الرقم الدولي: ISSN2075-7220
الرقم الدولي الالكتروني: ISSN2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت ضمن هذا العدد:

- وسائل معالجة التعسف الإجرائي على صعيد العلاقات الدولية الخاصة. (دراسة مقارنة) — أ.د. فراس كريم شيعان، م.م.صلاح عجمي جميل
- ذاتية العقد الممتد.(دراسة مقارنة) — أ.د. إيمان طارق مكي، م.م. وسيم جبار
- الالتزامات المفروضة على منتج الدواء. (دراسة مقارنة) — أ.د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، راسم عايد حسن
- خلافة الدول في الديون المقيتة . — أ. د. صدام حسين الفتلاوي، م. م. محمد جبار العبدلي
- الحقوق الخاصة للمهاجر وفقاً لقانون دولة الجنسية.(دراسة مقارنة) — أ.د. عبد الرسول عبد الرضا، م.م. نصيف جاسم محمد

السنة الحادية عشر العدد الثالث

2019

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

ISSN 2075-7220
ISSN ONLINE 2313-0377

AL-Mouhakiq Al-Hilly Journal For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal
Issued By
College of Law in Babylon University

- Methods of controlling the procedural "Arbitrariness" in private international Relations. (A comparative study) — PP. Dr. Firas k. shiaan, A.Lec.Salah agmi gmeel
- Subjectivity of the extended Contract. (A Comparative Study) — P.Dr. Eman T. Makki, Wasseam J. AL- Shemary
- Obligations Imposed on the Drug owner. (A Comparative Study) — P.Dr. Salam A. Abdullah, Rassim A.Hassan
- Succession of States in odious debts . — P. Dr. Saddam AL-Fatlawi, A. Lec. Mohammed J .J.
- Special rights of migrants according to the law of the State of nationality .(comparative study) — P.Dr.Abdul Rasool A. J., Dr.Nsaeif J. AlKarawi

Third Issue 2019 Eleventh Year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

الفهرست

ت	الموضوع	الباحث	الصفحة
١-	وسائل معالجة التعسف الإجرائي على صعيد العلاقات الدولية الخاصة. (دراسة مقارنة)	أ.د. فراس كريم شيعان م.م.صلاح عجمي جميل	٩-٥٠
٢-	ذاتية العقد الممتد.(دراسة مقارنة)	أ.د. إيمان طارق الشكري م.م .وسيم جبار الشمري	٥١- ٨١
٣-	الالتزامات المفروضة على منتج الدواء. (دراسة مقارنة)	أ.د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي راسم عايد حسن	٨٢-١٦٤
٤-	خلافة الدول في الديون المقيتة.	أ. د. صدام حسين الفتلاوي م. م. محمد جبار العبدلي	١٦٥-٢٥٤
٥-	الحقوق الخاصة للمهاجر وفقاً لقانون دولة الجنسية.(دراسة مقارنة)	أ.د. عبد الرسول عبد الرضا م.م. نصيف جاسم محمد	٢٥٥- ٣١٥
٦-	إخلال القضاء الوطني بتطبيق وتفسير العرف الدولي.	أ. د. حيدر كاظم عبد علي كريم كاظم كريم	٣١٦-٣٦٢
٧-	حدود الحق ألاستئثاري لصاحب براءة الاختراع (دراسة تحليلية مقارنة)	أ.م.د. ميثاق طالب عبد حمادي سعد حامد هادي	٣٦٣- ٣٩٤
٨-	مدى انطباق صفة الإذعان على العمليات المصرفية. (دراسة فقهية تطبيقية معمقة في القانون العراقي مع الإشارة إلى القانونين الأمريكي والفرنسي)	أ.م.د. محمد جاسم محمد	٣٩٥ - ٥٥٦
٩-	الاكتتاب العام برأسمال الشركة المساهمة في ظِل قانون الشركات رقم ٢١لسنة ١٩٩٧ المعدل .	م. م. نوفل رحمن ملغيط علي عبد الحسين الياسري	٥٥٧- ٥٩٥
١٠-	المركز القانوني للأجنبي وفقاً لقانون إقامة الأجانب العراقي رقم (٧٦) لسنة ٢٠١٧ النافذ	م.م. إبراهيم عباس الجبوري	٥٩٦ - ٦١٥

إخلال القضاء الوطني بتطبيق وتفسير العرف الدولي

أ . د . حيدر كاظم القريشي — كلية القانون/جامعة بابل

كريم كاظم كريم الركابي — كلية القانون/جامعة بابل

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثالث / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

الملخـــــــــص

يعد العرف الدولي مصدراً أصلياً من مصادر القانون الدولي العام على وفق نص المادة (٣٨) من النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية ، وبالتالي يكون القاضي الوطني ملزم بتطبيقه وتفسيره في القضايا التي يتطلب الأمر فيها ذلك ، وإذا خالف القضاء المذكور سلفاً العرف الدولي تُثار مسؤولية الدولة عن أعمال قضائها الوطني غير المشروعة دولياً حتى وان كانت هذه الأعمال مطابقة لدستور الدولة ، إذ المعيار في عدم مشروعية العمل القضائي يكون على وفق قواعد القانون الدولي العام وليس القانون الداخلي .

لذا سنتطرق إلى الموضوع من خلال مبحثين ، نبين في الأول مخالفة القضاء الوطني لتطبيق وتفسير العرف الدولي أما المبحث الثاني نتطرق من خلاله إلى الأثر المترتب على هذه المخالفة والمتمثل بالتعويض بمختلف صوره .

المقدمة

إن للقضاء الوطني دور مهم في تطبيق وتفسير العرف الدولي ، لأن مهمة القضاء المذكور تتمثل في الفصل في القضايا والنزاعات المعروضة أمامه ، وكثيراً ما يحدث في الواقع العملي مخالفات للقضاء الوطني بشأن تطبيق وتفسير العرف الدولي ، إذ يطبق ويفسر القضاء المذكور القانون الداخلي المخالف للعرف الدولي أو يخطأ في تطبيق أو تفسير القاعدة العرفية ، وهذا الأمر لاشك أنه يؤدي إلى المسؤولية الدولية عن أعمال القضاء الوطني المخالفة للعرف الدولي .

تتمثل المشكلة الأساسية للبحث في أن القضاء الوطني كثيراً ما يخالف قواعد العرف الدولي ، ولا يتعامل معها كقواعد قانونية ملزمة كالاتفاقيات الدولية أو القانون الداخلي بحجة أنها قواعد غامضة أو مكملة للقانون الداخلي أو إن دستور الدولة لم ينص على قيمتها ، وان استقلال القضاء لا يسمح بتطبيق قواعد العرف الدولي لأن ذلك يعد من قبيل الرقابة على المحاكم الوطنية .

ولكن هذا الأمر غير صحيح لأن قواعد العرف الدولي هي قواعد قانونية ملزمة للقاضي الوطني ، كما أن عدم النص على مرتبة العرف الدولي في دستور الدولة ومبدأ

استقلال القضاء وحجية الأمر المقضي به ، لا تؤثر على تطبيق وتفسير قواعد العرف الدولي ، وأي مخالفة من هذا القبيل تؤدي إلى إثارة مسؤولية الدولة عن تصرفات قضائها الوطني المخالفة للعرف الدولي.

أما عن منهجية البحث ، سنعتمد على عدة مناهج ، هي النهج الوصفي والمقارن والمنهج التطبيقي من خلال استعراض تطبيقات قضائية وطنية مخالفة لتطبيق وتفسير العرف الدولي وكذلك تطبيقات لمحكمة العدل الدولية للتعويض المترتب على المخالفات المذكورة ، أما المنهج التحليلي فكان حاضراً من خلال تحليل الأحكام القضائية الوطنية والدولية .

وأخيراً نتناول موضوع البحث من خلال مبحثين ، نوضح في المبحث الأول ، مخالفة القضاء الوطني لتطبيق وتفسير العرف الدولي ، أما المبحث الثاني نبين من خلاله الأثر المترتب على مخالفة القضاء الوطني لتطبيق وتفسير العرف الدولي ، ننتهي بعد ذلك إلى الخاتمة التي تتضمن النتائج والتوصيات بشأن الموضوع .

المبحث الأول

مخالفة القضاء الوطني لتطبيق وتفسير العرف الدولي

يعد العرف الدولي من الناحية التاريخية أقدم المصادر للقانون الدولي العام وكذلك للقانون بصورة عامة[١] ، ويعتبر في الوقت الحاضر أيضاً أحد مصادر القانون الدولي العام الأصلية[٢].

وقد كان العرف الدولي مصدراً لمجموعة كبيرة من القواعد التي يتكون منها القسم الأكبر من قواعد القانون الدولي المعترف بها ولكن حركة التقنين قللت من أهميته ، حيث أن الكثير من الأعراف الدولية نصت عليها المعاهدات الدولية .

ويمكن تعريفه ، بأنه مجموعة من الأحكام القانونية التي نشأت نتيجةً لتكرار التزام الدول بها في تصرفاتها مع غيرها في حالات معينة بصفتها قواعد تتمتع بالإلزام القانوني[٣].

ويتكون العرف الدولي من ركنين مادي ومعنوي ، الركن المادي يتمثل بتكرار التصرفات والأعمال المماثلة بين دولتين أو أكثر في أُمور معينة ويتم تكرارها بطرق مشابهة مع دول أُخرى في سبيل تحقيق مصلحة دولية واحدة ، وان الصفة التي تمنح العرف الدولي القوة هو طابعه الإلزامي أي الركن المعنوي(٤).

وتقوم المحاكم الدولية والوطنية بدور مهم في تطبيق العرف الدولي وتفسيره ، وذلك لعدم وجود نصوص خاصة بموضوع الإثبات في القانون الدولي العام ، فكثيراً ما يدعي أحد الأطراف أمام المحكمة بوجود قاعدة عرفية في القانون الدولي وعلى المحكمة حينئذٍ أن تتحرى عن هذه القاعدة العرفية المدعى بها، هل هي قاعدة عرفية صحيحة أم لا على وفق قواعد القانون الدولي وان كان الخصوم هم من يثبت الوقائع ، فيكون من واجب القاضي وبحكم وظيفته أن يطبق القانون على النزاع المعروض أمامه ، وإذا لم يقم بذلك يعد مرتكباً لجريمة إنكار العدالة لذا فان العمل يجري في غالبية الدول على إن القانون الدولي لا يحتاج إلى إثبات أحكامه كواقعة على خلاف أحكام القانون الأجنبي ، ويترتب على هذا الأمر أنه على القاضي الوطني ومن تلقاء نفسه أن يبحث عن مصادر القانون الدولي العام والعمل على تطبيقه ، وقد احترمت غالبية الدول فكرة أن القانون الدولي يعد جزءً من القانون الداخلي ، وبالتالي على المحاكم الوطنية أن تلتزم بتطبيق وتفسير العرف الدولي فضلاً عن التزامها بتطبيق التشريع الداخلي (٥) .

يتضح مما تقدم أن العرف الدولي مصدراً أصلياً من مصادر القانون الدولي العام ، وعلى القاضي الوطني تطبيقه وتفسيره في الحالات التي تتطلب ذلك ، وان مخالفته من قبل القضاء السالف الذكر يُثير المسؤولية الدولية للدولة عن أعمال سلطتها القضائية .

ولغرض الوقوف على أهمية العرف الدولي بالنسبة للقضاء الوطني ، علينا أن نتطرق إلى الموضوع من خلال مطلبين ، وكالاتي :-

المطلب الأول :- موقف القضاء الوطني من تطبيق وتفسير العرف الدولي .

المطلب الثاني :- صور مخالفة القضاء الوطني لتطبيق وتفسير العرف الدولي .

المطلب الأول

موقف القضاء الوطني من تطبيق وتفسير العرف الدولي

نظراً لأهمية العرف الدولي باعتباره مصدراً أصلياً من مصادر القانون الدولي العام ، لذا يجب على القضاء الوطني تطبيقه على النزاع المعروض أمامه في الحالات التي تستوجب ذلك ، لأن تطبيقه يدل على احترام هذا القضاء للالتزامات الدولية .

أما بالنسبة لمسألة تفسير العرف الدولي فإنها تُثار عند اختلاف الأطراف حول تحديد معنى القاعدة القانونية الدولية ونطاقها بصورة دقيقة ، هذا وتحتاج جميع القواعد القانونية إلى تفسير بغض النظر عن مصدرها ، لاسيما القواعد القانونية الدولية المكتوبة ، حيث يعتقد كثير من الفقهاء أن عملية التفسير تقتصر على المعاهدات الدولية ، بسبب وجود نصوص دولية تُحيل إلى هذه العملية كما في نص المادة (٣٦) الفقرة (٢) من النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية ، فضلاً عن اتفاقية فينا لعقد المعاهدات لسنة ١٩٦٩ أما بالنسبة لقواعد القانون الدولي العرفية فان توضيحها أو تفسيرها يختلط بوجودها عادةً ، فالعرف الدولي يعد أحد المواضيع الأكثر إثارةً للجدل بين الفقهاء فيما يتعلق بطبيعته أو نطاقه أو العناصر المكونة له أو مكانته في النظام القانوني الدولي[٦] .

كما أن فكرة وجوب احترام قواعد القانون الدولي يؤدي بالدولة إلى تفسير العرف الدولي ، ولعدم وضوح الأخير ظهرت حلول عديدة للتفسير لغرض الوصول والتعرف على هذه القواعد بطرق ميسرة ، وتجنباً للنزاع على المستوى الدولي يجب أن يكون هذا التفسير متلائماً مع القانون الدولي .

فيذهب القاضي عندما يمكنه ذلك إلى التفسير وإذا كانت القاعدة العرفية تقبل تفسيرات متعددة فانه يفسرها بطريقة متناسبة مع الالتزامات الدولية (العمل بالتفسير الملائم) ، ويرى بعض الفقهاء أن مهمة تفسير العرف الدولي تقع على عاتق الحكومة ممثلة بوزارة الخارجية ولكن المحاكم تبقى حرة في الرجوع إلى رأي وتفسير الحكومة[٧] ، وغالباً ما تقوم المحاكم بتفسير العرف الدولي دون الالتزام بتفسير الحكومة ، ونظراً لأهمية موضوع تطبيق وتفسير العرف الدولي ، سنتطرق إليه من خلال الفرعين الآتيين :-

الفرع الأول :- موقف القضاء الوطني من تطبيق العرف الدولي .

الفرع الثاني :- موقف القضاء الوطني من تفسير العرف الدولي .

الفرع الأول

موقف القضاء الوطني من تطبيق العرف الدولي

لم يتطرق المشرع الدستوري الفرنسي في المادة (٥٥) إلى تحديد مكانة القواعد الدولية غير المكتوبة في سلم تدرج القواعد الداخلية ، عكس ما فعل بالنسبة للقواعد الدولية الاتفاقية فلم يحظى العرف الدولي بقيمة واعتراف دستوري كما هو عليه الحال بالنسبة للمعاهدات الدولية ، حيث لم يعترف به إلا في إطار تأكيدات عامة والفاظ غير محددة ، من ذلك نذكر مثلاً ما جاء في الفقرة (١٤) من ديباجة الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦ – إن الجمهورية الفرنسية إذ تلتزم بتقاليدها تتقيد بقواعد القانون الدولي العام ، كما اكتفت ديباجة دستور عام ١٩٥٨ بالإشارة إلى أن يعلن الشعب الفرنسي رسمياً ارتباطه بحقوق الإنسان ومبادئ السيادة الوطنية كما حددها إعلان ١٧٨٩ وأكدتها وأكملتها ديباجة دستور عام ١٩٤٦ ، ولا شك أن ما ورد في الفقرة (١٤) ديباجة دستور ١٩٤٦ لا يصلح أساساً يعتمد عليه لإضفاء الصفة الدستورية على العرف ، ولا يصلح أساساً لتحديد مرتبته في سلم تدرج القواعد القانونية الداخلية الفرنسية ، ولم يكن دستور عام ١٩٥٨ أفضل حالاً من دستور عام ١٩٤٦ بشأن هذه المسألة[٨] .

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي يمكنه أن يعتبر هذه القواعد في نفس مرتبة القواعد الدولية الاتفاقية ، بحيث تكون أعلى من القانون العادي وأدنى من الدستور وذلك على وفق مذهب وحدة القانون مع أولوية القانون الدولي (المذهب الذي تتبناه فرنسا) [٩] .

وهذا الأمر تضمنته العديد من الأحكام القضائية الفرنسية ، منها قرار مجلس الدولة الفرنسي المتضمن إمكانية تطبيق القانون الدولي العرفي في النظام القانوني الداخلي للدولة ، وفصلَ في نزاع يتعلق بمسؤولية الدولة عن فعل رمي الحطام في أعالي البحار على ضوء قواعد القانون الدولي العرفي ، وفي عام ١٩٩٧ صدر عن الجمعية العامة لمجلس الدولة قرار Aquarone حال فصله في النزاع المتعلق بفرض الضريبة في فرنسا على منحة التقاعد التي كان يستفيد منها الكاتب السابق في محكمة العدل الدولية , الذي يتمتع بالجنسية الاسترالية

وفصل مجلس الدولة في النزاع وفقاً للعرف الدولي ، كما أكد صراحةً إمكانية إثارة هذا الأخير في النظام القانوني الداخلي [١٠] .

وقد طبق القضاء الفرنسي قواعد العرف الدولي مباشرةً دون الحاجة لإصدارها في صورة قانون داخلي ، فقد قامت محكمة النقض الفرنسية بنقض حكم لمحكمة الاستئناف لم يعترف بالحصانة القضائية لأموال تابعة لإحدى الدول الأجنبية كما يقضي بذلك العرف الثابت الذي يحكم العلاقات بين الدول ، وقالت المحكمة أن هذا العرف ملزم للقضاء المدني ويجب تطبيقه بقوة القانون ، إلا إذا تنازلت الدولة المعنية صراحةً عن حصانتها[١١] .

كما تعلن بعض الدول أن قواعد العرف الدولي تطبق بشكل مباشر من قبل محاكمها الوطنية ومن غير حاجة إلى تشريع خاص ينص على نفاذ هذه القواعد على المحاكم والسلطات الوطنية الأخرى والأفراد ، وقد ظهر في بريطانيا منذ وقت بعيد تطبيق قواعد العرف الدولي في القانون الداخلي ، إذ استقر القضاء خلال القرن الثامن عشر على مبدأ إن قانون الشعوب هو جزءاً من القانون الانكليزي وسارت المحاكم البريطانية على هذا المبدأ لفترة طويلة من الزمن[١٢].

ومن بين الأحكام الشهيرة التي عادةً ما يتم الرجوع إليها لتأكيد طريقة الاندماج التلقائي ، وكذلك تطبيق قاعدة أن قانون الأمم جزءاً من قانون واجب التطبيق أمام القاضي الوطني ، حيث نجد في قضية Buvot ضد Barbuit عام ١٧٣٧ التي فصل فيها مجلس اللوردات بصفته جهة قضائية ، وأشار في هذه القضية اللورد Talbot إلى أن الحصانات والامتيازات الدبلوماسية تنظم من قبل قانون الأمم وأكد أن قانون الشعوب يشكل جزءً من القانون الانكليزي ، وعليه أقر الدفع المقدم أمام المحكمة والذي بموجبه أقر تمتع وكيل تجاري بالحصانات والامتيازات الدبلوماسية لأنه كان مفوضاً من ملك بروسيا وتم استقباله في بريطانيا بهذه الصفة ، وتبعاً لذلك أقرت المحكمة حقه في الحصانة الدبلوماسية وعدم جواز محاكمته أمام المحكمة البريطانية [١٣] .

ومن القضايا الحديثة للقضاء البريطاني في هذا الشأن نذكر قضية Regina ضد Jones لسنة ٢٠٠٦ والتي تتعلق بتطبيق العرف الدولي في المحاكم البريطانية ، وتتمثل بقيام (٢٠) شخص تقريباً ينتمون إلى منظمة المطالبين بالسلام بأفعال مجرمة بموجب القانون الجنائي البريطاني ، وذلك لاقتحامهم قاعدة عسكرية عام ٢٠٠٣ وسببوا أضراراً في الهياكل

والمعدات الموجودة في تلك القاعدة بهدف منع الإعتداء البريطاني الأمريكي على العراق ، وقد كانت حجة الدفاع إن الفعل المرتكب لم يكن جريمة بمقتضى القانون الجنائي لسنة ١٩٦٧ لأنهم كانوا يقاومون اعتداء قامت به بريطانيا وأمريكا عند غزو العراق ، وهذا الأمر يشكل جريمة عدوان حسب العرف الدولي وبالتالي جريمة وفقاً للقانون البريطاني ، لكون العرف يندمج في القانون الداخلي دون حاجة إلى نص تشريعي أو قرار قضائي لإدماجه[١٤] .

يتضح لنا أن العرف الدولي يعد جزءاً من القانون الداخلي في بريطانيا ، لأن القضاء البريطاني يطبقه مباشرةً دون حاجة إلى صدور تشريع ينص على نفاذه أو اتخاذ إجراء آخر بشأنه .

أما بالنسبة للقضاء الأمريكي ، على الرغم من أن دستور الولايات المتحدة الأمريكية لم ينص على مكانة العرف الدولي[١٥]، ولكن نجده قد أكد في أحكام عديدة إن القانون الدولي العرفي يعد جزءاً من القانون الداخلي للولايات المتحدة الأمريكية[١٦] ، من ذلك قضية FILARTIGA ضد PENA-IRALA عام ١٩٨٠ ، والتي تتعلق وقائعها بقيام أب وابنته من البرغواي برفع دعوى قضائية وفقاً لقانون الدعاوى الأجنبية ، ضد مسؤول شرطة برغواي على أنه انتهك القانون الدولي ، وذلك لتسببه بوفاة ابن وأخ المدعيين بسبب التعذيب الذي مارسه ضدهم ، وقد طبقت محكمة استئناف نيويورك العرف الدولي باعتباره جزءاً من القوانين الأمريكية مقررةً أن العرف الدولي يحرم التعذيب الذي تمارسه الجهات الرسمية ولا يعترف بالتمييز في المعاملة بين المواطنين والأجانب ، وقد رفضت محكمة أول درجة الدعوى وذلك لعدم الاختصاص القضائي ، إلا أن محكمة الاستئناف الغت الحكم الأول ، وقضت باختصاص المحاكم الأمريكية بنظر الدعوى مستندةً إلى أن أفعال التعذيب المرتكبة من موظف في الدولة ضد شخص محتجز تعد خرقاً لقواعد العرف الدولي[١٧] .

وفي قضية Garcia – Mir V. Meese لعام ١٩٨٦ ، أُعتبر قرار النائب العام بالاحتجاز غير المشروع لمهاجر كوبي غير محدد المدة ، بأن الاحتجاز غير المحدد المدة لشخص أجنبي يعتبر انتهاكاً للقانون الدولي العرفي[١٨] .

وفي حكمٍ حديث نسبياً للمحكمة العليا الأمريكية صدر عام ٢٠٠٤ في قضية Sosaضد Alvarez – Machain يؤكد تطبيق العرف الدولي في قضايا قانون الدعاوى الأجنبية دون أن يقيد القضاء ، وتتلخص وقائع هذه القضية في عام ١٩٩٠ تم اختطاف د.

المكسيكي Alvarez من طرف وكالة مكافحة المخدرات بمساعدة مجموعة مكسيكية من ضمنهم Jose Sosa لجلبه للمحاكمة في الولايات المتحدة الأمريكية بعد اتهامه بالمشاركة في تعذيب وقتل أمريكي في وكالة مكافحة المخدرات في المكسيك ، وهذا بعد إن رفضت حكومة المكسيك تسليمه .

لما تقدم نجد أن القضاء الأمريكي يطبق العرف الدولي على النزاعات المعروضة أمامه في الحالات التي يستوجب فيها الأمر ذلك ، ويعده جزءً من القانون الداخلي على الرغم من أن الدستور الأمريكي لم ينص على مكانته كما هو الحال بالنسبة للمعاهدات .

أما في كندا نجد بعض الأحكام القضائية تضمنت تطبيق العرف الدولي في المحاكم بصورة تلقائية ، من ذلك ما جاء في قرار محكمة الاستئناف لـــــ Ontario في قضية Bouzari ضد الجمهورية الإسلامية الإيرانية عام ٢٠٠٢ ، عندما نص على أن العرف الدولي مدمج مباشرةً في القانون الكندي ما لم يكن يخالف التشريع الوطني بصورة صريحة[١٩] .

ويمكن القول أن قاعدة القانون الدولي العرفي جزءً من القانون الداخلي وان كانت أساسية في النظام الانكلوسكسوني ، فان هذا لا يعني المبالغة في مدى أهميتها فهذه القاعدة لا تجد تطبيقاً عملياً في العادة إلا في النزاعات التي يمكن للقاضي الوطني فهمها[٢٠].

وإذا كانت الغالبية العظمى من الدساتير تمنح القاضي الوطني سلطة تطبيق القانون الدولي العرفي ، فمن النادر أن تقضي الدساتير بأفضلية القانون الدولي العرفي على القانون الداخلي ، نظراً لأن القاضي الوطني يعتبر أحد أجهزة السيادة الوطنية ويجب عليه أن يطبق القوانين الداخلية التي تتعارض مع القانون الدولي العرفي ، ومسلكه هذا يكون لا غبار عليه في القانون الداخلي وإن كان يؤدي إلى المسؤولية الدولية في القانون الدولي ، ومع ذلك يمكن أن نشير إلى مذهب أفضلية قواعد القانون الدولي العرفية على القانون الداخلي يجد له تطبيقاً في دستور جمهورية المانيا الفيدرالية لعام ١٩٤٩[٢١] ، حيث نصت المادة (٢٥) منه على أن القواعد العامة للقانون الدولي جزءً لا يتجزأ من القانون الاتحادي ، تعلو على القوانين وتُنشئ مباشرةً الحقوق والالتزامات لكل من يقيم على الإقليم الفيدرالي ، كما نصت المادة (١٠٠/٢/ ثالثاً) من الدستور ذاته , على القاضي الداخلي يستطيع رفض تطبيق القواعد المخالفة للقانون الدولي العام سواء أكانت عرفية أم مكتوبة[٢٢] .

يتضح من هذين النصين أن الدستور الألماني يقرر صراحةً إن قواعد العرف الدولي جزءً من قوانين المانيا يطبقه القاضي الألماني في جميع القضايا التي تعرض عليه وتعلو على القوانين الداخلية وتُنشئ مباشرةً الحقوق والالتزامات لكل مقيم على الإقليم الفيدرالي[٢٣] .

أما في ايطاليا فقد نصت المادة (١/١٠) من الدستور الايطالي لعام ١٩٤٨ على أن النظام القانوني الايطالي يوافق ويطابق نفسه مع قواعد القانون الدولي المعترف بها عامة ، وطبقاً للنص المذكور أن أي قانون داخلي مخالف للعرف الدولي يكون معرضاً للإلغاء ، وقد اعترفت المحكمة الدستورية العليا الايطالية بسمو قواعد العرف الدولي على القوانين الايطالية في جميع القضايا التي عُرضت عليها في هذا الشأن[٢٤] .

أما القضاء المصري نجده يطبق العرف الدولي في قضايا عديدة ، ومن الأمثلة على تطبيق القضاء المصري للعرف الدولي ، نذكر قيام مجلس الغنائم المصري بتطبيق العرف الدولي وبشكل متكرر وذلك عن طريق رفض تطبيق أوامر المحاكم العسكرية التي تخالف هذه القواعد ، ويعد ما سبق تطبيقاً للقانون رقم (٢٢) لسنة ١٩٥٠ الخاص بإنشاء مجلس الغنائم المصرية أثر الحرب العربية – الإسرائيلية عام ١٩٤٨و١٩٤٩ ، حيث نص هذا القانون على أن يطبق المجلس في دعاوى الغنائم قواعد القانون الدولي العام دون أن يفرق في ذلك بين قواعد القانون الدولي العام الاتفاقية والعرفية ، وكذلك حكم محكمة النقض المصرية (الدائرة الجنائية) في عام ١٩٥٣ الذي طبقت فيه المحكمة القاعدة الدولية العرفية الخاصة بعدم جواز إكراه المبعوثين الدبلوماسيين الأجانب على أداء الشهادة أمام المحاكم الوطنية ، وفي ذلك تقول محكمة النقض انه لما كان من المتفق عليه أن رجال السلك السياسي وزوجاتهم وأولادهم وأقاربهم الأقربين الذين يعيشون معهم في معيشة واحدة ، يتمتعون بحصانة مطلقة لا يجوز معها إكراههم على الحضور أمام القضاء لأداء الشهادة في واقعة جنائية أو مدنية ، وبصورة أكثر صراحة قالت محكمة النقض في حكمها الصادر عام ١٩٨٦ على القاضي المصري أن يطبق قواعد القانون الدولي المتمثلة بالعرف الدولي باعتبارها مندمجة في القانون الداخلي لمصر فيما لا إخلال فيه بنصوصه[٢٥] .

ومن الجدير بالذكر أن الدستور المصري لعام ١٩٧١ لم يشير إلى مرتبة العرف الدولي كما فعل بالنسبة لقواعد القانون الدولي الاتفاقية ، وكذلك أن الدستور المصري الحالي لعام ٢٠١٢ لم يشير إلى مكانة القواعد الدولية العرفية .

يتضح لنا أن القضاء المصري طبق قواعد العرف الدولي في مناسبات عديدة مستنداً في ذلك إلى القانون رقم (٢٢) لسنة ١٩٥٠ الخاص بإنشاء مجلس الغنائم المصرية أثر الحرب العربية – الإسرائيلية عام ١٩٤٨ و ١٩٤٩ ، إذ جاء في هذا القانون ، يطبق المجلس في دعاوى الغنائم قواعد القانون الدولي العام دون تمييز في ذلك بين القواعد الاتفاقية والعرفية ، حيث شكل هذا القانون الأساس الذي يعتمد فيه القضاء في تطبيق قواعد العرف الدولي ، أما فيما يتعلق بتطبيق القضاء المصري للعرف الدولي على القضايا الحديثة فانه يعدها مندمجة في القانون الداخلي مع عدم الإخلال بنصوصه .

وقد تضمن الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ وتعديلاته تأكيداً صريحاً على سريان العرف الدولي بصورة مباشرة في المسائل الحقوقية والتجارية ، حيث نصت المادة (١/١٠٣) على الآتي ، تمارس المحاكم النظامية اختصاصها في القضاء الحقوقي والجزائي وفق أحكام القوانين النافذة المفعول في المملكة على أنه في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب أو في الأمور الحقوقية والتجارية التي قضت العادة في العرف الدولي بتطبيق قانون بلاد أُخرى بشأنها ينفذ ذلك القانون بالكيفية التي نص عليها القانون ، وقضت محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية في حكمها رقم (١٩٧٩/١٥٨) بما يأتي (إن المادة ١٠٣ من الدستور أجازت تطبيق القانون الأجنبي في الأمور الحقوقية والتجارية ..... أن الاتفاق في العقد على تطبيق القانون الألماني على النزاعات الناشئة عن العقد هو شرط متفق مع العرف الدولي ...) ، واستندت محكمة العدل العليا الأردنية إلى القانون الدولي مباشرةً بقولها من المقرر فقهاً وقضاءً في القانون الدولي ، أن ممثلي الدول الأجنبية الدبلوماسيين يتمتعون بالحصانة الدبلوماسية وغير خاضعين للقضاء الإقليمي في الدولة المبعوثين لديها ، ومن أهم مظاهر الحصانة عدم جواز التعرض لدار البعثة الدبلوماسية ، ولا يجوز للسلطات المحلية اتخاذ أي إجراء من الإجراءات القضائية بشأن هذه الدار ..... إن قاعدة الحصانة الدبلوماسية لدار البعثة الدبلوماسية تعد من النظام العام ، ويجوز للمحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها ولو لم يطلب إليه الخصم ذلك ، وعلى الرغم من افتقار الدستور الأردني إلى نص صريح يحسم مسألة القيمة القانونية للعرف الدولي في القانون الداخلي فانه يمكن أن نستنتج من نص المادة (١/١٠٣) من الدستور على سريان قواعد القانون الدولي العرفي مباشرةً في النظام القانوني الأردني من دون حاجة إلى استقبالها وتبنيها بموجب التشريع الوطني ، وتعطي الأولوية في التطبيق للعرف الدولي على القوانين الوطنية النافذة [٢٦] .

أما بالنسبة لموقف القضاء العراقي من تطبيق العرف الدولي ، لابد من الإشارة إلى أن دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ لم ينص على قيمة ومرتبة العرف الدولي بصورة صريحة ، كما فعل ذلك بالنسبة للمعاهدات الدولية التي يصادق عليها مجلس النواب بقانون يُسن بأغلبية ثلثي أعضاءه (م٦١ رابعاً) ، أي أن المعاهدات الدولية تتمتع بنفس قيمة القانون العادي ، ولكن يمكن لنا أن نقول أن دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ أشار إلى العرف بصورة غير مباشرة من خلال المادة (٨) التي تنص على الآتي (يرعى العراق مبادئ حسن الجوار ، ويلتزم بعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأخرى ، ويسعى لحل النزاعات بالوسائل السلمية ، ويقيم علاقاته على أساس المصالح المشتركة والتعامل بالمثل ، ويحترم التزاماته الدولية) .

من خلال المادة المذكورة آنفاً ، لاسيما عبارة (يحترم التزاماته الدولية) نجد إشارة إلى العرف الدولي لأن الالتزامات الدولية أما أن يكون مصدرها المعاهدات الدولية أو العرف أو مبادئ القانون العامة ، ولكن رغم ذلك لم يوضح الدستور مرتبة العرف الدولي في النظام القانوني الداخلي وهل يعد بمثابة القانون الداخلي أم لا ، وما هو الحل عند التعارض بينه وبين القانون الداخلي سواء أكان سابقاً أم لاحقاً عليه ، بعبارة أخرى هل يطبق القاضي الوطني العرف الدولي السابق على القانون الداخلي عند التعارض أم يهمله ويطبق قانونه الداخلي ، وفي حالة كون العرف الدولي لاحقاً على القانون الداخلي أيهما يطبق القاضي الوطني ، جميع هذه الأمور لم يبت بها الدستور على الرغم من أهميتها الكبيرة في الواقع العملي .

لذا يمكننا القول أن قواعد القانون الدولي العام غير الاتفاقية كالعرفية مثلاً لا يعتد بها القاضي العراقي إلا إذا اعتمدها النظام القانوني الداخلي أو إذا كانت تنظم حالات لم ينظمها القانون الداخلي ولم تنص عليها المعاهدات الدولية ، وتعتبر القواعد الدولية العرفية في حالة اندماجها في النظام القانوني الداخلي بحكم القواعد الداخلية .

الفرع الثاني

موقف القضاء الوطني من تفسير العرف الدولي

بالرغم من أن دساتير دول عديدة لم تنص على مكانة العرف الدولي ، ومن بينها الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ إلا إننا نجد القضاء في هذه الدول يقوم بتطبيق وتفسير العرف

الدولي ، إذ نجد القضاء الفرنسي في أحكام متعددة يتعرض لعملية تفسير العرف الدولي ، من ذلك تأييد الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية لغرفة التحقيق التي صرحت ببطلان إجراءات التحقيق واعترفت بالحصانة القضائية وفقاً للعرف الدولي ، خلال التحقيق المفتوح بعد غرق السفينة (أريكا) لأجل جنح المساهمة في التلوث وتعرض حياة الغير للخطر ضد هيأة السلطة البحرية في مالطة التي تتمتع بمقتضى اعتماد بإدارة السفن التي تحمل علم مالطة ، وبررت غرفة التحقيق قضاءها بأن مؤسسة السلطة البحرية المالطية وان كانت تقوم بأعمال تجارية إلا أنها تتمتع بصلاحيات السلطة العامة الصادرة عن دولة مالطة والتي تمارسها تحت رقابة الوزارة الوصية ، وتأكد القرار المذكور لاحقاً بمناسبة رفض قضاة الغرفة الجنائية طعناً بالنقض ضد قرار غرفة التحقيق وفي إطار التحقيق القضائي بشأن القتل غير العمدي بعد غرق السفينة التي تقوم بمهام المرفق العام غير التجاري ، أبطلت أوامر القبض التي أصدرها قاضي التحقيق ضد موظفي وأعضاء الحكومة السنغالية [٢٧] .

ومن أهم ما جاء في هذا القرار أن العرف الدولي الذي يمنع متابعة الدول أمام القضاء الجزائي للدول الأجنبية يشمل الهيئات والكيانات المنبثقة عن الدولة ويشمل أيضاً موظفيها عن الأفعال التي تدخل في ممارسة سيادة الدولة المعنية كما هو الحال في هذا النزاع ، وهكذا تكون غرفة التحقيق قد بررت قضاءها لما صرحت بإبطال أوامر القبض الصادرة من قاضي التحقيق تجاه الوزير الأول ووزير القوات المسلحة لدولة أجنبية (السنغال) لأنهم يمارسون مهامهم ، وقضت أيضاً بأن السفينة المحطمة غير تجارية بل كانت تقوم بأعمال السلطة العامة لفك الحصار عن منطقة كازامانس السنغالية البحرية ، وان وزير القوات المسلحة سمح للقوات البحرية الوطنية بإدارة هذه السفينة وقد تعرضت لهجمات وكانت مسلحة بفريق عسكري , وعليه يكون لها صفة السفينة العسكرية[٢٨] .

يتضح من ذلك أن تفسير العرف الدولي المتعلق بحصانة الدول تم توسيعه ليشمل الهيئات والأجهزة والكيانات المنبثقة عن الدول الأجنبية ، وكذلك موظفيها فيما يتعلق بالأعمال المرتبطة بسيادة الدولة المعنية .

وجاء في قضاء مجلس الدولة الفرنسي عندما فسر القاعدة الدولية العرفية المتعلقة بحصانة الدول من التنفيذ ، عندما فصل في النزاع المتعلق بمجموعة من السيدات يعملن في السفارة الكويتية في باريس ، وبعد انتهاء عملهن لم تمنحهن السفارة الكويتية المرتبات والتعويضات المتأخرة المستحقة لهن بالإضافة إلى التعويض عن إنهاء عملهن ، ورفعن

دعوى أمام القاضي الاجتماعي الذي قبل الطلب مستنداً إلى أن السفارة الكويتية لا تتمتع بالحصانة في هذا المجال ، ورفضت السفارة المذكورة تنفيذ الحكم الصادر من محكمة الاستئناف في باريس فلجأت العاملات في السفارة إلى المنفذ القضائي لتنفيذ الحكم الصادر في صالحهن فاعترضت السفارة الكويتية على حجز حسابها المصرفي لدى البنك الوطني الكويتي لتمتعها بالحصانة التنفيذية وان هذه الحصانة تجد أساسها في العرف الدولي ، وعليه لا يمكن تنفيذ الحكم المدني في مواجهة الدول الأجنبية ، طلب المدعون من الإدارة تعويضاً على أساس مسؤوليتها دون خطأ عن فعل تطبيق العرف الدولي ولكن هذا الطلب تم رفضه ضمناً ، ثم قام المدعون بإقامة دعوى أمام القاضي الإداري على أساس مسؤولية الدولة الفرنسية دون خطأ ، ولكن المحكمة الإدارية ومحكمة الاستئناف رفضتا الطلب المذكور وعند الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة أصدر قراره بقبول طلب المدعين وتحميل فرنسا المسؤولية الإدارية دون خطأ استناداً إلى العرف الدولي ، حيث تم التفسير استناداً إلى أن القاضي الإداري الأعلى حَمّلَ الدولة المسؤولية في مناسبات أُخرى عن فعل تطبيق القوانين والاتفاقيات الدولية [٢٩] .

يتضح مما تقدم أن مجلس الدولة الفرنسي فسر العرف الدولي ووسع من حصانة الدول المتعلقة بالتنفيذ ، إذ جاء في الحكم المذكور أن القاعدة العرفية الدولية المتعلقة بحصانة الدول التنفيذية والتي لم يتم استبعادها بنص القانون أو بتدبير تشريعي آخر ، تطبق في النظام القانوني الداخلي وتم تفسير القاعدة العرفية بأن الدولة تتمتع بالحصانة التنفيذية للأعمال التي تقوم بها أو تمارسها في الخارج وان هذه الحصانة تمنع حجز أملاكها ويستثنى من ذلك الأملاك غير المرتبطة بممارسة المهام السيادية[٣٠] .

إذا كان مبدأ الإدماج الكامل للعرف الدولي مقبولاً كحل لعموم الدول المتحضرة فأنه ليس من السهل أن يقبل القاضي الوطني وجود قاعدة للقانون الدولي قابلة للتطبيق داخلياً ، ولكي يعترف القاضي بهذه القاعدة يجب أن يكون قد تم إدماجها من قبل دولته ، ويستند القضاء الانكليزي على الاتجاه الضمني لدولته معتبراً ذلك إدماج للقاعدة العرفية الدولية وفي المقابل نجد قضاة لا يطبقون القاعدة العرفية الدولية إلا إذا وجدوا أن وسيلة إدماج هذه القاعدة واضحة ، بغض النظر عن تلك الوسيلة سواء كانت تشريعية أم تنفيذية أم قائمة على تصرف دبلوماسي[٣١] .

وفي أغلب الأنظمة القانونية الوطنية يمكن للقاضي طلب رأي السلطة التنفيذية في مسائل تتعلق بالعرف الدولي ولكنه بالنتيجة غير ملزم بهذا الرأي ، وفي كل من بريطانيا

وايرلندا نجد نظام الشهادة التي يمكن الحصول عليها حسب اختلاف الحالة سواء من أحد طرفي الخصومة أو كليهما ، وتربط هذه الشهادات القاضي بالوقائع في حين أنه ملزم باستنتاج النتائج القانونية ، غير أن المحاكم الانكليزية لا تلتزم بالشهادات الحكومية في تفسير العرف الدولي ، وهذا ما نجده في قضية Kawasaki Ltd Banthan Steamship Com ضد Kisen Kabushiki Kaioha عام ١٩٣٩ ، والتي تتلخص حيثياتها أن سفينة مملوكة لمجهزين من لندن أجرتها شركة يابانية وكان عقد الإيجار يسمح للمتعاقد الآخر بالفسخ في حالة إذا أصبحت اليابان في حالة حرب مع دولة أخرى ، وفي عام ١٩٣٧ هاجمت بعض السفن اليابانية سفن أجنبية عديدة من غير إعلان حالة الحرب مسبقاً وتمسك أحد الأطراف بشرط الفسخ ، لكن الطرف الآخر رفض ذلك وتمسك بطلب تنفيذ العقد ، وفي هذه القضية كانت مهمة القاضي تفحص الوضع السياسي في الشرق الأقصى وتحديداً ما إذا كانت توجد حقيقةً حالة حرب بين الصين واليابان ، وبناءً على طلب الخصوم تم أخذ رأي وزارة الخارجية فيما إذا كانت اليابان تعد في حالة حرب يوم ١٩٣٧/٩/١٨ ، وجاء رد الوزارة بأن الوضع في الصين مبهم واستثنائي وفي هذه القضية حكم القاضي بعيداً عن الشهادة الحكومية المذكورة [٣٢] .

أما عن تفسير العرف الدولي في القضاء الأمريكي فقد صدرت عدة أحكام بهذا الشأن ، ففي القضية المشهورة The Paquette Habana التي فصلت فيها المحكمة العليا الأمريكية عام ١٩٠٠ ، استخلصت المحكمة من الوقائع المطروحة عليها قاعدة تمنح حصانة ضد مصادرة سفن الصيد الصغيرة في زمن الحرب وفسرت تلك القاعدة بأن تطبيقها يشترط بأن لا تكون هذه السفن خرجت عن نطاق عملها المشروع ، فبعد قيام المحكمة بتحريات تفصيلية للوقائع المطروحة عليها وهي قوانين الدول وممارساتها وأحكام المحاكم المختلفة وكتابات الفقهاء ، وجدت هذه المحكمة أن هذه الوقائع جميعها تثبت وجود قاعدة عرفية صحيحة تمنح سفن الصيد الصغيرة حصانة ضد مصادرتها وقت الحرب بواسطة السفن الحربية إذا كانت تعمل بإخلاص وتتابع سيرها بأمانة وبراءة ، وفي حكم آخر للمحكمة العليا الأمريكية في قضية Hamdan ضد Rumsfeld عام ٢٠٠٦، تم مناقشة القاعدة العرفية المتعلقة بتحريم الحجز التعسفي ورأت أنها لا تنطبق على ما أسمتهم بالمحاربين غير الشرعيين ، وهذا الأمر استجابةً لطلب الحكومة الأمريكية وذكرت في هذا الصدد القاضية Oconnor ، أن قانون الحرب والواقع الأمني يتطلب القيام بمثل هذا الاعتقال وبذلك تجنبت

المحكمة أن تقع في تناقض مع تفسير السلطة التنفيذية[٣٣] ، فيما إذا فسرت القاعدة العرفية المتعلقة بتحريم الاحتجاز التعسفي تفسيراً على خلاف ذلك .

أما القضاء المصري فقد فسر العرف الدولي في قضايا عديدة ، منها ما جاء في قرار الجمعية العمومية لقسمي التشريع والفتوى بمجلس الدولة في فتواها رقم (٨٥٣) في عام ١٩٦١ ، والتي نصت على شرط المعاملة بالمثل ، حيث تم تفسير القاعدة العرفية الدولية (شرط المعاملة بالمثل) لإعفاء تشيكوسلوفاكيا من أداء رسم تنفيذ عقد شراء قطعة أرض لإقامة دار لسفارتها بالقاهرة ، مع العلم أن المشرع المصري لم ينص على هذا الإعفاء[٣٤] .

ولابد أن نشير إلى أن القضاء الوطني عندما يفسر العرف الدولي ، فانه غالباً ما يفسره في ضوء أحكام القانون الداخلي وكأنما انه يعد جزءً منه ، بمعنى أن القاضي الوطني في تفسيره للعرف الدولي يستند على مبادئ وأحكام تفسير القانون الداخلي وليس الدولي ، ومما لاشك فيه أن هذا التوجه غير صحيح ولا يوضح بشكل دقيق المعنى المقصود من القاعدة العرفية الدولية .

المطلب الثاني

صور مخالفة القضاء الوطني لتطبيق وتفسير العرف الدولي

تتمثل أهم صور مخالفة القضاء الوطني للعرف الدولي ، بتطبيق القاضي الوطني القانون المخالف للعرف الدولي أو تفسير القانون المتفق مع العرف الدولي بصورة خاطئة , وكذلك في حالة مخالفة القاعدة الدولية العرفية ، وهذا ما سنبحثه من خلال الفرعين الآتيين :-

الفرع الأول

تطبيق أو تفسير القانون المخالف للعرف الدولي

كثيراً ما يقوم القاضي الوطني بتطبيق وتفسير القانون الداخلي المخالف للعرف الدولي بحجة انه يلتزم بقانونه الداخلي وان خالف القانون الدولي ، وهناك تطبيقات كثيرة في هذا الشأن ، منها حكم محكمة العدل الاسكتلندية لعام ١٩٠٦ في قضية (مورتنس ضد بيترز) في استئناف قرار اتخذه مدير شرطة بفرض غرامة قدرها (٥٠) جنيه أو الحبس (١٥) يوماً بدلاً من ذلك , فقد أُتهم مورتنس[٣٥] ، بتهمة خرق قانون الصيد في البحار وقانون صيد الأسماك

الاسكتلندي في نقطة تقع على بعد أكثر من ثلاثة أميال بحرية من البر ، ويمنع القانونان المذكوران وقانون فرعي وضعته هيأة صيد الأسماك عام ١٨٩٢ طريقة الصيد موضوع القضية في اللسان (منطقة يبلغ عرضها ٧٥ ميلاً تقريباً من نقطة إلى أخرى) ، واستأنف مورتنس الحكم محتجاً بأن القانونين المذكورين والقانون الفرعي تطبق على الرعايا البريطانيين أو على الأشخاص داخل الممتلكات البريطانية ، وان المكان المعني أو المنطقة التي زعم بأن مخالفة القوانين حدثت فيها تقع خارج الحدود الإقليمية البريطانية بموجب القانون الدولي العرفي ولا يمكن أن تخضع للقانونين أو القانون الفرعي[٣٦] .

ورد الوكيل المالي للمحكمة على ذلك بقوله أن نصوص القانونين والقانون الفرعي عالمية وانه حتى وان طبقت نصوص القانون الدولي فأنه يتضح أن المخالفة ارتكبت في المياه البريطانية وإن لم يكن اللسان جميعه جزءً من الممتلكات البريطانية لجميع الأغراض فان من حق الحاكم البريطاني اتخاذ إجراءات وقائية بالنسبة للصيد في هذه المياه[٣٧] .

يتضح من الحكم المذكور أن القاضي الوطني طبق القانون الداخلي رغم تعارضه مع قواعد العرف الدولي فضلاً عن تفسيره قوانين صيد الأسماك بصورة تتناقض مع العرف الدولي .

ومن تطبيقات القضاء الفرنسي في هذا الخصوص ، نذكر قرار محكمة النقض الفرنسية الذي جاء رداً على طعن (الطرف المدني – حركة مناهضة العنصرية والصداقة بين الشعوب Mrap) الذي تضمن بأنه لا يمكن الاستناد إلى أي قانون يتعلق بالعفو العام لإعاقة متابعة وقمع وقائع تعتبر جرائم ضد الإنسانية ، وان هذا التجريم نابع من قاعدة دولية عرفية مستقرة تعلو على القانون الداخلي وان القول بأن الجرائم المتمسك بها من قبل الطرف المدني تدخل ضمن نطاق تطبيق المادة (١) من قانون العفو العام الصادر سنة ١٩٦٨ والتي تتضمن العفو العام لكل الجرائم المرتكبة التي تتعلق بأحداث الجزائر دون معاينة قضاة الاستئناف أن تجريم الجرائم ضد الإنسانية له قيمة تسمو على القانون الداخلي وفقاً لقاعدة التجريم العرفية الدولية لهذه الأفعال ، يكونوا بذلك خرقوا وخالفوا المبدأ المذكور في أعلاه ، وأيد قضاة الاستئناف في استدلالهم المنتقد من قبل الطاعن عندما أكدوا بأنه لا يمكن تحريك المتابعات الجنائية وفقاً للعرف الدولي الذي يمكنه إذا اقتضى الأمر الإسهام في تفسير الاتفاقية ولكن لا يمكن على أي حال أن يعوض غياب النص التجريمي ليُنشئ أساساً للجريمة ، وأن

العفو العام الصادر بموجب القانون سنة ١٩٦٨ يتضمن الأفعال التي يتمسك بها الطرف المدني[٣٨] .

يتضح من الحكم المذكور أن القضاء الفرنسي طبق القانون رغم تعارضه أو مخالفته للعرف الدولي .

ومن تطبيقات القضاء الأمريكي المخالفة للعرف الدولي ، ما جاء في قرار محكمة استئناف الولايات المتحدة الأمريكية الذي وضح في قضية United States V. Fawaz Yunis لعام ١٩٩١ ، أن واجب القضاة هو العمل على تنفيذ الدستور والقوانين والمعاهدات التي عقدتها الولايات المتحدة الأمريكية وليس العمل على مطابقة قانون البلاد مع قواعد القانون الدولي العرفي ، فلم تلبث المحكمة أن رددت ما جرى عليه قضاؤها السابق مقررة ان القوانين المتعارضة مع مبادئ القانون الدولي العرفي ربما تؤدي إلى انتهاكات للقانون الدولي ، ولكن حسب القانون المحلي للدولة فان القانون المخالف للقانون الدولي العرفي إنما هو يعدل أو يلغي هذا الأخير[٣٩] .

ومن تطبيقات القضاء الأمريكي في هذا الشأن كذلك ، نذكر قضية Garcia – Mir ضد Meese والتي تتلخص وقائعها ، أنه أثناء مرور كوبا بأزمة اقتصادية عام ١٩٨٠ طلب العديد من الكوبيين من حكومتهم أن تسمح لهم بالحصول على الحق في اللجوء ، وهذا ما قام به Castro لكن الشيء المجهول للولايات المتحدة الأمريكية أن أغلب اللاجئين كانوا من المطلوبين للقضاء أو المفرج عنهم من المصحات العقلية ، ونظراً للعدد الكبير من اللاجئين أصدرت إدارة الرئيس الأمريكي في حينها والكونغرس قانون المساعدة على تعليم اللاجئين ، مما سمح بمساعدة وإعادة توطين المهاجرين الكوبيين الأخيار بالإضافة إلى السجن والترحيل لفئة معينة من المواطنين الكوبيين[٤٠] .

بعد ذلك اقترح المدعي العام الأمريكي بموافقة الرئيس تقسيم القادمين الجدد إلى فئتين ، الأولى تتضمن المدانين بارتكاب جرائم في كوبا أما الفئة الثانية للكوبيين الذين ليس لديهم سجلات جنائية ، وكلتا الفئتين تم حجزهما في السجن الفيدرالي في أتلانتا – جورجيا ، وبمجرد وصول الكوبيان Moises و Rafel إلى فلوريدا تم اعتقالهما تمهيداً لترحيلهما وذلك لاحتمال وجود تهديد ، عندها رفع المذكوران دعوى أمام المحكمة ، وأكدا أن هناك انتهاكاً لإجراءات التقاضي في كلٍ من التعديل الخامس والرابع عشر لقانون المساعدة على تعليم

اللاجئين رقم ١٥٢٢، مشيرين بأن المدعي العام حرمهما من حقهما بالمحاكمة العادلة ، وقد وافقت مقاطعة المنطقة الشمالية لجورجيا علة مطالب المدعين وبعد ذلك تم استئناف هذا الحكم أمام محكمة الدائرة الحادية عشر التي حكمت بإمكانية الولايات المتحدة الأمريكية ، احتجاز الشخصين المذكورين لأجل غير محدد[٤١] .

يتضح لنا أنه في القضية المذكورة ، رفضت محكمة الاستئناف تطبيق العرف الدولي بحجة وجود نص تشريعي مخالف له والمتمثل بقانون المساعدة على تعليم اللاجئين رقم ١٥٢٢.

الفرع الثاني

الخطأ في تطبيق أو تفسير القاعدة الدولية العرفية

قد يُخطئ القاضي الوطني في تطبيق أو تفسير القاعدة الدولية العرفية وبذلك تكون أحكامه مخالفة للقانون الدولي العام .

ومن التطبيقات القضائية على ذلك ، مخالفة القاعدة الدولية العرفية المتعلقة بالحصانة الدبلوماسية من قبل المحاكم الايطالية ، ففي عام ١٩١٥ قضت محكمة التمييز في روما في قضية Re Rinaldi بإخضاع أعمال المبعوث الدبلوماسي الشخصية لاختصاص القضاء الايطالي ، وفي عام ١٩٢٢ أكدت ذات المحكمة موقفها في قضية أُقيمت ضد موظف دبلوماسي أمريكي لإجباره على إخلاء شقة استأجرها معتبرة أن فكرة الحصانة المطلقة تستند على نظريات تتنافى مع مفهوم العدالة وأحكام القانون ، وفي عام ١٩٢٨ أكدت محكمة روما المدنية الموقف ذاته بإعلان اختصاصها للنظر في دعوى موجهة ضد السفير المكسيكي بخصوص نزاع ناتج عن عقد شراء عقار لاستعماله مقراً للسفارة ، وفي عام ١٩٣٤ أخذت محكمة فلورنسا بالاتجاه نفسه ، حيث رفضت منح الحصانة القضائية لسفير تشيلي لدى الفاتيكان بالنسبة لحادث سيارة نتج عنه أضرار بالغير ، مدعية أن الحادث يقع خارج إطار ممارسة المبعوث الدبلوماسي لوظائفه[٤٢] .

ومن الجدير بالذكر أن الحصانة تشمل مباني السفارة ودار الممثل الدبلوماسي ولا يحق لوكلاء الدولة المضيفة دخولها إلا بعد موافقة رئيس البعثة الدبلوماسية ، وتشمل الحصانة

أيضاً محتويات المباني الدبلوماسية بما في ذلك الملفات والرسائل ووسائل النقل التي تملكها البعثة الدبلوماسية[٤٣].

وقد تم مخالفة العرف الدولي المتعلق بحصانة مباني السفارة في قضية روز ضد الملك ، تشير إلى أنه قد تكون هناك حدود لحصانة محتويات الملفات الدبلوماسية ، فعندما رفضت المحكمة استئنافاً من نائب في البرلمان الكندي أُدين بتهمة التواطؤ لارتكابه إساءات ضد قانون الأسرار الرسمية لعام ١٩٣٩ وذلك لتزويده العملاء السوفيت في كندا بمعلومات ، إذ اضطرت المحكمة للرد بصورة مطولة على اعتراض المتهم ، والذي جاء فيه أن الوثائق التي أخذها أحد موظفي السفارة السوفيتية من السفارة لا يمكن استخدامها بصورة قانونية كدليل ضده ، وقررت المحكمة انه عندما تكون أفعال الدبلوماسيين المعتمدين متضاربة مع قوانين الدولة المضيفة فانه لا تعود هناك أية حصانة للوثائق التي توجد في المباني الدبلوماسية ، وفي حالة تسليم هذه الوثائق بطريقة من الطرق إلى محكمة لإثبات جريمة ارتكبها أحد مواطني الدولة المضيفة ، فان المحكمة لا تستطيع أن تعتبر الحصانة قائمة[٤٤] .

ومن التطبيقات القضائية الوطنية على مخالفة القاعدة الدولية العرفية المتعلقة بالحصانات الدبلوماسية ، نذكر قضية النزاع الخاص بمحاكمة أعضاء لجنة المساعي الحميدة الفرنسية في الجمهورية العربية المتحدة ، إذ ثار الموضوع بخصوص تمتع أفراد البعثات الخاصة بالحصانات الدبلوماسية بمناسبة محاكمة أعضاء لجنة المساعي الحميدة الفرنسية في الجمهورية العربية المتحدة سنة ١٩٦٢ عن جرائم تجسس وقلب نظام حكم وتهريب ، وقد ذكر الدفاع أمام محكمة أمن الدولة العليا أن أعضاء البعثة يتمتعون بالحصانة الدبلوماسية على وفق أحكام العرف الدولي فضلاً عن المذكرات المتبادلة بين الحكومة الفرنسية وحكومة الجمهورية العربية المتحدة وللقانون رقم (٢٦) لسنة ١٩٥٩ الذي نص على تمتع أعضاء هذه البعثة بالحصانة القضائية[٤٥] .

وقد عارضت النيابة العامة رأي الدفاع واستندت إلى عدة حجج منها ، إن الحصانة القضائية والحصانات الأخرى التي وافقت حكومة الجمهورية العربية المتحدة على منحها لأفراد البعثة بموجب مذكرة وزارة الخارجية لعام ١٩٥٩ قد منحت لأفراد البعثة على سبيل المجاملة ، وهي تقتصر على الأعمال المتصلة بوظائفهم ولا تغطي الجرائم التي يرتكبها أفراد البعثة كالتآمر والتجسس ، كما أن وزارة خارجية الجمهورية العربية المتحدة وهي السلطة المختصة بمسائل الحصانات والعلاقات الدبلوماسية ، قررت في مذكرة رسمية قدمتها للنيابة

العامة أمام المحكمة أن أعضاء البعثة لا يتمتعون بالحصانات ، وعلى وفق ذلك قررت المحكمة رفض الدفع المتعلق بتمتع أفراد البعثة الخاصة بالحصانات الدبلوماسية[٤٦] .

يتضح من الحكم المتقدم أن المحكمة خالفت القاعدة الدولية العرفية المتعلقة بحصانة البعثات الخاصة بإخضاعها أفراد البعثة المذكورة لقضائها .

نستنتج من خلال هذا المبحث أن القضاء الوطني يطبق ويفسر العرف الدولي ، ولكن ليس بنفس التوجه والالتزام الذي نجده عند تطبيقه للمعاهدات الدولية ، ولعل السبب في ذلك أن أغلب دساتير الدول لم تنص على مكانة العرف الدولي فضلاً عن غموض الكثير من قواعده وبالتالي ليس من السهل تطبيقها وتفسيرها وهذا الأمر على خلاف المعاهدات الدولية التي تكون سهلة التطبيق والتفسير من قبل القضاء الوطني ، ولكن على الرغم من ذلك يبقى العرف الدولي يتمتع بأهمية لا يستهان بها من قبل القضاء الوطني ، ولاسيما في الأمور التي لم تنظمها المعاهدات الدولية ويحدث بشأنها نزاع ويتم عرضه أمام المحاكم الوطنية ، وذلك لأن تطبيق العرف الدولي وتفسيره من قبل القاضي الوطني يدل على احترامه للالتزامات الدولية والتي بدورها تسمو على القوانين الداخلية .

المبحث الثـــــــــــــاني

الأثر المترتب على مخالفة القضاء الوطني لتطبيق وتفسير العرف الدولي

مما لاشك فيه إن الأثر المترتب على مخالفة السلطة القضائية (القضاء الوطني) للعرف الدولي يتمثل بالتعويض بصوره المعروفة (التعويض العيني والمالي والترضية) ، حيث يتمثل التعويض العيني بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر ، أما التعويض المالي فيتم اللجوء إليه عند استحالة التعويض العيني أو في حالة عدم تغطية التعويض المذكور للضرر الذي تسبب من جراء الأعمال غير المشروعة دولياً للسلطة القضائية ، وبالنسبة للترضية تكون عندما لا يترتب على عمل السلطة القضائية (القضاء الوطني) غير المشروع ضرر مادي ، هذا ويتم تقدير التعويض عن طريق الاتفاق أو التحكيم أو عن طريق القضاء الدولي .

ولما تقدم لا يقتصر التعويض وفقاً لقواعد القانون الدولي العام على حالة خرق السلطة القضائية للاتفاقيات الدولية ، وإنما يمتد ليشمل الخرق أو الإخلال بتطبيق وتفسير العرف الدولي أيضاً ، وهذا ما نلمسه من خلال أحكام محكمة العدل الدولية ، وسنتعرض إلى تطبيقين للتعويض عن إخلال السلطة القضائية (القضاء الوطني) بالعرف الدولي من خلال قضيتين فصلت فيهما محكمة العدل الدولية ، هما قضية الأمر بالقبض (الكونغو ضد بلجيكا) وقضية حصانات الدول من الولاية القضائية (ألمانيا ضد ايطاليا)،وذلك من خلال المطلبين الآتيين :-

المطلب الأول : قضية الأمر بالقبض (الكونغو ضد بلجيكا) .

المطلب الثاني : قضية حصانات الدول من الولاية القضائية (المانيا ضد ايطاليا) .

المطلب الأول

قضية الأمر بالقبض (الكونغو ضد بلجيكا)

سنتطرق إلى هذه القضية من خلال فرعين ، الأول نستعرض من خلاله وقائع النزاع ، أما الثاني سنبحث من خلاله الدفوع القانونية لطرفي النزاع والحكم بالتعويض .

الفرع الأول

وقائـــــــع النـــــــــــــــــزاع

أُودعت الكونغو في ٢٠٠٠/١٠/١٧ طلباً لرفع دعوى ضد بلجيكا بخصوص نزاع يتعلق بأمر بالقبض أصدره قاضي تحقيق بلجيكي ضد وزير خارجية الكونغو (السيد عبد الله يروديا) تمهيداً لتسليمه إلى بلجيكا بسبب ارتكابه جرائم تشكل انتهاكات خطيرة للقانون الدولي الإنساني على وفق اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ وبرتوكوليهما الإضافيين لعام ١٩٧٧ لكونها تشكل جرائم حرب ، فقد صدر الأمر بالقبض من قاضي تحقيق في محكمة بروكسل الابتدائية بالاستناد إلى القانون البلجيكي الصادر في ١٩٩٣/٦/١٦ (بخصوص قمع الانتهاكات الخطيرة لاتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ والبروتوكولين الأول والثاني لعام ١٩٧٧ الملحقين بالاتفاقيات) والمعدل بالقانون الصادر في ١٩٩٩/٢/١٩ (الخاص بقمع الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الإنساني) والذي ينص في مادته (٧) على (أن تختص المحاكم البلجيكية بالنظر في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بغض النظر عن المكان الذي أُرتكبت فيه) ، وصدر الأمر بناءً على طلب من (١٢) شخصاً جميعهم مقيمين في بلجيكا من بينهم (٥) بلجيكيين ، فضلاً عن الوقائع المدعى بها وقعت جميعها خارج الإقليم البلجيكي ولم يكن أي من الـــــ (١٢) شخصاً ضحية لتلك الأفعال ، كما تنص المادة (٣/٥) من هذا القانون البلجيكي على (أن الحصانة الخاصة بالصفة الرسمية للشخص لا تمنع تطبيق هذا القانون) ، وتم إرسال أمر القبض إلى العديد من الدول عن طريق الأنتربول بما في ذلك الكونغو[٤٧] .

وفي اليوم نفسه قدمت الكونغو طلباً للمحكمة لتقرير تدابير مؤقتة ولكن المحكمة رفضت ذلك بأن الظروف لا تتطلب ذلك[٤٨] .

وأثناء نظر الطلب المذكور أُجري تعديل وزاري في الكونغو أصبح بموجبه وزير الخارجية وزيراً للتعليم ، وهذا ما أدى ببلجيكا أن تطلب شطب القضية من جدول المحكمة

لأنها أصبحت غير ذي موضوع ، ولكن المحكمة رفضت الطلب وفي تعديل وزاري لاحق فقد وزير الخارجية ووزير التعليم (السيد يروديا) حقيبته الوزارية ولم يعد وزيراً في حكومة الكونغو .

هذا وقد حددت المحكمة للطرفين مواعيداً لتقديم المذكرة (من الكونغو) والمذكرة المضادة (من بلجيكا) تتعلق في نفس الوقت بمسائل الاختصاص والقبول وموضوع النزاع ، وبعد صدور هذا القرار طلبت بلجيكا أن تتقدم بدفوع أولية يترتب عليها وقف الإجراءات بشأن الموضوع ولكن المحكمة رفضت هذا الطلب وتمسكت بقرارها السابق[٤٩] .

وقد طلبت الكونغو من المحكمة أن تحكم بالآتي :-

١. إن بلجيكا عندما أصدرت في ٢٠٠٠/٤/١١ مذكرة اعتقال بحق وزير الخارجية وتعميم هذه المذكرة على المستوى الدولي ، أنها ارتكبت انتهاكاً تجاه الكونغو بالنسبة للقانون الدولي العرفي المتضمن عدم المساس بصورة مطلقة بوزراء الخارجية وهم يؤدون عملهم وبحصانتهم من الاختصاص الجنائي ، وتكون بفعلها هذا قد انتهكت مبدأ المساواة في السيادة بين الدول .
٢. إن إقرار المحكمة وبصورة رسمية بأن ذلك الفعل غير مشروع ، يعد شكلاً مناسباً من أشكال الجبر (التعويض) ويمنح تعويضاً عن الضرر المعنوي الذي لحق بالكونغو نتيجةً لذلك .
٣. إن انتهاكات القانون الدولي الكامنة وراء إصدار مذكرة الاعتقال (القبض) وأعمامها على مستوى دولي تمنع أي دولة بما في ذلك بلجيكا من تنفيذها .
٤. أن يُطلب من بلجيكا سحب مذكرة القبض الصادرة في ٢٠٠٠/٤/١١ وإلغاؤها وإبلاغ السلطات الأجنبية التي عُممَت عليها تلك المذكرة بأن بلجيكا الغت طلبها من هذه السلطات التعاون معها في تنفيذ هذه المذكرة غير الشرعية .

أما بلجيكا تطلب من المحكمة أن تعلن وتحكم كمسألة أولية أن ليس للمحكمة ولاية للنظر في هذه القضية أو أن طلب الكونغو ضد بلجيكا غير مقبول ، ولكن خلصت المحكمة إلى أن لها ولاية على هذه القضية وأن طلب الكونغو مقبول[٥٠] .

الفرع الثاني

الدفوع القانونية والحكم بالتعويض

سنتطرق في هذا الفرع إلى الدفوع القانونية لكلاً من بلجيكا والكونغو أمام محكمة العدل الدولية ، فضلاً عن حكم المحكمة المذكورة بالتعويض عن مخالفة القضاء الوطني البلجيكي للعرف الدولي ، وذلك من خلال فقرتين كالآتي :-

أولاً : **الدفوع القانونية** :- قدمت بلجيكا للحكم بعدم اختصاص المحكمة وبعدم قبول الطلب ، مجموعة من الدفوع القانونية تمثلت بالآتي :-

١. زوال صفة وزير خارجية الكونغو ، حيث قالت بلجيكا أن السيد يروديا لم يعد وزيراً للخارجية بل لم يعد وزيراً في حكومة الكونغو ، وعليه لا يوجد نزاع قانوني بين الدولتين بشأن تصريحات قبول اختصاص المحكمة ، الأمر الذي يعني أن المحكمة غير مختصة وذلك لأن النزاع الذي تم رفع الدعوى من أجله أصبح غير موجود وبالتالي أصبح نزاعاً ذا مغزى مجرد أكثر منه ذو مغزى عملي أو واقعي فهو في هذه الحالة ليس نزاعاً حقيقياً ، واستندت بلجيكا لتأييد قولها إلى ما سبق أن أكدته المحكمة في قضيتي الكاميرون الشرقية (١٩٦٣) والتجارب الذرية (١٩٧٤) من ضرورة وجود نزاع قائم وقت صدور الحكم[٥١] .

وقد ردت على ذلك الكونغو انه يوجد نزاع قائم بين الطرفين ، لأن أمر القبض صدر مخالفاً للقانون الدولي ولكن بلجيكا تقول خلاف ذلك ، كما أن عدم ممارسة السيد يروديا لوظائف رسمية لا يمحو الواقعة غير المشروعة والضرر المترتب عليها ، وهو ضرر تطالب الكونغو بتعويضه .

كما أن المحكمة رفضت الدفع المقدم من بلجيكا ، وقالت أن العبرة على وفق قضائها المستقر في تحديد اختصاصها هو إن تكون كذلك وقت رفع الدعوى ، كما أن هناك نزاع قائم بين الطرفين ، وقد وجدت المحكمة أنها مختصة وفقاً لتصريحات بقبول الاختصاص الإلزامي أودعتها الدولتان وفقاً للمادة (٢/٣٦) من النظام الأساس للمحكمة[٥٢] .

٢. يجب أن تمتنع المحكمة عن النظر في موضوع القضية نظراً لأن السيد يروديا لم يعد وزيراً لخارجية الكونغو أو وزيراً يشغل أي منصب آخر في حكومة الكونغو إذ أصبحت القضية الآن بلا موضوع .

وترى المحكمة أنها أكدت فعلاً في عدد من المناسبات ، أن الأحداث التالية لتقديم الطلب يمكن أن تجعله بلا موضوع ، وعليه لا يُطلب من المحكمة إصدار قراراً بشأنه ، ولكن المحكمة ترى أن الأمر ليس كذلك وتستنتج أن التغيير الذي حدث في وضع السيد يروديا لم يضع في الواقع حداً للنزاع بين الطرفين ولم يجرد الطلب من موضوعه ، وتقول الكونغو أن مذكرة القبض التي صدرت بحق السيد يروديا كانت وما زالت غير شرعية ، وبذلك على بلجيكا أن توفر جبراً للضرر المعنوي الذي يُزعم أن المذكرة سببته كما تواصل الكونغو أيضاً سعيها إلى إلغاء المذكرة .

وتدعي بلجيكا أنها لم تتصرف بصورة مخالفة للقانون الدولي وتطعن في طلبات الكونغو ، وتلاحظ المحكمة أن ما تقدم ذكره يترتب عليه أن طلب الكونغو ليس بدون موضوع وان القضية لذلك ليست جدلية ، وفقاً لذلك تم رفض دفع بلجيكا الثاني .

٣. إن القضية في وضعها الحالي تختلف بصورة كبيرة عن القضية التي نص عليها أو تضمنها طلب الكونغو ، وعليه ليس للمحكمة ولاية على القضية وان الطلب غير مقبول.

ترى المحكمة وفقاً لفقهها المستقر – لا تسمح مبدئياً بتحويل نزاع تم تقديمه إليها بموجب طلب إلى نزاع آخر مختلف في طابعه بتعديلات في الطلبات – ولكن المحكمة تعتبر في هذه القضية أن الحقائق التي يستند الطلب لم تتغير بطريقة أدت إلى تحول كهذا في النزاع المعروض عليها وأن المسألة المطروحة على المحكمة للبت فيها ما زالت مسألة ما إذا كان إصدار السلطات البلجيكية وأعمامها مذكرة القبض (اعتقال) بحق شخص كان سابقاً وزيراً لخارجية الكونغو عملاً يناقض القانون الدولي ، وعليه رفضت المحكمة دفع بلجيكا الثالث[٥٣] .

٤. عدم استنفاد طرق التقاضي الداخلية في بلجيكا ، قالت بلجيكا انه بسبب وضع السيد يروديا الجديد وانه لم يعد وزيراً في حكومة الكونغو ، فإننا نكون بصدد ممارسة

للحماية الدبلوماسية لصالح شخص عادي والتي تتطلب أولاً استنفاد طرق التقاضي الداخلية ومن ثم فالمحكمة غير مختصة والطلب الذي قدمته الكونغو غير مقبول .

وردت الكونغو على ذلك بأن طلبها يتعلق بانتهاك حصانة وزير خارجيتها وقت تقديم طلب رفع الدعوى ، فضلاً عن انه لا توجد طرق طعن داخلية ، إذ يكون للمتهم فقط أن يدافع عن نفسه أمام المحكمة .

أما المحكمة فقد رفضت هذا الدفع كذلك لأن الكونغو لا تدافع عن حقوق فرد عادي وإنما عن شرعية الأمر بالقبض الصادر ضد شخص كان وزيراً للخارجية ، ولأن شرط استنفاد طرق الطعن الداخلية يتعلق بقبول الطلب وهذا الأمر وافقت عليه بلجيكا[٥٤] .

وأثارت بلجيكا مسألة حصانة وزير الخارجية ، وترى المحكمة بدايةً أنه من الثابت في القانون الدولي إن مسؤولين معينين في الدولة يحملون رتباً رفيعة المستوى مثل ، رئيس الدولة ورئيس الحكومة ووزير الخارجية يتمتعون كما يتمتع المبعوثون الدبلوماسيين والقنصلين أيضاً بحصانات من ولاية الدول الأخرى في الأمور المدنية والجنائية على حدٍ سواء ، والمطلوب من المحكمة لأغراض هذه القضية هو فقط أن تنظر في موضوع حصانة وزير الخارجية من الاختصاص القضائي وحرمته ، وترى المحكمة أن الطرفين ذكرا عدداً معيناً من الصكوك التعاهدية في هذا الشأن ، من بينها اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١ واتفاقية نيويورك بشأن البعثات الخاصة لعام ١٩٦٩ ، وتجد المحكمة أن هاتين الاتفاقيتين تمنحان توجيهاً مفيداً بصدد جوانب معينة من مسألة الحصانات ، ولكنهما لا تتضمنا على أي نص محدد يعرف الحصانات التي يتمتع بها وزراء الخارجية وعليه يجب على المحكمة البت في الموضوع استناداً إلى القانون الدولي العرفي في المسائل المتعلقة بحصانة وزير الخارجية المثارة في هذه القضية ، وتذكر المحكمة أن الحصانات الممنوحة لوزراء الخارجية وفقاً للقانون الدولي العرفي لا تمنح لهم لمنافع أو بصفتهم الشخصية وإنما لضمان الأداء الفعال لوظائفهم باسم دولهم ، وعليه تقرر المحكمة في هذا الشأن أنه لا يمكن التمييز بين الأفعال التي يقوم بها وزير الخارجية بصفة رسمية أم بصفة خاصة بمعنى ان حصانة وزير الخارجية مطلقة[٥٥] .

وقالت الكونغو أن الأمر بالقبض يشكل انتهاكاً لقاعدة الحصانة والحرمة الجنائية المطلقة لوزير الخارجية ويشكل عمل قسري ضد الأخير ، كما ترى الكونغو أن نشر ذلك

الأمر عن طريق الأنتربول وفقاً لطلب بلجيكا يؤكد الانتهاك ويزيد الضرر المعنوي الذي لحق الكونغو ، ورفضت بلجيكا ذلك .

أما المحكمة فقد وجدت أن أمر القبض ضد السيد يروديا بصفته وزيراً للخارجية ، مقره الوظيفي وزارة خارجية الكونغو بسبب صدور أقوال عنه تدعو إلى الكراهية العرقية ضد التوتسي المقيمين في كينشاسا تشكل جرائم وفقاً لاتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ وبروتوكوليهما لعام ١٩٧٧ وكذلك جرائم ضد الإنسانية ، كذلك ترى المحكمة بعد تحليل الفاظ وعبارات الأمر بالقبض أن عباراته تتضمن طلباً بالتنفيذ ضد وزير الخارجية مما يشكل في نظر المحكمة مخالفة من بلجيكا لالتزاماتها تجاه الكونغو بعدم احترامها حصانة الوزير و لاسيما حصانته الجنائية على وفق القانون الدولي العرفي(٥٦) .

لما تقدم نجد أن الدفوع البلجيكية لا تتفق مع قواعد القانون الدولي العرفي المتعلقة بحصانة وزير الخارجية ، كما أن دفعها المتعلق بزوال صفة وزير الخارجية وانه لم يعد وزيراً أصلاً في حكومة الكونغو ، لا يمكن الاعتداد به لأن الصفة لابد أن تكون متوفرة وقت وجود النزاع القانوني ، بغض النظر سواء زالت بعد ذلك أم لا ، ولَطالما تم صدور أمر القبض المخالف للعرف الدولي بحق وزير الخارجية الكونغولي عندما كان يتمتع بهذه الصفة ، إذاً في هذه الحالة خالف القضاء البلجيكي العرف الدولي المتعلق بحصانة وزير الخارجية ، وهذا الأمر بلا شك يُثير المسؤولية الدولية ويستوجب التعويض .

ثانياً : **الحكم بالتعويض** :- تلاحظ المحكمة أنها سبق وإن استنتجت أن إصدار مذكرة قبض في ٢٠٠٠/٤/١١ وأعمامها من قبل السلطات البلجيكية لم يحترم وزير خارجية الكونغو وخصوصاً انتهكت الحصانة من الاختصاص الجنائي والحرمة اللتين كانا وزير الخارجية يتمتع بهما وفقاً للقانون الدولي ، هذان الفعلان يترتب عليهما المسؤولية الدولية لبلجيكا ، وتلاحظ المحكمة أن النتائج التي توصلت إليها تعد شكلاً من أشكال الترضية بجبر الضرر المعنوي الذي لحق الكونغو ، ولكن المحكمة لاحظت أن محكمة العدل الدولية الدائمة قالت في حكمها الصادر في ١٩٢٨/٩/١٣ في القضية المتعلقة بمصنع شورزو _ المبدأ الأساسي الوارد في الفكرة الفعلية ، فكرة الفعل غير المشروع _ وهذا مبدأ يبدو راسخاً في الممارسة الدولية خصوصاً في قرارات محاكم التحكيم وهو أن التعويض يجب قدر الإمكان أن يمحو كافة آثار العمل غير المشروع وإعادة الوضع إلى ما كان يرجح أن يكون عليه لو لم يُرتكب ذلك الفعل ، وتجد المحكمة في هذه القضية أن الوضع الذي يُرجح أن يكون عليه الأمر لو لم

يُرتكب الفعل غير المشروع لا يمكن إعادته إلى حالته بمجرد استنتاج المحكمة أن مذكرة القبض كانت غير مشروعة وفقاً للقانون الدولي العرفي ، فالمذكرة لازالت موجودة وغير مشروعة بصرف النظر عن كون السيد يروديا لم يعد وزيراً للخارجية ، وعليه تعتبر المحكمة أن بلجيكا يجب أن تلغي مذكرة القبض بوسيلة من اختيارها هي وأن تبلغ بذلك الإلغاء السلطات التي عُممَت عليها[٥٧] .

يتضح من القضية المذكورة أن التعويض كان في صورة ترضية تمثلت بإقرار المحكمة بأن إصدار أمر القبض يعتبر انتهاكاً للحصانة والحرمة الجنائية المقررتين لوزير الخارجية بموجب قواعد القانون الدولي العرفي ، ولكن أضافت المحكمة التعويض العيني عندما أمرت بلجيكا بإلغاء أمر القبض وإخبار السلطات التي تم أعمامه عليها بذلك ، وبمعنى آخر أن التعويض في هذه القضية اشتمل على الترضية والتعويض العيني معاً ، وبالتالي تم إزالة جميع آثار العمل غير المشروع دولياً (أمر القبض) الصادر من القضاء الوطني البلجيكي وإعادة الحال إلى ما كان عليه .

المطلب الثـــــــــــــاني

قضية حصانات الدول من الولاية القضائية (المانيا ضد ايطاليا)

سنتطرق إلى قضية حصانات الدول من الولاية القضائية (المانيا ضد ايطاليا) من خلال فرعين نوضح فيهما وقائع النزاع والدفوع القانونية وحكم محكمة العدل الدولية بالتعـــــــــويض ، كالآتي :-

الفرع الأول :- وقائع النزاع .

الفرع الثاني :- الدفوع القانونية وحكم التعويض .

الفرع الأول

وقـــــــــائع النـــــــــــــزاع

بتاريخ ٢٠٠٨/١٢/٢٣ قدمت المانيا إلى قلم محكمة العدل الدولية طلباً لمباشرة إجراءات ضد ايطاليا ، يتعلق الأمر بنزاع ناشئ عن انتهاكات للالتزامات المحددة في القانون الدولي العرفي مدعية أن ايطاليا ارتكبتها من خلال ممارساتها القضائية عندما لا تحترم

الحصانة من الولاية القضائية التي تتمتع بها المانيا وفقاً للقانون الدولي ، وتذكر المحكمة أيضاً إلى أنها من خلال أمر في ٢٠١١/٧/٤ سمحت لليونان بالتدخل في القضية ليس بصفتها طرف ، وتشير المحكمة انه في ٢٠٠٧/٦/٧ قام مدعون يونانيون استناداً إلى قرار صادر عن محكمة استئناف فلورنسا في ٢٠٠٦/٦/١٣ ويقضي بإعلان النفاذ في ايطاليا للحكم الذي صدر عن محكمة أول درجة في ليفاديا باليونان لكي يأمر المانيا بدفع تعويض لهم بإدراج دعوى قضائية في سجل الأراضي بمقاطعة كومو ضد فيللا فيغوني وهي من ممتلكات الدولة الألمانية وتقع بالقرب من بحيرة كومو ، أي أن هذا التـــــــــــدخل مقيد بأحكـــــــام المحاكم اليونانية التي أُعلن أنها سارية في ايطاليا[٥٨] .

ومن حيث الموضوع تطلب المانيا إلى المحكمة أن تخلص إلى أن ايطاليا لم تحترم الحصانة من الولاية القضائية التي تتمتع بها المانيا وفقاً للقانون الدولي ، عندما سمحت برفع دعاوى مدنية ضدها في المحاكم الايطالية للحصول على تعويض عن الأضرار الناتجة عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني المرتكبة من قبل الرايخ الألماني الثالث خلال الحرب العالمية الثانية ، وإن ايطاليا انتهكت حصانة المانيا عندما اتخذت تدابير حجز على فيللا فيغوني وهي من ممتلكات الدولة الألمانية الواقعة في الأراضي الايطالية كما أنها انتهكت حصانة المانيا من الولاية القضائية عندما أعلنت سريان أحكام المحاكم المدنية اليونانية في ايطاليا وهي الأحكام الصادرة ضد المانيا على أساس قوانين مماثلة لتلك التي استندت عليها الدعاوى المرفوعة أمام المحاكم الايطالية[٥٩] .

ومن جانبها تطلب ايطاليا من المحكمة أن تحكم بأن دعاوى المانيا لا تستند على أساس ومن ثم ترفضها بغض النظر عن الدفوع المتعلقة بتدابير الحجز المتخذة ضد فيللا فيغوني ، إذ أن المدعى عليه في هذه النقطة يوضح للمحكمة انه لن يكون لديه اعتراض على ان تأمره المحكمة بأن ينهي العمل بالتدابير المذكورة [٦٠]، وفي المذكرات التي ردت بها ايطاليا فقد قدمت طلب مضاد يتعلق بمدى وجود ونطاق التزام المانيا بتعويض بعض الضحايا الايطاليين عما لحقهم من أضرار ترتبت عن الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني التي ارتكبتها المانيا النازية في الفترة بين عامي ١٩٤٣ – ١٩٤٥ وقد رفضتها المحكمة (الطلب المضاد) على أساس أنها لا تدخل ضمن اختصاص المحكمة ومن ثم فهي غير مقبولة وفقاً للفقرة (١) من المادة (٨٠) من قواعد المحكمة[٦١] .

وتذكر المحكمة أن الطلب الايطالي تم تقديمه على أساس المادة (١) من الاتفاقية الأوربية لتسوية المنازعات بالطرق السلمية وتقضي أحكامها بالآتي :-

ترفع الأطراف السامية المتعاقدة إلى محكمة العدل الدولية من أجل البت فيها جميع المنازعات القانونية الدولية التي قد تنشأ بينها بما في ذلك على وجه الخصوص تلك التي تتعلق بالآتي :-

أ- تفسير معاهدة .
ب- أي مسألة من مسائل القانون الدولي .
ت- وجود أي حقيقة من شأنها في حال ثبوتها أن تشكل خرقاً لالتزام دولي .
ث- طبيعة وحجم التعويض الذي يقدم عن انتهاك التزام دولي .

وترى المحكمة أن الفقرة الفرعية (أ) من المادة (٢٧) من ذات الاتفاقية تقيد نطاق ذلك الصك من حيث الزمان مع التأكيد بأنه لن ينطبق على المنازعات المتعلقة بحقائق أو حالات سابقة على نفاذ هذه الاتفاقية بين أطراف النزاع ، وتذكر في هذا الشأن إن الاتفاقية دخلت حيز النفاذ بين المانيا وايطاليا في ١٩٦١/٤/١٨[٦٢] .

وفي الواقع أن الحقائق أو الحالات التي أدت إلى نشوب النزاع المعروض على المحكمة نشأت بسبب الاحكام القضائية الايطالية التي أنكرت الحصانة من الولاية التي طالبت بها المانيا ومن خلال تدابير تقييدية انطبقت على ممتلكات المانية ، وترى المحكمة انه تم اتخاذ تلك القرارات والتدابير بين عامي ٢٠٠٤ و ٢٠١١ ، أي بعد فترة طويلة من دخول الاتفاقية الأوربية حيز النفاذ بين الأطراف ، لذا تكون المحكمة مختصة بالنظر في النزاع مدار البحث[٦٣] .

الفرع الثاني

الدفوع القانونية وحكم التعويض

نتطرق في هذا الفرع إلى الدفوع القانونية المقدمة من قبل المانيا وايطاليا إلى محكمة العدل الدولية بخصوص القضية المذكورة ، فضلاً عن حكم المحكمة بالتعويض عن إخلال القضاء الايطالي بالعرف الدولي المتعلق بحصانات الدول ، وذلك من خلال الفقرتين الآتيتين :-

أولاً : **الدفوع القانونية** :- تنظر المحكمة أولاً في المسائل المثارة من خلال أول دفع مقدم من المانيا ، ويتعلق ما إذا كانت المحاكم الايطالية عند ممارستها الولاية القضائية على المانيا فيما يتعلق بالدعاوى المرفوعة أمامها بواسطة مدعين ايطاليين مختلفين قد شكل سلوكها انتهاكاً لالتزام ايطاليا بإقرار حصانة المانيا من الولاية القضائية ، تبدأ المحكمة بملاحظة أن الإجراءات القضائية في محاكم ايطاليا استمدت أصولها من أفعال مرتكبة من قبل القوات المسلحة الألمانية وغيرها من خلال أجهزة الرايخ الألماني الثالث ، وتجد المحكمة انه لاشك بأن السلوك كان انتهاكاً خطيراً للقانون الدولي للصراع المسلح خلال الفترة ١٩٤٣ – ١٩٤٥ ، وترى أنها ليست مدعوة للبت فيما إذا كانت هذه الأفعال غير مشروعة وهذه النقطة ليس عليها خلاف ، ولكن فيما إذا كانت محاكم ايطاليا ملزمة بالاعتراف بحصانة المانيا في ضوء الإجراءات القضائية المتعلقة بالدعاوى المطالبة بتعويض ناتج عن تلك الأفعال ، وفي ضوء ذلك ترى المحكمة أن قدراً كبيراً من الاتفاق بين الطرفين فيما يتعلق بحقيقة أن الحصانة ينظمها القانون الدولي ولا تعد مسألة من المسائل التقديرية ، وتؤكد المحكمة أن الحق في الحصانة لا يمكن استقاؤه إلا من القانون الدولي العرفي ومن ثم على المحكمة أن تبت وفقاً للمادة (١/٣٨/ب) من نظامها الأساسي فيما إذا كان العرف الدولي بصفته قرينة من قرائن ممارسة عامة مقبولة بوصفها قانوناً أمراً قائماً ويضفي الحصانة على الدول ، وفي هذه الحالة ما هو نطاق ومدى هذه الحصانة[٦٤] .

وترى المحكمة ان لجنة القانون الدولي انتهت في عام ١٩٨٠ إلى أن حكم حصانة الدول كان مقبولاً كقاعدة عامة من قواعد القانون الدولي العرفي المتجذر بقوة في التعامل الدولي.

أما الدفع الثاني الذي قدمته المانيا إلى المحكمة يتمثل باحتجاجها على تدبير الحجز الصادر من المحاكم الايطالية تنفيذاً لأحكام قضائية يونانية على فيللا فيغوني ، بأن هذا التدبير ينتهك الحصانة من الإنفاذ التي تستحقها وفقاً للقانون الدولي ، كما أن ايطاليا لم تعمل على تبرير هذا التدبير ، وترى المحكمة أن التهمة ذات الصلة تم وقفها من أجل مراعاة الإجراءات القضائية المرفوعة أمام المحكمة في القضية ، كما تلاحظ المحكمة أيضاً أن نزاعاً مازال قائماً بين الأطراف بقدر ما إن ايطاليا لم تعترف بشكل رسمي بأن التهمة القانونية المتعلقة بفيللا فيغوني تشكل تدبيراً يتنافى مع التزاماتها الدولية وأنها لم تضع حداً للآثار المترتبة عن هذا التدبير ، وانطلاقاً من المادة (١٩) من اتفاقية الأمم المتحدة وبقدر أنها تعكس القانون العرفي ،

تلاحظ المحكمة أن هناك شرطاً واحداً في الأقل لابد من اتخاذه قبل أي تدبير للحجز يتم ضد ممتلكات عائدة للدول الأجنبية هو أن تكون هذه الممتلكات مستخدمة لنشاط لا يتعلق بأغراض حكومية أو أن الدولة العائدة إليها تلك الممتلكات قد وافقت صراحة على اتخاذ تدبير الحجز ، أو أن الدولة المالكة قد خصصت الممتلكات ذات الشأن للوفاء بمتطلبات دعوى قضائية ، ومع ذلك تنتهي المحكمة إلى أنه من الواضح في هذه القضية أن الممتلكات التي كانت موضوع تدبير الحجز المذكور يتم استخدامها لأغراض حكومية وغير تجارية ومن ثم لأغراض تدخل ضمن المهام السيادية لألمانيا ، إذ أن فيللا فيغوني في الحقيقة موقع مركز ثقافي يهدف إلى تعزيز التبادل الثقافي بين المانيا وايطاليا ، كما أضافت المحكمة أن المانيا لم يبدر منها بأي شكل من الاشكال موافقة صريحة بالنسبة لاتخاذ تدبير كذلك المطروح في الدعوى القانونية أو أنها سمحت أن تكون فيللا فيغوني موضعاً لتلبية متطلبات دعاوى قضائية مرفوعة ضدها ، ووفقاً لذلك تجد المحكمة أن تسجيل دعوى قضائية على فيللا فيغوني يعد انتهاكاً من جانب ايطاليا لالتزامها فيما يتعلق بالحصانة التي تستحقها المانيا[٦٥] .

أما الدفع الثالث لألمانيا تشكو فيه من أن حصانتها من الولاية القضائية تم انتهاكها بفعل قرارات صادرة عن محاكم ايطاليا ، إذ أعلنت نفاذ الأحكام التي صدرت عن المحاكم اليونانية ضد المانيا في ايطاليا بالنسبة للدعاوى الناتجة عن مذبحة ديستومو التي ارتكبتها القوات المسلحة للرايخ الألماني سنة ١٩٤٤ ، وانتهت المحكمة إلى أن هذا الأمر يشكل انتهاكاً من جانب ايطاليا لالتزاماتها باحترام حصانة المانيا من الولاية القضائية[٦٦] .

أما بالنسبة لدفوع ايطاليا أمام المحكمة فتمثلت بالآتي :-

الدفع الأول ، يستند هذا الدفع إلى مبدأ الجناية الإقليمية ، وترى المحكمة أن حصانة الدول بالنسبة إلى أعمال السلطة السيادية تتسع لتمتد وتشمل الدعاوى القضائية المدنية عن الأفعال التي تسبب الوفاة أو الضرر الشخصي أو تلف الممتلكات وترتكبها القوات المسلحة والأجهزة الأخرى التابعة لدولة ما خلال إدارتها نزاعاً مسلحاً حتى لو جرى ارتكاب الأفعال ذات الصلة على أرض دولة أُخرى بواسطة قواتها المسلحة وغيرها من أجهزة الدولة ضمن إدارة نزاع مسلح وتقول أن هذه النتيجة أكدتها الأحكام الصادرة عن المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان وبالتالي ترى المحكمة أن قرار المحاكم الايطالية برفض الحصانة لألمانيا لا يمكن أن يُبَرر استناداً إلى مبدأ الجنايات الإقليمي[٦٧] .

أما الدفع الثاني لإيطاليا فانه ينطبق على جميع الدعاوى المرفوعة أمام المحاكم الايطالية ويتمثل في أن رفض الحصانة يستند إلى الطابع الخاص للأفعال التي تشكل موضوع الدعاوى المرفوعة أمام المحاكم الإيطالية والملابسات التي رفعت فيها الدعاوى المذكورة وهذا الدفع يتضمن ثلاثة أُمور ، الأول إن ايطاليا تحتج بأن الأفعال التي أدت إلى الدعاوى شكلت انتهاكاً خطيراً لمبادئ القانون الدولي الإنساني حيث وصلت إلى جرائم حرب وجرائم مرتكبة ضد الإنسانية ، أما الثاني أن ايطاليا ترى أن قواعد القانون الدولي التي تمت مخالفتها في هذا السياق هي قواعد آمرة ، والثالث تدعي ايطاليا أن المدعين حُرموا من جميع أشكال الإنصاف ومن ثم فان ممارسة الولاية القضائية من قبل المحاكم الايطالية كانت أمراً ضرورياً بصفتها مسألة من مسائل الملجأ الأخير .

وتلاحظ المحكمة أنه لا يوجد تنازع بين قواعد من الأحكام الآمرة وبين قاعدة القانون الدولي العرفي التي تطلب من الدول إضفاء الحصانة على دولة أُخرى ، وتنتهي المحكمة إلى أنه حتى بافتراض أن الدعاوى في المحاكم الايطالية قد انطوت على انتهاكات للأحكام الآمرة فلم يتأثر بذلك تطبيق القانون الدولي العرفي بصدد حصانة الدول[٦٨] .

وبالنسبة للدفع الثالث ، يتمثل في أن المحاكم الإيطالية توفر لديها ما يُبرر حرمان المانيا من الحصانة التي كان يمكن بغير ذلك أن تستحقها بعد فشل جميع محاولات ضمان التعويض لصالح الفئات المختلفة من الضحايا الذين تشملهم الإجراءات القضائية الايطالية ، وتم رفض هذا الدفع من قبل المحكمة أيضاً[٦٩] .

يتضح مما تقدم أن ايطاليا خرقت قواعد القانون الدولي العرفي المتمثلة بحصانة الدول من الولاية القضائية ، وذلك بإصدار محاكمها قراراً بالحجز على ممتلكات المانية تمثل سيادة الدولة (الصرح الثقافي فيللا فيغوني) وكذلك بتنفيذ القوانين اليونانية داخل الأراضي الإيطالية للنيل من سيادة الدولة الألمانية ، ولاشك أن هذا التصرف يخالف الشرعية الدولية ويثير مسؤولية ايطاليا عن أعمال قضائها الوطني المخالفة للعرف الدولي المتعلق بحصانة الدول من الولاية القضائية .

ثانياً : **حكم المحكمة بالتعويض** :- بعد إن أيدت المحكمة الدفوع الألمانية الثلاثة سالفة الذكر ، أضافت المانيا دفعين آخرين ، هما الدفع الرابع المتعلق بادرا جاعلان صريح ينص على

المسؤولية الدولية لإيطاليا ، وترى المحكمة أنها لا تجد ضرورة من هذا الإدراج ، أما الدفع الخامس يتعلق بالتعويض .

وأشارت المحكمة إلى أن الدولة المسؤولة عن الأعمال غير المشروعة دولياً تتحمل التزاماً بوقف تلك الأعمال فإذا استمرت وحتى إذا انتهت المسألة فالدولة المسؤولة تتحمل التزاماً بالعمل على سبيل التعويض ، المتمثل بإعادة إقرار الحالة التي كانت قائمة قبل ارتكاب العمل غير المشروع ، على شرط أن لا يكون هذا الإقرار الجديد مستحيل التنفيذ مادياً ، وأن لا يترتب عليه عبئاً على الدولة بحيث يتجاوز كل أبعاد الحق المستمد من عملية الإنصاف بدلاً من التعويض .

وتلاحظ المحكمة أن القرارات والتدابير التي تعدت على حصانات المانيا من الولاية القضائية التي مازالت سارية لابد من وقفها في هذا الصدد مع إزالة الآثار التي نتجت عن تلك القرارات والتدابير بطريقة تضمن إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل ارتكاب الأعمال غير المشروعة ، وأضافت المحكمة أنه لم يطلب منها ولا هي أوضحت أن هذا التعويض سيكون مستحيلاً مادياً في هذه الحالة أو انه سينطوي على عبء غير متناسب تتحمله ايطاليا بما يتجاوز جميع مقاييس النفع العائدة منه ، ومن جهة أُخرى ترى أن لايطاليا الحق في اختيار الطرق التي تراها مناسبة لتحقيق النتيجة المطلوبة ، وعليه أن المدعى عليه يتحمل التزاماً بتحقيق هذه النتيجة من خلال سن التشريعات المناسبة أو اللجوء إلى سُبل أُخرى يختارها ليحقق ذات النتيجة[٧٠] .

يتضح من القضية المذكورة أن محكمة العدل الدولية قضت بالتعويض عن مخالفة القضاء الوطني لأحكام العرف الدولي المتعلقة بحصانة الدول من الولاية القضائية ، وكان التعويض في صورتي الترضية المتمثلة بوقف القرارات القضائية وتدابير الحجز على الممتلكات الألمانية (فيللا فيغوني) ، فضلاً عن التعويض العيني الذي تمثل بإزالة جميع الآثار المترتبة على الأعمال غير المشروعة وإعادة الحال إلى ما كان عيه قبل ارتكاب هذه الأعمال .

الخـــــــــــــــاتمة

بعد أن انتهينا من بحث موضوع إخلال القضاء الوطني بتطبيق وتفسير العرف الدولي توصلنا إلى النتائج والتوصيات الآتية :-

أولاً : النتائج :-

١. إن موقف القضاء الوطني من تطبيق وتفسير العرف الدولي أقل وضوحاً وفاعلية مما هو عليه الحال في تطبيق وتفسير المعاهدات الدولية ، وهذا الأمر يعود إلى مرتبة العرف في النظام القانوني الداخلي للدولة ، إذ بعض الدساتير تعد القانون الدولي العام القانون الأعلى للبلد بجميع مصادره الأصلية كما في دستور فايمار الألماني لعام ١٩١٩ ، والبعض الآخر يعد العرف جزءً من القانون الداخلي وعلى القاضي تطبيقه دون صدور تشريع بذلك .
٢. طبق القضاء الوطني العرف الدولي على الرغم من عدم النص على مكانته في الدستور كما في القضاء الفرنسي والأمريكي والمصري ، أما القضاء العراقي فانه لا يطبق العرف الدولي إلا إذا كان لا يتعارض مع الدستور ويكون مندمجاً في القانون الداخلي ، وذلك لأن الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ لم ينص على قيمة العرف بصورة صريحة وواضحة كما هو عليه الحال بالنسبة للمعاهدات الدولية .
٣. تتمثل صور مخالفة القضاء الوطني للعرف الدولي بتفسير القانون المخالف له أو بالتفسير الخاطئ للقاعدة العرفية الدولية على وفق ما تم بيانه في البحث .
٤. يتمثل الأثر المترتب على مسؤولية الدولة عن أعمال قضائها الوطني المخالفة للعرف الدولي بالتعويض بكافة صوره العيني والمالي والترضية ، هذا وان التعويض العيني يعد الصورة الأهم في التطبيق العملي للتعويض عن أعمال السلطة القضائية وبعده يأتي التعويض المالي ، أما الترضية فان مجالها في التعويض في هذا المجال يكون أقل من الصورتين المذكورتين ، لأن غالباً ما يترتب على أعمال القضاء الوطني غير المشروعة ضرر مادي فضلاً عن الضرر المعنوي .
٥. شهدت أحكام القضاء الدولي تطبيقات عملية متعددة للتعويض عن أعمال السلطة القضائية المخالفة للعرف الدولي ، وهذا الأمر إن دل على شيء فانه يدل على رقابة القضاء الدولي ، لاسيما محكمة العدل الدولية على أعمال القضاء الوطني المخالفة

للقواعد الدولية العرفية ، إذ لم تعد السيادة مطلقة والقضاء ليس مستقلاً تجاه خرق قواعد العرف الدولي .

ثانياً : <u>التوصيات :-</u>

١. على جميع الدول حث محاكمها الوطنية على احترام قواعد العرف الدولي وبيان الأثر المترتب على خطأ تصرفاتها في هذه الحالة والمتمثل بالمسؤولية الدولية .
٢. يجب إدخال القضاة الوطنيين في دورات لتطوير قدراتهم ومهاراتهم في مجال القانون الدولي العام ، لأن أغلب القضاة لا يتعاملون مع القانون الدولي بنفس القوة والفاعلية في التطبيق كما هو عليه الحال بالنسبة لتطبيق القانون الداخلي ، وهذا الأمر ينعكس سلباً على تطبيق العرف الدولي من قبل القضاء الوطني ، إذ غالباً ما يخالف هذا القضاء أحكام وقواعد العرف الدولي أو لا يطبقه في الحالات التي تتطلب تطبيقه ، وهذا الأمر ينطبق على القضاء العراقي .
٣. يجب أن يمنح القاضي الوطني قواعد القانون الدولي العام العرفية الأولوية في التطبيق على نصوص القانون الداخلي ، وذلك لأن الفقه والقضاء الدولي استقر في أحكامه على علوية قواعد القانون الدولي العام على القانون الداخلي ولا شك أن العرف الدولي مصدراً أصلياً للقانون الدولي ، وهذا الأمر أصبح مبدأً من مبادئ القانون الدولي العام .
٤. ضرورة النص على مرتبة العرف الدولي في دساتير الدول لغرض سهولة تطبيقه من قبل القضاء الوطني ، إذ أن أغلب الدول لم تنص على ذلك ، كالدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ والدستور الأمريكي لعام ١٧٨٧ والدستور المصري لعام ٢٠١٢ والدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ الذي أشار بصورة غير صريحة من خلال المادة (٨) ، وهذا الأمر أدى إلى اختلاف مواقف القضاء الوطني تجاه تطبيق وتفسير العرف الدولي .
٥. على القضاء الوطني تفسير العرف الدولي وفقاً لقواعد التفسير الدولية ، حيث اتضح لنا أن القضاء الوطني يُفسر العرف الدولي في ضوء قواعد تفسير القانون الداخلي ، وهذا الأمر غير صحيح ويترتب عليه حدوث العديد من المخالفات للقانون الدولي العام .

٦. على المشرع العراقي النص على مكانة العرف الدولي في الدستور بصورة صريحة مع توضيح موقف القضاء الوطني من تطبيقه في حالة تعارضه مع القانون الداخلي سواء أكان سابقاً أو لاحقاً عليه .

الهوامش :-

(1) Oppenheims international law , part1 (peace), edited by , sir Robert Jenning and sir Arthur Watts , 9th edition ,long man , London and New York , 1996 , p 25 .

(٢) نصت الفقرة (١) من المادة (٣٨) من النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية على ما يأتي :-

وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدولي ، وهي تطبق في هذا الشأن :-

أ- الاتفاقيات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترفاً بها صراحة من جانب الدول المتنازعة .

ب- العرف الدولي المقبول بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال .

ت- مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدنة .

ث- أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون الدولي العام من مختلف الأمم ، ويعتبر هذا وذاك وسيلة مساعدة لتعيين قواعد القانون ..... .

(٣) د.ماهر ملندي ، د.ماجد الحموي ، القانون الدولي العام ، الدراسات القانونية ، بدون مكان ولا سنة نشر ، ص٣٢.

(٤) دلباك طاهر درويش ، مصدر سابق ، ص٧٤-٧٥.

(٥) بلمهدي سميحة ، تطبيق العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في النظام الانجلوسكسوني ، رسالة ماجستير ، مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة فرحات عباس – سطيف - ، الجزائر ، ٢٠١٣، ص١٣٥ .

(٦) المصدر نفسه ، ص١٤٤.

(٧) المصدر نفسه ، ص١٤٥.

(٨) د.أشرف عرفات أبو حجازة ، مصدر سابق ، ص١٧٨-١٧٩.

(٩) المصدر نفسه ، ص١٨٠.

(١٠) مشار إليه عند سفيان عبدلي ، دور القضاء الوطني في تطبيق وتفسير الاتفاقيات الدولية ، ط١ ، دار نور للنشر ، الجزائر ، ٢٠١٧ ، ص٥٠.

(١١) د.أبو الخير أحمد عطية ، مصدر سابق ، ص٥٣.

(١٢) د.حكمت شبر ، مصدر سابق ، ص١٢٢.

(١٣) بلمهدي سميحة ، مصدر سابق ، ص٥٥.

(١٤) المصدر نفسه ، ص٦٤-٦٥.

(١٥) نصت المادة (٦) من دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٧٨٧المعدل على الآتي :- (هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة المتوافقة معه ، وجميع المعاهدات المبرمة أو التي يجب إبرامها تحت سلطة الولايات المتحدة تكون القانون الأسمى للبلاد) .

(١٦) د.أشرف عرفات أبو حجازة ، مصدر سابق ،٢٤٩ .

(١٧) بلمهدي سميحة ، مصدر سابق ، ص٧٨ .

(١٨) مشار إليه عند د.أشرف عرفات أبو حجازة ، مصدر سابق ، ص ٢٤٩.

(١٩) مشار إليه عند بلمهدي سميحة ، المصدر السابق ، ص٧٦،٩١ .

(٢٠) المصدر نفسه ، ص٩٣.

(٢١) د.عبد العزيز محمد سرحان ، العلاقة بين الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان والقوانين الداخلية (دراسة مقارنة) ، مجلة الحقوق والشريعة تصدر عن كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد٣ ، ١٩٨٠ ، ص١١٦.

(٢٢) د.أبو الخير أحمد عطية ، مصدر سابق ، ص٥٣.

(٢٣) المصدر نفسه ، ص٥٣.

(٢٤) المصدر نفسه ، ص٥٢.

(٢٥) د.مدوس فلاح الرشيدي ، العلاقة بين القانون الدولي والداخلي ، مجلة الحقوق ، تصدر عن كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد١ ، السنة ٣٥ ، الكويت ، ٢٠١١ ، ص٦٢-٦٣.

(٢٦) مشار إليه عند د.موفق سمور المحاميد ، مصدر سابق ، ص٤٥١-٤٥٢.

(٢٧) سفيان عبدلي ، مصدر سابق ، ص٦٢.

(٢٨) المصدر نفسه ، ص٦٢-٦٣.

(٢٩) سفيان عبدلي ، المصدر السابق ، ص٥١.

(٣٠) المصدر نفسه ، ص٥١.

(٣١) بلمهدي سميحة ، مصدر سابق ، ص١٤٧.

(٣٢) بلمهدي سميحة ، المصدر السابق ، ص١٤٨.

(٣٣) المصدر نفسه ، ص١٤٩ ، ١٥١.

(٣٤) د.أبو الخير أحمد عطية ، مصدر سابق ، ص٥٨.

(٣٥) مورتنس شخص دنماركي الجنسية يقيم في انكلترا ويملك قارب صيد مسجلاً في النرويج .

مشار إليه عند جيرهارد فان غلان ، مصدر سابق ، ص٣١ .

(٣٦) المصدر نفسه ، ص٣١-٣٢.

(٣٧) جير هارد فان غلان ، المصدر السابق ، ص٣٢.

(٣٨) سفيان عبدلي ، مصدر سابق ، ص٥٩-٦٠.

(٣٩) د.أشرف عرفات أبو حجازة ، مصدر سابق ، هامش رقم ١ ، ص٢٤٩.

(٤٠) بلمهدي سميحة ، مصدر سابق ، ص٨٤.

(٤١) المصدر نفسه ، ص٨٤-٨٥.

(٤٢) د.عاصم جابر ، مصدر سابق ، ص ٦٢٠-٦٢١.

(٤٣) د.جير هارد فان غلان ، القانون بين الأمم ، ج٢ ، دار الآفاق الجديدة ، بيروت ، ١٩٧٣، ص١٣٣.

(٤٤) جير هارد فان غلان ، ج٢ ، المصدر السابق ، ص١٣٣.

(٤٥) مشار إليه عند د.محمد حافظ غانم ، المسؤولية الدولية ، مصدر سابق ، ص٥٧.

(٤٦) المصدر نفسه ، ص٥٨.

(٤٧) تقرير محكمة العدل الدولية ١/آب/٢٠٠٠ – ٣١/تموز/٢٠٠١ ، الدورة ٥٦ ، ملحق رقم ٤ ، الأمم المتحدة ، نيويورك ،٢٠٠١ ، ص٦٥ .

(٤٨) المصدر نفسه ، ص٦٥.

(٤٩) تقرير محكمة العدل الدولية ١/آب/٢٠٠١ – ٣١/تموز/٢٠٠٢ ، دورة ٥٧ ، ملحق رقم ٤ ، الأمم المتحدة ، نيويورك ، ٢٠٠٢ ، ص٨٣-٨٥ .

(٥٠) المصدر نفسه ، ص٨٥ .

(٥١) تقرير محكمة العدل الدولية ١/آب/٢٠٠١ – ٣١/تموز/٢٠٠٢ ، المصدر السابق ، ص ٨٦-٨٧ .

(٥٢) المصدر نفسه ، ص٨٧ - ٨٨.

(٥٣) موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ١٩٩٧-٢٠٠٢ ، مصدر سابق ، ص٢٢٨.

(٥٤) تقرير محكمة العدل الدولية ١/آب/٢٠٠١ – ٣١/تموز/٢٠٠٢ ، مصدر سابق ، ص٨٦-٨٨ .

(٥٥) موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ١٩٩٧-٢٠٠٢ ، مصدر سابق ، ص٢٢٩ .

(٥٦) تقرير محكمة العدل الدولية ١/آب/٢٠٠١ – ٣١/تموز/٢٠٠٢ ، مصدر سابق ، ص٨٧-٨٨ .

(٥٧) موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ١٩٩٧- ٢٠٠٢ ، مصدر سابق ، ص٢٣١ .

(٥٨) تقرير محكمة العدل الدولية ١/آب/٢٠٠٩ – ٣١/تموز/٢٠١٠ ، دورة ٦٥ ، ملحق رقم ٤ ، الأمم المتحدة ، نيويورك ،٢٠١٠ ، ص٤٩-٥١ .

[٥٩] موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ٢٠٠٨ – ٢٠١٢ ، مصدر سابق ، ص٢٨١ .

[٦٠] المصدر نفسه ، ص٢٨١ .

[٦١] تقرير محكمة العدل الدولية ١/آب/٢٠٠٩ – ٣١/تموز/٢٠١٠ ، المصدر السابق ، ص ٥١-٥٢ .

[٦٢] تقرير محكمة العدل الدولية ١/آب/٢٠١١ – ٣١تموز/٢٠١٢ ، دورة ٦٧ ، ملحق رقم ٤ ، الأمم المتحدة ، نيويورك ، ٢٠١٢ ، ص ٥١-٥٢.

[٦٣] موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ٢٠٠٨ – ٢٠١٢ ، المصدر سابق ، ص٢٨٢ .

[٦٤] تقرير محكمة العدل الدولية ١/آب/٢٠١١ – ٣١/ تموز/٢٠١٢ ، المصدر السابق ، ص٥٠-٥٢.

[٦٥] موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ٢٠٠٨ – ٢٠١٢ ، مصدر سابق ، ص٢٨٦ .

[٦٦] تقرير محكمة العدل الدولية ١/آب/٢٠٠٩ – ٣١/ تموز/٢٠١٠ ، مصدر سابق ، ص٥٢.

[٦٧] موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ٢٠٠٨ – ٢٠١٢ ، مصدر سابق ، ص٢٨٤ .

[٦٨] تقرير محكمة العدل الدولية ١/آب/٢٠١١ – ٣١/ تموز/٢٠١٢، مصدر سابق ، ص٥١-٥٢.

[٦٩] المصدر نفسه ، ص٥٢.

[٧٠] موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ٢٠٠٨ – ٢٠١٢ ، مصدر سابق ، ص٢٨٧ .

- المصـــــــادر -

أولاً : الكتب العربية :-

١.د.أبو الخير أحمد عطية ، نفاذ المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ .

٢.د.حكمت شُبر ، القانون الدولي العام ، ج١، ط١ ، مطبعة دار السلام ، بغداد ، ١٩٧٥.

٣.دلباك طاهر درويش ، المسؤولية الدولية عن الإخلال بالعرف الدولي ، ط١ ، مركز كردستان للدراسات الستراتيجية ، السليمانية ، ٢٠١٣ .

٤.سفيان عبدلي ، دور القضاء الوطني في تطبيق وتفسير الاتفاقيات الدولية ، ط١ ، دار نور للنشر ، الجزائر ، ٢٠١٧ .

٥.د.عاصم جابر ، الوظيفة القنصلية والدبلوماسية في القانون والممارسة (دراسة مقارنة) ، ط١ ، عويدات للنشر والطباعة ، بيروت ، بدون سنة نشر .

٦.د.ماهر ملندي ، د.ماجد الحموي ، القانون الدولي العام ، الدراسات القانونية ، بدون دار ولا سنة نشر .

٧.د.محمد حافظ غانم ، المسؤولية الدولية ، محاضرات ألقاها على طلبة معهد الدراسات العربية العالية في جامعة الدول العربية ، ١٩٦٢ .

ثانياً : البحوث والرسائل الجامعية :-

١.بلمهدي سميحة ، تطبيق العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في النظام الانجلوسكسوني ، رسالة ماجستير ، مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة فرحات عباس – سطيف - ، الجزائر ، ٢٠١٣ .

٢.د.عبد العزيز محمد سرحان ، العلاقة بين الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان والقوانين الداخلية – دراسة مقارنة - ، مجلة الحقوق والشريعة ، العدد٣، تصدر عن جامعة الكويت ، ١٩٨٠ .

٣.د.مدوس فلاح الرشيدي ، العلاقة بين القانون الدولي والداخلي ، مجلة الحقوق ، العدد١ ، السنة ٣٥ ، تصدر عن كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، ٢٠١١ .

٤.د.موفق سمور المحاميد ، القيمة القانونية للمعاهدات في الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ وتعديلاته – دراسة مقارنة - ، مجلة الحقوق ، العدد ٣ ، تصدر عن كلية الحقوق جامعة الكويت ، ٢٠١١ .

ثالثاً :- المواثيق والتقارير الدولية :-

١.النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية .

٢. موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ١٩٩٧-٢٠٠٢ ، الأمم المتحدة نيويورك ، ٢٠٠٥ .

٣. موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ٢٠٠٨ – ٢٠١٢ ، الأمم المتحدة ، نيويورك ، ٢٠١٥ .

٤.تقرير محكمة العدل الدولية ١/آب/٢٠٠٠ – ٣١/تموز/٢٠٠١ ، الدورة ٥٦ ، ملحق رقم ٤ ، الأمم المتحدة ، نيويورك ،٢٠٠١ .

٥. تقرير محكمة العدل الدولية ١/آب/٢٠٠١ – ٣١/تموز/٢٠٠٢ ، دورة ٥٧ ، ملحق رقم ٤ ، الأمم المتحدة ، نيويورك ، ٢٠٠٢ .

٦. تقرير محكمة العدل الدولية ١/آب/٢٠٠٩ – ٣١/تموز/٢٠١٠ ، دورة ٦٥ ، ملحق رقم ٤ ، الأمم المتحدة ، نيويورك ،٢٠١٠ .

٧. تقرير محكمة العدل الدولية ١/آب/٢٠١١ – ٣١تموز/٢٠١٢ ، دورة ٦٧ ، ملحق رقم ٤ ، الأمم المتحدة ، نيويورك ، ٢٠١٢ .

رابعاً :- الدساتير :-

١. الدستور الأمريكي لعام١٧٨٧ المعدل .

٢. الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ المعدل .

٣. الدستور المصري السابق لعام ١٩٧١ المعدل .

٤. الدستور المصري لعام ٢٠١٢ .

٥. الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ .

خامساً : الكتب المترجمة والأجنبية :-

١. جير هارد فان غلان ، القانون بين الأمم ، ج١ ، تعريب عباس العمر ، ط١ ، دار الآفاق الجديدة ، بيروت ، ١٩٧٣ .

٢. جير هارد فان غلان ، القانون بين الأمم ، ج٢ ، ط١ ، دار الآفاق الجديدة ، بيروت ، ١٩٧٣ .

٣. Oppenheim's international law , part1 (peace), edited by , sir Robert Jennings and sir Arthur Watts , 9th edition ,long man , London and New York , 1996 , p 25 .

Abstract

International custom is an original source of public international law in accordance with article 38 of the Statute of the International Court of Justice. The national judge is therefore obliged to apply it and interpret it in cases where this is required. Even if such acts are in conformity with the Constitution of the State. The criterion of illegality of judicial action shall be in accordance with the rules of general international law and not domestic law.

Therefore, we will address the subject through two studies, we show in the first violation of the national judiciary to apply and interpret the international custom, while the second section we address through the impact of this violation, which represents compensation in various forms.

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثالث / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

Breach the national judiciary of application and interpretation international custom

P.Dr.Haider K.A.Al –Quraishy

Kareem Kadhum Kareem