتوكول، ثم عمدت لجنة الوزراء في دورتها 123 إلى فحص واعتماد هذا المشروع تحت تسمية البروتوكول 15 للاتفاقية، والذي رافقه تقرير توضيحي له<sup>2</sup>.

**2- مبدأ الاحتياطية في البروتوكول 15:** هو بروتوكول اختياري معدل للاتفاقية، تتضمن الخمسة مواد الأولى منه تعديلات هامة على الاتفاقية، تهدف لدعم فعالية المحكمة وتناسق اجتهادها القضائي، خاصة أمام الضغط الكبير الذي كانت تواجهه قبل اعتماده.

وقد استهلّت ديباجته بالإشارة للموقعين على البروتوكول وهم الدول أعضاء مجلس أوروبا والأطراف الأخرى السامية المتعاقدة في الاتفاقية، ثم عدت الأسس المعتمدة لتبني البروتوكول وهي إعلان Brighton في 2012، إعلان Interlaken في 2010 وإعلان Izmir في 2011 بهذا الترتيب، والرأي رقم 283 (2013) المعتمد في 26/04/2013 من اللجنة البرلمانية لمجلس أوروبا، وأخيرا أشارت إلى ضرورة السهر على مواصلة المحكمة أداء دورها البارز في حماية حقوق الإنسان في أوروبا<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>Sabino Cassese, op.cit, p5.

<sup>2</sup>CDDH, Projet de rapport sur les mesures prises par les Etats membres pour mettre en œuvre les parties pertinentes de la Déclaration de Brighton, DH-SYSC(2016) R1Addendum, Strasbourg, 27 avril 2016, pp2-3.

Voir aussi : Rapport explicatif du protocole N° 15, op.cit, introduction.

<sup>3</sup>أنظر ديباجة البروتوكول 15.

من الملاحظات التي يمكن إبدائها أن ترتيب الإعلانات التي استند إليها البروتوكول لم يكن ترتيباً زمنياً ولكنه ترتيب من حيث الأهمية وثقل الدولة المشرفة عليه، كما أن تسبيق العبارة الأخيرة في الديباجة هو تأكيد على احتفاظ المحكمة بدورها السامي ودرءاً لتأويل التعديلات الواردة بالبروتوكول، لاسيما الواردة بالمادة الأولى منه التي قننت مبدأ الاحتياطية والهامش التقديري، على نحو يهملها ويقلل من دورها ومهمتها ويفتح المجال لسلطة الدول وحريتها بالدرجة الأولى، وبالتالي يوهن حماية الحقوق والحريات الواردة بالاتفاقية، خاصة بعد الجهد الكبير الذي بذلته المحكمة منذ بدأ عملها.

أما المادة الأولى من البروتوكول فقد نصت على إضافة فقرة جديدة في نهاية ديباجة الاتفاقية تكرر مبدأ الاحتياطية ومفهوم الهامش التقديري للدولة، وذلك استجابة لانشغال بعض الدول وتخوفهم من عدم مراعاة المحكمة بشكل كاف تنوع ممارسات الدول وخصوصية أنظمتها القانونية، وقد بين التقرير التوضيحي للبروتوكول 15 في 2014/08/13 بأن الهدف من هذه الإضافة هو "تعزيز شفافية نظام الاتفاقية وضمان الوصول إليه وبقائه متناسقا مع مفهوم الهامش التقديري الذي وضعته المحكمة من خلال اجتهادها القضائي"، وأن إعلان Brighton في سياق صياغة هذا الاقتراح قد ذكر بالتزام الدول الأطراف بالتنفيذ الكامل للالتزامها بضمان الحقوق والحريات المحددة بالاتفاقية<sup>1</sup>، كما وضعت المحكمة تحفظات على هذا النص عند إبداء رأيها حول مشروع البروتوكول، ولكنها أكدت أن واضعيه لم تكن لهم نية لتعديل جوهر الاتفاقية أو نظام تطبيقها الدولي الجماعي<sup>2</sup>، وحسب التقرير التوضيحي فالبروتوكول قنن مبادئ موجودة في الأصل<sup>3</sup> لاسيما مبدأ الاحتياطية الذي يعد مبدأ لصيقاً بالاتفاقية -المواد 1، 13 و35 منها-<sup>4</sup>.

أدى النص على مبدأ الاحتياطية والهامش التقديري في ديباجة الاتفاقية إلى انتقالهما من الاجتهاد القضائي للمحكمة وهو أصل ظهورهما إلى نص الاتفاقية -وهو مصدر قانوني-، مما يفترض معه أن تتوقف المحكمة عن وضع تفسير مختلف في كل مرة للهامش التقديري حسب قوة أو ضعف درجة الحماية من بلد لآخر، وبالتالي عن استعمال قواعد رقابة مزدوجة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>Rapport explicatif du protocole №15, op.cit, para7.

<sup>2</sup>Avis de la Cour européenne sur le projet de protocole 15 à la Convention européenne des droits de l'homme, 6 février 2013, para 4.

<sup>3</sup>Rapport explicatif du protocole №15, op.cit, introduction.

<sup>4</sup>«le principe de subsidiarité qui est à la base de la Convention».

CrEDH (GC), Vinter et autres c. Royaume-Uni, req. Nos 66069 et autres, arrêt du 9/7/2013, opinion en partie dissidente juge Villiger.

<sup>5</sup>Sabino Cassese, op.cit, p7.

جعلت المحكمة مفهوم الهامش التقديري نتيجة ملازمة لمبدأ الاحتياطية، وعلى نفس المنحى تم تكريس المفهومين في الاتفاقية، والذي يمكن اعتباره مجرد إعلام بهما لا يغير على الأغلب في المقاربة التي انتهجتها المحكمة صاحبة المبادرة في تبنيهما وتطويرهما وتطبيقهما، ومن الملاحظات التي يثيرها البروتوكول 15 أنه أدرج قواعد رقابة تستعملها المحكمة في اجتهادها دون أن يبين سبب ذلك، فقد يكون من أجل حل مشكل الاحتقان أو الصعوبات ومنها نقص الموارد أو الخبرة من جانب المحكمة، أو من أجل الاعتراف بالتنوع الوطني أو سمو السيادة أو للتحكم في تقييد الحقوق أو احترام الديمقراطية ودعم مشروعية رقابة المحكمة.

## الفرع الثاني:

### تطور تكريس مبدأ الاحتياطية في الاجتهاد القضائي للمحكمة

تعد المحكمة سبابة في اعتماد مفهوم الاحتياطية منذ وقت مبكر بحرفية المصطلح، وذلك بخلاف الاتفاقية التي استغرقت سنوات عديدة كما رأينا لإدراجه في متنها صراحة، وتمثل دراسة مبدأ الاحتياطية في إطار الاجتهاد القضائي للمحكمة تحدياً لسببين رئيسيين، الأول أن المحكمة لم تتطرق بانتظام لمبدأ الاحتياطية وهو ما أدى لتخلفها في ممارسة رقابتها ومنه اعتراف ضمني بطبيعتها الاحتياطية، ويلاحظ أنها استندت للمبدأ باستعمال عبارات مختلفة "الاحتياطية"، "الطابع الاحتياطي" أو "مبدأ الاحتياطية"، والثاني أن احتياطية آلية الاتفاقية تعد لصيقة وملازمة للاتفاقية وتغذي القانون الأوروبي لحقوق الإنسان<sup>1</sup>، ويظهر اعتراف الاجتهاد القضائي بهذا المفهوم في صورتين:

**أولاً- الاعتراف باحتياطية ميكانيزم الاتفاقية:** تمسكت هيئات الرقابة بمفهوم الاحتياطية منذ وقت طويل تحت صيغ وعبارات مختلفة، دون أن تتجرأ في البداية بأن تكيفه "كمبدأ"، إذ أشارت اللجنة الأوروبية في حكم De Buck إلى الدور الاحتياطي الذي تمنحه الاتفاقية لميكانيزم الرقابة المنشأ في إطارها<sup>2</sup>، وصرحت المحكمة في حكم اللغات البلجيكية الصادر في جلسة برئاسة

<sup>1</sup>Laurèn Audouy, op.cit, p24.

<sup>2</sup>«la Convention... assigne un rôle avant tout subsidiaire au mécanisme de garantie collective qu'elle instaure».

ComEDH, De Buck et Koolen (1) c. Belgique, req. N°s1420/62 et autres, dec. du18/12/1963, para(en droit).

René Cassin أنه "لا يمكن لها أن تحل محل السلطات الوطنية المختصة، وإلا حادت عن الطبيعة الاحتياطية للميكانيزم الدولي للضمانة الجماعية للحقوق المنشأ بالاتفاقية"<sup>1</sup>.

مثلت بعدها قضية Handyside مناسبة لإصدار حكم تضمن المفاهيم الأساسية التي تحكم ممارسة هيئات الرقابة لعملها لاسيما مفهومي الهامش التقديري واحتياطية ميكانيزم الرقابة-أو كما يصطلح عليه الأستاذ الشمايلة مبدأ التكامل-، وجاء في حيثياته أن: "آلية الحماية التي أنشأتها الاتفاقية ذات طبيعة احتياطية بالنسبة للأنظمة الوطنية لحماية حقوق الإنسان، وأن الاتفاقية قد عهدت في المقام الأول إلى كل دولة متعاقدة بمهمة ضمان التمتع بالحقوق والحريات التي تكرسها الاتفاقية"<sup>2</sup>، وهو نفس الاستنتاج الذي سبق ووصلت إليه في قضية اللغات البلجيكية، فضمن احترام الاتفاقية يجب أن يكون أولاً بالوسائل القانونية الداخلية، ويمكن لكل دولة بأن تتصرف ببعض من الحرية في اختيار تدابير التطبيق الملموس للاتفاقية، بينما تتدخل هيئات الرقابة الاتفاقية في هذه المهمة في حالة فشل الحماية الوطنية ووجود نزاع معروض عليها وبعد استنفاد طرق الطعن الداخلية.

واصلت المحكمة استعمال مفهوم الاحتياطية، واستشهدت باستعماله في الاجتهاد القضائي الوطني وفي تبريرات وردود الحكومات المدعى عليها<sup>3</sup>، بل وعبرت عن احتياطية الشكوى أمام المحكمة مقارنة بالأنظمة القانونية الوطنية لحقوق الإنسان، ورأت أنه يعود للسلطات الوطنية طبقاً للمادة الأولى من الاتفاقية، وضع الحقوق والحريات المضمونة بالاتفاقية موضع تنفيذ وتوقيع الجزاء، وأن آلية الشكوى أمام المحكمة تكتسي طابعاً احتياطياً مقارنة بالنظم الوطنية لحماية حقوق الإنسان<sup>4</sup>، وبذلك فإن تكريس الاحتياطية في هذه المرحلة كان محدوداً بتكريسه كمفهوم يقوم على توزيع الاختصاص بين السلطات الوطنية وأجهزة الرقابة على المستوى الإقليمي.

<sup>1</sup>«elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention».

Affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique", op.cit, para 10.

Voir aussi : ComEDH, WB c. Allemagne, req. n°104/55, dec. du 17/12/1955.

<sup>2</sup>Handyside v.UK, op.cit, para 48.

<sup>3</sup>CrEDH (GC), Aydin c. Turquie, req. n°23178/94, arrêt du 25/9/1997, para 56.

CrEDH (ch), Beldjoudi c. France, req. n°12083/86, arrêt 26/03/1992, para 27.

<sup>4</sup>Scordino c.Italie, op.cit, p140 .

ثانياً- الاعتراف بالاحتياطية كمبدأ: صارت المحكمة أكثر جرأة، فكرست الاحتياطية شكلياً واعتبرتها "مبدأ"<sup>1</sup> من مبادئ القانون الأوروبي التي تستند عليها في ممارسة مهمتها الرقابية، فمثلاً أشارت في حكم Varnava إلى أنه "طبقاً لمبدأ الاحتياطية، فمن المطلوب القيام بالتحقيقات في وقائع القضية وفحص المسائل المتصلة بها، قدر الإمكان على المستوى الوطني، وأنه من مصلحة الشاكي وفعالية آلية الاتفاقية، أن تتخذ السلطات الداخلية، التي تعد الأفضل للقيام بذلك، تدابير لتسوية النقائص المزعومة للاتفاقية"<sup>2</sup>، ويلاحظ من هذا الحكم أن المحكمة عادت وأكدت بعد عشرات السنين من اعتماد الاحتياطية لأول مرة على أنها مبدأ مفتاحي في منهجها، أما في حكم Austin فقد اعتبرته ركيزة للاتفاقية<sup>3</sup>، كما وصف قضاة المحكمة في آرائهم المنشقة في عدة أحكام الاحتياطية بـ "المبدأ"<sup>4</sup> واعتبروه حجر الزاوية للاجتهاد القضائي للمحكمة<sup>5</sup>.

شكل تطور الاحتياطية في اجتهاد المحكمة دافعاً لتكريسها كمبدأ صراحة، وما لبث بعدها مبدأ الاحتياطية يتطور من حيث استعماله كمرجع في اجتهاد المحكمة صراحة كما وكيفا:

فمن ناحية الكم ارتفع عدد القضايا التي أسست فيها المحكمة أحكامها على مبدأ الاحتياطية بشكل كبير جداً، مما دفع هذه الأخيرة لاعتماد أول حكم نموذجي في 2004 من أجل حض بولندا على إيجاد حل في قانونها الداخلي للمشكلة الهيكلية التي تم معاينتها<sup>6</sup>، مؤكدة بذلك الطابع الاحتياطي للمحكمة، واستمرت في استعماله إلى غاية بداية عقد المؤتمرات ذات المستوى العالي حول مستقبل المحكمة منذ 2010 والتي توجت باعتراف صريح بمبدأ الاحتياطية في الاتفاقية باعتماد البروتوكول 15.

<sup>1</sup>يعتبر حكم parti communiste unifié de Turquie منطلق التكريس الشكلي لمبدأ الاحتياطية من طرف المحكمة وقد جاء فيه:

«la Convention vient renforcer, conformément au principe de subsidiarité, la protection qui en est offerte au niveau national, sans jamais lui imposer de limites».

CrEDH (GC), Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie, req. n°19392/92, arrêt du 30/01/1998, para 28.

<sup>2</sup>Varnava et autres c. Turquie, op.cit, para164.

<sup>3</sup>"pilier de la Convention".

Austin et autres c. Royaume-Uni, op.cit, para 61.

<sup>4</sup>CrEDH(GC), Chassagnou et autres c. France, req. № 25088/94, arrêt du 29/04/1999.

ECtHR (fourth sec.), Nikula v. Finland, app.№ 31611/96, judg. of 21/03/2002.

<sup>5</sup>"le principe de subsidiarité constitue [...] la pierre angulaire de la jurisprudence de la Cour"

CrEDH (GC), Akdivar et autres c. Turquie, req. № 21893/93, Arrêt du 16/09/1996, Opinion dissidente du juge Gölcüklü, para5.

<sup>6</sup>Broniowski c. Pologne, op.cit.

أما من ناحية الكيف، فيلاحظ أن المحكمة استندت في البداية لمبدأ الاحتياطية دون أن تقدم تعريفاً له أو توضح وظيفته، وربطته غالباً بالمواد 13<sup>1</sup> أو 35<sup>2</sup> من الاتفاقية، مما يدل على أن استعمالها للمبدأ يهدف لتقوية تسبب أحكامها لا غير، ولكنها طورت طريقة استعمالها له فأصبحت تشير إلى قيمته وأهميته في اجتهادها وفي نظام الاتفاقية وطبيعته الأساسية وصلته الوطيدة بحماية الحقوق، وحاولت في عدة مناسبات كالأحكام النموذجية أو تنفيذ أحكام المحكمة توضيح مضمونه<sup>3</sup>.

## المبحث الثاني:

### مبررات مبدأ الاحتياطية

يشكل مبدأ الاحتياطية حجر الزاوية للنظام الأوروبي لحماية حقوق الإنسان وأحد مبادئه الأساسية، وقد انطلقت المحكمة في حكم Handyside من احتياطية نظام الحماية الاتفاقية لتصل إلى الاعتراف بهامش تقديري للدولة المدعى عليها، وعمدت المحكمة من أجل تسبب رأيها واستنتاجاتها لتعداد مبررات الاحتياطية والتي تتمثل في الموقع الأفضل للدولة (المطلب الأول) والتنوع الذي يميز الدول الأطراف (المطلب الثاني)، وهو ما يعبر عن العلاقة الوطيدة بين هذه المفاهيم.

<sup>1</sup>«La Cour estime ensuite que, dans les circonstances de la cause, il convient d'examiner les événements qui ont conduit au décès de Coşkun et l'éventuelle responsabilité des personnes impliquées dans cette affaire, en recherchant avant tout, dans le respect du principe de subsidiarité, si les voies de recours qui auraient pu permettre de faire la lumière sur le cours de ces événements au niveau national et de soumettre les faits de la cause à un contrôle public revêtaient un caractère adéquat»

CrEDH (2<sup>ème</sup> sec.), Baytekin c. Turquie, req. n°59707/09, dec. of 5/2/2013, para 86.

<sup>2</sup>«Dans ces conditions, la Cour estime que le principe de subsidiarité ainsi que le souci d'effectivité exigent qu'elle ne se prononce pas sur le bien-fondé de l'affaire en l'espèce aussi longtemps que la procédure en indemnisation intentée par la requérante est en cours devant les juridictions nationales».

CrEDH (5<sup>ème</sup> sec.), Umlaufová c. République Tchèque, req. n°3794/08, dec. du 29/1/ 2013, para1, pp13-14.

<sup>3</sup>CrEDH (GC), Demopoulos et autres c. Turquie, req. n°46113/99, arrêt du 1/3/2010, para 101.

CrEDH (1<sup>ère</sup> sec.), Glykantzis c. Grèce, req. n°40150/09, arrêt du 30/10/2012 (définitif 30/01/2013), para 64.

CrEDH (5<sup>ème</sup> sec.), Georgi Dimitrov c. Bulgarie, req. n°31365/02, arrêt du 15/1/2009, para 69.

Austin et autres c. Royaume-Uni, op.cit, para 61,

CrEDH (sec. I), Bourdov c. Russie (no 2), req. n°33509/04, arrêt du 15/1/2009, para 127,

CrEDH (2<sup>ème</sup> sec.), M.C. et autres c. Italie, req. n°5376/11, arrêt du 3/9/2013, para 110,

CrEDH (sec. III), Fondation Foyers des élèves de L'église réformée et Stanomirescu c. Roumanie, req. n°2699/03, arrêt du 7/1/2014, para 76 .

## المطلب الأول

### الموقع الأفضل للدولة

تعد الدول المسؤولة الأول عن حماية حقوق الإنسان باعتبار أنها في موقع أفضل *better position* لضمان حماية كاملة وفعالة للحقوق، وقد تم التعبير عن هذه الضرورة الوظيفية في اجتهاد المحكمة مرارا وتكرارا، حيث صرحت هذه الأخيرة بأن سلطات الدولة، في بعض الظروف وبسبب احتكاكها المباشر والمستمر مع القوى الحيوية في بلدها، تكون مبدئيا أفضل من القاضي الدولي<sup>1</sup> للحكم على مضمون متطلبات النظام العام وضرورة تقييد حرية ما، وهو ما واصلت تأكيده في أحكامها اللاحقة<sup>2</sup>.

يحظى مبرر الموقع الأفضل للدولة بأهمية في ممارسة الدول لدورها الحمائي وفي تأسيس قراراتها الوطنية وكذلك في تسبيب أحكام المحكمة، ويتطلب الأمر تحديد مفهوم الموقع الأفضل للدولة (الفرع الأول) وتحديد مبرراته (الفرع الثاني)، والنتائج المترتبة عنه (الفرع الثالث).

### الفرع الأول:

#### مفهوم الموقع الأفضل للدولة

بموجب مبدأ الاحتياطية فإنه يقع على القاضي الدولي واجبا بـ"عدم التدخل" مادامت الدول قادرة على التصرف بنفسها وتوفير الحماية اللازمة للحقوق، باعتبار أنها في موقع أفضل من القاضي الدولي لحل النزاعات الناتجة عن انتهاك حقوق الإنسان داخليا<sup>3</sup>، بسبب قربها ومعرفتها باحتياجاتها وبأي توقعات أخرى، بما يضمن سرعة وفعالية الحلول التي تضعها<sup>4</sup>، غير أنه يصبح على القاضي الدولي واجبا بـ"التدخل" في حالة فشل أو قصور الدول في ضمان حماية الحقوق المضمونة بالاتفاقية، ولا يعبر هذا التدخل الاحتياطي بأي حال عن ضعف القاضي الدولي<sup>5</sup>، وما يثبت ذلك أن الاتفاقية ليست مجرد معايير يجب على الدول احترامها، خاصة وأن المحكمة يمكن أن تلزم الدول في أحكامها بتعديل تشريعاتها الداخلية حتى تتوافق معها.

<sup>1</sup>Handyside v.UK, op.cit, para 48.

<sup>2</sup>A and Others v UK, op.cit, para 154.

<sup>3</sup>Francisco R. Barbosa Delgado, op.cit, pp278-279.

<sup>4</sup>Laurèn Audouy, op.cit, pp9-11

<sup>5</sup>Francisco R. Barbosa Delgado, op.cit, pp278-279.

وقد أكدت المحكمة أن تنفيذ الضمانات الأوروبية الواردة بالاتفاقية يعود للسلطات الوطنية بالدرجة الأولى لأن الدول تبقى الأفضل لاتخاذ تدابير مختلفة لكفالة الحقوق للأفراد، وعند الاقتضاء يمكن لها وضع قيود حسب ما يتطلبه سياقها المحلي، وذلك بسبب اتصالها المباشر والدائم مع القوى البشرية على مستواها<sup>1</sup>.

استعملت المحكمة مبرر "الموقع الأفضل" للسلطات الوطنية في عدة مجالات من الاتفاقية لاسيما في مجال تقييد الحقوق<sup>2</sup> ويعبر عن الأولوية الممنوحة للدول انطلاقا من عامل قرب proximité سلطاتها الداخلية من الظروف والواقع<sup>3</sup>، كما استعملته في القضايا المتعلقة بالخروج عن الاتفاقية بموجب المادة 15 منها، حيث أكدت بأن السلطات الوطنية بسبب احتكاكها المباشر والمتواصل مع الحاجات الملحة للوقت الحالي، تعد مبدئيا أفضل موقعا من القاضي الدولي للحكم على وجود حالة طوارئ وطبيعة ومدى الاستثناءات اللازمة لتجنبها، واعترفت بالهامش التقديري الواسع المتروك للدول الأطراف لاتخاذ القرار بشأن حالة الطوارئ ونطاق الخروج الضروري لتفادي هذه الحالة<sup>4</sup>، وقد صارت عبارة "الموقع الأفضل" عبارة معيارية<sup>5</sup> في اجتهاد المحكمة.

إن اعتراف المحكمة بأن السلطات الوطنية تعد في بعض الأحيان والمسائل في وضع أفضل لتقدر بنفسها طريقة الوفاء بمتطلبات الاتفاقية<sup>6</sup>، واكبه اعتراف بهامش تقديري للسلطات الوطنية<sup>7</sup>، وبهذا الاعتراف فإنها تقيّد سلطتها في الرقابة القضائية والتفسير القضائي وتقر بأن "السلطات الوطنية تعد الأفضل من حيث الإمكانات والأفضل مكانة لحل نزاعات معينة"<sup>8</sup>، وبذلك فهذا

<sup>1</sup>Handyside v.UK, op.cit, para 48.

Scordino c. Italie, op.cit, para 140.

<sup>2</sup>Handyside v.UK, op.cit, para 48.

<sup>3</sup>M. Delmas-Marty, Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques, Dalloz, n°14, 2006, p952.

Cité par : Laurèn Audouy, op.cit, p205.

<sup>4</sup>« (...) En contact direct et constant avec les réalités pressantes du moment, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la présence de pareil danger comme sur la nature et l'étendue de dérogations nécessaires pour le conjurer. (...) ».

Irlande c. Royaume-Uni, op.cit, para 207.

Voir aussi: Branningan and McBride v. UK, op.cit, para43; ECtHR (sec. I), Zehentner v. Austria, App № 20082/02, judg. of 16/7/2009, para57.

<sup>5</sup>Jan Kratochvíl, op.cit, p326.

<sup>6</sup>Florian hoffmann, Julie ringellreim, op.cit, p121.

<sup>7</sup>«Il appartient en premier lieu aux autorités nationales mieux placées que le juge international d'évaluer la nécessité ...».

CrEDH (Ch), Otto Preminger Institut c. Autriche, req. №13470/87, Arrêt 20/9/1994, para 56.

<sup>8</sup>Dean Spielmann, "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?", op.cit, p382.

المبرر هو أداة للتقييد الذاتي القضائي<sup>1</sup> للمحكمة، ومع ذلك فهذا لا يعني أنها تتنازل كلياً عن رقابتها بل تضيقها فقط وفقاً لعتبة توافق، تحدد بناءً عليها حجم الهامش المتروك للدول<sup>2</sup>.

أيد العديد من الفقهاء "الموقع الأفضل للدولة" كأساس منطقي رئيسي ومباشر للهامش التقديري، ومنهم الأستاذ Greer والذي أضاف إليه أسس أخرى كالديمقراطية (بمعنى احترام اتخاذ القرار الديمقراطي في الدول الأطراف) والاحتياطية والتناسب<sup>3</sup>، بحيث تبقى الديمقراطية مبرراً وأساساً مقبولاً لتمنح محكمة دولية سلطة تقديرية للدول الديمقراطية<sup>4</sup>، أما الأستاذ S. Van Drooghenbroeck فأكد بدوره بأن مبرر الموقع الأفضل للدولة التي تكون في بعض المجالات الأفضل لتقدير الطريقة التي بموجبها تنقيد بالاتفاقية، هو أساس للهامش التقديري، ويظهر عندما يتطلب تطبيق أحد مفاهيم الاتفاقية تقييماً ولا تجد المحكمة معياراً واضحاً في الاتفاقية وفي ممارسات الدول لتأسيس تقييمها، فتلجأ لإحالة قرار التقييم والحكم للدولة من خلال "الهامش التقديري"، وهو الحال مثلاً بالنسبة لـ "مفهوم الأخلاق"<sup>5</sup>.

ومع ذلك هناك من الفقهاء من يعارض أخذ المحكمة بمبرر "الموقع الأفضل للدولة" في مجالات معينة ومنهم الأستاذان Gros و Ní Aolán اللذان يعتبران بأن المحكمة الدولية تعد "أفضل موقعا" من المحكمة الوطنية في حالات الطوارئ لتحليل المسائل المثارة والوصول إلى قرار قائم على احترام الحقوق، وهو ما يدل على عدم وجود إجماع على الأخذ بأساس "الموقع الأفضل" في جميع مجالات الاتفاقية<sup>6</sup>.

يدعم مبدأ الاحتياطية فكرة وجود الدول في وضع أفضل لتقييم الظروف الواقعية داخلها، ولكن ما يثير التساؤل هو السبب الذي أدى للحكم على أن الدول في موقع أفضل من المحكمة

<sup>1</sup>Eva Brems, The Margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights: Accommodating Diversity Within Europe, in: David P Forsythe, Patrice C McMahon (eds), Human Rights and Diversity: Area Studies Revisited, Board of Regents of the University of Nebraska, 2003, pp81, 82.

Cité par : Rachael Eguono Ita, op.cit, p28.

<sup>2</sup>Mireille Delmas-Marty et Marie-Laure Izorche, op.cit, pp923-932.

Voir aussi: Maria Iglesias Vila, "Subsidiarity, margin of appreciation and international adjudication within a cooperative conception of Human rights", in: International Journal of Constitutional Law, vol. 15, issue 2, 2017, p393.

<sup>3</sup>Steven Greer, La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme, op.cit, p34, p23, p24.

<sup>4</sup>Jan Kratochvíl, op.cit, p327.

<sup>5</sup>Florian hoffmann, Julie ringellreim, op.cit, p122.

<sup>6</sup>Rachael Eguono Ita, op.cit, p29.

لتفسير التزاماتها الاتفاقية بشكل عام، رغم أن المحكمة هي المخولة سلطة تفسير الاتفاقية وأن التفسير هو الوظيفة الأساسية لأي جهاز قضائي<sup>1</sup>.

إن الهدف الأساسي من وضع الاتفاقية هو إضافة وسيلة نهائية وتكميلية للحماية والتقويم والإصلاح وليس الحل محل القوانين والآليات الداخلية لضمان حقوق الإنسان، فالقانون الوطني هو الذي يحدد بنفسه تدرج القواعد القانونية في الدولة، وبذلك فالمسؤولية الأولى للدول هي نتيجة للمهمة الثقيلة الملقاة عليها بتجسيد الحقوق الاتفاقية والتي تتطلب وزنا للمصالح ذات الصلة وترتبط بالاختيارات السياسية والقيم السائدة في مجتمع معين، خاصة وأن النظام السياسي يعرف باختلاف الآراء والصراع بين المصالح، وبذلك فإنه يقع على المؤسسات التي تستمد شرعيتها بشكل مباشر أو غير مباشر من الشعب مسؤولية حل الخلاف بين الآراء، عن طريق تكييف الحقوق الأساسية مع التقاليد والحقائق السياسية في بلد ما، ويستتبع ذلك استفادتها من هامش تقديري، حيث يلقي هذا المفهوم الضوء على العلاقة بين سلطة المحكمة في الفحص وحرية تصرف المؤسسات الديمقراطية<sup>2</sup>.

إن الاعتراف بالموقع الأفضل للدولة في مجالات حساسة كالتدخل من الحقوق وتقييدها يتطلب معه ضمانات قوية وتأطير لكيفية اتخاذ الدولة قراراتها ذات الصلة، فليس مستبعداً أن تتغول الدول على الحقوق تحت غطاء موقعها الأفضل، كما أن استعمال مفهومي الاحتياطية والهامش التقديري يجعل الاختصاص بتفسير الاتفاقية محل تجاذب بين المحكمة صاحبة الاختصاص الأصلي والصريح وبين الدول التي يفترض أن تطبق التزامات اتفاقية قبلتها بإرادتها، ويجب في كل الأحوال وضع ضمانات تصاحب الاعتراف بالموقع الأفضل للدولة تتمثل في الخضوع لرقابة المحكمة متى كان هناك ادعاء بقصور في الحماية الوطنية.

## الفرع الثاني:

### مبررات الاعتراف بالموقع الأفضل للدولة

يقوم الموقع الأفضل للدولة على مبررات أو أسس منها ما هو صريح في الاجتهاد القضائي للمحكمة ومنه ما هو ضمني وتتمثل في:

<sup>1</sup>Jan Kratochvíl, op.cit, p332.

<sup>2</sup>Elias Kastanas, op.cit, p146.

أولاً-الاتصال المباشر والدائم للدولة مع شعبها (معيار القرب): يقترن الموقع الأفضل للدولة في الاجتهاد القضائي للمحكمة بفكرة الاتصال المباشر والدائم أي المستمر للسلطات الوطنية مع الشعب، ومن ثم مع واقع الحال على مستواها، مما يجعلها في ظروف معينة أفضل من أجهزة الرقابة الدولية، لتقييم العوامل المختلفة التي تحيط بكل قضية<sup>1</sup>، وبالنتيجة يقع عليها أولاً تحديد وجود انتهاكات حقوق الإنسان وتصحيحها.

إن الاتصال المباشر للدول مع شعبها وظروفها هو انعكاس لمعيار "القرب أو الجوار"<sup>2</sup> الذي يجعل السلطات الوطنية أدري من القاضي الدولي، ومنه الأفضل لاتخاذ القرار الأنسب لحماية الحقوق المضمونة بالاتفاقية، ويجد القرب أساسه في قدرتها على التصرف بنفسها لحماية الحقوق، ومعرفتها بالاحتياجات والتوقعات على مستواها المحلي، بغية تحقيق سرعة وفعالية التسيير والحلول التي تضعها<sup>3</sup>، وفي هذا الصدد يرى الأستاذ Verdussen أن الاحتياطية هي بكل بساطة تفضيل النظام الأقرب للمستفيدين، وبالتالي النظام الأكثر فعالية<sup>4</sup>.

يظهر القرب كمبرر للهامش التقديري الوطني بوضوح في مجال النظام العام المتسم بالنسبية والمرونة والتي تعد عاملاً قوياً للتحديد الذاتي القضائي، فالمحكمة لا يمكن لها تقدير ضرورات الصحة العامة، الأخلاق أو الأمن، نظراً لبعدها عن الأحداث، وهو ما أشارت إليه مثلاً بخصوص الأخلاق في قضية Handyside، ويضيف الأستاذ Rolland بأن الهامش التقديري ما هو إلا تعبير وظيفي عن قرب السلطة المكلفة بالتنفيذ بالنسبة لتطبيق الاتفاقية<sup>5</sup>.

يعد القرب كذلك مبرراً للهامش التقديري الوطني فيما يخص حماية سلطة وحياد القضاء، حيث وضعت المحكمة مؤشرات لهذه العناصر استناداً إلى رأي ونظرة الجمهور للمحاكم ومثاله في حكم Sunday times، كما يعد القرب مبرراً للهامش التقديري وطني لتحديد الحاجات اللصيقة بالحقوق ومثاله فيما يخص حماية الصحة في حكم Johansen فإن قرار ضرورة فصل طفل يعاني سوء العلاج عن أبويه لا يقوم على مجرد الخبرة الطبية ولكن كذلك على عناصر أخرى كالتقاليد المتعلقة بدور الأسرة وتدخل الدولة في الشؤون الأسرية وإتاحة الاعتمادات العمومية في

<sup>1</sup>Handyside, op.cit, para 48.

<sup>2</sup>Laurèn Audouy, op.cit, p6.

<sup>3</sup>Francisco R. Barbosa Delgado, op.cit, pp278-279.

Voir aussi: Laurèn Audouy, op.cit, pp9-11.

<sup>4</sup>Francisco R. Barbosa Delgado, op.cit, p277.

<sup>5</sup>Caroline picheral, op.cit, p66.

هذا المجال الخاص، مع الإشارة إلى العلاقة المباشرة بين السلطات الوطنية والمعنيين، والتي تجعل الدولة الأحسن لمعرفة العوامل النفسية، وكذلك فإن القرب يعد مبرراً للهامش التقديري الوطني في مجال الدين وهو ما تضمنته العديد من أحكام المحكمة<sup>1</sup>.

**ثانياً- سيادة الدولة:** السيادة من الخصائص المهمة والمميزة للدولة، تعرف بأنها سمو السلطة واستقلال الدولة وعدم خضوعها لأي سلطة أعلى منها سواء داخليا أو خارجيا، وهي وصف يطلقه القانون الدولي على الدول بعد توافر عناصرها الثلاثة (الإقليم، الشعب، الحكومة) المنظمة والقادرة على ضبط الأمور<sup>2</sup> المتعلقة بهذا الكيان، كما تعرف بأنها وضع قانوني يثبت للدولة عند توفر مقوماتها المادية من إقليم وسكان وسلطة سياسية منظمة، ويمنح لها الحق في مباشرة كافة الاختصاصات المتصلة بوجودها كدولة، داخل إقليمها وفي صلتها برعاياها وخارج إقليمها في اتصالها بالدول الأخرى والمجتمع الدولي<sup>3</sup>، أو هي "وسيلة عليا وغير مشروطة، يعتبرها النظام الدولي الصفة الجوهرية للدولة"<sup>4</sup>، تتمتع بها وتمارسها بمجرد امتلاكها أو الحصول عليها، أو هي القدرة على فعل كل شيء<sup>5</sup>، وهي السلطة العليا فوق القوانين والرعايا، وتمثل القوة المعنوية لحكم الدولة<sup>6</sup>، وتعتبر صفة تميز هذه الأخيرة عن أشخاص القانون الدولي الأخرى.

للسيادة مظهران: سيادة داخلية وهي سلطة الدولة داخل حدودها، وتظهر من خلال حريتها في إدارة شؤون إقليمها المختلفة وسن القوانين وتطبيقها على الأشخاص الموجودين على أراضيها والأموال في حدود إقليمها وعدم الخضوع لأي سلطة أجنبية، وسيادة خارجية تظهر في علاقة الدولة مع الدول الأخرى وعدم تبعيتها وتمتعها بالاستقلال ووحدة أراضيها وسلامتها الإقليمية وحريتها في اختيار سياستها الخارجية وطريقة تعاملها مع أشخاص القانون الدولي الأخرى<sup>7</sup>، على

<sup>1</sup>Caroline picheral, op.cit, pp68-70.

Voir aussi : CrEDH (plénière), Sunday times c. Royaume-uni, req. №6538/74, Arrêt du 26/4/1978, para59 ; CrEDH (ch), Johansen v.Norway, app. №17383, judg. of 07/08/1996, para64; Otto Preminger institute c. autriche, op.cit, para56.

<sup>2</sup>نجيب بيطام، "إشكالية العلاقة بين الحماية الدولية لحقوق الإنسان ومبدأ السيادة"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 16، ديسمبر 2018، ص ص 421-422.

<sup>3</sup>محمد بن عبد العزيز بن عبد الله المهيزع، دعاوى حقوق الإنسان والتدخل في سيادة الدول دراسة تأصيلية مقارنة بالمواثيق الدولية، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2009، ص11، ص83، ص88، ص95.

<sup>4</sup>المرجع نفسه، نقلا عن: كورنو جيرار، معجم المصطلحات القانونية، الطبعة الأولى، مؤسسة مجد، بيروت، لبنان، 1418هـ، ص296.

<sup>5</sup>Laurèn Audouy, op.cit, p69.

<sup>6</sup>خضر عباس عطوان، عبد العظيم جبر حافظ، "السيادة: دراسة في ضوء الاتفاقية الأمنية بين العراق والولايات المتحدة للعام 2008"، المجلة العربية للعلوم السياسية، العدد 32، خريف 2011، ص 103.

<sup>7</sup>محمد بن عبد العزيز بن عبد الله المهيزع، المرجع السابق، ص11، ص83، ص88، ص95. أنظر كذلك: خضر عباس عطوان، عبد العظيم جبر حافظ، المرجع السابق، ص 102.

أساس المساواة واحترام العرف الدولي ومبادئ القانون العامة والوفاء بالالتزامات التعاهدية، وذلك بناء على حريتها واختيارها<sup>1</sup>، كما تأخذ السيادة شكل السيادة المطلقة وهي سيادة تقليدية والسيادة المقيدة الحديثة والتي ظهرت مع إرساء القانون الدولي والالتزام بقواعده بما قد ينجر عن ذلك من مسؤولية الدولة الدولية<sup>2</sup>.

### 1- العلاقة بين سيادة الدولة وحماية حقوق الإنسان: السيادة هي عنوان استقلالية الدول

في اتخاذ قراراتها التي تخدم مصالحها ومصالح شعوبها داخليا وخارجيا، وقد كرس ميثاق الأمم المتحدة مبدأ المساواة في السيادة بين جميع أعضاء المنظمة وحظر تدخل المنظمة في المسائل التي تعد من صميم الاختصاص الداخلي للدول الأعضاء، ولكنه كرس بالموازاة الاعتراف بحقوق الإنسان، من خلال تدويل حمايتها لتخرج بذلك من دائرة الاختصاص الداخلي الحصري للدول<sup>3</sup>، إلى مجال المسائل المنظمة بالقانون الدولي، ويتوسع مجال تطبيقها، على أساس أن حقوق الإنسان هي تعبير قانوني مباشر عن كرامة الإنسان، وترتب عن هذا التغيير التسليم بأن المبادئ الأخلاقية، السياسية والقانونية تعلق على مبدأ السيادة من أجل تبرير الخروج عن المبدأ التقليدي وهو عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول، وأصبح من غير الممكن للدول أن تتمسك بأنها بإمكانها وحدها الحكم على سلوكياتها في مجال احترام حقوق الإنسان، من خلال تفسيرها الفردي والذاتي لمبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية، وقد رأى الأستاذ Serra Antonio Truyol أن الميثاق يستبعد المبدأ الذي مفاده أن الدولة يمكنها معالجة مسائلها حسب ما يبدو لها أنه جيد، ويأخذ بمبدأ حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية كمسألة دولية مهمة<sup>4</sup>.

احتفظ الميثاق بمبدأ السيادة كمبدأ دستوري للنظام الدولي ولكن اعترافه بحقوق الإنسان جعل القانون الدولي يخرق قلب السيادة إلى العلاقات التي تقيمها الدولة مع الأشخاص الخاضعين لولايتها القضائية، فتحول مفهوم السيادة منذئذ وصار يهدف إلى: تعريف، ترقية وحماية حقوق الإنسان في القانون الدولي<sup>5</sup>، وصارت الحرية التقليدية للدولة محدودة في مجال حقوق الإنسان غالبا بسبب التناقض بين السيادة وحقوق الإنسان، حيث تتطلب حماية هذه الحقوق تقييدا للسيادة،

<sup>1</sup>نجيب بيطام، المرجع السابق، ص ص 422-423.

<sup>2</sup>بومدين محمد، حقوق الإنسان بين السلطة الوطنية والسلطة الدولية، الطبعة الأولى، دار الراية للنشر والتوزيع، المملكة الأردنية الهاشمية، 2009، ص ص 71-72.

<sup>3</sup>محمد بن عبد العزيز بن عبد الله المهيزع، المرجع السابق، ص ص 99-100، ص 190.

<sup>4</sup>أنظر كذلك: بومدين محمد، المرجع السابق، ص ص 78-90.

<sup>5</sup>Juan Antonio Carrillo Salcedo, op.cit, p35, pp187-188 et p34.

<sup>6</sup>Ibid, p36.

كما يتطلب تعايشهما جنباً إلى جنب الموازنة بينهما<sup>1</sup>، فلا يمكن تقديم الحماية الدولية لحقوق الإنسان على سيادة الدولة لأن بيئة هذه الحقوق هي الدولة وحمايتها لا تفرض إلا من سلطة، ولا تقديم سيادة الدولة على حماية حقوق الإنسان لما لذلك من آثار خطيرة قد تشجع الأنظمة الدكتاتورية وانتهاكات حقوق الإنسان، ولذلك كان لابد من الموازنة بين المفهومين لحماية المصلحة العامة والدولية، وهو ما أدى إلى الإقرار بأن مسألة حماية حقوق الإنسان مسألة وطنية بالدرجة الأولى من اختصاص الدولة غير أن انتهاكها للحقوق يستدعي تدخل المجتمع الدولي لإعادة احترام حقوق الإنسان بما يتوافق والشرعة الدولية، وهو ما قد يصطدم بمبدأ سيادة الدولة<sup>2</sup>.

تبقى الدول بموجب سيادتها هي الفاعل الرئيسي في القانون الدولي العام، الذي تستمد منه باقي الكيانات الأخرى كالمنظمات الدولية صلاحياتها ومشروعيتها، ولهذا السبب فإن صلاحية المحكمة تنحصر طبقاً للمادة 19 من الاتفاقية في "رقابة" احترام الدول الأطراف لالتزاماتها الواردة بالاتفاقية، ولا يمكن أن تتجاوزها لأن الدول الأطراف ذاتها هي التي منحتها مهمتها الرقابية بموجب إرادتها الحرة، وبالنتيجة، فإنه يعود للدول بالدرجة الأولى حل إشكالات حقوق الإنسان على مستواها الداخلي.

إن السيادة هي في آن واحد عائق ومحرك لعالمية وتطور حقوق الإنسان لأن الدولة هي التي وضعت وصادقت بكل حرية على النصوص الدولية الخاصة بحقوق الإنسان والتي تعد مصدراً ملزماً لها، وبذلك فالسيادة الدولية من حيث المفهوم والعلاقة بحقوق الإنسان تقترب من مفهوم الاحتياطية<sup>3</sup>، وفي حين تستمر إثارة مسألة سيادة كل دولة عضو، فإن الوفاء بالتزامات الاتفاقية يرتبط بحسن النية والتعاون المستمر بين الدول الأطراف<sup>4</sup>.

**2-العلاقة بين سيادة الدولة ومبدأ الاحتياطية:** تخضع إرادة الدول لاحترام التزاماتها الاتفاقية تحت طائلة إدانتها أوروبياً، غير أنه خوفاً من تلاشي سيادة الدولة تم اعتماد الاحتياطية في قانون الاتفاقية للحد من المساس بها وذلك بضمان حق التدخل بصفة أولية للدول الأطراف

<sup>1</sup>Laurèn Audouy, op.cit, pp70-71.

أنظر كذلك: علي عبد الله أسود، تأثير الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان في التشريعات الوطنية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2014، ص ص 114-115.

<sup>2</sup>نجيب بيطام، المرجع السابق، ص ص 429-430.

<sup>3</sup>Laurèn Audouy, op.cit,p71.

<sup>4</sup>H. Waldock, "The Effectiveness of the System set up by the European Convention on Human Rights", in: Human Rights Law Journal, Oxford, 1980.

Cité par: Council of Europe, The Lisbon network, Margin of appreciation doctrine, op.cit.

وبصفة ثانوية للمحكمة، لأن الدول هي الفاعل الأساسي في القانون الدولي وأنها فوضت إراديا بعضا من اختصاصاتها للمحكمة<sup>1</sup>، حيث تعد الاحتياطية ضرورة وحاجة عملية في قانون الاتفاقية وبديل للسيادة التقليدية للدول، إذ ساهمت في تحويل العلاقة بين سيادة الدولة وحقوق الإنسان من التعارض إلى التلازم.

أخضعت ديباجة الاتفاقية الحكومات الموقعة أعضاء مجلس أوروبا إلى مفهوم واحترام مشترك لحقوق الإنسان، وألزمت المادة الأولى منها الدول الأطراف بالاعتراف لكل شخص خاضع لولايتها القضائية بالحقوق والحريات الواردة بالاتفاقية، غير أنها لم تبين لها كيفية القيام بذلك، وهو ما يؤكد أن حماية حقوق الإنسان في أوروبا تقوم على تقسيم الاختصاص بين مستويين من السيادة: المستوى الوطني حيث توجد السيادة الأصلية للدول أعضاء مجلس أوروبا والمستوى فوق الوطني المتمثل في نظام الرقابة الذي أنشأته الاتفاقية أين تجذرت حسب الأستاذ P.H.Teigen سيادة الأخلاق والقانون، حيث يشكل المستويين تكاملا، ويؤدي مبدأ الاحتياطية دور ضمان التوازن بينهما، ولذلك فقد تم وصفه بالمفهوم ذي الوجهين لأنه يحمي حرية الدولة وسيادتها وكذلك يحمي توافق حقوق الإنسان في أوروبا وفعالية وفعالية الحقوق<sup>2</sup>.

وفقا للتقرير التوضيحي للبروتوكول 15 تشكل السيادة أرضية للهامش التقديري ومبدأ الاحتياطية ولكنها يجب ألا تعد إضعافا للقانون الدولي لحقوق الإنسان، ورغم أن مفهوم الهامش التقديري يعيد التأكيد على أهمية إرادة الدولة باعتبارها هي التي وضعت قواعد القانون الدولي العام لا ننسى أن هذه الإرادة نفسها هي التي أرست خصوصيات القانون الدولي لحقوق الإنسان والتي تحد بشكل منتظم من هامش التصرف الذي تتمتع به الدول<sup>3</sup>.

إن القاضي الوطني هو القاضي الطبيعي للاتفاقية، ولا يمكن عرض أي مسألة على القاضي الأوروبي إلا بعد استنفاد طرق الطعن الداخلية، تطبيقا لمبدأ من مبادئ القانون الدولي مفاده أن يتقدم المدعي أولا بطلبه إلى صاحب السيادة الإقليمية من أجل إنصافه، ويلاحظ أن هذه الآلية قد تضعف نظام حماية الحقوق الأساسية، ولكنها تؤدي بالدول بعد شعورها بالأمان، للاعتراف

<sup>1</sup>Laurèn Audouy, op.cit, pp72-73.

<sup>2</sup>De Salvia M., Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) émerger à la marge d'appréciation ?, in : Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 2000, p373.

Cité par : Anatoly Kovler, op.cit, p 210.

Voir aussi : Laurèn Audouy, op.cit, p74.

<sup>3</sup>Lorraine Dumont, op.cit, p2.

بالشكاوى الفردية، وهو ما يعزز في الأخير حماية حقوق الإنسان، مع الإشارة إلى أن هذا النظام له حدود حيث يمكن للمدعي أن يتخلى عن الحماية الأوروبية بسبب الإرهاق أو الإحباط<sup>1</sup>.

لم تمنح الاتفاقية للمحكمة سلطة التدخل بشكل مباشر في الأنظمة القانونية الداخلية، مما يجعلها ملزمة باحترام استقلالية هذه الأنظمة، من خلال التقييد الذاتي القضائي الذي يجد أصله في الاعتراف بسيادة الدول الأعضاء، ويستخدم لتحديد مكانة السيادة الوطنية مقابل الرقابة فوق الوطنية، وقد وصفه الأستاذ Sweeney بأنه بعد مؤسساتي للاحتياطية تمارسه المحكمة، بينما يرى الأستاذ Mahoney بأن التقييد الذاتي القضائي هو تنازل من المحكمة عن واجبها في الرقابة ويدعو هذه الأخيرة إلى القيام بفحص معمق للقرارات القضائية الوطنية بدلا من الاعتماد على مفهوم الهامش التقديري<sup>2</sup>، وبناء على ما تقدم تبقى رقابة المحكمة رقابة احتياطية<sup>3</sup>، ودورها يتمثل في فحص توافق القرارات المتخذة من طرف السلطات الوطنية مع الاتفاقية مع مراعاة الهامش التقديري الذي تتمتع به هذه السلطات<sup>4</sup>، وهو ما لم يعرف أي تغيير خاصة وأن الاحتياطية تعززت بإدراجها في البروتوكول رقم 15.

تعتبر احتياطية ميكانيزم الرقابة أمرا مشروعاً يترتب عليه حرية السلطات الوطنية في اختيار التدابير التي تراها مناسبة في المجالات التي تحكمها الاتفاقية<sup>5</sup>، ويبقى تكريس هذا المبدأ أيضا أمرا مشروعاً طالما أن السلطات الوطنية تعد الأفضل لتقييم الأدلة المعروضة عليها مسبقاً، وقد رأت المحكمة أنه، وباعتبار أنها تفصل في آخر المطاف في مدى الامتثال لمتطلبات الاتفاقية، فلا يمكن لها أن تضع تقييماً آخر حول ما قد يكون أفضل سياسة في المسألة المعروضة عليها، بديلاً عن تقييم السلطات الوطنية<sup>6</sup>، فهدف الاتفاقية في الواقع ليس استبدال القوانين الوطنية ولكن معالجة أوجه القصور المحتملة فيها<sup>7</sup>.

يمنح مفهوم الهامش التقديري للمحكمة المرونة الضرورية لتفادي أي صدامات بينها وبين الدول الأطراف ويسمح لها بالموازنة بين سيادة الدول والتزاماتهم، ويعبر تمسك المحكمة به على

<sup>1</sup>Jean-François Renucci, op.cit, p359.

<sup>2</sup>Rachael Eguono Ita, op.cit, pp28-29.

<sup>3</sup>Pauline Lesaffre, op.cit, p104.

<sup>4</sup>Daniele Ferrari, op.cit, p137.

<sup>5</sup>Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique », op.cit, para10.

<sup>6</sup>ECtHR (ch), Ashingdane v.UK, app. №8225/78, judg. of 28/5/1985, para57.

ECtHR (ch), Eckle v.Germany, app. №8130/78, judg. of 15/7/1982, para66.

<sup>7</sup>Jean-François Renucci, op.cit, p359.

وعبها بأنها آلية قضائية دولية وأن الفضل في وجودها يعود لإرادة الدول، كما أن سيادة الدول الأطراف تخولهم سلطة الانسحاب من الاتفاقية متى رغبوا في ذلك، وهو ما يجعل الهامش التقديري أداة عملية مفيدة في يد المحكمة<sup>1</sup>، للتوفيق بين السيادة وحقوق الإنسان.

يفرض هذا التداخل بين مبادئ الاحتياطية، السيادة وحقوق الإنسان على المحكمة ممارسة مهمتها الرقابية بحذر ورزانة حيث تأخذ بالحسبان انسحاب الدول الأطراف تحت الضغط الذي تمارسه عليها عن طريق أحكام الإدانة الصادرة في حقها وضرورة تنفيذ هذه الأحكام، وهو أحد أهم الدواعي التي أملت عليها اعتماد مفهوم الهامش التقديري للتوفيق بين السيادة وحقوق الإنسان انطلاقاً من مبدأ الاحتياطية.

**ثالثاً-المشروعية الديمقراطية democratic legitimacy:** يقصد بها أن السلطات الوطنية (تشريعية، تنفيذية وقضائية) تتمتع بمشروعية ديمقراطية قوية ومباشرة أكثر من تلك التي تتمتع بها المحكمة، تجعلها مبدئياً في موقع أفضل من هذه الأخيرة لتقييم حاجاتها وظروفها المحلية<sup>2</sup>، وتؤهّلها للتمتع بالدور الأول في ضمان الحقوق والحريات للأفراد بالموازاة مع استفادتها من مجال من الحرية لأداء التزاماتها الاتفاقية.

يظهر وزن مشروعية الدولة تاريخياً في المنظمات الأوروبية ومنها مجلس أوروبا حيث تعتبر شرطاً للعضوية فيه وهو ما يظهر في المادة 3 من نظام المجلس ومن الممارسة مثلاً في القضية اليونانية التي أدت لانسحاب اليونان من مجلس أوروبا ومن الاتفاقية ولم تعد إلا بعد تحقق احترامها لمبادئ المجلس، وفي طلب انضمام إسبانيا للمجلس والذي لم يتحقق إلا بعد التأكد من التحاقها بركب الديمقراطية، وعليه فإن هذه المشروعية لصيقة بالديمقراطية في الدولة ومظاهرها المختلفة من ضمان التعددية ودولة القانون واحترام حقوق الإنسان وإجراء انتخابات حرة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>Rachael Eguono Ita, op.cit, p20.

<sup>2</sup>Dominic Mcgoldrick, op.cit, pp35-36.

Voir aussi : « La Cour rappelle le rôle fondamentalement subsidiaire du mécanisme de la Convention. Les autorités nationales jouissent d'une légitimité démocratique directe et, ainsi que la Cour l'a affirmé à maintes reprises, se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur les besoins et contextes locaux. ».

CrEDH (2<sup>ème</sup> sec.), Executief van de Moslms van België et autres c. Belgique, req. nos 16760/22 et 10 Autres, arrêt du 13/2/2024, para104.

<sup>3</sup>قادري عبد العزيز، حقوق الإنسان في القانون الدولي والعلاقات الدولية المحتويات والآليات، دون طبعة، دار هومه، الجزائر، 2002، ص ص 59-62 و ص ص 69-74.

تظهر محدودية المشروعية الديمقراطية للمحكمة من انتخاب قضاتها من طرف الجمعية البرلمانية لمجلس أوروبا، ومع ذلك لا ننسى بأن المحكمة تجد أساسها في اتفاقية رضية بها 47 دولة وأن هذه الاتفاقية قد كرسست بوضوح الطابع القانوني الملزم لأحكام المحكمة، وأن التاريخ أثبت مسؤولية الديمقراطيات الأوروبية عن انتهاكات معتبرة لحقوق الإنسان على رأسها انتهاك حقوق الأقليات كأقلية الروم<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث:

#### النتائج المترتبة على الموقع الأفضل للدولة

يترتب على الاعتراف للدولة بالموقع الأفضل لحماية حقوق الإنسان نتائج تتعلق بالدولة الطرف وكذلك بالمحكمة كآتي:

**أولاً-تنفيذ الدول لالتزاماتها الاتفاقية:** يقع على عاتق الدول المتعاقدة بناء على موقعها الأفضل ومن ثم دورها الأول في حماية حقوق الإنسان وحرياته الامتناع عن أي تدخل غير مبرر أو غير مناسب في ممارسة الحقوق المضمونة، واتخاذ كل التدابير الضرورية لوضع الحقوق موضع تطبيق وإتاحة التمتع بها بشكل ملموس وفعلي، لاسيما من خلال اتخاذ التدابير التشريعية والتنظيمية الضرورية بشكل يجعل الاحتياطية مبدأ حركيا إيجابيا، تحت طائلة إدانة الدولة الطرف من المحكمة في حال وجود شكوى ضدها<sup>2</sup>، وثبوت ذلك، وتنفيذ أحكام المحكمة وذلك كما يلي:

**1-وضع الاتفاقية موضع تنفيذ:** يمثل تنفيذ أحكام الاتفاقية الالتزام الأساسي للدولة الطرف بمجرد انضمامها إليها ويفترض مجموعة متطلبات هي:

**1/1-عدم إلزام الدولة بطريقة معينة لوضع الاتفاقية موضع تنفيذ:** لم تلزم المحكمة الدول بالتطبيق المباشر للاتفاقية، منطلقة في ذلك من نية واضعي الاتفاقية عند اعتمادها والتي اتسمت بالوفاء للأنظمة القانونية الداخلية وتبجيلها<sup>3</sup>، فمن المعلوم أن الدول يمكن لها اختيار طريقة التطبيق التي تتماشى ونظامها القانوني الوطني<sup>4</sup>، ومع ذلك فإن إدماج الاتفاقية في القانون

<sup>1</sup>Dominic Mcgoldrick, op.cit, p36.

<sup>2</sup>Cour Européenne des droits de l'homme, La CEDH en 50 questions, Strasbourg, Février 2014, pp3-4.

<sup>3</sup>Olivier De Schutter, "La coopération entre la cour européenne des droits de l'homme et le juge national", in : Revue Belge de Droit International, Éditions Bruylant, Bruxelles, 1/1997, p28.

<sup>4</sup>تأخذ الدولة بأحد نظامين: إما التطبيق المباشر applicabilité directe ويطلق عليه كذلك self-executing treaties وهو يعكس نظام الوحدة monisme، ويقصد به أن الدولة تعترف بأن القاعدة الاتفاقية لها تطبيق مباشر في نظامها القانوني الداخلي

الداخلي لجميع الدول الأطراف، وتطبيقها المباشر الذي يسمح بالتمسك بها مباشرة أمام السلطات الوطنية لاسيما المحاكم، إضافة إلى سمو الاتفاقية على القانون الوطني هي مبادئ أساسية للتطبيق الكامل للاتفاقية على المستوى الوطني، غير أنه يظهر أحيانا سوء تفاهم وتردد لدى بعض الدول لاسيما العريقة منها حول مركز قانون الاتفاقية والتي يجب تجاوزها بحوار مستمر بين الجهات القضائية الوطنية خاصة المحاكم الدستورية والعليا من جهة والمحكمة من جهة ثانية<sup>1</sup>، ويؤكد ذلك أن الدعوة للتنفيذ المباشر للاتفاقية ليست أمرا سهلا وأن مرتبة الاتفاقية في هرم القواعد القانونية الداخلية وبشكل خاص بالنسبة للأحكام الدستورية محلا لاختلاف متواصل<sup>2</sup>، وأيا كان موقع الاتفاقية في القانون الداخلي فإن الاتفاقية تلزم الدول الأطراف بوضع وإتاحة طعون ضد الادعاء بالانتهاكات وعند الاقتضاء إصلاحها وتقديم ترضية منصفة كافية للضحية<sup>3</sup>.

في هذا الخصوص، فإن المحكمة لم تتردد في حكم Loizidou في تأكيد الطبيعة الخاصة للاتفاقية والمتمثلة في كونها أداة لنظام عام أوروبي لحماية حقوق الإنسان<sup>4</sup>، وبذلك فقد وضعت ضمنا نوعا من التفوق الدستوري للاتفاقية، وعليه فلا يمكن لأي قاعدة ولو كانت دستورية أن تكون عائقا أمام الالتزام الواقع على كل دولة طرف بالاتفاقية، وكذلك في حكم Matthews الذي يتعلق بعدم قبول تسجيل المدعية في القوائم الانتخابية لانتخابات البرلمان الأوروبي، نظرا لأن المكان الذي تقيم فيه وهو Gibraltar لا يدخل في مجال تطبيق الحق في انتخاب البرلمان الأوروبي، طبقا لقرار CE لسنة 1976 المتعلق بانتخابات ممثلي البرلمان الأوروبي عن طريق

---

و عليه فهي لا تتطلب أي تدبير وطني تكميلي لوضعها موضع التطبيق على المستوى الوطني، والأصل في هذا النظام أن التصديق على الاتفاقيات يتبعه النشر.

أو التطبيق غير المباشر *applicabilité indirecte* ويعكس نظام الثنائية *dualisme* ويقصد به أن الدولة تعتبر أن مرور القاعدة الدولية الاتفاقية إلى نظامها القانوني الداخلي يجب أن يتم باتخاذ تدابير ملموسة ذات طبيعة دستورية، تشريعية، تنظيمية تتخذها السلطات المختصة، وهو ما يسمى إجراء التلقي، وبموجب نظام الثنائية فإن كل من النظامين الوطني والدولي مستقل عن الآخر ولكل موضوعه ومجال تطبيقه، ولذلك لا يمكن للقانون الدولي أن يؤثر مباشرة وفورا في القانون الداخلي. يتطلب التطبيق غير المباشر إدماج الاتفاقية بموجب طرق مختلفة، وتعد بريطانيا أهم نموذج للثنائية، فقد تم التوقيع على الاتفاقية بتاريخ 1950/11/4 وصادقت عليها السلطات الانجليزية منذ 1951/3/8 ولكنها لم تصبح جزءا من النظام القانوني الوطني البريطاني إلا منذ 1998/11/9 وهو تاريخ اعتماد *Human rights act* من طرف برلمان *west minster* حيث تمنح هذه الوثيقة الصفة لأي مدعي بريطاني بالاحتجاج بالاتفاقية أمام القضاء البريطاني.

Mactar Kamara, "De l'applicabilité du droit international des droits de l'homme dans l'ordre juridique interne", in : ACDI, Bogotá, vol. 4, 2011, pp102-103, pp108-109.

أنظر كذلك: علي عبد الله أسود، المرجع السابق، ص ص 91-109.

<sup>1</sup>Philippe Boillat, "Vers une mise en œuvre renforcée de la convention européenne des droits de l'homme au niveau national", in : Rev.trim.dh, №77/2009, p19.

<sup>2</sup>Mactar Kamara, op.cit, pp123-139 et pp155-157.

أنظر كذلك: علي عبد الله أسود، المرجع السابق، ص ص 110-119، ص ص 142-146.

<sup>3</sup>Philippe Boillat, op.cit, p21.

<sup>4</sup>يتعلق بادعاء الشاكية بانتهاك حقها في احترام الممتلكات خلال فترة الاحتلال والسيطرة على الجزء الشمالي من قبرص من طرف القوات المسلحة التركية مما منعها في عدة محاولات منها من الوصول إلى منزلها والممتلكات الأخرى الموجودة في هذه المنطقة. CrEDH (ch), Loizidou c. Turquie, req.№15318/89, arrêt du 23/3/1995, para93.

الاقتراع العام المباشر، وتبعاً لذلك احتجت المدعية بأن عدم تنظيم انتخابات البرلمان الأوروبي في مكان إقامتها يشكل انتهاكاً لحقها في المشاركة في اختيار السلك التشريعي عن طريق انتخابات بمفهوم المادة 3 من البروتوكول الأول وانتهاكاً كذلك لحظر التمييز المضمون بالمادة 14 من الاتفاقية، وقد غلبت المحكمة الحق في انتخابات المضمون بالمادة 3 من البروتوكول الأول على القاعدة الجماعية للمجموعة الأوروبية التي تقصي Gibraltar من انتخابات البرلمان الأوروبي<sup>1</sup>، وبذلك فالقاعدة الجماعية لا يمكن أن تعفي الدول من التزاماتها الاتفاقية.

## 2/1-إشراك مختلف السلطات الوطنية في وضع الاتفاقية موضع تنفيذ: تتمتع السلطات

الوطنية وخصوصاً السلطة القضائية بصلاحيات هامة لضمان حماية مباشرة وفعالية للحقوق والحريات ضد أي انتهاكات قد تطالها، فتستطيع السلطة التشريعية والتنفيذية إلغاء أو تعديل الأحكام القانونية المتعارضة مع الاتفاقية، إنشاء أجهزة جديدة لضمان الحماية الكاملة للحقوق، ووضع أحكام جديدة تسمح بضمان احترام الحقوق المحمية<sup>2</sup>، ونلاحظ هنا أن تصرف الدولة (من خلال وضع قواعد قانونية، تعديلها، إلغائها، إلغاء قرارات، تعديل الممارسات) جاء في كثير من الأحيان عقب إدانتها من المحكمة، بل وأحياناً بعد صدور حكم نموذجي ضدها، وهو ما يجعل دور المحكمة مهما لمساهمتها في تصحيح قصور تدخل الدولة الأولي في كفالة حماية فعالة وملموسة للحقوق.

تشارك البرلمانات في فحص مطابقة القوانين والممارسات الوطنية مع الاتفاقية وتتخذ تدابير تشريعية عند تنفيذ أحكام المحكمة عندما يتطلب الأمر للتوافق مع هذه الأخيرة، كما أن السلطة التنفيذية تعلم البرلمان بالأحكام الصادرة ضد الدولة المعنية وكذا بالقرارات التي تمثل أهمية بالنسبة للدولة<sup>3</sup>، أما السلطة القضائية فتعد المخاطب الأساسي بمبدأ الاحتياطية إذ تساهم في الاحترام الفعلي للضمانات الأوروبية بالدرجة الأولى من خلال كفالة الحق في طعن فعلي المضمون بالمادة 13 من الاتفاقية، ضمان الرقابة على مطابقة القانون الوطني مع الاتفاقية، السهر على عدم تجاوز المشرع الوطني -في موازنته بين المصلحة العامة والمصالح الفردية- للهامش التقديري المتروك له، كما تقوم في حال تأكيد المحكمة وجود انتهاك للاتفاقية بالتحقق من سعي

<sup>1</sup>CrEDH (GC), Matthews v. UK, app. №24833/94, judg. of 18/2/1999.

<sup>2</sup>ومثاله اعتماد فرنسا القانون رقم 1631-2007 المتعلق بالحكم في الهجرة، الإدماج واللجوء بتاريخ 20/11/2007 والذي أنشأ طريقاً جديداً من طرق الطعن ذو أثر موقف لقرارات منع دخول الإقليم بسبب اللجوء، عقب صدور حكم المحكمة في قضية Gebremedhin c. France في 26/04/2007.

Cité par : Jean-Marc Sauvé, op.cit, p4.

<sup>3</sup>Philippe Boillat, op.cit, pp20-21.

السلطات الإدارية لوقف الانتهاك بما فيه إلغاء قواعد قانونية وطنية، وتلتزم بأحكام المحكمة وبالأخذ بها في اجتهادها القضائي، فرغم أنها لا تحوز حجية الشيء المقضي فيه في أغلب الأنظمة والأعراف القانونية، إلا أنها تعد مرجعا تفسيريا قويا<sup>1</sup>، مما يساهم في تطبيق متجانس للاتفاقية ومثاله بالنسبة للحق في المحاكمة العادلة ومفهوم "الأملك" الوارد بالمادة الأولى من البروتوكول الأول.

**2- تنفيذ أحكام المحكمة:** تتمثل أول مهمة للمحكمة في الفصل في النزاعات المترتبة عن انتهاك الحقوق المضمونة بالاتفاقية وبروتوكولاتها من خلال إصدار أحكام، وقد نصت المادة 46 من الاتفاقية على أن الدول ملزمة بالامتثال للأحكام النهائية للمحكمة في المنازعات التي تكون أطرافها فيها تحت رقابة لجنة الوزراء، مما يدل على تمتع الأحكام بقوة تنفيذية غير مباشرة في النظام الداخلي للدولة المعنية مما أدى لإخضاع مسؤولية متابعة تنفيذها للجنة الوزراء باعتبارها الجهاز السياسي لمجلس أوروبا، كما تتمتع أحكام المحكمة بحجية الشيء المقضي فيه *autorité de la chose jugée* ويقصد بالحجية قوة الحقيقة الشرعية التي تمنع تجاهل ما تم الحكم فيه أو الاعتراض عليه، وتعد الأثر القانوني لكل عمل صادر عن جهة قضائية وطنية أو دولية، وتظهر أهمية حجية أحكام المحكمة من خلال نطاقها وكيفية تعزيزها.

**1/2- نطاق حجية الشيء المقضي فيه لأحكام المحكمة:** تقترن حجية الشيء المقضي فيه بأحكام المحكمة في مواجهة الدول الأطراف في النزاع، ويجدر التذكير هنا أن هذه الأحكام ذات طابع تصريحي *déclaratoire* محض، لأن المحكمة لا تملك إلغاء عمل إداري أو تشريع معيب، فهي تعين فقط إذا كان هناك انتهاك لحق محمي من عدمه، وتكتفي بالتصريح بعدم توافق التدبير الذي اتخذته الدولة مع الاتفاقية، وهو ما يجعل منازعات حقوق الإنسان منازعات مشروعية لا منازعات إلغاء، ويترتب مبدئياً عن معارضة وتأكيد وجود الانتهاك أن تمتثل الدولة المدانة، طبقاً للمادة 46 من الاتفاقية، للحكم النهائي للمحكمة في النزاع الذي تكون طرفاً فيه مع تمتعها بحرية اختيار الوسائل التي تمحو قدر الإمكان الانتهاك، وهو ما يعكس حجية الشيء المقضي فيه

<sup>1</sup>Jean-Marc Sauvé, Le rôle des autorités nationales, in : subsidiarité : une médaille à deux faces ?, actes du séminaire organisé par la CEDH, Strasbourg, 30/01/2015, p27, disponible : <https://prd-echr.coe.int/> , Consulté le 20/03/2020 à 10:13.

Voir aussi : Jean-Marc Sauvé, Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme, op.cit, pp4-5 et p8.

لأحكام المحكمة، ومع ذلك يبقى مصطلح تنفيذ أحكام المحكمة غير واضح لأنه يجمع بين الطبيعة التصريحية للحكم وبين الالتزام بتنفيذه وهو ما قد يبدو متناقضا<sup>1</sup>.

تعد الحجية ذات نطاق نسبي لأنها لا تلزم إلا الأطراف في النزاع بالامتثال للحكم الصادر فيه وهو ما يطلق عليه الأثر بين الأطراف *inter partes* وتضع بالنتيجة التزاما على الدولة المدعى عليها بالاعتراف بمضمون الحكم وتنفيذه، وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي للمحكمة لا نجد إحالات صريحة إلى حجية الشيء المقضي فيه وتطبيقه، ومع ذلك تجدر الإشارة إلى قرار اللجنة الأوروبية في قضية *X c. Suisse* بتاريخ 1980/7/8 المتعلقة بعقوبة تأديبية ضد جندي تمسك على إثرها الشاكي بوجود انتهاك للمواد 5،6 و53 من الاتفاقية وطالب بالتعويض، حيث رأت اللجنة الأوروبية أن "المادة 53 من الاتفاقية (وهي حاليا المادة 46) ليس لها صلة بالنزاع المعني لأن هذه المادة تكرر مبدأ الأثر النسبي لحجية الشيء المقضي فيه" لأحكام المحكمة<sup>2</sup>.

يضع الحكم الصادر عن المحكمة على عاتق الدولة المدعى عليها التزاما بمحو النتائج المترتبة عن الانتهاك بإعادة الحال إلى ما كان عليه، فضلا عن إمكانية إلزامها بدفع ترضية عادلة للضحية، والتي تمثل مقابلا ماليا تحددته المحكمة، علما أن الترضية تبقى إمكانية احتياطية لأن التعويض بمقابل لا يتم عادة الحكم به إلا إذا كان القانون الوطني للدولة الطرف لا يسمح بإزالة هذه النتائج بشكل كامل<sup>3</sup>، وهو ما تنص عليه المادة 41 من الاتفاقية، ويضاف إلى ذلك التزاما بوقف الانتهاك والوقاية من تكراره مستقبلا باتخاذ تدابير فردية أو عامة، حيث تمثل هذه الالتزامات الثلاثة التزامات بتحقيق نتيجة<sup>4</sup>، وقد انتهجت المحكمة منهج تشجيع الدولة قدر الإمكان على التعويض العيني عن النتائج المترتبة عن الانتهاك بدلا من التعويض بمقابل ومثاله في حكم حول نزع الملكية لأجل المنفعة العامة<sup>5</sup>.

يصطدم امتثال الدولة الكامل لالتزاماتها الاتفاقية من جهة بالاستحالة العملية لتحقيق الجبر الكامل للضرر، فلا يمكن مثلا إعادة الحياة للميت ولا تقصير أجل المحاكمة الذي كان تعسفا،

<sup>1</sup>Olivier De Schutter, op.cit, pp31-32.

Voir aussi : Mahaliana ravaloson, op.cit, p2.

<sup>2</sup>Baïna Ubushieva, L'intérêt général dans le système de la Convention européenne des droits de l'Homme, Thèse présentée pour obtenir le grade de docteur, Spécialité droit public, université de Bordeaux, 2018, pp402-403.

<sup>3</sup>Olivier De Schutter, op.cit, pp31-32.

<sup>4</sup>Jean-Marc Sauvé, le rôle des autorités nationales, op.cit, p26.

<sup>5</sup>Papamichalopoulos et autres c.Grèce, op.cit, para38-40.

ومن جهة أخرى بالاحترام الواجب لحجية الشيء المقضي فيه للأحكام القضائية الوطنية، غير أن هذه العوائق قد تتضاءل تدريجياً، حيث يمكن أن تجد الدولة نفسها، من أجل الاعتراف بحجية الأحكام الصادرة ضدها، ملزمة بالنص في نظامها الوطني على إمكانية إعادة فتح الإجراءات، وذلك عندما يكون التدبير الوطني المعيب هو قرار قضائي وطني حائز لحجية الشيء المقضي فيه، للسماح بصدور قرار جديد في إطار احترام متطلبات الاتفاقية<sup>1</sup>.

تتمتع الدولة بحرية اختيار وسائل تنفيذ الحكم لاسيما وقف الانتهاك وتفاذي تكراره، ومن ثم بهامش تقديري، حيث لا يمكن للمحكمة أن تفرض عليها نوع هذه الوسائل، ولها فقط تقديم اقتراحات -متى رأت أن وسيلة ما تعد الوسيلة الوحيدة الأنسب-، غير أنها تبقى ملزمة بالأخذ بما جاء في حكم المحكمة، تجسيدا لـ "مبدأ الولاء للاتفاقية" La loyauté conventionnelle المرتبط بمبدأ الاحتياطية، والذي يمثل الحماية المزدوجة الوطنية والأوروبية للحقوق الأساسية<sup>2</sup>.

وقد أكد القاضي Macdonald أن "هامش التقدير يوفر المرونة اللازمة لتجنب أي تصادم ضار بين المحكمة والدول المتعاقدة فيما يتعلق بمجالات سلطتها"، فيكون مجال اختصاص المحكمة محصور في الحكم الذي تصدره لاسيما الخلاصة والتسبيب واختيار المصطلحات الدقيقة في استنتاجاتها، بينما مجال اختصاص الدولة محصور في تنفيذ الحكم وفي طريقة إصلاح آثار الانتهاك، ويستلزم التنفيذ الأمثل للحكم القضائي وجود جسر تواصل بين اختصاص المحكمة والدولة، وهو ما يظهر في شكل الهامش التقديري الذي يلعب دور رابط بين الاختصاصين حيث تفسر الدولة حكم المحكمة ولها تقدير اختيار التدابير التي تتخذها بغرض التنفيذ والتعويض، ولكن دائما بالاستناد إلى المصطلحات الدقيقة المستعملة في حكم المحكمة<sup>3</sup>.

يحتوي حكم المحكمة على القرائن الرئيسية التي تسمح للدولة بفهم مدى هامش التقدير المتروك لها لتنفيذه، والتي تظهر في تسببه، صياغته، تحديده أو عدم تحديده التدابير ومنطوق الحكم، ويرى جانب من الفقه أنه باعتبار أن المحكمة هي من "يمنح" هامش التقدير للدولة فإنها

<sup>1</sup>Olivier De Schutter, op.cit, pp31-32.

<sup>2</sup>رأى مجلس الدولة الفرنسي في قرار له في جويلية 2014 أنه في حالة تأكيد المحكمة وجود انتهاك يتعلّق بعقوبة إدارية، فإن السلطة الوطنية المختصة ملزمة عند إعلانها بذلك وبشرط استمرار الانتهاك، بتوقيف تنفيذ العقوبة كليا وجزئيا، أخذا في الاعتبار المصالح المتعلقة بها، أسبابها، جسامة آثارها، وطبيعة وجسامة التقصير الذي عينته المحكمة.

CE, Ass., 30 juillet 2014, V., № 358564, pt. 5.

Cité par : Jean-Marc Sauvé, Le rôle des autorités nationales op.cit, p26.

<sup>3</sup>Mahaliana ravaloson, op.cit, pp2-3.

تفرض على نفسها تقييدا ذاتيا في صياغة توصياتها أو تعليماتها<sup>1</sup>، هذا ويجد الهامش التقديري في اختيار طريقة تنفيذ الحكم أصله في أن السلطات الوطنية أفضل من المحكمة لتقدير أحسن طريقة لتنفيذ أحكام المحكمة، ومبدئيا فإن الهامش التقديري للدولة في تنفيذها واسع، حيث يتجه نظام الاتفاقية إلى إفادة الدولة من قرينة الوضع الأفضل لتوفير متطلبات الاتفاقية<sup>2</sup>، غير أن هذا الهامش ليس دائما واسعا فقد يضيق تبعا لطبيعة الحق كما هو شأن الحقوق المطلقة وحالة خطورة نتائج الانتهاك وهو ما يظهر في الأحكام النموذجية التي تبين التدابير الواجب اتخاذها<sup>3</sup>.

من المؤكد أن المادة 46 من الاتفاقية تلزم الدول الأطراف التي أصدرت المحكمة ضدها أحكام نهائية بالإدانة، بجبر الضحية وإرجاعه للحال الذي كان عليه قبل الانتهاك قدر الإمكان، ولكن التساؤل يثور حول إلزام الدولة باتخاذ تدابير عامة لتفادي إعادة ارتكاب نفس النوع من الانتهاك ضد أشخاص آخرين في وضعية مماثلة، بهذا الخصوص وضحت المحكمة بأنها لا يمكن أن تحكم بشكل مجرد على تطابق قانون أو ممارسة مع متطلبات الاتفاقية<sup>4</sup>، ومن ثم فلا يمكن للمحكمة أن تصدر حكما إلا إذا عانى مقدم الشكوى بالفعل من آثار الإجراء الذي احتج ضده، غير أن هذا لا يمنع من أن يشكل الإجراء موضوع الشكوى انتهاكا<sup>5</sup>.

ينتج عن الاعتراف بحجية الشيء المقضي فيه للأحكام وضع حد للنزاع بين الفرد والدولة بهدف حماية مصلحة الفرد الضحية وضمان احترام الدولة للالتزامات التي رضيت بها من أجل تطوير قيم المجتمع الديمقراطي الأوروبي، ولذلك فإن الشكاوى الفردية أمام المحكمة ترمي لإثارة مسؤولية الدولة وهنا تظهر وظيفة القاضي الأوروبي كقاضي فوق وطني لحماية الضحية، كما ترمي لفحص التوافق conventionnalité بالدرجة الأولى ومنه إجبار الدولة على احترام التزاماتها، وهو ما تضمنه حكم Maestri c. Italie في 2004/2/17 بأنه ينتج عن الاتفاقية تحديدا المادة الأولى منها التزام الدول عندما تصادق عليها بجعل قوانينها متوافقة مع الاتفاقية، وهنا تظهر الوظيفة الثانية للقاضي الأوروبي بصفته قاضي دستوري لنظام الاتفاقية<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>Mahaliana ravaloson, op.cit, p10.

<sup>2</sup>Ibid, p15, p17, p16,

<sup>3</sup>Ibid, pp247-248 et pp286-287.

<sup>4</sup>James and others v. UK, op.cit, para 36; CrEDH (plénière), F. c. Suisse, req. № 11329/85, arrêt du 18/12/1987, para 31.

<sup>5</sup>Olivier De Schutter, op.cit, pp48-49.

<sup>6</sup>Baina Ubushieva, op.cit, pp403-404.

## 2/2- تعزيز حجية الشيء المقضي فيه لأحكام المحكمة: يمثل كلا من الطابع التصريحي

للأحكام، التزام المحكمة بالفصل في المسائل الملموسة فقط، وصياغة نص المادة 46 عوائق أمام الحجية الكاملة للأحكام، غير أن المحكمة حاولت تجاوز هذه النسبية من خلال مبررات:

أ- أن الفصل في النزاعات وإصدار الأحكام يحقق مصلحة الضحايا، إلا أنه كذلك يحقق المصلحة العامة، حيث تسعى المحكمة من خلال الفصل فيها إلى إرضاء مصلحة الشاكي، مصلحة الدولة وإضفاء الشرعية على نفسها، وتحقيق المصلحة العامة الأوروبية، وقد أكدت المحكمة في حكم Karner بأن المصلحة العامة الأوروبية هي هدف للنظام الاتفاقي وجاء فيه أنه: "إذا كان الهدف الأساسي لنظام الاتفاقية هو توفير طعن للأفراد، فإن هدفه أيضا هو الفصل في المسائل المتعلقة بالنظام العام في إطار المصلحة العامة، من خلال إعلاء قواعد حماية حقوق الإنسان وتوسيع الاجتهاد القضائي في هذا المجال إلى جميع الدول الأطراف في الاتفاقية"، وهذا اعتراف صريح بوجود تمديد حجية الشيء المقضي فيه إلى جميع الدول لتحقيق المصلحة العامة التي تعتبر وسيلة للمحكمة لتطوير حجيتها في نظام الاتفاقية وإعطاء سمو لتدخلها ووظيفتها<sup>1</sup>.

ب- تم وضع النظام الاتفاقي في الأصل لحل المنازعات المتعلقة بحقوق الإنسان، ولكنه تطور وصار يمثل نظاما عاما أوروبيا يسمح بالدفاع عن القيم الخاصة بالمجتمع الديمقراطي الأوروبي، الذي أرسته المحكمة تدريجيا، وتعد أحكام المحكمة الأداة الأساسية لبناء هذا النظام ولذلك فيجب تجاوز الحجية النسبية، ويقود البناء التدريجي للنظام العام الأوروبي إلى ربط النظام الاتفاقي بالمصلحة العامة الأوروبية والتركيز أكثر على الدور الدستوري للمحكمة<sup>2</sup>.

ج- استعملت المحكمة سلطتها التفسيرية لتوسيع حجية الشيء المقضي فيه لأحكامها، حيث لجأت إلى ديباجة الاتفاقية للقيام بتفسير غائي للاتفاقية فيما يخص وجود ضرورة لتطوير وحدة أوروبية أكبر وأمتن مبنية على مفهوم مشترك واحترام مشترك لحقوق الإنسان واتخاذ تدابير خاصة لكفالة الضمانة الجماعية للحقوق والحريات، وقد أفضت هذه الوحدة إلى نشأة نظام عام أوروبي، والذي لجأت المحكمة من أجل جعله فعالا إلى التفسير الموسع للاتفاقية وتوسيع اجتهادها القضائي إلى كل الدول الأطراف، وقد أشار حكم Karner إلى دواعي تجاوز الحجية النسبية وهي أن نظام الاتفاقية يهدف للفصل في الحالات التي يتم إعلام المحكمة بها ولكن كذلك لتوضيح،

<sup>1</sup>Baïna Ubushieva, op.cit, p400.

Voir aussi: CrEDH (1<sup>ère</sup> sec.), Karner c. Autriche, req. №40016/98, arrêt du 24/7/2003, para 26.

<sup>2</sup>Baïna Ubushieva, op.cit, p402.

حماية وتطوير القواعد الاتفاقية والتي تعد التزاما قبلته الدول الأطراف عند انضمامها للاتفاقية، وبذلك فهذا الحكم يبين العلاقة بين الحجية والنظام العام الأوروبي<sup>1</sup>.

د- استطاعت المحكمة الخروج من الطابع التصريحي لأحكامها الذي مفاده أنها ليس لها أثر مباشر في النظام القانوني الوطني فلا يمكن أن تعدل أو تلغي قوانين أو أحكام قضائية داخلية، وبذلك فهي ليست توجيهية حيث تترك للدولة المعنية بالحكم اختيار طرق أداء الالتزام الواقع عليها بتنفيذه طبقا للمادة 46 من الاتفاقية، غير أنه مع الوقت أصبحت الأحكام تبين التدابير العامة والفردية التي على الدولة اتخاذها مثلا في حكم يتعلق بسحب رخصة سينما عرضت على الدولة منح الشاكي رخصة سينما جديدة، كما يتم تحديد التدابير في الأحكام النموذجية<sup>2</sup>.

هـ- يدعم التمسك بالمسؤولية الجماعية والتضامنية للدول الأطراف في ديباجة الاتفاقية على الأخص فيما يتعلق بالرقابة على تنفيذ أحكام المحكمة من خلال القضاء على مصادر الانتهاكات في التشريع والممارسة الوطنية وضمان سلطة المحكمة، الأثر الملزم للأحكام تجاه الكافة والذي يتوقف عليه مبدأ الاحتياطية، وتتطلب تقويته استعمال منتظم لإجراء تدخل الدول كطرف ثالث *la tierce intervention* مما يحسس الدول أكثر بأنها جميعا معنية بأحكام المحكمة<sup>3</sup>، وهو إجراء منصوص عليه بالمادة 36 من الاتفاقية.

و- يؤدي الأخذ بالاعتبار السوابق القضائية للمحكمة دورا في تدعيم الحجية، ويعد حكم Vermeire مهما لأنه مثال واضح عن إدانة الدولة نظرا لعدم امتثالها لحكم سابق صادر ضدها في حالة مماثلة، حيث استندت فيه المحكمة إلى حكم سابق ضد نفس الدولة المدعى عليها هو حكم Marckx، وذكرت بأنها سبق واعتبرت أن الغياب الكلي للقابلية للإرث المبني على العلاقة الطبيعية للأبوة، يعد تمييزا، وأقرت بأن الحرية الممنوحة للدولة لاختيار الوسائل للوفاء بالتزاماتها لا تسمح لها بتعليق تطبيق الاتفاقية في انتظار القيام بإصلاح، وعليه فيجب على بلجيكا ضمان توافق قانونها مع الاتفاقية استجابة لحكم Marckx تفاديا لإدانتها من جديد، وهو إقرار بالأثر المباشر للحكم<sup>4</sup>، وبذلك فرضت المحكمة التزاما دوليا على الدولة، إذ يشكل انتهاكا للاتفاقية

<sup>1</sup>Baïna Ubushieva, op.cit, p402.

<sup>2</sup>Costas Paraskeva, "European Court of Human Rights: From Declaratory Judgments to Indications of Specific Measures", in: European Human Rights Law Review, Issue 1, 2018, pp49-55.

Voir aussi: ECtHR (GC), Iatridis v. Greece, app. №31107/96, judg.of 19 /10/2000, para 35.

<sup>3</sup>Philippe Boillat, op.cit, p19.

<sup>4</sup>Baïna Ubushieva, op.cit, p408.

Voir aussi : CrEDH (ch), Vermeire c. Belgique, req.№12849/87, arrêt du29/11/1991, para25-28.

استمرار وجود قانون في الدولة وإمكانية تطبيقه رغم سبق اعتباره مخالفا للاتفاقية بموجب حكم من المحكمة، أو حتى استمرار وجود ثغرة في القانون الوطني متى كان الانتهاك حسب تقدير المحكمة مرتبطا بهذه الثغرة<sup>1</sup>، وأكثر من ذلك فقد أكدت المحكمة في أحكام أخرى منها Valenzuelas *contrara c. Espagne* موقفها القاضي بإدانة الدول التي لا تعدل قوانينها الوطنية المشابهة لتلك التي أدت لإدانة دول أخرى، وهو ما يمثل توسيعا لحجية الأحكام<sup>2</sup>.

تعزز حجية الأحكام دور المحكمة كجهة ضبط لأنها تضمن سلطتها بقدر المسؤوليات الموكلة لها وتحصنها من الانتقادات، وتزداد أهمية هذه الحجية عندما يتعلق الأمر بمسائل مبدأ أو في حالة قصور وعجز الدول<sup>3</sup>، وبذلك فإن الأحكام النموذجية تلعب دورا هاما في تقوية حجية الشيء المقضي فيه من خلال معالجة أي قصور في نظام الدولة الطرف وتوضيح كيفية إصلاحه

**ثانيا- المحكمة هيئة ضبط:** يسمح مبدأ الاحتياطية للمحكمة بممارسة وظيفتها كمحكمة ضبط *cour régulatrice* للجهات القضائية العليا الوطنية، وهو ما اتجهت إليه إرادة واضعي الاتفاقية وأكدته الإصلاحات التي مست نظام المحكمة وإعادة تنظيم الإجراءات أمامها بدعم من الدول الأطراف<sup>4</sup>.

**1- مظاهر وظيفة المحكمة كهيئة ضبط:** يتأكد دور المحكمة كهيئة ضبط من خلال عدة مفاهيم في قانون الاتفاقية تتمثل في:

**1/1- قضايا الدرجة الرابعة:** اعتمدت المحكمة مفهوم "قضايا الدرجة الرابعة" *affaires de quatrième instance* الذي لم يرد في نص الاتفاقية صراحة، إثر معالجتها مجموعة من الشكاوى الفردية المعروضة عليها، وتمسكت بأنها ليست درجة رابعة للتقاضي<sup>5</sup>، بهدف تصويب الفهم الخاطئ لدور المحكمة وصلحياتها، من طرف الأفراد المدعين، والذي من مظاهره تقديم شكاوى تتعلق بانتهاك حقوق غير محمية بالاتفاقية، أو بالفصل في أخطاء ارتكبتها الهيئات القضائية الوطنية ما لم تمس بالحقوق والحريات المضمونة بالاتفاقية<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>Olivier De Schutter, op.cit, pp49-51.

<sup>2</sup>Baïna Ubushieva, op.cit, p408.

<sup>3</sup>Jean-Marc Sauvé, Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme, op.cit, pp10-11.

<sup>4</sup>Ibid, p4.

<sup>5</sup>CrEDH (1<sup>ère</sup> sec.), Pedro Ramos c. Suisse, req. №10111/06, arrêt du 14/10/2010 (définitif le 14/01/2011), para51.

<sup>6</sup>من القضايا التي أثارَت مفهوم "الدرجة الرابعة" نذكر:

يستند مفهوم "قضايا الدرجة الرابعة" على مبدأ الاحتياطية ويجد أساسه في المادة 35 فقرة 3 من الاتفاقية<sup>1</sup>، المتعلقة بصلاحيات المحكمة لإعلان عدم مقبولية أي شكوى فردية مرفوعة أمامها في حالات محددة حيث تدخل "قضايا الدرجة الرابعة" في إطار فئة الشكاوى المؤسسة بشكل سيء والتي تعد فئة واسعة جدا.

تتصدر مهمة المحكمة وفقا للمادة 19 من الاتفاقية في ضمان احترام الدول الأطراف لالتزاماتها الناتجة عن الاتفاقية وبروتوكولاتها، وهو ما يعني أنها ليست جهة استئناف أو نقض للقرارات الصادرة عن الجهات القضائية الوطنية ولا يجوز لها إعادة نظر القضايا التي سبق وأن فصلت فيها هذه الأخيرة، وهي لا تشكل بأي حال درجة من درجات التقاضي أو على حد تعبير المحكمة درجة رابعة للتقاضي، وبالنتيجة لا يمكن للمحكمة تجاوز حدود اختصاصاتها العامة التي فوضتها إياها الدول بإرادتها والمحصورة برقابة احترام الالتزامات الاتفاقية، ولهذا فقد انتهجت المحكمة التقييد القضائي الذاتي في مواجهة الشكاوى المبنية على الفهم الخاطئ لدورها<sup>2</sup>.

انطلاقا مما جاء أعلاه فإن المحكمة لا يمكن لها تقدير عناصر الوقائع التي قادت جهة قضائية وطنية لاتخاذ حكم على نحو معين، فهي ملزمة بالتقيد بالوقائع التي أثبتتها الجهة القضائية الوطنية، ولا تأسيس وقائع قضية، ولا يمكن لها قبول وتقييم الأدلة، ولا يمكن لها تفسير وتطبيق القانون الوطني، ولا يمكن لها الفصل في أخطاء الموضوع أو القانون التي ترتكبها جهة قضائية داخلية، ما عدا تلك التي تمس بالحقوق والحريات المضمونة بالاتفاقية، ولا يمكن لها إدانة أو عدم إدانة متهم في قضية جزائية<sup>3</sup>، وتجدر الإشارة إلى أن حالات الدرجة الرابعة غير قابلة للتحديد ولذلك فيجب على المحكمة في كل مرة أن تفحص الحالات المعروضة عليها حالة بحالة.

يرى الفقه أن هوية المحكمة غير مستقرة حيث لم يتأكد أنها محكمة دولية أو دستورية، رغم أنها تتسم بخصائص أو عناصر دستورية مرنة، وهو ما يزيد من مراوغة بعض المفاهيم كالهامش التقديري، كما أنها "ليست محكمة عليا أوروبية"<sup>4</sup>، وكذلك فهي ليست محكمة استئناف وليست

---

CrEDH (GC), *García Ruiz c. Espagne*, req. №30544/96, Arrêt du 21/01/1999, para28, ECtHR (third sec.), *Khan v.UK*, app. № 35394/97, judg. of 12/05/2000, para 34, CrEDH (2<sup>ème</sup> sec.), *Dukmedjian c. France*, req. № 60495/00, arrêt du 31/01/2006 (définitif le 31/4/2006), para71; CrEDH (2<sup>ème</sup> sec.), *Adamsons c. Lettonie*, req. № 3669/03, arrêt du 24/06/2008, para 118.

<sup>1</sup> جاء في المادة 35 فقرة 3 بأن المحكمة لا تقبل أي شكوى فردية مرفوعة إليها تطبيقا للمادة 34 من الاتفاقية إذا كانت الشكاوى متعارضة مع أحكام الاتفاقية أو بروتوكولاتها، غير مؤسسة بشكل واضح أو تعسفية.

<sup>2</sup> Jean-Paul Costa, intervention introductive, op.cit, pp4-5.

<sup>3</sup> Cour européenne des droits de l'homme, *Suivi d'Interlaken principe de subsidiarité*, op.cit, pp11-12.

<sup>4</sup> Dominic Mcgoldrick, op.cit, p32.

درجة للتقاضي، واعتبر الأستاذ Berger بدوره بأن "المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لا يمكن أن تكون محكمة دستورية أوروبية، فيكفي أن تكون حارس للاتفاقية التي تعتبر قانون عام للحقوق الأساسية في أوروبا"<sup>1</sup>، ما يجعلها من طبيعة متميزة لأنها تجمع بين خصائص متنوعة.

أ- الآثار المترتبة على قضايا الدرجة الرابعة: تمثل المادة 6 فقرة 1 حول الحق في المحاكمة العادلة، منطلقا لاستعمال مفهوم "قضايا الدرجة الرابعة"، وقد امتد المفهوم إلى مختلف أحكام الاتفاقية، وإلى أنواع عديدة من القضايا: مدنية، جزائية، جنائية، اجتماعية، إدارية، انتخابية، قضايا دخول وإقامة وترحيل الأجانب هذه الأخيرة التي تأتي على رأس المجالات التي أثارت مفهوم "قضايا الدرجة الرابعة"، نظرا لحساسيتها في الدول الأوروبية التي تواجه تدفقات المهاجرين غير النظاميين، حيث كثيرا ما تم انتقاد تصرف المحكمة كجهة استئناف إضافية ضد قرارات المحاكم الوطنية بهذا الخصوص<sup>2</sup>.

وقد حذر الوزير الأول البريطاني Cameron في خطابه في جانفي 2012 بـ Strasbourg من خطر تحول المحكمة إلى درجة رابعة، وصرح بأنه: "نظرا لسبق وجود جلسة استماع أولى أمام المحكمة الابتدائية وثانية أمام محكمة الاستئناف وثالثة أمام المحكمة العليا أو الدستورية، فإن هذا سيعطي فرصة إضافية لأي شخص غير راض عن القرار الوطني، حتى ولو كان هذا القرار معقولا، مؤسسا بشكل سليم ومتوافقا مع الاتفاقية"، ومن جهتها وضحت المحكمة في حكم Hoare v. UK بتاريخ 2011/4/12 أنها ليست محكمة استئناف إضافية ضد قرارات المحاكم الوطنية، وصرحت بأنه "... ليس من اختصاصها التعامل مع الأخطاء المتعلقة بالوقائع أو القانون التي يزعم أن المحاكم [الوطنية] ارتكبتها إلا إذا كانت تنتهك الحقوق والحريات التي تحميها الاتفاقية" وأعلنت عدم مقبولية هذه القضية، وأصدر رئيس المحكمة بيانا سنة 2011 أكد فيه أن المحكمة لا تعمل كدرجة رابعة في هذه القضايا، وهي ليست محكمة استئناف لمحاكم اللجوء والهجرة في أوروبا، ولا محكمة استئناف جنائية فيما يتعلق بالإدانات الجنائية، وأن المحكمة لا تتدخل عندما تتم إجراءات الهجرة واللجوء الوطنية وفق تقييم خاص للمخاطر بطريقة عادلة وفي إطار احترام حقوق الإنسان، إلا في حالات استثنائية حقا<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>Vincent Berger, "Les Cours constitutionnelles et la Cour européenne des droits de l'homme", in : nouveaux Cahiers du conseil constitutionnel, (Dossier : Convention Européenne des Droits de l'homme ( 1 )), N° 32, Juillet 2011, p17.

<sup>2</sup>Equality and Human Rights Commission, op.cit, pp97-98.

<sup>3</sup>Ibid, pp97-98.

ركزت المحكمة انتباهها على انتقادات خطر تحولها إلى محكمة استئناف من "درجة رابعة"، كما وضحت في قراراتها وأحكامها أنه ليس من وظيفتها التعامل مع الأخطاء المتعلقة بالوقائع أو القانون المزعوم ارتكابها من المحاكم الوطنية، إلا إذا انتهكت الحقوق المضمونة بالاتفاقية<sup>1</sup>.

إن تمسك الدول بمبدأ الاحتياطية وتخوفها من ازدياد تدخل المحكمة في قراراتها، أدى إلى تمسكها نتيجة لذلك بـ"مفهوم الدرجة الرابعة" وفرض على المحكمة بدورها الأخذ بالمفهوم والاكتفاء بفحص حالات الانتهاكات المزعومة لحقوق الإنسان دون أن يكون لها صلاحية إعادة نظر القرار الوطني أو إلغائه أو إعادة دراسة القضية ككل، حيث تقرر ما إذا كان هناك خلل أو قصور في عمل الجهات القضائية استناداً إلى معايير وبناء على ذلك تحكم بإزالة الانتهاك وجبر الضرر الحاصل.

**ب- حدود قضايا الدرجة الرابعة:** إن قاعدة الدرجة الرابعة للتقاضي ليس مطلقة، فهناك دواعٍ تتطلب معها الخروج عن هذه القاعدة لاسيما حالة الحكم القضائي الوطني التعسفي، تطور الأحداث بعد صدور القرار القضائي الوطني خلال فترة الإجراءات أمام المحكمة، تصحيح تفسير السلطات الوطنية للاتفاقية ومثاله فيما يخص حرية التعبير حيث تكون الحرية هي القاعدة والتقييد هو الاستثناء كما حدث في قضية *Fressoz et Roire c. France* أين تمت إدانة فرنسا لانتهاك هذه الحرية، وعموماً فالقاعدة محدودة بمبدأ فعالية الحقوق الذي يجب أن تأخذه المحكمة بالاعتبار جنباً إلى جنب الاحتياطية ومفاده أن "الاتفاقية تهدف لحماية حقوق ملموسة وفعالية وليس حقوق نظرية وهمية"، فحص المحكمة لمدى تناسب القرارات القضائية الوطنية، والذي يمثل أحد مهامها الرئيسية<sup>2</sup>، ويتعين على المحكمة لضمان احترام اجتهادها القضائي وتطبيقه من الدول وإحلال رأيها محل رأي الأجهزة القضائية الوطنية، أن تبني اجتهادها على أسباب جديّة.

وعلى كل لا يمكن أن تؤدي الاحتياطية إلى إنكار العدالة من المحكمة ولا إلى ترك حرية تفسير جد واسعة للسلطات الوطنية، ولذلك فالمواءمة الموجودة في الاجتهاد القضائي للمحكمة تعد ضرورة<sup>3</sup>، فلا يمكن تطبيق مبدأ احتياطية نظام الرقابة الاتفاقية، وما يترتب عنه من مفاهيم كقضايا الدرجة الرابعة، بشكل مطلق ومجرد حيث يتطلب ضمان الحماية الفعلية لحقوق الإنسان

<sup>1</sup>Equality and Human Rights Commission, op.cit, p113.

<sup>2</sup>Evelyne Sturm, op.cit, p4.

<sup>3</sup>Jean-Paul Costa, intervention introductive, op.cit, p5.

تكامل حقيقي بين السلطات الوطنية على رأسها القضائية والمحكمة كجهاز رقابي، ومنه تكامل الضمانات الوطنية والأوروبية في هذا المجال.

## 2/1- الأحكام النموذجية: يظهر إجراء الحكم النموذجي arrêt pilote عندما يتم عرض

عدد كبير من الشكاوى على المحكمة تشترك في نفس سبب الانتهاك، أو عندما تطرح مشكلا هيكليا structurel أو خلا نظاميا systémique في الدولة المعنية من الممكن أن يؤدي إلى شكاوى مماثلة، وعليه يمكن للمحكمة اختيار شكوى واحدة أو أكثر لمعالجتها وتأجيل بقية الشكاوى، لتضع حلا تسعى من خلاله لحل جميع القضايا المشابهة المثارة المتعلقة بنفس المشكلة<sup>1</sup>، ويهدف الحكم النموذجي لمواجهة التدفق الهائل للشكاوى المتعلقة بمشاكل متماثلة تجد مصدرها في عدم توافق قانون وطني مع الاتفاقية<sup>2</sup>، حيث توفر إمكانية تسوية سريعة للأفراد المعنيين، تساعد المحكمة على تسيير أعبائها بفعالية وعناية وسرعة من خلال تقليص عدد القضايا المتشابهة والمتكررة التي يجب أن تكون موضوعا لفحص مفصل<sup>3</sup>.

عندما تصدر المحكمة حكمها النموذجي فإنها تأمر الدولة المعنية بالامتثال لالتزاماتها بموجب المادة 46 من الاتفاقية بأن تجعل قانونها متوافقا مع متطلبات الاتفاقية بشكل يسمح بالإصلاح لجميع الشاكين الفعليين أو المحتملين ومعالجة القضايا المعلقة، وتبين المحكمة بشكل عام التدابير الواجب اتخاذها، وتعالج بالنتيجة بقية القضايا المماثلة المعروضة عليها<sup>4</sup>.

بدأت المحكمة العمل بإجراء الأحكام النموذجية arrêts pilotes منذ صدور حكم Broniowski<sup>5</sup> المتعلق بانتهاك الحق في الملكية نظرا لعدم تعويض الشاكين عن أملاكهم العقارية الواقعة خلف نهر Boug والخاصة بـ 80000 شخص، وقد لاحظت المحكمة بمناسبة نظر الشكاوى التي رفعها رعية بولوني يدعي فيها عدم وجود تعويض حقيقي، وجود قصور بنيوي في النظام القانوني البولوني أدى لحرمان مجموعة كبيرة من الأفراد من حقهم في احترام

<sup>1</sup>CCBE, La cour européenne des droits de l'homme, Questions-Réponses destinées aux avocats, 2023, pp34-35.

Voir aussi : Michael O'Boyle, "The Future of the European Court of Human Rights", in: German Law Journal, vol.12, No.10, 2011, p1873.

Steven Greer, "What's Wrong with the European Convention on Human Rights?", in: Human Rights Quarterly, vol. 30, №3, August 2008, p690.

<sup>2</sup>Cour Européenne des droits de l'homme, La CEDH en 50 questions, op.cit, p10.

<sup>3</sup>Unité de la presse de la Cour européenne des droits de l'homme, Les arrêts pilotes, Fiche thématique, Mai 2020, p1.

<sup>4</sup>CCBE, op.cit, p35.

Voir aussi: Cour Européenne des droits de l'homme, La CEDH en 50 questions, op.cit, p10.

<sup>5</sup>Broniowski c. Pologne, op.cit.

ممتلكاتهم، وطلبت المحكمة من بولندا ضمان حق الملكية أو التعويض لباقي المعنيين بأملالك تركوها خلف هذا النهر، وقد قامت بولندا عقب صدور هذا الحكم وتأجيل المحكمة للشكاوى المماثلة له المعروضة أمامها ذات الموضوع المشترك، بتبني قانون جديد في جويلية 2005، ينص على تعويض مالي عن الأملاك المتروكة وراء نهر Boug، وبالنتيجة قامت المحكمة استنادا على هذه الأحكام التشريعية المتخذة من الدولة ونظام التعويض الفعلي المطبق بشطب أكثر من 200 قضية مشابهة في 2007 و2008 كانت قد أجلتها وقررت عدم وجود مبرر لاستمرار تطبيق إجراء الحكم النموذجي في هذه القضايا<sup>1</sup>، وتوالت بعدها الأحكام النموذجية<sup>2</sup>.

يعكس الحكم النموذجي أن المحكمة هيئة ضبط لأن الحل الذي تضعه لقضية واحدة قابل لتعميمه على القضايا المشابهة فالمحكمة لا تمارس المهمة القضائية بنفس الشكل الذي تمارسه الأجهزة القضائية الوطنية، حيث يمكن لها اختيار نموذج قضية لدراسته وتطبيق حكمه على باقي القضايا الأخرى المشابهة، فهدفها وضع حد لمشكل في النظام القانوني الوطني وليس مجرد فصل في نزاعات وإصدار حكم لكل حالة.

إن اكتفاء المحكمة بإصدار أحكام في عدد فقط من القضايا الكثيرة المعروضة عليها، يجعل أحكامها مع الوقت أكثر جدية، للوفاء بمسؤوليتها الأساسية بصفتها ضابط نهائي لحقوق الإنسان في أوروبا، وهو ما قد يجعل اجتهادها القضائي-الذي تعرض لانتقادات بسبب عدد الأحكام وتكوينها-، أكثر تجانسا، وضوحا وجدية وأحسن فهما وقبولا وتطبيقا<sup>3</sup>.

**3/1-القضايا الأقل أهمية:** يعد مبدأ "القضايا الأقل أهمية de minimis non curat praetor" أداة إضافية تسمح للمحكمة بالتركيز على القضايا التي تتطلب فحصا في الموضوع، ومضمونه أن المحكمة يمكن لها أن ترفض القضايا التي ترى أنها قليلة الأهمية، وبذلك يضمن المبدأ أن تنظر المحكمة حصريا في القضايا المهمة التي تنتهك فيها الدول الحقوق ويهدف لتخفيف الضغط على المحكمة<sup>4</sup> لتحقيق فعالية حماية الحقوق في قانون الاتفاقية، فكما قل عدد القضايا المرفوعة إليها كلما استطاعت تمحيصها بشكل أدق وكانت أحكامها أكثر دقة وفعالية.

<sup>1</sup>Unité de la presse de la cour européenne des droits de l'homme, op.cit, p2.

<sup>2</sup>منها على سبيل المثال:

CrEDH (5<sup>ème</sup> sec.), Rumpf c. Allemagne, req. № 46344/06, arrêt du 2/9/2010 ; Bourdov c. Russie (№2), op.cit ; ECtHR(fourth sec.),Greens et M.T. v.UK, app. №60041/08 ; 60054/08, judg. of 23/11/2010 ; CrEDH (sec. V), Sukachov c. Ukraine, req. № 14057/17, arrêt du 30/1/ 2020.

<sup>3</sup>Philippe Boillat, op.cit, p19.

<sup>4</sup>Cour européenne des droits de l'homme, Guide pratique sur la recevabilité, op.cit, pp94-95.

يتجسد مبدأ القضايا الأقل أهمية في قانون الاتفاقية من خلال شرط "الضرر الهام" وهو أحد شروط مقبولية الشكاوى وقد أرساه البروتوكول رقم 14 المعدل لنظام الرقابة على الاتفاقية<sup>1</sup>، ومضمونه وجوب توفر حد أدنى من الخطورة في انتهاك الحق حتى يمكن عرضه على هيئة قضائية دولية<sup>2</sup>، فصار جائزا بموجب المادة 35 فقرة 3/ب من الاتفاقية، عدم قبول الشكاوى الفردية من المحكمة استنادا إلى أن الشاكي لم يتعرض إلى "ضرر هام"، غير أن تطبيق هذا المعيار مقيد بشرطين: حيث تعتبر الشكاوى مقبولة رغم عدم وجود ضرر هام إذا كان احترام حقوق الإنسان المضمونة بالاتفاقية وبروتوكولاتها يتطلب فحص الشكاوى من حيث الموضوع، وبذلك فإن هذا الشرط الأول يسمح بضمان قبول الشكاوى في حال إنكار العدالة البين، كما تعتبر مقبولة إذا لم تفحص القضية بالشكل المطلوب من طرف محكمة داخلية، وقد ألغى البروتوكول 15 الشرط الثاني لتأكد صعوبة تطبيقه، ويعد شرط الضرر الهام تكريسا لمبدأ الاحتياطية، وحتى لا يكون هذا الشرط عائقا للحق في الشكاوى الفردية فقد فسرت المحكمة "الضرر الهام" تفسيرا ضيقا ودقيقا، مما أدى لعدم قبول عدد قليل جدا من الشكاوى بناء على هذا المعيار<sup>3</sup>.

**2- دور المحكمة كمرشد:** لا تنص الاتفاقية ولا الاجتهاد القضائي على دور المحكمة كمرشد mentor للدول<sup>4</sup>، أو ما يسمى كذلك بالوظيفة التوجيهية<sup>5</sup>، ولكن المحكمة قبلت هذا الدور ومارسته أكثر فأكثر لاسيما فيما يخص تنفيذ الأحكام والتعديلات التشريعية التي تقترحها على الدول، والحقيقة أن المحكمة لم تتجرأ في بداية سنوات نشاطها على الظهور الصريح بصفة المرشد، حيث اتسمت أحكامها بالحذر فمثلا في حكم Airey ورغم أنه تضمن تطورا هاما بإعطاء بعد اقتصادي واجتماعي للاتفاقية، فقد رأت في الفقرة 26 منه بخصوص الحق في اللجوء الفعلي للمحاكم وجود عدة أنظمة ممكنة مثل المساعدة القضائية أو تبسيط الإجراءات، ولكنها وضحت بأنه لا يعود للمحكمة إملاء التدابير التي يجب اتخاذها ولا حتى تحديدها وأن الاتفاقية

<sup>1</sup>Béatrice moutel, L'«effet horizontal» de la convention européenne des droits de l'homme en droit privé français essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées, Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit, discipline droit privé, Université de Limoges, présentée et soutenue publiquement le 25 novembre 2006, p8.

<sup>2</sup>CrEDH (sec. V), Rinck c. France, req. № 18774/09, dec. du 19/10/2010, (en droit) para1.

<sup>3</sup>Dean Spielmann, "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?", op.cit, pp415-416.

<sup>4</sup>Paul tavernier, reflexion sur le rôle de mentor du juge des droits de l'homme, in : les droits de l'homme en évolution, mélanges Petros J. Parars, éditions Ant.N.Sakkoulas Athènes et établissement émile bruyant bruxelles, 2009, p481.

<sup>5</sup>Pasquale de sena, op.cit, p52.

تتوقف عند اشد تراط تمتع الفرد بالحق الفعلي في اللجوء للمحاكم حسب الطرق غير المخالفة للمادة 6 فقرة أولى من الاتفاقية، وبذلك فقد التزمت المحكمة بالتقييد الذاتي رغم أنها لم تتوان عن إعطاء توضيحات دقيقة حول الحالات التي تتطلب من الدولة توفير المساعدة القضائية، مثلا في حكم *Bozano c. France* سنة 1986 لم تستجب المحكمة لطلب الشاكي بتوجيه طلب للجهات القضائية العليا بأن تطلب بدورها من الحكومة الفرنسية القيام بمساعي دبلوماسية لدى الحكومة الإيطالية حتى يحصل على عفو رئاسي أو مراجعة لمحاكمته الجزائية في إيطاليا، بل تبنت المحكمة حجج الحكومة المدعى عليها واعترفت بأن الطلب يخرج عن نطاق اختصاصاتها فهدفه حض فرنسا على التدخل في الأحكام القضائية النهائية الصادرة في إيطاليا<sup>1</sup>.

غير أن ممارسة المحكمة لدور المرشد تطور مع الوقت، ويظهر ذلك أولا من خلال هيكله الأحكام فهناك أحكام طويلة جدا في صفحات عديدة وأخرى مقتضبة، ورغم أن طول الحكم ليس مؤشرا على الموثوقية فيه ولكن عادة ما تكون الأحكام المهمة طويلة، ولا يشمل الإمعان في التحليل والشرح الأحكام الفاصلة في الموضوع ولكن يتعداها إلى قرارات المقبولية، وهو ما يثبت طول بعض هذه القرارات علما أنه يعود للمحكمة حرية اختيار السبب الذي أدى لعدم القبول، ثانيا من خلال مضمون الأحكام ويظهر ذلك من خلال صلاحية المحكمة لتقدير سلوك الدولة وتحديد تفسير القاعدة الاتفاقية المطبقة باللجوء إلى معايير كالهامش التقديري والمجتمع الديمقراطي والتوازن العادل، وكذلك من خلال استعمال مفهوم الانتهاك الافتراضي للاتفاقية ومثاله في حكم *Soering v. UK* في 1989/7/7 حول الترحيل الذي لم يتم بعد لرعايا ألمان في المملكة المتحدة إلى الولايات المتحدة الأمريكية، بسبب خطر تعريضهم للموت، إذ اعتبرت المحكمة أن مجرد بقاء الدولة في هذه النية وإصرارها عليها هو انتهاك للاتفاقية ولو لم يحدث الانتهاك بعد<sup>2</sup>.

ثالثا من خلال تنفيذ الأحكام والذي صار أفضل مجال لتطور دور المحكمة كمرشد، رغم أن الاتفاقية لم تنص على ذلك بل أقصت المحكمة من رقابة تنفيذ الأحكام وتركت ذلك للجنة الوزراء ضمنا لفصل الوظائف، ولكن ذلك لم يمنع المحكمة من التدخل في تنفيذ الأحكام من خلال إصدار توجيهات وتوصيات أحيانا مفصلة ومحددة بطلب من الدول المعنية، كما استغلت المحكمة الفرصة في عدة أحكام لتتحدث عن تدابير يتعين على الدولة اتخاذها استجابة لتنفيذ هذه الأحكام ومثاله في قضية *Gungor c. Turquie* في 2005/3/22 حول مقتل ابن برلماني، حيث

<sup>1</sup>Paul tavernier, op.cit, pp481-482.

<sup>2</sup>Ibid, pp482-485.

اعتبرت أن الحصانة البرلمانية أعاقَت التحقيق نظراً لعدم سماع أعضاء البرلمان، ورأت أنه يعود للدولة المدعى عليها وضع تدابير مناسبة موضع تنفيذ في الوقت الملائم للاستجابة وفقاً للحكم الحالي لالتزاماتها المتعلقة بضمان وضوح ودقة التشريع بشكل لا يجعل الحصانة البرلمانية عائقاً لتطبيق المتابعات الجزائية لجرائم القانون العام عندما يكون البرلمانيون أو أقاربهم معنيون كشهود محتملين أو متهمين، ووصلت المحكمة في حكم *Gencel c. Turquie* في 2003/10/23 لحد إملاء التدابير التي على الدولة اتخاذها وهي إعادة محاكمة الشاكي في وقت قريب من طرف محكمة مستقلة ومحيدة<sup>1</sup>.

ورابعا من خلال الإصلاحات الوطنية فمثلا في أحكام *Kruslin* وكذلك *Huvig* والمتعلقة بنظام التنصت الهاتفية في فرنسا كانت الفرصة مواتية للمحكمة لوضع مخطط إصلاح وتبيان المسائل التي يجب على المشرع معالجتها لضمان توافقه مع متطلبات الاتفاقية، حيث حددت المحكمة بدقة العناصر التي يجب أن يتضمنها القانون، الأشخاص القابلين لتطبيق إجراء التنصت القضائي عليهم، طبيعة الجرائم المشمولة بهذا الإجراء، تحديد مدة تنفيذ التدبير وشروط المحاضر الخاصة بالمحادثات الهاتفية المعارضة وغيرها، وأكدت المحكمة أن المعلومات التي قدمتها الحكومة حول هذه العناصر تبين وجود تطبيق يفقر للقوة الملزمة في ظل غياب نص أو اجتهاد قضائي، وقد كان رد فعل الحكومة الفرنسية سريعا جدا حيث نشرت في ظرف ثلاثة أيام من إصدار الأحكام تعليمة تدعو الجهات القضائية لسد الثغرات التي بينها المحكمة، رغم أن ذلك لم يثمر عن إصلاح تشريعي أو اعتماد قانون بسرعة<sup>2</sup>.

تؤدي الوظيفة التوجيهية للمحكمة دور الوقاية من الانتهاكات من خلال تحديد التدابير الواجب على الدولة اتخاذها وهو ما يعد تطورا نحو إدماج المستوى الدولي والوطني<sup>3</sup>، ورغم أن التوجيه أو الإرشاد الذي تقوم به المحكمة يقوي تأثير قضائها، فيجب أن يكون في حدود اختصاصاتها<sup>4</sup>، لأنه يمكن أن يخلق إشكاليات الموازنة بين سلطات المحكمة وسلطات الدول في نظام الاتفاقية بفعل تدخل المحكمة المتزايد في الدول<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>Paul tavernier, op.cit, pp488-490.

<sup>2</sup>Ibid, pp488-490 et pp491-492.

<sup>3</sup>Pasquale de sena, op. cit, p52.

<sup>4</sup>Paul tavernier, op.cit, p494.

<sup>5</sup>Pasquale de sena, op. cit, p52.

## المطلب الثاني:

### احترام التنوع

سارعت الدول الأوروبية المنضوية تحت لواء مجلس أوروبا إثر ظهور بوادر الحماية العالمية لحقوق الإنسان، إلى إبرام الاتفاقية على خطى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لاسيما من حيث مضمونه، فكان لها بذلك السبق في نقل الحماية العالمية لحقوق الإنسان إلى الحماية الإقليمية، وفي إضفاء الإلزامية على حماية هذه الحقوق التي كانت لا تزال على المستوى العالمي في مرحلة الالتزام الأدبي، وذلك في ظل احترام التنوع الذي يشكل أحد مبررات وأسس مبدأ احتياضية ميكانيزم الاتفاقية، حيث يأخذ هذا الاحترام مظاهر (الفرع الأول) وتترتب عليه آثار (الفرع الثاني).

### الفرع الأول:

#### مظاهر احترام التنوع

من المعلوم أن الاتفاقية اعتمدت في إطار مجلس أوروبا والذي يمثل أهم منظمة حكومية إقليمية للدفاع عن الحقوق الإنسانية تقوم على مبادئ تتمثل في احترام حقوق الإنسان والديمقراطية احترام التنوع والهوية الثقافية، حقوق الأقليات والكرامة الإنسانية، وقد تأثرت الاتفاقية والمحكمة كهيئة رقابية بصفة خاصة بهذا التوجه الخاص بالكيان الذي نشأت فيه، حيث جعلت احترام التنوع أحد أهدافها، ويؤكد هذا التوجه شعار أوروبا ومؤسساتها " uni dans la diversité "، وقد تم استخدام مصطلح "التنوع" لتلطيف الظواهر الموجودة في القارة لاسيما الاختلاف الثقافي والتمييز<sup>1</sup>.

**أولا- في نص الاتفاقية:** تنطلق الاتفاقية من الإشارة إلى عالمية الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في ديباجتها ولكنها أشارت كذلك إلى أن حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية هي أحد الوسائل الكفيلة لبلوغ هدف مجلس أوروبا المتمثل في تحقيق اتحاد وثيق بين أعضائه، وأكدت ارتباط الحكومات العميق بالحريات الأساسية التي تشكل أرضية للعدالة والسلام في العالم وأن الحفاظ عليها يقوم على نظام سياسي ديمقراطي حقيقي وعلى مفهوم مشترك واحترام مشترك لحقوق الإنسان التي تنادي بها، ووصفت الدول الأوروبية بأنها "تتغذى من نفس الروح ولديها تراث مشترك من المثل العليا والتقاليد السياسية واحترام الحرية وسمو القانون"، وأن هذه الخصائص

<sup>1</sup>Virginie Guiraudon, "La diversité en europe : une évidence ?" in : Raisons politiques, №35, 3/2009, pp84-85.

المشتركة للدول تمثل خصوصيتها الأوروبية، وقد تم اعتماد البروتوكول 15 الذي تضمن مفهومي الهامش التقديري والاحتياطية استجابة لقلق الدول من عدم مراعاة المحكمة بشكل كاف لتنوع ممارساتها وخصوصياتها.

انقسم المفسرون الغربيون بخصوص إشارة الاتفاقية للخصوصيات واحترامها للتعدد والتنوع الثقافي، فيرى بعضهم أن الاتفاقية تشير حصرا للخصوصية الدينية بموجب المادة 9 منها، بينما يرى البعض الآخر أنها تشير كذلك للخصوصية اللغوية التي تظهر من خلال شروط المادة 5 و6 من الاتفاقية بضرورة إعلام كل شخص تم اعتقاله أو توقيفه بصورة مستعجلة وبلغة يفهمها بأسباب اعتقاله والتهمة الموجهة إليه، وأنها تشير أيضا من جهة لخصوصية العادات والتقاليد والتي تستشف من نص المادة 8 من الاتفاقية حول حرمة الحياة الخاصة والعائلية والمسكن والمراسلات، باعتبار أن الحياة الخاصة والأسرية تقوم على اتباع نمط حياة متشعب بتقاليد وعادات معينة يتوجب معه احترامه، ومن جهة أخرى لحرية المحافظة على الهوية الثقافية بشكل شامل<sup>1</sup>، هذا ويمكن الاستناد على المادة 14 من الاتفاقية لتأسيس احترام الخصوصية حيث تمنع الدولة من إعاقة ممارسة وتمتع الأفراد بحقوقهم فعليا استنادا لاختلافات أيا كان سببها، باعتبار ذلك من صميم التمييز المحظور.

تتسم الاتفاقية بأنها مستوحاة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وبتأثر إعدادها وصياغتها على غرار الإعلان بالعضوين الدائمين في مجلس الأمن ومجلس أوروبا وهما المملكة المتحدة وفرنسا، وهو ما يجعل الاتفاقية بالنتيجة تعبير عن توافق بين ثقافتين قانونيتين أساسيتين في أوروبا الغربية: القانون العرفي أو المشترك والقانون القاري، وأدى بدوره إلى غموض بعض الأحكام في الاتفاقية كالمادة 6 فقرة 1 من الاتفاقية المتعلقة بالحق في المحاكمة العادلة من حيث تحديد المجالات التي تغطيها والتي تختلف من نظام قانوني لآخر<sup>2</sup>، وتجدر الإشارة إلى أن آلية الشكاوى الفردية هي ضمانة لاحترام الخصوصية المختلفة من خلال منحها "لجماعات الأفراد" وهو تأكيد على الاعتراف بحقوق الأقليات<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> معزوز علي، حقوق الإنسان بين العالمية والخصوصية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2016/12/1، ص ص 111-112.

<sup>2</sup> Jean-Paul Costa, "Concepts juridiques dans la Jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales", op.cit, pp101-102.

<sup>3</sup> معزوز علي، المرجع السابق، ص ص 106-107.

ثانياً- في الاجتهاد القضائي للمحكمة: استتدت المحكمة في حكم Handyside بعد تأكيدها احتياطية الرقابة على الاتفاقية على مبرر "تنوع الدول الأطراف Diversity of contracting states" في الاتفاقية، أي التنوع الثقافي رغم عدم استعمال مصطلح "التنوع الثقافي" صراحة في متته، حيث اعتبرت المحكمة أن اختلاف القوانين الوطنية في مجال الأخلاق يعكس تعدد تصورات وأفكار وآراء الشعب في كل بلد، وهو ما يحول دون استخراج المحكمة قاعدة أوروبية مشتركة تقيم بناء عليها التدابير المتخذة من السلطات الوطنية، وأدى بالنتيجة إلى تردها الذي أجبرها على احترام تقدير السلطات الوطنية<sup>1</sup>، ومنه على الاعتراف بهامش تقديري للدول تاركة بذلك المجال لتطور المفاهيم والتشريعات الوطنية تدريجياً نحو التوافق.

تصطدم المحكمة عند ممارسة وظيفتها التفسيرية بالتنوع الثقافي المتزايد والذي مرده الهجرة واللجوء، العولمة وآثار ثورة الاتصال ووسائل الإعلام والانترنت، تطور المواصلات والسياحة في أوروبا<sup>2</sup>، ومن الأمثلة على تأثير الثقافات القانونية الوطنية على المحكمة وانتقال مفاهيم وطنية إلى قانون الاتفاقية من خلال الاجتهاد القضائي للمحكمة نذكر: "نظرية الظاهر théorie des apparences" المستقاة من القانون الإنجليزي، والتي تعكس مقولة: "justice must not only be done ; it must be seen to be done" ، "الطابع الوجيه للإجراء le caractère contradictoire de la procédure"، الذي يجد أصله في النظام البريطاني<sup>3</sup>، "الحق في عدم تجريم الشخص لنفسه droit à la non auto-incrimination" وينبثق عنه الحق في الصمت<sup>4</sup>، "مبدأ الفصل بين السلطات" والذي يجد مصدره في النظام الفرنسي<sup>5</sup>، مبدأ العلمانية وهو مبدأ فرنسي، غير أنه موجود كذلك في دول أخرى كتركيا وبعض مقاطعات سويسرا، وله مكان في اجتهاد المحكمة الذي يتسم بترك هامش تقديري للدول في هذا المجال، حيث يعود لكل بلد تنظيم العلاقات على مستواه بين الدولة والأديان ومثاله بين الكنيسة والدولة<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>Florian hoffmann, Julie ringelleim, op.cit, pp122-123.

<sup>2</sup>Patricia Wiater, Le dialogue interculturel dans le système européen de protection des droits de l'homme, éditions du conseil de l'europe, Strasbourg cedex, 2011, pp7-8.

<sup>3</sup>Jean-Paul Costa, "Concepts juridiques dans la Jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales", op.cit, pp 103-105.

<sup>4</sup>CrEDH (GC), John Murray c. Royaume-Uni, req. №18731/91, arrêt du 8/2/1996, para 45.

CrEDH (Ch), Funke c. France, req. no10588/83, Arrêt du 25/02/1993, para41-44.

<sup>5</sup>CrEDH (ch), affaire des Raffineries grecques Stran et Stratis andreadis c. Grèce, req. №13427/87, arrêt du 9/12/1994, para 43, 49.

CrEDH (GC), Zielinski et Pradal et autres c. France, req. Nos 24846/94 et autres, arrêt du 28/10/1999, para 60.

CrEDH (3<sup>ème</sup> sec.), Mc Gonnell c. Royaume-Uni, req. № 28488/95, arrêt du 8/2/2000, para 57.

<sup>6</sup>«notamment pour ce qui est de l'établissement des délicats rapports entre les Eglises et l'Etat»

كذلك مبدأ الأمن القانوني ومصدره القانون الألماني الذي لطالما اعتبره مبدأ دستوريا لصيقا بسمو القانون، لينتقل بعدها إلى مختلف الأنظمة القانونية في أوروبا أما الاتفاقية فلم تكرسه حرفيا في نصوصها وإن كانت المادة 7 منها المتعلقة بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وعدم رجعية القانون الجنائي مستوحاة من هذا المبدأ وترمي لاحترامه، الأثر الأفقي للاتفاقية (أو الأثر على الغير) والذي يجد مصدره في القانون الألماني، مفهوم الحقوق المكتسبة والذي ينتشر على الأخص في فرنسا وإيطاليا وسويسرا، وله أثر في اجتهاد المحكمة رغم قلة تأثيرها وأخذها به، ومبدأ التناسب الذي ورد ضمنا في المواد من 8 إلى 11 من الاتفاقية ويعود للاجتهاد القضائي للمحكمة تكريسه صراحة، علما أن هذا المبدأ موجود في بعض الأنظمة القانونية كالنظام الألماني على الأقل منذ القرن التاسع عشر وفي فرنسا منذ 1933<sup>1</sup>.

إن تأثر المحكمة بالنظم القانونية الوطنية واستيرادها للعديد من المفاهيم الواردة بها يؤكد قبول فكرة التنوع في قانون الاتفاقية، ويعبر عن سلوك المحكمة نهج إثراء نظام الحماية الأوروبية لحقوق الإنسان، غير أنه يعكس كذلك المركز الذي تحتله الدول التي وضعت الاتفاقية ووزنها مقارنة بالدول الأخرى المنضمة إليها لأن أغلب المفاهيم تجد مصدرها في نظمها القانونية.

## الفرع الثاني:

### نتائج احترام التنوع

يتصف اعتماد الاتفاقيات الإقليمية بالسهولة نظرا لأنها تضم دولا تجمعها روابط عميقة، وتقارب إلى حد ما في الأفكار السياسية والفلسفية وفي الرؤى ولها قواسم مشتركة في العادات والتقاليد والدين واللغة والمصير والتاريخ، مما يسهل وضع تصورات حول موضوع حقوق الإنسان، ويمكنها من حل مشكلاتها بشكل أفضل على المستوى المحلي<sup>2</sup>، وهو الحال مع الاتفاقية التي أشارت ديباجتها إلى "التراث المشترك" للدول أعضاء مجلس أوروبا، وعلى الرغم من أن الدول الأطراف العشرة الأولى المؤسسة للاتفاقية كانت من أوروبا الغربية (وهي: بلجيكا، الدنمارك، فرنسا، إيرلندا، إيطاليا، لوكسمبورغ، هولندا، النرويج، السويد، المملكة المتحدة) إلا أنه لا مفر من وجود تنوع في تقاليد الثقافة والاقتصادية والقانونية وهو ما جعل الاتفاقية قاسما مشتركا أدنى

CrEDH (GC), Sha'are Shalom VE Tsedek c. France, req.№27417/95, Arrêt du 27/06/2000, para 84.

<sup>1</sup>Jean-Paul Costa, "Concepts juridiques dans la Jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales", op.cit, pp106-107 et pp102-103.

<sup>2</sup>معزوز علي، المرجع السابق، ص ص 103-102.

في حماية حقوق الإنسان في أوروبا<sup>1</sup>، ومع زيادة عضوية الدول الأعضاء في الاتفاقية والتي وصلت إلى 47 دولة (حاليا 46 بعد انسحاب روسيا) من مختلف أنحاء أوروبا، أصبح اختلافها الثقافي، الاجتماعي، والاقتصادي أكثر وضوحا واتسعت معه الفجوة الإيديولوجية بين هذه الدول<sup>2</sup>، ولا يمكن بأي حال اعتبار أن اعتماد الاتفاقية يهدف لتجاهل خصوصيات الأنظمة الوطنية أو للحلول محل التشريع الوطني<sup>3</sup>، ولذلك فإن إبرام مثل هذه الاتفاقيات الإقليمية هو مظهر من مظاهر الاعتراف بخصوصيات<sup>4</sup> أطرافها مع تشجيع وضع معايير مشتركة قدر الإمكان.

**أولا- الاعتراف بالتعدد:** يأخذ التعدد pluralisme معنى التنوع، الاختلاف، الخصوصية، ومراعاة الهويات، وله مظاهر مختلفة ويطبق في مجالات مختلفة فهناك التعدد الاجتماعي، الديني، الثقافي السياسي والقانوني<sup>5</sup>، ويقصد بالتعدد القانوني مراعاة وجود عدة أنظمة قانونية مختلفة تنتمي إليها مجموعات مختلفة، بينما يقصد بالتعدد الثقافي الأخذ بالاعتبار وجود عدة هويات في نفس المجموعة الاجتماعية، والتي تنشأ منها ثقافة في نفس الوقت مشتركة وجماعية، فالتعدد هو مرادف للاختلاف، أما الثقافة -والأصل هي ثقافات- فهي مرادف للمدنيات وتعرف بأنها مجموع العادات والأعراف والمظاهر الفنية والدينية والفكرية التي تحدد وتبين مجموعة أو مجتمع، أو أنها مجموعة معتقدات متشاركة حول طريقة النظر والتصرف<sup>6</sup>، وبذلك فإن كلا من التنوع والتعدد واحترام الخصوصية هي مفاهيم متداخلة تكمل بعضها البعض.

يضمن مبدأ الاحتياطية التنوع في نظام الاتفاقية حيث يوجب على الدول احترام المبادئ الواردة بالاتفاقية والتفسير الذي تعطيه المحكمة لها كقاعدة مشتركة لحقوق الإنسان مع احتفاظ الدول بصلاحيه تكييف تطبيق هذه المبادئ مع ثقافتها القانونية، وهو ما يجعل الاحتياطية مصدرا

<sup>1</sup>Council of Europe, The Lisbon network, Margin of appreciation doctrine, op.cit.

<sup>2</sup>Rachael Eguono Ita, op.cit, p30 et p34.

<sup>3</sup>G. Cohen Jonathan, La Convention européenne des droits de l'homme socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen, in : R.-J. Dupuy (dir.), Mélanges Valticos, Pédone, Paris, 1999, pp227-263.

Cité par : Daniele Ferrari, op.cit, p136.

<sup>4</sup>زغدود جغلول، "عالمية النص القانوني لحقوق الإنسان أم عولمة الإيديولوجية (قراءة في نصوص الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان)"، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 29، العدد 1، 2018، ص ص 124-125 و ص 127.

<sup>5</sup>J-P Bizeau, "Pluralisme et démocratie", in : RDP, 1993, p513.

Cité par: Elise Ralser, "Pluralisme juridique et pluralisme culturel dans la société réunionnaise", in : Droit et cultures, 1, 49/2005, p169.

<sup>6</sup>Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 1993.

Cité par: Elise Ralser, op.cit, p169.

لإثراء حماية حقوق الإنسان في أوروبا<sup>1</sup>، وتقبل الاتفاقية التعدد كميّار للمجتمع الديمقراطي وهو ما يظهر من ديباجتها والتحفّظات باسم النظام العام، والتي تعد إحدى مكونات فكرة القانون العام *droit commun* المنبثقة عن الاجتهاد القضائي الأوروبي، وبذلك فإنه يجب على السلطات الوطنية مراعاة التعدد عند تضيق ممارسة الحريات المكرّسة بالاتفاقية على المستوى الداخلي، وعلى المستوى الدولي احترام جميع طرق فهم المفاهيم الواردة بالاتفاقية كالنظام، الأخلاق، سلطة وحياد السلطة القضائية، باعتبارها جزء من المجموعة ككل، "فلا يعني تحديد الاتفاقية لبعض المفاهيم فرض توحيد مطلق"<sup>2</sup>، فقواعد الاتفاقية حسب رئيس المحكمة السابق Wildhaber يجب ألا نفهم على أنها تنظيم موحد لحماية الحقوق ولكن على أنها درجة دنيا للحماية التي يجب أن تضمنها الدول المتعاقدة<sup>3</sup>، وقد رأت المحكمة أن التعدد لصيق بوجود الديمقراطية<sup>4</sup>.

تظهر أهمية التعدد من العبارة الشهيرة "ليس لأوروبا وحدة إلا في إطار التعدد وعن طريقه"<sup>5</sup>، وهو ما جسده بوضوح إعلان *Copenhagen* حول الهوية الأوروبية الذي اعترف باحترام التنوع الوطني ورأى أن وحدة الدول تقوم على الدفاع عن عناصر التمدن المشتركة والتنوع<sup>6</sup>، والحقيقة أن التعدد ليس بغريب عن أوروبا فهو متأصل فيها وتظهر معالمه بوضوح من خلال أممها وشعوبها المتعددة، اللغات واللهجات المتباينة، الأديان والطوائف، القوميات والإثنيات والأعراق، التاريخ والعادات والتقاليد المختلفة، الدول الكبيرة والصغيرة، الأنظمة السياسية وأشكال الحكم المختلفة، غير أنها قررت اتخاذ هذا التعدد كعامل قوة وتماسك من خلال الصكوك التي تنظم العلاقات الأوروبية<sup>7</sup> في مختلف المجالات منها حقوق الإنسان.

يجد احترام التنوع أساسه في الخصوصية، التي تعد منظومة متكاملة من الخصائص والصفات المتعلقة بمجتمع معين والتي تميزه عن غيره من المجتمعات: تاريخية، جغرافية، إثنية،

<sup>1</sup>Jean-Marc Sauvé, Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme, op.cit, p6.

<sup>2</sup>Caroline picheral, op.cit, p71.

<sup>3</sup>Patricia Wiater, op.cit, p13.

<sup>4</sup>«il n'est pas de démocratie sans pluralisme».

Parti communiste unifié de turquie et autres c. Turquie, op.cit, para 43.

<sup>5</sup>«L'Europe n'a d'unité que dans et par sa multiplicité».

E.Morin, Penser L'europe, Gallimard, Collection Folio, 1990, p23.

Cité par: Caroline picheral, op.cit, p70.

<sup>6</sup>Déclaration sur l'identité européenne, Copenhague, 14 décembre 1973, adoptée lors du sommet européen de Copenhague, 14-15 décembre 1973.

<sup>7</sup>ناظم عبد الواحد الجاسور، الوحدة الأوروبية والوحدة العربية الواقع والتوقعات، الطبعة الأولى، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص7 وص13.

ديمغرافية، دينية، إيديولوجية والعادات والتقاليد، والمتسمة بقدر من الثبات والاستمرارية، غير أن هذه الخصائص قابلة للتغير بفعل تحولات عميقة في بيئتها تدريجيا وببطء، وإمكانية وجود خصوصيات فرعية داخل المنظومة العامة للخصوصية في مجتمع ما نتيجة أوضاع خاصة مثلا جغرافية، اقتصادية، دينية، كما تجدر الإشارة إلى إمكانية تقاطع الخصوصيات الوطنية مع بعضها البعض واشتراكها في عدة نقاط، فنتج خصوصية جغرافية مادية تتعلق بالانتماء لمنطقة جغرافية واحدة أو خصوصية روحية معنوية مبنية على الاشتراك في المقومات الروحية والمعنوية كاللغة والدين والعادات والتقاليد والمصير المشترك وغيرها، وبذلك فلا يمكن إنكار الخصوصية وإلا تم إنكار الآخر والاعتراف بالذات فقط وتكريس التمييز، ويؤدي احترامها لتفادي تصادم الثقافات وخلق الحوار بينها، والاعتراف بإنسانية الإنسان وكرامته، حيث ترى عالمة التاريخ الهندية Romila Thapar أنه "لا يمكن أن يكون بلد نموذجا، فلكل بلد خصوصيته"<sup>1</sup>، ويتم الحفاظ عليها بحماية لغة المجتمع والهوية الثقافية من الاندثار بفعل تأثير التيارات الأجنبية وحماية الممارسات والسلوكيات الاجتماعية والعناية بالتاريخ والفنون والتقاليد والرموز وكل ما يعكس نمط الحياة.

ولا يعتبر الاعتراف بالخصوصيات مناقضا لعالمية حقوق الانسان، بل هو أحد الشروط الضرورية لتحقيق الديمقراطية في العلاقات الدولية وسبيلا لتوسيع الحد الأدنى من الحقوق المضمونة للأفراد<sup>2</sup>، ويمكن للعالمية والخصوصية التعايش معا، إذا تم استخدامهما بعيدا عن المصالح السياسية، وإذا تم التمييز بين الخصوصيات التي يؤمن بها الناس ويعتبرونها ضرورية لتقبل حقوق الإنسان وبين الخصوصيات التي تنتزع بها الحكومات لانتهاك حقوق الإنسان<sup>3</sup>.

**ثانيا- الاعتراف بالهامش التقديري للدولة:** يلزم مبدأ الاحتياطية وجود هامش وطني تقديري تجسيدا لتنوع الثقافات الأوروبية والذي يجد أساسه في التيار الإنساني الأوروبي l'humanisme européen- الذي يجعل الإنسان وقيمه فوق كل القيم الأخرى- ويعد هذا التنوع ثمرة حوار بين الثقافات تمت ترجمته قانونيا من خلال الاتفاقية، ويعد أرضية لنقل حقوق الإنسان للعالمية، وهو ما يشير إليه Pierre-Henri Imbert بقوله بأنه: "لا يمكن لأي إنسان أن يصل إلى الإنسانية إلا عن طريق ثقافة خاصة"<sup>4</sup>، وتظهر العلاقة بين الهامش التقديري واحترام التعدد في:

<sup>1</sup> معزوز علي، المرجع السابق، ص 65، ص ص 106-107، ص ص 78-80.

<sup>2</sup> زغدود جغلول، المرجع السابق، ص 126.

<sup>3</sup> معزوز علي، المرجع السابق، ص 11.

<sup>4</sup> Jean-Marc Sauvé, Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme, op.cit, p6.

**1-التعدد مبرر للهامش التقديري للدولة:** أمام الخصوصيات الوطنية وتنوع الثقافات والأنظمة القانونية الأوروبية لابد من وجود مساحة حرية للدول، فمثلا في حكم *Gitunas c.* Grèce استدلت المحكمة بالتقاليد الثقافية والتاريخية لكل مجتمع، وأشارت في حكم *Sunday times* بأنها لا يمكن أن تهمل خصائص الموضوع والإجراءات في القوانين الداخلية، ومع ذلك فإن الاعتراف بالتعدد ليس مطلقا حتى لا يمس بحماية الحقوق، فيجب أن تتم قراءته بمعيار التعدد في مجتمع ديمقراطي، وبالنتيجة فإن التعدد يقوي دور السلطات الوطنية وسلطتها التقديرية حول أوضاعها وإيجاد أفضل الحلول للمشاكل المتعلقة بتطبيق الاتفاقية محليا<sup>1</sup>.

يترتب عن احترام التعدد من جهة عدم إدانة التمسك الفردي أو القليل للدول بهدف النظام العام أو حماية حقوق الآخرين للتدخل في الحقوق وتقييدها، وقد رأت المحكمة في حكم *Sunday times* أنها لا يمكن أن تصرح بعدم ضرورة تدبير لمجرد أن مضمونه غير مشروع أو محتمل في نظام قانوني آخر، ومن جهة ثانية عدم إلزام المحكمة بتعويض عدم وجود قاسم مشترك *dénominateur commun* حول الأخلاق أو الدين من خلال اقتراح تفسير مستقل للمفاهيم موضوع نظر، فالاتفاقية لا تستهدف توحيد الأنظمة الوطنية ولا التطبيق الموحد، علما أن التعدد ليس مطلقا وأن بعض الحلول تكون مفروضة بعيدا عن الخصوصيات المحلية كعدم توافق التشريعات التي تعاقب المثلية الذكورية مع الاتفاقية<sup>2</sup>.

**2-الهامش التقديري للدولة أداة لمراعاة التعدد:** من التعاريف المعطاة للهامش التقديري أنه مجال تقييمي متروك للمجتمعات الديمقراطية لتقرير ما هو ضروري، وهو مجال مبرر بضرورة الأخذ بالاعتبار الخصوصيات المحلية وهو ترجمة لإيديولوجية الحفاظ على التعدد<sup>3</sup>، ويرى أنصار الهامش التقديري أنه تبرير للاختلاف الاجتماعي، الديني، الثقافي، الأخلاقي، السياسي والإيديولوجي بين الدول الأطراف<sup>4</sup>، مما يساهم في الحفاظ على الخصوصيات التي تمثل ثراء التراث الأوروبي<sup>5</sup>، وقد تم تشبيه الهامش التقديري "بزيت تشحيم للاجتهد

<sup>1</sup>Véronique fabre-alibert, "La notion de société démocratique dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme", in :Rev.trim.dh, 1998, p479.

<sup>2</sup>Caroline picheral, op.cit, p72.

<sup>3</sup>Tania racho, Le système européen de protection des droits fondamentaux, Thèse de doctorat en droit européen, Université Paris II Panthéon-Assas, 2018, p342.

<sup>4</sup>Yutaka Arai-Takahashi, op.cit, pp2-3.

<sup>5</sup>M. Delmas-Marty, La fécondité des logiques juridiques sous-jacentes, in M.Delmas-Marty ed, Raisonner la raison d'état, PUF, 1989, spéc. p415.

Cité par: Caroline picheral, op.cit, p70.

القضائي *jurisprudential grease* الأوروبي لأنه يوفق بين الاختلافات الموجودة بين الدول والتزاماتها الاتفاقية ويسهل مهمة المحكمة، كما تم وصفه بأنه ضمانة للتوفيق بين تطبيق الاتفاقية وسيادة الدول الأطراف، وبأنه مفهوم مشروع لأنه يعكس القيم المكرسة بالاتفاقية<sup>1</sup>، وتم اعتباره طريقة للتعبير على الديمقراطية متعددة الثقافات وحماتها حيث لا يعقل فرض معايير على حساب الشرعية الإقليمية والتنوع الثقافي<sup>2</sup>.

غير أن هناك من الفقهاء من انتقد استعمال مفهوم الهامش التقديري خوفا من النسبية الثقافية التي ينطوي عليها وإمكانية تفوقها على التطبيق العالمي للاتفاقية، ومنهم Lester الذي رأى بأن هذا المفهوم يروج للنسبية الثقافية في تفسير الاتفاقية<sup>3</sup>، و Benvenisti الذي اعتبر بأن "اعتراف الهامش التقديري بمبدأ النسبية الأخلاقية يتعارض مع مفهوم عالمية حقوق الإنسان"<sup>4</sup>، ومع ذلك اعترض Sweeney على التخوف من النسبية الثقافية ورأى بأن عالمية الحقوق لا تعني التوحيد، وأن الاختلافات المحلية حسب معايير الاتفاقية لا تعني النسبية<sup>5</sup>، وبذلك فيمكن تحقيق العالمية مع تطبيق الهامش التقديري ومع الاختلافات الموجودة في قرارات الدول الأطراف.

لقد أصبحت المحكمة عن طريق استعمال مفهوم الهامش التقديري قادرة على التمييز بين ما هو مسألة خاصة بكل مجتمع على حدة من جهة وبالتالي السماح للسلطات الوطنية باتخاذ القرار حسب ما تراه مناسباً، وبين ما هو مسألة أساسية مشتركة مفروضة على كل دولة طرف بغض النظر عن تنوع الثقافات واختلافها من جهة ثانية، أي ما هو مسألة تخص المجتمعات الأوروبية كافة ومنه فرض التماثل في معالجة الوضعيات المتعلقة بها في جميع الأنظمة الوطنية، وتسعى المحكمة من خلال الهامش التقديري لتعزيز قبول الدول للحقوق المكرسة بالاتفاقية، وفي نفس الوقت لتخفيف وتلطيف الاختلافات بين الأنظمة الوطنية الأوروبية والتوفيق بين المصالح المحلية المتعارضة بإعطاء الدول صلاحية لتفسير الحقوق بما يناسب مجتمعاتها<sup>6</sup>، وبالتالي إمكانية اتخاذ الدول قرارات مختلفة حول نفس الوقائع، وذلك طبعاً مع احترام القيم المشتركة.

<sup>1</sup>Aduku Abdul Ainoko, "The Margin of appreciation doctrine and the european court of human rights: the inconsistent application in the interpretation of the right to freedom of expression and the right to freedom of thought, conscience and religion", in: Strathclyde Law Review, vol.5, issue1, 2022, p107.

<sup>2</sup>Yutaka Arai-Takahashi, op.cit, p249.

<sup>3</sup>Rachael Eguono Ita, op.cit, p31.

<sup>4</sup>Eyal Benvenisti, op.cit, pp843-844.

<sup>5</sup>Rachael Eguono Ita, op.cit, p31.

<sup>6</sup>Aaron-AOrtrovsky, op.cit, pp 48-49.

حري بالذكر أن اعتبار المحكمة "محكمة دولية" -بدلاً من محكمة أوروبية دستورية أو محكمة أوروبية عليا-، يؤسس الاعتراف للدولة بهامش تقديري على الفكرة التي مفادها أن دور المحكمة لا يرمي إلى إرساء الوحدة نظراً لوجود الاختلافات الوطنية، ولكن لضمان احترام القيم الأساسية الدنيا، وقد رأى رئيس المحكمة السابق Costa بأن الهامش التقديري يدل بوضوح على أن الاتفاقية لا تلزم ولا تطمح إلى وحدة مطلقة فيما يخص حماية حقوق الإنسان في أوروبا، وأن أطرافها ملزمة بضمان جميع الحقوق في أنظمتها الداخلية دون أن يعني ذلك توحيد المعايير المتعلقة بمؤسساتها، إجراءاتها وممارساتها بشكل شامل<sup>1</sup>.

وعلى كل فإن التطبيق المسرف والمطلق لمفهوم الهامش التقديري يمكن أن يمس بالتطبيق الدولي لحقوق الإنسان وبمصداقية أجهزة الرقابة وأن يطرح إشكال المعايير القضائية المزدوجة الوطنية والدولية والتي تظهر بسبب الهامش التقديري الذي تسمح به المحكمة للدول بشكل متباين ومختلف في قضايا متماثلة، أن يؤدي إلى صمود السلطات الوطنية أمام أي رقابة خارجية عليها ومقاومتها، وإلى الاعتقاد بأفضليتها للحكم على عوائقها الوطنية الخاصة وعلى الهامش الملائم لها، أن يمس بالمعايير العالمية وجهود الأجهزة الدولية لحقوق الإنسان في وضع هذه المعايير وإرسائها على المدى الطويل، ويبقى تعريف ومفهوم وتبرير الهامش التقديري موضوع نقاش نظراً لأنه يغطي عدة ممارسات مختلفة تخدم أغراضاً مختلفة مما يعقد علاقته مع مفهوم الاحتياطية<sup>2</sup>.

يتسم مبدأ الاحتياطية بهدفه المزدوج، لأنه يسعى إلى إيجاد توازن بين الوظيفة القضائية للمحكمة تأسيساً على الاستقلالية الاتفاقية والحرص على الحفاظ على تعدد النظم الوطنية، وإلى منح دور خاص للسلطات الوطنية نظراً لوضعها الأفضل لتقييم الظروف والاحتياجات المحلية<sup>3</sup>، ولذلك لم يكن سهلاً وضع تعريف موحد للمبدأ واعتباره مبدأ قانونياً وتحديد إطاره، فهو يمنح للسلطات الوطنية المكلفة بالتفسير والتطبيق هامشاً للتصرف، ولكنه يشجع كذلك التدخل الأوروبي، مما يجعل الاحتياطية مبدأً جوهرياً لأنظمة القانونية الأوروبية ولتحقيق اللامركزية<sup>4</sup>.

يرتبط مفهوم الهامش التقديري بمبدأ الاحتياطية الذي يشكل خاصية من خصائص رقابة المحكمة ويتم توظيفه في جميع النزاعات المعروضة على هذه الأخيرة بشكل مماثل، ويترتب عنه

<sup>1</sup>Dominic Mcgoldrick, op.cit, p36-37.

<sup>2</sup>Aduku Abdul Ainoko, op.cit, p92.

<sup>3</sup>Diana Draganova, op.cit, p32.

<sup>4</sup>Tania racho, op.cit, p322.

هيكله دور المحكمة والدول الأطراف لدواعي الفعالية واحترام التنوع والخصوصية، أما الهامش التقديري فيعد مفهوما أساسيا كذلك يحكم نظام الاتفاقية ولكنه يستعمل لتوضيح مجال الحرية المترتب على الدور الأول الممنوح للدول وعلى تنوع الأنظمة الوطنية، ويختلف نطاقه من قضية لأخرى، كما يظهر في مجالات وظروف ويستبعد من أخرى، وبهذا يمكن التأكيد بأن مبدأ الاحتياطية هو أساس للهامش التقديري وأن الغاية منهما هي ضمان فعالية حماية الحقوق المعترف بها في الاتفاقية والتي تتحقق متى تم استعمالهما استعمالا واضحا ومضبوطا.

يعبر مبدأ الاحتياطية عن رقابة مشتركة بين المحكمة والسلطات الوطنية ذلك أن فشل السلطات الوطنية وهي صاحبة المهمة الأولى بحماية الحقوق يفتح المجال لرقابة خارجية من المحكمة عليها، كما يعبر عن الطابع المكمل والإضافي والنهائي لرقابة المحكمة وينتج عنه واجبات تعاون بين المحكمة والدول، ويضمن المبدأ تطبيقا لامركزيا وجماعيا للاتفاقية، مختلفا وموحدا، واحتراما للحقوق الأساسية مع احترام المعايير الأوروبية، كما أنه يكرس تكامل الضمانات الوطنية والأوروبية ويضمن فعالية الاتفاقية وحيويتها، ولذلك تم تشبيهه بقلادة تحمل صورتين: الصورة الوطنية بارزة في الواجهة والصورة الأوروبية في الخلفية، ولا يعني موقع المحكمة عدم أهميتها<sup>1</sup> لأنها تبقى فاعلا رئيسيا في الاتفاقية، ولهذا توصف الاحتياطية في نظام الاتفاقية بالاحتياطية القضائية<sup>2</sup>، ويتعزز هذا الوصف بالمكانة الخاصة للقاضي الوطني الذي يعد المخاطب الأول بهذا المبدأ نظرا لصلاحياته الهامة في حماية حقوق الإنسان<sup>3</sup>.

لقد سمح اعتماد مفهوم الهامش التقديري ومبدأ الاحتياطية بالبروتوكول 15 بتحقيق آمال العديد من الدول بإعادة التوازن بين سيادة الدول والمحكمة وتخفيف التوتر بينهما والذي يظهر مع المحاكم الدستورية أكثر وعموما مع بعض الدول الغيرة على سيادتها، كما سمح بتوضيح العلاقات بينهما أكثر مع الوقت مع مراعاة وجود حقوق الإنسان في قلب هذه العلاقات<sup>4</sup>، وبالنتيجة فإن التدخل الأول للدولة من أجل ضمان حقوق الإنسان في الحقيقة هو التزام وواجب أكثر منه امتياز، حيث يضع الدولة في موقف الحرص على الوقاية وعلاج الانتهاكات والإصلاح الدائم استبعادا لأي شكاوى ضدها أمام المحكمة وأي إدانة في حقها، بثتى الطرق الممكنة والفعالة والمفيدة لحماية الحقوق، كما يحقق مصلحة الفرد بالدرجة الأولى من حيث سرعة فض النزاع

<sup>1</sup>Jean-Marc Sauvé, Le rôle des autorités nationales, op.cit, pp23-24, p32.

<sup>2</sup>Sabino Cassese, op.cit, pp7-8.

<sup>3</sup>Jean-Marc Sauvé, Le rôle des autorités nationales, op.cit, pp27-29.

<sup>4</sup>Anatoly Kovler, op.cit, pp221-222.

وتجنيبه مصاريف وعناء اللجوء لهيئة الرقابة الدولية، وهي تدل على التكامل بين المستويين الوطني والدولي أكثر منه الترتيب.

## خلاصة الباب الأول:

يعالج الباب الأول من الدراسة الإطار المفاهيمي للهامش التقديري للدولة، ويتعلق الفصل الأول منه بتحديد ماهية هذا المفهوم، وقد تبين من خلاله بأن الهامش التقديري هو أداة تفسيرية اعتمدها المحكمة في اجتهادها القضائي لتترك مجالاً من الحرية للدول المتعاقدة عند تنفيذ التزاماتها الاتفاقية حيث يعكس فكرة الاستثناء الوطني والخصوصية الوطنية في قانون الاتفاقية مقابل القواعد الأوروبية لحقوق الإنسان، ويتسم هذا المفهوم بمجموعة خصائص فهو مفهوم ذو منشأ قضائي ناتج عن التقييد الذاتي للمحكمة ويعكس الاحترام الذي تبديه المحكمة للسلطات الوطنية في تنفيذ التزاماتها، كما يتسم بأنه مفهوم أفقي يشمل تطبيقه مختلف أحكام الاتفاقية ما عدا النواة الصلبة للحقوق، وأنه مفهوم توفيقى يقوم على الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، بين الوحدة التي ترمي إليها الاتفاقية والتنوع والاختلاف الذي يميز الدول الأوروبية، وبين رقابة المحكمة وسيادة الدولة التي تبقى انشغالا أساسيا للأطراف المتعاقدة أمام التزاماتها الاتفاقية، وبشكل عام فهو مفهوم عملي نظرا للمرونة التي يضيفها على التزامات الدول والتسهيل الذي يكفله للمحكمة لحل المسائل المعروضة عليها وتسبب أحكامها.

للهامش التقديري استعمالات عديدة هي بتعبير آخر وظائفه، تتمثل في الاستعمال الهيكلي والموضوعي واستعماله كقاعدة تطبيق وقاعدة تعريف للحقوق ومبادئ الاتفاقية، وتشارك هذه الاستعمالات في أنها تعبير عن الاحترام الذي تبديه المحكمة تجاه الدول الأطراف فيما يخص حماية الحقوق، ورغم أن الهامش التقديري يعد إيجابيا من ناحية أنه يوفر درجة من الحرية للدول في تنظيم وتقرير كيفية حماية الحقوق وفقا لواقع ظروفها المحلية فإنه قد يؤثر على الالتزامات الاتفاقية فاستعمال الهامش التقديري مثلا لتفسير هذه الالتزامات يكون على درجة من الخطورة على حماية الحقوق إذا لم يكن له إطار وحدود واضحة وإذا كان استعماله لمجرد التأكيد على عدم إمكانية حلول المحكمة محل الدول المتعاقدة.

عرف الهامش التقديري تطورا في اجتهاد المحكمة حيث ترجع بداية ظهوره الحقيقي بصريح المصطلح إلى حكم Handyside، كما عرف توسعا تدريجيا حيث بدأ توظيفه في مجال التحلل من الالتزامات الاتفاقية المنصوص عليه بالمادة 15 من الاتفاقية، ثم امتد إلى القضايا المتصلة بالتمييز ثم إلى البنود التقييدية حيث برز استعمال الهامش التقديري بكثرة وقوة، ثم توسع إلى باقي الأحكام الاتفاقية الأخرى، وتجدر الإشارة أن المفهوم قد عرف تقنيا له في ديباجة الاتفاقية

بموجب البروتوكول 15، غير أن الاجتهاد القضائي للمحكمة لا يزال يحتفظ بنفس الأهمية لأن هذا الإدراج لا يعدو أن يكون مجرد إشارة للمفهوم بحرفيته دون أي تعريف به أو شرح لمضمونه.

يمثل مبدأ الاحتياطية أساسا للهامش التقديري، ويرمي إلى ترتيب أدوار كل من الدول الأطراف والمحكمة في حماية حقوق الإنسان، وتعد سلطات الدولة باختلافها وتعدد مستوياتها المخاطب الأول بهذه المهمة، وفي حال فشلها فإن الدور ينتقل إلى المحكمة، ويأخذ المبدأ صورتين أساسيتين تتمثلان في الاحتياطية الإجرائية التي تعني توزيع طريقة التدخل لحماية حقوق الإنسان بين الدول والمحكمة، وهي مكرسة بنص الاتفاقية في المادة 35 فقرة أولى منها والمتعلقة بقاعدة استنفاد طرق الطعن الداخلية، والاحتياطية الموضوعية التي تعني توزيع التقدير بين المحكمة والدولة، وقد عرف مبدأ الاحتياطية تطورا في نظام الاتفاقية على غرار الهامش التقديري، حيث ظهر وتطور في إطار الاجتهاد القضائي للمحكمة وتوج بالاعتراف به في ديباجة الاتفاقية بموجب البروتوكول 15 كمبدأ أساسي للاتفاقية والالتزامات الناتجة عنها وذلك جنبا إلى جنب الهامش التقديري.

يقوم مبدأ الاحتياطية على مبرر الموقع الأفضل للدولة الذي يستند بدوره على اعتبارات الاتصال المباشر للدولة بظروفها الداخلية وقربها الذي يجعلها أحسن من يقدر ويضع القرار الأنسب لحماية حقوق وحرريات الأفراد، وعلى احترام سيادتها الوطنية ومشروعيتها الديمقراطية، ويترتب على مبرر الموقع الأفضل ضرورة تنفيذ الدول ممثلة في سلطاتها المختلفة للاتفاقية وبمختلف الوسائل المناسبة، إضافة إلى إلزامية تنفيذ أحكام المحكمة المكرسة بنص الاتفاقية والإقرار بحجية الشيء المقضي فيه للأحكام بالنسبة للدولة المعنية والتي تسعى المحكمة لتمديدها في مواجهة كافة الدول الأطراف لما لذلك من أهمية في بناء النظام العام الأوروبي لحقوق الإنسان، كما يترتب على المحكمة ضرورة احترام دورها كهيئة ضبط وعدم تجاوز اختصاصاتها، كما يجد مبدأ الاحتياطية مبرره أيضا في احترام التنوع الذي يجد أساسه في تعدد الأنظمة القانونية الوطنية ومراعاة الخصوصيات المحلية بجوانبها المختلفة وهي سمة الأنظمة الإقليمية عموما لحقوق الإنسان والنظام الأوروبي بشكل خاص.

## الباب الثاني:

ضمانات استعمال الهامش التقديري للدولة

لم يكن الاعتراف بالهامش التقديري في قانون الاتفاقية سهلاً، حيث بقي لسنوات طويلة حبيساً للاجتهاد القضائي للمحكمة إلى غاية اعتماد البروتوكول 15 ودخوله حيز النفاذ، وذات الأمر ينطبق على مبدأ احتياطية نظام الاتفاقية الذي يعد أساساً له، ورغم هذا الاعتراف لم تتجرأ المحكمة على تحديد مضمونه الدقيق ووضع إطار يوضح قواعد استعماله، واكتفت بتقديم مبررات له فقط في كثير من الأحيان، واستمر الأمر كذلك حتى مع تضمينه بصريح المصطلح في الاتفاقية، حيث لم تتجرأ الدول المتعاقدة بدورها، رغم التحضيرات الكبيرة من مؤتمرات ولقاءات وإعلانات التي سبقت اعتماد البروتوكول 15 وإدراج الهامش التقديري صراحة في النص الاتفاقي، على تعريفه على الأقل ولا وضع إطار لاستعماله من المحكمة بوصفها هيئة رقابية أو من الدول كمستفيد منه لتنفيذ الواجبات الملقة على عاتقها.

لطالما اتسم الهامش التقديري بالضبابية من حيث مضمونه وبالمرونة التي أضفاها على التزامات الدول، ولذلك فقد صاحب الأخذ به وضع ضمانات لحماية الحقوق والحريات في مواجهة الدولة المستفيدة من هذا الهامش، تم تعزيزها مع الوقت تماشياً مع التعديلات التي عرفها نظام الاتفاقية، وتتمثل هذه الضمانات في فرض رقابة المحكمة عليه (الفصل الأول) إضافة إلى ضبط استعماله (الفصل الثاني).

## الفصل الأول:

### الرقابة على الهامش التقديري للدولة

تعد الاتفاقية سباقة في إضفاء الصفة الإلزامية على الالتزامات الدولية بحقوق الإنسان لأطرافها، حيث كرست مجموعة من الحقوق والحريات الواجب ضمانها للأفراد الخاضعين للولاية القضائية للدول الأطراف، وذهبت أبعد من ذلك من خلال إنشاء هيئات رقابية على وفاء الأطراف المتعاقدة بالتزاماتهم الاتفاقية، تتمثل منذ تعديل نظام الاتفاقية سنة 1998 في المحكمة، التي تمارس مهمتها الرقابية من خلال عدد من المفاهيم والمبادئ التفسيرية التي ظهرت في إطار نظرها في القضايا المطروحة أمامها للفصل فيها، ومنها مفهوم الهامش التقديري والذي أكدت المحكمة كما سبق ورأينا منذ وقت مبكر بأنه يقترن برقابتها عليه، ما يعني أنه ليس مطلقاً.

وضح الرئيس السابق للمحكمة Nicolas Bratza أن الهامش التقديري يطبق على مرحلتين: الأولى يتم فيها تحديد الهامش التقديري المناسب، علماً أنه لا توجد صيغة عامة لذلك، إذ ترتبط سعة أو ضيق الهامش بعدد من المتغيرات، والثانية يتم التثبت فيها من بقاء السلطات الوطنية ضمن هذا الهامش<sup>1</sup>، وبمراجعة اجتهاد المحكمة يتضح أن رقابة المحكمة على الهامش التقديري للدولة تقوم على معايير يتم من خلالها تحليل سلوك الدولة المدعى عليها (المبحث الأول) ويترتب عنها تحديد نطاق الهامش التقديري (المبحث الثاني) من أجل تقييم وجود انتهاك للاتفاقية من عدمه.

### المبحث الأول:

#### معايير الرقابة على الهامش التقديري للدولة

توسع تطبيق الهامش التقديري تدريجياً في الاجتهاد القضائي للمحكمة، وتعد بنود التقييد الصريحة الواردة بالمواد من 8 إلى 11 مجالاً رئيسياً لتطبيق المفهوم، ولأكثر الإشكالات وادعاءات الانتهاك المثارة أمام المحكمة لأنها تتعلق بحريات شخصية في صراع دائم مع السلطة، وقد ترتب عن ذلك إخضاع الهامش المتروك للدول في مجال بنود التقييد الصريحة-على شاكلة المجالات

<sup>1</sup>Buyse Antoine, Speech of Bratza and Candidates for New Judges [online], ECHR blog, 21 September 2012, cit. 9 August 2014, available at: <http://echrblog.blogspot.fr> .

Cité par: Martin Kopa, op.cit, p39.

الاتفاقية الأخرى التي تسمح بتطبيق هذا المفهوم - للرقابة عليه من المحكمة، والتي تقوم على معايير أو بعبارة أخرى عناصر وهي رقابة شرعية ومشروعية التقييد (المطلب الأول) ورقابة ضرورة التقييد في مجتمع ديمقراطي (المطلب الثاني).

## المطلب الأول:

### الرقابة على شرعية ومشروعية التقييد

أجازت الاتفاقية للدول الأطراف تقييد الحقوق المضمونة بالمواد من 8 إلى 11 من الاتفاقية والتدخل فيها، والمتعلقة على الترتيب بالحق في احترام الحياة الخاصة والعائلية، حرية التفكير والضمير والدين، حرية التعبير وحرية الاجتماع والتجمع، وقد تمت صياغة هذه النصوص بنفس الشكل في فقرتين، تنص الفقرة الأولى على حماية الحق أو الحرية بينما تكرر الفقرات الثانية منها إمكانية تقييد ممارستها أو التدخل فيها من الأطراف المتعاقدة ومن ثم مخالفة التزامها السلبي بعدم التدخل في الحريات الفردية مع التقييد بمجموعة من الشروط مجتمعة، لتفتح بذلك المجال لهامش تقديري وطني، بحيث يكون محلاً لرقابة المحكمة لتتأكد من احترام الدولة لشروط تقييد هذه الحريات من خلال اختبار يتكون من مراحل تتشكل بدورها من خطوات متسلسلة تتمثل أولها في رقابة شرعية التقييد (الفرع الأول) ومشروعيته (الفرع الثاني).

## الفرع الأول:

### الرقابة على شرعية التقييد

صرحت المحكمة بأن الهامش التقديري "يسير جنباً إلى جنب الرقابة الأوروبية"<sup>1</sup>، وهو ما يثبت بأنه ليس مطلقاً، فهو أداة لمنح مساحة من التصرف للدول ولكن مع استمرار رقابة المحكمة عليه<sup>2</sup>، وبالعودة لاجتهادها القضائي نجد أن الرقابة هي عبارة عن فحص لملازمات قضية معينة، يتشكل في مجال المواد 8-11 من ثلاثة مراحل، تقوم على طرح أسئلة والإجابة عليها للمرور من مرحلة إلى أخرى، يتم من خلالها البحث عن مدى التزام الدولة بالحرية المسموح بها لها لتنفيذ الاتفاقية وبناء عليه تحديد وجود انتهاك أو عدمه لأحكام الاتفاقية المعنية بالنظر.

<sup>1</sup>«The domestic margin of appreciation thus goes hand in hand with a European supervision». Handyside v. UK, op.cit, para 49.

Voir aussi : Leyla Sahin c. Turquie, op.cit, para 110.

<sup>2</sup>Rachael Eguono Ita, op.cit, p23.

تتعلق المحكمة في رقابتها بمرحلة تمهيدية<sup>1</sup> لتنتقل بعدها إلى أول مرحلة وهي فحص شرعية التدخل، من خلال السؤال الآتي: هل يعد التدخل مؤسسا؟ بعبارة أخرى هل سمح به أو نص عليه القانون؟ فإذا كانت الإجابة بالنفي فهناك انتهاك، أما إذا كانت بـ"نعم" فيجب المرور للسؤال الموالي<sup>2</sup> المتعلق بالبحث عن مشروعية التدخل.

يقصد بشرعية التدخل أن يكون هناك نص في النظام القانوني الوطني يسمح للدولة بالتدخل في حق أو تقييده، وهو ما يطلق عليه "الأساس القانوني la base légale" للتدخل، ويمثل أحد وأول الشروط الواجب على الدولة احترامها إذا ما قررت ممارسة التدخل<sup>3</sup>، ويتم التعبير عنه في النص الفرنسي للاتفاقية بعبارة "منصوص عليه بالقانون"<sup>4</sup> "Prévue(s) par la loi" بينما يتم التعبير عنها في النص الانجليزي بعبارة "طبقا للقانون" "In accordance with the law" بمعنى متماشي مع القانون ووفقا له في المادة 8 وعبارة منصوص عليه بقانون "Prescribed by law" في المواد 9، 10 و11 من الاتفاقية<sup>5</sup>، ورغم هذا الاختلاف في الصياغة إلا أن الهدف

<sup>1</sup> تقوم المرحلة تمهيدية على أسئلة تمهيدية كالاتي:

1- هل تتعلق القضية بإحدى الحقوق المحمية بالاتفاقية وبروتوكولاتها، والهدف من السؤال تحديد الحق المعني، وتجدر الإشارة إلى تطور مضمون الحقوق المحمية بالاتفاقية، وتوسعتها، فمثلا الحق في احترام المراسلات الوارد بالمادة 8 صار يشمل جميع أنواع المراسلات بما فيه عبر الفاكس والبريد الإلكتروني، والمراسلات النصية SMS والصوتية. وعليه إذا كانت الإجابة بـ "لا" فلا علاقة للقضية بالاتفاقية، أما إذا كانت بـ"نعم" فيجب المرور للسؤال الموالي.

2- هل هناك تدخل حقيقي من الدولة في الحق المدعى بانتهاكه، الإجابة عليه ليست دائما واضحة، ويبحث عما إذا كانت الدولة وضعت شكليات، قيود، شروط، جزاءات على الحقوق فمثلا مجرد اشتراط الحصول على رخصة معينة لممارسة حق يشكل تدخلا ولو لم يتم رفض إعطاء الرخصة، مجرد وجود قانون يشكل تدخلا حتى ولو لم يتم تطبيقه أو لا يمكن إثبات تطبيقه على الحالة المعنية، فإذا كانت الإجابة على السؤال بـ "لا" فلا وجود لانتهاك نظرا لعدم وجود تدخل أو تقييد أصلا، وإذا كانت بـ "نعم"، يجب المرور للسؤال الموالي، ويتحول عبء الإثبات إلى الدولة، حيث تبدأ المحكمة بعدها بتطبيق العناصر الأساسية لرقابتها على القضية محل نظر.

Douwe Korff, The standard approach under articles 8 - 11 ECHR and article 2 ECHR, teaching handout, August 2008, pp2-4, available at: <https://www.pravo.unizg.hr/> , accessed:14/08/2023 at 19:45.

Voir aussi : Cour européenne des droits de l'homme, Suivi d'Interlaken principe de subsidiarité, op.cit, p14.

<sup>2</sup>Douwe Korff, op.cit, p2.

<sup>3</sup>تستهل المحكمة بهذا الشرط في الأحكام المتعلقة بتقييد الحقوق 8-11، وقد صارت في أحكامها الحديثة تضعه -على غرار الشروط الأخرى للتقييد- في بنود عريضة كعناوين، أنظر مثلا:

Handyside v.UK, op.cit, para 43.

CrEDH (ch), Huvig c. France, req.№ 11105/84, arrêt du 24/4/1990, para26.

<sup>4</sup>تنص الفقرات 2 من المواد من 8 إلى 11 من الاتفاقية بهذا الشأن، على التوالي على:

«2. لا يجوز أن يكون هناك تدخل من طرف سلطة عامة في ممارسة هذا الحق إلا بالقدر الذي ينص عليه القانون...».

«2. لا يجوز أن تكون حرية إظهار الدين أو المعتقدات موضوعا لقيود أخرى غير تلك المنصوص عليها بالقانون...».

«2. يجوز إخضاع ممارسة هذه الحريات المتضمنة واجبات ومسؤوليات لبعض الشكليات، الشروط، القيود أو الجزاءات المنصوص عليها بالقانون...» .

«2. لا يجوز أن تكون ممارسة هذه الحقوق موضوعا لقيود أخرى غير تلك المنصوص عليها بالقانون...» .

<sup>5</sup>أعطت المحكمة في حكم Sunday times الحجية لكلا العبارتين الفرنسية والإنجليزية، بحيث يجب أن تفسر العبارتين بشكل يسمح بالتوفيق بينهما قدر الإمكان، وبلوغ هدف وموضوع الاتفاقية.

Sunday times c. Royaume-Uni, op.cit, para 48.

واحد وهو تفادي التحكم في تقييد الحقوق وإخضاع القيود والحقوق على حد سواء لقواعد قانونية ثابتة<sup>1</sup> معلومة.

وتتطلب شرعية التقييد أو التدخل تؤكد المحكمة من وجود قانون ينص عليه، وبالأثر تحديد معنى القانون وكذلك التأكد من جودة هذا القانون ومن مختلف الشروط الواجب توفرها فيه أي مواصفاته<sup>2</sup> والتي تعد معايير للتحقق من الشرعية كما يلي:

**أولاً- أن يستند التقييد على نص القانون:** بمعنى وجود أساس قانوني للتقييد على المستوى الوطني، ويقع على أجهزة الدولة المختصة التأكد من وجود القانون الذي يسمح بالتقييد ومن مطابقة القيد لنصوص القانون وتحري التفسير الصحيح، ومن ثم التأكد من شرعية فرض أي قيد على ممارسة الحقوق، ويجب على الدولة الامتثال لأحكام هذا القانون والعمل في إطاره، تحت طائلة بطلان كل تصرف منها يخالفه، وهو ما يعد تطبيقاً لمبدأ المشروعية، ودليلاً على خضوع الحكام والمحكومين في الدولة لقواعد القانون، هذا ومن المفترض أن تكون القوانين الوطنية متماشية مع الالتزامات الدولية لاسيما الاتفاقية منها، وفي حالة تعارض بينهما يجب تطبيق النصوص التي تمنح الحد الأقصى من الحقوق والحريات<sup>3</sup>.

يجد شرط شرعية التدخل مصدره في مبدأ "الأمن القانوني" *La sécurité juridique*، الذي اعتبرته المحكمة لصيقاً بالاتفاقية، وموجوداً ضمناً بها، وعنصراً أساسياً من عناصر "سيادة القانون"<sup>4</sup>، ويعرف بأنه مبدأ "يقتضي أن يكون المواطن قادراً على تحديد ما هو مباح وما هو محظور بموجب القانون الساري دون أن يستدعي ذلك من جانبه بذل مجهودات إضافية من أجل بلوغ هذه النتيجة، ويجب أن تكون هذه القوانين واضحة ومفهومة ولا تخضع في الزمن لتغييرات مفرطة وبالأخص غير متوقعة"، ويتطلب تحقيقه توفر مبدأ عدم رجعية القانون، مبدأ احترام

---

Voir aussi: Aline Schmidt Noël, op.cit, p255.

<sup>1</sup>الشمالية وليد فياض سلامة، القيود الدولية الواردة على حقوق الإنسان، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان الأردن، 2017، ص ص 80-81، نقلاً عن: كنتك جميل يوسف، مبررات الحد من حقوق الإنسان وضماناتها القانونية، الطبعة الأولى، الأهلية للنشر والتوزيع، 1999، ص ص 90-94.

<sup>2</sup>أشارت المحكمة صراحة في اجتهادها القضائي إلى المعايير التي يقوم عليها فحص شرعية التقييد المذكورة أعلاه مثلاً:

Huvig c. France, op.cit, para26-35.

CrEDH (ch), Kruslin c. France, req. №11801/85, arrêt du 24/4/1990, para27-36.

<sup>3</sup>الشمالية وليد فياض سلامة، المرجع السابق، ص ص 78-80.

<sup>4</sup>Steven Greer, "The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation?", op.cit, p6.

الحقوق المكتسبة، مبدأ الثقة المشروعة، مبدأ تقييد الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية<sup>1</sup>، وهو ما يجعل شرعية التدخل غاية من الغايات الديمقراطية.

لم تحدد الاتفاقية معنى لفظ القانون وصفاته، أما بخصوص معناه فقد أخذت مختلف الهيئات الرقابية الاتفاقية، ماعدا المحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان، بالمعنى الواسع للقانون والذي يقصد به النص القانوني النافذ في الدولة بغض النظر عن مصدره: تشريع، تنظيم، حكم قضائي في الدول التي تأخذ بالسوابق القضائية<sup>2</sup> وعموما جميع القواعد القانونية الداخلية التي تسمح بالتدخل في الحقوق الأساسية<sup>3</sup>، باختلاف أنواعها ودرجاتها.

وطبقا لاجتهاد المحكمة فإن المقصود بمصطلح "القانون" هو المعنى الواسع، ويشمل التشريع، الاتفاقيات الدولية المطبقة في القانون الداخلي، التنظيمات، قرارات القضاء في دول القانون العرفي، إضافة للاجتهاد القضائي الذي يفسر قانونا مكتوبا وكل عمل قانوني صادر عن تنظيم مهني بتفويض من المشرع<sup>4</sup>.

**ثانيا- الشروط الواجب توافرها في القانون المتضمن التقييد:** إن مجرد وجود نص قانوني داخلي يبيح التدخل في حق معين أو تقييده لا يكفي للقول بشرعية التدخل، بل يجب أن يتسم هذا النص بالجودة "the quality of the law"، والتي تفحصها المحكمة ومتى وصلت إلى عدم توفرها تفقد القاعدة صفة القانون وتقر بوجود انتهاك، دون حاجة لفحص باقي المسائل المتبقية وهي مشروعية التقييد وضرورته<sup>5</sup>.

حتى تتحقق الجودة في النص القانوني -الذي يتم الاحتجاج به لتبرير التدخل في الحقوق أو تقييدها- فيجب أن يستوفي شروطا وهي: أن يكون متاحا accessible ومتوقعا prévisible<sup>6</sup>، كما يعد من الأهمية أن ينص على ضمانات ضد التعسف<sup>7</sup> في وضع هذه الشروط وتفسيرها، وفيما يلي تفصيل لهذه الشروط:

<sup>1</sup>يدوي عبد الجليل، هنان علي، "مفهوم مبدأ الأمن القانوني ومتطلباته"، مجلة دراسات في الوظيفة العامة، العدد الثامن، جوان 2021، ص5، صص 8-10.

<sup>2</sup>علوان محمد يوسف، موسى محمد خليل، القانون الدولي لحقوق الإنسان، الحقوق المحمية، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص82.

<sup>3</sup>Douwe Korff, op.cit, p2.

<sup>4</sup>Aline Schmidt Noël, op.cit, pp 255-256.

<sup>5</sup>Douwe Korff, op.cit, p2.

<sup>6</sup>Cour européenne des droits de l'homme, Suivi d'Interlaken principe de subsidiarité, op.cit, p14.

<sup>7</sup>في هذا الشأن أنظر مثلا:

Huvig c.France, op.cit, para29; Kruslin c.france, op.cit, para30.

## 1-النص القانوني متاح بشكل كاف (Base légale Suffisamment accessible) :

يجب تمكين المواطن من العلم بالنص القانوني الذي يتضمن تدخلا في حقوقه وحرياته والذي سيطبق عليه، وقد أكدت المحكمة أنه حتى يمكن اعتبار النص القانوني متاحا للمواطن، فيجب أن يستطيع الأخير الحصول على المعلومات الكافية عن القواعد القانونية المطبقة على حالة معينة، وهو ما يفرض نشر النصوص القانونية والاجتهاد القضائي أو على الأقل إعلام المخاطبين بها بوجودها للاطلاع عليها<sup>1</sup>، وأشارت المحكمة بخصوص احترام المراسلات وتحديد تنظيم مراسلات السجناء بناء على التعليمات الإدارية الصادرة عن وزير الداخلية والموجهة إلى إدارة السجون، إلى أن معظم القيود المفروضة على مراسلات السجناء تجد أساسها القانوني في قانون السجون لسنة 1952 ولوائح السجون 1964، واعتبرت أن هذه التعليمات لا تلبى المعيار أعلاه لأنها لم تنشر ولم تبلغ للسجناء، ولم يشرح أو يوضح مضمونها في الملاحظات المعلقة على جدول الإعلانات داخل الزنزانات، وبالتالي فهي لا تتطابق مع مفهوم "القانون" المقصود بالمادة 8 فقرة 2 من الاتفاقية<sup>2</sup>، وبذلك يجب أن يتم تسهيل الاطلاع على القانون من أي فرد فلا يعقل تقييد الحقوق بقانون لم يتيسر الاطلاع عليه<sup>3</sup>، وتقوم إتاحة القانون للأفراد على نشره بالدرجة الأولى بكل الوسائل المتاحة، وفي كل الظروف والأوضاع.

## 2-النص القانوني دقيق بشكل كاف (Base légale énoncée avec assez de

précision) : حيث يسمح للمواطن بضبط سلوكاته وتوقع النتائج المترتبة عنها وهو ما يعبر عنه بمعيار التوقع prévisibilité، ويكون التدخل متوقعا متى توفرت الدقة والوضوح في مصطلحات النصوص القانونية باختلاف أنواعها.

تتطلب دقة نصوص القانون ضبط مضمون النص ومجال تطبيقه والأشخاص الذين يخاطبهم وحالتهم، بشكل يبين للجمهور ظروف وشروط وكيفية تدخل السلطة العامة في حقوقهم، كما تتطلب تحديد مدى أي سلطة تقديرية يمنحها القانون وطرق ممارستها، ولو لم يكن هذا التحديد في نص هذا القانون ذاته، وحينئذ فقط يتحقق معيار التوقع ويمكن القول بأن التدبير

<sup>1</sup>Sunday times c. Royaume-uni, op.cit, para 49 ; ECtHR (plenary), Observer and Guardian v. UK, app.№ 13585/88, judg. of 26/11/1991, para51-52, 53(b); ECtHR(plenary), Autronic AG v. Switzerland, app. №12726/87, judg. of 22 /05/1990, para 57.

<sup>2</sup>Silver and others v. UK, op.cit, para87.

Voir aussi : Steven Greer, La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme, op.cit, p17.

<sup>3</sup>الشمائلة وليد فياض سلامة، المرجع السابق، ص ص 80-81.

المتخذ وتدخل الدولة في أحد الحقوق يعد "منصوصا عليه قانونا"<sup>1</sup>، وقد أشارت المحكمة إلى أن جودة القواعد القانونية الداخلية من منظور الاتفاقية، تنتج عن الدقة التي بموجبها يحدد كلا من التشريع والاجتهاد القضائي نطاق وكيفيات ممارسة الإدارة للسلطة، مما يستبعد معه أي تعسف<sup>2</sup>.

اشتطت المحكمة الوضوح الكافي في نص القانون لأنه يحقق اليقين للأفراد ويسمح لهم بالتحكم بسلوكهم المستقبلي، وقد أكدت على وجوب صياغة القانون بدقة كافية للسماح للمواطن بتنظيم سلوكه، حيث يمكن له، إذا تطلب الأمر عن طريق نصائح مناسبة، توقع الظروف والنتائج التي قد تنجر عن سلوكه، ومع ذلك فالتوقع ليس مطلقاً<sup>3</sup>، وعلى كل فإن وضوح القانون يقي من أي إشكاليات عند تطبيقه<sup>4</sup>.

بهذا الخصوص، رأت المحكمة في أحكام Huvig و kruslin أنه يجب إعادة صياغة القوانين التي تسمح بالتنصت وبأنواع أخرى من الاعتراض الرسمي للاتصالات الهاتفية بمصطلحات محددة، بالنظر للتطور السريع للإجراءات التقنية المستعملة في هذا المجال<sup>5</sup>، ووصلت في حكم Malone إلى أن القانون الإنجليزي وقانون بلاد الغال رغم اعترافهما باعتراض الاتصالات بموجب القواعد القانونية الداخلية، لم يوضحا بشكل كاف مدى وكيفية ممارسة السلطات في الدولة -لاسيما التنفيذية في قضية الحال- للسلطة التقديرية المتروكة لها في مجال التنصت الهاتفي، مما يؤدي لتخلف الدرجة الدنيا للحماية القانونية التي يجب أن يوفرها مبدأ "سمو القانون"، ويجعل اعتراض الاتصالات غير متوقعا رغم كونه قد تم بشكل مطابق للقواعد القانونية الداخلية<sup>6</sup>.

في قضيتين من بين القضايا المعروضة على المحكمة إثر إعادة توحيد ألمانيا، موضوعهما إدانة قادة ألمانيين (في الأولى) وجندي في حرس الحدود (في الثانية) بالسجن من طرف محاكم جمهورية ألمانيا الاتحادية بسبب مقتل أشخاص حاولوا عبور الدولتين الألمانييتين، يتبين من الحيثيات أن المحكمة الدستورية الاتحادية رأت بأن الأحكام الصادرة في حقهم متوافقة مع القانون

<sup>1</sup>Steven Greer, La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme, op.cit, pp 11-12.

<sup>2</sup>«Quant à la "qualité" des normes juridiques internes au regard de la Convention, elle résulterait de la précision avec laquelle la législation et la jurisprudence définissent l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir de l'administration en la matière, ce qui écarterait tout risque d'arbitraire. (...)».

Funke c. France, op.cit, para 50.

<sup>3</sup>Sunday times c. Royaume-uni, op.cit, para 49,50.

<sup>4</sup>الشمالية وليد فياض سلامة، المرجع السابق، ص ص80-81.

<sup>5</sup>Huvig c. France, para 31-35 ; Kruslin c. France, para36.

<sup>6</sup>ECTHR (plenary), Malone v. UK, app. №8691/79, judg. of 02/08/1984, para 79.

الأساسي، وأن المحكمة الأوروبية سارت على نفس النهج ووصلت إلى عدم وجود انتهاك للمادة 7 فقرة 1 من الاتفاقية، إذ صرحت بأن أفعال المدعين كانت في وقت ارتكابها جرائم محددة بشكل كاف للوصول إليها وتوقعها في قانون الجمهورية الديمقراطية الألمانية وفي القانون الدولي<sup>1</sup>.

إن دقة نصوص القانون لا يمكن أن تكون مطلقة، وهو ما ذهبت إليه المحكمة في اجتهادها القضائي بعد أن أشارت إلى أن الكثير من القوانين الوطنية مكتوبة بمصطلحات عامة واسعة، وأنه يمكن اللجوء لطرق أخرى كالاكتفاء القضائي أو الأعمال التحضيرية للقانون لتوضيح معاني هذه النصوص<sup>2</sup>، واعتبرت المحكمة في حكم Silver أن التوجيهات والتعليمات الإدارية يمكن لها أن تقدم توضيحات لمفهوم نصوص القانون، وتساهم في التوجيه العملي الرسمي ومنه في تطبيق نظام السجون في هذه القضية<sup>3</sup>، ونتيجة لما سبق فإن كلا من وضوح، دقة ونشر القاعدة القانونية يجعلها متوقعة في تطبيقها<sup>4</sup>.

إن القاعدة هي وجود أساس قانوني يبين ويؤطر أي مساس بالحقوق غير أن المحكمة بدت متساهلة في هذا الشرط في حالة المساس غير الخطير<sup>5</sup> إذ يمكن أن يكون النص القانوني المتضمن هذا المساس واسعا وغير محدد كما يمكن أن يكون بأي نص قانوني كأمر صادر عن الجهاز التنفيذي أو تنظيمات السجون<sup>6</sup>، بينما بدت المحكمة صارمة بخصوص هذا الشرط في حالة المساس الخطير<sup>7</sup> لاسيما الدقة والتحديد، وعليه تختلف درجة رقابة المحكمة وصرامتها حسب درجة المساس بالحقوق، وهو ما سيؤثر بدوره على نطاق الهامش التقديري المتاح للدولة.

<sup>1</sup>ECtHR (GC), *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*, app. № 34044/96 and others, judg. of 22/03/2001, para 89, 105,106; ECtHR(GC), *K.-H. W. v. Germany*, app. №37201/97, judg. of 22/03/2001, para105-106.

<sup>2</sup>CrEDH (ch), *Müller et autres c.Suisse*, req. №10737/84, arrêt du 24 /05/1988, para 29 ;CrEDH (plénière), *Eriksson c. suède*, req. №1173/85, arrêt du 22/06/1989, para 59.

<sup>3</sup>*Silver and others v. UK*, op.cit, para 85-90.

<sup>4</sup>*Douwe Korff*, op.cit, p2.

<sup>5</sup>مثلا إجبار سجين على حلق لحيته من أجل مواجهته مع الشهود على جريمة خطيرة، حيث لا يشكل مساسا خطيرا بحريته الشخصية، لاسيما وأن حلق اللحية هو مرحلة عابرة فقط ولا يرقى ليمائل حتى حلق الرأس، مثلا النص القانوني الذي يجيز مواجهة الشاهد مع المشتبه به لتحديد الفاعل، مثلا أن يتم تقييد حق المسجونين في حرية المراسلات بقواعد تنظيمية للسجن فقط، وبذلك فحجز طلب زواج مكتوب موجه من موقوف إلى موقوفة متهمين بنفس الجريمة، ليس أمرا خطيرا، حيث تسمو المصلحة العامة للسير الحسن للتحقيق على الحق في إرسال الرسالة.

Aline Schmidt Noël, op.cit, p50.

<sup>6</sup>Ibid, p49.

<sup>7</sup>ومثاله في مجال الحرية الشخصية حجز موقوف والإبقاء عليه قيد الحجز، نزع وزرع الأعضاء والأنسجة، التدابير الطبية القسرية كالمعالجة الإجبارية و العزل، وفي مجال الملكية الإتلاف المسبق لمشتلة القنب الهندي المحجوزة.

Ibid, pp47-48.

تعترف المحكمة بعدم وجود صياغة قانونية دقيقة تماما مما يترتب عليه مجالا للتفسير أو للسلطة التقديرية، كما تقر بإمكانية تطور القانون، وتوجب بالأثر أن يوفر القانون حماية ضد التدخل التعسفي للسلطات في الحقوق عن طريق تأطير السلطة التقديرية، وعليه فالقاعدة القانونية الفضفاضة يمكن أن تعتبر متوافقة مع الاتفاقية بشرط وجود ضمانات إجرائية قوية لضمان عدم التطبيق التعسفي لهذه القاعدة<sup>1</sup>، وهو الشرط الموالي الذي سنراه.

3- أن ينص القانون على ضمانات فعالة ضد المساس التعسفي بالحقوق: يجب أن يفرض النص القانوني رقابة مستقلة على التقييد لضمان عدم تعسف السلطة في استخدامه<sup>2</sup>، وفي هذا الصدد اشترطت المحكمة بأن تكون القيود مقترنة بضمانات قانونية<sup>3</sup>، وأوجبت وجود حماية قانونية من التدخل التعسفي للسلطات العامة في الحق المحمي بالمادة 8 من الاتفاقية، خصوصا عندما تمارس السلطة التنفيذية سرا ويكون خطر التعسف واضحا<sup>4</sup>.

أكدت المحكمة أن عبارة "منصوص عليه قانونا" تستلزم أن يوفر القانون الداخلي الحماية ضد أي مساس تعسفي من جانب السلطة العامة بالحقوق المضمونة في قضية الحال بالمادة 8 فقرة 1 من الاتفاقية، وعلى وجوب تحديد مجال وطرق أعمال السلطة التقديرية الممنوحة للسلطة التنفيذية بشكل واضح كفاية لحماية الفرد من التعسف<sup>5</sup>، وصرحت في حكم موضوعه الرعاية والمعاملة الخاصة لمواطن مجري مقيم بالنمسا محتجز في مستشفى الأمراض العقلية نتيجة صدور أحكام قضائية تدينه، بأن القانون يجب أن يحدد مدى السلطة التقديرية التي يمنحها للسلطة العامة في هذه المسألة<sup>6</sup>، وذهبت في أحكام أخرى إلى أن نظام التنصت الهاتفية الرسمي في فرنسا ينص على الإجراء الرسمي الذي يتم به التنصت إلا أنه يفتقر لأي رقابة قاعدية ضرورية إن بموجب نص قانوني أو اجتهاد قضائي، وبذلك فهو لا يقدم ضمانات مناسبة ضد التعسف المحتمل في حقوق الأفراد، لأنه لا يتضمن تحديدا لأصناف الأشخاص ولا لأنواع الجرائم التي تكون محلا للتنصت، كما لا يلزم القاضي بتحديد مدة هذا التدبير، ولا يوضح شروط تحرير المحاضر الكتابية المتعلقة بالمحادثات الهاتفية المعترضة، ولا الاحتياطات الواجب اتخاذها لنقل

<sup>1</sup>Douwe Korff, op.cit, p2.

<sup>2</sup>الشميلة وليد فياض سلامة، المرجع السابق، ص81.

<sup>3</sup>Klass c. Allemagne, op.cit, para50.

<sup>4</sup>Malone v. UK, op.cit, para 81.

<sup>5</sup>Ibid, para 66-68.

<sup>6</sup>ECTHR (ch), Herczegfalvy v. Austria, app № 10533/83, judg. of 24/9/1992, para 63.

التسجيلات المحصل عليها، والرقابة المحتملة عليها من القاضي أو الدفاع، ولا الظروف التي في ظلها يتم مسح أو إتلاف تلك التسجيلات<sup>1</sup>.

في حكم يتعلق بادعاء بانتهاكات أثناء زيارة منزل من طرف أعوان الجمارك والحجز الذي صاحب ذلك، صرحت المحكمة بأن الاستثناءات الواردة بالمادة 8 فقرة 2 تستدعي تفسيراً ضيقاً وتأسيساً مقنعاً، واعتبرت أن الزيارات المنزلية وحجز الوثائق يمكن أن تبرر في حالة جرائم تمس بالتشريع المتعلق برقابة الصرف، وأن التشريع في هذا المجال يجب أن يقدم ضمانات مناسبة وكافية ضد التعسف، وهو ما لم يتوفر في قضية الحال لأن إدارة الجمارك تتمتع بسلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق بعمليات المراقبة لاسيما فرصة القيام بها، عددها، مدتها ومداهها، دون ضرورة استصدار أمر قضائي، كما أن الضمانات التشريعية الموجودة ضعيفة ومليئة بالثغرات، وأن إدارة الجمارك لم تقدم أي شكوى ضد المدعين حول ارتكابهم جريمة تمس بالتنظيم ذي الصلة<sup>2</sup>.

وعموماً فحتى لا يكون القانون تعسفياً يجب توفير الضمانات والتعويضات المناسبة في القانون نفسه لمنع الاستخدام غير المشروع لقواعده أو إساءة تطبيقها، فضلاً عن الالتزام بالتفسير الضيق للقيود<sup>3</sup>، ويجب أن نضيف بهذا الشأن وجوب أن يكون التقييد جزئياً، فليس من المستساغ تقييد ممارسة الحق بشكل كامل، وإلا تحول الأمر إلى تعطيل للحقوق في إطار التحلل من الالتزامات الاتفاقية في حالة الطوارئ المنصوص عليها بالمادة 15 من الاتفاقية.

كذلك يجب أن يتم التقييد دون أي تمييز طبقاً للمادة 14 من الاتفاقية<sup>4</sup>، التي تحظر كل تمييز في التمتع بالحقوق والحريات المضمونة بالاتفاقية وبروتوكولاتها، وتجدر الإشارة أن المادة 14 ليس لها في التطبيق وجود مستقل بل تظهر مربوطة بالحقوق المحمية<sup>5</sup>، وتم تدعيمها باعتماد

<sup>1</sup>Kruslin c. france, op.cit, para35 et 36; Huvig c. france, op.cit, para 34et 35.

<sup>2</sup>Funke c. France,op.cit, para52.

<sup>3</sup>الشمالية وليد فياض سلامة، المرجع السابق، ص ص 80-81، نقلاً عن: كنتكت جميل يوسف، مبررات الحد من حقوق الإنسان وضماناتها القانونية، الطبعة الأولى، الأهلية للنشر والتوزيع، 1999، ص ص 90-94.

<sup>4</sup>ورد في المادة 14 من الاتفاقية تحت عنوان حظر التمييز بأنه يجب ضمان التمتع بالحقوق والحريات المعترف بها في الاتفاقية دون أي تمييز كان مبني على أساس الجنس، العنصر، اللون، اللغة، الدين، الآراء السياسية أو أي آراء أخرى، الأصل الوطني أو الاجتماعي، الانتماء لأقلية وطنية، الثروة، الميلاد أو أي وضعية أخرى.

<sup>5</sup>طورت المحكمة تقنية من خلال اجتهادها القضائي تتعلق بربط نصوص الاتفاقية ببعضها البعض، مما ساهم في توسيع ضمانات الحق وفي خلق حقوق جديدة، وقد حظيت المادة 14 من الاتفاقية بتطبيق معتبر لهذه التقنية في الشكاوى من خلال الادعاء بخرق حق معين مربوطاً بالمادة 14 المتعلقة بالتمييز في ضمان الحقوق المحمية.

لمزيد من المعلومات حول هذه التقنية في مجال المادة 14، انظر:

Panoussis Ioannis Konstantinos, La combinaison des articles de la convention européenne des Droits de l'homme opérée par la cours de Strasbourg, DEA Droit communautaire et international, Université de Lille II, 1999-2000, pp69-72.

البروتوكول رقم 12<sup>1</sup> الذي نص على الحظر الشامل للتمييز بكل أشكاله من أي سلطة عامة من خلال وجوب تأمين التمتع بكل الحقوق المنصوص عليها في القانون لجميع الأشخاص، وصارت المادتين 1 و2 منه أساساً لتطبيق كافة أحكام الاتفاقية<sup>2</sup>.

يضاف إلى ذلك حظر التعسف في الحق الذي نصت عليه المادة 17 من الاتفاقية<sup>3</sup> التي تعكس المبدأ القائل "لا حرية لأعداء الحرية pas de liberté pour les ennemis de la liberté"، حيث تحظر تفسير أحكام الاتفاقية بشكل يمنح للدولة أو جماعة أو فرد الحق في القيام بنشاط أو عمل يهدف لهدم الحقوق والحريات الواردة بها، أو بتقييد الحقوق والحريات بشكل أكبر مما نصت عليه الاتفاقية، وتستعمل هذه المادة مربوطة بالحق موضوع تقييد أو الذي يمكن أن يكون سبباً له، والغاية من هذا النص هي تجنب سوء استعمال الضمانات المنصوص عليها بالاتفاقية، من خلال تأطير تدخل الدولة لتفادي انحرافه عن موضوعه الحقيقي<sup>4</sup> والحفاظ على حسن سير المؤسسات الديمقراطية كشرط ضروري لتطبيق واحترام الحقوق<sup>5</sup>، وحماية هذه الأخيرة من مصادرتها تحت غطاء إمكانية تقييدها، ومثاله قضية الحزب الشيوعي الألماني في 1957، حيث رفضت اللجنة الأوروبية ادعاءه القائم على أن قرار السلطات الوطنية بحل الحزب فيه مساس بالحقوق والحريات المنصوص عليها بالمواد 9، 10، 11 من الاتفاقية<sup>6</sup>.

وعلى ضوء ما سبق يمكن اعتبار وجود ضمانات ضد التعسف في نص القانون التقييدي أثراً وكذلك تدعيماً وضمانة ضد أي نقص محتمل في دقة النص القانوني.

**ثالثاً-أساس شرعية التقييد:** يستند شرط شرعية التقييد في قانون الاتفاقية على مفهوم "دولة القانون"<sup>7</sup> وهو مبدأ اختلفت تسميته بين سيادة القانون، حكم القانون، سمو القانون، أولوية

<sup>1</sup>Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rome, 4.XI.2000, Entré en vigueur le 1 er Avril 2005.

<sup>2</sup>وهو ما نصت عليه المادة 3 من البروتوكول 12 الملحق بالاتفاقية بعنوان العلاقات مع المحكمة بقولها: أن الدول الأطراف تعتبر المواد 1 و2 من هذا البروتوكول مواداً إضافية للاتفاقية وأن كل أحكام الاتفاقية تطبق بناء عليها.

<sup>3</sup>تنص المادة 17 من الاتفاقية بعنوان حظر التعسف في الحق على أنه لا يمكن تفسير أي حكم من أحكام الاتفاقية على أنه يقر لدولة، لمجموعة أو لفرد حقاً بالانخراط في نشاط بنشاط أو القيام بعمل بهدف هدم الحقوق والحريات المعترف بها في الاتفاقية أو لوضع قيود أوسع على هذه الحقوق والحريات من تلك المنصوص عليها بهذه الاتفاقية.

<sup>4</sup>Panoussis Ioannis Konstantinos, op.cit, pp22-23 et pp34-46.

<sup>5</sup>Gérard cohen-jonathan, op.cit, pp553-555.

<sup>6</sup>EcomHR (plenary), German communist party and others v. Germany, app. №250/57, dec. of 20/7/1957.

<sup>7</sup>يكافؤه مبدأ Rechtsstaat في النظام الألماني، ومبدأ the rule of law في النظام البريطاني. لمزيد من التفصيل حول ظهور المبدأ والتمييز بينه وبين الأنظمة المشابهة أنظر:

القانون، مبدأ المشروعية، ظهر في الأنظمة القانونية الوطنية وانتقل إلى القانون الدولي فصار أحد المبادئ القانونية المشتركة بين الأنظمة الدولية وسندا لحماية حقوق الإنسان<sup>1</sup>، ويقصد به من الناحية الشكلية، الدولة التي تستند ممارسة السلطة على مستواها إلى قواعد القانون، والتي تسمح القواعد الإجرائية على مستواها بتفادي التعسف، أما من الناحية المادية، فيرتبط هذا المفهوم بتحقيق بعض القيم عن طريق القانون لاسيما احترام الحقوق الأساسية، وقد ربطه الفقيه Duguit بخضوع الدولة للقانون حيث تستعمل قوتها للوفاء بالتزاماتها التي مصدرها القانون من أجل تحقيق القانون، واعتبره Carré de malberg عدم إمكانية فرض تدابير إدارية أخرى على المواطنين غير تلك المسموح بها في النظام القانوني القائم، وبالنتيجة، خضوع الجهاز التنفيذي للقانون، ورأى أن من مظاهرها تحديد الدستور الحقوق الفردية المحمية للمواطنين، حتى تبقى في منأى عن أي مساس بها من المشرع، وتمكين المواطن من دعوى قضائية للطعن في الأعمال التشريعية التي تمس بحقوقه الفردية<sup>2</sup>.

يؤكد المبدأ سيادة أحكام القانون في الدولة حيث تسمو هذه الأحكام على إرادة الحكام والمحكومين، وتقيم كل تصرفاتهم بناء على هذه الأحكام، ويهدف لحماية الأفراد من استبداد السلطة بالدرجة الأولى، وتظهر أهميته لأنه يحكم علاقة بين غير متكافئين هما الدولة الأقوى لتمتعها بالسلطة العامة والفرد المجرى من أي سلطة، وهو ما يجعل المبدأ ضماناً أساسية لحماية حقوق الفرد ولتقييد السلطات الحاكمة حيث لا يجوز لها التعرض للحقوق على خلاف ما قرره القانون، وصار المبدأ أساساً للتوازن بين السلطة والحرية وحكما بينهما والمؤتمن على الحريات، والسبب في هذه الثقة الكبيرة الموضوعية في القانون وبصفة السيادة والسمو والإلزام تجاه الجميع أفراداً وسلطات هو كونه يعبر عن الإرادة العامة ويمر بإجراءات تدعم الثقة لاسيما التصويت عليه، كما تعكس خاصية العمومية فيه مبدأ المساواة في تطبيقه على الجميع دون تمييز<sup>3</sup>.

---

Céline Romainville, "La protection de l'Etat de droit par la Convention européenne des droits de l'homme- La Cour européenne et l'exigence de légalité", in : RDLF, chron. n°33, 2019, p2 et pp4-5, disponible sur : [www.revuedlf.com](http://www.revuedlf.com) , consulté le 6/10/2022 à 3 :09.

<sup>1</sup>فايز محمد حسين، السلطة والحرية وفلسفة حقوق الإنسان دراسة تاريخية وفلسفية، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2009، ص98.

<sup>2</sup>Céline Romainville, op.cit, p2 et p5.

<sup>3</sup>فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ص98-102، 104، 113-115. أنظر كذلك: محمد سعيد مجذوب، الحريات العامة وحقوق الإنسان، دون طبعة، جروس برس، طرابلس لبنان، دون تاريخ النشر، ص ص 121-122.

يتسم مبدأ دولة القانون بأنه اعتراف بشرعية نشاط السلطات، ويقتضي توفر متطلبات في القانون هي: العمومية، الوضوح، عدم الرجعية، الاستقرار، ويتعلق خصوصا بخضوع السلطة التنفيذية لهذا القانون وعدم التصرف دون سند، كما يقوم على وجود رقابة قضائية تضمن سمو قواعد القانون، ويجب أن تكون هذه الرقابة مستقلة وتتمتع القرارات الناتجة عنها بحجية الشيء المقضي فيه، ويكرس فكرة الفصل بين السلطات على الأقل وجهها السلبي الذي يمنع تركيز الوظائف في الدولة في يد جهاز واحد، ويتم تفسيره على أنه يتضمن حماية لبعض الحقوق الدستورية، ويهدف عموماً إلى منع تشكيل دولة مستبدة أو بوليسية والحفاظ على حقوق الأفراد في كل الأحوال ضد التدخلات التعسفية للحكومة<sup>1</sup>، هذا ويتطلب المبدأ بالدرجة الأولى احترام الدستور وتدرج القواعد القانونية حيث يجب أن تتقيد القواعد الأدنى بهذا الأخير<sup>2</sup>.

تساهم المحكمة بشكل هام في احترام مبدأ سيادة القانون من الدول المتعاقدة، في جانبه الإجرائي من خلال حماية استقلالية السلطة القضائية طبقاً للمادة 6 من الاتفاقية والذي أثمر عن تغييرات كبيرة في الأنظمة القانونية الوطنية على رأسها وضع عدد من الطعون القضائية على مستويات متعددة وحماية الفصل بين السلطات، وكذلك في جانبه الموضوعي من خلال المساهمة في الحماية الفعلية للحقوق الأساسية.

**رابعاً- الآثار المترتبة عن رقابة شرعية التقييد:** يتسم الاجتهاد القضائي للمحكمة فيما يتعلق برقابة الأساس القانوني باعتبارها مظهر إجرائي لسيادة القانون بالتردد، الاحتشام والتغير، وقد أبدت احتراماً للسلطات الوطنية لاسيما قرارات السلطة القضائية عند بحثها عن وجود الأساس القانوني، كما أنها قامت بفحص الأساس القانوني على أساس مبدأ "jura novit curia" المحكمة تعرف القانون" حيث أن أطراف النزاع ليسوا ملزمين بإثبات القانون الذي يجب تطبيقه، ولكن فقط بإثبات الوقائع، وأن الدول لا تستفيد بهذا الخصوص من أي هامش تقديري، كما يتسم اجتهاد المحكمة فيما يخص تحديد خصائص القانون بعدم الوضوح والتغير، حيث تكون رقابة الشرعية دقيقة في بعض الحالات لاسيما المتعلقة بالمواد 5 و 7 من الاتفاقية أو حالات مراقبة الأشخاص التي تؤدي لانتهاك الحق في الحياة الخاصة أو الحق في حماية البيانات الشخصية، بينما تكون الرقابة ضعيفة في حالات أخرى، كما اعتبرت المحكمة في بعض الحالات التوقع عنصراً في

<sup>1</sup>Céline Romainville, op.cit, p17.

<sup>2</sup>فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص 113.

الشرعية وفي حالات أخرى عنصرا أجنبيا عنها، وفحصت الطبيعة غير التعسفية تحت غطاء الشرعية وأحيانا خارجها<sup>1</sup>.

ويتسم بعض الاجتهاد القضائي للمحكمة المتعلق بفحص الشرعية بالغموض، مما يؤثر على تماسكه ووضوحه، فقد أجرت المحكمة أحيانا اختبار الشرعية والتناسب لتضع قرارها النهائي، بينما أسست أحيانا أخرى قرارها على التناسب فقط رغم أن الشرعية كانت مشكوكا فيها<sup>2</sup>، ووضعت في أحيان أخرى استنتاجا يرتبط بالشرعية رغم أن الاختبار الذي أجرته يتعلق برقابة التناسب<sup>3</sup>، وهو ما يدل على عدم استقرار رقابة الشرعية رغم أنها أول مراحل الرقابة، واقتراها بمبدأ جوهرى هو سيادة القانون.

لقد اعتمدت المحكمة معيارا جديدا لرقابة شرعية التقييد هو "معيار جودة المداولات" والذي من خلاله تفحص إجراءات اعتماد القانون على المستوى الوطني، ويعد تثمينا للديمقراطية البرلمانية وتعميقا للنقاش الديمقراطي، ويعبر عن اهتمام المحكمة بجودة الإجراءات الداخلية، ويمثل تحولا إجرائيا في توجه واجتهاد المحكمة، وقد ترتب عن استعمال هذا المعيار ملاحظات كالاتي: أن جودة المداولات مبدئيا تتعلق برقابة الشرعية لأن الجودة خاصة من خصائص القانون، إلا أن المحكمة عالجتها في إطار رقابة تناسب التدبير الذي اتخذته الدولة للتدخل في الحقوق، أن المحكمة لا يمكن أن تطبق جودة المداولات البرلمانية في حالة تعريف القانون وفقا للمعنى المادي الواسع، لأن هناك أنواع من القوانين لا تمر على هذا الإجراء، أن إثبات جودة المداولات يكون من خلال تأكيد اتخاذ القانون بناء على مناقشات ناضجة، عميقة ومطلعة، ويزيد إثبات الجودة من فرص القانون في تجاوز رقابة التوافق، ولكنه لا يعد قرينة قاطعة على التوافق، أن المحكمة يمكن لها تمديد فحص جودة المداولات خارج الدائرة البرلمانية، إلى مجال مداولات المحاكم لاسيما تسبب الأحكام القضائية، رغم اختلاف النوعين من المداولات، وأن قيام المحكمة بفحص سطحي لجودة المداولات يفقد هذا المعيار فعاليته ويضعف حماية حقوق الإنسان<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>Céline Romainville, op.cit, pp16-17.

<sup>2</sup>أنظر مثلا:

Sunday times c. Royaume-Uni, op.cit, para46-53, 67-68; Hirst v.UK op.cit, para73; Broniowski c.Pologne, op.cit, para147, 154, 162-163,182-186 et 187.

<sup>3</sup>CrEDH (4<sup>ème</sup> sec.), Kennedy c. Royaume-Uni, req. №26839/05, arrêt du 18/05/2010, para155.

Cité par : Céline Romainville, op.cit, p17.

<sup>4</sup>Ibid, pp15-17.

إن اشتراط وجود قانون على مستوى الدولة يسمح لها بممارسة التقييد والتدخل في الحقوق، يدل على عدم كفاية الاعتراف بالتقييد الوارد على بعض الحقوق والحريات في الاتفاقية، فالضمانة الحقيقية في مواجهة تقييد الدولة هو قانونها الوطني، وهو ما يمكن أن نفسره بالمشروعية الديمقراطية التي تحوزها الدولة أكثر منه الاتفاقية، وبعدم وجود معيار تطبيق مباشر للاتفاقية في جميع الدول الأطراف، مما يستلزم من الأخيرة وضع قانون للتقييد، وكذلك بأن الاتفاقية معيار أدنى لحماية حقوق الإنسان، حيث يعود للدولة قرار وضع قيود على الحقوق التي تقبل ذلك حسب ما بينته الاتفاقية، وتحديد ضوابطه، ولكن ذلك يلزمها بعدم الخروج عما نص عليه القانون، وهو تجسيد لدولة القانون، الذي يمثل أحد المبادئ الأساسية لقانون الاتفاقية.

## الفرع الثاني

### الرقابة على مشروعية التقييد

بعد أن تفرغ المحكمة من فحص شرعية التقييد، تمر إلى رقابة مشروعية التقييد والتي تنصب على الأهداف التي ترمي الدولة لتحقيقها من وراء التقييد، ويتطلب الأمر تعريف مشروعية التقييد (أولاً) ثم توضيح مضمون الأهداف المشروعة (ثانياً).

**أولاً-تعريف مشروعية التقييد:** يقصد بـمشروعية التقييد التزام الدولة بالأهداف المشروعة *legitimate aims* المنصوص عليها في الاتفاقية عند تدخلها أو تقييدها الحقوق التي تقبل ذلك، حيث يمكنها أن تتخذ هدفاً واحداً أو أكثر كمبرر لتقييد حقوق وحريات الأفراد، ويتم التعبير عنه بعبارة "أن يفي التدخل بأحد الأهداف المشروعة"، ويعد من بين العناصر الأساسية في تحديد مدى الهامش التقديري.

تفحص المحكمة مشروعية التقييد من خلال طرح السؤال التالي: هل يقوم التدخل على الأقل على أحد الأهداف المشروعة المعددة حصرياً في نصوص الاتفاقية؟<sup>1</sup>، أو بعبارة أخرى هل يسعى التدخل في حق معين إلى تحقيق هدف مشروع؟<sup>2</sup> في حالة الإجابة بـ "نعم"، يتم المرور إلى السؤال الموالي<sup>3</sup>، أما إذا كانت الإجابة بـ "لا" فهناك انتهاك لمشروعية التدخل، وتمثل رقابة مشروعية

<sup>1</sup>Cour européenne des droits de l'homme, Suivi d'Interlaken principe de subsidiarité, op.cit, p14.

<sup>2</sup>Douwe Korff, op.cit, p3.

<sup>3</sup>Cour européenne des droits de l'homme, Suivi d'Interlaken principe de subsidiarité, op.cit, p14.

الغرض المتوخى فحفا للعلاقة العمودية بين الآثار الناتجة عن تدخل الدولة -بموجب تدابير تحد من حق أساسي- والغرض المتوخى<sup>1</sup>.

**ثانيا-الأهداف المشروعة أساس لرقابة مشروعية التقييد:** تعدد الفقرات الثانية من المواد 8-11 من الاتفاقية قائمة من الأهداف المشروعة التي يجب أن يرمي تقييد الحق المعني إلى تحقيقها، وذلك طبعا بشرط أن يكون هذا التقييد مقرا وفقا للقانون وضروريا في مجتمع ديمقراطي، وقد جاءت بعض الأهداف مشتركة بين جميع أو عدد من المواد (مثلا حماية الصحة في المواد 8 إلى 11، الأمن الوطني (في المواد 8،10،11) وبعضها متشابهة مع اختلاف في صياغتها (مثلا حماية الأخلاق في المواد 8،10،11 وحماية الأخلاق العامة في المادة 9)، كما أن منها التي انفردت بها مادة دون المواد الأخرى (مثلا الرفاهية الاقتصادية للبلد في المادة 8).

وعليه ففي حالة عدم وجود هدف معين في قائمة الأهداف التي تسمح بتقييد الحق المعني فذلك يقصي إمكانية تمسك الدولة به في هذا المجال، ومثاله هدف "الأمن الوطني" الذي لم يتم ذكره في المادة 9 من الاتفاقية لتبرير تقييد حرية التعبير، التفكير والضمير<sup>2</sup>، هذا ويلاحظ أن الاتفاقية عدت الأهداف المشروعة التي تستعملها الدولة كسند لتبرير تدخلها في الحقوق بعبارات عامة ودون توضيح مضمونها مثلا "حماية النظام العام"، "حماية الصحة"، "حماية حقوق وحرريات الآخرين"، تاركة تفسيرها لهيئات الرقابة الاتفاقية، وللهاشم التقديري الوطني.

يجب على الدولة أن تحترم ضوابط هي بمثابة ضمانات إضافية لمشروعية التدخل في الحقوق وهي: عدم جواز فرض قيود ترمي لهدف غير مشروع كقمع الحقوق مثلا، عدم إمكانية التذرع بهدف مشروع لتبرير تدبير تم اتخاذه تحقيقا لهدف آخر غير مشروع وذلك طبقا للمادة 18 من الاتفاقية، عدم جواز فرض قيود لها أهداف أخرى غير تلك التي نص عليها القانون الذي أجازها -والمبني بدوره على النصوص الدولية لحقوق الإنسان-، ويعد تخطي الهدف المراد من التقييد إلى أهداف أخرى غير منصوص عليها بالقانون، انحرافا بالسلطة يخضع لرقابة القضاء المختص، كما يتطلب الأمر وجود أو تعزيز الضمانات والرقابة على الأهداف المرجوة لتكون في

<sup>1</sup>Georges Katrougalos, Daphne Akoumianaki, "L'application du principe de proportionnalité dans le champ des droits sociaux", in : Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, №5, 2012, p13.

<sup>2</sup>Douwe Korff, op.cit, p3.

حدود القانون<sup>1</sup>، ويقع على عاتق الدولة في حالة رفع شكوى ضدها إثبات أن النص القانوني الداخلي الذي أباح التدخل في حق معين يسعى إلى أحد الأهداف المذكورة وأنه قد تم تطبيق النص فعلا على المدعي في الحالة المعنية<sup>2</sup>.

بمقتضى المادة 18 من الاتفاقية<sup>3</sup> بعنوان "الحد من استخدام القيود على الحقوق"، فإنه يجب ألا يتم استخدام القيود المنصوص عليها بالاتفاقية إلا من أجل تحقيق الهدف الذي وضعت من أجله، والغرض من ذلك منع الانحراف بالسلطة، ولا يتم تطبيق المادة 18 بشكل مستقل<sup>4</sup>، حيث يتم الاحتجاج بها مربوطة بأحكام الاتفاقية.

ثالثاً-أنواع الأهداف المشروعة: يمكن تصنيف الأهداف المشروعة التي تبرر المساس بالحقوق والحريات من زوايا مختلفة<sup>5</sup>، غير أن التصنيف الأكثر اعتماداً يأخذ شكل طائفتين كبيرتين هما: الأهداف المتعلقة بالمصالح العامة Intérêts publics والأهداف المتعلقة بالمصالح الخاصة Intérêts privés.

### 1-الأهداف المتعلقة بالمصالح العامة: وتتمثل في:

1/1-الأمن الوطني: يمكن أن تتدرج الدولة بالأمن الوطني sécurité nationale للمساس بالحق في احترام الحياة الخاصة والعائلية وحرمة المنزل والمراسلات (المادة 8)، حرية التعبير (المادة 10) وحرية الاجتماع السلمي والتجمع (المادة 11).

ليس من السهل تحديد مفهوم الأمن الوطني ومع ذلك يعود الفضل للاجتهاد القضائي الأوروبي في وضع مضمون له<sup>6</sup>، إذ يشمل "الأمن" المصالح العامة للدولة لاسيما التهديدات الخارجية أو التخريب بالمفهوم السياسي، بينما يقصد بـ "الوطني" المجال الإقليمي للدولة كاملاً،

<sup>1</sup>الشمالية وليد فياض سلامة، المرجع السابق، ص85، نقلاً عن: راضي مازن ليلو، عبد الهادي حيدر أدهم، المدخل لدراسة حقوق الإنسان، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، 2007، ص235.

<sup>2</sup>Steven Greer, La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme op.cit, p11.

<sup>3</sup>تنص المادة 18 من الاتفاقية بعنوان الحد من استعمال القيود على الحقوق على: "لا يمكن تطبيق قيود على الحقوق والحريات طبقاً للاتفاقية إلا من أجل الهدف الذي تم وضعها من أجله".

<sup>4</sup>Panoussis Ioannis Konstantinos, op.cit, p23 et pp26-28 et pp46-48.

<sup>5</sup>مثلاً يمكن تقسيمها إلى أهداف تتعلق بمصلحة الدولة (الأمن القومي، الأمن الوطني، الرفاهية الاقتصادية للدولة)، أهداف تتعلق بمصلحة الحياة الاجتماعية (النظام العام، الصحة العامة، الأخلاق العامة)، أهداف تتعلق بحماية حقوق وحريات الآخرين.

<sup>6</sup>Cour Européenne des droits de l'homme, division de la recherche, Sécurité nationale et jurisprudence européenne, rapport de recherche, 2013, p4.

وعليه فالأمن الوطني يرتبط بالتهديد بالمفهوم الواسع الذي يواجهه الدولة<sup>1</sup>، ومن القضايا التي تم الاحتجاج فيها بالحفاظ على الأمن الوطني هي تلك التي تتعلق بادعاءات بالمساس بالحقوق في احترام الحياة الخاصة والعائلية، المنزل والمراسلات إثر مراقبة سرية للمدعين، حيث تمسكت فيها الدول المدعى عليها عموماً بالحفاظ على أمنها والدفاع عن النظام الدستوري الديمقراطي في مواجهة تهديدات داخلية وخارجية كالجوسسة والإرهاب، الانفصال، والتحرير على عدم الانضباط العسكري، وقدرت المحكمة غالباً عدم وجود انتهاك للاتفاقية وأيدت الدول في تدخلها وأكدت وجود توازن عادل بين الحقوق من جهة واحتياجات المجتمع الديمقراطي من جهة أخرى<sup>2</sup>.

مثلاً اعترفت المحكمة بهامش تقديري واسع للدولة في تقييد الحق في الخصوصية بهدف حماية الأمن الوطني في قضية Klass أين مارست السلطات الوطنية الألمانية هامشاً تقديرياً لوضع الشروط التي يتم في إطارها إعداد نظام مراقبة سرية من أجل مكافحة الإرهاب، وهي الأفعال التي تم اعتبارها ضرورية في مجتمع ديمقراطي لصالح الأمن الوطني ومنع الجريمة، ولهذا السبب فقد رأت المحكمة أنه ليس لها أن تحل محل السلطات الوطنية في تقييم ما يمثل أفضل سياسة في هذا المجال، ووصلت إلى عدم وجود انتهاك للمادة 8 من الاتفاقية<sup>3</sup>، وقد طغى في القضايا التي أثارت الأمن الوطني كهدف للتدخل في الحقوق وتقييدها، تبرير الهامش التقديري الواسع للدولة لارتباطه بالمصلحة الحيوية لهذه الأخيرة، ونتيجة للمرونة التي يتمتع بها المفهوم<sup>4</sup>.

بالنسبة لتطبيق هدف الأمن الوطني في مجال المادة 11 من الاتفاقية، لاحظت المحكمة في قضية تتعلق بعدم قدرة المدعية على الترشح للانتخابات البرلمانية والمحلية بسبب نشاطها في الحزب الشيوعي، بأن تصرف الدولة لم يكن متناسباً مع الهدف المنشود ولذلك فهو ليس ضرورياً في مجتمع ديمقراطي، وبالتالي فهناك انتهاك للمادة 11<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>Aline Schmidt Noël, op.cit, p263.

<sup>2</sup>من هذه القضايا:

CrEDH (ch), Leander c. Suède, req. №9248/81, arrêt du 26/3/1987; CrEDH (GC), Vogt c. Allemagne, req. №17851/91, arrêt du 26/09/1995.

<sup>3</sup>klass et autres c. Allemagne, op.cit, para 59-60.

<sup>4</sup>Steven Greer, La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme, op.cit, p23.

Voir aussi: Cour européenne des droits de l'homme , division de la recherche, Sécurité nationale et jurisprudence européenne, op.cit, p4.

<sup>5</sup>ECtHR (GC), Ždanoka v. Latvia, app. №58278/00, judg. of 16/03/2006, para 106-111.

**2/1-الأمن العام:** استعملت الاتفاقية هذا الهدف في النسخة الإنجليزية تحت تسمية موحدة في المواد 8-11 وهي *public safety*، بينما استعملته في النسخة الفرنسية تحت تسميتين مختلفتين هما *sureté publique* في المواد 8، 10، 11 و *sécurité publique* في المادة 9، وهو ما يؤدي للاختلاف في تفسير الدول لهذا الهدف، وعلى العموم يمكن أن تمس الدولة بالحقوق المحمية بالمواد من 8-11 من أجل الحفاظ على الأمن العام والسلامة العامة لمجتمعها.

يظهر هذا الهدف في الحالات المتعلقة بالتدخل في الحياة الخاصة للموقوفين بإجبارهم على ارتداء زي نظامي موحد، منع موقوف من الالتقاء بالموقوفين الآخرين بسبب سلوكه المتمم بالتمرد والعصيان الدائم، فرض تقييد صارم على موقوف معين دون غيره محكوم عليه بسبب نشاطاته الإرهابية بخصوص الحق في زيارة زوجته له، ويظهر هذا الهدف في حالة المساس بحرمة المنازل لإنقاذ الضحايا في الكوارث الطبيعية، وكذلك في الحالات المتعلقة بحرية التجمع لاسيما قضايا تخص حل جمعيات مثلا جمعية منتمية للفاشية<sup>1</sup>، جمعية متورطة في تجمهرات معادية لأقلية الروم Roms وفي عروض شبه عسكرية<sup>2</sup>، كما يظهر في الحالات التي تثير حرية التعبير ومثاله الحكم المتعلق بإدانة ضابط بسبب إهانة الجيش، إذ رأت المحكمة أن الإدانة مشروعة لأنها تهدف لحماية الأمن العام، وإن كانت قد أكدت بعدها أنها غير متناسبة<sup>3</sup>.

**3/1-السلامة الإقليمية:** يمكن للدولة أن تتدخل وتقيّد حرية التعبير (المادة 10) حصريا لحماية سلامة إقليمها *intégrité territoriale*، ولأجل ذلك اعتبرت المحكمة مثلا في حكم *Ceylan c. Turquie* بتاريخ 1999/7/8 أن الحكم الجزائي الصادر في حق أحد النقابيين بسبب نشره مقالا يتهم فيه تركيا بممارسة الإرهاب في جنوب شرق الدولة، مشروعا<sup>4</sup>، وقد تم التمسك بهذا الهدف بشكل عام لمواجهة الخطاب الانفصالي<sup>5</sup>.

**4/1-الرفاهية الاقتصادية للبلد:** يمكن للدولة الاحتجاج بالحفاظ على رفاهيتها الاقتصادية *bien-être économique du pays*، حصرا عند مساسها بالحق في احترام الحياة الخاصة والعائلية وحرمة المنزل والمراسلات (المادة 8)، ونظرا لقلّة القضايا التي أثارت هذا المبرر فلم

<sup>1</sup>Aline Schmidt Noël, op.cit, p265.

<sup>2</sup>CrEDH (2<sup>ème</sup> sec.), Vona c. Hongrie, req. № 35943/10, Arrêt du 9/7/2013, para52.

<sup>3</sup>CrEDH (GC), Grigoriades c. Grèce, req. №24348/94, arrêt du 25/11/ 1997, para 39-42.

<sup>4</sup>Aline Schmidt Noël, op.cit , p266.

<sup>5</sup>CrEDH(GC), Sürek et Özdemir c. Turquie, req. N°s 23927/94 et 24277/94, arrêt du 8/7/1999, para50.

يحظ باهتمام من هيئات الرقابة الاتفاقية إلى غاية 1993 تاريخ النظر في قضايا Funke ، Crémieux و Mialhe المرفوعة ضد فرنسا<sup>1</sup>، والمتعلقة بالانتهاكات التي ترتكب خلال زيارات المنازل وما يترتب عنها من حجز والتي يقوم بها أعوان الجمارك، حيث اعترفت المحكمة بمشروعية هذا الهدف<sup>2</sup>.

رأت المحكمة في حكم Berrehab c. Pays-Bas أنه بسبب كثافة السكان، فإن القيود المفروضة على إقامة الأجانب الهادفة لتنظيم سوق العمل، تتبع هدفا مشروعاً للدفاع عن الرفاهية الاقتصادية، أما في حكم Hatton c.royaume-uni في 2003/07/03 فقد فحصت المحكمة ادعاء بالتعرض لضجيج الطائرات، وتطرق لسياسة الدولة بخصوص الرحلات الليلية بمطار Heathrow، ورأت أن الدولة بوضعها نظاماً يحدد نسب الضجيج الليلي لشركات الطيران، مع الإبقاء على الخدمة الكاملة بين لندن والبلدان البعيدة، قد اتبعت هدفاً مشروعاً هو الرفاهية الاقتصادية للبلد<sup>3</sup>.

**5/1-الدفاع عن النظام والوقاية من الجرائم:** يعد هذا الهدف من أكثر الأهداف المشروعة إثارة من الدول عند قيامها بتقييد الحريات الواردة في المواد من 8 إلى 11 من الاتفاقية، وقد تمت صياغته بطريقة مختلفة في هذه المواد في النص الفرنسي فورد أحيانا في عبارة مركبة وهي "الدفاع عن النظام والوقاية من الجريمة" في المادتين 10 و11، وبعبارة "الدفاع عن النظام والوقاية من الجرائم الجزائية" في المادة 8، بينما جاء بعبارة "حماية النظام" في المادة 9، أما في النص الانجليزي فقد جاء في المواد 8، 10 و11 تحت تسمية الوقاية من الفوضى أو الجريمة، وفي المادة 9 حماية النظام العام.

وهو ما يؤدي إلى إمكانية إعطاء معنيين لهذا الهدف، ففي العبارات التي لم يلحق فيها مصطلح "النظام Ordre" بأي صفة يعني "الوقاية من الاضطراب والفوضى" le désordre، أما بالنسبة للعبارات التي وصفته بـ "النظام العام" فإنه يمثل مفهوماً واسعاً يشمل الأمان العام، الصحة العامة، والآداب العامة، في مقابل حقوق وحريات الآخرين التي تمثل بدورها هدفاً مشروعاً، وقد

<sup>1</sup>Aline Schmidt Noël, op.cit, p268.

Voir aussi : Steven Greer, La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme, op.cit, p24.

<sup>2</sup>Funke c. France, op.cit, para52.

<sup>3</sup>Aline Schmidt Noël, op.cit, p269.

استعمل الأستاذ Gonzalez في إطار حديثه عن تقييد حرية الدين مصطلح "ordre public"<sup>1</sup>، هذا وقد مددت المحكمة معنى "النظام" في مجال المادتين 10 و 11 من الاتفاقية ليشمل كذلك النظام المؤسساتي "L'ordre institutionnel"<sup>2</sup>.

كثيرا ما احتجت الدول بالدفاع عن النظام والوقاية من الجريمة، وأقرته المحكمة، ومن ذلك في قضايا تتعلق بالقواعد التنظيمية للحياة في السجن<sup>3</sup>، التدخل في مراسلات الموقوفين<sup>4</sup>، الفحص العقلي الإجباري، المراقبة السرية للأشخاص المشتبه في ارتكابهم جرائم، التفتيش للحصول على أدلة، التنظيم المتعلق بالبث الإذاعي، طرد الأجانب المدانين بارتكاب جرائم خطيرة، حظر الممارسات الجنسية المثلية الرضائية في الجيش، تسجيل المحادثات الهاتفية لصحفيين مع محام مشتبه فيه بضلوعه في نشاطات إرهابية، التوقيف والاحتجاز المؤقت لمحتجين أثناء استعراض عسكري في فيينا، نشر دليل طبي يتعلق بإصابة المدعية بالإيدز في قضية قتلها لزوجها بعد تعرضها للاغتصاب<sup>5</sup>، مصادرة فيلم يسيء للمشاعر الدينية للرومان الكاثوليك بهدف منع الفوضى<sup>6</sup>، كما تم التمسك بالدفاع عن النظام العام لتبرير حظر المظاهرات في بعض الظروف وصلت إلى الحظر الشامل، كالحظر الذي حدث في لندن لمدة شهرين إثر الهيجان الذي سببته المظاهرات الشعبية لمؤيدي اليمين المتطرف من جهة والمعارضة من جهة أخرى<sup>7</sup>.

غير أن هيئات الرقابة الاتفاقية لم تقبل الاحتجاج بـ"النظام" كمبرر للتدخل في ممارسة الحريات المحمية بالمواد 8 إلى 11 في حالات أخرى، كحظر مجلة عسكرية تنتقد الحياة في الجيش، العقوبة المسلطة على أتباع حركة دينية مسيحية لعدم استصدارهم ترخيصا في الوقت المناسب باستعمال أماكن خاصة لأغراض دينية، حظر شركة سويسرية للإلكترونيات من النقاط

<sup>1</sup>Gérard Gonzalez, "Ordre public et liberté de religion dans le système de la convention européenne des droits de l'homme", in: Revue du droit des religions, N 9, mai 2020, pp97-99.

<sup>2</sup>CrEDH (Sec. I), Parti Nationaliste Basque - Organisation Régionale d'Iparaldea c. France, req. №71251/01, Arrêt du 07/06/2007, para43.

<sup>3</sup>ومثاله الارتداء الإجباري للزي الرسمي للسجناء، الحلق الإجباري لشعر سجين بوذي رغم مخالفة ذلك لطريقة تفكيره ودينه، حظر وجود الجرائد غير البريطانية داخل السجن، عدم السماح لسجين بترك لحيته بسبب ضرورة التحقق من هوية السجناء، المشاركة الإجبارية للسجناء في تنظيف الزنزانات رغم تعارض ذلك مع ديانتهم.

Aline Schmidt Noël, op.cit, pp269-270.

Voir aussi: Steven Greer, La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme, op.cit, pp30-34.

<sup>4</sup>كما هو الحال في قضايا Silver و Golder.

<sup>5</sup>Aline Schmidt Noël, op.cit, pp269-270.

Voir aussi: Steven Greer, La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme, op.cit, pp30-34.

<sup>6</sup>Otto-Preminger-Institut c. Autriche, op.cit, para56.

<sup>7</sup>Aline Schmidt Noël, op.cit, p270.

برامج تلفزيونية سوفياتية بالقرب من قمر صناعي سوفياتي لإثبات التقنية العالية لأحد منتجاتها وهو هوائي موجه للأفراد، اعتراض رسالة من محامي إلى موقوف في إطار الحبس الاحتياطي ينصحه فيها بالامتناع عن أي تصريح، تفتيش مكتب محامي في ألمانيا اتضح أن الضمانات الإجرائية خلاله كانت غير مناسبة، منع عضو ألماني في البرلمان الأوروبي من دخول بولنيزيا الفرنسية إثر مشاركته في مظاهرات مناهضة للنووي<sup>1</sup>.

لقد تفاوتت فحص أجهزة الاتفاقية لمبرر الدفاع عن النظام والوقاية من الجرائم، حيث كثيرا ما اكتفت بفحص الوقائع فقط كما تراوحت أحكامها في القضايا ذات الصلة بين تأييد التدخل وبين اعتباره انتهاكا<sup>2</sup>.

**6/1- حماية الصحة:** تعد هدفا مشروعاً لتقييد كل من الحق في احترام الحياة الخاصة والعائلية وحرمة المنزل والمراسلات (المادة 8)، حرية التفكير، الضمير والدين (المادة 9)، حرية التعبير (المادة 10) وحرية الاجتماع والتجمع (المادة 11)، علما أن المادة 9 في النسخة الفرنسية أشارت إليه بـ"الصحة العمومية"، بينما اقتصر باقي المواد أعلاه على تسميته بـ"حماية الصحة".

حظي هذا الهدف باحتجاج معتبر به من الدول، وقد أجازته هيئات الرقابة عموما في القضايا المتعلقة بصحة الأطفال، ترقية شروط النظافة، الوقاية والعلاج من الأوبئة أو أمراض العمل، إلزامية إخضاع الأطفال لاختبار التأثير بالسل أو الفحص الإشعاعي للصدر، إلزام الجنود بقص شعرهم بحيث لا يلامس أعناقهم، حظر بيع مشروبات كحولية في الأماكن العامة<sup>3</sup>، تجريم السلوكات الجنسية السادية بين البالغين ولو برضاهم إذا قدر أن الضرر الناتج عنها خطير، المشاركة الإجبارية للسجناء في تنظيف الزنانات<sup>4</sup>.

وعلى سبيل المثال في حكم يتعلق بالتلقيح الإجباري للأطفال ضد الأمراض الشائعة التي تصيبهم، رأيت المحكمة أن التلقيح الإجباري يعد تدخلا في الحق في احترام الحياة الخاصة، ولكنها اعتبرت أن سياسة تلقيح الأطفال ترمي إلى هدف مشروع هو حماية صحة وحقوق الآخرين، وتقع

<sup>1</sup>Steven Greer, Les exceptions aux articles 8-11 de la convention européenne des droits de l'homme, op.cit, p31.

Voir aussi : Aline Schmidt Noël, op.cit, p270.

<sup>2</sup>Steven Greer, Les exceptions aux articles 8-11 de la convention européenne des droits de l'homme, op.cit, p31.

<sup>3</sup>Aline Schmidt Noël, op.cit, p271.

<sup>4</sup>Steven Greer, Les exceptions aux articles 8-11 de la convention européenne des droits de l'homme, op.cit, p25.

في إطار المصالح الفضلى للأطفال<sup>1</sup>، ووصلت إلى أن التدابير التي اتخذتها الدولة كانت ضرورية في مجتمع ديمقراطي، وقدرت عدم وجود انتهاك للاتفاقية، وقد بررت المحكمة موقفها بـ "التضامن الاجتماعي social solidarity" لفائدة فئة هشة<sup>2</sup>.

**7/1- حماية الأخلاق:** يمكن أن تكون كل الحقوق الواردة بالنصوص من 8 إلى 11 من الاتفاقية موضوعا للتقييد بهدف حماية الأخلاق protection de la morale، علما أن المادة 9 في النص الفرنسي انفردت بوصف الأخلاق بأنها "عامة".

تستخدم الأخلاق العامة لتوضيح القوانين والإجراءات العامة التي توجه السلوك وفقا للقيم الأخلاقية المتأصلة في مجتمع معين، وبذلك فالأخلاق تتجاوز اعتبارات القانون والسياسة العامة، وتتبع أهمية مفهوم الأخلاق العامة من أنها لا تمثل التزامات فرد تجاه فرد آخر ولكن مسؤوليات والتزامات الأفراد للعيش في مجتمع له قيمه الخاصة المتأصلة فيه<sup>3</sup>، فـ "الأخلاق العامة هي المكمل الطبيعي لجميع التشريعات، وهي وحدها تمثل تقنيا" حسب نابليون بونابرت.

بالنسبة لحرية التعبير فهي أول المجالات التي احتجت الدول بحماية الأخلاق لتقييدها، وقد صرحت المحكمة بأنه لا يمكن استخلاص مفهوم موحد لـ "الأخلاق" في القوانين الداخلية للدول المتعاقدة لأنه مفهوم يختلف حسب الزمان والمكان، لاسيما في ذلك الوقت الذي يتسم بالتطور السريع والعميق للآراء حول الموضوع محل نظر، وأشارت إلى الوضع الأفضل للسلطات الوطنية مبدئيا لاتخاذ القرار بشأن المحتوى الدقيق لمتطلبات الأخلاق<sup>4</sup>، واعتبرت أن القيود المفروضة على حرية تعبير الشاكي تتبع هدفا مشروعاً طبقاً للمادة 10 فقرة 2 من الاتفاقية والمتمثل في حماية الأخلاق في مجتمع ديمقراطي، ووصلت إلى عدم وجود انتهاك للمادة 10 من الاتفاقية.

تمسكت المحكمة بالوضع الأفضل للسلطات الوطنية عند فصلها في المسائل الأخلاقية التي لا يوجد بشأنها توافق أوروبي وهو الظاهر من الحكم أعلاه وأحكام كثيرة أخرى، فرأت مثلا بأن

<sup>1</sup>ECtHR (GC), Vavřička and Others v. the Czech Republic, req. № 47621/13 and 5 others, judg. of 8/4/2021, para263, 272.

<sup>2</sup>European court of human rights, Annual report 2021, op.cit, p20.

<sup>3</sup>İtir Aladağ Görentaş, op.cit, p205.

<sup>4</sup>«the requirements of morals vary from time to time and from place to place, especially in our era, which is characterised by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject...»

«their "direct and continuous contact with the vital forces of their countries...».

Handyside v.UK,op.cit, para 48, 46.

مصادرة اللوحات التي تصور أفعال جنسية مثلية وحيوانية لا تعد انتهاكا للمادة 10 من الاتفاقية<sup>1</sup>، ورأت بخصوص تقييد المعلومات المقدمة للنساء الحوامل حول إمكانيات الإجهاض في الخارج، بأن السلطات الوطنية تتمتع بهامش تقديري واسع في المسائل الأخلاقية لاسيما ما يتعلق بطبيعة حياة الإنسان، وإن كانت قد وصلت في الأخير إلى وجود انتهاك للمادة 10 من الاتفاقية نظرا لعدم تناسب القيد المفروض مع الهدف المرجو وهو حماية الأخلاق<sup>2</sup>.

فيما يخص الحق في حماية الحياة الخاصة، لاسيما مجال الحرية الجنسية، وتحديدًا الممارسات المثلية فقد عرفت تدخلا فيها بداعي حماية الأخلاق، وقد تطور رأي أجهزة الرقابة الاتفاقية بصددها، فقد أقرت في البداية بتجريم السلطات الوطنية الممارسات الجنسية المثلية بهدف الحفاظ على الصحة والأخلاق دون أن تعلق قرارها أو أن تتحرى عن ضرورة التدخل وتناسبه مع الهدف المتبع، ثم اعترفت لاحقا بحق الأشخاص البالغين المثليين بإقامة علاقات جنسية خاصة برضاهم دون الخوف من أي متابعات، ورفعته بذلك إلى مصف القاعدة الأوروبية<sup>3</sup>، وهو ما يظهر في قضية Dudgeon حيث تمسكت الدولة المدعى عليها بهدف حماية الأخلاق وحقوق وحرريات الآخرين للتدخل في الحياة الخاصة من خلال سن قوانين تجرم المثلية، وأكدت المحكمة أن هذه القوانين تنطوي على انتهاك مهم للحياة الخاصة، ورأت وجوب توفر أسباب جد خطيرة حتى تكون تدخلات الدولة في الجوانب الحميمة للحياة الخاصة مشروعة، واعتبرت أن المعايير الأخلاقية لا تختلف كثيرا في الدول الأطراف حول هذه المسألة<sup>4</sup>.

في مجال حرية الدين، في قضية حديثة تتعلق بحظر ذبح الحيوانات دون صعقها على إثر صدور مرسومين من مقاطعتي flamande و wallone البلجيكية، رأت المحكمة أنها لأول مرة ستفصل فيما إذا كانت حماية سلامة الحيوان ترتبط بأحد الأهداف المستهدفة بالمادة 9 من الاتفاقية، ورأت بأن حماية الأخلاق العامة التي تستند إليها المادة أعلاه لا تستهدف فقط حماية الكرامة الإنسانية في العلاقات بين الأشخاص، وأن الاتفاقية تهتم كذلك بحماية البيئة التي يعيش فيها الإنسان، ومن ذلك الحيوانات، وأنه لا يمكن تفسير الاتفاقية على أساس حقوق مطلقة للإنسان دون النظر إلى معاناة الحيوان، كما اعتبرت المحكمة أن مفهوم الأخلاق متطور في

<sup>1</sup>Müller et autres c. Suisse, op.cit, para 36, 43.

<sup>2</sup>ECtHR (plenary), Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland, app. Nos 14234/88, 14235/88, judg. of 29/10/1992, para 68, 80.

<sup>3</sup>Aline Schmidt Noël, op.cit, p272.

<sup>4</sup>ECtHR (plenary), Dudgeon v.UK, app. No7525/76, judg. of 22/10/1981, para 52.

جوهره، وأنها لا تعارض محكمة العدل الأوروبية والمحكمة الدستورية البلجيكية، اللتان اعتبرت أن حماية الرفق بالحيوان تمثل قيمة أخلاقية ذات أهمية كبيرة ومتزايدة في المجتمعات الديمقراطية، ورأت المحكمة أنه يمكن حماية الرفق بالحيوان بمفهوم الأخلاق العامة الذي يشكل هدفا مشروعاً بالمعنى المقصود بالمادة 9، وقد أيدت المحكمة الحظر المفروض على الذبح الديني للحيوانات بدون صعقها مسبقاً، ووصلت إلى عدم انتهاك لهذه المادة<sup>1</sup>.

من خلال الاجتهاد القضائي للمحكمة يتضح أن مفهوم الأخلاق يتصف بالاختلاف من مجتمع لآخر فيمكن أن يكون موضوعاً ما كالأجهاض أو العلاقات الجنسية المثلية، زواج المثليين، التحول الجنسي وتغيير الهوية أو الموت الرحيم أو المنشورات ذات الطبيعة الجنسية محظوراً في دول ومباحاً في دول أخرى، كما يتصف بالتطور فقد يصبح الموضوع الذي كان لأخلاقياً ومحظوراً في دولة ما، أخلاقياً ومباحاً، حيث يتأثر مضمون الأخلاق باعتبارات عديدة كالدين والثقافة والسياسة.

يحظى هدف حماية الأخلاق بتطبيق كبير في تقييد حرية الدين وحرية التعبير، وقد منحت المحكمة للدول المتعاقدة هامش تقديري واسع في تقدير الحاجة إلى التدخل في ممارسة هاتين الحريتين لتحقيق هذا الهدف، وهو ما يعد تجسيدا لسياسة المحكمة بعدم التدخل في مسائل السياسات العامة للدول، غير أن ما يعاب على ذلك هو التساهل المبالغ فيه من المحكمة لصالح الدول ولصالح انتهاكات حقوق الإنسان، وتقليل أهمية هذه الحريات في نظر الدول وإعطاء انطباع بأنها غير ضرورية، وهو ما يتعارض والمبدأ العالمي القائل بتساوي جميع حقوق الإنسان من حيث الأهمية، ويتطلب إعادة النظر في تطبيق الهامش التقديري<sup>2</sup>.

**8/1-الدفاع عن سلطة ونزاهة السلطة القضائية:** يمكن أن تتمسك الدولة بهذا الهدف حصراً لتبرير المساس بحرية التعبير (المادة 10)، وقد أثير الهدف أعلاه في القضايا المتعلقة بالصحفيين الذين تعرضوا لضغوطات أو متابعات بسبب تقاريرهم حول محاكمات قائمة أمام القضاء، وفي القضايا المتعلقة بقذف القضاة، وقد ورد هدف "الدفاع عن سلطة وحياد القضاء" في هذه القضايا جنباً إلى جنب هدف "حماية سمعة أو حقوق الغير"، ومن ذلك القضية المتعلقة بالمنع الصادر من القضاء البريطاني في حق جريدة Sunday times -مباشرة بعد نشرها أول مقال

<sup>1</sup>Executief van de Moslims van België et autres c. Belgique, op.cit, para 92-101.

<sup>2</sup>Itr Aladağ Görentaş, op.cit, p205.

حول ضحايا دواء La thalidomide والتشوهات الخطيرة التي سببها للرضع بسبب تناوله من أمهاتهم كمهدئ خلال فترة الحمل-، من نشر معلومات حول الموضوع، ومن كل نشاط ذي صلة، وقد بررت الدولة هذا المنع بالسير الحسن لمحاكمة قائمة آنذاك أطرافها هم عائلات الضحايا من جهة والشركة المسوقة للدواء من جهة ثانية وبالرغبة في ضمان محاكمة عادلة للمتقاضين ودرء أي تأثير على الرأي العام، وأن هذا الإجراء يقع في إطار ما يصطاح عليه في بريطانيا "عدم احترام المحكمة the contempt of court"، وبدورها فسرت المحكمة مصطلح "سلطة السلطة القضائية *autorité du pouvoir judiciaire*" من خلال أن المحاكم هي الأجهزة المختصة الأنسب لتقدير الحقوق والالتزامات القانونية والفصل في النزاعات ذات الصلة، وهو ما يراه الجمهور، وأن قدرتها على القيام بمهامها تؤدي لاحترام وثقة الجمهور، واستعرضت المحكمة الأسباب التي تمسكت بها غرفة اللوردات للتدخل في حرية التعبير، ورأت أنها تتعلق بـ"سلطة السلطة القضائية" وفقا للمفهوم أعلاه الذي وضعته المحكمة، وأكدت أن التدخل في حرية تعبير المدعين مشروع لأنه يرمي لتحقيق هدف وارد بالمادة 10 فقرة 2، وإن كانت في آخر المطاف قد وصلت لوجود انتهاك لحرية التعبير نظرا لعدم تناسب التدخل مع الهدف المشروع المتوخى، وبذلك لم يكن ضروريا في مجتمع ديمقراطي لضمان سلطة السلطة القضائية<sup>1</sup>.

### 9/1- منع إفشاء معلومات سرية: يمكن للدولة أن تفرض قيود على حرية التعبير (المادة

10) حصرا بهدف منع إفشاء أو الكشف عن معلومات سرية، وقد درست المحكمة بإسهاب خلال قضية Gaskin التقييد الذي يهدف لمنع إفشاء معلومات سرية، وترتبط هذه القضية بالادعاء بخرق بريطانيا بشكل أساسي للمادة 8 من الاتفاقية واحتياطيًا للمادة 10 منها بسبب امتناع الحكومة البريطانية عن تزويد المدعي بالمعلومات الرسمية التي طلبها والمتعلقة بفترة تواجده في مراكز الطفولة المسعفة ليتمكن حسب من فهم المشاكل النفسية التي يعاني منها عندما صار بالغًا، متحججة بمساس وإضرار التمكين من المعلومات بالسرية التي تربط الأشخاص القائمين بجمعها<sup>2</sup>.

لم توضح المحكمة المبادئ العامة التي تحكم حق الشخص في الحصول على المعطيات ذات الطابع الشخصي، واعترفت للدول بهامش تقديري واسع فيما يخص التزاماتها الإيجابية الناتجة عن الاتفاقية، ولكنها ربطت حسن استعمال الدولة لهذا الهامش بوجود موازنة عادلة بين المصلحة العامة لحاجات الأطفال الموضوعين تحت الرعاية وفعالية نظام الرعاية الذي تم تدعيمه

<sup>1</sup>Sunday times c. Royaume-uni, op.cit, para 55, 57, 67-68.

<sup>2</sup>CrEDH (plénière), Gaskin c. Royaume-Uni, req. № 10454/83, arrêt du 7 /7/1989.

بسرية الملفات من جهة والمصلحة الخاصة للمدعي بالحصول على ملف يحتوي تاريخه الشخصي من جهة أخرى ووصلت إلى وجود انتهاك للمادة 8، بينما رأت المحكمة بخصوص المادة 10 بأن حرية الحصول على معلومات تحظر على الحكومة منع الأشخاص الراغبين في الحصول عليها من ذلك، غير أن هذا لا يعني أن الدولة يجب أن تقدم المعلومات المرغوب فيها لطالبيها<sup>1</sup>.

## 2-الأهداف المتعلقة بالمصالح الخاصة: تضمنت المواد من 8 إلى 11 أهدافا تبيح التدخل

في الحقوق المحمية بموجبها لحماية المصالح الخاصة، وهي حماية حقوق و حريات الآخرين وحماية سمعة الآخرين.

## 1/2-حماية حقوق وحرريات الآخرين: يمكن أن تكون الحقوق المحمية بالمواد 8-11

موضوعا للتقييد بهدف حماية حقوق الغير وحرياته، مع التنويه إلى أن المادة 10 أشارت فقط لحماية حقوق الآخرين.

فيما يتعلق بالحياة الخاصة تمسكت الدول المدعى عليها بحماية حقوق وحرريات الآخرين لتبرير تجريم السلوكات الجنسية المثلية، فحوصات الدم الإجبارية الخاصة بشرطة المرور لحماية عدد معتبر من ضحايا حوادث المرور، انتزاع طفل من عائلته البيولوجية مع تقييد التواصل والاحتكاك بين الأخير ووالديه لمصلحته، إنكار الأبوة، حق أب في زيارة ابنته، نشر صور عن الحياة الخاصة لأميرة Monaco في الصحف الألمانية حيث اعتبرت المحكمة أن المنشورات تتعلق حصرا بتفاصيل الحياة الخاصة وأن الجمهور ليس له مصلحة مشروعة للاطلاع عليها<sup>2</sup>.

فيما يتعلق بحرية التعبير تمسكت الدول بهذا الهدف في عدة قضايا مثلا فيما يخص رفض الموافقة على نشر فيلم يتضمن مشاهد مثيرة تجمع بين قديسة والمسيح وذلك من أجل حماية المواطنين من المساس بمشاعرهم الدينية، وأكدت المحكمة أن التقييد مبرر بهدف مشروع يتعلق بحماية حقوق الآخرين بمفهوم المادة 10 فقرة 2 من الاتفاقية، ويلتقي مع حماية الحرية الدينية

<sup>1</sup>Gaskin c. Royaume-Uni, op.cit, para 40 et 52.

Voir aussi : Steven Greer, La marge d'appréciation: interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme, op.cit, p27.

Steven Greer, Les exceptions aux articles 8-11 de la convention européenne des droits de l'homme, op.cit, p43.

<sup>2</sup>Dudgeon v.UK, op.cit,para47; ECtHR (third sec.), Tavli v. Turkey, app. №, judg. of 9/11/2006 (final 09/02/2007), para 29; ECtHR (sec. I), Eski v. Austria, app. № 21949/03, judg. of 25/01/2007 (final 27/4/2007), para 35; CrEDH (3<sup>ème</sup> sec.), Von Hannover c. Allemagne, req. №59320/00, Arrêt du 24/06/2004, (Définitif 24/09/2004), para53.

المكفولة بالمادة 9 من الاتفاقية، ووصلت إلى عدم وجود انتهاك لحرية التعبير<sup>1</sup>، أما فيما يخص متابعة الأمانة العامة لجمعية حماية الأجنة بسبب توزيعها غير القانوني لعدد كبير من المنشورات قبل الانتخابات التشريعية تستعرض فيها وجهات نظر المترشحين للانتخابات بالمملكة المتحدة حول الإجهاض، فقد رأت وجود انتهاك للمادة 10<sup>2</sup>.

بالنسبة لحرية التجمع مثلا في قضية Vogt بخصوص طرد معلمة بسبب انتمائها للحزب الشيوعي الألماني، تم التمسك بالهدف أعلاه<sup>3</sup>، أما بخصوص حرية الدين فقد قررت المحكمة في قضية تتعلق بحظر ارتداء الحجاب في المؤسسات العمومية أن الإجراءات التي اتخذتها الحكومة السويسرية تندرج ضمن الهدف المشروع الوارد بالمادة 9 فقرة 2 من الاتفاقية وهو حماية حقوق وحرية الآخرين<sup>4</sup>.

يرمي الهدف أعلاه إلى تحجيم سلطات الأفراد حتى يسمح لهم جميعا بممارسة نفس الحقوق والحرية بشكل متساو، ويعد هذا الهدف واسعا وكثيرا ما يتداخل مع أهداف أخرى وبالأخص "حماية الصحة أو الأخلاق" و"الدفاع عن النظام والوقاية من الجريمة"، وتجدر الإشارة إلى عدم وجود مبادئ عامة تحكمه حيث اكتفت أجهزة الرقابة بدراسته في كل حالة بشكل منفصل، ويعد هذا الهدف أساسه في ضرورة ضبط الحريات فمن غير المعقول تركها على إطلاقها حيث يجب توفير حماية متوازنة بين حريات الأفراد وإلا فإن الأمر سيقود إلى الصراع والفوضى.

**2/2-حماية سمعة الآخرين:** يمكن أن يبرر المساس بحرية التعبير وكذلك حرية الاجتماع والتجمع بحماية سمعة الآخرين، وقد أثير هذا الهدف عموما في القضايا المتعلقة بحماية سمعة القضاة حيث اعتبرت المحكمة في إحدى القضايا أن إدانة المدعين وهما صحفي وناشر دورية بسبب قذف بعض القضاة الجزائريين النمساويين مبررة بالفقرة 2 من المادة 10 وهي حماية سمعة أو حقوق الآخرين، وكذلك الأمر في قضية تتعلق بإدانة مواطن دانماركي نشر مقالا شكك فيه بقدرات القاضيين الفاصلين في نزاع جبائي، حيث أيدت المحكمة إدانته معتبرة أنها تهدف للحفاظ على سمعة الغير وهي في قضية الحال سمعة القاضيين وكذلك للحفاظ بشكل غير مباشر على

<sup>1</sup>CrEDH(ch), Wingrove c. Royaume-uni, req. №17419/90, Arrêt du 25/11/1996, para 48, 51, 65.

<sup>2</sup>ECtHR (GC), Bowman v. Uk, app. №24839/94, judg. of 12/2/1998, para38 and 47.

<sup>3</sup>Vogt c. Allemagne, op.cit, para 49 et 51.

<sup>4</sup>CrEDH (sec. II), Dahlab c. Suisse, req. №42393/98, dec. du 15/02/2001, p10.

سلطة القضاء<sup>1</sup>، كما أثير هذا الهدف في قضايا تتعلق بحماية سمعة شركة McDonald's وحماية سمعة رئيس الحزب الليبرالي النمساوي<sup>2</sup>.

رأت المحكمة أن الدول يمكنها أن تبرر تقييد ما بهدف غير مذكور في قائمة الأهداف المشروعة المعددة في المواد 8-11 بشرط توافقه مع مبدأ سمو القانون والأهداف العامة للاتفاقية<sup>3</sup>، وفي نفس السياق، أكدت المحكمة أن قائمة الاستثناءات على حرية كل شخص في إظهار دينه أو قناعاته الواردة في الفقرة 2 من المادة 9، هي حصرية وأن تعريف الاستثناءات ضيق<sup>4</sup>، وقد استعملت المحكمة ذاتها هدفا مشروعاً لم يرد في هذه القائمة وهو "الدفاع عن مبدأ العلمانية" وربطته بالدفاع عن حقوق وحرريات الآخرين، وذلك إما بشكل ضمني (لاسيما في مجال ترقية المساواة بين الرجل والمرأة) حيث اعتبرت المحكمة بأن العلمانية تحترم قيم الاتفاقية أو تتوافق معها، وإما بشكل صريح في ظروف أخرى<sup>5</sup>.

من خلال ما تم عرضه يتضح أن المحكمة تمارس رقابة دنيا على طبيعة الهدف المشروع المتوخى، وذلك لأنها غالبا ما أقرت في اجتهادها القضائي بمشروعية الأهداف المثارة، كما خرجت في عدة أحكام عن قائمة الأهداف المشروعة التي عدتها الاتفاقية للسماح بتقييد أحد الحقوق، ومع ذلك فقد حاولت ربط هذه الأهداف الجديدة بالأهداف المنصوص عليها بالاتفاقية، كما اقتصرت المحكمة في إقرار وجود انتهاك من الدولة لمشروعية التقييد على حالة استثنائية تتعلق بغياب الهدف المشروع أصلا.

<sup>1</sup>ECtHR (ch), Prager and Oberschlick v. Austria, app.№ 15974/90, judg. of 26/4/1995, para31.

CrEDH (ch), Barfod c. Danemark, req.№11508/85, arrêt du 22/2/1989, para26.

<sup>2</sup>ECtHR (sec. IV), Steel and Morris v. UK, app. №68416/01, jusg. of 15/2/2005, para86; CrEDH (3ème sec.), Unabhängige Initiative Informationsvielfalt c. Autriche, req. №28525/95, arrêt du 26/2/2002 (définitif 26/5/2002), para28.

<sup>3</sup>Ždanoka v. Latvia, op.cit, para 115, b.

<sup>4</sup>«L'énumération des exceptions à la liberté de chacun de manifester sa religion ou ses convictions qui figure dans le second paragraphe de l'article 9 est exhaustive et que la définition de ces exceptions est restrictive».

S.A.S. c. France, op.cit, para 113.

<sup>5</sup>Gérard Gonzalez, "Ordre public et liberté de religion dans le système de la convention européenne des droits de l'homme", op.cit, pp97-99.

## المطلب الثاني:

### رقابة ضرورة التقييد في مجتمع ديمقراطي

يستلزم أي تقييد أو تدخل في الحقوق المحمية بالاتفاقية وبشكل خاص الواردة بالمواد 8-11 كما سبقت الإشارة أن يكون منصوصا عليه بقانون ومبررا بهدف مشروع، كما يستلزم كذلك أن يكون ضروريا في مجتمع ديمقراطي، وهو معيار مهم يعكس اهتمام الاتفاقية بالتوازن بين احترام سيادة الدولة وحقوق الفرد والجماعة ويؤكد أهمية مبدأ الديمقراطية الذي يعد مقياسا يقاس به الالتزام بحقوق الإنسان وأهمية المجتمع من خلال مراعاة حاجاته.

### الفرع الأول:

#### تعريف الضرورة في مجتمع ديمقراطي

يقصد بضرورة تقييد الحقوق والتدخل فيها أن تكون التدابير التقييدية المتخذة من الدولة متناسبة مع الهدف المتوخى تحقيقه، وهو ما يعرف بـ "التناسب" والذي عبرت عليه الاتفاقية من خلال عبارة "الضرورة في مجتمع ديمقراطي Nécessité dans une société démocratique"<sup>1</sup>، التي تعني "أن تكون القيود المفروضة على الحقوق لازمة لصيانة الأهداف العامة أو الخاصة التي تفرض وضع قيد كالأمن القومي، السلامة العامة، النظام العام، الصحة العامة، الآداب العامة، حماية حقوق الآخرين وحياتهم" بالمعنى المتعارف عليه للديمقراطية في الحكم بشكل يرفض أي تعسف للسلطة وأي انتهاك لحقوق الإنسان<sup>2</sup>، وقد فسرت المحكمة شرط "الضرورة في مجتمع ديمقراطي" بوجود أن يكون القيد متناسبا مع الهدف المشروع المتوخى، والذي يتطلب من السلطات عندما تختار الوسائل التي تستعملها لتحقيق هذا الهدف أن تراعي التوازن العادل بين أهمية الهدف المتوخى والزامية احترام الحقوق<sup>3</sup>، حيث يعبر هذا الشرط عن التوتر الناتج عن الاصطدام بين الأفراد والمجتمع<sup>4</sup>، وتفحص المحكمة ضرورة التدخل في الحق من خلال الإجابة على السؤال التالي: هل يعد التدخل "ضروريا في مجتمع ديمقراطي لتحقيق الهدف المشروع الذي يسعى إليه؟" أي هل هناك علاقة تناسب بين الهدف والتدخل؟، ففي حالة

<sup>1</sup>Aline Schmidt Noël, op.cit, pp 274-275.

<sup>2</sup>الشافعي محمد بشير، المرجع السابق، ص 270، ص 271.

<sup>3</sup>Florian Hoffmann, Julie Ringelheim, op.cit, p131.

<sup>4</sup>Aaron A. Ostrovsky, op.cit, p50.

الإجابة بـ"نعم" فإن التدخل يعتبر متوافقا مع أحكام الاتفاقية بينما في حالة الإجابة بـ "لا" فإن ذلك يؤدي لإثبات الانتهاك.

تنصب رقابة ضرورة تدخل الدولة وتبرير التدابير التي اتخذتها بالنسبة للهدف المرجو على فحص علاقة التوافق بين الأثر الناتج والأثر المرجو من الاتفاقية لاسيما مدى قوة هذا التوافق<sup>1</sup>، وتجدر التفرة بين ضرورة التدبير المتخذ وشرعيته أو قانونيته، حيث لا يعني صدور التدبير عن السلطة التشريعية مثلا بأنه ضروري<sup>2</sup>، وتعد رقابة الضرورة في مجتمع ديمقراطي أي "رقابة التناسب" الأصعب عمليا، الأكثر ليونة والأكثر ارتباطا بالظروف الخاصة للقضية، وتفتح المجال مباشرة لمبدأ الاحتياطية من خلال مفهوم الهامش التقديري المتروك للدول<sup>3</sup>، وقد أشارت المحكمة إلى أن مبدأ التناسب لصيق بصفة "ضروري"<sup>4</sup>، وباعتبار أن رقابة ضرورة التقييد هي آخر مرحلة في رقابة المحكمة فكثيرا ما تكون حاسمة لتحديد مدى الهامش التقديري ومنه للحكم على وجود أو عدم وجود انتهاك، وتكتسب هذه الرقابة أهميتها نظرا لأن المحكمة تضمن من خلالها التوازن بين متناقضين هما: حماية الحقوق الأساسية والاعتراف بهامش وطني للتقدير.

## الفرع الثاني:

### معايير رقابة الضرورة في مجتمع ديمقراطي

تعتبر رقابة الضرورة أكثر اختبارات المحكمة تعقيدا وانفتاحا وذاتية، غير أن المحكمة وضعت معايير تعد بمثابة شروط تساعد على حد ما في توجيه رقابتها بشكل خاص في مجال البنود التقييدية<sup>5</sup> ويجب أن تتوفر مجتمعة في أي تقييد أو تدخل في الحقوق وهي: "الحاجة الاجتماعية الملحة، التناسب والأسباب ذات الصلة والكافية"، وقد أسقطت المحكمة هذا المعيار الثلاثي على الحقوق بدرجة متفاوتة ومختلفة وتدرجيا، فكانت حرية التعبير سبابة لاحتوائه من

<sup>1</sup>Georges Katrougalos, Daphne Akoumianaki, op.cit, p13.

<sup>2</sup>Aline Schmidt Noël, op.cit p275.

<sup>3</sup>Cour européenne des droits de l'homme, Suivi d'Interlaken principe de subsidiarité, op.cit, p14.

Voir aussi: «In determining whether an interference was 'necessary in a democratic society' the Court will take into account that a margin of appreciation is left to the Contracting States».

ECtHR (4<sup>th</sup> sec.), Czarnowski v. Poland, app. No. 28586/03, judg. of 20/01/2009, para 27.

<sup>4</sup>«The United Kingdom was said to have violated the principle of proportionality, inherent in the adjective "necessary",...» .

Handyside v.UK, op.cit, para58.

أنظر مثلا:

ECtHR (GC), Excerpt From S. & Marper v. UK, app. Nos30562/04 and 30566/04, Judg. of 4/12/2008, para101-104; Silver and others v. UK, op.cit, para 97et 98.

خلال حكم Handyside وحكم Sunday times اللذان اتسما بنتيجة مختلفة لكل منهما، ومع ذلك فإن الحكم الأخير يعتبر حاسماً في استقرار الاجتهاد القضائي للمحكمة في مجال حرية التعبير، بينما طبقت المعيار بالشكل الثلاثي أعلاه على الحق في احترام الحياة الخاصة والعائلية ودعمته بضرورة وجود "توازن عادل بين المصالح المتنافسة" في حكم Z c.Finlande وفي حكم Mac leod ، وعموماً مارست المحكمة اختبار تناسب صارم عندما يتعلق الأمر بالحقوق الأساسية كحرية التعبير أو الجوانب الحميمة للحق في الخصوصية<sup>1</sup>.

أما فيما يتعلق بحرية التفكير، الضمير والدين فقد تم تطبيق المعيار الثلاثي عليها بدءاً من سنة 1993 في حكم Kokkinakis، حيث أشارت المحكمة لشرطي "التناسب والحاجة الاجتماعية الملحة" بشكل صريح، بينما جاء شرط كفاية الأسباب ضمناً، وبخصوص حرية الاجتماع والتجمع فقد تم تطبيق شرط التناسب فقط في البداية وهو ما يظهر من حكم Young, James and Webster v.UK بينما تم استعمال باقي الشروط لاحقاً لاسيما في حكم Chassagnou حيث تعرض إلى "الحاجة الاجتماعية الملحة" وحكم Sidiropoulos et autres الذي تعرض إلى "الأسباب ذات الصلة والكافية"<sup>2</sup>.

واستناداً إلى الاجتهاد القضائي للمحكمة فإن رقابة الضرورة في مجتمع ديمقراطي تقوم على فحص المحكمة وتحققها من عناصر هي:

أولاً-وجود حاجة اجتماعية ملحة: تبحث المحكمة عن وجود "حاجة اجتماعية ملحة pressing social need" دعت للتدخل لتتحقق من تناسبه مع تلبية هذه الحاجة ومنه وجود ضرورة لذلك، وقد اعتبرت أن صفة "ضروري necessary" ليست مرادفة لصفة "لا غنى عنه indispensable" وليست لها نفس مرونة مصطلحات أخرى في الاتفاقية مثل: مقبول Admissible، عادي Normal، مفيد Utile، معقول Raisonnable، في أوانه Opportun، وبالنتيجة تتمتع السلطات الوطنية بهامش تقديري لتقييم وجود الحاجة الاجتماعية الملحة في هذا السياق، واعتبرت المحكمة أن وجود الحاجة كاف لتبرير التدخل<sup>3</sup>، وأضافت أن مصطلح "ضروري" ليس ثابت وموحد في جميع الدول المتعاقدة وأنه يعني "حاجة اجتماعية ملحة"، ويترتب عنه

<sup>1</sup>Aline Schmidt Noël, op.cit, p276.

<sup>2</sup>Ibid.

<sup>3</sup>Handyside v. UK, op.cit, para 48.

هام شا للسلطات الوطنية لتقييم مبدئيا هذه الحاجة، غير أنها استبعدت وجود هذه الحاجة بسبب وجود مفهوم مشترك داخل أوروبا يجعل سلوكات المثليين لا ترقى لتشكّل جريمة<sup>1</sup>.

بينت المحكمة أهمية الشرط أعلاه وخصائصه ونتائجه، فألزمت الدولة بتبرير تدخلها بوجود حاجة اجتماعية ملحة<sup>2</sup>، وأكدت على عنصر الإلحاح والاضطرار أو الضغط الشديد الذي تواجهه الدولة وبناء عليه فقد استنتجت مثلا نتيجة لغياب هذا العنصر بأن حظر نشر مقال صحفي لا يتعلق بـ "حاجة اجتماعية جد ملحة" وبالتالي وجود انتهاك لحرية التعبير<sup>3</sup>، وأشارت فيما يخص التدخل في حرية التعبير لحماية حق الآخرين تحديدا من التعدي على معتقداتهم الدينية، إلى أن التأكد من وجود حاجة حقيقية للحماية من إمكانية رؤية الفيلم محل نزاع، يقع في إطار فحص ضرورة التدخل، واعتبرت أن التدابير التي اتخذتها السلطات تؤدي للمنع الكلي لنشر الفيلم، ولكنها نتيجة مفهومة لوجهة نظر الأجهزة المختصة والتي تركز على كون نشر الفيلم يشكل انتهاكا للقانون الجنائي وكذلك على امتناع الشاكية عن تعديل أو حذف المشاهد المعنية بالمنع، ووصلت المحكمة إلى أن سلطات الدولة لم تتجاوز هامشها التقديري، وأقرت بأن تدبير منع الفيلم مبرر بأنه ضروري في مجتمع ديمقراطي، ووصلت إلى عدم وجود انتهاك للمادة 10 من الاتفاقية<sup>4</sup>.

أكدت المحكمة في حكم حول حرية التعبير الفنية من خلال عرض لوحات متاحة للعامّة تتضمن رسوم وصور منافية للأخلاق وتمس بحقوق الآخرين، وما ترتب عن ذلك من حجز اللوحات المعنية وتغريم الفنانين، بأن صفة ضروري تعني الحاجة الاجتماعية الملحة وأن تقدير وجود هذه الحاجة يجب أن يكون ملموسا بناء على الأحكام القضائية الصادرة ضد الشاكين ولكن كذلك على ضوء مجمل القضية لاسيما اللوحات وسياق عرضها<sup>5</sup> وفي حكم آخر موضوعه ادعاء الشاكية بانتهاك المادة 10 من الاتفاقية مربوطة بالمادة 14 بسبب حظر بيع أحد منشوراتها -وهو كتاب جماعي يتناول الجوانب المختلفة للصراع في إقليم الباسك وينتهي بمقال حرره تيار الباسك للتحريير الوطني- على كامل التراب الفرنسي لمدة تسعة سنوات، رأت المحكمة بعد معاينة الادعاءات والتبريرات المقدمة أن مضمون المنشور لا يشكل من منظور الأمن والنظام العام سببا

<sup>1</sup>Dudgeon v. UK, op.cit, para51-61 .

<sup>2</sup>CrEDH (2<sup>ème</sup> sec.), Plon c.France, req. №58148/00, judg. of 18/5/2004, para44.

<sup>3</sup>Sunday times, op.cit, para67-68.

<sup>4</sup>Wingrove c. Royaume-uni, op.cit, para 64 ,49 ,65.

<sup>5</sup>Müller et autres c. Suisse, op.cit, para32.

لتبرير جسامة المساس بحرية تعبير المشتكية، وأن قرار وزير الداخلية لا يستجيب لحاجة اجتماعية ملحة ولا يعد متناسبا مع الهدف المشروع المرجو<sup>1</sup>.

يفيد الشرط أعلاه أن التدخل في حق ما لا يمكن أن يبرر بحاجة بسيطة بل بحاجة ملحة عاجلة لا يمكن تجاهلها ويعود تقدير وجودها إلى السلطات الوطنية استنادا إلى ما يحتاجه المجتمع، وقد وضعت المحكمة معايير لتتأكد من وجود هذه الحاجة فعلا لاسيما الظروف السائدة بالدولة والظروف المتعلقة بالقضية وحسن النية والمنطقية في تصرف الدولة وتقييدها للحقوق، ولكنها لم تضبطها وتركتها مرنة مما قد يجعل الكرة في يد الدولة كما قد تكون في يد المحكمة لممارسة سلطتها التقديرية كاملة.

**ثانيا-التناسب:** يمثل عنصر التناسب المعيار الثاني الذي تعتمده المحكمة في رقابتها على ضرورة القيود المفروضة على الحقوق في مجتمع ديمقراطي.

**1-تعريف التناسب:** ينصرف معنى التناسب Proportionnalité لغة إلى العلاقة بين أجزاء شيء ما، وبالتحديد إلى التوافق والانسجام بين أجزاء الشيء<sup>2</sup>، ويعرف بأنه توزيع شيء على نحو عادل، ويعود أصل استخدامه للغة اليونانية على يد الفيلسوف Cicéron عند حديثه عن فكرة تناسب الأشياء المتماثلة، ويقوم على العلاقة بين شيئين أو أكثر متشابهين، بناء على الخصائص المشتركة بينهما، كما اعتبره Aristot وسيلة وربطه بمعنى العادل le juste<sup>3</sup>، وقد اكتسب التناسب صفة المبدأ مع الوقت، حيث عبر اللورد Diplock سنة 1983 عن مدلوله بقوله: " مبدأ التناسب يحظر استخدام المطرقة البخارية لكسر الجوز إذا كانت كسارة البندق تفعل ذلك"، بينما جسد الفقيه الألماني Fleiner مبدأ التناسب بالمثل القائل: "يجب على الشرطة ألا تطلق النار على العصافير برصاص المدافع" وهو ما يجعله مرادفا للقياس والانسجام والتناغم، علما أن هذا المفهوم موجود في مختلف الميادين كالهندسة المعمارية، الرياضيات والرسم<sup>4</sup>.

أما في مجال القانون فيظهر التناسب بقوة في مجال العلاقة بين الفرد (المصلحة الخاصة) والمجتمع والدولة (المصلحة العامة) والتي تعد علاقة توازن، ويشكل التناسب مفهوما محوريا في

<sup>1</sup>CrEDH (3<sup>ème</sup> sec.), Association Ekin c.France, req. №39288/98, arrêt du 17/07/2001, para56,63-65.

<sup>2</sup>Dictionnaire Larousse Maxi debutants, op.cit, p679.

<sup>3</sup>Laurent Sermet, op.cit, p26.

<sup>4</sup>Petr Muzny, La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'homme Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique, Tome 1, Presse universitaire d'Aix-Marseille PUAM, 2005, p23.

الفكر القانوني والفلسفي الأوروبي، كمبدأ في خدمة الحماية الفعالة للحقوق والحريات وكثقتية للرقابة القضائية في الأنظمة الوطنية والدولية، إذ تعتمد المحاكم لاسيما الدستورية في شكل اختبار تناسب للبت في القضايا التي تتضمن تصادماً لحقوق مشروعة، مما يتطلب منها الموازنة بين الحقوق والضرر الذي قد يلحق بها، ويظهر بوضوح في قانون الاتفاقية ويحتل مكانة محورية في التحقيق الذي تقوم به المحكمة حول ضرورة التدبير الذي اتخذته الدولة للتدخل في حق معين، حيث يمثل آلية موازنة بين المبادئ القانونية المتعارضة التي تطبق في نفس الوقت، وهي الحريات الأساسية والأهداف المشروعة الأخرى كالخاصة بحماية المصلحة العامة مثلاً، وعموماً فإن هدف مبدأ التناسب واحد في مختلف الأنظمة وهو تخفيف سطوة السلطات العامة من أجل ضمان حقوق الأفراد وتفاذي المساس التعسفي أو الجذري بها بشكل يمس بجوهر الحقوق، ويمثل المبدأ آلية تقاضي تسمح للقاضي بالتحكيم بين المبادئ القانونية المتنافسة<sup>1</sup>، وقد تحول مبدأ التناسب على المستوى الوطني لخدمة الحماية المشددة للحقوق الأساسية وذلك تحت تأثير القانون الأوروبي، بعد أن كان يستعمل لإثبات وجود ملاءمة بين الوسائل التي تستعملها الإدارة والهدف المرجو تحقيقه، فهو ضروري لضمان دولة القانون مع الاعتراف بالمصالح العامة إلى جانب الحقوق والحريات والتي يقع ضمانها جميعاً على الدولة<sup>2</sup>.

يرتبط مبدأ التناسب بالهامش التقديري للدولة -إلى جانب مبدأ الاحتياطية والرقابة- والتي تستتبع بعضها، ويتم استخدامه للحد من سلطة الدول الأعضاء على حقوق الإنسان، إذ لا يمكن للدول أن تحد من الحقوق الأساسية المضمونة في الاتفاقية إلا عندما ينص عليها القانون لتحقيق أهداف مشروعة، وعندما يكون ذلك ضرورياً في مجتمع ديمقراطي<sup>3</sup>، وقد أشار Takahashi إلى العلاقة بين الهامش التقديري ومبدأ التناسب واعتبرهما وجهان لعملة واحدة<sup>4</sup>، حيث أن التطبيق المشدد للتناسب يجعل الهامش التقديري ضيقاً بينما التطبيق المخفف للتناسب يؤدي إلى هامش تقديري واسع<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>Jean-Marc Sauvé, Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés, Intervention à l'Institut Portalis, Aix-en-Provence, Vendredi 17 mars 2017, p3, disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr> , consulté le 14/05/2021 à 19 :36.

<sup>2</sup>Ibid, pp4-7.

<sup>3</sup>İtir Aladağ Görentaş, op.cit, p201.

<sup>4</sup>Yutaka Arai-Takahashi, op.cit, p14.

<sup>5</sup>Martin Kopa, op.cit, p39.

رغم أن المحكمة تترك للدولة العضو هامشا تقديريا إلا أنه لا يمكن تغييب رقابتها على الدول وتحديدًا اختبار التناسب، وفي هذا الشأن رأى Letsas عدم وجود نظرية تبين ما يدخل في إطار هذا الهامش وتمكن من التعرف على فعل أو امتناع الدولة الذي يشكل انتهاكا، وأكد استخدام أدوات أخرى بدلا من ذلك كالموازنة أو مبدأ التناسب لمعرفة حدود الحقوق المضمونة<sup>1</sup>.

تجد رقابة التناسب أصلها في نظامين هما النظام الألماني، تحديدا الاجتهاد الدستوري الألماني ونظام دول القانون العرفي، وقد أخذت المحكمة من النظامين عند ممارستها لرقابتها ومثاله ما يتعلق برقابة التوازن Balancing<sup>2</sup>، وتنبع أهمية هذه الرقابة من غرض الاتفاقية وهو حماية الحقوق الأساسية في دول تتعدد وتختلف فيها القيم الاجتماعية، بحيث يعد منح هامش تقديري للمشرع الوطني ضروريا، غير أن التوفيق بين الحقوق ووجود الدولة يعد كذلك ضروريا.

إن أساس رقابة التناسب هو التأكد من احترام الدولة لمبدأ التناسب في التدابير التي اتخذتها للتدخل في حق ما، وتقوم على الاستنتاج المبني على وزن الحجج المؤيدة والمعارضة لفرضية معينة، ويكون الاستنتاج في كثير من الأحيان عنصرا حاسما للمحكمة في اتخاذ قرارها النهائي في قضية معينة، كما ترتبط بمفهوم الحقوق الأساسية حيث يستند القاضي في وصف حق معين بأنه أساسي على تقنية التناسب، ووزن الحق بميزان الديمقراطية، فكلما كان مهما في تحقيقها يعتبر أساسيا، وتميل الكفة لصالحه، هذا وتؤثر في وزنه ومن ثم وصفه كذلك ظروف كل حالة<sup>3</sup>.

**2-معايير فحص التناسب:** تفحص المحكمة تناسب التدخل من خلال الإجابة على مجموعة أسئلة كالآتي: هل يتعدى التدخل الهدف المرجو منه؟ هل هناك تدابير أخرى بديلة كان بإمكان الدولة اعتمادها، وهل اختارت الدولة الوسيلة الأقل مساسا بالحق محل التدخل؟.

وفي ظل غياب تطبيق منتظم لشرط التناسب من المحكمة، فيجب على السلطات أن تختار الوسيلة الأقل تقييدا وأن تحقق توازنا بين مساوئ التقييد والهدف المشروع المتبع، وحسب الفقيه Van Drooghenbroeck فإن "الضرورة في مجتمع ديمقراطي" تتطلب التحكيم بين المصالح المتنازعة، وهذا ما يمثل وظيفة التناسب، كما أشار إلى عدم وضوح مضمون التناسب في اجتهاد المحكمة، وإلى أن اجتهادها القضائي مبني على ثلاثة عناصر مستقاة من القانون السويسري

<sup>1</sup>Jan Kratochvíl, op.cit, p327.

<sup>2</sup>Georges Katrougalos, Daphne Akoumianaki, op.cit, pp3-9.

<sup>3</sup>Petr Muzny, op.cit, pp92-93.

والألماني هي: الملاءمة Adéquation، الضرورة Nécessité والتناسب بالمفهوم الضيق Proportionnalité، ولاحظ أن استنتاجات ومنطق المحكمة مشوبة بنقائص منهجية بخصوص تحليل هذه المعايير، وأكد على مساس ذلك بالأمن القانوني، وأصر على توضيح متطلبات أو شروط التناسب<sup>1</sup>، وبالرجوع للاجتهاد القضائي للمحكمة فإن هذه الأخيرة تتحقق من تناسب التدخل استنادا إلى معايير هي:

## 1/2- عدم وجود وسائل متاحة أقل تقييدا من تلك التي استعملتها الدولة: تتأكد المحكمة

في كل حالة من أن الوسائل التي استعملتها الدولة لم تتجاوز ما تتطلبه<sup>2</sup>، بمعنى "هل يمكن اتخاذ تدبير معين بوسائل أقل تقييدا للحق؟"، فمثلا رفضت المحكمة فتح وقراءة المراسلات المتبادلة بين المحبوسين ومحاميهم، ورأت بأن إدارة السجون يمكن أن تفتح المراسلات لتتأكد من عدم احتوائها على مرفقات غير مشروعة ولكن لا يمكن لها أن تقرأها<sup>3</sup>.

وعليه فلا يجوز للدول فرض قيود مبالغ فيها على الحقوق إذ يجب أن يتناسب القيد (أي مقدار المساس بالحق) مع جسامته الخطر الذي يهدد النظام العام والمصلحة العامة، وكلما كان الخطر أكبر يمكن للسلطة تفاديه بتقييد أكبر، ويعتمد تقدير تناسب القيد على أهمية الحق الذي سيتم تقييده، والظروف المحيطة بالتقييد، فمثلا إذا كان الحق المقيد أساسيا كالحرية الشخصية وحرية التجمع فلا يكون التعرض له مشروعاً ما لم يكن هناك خطراً جسيماً يهدد النظام العام، أما إذا كان الخطر عادياً فيجب تفاديه بوسائل أخرى دون أن تتعرض لحرية التجمع، وإلا كان إجراؤها غير مشروع<sup>4</sup>.

بالرجوع لمبرر الموقع الأفضل للسلطات الوطنية فإنه يكون لهذه الأخيرة كامل الصلاحية في اختيار الوسائل المناسبة التي تستعملها على مستواها لأجل لتنفيذ التزاماتها الاتفاقية وضمن فعالية الحقوق والحريات<sup>5</sup>، وهو ما يصدق على إمكانية التدخل في هذه الأخيرة ولكن بشرط اختيار الوسيلة الأقل مساساً بالحق.

<sup>1</sup>Aline Schmidt Noël, op.cit' p277.

<sup>2</sup>Jean-François Renucci, op.cit, p361.

<sup>3</sup>ECtHR (ch), Campbell v. UK, app. №13590/88, judg. of 25/3/1992, para 48.

<sup>4</sup>الشمالية وليد فياض سلامة، المرجع السابق، ص85.

<sup>5</sup>Véronique fabre-alibert, op.cit, pp 477-478.

يعد تأثير التدخل على الحق أمرا هاما، وقد قدرت المحكمة بأن التدخل غير متناسب إذا كان يؤثر على جوهر الحق<sup>1</sup>، أو إذا تعذر إثبات مبرر التدخل، وبهذا الخصوص قضت المحكمة بأن حظر توزيع صحيفة على الجنود كان غير متناسب لأن المقالات الموجودة فيها لا تشكل تهديدا خطيرا للانضباط العسكري، حتى ولو كانت تتضمن انتقادات للحياة العسكرية<sup>2</sup>، وقد تكرر استعمال عبارة "جوهر الحق" في الاجتهاد القضائي للمحكمة غير أن الغموض ظل محيطا بها إلى حد ما نظرا لعدم وجود تعريف وتحديد لما يمثله هذا الجوهر.

**2/2-التوازن العادل:** يقصد به الموازنة بين المصالح المتنافسة وتظهر من خلال تفسير المحكمة معيار "الضرورة في مجتمع ديمقراطي" بأن يكون القيد متناسبا مع الهدف المشروع المتوخى، أي مراعاة التوازن العادل *juste équilibre* بين أهمية الهدف المتوخى واحترام الحقوق<sup>3</sup>، أي بين المصلحة العامة كسبب لتقييد الحق وبين الحق الأساسي المحمي في حد ذاته، فموضوع رقابة التناسب هو العلاقة بين الهدف المراد بلوغه والوسائل المستخدمة<sup>4</sup>.

يكون للهامش التقديري أهمية كبرى في الموازنة خاصة أمام اختلاف الظروف والأوضاع من مجتمع لآخر، وبذلك فيجب أن يوفق بين التصادم المحتمل بين مصالح الفرد والمجتمع، وقد رأت المحكمة أن "الضرورة" وهي منطلق التوازن تسمح بالاختلاف بين أعضائها عند وضع الحقوق موضع تطبيق ولكن في نفس الوقت مع الحفاظ على القيم الأوروبية لهذه الحقوق في الاتفاقية<sup>5</sup>.

تسمح الاتفاقية بتقييد حقوق وحرّيات معينة من أجل تحقيق التوازن بين ممارستها من جهة وحماية النظام العام أو المصلحة العامة من جهة ثانية، ومنع الفوضى تحت شعار الحرية<sup>6</sup>، وبالنتيجة تقوم رقابة التناسب على موازنة مصلحتين لمحاولة التوفيق بينهما: من جهة ضرورات الدفاع عن المجتمع الديمقراطي ومن جهة ثانية حماية حقوق الفرد<sup>7</sup>، وقد أدخلت هذه الرقابة نوعا من المرونة على المعايير الواردة بالاتفاقية، وسمحت للمحكمة بالتأكد من الموازنة بين المصالح

<sup>1</sup>Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »,op.cit, para 32.

<sup>2</sup>ECtHR (ch), Vereinigung Demokratischer Soldaten österreichs et Gubi c. Autriche, req. № 15153/89, arrêt du 19/12/1994, para49.

<sup>3</sup>Florian Hoffmann, Julie Ringelheim, op.cit, p131.

Voir aussi : Dominic Mcgoldrick, op.cit, pp23-24.

<sup>4</sup>Georges Katrougalos, Daphne Akoumianaki, op.cit, pp5-6.

<sup>5</sup>Aaron A-Ostrovsky, op.cit, pp 49-50.

<sup>6</sup>نبيل عبد الفتاح عبد العزيز قوطه، المرجع السابق، ص80.

<sup>7</sup>Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie, op.cit, para32.

المختلفة، فمثلا فحصت في أحد الأحكام الطابع "الضروري" لقرار السلطات القضائية النمساوية القاضي بحظر عرض فيلم في نادي سينمائي في منطقة Tyrol بسبب مساسه بالمشاعر الدينية للشعب نظرا لاحتوائه على مشاهد سخريّة من الرموز المسيحية، واعتبرت بأن حجز ومصادرة الفيلم ليست تدخلا في حرية تعبير الشاكي وأنه وسيلة متناسبة مع الهدف المتوخى وهو حماية حقوق الغير<sup>1</sup>.

في حكم آخر استندت فيه الحكومة البريطانية على الخصوصيات الثقافية لإيرلندا الشمالية لتبرير استمرار تجريم المثلية في هذه المنطقة رغم إباحتها في باقي أنحاء البلد، فقد استندت المحكمة من جهتها إلى سعة التدخل في الحق في احترام الحياة الخاصة وإلى طبيعة الحق موضوع نزاع، وخلصت إلى أن القيود المفروضة على الشاكي بموجب القانون الإيرلندي شمالي غير متناسبة مع الهدف المرجو<sup>2</sup>، والملاحظ من الحكمين أعلاه الاحتجاج بالتنوع الثقافي لتدعيم الطابع المتناسب للتدابير المعترض عليها<sup>3</sup>.

فحصت المحكمة كذلك بمناسبة إحدى القضايا تدبير الاحتجاز المتخذ في حق طفل عمره 5 سنوات لتتأكد من أن هذا التدبير يحترم التوازن العادل بين مصلحة الدولة في مراقبة حدودها وحماية الطفل، وأن الدولة لم تغلب مصلحتها، وقد تم الفحص بناء على مراحل فاعترفت أولا بمشروعية الهدف الذي تمسكت به الدولة، مؤكدة بأن الاتفاقية لا تضمن الحق للأجنبي للدخول أو الإقامة على إقليم دولة لا يعتبر من رعاياها، وأنه يقع على الدول الأطراف الحفاظ على النظام العام على مستواها لاسيما من حيث رقابة دخول وإقامة الأجانب، ثم أقرت ثانيا بأن المصلحة التي تحتج بها الدولة وقلقها إزاء الهجرة غير الشرعية لا يعطيها الحق في حرمان الأجانب من الحماية التي تكفلها لهم الاتفاقيات الدولية، وعليه فهناك ضرورة للتوفيق بين حماية الحقوق الأساسية وسياسة الهجرة، ثم وصلت أخيرا إلى وجود تدخل غير متناسب في الحق في احترام الحياة العائلية للمدعين باعتبار أن الدولة غلبت الهدف المشروع الذي سعت إليه بشكل كبير على حساب وضعية الشخص، وتكون بذلك قد بالغت في الاهتمام بحدودها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>Otto Preminger Institut c. Autriche, op.cit, para 56, 57.

<sup>2</sup>Dudgeon v. UK, op.cit, para 46-47, 62, 63.

<sup>3</sup>Florian Hoffmann, Julie Ringelheim, op.cit, p133.

<sup>4</sup>CrEDH (première sec.), Mubilanza Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique, req. №13178/03, Arrêt du 12/10/2006, para 80-81.

ظهرت في حكم Gaskin الأهمية التي توليها المحكمة للتوازن بين الحقوق والاستثناءات عليها أكثر من الأولوية المعطاة للحقوق ذاتها، وهو ما يدل على أن المحكمة تقوم باختياراتها دون أن تبين الأسباب<sup>1</sup>، وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة أسست غالبا عدم تناسب التدخل على غياب التوازن العادل الملموس<sup>2</sup>، الذي أكدت عليه في مختلف أحكامها وصار مفهوما لصيقا بالاتفاقية<sup>3</sup>.

في قضية تدور وقائعها حول صدور أمر فدرالي من السلطات السويسرية يحظر على المدعي مغادرة المنطقة التي يقيم بها، وبالتالي من رؤية عائلته وأصدقائه وكذلك من تلقي علاجه، علما أن الأمر الفدرالي جاء تطبيقا لتوصيات مجلس الأمن الدولي للأمم المتحدة وقائمة لجنة عقوبات الأمم المتحدة المرفقة بها والذي ورد اسمه بها، كونه أحد الأشخاص المشتبه بانتمائهم لحركة طالبان أو القاعدة، وعلما أن سويسرا وصلت في تحقيقها إلى أن الاتهامات الموجهة إليه تفتقر إلى أي أساس، فقدرت المحكمة أن الحكومة لا يمكن أن تقتصر على الاحتجاج بالطبيعة الملزمة لتوصيات مجلس الأمن ولكن كان يجب عليها إقناع المحكمة بأنها اتخذت أو حاولت اتخاذ جميع التدابير الممكنة لتكييف نظام العقوبات مع خصوصية وضعية المدعي، ووصلت المحكمة في الأخير إلى أن القيود المفروضة على حرية تنقل المدعي خلال فترة زمنية معتبرة لا تحترم التوازن العادل بين حق المعني في احترام حياته الخاصة والعائلية والأهداف المشروعة المتوخاة، وبذلك فهناك انتهاك للمادة 8 من الاتفاقية<sup>4</sup>.

أكدت المحكمة أيضا على التوازن في حكم موضوعه توقيع عقوبة تأديبية على محامي لتضامنه مع مظاهرة عامة حادة للتديد بالقرارات القضائية ورفضه المثول أمام قاضي التحقيق، وأثار حرية الاجتماع السلمي المحمية بالمادة 11 من الاتفاقية، وقد اعتبر الحكم صراحة التناسب أحد الأدوات التي تضمن التوازن بين المصالح وذلك في إطار السعي لتحقيق العدالة<sup>5</sup>، ووصل إلى أن العقوبة التأديبية في حق المحامي غير ضرورية ومن ثم وجود انتهاك لحرية.

<sup>1</sup>Greer Steven, La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme, op.cit, p43.

<sup>2</sup>CrEDH (ch), Moustaquim c. Belgique, req. №12313/86, arrêt du 18/2/1991, para46.

<sup>3</sup>أنظر مثلا:

ECtHR (plenary), Rees v. UK, app. №9532/81, judg. of 17/10/1986; ECtHR (plenary), Johnston and others v. Ireland, app.№9697/82, judg. of 18/12/1986, ECtHR (plenary) Soering v. UK, app. №14038/88, judg. of 7/7/1989.

<sup>4</sup>CrEDH (GC), Nada c. Suisse, req. №10593/08, Arrêt du 12/09/2012, para 169-172, 175-199.

<sup>5</sup>«La proportionnalité appelle à mettre en balance les impératifs des fins énumérées à l'article 11 §2, avec ceux d'une libre expression par la parole, le geste ou même le silence des opinions de personnes réunies dans la rue ou dans d'autres lieux publics».

CrEDH (ch), Ezelin c. France, req. №11800/85, Arrêt du 26/4/1991, para52.

إن موازنة المصالح ليست بالأمر السهل خاصة وأنه ليس لها ضوابط محددة وتتأثر بعوامل عديدة منها سياق القضية مثلا، كما أن الرقابة عليها كذلك ليست سهلة وتبدو المحكمة متمسكة بهذه الموازنة، ولكن يبدو كذلك أن رقابة التوازن غير واضحة في عدة أحيان، وبدوره يعتبر التناسب مفهوما نسبيا وبالأثر رقابة التناسب كذلك ستكون ذات طبيعة نسبية ومتغيرة نظرا لارتباطها بعوامل مختلفة وعدم وجود معيار دقيق يوطر عناصر هذه الرقابة.

**ثالثا- الأسباب ذات الصلة والكافية:** يجب على الدولة المدعى عليها تبرير تدخلها في الحقوق بأسباب كافية ومقنعة، تبين ضرورة تدخلها في ظروف معينة في حالة معينة، وقد اعتبرت المحكمة أن ما هو ضروري هو ما يقتضي وجود حاجة قهرية إجبارية لاتخاذ تدبير معين<sup>1</sup> وبذلك فالدولة ملزمة بتبرير تصرفها وفقا لهذه المواصفات لإقناع المحكمة.

في قضية حول منع نشر فيديو إشهاري على التلفاز في إطار حملة مناهضة لاستخدام الحيوانات لأغراض تجارية أو علمية أو ترفيهية بسبب الطبيعة السياسية لأهدافه، ادعت المنظمة غير الحكومية الشاكية بالمساس بحرية التعبير، بينما بررت المملكة المتحدة بأن الحظر العام يتناسب مع الهدف المرجو وقدمت أسبابا رئيسية منها: أن إجراء الحظر يقتصر قدر الإمكان على غرضه الأساسي لتجنب إشكاليات تقدير حالة بحالة، حيث يتعلق حصرا بالإعلانات المدفوعة ووسائل الإعلام ذات التأثير الواسع والقوي، وأن المنظمة بإمكانها اللجوء لوسائل إعلام أخرى مفيدة، أن تكاليف الإذاعة والتلفزة باهضة فحتى في حالة رفع الحظر فإن المجموعات ذات التمويل الكبير هي التي يمكن لها فقط استعمالها، وأنه في حالة سماح الحكومة للمنظمة بنشر إعلانها فإن المجموعات ذات النفوذ المالي والتي تتبنى أفكارا معاكسة ستترد عليها لا محالة، وقضت المحكمة بعدم وجود انتهاك للمادة 10<sup>2</sup>.

أشارت المحكمة في حكم يخص حظر القانون الفرنسي تمويل حزب سياسي فرنسي من طرف حزب سياسي أجنبي إلى أنها يجب أن تفحص التدخل المزعوم على ضوء مجمل القضية لتقرير ما إذا كان التدخل متناسبا مع الهدف المشروع المتوخى وما إذا كانت الأسباب التي

<sup>1</sup>«... si l'adjectif "nécessaire", au sens de art. 10-2, n'est pas synonyme d'"indispensable", il n'a pas non plus la souplesse de termes tels qu'"admissible", "normal", "utile", "raisonnable" ou "opportun" et implique l'existence d'un "besoin social impérieux» .

Sunday times c. Royaume-uni, op.cit, para59.

<sup>2</sup>CrEDH (GC), Animal Defenders International c. Royaume-Uni, req. № 48876/08, Arrêt (définitif) du 22/04/2013, para113-125.

تمسكت بها السلطات الوطنية لتبرير التدخل مناسبة وكافية<sup>1</sup>، ووصلت في الأخير إلى أن التدخل في حرية التجمع كان "ضروريا في مجتمع ديمقراطي" لمنع الفوضى طبقا للمادة 11 من الاتفاقية، ومنه عدم وجود انتهاك، وأضافت المحكمة في أحكام أخرى بأنها يجب أن تتأكد من أن السلطات الوطنية قد طبقت قواعد متوافقة مع المبادئ المنصوص عليها في المادة 11، ومن أن هذه السلطات قد أسست قراراتها على تقدير مقبول للوقائع ذات الصلة<sup>2</sup>.

ذكرت المحكمة في حكم Wingrove بأن حرية التعبير تعد أحد الأسس الجوهرية للمجتمع الديمقراطي، وأن ممارسة هذه الحرية يتضمن صراحة حسب المادة 10 فقرة 2 من الاتفاقية، واجبات ومسؤوليات، من بينها، في سياق المعتقدات الدينية، الالتزام بتقادي قدر الإمكان العبارات المهينة والمدنسة للمقدسات، وبأن تقييد حرية التعبير في سياق المعتقدات الدينية أو سياق آخر، لا يمكن أن يكون متطابقا مع المادة 10 إلا إذا توفر فيه معيار الضرورة المنصوص عليه بالفقرة 2 من هذه المادة<sup>3</sup>.

أكدت أجهزة الاتفاقية أن أي مساس بالحقوق يجب أن يكون متناسبا مع الهدف المشروع المتبع، وهو ما يختلف حسب ظروف كل قضية، الحق المعني ونوع التدخل، غير أنها لم توضح على من يقع عبء إثبات تناسب هذا التدخل واكتفت في عدة أحكام بالإشارة إلى أن الحقوق المضمونة بالاتفاقية لها "الأولوية"، وأنه على الدولة تبرير تدخلها وبيان أسباب ذلك بطريقة مقنعة، وأن الاستثناءات الواردة بالمواد 8 إلى 11 يجب أن تفسر بالمعنى الضيق، بينما أشارت في أحكام أخرى إلى ضرورة وجود "توازن" بين الحقوق والاستثناءات الواردة عليها، وقد أدى هذا التباين في توجه المحكمة لظهور فرضيتين صاحبهما إشكالا في الاختيار بين أولوية الحقوق من جهة والتوازن بين الحقوق والاستثناءات من جهة أخرى وهو ما يصعب بشكل كبير تقييم الهامش التقديري الوطني والرقابة الأوروبية عليه<sup>4</sup>، كما أن تقدير صلة وكفاية المبررات التي تقدمها الدولة لتقييد حق معين يخضع إلى إقناع المحكمة بضرورة القيد وبأن التبرير الذي قدمته حقيقي، وقد تطلبت المحكمة تبريرا قويا ومقنعا بخصوص حقوق أكثر من غيرها كحرية التعبير لأنها من الحقوق الأساسية التي تمثل ركيزة للديمقراطية.

<sup>1</sup>Parti Nationaliste Basque - Organisation Régionale d'Ipparralde c. France, op.cit, para46.

<sup>2</sup>Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie, op.cit, para 47.

<sup>3</sup>Wingrove c. Royaume-uni, op.cit, para52,53 et 65.

<sup>4</sup>Steven Greer, La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme, op.cit, pp 15-16.

## الفرع الثالث:

### المجتمع الديمقراطي أساس لضرورة التقييد

يجب أن تستند الدولة في أي تدبير تقييدي تتخذه إلى مفهوم المجتمع الديمقراطي، كما يجب أن تستند المحكمة في رقابتها لتناسب التدبير التقييدي كمبدأ إلى متطلبات "المجتمع الديمقراطي" لتقييم الوزن الذي ستعطيه للمصالح المتنافسة في القضية المعنية.

إن الديمقراطية هي مفهوم فلسفي سياسي يعني حكم الشعب من طرف الشعب، وتعرف الديمقراطية السياسية بأنها سيادة الشعب وتمثل مصدرا لمشروعية سلطة الدولة، وتسمح للأفراد بممارسة السلطة عن طريق تمكينهم من حقوق سياسية يعترف بها القانون الدستوري، أما حقوق الإنسان فهي مفهوم فلسفي سياسي قانوني يعبر عن مكنة ممنوحة للفرد تركز قيما هدفها الحد من السلطة وهو ما يبدو من الحقوق المدنية التي تهدف للسماح للفرد بالدفاع عن مصالحه في مواجهة الدولة ومثالها الحريات الشخصية والتي ينتج عنها نوع من تقسيم الصلاحيات بين المجال العام والخاص، ومن الحقوق السياسية التي تهدف للسماح بمشاركة الأفراد في ممارسة السلطة وهو ما يؤدي للقضاء على أي شكل من أشكال الجور والقمع التي قد تصدر عن السلطة السياسية، حيث تقوم حقوق المشاركة على مبدأ أساسي هو عدم التمييز، وبالنتيجة فإذا كانت الديمقراطية تتعلق بمصدر السلطة وحقوق الإنسان تتعلق بتقييد هذه السلطة فإن العلاقة وطيدة بينهما مفاهيميا وتاريخيا ومؤسستيا<sup>1</sup>، وصلت لحد تصنيف الديمقراطية كحق من حقوق الإنسان اعتمادا على الحقوق السياسية وعلى أن الديمقراطية تمثل التعبير الجماعي عن الحقوق<sup>2</sup>.

يمثل احترام حقوق الإنسان والديمقراطية جزءا من الهوية الأوروبية، ولذلك فقد اتخذتها مختلف المؤسسات الأوروبية كمقومات لوجودها وربطتها بسياساتها وأهدافها، بل واعتمدتها في صورة شرط "العنصر الجوهري" في اتفاقياتها<sup>3</sup>، وقد سعت الدول العشرة الأولى أعضاء مجلس أوروبا إلى رعاية ودعم استمرار الديمقراطية كأسلوب حكم ومنهج لشعوبها، وهو ما كان سببا لعدم

<sup>1</sup>Michel Hottelier, La démocratie contre les droits de l'homme, in : les droits de l'homme en évolution, mélanges Petros J. Parars, éditions Ant.N.Sakkoulas Athènes et établissement émile bruyant bruxelles, 2009, pp252-257 et pp267-668.

<sup>2</sup>الشيبياني منصور أبو همود، الديمقراطية في القانون الدولي بين المشروعية والقوة، الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2017، ص ص 60-75.

<sup>3</sup>حطاب فؤاد، شرط احترام حقوق الإنسان والديمقراطية في إطار الاتفاقيات مع الاتحاد الأوروبي، رسالة مقدمة ضمن متطلبات الحصول على دكتوراه علوم، تخصص القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015، ص ص 9-42.

التحاق البرتغال وإسبانيا بمجلس أوروبا نظرا لوجودها آنذاك تحت الحكم الدكتاتوري واستمر الأمر إلى غاية إرساء نظام الحكم الديمقراطي فيها، وكذلك بالنسبة لليونان حيث خرجت من مجلس أوروبا عندما ساد فيها الحكم العسكري، وعادت إليه بعد سقوطه، وبالنسبة لتركيا بعد انقلاب 1980 والذي كان سببا للعديد من الشكاوى ضدها أمام هيئات الرقابة الاتفاقية<sup>1</sup>.

تعد الديمقراطية أساسا للاتفاقية ككل والتي يظهر من خلالها وجود علاقة بين الدولة، الحقوق الأساسية والديمقراطية<sup>2</sup>، كما يعد مفهوم "المجتمع الديمقراطي" سندا للبنود التقييدية في الاتفاقية وذلك باعتبار الدور السياسي الديمقراطي النشط في الدول الأوروبية حيث توجد الأفكار والتقاليد المتشابهة للشعوب ووحدة المثل العليا والمبادئ كالحرية وحكم القانون<sup>3</sup>، ويشكل المجتمع الديمقراطي إطارا مرجعيا للمحكمة في رقابتها على ضرورة تدخل الدول في الحقوق، وهو ما يمنحه دورا هاما في تقديرها<sup>4</sup>، فقد اعتبرت المحكمة تناسب التدبير التقييدي مع الهدف المتوخى نتيجة طبيعية للمجتمع الديمقراطي<sup>5</sup>، كما اعتبرت المجتمع الديمقراطي "عنصرا أساسيا للنظام العام الأوروبي" لأن الاتفاقية موجهة لحماية وترقية مثل وقيم المجتمع الديمقراطي<sup>6</sup>، هذا ويعد المجتمع الديمقراطي سببا رئيسيا لوجود الهامش التقديري بسبب تفاوته من دولة لأخرى حيث يحمل معنى التعدد، التسامح والتفتح<sup>7</sup>.

**أولا-تعريف المجتمع الديمقراطي:** فسر الفقيه Delperee مفهوم "المجتمع الديمقراطي" في الاتفاقية وفقا لثلاثة منظورات، الأول اجتماعي حيث استعمل محرري الاتفاقية لفظ "المجتمع

<sup>1</sup> الشافعي محمد بشير، المرجع السابق، ص 313-314.

<sup>2</sup> جاء في ديباجة الاتفاقية: "الحكومات الموقعة أعضاء مجلس أوروبا... تعيد التأكيد على تمسكها العميق بهذه الحريات الأساسية التي تمثل أسس العدل والسلام في العالم، والتي يعتمد الحفاظ عليها بشكل أساسي على وجود نظام سياسي ديمقراطي حقيقي، من جهة، ومن جهة أخرى على مفهوم مشترك واحترام مشترك لحقوق الإنسان التي يطالبون بها".

<sup>3</sup> الشمايلة وليد فياض سلامة، المرجع السابق، ص 83-84.

<sup>4</sup> «Pour apprécier la 'nécessité' des mesures litigieuses 'dans une société démocratique', la Cour examine, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, si la détention se révélait nécessaire, dans une société démocratique, c'est-à-dire justifiée par un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime poursuivi...».

Mubilanza Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique, op.cit, para80.

<sup>5</sup> Handyside v. UK, op.cit, para 49.

<sup>6</sup> «la convention est destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique».

CrEDH, (GC), Gorzelik et autres c. Pologne, req. № 44158/98, arrêt du 17 /02/ 2004, para 89.

United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, op.cit, para 45.

CrEDH (GC), Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie, req. Nos 41340/98 et autres, arrêt du 13 /02/2003, para 86.

<sup>7</sup> Véronique fabre-alibert, op.cit, pp 477-478.

الديمقراطي" بدل لفظ "الدولة الديمقراطية"، للتأكيد بأن الديمقراطية هي مسألة تفكير وسلوك وليست مسألة مؤسسات، وبالأثر فالديمقراطية توجد في مؤسسات الدولة وتمتد في شكل أفقي كذلك بين الأشخاص، الثاني ليبرالي حيث تشير الاتفاقية إلى متطلبات المجتمع الديمقراطي دون أن تشترط الحرية فيه، رغم أن روح الاتفاقية تقوم على كون الحرية إحدى المقومات الأساسية للمجتمع الديمقراطي، وقد صرحت المحكمة في حكم Handyside بأن مهمتها الرقابية تلزمها بالاهتمام بمبادئ المجتمع الديمقراطي، والثالث تنازعي يعتبره الفقيه الأكثر أصالة ومدلولاً، حيث أن الإشارة إلى الديمقراطية ستؤدي لإمكانية تقييد الحقوق من أجل ضمان التمتع بها للجميع، وهو ما كرسته البنود التقييدية في الاتفاقية من خلال هيكلية متدرجة، حيث اعترفت أولاً بالحرية الخاصة لاسيما تعريفها وطرق ممارستها، ثم أشارت إلى إمكانية تقييد الحريات الخاصة لتمكين الفرد والمجتمع ككل من ممارستها في آن واحد، لأن إفلات الحرية الخاصة من كل رقابة قد يشكل خطراً على باقي الأفراد وحتى على المجتمع الديمقراطي ذاته، ثم بينت القيود المسموح بها على الحريات وهي حصراً القيود الضرورية لتنظيم ولعمل المجتمع الديمقراطي<sup>1</sup>.

ويرى الأستاذ Jacobs أن المجتمع الديمقراطي لا يعني فقط المجتمع الذي يحترم حقوق الإنسان، وأن الديمقراطية ليست وحدها شرطاً لفعالية حقوق الإنسان، حتى لا تكون مجرد تبرير حسب واقع الحال، وأنه يجب النظر لهذا الشرط نظرة واسعة، وعلى الدول التثبت من أن القيود المفروضة تهدف إلى حماية حقوق أولى بالرعاية<sup>2</sup>.

**ثانياً- مقومات المجتمع الديمقراطي:** رغم أهمية مفهوم المجتمع الديمقراطي لم تقدم الاتفاقية أي تعريف له، على غرار الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، وكذلك الحال بالنسبة للمحكمة ولكنها حاولت تحديد مقومات هذا الأخير، والتي تمثل معايير له وفي نفس الوقت صفاته الأساسية، وقد قامت في سبيل ذلك بانتهاج تفسير ديناميكي لمفهوم المجتمع الديمقراطي من خلال إعطائه مضمونا ملموساً<sup>3</sup>، وتتشكل مقومات المجتمع الديمقراطي من مبادئ وحقوق كما يلي:

**1- المبادئ التي يقوم عليها المجتمع الديمقراطي:** وضع الاجتهاد القضائي للمحكمة نموذجاً أوروبياً للمجتمع الديمقراطي يقوم على مجموعة من المبادئ الأساسية هي: "احترام الكرامة والحرية الإنسانية" والتي تعد روح الاتفاقية، "سمو القانون" الذي ورد صراحة في ديباجة الاتفاقية

<sup>1</sup>Aline Schmidt Noël, op.cit, pp279-280.

<sup>2</sup>الشمايلة وليد فياض سلامة، المرجع السابق، ص ص 83-84.

<sup>3</sup>Véronique fabre-alibert, op.cit, p469.

واعتبرته أحد المبادئ الأساسية للمجتمع الديمقراطي الذي تستلهم منه الاتفاقية، "التعدد" الذي يعد لصيقا في جوهره بالحياة الديمقراطية، "مبدأ عدم التمييز" وهو أحد المبادئ الأساسية للديمقراطية، "احترام حقوق الآخرين"<sup>1</sup>، "وجود قضاء مستقل" حيث يمثل وجود قضاء فعال، غير متحيز ومستقل حجر الزاوية لسير نظام الديمقراطية وتوازنه، ويعتبر القضاء الأداة التي يتم بموجبها تقييد المصالح القوية وضمان معاملة متساوية لجميع الأفراد أمام القانون بغض النظر عن أي اعتبار، وعليه فالقضاء هو عنصر أساسي في المجتمعات الديمقراطية ومفتاح لحماية المؤسسات، ويتوجب معه ضمان استقلاليته القانونية والواقعية<sup>2</sup>.

وقد جاء في الاجتهاد القضائي للمحكمة أن المجتمع الديمقراطي لا يوجد بدون التعدد، التسامح وروح الانفتاح<sup>3</sup>، والتي يجب أن تظهر فعليا في النظام المؤسسي للدولة وأن هذا الأخير يجب أن يخضع لمبدأ سمو القانون، وأن يتضمن رقابة فعالة على الجهاز التنفيذي، دون المساس بالرقابة البرلمانية، من طرف سلطة قضائية مستقلة، وأن يضمن احترام شخص الإنسان<sup>4</sup>.

**1/1-التعدد:** أعطت المحكمة في سياق تحديدها معنى "المجتمع الديمقراطي" أهمية محورية للتعدد، وهو مفهوم يأخذ بالاعتبار التوجهات المختلفة والتيارات الفكرية في مجتمع سياسي معين ولا يعترف بوجود المثالي الوحيد والفريد، وقد فسرت المحكمة ضرورة التعدد في المجتمع الديمقراطي تفسيراً واسعاً بالنسبة للحريات الفردية وكذلك الحريات الجماعية<sup>5</sup>، حيث اعتبرت في أحكام تتعلق بحرية التعبير أن التعدد إلى جانب التسامح وروح الانفتاح هي أسس المجتمع الديمقراطي<sup>6</sup>، ورأت أن التعدد لصيق بالمجتمع الديمقراطي في أحكام تتعلق بالحرية الدينية<sup>7</sup>.

<sup>7</sup>أنظر مثلا على وجه الترتيب الوارد أعلاه الأحكام التالية:

CrEDH (ch), S.W. c. Royaume-Uni, req. №20166/92, arrêt du 22/11/1995, para44.

Brogan and others v. UK, op.cit, para 58.

CrEDH (ch), Kokkinakis c. Grèce, req. №14307/88, arrêt du 25 /05/1993, para 31.

Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie, op.cit, para 119.

S.A.S. c. France, op.cit, para128.

Cité par : Daniele Ferrari, op.cit, p135.

<sup>2</sup>European court of human rights, Annual report 2021, op.cit, p17.

<sup>3</sup>Handyside v.UK, op.cit, para 49; CrEDH (pléniaire), Oberschlick c.Autriche (№1), req. № 11662/85, Arrêt 23/5/1991, para57.

<sup>4</sup>Sunday times c. Royaume-Uni, op.cit, para 66.

<sup>5</sup>Véronique fabre-alibert, op.cit, p470.

<sup>6</sup>Handyside v.UK, op.cit, para49 ; Sunday times c. Royaume-Uni, op.cit, para 66.

<sup>7</sup>أنظر مثلا:

Kokkinakis c. Grèce, op.cit, para 31.

CrEDH (GC), Hasan et Chaush c. Bulgarie, req. № 30985/96, arrêt du 26 /10/ 2000, para 60.

واعترفت بالتعدد التعليمي<sup>1</sup>، والتعدد النقابي<sup>2</sup>، كما جعلت التعدد مبدأ قائما بذاته في أحكامها المتعلقة بالأقليات الوطنية والثقافية وشددت على علاقته بالديمقراطية، وألزمت الدولة بتبرير التدبير التقييدي الذي ينتهك التعدد بأسباب قوية حتى يمكن اعتباره متناسبا مع الهدف المرجو<sup>3</sup>، كما اعترفت المحكمة بالأبعاد المختلفة للتعدد فمثلا صرحت في قضية تتعلق بإدانة برلماني بسبب التجريح في الحكومة بأن المحاكم الوطنية يجب أن تمتنع عن المعاقبة على الانتقادات الموجهة ضد سلطات الدولة ولو كانت بكلمات حادة، لأن ذلك يدخل في إطار التعدد الثقافي والسياسي، ووصلت إلى انتهاك المادة 10 من الاتفاقية<sup>4</sup>.

وصفت المحكمة التعدد بأنه الاعتراف والاحترام الحقيقي للتنوع وحركية التقاليد الثقافية، الهويات الاثنية والثقافية، المعتقدات الدينية، الأفكار والمفاهيم الفنية، الأدبية، السوسيو-اقتصادية، حيث أن التفاعل المتناسق بين الأشخاص والمجموعات من هويات مختلفة أساسي للتماسك الاجتماعي<sup>5</sup>، وهو ما يلتقي مع ما نصت عليه ديباجة الاتفاقية الإطارية لحماية الأقليات الوطنية<sup>6</sup>، وبذلك فالتعدد هو احترام التنوع في جميع المجالات ويظهر بالتعبير بأشكاله المختلفة عن الأفكار باختلاف أنواعها، تعبيراً فردياً أو جماعياً، وهو ما يتطلب التسامح وروح التفهم، من الأفراد الآخرين ومن الدولة.

إن التعددية الديمقراطية هي أساس لاحترام حقوق الإنسان، ولا يمكن ديمقراطية المجتمع دون مشاركة أفرادها في الحياة السياسية، غير أنها ليست الأساس والشرط الوحيد حيث هناك مبدأ سيادة القانون، وكذلك مبدئي الشفافية والمشاركة والذان يحققان الحق في الاستعلام الذي يقوم على ثلاثة عناصر هي الحوار بين الحكام والمحكومين، مشاركة المواطنين في صنع القرار الذي

<sup>1</sup>Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, op.cit, para50.

<sup>2</sup>ECtHR(plenary),Young,James and Webster v. UK, app.Nes7601/76;7806/77, judg. of 13/8/1981,para63;ECtHR(ch),Sigurjonsson v. Iceland,app.No16130/90,judg. of 30/6/1993,para35,41

<sup>3</sup>Gorzelik et autres c. Pologne, op.cit, para56.

CrEDH (GC), Chapman c. Royaume-Uni, req. No27238/95, Arrêt du 18/01/2001, para93.

Cité par : Florian Hoffmann, Julie Ringelheim, op.cit, p135.

<sup>4</sup>CrEDH (Ch), Castells c. Espagne, req. No 11798/85, Arrêt du 23/04/1992, para42,50.

<sup>5</sup>Gorzelik et autres c. Pologne, op.cit, para 92.

<sup>6</sup>جاء فيها أنّ المجتمع التعددي والديمقراطي الحقيقي يجب أن يحترم الهوية الإثنية، الثقافية، اللغوية والدينية لجميع الأشخاص المنتمين لأقلية وطنية وأن يخلق كذلك ظروفا خاصة تسمح بالتعبير، الحفاظ على هذه الهوية وتطويرها.

Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, adoptée par le par le comité des ministres du conseil de l'europe, 10/11/1994, ouverte à la signature le 1/2/1995.

يعنيهم<sup>1</sup> ومراقبة الشؤون العامة والمعارضة البناءة، حيث أن هذه العناصر هي أهداف للديمقراطية ودعائم لوجود التعدد لأنها تفترض أكثر من طرف، وتهدف إلى التعايش السلمي بين السلطة والحرية في إطار الدولة، وتظهر من خلال الأحزاب السياسية، الرأي العام، السلطات، غير أن نجاحها يحتاج كذلك إلى الثقة بالفرد وترسيخ السلطة المؤسساتية المعقلنة أي نضوج مؤسسات الدولة من خلال نمط انتقال السلطة وتوزيعها بين المؤسسات، فالديمقراطية نظام المواطن الراغب في ضمان حريته ولكن كذلك في المساهمة في ممارسة السلطة وفي ضمان حرية الآخرين وتحقيق مصلحة الجماعة<sup>2</sup>.

**2/1-التسامح:** هو طريقة سلوك تقوم على ترك الآخرين يعيشون وفقا لمبادئهم المختلفة، بدون منع أو إزعاج أو تدخل، ويظهر مبدأ التسامح في اجتهاد المحكمة بشكل كبير في مجال المادة 8 من الاتفاقية حول احترام الحياة الخاصة والعائلية، والذي فسرتة المحكمة تفسيراً واسعاً ويشمل جوانب مختلفة تتمثل في الحياة الخاصة والحياة العائلية والمسكن والمراسلات والتي استخرجت منها المحكمة العديد من الحقوق غير الواردة بصريح نص الاتفاقية كالحرية الجنسية، حماية العلاقات الأسرية باختلاف أنواعها وأطرافها، وتقوم مختلف الجوانب على الحميمية والسرية وعدم التدخل فيها<sup>3</sup>.

يعود للمحكمة الفضل في استخراج مبادئ المجتمع الديمقراطي والتي تعد معايير للتقاضي عنه بمفهوم الاتفاقية، غير أن هذه المعايير عموماً غير واضحة وذات طبيعة اجتماعية تطبق عليها معاملات مختلفة في القضايا المختلفة مما يجعلها نسبية<sup>4</sup>، وبالنسبة لفكرة النظام الديمقراطي فإنه حسب القاضي السابق باللجنة الأوروبية Edwin Busuttill ليس بمنأى عن انتهاكات حقوق الإنسان، بل قد يزداد فيه الخطر لأن الناس يعيشون في مجتمع ديمقراطي ظاهرياً قد يجعلهم لا يحسون بالانتهاكات التي ترتكب بشكل خفي تحت غطاء الشرعية، وهو ما يتطلب اليقظة الدائمة حيث لا توجد أي حكومة محصنة من الخطأ، وعليه فالاحتفاظ بصفة الديمقراطية في مجال حقوق الإنسان وضمن مصداقيتها يتطلب الاستعداد لإصلاح أوجه القصور لديها<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمد يوسف علوان، "القانون الدولي لحقوق الإنسان (آفاق وتحديات)"، عالم الفكر، العدد 4، المجلد 31، أبريل-يونيو 2003، ص200.

<sup>2</sup> محمد سعيد مجذوب، المرجع السابق، ص ص 119-120.

<sup>3</sup> Véronique fabre-alibert, op.cit, pp447-477.

<sup>4</sup> Ibid, p468.

<sup>5</sup> Council of Europe, The Conscience of Europe: 50 Years of the European Court of Human Rights, op.cit, p169.

## 2-الحقوق التي يقوم عليها المجتمع الديمقراطي: ربطت المحكمة المجتمع الديمقراطي

باحترام الحقوق التي تضمن التعددية داخل المجتمع كحرية التعبير والدين والمعتقد وحق الانتخاب وكذلك حظر التعذيب والمعاملة اللإنسانية، لأن الديمقراطية لا تعني سيادة رأي الأغلبية ولكن وجود توازن يكفل لجماعات الأقليات معاملة عادلة وحماية من التعسف الذي قد تتعرض له في مواجهة الأغلبية المهيمنة<sup>1</sup>.

اعتبرت المحكمة حرية التعبير المضمونة بالمادة 10 من الاتفاقية أحد المقومات الأساسية للمجتمع الديمقراطي بل وأحد الشروط المبدئية لتطور وتفتح الأفراد<sup>2</sup>، وأكدت أن الحق في المحاكمة العادلة المضمون بالمادة 6 من الاتفاقية يعد أحد المقومات الأساسية لأي مجتمع ديمقراطي<sup>3</sup>، وكرست مبدأ حرية الدين والمعتقد وجعلته مبدأ ملازماً للدولة الديمقراطية<sup>4</sup>، كما قدرت بأن الحق في الحياة أحد القيم الأساسية للمجتمعات الديمقراطية المكونة لمجلس أوروبا<sup>5</sup>، وكذلك الأمر بالنسبة للحق في حظر التعذيب<sup>6</sup> وحظر الحبس التعسفي<sup>7</sup>.

إن حرية التجمع هي أيضاً أحد أهم الحقوق الأساسية للفرد في إطار الديمقراطية، ووعاء لحقوق أساسية أخرى كحرية التعبير وحرية الضمير، وقد قامت المحكمة في هذا الصدد بتطوير واسع لاجتهادها القضائي ذي الصلة، ورأت أن جوهر الديمقراطية هو السماح باقتراح ومناقشة مختلف المشاريع السياسية لاسيما التي تناقش النمط الحالي لتنظيم الدولة أو تعترض عليه، شرط ألا يكون هدفها المساس بالديمقراطية ذاتها<sup>8</sup>، وتعد الأحزاب السياسية شكلاً هاماً من أشكال التجمع الذي يساهم في السير الجيد للديمقراطية، ولذلك فقد ضيقت المحكمة الهامش التقديري للدولة في تقليص وجود الأحزاب وحظرها وربطته بشروط صارمة كإثبات وجود خطر المساس بقيم الديمقراطية وأن يكون الخطر قريباً بشكل كافٍ ومعقول، أن يتم الحل بحكم قضائي، وفي إطار احترام حقوق الدفاع، وهو ما ينطبق كذلك على الأحزاب المتطرفة<sup>9</sup>، وكثيرة هي القضايا المتعلقة

<sup>1</sup>الشمائلة وليد فياض سلامة، المرجع السابق، ص83.

أنظر كذلك "محمد يوسف علوان، محمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، الحقوق المحمية، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص84.

<sup>2</sup>من ذلك مثلاً أحكام: Müller، Sunday times، Silver، Handyside (الفقرة 33).

<sup>3</sup>Campbell v. UK, op.cit, para46.

<sup>4</sup>Kokkinakis c. Grèce, op.cit, para31.

<sup>5</sup>Lambert et autres c. France, op.cit, para117.

<sup>6</sup>Soering v.UK, op.cit, para 88.

<sup>7</sup>CrEDH (ch), Winterwerp c. Pays-bas, req. №, Arrêt du 24/10/1979, para39.

<sup>8</sup>CrEDH(GC), Parti socialiste et autres c. Turquie, req. №21237/93, arrêt du 25/5/1998, para 47.

<sup>9</sup>Manuel Lambert, Garantir l'état de droit dans le cadre de l'interdiction de mouvements liberticides, Analyse de la ligue des droits de l'homme, Mai 2018, p1.

بحرية التجمع بشكل خاص إنشاء أحزاب والانضمام إليها التي تؤكد أهمية المجتمع الديمقراطي وصلته الوطيدة بهذه الحرية<sup>1</sup>، ولذلك فلا ينبغي تقييد حرية التجمع عموماً إلا كآخر حل وفي إطار إجراءات تحترم ضمانات دولة القانون وبناء على حكم قضائي.

رغم محاولات المحكمة إلا أنه من الصعب وضع مفهوم للمجتمع الديمقراطي لأنه مفهوم وظيفي يرتبط مضمونه بالحق المعني بالتدخل، ورغم محاولتها تكوين ثقافة أوروبية مشتركة لحقوق الإنسان، إلا أنها لم تتمكن لحد الساعة من وضع نظرية للمجتمع الديمقراطي واحتياجاته وصفاته، رغم العدد الكبير من القضايا المعروضة عليها ذات الصلة.

إن ربط تقييد الحقوق بالديمقراطية أمر جد هام نظراً لأن الديمقراطية ضمانة هامة لحقوق الإنسان، إذ تضمن مشاركة جميع الأفراد في النظام السياسي للدولة وفي صنع القرار واحترام القوانين التي تمثل إرادتهم، ولكن استيفاء هذا الشرط وتطبيقه ليس سهلاً خاصة مع صعوبة مراقبته وتداخله مع عدة عناصر أخرى.

مما تقدم يلاحظ أن المحكمة استقت عناصر الرقابة على تقييد الحقوق المضمونة بالمواد 8-11 من الشروط المذكورة في نص الفقرات الثانية منها، حيث تلتزم بها المحكمة في الاختبار الذي تجريه، كما يلاحظ أن رقابة التناسب تحظى بعناية خاصة من المحكمة فكثيراً ما تحسم المحكمة قرارها على ضوئها، وأن هناك علاقة بين رقابة التناسب والحقوق المحمية تؤثر على الرقابة ذاتها، فإذا كانت رقابة التناسب غير موجودة في إطار الحقوق المطلقة فهي واسعة في إطار الحقوق المشروطة، كما يلاحظ أن المحكمة في إطار هذه الرقابة تركز على البحث عن التوازن العادل الملموس بين المصالح المتنازعة، ومع ذلك لم تضع المحكمة نظرية لرقابة التناسب، وهو ما قد ينم عن رغبتها في عدم تقييد نفسها وتفادي المساس بحرية تصرف الدول، ولكن ذلك يخاطر بعدم استقرار اجتهادها القضائي.

ومن المهم التنويه إلى أن المحكمة تركز رقابتها على العناصر التي تم التمسك بها في الشكوى المقدمة إليها، وهو ما يظهر في العديد من أحكامها أين مرت مرور الكرام على عنصري

<sup>1</sup>Young, James and Webster v. UK, op.cit, para 57; Vogt c. Allemagne, op.cit, para 64; Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie, op.cit, para 42; CrEDH(4<sup>ème</sup> sec.), Dicle - pour le parti de la démocratie (DEP) c. Turquie, req. №25141/94, arrêt du 10/12/2002, para 43.

الأساس القانوني والهدف المشروع والتي تعد معايير لرقابتها على سلوك الدولة، وأشارت إلى أن الشاكي لم يعترض عليه ولم يدع انتهاكه<sup>1</sup>.

كذلك فقد استعملت المحكمة مصطلح "كاف" في مختلف عناصر رقابتها فأشارت إلى "الأساس القانوني الكافي" عند فحص شرعية التقييد، وأشارت إلى "التبرير الكافي" عند فحص ضرورة التدخل في مجتمع ديمقراطي، وما يلاحظ أن هذا المصطلح مرن ليس له مضمون واضح بالنسبة للدولة وكذلك للمحكمة إذ يفتح مجالاً للهامش التقديري للدولة وللسلطة التقديرية للمحكمة، وهو ما يتطلب ضبط المصطلح من خلال تفسيره من المحكمة ليتم تطبيقه بطريقة متناسقة من طرف الدول ومن المحكمة نفسها، بحيث يكون مرادفاً للواضح في إطار الأساس القانوني للتدخل ومرادفاً للمقنع أي المبني على حجج قوية في إطار ضرورة التدخل.

## المبحث الثاني:

### دور رقابة المحكمة في تحديد نطاق الهامش التقديري للدولة

تختص المحكمة باعتبارها الجهاز القضائي لنظام الاتفاقية بالرقابة على وضع الدول المتعاقدة للاتفاقية موضع تطبيق، ورغم أنها ذات دور احتياطي إلا أن ذلك لا يمس بممارستها لمهمتها الرقابية متى تحققت الشروط المتطلبة لذلك، الإجرائية بالدرجة الأولى المتمثلة في قاعدة استنفاد طرق الطعن الداخلية، وفي إطار الالتزام باختصاصها من حيث المكان، الزمان، الموضوع والأشخاص، بناء على شكاوى فردية أو شكاوى فيما بين الدول، وتفضي رقابة المحكمة إلى تحديد نطاق الهامش التقديري المتروك للدولة ومن ثم التأكد من وجود انتهاك للحقوق المحمية من عدمه متى تجاوزت الدولة المجال المسموح به لها للتصرف تنفيذاً للالتزامات الاتفاقية الواقعة عليها، وقد استندت المحكمة في تحديد نطاق الهامش التقديري إلى معايير (المطلب الأول) صاحبها إشكالات تتعلق بتحديد نطاق هذا الهامش (المطلب الثاني).

<sup>1</sup> أنظر مثلاً:

## المطلب الأول:

### معايير تحديد نطاق الهامش التقديري للدولة

لم تتبن المحكمة أي قواعد صريحة توطر نطاق الهامش التقديري، ومع ذلك وبالرجوع إلى اجتهادها القضائي نجده عموماً يتراوح بين هامش تقديري واسع في بعض القضايا وهامش ضيق في بعض القضايا الأخرى<sup>1</sup>، وقد اعتمدت المحكمة مجموعة معايير تؤثر بشكل كبير على نطاق الهامش التقديري<sup>2</sup>، دون أن تضع قائمة حصرية لها، وحاول الفقه بدوره تجميعها استناداً لاجتهاد المحكمة<sup>3</sup>، حيث تعد هذه المعايير مبررات لنطاق الهامش التقديري المتروك للدولة المدعى عليها في مسألة معينة، وموجهاً للمحكمة في اتخاذ قرارها بخصوص وجود انتهاك لأحكام الاتفاقية من عدمه، وتتمثل بالدرجة الأولى في معيار التوافق (الفرع الأول) الذي له حضور قوي في اجتهاد المحكمة إضافة إلى نوع الحق (الفرع الثاني)، الهدف المرجو (الفرع الثالث)، الموازنة بين الحقوق والمصالح المتنافسة (الفرع الرابع) إضافة إلى معايير أخرى (الفرع الخامس).

### الفرع الأول:

#### معيار التوافق

من المعايير التي تستند إليها المحكمة في تحديد نطاق الهامش التقديري معيار التوافق Consensus<sup>4</sup>، فإذا كان هناك قبول قوي من الدول الأطراف لموضوع معين فإن الهامش

<sup>1</sup>Koen Lemmens, op.cit, pp91-92.

<sup>2</sup>Dean Spielmann, "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?", op.cit, pp392-394.

Voir aussi : Gabriel Füglistaler, op.cit, p21.

<sup>3</sup>أنظر مثلاً:

Martin Kopa, op.cit, p44.

Dean Spielmann, "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?", op.cit, p382, p394.

<sup>4</sup>Frédéric J. Doucet, "Les origines et les fondements du recours au consensus en droit Européen des droits de l'homme", in : R.D.U.S, 43/2013, p715.

Voir aussi : Aduku Abdul Ainoko, op.cit, pp107-108.

Laurence Burgogue-Larsen, op.cit, p36.

Tania racho, op.cit, p165.

الممنوح للدول التي تتعامل بشكل مختلف مع هذا الموضوع سيكون ضيقاً، أما في حالة غياب قبول من الدول لموضوع ما وتنوع ممارساتها بهذا الخصوص فإن الهامش يميل ليكون أوسع<sup>1</sup>.

**أولاً: تعريف التوافق:** لم يرد مصطلح التوافق في الاتفاقية ولكن المحكمة وظفته في أحكامها، وفيما سيأتي تعريف المصطلح لغة واصطلاحاً.

**1-التعريف اللغوي:** يقصد بالتوافق لغة اتفاق بين أشخاص ومن مرادفاته accord, entente, modus vivendi، أو هو اتفاق لأكثر عدد من الرأي العام، أو هو كذلك إجراء يقوم على استخراج اتفاق دون اللجوء إلى تصويت شكلي وبذلك يتم تفادي ظهور الاعتراضات والامتناعات، كما يعرف بأنه اتفاق بين عدة أطراف أو أشخاص وبأنه رضا الأغلبية أو رضا أكبر عدد ومن متضاداته: الخلاف، هذا ويأخذ معنى الرأي المقبول بشكل عام<sup>2</sup>، ويقال توافقت، تتوافق، توافقاً الجماعة أي اتفقت في الأمر بمعنى تقاربت<sup>3</sup>، ومن مرادفاته: اتفاق، انسجام، ائتلاف، تناسب، موافقة، تلاؤم، ملاءمة، ومن أصداده: ابتعاد، تنافر، اختلاف<sup>4</sup>، وبناء على ما ورد أعلاه فإن مصطلح "التوافق" يعد الأنسب للدلالة على مصطلح consensus باللغة الأجنبية، من مصطلحات أخرى كالإجماع<sup>5</sup> أو الاتفاق.

**2-التعريف الاصطلاحي:** يعرف التوافق في مجال القانون الدستوري بأنه اتفاق عام حول القيم الاجتماعية الأساسية بشكل خاص المتعلقة بالنظام السياسي، وهو ما يترتب عنه تخفيف المعارضة السياسية فيكون بذلك النضال في إطار النظام وليس ضد النظام، ويقصد بالتوافق في نفس هذا المجال وكذلك في مجال القانون الدولي العام طريقة أو منهج لتبني القرارات يقوم على البحث عن اتفاق دون اللجوء لتصويت شكلي أو لتفادي التصويت أصلاً<sup>6</sup>، وحسب الدراسات الأوروبية فإن التوافق هو وسيلة للحصول على الإجماع دون إجراء انتخاب، أو هو اتفاق غير شكلي ومرن لا يمكن تحديده<sup>7</sup>، أما في إطار الاتفاقية فيعبر التوافق عن "مستوى التوحيد الموجود

<sup>1</sup>Gabriel Füglistaler, op.cit, pp21-22.

<sup>2</sup>Le robert, op.cit, p229.

<sup>3</sup>علي بن هادية وآخرون، المرجع السابق، ص230.

<sup>4</sup>سعد الضناوي، جوزيف مالك، المرجع السابق، ص189.

<sup>5</sup>باعتبار أن الإجماع لغة من أجمع : إسم يدل في التوكيد على الشمول.

علي بن هادية وآخرون، المرجع السابق، ص16.

وفي القانون اتخذ قراراً بالإجماع أي بقبول الجميع مثلاً جميع الحاضرين أو جميع الأعضاء، بينما التوافق كما ورد أعلاه يعني رضا الأغلبية أو أكبر عدد.

<sup>6</sup>Lexique des termes juridiques, op.cit, p170.

<sup>7</sup>Heisenberg, 2005 ; Sabel, 1997.

في الأنظمة القانونية للدول الأعضاء في مجلس أوروبا بشأن موضوع معين"<sup>1</sup>، وقد أخذت المحكمة بمعيار التوافق منذ وقت مبكر لتحديد مدى الهامش التقديري<sup>2</sup>، واستعملته في أحكامها بعبارات مختلفة: التوافق consensus، المفهوم المشترك dénominateur commun، المعيار المشترك common standard، التوجه trend أو كذلك التوجه العام الأوروبي أو الدولي، توافق آراء communauté de vues<sup>3</sup>.

**ثانياً-أسس التوافق:** لم تتضمن الاتفاقية أي تعريف أو معايير لاستخدام مفهوم التوافق، فهو مفهوم تفسيري اعتمدته المحكمة سنده هو التفسير المتطور للاتفاقية الذي مضمونه أن الاتفاقية صك حي يركز على واقع الدول الأعضاء، وتستخدم المحكمة التوافق كأداة لإيجاد حلول للحالات الصعبة التي تعرض عليها، وقد أدى بدوره لظهور أحد طرق تفسير الاتفاقية وهي التفسير التوافقي interprétation consensuelle، وما لبثت المحكمة تستعمله بقوة في اجتهادها الحديث عموماً كدرع لتفسير الاتفاقية ودعم حججها والدفاع عن أحكامها وصيغ استنتاجاتها بالشرعية وتطوير اجتهادها، ويتم البحث عن التوافق عن طريق تحليل مقارن تقوم به المحكمة حول مفهوم معين في سلوك الدول الأعضاء، وتجدر الإشارة أنه وبالنظر لالتزام هذه السلوكات في كثير من الأحيان بعدم الثبات فإن ذلك سيؤثر على دور مفهوم التوافق فقد يساهم بالدفع قدماً بتفسير الاتفاقية أو كبحة حسب الحالة، وهو ما يصعب هذا المفهوم بعدم اليقين<sup>4</sup>.

---

Cité par: Selma Bendjaballah, "La pratique de la négociation dans une démocratie de consensus: le cas des députés du parlement européen", in : Revue Négociations, De Boeck Supérieur, n° 21, 1/2014, p68.

<sup>1</sup>Council of Europe, Interpretative mechanisms of ECHR case-law: the concept of European consensus, available at: <https://www.coe.int> , accessed: 10/08/2021 à 18:36.

<sup>2</sup>أنظر مثلاً:

Handyside v.UK, op.cit, para 48.

<sup>3</sup>حول هذه التسميات المختلفة أنظر:

Frédéric J. Doucet, op.cit, p716.

Voir aussi : Laurance Burgogne-Larsen, op.cit, p36.

Aduku Abdul Ainoko, op.cit, pp107-108.

ECtHR (GC), Evans v. UK, app.№ 6339/05, judg. of 10/4/2007, para 45.

CrEDH (3<sup>ème</sup> sec.), Fretté c. France, req. № 36515/97, Arrêt du 26/02/2002 (définitif le 26/5/2002), para40.

CrEDH (GC), Lautsi et autres c. Italie, req. №30814/06, arrêt du 18/03/2011, Opinion dissidente du juge Malinverni, à laquelle se rallie la juge Kalaydjieva.

CrEDH (sec. IV), Unal Tekeli c. Turquie, req. №29865/96, arrêt du 16 /11/ 2004, para 61.

<sup>4</sup>Frédéric J. Doucet, op.cit, pp713-715.

Voir aussi: Council of Europe, Interpretative mechanisms of ECHR case-law: the concept of European consensus, op.cit.

لا توجد معايير محددة لتقدير وجود التوافق من عدمه، فمثلا بخصوص حدود البحث عن التوافق أي إطاره فإن المحكمة تتجاوز الاتفاقية في تفسير الحقوق إلى القانون المقارن وتشريعات الدول الأطراف والقواعد المقبولة والمبادئ الناتجة عن الممارسة القضائية والمبادئ العامة للقانون العام للدول الأطراف والمبادئ العامة للقانون المعترف بها من الأمم المتحدة، التوجه الدولي، الصكوك الدولية الملزمة، تطورات القانون الجماعي الأوروبي وغيرها، وبذلك فهي تنتهج النهج الواسع في ما يخص تكوين التوافق ويعكس ذلك عدم وجود فصل مطلق بين القانون الداخلي والدولي، كما يوحي بعدم الاكتفاء بتحديد وجود التوافق على إحصاء بسيط لمن يقبله<sup>1</sup>.

وتعتمد المحكمة وفقا لسلطتها التقديرية طرقا لتحديد وجود التوافق، إما بتأكيد بسيط لوجود أو عدم وجود التوافق دون الاستناد للمصادر الأخرى من غير القانون الداخلي للدولة المعنية، أو بالبحث عن وجود توافق في قانون الدولة المعنية وكذلك مصادر أخرى وهي طريقة موجودة في الاجتهاد الحديث للمحكمة، أو بالتستر كليا عن وجود أو عدم وجود التوافق وهي طريقة نادرة وتكون عادة من أجل إخفاء الاختلاف بين الدول<sup>2</sup>، كما أن المحكمة لا تبرر استعمالها لمفهوم التوافق إلا نادرا، وتذكر أحيانا المصادر التي بنت عليها وجود التوافق وأحيانا لا تقدم أي معلومة، مما يزيد من غموض هذا المفهوم ويوسع سلطتها التقديرية في استعماله.

يرتبط التوافق في اجتهاد المحكمة بالهامش التقديري وهو ما جعله مثله يتسم بالنسبية والاختلاف في طريقة استخدامه وفي تحديد وجوده ونطاقه، مما يؤثر في اعتباره عاملا لتطوير الاجتهاد القضائي أو لتثبيته<sup>3</sup>، ويرى الأستاذ Gertrude Lubbe-Wolff بأن كلا من الهامش التقديري والتوافق الأوروبي يمثلان في اجتهاد المحكمة تعبيرا على الاحتياطية الموضوعية، بينما اعتبرت الأستاذة Audouy بأن الهامش التقديري وحده هو الذي يشكل تعبيرا مباشرا عن الاحتياطية ويخضع لرقابة التناسب بينما التوافق الأوروبي فهو المعيار الأساسي لتغير مدى الهامش التقديري<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>Frédéric J. Doucet, op.cit, pp717-724 et p226.

Voir aussi : Tania racho, op.cit, p147.

<sup>2</sup>Frédéric J. Doucet, op.cit, pp726-730 et p717.

<sup>3</sup>Council of Europe, Interpretative mechanisms of ECHR case-law: the concept of European consensus, op.cit.

<sup>4</sup>Laurèn Audouy, op.cit, pp205-206.

يؤكد معيار التوافق احترام التعدد الوطني الذي يعتبر أحد أسس الهامش التقديري، ويقوم على مراعاة الخصوصيات الوطنية وتنوع الثقافات والأنظمة القانونية الوطنية والظروف المحلية، وتعزيز السلطة التقديرية للدول في تطبيق الاتفاقية على مستواها.

**ثالثاً- دور التوافق في تحديد نطاق الهامش التقديري للدولة:** تحدد المحكمة مدى الهامش التقديري في العديد من أحكامها بناء على عدم وجود أو وجود توافق أوروبي.

**1- حالة عدم وجود توافق:** يعد غياب التوافق أحد العوامل الرئيسية التي أخذت بها المحكمة لتبرير الهامش التقديري الواسع للدول الأطراف<sup>1</sup>، ويغيب التوافق بين الدول بشكل رئيسي في المواضيع الحساسة<sup>2</sup>، لاسيما المتعلقة بالأخلاق والدين حيث تقبل المحكمة التنوع الثقافي في أوروبا في هذه المجالات وتميل إلى احترام الهامش التقديري الواسع للدول في تنظيمها<sup>3</sup>.

**1/1- المسائل المتعلقة بالأخلاق:** أكدت المحكمة منذ وقت مبكر عدم وجود مفهوم موحد للأخلاق في أوروبا لأن الأخلاق تختلف من زمان إلى آخر ومن مكان إلى آخر، وأن "سلطات الدولة من حيث المبدأ في وضع أفضل من القاضي الدولي" لاتخاذ قرار بشأن المحتوى الدقيق لمتطلبات الأخلاق وبشأن حمايتها<sup>4</sup>، وتتمتع بهامش تقديري واسع عادة فيما يتعلق بحماية الأخلاق<sup>5</sup>، حيث تبدي المحكمة تسامحا إزاء المسائل الأخلاقية محل اختلاف أو جدل بين الدول، ولكن في كل الأحوال تخضع للرقابة<sup>6</sup>.

من المسائل الحساسة التي رأت فيها المحكمة غياب التوافق الأوروبي علما أنها محلا لتطور: المسائل المتعلقة بالحق في الحياة لاسيما الإجهاض وبداية الحياة، القتل الرحيم، الحمل المخبري أو الإنجاب عن طريق المساعدة الطبية، الآثار القانونية المترتبة عن تغيير الجنس، التبني وحق الشخص في معرفة أصله<sup>7</sup>، الاعتراف بزواج المثليين حيث صرحت المحكمة أن لكل

<sup>1</sup>F.J. Mena-Parras, Democracy, Diversity and the Margin of Appreciation: A Theoretical Analysis From the Perspective of the International and Constitutional Functions of the European Court of Human Rights, p11, available at: [www.reeci.Org](http://www.reeci.Org), accessed : 18/01/2018.

Cité par : Koen Lemmens, op.cit, p92.

<sup>2</sup>Martin Kopa, op.cit, p44.

<sup>3</sup>Council of Europe, The Conscience of Europe: 50 Years of the European Court of Human Rights, op.cit, p170.

<sup>4</sup>Handyside v. UK op.cit, para 48.

<sup>5</sup>Aaron A. Ostrovsky, op.cit, p52.

<sup>6</sup>Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland, op.cit, para 68.

<sup>7</sup>أنظر مثلاً:

دولة طرف صلاحية منح أو رفض الحق في زواج المثليين بموجب قانونها الوطني ولا يمكن للمحكمة إلزامها بذلك<sup>1</sup>، وتمتعها بهامش لتحديد إمكانية تسجيل زواج المثليين المبرم في الخارج على هذا النحو في القانون الداخلي<sup>2</sup>، والجوانب المختلفة لحياة المثليين كحقهم في التبني<sup>3</sup>.

تلجأ المحكمة إلى الهامش التقديري حتى تتجنب إصدار قرارات حاسمة حول المسائل التي ليس لديها إجابة قاطعة عنها كبدية الحق في الحياة، وهو الثابت في قضية موضوعها رفض الدولة تكييف إجهاض ناتج عن خطأ طبي بأنه قتل خطأ، إذ اعترفت المحكمة بأنها غير قادرة على الإجابة بشكل مجرد عما إذا كان الجنين هو شخص بمفهوم المادة 2 من الاتفاقية<sup>4</sup>، حيث يسمح الهامش التقديري للمحكمة بالتحفظ والاحتراز بخصوص مسائل المجتمع غير المتفق بشأنها<sup>5</sup>، وهو ما يدل على العلاقة الوطيدة بين المفهومين اللذان يمثلان أداتان تفسيريّتان للاتفاقية تستعملهما المحكمة للفصل في النزاعات المعروضة عليها دون أن تتدخل في الدول وتفرض عليها حقوقاً جديدة حتى لا تمس بمبدأ الاحتياطية ودون أن تؤخر مسار الفصل في الشكاوى أمامها.

تتأرجح المحكمة بين الحذر والجرأة في المنازعات التي تثير جوانب أخلاقية ولها صدى واسع لدى الرأي العام الوطني كالمساعدة على الانتحار والأم البديلة، ويتميز اجتهاد المحكمة بالتغيير فيما يخص المواضيع الأخلاقية، فقد دعمت حديثاً الاعتراف والحماية القانونية للثنائيات المثلية، ووصلت إلى انتهاك روسيا المادة 8 من الاتفاقية وتجاوزت هامشها التقديري وأخلت

---

Vo c. France, op.cit, para 82; CrEDH (GC), A, B et C. c. Irlande, req.№ 25579/05, arrêt du 16/12/2010, para231-237,242; Pretty v. UK, op.cit, para49-56; ECtHR (GC), S.H. and others v. Austria, app. №57813/00, judg. of 3/11/2011, para94-96, 106; O.H. et G.H c. Allemagne, req. n° 53568/18 et 54741/18, Arrêt du 4/04/2023, définitif 04/07/2023, para114 ; ECtHR (third sec.), Kearns v. France, app. №35991/04, judg. of 10/01/2008, para74.

<sup>1</sup>CrEDH (1ere sec.), Schalk et Kopf c. Autriche, req. № 30141/04, arrêt du 24/06/2010, définitif le 22/11/2010, para 61 et 105.

<sup>2</sup>CrEDH(sec.I),Orlandi et a. c. Italie, req. n°26431/12,Arrêt du14/12/2017,para197,202-203,205-206

<sup>3</sup>Fretté c. France, op.cit, para 41.

<sup>4</sup>« Au plan européen, la Cour observe que la question de la nature et du statut de l'embryon et/ou du fœtus ne fait pas l'objet d'un consensus (...). Quant à ce qui précède, la Cour est convaincue qu'il n'est ni souhaitable ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une « personne » au sens de l'article 2 de la Convention.»

Vo c. France, op.cit. para 84 et 85.

<sup>5</sup>Denis Masméjan, "Les juges Européens de Strasbourg sont-ils allés beaucoup trop loin avec la souveraineté des états?", Interview avec Giorgio Malivermi et Jean François Perrin, in : journal le temps, quotidien Suisse indépendant, disponible sur: [www.letemps.ch](http://www.letemps.ch), publié le 26/11/2014, consulté le 12/03/2015 à 16 :32.

بالتزامها الإيجابي بضمان حق الشاكين في حماية حياتهم الخاصة<sup>1</sup>، بعد أن كانت في وقت مضى تعتبر هذا الاعتراف من صميم تقدير الدولة.

إن التطور والتغير المستمر للمجتمعات الأوروبية والظواهر الجديدة التي تراكبها في جميع المجالات كالتيكنولوجيا والذكاء الاصطناعي حاليا تمثل تحديا بالنسبة للمحكمة يفرض عليها الأخذ بمعيار التوافق نظرا لصعوبة وضع حلول لهذه المستجدات، وللجدل الذي تثيره وعدم استقرار الآراء حول مضامينها وجوانبها المختلفة، كما أن الوصول لتوافق أوروبي حول مسألة معينة يحتاج إلى فترة لتكوينه قد تطول وهو ما نلاحظه مثلا بالنسبة لزواج المثليين ومسألة الإجهاض.

**2/1-المسائل المتعلقة بالدين:** أشارت المحكمة إلى عدم وجود مفهوم موحد لمعنى الدين في المجتمع<sup>2</sup>، واعتبرت العلاقات الحساسة بين الدين والدولة مبررا لإفادة الدول من هامش تقديري<sup>3</sup>، بل ومنحت لها في المسائل المرتبطة بحرية الدين المضمونة بالمادة 9 من الاتفاقية عادة وبشكل منتظم هامشا واسعا<sup>4</sup>.

تثير العلاقة بين الدين والقانون أو الدولة مناقشات حادة في الدول الأوروبية وطالما كانت موضوعا لأحكام صعبة ومثيرة للجدل، وتعد قضايا الرموز الدينية في الأماكن العامة أحد أهم مظاهر هذه العلاقة<sup>5</sup>، ومن القضايا الشهيرة ذات الصلة قضايا ارتداء الحجاب في الأماكن العامة ومنها قضية معلمة بإحدى مدارس جنيف، تم منعها من ارتداء الخمار الذي يعبر عن دينها عند أداء وظيفتها في مدرسة عامة تحت مبرر الحفاظ على الحياد وتفاذي التأثير على التلاميذ في المدرسة باعتبار الخمار رسالة دينية ومبرر حماية حقوق وحرية الآخرين، وهو ما اعتبرته المدعية يمس بحريتها الدينية المحمية بالمادة 9 من الاتفاقية، وقد قضت المحكمة بالإجماع بعدم

<sup>1</sup>CrEDH (GC), Fetodova et autres c. Russie, req. n° 40792/10, 30538/14 et 43439/14, arrêt du 17/01/2023, para 224 et 225.

<sup>2</sup>«Comme pour la "morale", il n'est pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société».

Otto Preminger Institut c. Autriche, op.cit, para 50.

Voir aussi : Leyla Sahin c. Turquie, op.cit, para 109.

<sup>3</sup>«En outre, eu égard à la marge d'appréciation qu'il faut laisser à chaque Etat, notamment pour ce qui est de l'établissement des délicats rapports entre les églises et l'état, elle ne saurait être considérée comme excessive ou disproportionnée».

Sha'are Shalom VE Tsedek c. France, op.cit, para 84.

Voir aussi : Leyla Sahin c. Turquie, op.cit, para 109.

<sup>4</sup>Lautsi et autres c. Italie, op.cit, para 69 s.

<sup>5</sup>S.A.S c. France, op.cit ; CrEDH (2<sup>ème</sup> sec.), Dakir c. Belgique, req. N°4619/12, arrêt 11 /07/2017; Leyla Sahin c. Turquie, op.cit.

قبول هذه الشكوى لسوء تأسيسها<sup>1</sup>، وقضية الطالبة التي تم رفض التحاقها بكلية الطب في اسطنبول بسبب ارتدائها الحجاب تحت مبرر الحفاظ على النظام العام واستنادا إلى الحظر الوارد بالدستور التركي حول الفصل بين السياسة والدين، وهو ما رأت المدعية أنه ينتهك حريتها الدينية، وقد خلصت المحكمة إلى تأكيد الهامش التقديري للدولة وعدم وجود انتهاك<sup>2</sup>، وهو الحال في عديد القضايا الأخرى<sup>3</sup>.

كذلك الأمر في قضية تخص تغطية الوجه في الأماكن العامة حيث تحفظت المحكمة في رقابتها واكتفت بالتقييم الوطني الذي تم وفقا للطرق الديمقراطية في المجتمع المعني، واعترفت بالحظر الذي فرضته فرنسا في قانونها من منطلق هامشها التقديري<sup>4</sup>، ورأت في قضية حول تعليق الصلبان في المدارس العامة أن هذا التعليق لا ينتهك المادة 9 من الاتفاقية<sup>5</sup>.

يختلف تنظيم ارتداء الرموز الدينية في الدول الأطراف بشكل خاص في المدارس العامة، فمثلا أصدرت فرنسا قانونا استنادا إلى مبدأ العلمانية في الجمهورية، يمنع على تلاميذ المدارس الارتداء الواضح للعيان لأي رمز ديني، وفي ألمانيا أقرت المحكمة الدستورية الفدرالية بأن لبس الخمار بالنسبة للأساتذة يحتاج إلى قانون صادر عن البرلمان الألماني، وفي هولندا تم تفسير أحد القوانين على أنه يسمح للأساتذة والتلاميذ في مدارس الدولة بارتداء الخمار، ومن هذا المنطلق منحت المحكمة للسلطات الوطنية هامشا تقديريا واسعا في هذه المسألة<sup>6</sup>.

أما فيما يخص الشعائر الدينية، وصلت المحكمة في أحد الأحكام إلى عدم انتهاك حرية الدين، حيث أخذت بالاعتبار خصوصيات مجال السجون والإمكانات العديدة التي توفرها السجون لممارسة الشعائر، وتركت هامشا واسعا لرومانيا حول قراراتها في المجال الصحي<sup>7</sup>، وبذلك فقد أعطت أولوية لقرارات الدولة في هذا المجال على حساب ممارسة الشعائر خلال أزمة COVID،

<sup>1</sup>Dahlab c. Suisse, op.cit, para 1 et 2 (en droit).

<sup>2</sup>Leyla Sahin c. Turquie, op.cit, para 122.

<sup>3</sup>CrEDH (5<sup>eme</sup> sec.), Dogru c. France, req. N° 27058/05, arrêt du 14/02/2008, définitif le 04/03/2009.

<sup>4</sup>S.A.S c. France, op.cit, para 154.

<sup>5</sup>Lautsi et autres c. Italie, op.cit, para 69, 70, 77, 78.

<sup>6</sup>Aernout Nieuwenhuis, "European court of human rights: State and religion, schools and scarves, An analysis of the margin of appreciation as used in the case of Leyla sahin V Turkey, Decision of 29 June 2004, Application number 44774/98", in: European constitutional law review, 1, 2005, pp495-496.

<sup>7</sup>Constantin-Lucian Spînu c. Roumanie, op.cit, para 53-54 et 70-72.

كما قضت المحكمة كذلك بعدم وجود انتهاك للمادة 9 من الاتفاقية في أحكام تثير طقوس ذبح الحيوانات *'abattage rituel'*<sup>1</sup>.

يلاحظ في مسائل الدين غياب التوافق نظرا لاختلاف تنظيم هذه المسائل في الدول الأطراف ولكن كذلك حسب الهدف من التقييد فمثلا غلبت المحكمة النظام العام وحقوق وحرريات الآخرين على المصلحة الفردية، كما يلاحظ أن المحكمة انتهجت موقفا متشابها في الأحكام المتصلة بالحجاب كرمز ديني في الفضاء العام بشكل خاص في المدارس حيث حكمت لصالح القرارات الوطنية التي تحظره، واعتبرت القيود الواردة عليه غير تمييزية، وأضفت عموما المشروعية على تقييد الأزياء الدينية وهو ما يفرض على الفرد التنازل عن الدين من أجل التمتع بالحقوق والحرريات الأخرى كالتعليم والعمل، ويظهر الإشكال عندما يتعلق الأمر بالرموز والأزياء التي تمثل فرضا دينيا كالحجاب عند المسلمين.

تعد المجالات المذكورة أعلاه بمختلف جوانبها الأكثر اختلافا وإثارة للجدل بين الدول حيث كثيرا ما يغيب بشأنها التوافق، وينتج عن ذلك الاعتراف بهامش تقدير واسع، غير أن هذا لا يعد قاعدة ثابتة، لأن الاختلاف حول المواضيع ذات الصلة بهذه المجالات قد يتحول إلى توافق مع الوقت ويترتب عليه هامش وطني ضيق.

**2- حالة وجود توافق:** يتأثر مدى الهامش التقديري إلى حد كبير بوجود التوافق الأوروبي، ويرى الأستاذ K.Degtiariov أن التوافق الأوروبي هو الحجة الأساسية التي تسمح للمحكمة بعدم استخدام الهامش التقديري، وأنه يجد أساسه في ديباجة الاتفاقية التي اعتبرت مبدأ الوحدة الأوروبية هدفا لمجلس أوروبا كمنظمة تسعى إليه من خلال أساليب على رأسها الحفاظ على تنفيذ حقوق الإنسان والحرريات الأساسية ومتابعة ذلك، وعليه فمتى خلصت المحكمة إلى ظهور نهج مشترك في أوروبا بشأن قضية معينة، فإنها تتبنى هذا النهج في قرارها ولا تترك أي هامش تقديري للدولة<sup>2</sup>، وبذلك فوجود معايير مشتركة بين الدول تعد بمثابة حاجز يعدل ويحتوي السلطة القاعدية للمحكمة<sup>3</sup>، وتضمن هذه الأخيرة من خلال المفهوم المشترك تطور الحقوق وفقا لتطور مجتمعات

<sup>1</sup>أنظر مثلا:

Sha'are Shalom VE Tsedek c. France, op.cit, para75-85; Executief van de Moslms van België et autres c. Begique, op.cit, para104-106, 107-124.

<sup>2</sup>Iryna Kretova, op.cit, p179.

<sup>3</sup>Elias Kastanas, op.cit, p235.

الدول الأطراف<sup>1</sup>، فهي تنتهج التفسير التطوري في حالة وجود توافق أوروبي لتضيق نطاق الهامش التقديري للدولة المعنية، وبالعكس من ذلك تميل المحكمة في حالة عدم وجود توافق للاعتراف بهامش وطني واسع<sup>2</sup>.

وعمليا فقد طبقت المحكمة الهامش التقديري بشكل كبير قبل سنة 1979 وبشكل رئيسي على المواد من 8 إلى 11 من الاتفاقية، ومنحت هامشا تقديريا واسعا نسبيا للدول حيث لم تصل إلا نادرا خلال هذه المرحلة إلى وجود انتهاكات من الدول نظرا لعدم وجود توافق حول موضوع الاستثناءات، غير أن توجه المحكمة تطور منذ 1979 مع ازدياد ثقتها بنفسها حيث بدأت بتأكيد دورها الرقابي وأظهرت "استعدادا متزايدا لدعم التحديات التي تواجه التقدير الوطني"<sup>3</sup>، وقد تم تفسير هذا التطور بتعامل المحكمة مع الاتفاقية باعتبارها "أداة حية" مما يوجب تفسيرها وفقا للظروف الحالية هذا من جهة ومن جهة ثانية بظهور توافق أوروبي في مختلف المجالات ويتطور القانون والسلوكيات الاجتماعية في الدول الأطراف وهو ما أثر بشكل كبير على اجتهاد المحكمة<sup>4</sup>.

إن التوافق الأوروبي هو أحد المظاهر الرئيسية للسلطة فوق الوطنية للمحكمة، تستعمله لتوجيه مداولاتها، وقد رأت Françoise Tulkens قاضية سابقا بالمحكمة، أن له دورا مهما في تنظيم وتيرة تطور المحكمة<sup>5</sup>، ويقع على هذه الأخيرة تحديد وجود التوافق كما تتمتع بصلاحيات اختيار الأدوات والوسائل التي تستعملها في البحث عن وجوده<sup>6</sup>، وتأخذ في الاعتبار التطورات في الدول الأطراف حول المسألة المعنية<sup>7</sup> في القانون والممارسات الوطنية، وعناصر القانون الدولي ذات الصلة<sup>8</sup>، كالصكوك الدولية العالمية والإقليمية<sup>9</sup>، وتجري مقارنة بينها<sup>10</sup>.

وقد تم انتقاد استخدام المحكمة لمفهوم التوافق لأنها تتجاوز سلطتها وتتدخل في الدول الأطراف لتفرض عليها معايير وهو ما يتناقض مع تأكيدها في اجتهادها القضائي على الاختلاف المعترف للأعراف والسياسات والممارسات في الدول الأطراف، وبأن المحكمة لا تحاول فرض

<sup>1</sup> Aaron A. Ostrovsky, op.cit, pp55-56.

<sup>2</sup> Yutaka Arai-Takahashi, op.cit, pp 203-204.

<sup>3</sup> Howard Charles Yourow, op.cit, p54, pp56-57.

<sup>4</sup> Yutaka Arai-takahashi, op.cit, p15.

<sup>5</sup> Equality and Human Rights Commission, op.cit, pp167-168.

<sup>6</sup> ECtHR (GC), Vallianatos and others v. Greece, app.Nos 29381/09 and others, judg of. 7 /11/ 2013, para 91.

<sup>7</sup> ECtHR (GC), Fabris v. France, app.Nº16574/08, judg. of 7 /2/2013, para 56.

<sup>8</sup> CrEDH (GC), Demir and Baykaya c. Turquie, req.Nº 34503/97, arrêt du 12/11/ 2008, para 76-86.

<sup>9</sup> ECtHR (GC), Centrum för rättvisa v. sweden, app.Nº35252/08, judg. of 25/05/2021, para81,82.

<sup>10</sup> CrEDH (GC), Bayatyan c. Arménie, req. Nº23459/03, arrêt du 07/07/2011, para 102, 122.

التمائل أو متطلبات مفصلة ومحددة على السلطات الوطنية، لأن هذه الأخيرة في أفضل وضع لإصدار قرار حسب ما يتطلبه مجال معين<sup>1</sup>، كما تم انتقادها نظرا لعدم وجود معايير ثابتة للتوافق رغم اعتمادها على مجموعة معطيات عند إصدار قرارها بهذا الشأن، فضلا على أن تعدد وتشعب جوانب هذا المفهوم ونسبته من حيث الزمان، المضمون، التكوين يزيد من صعوبة وضع مفهوم أوروبي موحد<sup>2</sup>، وهو ما يستشف من عديد القضايا المطروحة عليها منها قضية حول حبس المدعية عدة أيام بسبب رفضها الإدلاء بشهادتها في إطار تحقيق قضائي يستهدف شريكها المتهم بارتكاب جريمة قتل، ورفض إعفاءها من الشهادة لعدم وجود زواج بينهما مما يقصدها من قائمة المعفيين من الشهادة في القانون الجزائري للدولة، وقد رأت المحكمة أن الدول الأطراف تعالج بعض الأحكام بين الأفراد بنفس الطريقة سواء كانت في إطار الزواج أو في علاقات مشابهة، وفي مجال الضمان الاجتماعي والجبائية، ولكن قضية الحال تتعلق باعتبارات مختلفة تخص المصلحة العامة التي ترتبط بمتابعة الجرائم الخطيرة، وصرحت أخيرا بعدم انتهاك المادة 8 من الاتفاقية<sup>3</sup>.

من المسائل التي استعملت فيها المحكمة مفهوم التوافق الأوروبي لتضييق الهامش التقديري الوطني وتقرير وجود انتهاك:

**1/2-المسائل المتعلقة بالتمييز:** ومثاله بالنسبة لحقوق الأطفال المولودين خارج إطار الزواج، فقد بحثت المحكمة عن وجود توافق في القانون والممارسة في الدول الأعضاء، ووصلت إلى وجود توافق للآراء بخصوص المعاملة القانونية للأطفال الطبيعيين، وقضت ببطلان أثر القوانين المتعلقة بالميراث لأنها تمييزية بالنسبة لهؤلاء الأطفال<sup>4</sup>، وبالنسبة للحق في اللقب كما هو الحال في عدم السماح لامرأة متزوجة من استعمال لقبها العائلي فقط (دون لقب زوجها) على الوثائق الرسمية، حيث قضت بوجود انتهاك<sup>5</sup>.

**2/2-المسائل التي ظهر بشأنها توافق لم يكن موجودا من قبل:** مثلا في مجال الأخلاق حول العلاقات المثلية الرضائية بين البالغين، أين رأت المحكمة أن تجريم هذه العلاقات في القانون الجنائي لإيرلندا الشمالية مخالف للاتفاقية، وأدانت الدولة المدعى عليها بسبب تمييز تجاه

<sup>1</sup>Equality and Human Rights Commission, op.cit p178.

<sup>2</sup>Laurance Burgogne-Larsen, op.cit, pp1-2.

<sup>3</sup>CrEDH (GC), Van der heijden c. Pays-Bas, req. no 42857/05, arrêt du 3/4/2012, para74,78.

<sup>4</sup>CrEDH (plénière), Marckx c. Belgique, req. № 6833/74, arrêt du 13/6/1979, para 62, 65.

أنظر كذلك حول المعاملة التمييزية بين الأطفال الطبيعيين والشرعيين:

CrEDH (3<sup>eme</sup> sec.), Mazurek c. France, req. №34406/97, arrêt 01/02/2000.

<sup>5</sup>Unal Tekeli c. Turquie, op.cit, para 61-62.

المثليين<sup>1</sup>، مثلا بخصوص حرية التعبير رأت المحكمة في حكم Handyside عدم وجود انتهاك، بينما في قضية Sunday times المتعلقة بنفس الحرية فيما يخص الصحافة أكدت الهامش التقديري الضيق للدولة<sup>2</sup>، نظرا لظهور توافق حول المسألة محل نظر والمرتبطة بالأخلاق، كذلك في مجال المعتقد مثلا فيما يخص الاستنكاف الضميري Objections de conscience<sup>3</sup>، وفيما يخص مفهوم جريمة الاغتصاب<sup>4</sup>، فقد ساهم وجود التوافق الأوروبي في تغيير نطاق الهامش التقديري الوطني.

إن نشأة التوافق الأوروبي حول موضوع معين، يترتب عليه تضيق الهامش التقديري للدول بهذا الخصوص، ويصبح التوافق مفروضا على باقي الدول -وهي غالبا الأقلية- التي لم تعترف به، وعموما فالمفهوم يضفي المرونة والتغير على أحكام المحكمة، ومن الملاحظ أنه رغم السنوات الطويلة لاستعمال معيار التوافق لتحديد مدى الهامش التقديري، إلا أن المحكمة لم تضع له ضوابط مثلا كيفية ظهوره والحد الأدنى المتطلب حتى تعتبر مسألة معينة محل توافق، وهو ما جعله معيارا مرنا، وبالتالي فإن تحديد مدى "الهامش التقديري" وهو مفهوم مرن استنادا إلى معيار التوافق الأوروبي وهو مفهوم مرن بدوره يزيد من غموض وعدم استقرار الهامش التقديري.

## الفرع الثاني:

### نوع الحق المعني

يمثل نوع الحق المعني وطبيعته أحد معايير تحديد نطاق الهامش التقديري<sup>5</sup>، والقاعدة العامة أن مجال استعمال هذا الأخير هو الحقوق القابلة لتقييدها كالحق في احترام الحياة الخاصة وحرية الدين، بينما يستبعد من مجال الحقوق المطلقة المضمونة بالمواد 2، 3 و 4 من الاتفاقية، ومع ذلك

<sup>1</sup>Dudgeon v.UK, op.cit, para41, 63.

<sup>2</sup>Aduku Abdul Ainoko, op.cit, p108-109.

<sup>3</sup>هو رفض أداء بعض الأعمال لاسيما الخدمة العسكرية بحجة تعارضها مع معتقدات الشخص ومثاله في قضية:

Bayatyan c. Arménie, op.cit, para102,103,108,122.

<sup>4</sup>CrEDH (1<sup>ère</sup> sec.), M.C. c. Bulgarie, req. №39272/98, arrêt 4 /12/ 2003, para 154, 155, 156.

Cité par: Council of Europe, Interpretative mechanisms of ECHR case-law: the concept of European consensus, op.cit.

<sup>5</sup>أنظر مثلا:

Lautsi et autres c. Italie, op.cit, Opinion dissidente du juge Malinverni, à laquelle se rallie la juge Kalaydjieva.

Voir aussi: Aduku Abdul Ainoko, op.cit, pp107-108.

يمكن للمحكمة أن تضبط نفسها عندما تواجه وجهات نظر متعارضة<sup>1</sup>، وبالرجوع للاجتهاد القضائي للمحكمة فإن نطاق الهامش التقديري يكون كالاتي:

- يكون الهامش التقديري ضيقا عندما تتعلق الحقوق المحمية بالجوانب الحميمة للفرد أو بالجوانب الأساسية لهوية الفرد<sup>2</sup> ومثاله مسألة العلاقات الجنسية المثلية<sup>3</sup>، تسجيل شخص في نظام معالجة الجرائم رغم حفظ الشكوى الموجهة ضده، رفض تسجيل عقود ميلاد أطفال مولودين بالخارج في إطار الحمل عن طريق الأم البديلة<sup>4</sup> وتغيير الجنس<sup>5</sup>، ومع ذلك فقد رأت المحكمة أن الهامش التقديري في هذه الجوانب يتسع في حالة عدم وجود توافق بين الدول الأطراف حول أهمية المصلحة المعنية أو حول أفضل الطرق لحمايتها بشكل خاص عندما تثير القضية جوانب أدبية أو أخلاقية حساسة<sup>6</sup>.

- يكون الهامش التقديري ضيقا فيما يتعلق بالحق في الحياة الخاصة المحمي بالمادة 8 من الاتفاقية، وقد أقرت المحكمة بعد دخول البروتوكول 15 حيز النفاذ بهذا النطاق الضيق في العديد من القضايا ذات الصلة لاسيما مراقبة الاتصالات، لم شمل الأسرة بالنسبة للأجانب، حماية التلاميذ من جميع أشكال العنف في المدرسة، تنظيم التسول، حيث قضت المحكمة بوجود انتهاك للحياة الخاصة<sup>7</sup>.

- يكون الهامش التقديري ضيقا جدا في الحالة المتعلقة بفرض قيد على الحقوق الأساسية لمجموعة ضعيفة في المجتمع، سبق وأن عانت من تمييز كبير في الماضي، وفضلا عن هذا

<sup>1</sup>Council of Europe, The Conscience of Europe: 50 Years of the European Court of Human Rights, op.cit, pp170-171.

<sup>2</sup>«A number of factors must be taken into account when determining the breadth of the margin of appreciation to be enjoyed by the state in any case under article 8. Where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted ... ».

Evans v. UK, op.cit, para 77.

<sup>3</sup>Dudgeon v.UK, op.cit, para 52, 59, 63 .

<sup>4</sup>CEDH (5<sup>ème</sup> sec.), Mennesson c. France, req. n°65192/11, Arrêt du 26/06/2014, para 80.

<sup>5</sup>CrEDH (GC), Christine Goodwin c. Royaume-Uni, req. № 28957/95, arrêt du 11/07/2002, para72, 73, 93, 103.

<sup>6</sup>Evans v. UK, op.cit, para 77.

<sup>7</sup>أنظر مثلا حسب الترتيب أعلاه:

ECTHR (GC), Big Brother Watch and Others v. UK, app. №58170/13 and others, judg. of 25/05/2021; Centrum för rättvisa v. sweden, op.cit; ECTHR (GC), M.A. v. Denmark, app. №6697/18, judg. of 09/07/2021; ECTHR (I sec.); F.O. v. Croatia, app.№ 29555/13, judg. of 22/04/2021; ECTHR (III sec.) Lacatus v. Switzerland, app.№ 14065/15, judg. of 19/01/2021.

Cité par: European court of human rights, Annual report 2021, op.cit, p35.

يجب أن تكون للدولة أسباب جد هامة لتبرير هذا التقييد، أي مقنعة بشكل خاص، وقد طبقت المحكمة هذا النهج بخصوص التمييز القائم على النوع الاجتماعي<sup>1</sup>، العرق كما هو الأمر مثلا فيما يتعلق بوضع أطفال أقليات الروم في مدارس خاصة وقد وصلت إلى وجود انتهاك جراء التمييز<sup>2</sup>، التوجه الجنسي ومثاله رفض قبول طلب التبني المقدم من امرأة تعيش في ثنائي مثلي حيث رأت المحكمة وجود انتهاك مبني على التمييز<sup>3</sup>، الإعاقة الذهنية<sup>4</sup> والمعاناة من عجز<sup>5</sup>.

### الفرع الثالث:

#### الهدف المرجو

يختلف نطاق الهامش التقديري حسب الهدف من تقييد الحق<sup>6</sup> حيث يكون واسعا متى تعلق الأمر بالأمن الوطني<sup>7</sup> مثلا في مجال الوظيفة العامة رأت المحكمة فيما يخص معالجة البيانات الشخصية عند تقييم قابلية المترشحين لشغل مناصب هامة، بأن وجود نظام رقابة على الموظفين من أجل حماية الأمن الوطني يعد متوافقا مع المادة 8 من الاتفاقية متى كان محاطا بالضمانات الضرورية ضد التعسف<sup>8</sup>، بينما يكون ضيقا إذا تعلق الأمر بالدفاع عن سلطة القضاء الذي اعتبرته المحكمة مفهوما موضوعيا وذلك بخلاف حماية الأخلاق التي تتصف بالذاتية وبالتطور ويجب أن تخضع فيها المحكمة لآراء الدول<sup>9</sup>.

<sup>1</sup>Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Royaume-uni, op.cit, para 78.

<sup>2</sup>ECtHR (GC), DH and Others v. the Czech Republic, app. №57325/00, judg. of 13/11/2007, para 182.

<sup>3</sup>CrEDH (GC), EB c. France, req. №43546/02, arrêt du 22/1/2008, para 94.

<sup>4</sup>ECtHR (second sec.), Alajos Kiss v. Hungary, app. № 38832/06, judg. of 20/5/2010 (final 20/8/2010), para 42.

<sup>5</sup>CrEDH (sec. 1), Glor c. Suisse, req. 13444/04, arrêt du 30/04/2009, para 84 ; CrEDH (sec. II), Guberina c. Croatie, req. № 23682/13, arrêt du 22/03/2016, para 73.

Cité par : Cour européenne des droits de l'homme, Guide sur la jurisprudence de la Convention Droits sociaux, op.cit, p59.

<sup>6</sup>« ...D'autre part, le pouvoir national d'appréciation n'a pas une ampleur identique pour chacun des buts énumérés à l'article 10 par. 2 (art. 10-2). » .

Sunday times c. Royaume-uni, op.cit, para 59.

<sup>7</sup>Klass c.Allemagne, op.cit, para 49.

Voir aussi : Martin Kopa, op.cit, p44.

<sup>8</sup>Leander c. Suède, op.cit, para 59 et para 67.

Cité par : Cour européenne des droits de l'homme, Guide sur la jurisprudence de la Convention Droits sociaux, op.cit, pp20-21.

<sup>9</sup>Müller et autres c. Suisse, op.cit, para 36.

أما بالنسبة لحماية الأخلاق، فيرى الأستاذ Hervieu أن وظيفة الأخلاق تتمثل في تبرير تقييد الحريات، ويتصف رأي المحكمة بخصوص مبرر الأخلاق بالتغير والتطور، فقد ذهبت في قضية Handyside سنة 1976 إلى أن حظر بريطانيا نشر كتاب موجه للتلاميذ لاحتوائه على معلومات جنسية، لا يعد انتهاكا لحرية التعبير واعتبرت أن حماية الأخلاق العامة تبرر تقييد هذه الحرية الأساسية، بينما رأت في قضية Akdaş سنة 2010 أن حماية الأخلاق العامة لا يمكن أن يبرر حظر تركيا ترجمة رواية ذات طبيعة جنسية وحجز آلاف النسخ المترجمة إلى التركية وفرض عقوبة جزائية على الناشر، واستنتجت وجود انتهاك لحرية التعبير، وهو ما يثبت تراجع وتضاؤل استعمال الأخلاق كأداة للحد من الحريات ومواكبة المحكمة لتطور المجتمعات الأوروبية التي أصبحت مع السنوات أقل تمسكا بالأخلاق، ويثبت توجه المحكمة بالإجماع إلى تقليص الخصوصيات الوطنية لفائدة التقاربات الأوروبية من خلال تكريس التراث الأخلاقي الأوروبي<sup>1</sup>.

#### الفرع الرابع:

#### الموازنة بين الحقوق والمصالح المتنافسة

يكون الهامش التقديري واسعا عموما عندما يتعلق الأمر بالبحث عن توازن عادل بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة أو الحقوق المحمية بالاتفاقية<sup>2</sup>، ومثاله فيما يخص الموازنة بين حق المدعية في معرفة أصلها وحق والدتها في الحفاظ على سرية ظروف ولادتها وهويتها<sup>3</sup>، تراجع أحد الشركاء عن قبوله بخصوص استعمال الأجنة المجمدة<sup>4</sup>، ارتداء العمال للرموز الدينية<sup>5</sup>، وقد أصبحت المحكمة تركز في القرار الوطني على الموازنة المفصلة والمعقدة بين المصالح

<sup>1</sup>Nicolas Hervieu, "Liberté d'expression (art.10 CEDH) : interdiction au nom de la morale de la traduction turque d'un roman érotique de Guillaume Apollinaire", in : Lettres « actualités Droits-libertés » du CREDOF, 16 février 2010, disponible sur : [www.revdh.wordpress.com](http://www.revdh.wordpress.com) , consulté le 14/03/2016 à 14 :31.

Voir aussi : Sonya Faure, L'Europe a-t-elle une morale unique?, in : journal Libération, publié le 9/5/2014 à 11:25, <https://www.liberation.fr> , consulté le 14/03/2016 à 13 :10.

<sup>2</sup>«...There will also usually be a wide margin if the State is required to strike a balance between competing private and public interests or Convention rights.».

Evans v. UK, op.cit, para 77.

Voir aussi: ECtHR (GC), Paradiso and Campanelli v. Italy, app. N° 25358/12, judg. of 24/1/2017, para 182.

<sup>3</sup>ECtHR (GC), Odievre v. France, req. No. 42326/98, arrêt du 13/2/2003, para 46.

Cité par : Martin Kopa, op.cit, p44.

<sup>4</sup>Evans v. UK, op.cit, para 77.

<sup>5</sup>ECtHR (fourth sec.), Eweida and Others v. UK, app. N°s 48420/10 and others, judg. of 15/1/2013 (final 27/5/2013), para 109.

المعرضة للخطر ومثاله فيما يخص عدم تجديد عقد عمل بصفة معلم دين نقس متزوج وأب لأطفال وناشط في صفوف حركة معارضة لمذهب الكنيسة، وبالتالي تعارض بين الأفكار التي يجب أن يلقنها المعلم وبين قناعاته الشخصية، وكذلك فيما يخص المساعدة على الانتحار أو بعبارة أخرى الحق في الموت<sup>1</sup>.

تلعب المصالح المعرضة للخطر دورا هاما في تحديد نطاق الهامش التقديري خاصة في القضايا المتعلقة بالمواد من 8 إلى 11 من الاتفاقية، فعند تعارض بين مصلحة خاصة ومصلحة عامة مهمة فإن الهامش التقديري يميل ليكون أوسع، وبالعكس فإذا كانت هناك مصلحة خاصة حميمية وأساسية على المحك فإن الهامش التقديري يميل لأن يكون أضيق<sup>2</sup>.

تمثل حرية التعبير والحق في الخصوصية أكثر الحقوق اصطداما وصراعا في الواقع، وتشكل موضوعا للبحث عن التوازن العادل بينهما ويعد مجال المنشورات الإعلامية مجالا خصبا لهذه القضايا<sup>3</sup>، وقد رأت المحكمة بهذا الخصوص بأن نتيجة الشكوى يجب أن لا تختلف سواء كانت مؤسسة على المادة 8 أو المادة 10 من الاتفاقية، فهذه الحقوق مبدئيا تستحق احتراماً متساويا، والهامش التقديري يجب أن يكون، نظريا، نفسه في كلتا الحالتين<sup>4</sup>.

في قضية تخص إدانة ناشر صحيفة The daily mirror بسبب مقال وصور فوتوغرافية حول العلاج السري من الإدمان الذي تخضع له السيدة Naomi Campbell (مغنية وممثلة بريطانية)، خلصت المحكمة إلى أنه، مع مراعاة هامش التقديري الممنوح لقرارات المحاكم الوطنية في هذا السياق، فإنها ستحتاج إلى أسباب جدية قوية لاستبدال وجهة نظرها محل وجهة نظر غرفة اللوردات -القاضية بأن الناشر قد انتهك خصوصية السيدة ومن ثم فليس هناك انتهاك لحرية التعبير-، ورأت المحكمة بدورها عدم وجود انتهاك لحرية تعبير الناشر في الشق الذي ادعى فيه بوجود خيانة أمانة في حقه<sup>5</sup>، ويعكس هذا الحكم الاحترام الذي تبديه المحكمة للمحاكم الوطنية في القضايا المتعلقة بموازنة الحقوق المتنافسة.

<sup>1</sup>ECtHR (GC), Fernandez-Martinez v. Spain, app. № 56030/07, judg. of 12/6/2014, para 123-153; ECtHR (fourth sec.), Nicklinson v. UK, app. № 2478/15, dec. of 23/6/2015, para 76, 79-86.

<sup>2</sup>Gabriel Füglistaler, op.cit,p21.

<sup>3</sup>Equality and Human Rights Commission, op.cit, pp122-123.

<sup>4</sup>CrEDH (GC), Stakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande, req. №931/13, arret du 27/6/2017, para37 ; Axel Springer AG v. Germany, op.cit, para 87.

<sup>5</sup>ECtHR (Sec. IV), MGN Limited v. UK, app. № 39401/04, Judg. of 18/1/2011, para136-156.

أنظر كذلك بخصوص الموازنة بين الحياة الخاصة وحرية التعبير:

ECtHR(Sect. IV), Mosley v. UK, app. № 48009/08, judg. of 10/5/2011.

في قضية تتعلق بإلزام الجريدة البلجيكية Le Soir بإخفاء أرشيف الكتروني منشور قبل عشرين عاما حول حادث مميت ارتكبه طبيب لا يزال يمارس مهنته إلى اليوم، وذلك بحجة «الحق في النسيان»، مما أدى بالناشر للجوء أمام المحكمة للدعاء بانتهاك حرّيته في التعبير، حرصت المحكمة على احترام الهامش التقديري الوطني ووصلت إلى عدم وجود انتهاك للمادة 10 بشكل خاص بسبب الوقت الذي انقضى منذ نشر المقال الأصلي ولأن إخفاء المقال على الموقع الإلكتروني للجريدة يترك الأرشيف على حاله<sup>1</sup>.

وذاوات الأمر ينطبق على ضرورة التوفيق بين حرية التعبير -التي تعد أساسا للمجتمع الديمقراطي- وبين الحرية الدينية، حيث رأت المحكمة أن الهامش التقديري للدول يكون أكثر اتساعا عندما يتعلق بتنظيم حرية التعبير في المسائل القابلة لأن تسيء للمعتقدات الخاصة في مجال الأخلاق والدين أكثر منه في مسائل الخطابات السياسية أو المسائل المتعلقة بالمصلحة العامة أين لا تترك الاتفاقية أي إمكانية لتقييد حرية التعبير<sup>2</sup>.

يقع على الدول الأطراف القيام بالموازنة بين الحقوق المتنافسة، وهو ليس بالأمر السهل في العديد من الحالات، وقد وضّح Nicolas Bratza رئيس المحكمة سابقا بأنه في الحالات التي يجب فيها تحقيق التوازن بين الحقوق المتنافسة، يجب على المحكمة أن تكون حذرة قبل التدخل في الطريقة التي تحقق بها المحاكم المحلية التوازن، لأن هذه المحاكم قد سعت إلى تطبيق المبادئ ذات الصلة بالاتفاقية وتوصلت إلى توازن معقول للوهلة الأولى وغير تعسفي<sup>3</sup>.

## الفرع الخامس:

### معايير أخرى

فضلا عن المعايير أعلاه، تأخذ المحكمة في الاعتبار عند تحديد نطاق الهامش التقديري معايير أخرى هي:

**أولا-التناسب:** أشارت المحكمة في العديد من الأحكام إلى هامش تقديري وطني واسع ولكنها قررت بعدها وجود انتهاك بسبب عدم التناسب disproportionality ومثاله في حكم A and

<sup>1</sup>CrEDH (GC), Hurbain c. Belgique, req. n° 57292/16, Arrêt du 4/07/ 2023, para96-97, 132-134.

<sup>2</sup>Véronique Fabre-alibert, op.cit, pp 480-481.

<sup>3</sup>Equality and Human Rights Commission, op.cit, pp122-123.

others v. UK أو بسبب عدم وجود توازن عادل <sup>1</sup>The lack of a fair balance، ويلاحظ أنه حتى عندما تكون الاتفاقية واضحة فيما يتعلق بالمجالات التي تتمتع فيها الدول بهامش تقديري، فإن قضاة المحكمة يختلفون حول وجود توازن عادل في قضية معينة، وهو ما يظهر من آرائهم المنفصلة المرفقة بالأحكام.<sup>2</sup>

مثلا بخصوص الإجهاض، في حكم Open door et Dublin استنتجت المحكمة وجود انتهاك للمادة 10 من الاتفاقية وأسست ذلك على عدم تناسب الهدف المرجو مع نطاق الحظر الصادر عن الجهات القضائية الوطنية، رغم أنها قد رفضت الفصل في مسألة حق الجنين في الحياة، ورأت أن حماية الأخلاق يمكن أن تشمل حماية الأطفال الذين سيولدون، ويمكن أن تكون هدفا مشروعاً يبرر التدخل في حرية التعبير.<sup>3</sup>

**ثانياً-السياق:** اعترفت المحكمة بهامش تقديري وطني واسع في ظروف تاريخية أو سياسية معينة على غرار الانتقال السياسي<sup>4</sup> والتحول نحو الديمقراطية<sup>5</sup>، غير أن هذا الهامش يتقلص لاحقاً متى تم الانتقال بشكل كاف<sup>6</sup>، حيث أن وجود ظروف تاريخية أو سياسية خاصة بمنطقة معينة أو دولة طرف قد يبرر اتخاذ هذه الأخيرة سلوكاً مخالفاً لما هو متفق بشأنه بين الدول الأطراف<sup>7</sup>، كما اعترفت المحكمة بهامش واسع في حالة الطوارئ العامة ومثاله في حكم Branningan and Mcbride v. UK.<sup>8</sup>

**ثالثاً-المجال:** اعترفت المحكمة للدول بهامش تقديري واسع في مجال التعمير، سياسة التعمير والتهيئة العمرانية والذي يعد مجالاً معقداً وحساساً<sup>9</sup>، وعموماً في المجال الاقتصادي والاجتماعي للدولة والتنظيم السياسي<sup>10</sup> كالمسائل المتعلقة بالملكية<sup>11</sup>، بالأخلاق في المجتمع

<sup>1</sup>Jan Kratochvíl, op.cit, pp337-340.

<sup>2</sup>ECtHR (sec. I), Sõro v. Estonia, app. №22588/08, judg. of 3/9/ 2015.

<sup>3</sup>Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland, op.cit, para 80.

<sup>4</sup>CrEDH (GC), Von Maltzan et autres c. Allemagne, req. Nos 71916/01 et autres, dec. du 2 /3/ 2005, para 74, 101, 110; Rees v.UK, op.cit, para 37.

<sup>5</sup>ECtHR (GC), Rekvényi v. Hungary, app. № 25390/94, arrêt du 20/05/1999, para 44-50.

<sup>6</sup>ECtHR (second sec.), Vajnai v. Hungary, app.№ 33629/06, arrêt du 8/07/2008, para 48-58.

<sup>7</sup>ECtHR (GC), Tanase v. Moldova, app.№ 7/08, arrêt du 27/4/2010, para 172.

<sup>8</sup>Martin Kopa, Op.cit, p44.

<sup>9</sup>Garib c. Pays-Bas, op.cit, para138-139 ; Sporrang and Lonroth v. Sweden, op.cit, para 69.

<sup>10</sup>Iryna Kretova, op.cit, p177.

<sup>11</sup>James and others v. UK, op.cit, para46.

كالمرتبطة بالمثلين<sup>1</sup>، والمسائل الاجتماعية المثيرة للجدل كحظر الصيد بالكلاب في بريطانيا<sup>2</sup>، ووضع الحق في انتخابات حرة موضع تطبيق<sup>3</sup>، كما اعترفت بهامش واسع في مجال الصحة<sup>4</sup>.

رابعا- نوع الالتزام المفروض على الدولة: تستفيد الدول من هامش تقديري واسع لتحديد التدابير الواجب اتخاذها لضمان الامتثال لالتزاماتها الإيجابية بموجب الاتفاقية، مع إيلاء الاعتبار لحاجات وموارد المجموعة والأفراد<sup>5</sup>.

## المطلب الثاني:

### الإشكالات المتعلقة بتحديد نطاق الهامش التقديري للدولة

لم يكن تحديد نطاق الهامش التقديري دائما سهلا ومضبوطا بالهامش الواسع والهامش الضيق، حيث عرف الاجتهاد القضائي للمحكمة استعمالات عشوائية للهامش التقديري (الفرع الأول) إضافة إلى حالات لعدم تحديد نطاق الهامش التقديري (الفرع الثاني) أثرت في تحديد نطاق هذا الهامش واستقرار معايير تحديده.

### الفرع الأول:

#### الاستعمالات العشوائية للهامش التقديري للدولة

تتمسك المحكمة بالهامش التقديري كأصل لأنه يساهم في حل النزاع المعروض عليها بطريقة أو بأخرى، ويساعدها في تفسير الاتفاقية في ظرف معين بالذات، أو لأنه يعد عاملا حاسما في المسألة، غير أنها استعملته في عدة أحيان بشكل عشوائي عرضي ومن صور ذلك:

أولا- عدم وجود صلة بين الهامش التقديري والأسباب التي تم على أساسها البت في القضية: في قضية تتعلق بإخلاء منزل، أكدت المحكمة على أهمية وجود ضمانات إجرائية لصالح

<sup>1</sup>Rees v.Uk, op.cit, para50.

<sup>2</sup>ادعى مقدمو الشكوى وهم من ممارسي هذا النوع من الصيد التقليدي بمساس هذا الحظر بحياتهم الخاصة، وبناء علاقاتهم الاجتماعية، بالتدخل في مسكنهم باعتبار أنهم يمارسون الصيد في أرضهم، وبالمساس بحريتهم في الاجتماع (ذو الطابع الاجتماعي)، وقد فندت المحكمة هذه الادعاءات.

ECTHR (Sec. IV), Friend and others v UK, app. Nos. 16072/06 and 27809/08, dec.24/11/2009.

Cité par: Equality and Human Rights Commission, op.cit, p122.

<sup>3</sup>Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium, op.cit, para54.

<sup>4</sup>Vavřička and Others v. Czech republic, op.cit, para 274, 280, 310, 311.

Voir aussi: European court of human rights, Annual report 2021, op.cit, p35.

<sup>5</sup>Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Royaume-uni, op.cit, para 67.

الفرد لبقاء الدولة ضمن هامشها التقديري عند تنظيمها لمسألة إخلاء المنازل غير أنها رأت بعدها أن المادة 8 من الاتفاقية تتطلب وجود ضمانات إجرائية في حالة الطرد من المنزل، وفي قضية أخرى تتعلق بحجز ممتلكات المتهم، أشارت المحكمة بأن هذا الحجز من حيث المبدأ غير مرفوض نظرا للهامش التقديري الذي تسمح به الفقرة 2 من المادة الأولى من البروتوكول الأول، غير أنها عادت بعدها واشترطت ضمانات إجرائية لصالح المتهم فيما يتعلق بممتلكاته المحجوزة<sup>1</sup>.

إن إشارة المحكمة للهامش التقديري في هذه القضايا غير ضروري، بدون سبب وبدون فائدة في حل المشكل المطروح، فهو لا يساعدها في العثور على الالتزام الإجرائي الذي تبحث عنه والذي يأخذ صورة توفير الدولة ل ضمانات إجرائية لصالح الفرد، حيث استعملت هذا المفهوم فقط حتى تتفادى تقديم حجج واضحة تبين سبب تفسيرها لالتزام الدولة المدعى عليها بطريقة معينة، وكان الأجدى أن تبحث المحكمة عما إذا كانت الاتفاقية تتطلب ضمانات إجرائية عند إخلاء المنازل من خلال مثلا فحص ضرورة ومعقولية إجراء الإخلاء<sup>2</sup>، وعليه يمكن أن نعتبر هذا الاستعمال مهربا للمحكمة ومراوغة حتى لا تصطدم بالكيانات السيادية، وحتى لا تضطر لتبرير تفسيرها لالتزامات الدولة في هذا الموضوع.

**ثانيا- عدم وجود دور واضح للهامش التقديري في حكم المحكمة:** أكدت المحكمة في عدد كبير من أحكامها الهامش التقديري الوطني الواسع، ولكنها قامت بتحليل خاص بها للقضية مثلا استنادا إلى فحص التناسب، ولم يظهر لاستعمال الهامش التقديري أي أثر على تحليلها ولا على قرارها<sup>3</sup>، وبذلك فسبب استعماله هنا غير واضح وغير منتج.

مثلا أشارت المحكمة في حكم يخص التدخل في حقوق المدعي بموجب المادة 8 من الاتفاقية أربعة مرات للهامش التقديري ولكنها أجرت فحص التناسب دون أن يكون هناك أي تأثير للهامش التقديري على تحليل ونتائج المحكمة، وبمراجعة الفقرات الأربعة في هذا الحكم

<sup>1</sup> ECtHR (sec. I), Connors v. UK, app. No 66746/01, judg. of 27/5/2004, para 83.

ECtHR (Sec. I), Borzhonov v. Russia, app. No 18274/04, judg. of 22/01/2009, para 60.

Cité par: Jan Kratochvíl, op.cit, pp336-337.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> أنظر مثلا:

ECtHR (second sec.), Ferenc Rózsa and István Rózsa v. Hungary, app. No 30789/05, judg. of 28/04/2009, para 20 ; ECtHR (sec.V), Ligue du monde islamique et Organisation islamique mondiale du secours islamique v. France, app. Nos 36497/05 and 37172/05, judg. of 15/01/2009, para 49 ; ECtHR (sec. II), L'Erablière A.S.B.L. v. Belgium, app. No 49230/07, judg. of 24/02/2009, para 35.

Cité par: Jan Kratochvíl, op.cit, p337.

(26،27،28،33) يلاحظ أنها تضمنت إشارات رمزية للمفهوم، فحتى لو تم حذفها فلن تؤثر على تحليل المحكمة واستنتاجاتها، كما أنها لم تحدد نوع هذا الهامش ومداه وارتباطه بظروف القضية، وعليه فإن الهامش التقديري الواسع لا يفيد الدولة في شيء رغم أن المحكمة تعترف بالفحص الدقيق والشامل الذي تقوم به المحاكم الوطنية<sup>1</sup>.

في ذات السياق، صرحت المحكمة في أحد أحكامها بالهامش التقديري الواسع للدولة<sup>2</sup>، وبالرغم من ذلك قامت بإجراء فحص شامل دقيق، مما يثبت عدم تأثير الهامش التقديري على منهج المحكمة، وقد أشار القاضي Rozakis في رأيه المخالف في هذا الحكم إلى وجود تناقض بين مدى الهامش التقديري ومستوى الرقابة التي تمارسها المحكمة<sup>3</sup>، فهنا اعتراف بهامش واسع وبالمقابل ممارسة رقابة صارمة.

رغم أن التمسك بالهامش التقديري في عدة أحكام ليس له دور ظاهر وأثر على استنتاج ورأي المحكمة، إلا أن له هدف ضمني غير مباشر فقد ترمي المحكمة من خلال هذا التمسك لإظهار التزامها بمبدأ الاحتياطية، والتأكيد بأنها محكمة احترام<sup>4</sup>، مما يجعل هذا الاستعمال شكليا عرضي عديم الأثر وعديم الدور بالنسبة للفصل في القضية محل نظر غير أن المبالغة في الإشارة إليه سيفرغ المفهوم من محتواه ويضفي عليه مرونة بل وضبابية، كما قد يشكل هذا الاستعمال مراوغة من المحكمة.

ثالثا- الإشارة إلى الهامش التقديري للدولة في الاستنتاج فقط : لم تحدد المحكمة في عدد كبير من أحكامها مدى الهامش التقديري ولم توظفه في تحليلها واكتفت بالإشارة إليه في استنتاجاتها فقط مثلا في حكم *Gouveia Gomes Fernandes and Freitas E Costa v. Portugal*, في 2009/5/26، ومن خلال عبارة "هامش تقديري للدولة" مثلا في حكم *Kuimov v. Russia* في 2009/2/8، وفي جملة ختامية في بعض الأحكام مثلا حكم *Young, james and webster v.UK* سنة 1981، وهو ما يجعل هذه الإشارة غير ضرورية، وقد استحسن

<sup>1</sup>ECtHR (sec.4), *Czarnowski v. poland*, app. №28586/03, judg. of20/1/2009.

Cité par: Jan Kratochvíl , op.cit, pp 337-338 , p339.

<sup>2</sup>ECtHR (1<sup>st</sup> sec.), *Egeland and Hanseid v. Norway*, app. №.34438/04, judg. of16/4/2009, para55.

<sup>3</sup>Ibid, Concurring opinion of judge Rozakis, para c.

<sup>4</sup>Jan Kratochvíl, op.cit, p339.

الأستاذ Kratochvil عدم وجود تأثير لاستعمال الهامش التقديري على تحليل المحكمة حتى لا يؤدي ذلك للمساس بشفافية صنع القرار<sup>1</sup>.

رابعاً- عدم الانتظام في استعمال الهامش التقديري للدولة: ويقصد به الاختلاف وعدم الثبات في استعمال الهامش التقديري في حالات متماثلة، وهو ما نستدل عليه بثلاثة أحكام تم الفصل فيها في فترة زمنية قريبة بين أواخر سنة 2008 وبداية سنة 2009، تتعلق بإدانة المدعين بتهمة عدم التصريح عن مبالغ كبيرة بالعملة الأجنبية المكتسبة بشكل قانوني عند عبورهم الحدود، حيث كان تحليل المحكمة متماثلاً إلى حد كبير في القضايا الثلاث، وكانت النتائج التي وصلت إليها متطابقة ومفادها أن مصادرة النقود إضافة إلى العقوبات الأخرى تعد تدخلاً غير متناسب في ممتلكات المدعين وأن هناك انتهاك للحق في الملكية، غير أنه وبغض النظر عن النتائج المتماثلة فإن استعمال الهامش التقديري كان مختلفاً فقد أكدت المحكمة في حكم *Grifhorst c. France* بأن الدول تتمتع بهامش واسع لتقييم تناسب الفقرة الثانية من المادة الأولى من البروتوكول الأول الملحق بالاتفاقية، بينما لم تتطرق المحكمة إطلاقاً للهامش التقديري في قضية *v. Croatia*. *Gabrić* رغم أن الحكومة المدعى عليها احتجت به، وبادرت لإجراء اختبار التناسب، ولم تذكر الهامش التقديري في قضية *Ismayilov v. Russia* ووصلت إلى وجود انتهاك، غير أن أحد القضاة أشار إلى الهامش صراحة في رأيه المنشق ورأى أنه يميل كفة التناسب لصالح الدولة، ويعد استعمال الهامش التقديري في حالة دون حالات أخرى رغم تماثلها غير ضروري وغير منتج، وقد يخلق أحياناً ارتباك، ويعد استعمالاً غير مبرر ومجرد مرادف للاحترام<sup>2</sup>.

مثلاً في قضيتين تتعلقان بالمادة 9 من الاتفاقية وثبت فيهما غياب توافق أوروبي حول موضوعهما، ضيقت المحكمة الهامش التقديري في إحداهما واستنتجت وجود انتهاك، بينما منحت للدولة هامشاً واسعاً في الأخرى وأكدت بأن تدخل الدولة كان في إطار الهامش التقديري الممنوح لها<sup>3</sup>، ويشير التضارب في السوابق القضائية للمحكمة إلى وجود عوامل أخرى تؤثر في الهامش التقديري أكثر من معيار التوافق، ولذلك كان من الأحسن أن تركز المحكمة أكثر على هذه العوامل لاسيما القيم الأساسية كالمساواة، الاستقلالية، كرامة الأشخاص، وتطور حقوق الإنسان<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>Jan Kratochvíl, op.cit, p339,p342.

<sup>2</sup>Ibid, p343.

<sup>3</sup>Kokkinakis c. Grèce, op.cit, para47; Otto Preminger Institut c. Autriche, op.cit, para50,56,57.

<sup>4</sup>Aduku Abdul Ainoko, op.cit, p108.

خامسا- الاستعمال المتناقض للهامش التقديري للدولة: اتسمت بعض الأحكام بالتناقض فمثلا في مسألة الإجهاض الإرادي في حكم A, B et C غلبت المحكمة القيم الأخلاقية الوطنية على الحقوق الفردية للنساء وعلى وجود توافق أوروبي واضح حول الموضوع في جل الدول الأطراف وقضت بهامش واسع للدولة، وقد انتقده أقلية القضاة ورأوا أنه من الأحكام النادرة في الاجتهاد القضائي التي اعتبرت فيها المحكمة أن وجود توافق لا يحد من الهامش التقديري الواسع للدولة المعنية، بحجة أن إمكانية قيام المدعيات بالإجهاض في الخارج والحصول على معلومات وعلاجات طبية ملائمة في إيرلندا، تعد كافية لتبرير حظر الإجهاض في البلد لأسباب تتعلق بالصحة والرفاهية تأسيسا على الأفكار الأخلاقية العميقة للشعب الايرلندي فيما يخص طبيعة الحياة، وهو تحول اعتبره بعض القضاة خطيرا في اجتهاد المحكمة<sup>1</sup> يمس بتوقع الهامش التقديري<sup>2</sup>، ويثبت هذا التوجه أن وجود التوافق الأوروبي ليس ملزما للمحكمة لتقليص الهامش التقديري الوطني، وأنها قد تستعمل معايير أخرى لوضع قرارها كالهدف من التقييد.

في قضية Schalk أقرت المحكمة بهامش تقديري واسع نظرا لعدم وجود اعتراف من أغلبية الدول بالحق في الزواج المثلي، رغم عدم تقديم الحكومة المدعى عليها أسبابا قوية لتبرير المعاملة المختلفة بين الأشخاص وقد انتقد القضاة المنشقين هذا القرار، واعتبروا بأن المحكمة يجب ألا تراعي غياب القاسم المشترك في الأنظمة القانونية للدول إلا عندما تقدم السلطات الوطنية تبريرات مقنعة لأن هذه الأخيرة تعد الأمثل لمعالجة المسألة بفعالية<sup>3</sup>، ويظهر بذلك أن المحكمة قد أبدت في بعض الأحيان جرأة في قراراتها في الفصل في هذه المسائل لصالح الدولة، زادت من غموض ومرونة مفهوم الهامش التقديري.

## الفرع الثاني:

### عدم تحديد نطاق الهامش التقديري للدولة

تضمنت العديد من أحكام المحكمة الإشارة إلى تمتع الدولة بـ"هامش تقديري معين"، certain "margin of appreciation" حيث تكشف الإحصائيات على موقع المحكمة أن الأخيرة تستخدم

<sup>1</sup>A, B et C c. Irlande, op.cit, Opinion dissidente commune aux Juges Rozakis, Tulkens, Fura Hirlä, Malinverni et Poalelungi, para 6 et para 9.

<sup>2</sup>Andenas Mads, Bjorge Eirik, op.cit, p395.

<sup>3</sup>Schalk et Kopf c. Autriche, op.cit, Opinion dissidente commune aux Juges Rozakis, Spielmann et Jebens, para 8.

هذا المفهوم في نصف القضايا تقريبا التي يتم الاحتجاج فيها به<sup>1</sup>، وقد تم استعمال هذه العبارة لأول مرة في حكم Sunday times بخصوص حرية التعبير، ثم امتد استعمالها إلى القضايا التي أثارَت الحقوق الأخرى كالحق في محكمة (المادة 6)، إنكار الأبوة (المادة 8 من الاتفاقية)<sup>2</sup>.

تم انتقاد هذا النوع من الهامش التقديري لأسباب كثيرة تتمثل في أنه غير ضروري لأن المحكمة أشارت إلى تمتع الدول الأطراف بهامش تقديري معين ثم عادت في الأخير وقامت بفحص التناسب دون احترام لهذا الهامش استنادا على تحليلها الخاص<sup>3</sup>، فالقرار الأخير يبقى للمحكمة، أنه يخلق تضاربا واختلافا بين القضاة حول النطاق المناسب لهذا الهامش وهو ما يظهر في الآراء المخالفة للقضاة المرفقة بالعديد من الأحكام، ويؤكد افتقار منطق المحكمة للشفافية المطلوبة لاتخاذ الحكم القضائي، أنه يزيد من غموض مفهوم الهامش التقديري لعدم وجود اختبار خاص بهذا النوع من الهامش، أنه لا ينبئ عما يدور في ذهن قضاة المحكمة ولا يضيف أي جديد فيما يتعلق بتوضيح التزامات الدول أو حقوق الأفراد، فلا فائدة من استعماله وهو ما جعل الأستاذ Brauch يصفه بـ"الصندوق الأسود"<sup>4</sup>، وأنه لا يسمح بتوزيع عبء الإثبات بين أطراف الدعوى المعروضة أمام المحكمة مما يؤدي إلى عدم اليقين القانوني ولذلك اقترح Kopa أن تتوقف المحكمة عن استخدام مفهوم "الهامش التقديري المعين"<sup>5</sup>، وبالنتيجة يمكن القول بأن مرونة هذه العبارة تفسح المجال لسلطة تقديرية واسعة للمحكمة في قرارها النهائي.

وقد شبه Kratochvil الهامش التقديري عموما بالقفزة العالية فإذا كان الهامش التقديري واسعا فإن ارتفاع الحاجز الذي ستتخطاه الدولة -وهي اللاعب- سيكون جد منخفض، بينما إذا كان الهامش التقديري ضيقا فإن ارتفاع الحاجز الذي يجب أن تتخطاه الدولة سيكون عاليا جدا مما سيصعب عليها تخطيه، أما إذا كان الأمر يتعلق بـ"هامش تقديري معين" فلا أحد يعرف مدى ارتفاع الحاجز ولا يمكن للدولة -كلاعب- حتى أن تكييف طريقة ركضها نحو الحاجز<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>Martin Kopa, op.cit, p45.

<sup>2</sup>Jan Kratochvil, op.cit, p340.

<sup>3</sup>Silver and others v. UK, op.cit, para 97et 98; Sunday Times c. Royaume-uni, op.cit, para 58,59 et 62; Belev and Others v. Bulgaria, op.cit, para60; Tavli v. Turkey, op.cit, para 29; Kokkinakis c. Grèce, op.cit, para 47.

<sup>4</sup>Jan Kratochvil, op.cit, pp340-342.

<sup>5</sup>Martin Kopa, op.cit, p46.

<sup>6</sup>Jan Kratochvil, op.cit, p330.

## الفرع الثالث:

### أثر الإشكالات على دور الهامش التقديري للدولة

لطالما أثارت مسألة تحديد نطاق الهامش التقديري المسموح به للدولة في وضع الاتفاقية موضع تنفيذ جدلا حتى بين قضاة المحكمة ذاتهم<sup>1</sup>، وذلك نظرا لخطورة الاستعمال الغامض والعشوائي لهذا المفهوم على روح الاتفاقية وعلى استقرار وقوة الاجتهاد القضائي للمحكمة، بسبب اعتماد هذه الأخيرة مجموعة عوامل تؤثر بشكل كبير على نطاق الهامش التقديري<sup>2</sup>.

أولا-الهامش التقديري للدولة مفهوم سلبي: يعد الهامش التقديري مفهوما مثيرا للجدل<sup>3</sup> لقي نقدا قويا من الكثير من الباحثين ورجال القانون<sup>4</sup> ووصفوه بأنه شذوذ لغوي *une anomalie linguistique* أو مغالاة *un gallicisme malheureux* على حد قول Hoffmann لأنه يسمح للدول الأطراف بمجال معين للاختلاف في تطبيقهم لنفس الحقوق المجردة<sup>5</sup>، وشبهه Lester بالسمك ووصفه بالخداع والمراوغة، كما تم نعته بالمفهوم الفضفاض<sup>6</sup>.

وقد استخدمت المحكمة مفهوم الهامش التقديري في كثير من الحالات، بشكل تلقائي وغير ضروري، مبالغ فيه ودون أن تعي النتائج التي ستترتب عن ذلك<sup>7</sup>، وقد انتقد قضاة المحكمة ذاتهم الاستعمال المفرط لهذا المفهوم فرأى القاضي Rozakis مثلا بأن المحكمة كثيرا ما تستخدم الهامش التقديري "بشكل تلقائي وغير ضروري" ورأى أنه يجب قصره فقط على الحالات التي تكون فيها هناك حاجة حقيقية لتطبيقه من أجل مصلحة العدالة وحماية حقوق الإنسان<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> وهو ما يظهر من الآراء المعارضة والمنفصلة للقضاة المرفقة بعدد كبير من الأحكام الصادرة عن المحكمة.

<sup>2</sup> Dean Spielmann, "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?", op.cit, pp390-415.

Voir aussi : Gabriel Füglistaler, op.cit, p21.

<sup>3</sup> وهو ما أكده الأستاذ Van Drooghenbroeck

Dean Spielmann, "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?", op.cit, p417.

Voir aussi : Aduku Abdul Ainoko, op.cit, p111.

Sabino Cassese, op.cit, pp2-3.

<sup>4</sup> Martin Kopa, op.cit, p40.

<sup>5</sup> Dean Spielmann, "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?", op.cit, p417.

<sup>6</sup> Martin Kopa, op.cit, p38 et p40.

<sup>7</sup> Jan Kratochvíl, op.cit, p326 et p335.

<sup>8</sup> Egeland and Hanseid v. Norway, op.cit, Concurring Opinion of Judge Rozakis.

ورغم كثرة استعمال الهامش التقديري إلا أنه بقي يتميز بالطبيعة غير المتوقعة، حيث لا يمكن التنبؤ به<sup>1</sup>، فمثلا فيما يخص حرية التعبير، فرغم وجود أحكام قضائية تاريخية للمحكمة تشرح وتطبق هذا الحق الأساسي إلا أنها غالبا ما تعاني من انقسام الآراء بشأنها ومن قيام المحكمة بموازنة غير متوقعة تخدم هدف أو حاجة خاصة بحالة معينة تحت غطاء الهامش التقديري حيث يفتقر هذا التوازن لليقين القانوني ولاحترام مبادئ واضحة<sup>2</sup>، ويرجع الفقه أسباب عدم التوقع إلى عدم وجود تطبيق موحد لهذا المفهوم من طرف المحكمة وعدم وجود تبرير مفصل لاستعماله في حالات محددة<sup>3</sup>، وهو ما يجعل تطبيقه حسب Merrills "مخوفا بالمخاطر"<sup>4</sup>.

إن الغموض وعدم الترابط في استناد المحكمة للهامش التقديري، وعدم وجود معايير واضحة لتحديد مداه وخطر التلاعب بهذه المعايير لاسيما الانتقائية في اختيارها وتعديل نطاق الهامش حسب ظروف كل حالة وأثر ذلك على نتيجة الحكم لاسيما مسؤولية الدولة ووجود انتهاك من عدمه تؤدي إلى عدم اليقين القانوني<sup>5</sup> وإلى المساس بأهداف وفعالية الاتفاقية، بسبب النتائج غير المتناسقة وغير المتوقعة، وتزيد احتمال اتخاذ المحكمة قرارات تعسفية أو غير مؤسسة بشكل كاف<sup>6</sup> وافتقار أحكام المحكمة للإقناع فيما يخص تطبيق المبادئ العامة التي اعتمدها على الحالات الجديدة المعروضة عليها<sup>7</sup>، بحيث يصبح أداة لتجنب مسؤولية توضيح أسباب اتخاذ القرارات وبديل للتحليل القانوني، كما تزيد من التناقضات في استعمال الهامش التقديري، الموازنة بين المعايير الموحدة لحقوق الإنسان واحترام الاختلاف والذي يعد سببا لوجود هذا المفهوم<sup>8</sup>.

<sup>1</sup>Steven Greer, La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme, op.cit, pp5-6.

Voir aussi: Steven Greer, "The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation?", op.cit, p5.

<sup>2</sup>Lord Lester of Herne Hill, "The European Court of Human Rights after 50 Years", in: European Human Rights Law Review, 2010, pp461, 474.

Cité par: Dean Spielmann, "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?", op.cit, p417.

<sup>3</sup>Rachael Eguono Ita, op.cit, p32.

<sup>4</sup>Jan Kratochvíl, op.cit, p325.

<sup>5</sup>Dean Spielmann, Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?, op.cit, p417.

<sup>6</sup>Michael R. Hutchinson, The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights, 48 Int'l & Comp. L. Q. ,1999, p641.

Cité par : Gary Born, Danielle Morris & Stephanie Forrest, op.cit, pp88-89.

<sup>7</sup>Howard Charles Yourow, op.cit, p197.

Voir aussi: Gary Born, Danielle Morris & Stephanie Forrest, op.cit, pp88-89.

<sup>8</sup>Aduku Abdul Ainoko, op.cit, p106, p93.

إن استعمال الهامش التقديري يؤدي إلى وجود "هامش داخل الهامش a margin within the margin" فحتى عندما تضع المحكمة معياراً أدنى للدول كالاكتفاء بالعلاقات المثلية، فإنها تترك طريقة تطبيق هذا المعيار للسلطات الوطنية<sup>1</sup>، مما يؤكد الطبيعة الفضفاضة والمرنة للمفهوم.

وقد تم انتقاد الهامش التقديري بشكل كبير من حيث أنه طريقة تمنع تطور المعايير العالمية لحقوق الإنسان، فقد استخدمته المحكمة في عدة أحكام للأخذ بقرار الدولة حول ما تتطلبه حماية الحقوق المضمونة بالاتفاقية عند عدم وجود توافق حول مسألة ما<sup>2</sup>، وهو ما يؤدي إلى خضوع المحكمة في بعض الأحيان للمعايير الوطنية دون إجراء تقييم موضوعي للحقوق<sup>3</sup>، هذا وقد استعملته في بعض الحالات لتسبب أحكامها دون أن تطبقه بالفعل<sup>4</sup>، مما يجعله يفتقر للأمن القانوني<sup>5</sup>، ويمس بالمعايير الموحدة لحقوق الإنسان وكذلك بواجب المحكمة في تحديد معايير حماية الحقوق<sup>6</sup>، وعلى العموم فقد استعملت المحكمة الهامش التقديري قدر الإمكان، ولكن دون أن تكثر لما إذا كان هذا الاستعمال متسقاً أو مبرراً، وقد أدت استعمالاته المختلفة والكثيرة في اجتهاد المحكمة إلى تضخم، رغم أنه يمكن أن يؤدي دوراً مفيداً في ظروف معينة<sup>7</sup>.

**ثانياً- الهامش التقديري للدولة مفهوم إيجابي:** رغم الانتقادات الموجهة للمفهوم إلا أن هناك من منتقديه ذاتهم من رأى أن مرونته قد تمثل نقطة قوة من منطلق أنه يمثل الوظائف الخاصة للاتفاقية ومحكمتها كهيئة دستورية، وأن قابليته للتكيف تدير الاختصاصات المتميزة للمحكمة مقابل دور الدول بسلطاتها المختلفة، فيكون بذلك أداة مفيدة في يد المحكمة يمكنها تعديله حسب الظروف ويسهل عليها التعامل مع العدد الكبير من القضايا التي تتهاطل عليها، وإن كان هذا الرأي صعب القبول بسبب التطبيق غير المنتظم وغير المعقول للمفهوم والنتائج المتناقضة والتعسفية المترتبة عنه وعدم قدرة التنبؤ به<sup>8</sup>.

<sup>1</sup>Eleni Frantziou, op.cit, p4.

<sup>2</sup>Ivana Radačić, "The margin of appreciation, consensus, morality and the rights of the vulnerable groups", in : Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij., vol. 31, br.1, 2010, p 600.

<sup>3</sup>Eleni Frantziou, op.cit, p4.

<sup>4</sup>Aduku Abdul Ainoko, op.cit, p105.

<sup>5</sup>Martin Kopa, op.cit, p38.

<sup>6</sup>A Legg, The Margin of Appreciation in International Human Rights Law, Oxford University Press, 2012, p50.

Cité par: Aduku Abdul Ainoko, op.cit, p106.

<sup>7</sup>Jan Kratochvíl, op.cit, p343.

<sup>8</sup>Gary Born, Danielle Morris & Stephanie Forrest, op.cit, p91.

كذلك فإن الهامش التقديري يلعب دورا مهما في موازنة الصراع القائم بين المعايير الموحدة في مجال حقوق الإنسان والتنوع والاختلاف بين الدول الأطراف، وهو ما يؤيده الأستاذ Yourow الذي يرى بأنه أداة تستخدمها أجهزة الرقابة الاتفاقية لوزن وموازنة الاختلافات بين الدول خاصة فيما يتعلق بضرورة تدخل الدولة في الحريات الواردة بالمواد من 8 إلى 11 من الاتفاقية<sup>1</sup>.

ويؤكد عدة فقهاء فكرة الأستاذ merills بأن الحماية الدولية لحقوق الإنسان وحرية تصرف الدولة هما أمران متكاملان ف: "عندما تنتهي حرية تصرف الدولة تبدأ الحماية الدولية لحقوق الإنسان والعكس صحيح"، كما يمكن اعتبار الهامش التقديري أداة مفيدة للتقسيم العمودي للسلطات بين المحكمة والسلطات الوطنية في مجال حماية الحقوق، وقد أصبح التخلي عن المفهوم مستبعدا بعد الاعتراف به في البروتوكول 15 غير أن تحديات جديدة صارت تواجه المحكمة إذ صارت ملزمة بتوضيح استعمالها للهامش التقديري باعتباره جزء من نص الاتفاقية<sup>2</sup>.

يلاحظ تعدد استعمالات الهامش التقديري للدولة في اجتهاد المحكمة، إلا أنها تشترك جميعا في قيامها على تأكيد فكرة الاحترام الذي تبديه المحكمة تجاه الدول في سياقات مختلفة، مهما كانت النتيجة، وهو ما يعكس الارتباط بين الهامش التقديري ومبدأ الاحتياطية.

يتبين من الاستعمالات العشوائية غير المبررة وغير المؤسسة التي تمس بالأمن القانوني لقانون الاتفاقية وكذلك غير المنتجة في عديد الأحيان للهامش التقديري من طرف المحكمة أنه صار شعارا لمجابهة الإشكالات التي تواجهها المحكمة، وتؤدي هذه العشوائية إلى تضخم الهامش التقديري inflation على حد تعبير الأستاذ Kratochvil، ومنه توسع وتضخم حرية الدول على حساب التزاماتها الاتفاقية، وإفراغ الاجتهاد القضائي للمحكمة من مقومات أساسية كالدقة والاستقرار والتأسيس والمنطقية ودوره بالنسبة للقاعدة الاتفاقية في تكميلها وتفسيرها، وانتقاده بسبب التعسف في استعماله، وهو ما يوجب ضبط استعمال الهامش التقديري من طرف المحكمة، مثلا بالاعتراف به للدولة في حالات محددة حصرية وتحت رقابة صارمة من المحكمة لمختلف العناصر، هذا ويجب النظر كذلك إلى الجانب الثاني في الاستعمال غير المضبوط للهامش التقديري وهو إمكانية إطلاق السلطة التقديرية للمحكمة في ظل غياب معايير رقابة واضحة، ورغم

<sup>1</sup>Howard Charles Yourow, op.cit, pp195-196.

Voir aussi: Aduku Abdul Ainoko, op.cit, p106.

<sup>2</sup>Martin Kopa, op.cit, p41.

كل الجدل القائم حول هذا المفهوم فإن تكريسه في الاتفاقية يستبعد فرضية التخلي عنه، ولكن يتطلب توضيح مضمونه لاسيما وأن له فوائد ومبررات كذلك للأخذ به.

ورغم تطور استعمال الهامش التقديري واكتساحه مختلف مجالات الاتفاقية فإنه لا يزال محفوفًا بالغموض نظرا للاكتفاء بتكريسه حرفيا في قانون الاتفاقية دون وضع قواعد تبين كيف ومتى يتم استعماله وحدوده إضافة إلى عدم دقة وعدم توقع النتائج التي ستترتب على الاحتجاج به والتي تتغير من حالة لأخرى.

## الفصل الثاني:

### ضبط الهامش التقديري للدولة

واكب اعتماد مفهوم الهامش التقديري في اجتهاد المحكمة والذي يمثل أحد مبادئ الدولة على غرار مبدأ الاحتياطية، مبدأ التناسب ومبدأ التحفظات باعتباره موجه للدول الأطراف ويعطيها مجال من الحرية لتنفيذ التزاماتها الاتفاقية، ظهور مفاهيم وتقنيات استعملتها المحكمة من أجل تعزيز قوة الميكانيزم الأوروبي لحماية حقوق الإنسان وضبط وعقلنة استعمال الهامش التقديري وضمان عدم التعسف في استعماله من الدول وحتى لا يتحول هذا الهامش إلى حق لها، ومن المحكمة نفسها بوصفها الجهاز فوق الوطني المكلف بالرقابة على وفاء الدول بالتزاماتها الاتفاقية في كل الأحوال، من أجل ضمان استقرار اجتهادها القضائي ومصداقيته.

يمثل الاختصاص التفسيري للمحكمة وما يترتب عنه من طرق تفسير مختلفة أحد الضمانات التي استعملتها المحكمة لضبط استعمال الهامش التقديري (المبحث الأول)، كما يمثل حوار القضاة كذلك ضماناً لدعم ضبط استعمال هذا المفهوم (المبحث الثاني).

### المبحث الأول:

#### دور الاختصاص التفسيري للمحكمة في ضبط الهامش التقديري للدولة

تقوم الحياة القانونية للاتفاقية على التفسير الذي تعطيه لها المحكمة باعتبارها مفسرها الرئيسي طبقاً للمادة 32 من الاتفاقية المتعلقة باختصاصات المحكمة<sup>1</sup>، ويعد اللجوء للتفسير أساسه في استعمال الاتفاقية مصطلحات وعبارات عامة وواسعة على غرار "الأخلاق"، "المجتمع الديمقراطي"، "العقوبات والمعاملات اللإنسانية والمهينة"<sup>2</sup>، وكذلك في التطور الذي تعرفه حقوق الإنسان والظواهر المستجدة في المجتمعات، وتظهر أهمية التفسير في الاجتهاد القضائي عموماً الذي يضع حلولاً لقضايا معينة فيفسر نصاً غامضاً أو يكمل نقصاً أو يتدارك فراغاً قانونياً ويستنبط من

<sup>1</sup>تنص المادة 32 على أن: "1- اختصاص المحكمة يمتد إلى جميع المسائل المتعلقة بتفسير وتطبيق الاتفاقية وبروتوكولاتها المعروضة عليها طبقاً للشروط المنصوص عليها بالمواد 33، 34، 46 و 47.

<sup>2</sup>في حالة نزاع حول ما إذا كانت المحكمة مختصة، فإن هذه الأخيرة هي التي تفصل في ذلك".

<sup>2</sup>Franz Matscher, "La cour européenne des droits de l'homme, Hier, Aujourd'hui et demain, au lendemain de son cinquantième anniversaire, Regards d'un ancien juge de la cour", in : Rev.trim.dh, №80, 1<sup>er</sup> octobre 2009, p903.

مصادر أخرى، حيث يضع الاجتهاد القضائي نظريات ويخلق قواعد قانونية من خلال التفسير والاستخلاص<sup>1</sup>.

تستند المحكمة في تفسير الاتفاقية إلى القواعد العامة لتفسير الاتفاقيات الدولية الموجودة في المواد من 31 إلى 33 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات<sup>2</sup>، وهو ما يظهر من اجتهادها القضائي<sup>3</sup>، نظراً لكون الاتفاقية أحد أنواع المعاهدات الدولية وجزء من النظام القانوني الدولي<sup>4</sup>، وماعدا هذه القواعد العامة فإنه لا يوجد في الحقيقة أي نص في الاتفاقية يحدد كيفية تفسيرها، مما يجعل المحكمة حرة في اختيار الطريقة التي تراها الأنسب والأفضل بشرط أن تتوافق مع موضوع وهدف الاتفاقية<sup>5</sup>، ولذلك فقد اعتمدت عدة طرق تفسير تتلاءم وخصوصية الاتفاقية أُرست من خلالها مجموعة مبادئ عامة توجه الدول الأطراف في الوفاء بالتزاماتها وكيفية حمايتها للحقوق وفقاً لما تتطلبه الاتفاقية، وتتمثل هذه الطرق في التفسير المستقل والتفسير المتطور (المطلب الأول) التفسير الفعلي (المطلب الثاني).

## المطلب الأول:

### التفسير المستقل والتفسير المتطور

ساهمت المحكمة في فهم قواعد التفسير العامة الواردة في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات من خلال قواعد وتقنيات وضعتها بنفسها في اجتهادها القضائي من أجل إيجاد حلول مناسبة لعدد من

<sup>1</sup>شفارة لخضر، دور الاجتهاد القضائي في تطوير النصوص القانونية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ابن خلدون تيارت، 2022-2023، صص 9-11، صص 22-26 وص 31.  
<sup>2</sup>تتصف القواعد العامة بكونها فضفاضة مما سمح بظهور عدة تيارات للتفسير لاسيما: مدرسة التفسير النصي *textuelle*، مدرسة التفسير طبقاً للنية *intentionnelle*، مدرسة التفسير الغائي *téléologique* ومدرسة التفسير الشامل *holistique* Frédéric Vanneste, op.cit, p82.

لمزيد من التفصيل حول القواعد العامة للتفسير أنظر:

عادل أحمد الطائي، تفسير المعاهدات الدولية دراسة في قانون المعاهدات الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2014، ص ص 165-224.

<sup>3</sup>مثلاً اعتمدت المحكمة الطريقة الشاملة والتي مضمونها أن الاتفاقية تشكل كلا لا يتجزأ ومن تطبيقاته ما جاء في حكم *Golder* بأن الاتفاقية وبروتوكولاتها وحتى ديباجتها تشكل كلا متماسكاً، والطريقة الغائية والتي تقوم على الغاية من الاتفاقية ومن ذلك نذكر ما جاء في حكم *Groppera radio AG* حيث وسعت المحكمة حرية التعبير المضمونة بالمادة 10 من الاتفاقية إلى الإذاعة والتلفزيون، كما اعتمدت التفسير باللجوء للأعمال التحضيرية في حالة الغموض أو التناقض بين النسختين الرسميتين ومن تطبيقاته حكم *Pellegrin* بخصوص مجال تطبيق المادة 6 من الاتفاقية حول المحاكمة العادلة.

*Golder v. uk*, op.cit; ECtHR (plenary), *Groppera Radio AG and others v. Switzerland*, app. №10890/84, judg. of 28/3/1990; CrEDH (GC), *Pellegrin c. France*, req.№28541/95, arrêt du 8/12/1999.

<sup>4</sup>لمزيد من التوضيح حول استعمال المحكمة القواعد العامة للتفسير في القانون الدولي أنظر:

مريم بوغازي، أثر أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على مبدأ السيادة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار عنابة، 2021-2022، صص 351-361.

<sup>5</sup>Franz Matscher,op.cit, p903.

المسائل والمشاكل المعروضة عليها، من بينها التفسير المستقل (الفرع الأول) والتفسير المتطور (الفرع الثاني).

## الفرع الأول:

### التفسير المستقل

طبقا للمادة 32 من الاتفاقية مارست المحكمة سلطة التفسير المستقل للاتفاقية *interprétation autonome* منذ بداية نشاطها، ومفاده أن التفسير لا يرتبط بأحكام القانون الوطني<sup>1</sup>، وقد تم وصف هذا النوع من التفسير بالمبدأ حيث يضع "معنى أوروبي" للمفاهيم الواردة بالاتفاقية وهو عادة "المعنى الطبيعي" وإن كان قد يختلف عنه أحيانا، وذلك في مقابل التعريفات التي تضعها التشريعات الوطنية المختلفة، وقد قدرت المحكمة أن المبدأ أعلاه هو شرط أساسي للمساواة بين الدول والأفراد من منظور الاتفاقية<sup>2</sup>.

**أولا-تعريف المفاهيم المستقلة:** ينتج عن التفسير المستقل وضع "مفاهيم مستقلة notions autonomes" وتوصف بأنها تقنية للتفسير الخاص للاتفاقية وكذلك تقنية للتفسير الموحد وتعرف بأنها: "مفاهيم تستخرجها المحكمة من النظام القانوني الوطني وتعطيها معنى أوروبي قابلا للتطبيق على مستوى جميع الدول المتعاقدة، حيث تضمن المحكمة من خلال قراءة مستقلة للاتفاقية وحدة التفسير وتفادي اختلاف القواعد الاتفاقية حسب التكييفات القانونية الواردة في القوانين الوطنية"<sup>3</sup>، وبذلك فالمحكمة تعطي مضمون قانوني خاص لمفاهيم الاتفاقية.

**ثانيا-أنواع المفاهيم المستقلة:** أعطت المحكمة معنى مستقلا أي معنى أوروبيا لبعض المفاهيم، لأسباب أجملها P.Rolland في خطوة اللجوء لتعريف هذه المفاهيم في القوانين الداخلية، لأن الدول يمكن أن تحاول تضيق نطاق التزاماتها الدولية من خلال إعطاء تعاريف ضيقة للمفاهيم التي تزعمها، ضمان مساواة معاملة الأفراد دون أي اعتبار لأن المادة الأولى من

<sup>1</sup>Frédéric Vanneste, op.cit, p85.

Voir aussi : ECtHR (ch), Buckley v. UK, app. N° 20348/92, Judg of 25/9/1996, para 52-54; CrEDH (1<sup>ère</sup> sec.), Prokopovich c. Russie, req. N°58255/00, arrêt du 18/11/2004 (définitive le 18/2/2005), para 36.

<sup>2</sup>Vincent Berger, op.cit, p13.

<sup>3</sup>Frédéric sudre, Le recours aux notions autonomes, in : L'interprétation de la convention européenne des droits de l'homme, Actes du colloque organisé par l'institut de droit européen des droits de l'homme faculté de de droit de l'université de montpellier I, des 13 et 14 1998, Bruylant, Bruxelles, 1998, p99 et p94.

الاتفاقية ألزمت الدول المتعاقدة بالاعتراف بالحقوق الواردة بها لجميع الخاضعين لولايتها القضائية، ضمان فعالية القانون الأوروبي لحقوق الإنسان، حيث تركز المحكمة على إعطاء معنى فعال للمفهوم المعني وليس على مجرد إعطائه معنى مشتركاً، وضمن تفسير متماسك وموحد للاتفاقية والالتزامات الناتجة عنها في مواجهة القوانين الداخلية<sup>1</sup> حيث يجب تفسير محتوى بعض المفاهيم بطريقة موحدة لصالح الهيئات المدعوة لتفسيرها أو تطبيقها<sup>2</sup>.

تجد المفاهيم المستقلة أصلها في الاجتهاد القضائي لهيئات الرقابة، غير أن اللجنة سابقاً والمحكمة لم تعتمد قائمة موحدة للمفاهيم المستقلة، وعموماً فإن المفاهيم المستقلة تشمل "الحقوق والالتزامات ذات الطابع المدني" الواردة بالمادة 6 من الاتفاقية<sup>3</sup>، "المسكن" *logement*<sup>4</sup>، المادة الجزائية في حكم Engel حيث رأت إعطاءها مفهوماً مستقلاً من أجل أفضل حماية ممكنة للحقوق الأساسية والحفاظ على ضمانات المواد 5 و6 من الاتفاقية وفسرتها بأنها تشمل المسائل شبه الجزائية، التوقيف *arrestation* في حكم *van der leer*، الشهود، الاتهام، العقوبة، الأملاك<sup>5</sup>، المحكمة *tribunal* بشكل مختلف وأوسع من تعريفه في الأنظمة الوطنية، وهو ما يظهر من اجتهادها الخاص باحترام حقوق الموقوفين<sup>6</sup>، الجريمة حيث ظهرت الحاجة لوضع تعريف مستقل لهذا المفهوم مخافة توسيع تقدير الدولة وما يترتب عليه من نتائج غير متوافقة مع هدف الاتفاقية في حالة السماح للدول بتطبيق البنود الأساسية للمادتين 6 و7 من خلال وصف جريمة بأنها إدارية وليست جزائية، فإن ذلك سيوسع التقدير الوطني وقد يؤدي إلى نتائج غير متوافقة مع هدف

<sup>1</sup>Jean-François Renucci, op.cit, p355.

Voir aussi : Frédéric sudre, op.cit, p95.

<sup>2</sup>D.Evrigenis, Reflexions sur la dimension nationale de la convention européenne des droits de l'homme, in : colloque CEDH, Strasbourg, 1979, p71.

Cité par : Jean-François Renucci, op.cit, p355.

<sup>3</sup>مثلاً في قضية تتعلق باعتراض المدعين على عقوبة تأديبية صادرة عن المجلس الإقليمي لنقابة الأطباء في بلجيكا نتيجة لإجراء تأديبي ضدهم يتعارض مع مضمون المادة 6 من الاتفاقية المتعلق بالحق في محاكمة عادلة والذي يتطلب الحياد، التسبب واحترام حقوق الدفاع بما فيها الجاهية.

وقد وضّح الحكم أن عدداً من المسائل المتعلقة بالقانون العام تدخل في إطار المادة 6 من الاتفاقية مثلاً: شكوى مصحوبة بادعاء مدني لتعويض ضرر ناتج عن جريمة، المنازعات التأديبية.

CrEDH (ch), Le Compte, van Leuven et De Meyere c. Belgique, req. Nos 6878/75, 7238/75, Arrêt du 23/06/1981, para54-61.

<sup>4</sup>ومثاله في قضية تتعلق بطرد الشاكية من مسكن كانت تعيش فيه رفقة شريكها إلى غاية وفاته.

Prokopovich c. Russie, op.cit, para 36.

<sup>5</sup>Frédéric Sudre, op.cit, pp96-97.

<sup>6</sup>ECtHR (ch), Campbell and Fell v.UK, app. Nos 7819/77, 7878/77, judg. of 28/6/1984.

CrEDH (plénière), Sramek c. l'Autriche, req. No8790/79, arrêt du 22/10/1984.

الاتفاقية<sup>1</sup>، ومن خلال إضافة مفاهيم معينة غير موجودة في الاتفاقية إلى معاييرها الخاصة تحت تأثير ثقافة قانونية معينة<sup>2</sup>.

تتسم المفاهيم المستقلة بمرونة كبيرة، وبدوره فإن الفقه الأوروبي رأى استنادا إلى قانون الاتفاقية أن هذه المفاهيم تشمل المجنون aliéné، حجية وحياد السلطة القضائية، الإدانة، الاعتراض contestation، المراسلات، الحبس، محل الإقامة domicile، القانون، القاضي، طرف مضرور، حرمان من الحرية، محكمة، متشرد، ضحية، حياة عائلية، حياة خاصة، معتقدات دينية وفلسفية<sup>3</sup>، وتؤدي المرونة لاتسام هذه المفاهيم بالغموض خاصة وأنه ليس من السهل تحديد عدد المفاهيم المستقلة، ولا شيء يؤكد أن قائمتها حصرية فهي قابلة للظهور في أي وقت.

تتخذ المحكمة إحدى طريقتين في وضع هذه المفاهيم: الأولى من خلال التكييف الشكلي لمفهوم معين على أنه مستقل منذ أول قضية تعرض عليها وتطرح مشكلا في استعمال هذا المفهوم وتحديد معناه، حيث تولي عناية لتأكيد استقلالية المفهوم وهو ما قامت به فيما يخص مفهوم المادة الجزائية، العقوبة، التوقيف، والثانية من خلال الإحالة إلى اجتهاد قضائي سابق عندما تتعرض لهذا المفهوم الذي يثير اللبس، لتؤكد بذلك أن استقلالية هذا المفهوم كانت موجودة ضمنا وأن هناك استمرارية للاجتهاد القضائي ومثاله فيما يخص الاتهام، الشهود، الحقوق والالتزامات ذات الطابع المدني والأملاك<sup>4</sup>.

**ثالثا- الآثار المترتبة عن التفسير المستقل:** يعد التفسير المستقل طريقة مناسبة لتفسير الاتفاقية باعتبارها قانون وباعتبار أن هذا النوع من التفسير يؤدي إلى مطابقة حماية الحقوق الأساسية المضمونة بالاتفاقية على المستوى الأوروبي، غير أنه يجب أن يطبق بعناية خوفا من خلق مفاهيم مستقلة ليس لها أساس في الاتفاقية ومثاله تفسير مصطلح "الحقوق ذات الطابع المدني" Droits à caractère civil ومصطلح "الاتهام في المادة الجزائية" Accusation en matière pénale الواردة بالمادة 6 فقرة 1 من الاتفاقية، والذي أدى إلى ردود فعل قوية واستهجان من الدول الأطراف<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>CrEDH (plénière), Öztürk c. Allemagne, req. № 8544/79, arrêt du 21/2/1984, para49.

<sup>2</sup>Jean-Paul Costa, "Concepts juridiques dans la Jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales", op.cit, p103.

<sup>3</sup>Frédéric Sudre, op.cit, pp97-98.

<sup>4</sup>Ibid.

<sup>5</sup>Franz Matscher, op.cit, pp904-905.

تكون المفاهيم المستقلة "قانونا مشتركا أوروبا لحقوق الأساسية ونواة مشتركة لقانون دستوري لحقوق الإنسان مستقبلا"، وتتمثل وظائفها وهي في نفس الوقت أهدافها في أنها: أولا تعد تقنية لإعطاء معنى لمفهوم مختلف حوله من أجل إيجاد حل لنزاع حاد بين الاتفاقية والقانون الوطني حول تكييف قانوني لمفهوم معين من حيث تعريفه وتطبيقه، ومن أجل تحديد اختصاص القاضي لاسيما اختصاصه الموضوعي لأنها تقوم على تحديد مجال تطبيق الحقوق المحمية، حيث يقوم القاضي الأوروبي بإعطاء معنى لمفهوم معين حتى لا يسمح بإخضاع تطبيقه للتكييف الوطني، وثانيا تعد المفاهيم المستقلة تقنية لإعطاء معنى نافع، وينتج عن ذلك أن الاستقلالية تعد أداة في خدمة موضوع وهدف الاتفاقية وهي أحد القواعد العامة لتفسير الاتفاقيات الدولية، كما تعد الاستقلالية أداة لتعزيز مبدأ سمو القانون والمرتبب بالتفسير الغائي وما يدل على ذلك أن المفاهيم المستقلة تخص الحقوق المرتبطة بهذا المبدأ لاسيما الحق في الحرية والأمن، المحاكمة العادلة، مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وثالثا تعد تقنية لإعطاء معنى مشترك<sup>1</sup>.

رغم أن التفسير المستقل هو الطريقة الأفضل لتفسير المعاهدات الشارعة وتستطيع المحكمة عن طريقه تحقيق المواءمة والتناسق في النظام الأوروبي لحقوق الإنسان، فإنه يجب استعماله بحذر لتجنب وضع مفاهيم ليس لها أي أساس حقيقي في الاتفاقية، مما يؤدي لتجاوزها صلاحيتها بتفسير الاتفاقية إلى القيام بوظيفة المشرع<sup>2</sup>.

لا يمس التفسير المستقل بالهامش التقديري الوطني الذي يفرض نفسه باعتبار أن السلطات الوطنية أقرب إلى الحقائق القانونية أو الاقتصادية أو الاجتماعية التي نشأ فيها الصراع، ورغم أن هذا الهامش يتعارض مع استقلالية المفاهيم الاتفاقية، فإن المحكمة تستمر بالتأكيد على اختلاف مدى الهامش التقديري باختلاف الظروف والمجالات والسياق<sup>3</sup>، مع خضوعه في كل الأحوال لرقابة المحكمة التي تبقى مختصة لتقرير ما إذا كان أي تدخل متوافق مع الاتفاقية<sup>4</sup>، وهو ما يثبت مرونة وغموض مفهوم الهامش التقديري.

<sup>1</sup>Frédéric Sudre, op.cit, pp100-130.

<sup>2</sup>Franz Matscher, Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle les méthodes d'interprétation de la convention européenne, in : L'interprétation de la convention européenne des droits de l'homme, Actes du colloque organisé par l'institut européen des droits de l'homme faculté de droit de l'université de montpellier I, 13 et 14 mars 1998, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp29-30.

<sup>3</sup>Rasmussen v. Denmark, op.cit, para40.

<sup>4</sup>CrEDH, (plenary), Norris c. Irlande, req. № 10581/83, arrêt du 26/10/1988, para45 ; Groppera Radio AG and others v. Switzerland, op.cit, para72 .

يهدف اعتماد المحكمة للتفسير المستقل إلى درأ أي تلاعب من طرف الدول الأطراف بمفاهيم الاتفاقية والمساس بفعاليتها متذرة بخصوصية نظامها القانوني الداخلي، والسماح للمحكمة بالتحكم بهذه المفاهيم وضبطها وتوحيد تطبيقها وتفسيرها في الدول الأطراف، وعليه فالمفاهيم المستقلة هي تقنية أو وسيلة ضرورية لضمان تطبيق وتفسير منسجم ومتماثل للاتفاقية بالنسبة لهذه المفاهيم على مستوى كل الدول الأطراف، وتؤكد بذلك خصوصية النظام القانوني الأوروبي وتهدف لتطبيق وتفسير موحد لبعض المفاهيم من خلال إعطائها معنى مستقلا عن الأنظمة الوطنية، كما يلاحظ أن المفهوم المستقل يفرض من المحكمة على الدول الأطراف بخلاف التوافق الأوروبي الذي ينشأ عن قبول مفهوم معين من الدول الأطراف في الاتفاقية وأن المفهوم ينتقل من الدول الأطراف إلى المستوى الإقليمي، كما تحد المفاهيم المستقلة مبدئياً من الهامش التقديري الوطني في تفسير الاتفاقية، وتقيد مبدأ احتياضية الميكانيزم الأوروبي لحماية حقوق الإنسان في سبيل تحقيق أمن القاعدة الاتفاقية وفعاليتها.

## الفرع الثاني:

### التفسير المتطور

يمثل التفسير المتطور *l'interprétation évolutive* أحد طرق وتقنيات التفسير التي تعتمدها المحكمة في تفسير الالتزامات الاتفاقية للدول، حيث يجب عليها الأخذ بالاعتبار التطورات والأفكار المعاصرة<sup>1</sup> وبذلك فهو يقوم على قراءة متجددة لنصوص الاتفاقية وعدم تجميدها في حيز المفاهيم التي كانت سائدة عند إبرامها<sup>2</sup>، ويعد بمثابة تحيين للنص الاتفاقي ليتلاءم مع المتطلبات الاجتماعية الحالية نظرا لعدم إمكانية تمسك المحكمة بتطبيق حل قضائي لا يتماشى معها<sup>3</sup>، ويسمح هذا التفسير بالالتزامات تدريجية وملزمة أكثر فأكثر للدول، وبالتعايش المستمر مع تطور المجتمعات والأفكار من أجل توفير حماية متكيفة وفعالة لحقوق الإنسان، ويتطلب أن تكون الصكوك الدولية لحقوق الإنسان صكوكا حية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Frédéric Vanneste, op.cit, p85.

<sup>2</sup> محمد خليل موسى، "تفسير الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان في ضوء ممارسة الهيئات المختصة بالرقابة على تطبيقها"، مجلة الحقوق، المجلد 28، العدد 1، مارس 2004، ص ص 257-258.

<sup>3</sup> Christos Giannopoulos, L'autorité de la chose interprétée des arrêts de la cour européenne des droits de l'homme, Edition A. Pedone, Publications de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme, Paris, 2019, p170.

<sup>4</sup> Jean-François Renucci, op.cit, p30.

تنتهج المحكمة التفسير المتطور أو ما يسمى كذلك الديناميكي لمفاهيم الاتفاقية بدلا من التفسير الثابت والتاريخي، ويجب فهم مضمونه بدقة بحيث لا يعود للمحكمة تغيير مضمون حكم في الاتفاقية، ولكن يجب أن تأخذ بالاعتبار عند تفسيرها لهذا الحكم وجود أي تغير في جوهره بفعل تغير في الواقع الاجتماعي<sup>1</sup>، ويستقي التفسير المتطور أساسه من ديباجة الاتفاقية التي أشارت إلى حماية وتطوير الحقوق والحريات الأساسية، وبالنتيجة فإن التفسير المتطور للاتفاقية يؤدي إلى تطور موقف المحكمة إزاء مدى الحقوق المضمونة عبر السنوات، ولا يعني ذلك إنشاء حقوق جديدة إضافة إلى الواردة بالاتفاقية ولكن تطبيق النصوص والأحكام ذاتها على الأوضاع الجديدة<sup>2</sup>، بعبارة أخرى فالتطور هنا هو تطور تفسير المحكمة للاتفاقية لأن المحكمة كما سبقت الإشارة تقوم فقط بتكييف النص الاتفاقي مع احتياجات المجتمع في الوقت الحالي، فهي لا تنشئ قاعدة قانونية جديدة ولكن تضيف لها عناصر جديدة، وقد تقوم فقط بتعديل تفسيرها السابق لأحد النصوص والتراجع عنه<sup>3</sup>.

**أولا-أساس التفسير المتطور:** يعد التطور أحد أهم السمات الأساسية للاتفاقية، وقد رأت المحكمة منذ وقت مبكر أن الاتفاقية صك حي *instrument vivant* يجب أن يتم تفسيره على ضوء شروط الحياة الحالية<sup>4</sup>، وأشارت إلى تأثير تفسيره بالتطور والقواعد المشتركة المقبولة من الدول الأطراف<sup>5</sup>، وإلى أن مراعاة تطور العلم والمجتمع تعتبر هاجسا ملازما للقاضي الأوروبي<sup>6</sup>،

<sup>1</sup> يرى الأستاذ Matscher أن الأحسن وصفه بالتفسير المتطور وأن مصطلح "الديناميكي" يمكن أن يطلق على المجتمع أو المشرع وليس على القاضي الذي تنحصر مهمته في تفسير القواعد طبقا للمعنى الذي تكتسبه في الإيديولوجية والاجتماعية لليوم.

Franz Matscher, Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle les méthodes d'interprétation de la convention européenne, op.cit, p25.

<sup>2</sup> محمد خليل موسى، المرجع السابق، ص259.

<sup>3</sup>Christos Giannopoulos, op.cit, p 177.

<sup>4</sup>«...the convention is a living instrument which, (...), must be interpreted in the light of present day conditions».

ECtHR (ch), Tyrer v.UK, app. n° 5856/72, judg. of 25/4/1978, para 31.

«...doit se lire à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui».

CrEDH (ch), Airey c. Irlande, req. №6289/73, arrêt du 9/10/1979, para26.

« La Convention s'interprète à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les Etats contractants ».

CrEDH (plénière), Guzzardi c. Italie, req. №7367/76, Arrêt du 06/11/1980, para 95.

Voir aussi : Marckx c. Belgique, op.cit, para58; Soering v.UK, op.cit, para102, Vo c. France, op.cit, para 82.

<sup>5</sup>Soering v.UK, op.cit, para102, Tyrer v.UK, op.cit, para31; Autronic AG v. Switzerland, op.cit, para62.

<sup>6</sup>Rees v.UK, op.cit, para47; CrEDH (plénière), B c. France, req. №13343/87, arrêt du 25/3/1992, para46.

وبالنتيجة فإن تفسير هذا الصك يجب أن يكون ديناميكيا ومتطورا<sup>1</sup>، حيث يجب على قضاة المحكمة إدراك مفاهيم الاتفاقية وفقا لمعناها عند تحرير النصوص ولكن كذلك وفقا للمعنى الممنوح لها في المجتمعات الديمقراطية في وقت ظهور المشكل المثار، كمفهوم الحياة الأسرية، التحول الجنسي، المثلية ووضعيات زواج الواقع<sup>2</sup>، والتي عالجتها المحكمة في عدة أحكام<sup>3</sup>، وهو ما يساهم بشكل كبير في الحفاظ على أهمية الاتفاقية في المجتمع المعاصر.

يستدعي تنوع التقاليد القانونية والثقافية للدول الأطراف من المحكمة الحذر عندما تبحث عن حلول قانونية على أساس القواعد الأوروبية المشتركة ويستجيب منهج التفسير المتطور للتنوع الذي يميز المجتمعات الأوروبية التي لا تنفك تتطور<sup>4</sup>، وتمارس المحكمة دورها التفسيري من خلال الهامش التقديري حيث تبني "الطبيعة الديناميكية" للهامش التقديري جسرا مع أدوات التفسير الأخرى التي تستعملها المحكمة ومنها تفسير "الاتفاقية باعتبارها أداة حية"<sup>5</sup>، ولهذا فقد أشاد به البعض كمبدأ شرعي لتفسير الاتفاقية<sup>6</sup>.

**ثانيا- الآثار المترتبة عن التفسير المتطور:** من أجل تحديد "الظروف الحالية"، تتبع المحكمة في كثير من الأحيان المقارنة لتحديد المعايير والتطورات المشتركة في قوانين وممارسات الدول الأطراف، كما تستلهم من المصادر الدولية ومثاله من الميثاق الكندي للحقوق والحريات والسوابق القضائية للمحكمة العليا في كندا في عدة مناسبات، ويتطلب نجاح وقبول هذه الطريقة أن تبدي المحكمة الشفافية والتناسق في العملية التي تقوم بها، وأن تبين الأساس الواقعي الذي جعلها

<sup>1</sup>Christine Goodwin c. Royaume-Uni, op.cit, para 74.

Voir aussi : Jean-François Renucci, op.cit, p30.

<sup>2</sup>Franz Matscher, les contraintes de l'interprétation juridictionnelle, les méthodes d'interprétation de la convention européenne, op.cit, pp23-24.

<sup>3</sup>كتلك المتعلقة بحظر التمييز ضد الأطفال المولودين خارج الزواج الشرعي لاسيما في الاستفادة من الميراث، إدانة حظر العلاقات المثلية الرضائية بين البالغين واعتبارها انتهاكا للحق في احترام الحياة الخاصة، حق المتحولين جنسيا في الاعتراف القانوني بهم. أنظر على الترتيب:

Marckx c. Belgique, op.cit; Dudgeon v.UK, op.cit; Christine Goodwin c. Royaume-Uni, op.cit .

<sup>4</sup>Patricia Wiater, op.cit,pp17-20.

<sup>5</sup>Rachael Eguono Ita, op.cit, pp34-35.

<sup>6</sup>P Mahoney, "Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?", in: Human Rights Law Journal 1, 1998.

Cité par: Dean Spielmann, "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review", op.cit, p417.

تستنتج وجود معايير مشتركة، هذا وقد أكدت المحكمة أن تفسيرها الديناميكي لا ينقص من معايير الاتفاقية ولكنه يتطلب حتماً أكبر في تقييم انتهاكات القيم الأساسية للمجتمعات الديمقراطية<sup>1</sup>.

وقد صار التفسير المقارن *Interprétation comparative* ضرورياً أمام المستجدات التي تواجه المجتمعات كالجريمة المنظمة والإرهاب والتطور العلمي والتكنولوجي، والتي تؤثر بصورة كبيرة على نطاق بعض الحقوق وهي: الحق في الحرية الشخصية والحق في احترام الحياة الخاصة، ويقصد بالتفسير المقارن استناد المحكمة إلى الاجتهاد القضائي للجهات القضائية العليا الوطنية والأجهزة القضائية الدولية كوسيلة مساعدة إضافية، وإلى الأعمال التحضيرية للاتفاقية وكذلك إلى الفقه الذي يعد وسيلة احتياطية للتفسير والذي يكاد ينعدم لجوء المحكمة إليه، وفي هذا السياق، فقد أثر مثلاً نظام القانون العرفي في اجتهاد المحكمة وساهم في إثراء معتبر للحقوق المحمية لاسيما فعالية طرق الطعن (المادة 13 من الاتفاقية) والمحاكمة العادلة وتساوي أو تكافؤ الإثبات (المادة 6 من الاتفاقية)<sup>2</sup>، كما تستند المحكمة إلى الصكوك الدولية الأوروبية والدولية الملزمة وغير الملزمة، ويعد المنهج المقارن أداة من أدوات التفسير التي تستعملها المحكمة لتحديد المضمون الملموس للقواعد العامة الواردة بالاتفاقية في سياقات خاصة<sup>3</sup>.

إن التفسير التوافقي الذي يقوم على بحث المحكمة عن وجود مفهوم موحد بين الدول الأطراف حول مسألة معينة، هو تفسير تطوري، وتتعلق المسائل التي تم عرضها على المحكمة والمختلف بشأنها ب: الأخلاق، الدين في الدول العلمانية، التحول الجنسي، الحق في إعادة الزواج، الأسرة خارج الزواج، قمع العلاقات المثلية بين البالغين برضاهم، وتعد هذه المسائل محل تطور حيث قد ينشأ توافق بشأنها في أي وقت<sup>4</sup>، وكما سبقت الإشارة فإن وجود وعدم وجود التوافق يؤثر في نطاق الهامش التقديري.

<sup>1</sup>Council of Europe, The Conscience of Europe: 50 Years of the European Court of Human Rights, op.cit, p169.

<sup>2</sup>Franz Matscher, Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle les méthodes d'interprétation de la convention européenne, op.cit, pp30-31.

أنظر كذلك: مريم بوغازي، المرجع السابق، ص ص 355-361.  
محمد خليل الموسى، المرجع السابق، ص ص 261-265.

<sup>3</sup>Patricia Wiater, op.cit, pp21-22.

<sup>4</sup>François rigaux, Interprétation consensuelle et interprétation évolutive, in : L'interprétation de la convention européenne des droits de l'homme, Actes du colloque organisé par l'institut européen des droits européen des droits de l'homme faculté de droit de l'université de montpellier I, 13 et 14 mars 1998, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 1998, p41, pp46-59.

واكب التفسير المتطور لمفاهيم الاتفاقية تغيير المحكمة لرأيها في العديد من الأحكام وذلك رغم وحدة الموضوع<sup>1</sup>، بمعنى التراجع عن اجتهادها القضائي<sup>2</sup>، وفي هذا الشأن أقرت المحكمة بأنها غير ملزمة رسمياً بالتقيد بأحكامها السابقة<sup>3</sup>، وأن الاتفاقية ليست ثابتة، فغرضها وأهدافها مرتبطة بتطور المجتمع، مما يوجب عليها الأخذ بالاعتبار عند البحث عن مدى وجود انتهاك للحقوق، معطيات القانون والواقع التي تميز حياة المجتمع في الدولة المعنية<sup>4</sup>، المظاهر<sup>5</sup>، والمفردات المستعملة<sup>6</sup>، إلا أنه وتمشياً مع مقتضيات الأمن القانوني، توقع القاعدة القانونية والمساواة أمام القانون فإنها لا يمكن أن تحيد عن سوابقها القضائية دون سبب وجيه<sup>7</sup>.

يرى البعض أن التفسير المتطور هو الطريقة الملائمة لتفسير الاتفاقية باعتبارها تتعلق بوضعيات اجتماعية في تطور مستمر، ولأنه يحافظ عليها من المفارقات الزمنية بتطبيق نص قديم على وضعيات جديدة<sup>8</sup>، بل هناك من يعتبر أن اعتماد المحكمة على التفسير المتطور إلزامي لأنه ناتج عن مبدأ "تطور حقوق الإنسان" المنصوص عليه في ديباجة الاتفاقية وديباجة نظام مجلس أوروبا، غير أن ممارسة هذا النوع من التفسير يجب أن تكون بحذر وبقظة<sup>9</sup>، فيجب ألا تكون مضللة، ويجب توخي الحذر في تطبيقها، فلا يمكن للقاضي الأوروبي بأي حال أن يتدخل تحت

<sup>1</sup>مثلاً بخصوص حق الأسر المثلية في التبني في قضية *Fretté c. France* رفضت المحكمة الشكوى المقدمة إليها والمتعلقة برفض فرنسا تبني طفل من طرف زوجين مثليين، بينما أقرت في قضية لاحقة ضد نفس الدولة هي قضية *E.B. c. France* أن فرنسا انتهكت المواد 8 و14 من الاتفاقية لعدم سماحها لامرأتين تعيشان معا بتبني طفل. وقد أسست حكم القضية الأولى على كون هذا التوجه الجنسي يبرز رفض التبني مراعاة للمصلحة العليا للطفل، بينما أسست حكم القضية الثانية (المتخذ بأغلبية 10 أصوات فقط مقابل 7) بأن مجرد التذرع بالتوجه الجنسي يعد تمييزاً.

*Fretté c. France*, op.cit, para43 ; *E.B. c. France*, op.cit, para98.

<sup>2</sup>Christos Giannopoulos, op.cit, p 177.

<sup>3</sup>CrEDH (plenary), *Cossey v. UK*, app. №10843/84, judg. of 27/9/1990, para35.

<sup>4</sup>Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique», op.cit, para10.

<sup>5</sup>CrEDH (plénière), *Belilas c. Suisse*, req. № 10328/83, arrêt du 29/4/1988, para67.

ECTHR (ch), *De Cubber v. Belgium*, app. № 9186/80, judg. of 26/10/1984, para26.

<sup>6</sup>CrEDH (ch), *De jong et autres c. pays-bas*, req. Nos 8805/79 et autres, arrêt du 22/5/1984, para123.

<sup>7</sup>«Sans être formellement tenue de suivre l'un quelconque de ses arrêts antérieurs, la Cour considère qu'il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable des précédents».

*Chapman c. Royaume-Uni*, op.cit, para 70.

<sup>8</sup>F.Sudre, *La convention européenne des droits de l'homme*, PUF, «que sais-je ?», 4<sup>e</sup> édition, 1997, p29.

Cité par : Jean-François Renucci, op.cit, p31.

<sup>9</sup>تجدر الإشارة أن المحكمة قد بلغت في بعض الحالات أوج الحدود التي توطر تفسير الاتفاقيات الدولية، بل قد تجاوزتها في حالات أخرى، إلى المجال المخصص للسلطة التشريعية للدول الأطراف.

Franz Matscher, "La cour européenne des droits de l'homme, Hier, Aujourd'hui et demain, au lendemain de son cinquantième anniversaire, Regards d'un ancien juge de la cour", op.cit, p904.

غطاء التفسير التطوري في مجال السياسة التشريعية التي تعد حصرا من اختصاص المشرع في الدول الأطراف، ويجب عليه أن يعطي لأي نص قانوني معناه الكامل، دون أن يغير مضمونه<sup>1</sup>.

مما تقدم يلاحظ أنه ينتج عن التفسير التطوري تطور نطاق الحقوق المضمونة بالاتفاقية، وأن هذا النوع من التفسير يرتبط بمفهوم التوافق، فهو مجاله المفضل، كما يلاحظ أن الاتفاقية تستمد قوتها وحدائتها المستمرة من التفسير الذي تعطيه لها المحكمة، وأن تطور الحقوق والمفاهيم هو تطور للالتزامات الدول الأطراف، وضمان لفعالية الحقوق والحماية المرصودة لها.

## المطلب الثاني:

### التفسير الفعلي

تأخذ المحكمة بالتفسير الفعلي للحقوق l'interprétation effective ومضمونه أن الاتفاقية لا تهدف لضمان حقوق نظرية أو وهمية ولكن لضمان حقوق ملموسة وفعالية<sup>2</sup>، وقد نتج عنه "مبدأ فعالية الحقوق" الذي يعد ثقلا موازيا لمبدأ الاحتياطية، ويجعل المحكمة متأرجحة بين التقييد القضائي الذاتي والنشاط القضائي.

يقوم مبدأ فعالية الحقوق على مفهوم الأثر النافع Leffet utile للاتفاقية الذي يسمح للجهة المختصة بتفسير اتفاقيات حقوق الإنسان بالتعامل مع قواعدها بصورة تحول دون تحويلها إلى قواعد نظرية أو وهمية<sup>3</sup>، وتظهر الحماية الفعلية والملموسة للحقوق والحريات الأساسية في الاتفاقية من خلال التمسك بالواقعية وتغليبها على حساب المثالية، حيث أشارت ديباجتها إلى اتفاق حكومات الدول الأوروبية ذات القيم المشتركة على اتخاذ التدابير الأولى من أجل كفالة الضمانة الجماعية لبعض الحقوق الواردة بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وبذلك فقد ارتأت اتباع سياسة الخطوات الصغيرة politique des petits pas والتي تعد مهمة جدا للمضي قدما في حماية الحقوق بشكل أسرع وأكثر شرعية<sup>4</sup>، كما تظهر من خلال التمسك بمبدأ سمو القانون وهو أحد

<sup>1</sup>Jean-François Renucci, op.cit, p31.

<sup>2</sup>Frédéric Vanneste, op.cit, p85.

Voir aussi : CrEDH (ch), Artico c. Italie, req. №6694/74, Arrêt du 13/5/1980, para 33 ; Airey c. Irlande, op.cit, para26.

<sup>3</sup>محمد خليل الموسى، المرجع السابق، ص251.

<sup>4</sup>Jean-François Renucci, op.cit, p341.

أسس مجلس أوروبا ومظهرها للديمقراطية الحقيقية<sup>1</sup>، وأحد الأسس الجوهرية للاتفاقية<sup>2</sup>، ومفهوما لصيقا بمفهوم دولة القانون<sup>3</sup> والذي أكدت المحكمة أن وجوده النظري يعد عديم الفائدة لمفسر الاتفاقية<sup>4</sup>، وهو ما يعكس واقعية الاتفاقية لأن عدم استيفاء هذه الشروط الأساسية يجعل احترام حقوق الإنسان نظريا بحثا<sup>5</sup>.

إن سعي المحكمة لحقوق ملموسة وفعالية يمكن أن يكون محدودا أو مقيدا في بعض المسائل المحجوزة للدول كالمعلقة بميزانية الدول والجانب المالي فيها، فمثلا خلصت المحكمة إلى أن المنازعات الضريبية تغلت من مجال الحقوق والالتزامات ذات الطابع المدني، وبالتالي من تطبيق المادة 6 من الاتفاقية<sup>6</sup>، وكالمعلقة بالمسائل السياسية الحساسة والدقيقة مثلا بخصوص نزع الملكية في ألمانيا الشرقية بين عامي 1945 و 1949 حيث أكدت المحكمة على أن الاتفاقية لا تفرض على الدول المتعاقدة أي التزام بجبر ضرر ناتج عن أفعال تم ارتكابها بتحريض من قوة احتلال أجنبية أو ارتكبتها دولة أخرى، وهو ما ينطبق على الوضعية القانونية للجمهورية الفدرالية الألمانية التي استخلفت دولتي ألمانيا الغربية والجمهورية الديمقراطية الألمانية قبل توحيدهما<sup>7</sup>.

إن الهدف من إرساء مبدأ فعالية الحقوق هو تجاوز المظاهر في حماية الحقوق وتمكين الفرد من التمتع بحقوقه وممارستها عمليا، وعلى العموم فإن مبدأ فعالية الحقوق يحقق نوعا من التوازن مع مبدأ الاحتياطية ويتطلب تحققه تدخل المحكمة.

---

<sup>1</sup>تنص الفقرة الثالثة من ديباجة نظام مجلس أوروبا أو كما يصطلح عليه "معاهدة لندن" على: "الحكومات... مرتبطة بالقيم الروحية والمعنوية والتي تمثل التراث المشترك للشعوب وأصل مبادئ الحرية الفردية، الحرية السياسية وسمو القانون والتي تبنى عليها أي ديمقراطية حقيقية.

وجاء في المادة الثالثة من ذات النظام: "كل عضو في مجلس أوروبا يعترف بمبدأ سمو القانون وبالمبدأ الذي بموجبه يجب أن يتمتع أي شخص خاضع لولايتته القضائية بحقوق الإنسان وحياته الأساسية، يلتزم بالمشاركة بصدق وبنشاط لمتابعة الهدف المحدد في الفصل الأول".

Statut du Conseil de l'Europe (ou Traité de Londres), signé le 5 mai 1949 à Londres, entré en vigueur le 3 Aout 1949, STE N°001.

<sup>2</sup>Jean-François Renucci, op.cit, p341.

<sup>3</sup>Engel and others v. Netherlands, op.cit, para69.

<sup>4</sup>Golder v. UK, op.cit, para34.

<sup>5</sup>Jean-François Renucci, op.cit, p342.

<sup>6</sup>CrEDH (GC), Ferrazzini c. Italie, req. N°44759/98, Arrêt du 12/07/2001, para24,25,29.

<sup>7</sup>CrEDH (GC), Wolf Ulrich von Maltzan & Co c. Allemagne, req. Nos 71916/01 et autres, Arrêt du 02/03/2005, para74, 77.

## الفرع الأول:

### صور التفسير الفعلي

يظهر تكريس المحكمة للحقوق الملموسة الفعلية في صورتين هما التفسير الموسع والواقعي:

**أولاً-التفسير الموسع للحقوق:** نصت الاتفاقية عند اعتمادها على قائمة الحقوق التي يجب على الدول الأطراف الاعتراف بها لكافة الأشخاص الخاضعين لولايتها القضائية، غير أن هذه القائمة تم توسيعها لاحقاً كما بموجب البروتوكولات الإضافية، ونوعاً بموجب الاجتهاد القضائي للمحكمة بتحسين مضمونها باستعمال عدة تقنيات أهمها التفسير التطوري ومفهوم الأثر النافع<sup>1</sup>، ويعبر على التفسير الموسع بالتفسير النشط *activisme*، ومن أمثلة تطبيقه الحق في محاكمة عادلة المضمون بالمادة 6 من الاتفاقية الذي فسرت المحكمة على أنه يشمل: حق اللجوء والوصول للمحكمة، الحق في المساعدة القضائية بالنسبة للمتقاضى الذي لا تتوفر لديه الوسائل للجوء للمحكمة، والحق في تنفيذ الحكم القضائي<sup>2</sup>.

كذلك فإن الحق في الحياة الخاصة والعائلية المضمون بالمادة 8 من الاتفاقية حظي بتفسير جد واسع حيث يشمل الشق المتعلق بالحياة الخاصة مثلاً السلامة الجسدية، النفسية والمعنوية، الحقوق الإيجابية، العلاج الطبي القسري، الأمراض العقلية، المسائل المتعلقة بنهاية الحياة، بالإعاقة، بالدفن، بالبيئة، التوجه الجنسي والحياة الجنسية، النشاطات المهنية أو التجارية، الحق في الصورة والإنتاج الفوتوغرافي، نشر الصور والمقالات، حماية السمعة، حماية البيانات، الحق في الحصول على المعلومات الشخصية، حق الشخص بإعلامه بحالته الصحية، إنشاء ملفات أو جمع بيانات من طرف الأجهزة التابعة للدولة بما فيها مصالح التأمين الاجتماعي، رقابة الشرطة، سلطات الشرطة في مسائل الاستدعاء والتفتيش، علاقة المحامي بالموكل، الحياة الخاصة في الحبس والسجن، الهوية والاستقلالية من خلال الحق في التطور الشخصي وفي الاستقلال، حق الشخص في معرفة أصله، المعتقدات الدينية والفلسفية، الحق في اختيار المظهر،

<sup>1</sup>Franz Matscher, "La cour européenne des droits de l'homme, Hier, Aujourd'hui et demain, au lendemain de son cinquantième anniversaire, Regards d'un ancien juge de la cour", op.cit, p907.

<sup>2</sup>من الأحكام التي تضمنت هذه العناصر الجديدة:

Golder v. UK, op.cit, para34-36; Airey c. Irlande, op.cit, para26,28; CrEDH (ch), Hornsby c. Grèce, req. №18357/91, Arrêt du 01/04/1998, para 40.

الحق في الإسم، الحق في الهوية الإثنية، الجنسية والإقامة، الوضعية الزوجية والأبوية<sup>1</sup>، ويشمل الشق المتعلق بالحياة العائلية: حقوق الثنائيات والأزواج، الآباء، الأطفال، لاسيما حق التبني حق الزيارة، السلطة الأبوية، وعلاقات أخرى بين الإخوة ومع الأجداد، السجناء بعائلاتهم، الهجرة والطرْد ويدخل في ذلك لم شمل العائلة، المصالح المادية للفرد كالحق في الميراث، والشق المتعلق بالحق في المسكن وقد عالجت المحكمة في هذا الإطار الحق في المنزل وعلاقات المالكين، المؤجرين، مرافقي المؤجرين، الأقليات والأشخاص الضعيفة، الزيارات، التفتيش والحجز في المنازل، محلات الشركات التجارية، مكاتب المحامين، الصحفيين، وكذلك الشق المتعلق بالمراسلات حيث نظرت المحكمة في قضايا تتعلق بمراسلات الموقوفين ومراسلات المحامين، رقابة الاتصالات في المجال الجزائي، الرقابة السرية الخاصة بالنسبة للأفراد والمنظمات<sup>2</sup>.

لقد أعطت المحكمة كذلك في سياق التوسيع امتدادا فوق وطني لبعض الحقوق مفاده أن الدولة الطرف يجب أن تمتنع عن انتهاك الحقوق المضمونة بالاتفاقية الصادرة عن أجهزتها فوق إقليمها وكذا عن مساعدة دول أخرى أطراف أو غير أطراف في الاتفاقية في انتهاكات محتملة للاتفاقية ومثاله ما يتعلق بالترحيل أو الطرد اللذان يصحان محظوران مطلقا عندما يواجه المعني -في بلد الوجهة- خطر سوء المعاملة المخالف للمادة 3 من الاتفاقية، تهديد حياته المخالف للمادة 2 من الاتفاقية أو إجراء غير مطابق لمتطلبات المادة 6 من الاتفاقية<sup>3</sup> وذلك سواء كان مصدر الخطر هو إحدى سلطات الدولة وهيئاتها أو حتى من منظمة إرهابية أو إجرامية لا تملك الدولة إمكانية حماية هذا الشخص منها<sup>4</sup>.

من الأمثلة كذلك التفسير الموسع لحظر التعذيب والمعاملات اللاإنسانية أو المهينة بإدماج حظر معاملة الأشخاص، التفسير الموسع لمصطلح "الضحية" حيث رأت المحكمة أنه يشمل كذلك الضحية المحتملة والضحية غير المباشرة، والملاحظ أن هذا النوع من التفسير يؤدي إلى توسيع

<sup>1</sup>Cour européenne des droits de l'homme, Guide sur l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme Droit au respect de la vie privée et familiale, mise à jour le 31/08/2019, pp21-57.

<sup>2</sup>Ibid, pp58-79, pp80-95 et pp96-118.

<sup>3</sup>رأت المحكمة في هذا الشأن أنه متى تم التأكد من حقيقة الخطر على الشخص المعني بالطرْد في البلد المتوجه إليه بناء على أسباب جدية ومؤكدة، فإن حظر الترحيل أو الطرد يصبح مطلقا، ولا يمكن لبلد الاستقبال التذرع بأن استمرار إقامة هذا الشخص عليه يشكل خطرا على أمنها، فإرضاء بذلك التزاما أبعد من ذلك الوارد باتفاقية جنيف الخاصة باللاجئين لسنة 1951 لاسيما المواد 32 فقرة 1 و 33 فقرة 2.

ECTHR (GC), Chahal v.UK, app. №22414/93, judg. of 15/11/1996, para74, 80.

<sup>4</sup>CrEDH (GC), H.L.R c.France, req. № 24573/94, arrêt du 29/04/1997, para40 .

اختصاص المحكمة<sup>1</sup>، وعلى كل فإن التفسير الموسع للاتفاقية لا يطبق على الاستثناءات الواردة على الحقوق، والتي يجب أن تفسر تفسيراً ضيقاً<sup>2</sup>.

**ثانياً-التفسير الواقعي للحقوق:** يؤكد هذا التفسير الاختلاف الكبير الذي نلاحظه أحياناً بين الحقوق الرسمية المنصوص عليها في نص الاتفاقية وبين الحقوق المعترف بها من المحكمة، ويقوم هذا التفسير على قراءة المحكمة لوقائع القضايا المعروضة عليها دون أن تنقيد بالقراءة الرسمية للوقائع، فمثلاً في قضية موضوعها الادعاء بانتهاك المادة الأولى من البروتوكول الأول بسبب إعراب السلطات السويدية عن نيتها في مصادرة مبنى وقيامها بوضعه تحت نظام خاص مع حظر البناء، غير أن المصادرة لم تتم خلال مدة 25 سنة لتتخلى بعدها عن فكرة المصادرة، فقد أقرت المحكمة بعدم وجود مصادرة رسمية لأن قرار المصادرة لم يتجسد على أرض الواقع ولم يتم تحويل الملكية، غير أنه وباعتبار أن الاتفاقية تهدف لحماية حقوق ملموسة وفعلية، فمن المهم معرفة ما إذا كانت الوضعية تماثل المصادرة الفعلية<sup>3</sup>، وبذلك فالمحكمة تجد نفسها ملزمة بتحليل الواقع وأثره على حق معين.

## الفرع الثاني:

### النتائج المترتبة عن التفسير الفعلي

يترتب عن التفسير الفعلي للحقوق المحمية بالاتفاقية وبالنتيجة مبدأ فعلية الحقوق ظهور مفاهيم تعد مبادئ أساسية للاتفاقية كالاتي:

**أولاً- الالتزامات الإيجابية للدولة les obligations positives de l'état:** لجأت المحكمة لمفاهيم عديدة لتوسيع الحقوق الاتفاقية منها الاعتراف بالالتزامات إيجابية على عاتق الدولة انطلاقاً من حقوق صيغت بطريقة سلبية وهي الغالبة على الاتفاقية، حيث رأت أنه لا يكف مجرد امتناع الدولة عن التدخل في الحقوق والحريات للوفاء بالتزاماتها الاتفاقية، بل يتطلب منها الأمر في كثير من الأحيان اتخاذ تدابير لوضعها موضع تطبيق وحمايتها.

<sup>1</sup>Corale Riendeau-Fournier, L'élargissement de la compétence de la cour européenne des droits de l'homme : la pertinence du concept d'hégémonie en droit international, Mémoire présenté comme exigence partielle de la maîtrise en droit international, université du québec Montréal, septembre 2015, pp 49-54 et 64-70.

<sup>2</sup>Klass c. Allemagne, op.cit, para41.

<sup>3</sup>Sporrong and Lonroth v. Sweden, op.cit, para 63.

**1-تعريف الالتزامات الإيجابية للدولة:** الالتزامات الإيجابية أحد المفاهيم التفسيرية الهامة للاتفاقية حيث تسمح بفرض تدابير إيجابية على الدولة<sup>1</sup>، وتعرف بأنها الالتزامات بعمل الواقعة على الدولة لضمان التحقيق الفعلي لحق محمي ولذلك يطلق عليها الالتزامات أو التدابير الإيجابية les mesures positives<sup>2</sup>، كما تعرف بأنها "الالتزامات تضع على عاتق سلطات الدولة واجبا باتخاذ تدابير من أجل حماية الحقوق، وأغلب هذه الالتزامات غير مذكورة صراحة في الاتفاقية، ولكن المحكمة هي التي استخرجتها، في مقابل الالتزامات السلبية التي تضع على سلطات الدولة واجبا بالامتناع عن التصرف حتى لا تتدخل بشكل غير مبرر في الحقوق، علما أن أغلب الحقوق المضمنة بالاتفاقية تمت صياغتها في شكل التزامات سلبية"<sup>3</sup>.

تحدثت المحكمة في حكم Osman عن حقوق لا تلزم الدولة فقط بالامتناع عن إحداث الموت بطريقة إرادية وغير مشروعة، ولكن تلزمها كذلك باتخاذ تدابير ضرورية لحماية حياة الأشخاص الخاضعين لولايتها القضائية<sup>4</sup>، وهو ما ينصرف إلى مفهوم الالتزامات الإيجابية، وتهدف المحكمة من وراء اعتماد هذا المفهوم إلى منع الدولة من التخفي وراء سلبية الحقوق المضمنة بالاتفاقية وتقليل حريتها في تفسير الحقوق لأن المحكمة أيقنت عدم كفاية التدرع بالامتناع عن التدخل في الحق لوفاء الدولة بالتزاماتها وتبرئة ذمتها، وقد امتد المفهوم إلى تنفيذ أحكام المحكمة من خلال التدابير الواجب اتخاذها من الدولة تنفيذا للأحكام الصادرة ضدها<sup>5</sup>، وبذلك صار قانون الاتفاقية يفرض على الدولة التزاما سلبيا في صورة واجب بالامتناع عن انتهاك الحقوق والتزاما إيجابيا في صورة واجب بالتدخل لحمايتها بموجب تدابير متنوعة، وعززته المحكمة حديثا بواجب اليقظة<sup>6</sup> من أجل حماية فعلية للحقوق.

**2-تطور استعمال الالتزامات الإيجابية للدولة:** ظهر مفهوم الالتزامات الإيجابية في القانون الدولي لحقوق الإنسان في البداية للتمييز بين الحقوق المدنية والسياسية من جهة والتي تتطلب التزامات سلبية أي واجبا بالامتناع والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية من جهة ثانية التي

<sup>1</sup>Béatrice Moutel, op.cit, p11.

<sup>2</sup>Valérie Berset Bircher, Les systèmes d'information et la vie privée du salarié Analyse en droit européen en droit suisse et en droit français, Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit privé, Spécialité droit social, Université de Strasbourg, présentée et soutenue publiquement le 6/12/2013 , p56.

<sup>3</sup>Conseil de l'Europe, Quelques définitions, <https://www.coe.int/> , Consulté le 06/04/2017 à 17 :13.

<sup>4</sup>ECtHR (GC), Osman v. UK, app. № 23452/94, Judg. of 28/10/1998, para 115-116.

<sup>5</sup>Colombine Madelaine, op.cit, p493.

<sup>6</sup>Christos Giannopoulos, op.cit, pp 167-173.

تتطلب التزامات إيجابية أي واجبا بالتدخل، وقد تم إهمال هذا التوجه لاحقا والاعتراف بأن التطبيق الفعلي للحقوق أيا كان نوعها يتطلب تدخلا من الدولة<sup>1</sup>.

وبذلك تم فرض طائفتين كبيرتين من الالتزامات على الدول: التزامات سلبية تظهر في شكل التزام باحترام من خلال السماح للأفراد بممارسة الحقوق والتمتع بها دون تدخل الدولة، والتزامات إيجابية تشمل الالتزام بالحماية وهو أهم التزام ويتم من خلال وضع إجراءات سابقة وقائية ولاحقة علاجية على وقوع الانتهاك وينطبق هذا الالتزام على جميع حقوق الإنسان أيا كان نوعها، والالتزام بالإنفاذ أو وضع الحقوق موضع تنفيذ من خلال اتخاذ تدابير ضرورية لذلك<sup>2</sup>، ويؤكد هذا التوجه فكرة أن حقوق الإنسان هي حقوق مستحقة claim rights أي حقوق مطالب بتحقيقها تقابلها بالضرورة واجبات قد تكون سلبية بترك أفعال معينة أو إيجابية تتطلب أداء معين، وتنتج علاقة ثلاثية تتكون من الفرد صاحب الحق، الحق المحمي للفرد والذي يرتبط توفيره بالتزام والمخاطب بالالتزام<sup>3</sup>.

على المستوى الأوروبي، لا يوجد مفهوم الالتزامات الإيجابية للدولة في نص الاتفاقية بحرفية المصطلح، ويعود للمحكمة الاعتراف به بشكل تدريجي<sup>4</sup>، حيث طبقت في البداية على الحق في احترام الحياة الخاصة والعائلية المحمي بالمادة 8 من الاتفاقية<sup>5</sup>، وألزمت الدول فضلا عن امتناعها عن المساس بهذا الحق كذلك باتخاذ تدابير لمنع انتهاكه من أيا كان<sup>6</sup>، ثم وسعته إلى الحقوق الأخرى واعترفت به صراحة في مواجهة جميع سلطات الدولة، ولم يكن تطبيق الالتزامات الإيجابية سهلا وبشكل خاص مسألة أساسها القانوني والذي استندت فيه المحكمة على نصوص الاتفاقية

<sup>1</sup>Valérie Berset Bircher, op.cit, p56.

<sup>2</sup>Walter Kälin, Jörg Künzli, The law of international human rights protection, First edition, Oxford university press, New York , 2009, pp 96 - 97 .

<sup>3</sup>فيلفريد هينش، حقوق الإنسان وتخصيص الواجبات، في: "المجتمع المدني والعدالة"، ترجمة: راندا النشار وآخرون، الطبعة الأولى، المركز القومي للترجمة، القاهرة، 2010، ص ص14-17.

<sup>4</sup>Samantha Besson, "Les obligations positives de protection des droits fondamentaux, un essai en dogmatique comparative", in : Revue de droit suisse, 122, 2003, pp50-51.

<sup>5</sup>Young, James and Webster v. UK, op.cit ; CrEDH (ch), X et Y c. Pays-Bas, req. № 8978/80, arrêt du 26/3/1985.

<sup>6</sup>«si l'art. 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs public ... il ne se contente pourtant pas d'astreindre l'Etat à s'abstenir de pareilles ingérences: à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un 'respect' effectif de la vie familiale».

Marckx c. Belgique, op.cit, para31.

Voir aussi : CrEDH (1<sup>ère</sup> sec.), M.C c. Bulgarie, req. № 39272/98, arrêt du 4/12/2003 (définitif le 4/3/2004), para149,150, 153, 186, 187 ; CrEDH (ch), Kroon et autres c.pays bas, req. №18535/91, arrêt du 27/10/1994, para36, 40 .

المتضمنة التزاما إيجابيا خاصا بحق معين كالمادة 2 فقرة أولى أو المتضمنة التزاما إيجابيا عاما والمتمثلة في المادة الأولى من الاتفاقية، كما استندت على المبادئ التي وضعها الاجتهاد القضائي للمحكمة كالطابع الموضوعي للحقوق الأساسية والكرامة الإنسانية ومبدأ فعلية الحقوق ونظرية التلازم inhérence<sup>1</sup>.

يزخر الاجتهاد القضائي الأوروبي بتكريس الالتزامات الإيجابية مثلا فيما يتعلق بضمان الحق الفعلي في اللجوء للمحاكم<sup>2</sup> فقد اعتبرت المحكمة أنه ينبغي للسلطات التدخل إذا لاحظت فشل محامي الدفاع المعين للمشتبه به بموجب المساعدة القانونية في القيام بدفاع فعال لأي سبب كان (التهرب من الواجبات، المرض، الموت، المنع من العمل لفترة طويلة)، ويجب على السلطات متى علمت بالوضع، أن تقوم إما باستبداله أو إلزامه بالوفاء بالتزاماته<sup>3</sup>، وفيما يخص الحق في الحرية والأمن فقد أكدت المحكمة في قضية تتعلق باحتجاز شخص مجنون في مؤسسة عقابية، وجود انتهاك للمادة 5 من الاتفاقية، وأشارت إلى أن عدم وجود أماكن كافية لاستقبال هذه الحالات يعد مشكلا هيكليا، وهو اعتراف ضمني بوجود التزام على الدولة بتوفير فضاءات متخصصة للأمراض العقلية<sup>4</sup>، أما فيما يخص حماية الحق في الحياة الخاصة والعائلية وهو أكثر الحقوق استفادة من الالتزامات الإيجابية<sup>5</sup>، فرأت المحكمة مثلا في أحد الأحكام أن الحكومة الإيطالية لم تتخذ التدابير المناسبة لإعلام السكان بالأخطار التي قد تصيبهم من مخلفات التلوث الناتجة عن مصنع يقع بالقرب من منطقة عمرانية<sup>6</sup>، كما طبقت الالتزامات الإيجابية لضمان حقوق السجناء في السلامة، الرعاية الصحية، الزيارات الزوجية وإمكانية تكوين أسرة<sup>7</sup>، والحماية

<sup>1</sup>لمزيد من التوضيح حول تطور الالتزامات الإيجابية للدولة وأساسها القانوني أنظر:

Samantha Besson, Les obligations positives de protection des droits fondamentaux, un essai en dogmatique comparative, op.cit, pp51-58, et pp70-73.

Voir aussi : Colombine madelaine, op.cit, pp128-151, et pp401-418.

أنظر كذلك: محمد خليل الموسى، "الالتزامات الإيجابية في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية"، مجلة الحقوق، المجلد 26، العدد الثاني، 2004، ص ص 162-164.

<sup>2</sup>Airey c. Irlande, op.cit, para25.

<sup>3</sup>Council of Europe, The Conscience of Europe: 50 Years of the European Court of Human Rights, op.cit, p169.

<sup>4</sup>CrEDH (second sec.), Brand v. the Netherlands, app.№49902/99, judg. of 11/05/2004 (final 10/11/2004), para 66,67.

<sup>5</sup>Airey c. Irlande, op.cit, para32 ; Johnston and others v. Ireland, op.cit, para55,72,76 ; Gaskin c. Royaume-Uni, op.cit, para38, CrEDH (GC),Christine Goodwin c. Royaume-Uni, op.cit, para72,93 ; ECtHR (first sec.), Fadeïeva v. Russia, app. №55723/00, judg. of 9/6/2005, para89,124, 133.

<sup>6</sup>CrEDH (GC), Guerra et autres c.Italie, req. №14967/89, arrêt du 19/2/1998, para60 ; CrEDH (ch), Lopez-Ostra c. Espagne, req. №16798/90, Arrêt du 09/12/1994, para 51.

<sup>7</sup>Piet Hein van kempen, Positive obligations to ensure the human rights of prisoners: safety, Healthcare, conjugal visits and the possibility of founding a family under the ICCPR, the ECHR,

الفعلية للمرضى العقليين مدنيا وجزائيا<sup>1</sup>، حماية الحق في الحياة<sup>2</sup>، وفي مختلف الحقوق المحمية كالتمييز مثلا بين الأطفال الطبيعيين والشرعيين<sup>3</sup>.

**3-أنواع الالتزامات الإيجابية للدولة:** صنف المحكمة الالتزامات الإيجابية للدولة إلى التزامات مادية والالتزامات إجرائية.

### **1/3-الالتزامات المادية:** أو كذلك الموضوعية obligations substantielles ترتبط

بجميع الحقوق وتتطلب من الدولة اتخاذ تدابير موضوعية قانونية وعملية لوضع الحقوق موضع تطبيق وحمايتها ويعد الحق في الحياة الخاصة والعائلية (المادة 8) من أكثر الحقوق التي يحتاج ضمانها للأفراد إلى فرض التزامات مادية متنوعة على عاتق الدول، وهو الثابت من اجتهاد المحكمة رغم أن نص المادة أعلاه ذاته لم يشر إليها، ومن هذه الالتزامات: السماح لزوجين بمباشرة إجراءات الانفصال الجسماني، حق الطفل الطبيعي في نفس الحقوق المالية المكفولة للطفل الشرعي، اتخاذ التدابير الخاصة بلم شمل طفل ووالده، السماح للأب الطبيعي بالحصول على حق حضانة ابنه تلقائيا، السماح لطفل بالتعرف على نسبه عن طريق دعوى الأبوة، الرعاية الصحية لسجين، الحماية التشريعية للأطفال المولودين خارج إطار الزواج<sup>4</sup>.

### **2/3-الالتزامات الإجرائية:** obligations procédurales وتتطلب من الدولة تنظيم

الإجراءات الداخلية في منظومتها لحماية الحقوق، ويعد الالتزام بالتحقيق أهمها حيث اعتبرت المحكمة في مجال الحق في الحياة، أنه في حالة تسبب أحد أعوان الدولة عن طريق القوة في وفاة أحد الأفراد، فإن الدولة ملزمة بفتح تحقيق رسمي معمق وفعلي في الواقعة بهدف تحديد ومعاينة

---

the ACHR and the AfChHPR, in: peter J.P. Tak and Manon jendly, eds., Prison policy and prisoner's rights. The protection of prisoners fundamental rights in international and domestic law, Wolf legal publishers, 2008, pp21-22, p43.

أنظر كذلك الأحكام الآتية:

ECtHR (sec. III), Paul & Audrey Edwards v.UK, app. № 46477/99, Judg. of 14/3/2002, para 54-56; Osman v. UK, op.cit, para 115-116; ECtHR (2<sup>nd</sup>sec.), Trubnikov v. Russia, app.№ 49790/99, Judg. of 5/7/2005, para 67-70; ECtHR (sec.III),Keenan v. UK, Judg. of 3/4/2001, app.№ 27229/95, para 97-99 and 114-116; ECtHR (4<sup>th</sup> sec.), Aliev v. Ukraine, app.№ 41220/98, Judg. of 29/4/2003, para 187; Evans v.UK, op.cit, para 71-72.

<sup>1</sup>X et Y c. Pays-Bas, op.cit, para27.

<sup>2</sup>Osman v.UK, op.cit, para115.

<sup>3</sup>Marckx c. Belgique, op.cit, para31.

<sup>4</sup>Airey c. Irlande, op.cit ; Marckx c.Belgique, op.cit; Eriksson c. Suède, op.cit ; CrEDH (ch), Keegan c. Irlande, req. №16969/90, arrêt du 26/05/1994 ; CrEDH (sec. I), Mikulic c. Croatie, req. №53176/99, arrêt du 7/2/2002.

المسؤولين<sup>1</sup>، وقد أضفت المحكمة الطابع الإجرائي على الحقوق الموضوعية لضمان حماية مناسبة وقوية لها، لاسيما فيما يخص التدخل في الحياة العائلية، الحق في احترام الممتلكات، الحق في الحياة خاصة في حالات استعمال القوة المفضية للموت التي يجب أن يصاحبها تحقيق فعال لتبريرها، اختفاء الأشخاص الذين تم العثور عليهم لدى السلطات، ادعاءات المعاملة اللاإنسانية التي يجب تبريرها، وعليه فإن أي تدخل للدولة في حق محمي يجب أن يكون مرفقا بضمانات إجرائية مناسبة حتى يكون مشروعاً، وقد صارت معظم الحقوق لصيقة بحماية إجرائية<sup>2</sup>، فعدم وفاء الدولة بالتزام إجرائي لا محالة سيؤدي إلى انتهاك الحقوق المحمية أو استمرار انتهاكها.

#### 4- الآثار المترتبة عن الالتزامات الإيجابية للدولة: تفرض الالتزامات الإيجابية على الدولة

إما التزما بنتيجة وذلك عادة فيما يتعلق بالحق في محاكمة عادلة، حيث يجب على الدول أن تنظم أنظمتها القانونية من أجل الوفاء به، وبهذا الصدد لا يجوز للدول مثلاً أن تبرر طول الإجراءات بنقص الوسائل المادية أو البشرية<sup>3</sup>، أو التزما بوسيلة وذلك بشكل خاص في إطار حرية الاجتماع السلمي، حيث يفرض السير السلمي للاجتماعات التزامات على الدولة غير أن الأخيرة لا يمكن لها ضمانه بشكل مطلق<sup>4</sup>.

أدى اعتراف المحكمة بهذا النوع من الالتزامات إلى تغيير مفهوم انتهاك الاتفاقية، والذي صار يشمل التدخل الإيجابي للدولة في حق ما -انتهاك عن طريق فعل- وكذلك التدخل السلبي للدولة -انتهاك عن طريق امتناع-، كما أدى إلى توسيع نطاق الحقوق المحمية بالاتفاقية، فمثلاً وسعت المحكمة الحق في اللجوء للقضاء وهو أحد عناصر الحق في محاكمة عادلة من خلال الاعتراف بالحق في المساعدة القضائية -للأشخاص الذين لا تسمح لهم ظروفهم المادية بممارسته- وأكدت أن غياب هذا الأخير يؤدي لانتهاك المادة 6 من الاتفاقية<sup>5</sup>، وبذلك فقد ساهمت الالتزامات الإيجابية في توسيع مسؤولية الدولة عن انتهاكات حقوق الإنسان.

<sup>1</sup>CrEDH (GC), McCann et autres c. Royaume-uni, req. №18984/91, Arrêt du 27/9/1995, para 161.

لمزيد من التوضيح حول مضمون الالتزامات الإجرائية ومتطلباتها أنظر:

Stéphanie Pavageau, "Les obligations positives dans les jurisprudences des cours Européenne et Interaméricaine des droits de l'homme", in : International law Revista colombiana de derecho internacional, №6, vol. 3, Julio-Diciembre 2005, pp232-234.

<sup>2</sup>Franz Matscher, "La cour européenne des droits de l'homme, Hier, Aujourd'hui et demain, au lendemain de son cinquantième anniversaire, Regards d'un ancien juge de la cour", op.cit, pp909-910.

<sup>3</sup>CrEDH (ch), Guincho c. Portugal, req. №, 8990/80, arrêt du 10/7/1984, para38.

<sup>4</sup>CrEDH (ch), Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche, req.№ 10126/82, arrêt du 21/6/1988, para34 et 36.

<sup>5</sup>Airey c. Irlande, op.cit, para26.

يتم تقرير وجود التزامات الإيجابية ومداهما استنادا إلى معايير أهمها الهامش التقديري ومبدأ التناسب، أما بالنسبة لمعيار الهامش التقديري فإن الدولة تبقى حرة في اختيار وسائل الوفاء بالتزاماتها الإيجابية ويتم منحها هامشا تقديريا واسعا، ومع ذلك فهناك حالات لم تترك فيها المحكمة للدول حرية اختيار الوسائل<sup>1</sup>، وتجدر الإشارة إلى أن اختلاف مدى الهامش التقديري بحسب عوامل مختلفة لاسيما ظروف المكان والزمان، طبيعة الحق المعني والنشاطات المعنية، الهدف من التدخل في الحق، وجود أو عدم وجود معيار مشترك في الأنظمة القانونية للدول الأطراف ودقة الحكم الاتفاقي المعني، يجعل معيار الهامش التقديري واسعا جدا واستعماله سياسيا ويؤدي إلى صعوبة توقع قرار المحكمة، وبالنسبة لمعيار مبدأ التناسب فإن المحكمة تبحث من خلاله عن وجود توازن عادل بين المصلحة العامة للمجموعة ومصالح الفرد، فمتى كان حقا فرديا على المحك وتعرض الشاكي لضرر هام يظهر التزام إيجابي على عاتق الدولة وفي حالة وجود مصلحة هامة للدولة وضرر غير هام لا تميل المحكمة لفرض التزام، كما أن هناك معيار إضافي تستعمله المحكمة وهو "تطور التشريعات الوطنية" للدول الأطراف، وتنوع الممارسات والتوافق الذي يمكن بلوغه لتحديد الالتزامات الإيجابية وهو معيار هام ولكنه غير مستقر<sup>2</sup>.

الأصل أن تراقب المحكمة احترام الالتزامات الإيجابية بشكل يماثل رقابة الالتزامات السلبية من حيث مراحلها، رقابة الأساس القانوني، الهدف المشروع والضرورة في مجتمع ديمقراطي، وذلك حتى تضمن توقع أحسن لقراراتها، وأن تتفادى أي تطبيق عشوائي لهذه الالتزامات، وتحترم الغاية منها وهي فعالية الحقوق<sup>3</sup>.

### ثانيا- الأثر الأفقي للاتفاقية l'effet horizontal : الأصل أن اتفاقيات حقوق الإنسان

تخاطب السلطات العامة في الدول الأطراف وتفرض عليها التزامات بحماية حقوق الإنسان للأفراد الخاضعين لها باعتبارها صاحبة السلطة ومحتكرة القوة وكذلك المتهم الأساسي بإساءة استخدام السلطة وانتهاك حقوق الأفراد، ولذلك فهي تطبق بصورة عمودية رأسية على العلاقات بين السلطات العامة والأفراد، غير أن هذا التطبيق العمودي التقليدي لم يصمد طويلا أمام ظهور

<sup>1</sup>من الأحكام التي تركت فيها المحكمة للدول حرية اختيار وسائل تنفيذ التزاماتها الإيجابية:

Airey c. Irlande, op.cit, para26 ; Abdulaziz cabales et Balkandali c.Royaume-uni, op.cit, para67 ; Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche, op.cit, para34; Osman v. UK, op.cit, para 116.

من الأحكام التي قيدت فيها المحكمة حرية الدول في اختيار وسائل تنفيذ التزاماتها الإيجابية:

Marckx c. Belgique, op.cit, para 31; CrEDH(2<sup>ème</sup>sec.),Siliadin c. France, req.№73316/01, arrêt du 26/7/2005, para 78-79.

<sup>2</sup>Valérie Berset Bircher, op.cit, pp60-61.

<sup>3</sup>Ibid, p62.

وتزايد انتهاكات أشخاص القانون الخاص لحقوق الإنسان، وهو ما أدى بالمحكمة منذ وقت مبكر لإعطاء الاتفاقية -إضافة إلى أثرها العمودي- أثرا أفقيا من خلال مساءلة الدولة عن الانتهاكات التي يرتكبها أشخاص القانون الخاص<sup>1</sup>.

**1-تعريف الأثر الأفقي للاتفاقية:** يطلق عليه أيضا التطبيق الأفقي للاتفاقية وهو تطبيق أحكام الاتفاقية كذلك على العلاقات الخاصة بين الأفراد، والسبب أن الحقوق المضمونة بالاتفاقية تحتمل انتهاكها كذلك من الخواص<sup>2</sup>، وبذلك فهو يختلف عن الأثر العمودي للاتفاقية الذي ينحصر في تطبيق الاتفاقية على العلاقات بين الدولة والخواص بهدف حماية حقوق الخواص من تدخل السلطة العامة<sup>3</sup>، حيث صارت حماية الحقوق ذات طبيعة عمودية وأفقية في ذات الوقت.

**2-تطور الاعتراف بالأثر الأفقي للاتفاقية:** يجد مفهوم الأثر الأفقي أصله في النظرية الألمانية المسماة "Drittwirkung" المتعلقة بتطبيق القواعد الدستورية ذات الصلة بالحقوق الأساسية في العلاقات بين الأشخاص الخاصة، والتي يطلق عليها الفقهاء كذلك "الأثر المنعكس effet rétroactif"، "الأثر النسبي effet relatif" أو "الأثر تجاه الغير effet vis-à-vis des tiers"<sup>4</sup>، وقد اعترف القضاء الألماني سنة 1954 بالأثر الأفقي للحقوق الأساسية واعتبر أن ضمانها لا يتم فقط في مواجهة الدولة ولكنها تعد مبادئ للحياة الاجتماعية وأنها تطبق على النظام القانوني كاملا ومنه القانون الخاص، وقد انتقل هذا المفهوم لأنظمة العديد من الدول<sup>5</sup>.

لم تنص الاتفاقية صراحة على الأثر الأفقي للاتفاقية، ويعود لهيئات الرقابة الاتفاقية اعتماده وتطبيقه لأول مرة في مجال المادة 8 من الاتفاقية<sup>6</sup> حيث يعترف أغلبية الفقه بأن هذه المادة تفرض التزاما على السلطات العامة وكذلك على الخواص، وهو نفس توجه المحكمة ولو أنها لا تذكر صراحة مصطلح الأثر الأفقي، وبذلك فقد صارت الاتفاقية قابلة للتطبيق على العلاقات بين الأفراد<sup>7</sup>، وتجدر الإشارة أن وجود الأثر الأفقي اقترن بمفهوم الالتزامات الإيجابية للدولة، حيث قضت المحكمة في حكم يعد مرجعيا في مجال الأثر الأفقي والالتزامات الإيجابية<sup>8</sup> بوجود نقص

<sup>1</sup>محمد خليل موسى، "التطبيق الأفقي للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية"، مجلة الحقوق، المجلد الرابع، العدد الأول، 2007، ص 19.  
<sup>2</sup>المرجع نفسه.

<sup>3</sup>Béatrice Moutel, op.cit, pp12-13.

<sup>4</sup>Ibid, p12.

<sup>5</sup>Valérie Berset Bircher, op.cit , pp41-42.

<sup>6</sup>Young, James and Webster v. UK, op.cit, para45.

<sup>7</sup>Valérie Berset Bircher, op.cit, p42.

<sup>8</sup>Ibid, p58.

من الدولة نظرا لعدم توفيرها الحماية الملائمة للضحية في نظامها القانوني الوطني علما أن مرتكب الجريمة هو أحد الخواص، واعتبرت أن الالتزام بالاحترام الفعال للحق في حرمة الحياة الخاصة يتطلب ضرورة اتخاذ تدابير أو إجراءات تهدف إلى حماية الحياة الخاصة أو العائلية حتى في إطار العلاقات الخاصة بين الأفراد<sup>1</sup>.

طبقت بعدها المحكمة الأثر الأفقي بخصوص مختلف الحقوق المحمية والقابلة لتدخل الخواص فيها وهي: الحق في الحياة، حظر التعذيب والعقوبات أو المعاملات اللاإنسانية أو المهينة، حظر الاسترقاق والعمل القسري، الحق في محاكمة عادلة، الحق في احترام الحياة الخاصة والعائلية، حرية الفكر، الضمير والدين، حرية التعبير، حرية الاجتماع والتجمع، حظر التمييز، الحق في احترام الممتلكات، الحق في الزواج، حظر التعسف في استعمال الحقوق، الحق في التعليم، حرية التنقل، المساواة بين الزوجين، غير أن هناك بعض الحقوق المستثناة نهائيا من الأثر الأفقي فهي مشمولة بالتطبيق العمودي فقط أي تخاطب السلطات العامة للدول حصرا: وهي الحرمان من الحرية من طرف السلطات العامة في إطار الحق في الحرية والأمن، عدم رجعية القانون الجزائي، حظر سجن المدين بسبب التزام تعاقدية، الحق في انتخابات حرة، حظر طرد المواطنين، حظر طرد الأجانب، إلغاء عقوبة الإعدام<sup>2</sup>.

### 3- صور الأثر الأفقي للاتفاقية: يأخذ الأثر الأفقي صورتين:

1/3- الأثر الأفقي غير المباشر effet horizontal indirect يقصد به التزام الدول الأطراف بالاتفاقية وتطبيقها إثر المصادقة عليها أو الانضمام إليها، ويرتبط هذا المفهوم حصرا بفكرة الالتزامات الإيجابية للدولة<sup>3</sup>، التي تفرض عليها اتخاذ تدابير لضمان الحقوق وحمايتها، ويظهر في المجال الأوروبي عند تدخل المحكمة للنظر في نزاع بين الخواص نظرا للالتزامات الواقعة على الدول بحماية حقوق الإنسان في العلاقات بين الأفراد، حيث تقدم حلا للنزاع ولكنه ليس موجها للأشخاص الخاصة ولا يفض نزاعاتهم، بل موجها للدولة التي تتمتع بدور الوسيط<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>X et Y c.Pays-bas, op.cit, para23.

<sup>2</sup>محمد خليل الموسى، "التطبيق الأفقي للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية"، المرجع السابق، ص 22-23.

<sup>3</sup>المرجع نفسه، ص 20.

<sup>4</sup>وهذا ما أشار إليه التقرير التوضيحي للبروتوكول 12 الملحق بالاتفاقية المتعلق بالحظر العام للتمييز في الفقرة 29 منه.

Béatrice Moutel, op.cit, pp13-14.

يظهر الأثر غير المباشر في أن أي شكوى تقدم أمام المحكمة يجب أن تكون ضد الدولة التي تعد دائما المسؤول عن حماية الحقوق وانتهاك الاتفاقية، وتجدر الإشارة إلى أن الشروط الإجرائية لتقديم الشكاوى تتعلق بمقبولية الشكوى وليس بالأثر الأفقي، ولكن هذا لا يمنع المحكمة من معالجة قضايا يدور موضوعها حول العلاقات بين الأفراد وتصدر فيها أحكاما ضد الدولة<sup>1</sup>.

2/3- الأثر الأفقي المباشر effet horizontal direct يقصد به التطبيق الفوري لأحكام الاتفاقية في علاقات القانون الخاص<sup>2</sup>، ويظهر في المجال الوطني من خلال تدخل الجهات القضائية الوطنية واستنادها للاتفاقية تحديدا لحل النزاعات بين الخواص، غير أن هذا لا يكون ممكنا إلا إذا كانت الاتفاقية تتمتع بأثر مباشر في نظامها القانوني الداخلي<sup>3</sup>، ويمكن هذا الأثر الفرد من اللجوء أمام القضاء الوطني والتمسك بحق أساسي محمي بالاتفاقية في مواجهة أحد أشخاص القانون الخاص ومثاله تمسك عامل بحرية اختيار المسكن أمام رب العمل وإثارته المادة 8 من الاتفاقية مباشرة ضد بند في عقد العمل<sup>4</sup>.

إن الانتهاكات التي يرتكبها الخواص يمكن أن تكون موضوعا للتقاضي أمام القاضي الوطني فقط بشكل مباشر ضد الخواص، أما الشكاوى أمام المحكمة فلا تكون إلا ضد الدول، وهو ما يجعل البنود الإجرائية في الاتفاقية ذات أثر رأسي عمودي فقط ويجعل الأثر الأفقي للاتفاقية يشمل الأحكام الموضوعية فقط<sup>5</sup>.

4- مبررات الأثر الأفقي للاتفاقية: لم يكن تقبل هذا المفهوم سهلا فقد عارضه البعض بحجة أن الدول المخاطب والمدين الحصري بالحقوق ولها وحدها صفة المدعى عليها عن انتهاك الاتفاقية، وأنه يؤدي إلى خلق حقوق والتزامات لا تخضع لرقابة المحكمة، بينما أيده آخرون استنادا إلى أن الحقوق المحمية بالاتفاقية طبيعية وحجة على الجميع وإلى الطبيعة الموضوعية للاتفاقية فهي جزء لا يتجزأ من نظام عام أوروبي مما يوجب تطبيقها في العلاقات القانونية العامة والخاصة، وكذلك إلى تطور مركز الفرد في القانون الدولي العام بما فيه القانون الدولي لحقوق الإنسان الذي يعترف للأفراد بحقوق ويحملهم بالتزامات أو واجبات لاسيما احترام حقوق الأفراد

<sup>1</sup>Valérie Berset Bircher, op.cit , p44.

<sup>2</sup>محمد خليل موسى، "التطبيق الأفقي للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية"، المرجع السابق، ص 20.

<sup>3</sup>Béatrice Moutel, op.cit, p14.

<sup>4</sup>Valérie Berset Bircher, op.cit, p50.

<sup>5</sup>محمد خليل موسى، "التطبيق الأفقي للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية"، المرجع السابق، ص 21-22.

الآخرين والجماعة المنتمين إليها وصولاً إلى تقرير مسؤوليتهم الجزائية الدولية، ولذلك فقد أصبح لا مجال للتفرقة بين العلاقات العامة والخاصة في حماية حقوق الإنسان<sup>1</sup>.

كما ارتكز المؤيدين لتأكيد الأثر الأفقي على ديباجة الاتفاقية التي استندت على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان كمصدر للحقوق الواردة بها والذي يشير في المادة 29 منه إلى واجبات كل فرد إزاء الجماعة الموجود فيها، وعلى عدة مواد هي: المادة الأولى من الاتفاقية حول التزامات الدول الأطراف بضمان الحقوق لجميع الأشخاص الخاضعين لها، المادة 13 المتعلقة بالحقوق في انتصاف فعال أمام سلطة وطنية ولو كان الانتهاك صادراً عن أشخاص يعملون بصفة رسمية، المادة 17 المتعلقة بواجب الأفراد بعدم التعسف في استعمال حقوقهم، والفقرات الثانية من المواد 8 إلى 11 التي اعتبرت حماية حقوق الآخرين وحرّياتهم من الأهداف المشروعة التي تسمح للدول الأطراف بتقييد ممارسة الحقوق المضمونة في هذه المواد، وهو ما يعني بأن كل فرد ملزم بالعناية بحقوق وحرّيات الآخرين عند ممارسته لحقوقه وحرّياته<sup>2</sup>.

يعد الاعتراف بالأثر الأفقي تطوراً في مجال حماية حقوق الإنسان، فالجمع بين الأثر العمودي والأفقي للحقوق يتوافق بشكل أفضل مع أهداف الاتفاقية<sup>3</sup>، ويجعل الدولة والأفراد مدينون بالتزامات بنتيجة هي احترام الغير<sup>4</sup>، ويعد تعزيزاً لفعاليتها، ويقوم تطبيق الأثر الأفقي على شرط أساسي هو إسناد انتهاكات الخواص للاتفاقية إلى الدولة بسبب عجزها أو قصورها في توفير الحماية للحقوق، حيث لا يمكن بأي حال لهيئات الرقابة الاتفاقية أن تفحص الشكاوى بين الخواص -لتعارض ذلك مع اختصاصها من حيث الأشخاص وهو ما تدل عليه المواد 19، 33 و34 من الاتفاقية المتعلقة على التوالي بإنشاء المحكمة، القضايا بين الدول والشكاوى الفردية-، إلا إذا نجحت في ربط تصرف الأفراد بسلوك الدولة باستعمال آلية الإسناد *imputabilité*<sup>5</sup>.

بالرجوع للقواعد العامة لمسؤولية الدولة في القانون الدولي نجد قاعدة مفادها أن سلوك الخواص الذي ليس له علاقة بالدولة، لا يمكن إسناده لهذه الأخيرة، غير أن الاجتهاد القضائي

<sup>1</sup> محمد خليل موسى، "التطبيق الأفقي للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحرّيات الأساسية"، المرجع السابق، ص 9-10 وص 13.

أنظر كذلك: الشافعي محمد بشير، المرجع السابق، ص 257-262.

<sup>2</sup> محمد خليل موسى، "التطبيق الأفقي للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحرّيات الأساسية"، المرجع السابق، ص 12.

<sup>3</sup> Jean-François Renucci, op.cit, p357.

<sup>4</sup> Valérie Berset Bircher, op.cit, p62.

<sup>5</sup> Béatrice Moutel, op.cit, pp389-390.

Voir aussi : Ireneu Cabral Barreto, "Droit de recours individuel devant la Cour Européenne des Droits de l'homme", in : Revue québécoise de droit international, 15.2, 2002, p8.

الدولي والممارسة يثبتان إمكانية وجود إخلال من الدولة بالتزاماتها المتعلقة بحماية الموظفين والدبلوماسيين الأجانب على إقليمها جراء الجرائم المرتكبة ضدهم، والحقيقة أن الدولة ليست مسؤولة عن أفعال الخواص ولكنها مسؤولة عن امتناع أجهزتها، أو عدم عنايتهم بالوقاية من أفعال الخواص أو ردعها، وبذلك فهي مسؤولة عن فعلها، وهو ما يجسده المبدأ الذي وضعه الأستاذ Anzilotti والذي يعتبر الفعل غير المشروع حسب وجهة نظر دولية هو امتناع الدولة وليس السلوك الإيجابي للأفراد، وأن الدولة ملزمة بفعلها وليس بصفتها شريكا للأفراد<sup>1</sup>، ومن ثم صار ممكنا الحديث عن مسؤولية غير مباشرة للدولة عن الأفعال الصادرة عن الخواص أشخاصا أو مجموعات أشخاص وصار المعيار المعتمد لتحديد مسؤولية الدولة عن الأضرار التي يسببها الخواص وتمس بالفرد هو "معيار العناية الواجبة" هو ما يجسده مثلا حكم HLR c. France<sup>2</sup>.

وعلى كل سواء كان الحق مشمولاً بالأثر العمودي أو الأفقي فإن الادعاء بانتهاكه يبقى موجهاً ضد الدولة، ولا يمكن للمحكمة تكييف النزاع بالأفقي أو العمودي، كما أن مآله يكون إما تأكيد مسؤولية الدولة المدعى عليها أو نفي مسؤوليتها<sup>3</sup>.

#### 5- حالات تطبيق الأثر الأفقي للاتفاقية: وتتمثل في حالتين:

1/5- يمكن تطبيق الاتفاقية عندما تفوض الدولة لشخص معنوي خاص تطبيق صلاحياتها في مجال معين، كما هو الحال بالنسبة للمؤسسات التعليمية الخاصة مثلا، أين أكدت المحكمة مسؤولية الدولة عن سلوك هذه المؤسسات بسبب العلاقة بينهما والتي تأخذ صورة النشاط الذي فرضته على المؤسسة، تمويل نشاطها، تنظيم ومراقبة نشاطها<sup>4</sup>.

مثلا في قضية تتعلق ببلدة Lorca في إسبانيا التي عانى سكانها من الإزعاج ومشاكل صحية خطيرة بسبب التلوث الناتج عن محطة معالجة متخصصة في دباغة الجلود، أنشأت بترخيص ودعم من السلطات العامة، مما أدى بالسيدة Lopez-Ostra للجوء للمحكمة بالاستناد على المادة 8 من الاتفاقية، أكدت المحكمة أن السلطات الإسبانية ليست مسؤولة مباشرة عن

<sup>1</sup>François Finck, L'imputabilité dans le droit de la responsabilité internationale Essai sur la commission d'un fait illicite par un état ou une organisation internationale, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit, Droit international public, Université de Strasbourg, Soutenance 1/6/2011, pp105-106.

<sup>2</sup>Debra Long, Guide de jurisprudence sur la torture et les mauvais traitements, Article 3 de la convention Européenne des droits de l'homme, Apt, Genève, Juin 2002, p24.

<sup>3</sup>Béatrice Moutel, op.cit, p16.

<sup>4</sup>ECtHR (ch), Costello Roberts v.Uk, app.№13134/87, judg. of 25/03/1993, para 27.

التلوث الهوائي الحاصل ولكنها سمحت بإنشاء المحطة على أراضيها وقامت بتمويلها، واستندت المحكمة على الالتزامات الإيجابية، حيث رأت أن المهم في قضية الحال معرفة ما إذا كانت السلطات الوطنية قد اتخذت التدابير الضرورية لحماية حقوق المشتكية في احترام المنزل واحترام الحياة الخاصة والعائلية، وأنه يقع على الدولة عدم المساس بالحقوق، إضافة لاتخاذ التدابير الضرورية لضمان الحقوق فعليا، واتخاذ التدابير الكفيلة باحترام الغير للحقوق وعدم التدخل فيها، تحت طائلة مسؤولية الدولة، لاسيما وأنه في حالة انتهاك الفرد لحق فرد آخر مضمون بالاتفاقية فإنه من غير الممكن طبقا لأحكام الاتفاقية اللجوء للمحكمة لتقديم شكوى في حقه، مما يجعل الدولة المسؤول الأول عما يرتكبه الأفراد الخاضعين لها<sup>1</sup>.

2/5- يمكن تطبيق الاتفاقية على تصرفات الخواص في حال تسامح الدولة مع سلوكهم المجرم<sup>2</sup>، وعليه فإن الأثر الأفقي جعل الاتفاقية حجة في مواجهة أشخاص القانون العام والخاص، غير أن أي شكوى ترفع أمام المحكمة يجب أن تكون ضد الدولة ولو كان أصل النزاع بين الأفراد، ولا تملك المحكمة إدانة ولا توقيع جزاء على الأفراد، فهذا من صميم اختصاص الدولة.

لقد صارت مسؤولية الدولة تثار بالالتزامات الإيجابية أو بالأثر الأفقي ولو أن المحكمة لم تضع نظرية عامة للالتزامات الإيجابية ولا تذكر الأثر الأفقي صراحة في أحكامها، بل هناك من يتصور إمكانية قيام المحكمة مستقبلا بمعاينة الأجهزة القضائية الوطنية التي ترفض منح أثر مباشر للاتفاقية في ظروف محددة<sup>3</sup>.

6- الآثار المترتبة عن الأثر الأفقي للاتفاقية: أكدت المحكمة عن طريق مفهوم الأثر الأفقي بشكل متنامي الواجبات الفردية باعتبار أن الاتفاقية لم تشر إليها، ماعدا المادة 17 التي منعت صراحة التعسف في الحقوق، فمثلا رأت في قضية تتعلق بالتبشير التعسفي أنه من الضروري في مجتمع ديمقراطي أن تترافق حرية الدين مع قيود تسمح بالتوفيق بين مصالح مختلف المجموعات وتضمن احترام معتقدات كل شخص، وقضت بأن التبشير الذي يقوم على مقابل مادي أو اجتماعي لفائدة أشخاص في حالة خطر أو حاجة، من أجل إلحاقهم بالكنيسة، إن

<sup>1</sup>Lopez-Ostra c. Espagne, op.cit, para55.

<sup>2</sup>CrEDH (GC), Hatton c. Royaume-Uni, req. №36022/97, Arrêt du 08/7/2003, para98.

CrEDH (3<sup>ème</sup> sec.), Kurshid Mustafa et Tarzibachi c. Suède, req. №23883/06, Arrêt du 16/12/2008, définitif 6/1/2010, para50.

<sup>3</sup>Valérie Berset Bircher, op.cit, pp70-71 et p72.

بالضغط عليهم أو تعنيفهم أو غسل أدمغتهم، لا يتوافق مع احترام حرية تفكير، ضمير ودين الآخرين<sup>1</sup>، وبذلك فقد فرضت المحكمة في هذا الحكم واجبا فرديا باحترام هذه الحرية.

في قضية تتعلق بإدانة صيادلة بسبب رفضهم بيع حبوب منع الحمل للزبونات، صرحت المحكمة بأنه وباعتبار بيع هذه الأدوية مشروعاً بناء على وصفة طبية وداخل الصيدليات حصراً، فلا يمكن للمدعين فرض معتقداتهم الدينية على الآخرين من أجل تبرير رفض بيع هذه المادة، وأقرت عدم مقبولية الشكوى على ضوء المادة 9 من الاتفاقية، وفي قضية أخرى رأت المحكمة بإمكانية اتخاذ الدولة تدابير إيجابية لمنع إعاقة الأفراد لحرية تظاهر الآخرين<sup>2</sup>.

لقد اعترفت المحكمة في الكثير من أحكامها بأن التزام الدول بمنع التعسف في الحقوق يلزم واجبا على عاتق كل شخص باحترام حقوق الآخرين، وأيدت الالتزامات الملقاة على عاتق الأفراد من طرف السلطات الوطنية، متى كانت مشروعة<sup>3</sup>، وبذلك فالواجبات المفروضة على الخواص تجد تبريرها في حماية حقوق وحرية الآخرين للتوفيق بين جميع المتمتعين بحقوق الإنسان<sup>4</sup>.

سمح تطبيق الأثر الأفقي على الحق في بيئة سليمة بتوزيع مسؤوليات وواجبات الأفراد (مثلا المتعاملين الاقتصاديين للقطاع الخاص) والدولة بشكل مستقيم بدلا من الترتيب التقليدي التدرجي، فيما يخص المخاطر الحقيقية أو المحتملة للأضرار وهو ما يظهر من خلال مبادئ الحيطة والتعويض، وبذلك فالأثر الأفقي هو أداة لمشاركة الجميع في حماية الحقوق بحيث لا تجد الدولة سبيلا لاستبعاد مسؤوليتها بسبب وقوع الاعتداء من الأفراد، وقد ساهم في التحول من الخضوع الذي يجسده الأثر العمودي إلى علاقة مبنية على المشاركة والمعلومة وتأكيد سمو الاتفاقية في الدولة والمجتمع<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>Kokkinakis c. Grèce, op.cit, para33 et para48.

<sup>2</sup>أنظر الأحكام التالية على الترتيب:

CrEDH (sec. III), Pichon et Sajous c. France, req. № 49853/99, dec. du 2/10/2001, (en droit) p5.

Plattform «Ärzte für das Leben», c. Autriche, op.cit, para32.

<sup>3</sup>أنظر مثلا:

ComEDH , Karaduman c. Turquie, req. № 16278/90, dec. du 3/5/1993.

CrEDH (plénière), Nielsen c. Danemark, req. №10929/84, arrêt du 28/11/1988, para61.

Dahlab c. Suisse, op.cit, pp12-15.

<sup>4</sup>Béatrice Moutel, op.cit, p402.

<sup>5</sup>Patrick de fontbressin, L'effet horizontal de la convention européenne des droits de l'homme, voie de démocratie participative, in : les droits de l'homme en évolution, mélanges Petros J. Parars, éditions Ant.N.Sakkoulas Athènes et établissement émile bruyant bruxelles, 2009, pp220-226.

تجدر الإشارة إلى عدم وجود معيار لتطبيق الأثر الأفقي على الحقوق المضمونة بالاتفاقية فهو يرتبط بتطور وتوسع انتهاك أشخاص القانون الخاص لحقوق الإنسان والذي صار واردا في كل المجالات وبخصوص مختلف الحقوق، ماعدا تلك التي تخاطب السلطات العامة فقط ويستبعد إمكانية تدخل الأفراد فيها ومساهم بها.

## 7-العلاقة بين الأثر الأفقي والالتزامات الإيجابية للدولة: تخاطب المحكمة من خلال

مفهوم الالتزامات الإيجابية الدول الأطراف وتفرض عليها سلوكا إيجابيا بالتدخل والتصرف من خلال اتخاذ تدابير لضمان الحقوق للأفراد الخاضعين لها، وتمدد هذه الالتزامات باستعمال مفهوم الأثر الأفقي إلى العلاقات بين الخواص تقاديا لانتهاكهم حقوق بعضهم البعض، وبذلك صارت الالتزامات الإيجابية للدول تشمل كذلك الأفعال والتصرفات الصادرة عن طرف ثالث أي الغير<sup>1</sup>.

صارت الدولة تتحمل المسؤولية عن سلوكها السلبي بامتناعها عن حماية الحقوق من اعتداءات سلطاتها والأفراد الخاضعين لها أو تساهلها إزاءها، وكذلك عن سلوكها الإيجابي الناتج عن تدخلها في الحقوق وإعاقة ممارستها والتمتع بها وأي تصرف يصدر عنها يسهل انتهاكات الأفراد للاتفاقية كإلغائها تشريعا يمنع أو يعاقب الخواص على تعديهم على الحقوق.

تؤثر المبادئ العامة الناتجة عن طرق التفسير المختلفة للاتفاقية تأثيرا كبيرا على القانون الدولي لحقوق الإنسان<sup>2</sup>، وتتداخل مبادئ التفسير وتكمل بعضها وتخدم جميعا فعلية الحقوق وتساعد المحكمة في تحديد نطاق الحقوق وشرعية أي تدخل فيها ونطاق الهامش التقديري، كما تساعد المحكمة في تدعيم مشروعيتها.

يساهم تطور الاختصاص التفسيري للمحكمة في توسيع الحقوق المحمية والالتزامات الدولة وكذلك في تسبب أحكام المحكمة، ويؤدي إلى تطوير سياسة تشريعية للمحكمة، وعموما إلى توسيع اختصاص المحكمة، مما أدى لوصف المحكمة بمؤسسة مهيمنة *institution hégémonique* ، وهو أمر لم يتم استساغته من الدول الأطراف حيث أبدت البعض اعتراضا صريحا كبريطانيا التي وصلت إلى حد رغبتها في الانسحاب من الاتفاقية بحض من البرلمان البريطاني والقضاة البريطانيين استنادا إلى المساس المتنامي للمحكمة بسيادة الدول الأطراف

<sup>1</sup>محمد خليل موسى، "التطبيق الأفقي للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية"، المرجع السابق، ص 21-22.  
<sup>2</sup>Council of Europe, The Conscience of Europe: 50 Years of the European Court of Human Rights, op.cit, p168.

وبالديمقراطية وسيادة البرلمان، وروسيا التي أبدت تضيقاً لتنفيذ أحكام المحكمة ودفعت التعويضات للضحايا وتحفظاً إزاء الأحكام المتضمنة إلزامها بإصلاح تشريعي وعدم اتخاذ أي تدبير فعلي للوقاية من الانتهاكات مستقبلاً، غير أن عدم وجود نظام بديل للهيمنة، وكذلك عدم إمكانية تجاهل أصل النظام الأوروبي لحقوق الإنسان ولا معارضته تستمر معه الهيمنة<sup>1</sup>.

## المبحث الثاني:

### دور حوار القضاة في ضبط الهامش التقديري للدولة

تقوم الحماية الإقليمية الأوروبية لحقوق الإنسان على مستويين هما المستوى الوطني والمستوى فوق الوطني، يعملان وفقاً لمبدأ الاحتياطية، غير أنه لا يمكن أن نتصور أن العلاقة بين المستويين بسيطة ومستقرة، وذلك مرده اختلاف الأنظمة القانونية وقد استدعى ضمان تعايش الدول مع النظام فوق الوطني الذي أنشأته الاتفاقية وتحقيق ترابط الأنظمة القانونية، مجارة مرونتها وإدارة تعقيدها، ضرورة التعاون بينهما لوضع التفسير الأكثر تناسقاً وتوافقاً للاتفاقية وهو ما يجسده مفهوم "حوار القضاة".

يقصد بحوار القضاة عموماً dialogue des juges "تبادل الحجج والتفسيرات والحلول القانونية بين القضاة، لاسيما في المداولات، من خلال الاجتهاد القضائي أو عن طريق التعاون بين الجهات القضائية"، ويعد الحوار أحد الصفات الأساسية للعمل القضائي ويرمز للعلاقة التي تنشأ بين القضاة التابعين لجهات قضائية مختلفة في نفس النظام وأحياناً لدول مختلفة، خاصة وأن القضاة يستشهدون بقرارات بعضهم البعض، ويمكن توفير هذا الحوار من خلال آليات مؤسسية ويمكن جعله إلزامياً ومثاله المسألة الأولية الدستورية في عدة أنظمة كالنظام البلجيكي<sup>2</sup>، وحسب الأستاذ G.Cornu فإن: "الحوار Dialogue نقيض الحديث المنفرد Monologue، وأنه عبارة عن شكل من أشكال الاتصال، حيث يكون كلا طرفيه مرسلًا ومستقبلًا بالتناوب" وفي مجال قانون الاتفاقية يعرف بأنه "طريقة يقوم بموجبها القاضي الوطني بمناقشة معنى أحد الأحكام الاتفاقية"، ويأخذ شكل النقاش، الجدل، المواجهة والمحادثة حول معنى أحكام الاتفاقية ونطاقها،

<sup>1</sup>المزيد من التوضيح أنظر:

Coralie riendeau-fourrier, op.cit, p78-81 et pp16-21.

<sup>2</sup>Julie Allard, Arnaud Van Waeyenberge, "De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger", in : Revue interdisciplinaire d'études juridiques, vol. 61, 2/2008, p115.

ويتجسد في تبادل الحجج بين القاضي الأوروبي لحقوق الإنسان والقاضي الوطني بمناسبة ممارستهم لوظيفتهم<sup>1</sup>.

لم تتضمن الاتفاقية ولا الاجتهاد القضائي للمحكمة مفهوم حوار القضاة صراحة<sup>2</sup>، غير أن هناك عدد من الوثائق ذات الصلة بقانون الاتفاقية التي أشارت إليه<sup>3</sup>، وعموما فقد استعمله الفقه للدلالة على العلاقات بين القاضي الوطني وقاضي المحكمة، وبالتحديد على جمع القاضي الوطني للاجتهاد القضائي الأوروبي ومن ثم تطبيقه، ويعد الحوار أحد الصفات الأساسية للعمل القضائي كما أنه يرمز للعلاقة التي تنشأ بين القضاة التابعين لجهات قضائية مختلفة وأحيانا من دول مختلفة، وبين الأنظمة القضائية المختلفة، ويمكن توفيره من خلال حوار الاجتهاد القضائي (المطلب الأول) والتعاون بين المحكمة والجهات القضائية الوطنية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول:

### حوار الاجتهاد القضائي

يعد حوار الاجتهاد القضائي dialogue de la jurisprudence<sup>4</sup> أحد مظاهر التفاعل والتبادل بين المحكمة والمحكمة الوطنية ممثلة بشكل خاص في المحاكم الدستورية التي رغم

<sup>1</sup>Katarzyna Grabarczyk, "Dialogue des juges : éléments d'analyse Propos introductifs", in : cahiers de L'IDEDH, 11/2007, p21.

<sup>2</sup>Ibid, p16.

<sup>3</sup>منها إعلان Brighton الذي سلط الضوء على الهامش التقديري وتطوره المستقبلي، ووصف الاتفاقية كنظام فعال لحماية حقوق الإنسان يشمل السياسات، القوانين والمحكمة على الصعيدين الوطني وفوق الوطني، وأن الهامش التقديري يربط بين هذه المستويات حيث يملئ اختصاصاتهم ويسهر على الاعتراف بدورهم في حماية حقوق الإنسان في أوروبا، وقد تضمن الإعلان فقرة حول العلاقة والتفاعل والتعاون بين المحكمة والسلطات الوطنية (النقاط 10 إلى 12)، وإعلان Interlaken الذي اعترف بمشاركة جميع الأطراف أعضاء مجلس أوروبا في حماية حقوق الإنسان في أوروبا ووضع خطة عمل لضمان فعالية الاتفاقية على المدى الطويل، وهو ما يمثل اعترافا بضرورة التعاون والتبادل بين الدول والمحكمة كأداة رقابية على الاتفاقية، أما البروتوكول 15 فمن خلال تقنيته مفهوم الهامش التقديري في الاتفاقية شجع المحاكم الوطنية على السعي إلى فهم وتطبيق الاجتهاد القضائي للمحكمة بشكل أفضل على المستوى الوطني، وجعل بذلك الهامش التقديري شكلا من أشكال الحوار بين السلطات القضائية الوطنية والإقليمية الرامية لتعزيز حماية حقوق الإنسان في أوروبا. أنظر بهذا الخصوص:

Sabino Cassese, op.cit, p5.

Eleni Frantziou, op.cit, p5.

<sup>4</sup>يجدر التمييز بين كل من مفهوم حوار القضاة، حوار الاجتهادات القضائية وحوار الجهات القضائية، إذ أن الأول يمكن أن ينشأ بعيدا عن العلاقات العملية بشكل فردي بين القضاة بينما الثاني يرتبط بالفصل في القضايا المعروضة على هذه الجهات وتحديدًا بقيام جهة قضائية بكل حرية بالأخذ بالحلول التي وضعتها جهة قضائية أخرى، أما الثالث فيتعلق بالمؤسسات وتطبيق إجراءات التعاون بينها.

لمزيد من التوضيح بهذا الخصوص أنظر:

Mattias Guyomar, Les rapports entre les cours nationales et la Cour européenne des droits de l'homme, in : Conférence des chefs des cours suprêmes des États membres du Conseil de l'Europe, Paris, 12 et 13 septembre 2019.

مكانتها المحدودة في اجتهاد المحكمة إلا أن وزنها يظهر في القضايا المتعلقة بالنظام السياسي والمسائل الخاصة بالمجتمع في المجالات التي تكون فيها المصالح المعرضة للخطر كبيرة مما يستدعي الاستعانة بـ"حوار القضاة" لتفادي سوء الفهم<sup>1</sup>، إضافة إلى أعلى جهات القضاء العادي والإداري، ويظهر حوار الاجتهاد القضائي في صور، فقد يأخذ صورة توافق بين الاجتهاد القضائي الوطني واجتهاد المحكمة (الفرع الأول)، وقد يأخذ صورة اختلاف وتباين بين النوعين من الاجتهادات القضائية (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### توافق الاجتهاد القضائي الوطني مع الاجتهاد القضائي للمحكمة

كثيرا ما تكتسي العلاقة بين الاجتهاد الوطني والأوروبي علاقة التوافق، وذلك كما يلي:

أولا-الحالات التي اتفقت فيها المحكمة مع المحاكم الوطنية: أخذت المحكمة في عدة أحكام بنتيجة السلطات الوطنية، مثلا في حكم Abu Hamza أخذت بنتائج محاكم الاستئناف وأقرت بعدم قبول الشكوى بسبب كونها غير مؤسسة بشكل واضح، وفي حكم Ali case اتفقت مع غرفة اللوردات فيما يتعلق بأن طرد تلميذ من المدرسة خلال تحريات الشرطة يعد تدبيراً متناسبا ولا يمس بجوهر الحق في التعليم ووصلت إلى عدم وجود انتهاك للمادة 2 من البروتوكول الأول، كما اعتمدت المحكمة في عدة أحكام استنتاج و/أو تحليل المحاكم الوطنية مثلا حكم Evans ويخص الحق في الحياة الخاصة في أحد جوانبه الأخلاقية الحساسة، حيث أكدت المحكمة أن القواعد التشريعية واضحة وأنها تتضمن توازنا عادلا بين المصالح المتنازعة ومنه عدم وجود انتهاك، وهو ذات ما ذهب إليه المحكمة الوطنية<sup>2</sup>، بل وانتهجت نفس توجه المحاكم الوطنية ومثاله في قضايا موضوعها إدانة عناصر في الجيش الألماني بالسجن من المحاكم الألمانية رأت المحكمة الدستورية الفدرالية أن الأحكام الصادرة في حقهم متوافقة مع القانون الأساسي، ومن جهتها اعتمدت المحكمة نفس المنهج ورأت عدم وجود انتهاك للمادة 7 فقرة 1 من الاتفاقية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>Vincent Berger, op.cit, p16.

<sup>2</sup>Equality and Human Rights Commission, op.cit, pp120-121, pp124.

<sup>3</sup>Streletz, Kessler and Krenz v.Germany, op.cit ; K.-H. W. v.Germany, op.cit, para 22, 107.

بالنسبة لحرية الدين المضمونة بالمادة 9 من الاتفاقية فقد دخلت متأخرة لاجتهاد المحكمة ولكن بشكل ملفت لاسيما في إطار الحق في إظهار الدين<sup>1</sup>، فمثلا في قضية تخص منع طالبة تركية مسلمة من ارتداء الخمار في الجامعة، أخذت المحكمة بالاجتهاد القضائي للمحكمة الدستورية التركية حول حرية اللباس في مؤسسات التعليم العالي، في صياغة استنتاجها ووصلت إلى أن التدخل في حرية المدعية كان ضروريا، ووضحت بأن مبدأ العلمانية يجمع الحرية والمساواة، وأنه يحظر على الدولة تفضيل دين أو معتقد ويهدف لحماية الفرد من الضغوطات الخارجية للمتطرفين، وبذلك فحماية هذا المبدأ ضروري لحماية النظام الديمقراطي في تركيا<sup>2</sup>.

فيما يخص حل الأحزاب السياسية، مثلا في قضية Refah partisi أعادت المحكمة استخدام نفس المبررات التي أخذت بها المحكمة الدستورية، والتي تركز على أفعال وأقوال مسيري الحزب وتم إسنادها للحزب ككل، والتي تكشف عن مشروع سياسي يهدف لإقامة نظام مبني على الشريعة ولتبني منهج قانوني متعدد، حيث أن الأول بعيد عن قيم الاتفاقية لاسيما من حيث قواعده المتعلقة بالقانون الجنائي والإجراءات الجزائية بسبب المكانة التي يخصصها للمرأة في النظام القانوني ومشاركتها في مجالات الحياة الخاصة والعامة طبقا للقواعد الدينية، أما الثاني فهو غير متوافق مع الاتفاقية لأنه يقضي على دور الدولة كحام للحقوق والحريات الفردية ومنظم حيادي لممارسة مختلف المعتقدات والديانات في مجتمع ديمقراطي، ولأنه يمس بمبدأ عدم التمييز، إضافة إلى أن هذا الحزب لا يستبعد اللجوء للقوة لتحقيق مشروعه وإرساء النظام الذي يهدف إليه<sup>3</sup>، وعموما فقد ثبت أن المحاكم الوطنية تؤثر أحيانا بشكل قوي في الاجتهاد القضائي للمحاكم الأوروبية، ومن الأمثلة الشائعة القرار الصادر عن المحكمة الدستورية الفدرالية الألمانية في قضية Solange I سنة 1974<sup>4</sup>.

**ثانيا-الحالات التي أخذت فيها المحاكم الوطنية باجتهاد المحكمة:** عديدة هي القرارات القضائية الدستورية التي أخذت بالاجتهاد القضائي للمحكمة، ومن ذلك: قرار صادر عن المحكمة الدستورية الفدرالية الألمانية<sup>5</sup> يتعلق بقضية أب يسعى للحصول على حق الحضانة والزيارة لطفل

<sup>1</sup>Vincent Berger, op.cit, p14.

<sup>2</sup>Leyla Sahin c. Turquie, op.cit, para41, 122,123.

<sup>3</sup>Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie, op.cit, para22-23, 135-136.

<sup>4</sup>Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, Affaire Solange I, dec. 29/5/1974.

<sup>5</sup>Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, Deuxième sénat, 14/10/2004, 2 BvR 1481/04, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Recueil officiel), 111, 307-332, Neue Juristische Wochenschrift 2004, 3407-3412; Europäische Grundrechte-Zeitschrift 2004, 741-748.

له مولود خارج إطار الزواج، بعد أن تم تبنيه من عائلة مباشرة بعد ولادته بناء على عرض من أم الطفل ورضائها التام، فقدم شكوى للمحكمة الأوروبية التي أصدرت حكماً سنة 2004 بالإجماع بأن القرار الصادر فيما يخص الحضانة والزيارة ينتهك المادة 8 من الاتفاقية، ورأت أنه عند وجود روابط عائلية مع الطفل فإن الدولة ملزمة بالقيام بكل ما تستطيع من أجل جمع الأب الطبيعي مع الطفل، وقد ألغت المحكمة الدستورية الفدرالية القرار الصادر واعتبرته مخالفاً للحق الأساسي للشاكي المضمون بالمادة 6 من القانون الأساسي مربوطاً بمبدأ دولة القانون.

في قرار صادر عن المحكمة الدستورية الأرمينية<sup>1</sup> إثر تلقيها إخطاراً من رئيس الجمهورية من أجل فحص تطابق الالتزامات المنصوص عليها في البروتوكول 12 الملحق بالاتفاقية مع الدستور، حيث أن المادة 14 من الاتفاقية تنص على قاعدة عامة تحظر التمييز، والمادة الأولى من البروتوكول 12 تضمن حماية إضافية ضد التمييز، وتلزم الأطراف المتعاقدة بضمان التمتع بكل الحقوق المضمونة بالاتفاقية وكذلك بالتشريعات الوطنية دون أي تمييز، وتؤكد أنه لا يمكن أن يكون أي أحد موضوعاً لتمييز من جانب سلطة عامة أياً كانت، وقد أشارت المحكمة الدستورية الأرمينية في قرارها إلى أن مضمون مفهوم التمييز محدد في الاجتهاد القضائي للمحكمة الأوروبية حيث أن التفرقة distinction أو الاختلاف différence لا تعني دائماً التمييز، وأحالت إلى حكم Abdulaziz, cabales c. Royaume-uni لسنة 1985.

فيما يتعلق بقرار المحكمة الدستورية الأرمينية<sup>2</sup> إثر معارضة المدافع عن حقوق الإنسان لدستورية المادة 1087.1 من القانون المدني المتعلقة بالمسؤولية المدنية في حالة السب والقذف واعتبرها مصدراً للأمن القانوني لأنها لا تحدد عناصر مهمة في التشريع ويشوبها غموض يمكن أن يخلق تفسيراً وتطبيقاً تعسفياً وواسعاً لهذا النص، وقد فحصت المحكمة الدستورية الأحكام المعترض عليها على ضوء الصكوك الدولية ذات الصلة، موقف المحكمة الأوروبية والممارسة التشريعية والقضائية ذات الصلة في الدول الأجنبية، وأخذت صراحة بالاجتهاد القضائي للمحكمة الأوروبية في مجال حرية التعبير لتأسيس قرارها وشرح رأيها، ووصلت إلى أن المادة المعترض عليها مطابقة للدستور.

<sup>1</sup>Arménie, Cour constitutionnelle, 17/09/2004, DCC-508, Conformité avec la Constitution des obligations énoncées dans le Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, à paraître dans Tégéhaguir (Journal officiel).

<sup>2</sup>Arménie, Cour constitutionnelle, 15/11/2011, DCC-997, Constitutionnalité de l'article 1087.1 du Code civil, Tégéhaguir (Journal officiel).

كذلك في قرار المحكمة الدستورية النمساوية<sup>1</sup> عقب لجوء أم لطفلين للمحكمة بدعوى تعترض فيها على قرينة قانونية تخص النسب الشرعي لطفليها، حيث تملك هذه الأم الجنسية النمساوية، وتزوجت مواطنا من جمهورية الدومينيكان وأنجبت منه طفل سنة 1995 وطفل ثان سنة 1999 وقد ولد كلاهما في النمسا، وقد أكدت في شكاوها أن زوجها الذي لم تتواصل معه منذ 1995 وتجهل مكان وجوده ليس أب أطفالها وأن أبوهم شخص آخر أعطت هويته.

رفضت المحكمة الابتدائية الدعوى بسبب شكلي هو أن المدعية غير مخولة الاعتراض على أبوة زوجها ولا على نسبه للأطفال، استأنفت المدعية الحكم أمام محكمة الاستئناف الجهوية والتي طلبت من المحكمة الدستورية فحص أحكام القانون المدني النمساوي الذي لا يمنح حقا لرفع دعوى قضائية للاعتراض على قرينة قانونية للنسب الشرعي للطفل إلا للأب الشرعي ولوكيل الجمهورية، وقد رأت المحكمة الدستورية أن هذه الأحكام القانونية تنتهك المادة 8 من الاتفاقية لأنها تتعارض مع الاعتراف القانوني بحياة عائلية فعلية، واستشهدت بالاجتهاد القضائي الأوروبي باستفاضة تحديدا بحكم Kroon c. Pays-bas وألغت كل الأحكام ذات الصلة في القانون المدني النمساوي وحددت أجلا لتعديله.

أما في قرار المحكمة النمساوية<sup>2</sup> في قضية تتعلق برفض الترخيص لثلاثة مواطنين هنديين بالدخول للإقليم النمساوي في مطار فيينا بسبب عدم استظهارهم وثائق السفر وإبقائهم في منطقة العبور في المطار طبقا لقانون الأجانب إلى غاية مواصلة سفرهم، وهو ما دام 22 يوما في منطقة العبور بالمطار إضافة إلى 6 أيام أخرى في منطقة عبور خاصة خارج مبنى المطار بجانب حظيرة الطائرات، وقد تم إبقاء هؤلاء الأفراد تحت رقابة صارمة ومستمرة، فلجؤوا للمحكمة متحججين بانتهاك حقوقهم المضمنة بالدستور وأن حجزهم في منطقة العبور يعد انتهاكا لحقهم في عدم حرمانهم من الحرية المحمي بالمادة 5 من الاتفاقية.

رأت المحكمة الدستورية أن الاحتجاز في منطقة العبور لم يحد من حرية حركتهم ولم يجرمهم من الحقوق الأخرى، أما بالنسبة لإبقائهم في منطقة العبور خارج المطار فقد استندت لاجتهاد المحكمة الأوروبية ورأت أن السلطة المختصة لم تأخذ بالأفعال الهامة لتحديد مدى حرمان الشاكين من حريتهم بمفهوم المحكمة، وأنها بذلك انتهكت حق المساواة في المعاملة بين الأجانب ذاتهم.

<sup>1</sup> Autriche, Cour constitutionnelle, 28/06/2003, 78/00.

<sup>2</sup> Autriche, Cour constitutionnelle, 11/03/1999, B 1159/98 et autres, dans Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes (Recueil officiel).

في قرار للمحكمة الدستورية للبوسنة والهرسك<sup>1</sup> إثر طعن مرفوع أمامها حول عدم تنفيذ حكم قضائي مهمور بالصيغة التنفيذية، والذي بموجبه تم إلزام جيش الجمهورية الصربية بتسديد تعويض مالي للمدعين عن أضرار الحرب، وهو ما يعد انتهاكا لحقهم الدستوري في محاكمة عادلة، فقد استندت المحكمة الدستورية للاجتهاد القضائي للمحكمة الأوروبية حول المادة 6 فقرة 1 من الاتفاقية والذي بموجبه فإن هذه المادة تضمن لكل شخص الحق في الاعتراض حول حقوقه والتزاماته المدنية أمام محكمة، وكذلك الحق في العدالة بما فيه اللجوء إليها ورفع دعوى مدنية أمامها، وأن هذا الحق سيكون وهميا إذا لم يتم ضمان تنفيذ القرارات القضائية النهائية والتنفيذية.

في قضية أمام المحكمة الدستورية للبوسنة والهرسك<sup>2</sup> بناء على طعن قدمه الحزب الاجتماعي الديمقراطي أمامها ضد قرار محكمة البوسنة والهرسك بهدف إلغاء نتائج انتخابات ممثلي غرفة الشعب في فدرالية البوسنة والهرسك في عشرة مقاطعات، وتمسك بأن قرار اللجنة الانتخابية الذي صادقت عليه المحكمة أعلاه ينتهك الحق في انتخابات حرة المنصوص عليه بالمادة 3 من البروتوكول الأول للاتفاقية، وبرر ذلك بأنه كان لازما الأخذ بالاعتبار عدد الأصوات الكلية لكل حزب في انتخابات جمعيات المقاطعات عند انتخاب الممثلين لدى غرفة الشعب، وبالنتيجة فإن عدد المقاعد الممنوح يجب أن يكون متناسبا مع نتائج الاقتراع العام المباشر لدى المقاطعات.

فحصت المحكمة الدستورية الطعن وناقشته بناء على الاجتهاد القضائي للمحكمة الأوروبية، حيث أشارت إلى مفهوم الحقوق السياسية الذاتية المنصوص عليها بالمادة 3 من البروتوكول الأول المتمثلة في الحق في الانتخاب والحق في الترشح لانتخاب تشريعي، وأن هذه الحقوق مهمة ولكن ليست مطلقة وأن المادة 3 تطبق كذلك على نظام الانتخابات غير المباشرة للسلك التشريعي، ووصلت إلى أن المحكمة الأوروبية لم تبين أي نية لاستبعاد نظام الاقتراع غير المباشر من المادة 3 أعلاه.

أما في قرار للمحكمة الدستورية الكرواتية<sup>3</sup> ردا على طعن أودعه شخص يدعي فيه تعرضه في المستشفى أين تم احتجازه إلى معاملة لا إنسانية بين تاريخ إيداعه الحبس المؤقت وتاريخ صدور

<sup>1</sup>Bosnie-Herzégovine, Cour constitutionnelle, Session plénière, 17.12.2004, AP-288/03, Sluzbeni glasnik Bosnie Hercegovine (Journal officiel), 8/05.

<sup>2</sup>Bosnie-Herzégovine, Cour constitutionnelle, Session plénière, 28/01/2005, AP-35/03, Sluzbeni glasnik Bosnie Hercegovine (Journal officiel), 30/05.

<sup>3</sup>Croatie, Cour constitutionnelle, 03/11/2010, U-III-64744/2009, Narodne novine (Journal officiel), 125/10.

حكم نهائي من المحكمة بإدانته بـ 4 سنوات سجن بسبب جنحة والذي أيدته المحكمة العليا، وأن المعاملة التي تعرض لها انتهكت كرامته المضمونة بالدستور والمادة 3 من الاتفاقية نظرا لمعاناة المدعي من إعاقة خطيرة بسبب حادث مرور تعرض له في الماضي، مما استدعى تحويله من السجن إلى مستشفى مخصص للسجن وإيداعه بسرعة في الطابق الثاني منه علما أنه غير مجهز لاستقبال هذه الحالات الخاصة، إذ لا يتوفر على مصعد وهو ما أدى لعدم مغادرته المبنى ولا خروجه لاستنشاق الهواء طيلة 15 شهرا، كما أن غرفته جد ضيقة تضم 6 أسرة بها ستة مرضى ولا تسمح له بتحريك مقعده المتحرك مما أدى لتدهور حالته الصحية، وقد رأت المحكمة وجود انتهاك للحقوق الدستورية للمدعي المضمونة بالدستور والمادة 3 من الاتفاقية، وألزمت الحكومة بوضع رقابة فعالة على جودة التكفل بالعلاجات في نظام السجون ككل.

إن القرارات القضائية المذكورة أعلاه هي عينة فقط من القرارات الوطنية للمحاكم الدستورية التي تمسكت باجتهاد المحكمة<sup>1</sup>، وبدورها فقد أخذت المحاكم العليا الوطنية أيضا في قراراتها بالاجتهاد القضائي للمحكمة<sup>2</sup>، وبهذا الصدد أشارت المحكمة الدستورية البلجيكية على موقعها صراحة بأنها تأخذ بالاعتبار في أحكامها، الاجتهاد القضائي للمحاكم الدولية، الذي كثيرا ما تستشهد به، مثل اجتهاد محكمة عدل الاتحاد الأوروبي واجتهاد المحكمة الأوروبية، وحرى بالذكر أن المحكمة الدستورية عضو في عدة شبكات وجمعيات تضم محاكم عليا أجنبية أو أوروبية أو دولية<sup>3</sup>.

## الفرع الثاني

### اختلاف الاجتهاد القضائي الوطني عن الاجتهاد القضائي للمحكمة:

لا تعد مواقف المحكمة وكذلك المحاكم الوطنية مستقرة إزاء الاجتهادات القضائية لبعضها البعض وقد ظهر في كثير من الأحيان الاختلاف بينها كالاتي:

**أولا-الحالات التي اختلفت فيها المحكمة مع المحاكم الوطنية:** تظهر في عدة أحكام ضد المملكة المتحدة على سبيل المثال منهجية جد مختلفة بين المحاكم الوطنية والمحكمة في الأحكام

<sup>1</sup>من القرارات أيضا على سبيل المثال:

Espagne, Tribunal constitutionnel, Assemblée plénière, 14/03/2000, 73/2000, Presa de Itoiz, Boletín oficial del Estado (Journal officiel), 90, 14.04.2000, 61-77.

<sup>2</sup>أنظر مثلا:

Danemark, Cour supreme, 13/02/1989, 279/1988, Ugeskrift for Retsvaesen, 1989, 399.

<sup>3</sup>Constitutional court of belgium, International relations of the court, <https://www.const-court.be/>, accessed: 04/04/2022 at 17:36.

المتعلقة بالحق في الخصوصية مثلا حكم S and marper المتعلق بحفظ بصمات الشاكين وحمضهم النووي بعد صدور حكم براءة لصالحهم، وفي المتعلقة بالتعذيب مثلا حكم Abu Qatada حول استعمال شهادة تم الحصول عليها بالتعذيب، وكذلك في الأحكام المتعلقة بحقوق السجناء في الانتخاب مثلا في حكم Hirst حيث انتقدت المحكمة البرلمان وسعت لإلزام المملكة المتحدة باعتماد تشريع وطني يميز بين مختلف فئات المساجين، ولكن الدولة استمرت على ممارستها، واستمر رفع شكاوى ضدها حول نفس الموضوع أمام المحكمة، مثلا Greens and MT والتي رأت فيها الأخيرة وجود انتهاك واستمرار إخفاق التشريع البريطاني وطلبت صراحة من بريطانيا اقتراح تعديل تشريعي خلال أجل ستة أشهر من تاريخ صيرورة الحكم نهائيا، وقد تم عرض قضايا أخرى بعدها حول نفس الموضوع ضد دول أخرى مثلا Scoppola v. Italy وحضرت المملكة المتحدة السماع كطرف متدخل ثالث وتم تمديد أجل ستة أشهر بالنسبة لها، "وقد تحولت مسألة حقوق السجناء في الانتخاب إلى انشغال وطني في المملكة المتحدة حول مشروعية المحكمة وهو الثابت من مقالات جريدة Daily Mail بعنوان قضاة المحكمة الأوروبية يحطمون التشريع البريطاني، والمحكمة الأوروبية خارج السيطرة - يجب الانسحاب-"<sup>1</sup>.

في قضية Sramek في مجال الحق في محاكمة عادلة، وتتعلق بأمرية تقيم في ألمانيا رغبت في الحصول على قطعة أرض في Tyrol غير أنها قوبلت بالرفض من الأجهزة المختصة بالمعاملات العقارية بسبب خطر السيطرة الأجنبية، وقد تم رفض طعنها من المحكمة الدستورية الوطنية التي اعتبرت السلطة الإقليمية للمعاملات العقارية بمثابة محكمة مستقلة ومحايدة، بينما رأت المحكمة الأوروبية بخلاف ذلك أن السلطة الإقليمية شخص في علاقة تبعية وظيفية ومصالحية بالنسبة لأحد أطراف النزاع.<sup>2</sup>

في قضية جمعت بين حرية الصحافة، الحق في احترام الحياة الخاصة والحق في الصورة، رفضت المحكمة الدستورية الفدرالية الألمانية الطعن الذي قدمته أميرة Monaco وموضوعه نشر الصحافة صوراً حول حياتها الخاصة، ورأت بأن الأميرة يجب أن تتسامح مع نشر صورها في الأماكن العمومية ولو تعلق الصور بمشاهد من حياتها اليومية، باعتبار أنها من أهم الشخصيات التاريخية آنذاك، وأن الجمهور له مصلحة مشروعة في معرفة سلوك مثل هؤلاء الأشخاص عموماً في الأماكن العمومية، أما المحكمة الأوروبية، وبخلاف ذلك، فقد لاحظت بأن المدعية لا تشغل

<sup>1</sup>Equality and Human Rights Commission, op.cit, pp125-131.

<sup>2</sup>Sramek c. Autriche, op.cit, para17, 36-42.

وظيفة رسمية ومنه غياب أي دور للصور المنشورة في مناقشات تخدم المصلحة العامة، فقد غلبت الحق في احترام الحياة الخاصة ووصلت إلى انتهاك المادة 8 من الاتفاقية<sup>1</sup>.

في قضية أثارت حرية التعبير منعت المحكمة العليا الأيرلندية -التي تؤدي دور المحكمة الدستورية- مؤسستين ذات طابع غير ربحي من تقديم نصائح للنساء الحوامل للقيام بالإجهاض في الخارج، ومساعدتهن بتحديد المصحات التي تقوم بذلك وتشجيع سفرهن، وأسست المحكمة العليا ذلك على حق الأطفال الذين سيولدون في الحياة المضمون بالمادة 40 فقرة 3 من الدستور، أما المحكمة الأوروبية فقد استتكرت الطابع المطلق للمنع ورأت أنه غير متناسب ويتعارض مع المادة 10 من الاتفاقية، وأخذت بالاعتبار عدة عناصر لاسيما: حياد النصائح المقدمة حول الحلول الموجودة، وجود مصادر أخرى للمعلومات حول إمكانية الإجهاض في الخارج، الخطر على صحة النساء اللواتي يحاولن في مراحل متقدمة إيقاف الحمل<sup>2</sup>.

كذلك أفرز حل الأحزاب السياسية عن شكاوى كثيرة، باعتبار أن هذا الحل هو جزء خطير واستثنائي في إطار الديمقراطية، فمثلا في قضية الحزب الشيوعي الموحد قامت المحكمة الدستورية بحل هذا الحزب قبل أن يبدأ حتى في ممارسة نشاطاته، إلا أن المحكمة اتخذت موقفا مخالفا للمحكمة الدستورية، واعتبرت بأنها لا يمكن أن تقبل بأن يكون مجرد اسم الحزب سببا لحله ووصلت إلى وجود انتهاك المادة 11 من الاتفاقية<sup>3</sup>.

ثانيا-الحالات التي اختلفت فيها المحاكم الوطنية مع المحكمة: مثلا في قضايا تتعلق باستعمال أدلة شهادة مقروءة كدليل في المتابعة الجزائية رفضت المحاكم البريطانية بمناسبة نظرها في قضية Horncastle and others سنة 2009 تطبيق اجتهاد المحكمة الأوروبية في المملكة المتحدة، كما انتقدت السلطات البريطانية بشدة حكم المحكمة الصادر في قضية Al- Khawaja and Tahhery سنة 2011<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Von Hannover c. Allemagne, op.cit, para38,54, 53, 61-80.

<sup>2</sup> Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland, op.cit, para16-21, 64- 80 .

<sup>3</sup> Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie, op.cit, para16,19-21, 49, 51-61.

Voir aussi :Parti socialiste et autres c. Turquie, op.cit, para 14-15, 26-27, 38-39, 41-54.

<sup>4</sup> Equality and Human Rights Commission, op.cit, pp131-133.

## المطلب الثاني:

### التعاون بين المحكمة والجهات القضائية الوطنية

في غياب معنى موحد لمفهوم حوار القضاة الذي يعد مفهوما فقهيًا، فإن هذا الأخير يعتبر وسيلة تعاون بين القاضي الوطني والأوروبي غرضها توضيح الأنظمة القانونية التي ينتمون إليها، إشراك القاضي الوطني في إبداء وجهة نظره وتطوير الحلول التي تعتمد عليها المحكمة وتحقيق التناغم والتماسك في قانون الاتفاقية إضافة إلى إيجاد حلول للإشكالات التي تعترض كلا من المحكمة والجهات القضائية الوطنية، ويتجسد التعاون بين المستويين من خلال آلية الرأي الاستشاري للمحكمة (الفرع الأول) وكذلك من خلال آليات تعزيز التعاون بين القضاء الوطني والمحكمة (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول:

#### الرأي الاستشاري

تمثل الآراء الاستشارية أحد الاختصاصات التي أناطتها الاتفاقية بالمحكمة وذلك بناء على طلب من الأجهزة التي تخولها الاتفاقية ذلك، وقد عرف إجراء الرأي الاستشاري تطورًا في نظام الاتفاقية يتمثل مظهره الأساسي في توسيع الجهات التي يمكن لها طلب الرأي الاستشاري إلى الدول الأطراف، ويمكن تقسيم هذا التطور إلى مرحلتين: الآراء الاستشارية قبل البروتوكول 16 ثم الآراء الاستشارية منذ اعتماد البروتوكول 16.

**أولاً-الرأي الاستشاري قبل البروتوكول 16:** لطالما كان طلب الآراء الاستشارية للمحكمة من صلاحية لجنة وزراء مجلس أوروبا حصريًا إلى غاية اعتماد البروتوكول 16 الذي وسع هذه الآلية، وتخضع آلية الآراء الاستشارية التي تطلبها لجنة الوزراء إلى أحكام المواد 47، 48 و49 من الاتفاقية، إضافة إلى قواعد المحكمة الخاصة بالآراء الاستشارية والأحكام الأخرى من هذه القواعد إلى المدى الذي تعتبره المحكمة مناسبًا.

**1-شروط طلب الرأي الاستشاري:** تتمثل شروط طلب الرأي الاستشاري فيما يلي:

-يقدم طلب الرأي الاستشاري من لجنة الوزراء، ويمكن للمحكمة بناء على هذا الطلب أن تصدر آراء استشارية حول مسائل قانونية تتعلق بتفسير الاتفاقية وبروتوكولاتها<sup>1</sup>.

-يجب أن لا تتعلق الآراء بمضمون أو نطاق الحقوق والحريات المضمونة بالاتفاقية وبروتوكولاتها ولا بالمسائل الأخرى التي يمكن أن تنظرها المحكمة أو لجنة الوزراء بناء على طعن تم تقديمه طبقاً للاتفاقية<sup>2</sup>.

-يتم اتخاذ قرار لجنة الوزراء بطلب رأي استشاري عن طريق تصويت من أغلبية الممثلين الذي لهم حق في الاجتماع في اللجنة<sup>3</sup>.

-تقرر المحكمة ما إذا كان الطلب الذي قدمته لجنة الوزراء يقع ضمن اختصاصها حسب ما حددته المادة 47 من الاتفاقية<sup>4</sup>.

**2-إجراءات طلب الرأي الاستشاري والفصل فيه:** يجب أن يراعي طلب الرأي الاستشاري إجراءات وشكليات كالآتي:

-يتم تقديم طلب الرأي الاستشاري إلى مسجل قلم المحكمة، ويجب أن يتضمن الطلب بشكل كامل ودقيق المسألة التي تم اللجوء للمحكمة لاستشارتها بشأنها، وكذلك التاريخ الذي اعتمدت فيه لجنة الوزراء القرار المشار إليه في المادة 47 فقرة 3 من الاتفاقية، اسم وعنوان الشخص أو الأشخاص الذين عينتهم لجنة الوزراء لإعطاء المحكمة أي تفسيرات قد تطلبها، كما يجب أن يكون الطلب مصحوباً بجميع المستندات التي من شأنها توضيح المسألة<sup>5</sup>.

-عند استلام الطلب، يرسل المسجل نسخة منه ومن الوثائق المرفقة به إلى جميع أعضاء المحكمة، كما يقوم بإبلاغ الأطراف المتعاقدة بجواز تقديم تعليقات مكتوبة على الطلب.

- يحدد رئيس المحكمة آجال إيداع التعليقات المكتوبة أو الوثائق الأخرى.

<sup>1</sup>أنظر الفقرة الأولى من المادة 47 من الاتفاقية.

<sup>2</sup>أنظر الفقرة الثانية من المادة 47 من الاتفاقية.

<sup>3</sup>أنظر الفقرة الثالثة من المادة 47 من الاتفاقية.

<sup>4</sup>أنظر المادة 48 من الاتفاقية.

<sup>5</sup>European Court of Human Rights, Rules of court, op.cit, (Rule 91-general), p41.

- يجب إيداع التعليقات المكتوبة أو غيرها من الوثائق لدى مسجل قلم المحكمة، هذا الأخير الذي يقوم بإرسال نسخ منها إلى جميع أعضاء المحكمة وإلى لجنة الوزراء وإلى كل من الأطراف المتعاقدة، ويقرر رئيس المحكمة بعد إغلاق الإجراءات الكتابية، ما إذا كان يجب إعطاء فرصة للأطراف المتعاقدة التي قدمت تعليقات مكتوبة لعرضها في جلسة شفوية تعقد لهذا الغرض<sup>1</sup>.

-تتعد دائرة كبرى للنظر في طلب الرأي الاستشاري، وإذا رأت أن الطلب ليس ضمن اختصاصها كما هو محدد في المادة 47 من الاتفاقية، فإنها تعلن ذلك بقرار مسبب<sup>2</sup>.

-تصدر القرارات المسببة والآراء الاستشارية بأغلبية أصوات الدائرة الكبرى، ويجب ذكر عدد القضاة الذين يشكلون الأغلبية، كما يجب أن تصدر القرارات المسببة والآراء الاستشارية باللغتين الرسميتين للمحكمة، وكلتاها متساويتان في الحجية، ويجوز لأي قاض أن يرفق بالقرار المسبب أو الرأي الاستشاري للمحكمة إما رأي منفصل يوافق أو يخالف القرار المسبب أو الرأي الاستشاري، أو تصريحاً بالمعارضة<sup>3</sup>، وقد أكدت المادة 49 من الاتفاقية التي جاءت تحت عنوان "تسبب الآراء الاستشارية" على وجوب أن يكون الرأي الاستشاري للمحكمة مسبباً وفي حالة كان الرأي لا يعكس في مجمله أو جزء منه رأي القضاة بالإجماع، فإنه يحق لكل قاض أن يرفق مع الرأي الاستشاري عرضاً عن رأيه المنفصل<sup>4</sup>.

-يجوز قراءة القرار المسبب أو الرأي الاستشاري بإحدى اللغتين الرسميتين من طرف رئيس الدائرة الكبرى، أو من طرف قاض آخر مفوض من الرئيس، في جلسة علنية، بعد تقديم إشعار مسبق إلى لجنة الوزراء ولكل من الأطراف المتعاقدة، أما في الحالة العكسية، يعتبر الإخطار المنصوص عليه أسفله بمثابة تسليم للرأي الاستشاري أو القرار المسبب<sup>5</sup>.

- يتم التوقيع على الرأي الاستشاري أو القرار المسبب من طرف كلاً من رئيس الدائرة الكبرى ومسجل قلم المحكمة، وتوضع النسخة الأصلية الموقعة حسب الأصول بأرشفة المحكمة، ويرسل المسجل نسخاً مصدقة إلى لجنة الوزراء والأطراف المتعاقدة والأمين العام لمجلس أوروبا<sup>6</sup>، وقد

<sup>1</sup>European Court of Human Rights, Rules of court, op.cit, (Rule 91-general), p41.

<sup>2</sup>Ibid, p42.

<sup>3</sup>Ibid.

<sup>4</sup>أنظر الفقرة الأولى والثانية من المادة 49 من الاتفاقية.

<sup>5</sup>European Court of Human Rights, Rules of court, op.cit, (Rule 91-general), p42.

<sup>6</sup>Ibid .

أكدت المادة 49 من الاتفاقية في هذا الشأن على إحالة الرأي الاستشاري الصادر عن المحكمة إلى لجنة الوزراء<sup>1</sup>.

**ثانيا- الرأي الاستشاري في إطار البروتوكول 16:** هو بروتوكول ملحق بالاتفاقية<sup>2</sup>، تم اعتماده سنة 2013، وضع قواعد إضافية للاتفاقية وسعت الاختصاص الاستشاري للمحكمة من خلال توسيع الجهات التي يمكن لها طلب رأي استشاري من المحكمة، بإضافة الهيئات القضائية العليا التابعة لدولة طرف في البروتوكول، بعد أن كانت محصورة من قبل في لجنة الوزراء كما سبقت الإشارة إليه.

**1- ظروف اعتماد البروتوكول 16:** يعد البروتوكول ثمرة سنوات من التحضير، امتدت من سنة 2005 إلى 2013 تاريخ اعتماده، انطلقت بشكل محتشم وحذر حيث بدأت باقتراح لتوسيع اختصاص المحكمة من خلال صلاحية إعطاء آراء استشارية بطلب من الهيئات القضائية الوطنية، وقد جاء الاقتراح في تقرير لجنة وزراء مجموعة الحكماء والذي تم وضعه في إطار خطة عمل القمة الثالثة لرؤساء دول وحكومات الدول أعضاء مجلس أوروبا المنعقدة في Varsovie في 16 و 17/05/2005 لفحص فعالية ميكانيزم الرقابة على الاتفاقية على المدى الطويل، حيث أشار التقرير إلى ضرورة وضع نظام يمكن الجهات القضائية الوطنية من إخطار المحكمة بطلبات آراء استشارية حول المسائل القانونية المرتبطة بتفسير الاتفاقية وبروتوكولاتها بشكل يعزز حوار القضاة ويدعم الدور الدستوري للمحكمة، حيث تبقى هذه الطلبات اختيارية والرأي الصادر فيها غير ملزم، وقد تم فحص هذا الاقتراح من طرف لجنة إدارة حقوق الإنسان في إطار متابعتها لهذا التقرير، وقد تأكدت بعدها جدية التفكير في إدراج هذا الإجراء في الاتفاقية بغية المساهمة في توضيح أحكامها وكذلك الاجتهاد القضائي للمحكمة وتقديم توجيهات إضافية للدول تساعد في تفادي انتهاكات جديدة في الإعلان المنبثق عن مؤتمر Izmir المنعقد في 26 و 27/04/2011، ثم في الإعلان النهائي الصادر عن مؤتمر Brighton الذي أشار إلى تدعيم التفاعل والتأثير المتبادل بين المحكمة والسلطات الوطنية عن طريق إعطاء المحكمة سلطة إضافية في الاتفاقية من خلال إصدار آراء استشارية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>أنظر الفقرة الثالثة من المادة 49 من الاتفاقية.

<sup>2</sup>Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Strasbourg, 2.X.2013, entré en vigueur le 01/08/2018, STCE N°214.

<sup>3</sup>Rapport explicatif du protocole N° 16 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (STCE N°214), adopté par les Délégués des Ministres Lors de sa 1176<sup>e</sup> réunion, Strasbourg, 2/10/2013, pp1-2.

كلفت لجنة الوزراء أثناء دورتها 122 في 2012/05/23 لجنة إدارة حقوق الإنسان بتحرير البروتوكول، وهو ما تم فعلا حيث صادقت هذه الأخيرة في اجتماعها رقم 77 في 2013/03/22 على مشروع البروتوكول ورفعته إلى لجنة الوزراء، التي قامت بدورها بدعوة الجمعية البرلمانية لاعتماد الرأي رقم 285 (2013) حول المشروع في 2013/06/28، وبعدها أقر ممثلي الوزراء اعتماد المشروع باعتباره البروتوكول رقم 16 للاتفاقية وتم الأخذ بالتقرير التوضيحي المتعلق به<sup>1</sup>.

**2-مضمون البروتوكول 16:** يتكون من ديباجة و11 مادة، هدفه تدعيم الوظيفة الاستشارية للمحكمة من خلال الآراء التي تبديها، بالنسبة للديباجة تتكون من فقرات، أشارت في بدايتها للموقعين على البروتوكول وهم الدول أعضاء مجلس أوروبا والأطراف الأخرى السامية المتعاقدة في الاتفاقية، ثم بينت أساس تبني البروتوكول وهي المادة 19 من الاتفاقية المتعلقة بإنشاء المحكمة، وأكدت بعدها أن توسيع اختصاص المحكمة لإعطاء آراء استشارية يدعم التفاعل بين المحكمة والسلطات الوطنية ويوطد تنفيذ الاتفاقية طبقا لمبدأ الاحتياطية، وأشارت أخيرا إلى الرأي رقم 285 (2013) الذي اعتمده الجمعية البرلمانية لمجلس أوروبا في 2013/06/28 والذي يعد أساسا لاعتماد البروتوكول.

أما المتن فيتكون من 11 مادة، تخول المادة الأولى منه للمحاكم والهيئات القضائية العليا للأطراف المتعاقدة أن تطلب من المحكمة، آراء استشارية حول "المسائل المبدئية المتعلقة بتفسير أو تطبيق الحقوق والحريات المحددة في الاتفاقية أو بروتوكولاتها" في قضايا محددة مطروحة أمامها للفصل فيها<sup>2</sup>، وهو ما يدل على أن طلب الرأي الاستشاري اختياري، محصور في السلطات القضائية الوطنية تحديدا العليا والتي عينتها الدول الأطراف بهذه الصفة مسبقا لدواعي البروتوكول<sup>3</sup>، أما المواد من 6 إلى 11 فتمثل أحكاما تتعلق بتطبيق أحكام البروتوكول، حيث تنص المادة

<sup>1</sup>Rapport explicatif du Protocole №16, op.cit, pp1-2.

<sup>2</sup>تنص المادة الأولى من البروتوكول 16 على:

« 1. Les plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractante, telles que désignées conformément à l'article 10, peuvent adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles.

2. La juridiction qui procède à la demande ne peut solliciter un avis consultatif que dans le cadre d'une affaire pendante devant elle.

3. La juridiction qui procède à la demande motive sa demande d'avis et produit les éléments pertinents du contexte juridique et factuel de l'affaire pendante. ».

<sup>3</sup>Cour européenne des droits de l'homme, Lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure d'avis consultatif prévue par le Protocole no 16 à la Convention (approuvées par la Cour plénière le 18 septembre 2017), mise à jour approuvée par le Cour plénière le 25 septembre 2023, pp2-3 et p4.

6 على أن المواد من 1 إلى 5 تعتبر مواداً إضافية للاتفاقية وأن كل أحكام الاتفاقية تطبق على هذا الأساس، وذلك بالنسبة للدول الأطراف في البروتوكول، وهو ما يعكس القبول الاختياري للبروتوكول من الدول الأطراف في الاتفاقية، وتتعلق المواد من 1 إلى 5 بإجراءات طلب الرأي الاستشاري وفصل المحكمة فيه وآثاره.

تضمن البروتوكول سبعة حريات وهي: حرية المصادقة على البروتوكول، حرية الدول الأطراف ممثلة في سلطتها التنفيذية في تعيين الجهات القضائية العليا على مستواها وإحالة القائمة إلى مجلس أوروبا، الحرية في تعديل القائمة وذلك طبقاً للمادة 10 من البروتوكول، حرية إخطار المحكمة أي حرية طلب الرأي الاستشاري من الدول الأطراف ممثلة في جهاتها القضائية العليا، حرية المحكمة في قبول الرأي الاستشاري أو رفضه، حرية قضاة الدائرة الكبرى لوضع رأي منفصل عند دراستهم مضمون الرأي الاستشاري، حرية الأخذ بالرأي الاستشاري من الجهة التي طلبته<sup>1</sup>.

**3- القواعد التي تحكم الرأي الاستشاري للمحكمة في إطار البروتوكول 16:** تخضع الإجراءات المتعلقة بالآراء الاستشارية التي تطلبها الهيئات القضائية التابعة للدول الأطراف المتعاقدة إلى أحكام البروتوكول 16 وكذلك الأحكام المنصوص عليها في دليل "قواعد المحكمة" الذي يتم تحيينه باستمرار تماشياً مع مستجدات قانون الاتفاقية<sup>2</sup> كالاتي:

**1/3- شروط تقديم طلب الرأي الاستشاري:** يجب احترام مجموعة من الشروط في طلب الرأي الاستشاري كالاتي:

- يجوز لمحكمة أو هيئة قضائية عليا تابعة لدولة طرف في البروتوكول أن تطلب من المحكمة إصدار رأي استشاري بشأن المسائل المبدئية المتعلقة بتفسير أو تطبيق الحقوق والحريات المحددة في الاتفاقية والبروتوكولات الملحقة بها، غير أن الهيئات القضائية العليا الوطنية لا يمكن لها أن تطلب رأياً استشارياً إلا في إطار قضية معروضة عليها<sup>3</sup>.

- يجب أن يقدم الطلب إلى قلم المحكمة، ويجب أن يكون معللاً وعليه فيجب تسبيب طلب الرأي الاستشاري وتضمينه العناصر ذات الصلة بالسياق القانوني والواقعي للقضية المعروضة

<sup>1</sup>Laurence Burgorgue-Larsen, "Le Protocole n° 16, entre théories et réalités du dialogue Judiciaire", in : Revue québécoise de droit international, Special Issue, 70 ans de la Convention européenne des droits de l'homme : L'Europe et les droits de la personne, Decembre 2020, pp224-229.

<sup>2</sup>European Court of Human Rights, Rules of court, op.cit, (Rule 91-general), p43.

<sup>3</sup>أنظر الفقرتان 1 و2 من المادة الأولى من البروتوكول 16.

أمامها<sup>1</sup>، لاسيما موضوع القضية الداخلية وخلفيتها القانونية والواقعية ذات الصلة، الأحكام القانونية الداخلية ذات الصلة، أحكام الاتفاقية ذات الصلة، ولاسيما الحقوق والحريات المعرضة للخطر، عند الاقتضاء، موجزا لحجج الأطراف في الإجراءات الداخلية بشأن هذه المسألة، إذا كان ذلك ممكنا ومناسبا، عرض لرأي المحكمة أو الهيئة التي قدمت الطلب بشأن المسألة، بما في ذلك أي تحليل قد تكون أجرته بنفسها بشأن المسألة<sup>2</sup>.

إن المحكمة لا يمكن أن تناقش في إطار الطلب المعروض عليها مسائل مجردة، ولذلك فيجب أن يكون الطلب مستندا على إجراء داخلي قائم أمام أحد الجهات القضائية العليا، وأن يتعلق الطلب بمسائل مبدأ تخص تطبيق أو تفسير الحقوق المضمونة بالاتفاقية، وأن يتم صياغة المسائل المعروضة على المحكمة بدقة حتى تفصل فقط في الأمور المتصلة مباشرة بالقضية موضوع نظر على المستوى الداخلي<sup>3</sup>.

يجب أن يضع مقدم الطلب، بين يدي المحكمة أي مستندات أخرى ذات صلة بالخلفية القانونية والواقعية للقضية القائمة، كما يجب على المحكمة الوطنية أو الهيئة صاحبة الطلب إخطار مسجل قلم المحكمة في حالة سحب طلبها، وعليه ففي حالة استلام مثل هذا الإخطار توقف المحكمة الإجراءات<sup>4</sup>.

**2/3- البت في قبول الطلب:** يعود قبول طلب الرأي الاستشاري إلى هيئة مكونة من خمسة قضاة من الدائرة الكبرى، التي يجب أن تسبب رفضها للطلب، بيد أن قبول الطلب يلزم الدائرة الكبرى بإصدار الرأي الاستشاري، وتضم الهيئة الفاصلة في قبول الطلب، بقوة القانون، قاضيا ينتمي للدولة الطرف التي قدمت سلطتها القضائية الطلب، وفي حالة عدم وجوده أو عدم قدرته على الجلوس لنظر الطلب فإن رئيس المحكمة يختار شخصا للجلوس كقاض من قائمة تعدها مسبقا الدولة الطرف<sup>5</sup>، حيث يعينه وفقا للقاعدة 29 من قواعد عمل المحكمة، كما تضم الهيئة كلا

<sup>1</sup>أنظر الفقرة 3 من المادة الأولى من البروتوكول 16.

Voir aussi : Cour européenne des droits de l'homme, Lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure d'avis consultatif prévue par le Protocole no 16 à la Convention, op.cit, p3.

<sup>2</sup>European Court of Human Rights, Rules of court, op.cit, (Rule 92-The introduction of a request for an advisory opinion),p43 .

<sup>3</sup>Cour européenne des droits de l'homme, Lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure d'avis consultatif prévue par le Protocole no 16 à la Convention, op.cit, p3.

<sup>4</sup>European Court of Human Rights, Rules of court, op.cit, (Rule 92-The introduction of a request for an advisory opinion), p43 .

<sup>5</sup>أنظر المادة 2 من البروتوكول 16 المتعلقة بالفصل في طلب الرأي الاستشاري.

من رئيس المحكمة، وفي حالة مانع، يجب أن يحل محله نائب رئيس المحكمة الأسبقية، قاض معين بصفة "قاض مقرر" وفقاً للقاعدة 91 والقاعدة 49 من قواعد عمل المحكمة، اثنان من رؤساء الأقسام يعينان بالتناوب، ومتى كان عليهما الجلوس للنظر، يجب استبدالهم بنوابهم، هذا ويتم تعيين قاضيين بديلين على الأقل بالتناوب من بين القضاة المنتخبين من طرف الأقسام للعمل في هذه الهيئة لمدة ستة أشهر، ويستمر القضاة في ممارسة مهامهم في الهيئة حتى بعد تاريخ انتهاء فترة تعيينهم فيها، عندما يكونون قد شاركوا في دراسة طلب رأي استشاري ولم يتم اتخاذ قرار نهائي بشأنه<sup>1</sup>.

-تقبل هيئة الدائرة الكبرى الطلب إذا رأت أنه يفي بمتطلبات المادة الأولى من البروتوكول 16، أما إذا رفضت نظره فيجب أن تبين أسباب رفض الطلب، ويجب إخطار المحكمة أو الهيئة مقدمة الطلب والطرف المتعاقد الذي تنتمي إليه بقرار اللجنة بقبول أو رفض الطلب<sup>2</sup>.

مما جاء أعلاه فإنه يجب توفر شرطان حتى تتحقق فعالية آلية الرأي الاستشاري وجديتها، فمن جهة يجب على الجهات القضائية العليا الوطنية أن تبين للمحكمة الفائدة من الطلب الذي قدمته وأهميته من خلال تسببه، ومن جهة أخرى يجب على المحكمة باعتبارها صاحبة السلطة التقديرية لقبول أو رفض طلب الرأي الاستشاري أن تسبب بدورها أي قرار برفض الطلب.

**3/3- إجراءات فحص الطلب:** عندما تقبل الهيئة طلب الرأي الاستشاري، يتم تشكيل الدائرة الكبرى للنظر في الطلب وتقديم رأي استشاري.

-يجوز لرئيس الدائرة الكبرى دعوة الجهة القضائية صاحبة الطلب إلى تقديم أي معلومات إضافية تعتبر ضرورية لتوضيح نطاق الطلب أو وجهة نظرها حول المسألة موضوع الطلب، كما يجوز له دعوة الأطراف في الإجراءات الداخلية لتقديم ملاحظات كتابية، ومتى كان مناسباً، للمشاركة في جلسة استماع شفوية، وعلى كل يجب تقديم الملاحظات الكتابية أو غيرها من

<sup>1</sup>European Court of Human Rights, Rules of court, op.cit, (Rule 93 – Examination of a request by the panel), pp43-44.

<sup>2</sup>Ibid, p44.

Voir aussi : Cour européenne des droits de l’homme, Lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure d’avis consultatif prévue par le Protocole no 16 à la Convention, op.cit, p4.

الوثائق إلى قلم المحكمة وفقاً للأجال التي حددها رئيس الدائرة الكبرى، ويعتبر بعد ذلك الإجراء المكتوب مغلقاً<sup>1</sup>.

ويحق لمفوض حقوق الإنسان لمجلس أوروبا وكذا الدولة الطرف التي قدمت سلطتها القضائية الطلب، إبداء ملاحظات كتابية وحضور الجلسات، كما يمكن لأي دولة طرف أو أي شخص إبداء ملاحظات كتابية أو حضور الجلسات بناء على دعوة من رئيس المحكمة من أجل حسن سير العدالة<sup>2</sup>، وهو ما يعكس الوضعية الواردة بالمادة 36 فقرة 2 من الاتفاقية المتعلقة بتدخل الغير.

بعد انتهاء الإجراء المكتوب، يقرر رئيس الدائرة الكبرى ما إذا كان ينبغي عقد جلسة استماع شفوية، ويتم إرسال نسخ من جميع المذكرات المقدمة إلى المحكمة أو الهيئة التي طلبت الرأي الاستشاري، وتتاح لها فرصة التعليق على تلك المذكرات، دون أن يؤثر ذلك على إنهاء الإجراء المكتوب.

تصدر الآراء الاستشارية بأغلبية أصوات الدائرة الكبرى، ويجب ذكر عدد القضاة الذين يشكلون الأغلبية، كما يجب تقديم الآراء الاستشارية باللغتين الرسميتين للمحكمة وهما متساويتان في الحجية، ويجوز لأي قاض، أن يرفق بالرأي الاستشاري للمحكمة، إما رأي فردي يوافق الرأي الاستشاري أو رأي فردي منفصل يعارضه، أو تصريحاً بالمعارضة<sup>3</sup>.

يجب تسبيب الرأي الاستشاري<sup>4</sup> ويتم التوقيع عليه من طرف رئيس الدائرة الكبرى ومسجل قلم المحكمة، وتوضع النسخة الأصلية الموقعة حسب الأصول بأرشفيف المحكمة، ويجب على المسجل إرسال نسخ مصدقة إلى المحكمة أو الهيئة مقدمة الطلب وإلى الطرف المتعاقد الذي

<sup>1</sup>European Court of Human Rights, Rules of court, op.cit, (Rule 94– Proceedings following the panel's acceptance of a request), p44.

<sup>2</sup>أنظر المادة 3 من البروتوكول 16.

<sup>3</sup>European Court of Human Rights, Rules of court, op.cit, (Rule 94– Proceedings following the panel's acceptance of a request), p44.

<sup>4</sup>أنظر المادة 4 فقرة 1 من البروتوكول 16.

تتتمي إليه تلك المحكمة أو الهيئة<sup>1</sup>، كما يتلقى أي طرف ثالث يتدخل في الإجراءات وفقاً للمادة 3 من البروتوكول رقم 16 للاتفاقية والقاعدة 44 من لائحة المحكمة، نسخة من الرأي الاستشاري<sup>2</sup>.

إن الآراء الاستشارية غير ملزمة<sup>3</sup>، لأنها تنشأ في سياق حوار بين القضاة فقط، ويعود للجهاز القضائي الذي طلب الرأي تقرير آثار الرأي على الإجراء الداخلي، ومع ذلك فقد أشارت الخطوط التوجيهية تحت عنوان متابعة رأي المحكمة إلى أن الجهة القضائية مقدمة الطلب مدعوة لإبلاغ المحكمة بنتيجة رأيها الاستشاري في الإجراء الداخلي وتزويدها بنسخة من الحكم أو القرار النهائي المعتمد في القضية المعنية<sup>4</sup>.

لا يمنع إصدار المحكمة رأياً استشارياً في قضية قائمة أمام السلطات القضائية الوطنية الطرف في القضية من ممارسة حقه في طعن فردي المضمون بالمادة 34 من الاتفاقية، واللجوء للمحكمة، ورغم أن هذه الآراء غير ملزمة، فإن التفسير الناتج عنها يبقى مماثلاً في آثاره للتفسير الصادر عن المحكمة في أحكامها وقراراتها، وذلك حسب التقرير التوضيحي للبروتوكول 16<sup>5</sup>.

تعد آلية الرأي الاستشاري آلية وقائية سابقة على عرض النزاعات أمام المحكمة، وتهدف هذه الآلية ضمناً لتفادي وصول النزاعات الخاصة بحقوق الإنسان إلى المحكمة من خلال حلها وطنياً، ومن ثم فهي تساعد على تخفيف الضغط على المحكمة -وهذا خاصة إذا التزمت الدولة المعنية بما جاء فيه-، كما تضمن هذه الآلية تفسيراً موضوعياً ومتناغماً لمضمون الاتفاقية وتعد تكريساً لاحتياطيّة الميكانيزم الأوروبي لحماية حقوق الإنسان نظراً للطابع الاختياري في طلب رأي المحكمة وفي الأخذ به فهو غير ملزم، ويعكس الطابع الاختياري المقترن بطلب الرأي الاستشاري الهامش التقديري للدولة الذي يصاحب التزاماتها الاتفاقية.

<sup>1</sup>European Court of Human Rights, Rules of court, op.cit, (Rule 94- Proceedings following the panel's acceptance of a request), p44.

أنظر كذلك: المادة 4 فقرة 3 من البروتوكول 16.

<sup>2</sup>European Court of Human Rights, Rules of court, op.cit, (Rule 94- Proceedings following the panel's acceptance of a request), p45.

Voir aussi: Cour européenne des droits de l'homme, Lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure d'avis consultatif prévue par le Protocole no 16 à la Convention, op.cit, p9.

<sup>3</sup>أنظر المادة 5 من البروتوكول 16.

<sup>4</sup>Cour européenne des droits de l'homme, Lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure d'avis consultatif prévue par le Protocole № 16 à la Convention, op.cit, p9.

<sup>5</sup>Rapport explicatif du Protocole №16, op.cit, p6.

يتعلق الرأي الاستشاري بمسائل مبدئية ترتبط بتفسير الاتفاقية أو بروتوكولاتها، ويهدف إلى توضيح نص الاتفاقية وإعطاء توجيهات إضافية للوقاية من الانتهاك، كما يؤكد هذا الإجراء واجب السلطات الوطنية بأن تبذل قصارى جهدها لترقية الحوار مع المحكمة بشكل سريع ووقائي، ويلاحظ أن النظر في طلب الرأي الاستشاري ممنوح لهيئة ذات تشكيلة متنوعة، أهم ما يميزها وجود ممثلين عن المحكمة وكذا عن الدولة الطرف التي طلبت محاكمها الرأي الاستشاري، وبذلك فآلية الرأي الاستشاري هي فرصة لحوار بين المستويين الوطني وفوق الوطني ولمناقشة المسألة المعنية بالاستشارة، ويترتب عنها إصدار رأي قائم على التحليل الموضوعي والأخذ بالاعتبار رأي الدولة الطرف، وهو ما سيقوم بتنوير هذه الأخيرة في تسيير المسألة المعنية بالرأي واحتوائها وحل المشاكل الداخلية وتصحيح الخلل والقصور الموجود في نظامها الوطني دون حاجة لوصول الأمر إلى المحكمة.

يتيح البروتوكول 16 آلية وقائية من الشكاوى المعروضة على المحكمة، ويدعم مبدأ الاحتياطية لأن لجوء الدول للمحكمة لطلب رأيها في مسألة ما يعبر عن رغبة الدول في إيجاد حل على مستواها ونقادي إدانتها في حال عرض شكوى ضدها أمام المحكمة خاصة إذا أخذت الدولة بالرأي الاستشاري للمحكمة، غير أن اختيارية أخذ الدولة وبالأخص القاضي الوطني برأي المحكمة أو عدم الأخذ به يحول دون الفعالية المتوخاة من هذا الإجراء، ولذلك كان محبذا الإبقاء على الأقل على اختيارية طلب الرأي والزامية الأخذ به متى صدر.

**4-تطبيق إجراء الرأي الاستشاري: دخل البروتوكول 16 حيز التنفيذ في الفاتح من أوت 2018 وقد عرف بداية محتشمة، صادقت عليه حاليا 22 دولة<sup>1</sup>، ومن الآراء الاستشارية التي أصدرتها المحكمة نذكر: طلب الرأي الاستشاري الذي قدمه مجلس الدولة الفرنسي (وهو أول طلب من طرفه) بمناسبة قضية معروضة أمامه حيث طلب من المحكمة تحديد المعايير التي يمكن له استعمالها في تقدير مدى توافق نص تشريعي يتعلق بالصيد مع الاتفاقية -تحديدا مدى توافق المادة 18-422 L. من قانون البيئة المعدل سنة 2019 والمتعلقة بالانسحاب من أراضي جمعية صيد بلدية مرخصة مع المادة 14 المتعلقة بحظر التمييز والمادة الأولى من البروتوكول الإضافي الأول للاتفاقية التي تحمي الحق في التمتع السلمي بالممتلكات-، علما أن هذا النص التشريعي**

<sup>1</sup>Bureau des traités du conseil de l'europe, Etat des signatures et ratifications du traité №214, Situation au 05/08/2024, disponible sur : <https://www.coe.int/>, consulté le 5/8/2024 à 9 :07.

يحد من إمكانية قيام المالكين بسحب أراضيهم من إقليم جمعية صيد بلدية مرخصة<sup>1</sup>، ويدل مضمون هذا الطلب الاستشاري على مكانة المحكمة فيما يخص حماية الحقوق والحريات في الأنظمة الوطنية، والتي تستمر في ترسيخها بشكل أعمق، كما يترتب على هذا الطلب إمكانية إلهام المحاكم العليا الأخرى المترددة في التخلي عن حرمتها في تقدير الشكاوى المقدمة إليها<sup>2</sup>.

و طلب رأي استشاري قدمته محكمة النقض الفرنسية حول مسألة من مسائل المجتمع تتمثل في الحمل لفائدة الغير عن طريق تأجير الرحم ومصير نسب الأطفال المولودين عن طريق الأم البديلة بالأم الراغبة في الأمومة، وقد ردت المحكمة على الطلب في أجل سبعة أشهر ووضحت في رأيها نقطتين جوهريتين، الأولى أن الأطراف ملزمون بالاعتراف قانونيا برابطة النسب بين الأطفال المولودين عن طريق الأم البديلة وأبوهم وكذلك بالأم الراغبة في الأمومة وذلك استنادا إلى المصلحة العليا للطفل، والثانية أن الدول حرة في اختيار طريق الاعتراف القانوني برابطة نسب الأطفال المولودين عن طريق الأم البديلة، وعليه فالتبني بدلا من التسجيل مقبول، ولكن المحكمة تشترط أن يكون الاعتراف فعليا وسريعا<sup>3</sup>، ويعتبر أول رأي استشاري للمحكمة بناء على البروتوكول 16.

كذلك من الطلبات نذكر طلب رأي استشاري من المحكمة الدستورية الأرمنية حول نطاق مبدأ عدم جواز المعاقبة على نفس الفعل مرتين<sup>4</sup> والذي ردت عليه المحكمة في أجل تسعة أشهر<sup>5</sup>، وأول طلب رأي استشاري قدمته محكمة بلجيكية وتم قبوله بتاريخ 10 ماي 2023، أول طلب قدمته محكمة فنلندية وتم قبوله في 13 أبريل 2023<sup>6</sup>، طلب الرأي الاستشاري الذي تقدمت

---

<sup>1</sup>حول حيثيات القضية المعروضة أمام مجلس الدولة الفرنسي والتي تعد موضوعا لطلب الرأي الاستشاري أنظر: Conseil d'état, Le Conseil d'État renvoie pour la première fois une demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme, 15 Avril 2021, <https://www.conseil-etat.fr>, Consulté le 14 Novembre 2021 à 17 :32.

<sup>2</sup>Caroline Boiteux-Picheral, Mustapha Afroukh, Thibaut Larrourou, "Évolutions de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme", in : RDLF chronique, n°48, Premier semestre 2023, p3, [www.revuedlf.com](http://www.revuedlf.com), consulté le 21/11/2023 à 16 :42.

<sup>3</sup>CrEDH (GC), Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention, n° P16-2018-001, Avis consultatif GPA du 10/4/2019.

<sup>4</sup>CrEDH, communiqué de presse 208 : La cour constitutionnelle arménienne demande un avis consultatif sur un article de son code pénal , 2/8/2019-2/9/2019.

<sup>5</sup>CrEDH (GC), Avis consultatif relatif à la technique de la « législation par référence » pour la définition d'une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission de l'infraction de la loi pénale telle que modifiée, n° P16-2019-001, Avis consultatif « législation par référence » du 29/5/2020.

<sup>6</sup>Caroline Boiteux-Picheral, Mustapha Afroukh, Thibaut Larrourou, op.cit, p3.

به المحكمة العليا للنقض والعدالة برومانيا والذي طلبت فيه من المحكمة الإجابة عن سؤالين يتعلقان بتفسير المادة 6 من الاتفاقية حول الحق في محاكمة عادلة والمادة الأولى من البروتوكول الأول حول الحق في الملكية، وقد أصدرت المحكمة في 2024/6/28 قرارا نهائيا برفض هذا الطلب مشيرة إلى أنه لا يتعلق بمسألة مبدئية بالمعنى المقصود بالمادة الأولى من البروتوكول 16 وأن الأسئلة المطروحة هي جزء من الاجتهاد القضائي للمحكمة، والذي استشهدت المحكمة مقدمة الطلب بعدة جوانب منه في قرارها القاضي بإحالة المسألة إلى المحكمة<sup>1</sup>.

أضفى البروتوكول 16 نوعا من الانتعاش على نظام الاتفاقية وتدعيم العلاقات بين الجهات القضائية العليا والمحكمة طبقا لمتطلبات مبدأ الاحتياطية، بموجب طلب الرأي الاستشاري الذي يعد سهلا من حيث ممارسته، وتظهر أهم مزية له في كونه يسمح للأجهزة القضائية الوطنية بحل المشاكل المتعلقة بتوافق القاعدة الوطنية مع الاتفاقية في سبيل الوقاية من أي إدانة من المحكمة في حالة نزاع محتمل، ومع ذلك يلاحظ بعض العيوب كالغموض الذي يحيط بموضوع الرأي الاستشاري بسبب عدم تحديده فقد يخص مشكلا هيكليا أو موضوعيا، أو مسألة تتعلق بالمصلحة المشتركة للدول الأعضاء أو بالدولة المعنية فقط، أو بمسألة تتعلق بتطابق قانون مع الاتفاقية أو بمسألة قانونية جديدة من منظور الاتفاقية، كما قد يخص صعوبة تطبيق اجتهاد قضائي للمحكمة على قضية معينة وغير ذلك، ويترك بذلك سلطة تقديرية للمحكمة لقبول الطلبات المقدمة إليها مع تسبب أي رفض، ويضاف إلى العيوب غياب القوة الملزمة للرأي الاستشاري للمحكمة حيث يبقى بدون أثر، ومن المهم الإشارة أيضا إلى أن البروتوكول 16 أحدث تغييرا وظيفيا في نظام الاتفاقية بتفعيله دور المحكمة الاستشاري الذي ظل راكدا لسنوات طويلة حيث اقتصر على دورها القضائي، وهو ما قد يكون متعمدا لتجنب المحكمة التدخل وديا تجاه السلطات القضائية الوطنية من خلال الرأي الاستشاري ثم العودة بعدها للتدخل قضائيا في نزاع حول نفس المسألة أو مسألة مماثلة، وعموما فإن البروتوكول أعلاه يشجع على الحوار بين الجهات القضائية الوطنية العليا والمحكمة بدلا من سلوك طريق الشكاوى والمسؤولية الناتجة عنها<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>Cour européenne des droits de l'homme, La cour rejette une demande d'avis consultatif de la haute cour de cassation et de justice de roumanie, disponible sur : <https://hudoc.echr.coe.int/> , consulté le 5/8/2024 à 19 :03.

<sup>2</sup>Christos Giannopoulos, En guise de synthèse : les avantages et les inconvénients du Protocole 16, Les défis liés à l'entrée en vigueur du Protocole 16 à la Convention européenne des droits de l'Homme, Actes de la Journée d'étude de l'Institut de Recherche Carré de Marré de Malberg, 25 janvier 2019, pp80-81, p85 et pp90-91.

## الفرع الثاني:

### آليات تعزيز التعاون بين المحكمة والجهات القضائية الوطنية

تسعى المحكمة إلى تعزيز التعاون مع الجهات القضائية الوطنية ومن ثم ضمان فعالية حوار القضاة ويتطلب تعزيز حوار القضاة مجهودات حثيثة ومتواصلة من الجانبين المحكمة والسلطات الوطنية عموماً في مقدمتها السلطات القضائية، ويمكن تعزيز هذا الحوار والتعاون بطرق وآليات عديدة لاسيما الحوار المؤسساتي، التنسيق والتبادل بين المحكمة والمحاكم الوطنية، الاعتراف بحجية الشيء المفسر لأحكام المحكمة وتأكيد التزام الدول الأطراف بالاتفاقية.

أولاً-الحوار المؤسساتي: تم إنشاء عدة أجهزة للتعاون والتشاور بين المحكمة والمحاكم الوطنية كالآتي:

#### 1-اللجنة الأوروبية للديمقراطية عن طريق القانون "The european commission

for Democracy through law" (المعروفة باسم لجنة البندقية Venice commission): هي جهاز استشاري لمجلس أوروبا حول القضايا الدستورية، أنشأت سنة 1990 وأدت دوراً فعالاً في دفع الدساتير لمطابقة لمعايير التراث الدستوري الأوروبي، وقد تم إنشاؤها في البداية كأداة بناء دستوري مستعجل في سياق الانتقال الديمقراطي، غير أنها عرفت تطوراً تدريجياً ارتقى بها إلى هيئة للتفكير المستقل معترف بها دولياً، وتساهم اللجنة في إشعاع التراث الدستوري الأوروبي المبني على القواعد الأساسية للقارة، مع مواصلة ضمان الإصلاحات الدستورية للدول، كما تلعب دوراً فريداً في الوقاية من النزاعات عن طريق وضع معايير وتقديم المشورة في المجال الدستوري، ومن بين أنشطتها: المساعدة الدستورية، الانتخابات والاستفتاءات، الأحزاب السياسية والتعاون مع المحاكم الدستورية، إعداد دراسات وتقارير وتنظيم مؤتمرات أوروبية.

وحسب لجنة venise فإن أحد أهداف المؤتمر العالمي حول العدالة الدستورية، الذي ساعدت على خلقه، يتمثل في تشجيع الحوار القضائي بين القضاة الدستوريين على مستوى أنحاء العالم، وتشجيع تفكير ورؤية ثرية مشتركة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>Commission Européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), «Coopération des Cours constitutionnelles en Europe: Situation actuelle et perspectives», Document de travail pour le XVIe Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes, CDL-JU(2014)003, le bulletin, Strasbourg, 28 avril 2014, p3.

2- المجلس المشترك للعدالة الدستورية (JCCJ) وهو جهاز تم تأسيسه سنة 1990 من طرف لجنة البندقية المذكورة أعلاه، وتجدر الإشارة إلى أن العديد من المحاكم الدستورية الوطنية ممثلة في هذا المجلس، ويتمثل الغرض من هذا الأخير في تنظيم التعاون بين المحاكم الدستورية والمحاكم ذات الاختصاصات المماثلة، يتألف من خبراء من لجنة البندقية وأعاون ربط تعيينهم المحاكم الدستورية الوطنية الأعضاء في المجلس، ويتعلق عمل المجلس بالدول الأعضاء في مجلس أوروبا وكذلك بحوالي عشرين دولة أخرى، وبكل من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي، ومحكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان.

يتخذ التعاون في إطار المجلس عدة أشكال لاسيما تبادل المعلومات، التنظيم الدوري للمؤتمرات، نشر نشرة حول السوابق الدستورية وقاعدة بيانات عامة تحتوي على ملخصات للقرارات الصادرة عن المحاكم المعنية<sup>1</sup>.

3- شبكة المحاكم العليا (SCN)، هي شبكة تم إنشاؤها عام 2015 من طرف المحكمة لتمكين تبادل المعلومات بين المحاكم العليا في الدول الأعضاء في مجلس أوروبا، وتضم هذه الشبكة ما يقارب 90 محكمة من 40 دولة، علما أن العديد من المحاكم الدستورية الوطنية هي عضو في هذه الشبكة، ويظهر التعاون والتبادل بين المحكمة والمحاكم العليا الوطنية من خلال:

- ترسل المحاكم الأعضاء في الشبكة، بناء على طلب المحكمة، مساهمات حول مواضيع معينة في القانون الوطني، عادة المتعلقة بالقضايا محل نظر أمام الدائرة الكبرى للمحكمة.

- يجوز للمحاكم الأعضاء أن تسأل المحكمة الأوروبية بشأن قضية معينة.

- تقدم المحكمة تقارير بحث أو بيان معلومات إلى المحاكم الأعضاء.

ويجتمع مسؤولو الاتصال في مختلف المحاكم سنويا في مقر المحكمة في ستراسبورغ<sup>2</sup>.

إضافة إلى الأجهزة المذكورة أعلاه والتي تربط المحكمة بالمحاكم الدستورية الوطنية فإن هناك أجهزة أخرى تخدم إنشاء علاقات بين المحاكم الدستورية على المستوى العالمي والإقليمي

<sup>1</sup>Constitutional court of belgium, op.cit.

<sup>2</sup>Ibid.

وترمي إلى تسهيل الحوار والانفتاح والتعاون الوطني-الوطني، الوطني-الأوروبي والوطني-العالمي بشكل عام<sup>1</sup>.

**ثانياً-التنسيق والتبادل بين المحكمة والمحاكم الوطنية:** يظهر حوار القضاة في العلاقة بين المحكمة والمحكمة الوطنية ومنها الدستورية من خلال انتخاب القضاة السابقين فيها كأعضاء في المحكمة، اجتماعات العمل بين السلطات القضائية الوطنية والمحكمة، الفحص الدقيق المتبادل الذي يقوم به القضاة الوطنيين لاجتهاد المحكمة من جهة والذي تقوم به المحكمة للاجتهاد القضائي الوطني من جهة ثانية، وإن كان في الواقع فإن القاضي الأوروبي هو الذي يمارس رقابة على القاضي الوطني، وتعتمد درجة قبول هذه الرقابة إلى حد كبير على وضوح وصلاية التسبيب الذي تعتمده المحكمة في أحكامها، وكذلك الاهتمام بالاحتياطية، وعلى كل فإن هناك في الحقيقة العديد من التأثيرات المتبادلة بين الفقه الدستوري والفقه الأوروبي<sup>2</sup>.

هناك مناسبات عديدة للحوار بين المحاكم الإقليمية الأوروبية عموماً والمحكمة الوطنية، مثلاً افتتاح السنة القضائية للمحكمة الأوروبية الذي يشكل مجالاً هاماً للحوار وفرصة لالتقاء قضاتها وقضاة محكمة Luxembourg، مشاركة قضاة المحكمة الأوروبية في المؤتمرات والندوات التي تنظّمها المحاكم الوطنية غالباً عند إحياء ذكرى تأسيسها أو وضع الدساتير الوطنية، المشاركة في

<sup>1</sup>مثلاً: -"المؤتمر العالمي للعدالة الدستورية (WCCJ) يضم أكثر من 100 محكمة دستورية ومجلس دستوري ومحاكم عليا حول العالم منها أوروبية، يعمل على تعزيز العدالة الدستورية كعنصر أساسي للديمقراطية وحماية حقوق الإنسان وسيادة القانون، ويتمثل هدفه الرئيسي في تسهيل الحوار العالمي بين قضاة المحاكم الدستورية، لاسيما من خلال تنظيم مؤتمرات دورية، والمشاركة في المؤتمرات والندوات الإقليمية، وتبادل الخبرات والسوابق القضائية.

"-الشبكة القضائية للاتحاد الأوروبي (JNEU) منذ إنشائها سنة 2018، وهي شبكة لتبادل المعلومات والتعاون القضائي، تضم حوالي 60 محكمة دستورية وطنية عليا، وتمارس نشاطها عبر موقع إلكتروني تديره محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي، ويمكن الولوج إليه من المحاكم الوطنية الأعضاء فقط، كما يمكن لهذه الأخيرة تحميل ملاحظات البحث أو الاجتهاد القضائي الذي يهيم الاتحاد، علماً أنّ جزء من الشبكة متاح لعامة الناس على الموقع الإلكتروني لمحكمة العدل.

"رابطة المحاكم الدستورية الناطقة بالفرنسية" (ACCF)، كانت تُعرف سابقاً باسم "رابطة المحاكم الدستورية التي تتقاسم استخدام اللغة الفرنسية (ACCPUF)"، والتي تمّ إنشائها سنة 1997، والرابطة هي عبارة عن شبكة تضم حوالي خمسين محكمة دستورية في الدول الأعضاء في "المنظمة الدولية للفرانكوفونية"، وتسعى الرابطة إلى تنظيم اجتماعات منتظمة بين أعضائها من أجل تبادل الأفكار والخبرات، وتنظيم التدريب والتعاون القانوني والفني.

"مؤتمر المحاكم الدستورية الأوروبية (CECC) تتمتع العديد من المحاكم الدستورية بصفة العضو فيه، يضم حوالي أربعين محكمة دستورية أوروبية أو مؤسسة مماثلة مسؤولة عن الرقابة على دستورية القوانين، يتم تنظيم المؤتمرات بشكل منتظم في إطار المؤتمر، فمثلاً تشارك المحكمة الدستورية البلجيكية بشكل منتظم عن طريق إرسال تقرير عن بلجيكا، وقد نظمت سنة 2002 المؤتمر الثاني عشر للمؤتمر حول: "العلاقات بين المحاكم الدستورية والمحكمة الوطنية الأخرى، بما في ذلك تدخل المحاكم الأوروبية في هذا المجال".

Constitutional court of belgium, op.cit.

<sup>2</sup>Vincent Berger, op.cit, p16.

الاجتماعات والأحداث العالمية هي مناسبة لمناقشة وجهات النظر حول العلاقات بين المحاكم، وتزداد أهمية هذه اللقاءات وتبادل المعلومات كلما تم تمديد العلاقات بين المحاكم أكثر فأكثر<sup>1</sup>.

**ثالثا- الاعتراف بحجية الشيء المفسر لأحكام المحكمة:** يطلق عليها كذلك الحجية التفسيرية لأحكام المحكمة، ترتبط بتفسير الاتفاقية، ويقصد بها إضفاء الطابع الإلزامي على التفسير الذي تعطيه المحكمة لنصوص الاتفاقية في مواجهة جميع الدول الأطراف فيها، وبذلك فهي تتميز عن حجية الشيء المقضي فيه التي تقتصر على الدولة الطرف في النزاع وموضوعه<sup>2</sup>.

**1- أهمية الاعتراف بحجية الشيء المفسر لأحكام المحكمة:** من خلال قراءة أولية للمادة 46 من الاتفاقية تحت عنوان القوة الإلزامية وتنفيذ الأحكام فإن الأطراف السامية المتعاقدة ملزمة بالامتثال لأحكام المحكمة النهائية في المنازعات التي تكون أطرافا فيها، وهو ما يدل على أن حجية أحكام المحكمة قاصرة على الدول الأطراف في النزاع الذي صدر فيه الحكم وعلى الحالة موضوع النظر لا غير، وهو ما اعترف به الاجتهاد القضائي للمحكمة في مرحلة سابقة<sup>3</sup>، ويترتب على ذلك أن أحكام المحكمة لا تعد ملزمة *erga omnes* في مواجهة كافة الدول الأطراف الأخرى غير المعنية بالنزاع، ولا تملك المحكمة وسائل قانونية جبرية للرقابة على قرارات القضاء الوطني، ويعود للقاضي الوطني قرار الأخذ أو عدم الأخذ بالاجتهاد القضائي للمحكمة.

إلا أن المحكمة قد أكدت في أحكام لاحقة أن وظيفة أحكامها الفصل في القضايا المعروضة عليها فضلا عن توضيح وتطوير قواعد الاتفاقية والمساهمة في احترام الدول الأطراف للالتزامات الاتفاقية التي ارتضتها، وأضافت بأنه من المهم جدا تفسير وتطبيق الاتفاقية بشكل يجعلها ملموسة وفعلية، وأن أي إخفاق من المحكمة في الحفاظ على ديناميكية وتطور نصوص الاتفاقية يمثل عائقا أمام أي تعديل أو تحسين، وهو ما يعد إقرارا بحجية التفسيرات التي تضعها بنفسها، والتي اصطلح عليها الفقه بـ "حجية الشيء المفسر" والمقصود بها السلطة الممنوحة للاجتهاد القضائي للمحكمة باعتبار الأخيرة صاحبة الاختصاص الأصيل<sup>4</sup> بالتفسير الرسمي لأحكام الاتفاقية.

<sup>1</sup>Commission Européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), op.cit, p4.

<sup>2</sup>مريم بوغازي، المرجع السابق، ص 329-330.

<sup>3</sup>«...Seules les Hautes Parties Contractantes qui sont les "parties au litige" sont liées par les décisions de la Cour».

Lawless c. Royaume-Uni (N°1), op.cit, p8.

<sup>4</sup>Irlande c. Royaume-Uni, op.cit, para 158.

Christine Goodwin c. Royaume-Uni, op.cit, para 74.

تصبح حجية الشيء المفسر ضرورية أمام التفسيرات المختلفة التي يقدمها القاضي الوطني من جهة والقاضي الأوروبي لحقوق الإنسان من جهة ثانية لأحكام الاتفاقية، حيث أن الجهات القضائية الداخلية تسعى للحفاظ على استقلاليتها مستندة على مبدأ الاحتياطية والهامش التقديري الوطني، بينما يتمسك القاضي الأوروبي بالاعتراف بحجية اجتهاده القضائي لتلطيف عدم الانتظام والتماثل في تطبيق الاتفاقية الناتج عن مبدأ الاحتياطية، وبذلك فإن حجية الشيء المفسر تقوم على الاعتراف بالطابع الملزم للاجتهاد القضائي للمحكمة كجهاز قضائي فوق وطني وعلى أخذ الجهات القضائية الداخلية بالأسباب التي تبرر القرار الذي وصلت إليه المحكمة<sup>1</sup>، ويجب على القاضي الوطني سواء كان بصدد تطبيق مباشر أو غير مباشر للقاعدة الدولية التي يستمد منها الحل للنزاع المعروض عليه، أن يأخذ هذه القاعدة مع التفسير الذي أعطاه لها النظام الدولي<sup>2</sup>.

لم تتخذ الأجهزة القضائية الوطنية موقفاً موحداً إزاء حجية الشيء المفسر لأحكام المحكمة، حيث لم يعترف مجلس الدولة ومحكمة النقض في فرنسا صراحة بهذه الحجية، وكذلك الحال بالنسبة لبعض الفقهاء الذين تحفظوا حولها ومنهم Frédéric Sudre<sup>3</sup>، بينما هناك أجهزة قضائية وطنية اعترفت بحجية الشيء المفسر ومثاله في بلجيكا حيث اعترف الحكم الصادر في 14 أبريل 1983 عن محكمة النقض، بتفسير المحكمة للمادة 6 فقرة أولى من الاتفاقية في أحكامها الصادرة في Le Compte ، وأكد بذلك تطبيق المادة أعلاه على الإجراءات التأديبية التي يحتمل أن تؤدي إلى حرمان الشخص المعني من حقه المدني، بما في ذلك الحق في ممارسة مهنته، وباعتراف القاضي الوطني بحجية الشيء المفسر لأحكام المحكمة، فإنه سيجنب دولته المسؤولية الدولية والإدانة الدولية<sup>4</sup>.

يجد الاعتراف بالحجية التفسيرية لأحكام المحكمة أساسه في عدد من نصوص الاتفاقية التي تتعلق بإنشاء واختصاص المحكمة الذي يمتد إلى كل المسائل المتعلقة بتطبيق وتفسير الاتفاقية اللذان جاءا مقترنان ببعضهما البعض، وبذلك فإن الدول عندما توافق على الاتفاقية فهي توافق على خضوعها لقضاء المحكمة الإلزامي، ومن ثم على اختصاص المحكمة بتفسير الاتفاقية، وكذلك في النصوص المتعلقة بالتزام الدول بشكل عام حيث كل مخالفة لها تشكل مساساً بالقيم والمصلحة المشتركة لمجلس أوروبا والنظام العام الأوروبي وسمو الاتفاقية ولا تتعلق فقط بحالة

<sup>1</sup>Katarzyna Grabarczyk, op.cit, p37.

<sup>2</sup>Olivier De schutter, op.cit, pp59-60.

<sup>3</sup>Katarzyna Grabarczyk, op.cit, p37.

<sup>4</sup>Olivier De Schutter, op.cit, pp60-61.

فردية تخص نزاعا بين فرد ودولة، وهو ما يتطلب تمديد أثر تفسير الاتفاقية إلى جميع الدول، كما تعزز المبادئ التفسيرية المختلفة التي تعتمد عليها المحكمة بدورها من الحجية التفسيرية لأحكامها، وعلى كل فإن الاعتراف بالحجية يلعب دورا وقائيا للدولة من إدانتها بانتهاك وفي تكريس مبدأ الاحتياطية<sup>1</sup> بشكل فعال يخدم فكرة الدور الأول للدولة ودور المحكمة كجهة ضبط.

## 2- عوامل تعزيز الاعتراف بحجية الشيء المفسر لأحكام المحكمة: يتطلب التزام الأجهزة

القضائية الوطنية عند تطبيقها الاتفاقية بالأخذ بالاعتبار تفسيرات المحكمة:

### 1/2- التزام المحكمة بسوابقها القضائية: لتحقيق الأمن القانوني، ورغم وجود تيار ينكر

مبدأ السوابق القضائية في القانون الدولي، فإن الواقع يؤكد النقل الكبير للسوابق في استدلال القاضي الدولي، فهي تضمن توقع القانون الذي سيطبقه القاضي الدولي فعليا في القضايا التي تعرض عليه لاحقا، من خلال الاعتراف بحجية الشيء المفسر بأحكامه<sup>2</sup>، وتجد السوابق القضائية في نظام الاتفاقية أهميتها في قوتها الإقناعية التي تتأثر بعدة عوامل ويلعب الأخذ بالسوابق دورا هاما في تطوير قانون الاتفاقية، استقراره، انسجامه، تماسكه، استقلاله وفي إنشاء قانون أوروبي مشترك لحقوق الإنسان ومن هذا المنطلق فهي تسهل احترام حجية الشيء المفسر من خلال وظيفتي الحث والقمع<sup>3</sup>، ولذلك من المهم توظيفها في تسبيب الأحكام ووضع الاستنتاجات حيث تربط بين الاجتهاد القضائي للمحكمة وتعزز مصداقيته والثقة فيه، وبالنتيجة فكان لا بد ألا تحيد المحكمة عن سوابقها إلا بناء على مبررات.

### 2/2- الأخذ بالطريقة الأكثر فعالية لتطبيق الاتفاقية: رغم أنه لا يوجد التزام على الدولة

بانتهاج التطبيق المباشر للقاعدة الاتفاقية الدولية من طرف القاضي الوطني، متى تم التمسك بها أمامه، إلا أنه يعد من أحسن وسائل امتثال الدولة لالتزاماتها الدولية، وبهذا الخصوص يجوز للدولة بأن تعهد إلى المشرع بمهمة تكييف القانون المحلي مع متطلبات تفسير الاتفاقية من طرف المحكمة، ولها أن تعهد إلى السلطة التنفيذية بمهمة اعتماد الأوامر واللوائح المطلوبة، ويمكنها أن تشجع محاكمها على تعديل تفسيرها للقانون المحلي، بحيث تأخذ في الاعتبار تطورات قانون الاتفاقية، مع العلم أن التطبيق المباشر للقاعدة الدولية مرفقة بالتفسير المعطى لها في النظام

<sup>1</sup>مريم بوغازي، المرجع السابق، ص ص 351-352، ص ص 323-333، ص ص 337-341.

<sup>2</sup>Olivier De Schutter, op.cit, p60.

<sup>3</sup>لمزيد من التوضيح حول نظام السوابق القضائية ودوره في احترام حجية الشيء المفسر للأحكام أنظر:

Alexandre Palanco, Le précédent dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme, 1<sup>ère</sup> édition, Bruylant, 2019, pp355-490, pp495-587.

القانوني الذي انبثقت عنه، لا يعفي المشرع من الإصلاح التشريعي ولكنه يسمح بتفادي ارتكاب الانتهاكات في انتظار الإصلاح التشريعي، ويسمح التطبيق المباشر عندما تكون الفجوة بين القانون الوطني والقاعدة الدولية صغيرة بضمان التعديلات التي يتطلبها القانون الدولي، عن طريق الاجتهاد القضائي والذي يعد الطريقة الأكثر سرعة وعناية، وبشكل عام يساهم التوسع في مبدأ التطبيق المباشر في تحقيق التعايش بين النظام القانوني للدولة والنظام القانوني الدولي، بتوزيع المهام بينهما فتتولى المحكمة مسؤولية تفسير الاتفاقية بمناسبة النزاعات المعروضة عليها، ويطبق القاضي الوطني أحكام الاتفاقية في الحالات المعروضة عليها، مع إدماج المعنى المعطى لها من المحكمة، ومع ذلك فإن تحقيق انسجام تام بين النظامين الوطني والدولي في الواقع غير ممكن نظرا لتطور تفسير أحكام الاتفاقية<sup>1</sup>.

### 3/2- تعزيز إمكانية الوصول إلى الاجتهاد القضائي للمحكمة: صرحت رئيسة المحكمة

سابقا Siofra O'leary خلال مؤتمرها الصحفي المرتبط بالافتتاح الرسمي لعمل المحكمة بتاريخ 23 يناير 2023 ، ببعض الأرقام الملفتة للنظر على رأسها عدد الشكاوى المعلقة أمامها اعتبارا من الفاتح جانفي والذي بلغ ما يقارب 75000 شكوى، وهو عدد قياسي غير قابل لاستيعابه من المحكمة بالنظر لمحدودية مواردها، وتزداد صعوبة معالجة الشكاوى بشكل خاص عندما تكون بين الدول والتي صارت مطروحة بقوة على المحكمة ورغم ذلك، فإن الأخيرة تواصل تعزيز إمكانية الوصول إلى اجتهادها القضائي، لاسيما بالنسبة للدول التي لا تستخدم اللغة الإنجليزية أو الفرنسية كلغة رسمية لها، وهو ما يتضح من نشر النسخة الأرمينية على قاعدة بياناتها على الانترنت، كما تواصل جهودها لتحسين إجراء تشجيع تدخل الطرف الثالث أمامها، وقد نشرت المحكمة نسخة جديدة من لوائحها وتعليماتها العملية حول هذا الإجراء، لإفادة المهتمين به من المنظمات غير الحكومية والأطراف في الإجراءات الداخلية، وطلب الرأي الاستشاري للمحكمة الذي يواصل إنتاج آثاره باحتشام<sup>2</sup>.

بالرجوع للاتفاقية نجدها تنص على أن الحكم النهائي ينشر سواء كان صادرا عن الدائرة الكبرى أو عن دائرة من الدوائر<sup>3</sup>، ومع تزايد عدد الأحكام الصادرة عن المحكمة في السنوات الأخيرة وباعتبار أهمية الاجتهاد القضائي للمحكمة الذي يستمر في التطور واستيعاب مجالات

<sup>1</sup>Olivier De Schutter, op.cit, pp61-62 et 64-65.

<sup>2</sup>Caroline Boiteux-Picheral, Mustapha Afroukh, Thibaut Larrouturou, op.cit, pp2-3.

<sup>3</sup>أنظر المادة 44 فقرة 3 من الاتفاقية.

قانونية جديدة فقد اعتنت الدول بدورها بتوفير وإتاحة هذا الاجتهاد، فمثلا في سويسرا يعد الديوان الفدرالي للعدالة ممثلا للدولة لدى المحكمة ويقوم في سبيل تسهيل الوصول إلى الاجتهاد القضائي للمحكمة بإعداد تقارير كل ثلاثي حول هذا الاجتهاد الموجه مباشرة إلى سويسرا كما يختار من أحكام وقرارات المحكمة ضد دول أخرى نظرا لأهميتها وينشرها<sup>1</sup>.

تؤدي الحجية التفسيرية للأحكام إلى وضع معايير تفسيرية أوروبية بمثابة مرجع موحد للدول الأطراف عند تطبيق الاتفاقية وما يقترن بها من تفسير لأحكامها وهو ما يؤدي لضبط الهامش التقديري المتروك لها.

**رابعا-تأكيد التزام الدول بالاتفاقية:** يتم التأكيد على هذا الالتزام كلما تسنح الفرصة في اللقاءات التي تجمع الدول الأطراف، وهو ما ناقشته قمة رؤساء دول وحكومات الدول الأعضاء في مجلس أوروبا المنعقدة يومي 16 و17 ماي 2023 في Reykjavik، والتي تعتبر رابع لقاء بين الممثلين السامين لهذه الدول منذ إنشاء منظمة مجلس أوروبا، وقد شكل الغزو الروسي لأوكرانيا عاملا محفزا لعقد هذه القمة ومناسبة للتطرق لمسائل أخرى، حيث تضمن إعلان Reykjavik ملحقا بعنوان "إعادة الالتزام لصالح نظام الاتفاقية، حجر الزاوية في حماية حقوق الإنسان في مجلس أوروبا"، ذكر فيه رؤساء الدول والحكومات بأهمية مبدأ الاحتياطية والهامش التقديري لتنفيذ الاتفاقية على المستوى الوطني، وأكدوا على التزام الدول غير المشروط بالامتثال للأحكام النهائية للمحكمة في النزاعات التي تكون طرفا فيها ورفضوا الهجمات السياسية العالية ضد الحقوق المحمية بالاتفاقية وضد أحكام المحكمة، كما أكدوا أهمية انضمام الاتحاد الأوروبي للاتفاقية لتعزيز تماسك حماية حقوق الإنسان في أوروبا، وأقروا بعدم كفاية وعدم استدامة الموارد المالية الحالية للمحكمة لتمكنها من التعامل بشكل مناسب مع تدفق الشكاوى الجديدة والمعلقة، ويأتي هذا التذكير نظرا لاستمرار تبني الدول الأوروبية خطابات وسياسات تتعارض بشكل صارخ مع المبادئ الديمقراطية والحقوق والحريات<sup>2</sup>.

في هذا السياق، من اللازم الإشارة لدور الجانب التمويلي في وفاء الدول بالتزاماتها الاتفاقية وأحسن مثال هو الصندوق الاستئماني لحقوق الإنسان HRTF الذي تم إنشاؤه في مارس 2008 من طرف كل من: النرويج -وهي صاحبة المبادرة والمساهم المؤسس للصندوق-، مجلس أوروبا

<sup>1</sup>Office fédéral de la justice de la confédération suisse, <https://www.bj.admin.ch> , consulté le 15/04/2024 à 13 :02.

<sup>2</sup>Caroline Boiteux-Picheral, Mustapha Afroukh, Thibaut Larrouturou, op.cit, pp1-2.

وبنك التنمية التابع لمجلس أوروبا CEB ، ثم انضمت إليه ألمانيا، هولندا، فنلندا، سويسرا، المملكة المتحدة، لوكسمبورغ، إيرلندا وقد تم إنشاء الصندوق استجابة لرؤساء دول وحكومات مجلس أوروبا الذين أكدوا في قمتهم الثالثة (قمة وارسو) سنة 2005 على التزام جميع الدول الأعضاء بالتعجيل والتنفيذ الكامل لأحكام المحكمة، وتتمثل مهمته في ضمان تمويل جهود الدول للوفاء بالتزاماتها المستمدة من الاتفاقية ومعايير مجلس أوروبا الأخرى في مجال حقوق الإنسان، وقد صرحت الرئيسة السابقة للصندوق الممثلة الدائمة لهولندا لدى مجلس أوروبا Ellen Berends بأن هذا الصندوق هو أداة فريدة وفعالة تهدف إلى تشجيع تنفيذ الاتفاقية في الدول أعضاء مجلس أوروبا، وأن الهدف منه بشكل خاص هو تعزيز استدامة المحكمة<sup>1</sup>.

يجمع الصندوق عددا من الدول الأعضاء في مجلس أوروبا ذات الرؤى المتماثلة والتي تضع مواردها بشكل مشترك لدعم الاتفاقية، وقد تمكن الصندوق من مساعدة الدول الأعضاء في تصميم وتنفيذ التدابير الوطنية اللازمة لتنفيذ أحكام المحكمة، ومعالجة النتائج المترتبة عن انتهاكات الحقوق، ووضع حد للشكاوى المتكررة أمام المحاكم الوطنية، أعادت الدول الأعضاء في مجلس أوروبا خلال المؤتمر رفيع المستوى المنعقد في كوبنهاغن في أبريل 2018 تأكيد التزامها العميق والدائم بالاتفاقية، ودعا المؤتمر الدول الأعضاء إلى النظر في المساهمة في الصندوق<sup>2</sup>، وبشكل عام يلاحظ أن محور اهتمام الصندوق هو تنفيذ أحكام المحكمة، وبشكل غير مباشر مساعدتها في تخفيف تكرار الانتهاكات والإصلاح الوطني الجذري في مجال حقوق الإنسان، ومن ثم تقليص القضايا المرفوعة أمامها.

مما تقدم فإن أطراف الحوار القضائي هما قاضي المحكمة والقاضي الوطني للدولة الطرف في الاتفاقية، غير أنه ومع تعدد الأجهزة القضائية الوطنية فيلاحظ أنه قد تم حصر أطراف الحوار على مستواها في الجهات القضائية العليا بالنظر لكون القرارات الصادرة عنها هي الأكثر تمثيلا لقبول أو رفض تفسيرات القاضي الأوروبي لحقوق الإنسان، وبالنظر لدورها الحاسم في توحيد القانون والاجتهاد القضائي الداخلي وهو ما يتجسد في إلزامية أخذ قضاة الموضوع في المحاكم الوطنية بالحلول التي تضمنها الجهات القضائية العليا في قراراتها، ويلاحظ أن الحوار والتعاون بين المحاكم الوطنية والأوروبية ليس دائما سهلا وهو ما يعود إلى وجود نوع من تدرج القواعد،

<sup>1</sup>Conseil de l'Europe, Le fond fiduciaire pour les droits de l'homme, disponible sur : <https://www.coe.int/> , consulté le 31/3/2022 à 19 :06.

<sup>2</sup>Ibid.

وعموما فإن مفهوم حوار القضاة يمثل شبكة قراءة يستعملها القانونيون لفهم العلاقات القضائية بين الأنظمة القضائية المختلفة<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>Julie Allard, Arnaud Van Waeyenberge, op.cit, p115.

## خلاصة الباب الثاني:

يتناول الباب الثاني من الدراسة ضمانات استعمال الهامش التقديري للدولة، ويعالج الفصل الأول منه الرقابة على الهامش التقديري والتي تعد من صميم صلاحيات المحكمة وتقوم على معايير تأخذ شكل اختبارات تقييم من خلالها سلوك الدولة وتحدد بناء على ذلك نطاق الهامش التقديري المتروك لها ومن ثم وجود أو عدم وجود انتهاك للاتفاقية، وباعتبار أن البنود التقييدية الواردة في المواد من 08 الى 10 من الاتفاقية تعد أكثر المجالات إثارة للإشكالات والأكثر تطبيقاً لمفهوم الهامش التقديري فإن معايير الرقابة عليها تعد أوسع ولهذا تعتبر نموذجاً لممارسة المحكمة لرقابتها.

تتمثل معايير رقابة المحكمة في: الرقابة على شرعية التقييد بمعنى وجود أساس قانوني في الدولة الطرف يسمح لها بالتدخل في حق ما أو تقييده، الرقابة على مشروعية التقييد والتي تقوم المحكمة من خلالها بالتحقق من التزام الدولة خلال تقييدها للحقوق بأحد الأهداف المشروعة المنصوص عليها بالاتفاقية والتي تنقسم الى أهداف تتعلق بالمصلحة العامة وأهداف تتعلق بالمصلحة الخاصة، والرقابة على ضرورة التقييد في مجتمع ديمقراطي والتي يصطلح عليها رقابة التناسب بالمعنى الضيق وتقوم بدورها على معايير وهي وجود حاجة اجتماعية ملحة، التناسب بين التدخل في الحق أو تقييده وبين الهدف المتوخى، ويتم التحقق من التناسب من خلال ثلاثة عناصر هي: عدم وجود وسائل متاحة أقل تقييداً من تلك التي استعملتها الدولة، التوازن العادل بين المصالح المتنازعة وكذلك وجود أسباب ذات صلة وكافية أي مقنعة لتقييد الحقوق.

ويتم قياس ضرورة أي تدبير تقييدي بمقياس المجتمع الديمقراطي الذي يعد مفهوماً وظيفياً جوهرياً وضمانة لتناغم حماية الحقوق ويمكن وصفه بالمعيار الأوروبي المشترك، ورغم هذه الأهمية إلا أن مقوماته لا تزال غير مضبوطة نظراً لارتباطه بتطور الحقوق والحريات الأساسية وبتفسير المحكمة المعروف بالحركية والتطور.

تؤدي رقابة المحكمة إلى تحديد نطاق الهامش التقديري، وتستند المحكمة في سبيل ذلك إلى معايير بناء عليها يتم الاعتراف للدولة إما بهامش واسع أو هامش ضيق حسب الأحوال، علماً أن هذه المعايير من وضع الاجتهاد القضائي للمحكمة، وتتمثل في معيار التوافق ويقصد به القبول الواسع لمفهوم معين ذي علاقة بالحقوق من الدول الأطراف، معيار نوع الحق والمصلحة المعنية، الهدف المرجو من التقييد، الموازنة بين الحقوق والمصالح المتنافسة، السياق، المجال ونوع الالتزام

المفروض على الدولة، وتتسم هذه المعايير بالمرونة وطابعها غير الحصري ومنه فالمحكمة توظفها حسب ما تراه مناسباً في حالة معينة.

ينتج في سياق تحديد المحكمة لنطاق الهامش التقديري إشكالات عديدة تتجلى في الاستعمالات العشوائية للمفهوم وكذلك عدم تحديد نطاق الهامش التقديري في العديد من الأحكام القضائية، وهو ما يزيد من غموض المفهوم ويشكل خطر عدم الثقة في اجتهاد المحكمة نظراً لعدم استقراره وعدم وضوحه وما قد ينجر عن ذلك من تأثير على حماية الحقوق.

يتناول الفصل الثاني ضبط الهامش التقديري وذلك أولاً من خلال دور الاختصاص التفسيري للمحكمة والذي يعتمد على القواعد العامة للتفسير وكذلك على عدة طرق خاصة بالاتفاقية لاسيما: التفسير المستقل الذي يقوم على المعنى الأوروبي الذي تعطيه المحكمة لمفاهيم الاتفاقية بعيداً عن أحكام القوانين الوطني، ويعد تقنية لتوحيد بعض المفاهيم درءاً لخطر التفسيرات المتعددة والمختلفة التي قد تتبناها الدول على حماية حقوق الإنسان، التفسير المتطور وهو الذي تراعي من خلاله المحكمة تطور المجتمعات وتكيف مفاهيم الاتفاقية بناء على ذلك، ويقوم على اعتبار الاتفاقية صكاً حياً، والتفسير الفعلي الذي يقوم على كون الاتفاقية لا تهدف لضمان حقوق نظرية أو وهمية لكن حقوق ملموسة وفعالية، وقد ترتب عن هذا التفسير ظهور مجموعة من المفاهيم المهمة في الاجتهاد القضائي للمحكمة لاسيما الالتزامات الإيجابية للدولة والأثر الأفقي للاتفاقية والتي تساهم في تدعيم حماية الحقوق وتوطر الهامش التقديري، ولكنها كذلك تدعم مشروعية المحكمة.

وثانياً من خلال حوار القضاة وهو مفهوم عملي مفاده التعاون والتفاعل والتنسيق بين المحكمة والجهات القضائية الوطنية، ويمثل حوار الاجتهاد القضائي من جهة أحد صورته إضافة إلى التعاون بين المحكمة والمحاكم الوطنية العليا من جهة أخرى وذلك عن طريق آلية طلب الرأي الاستشاري التي تم تعزيزها في نظام الاتفاقية من خلال إعطائها للسلطات القضائية العليا للدول الأطراف بموجب البروتوكول 16 بعد أن كانت محصورة قبلاً في لجنة الوزراء فقط، وعن طريق آليات أخرى للتعاون لاسيما التعاون المؤسسي بصوره المختلفة كتنظيم اللقاءات وتبادل الخبرات والدعم المالي للدول للوفاء بالتزاماتها بحماية الحقوق والحريات، والاعتراف بحجية الشيء المفسر لأحكام المحكمة في مواجهة كافة الدول الأطراف، فضلاً عن التأكيد المستمر بالالتزام بتنفيذ الاتفاقية كلما سنحت الفرصة بذلك كما هو الأمر مثلاً في المؤتمرات المنعقدة في إطار مجلس أوروبا والوثائق المنبثقة عنها.

**الختامة**

## الختاتمة

عالجت الدراسة موضوعا من أهم مواضيع النظام الأوروبي لحقوق الإنسان وأكثرها تعقيدا وإثارة للجدل وهو مفهوم الهامش التقديري للدولة في الاجتهاد القضائي للمحكمة، وذلك من خلال تحليل مضمونه، وظائفه وتتبع مسار تطوره في قانون الاتفاقية إضافة إلى تحديد أساسه وضمانات استعماله، وقد اتضح أن الهامش التقديري يقع في صميم أكبر التطورات القانونية لقانون الاتفاقية ورغم أنه لم يخل من نقد بسبب الغموض الذي يحيط بتطبيقه إلا أنه لقي إصرارا على التمسك به على مدار سنوات كللت بالنص عليه صراحة في الاتفاقية بالبروتوكول 15 مما يؤكد أهميته، وبناء عليه فقد تم الوصول إلى النتائج الآتية:

- الهامش التقديري مفهوم اعتمده المحكمة كأداة لتفسير الالتزامات الواقعة على الدول بموجب الاتفاقية، وهو مجال من حرية التصرف المتروك للدول الأطراف للوفاء بالتزاماتها الاتفاقية فيما يخص وضع الحقوق المضمونة موضع تنفيذ، ويمثل أداة توفيقية لتحقيق التوازن بين المفاهيم المتنافسة في نظام الاتفاقية وهي: سيادة الدول ورقابة المحكمة، المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للفرد، التنوع والوحدة، وهنا يظهر امتزاج الجانبين القانوني والسياسي لهذا المفهوم.

- ينتج الهامش التقديري عن التقييد الذاتي للمحكمة، بحيث تترك هذه الأخيرة للدول صلاحية اختيار طريقة تنفيذ الاتفاقية وضمان الحقوق الواردة بها حسب ما يلائم ظروفها الداخلية على أن تكون الاتفاقية حدا أدنى لا يجوز النزول عنه، علما أن هذا الهامش يظهر بشكل خاص في بنود التقييد الصريحة في الاتفاقية ويستثنى من النواة الصلبة للحقوق، بينما تكتفي المحكمة بمهمة الرقابة في حالة وجود نزاعات معروضة عليها، وهي بذلك تحافظ على عدم تجاوز الصلاحيات المخولة لها وعدم الحل محل الدول صاحبة الاختصاص الأصيل بحماية الحقوق والحريات، فاختصاص المحكمة يتعلق فقط بالتأكد من حماية حقوق الأفراد دون الاستفسار عن كيفية قيام الدولة بأداء واجباتها، غير أن التقييد الذاتي القضائي يجب ألا يكون مطلقا حتى لا يقضي على دور المحكمة الرقابي والهدف من الاتفاقية.

- يؤكد تتبع مسار ظهور الهامش التقديري وتطوره في قانون الاتفاقية أنه ظهر كحاجة عملية لهيئات الرقابة الاتفاقية في بدايات عملها، للفصل في النزاعات المطروحة أمامها ومواجهة الإشكالات الصعبة والمعقدة والمواضيع المختلف بشأنها، غير أنه يمثل كذلك حاجة عملية للدول وهذا ما تدل عليه المطالبات بتكريسه في المؤتمرات الحكومية المتعاقبة التي جمعت الدول

الأطراف والإعلانات المنبثقة عنها والتي أكدت على ضرورة هذا المفهوم في قانون الاتفاقية، وتوجت بتحقيق إرادة الدول بتقنيته صراحة في الاتفاقية باعتماد البروتوكول 15، فضلا عن تمسك الدول المدعى عليها به في دفعها لتبرير سلوكاتها، ويبرز التمسك بهذا المفهوم أهميته إذ يعد تقنية من تقنيات اتخاذ القرار بالنسبة للدولة والمحكمة على حد سواء وأساسا لمشروعية الدولة التي تستعمله لتبرير تصرفاتها أمام المحكمة، وأساسا لمشروعية المحكمة لتأكيد احترامها للدول وللفضل في مختلف القضايا المعروضة عليها.

مبدأ الاحتياطية هو أحد مبادئ النظام الأوروبي لحقوق الإنسان ونظام الاتفاقية تحديدا، وأساس للهامش التقديري الذي واكبه في ظهوره وتطوره وتقنيته الصريح بالاتفاقية، ويستهدف المبدأ تحقيق فعالية الحماية حيث توكل مهمة حماية الحقوق أولا للسلطات الوطنية نظرا لموقعها الأفضل لتوفير حماية ملموسة، كما يستهدف الفعالية بتحويل مهمة الحماية للمحكمة في حالة إخفاق المستوى الوطني، فيضمن عدم خروج المحكمة عن اختصاصاتها والفهم الصحيح لدورها مما يساهم في تخفيف أعبائها وتركيزها على نظر الشكاوى التي تتوفر فيها شروط المقبولية، وبالنتيجة فإن ترتيب أدوار الدول والمحكمة ليس من حيث الأهمية ولكن من حيث الفعالية في حماية الحقوق ومعالجة الانتهاكات، ويستهدف المبدأ كذلك جنبا إلى جنب الهامش التقديري إثراء حماية الحقوق من خلال الاعتراف بالتعدد والاختلاف بين الدول مع الحفاظ على عالمية القيم والمعايير المشتركة لحماية حقوق الإنسان خاصة وأن العالمية لا تعني بالضرورة التوحيد، وذلك من أجل استمرار النظام الإقليمي الأوروبي لحقوق الإنسان، وإضافة إلى كل هذا فإن المبدأ يعكس من منظور عميق الحذر الذي تبديه الدول الأطراف إزاء المحكمة، وبالنتيجة فهو يؤدي دورا قانونيا وسياسيا معا، ويترتب عليه تشارك مسؤولية الحماية وتحقيق نوع من التكامل بين الدول والمحكمة.

إن المحكمة ليست درجة تقاضي وهو ما حاولت تأكيده في اجتهادها القضائي، ومع ذلك فهي تظهر بأدوار وأوصاف مختلفة: هيئة ضبط، محكمة دولية، ومحكمة دستورية مما أدى إلى تخوف الدول من تدخلها أكثر فأكثر في سيادتها وفي شؤونها خاصة بعد أن وصلت المحكمة في بعض أحكامها إلى حد توضيح كيفية تصرف الدولة والتدابير الواجب اتخاذها كما هو الحال في الأحكام النموذجية، سعيا منها إلى تنسيق المعايير وضمان فعالية الحقوق، دون أن ننسى كذلك تمسك المحكمة بالفعالية والواقعية في عملها لاسيما بالنسبة للتكييف القانوني لسلوك الدولة الذي يجب أن يكون على ضوء الاتفاقية وبناء عليها حتى ولو لم يعطه القاضي الوطني هذا الوصف، وفي مقابل هذا تتمسك الدول بشدة بمبدأ الاحتياطية والهامش التقديري.

يتطلب الدور الأول للدول بحماية الحقوق اتخاذ تدابير لتنفيذ الاتفاقية بالإضافة إلى تنفيذ أحكام المحكمة النهائية الصادرة ضدها، وتبدو حجية الشيء المقضي فيه لأحكام المحكمة مقتصرة بموجب قراءة أولية وسطحية للمادة 46 من الاتفاقية على الدولة المدعى عليها المعنية بالحكم، غير أن المحكمة قامت من خلال تقنية التفسير الغائي استنادا إلى أهداف الاتفاقية المتمثلة في الضمانة الجماعية والاحترام المشترك للحقوق وإلى إجراء تدخل الغير في الشكاوى التي تنظرها المحكمة، بالسعي لتمديد الأثر الملزم للأحكام إلى جميع الدول الأطراف من أجل تحقيق الأمن القانوني والاستقرار القضائي للنظام الأوروبي برمته والوقاية من الانتهاكات، وقد عززت المحكمة حجية أحكامها باعترافها الصريح بمفهوم النظام العام الأوروبي الذي يهدف لحماية المصلحة العامة الأوروبية ويعبر عن تطور قانون الاتفاقية والوظيفة الدستورية للمحكمة التي فرضت نفسها خاصة منذ التعديلات الأخيرة التي عرفها نظام الاتفاقية.

رقابة المحكمة هي أهم ضمانة لاستعمال الهامش التقديري وتشمل رقابة الشرعية التي ترتكز على مبدأ دولة القانون، رقابة المشروعية التي تنصب على أهداف التقييد، ورقابة ضرورة التقييد في مجتمع ديمقراطي وهي رقابة تتناسب وتعتمد على مبدأ التناسب كقاعدة مطابقة بين التدبير التقييدي والهدف منه، وعلى مفهوم المجتمع الديمقراطي للتحري عن ضرورة أي تدبير وذلك لكونه عاملا مشتركا بين الدول الأطراف مما يساعد على تقارب التقديرات الوطنية، وتلقى رقابة الضرورة عناية خاصة وتأخذ حيزا معتبرا من الفحص والتحليل وهو ما يؤكد الجانب الشكلي في الأحكام الحديثة للمحكمة، خاصة وأن هذه الرقابة أصعب المراحل من حيث فحصها، وأنها تبقى مبنية على إقناع الدولة للمحكمة بتقديم حجج منطقية مترابطة، كما أنها تمثل غالبا الفاصل في قرار المحكمة حول وجود انتهاك من عدمه، وبشكل عام فإن معايير الرقابة مرنة يقترن تطبيقها ونتائجها بواقع وظروف كل حالة.

تحدد المحكمة نطاق الهامش التقديري الوطني استنادا إلى معايير وضعتها بنفسها وتملك سلطة تقديرية في استعمالها، فمثلا تستعمل معيار التوافق كلما تعلقت القضية بموضوع حساس مثير للجدل كالأخلاق والدين، معيار السياق لمراعاة الحقائق الاجتماعية، التاريخية، الثقافية، الاقتصادية والقانونية للدولة الطرف في حكمها وحتى لا يكون هذا الأخير مجردا مبنيا على عناصر غير مؤكدة وأساسه التوحد القانوني، وحتى لا تحيد عن احترام التعدد واحتياطي دورها، ومعيار موازنة المصلحة الخاصة والمصلحة العامة لتلطيف الصراع بين الدولة والمجموعة والفرد،

وتتسم هذه المعايير بالمرونة وترتبط غالبا بظروف كل حالة، وبالنتيجة فإن عدم اعتماد المحكمة منهج موحد وقواعد ثابتة لتحديد نطاق الهامش التقديري فضلا عن تأثر قراراتها بالجانب السياسي والذاتية في عمل القضاة يؤدي إلى عدم استقرار نطاقه، ويفتح المجال لحرية واسعة للدولة وما يترتب عليها من خطر على حماية الحقوق، ومن جهة أخرى لسلطة تقديرية واسعة للمحكمة وما يترتب عنها من تدخل غير مبرر في الدول.

- يترواح نطاق الهامش التقديري بين هامش واسع يترتب عنه غالبا إقرار بصحة القرار الوطني وبالتالي عدم وجود انتهاك للاتفاقية وهامش ضيق يترتب عنه إدانة القرار الوطني وتأكيد وجود انتهاك، ومع ذلك فإن اجتهاد المحكمة يتضمن كذلك حالات استعمال عشوائي وغامض للهامش التقديري بدون فائدة ولا مبرر واضح، وتناقض في تطبيقه في حالات متشابهة، فضلا عن حالات عدم تحديد نطاقه مما يؤدي إلى غموض، عدم استقرار، وعدم دقة الأحكام ويزيد من مرونة المفهوم وضبابيته ويشكك في الغاية من استعماله فقد يصبح مفهوما سياسيا أكثر منه قانونيا، هدفه خلق توازن سياسي بين القانون الداخلي والدولي ومفهوما شكليا فقط، ويمس بمصداقيته ويزيد من معارضة الهامش التقديري بسبب السلطة التقديرية الكبيرة للمحكمة في استخدامه والتي تؤثر على مشروعية أحكامها.

- تعد المحكمة صاحبة الاختصاص الأصيل بتفسير الاتفاقية، وتمارس اختصاصا تفسيريا واسعا، وتعتمد في سبيل ذلك على الطرق والقواعد العامة للتفسير في القانون الدولي العام، وكذلك قواعد تفسير خاصة بالاتفاقية لاسيما التفسير المستقل، المتطور والفعلي، والتفسير التوافقي، ويقترن التفسير بالوظيفة القضائية للمحكمة، وعموما فإن أسلوب المحكمة في التفسير هو أسلوب مرن يسعى إلى تكييف النص لصالح حماية حقوق الإنسان مع مراعاة الهدف من الاتفاقية، ويمثل بذلك التفسير ضمانا هامة لضبط الهامش التقديري للدولة بوضع قواعد أوروبية مشتركة وتطبيق فعلي للحقوق قدر الإمكان.

- حوار القضاة آلية لبناء وتوطيد العلاقات بين القاضي الوطني والأوروبي وتوسيع الثقة بينهما وتقريب وجهات النظر حول النزاعات المتعلقة بالحقوق المحمية واتخاذ القرار، ويؤدي إلى انفتاح الأنظمة الوطنية حتى لا تبقى منعزلة واندماج القضاة في حوار مؤسساتي بين المحاكم الوطنية والمحكمة الأوروبية والاستفادة من خبرات بعضهم البعض، بحيث يكون الشاغل الرئيسي في هذا الحوار هو توفير حماية فعلية وفعالة لحقوق الإنسان، وتوسيع الحوار إلى الاجتهادات

القضائية بما يسمح بالتعرف على خصائص الأنظمة القانونية المختلفة، إيجاد حلول للمسائل الصعبة والمستجدة من خلال استلهاً القضاة من أحكام بعضهم البعض ويساهم في تناغم هذه الأخيرة، وينتج عنه تأثير وتأثر متبادل بشكل خاص تأثر الاجتهاد الوطني بالاجتهاد الأوروبي من حيث حججه ونتائجه خاصة وأنه في تطور مستمر، وهو ما يساهم في تأطير الهامش التقديري، غير أن نجاح الحوار بمختلف مستوياته يتطلب وضع منهجية محددة له وتوسيع وتدعيم آلياته.

-الرأي الاستشاري للمحكمة آلية حوار وتعاون قضائي عززها البروتوكول 16 بإتاحة ممارستها للدول الأطراف ممثلة في السلطات القضائية العليا تشجيعاً للحوار بين القاضي الوطني والأوروبي ووضع حل للصعوبات التي يواجهها القاضي الوطني في تفسير وتطبيق الاتفاقية والسماح له بالفصل في النزاعات المعروضة عليه في أسرع وقت ممكن، ويؤكد طلب الرأي الاستشاري الرغبة في ضمان تفسير موضوعي وأوروبي لمفاهيم الاتفاقية، كما يدل منح طلب هذا الرأي حصراً لأجهزة السلطة القضائية الوطنية تحديداً العليا على الأهمية الكبيرة والأساسية لهذه السلطة صاحبة القرار الأخير في النزاعات لاسيما وأن أحكامها ملزمة في مواجهة الكافة، ويمكن وصف السلطة القضائية بـ"حلقة الربط" بين المستوى الوطني والمحكمة، ثم إن المنطق يفترض أن تكون للمحكمة علاقة مع أجهزة وطنية من نفس طبيعتها القضائية، حيث تكون أقرب للفهم على بعضها البعض، وعموماً فإن طلب الرأي الاستشاري هو آلية وقائية لأنه يعبر عن رغبة الدولة في إيجاد حل لمسألة ما لتفادي وصول النزاع إلى المحكمة، غير أن عدم إلزامية الأخذ بالرأي الاستشاري تحد من أهميته ودوره.

-يهدف الاعتراف بحجية الشيء المفسر لأحكام المحكمة إلى توسيع الإلتزام بالتفسير الذي تضعه المحكمة في أحكامها إلى جميع الدول المتعاقدة، وهو ما يساعد في تأطير الهامش التقديري، ويجد تمديد الحجية التفسيرية للأحكام أساسه في توضيح الإلتزامات الاتفاقية للدول وتطوير الاتفاقية.

بناء على ما ورد أعلاه يتضح أن الهامش التقديري يؤثر على حماية حقوق الإنسان المضمونة بالاتفاقية فيكون إيجابياً متى تم استعماله لتحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة وبالقدر اللازم لمواجهة الوضعيات الخاصة، وسلبياً متى تم تطبيقه بإسراف دون ضوابط ولا

أسباب واضحة مما يجعله مفهوماً دون محتوى كما وصفه الفقه، وعليه يمكن إبداء التوصيات الآتية:

-الحرص على ألا يؤدي الهامش التقديري إلى حصانة الدولة في مواجهة التزاماتها الاتفاقية وتهربها من المسؤولية، وعليه فإنها يجب أن تأخذ مهامها بجدية بأن تسهر على ضمان استفادة فعلية ملموسة وفعالة لرعاياها من الحقوق، تنفيذ أحكام المحكمة الصادرة ضدها والالتزام بأحكامها عموماً من باب الوقاية والإصلاح، الالتزام بالتفسير المضمن بالاجتهاد القضائي للمحكمة بشكل عام، والالتزام بتثقيف متواصل للأفراد حول نظام الاتفاقية وصلاحيات المحكمة لتجنب مباشرة إجراءات غير منتجة أمام هذه الأخيرة من البداية.

-تعزيز مشروعية المحكمة حتى لا يؤدي تمسكها بالاحتياطية والهامش التقديري لإساءة استخدامهما والتخفي خلفهما لمجرد تجنب الاصطدام مع الدول الأطراف أو لتسبب قراراتها وما يترتب عن ذلك من إضعاف لحماية حقوق الأفراد، وهو ما يتطلب منها وضع أحكام واضحة ومسببة لتضمن استقرار اجتهادها القضائي والثقة فيه من الدول ومن الأفراد، ضرورة تمسكها بسوابقها القضائية وعدم التحول عنها إلا في حالات مبررة تستدعي ذلك، تعزيز تفسير المحكمة للاتفاقية باعتبارها المخول الأصيل لذلك، خاصة التفسير المستقل عندما يتعلق الأمر بالقيم الأساسية للاتفاقية وشروط تقييد الحقوق، ومن ثم تشجيع الأخذ بالمعايير الأوروبية المشتركة، التكريس النصي لحجية الشيء المفسر لأحكام المحكمة في مواجهة جميع الأطراف المتعاقدة والطبيعة الملزمة لها نحو الكافة.

-أن تهتم المحكمة في رقابتها على الهامش التقديري باحترام القيم الأساسية للاتفاقية كالمساواة وعدم التمييز والحرية والكرامة الإنسانية أكثر من اهتمامها بالمعايير الأخرى، وأن تركز معيار التفسير لمصلحة الشخص المعمول به في النظام الأمريكي لحقوق الإنسان، وكذلك معيار عدم المساس بجوهر الحق، واعتبار كل الحقوق أساسية بناء على فكرة تكامل الحقوق وتأثيرها المتبادل، وهو ما يدعم الاقتراح الذي أبداه العديد من الباحثين والذي مفاده قصر الهامش على كيفية تطبيق الدول للمعايير والقواعد التي تفرضها الاتفاقية مثلاً باختيار وسائل تنظيم حرية معينة (إصدار قانون، وضع شروط كالتراخيص) ومنع أي تدخل يؤدي لتغيير مضمون الحق.

-ترقية الحوار المنتظم والمستمر بين المحكمة والمحاكم الوطنية وهو ما يؤدي لتطوير الطبيعة التكميلية للهامش التقديري على النحو الذي افترضه الأستاذ merills، باعتباره يعطي

للدولة مساحة تحرك مع الحفاظ على دور المحكمة الرقابية، وفي هذا السياق من المهم تعزيز آلية الآراء الاستشارية المستحدثة بالبروتوكول 16 بإضفاء الطابع الإلزامي على الأخذ بهذه الآراء.

- نحو تطبيق عالمي لمفهوم الهامش التقديري في أنظمة الرقابة الاتفاقية بما فيها الإقليمية المختلفة ومنها النظام الإفريقي لحقوق الإنسان، نظرا للحاجة العملية إلى المفهوم بالنسبة للدول الأطراف من أجل الوفاء بالتزاماتها ولآليات الرقابة من أجل ممارسة مهمتها الرقابية ومن أجل حماية حقوق الإنسان بشكل متساو في وضعيات مختلفة، حيث يتطلب تطبيق المفهوم بشكل إيجابي الاعتراف بالخصوصيات الوطنية للدول الإفريقية للسماح لهذه الأخيرة بهامش لاختيار الطريقة الأنسب لتطبيق الحقوق بما يتوافق مع ثقافتها ودينها وأوضاعها دون أن تكون الخصوصية أداة للمساس بالقيم الأساسية للاتفاقية أو الانتهاك غير المبرر لحقوق، فرض رقابة قضائية من طرف المحكمة الإفريقية حتى تضمن ألا يتحول الهامش التقديري إلى ذريعة للانتهاك، التحقق من توفر معايير في تقييد الحقوق والتدخل فيها وهي شرعية ومشروعية وضرورة التقييد مع تقديم الدولة مبررات واضحة ومعللة لأي تقييد يمس بالحقوق، إضافة إلى تعزيز مشاركة المجتمع المدني على مستوى الدول في صياغة القرارات التي تؤثر على الحقوق بشكل يضمن توافقها مع الواقع الوطني ومعايير حقوق الإنسان.

## قائمة المصادر والمراجع

## ا. المصادر:

أولاً-باللغة العربية:

### 1-الصكوك الدولية:

- اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات المبرمة بتاريخ 23 مايو 1969، اعتمدت من طرف مؤتمر الأمم المتحدة بشأن قانون المعاهدات الذي عقد بموجب قراري جمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2166 بتاريخ 1966/12/5 ورقم 2287 بتاريخ 1967/12/6، دخلت حيز النفاذ في 27 يناير 1980.

### 2-المعاجم والقواميس:

- سعدي الضناوي، جوزيف مالك، معجم المترادفات والأضداد، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان، 2010.

- علي بن هادية وآخرون، القاموس الجديد للطلاب، الطبعة السابعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991.

### ثانياً-باللغات الأجنبية:

#### 1-Instruments internationaux :

-Statut du Conseil de l'Europe (ou Traité de Londres), signé le 5 mai 1949 à Londres, entré en vigueur le 3 Aout 1949, STE N°001.

-Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ouverte à la signature par les états membres du conseil de l'Europe à Rome le 04/11/1950, et entrée en vigueur le 03/09/1953, STE N° 005.

-Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Paris, 20/3/1952 et entré en vigueur le 18/5/1954, STE N°9.

-Protocole N° 4 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la convention et dans le premier protocole additionnel à la convention, Strasbourg, 16.IX.1963, STE 46.

-Déclaration sur l'identité européenne, Copenhague, 14 décembre 1973, adopté lors du sommet européen de Copenhague, 14-15 décembre 1973.

-Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales Strasbourg, 22.XI.1984, STE N°117.

- Traité sur l'union Européenne (TUE), Maastricht, signé le 7/2/1992 et appliqué depuis le 1<sup>er</sup> /11/1993.
- Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, adoptée par le par le comité des ministres du conseil de l'europe, 10/11/1994, ouverte à la signature le 1/2/1995.
- Protocole N°11 à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention, ouvert à la signature par les états membres du conseil de l'Europe le 11/05/1994 et entré en vigueur le 01/11/1998, STE N° 155.
- Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rome, 4.XI.2000, Entré en vigueur le 1<sup>er</sup> Avril 2005.
- Protocole N° 14 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Amendant le système de contrôle de la convention, du 13/5/2004, STCE 194.
- Déclaration d'interlaken adoptée le 19 Février 2010 par la conférence de haut niveau sur l'avenir de la cour européenne des droits de l'homme.
- Déclaration d'Izmir, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme organisée dans le cadre de la présidence turque du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe IZMIR, Turquie 26 – 27 avril 2011.
- Brighton declaration, High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, 19-20 April 2012.
- Protocole N° 15 portant amendement à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ouvert à la signature le 24/06/2013, Strasbourg, entré en vigueur le 01/08/2021, STCE n° 213.
- Rapport explicatif du protocole N° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (STCE N°213), adopté par le Comité des Ministres du conseil de l'Europe lors de sa 123<sup>e</sup> Session, Strasbourg, 24/6/2013.
- Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Strasbourg, 2.X.2013, entré en vigueur le 01/08/2018, STCE N°214.
- Rapport explicatif du protocole N° 16 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (STCE N°214), adopté par les Délégués des Ministres Lors de sa 1176<sup>e</sup> réunion, Strasbourg, 2/10/2013.

## **2-Jurisprudence :**

## **2/1-Arrêts des cours nationales :**

- Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, Affaire Solange I, dec. 29/5/1974.
- Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, Deuxième sénat, 14/10/2004, 2 BvR 1481/04, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Recueil officiel), 111, 307-332, Neue Juristische Wochenschrift 2004, 3407-3412; Europäische Grundrechte-Zeitschrift 2004, 741-748.
- Arménie, Cour constitutionnelle, 17/09/2004, DCC-508, Conformité avec la Constitution des obligations énoncées dans le Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, à paraître dans Téghékaguir (Journal officiel).
- Arménie, Cour constitutionnelle, 15/11/2011, DCC-997, Constitutionnalité de l'article 1087.1 du Code civil, Téghékaguir (Journal officiel).
- Autriche, Cour constitutionnelle, 11/03/1999, B 1159/98 et autres , à paraître dans Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungs-gerichtshofes (Recueil officiel).
- Autriche, Cour constitutionnelle, 28/06/2003, 78/00.
- Bosnie-Herzégovine, Cour constitutionnelle, Session plénière, 17.12.2004, AP-288/03, Sluzbeni glasnik Bosnie Hercegovine (Journal officiel), 8/05.
- Bosnie-Herzégovine, Cour constitutionnelle, Session plénière, 28/01/2005, AP 35/03, Sluzbeni glasnik Bosnie Hercegovine (Journal officiel), 30/05.
- Croatie, Cour constitutionnelle, 03/11/2010, U-III-64744/2009, Narodne novine (Journal officiel), 125/10.
- Espagne, Tribunal constitutionnel, Assemblée plénière, 14/03/2000, 73/2000, Presa de Itoiz, Boletín oficial del Estado (Journal officiel), 90, 14.04.2000, 61-77.
- Danemark, Cour supreme, 13/02/1989, 279/1988, Ugeskrift for Retsvaesen, 1989, 399.

## **2/2-Décisions de la ComEDH :**

- ComEDH, WB c. Allemagne, req. N°104/55, dec. du 17/12/1955.
- EcomHR (plenary), German communist party and others v. Germany, app. N°250/57, dec. of 20/7/1957.
- EcomHR, Greece v. UK, app. N°176/56, report of 26/9/1958.
- ComEDH, De Buck et Koolen (1) c. Belgique, req. N°s1420/62 et autres, dec. du 18/12/1963.
- ComEDH, Karaduman c. Turquie, req. N° 16278/90, dec. du 3/5/1993.

**2/3-Arrêts et décisions de la CrEDH :** (disponible sur :<http://hudoc.echr.coe.int/>)

- CrEDH (Ch), Lawless c. Irlande (n1), req.№ 332/57, arrêt du 14/11/1960.
- CrEDH (Ch), Lawless c. Irlande (n2), req.№ 332/57, arrêt du 07/04//1961.
- CrEDH (Ch), Lawless c. Irlande (n3), req.№ 332/57, arrêt du 01/07/1961.
- CEDH (plénière), Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique, req. Nos 1474/62 et autres, Arrêt du 23/07/1968.
- ECtHR (plenary), De wilde, Ooms and Versyp v. Belgium, app. Nos 2832/66 and others, judg. of 18/06/1971.
- ECtHR (plenary), Golder v. UK, app Nos. 4451/70, judg. of 21/2/1975.
- ECtHR (plenary), Engel and others v. Netherlands, app Nos 5100/71, 5101/71, 5102/71 and 5370/72, judg. of 8/6/1976.
- ECtHR(plenary), Handyside v.UK, app. №5493/72, judg. of 7/12/1976.
- ECtHR(ch), Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, app Nos 5095/71 and others, judg. of 7/12/1976.
- CrEDH (plénière), Irlande c. Royaume-Uni, req. №5310/71, Arrêt du 18/1/1978.
- ECtHR (ch), Tyrer v.UK, app. №5856/72, judg. of 25/4/1978.
- CrEDH (plénière), Sunday times c. Royaume-uni, req. №6538/74, Arrêt du 26/4/1978.
- CrEDH (plénière), klass et autres c. Allemagne, req. № 5029/71, arrêt du 6/9/1978.
- CrEDH (plénière), Marckx c. Belgique, req. № 6833/74, arrêt du 13/6/1979.
- CrEDH (ch), Airey c. Irlande, req. №6289/73, arrêt du 9/10/1979.
- CrEDH (ch), Winterwerp c. Pays-bas, req. №, Arrêt du 24/10/1979.
- CrEDH (ch), Artico c. Italie, req. №6694/74, Arrêt du 13/5/1980.
- CrEDH (plénière), Guzzardi c. Italie, req. №7367/76, Arrêt du 06/11/1980.
- CrEDH (plénière), Van Oosterwijk c. Belgique, req. №7654/76, Arrêt du 06/11/1980.
- CrEDH (ch), Le Compte, van Leuven et De Meyere c. Belgique, req. Nos 6878/75, 7238/75, Arrêt du 23/06/1981.
- ECtHR (plenary), Young, James and Webster v. UK, app. Nos 7601/76 ; 7806/77, judg. of 13/8/1981.
- ECtHR (plenary), Dudgeon v.UK, app. №7525/76, judg. of 22/10/1981.
- ECtHR (ch), Eckle v.Germany, app. №8130/78, judg. of 15/7/1982.
- ECtHR (plenary), Sporrang and Lonroth v. Sweden, app. Nos 7151/75; 7152/75, judg. of 23/9/1982.

- ECtHR(ch), Silver and others v. UK, app. Nos 5947/72 and others, judg. of 25/3/1983.
- CrEDH (plénière), Öztürk c. Allemagne, req. No 8544/79, arrêt du 21/2/1984.
- CrEDH (ch), De jong et autres c. pays-bas, req. Nos 8805/79 et autres, arrêt du 22/5/1984.
- ECtHR (ch), Campbell and Fell v.UK, app. Nos 7819/77, 7878/77, judg. of 28/6/1984.
- CrEDH (ch), Guincho c. Portugal, req. No, 8990/80, arrêt du 10/7/1984.
- ECtHR (plenary), Malone v. UK, app0 No8691/79, judg. of 02/08/1984.
- CrEDH (plénière), Sramek c. l'Autriche, req. No8790/79, arrêt du 22/10/1984.
- ECtHR (ch), De Cubber v. Belgium, app. No 9186/80, judg. of 26/10/1984.
- ECtHR (ch), Rasmussen v. Denmark, app. No8777/79, judg. of 28/11/1984.
- CrEDH (Ch), Colozza v. Italy, app. No 9024/80, judg. of 12/02/1985.
- CrEDH (ch), X et Y c. Pays-Bas, req. No 8978/80, arrêt du 26/3/1985.
- ECtHR (plénière), Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Royaume-uni, req. No 9214/80; 9473/81; 9474/81, arrêt du 28/05/1985.
- ECtHR (ch), Ashingdane v.UK, app. No8225/78, judg. of 28/5/1985.
- ECtHR (plenary), James and others v. UK, app. No8793/79, judg. of 21/2/1986.
- ECtHR (plenary), Rees v. UK, app. No9532/81, judg. of 17/10/1986.
- ECtHR (plenary), Johnston and others v. Ireland, app.No9697/82, judg. of 18/12/1986.
- ECtHR (plenary), Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium, app. No9267/81, judg. of 2/3/1987.
- CrEDH (ch), Leander c. Suède, req. No9248/81, arrêt du 26/3/1987.
- CrEDH (plénière), F. c. Suisse, req. No 11329/85, arrêt du 18/12/1987.
- CrEDH (plénière), Belilas c. Suisse, req. No 10328/83, arrêt du 29/4/1988.
- CrEDH (ch), Müller et autres c.Suisse, req. No10737/84, arrêt du 24 /05/1988.
- CrEDH (ch), Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche, req.No 10126/82, arrêt du 21/6/1988.
- CrEDH, (plenary), Norris c. Irlande, req. No 10581/83, arrêt du 26/10/1988.
- CrEDH (plénière), Nielsen c. Danemark, req. No10929/84, arrêt du 28/11/1988.

- ECtHR (plenary), Brogan and others v. UK, app. №. 11209/84 and others, judg. of 29/11/1988.
- CrEDH (plénière), Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne, req. №10590/83, Arrêt du 6/12/1988.
- CrEDH (ch), Barfod c. Danemark, req. №11508/85, arrêt du 22/2/1989.
- CrEDH (plénière), Eriksson c. Suède, req. №1173/85, arrêt du 22/06/1989.
- CrEDH (plénière), Gaskin c. Royaume-Uni, req. № 10454/83, arrêt du 7/7/1989.
- ECtHR (plenary) Soering v. UK, app. №14038/88, judg. of 7/7/1989.
- ECtHR (plenary), Groppera Radio AG and others v. Switzerland, app. №10890/84, judg. of 28/3/1990.
- CrEDH (ch), Huvig c. France, req. № 11105/84, arrêt du 24/4/1990.
- CrEDH (ch), Kruslin c. France, req. №11801/85, arrêt du 24/4/1990.
- ECtHR(plenary), Autronic AG v. Switzerland, app. №12726/87, judg. of 22/05/1990.
- CrEDH (plenary), Cossey v. UK, app. №10843/84, judg. of 27/9/1990.
- CrEDH (ch), Moustaquim c. Belgique, req. №12313/86, arrêt 18/2/1991.
- CrEDH (ch), Cardot c. France, req. № 11069/84, Arrêt du 19/3/1991.
- CrEDH (ch), Ezelin c. France, req. №11800/85, Arrêt du 26/4/1991.
- CrEDH (plénière), Oberschlick c. Autriche (№1), req. № 11662/85, Arrêt 23/5/1991.
- ECtHR (plenary), Observer and Guardian v. UK, app. № 13585/88, judg. of 26/11/1991.
- CrEDH (ch), Vermeire c. Belgique, req. №12849/87, arrêt du 29/11/1991.
- CrEDH (plénière), B c. France, req. №13343/87, arrêt du 25/3/1992.
- ECtHR (ch), Campbell v. UK, app. №13590/88, judg. of 25/3/1992.
- CrEDH (ch), Beldjoudi c. France, req. n°12083/86, arrêt 26/03/1992.
- CrEDH (Ch), Castells c. Espagne, req. № 11798/85, Arrêt du 23/04/1992.
- ECtHR (ch), Herczegfalvy v. Austria, app. № 10533/83, judg. of 24/9/1992.
- CtHR (plenary), Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland, app. Nos 14234/88, 14235/88, judg. of 29/10/1992.
- ECtHR (ch), Hadjianastassiou v. Greece, app. №12945/87, judg. of 16/12/1992.
- CrEDH (Ch), Funke c. France, req. №10588/83, Arrêt du 25/02/1993.
- ECtHR (ch), Costello Roberts v. UK, app. №13134/87, judg. of 25/03/1993.
- ECtHR (plenary), Branningan and McBride v. UK, app. Nos 14553/89 and 14554/89, judg. of 25/5/1993.

- ECtHR (ch), Sigurjonsson v. Iceland, app. №16130/90, judg. of 30/6/1993.
- CrEDH (ch), Keegan c. Irlande, req. №16969/90, arrêt du 26/05/1994.
- CrEDH (Ch), Otto Preminger Institut c. Autriche, req. №13470/87, Arrêt 20/9/1994.
- CrEDH (ch), Kroon et autres c. pays bas, req. №18535/91, arrêt du 27/10/1994.
- CrEDH (ch), affaire des Raffineries grecques Stran et Stratis andreadis c. Grèce, req. №13427/87, arrêt du 9/12/1994.
- CrEDH (ch), Lopez-Ostra c. Espagne, req. №16798/90, Arrêt du 09/12/1994.
- ECtHR (ch), Vereinigung Demokratischer Soldaten Osterreichs et Gubi c. Autriche, req. № 15153/89, arrêt du 19/12/1994.
- CrEDH (ch), Loizidou c. Turquie, req.№15318/89, arrêt du 23/3/1995.
- ECtHR (ch), Prager and Oberschlick v. Austria, app.№ 15974/90, judg. of 26/4/1995.
- CrEDH (GC), Vogt c. Allemagne, req. №17851/91, arrêt du 26/09/1995.
- CrEDH (GC), McCann et autres c. Royaume-uni, req. №18984/91, arrêt du 27/9/1995.
- CrEDH (ch), Papamichalopoulos et autres c. Grèce, req. №14556/89, arrêt du 31/10/1995.
- CrEDH(ch), Bellet c. France, req. №23805/94, arrêt du 4/12/1995.
- CrEDH (GC), John Murray c. Royaume-Uni, req. №18731/91, arrêt du 8/2/1996.
- CrEDH (ch), Johansen v. Norway, app. №17383, judg. of 07/08/1996.
- CrEDH (GC), Akdivar et autres c. Turquie, Req. № 21893/93, Arrêt du 16/09/1996.
- ECtHR (ch), Buckley v. UK, app. № 20348/92, judg of. 25/9/1996.
- ECtHR (GC), Chahal v. UK, app. №22414/93, judg. of 15/11/1996.
- CrEDH (ch), Wingrove c. Royaume-uni, req. №17419/90, Arrêt du 25/11/1996.
- CrEDH (ch), Aksoy c. Turquie, req.№ 21987/93, arrêt du 18/12/1996.
- CrEDH (GC), H.L.R c. France, req. № 24573/94, arrêt du 29/04/1997.
- CrEDH (GC), Aydin c. Turquie, req. №23178/94, arrêt du 25/9/1997.
- CrEDH (GC), Grigoriades c. Grèce, req.№ №24348/94, arrêt du 25/11/1997.
- CrEDH (GC), Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie, req. №19392/92, arrêt du 30/01/1998.
- ECtHR (GC), Bowman v. Uk, app. №24839/94, judg. of 12/2/1998.

- CrEDH (GC), Guerra et autres c. Italie, req. №14967/89, arrêt du 19/2/1998.
- CrEDH (ch), Hornsby c. Grèce, req. №18357/91, Arrêt du 01/04/1998.
- CrEDH(GC), Parti socialiste et autres c. Turquie, req. №21237/93, arrêt du 25/5/1998.
- ECtHR (GC), Osman v. UK, app. № 23452/94, Judg. of 28/10/1998.
- CrEDH (GC), García Ruiz c. Espagne, req. №30544/96, Arrêt du 21/01/1999.
- CrEDH (GC), Matthews v. UK, app. №24833/94, judg. of 18/2/1999.
- CrEDH(GC), Chassagnou et autres c. France, req. № 25088/94, arrêt du 29/04/1999.
- ECtHR (GC), Rekvényi v. Hungary, app. № 25390/94, arrêt du 20/05/1999.
- CrEDH (GC), Sürek et Özdemir c. Turquie, req. Nos 23927/94 et 24277/94, arrêt du 8/7/1999.
- CrEDH (GC), Selmouni c. France, req. №25803/94, arrêt du 28/7/1999.
- CrEDH (GC), Zielinski et Pradal et autres c. France, req. № 24846/94 et autres, arrêt du 28/10/1999.
- CrEDH (GC), Pellegrin c. France, req. №28541/95, arrêt du 8/12/1999.
- CrEDH (3<sup>ème</sup> sec.), Mazurek c. France, req. №34406/97, arrêt 01/02/2000.
- CrEDH (3<sup>ème</sup> sec.), Mc Gonnell c. Royaume-Uni, req. № 28488/95, arrêt du 8/2/2000.
- ECtHR (third sec.), Khan v. UK, app. № 35394/97, judg. of 12/05/2000.
- CrEDH (GC), Sha'are Shalom ve Tsedek c. France, req. №27417/95, Arrêt du 27/06/2000.
- CrEDH (1<sup>ère</sup> sec.), Guisset c. France, req. №33933/96, arrêt du 26/09/2000.
- ECtHR (GC), Iatridis v. Greece, app. №31107/96, judg. of 19/10/2000.
- CrEDH (GC), Hasan et Chaush c. Bulgarie, req. № 30985/96, arrêt du 26 /10/ 2000.
- CrEDH (GC), Kudla c. Pologne, req. № 30210/96, arrêt du 26/10/ 2000.
- CrEDH (sec. II), Dahlab c. Suisse, req. №42393/98, dec. du 15/02/2001.
- ECtHR(GC), K.-H. W. v. Germany, app. №37201/97, judg. of 22 /03/2001.
- ECtHR (GC), Streletz, Kessler and Krenz v. Germany, app. № 34044/96 and others, judg. of 22/03/2001.
- ECtHR (sec. III), Keenan v. UK, app. № 27229/95, Judg. of 3/4/2001.
- ECtHR (GC), Z and others v. UK, app. №29392/95, judg. of 10/05/2001.
- CrEDH (GC), Ferrazzini c. Italie, req. №44759/98, Arrêt du 12/07/2001.
- CrEDH (3<sup>ème</sup> sec.), Association Ekin c. France, req. №39288/98, arrêt du 17/07/2001.

-CrEDH (sec. III), Pichon et Sajous c. France, req. № 49853/99, dec. du 2/10/2001.

-CrEDH (sec. I), Mikulic c. Croatie, req. №53176/99, arrêt du 7/2/2002.

-CrEDH (3ème sec.), Fretté c. France, req. № 36515/97, Arrêt du 26/02/2002 (définitif le 26/5/2002).

-CrEDH (3ème sec.), Unabhängige Initiative Informationsvielfalt c. Autriche, req. №28525/95, arrêt du 26/2/2002 (définitif 26/5/2002).

-ECtHR (sec.III), Paul & Audrey Edwards v.UK, app. № 46477/99, Judg. of 14/3/2002.

-ECtHR (fourth sec.), Nikula v. Finland, app.№ 31611/96, judg. of 21/03/2002.

-ECtHR (4th sec.), Pretty v. UK, app. №2346/02, judg. of 29/04/2002 (final 29/7/2002).

-CrEDH (GC), Christine Goodwin c. Royaume-Uni, req. № 28957/95, arrêt du 11/07/2002.

-CrEDH (3<sup>ème</sup> sec.), Stratégies et Communications et Dumoulin c. Belgique, req. no37370/97, Arrêt du 15/07/2002.

-CrEDH (4<sup>ème</sup> sec.), Constantin-Lucian Spînu c. Roumanie, req. №29443/20, arrêt du 11/10/2002, (définitif le 6/3/2003).

-CrEDH(4<sup>ème</sup> sec.), Dicle-pour le parti de la démocratie (DEP) c. Turquie, req. №25141/94, arrêt du 10/12/2002.

-ECtHR (GC), NC v. Italy, app. №24952/94, judg. of 18/12/2002.

-CrEDH (GC), Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie, req. Nos 41340/98 et autres, arrêt du 13 /02/2003.

-ECtHR (4th sec.), Aliev v. Ukraine, app.№ 41220/98, Judg. of 29/4/2003.

-CrEDH (GC), Hatton c. Royaume-Uni, req. №36022/97, Arrêt du 08/7/2003.

-CrEDH (1ère sec.), Karner c. Autriche, req. №40016/98, arrêt du 24/7/2003.

-CrEDH (1ère sec.), M.C c. Bulgarie, req. № 39272/98, arrêt du 4/12/2003 (définitif le 4/3/2004).

-CrEDH (GC), Maestri c. Italie, req. № 39748/98, Arrêt du 17/2/2004.

-CrEDH (2<sup>ème</sup> sec.), Plon c.France , req. №58148/00, judg. of 18/5/2004.

-CrEDH (GC), Broniowski c. Pologne, req. № 31443/96, Arrêt du 22/06/2004.

-CrEDH (3ème sec.), Von Hannover c. Allemagne, req. №59320/00, Arrêt du 24/06/2004, (Définitif 24/09/2004).

-CrEDH (GC), Vo c. France, req. № 53924/00, arrêt du 8/7/2004.

CrEDH (1<sup>ère</sup> sec.), Prokopovich c. Russie, req. №58255/00, arrêt du 18/11/2004 (définitive le 18/2/2005).

- ECtHR (GC), Öneriyildiz v. Turkey, app.№48939/99, judg. of 30/11/2004.
- CrEDH (GC), Mamatkoulov et Askarov c. Turquie, req. № 46827/99 et 46951/99, arrêt du 4/2/2005.
- ECtHR (sec. IV), Steel and Morris v. UK, app. №68416/01, jug. of 15/2/2005.
- CrEDH (GC), Von Maltzan et autres c. Allemagne, req. Nos 71916/01 et autres, dec. du 2 /3/ 2005.
- CrEDH (GC), Wolf Ulrich von Maltzan & Co c. Allemagne, req. Nos 71916/01 et autres, Arrêt du 02/03/2005.
- ECtHR (first sec), Fadeïeva v. Russia, app. №55723/00, judg. of 9/6/2005.
- ECtHR (2nd sec, Trubnikov v. Russia, app.№ 49790/99, Judg. of 5/7/2005.
- CrEDH (2<sup>ème</sup>sect.), Siliadin c. France, req.№73316/01, arrêt du 26/7/2005.
- ECtHR (GC), Hirst v.UK, app. №74025/01, judg. of 6/10/2005.
- CrEDH (GC), Leyla Sahin c. Turquie, req. № 44774/98, Arrêt du 10/11/2005.
- CrEDH (2<sup>ème</sup> sec.), Dukmedjian c. France, req. № 60495/00, arrêt du 31/01/2006 (définitif le 31/4/2006).
- ECtHR (GC), Ždanoka v. Latvia, app.№58278/00, judg. of 16/03/2006.
- ECtHR (third sec.), Campagnano v. Italy, app.№ 77955/01, judg. of 23/3/2006.
- CrEDH (GC), Cocchiarella c. Italie, req. №64886/01, arrêt du 29/3/2006.
- CrEDH (GC), Scordino c. Italie n°1, req. №36813/97, Arrêt du 29/03/2006.
- ECtHR (GC), Stec and Others v. UK, app. №. 65731/01 and 65900/01, judg. of 12/04/2006.
- CrEDH (première sec.), Mubilanza Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique, req. №13178/03, Arrêt du 12/10/2006.
- ECtHR (third sec.), Tavli v. Turkey, app. №, judg. of 9/11/2006 (final 09/02/2007).
- ECtHR (sec. I), Eski v. Austria, app. № 21949/03, judg. of 25/01/2007 (final 27/4/2007).
- ECtHR (GC), Evans v. UK, app.№ 6339/05, judg. of 10/4/2007.
- CrEDH (Sec. I), Parti Nationaliste Basque - Organisation Régionale d'Iparralde c. France, req. №71251/01, Arrêt du 07/06/2007.
- ECtHR (fourth sec), Runkee and White v. UK, app. № 42949/98 and 53134/99, judg. of 10/05/2007 (final 25/7/2007).

-ECtHR (GC), DH and Others v. the Czech Republic, app. №57325/00, judg. of 13/11/2007.

-ECtHR (third sec.), Kearns v. France, app. №35991/04, judg. of 10/01/2008.

-CrEDH (GC), EB c. France, req. №43546/02, arrêt du 22/1/2008.

-ECtHR (GC), Burden v. UK, app №13378/05, judg. of 29/4/2008.

-ECtHR (fifth sec, Petrov v. Bulgaria, app. №15197/02, judg. of 22/05/2008 (final).

-ECtHR (4<sup>ème</sup> sec.), Ladent v. Poland, app. №11036/03, judg. of 18/03/2008 (final le 18/6/2008).

-CrEDH (2<sup>ème</sup> sec.), Ādamsons c. Lettonie, req. № 3669/03, arrêt du 24/06/2008.

-ECtHR (second sec.), Vajnai v. Hungary, app.№ 33629/06, arrêt du 8/07/2008.

-ECtHR (third sec.), Sarukhanyan v. Armenia, app. №38978/03, judg. of 28/5/2008 (final 27/8/2008).

-CrEDH (GC), Demir and Baykaya c. Turquie, req.№34503/97, arrêt du 12/11/ 2008.

-ECtHR (GC), Excerpt From S. & Marper v. UK, app. Nos30562/04 and 30566/04, Judg. of 4/12/2008.

-CrEDH (3<sup>ème</sup> sec.), Kurshid Mustafa et Tarzibachi c. Suède, req. №23883/06, Arrêt du 16/12/2008, définitif 6/1/2010.

-ECtHR (first sec.), Kuimov v. Russia, app. № 32147/04, judg. of 8/1/2009 (final 8/4/2009).

-ECtHR (sec. 5), Petkoski and Others v. Macedonia, app. №27736/03, judg. of 8/01/2009.

-CrEDH (5<sup>ème</sup>sec.), Georgi Dimitrov c. Bulgarie, req. №31365/02, arrêt du 15/1/2009.

-CrEDH (sec. I), Bourdov c. Russie (no 2), req. №33509/04, arrêt du 15/1/2009.

-ECtHR (4<sup>th</sup> sec.), Czarnowski v. Poland, app. №28586/03, judg. of 20/01/2009.

-ECtHR (GC), A and Others v. UK, app.№3455/05, judg. of 19/2/2009.

-CrEDH (5<sup>ème</sup> sec.), Dogru c. France, req. №27058/05, arrêt du 14/02/2008, définitif le 04/03/2009.

-ECtHR (GC), Times Newspapers Ltd (No.1 and 2) v. UK, app. № 3002/03 and 23676/03, judg. of 10/03/2009.

-ECtHR(fifth sec.), Belev and Others v. Bulgaria, app. № 16354/02 and others, judg. of 2/04/2009.

ECtHR (first sec.), Egeland and Hanseid v. Norway, app. №. 34438/04, judg. of 16/4/2009.

-ECtHR (sec. I), Zehentner v. Austria, app. № 20082/02, judg. of 16/7/2009.

-CrEDH (GC), Varnava et autres c. Turquie, req. № 16064/90, arrêt du 18/09/2009.

-CrEDH (sec. V), Daoudi c. France, req. №19576/08, arrêt du 3/12/2009.

-CrEDH (GC), Demopoulos et autres c. Turquie, req. №46113/99, arrêt du 1/3/2010.

-ECtHR (GC), Tanase v. Moldova, app.№7/08, arrêt du 27/4/2010.

-CrEDH (4<sup>ème</sup> sec.), Kennedy c. Royaume-Uni, req. №26839/05, arrêt du 18/05/2010.

-ECtHR (second sec.), Alajos Kiss v. Hungary, app. № 38832/06, judg. of 20/5/2010 (final 20/8/2010).

-CrEDH (1<sup>ère</sup> sec.), Schalk et Kopf c. Autriche, req. № 30141/04, arrêt du 24/06/2010, définitif le 22/11/2010.

-CrEDH (5<sup>ème</sup> sec.), Rumpf c. Allemagne, req. № 46344/06, arrêt du 2/9/2010.

-CrEDH (1<sup>ère</sup> sec.), Pedro Ramos c. Suisse, req. №10111/06, arrêt du 14/10/2010 (définitif le 14/01/2011).

-CrEDH (sec. V), Rinck c. France, req. № 18774/09, dec. du 19/10/2010, (en droit).

-ECtHR(fourth sec.),Greens et M.T. v.UK, app. №60041/08, 60054/08, judg. of 23/11/2010.

-CrEDH (GC), A, B et C. c. Irlande, req.№ 25579/05, arrêt du 16/12/2010.

-CrEDH (3<sup>ème</sup> sec.), Vergu c. Roumanie, req. №8209/06, arrêt du 11/1/2011.

-ECtHR (Sec. IV), MGN Limited v. UK, app. № 39401/04, Judg. of 18/1/2011.

-ECtHR (Sec.V), Andrlé v. the Czech Republic, app. №6268/08, judg.of 17/2/2011.

-CrEDH (GC), Lautsi et autres c. Italie, req. №30814/06, arrêt du 18/03/2011.

-ECtHR(Sec. IV), Mosley v. UK, app. № 48009/08, judg. of 10/5/2011.

-CrEDH (GC), Bayatyan c. Arménie, req. №23459/03, arrêt du 07/07/2011.

-ECtHR (GC), S.H. and others v. Austria, app. №57813/00, judg. of 3/11/2011.

-ECtHR (sec. I), Ananyev and others v. Russia, app. Nos. 42525/07 and 60800/08, judg of. 10/1/2012.

- ECtHR (GC), Axell Springer AG v. Germany, app.№ 39954/08, judg of 7/2/2012.
- ECtHR (GC), Aksu v. Turkey, app.№s 4149/04 and 41029/04, judg of 15/3/2012.
- CrEDH (GC), Austin et autres c. Royaume-Uni, req. № 39692/09 et autres, arrêt du 15/03/2012.
- CrEDH (GC), Van der heijden c. Pays-Bas, req. № 42857/05, arrêt du 3/4/2012.
- CrEDH (GC), Nada c. Suisse, req. №10593/08, Arrêt du12/09/2012.
- CrEDH (1ère sec.), Glykantzi c. Grèce, req. №40150/09, arrêt du 30/10/2012 (définitif 30/01/2013).
- CrEDH (1ère sec.), Sampani et Autres c. Grèce, req. №59608/09, arrêt du 11/12/2012, définitif 29/4/2013.
- ECtHR (fourth sec.), Eweida and Others v UK, app. №s 48420/10 and others, judg. of 15/1/2013 (final 27/5/2013).
- CrEDH (5<sup>ème</sup> sec.), Umlaufová c. République Tchèque, req. №3794/08, dec.29/1/ 2013.
- CrEDH (2<sup>ème</sup> sec.), Baytekin c. Turquie, req. №59707/09, dec. of 5/2/2013.
- ECtHR (GC), Fabris v. France, app.№16574/08, judg. of 7/2/2013.
- ECtHR (sec. II), Valiulienė v. Lithuania, app. №33234/07, judg. of 26 /3/2013.
- CrEDH (GC), Animal Defenders International c. Royaume-Uni, req. № 48876/08, Arrêt (définitif) du 22/04/2013.
- CrEDH (2<sup>ème</sup> sec.), Özalp Ulusoy c. Turquie, req. №9049/06, arrêt du 4/06/2013.
- CrEDH (GC), Vinter et autres c. Royaume-Uni, req. №s 66069 et autres, arrêt du 9/7/2013.
- CrEDH (2<sup>ème</sup> sec.), Vona c. Hongrie, req. № 35943/10, Arrêt du 9/7/2013.
- CrEDH (2<sup>ème</sup> sec.), M.C. et autres c. Italie, req. №5376/11, arrêt du 3/9/2013.
- ECtHR (GC), Vallianatos and others v. Greece, app. №s 29381/09 and others, judg. of 7 /11/ 2013.
- CrEDH (sec. III), Fondation Foyers des élèves de L'église réformée et Stanomirescu c. Roumanie, req. №2699/03, arrêt du 7/1/2014.
- ECtHR (GC), Fernandez-Martinez v. Spain, app. № 56030/07, judg. of 12/6/2014.
- CEDH (5<sup>ème</sup> sec.), Mennesson c. France, req. №65192/11, Arrêt du 26/06/2014.
- CrEDH (GC), S.A.S. c. France, req. №43835/11, arrêt du 1/7/2014.

- CrEDH (sec. IV), Cestaro c. Italie, req. №6884/11, arrêt du 07/04/ 2015.
- ECtHR (4 sec.), S.S and others v. UK and F.A and others v. UK, app. Nos 40356/10 and 54460/10, dec. of 21/04/2015.
- CrEDH (GC), Lambert et autres c. France, req. № 46043/14, arrêt du 5/6/2015 (rectifié le 25/6/2015).
- ECtHR (fourth sec.), Nicklinson v. UK, app. № 2478/15, dec. of 23/6/2015.
- ECtHR (sec. I), Sõro v. Estonia, app. №22588/08, judg. of 3/9/2015.
- CrEDH (Sec.I), Valada matos das neves c.Portugal, req. №73798/13, arrêt du 29/10/2015.
- CrEDH (GC), paposhvili c. Belgique, req. № 41738/10, Arrêt du 13/12/2016.
- ECtHR (GC), Paradiso and Campanelli v. Italy, app. № 25358/12, judg. of 24/1/2017.
- CrEDH (GC), Stakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande, req. №931/13, arrêt du 27/6/2017.
- ECtHR (4<sup>th</sup>sec.), Danuté Mockienè v. Lithuania, app. №75916/13, dec. of 4/7/2017.
- CrEDH (GC), Garib c. Pays-Bas, req. №43494, arrêt du 6/11/2017.
- CrEDH (2<sup>eme</sup> sec.), Dakir c. Belgique, req. №4619/12, arrêt 11/07/2017.
- CrEDH (sec. I), Orlandi et a. c. Italie, req. №26431/12, Arrêt du 14/12/2017.
- CrEDH (GC), Radomilja et autres c. Croatie, req. Nos 37685/10 et 22768/72, arrêt du 20/3/2018.
- ECtHR (fifth sec.), E.S. c. Autriche, app. № 38450/12, judg. of 25/10/2018 (final 18/3/2019).
- CrEDH (sec. V), Sukachov c. Ukraine, req. № 14057/17, arrêt du 30/1/ 2020.
- CrEDH (5<sup>eme</sup> sec.), Ayoub et autres c. France, req. Nos 77400/14, 34532/15 et 34550/15, arrêt du 8/10/2020 (définitif 8/1/2021).
- ECtHR (GC), Vavříčka and Others v. the Czech Republic, app. № 47621/13 and 5 others, judg. of 8/4/2021.
- ECtHR (Sec. II), E.G. v. The republic of Moldova, app. №37882/13, judg. of 13/4/2021.
- ECtHR (GC), Centrum för rättvisa v. sweden, app.№35252/08, judg. of 25/05/2021.
- CrEDH (GC), Grzęda c. Pologne, req. №43572/18, arrêt du 15/3/2022.
- CrEDH (GC), Fetodova et autres c. Russie, req. № 40792/10, 30538/14 et43439/14, arrêt du 17/01/ 2023.

- CrEDH (4<sup>ème</sup> sec.), O.H. et G.H c. Allemagne, req. № 53568/18 et 54741/18, Arrêt du 4/04/2023, définitif 04/07/2023.
- CrEDH (GC), Hurbain c. Belgique, req. №57292/16, Arrêt du 4/07/ 2023.
- CrEDH, Daoudi c. France, req. №48638/18, dec. du 14/9/2023.
- CrEDH (2<sup>ème</sup> sec.), Executief van de Moslims van België et autres c. Belgique, req. № 16760/22 et 10 Autres, arrêt du 13/2/2024.
- CrEDH (sec. IV), A.P c. Arménie, req. №58737/14, arrêt du 18/6/2024.

## **2/4-Avis consultatifs de la CrEDH :**

- CrEDH (GC), Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention, n° P16-2018-001, Avis consultatif GPA du 10/4/2019.
- CrEDH, communiqué de presse 208 : La cour constitutionnelle arménienne demande un avis consultatif sur un article de son code pénal, 2/8/2019-2/9/2019.
- CrEDH (GC), Avis consultatif relatif à la technique de la « législation par référence » pour la définition d'une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission de l'infraction de la loi pénale telle que modifiée, n° P16-2019-001, Avis consultatif « législation par référence » du 29/5/2020.

## **3-Documents officiels, Rapports et guides :**

### **3/1-Documents officiels :**

- Avis de la Cour européenne sur le projet de protocole 15 à la Convention européenne des droits de l'homme, 6 février 2013.
- CCBE, La cour européenne des droits de l'homme, Questions-Réponses destinées aux avocats, 2023.
- Conseil de l'europe, Travaux préparatoires de la convention, disponible sur: <https://www.echr.coe.int>, consulté le 13/12/2015 à 19 :23.
- Commission Européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) «Coopération des Cours constitutionnelles en Europe: Situation actuelle et perspectives» Document de travail pour le XVIe Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes, CDL-JU(2014)003, le bulletin, Strasbourg, 28 avril 2014.
- Cour européenne des droits de l'homme, Points-clés de jurisprudence L'épuisement des voies de recours internes, Mise à jour: 28/04/2006.
- Cour Européenne des droits de l'homme, La CEDH en 50 questions, Strasbourg, Février 2014.

- Cour européenne des droits de l'homme, Suivi d'Interlaken principe de subsidiarité, disponible sur :<http://www.echr.coe.int>, Consulté le 16/04/2020 à 13:01.
- Cour européenne des droits de l'homme, Questions et réponses Épuisement des voies de recours internes, Janvier 2023.
- Cour européenne des droits de l'homme, Lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure d'avis consultatif prévue par le Protocole no 16 à la Convention (approuvées par la Cour plénière le 18 septembre 2017), mise à jour approuvée par le Cour plénière le 25 septembre 2023.
- European Court of Human Rights, Rules of court, 20 March 2023, available at: <https://www.echr.coe.int/>, accessed:02/04/2023 at 13 :10.
- Greffes de la Cour européenne des droits de l'homme, Travaux préparatoires de l'article 15 de la convention européenne des Droits de l'homme, Document d'information, Strasbourg, 27/1/1977, CDH (77) 5.
- Parlement Européen, Fiches techniques sur l'union Européenne, 2016.
- Unité de la presse de la Cour européenne des droits de l'homme, Les arrêts pilotes, Fiche thématique, Mai 2020.
- Unité des Relations publiques de la Cour européenne des droits de l'homme, La Convention européenne des droits de l'homme -Un instrument vivant, Septembre 2022.

### **3/2-Rapports :**

- CDDH, Projet de rapport sur les mesures prises par les Etats membres pour mettre en œuvre les parties pertinentes de la Déclaration de Brighton, DH-SYSC(2016) R1Addendum, Strasbourg, 27 avril 2016.
- Cour européenne des droits de l'homme, division de la recherche, Sécurité nationale et jurisprudence européenne, rapport de recherche, 2013.
- Equality and Human Rights Commission, The UK and the European Court of Human Rights, Research report 83, Alice Donald, Jane Gordon and Philip Leach, Human Rights and Social Justice Research Institute, London Metropolitan University, first published, 2012.
- European court of human rights, Annual Report 2021 of the European Court of Human Rights, English edition, Council of Europe, 2022.

### **3/3-Guides:**

- Debra long, Guide de jurisprudence sur la torture et les mauvais traitements, Article 3 de la convention Européenne des droits de l'homme, Apt, Genève, Juin 2002.

- Cour européenne des droits de l'homme, Guide pratique sur la recevabilité, décembre 2010.
- Cour européenne des droits de l'homme, Guide pratique sur la recevabilité, Mise à jour au 31 décembre 2018.
- Cour européenne des droits de l'homme, Guide sur l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme Droit au respect de la vie privée et familiale, mise à jour le 31/08/2019.
- Cour européenne des droits de l'homme, Guide sur l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, Droit à un recours effectif, 31 octobre 2019.
- Cour européenne des droits de l'homme, Guide sur la jurisprudence de la Convention Droits sociaux, Préparé au sein du Greffe, Première édition, 31 août 2022.
- European court of human rights, Guide on Article 2 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, Updated on 29 February 2024.

#### **4-Dictionnaires :**

- Larousse, Dictionnaire Maxi débutants, 1996.
- Le Robert, Dictionnaire des synonymes Nuances et contraires, Collection les usuels, 2005.
- Lexique des termes juridiques, 16<sup>ème</sup> édition, éditions Dalloz, 2007.
- Nouveau Larousse élémentaire, Mars 1967.
- Oxford learner's pocket dictionary, Second edition, Oxford university press, 1991.
- Youssef m. Reda, Al kamel Al – Akbar, dictionnaire du français classique et contemporain, première édition, librairie du Liban éditeurs, 2013.

II. المراجع:

أولاً-باللغة العربية:

1-الكتب:

- الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.
- الشيباني منصور أبو همود، الديمقراطية في القانون الدولي بين المشروعية والقوة، الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2017.

- بومدين محمد، حقوق الإنسان بين السلطة الوطنية والسلطة الدولية، الطبعة الأولى، دار الولاية للنشر والتوزيع، المملكة الأردنية الهاشمية، 2009.
- عادل أحمد الطائي، تفسير المعاهدات الدولية دراسة في قانون المعاهدات الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2014.
- علي عبد الله أسود، تأثير الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان في التشريعات الوطنية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2014.
- فايز محمد حسين، السلطة والحرية وفلسفة حقوق الإنسان دراسة تاريخية وفلسفية، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2009.
- فيلفيد هينش، حقوق الإنسان وتخصيص الواجبات، في: "المجتمع المدني والعدالة"، ترجمة: راندا النشار وآخرون، الطبعة الأولى، المركز القومي للترجمة، القاهرة، 2010.
- قادري عبد العزيز، حقوق الإنسان في القانون الدولي والعلاقات الدولية المحتويات والآليات، دون طبعة، دار هومه، الجزائر، 2002.
- محمد سعيد مجذوب، الحريات العامة وحقوق الإنسان، دون طبعة، جروس برس، طرابلس لبنان، دون تاريخ النشر.
- محمد يوسف علوان، محمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان المصادر ووسائل الرقابة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
- محمد يوسف علوان، محمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان الحقوق المحمية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
- ناظم عبد الواحد الجاسور، الوحدة الأوروبية والوحدة العربية الواقع والتوقعات، الطبعة الأولى، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، 2001.
- نبيل عبد الفتاح عبد العزيز قوطه، حقوق الإنسان في ضوء قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2015.

## 2-المقالات:

- بدوي عبد الجليل، هنان علي، "مفهوم مبدأ الأمن القانوني ومتطلباته"، مجلة دراسات في الوظيفة العامة، العدد الثامن، جوان 2021.

- براج السعيد، "شرط استنفاد وسائل الإنصاف الداخلية أمام اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد 4، 30 أبريل 2019.

- خضر عباس عطوان، عبد العظيم جبر حافظ، "السيادة: دراسة في ضوء الاتفاقية الأمنية بين العراق والولايات المتحدة للعام 2008"، المجلة العربية للعلوم السياسية، العدد 32، خريف 2011.

- زغدود جغلول، "عالمية النص القانوني لحقوق الإنسان أم عولمة الإيديولوجية (قراءة في نصوص الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان)"، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 29، العدد 1، 2018.

- محمد خليل موسى، "الالتزامات الإيجابية في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية"، مجلة الحقوق، المجلد 26، العدد الثاني، 2004.

- محمد خليل موسى، "تفسير الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان في ضوء ممارسة الهيئات المختصة بالرقابة على تطبيقها"، مجلة الحقوق، المجلد 28، العدد 1، مارس 2004.

- محمد خليل موسى، "التطبيق الأفقي للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية"، مجلة الحقوق، المجلد الرابع، العدد الأول، 2007.

- محمد يوسف علوان، "القانون الدولي لحقوق الإنسان (آفاق وتحديات)"، عالم الفكر، العدد 4، المجلد 31، أبريل-يونيو 2003.

- نجيب بيطام، "إشكالية العلاقة بين الحماية الدولية لحقوق الإنسان ومبدأ السيادة"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 16، ديسمبر 2018.

### 3- أطروحات الدكتوراه:

- الشمايلة وليد فياض سلامة، القيود الدولية الواردة على حقوق الإنسان، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان الأردن، 2017.

- بوالقمح يوسف، تطور آليات حماية حقوق الإنسان في إفريقيا، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه دولة في الحقوق، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، 2007-2008.

- خطاب فؤاد، شرط احترام حقوق الإنسان والديمقراطية في إطار الاتفاقيات مع الاتحاد الأوروبي، رسالة مقدمة ضمن متطلبات الحصول على دكتوراه علوم، تخصص القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015.

- شفارة لخضر، دور الاجتهاد القضائي في تطوير النصوص القانونية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ابن خلدون تيارت، 2022-2023.

- محمد بن عبد العزيز بن عبد الله المهيزع، دعاوى حقوق الإنسان والتدخل في سيادة الدول دراسة تأصيلية مقارنة بالموثيق الدولية، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2009.

- مريم بوغازي، أثر أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على مبدأ السيادة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار عنابة، 2021-2022.

- معزوز علي، حقوق الإنسان بين العالمية والخصوصية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2016/12/1.

ثانياً-باللغات الأجنبية:

### 1-Ouvrages :

-Alexandre Palanco, Le précédent dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme, 1<sup>ère</sup> édition, Bruylant, 2019.

-Caroline picheral, L'ordre public européen: droit communautaire et droit européen des droits de l'homme, La documentation française, paris, 2001.

-Christos Giannapoulos, L'autorité de la chose interprétée des arrêts de la cour européenne des droits de l'homme, Edition A. Pedone, Publications de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme, Paris, 2019.

-Council of Europe, The Conscience of Europe: 50 Years of the European Court of Human Rights, First published, Third Millennium Publishing Limited, London, October 2010.

-Elias Kastanas, Unité et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Bruylant, Bruxelles, 1996.

-George Letsas, A theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, 2007.

-Gérard cohen-jonathan, La convention européenne des droits de l'homme, Economica, paris, 1989.

- Howard Charles Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of the European Human Rights Jurisprudence*, Kluwer Academic Publishers, The Hague; London, 1996.
- Jean-François Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, 3<sup>ème</sup> édition, L.G.D.J, Paris, 2002.
- Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Souveraineté des états et droits de l'homme en droit international contemporain*, Traduction et présentation par Jacobo Ríos Rodríguez, Dalloz, Paris, 2016.
- Michel Hottelier, *La démocratie contre les droits de l'homme*, in : *les droits de l'homme en évolution*, mélanges Petros J. Pararas, éditions Ant.N.Sakkoulas Athènes et établissement Émile Bruylant Bruxelles, 2009.
- Patricia Wiater, *Le dialogue interculturel dans le système européen de protection des droits de l'homme*, éditions du conseil de l'Europe, Strasbourg cedex, 2011.
- Patrick de Fontbressin, *L'effet horizontal de la convention européenne des droits de l'homme, voie de démocratie participative*, in : *les droits de l'homme en évolution*, mélanges Petros J. Pararas, éditions Ant.N.Sakkoulas Athènes et établissement Émile Bruylant Bruxelles, 2009.
- Paul Tavernier, *Réflexion sur le rôle de mentor du juge des droits de l'homme*, in : *les droits de l'homme en évolution*, mélanges Petros J. Pararas, éditions Ant.N.Sakkoulas Athènes et établissement Émile Bruylant Bruxelles, 2009.
- Pauline Lesaffre, *Le choix subjectif de mort dans le droit européen des droits de l'homme, Étude critique du contentieux strasbourgeois de la fin de vie*, Publication de l'institut international des droits de l'homme, N°34, Editions A.Pedone, Paris, 2017.
- Petr Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'homme Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Tome 1, Presse universitaire d'Aix-Marseille PUAM, 2005.
- Piet Hein, van Kempen, *Positive obligations to ensure the human rights of prisoners: safety, Healthcare, conjugal visits and the possibility of founding a family under the ICCPR, the ECHR, the ACHR and the AfChHPR*, in: Peter J.P. Tak and Manon Jendly, eds., *Prison policy and prisoner's rights. The protection of prisoners fundamental rights in international and domestic law*, Wolf legal publishers, 2008.
- Samantha Besson, Eleonor Kleber, *Commentaire des Articles 3, 5, 8, 12, 13, 14 et 16 CEDH et du Protocole No 7, CEDH*, in : Amarelle, C.; Nguyen, M.S., *Code annoté de droit des migrations* Schulthess, Zurich, 2014.

- Samantha Besson, L'évolution du contrôle européen: vers une subsidiarité toujours plus subsidiaire, une forme de perplexité vis-à-vis de la jurisprudence de la cour EDH, in: Touzé Sébastien (ed), la cour européenne des droits de l'homme : une confiance nécessaire pour une autorité renforcée, pedone, Paris, 2016.
- Steven Greer, Les exceptions aux articles 8-11 de la convention européenne des droits de l'homme, Dossiers sur les droits de l'homme №15, Editions du conseil de l'Europe, Strasbourg, 1997.
- Steven Greer, La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme, Dossiers sur les droits de l'homme, no 17, Editions du conseil de l'europe, Strasbourg, 2000.
- Walter Kälin, Jörg Künzli, The law of international human rights protection, First edition, Oxford university press, New York, 2009.
- Yutaka Arai-Takahashi, The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR, Intersentia, Antwerpen, Oxford, New york, 2002.

## **2-Articles:**

- Aaron A-Ostrovsky, "What's so funny about peace, love and understanding? How margin of appreciation doctrine preserves core human rights within cultural diversity and legitimises international human rights tribunals, International law", in: Hanse law review, Vol. 1 №1, 2005.
- Abdou-Khadre Diop, "L'influence de la jurisprudence européenne sur le système africain de protection des droits de l'homme", in : Revue québécoise de droit international, Numéro thématique Hors-Série - 70 ans de la Convention européenne des droits de l'homme : L'Europe et les droits de la personne-, Décembre 2020.
- Aduku Abdul Ainoko, "The Margin of appreciation doctrine and the european court of human rights: the inconsistent application in the interpretation of the right to freedom of expression and the right to freedom of thought, conscience and religion", in: Strathclyde Law Review, vol.5, issue1, 2022.
- Aernout Nieuwenhuis, "European court of human rights: State and religion, schools and scarves, An analysis of the margin of appreciation as used in the case of Leyla sahin V Turkey, Decision of 29 june 2004,Application number 44774/98", in: European constitutional laz review, 1, 2005.

- Alain-Didier Olinga, Caroline Picheral, "La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la cour européenne des droits de l'homme", in: Rev.trim.dh, 1995.
- Anatoly Kovler, "La Cour européenne des droits de l'homme face à la souveraineté d'État", in : L'Europe en Formation, n° 368, 2/2013.
- Andenas Mads, Bjorge Eirik, "L'application de la convention européenne des droits de l'homme: quel rôle pour le juge interne ?", in : Revue internationale de droit comparé, vol.64, №2, 2012.
- Benvenisti Eyal, "Margin of appreciation, consensus, and universal standards", in: New York University Journal of International Law and Politics, vol. 31, No. 4, 1999.
- Berri Noureddine, Aissaoui Azedine, "Plaidoyer pour un principe de subsidiarité en droit algérien", in : RARJ, vol. 10, №02 (Numéro Spécial), 2019.
- Caroline Boiteux-Picheral, Mustapha Afroukh, Thibaut Larrouturou, "Évolutions de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme", in : RDLF chronique, n°48, Premier semestre 2023, disponible sur : [www.revuedlf.com](http://www.revuedlf.com) , consulté le 21/11/2023 à 16 :42.
- Céline Romainville, "La protection de l'Etat de droit par la Convention européenne des droits de l'homme- La Cour européenne et l'exigence de légalité", in : RDLF, chron. n°33, 2019, disponible sur : [www.revuedlf.com](http://www.revuedlf.com) , consulté le 6/10/2022 à 3 :09.
- Costas Paraskeva, "European Court of Human Rights: From Declaratory Judgments to Indications of Specific Measures", in: European Human Rights Law Review, Issue 1, 2018.
- Daniele Ferrari, "L'appartenance religieuse dans la jurisprudence de la cour de Strasbourg", in: Revue du droit des religions, N ° 9, mai 2020.
- David A.Strauss, "Originalism, conservatism, and judicial restraint", in: Harvard journal of law and public policy, vol. 34, №1, 2011.
- Dean Spielmann, "En jouant sur les marges. La Cour européenne des droits de l'homme et la théorie de la marge d'appréciation nationale: abandon ou subsidiarité du contrôle européen?", in : journal des tribunaux Luxembourg, 2010.
- Dean Spielmann, "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?", in: Cambridge yearbook of European legal studies, vol.14, 2012.
- Deepak Mawar, "The peril of judicial restraint: how judicial activism can help evolve the international court of justice", in: Goettingen journal of international law, 9, 3/2019.

- Dominic Mcgoldrick, "A defence of the margin of appreciation and an argument for its application by the human rights committee", in : *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 65, Issue 1, January 2016.
- Elise Ralser, "Pluralisme juridique et pluralisme culturel dans la société réunionnaise", in : *Droit et cultures*, 1, 49/2005.
- Eva Brems, "The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights", in: *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, 56/1996.
- Evelyne Sturm, "Protocole additionnel n° 15 portant sur la CEDH – une plus grande marge d’appréciation pour les États membres ?, (traduction de l’allemand)", in : *Newsletter CSDH*, No 19, 24 novembre 2014, disponible sur: <http://www.skmr.ch/> , consulté le 20/09/2019 à 23:20.
- Florian hoffmann, Julie ringellreim, "Par-delà l’universalisme et le relativisme : la cour européenne des droits de l’homme et les dilemmes de la diversité culturelle", in : *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, vol.52, 1/2004.
- Françoise Tulkens, "Judicial Activism v Judicial Restraint: Practical Experience of This (False) Dilemma at the European Court of Human Rights", in: *European convention on human rights law review*, 3/2022.
- Franz Matscher, "La cour européenne des droits de l’homme, Hier, Aujourd’hui et demain, au lendemain de son cinquantième anniversaire, Regards d’un ancien juge de la cour", in : *Rev. trim. dh*, №80, 1<sup>er</sup> octobre 2009.
- Frédéric J. Doucet, "Les origines et les fondements du recours au consensus en droit Européen des droits de l’homme", in : *R.D.U.S*, 43/2013.
- Frédéric Vanneste, "Interpréter la convention européenne des droits de l’homme et la convention américaine relative aux droits de l’homme : Comment réconcilier deux pratiques divergentes avec la théorie générale", in : *Revue québécoise de droit international de droit international*, Hors-série, Mars 2016.
- Gabriel Füglistaler, "The Principle of Subsidiarity and the Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights’ Post-2011 Jurisprudence", in : *Cahier de l’IDHEAP*, 295/2016.
- Gary Born, Danielle Morris & Stephanie Forrest," "A Margin of Appreciation”: Appreciating Its Irrelevance in International Law", in: *Harvard international law journal*, vol. 61, №1, 2020.

- Georges Katrougalos, Daphne Akoumianaki, "L'application du principe de proportionnalité dans le champ des droits sociaux", in : *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, №5, 2012.
- Gérard Gonzalez, "L'état d'urgence au sens de l'article 15 de la convention européenne des droits de l'homme", in : *CRDF*, №6, 2007.
- Gérard Gonzalez, "Ordre public et liberté de religion dans le système de la convention européenne des droits de l'homme", in: *Revue du droit des religions*, N 9, mai 2020.
- Giulio Itzcovich, "One, None and one hundred thousand margins of appreciations : The Lautsi case", in: *HRLR*, 13/2013.
- Ireneu Cabral Barreto, "Droit de recours individuel devant la Cour Européenne des Droits de l'homme", in : *Revue québécoise de droit international*, 15.2, 2002.
- Iryna Kretova, "Margin of appreciation doctrine and its impact on interpretation of law", in : *European political and law discourse*, vol. 2, Issue 4, 2015.
- İtir Aladağ Görentaş, "The Effects of Margin of Appreciation Doctrine on the European Court of Human Rights: Upholding Public Morality over Fundamental Rights", in: *Akademik İncelemeler Dergisi (Journal of Academic Inquiries)*, vol. 11, Issue 2, 2016.
- Ivana Radačić, "The margin of appreciation, consensus, morality and the rights of the vulnerable groups", in : *Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij.*, vol.31, br.1, 2010.
- Jan Kratochvíl, "The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights", in: *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol.29/3, 2011.
- Jean Guinand, "La règle de l'épuisement des voies de recours internes dans le cadre des systèmes internationaux de protection des droits de l'homme", in : *R.B.D.I*, 1/1968.
- Jean-Paul Costa, "Concepts juridiques dans la Jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales", in: *Rev.trim.dr.h*, 57/2004.
- Julie Allard, Arnaud Van Waeyenberge, "De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger", in : *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 61, 2/2008.
- Katarzyna Grabarczyk, "Dialogue des juges : éléments d'analyse Propos introductifs", in : *Cahiers de L'IDEDH*, 11/2007.

- Koen Lemmens, "The Margin of Appreciation in the ECtHR's Case Law A European Version of the Levels of Scrutiny Doctrine?", in: *European Journal of Law Reform* (20) 2-3, 2018.
- Laurence Burgorgue-Larsen, "Le Protocole n° 16, entre théories et réalités du dialogue Judiciaire", in : *Revue québécoise de droit international, Special Issue, 70 ans de la Convention européenne des droits de l'homme : L'Europe et les droits de la personne*, Decembre 2020.
- Laurent Sermet, "Le control de la proportionnalité dans la convention européenne des droits de l'homme : présentation générale", in : *petites affiches*, N°46, 5 mars 2009.
- Lorraine Dumont, "Le protocole 15 à la Convention européenne des droits de l'homme: renforcement ou affaiblissement de la garantie des droits fondamentaux ?", in : *La revue des droits de l'homme*, Octobre 2021, disponible sur : <https://journals.openedition.org/revdh/12980>, consulté le 15/02/2022 à 05 :56.
- Louis-Philippe Lampron et Louis LeBel, "Le droit Européen des droits de la personne et la cour suprême du Canada: une perspective Canadienne", in: *Revue québécoise de droit international, Hors-série*, 2020.
- Mactar Kamara, "De l'applicabilité du droit international des droits de l'homme dans l'ordre juridique interne", in : *ACDI, Bogotá*, vol. 4, 2011.
- Marc André Eissen, "Le premier, arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme : «affaire Lawless », exceptions préliminaires et questions de procédure", in : *Annuaire français de droit international*, N°6, 1960.
- Maria Iglesias Vila, "Subsidiarity, margin of appreciation and international adjudication within a cooperative conception of Human rights", in: *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, issue 2, 2017.
- Martin Kopa, "The algorithm of the margin of appreciation doctrine in light of the Protocol no. 15 amending the European Convention on Human Rights", in: *ICLR*, vol. 14, No. 1, 2014.
- Michael O'Boyle, "The Future of the European Court of Human Rights", in: *German Law Journal*, vol.12, No.10, 2011.
- Mireille Delmas-Marty et Marie-Laure Izorche, "Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit : réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste", in : *Revue de droit de McGill*, vol. 46, N°4, 2001.
- Murat Tümay, "The Margin of Appreciation Doctrine Developed by the Case Law of the European Court of Human Rights", in: *Ankara Law Review*, 5(2), 2008.

- Olivier De Schutter, "La coopération entre la cour européenne des droits de l'homme et le juge national", in : Revue Belge de Droit International, Éditions Bruylant, Bruxelles, 1/1997.
- Philippe Boillat, "Vers une mise en œuvre renforcée de la convention européenne des droits de l'homme au niveau national", in : Rev.trim.dr.h, №77/2009.
- Sâ Benjamin Traoré, Patrick Ane-Ane Leta, "La marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence de la cour africaine des droits de l'homme et des peuples entre effleurements et remises en causes", in: Revue suisse de droit international et droit européen, vol. 31, №3, 2021.
- Samantha Besson, "Les obligations positives de protection des droits fondamentaux, un essai en dogmatique comparative", in : Revue de droit suisse, 122, 2003.
- Sango Momo Abasse, "L'exigence de l'épuisement des recours internes dans la recevabilité des requêtes des particuliers devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples à l'aune de l'arrêt Diakité c. Mali", in: Annuaire africain des droits de l'homme, 5/2021.
- Selma Bendjaballah, "La pratique de la négociation dans une démocratie de consensus: le cas des députés du parlement européen", in : Revue Négociations, De Boeck Supérieur, n° 21, 1/ 2014.
- Steven Greer, "What's Wrong with the European Convention on Human Rights?", in: Human Rights Quarterly, vol. 30, № 3, August 2008.
- Steven Greer, "The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation?", in: UCL Human Rights Review, vol. 3, 1/2010.
- Stéphanie Pavageau, "Les obligations positives dans les jurisprudences des cours Européenne et Interaméricaine des droits de l'homme", in : International law Revista colombiana de derecho internacional, №6, vol. 3, Julio-Diciembre 2005.
- Véronique fabre-alibert, "La notion de société démocratique dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme", in :Rev.trim.dh, 1998.
- Vincent Berger, "Les Cours constitutionnelles et la Cour européenne des droits de l'homme", in : nouveaux Cahiers du conseil constitutionnel, (Dossier : Convention Européenne des Droits de l'homme ( 1 )), N° 32, Juillet 2011.
- Virginie Guiraudon, "La diversité en europe : une évidence ?" in : Raisons politiques, №35, 3/2009.

### **3-Thèses et mémoires :**

#### **3/1-Thèses :**

-Aline Schmidt Noël, La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé, Thèse présentée pour l'obtention du grade de docteur en droit, Faculté de droit Université de Neuchâtel, soutenue le 18 janvier 2011.

-Baïna Ubushieva, L'intérêt général dans le système de la Convention européenne des droits de l'Homme, Thèse présentée pour obtenir le grade de docteur, Spécialité droit public, université de Bordeaux, 2018.

-Béatrice moutel, L'«effet horizontal» de la convention européenne des droits de l'homme en droit privé français essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées, Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit, discipline droit privé, Université de limoges, présentée et soutenue publiquement le 25 novembre 2006.

-Egide Manirakiza, La subsidiarité procédurale dans le système africain de protection des droits de l'homme, Thèse présentée en vue de l'obtention du titre de Docteur en droit, Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix, Janvier 2009.

-Francisco R. Barbosa Delgado, Les limites de la marge nationale d'appréciation et la liberté d'expression : étude comparée de la jurisprudence de la cour européenne et la cour interaméricaine des droits de l'homme, Thèse pour obtenir le grade de Docteur, Droit public Faculté de Droit, Université de Nantes, Présentée et soutenue publiquement le 04 Novembre 2010.

-François Finck, L'imputabilité dans le droit de la responsabilité internationale Essai sur la commission d'un fait illicite par un état ou une organisation internationale, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit, Droit international public, Université de Strasbourg, Soutenance 1/6/2011.

-Kiestra Louwrens Rienk, The impact of the ECHR on private international law: An analysis of Strasbourg and selected national case law, academisch proefschrift ter verkrijging van de graad van doctor, Universiteit van Amsterdam, in het openbaar te verdedigen op dinsdag 2 juli 2013.

-Laurèn Audouy, Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Thèse pour obtenir le grade de docteur, Spécialité Droit public, Université Montpellier, Soutenue le 11/09/2015.

-Mahaliana ravaloson, La marge d'appréciation de l'Etat dans l'exécution des décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Thèse de

doctorat de l'Université Paris-Saclay préparée à l'Université Paris-Sud, Faculté Jean Monnet, présentée et soutenue à Sceaux, le 15 mars 2019.

-Rachael Eguono Ita, The margin of appreciation doctrine and the interpretation of the European convention on human rights as a living instrument, Thesis Doctor of philosophy, University of Derby, 2018.

-Tania racho, Le système européen de protection des droits fondamentaux, Thèse de doctorat en droit européen, Université Paris II Panthéon-Assas, 2018.

-Valérie Berset Bircher, Les systèmes d'information et la vie privée du salarié Analyse en droit européen en droit suisse et en droit français, Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit privé, Spécialité droit social, Université de Strasbourg, présentée et soutenue publiquement le 6/12/2013.

### **3/2-Mémoires:**

-Corale Riendeau-Fournier, L'élargissement de la compétence de la cour européenne des droits de l'homme : la pertinence du concept d'hégémonie en droit international, Mémoire présenté comme exigence partielle de la maîtrise en droit international, université du québec Montréal, septembre 2015.

-Diana Draganova, La souveraineté de l'Etat et le droit à des élections libres dans le contexte européen. Essai fondé sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (1987-2008), Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de maîtrise en droit international, option recherche, Faculté de droit, Université de Montréal, 11 mai 2009.

-Nilufar Shahpanahi, Margin of appreciation in context of freedom of religion (article 9 of the european convention on human rights) in the interpretation of the european court of human rights, thesis submitted in conformity with the requirements for the degree of LLM Graduate, department of faculty of law, university of Toronto, 2011.

-Panoussis Ioannis Konstantinos, La combinaison des articles de la convention européenne des Droits de l'homme opérée par la cours de Strasbourg, DEA Droit communautaire et international, Université de Lille II, 1999-2000.

### **4-Actes de Journées d'études, colloques, conférences et séminaires:**

-Christos Giannopoulos, En guise de synthèse : les avantages et les inconvénients du Protocole 16, in : Les défis liés à l'entrée en vigueur du Protocole 16 à la Convention européenne des droits de l'Homme, Actes de

la Journée d'étude de l'Institut de Recherche Carré de Marré de Malberg, 25 janvier 2019.

-François rigaux, Interprétation consensuelle et interprétation évolutive, in : L'interprétation de la convention européenne des droits de l'homme, Actes du colloque organisé par l'institut européen des droits européen des droits de l'homme faculté de droit de l'université de montpellier I, 13 et 14 mars 1998, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 1998.

-Franz Matscher, Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle les méthodes d'interprétation de la convention européenne, in : L'interprétation de la convention européenne des droits de l'homme, Actes du colloque organisé par l'institut européen des droits européen des droits de l'homme faculté de droit de l'université de montpellier I, 13 et 14 mars 1998, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 1998.

-Frédéric sudre, Le recours aux notions autonomes, in : L'interprétation de la convention européenne des droits de l'homme, Actes du colloque organisé par l'institut de droit européen des droits de l'homme faculté de de droit de l'université de montpellier I, des 13 et 14 1998, Bruylant, Bruxelles, 1998.

-Jean-Marc Sauvé, Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme, in : Le droit européen des droits de l'homme, les conférences du conseil d'état, cycle : 2010-2011, disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr/> , consulté le 14/7/2016 à 13 :02.

-Jean-Marc Sauvé, Le rôle des autorités nationales, in : subsidiarité : une médaille à deux faces ?, actes du séminaire organisé par la CEDH, Strasbourg, 30/01/2015, disponible sur : <https://prd-echr.coe.int/> , Consulté le 20/03/2020 à 10:13.

-Jean-Marc Sauvé, Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés, Intervention à l'Institut Portalis, Aix-en-Provence, Vendredi 17 mars 2017, disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr> , consulté le 14/05/2021 à 19 :36.

-Jean-Paul Costa, intervention introductive, in : Le droit européen des droits de l'homme, les conférences du conseil d'état, cycle 2010-2011, disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr/> , consulté le 14/7/2016 à 13 :19.

-Mattias Guyomar, Les rapports entre les cours nationales et la Cour européenne des droits de l'homme, in : Conférence des chefs des cours suprêmes des États membres du Conseil de l'Europe, Paris, 12 et 13 septembre 2019.

-Sabino Cassese, Une administration indirecte : la subsidiarité judiciaire à la CEDH, in : subsidiarité : une médaille à deux faces ?, actes du séminaire

organisé par la CEDH, Strasbourg, 2015, disponible sur : <https://prd-echr.coe.int/> , Consulté le 20/03/2020 à 10:21.

### **5-Cours, études et analyses:**

-CDDH, L'impact de la crise économique et des mesures d'austérité sur les droits de l'homme en europe étude de faisabilité, 84e réunion 7 – 11 décembre 2015.

-Douwe Korff, The standard approach under articles 8 - 11 ECHR and article 2 ECHR, teaching handout, August 2008, available at: <https://www.pravo.unizg.hr/>, accessed:14/08/2023 at 19:45.

-Eleni Frantziou, The margin of appreciation doctrine in European human rights law, UCL Policy briefing, October 2014, available at: [www.ucl.ac.uk](http://www.ucl.ac.uk), accessed: 12/05/2019 at 22:01.

-Manuel Lambert, Garantir l'état de droit dans le cadre de l'interdiction de mouvements liberticides, Analyse de la ligue des droits de l'homme, Mai 2018.

### **6-Articles de presse :**

-Denis Masméjan, "Les juges Européens de Strasbourg sont-ils allés beaucoup trop loin avec la souveraineté des états?", Interview avec Giorgio Maliverni et Jean François Perrin, in : journal le temps, quotidien Suisse indépendant, disponible sur: [www.letemps.ch](http://www.letemps.ch), publié le 26/11/2014, consulté le 12/03/2015 à 16 :32.

-Sonya Faure, L'Europe a-t-elle une morale unique?, in : journal Libération, publié le 9/5/2014 à 11:25, disponible sur : <https://www.liberation.fr>, consulté le 14/03/2016 à 13 :10.

### **7-Sites web:**

-Conseil d'état, Le Conseil d'État renvoie pour la première fois une demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme, 15 Avril 2021, <https://www.conseil-etat.fr>, Consulté le 14 Novembre 2021 à 17 :32.

-Constitutional court of belgium, International relations of the court, available at: <https://www.const-court.be/> accessed: 04/04/2022 at 17:36.

-Bureau des traité du conseil de l'europe, Etat des signatures et ratifications du traité №214, Situation au 05/08/2024, disponible sur : <https://www.coe.int/> , consulté le 5/8/2024 à 9 :07.

-Cour européenne des droits de l'homme, La cour rejette une demande d'avis consultatif de la haute cour de cassation et de justice de roumanie, disponible sur : <https://hudoc.echr.coe.int/> , consulté le 5/8/2024 à 19 :03.

- Conseil de l'Europe, Le fond fiduciaire pour les droits de l'homme, disponible sur: <https://www.coe.int/> , consulté le 31/3/2022 à 19 :06.
- Conseil de l'Europe, Quelques définitions, disponible sur : <https://www.coe.int/>, Consulté le 06/04/2017 à 17 :13.
- Council of Europe, The Lisbon network, Margin of appreciation doctrine, available at: <https://www.coe.int/> , accessed: 12/01/2023 at 18 :03.
- Council of Europe, Interpretative mechanisms of ECHR case-law: the concept of European consensus, available at: [https://www.coe.int](https://www.coe.int/), accessed: 10/08/2021 à 18:36.
- Laurence Burgorgue-Larsen, Le jeu ambigu du consensus européen dans la détermination de la marge d'appréciation. La vision critique de Françoise Tulkens, Strasbourg observers blog, 6/9/2012, disponible sur : <http://strasbourgobservers.com> , consulté le 14/09/2019 à 03 :42.
- Nicolas Hervieu, "Liberté d'expression (art.10 CEDH) : interdiction au nom de la morale de la traduction turque d'un roman érotique de Guillaume Apollinaire", in : Lettres «actualités Droits-libertés», du CREDOF, 16 février 2010, disponible sur : [www.revdh.wordpress.com](http://www.revdh.wordpress.com) , consulté le 14/03/2016 à 14 :31.
- Office fédéral de la justice, Cour européenne des droits de l'homme : Les états parties disposent d'une marge d'appréciation accrue, Berne, Suisse, 16/07/2021, disponible sur : <https://www.bj.admin.ch>, consulté le : 22/10/2021 à 21 :20.
- Office fédéral de la justice de la confédération suisse, <https://www.bj.admin.ch> , consulté le 15/04/2024 à 13 :02.

## فهرس المحتويات

## فهرس المحتويات

الصفحة	العنوان
	شكر
	إهداء
	قائمة المختصرات
1 .....	مقدمة
13 .....	الباب الأول: الإطار المفاهيمي للهامش التقديري للدولة
15 .....	الفصل الأول: ماهية الهامش التقديري للدولة
15 .....	المبحث الأول: مفهوم الهامش التقديري للدولة
16 .....	المطلب الأول: تعريف وخصائص الهامش التقديري للدولة
16 .....	الفرع الأول: تعريف الهامش التقديري للدولة
16 .....	أولاً-التعريف اللغوي
17 .....	ثانياً-التعريف الاصطلاحي
17 .....	1- التعريف الفقهي للهامش التقديري للدولة
24 .....	2-تعريف الهامش التقديري للدولة في قانون الاتفاقية
25 .....	الفرع الثاني: خصائص الهامش التقديري للدولة
25 .....	أولاً- الهامش التقديري مفهوم قضائي
26 .....	ثانياً- الهامش التقديري نتيجة للتقييد الذاتي للمحكمة

- 27 ..... 1- الهامش التقديري عبارة عن احترام
- 28 ..... 2- الاحترام مكفول للسلطات الوطنية
- 28 ..... ثالثا- الهامش التقديري مفهوم أفقي
- 29 ..... رابعا- الهامش التقديري مفهوم توفيقى
- 29 ..... 1-الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة
- 29 ..... 2-الموازنة بين سيادة الدولة ورقابة المحكمة
- 31 ..... 3-الموازنة بين التنوع والوحدة
- 31 ..... خامسا- الهامش التقديري مفهوم عملي
- 32 ..... المطلب الثاني: صور استعمال الهامش التقديري للدولة
- 33 ..... الفرع الأول: الاستعمال الهيكلي والاستعمال الموضوعي
- 33 ..... أولا-الاستعمال الهيكلي
- 34 ..... ثانيا-الاستعمال الموضوعي
- 36 ..... الفرع الثاني: الهامش التقديري للدولة كقاعدة تطبيق وقاعدة تعريف
- 36 ..... أولا- الهامش التقديري للدولة قاعدة تطبيق
- 38 ..... ثانيا- الهامش التقديري للدولة قاعدة تعريف
- 39 ..... 1-استعمال الهامش التقديري للدولة لتعريف حق من الحقوق المحمية
- 39 ..... 2-استعمال الهامش التقديري للدولة لتعريف مبدأ من مبادئ الاتفاقية
- 41 ..... المبحث الثاني: تطور تكريس الهامش التقديري للدولة

- المطلب الأول: تطور الهامش التقديري للدولة خارج قانون الاتفاقية ..... 41
- الفرع الأول: الهامش التقديري للدولة في الأنظمة القانونية الوطنية ..... 42
- الفرع الثاني: الهامش التقديري للدولة في القانون الدولي ..... 43
- المطلب الثاني: تطور الهامش التقديري للدولة في قانون الاتفاقية ..... 46
- الفرع الأول: تطور الهامش التقديري للدولة في نص الاتفاقية ..... 46
- أولاً- الهامش التقديري للدولة قبل اعتماد البروتوكول 15 ..... 47
- 1- الهامش التقديري للدولة في قراءة تجميعية لنصوص معينة في الاتفاقية ..... 48
- 2- الهامش التقديري للدولة في نصوص الاتفاقية الأخرى ..... 50
- ثانياً- الهامش التقديري للدولة منذ اعتماد البروتوكول 15 ..... 55
- الفرع الثاني: تطور الهامش التقديري للدولة في الاجتهاد القضائي للمحكمة ..... 57
- أولاً-في مجال التحلل من الالتزامات الاتفاقية ..... 57
- 1-قضية اليونان ضد المملكة المتحدة..... 59
- 2-قضية Lawless..... 60
- 3-قضية إيرلندا ضد المملكة المتحدة..... 61
- 4-قضية Aksoy ..... 62
- ثانياً-في مجال التمييز ..... 63
- 1-قضية اللغات البلجيكية ..... 63
- 2-قضية Petrov ..... 64

65	..... ثالثا-في مجال بنود التقييد
65	..... 1-قضية De wild ooms and versip
66	..... 2-قضية Handyside
68	..... 3-قضية Leyla sahin
68	..... 4-قضية Ayoub et autres
68	..... رابعا-في المجالات الأخرى
72	..... الفصل الثاني: أساس الهامش التقديري للدولة
73	..... المبحث الأول: مفهوم مبدأ الاحتياطية
74	..... المطلب الأول: تعريف وصور مبدأ الاحتياطية
74	..... الفرع الأول: تعريف مبدأ الاحتياطية
74	..... أولا-التعريف اللغوي
74	..... ثانيا- التعريف الاصطلاحي
75	..... 1-تعريف مبدأ الاحتياطية خارج قانون الاتفاقية
77	..... 2-تعريف مبدأ الاحتياطية في قانون الاتفاقية
80	..... الفرع الثاني: صور مبدأ الاحتياطية
80	..... أولا-الاحتياطية الإجرائية
81	..... 1-تعريف قاعدة استنفاد طرق الطعن الداخلية
84	..... 2-شروط تطبيق قاعدة استنفاد طرق الطعن الداخلية

88	3- علاقة قاعدة استنفاد طرق الطعن الداخلية بالأحكام الاتفاقية الأخرى .....
91	ثانيا-الاحتياطية المادية .....
92	1-المادة الأولى من الاتفاقية .....
93	2-المادة 13 من الاتفاقية .....
94	3-المادة 53 من الاتفاقية .....
96	المطلب الثاني: تطور تكريس مبدأ الاحتياطية في قانون الاتفاقية .....
97	الفرع الأول: تطور تكريس مبدأ الاحتياطية في نص الاتفاقية .....
97	أولاً-قبل اعتماد البروتوكول 15 .....
100	ثانيا- منذ اعتماد البروتوكول 15 .....
100	1-مبدأ الاحتياطية في المؤتمرات الممهدة للبروتوكول 15 .....
102	2-مبدأ الاحتياطية في البروتوكول 15 .....
104	الفرع الثاني: تطور تكريس مبدأ الاحتياطية في الاجتهاد القضائي للمحكمة ....
104	أولاً-الاعتراف باحتياطية ميكانيزم الاتفاقية .....
106	ثانيا-الاعتراف بالاحتياطية كمبدأ .....
107	المبحث الثاني: مبررات مبدأ الاحتياطية .....
108	المطلب الأول: الموقع الأفضل للدولة .....
108	الفرع الأول: مفهوم الموقع الأفضل للدولة .....
111	الفرع الثاني: مبررات الاعتراف بالموقع الأفضل للدولة .....

- 112..... أولاً-الاتصال المباشر والدائم للدولة مع شعبيها (معيار القرب)
- 113..... ثانيا-سيادة الدولة.....
- 114..... 1-العلاقة بين سيادة الدولة وحماية حقوق الإنسان .....
- 115..... 2-العلاقة بين سيادة الدولة ومبدأ الاحتياطية .....
- 118..... ثالثا-المشروعية الديمقراطية.....
- 119..... الفرع الثالث: النتائج المترتبة عن الموقع الأفضل للدولة .....
- 119..... أولاً-تنفيذ الدول لالتزاماتها الاتفاقية .....
- 119..... 1-وضع الاتفاقية موضع تنفيذ .....
- 122..... 2-تنفيذ أحكام المحكمة .....
- 128..... ثانيا-المحكمة هيئة ضبط .....
- 128..... 1-مظاهر وظيفة المحكمة كهيئة ضبط .....
- 134..... 2-دور المحكمة كمرشد .....
- 137..... المطلب الثاني: احترام التنوع .....
- 137..... الفرع الأول: مظاهر احترام التنوع .....
- 137..... أولاً-في نص الاتفاقية .....
- 139..... ثانيا- في الاجتهاد القضائي للمحكمة .....
- 140..... الفرع الثاني: نتائج احترام التنوع .....
- 141..... أولاً-الاعتراف بالتعدد .....

143	.....	ثانيا- الاعتراف بالهامش التقديري للدولة
144	.....	1-التعدد مبرر للهامش التقديري للدولة
144	.....	2- الهامش التقديري للدولة أداة لمراعاة التعدد
149	.....	خلاصة الباب الأول
151	.....	الباب الثاني: ضمانات استعمال الهامش التقديري للدولة
153	.....	الفصل الأول: الرقابة على الهامش التقديري للدولة
153	.....	المبحث الأول: معايير الرقابة على الهامش التقديري للدولة
154	.....	المطلب الأول: الرقابة على شرعية ومشروعية التقييد
154	.....	الفرع الأول: الرقابة على شرعية التقييد
156	.....	أولا- أن يستند التقييد على نص القانون
157	.....	ثانيا-الشروط الواجب توفرها في القانون المتضمن التقييد
158	.....	1-النص القانوني متاح بشكل كاف
158	.....	2-النص القانوني دقيق بشكل كاف
161	.....	3- أن ينص القانون على ضمانات فعالة ضد المساس التعسفي بالحقوق
163	.....	ثالثا-أساس شرعية التقييد
165	.....	رابعا-الآثار المترتبة عن رقابة شرعية التقييد
167	.....	الفرع الثاني: الرقابة على مشروعية التقييد
167	.....	أولا-تعريف مشروعية التقييد

168	.....	ثانيا-الأهداف المشروعة أساس لرقابة مشروعية التقييد
169	.....	ثالثا-أنواع الأهداف المشروعة
169	.....	1-الأهداف المتعلقة بالمصالح العامة
179	.....	2-الأهداف المتعلقة بالمصالح الخاصة
182	.....	المطلب الثاني: رقابة ضرورة التقييد في مجتمع ديمقراطي
182	.....	الفرع الأول: تعريف الضرورة في مجتمع ديمقراطي
183	.....	الفرع الثاني: معايير رقابة الضرورة في مجتمع ديمقراطي
184	.....	أولا-وجود حاجة اجتماعية ملحة
186	.....	ثانيا-التناسب
186	.....	1-تعريف التناسب
188	.....	2-معايير فحص التناسب
193	.....	ثالثا-الأسباب ذات الصلة والكافية
195	.....	الفرع الثالث: المجتمع الديمقراطي أساس لضرورة التقييد
196	.....	أولا-تعريف المجتمع الديمقراطي
197	.....	ثانيا-مقومات المجتمع الديمقراطي
197	.....	1-المبادئ التي يقوم عليها المجتمع الديمقراطي
201	.....	2-الحقوق التي يقوم عليها المجتمع الديمقراطي
203	...	المبحث الثاني: دور رقابة المحكمة في تحديد نطاق الهامش التقديري للدولة

204	المطلب الأول: معايير تحديد نطاق الهامش التقديري للدولة
204	الفرع الأول: معيار التوافق
205	أولاً-تعريف التوافق
205	1-التعريف اللغوي
205	2-التعريف الاصطلاحي
206	ثانياً-أسس التوافق
208	ثالثاً- دور التوافق في تحديد نطاق الهامش التقديري للدولة
208	1-حالة عدم وجود توافق
212	2-حالة وجود توافق
215	الفرع الثاني: نوع الحق المعني
217	الفرع الثالث: الهدف المرجو
218	الفرع الرابع: الموازنة بين الحقوق والمصالح المتنافسة
220	الفرع الخامس: معايير أخرى
220	أولاً-التناسب
221	ثانياً-السياق
221	ثالثاً-المجال
222	رابعاً-نوع الالتزام المفروض على الدولة
222	المطلب الثاني: الإشكالات المتعلقة بتحديد نطاق الهامش التقديري للدولة

- 222 ..... الفرع الأول: الاستعمالات العشوائية للهامش التقديري للدولة
- 222 .. أولاً-عدم وجود صلة بين الهامش التقديري والأسباب التي تم على أساسها البت في القضية
- 223 ..... ثانيا-عدم وجود دور واضح للهامش التقديري في حكم المحكمة
- 224 ..... ثالثا-الإشارة إلى الهامش التقديري في الاستنتاج فقط
- 225 ..... رابعا-عدم الانتظام في استعمال الهامش التقديري للدولة
- 226 ..... خامسا-الاستعمال المتناقض للهامش التقديري للدولة
- 226 ..... الفرع الثاني: عدم تحديد نطاق الهامش التقديري للدولة
- 228 ..... الفرع الثالث: أثر الإشكالات على دور الهامش التقديري للدولة
- 228 ..... أولاً-الهامش التقديري للدولة مفهوم سلبي
- 230 ..... ثانيا-الهامش التقديري للدولة مفهوم إيجابي
- 233 ..... الفصل الثاني: ضبط الهامش التقديري للدولة
- 233 ..... المبحث الأول: دور الاختصاص التفسيري للمحكمة في ضبط الهامش التقديري للدولة
- 234 ..... المطلب الأول: التفسير المستقل والتفسير المتطور
- 235 ..... الفرع الأول: التفسير المستقل
- 235 ..... أولاً-تعريف المفاهيم المستقلة
- 235 ..... ثانيا-أنواع المفاهيم المستقلة
- 237 ..... ثالثا-الأثار المترتبة عن التفسير المستقل
- 239 ..... الفرع الثاني: التفسير المتطور

240	أولاً- أساس التفسير المتطور .....
241	ثانياً- الآثار المترتبة عن التفسير المتطور .....
244	المطلب الثاني: التفسير الفعلي .....
246	الفرع الأول: صور التفسير الفعلي .....
246	أولاً- التفسير الموسع للحقوق .....
248	ثانياً- التفسير الواقعي للحقوق .....
248	الفرع الثاني: النتائج المترتبة عن التفسير الفعلي .....
248	أولاً-الالتزامات الإيجابية للدولة .....
249	1-تعريف الالتزامات الإيجابية للدولة .....
249	2-تطور استعمال الالتزامات الإيجابية للدولة .....
252	3-أنواع الالتزامات الإيجابية للدولة .....
253	4-الآثار المترتبة عن الالتزامات الإيجابية للدولة .....
254	ثانياً-الأثر الأفقي للاتفاقية .....
255	1-تعريف الأثر الأفقي للاتفاقية .....
255	2-تطور الاعتراف بالأثر الأفقي للاتفاقية .....
256	3-صور الأثر الأفقي للاتفاقية.....
257	4-مبررات الأثر الأفقي للاتفاقية .....
259	5-حالات تطبيق الأثر الأفقي للاتفاقية.....

- 260 ..... 6- الآثار المترتبة عن الأثر الأفقي للاتفاقية
- 262 ..... 7- العلاقة بين الأثر الأفقي للاتفاقية والالتزامات الإيجابية للدولة
- 263 ..... المبحث الثاني: دور حوار القضاة في ضبط الهامش التقديري للدولة
- 264 ..... المطلب الأول: حوار الاجتهاد القضائي
- 265 ..... الفرع الأول: توافق الاجتهاد القضائي الوطني مع الاجتهاد القضائي للمحكمة ...
- 265 ..... أولاً-الحالات التي اتفقت فيها المحكمة مع المحاكم الوطنية
- 266 ..... ثانيا-الحالات التي أخذت فيها المحاكم الوطنية باجتهاد المحكمة
- 270 ..... الفرع الثاني: اختلاف الاجتهاد القضائي الوطني عن الاجتهاد القضائي للمحكمة
- 270 ..... أولاً-الحالات التي اختلفت فيها المحكمة مع المحاكم الوطنية
- 272 ..... ثانيا-الحالات التي اختلفت فيها المحاكم الوطنية مع المحكمة
- 273 ..... المطلب الثاني: التعاون بين المحكمة والجهات القضائية الوطنية
- 273 ..... الفرع الأول: الرأي الاستشاري
- 273 ..... أولاً-الرأي الاستشاري قبل البروتوكول 16
- 273 ..... 1-شروط طلب الرأي الاستشاري
- 274 ..... 2-إجراءات طلب الرأي الاستشاري
- 276 ..... ثانيا-الرأي الاستشاري في إطار البروتوكول 16
- 276 ..... 1-ظروف اعتماد البروتوكول 16
- 277 ..... 2-مضمون البروتوكول 16

278	3-القواعد التي تحكم الرأي الاستشاري للمحكمة في إطار البروتوكول 16 .....
283	4-تطبيق إجراء الرأي الاستشاري .....
286	الفرع الثاني: آليات تعزيز التعاون بين المحكمة والجهات القضائية الوطنية.....
286	أولاً-الحوار المؤسساتي.....
286	1- اللجنة الأوروبية للديمقراطية عن طريق التعاون .....
287	2-المجلس المشترك للعدالة الدستورية.....
287	3-شبكة المحاكم العليا .....
288	ثانياً-التنسيق والتبادل بين المحكمة والمحاكم الوطنية .....
289	ثالثاً-الاعتراف بحجية الشيء المفسر لأحكام المحكمة .....
289	1-أهمية الاعتراف بحجية الشيء المفسر لأحكام المحكمة .....
291	2-عوامل تعزيز الاعتراف بحجية الشيء المفسر لأحكام المحكمة .....
293	رابعاً-تأكيد التزام الدول بالاتفاقية .....
296	خلاصة الباب الثاني .....
298	الخاتمة.....
306	قائمة المصادر والمراجع .....
339	فهرس المحتويات .....

## الملخص

الهامش التقديري للدولة مفهوم اعتمده المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ويقصد به مجال الحرية المتروكة للدول الأطراف في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان عند وضع الاتفاقية موضع تطبيق وذلك تحت رقابة المحكمة، ويتمثل الهدف منه في ضمان التعايش بين القانون الوطني والاتفاقية والتوفيق بين القيم المتنازعة في نظام الاتفاقية لاسيما السيادة الوطنية ورقابة المحكمة، المصلحة العامة وحقوق الأفراد والوحدة والتنوع الذي يميز الدول الأوروبية، ويعد هذا المفهوم أساسه في مبدأ احتياطية ميكانيزم الرقابة الاتفاقية.

يتسم الهامش التقديري بعدم وجود إطار قانوني واضح يحكمه ومن ثم بمرونته مما قد يؤثر على حماية الحقوق والحريات الأساسية وعلى الغاية من المفهوم، ومع ذلك فاستمرار الأخذ بالهامش التقديري وتقنيته بالاتفاقية يدل على الحاجة العملية إليه، وبالنتيجة فلا بد من إحاطته بضمانات تتمثل في رقابة المحكمة عليه من خلال معايير رقابة مستقرة وواضحة إضافة إلى ضبط استعماله من خلال تعزيز صلاحية المحكمة في تفسير الاتفاقية وتدعيم الحوار بين القاضي الوطني والأوروبي من أجل كفالة حماية فعلية للحقوق واستمرارية النظام الأوروبي لحقوق الإنسان.

**الكلمات المفتاحية:** الهامش التقديري للدولة، الاجتهاد القضائي، المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، مبدأ الاحتياطية، الرقابة.

## Résumé

La marge d'appréciation de l'état est une notion adoptée par la cour européenne des droits de l'homme. Elle désigne l'espace de liberté laissé aux états parties à la convention européenne des droits de l'homme lors de la mise en œuvre de celle-ci, et ce, sous le contrôle de la cour. L'objectif de cette notion est d'assurer la coexistence entre le droit national et la convention, ainsi que la conciliation des valeurs en conflit au sein du système conventionnel, notamment la souveraineté nationale et le contrôle juridictionnel de la cour, l'intérêt général et les droits des individus, ainsi que l'unité et la diversité qui caractérisent les états européens. Cette notion trouve son fondement dans le principe de subsidiarité du mécanisme de contrôle conventionnel.

La marge d'appréciation se caractérise par l'absence d'un cadre juridique clair qui la régit. Cette absence confère une certaine flexibilité susceptible d'affecter la finalité de cette notion, et par conséquent la protection des droits et libertés fondamentaux. Toutefois, l'usage continu de la marge d'appréciation, ainsi que sa codification dans la convention,

témoignent de sa nécessité pratique au sein du système conventionnel. Il est donc impératif de l'encadrer à travers l'adoption de normes stables et claires par la cour, le renforcement du pouvoir interprétatif de celle-ci, ainsi que la consolidation du dialogue entre le juge national et européen pour assurer une protection effective des droits et garantir la pérennité du système européen des droits de l'homme.

**Mots clés :** marge d'appréciation, jurisprudence, cour européenne des droits de l'homme, convention européenne des droits de l'homme, principe de subsidiarité, contrôle.

### Summary

The state's margin of appreciation is a concept adopted by the European Court of Human Rights. It refers to the area of discretion left to the states parties to the European Convention on Human Rights in the implementation of the convention, under the supervision of the court. The aim of this concept is to ensure the coexistence between national law and the convention, and to reconcile of conflicting values within the convention system, in particular national sovereignty and judicial review by the court, public interest and individual rights, and the unity and diversity that characterize European states. This concept is based on the principle of subsidiarity of the convention's supervisory mechanism.

The margin of appreciation is characterized by the absence of a clear legal framework governing it. This results in a degree of flexibility that may affect the purpose of this concept, and consequently the protection of fundamental rights and freedoms. However its continued use and its codification in the convention reflect its practical necessity within the convention system. Therefore, it must be structured through the adoption of stable and clear standards, the reinforcement of the court's interpretative authority, and the strengthening of judicial dialogue between the national and European judges to ensure the effective protection of rights and safeguard the continuity of the European human rights system.

**Key words:** margin of appreciation, case law, European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights, principle of subsidiarity, control.